

1. שושנה בורשטיין
 2. יואל בורשטיין
 3. רבקה שפירא
 4. רחל הרן
- נגד
1. מרים חודאד
 2. דאוד חודאד

בבית־המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לערעורים אזרחיים

[6.9.1998]

לפני השופטים ת' אור, ט' שטרסברג־כהן, י' אנגלרד

המערערים התקשרו עם קבלן בעיסקת קומבינציה ביחס למקרקעין שבבעלותם. במסגרת העיסקה התחייבו המערערים לאפשר רישומן של הערות אזהרה על המקרקעין לזכות רוכשי הדירות בבניין שיבנה הקבלן. לימים, הפר הקבלן את החוזה עם המערערים, והחזוזה בוטל. הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הדירות נותרו על כנן. אחד הרוכשים מכר את דירתו למשיבים, וביקש להעביר את זכויותיו בדירה על שם המשיבים. זאת, לרבות רישום הערת האזהרה לטובת המשיבים ולטובת בנק למשכנתאות. מאחר שהעברת רישום הבעלות בדירות על שם רוכשיהן טרם בוצעה, והנכס היה עדיין רשום על שם המערערים, נתבקשה הסכמתם של המערערים לרישום הערות האזהרה. המערערים סירבו ליתן הסכמתם. המשיבים עתרו לבית־המשפט המחוזי בבקשה למתן צו לרישום הערות אזהרה כאמור, ובקשתם נענתה. מכאן הערעור.

בית־המשפט העליון פסק:

א. אין לקבל את טענת המערערים כי רישום הערת אזהרה לטובת המשיבים, כמוהו כרישום "הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה", שהמחוקק אסר רישומה **בחוק המקרקעין** (תיקון מס' 16), תשנ"ד-1994 (להלן – תיקון תשנ"ד). ההליך במקרה דנן הינו המחאתה הנלווית של הערת האזהרה שרשומה לטובת הרוכשים הראשונים אל המשיבים. המחאה הבסיסית היא של זכות הרוכשים הראשונים כלפי בעלי הקרקע (המערערים) אל המשיבים. המחאה בסיסית זו נעשית מכוח **חוק המחאת חיובים**, תשכ"ט-1969, והיא אינה טעונה הסכמת בעל הקרקע, שהוא החייב במערכת היחסים בין הרוכשים הראשונים (הנושים) לבינו. לפיכך, בהתאם לסעיף 5 **לחוק המחאת חיובים**, אף לא נדרשת הסכמת בעל הקרקע להמחאה הנלווית של הערת האזהרה אל המשיבים (74ה – א, 75א, 176 – 177).

ב. (אליבא דשופטת ט' שטרסברג-כהן):

(1) תיקון תשנ"ד בא לשרת מטרה של שמירה על בהירות המרשם. הוא בא למנוע מצב שבו תהיינה שתי מערכות נפרדות של התחייבויות המובטחות בהערות אזהרה לגבי אותם מקרקעין – האחת, התחייבויות שהתחייב בהן בעל המקרקעין, והשנייה, התחייבויות שהתחייב בהן בעל הערת האזהרה ללא ידיעתו או ללא הסכמתו של הבעלים (א79).

(2) הערת האזהרה לטובת הקונה השני במקום זו הרשומה לטובת הרוכש הראשון, אינה פוגעת בוודאות המרשם, שכן היא מתייחסת לאותן זכויות עצמן שהובטחו על-ידי ההערה הראשונה. יתרה מכך, מצבו של בעל המקרקעין איננו משתנה לרעה, היות שלאחר שזכויותיו של הקונה הראשון הומחו לקונה השני, מחויב הבעלים אך ורק כלפי האחרון, באותה התחייבות שבה התחייב כלפי הקונה הראשון (ב79 – ג).

(3) התחייבות המערערים, בעלי המקרקעין, לרישום הערות אזהרה לטובת הקונים ולטובת בנקים שיממנו את הקונים, כפי שמצאה ביטויה בחוזה שנערך בין המערערים לקבלן, היא התחייבות המתייחסת, לפי טיבה ומהותה, לרוכשי הדירות, יהיו אשר יהיו, ולא דווקא לקונה מסוים. לפיכך, אף שלכאורה מבחינה לשונית דווקנית, מתייחסת ההתחייבות לקונים מן הקבלן, יש לפרשה כהתחייבות המתייחסת לכל מי שירכוש זכויות בדירות שיבנה הקבלן על מקרקעי הבעלים – בין שמדובר בקונה מן הקבלן ובין שמדובר בקונה שני או שלישי, והכול במסגרת ההגבלות החוזיות בחוזה שבין הקבלן לבעלי המקרקעין (ג76 – ד).

ג. אין לקבל את טענת המערערים כי לאור לשון סעיף 130 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, רשאי בית-המשפט להורות על רישום הערת אזהרה רק כסעד זמני, אגב הליך אחר, עיקרי, המתנהל בפניו. אין בהוראת סעיף 130 לחוק המקרקעין דבר אשר ימנע מבית-המשפט את הסמכות לצוות על רישום הערת אזהרה כשהמבקש זכאי לכך על-פי דין (א75 – ג).

ד. (אליבא דשופט י' אנגלרד): אין בחוק המקרקעין בסיס לדרישה כי בכל מקרה של בקשה לרישום הערת אזהרה יש להמציא את הסכמת בעל הזכות במקרקעין לרישום. לפי הוראת סעיף 126 לחוק המקרקעין, רישום הרשם הערת אזהרה על-פי בקשת מי שהתחייב או על-פי בקשת מי שזכאי לפי ההתחייבות. לכן, משהוכח להנחת דעתו של הרשם כי קיימת התחייבות, כאמור בסעיף 126 לחוק המקרקעין, עליו לרשום את הערת האזהרה על-פי בקשתו של מי שזכאי לפי ההתחייבות, אף ללא הסכמתו של בעל הזכות במקרקעין (ד75 – ה).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיפים 87(א), 126, 130.
- חוק המקרקעין (תיקון מס' 16), תשנ"ד-1994.
- חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, סעיפים 1, 1(א), 5.

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 16) (דירת מגורים), תשנ"ד-1994.

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 570/87 ש' בורשטיין ואח' נ' זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק) ואח', פ"ד מד(2) 793.
- [2] ע"א 540/88 ג"י. אי. ג"י. השקעות בפירוק ואח' נ' רשם המקרקעין בפתח-תקוה ואח', פ"ד מט(2) 735.
- [3] ע"א 813/85, 81/86, 117 יהושע נחשון ואח' נ' שי ואח'; "טפחות", בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' שי ואח'; א' יהודה ואח' נ' שי ואח', פ"ד מב(1) 340.
- [4] ע"א 205/83 חובני ואח' נ' דיקלה חברה לבנין והשקעות בע"מ ואח', פ"ד מא(3) 96.
- [5] ע"א 784/86 חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נ' צבי את עזרא חברה לבנין ולהשקעות בע"מ ואח', פ"ד מג(4) 441.
- [6] ע"א 617/88 אחים כדורי חברה קבלנית בע"מ נ' ולנסי ואח', פ"ד מה(1) 225.
- [7] ע"א 261/88, 558, 793, 425/89 בנק המזרחי המאוחד נ' רחובסקי ואח'; איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק) ואח'; ואליו אסט בע"מ נ' דונג ואח', פ"ד מח(2) 102.
- [8] ע"א 402/80 "אתגר" בע"מ ואח' נ' מ.ב.א. החזקות ונכסים בע"מ, פ"ד לה(3) 309.

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [9] ד' פרידמן, נ' כהן חיים (כרך א, תשנ"א).
- [10] מ' בן-פורת "חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969" פירוש לחוקי החוזים (ג' טדסקי עורך, תשל"ב).
- [11] מ' דויטש קניין (כרך א, תשנ"ז).
- [12] א' איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין (כרך א, מהדורה 2, תשנ"ה).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [13] א' רייכמן "הערת האזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 297.

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ה' שטיין) מיום 26.12.1996 בה"פ 999/96. הערעור נדחה.

שמואל אריאלי – בשם המערערים;

אמנון ימר – בשם המשיבים.

פסק-דין

א

השופט י' אנגלרד

זהו גלגול שני של סכסוך בין בעלי מקרקעין לבין רוכשי דירות, שנמשך זה שנים רבות. העובדות שברקעו של הסכסוך הן אלה:

ב

המערערים הם הבעלים הרשומים של חלקות 533 ו-535 בגוש 3929 בראשון-לציון (להלן – החלקות). ביום 22.5.1981 התקשרו המערערים עם חברה קבלנית (להלן – הקבלן) בהסכם קומבינציה, ולפיו התחייב הקבלן להעמיד לרשות המערערים 38% מן השטח שייבנה על-ידי, ובכלל זה שש מן הדירות שייבנו בבניין העתיד לקום על החלקות. בתמורה, התחייבו המערערים להעביר לקבלן 62% מזכויות הבעלות בחלקות. הדירות האחרות שהיו אמורות להיבנות בבניין, היו מיועדות למכירה, על-ידי הקבלן, לצדדים שלישיים.

ג

2. בהסכם הקומבינציה נקבעה הוראה שהסדירה את נושא רישום הערות האזהרה לטובת רוכשי הדירות מהקבלן. הוראה זו (סעיף 11 להסכם) קבעה, בין היתר, בזו הלשון:

ד

"רישום הערות אזהרה

ה

(א) המוכר [המערערים לפנינו – י' א'] יתן את הסכמתו לרישום הערות אזהרה לגבי החלקה ו/או חלקים ממנה לזכות רוכשי דירות הקונה [הקבלן – י' א'] וכן יתן את הסכמתו לרישום הערות אזהרה כנ"ל לזכות בנקים אשר ילוו כספים לאותם רוכשי דירות, בהתאם להתחייבות בלתי חוזרת כשתחתמנה על ידי הקונה בלבד...

ו

...

(ד) מוסכם בזה בפירוש, והדבר מהווה תנאי מוקדם לרישום הערות אזהרה כלשהן על החלקה, כי בכל הסכם שיערוך הקונה עם רוכשי דירות יכתב הסעיף המנוסח להלן והקונה מתחייב לגרום לחתימת כל רוכש דירה בצד הסעיף לאישור ההסכמה לתוכנו.

ז

'הקונה [רוכש הדירה – י' א'] מצהיר מאשר ומתחייב כי עובר לחתימתו על הסכם זה הוצג בפניו ההסכם מיום 22.5.81 שבין

שושנה בורשטיין, יואל בורשטיין, רחל הרן ורבקה שפירא
[המערערים – י' א'] לבין המוכר [הקבלן – י' א'], וכי הובהר
לו שזכויות המוכר במגרש נובעות ותלויות בהסכם הנ"ל
והקונה חותם בצד סעיף זה לאישור בלתי חוזר להסכמתו
לכך".

3. בין רוכשי הדירות מן הקבלן היו נלי ויהושע ששון (להלן – ששון). לטובתם נרשמה הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין. לאחר זמן, הפר הקבלן את התחייבויותיו, הן כלפי המערערים והן כלפי רוכשי הדירות בכך שהותיר את הבניין בלתי גמור. ביום 31.8.1983 ביטלו המערערים את הסכם הקומבינציה ולאחר מכן הגישו בקשה לפסק-דין הצהרתי לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו – לצוות על מחיקת כל הערות האזהרה שנרשמו מכוח הסכם הקומבינציה לטובת רוכשי הדירות, ולקבוע כי לכל אחד מהרוכשים אין כל זכות במקרקעין הנ"ל. בית-המשפט המחוזי דחה את הבקשה למחיקת הערות האזהרה. על כך הוגש ערעור לבית-משפט זה. ביום 17.6.1990 דחה בית-משפט זה (בע"א 570/87 ש' בורשטיין ואח' נ' זאב לב הר חברה לבניין והשקעות בע"מ (בפירוק) ואח' (להלן – פרשת בורשטיין [1])) את הערעור וקבע כי דינן של הערות האזהרה שנרשמו לטובת רוכשי הדירות – להישאר על כנן על-אף נוסח הוראת סעיף 11 הנ"ל להסכם הקומבינציה. בית-המשפט ציין כי תניה בדבר אפשרות ביטול הערת אזהרה במקרה שיבוטל הסכם הקומבינציה עקב הפרה מצד הקבלן – חייבת להיות מפורשת. בית-המשפט הגיע למסקנה כי התניה הנדונה, אין בה משום קביעה מפורשת כי הערות האזהרה יימחקו אם וכאשר יתבטל הסכם הקומבינציה. במיוחד ציין בית-משפט זה כי אין הוא סבור כי בהוראת סעיף 11(ד) יש משום בסיס מספיק למחיקת הערות האזהרה. בית-משפט זה סיכם בנקודה זו (שס, בעמ' 799):

"...לא ניתן לקרוא לתוך סעיף 11(ד) להסכם הקומבינציה, על דרך של פרשנות, הסכמה בדבר מחיקת הערות האזהרה עם ביטולו של הסכם הקומבינציה עם הקבלן. בעל הקרקע, המסכים לרישומן של הערות אזהרה לטובתם של רוכשי הדירות מן הקבלן, מופקד על ניסוח גבולות החיוב שהוא נוטל על עצמו, וזאת בלשון ברורה וחד-משמעית".

בית-המשפט הוסיף ואמר, כי:

"הטעם להקפדה על כך שתימצא הוראה מפורשת בדבר האפשרות למחוק הערת אזהרה הוא בהכרח להעמיד את רוכשי הדירות על הצורך לדרוש מן הקבלן בטוחה אחרת. 'אילו לא היה בעל המקרקעין רושם את ההערה או היה מסייגה במפורש, עשוי היה הקונה לתבוע מהיום בטוחה אחרת'

(פרופ' א' רייכמן, 'הערת אזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עיסקאות נוגדות' עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 297, 345). ...רוכש דירה מן הקבלן זכאי לדעת את המצב המשפטי לאשורו ולכלכל צעדיו בהתאם לכך" (שם).

א

4. במסקנתו זו, החיל בית-משפט זה את ההלכה שהשתרשה בשורה של פסקי-דין שיצאו מלפני בית-משפט זה בדבר תקפותן של הערות אזהרה במשולש היחסים: בעל מקרקעין – קבלן – רוכשי דירות. על-פי הלכה זו, התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן להסכים לרישום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות. הערת האזהרה באה להבטיח את מימוש הפן הקנייני של הסכם הרכישה שבין הקבלן לרוכש הדירה. בהסכימו לרישום הערת אזהרה על רכישו לטובת הקונה, נוטל בעל המקרקעין חלק פעיל בהגנה על זכויותיו החוזיות של הקונה. ראה בעניין זה: [ע"א 540/88 ג.י. אי. ג.י.](#) השקעות בפירוק ואח' נ' רשם המקרקעין בפתח-תקוה ואח' [2], בעמ' 742-744; [ע"א 813/85, 81/86, 117](#) יהושע נחשון ואח' נ' שי ואח'; "טפחות", בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' שי ואח'; א' יהודה ואח' נ' שי ואח' [3], בעמ' 349; [ע"א 205/83 חובני ואח' נ' דיקלה חברה לבנין והשקעות בע"מ ואח' \[4\]](#), בעמ' 108; [ע"א 784/86](#) חברת גוש 6378 חלקה 74 בע"מ נ' צבי את עזרא חברה לבנין ולהשקעות בע"מ ואח' [5], בעמ' 447; [ע"א 617/88](#) אחים כדורי חברה קבלנית בע"מ נ' ולנטי ואח' [6], בעמ' 231.

ב

ג

ד

5. ביום 15.5.1996, כשש שנים לאחר מתן פסק-הדין בפרשת בורשטיין הנ"ל [1], נחתם חוזה מכר בין ששון (רוכשי הדירה מן הקבלן) לבין המשיבים לפנינו, ולפיו התחייבו ששון למכור למשיבים את זכויותיהם בדירה. על-פי החוזה, רישום הערת אזהרה לטובת המשיבים הוא תנאי מוקדם לביצוע התשלומים על-ידיהם. מאחר שהעברת רישום הבעלות בדירות על שם רוכשיהן טרם בוצעה, והנכס היה עדיין רשום על שם המערערים, פנו המתקשרים למערערים בבקשה לקבל את הסכמתם לרישום הערות האזהרה לטובת המשיבים ולטובת בנק למשכנתאות, אשר כתנאי למתן הלוואה למשיבים למימון רכישת הדירה – דרש רישום הערת אזהרה לטובתו. בעקבות סירובם של המערערים ליתן את הסכמתם לרישום הערות האזהרה, הגישו המשיבים בקשה, בדרך של המרצת-פתיחה, לבית-משפט קמא ועתרו למתן צו לרישום הערת אזהרה לטובתם במקום הערת האזהרה אשר רשומה לטובת ששון. כן ביקשו כי הערת האזהרה שנרשמה במקורה לטובת בנק למשכנתאות, ככל שהתייחסה לזכויותיהם של ששון, תוסב להערת אזהרה על זכויותיהם של המשיבים.

ה

ו

ז

6. בית-משפט קמא (מפי השופטת ה' שטיין) קיבל את בקשת המשיבים, ומכאן הערעור שלפנינו. שתי טענות מרכזיות בפי המערערים. האחת – היעדר סמכות לבית-

השופט י' אנגלרד

פ"ד נב(4) 68

המשפט המחוזי לאור נוסחו של סעיף 130 [לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969 (להלן – החוק). הטענה האחרת היא כי המשיבים אינם זכאים לרישום הערת אזהרה לטובתם. אתחיל לדון בטענה השנייה שהיא העיקרית מבין שתיהן. למעשה, טענה זו מתחלקת לשני ראשים: האחד – מסתמך על דיוק בלשון סעיף 11 להסכם הקומבינציה. הטענה היא כי המערערים מעולם לא הסכימו, לא הרשו ולא התחייבו לאפשר רישום הערת אזהרה, בלתי אם לטובת הרוכשים הישירים מן הקבלן, אך לא לטובת רוכשים מן הרוכשים; בהיעדר הסכמה מצד בעלי הקרקע לרישום הערת אזהרה לטובת הרוכשים מרוכשי הדירות, ובהיעדר התחייבות לכך בהסכם שבין בעלי הקרקע לבין הקבלן, שוב לא ניתן לכפות עליהם הסכמה לרישום אותן הערות.

7. הראש האחר של הטענה הוא פיתוח של ההנחה בדבר היעדר הסכמה מצד בעלי הקרקע לרישום הערת אזהרה. אם אין לחייב את בעל הקרקע להסכים לרישום הערה לטובת רוכש מן הרוכש, הרי האפשרות היחידה היא רישום הערת אזהרה על הערת האזהרה הקיימת. והנה, אפשרות זו שהייתה קיימת על-פי אימרה של בית-משפט זה בפרשת [ע"א 261/88](#), 558, 793, 425/89 בנק המזרחי המאוחד נ' רחובסקי ואח'; איטונג בע"מ נ' לוי דוד ובניו בע"מ (בפירוק) ואח'; ואליו אסט בע"מ נ' דונג ואח' [7], מפי השופט ד' לוי, בעמ' 131-133 – אפשרות זו בוטלה עם חקיקת [חוק המקרקעין](#) (תיקון מס' 16), תשנ"ד-1994. תיקון זה שינה את סעיף 126 לחוק בכך שהחליף את המונח "בעל זכות במקרקעין" ברשימה של בעלי זכויות קנייניות ספציפיות. בין אלה לא מופיע "בעל הערת אזהרה"; בענייננו, משמעותו של רישום הערת אזהרה לטובת הרוכש השני בעקבות הסכם הרכישה, אינה יכולה להיות יותר מאשר רישום הערת אזהרה על הערת האזהרה של הרוכשים הראשונים שלכל הדעות אינם נמנים עם בעלי זכות קניינית המנויה בהוראת סעיף 126 לאחר התיקון.

8. לטענה זו, על שני ראשיה, אין יסוד, ובדין היא נדחתה על-ידי בית-משפט קמא. ההליך שלפנינו איננו רישום הערת אזהרה על הערת אזהרה, אלא המחאתה הנלווית של הערת האזהרה שרשומה לטובת ששון – הרוכשים הראשונים – אל המשיבים. ההמחאה הבסיסית היא של זכות הרוכשים הראשונים כלפי בעלי הקרקע (זכויות עצמאיות שנלוו לזכויותיהם של הרוכשים כלפי הקבלן) אל המשיבים. המחאה בסיסית זו נעשית מכוח [חוק המחאת חיובים](#), תשכ"ט-1969, והיא על-פי סעיף 1(א) לחוק זה, אינה טעונה הסכמת בעל הקרקע – שהוא החייב במערכת היחסים בין הרוכשים הראשונים – הנושים – לבינו. סעיף 5 [לחוק המחאת חיובים](#) קובע כי בכפוף להסכם ההמחאה, כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה וכל זכות אחרת שנלווית לזכות שהומחאה, אם הן עבירות. נמצא, כי לא היה כל צורך שבהסכם הקומבינציה המקורי

תופיע תניה מפורשת בדבר הסכמת בעלי המקרקעין להמחאת הזכות או לרישום הערת האזהרה. נמצא, כי המשיבים זכאים לרישום הערת אזהרה לטובתם.

א

9. נותר לנו לדון בטענתם של המערערים בדבר היעדר סמכות לבית-המשפט המחוזי לצוות על רישום הערות אזהרה וזאת עקב הוראת סעיף 130 לחוק. סעיף זה קובע כי:

”בית המשפט רשאי, בכל הליך שלפניו בענין זכות במקרקעין, להורות על רישום הערה כפי שיקבע.”

ב

טענת המערערים היא כי הסמכות להורות על רישום נתונה לבית-המשפט רק כסעד זמני אגב הליך אחר, עיקרי, המתנהל בפניו. מאחר שבמקרה שלנו הבקשה להורות על רישום הערה היא עצמה הסעד העיקרי בהליך, אין לבית-המשפט סמכות להעניקו. אף טענה זו אין בה ממש. אין בהוראת סעיף 130 לחוק דבר אשר ימנע מבית-המשפט את הסמכות לצוות על רישום הערת אזהרה כשהמבקש זכאי לכך על-פי דין. אשתמש בהזדמנות זו כדי להעיר באוזני רשם המקרקעין כי אין בחוק בסיס לדרישה כי בכל מקרה של בקשה לרישום הערת אזהרה – יש להמציא את הסכמת בעל הזכות במקרקעין לרישום. לפי הוראת סעיף 126 לחוק ירשום הרשם הערת אזהרה על-פי בקשת מי שהתחייב או על-פי בקשת מי שזכאי לפי ההתחייבות. לכן, משהוכח להנחת דעתו של הרשם כי קיימת התחייבות, כאמור בסעיף 126, עליו לרשום את הערת האזהרה על-פי בקשתו של מי שזכאי לפי ההתחייבות, אף ללא הסכמתו של בעל הזכות במקרקעין.

ג

ד

ה

אי לכך, הערעור נדחה. המערערים ישלמו למשיבים הוצאות ושכר טרחת עורך-דין בסך 30,000 ש"ח.

השופטת ט' שטרסברג-כהן

ו

1. מעשה בקונים שרכשו דירה מקבלן במסגרת עסקת קומבינציה עם הבעלים. לימים, הפר הקבלן את החוזה עם הבעלים והחוזה בוטל. הערת האזהרה שנרשמה לטובת הקונים, נותרה על כנה. הקונים מכרו את דירתם לקונה שני וביקשו להעביר את זכויותיהם בדירה על שם הקונה השני, לרבות רישום הערת האזהרה לטובת הקונה השני ולטובת בנק למשכנתאות.

ז

טוענים הבעלים כי רישום הערת אזהרה לטובת "הקונה השני", כמזה כרישום "הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה", שהמחוקק אסר רישומה [בחוק המקרקעין](#) (תיקון

פ"ד נב(4) 68 השופט ט' שטרסברג-כהן
מס' 16 (להלן – תיקון תשנ"ד), וכי אל לו לבית-המשפט לבטל את דבר המחוקק ולהתיר עקיפת האיסור, בדרך של המחאת חיובים או בכל דרך אחרת.

האומנם כך?

2. כחברי השופט אנגלרד סבורה גם אני כי בענייננו, העברת הזכויות, לרבות רישום הערת אזהרה לטובת הקונה השני ולטובת בנק למשכנתאות, אינה נוגדת את התיקון. את ההנמקה לעמדה זו ניתן להביא בשני מישורים: המישור האחד, החיוב החוזי והמישור האחר, המחאת חיובים.

במישור החוזי, ניתן לראות את הבעלים כמי שהסכים מלכתחילה להעברת זכויות לקוני הדירות ולרישום הערות אזהרה לטובתם, לאו דווקא לטובת הקונים מן הקבלן בלבד. התחייבות בעל המקרקעין לרישום הערות אזהרה לטובת הקונים ולטובת בנקים שיממנו את הקונים, כפי שמצאה ביטויה בחוזה שנערך בין הבעלים לקבלן, היא התחייבות המתייחסת, לפי טיבה ומהותה, לרוכשי הדירות, יהיו אשר יהיו, ולא דווקא לקונה מסוים. לפיכך, אף שלכאורה מבחינה לשונית דווקנית, מתייחסת ההתחייבות לקונים מן הקבלן (סעיף 11 להסכם), יש לפרשה כהתחייבות המתייחסת לכל מי שירכוש זכויות בדירות שיבנה הקבלן על מקרקעי הבעלים – בין שמדובר בקונה מן הקבלן ובין שמדובר בקונה שני או שלישי. והכול, כמובן, כל עוד לא נאמר אחרת, ובחוזים, נושא העניין שלפנינו, אין אמירה אחרת כאמור. יפים לכאן, בהשאלה, דברי המלומדים ד' פרידמן, נ' כהן בספרם חוזים (כרך א) [9], בעמ' 621, ה"ש 417, שנאמרו בעניין דומה, ולפיהם מדובר ב"הבטחה ש'רצה' עם הנכס". שם נאמר כי טענת השתק הבטחה שהייתה למעביר כנגד צדדים שלישיים עוברת לנעבר, חליפו של מקבל הבטחה, עם הזכויות בדירה. בעניין זה ראו גם ע"א 402/80 "אתגר" בע"מ ואח' נ' מ.ב.א. החזקות ונכסים בע"מ [8], בעמ' 320.

המחאת זכויות

3. המישור השני שאותו ציין חברי השופט אנגלרד הוא מישור המחאת החיובים שלפיו ניתנות זכויותיו של הרוכש הראשון כלפי הבעלים להמחאה לפי [חוק המחאת חיובים](#).

בין הבעלים לבין הקונה נוצר קשר משפטי ישיר, שעיקרו, הבטחת מימוש התחייבויותיו של הקבלן כלפי הרוכש (ע"א 813/85, 81/86, 117 הנ"ל [3]; א' [רייכמן](#) "הערת האזהרה – מהות", יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" [13], בעמ' 345). קשר משפטי ישיר זה מקנה לקונה זכויות כלפי הבעלים. כך למשל נקבע, כי ביטול החוזה

שבין הבעלים לקבלן עקב הפרה, איננו גורר בהכרח את מחיקת הערות האזהרה שנרשמו לטובת הקונים, וכי אלה תימחקנה רק כאשר הקונים הועמדו מראש על אפשרות ביטולן במקרה של הפרה וביטול ההסכם שבין הבעלים לקבלן.

זכויותיו של הקונה כלפי הבעלים עוברות לנמחה-הקונה השני מכוח סעיף 5 לחוק [המחאת חיובים](#), בהיותן זכויות הנלוות לזכות העיקרית המומחית, היא הזכות כלפי הקבלן לקיום חוזה המכר.

סעיף 5 לחוק [המחאת חיובים](#) קובע:

"בכפוף להסכם ההמחאה כוללת המחאת זכות גם כל ערבות ושעבוד שניתנו להבטחתה וכל זכות אחרת הנלווית לזכות שנמחתה, במידה שהן עבירות; ועל הנושה לעשות, לפי דרישת הנמחה, את הפעולות הדרושות כדי שכוחה של המחאת הזכויות האמורות יהיה יפה לכל דבר".

כל עוד אין הקונה חב בהתחייבויות כלפי הקבלן או הבעלים – וכך הוא בענייננו – יכול הוא להמחות זכויותיו בדירה לקונה שני, ללא צורך בהסכמת הבעלים או הקבלן להמחאה (סעיף 1 לחוק [המחאת חיובים](#)). בד בבד עם המחאת הזכות כלפי הקבלן לקיום חוזה המכר, מומחות לקונה השני גם הזכויות כלפי הבעלים, לרבות הזכות לרשום הערת אזהרה לטובת הקונה. לאור אופייה של הערת האזהרה כבטוחה למימוש התחייבויות הקבלן, הרי היא זכות נלווית לזכות העיקרית שהיא הזכות במקרקעין. ככזו, עוברת הזכות לרישום הערת אזהרה לנמחה-הקונה השני עם המחאת הזכויות שיש לקונה כלפי הקבלן ביחס לדירה מכוח סעיף 5 הנ"ל (השוו מ' בן-פורת ["חוק המחאת חיובים](#), תשכ"ט-1969" פירוש לחוקי החוזים [10], בעמ' 25-26, לעניין המחאת ערבות או שעבוד. כן ראו סעיף 87(א) [לחוק המקרקעין](#), לפיו "בכפוף למוסכם בתנאי המשכנתה רשאי בעל המשכנתה להעביר את המשכנתה, או חלק ממנה, לאדם אחר, יחד עם החוב המובטח על ידיה, כולו או מקצתו, ללא הסכמת בעל המקרקעין").

4. מהתבוננות בהתחייבות הבעלים כלפי הרוכש הראשון מתוכה היא ומדיני המחאת החיובים עולה אפוא, כי ההתחייבות תקפה גם כלפי כל קונה שיבוא בנעליו של הקונה מן הקבלן. כך סבור גם פרופ' רייכמן, במאמרו הנ"ל [13], בעמ' 329:

"הזכאי המקורי עשוי להיות מוחלף בזכאי אחר. הומחתה ההתחייבות לעשות עסקה – ימחק הזכאי המקורי ובמקומו יבוא הנמחה".

"הקונה אף הוא זכאי להמחות את זכותו וכתוצאה מכך תירשם ההערה על שם הנמחה".

עתה יש לבחון את השאלה אם מונע תיקון תשנ"ד רישום הערת אזהרה לטובת הקונה השני ולטובת בנק שמימן את רכישתו.

5. נפתח בלשונו של תיקון תשנ"ד, הקובע כדלקמן:

126. (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 היתה בהסכם, בהרשאה בלתי חוזרת או במסמך אחר, ואם היתה מפורשת או משתמעת, מוחלטת או מותנית" (ההדגשה שלי – ט' ש' כ').

קודם לתיקון תשנ"ד נקבע בפסיקה כי ניתן לרשום "הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה". דהיינו, בעל הערת אזהרה יכול להביא לרישום הערת אזהרה על זכויותיו כבעל הערת אזהרה, מכוח התחייבותו שלו, וללא צורך בקבלת הסכמתו של בעל המקרקעין (להלן – הערות אזהרה אנכיות) (ע"א 261/88, 558, 793, 425/89 הנ"ל (להלן – עניין איטונג [7])).

המחוקק ביקש לשנות את ההלכה שנקבעה בעניין איטונג [7] וקבע כי הערת אזהרה ניתן לרשום אך ורק מכוח התחייבותו של בעל המקרקעין (או בעל זכות אחרת במקרקעין המנויה בסעיף), ורוכש דירה אינו בכללם, ועל זכויותיו של זה במקרקעין (להלן – הערות אזהרה אופקיות). לאחר התיקון, אין עוד אפוא אפשרות לרשום הערות אזהרה אנכיות.

6. אין רישומה של הערת אזהרה לטובת הקונה השני מתנגשת עם הוראות התיקון או מסכלת את מטרתו:

א. הערה אזהרה הנרשמת לטובת הקונה השני היא הערה אופקית, שכן היא באה במקום ההערה הרשומה לטובת הקונה מן הקבלן, והיא נרשמת על זכויותיו של הבעלים ומכוח התחייבותו של הבעלים.

ב. התיקון בא לשרת מטרה של שמירה על בהירות המרשם. הוא בא למנוע מצב שבו תהיינה שתי מערכות נפרדות של התחייבויות המובטחות בהערות אזהרה, לגבי אותם מקרקעין – האחת, התחייבויות שהתחייב בהן בעל המקרקעין, והשנייה, התחייבויות שהתחייב בהן בעל הערת האזהרה ללא ידיעתו או ללא הסכמתו של הבעלים (מ' דויטש קניין [11] (כרך א), בעמ' 115, וכן דברי ההסבר להצעת [חוק המקרקעין](#) (תיקון מס' 16) (דירת מגורים), תשנ"ד-1994). הערת האזהרה לטובת הקונה השני במקום זו הרשומה לטובת הרוכש הראשון, אינה פוגעת בוודאות המרשם, שכן היא מתייחסת לאותן זכויות עצמן שהובטחו על-ידי ההערה הראשונה.

ג. יתרה מכך, מצבו של בעל המקרקעין איננו משתנה לרעה – התחייבותו כלפי רוכש הדירה, יהא זה א' או ב', היא אותה התחייבות, ולאחר שהזכויות כלפי הקבלן ביחס לדירה והזכויות כלפי הבעלים הומחו לקונה השני, מחויב הבעלים אך ורק כלפי הקונה השני.

ד. אין כל היגיון משפטי או כלכלי בכך שמצבו של בעל המקרקעין "ישתפר" לנוכח העברת הזכויות בדירה מן הקונה אל הקונה השני באופן שהערת האזהרה הרשומה לטובת הקונה תימחק בלי שתירשם הערה לטובת הקונה השני. הרי משעה שהועברו הזכויות בדירה לקונה השני התרוקן הקונה מכל זכויותיו בדירה, ואין אפשרות להותיר על כנה את ההערה הרשומה לטובת הקונה שנועדה להבטיח זכויות אלה, שאינן עוד בידו, כי אם בידי הקונה השני.

ה. רישומה של הערת האזהרה לטובת הקונה השני עם מכירת הזכויות בדירה לקונה השני מתחייבת גם משיקולי מדיניות משפטית ראויה. כל מסקנה אחרת תביא לתוצאה קשה שלפיה רוכשים שקנו דירות מן הקבלן וזכותם הובטחה בהערת אזהרה, אך טרם נרשמו כבעלים, לא יוכלו לעולם להמחות את זכויותיהם לאחר. אין היגיון כלכלי, משפטי או אחר בכבילת ידיהם של קונים מן הקבלן בעיסקת קומבינציה מלמכור את זכויותיהם בדירה, כאשר הבעלים הסכימו מראש בהתקשרותם עם הקבלן להעברת זכויותיהם בקרקע לקונים ולהבטחת אותן זכויות, וכאשר על-פי הדין לא היה הבעלים רשאי, בנסיבות העניין, להתנער מהתחייבותו כלפי הקונים. משנכשל הקבלן במילוי התחייבויותיו הן כלפי הבעלים והן כלפי הקונים, ראוי – גם כעניין של מדיניות – שהבעלים, מחד גיסא והרוכשים, מאידך גיסא, ימצאו עצמם ב"סירה" אחת בכל הנוגע לתוצאות הכשל של הקבלן.

7. כל הדברים האמורים לעיל, יפים בשינויים המחויבים, גם לעניין רישום הערות אזהרה על התחייבות לרשום משכנתה לטובת בנקים למשכנתאות. בעל

פ"ד נב(4) 68 השופט ט' שטרסברג-כהן
 המקרקעין התחייב מלכתחילה לרשום הערות אזהרה לטובת הבנקים ולא סייג התחייבותו כך שתחול לגבי קונים מן הקבלן בלבד. הערת אזהרה לטובת בנקים למשכנתאות מהווה חלק בלתי נפרד מהתחייבותו של הבעלים כלפי הקונה במסגרת הקשר המשפטי הישיר שבניהם, וככזו, היא ניתנת להמחאה כפועל יוצא מהמחאת הזכות לקיום חוזה המכר כלפי הקבלן. התחייבות זו, אף שלא נועדה להבטיח את קיום חיובי הקבלן כלפי הרוכש, נוגעת לנושא יסודי וחשוב בביצוע העיסקה במציאות הישראלית. במקרים רבים, לא תצא העיסקה אל הפועל בהיעדר אפשרות לקבל מימון בנקאי כנגד רישום הערת אזהרה על התחייבות לרישום משכנתה. זהו הטעם לכך שברוב המקרים, הצדדים לעיסקה הקומביניציה מסדירים נושא זה מראש (למציאות זו ראו א' איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין (כרך א) [12], בעמ' 95).

ערה אני לכך שרישום הערה לטובת בנק למשכנתאות משנה את מצב הרישום, שכן מדובר ברישום הערה חדשה וב"הבטחת" התחייבות חדשה של הקונה השני כלפי בנק פלוני, ולא בהעברת התחייבות קיימת שיש לקונה מן הקבלן כלפי בנק מסוים. אולם אין בכך כדי לשנות ממהותם של הדברים – הסכמתו של הבעלים והתחייבותו לרישום הערות אזהרה לטובת בנקים למשכנתאות ניתנה מראש, ולא סויגה עבירותה במפורש. עם זאת, ראוי להדגיש כי יש לרשום הערת אזהרה על התחייבות לרישום משכנתה על זכויות הקונה השני, בגבולות ההתחייבות של הבעלים, התחייבות שמצאה ביטויה בחוזה שבין הקבלן לבעלים. כך למשל, אם הגביל הבעלים את הסכמתו לרישום משכנתה עד לסכום מסוים, או לטובת בנק מסוים וכדומה, צריך גם הקונה השני לעמוד בתנאים אלה.

8. התוצאה היא אפוא, כי בנסיבות העניין שלפנינו, יש לרשום הערת אזהרה על המקרקעין לטובת הקונה השני (הבא בנעליו של הקונה מן הקבלן) וכן יש לרשום הערת אזהרה על התחייבות לרישום משכנתה לטובת הבנק, ככל שהיא מתייחסת לזכויותיו של הקונה השני והכול במסגרת ההגבלות החוזיות לעניין רישום זכויות והערות אזהרה לטובת רוכשי הדירה והבנק.

השופט ת' אור

מקובלת עליי מסקנתם של חברי השופטים אנגלוד ושטרסברג-כהן, כי דין הערעור להידחות.

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט אנגלוד.

ניתן היום, ט"ו באלול תשנ"ח (6.9.1998).

מיני-רציו:

*** מקרקעין – הערת אזהרה – המחאתה**

האם רשאי קונה של דירה להמחות הערת אזהרה שנרשמה לזכותו למי שקונה ממנו את הדירה – במקום שבו הדירה לא נרשמה על שמו של הקונה הראשון – האם נדרשת הסכמת הבעלים הרשום של הדירה להמחאת הערת האזהרה מהקונה הראשון לקונה השני.

* רישומה

לפי צו בית-משפט – היקף סמכותו של בית-המשפט לעניין זה – האם מוגבלת רק במקום שבו נתבקש הרישום כסעד זמני אגב הליך עיקרי המתנהל בפני בית-המשפט – האם הסכמת בעל הזכות במקרקעין מהווה תנאי לרישום הערת אזהרה עליהם – במקום שבו הוכח להנחת דעתו של רשם המקרקעין כי קיימת התחייבות כאמור בסעיף 126 [לחוק המקרקעין](#), תשכ"ט-1969.

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש](#)

[כאן](#)