

על המשרעת הנורמטיבית בפסק הדין בעניין גנז בעקבות ע"א 7113/11 עזבון המנוח עפיף מוחמד ביאד נ' סאמי אחמד לחאם

אבי וינרוט*

1. סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 קובע כי "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". לפי סעיף זה, הרוכש השני חייב להוכיח את תום לבו ולבצע רישום בלשכת המקרקעין, ובלעדיהם – עדיפה זכותו של הרוכש הראשון. ברם, הלכת גנז¹ יצרה חריג שיפוטי לכלל זה בדבר עדיפות זכותו של הרוכש הראשון, ונקבע כי אם הרוכש הראשון לא רשם הערת אזהרה, עשוי הדבר להביא לעדיפותו של הרוכש השני בזמן, אף שהרוכש השני לא השלים את הרישום במרשם המקרקעין. הלכה זו השתרשה מאוד בפסיקת בית המשפט העליון שעסקה בסוגיית העסקאות הנוגדות² וקולמוסים רבים נשברו

* דוקטור למשפטים, עו"ד תודתי לכבוד השופט יצחק עמית על הערותיו לטיוטת מאמר זה. תודתי מכל לב נתונה למר אריק מגידיש על סיועו בכתיבה ובסיעור המוחין. תודתי גם לד"ר גרשון גונטובניק ולעורכי הדין אמיר גל-לוקשינסקי ובוועד אדלשטיין על הערותיהם המחכימות.

1 ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003).
2 ע"א 1217/03 קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ נ' רפיק ח'אזן, פ"ד נח(1) 224 (2003); ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004); ע"א 2907/04 סופיוב נ' עזבון סופיוב (פורסם בנבו, 13.6.2007); ע"א 1117/06 חברת אלקודס קורפוריישן נ' יורשי אלרחמן (פורסם בנבו, 14.4.2010) (להלן: עניין אלרחמן); ע"א 5205/05 שחם שיווק מערכות מיזוג וחימום בע"מ נ' נפ-גל בניין ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 20.3.2008); ע"א 4836/06 עזבון חמוד נ' חרב (פורסם בנבו, 13.7.2008); ע"א 7643/06 אבו זיאד נ' בשיר (פורסם בנבו, 28.10.2008); ע"א 3180/05 זריק נ' ג'רייס (פורסם בנבו, 29.4.2007); ע"א 8881/07 לב נ' טובי (פורסם בנבו, 27.8.2012); ע"א 3099/10 אבו שקרה נ' חדאד (פורסם בנבו, 9.10.2012); ע"א 9767/08 קדמני נ' מולא (פורסם בנבו, 16.1.2011); ע"א 999/09 זגייר נ' אלענאני (פורסם בנבו, 23.12.2010).

בעקבותיה וציידו בה³ גם הצעת חוק דיני ממונות אימצה את הלכת גנז⁴ ברם, לאחרונה ניתן פסק דין של בית המשפט העליון בעניין **ביאד**,⁵ ולפיו עיון זהיר בהלכת גנז מעלה כי היא אינה עשויה מקשה אחת. התוצאה במקרה הספציפי אמנם זהה אבל הדרך של השופטים השונים להגיע אל תוצאה זו הייתה שונה מאוד ושררה ביניהם מחלוקת עזה באשר לנימוקים הנורמטיביים שיובילו למסקנה זו. נימוקים שונים מובילים במקרים מסוימים (אחרים) לתוצאה שונה. מגוון הדעות בעניין גנז יצר אפוא מעין משרעת, המבטאת את הטווח שעל פניו משתנה הנורמה בהתאם להנמקה שלה. ואכן, בין שופטי בית המשפט העליון נתגלעה לאחרונה מחלוקת בשאלת המיקום הראוי והנכון בתוככי משרעת נורמטיבית זו, ונראה שיש הבדלים מהותיים בין הדעות השונות.

2. המשרעת הנורמטיבית בפסק הדין בעניין גנז הייתה כדלהלן:

בקצה האחד ניצבת דעתה של השופטת שטרסברג-כהן שסברה כי ככלל, אי-רישום הערת אזהרה אינו מחדל המעיד כשלעצמו על חוסר תום לב, והרוכש השני יגבר על הרוכש הראשון רק בנסיבות חריגות.

בקצה השני ניצבת דעתו של השופט לוין שקבע מעין כלל של השתק כלפי הרוכש הראשון בזמן, המנוע מלממש את זכותו כלפי הרוכש השני אם לא רשם הערת אזהרה. השתק זה יחול לכאורה גם אם הרוכש השני נהג אף הוא בחוסר תום לב.

השופט ריבלין אף הוא השתמש בדוקטרינת ההשתק, אך דעתו ניצבת קרוב יותר לדעת השופטת שטרסברג-כהן, שכן לדידו אין לרוקן את הכלל הבסיסי שבסעיף 9 לחוק המקרקעין מתוכנו ולהציב תחתיו כלל חדש ואחר.⁶

³ מיגל דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנז והשלכותיה" **הפרקליט** מז 181 (2003); מיגל דויטש "שיקול-דעת שיפוטי בדיני העסקאות הנוגדות – מגמות והרהורים" **ספר אור – מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 305 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013); יחיאל בהט "דיני תחרות בפרק הנכסים בקודקס המוצע בדיני ממונות – האם לא ניתן להעז יותר?" **מאזני משפט** ה 295 (2006); יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" **ספר שמגר – מאמרים** כרך ג 459 (אהרן ברק עורך, 2003); מנחם מאוטנר "'תחרות זכויות': השפעת החוק, נפתולי הפסיקה ויחסי האקדמיה ובית המשפט" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 331 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (להלן: **ספר דניאל**).

⁴ ס' 511(ב) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 700, 910, קובע כי: "היה הנכס נושא ההתחייבויות מקרקעין, והזכאי הראשון התרשל באי-רישום הערת אזהרה לטובתו בשל התחייבות בפנקסי המקרקעין, תהיה זכותו של הזכאי השני עדיפה אם נתן תמורה בעד ההתחייבות ונרשמה הערת אזהרה לטובתו בפנקסי המקרקעין בעודו תם לב".

⁵ ע"א 7113/11 **עזבון ביאד נ' עזבון לחאם** (פורסם בנבו, 27.2.2014).

⁶ שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט עמית: "אילו צריך הייתי למקם את עמדות

באמצע המשרעת ניצבת דעתו של הנשיא ברק⁷ שקבע כי על הרוכש הראשון להשתמש בתום לב בזכותו כלפי הרוכש השני, וחובה זו מופרת אם הרוכש הראשון נמנע מלרשום הערת אזהרה, שכן במחדלו זה יצר תשתית לתאונה משפטית. תום לב נקבע לפי אמת מידה אובייקטיבית של התנהגות הוגנת של בעל זכות מתוך התחשבות באינטרס של הזולת, ומכאן נגזרת חובתו של הרוכש הראשון לרשום הערת אזהרה כדי למנוע תאונה משפטית מן הרוכש השני. ברם, הנשיא ברק נזהר מלקבוע כלל שלפיו מי שרושם ראשון הערת אזהרה, ידו על העליונה, ולגישתו יש לבחון את נסיבות כל מקרה ומקרה לגופו על פי עקרון תום הלב.

3. דעתו של הנשיא ברק, הניצבת כאמור באמצע המשרעת הנורמטיבית האמורה, מבטאת גישה המאזנת את חובת הרוכש הראשון לרשום הערת אזהרה עם שיקולים אחרים ובוחנת באופן ספציפי את חוסר תום הלב של שני הצדדים בנסיבות העניין. לעיקרון זה יש השפעה משני צדי המתרס, הן על השאלה מתי נראה באי־רשום הערת האזהרה על ידי הרוכש הראשון משום חוסר תום לב, הן על השאלה אם הרוכש השני פעל בתום לב.

אם הרוכש הראשון לא התרשל באי־רשום הערת אזהרה תוך זמן סביר, אזי הלכת גנו אינה נכנסת כלל לפעולה, ויחול סעיף 9 לחוק המקרקעין כהווייתו.⁸ כך, למשל, אין לבוא חשבון עם הרוכש הראשון בגין אי־רשום הערת האזהרה כשאין אפשרות בדין לרשום הערת אזהרה; או כשהרוכש התחייב חוזית שלא לרשום הערת אזהרה עד שיבצע פעולות מסוימות (כגון תשלום מרבית המחיר); או בנסיבות שבהם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית המצדיקים את אי־רשומה של הערת אזהרה, כגון ביחסים בין בני זוג, כאשר בן הזוג שאינו רשום במרשם כבעל הנכס נמנע מלרשום הערת אזהרה בדבר זכויותיו מטעמים של אחדות המשפחה.

ומנגד, כאשר לרוכש השני, קבע הנשיא ברק כי עקרון תום הלב חל גם עליו,⁹ ועל כן אם הרוכש השני אינו עומד בחובת תום הלב, אין באי־רשום הערת אזהרה על ידי הרוכש הראשון כדי להקנות לו עדיפות, שכן לא מחדלו של הראשון הוא שהביא לידי

השופטים משמאל לימין הייתי מתאר את המשרעת כך: לויין – ברק, אנגלרד, פרוקצ'יה – מצא – ריבלין – שטרסברג-כהן".

⁷ בדעה זו מחזיקים גם השופטים אנגלרד, מצא ופרוקצ'יה.

⁸ עניין טובי, לעיל ה"ש 2, פס' 24 לפסק דינו של השופט מלצר.

⁹ לתום הלב הנדרש מהרוכש השני פן סובייקטיבי ואובייקטיבי. סובייקטיבי – במובן של אי־ידיעה על העסקה הראשונה בעת עריכת עסקת המקרקעין. אין נדרשת ידיעה ממשית ודי ב"עצימת עיניים" בנסיבות שבהן היה מתעורר חשדו של אדם סביר. ראו: עניין אבו זיאד, לעיל ה"ש 2, פס' 8 לפסק דינה של השופטת ארבל; אובייקטיבי – בדיקה של הקונה השני בלשכת רישום המקרקעין או בדיקת החזקה במקרקעין לפני עריכת העסקה. ראו: עניין אלרחמן, לעיל ה"ש 2, פס' 32 לפסק דינה של השופטת חיות.

התאונה המשפטית. כך, למשל, אם ידע הרוכש השני על קיומה של העסקה הראשונה, אין לומר כי הימנעותו של הרוכש הראשון מלרשום הערת אזהרה היא שהביאה ל"תאונה המשפטית" של העסקאות הנוגדות. מודעותו לקיומה של עסקה נוגדת מנתקת את הקשר הסיבתי בין מחדלו של הרוכש הראשון לבין "התאונה המשפטית" שאירעה.¹⁰ בדומה לכך, אם הרוכש השני רכש את הנכס בלא לבדוק כלל את פנקס המקרקעין בטרם כרת את העסקה הנוגדת, הוא יהיה מנוע מלטעון לתחולת הלכת גנז, בהיעדר קשר סיבתי בין חוסר תום לבו של הראשון בזמן לבין "התאונה המשפטית". הוא הדין כאשר הרוכש הראשון מחזיק בנכס, ואילו הרוכש השני לא בדק את מצבו הפיזי של הנכס.¹¹

4. אף שהזרם המרכזי בפסק הדין בעניין גנז הוא כשיטת הנשיא ברק, שלפיה החובה לרשום הערת אזהרה מבוססת על עקרון תום הלב, תוך בחינת כל מקרה לגופו, בפסק הדין בעניין ביאד קבע השופט עמית כי במשרעת הדעות שהובעו בעניין גנז, נוטה הוא דווקא לדעתו של השופט לוי.¹² נימוקו הוא שרישום הערת אזהרה הוא אקט פשוט וזול העשוי למנוע תאונות משפטיות קשות.¹³ לדידו של השופט עמית, לנוכח העלות הקטנה הנדרשת לרישום הערת אזהרה לעומת תוחלת הנזק, יש לפרש את הלכת גנז בהרחבה, ולהטיל על הרוכש הראשון את הנטל להראות כי הרוכש השני פעל בחוסר תום לב או כי ידע או צריך היה לדעת על אודות העסקה הראשונה.¹⁴ כנגד

¹⁰ ע"א 580/10 ניר שיתופי – אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים נ' עיריית הוד השרון, פס' 23 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 25.7.2013) (להלן: עניין ניר שיתופי); ע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אברהם, פ"ד נט(3) 697, 705 – 709 (2004), בו קבע הנשיא ברק, כי בתחרות שבין רוכש ראשון שלא רשם הערת אזהרה לבין נושה שהטיל עיקול על נכסי הרוכש השני, גוברת זכותו של הרוכש הראשון על זכות המעקל, שכן אין קשר סיבתי בין מתן האשראי על ידי נושה-מעקל לבין אי-רישום הערת האזהרה על ידי הרוכש הראשון.

¹¹ עניין מולא, לעיל ה"ש 2, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור; עניין ג'רייס, לעיל ה"ש 2, פס' 22–23 לפסק דינה של השופטת ארבל.

¹² יצוין, כי השופט עמית אינו חורג מהלכת גנז, אלא מצדד בדעה הקיצונית במסגרת המשרעת הנורמטיבית שהוצגה בעניין גנז, ומטעם זה נדחתה בקשה לדין נוסף. ראו: דנ"א 1835/14 עזבון לחאם נ' לחאם (פורסם בנבו, 21.10.14).

¹³ כבוד השופט עמית צידד בעניין זה בניתוח כלכלי של המשפט, שכן מקום שבו ניתן לרשום הערת אזהרה – עלות מניעת הנזק מבחינת הרוכש הראשון בזמן היא זעומה, ואילו במקרה שבו רוכש זה אינו יכול לרשום הערת אזהרה – הלכת גנז ממילא לא נכנסת לפעולה.

¹⁴ ודוק, אי-רישום הערת אזהרה יוצר מטבע הדברים תקלה רבתי ומהווה חוסר התחשבות בסיכוני הזולת. התקלה לרוכש השני מסתברת מאוד אם לא נרשמה הערת אזהרה, וכמעט ניתן לומר שיש חזקה כי אי-הרישום הוא שיצר את התקלה. כדי לפרום את הקשר הסיבתי בין אי-הרישום לבין התאונה המשפטית שנוצרה צריך להביא ראיות

דעה זאת, דעתו של השופט מלצר בעניין **ניר שיתופי**,¹⁵ ודעתו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין **טובי**,¹⁶ היו שיש לפרש את הלכת **גנז** בצמצום בהיותה חריג לסעיף 9 לחוק המקרקעין.

5. לכאורה, דעתו של השופט עמית קשה היא משני טעמים: האחד, גם אם חטא עד מאוד הרוכש הראשון בכך שלא רשם הערת אזהרה, שכן מדובר באמצעי זול ופשוט, האם נכון להלקות אותו פעמיים? לא רק לגופו של עניין בעצם ההלכה שנקבעה בעניין **גנז** השוללת את זכויותיו למרות הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, אלא גם בתחום הראייתי, על ידי העברת נטל השכנוע על שכמו באשר לחוסר תום הלב של הרוכש השני. לכאורה, נטלי שכנוע אינם אמורים להיות מושפעים מעומקה של הרשלנות שבה עסקינן. גם אם האמצעי הוא זול ופשוט, והרוכש הראשון סטה עד מאוד מהנורמה המקובלת, מה לכך ולשאלת נטל השכנוע בנוגע לשאלת הקשר הסיבתי שבין הרשלנות לבין התאונה המשפטית, שהיא תלויה בתום לבו של הרוכש השני?

הקושי השני בהבנת גישתו של השופט עמית נעוץ בכך שחובתו של הרוכש הראשון נובעת מעקרון תום הלב, אך כנגדה עומדת חובתו של הרוכש השני, שגם היא נובעת מעקרון תום הלב. אכן, ההפרה של עקרון תום הלב עלולה להיות חריפה מאוד

שקרה דבר יוצא דופן בעליל והוא אי-בדיקת הרישום במרשם המקרקעין. קשה להוכיח מקרה שכזה וסבירותו נמוכה, ולדבר זה יש לכאורה כשלעצמו משקל רב בקביעת נטלי הראיה (אם כי על פי רוב ניתן להציג נסח רישום של מועד הבדיקה ומי שבדוק את הרישום לפני התקשרות בעסקה יוכל להציג נסח הנושא את אותו מועד). ברם, נראה כי לא לכך כיוון השופט עמית את דבריו בעניין **ביאד**, שהרי לצורך קביעה זו לא צריך להזדקק למשרעת הנורמטיבית ולפרש בהרחבה את הלכת **גנז**. ואכן נראה כי מבחינה ראייתית גרידא יש מקרים שההיגיון מחייב להטיל נטל כבד דווקא על הרוכש השני, כגון כאשר הרוכש הראשון תפס פיזית במקרקעין. במקרה זה יש לרוכש השני נורת אזהרה מעצם הימצאותו שם, ועליו להסביר את מחדלו בעניין בדיקת הנכס בשטח כדי לברר אם יש מי שמחזיק בו. אכן, הימצא מחזיק בנכס לא בהכרח מלמדת על רכישה קודמת, ויש לברר מכוח מה הוא נמצא שם לטענתו, כשוכר או כרוכש ראשון. כאן כבר בא לידי ביטוי שיקול נורמטיבי שבוחר את חומרת הרשלנות, ומשווה אי-רישום הערת אזהרה (שזו פעולה פשוטה שאי-ביצועה מהווה רשלנות גדולה) לאי-בירור פשר הימצאותו של מחזיק בנכס (שזו פעולה מורכבת יותר). אי-בירור זה מצד הרוכש השני הוא רשלנות ויש בו כדי לנתק קשר סיבתי תאונה שגרם הרוכש הראשון באי-רישום הערת האזהרה, שהרי בבדיקה נאותה היה הרוכש השני יכול לגלות את הדברים לאשורם. נראה לכאורה כי כאן בא חידושו של השופט עמית לידי ביטוי בהעדפת הרוכש השני על הראשון, לפחות בתחום נטלי הראיה והשכנוע, בשל החומרה שייחס בית המשפט מבחינה נורמטיבית לאי-רישום הערת אזהרה.

¹⁵ עניין **ניר שיתופי**, לעיל ה"ש 10, פס' 24 לפסק דינו של השופט מלצר.

¹⁶ עניין **טובי**, לעיל ה"ש 2, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

במקרה של אי-רישום הערת אזהרה, שזהו אמצעי זול ופשוט, אך בה במידה חוסר תום הלב של הרוכש השני עלול להיות חמור מאוד, אם לא בדק כלל את המרשם במעשה זול ופשוט עוד יותר של הפקת נסח. משני צדי המתרס עומדים מחדלים שיש לבדוק לפרטיהם על פי נסיבות העניין כדי לבחון את מידת חומרתם, ושניהם מוגדרים כבחינה של עקרון תום הלב. מדוע סמוק אפוא דמו של הרוכש השני מדמו של הרוכש הראשון בכל הנוגע לנטל הראייתי, בשעה שנושא הדיון הוא חוסר תום הלב של הרוכש השני? יתרה מזו, מכיוון שמשני צדי המתרס ניצבת חובת תום הלב, יש לכאורה לפנות בהקשר זה להוראת המחוקק, שלפיה הנטל להוכיח שהרוכש השני פעל בתום לב מוטל עליו. אבהיר: הלכת **גנז** חידשה בכך שסייגה את זכותו הבלתי מסויגת של הרוכש הראשון וקבעה שיש לבדוק את תום לבו, אף שבדיקה זו לא נקבעה בחוק, אבל אין חולק שאת הצורך לבדוק את תום לבו של הרוכש השני קבע סעיף 9 לחוק המקרקעין במפורש, כשאת הנטל להוכיח את תום לבו זה הטיל המחוקק על הרוכש השני. הכיצד ניתן אפוא לומר כי הנטל הנוגע לכך מוטל על הרוכש הראשון?

6. נראה כי ניתן להבין את גישתו של השופט עמית אם נניח שהוא נקט את גישתו של השופט לוין בעניין **גנז** לא רק בנוגע למיקום הנורמטיבי של ההלכה במשרעת שאותה שרטט, אלא גם בנוגע למקור הנורמטיבי להחלת הלכת **גנז**: לא עקרון תום הלב אלא עקרון ההשתק. כאמור, מעיון בפסק הדין בעניין **גנז** עולה כי המחלוקת בין הנשיא ברק לבין השופט לוין נגעה גם לשאלת הנימוק הנורמטיבי להחלת ההלכה. דעתו של הנשיא ברק הייתה כי ההלכה נובעת מעקרון תום הלב, ואילו דעתו של השופט לוין הייתה כי ההלכה נובעת מדיני ההשתק. אם השופט עמית מצדד גם במקור הנורמטיבי שבחר השופט לוין בעניין **גנז**, ומשתיתה אותה על דיני ההשתק ולא על עקרון תום הלב, הרי ניתן להבין מדוע הוא מצדד בגישה שלפיה נטל השכנוע עובר אל הרוכש הראשון, שהרי ההשתק החל על הרוכש הראשון עקב מחדלו החמור – אי-רישום הערת האזהרה – גם מביא לידי כך שהוא יהיה מושתק מלהעלות טענות כלפי הרוכש השני, אלא אם כן יוכיח הוא, כלומר הרוכש הראשון, חוסר תום לב מצד הרוכש השני.

7. אבקש לצדד בגישתו של השופט עמית, בדבר העדפת המקור הנורמטיבי של השתק על פני המקור של תום לב, לנוכח קושי שבהחלת דיני תום הלב בסוגיה זו. אכן, אין חולק שגם בדיני קניין צריך להפעיל את עקרון תום הלב,¹⁷ ולמעשה

¹⁷ עיקרון זה כבר נקבע ברע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (1999), וכן בפסק דינה של השופטת דורנר בע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב**, פ"ד נג(4) 199, 287 (1999); בעניין **גנז** ציין הנשיא ברק כי הכפפת זכותו של הרוכש הראשון, על פי ס' 9 לחוק המקרקעין, לעקרון תום הלב מהווה במובן מסוים החדרה של

נקבע עיקרון זה כבר בסעיף 14 לחוק המקרקעין.¹⁸ משום כך אין ספק שאין לאפשר לבעל זכות קניין להשתמש בזכותו בחוסר תום לב. אבל כאשר אדם אינו רושם הערת אזהרה ואחר-כך בכל זאת בא להוציא אל הפועל את עסקת הרכישה שלו, נראה כי אין בעצם הוצאתה לפועל של עסקת הרכישה משום חוסר תום לב. הרוכש הראשון קנה מקרקעין ומבקש לקבל את זכות הקניין שלו. בעת הקנייה הוא היה תם לב לחלוטין וגם בעצם ההוצאה אל הפועל אין חוסר תום לב, שכן לגיטימי לגמרי לממש זכות קניין שנרכשה. במקרה זה אומרים אנו כי הרוכש הראשון חסר תום הלב לא מחמת הרכישה או עצם מימושה, אלא עקב אירוע אחר, של מחדל אי-רישום הערת האזהרה. מחדל זה גרם תאונה משפטית לרוכש השני, והגיוני לגמרי לראות בו, במקרים הראויים, משום עוולה נזיקית של רשלנות,¹⁹ אך אין לומר כי יש כאן חוסר תום הלב בעצם העמידה על הזכות.

8. דומה כי זו גם הייתה כוונתו של השופט ריבלין בעניין גנו בעת שהסתייג מהחלתו של עקרון תום הלב וכתב:

"אכן, הוראת סעיף 9 אינה עומדת בחלל ריק. היא מצויה במסגרת נורמטיבית המכילה גם את העקרונות הכלליים של השיטה. על כך אין מחלוקת, עם זאת נתקל אני בקושי בכל הנוגע לבחירה לסייג את כלל העדיפות הקבוע בסעיף 9 באמצעות עקרון תום-הלב דווקא. בצדק ציין חברי הנשיא כי את חובת תום-הלב יש לתלות ביחסים שבין שני צדדים, ובמקרה שלפנינו הקונה הראשון והקונה האחר. הוא מציין כי 'תאונה משפטית', כאמור, הפגישה בין השניים, וכי מפגש זה הוא

עקרון "האשמה החברתית" לדיני הקניין. לעניין זה ראו: דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם (בעקבות ברנט נ' ברנט)" **ספר זוסמן** 241, 249 (אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו עורכים, התשמ"ד).

¹⁸ ס' 14 לחוק המקרקעין; ע"א 782/70 **רדומילסקי נ' פרידמן**, פ"ד כה (2) 523 (1971); שם, עניין **רוקר**; אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי (כופין על מידת סדום)" **דיני ישראל** יח נג, נג-נד (התשנ"ה); זאב צלטנר "שימוש לרעה בזכות" **משפטים** ב 465 (1972); אריאל רוזן-צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" **עיוני משפט** ד 651 (1975).

¹⁹ בעניין **אריאן**, לעיל ה"ש 2, פס' 28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה נקבע כי "שיקולי מדיניות משפטית חברתית מצדיקים קיומה של חובת זהירות מושגית, אשר תחייב, כעניין נורמטיבי, את בעל העסקה הראשונה לנקוט פעולת רישום כדי להגן בכך לא רק על עצמו אלא גם על אינטרסים של אחרים העלולים להיפגע בהיעדר רישום כזה". על כן אי-רישום הערת אזהרה עשוי, בנסיבות שבהן מוכחת גם הפרה של חובת זהירות קונקרטית, לעלות כדי רשלנות ולהקים עילה נזיקית לפי ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

שיצר ביניהם יחס משפטי. דא עקא, שהמחדל המובא מכוח השקפה זו בגדר הפרת חובת תום-הלב קדם לאותו מפגש ואף תרם למפגש זה. אותה הפרה, קרי אי-רישום הערת האזהרה, נוצרה קודם שנוצרו היחסים המשפטיים הנדרשים לעצם החלת החובה. לשון אחר, חובת תום-הלב לא נולדה אל תוך יחס משפטי קיים. הפרתה הנטענת קדמה למפגש בין הקונים המתחרים, ובפועל כאמור תרמה ליצירתו.²⁰

9. נראה כי הקושי אינו נעוץ רק בלוח הזמנים ובעובדה שמחדל אי-רישום הערת האזהרה על ידי הרוכש הראשון קדם ל"יחסים המשפטיים" בין שני הרוכשים, כפי שציין השופט ריבלין. הקושי מהותי יותר ונובע מכך שמדובר במחדל שאינו חלק מעצם עסקת הרכישה ומעצם הרצון לממש אותה. הרצון של הרוכש הראשון לממש רכישה זו, הוא כשלעצמו לגמרי לגיטימי ואין בו שום רבב של חוסר תום לב. המחדל של אי-רישום הערת האזהרה הוא עניין חיצוני לעצם הרכישה, והוא שגרם לתאונה המשפטית. לכן קשה לומר שבקשת הרוכש הראשון לממש את זכותו לוקה בחוסר תום לב, וזאת גם אם הוא גרם לרוכש השני נזק משום שלא רשם הערת אזהרה. לכאורה, במקרה זה אין לומר שמדובר בחוסר תום לב ולשלול את זכות הקניין. אם אדם גרם תאונה משפטית במחדל שהוא חיצוני לעצם הרכישה של הזכות הקניינית, וגרם נזק בכך, הרי יש להחיל את פקודת הנזיקין [נוסח חדש] ולחייב אותו לשלם כסף. אבל מדוע לקחת לו את זכות הקניין בטענה שעמידתו על זכותו מכוח הסכם הרכישה עולה כדי חוסר תום לב? נראה לכאורה כי אם אין נוקטים את שיטתו של השופט לוין, המתבססת על דיני ההשתק, נכון יותר לנקוט את השיטה שבקצה הנגדי של המשרעת הנורמטיבית, וחלף פגיעה בזכות הקניין שביושר של הרוכש הראשון, יש להותיר את הזכות בידו, לפי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, ולבחון את אי-רישום של הערת האזהרה בפריזמה של תביעה כספית על פי דיני הנזיקין. השימוש בדוקטרינה נזיקית כדי לפצות את הרוכש השני בגין נזקיו שנגרמו עקב אי-רישום הערת אזהרה על ידי הרוכש הראשון מאפשר את העברת נטל הראייה, כפי שקבע השופט עמית, ולנוכח סעיף 41 לפקודת הנזיקין. החלת דוקטרינה נזיקית גם תאפשר את חלוקת הנזק והטלת אשם תורם על הרוכש השני אם גם הוא התרשל. את האשם התורם יהא על הרוכש הראשון להוכיח.

10. החלה של עקרון תום הלב בנוגע לאי-רישום הערת האזהרה מתעלמת לכאורה מכך שרישום הערת אזהרה אינו חלק אינטגרלי מהעסקה אלא אקט חיצוני, שנועד למנוע עסקה נוגדת. דומה הדבר למי שרכש מיטלטלין ולא נטל אותם מידי המוכר. תפיסת החזקה אינה חלק מהעסקה עצמה, גם אם השארת הנכס בחזקת המוכר לאחר

²⁰ עניין גנז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428-429.

ביצוע הרכישה עלולה לגרום לתאונה משפטית של מכירת הנכס למישהו אחר. למעשה התקלה גם אינה נגרמת על ידי הרוכש הראשון אלא על ידי המוכר, שאינו ישר או אינו מסודר, אלא שרשלנות הרוכש הראשון אפשרה למוכר לבצע את המכר הנוגד. מכל מקום ברור כי בעסקת המכר הראשונה כשלעצמה אין רבב, וגם עצם הרצון לממש אותה אינו נגוע בחוסר תום לב. אין אפשרות להשוות זאת לעובדות עניין **רדומילסקי**,²¹ או להוראות סעיף 14 לחוק המקרקעין, הנוגעות למי שמשמש לרעה בזכות הקניין שלו, באופן שעצם העמידה על הזכות היא חסרת תום לב. במקרה של אי-רישום הערת אזהרה בעסקת המכר הראשונה המחל של הרוכש הראשון היה חיצוני לעסקה ולכאורה מהווה עוולה נזיקית כפי שקבעה השופטת פרוקצ'יה בעניין **אריאן**.²² רשלנות זו אף עשויה להקים השתק מלתבוע. אבל אין זה שימוש בזכות בחוסר תום לב. החלה של השתק בנסיבות אלה היא מובנת, שכן בהקשר זה גם מעשה חיצוני לאקט של רכישת הקניין והעמידה על הזכות, שהם לגיטימיים כשלעצמם, עשויים ליצור השתק.

11. ודוק, דוקטרינת ההשתק לא נבלעה בתוך עקרון תום הלב אלא היא חלה לצדו. כך סבורים מלומדים רבים²³ וכך גם נקבע בפסיקה ענפה.²⁴ בדומה לכך רואים אנו החלה של דיני ההשתק בישראל, במקביל להחלה של עקרון תום הלב, במקרים שבהם אדם טוען בהליכים שונים טענה והיפוכה, וזוהו המונח של "השתק שיפוטי".²⁵ בפסק הדין

²¹ עניין **רדומילסקי**, לעיל ה"ש 18.

²² עניין **אריאן**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 800.

²³ גבריאאלה שלו "הבטחה, השתק ותום-לב" **משפטים** טז 295, 317-319 (1986); זאב צלטנר בספרו **דיני חוזים של מדינת ישראל** 92, 121-122 (1970) ובמאמר פרי עטו זאב צלטנר "ההוררים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970 "עיוני משפט" ג 121 (1972), מביע את השקפתו, כי דיני ההשתק האנגליים חדלו לחול עקב חקיקת חוק החוזים, וזיקתו לדין הגרמני. ברם, פרופ' גבריאאלה שלו חולקת עליו וכמו כן חולקים עליו גם פרופ' אהרן ברק ופרופ' דניאל פרידמן. לעניין זה ראו: אהרן ברק **חוק השליחות, תשכ"ה-1965**, 17, 60, 169 (גד טדסקי עורך, 1975); אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" **משפטים** ז 15, 25 (1976), המבהיר כי יהיה זה משגה להרחיב את הוראת תום הלב בישראל באופן שדוקטרינת ההשתק תיבלע בה; דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א' 218-225 (מהדורה שנייה, 1998), בהם נדונה טענת ההשתק לגופה; דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ד 245, 259, הערה 53 (1975); דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ה 463, 488 (1977).

²⁴ דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 529-536, הערה 86 (1991).

²⁵ ע"א 513/89 **Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A.**, פ"ד מח(4) 133 (1994); רע"א 4224/04 **בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ**, פ"ד נט(6) 625, 637 (2005); בש"א 2236/06 **חממי נ' אוחיון**, תק-על 2005(2) 4580, 4583 (2006); רע"א

בעניין **גנז** היה השופט לוין ער לדעה כי עקרון ההשתק נבלע בעקרון תום הלב, וציין:

"דוקטרינת ההשתק התפתחה במקרים רבים במשפט המקובל כתחליף להיעדרה של דוקטרינת השימוש בזכות בתום-לב, וכיום, עם יישומה של החקיקה הישראלית החדשה, המכירה בדוקטרינת השימוש בזכות בתום-לב, קיימת נטייה לעשות פחות ופחות שימוש בדוקטרינת ההשתק. אכן, יצירת הקונצפציה של 'תום-הלב האובייקטיבי' עשויה במקרים רבים לשמש לה תחליף, ויכול שהגדרה נאותה עשויה (כמעט) לזהות בין שתי דוקטרינות אלה. לדידי, ראוי הוא מבחינה דיאלקטית שלא לטשטש את הגבולות בין השתיים".²⁶

12. החלה של דיני ההשתק על מקרה של מחדל אשר גרם לתקלה, מקובלת בפסיקה הישראלית מקדמת דנא. כך, למשל, בעניין **קופת אשראי וחסכון**²⁷ קבע בית המשפט העליון כי בנק אחראי לשלם בגין שיק בנקאי שאין ספק כי החתימות עליו זויפו והוא לא נמשך על ידי הבנק מעולם. הבנק חויב לשלם לאוחז כשורה בשיק אף ששיק מזויף אינו שטר כלל. אחריות הבנק נבעה מכך שהבנק התרשל בשמירה על מסמכיו ורשלנות זו היא שאפשרה למי שגנב את השיק לזייף את החתימות עליו. רשלנות זו היא קשה, שכן מי שמקבל שיק בנקאי סומך לחלוטין על אמינותו. בית המשפט העליון קבע אפוא כי הבנק מושתק מלטעון לזיוף או לשינוי של השטר כלפי "אוחז כשורה" לכאורה או כלפי המשלם בתום לב תוך נקיטת סטנדרטים מסחריים סבירים, וזאת מכוח הדוקטרינה של "השתק מכוח רשלנות". בית המשפט העליון ציין כי דוקטרינת ההשתק מכוח רשלנות הוחלה בארצות-הברית במצבים עובדתיים רבים כגון מקרה שבו אדם חתם את שטר ואפשר ברשלנותו את כניסת השטר לשוק; רשלנות במשלוח שטר תוך הכנת קרקע נוחה לגנב שהצליח להניח על השטר את ידו; חתימה על החלק ("בלנקו") על שטר ואיבודו; השארה רשלנית של מרווחים שאפשרו שינוי הספרות והמילים של שטר.²⁸

3640/03 **דקל נ' דקל**, תק-על 2007(4) 3542, 3548 (2007); ע"א 9984/04 **קשורי נ' בובליל** (פורסם בנבו, 9.6.2010); ע"מ 7752/12 **אסל נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 2.11.2014); לביקורת על יישום דוקטרינת ההשתק השיפוטי ראו: יששכר רוזן-צבי **ההליך האזרחי** 273-255 (2015); רוזן-צבי מצוין עם זאת, כי בניגוד למגמה של צמצום בשימוש בדוקטרינת ההשתק השיפוטי במשפט האמריקני, הרי שהמגמה במשפט הישראלי היא דווקא להרחיב את השימוש בו, הן בהיבט הנורמטיבי והן בהיבט הפרקטי.

²⁶ עניין **גנז**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 417-418.

²⁷ ע"א 542/87 **קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד**, פ"ד מד(1) 422, 430 (1990).

²⁸ RONALD A. ANDERSON, ANDERSON ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE

13. אכן, דוקטרינת ההשתק נוקשה יותר מדוקטרינת חוסר תום הלב.²⁹ השתק פירושו זכייה כמעט אוטומטית של הרוכש השני. יתרונו של תום הלב הוא בגמישות, והפרת החובה לנהוג בתום לב אינה חייבת לבוא לידי ביטוי רק בסעד בעין אלא גם בפיצוי ראוי. יש לזכור כי בסופו של דבר הלכת גנז סוטה מן העיקרון שנקבע בסעיף 9 לחוק המקרקעין בדבר העדפת זכותו של הרוכש הראשון, וממילא נראה כי סטייה זו נכון לעשות "עם קב חומטין", ודבר זה מתאפשר יותר כאשר מחילים את דוקטרינת תום הלב, שגם מאזנת בין תום לבו של הרוכש הראשון לתום לבו של הרוכש השני.³⁰ ברם, אם זה השיקול, הרי נכון יותר לנקוט את הגישה הקיצונית השנייה במשרעת הנורמטיבית ולהחיל את סעיף 9 לחוק המקרקעין כהווייתו, כשהבעלות מן היושר של הרוכש הראשון נשמרת, ובמקביל מוגשת נגדו תביעה **כספית** מכוח עילה נזיקית, בגין אי-רישום הערת אזהרה והנזק שנגרם לרוכש השני עקב כך.

14. כלל ההשתק הוא נוקשה יותר אך גם ודאי יותר. ככלל, במערכת המשפט קיימת התלבטות רבה ביחס למעבר מכללים לסטנדרטים. כללים הם נורמות "סגורות" המאפשרות לפרטים לדעת ברמת ודאות גבוהה מה יכריע בית המשפט אם העניין יובא בפניו.³¹ לעומת זאת, סטנדרטים הם נורמות בעלות "רקמה פתוחה" שבת

186–210 (3rd ed. 1984).

²⁹ ברק ביקר את החלת דוקטרינת ההשתק גם על מקרה של רשלנות שהביאה לזיכופו של שטר, על שום נוקשותו של כלל זה והטלת הסיכון כולו על צד אחד, לעומת מבחן האשמה המאפשר את עקרון פיזור הנזק. לעניין זה ראו: אהרן ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" **משפטים** א 134, 145 (1968).

³⁰ כבוד השופט עמית נוקט בגישה מצמצמת כלפי ס' 9 לחוק המקרקעין וזו הייתה גישתו גם בת"א (מחוזי חי') 297/04 **דיאב נ' דיאב** (פורסם בנבו, 9.4.2006). בה קבע כי ס' 9 לא יחול על עסקת מתנה ראשונה בזמן. גם שם פירש כבוד השופט עמית את ס' 9 על בסיס ניתוח כלכלי וקבע, כי בתחרות בין זכויות, מקום בו העסקה הראשונה בזמן היא עסקת מתנה, והעסקה השנייה היא עסקת מכר שנעשתה בתמורה ובתום לב, ראוי לפרש את ס' 9 כך שידו של הרוכש השני תהא על העליונה, שכן הנחת המוצא במצבים של עסקאות סותרות היא כי בפנינו שני צדדים בעלי אינטרס שווה, ובתחרות ביניהם נותן המחוקק עדיפות לציפיות ולהסתמכות של הראשון בזמן. לא כך כאשר האינטרסים המתמודדים אינם שווים. במסגרת השיקולים **הכלכליים-תועלתיים**, אין להשוות אינטרס הציפיה וההסתמכות ורמת הפגיעה של מי שהתחייבו כלפיו בעסקת מתנה, לאלו של מי ששילם תמורה מלאה עבור הנכס. להתייחסות לפס"ד זה ראו: נינה זלצמן "התחייבות למתנת מקרקעין", **עסקאות נוגדות' וזכות שביושר** **ספר דניאל**, לעיל ה"ש 3, 255, הערות 67, 70, 80; יצוין, כי כאשר שיקולים כלכליים אלו אינם באים לידי ביטוי זהה, כגון בתחרות שבין מקבל מתנה לבין נושה מאוחר יותר, הרי שסבר גם השופט עמית בע"א 8630/08 **בנק אגור לישראל בע"מ נ' צרפתי** (פורסם בנבו, 29.4.2010) כי יחול ס' 9 לחוק המקרקעין.

³¹ דוגמה לכללים הן הנורמות הקובעות כי מותר להצביע בבחירות מגיל 18 ומעלה או כי מהירות הנסיעה המותרת בכביש בינעירוני מוגבלת ל-100 קמ"ש. לעניין זה ראו: רוזן-

המשפט יוצקים בהם תוכן בפסיקותיהם, אך הן אינן מספקות לפרטים מידע מלא ומראש באשר לתוצאה המשפטית. סטנדרטים כאלה הם למשל הסבירות, המידתיות, חובת הזהירות – והחובה לנהוג בתום לב. השתק לעומת זאת, הוא כלל משפטי והוא משתית ודאות באשר לתוצאה המשפטית במקרה נתון. בדיני קניין יש אינטרס ברור להעדיף כללים על פני סטנדרטים, שכן הודאות היא אינטרס חיוני. משום כך בדיני קניין הוענק לרישום הפומבי במרשם המקרקעין תוקף כמעט מוחלט. מטעם זה נראה כי יש עדיפות ברורה לעשיית שימוש בדוקטרינת ההשתק על פני השימוש בדוקטרינת תום הלב בכל הנוגע ליישום פסק דין גנז. נראה כי לכך חתר לכאורה השופט עמית בעת שצייד בהרחבת הלכת גנז ובאימוץ הדעה הקיצונית המחמירה שהובעה בה. נראה לי כי החלת עקרון ההשתק במקרה זה היא אכן מדויקת יותר, שכן קשה להחיל את עקרון תום הלב במקרה זה. נראה כי הנשיא ברק השתמש בתיאוריה רחבה יותר של חוסר תום לב, אך צמצם את תחולתה כשקבע כי יש לבדוק גם את תום הלב של הרוכש השני. ברם, השתק הוא התיאוריה המתאימה והמדויקת יותר. וככל שמדובר בהשתק אפשר להבין שהרוכש הראשון מושתק גם מלטעון לחוסר תום לב של הרוכש השני, שכן השתק גורס שהטענה של הצד האחר עשויה להיות לא נכונה, אבל בכל זאת הרוכש הראשון מושתק מלטעון נגדה. לתורת ההשתק יש עדיפות על עקרון תום הלב מבחינת דיני הראיות, שכן גם אם הרוכש השני אינו תם לב, הרוכש הראשון עשוי להיות מושתק מלהעלות כלפיו טענה כלשהי. לפי תורת ההשתק, הטענה המושתקת לא בהכרח בלתי ראויה לגופה אדרבה, הטענה יכולה להיות אמת צרופה, אבל עקב מעשה או מחדל חיצוניים לה, הטענה הנכונה הזאת לא תישמע כלל. על כן אמנם עצם העמידה על הזכות היא מעשה לגיטימי מצד הרוכש הראשון של הזכות, והיא נכונה ואף ראויה ונעשית בתום לב, ואמנם אי-רישום הערת האזהרה אינו חלק מרכישת הזכות ומעצם הרצון לממשה, ובכל זאת אי-רישום זה יצר מצג בדבר זניחת הזכות של הרוכש הראשון, ומישהו אחר (הרוכש השני) היה רשאי להסתמך על מצג זה, ומכאן ההשתק שחל על הרוכש הראשון מלהעלות את טענותיו הלגיטימיות למימוש הזכות.

15. נראה אפוא כי הלכת גנז סללה כמה דרכים אפשריות: אפשר לנקוט את הגישה הקיצונית האחת במשרעת הנורמטיבית ולקבוע כי סעיף 9 לחוק המקרקעין יחול כהווייתו תוך הותרת הבעלות בידי הרוכש הראשון – אך להכיר באי-רישום הערת האזהרה כעילה נזיקית לחיוב הרוכש הראשון לפצות את הרוכש השני בגין נזקיו. אפשרות שנייה היא ללכת לפי הגישה הקיצונית האחרת שהובעה בעניין גנז, כלומר לפי דיני ההשתק, ולקבוע כי אם הסתמך הרוכש השני על המצג הנובע מאי-

צבי ההליך האזרחי, לעיל ה"ש 25, בעמ' 219; מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 321, 326 (1987).

רישום הערת האזהרה על ידי הרוכש הראשון, ושינה את מצבו לרעה, הרי הרוכש הראשון מושתק מלטעון לקיום זכותו כלפי הרוכש השני. ברם, גישת האמצע שלפיה עסקינן בתביעת זכות שלא בתום לב – אינה נכונה בנסיבות העניין. באשר לדיני ההשתק, נראה כי ככל שהרישום של הערת אזהרה הוא זול ופשוט יותר, כן יהא זה טבעי ומובן מאליו שמעשה זה ייעשה, והרוכש השני יצא מנקודת הנחה שאם אין הערה – אין עסקה נוגדת. יתרה מזו, אחד הטעמים שציין השופט עמית לאי־רישום הערת אזהרה הוא חשש מ"עינא בישא" של שלטונות המס. כשזהו המניע, מדובר במצג שווא (במחדל) מכוון, והחלת דיני ההשתק עקב אי־הרישום מוצדקת עוד יותר. השופט עמית צידד בנקיטת מדיניות משפטית שתכליתה ללחום בתופעה של אי־רישום הערות אזהרה, על ידי החלה של סנקציות מרחיקות לכת. נראה כי גישתו זו של השופט עמית בעניין ביאר צודקת מבחינה משפטית אם משתיתים את הלכת גנו על תורת ההשתק.