

# 1 חוק המקרקעין\*

אריה אייזנשטיין\*\*

## 1. מבוא

ארץ-ישראל הייתה בשעתו חלק מהאימפריה העות'מנית, שכללה את אסיה הקטנה ושטחים נרחבים בדרום אירופה, קפריסין, ארצות המגרב, מצרים, עיראק, וארץ-ישראל. במאה ה-13, בזמנו של עות'מן הראשון, הוחל בעריכת החוקים בקבצים נפרדים. החוקים היו מבוססים על משפט האיסלאם ועל שיטות המשפט שהיו נהוגות במדינות שנמצאו תחת הכיבוש העות'מני.

במחצית השנייה של המאה ה-19 הוקמה ועדה מלכותית שקיבצה את כל החוקים ל"מגילה אל אסכיום אלעדלייה" ( "קובץ דיני הצדק"), ובקיצור ה"מגילה". קובץ זה וחוקים אחרים המתייחסים לקרקעות, פורסמו בנפרד, ובמיוחד חוק הקרקעות העות'מני משנת 1858. הוא היווה את הבסיס המשפטי לדיני הקרקעות שהיו נהוגים בארץ-ישראל מהמחצית השנייה של המאה ה-19 ועד לביטולם על-ידי **חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969**. החקיקה העות'מנית סיווגה את הקרקעות לסוגים שונים כאשר על כל סוג חלו דינים מיוחדים. המקרקעין חולקו לחמישה סוגים: מולק, מירי, מתרוכה, מוקופה, מואת.

הממשל הבריטי שהגיע לארץ עם הכיבוש בשנת 1918, מצא מצב של תוהו ובוהו במערכת מרשם המקרקעין. השלטונות התורכיים סגרו את משרדי הטאבו ונטלו אתם בנסיגתם מהארץ חלק גדול מפנקסי המקרקעין. (פנקסי היוקלמה והדאיימי הנמצאים כיום אצלנו, ברובם הגדול הם העתקים מהפנקסים השמורים

---

\* המאמר מבוסס על ספרו של המחבר **יסודות והלכות בדיני מקרקעין**, בהוצאת "בורסי".

\*\* עורך-דין **אריה אייזנשטיין** שימש כמנהל אגף רישום והסדר מקרקעין במשרד המשפטים.

בתורכיה). על-מנת להתגבר על החלל שנוצר, אסר תחילה השלטון הבריטי, בכרוז מיום 18 לנובמבר 1918, לבצע עסקאות במקרקעין (מכירה, משכנתה, מתנה, הקדש, ועוד) וקבע, כי כל העברה שתיעשה תהא בטלה ומבוטלת.

כשנתיים לאחר-מכן, פורסמה הפקודה להעברת קרקעות משנת 1920, אשר אפשרה ביצוע עסקאות, אולם התנתה את תוקפן בהסכמת השלטונות לעסקאות ובאישור מראש של כל עסקה ועסקה. המטרה העיקרית של שלטונות המנדט בהנהגת רישום מסודר של פנקסי מקרקעין, הייתה, להביא למצב שישקף בצורה נכונה את המצב המשפטי של בעלויות וזכויות אחרות במקרקעין. בע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ<sup>1</sup> הבהיר בית-המשפט את הצורך ואת החשיבות שהמחוקק המנדטורי ייחס לניהול פנקסי מקרקעין -

*"מטרתה העיקרית של הפקודה, הייתה כי ספרי האחוזה ישקפו נכונה את המצב האמיתי הנוגע לבעלות על נכסי דלא נידי. מטרה זו היא מטרה ציבורית ממדרגה ראשונה, כי היא באה למנוע מעשי אונאה בעסקי מקרקעין, ולעכב בעד חייבים בעלי רכוש להעלים רכושם מעיני נושיהם. מטרה צדדית ולא בלתי חשובה כלולה בפקודה לטובת אוצר המדינה, על ידי איסור העברות מחוץ למשרד ספרי האחוזה תוך השתמטות מתשלום מסי העברה".*

סדרי הרישום בפנקסים המנדטוריים, התבססו בעיקרם על מערכת החוקים העותומניים שנהגו עד אז. סדרי רישום אלה המשיכו לנהוג עד ל-1 בינואר 1970, עד שחוק המקרקעין נכנס לתוקף וביטל את החקיקה העותומנית שקדמה לו. כל הפעולות והעסקאות שבוצעו החל משנת 1920 ואילך, נרשמו בפנקסים מנדטוריים, שנקראו בשם "פנקסי שטרות". "פנקסי הזכויות" נפתחו החל משנת 1928, לאחר תחילתה של פקודת הסדר זכויות במקרקעין מאותה שנה.

חוק המקרקעין ביטל כל חקיקה עותומנית שעניינה מקרקעין<sup>2</sup>, וכן ביטל את

<sup>1</sup> פס"ד ו' (1) עמ" 57.

<sup>2</sup> סעיף 158(1) לחוק.

סיווג המקרקעין שהיה קיים עד לשנת 1969 מכוח החקיקה העותומנית<sup>3</sup>. ביטול החקיקה העותומנית לא פגע בזכויות שהיו קיימות ערב הביטול, והן ממשיכות להיות בתוקף גם כאשר חוק המקרקעין אינו מכיר בהן<sup>4</sup>.

## 2. הרישום בפנקסי המקרקעין

### א. חובת הרישום

חובת הרישום של עסקאות במקרקעין בפנקסים ציבוריים התפתחה במשך דורות. בחיים המודרניים חשוב הרישום, הן לצורך המדינה וסדריה והן לתועלת האזרח, אשר יכול לדעת, על-ידי עיון בפנקס המקרקעין, מה הן הזכויות המשפטיות שיש לבעלי מקרקעין המבקשים לעשות אתו עסקה ואלו שעבודים רובצים על המקרקעין. כמו-כן הוא מאפשר לכל נושה פוטנציאלי או קיים לקבל מידע עדכני בדבר מצב נכסיו של החייב.

החוק העותומני חייב את הרישום בפנקס המקרקעין בכל מקרה של העברת בעלות. רק על יסוד הרישום בטאבו היה הנעבר זכאי לקבל קושאן<sup>5</sup>, ורק על סמך הקושאן יכול היה בעל הקרקע להוכיח את זכותו על הקרקע.

גם המחוקק המנדטורי חייב את הרישום וקבע בפקודת העברת קרקעות 1920, כי כל העברה שלא ניתנה עליה הסכמת הממשלה בטלה ומבוטלת. למרות חובת הרישום היה לרישום ערך הוכחתי בלבד (פרובטיבי) ולא ערך קונסטטיטויבי

---

<sup>3</sup> סעיף 152 לחוק.

<sup>4</sup> סעיף 166 לחוק.

<sup>5</sup> הקושאן הוא תעודת רישום שמבוססת על פרטי הרישום בפנקסי המקרקעין. על-פי חוק הקרקעות העותומני ניתן לקושאן כוח של ראיה בכתב, שעדות בעל-פה לא מתקבלת כנגדה. נקבע שבת-המשפט יסתמכו על תעודת הרישום ולא ידרשו ראיה אחרת, מלבד במקרה של טענת זיוף.

היוצר את זכות הקניין, כפי שזה קיים בחוק המקרקעין (ראה להלן). על הערך ההוכחתי שהיה לרישום על-פי הפקודה המנדטורית עמד בית-המשפט-העליון בע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ<sup>6</sup> -

"ברבות הימים קנתה לה שיטת הרישום הנוהגת לפי הפקודה משנת 1920, אף היא אמון רב בציבור עד שבתי המשפט מייחסים עתה גם לרישום 'הישן' שבספרי האחוזה ערך רב כהוכחה על זכותו של הבעל הרשום.... אולם להלכה המצב המשפטי הוא כפי שנקבע בסעיף 8: הרישום שנעשה בהתאם להוראות הפקודה משנת 1920 אינו מקנה ערובה לבעלות".

בע"א 57/51 ולירו נ' בראשי<sup>7</sup> נאמר -

"הרישום, שלפי פקודת העברת קרקעות, על כל פנים, הוא בעל ערך פרובטיבי ולא קונסטיטוטיבי, ואם כי דרושה הוכחה קפדנית... כדי לסתור את נכונות הרישום, הרי משהוגשה הוכחה כזאת, משולל הוא ערך כל שהוא כיסוד לזכויותיו של בעל הרישום". (בפסק-הדין עמוד 1271 מול האות ו').

לפני תחילת חוק המקרקעין הכירו בתי-המשפט בזכות בעלים שביושר, לפי כללי האקוויטי האנגליים, ונתנו תוקף קנייני לזכות חוזית שנרכשה בתמורה אף שלא נרשמה, והעדיפו את זכותו של הקונה על זכותו של הנושה<sup>8</sup>.

חוק המקרקעין ביטל את הזיקה למשפט האנגלי בהכריזו בסעיף 160 כי "בעניין מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו", ובבטלו את הזכויות שביושר שהיו מוכרות קודם לכן, קבע בסעיף 161 כי, "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". "לפי חוק" נאמר, ולא לפי "חוק המקרקעין", כלומר, אם תמצא בחוק זה או אחר שזכות במקרקעין נרכשה בדרך זו או אחרת, הרי רק כאשר מקיימים את דרך הרכישה הקבועה בחוק הלכה למעשה, נוצרת הזכות הקניינית

<sup>6</sup> פס"ד ר', עמוד 57.

<sup>7</sup> פס"ד חי(3), עמוד 1264.

<sup>8</sup> ראה ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ, פס"ד כ"א(2), עמוד 324.

## ניהול נדל"ן

---

המוגנת כלפי כולי עלמא. ההוראה בחוק המקרקעין המחייבת את הרישום מצויה בסעיף 7 בה נאמר:

*"(א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.*

*(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".*

הרישום על-פי חוק המקרקעין הוא אפוא, קונסטיטוטיבי, היינו יוצר את הזכות במקרקעין, וכל עוד העסקה לא נרשמה בפנקס, לא עברה הבעלות לקונה. המחוקק לא רצה עוד בזכות קניינית של מי שהתקשר לרכישת זכות במקרקעין לפי המתכונת של דיני היושר האנגליים, אלא קבע שכל עוד לא נגמרה עסקת הרכישה ברישום, כדרוש לפי סעיף 7(א) של החוק, נשארה זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד הקושרת והמחייבת את הצדדים לחוזה בלבד, אך לא צד שלישי.

בע"א 28/70 **אוצר השיכון בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין**<sup>9</sup> מבטא בית-המשפט את הרעיון הגלום בחובת הרישום ואת ההצדקה לכך במלים הבאות:

*"עניינה של המדינה הוא כי כל העברת זכויות במקרקעין תופיע בספרי הרישום המתאימים ותשקף את המצב האמיתי של הזכויות במקרקעין ובכך למנוע יצירת זכויות סמויות מן העין. הדבר מצא ביטוי בחובת רישום עיסקאות בקרקע ובאיסור הרישום על שם מושאל... אין המדינה אוהדת אפוא התקשרויות שלפיהן אדם מחזיק בקרקע, ואף שנים רבות, ונוהג בה מנהג בעלות והדבר אינו משתקף בפנקסים המתאימים".*

על חובת קונה לבדוק את מצב הרישום בפנקס המקרקעין, עומד בית-המשפט-העליון בע"א 842/79 **נס נ' גולדה**<sup>10</sup> ואומר:

*"מקום שקיימת חובת רישום זכויות קנין בספרי הרישום העומדים לעיונו של הציבור, לא יצא צד ג' ידי חובת יתום לבו בטרם יבדוק רישום זה. הרי אחד הטעמים העיקריים לחובת הרישום הוא להסיר מכשול לפני קונה*

---

<sup>9</sup> פס"ד כ"ד(2) עמ' 369, וראה בעמוד 371 מול האות ז'.

<sup>10</sup> פס"ד ל"ו(1), עמוד 204.

*ולמנוע תקלה בדרכו אל הרכישה, על ידי כך שמעמידים לעיונו מידע ברור ומדוייק באשר לבעלים של הנכס ועד כמה חופשי הבעלים להקנות זכויותיו".*

"רישום" על-פי חוק המקרקעין, משמעו: "רישום בפנקסי המקרקעין המתנהלים לפי חוק זה או התקנות על פיו".

"פנקסי המקרקעין" - הם הפנקסים המתנהלים על-פי סעיף 123 לחוק ועל-פי תקנה 6 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום) בלשכות לרישום מקרקעין. מכאן, שרק הרישומים בפנקסים המתנהלים בלשכות לרישום המקרקעין הם המחייבים לפי החוק, ואילו כל הרישומים המתנהלים והקיימים בפנקסים אחרים, כגון, בפנקס הנכסים של מינהל מקרקעי ישראל, או בפנקסי חברות משכנות, כגון, עמידר, עמיגור, שיכון ופיתוח וכיו"ב, ואף לרישומים הקיימים במשרדי הסדר הקרקעות,<sup>11</sup> אין תוקף של רישום האמור והנדרש בחוק המקרקעין.

זה עולה מהגדרת "רישום" בסעיף 1 ומהגדרת "פנקסים" לפי סעיף 123 ותקנה 6 כאמור לעיל. זה עולה גם מהפסיקה שהתייחסה לשאלת תוקפם המחייב של פנקסים המנוהלים על-ידי מינהל מקרקעי ישראל ועל-ידי חברות משכנות. בע"א 505/70 **בנק למלאכה בע"מ נ' הנאמן על נכסי הרשקו ציליק**<sup>12</sup> נדונה שאלת תוקפה של משכנתה שנרשמה בפנקסי מינהל מקרקעי ישראל. האם לנושה שהבטיח את הלוואתו בפנקסי המינהל יש עדיפות על-פני נושים אחרים שלא רשמו את הלוואתם במינהל? הנושה שסבור היה כי יש לו עדיפות וכי יש לו מעמד של נושה מובטח, טען כי הנושים האחרים היו יכולים לגלות את קיום המשכנתה על-ידי עיון ברישומים המתנהלים במינהל מקרקעי ישראל. על-כך השיב בית-המשפט:

*"לדעתי העיקר הוא שרישומי המינהל אינם מתנהלים על-פי איזו הוראה בדין אלא לנוחיותו המנהלית של המינהל עצמו. ממילא אין לראות בהם רישומים הפתוחים על פי דין לעיון הציבור ושמשום כך מיחסים לציבור*

<sup>11</sup> ראה ע"א 145/79, **אסלן נ' דיאב**, פד"י ל"ה(1), עמוד 729.

<sup>12</sup> פס"ד כ"ה(1), עמוד 423. וראה בעמוד 426 מול האות ג.

ידיעה על תכנם".

בע"א 277/73 **כונס הנכסים הרשמי נ' בנק טפחות בע"מ**<sup>13</sup> חזרה אותה שאלה לגבי הרישומים הקיימים בחברת "שיכון ופיתוח". אומר על-כך בית-המשפט:

*"לא הובאה בפני בית-המשפט כל ראיה לכך שאכן קיימת חובה בפני החברה לגלות את מסמכיה לכל דורש, מה גם שאין חולק על כך שאין הרישום הנ"ל נעשה על-פי דין כלשהו".*

בע"א 654/82 **סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' עו"ד חיות, הנאמן בפשיטת רגל של אדמונד יוריסט**<sup>14</sup> התחייבה החברה הקבלנית כלפי הנושה כי "בעת רישום הבית בטאבו תרשם גם המשכנתה". הבית לא נרשם אף כי החייב-הקונה רשם לטובתו הערת אזהרה בגין הסכם רכישת הדירה. בדחותו את תביעת הנושה להכיר בו כנושה מובטח אומר בית-המשפט:

*"עריכת משכנתה היא עסקה במקרקעין בגדר החוק, הטעונה רישום לפי סעיף 7 (א) לחוק. כל עוד לא נגמרה עסקת המשכנתה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה, סעיף 7 (ב) לחוק. סעיף 161 לחוק ביטל גם את המשכנתה שביושר, אם אמנם מוסד זה קיים היה לפני חקיקתו; אכן התחייבות החייבים, המשתמעת מן הנסיבות, לרישום משכנתה לזכות המערערת אינה - ביסודו של דבר - אלא התחייבות אובליגטורית גרידא".*

מהאמור לעיל עולה באופן ברור, כי החוק והפסיקה בעקבותיו שללו את תוקפם החוקי והמחייב של פנקסים המנוהלים על-ידי גופים שונים, וקבעו כי הזכות הרשומה בפנקסים אלה אינה זכות במקרקעין אלא זכות אישית, וכי רק הרישומים בפנקסי המקרקעין המתנהלים בלשכות רישום המקרקעין הם המחייבים על-פי החוק. כמו כן עולה באופן ברור, כי עסקה במקרקעין טעונה רישום בפנקס המקרקעין והעסקה נגמרת ברישום. כל עוד העסקה לא נגמרה ברישום אין לקונה זכות קניינית במקרקעין אלא זכות חוזית בלבד.

<sup>13</sup> פס"ד כ"ט(1), עמוד 85. וראה בעמוד 90 מול האות א.

<sup>14</sup> פס"ד ל"ט(2), עמוד 803. וראה בעמוד 806 מול האות ז.

### 3. הערות על-פי חוק המקרקעין

#### א. הערת אזהרה

בעבר הוסדר עניין הרישום של הערת האזהרה בחקיקת משנה, ונועדו לה, על-פי התקנות דאז<sup>15</sup>, שתי מטרות. האחת - להודיע ולפרסם לכל מתעניין, כי במקרקעין מסוימים קיימת התחייבות מצד בעל המקרקעין לעשות בהם עסקה. השנייה - שהיא פועל-יוצא מהמטרה הראשונה - למנוע מהבעלים-המוכר לעשות במקרקעין עסקה סותרת. מטרה זו הושגה בדרך מנהלית, על-ידי כך שרשם המקרקעין לא אישר לרשום עסקה בין בעל המקרקעין לבין מי שאיננו בעל הערת האזהרה, אלא לפי הסכמתו של בעל הערת האזהרה או לפי צו של בית-משפט.

מאז תחילת חוק המקרקעין הוסדר נושא הערת האזהרה בחוק כשסעיפים 126 ו-127 קובעים את ההוראות בדבר רישום הערת אזהרה ואת התוצאות המשפטיות אשר נובעות ממנה. סעיף 126 מפרט את התנאים שיש לקיים כדי שרשם המקרקעין ירשום הערת אזהרה, ואילו סעיף 127 מפרט את התוצאות המשפטיות שיש להערת אזהרה לאחר שזו נרשמה. יש לציין כי בעוד שעל-פי התקנות הקודמות היו להערת אזהרה שתי מטרות (כאמור לעיל), יש להערת האזהרה הנרשמת על-פי סעיף 126 לחוק, שלוש מטרות:

**המטרה הראשונה** - להזהיר ולהודיע לכל העולם שבמקרקעין המסוימים אשר בהם רשומה הערת אזהרה, קיימת כבר התחייבות מצד בעל המקרקעין לעשות בהם עסקה (או להימנע מלעשות בהם עסקה). אזהרה זו מתאפשרת הודות לכך שפנקסי המקרקעין הם פומביים ו"פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם"<sup>16</sup>. שאילמלא הפומביות לא הייתה למטרה זו ערך ותועלת. לכן, כל מי שמעונין להתקשר בעסקת מקרקעין ומצא שרשומה הערת אזהרה, טוב

<sup>15</sup> תקנות המקרקעין (סדרי רישום), התש"ך-1960.

<sup>16</sup> סעיף 124 לחוק.

## ניהול נדל"ן

יעשה אם יברר תחילה את תוכנה על-ידי עיון במסמך ששימש יסוד לרישומה<sup>17</sup>. אפשר להוסיף ולומר שכתוצאה ממטרה זו, אם נרשמה הערת אזהרה, תישלל טענת תום-הלב ממי שרכש לאחר מכן זכות באותם מקרקעין, כי מייחסים לו ידיעה קונסטרוקטיבית על קיומה של הערת האזהרה<sup>18</sup>. זאת אפשר גם ללמוד מהדברים שנאמרו בכנסת על-ידי שר המשפטים בזמן הדיון על הצעת חוק המקרקעין: "הערת אזהרה על התחייבות לבצע עסקה, עיקר מטרתה היא לשמש הודעה לעולם כולו כאילו קיימת התחייבות כזאת, באופן שאיש לא יוכל לטעון שרכש זכויות בתום לב..."<sup>19</sup>. על חובת קונה לבדוק את מצב הרישום בפנקס המקרקעין, לרבות אם רשומה הערת אזהרה, עומד בית-המשפט העליון בע"א 842/79 נס' נ' גולדה<sup>20</sup>:

*"מקום שקיימת חובת רישום זכויות קניין בספרי הרישום העומדים לעיונו של הציבור, לא יצא צד ג' ידי חובת 'תום ליבו' בטרם יבדוק רישום זה. הרי אחד הטעמים העיקריים לחובת הרישום הוא להסיר מכשול לפני קונה ולמנוע תקלה בדרכו אל הרכישה, על-ידי כך שמעמידים לעיונו מידע ברור ומדויק באשר לבעלים של הנכס ועד כמה חופשי הבעלים להקנות זכויותיו".*

**המטרה השנייה** - המטרה השנייה לרישומה של הערת אזהרה, היא, למנוע מבעל מקרקעין שהתחייב לעשות עסקה עם קונה א' לעשות, לאחר-מכן, עסקה סותרת באותם מקרקעין עם קונה ב'. רישומה של הערת האזהרה לטובת קונה א' מעניקה לו את הבטחון שרשם המקרקעין לא יאשר עסקה סותרת עם אדם אחר ללא הסכמתו הפוזיטיבית של א', או ללא צו של בית-משפט. הוראה זו מצויה בסעיף 127 (א) לחוק

<sup>17</sup> על אפשרות העיון באוסף התעודות ששימשו יסוד לרישום, ראה בתקנה 87 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום).

<sup>18</sup> ראה על-כך בע"א 508/64 אל עודה נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס"ד י"ט(4), עמוד 437, וכן בה"פ ת"א 823/85 מן נ' מקסימוב.

<sup>19</sup> דברי הכנסת 40, התשכ"ד, 2483.

<sup>20</sup> פס"ד ל"ו(1) עמוד 204.

כפי שתוקן בשנת תשל"ג בתיקון מס' 21<sup>21</sup> שקבע: "נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית-המשפט".

לפני התיקון האמור, הייתה הבחנה בין שני מצבים: אם הבקשה לרישום הערת-האזהרה הוגשה לרשם על-ידי בעל המקרקעין, או על-ידי הזכאי (כאשר נקבע בהתחייבות שרישום הערת האזהרה יוכל להיעשות על-פי בקשתו), לבין אם הוגשה הבקשה על-ידי הזכאי (כאשר לא נקבע בהתחייבות שרישום ההערה יוכל להיעשות לפי בקשתו). במקרה הראשון, לא אישר הרשם עסקה סותרת אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו של בית-משפט, כשהפנייה לבית המשפט הייתה צריכה להיעשות על-ידי בעל המקרקעין. לעומת זאת, במקרה השני, כאשר הבקשה הוגשה על-ידי הזכאי, מנע הרשם את העסקה הסותרת לפרק זמן סביר כדי לתת לזכאי את האפשרות לפנות לבית-המשפט. כאמור, לאחר התיקון בחוק, אין יותר הבחנה בין מי שהגיש את הבקשה לרישום הערת אזהרה. בכל מקרה, לא יאשר הרשם עסקה סותרת, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו של בית-משפט.

### מהי עסקה סותרת ?

לא כל עסקה שמבקשים לעשותה לאחר שנרשמה הערת אזהרה, מהווה בהכרח עסקה סותרת. אפשר לומר כי כל עסקה המקנה לאחר זכות שיש עמה שלילה או פגיעה בזכותו של הזכאי הנובעת מההתחייבות נשוא ההערה, הריהי עסקה סותרת. לדוגמא, התחייב בעל המקרקעין להקנות ל-א' זכות בעלות, ולאחר מכן התחייב להשכיר את המקרקעין או לשעבדם במשכנתה, אלו הן עסקאות הסותרות את תוכן הערת האזהרה, שכן הן פוגעות בזכות הבעלות של הזכאי. לעומת-זאת, כאשר בעל המקרקעין התחייב להשכיר לזכאי, ולאחר מכן מתחייב הוא למכור לאחר את זכות הבעלות, בכפוף לאותה שכירות, לא תהיה בעסקה זו משום עסקה סותרת, שכן זכותו של הזכאי-השוכר, לא נשללת או נפגעת.

מכיוון שהתוצאה של רישום הערת אזהרה היא, שלא תירשם עסקה

<sup>21</sup> ס"ח התשל"ג, עמוד 81

## ניהול נדל"ן

סותרת<sup>22</sup>, הרי לא תהיה מניעה לרשום הערות אזהרה נוספות, גם כאשר הן עומדות בסתירה להערת אזהרה קודמת שכבר רשומה. זאת מכיוון שהערת אזהרה איננה עסקה במקרקעין, ולכן אין מניעה לרשום אותה לאחר הערת אזהרה אחרת שכבר רשומה. רשם המקרקעין אינו מוסמך להכריע זכותו של מי מבין בעלי הערות האזהרה עדיפה. הסיבה לכך היא כי סדר רישומן של הערות האזהרה אינו מעניק להן בהכרח סדרי עדיפות (כמו למשל ברישום משכנתה), אלא תאריך ההתחייבות הוא אשר קובע את סדר העדיפות, על-פי הוראות סעיף 9 לחוק, ובית-המשפט הוא אשר יכריע זכותו של מי עדיפה<sup>23</sup>.

**המטרה השלישית** - מטרה זו באה להגן על הקונה מפני עיקול, פשיטת-רגל, או פירוקו של בעל המקרקעין. מטרה זו לא הייתה בחוק המקרקעין בעת תחילתו (ב-1.1.1970), אלא הוכנסה בתיקון מס' 2 מיום 22.12.72. לפני חוק המקרקעין התשכ"ט-1969, הכירו בתי-המשפט בזכויות שביושר שמקורם בדיני היושר האנגליים, וראו במי שרכש זכות במקרקעין ושילם את התמורה או חלק ממנה, כמי שזכות הקניין עברה אליו, למרות שעל-פי הדין, זכות הקניין נגמרת ברישום בפנקס המקרקעין<sup>24</sup>. התוצאה של ההכרה בזכויות שביושר היתה, שנושה לא יכול היה לעקל ולהיפרע ממקרקעי החייב אם החייב מכרם והתחייב להעבירם לקונה, והמחיר נפרע למוכר לפני הטלת העיקול. זאת למרות שהמקרקעין טרם הועברו על-שם הקונה.

סעיף 161 לחוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר, בקובעו בכותרת שבשולי הסעיף "שלילת זכויות שביושר", ובסעיף עצמו את ההוראה הבאה: "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". החוק בסעיף 7 מורה כי "א) עסקה במקרקעין טעונה רישום, העסקה נגמרת ברישום...", וכל עוד העסקה לא נגמרה ברישום "ב) רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה", התוצאה של הוראה זו היא, שזכויות הקונה כל עוד לא נרשמו בפנקס המקרקעין, אינן מוגנות כנגד

<sup>22</sup> סעיף 127 (א).

<sup>23</sup> ראה ד"ר 21/80 ורטהימר נ' הררי, פס"ד ל"ה(3), עמוד 253.

<sup>24</sup> ע"א 392/65, 5382/65, סיגלוב נ' עציון, פס"ד כ(1), עמוד 442. ע"א 528/66 שטרן נ' חברת חלקה 36, פס"ד כ"א(2), עמ' 342. ד"ר 30/67 שטרן נ' שטרן, פס"ד כ"ב(2), עמוד 36.

תביעת נושה של המוכר. כתוצאה מביטול הזכויות שביושר יכול נושה לעקל את מקרקעי החייב-המוכר כל עוד הם רשומים על שמו של החייב, כי הזכות הקניינית טרם עברה לקונה (על-פי סעיף 7 (א)). אותו קונה ששילם את המחיר למוכר, מצבו אינו שונה מכל נושה שיש לו תביעה נגד אותו מוכר.

כך נפסק בבר"ע 178/80 בוקר נ' החברה האנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ<sup>25</sup> שבו היו העובדות כדלהלן: המבקשים-הקונים, ערכו הסכם לרכישת דירה, שילמו חלק גדול מהתמורה וקיבלו את החזקה בה. מסיבות שאינן תלויות בצדדים, לא נרשמה הדירה בפנקס המקרקעין על שם המבקשים, והיא נשארה רשומה על שם המוכרת. לאחר עריכת ההסכם הנ"ל, הוטל עיקול על הדירה על-ידי נושים של המוכרת והמבקשים ביקשו שהעיקול יבוטל. עמדה להכרעה השאלה מי עדיף: האם הקונה ששילם תמורה, וקיבל את החזקה, אך עדיין לא נרשם כבעליה, או הנושה שהטיל עיקול על הדירה בשל חוב המגיע לו מן המוכר. בית-המשפט פסק כי לאחר שחוק המקרקעין ביטל את הקניינים שמקורם בדיני היושר האנגליים והחזיר שליטה מלאה לזכויות שבדין לפי רישומן בפנקסי המקרקעין, תהיה התוצאה ש"הקניין שבדין אינו עובר ללא רישום והקניין שביושר אינו קם עוד"<sup>26</sup>. בהמשך פסק-הדין אומר השופט זוסמן:

*"הקונים ... יכלו לדעת שהדין השתנה. אם גם אחר צאת החוק החדש ... סמכו על הלכתו הקודמת של בית משפט זה, אין להם אלא להלין על עצמם"<sup>27</sup>.*

התוצאה של פסק-הדין הייתה שהעיקול לא בוטל. בפסק-דין זה הציע השופט לנדוי לתקן את חוק המקרקעין ולקבוע שהערה אשר הקונה רשאי לרושמה לפי סעיף 126 (הערת אזהרה), תמנע גם הטלת עיקול, ותגן על הקונה מפני פשיטת רגל או פירוקו של המוכר.

<sup>25</sup> פס"ד כ"ה(2) עמוד 121.

<sup>26</sup> בפס"ד בוקר הנ"ל, עמוד 137 מול האות ה.

<sup>27</sup> שם בעמוד 138 מול האות א.

בעקבות פסק-דין בוקר הוכנס בחוק המקרקעין תיקון (תיקון מס' 2)<sup>28</sup> שמטרתו היתה, לאפשר למי שרכש זכות במקרקעין, על-פי הסכם, לרשום הערת אזהרה בגין הסכם זה ובכך להגן על זכותו שלא נרשמה בפנקס, מכל סיבה שהיא, מפני עיקול, פשיטת רגל או כינוס נכסי המוכר. התיקון הוכנס בסעיף 127 (ב) אשר קבע, כי אם "נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכשו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה....".

יוצא אפוא, שכל עוד לא נרשמה הערת אזהרה לטובת הקונה, מעניק לו החוק זכות חוזית בלבד כלפי המוכר, ואם המוכר הפר את חיוביו עומדים לקונה כל התרופות האמורות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). רוצה הקונה להגן על זכויותיו גם כלפי צד שלישי, יכול הוא לקבל מהמוכר בטחונות (כמו ערובה כספית, או משכנתה), ויכול הוא, על-פי התיקון לחוק, לרשום הערת אזהרה לטובתו בפנקס המקרקעין.

התוצאה המשפטית של תיקון מס' 2 היא, אפוא, שכאשר נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או נגד בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכשו, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה.

ראוי לציין כי תיקון מס' 2 החליף את סעיף 127 כולו. קודם לכן, הוגבלה תוקפה של הערת האזהרה לשנה אחת, ואילו כיום בעקבות התיקון, הגבלה זאת שוב אינה קיימת (אלא-אם-כן הוגבלה בזמן במסמך ששימש יסוד לרישומה של ההערה). הערת אזהרה שנרשמה תמשיך, אפוא, לחול ללא הגבלת זמן כל עוד לא נמחקה בהסכמת הזכאי או לפי צו של בית-משפט.

---

<sup>28</sup> תיקון מס' 2 ס"ח התשל"ג, עמוד 18.

#### 4. שיתוף במקרקעין

כאשר יחידת רישום של מקרקעין היא בבעלות משותפת של שני בני-אדם או יותר, קיים ביניהם "שיתוף במקרקעין"<sup>29</sup>. יש להבחין בין "שיתוף במקרקעין" לבין "שותפות" (Partnership) למטרות רווח. הבחנה זו חשובה כדי לדעת איזה חוק יש להחיל על השיתוף, האם את הוראות חוק המקרקעין (בפרק ה'), שמסדירות את יחסי השיתוף בין הבעלים המשותפים, או את הוראות **פקודת השותפויות (נוסח חדש)**, **התשל"ה-1975**<sup>30</sup>, שמסדירות את יחסי השיתוף בין השותפים בשותפות. הבחנה זו אינה קלה, אולם נוהגים לומר שפקודת השותפויות חלה על **השותפות המסחרית** שתכליתה להפיק רווחים ולהתחלק בהם, ואילו חוק המקרקעין חל על שותפות רגילה שנוצרה בין שני אנשים, מרצון או שלא מרצון שלא למטרה מסחרית, אף אם כתוצאה מהשיתוף נוצרים רווחים<sup>31</sup>.

השיתוף במקרקעין יכול להיווצר מרצונם של מספר אנשים להיות שותפים במקרקעין מלכתחילה. שיתוף כזה נוצר על-ידי רכישה משותפת של מקרקעין על-ידי מספר אנשים, כך שבעל רשום מוכר לאחר חלק בלתי מסוים והופך את האחר להיות שותפו. שיתוף זה יכול להיווצר גם שלא מרצון השותפים להיות בעלים משותפים של אותו נכס מקרקעין. הוא נוצר, בדרך-כלל, בין יורשים אשר ירשו מקרקעין במשותף, או כאשר אחד השותפים מכר את חלקו לאחר ללא הסכמת השותף האחר<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> בחוק העותומני נקראה בעלות משותפת של מקרקעין בשם "מושאע", ונוהגים להשתמש בכינוי זה בשפת היומיום. ראה הגדרה של "מושאע כפרי" בסעיף 1 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), התשכ"ט-1969.

<sup>30</sup> דיני מדינת-ישראל נוסח חדש 28, התשל"ה, עמוד 549.

<sup>31</sup> ראה סעיף 1(2) לפקודת השותפויות, שאומר כי: "שיתוף מכל צורה או הגדר בנכס או בכל זכות בו - אין בכך בלבד כדי ליצור קשרי שותפות בין בעלי הנכס או הזכות, ואפילו הם נוטלים **חלק ברווחים** המגיעים מן השמוש בהם" (הדגש שלי א' - א').

<sup>32</sup> עפ"י סעיף 34(א) לחוק, רשאי כל שותף לעשות עיסקה בחלקו ללא הסכמת יתר השותפים. אפשרות זו לא הייתה קיימת לפני חוק המקרקעין. לפי הדין הקודם (החוק העותומני), הייתה לכל שותף זכות קדימה לרכוש את חלקו של השותף האחר.

## א. חלקו של שותף

חלקו של שותף במקרקעין המשותפים, אינו חלק פיסי מסוים של המקרקעין, אלא חלק **בלתי מסוים** במקרקעין כולם, היינו מחצית, רבע, וכדומה. זאת אומרת, שלכל שותף יש חלק, כשיעור חלקו בשיתוף, בכל אתר ואתר שבמקרקעין, ואין לכל שותף שהוא חלק מסוים בהם, ובלשון סעיף 27:

**27. מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין המשותפים ואין לשום שותף חלק מסויים בהם.**

מכאן, שאין שותף אחד יכול לתפוס חזקה בחלק מסוים של המקרקעין, ואין הוא יכול להשכיר חלק מסוים של המקרקעין המשותפים ללא הסכמת יתר השותפים. לעומת-זאת, יכול כל שותף להשכיר את החלק הבלתי מסוים שיש לו במקרקעין. המשמעות שבהשכרה זו היא, שאת הזכות להחזיק ולהשתמש בחלק הבלתי מסוים שהייתה לו במקרקעין המשותפים, בתור בעלים, מעניק הוא לשוכר בתמורה ולתקופה מוגבלת. השוכר, שלו הוקנתה זכות השכירות, נכנס במקומו של השותף לגבי אותה זכות.

## ב. ניהול ושימוש של מקרקעין משותפים

על-פי סעיף 30(א) לחוק המקרקעין, בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים - והכוונה לבעלי רוב החלקים במקרקעין, ולא רוב מספרי של השותפים - רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין, ולשימוש הרגיל בהם. בהוראה זו (של סעיף 30 (א)), קיים העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב בניהול ושימוש הרגיל של מקרקעין אשר נמצאים בבעלות משותפת. ללא עקרון זה, יכול היה מיעוט למנוע מיתר השותפים להשתמש ולהנות מהנכס, ולומר: גם לי גם לך לא יהיה<sup>33</sup>. בע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה<sup>34</sup>, מסביר בית-המשפט עקרון זה,

---

<sup>33</sup> הוראה דומה, בדבר שלטון הרוב, קיימת בבית משותף, אולם בהבדל, שהחלטות בבית משותף מתקבלות באסיפה הכללית ברוב של בעלי הדירות, ולא דוקא ברוב של בעלי החלקים ברכוש המשותף. ראה סעיפים 5 ו-12 לתקנון המצוי שבתוספת לחוק המקרקעין.

<sup>34</sup> פס"ד ל"ז(4), עמוד 737, וראה בעמוד 740 מול האות ד.

תוך-כדי-כך שהוא מוסיף ואומר כי :

"לשלטון הרוב נקבעו שני סייגים עיקריים. הסייג הראשון הוא, ששלטון הרוב חל אך-ורק, באשר לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם. לעומת זאת דבר החורג מאלה מחייב הסכמת הכול. הסייג השני הוא שבמסגרת הניהול והשימוש הרגילים, אין בעלי רוב החלקים רשאים לקפח את המיעוט. שותף שרואה עצמו מקופח, רשאי לפנות לבית-המשפט, וזה יחליט 'כפי שנראה לו צודק בנסיבות העניין'. בצד שני סייגים מיוחדים אלה, יש להוסיף עוד שני סייגים כלליים. האחד - שמקורו בחוק המקרקעין עצמו, והאחר - בדין הכללי. הסייג הראשון קובע, כי בעלותו של שותף במקרקעין אין בה כשלעצמה 'כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר' (סעיף 14 לחוק המקרקעין), והסייג השני קובע, כי הן הרוב והן המיעוט חייבים לפעול בדרך מקובלת ובתום-לב (סעיפים 39 ו-61ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973). המיעוט והרוב אינם זרים זה לזה, עבותות של קניין מקשרים ביניהם. חוק המקרקעין מעניק לכל אחד מהם כוחות כלפי רעהו, ובהפעלת כוחות אלה יש לנהוג בהגינות".

כאמור לעיל, על-פי סעיף 30(ב) גם כאשר לרוב יש היכולת לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם, רשאי המיעוט, שרואה עצמו מקופח מקביעת הרוב, "לפנות לבית-המשפט בבקשת הוראות, ובית-המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות העניין". לעומת-זאת, "דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים" (סעיף 30(ג)).

## ג. ניהול ושימוש רגיל

החוק אינו מגדיר, מהו ניהול ושימוש רגיל. השאלה המתעוררת במקרים רבים היא, האם פעולה מסוימת של השותפים הינה בגדר ניהול ושימוש רגילים, או שהיא בגדר פעולה שחורגת מהם. על שאלה זו יש להשיב על-פי מבחן האדם הסביר ועל-פי כל מקרה ונסיבותיו. לדוגמא, כאשר החלטת הרוב היא, להשכיר דירה משותפת בשכירות מוגנת לפי חוק הגנת הדייר, נשאלת השאלה, האם פעולה זו הינה

## ניהול נדל"ן

---

במסגרת ניהול רגיל או שהיא פעולה חריגה? שאלה זו נדונה בע"א (י-ם) 193/75 **אשורי נ' לוי**<sup>35</sup>, ובית-המשפט השיב עליה באומרו, כי אי אפשר לקבוע מסמרות בעניין זה, שכן הדבר תלוי במקרה ובנסיבותיו, ובלשון בית-המשפט:

*"קשה לומר שהשכרת דירות לדיירים בשכירות מוגנת היא ניהול רגיל של המקרקעין. מצד שני ייתכן והשכרה במקרה דנן היא שימוש רגיל במקרקעין, שכן כך התנהלו העניינים מזה עשרות שנים".*

בע"א 810/82 **זול בו בע"מ נ' זיידה** הנ"ל<sup>36</sup> מסביר בית-המשפט את המשמעות של "ניהול ושימוש רגילים", אגב שהוא דן בכוחם של רוב השותפים להשכיר את נכס השותפות, וכך אומר בית-המשפט:

*"נראה לי כי ניהול ושימוש רגילים, משמעותם, עשיית כל אותן פעולות (מטריאליות ומשפטיות), אשר על-פי מהותן של אותן נכס, טיבו וייעודו, טבעיות הן לגבי. היקפן של פעולות אלה נקבע על-פי נסיבות הענין. במסגרת זו איני רואה כל סיבה עקרונית שלא להכיר בהשכרת המקרקעין, שהם נושא הבעלות המשותפת, כפעולה אשר בנסיבות מתאימות ניתן לראותה כפעולת ניהול ושימוש רגילה לגבי אותו נכס. הדבר תלוי בטיב הנכס, בשימוש שנעשה בו בעבר ובגורמים אחרים הקובעים את אופיו".*

## ד. הסכם שיתוף

לפי סעיף 29 (א) לחוק המקרקעין, רשאים השותפים לערוך ביניהם הסכם "בדבר ניהול המקרקעין המשותפים והשימוש בהם ובדבר זכויותיהם וחובותיהם בכל הנוגע למקרקעין..." בהסכם כזה יכולים השותפים לשנות את ההוראות המצויות בסעיפים 30 עד 36, ולקבוע בהסכם השיתוף הוראות אחרות שקשורות לנכס המשותף ובעניינים הבאים: ניהול ושימוש (סעיף 30); זכותו של שותף יחיד (סעיף 31); נשיאת הוצאות (סעיף 32); תשלום בעד שימוש (סעיף 33); זכות השותף

---

<sup>35</sup> פס"מ התשל"ח(1), עמוד 32, וראה בעמוד 36 מול האות א.

<sup>36</sup> פס"ד ל"ז(4), עמוד 737, וראה בעמוד 740 מול האות ז.

לעשות בחלקו (סעיף 34); הזכות לפירות (סעיף 35); והוראות בעניין קיזוז חובות שהשותפים חבים זה לזה (סעיף 36).

למרות שהסכם השיתוף מוגבל לנושאים אשר קשורים לניהול המקרקעין, לשימוש בהם ולזכויותיהם וחובותיהם של השותפים בכל הנוגע למקרקעין<sup>37</sup>, רשאים השותפים לקבוע בהסכם השיתוף נושא שאינו קשור לניהול ולשימוש. נושא זה הוא תנאי ששולל או מגביל את זכותו של שותף זה או אחר, להעביר את חלקו לאחר, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, ללא הסכמת יתר השותפים. יכולת השותפים לקבוע תנאי כזה בהסכם שיתוף נלמדת באופן עקיף מהאמור בסעיף 34 (א) אשר מגביל תנאי כזה למשך חמש שנים בלבד. כלומר, גם כאשר נקבע בהסכם השיתוף ששותף לא יהא רשאי לעשות בחלקו עסקה, ללא הסכמת יתר השותפים וללא הגבלת זמן, הרי אם עברו חמש שנים מיום עשיית ההסכם, יהיה השותף רשאי להעביר את חלקו ללא הגבלה, על אף התנאי, וכן לא יזדקק לפנות לבית-המשפט לאשר את העברה.

כמו-כן, רשאים השותפים בהסכם השיתוף לקבוע תנאי, ששולל או מגביל את זכותו של שותף זה או אחר, לדרוש את פירוק השיתוף. את זאת אנו למדים מהאמור בסעיף 37 (ב), שמאפשר לבית-המשפט לצוות כעבור שלוש שנים על פירוק השיתוף למרות התנאי.

הסכם שיתוף צריך שייעשה על-ידי **כל השותפים**, ורק כאשר כל השותפים הסכימו עליו. הסכם זה מחייב אותם, לא רק בענייני ניהול ושימוש רגילים (שבלא הסכם שיתוף מספיק רוב רגיל), אלא גם בעניינים שקשורים לזכויותיהם ולחובותיהם באשר למקרקעין. הדברים אמורים גם באשר לשינויים ולתיקונים שמבקשים השותפים להכניס בהסכם שיתוף קיים.

החידוש שבהסכם שיתוף הוא בזה, שהמחוקק איפשר לבעלים המשותפים לרשום אותו בפנקס המקרקעין, "ומשנרשם, כוחו יפה גם כלפי אדם שנעשה שותף לאחר מכן וכל אדם אחר" (סעיף 29 (א) - סיפא). הביטוי "כוחו יפה", אין פירושו

<sup>37</sup> ראה סעיף 29(א) רישא.

## ניהול נדל"ן

---

שההסכם מחייב כל אדם כאילו היה צד לו, אלא משנרשם ההסכם, אין כל אדם יכול להישמע בטענה שאין הוא מחייב את בעלי ההסכם והבאים מכוחם<sup>38</sup>.

חשוב לציין שכל עוד הסכם השיתוף לא נרשם, הריהו מחייב רק את השותפים שהם צדדים לו. לעומת זאת הסכם שנרשם מקבל **תוקף מעין קנייני**, והוא מחייב כל אדם שנעשה שותף לאחר-מכן וכל אדם אחר שמסתמך על אותו הסכם<sup>39</sup>. זאת משום ההנחה שהסכם אשר נרשם מאפשר לכל מעוניין, לעיין בפנקס המקרקעין, שהוא פומבי ופתוח לעיון הציבור<sup>40</sup>, והוא יכול לבדוק את תוכן ההסכם ולהחליט אם בדעתו לעשות עסקה באותם מקרקעין הכפופים לאותו הסכם, אם לאו.

כאמור, הסכם השיתוף מחייב את השותפים גם כאשר הוא לא נרשם<sup>41</sup>. נשאלת השאלה, מה דינו של צד ג' אשר ידע על ההסכם שלא נרשם, והאם כוחו של הסכם זה יפה גם כלפיו, או לא? נראה שרק רישומו של הסכם השיתוף הוא האמצעי היחיד להקנות לו תוקף כלפי מי שאינו צד לו. אין בידיעת צד ג' על קיומו של ההסכם שלא נרשם, כדי להקנות לו תוקף כלפיו, ואין בידיעתו משום תחליף לרישום<sup>42</sup>.

### מה ניתן לכלול בהסכם שיתוף?

על-פי סעיף 29 ניתן לכלול בהסכם השיתוף רק אותם עניינים אשר קשורים לניהול ולשימוש של המקרקעין. כן ניתן לכלול בו את הפרטים בדבר זכויותיהם וחובותיהם של השותפים בכל הנוגע למקרקעין, לרבות הוראה בדבר הגבלת זכותו של שותף לעשות עסקה בחלקו, לרבות הוראה בדבר הגבלת זכותו לדרוש את פירוק השיתוף.

---

<sup>38</sup> ראה בפסק-דין **בוקובה נ' הממונה על המרשם**.

<sup>39</sup> הוראה דומה קיימת לגבי תקנון בבית משותף בסעיף 62 (א), אולם בהבדל, שתקנון יכול להיערך על-ידי רוב של בעלי הדירות ששני שלישי של הרכוש המשותף צמודים לדירותיהם.

בעניינים מסוימים, הנקובים באותו סעיף, אכן דרושה הסכמה של כל בעלי הדירות.

<sup>40</sup> ראה סעיף 124 לחוק.

<sup>41</sup> ראה בפס"ד **אשורי נ' לוי הנ"ל**, עמוד 35.

<sup>42</sup> ראה בפס"ד **אשורי הנ"ל**, עמוד 35.

בע"א 269/74 **בוקובזה נ. הממונה על המירשם**<sup>43</sup> נדונה השאלה, האם רשאים שותפים במקרקעין לכלול בהסכם השיתוף הוראה בדבר החזקה. כלומר, חלוקה פיסית של הקרקע, כך ששותף אחד יחזיק בחלק מסוים של הקרקע, ושותף שני יחזיק באופן בלעדי בחלקו האחר. הממונה על המירשם סבור היה שחלוקה כזו עוקפת את הוראות חוק התכנון והבנייה, אשר קובעות את הכללים ואת התנאים ליצירתה. כן סבר הממונה שחלוקת החזקה בין השותפים מהווה עסקה במקרקעין, **והדרך לרישומה בפנקס המקרקעין נעשית בשטר**. זאת על-פי הקבוע בתקנה 8 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום). לא כן הייתה דעתו של בית-המשפט. הוא פסק כי הסכם שיתוף אשר מסדיר את החזקה אינו שקול כנגד הסכם חלוקה, גם כאשר הוא לצמיתות (שאליבא דכולי-עלמא לא ניתן להכילו בהסכם שיתוף), ולכן ניתן לכלול עניין זה בהסכם שיתוף. את ההסבר לכך נותן בית-המשפט כדלהלן:

*"אפילו אם התכוונו השותפים להתקשר לצמיתות, בא המחוקק וקבע בסעיף 37 (ב) לחוק המקרקעין שבית-המשפט רשאי כעבור שלוש שנים, לצוות על פירוק השיתוף על אף התניה, אם נראה לו הדבר לצודק בנסיבות העניין. על כן זכאי כל שותף לבקש מבית-המשפט את פירוק השיתוף וממילא את הסכם השיתוף כעבור שלוש שנים מיום תחילת ההסכם. אין איפוא להגיד שעל ידי ההסכם הנ"ל ויתר כל שותף על כל זכויות בעלות בחלק שנועד לשותף האחר, כי הרי נשארה בידי כל שותף הזכות לדרוש את פירוק השיתוף וזכות זו היא חלק ממכלול הזכויות שבידי בעל המקרקעין. על כל פנים ברור, ששותפים שמתקשרים בהסכם שיתוף אף לצמיתות, רחוקים מלהשיג את אותם היתרונות שנותנת בעלות נפרדת במקרקעין בהם צפויים לסכנה שהסכם השיתוף יבוטל. אין איפוא להגיד שהסכם שיתוף לצמיתות כמוהו כהסכם חלוקה"<sup>44</sup>.*

לסיכום ניתן לומר על-פי פסק-דין זה, שקביעת החזקה בין השותפים בהסכם שיתוף, מהווה עניין המפרט "את זכויותיהם וחובותיהם של השותפים בכל הנוגע

<sup>43</sup> פס"ד כ"ט(1), 243.

<sup>44</sup> ראה בפס"ד **בוקובזה** הנ"ל, עמוד 251, מול האות ד.

למקרקעין", וממילא ניתן לכוללו בהסכם שיתוף.

### ה. הזכויות והחובות של כל שותף

כאשר השותפים לא ערכו ביניהם הסכם שיתוף ולא קבעו הוראות בדבר השימוש שיעשה במקרקעין, רשאי כל שותף לעשות את הפעולות דלהלן אף ללא הסכמת השותפים האחרים, ובלבד שיודיע להם על-כך מוקדם ככל האפשר. להלן יפורט הפעולות:

#### שימוש במקרקעין המשותפים

כל שותף רשאי "להשתמש במקרקעין המשותפים שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר" (סעיף 31(א)(1)). מטרת המחוקק, היא, לאפשר לכל שותף להנות מהנכס המשותף, לפי חלקו, במקביל לשותפים האחרים, גם באין הסכמה מצד השותפים האחרים. סעיף 31 לחוק המקרקעין מונה שני תנאים נפרדים לזכותו של שותף להשתמש בנכס בלא הסכמת שותפיו:

- א. שיהיה זה שימוש סביר.
- ב. שלא ימנע משותף אחר שימוש כזה. תנאים אלה אינם בהכרח תלויים זה בזה ואינם מתפרשים האחד לאור משנהו.

בע"א 458/82 וילנר נ' גולני<sup>45</sup> אומר בית-המשפט על התנאי הראשון כי **סבירותו של השימוש נבחנת לפי טיבו וטבעו של הנכס והשימוש הנעשה בו**, כגון שאין לפתוח בית-עסק במקום המיועד למגורים, או שאין להשתמש במקום המיועד לעסק בדרך הפוגעת בנכס. על התנאי השני אומר בית-המשפט כי די בכך שהשותף אשר משתמש בנכס אינו עושה דבר כדי למנוע מהשותפים האחרים להשתמש עמו בצוותא, כאשר הם מעוניינים בכך. בית-המשפט לא ייזקק לטענה, ששימוש משותף בנכס אינו אפשרי בגלל תכונותיו ותכונות השותפים, כאשר שימוש כזה כלל אינו נדרש, וכאשר השותפים האחרים כלל אינם מעוניינים לעשות שימוש כלשהו בנכס. מובן, שאם כל השותפים מבקשים לעשות, בעת ובעונה אחת, שימוש באותו נכס

---

<sup>45</sup> פס"ד מ"ב(1), עמוד 49.

(בדירה למשל), והמקום אינו יכול להכיל את כולם, כי אז זכותו של השותף להשתמש במקרקעין המשותפים נדחית מפני אי היכולת של יתר השותפים להשתמש אף הם באותם מקרקעין. הפתרון למצב זה הוא פירוק השיתוף כפי שיתואר בהמשך הדברים.

האם זכות השימוש שיש לכל שותף, כוללת גם את זכותו של השותף לתת לאחר רשות להשתמש בנכס המשותף? תשובה לכך ניתנה בע"א 304/72 **ביאלר** נ' **ביאלר**<sup>46</sup>, בו נפסק, כי:

*"כאשר שותף אחד מתיר לצד שלישי להשתמש בנכס או בחלק כלשהו ממנו, בניגוד לרצונו של השותף השני, הוא חוטא לאמור בסעיף (הכוונה לסעיף 31(א)(1) - א' א') בשני דברים: ראשית, המשתמש במקרקעין זה לא הוא עצמו אלא אחר; שנית, על ידי התרת השימוש לצד שלישי, הוא מונע מהשותפים האחרים עשיית שימוש כזה באותו זמן".*

לעומת-זאת, נפסק במשפט **וילנר** נ' **גולני** הנ"ל, כי אין למנוע משותף המבקש חזקה משותפת, להביא עמו את בן-זוגו ואת ילדיו הסמוכים על שולחנו<sup>47</sup>. אם על-ידי כך נמנעת מהשותף האחר להשתמש אף הוא באותם מקרקעין, יהיה הפתרון פירוק השיתוף.

#### עשיית עיסקאות במקרקעין המשותפים

על-פי הדין הקודם, לכל אחד מן השותפים הייתה זכות קדימה לרכוש את חלקו של השותף האחר. הדין הקודם שהוא החוק העותומני<sup>48</sup> קבע כי כל אחד מהבעלים המשותפים של קרקע מסוג מירי, אינו יכול להעביר את חלקו לאחר ללא הסכמת יתר השותפים. ואם הקרקע נמכרה לאחר, זכאים היו השותפים במשך תקופה של שנה לדרוש את העברת הקרקע על שמם במחיר שווייה. זכות זו נקראה

<sup>46</sup> פס"ד כ"ז(1), עמוד 533.

<sup>47</sup> עמוד 26 מול האות ה.

<sup>48</sup> סעיף 41 לחוק הקרקעות העותומני.

בשם אולויה. חוק המקרקעין ביטל זכות קדימה זו וקבע בסעיף 34 (א) כי: "כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים או לעשות בחלקו עסקה אחרת בלי הסכמת יתר השותפים". לכן רשאי כל שותף למכור את חלקו, למשכנו או להשכירו לאחר ללא הסכמת יתר השותפים. השותף רשאי גם להשכיר את חלקו הבלתי מסוים לאחר, ומשעשה כן יבוא אותו אחר במקום השותף להיות בעל זכות החזקה והשימוש בנכס המשותף, ואין השותפים האחרים יכולים להתנגד לחזקה ולשימוש שעושה האחר במקרקעין.

#### פעולות לשמירה על המקרקעין המשותפים

פעולות נוספות שרשאי כל שותף לעשות במקרקעין, גם אם לא קיבל על-כך הסכמה מיתר השותפים, קשורות לשמירה על המקרקעין ולמניעת נזק מהם. על-פי סעיף 31 (א) מוסמך כל שותף:

**31. (א) (2) לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם.**

**(3) לעשות כל דבר הדרוש באופן סביר למניעת נזק העלול להיגרם**

**למקרקעין ולהגנת הבעלות וההחזקה בהם."**

כשעושה אחד השותפים כל אחת מהפעולות הללו, עליו להודיע על-כך בהקדם לשותפים האחרים. זאת כדי שהם יוכלו להתייחס לפעולה שנעשתה, להסכים לה, להתנגד לה, או להפסיקה.

על-פי סעיף 32, חייב כל שותף לשאת לפי חלקו בשיתוף, בהוצאות הדרושות להחזקתם התקינה של המקרקעין ולניהולם. אם אחד השותפים הוציא הוצאות שהיו דרושות לביצוע הפעולות הנזכרות בסעיף 31 הנ"ל, רשאי הוא לחזור ולתבעם מיתר השותפים, כל אחד לפי חלקו בשיתוף.

#### תשלום לשותפים בעד שימוש בלעדי

על-פי סעיף 33, "שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש". חובה זו קיימת כאשר השותף האחד השתמש במקרקעין באופן בלעדי, באופן שנמנע מיתר השותפים

להשתמש אף - הם באותם מקרקעין. היה ולא נמנע השימוש הזה מיתר השותפים, גם כאשר הם לא השתמשו במקרקעין בפועל, אין השותף חייב בתשלום כלשהו ליתר השותפים.

#### הזכות לפירות מהנכס

על-פי סעיף 35, זכאי כל שותף לפירות מהנכס המשותף בהתאם לשיעור חלקו. כאשר המקרקעין המשותפים הם בית, זכאי כל שותף לדמי שכירות שמתקבלים מהשכרתו. ואם רק שותף אחד גר בכל הבית באופן שנמנע מיתר השותפים לגור בו, זכאים הם לקבל מהשותף דמי שכירות ראויים.

#### ו. פירוק שיתוף

חכמינו ז"ל, מתארים את הקשיים שנוצרים בין שותפים במשל הבא: "קדרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא"<sup>49</sup>. כלומר, תבשיל של שותפים, אינו חם ואינו קר. הכוונה היא שהרצונות השונים של השותפים לעולם לא ישביעו רצונו של כל שותף ושותף. גם בתי-המשפט הביעו לא פעם את דעתם על הקשיים שמתגלעים ביחסי שיתוף בלתי תקינים היוצרים מצב של קיפאון בניצול הנכס המשותף. כך למשל, אומר בית-המשפט, בע"א 540/75 דגני נ. פניג<sup>50</sup>,

*"מאז ומעולם לא חיבבו שיטות המשפט את יחסי השיתוף במקרקעין, בהיותם מקור פוטנציאלי מובהק לסכסוכים ומריבות, ובהיות בתי המשפט מוגבלים למדי ביכולתם להבטיח שלום בין שותפים ניצים לאורך זמן, ומשום כך אף הקלו בהבאת יחסי השיתוף אל קיצם".*

בע"א 623/71 בועז נ. אנגלנדר<sup>51</sup> מצדד בית-המשפט בעד פירוק השיתוף במלים הבאות:

<sup>49</sup> מסכת עירובין דף ג'.

<sup>50</sup> פס"ד ל"א(2), עמוד 637, וראה בעמוד 640.

<sup>51</sup> פס"ד כ"ז(1) עמוד 334.

*"הרעיון המונח ביסוד סדרי החלוקה שהחוק החדש הנהיג הוא שחיסול השיתוף במקרקעין הינו מטרה רצויה, גם לטובת השותפים עצמם וגם למען המטרה המשנית הכללית של פיתוח מקרקעין. היוצא מזה שאם אחד השותפים הניע את מנגנון החלוקה, רצוי שבהזדמנות זו תושלם מלאכת החלוקה עד תומה".*

גם המחוקק הישראלי בדעה שאי-אפשר לכפות את השותפות על בעלי המקרקעין בניגוד לרצונם, ושאינן להכריח אדם להימצא ביחסי שותפות עם אחרים. לכן הקל חוק המקרקעין בהבאת יחסי השיתוף לקיצם על-ידי הענקת זכות לכל שותף לדרוש בכל עת, את פירוק השיתוף (סעיף 37 (א)). כן הגביל החוק את משך הזמן לתקופה של תניה בהסכם שיתוף, לשלוש שנים, לפיה לא יוכל השותף לתבוע את פירוק השיתוף (סעיף 37 (ב)). כלומר, אם היה בהסכם השיתוף תנאי השולל, או המגביל, את הזכות לדרוש את פירוק השיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים, רשאי בית-המשפט לצוות על פירוק השיתוף על-אף תנאי זה, כאשר נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.

ראוי לציין כי ביטול ההגבלה במקרה זה, נתון לשיקול דעתו של בית-המשפט, בעוד שההגבלה בהסכם שיתוף, בדבר זכותו של שותף לעשות עסקה בחלקו בלי הסכמת יתר השותפים, מתבטלת מאליה כעבור חמש שנים, ללא התערבות בית-המשפט.

### **בקשת פירוק**

הזכות לתבוע את פירוק השיתוף נתונה לכל אחד מהשותפים, יהיה חלקו בשיתוף אשר יהיה. כלומר, גם שותף שיש לו חלק מיזערי בבעלות המשותפת רשאי בכל עת לפנות לבית-המשפט ולדרוש את פירוק השיתוף, מבלי שיצטרך להסביר את הסיבות שהניעוהו לכך.

אם השותפים האחרים מעוניינים להמשיך לקיים את המקרקעין, ואין אפשרות מעשית או תכנונית, לחלק את החלקה ולתת לאותו שותף חלק מהחלקה המגיע לו, רשאים הם לקיים את המקרקעין בידם, אולם עליהם לשלם לאותו שותף הדורש את הפירוק מה שהיה נופל בחלקו אילו המקרקעין היו נמכרים (סעיף 41 (ב)).

כלומר הסכמת השותפים האחרים להישארותם בעלים משותפים הוא תנאי להסדר כזה.

### פירוק דרך חלוקה

מגמת המחוקק היא לשמור עד כמה שאפשר על זכויות הבעלים במקרקעין על-ידי חלוקתם בעין. זאת באופן שכל שותף יקבל חלק מסוים במקרקעין לפי שיעור חלקו בבעלות המשותפת. מובן, שעל חלוקת המקרקעין להיות תואמת את הוראות חוק התכנון והבנייה, שקובעות כללים בדבר חלוקת מקרקעין מההיבט התכנוני. לכן, אם נבצר לחלק את המקרקעין בעין, בגלל הגבלות של חוק התכנון והבנייה, (כגון: שטח מינימלי שצריך להיות לכל חלקה באותו איזור), או בגלל שחלוקה פיזית אינה אפשרית, (כגון: מבנה קטן שחלוקתו אינה אפשרית או שחלוקתו תפחית משווי במידה ניכרת), תפורק השותפות בדרך של מכירת המקרקעין וחלוקת הפדיון בין השותפים.

כאשר החלוקה מוסכמת על דעת כל השותפים, הרי היא מתבצעת על-ידי הכנת תוכנית חלוקה שנערכת מטעם מודד מוסמך. התוכנית מוגשת לאישור ועדת תכנון ובנייה, ולאחר אישורה ובקרתה על-ידי מחלקת המדידות הממשלתית, היא נרשמת בפנקס המקרקעין. זאת באופן שבמקום הרישום של חלקה אחת בבעלות משותפת, נרשמות חלקות חדשות בבעלות נפרדת. פעולת חלוקה זו מחייבת המצאת אישורי המיסים כתנאי לרישומה בפנקס המקרקעין. הסיבה לכך היא שבחלוקה כזו המקרקעין מתחלקים גם בין הבעלים המשותפים. המשמעות של חלוקה כזו היא, שבכל חלקה אשר מתקבלת מהחלוקה מקנים הבעלים המשותפים האחרים את חלקיהם לשותף האחר, שעל שמו נרשמת החלקה.

כאשר השותפים אינם מסכימים על חלוקת המקרקעין בעין, ומוגשת בקשה לבית-המשפט לפירוק השותפות, יבדוק בית-המשפט האם המקרקעין ניתנים לחלוקה בעין. אם-כך הדבר, יורה בית-המשפט על החלוקה, והוא רשאי לחייב תשלומי איזון, משותף לשותף, זאת כאשר כתוצאה מהחלוקה מקבל שותף אחד יותר מכפי חלקו בנכס השותפות. הוא הדין כאשר המניעה לחלוקה בעין חלה רק לגבי מקצת השותפים, אז רשאים האחרים לקיים את המקרקעין בידם במשותף או

לחלקם ביניהם, ובלבד שישלמו לשותפים האחרים, שלגביהם יש מניעה, את חלקם בשותפות, לפי השווי שאפשר היה לקבל במכירת המקרקעין בהוצאה לפועל. בכל חלוקה בעין, רשאי בית המשפט לצוות על רישום זיקת הנאה מחלקה לחלקה הנוצרת בחלוקה, כאשר מתברר לו שכתוצאה מהחלוקה אין מעבר חופשי לאחת החלקות או ליותר.

### חלוקה בעין של בית דירות

כאשר המקרקעין המשותפים מהווים בית שיש בו שתי דירות או יותר, והוא ראוי להירשם כבית משותף<sup>52</sup>, תפורק השותפות על-ידי רישומו של הבית כבית משותף בפנקס הבתים המשותפים, והדירות תחולקנה בין השותפים, לפי חלקיהם. בדרך זו נוצרת חלוקה בעין, כי כל דירה שנרשמת בבית משותף, מהווה יחידה נפרדת ועצמאית, ויכולה להיות נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעיסקאות<sup>53</sup>. השיתוף בין השותפים, ימשיך לחול לגבי הרכוש המשותף (שלא חולק על-ידי בית-המשפט), והם יכולים לחלקו ביניהם בהסכמה הדדית של כל השותפים לאחר רישומו של הבית כבית משותף. זאת על-ידי הוצאת שטחים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה זו או אחרת.

פירוק השיתוף בדירות שאינן רשומות בפנקסי המקרקעין (כגון אלו הרשומות במינהל מקרקעי ישראל או בחברות המשכנות), נעשה על-פי חוק המיטלטלין, אשר חל גם על זכויות, ולא על-פי חוק המקרקעין. זאת מכיוון שלאחר חקיקת חוק המקרקעין, אין עוד זכויות במקרקעין שאינן רשומות<sup>54</sup>.

נשאלת השאלה, האם תישמע תביעת אחד הבעלים המשותפים לדחות את מכירת המקרקעין המשותפים לפרק זמן, מהטעם שישנן ציפיות לעליית מחירי המקרקעין באותו איזור? טענה כזו נטענה בע"א 319/74 רובינשטיין נ' פיין<sup>55</sup> על-ידי

---

<sup>52</sup> סעיף 142 לחוק.

<sup>53</sup> סעיף 54 לחוק.

<sup>54</sup> ראה ע"א (י-ם) 52/77 ולנסי נ' ולנסי, פס"מ התשל"ח(1), עמוד 307.

<sup>55</sup> פס"ד ל' (1), עמוד 454.

אחד השותפים שביקש, לדחות את המכירה הפומבית של המקרקעין עד להחלת תוכנית מפורטת על החלקה, אשר תביא לעליית שווייה בשיעור ניכר. בית-המשפט דחה טענה זו ואמר:

*"במכירת מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל קובעים את מחירם הנכון של המקרקעין על-פי שומה, לפי תקנה 52 לתקנות ההוצאה לפועל, תשכ"ח-1968. בשומה כזאת בוודאי יביאו בחשבון סיכויי הפיתוח של הקרקע. לראש ההוצאה לפועל שיקול דעת לאשר את המכירה או שלא לאשרה. אם המחיר המוצע הוא ירוד מתחת למחיר השומה, יש להניח שהוא יימנע מלאשר את המכירה. כל בעלים משותפים זכאים למחיר הוגן עבור חלקם לפי ערכם בעת המכירה. אין הם זכאים לדחיית המכירה מן הטעם שבעתיד עשוי ערך הרכוש לעלות וחבל שלא להמתין לעלות ערך כזאת. זה נובע ברורות מהוראות סעיף 37 (א) של חוק המקרקעין, כי יכל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף".* 'בכל עת' נאמר, ולא בעת ששותפיו יסכימו לפירוק, יהיו הטעמים לאי הסכמתם בהווה אשר יהיו".

שאלה נוספת מתעוררת בהקשר לחלוקה בעין והיא, האם צו חלוקה בעין שניתן על-ידי בית-משפט צריך להיות תואם להוראות חוק התכנון והבנייה? בניסוח אחר, האם על בית-המשפט - בבואו לחלק בעין את המקרקעין בין השותפים - להתחשב בתוכנית של ועדת תכנון ובנייה שחלה על אותם מקרקעין? בית-המשפט-העליון התייחס לעניין דומה בע"א 348/77 **הממונה על המירשם נ' ג'רג'ורה**<sup>56</sup> ואומר:

*"ההערה השנייה מתייחסת לתיאום בין פסק-דין של בית-משפט המצווה על רישום חלוקת קרקע, שלא במסגרת פעולות ההסדר, לבין דרישות חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. אני מסכים שלפי סעיף 38 (א) לחוק המקרקעין יכול הרשם לסרב לרישום חלוקה על-פי הסכם חלוקה בין*

<sup>56</sup> ע"א 348/77 **הממונה על המירשם נ' ג'רג'ורה**, פס"ד ל"ג(2), עמוד 494, ראה בעמוד 499 מול האות ד.

הצדדים, שחייב להיות תואם את הוראות חוק התכנון והבניה, ואין הוראה מקבילה לגבי רישום חלוקה חדשה על-פי צו בית-המשפט, והרשם חייב לרשום חלוקה על-פי סדר-דין גם אם אין היא תואמת את חוק התכנון והבניה. מאידך, נראה לי לכאורה אם כי אינני קובע דבר מאחר ולא זו הבעיה בערעור זה, ולא שמענו טיעון בנדון שכאשר יתבקש בית-המשפט לצוות על חלוקת קרקע, הוא לא יתעלם מהוראות חוק התכנון והבניה, כדי לא ליצור בעיות ומצב דברים חדש שאין בו תועלת מעשית. יחד עם זאת, ברוב תביעות החלוקה אין להניח שהמדינה היא בין המתדיינים, ועלולים להיות מקרים שבהם הצדדים יהיו מעוניינים בחלוקה שאינה תואמת את דרישות חוק התכנון והבניה, ובית-המשפט לא יהיה ער לשאלה ויתן פסק-דין שאינו תואם את חוק התכנון והבניה. לכן נראה לי שרצוי שהמחוקק יתן את דעתו לשאלה, אם לא רצוי שבסעיף 38 (ב) יאמר שגם בית-המשפט לא יצווה על חלוקה שאינה תואמת את חוק התכנון והבניה"

## ז. מכירת מקרקעין משותפים

יש להדגיש שמכירת המקרקעין על-ידי בית-המשפט מתבצעת בדרך של מכירה פומבית, כפי שנמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל. חוק המקרקעין מאפשר שלב מוקדם של מכירת המקרקעין, על-ידי מכירה פנימית ותחרותית בין השותפים רק כאשר בית-המשפט נוכח לדעת שמכירה כזו תהיה יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין (סעיף 40 (ב))<sup>57</sup>. בע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף<sup>58</sup> נדונה השאלה, האם מוסמך בית-המשפט, מיוזמתו שלו, ומבלי שנתבקש על-כך על-ידי השותפים להורות על מכירה תחרותית בין השותפים. בית-המשפט העליון השיב על-כך בשלילה ואמר:

"אמת היא, שבסיפא של אותו סעיף (40 (ב)), משאיר המחוקק פתח

---

<sup>57</sup> ראה ע"א 199/69 מלמד נ' הווארד, פס"ד כ"ג(2), עמוד 210.

<sup>58</sup> פס"ד כ"ח(2), עמוד 44.

למכירת הנכסים שלא בדרך מכירה פומבית הקבועה בחוק ההוצאה לפועל, באמרו שבית המשפט רשאי להורות על דרך אחרת. ברם אין ספק שהכלל הוא, שהפירוק נעשה בדרך של מכירה פומבית, וכי הדרך האחרת (בין היתר מכירה תחרותית בין השותפים), היא דרך יוצאת מן הכלל, וכי על מי שמבקש שבית המשפט יסטה מן הכלל, חובת ההוכחה שבנסיבות הענין, הדרך השניה היא גם יעילה וגם צודקת. דוגמא על הדרך האחרת בה רשאי בית המשפט ללכת, אפשר ללמוד מדברי יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט דאז, חבר הכנסת משה אונא, שבהביאו את הצעת החוק לקריאה שניה, הסביר כי הדרך האחרת תהיה, למשל, מתאימה כ"שהנכס שוויו מועט ופרוצדורה מסובכת רק תגדיל את ההוצאות, שהדרך האחרת עשויה להקטיני".

על-פי סעיף 43, "בית המשפט יתחשב ככל האפשר בדרישת מקצת השותפים לקיים את השיתוף ביניהם ובשאר משאלותיהם של השותפים". סעיף זה חל כאשר פירוק השיתוף נעשה בדרך חלוקה בעין ולא כאשר חלוקה בעין אינה אפשרית. בע"א 288/71 מרדכי נ' מרדכי<sup>59</sup> מתייחס בית-המשפט למשמעות שיש לאמור בסעיף 43 ומסבירם כדלהלן: כאשר ישנם שני שותפים בלבד לנכס ואחד מהם דורש את פירוק השיתוף, על-פי זכותו לפי סעיף 37 (א) של החוק, במקרה כזה השותף האחר אינו יכול לדרוש שהשיתוף יקיים למרות רצון שותפו לפירוק. סעיף 43 מכוון למקרה שבו מקצת השותפים מעדיפים לקיים את השיתוף ביניהם, למרות פירוק השיתוף עם השותף או השותפים הדורשים את פירוקו. למשל, כאשר דורש אחד משלושה שותפים לחלק נכס בעין, והנכס ניתן לחלוקה בעין, אין בית-המשפט חייב לצוות על חלוקתו לחלקיו בין שלושת השותפים, אלא הוא יכול למלא משאלה של שני השותפים הנתבעים ולצוות על המשך השיתוף ביניהם, אחרי שחלקו של השותף התובע יופרד בעין. ומה פירוש "שאר משאלותיהם של שותפים", במובן סעיף 43 סיפא? פירוש, שבית-המשפט יכול להיענות למשאלתם של שותפים לחלק את הנכס ביניהם בעין בצורה טופוגרפית מסוימת דווקא. אולם כל זה אינו גורע מזכותו

<sup>59</sup> פס"ד כ"יו(1), עמוד 393.

היסודית של כל שותף לפירוק השותפות, אם בדרך של חלוקה בעין ואם בדרך של מכירת הנכס. עד לסיום הליכי הפירוק, שעשוי להימשך זמן רב, מוסמך בית-המשפט לתת צו זמני שיקבע את סדרי ניהול המקרקעין והשימוש בהם<sup>60</sup>.

### ח. שיתוף בזכויות אחרות

כל ההוראות שמתייחסות לשיתוף במקרקעין חלות לא רק על שיתוף בבעלות אלא גם על שיתוף בזכויות אחרות במקרקעין כגון, שכירות, משכנתה, זיקת הנאה וזכות הקדימה. יש להניח ששכירות קצרה שאינה טעונה רישום בפנקס המקרקעין<sup>61</sup> ולא נרשמה, יחולו גם עליה הוראות השיתוף שבחוק המקרקעין. זאת מכיוון, ששכירות קצרה מעניקה לשוכר זכות קניינית בנכס לתקופת השכירות גם כאשר לא נרשמה. שאם לא כן, מה היא הרבותא לאמור בסעיף 79 (א) לחוק המקרקעין ששכירות קצרה אינה טעונה רישום?

## 5. פנקסי המקרקעין

בפנקסי המקרקעין יש מערכת מידע מקיפה ואמינה על מצבם המשפטי של המקרקעין, אשר מצויים בתחום המדינה. בפנקסים אלה מוגדרים, באופן ברור, יחידות הרישום, שמות בעלי הזכויות, והשיעבודים שחלים על יחידות אלו. בחלק הארי של הפנקסים שבהם רשומים המקרקעין אשר עברו הסדר קרקעות, ואשר נקראים פנקסי זכויות, מבוססת יחידת הרישום על מדידה מדויקת ועל מיפוי שנעשה על-ידי אגף המדידות הממשלתי.

בפנקסי המקרקעין שמנוהלים בלשכות לרישום מקרקעין, רשומים כל שטחי

---

<sup>60</sup> סעיף 44 לחוק.

<sup>61</sup> ראה סעיף 79 (א) לחוק המקרקעין וסעיף 152 לחוק הגנת הדייר.

הקרקעות במדינה<sup>62</sup>, למעט שטחים מצומצמים שלגביהם אין רישום כלל. השטחים שאינם רשומים יירשמו, בבוא העת, במסגרת הליכי הסדר הקרקעות, או במסגרת רישום ראשון.

ההכרה בצורך להנהיג רישום מסודר של מקרקעין נובעת היום, כמו גם בתקופות קדומות, מן ההבחנה הברורה בין מטלטלין לבין מקרקעין. בעוד שבמטלטלין, לרוב משמשת החזקתם ראיה מספקת לבעלות עליהם, הרי שבמקרקעין, תפיסת החזקה בהם אינה מעידה בהכרח על בעלות. זאת ועוד, במקרים רבים גם הבעלים של המקרקעין אינם מסוגלים לתפוס בהם חזקה.

ברוב המדינות בעולם קיים היום רישום מסודר ואמין של המקרקעין אשר נמצאים בתחומי המדינה. זאת משום שללא רישום כזה אי-אפשר לבצע סחר חופשי ובטוח במקרקעין, והתהליך לקבלת אשראי כנגד בטחונות בקרקע, מסתרבל. כמו-כן, ללא רישום נוצר קושי בשיעבוד המקרקעין, בעיקולם, בזיהויים ובהגדרת בעלי הזכויות והשיעבודים. יש להדגיש שהרישום בפנקסים מעניק, ברוב המקרים, למי שרשום בהם, לא רק את הערך ההוכחתי בדבר קיום זכותו בנכס, אלא גם, ובעיקר, את זכותו הקניינית. לדוגמא, בעשיית עסקה במקרקעין, קמה לרוכש זכות קניינית רק לאחר רישומו בפנקס. זכות זו מוגנת כנגד כל העולם - "כלפי כולי עלמא", ועל-כך מקובל לומר, שכנגד זכותו של בעל זכות הקניין, עומדת החובה של כל העולם שלא לפגוע בה.

את הרישומים שנערכים בפנקסים ניתן למיין לשתי קבוצות: רישומי החובה, ורישומי ההוכחה. את רישומי החובה נהוג לכנות בשם רישומים קונסטיטוטיביים, ואת רישומי ההוכחה, רישומים פרובטיביים. ברישומי החובה נכללים כל העניינים שהמחוקק קבע במפורש כי הם טעונים רישום, וכי כל עוד לא נרשמו אין לבעל הזכות בנכס אלא זכות חיובית, אובליגטורית, כמו רישום עיסקאות. רישום כזה הוא חובה, לפי האמור בסעיף 7 לחוק המקרקעין שקובע:

*"(א) עסקה במקרקעין טעונה רישום, העסקה נגמרת ברישום, ורואים את*

<sup>62</sup> כ-22 מליון דונם.

*השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.*

*(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה".*

כלומר, הזכות הקניינית עוברת לרוכש רק עם הרישום. כל-עוד לא בוצע הרישום, אין לרוכש זכות קניינית - ריאליית בנכס אלא זכות חוזית. זכות זו אינה מוגנת מפני תביעות צד ג' ואין לה עדיפות על-פני תביעות של נושים שיש למוכר. דוגמא נוספת לרישום קונסטיטוטיבי אפשר למצוא ברישום הערת אזהרה על פי סעיף 126 לחוק. רק לאחר שנרשמת הערת אזהרה על-סמך התחייבות של בעל מקרקעין או של בעל זכות במקרקעין לעשות בהם עסקה, ניתנת לזכאי על-פי הערת האזהרה ההגנה הנוכרת בסעיף 127 (ב) האומרת:

*"נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין.... הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה...".*

זאת אומרת, שכל-עוד לא נרשמה ההערה, אין לזכאי על-פי ההתחייבות כל ההגנות הנוכרות בסעיף 127 (ב) הנ"ל. לעומת-זאת נכללים ברישומי ההוכחה כל העניינים, שגם ללא הרישום יש לבעל הזכות קניין בנכס והרישום בעניינים אלה לא בא, אלא, להוכיח את קיומה של הזכות ולא את יצירתה. דוגמא לכך מהווה רישום ירושה שנעשה על-פי צו בית-המשפט. צו זה שמכריז על הירושה, כוחו הצהרתי גרידא ואינו משמש אלא לראיה בדבר זכות הירוש בנכס<sup>63</sup>. זכותו של יורש בירושה ובנכסי העיזבון קם לו מרגע פטירת המוריש, לפי האמור בסעיף 1 לחוק הירושה, "במות אדם עובר עזבונו ליורשיו". לכן, גם ללא רישום נכסי העיזבון בפנקסי המקרקעין עומדות ליורש אותן זכויות שהיו למוריש ערב פטירתו. כאשר זכותו של המוריש בנכס שרכש טרם נרשמה בפנקס המקרקעין, גם ליורש אין זכות קניינית בנכס, וכשם שלמוריש לא הייתה זכות כזו, גם ליורש לא תיווצר הזכות, אלא אם

---

<sup>63</sup> ראה גם בע"א עמ"ס נ' עמ"ס פס"ד ל"ח(3), בעמוד 556.

יסיים את עיסקת מורישו ברישום. לעומת-זאת, כאשר זכותו של המוריש הייתה רשומה בפנקס, נהנה גם היורש מזכות זו אף ללא רישום.

### א. סוגי הפנקסים

ארבעה סוגי פנקסים מנוהלים היום בלשכות לרישום מקרקעין:

1. **הפנקסים התורכיים** - שתחילתם בתקופה העותומנית, במחצית השנייה של המאה שעברה.
2. **פנקסי השטרות** - שנקבעו על-ידי השלטון הבריטי בתקופת המנדט.
3. **פנקסי הזכויות** - אף הם נקבעו בתקופת המנדט.
4. **פנקסי הבתים המשותפים** - אשר הונהגו על-ידי המחוקק הישראלי על-פי חוק בתים משותפים התשי"ג-1952, ועל-פי חוק המקרקעין תשכ"ט.

בפנקסים התורכיים אין מבצעים פעולות רישום. הם משמשים כמקור להוכחת זכויות בקרקע ולחידוש הרישום בפנקס השטרות. כמו-כן, הם מהווים אסמכתה לתביעה בקרקע, שמוגשת לפקיד הסדר הקרקעות, במסגרת פעולות ההסדר. בשלושת סוגי הפנקסים האחרים הנ"ל, נרשמות בהם כל הפעולות והעיסקאות, והם מתעדכנים באופן שוטף<sup>64</sup>. בכל לשכות רישום המקרקעין הוסבו כל הפנקסים לקובץ נתונים ממוחשב, כשהנתונים משתנים ומתעדכנים באמצעות המחשב, מיד לאחר שמתבצעות פעולות או עיסקאות. הפנקסים המקוריים שהוסבו, גנוזים למשמרת והם משמשים לקבלת מידע על רישומים היסטוריים, ולבירור במקרה של טעות בהסבה. כאשר מתגלית טעות בקובץ הממוחשב היא תתוקן על-פי הרישום בפנקס המקורי. התוקף המשפטי של מאגרי הנתונים שנמצאים על-גבי סרטים מגנטיים, נקבע בתקנה 6 (ג) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום).

### ב. פנקסי הזכויות

בפנקסים אלה נרשמים המקרקעין שעברו הסדר קרקעות על-פי פקודת

---

<sup>64</sup> ראה תקנה 6 (א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום).

## ניהול נדל"ן

---

הסדר זכויות במקרקעין<sup>65</sup>. המקרקעין המוסדרים מהווים כ-96% משטח המדינה<sup>66</sup>, ואילו יתר המקרקעין, רשומים בפנקסי השטרות, או בפנקסים התורכיים. יש גם מקרקעין שאינם רשומים כלל, אולם מספרם מצומצם. הרישום בפנקס הזכויות מבוסס על הסדר הקרקעות שתחילתו בשנת 1928, בעת שנחקקה פקודת הקרקעות (סדור זכויות הקנין), על-ידי השלטון המנדטורי. הסדר הקרקעות נעשה על-סמך חקירה מדוקדקת וקפדנית של הזכויות, ועל-סמך מדידה ומיפוי של השטחים המוסדרים. מסיבה זו, קובע סעיף 81 לפקודה, כי:

*"הרישום בפנקס החדש"<sup>67</sup> יבטל כל זכות הסותרת אותו רישום, אם אין בפקודה זו הוראה אחרת לעניין זה".*

מגמתו של המחוקק בסעיף זה ובסעיף 125 (א) לחוק המקרקעין - לקבוע את **סופיות הרישום בכל מה שקשור לזכויות במקרקעין שעברו הליכים של הסדר קרקעות**. בכך מתכוון המחוקק להגן על מי שרשום בפנקס הזכויות מפני תביעות חדשות לזכויות באותם מקרקעין. מהאמור בסעיף 81 יוצא, כי הרישום בפנקס הזכויות מבטל כל רישום קודם שהיה קיים בפנקס מקרקעין אחר.

הערך ההוכחתי לתוכנו של הרישום במקרקעין אשר רשומים בפנקסי הזכויות, הוא ערך של **הוכחה חותכת**. זאת על-פי סעיף 125 (א) לחוק האומר כי:

*"רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתוכנו, אולם אין בכך כדי לגרוע מהוראות סעיפים 93 עד 97 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש) התשכ"ט-1969".*

סעיפים אלה מאפשרים לתקוף את הרישום בפנקס הזכויות, למרות שהרישום בו מהווה ראיה חותכת לתוכנו. זאת, כאשר הושג הרישום במרמה, או כאשר זכות שהיתה רשומה בפנקס הושמטה מלוח הזכויות, או כאשר נרשמה שלא

---

<sup>65</sup> פקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), התשכ"ט-1969. קודם לכן הייתה בתוקף פקודת הקרקעות (סידור זכות הקנין) 1928, (חא"י פרק 80 מס' 9).

<sup>66</sup> שטח המדינה כ-22 מיליון דונם.

<sup>67</sup> הכוונה לפנקס הזכויות.

כשורה. תקיפה זו יש לעשות בתוך זמן מוגבל, והיא מתבצעת בשני שלבים: השלב הראשון - הוכחת הזכות במקרקעין של מי שטוען לתיקון הרישום, והשלב השני - הוכחה כי הרישום לוקה באחד מן הפגמים שמנויים בסעיף 93.

בע"א 753/87 **בראשי נ' עיזבון בראשי**<sup>68</sup>, דן בית המשפט בבקשה לתקן את הרישום בפנקס הזכויות בטענה כי הרישום הושג במירמה. בית-המשפט מסביר את שני השלבים הנ"ל ואומר:

*"תחילה יש, על-כן, לבחון, אם הוכיח המערער את זכות הבעלות בבית, אשר לה הוא טוען. מסקנה חיובית לשאלה זו תוביל לשלב השני, העוסק בפגם אשר נפל ברישום הזכויות"*<sup>69</sup>.

בהמשך פסק-הדין, מוסיף בית המשפט:

"לשם תיקונו של רישום הזכויות בפנקס המקרקעין על-פי האמור בסעיף 93 לפקודת ההסדר, לא די, כאמור, בהוכחת זכות הקניין בנכס. השלב השני, כמוזכר לעיל, עניינו בהוכחת פגם אשר נפל ברישום. רק מקום בו לוקה הרישום בפגם, מן הסוג המנוי בסעיף 93, נפתח הפתח לתיקונו"<sup>70</sup>.

בע"א 371/85 **פיליפ נ' רוזנברג**<sup>71</sup>, מסייג בית-המשפט את הערך ההוכחתי שניתן על-פי סעיף 125 (א), ואומר:

*"אין לפרש את האמור בסעיף קטן זה, כקובע, שבשום נסיבות אין לקעקע את המשקל הראייתי של הרישום... גם רישום, שבוצע על-פי הצהרה שאינה תואמת את הנתונים המהותיים בחוזה, או שבוצע במירמה ואפילו בטעות בתום-לב וכיוצא באלה מקרים, יכול הבעלים האמיתי לתקוף אותו בתביעה משפטית"*.

פרט לערך ההוכחתי שיש לרישום מקרקעין בפנקסי הזכויות, ישנן שלושה

<sup>68</sup> פס"ד מ"ג(3), עמוד 210.

<sup>69</sup> בפסה"ד הנ"ל, עמוד 213 מול האות ד.

<sup>70</sup> בפסה"ד הנ"ל, עמוד 216 מול האות ז.

<sup>71</sup> פס"ד מ"ב(1) עמוד 584, וראה בעמוד 596 מול האותיות ד-ו.

## ניהול נדל"ן

---

יתרונות לרישום כזה, על-פני מקרקעין שלא עברו הסדר ושרשומים בפנקסי השטרות או בפנקסים התורכיים.

**היתרון הראשון** מתייחס לרכישה בתום-לב של מקרקעין, תוך-כדי הסתמכות על הרישום. סעיף 10 לחוק מקנה עדיפות ל"מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך על הרישום" על-פני הבעלים האמיתי. דוגמא למשמעותה של עדיפות זו, נמצא בע"א 599/77 **קורצפלד נ' אדלר**<sup>72</sup>. במקרה זה רכש אדם חלקת קרקע מוסדרת ממי שהתיימר להיות בעליה, ולאחר-מכל מכרה לאדם אחר. נפסק שבתחרות בין הקונה הראשון לבין הבעלים האמיתי, תהיה תמיד ידו של הבעלים האמיתי על העליונה. זאת מכיוון שהמוכר אינו יכול למכור מה שאין לו, והקונה אינו יכול לרכוש מה שאין למוכר. לא כן יהיה הדבר, כאשר הקונה הראשון (שקנה את החלקה ממי שהתיימר להיות בעליה) נרשם בפנקס הזכויות, ולאחר-מכן מוכרה לקונה שני. במקרה כזה, כאשר הקונה השני רוכש את החלקה בתמורה ובהסתמך בתום-לב על הרישום, תהא זכותו עדיפה על-פני זכותו של הבעלים האמיתי. **עדיפות זו שמצוינת בסעיף 10, נתונה לקונה שרכש מקרקעין מוסדרים, אשר רשומים בפנקס הזכויות, ולא לזה שרכש מקרקעין שאינם מוסדרים, אשר רשומים בפנקס השטרות או בפנקס התורכי.**

**היתרון השני** מתייחס לנושא ההתיישנות. אפשר לטעון טענה של התיישנות רק במקרקעין לא מוסדרים, ואילו במקרקעין מוסדרים אין מסיג הגבול זכאי לטעון טענת התיישנות<sup>73</sup>. בהקשר זה יש לציין את הנאמר בסעיף 195 (ב), כי למרות שבוטלה ההתיישנות במקרקעין מוסדרים, "אין בכך כדי למנוע טענה מכוח התיישנות שאדם היה זכאי לטעון אותה לפני תחילת חוק זה". כלומר, מי שהחזיק בקרקע מוסדרת במשך 25 שנה לפני שההתיישנות בוטלה על-ידי חוק המקרקעין, זכאי בתום תקופה זו לטעון טענת התיישנות.

**היתרון השלישי** מתייחס לנושא בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת. במקרקעין

---

<sup>72</sup> פס"ד ל"ד(2) עמוד 29.

<sup>73</sup> סעיף 162 (2) לחוק. לפני תחילתו של חוק המקרקעין הייתה תקופת התיישנות במקרקעין מוסדרים 25 שנה.

מוסדרים עומדת לבעלים זכות הברירה, האם לקיים את המחברים בידו, או לדרוש ממני שהקים אותם שיסלקם ויחזיר את המקרקעין לקדמותם<sup>74</sup>. לעומת-זאת, במקרקעין לא מוסדרים, מי שבנה או נטע ללא רשות הבעלים, זכאי לרכוש את הבעלות כאשר מתמלאים תנאים מסוימים.

### ג. פנקסי הבתים המשותפים

בלשכות הרישום הוחל בניהול פנקסי הבתים המשותפים לאחר שנחקק **חוק בתים משותפים, התשי"ג-1952**. לפני שנה זו התנהלו פנקסי השטרות ופנקסי הזכויות בלבד. בסעיף 52 לחוק המקרקעין מוגדר "בית משותף", כ"בית שיש בו שתי דירות או יותר והוא נרשם בפנקס הבתים המשותפים". הרישום בפנקס נעשה על-פי צו שניתן על-ידי מפקח על רישום מקרקעין לאחר שנוכח לדעת כי נתקיימו כל התנאים לרישומו של הבית כבית משותף.

בפנקס השטרות ובפנקס הזכויות, רשומות חלקות קרקע שכל אחת מהן מהווה יחידת רישום של מקרקעין. יחידת הרישום כוללת, לא רק את הקרקע, אלא גם את כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע<sup>75</sup>. במלים אחרות, כל מה שמחובר חיבור של קבע לקרקע מהווה חלק אינטגרלי מממנה לכל דבר ועניין. לכן, אין בפנקסים אלה תיאור הבתים שהוקמו על החלקות<sup>76</sup>. מי שרשום כבעלים של החלקה הוא ממילא גם הבעלים של המחברים עליה<sup>77</sup>, וכאשר הוא עושה עסקה בחלקה, היא חלה על הקרקע ביחד עם כל המחברים. סעיף 13 אף קובע ש"אין תוקף לעסקה בחלק מסוים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת". התוצאה של האמור בסעיף זה היא, שבעל חלקה אשר עליה עומד בית, אינו יכול למכור דירה מסוימת בבית, שכן הדירה מהווה חלק מסוים של מקרקעין.

<sup>74</sup> סעיף 21 לחוק.

<sup>75</sup> ראה הגדרה של "מקרקעין בסעיף 1 לחוק.

<sup>76</sup> פרט למקרים שבהם מתוארת היחידה כאדמה ובניין שנבנה לפני, או אחרי שנת 1331 להיג'רה.

<sup>77</sup> סעיף 12 לחוק.

## ניהול נדל"ן

---

עם זאת, ישנם שני מקרים שלגביהם קיימת הוראה אחרת בחוק שמאפשרת לעשות עסקה בחלק מסוים של מקרקעין. במקרה האחד מתייחסת ההוראה לעסקת שכירות. בעסקה כזו, אומר סעיף 78, "ניתן להשכיר חלק מסוים של מקרקעין". במקרה השני מתייחסת ההוראה לדירה בבית משותף. על-פי סעיף 54, "תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות".

כל עוד הבית לא נרשם כבית משותף, רשאי בעל החלקה למכור רק חלק בלתי מסוים מממנה (מחצית, שליש וכיו"ב). כמו-כן רשאי הוא להשכיר לתקופה ממושכת דירה או חלקים מסוימים של הבית. לעומת-זאת, כאשר הבית נרשם כבית משותף, רשאים הבעלים למכור את הבעלות על דירה זו או אחרת, למרות שזוהי עסקה בחלק מסוים של מקרקעין. זוהי, אפוא, המטרה העיקרית שלשמה רושמים בתים בפנקס הבתים המשותפים.

פעולת רישום הבית כבית משותף איננה "עסקה" במקרקעין, מכיוון שלא מתבצעת הקנייה של זכות במקרקעין. הפעולה שמתבצעת היא פיצול החלקה לחלקות משנה, שמספרן כמספר הדירות בבית, מבלי שיחול שינוי בזכויות הבעלים. זאת אומרת, שהבעלים על החלקה המקורית נרשמים כבעלים על כל הדירות בבית המשותף בהתאם לחלקים שהיו להם ערב הרישום. כל דירה מהווה יחידת רישום נפרדת ועצמאית: לבעלות, לזכויות ולעסקאות. כל חלקי הבית האחרים שמחוץ לדירות, מהווים את חלקת המשנה של "הרכוש המשותף". על-פי זה, הדירות והרכוש המשותף כוללים את המקרקעין שהיוו את החלקה ערב רישום הבית המשותף. כדי שלא יהיה רישום כפול לאותו נכס (רישום אחד, בפנקס השטרות או בפנקס הזכויות, ורישום שני - בפנקס הבתים המשותפים), מורה המפקח, אגב מתן צו-הרישום, לציין בפנקס השטרות או בפנקס הזכויות כי הבית נרשם כבית משותף. רישום זה, תוך-כדי ציון מס' השטר (שהוא גם מס' התיק), נעשה בדף החלקה שעליה נבנה הבית. לאחר-מכן לא ניתן יותר לבצע בחלקה פעולה או עסקה כלשהי.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> הרישום חוזר לחלקה המקורית, כאשר מתבטל רישומו של הבית המשותף, על-כך ראה סעיפים 146 ו-147 לחוק.

צו הרישום

צו הרישום של בית משותף ניתן על-ידי מפקח אשר מורה לרשם "לסגור" את הרישום בפנקס הזכויות, או בפנקס השטרות (היכן שרשומה החלקה המקורית, עליה בנוי הבית). במקום רישום זה מורה המפקח, לרשום בפנקס הבתים המשותפים את כל הדירות שבבית ואת הרכוש המשותף שמצוי בו<sup>79</sup>. בצו רישום זה מופיעים כל הפרטים שקשורים לבית המשותף שהם: המבנה, הקומה, תיאור הדירה, מס' הדירה, שטח הדירה, חלקים ברכוש המשותף, הבעלות, שיעבודים, תקנון.

1. **המבנה**: כאשר בבית המשותף יש יותר ממבנה אחד, יסומן כל מבנה בספרה רומית, I, II, III וכו'. האגפים יסומנו בספרות 1, 2, 3 וכו' והכניסות תסומנה באותיות א, ב, ג וכו'.

2. **הקומה**: קומת הקרקע היא קומת הכניסה לבית או קומת העמודים. הקומה שמעליה היא הקומה הראשונה, והקומה שמתחתיה היא קומת המרתף. כאשר יש לבית מספר מרתפים הם יסומנו מלמטה למעלה: מרתף ראשון, שני, שלישי וכו'.

3. **תיאור הדירה**: "דירה", על-פי סעיף 25 לחוק, אינה בהכרח דירת-מגורים. היא יכולה להיות גם בית-עסק, או לשמש לכל מטרה אחרת. למרות שהיעוד והשימוש של הדירה נקבעים על-פי חוק התכנון והבנייה, מתאר המפקח בצו את המטרה שלה תשמש הדירה, כגון: חנות, מחסן וכיו"ב. בע"א 190/84 **וליד נ' חורי והממונה על המירשם**<sup>80</sup> דן בית-המשפט בערעור על החלטת הממונה. הממונה סירב להיעתר לבקשה לתיקון צו רישום הבית המשותף, מ"מרתף בקומת מרתף" ל"דירה בקומת מרתף". סירובו נומק על ידו מהטעמים הבאים:

<sup>79</sup> "רכוש משותף" מוגדר בסעיף 52 כדלהלן: "כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, לרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מיתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם אפילו הם בתחומי דירה מסויימת".

<sup>80</sup> בית-המשפט-המחוזי ירושלים (לא פורסם). פסק הדין ניתן ב-9.1.1986, על-ידי השופטת יפה הכט.

## ניהול נדל"ן

---

א. צו רישום בית בפנקס הבתים המשותפים צריך שישקף את המצב הפיסי של הבית, ואת הזכויות הקנייניות בחלקיו השונים. שינויים בשימוש שנעשה באחת מיחידות הבית איננו נופל לגדר העילות שעל-פיהן ניתן לתקן את צו הרישום. זאת משום שאין בשינוי השימוש, כשלעצמו, משום שינוי במצבו הפיסי של הבית או בזכויות הקנייניות שיש לבעלים השונים ביחידות הבית.

ב. קביעת השימוש שנעשה ב"דירה" אינו בתחום סמכותו של המפקח ואינו מעניינו של מירשם המקרקעין, אלא-אם-כן, נרשמה הערה על ייעוד או שימוש על-פי תקנה 27 לתקנות המקרקעין.

ג. הזכות שיש למבקשת מוגדרת, כאמור, בסעיף 52 לחוק, כ"דירה" בבית משותף. אין לתיאור הדירה בצו הרישום של הבית המשותף דבר וחצי דבר עם השימוש שנעשה בו. זאת, הן בשלב רישום הבית כבית משותף והן בשלבים מאוחרים יותר. בית-המשפט דחה את הערעור והשופטת הכת נימקה את הדחייה באומרה:

*"עם זאת, מסכימה אני לתוצאה אליה הגיע הממונה ובמיוחד לנימוק כי אין המפקח - ואוסיף, גם לא בעל המקרקעין, בהבל פיהם, רשאים לשנות יעוד שעוגן ברישום ואשר אמור לשמש ראייה חותכת לתכנון, במקרקעין מוסדרים, וראיה לכאורה לתוכנו במקרקעין שאינם מוסדרים (ראה סעיף 125 לחוק בדבר כח ההוכחה של הרישום). מי שרוכש זכות במקרקעין ויחידה בבית משותף בכלל זה (ראה סעיף 53 לחוק), רשאי לסמוך על תכנם של פנקסי המקרקעין וללמוד מן הרישום, ובמקרה דגן מן הרישום בפנקס הבתים המשותפים ומן התשריט ששמש יסוד לרישום, על מצבו הפיסי של הבית המשותף וכן על יעודן של הדירות ועל מערכת היחסים בין בעלי הדירות, אם ובמדה שגרשם תקנון מוסכם לפי סעיף 62 לחוק".*

בתיאור הדירה אפשר לכלול גם מחסן (דירה + מחסן), **בתנאי שהכניסה למחסן היא מחוץ לדירה והמחסן מיועד לשמש את הדירה**. בעבר נהגו לציין את מספר החדרים שבדירה, אולם מכיוון שהחלוקה הפנימית של הדירה אינה רלוונטית לכל עניין שהוא, הפסיקו לציין זאת.

4. **מספר הדירה**: מספר הדירה (חלקת המשנה), מורכב ממספר החלקה המקורית

(כפי שהוא רשום בפנקס השטרות או בפנקס הזכויות), וממספר הדירה בבית (כפי שהוא מסומן בתשריט). לדוגמא, בבית בן שלוש דירות שנבנה על חלקה 18, הדירות יסומנו כך:

**דירה 1** - חלקה 18/1, כשהמספר 18 מבטא את מספר החלקה המקורית והמספר 1 את חלקת המשנה.

**דירה 2** - חלקה 18/2.

**דירה 3** - חלקה 18/3.

הרכוש המשותף בבית זה מסומן במספר החלקה ובמספר אפס. בדוגמא שלעיל יסומן הרכוש המשותף במס' 18/0. כאשר הבית עומד על מספר חלקות, כגון, על חלקות 18, 19, 20, תסומן כל דירה ביחד עם כל מספרי החלקות. לדוגמא: 19, 20/1, 18 ; 18, 19, 20/2, וכי'.

5. **שטח הדירה**: שטח זה כולל את הרצפה שנתחם על-ידי קירות החוץ, לרבות השטחים שמתחת למחיצות הפנימיות, ולמעט השטחים שמתחת לקירות החוץ. בשטח הרצפה נכללים גם שטחי מרפסות מקורות. **כאשר מצורף מחסן לדירה, והיא מתוארת כדירה + מחסן, כולל השטח גם את המחסן.** בשטח הדירה לא נכללים שטחי ההצמדות, למרות שדינו של שטח ההצמדה לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד<sup>81</sup>. שטחי ההצמדה מופיעים בנפרד בעמודת "תיאור הדירה" שבפנקס. בעמודה זו מתוארים שטח ההצמדה (כגון, חנייה, גג, קרקע וכיו"ב) וגודלו.

6. **חלקים ברכוש המשותף**: לכל דירה צמודים חלקים בלתי מסוימים ברכוש המשותף של הבית משותף<sup>82</sup>. שיעורו של החלק ברכוש המשותף שצמוד לכל דירה, נקבע לפי יחס שטח רצפתה אל שטח הרצפה של כל הדירות שבבית המשותף (זולת אם נקבע בתקנון שיעור אחר)<sup>83</sup>. שטחי ההצמדה לדירה מובאים בחשבון לעניין שיעור החלקים ברכוש המשותף, בשיעור שנקבע לכך בתקנון, ובאין קביעה כזאת

<sup>81</sup> סעיף 55(ג) לחוק.

<sup>82</sup> סעיף 55(א) לחוק.

<sup>83</sup> סעיף 57(א) לחוק.

בשיעור שקבע המפקח<sup>84</sup>.

7. **הבעלות:** הבעלות על הדירות תירשמה בשם הבעלים של החלקה שהיו רשומים בפנקס השטרות, או בפנקס הזכויות. זאת בהתאם לחלקים שהיו לכל אחד מהם בחלקה. על-פי בקשת הבעלים, רשאי המפקח לצוות בצו הרישום על חלוקת הדירות בין הבעלים ועל רישומן בפנקס בהתאם לכך<sup>85</sup>.

8. **שיעבודים:** שכירות, משכנתה, זיקת הנאה, זכות קדימה, עיקול, הערת אזהרה וכיו"ב, שהיו רשומים על החלקה, יירשמו על כל הדירות, אלא-אם כן אפשר לזהות בוודאות את השיעבוד שמתייחס לדירה זו או אחרת.

9. **תקנון:** כאשר נערך תקנון מוסכם<sup>86</sup>, תירשם על כל דירה בפנקס הערה: "קיים תקנון מוסכם"<sup>87</sup>.

משניתן צו הרישום, פותח הרשם דפים בפנקס הבתים המשותפים כמספר הדירות שבבית + דף נוסף ל"רכוש המשותף". בכל דף נרשמת הדירה שמופיעה בצו על כל הפרטים שכלולים בו.

בפנקס הבתים המשותפים רשומים, הן הבתים שעומדים על חלקות מוסדרות (אשר רשומות בפנקס הזכויות), והן הבתים שעומדים על חלקות שאינן מוסדרות (אשר רשומות בפנקס השטרות). הפנקס הוא משותף לשני סוגי המקרקעין הנ"ל, אולם אפשר להבחין ביניהם באמצעות מס' הגוש שמופיע בצדו הימני והעליון של הדף. גוש מוסדר תצוין המלה "גוש" ללא כל תוספת שהיא, ואילו בגוש לא מוסדר יצוין "גוש שומה", או מס' הספר והדף. להבחנה זו נודעת חשיבות בעניין הערך ההוכחתי שיש לרישום, כאשר זו ראייה חותכת (בקרקע מוסדרת), וכאשר זו ראייה לכאורה (בקרקע לא מוסדרת).

---

<sup>84</sup> סעיף 57(א) לחוק.

<sup>85</sup> תקנה 58 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום). פעולה זו היא "עיסקה" לכל דבר ומחייבת המצאת אישורי המיסים.

<sup>86</sup> על-פי סעיף 62 לחוק.

<sup>87</sup> כאשר לא נרשם תקנון מוסכם, יחול על הבית התקנון המצוי שבתוספת. ראה על כך סעיף 64 לחוק.

## 6. עסקה במקרקעין

חוק המקרקעין מונה רשימה סגורה של זכויות במקרקעין שמעניקות לרוכשיהן זכות קניינית רק לאחר שהן נרשמות על-שם בפנקס המקרקעין, המנוהל בשלכת רישום המקרקעין. כאשר כל אחת מהזכויות האלה נמכרת, בתמורה או שלא-בתמורה, נוצרת עסקה במקרקעין.

על-פי סעיף 7(א) לחוק, נגמרת העסקה ברישום. כלומר, רק במעמד הרישום וכתוצאה מהרישום, הזכות הקניינית (in rem) בנכס עוברת לקונה. זכותו בנכס מוגנת כלפי כולי עלמא, ואין לנושי המוכר יכולת לגבות את חובם מהנכס, שכן הנכס כבר אינו שייך למוכר. לעומת זאת, כל עוד לא בוצע הרישום על שם הקונה, אין לקונה אלא זכות חוזית (in personam) כלפי המוכר אשר התחייב להקנות לו את הנכס. במקרה זה, נושי המוכר רשאים לגבות את חובם מהנכס. בסעיף 6 לחוק המקרקעין עסקה במקרקעין מוגדרת כ"הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על-פי צוואה".

הורשה על-פי צוואה הוצאה על-ידי החוק מהגדרת עסקה אף-על-פי שגם זו מהווה הקניה של זכות במקרקעין על-פי רצון המצווה. הדבר נעשה כדי שלא יחולו עליה ההוראות המיוחדות שחלות על עסקה<sup>88</sup>. הורשה שלא על-פי צוואה (שנקראת "הורשה על-פי דין"), אין צורך להוציאה מהגדרת עסקה, שכן ההקניה ליורשים, במקרה זה, אינה נעשית מרצון המוריש, אלא מכוח החוק, וממילא אין זו עסקה. מסעיף 6 הנ"ל, ועל-פי רשימת הזכויות המנויות בפרק 4 לחוק, אנו למדים שחוק המקרקעין מכיר בחמישה סוגים של זכויות במקרקעין שהקנייתן מרצון מהווה "עסקה במקרקעין", ואלה הם:

א. בעלות (סעיף 2);

ב. שכירות ושאיילה (סעיף 3 וסעיפים 78-84).

<sup>88</sup> כגון חובת הרישום, על-פי סעיף 7 (א); דרישת הכתב, על-פי סעיף 8; רישום על-סמך שטר, על-פי תקנה 8 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום); ואישורי מסים.

ג. משכנתה (סעיף 4 וסעיפים 85-91);

ד. זיקת הנאה (סעיף 5 וסעיפים 92-98);

ה. זכות קדימה (סעיפים 99-106);

עסקה במקרקעין מתבצעת כאשר אדם מקנה אחת מחמש זכויות אלה ואדם אחר רוכש אותן, בתמורה או שלא בתמורה.

**עיסקת בעלות** מתבצעת כאשר נכס **שרשום בפנקס המקרקעין** על-שם המוכר כבעליו מועבר לקונה ונרשם על-שמו. מכירת נכס שאינו רשום בפנקס המקרקעין אינו מהווה עסקה, אלא מכירת זכות חוזית או המחאתה.

**עיסקת שכירות** מתבצעת כאשר הבעלים משכיר את הנכס **שרשום בפנקס**, והשכירות נרשמת על-שם השוכר<sup>89</sup>.

**עיסקת משכנתה** מתבצעת כאשר הבעלים או שוכר **שהשכירות רשומה על-שמו** ממשכנים את זכותם במקרקעין לטובת נושה, והמשכון נרשם בפנקס כמשכנתה.

**עיסקת זיקת הנאה** מתבצעת כאשר הבעלים או שוכר **שהשכירות רשומה על-שמו**, מעניקים לאחר זכות לשימוש מסוים במקרקעין, וזו נרשמת בפנקס.

**עיסקת זכות קדימה** מתבצעת כאשר בעל מקרקעין מעניק לאחר את הזכות להיות מועדף ראשון ברכישת המקרקעין בזמן שהבעלים יהיה מעוניין למכור אותם. זכות זו יכול להעניק גם שוכר ששכר את המקרקעין לתקופה העולה על עשרים וחמש שנה (חוכר לדורות) והשכירות רשומה על-שמו.

עסקה במקרקעין מתבצעת, בדרך-כלל, בשני שלבים, והם השלב החוזי והשלב הקנייני. השלב החוזי הוא השלב שהמוכר והקונה חותמים בו על חוזה פורמלי, שהמוכר מתחייב בו למכור את הזכות שיש לו במקרקעין לקונה ולהעבירם על-שמו בפנקס המקרקעין. במקביל, הקונה מתחייב לרכוש את הזכות ולקבלה על-שמו ולשלם את התמורה. העסקה אינה נגמרת לאחר החתימה על החוזה, אלא רק לאחר ביצוע השלב הקנייני, שהוא השלב ששני הצדדים מבצעים בו את העסקה באמצעות שטר שמוגש לרשם. העסקה נגמרת רק לאחר שאישר הרשם את העסקה

---

<sup>89</sup> בשכירות קצרה, שהיא עיסקה במקרקעין, אין חובת רישום.

לרישום. השלב החוזי אינו שלב הכרחי בעסקה במקרקעין, והוא מותנה ברצונם של שני הצדדים בקיומו של חוזה פורמלי, שיתן תוקף להתחייבות החוזית. צדדים לעסקה נוהגים לוותר על שלב זה כאשר אין להם עניין בקיומו של חוזה פורמלי; לדוגמא, הורים שמעוניינים להעביר מקרקעין לבנם. במקרה כזה, השלב החוזי מיותר ושני הצדדים יכולים לממש את העסקה על ידי ביצוע השלב הקנייני בלבד, באמצעות שטר עסקה שהצדדים מגישים לרשם, לאישורו<sup>90</sup>.

לעתים יש סתירה בין הזכות שנרכשה על-פי החוזה לבין הזכות שהוקנתה ונרשמה בפנקס המקרקעין. לדוגמא, בחוזי רכישות שנחתמו בין קבלן, בעלים של חלקה, לבין רוכשים של דירות, הוסכם שגג הבית לא יהיה רכוש משותף, והקבלן יהיה רשאי לבנות על הגג של הבית. לאחר שהושלם הבניין, רשם הקבלן את הבית המשותף ואת הדירות על-שם הרוכשים, כשהגג הינו רכוש משותף. נשאלת השאלה: מה תוקפם של תנאים בחוזה שאינם מתיישבים עם זכויות הרוכשים הנובעות ממצב הרישום. בע"א 332/64 **נויפלד נ' ולדמן**<sup>91</sup> נקבע כי הרישום הוא הקובע את הזכויות הסופיות של הרוכש, ולא הזכויות שנקבעו בחוזה שקדם לו. משהעביר הקבלן את הדירה לקונה, לרבות חלק פלוני שהוא שמר לגביו לעצמו זכויות בחוזה, הוא מחל על זכות זו ובחר שלא לממשה או להשתמש בה. דין דומה יחול כאשר הרישום, בהשוואה לחוזה שקדם לו, גורע מזכויות הקונה. בע"א 30/70 **וינטר נ' פפר**<sup>92</sup> אומר בית המשפט, שאם הרישום אינו מתיישב עם האמור בחוזה, הרי בהעדר מחאה, יש לראות בהעברת הזכויות ורישומן בטאבו משום ויתור על הזכות שלפי החוזה. חשוב לציין שאין לפרש הלכה זו כקובעת שבשום נסיבות אין לקעקע את המשקל הראייתי של הרישום. אם הרישום בוצע על-פי הצהרה שאינה תואמת את הנתונים המהותיים בחוזה מתוך טעות בתום-לב או בוצע במרמה, ניתן לתקוף אותו בתוך זמן סביר<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> על ההליכים לרישום עיסקה במקרקעין.

<sup>91</sup> פס"ד יח(2) 212.

<sup>92</sup> פס"ד כד(2) 541.

<sup>93</sup> ראה ע"א 753/87 **בראשי נ' עיזבון בראשי**, פס"ד מג(3) 210; וע"א 371/85 **פיליפ נ' רוזנברג**

פס"ד מב(1) 584.

## א. חובת הרישום ודרישת הכתב

חשיבות רבה נודעת להבחנה בין פעולה במקרקעין שאינה עסקה לבין פעולה במקרקעין שהיא עסקה. כאשר הפעולה היא עסקה, חלות עליה הוראות מיוחדות בחוק המקרקעין ובתקנותיו, שעיקרן הן **חובת הרישום ודרישת הכתב**. הוראות אלה הן מהותיות, כפי שניווכח בהמשך הדברים.

## ב. חובת הרישום

החובה לרישום עסקה בפנקס המקרקעין מצויה בסעיף 7(א), שאומר:  
**7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.**

גם לפני תחילת חוק המקרקעין הייתה חובת רישום, אולם בתי-המשפט הכירו בזכויות שביושר לפי כללי האקוויטי האנגליים, וראו במי שרכש זכות במקרקעין ושילם את תמורתם מי שרכש את הזכות הקניינית, והוא זכאי להגנה מפני תביעות של נושי המוכר אף-על-פי שזכותו לא נרשמה בפנקס המקרקעין<sup>94</sup>.

סעיף 161 לחוק המקרקעין ביטל את הזכויות שביושר שהיו מוכרות עד לחקיקת חוק המקרקעין, בקובעו: **"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"**. "לפי חוק" נאמר, ולא לפי "חוק המקרקעין". כלומר, אם תמצא בחוק זה או אחר שזכות במקרקעין מוקנית בדרך זו או אחרת, הרי רק כאשר מקיימים את דרך ההקניה הקבועה בחוק הלכה למעשה, נוצרת הזכות הקניינית המוגנת כלפי כולי עלמא. לדוגמא, זכות יורש בנכס מקרקעין הרשום על-שם מורישו. זכות זו מוקנית לו גם כאשר הירושה אינה נרשמת, שכן סעיף 1 לחוק הירושה קובע כי "במות אדם עובר עזבונו ליורשיו". כלומר, העיזבון עובר ליורשים מכוח הדין, ואילו רישום הירושה בפנקס המקרקעין בא רק לשקף את עבירות העיזבון.

דוגמא נוספת לרכישת זכות במקרקעין שלא על-ידי רישום בפנקס אפשר

---

<sup>94</sup> ראה ע"א 382/65 סיגלוב נ' קואופרטיב עציון, פס"ד כ(1) 442; וד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פס"ד כב(2) 36.

למצוא בחוק עיסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה), התשל"ט-1979. חוק זה נוצר כדי לאפשר לכל מעוניין לקיים את מצוות השמיטה האמורה בספר ויקרא (פרק כ"ה), כדלהלן:

*"וידבר ה' אל משה בהר סיני לאמר: דבר אל בני ישראל ואמרת להם כי תבאו אל הארץ אשר אני נתן לכם ושבתה הארץ שבת לה'; שש שנים תזרע שדך ושש שנים תזמר כרמך ואספת את תבואתה; ובשנה השביעית שבת שבתון יהיה לארץ שבת לה'. שדך לא תזרע וכרמך לא תזמר; את ספיח קצירך לא תקצור ואת ענבי נזירך לא תבצר, שנת שבתון יהיה לארץ".*

על-פי ההלכה, פירות שצמחו בשנה השביעית על קרקע בבעלות מי שאינו יהודי מותרים באכילה<sup>95</sup>. לכן, כדי לאפשר למי שמקפיד על קיום מצווה זו לסחור בפירות שצמחו בארץ-ישראל בשנת השמיטה, נוהגת הרבנות, כשלוחתה של המדינה, למכור בתחילת שנת השמיטה את אדמות המדינה למי שאינו יהודי, ובתום השנה לקבלן בחזרה. על-ידי מכירה זו, הבעלות המשפטית על אדמות המדינה עוברת למי שאינו חייב בקיום מצוות השמיטה, והפירות שצומחים עליהן מותרים.

על-פי החוק הנ"ל והתקנות שהותקנו על-פיו, תהיה עסקה במקרקעין לצורך קיום מצוות השמיטה, שנעשתה באישור מועצת הרבנות הראשית, תקפה אף-על-פי שלא נגמרה ברישום כנדרש בסעיף 7(א) לחוק המקרקעין.

כאשר הזכות במקרקעין נרכשת מכוח עסקה כהגדרתה בסעיף 6 לחוק המקרקעין, אין לרוכש זכות קניינית בממכר אלא אם מילא אחר הוראות חוק המקרקעין, שקובעות את ההליך ליצירת הקניין. הליך זה נקבע בסעיף 7(א), שאומר: **"עסקה במקרקעין טעונה רישום"**. כל עוד לא נרשמה העסקה, אין לקונה זכות קניינית. התמורה וקבלת החזקה אינם מעניקים לרוכש זכות קניינית, אלא רק זכות חוזית.

<sup>95</sup> רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק ד', הלכה כ"ט.

בבר"ע 178/70 בוקר נ' החברה האנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ<sup>96</sup> דן בית-המשפט לראשונה במשמעות ובתוצאה של ביטול הזכויות שביושר על-פי סעיף 161. במקרה זה היו העובדות כדלהלן: בוקר קנה דירה, שילם את החלק הגדול מהתמורה וקיבל את החזקה בה, אלא שהוא לא רשם את הדירה על - שמו בפנקס המקרקעין. החברה האנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ הייתה נושה של המוכר, והטילה עיקול על הדירה שנרכשה כאמור על-ידי בוקר, אולם הבעלות לא הועברה על-שמו. כל העובדות אירעו לאחר תחילתו של חוק המקרקעין. עמדה להכרעה השאלה מי עדיף: הקונה שקנה את הדירה, קיבל אותה לרשותו ושילם את מחירה, אך לא נרשם כבעליה, או הנושה שהטיל עיקול על הדירה בשל חוב המגיע לו מן המוכר? בית-המשפט פסק שזכותו של הקונה אינה עדיפה על זכות הנושה של המוכר, מכיוון שחוק המקרקעין ביטל בסעיף 161 את הזכויות שביושר, ולכן הדירה היא קניינו של המוכר כל עוד לא נרשמה על-שם הקונה.

במאמר **בהפרקליט**<sup>97</sup>, מנתח פרופסור אורי ידן ז"ל בהרחבה, את פסק-דין בוקר, והוא מסכם את הדברים בזה הלשון:

*"בר"ע 178/70 הבהירה שתמו בארץ ימי הקניינים שביושר במקרקעין. חוזה למכירת דירה מעניק עתה לקונה מה שכל חוזה מעניק למתקשר: זכות חוזית כלפי המוכר. הפר המוכר חיוביו, עומדים לקונה התרופות לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ולגבי תרופות אלה אין נפקא מינה מה מידת התשלומים ששילם על חשבון המחיר, ואם נמסרה לו הדירה אם לאו. זכויות קנייניות בממכר, ז.א. זכויות כלפי צד שלישי, אין החוזה מעניק לקונה, והנכס שנמכר נשאר 'כולו' של המוכר עד להעברתו ורישומו על שם הקונה. רצה הקונה 'לבצר' גם כלפי צד שלישי את זכותו לרכישת הממכר, עליו לדאוג לכך שתרשם לזכותו משכנתה, או שתרשם, לפחות, הערה בספרי המקרקעין משיתוקן החוק כמבואר לעיל".*

בעקבות פסק-דין בוקר, תוקן חוק המקרקעין. בתיקון מס' 2, שפורסם ביום

<sup>96</sup> פס"ד כה (2) 121.

<sup>97</sup> הפרקליט, כרך כז (חוברת ד) 471.

22.12.72, נקבע בסעיף 127(ב):

*"נרשמה הערת אזהרה ואחרי-כן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה... הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה..."<sup>98</sup>.*

המחוקק מחייב לרשום בפנקס המקרקעין כל עסקה במקרקעין שמתבצעת כדי להבטיח שהרישומים יהיו עדכניים. ללא רישום כזה, אי-אפשר לבצע מסחר חופשי ובטוח במקרקעין, והתהליך לקבלת אשראי כנגד בטחונות בקרקע מסתרב. כמו-כן נוצר קושי בשעבוד המקרקעין, בעיקולם ובגביית המסים המגיעים למדינה. חובת הרישום ופומביותו<sup>99</sup> מאפשרים לכל אדם, אזרח ותושב-חוץ, לעיין באופן חופשי וללא סייג בפנקסי המקרקעין ולקבל מידע אמין ומעודכן על מצב רכושו של הזולת בנכסי-דלא-ניידי.

הרעיון הגלום בחובה זו וההצדקה לכך נאמרו על-ידי בית-המשפט העליון בע"א 28/70 **בנק אוצר החייל נ' מנהל מס שבח מקרקעין**<sup>100</sup> במילים הבאות:

*"ענינה של המדינה הוא כי כל העברת זכויות במקרקעין תופיע בספרי הרישום המתאימים ותשקף את המצב האמיתי של הזכויות במקרקעין ובכך למנוע יצירת זכויות סמויות מן העין. הדבר מצא ביטוי בחובת רישום עיסקאות בקרקע ובאיסור הרישום על שם מושאל... אין המדינה אוהדת אפוא, התקשרויות שלפיהן אדם מחזיק בקרקע, ואף שנים רבות, ונוהג בה מנהג בעלות והדבר אינו משתקף בפנקסים המתאימים".*

כאמור, החובה לרשום עסקה מצויה בסעיף 7(א), שקובע: "עסקה במקרקעין טעונה רישום". הרישום בפנקס המקרקעין הוא קונסטיטוטיבי, שכן הוא זה היוצר את הזכות במקרקעין, וכל עוד לא נרשמה העסקה בפנקס, לא עברה הבעלות לקונה. המחוקק לא רצה עוד בזכות קניינית של מי שהתקשר לרכישת זכות במקרקעין לפי

<sup>98</sup> ראה בכרך א, ע' 79.

<sup>99</sup> כאמור בסעיף 124 לחוק המקרקעין.

<sup>100</sup> פס"ד כד(2) 369.

המתכונת של דיני היושר האנגליים. לכן קבע, שכל עוד לא נגמרה עיסקת הרכישה ברישום, כנדרש בסעיף 7(א) של החוק, נשארה זכותו של הרוכש זכות חוזית בלבד, הקושרת והמחייבת את הצדדים לחוזה בלבד, אך לא צד שלישי.

**אקט הרישום הוא האקט הפורמלי להעברת הזכות הקניינית מהמוכר לקונה.** כל עוד לא נגמרה העסקה ברישום, רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה. סעיף 7(ב) שקובע זאת, אומר:

**7. (ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.**

חוזה למכירת מקרקעין שלא נרשמו על-שם הקונה מעניק לו זכות חוזית כלפי המוכר. הקונה יכול לתבוע מהמוכר לקיים את חיוביו ולמסור לו את החזקה במקרקעין ולהעבירם על-שמו בפנקס המקרקעין. כל עוד לא נרשמו המקרקעין על-שם הקונה, המוכר ממשיך להיות הבעלים החוקיים שלהם. אם יש למוכר נושים, הם יהיו זכאים לעקל את המקרקעין כדי לגבות את חובם ממכירתם<sup>101</sup>.

חשוב איפוא לאבחן את החוזה שהצדדים מתכוונים לכרות ביניהם ולקבוע אם תוכנו מהווה התחייבות לעשות "עסקה במקרקעין" אם לאו. שכן, אם הוא מתייחס למכירת זכות במקרקעין שהיא "עסקה במקרקעין", כי אז העסקה טעונה רישום בפנקס המקרקעין. לעומת זאת, אם החוזה אינו מתייחס למכירת זכות במקרקעין, כגון הסכם למתן רשיון להשתמש במקרקעין או הסכם להעברת דיירות מוגנת, כי אז אין פעולה זו טעונה רישום.

## ג. דרישת הכתב

כאשר ההתחייבות היא לעשיית "עסקה במקרקעין", קובע סעיף 8 לחוק:

**8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.**

התחייבות בעל-פה או התחייבות שאינה כוללת את כל הפרטים החשובים שמרכיבים עסקה, שהם תיאור המקרקעין, שמות הצדדים, המחיר, ומהות העסקה,

---

<sup>101</sup> הקונה רשאי לרשום הערת אזהרה, אשר בתנאים מסוימים, מגינה עליו מפני עיקול או פשיטת-רגל של המוכר. ראה על כך בפרק הערת-אזהרה, כרך א, ע' 74.

אין לה תוקף מחייב ואי-אפשר לאכוף אותה. יש לציין שאם נגרם לצד האחר נזק כתוצאה מביטול ההתחייבות הבלתי-תקפה, הוא רשאי לתבוע פיצויים מהמתחייב לפי פקודת הנזיקין<sup>102</sup>.

גם לעניין דרישת הכתב חשוב לאבחן את החוזה שהצדדים מתכוונים לכרות ביניהם ולקבוע אם תוכנו מהווה התחייבות לעשות "עסקה במקרקעין" אם לאו. אם החוזה מתייחס למכירת זכות במקרקעין, יש לקיים את דרישת הכתב האמורה בסעיף 8 על כל פרטיה ודקדוקיה, ואם לא כן, אין החוזה תקף.

מאז חקיקת חוק המקרקעין, דרישת הכתב האמורה בסעיף 8 העסיקה רבות את בתי-המשפט. אין לך כמעט סעיף במערכת החוקים כמו סעיף 8 של חוק המקרקעין, שמספר כה גדול של פסקי-דין דנו בו. הסיבה לכך היא שהמחוקק לא גילה את כוונתו בסעיף זה ולא אמר במפורש אם דרישת הכתב היא דרישה צורנית-פרוצדורלית או שהיא דרישה מהותית. אם זו דרישה צורנית, ניתן להסתפק בראשית ראייה בכתב, כמו הנוהג שהיה קיים עד לחקיקת חוק המקרקעין,<sup>103</sup> ואם זו דרישה מהותית, אין להסתפק בראשית ראייה בכתב, אלא יש לכלול במסמך ההתחייבות את כל העניינים החשובים שמרכיבים עסקה במקרקעין. כאמור, המחוקק לא קבע זאת במפורש ולא פירט אותם עניינים, אלא השאירם לפרשנות של בתי-המשפט.

פסק-הדין הראשון של בית-המשפט העליון שדן בעניין סעיף 8 ניתן בע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' מנהלי עזבון בידרמן<sup>104</sup>. בפסק-דין זה דן מ"מ הנשיא

<sup>102</sup> ראה בפסק-דין ת"א (ת"א) 624/80 גת נ' בוטקובסקי, פס"מ התשמ"ז(2) 76 ובפסק-הדין של בית-המשפט העליון שדן בערעור על פסק-דין זה, ע"א 692/80 בוטקובסקי נ' גת, פס"ד מד(1) 57. בית המשפט העליון לא ביטל את החלטת הערכאה הראשונה, אולם דחה את הערעור מנימוקים אחרים לאחר שנוכח לדעת כי בין הצדדים נכרת הסכם מחייב למרות שהם לא חתמו עליו.

<sup>103</sup> על פי סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני. סעיף זה קבע שעסקות "שמקובל ונהוג לקבוע אותן במסמכים" ניתן להוכיחן בראשית ראייה בכתב. את יתר הראיות להשלמת הוכחת קיומה של ההתחייבות היה ניתן להביא בעדות בעל-פה.

<sup>104</sup> פס"ד כו(2) (בע' 789) 781.

## ניהול נדל"ן

---

(כתוארו אז), השופט זוסמן, בהרחבה בשאלה אם דרישת הכתב היא צורנית או מהותית. בהעלותו את הספקות ואת אי-הבהירות של כוונת המחוקק אמר:

*"כאשר דברו של המחוקק הוא סתום ומשתמע לכאן ולכאן, חייב בית-המשפט לגלות את 'כוונתו', ולבחור בפירוש העולה בקנה אחד עמה. פעמים אין למחוקק כוונה סובייקטיבית, ולפיכך מעדיף אני לדבר על מטרת החיקוק כמו שניתן לדלות אותה מן החוק"<sup>105</sup>.*

בהמשך פסק-הדין בודק השופט זוסמן את מטרות המחוקק כאשר הוא קובע שהתחייבות בעניין מסוים צריכה להיות רק בכתב, ומגיע למסקנה שדרישת הכתב באה למען אחת משתי מטרות, כפי שהוא מסביר:

*"יש חיקוק המחייב עשיית מסמך בכתב כדי להרתיע אדם מלהתחייב בחפזון ובקלות דעת, משום חשיבות העסקה (ad solemnitatem). דרישת הכתב עשויה להרשים את המתחייב ברצינות מעשהו, ולהגן עליו מפני חיפזון. ויש והכתב דרוש לראיה בלבד (ad probationem), כדי שלא להזיק אדם לחולשת הזכרון של העדים ולסכנה של עדות כוזבת. במקרה הראשון, דרישת החוק היא מהותית, ואם לא נעשה מסמך, לא עשו הצדדים ולא כלום. במקרה השני יכול שנוצר חיוב בדיבור-פה והשאלה תהא רק אם ניתן להוכיחו בדרכי ראיה אחרות, כגון הודאת הנתבע, או ראשית ראיה בכתב בצירוף עדים".*

לאור דברים אלה מגיע השופט זוסמן למסקנה שלא יכול להיות ספק כי דרישת הכתב בסעיף 8 באה מפאת חשיבות העסקה, ולכן היא תנאי לקיום ההתחייבות. את מסקנתו שמטרת המחוקק בדרישת הכתב היא רצינות העסקה מבסס השופט זוסמן גם על דברי יושב-ראש ועדת חוקה חוק ומשפט (חבר-הכנסת משה אונא), בהביאו את החוק לקריאה שנייה לפני הכנסת:

*"סעיף 8 הוא סעיף חדש, שאין לו מקור בחוק הקיים. אך הוא מתאים לנוהג הקיים. בדרך כלל, התחייבות לעשות עסקה במקרקעין היא*

---

<sup>105</sup> שם בע' 789.

התחייבות רצינית ונוהגים לערוך אותה בכתב. הסעיף בא לתת תוקף לנוהג זה. הוראה דומה מצויה בחוק המתנה, התשכ"ח-1968, שלפי סעיף 5(א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב<sup>106</sup>.

ראוי לציין שבית-המשפט מייחס בדבריו משמעות למלה "התחייבות" שהמחוקק משתמש בה בסעיף 8 ובסעיף 5(א) לחוק המתנה, ולא למילים "הסכם" או "חוזה". המשמעות היא, לדברי בית-המשפט, שבשני החוקים האלה הכתב דרוש רק כדי לתת תוקף להתחייבותו של הנותן. הסכמתו של הזכאי על-פי ההתחייבות או של מקבל המתנה אינה צריכה מסמך, והטעם לכך מובן<sup>107</sup>. התוצאה היא שהתחייבות בכתב, הדרושה לפי סעיף 8, מתמלאת אף-על-פי שהקונה לא חתם על המסמך. בע"א 335/78 **שאלתיאל נ' שני**<sup>108</sup> מסביר השופט דב לוי את ההיגיון שבדרישה שחוזה לעשיית עסקה במקרקעין, לעומת מיטלטלין, חייב למצוא את ביטוי במסמך בכתב. הוא מונה לכך שלוש סיבות:

- א. מתן אפשרות לצדדים המתקשרים לעמוד במדויק על מרכיבי העסקה וכן להרתיע אדם מלהתחייב בחיפזון ובקלות-דעת משום חשיבות העסקה.
  - ב. הדברים צריכים להיות ברורים ומגובשים, ואין להשאיר עסקה רצינית כזו ליד המקרה ולגרום שבית-המשפט יתבקש להשלים את החסר ולעשות למעשה חוזה בשביל הצדדים.
  - ג. כאשר התנאים של העסקה נערכים ונקבעים בכתב, העסקה זוכה בביטוי הולם בדבר רצינות הצדדים ומודעותם לעסקה שהם מתקשרים בה, בכך שהצדדים מאשרים את הסכמתם בחתימת ידם.
- דברים דומים נאמרו בע"א 196/87 **שוויגר נ' רז לוי**<sup>109</sup>, שהנשיא שמגר מסביר בו את המטרות שבדרישת הכתב במילים הבאות:

"כפי שנפסק לא אחת, ביסוד דרישת הכתב לגבי עיסקאות במקרקעין,

<sup>106</sup> דברי הכנסת, כרך 55, בע' 3758.

<sup>107</sup> ראה סעיפים 2 ו-3 לחוק המתנה, ובפסק-הדין **גרוסמן את ק.ב.ק.** הנ"ל, ע' 790.

<sup>108</sup> פס"ד לו(2) 151.

<sup>109</sup> פס"ד מו(3) 25, 2.

עומדות שתי מטרות עיקריות: האחת, מהותית, המכוונת אל המתקשרים עצמם ורואה בכתב משום ביטוי לשיקול הדעת ולכבוד הראש אשר ייחסו אלה לעסקה ולתנאיה, וזאת על רקע משקלם היחסי הנכבד של מקרקעין בגדר נכסיו של אדם. המטרה השנייה הינה ראייתית ביסודה, והיא מכוונת אל הוודאות ואל המהימנות המשפטית הנחוצות לגבי עסקאות מסוג זה ונועדה להגן בעיקר על צדדים שלישיים ולמנוע תופעות של אי-דיוקים ובידוי של ראיות".

#### ד. הפרטים שיש לכלול בהסכם

במספר רב של פסקי-דין התגבשה ההלכה שבהסכם לעשיית עסקה במקרקעין, יש לכלול את הפרטים החשובים שמרכיבים את העסקה, והם: **תיאור הצדדים, תיאור המקרקעין, התמורה ומהות העסקה**. אין להסכם תוקף כל עוד אחד הפרטים האלה אינו נכלל בהסכם, ואי-אפשר להשלים את הפרט החסר באמצעות הוכחות חיצוניות אחרות.

בכל זאת סטה בית-המשפט העליון מהלכה זו. בפסק-דין **שאלתיאל נ' שני** הנ"ל לא צוין במפורש מלוא סכום התמורה, אלא רק חלק ממנה. את התוספת לתמורה ביקשו להשלים באמצעות שטרות. בית-המשפט פסק שאפשר לקיים את דרישת הכתב גם אם הפרטים החשובים של העסקה מצויים במסמכים נפרדים, **המתקשרים זה אל זה באופן טבעי**. בעניין זה אמר השופט דב לוין:

"לדידי העיקר והקובע בנושא זה הוא, שלבעלי הדין, בעת ההתקשרות, ולבית-המשפט, בעת שהוא מתבקש להתייחס אל המסמך, יכול להיות ברור ועל נקלה, מה היו התנאים העיקריים בעסקה. אם כולם משתקפים במסמך אחד, מה טוב. אם המסקנה נלמדת משני מסמכים המתקשרים זה אל זה באופן טבעי, ושני המסמכים הם לנגד עיני בעלי הדין או בית-המשפט, הכל לפי המקרה, עדיין טוב ומועיל המסמך. מה לי מסמך אחד ומה לי שני מסמכים, כאשר העסקה ידועה וברורה; כל המרכיבים העיקריים באו על ביטויים בכתב; הצדדים נתנו ביטוי לרצינות התקשרותם; בית-המשפט אינו צריך לעשות את מלאכתם, ואין לומר כי הדברים נעשו מתוך חיפזון וקלות דעת. במקרה דנן, ההסכם הוא כאמור שלם ותקין

על פניו וכולל את כל מרכיבי העסקה. אמנם, בעניין התמורה צויין בו רק חלק מהסכום, אולם התוספת מצאה את ביטויה בו-זמנית בשטרות שבכתב, המקשרים את התמורה, שבגינה ניתנו, עם ההסכם. כך משתמע מכל מקום על-פני הדברים" (ע' 160-161).

בפסק-הדין **שוויגר נ' רז לוי** הנ"ל מצטרף הנשיא שמגר לדעתו של השופט ד' לוי, כי ניתן להשלים את דרישת הכתב ממסמכים חיצוניים להסכם, באומרו:  
"לעניין דרישת הכתב שבסעיף 8 הנ"ל כבר פסקנו, כי ניתן ללמוד דבר קיומה ממסמכים אחרים בכתב שבין הצדדים, המתקשרים אל החוזה הבסיסי, אפילו הם מאוחרים לוי"<sup>110</sup>.

לעומת הפרטים החשובים הנ"ל שחובה לכלול בהסכם, פרטים אחרים, שאינם נמנים עם הפרטים החשובים ושלא פורטו בהסכם ניתן להשלים באמצעות הוראות חוק שונות שמתייחסות לכך. דוגמא לאמצעי כזה הוא חוק מס שבח מקרקעין, שמחייב את המוכר לשלם את המס<sup>111</sup> אלא אם נקבע אחרת בין הצדדים. לכן, גם אם לא נאמר בהסכם מי ישלם מס זה, אפשר לקבוע זאת באמצעות חוק מס שבח, המחייב בכך את המוכר, כאמור.

דוגמא נוספת להשלמת פרטים בהסכם באמצעות חוק, מובאת בע"א 5299/97 **בלומי נ' לוי**<sup>112</sup>. במקרה זה נערך הסכם קומבינציה, והתמורה נקבעה

<sup>110</sup> להשלמת פרטים חסרים בחוזה שעניינו עסקה במקרקעין, ראה פסקי - הדין:

ע"א 504/83 **זיתון נ' זעורה**, פס"ד מא(2) 154 ;

ע"א 251/85 **רוטמנש נ' ויניגר**, פס"ד מא(3) 827 ;

ע"א 475/87 **אהרונוב נ' אהרונוב**, פס"ד מג(3) 165 ;

ע"א 701/87 **ביהם נ' בן-יוסף**, פס"ד מד(1) 1 ;

ע"א 701/88 **שיף נ' עזבון גינדי**, פס"ד מה(5) 759 ;

ע"א 133/89 **חוף התכלת בע"מ נ' מנהל מס שבח נתניה** (טרם פורסם).

ע"א 144/89 **מדינת ישראל נ' פמר**, פס"ד מו(1) 654 ;

ע"א 416/89 **גל אור נ' חברת כלל בע"מ**, פס"ד מו(2) 177 ;

<sup>111</sup> סעיף 15 לחוק מס שבח.

<sup>112</sup> פס"ד מו(5) 485, 491.

באחוזים מהבניין, ולא בדירות מסוימות. המערערת טענה שלא הוסכם על תמורה מדויקת, ולכן אין ההסכם תקף. בית-המשפט דחה טענה זו, באומרו:

*"תרגומה של עיסקת האחוזים לעיסקת דירות יכול להיעשות תוך הסתייגות במנגנון הנ"ל הקבוע בחוק המקרקעין"<sup>113</sup>, כמובן הצדדים יכולים להגיע ביניהם להסכמה בדבר אופן הוצאתו לפועל של ההסכם; ואולם אם לא יעלה הדבר בידם, יוכלו תמיד להסתייע בבית-המשפט, אשר יידרש להתערב בעניין על-פי ההוראות הנ"ל של חוק המקרקעין או בכל דרך אחרת".*

#### ה. הסכם לא חתום

יש שנערך הסכם לעשיית עסקה במקרקעין במסמך שאינו נושא את חתימת הצדדים או אחד מהם. במקרה כזה מתעוררת השאלה אם ההסכם הלא-חתום עונה על דרישת הכתב האמורה בסעיף 8. שאלה זו נידונה בבית-המשפט העליון בע"א 571/79 **דירות מקסים נ' ג'רבי**<sup>114</sup>, ובית המשפט מבחין בה בין דרישת כתב ראייתית לבין דרישת כתב מהותית. דרישה ראייתית היא הצורך להוכיח שהייתה בין הצדדים גמירות-דעת, ודרישה מהותית היא דרישת הכתב לצורך פורמליות והוכחת רצינות. תחילה יש להוכיח שהייתה בין הצדדים גמירות-דעת להתקשרות באותה עסקה, וזאת ניתן להוכיח גם אם הצדדים לא חתמו על ההסכם. רק לאחר שיוכח שהייתה גמירות דעת, יש לבחון אם התקיימה הדרישה המהותית, שהפרטים החשובים שמרכיבים את העסקה מצויים במסמך הלא-חתום. השופט גבריאלי בך מגיע למסקנה שהיעדר חתימה על הסכם אינו שולל את תוקפו. וכך הוא מסביר את החלטתו:

*"עולה מכל האמור לעיל, שבה בשעה שעצם קיום המסמך בכתב הוא*

---

<sup>113</sup> הכוונה להוראות הדנות בפירוק השיתוף במקרקעין.

ראה גם דברי השופט ויתקון בפסק הדין **קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש**, פס"ד (1) 800.

<sup>114</sup> פס"ד לז' (!) 590, 604-605.

תנאי הכרחי ומהותי לתקפותו של הסכם לעיסקת מקרקעין, הרי החתימה על ההסכם, הן מצד הקונה והן מצד המוכר מהווה גורם ראייתי בלבד, אם כי כבד משקל, אשר בא להוכיח את גמירות הדעת בין הצדדים ולאשר שאמנם אלה תנאי החוזה שהוסכם עליהם. בהעדר ראיה זו, יצטרך בית-המשפט לבדוק בדיקה קפדנית, שמא מוכחות העובדות הנ"ל על-ידי ראיות אחרות. אין להסיק מכאן, שמזלזל אני בחשיבותה של החתימה על-גבי חוזים מהסוג הנדון. אין ספק, שצדדים לחוזה המהווה עיסקת מקרקעין, ולמעשה הצדדים לכל חוזה הנערך בכתב, נוהגים לחתום על החוזה בטקס יותר או פחות חגיגי, ורוב האנשים לא יראו את עצמם קשורים בהתחייבויות ההדדיות שהתכוונו לקבל על עצמם בכתב, כל זמן שלא חתמו שני הצדדים על החוזה. על-כן, אם נתקלים אנו בחוזה בלתי חתום, ואחד הצדדים לחוזה הבלתי חתום יטען, כי לא הגיעו הצדדים לגמירות דעת ועל-כן אין תוקף לנוסח החוזה, הרי תהיה בהעדר החתימה בדרך כלל משום הוכחה מרחיקת לכת, ואולי כמעט קונקלוסיבית לטובת גירסתו. אך ייתכנו יוצאים מן הכלל, אם כי נדירים, בהם ישתכנע בית-המשפט, על-סמך חומר הראיות המובא בפניו, שאמנם הייתה גמירות דעת בין הצדדים למרות העובדה שחתימתם או חתימת אחד מהם חסרות על גבי ההסכם הכתוב".

לאותה מסקנה הגיע בית-המשפט העליון בע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן<sup>115</sup>, בו אמר השופט ברק:

"חתימת ידו של המתקשר אינו תנאי הכרחי לתוקפה של התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. אין החתימה אלא ראיה לגמירת דעתו, אם כי ראיה כבדת משקל".

בע"א (ת"א) 624/80 של בית-המשפט המחוזי, גת נ' בוטקובסקי<sup>116</sup>, בחן

<sup>115</sup> פס"ד מו(4) 662.

<sup>116</sup> פס"מ התשמ"ז (ב) 76.

<sup>103</sup> ע"א 692/80 בוטקובסקי נ' גת, פס"ד מד(1) 57.

השופט טלגם את ההסכם הבלתי-חתום, והגיע למסקנה שלא הייתה גמירות-דעת ולכן אין תוקף להתחייבות הנובעת ממנו. יחד עם זאת, השופט טלגם סבור שהעדר גמירות-דעת אינו שולל מהצד הנפגע אפשרות לתבוע פיצויים, אם יוכיח שהתנהגותו של הצד האחר במהלך המשא-ומתן לכריתת החוזה הייתה התנהגות שאינה בתום-לב המזכה אותו בפיצוי. התנהגות כזו היא כאשר הצד האחד הטעה את הצד האחר לחשוב שהעסקה גמורה, ולא נתן לו את האפשרות ההוגנת לגמור אותה. בית-המשפט העליון שדן בערעור על פסק-דין זה<sup>103</sup>, דחה את הערעור לאחר שנוכח לדעת כי ההסכם שנעשה בין הצדדים תקף למרות שהם לא חתמו עליו.

### ו. האם זכרון-דברים עונה על דרישת הכתב?

בדרך-כלל יש לזכרון-דברים אותו תוקף כמו זה של חוזה. בכל מקרה שמתעוררת שאלת תוקפו של זכרון-דברים, יש לבחון תחילה אם הייתה לצדדים גמירות-דעת לעשות את העסקה שהם מתקשרים בה אם לאו. יש שצדדים לעסקה מעלים על הכתב, באמצעות מסמך שנקרא "זכרון-דברים", את הצהרת כוונותיהם בקשר לעסקה מבלי שתהיה להם כוונה לכרות בשלב זה הסכם מחייב. במקרה זה אין זכרון-הדברים מהווה חוזה מחייב. לעומת-זאת, יש מקרים שבהם הגיעו הצדדים להסכם בקשר לעסקה, אולם השאירו להשלמה את הפרטים הנוספים שנלווים לעסקה בחוזה שיחתם במועד אחר. הצדדים מעוניינים לתת תוקף מחייב להסכם שהגיעו אליו, והם עושים זאת במסמך מקוצר, שנושא בדרך-כלל את הכותרת "זכרון-דברים". במקרה זה יש לצדדים גמירות-דעת לכרות את ההסכם, והריהו מחייב אותם לכל דבר, כמו כל חוזה רגיל.

הלכה זו קבע בית-המשפט העליון בכמה פסקי-דין. בע"א 269/77 **צ'צ'יק נ' יורשי אברהם כץ**<sup>117</sup> אומר בית-המשפט, כי השאלה אם זכרון-דברים הוא בחזקת חוזה מחייב תלויה בכוונת הצדדים: האם הייתה כוונתם שהמסמך יעמיד חיוב מייד, אף בטרם יחתם החוזה הסופי הפורמלי, או האם רק חפצו להעלות על הכתב, באורח בלתי-מחייב, את החומר הגולמי לכתיבת החוזה בעתיד? זה המבחן, אך

---

<sup>117</sup> פס"ד מה(4) 256.

הפעלתו הלכה למעשה נתקלת לעתים בקשיים רבים. בע"א 212/89 גפן נ' לובצקי<sup>118</sup> מסכם בית-המשפט העליון את ההלכה בנוגע לתוקפו של זכרון-דברים כדלהלן:

*"הפסיקה חזרה וקבעה שני מבחנים להבחנה בין זכרון-דברים, המהווה רק שלב אחד בין שלבי המשא ומתן, שלב שלא די בו כדי להביא לגמירת הדעת הסופית הנדרשת לשכלולו של חוזה מחייב, לבין זכרון-דברים, המהווה סיכום של המשא ומתן ולכן הסכם גמור ומחייב הוא באופן מוחלט, אף שהחוזה הפורמאלי לא יצא אל הפועל. זו ההלכה - בעניין זה קבעה פסיקתו של בית משפט זה שני מבחנים מצטברים<sup>119</sup>. המבחן האחד הוא כוונתם של הצדדים ליצור קשר חוזי מחייב ביניהם עם ההסכמה על זכרון הדברים; המבחן השני הוא קיומה של הסכמה בזכרון-הדברים על הפרטים המהותיים והחיוניים של העסקה ביניהם. מבחנים אלה כונו גם המבחן הסובייקטיבי והמבחן האובייקטיבי, כאשר הראשון מכוון לכוונת הצדדים והשני לקיום התנאים הדרושים למסמך המוגמר"<sup>120</sup>.*

בזכרון-דברים, שהצדדים מתכוונים לתת לו תוקף מחייב נוהגים לקבוע את המועד שייחתם בו ההסכם המפורט. כן מציינים בו במפורש, שאם לא ייחתם ההסכם עד למועד שנקבע יהיה זכרון-הדברים תקף ומחייב את הצדדים. גם אם לא ציינו זאת, יבחן בית-המשפט את כוונת הצדדים בזמן החתימה על זכרון-הדברים. זכרון-דברים שיש לו תוקף חוזי מחייב עונה על דרישת הכתב, רק כאשר נכללים בו הפרטים החשובים שצריכים להיות בחוזה של מקרקעין, כאמור: תיאור המקרקעין, תיאור הצדדים, התמורה ומהות העסקה. לכן, כל אימת שמתעוררת השאלה אם זכרון-דברים מסוים עונה על דרישת הכתב בסעיף 8, יש לבחון תחילה את תוקפו החוזי של זכרון-הדברים, ולקבוע שהיתה לצדדים גמירות-דעת לכרות ביניהם את ההסכם. רק לאחר שנקבע שלזכרון הדברים יש תוקף חוזי, יש לבדוק אם התמלאו

<sup>118</sup> פס"ד לג(2) 281.

<sup>119</sup> בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד, פס"ד לג(2) 281.

<sup>120</sup> ראה בעניין זה גם את דברי השופט ד' לוינ בע"א 144/89, מדינת ישראל נ' פמר, פס"ד מו(1) 654, 658-659.

בו יתר הדרישות האמורות בסעיף 8<sup>121</sup>.

## ז. דרישת הכתב בהסכם ברירה (אופציה)

הסכם אופציה הוא הסכם לרכישת נכס, שלקונה ניתנת בו זכות הברירה להחליט, במועד מאוחר, אם לרכוש את הנכס אם לאו. הקונה אינו חייב לרכוש את הנכס, אלא הוא זכאי לרכוש אותו רק אם ירצה בכך, והוא חופשי לא לרכוש אותו אם יחליט לא לקנותו.

השאלה אם הסכם ברירה טעון מסמך בכתב נידונה בבית-המשפט העליון בע"א 346/88 **אביבי נ' זכריה**<sup>122</sup>, ובו נפסק (בע" 688, מול האות ד):

*"חווזה ברירה (אופציה) הנוגע לעסקה במקרקעין הוא מהווה התחייבות לעסקה במקרקעין והוא כפוף לדרישת הכתב, על אף הברירה הנתונה לקונה אם לממש את האופציה"*<sup>123</sup>.

**לסיכום:** צדדים רשאים לגמור עסקה ללא עריכת חווזה בכתב. אין עליהם חובה לערוך חווזה בכתב כתנאי לגמירת עסקה במקרקעין. כוונת סעיף 8, שאומר כי התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב, היא, שאם הצדדים מעוניינים לתת לחווזה ביניהם תוקף מחייב שאפשר לאכוף אותו לפי דיני החוזים, כי אז ההתחייבות צריכה להיות בכתב. אם הצדדים אינם מעוניינים לערוך הסכם בכתב, הם רשאים לוותר עליו. לדוגמא, הורים שנוהגים להעביר דירה על-שם ילדיהם ללא עריכת חווזה אלא באמצעות שטר העסקה. גם רשם המקרקעין אינו דורש ואף אינו מעוניין לקבל את החווזה שנעשה, אם נעשה, בין הצדדים לעסקה. במקרה זה מתבצעת העסקה, כלומר, פעולת **ההקניה** על-ידי העברת הזכויות

---

<sup>121</sup> עוד על תוקפו של זכרון-דברים, ראה דברי השופט מלץ בפסק-הדין ע"א 342/89 ג.ז. **רכסים בע"מ נ' גרופר**, פס"ד מו(2) 724, 735-736.

<sup>122</sup> פס"ד מו(4) 684.

<sup>123</sup> בפסק הדין ר"ע 269/84 **שפירא נ' שדמי**, פס"ד לח(4) 664, נפסק גם - כן שאופציה לרכישת מקרקעין היא בגדר התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, ראה גם ע"א 270/74 **ברזילי נ' יורשי גרינבאום**, פס"ד כט(1) 635.

מהמוכר לקונה באופן ישיר, בפנקס המקרקעין. פעולה זו מתבצעת באמצעות שטר העסקה (שטר מכר, שטר שכירות, שטר משכנתה וכדומה), שהוא המסמך המקנה את הזכות במקרקעין מהמוכר לקונה<sup>124</sup>.

### ח. עסקה בחלק מסוים של מקרקעין

בעל מקרקעין רשאי לעשות במקרקעין שלו, המהווים יחידת רישום, כל סוג של עסקה, כפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם (סעיף 2). הבעלים רשאי למכור את הבעלות במקרקעין, להשכירם, לשעבדם במשכנתה, להעניק זיקת הנאה או זכות קדימה. משעשה כן, תחול ההקניה לא רק על הקרקע, אלא גם על "כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע"<sup>(סעיף 12)</sup>. סעיף 13 שולל את התוקף של עסקה שנעשית לגבי חלק מסוים של מקרקעין, בקובעו:

*"עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו-12, ואין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת".*

כוונת החוק במלה "מקרקעין" בסעיף 13 היא ליחידת רישום בפנקס הזכויות, שמהווה "חלקה" על-פי פקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש) התשכ"ט-1969, או ליחידת רישום של נכס בפנקס השטרות. בחוק המקרקעין ובתקנותיו אין הגדרה לחלקה או ליחידת רישום. גם ההגדרה של "חלקה" בפקודת הסדר זכויות הנ"ל, "כיחידה רצופה של מקרקעין בתוך גוש, השייכת לאדם", אינה מתייחסת ליחידת רישום בפנקסים.

בפרקטיקה מקובל ש"חלקה" מהווה יחידת רישום שנקבעה על-ידי פקיד ההסדר בלוח הזכויות, והועתקה על-ידי רשם המקרקעין לפנקס הזכויות. כמו-כן מקובל ש"חלקה" בפנקס השטרות מהווה יחידת רישום של נכס שנקבעה ברישום

<sup>124</sup> מס שבת, שדורש לצרף לטופס המש"ח את החוזה שנעשה בין הצדדים, מסתפק במקרה זה בתצהיר שלהם אודות העברת הזכויות ללא תמורה.

הטורקי (בפנקס היוקלמה או הדיימי)<sup>125</sup>, או במסגרת פעולות תכנון (איחוד וחלוקה), או על-ידי המפקח על רישום מקרקעין, במסגרת ההליך של "רישום ראשון"<sup>126</sup>. דוגמא לפרקטיקה זו מצויה בסעיף 142 לחוק המקרקעין, שקובע:

*"שני בתים או יותר... והבתים עומדים על חלקה או חלקות שאינן ניתנות לחלוקה באופן שכל בית יעמוד על חלקה נפרדת, ניתן לרישום בפנקס כבית משותף".*

"חלקה", על-פי סעיף זה, היא **יחידת רישום בפנקס המקרקעין**, ולא מספר יחידות רישום שמהוות "יחידה רצופה של מקרקעין השייכות לאדם", כפי שהיא מוגדרת בפקודת הסדר זכויות במקרקעין; אלא אם-כן איחד אותו אדם את כל היחידות ליחידת רישום אחת, פעולה שניתן לבצעה על-פי חוק התכנון והבנייה וחוק המקרקעין. בעל מקרקעין רשאי, על-פי סעיף 13, למכור רק **חלק בלתי-מסוים** מיחידת הרישום. לדוגמא, ראובן, שהוא בעל חלקה בשטח 1000 מ"ר, המעוניין למכור לשמעון 250 מ"ר משטח החלקה, יכול למכור לשמעון 1/4 חלקים מהחלקה, ואין הוא יכול למכור 250 מ"ר מסוימים בחלקה.

כתוצאה ממכירת חלק בלתי-מסוים, נוצרת בעלות משותפת (מושעא) של ראובן ושמעון בחלקה, כשלאובן 3/4 חלקים ולשמעון 1/4 חלקים. בעלותו של כל אחד מהם, לפי חלקו, מתפשטת בכל אתר שבחלקה, ואין לאיש מהם חלק מסוים בה (סעיף 27). המחוקק שלל את תוקפה של עסקה בחלק מסוים של מקרקעין כדי למנוע עקיפת הוראות של חוק התכנון והבנייה בעניין חלוקה של מקרקעין (פרצלציה). הוראות אלה קובעות את ההליכים לביצוע פעולת חלוקה ואת הצורך לקבל אישור של ועדה מקומית לתכנון ובנייה. (ראה פרק ג לחוק התכנון והבנייה).

סעיף 13 הנ"ל מסייג את ההוראה שאין תוקף לעסקה בחלק מסוים של מקרקעין למקרים שקיימת בהם בחוק הוראה אחרת, שמאפשרת לרשום עסקה בחלק מסוים. יש שלוש הוראות אחרות בחוק המקרקעין שמתירות לעשות עסקה

---

<sup>125</sup> ראה בכרך א ע' 199.

<sup>126</sup> ראה בכרך א ע' 129.

בחלק מסוים של מקרקעין: א. בדירה בבית משותף; ב. בשכירות; ג. בזיקת הנאה.

**דירה בבית משותף** - על-פי סעיף 54, "תהא דירה בבית משותף נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות". הוראה דומה הייתה קיימת בחוק בתים משותפים, התשי"ג-1952, ובחוק בתים משותפים (נוסח משולב) התשכ"א-1961, שקדמו לחוק המקרקעין. מטרתה של הוראה זו היא לאפשר לבעל מקרקעין שנבנה בית דירות על חלקו לרשום את הבית כבית משותף ולמכור את זכות הבעלות של כל דירה בנפרד. אלמלא הוראה זו, הייתה מכירת דירה, שמהווה חלק מסוים של המקרקעין, בלתי-תקפה.

**בשכירות** - על-פי סעיף 78, אפשר להשכיר חלק מסוים של יחידת מקרקעין. להלכה ולמעשה, אפשר להשכיר דירה לתקופה ממושכת, כגון ל-999 שנה, מבלי להגביל את זכותו של השוכר להעביר את השכירות לאחר. ואכן, בדרך זו נהגו לפני חקיקת חוק בתים משותפים, וכך גם נוהגים כיום כאשר הבית שבו מצויה הדירה שאותה מעוניינים למכור לא נרשם מסיבות שונות כבית משותף. פרופסור ויסמן<sup>127</sup> מביא דוגמא לעקיפה כזו בעניין הוראת סעיף 13<sup>128</sup> -

*"יתכן גם שמגמת החוק למנוע פיצול יחידת רישום של מקרקעין, על-ידי הטלת הגבלה על האפשרות להעביר בעלות בחלקים מסויימים מתוך יחידת רישום (סעיף 13), אינה מתישבת יפה עם האפשרות הבלתי מוגבלת להעניק חכירה לתקופה ארוכה על חלקים מסויימים מתוך יחידת רישום (סעיף 78). בהכנת דברי חקיקה לעתיד יהיה על המחוקק להיות ער לכך שעמדתו בדבר אי הגבלת תקופת השכירות מטילה עליו מעמסה מיוחדת - למנוע את השימוש בחכירה כאמצעי לריקון הוראותיו בדבר הבעלות".*

בה"פ (חיפה) 508/90 **גלזר נ' רשות הפיתוח**<sup>129</sup> חתם מינהל מקרקעי ישראל,

<sup>127</sup> בספרו **חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מגמות והישגים**, מצוין, שתולדות המשפט הישראלי רצופות בדוגמאות של עקיפת הוראות חוק הדנות בבעלות, על-ידי הענקת חכירה לתקופה ארוכה.

<sup>128</sup> שם בעמ' 63.

<sup>129</sup> פס"מ התשנ"ג(1) 70.

## ניהול נדל"ן

---

בשם רשות הפיתוח, על חוזה חכירה שמתייחס לחלקים מחלקות רשומות. המינהל לא הסכים לרשום את החכירה לפני שיבוצעו תחילה פרצלציה וחלוקת המקרקעין, כך שהשטח שהוחכר על-פי החוזה ישתרע על פני חלקה עצמאית. לדברי המינהל, ניתן לרשום את החכירה רק בהתאם לתוכנית מתאר, העשויה להשתנות; ומכיוון שאין ביכולתו של המינהל להתחייב שהפרצלציה תהיה זהה להסכמי החכירה באותן חלקי-חלקות, עדיף ורצוי לדחות את הרישום עד לגמר ביצוע הפיצול.

השופט חנוך אריאל לא קיבל דברים אלה, במיוחד לאחר שהוברר כי בחוזה החכירה כלול סעיף שהחוכר מצהיר בו כי ידוע לו ששטח המגרש וגבולותיו אינם סופיים, כי עלולים לחול בהם שינויים, וכי הרישום יהיה בהתאם לשינויים שיחולו. גם אם לא נכלל סעיף כזה, אומר בית-המשפט, יכול החוכר להצהיר בכל עת שהוא מקבל על עצמו מראש להכיר בכל שינוי שיחול במגרש שהוא חכר כתוצאה מהפרצלציה. בית-המשפט הורה למינהל לרשום את זכות החכירה מבלי שתבוצע תחילה פעולת הפרצלציה. בית-המשפט הוסיף ואמר (בע' 73, מול האות א):

*"אין בחוק המקרקעין כל הוראה המחייבת הכנת מפת חלוקה לצרכי רישום של זכויות חכירה בחלקים מחלקות מקרקעין, וכן אין בחוק זה כל הוראה האוסרת על רישום זכויות, לרבות חכירה, בטרם בוצעה הפרצלציה".*

ראוי לציין **שהעסקה** בחלק מסוים כלומר, פעולת ההקניה שמתבצעת ברישום היא זו שאינה תקפה. לעומת זאת, **ההתחייבות** לעשות עסקה בחלק מסוים יכולה להיות תקפה, משום שהתחייבות המוכר כוללת, במפורש או במשתמע, התחייבות למכור את החלק המסוים לאחר שיבצע את חלוקת המקרקעין או לאחר שירשום את הבית כבית משותף (כאשר ההתחייבות היא למכור בעלות של דירה).

בע"א (ת"א) 84/74 **דרזנר נ' כהן**<sup>130</sup> התחייב הנתבע למכור חלק מסוים של החלקה. הנתבע טען להגנתו שאין להתחייבות זו תוקף, מכיוון שזו עסקה בחלק מסוים. השופט ב' כהן דחה טענה זו, באומרו:

---

<sup>130</sup> פסי"מ (התשל"ו) 2) 3.

"הנתבעים טוענים שאנו יכולים לחסוך לעצמנו את טורח ההכרעה באשר ההתחייבות הנדונה, שבה זכה התובע מאת בעל המקרקעין, היא התחייבות בטלה. מדוע? משום שמטרתה היא כאמור להקנות לתובע בעלות לא במקרקעין ולא בחלק בלתי-מסויים במקרקעין, אלא בחלק מסויים דוקא, והמטרה נוגדת את הדין-המצווה שבסיפא של סעיף 13 לחוק המקרקעין, לאמור: 'אין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת'. הטענה לא חדשה היא אצל הנתבעים. הם כבר בבית-משפט השלום העלו אותה: פעם בהצלחה ופעם ללא הצלחה. ואני מציע לומר, שאין בה כל מאומה על-פי הנימוקים הבאים. לא שבחוק יש 'הוראה' אחרת, אשר לענייננו מוציאה את הבטלות של עסקה בחלק מסויים. התשובה לטענה היא, שכאן 'מקרקעין' משמע נכס-מקרקעין, המהווה יחידת רישום נפרדת; משמע 'חלקה'. אם להשתמש בלשון הרווחת בסעיף 168 (6) לחוק המקרקעין בתקנות המקרקעין (ניהול ורישום) התש"ל-1969, ובפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש) התשכ"ט-1969.

ובכן גזירת הסיפא של סעיף 13 'אין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין', קרי אין תוקף בחלק מסויים בחלקה; ומטרת ההתחייבות היא להקנות לתובע בעלות לא בחלקה פלונית או בחלק בלתי-מסויים הימנה, אלא דוקא בחלק מסויים הימנה.

אולם הסיפא של סעיף 13, גוזרת על 'עסקה' (כלומר על 'הקניה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין', כהגדרת סעיף 6). ואילו התובע עדיין רק ב'התחייבות' (שיעשו לו עסקה), זכה. האין כאן נפקא מינה? יש ויש. נכון שהתחייבות לעשות את הבלתי אפשרי, היא התחייבות בטלה. אולם מי זה אמר שבשביל בעל-המקרקעין דין זה בלתי-אפשרי לעשות את העסקה, אשר התחייבותו הטילה עליו? לכאורה, כל אשר עליו לעשות הוא לנקוט תחילה הליכים אשר יסתיימו ברישום פיצול החלקה הנדונה, או איחוד חלקות ובתוכן הנדונה, ופיצול החלקה המאוחדת לחלקות חדשות - הכל כדי שבסוף ההליכים יירשם הממכר בתור חלקה בפני עצמה. או יוכל

בעל-המקרקעין לעשות את העסקה אשר התחייבותו הטילה עליו, כי אז לא בחלק (מסויים), כי אם בשלימות, יעשה עסקה. בעל-המקרקעין בהתחייבותו, באמת הטיל על עצמו חובה לנקוט תחילה הליכים, כדי שהממכר ימצא רישום בתור חלקה שלימה, והנתבעים לא השכילו להראות כי הגשמת החובה הזו היא משימה בלתי אפשרית".

הלכה דומה פסק השופט א' ברק, בע"א 664/81 **הווארד נ' ארז**<sup>131</sup>, והוא אומר בו: "הערכאה הראשונה פסקה כי זכרון הדברים בלתי חוקי הוא, וזאת לאור הוראות סעיף 13 לחוק המקרקעין, ואילו לזכרון-הדברים, שעליו נסב הערעור שלפנינו, עניינו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין (השווה סעיף 7 לחוק המקרקעין). על התחייבות שכזו אין הוראות סעיף 13 לחוק המקרקעין חלות" (בע" 308, מול האות ב).

**בזיקת הנאה** - בתיקון לחוק המקרקעין משנת התשנ"ב (תיקון מס' 14) הוכנס תיקון בסעיף 93, אשר התיר עסקה של זיקת הנאה בחלק מסוים של מקרקעין. וכך נאמר בתיקון זה:

"על אף האמור בסעיף 13, יכול שתהא זיקת הנאה לגבי חלק מסויים של מקרקעין".

במשך כל השנים, אף-על-פי שלא הייתה הוראה ספציפית בחוק שמאפשרת עסקה של זיקת הנאה בחלק מסוים של מקרקעין, בוצעו עיסקאות כאלה כדבר שבשגרה וללא עוררין. היה מקובל לרשום זיקת הנאה, כגון זכות מעבר לטובת א **בקטע מסוים** של חלקה ב. אפשר לומר שבעניין זה נוצר "מנהג ששבר דין". יש להניח שזיקות הנאה שנרשמו בחלק מסוים לפני תיקון מס' 14 הנ"ל לא יהיו בטלות, אף שמבחינה משפטית פורמלית לא היה להן תוקף, ואף-על-פי שתיקון מס' 14, לא הוחל עליהן משום מה למפרע.

---

<sup>131</sup> פסי"ד ל"ח(3) 301.

## ט. עיסקאות נוגדות

סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע את סדר העדיפויות במקרה שנתן המוכר לקונה אחד, התחייבות שסותרת התחייבות שנתן לקונה אחר. וזה לשון הסעיף:

*"התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה".*

סעיף 9 קובע איפוא, כי בכל מקרה שמתנגשות בו **זכויות חוזיות** בגין התחייבויות סותרות שנתן המוכר לכל אחד מהרוכשים, תהיה זכותו של הרוכש הראשון עדיפה<sup>132</sup>. אולם אם הרוכש השני פעל בתום-לב ושילם תמורה והמקרקעין נרשמו על שמו בפנקס המקרקעין, תהיה זכותו של השני עדיפה. למרות הדברים הברורים האמורים בסעיף 9, יש עדיין מקום לשאול: האם העדפתו של הרוכש הראשון הינה מוחלטת בכל מקרה ובכל תנאי, או שמא לבית-המשפט נתונה הסמכות להעדיף את הרוכש השני גם אם לא נרשמו המקרקעין על שמו, כאשר בנסיבות המקרה קיימת לכך הצדקה.

לדוגמא: רוכש ראשון רכש את הנכס לצורכי השקעה בלבד, שילם חלק קטן מהתמורה (בהתאם לחוזה) ולא רשם הערת-אזהרה לזכותו אף-על-פי שעבר זמן רב מאז נחתם הסכם הרכישה. לעומתו, רוכש שני שילם את כל התמורה, קיבל את החזקה וגר בנכס עם משפחתו ברוכת-הילדים. פינויו מהדירה יגרום לו פגיעה קשה, לעומת הרוכש הראשון, שלא ייפגע כלל, שכן יקבל בחזרה את השקעתו. זאת ועוד, לפני שחתם על ההסכם, עשה הרוכש השני כל מה שמוטל על קונה זהיר לעשות. הוא בדק את מצב הרישום בפנקס המקרקעין ולא מצא שרשומה בו הערת-אזהרה או הגבלה אחרת כלשהי. בהסתמכו על הרישום, חתם הרוכש השני על ההסכם, שילם את כל התמורה ואף רשם הערת-אזהרה לזכותו.

<sup>132</sup> על פי דיני האקזיטי כאשר מתנגשות שתי זכויות חוזיות יש להעדיף את בעל הזכות הראשונה לפי הכלל הידוע: Where the equities are equal, the first in time shall prevail.

האין במצב דברים זה הצדקה להעדיף את הקונה השני? שהרי בית-המשפט מוסמך על-פי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), לא לתת צו אכיפה לטובת הרוכש הראשון אם "אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת בנסיבות העניין". ואם בית-המשפט לא יאכוף את החוזה לטובת הרוכש הראשון, ממילא תהיה התוצאה שהרוכש השני יועדף.

בתי-המשפט התלבטו בשאלה זו בכמה פסקי-דין. בת"א (ת"א) 1533/76 **עזבון המנוח בלום נ' סמיר נחום**<sup>125</sup> היו העובדות כדלהלן: הנתבע, סמיר, התחייב למכור דירה לבלום. נחתם הסכם ושולמה תמורה, אולם הדירה לא נרשמה על-שם בלום וגם לא נרשמה הערת-אזהרה לזכותו. בלום נפטר, וכעבור שלוש שנים התחייב סמיר למכור אותה דירה לקונה אחר, מאירי, מבלי שהודיע לו על התחייבותו הקודמת לבלום. לפני שהתקשר בהסכם, בדק מאירי את מצב הרישום בפנקס המקרקעין ומצא שהדירה רשומה על-שם סמיר ולא קיימת שום הגבלה על זכותו הקניינית בדירה. לאחר-מכן נמסרה החזקה בדירה לידי מאירי, אולם הרישום על-שמו לא בוצע. יורשי בלום תבעו מבית-המשפט לאכוף את החוזה שנעשה בין מורישם לבין סמיר ולהעביר את הדירה על-שמם. הם הסתמכו על הוראות סעיף 9, שמעניק עדיפות לקונה הראשון כל עוד לא בוצע הרישום על שם הקונה השני.

הוברר לבית-המשפט שהקונה הראשון התרשל בכך שלא רשם הערת-אזהרה במשך שלוש שנים, בעוד שהקונה השני ואשתו "עשו את כל אשר לאל ידם של קונים הנוהרים זהירות סבירה. הם לא הסתפקו בדבריו של המוכר אלא בדקו את הרישום בספרי האחוזה (הכוונה לפנקסי המקרקעין - א' א') ורק משנשתכנעו, כי אין רישום של הערת-אזהרה לגבי הדירה הנדונה חתמו על החוזה" (ע' 20). כמו-כן הוברר לבית-המשפט שלקונה השני עלול להיגרם נזק רב, "מה עוד שאין חולקים כי התובעים (הקונה הראשון - א' א') כלל אינם מעוניינים בחזקה המעשית בדירה לצורך מגורים אלא אך ורק במכירתה וקבלת התמורה" (ע' 21).

בית-המשפט המחוזי דחה את בקשת יורשי בלום לאכוף את החוזה של מורישם, והעדיף את הקונה השני (מאירי). השופטת גב' ש' ולנשטיין שכתבה את

---

<sup>125</sup> פסי"מ תשל"ז 16(2).

פסק הדין, נימקה את החלטתה בכך, שבמקרה הנידון מתנגשות שתי זכויות שבושר. לכן, בכל מקרה שבית-המשפט צריך להכריע את איזו מבין שתי זכויות שבושר יש להעדיף, עליו ליישם את עקרונות דיני היושר שעל-פי המשפט האנגלי.

על-פי עקרונות אלה בית-המשפט בוחן את התרשלותו של האחד כנגד זהירותו ותום-לבו של האחר, וכן את המצוקה (Hardship) שעלולה להיגרם לקונה השני אם ייאכף החוזה של הקונה הראשון. כאמור, פסקה השופטת ולנשטיין לטובת הקונה השני, אף-על-פי שהעסקה לזכותו לא נגמרה ברישום.

הפירוש שנתנה השופטת לסעיף 9 בפסק-הדין **עזבון בלום** הנ"ל ניתן לאחר-מכן גם על-ידי בית-המשפט העליון, בע"א 714/79 **ורטהיימר נ' הררי**<sup>133</sup>. העובדות היו כדלהלן: הררי (המוכר) חתם על זכרון-דברים למכירת דירה לורטהיימר (הקונה הראשון) במחיר של מיליון ל"י. על-פי האמור בזכרון-הדברים, שילם ורטהיימר סכום של 5,000 ל"י. לאחר-מכן חתם המוכר על חוזה עם בנימיני (הקונה השני), לפיו נמכרה לו הדירה במחיר של 800,000 ל"י. בשעת החתימה על החוזה לא ידע הקונה השני על זכרון-הדברים עם הקונה הראשון. על-פי החוזה, שילם הקונה השני סכום של 350,000 ל"י. משנודע לו על קיומו של זכרון-הדברים עם הקונה הראשון, השלים הקונה השני את יתרת התשלום עד למלוא הסכום.

בבית-המשפט נחלקו דעות השופטים (השופט ח' כהן והשופט בכור כנגד דעתה החולקת של השופטת מ' בן-פורת). דעת הרוב הייתה שיש להעדיף את הקונה השני, מכיוון שצו-אכיפה לטובת הקונה הראשון לא יהא צודק בנסיבות העניין, שכן יהא בו כדי לגרום אי-צדק לקונה השני. לדעת השופט כהן, העדיפות שסעיף 9 נותן לקונה הראשון עשויה רק להכשיר את הקרקע ולספק לו עילה לבקשת סעד של אכיפה, אולם עדיין נשאלת השאלה: האם בכל נסיבות העניין תהא אכיפת ההתחייבות צודקת? שכן -

*"שומה להסתכל בכל הנסיבות כולן, לא רק בהתנהגותם ובמידותיהם של הצדדים המידיים לחוזה, כי אם גם בענייניו הלגיטימי של צד שלישי בנכס*

<sup>133</sup> פס"ד לד(3) 645. פסק-הדין שונה לאחר-מכן בדיון הנוסף 21/80.

*שהוא נשוא החוזה".*

בהעמידו את הקונה הראשון לעומת הקונה השני לעניין אכיפת החוזה, הגיע השופט כהן למסקנה שמאזני הצדק נוטים לצידו של הקונה השני, שכן הוא קיים את כל חיוביו לפי החוזה, ולא נשאר למוכר אלא למסור לרשותו את הדירה. ואילו הקונה הראשון שילם אך סכום סמלי, ואף לא טרח להפקיד את יתרת הסכום או חלק ממנו. לעומת דעתו של השופט כהן (שהביע את דעת הרוב), סברה השופטת בן-פורת כי -

*"השאלה אם מוצדק לאכוף את ההסכם בין המוכר לקונה הראשון, צריכה להיחתך תוך התחשבות בהם בלבד ובהתעלם מן ההתקשרות עם הקונה השני... מי שצריך להוכיח שהאכיפה אינה מוצדקת הוא המוכר, וקשה לראות מה יש לו לטעון, כאשר נהג כפי שנהג" (ע' 650).*

השופטת בן-פורת מציינת שהתנאים שהוסכם עליהם בין המוכר לבין הקונה השני אינם מענייניו של הקונה הראשון. הוא הדין בעובדה שהקונה הראשון שילם סכום סמלי בלבד - זו אינה מענייניו של הקונה השני.

בדיון נוסף בפסק-דין זה בבית-המשפט העליון<sup>134</sup> נהפכה ההחלטה על פיה והתקבלה דעתה של השופטת בן-פורת. ברוב דעות נפסק שסעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971, חל רק לעניין אכיפת זכותו של הקונה הראשון **כלפי המוכר**, ובמסגרת זו ניתן להתחשב בשיקולי הצדק של הצדדים לחוזה, דהיינו, של הקונה הראשון ושל המוכר בלבד. לעומת-זאת, בית-המשפט סבור שלא ניתן להתחשב בשיקולי הצדק כלפי הקונה השני, שכן התחשבות זו תעמוד בסתירה לתוצאה המתבקשת מהפעלת ההוראה המהותית הקבועה בסעיף 9. התוצאה היא שזכות הקונה הראשון לאכיפת החוזה כלפי המוכר קיימת, אף אם שיקולי הצדק תומכים בזכותו של הקונה השני, ואין להביא בחשבון את מצוקותיו של הקונה השני מקום שדנים באכיפת חוזהו של הקונה הראשון.

---

<sup>134</sup> ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פס"ד לה (3) 253.

בע"א 147/80, 141 גפני נ' מאירוב<sup>135</sup> העדיף השופט שמגר (כתוארו אז) את הקונה השני, אולם רק לאחר שהתברר כי החוזה שנערך בין המוכר לבין הקונה הראשון נגוע באי-חוקיות<sup>136</sup>, וזאת אף-על-פי שביית-המשפט החליט, על-פי סעיף 31 לחוק החוזים, לקיים את החוזה עם הקונה הראשון. בנימוקי החלטתו אומר השופט שמגר:

*"כדי שיחול סעיף 9 לחוק המקרקעין, צריכות להתקיים שתי התחייבויות הערוכות כדין ושהן תקפות. מאחר שקבענו, כי החוזה הראשון נגוע באי חוקיות, הרי כמצוותו של סעיף 30 לחוק החוזים, חוזה זה בטל. משמעושה של קביעה זו היא, כי מעתה ואילך אין אנו מקיימים את תנאיו של סעיף 9 לחוק המקרקעין, שכן אין לפנינו שתי עיסקאות נוגדות, כי אם עסקה אחת - היא השנייה" (ע" 821-822).*

לאור זאת החליט השופט שמגר להעדיף את הקונה השני, מכיוון -  
*"שנהג בתום-לב והתקשר בחוזה עם המוכר בלי שידע על הפרשה שקדמה להתקשרות זו. אין ספק, כי לו ניצב לפנינו הקונה הראשון בלבד, הייתה הנטייה לקיים את החוזה; אולם משמצטרפת לתמונה הקונה השני, משתנה גם מאזן הצדק והכף נוטה לטובתו. מן הנכון להעדיף את הצד שהיה תם-לב באופן מוחלט, על-פני הצד שהיה שותף לחוזה בלתי חוקי, אף אם לא היה יוזם אי-החוקיות" (ע" 823).*

גם בע"א 839/90, רז נ' אירנשטיין<sup>137</sup>, העדיף בית-המשפט העליון את הקונה השני. כמו בפסק-הדין גפני נ' מאירוב, השופט גולדברג מסביר את הנסיבות המיוחדות שהניעו אותו לסטות מהלכת ורטהיימר. בפסק-דין זה היו העובדות כדלהלן: המוכר התחייב למכור לקונה הראשון את חלקו במקרקעין. הרישום על-שם הקונה לא בוצע ואף לא נרשמה לזכותו הערת-אזהרה. כעבור חמש שנים

<sup>135</sup> פס"ד לה (3) 813.

<sup>136</sup> אי החוקיות נבעה מכך שהצדדים רשמו בחוזה מחיר שאינו משקף את המחיר האמיתי של העיסקה.

<sup>137</sup> פס"ד מה (5) 739.

נפטר המוכר. היורש, שלא ידע על ההתחייבות של מורישו, מכר את המקרקעין שנפלו לו בירושה לקונה שני.

כאמור, העדיף בית-המשפט את הקונה השני. השופט גולדברג הסתמך במקרה זה על סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) הני"ל, כדי לבחון את **ההצדקה שבאכיפת זכותו של הקונה הראשון כלפי המוכר** (ועכשיו - כלפי יורשיו). לצורך בחינה זו, אומר השופט גולדברג, בית-המשפט רשאי להתחשב בהתנהגותו של הקונה הראשון. צד לחוזה אינו רשאי להניח שהיורש של הצד האחר שנפטר או מנהלי עזבונו יודעים על החוזים שעשה המנוח לפני פטירתו ועל התחייבויות שקיבל על עצמו בחייו. על אותו צד, כלומר, הקונה הראשון, ליידע את היורש או את מנהלי עזבונו על התחייבותו של המוכר כלפיו מייד לאחר שנודע לו על פטירתו, כדי למנוע מצב שהם עלולים להתחייב בהתחייבות נוגדת מחוסר ידיעתם על החוזה הראשון. משלא עשה כן על-אף ידיעתו שהמוכר נפטר, **הוא התרשל כלפי היורש**. בית-המשפט הגיע למסקנה שאכיפת החוזה בין הקונה הראשון לבין היורש תהא בלתי-צודקת, **שכן היא תגרום ליורש לחוב כלפי הקונה השני בשל הפרת חוזה עמו**. ראוי להדגיש את דברי השופט גולדברג בהתייחסו לשאלה אם יש לתת משקל לאי-רישום הערת-אזהרה על-ידי הקונה הראשון. על-כך הוא אומר:

*"הערת-אזהרה הוא כלי יעיל שראוי ורצוי להפעילו, אך אין לדעת, לראות את הקונה הראשון כמתרשל, אך ורק מן הטעם שלא רשם הערת-אזהרה, ואין זכותו נחותה בשל כך בלבד" (ע' 746).*

בפסק-דין זה לא שונתה הלכת **ורטהיימר נ' הררי** (בדיון הנוסף), שכן הפעלת סעיף 3(4) הני"ל לא הביאה בחשבון את הפגיעה בקונה השני, אלא את הפגיעה ביורש שבא במקום המוכר<sup>130</sup>. בת"א (ת"א) 1210/92 **חיים שכטר בע"מ (בפירוק) נ' זלסקי**<sup>138</sup> אימץ השופט א' וינוגרד, נשיא בית-המשפט המחוזי בתל-אביב, את הלכת

<sup>130</sup> ראה מאמר של פרופ' מנחם מאונטר "עייסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה" (בעקבות ע"א 839/90 **רז חברה לבנין נ' אירנשטיין**, פס"ד מה(5) 739), **הפרקליט** מ(ג) 521.

<sup>138</sup> פס"מ התשנ"ג(3) (בע' 527) 518.

רז נ' אירנשטיין, באומר: :

*"אי-רישום הערת-אזהרה בלבד, וכשלעצמו - לא ישלול עדיפות, אך בהתווסף לכך מערכת נסיבות נוספת, שיש בה כדי להצביע על רשלנות (ודי, לשם כך בשתיקה במשך תקופה ארוכה במיוחד), תתבטל עדיפותו של הראשון בזמן - שהתירש, על השני בזמן - שהעסקה שביצע טרם נסתיימה ברישום, ושעמד בתנאים הנוספים שבסיפת סעיף 9 לחוק המקרקעין" (בע' 527).*

בע"א 1235/90 הרבסט נ' אריאן<sup>139</sup> חזרה ונידונה שאלת העדיפות שיש לתת במקרה של עיסקאות נוגדות, כאשר ההתחייבות הראשונה ניתנה לרישום משכנתה ואילו ההתחייבות השנייה, הנוגדת, ניתנה למכירת זכות הבעלות לקונה ולרישום משכנתה באותה דרגה של המשכנתה הראשונה. העובדות היו כדלהלן: בעלת חלקה, חברת אריאן בע"מ, חתמה ביום 10.10.84 על הסכם הלוואה עם מלווה ששמו הרבסט, והתחייבה כלפיו לרשום לזכותו משכנתה בדרגה ראשונה.

המשכנתה לא נרשמה מסיבות שונות ואף לא הערת-אזהרה. כעבור ימים מספר, ביום 18.10.84, מכרה החברה לארנון ושושנה וינברג את אחת מהדירות שנבנו על אותה חלקה ללא ידיעת הרבסט ובניגוד להסכם הלוואה. ביום 22.10.84 נרשמה הערת-אזהרה לטובת הקונים. לצורך מימון רכישת הדירה, נטלו הקונים הלוואה מבנק טפחות, וגם לזכותו נרשמה ביום 4.11.84 הערת-אזהרה על התחייבות לרישום משכנתה. כאשר נודע לעורך-דינו של הרבסט על שתי הערות-האזהרה שנרשמו - לטובת הקונים ולטובת בנק טפחות - הוא רשם, ביום 26.12.84 הערת-אזהרה לטובת הרבסט בגין ההתחייבות לרישום משכנתה שקיבל כאמור ביום 10.10.84.

בית-המשפט היה צריך להחליט איזו מבין ההתחייבויות גוברת: האם ההתחייבות כלפי המלווה הרבסט, בהיותה קודמת בזמן, או ההתחייבות של הקונים וינברג ושל הנושה השני (בנק טפחות), בשל כך שהרבסט לא רשם הערת-אזהרה,

<sup>139</sup> פס"ד מו(4) 661.

ואילו הם רשמו הערת-אזהרה לזכותם.

השופט ברק חזר על הלכת **ורטהיימר**, שלא ניתן לשלול את התוצאה המתבקשת מהחלטת סעיף 9 על התחייבויות נוגדות על-ידי החלתו של סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). כלומר, אי-אפשר לבטל את העדפתו של בעל ההתחייבות הראשונה על-ידי שקילת שיקולי צדק הנוגעים בבעל ההתחייבות המאוחרת. כן חזר השופט על ההלכה שאין בהתרשלות הקונה הראשון לרשום הערת-אזהרה לטובתו כדי לפגוע בתוצאה המתחייבת מסעיף 9, וכי רישום הערת-אזהרה לטובת הקונה השני אינה ממלאת את תנאי הרישום האמור בסעיף 9 סיפא<sup>140</sup>.

בפסק-דין זה מבחין השופט ברק בין התחייבות לעשות עסקה שנותן בעל נכס לבין התחייבות שנותן בעל הערת-האזהרה (כמו במקרה של פס"ד **אריאן**, שהקונים וינברג התחייבו בו לרשום משכנתה לזכות בנק טפחות), באומרו:

*"תהא אשר תהא ההשקפה בעניין מעמדה של הערת האזהרה, לכל הדעות אין בכוחה להעניק לבעליה מעמד עדיף על-פני מעמדו של בעל הנכס... אין זה מתקבל על הדעת, כי התוצאה הסופית באשר לזכויות בנכס תיגזר מהתחייבות שנתן קונה שאינו בעל הנכס ואשר כלפיו קיימת אך ורק התחייבות חוזית אשר כפופה ממילא להתחייבויות האמורות של הבעלים. עצם רישום הערת-אזהרה לטובת אותו קונה אינו מצדיק את המסקנה, כי מצב הזכויות בנכס ייקבע על-פי התחייבות שנתן בעל הערת האזהרה ולא על-פי התחייבויותיו של הבעלים הרשום. עיקרו של דבר, סעיף 9 לחוק המקרקעין הוא הדין, אשר קובע את מצב הזכויות במקרה דנן, ולצורך הפעלת סעיף 9 אין כל שייכות להתחייבות שנתנו, לכאורה, הקונים לטובת הבנק. גם רישום הערת-אזהרה לטובתם אין בו כדי לשנות מסקנה זו"* (בעי 672).

דברים אלה של השופט ברק חשובים במיוחד לאור פסק דין חדש שניתן בע"א

<sup>140</sup> בעניין זה ראה גם פסק-הדין ע"א 552/86 **קנייני נ' נאסר**, פס"ד מג(2) 102-104-105.

558/88 איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק)<sup>141</sup> השאלה שנידונה בפסק-דין זה הייתה: מה דינה של הערת-אזהרה על נכס מקרקעין של חברה, שנרשמה בפנקס המקרקעין ולא נרשמה אצל רשם החברות. האם ההערה היא **שעבוד** וטעונה רישום (על-פי סעיף 187 לפקודת החברות), ומשלא נרשמה בתוך 21 יום, הרי היא בטלה, או שאין היא **שעבוד**, וממילא אינה טעונה רישום. עד לפסק-דין **איטונג**, פסקו בתי-המשפט במספר רב של פסקי-דין כי הערת-אזהרה אינה "זכות במקרקעין", בהסתמך על הדברים שאמר הנשיא לנדוי (כתוארו אז) בע"א 68/76 **אטיאס נ' הממונה על המירשם**<sup>142</sup>, לאמור:

*"...אין הערת-אזהרה בבחינת זכות במקרקעין, כי כל עיקרה אינו אלא שיטת מחסום בפני רישום עסקות מקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החוזי לרישום עסקה פלונית. זוהי איפוא, זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, ואין היא כשלעצמה יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא" (עי' 531-532).*

כדי להכריע בשאלה שנידונה בפסק-דין **איטונג**, נזקק השופט ד' לוי לבחינת מהותה של הערת-האזהרה ונדרש להחליט אם היא מעניקה לבעליה זכות שלילית בלבד, או שהיא מעניקה לו גם זכות חיובית שמשותווה לזכויות קניין אחרות.

לאחר סקירת פסקי-הדין שדנו בסוגיה זו, לרבות פסק-דין **אטיאס** הנ"ל, שינה השופט לוי את הלכת **אטיאס** ואת הדעה המסורתית שהייתה מקובלת עד אז, כי הערת-האזהרה אינה זכות קניינית. השופט לוי מגיע בפסק-דינו למסקנה שהערת-אזהרה היא סוג מיוחד של שעבוד, הטעון רישום אצל רשם החברות. ואלה הם דבריו:

*"קשה לאפיין את הערת האזהרה כזכות קניינית 'טהורה' ומלאה במובנו המסורתי של המונח. מאידך גיסא, לא ניתן לשלול את חפציות ההערה מכל וכל, שהרי אם כך נעשה, נימצא מתעלמים מפניה הקנייניים (ולו גם*

<sup>141</sup> פס"ד מח(2) 102.

<sup>142</sup> פס"ד ל(3) 527.

*בפועל), ובמיוחד מן העדיפות שהיא מקנה לבעליה במצבי חדלות-פרעון, ואשר היא, כאמור, מתכונות היסוד של הזכות הקניינית. דומה איפוא, כי בשל השניות המתגלה בהערת-אזהרה, יש לראותה כיצור כלאיים, שלו תוי אופי קנייניים ולא קנייניים כאחד. בחלק מהמקרים (למשל כאשר החייב הופך חדל-פרעון), בא לידי ביטוי אופיה החפצי של ההערה, ואילו במצבים אחרים בולט דוקא טיבה הרישומי - מניעתי".*

אומנם, השופט לוינו אינו מעניק להערת-האזהרה זכות קניינית בדומה לזכויות הקנייניות במקרקעין (כמו בעלות, שכירות, משכנתה, זיקת הנאה וזכות קדימה), אולם הוא מעניק לה תוקף מעין-קנייני, העשוי להשפיע על מגוון עניינים הקובעים את הדין שחל על זכויות קנייניות. למשל, ההוראה שבסעיף 187 לפקודת החברות שמחייבת רישום שעבוד שמהווה זכות קניינית, כפי שהוחלט בפסק-דין **איטונג הני"ל**; או למשל, ההוראה שבסעיף 9 לחוק המקרקעין שמעניקה עדיפות לרוכש השני על הרוכש הראשון, כאשר הזכות של הרוכש השני נרשמה תחילה על-שמו.

פסק-דין זה גרם מבוכה רבה, שכן אלפי אנשים שרכשו דירות מחברות לא רשמו את הערת-האזהרה גם אצל רשם החברות. על-פי פסק-דין **איטונג**, אין להערות-אזהרה אלה שום תוקף, והתוצאה היא שרוכשים אלה נותרו חשופים ללא ההגנות שהערת-האזהרה מעניקה לבעליה. המחוקק הזדרז איפוא לתקן את החוק, זמן קצר (כשלושה חודשים) לאחר מתן פסק-הדין. בתיקון מס' 16 לחוק המקרקעין, התשנ"ד-1994, הוסיף המחוקק לסעיף 127 סעיף קטן (ב1), שאומר:

**127. (ב1) הערת-אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מירשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין".**

כדי לקיים את תוקפן של הערות-האזהרה שנרשמו לפני התיקון, נקבע באותו תיקון שההוראה האמורה תחול גם על הערות-אזהרה שנרשמו קודם לכן. בתיקון זה לא פתר המחוקק את השאלה שבת-המשפט הרבו להתחבט בה, והיא: האם הערת-אזהרה היא זכות קניינית או אינה כזו? יש עדיין מקום לשאול, לאור פסק-דין **איטונג**, מה יהא הדין במקרה של עיסקאות נוגדות, כאשר הרוכש השני רושם הערת-אזהרה לזכותו ואילו הרוכש הראשון אינו עושה דבר. האם ינחו אותנו

פסקי-הדין שקדמו ל**איטונג**, כי הערת-אזהרה אינה תחליף לרישום הנדרש על-פי סעיף 9, או שמא ינחה אותנו פסק-הדין **איטונג**, שמעניק להערת-האזהרה תווי אופי קנייניים? האם יפסקו בתי-המשפט שהערת אזהרה שרושם הרוכש השני מהווה תחליף לרישום הנדרש ממנו?

בתיקון מס' 16 הנ"ל החמיץ המחוקק את ההזדמנות לתקן גם את סעיף 9 לחוק, ולקבוע בו כי זכותו של הרוכש השני תהא עדיפה אם פעל בתום-לב ובתמורה, והעסקה **או הערת-האזהרה** לטובתו, נרשמו בעודו בתום-לב. תיקון כזה היה דרוש כדי להתאים את המשמעות שנתן בית-המשפט להערת-אזהרה בפסק-דין **איטונג**, עם התוצאה של רישום המתבצע על-ידי רוכש שני, כאמור בסיפא של סעיף 9.

משלא תוקן סעיף 9, ראוי לדעתנו, לתת פירוש רחב לדברים של השופט לוין שנאמרו בפסק-דין **איטונג** לגבי הערת-אזהרה, שיש בה מעין זכות קניינית. משמעות הדבר היא, שבמקרה של עיסקאות נוגדות, יש להעדיף את הקונה השני, שרכש את המקרקעין בתמורה ובתום-לב ורשם הערת-אזהרה לטובתו, על הקונה הראשון, שלא רשם הערה כזו. תוצאה כזו הינה גם צודקת, מכיוון שהקונה השני, בשעה שהתקשר בעסקה, **הסתמך על הרישום**, ולא מצא בו רישום של הערת-אזהרה היכול להצביע על התחייבות קודמת מצד הבעלים. הרוכש השני לא ידע ולא היה יכול לדעת שנעשתה עסקה קודמת בין הבעלים לבין הקונה הראשון. לכן, אם לא ניתן לרוכש השני, במקרה כגון זה, את העדיפות על הקונה הראשון, נערער בכך את אמינותם של הפנקסים, שהמחוקק כה חרד להבטיחם. נראה איפוא שיחול שינוי בגישת בתי-המשפט לפירוש הניתן לסעיף 9, בכך שיראו ברישומה של הערת-אזהרה לזכות הרוכש השני משום רישום הממלא אחר הדרישה האמורה בסיפא של סעיף 9.