

## תוכן עניינים

3	מבוא
4	דיון פוזיטיבי
9	דיון במעמד הרוכש הראשון
13	דיון במעמד הרוכש השני
16	הדין בקודקס (סעיף 511 להצעת חוק דיני ממונות)
21	דיון נורמטיבי ועמדה אישית
22	סיכום
24	רשימה ביבליוגרפית

## מבוא

בעבודה אבחן את נושא העסקאות הנוגדות במקרקעין בין רוכש ראשון מוקדם בזמן לבין רוכש שני מאוחר בזמן. אבחן את ההסדרים הקיימים כיום, ואת ההסדרים הראויים שיש לקבוע לדעתי.

ההסדרים הקיימים כיום מבוססים על הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין<sup>1</sup>. סעיף זה קובע כי בתחרות שבין רוכש ראשון מוקדם לבין רוכש שני מאוחר יש להעדיף את הרוכש הראשון, אלא אם מתקיימים שלושה תנאים אצל הרוכש השני: א. הוא רכש את המקרקעין תמורה. ב. הזכויות נרשמו על שמו. ג. הוא היה תם לב עד להשלמת הרישום על שמו. לפי לשונו היבשה של החוק, רק בהתקיים שלושת התנאים שבסיפא לסעיף 9 יועדף הרוכש השני. אולם בפרשת גנז<sup>2</sup> הוסיף בית המשפט העליון על ההסדר שנקבע על ידי המחוקק, וקבע הלכה חדשה. בית המשפט קבע, כי אילו התרשל הרוכש הראשון ולא רשם הערת אזהרה על שמו תוך זמן סביר, הוא ייחשב כמי שהתנהל בחוסר תום לב, והרוכש השני יועדף על פניו, למרות שלא מתקיימים שלושת התנאים שבסיפא לסעיף 9.

בעבודה אדון בפרשנות שניתנה בפסיקה ובספרות להסדרים שבסעיף ולהלכת גנז, ואראה מדוע ההסדרים הללו מביאים לתוצאות בלתי צודקות, וגורמים לחוסר נוחות בפסיקה. כפי שאראה, למרות שמבחינה פורמאלית ההסדרים חלים בצורה שווה על הרוכש הראשון ועל הרוכש השני, בפועל אין שוויון ביניהם, והרוכש השני מקבל יתרונות רבים על פני הרוכש הראשון. בעיה נוספת עם ההסדרים הללו, היא שמדובר בהסדרים בינאריים, שמביאים לתוצאה של "הכול או כלום", למרות שלעיתים התוצאה הצודקת יותר היא תוצאה מאוזנת יותר שלוקחת בחשבון במידה מסוימת את האינטרסים של שני הצדדים.

על רקע הביקורות האמורות אציג שני פתרונות. האחד, בהסדרים שנוסחו בקודקס האזרחי, שבו ניתן משקל רב יותר לשוויון בין הרוכש הראשון לבין הרוכש השני במקרה שבו שניהם התרשלו בצורה שווה באי רישום הערת אזהרה על שם. השני, בקביעה בפסיקה כי ניתן לעשות שימוש בדיני הנזיקין במקביל לשימוש בהסדרים הקנייניים, ואם אחד מהצדדים חש שהוא נפגע מההכרעה הקניינית דרכו פתוחה להגיש תביעה נזיקית כנגד הצד האחר ככל שהוא יכול להוכיח את יסודותיה של עוולה נזיקית. אולם אראה כי הפתרונות הללו לא נותנים מענה הולם לכל המקרים בהם מתבקשת תוצאה צודקת יותר מהתוצאה המתקבלת על פי ההסדרים החלים בתחרות בין הרוכשים. על כן אציע את עמדתי בקשר להסדר הראוי שיש לקבוע, שיכיל עילת סף גמישה, של עיקרון תום הלב, שאותו ניתן יהיה ליישם בצורה רחבה וגמישה המותאמת לנסיבות המקרה, ושימוש בו לא יהיה חייב להביא לתוצאה בינארית אלא יוכל להביא לתוצאה מאוזנת יותר.

בפרק הראשון אערוך דיון פוזיטיבי בהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, ובפרשנות שניתנה לשלושת התנאים שבסיפא של הסעיף בהם יש להעדיף את הרוכש השני. בפרק השני אדון במעמדו של הרוכש הראשון על רקע הלכת גנז בה נקבעה חובתו של הראשון לנהוג בתום לב ולרשום הערת אזהרה על שמו. אדון במשמעותה של הלכת גנז ובחובת תום הלב החלה על הרוכש הראשון, והאם ניתן ליישם אותה גם במקרים בהם חוסר תום הלב לא קשור ליצירת התאונה המשפטית. בפרק השלישי אדון במעמדו של הרוכש השני, ואבחן את הפרשנות של דרישת תום הלב שבסיפא של סעיף 9 שנקבעה לגבי הרוכש השני, והאם היא זהה לפרשנות שניתנה לדרישת תום הלב לגבי הרוכש הראשון. אראה כי למרות שמבחינה מהותית מדובר בדרישה זהה, אך בפועל היא מביאה לתוצאות בלתי צודקות ובלתי שוויוניות. בפרק

<sup>1</sup> חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. (להלן: "החוק").

<sup>2</sup> ע"א 2643/97 שלמה גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, (פורסם בבנו, 05.02.03). 385. (להלן: "פרשת גנז" או "הלכת גנז").

הרביעי ובפרק החמישי אדון בשני פתרונות שהוצעו לבעיית "חוסר הצדק" שבהסדרים הבינאריים בסעיף 9: האחד, ההצעה בקודקס האזרחי המשווה את התרשלותו של הרוכש השני להתרשלותו של הרוכש הראשון. השני, הקביעה בפסיקה כי ניתן לעשות שימוש בדיני הנזיקין במקביל להכרעה הבינארית הקניינית. בפרק השישי אערוך דיו נורמטיבי, אבהיר מדוע לדעתי שני הפתרונות האמורים לא נותנים מענה ותוצאה צודקת בכל המקרים, ומהו ההסדר שיש לקבוע לדעתי.

### **דיון פוזיטיבי**

הבסיס למסגרת הנורמטיבית לעסקאות נוגדות הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין. סעיף זה קובע:

**"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".**

הסעיף קובע אם כן, כי ככלל בעסקאות נוגדות תהיה זכותו של הרוכש הראשון בזמן עדיפה על זכותו של הרוכש המאוחר בזמן. החרג לכלל הוא אם הרכישה של הרוכש השני עומדת בשלושה תנאים: א. היא נעשתה בתום לב. ב. היא נעשתה בתמורה. ג. העסקה הסתיימה ברישום לטובתו של הרוכש השני בעודו בתום לב.

התנאי הראשון הוא, כי רכישת השני תהיה בתום לב. בהקשר זה נקבע, כי תום הלב האמור הוא תום לב סובייקטיבי<sup>3</sup>. תנאי זה בוחן רק האם הרוכש השני ידע בפועל על הרכישה שביצע הרוכש הראשון לפניו. לא מדובר במבחן אובייקטיבי, ורשלנות של הרוכש השני, שלא בדק את מצב המקרקעין, איננה שוללת את תום הלב שלו. בפסק הדין בעניין אליאס<sup>4</sup> התמודד בית המשפט עם טענות של הרוכש הראשון אשר היה פיזית במקרקעין, וטען כי הרוכש השני התרשל בכך שלא ביקר פיזית במקרקעין בטרם התקשר בעסקה, ולפיכך הוא חסר תום לב. בית המשפט קבע, כי מאחר והרוכש השני לא ידע בפועל, מבחינה סובייקטיבית, על הרכישה של הראשון, מתקיים אצלו תנאי תום הלב, ורשלנותו, גם אם הייתה, איננה שוללת את קיומו של תנאי זה.

עם זאת, בפסיקה אחרת נאמר כי קיים בתום הלב גם יסוד אובייקטיבי<sup>5</sup>. נקבע כי על הרוכש השני לנקוט באמצעים סבירים כדי לוודא שלא נערכה עסקה קודמת במקרקעין. למרות שלא מוטלת עליו חובה לבדוק פיזית את המקרקעין, אך הוא מחויב לכל הפחות לבדוק את הרישום על המקרקעין ברשם המקרקעין. עוד נקבע, כי חוסר תום לב יכול להתקיים לא רק כאשר הרוכש השני ידע בפועל על העסקה שביצע הראשון, אלא גם כאשר הוא חשד בקיומה של עסקה שביצע הראשון, ועצם את עיניו מלראות<sup>6</sup>.

לעניין המועד שבו צריך להתקיים התנאי, נקבע כי תום הלב צריך להימשך עד לאחר גמר הרישום

<sup>3</sup> אבי וינרוט, דיני קניין – פרקי יסוד, (2016), בעמ' 191.

<sup>4</sup> ע"א 7435/01 חברת הימנות בע"מ נ' עואד אליאס, (פורסם בנבו, 17.12.03).

<sup>5</sup> ע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) נ' אוגנין שיבר, (פורסם בנבו, 27.11.85), 322.

<sup>6</sup> ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב, (פורסם בנבו, 16.08.99), 199, 224-225.