

עסקה בזכות אובליגטורית או בזכות במקרקעין? תכלית, לשון ואקטיביזם שיפוטי

מאת

חיים זנדברג*

“מישהו שלח לי מתנות קטנות
כמו הכוח לקבל את מה שאין
את מה שיש”¹.

רשימה זו תתמקד בשאלה אם מי שבידיו זכות אובליגטורית לקבל במקרקעין, אך איננו בעל זכות במקרקעין, מתחייב להעביר את מה שיש לו (הזכות האובליגטורית) או את מה שאין לו (הזכות במקרקעין). זו היא שאלה של פרשנות חוזים שניתן להשיב עליה הן מלשון החוזה והן מתכליתו. בדרך כלל שני הצדדים לעסקה מעוניינים להתקשר בהסכם הנוגע למה שיש למעביר ולא רק למה שאין לו. זו היא ההשקפה המקובלת על רוב מלומדי המשפט בישראל והיא גם רווחת בפסיקת בית המשפט העליון. עם זאת בפרשת גנו, שבה התעוררה שאלה זו כשאלה משנית, הגיע בית המשפט למסקנה שונה על בסיס דבקות בלשון החוזה והתעלמות כמעט מוחלטת מתכליתו. דבקות בלשון החוזה נחשבת בדרך כלל סממן של גישה פרשנית “שמרנית”. ברשימה זו אטען כי דבקותו של בית המשפט בפרשת גנו בלשון שירתה מהלך פרשני אקטיביסטי לעילא – הנחת תשתית עובדתית ליצור הלכה מרחיקת לכת בתחום דיני הקניין, היא הלכת גנו. פרשת גנו מדגימה בעניין זה סוגה מיוחדת של אקטיביזם שיפוטי בתחום פרשנות חוזים: “שמרנות אקטיביסטית”. זו היא דוגמה לכך שלעיתים ההיאחזות במונחים שגורים בשיח הציבורי, כגון “שמרנות” או “אקטיביזם”, עשויה להוביל להדבקות תוויות שגויות. בניגוד למה שמקובל לסבור, דווקא דבקות בלשון עשויה להיות לעיתים ביטוי לאקטיביזם שיפוטי, ואילו ניתוח תכליתי ישקף דבקות שמרנית ברצון הצדדים.

מבוא; א. “זכות אובליגטורית” – על משמעות המונח ושימושו. ב. עסקאות של בעל זכות אובליגטורית – אימתי? ג. עסקה בזכות אובליגטורית או עסקה במקרקעין – שיקולי הצדדים. ד. בחינת עסקאות טיפוסיות. ה. המחאת הזכות או ההתחייבות להעברת המקרקעין – עמדות מלומדי המשפט. ו. הגישה הרווחת בפסיקתו של בית המשפט העליון. ז. פרשת גנו – עסקה במקרקעין ולא המחאת זכות אובליגטורית? ח. פרשת גנו – דבקות בלשון כאקטיביזם שיפוטי. ט. “שמרנות אקטיביסטית” – הערכת הטכניקה הפרשנית והשלכותיה. י. סיכום.

* פרופסור חבר, בית הספר למשפטים ע”ש שטריקס, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.
1 נועם חורב “מתנות קטנות” שירונט bit.ly/2OfnDDR.

מבוא

בשנים האחרונות מתנהל בישראל שיח ציבורי ער על גבולות שיקול דעתו השיפוטי של בית המשפט העליון. אחד מתחומי ויכוח זה עוסק בגישתו של בית המשפט לפרשנות חוזים. המונחים "אקטיביזם שיפוטי" ו"שמרנות שיפוטי" הפכו להיות מטבעות שחוקים אשר משתתפי הוויכוח משתמשים בהם כל אימת שהם מבקשים לציין את הגישה השיפוטית הראויה לו לשופט.² התואר "שמרני" משקף שופט אשר נוטה להיצמד ללשון החוזה ונמנע מפרשנות החורגת מהלשון אל גדר הנסיבות החיצוניות או אל ניתוח תכליות החוזה. התואר "אקטיביסט" מוצמד בדרך כלל לשופט שאינו מצמצם את מבטו ללשון ונוטה לבסס את מסקנותיו, נוסף או בעיקר, על נסיבות חיצוניות לחוזה ועל ניתוח תכליתי שלו. על ציר דמיוני שניתן למתוח בין שתי הקצוות – שמרנות קיצונית מחד גיסא, ואקטיביזם קיצוני מאידך גיסא – ניתן להציב נקודות עיגון הכוללות מינון משתנה של לשון ותכלית. על פי ההגדרות הרווחות למידת השמרנות או הפעלתנות של השופט, נמצא מינון גבוה של דבקות בלשון ככל שנתקרב אל הקצה השמרני, ואילו מינון הניתוח התכליתי יהיה רב יותר ככל שנתקרב לקצה האקטיביסטי של הציר.

ברשימה זו אבקש להדגים נקודה מיוחדת שאפשר להציבה על ציר דמיוני זה במיקום הקרוב מאוד לקצה האקטיביסטי שלו, אם לא ממש בקצה זה. ייחודה של נקודה זו הוא בפער שבין הרכבה הפנימי לבין מיקומה על הציר. נקודה זו מתאפיינת במינון גבוה מאוד של דבקות בלשון ובמינון נמוך מאוד של ניתוח תכליתי. דבקות זו היא אמיתית ולא רק רטורית. הרכב פנימי כזה היה אמור להציבה קרוב מאוד לקצה השמרני של הציר. אולם במקרה דנן הרכבה של נקודה זו מדגים דבקות בלשון שמבטאת יצירתיות שיפוטית אקטיביסטית לעילא – כזו שנועדה ליצור משפט יש מאין. על כן ניתן לכנות את הסוגה הפרשנית שבאה לידי ביטוי בנקודה זו – "שמרנות אקטיביסטית".

לשם הדגמתה של נקודת העיגון המיוחדת הזו על הציר שבין שמרנות לבין אקטיביזם שיפוטי תנתח רשימה זו את העמדה שהביע בית המשפט העליון בפרשת **גנז**.³ הלכת **גנז** היא אחת ההלכות המרכזיות בדיני הקניין בישראל. היא קבעה כי לשם הכרעה בתחרות בין שתי התחייבויות נוגדות להקניית נכס ניתן לזקוף לחובתו של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן גם התנהגות שלו שגרמה נזק, "תאונה משפטית", לבעל ההתחייבות המאוחרת בזמן ובשל כך לשלול את עדיפותו של הראשון.⁴ עם זאת ברשימה זו לא נתמקד בסוגיה המרכזית שבה עסקה פרשת **גנז**. תחת זאת נתמקד בסוגיה מקדמית שבה נדרשו השופטים להכריע בטרם נזקקו לסוגיה המרכזית שבה עסקה ההלכה והיא – מה היה טיב הזכויות המתחרות באותה פרשה: האם היה מדובר בשתי עסקאות נוגדות במקרקעין, או שמא היה מדובר בשתי המחאות סותרות של זכויות אובליגטוריות לקבלת מקרקעין? בית המשפט נדרש לניתוח טיבן של הזכויות המתחרות כדי לקבוע מה הוא הדין החל על התחרות ביניהן. לא הרי

2 מיגל דויטש "אפרופים וחקיקת 'אנטי-אפרופים': תובנות נוספות" **שערי משפט** 101, 102 (2013) (להלן: דויטש "אפרופים").

3 ע"א 2643/97 **גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נז(2) 385 (2003).

4 שם, בעמ' 403–404.

התחייבויות נוגדות להעברת מקרקעין, שעליהן חלים דיני המקרקעין,⁵ כהתחייבויות נוגדות להעברת זכות או להמחאתה, שעליהן חלים דיני התחרות החלים על זכויות.⁶ הספק באשר לטיבן של הזכויות מושא העסקאות הנוגדות נבע מכך שהמוכרת באותה פרשה (נוטריקון) לא הייתה רשומה כבעלת המקרקעין, ובידה הייתה רק זכות חוזית, אובליגטורית, לקבלתם בעתיד.⁷ במצב זה התעוררה אפוא השאלה מה ביקשה אותה מוכרת למכור בשני החוזים הנוגדים שכרתה: את מה שאין לה (זכות במקרקעין) או את מה שיש לה (הזכות האובליגטורית)?

התשובה שנתן בית המשפט בפרשת גנו לשאלה זו הייתה שונה מהתשובה שניתנה לה בהרבה פסקי דין וניתוחי מלומדים. בית המשפט סבר כי בעל הזכות האובליגטורית התחייב להעביר רק את מה שאין לו ולא את מה שיש שלו. מסקנה זו התבססה על גישה פרשנית חוזית שנדמתה להיות שמרנית מאוד: דבקות רבה בלשון החוזה והימנעות מניתוח תכליתי מעמיק. טענתי המרכזית ברשימה זו היא כי דבקותו המלאכותית של בית המשפט, ובמיוחד השופט ברק, בלשון לא הייתה אלא מהלך אקטיביסטי למשעי – הנחת תשתית עובדתית שתאים ליצור הלכה מרחיקת לכת, היא הלכת גנו.

הרשימה תפתח בהסברת המונח "זכות אובליגטורית" ובהצגת הדילמה שעומדת בפני בעלי זכות כזו המבקשים לעשות עסקה בזכויותיהם. לאחר מכן תבחן את השיקולים השונים שמשפיעים על בעל זכות אובליגטורית ומי שמבצע עימו עסקה להתקשר בעסקה בעניין הזכות האובליגטורית או בעניין המקרקעין שהזכות מתייחסת אליהם. לאחר מכן תבחן את המקרים השכיחים שבהם מתבצעות עסקאות כאלה בישראל, את עמדות המלומדים השונים שעסקו בנושא בנוגע לטיבה של עסקה זו ואת עמדות בית המשפט העליון בנוגע לזה. לאחר מכן תנתח את ההתייחסות של שופטי בית המשפט בפרשת גנו לסוגיה, תבקר את הנמקותיהם ותטען כי שמרנות אקטיביסטית היא ההסבר החלופי לגישתם הפרשנית. נסכם בתיאור המאפיינים הייחודיים של סוגת האקטיביזם השיפוטי שהרשימה מתמקדת בה ובמיקומה במסגרת הכוללת של טכניקות אקטיביסטיות לפרשנות חוזים.

השאלה מה הוא הנכס שמתחייב להעביר אדם שבידו זכות אובליגטורית לקבלת מקרקעין היא שאלת יסוד בתחום דיני ההמחאה. פרופ' מיגל דויטש, שעסק בה בעבר,⁸ הקדיש לה כמה פסקאות בספרו החדש **דיני המחאת חיובים**.⁹ הוא ציין בו כי פתרונה דורש "עבודה פרשנית משמעותית".¹⁰ על כן בחרתי להציע רשימה זו לסימפוזיון לכבוד הוצאתו לאור של הספר.

5 ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

6 ראו ס' 4 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969; או, אם הנכס שהתחייבו להעבירו הוא זכות שלא במקרקעין, ראו ס' 12-13 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971. כן ראו פרשת גנו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393-ג, 410.

7 שם, בעמ' 391-392.

8 מיגל דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנו והשלכותיה" הפרקליט מז 181, 185-186 (2003) (להלן: דויטש "נטל הרישום"); מיגל דויטש קניין ד 362-366 (2007) (להלן: דויטש קניין ד).

9 מיגל דויטש **דיני המחאת חיובים** 38-45, 62-65 (2018).

10 שם, בעמ' 39.

א. "זכות אובליגטורית" – על משמעות המונח ושימושי

התחייבות של חייב כלפי נושה להעביר לנושה נכס כלשהו מקנה לנושה זכות לאכוף את חיוב החייב. זכות זו זכתה לכינוי "זכות אובליגטורית". תוספת התואר "אובליגטורית" נועדה להבהיר כי הזכות לקבל את הנכס נבדלת מהזכות בנכס גופו, אותו נכס שהחייב התחייב להעבירו לנושה. היא אינה זכות במקרקעין או זכות במיטלטלין או זכות בזכות אחרת. היא זכות לקבל את הנכסים האלה בעתיד. היא כשלעצמה נכס המצוי בידיו של הנושה (מקבל הזכות) ומקנה לו את האפשרות לנשות בחייב (נותן ההתחייבות) את החיוב להעביר את הנכס מושא הזכות.¹¹ כך, למשל, מאפשר המונח "זכות אובליגטורית" במקרקעין להבחין בין הזכות לקבל את המקרקעין לבין המקרקעין עצמם או הזכויות בהם: זכות הבעלות, זכות השכירות וכו'.

לזכות ה"אובליגטורית" יש שמות נוספים אשר משקפים חלק מתכונותיה, למשל מקובל לכנותה בתואר "זכות אישית" או "זכות חוזית".¹² גם השימוש בכינוי זה נועד להצביע על כך שזכות אובליגטורית לקבל נכס אינה זכות קניינית בנכס עצמו אלא רק זכות חוזית לקבלו. שימוש במונח "זכות חוזית" (גברא, In Personam) נועד לעיתים להבהיר כי למקבלה לא תהיה עדיפות על פני מעוניינים אחרים בנכס שהזכות מתיימרת להעבירו, בשונה מ"זכות קניינית" (חפצא, In Rem) שאמורה להקנות לנושה עדיפות מעין זו.¹³ עם זאת כיום זכות אובליגטורית עשויה להיות בעת ובעונה אחת גם "חוזית", קרי זכות לקבלת נכס ולא זכות בנכס גופו, וגם "מעין-קניינית" או "זכות מן היושר",¹⁴ קרי עדיפה במקרים מסוימים באשר לנכס גופו.¹⁵ יתרה מזאת, הזכות האובליגטורית עצמה היא נכס של הנושה, ועל כן היא עצמה יעד לזכויות קניין.¹⁶ כינוי נוסף שהמחוקק הישראלי העניק לעיתים לאותה זכות ממש הוא "התחייבות לעשות עסקה". מינוח זה בא גם הוא להבחין בין הזכויות בנכס מושא ההתחייבות לבין ההתחייבות עצמה. נעשה בו שימוש כאשר המחוקק מבקש להתערב במערכת היחסים החוזית בין חייב שהוא בעל זכות קניינית בנכס מושא ההתחייבות לבין הנושה לעניין חובת כתב,¹⁷ לעניין חובת רישום (כשהזכות נוגעת להעברת זכות קניין במקרקעין)¹⁸ או בניסוח של חקיקה בנוגע להתחייבויות נוגדות.¹⁹

- 11 מיגל דויטש קניין א 66–67 (1997) (להלן: דויטש קניין א).
 12 שם, בעמ' 19; יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 13–15 (1993) (להלן: ויסמן חלק כללי).
 13 בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121, 132, 134–135 (1971); דויטש קניין א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 48; ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 13–15.
 14 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 245 (1999); ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 377.
 15 שם, בעמ' 50; דויטש קניין א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 66.
 16 ראו מיגל דויטש "נפילתה (?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313, 351–352 (2000) (להלן: דויטש "נפילתה (?) ועלייתה").
 17 ס' 8 לחוק המקרקעין (התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה כתב); ס' 5 לחוק המתנה, התשכ"ח–1968 (התחייבות לתת מתנה טעונה כתב); ס' 597 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712 (הצעה להחיל את דרישת הכתב שווה בשווה הן על "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין" והן על "המחאה של זכות לקבלת זכות במקרקעין" ועל "התחייבות להמחאה").
 18 ס' 7 לחוק המקרקעין (חובת רישום על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין).

כאשר משתמשים במונח זכות "אובליגטורית" כדאי אפוא לדייק במשמעות שמייחסים לו ולהיזהר מתוויות שגויות.²⁰ בהמשך רשימה זו אשתמש במונח "זכות אובליגטורית" אך ורק כדי לתאר סוג של נכס: זכות לקבל נכס אחר שהקניין בו טרם עבר לנושה. השימוש המשפטי במובן זה של המונח נדרש בדרך כלל כאשר תחולתו של דין פלוני תלויה בסוג הנכס. או אז נדרש הפרשן לברר אם לפניו זכות אובליגטורית שחלים עליה דינים מסוימים או שמא לפניו נכס אחר. סיווג הזכות כאובליגטורית יאפשר להחיל עליה את הדינים החלים על זכות, בשונה מדינים החלים על נכסים אחרים, כגון דיני המקרקעין או דיני המיטלטלין. למשל, אם חוזה מכוון להעברת זכות אובליגטורית במקרקעין, אין הוא טעון כתב או רישום, אך אם כוונתו העברת מקרקעין – חלות עליו חובות הכתב והרישום.²¹ בדומה לזה, כאשר נידרש להכריע בין שתי התחייבויות נוגדות להעברת אותה זכות יוביל סיווג הנכס מושא ההתחייבויות כ"זכות אובליגטורית" להחלת דיני התחרות החלים על התחייבויות להעברת זכויות²² או על העברתן.²³ בהמשך רשימה זו אתמקד בפירושו חוזים שעוסקים בעסקאות מקרקעין שבהם הצד המעביר אינו בעל המקרקעין אלא רק בעל זכות אובליגטורית לקבלם. נבחן כיצד מזהים אם המעביר מבקש לעשות עסקה בזכות אובליגטורית שיש לו, או שמא הוא מבקש לעשות עסקה במקרקעין שאין לו.

ב. עסקאות של בעל זכות אובליגטורית – אימתי?

חוק המקרקעין קובע כי עסקה במקרקעין טעונה רישום. למעט חריגים ספורים, לא ניתן להשלים עסקה במקרקעין בטרם הושלמה ברישום.²⁴ פרק הזמן שבין כריתת עסקה לרכישת

- 19 שם, ס' 9 ("התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין [...]"); ס' 12 לחוק המיטלטלין ("התחייב אדם להקנות לחברו [...]"). כן ראו פרשת **בוקר**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 127.
- 20 ד"נ 21/80 **ורטהיימר נ' הררי**, פ"ד לה (3) 253, פס' 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1981) ("הטבעת תווית של 'חיוב' או 'קניין' אינה צריכה להיעשות על פי שיקולים כלליים ומופשטים, אלא חייבת להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית"); רע"א 9/87 **כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד מא (2) 275, 277 (1987) (דחיית הטענה שזכות אובליגטורית אינה יכולה להקנות עדיפות קניינית למי שמשכן אותה בשל היותה אובליגטורית); פרשת **אהרונוב**, לעיל ה"ש 14, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק ("התחייבות להקניית נכס חדלה מלהיות התחייבות אובליגטורית גרידא. היא התחייבות אובליגטורית המצמיחה זכות מעין-קניינית"); ע"א 269/74 **בוקר נ' הממונה על המרשם**, פ"ד כט (1) 243, 248, 251-252 (1974) (מחלוקת בין השופטים יצחק כהן וחיים כהן בדבר סיווגו של הסכם שיתוף כהסכם אובליגטורי או קנייני).
- 21 ע"א 274/79 **חורי נ' כנען**, פ"ד לה (3) 337, 348 (1981); ע"א 514/76 **חשש נ' דמארי**, פ"ד לא (2) 505, 516 (1977); ע"א 6529/96 **טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך**, פ"ד נג (2) 218, 228 (1999); ע"א 7424/15 **חליליה נ' בנאת נויה מוחמד (יורשי המנוח מוחמד וחיד)**, פס' 12, 21-23 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 11.9.2017); שלום לרנר **המחאת חיובים** 218-219 (2002); מרדכי א' ראבילי "התחייבות ליתן מתנת מקרקעין" **ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 557, 562 (שלום לרנר, דפנה לוינסון-זמיר עורכים, התשס"ב).
- 22 ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין.
- 23 ס' 4 לחוק המחאת חיובים.
- 24 ס' 7 לחוק המקרקעין; חיים זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל** 59, 89, 234, 372 (2000) (להלן: **הסדר זכויות**).

מקרקעין לבין מועד השלמתה ברישום מכונה "מרווח הרישום". בכל עסקה במקרקעין יש מרווח רישום, ולעיתים הוא עשוי להתארך כדי שנים רבות.²⁵ התארכות מרווח הרישום במקרקעין היא הסיבה המרכזית למשך החיים הארוך יחסית של זכויות אובליגטוריות במקרקעין. כל עוד אין מתאפשר להשלים עסקה ברישום, היא נותרת ב"מצב צבירה" של זכות אובליגטורית שלא ניתן לממשה.²⁶ משך החיים הממושך של זכויות אובליגטוריות במקרקעין הוא הגורם השכיח להמחאת זכויות אובליגטוריות במקרקעין בטרם יושלם מימושן. רוכשי מקרקעין רבים מחזיקים בידם רק זכויות אובליגטוריות. עובדה זו אינה מונעת מהם לקבל את ההחזקה במקרקעין מושא הזכויות האובליגטוריות שבידם, אך היא מונעת מהם את האפשרות להעביר זכויות במקרקעין שטרם הגיעו לידם, שכן "אין אדם יכול להעביר את מה שאין לו" (*Nemo dat quod non habet*). מה יעשו אפוא אותם בעלי זכויות כאשר יבקשו להעביר את הנכס עם חלוף השנים? האם נגזר עליהם לרבוך במקרקעין עד שיהיה אפשר להשלים את רישומם כבעליהם? התשובה לשאלה זו היא כמובן שלילית. אף כי בעלי הזכות האובליגטורית במקרקעין אינם יכולים להעביר את המקרקעין, עומדות בפניהם שתי אפשרויות חלופיות בנוגע למקרקעין שטרם נרשמו על שמם והגיעו לידם, או לזכות האובליגטורית שבידם. האפשרות האחת היא **להתחייב** למכור רק את המקרקעין ולא את הזכות האובליגטורית. דיני הקניין אוסרים על אדם להעביר את מה שאין לו, אבל דיני החוזים מאפשרים לו **להתחייב** להעביר את מה שאין לו. האפשרות השנייה העומדת בפני בעל הזכות האובליגטורית היא להתחייב להעביר את מה שיש לו, קרי את הזכות האובליגטורית עצמה. יתרונה של אפשרות זו הוא שאותה ניתן גם להגשים, קרי לא רק להתחייב להעביר את הזכות אלא גם להעביר אותה ממש.²⁷ יתרה מזאת, העברת הזכות האובליגטורית מגלמת בתוכה גם את האפשרות להשתמש בה כדי לקבל בעתיד את מה שאין למעביר. קיימת אפשרות שלישית והיא שילוב שתי האפשרויות הקודמות: בעל הזכות האובליגטורית יתחייב להעביר גם את מה שיש לו (הזכות האובליגטורית) וגם את מה שאין לו (המקרקעין). מאחר שבדרך כלל לא יוכל בעל הזכות האובליגטורית להעביר את המקרקעין אם כבר המחזה את הזכות האובליגטורית שהייתה לו לקבלתם, הרי שילוב כזה יכול להתקיים רק אם נקבע סדר לביצוע הפעולות. יכול שהמעביר יתחייב להעביר תחילה את מה שאין לו, אך מנקודת זמן מסוימת או בהתקיים תנאים מסוימים – להמחזות את הזכות שיש לו. לא סביר כי יוסכם סדר הפוך. אין ספק כי בעל הזכות האובליגטורית, כמו גם מי שמבקש להתקשר עימו בעסקה בעניין זכויותיו, יכולים לעצב את יחסיהם החוזיים כרצונם ולבחור להם מבין האפשרויות שמנינו את האפשרות הרצויה להם.²⁸ עם זאת מה הם

25 חיים זנדברג "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" **עלי משפט** ב' 273, 278 (2002).

26 לרנר **המחאת חיובים**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 209.

27 דויטש **דיני המחאת חיובים**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 40. כן ראו דויטש "נפילתה (?) ועלייתה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 322; לרנר **המחאת חיובים**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 211–212; ראבילו, לעיל ה"ש 21, בעמ' 576–577; ע"א 682/74 **יקוחיאל נ' ברנמן**, פ"ד כט(2) 757, 765, 775 (1975).

28 מיגל דויטש **קניין ג** 135, ה"ש 154 וטקסט סמוך לה (2006) (להלן: דויטש **קניין ג**); לרנר **המחאת חיובים**, שם, בעמ' 212; שלום לרנר "המחאת זכות במקרקעין: בין חיוב לקניין" **עיני משפט** יז 433, 434 (1992) (להלן: לרנר "המחאת זכות").

השיקולים שינחו אותם לבחור באיזו מן האפשרויות ובאיזו מהן בוחרים בדרך כלל בעלי זכויות אובליגטוריות.

ג. עסקה בזכות אובליגטורית או עסקה במקרקעין – שיקולי הצדדים

לעסקה שמבצע בעל זכות אובליגטורית במקרקעין (להלן: המעביר) בזכות שיש לו, יש יתרונות מעשיים רבים באשר לעסקה שיבצע בזכות במקרקעין, שטרם הגיעו לידי. ראשית, עסקה בזכות אובליגטורית ניתנת להשלמה במהירות ולפי רצון הצדדים, שכן היא אינה טעונה רישום. לעומת זאת עסקה במקרקעין ניתנת להשלמה רק בעתיד עת יהיה אפשר להשלימה ברישום. כאשר בעל הזכות האובליגטורית ומי שמתקשר עימו מבקשים לסיים את העסקה במהירות ולהימנע ממערכת יחסים מתמשכת לפרק זמן לא ידוע – ברור כי עסקה בזכות האובליגטורית עדיפה על פני עסקה בנכס עתידי, שאין לדעת מתי יהיה אפשר להשלים את העברתו.²⁹

שנית, המחאת הזכות האובליגטורית מוציאה את הזכות מבעל הזכות הממחה ומעבירה אותה לרוכש הזכויות, הנמחה. דויטש מכנה תוצאה זו "תופעת ה'כניסה לנעליים'" ומציין כי "היא ה'מצפן' לאיתור ולפרשנות חלקים נרחבים מדין ההמחאה".³⁰ משמעותה של תופעה זו היא שהנמחה נכנס לנעליו של הנושה המקורי, הממחה, ונוצר חילוף נושים. בשל חילוף זה נוצר, מצד אחד, קשר חוזי ישיר בין הנמחה (רוכש הזכות האובליגטורית) לבין החייב (בעל המקרקעין), ועל כן הנמחה יכול עתה לתבוע את מימוש הזכות הנמחית ישירות מהחייב ואינו זקוק לתיווכו של הממחה, ומצד אחר, הממחה חדל להיות בעל הזכות, וכך אינו יכול וגם אינו צריך לעסוק במימושה.³¹ כאשר הצדדים לעסקה מבקשים להעביר במהירות את הסיכונים הכרוכים במימוש הזכות מן המעביר לנעבר, ההמחאה מאפשרת להם להגיע לתוצאה זו. לעומת זאת הימנעות מהמחאת הזכות והסתפקות בהתחייבות להעברת המקרקעין בעתיד, לכשיגיעו לידי של בעל הזכות האובליגטורית, תותיר את המעביר לאורך זמן אחראי למימוש הזכות האובליגטורית ותשלול מהנעבר אפשרות לפעול ישירות לאכיפת הזכות הזו כלפי החייב. ודוק, ייתכן כי מועד מימושה של ההתחייבות להמחאת הזכות יהיה כפוף לתנאים להמחאת הזכות שנקבעו בהסכם שיצר את הזכות הנמחית (כגון השלמת ביצוע חיוביו של הממחה כלפי החייב),³² או בהסכם ההמחאה (כגון השלמת תשלומי הנמחה לממחה). עיכוב נוסף במועד מימוש ההמחאה עשוי להתרחש אם המחאת הזכות תכלול את המחאת חבויות הממחה כלפי החייב. אומנם אין הכרח כי הנמחה יסכים לקבל עליו את חבויות הממחה, אך אם כך יוסכם, עשויה המחאת הזכות להיות מותנית בהסכמת החייב המקורי להמחאת החבות או בקיום חיובי הממחה כלפי החייב.³³

29 דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 364.

30 דויטש דיני המחאת חיובים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 28.

31 דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 362–363.

32 ס' 1 לחוק המחאת חיובים.

33 שם, ס' 6.

כל אלה עשויים לעכב את מועד מימוש ההתחייבות להמחות אך אינם משנים את תוכן ההעברה שאל הגשמתה חותרים הצדדים – המחאת הזכות האובליגטורית. יתרון שלישי שמקנה המחאת הזכות האובליגטורית דווקא לנמחה הוא רכישת עדיפות, כנמחה, על פני נושי הממחה. משנשלמת המחאת זכות, הזכות, כמו גם מה שיתקבל על פיה, חדלים לשמש נכס מנכסי הממחה, ועל כן גם נושי הממחה אינם יכולים עוד, לפחות מכאן ואילך, להיפרע מן הזכות הנמחית או מה שיתקבל על פיה. הנמחה אינו חשוף עוד לסכנה כי נושי הממחה יטרפו ממנו את הזכות הנמחית ויבקשו להיפרע ממנה תחתיו. המחאה של הזכות האובליגטורית מעבירה את הבעלות בה לנמחה ומונעת הברחת הזכות בידי הממחה – לאחר.³⁴ כלפי חלק מהנושים קמה לנמחה עדיפות מכוח ההתחייבות להמחות אף בטרם נשלמה המחאה.³⁵ האפשרות של נמחה להתגבר על עסקה נוגדת בזכות היא מהירה ופשוטה יחסית מיכולתו להתגבר על עסקה נוגדת במקרקעין, שכן המחאה אינה טעונה רישום, ודי בהודעה לחייב המקורי.³⁶ לעומת זאת כאשר בעל הזכות האובליגטורית מתחייב להעביר לאחר את המקרקעין שאין לו בלא המחאת הזכות האובליגטורית שיש לו ובלא התחייבות להמחותה, לא יוקנה לנעבר כל יתרון על פני נושי המעביר בנוגע לבעלות בזכות האובליגטורית, שהרי לא ניתנה לו כל זכות בה. יתרה מזאת, זכותו של הנעבר לקבלת המקרקעין תהיה חשופה לסכנה שהמקרקעין לא יגיעו כלל למעביר אם ימחה המעביר לאחר את הזכות האובליגטורית שנותרה ברשותו.³⁷ כמו כן רק נמחה יוכל לרשום לטובתו

34 דויטש דיני המחאת חיובים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 175–179; לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 219; לרנר "המחאת זכות", לעיל ה"ש 28, בעמ' 442.

35 פרשת אהרונוב, לעיל ה"ש 14, בעמ' 235; דויטש דיני המחאת חיובים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 200.

36 ראו שם, בעמ' 192–194; ס' 4 לחוק המחאת חיובים; ס' 12 ו-13 לחוק המיטלטלין; ע"א 328/94 מילר נ' יוסף, פ"ד נ(3) 378, 382 (1996); לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 220.

37 במקרה זה לא יוכל מי שמחזיק בידו זכות לקבלת המקרקעין גופם להתגבר על נמחה הזכות האובליגטורית, שכן יש בידו התחייבות של מי שאין ולא יהיו בידיו המקרקעין, ואין זה יכול להעביר לו את מה שאין לו או שלא יהיה לו (בשל המחאה – אין הוא זכאי עוד לקבל את המקרקעין). ההצדקה לתוצאה זו טמונה בכך שבהימנעות מקבלת התחייבות בדבר הזכות האובליגטורית קיבל עליו מקבל הזכות למקרקעין בלבד את הסיכון שהמקרקעין לא יגיעו לידי המעביר בשל המחאת הזכות האובליגטורית. השוו לסיכון שמסתכן בו המסתמך על נכס בעת שנוצרה נשייתו ואינו משריין לו אותו (פרשת אהרונוב, לעיל ה"ש 14, בעמ' 235). עם זאת המלאכותיות הגלומה בהפרדה שבין התחייבות להמחות לבין התחייבות להעביר מקרקעין (ראו להלן ה"ש 114 וטקסט סמוך לה) עשויה להביא לבחינה של תחרות בין השתיים באמצעות עקרונות כלליים של דיני תחרות. אם אלה ייושמו במקרה זה, יהיה אפשר להצדיק לעיתים העדפת מי שבידו התחייבות בעניין המקרקעין בלבד. למשל, יהיה ניתן לטעון להעדפת רוכש המקרקעין על פני הנמחה אם הנמחה קדם בזמן והיה יכול, בטרם נשלמה המחאה, למנוע את ההתקשרות עם רוכש המקרקעין אך לא עשה כן. בדומה לזה אולי יהיה אפשר להעדיף את רוכש המקרקעין אם הנמחה היה מאוחר יותר בזמן וידע, בטרם התקשר, על התקשרותו הקודמת של הממחה בנוגע למכירת המקרקעין גופם. דומה שבמקרים אלה לא יהיה נכון להיאחז בסיווג העסקאות כעסקאות הנוגעות לנכסים שונים ובשל זה להימנע מלדון בהן כעסקאות נוגדות. מכל מקום, אפשרויות אלה מותרות בידי מי שמוותר על המחאת הזכות סיכונים שהיה יכול למונעם אם היה מקבל התחייבות להמחות הזכות. לדיון מפורט במצבי תחרות שונים שיכולים להיווצר בין מקבל התחייבות בנוגע למקרקעין גופם לבין נמחה הזכות האובליגטורית או בעל התחייבות להמחאתה. ראו דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 364, 391–397.

הערת אזהרה בגין התחייבותו של בעל המקרקעין, אך זו אינה ניתנת לרישום על בסיס התחייבות עתידית של מי שאינו בעל המקרקעין.³⁸

הסיכון שמסתכן בו מי שמקבל מבעל זכות אובליגטורית במקרקעין רק התחייבות להעברת המקרקעין ללא המחאת הזכות האובליגטורית (להלן: נעבר) – הוא עצום. כל עוד לא הגיעו המקרקעין לידי בעל הזכות האובליגטורית, יתקשה הנעבר להבטיח כי המקרקעין אכן יועברו לו ויהיה תלוי כל העת בבעל הזכות האובליגטורית ובנושיו. כך, כאשר יתעוררו קשיים באכיפת הזכות האובליגטורית, ובעל הזכות האובליגטורית לא יוכל או לא ירצה להתמודד איתם, לא יוכל הנעבר לפעול ישירות לאכיפת הזכות כלפי החייב המקורי. כאשר יעביר בעל הזכות האובליגטורית את זכותו לאחרים, לא יוכל עוד הנעבר לקבל את המקרקעין, שכן אלה לא יגיעו לידי המעביר שהמחה את זכותו האובליגטורית לקבלם לאחר. שוב ייוותרו בידיו של הנעבר רק סעדים חוזיים כלפי בעל הזכות האובליגטורית. כאשר נושי בעל הזכות האובליגטורית ירצו להיפרע מזכות זו – לא יהיה לנעבר כל מעמד כנגדם, שהרי לא התחייבו להמחות לו אותה. לנעבר גם לא תוקנה עדיפות על פני נושים אחרים של החייב, בעל המקרקעין, שכן ההתחייבות שבידיו היא התחייבות של מי שאינו בעל המקרקעין ולא של בעל המקרקעין. אם ינסה לרשום הערת אזהרה יודקק לחסדיהם של בעל הזכות האובליגטורית או של החייב המקורי. על כן בדרך כלל לא סביר שמי שמבקש לרכוש מבעל זכות אובליגטורית במקרקעין את המקרקעין שאין לו, יסתפק בהתחייבות להעברת מה שאין למעביר. רוכש המשקיע בעסקה תמורה ממשית, מבקש לקבל את ההחזקה בנכס ולהבטיח את זכויותיו ככל האפשר, יעמוד על כך שיומחו לו כל הזכויות שבידי המעביר. המחאה זו לא תפתור בהכרח את המעביר מחובות חוזיות כלפי הנמחה, אך תקנה לנמחה ביטחון רב יותר ועצמאות רבה יותר. היא תקטין במידה ניכרת את סיכוניו בעמידה על המחאת הזכויות שיש למעביר גלומה גם הבטחת קבלת הזכויות שאין לו. הסתפקות בהתחייבות להעברת המקרקעין שאין למעביר, בלא עמידה על המחאת הזכות האובליגטורית שיש לו, יוצרת סיכון גדול ולא סביר לנעבר.

גם המעביר מסתכן בכך שהוא נמנע מלהמחות לנעבר את הזכויות שיש לו, אך מתחייב ככלל להעביר לנעבר בעתיד את מה שעדיין אין לו. בדרך זו הוא יוצר מערכת יחסים מתמשכת שאינו בהכרח חפץ בה. במשך פרק הזמן הזה עלולות להתרחש תקלות שונות ולהיווצר סיכונים שונים שיסכנו את מימוש התחייבותו. אם למשל ייווצרו קשיים חדשים ולא צפויים באכיפת הזכות כלפי החייב המקורי או בעיות של תחרות עם נושים אחרים של החייב המקורי – ירבוץ נטל הטיפול בהם על המעביר. דויטש סבור בצדק כי אפילו בעסקת המחאה בחירת הממחה שלא לצאת מהתמונה ולקבל עליו אחריות לביצוע החיוב בידי החייב היא בגדר "סיכון בלתי סביר, מבחינת הממחה".³⁹ ההמחה תפטור את הממחה (ואת הנמחה) מהר יחסית מנחת זרועם של נושי הממחה, אשר עשויה לרחף על העסקה למשך פרק זמן ארוך ולא ידוע אם תוכן העסקה נוגע רק לזכות במקרקעין שאינה ברשותו. לא ברור

38 ס' 126 לחוק המקרקעין, כפי שתוקן בס' 1 לחוק המקרקעין (תיקון מס' 16), התשנ"ד-1994, ס"ח 364.

39 דויטש דיני המחאת חיובים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 44.

אפוא מדוע יחפוץ המעביר להמשיך לשאת בסיכון זה כאשר ביכולתו להסיר מעליו את האחריות לכך באמצעות המחאת הזכויות שיש לו.

ההימנעות מהמחאת הזכות מותירה את בעל הזכות האובליגטורית ואת הנעבר במערכת יחסים מתמשכת שבה האחריות והזכות למימוש הזכות האובליגטורית נותרות בידי המעביר. תאורטית ניתן להניח מצבים שבהם עשוי להיות יתרון למצב זה, למשל כאשר למעביר יש מומחיות, בלעדיות או כוחות מיוחדים להשגת הזכות, או כאשר אכיפת הזכות כרוכה בסיכונים יוצאי דופן, כגון שאין זה ודאי כלל שהיא תמומש. גם כאשר יש יחסי אמן מיוחדים בין הנעבר למעביר עשוי הנעבר להעדיף להישאר בקשר ממושך עם המעביר ולא לפעול ישירות כלפי הבעלים, שאותו אינו מכיר ושאין לו עימו יחסי אמן מיוחדים. במקרים כאלה הנעבר יהיה מי שאינו רוצה או אינו יכול להיכנס לנעלי המעביר וליטול ממנו את האחריות למימוש הזכות. לעומת זאת המעביר עשוי לחפוץ בכך אם הנעבר אינו מוכן להתחייב לשלם לו את מלוא התמורה (בשל הסיכון הגבוה הטמון בעסקה). דחיית התשלום או הקטנתו עשויה לגלם, עבור הנעבר, הן את הסיכון הכללי הכרוך בהותרת הזכות והאחריות בידי המעביר והן סיכונים מיוחדים הכרוכים בטיב הזכות. אם מרחפים סימני שאלה גדולים על אפשרות האכיפה של הזכות הנמחית, אפשר שהנעבר יעדיף להותירה בידי המעביר ואף יהיה לכך ביטוי בתמחור העסקה. לעיתים לא ניתן להמחות זכות אובליגטורית לקבל נכס כי הנכס אינו קיים, או שטרם נרכש בידי מי שמתחייב להעבירו,⁴⁰ או שהעברה כזו אינה אפשרית על פי דין.⁴¹ עם זאת אפשר גם שהעסקה תעוצב כך שהמעביר יתחייב כבר במועד חתימתה להעביר את הזכות לנעבר בעתיד, לכשיוקטן הסיכון או כשיתמלאו התנאים לכך.

טעם נוסף לכך שבדרך כלל בעל זכות אובליגטורית במקרקעין ממחה את זכותו לרוכש מקרקעין ולא רק מתחייב למכור את שאין לו טמון בדרכי השעבוד של הסכמי רכישה של הזכות האובליגטורית לבנקים שמממנים את הרכישה עבור מקבלי הזכות. הסיכונים הגלומים ברכישת זכויות במקרקעין בלא המחאת הזכות האובליגטורית היו הופכים משכון של זכויות כאלה למסוכן מדי, וסביר להניח שהבנקים לא היו מסכימים לשעבד סוג כזה של זכות. לעומת זאת המחאת הזכות האובליגטורית לרוכש מאפשרת לבנק למשכן אותה במשכון ולהפרע ממנה במימושו. מימוש משכון בזכות יכול שיהיה באמצעות מימוש הזכות שמושכנה.⁴² אם הזכות האובליגטורית לא הייתה מומחית לרוכש, לא היה הבנק יכול לממשה במידת הצורך באמצעות תביעת הבעלים, החייב המקורי. על כן סביר כי כאשר בעל זכות אובליגטורית מוכר את זכותו לאחר המבקש מימון מבנק, הנחת היסוד של בנקים

40 רע"א 7451/10 יפתח נ' אורן, פס' 28–30 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 27.3.2012) (הסכם מכר מקרקעין שהמוכר טרם התקשר בהסכם לרכישתם); ע"א 107/54 מספרו בע"מ נ' חברה לפיתוח תל-אביב בע"מ, פ"ד י 89, 192 (1956) (התחייבות להשכיר נכס שטרם השתכללה בהשכרתו).

41 ע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ נ' הפציבה שיכון ופיתוח בע"מ, פס' 44–49 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 3.9.2015) (התחייבות להעביר זכויות בנייה עתידיות בנפרד מחלק מסוים במקרקעין).

42 ס' 17 (4) 20 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967; רע"א 8792/00 שטיינמן נ' בנק "משכון", בנק הפועלים למשכנתאות, פ"ד נו(5) 593, 601–602 (2002).

המשכנים את זכויות הרוכשים במקרים כאלה היא שלקוחותיהם, הרוכשים, מחזיקים בזכויות האובליגטוריות שהיו בידי המוכרים, ומשכך הם יכולים למצער לתבוע מימושן של זכויות אלה כלפי החייבים המקוריים.⁴³ אומנם בנקים המשעבדים זכויות של רוכשים אינם מסתפקים תמיד בשעבוד זכותם האובליגטורית ומצטיידים גם בהתחייבות ישירה לרישום משכנתה מטעמו של בעל הנכס, אך זו אינה באה במקום שעבוד הזכויות האובליגטוריות אלא נוסף עליהן.⁴⁴

היתרון של המחאת הזכות האובליגטורית הוא אפוא בהעברת הזכות והאחריות העיקרית למימושה מהממחה לנמחה. היתרון של מצב זה לשני הצדדים בולט במקרים שבהם הזכות הנעברת היא זכות שמידת הוודאות באכיפתה רבה, כאשר אכיפתה אינה מצריכה למומחיות מיוחדת של הממחה, או כאשר הנמחה השקיע ברכישת הזכות הנמחית תמורה ממשית ואף מבקש לקבל את החזקה בנכס מושא הזכות הנמחית. יתרון זה מצטרף ליתרונות הקנייניים שיש בהעברת הזכות האובליגטורית. במקרים אלה נראה ששני הצדדים יעדיפו את חלופת ההמחאה, או למצער ההתחייבות להמחות, על פני החלופה של התחייבות מתמשכת, מסוכנת ובלתי ניתנת למימוש מידי, להעביר רק את הזכות במקרקעין לכשתגיע בעתיד לידי המעביר.

ד. בחינת עסקאות טיפוסיות

לאחר שעמדנו על היתרונות והחסרונות שבכל אחת מחלופות ההעברה שעומדות בפני הצדדים לעסקה שמבצע בעל זכות אובליגטורית במקרקעין, נבחן עתה את יישומם במצבים טיפוסיים שבהם בעל זכות אובליגטורית במקרקעין בישראל מבקש להעביר את זכויותיו בנכס. המסקנה שעולה מניתוח זה היא כי ברוב המקרים משקפת החלופה של המחאת הזכות האובליגטורית את ההיגיון הכלכלי של העסקה.

המקרה הראשון והפשוט ביותר שבו בעל זכות אובליגטורית במקרקעין מבקש להעביר זכויות הוא מקרה שבו המקרקעין הנמכרים כבר רשומים במלואם במרשם המקרקעין על שם המוכר שהתחייב להעביר לו אותם. במקרה זה אין לכאורה מניעה חיצונית להשלמת הרישום, ולכן נשאלת השאלה מדוע בעל הזכות האובליגטורית נמנע מלהשלים את רישומה בטרם הוא מבקש למכור את זכויותיו לאחר. אפשר הטעם לכך לא יעיד על קושי עקרוני באכיפת הזכות, כגון קושי כלכלי לשכור עורך דין שישלים את הרישום או בעיה פעוטה בהשגת אישורים הנדרשים לשם השלמת הרישום. הוא יכול להיות גם טעם מהותי הנובע מקשיים באכיפת החוזה בשל הפרות שלו בידי מי מהצדדים עקב מחלוקות מהותיות בנוגע

43 נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "משכון זכותו החוזית של רוכש מקרקעין" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 133, 185–186 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, התשס"ב); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות 123–125, 206–207 (2005); ע"א 5649/08 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' עו"ד ירון רבינוביץ' מפרק חברת א.ג.י. בניה, פס" 1–2, 9–14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 22.9.2011) (דוגמה למשכון זכות אובליגטורית לקבלת חכירה שניתנה בידי מי שאינו בעל זכות חכירה רשומה).

44 זלצמן וגרוסקופף מישכון זכויות, לעיל ה"ש 43, בעמ' 124, ה"ש 14.

לחבויות מס או בשל תביעות משפטיות לנכס מטעם נושים של מי מהצדדים. הוא גם יכול להעיד על פגם בעסקה הממריץ את בעל הזכות האובליגטורית להיפטר ממנה במהירות.⁴⁵ כאשר קיימים סיכונים מהותיים בנוגע לאכיפת הזכות האובליגטורית ניתן להניח שהנעבר יעדיף שלא לקבל לידיו את הזכויות שיש למעביר ויסתפק בהתחייבות להעביר את מה שאין למעביר. עוצמת הסיכונים הכרוכים באכיפת הזכות האובליגטורית כלפי החייב המקורי תכריע במקרה זה את עוצמת הסיכונים הכרוכים בהימנעות מהמחאת הזכות. במקרה זה סביר גם שהנעבר לא יסכים לשלם תמורה מלאה עבור מקרקעין שטרם הועברו לו רק בגין התחייבות עתידית להעברתם ויעמוד על כך שהמעביר יירשם תחילה כבעל המקרקעין.⁴⁶ עם זאת כאשר אין באכיפת הזכות כלפי החייב המקורי סיכון או קושי מיוחד, אך פרק הזמן שבו העברת הזכויות במקרקעין בידי החייב צפוי להיות ארוך, יש להניח כי שני הצדדים יבקשו לבצע המחאה. ההמחאה מגלמת בתוכה גם התחייבות להעברת המקרקעין. ההמחאה תשים קץ לאפשרות שהנמחה יהיה תלוי בממחה ובנושיו עד שיהיה אפשר להשלים את העברת המקרקעין. בהיעדר המחאה נוטל על עצמו הקונה סיכון מיותר שאין בו כל צורך.

מקרה שכיח שני שבו מבקש בעל זכות אובליגטורית למכור את זכויותיו בטרם נשלמו ברישום הוא כאשר אדם רוכש מקבלן זכויות אובליגטוריות לדירה שטרם נרשמה. רכישה כזו נעשית בשני מצבי משנה טיפוסיים: רכישת זכות אובליגטורית לחכירה מקבלן הבונה במקרקעי ישראל או רכישת זכות אובליגטורית לדירה מקבלן הבונה במקרקעין פרטיים, במסגרת עסקת קומבינציה או עסקת בנייה פרטית. בשני המצבים לא ניתן להשלים את רישום הזכות האובליגטורית בזמן קצר הן משום שהדירה טרם נבנתה, והן אם בנייתה נשלמה, ונמסרה החזקה, בשל קשיים משפטיים ומנהליים המלווים את תהליך הרישום של בית משותף. בשני המצבים יכולים להתקיים אותם שיקולים שזכרו לעיל בנוגע למקרה הראשון, אך מיתוספים כאן שני סיכונים ייחודיים: חוסר הוודאות בנוגע להשלמת הבנייה וחוסר הוודאות בנוגע לאפשרות הרישום. חוסר הוודאות בנוגע להשלמת הבנייה הוא זמני, שכן הוא מסתיים או קטן במידה ניכרת עם השלמת הבנייה של הדירה ומסירת ההחזקה בה לבעל הזכות האובליגטורית. חוסר הוודאות בנוגע לאפשרות הרישום מושפע מנתונים שונים, ובהם מערכת היחסים עם בעל הקרקע, מספר בעלי היחידות שהרישום תלוי בהסכמתם, סכסוכים ביניהם, בנייה לא חוקית ובעיות תכנוניות. כיצד משפיעים אפוא ספקות אלה על נכונותם של בעלי זכות אובליגטורית לדירה, או של מי שמבקשים לרכוש את זכויותיהם, לוותר על המחאת הזכויות ולהסתפק בהתחייבות כללית להעביר את המקרקעין?

בעסקאות לרכישת דירה שבונה חברה קבלנית על מקרקעי ישראל אין רשות מקרקעי ישראל מאפשרת לקבלן להמחות את זכויותיו לרוכשים מייד עם כריתת ההסכמים למכור דירות בבניין שטרם נבנה.⁴⁷ על כן הקבלן אינו מתחייב להמחות לרוכשים זכויות

45 ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פס' ה לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.8.2014).

46 שם, פס' ה, לו-לז.

47 ע"א 4796/95 אלעזרה נ' אלעזרה, פ"ד נא(2) 669, 676 (1997).

אובליגטוריות שיש לו אלא רק לדאוג לכך שעם השלמת הבנייה יחתום להם הבעלים על התחייבות להעביר זכות חכירה במקרקעין. הקבלן אינו יכול להמחות את זכויותיו, שכן בעל המקרקעין שולל את עבירותן. עם סיום הבנייה חותם הקבלן על טופס הפניה לחתימת חוזה חכירה שעומו פונה רוכש החכירה לרשות מקרקעי ישראל לשם מימוש התחייבות הקבלן. הזכות שמקבל החוכר בשלב זה היא בדרך כלל זכות אובליגטורית לקבלת חכירה, וזה יהיה מצב הצבירה שלה עד לרישום הדירה.⁴⁸ כאשר יבקש בעליה של זכות אובליגטורית זו, הרוכש יד ראשונה, למכור את זכותו בטרם נרשמה, הוא יבקש בדרך כלל לצאת מהתמונה, והקונה יבקש להיכנס בנעליו כבעל הזכות האובליגטורית כלפי רשות מקרקעי ישראל.

תוכן הסכמי מכר דירות הנבנות במסגרת עסקת קומבינציה מבוסס בדרך כלל על המחאתה של זכות הקבלן לקבלת הבעלות בדירות – לרוכשים. נפסק, אומנם לא תמיד על תשתית מפורשת של טענת המחאה, כי בין בעל הקרקע לבין הרוכשים מתקיים, מכוח הסכם הקומבינציה שלא היו צד לו, קשר ישיר, ועל כן הרוכשים רשאים לרשום הערת אזהרה,⁴⁹ להחזיק בה גם עם ביטול עסקת הקומבינציה⁵⁰ ולהמחות את הזכויות עם הערת האזהרה לרוכש יד שנייה.⁵¹ רצונם של רוכשי הדירות לקבל את הזכויות שיש לקבלן הוא מאושרות הסכמתם להתקשר בעסקת קומבינציה, ועל כן בדרך כלל הזכויות כלפי בעל המקרקעין מומחות להם מאת הקבלן, ומהם הלאה לנושיהם או לרוכשים מהם.⁵² אכן, אפשר שבתחילה יסתפקו הצדדים רק בהתחייבות להמחות את הזכות, כדי לאפשר לקבלן להשתמש בזכות לשם קיום מחויבותיו,⁵³ ועם זאת ככל שחולף הזמן, לא סביר כי רוכשי הדירות יותירו את הזכות האובליגטורית בידי של הקבלן.

רוכשי זכויות אובליגטוריות בארץ בדרך כלל חשים כבעלי המקרקעין אף כי הלכה למעשה אינם בעליהם אלא רק בעלי זכות אובליגטורית לקבלם. אומנם היעדר רישום שולל מבעל הזכות האובליגטורית יתרונות אחדים, כגון הנאה מתקנת השוק במקרקעין או יכולת טובה יותר לגבור על עסקה נוגדת מאוחרת במקרקעין, אך חסרונות אלה אינם מונעים היווצרות סחר שכיח בזכויות אובליגטוריות ואינם פוגמים בתחושת הבעלות של בעלי הזכות האובליגטורית בנכס מושא הזכות.⁵⁴

ניתן לסכם אפוא כי ברוב המקרים שבהם בעל זכות אובליגטורית מבקש להעביר זכויות לאחר יבקשו שני הצדדים, המעביר והנעבר, להמחות את הזכות האובליגטורית או לפחות להתחייב להמחותה. החריגים לכך מתקיימים בדרך כלל רק בשלבים מוקדמים של עסקאות בנייה שבהם אין ודאות כי העסקה תושלם, לא בוצע תשלום התמורה במלואו, או שיש מניעה להמחאת הזכות הנובעת ממגבלות שהבעלים מטיל.

48 לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 210; ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 44.
49 ע"א 68/76 אטיאס נ' הממונה על המרשם לפי חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, פ"ד (3) 527, 530-529 (1976).
50 ע"א 205/83 חובני נ' דקלה חברה לבנין והשקעות בע"מ, פ"ד מ"א (3) 96, 106-108 (1987).
51 ע"א 886/97 בורשטיין נ' חודאד, פ"ד נב(4) 68, 79 (1998).
52 לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 222-223.
53 דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 138, 366.
54 זנדברג הסדר זכויות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 371-377.

ה. המחאת הזכות או ההתחייבות להעברת המקרקעין – עמדות מלומדי המשפט

למסקנה לעיל שותפים מלומדי משפט שעסקו בסוגיה. דויטש למשל סבור כי במקרה ה"שגור", כדבריו, של מוכר מקרקעין שאינו רשום כבעליהם "מכירת האינטרס מתבצעת באמצעות המחאת הזכויות האובליגטורית הנתונות למוכר".⁵⁵ עוד מוסיף דויטש כי "כאשר תכלית המחאה היא מכר, אין המחאה אחראי לפירעון על ידי החייב והוא 'יוצא מהתמונה' אם העביר לנמחה זכות תקפה ותקינה כלפי החייב".⁵⁶ בהמשך הוא חוזר ומציין כי "בהמחאה שתכליתה מכר, פני הדברים הם פשוטים. המחאה נותרת בעינה, המחאה 'יוצא מן התמונה' ולנמחה נותרת האפשרות לממש את הזכאות כלפי החייב".⁵⁷ כאשר העסקה בזכות היא ללא תמורה, סבור דויטש כי "לנוכח האובדן המידי של יכולת הנסיגה של מבטיח המתנה, ברי כי זה [מודל המחאה] המודל המועדף מבחינתו של מקבל המתנה".⁵⁸ לרנר טוען שלעיתים יעדיף הנעבר להימנע מהמחאת הזכות בשל התוצאות ה"קשות" שלה: היעדר אחריות של המחאה או העלאת טענות הגנה של החייב, הבעלים, שמקורן במערכת היחסים עם המחאה. לצד שיקולים אלה הוא מונה את היתרונות שבאופציית המחאה: חילופי נושים, העברת הבעלות בזכות המרחיקה את נושי המחאה וגם האפשרות לשעבד את הזכות.⁵⁹ מסקנתו היא כי המחאה היא המאפיין המבחין "בין עסקה במקרקעין שעברו הליכי פרצלציה לבין עסקה במקרקעין לארשומים: במקרה הראשון רוכש הקונה מקרקעין ובעסקה השנייה הוא נמחה של זכות".⁶⁰ מניתוח עמדות מלומדים אלה נראה כי גם הם סוברים כי בדרך כלל מה שמוכר בעל הזכות האובליגטורית במקרקעין לקונה הוא מה שיש לו, קרי הזכות האובליגטורית, ולא רק מה שאין לו, קרי הזכות במקרקעין.

ו. הגישה הרווחת בפסיקתו של בית המשפט העליון

בית המשפט העליון נדרש לא אחת לשאלה אם בעל זכות אובליגטורית במקרקעין מתחייב להעביר את מה שיש לו או את מה שאין לו. בדרך כלל סמך את מסקנתו הן על ניתוח "תכליתי" של חילופי הנושים הנגרמים מן המחאה והן על לשון החוזה. קבוצת פסקי דין ישנה יותר הסיקה קיומה של המחאת זכות מטיב זכויותיו האובליגטוריות של המחאה. ברוב המכריע של המקרים הגיעו בתי המשפט למסקנה כי מדובר בהמחאה, או בהתחייבות להמחות, של הזכות האובליגטורית שיש למעביר ולא בהתחייבות להעביר בעתיד זכויות קניין שאין לו. נתאר עתה הנמקות שונות שהובילו את בתי המשפט למסקנה שכוחה זו.

55 דויטש המחאת חיובים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 40.

56 שם, בעמ' 41.

57 שם, בעמ' 42–43.

58 מיגל דויטש "הרוויזיה של דין המתנה בקודקס" משפט ועסקים ד 321, 331 (2006); דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 364–365.

59 לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 221, 224; לרנר "המחאת זכות", לעיל ה"ש 34, בעמ' 434–435, 439–442.

60 שם, בעמ' 435.

הניתוח ה"תכליתי" של האינטרסים של הצדדים שם דגש על בחינת הסיכון הלא סביר שנוטלים הצדדים אם יבחרו להימנע מעסקת המחאה. בפרשת **טקסטיל ריינס** הניח השופט טירקל כי המוכר, בעל זכות אובליגטורית לקבלת מקרקעין, "לא התכוון לשאת בסיכון – שמי שעל שמו רשומה הבעלות בנכס לא יעביר, בבוא היום, את הזכויות בנכס – ולהיות אחראי לכך כלפי הקונה".⁶¹ הוא ביסס הנחה זו על כך שבאותו מקרה לא היה ידוע מתי יירשם הנכס, ו"קשה להניח כי הצדדים להסכם המכר התכוונו לנסח התקשרות חוזית שלא ידוע מתי ניתן יהיה לבצעה", כאשר שולמה מלוא תמורתה ונמסרה החזקה.⁶²

בחינת הסיכון שהצדדים מסתכנים בו עמדה גם במרכז הניתוח התכליתי בפרשת **טפחות**.⁶³ שם התעוררה, ולא בפעם הראשונה, השאלה אם נכס מושא חוזה מתנה הוא זכות אובליגטורית שהייתה לנותן או זכות במקרקעין שטרם הגיעה לידי. ההכרעה בשאלה נדרשה לצורך בירור אפשרות הנותן לחזור בו מהמתנה. אם הנותן התכוון לתת במתנה את הזכות האובליגטורית שיש לו, הרי העברת הזכות הזאת כבר נשלמה, ולא ניתן לחזור ממנה. לעומת זאת אם הנותן התכוון לתת במתנה זכות במקרקעין שטרם הגיעה לידי, הרי כל עוד לא תגיע לידי לא נשלמה המתנה, ולפנינו התחייבות לתת מתנה. מהתחייבות לתת מתנה יכול הנותן, שנקלע לקשיים כספיים, לחזור בו.⁶⁴ השופטת חיות הגיעה למסקנה כי כוונת הנותן הייתה להעביר את מה שיש לו (הזכות האובליגטורית) ולא את מה שאין לו (הזכות במקרקעין).⁶⁵ היא בחנה אם "אין נותן המתנה מעוניין לכבול עצמו בעקבות פעולתו זו בהתחייבויות ארוכות טווח ולשאת בסיכונים עתידיים אפשריים, הכרוכים בזכות שהעביר" או שמא הוא "מעוניין להשהות את מועד ההקניה של 'דבר-המתנה' על-אף הסיכונים הכרוכים בכך על-מנת לשמר בידיו את האפשרות לחזור בו מהתחייבותו".⁶⁶ בהמשך היא ציינה כי סיווג העסקה כהתחייבות עתידית להעברת הקניין בדירה, לכשזה יגיע לידי הנותן, מותיר את נותן המתנה "חשוף לכל הסיכונים הכרוכים באותה התחייבות, על כל ההשלכות הנובעות מיחסיו עם [...] מקבלת המתנה".⁶⁷ חיות הציבה אפוא את השאלה המהותית הנכונה שעומדת ביסוד סיטואציה כזו: האם כוונת הצדדים הייתה לחולל חילופי נושים? והאם התכוונו להחליף גם את משא הסיכונים הכרוכים במימוש הזכות. את ההכרעה בשאלה ביססה חיות על שתי ראיות נסיבתיות: מסירת החזקה בדירה מושא הזכות האובליגטורית למקבלת וכן חתימת הנותן על ייפוי כוח בלתי חוזר לטובת המקבלת שלפיו יתאפשר לה לבצע את כל הפעולות הנדרשות בשמו ובמקומו של הנותן לצורך השלמת העברת הדירה על שמה. מכך הסיקה שאכן הנותן ביקש לצאת מהתמונה, קרי להמחות את זכויותו האובליגטוריות.⁶⁸

61 פרשת **טקסטיל ריינס**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 226.

62 שם, בעמ' 1227.

63 ע"א 6439/99 "טפחות" **בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח**, פ"ד נח(2) 106 (2003).

64 שם, בעמ' 113, 116–117; ס' 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח–1968.

65 פרשת **טפחות**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 118–119.

66 שם, בעמ' 119.

67 שם, בעמ' 120–121.

68 שם, בעמ' 121.

בפרשת **נחשון**⁶⁹ צעדה השופטת ברון באותו נתיב פרשני שבו צעדה השופטת חיות בפרשת טפחות. ברון נזקקה להכריע בשאלה אם כוונתו של נותן מתנה שבידיו זכות אובליגטורית להעניק מתנה בנכס לאלתר, או שמא מדובר במתנה לאחר מיתה, שדינה בטלות.⁷⁰ את מסקנתה כי כוונת הנותן הייתה לתת מתנה לאלתר ביססה בין היתר על הקביעה כי התכוון להעניק את הזכות האובליגטורית, שהרי את הזכות במקרקעין לא ניתן לתת לאלתר.⁷¹ היא ביססה מסקנה זו, בדומה לחיות, גם על הענקת ייפוי כוח בלתי חוזר של הנותן למקבל.⁷²

בפרשת **אלעזר** הגיע בית המשפט למסקנה יוצאת דופן ביחס לרוב המקרים שהגיעו לפתחו, ולפיה בעל זכות אובליגטורית התחייב להעביר דווקא את זכויות החכירה לכשיגיעו לידי ולא את הזכות האובליגטורית לקבלן, שכבר בידיו. מסקנה זו נסמכה על הראיות המיוחדות שהונחו בפני בית המשפט באותו מקרה שהצביעו על איסור המחאת הזכות בגוף ההסכם שיצר את הזכות ועל איסור מטעם החייב על רכישת הזכות בידי הנמחה המסוים.⁷³ כמה פסקי דין ניסו להסיק את המחאת הזכות האובליגטורית גם מנוסחי החוזים שנדונו בפניהם. ההסתמכות על ניואנסים של טקסט היא לעיתים בעייתית. את ההסבר לכך נתנה השופטת חיות בפרשת טפחות. נותן המתנה באותה פרשה הצהיר כי הוא "הבעלים של דירת מגורים", כי הוא מעביר את "הזכויות בדירה" או "זכויות בדירה".⁷⁴ היצמדות ללשון זו יכולה להביא לכאורה למסקנה כי הנותן התחייב לתת את מה שאין לו (הבעלות בדירה, שעליה הצהיר כאילו היא כבר שלו) ולא את מה שיש לו (הזכות לקבלה). השופטת חיות הניחה שלשון זו אינה משקפת במדויק את כוונת הצדדים, שכן "ניסוחו זה של הצהיר המתנה נובע, קרוב לוודאי, מחוסר הבחנה בדקויות המשפטיות הנוגעות לזכויות במקרקעין על-פי חוק המקרקעין".⁷⁵ גם ההיצמדות ללשון החוזה טעונה התאמה למכלול הנסיבות. כאשר היא נעשית בצורה טכנית ודווקנית – היא עלולה להביא לתוצאות שגויות. גם השופטת חיות תמכה את סיווג העסקה בפרשת טפחות כעסקת המחאה בעוגן לשוני. היא גזרה מהדגשת המילים "הנני **נותן בזה את כל זכויותי בדירה לבתי**" כי "לשון ההווה שנוקט הסעיף וכן הטוטליות של ההעברה מצביעים בעיניי על כוונתו של חיים פרח להעניק לבתו באופן סופי מתנה מוגמרת".⁷⁶ בפרשת **נחשון** הסיקה השופטת ברון המחאת זכות

69 ע"א 879/14 **נחשון נ' נחשון**, פס' 16–19 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 5.5.2016) (פרשנות התחייבות לתת מתנה בזכות אובליגטורית כמתנה גמורה בשל ניסוחה הנחרץ); דנ"א 4109/16 **נחשון נ' נחשון**, פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 16.8.2016) (להלן: דנ"א **נחשון**) (דחיית בקשה לדין נוסף בתיק תוך קביעה כי קביעת בית המשפט בערעור נטועות היטב בעובדות ובנתונים המסוימים של המקרה הנדון").

70 ס' 8 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965.
71 פרשת **נחשון**, לעיל ה"ש 69, פס' 17 ו-19 לפסק דינה של השופטת ברון. השופטים עמית (שם, פס' 4) ופוגלמן (שם, פס' 1) היו שותפים למסקנה זו. גם הנשיאה נאור חזרה על מסקנה זו בדחייתה את הבקשה לדין נוסף בפרשה, ראו דנ"א **נחשון**, לעיל ה"ש 69, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

72 פרשת **נחשון**, שם, פס' 17–18 לפסק דינה של השופטת ברון.

73 פרשת **אלעזר**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 676.

74 פרשת **טפחות**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 120, 121 ד.

75 שם, בעמ' 121 ג.

76 פרשת **טפחות**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 121 ד.

מהלשון ה"טוטאלית" של העסקה אשר הצביעה בעיניה על כך שכוונת הנותן הייתה להעניק מייד וסופית מתנה מוגמרת. לשון זו כללה ביטויים כגון "נותן בזה", "מקבל בזאת", "מתנה גמורה", "סופי ומוחלט".⁷⁷ בפרשת פלוני נ' פלוני, פסק דין של בית המשפט המחוזי שגזרה המחאת זכות אובליגטורית במתנה, מהטקסט הזה: "העברתי לאבי... 37.5% מזכויותי בנכס [...] בעבור הזכויות שהנני מעביר אליו". הוסבר כי "לשון העבר מלמדת כי אין מדובר בכוונה לתת מתנה בעתיד אלא במתנה מוגמרת שכבר ניתנה".⁷⁸

בפרשת שכטר הסיקה השופטת נתניהו כי לפניה המחאה של הזכות האובליגטורית מהניסוח הבא "הקבלן [...] מסכים למכור לקונה [...] והקונה מסכים לקנות מהקבלן" וכן "הדירה תעבור על שם הקונה בטבו תוך שנה פחות יום מיום מסירתה לקונה".⁷⁹ לרנר ביקר את מסקנתה הטקסטואלית של נתניהו בפרשת שכטר וסבר כי היעדר אזכור של המונח "זכויות" בטקסט משמיע דווקא כוונה להעביר את הבעלות במקרקעין לכשתגיע לקבלן.⁸⁰ כפי שנראה להלן, השופט ברק בפרשת גנז הסיק מסקנה דומה למסקנתו של לרנר מטקסט דומה שנעדר את המונח "זכות", לאמור "המוכר מתחייב למכור ולהעביר", ו"המוכרים מוכרים בזה לקונה והקונה קונה בזה מהמוכרים את החלקות".⁸¹ לעומת זאת בפרשת טקסטיל ריינס חיזק השופט טירקל את מסקנתו כי מדובר בהמחאת הזכות האובליגטורית באמצעות היתלות בטקסט דומה, שכלל את המילה "זכות", לאמור "ברצון המוכרים למכור ולהעביר כל זכויותיהם בבית לקונים". הוא הוסיף וטען כי כריכת "כל הזכויות יחד, ללא הפרדה" מעידה "שהמונח 'זכות חכירה' שבהסכם המכר מתייחס רק לזכותם החוזית של המוכרים כלפי המינהל, כי תירשם חכירה על שמם".⁸² בדומה לזה, בפרשת גולדמן הסיק השופט ברק המחאת זכות מטקסט שכלל את המונח "זכויות", כדלקמן: "המוכרת מצהירה כי תמורת כל ההתחייבויות של הקונים כפי שיפורטו להלן בהסכם זה היא מוכרת לקונים את כל הזכויות שיש לה ויהיו לה בדירה הנבנית עבורה ע"י הקבלן בהתאם למוסכם בינה ולקבלן" וכן "המוכרת מתחייבת, איפוא, כי כל הזכויות שיש לה לפי סעיף זה מועברות ישירות לקונים".⁸³

קבוצה נוספת, קדומה יותר, של פסקי דין כוללת מקרים שבהם הניח בית המשפט העליון כי עסקה שעושה בעל זכות אובליגטורית בזכות שרכש מקבלן היא עסקת המחאה של הזכות האובליגטורית, משום שאין המעביר יכול להעביר זכות קניינית. כך בפרשת נס⁸⁴ הסביר השופט לנדוי את מסקנתו כי לפניו המחאת זכות בכך ש"ממילא לא יכלה החברה עצמה לתת למשתכנים גולדה יותר מאשר זכות חוזית, אובליגטורית".⁸⁵ בפרשת רתם

77 פרשת נחשון, לעיל ה"ש 69, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ברון.
78 בע"מ 691/16 פלוני נ' פלוני, פס' 5, 7 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 6.6.2018).
79 ע"א 371/89 פורד נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ בפירוק, פ"ד מו(1) 149, 153-154 (1991).
80 לרנר "המחאת זכות", לעיל ה"ש 34, בעמ' 437.
81 פרשת גנז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393.
82 פרשת טקסטיל ריינס, לעיל ה"ש 21, בעמ' 228-ג.
83 ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה(4) 31, 37-38 (1981).
84 ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204 (1981).
85 שם, בעמ' 218.

הסיקה השופטת שטרסברג-כהן מסקנה דומה משום ש"אם זכותו של הנותן היא זכות אובליגטורית בלבד, דהיינו, אם הוא עצמו אינו הבעלים הרשום של המקרקעין אלא הוא בעל הזכות לקבל רישום (בין של בעלות בין של חכירה), הרי בהעבירו זכות זו לאחר מעביר הוא כל מה שיש לו באותם מקרקעין [...]".⁸⁶ כך גם בפרשות נוספות.⁸⁷ בהנמקה זו יש כשל לוגי, שכן גם אם בעל הזכות האובליגטורית אינו יכול להעביר את מה שאין לו, הרי אין מניעה כי יתחייב להעביר את מה שאין לו.⁸⁸ עם זאת אינני בטוח כלל כי המסקנות שהגיעו אליהן בתי המשפט במקרים אלה נבעו רק או בכלל מכך שלא דקו פורתא בהבחנה הדקה שבין היעדר יכולת להעביר לבין יכולת להתחייב להעביר. הם לא שללו את האפשרות שהמעביר יתחייב להעביר רק את המקרקעין עצמם, אך ראו בה היפותזה עיונית בלבד שלא מצאו לה תימוכין בראיות או בהגיון של העסקאות.⁸⁹

שאלת פרשנות הסכמי מכר של בעלי זכות אובליגטורית נדונה אפוא בפני בית המשפט העליון פעמים רבות, והתוצאה הסופית ברוב המקרים הייתה זהה – האופציה שהצדדים בוחרים בה היא של המחאת הזכויות שיש למעביר (שראשיתה בהתחייבות להעביר) ולא רק התחייבות להעביר את המקרקעין שאין לו, בעתיד. קנון זה של פסיקה מתיישב עם ניתוח שיקולי הצדדים שערכתי לעיל וגם עם הנמקות דומות שנזכרו הן בפסיקה והן בכתבי מלומדים. נראה כי בכל אלה יש כדי להוביל למסקנה כי ברוב המקרים של מקרים אכן בעל זכות אובליגטורית ימחה או יתחייב להמחות את מה שיש לו ולא יסתפק בהתחייבות להעביר את מה שאין לו. בעל הזכות האובליגטורית אינו יכול להעביר את מה שאין לו, אבל בדרך כלל גם אינו מסתפק בהתחייבות שביכולתו להעביר בעתיד את מה שאין לו. למעשה ניתן לייסד על בסיס תשתית זו חזקה ראייתית, ניתנת לסתירה, שלפיה הסכמים שעושה בעל זכות אובליגטורית במקרקעין הם הסכמי המחאה של הזכות. בפרשת **חליליה** סיכם השופט עמית ואמר כי "הגישה הנוהגת כיום רואה בעסקה מהסוג שבפנינו, בה זכותו של המוכר מקורה בהסכם מול מנהל המקרקעין, כעסקה להמחאת זכות חוזית".⁹⁰

86 ע"א 1284/92 רתם נ' רתם, פ"ד מט(5) 260, 257 (1996).

87 פרשת **חורי**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1348; ע"א 91/77 **ביקסר נ' עמידר** "החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד לב(1) 73, 78 (1977); ע"א 307/85 **מנהל מס שבח מקרקעין, תל-אביב נ' זמר**, פ"ד טו 243, 245 (1988); פרשת **חשש**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 516; ע"א 641/83 **פרידמן נ' פרידמן**, פ"ד מ(2) 253, 256 (1986); פרשת **פורד**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 154; פרשת **טקסטיל ריינס**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 227-ב-ד.

88 ראו לעיל טקסט לפני ה"ש 27; וכן פרשת **גנו**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1410-1; פרשת **טפחות**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 118.

89 פרשת **חורי**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 1348 (לאחר שהשופט (כתוארו אז) שמגר מניח כי מדובר בעסקת המחאה כי הממחה בעל זכות אובליגטורית גרידא, הוא מציין כי: "אגב, ניתן גם לתאר עסקה דומה, שתוכנה לא יהיה העברת זכות מידי בעליה, אלא התחייבות להעביר את הקניין שברין [...] האבחנה בין שני סוגי ההתקשרויות, תלויה בכוונת הצדדים ובנסיבות המקרה"); פרשת **זמר**, לעיל ה"ש 87, בעמ' 246 (בהתייחס להבחנה האמורה של השופט (כתוארו אז) שמגר, מציינת השופטת נתניהו כי: "בנסיבות המקרה שלפנינו אין מאומה שממנו ניתן להסיק על עסקה מן הסוג השני – על התחייבות של ליאורה להעביר למשיבה את הקניין שברין לאחר שהיא, ליאורה, תקבלו מאת חברת שיכון ופיתוח בע"מ. אין על כך מאומה בראיות").

90 פרשת **חליליה**, לעיל ה"ש 21, פס' 23 לפסק דינו של השופט עמית.

אפשר שכך יש לפרש גם את נטיית בתי המשפט בעבר להסיק מטיב הזכות המוחזקת בידי המעביר את טיב העסקה שביצע.⁹¹

ז. פרשת גנז – עסקה במקרקעין ולא המחאת זכות אובליגטורית?

יוצא דופן בפסקי הדין שסקרנו עד כה, גם בהתייחסותו לשאלת טיבה של עסקת מכר שמבצע בעל זכות אובליגטורית, הוא פסק הדין בפרשת גנז.⁹² הלכת גנז היא אחת ההלכות המרכזיות בדיני הקניין בישראל. היא קבעה כי לשם הכרעה בתחרות בין שתי התחייבויות נוגדות להקניית נכס ניתן לזקוף לחובתו של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן גם התנהגות שלו שגרמה נזק, "תאונה משפטית", לבעל ההתחייבות המאוחרת בזמן ולכן לשלול את עדיפותו של הראשון.⁹³ עם זאת ברשימה זו לא נתמקד בסוגיה המרכזית שבה עסקה פרשת גנז. תחת זאת נתמקד בסוגיה מקדמית שבה נדרשו השופטים להכריע בטרם נזקקו לסוגיה המרכזית שבה עסקה ההלכה והיא מה היה טיב הזכויות המתחרות באותה פרשה: האם מדובר בשתי עסקאות נוגדות במקרקעין, או שמא היה מדובר בשתי המחאות סותרות של זכויות אובליגטוריות לקבלת מקרקעין? בית המשפט נדרש לניתוח טיבן של הזכויות המתחרות כדי לקבוע מה הוא הדין החל על התחרות ביניהן. לא הרי עסקאות נוגדות במקרקעין כהמחאות סותרות של זכות.⁹⁴ הספק באשר לטיבן של הזכויות הנוגדות נבע מכך שהמוכרת באותה פרשה (נוטריון) לא הייתה רשומה כבעלת המקרקעין, ובידה הייתה רק זכות חוזית, אובליגטורית, לקבלתם בעתיד.⁹⁵ במצב זה התעוררה אפוא השאלה מה ביקשה אותה מוכרת למכור בשני החוזים הנוגדים שכרתה: את מה שאין לה (זכות במקרקעין) או את מה שיש לה (הזכות האובליגטורית)?

בית המשפט הקדיש מעט מאוד מקום לדיון בסוגיה זו. קביעותיו בסוגיה זו הן משניות להלכה המרכזית שנפסקה בפרשת גנז. זו היא למעשה תופעת לוואי של תהליך יצירת ההלכה המרכזית של הפרשה, אך אבקש להתמקד דווקא בה. אטען בהקשר זה שתי טענות: הראשונה, המתונה יותר, היא שהתשובה שבית המשפט נתן לשאלת טיב הזכות המועברת הייתה יוצאת דופן הן יחסית לתכליתן של עסקות מעין אלה, הן יחסית לתוצאות פסיקות בית המשפט שסקרנו לעיל, והן בטכניקת הפרשנות של בית המשפט, שהדגישה מאוד בפרשת גנז, כמעט בלעדית, את לשון החוזים וזנחה כמעט לחלוטין את ניתוח תכליתם. הטענה השנייה שאבקש לטעון בהקשר זה היא מרחיקת לכת יותר. אטען שהמניע להכרעה בשאלה המשנית, שאלת פרשנות החוזה, היה הרצון ליצור תשתית עובדתית שתאפשר את פסיקתה של ההלכה המרכזית. על כן לפנינו דוגמה לפרשנות לשונית צרה שבאה לשרת אקטיביזם שיפוטי מובהק. בפרק זה אבקר תחילה את העמדה הפרשנית שהביע בית

91 לרנר המחאת חיובים, לעיל ה"ש 21, בעמ' 212; דויטש קניין ג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 421–422; דויטש "נטל הרישום", לעיל ה"ש 8, בעמ' 186; דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 365.

92 ראו שם, בעמ' 365 ואילך; פרשת גנז, לעיל ה"ש 3; דויטש "נטל הרישום", לעיל ה"ש 8, בעמ' 186.

93 פרשת גנז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 403–404.

94 שם, בעמ' 393–ג, 410.

95 שם, בעמ' 391–392.

המשפט בפרשת גנז בשאלת הפרשנות החוזית שביסוד רשימה זו. לאחר מכן, בפרק הבא, אנסה להסביר כיצד שירתה עמדה זו את מטרתו המרכזית של בית המשפט – חידושה של הלכת גנז. בפרק המסכם אנתח את ייחודה של סוגת הפרשנות המיוחדת שמודגמת בפרשת גנז, שאותה אכנה "שמרנות אקטיביסטית".

את שתי העסקאות הנוגדות בפרשת גנז ביצעה חברה (נוטריקון) שהחזיקה בידה זכות אובליגטורית כלפי בעלת המקרקעין (בריטיש). נוטריקון התקשרה תחילה בעסקה עם גנז ולאחר שבע-עשרה שנה, עם קיבוץ אפק. בית המשפט קבע כממצא עובדתי שקיבוץ אפק מילא את חלקו בעסקה, קיבל את החזקה ועיבד את החלקה במשך עשרות שנים. הוא היה מוכן להניח גם באשר לגנז כי מילא את כל התחייבויותיו על פי ההסכם.⁹⁶ מהמעט שנמסר בפסק הדין על עובדות האירוע עולה כי מערכת היחסים בין בעלת הנכס, החייבת המקורית, לבין בעלת הזכות האובליגטורית ומי שעשו עימה עסקאות, הייתה תקינה. בריטיש הסכימה לרשום הערת אזהרה לטובת קיבוץ אפק ואף התקשרה עימו בעסקאות למכירת חלקות סמוכות.⁹⁷ גנז, שיזם את ההליך, תבע את אכיפת ההסכם כלפי נוטריקון, אך צירף גם את בריטיש, החייבת המקורית, כצד.⁹⁸ תשתית עובדתית זו תומכת במסקנה כי מערכת היחסים החוזית בין נוטריקון הנושה לבין גנז ואפק הייתה מערכת יחסים שבה כיוונו הצדדים להמחאת הזכות האובליגטורית של נוטריקון ולא רק להתחייבות עתידית להעברת המקרקעין.⁹⁹ לא היה במקרה זה קושי מיוחד באכיפת ההסכם כלפי הבעלים שהיה יכול להסביר הותרת הזכויות האובליגטוריות בידי נוטריקון. המקרקעין כבר היו קיימים כיחידת רישום נפרדת, ועל כן לא היה כל תהליך מוקדם שהצורך בהשלמתו היה יכול להסביר הימנעות מהמחאת הזכות. שני הרוכשים התחייבו לשלם תמורה וגם שילמו תמורה. המוכרת התחייבה להעביר את החזקה וגם העבירה אותה לאפק. בנסיבות אלה לא קיים טעם של ממש לכך שהרוכשים יסכימו להסתכן בסיכונים הכרוכים בויתור על חילופי הנושים והעברת הבעלות בזכות. בנסיבות אלה קשה להבין מדוע הסכימו גנז ואפק להיחשף לסכנה שנוטריקון תמחה את זכותה האובליגטורית לאחר או לסכנה שנושי נוטריקון יוכלו לטרוף מידה את הזכות האובליגטורית שיש לה ולהותיר בידי גנז או אפק רק את האפשרות לתבוע במקרה זה את נוטריקון על שהפרה את התחייבותה להעביר רק את המקרקעין שאין לה. קשה להבין גם מדוע הסכימו הרוכשים לוותר על הזכות לתבוע את בריטיש במקרה שנוטריקון, מטעם כלשהו, תסרב לעשות כן. לו היה בית המשפט מנתח את העסקה ניתוח תכליתי והולך בתלם שסללו במקרים דומים הן קודמיו והן אלה שבאו אחריו, סביר להניח כי היה מגיע למסקנה כי לא הסכימו לוותר על המחאת הזכות.

עם זאת המסקנה שהגיע אליה בית המשפט במקרה זה הייתה שונה. השופט ברק קבע כי "בחינתם של שני החוזים שכרתה נוטריקון מלמדת, כי נוטריקון התחייבה למכור את המקרקעין לגנז (בחווה הראשון) ולאפק (בחווה השני), ולא את ההתחייבות של בריטיש

96 שם, בעמ' 1391–ז.

97 שם, בעמ' 1391–א392.

98 שם, בעמ' 1392.

99 דויטש קניין ג, לעיל ה"ש 28, בעמ' 421–422; דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 365–356.

כלפי נוטריקון" [ההדגשה הוספה – ח' ז'].¹⁰⁰ כל השופטים בפרשת גנז קיבלו את מסקנתו של השופט ברק. חלקם עשו זאת ללא כל דיון או הנמקה נוספת.¹⁰¹ מסקנת בית המשפט נתמכה בשלושה נימוקים.

הנימוק הראשון והמרכזי היה לשונם של שני החוזים שכרתה נוטריקון. השופט ברק סבר כי בחוזים נאמר "במפורש" כי אין מדובר בהמחאת הזכות. הטקסט שממנו גזר את מסקנתו זו היה, בחוזה האחד, "המוכר מתחייב למכור ולהעביר" את המקרקעין, ובחוזה השני "המוכרים מוכרים בזה לקונה והקונה קונה בזה מהמוכרים את החלקות".¹⁰² השופטת שטרסברג-כהן הצטרפה לקביעה כי אין מדובר בהסכמי המחאה בצינה כי "היא עולה מסעיפים שונים שבחוזים בין הצדדים".¹⁰³ לא ברור אם נסמכה על הטקסטים שברק מצטט או על טקסטים אחרים, מכל מקום היא אינה תומכת בקביעה זו במובאה נוספת כלשהי מן החוזים. על בסיס הקביעה כי "בחוזה עם גנז, אין כלל אזכור של בריטיש כבעלת המקרקעין" היא מסיקה כי נוטריקון אפילו לא התחייבה "לדאוג לכך שבריטיש תעביר להן את הזכות הקניינית שבידיה".¹⁰⁴ מדקדוקי לשון אלה הוסק כי נוטריקון לא העבירה דבר שיש לה עתה והסתפקה רק בהתחייבות להעביר את מה שאין לה, לכשיהיה לה.

הנימוק השני שעליו סומכים השופטים נוגע לתכלית החוזה. ההתייחסות לתכלית לאקונית מאוד ואינה חושפת בבירור מהן הראיות שעליהן היא סומכת. כך מציין השופט ברק במשפט קצר כי "גם נסיבות כריתת החוזים מובילות לאותה מסקנה עצמה, ולפיה נוטריקון נטלה על עצמה למכור לקונים ממנה את המקרקעין".¹⁰⁵ מה הן אותן נסיבות ומדוע הן שוללות אפשרות של המחאת זכויות – סתם ולא פרש. השופטת שטרסברג-כהן ציינה כי "אין עולה מן החוזים כוונה שנוטריקון תצא מן התמונה באופן שבעל-דין של גנז ואפק תהיה בריטיש ולא נוטריקון".¹⁰⁶ את קביעתה זו לא תמכה בהפניות מפורטות יותר, ולכן לא ברור אם היא נסמכת על הטקסטים שציטט ברק, על סעיפים אחרים בחוזים שלא נזכרו בפסק הדין או על נסיבות או ראיות אחרות שלא נזכרו אף הן. בהמשך היא מציינת כי לטעמה המוכרת והרוכשים הסתכנו במודע בכך שהזכות הקניינית לא תגיע לידי המוכר וייבצר ממנו לקיים התחייבותו,¹⁰⁷ משום שסיכון זה לא היה גדול, ולא הייתה כל מניעה לקיים את ההתחייבות להעביר את הזכות.¹⁰⁸

הנימוק השלישי שהזכירו חלק מהשופטים אינו עוסק בתוכן החוזה אלא בהשלכת רוחב כללית של תפיסתו כחוזה המחאה. נטען כי ראוי להשוות בין מעמדו של מי שמחזיק בידו התחייבות לעשות עסקה מהבעלים לבין מי שמחזיק בידו התחייבות לעשות עסקה מצידו של בעל זכות אובליגטורית בלבד. לטעמה של השופטת שטרסברג-כהן, "אין היגיון" ליצור

100 פרשת גנז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393.

101 שם, בעמ' 1418 (השופטת פרוקצ'יה), 425 (השופט אנגלרד), 427א (השופט, כתוארו אז, ריבלין).

102 שם, בעמ' 393.

103 שם, בעמ' 411.

104 שם, בעמ' 411.

105 שם, בעמ' 393.

106 שם, בעמ' 411.

107 שם, בעמ' 411.

108 שם, בעמ' 411.

שוני ביניהם בשל זהות האינטרסים שלהם.¹⁰⁹ השופט מצא סבר כי "החלתו של חוק המיטלטלין על עסקאות והתחייבויות לעסקאות במקרקעין הינה מלאכותית למדי, ורצוי להימנע ממנה [...]".¹¹⁰

לטעמי, נימוקי השופטים לביסוס המסקנה כי נוטריקון התחייבה להעביר רק את מה שאין לה ולא את מה שיש לה אינם משכנעים דיים. אומנם הנימוק הלשוני נסמך על תיבות לשון שאינן נוקטות את המינוח העברת "זכות" ומדברות על העברת מקרקעין, אך לפחות באחד החוזים העידה הלשון על מיידיות ("בזה"). בפרשות קודמות, כגון פרשת שכטר או גולדמן, הגיע בית המשפט למסקנות הפוכות על פי טקסטים די דומים.¹¹¹ כפי שציינה השופטת חיות לאחר פרשת גנז, בפרשת טפחות, הבדלים דקים בניסוח אינם מעידים בהכרח על כוונת הצדדים אלא על "[...] חוסר הבחנה בדקויות המשפטיות הנוגעות לזכויות במקרקעין על-פי חוק המקרקעין".¹¹² ייתכן שבחוזים הרלוונטיים היו סעיפים נוספים, מפורשים יותר, שתמכו במסקנת בית המשפט, אך אלה לא הוזכרו בידי השופטים. באשר לתכלית, גם כאן נמנעו השופטים מהבאת ראיות ממשיות למסקנה כי הצדדים הסתכנו בסיכונים הכרוכים בכך שלא ביקשו לחולל חילופי נושים. כפי שציינתי בפתח פסקה זו, מן המעט שהוזכר בפסק הדין לא נזכרה כל סיבה שיעשו כן, כגון סיכון מיוחד באכיפת הזכות או לחלופין יחסי אמון מיוחדים בין הצדדים. לא מצאתי תיאור של סיבות כאלה גם בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בפרשה.¹¹³

גם הנימוקים המהותיים אינם משכנעים. שיתוף הפעולה הטוב בין הבעלים לבין הממחה אולי מקטין את הסיכון שבהימנעות מחילופי נושים אבל אינו מסביר מדוע ירצו הנעבר והמעביר להימנע מחילופי הנושים. אין כל טעם מיוחד לשמר את הממחה בתמונה במקרה כזה. טעם כזה קיים, כפי שהסברתי לעיל, דווקא כאשר הסיכון באכיפת הזכות גדול, או כאשר יש בין הצדדים יחסי אמון מיוחדים, נסיבות שלא התקיימו במקרה זה. גם הרצון להשוות את מעמדו של מי שרכש נכס מבעל זכות אובליגטורית למי שרכש אותו מבעל הזכות במקרקעין אינו מצדיק את הפרשנות שבחר בה בית המשפט. אומנם נכון כי בהבחנה בין רוכשי זכות אובליגטורית לרוכשי מקרקעין יש ממד מלאכותי.¹¹⁴ עם זאת יש בה גם תועלת והכרח דווקא בשל הרצון שלא לקפח את הרוכשים מבעל זכות אובליגטורית ולהקנות להם יתרונות קניינים נוחים יותר.¹¹⁵

109 שם, בעמ' 3413ג-ד.

110 שם, בעמ' 7425. ראו גם דברי השופט (כתוארו אז) לוי (שם, בעמ' 1416).

111 ראו לעיל ה"ש 79, 83.

112 ראו לעיל ה"ש 75; ראו גם דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, 16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2006) (להלן: דנ"א מגדלי הירקות) ("ענייננו בחוזה שנכתב על ידי מי שאינם משפטנים וניסוחו קלוקל. בנסיבות אלה המשקל ההוכחתי היחסי של לשון החוזה פוחת ממילא, ומשקל הנגד של הנסיבות החיצוניות לו גובר").

113 ת"א (מחוזי נצ') 314/94 גנץ נ' בריטיש וקולוניאל בע"מ (לא פורסם, 5.3.1997) (להלן: עניין גנץ - מחוזי). אני מודה לעו"ד יוסף ברינט, בא כוחה של אפק, על שהואיל באדיבותו לשלוח לי עותק של פסק הדין.

114 נילי כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה 215, 221 (1983); כן ראו לעיל ה"ש 37.

115 ראו לעיל ה"ש 34-38 וטקסט סמוך להן.

ח. פרשת גנו – דבקות בלשון כאקטיביזם שיפוטי

מהניתוח לעיל עולה כי נימוקיהם של השופטים לשלילת סיווג העסקה כהמחאה סבלו מחולשה מסוימת. חולשה זו הובילה אותי לשער כי לסיווג העסקות כעסקאות במקרקעין ולא כהמחאות זכות היה טעם נוסף. ההסבר החלופי שברצוני להציע להכרעת השופטים הוא שהיא הושפעה מרצונם להעמיד תשתית עובדתית כזו שתתאים לפסיקתה של ההלכה המרכזית בתיק זה, היא הלכת גנו. אכן לא בכל פעם שתוצאת פסק הדין נראית למבקר שגויה מעיד הדבר על טעם נסתר לבחירה בנתיב השגוי, אך לפער האמור בין הגיון הדברים למסקנת בית המשפט מצטרפות שתי ראיות נסיבתיות נוספות.

הראיה הראשונה היא הגישה הפרשנית שנקט השופט ברק במקרה זה, שהדגישה מאוד את הלשון ה"רזה" של החוזה וייחסה חשיבות מעטה מאוד לתכלית ולנסיבות הכריתה. גישה זו, שיש שיכנו אותה גישה "שמרנית" לפירוש חוזים,¹¹⁶ נראית תמוהה על רקע הלאקוניות וחוסר הבהירות של הלשון במקרה זה וגם בשל התרומה הניכרת שהייתה יכולה להיות במקרה זה לניתוח נסיבות הכריתה ותכלית החוזה. היא גם סותרת את הגישה הפרשנית הידועה של השופט ברק לפרשנות החוזה אשר לפיה הלשון היא נקודת מוצא, אך "אסור לו שיהא גם נקודת הסיום".¹¹⁷ לפי גישתו, גם כאשר הלשון ברורה, ועל אחת כמה וכמה כאשר היא דלה וניתנת לפירושים שונים, יש לייחס חשיבות לנסיבות החיצוניות ולתכלית החוזה.¹¹⁸ פסיקותיו המפורסמות בנושא זה זכו לקיתונות של ביקורת ואף הניבו מהלך חקיקה מיוחד שנועד לסכלן.¹¹⁹ והנה בפרשת גנו, כאשר לפניו לשון דלה ותמציתית מאוד, דבק השופט ברק בהעדפת פרשנות לשונית שאינה הכרחית ונמנע מבירור תכליתי מעמיק של האפשרות שהלשון אינה משקפת את התכלית. יתרה מזאת, ברק וגם השופטים האחרים כמעט נמנעו מלהתייחס לפסיקה קודמת שעסקה בסוגיה והגיעה בדרך כלל למסקנות שונות, ונמנעו מלדון בטקסטים דומים שנדונו בה או בראיות טיפוסיות שהצביעו במקרים אחרים על הבחירה באופציה כזו או אחרת (כגון המצאת ייפוי כוח, תשלום תמורה או איסור על המחאת הזכות). מן הפסיקה שעסקה בנושא בחר השופט ברק לאזכר דווקא את פרשת אלעזרבה, שנסיונותיה היו שונות מאלה של גנו (איסור העברה), אך סיווג העסקה בה היה, וזה די חריג, כהתחייבות עתידית להעברת המקרקעין.¹²⁰ השופט שטרסברג-כהן התמקדה בביקורת הכשל הלוגי שלפיו גזרו בתי המשפט בעבר מסקנת המחאה מן הכלל שאין אדם יכול להעביר את מה שאין לו, אך לא בחנה את הלשון ואת התכלית של אותם

116 דויטש "אפרופים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 102.

117 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 300 (1995).

118 שם, בעמ' 296, 299–300. כן ראו ע"א 2553/01 ארגון מגדלי ירקות – אגודה שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 481, 532–533 (2005); דנ"א מגדלי הירקות, לעיל ה"ש 112, בעמ' 22 (הנשיא ברק: "אני מסכים", ממנו עולה הסכמה לפסיקת רוב השופטים שהותירה את עמדתו בערעור ואת הלכת אפרופים – על כן).

119 ס' 25 סיפא לחוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א–2011, ס"ח 202; הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2) (כללי פרשנות חוזה), התש"ע–2010, ה"ח 198; דויטש "אפרופים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 105–108 (התיקון לא הצליח להשיג את מטרותו).

120 פרשת גנו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393. כן ראו ה"ש 73 לעיל וטקסט סמוך לה.

מקרים שבהם שימש כשל לוגי זה בסיס לזיהוי המחאת זכות.¹²¹ עיסוק כה מתון בתכלית היא יוצאת דופן לא רק יחסית לעיסוק בתכלית במקרים אחרים אלא גם יחסית לרמת היצירתיות וההעמקה המשפטית שגילו שופטי ההרכב בסוגיות האחרות שנדונו בפרשת גנז עצמה. ההסבר שאני מציע לתת לתמיהות אלה הוא כי השופט ברק, בתמיכת חבריו, העדיף לגלות גישה פרשנית צרה בסוגיית פרשנות החוזה כי הניבה את התוצאה ההלכתית שבה חפץ בסוגיה העיקרית שלפניו.

כאן מגיעה הראיה הנסיבתית השנייה שתומכת בהסבר שאני מציע והיא התועלת שהפיקו השופטים מאימוץ הפרשנות החוזית שבחרו בה. פרשנות כזו הייתה הכרחית לשם פסיקתה של הלכת גנז. הלכת גנז התמקדה בהתנהגות בעל ההתחייבות המוקדם בזמן. התמקדות בהתנהגותו, ובמיוחד, במקרה זה, בכך שלא רשם הערת אזהרה, עשויה להיות רלוונטית רק אם לפנינו שתי התחייבויות נוגדות במקרקעין. ההשלכה המרכזית של הלכת גנז, שאליה כיוונו השופטים, היא במקרה זה. כאשר סעיף התחרות הרלוונטי הוא ס' 9 לחוק המקרקעין, לא ניתן להעדיף את המתחרה השני שלא השלים עסקה ברישום מבלי לזקוף התנהגות לא ראויה לחובתו של המתחרה הראשון. לעומת זאת סיווג שתי ההתחייבויות כהמחאות סותרות היה מוביל להכרעת התחרות לפי ס' 4 לחוק המחאת חיובים. ההכרעה בתחרות לפי סעיף זה נקבעת על בסיס שאלת ההודעה לחייב המקורי. בפרשת גנז לא הייתה כל מחלוקת כי בעל ההתחייבות המאוחרת בזמן (קיבוץ אפק) היה הראשון להודיע לחייב המקורי.¹²² לתוצאה דומה היה בית המשפט מגיע לו היה מניח כי אין לפניו שתי המחאות זכות סותרות אלא שתי התחייבויות סותרות להמחות את הזכות האובליגטורית.¹²³ אם כך, סיווג החוזים כחוזים המתייחסים להמחאת הזכות היה מוביל לאותה תוצאה שהגיעו אליה השופטים בפרשת גנז, בהתבסס על התנהגותו של המתחרה המאוחר. עם זאת על פי ניתוח זה אין חשיבות להתנהגותו של המתחרה המוקדם ולהימנעותו מרישום הערת אזהרה. הכרעת הסכסוך על בסיס ההנחה שמדובר בשתי המחאות סותרות לא הייתה מניבה אפוא את הלכת גנז.

פסיקתה של הלכת גנז הייתה מוחמצת גם אם בית המשפט היה מגיע למסקנה כי נוטריקון התחייבה להעביר לגנז ולאפק הן את מה שאין לה (המקרקעין) והן את מה שיש לה (הזכות האובליגטורית לקבלם). במקרה זה היה על בית המשפט לקבוע מה הוא דין התחרות שיחול במקרה זה על התחייבות מעורבת כזאת. הנימוקים שהובאו לעיל היו עשויים להוביל את בית המשפט למסקנה כי לאחר חלוף שנים כה רבות שבהם נוטריקון טרם נרשמה, השתכללה הכוונה להמחות את הזכות, וראוי להחיל על העסקה את דיני התחרות הנוגעים לעסקאות נוגדות בזכויות אובליגטוריות. רק מסקנה נחרצת שלפיה העסקה נגעה רק למקרקעין ולא לזכויות האובליגטוריות אפשרה התמקדות בסעיף 9, בהתנהגותו של המתחרה הראשון ובקביעת הלכה שתתייחס בעיקר למקרים שבהם מי שהתחייב בעסקה נוגדת הוא בעל המקרקעין.

121 שם, בעמ' 1410-1411; לעיל ה"ש 87-90 וטקסט סמוך להן.

122 שם, בעמ' 1391-1392 א ("בהסכמת נוטריקון ובריטיש נרשמה הערת אזהרה לטובת אפק").

123 ראו את האסמכתאות הנזכרות לעיל ה"ש 36.

אפשר אפוא שהטעם ללאקוניות, להיצמדות לטקסט ולתמציתיות הניתוח התכליתי היה הרצון להימנע מהמסקנה המתחייבת מכוונתם האמיתית של הצדדים, כפי שניכרה מהתכלית ומהלשון גם יחד – לפנינו שתי התחייבויות סותרות המתייחסות גם להמחאת הזכות האובליגטורית שהיו לנוטריקון, ואולי רק לה. בית המשפט ביקש להימנע ממסקנה זאת, שכן חפץ מאוד בפיתוחה של הלכת גנז. הגישה הפרשנית התכליתית הייתה מסכלת את ההזדמנות שנקרתה לבית המשפט ליצור דין יש מאין ולחוקק בחקיקה שיפוטית את הלכת גנז. בית המשפט המחוזי הניח הזדמנות זו לפתחו של בית המשפט העליון. הוא אומנם סבר כי אין לפניו שתי עסקאות נוגדות במקרקעין, ולכן אין להחיל את ס' 9 על התחרות שלפניו, אך, לחלופין נימק את העדפתה של אפק בהתרחשותו רבת השנים של גנז מלעשות "דבר ממשי [...] כדי לקדם את העסקה, לטפל בה ולהציעידה לקראת רישום".¹²⁴ פירוש החוזים שכרתה נוטריקון כחוזים שיש בהם התחייבות להמחות את הזכות היה עלול לסכל את ההזדמנות לפתח את ההלכה הנוגעת לחובותיו של המתחרה הראשון.

ט. "שמרנות אקטיביסטית" – הערכת הסוגה הפרשנית והשלכותיה

לפנינו מקרה שמדגים כי לעיתים גם הפגנת שמרנות משפטית מובהקת, כגון דבקות נמרצת בלשון החוזה, יכולה להיות מהלך של אקטיביזם שיפוטי – הנחת תשתית עובדתית ליצור הלכה מרחיקת לכת בתחום אחר. אקטיביזם שיפוטי כמובן אינו תופעה יוצאת דופן ככל הנוגע לפסיקתו של השופט ברק.¹²⁵ גם אין זה המקרה היחיד שנטען בעניינו כי ברק "אילץ" עובדות מקרה פלוני כדי לפתח הלכה.¹²⁶ גם הפער שבין רטוריקה פרשנית לבין יישומה לא ייחודי לפרשת גנז. בספרות כבר עמדו על מקרים שבהם השתמש השופט ברק ברטוריקה של פרשנות הנצמדת לכאורה ללשון החוזה, אך מייחסת לה משמעויות רחבות שלא בא זכרן בלשונו.¹²⁷ בפרשנות החוזה שנדון בגנז לא היה פער בין הרטוריקה ליישום. הם תאמו זה את זה להפליא. ההיצמדות ללשון החוזה הייתה גם רטורית וגם יושמה בפועל. הייחוד הוא בכך שהרטוריקה והיישום גם יחד התעלמו הן מהלכות קודמות, לרבות כאלה שנפסקו בידי השופט ברק, והן מהגישה הכללית של ברק לפרשנות חוזים, כדי לשרת יצירה הלכתית שאינה קשורה כלל לשאלת סיווג החוזה ואינה נחוצה כלל להכרעת התיק. כל כולה נועדה לפתח הלכה שצופה פני מקרים שונים בעובדותיהם (התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ולא בזכות האובליגטורית).

124 עניין גנז – מחוזי, לעיל ה"ש 113, בעמ' 6–8.

125 מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" **עיוני משפט** כט 17, 52–53 (2005).

126 איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק** 343, 359–362 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, התשס"ט) (להלן: זמיר "השופט ברק").

127 איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 135 (1996); איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" **משפטים** מג 5, 21–22 (2012) (להלן: זמיר "עוד על פירוש והשלמה").

אפשר להשוות את הטכניקה האמורה למונח "גמביט" ממשחק השחמט שמשמעותו הקרבת כלי משחק בפתחת המשחק כדי להשיג יתרון עמדתי על לוח המשחק. ההיצמדות המלאכותית ללשון הקריבה לכאורה את העמדה ההלכתית של השופט ברק בסוגיית פרשנות החוזה כדי להשיג עתה, ולא במועד אחר בעתיד, יעד הלכתי מרחיק לכת בסוגיה אחרת – חובות המניעה של המתחרה הראשון. הלכת גנז הפכה סירוב רב-שנים של בית המשפט העליון להכיר בחובה של מי שבידיו התחייבות לעשות עסקה, לעשות מעשה, כגון רישום הערת אזהרה, כדי למנוע נזק מצד שלישי שהתקשר מאוחר יותר בעסקה נוגדת בנכס.¹²⁸ ההנמקה העיקרית לסירוב רב-שנים זה הייתה פורמליסטית – היעדר התייחסות מפורשת בחקיקה לחובה לעשות מעשה כזה.¹²⁹ השופט ברק עצמו דבק בגישה זו עד פרשת גנז, אף כי הותיר רמיזות לכך שבעתיד הוא עשוי לשנותה.¹³⁰ רק בפרשת גנז חש השופט ברק כי בשלו התנאים להתגבר על הרתיעה שאפיינה את פסיקותיו הקודמות. לשם כך היה עליו למצוא מקור חוקי להכרה בחובתו של מי שבידיו התחייבות לעשות עסקה למנוע את נזקה של עסקה נוגדת מאוחרת. הוא מצא מקור זה בדמותו של עקרון תום הלב.¹³¹ ברק כמובן לא "גילה" את עקרון תום הלב רק בפרשת גנז. על כן עצם השימוש בעקרון תום הלב בפרשת גנז כבסיס להטלת חובה שלא פורשה בחוק היה מהלך פרשני יצירתי. הוא היה אקטיביסטי מאוד גם משום ששינה הלכה קודמת, גם משום שהוסיף ללשון החוק דרישה שאינה מופיעה בו, וגם משום שהרחיב את מתחם שיקול הדעת השיפוטי במקרי תחרות בין עסקאות נוגדות.¹³² הוא היה כה יצירתי, עד כי חלק מחבריו לא תמכו בו במלואו, אף כי כולם הצטרפו לנכונות להטיל, לפחות בנסיבות יוצאות דופן, חובה כלשהי על בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן.¹³³ המהלך היצירתי העיקרי דחק לקרן זוית את המהלך הפרשני המשני שאפשר את המהלך העיקרי – הדבקות המופרות בלשון החוזה לשם סיווגו כחוזה להעברת הזכות במקרקעין, שלא הייתה למעביר ללא המחאת הזכות שהייתה לו. שני המהלכים כאחד היו הכרחיים לשם פיתוחה של הלכת גנז. את שניהם הוביל השופט ברק, אשר זכה, גם אם לא במלואה, לתמיכת שאר השופטים.

הדבקות הנמרצת של בית המשפט ובמיוחד של השופט ברק בלשון החוזים שנדונו בפרשת גנז מחזקת את טענתו של איל זמיר כי המחלוקת העיקרית בנוגע לשמרנותו או פעלתנותו של בית המשפט בנוגע לפרשנות חוזים אינה סבה בהכרח על טכניקות הפרשנות אלא על מה שעומד אחריהן: תפיסת העולם בדבר היקף התפקיד של השופט ביצירת

128 פרשת גנז, לעיל ה"ש 93.

129 ע"א 839/90 רז חברה לבניין בע"מ נ' אירושטיין, פ"ד מה(5) 746, 739 (1991).

130 פרשת ורטהיימר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 263–267; ע"א 1235/90 הרבסט נ' מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 672, 661 (1992); פרשת גנז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 398–399.

131 שם, בעמ' 400–401.

132 עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ואקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665, 688 (2003) (הגדרת אקטיביזם שיפוטי כהרחבת מתחם שיקול הדעת השיפוטי).

133 פרשת גנז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 416 (השופט טרסברג-כהן), 418 (השופט כתוארו אז) לוי, 426 (השופט כתוארו אז) מצא, 431 (השופט כתוארו אז) ריבלין.

משפט.¹³⁴ אחרי "השמרנות האקטיביסטית" שהתגלתה בנוגע לפרשנות החוזה בפרשת גנז עומדת, בדיוק כמו אחרי סוגות אחרות של אקטיביזם שיפוטי, תפיסה הרואה בתפקידו העיקרי של השופט יוצר הלכה. מי שתומך בתפיסה זו יקבל בהכנעה את השימוש ב"שמרנות האקטיביסטית" כאמצעי המקדש את המטרה. מי שמתנגד לתפיסה זו בעקיבות ושולל את תפקידו של השופט ביצירת משפט – יתנגד לכל טכניקה שמטרתה יצירת משפט, בין שהיא חורגת מהלשון ובין שהיא דבקה בה באופן מלאכותי. פרשת גנז מעוררת ספק בדבר נכונות הסברה שלפיה היצמדות ללשון היא ערובה למיתון יצירתיות שיפוטית. פרשנות החוזים בפרשת גנז מצביעה על כך שלעיתים דווקא ההצמדות ללשון, בפועל ולא רק ברטוריקה, מקדמת יצירתיות שיפוטית.

כמו בשחמט, גם ל"גמביט" של הנשיא ברק בפרשת גנז עלולות להיות השלכות שליליות. אלה מאפיינות לעיתים קרובות יצירתיות שיפוטית נמרצת. הנסיבות המיוחדות של פרשת גנז הקטינו את הסיכון כי יתממשו. ראשית, היאחזות מלאכותית בלשון עלולה לפגוע בצדדים אם אינה משקפת את כוונתם. אין הצדקה לפגוע בצדדים מתדיינים כדי להשיג הלכה מרחיקה בתחומים אחרים.¹³⁵ במקרה זה היה ברור כי לא תתרחש פגיעה כזו, שכן שתי הפרשנויות האפשריות הובילו לתוצאה זהה. שנית, הפער בין הלשון למהות עשוי ליצור חוסר ודאות באשר לדרך שבה יש לנסח חוזים כאלה בעתיד ובאשר לדרך שבה יתפרשו בבתי המשפט בעתיד. בעקבות פרשת גנז אכן היה על בתי המשפט להתמודד עם המסר הלשוני המאולץ שעלה ממנה כאשר נדרשו לפרש את הכוונה המשתמעת מנוסחים דומים של הסכמים שערכו בעלי זכות אובליגטורית במקרקעין. בכמה מקרים הצליח בית המשפט העליון להתגבר על הפרשנות המאולצת של הטקסט בגנז וקבע, אגב היאחזות בתגים וזיזים בלשון, כי ההסכמים שלפניו נועדו להמחות זכות שהייתה לממחה ולא להתחייב להעביר מקרקעין שלא היו לו.¹³⁶ הצורך להיאחז באותם דקדוקי לשון – בקוצו של יוד – נבע גם מגישתו הפרשנית הצרה של בית המשפט בפרשת גנז. שלישיית, היצירתיות השיפוטית המופרזת עלולה להוביל לביקורת על תפקידו של בית המשפט מצד המתנגדים לה ואולי אף לפגוע באמון הציבור בו.¹³⁷ במקרה זה לא עוררה פרשנות החוזה תרעומת, שכן ממילא חסותה במהלך היצירתי העיקרי של פרשת גנז, שהיה לא פחות מרשים בעוצמת היצירתיות שלו. היא גם נחזתה לכאורה להיות "שמרנית".

י. סיכום

רשימה זו דנה בשני עניינים שונים שנכרכו זה בזה בפרשת גנז: ראשית נדונה לעומקה שאלה פרשנית שכיחה בתחום דיני המקרקעין והיא מה הוא הנכס שאדם שבידו זכות

134 זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 127, בעמ' 18; זמיר "השופט ברק", לעיל ה"ש 126, בעמ' 362–361.

135 השוו חיים זנדברג "פרשת קרסיק והתיקון לדיני ההפקעות – אנטומיה של משא ומתן אסטרטגי בין רשויות" **מחקרי משפט** כז 409, 418–420 (2011) (להלן: זנדברג "פרשת קרסיק").

136 ראו את הדיון בפרשות **טפחות**, **נחשון ופלונז**, לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 77–79.

137 זנדברג "פרשת קרסיק", לעיל ה"ש 135, בעמ' 432–433.

אובליגטורית לקבלת מקרקעין מתחייב להעביר: האם הוא מתחייב להעביר את מה שיש לו (קרי את הזכות האובליגטורית לקבל מקרקעין), או שמא רק את מה שאין לו (הזכות במקרקעין)? לאחר הצגת משמעות המונח "זכות אובליגטורית" נבחנו השיקולים השונים שמנחים את הצדדים לעסקה כזו בעיצוב החוזה. הצבענו על כך שבדרך כלל חילופי הנושים הנגרמים מהתחייבות להמחאת הזכות והסיכון הגדול לשני הצדדים הכרוך בויתור עליהם מובילים את הצדדים לבחור בהמחאת הזכות ולא להסתפק רק בהתחייבות להעביר את המקרקעין בעתיד, לכשיגיעו לידי המעביר. ראינו כי למסקנה זו שותפים מלומדי משפט שעסקו בכך, ובראשם שלום לרנר ומיגל דויטש. דויטש עסק בכך גם בספרו החדש על המחאת חיובים, שלכבודו נכתבה רשימה זו. ניתוח פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה זו לדורותיה מגלה כי ברוב המכריע של המקרים הדומים שהגיעו להכרעתו הסיק בית המשפט כי לפניו התחייבות להמחאת הזכות ולא רק התחייבות להעביר את המקרקעין. מסקנה שכיחה זו נסמכה הן על לשון החוזים והן על תכליתם, קרי על ניתוח חלוקת הסיכונים בין הצדדים. ניתוח שיקולי הצדדים כמו גם פסיקת בית המשפט העליון במשך השנים מובילים למסקנה כי ניתן להניח, כחזקה ראייתית ניתנת לסתירה, כי עסקה שעושה בעל זכות אובליגטורית במקרקעין תכלול התחייבות להמחאת הזכות שבידיו. בפרשת גנז הביע בית המשפט העליון עמדה יוצאת דופן בסוגיה זו כאשר פסק כי בעלת הזכות האובליגטורית התחייבה להעביר את מה שאין לה ולא את מה שיש לה. השופט ברק, בתמיכת חבריו, ביסס מסקנה זו על דבקות רבה בלשון בהימנעו מניתוח תכליתי מעמיק.

שנית, עיקר חידושה של הרשימה הוא בהצבעה על סוגה מיוחדת של אקטיביזם שיפוטי שנראה כי הודגמה בפרשת גנז, ומוצע לכוונה "שמרנות אקטיביסטית". סוגה זו מבוססת על דבקות מלאכותית של בית המשפט בלשון בהתעלמות מהתכלית ומנסיונות העסקה לשם יצירתה של הלכה מרחיקת לכת בסוגיה אחרת. המסקנה שהגיע אליה השופט ברק, בתמיכת חבריו להרכב, שלפיה לשון החוזה הצביעה על כוונה להעביר את המקרקעין שאין למעביר ולא את הזכויות האובליגטוריות שיש לו, סללה את הדרך לייצורה של הלכה מרחיקת לכת שנוגעת בעיקר לעסקאות במקרקעין, היא הלכת גנז. כידוע, נקבע בה כי לשם הכרעה בתחרות בין שתי התחייבויות נוגדות להקניית נכס ניתן לזקוף לחובתו של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן גם התנהגות שלו שגרמה נזק, "תאונה משפטית", לבעל ההתחייבות המאוחרת בזמן, ובכך לשלול את עדיפותו של בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן. יצירתה של הלכה זו התאפשרה רק הודות לסיווגן של העסקאות כעסקאות במקרקעין ולא בזכויות האובליגטוריות לקבלן. לשונם ותכליתם של החוזים תמכו בסיווגן כהמחאות, אך סיווג זה, אף כי לא היה מוביל להכרעה שונה בסכסוך, לא היה מאפשר לייצר את הלכת גנז. יצירת ההלכה העיקרית הייתה תמריץ לעמדה יוצאת הדופן בסוגיה המשנית. ניתן להשוות את הטכניקה השיפוטית האמורה למונח "גמביט" ממשחק השחמט, שמשמעותו הקרבת כלי משחק בפתיחת המשחק כדי להשיג יתרון עמדתי על לוח המשחק. ההיצמדות המלאכותית ללשון הקריבה לכאורה את העמדה ההלכתית של השופט ברק בסוגיית פרשנות החוזה כדי להשיג עתה, ולא במועד אחר בעתיד, יעד הלכתי מרחיק לכת יותר בסוגיה אחרת – חובות המניעה של המתחרה הראשון.

ניתן להפיק מן ההדגמה של נקודת פרשנות זו שתי תועלות: ראשית, יש בה כדי להזהיר מפני הסכנות הכרוכות בשימוש בה. היאחזות מלאכותית בלשון עלולה לפגוע בצדדים אם אינה משקפת את כוונתם. היא עלולה ליצור חוסר ודאות באשר לדרך שבה יש לנסח חוזים כאלה בעתיד ובאשר לדרך שבה יתפרשו בבתי המשפט בעתיד. פרשנות לשונית מאולצת של טקסט תחייב בעתיד היאחזות מלאכותית בתגים וזיזים בלשון כדי להיחלץ ממנה. היצירתיות השיפוטית המופרזת עלולה להוביל לביקורת על תפקידו של בית המשפט מצד המתנגדים לה ואולי אף לפגוע באמון הציבור בו. שנית, ההצבעה על האופן שבו דווקא שמרנות פרשנית משרתת משימה אקטיביסטית היא עדות נוספת לכך שלעיתים ההיאחזות במונחים שגורים בשיח הציבורי, כגון "שמרנות" או "אקטיביזם", עלולה להוביל להדבקות תוויות שגויות. בניגוד למה שמקובל לסבור, דבקות בלשון עשויה לעיתים להיות ביטוי לאקטיביזם שיפוטי, ולעומתה, ניתוח תכליתי ישקף דבקות שמרנית ברצון הצדדים. השמרנות האקטיביסטית שנצפתה בפרשת גנז מחזקת את הטענה כי המחלוקת העיקרית בנוגע לשמרנותו או פעלתנותו של בית המשפט בנוגע לפרשנות חוזים אינה סבה בהכרח על טכניקות הפרשנות אלא על מה שעומד אחריהן: תפיסת העולם בדבר היקף התפקיד של השופט ביצירת משפט. אחרי "השמרנות האקטיביסטית" עומדת, בדיוק כמו אחרי סוגות אחרות של אקטיביזם שיפוטי, תפיסה הרואה בתפקידו העיקרי של השופט יוצר הלכה. פרשנות החוזים בפרשת גנז מעוררת ספק בדבר נכונות הסברה שלפיה היצמדות ללשון היא ערובה למיתון יצירתיות שיפוטית.