

## פרק ב':

## הערת אזהרה

1. א. רוכש דירה מקבלן זכאי לרישום הערת אזהרה שתמנע מבעלי מקרקעין (עימו קשור הקבלן בעסקת קומבינציה או אחרת, כאשר הקבלן אינו רשום כבעל המקרקעין) לעשות עסקה סותרת לגבי הדירה שהקבלן התחייב למכרה לו.
- ב. זכות זו קיימת כאשר בהסכם בין הקבלן לבעל המקרקעין התחייב בעל המקרקעין לאפשר לקבלן לרשום הערת אזהרה לזכות רוכשי הדירות.

ע"א 68/76 יהושע אטיאס נ' הממונה על המרשם, פ"ד לא(3) 527.

## לעת מצוא.

עם זאת, כב' השופט כהן ראה לגנון לצייין כי לא שוכנע כלל שבעל זכות במקרקעין, לעניין סעיף 126, הוא אך ורק בעל אחת הזכויות הקנייניות אשר החוק דן בהן במפורש, והן שכירות, משכנתה, זיקת הנאה וזכות קדימה. "אלא צריך הדבר עיון אם, בנקטו לשון 'בעל זכות במקרקעין' בסעיף 126, התכוון המחוקק להרחיב את הידיעה ולכלול גם את בעל הזכות הנובעת מרישום הערה, או שמא פירושו הגנון של החוק הוא שאין לרשום הערת אזהרה על גבי הערת אזהרה..."

בחווה שבין בעל המקרקעין לבין הקבלן 'התחייב' בעל המקרקעין, כזכור, לרשום הערות אזהרה לזכות רוכשי הדירות מאת הקבלן, אם על-פי דרישת הקבלן ואם על-פי דרישת הרוכשים עצמם. הפרקליטים המלומדים רואים בכך חווה לטובת צד שלישי: זה אומר, יש לרוכשי הדירות זכות כלפי בעל המקרקעין, אף-על-פי שהם אינם צד לחווה; וזה אומר, לא כי - שזכות כזאת באה לעולם רק לאחר תחילת חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ואילו החווה הגדון נעשה לפני תחילתו. לדעתי, דיני החוזים לטובת צד שלישי אינם עניין לכאן כלל ועיקר: בעל המקרקעין התחייב לרשום הערות לטובת רוכשי הדירות, אך כדי לאפשר לקבלן לקיים את החיובים שקיבל על עצמו כלפי בעל המקרקעין: עניינם המשותף, הן של בעל המקרקעין והן של הקבלן, היה להבטיח לרוכשי הדירות את זכויותיהם; וכדי להבטיחן, התחייב בעל המקרקעין כלפי הקבלן (כמפורש בחווה) לרשום להם הערות על מקרקעין. אם התחייבות כלפי צד שלישי אין כאן, הסמכת צד שלישי לרשום הערה יש כאן. לעניין זה אין נפקא מינה שהחווה נוקט לשון 'התחייבות' לרשום הערה - כשם שאין נפקא מינה שלעניין ההערה לטובת הקבלן עצמו ההתחייבות היא

שתי שאלות משפטיות התעוררו בערעור דנן:

(א) "בעל זכות במקרקעין", כמשמעותו בסעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, שלהתחייבותו לעשות עסקה במקרקעין ניתן לרשום הערה בפנקס המקרקעין - האם גם "הזכאי" מכוח הערה רשומה קודמת במשמע?

(ב) התחייב בעל מקרקעין כלפי קבלן לרשום הערה לטובת מי שירכוש מאת הקבלן דירה בבית המשותף שהוא יבנה - האם רוכש הדירה הוא בגדר "זכאי" שירשום ההערה יוכל להיעשות לפי בקשתו?

עובדות המקרה הנדון הן כדלקמן:

(א) מילוא, בעל מקרקעין, כרת חווה עם ממון, קבלן בניין, ובו התחייב מילוא למכור 63% ממקרקעין אלה, ואילו ממון התחייב לבנות על השטח כולו בית משותף, על-מנת שמילוא יהא בעלו של 37% וממון יהא בעלו של 63% של הבניין ושל הקרקע;

(ב) בחווה האמור התחייב בעל המקרקעין כלפי הקבלן, ראשית, להרשות לקבלן "לרשום הערת אזהרה במשרד ספרי האחוזה בגין הסכם זה", ושנית, "לרשום הערות אזהרה לזכות רוכשי דירות ועסקים בבית החדש לפי דרישת ממון/או הרוכש";

(ג) נרשמה הערה בפנקס המקרקעין לטובת ממון, הקבלן; (ד) ממון, הקבלן, התחייב בחווה עם המערער דנן למכור לו דירה בבית המשותף אשר הוא בונה על-פי החווה עם מילוא, בעל המקרקעין, כאמור;

(ה) בקשת המערער לרשום הערה על התחייבות הקבלן כלפיו, הושבה ריקם.

בערעור קבע כב' השופט ח' כהן כי התשובה על השאלה השנייה דלעיל צריכה להיות חיובית, ויש בה, בתשובה זו, כדי לחתוך את הדין לטובת המערער. לפיכך לא ראה כב' השופט צורך להכריע בשאלה הראשונה והשאירה פתוחה

המערער זכאי לרישום ההערה גם לפי הסכם בינו ובין ממן, או, במילים אחרות, אם ניתן לרשום הערת אזהרה על-גבי הערת אזהרה אחרת, מפני שהערת האזהרה אשר נרשמה לזכות ממן יוצרת "זכות במקרקעין", כמשמעותו בסעיף 126 לחוק.

"לעת עתה נוטה דעתי להשיב עליה לשלילה, ואומר על כך רק זאת אגב אורחא: מצד אחד, יש להערת האזהרה סממנים של זכות חפצית (in rem) כי היא תופסת לא רק בין הצדדים להתחייבות שעל יסודה נרשמה האזהרה, אלא גם כלפי אחרים, דהיינו כלפי כל מי שבדעתו להתקשר בעסקה הסותרת את הזכות שלהגנתה נרשמה ההערה. אך מצד שני - והוא נראה לי הצד המכריע - אין הערת האזהרה בבחינת זכות במקרקעין, כי כל עיקרה אינו אלא שימת מחסום בפני רישום עסקות במקרקעין 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."

להרשות לו לרשמה, ואילו לעניין ההערות לטובת רוכשי הדירות ההתחייבות היא לרשמן. בין כה וכה הביע בעל המקרקעין בהתחייבות זו את הסכמתו מראש לכך שההערות הללו יירשמו; ולפי דיני היושר, לא רק 'מתוצרת הארץ' (כלשונו המוצלחת של פרופסור ויסמן בספרו 'על חוק המקרקעין', עמ' 14), רואים 'התחייבות' אשר כזאת כאילו כבר קויימה בידי בעל המקרקעין על-ידי הסמכה נאותה.

5. נמצא שהמערער, כשהוא מצוייד בהסכמתו ובהסכמתו של בעל המקרקעין כפי שהן עולות מן החוזה שבינו לבין הקבלן, ובהתחייבותו של הקבלן כלפי המערער עצמו מכוח החוזה ההוא, "זכאי" הוא לרשום הערה על התחייבות זו מכוח הוראת סעיף 126(א).  
השופט לנדוי הסכים אף הוא, שהמערער הוא בבחינת "זכאי" לרישום הערת האזהרה שתמנע מבעלי המקרקעין (מילוא) לעשות עסקה סותרת לגבי הדירה שהקבלן (ממן) התחייב למכרה למערער. זכות זו לרישום ההערה קמה למערער על יסוד ההסכם בין מילוא וממן.  
גם השופט לנדוי לו ראה צורך לפסוק בשאלה, אם

2. אין בכוחה של הערת אזהרה המתייחסת ליחידת דיור אחת, להגביל את בעל המקרקעין בכל הנוגע ליחידות דיור אחרות, והזכאי על-פי הערת האזהרה אינו יכול לדרוש לעצמו זכויות מעבר להתחייבות שקיבל מבעל המקרקעין.

בר"ע 74/76 נדיבה ציון נ' נאות הכרך בע"מ ואח', פ"ד (3) 169.

שכזה אינו בסמכותו כי אם בסמכות בית-המשפט בלבד. הממונה על המרשם אישר את החלטת המפקח. על החלטת הממונה הוגש ערעור לבית-המשפט המחוזי שהפך את החלטת הממונה והמפקח ומכאן הערעור לבית-המשפט העליון.

בית-המשפט העליון דחה את הערעור, ואומר כב' השופט ח' כהן בעמ' 170-171:

"כותב הממונה על המרשם 'שבמקרה ספציפי זה - כשקומת היציע כפופה לצו הריסה - רק סביר הוא לרשום את ההערה על כל חלקת משנה של הבית המשותף'; וכל כך למה, שההערה נותנת 'הגנה לזכאית: הן כלפי מי שהתחייב, לעניין התמורה חלף הממכר שהיא התכוונה לרכשו; והן כלפי הבעלים של דירות אחרות באותו בית, לעניין החלקים ברכוש המשותף, אם עקב צו ההריסה יוקטן החלק שלה באותו רכוש משותף."

בפסק-דין מפורט וממצה מראה השופט המלומד של בית-המשפט המחוזי שהמפקח והממונה על המרשם חרגו מסמכותו והרחיבו, מעבר לכל מידה סבירה, את תכליתה ופעולתה של הערת אזהרה שנרשמה בפנקס המקרקעין. ההערה באה להזהיר כל מי שעומד לעשות עסקה במקרקעין אלה, שקיימת התחייבות מצד בעליהם למכור

עובדות המקרה כפי שצוטטו בפסק-הדין הן כדלקמן: זאת היא בקשה למתן רשות ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו שישב בערעור על החלטת הממונה על המרשם, לפי סעיף 122 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

המשיבה מס' 1 (להלן: המשיבה) בנתה בניין, והתחייבה למכור למבקשת משרדים אשר בקומת היציע, היא קומת בניינים שבין החנויות שבקומת הקרקע לבין הדירות שבקומה השניה. משהתחייבה המשיבה כך, נרשמה לטובת המבקשת הערה לפי סעיף 126 לחוק, בינתיים הושלם הבניין, החנויות והדירות נמסרו לרשות רוכשיהן, והמשרדים שבקומת היציע נמסרו לרשות המבקשת - והיא עושה בהם כבתוך שלה. רצתה המשיבה לקיים התחייבותה, הן כלפי המבקשת והן כלפי יתר הרוכשים, ולרשום את הבניין כבית משותף; אך דבר פשוט זה לא עלה בידה, שהרי המבקשת בעלת "הערה" היא, והיא עמדה על כך שההערה לטובתה תירשם על כל יחידה ויחידה של הבית המשותף, ואחרת לא תסכים לרישומה. המפקח על רישום המקרקעין קיבל טענת המבקשת, בסברו שמאחר וההערה רשומה היתה על כל הנכס של המשיבה, היא בהשאתה על המשרדים בלבד משום "צמצום", וצמצום

בהא תליא. אם נבצר מאת המשיבה לקיים את ההתחייבות למכור למבקשת את המשרדים, אין עליה שום התחייבות למכור לה חלק מן הרכוש המשותף: אין המשיבה יכולה להפר התחייבות לעניין המשרדים ולקיים התחייבותה לעניין הרכוש המשותף, אלא חוסר האפשרות לקיים התחייבותה לעניין המשרדים גורר אחריה חוסר אפשרות לקיים את ההתחייבות הנגדרת לעניין הרכוש המשותף. ולא זו בלבד אלא כל עוד לא רכשה המבקשת זכות קניין ביחידה מיחידות הבית המשותף, אין לה חלק ונחלה ברכוש המשותף גם כלפי בעלי היחידות האחרות: אין עליהם שום התחייבות כלפי המבקשת שעליה ניתן לרשום הערת אזהרה, ויכולים הם לומר לה, לאו בעלת דברים דידינו את.

בא־כוח המשיבה כותב בתשובתו שהוועדה המחוזית לתכנון ובניה עומדת לאשר את ההיתר הדרוש לביטול צו ההריסה. אם יבוטל, והמשרדים יירשמו על־שם המבקשת, יבוא הכל על מקומו בשלום; אם לא יבוטל, והמשיבה לא תוכל לרשום את המשרדים על־שם המבקשת, פתוחות לפני המבקשת דרכי הסעד בשל הפרת החוזה - אבל אין היא יכולה לעשות את ההערה על התחייבות המשיבה כלפיה, לקרדום להכות בו את כל יתר רוכשי הדירות והחנויות ולהביא לידי הפרת התחייבויותיה של המשיבה גם כלפיהם. הבקשה נדחית.

למשיבה משרדים בקומת היציע - הא ותו לא; ואין במכירת הדירות והחנויות ורישומן על־שם רוכשיהן משום "עסקה הסותרת את תוכן ההערה", כמשמעות דיבור זה בסעיף 127(א) לחוק, כל עוד אין מוכרים ורשומים משרדים שבקומת היציע. ובלשון השופט המלומד:

"אין בכוחה של הערת אזהרה המתייחסת ליחידת דיור אחת, להגביל את בעל המקרקעין בכל הנוגע ליחידות דיור אחרות, והזכאי על־פי הערת האזהרה אינו יכול לדרוש לעצמו זכויות מעבר להתחייבות שקיבל מבעל המקרקעין."

טוענת המבקשת שההתחייבות למכור לה משרדים בקומת היציע של בית משותף, אף התחייבות למכור לה את חלקה היחסי ברכוש המשותף במשמע; ולשם הבטחת קיומה של התחייבות זו צריכה ההערה להשתרע, כמאז כן להבא, על כל היחידות של הבית המשותף, כלומר על הנכס כולו. אין כל ממש בטענה זו (שנראתה בעיני הממונה על המרשם): ההתחייבות לזכות גם את המבקשת בחלקה היחסי ברכוש המשותף, צמודה להתחייבות למכור לה משרדים בקומת היציע, ואין לה קיום בלתי־תלוי משלה. רושמת המשיבה את המשרדים על־שם המבקשת כיחידה של הבית המשותף, תזכה המבקשת, בפעולת החוק, בחלקה היחסי ברכוש המשותף; לא תוכל המשיבה לרשום את המשרדים על־שם המבקשת, באשר נרשם לגביהם צו ההריסה, לא תוכל המבקשת לזכות גם בחלק מן הרכוש המשותף, שהרי הא

3. א. הערת אזהרה היא זכות שלילית חוסמת, שנועדה למנוע רישום עסקה, הסותרת את ההתחייבויות שעל פיה היא נרשמת.

ב. התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן, לרשום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות, מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות.

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.

לניתוח פסק־הדין ראה שער א', פרק א' לעיל.

4. זכותו של זכאי על-פי הערת האזהרה וזכותו של מעקל - זכותו של הזכאי על-פי הערת האזהרה עדיפה.

בר"ע 178/70 חיים בוקר ואח' נ' חברה אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח', פ"ד כה (2) 121.

הקניינית עם רישום העסקה נשוא בהתחייבות, דא עקא שהסעיף פורש הגנה זו בפני רישום עסקה סותרת, ולפי סעיף 6 עסקה היא הקניה רצונית, להבדיל מפעולת אכיפה חד-צדדית כמו הטלת עיקול. כנראה רכו המחוקק את מבטו בעסקות, מפני שהעסקות עומדות במרכזו של חוק המקרקעין כולו והוא לא הספיק לתת את דעתו על שאלת העדיפות בין זכות המוגנת על-ידי רישום הערה לבין זכות המעקל. האם מותר לנו למלא בדרך הפרשנות את החסר בחוק החרות?"

השופט לנדוי קבע בעניין זה כי:

"לפי סעיף 127(א) (הקודם) נרשמת הערה כזאת על-ידי בעל המקרקעין או בעל הזכות בהם. אבל גם הזכאי על-פי ההתחייבות יכול להבטיח לעצמו את הזכות לרישום הערה כזאת על-פי יוזמתו, על-ידי קביעת תנאי מראש בהתחייבות, כמו למשל בהסכם להעברת הקניין בנכס... רישום ההערה נותן איפוא לצד הזכאי על פיה, הגנה מעין קניינית על זכותו החוזית לקבל בעתיד או הזכות

5. א. פשיטת רגל של חברה אין בה לפגוע בזכויותיו של מי שהערת אזהרה נרשמה לזכותו, אך רישום הערת אזהרה אין בו כדי לגרוע מהוראות סעיף 220(ג) של פקודת החברות הדנות בביטול התחייבויות.  
ב. ביטול התחייבויות על-פי סעיף 220(ג) של פקודת החברות גורר אחריו אוטומטית גם את ביטולה של הערת האזהרה.

ע"א 184/77 נוראני ומרים שגיב נ' א' וולובלסקי ואח', פ"ד לב (1) 265.

החברות, כי יותר להם לבטל את החוזה הנ"ל שנחתם בין החברה לבין המערערים וכי תינתן להם הוראה להחזיר למערערים את הסכום של 45,500 ל"י וכן 26 ההמחאות, על סך 2,000 ל"י כל אחת, שניתנו על-ידי המערערים על-חשבון מחיר הדירה. כן ביקשו כי בעקבות ביטול החוזה גם תימחק הערת האזהרה שנרשמה במירשם המקרקעין אחרי כריתת החוזה הנ"ל מיום 6.3.75 וכתוצאה ממנה.

לפי גרסתם של המפרקים, אין זה סביר כי ההתחייבות למכירת דירה במחיר קבוע מראש תישאר בתקפה לתקופה בלתי-מוגדרת. מאידך גיסא, זכאים יהיו המערערים לפי סעיף 220 להגיש למפרקים הוכחת חוב בגין כל נזק שנגרם להם, אם ייגרם כזה עקב ביטול החוזה כפי שהוא מבוקש על-ידי המפרקים.

בית-המשפט קמא פסק, בין היתר, כי ההתחייבות של החברה על-פי החוזה עם המערערים היא התחייבות מכידה, וניתנה למפרקים רשות לוותר על החוזה. כן נפסק, שהערת האזהרה לטובת המערערים תימחק.

השופט שמגר התייחס לסעיף 220 לפקודת החברות וציין כי סעיף זה דן ברכושה של החברה המתפרקת, אשר לובש אחת מצורות אלה:

(1) קרקע שרובצים עליה תנאים מעיקים (כלשון הנוסח

החברה צוות ר.ג.ל. לבניה והשקעות בע"מ (להלן: החברה) נמצאת בפירוק החל מדצמבר 1975. בין הבניינים שבנתה ואשר היו בתהליך הקמה בעת הפירוק היה גם בית בן 17 קומות אותו ביקשה החברה להקים בחיפה. בנייתו של הבית האמור נפסקה בשלב בו הספיקה החברה להקים רק שלד של ארבע קומות. בבניין האמור נמכרה רק דירה אחת וזו הדירה שנרכשה על-ידי המערערים: הוסכם בחוזה כי המחיר יהיה יציב, לא שינוי או הצמדה; המערערים שילמו מראש סכום של 45,500 ל"י והתחייבו להשלים את היתרה עד למחצית המחיר המלא תוך 24 שעות מעת מתן הודעה בכתב על-ידי החברה שלפיה יש בידה תעודת ביטוח לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. לגבי המחצית השנייה של המחיר נקבעו תשלומים שונים, חלקם בשיעורים חדשים, חלקם עם גמר בניית השלד וחלקם עם הכניסה לדירה. החברה לא הספיקה לתת הודעה כנ"ל על ביטוח ההשקעה, בטרם בא עליה המשבר שבעטיו היא בפירוק.

מאז תחילת הליכי כינוס הנכסים ולאחר-מכן הפירוק, עומד השלד של הבניין הנ"ל בשממונו ולא נעשו כל צעדים מעשיים להמשך הבניה. מכאן פנייתם של המפרקים לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בבקשה למתן הוראות, בה ביקשו, בהסתמך על סעיף 220 לפקודת

7. המערערים מוסיפים וטוענים, כי אף אם ניתן היה להחיל על העניין שבפנינו את הוראותיו של סעיף 220'ג220'ג הרי מנועים המפרקים מעשות כן; כי הרי נרשמה הערת אזהרה...

אינני סבור כי יש יסוד לטענה שאותה מבקשים המערערים לבסס על מהותה המשפטית של הערת האזהרה.

סבורני, כי במקרה כגון זה שבפנינו איננה מתעוררת השאלה אם הערת האזהרה אכן מעניקה זכויות מעין קנייניות... אליבא דכולי עלמא, מושתתת הערת האזהרה על כך שנתקיימו הנתונים אשר הובאו בסעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969: עם ביטולה של ההתחייבות, יהיה זה למשל בשל גילוי מעשי מרמה, בשל עילה תקפה אחרת שבדיני חוזים או בשל יישומן של ההוראות אשר סעיף 220'ג220'ג לפקודת החברות דן בהן, מתבטלת גם עילת ההערה כאמור בסעיף 132(א)2) לחוק המקרקעין הנ"ל. במילים אחרות, פשיטת הרגל כשלעצמה אין בה כמוכן כדי לפגוע בזכויותיו של מי שהערה נרשמה לזכותו, אך רישום ההערה אין בו כדי לגרוע מן ההוראות בדבר ביטול ההתחייבות אשר סעיף 220'ג220'ג דן בהן וביטול ההתחייבות גורר אחריו אוטומטית גם את ביטולה של ההערה.

8. בית-משפט קמא הורה בהחלטתו כי המפרקים יחזירו למערערים את מה ששילמו, היינו 45,500 ל"י. סבורני כי החזרתו של הסכום ששולם ביום 6.3.1975 אין בו כדי להחזיר את המצב לקדמתו וכי יש בכך פגיעה בלתי-מוצדקת במערערים אשר איננה מתחייבת מביטולה של ההתחייבות המכבידה.

סעיף 220'ג220'ג שבו דנו לעיל, מבקש להתוות דרך לשחרורה של החברה שבפירוק מחוזים שאין היא יכולה לעמוד בביצועם, אך מכאן עדיין איננו מתבקש כי שחרורה של החברה מחיוביה גם יגרור אחריו פגיעה מרחיקת לכת בצד השני, שאיננה כלל מחוייבת המציאות.

הייתי פוסק על-כך כי על המפרקים להחזיר למערערים את כל מה ששילמו לחברה, כאשר סכום זה צמוד לממד יוקר המחיה, כפי שהיה בתוקף ביום 6.3.1975. כן עליהם להחזיר את השטרות, כאמור בסעיף 2 לעיל.

אין בהוראות אלו כדי לגרוע מזכויותיהם של המערערים לפי סעיף 220'ג220'ג(ז) לפקודה, אלא כדי להוסיף עליהן.

השופט אשר הוסיף בפסק-דינו לעניין סעיף 220'ג220'ג ואמר כי פקודת החברות אינה מפרטת איזה הם חוזים שאין בהם רווח, ואין ספק שקשה לפרט בחיקוק את המקרים הרבים העלולים להתעורר בחיים בעניין זה. די לומר שהמפרק לא יוכל, בהסתמך על סעיף 220'ג220'ג האמור, "לוותר" על חוזה רק מפני שהוא סבור כי העסקה כפי שהוסכם עליה באותו חוזה אינה כדאית או אינה משתלמת.

המצב שונה כשהחווה שעליו רצה הנאמן (או המפרק) לוותר מתייחס להתחייבות שאין בכוחו לבצעה כשורה; במקרה כזה רואים אותו כחווה "שאינו בו רווח". לסוג זה של חוזים שייכים, בין היתר, חוזה בניה של קבלנים. לאותו סוג שייכים גם חוזים שבהם התחייב פושט הרגל לקנות נכס, כשבידי הנאמן לא היו הכספים הדרושים לתשלום המחיר.

האנגלי (with onerous conditions Land burdened), או - (2) מניות או סטוק בחברות או חוזים שאין בהם רווח, או -

(3) רוכש אחר שאינו ניתן למכירה או שאינו ניתן למכירה על-נקלה מחמת שהוא מחייב את בעליו במילוי פעולה מכבידה או בתשלום סכום כסף.

"הווה אומר, הנכס שבו מדובר ואשר עליו מבקשים לוותר (to disclaim) בנוסח המקורי האנגלי, אינו בהכרח המקרקעין עצמם אלא, בנסיבות נתונות אשר עוד נתייחס אליהן, יכול הנכס הזה גם להיות חוזה אשר דבקות בו תכונות מכבידות מיוחדות כאמור לעיל. על-כך אין לקבל סברתו של בית-משפט קמא בהחלטתו הראשונה, במידה וניתן להבין ממנה כי הוא ראה את שלד הבניין כולו כנכס שעליו ניתן להחיל את סעיף 220'ג220'ג והוציא מראש ככלל אפשרות את החלתה של הוראת החוק האמורה על חוזה כלשהו שנכרת בקשר לבניין...

החברה שבפירוק לא התחייבה לבצע רק העברתו של נכס, היינו העברה של הדירה אותה רכשו המערערים, אלא התחייבה בראש וראשונה לבנות בית ובתוכו גם את הדירה שעליה מדובר. החוזה חייב את החברה על-כך קודם-כל וראשית כל בביצוע פעולת בניה מוחשית, אשר אותה איננה מסוגלת יותר לבצע, לאור המצב אליו נקלעה. העברת שלד הבניין לאדם אחר, כדי שהלה ישלים את הבניין ויקיים בכך את ההתחייבות שנטלה על עצמה חברת ר.י.ל. לא היתה בת-ביצוע בעת שנדונה הבקשה בבית-משפט קמא וכאשר הגיע כבר המועד אשר בו היתה החברה חייבת למסור את הדירה הגמורה על-פי התחייבותה החוזית...

השאלה הניצבת בפנינו היא אם מסוגלת החברה לקיים התחייבותה לבנות. למותר להוסיף, כי לצורך הכרעה כגון זו שבפנינו לא סגי בכך שביטול החוזה טוב ומועיל לחברה; חוקה עלינו גם מצוותה של הוראת החוק הנוגעת לעניין (סעיף 220'ג220'ג) שלפיה אין לפגוע בזכויותיו או בחביותיו של כל אדם אחר, 'אלא במידה שיש צורך בכך כדי לפטור את החברה ואת רכושה מחבות'. לעניין זה אף הייתי מרחיק לכת מן ההלכה המקובלת באנגליה: מגמתו ומטרתו של סעיף 220'ג220'ג(2) היא כי יוענק משקל מלא לענייניהם של הצדדים העלולים להיפגע על-ידי מעשה הוויתור, ורק אם מתברר כי לא נותרה כל ברירה סבירה אחרת בנסיבות העניין, ניתן לאשר את הוויתור כאמור בסעיף 220'ג220'ג(1)...

סיכומי של דבר, במקרה שבפנינו נקבע על-ידי בית-משפט קמא כממצא, כי החברה איננה מסוגלת להמשיך בבניה ויש על-כך להניח כי שלד הבניין יישאר בשממונו כל עוד לא ימצא קונה, שיהיה נכון ליטול על עצמו את סיוע הבניה... מה שהמערערים ביקשו מבית-משפט קמא הוא למעשה כי בהעדר קונה תחייב החברה בביצוע התחייבותה, וזו הרי משימה בלתי-אפשרית אשר אין לה יסוד כלשהו במציאות. מכאן מסקנתי כי החווה עם המערערים הוא בגדר רכוש מכביד, אשר מותר להחיל לגביו את הוראות סעיף 220'ג220'ג(1).

מקרה. אילו היה הבניין גמור והדירה שהובטחה למעוררים היתה מוכנה למסירה, יכלו המעוררים לכוף על החברה את מסירתה להם, אך המצב שונה כשהדירה איננה בנויה עדיין ויש רק התחייבות לבנותה. אפילו המשיכה החברה לנהל את עסקיה כרגיל לא היו המעוררים זוכים, בין לפי החוק המקובל האנגלי ובין לפי סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, בסעד של אכיפת חוזה הבניה של דירתם מפני שביצעו של פסק-דין אכיפה במקרה מעין זה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-המשפט.

"אכן נכון, משמעותו המעשית של ויתור על חוזה שאין בו רווח על-פי סעיף 1)ג220 לפקודה היא ביטולו של החוזה - ביטול אשר נכפה על הצד השני בניגוד לרצונו וללא עוון בכפו. במהלך הרגיל של העניינים לא היה מקום לאשר ביטול כזה, אך אין מנוס ממנו כשמדובר במצב של פשיטת רגל או של פירוק חברה על-ידי בית-המשפט. ברצוני להוסיף שגם אילו התעלמנו מהוראות סעיף 1)ג220 לפקודה, לא היה בכך כדי לעזור למעוררים דגן. הם מעוניינים בביצוע בעין של החוזה בינם לבין החברה בפירוק, אך ביצוע בעין, כידוע, אינו ניתן לתובעים בכל

## 6. אי-הכרזה על חוזה לרכישת דירה כ"נכס מכביד" - קיפוח זכויות רוכשי הדירה.

ע"א 814/88, רע"א 325/89 צבי דוידוביץ ואח' נ' עורך-דין זהר גרינברג ואח', פ"ד מג(3) 181.

התמורה אותה שילמו לחברה בגין הדירה, בשוויה הריאלי. בבקשתם זו הם מציינים, בין היתר, שבית-המשפט לא דן אף פעם בתנאים לוותר המפרק על החוזה עימו כ"נכס מכביד" וגם לא החליט בכך.

בית-המשפט הורה שדינם של המעוררים יהיה כדין רוכשי דירות אחרים, אשר הסכימו להסדר, ועל-כן יקבלו סכום מתוך התמורה אשר שולמה עבור הבניין הבלתי-גמור, המתקבל מתום היחס שבין שווי "דירתו" הבלתי-מושלמת לבין הבניין כולו, ולגבי יתרת תביעתם מהחברה, יהיה דינם כדין נושה רגיל של החברה. בהיותו ער למצבם המיוחד של המעוררים, אשר שילמו את כל התמורה, המליץ בית-המשפט, שיש לנסות ולמצוא דרך על-מנת להוסיף לתשלום כאמור למעוררים.

בית-המשפט בערער ראה צורך להדגיש, שבשום שלב לא ניתנה החלטה מפורשת של בית-המשפט, המרשה למפרק לוותר על החוזה עם המעוררים.

לדברי בית-המשפט, על-פי סעיף 361(ג) לפקודה, על בית-המשפט לשקול, בעת מתן אישור לוותר על "נכס מכביד", אם אין להתנותו בתנאים, וליתן כל צו אחר שנראה לו. במסגרת זו עליו גם לשקול את ענייניו של בעל הזכות לפי "החוזה המכביד" ולפסוק כפי שנראה לו צורך בנסיבות העניין.

"מכל מקום, אישור ויתור על חוזה כ"נכס מכביד" אינו עניין שבשגרה, והוא דורש התייחסות והחלטה מפורשת, אשר במסגרתן ישקול בית-המשפט ויחליט, אם יש להתנות את אישור הויתור בתנאים או ליתן כל צו מוצדק אחר. ברוח זו נקבע, שהחלטה של בית-המשפט לפי סעיף 361(א) לפקודה הינה בגדר תנאי מוקדם לכך שהמפרק יוותר על 'נכס מכביד'."

לא כך נהג בית-המשפט המחוזי בעניין דגן.

בית-המשפט העליון סבור היה, כי לו היה דן בית-המשפט קמא בבקשה לאישור ויתור על החוזה עם המעוררים

המעוררים רכשו דירה מחברה ושילמו את מלוא מחירה. לאחר שהחברה הפכה לחדלת פרעון מונה המשיב 1 כמפיקה.

בעת ההחלטה על הפירוק, הגיעה בניית הבניין על החלקה לשלב מתקדם - אך הבניה לא הושלמה. ההסדר הנוגע לאתר הנדון, אותו אישר בית-המשפט, היה כזה, שהבניין במצבו נמכר לצד שלישי על-מנת שישלים את הבניה, וחלק יחסי מהתמורה, על-פי טבלה שאושרה אף היא על-ידי בית-המשפט, נזקף לזכות בעלי החלקה והרוכשים. הסדר זה, יש להדגיש, אושר על-ידי בית-המשפט ללא שהמעוררים הסכימו לו בשום שלב.

בשל העדר הסכמה, כאמור, פנה המפרק בבקשה לבית-המשפט על-מנת שיקבע, שהחוזה בין החברה לבין המעוררים הינו "נכס מכביד" או "חוזה מכביד", וביקש, שבית-המשפט יאשר לו לוותר עליו, כפי שסמכותו של בית-המשפט לעשות לפי סעיף 361(א) לפקודת החברות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (להלן: הפקודה).

כמו-כן, ביקש המפרק שתבוטל הערת האזהרה, שהיתה רשומה לטובת המעוררים, הערה שנרשמה על יסוד החוזה שבינם לבין החברה.

בהחלטתו הורה בית-המשפט, בין היתר, על ביטול הערת אזהרה זו.

אף-על-פי שטרם ניתנה החלטה באשר לחוזה של החברה עם המעוררים, אם "מכביד" הוא אם לאו, ניתנו על-ידי בית-המשפט גם החלטות, המאשרות בקשות של המפרק בדבר השלמת הבניה, מכירת ארבע הדירות של החברה - כולל זו שרכשו המעוררים - לאחרים, וכן מה ייעשה בתמורת הכספים של מכירת ארבע הדירות.

יצויין, כי לאור ההסדר הגיע למעוררים סכום המהווה ריאליית פחות מרבע המחיר ששולם עבור הדירה.

המעוררים, אשר כל העת לא הסכימו למהלכים ולהסדרים שיוזם המפרק, עתרו לבית-המשפט בבקשה שתוחזר להם

זכויותיהם של המערערים".  
 בית-המשפט קבע, כי המערערים זכאים במקרה זה לקבלת התמורה ששילמו עבור הדירה בשוויה הריאלי.  
 "זכויותיהם בדירה ניטלו מהם ללא החלטה מפורשת כנדרש בחוק, ובמילים אחרות, שלא כדין. גם לא נשקלה זכותם לקבל תמורה מעבר למה שהוצע להם לפי ההסדר, שברור שלו היה בית-המשפט שוקל זאת, היה פוסק להם מעבר לכך."

כ"נכס מכביד" והיה מחליט בה, תוך שיקול הפגיעה שבכך במערערים ובידיעת סמכויותיו לפי סעיף 361(ג) לפקודה, סביר להניח שהיה מוצא שיש ליתן למערערים - כתנאי להחלטה כמבוקש - תמורה ההולמת את מצבם המיוחד.  
 "יוצא, שרק משום שבית-המשפט לא החליט בבקשת המפרק לאישור הוויתור על החוזה עם המערערים ולא שקל קודם מתן ההחלטה את השיקולים שהיה עליו לשקול על-פי סמכותו לפי סעיף 361(ג) לפקודה, נתקפחו

## 7. ביטול הערת אזהרה - רוכש דירה מחברת בניה שהגיעה למצב פירוק.

דנ"א 12/89 עורך-דין זהר גרינברג נ' צבי דוידוביץ ואח', תקע"ל 389 (3) 571.

התיישבו עם הכללים המשפטיים המחייבים: הערת אזהרה בוטלה כאשר החוזה בין החברה לבין המשיבים 1 ו-2 טרם בוטל. ההחלטה התבססה על ההנחה שבית-המשפט ראה את החוזה עמם כחוזה מכביד אשר בוטל ולמעשה, לא היתה החלטה בדבר ביטולו של החוזה.

זוהי עתירה לקיומו של דיון נוסף בפסק-הדין שניתן ב-ע"א 814/88, רע"א 325/89 צבי ועירית דוידוביץ נ' עורך-דין זהר גרינברג.  
 בית-המשפט פסק כי אין הצדקה לקיומו של דיון נוסף. הודגש כי במקרה דנן מדובר היה על מערכת נסיבות עובדתית מיוחדת לגביה ננקטו צעדים משפטיים שלא

8. א. יפוי-כוח בלתי-חוזר אשר ניתן לאבטחת זכותם ולטובתם של רוכשי דירות אשר רכשו מן הקבלן בבניין הנבנה על קרקע השייכת לבעלי המגרש, הינו זכות נלווית לזכות המהותית שהיא ההסכם העיקרי שבין בעלי מגרש וקבלן. משבוטלה הזכות המהותית, בטלה מאליה הזכות הנלווית של הקונה לרישום הערת אזהרה על-פי יפוי-הכוח.  
 ב. אין הערת האזהרה יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא.

ע"א 3/78 ראובן וינברנד ואח' נ' מירטל הדסה רוקמן ואח', פ"ד לג(2) 359.

העבר נקבע בהסכם זה שאם הקבלן לא יתחיל בבניה תוך שלושה חודשים מיום חתימתו, יהיה ההסכם בטל, המשיבים יקבלו בחזרה את חזקתם בחלקה 8 והקבלן יסתלק ממנה ללא כל פיצוי עבור השקעותיו. ואת אשר יגורו - בא. הקבלן אכן לא עמד בהתחייבותו, וכאשר חלפו כבר קרוב לשישה חודשים, והקבלן טרם התחיל בעבודתו, הודיעו המשיבים במכתב רשום מיום 29.1.1976 שמבטלים הם את ההסכם עמו, ובהתאם לאמור בו מחזירים הם לעצמם את החזקה במגרש.

לאחר התאריך שבו נעשה ההסכם הנוסף, ולפני שנסתיימה תקופת שלושת החודשים, בה היה על הקבלן להתחיל בבניה, בא הקבלן על חוזה עם המערער השני (להלן: הקונה), ולפיו התחייב הקבלן למכור לקונה דירה בבניין העומד לקום. חוזה זה, שבין הקבלן לקונה, נכרת ביום 16.10.1975 ובו התחייב הקבלן להתחיל בבניית הדירה

המערער הראשון, קבלן בניין (להלן: הקבלן), הגיע להסכם עם המשיבים, לפיו ימכרו לו האחרונים שני מגרשים. ההסכם נערך ביום 6.7.1972, ובו התחייב הקבלן לבנות בית על כל אחד משני המגרשים ולתת למשיבים דירה בכל אחד משני הבתים וכן סכום של 20,000 לירות. על-פי האמור בהסכם, חתמו המשיבים ביום 11.8.1972 על יפוי-כוח בלתי-חוזר לעורך-דין אליהו מרקוביץ, ששימש כעורך-הדין של הקבלן, ועל פיו הוסמך עורך-דין מרקוביץ, בין היתר, לרשום הערות אזהרה לטובת קוני הדירות מהקבלן. ההתחייבויות שבהסכם, צריך היה הקבלן למלא אחריהן עד למועד מסויים שנקבע בו, אך הקבלן לא עמד בכך ובנה רק בית אחד. בהסכם נוסף, מיום 4.8.1975, נקבע שהקבלן יקים את הבניין הנוסף תוך שמונה-עשר חודשים, יתן למשיבים דירה אחת בתוך הבניין שיקים וסכומים מסויימים בכסף מזומן. לאור ניסיון

כולה לא באה אלא להבטיח ביצועה של העסקה גופה". טענה נוספת של המערערים היתה, כי שונה הערת אוהרה הבאה להבטיח השקעתו של רוכש דירה מהערת אוהרה הבאה בעניין כל עסקה אחרת.

בית-המשפט דחה הטענה וקבע כי סעיף 2 לחוק המכר (דירות) מונה בטוחות שונות אשר קונה דירה זכאי להן (באורח אלטרנטיבי) לשם הבטחת השקעתו, ואחת מביניהם היא - רישום "הערת אוהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969".

"אין החוק האמור קובע דבר באשר לאפשרות מחיקת הערה כזו, ועילות המחיקה לעניין חוק זה הן עילות המחיקה המנויות בסעיף 132(א) ו-132(ב) לחוק המקרקעין, וביניהם מנויה 'עילת ההערה בטלה' (סעיף 132(א)(2)), והוא הוא המקרה שלפנינו, כאמור לעיל, שעם ביטול ההסכם שבין המשיבים לבין הקבלן בטלה ממילא העילה לרישום הערת האוהרה. לקונה אין לו אלא להלין על עצמו על שלא בדק את הסיכונים כראוי, שכן לו עשה כך יכול היה לדרוש מהקבלן בטוחה אחרת מבין הבטוחות המנויות בסעיף 2 לחוק המכר (דירות) לשם הבטחת השקעתו, ועל-כל-פנים יכול היה לקבוע בתנאי החוזה שבינו לבין הקבלן שלא יחוייב בהמשך התשלומים עד שיתברר כי אין ההסכם שבין הקבלן לבין המשיבים עומד בסכנה של ביטול.

אל נכון קובע השופט המלומד:

"הערת אוהרה באה למנוע מבעל זכויות רשום בפנקס המקרקעין לעשות עסקה הנוגדת את ההתחייבות שקיבל על עצמו בעסקה המהווה נשוא הערת האוהרה, אבל אין הערת האוהרה יוצרת זכויות מעל ומעבר לזכויות הנובעות מההסכם על פיו התחייב הבעל הרשום של הנכס... כאשר הבעל הרשום של המגרש אינו הקבלן שבונה את הבית, כמו כאן, הערת האוהרה יכול להיות בה כדי להבטיח שהקבלן לא ימכור ויעביר את הדירה שמכר לפלוני שלזכותו נרשמה הערת האוהרה וכן להבטיח שהבעל הרשום של המגרש לא יתנער מהתחייבותו כלפי הקבלן ולא יעביר את הרשום לאחר תוך הפרת התחייבותו כלפי הקבלן והתחייבויות הקבלן כלפי הקונים ממנו. אבל אין הערת האוהרה יכולה לשמש מקור להקנית זכויות שהן בניגוד להסכם בין הבעל הרשום והקבלן...".

בסיכום נקבע כי לקונה לא קמה זכות קניינית, ובוודאי לא זכות עדיפה כלפי המשיבים מזו שמצויה בידי הקבלן כלפיהם ומשבטלה זכותו של הקבלן, בטלה מאליה גם זכותו של הקונה.

לא יאוחר מיום 31.1.1976, והקונה התחייב לשלם עבור הדירה סכום של 175,000 ל"י לפי מועדי תשלומים שנקבעו בחוזה. ושוב, הקבלן לא עמד בהתחייבותו ולא התחיל בבניה, אך הקונה שילם לו, לפי המועדים שנקבעו, את החלק המכריע של הסכום שהתחייב בו. והנה ביום 15.2.1976 - היינו למעלה משבועיים לאחר שהמשיבים הודיעו לקבלן על ביטול ההסכם הנוסף עמו, הודעה שהעתק הימנה נשלח גם לעורך-דין מרקוביץ - מסר עורך-דין מרקוביץ, על-פי יפוי-הכוח האמור לעיל, שניתן לו עוד ב-11.8.1972, הודעה על הערת אוהרה לטובת הקונה, וזו נרשמה בספרי המקרקעין בתאריך 23.2.1976 לזכותו של הקונה. עורך-דין מרקוביץ לא הודיע למשיבים דבר ולא חצי דבר על רישום הערת האוהרה כאמור.

המשיבים פנו לבית-המשפט המחוזי בבקשה בדרך המרצה, למחוק את הערת האוהרה האמורה, ובקשתם נענתה. מכאן הערעור שלפנינו.

בשניים תומכים באי-כוח המערערים, הלוא המה הקבלן והקונה, את טענתם בדבר תוקפה של הערת האוהרה: הטענה האחת - מכוח תוקפו של יפוי-הכוח הבלתי-חוזר שניתן לעורך-דין מרקוביץ מטעם המשיבים, לרישום הערת אוהרה לטובת הקונים מהקבלן. הטענה השניה - מכוח טיבה ומהותה של הערת האוהרה שנרשמה לטובת הקונה.

שתי הטענות לא נתקבלו.

בית-המשפט פסק, כי כדי שהשליחות לא תבוא לסיומה, על-אף ביטולה על-ידי השולח, צריך שההרשאה ניתנה "להבטחת זכותו של אדם אחר".

"יכול ומלשון זה עולה שבעת מתן יפוי-הכוח צריך שתהא כבר קיימת הזכות לאדם אחר, ולא די בכך שהזכות תבוא לעולם רק לאחר מתן יפוי-הכוח... ואם כך נפרש, הרי הוראות הסעיף אינן חלות כל עיקר בעניין שלפנינו... אך גם אם נגרוס שהמילים 'להבטחת זכותו של אדם אחר' פירושו בין זכות שקיימת כבר ובין זכות שעתידה לבוא... ומאחר שהדבר אינו דרוש לצורך הכרעה בעניינינו משאיר אני שאלה זו בצריך עיון - ודאי ודאי הוא, אליבא דכולי עלמא, שהזכות לביצוע השליחות, היינו לביצוע האמור ביפוי-הכוח, אינה זכות מהותית העומדת בפני עצמה אלא מהווה היא זכות לוואי בלבד למימושה של הזכות העיקרית, המהותית, שנוצרה וקיימת מחוץ ובנפרד מיפוי-הכוח...".

ומאחר שכך, משבטלה הזכות העיקרית, הלוא היא העסקה גופה, ממילא בטלה הזכות הנלווית שביפוי-הכוח, שכל



## 9. משכנתה שטרם נרשמה - הערת אזהרה וזכויות הזכאי הנובעות מהתחייבות נשוא ההערה.

המ' 1658/82 עורך-דין א' חיות הנאמן בפשיטת רגל של אדמונד ושולמית יוריסט נ' כונס הנכסים הרשמי ואח', פ"מ תשמ"ג(ב) 89.

העברת הבעלות על-שם הקונים, הרי על הבעלות שהועברה יתירשם משכנתה לזכות הנושה וגו'; אך הקרי מהו? לעיל לא רק שאלתי אלא גם עניתי: על הקרי הנדון ניטשת תחרות בין שתי תשובות: אחת, שהקבלנית לא תממש את התחייבותה להעביר לבני-הזוג, כלי הודעה סבירה מראש לנושה, כדי שלנושה תהיה הזדמנות לבוא אל מעמד ההעברה (ומכאן ואילך עניינו הוא לגרום לרישום המשכנתה באמצעות יפוי-הכוח הבלתי-חוזר, מבלי שעל הקבלנית תחול איזו חובה שהיא אם במעמד הנדון כבר לא יהיה ביפוי-הכוח תועלת); ותשובה אחרת, שאם במעמד ההעברה מתברר שרישום המשכנתה לא ייתכן, אז חובה על הקבלנית להימנע מהעברת הבעלות עד שרישום המשכנתה לא ייתכן. פשיטה שלפי התשובה הראשונה הרי הנכס השייך לפושטי הרגל שלנו הוא זכות ראויה נגד הקבלנית להעביר להם את הבעלות, כאשר הזכות בלתי-מסוייגת; ואילו לפי התשובה האחרת הרי הנכס עצמו הוא זכות מסוייגת על-ידי אפשרות לרשום את המשכנתה: שבני-הזוג, על-ידי זה שבהסכמתם נתנה הקבלנית את האישור לנושה, שינו - על-ידי הוספת הסייג האמור - את התוכן המקורי של זכותם כלפי הקבלנית (כלומר את תוכן ה'נכס' השייך להם).

8. עניות דעתי נוטה להגיע אל התוצאה אשר נראתה לשופט המיעוט; ואולם אינני מסכים עם הנושה כי פתוחה לפני דרך לצאת מתחום שליטת ההלכה שנפסקה בתקדים הנדון של בית-המשפט העליון, אשר תוכנה הוא כמובן כדעת הרוב דווקא.

9. לא תצלה הטענה שהנושה צריכה לזכות בכל זאת, משום שיום לפני הצו לכינוס נכסים לפי פקודת פשיטת הרגל (2), הנושה השיגה צו כינוס לפי תקנות סדר הדין האזרחי (4). הטענה צריכה שיחולו הוראות מתוך סעיף 91 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש"ם-1980...

הנושה בוחרת לה את ההוראה החוקית שלפיה מינוי כונס משמעו השלמת הוצאה לפועל; ואילו הזכירו לה שלפי ההוראה מינוי כונס אינו בא בחשבון בתור בר-משמעות אלא במקרקעין בעוד לזכות בני-הזוג אין אלא התחייבות מצד הקבלנית להעביר להם מקרקעין, הרי הנושה היתה מסתמא מצביעה על הערת אזהרה ישנה אשר בני-הזוג רשמו לזכותם בפנקס המקרקעין. הנושה היתה מסתמא מצביעה, ואומרת שקיום הערת האזהרה משווה להתחייבות גוון מספיק של מקרקעין...

אף-על-פי-כן הטענה שמשום כך הנושה צריכה לזכות, לא תצלה. היא קודם-כל לא באה בחשבון מטעם דיוני, והוא שנושא צו כינוס הנכסים לפי תקנות סדר הדין האזרחי לא

בני-זוג התקשרו בחוזה לרכישת דירה מחברה קבלנית. כערוכה לחבויות שהיו להם כלפי המבקשת 2 נתנה החברה הקבלנית למבקשת, בהסכמת בני-הזוג, אישור בכתב, שעל פיו במעמד רישום ההעברה בלשכת רישום המקרקעין יתירשם משכנתה לזכות המבקשת. במקביל חתמו בני-הזוג על שטר משכנתה שהוחזק בידי המבקשת לצורך רישומו בבוא העת.

בטרם יבוצע רישום הדירה והמשכנתה, פשטו בני-הזוג את הרגל והדיון נסב על השאלה אם אישור החברה הקבלנית ושטר המשכנתה שבידה, מקנים למבקשת מעמד של נושה מובטח, על-פי פקודת פשיטת הרגל.

בית-המשפט ציין כי קיים תקדים של בית-המשפט העליון, הניצב בפני הנושה וחוסם את דרכה להצליח. הכוונה היא ל-ע"א 277/73 כונס הנכסים הרשמי נ' "טפחות" בע"מ ואח', פ"ד (1) 85. הפרשה היא עסקה בנושה אשר מצבה, במישור הצדק, היה אפילו טוב ממצב הנושא דנן, מפני שנישיה נבע מהלוואה אשר כספה שימש לקניית ה"דירה" עצמה. גם במישור הדין היה מצבה טוב יותר, בזה שעניינה הוכרע לפני תחילת חוק המשכון תשכ"ז וממילא אף לפני תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט (5).

גם שם היתה בידי הנושה התחייבות מן המוכרת לרשום את המשכנתה בבוא העת להעברת הבעלות על-שם הקונה; אך הנושה דשם, בכל זאת הפסידה.

שופטי הרוב אמרו, הסוגיה היא של נושה-מובטח; אך הנושה ההוא אינו יכול בלי משכנתה שביושר, וזו אינה מוכרת בישראל - על-כל-פנים במקרה של פשיטת רגל. ואילו שופט המיעוט, לא זו בלבד שאמר כי אילו נשמעה דעתו הרי משכנתה כזו היתה מוכרת, אלא שהוסיף כי הסוגיה של נושה-מובטח איננה היחידה שעל פיה יש לחרוץ את הדין.

דעת השופט המכובד היתה נתונה להוראת הדין הנמצאת היום בסעיף 86, לאמור: נכסי פושט הרגל לא יכללו -

(") נכסים שפושט הרגל מהזיק בהם כנאמן..."

בית-המשפט בעניין דנן מתמקד באמור בסעיף 85, לאמור: "נכסי פושט הרגל יכללו, בכפוף להוראות סעיף 86 - (1) כל נכס השייך לפושט הרגל..."

"במילים אחרות, תחת להסתכל על הפלוגתה באספקלריה של השאלה מה יש לנושה, הייתי מעדיף להדגיש יותר את האספקלריה של מה יש לחייבת: לקונה אשר פשטה את הרגל.

7. לעיל שאלתי מה המובן המשתמע - במקרה שלנו - מן האישור הכתוב של הקבלנית (המוכרת) לנושה בהסכמת בני-הזוג החייבים (הקונים); הכתוב הוא שבמעמד רישום

נוספת, והיא זו. סעיף 91 לפקודת פשיטת הרגל מדבר בנושה שפתח 'בהליכי הוצאה לפועל'; ובעוד אינני סבור שההליכים צריכים להיות בלשכת ההוצאה לפועל דווקא, הרי לכאורה מתקבל על דעתי שאלה צריכים להיות הליכים שעל פיהם גופם ניתן לגבות, להבדיל מאשר רק להבטיח גביה עתידה אם ינתן פסק-דין המחייב בתשלום. 13. אני פוסק איפוא כי הקבלנית תעביר את הבעלות לנאמן בלא שום סכנה לעצמה מצד הנושה; כי הנאמן אינו צריך לראות את עצמו רתום על-ידי המשכנתה; וכי לנושה אין קדימה לעומת גוף הנושים בפשיטת הרגל.

הועלה אלא בכתב הסיכומים; ואפילו עצם קיומו של הצו ההוא לא נודע אלא מתוך עותק אשר הנושה צירפה לכתב סיכומיה. ממילא לא היתה לאיש הזדמנות להוכיח או לסתור (לפי העניין) את השייך לעניין הסיפא של סעיף 91(א) לפקודת פשיטת הרגל. שהסיפא (כזכור) מתנה את הנאת הנושה 'מההוצאה לפועל', בכך שהנושה 'השלים אותה לפני יום מתן צו הכינוס ולפני שנודע לו כי הוגשה בקשת פשיטת רגל או כי החייב עשה ויעשה כאמור בסעיף 72(2)... ממילא קיום צו כינוס הנכסים לפי תקנות סדר הדין האזרחי, אינו יכול לשמש בסיס לפסק-דין. 12. יוצא שאינני חייב להגיע לדעה מוגמרת בשאלה

10. מחיקת הערת אזהרה שנרשמה להבטחת ההשקעה לפי חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 - חובותיו של עורך-דין כלפי לקוחו.

ע"א 37/86, 58 מ' לוי ואח' נ' י' שרמן ואח'; המאירי נ' מ' לוי ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מד(4) 446.

לניתוח פסק-הדין ראה שער א', פרק ג' לעיל.