

## אגב הפסיקה

### מכר מקרקעין והשבה בעין עקב ביטולו

#### המרשם ו"יציבות הבעלות"

ה"פ (ת"א) 26/81 — המ' (ת"א) 5485/81, דור זהב ג' סנה אור) •

מאת

פרופ' גד טדסקי

#### א. שלילת ההשבה בעין

נערך חוזה למכירת מגרש והמכירה נרשמה כדין בפנקסי המקרקעין. כיוון שהקונה לא עמד בחיובו לשלם את המחיר, ביטל המוכר את המכר ואחר כך פנה לבית המשפט בבקשה להצהיר שהחווה בוטל כדין ושבעקבות הביטול הקונה חייב לרשום את המגרש על שם המוכר בלשכת הרישום. בפסק הדין הנדון<sup>1</sup> דחה בית המשפט המחוזי בתל-אביב את ההשבה בעין המבוקשת.

גימוקו הוא שכללי המרשם מתנגדים לכך, כיוון שחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, בקובעו את המקרים שבהם יבוטל הרישום, נועל דלת בפני ביטולו במקרים אחרים. כפי שאפשר היה להסיק מחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970<sup>2</sup>, הכוונה היא לסייג שבסעיף 125(א), סיפא, לחוק המקרקעין, המפנה להוראות שבפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט—1969, אשר לפיהן ניתן לבטל את הרישום מחמת מרמה וכדומה. לדעת פסק הדין, ההוראות הנ"ל הן בגדר ה"הוראות המיוחדות" שבהן מדובר בסעיף 22 לחוק התרופות לשם שלילת תחולתו של חוק זה. כמו כן מעיד קיזמן על כוונת חוק המקרקעין שבמקרים שאינם נכללים בהוראות הנ"ל יחול הסדר שלילי: אין דרך לביטול הרישום שנעשה כדין.

גימוק נוסף מפיך פסק הדין מסעיף 9 לחוק המקרקעין. עדיפות הקונה השני הרושם את רכישתו מותנית שם במפורש בקיום תום לבו: "ללמדך שאלמלא נאמר הדברים [בדבר תום הלב] היה הרישום סוף פסוק"<sup>3</sup>.

\* ה"מ (ת"א) 5485/81 דור זהב בע"מ ג' ליפקין, פ"מ תשמ"ב(2), 298.

1 להלן: פסק הדין.

2 להלן: חוק התרופות.

3 בעמ' 305 של פסק הדין.

גם על דרך חילופית למסקנתו מצביע פסק הדין. אילו חל בעניין חוק התרופות, כי אז, לאור שיטת המרשם, השבה בעין לגבי מקרקעין אינה סבירה ואפילו לא אפשרית (סעיף 9(א) לחוק זה).

מותר לשער שהגימוקים הללו לא ישכנעו את הכל. ואכן, סעיף 125 נוגע לביטול בשל פגם ברישום — עניין אשר המקום הראוי להסדרו היה בדיני הרישום דווקא. אך לא היה נימוק לחוקי המקרקעין להסדיר (ויהיה זה הסדר חיובי או שלילי) שינוי ברישום שינבע מסיבה הכרוכה בעסקה. על הדרכים שבהן ניתן לרשום כל שינוי מצביי-עים בסעיף 123 לחוק המקרקעין ובתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל—1969 (כפי שתוקנו). סעיף 9 גם הוא אינו אומר דבר בקשר לאפשרות שיחול שינוי במיחות הבעלים הרשומים.

נראה שלא היו תקדימים להחלטת פסק הדין ולעצם הדיון בעניין. כאשר הופר חוזה ובוטל, ראו בעבר את השבת המקרקעין בעין כדבר מובן מאליו במקרים המת-אימים<sup>4</sup>.

לפי נסיבות הפרשה הנדונה כדאי היה לפסק הדין, בטרם יסיק את מסקנתו השלילית, לדון אם מסקנה הפוכה לא היתה ראויה להתקבל על סמך העובדה שהנוגעים בדבר היו שני בעלי החוזה<sup>5</sup> ולא כל אדם שלישי — אשר למענו קיימת שיטת המרשם. וכמו כן היה מקום להתחשב בעובדה שלא שאף המבקש להכרה רטרואספקטיבית בזכותו אלא להכרה בה בעתיד. פסק דין שיירשם בפנקסים על-פי סעיף 123 (ב) (2) לחוק המקרקעין מחולל שינוי ברישום שאינו יכול לסכן את האינטרסים של אדם שלישי שישתמך על הרי-שום. פסק הדין הנדון עצמו מניח מסתמא, כדבר מובן מאליו, שאין בכללי המרשם משום מניעה שפסק דין יוכל לאכוף על החייב ביצוע בעין של התחייבותו להעביר בעלות לנושה (לפי סעיף 3 לחוק התרופות)<sup>6</sup>. אם כך הדבר, אין לראות מדוע כללים אלה יתנגדו להוצאת פסק דין המטיל על קונה להשיב בעין את המקרקעין שקיבל ממוכר על סמך חוזה שהופר ובוטל. במקביל ראו כדבר מובן מאליו שפסק דין יוכל לבטל מתנה במקרקעין הפגומה בשל טעות חד-צדדית של הנותן<sup>7</sup>.

אלה הם רק היבטים של השאלה הכללית בדבר התנגשות אפשרית בין בעלות המוכר בבטלות המכר או ביטולו ובין עקרונות המרשם. לשם דיון בה דרוש לקבוע תחילה את מהות שני היסודות האלה העלולים להתנגש זה בזה.

### ב. בעלות המוכר בבטלות המכר ובביטולו

פסק הדין שולל כי, גם כשלא מדובר במקרקעין, מוכר המבטל את החוזה בשל הפרת הקונה ייחשב כבעל הממכר מכוח הביטול עצמו. לעומת זאת קובע פסק הדין שהתשבה

4 ראה: ה"פ (חי') 1218/75 כהן רוזין נ' ח. ה. ב., פ"מ תשל"ו (2) 105, 114.

5 להלן: מוכר וקונה.

6 בעמ' 304 של פסק הדין.

7 ראה: ע"א 567/78 — 327/79, בורשטיין נ' בורשטיין, פ"ד לד' (1), 388.

היא אובליגטורית גרידא, בלכתו אחרי דברי השופט ש' לויז בע"א חברת בני פיפ" שקוביץ נ' חברת בני יצחק<sup>8</sup>. פסק דין אחרון זה דן אף הוא בביטול מכר בשל הפרה אך דברי השופט לויז מתייחסים לביטול זה ולביטול מחמת פגם גם יחד ולגבי שניהם נקבע בפסקנות שתוצאותיהם הן אובליגטוריות בלבד. לגבי הביטול בשל פגם, במיוחד, רואה השופט לויז, באימרת האגב שלו, הוכחה חותכת לדעתו בעצם לשונו של סעיף 21 לחוק החוזים הכללי האומר כי "משובטל החוזה, חייב כל צד להשיב [...]".<sup>9</sup> פרופ' ידן מסכים לדעת השופט בהעירו כי "סעיף 22 [צ"ל 21] אינו משאיר ספק שכך הוא"<sup>10</sup>. דברים אלה עשויים לחול גם על ההשבה עקב ביטול בשל הפרה, כי בקשר לענייננו אין לשון סעיף 9(א) לחוק התרופות שונה מלשון סעיף 21 הנ"ל. אך נראה לנו שהשופט לויז והפרופ' ידן קוראים בהוראת סעיף 21 את אשר אין בה, ואכן, אף אם עומדת לא' זכות בעלות על הנכס שהחזקתו נמסרה לב', מגיעה לא' זכות אובליגטורית להשבה כל עוד לא החזיר לו הנכס (והשבה זו תהיה בעין או לפי שווי הנכס כאמור באותה הוראה).

נעיין במקרים השונים, חוזה בטל מעיקרו, חוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו וחוזה שבוטל בשל הפרה. חוזה בטל ומבוטל נחשב כחוזה שאינו מחולל כל תוצאה משפטית. אובליגטורית או ריאלית. לפיכך, אף אם אמרו הצדדים להעביר את הבעלות מצד א' לצד ב', תיחשב הבעלות כאילו לא יצאה מעולם מידי א' וזכות להשבה (לפי סעיף 21 ו-31 ביחד) לא תוכל להיות אלא זכות להשבת ההחזקה.

אין לסתור שיקול זה על סמך הוראת סעיף 13, סיפא, לחוק החוזים הכללי. כאן יש רק סייג לדין הבטלות, המבליט את מהותו בהיבטיה האחרים. כמו כן אין להס-חמך, לשם שלילת השיקול הנ"ל, על הסייג לסעיף 30 שאנו למדים מסעיף 31. לכש-יפטור בית המשפט את הקונה מהשבת הממכר נצטרך לראות את הבעלות כמועברת אליו בשעתה כתוצאה מן העסקה. ואם נביט על המצב מראש, כלומר על ההסדר המופשט הנובע מההוראה הנ"ל, נאמר שלא תעבור בעלות הממכר לקונה — ובלבד שהצדק לא ידרוש את ההפך<sup>11</sup>. זהו גם כן גבול לנפקותה של הבטלות, ולא פירוש למהותה.

הקונה ייחשב כבעל הממכר מכוח הביטול עצמו. לעומת זאת קובע פסק הדין שההשבה

8 ע"א 459/78, פ"ד לה(3) 169, 182-183.

9 שם, בעמ' 180.

10 א' ידן, ברשימתו על ספרה של ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה, משפטים יב (תשמ"ג) 629, 633. לעומת זאת, במאמרו "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות ס' 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" (ב) עיוני משפט ו (תשל"ח), 172-173, קובע פרופ' פרידמן כי חובת ההשבה לפי סעיף 21 הנ"ל איננה רק במישור החיובים אלא שעם הביטול פוקע הקניין שהועבר.

11 שונה לכאורה היא הקונסטרוקציה שהשופט אלון נוקט בקשר לסעיפים 30-31 הנ"ל בע"א 311/78 הווארר נ' מיארה, פ"ד לה(2), 505, 520-521, ובע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו(4) 281, 292. אך למעשה אין סתירה בין שתי הגרסאות, כי בדבריו מתייחס השופט למצבנו הסובייקטיבי כל עוד לא ידוע לנו גורלה הסופי של העסקה.

אשר לביטול מחמת פגם, כאשר הזכאי מפעיל את זכותו לכך, משתווה החוזה המבוטל לחוזה בטל מעיקרו. מדובר בפגמים הקיימים כבר בשעת הכריתה ולפיכך היה החוזה נגוע בפגם גם לפני הזמן שבו הופעל הביטול. טבעי איפוא שהביטול ישרש את החוזה מראשיתו, בתור מקור לחיוב ובתור הסכם ריאלי, כאחד. קיימות שיטות משפט, כגון השיטה הצרפתית, שבהן נעשה הביטול בפסק דין, וכמובן הוא פועל בכל היבטי החוזה. המשפט שלנו בחר בדרך פשוטה וקצרה יותר, אבל הציטעמו היה ניטל מהסדר זה אילו היה נוגע אך ורק לתוצאות החוזה האובליגטוריות ולשם ביטול תוצאותיו הריאליות היה זקוק הזכאי לפסק דין שעד להשגתו היה ניתן לצד השני למכור את הנכס כדבר שלו ולהביא לאי האפשרות להשבתו.

אנו שותפים לדעה המקובלת כי, כל עוד לא בוטל חוזה ברי-ביטול, מוגן הרוכש מן האדם שקנה על-ידי החוזה הנדון, אך זה רק סייג שיש להבין לפעולתו המבטלת של הביטול. לפני הביטול נאמר כי החוזה תקף — ובלבד שלא יבוטל. ולכשיבוטל לא נאמר שהיה תקף עד לזמן הביטול אלא רק שהמשפט מגן על רוכש שהסתמך בתום לב על המצב הקיים באותה השעה.

פרופ' ידין מרחיק לכת בדרך שפתח השופט ש' לוי. לעומת הדעה המקובלת הרואה סייג לכוחו הרטרואקטיבי של הביטול בנוגע לרכישות בתום לב של אדם שלישי עד לזמן הביטול הוא קובע:

"כשלעצמי הייתי חושב שאין [...] נפקות למועד המכירה הנוספת, אם נעשתה לפני ביטול החוזה או אחרי ביטולו [...] . הצד השלילי [...] רכש מאדם שקנה את הממכר מאדם שהוא עדיין בעליו, כל עוד לא השיב אותו למוכר הראשון [...] <sup>12</sup> ."

אמנם הוא מהסס לקבל מסקנה זו כסופית אך היא נראית מחויבת לפי הבחנתו, ואם יש לדחותה, לפי הנימוקים דלעיל, יש לדחות גם את ההנחה המונחת שביסודה. פרופ' ידין מעמיד את השאלה: במה גופל מעמדו של אדם שלישי שקנה מן הקונה אחרי ביטול החוזה של זה האחרון עם מוכר ממעמדו, אם קנה אחרי הביטול? לעומת שאלה זו יש להעמיד את השאלה: במה גבול מעמדו של אדם שלישי הרוכש נכס מאחד הצדדים — לאחר שבוטל החוזה שלפיו קיבל בשעתו אותו הצד את הנכס הנדון — ממעמד כל אדם הקונה נכס שאינו של המוכר. המשפט מגן עליו בגבולות "תקנת השוק" ותו לא.

אף-על-פי שהמחוקק מדבר ב"ביטול" בשני המקרים, שונה מהביטול מחמת פגם הוא הביטול בשל הפרה — לפי הרקע המציאותי, לפי יסודו ומטרתו. כאן אין הנחה שהיה פגם בחוזה אלא שצד אחד לא קיים. לפיכך מבקשים לאפשר לצד השני להשתחרר מן החוזה ולהיות פנוי להתקשרות אחרת כדי להשיג על-ידיה את אשר לא השיג ממתקשרו המקורי.

12 ראה דברי השופט ש' לוי שם (לעיל, הערה 8) 181; וראה גם: ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה (פירוש לחוק החוזים, בעריכת ג. טרסקי), ירושלים, תשמ"א 144-146; ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, א (תשל"ד) 218.

במשפטנו רבו הדיונים אם ביטול זה הוא רטרואקטיבי אם לאו, והדעות חלוקות. אשר לעניין הגדון כאן, בעלות המוכר על הממכר עם הביטול, יש שרואים את פתרונו כרוך בחיוב הרטרואקטיביות או בשלילתו. אם נחייב את פעולת הביטול למפרע, מזמן הכריתה, כי או היה עלינו לומר שהבעלות לא יצאה מעולם מדי המוכר והיא עומדת לו כעת, או, מכל מקום, שהיא עומדת לו כעת<sup>13</sup>. ואילו, אם נשלול את הרטרואקטיביות, לא היתה למוכר אלא זכות אובליגטורית להחזרתה<sup>14</sup>.

לאמיתו של דבר אין קשר הכרחי בין מועד פעולתו של הביטול ובין כוחו, כפי שאנו נוכחים לדעת גם לפי המשפט ההשוואתי<sup>15</sup>.

לגופו של העניין. לא נראה לנו כי, כטענת צלטנר<sup>16</sup> במלים שמצאו הד בפסיקה<sup>17</sup>, המונח "ביטול" עצמו שקול כנגד שירוש החוזה מעיקרו. "ביטול" עשוי גם להיות ביטול לא טוטאלי לפי היקפו ובקשר לזמן. בשוללו את קיום העסקה להבא ולא בעבר. ואכן, הסדר העניין במשפטנו מוכיח שביטול החוזה בשל הפרה אינו מאיין כליל את החוזה. עם הביטול — זכאי לקבל פיצויים גם לפי הרווח שהיה מפיק מהחוזה אילו קיים<sup>18</sup>. לעומת זאת ניתן פיצוי לפי ה"אינטרס השלילי" כאשר אין הזכות מבוססת על חוזה<sup>19</sup>. להבדיל מביטול חוזה מחמת פגם בכריתתו, בביטול בשל הפרה לא היה החוזה פגום ואינו פגום כלל וכלל. אין הביטול מכוון כאן נגד העסקה, כי אם נגד היחס החוזי כפי שהתפתח, כיוון שלא היתה סיבה לביטול עד לזמן הביטול (ביתר דיוק, עד לזמן ההפרה, אך הוראת סעיף 11(א), סיפא, לחוק התרופות מראה שהחוק מעדיף התחשבות בזמן הביטול על התחשבות בזמן ההפרה). למטרת הביטול שאמרנו (שחרור המתקשר, גם כדי לאפשר לו התקשרות חילופית) לא דרוש שיפעל דווקא למפרע.

אמנם למסקנת הרטרואקטיביות עשויים להגיע על סמך מוצאו ההיסטורי של דין הביטול. הוא נבע מן הגוהג שהתפתח ברומא העתיקה, אשר לפיו בחוזה המכר התנה המוכר שהחוזה לא יהיה קיים אם הקונה לא ישלם את המחיר עד מועד שנקבע. בהמשך הזמן נחשב תנאי זה (הנקרא *lex commissoria*) תנאי מכללא בכל חוזה הדדי, כאילו לא הסכים כל צד להתחייב בחוזה אלא בתנאי שהצד השני יקיים. מכאן גם השימוש במונח *condition* במשפט האנגלי לציין תניה עיקרית.

13 השווה ה"פ (ת"א) 10736/76 גרבורג נ' מוסה, פ"מ תשל"ז (2) 3, 9: "אם זכות הביטול פועלת למפרע הרי גם העברת הבעלות מתבטלת והטובין חוזרים מניה וביה לבעלות המוכר".

14 השווה, בעניין משכנתאות שנעשו לפני הביטול: ע"א (חי') 77/80 בן-דב (בורה) נ' וקנין, פ"מ תשמ"ב (ב) 363, 377.

15 ראה: G. H. Treitel, "Remedies for Breach of Contract", *Intern. Encycl. Comp. L.* (1976), VII, ch. 16, p. 141. ראה גם דברי השופט ש' לוי (לעיל, הערה 8), 178: "הקביעה שביטול החוזה הוא רטרואקטיבי, כשהיא לעצמה, אין בה כדי להשיב על השאלה, אם זכויות הקניין בטובין חוזרות מאליהן למוכר [...]".

16 ראה צלטנר (לעיל, הערה 12) 421—430.

17 ראה: ע"א 248/77 מנק הפועלים נ' גרבורג, פ"ד לב(1), 253, 257—258.

18 לפי הוראת סעיף 2 לחוק התרופות. ראה עליה קרצ'מר, "על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות חוזה שהופר", משפטים ח (תשל"ז) 138, 152.

19 כפי שזוה בא בחשבון בהוראה אחרת: סעיף 12(ב) לחוק החוזים הכללי.

אך מהי הנפקות שעלינו לייחס במשפטנו לרקעו זה של דין הביטול? במשפט הישראלי ספק אם התנאי החוזי פועל למפרע אם לאו ומצדנו אנו נוטים לחשוב שפעולתו *ex nunc* (מעכשיו) ולא *ex tunc* (מאז). והעיקר: במשפטנו דין הביטול הוא דין חרות שבקשר אליו כדאי לוותר על רעיון התנאי מכללא ולהתחשב אך ורק בתפקידו (שחרור המתקשר שיאפשר לו התקשרות חילופית) אשר לפיו לא דרוש שיפעל למפרע דווקא.

על סמך השיקולים האלה אנו נוטים להכריע לצד אי-הרטורואקטיביות<sup>20</sup>. אבל אין אנו רואים שדבר זה יחייב לפרש את ההשבה על-פי סעיף 9(א) לחוק התרופות כהשבה אובליגטורית גרידא. אפשר להניח שבכוח הביטול להחזיר לצד חד את הבעלות שהעביר בשעתו לצד השני. תוצאה זו מתאימה לייעוד הביטול: אם רוצים לאפשר למוכר למכור לאחר את אשר אמר למכור בשעתו למפר, החזרת הבעלות לישותו עם הביטול תקל עליו את זאת לעומת ההנחה שיצטרך לחכות עד אשר יחזיר לו הקונה מרצונו הטוב או עד אשר יכפה זאת עליו בית המשפט. כמובן, אם תתקבל הדעה שבמשפטנו הביטול בשל הפרה מחולל השבה ריאלית. תחול דעה זו לא רק במקרה שהדגמנו לעיל אלא בכל המקרים המתאימים, ולא רק בתור השבה מן המפר לנפגע המבטל כי אם גם להפך. בתחום התחולה ייכלל איפוא גם המקרה שבו המשפט האנגלי והאמריקני מקבל את דין ההשבה הריאלית, שהוא המקרה ההפוך למקרה שהזכרנו. מדובר בקונה המבטל את המכר ובעלות הממכר חוזרת למוכר מכוח הביטול<sup>21</sup>.

בקשר לעניין הנ"ל, במשפטאות האנגלית מדברים על *revesting property in the seller*<sup>22</sup> וזוהי גם לשון החוק האמריקני הנ"ל. לפיכך היה עלינו לחשוב שבעלות הממכר חוזרת למוכר לאחר שעברה לקונה בשעתו. אך לעתים מעדיפים באנגליה את הגרסה אשר לפיה מניחים כי במכר התנו הצדדים שהעברת הבעלות לקונה נעשית בתנאי שעל-ידי דחייתו לא יבטל אותה אחר כך הקונה<sup>23</sup>. גם אילו נקטנו את הקונסטרוקציה הזאת במשפטנו, לא היה הדבר מביא אותנו להבדל של ממש בתוצאות, אם אין התנאי פועל למפרע, כפי שאנו סבורים; ולכן מכל מקום מתחוללת העברת הבעלות בזמן הביטול ולא קודם. אבל אין אנו רואים סיבה להיוקק לפיקציה,

20 ראה בכיוון זה: G. Shalev, "Remedies on Anticipatory Repudiation" 8 (1973) *Isr. L. Rev.* 123,129. להבחנה בין היבטים שונים של פעולת הביטול ראה: א' ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970 (פירוט לחוקי החוזים), מהדורה שנייה, תשל"ט, 67; ד' קרצמר, "על שיקול הדעת ותוצאות ביטול חוזה שהופר", משפטים ה (תשל"ז) 149, 138.

21 במשפט האנגלי ראה: *Kwei Tek Chao v. British Traders* [1954] 2 Q. B. 459, 467. ולמו כן ב- U. C. C. האמריקני סעיף (4) 401—2 והשווה גם (2) (a) 602—2.

22 ראה: *Treitel, loc. cit. (supra, n. 15)*; P. S. Atijah, *The Sale of Goods* (6th ed.) 341.

23 ראה: *Kwei Tek Chao v. British Traders* (supra, n. 21) 487; *McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd.* [1958] 1 W. L. R. 1126; *Rosenthal & Sons Ltd. v. Esmail* [1965] 1 W. L. R. 1117, 1131; *Benjamins Sale of Goods* (2nd ed., 1981) 426, 436.

במקום להודות שכוח הביטול להחזיר את הממכר למוכר הוא הכוח שמייחס לו הדין<sup>24</sup> ולא רצון הצדדים המתבטא מכללא, כביכול, בחוזה. לפי השיקולים הנ"ל הגענו למסקנה הפוכה לעומת מסקנת פסק הדין בדבר מהותו של ביטול בשל הפרה (ולמסקנה הפוכה לדעתו של השופט לויז בעניין זה ובעניין הביטול מחמת פגם). יש לראות עכשיו אם מסקנה זו, על-פי כללי החוזים, תעמוד גם כשמדובר במקרקעין, לאור כללי הרישום ועקרונותיו.

### ג. התנגשות הכללים החוזיים בעקרון המרשם ויישוב הסכסוך

פסק הדין משתית את החלטתו על תפיסתו את "מטרותיו של חוק המקרקעין אשר ראה ברישום בטחון יציבות לבעלות על המקרקעין"<sup>25</sup>.

לא נראה לנו שיציבות הבעלות כשלעצמה היא מטרה לשיטת המרשם. אפשר לומר אפילו כי, להפך, היא נועדה להקל על העברת הבעלות, בהבטיחה לרוכש בכוח ביטחון בקנייתו. אין המרשם מתנגד לכל שינוי במערכת קניין המקרקעין — ולא חשוב אם יהיה השינוי לטובת אדם חדש, שלא היה בעבר בעל אותם המקרקעין, או לטובת בעליהם הקודמים, לפני העברתם האחרונה; כלומר, אם השינוי יהיה בגדר השבה, כפי שגדון בעניין בפסק הדין. מתנגדים עקרונית רק לשינוי גסתר, המהווה מלכודת בפני הסומך על פנקסי הרישום.

שאלתנו היא אם עקרונות המרשם, כפי שהם גלומים בחוקי המקרקעין, עשויים להיתקל בכללי החוזים על בטלות החוזה וביטולו.

ברי לנו שאין מקום לכל התנגשות בין כללי החוזים ובין עקרונות המרשם לגבי המקרים שבהם כללי החוזים עצמם דואגים להגן על אדם שלישי הרוכש מן הקונה: רכישה על סמך חוזה בטל לפי סעיף 13, סיפא, לחוק החוזים הכללי, או על סמך חוזה ברישום מחמת פגם או בשל הפרה בטרם בוטל החוזה למעשה.

לעומת זאת, מחוץ למקרים הנ"ל, קיימת התנגשות כזאת לאחר שהחוזה בוטל כדין<sup>26</sup>, כל עוד ביטול זה לא מצא ביטוי במרשם.

בין שני הקצוות האלה קיים מקרה ביניים — אשר הפרשה הנדונה בפסק הדין נכנסת בגדרו — והוא שאין אדם שלישי נוגע בדבר והעניין נדון בין מוכר לקונה. כאן אפשר לומר שמטרת המרשם אינה נוגדת את ההכרה בזכות המוכר כלפי הקונה. אך, לעומת זאת, אפשר להעיר כי במשפטנו — להבדיל מן השיטה הצרפתית, למשל — דרוש הרישום גם להעברת הבעלות בין הצדדים לבין עצמם. בזה נראה כי הסדר המרשם מרחיק לכת מייעודו (גם אם ההסדר שהוא נוקט אינו חסר טעם במונעו קיום מערכת יחסים כפולה: יחסים בעלי נפקות מלאה ויחסים בעלי נפקות מוגבלת יותר).

24 השוה גם את הנאמר בסעיף (4) 401(2) לחוק האמריקני הנ"ל: "Such revesting occurs by operation of the law [...]".

25 שם, בעמ' 307.

26 המועד לפעולתו של הביטול מסתבר להיות מועד הגיעה של מסירת הודעתו של המבטל לצד השני. ראה ידין (לעיל, הערה 10) 631. אך ראה גם שלו (לעיל, הערה 127) 148.

במידה ששתי מערכות הדינים אינן מתיישבות זו עם זו, בידי הפרשן הברירה להעדיף את האחת או את הברתה. אם יבחר בכללי החוזה יאמר ששיטת המרשם לוקה באי השגת מטרתה כאשר עסקת דיספוזיציה נמצאת בטלה, אף אם גרשמה — כפי ששיטת המרשם לוקה בחסר גם במקרים אחרים. אם יעדיף הפרשן את העיקרון הגלום בשיטת המרשם, כי אז ישלול את נפקותה — לפחות לגבי רוכש בתום לב על סמך הרישום — של בטלות העסקה הנ"ל, בכל פעם שהבטלות לא מצאה ביטוי ברישום. נשאלת כאן השאלה באילו דרכים אפשר להביא לידי שינוי ברישום על סמך בטלות העסקה. אין ספק ששינוי זה יכול להתחולל על סמך הסכם שלפיו יודה הצד השני בבטלות העסקה או בביטולה אשר מתקשרו מעוניין בהם. וכמו כן על סמך פסק הדין המכיר בהם או המחולל את הביטול (במקרה של סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי). אבל סעיף 123(ב) לחוק המקרקעין אינו מגביל את פתיחות הרישום לעסקאות ולפסקי הדין, בהוסיפו "כל דבר אחר הטעון רישום, או ניתן לרישום, לפי חיקוק". ובתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל—1969, מסדירה תקנה 62 "ביטול זכות רשומה" בזה הלשון:

"הממונה רשאי, על פי בקשת צד מעוניין או על פי הודעת הרשם, ולאחר שנתן לכל אדם שזכותו עלולה להיפגע בכך הזדמנות להביא בפניו טענותיו וראיותיו, לבטל רישום בפנקסים, אם נוכח שהזכות הרשומה פקעה, אם מכוח הוראת דין, אם על-ידי שנסתיימה התקופה הרשומה שנקבעה לתקפו של הרישום ואם על-ידי מאורע שנקבע כמפקיע תקפו של הרישום".

כשמדובר בביטול בשל הפרה, נראה לנו שהלשון "הזכות פקעה" מתאימה בהחלט. אולי היא פחות מתאימה כשמדובר בביטול מחמת פגם או בבטלות העסקה מעיקרה. אך השימוש במונח אחד לציון מקרים שונים, ככוונתה המסתברת של התקנה, מביא בדרך הטבע לכך.

כאשר נדונה סמכותם של רשם המקרקעין ושל הממונה על המרשם הדגישה הפסיקה את הגבולות שבהם היא קיימת. לפי תפקידם ולפי היקף שיקול הדעת הנתון להם. קבעו כי הם ממלאים פונקציה מינהלית וכי, כאשר מדובר בעניין שאינו נקי מספקות, המקום הראוי לבירורו הוא בית המשפט<sup>27</sup>. אמנם במה שנוגע לרישום הביטול לא הרשם מוסמך אלא אך ורק הממונה על המרשם, ועליו אין לומר את אשר העירו השופטים לגבי הרשם, כלומר שהדינים אינם דורשים שיהיה משפטן. לממונה על המרשם כשירות ככשירות שופט בית משפט שלום (סעיף 118(א) לחוק המקרקעין) והתפקיד שמפקדה בידי תקנה 62 הנ"ל הוא תפקיד של הערכת עובדות מבחינה משפטית. בכל זאת אין זה מסתבר שהיתה כוונה שיבוא במקום בית משפט סדיר כשמדובר בבירור משפטי מובהק. אם אין הממונה רואה ממש בטענות ובראיות שיובאו כנגד בקשת הביטול שהוגשה לפניו, יבצע את הביטול. אך, אם ראה שלא ניתן לדחות בקש, כיוון שיש צורך בבירור משפטי יסודי בהן, ידחה את בקשת הביטול והמעוניין יצטרך לפנות לבית המשפט ולבקש שם פסק דין הצהרתי.

27 ראה: ע"ש (י"ם) 15/81 האוניברסיטה העברית נ' הממונה על המרשם; ע"ש (י"ם) 21/82 אייכלר נ' "לי מעוק" בע"מ והממונה על המרשם (שתי ההחלטות לא פורסמו).



אף אם ירשום הממונה ביטול של רישום קודם — וביטולו ייחשב ביטול כדין, לפי סמכותו — לא ימחק ביטול זה את פסק הזמן שעבר מן המועד שבו בטלות העסקה היתה אופרטיבית ועד למועד הביטול הנדון. ארוך עוד יותר יהיה, בדרך כלל, פסק הזמן העובר מן המועד שבו בטלות העסקה היא אופרטיבית ועד רישום פסק הדין המכיר בה. כאן מצטרף פסק הזמן ממועד הבטלות ועד להוצאת פסק הדין לפסק הזמן מהוצאת פסק הדין ועד לרישום בפנקסי המקרקעין. אפילו במקרה שפסק הדין עצמו הוא המחולל את בטלות העסקה (על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי) יתקיים פסק הזמן האחרון שאמרגו, מהוצאתו ועד לרישום במרשם.

לפי ההערות האלה אפשרי דיון הנוגע להתנגשות בין עקרון המרשם ובין כללי החוזים בשני מקרים: (א) כשטרם נרשם כל ביטול לעסקה שנרשמה בשעתה; (ב) כשאמנם נרשם ביטול כזה אך הדיון נוגע לזמן שבו טרם השתקף הביטול במרשם. לפתרון בעייתנו נראה לנו שיש להבדיל בין שלושה מקרים.

הבעיה פשוטה למדי כאשר הנוגעים בדבר הם רק שני הצדדים לעסקה — מוכר וקונה, לפי המקרה השכיח ביותר, שהיה גם המקרה הנדון בפסק הדין. אמנם אמרנו לעיל שבפי הקונה עשויה להיות הטענה כי, כשם שעסקת מקרקעין טעונה רישום להיווצרה, כן גם לא תהא נפקות לביטולה אלא ברישומה. אבל טענה זו אינה ראויה להתקבל, כי לא ייתכן לדחות את דיני החוזים מפני עקרון המרשם שעה שאין דיני המרשם כלל מפורש לשם כך ואין הדבר דרוש כדי לענות על ייעוד המרשם, כלומר להגן על אדם המסתמך בתום לב על המצב הנובע מהמרשם.

פשוטה נראית גם הבעיה כאשר הטוען לאי נפקותה של הבטלות הבלתי רשומה הוא אדם שלישי שרכש מן הקונה במקרים שדיני החוזים מגינים על רכישות אדם שלישי בתנאי שנעשו בתום לב — ואילו הוא לא היה תם לב. נחזור כאן על הנאמר לעיל, שהמרשם לא נועד להגן אלא על אדם שלישי הפועל בתום לב.

נשאר המקרה השלישי, והוא העיקרי: המקרה שהאדם השלישי רכש בתום לב מן הקונה שעה שבטלותה או ביטולה של קניית הקונה לא גרשמו אך הם קיימים לפי דיני החוזים, ואין דינים אלה מגינים על הרוכש.

כאן — לפי המשפט הרצוי אך גם לפי המשפט הנהוג, לגבי מקרקעין מוסדרים<sup>28</sup> — היינו נוטים לבכר את עקרון המרשם לטובת האדם המסתמך בתום לב על הרישום. עקרון המרשם יעניק לו את ההגנה המיוחדת שאינה דרושה כאשר דיני החוזים עצמם מגינים על אדם שלישי ואשר המעוניינים אינם ראויים לה בשני המקרים הנותרים שסקרנו קודם.

כמובן, אין פתרון זה נוח למוכר. עליו למהר ולהשיג את הרישום של הבטלות או הביטול, בדרך של פגייה לממונה על המרשם או לבית המשפט ועל-ידי רישום פסק הדין. אבל, על אף כל זירזו מצדו מכל מקום יעבור פסק זמן — העלול להיות לא קצר — שבו ניתן פיתוי לקונה, בעל תוזהו המבוטל, למכור את הממכר כדי להימלט מתוצאות הבטלות. לפי אפשרות זו, בפסק הזמן הנדון המוכר יתקשה למכור את הממכר לקונה אחר, שיחשוש כמוהו ממכירה כנ"ל מצד הקונה המקורי.

28 ראה סעיף 10 לחוק המקרקעין. לפי עקרונות המרשם הנהוגים, רק במקרקעין המסודרים יש ברישום משום ראייה חותכת.

גראה כי למיתון חומרה זו רצוי שבחקיקה יינתן למוכר לרשום בפנקסי המקרקעין את פנייתו לממונה על המרשם או לבית המשפט, ואחרי רישום זה כל רוכש מן הקונה לא יהיה מוגן אם הממונה או בית המשפט יכירו בבטלות העסקה הנדונה. כך יקוצר בהרבה פרק הזמן שבו חשופים המוכר וחליפיו, לטובת חליפי הקונה — אשר למענם מעניקים יציבות יתרה לבעלות מעבירים לפי רישומה בפנקסי המקרקעין. גם המסתייגים מהחלטתו יכירו טובה לפסק הדין על דיונו הראשון בשאלה שהיא ראויה מאוד לעיון המשפטים בישראל.