

פרק 8: עסקאות נוגדות במקרקעין

"חוק המקרקעין" הוא חוק קנייני שמטרתו להסדיר את מערכת הזכויות במקרקעין ולהגן על זכויות רוכש נכס מקרקעין בתמורה ובתום לב. "חוק המקרקעין" חותר להסדיר את נושא התחרות בין שני גורמים שטוענים לבעלות או לזכויות אחרות נשוא אותו המקרקעין. החוק מעניק עדיפות לזכות האובליגטורית החוזית הראשונה בזמן, אלא אם בעל הזכות השנייה בזמן רכש את הקניין בנכס בתמורה ובתום לב, ורישום העסקה הסתיים בעודו תם לב.

הערת אזהרה

הערת האזהרה מעוגנת בסעיף 126(א) ל"חוק המקרקעין". הערת האזהרה נרשמת בלשכת רישום המקרקעין – הטאבו - באותו מחוז בו רשום הנכס. על המבקש לרשום הערת אזהרה לצורך "בקשה לרישום הערת אזהרה" ולשלם לצורך כך אגרה. הרישום הוא טכני ומתבצע מיידית בדרך כלל. עם רישום ההערה, המבקש יקבל אישור על ביצוע פעולת הרישום, והחל מאותה העת תופיע הערת אזהרה לטובתו בנסח הרישום של הנכס. סעיף 126(א-ב) ל"חוק המקרקעין" (לעניין הערת האזהרה) כולל את הדברים הבאים:

"(א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן - הזכאי), הערה על כך; לענין זה אין נפקא מינה אם ההתחייבות הייתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם הייתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית.

(ב) נרשמה ההערה על פי בקשת הזכאי בלבד, יודיע הרשם מיד על רישומה למי שהתחייב כאמור".

כאמור, קיימים נכסים שאינם רשומים בספרי המקרקעין, אלא בספרי חברה משכנת או בספרי מינהל מקרקעי ישראל. לפיכך, לא ניתן לרשום הערת אזהרה על הנכסים הללו והזכויות בגינם יירשמו באופנים הללו:

- רישום אצל רשם המשכונות - במשרדי רשם המשכונות ניתן לראות רישום בדבר משכון או רישום בדבר הימנעות מלעשות עסקה במקרקעין;
- רישום בחברה משכנת - שם ניתן לראות רישום הערה בספרי החברה המשכנת בדבר ביצוע עסקה במקרקעין או בדבר הצורך בהסכמה וכדומה.

1. כוחה של הערת האזהרה

סעיף 127 (ב) מבטא את כוחו של "חוק המקרקעין" אשר קובע, כי משנרשמה הערת אזהרה, לא יהיה בפעולות של עיקולים, שעבודים, כינוס נכסים, צווי פשיטת רגל וצווי פירוק נגד בעל המקרקעין שנרשמו מאוחר יותר כדי לפגוע בזכויות הזכאי על-פי ההערה. אי לכך, צו עיקול שניתן כנגד המוכר לאחר רישום ההערה לא יהיה בכוחו לגבור על הערת האזהרה ולא יוכל לפגוע בזכויות הרוכש בעל ההערה. הנה דברי החוק בדבר השלכותיה של הערת האזהרה – סעיף 127 (א-ג) ל"חוק המקרקעין":

"(א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עיסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית-המשפט.

(ב) 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 רכוש, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד שטענה לביטול העיסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהייתה עומדת אילו בוצעה העיסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה.

(ב1) הערה אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין.

(ג) עסקה המקנה חלק ממקרקעין, בבעלות או בחכירה לדורות, לרשות מקומית למטרות דרכים או מדרכות או הרחבתם, המתחייבת מתכנית שאושרה לפי "חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965", לא יראו כעסקה הסותרת הערת אזהרה, ובלבד ששלושים יום לפני רישום העסקה נשלחה הודעה על כך לזכאי על פי הערת האזהרה".

2. עסקאות נוגדות

הגדרתה של "עסקה נוגדת" במקרקעין נמצאת בסעיף 9 ל"חוק המקרקעין":

"התחייב אדם לעשות עיסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העיסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעיסקה נוגדת, זכותו של בעל העיסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה".

עסקה נוגדת הינה מקרה בו התקשר בעל זכויות בנכס מקרקעין בעסקה המקנה זכות בנכס עם אדם (להלן: "הרוכש הראשון"), ולאחר מכן, בטרם הושלמה העסקה ברישום, שב והתקשר שנית בעסקה המקנה זכות באותו נכס לאדם אחר (להלן: "הרוכש השני"), כך שמילוי שתי התחייבויותיו יחד אינו אפשרי או בהכרח יפגע באחת מהזכויות או יגרע ממנה. לדוגמה: א' מכר ל-ב' את דירתו וחתם עימו חוזה למכירת הדירה, לאחר מכן, לפני שהספיק א' להשלים את העסקה ברישום בספרי המקרקעין - טאבו, מכר א' את אותה הדירה ל-ג', כך שנוצר מצב בו מתן תוקף משפטי וקנייני לשתי ההתחייבויות יחד אינו אפשרי או בהכרח יפגע באחת מהזכויות.

עסקאות נוגדות עלולות להיות עסקאות זהות או שונות כלהלן :

עסקה נגדית זהה - מכירת זכות הבעלות בנכס לשני אנשים שונים, מכירת הדירה ל-א' ולאחר מכן מכירתה בשנית ל-ב', לפני שא' סיים העסקה ברישום.

עסקה נגדית שונה - מכירת זכות הבעלות ל-א' ובמקביל השכרת הנכס לתקופה ארוכה ל-ב', לפני שהדירה נמסרה ל-א' ועוד טרם השלים א' את העסקה ברישום, ולפני שקיבל חזקה בדירה".

2.1 למי ניתנת העדיפות בעסקאות נוגדות?

נוסף על כך, סעיף 9 ל"חוק המקרקעין" קובע את כלל העדיפות בעסקאות נוגדות לראשון בזמן :

"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 תם לב זכותו עדיפה".

אם כן, ניתן לראות שהחוק קובע שאילו אדם התחייב לעשות עסקה במקרקעין, ולפני שנרשמה העסקה התחייב בפני אדם אחר לעסקה נוגדת - זכותו של הרוכש הראשון בזמן תהיה עדיפה. מאידך, החוק קבע כלל הפוך בו נקבע שאם הרוכש השני רכש את הנכס בתום לב ובתמורה, והסתיים רישומה של העסקה של הרוכש השני בעודו תם לב - יתהפך הכלל וזכותו של הרוכש השני תהיה עדיפה אם התקיימו שלושת התנאים האלה במלואם :

2.1.1 הרוכש השני פעל בתום לב מתחילת ההתקשרות ועד לסיום העסקה ברישום ;

2.1.2 הרוכש השני שילם תמורה מלאה בעד הנכס. במקרה זה על הרוכש השני להוכיח באופן שלא משתמע לשתי פנים שאכן שילם את מלוא התמורה בגין העסקה ;

2.1.3 העסקה נסתיימה ברישום לטובתו של הרוכש השני בעודו תם לב. כלומר שבעת רישום הנכס על שמו בספרי המקרקעין הוא לא ידע על העסקה הראשונה שנוגדת את רישום זכויותיו.

בתי המשפט נתקלים במקרים רבים של עסקאות נוגדות. ההכרעה במקרים כאלה על-פי כללי סעיף 9 אינה פשוטה, מאחר שנוסחו של סעיף 9 ל"חוק המקרקעין" אינו נותן מענה הולם לכלל סוגי העסקאות הנוגדות. כך לדוגמה החוק אינו מתייחס לתחרות בין זכות רשומה - בעלות - לבין זכות שאין חובה לרשום אותה, כלומר : שכירות קצרת מועד. בפסקי דין אחדים שעוסקים בעסקאות נוגדות, ניתן לראות שאף על-פי שהרוכש השני לא עמד בכל תנאי סעיף 9 ל"חוק המקרקעין", בית המשפט העדיף את הרוכש המאוחר בזמן בעקבות רשלנותו של הרוכש הראשון, מאחר שזה לא הספיק לרשום הערת אזהרה לטובתו בסמוך לחתימה על הסכם הרכישה, לדוגמה.

המגמה בפסיקה היא לפסוק על בסיס שיקולים של צדק ואיזון בין הצדדים לעסקאות הנוגדות ולא בהכרח על בסיס הכללים שנקבעו בסעיף 9 ל"חוק המקרקעין", כאמור. פסקי דין רבים שנפסקו על-ידי בית המשפט העליון דנו בשאלה של דין הקדימה בין שני בעלי זכויות נוגדות בנכס מקרקעין. שם נקבעו העקרונות להכרעה בשאלה למי מהרוכשים תינתן עדיפות. הואיל שהחוק קובע שהקונה הראשון בזמן עדיף על הקונה השני, בית המשפט בודק בתחילה את תום הלב הסובייקטיבי של הקונה השני בזמן שזה ביצע את העסקה שלו. בית המשפט עושה כן באמצעות בדיקת ידיעותיו בדבר העסקה הראשונה שבוצעה עם הקונה הראשון. בשלב השני, בית המשפט בודק את תום הלב האובייקטיבי כפי שבא לידי ביטוי בבדיקות שעשה הקונה השני לגבי רישום המקרקעין, וביצוע בדיקה בדבר זהות המחזיק במקרקעין בפועל. לעניין זה, בית המשפט מדגיש ש"עצימת עיניים" עשויה לשמש תחליף לידיעה ממשית בפועל. זאת מאחר שמצופה מהקונה השני לגשת ללשכת רישום המקרקעין ולעיין בספרי הרישום של הנכס או לבדוק פיסית את הנכס עצמו על מנת לגלות מי מחזיק בו בפועל. אם לא נעשו הבדיקות הנחוצות, הדבר יחשב ל"עצימת עיניים" – כלומר, ידיעה בפועל. מאידך, בית המשפט מדגיש שעל הקונה הראשון חלה חובת תום הלב מצדו בהיותו הקונה הראשון בזמן. חובה עליו להודיע על ביצוע העסקה על-ידי רישומה של הערת אזהרה לטובתו בלשכת רישום המקרקעין על מנת להתריע לצד שלישי מלהתקשר בעסקה שנוגדת את העסקה לגבי אותו מקרקעין. אם כן, במקרה שהקונה הראשון לא רשם הערת אזהרה, הדבר עלול להיחשב כפגם בתום הלב שלו עד לידי ביטול עדיפותו כקונה ראשון.

בפסק דין "גנו נ' בריטיש וקולוניאלי" בבית המשפט העליון, נקבעה ההלכה בדבר ההכרעה בין זכויות מתחרות. בפסק דין זה נקבע שההכרעה תיעשה באמצעות בחינת תמונת היחסים הכוללת בין הצדדים לעסקאות הנוגדות. כך קבע הנשיא ברק בפסק הדין:

"בהימנעותו מעשיית כל האפשר לרישומה של הערת אזהרה הניח בעל העסקה הראשונה את התשתית ל"תאונה המשפטית" שבעסקאות הנוגדות. בידו היה למנוע זאת, והוא לא עשה כן. בכך, עקרונית, יש משום מחדל שלא בתום-לב. עקרון תום-הלב דורש כי בעל העסקה הראשונה יפעל בהגינות, תוך התחשבות בציפייה הסבירה של בעל העסקה השנייה".

המסקנה שעולה מהדברים הללו היא שעל בעל הזכות החוזית במקרקעין מוטלת חובה בדרך לביסוס מעמדו כבעל זכויות מעין קנייניות. בנסיבות בהן לא ביצע את המוטל עליו כאשר הדבר אפשרי – רישום הערת אזהרה – ייתכן שיפסיד את עדיפותו לפי סעיף 9 ל"חוק המקרקעין". עם זאת, כשהרישום לא מתבצע מסיבה משפטית שמצדיקה את היעדר הרישום או מפני שבעל המקרקעין המוכר קבע תנאי בהסכם המכר שלא תרשם הערת אזהרה עד לתשלום כל התמורה, הרי שהיעדר הרישום לא יהווה הפרת חובת תום הלב כלפי השני בזמן.

חשוב להדגיש, שבמקרה בו הקונה השני פעל בחוסר תום לב, כלומר ידע או שהיה עליו לדעת על העסקה הראשונה, תוטל עליו האחריות, ולא ניתן יהיה לפגוע בזכותו של הקונה

הראשון. זאת אף על-פי שקיים פגם בתום הלב של הקונה הראשון שלא רשם הערת אזהרה לטובתו עבור העסקה שלו, מאחר שלא זו הסיבה שגרמה לקיומה של העסקה השנייה, אלא דווקא חוסר תום לבו של הרוכש השני.

2.2 תחרות בין זכויות במקרקעין

אי רישום של הערת אזהרה אינו מבטל את עדיפותו הקניינית של רוכש נכס על-פני מעקל שהטיל עיקול לאחר מכן. כך לדוגמה: א' רכש דירה מ-ב'. א' שילם את מלוא התמורה בגין הנכס וקבל את החזקה בדירה. ממועד זה התגורר א' בדירה, למרות שבפנקסי המקרקעין לא בוצעה העברת הזכויות על שמו, ולא נרשמה לטובתו הערת אזהרה במשך שנים. במהלך תקופה זו, ב' הסתבך בחובות והעמיד ערבות לבנק תמורת אשראי שקיבל. האשראי ניתן ל-ב' ללא קשר לדירה ולאחר מכירתה ל-א'. כעבור שנים אחדות, הבנק הטיל עיקולים על הזכויות הרשומות על הדירה שרשומה על שם ב'. בעקבות כך א' הגיש המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי, ובה ביקש לבטל את העיקולים על הדירה. השאלה המשפטית שבית המשפט נדרש לה היא: האם חובת תום הלב של הקונה א' – בעל זכות הקניין – שביושר כלפי מעקל הופרה. הואיל ש-א' נמנע לרשום הערת אזהרה על הנכס במרשם המקרקעין, רישום שהיה אפשרי ואף התבקש, בית המשפט העליון פסק שעקרון תום הלב חל גם בתחרות בין קונה לבין נושה של המוכר שמבקש לעקל את הנכס. לפיכך, עדיפותו של הקונה אינה מוחלטת ועלולה להישלל בשל עיקרון תום הלב. נהוג לקבוע בדרך כלל שהקונה שלא רשם את הערת האזהרה לא הפר את חובת תום הלב כלפי מעקל מאוחר שהטיל עיקול לאחר יצירת ההתחייבות להעברת הזכויות לקונה במקרקעין. על כן, אי רישום הערת אזהרה אינו שולל את עדיפותו הקניינית של הקונה במקרקעין, הואיל שלמעקל אין ולא הייתה זכות מהותית בנכס המעוקל, מאחר שהמעקל – נושה לא מבוטח – לא הסתמך על רישומי הנכס בספרי המקרקעין, ולא ציפה מראש בזמן מתן האשראי לפרוע את חובו ממימוש הנכס. זאת לעומת עסקאות מכירה נוגדות בהן הרוכש השני הסתמך על רישום הנכס בספרי המקרקעין. אם כן, ניתן לקבוע שדרישת המעקל לשים ידו על זכויותיו של קונה בהסתמך על זה שלא רשם הערת אזהרה אינה מוצדקת, מכאן שהעיקול ייסוג ביחס לזכויות הקונה בנכס על-אף שזה לא רשם הערת אזהרה לטובתו.

2.3 כיצד להימנע מעסקאות נוגדות?

2.3.1 **הפקת נסח טאבו** – יש להפיק נסח טאבו מעודכן לצורך בדיקת הזכויות והערות האזהרה שרשומות על המקרקעין לפני החתימה על הסכם הרכישה וסמוך לו בזמן ככל שניתן. אם הנכס אינו רשום בפנקסי המקרקעין, יש להוציא אישור זכויות ממינהל מקרקעי ישראל;

2.3.2 **רישום הערת אזהרה בסמוך לחתימה על הסכם הרכישה** – על מנת להימנע ממצב של עסקה נוגדת, יש לרשום על הסכם הרכישה הערת אזהרה בסמוך

לחתימה ככל שניתן, כאמור. ההערה תבטיח שלא יהיה בכוחם של בעלי המקרקעין לרשום עסקה שסותרת את העסקה נשוא הערת האזהרה. ההערה אף תתריע ותזהיר את המתעניין במקרקעין בדבר ההתחייבות הקיימת מצד בעל המקרקעין לעשות עסקה נשוא המקרקעין, וזאת באמצעות עיון בפנקסי המקרקעין שפתוחים לעיון הציבור ;

2.3.3 **הפקדת התשלום בנאמנות** – הפקידו את כספי התשלום הראשון בנאמנות אצל עוה"ד שלכם עד לרישום הערת האזהרה בספרי המקרקעין לטובתכם. במקרה בו תירשם עסקה נוגדת לפני שרשמתם את ההערה, לכל הפחות לא תפסידו את כספכם, ותוכלו להשתחרר מהעסקה ;

2.3.4 **בדיקה אצל רשם המשכונות** – אם למוכר הנכס קיימות זכויות בלבד בנכס, כלומר שהבעלות אינה רשומה על שמו, ונתונה לו הערת אזהרה בלבד, יש לוודא שלא רשומות על זכויותיו משכונים במשרדי רשם המשכונות. יתרה מכך, גם במקרה בו הנכס רשום על שם המוכר, יש לבדוק שלא קיימים משכונים אצל רשם המשכונות, מאחר שייתכן שאלה אינם רשומים בספרי המקרקעין בעקבות האיסור מטעם הבנק למשכנתאות לרשום משכנתא מדרגה שנייה בספרי המקרקעין ;

2.3.5 **ביקור בנכס לפני החתימה על הסכם הרכישה** – ביקורים בנכס לפני החתימה על ההסכם ואף במהלך תקופת פריסת התשלומים עבורו עשויים למנוע מצב בו א' מכר לכם את זכויותיו בנכס, ובמקביל מכר אותן גם לצד ב' ומסר לו את החזקה בו. במקרה בו ב' לא רשם הערת אזהרה לטובתו מכל סיבה שהיא, הרי שלא ניתן לחשוף את העסקאות הנוגדות עד לשלב מסירת הנכס ובתום תשלום מלוא התמורה בגינו. לפיכך, ביקורים בנכס במהלך תקופת התשלומים עשויים לעזור לגלות את העסקה הנוגדת, להקטין ואף למנוע את הנזק ;

2.3.6 **בדיקת תכניות בניין ערים (תב"ע)** – בדיקת תכניות בניין עיר של המקרקעין יכולה למנוע מצב בו רכשתם בית שחלק מהקרקע שלו מיועד להפקעה בתנאי שההפקעה לא נרשמה בספרי המקרקעין. זכות במקרקעין מכוח הוראות "חוק התכנון והבנייה" גוברת על זכויות הרוכש בתמורה ובתום לב, הואיל שהן ידועות לכל, למרות שלא נרשמו בספרי המקרקעין, מאחר שמדובר בתכניות שהציבור הרחב יכול לעיין בהן בכל עת.

