

הקודיפיקציה האזרחית - סוגיות נבחרות בתחרות זכויות

מאת

דפנה לוינסון-זמיר*

הקודקס האזרחי החדש מכיל פרק העוסק בנושא המרכזי של "תחרות זכויות". הרשימה מתמקדת בשתי הוראות מתוך הסדר זה, המהוות חידוש לעומת הדין הקיים. האחת, משנה את כלל ההכרעה החקוק לגבי עסקאות סותרות במקרקעין וכוללת עיגון מפורש של הסנקציה בגין איירישום הערת אזהרה. ההוראה השנייה מעניקה זכות פדיון לבעלים המקורי של נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק. שני חידושים אלה ייבחנו לאור שתיים ממטרותיו המוצהרות של הקודקס – יעילות והגינות. הרשימה תנסה להראות שהסדר המוצע נחות מן הדין הקיים אותו הוא עתיד להחליף. שתי ההוראות החדשות הן מסובכות ויקרות להפעלה על-ידי בית המשפט ויעילותן מוטלת בספק רב. כך, למשל, ההוראה לגבי עסקאות סותרות במקרקעין עלולה לשלול את עדיפותו של רוכש ראשון בזמן שלא רשם הערת אזהרה אף אם הוא אינו מונע הגזק הזול ביותר, או אף אם אין כל קשר סיבתי בין התנהגותו לנזק שנגרם לרוכש המאוחר. ההוראה לגבי זכות הפדיון עלולה להעביר את הנכס בחזרה לבעליו המקורי אף אם הוא מעריך אותו פחות מן הקונה בתקנת השוק. בד בבד, קיים חשש ממשי שהפיצוי שיעניק בית המשפט לקונה זה יהיה פיצויי-חסר. אמנם, ובמידה חלקית, ניתן לתמוך את שתי ההוראות החדשות בשיקולים של הגינות, אולם הרשימה תראה שאף שיקולים של הגינות אינם מעניקים תמיכה חד-משמעית להסדר המוצע בקודקס.

א. מבוא. ב. עסקאות סותרות במקרקעין. 1. הדין הקיים; 2. האם השינוי המוצע יעיל והוגן? ג. פדיון של נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק על-ידי הבעלים המקורי. ד. סיכום.

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לתנוך דגן, לאיל זמיר, לברק מדינה ולחברי מערכת כתב העת "משפטים" על הערותיהם המועילות.

א. מבוא

"תחרות זכויות" היא אחד הנושאים המרכזיים שהקודיפיקציה של המשפט הפרטי בכלל – והקודיפיקציה של דיני הקניין בפרט – נדרשת להסדיר. תחת כותרת זו מסתופפים הדינים המטפלים במקרים מגוונים של תחרות בין בני אדם ביחס לנכסים. סעיפים 584–588 של "הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות", שהוצע לאחרונה על ידי משרד המשפטים, עוסקים בנושא מורכב זה.¹

הפרק על תחרות זכויות בקודקס עוסק בשתי סוגיות מרכזיות – תקנות שוק וחובים נוגדים ביחס לנכסים – וקובע הסדר קוהרנטי בסוגיות אלה ביחס לכל סוגי הנכסים. הסעיף הפותח את הפרק, סעיף 584, קובע את הכלל הבסיסי והמקובל, שעד כה לא עוגן במפורש בחקיקה הישראלית, ולפיו "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם כן נקבע אחרת בחוק". סעיפים 585 ו-586 מסדירים את החריגים לכלל בסיסי זה – במיטלטלין, במקרקעין, בחיוב (המחאת זכות) ובמכר על ידי רשות. חריגים אלו הם "תקנות השוק", שבהתקיימם יכול אדם להעביר זכויות טובות מאלו שהיו בידיו. סעיף 587 לקודקס מהווה חידוש של ממש, בהעניקו זכות פדיון לבעלים המקורי של נכס שנרכש על פי כל אחת מתקנות השוק. הסעיף החותם את הפרק, סעיף 588, מסדיר את הנושא של עסקאות סותרות וחובים נוגדים ביחס לנכסים מסוגים שונים (מקרקעין, מיטלטלין, זכויות, חיובים על פי דין וחובים הנובעים מיחסי נאמנות).

ברשימה קצרה זו לא נדון בכל פרטי ההסדר המוצע בנושא תחרות זכויות. דיון כזה אף אינו נדרש והסיבה לכך כפולה: בחלק מהמקרים, ההוראות של הקודקס תואמות את הדין הקיים – אם הדין החרות² ואם כפי שפורש בפסיקתם של בתי המשפט;³ במקרים אחרים תיקן הקודקס באופן משני-דצון ליקויים

1 ברשימה זו אסתמך על הנוסח של הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות שהעמיד משרד המשפטים לעיון הציבור באפריל 2004. נוסח זה, מלווה דברי הסבר, פורסם באתר האינטרנט www.civilcode.justice.gov.il. להלן אכנה הצעה זו בשם "הקודקס" או "הקודקס החדש".

2 כך, למשל, סעיף 585(1) לקודקס אינו עורך שינוי מהותי בהסדר הקיים לגבי תקנת השוק במיטלטלין בסעיף 34 לחוק הנכר, תשכ"ח-1968. באופן דומה, סעיף 585(2) לקודקס מאמץ את הסדר תקנת השוק שבסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

3 לדוגמה, סעיף 588(א), הדין בסוגיה של חיובים נוגדים ביחס לנכס, קובע הסדר זהה למקרה שאדם נטל על עצמו שתי התחייבויות סותרות בקשר לנכס ולמקרה שהחיוב הנוגד הראשון בזמן הוא חיוב על פי דין. אמנם ההוראות הקיימות בעניין זה בחקיקה (כגון סעיף 9 לחוק המקרקעין) מתייחסות רק למקרה ששתי ההתחייבויות הסותרות הן וולונטריות, אולם כבר נקבע בפסיקה (ובספרות) שיש להחיל הסדר דומה, בדרך של היקש, גם כשאחד החיובים הנוגדים הוא חיוב על פי דין (כגון חיוב להשיב נכס בעקבות

ברורים שהפסיקה או הספרות כבר התריעו על קיומם.⁴ על כן, נתמקד בשתי הוראות של הקודקס המהוות חידוש לעומת הדין הקיים ומעוררות קשיים. ההוראה הראשונה משנה את כלל ההכרעה החקוק לגבי עסקאות סותרות במקרקעין וכוללת עיגון מפורש של סנקציה בגין אי-ירישום הערת אזהרה;⁵ ההוראה השנייה, שכבר הזכרנו לעיל,⁶ מעניקה לבעלים המקורי זכות לפדות נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק. שני חידושים אלה ייבחנו לאור שתיים ממטרותיו המוצהרות של הקודקס. סעיף 1, הפותח את הקודקס, קובע כי "התכליות המנויות להלן הן מתכליות חוק זה: (א) הבטחת צדק, הגינות וסבירות; (ב) קידום בטחון, ודאות ויעילות במשפט". לשם קיצור נשתמש בביטויים "יעילות"⁷ ו"הגינות",⁸ ונבחן אם

ביטולו של חוזה שהופר). ראו, למשל, ע"א 459/78 חברת בני פישקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ, פ"ד לה (3) 169, 182-179; רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פמ"ג בע"מ, פ"ד נג (1) 481, 498-499, 502; דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב 20.68-20.70 (תשנ"ג).

4 דוגמה לכך היא תיקונו של סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969. הוראה זו עוסקת בתחרות בין שתי המחאות ומסתפקת – לשם העדפתו של הנמחה המאוחר – בכך שהוא הודיע ראשון לחייב על ההמחאה לזכותו. לכאורה, הוראה זו מעניקה עדיפות גם לנמחה חסר תום לב שידע מראש על קיומה של ההמחאה הקודמת בזמן. סעיף 585(3) לקודקס מתקן ליקוי ברור זה ומתנה את עדיפותו של הנמחה המאוחר גם ברכישת הזכות בתמורה ובתום לב.

5 ראו סעיף 588(ב) לקודקס.

6 המעוגנת בסעיף 587 לקודקס.

7 תאוריית היעילות שואפת למקסם את כלל הרווחה או העושר בתברה. על פי תאוריה זו יש להעביר ולנצל משאבים כלכליים בדרך שבה ערכם – הנמדד באמצעות הנכונות המצרפית לשלם עבורם – יוגדל במידה המרבית. כלל משפטי ייחשב יעיל אם רווחיו עולים על הפסדיו, כלומר: אם האנשים הנהנים ממנו היו יכולים לפצות את אלו שייפגעו ממנו ועדיין להותיר הפרש חיובי. עקרון יעילות זה, המכונה גם קלדור-היקס, אינו דורש פיצוי בפועל של הנפגעים. ראו, למשל, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (5th ed. 1998); Allan M. Feldman, *Welfare Economics and Social Choice Theory* (1980) 142-144. כפי שנראה בהמשך, מן המטרה הכללית של מקסום העושר ניתן לגזור שיקולי יעילות מגוונים שיסייעו בידינו להכריע מהו הכלל המשפטי היעיל ביותר. שיקולי היעילות שנדון בהם כוללים את השיקולים הבאים: מזעור עלויות המניעה של הנזק – מראש; מזעור סך כל הנזקים שייגרמו – בדיעבד; מזעור עלויות החלתו של הכלל המשפטי; והתגברות על כשלי שוק שימנעו מנכסים להגיע לידי מי שמעריך אותם במידה הגדולה ביותר. כדוגמה לניתוח המשלב את שלושת השיקולים הראשונים, בהקשר של עצם ההצדקה לקיומן של תקנות שוק, ראו Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Towards a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties, 90 *Mich. L. Rev.* 95 (1991).

8 הגדרת המושג "הגינות" היא קשה ומורכבת יותר מהגדרת המושג "יעילות", משום שלמושג "הגינות" יכולות להיות משמעויות רבות ושונות. רשימה זו לא תתמקד בהגינות

השינויים המוצעים מקדמים את המטרות הללו. ברשימה זו אנסה להראות כי ההסדר המוצע בקודקס נחות מן הדין הקיים שהוא עתיד להחליף. כמו כן, ככל שניתן להעלות נימוקים להצדקת ההסדר שבקודקס, הוא נתמך ביתר קלות בשיקולי הגינות מאשר בשיקולי יעילות.⁹

ב. עסקאות סותרות במקרקעין

כאשר אדם נוטל על עצמו התחייבויות סותרות לביצוע עסקה במקרקעין, יש להכריע איזו מהעסקאות תזכה לעדיפות. אם, לדוגמה, התחייב בעליהם של מקרקעין למכור אותם לקונה א', ולאחר מכן התחייב למכור אותם לקונה ב', ברי כי רק קונה אחד יוכל לזכות בבעלות בנכס: הקונה האחר יאלץ להסתפק בפיצויים בגין הפרת חוזה, ואף יישא בסיכון של חדלות פירעון של המוכר או בסיכון של היעלמותו.

סעיף 7 לחוק המקרקעין קובע כי עסקה במקרקעין טעונה רישום ונגמרת ברישום; עסקה שלא נסתיימה ברישום רואים אותה "כהתחייבות לעשות עסקה". סעיף 9 לחוק המקרקעין פותר את התחרות הנובעת מעסקאות סותרות בדרך הבאה:

התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה

במובן של "צדק חלוקתי". הסיבה לכך היא שלא ניתן לאפיין את הצדדים המעורבים בסוגיות שאבחן כקבוצות יעד רלבנטיות לחלוקה מחדש של העושר בחברה. כך, למשל, בהקשר של עסקאות סותרות, לא ניתן להכליל ולומר שקבוצת בעלי ההתחייבויות הקודמות בזמן ענייה יותר מקבוצת בעלי ההתחייבויות המאוחרות (או להפך). באופן דומה, אין סיבה להניח שקבוצת קוני הנכסים בתנאי תקנת השוק חלשה יותר מקבוצת הבעלים המקוריים של הנכסים הללו (או להפך). על כן, בדברנו על "הגינות" נתכוון בעיקר לעקרונות מקובלים – נורמות התנהגות ואינטואיציות שאינן תוצאתניות. לדוגמה, עקרון ההגינות יכול שיוורנו שלא לנצל את מצוקתו של הזולת כדי להפיק לעצמנו רווחים, שלא לדרוש מזולתנו את מה שאנו עצמנו איננו מקיימים, או להכריע בסכסוכים בהתאם לאשם היחסי של הצדדים לו.

9 לעתים מזוטנות, שיקולי יעילות והגינות אינם עומדים בסתירה זה לזה ומורים באותו הכיוון (ראו, למשל, Mautner, הערה 7 לעיל; Eyal Zamir, "The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation," 97 Colum. L. Rev. 1710, 1768-1802 (1997)). אולם לעתים קיים מתח בין שני סוגי השיקולים ויש להכריע איזה מהם להעדיף. מתח כזה קיים, במידה מסוימת, בשתי הסוגיות שתיבחנה ברשימה.

הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום לב ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב – זכותו עדיפה.¹⁰

על פי לשונו של סעיף 9, הקונה הראשון – שטרם השלים את עסקתו – זוכה בעדיפות בכל המקרים מלבד אחד: אם הקונה השני הספיק להשלים את העסקה ולהירשם במרשם בתמורה ובתום לב.¹¹

סעיף 588(א) לקודקס החדש חוזר על כלל הכרעה זה וקובע אותו ככלל הבסיסי לגבי כל סוגי הנכסים: בין שתי התחייבויות נוגדות שטרם הסתיימו בהעברת הקניין – הקודמת בזמן גוברת. עדיפות תינתן להתחייבות המאוחרת רק אם הושלם תהליך הרכישה בתום לב ובתמורה.¹² אולם, סעיף קטן 588(ב) לקודקס קובע חריג לכלל זה כשמדובר בעסקאות נוגדות במקרקעין:

על אף הוראות סעיף קטן (א), היה הנכס נושא ההתחייבות מקרקעין והזכאי הראשון התרשל באי רישום הערת אזהרה לטובתו בשל ההתחייבות בפנקסי המקרקעין, תהא זכותו של הזכאי השני עדיפה אם רשם הערת אזהרה כאמור בתום לב ובתמורה.

10 סעיף 12 לחוק המיסלסלין, תשל"א-1971 קובע כלל זה לגבי עסקאות סותרות במיסלסלין מוחשיים. הסדר זה יחול גם על עסקאות סותרות בזכויות מכוח סעיף 13 לחוק המיסלסלין.

11 ככלל, השלמת עסקה במקרקעין מותנית ברישומה במרשם המקרקעין, כאמור בסעיף 7 לחוק המקרקעין. אולם, חריגה לכך היא עסקה של שכירות קצרה, הפטורה מרישום לפי סעיפים 79 לחוק המקרקעין ו-152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב] תשל"ב-1972. כאשר מדובר בשכירות הפטורה מרישום, די בקבלת זכות הקניין בתמורה ובתום לב ואין צורך ברישומה של הזכות.

12 סעיף 588(א) חל על חיובים נוגדים במקרקעין, במיסלסלין ובזכויות, וקובע: "התחייב אדם להקנות זכות בנכס, או שהיה חייב בכך על-פי דין, ובטרם הוקנתה הזכות לזכאי (בפרק זה – הזכאי הראשון), התחייב כלפי אדם אחר (בפרק זה – הזכאי השני) לעיסקה נוגדת, זכותו של הזכאי הראשון עדיפה, ואולם אם רכש הזכאי השני את הזכות בעודו תם לב ובתמורה – זכותו עדיפה". ההוראה חלה לא רק על שתי התחייבויות רצוניות – עסקאות – סותרות, אלא גם על מקרה שבו החיוב הראשון נוצר מכוח הדין. כמו כן, סעיף 588(ג) מחיל הסדר זה, בשינויים המחויבים, גם על מקרה שבו החיוב הראשון הוא להימנע מהקניית זכות בנכס וגם על תחרות בין נהנה של נאמנות לבין עסקה מאוחרת המהווה הפרה של תנאי הנאמנות (תוך סטייה מההסדר הקיים בסעיף 14 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979). אולם, לצורך פישוט הדיון ומניעת סרבול של הטקסט אתמקד בעסקאות סותרות, שהן סוג התחרות השכיח ביותר בקטגוריה זו, ובשני קונים המתחרים ביניהם על קבלת בעלות באותם מקרקעין.

בהמשך נדון ב"אופציה" שכוללת הצעת הקודקס, להסתפק במתן תמורה בתום לב (ללא הדרישה שבעל העסקה המאוחרת ירשום הערת אזהרה כתנאי לעדיפותו) ונבחן איזו משתי החלופות עדיפה.¹³ בטרם נעריך את החידוש שבהוראת סעיף 588(ב), נתאר בקצרה את הדין הקיים בנושא רישומן של הערות אזהרה.

1. הדין הקיים

ההסדר הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין (ובסעיף 588(א) לקודקס החדש) חושף קונים מאוחרים לסיכון: ייתכן שבטרם יספיקו להשלים את עסקתם ייוודע להם דבר קיומה של עסקה קודמת וכתוצאה מכך לא יקבלו את הנכס. זאת ועוד: אם לא ניתן לאתר את המוכר או אם המוכר חדל-פירעון, לא יקבלו קונים אלו אפילו פיצויים מלאים בגין הפרת החוזה. סעיף 126 לחוק המקרקעין מציע פתרון חלקי לבעיה זו: הוא קובע שכאשר בעל מקרקעין (או בעל זכות קניין אחרת המנויה באותו סעיף)¹⁴ התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, הזכאי מכוח ההתחייבות יכול לרשום הערה על כך במרשם. רישומה של הערת אזהרה אינו מותנה בשיתוף פעולה מצד המתחייב¹⁵ או בביצוע חלק כלשהו של החיובים החוזיים מצד הזכאי; ההערה ניתנת לרישום מיד לאחר כריתת החוזה. הערת אזהרה מועילה בראש ובראשונה לזכאי מכוח ההתחייבות שבגינה נרשמה ההערה. כך, למשל, כל עוד רשומה הערת האזהרה "לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט".¹⁶ האיסור על רישומה של עסקה סותרת משכיל למנוע את קיומו של רוכש מאוחר שישלים את עסקתו בתמורה ובתום לב.¹⁷ בד בבד, רישום של הערת אזהרה מועיל גם לרוכשים מאוחרים, משום שהוא יכול ליידע אותם מראש על דבר קיומה של עסקה סותרת מוקדמת.

13 ראו להלן, הטקסט ליד הערות 39-41.

14 על פי סעיף 126 ניתן לרשום הערת אזהרה רק על סמך התחייבות של בעל מקרקעין או "בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה".

15 סעיף 126 לחוק המקרקעין קובע במפורש כי הרשם ירשום הערת אזהרה לא רק על פי בקשה של מי שהתחייב אלא גם על פי בקשה של "מי שזכאי לפי ההתחייבות". סעיף קטן (ב) קובע כי "נרשמה הערת אזהרה על-פי בקשת הזכאי בלבד, יודיע הרשם מיד על רישומה למי שהתחייב כאמור".

16 כאמור בסעיף 127(א) לחוק המקרקעין.

17 אולם, רישומה של הערת אזהרה אינו מונע השלמה בתום לב של עסקה שאינה טעונה רישום, כמו שכירות קצרה (לפי סעיף 79 לחוק המקרקעין וסעיף 152 לחוק הגנת הדייר). ראו יהושע ויסמן, "פיוניות בלתי-חוזר כתחליף לבעלות", משפטים יד 572, 578 (תשמ"ה). לדעה שונה ראו אוריאל רייכמן, "הערת אזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט 297, 333-335 (תשמ"ד).

רוכשים מאוחרים יוכלו לבדוק את המרשם בטרם יתקשרו עם המוכר, לגלות שם את הערת האזהרה, ולהימנע מהתקשרות בעסקה הסותרת ומהנזקים שייגרמו להם כתוצאה מכך.

היתרון האחרון של הערת האזהרה מעורר את השאלה הבאה: האם ראוי, לפחות בנסיבות מסוימות, להתנות את עדיפותו של הקונה המוקדם ברישומה של הערת אזהרה לטובתו?

סעיף 588(ב) לקודקס, שצוטט לעיל, משיב על השאלה בחיוב. הסדר זה נדון בוועדת הקודיפיקציה עוד בטרם התחוללה התפתחות דומה – אך כפי שנראה מיד, לא זהה – בפסיקתם של בתי המשפט. כיום קיים רוב ברור בפסיקה לדעה שככלל מוטל על האדם שלזכותו התחייבות לעשיית עסקה הנטל לעשות ככל יכולתו לרישום הערת אזהרה תוך זמן סביר מיום כריתת החוזה. באמצעות נקיטתו של אמצעי פשוט וזול זה, יגן בעל העסקה הראשונה בזמן לא רק על עצמו אלא גם על רוכשים מאוחרים. מתן פומבי לקיומה של העסקה הראשונה יצמצם מאוד את התופעה הבלתי־רצויה של עסקאות סותרות ואת הנזקים הכרוכים בה. אי־רישום של הערת אזהרה על ידי בעל העסקה הראשונה מניח את התשתית להתרחשותה של "תאונה משפטית", וראוי לו שישלול את עדיפותו של הראשון. בתי המשפט הגיעו למסקנה זו גם ללא קיומה של הוראה מפורשת בחוק, בהסתמך על עיקרון תום הלב ודיני ההשתק.¹⁸ בכך סטו בתי המשפט מההלכה שהייתה קיימת בעבר, ולפיה עדיפותו של בעל ההתחייבות הראשונה בזמן אינה מותנית, ככלל, ברישומה של הערת אזהרה; אי־רישומה של הערת אזהרה ישלול את עדיפותו רק במקרים נדירים וקיצוניים.¹⁹

18 ראו ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקלונאל תברה בע"מ ואח, פ"ד נז(2) 385, 404–406, 418, 424. ראוי לציין שבפסק דין גנז עצמו לא היה רוב חד־משמעי לכלל החדש. שלושה מתוך שבעת השופטים שישבו בהרכב (הנשיא ברק והשופטים לוין ואנגלרד) תמכו בו (שם). שלושה שופטים אחרים הסתייגו ממנו (השופטים שטרסברג־כהן, מצא וריבלין (שם), בעמ' 413–414, 416). השופטת השביעית, פרוקצ'יה, לא הכריעה בסוגיה זו ושללה את עדיפותו של הקונה הראשון מנימוקים אחרים (שם, בעמ' 419–424). אולם, אין ספק שהכלל החדש אומץ בפסיקה שניתנה לאחר פסק דין גנז, ולכן נכנה להלן את הכלל הפסיקתי כ"הלכת גנז". לפסיקה התומכת בהלכת גנז ראו ע"א 1217/03 קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ נ' חאזן, פ"ד נח(1) 224; ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769, 797–799; ה"פ (מחוזי, ים) 2247/03 רשף נ' יוסף (לא פורסם, 16.3.2004) (פסקה 11 לפסק דינו של השופט אוקון); ע"א 790/97 בנק המזרחי המאוחד נ' גדי (לא פורסם, 13.12.2004) (פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא ברק).

19 ראו, למשל, ע"א 839/90 רז תברה לבנין בע"מ נ' אירנשטיין, פ"ד מה(5) 739, 745–746; ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ ואח, פ"ד מו(4) 661, 671–673; ויסמן, הערה 17 לעיל, בעמ' 577–578. למרות שהלכת גנז עשויה לשלול את עדיפותו של הקונה הראשון גם אם עבר זמן קצר יחסית מאז כריתת החוזה, הרי שעד כה

2. האם השינוי המוצע יעיל והוגן?

בפתח הדברים ראוי לציין שהקודקס לא הכניס שינויים בתנאים לרישומה של הערת אזהרה ובתוצאותיו של הרישום.²⁰ באופן פורמלי, רישומה של הערת אזהרה הוא עדיין בגדר רשות – כלי מועיל בידיהם של בעלי התחייבויות קודמות בזמן להגן על זכותם בשלב הביניים שעד להשלמת העסקה. אולם, בפועל, משמעותה המעשית של הסלת הסנקציה – אבדן העדיפות, גם כשבעל ההתחייבות המאוחרת טרם הספיק להשלים את עסקתו – היא הפיכת רישומה של הערת אזהרה מרשות לחובה. נשאלת השאלה, האם השינוי החקיקתי שמציע הקודקס לסעיף 9 לחוק המקרקעין – ועולה בקנה אחד עם המגמה הנוהגת כיום בפסיקה – מקדם מטרות של יעילות והגינות.

במחשבה ראשונה התשובה חיובית: בהנחה שרצוי למזער את התרחשותן של עסקאות סותרות,²¹ ראוי להטיל את הסיכון על הצד שיכול למנוע את התאונה

יושמה ההלכה החדשה רק כשדובר באי־רישום של הערת אזהרה במשך תקופה ממושכת. כך, למשל, בפסק דין גנו, הערה 18 לעיל, הניחו השופטים כי הקונה הראשון יכול היה לרשום הערת אזהרה אך לא עשה כן במשך 17 שנה. אמנם הנחה זו היא ככל הנראה מוטעית, משום שהמוכרת – חברת נוסטריקון – לא הייתה בעלת זכות קניין מהסוגים המנויים בסעיף 126 לחוק המקרקעין; אולם, מכל מקום, ההנחה המוסכמת שמחדלו של הקונה הראשון נמשך 17 שנה הביאה לכך שגם השופטים שהתנגדו לכלל החדש והעדיפו את ההלכה הקודמת, השוללת את עדיפותו של הקונה הראשון רק במקרים קיצוניים (כמו השופט שטרסברג־כהן), הצטרפו לתוצאה שהקונה השני זוכה בנכס.

20 השוו את סעיפים 126–127, 132 לחוק המקרקעין לסעיפים 783, 790–788 לקודקס. במסגרת רשימה קצרה זו לא נוכל להתייחס לדוקטרינה הכלכלית של "הפרה יעילה",²¹ הקוראת תיגר על ההנחה שרצוי למנוע ממוכרים להתקשר בעסקאות סותרות. עם זאת נציין, שסוגיה זו שונה מהסוגיה הנדונה ברשימה, משום שדוקטרינת ההפרה היעילה מתמקדת ביעילותה הרבה יותר של העסקה המאוחרת ומניחה שהמוכר יכול לפצות באופן מלא את בעל העסקה המוקדמת. על כן, דוקטרינה זו עשויה לתמוך בהעדפתו של הקונה המאוחר גם אם לא היה תם לב כלל (כגון שידע עוד בטרם התקשר בחוזה על דבר קיומה של העסקה הקודמת), או שכלל לא טרח לבדוק את המרשם עובר לרכישתו. כמו כן, הדוקטרינה של הפרה יעילה כלל אינה רלבנטית כשהמוכר נעלם או פשט את הרגל, שאז בעל העסקה המוקדמת חשוף לסיכון של היעדר פיצוי או לסיכון של תת־פיצוי. לעומת זאת, הסוגיה שעניינה הנטל לרשום הערת אזהרה מתמקדת באשם של הקונה הראשון ובאחריותו (החלקית לפחות) לנזקיו של הקונה השני. דיון זה מניח שאילו היה הקונה השני יודע מראש על קיומה של ההתחייבות הראשונה, לא היה מתקשר בחוזה עם המוכר. לביקורת על דוקטרינת ההפרה היעילה ראו, למשל, Daniel Friedman, "The Efficient Breach Fallacy," 18 J.L. Stud. 1 (1989); Anthony T. Kronman, "Specific Performance," 45 U. Chi. L. Rev. 351 (1978); Allan Schwartz, "The Case for Specific Performance," 89 Yale L. J. 271 (1979); Thomas S. Ulen, "The Efficiency of Specific

המשפטית בעלות הנמוכה ביותר. כאשר ניתן מבחינה משפטית לרשום הערת אזהרה, הקונה הראשון יהיה בדרך כלל מונע הנזק הזול ביותר, שכן ביכולתו לרשום את ההערה באופן חד-צדדי, מיד לאחר כריתת החוזה ותוך תשלום אגרה נמוכה. לעומת זאת, באופן טיפוסי לא יוכל בעל העסקה המאוחרת לגלות את דבר קיומה של העסקה הראשונה באמצעים סבירים.²² בנסיבות אלה ניתן לטעון ששלילת העדיפות מהקונה הראשון אינה רק התוצאה היעילה²³ אלא גם התוצאה ההוגנת.

אולם, במחשבה שנייה, יעילותו של ההסדר הקבוע בסעיף 588(ב) (ובמידה רבה אף הגנותו) אינן חד-משמעיות. אמנה כמה טעמים לכך.

ראשית, כדי להימנע משלילת עדיפותו של הקונה הראשון במקרים שבהם הוא אינו מונע הנזק הזול ביותר, או במצבים שבהם אין זה הוגן לצפות ממנו לרשום הערת אזהרה, סעיף 588(ב) דורש להוכיח כי אותו קונה "התשל" באי-רשום הערת אזהרה לטובתו: לא די בעצם העובדה שלא נרשמה הערת אזהרה אם התנהגותו של הקונה הראשון אינה פגומה באשם. כתוצאה מכך יצטרך בית המשפט לבחון בכל מקרה ומקרה אם התנהגותו של הקונה הראשון בזמן מהווה "התשל" או שמא הייתה סיבה מוצדקת לאי-רשומה של הערת אזהרה. סיבות אפשריות אחדות – שאינן ממצות – הוזכרו בפסק דין גנו עצמו. כך, למשל, יצטרך בית המשפט להחליט אם הקונה הראשון לא רשם הערת אזהרה תוך זמן סביר ממועד כריתת החוזה.²⁴ בהחלט ייתכן שהמוכר התקשר בעסקה סותרת עם קונה מאוחר בטרם עבר פרק הזמן הסביר. עצם העובדה שהקונה השני הקדים את הקונה הראשון ברישום הערת אזהרה לטובתו במרשם, אין פירושה שהראשון התעכב באופן בלתי-סביר. מקרה אחר המחייב התחשבות הוא כשמדובר במקרקעין השייכים לבני זוג שרק אחד מהם רשם כבעל המקרקעין ואילו האחר

Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies," 83 Mich. L. Rev. 341 (1984).

22 ראו, למשל, מנחם מאוטנר, "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז 92, 155–156, 164 (תשמ"ו); מיגל דויטש, "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנו והשלכותיה", הפרקליט מז 181, 188 (תשס"ד); חנוך דגן, קניין על פרשת דרכים פרק 3.4.4 (תשס"ה).

23 למקורות המבססים את הנטל לרשום הערת אזהרה על שיקולי יעילות ראו רייכמן, הערה 17 לעיל, בעמ' 335–339; מנחם מאוטנר, "עסקאות נוגדות ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה", הפרקליט מ 521, 524–529 (תשנ"ג); מאוטנר, הערה 22 לעיל, בעמ' 155–157, 163–167; דויטש, הערה 22 לעיל, בעמ' 188–190; דגן, שם.

24 הנשיא ברק קבע בפסק דין גנו כי "גם אם מן הראוי הוא שבעל העסקה הראשונה ירשום הערת אזהרה, עליו לעשות כן בתוך זמן סביר לאחר כריתתה של העסקה הראשונה. אין לדרוש ממנו לעשות כן כחלק בלתי נפרד של העסקה הראשונה וכתנאי לשכלולה". (פסק דין גנו, הערה 18 לעיל, בעמ' 406).

תובע את חלקו לפי חוקת השיתוף בנכסים בין בני זוג.²⁵ כל עוד היחסים בין בני זוג תקינים אין הם נוהגים לעגן את זכויותיהם במסמכים רשמיים ובמרשמים, משיקולים של "אחדות המשפחה". על כן, אין לבוא בטענות אל בן הזוג הלא רשום שלא מימש את זכותו לרשום הערת אזהרה במרשם – דבר שהיה מעיד על קיומה של התחייבות מצד בן הזוג הרשום להעביר לו את מחצית הזכויות במקרקעין.²⁶

הדרישה לבירור קיומה של "התרשלות" הופכת את הכלל החדש לכלל פחות ודאי וברור, ולכלל יותר מורכב ויקר להפעלה מהכלל שבסעיף 9 לחוק המקרקעין (שחל בעבר ברוב רובם של המקרים).²⁷ לכך יש מחיר מבחינת היעילות.²⁸ תחשיב יעילות נכון חייב להתחשב לא רק בעלויות המניעה של הנזק

25 על פי העמדה המקובלת בפסיקה, חוקת השיתוף מבוססת על הסכמה מכללא של בני הזוג להיות בעלים משותפים של נכסיהם, הסכמה המיוסדת מנסיבות חיי הנישואין. כאשר מדובר בנכס שהעברת הבעלות בו טעונה רישום, כמו מקרקעין, החילו בתי המשפט לא פעם את סעיף 9 לחוק המקרקעין על התחרות בין זכותו של בן-הזוג הלא רשום (הנחשב כבעל התחייבות קודמת בזמן לביצוע עסקה) לזכותו של צד שלישי (שהובטחה לו זכות קניין באותם המקרקעין). ראו, למשל, ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, 24-22; ע"א 29/86 א.ת.ס. נהיגה עצמית בע"מ נ' קרול, פ"ד מד(1) 864, 869-873; יהושע ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף (תשנ"ו) פסקאות 5.37-5.36, 5.44-5.40. יש לציין שקיימת גם גישה שונה בפסיקה, הרואה את זכותו של בן-הזוג הלא רשום כזכות מכוח הדין, פרי חקיקה שיפוטית. לבן-הזוג שטרם נרשם יש זכות קניין משוכללת קודמת בזמן, שאינה טעונה רישום, ולא רק התחייבות להעברת הקניין (ראו, למשל, ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 694; ה"פ (י"מ) 335/94 אילוז נ' אילוז, פ"מ תשנ"ו(ג) 441, 461; ויסמן, שם, פסקה 5.45). על פי גישה זו, דיני העסקאות הסותרות אינם רלבנטיים לניתוח התחרות בין בן-הזוג הלא רשום לצד השלישי.

26 ראו פסק דין גז, הערה 18 לעיל, בעמ' 406.

27 ראו הטקסט ליד הערות 18-19 לעיל; זו הייתה אחת הסיבות לכך שהשופטת

שטרסברג-כהן הסתייגה מהכלל החדש. ראו פסק דין גז, הערה 18 לעיל, בעמ' 414.

28 חריג אפשרי נוסף לכלל השולל את העדיפות מקונה שלא רשם הערת אזהרה (שהושאר בצריך עיון בפסק דין גז) הוא כשבעל העסקה הראשונה התחייב בחוזה כלפי המוכר שלא לרשום הערת אזהרה. התניה כזו נועדה להגן על המוכר. כזכור, הערת אזהרה ניתנת לרישום מיד לאחר כריתת החוזה ובטרם קיים הקונה את חיוביו החוזיים. משנרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא ניתן לרשום עסקאות סותרות. ההערה תימחק בהיעדר הסכמת הזכאי רק על פי צו של בית המשפט או אם הוכח לרשם שעילת ההערה בטלה. גם במקרה האחרון נדרש הרשם לתת לזכאי זמן סביר כדי לפנות לבית המשפט בטרם ימחק את ההערה (ראו סעיף 132 לחוק המקרקעין). בפרקטיקה, מוכרים מנסים להקל ולורז את האפשרות למחוק הערות אזהרה על ידי החתמת הזכאי מראש על ייפוי-כוח שיאפשר את המחיקה בהתקיים תנאים מסוימים (כגון שהחוזה בין הצדדים בוטל בשל הפרת הזכאי). אולם, גם כאשר המוכר מחזיק בייפוי-כוח כזה, הרשמים נוהגים לתת לזכאי אפשרות להגיב ולפנות לבית המשפט כדי למנוע את מחיקתה של הערת האזהרה

אלא גם בעלויות המנהליות הכרוכות בבירור השיפוט ובהשפעות שיהיו לבירור פרטני מסוג כזה על המסחר בשוק המקרקעין.

סיבה שנייה לפקפק ביעילותו (ואף בהגנותו) של הכלל הקבוע בסעיף 588(ב) היא שהוא אינו מסייג את עדיפותו של הקונה השני בזמן במקרים שאין בהם קשר סיבתי (עובדתי או משפטי) בין "התרשלותו" של הקונה הראשון באירישומה של הערת אזהרה לבין הנזק שנגרם לקונה השני. קשר סיבתי נעדר, למשל, כשהקונה השני כלל לא בדק את מרשם המקרקעין עובר לכריתת החוזה שלו. במקרה כזה, אירישומה של הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון לא גרמה לכריתת החוזה המאוחר ולתאונה המשפטית. העובדה שסעיף 588(ב) דורש רישום של הערת אזהרה אף מהקונה השני אינה מבטיחה שאותו קונה אכן בדק את המרשם עובר לכריתת חוזהו; ייתכן שהלה רשם הערת אזהרה רק בשלב מאוחר יותר. אף התנאי הקיים בסעיף – שהקונה המאוחר ירשום את הערת האזהרה שלו "בתום לב" – אינו פותר את הבעיה. תנאי זה רק מונע את התוצאה הקיצונית

(למשל: בטענה שהחוזה כלל לא הופר). כך עולה משיחה שקיימנו עם הממונה על מרשם המקרקעין, עו"ד חוה הלברייך. כתוצאה מכך, רישומה של הערת אזהרה יוצר סיכון למוכרים. הללו לא יוכלו להעביר קניין לקונים אחרים במשך זמן ממושך אף אם החוזה הופר על ידי הקונה הראשון ובוטל כדין (כפי שיתברר בסופו של דבר). המשמעות המעשית היא שהמקרקעין עלולים להיות "מוקפאים" במשך שנים. סיכון זה יצומצם אם המוכר יוכל להתנות בחוזה את רישום הערת האזהרה בקיום חלק או מרבית החיובים החוזיים מצד הקונה. בפסק דין גגו לא הכריע בית המשפט בשאלה אם התניה כזו תקפה; השופט ברק רק ציין שבהנחה שלתניה החוזית יש תוקף – לא נשלול את העדיפות מקונה שלא רשם בנסיבות אלו הערת אזהרה (ראו הערה 18 לעיל, בעמ' 406). אף בפסק דין מוקדם יותר שעסק בחוזה אחיד למכירת דירה (ע"א 449/85 היעץ המשפטי לממשלה נ' גר חברה לבניין בע"מ, פ"ד מג(1) 183, 196–197) קבע בית המשפט שמוכר רשאי להגביל באופן סביר את האפשרות לרשום הערת אזהרה. ייתכן שבית המשפט יכיר באפשרות התניה רחבה יותר כשמדובר בחוזה שאיננו אחיד, בשל העובדה שהפער ביכולת המיקוח של שני הצדדים קטן יותר. תהא אשר תהא תשובתנו לשאלה בדבר יכולת ההתניה, יש בה כדי להשפיע על תחשיב היעילות ולהגדיל את העלויות הכרוכות ברישומה של הערת אזהרה. אם התניות מסוימות על האפשרות לרשום הערת אזהרה יכולות להיחשב סבירות (למשל: אם הן אינן לתקופה ארוכה מדי אלא רק עד שהקונה יקיים חלק ממשו מחויביו), יהא על בית המשפט לברר בכל מקרה ומקרה אם ההתניה שנדונה לפניו תקפה או בטלה. בחינה זו תייקר עוד יותר את העלויות המנהליות הגבוהות ממילא של הבירור השיפוטי. לעומת זאת, אם נאמר שכל התניה על הזכות לרשום הערת אזהרה היא פסולה בשל הנזקים שהיא עלולה לגרום לרוכשים מאוחרים שאינם צד לחוזה שבין המוכר לקונה הראשון, אזי גם מסקנה זו יוצרת עלות נוספת שיש להתחשב בה: העלות שבמניעת "ציאה קלה" למוכרים מחוזים שהופרו, שתחול על כל קבוצת מוכרי המקרקעין (קבוצה שתכלול גם את הרוב הגדול שכלל אינו מעורב בעסקאות סותרות). כפי שהסברנו לעיל, בעיה זו לא תיפתר לחלוטין על ידי כך שהמוכר יצטייד מראש בייפוי-כוח למחיקת ההערה.

והבלתי-סבירה שהשני יועדף, עקב אי-רישום הערת אזהרה על ידי הראשון, גם אם מלכתחילה ידע בפועל על קיומה של העסקה הקודמת.

תקלה זו בסעיף 588(ב) נובעת מן השימוש בביטוי "התרשל" לתיאור התנהגותו של הקונה הראשון. השימוש המקובל בביטוי "התרשלות" הוא לציון אחד ממרכיביה של עוולת הרשלנות. מרכיב זה מתייחס להתנהגותו הלא נאותה של המזיק, הסוטה מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר באותן נסיבות, והוא שונה ונפרד מן המרכיבים האחרים של עוולה זו: קיומה של חובת זהירות, גרימתו של נזק וקיומו של קשר סיבתי בין התרשלותו של המזיק לבין הנזק שנגרם לניזוק.²⁹ אדם ייחשב כמי ש"התרשל" אם לא נקט אמצעי זהירות סבירים – אף אם לא נגרם נזק כתוצאה מכך ואף אם אין קשר סיבתי בין התנהגותו לבין הנזק; אולם אדם ייחשב כמי שביצע עוולה של רשלנות לפי פקודת הנזיקין רק אם כל מרכיבי העוולה מתקיימים. לעומת זאת, סעיף 588(ב) מסתפק לכאורה ב"התרשלות" בלבד מצדו של הקונה הראשון.

באופן דומה ניתן לטעון שכאשר הקונה הראשון כבר החזיק במקרקעין עוד בטרם נכרת החוזה עם הקונה השני, הרי שנתן בהחזקתו ביטוי פומבי מספק לזכותו אף אם "התרשל" באי-רישומה של הערת אזהרה. הקונה המאוחר יכול היה לברר עובדה זו בקלות ובזול על ידי ביקור במקרקעין, ובכך למנוע בכוחות עצמו את נזקו. אף במקרה זה, העדפתו של הקונה השני בזמן, מכוח ההסדר שבסעיף 588(ב), אינה יעילה ואינה הוגנת. יש לציין שהפסיקה החדשה לגבי רישומה של הערת אזהרה סייגה במפורש את עדיפותו של בעל העסקה השנייה במקרה שכלל לא בדק את המרשם ובמקרה שבעל העסקה הראשונה כבר החזיק במקרקעין.³⁰

ייתכן שניתן להגיע לתוצאה הרצויה מבחינת היעילות וההגינות לא רק על ידי שינוי נוסחו של סעיף 588(ב) אלא גם בדרך של פרשנות. ניתן לפרש את הביטוי "התרשל" שבסעיף החדש כמכוון לכך שהקונה הראשון "נהג ברשלנות",

29 ראו, למשל, את דבריו של השופט ברק בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גודדן, פ"ד לט (1) 113, 128: "המבקש לבסס זכותו על אחריות המזיק בגין רשלנות, חייב להראות כי נתקיימו במזיק יסודותיה של עוולת הרשלנות. יסודות אלה הם שלושה: חובת זהירות, התרשלות ונזק. כן יש להצביע על קשר סיבתי "עובדתי" ו"משפטי" בין ההתרשלות לבין הנזק". בעמ' 137 לפסק הדין הגדיר השופט ברק את מרכיבי ההתרשלות כ"סטייה מרמת ההתנהגות של האדם הסביר". ראו גם Israel Gilead, "Israel" in *International Encyclopedia of Law – Tort Law* sec. 32 (2003). לדיון כללי ביסודותיה של עוולת הרשלנות ראו ישראל גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי", עיוני משפט יד 319 (תשמ"ט).

30 ראו פסק דין גנז, הערה 18 לעיל, בעמ' 407; פסק דין גדי, הערה 18 לעיל, פסקה 24 לפסק דינו של השופט ברק וכן פסק דינו של השופט ריבלין.

על פי כל מרכיביה של עוולת הרשלנות. בכך תתווסף לסעיף דרישה לקשר סיבתי בין התרשלותו של הקונה הראשון באירישום הערת אזהרה לבין הנזק שנגרם לקונה השני, ותימנע התוצאה הבלתי־רצויה שהקונה השני יועדף גם אם לא בדק את המרשם או את המקרקעין (שבהם כבר מחזיק הקונה הראשון). דרך פרשנית אחרת היא לגרוס שתום הלב שהסעיף דורש מהקונה השני כתנאי לעדיפותו ייקבע על פי מדד אובייקטיבי ולא על פי מדד סובייקטיבי. על פי קנה־מידה אובייקטיבי, אי־בדיקת המרשם או השטח עובר לכריתת החוזה השני ייחשבו כהתנהגות בחוסר תום לב. ראוי לציין שאין אחידות בפסיקה לגבי השאלה אם החזקה מייחסת ידיעה ושוללת תום לב: בצד פסקי דין שפסקו כך, בבכרם מדד אובייקטיבי, יש אחרים המאמצים מדד סובייקטיבי, שלפיו עצימת עיניים שוללת תום לב אך לא כן רשלנות.³¹

בעיה שלישית של ההסדר המוצע בקודקס היא שהוא עלול להעדיף את הקונה המאוחר אף אם נזקיו (אילולא קיבל את המקרקעין) היו קטנים במידה ניכרת מהנזקים שיסבול הקונה הראשון (כתוצאה מהעדפת השני). הסתמכותו של הקונה השני על היעדרה של הערת אזהרה במרשם ורישום הערה כזו לטובתו אינן כשלעצמן אינדיקציה טובה לקיומו של נזק גדול יותר. כך, למשל, מכיוון שהקונה הראשון כרת את חוזהו במועד מוקדם יותר מהקונה השני, סביר להניח שכבר הספיק להסתמך עליו יותר.³² באופן דומה, ייתכן שקיומה של העסקה הראשונה גודע לקונה השני זמן קצר יחסית לאחר שהתקשר בחוזה ורשם את

31 לתמיכה בכלל שהחזקה עשויה לייחס ידיעה ראו, למשל, פסק דין גדי, שם; ע"א 552/86 קניני ג' נאסר, פ"ד מג(2) 102, 106–105; ת"א (חי') 1100/98 שחר ג' בנק כרמל למשכנתאות והשקעות בע"מ (לא פורסם, 23.5.2004) (פסקאות 26–29 לפסק הדין); יהושע ויסמן, "החזקה", מחקרי משפט טו 5, 23–24 (תשנ"ט). לתמיכה במדד סובייקטיבי לדרישת תום הלב ראו, למשל, ע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ ג' שיבר, פ"ד לט(4) 322, 329–330; ע"א 4609/99 בעלי מקצוע נכסים (1997) בע"מ ג' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 840–841, 852. אמנם, בפסק הדין האחרון נקבע שהמדד לתום הלב הוא סובייקטיבי (כלומר: עצימת עיניים שוללת תום לב אך לא כן רשלנות), אולם בית המשפט לא התייחס לשאלה הספציפית יותר – אם החזקה מייחסת ידיעה. ייתכן שבמקרים רבים המדד הסובייקטיבי הוא המדד הראוי, משום שלרוכש המאוחר אין דרך סבירה לברר את קיומה של זכות שביושר או זכות קניין קודמת בזמן. במקרים אחרים בירור כזה הוא פשוט וזול יחסית, כגון במקרה שבעל הזכות הקודמת בזמן מחזיק במקרקעין. במקרים מעין אלה ראוי לחייב את הבדיקה ולייחס ידיעה לרוכש שלא עשה כן.

32 ניתן לטעון שלעיתים קרובות קיים קשר ישיר בין פרק הזמן שעבר מאז כריתת החוזה למידת ההסתמכות של הקונה על החוזה. על כן, סביר להניח שכאשר שתי העסקאות הסותרות לא הסתיימו ברישום, נזקיו של הקונה בעל החוזה המוקדם יותר (אם הנכס יינתן לקונה השני בזמן) גדולים מנזקיו של הקונה השני (אם הנכס יינתן לקונה הראשון). ראו מאוטנר, הערה 23 לעיל, בעמ' 523–524; איל זמיר, חוק המכר (דירות), תשל"ג–1973, 736–737 (בעריכת איל זמיר, מרדכי א ראבילון, גבריאלה שלון, תשס"ב).

הערת האזהרה לטובתו, עוד בטרם ביצע פעולות הסתמכות משמעותיות.³³ מבחינת שיקולי יעילות והגינות כאחד, אין ספק שיש להתחשב לא רק בשאלה מיהו מונע הנזק הזול ביותר מלכתחילה – אלא גם בשאלה מי מהצדדים ייפגע יותר, בדיעבד, מאי-קבלת המקרקעין.³⁴

דרישתו של סעיף 588(ב) – שהערת האזהרה לטובת הקונה השני תירשם "בתמורה" – אינה פותרת בעיה זו באופן מספק. ככלל, בעל התחייבות לעשיית עסקה יכול לרשום הערת אזהרה מיד לאחר שנכרת החוזה, עוד בטרם קיים כל חיוב מחויביו החוזיים ועוד בטרם מילא המוכר את החיובים המוטלים עליו. אין זה סביר לפרש את סעיף 588(ב) כדורש מן הקונה השני לשלם בפועל את מלוא התמורה כתנאי לעדיפותו על הקונה הראשון. הדעת נותנת שדרישת התמורה תתמלא גם אם חלק מהתמורה ישולם רק בעתיד. דרישה לתמורה מבוצעת בפועל תיצור תמריץ בלתי-יעיל לקונים – למהר ולהסתמך על התווה ולמלא את כל חיוביהם החוזיים עוד בטרם קיבלו את התמורה הנגדית (ובמיוחד בטרם העביר המוכר את הקניין על שמם). התנהגות כזו עלולה להגדיל שלא לצורך את סך כל הנזקים של התאונה המשפטית – אם, למשל, יוחלט בדיעבד שהקונה הראשון כלל לא התרשל ולכן הוא שיזכה בנכס. בד בבד, ככל שבית המשפט יאפשר לקונה השני להמיר הוכחה לתמורה מבוצעת בהוכחות אחרות לנזקי הסתמכות ולשינוי מצב לרעה,³⁵ יגרום הדבר להגדלה של עלויות ההתדיינות ושל חוסר-הוודאות בשוק המקרקעין.

מבחינה זו ניתן לטעון שדווקא הכלל החקוק בסעיף 9 לחוק המקרקעין נותן תמריץ יעיל להשלמה מהירה של עסקאות – וגם מהווה הכללה טובה יותר לגבי

33 בפסק דין גנז העלתה השופטת שטרסברג-כהן את השיקול שעניינו השוואת הנזקים שייגרמו לכל אחד מהקונים (הערה 18 לעיל, בעמ' 415–416). שיקול חשוב זה אינו נכלל ברשימת התריגים שמנה השופט ברק לכלל החדש, שבהתקיימם לא תישלל עדיפותו של בעל עסקה ראשונה שלא רשם הערת אזהרה (ראו שם, בעמ' 406–407).

34 לספרות המיישמת את שני השיקולים הללו ראו נילי כהן, "חוזה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161, 185–189 (תשנ"ג); חנוך דגן, "דיני קניין: דיני בטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש", בתוך ספר השנה של המשפט בישראל (בעריכת אריאל רוזן-צבי, תשנ"ו) 673, 729–731; דגן, הערה 22 לעיל, פרק 3.1.4–4.1.4.

35 על האפשרות להמיר תמורה מבוצעת בפועל בהוכחות אחרות להסתמכות ולשינוי מצב לרעה ראו ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 21–25. באותו מקרה נדונה דרישת התמורה שבסעיף 10 לחוק המקרקעין (לגיתות כללי של פסק דין חוות מקורה ראו דגן, הערה 22 לעיל, פרקים 1.4.1, 3.ה.4 ו-1.4.1). אף לגבי תקנת השוק במיטלטלין לפי סעיף 34 לחוק המכר נטו בתי המשפט להכיר בתמורה עתידית; ראו ה"פ (ת"א) 10756/72 אית.סי. בע"מ נ' אבלגון, פ"מ תשל"ד(2) 450, 454; איל זמיר, חוק המכר, תשכ"ח–1968, (בעריכת גד טדסקי, תשמ"ו) פסקה 685.

זהותו של הצד שיסבול נזקים גדולים יותר אם לא יזכה בנכס. כזכור, סעיף 9 אינו קובע עדיפות מוחלטת לקונה הראשון בזמן: על פי הסיפא לסעיף 9, עדיפותו נשללת אם הקונה השני השלים את עסקתו בתמורה ובתום לב. תוצאה זו יוצרת תמריץ ברור לקונים לרשום את העסקה או לפחות לרשום הערת אזהרה במהירות האפשרית, ובכך לצמצם את הסיכון לקיומן של עסקאות סותרות.³⁶ בד בבד, עדיפותו של הקונה המאוחר מותנית בכך שהשלים את עסקתו בתמורה ובתום לב. הדרישה להשלמת העסקה נותנת אינדיקציה טובה למדי לקיומם של נזקים גדולים יותר, אך בניגוד לכלל המוצע בקודקס אינה מובילה לפער זמנים בלתי-רצוי בין מועד התרחשותם של נזקים אלה למועד מתן התמורה הנגדית על ידי המוכר.³⁷ הדעת נותנת הן שמוכרים לא יעבירו את הקניין לרוכשים שלא קיימו את חוביהם החוזיים (היינו: שילמו את המחיר או את מרביתו), הן שקונים לא יעבירו את מלוא המחיר בטרם יקבלו את הקניין. כמו כן, יש לשער שהקונה הראשון, שעדיין לא קיבל את זכות הקניין, שילם חלק קטן יותר מהמחיר החוזי והסתמך על החוזה פחות משהסתמך עליו הקונה השני.³⁸ על כן, הכלל הקבוע בסעיף 9 מהווה הכללה סבירה יותר מהכלל שבסעיף 588(ב) לגבי זהותו של הצד לתחרות שיסבול בדיעבד נזקים גדולים יותר.

קושי רביעי שסעיף 588(ב) לקודקס מעורר נובע מהדרישה שהקונה השני ירשום הערת אזהרה לטובתו כתנאי לעדיפותו על הקונה הראשון, ושירשום את ההערה בעודו תם לב. התניה כזו נוגדת בבירור את המטרה של קידום היעילות,

36 אמנם, לעתים לא ניתן להשלים את ההעברה הקניינית במהירות: מצב כזה ייתכן כשמדובר בגוש גדול של מקרקעין הרשום אמנם במרשם אך טרם עבר פרצלציה לחלקות. במקרים רבים, מכיוון שיתידת הזכויות במקרקעין (החלקה) אינה מופיעה עדיין במרשם, לא ניתן לרשום את זכות הקניין (כגון הבעלות) על שמו של הקונה (לדיון במצבים אלה ראו יהושע ויסמן, דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג) פסקאות 3.129–3.133). אולם, דווקא במקרים אלה ייתכן שהשאלה שבה אנו עוסקים כלל לא תהיה רלבנטית, וזאת משום שהמוכר המתחייב בעסקאות סותרות יהיה לרוב לא בעל זכות קניין אלא רק בעל זכות חוזית לקבלת הקניין בעתיד. על פי סעיף 126 לחוק המקרקעין, כלל לא ניתן לרשום הערת אזהרה אם המתחייב אינו בעל זכות קניין (מן הרשימה הסגורה המנויה בסעיף). כמו כן, מתחייב שהוא בעל זכות חוזית בלבד יעדיף באופן טיפוסי לבצע המחאה של זכותו החוזית (במקום "להישאר בתמונה" ולהתחייב להעביר את הקניין בעתיד, לאחר שיקבלנו מן החייב). עסקאות סותרות בזכויות חוזיות ניתנות להשלמה במהירות יחסית (לפי סעיף 4 לחוק המחאת חובים או סעיפים 12 ו-13 לחוק המיסלולין), ללא כל צורך ברישום במרשם המקרקעין.

37 ראו מאוסנר, הערה 23 לעיל, בעמ' 524.

38 ראו כהן, הערה 34 לעיל, בעמ' 188. כמו כן, דרישתו של סעיף 9 שהקונה השני ישלים את העסקה בעודו בתום לב, מבטיחה שהלה לא יגדיל במכוון את נזקיו לאחר שייודע לו דבר קיומה של העסקה הראשונה, כדי להטות את התחשיב הכלכלי לטובתו.

שהרי אי-הרישום של הערת אזהרה על ידי הקונה השני לא גרם נזק לאיש ולא תרם כלל להיווצרותה של ה"תאונה המשפטית" עם הקונה הראשון. הקונה הראשון נותר המונע הזול ביותר של התאונה, בין אם רשם הקונה השני הערת אזהרה ובין אם לאו.³⁹ כמו כן, לא ניתן לתמוך את הדרישה שהקונה השני ירשום הערת אזהרה בשיקול של יצירת תמריצים נכונים לטווח רחוק. די בכך שכל אדם (ולכן גם הקונה השני) יודע שאי-הרישום של הערת אזהרה חושף אותו לסיכון של אבדן עדיפותו אם קונה מאוחר (שלישי, רביעי וכו') יפגע ממחדל זה. זאת ועוד: אם אי-הרישום של הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון אכן גרם לתאונה המשפטית ולנזקו של הקונה השני, מדוע שלא נטיל את הסיכון על הקונה הראשון גם במקרה שנודע לקונה השני על העסקה הקודמת לאחר כריתת העסקה המאוחרת – אך בטרם הספיק לרשום הערת אזהרה לטובתו? ברי שמבחינת שיקולי יעילות, האופציה העדיפה מבין השתיים המוזכרות בסעיף 588(ב) היא זו המצוינת בסוגריים המרובעים, המסתפקת בכך שהקונה השני "נתן תמורה בתום לב".⁴⁰

עם זאת, דומה שניתן לתמוך את הדרישה לרישום של הערת אזהרה על ידי הקונה השני בשיקולים של הגינות. אין זה הוגן שאדם (במקרה זה: הקונה המאוחר) יבוא בטרוניה לאחר (ובענייננו: הקונה המוקדם) על כך שנהג בדיוק באותו אופן שבו נהג הוא עצמו. לכן, הקונה המאוחר אינו יכול לטעון שדבק אשם בהתנהגותו של הקונה המוקדם, כשאף הוא עצמו נמנע מרישום של הערת אזהרה.

יש לציין שגם נימוק ההגינות אינו נקי מקשיים: מצד אחד נימוק זה יכול לשכנע רק אם הקונה המאוחר לא רשם הערת אזהרה במשך זמן סביר וללא

39 לביקורת דומה ראו דגן, הערה 22 לעיל, פרק 5.1.4. כמו כן, הפיכתה של הערת האזהרה לגורם המכריע בתחרות בין עסקאות סותרות מפחיתה מהתמריץ לרישום העסקה עצמה. הדבר עלול לפגוע בהגשמת המטרה של שיקוף ברור ואמין של הזכויות במקרקעין במרשם. ביקורת דומה ניתן להעלות גם כנגד ההלכה שנקבעה בפסק דין גנו.

40 בפסק דין גנו אמר השופט ברק, ללא הנמקה, כי "אינני סבור כי הימנעותו של בעל העיסקה השנייה מלרשום הערת אזהרה – היא ורק היא – שוללת ממנו את זכותו לאכיפה כלפי בעל העיסקה הראשונה (להבדיל מבעל עיסקה שלישית, אם התרחשה כזו...)". עם זאת, ראוי לציין שבכל המקרים שבהם העדיף בית המשפט, הלכה למעשה, בעל עסקה שנייה שלא הספיק להשלים את עסקתו בתום לב (בשל אשמו של בעל העסקה הראשונה), היה מדובר בבעל עסקה שנייה שרשם הערת אזהרה לזכותו (אף שבית המשפט לא התנה את עדיפותו ברישום ההערה). ראו, למשל, את פסקי הדין הבאים: רז, הערה 19 לעיל; גנו, הערה 18 לעיל; ת"א (ת"א) 1210/92 שכטר נ' ולסקי, פ"מ תשנ"ג(ג) 518; ה"פ (ת"א) 1157/96 כהן נ' בנק ירושלים למתוח ולמשכנתאות בע"מ (לא פורסם, 25.6.1997).

הצדקה,⁴¹ אך סעיף 588(ב) שולל את עדיפותו של בעל עסקה שנייה שלא רשם הערת אזהרה גם אם חלף פרק זמן קצר בין המועד שבו התקשר בעסקה לבין המועד שבו נודע לו על העסקה הראשונה. מצד שני, יש לשער שבמקרה האחרון נזקי ההסתמכות של הקונה השני יהיו קטנים באופן יחסי, ועובדה זו נותנת סיבה אחרת שלא להעדיפו – לא רק משיקולי יעילות אלא גם משיקולי הגינות.

לסיכום: ההסדר המוצע בסעיף 588(ב) לקודקס נחות מההסדר הקיים כיום בסעיף 9 לחוק המקרקעין. מבין שתי המטרות המוצהרות של הקודקס – הגינות ויעילות – דומה משיקולי הגינות מסבירים את הכלל החדש בצורה משכנעת קצת יותר משעושים זאת שיקולי יעילות. סעיף 588(ב) משקף את העמדה שלפיה ההגינות מחייבת מי שיכול למנוע נזק מאחר בעלות נמוכה יחסית לעשות כן; עם זאת, אדם אינו יכול לבוא בטרוניה לאחר על כך שלא רשם הערת אזהרה אם הוא עצמו נמנע מלעשות כן; נאה דורש נאה מקיים.

אף ששיקולי הגינות הללו מתקבלים על הדעת, לא די בהם כדי להצדיק את ההסדר שבקודקס. אנו סבורים שההסדר המשפטי הראוי צריך להתחשב הן בשיקולי יעילות הן בשיקולי הגינות. אולם, ההסדר המוצע בקודקס מגדיל את חוסר-הוודאות בשוק המקרקעין ואת העלויות של ההתדיינות המשפטית. יתרה מזו: הוא עלול להביא להעדפת רוכשים מאוחרים שלא נפגעו מאי-רישומה של הערת אזהרה ויסבלו נזקים קטנים יותר אם לא יקבלו את הנכס. תוצאה זו אינה מתיישבת עם שיקולי יעילות ואף לא עם שיקולי הגינות, ועל כן עדיף בעינינו ההסדר הקיים, המתחשב בצורה טובה יותר בשני סוגי השיקולים.

ג. פדיון של נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק על ידי הבעלים המקורי

ככלל, אדם אינו יכול להעביר לאחר זכות טובה מזו שהייתה לו עצמו בנכס שהעביר: *nemo dat quod non habet*. תקנות השוק מהוות חריג לכך. כאשר מתקיימים תנאיה של תקנת השוק פוקעת זכות הקניין שהייתה לבעלים המקורי של הנכס, והקונה רוכש בו בעלות נקייה אף אם המוכר לא היה בעליו של הנכס או לא היה זכאי למוכרו.⁴²

41 לדיון בהצדקות שונות לאי-רישומה של הערת אזהרה ראו הטקסט ליד הערות 24–26 לעיל.

42 ראו סעיף 10 לחוק המקרקעין, סעיף 34 לחוק המכר וסעיף 4 לחוק המחאת חיובים. הקודקס מאגד את תקנות השוק הללו בסעיף 585 (על השינויים שערך הקודקס בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים ראו הערה 4 לעיל). סעיף 586 לקודקס מתייחס לתקנת השוק במכר

סעיף 587 לקודקס הוא חידוש של ממש לדין הקיים. הוראה זו מעניקה לראשונה זכות פדיון לבעלים המקורי של נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק, ומאפשרת לו לכפות מכירה על הרוכש תם הלב.⁴³ הסעיף קובע כי אם נרכשה זכות בנכס בתנאי תקנת השוק –

[...] רשאי הבעלים הקודם של הזכות, בתוך שנה ממועד הרכישה, לפדות אותה מן הרוכש או ממי שרכש אותה מן הרוכש בלא תמורה, בתשלום שוויה בעת הפדיון, אלא אם כן חל בנכס בתקופה האמורה שינוי של ממש; הפודה זכות בנכס לפי סעיף זה ישפה את הרוכש בשל הוצאות שהיו לו בקשר לרכישת הזכות.

זכות הפדיון הקבועה בסעיף 587 חלה על כל תקנות השוק – במקרקעין, במיטלטלין, בהמחאת זכויות ובמכר על ידי רשות – וקובעת לכולן דין אחיד.⁴⁴ ההוראה היחידה בחקיקה הקיימת, הקובעת זכות פדיון דומה לזו המוצעת בקודקס, היא ההוראה שבסעיף 5 לחוק השבת אבדה, תשל"ג-1973.⁴⁵ הוראה זו מעניקה זכות פדיון לבעלים המקורי של נכס שאבד, שרשאי לפדותו ממוצא האבדה שנהפך בינתיים לבעליה.⁴⁶ זכות פדיון זו פחותה בחשיבותה ובמשמעויותיה מזכות הפדיון המוצעת בקודקס. ראשית, חוק השבת אבדה מוגבל

על ידי רשות. הקודקס מציע לבטל את תקנת השוק הקיימת בסעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967.

43 הסדר מעין זה קיים במשפט העברי. הבעלים המקורי זכאי לדרוש את השבת הנכס לידי בתמורה לתשלום הסכום שהקונה שילם עבור רכישתו. ראו אורי שטרומן, "תקנת השוק", הפרקליט לד 353, 364 (תשמ"ב). זכות פדיון של מיטלטלין שנרכשו בתנאי תקנת השוק קיימת, למשל, בצרפת (סעיף 2280 לקוד סיביל הצרפתי), בשווייץ (סעיף 934 לקודקס החיובים השווייצרי) וביפן (סעיף 194 לקודקס האזרחי היפני). מדינות אחרות, כגון גרמניה ואנגליה, אינן מכירות בזכות פדיון של נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק (ראו זמיר, הערה 35 לעיל, בעמ' 689).

44 במחשבה ראשונה, הענקת זכות פדיון לגבי זכויות מכוח חוק המחאת חיובים נראית מיותרת: אין כל טעם ב"פדיון" בתמורה של זכות שתוכנה הוא חיוב כספי. אולם, המצב עשוי להיות שונה כשמדובר בחיוב שאינו כספי; רוגמה טובה לכך היא זכות חווית לקבלת קניין במקרקעין. עם זאת, קיים לדעתנו נימוק אחר לשלילת זכות הפדיון לגבי נכס מסוג כזה, וראו הטקסט ליד הערות 62-68 להלן.

45 להלן: "חוק השבת אבדה".

46 נוסחו של סעיף 5 לחוק השבת אבדה דומה מאוד לנוסח המוצע בסעיף 587: "זכה המוצא או המדינה באבידה לפי סעיף 4, זכאי בעלה הקודם, תוך שנה לאחר הזכייה, לפדותה מהזוכה, או ממי שרכש אותה מן הזוכה שלא בתמורה, בתשלום שוויה בזמן הפדיון, זולת אם חל בה שינוי של כמש".

בתחולתו למיטלטלין⁴⁷ ואילו ההוראה החדשה תחול גם על מקרקעין שנרכשו בתנאי תקנת השוק. שנית, סביר להניח שלזכות הפדיון שבחוק השבת אבדה לא תהא השפעה של ממש על פעולתו של השוק החופשי, שכן ממילא מדובר במקרים מעטים יחסית ובמוצאים שזכו בנכס בלא ששילמו תמורתו.⁴⁸ בשונה מכך, תיתכן השפעה רבה להוראה שבקודקס, שתחול באופן פוטנציאלי על עסקאות בתמורה שתבוצענה במקרקעין ובמיטלטלין.

בטרם נבחן את ההסדר המוצע בקודקס יש להעיר הערה מקדימה. הדיון שלהלן יצא מהנחה שתקנות השוק הקיימות במשפטנו האזרחי הן רצויות ומוצדקות. כך, למשל, נניח שקיימים נימוקים משכנעים להכיר בהגנה של תקנת שוק על מי שרכש זכות במקרקעין בתמורה, בתום לב ובהסתמך על המרשם במקרקעין מוסדרים,⁴⁹ וכי ראוי להגן על אדם שקנה וקיבל מיטלטלין בתמורה ובתום לב מסוחר בנכסים מסוגו של הממכר, במהלך העסקים הרגיל.⁵⁰ אם תקנות השוק עצמן אינן נתמכות בשיקולי מדיניות טובים, ראוי לבטלן או לתקנן באופן ישיר. אין זה יעיל, הוגן או הגיוני להותיר את תקנות השוק על כנן ולחייב את הבעלים המקורי לפדות את הנכס בתשלום שוויו המלא.⁵¹ על כן, השאלה שתידון להלן היא זו: בהנחה שתקנות השוק הן רצויות וראוי לשמרן, האם כדאי להוסיף בצדן גם זכות פדיון לבעלים המקוריים?⁵² כפי שנראה להלן, לא ניתן להצדיק את

47 "אבדה" מוגדרת בסעיף 1 לחוק כ"מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות הענין יש להניח שיצאו משליטתם".

48 לא עלה בידנו לאתר אף פסק דין שבו נדונה זכות הפדיון שבחוק השבת אבדה. ייתכן שאחת הסיבות לכך היא שוויים הנמוך יחסית של נכסים האובדים לבעליהם, שאינו מצדיק הפעלה של זכות הפדיון או פנייה לבית המשפט. לא הצלחנו לאתר מדינה המעניקה זכות לפדות מקרקעין שנרכשו בתנאי תקנת השוק. כפי שנראה להלן, עשויות להיות סיבות טובות להבחנה זו בין מקרקעין למיטלטלין; ראו הטקסט ליד הערות 62–68 להלן.

49 כאמור בסעיף 10 לחוק המקרקעין.

50 כאמור בסעיף 34 לחוק המכר.

51 לגופו של עניין אנו סבורים כי ראוי להכיר בתקנות שוק בנסיבות מסוימות, וכי ההסדרים הקיימים בחקיקה האזרחית ניתנים להצדקה. לדיון בשיקולי המדיניות התומכים בתקנות שוק בכלל, או בהסדרים הקיימים בסעיף 10 לחוק המקרקעין וסעיף 34 לחוק המכר בפרט, ראו ויסמן, הערה 36 לעיל, פסקאות 3.108–3.112, 3.119–3.128; זמיר, הערה 35 לעיל, בעמ' 681–690, 695–713; דגן, הערה 22 לעיל, פרק 4.4; Mautner, הערה 7 לעיל; Barak Medina, "Augmenting the Value of Ownership by Protecting it only Partially: The 'Market Overt' Rule Revisited," 19 *J.L. Econ. & Org.* 343 (2003); Saul Levmore, "Variety and Uniformity in the Treatment of The Good Faith Purchaser," 16 *J.L. Stud.* 43 (1987); Harold R. Weinberg, "Sales Law, Economics and the Negotiability of Goods," 9 *J.L. Stud.* 569 (1980).

52 הדיון בספרות בשאלה זו מועט ביותר. יש התומכים בזכות פדיון המופעלת תוך זמן סביר, בשל הערך הרגשי של הנכס לבעלים המקורי (ראו שטרוזמן, הערה 43 לעיל, בעמ'

זכות הפדיון בשיקולי יעילות; קל יותר לתמוך אותה בשיקולי הגינות. מכל מקום, עדיף לא להכיר בזכות פדיון רחבה כמו זו המוצעת בקודקס, אלא רק בזכות מצומצמת הרבה יותר.

אף שזכות הפדיון שבסעיף 587 ניתנת למימוש בכל מקרה שנכס נרכש בתנאי תקנת השוק, סביר להניח שישתמשו בה, בפועל, רק כשמדובר בנכס שאין לו תחליפים טובים בשוק. מצב זה יתקיים בשני מקרים: הראשון – כשהנכס שנרכש בתנאי תקנת השוק הוא נכס ייחודי מבחינה אובייקטיבית, כגון תמונה של ציירת נודעת או חלקת קרקע בעלת מאפיינים מיוחדים מבחינת מיקומה או תכונותיה הגאוגרפיות; המקרה השני הוא כשהנכס הוא בעל ערך סובייקטיבי מיוחד לבעליו המקורי, כגון תכשיט או גביע שעברו בירושה במשפחה (ונעדר ערך אובייקטיבי מיוחד מבחינת הקונה). כאשר אין לנכס ייחוד אובייקטיבי או סובייקטיבי וקיימים תחליפים טובים בשוק, אין כל צורך או טעם בזכות הפדיון. הבעלים המקורי יעדיף לקנות תחליף בשוק החופשי במקום לנסות לכפות מכירה על מי שקנה את הנכס בתנאי תקנת השוק ולהתדיין עמו בבית המשפט על הפיצוי הכספי המגיע לו.

הנחה סבירה זו מעוררת ספקות לגבי יעילותה של זכות הפדיון. זכות פדיון תהא יעילה רק בהתקיימם של שני תנאים מצטברים: שהבעלים המקורי מעריך את הנכס יותר משמערך אותו הקונה בתקנת השוק,⁵³ ושהקונה יקבל פיצוי מלא על הנזקים שנגרמים לו מאבדן הנכס.⁵⁴ אם אכן מדובר בנכס שאין לו תחליף, השווה לבעליו המקורי יותר מאשר לקונה בתקנת השוק, מדוע זכות הפדיון

367, 371); אחרים מתנגדים למתן זכות פדיון בנימוק שבכך ייפגע המסחר השוטף והמהיר בשוק, שהרי הקונה מעוניין בנכס עצמו ולא בכסף (ראו זמיר, הערה 35 לעיל, בעמ' 689).

53 כוכור, תאוריית היעילות שואפת להעביר נכסים לידיהם של האנשים המעריכים אותם במידה הרבה ביותר (ראו הערה 7 לעיל). על כן, אם שוויו של הנכס לקונה עולה על שוויו לבעלים המקורי, החזרתו לידיו של האחרון היא בלתי-יעילה.

54 אמנם, עקרון היעילות קלדור-היקס מסתפק לכאורה בכך שההעברה עצמה היא יעילה ואינו מחייב מתן פיצוי בפועל (ראו הערה 7 לעיל). אולם, ההצדקה הכלכלית לקניין הפרטי מניחה שלקחה שיטתית של נכסים ללא פיצוי (או ללא פיצוי מלא) עלולה לפגוע בטווח הרחוק ביעילות, בשוללה את הוודאות הנדרשת להנעת אנשים להשקיע בנכסים ובפיתוחם. ראו, למשל, Posner, הערה 7 לעיל, בעמ' 36-38; Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights," 57 *Am. Econ. Rev.* 347, 350-356 (1967); Daphna Lewinsohn-Zamir, "Compensation for Injuries to Land Caused by Actions of Planning Authorities: Towards a Comprehensive Theory," 46 *U. Toronto L.J.* 47, 61-62, 65-66 (1996); דפנה לוינסון-זמיר, פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון (תשנ"ה) 80-93. אין ספק שהמטרות שביטוד תקנות השוק (כגון עידוד המסחר השוטף והבטוח בשוק) תיפגענה אם ניתן יהיה לקחת את הנכס חזרה מהקונים ללא מתן פיצוי מלא.

נחוצה בכלל? פשיטא, שהדין הקיים אינו אוסר על קיומו של משא ומתן רצוני בין הבעלים המקורי לקונה בתקנת השוק, לשם קניית הנכס חזרה מן הקונה. הוצאות העסקה הכרוכות בהסכם וולונטרי כזה צפויות להיות נמוכות (בהשוואה, למשל, למשא ומתן בין מפעל מזהם לתושביה של עיירה שלמה), שכן מדובר בשני צדדים בלבד, שזהותם ידועה זה לזה. כאשר הוצאות העסקה נמוכות, ההמלצה הכלכלית המקובלת היא להגן על זכויות באמצעות "כללי קניין", כלומר: להתנות את העברת הנכס בהסכמה בין שני הצדדים.⁵⁵ בענייננו, בהנחה שהנכס שווה לבעלים המקורי יותר משהוא שווה לקונה – יש רווחי יעילות לחלוקה בין הצדדים, ועסקה וולונטרית ביניהם צריכה להצלח.

הערכה הטובה ביותר להתקיימותם של שני התנאים שמנינו לעיל, שהם הכרחיים ליעילותה של ההעברה, היא כריתתו של חוזה. אם הקונה יסרב למכור לבעלים את הנכס, ייתכן מאוד שהדבר מעיד על כך שהנכס שווה לקונה יותר משהוא שווה לבעלים, וההעברה כלל אינה יעילה. מצב זה בהחלט אפשרי אם הנכס הוא בעל ייחוד מבחינה אובייקטיבית. בנסיבות כאלה, ייתכן שההערכה של הקונה עולה על זו של הבעלים המקורי ואף עולה על "מחיר השוק" שהקונה שילם בעת שרכש את הנכס.

תגובה אפשרית לטיעון זה היא שקיים חשש שעסקת הפדיון הוולונטרית תיכשל – אף שהיא יעילה באופן פוטנציאלי – בשל קיומו של מונופול דו-צדדי ומידע א-סימטרי. כאשר קיימים רק מוכר אחד וקונה אחד לנכס, והקונה בתנאי תקנת השוק אינו יודע בדיוק מה ערכו האמיתי של הנכס עבור הבעלים המקורי, קיים חשש שהוא יתעקש על קבלת סכום גבוה מדי כתנאי לויתורו על הנכס – עד כדי הכשלת העסקה.⁵⁶ ניתן להתווכח בשאלה עד כמה חשש זה הוא ממשי.

55 זכויות מוגנת על ידי "כלל קניין" (property rule) כאשר מי שמעוניין בה חייב לקנות אותה מבעל הזכויות בעסקה רצונית. בעל הזכויות יכול לסרב להיפרד ממנה ולא ניתן לכפות עליו את ההעברה. לעומת זאת, זכויות מוגנת על ידי "כלל אחריות" (liability rule) אם ניתן לקחת אותה בכפייה על ידי תשלום ערך הנקבע באופן אובייקטיבי. הספרות הכלכלית נוטה להעדיף שימוש בכללי קניין כשהוצאות העסקה הן נמוכות ושימוש בכללי אחריות כשהוצאות העסקה הן גבוהות ומשא ומתן רצוני אינו מעשי או אפשרי. ראו, למשל, Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 Harv. L. Rev. 1089, 1096-1100, 1106-1110, 1118-1119, 1125-1127 (1972); Richard Craswell, "Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines," 60 U. Chi. L. Rev. 1, 8-9 (1993); James E. Krier & Stewart J. Schwab, "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light," 70 N.Y.U. L. Rev. 440, 450-451; Carol M. Rose, "The Shadow of the Cathedral," 106 Yale L.J. 2175, 2178 (1997); אולן, הערה 21 לעיל, בעמ' 370-367.

56 לספרות המפתחת טיעון זה ותומכת בשימוש רב יותר בכללי אחריות, אף במצבים שבהם המשא ומתן הוא בין שני צדדים בלבד שזהותם ידועה, ראו, Ian Ayres & Eric Talley,

אם, אמנם, הבעלים המקורי מעריך את הנכס יותר משמערך אותו הקונה, מדוע להניח שהקונה בתקנת השוק לא ייאזר לזוטר עליו אם יציע לו הבעלים המקורי לא רק את הערך (הנמוך יותר) של הנכס עבורו, אלא גם חלק כלשהו מרווחי העסקה (כלומר: חלק מהערך המיוחד לבעלים המקורי)? מדוע להניח שאותו קונה ינהג דווקא כ"אוהב סיכונים" וינסה "לסחוט" עוד ועוד מהרווחים הפוטנציאליים, אף שהתנהגות כזו עלולה לגרום לכך שיפסיד את האפשרות להרוויח בכלל?⁵⁷ אולם, אף אם נניח שחלק מעסקאות הפדיון הפוטנציאליות תיכשלנה בשל סחטנות-יתר של הקונים בתנאי תקנת השוק, עדיין יש לבחון מהו הסיכון הגדול יותר – כישלון המשא ומתן לפדיון וולונטרי או כישלון של בית המשפט להעריך את הפיצוי ההולם לקונים בתקנת השוק. כזכור, זכות הפדיון תופעל רק לגבי נכסים שאין להם תחליפים טובים בשוק. בנסיבות אלה, האם ישכיל בית המשפט להעריך את ערכו האמיתי של הנכס מבחינת הקונה? חשש זה גדול במיוחד כשמדובר בנכס שהוא ייחודי באופן אובייקטיבי (ולא רק מבחינתו הסובייקטיבית של הבעלים המקורי). במקרה כזה, ייתכן שהמחיר ששילם הקונה אינו משקף את הערך הגבוה יותר של הנכס עבורו (העשוי להיות גבוה אף מערך

"Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade," 104 *Yale L.J.* 1027, 1032-1033 (1995); Louis Kaplow & Steven Shavell, "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis," 109 *Harv. L. Rev.* 713, 717-718 (1996); Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* 89-91 (2004).

57 הטיעון בדבר כישלונם הצפוי של הסכמים וולונטריים, אף במצבים שבהם עלויות העסקה הן נמוכות, מבוסס על הנחות (שלא נתמכו באופן אמפירי) לגבי התנהגות אנושית. הטיעון הנ"ל מניח שבני אדם הם ככלל אופורטוניסטים ושואפים לנכס לעצמם את מלוא הרווחים הפוטנציאליים מכל העברה יעילה. לאחרונה התרבתה הביקורת על הנחות-מוצא אלה. מחקרים אמפיריים רבים מוכיחים כי אנשים פועלים ממניעים מגוונים וכי לעתים קרובות הם מצליחים לשתף פעולה ולחלק ביניהם בצורה הוגנת את הרווחים מהעברות יעילות. ראו, למשל, Jon Elster, "Selfishness and Altruism," in *Beyond Self-Interest* 44 (Jane J. Mansbridge ed., 1990); Amitai Etzioni, *The Moral Dimension: Toward a New Economics* 51-66 (1988); Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics," 50 *Stan. L. Rev.* 1471 (1988); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, "Fairness and the Assumptions of Economics," in *Rational Choice: The Contrast Between Economics and Psychology* 101 (Robin M. Hogarth & Melvin W. Reder eds., 1986); Daphna Lewinsohn-Zamir, "The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations From Behavioral Studies," 80 *Texas L. Rev.* 219 (2001); Daphna Lewinsohn-Zamir, "Consumer Preferences, Citizen Preferences and the Provision of Public Goods," 108 *Yale L.J.* 377, 396-399, 402 (1998); Howard Margolis, *Selfishness, Altruism, and Rationality: A Theory of Social Choice* 17-25 (1982).

הנכס לבעלים המקורי).⁵⁸ תת-פיצוי שיטתי של קונים יוביל לחוסר-יעילות בטווח הרחוק ולפגיעה בפעילותו של השוק החופשי (ובמקרה שהחזרת הנכס לבעלים המקורי כלל אינה יעילה – לפגיעה ביעילות אף בטווח הקצר).⁵⁹ שיקול יעילות נוסף שיש להתחשב בו הוא עלותו של הליך הפיצוי הכרוך בזכות הפדיון. בהיעדר הסכם וולנטרי – זכות הפדיון תופעל באמצעות בית המשפט ותדרוש הערכה סבוכה ויקרה של שיעור הפיצוי הראוי. החשש לפיצוי-חסר פוחת במידה ממשית אם ייחודו של הנכס גובע רק (או בעיקר) מערכו הסובייקטיבי או הרגשי לבעלים המקורי. כאשר הנכס הוא חסר-ייחוד מנקודת מבטו של הקונה בתקנת השוק, יצטמצם הפער האפשרי בין "מחיר השוק" ששילם הקונה לבין ערכו האמיתי של הנכס עבורו. במקרה מעין זה, אף העלויות הכרוכות בבירור השיפוט של שיעור הפיצוי תהיינה נמוכות יותר.

כאן המקום להתעכב על פרטי ההסדר שבסעיף 587 לקודקס, שנועדו למזער את הפגיעה בקונים בתנאי תקנת השוק. נבחן אם יש בהם כדי לצמצם את החששות שהעלנו.

על פי סעיף 587, זכות הפדיון מותנית בכך שהקונה בתקנת השוק יקבל את שווי של הנכס בעת הפדיון וגם שיפוי על ההוצאות שהיו לו בקשר לרכישת הנכס.

58 על הפער האפשרי בין מחיר השוק להערכה האמיתית של נכס על ידי בעליו ראו Richard A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* 182-184 (1985); Calabresi & Melamed, הערה 55 לעיל, בעמ' 1108, 1125; לוינסון-זמיר, פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון, הערה 54 לעיל, בעמ' 63; Ulen, הערה 21 לעיל, בעמ' 361, 365-366.

59 לכאורה ניתן לטעון שאין חשש שהיעילות תיפגע. אף אם בית המשפט טועה בהערכה של שיעור הפיצוי הראוי, הצדדים יכולים לנהל ביניהם משא ומתן לאי-הפעלתה של זכות הפדיון. ראוי להבהיר מדוע משא ומתן כזה לא יפתור את הבעיה באופן מספק: משא ומתן עשוי להתרחש רק במקרה קיצוני שבו הפיצוי שקבע בית המשפט הוא מוטעה עד כדי כך שהוא נמוך הן משווי הנכס לקונה בתקנת השוק הן משווי לבעלים. כך, למשל, אם שווי הנכס לקונה הוא 100, השווי לבעלים המקורי הוא 80 והפיצוי שקבע בית המשפט הוא 70, כדאי לקונה להציע סכום כלשהו לבעלים המקורי כדי שלא יפעיל את זכות הפדיון (למשל: סכום של 15). אם המשא ומתן יצליח תימנע ההעברה הבלתי-יעילה, אולם ודאי שניתן היה להגיע לתוצאה רצויה זו בדרך זולה ויעילה יותר – על ידי שלילת זכות הפדיון והגנה על זכותו של הקונה בתקנת השוק באמצעות כלל קניין. סביר להניח שטעויות קיצוניות מסוג זה תהיינה שכחות פחות מטעויות "מתונות" יותר מהסוג הבא: נניח, למשל, ששווי הנכס לקונה בתקנת השוק הוא 80, שווי הנכס לבעלים המקורי הוא 100 והפיצוי שקבע בית המשפט הוא 70. במקרה זה לא יתרחש כל משא ומתן בין הצדדים. לבעלים המקורי אין כל סיבה או תמריץ לשלם יותר עבור נכס שהוא יכול להשיג בפחות, והקונה לא יוכל להציע "שוחד" גבוה דיו כדי למנוע את לקיחת הנכס ואת הפגיעה בו. ככל שתופעת פיצוי-החסר היא שכיחה בנכסים חסרי-תחליפים, שקשה להעריך את שוויים, הדבר יוביל לפגיעה ביעילות.

הוראת השיפוי ודאי מוצדקת, אף שהיא מייקרת את הליך ההתדיינות והערכת הפיצוי, שכן בלעדיו הפיצוי שיקבל הקונה יהיה בהכרח חסר. אולם, דומה שקיים קושי בהגבלת הפיצוי בגין אבדן הנכס עצמו לשוויו בעת הפעלת זכות הפדיון. יש לשער שמדד זה נקבע כדי להבטיח שהקונה יוכל לרכוש לעצמו בשוק, בכספי הפיצוי, נכס דומה. מטרה זו ניתנת להגשמה סבירה רק במקרים שבהם ייחודו של הנכס הוא בעיקרו סובייקטיבי (מבחינתו של הבעלים המקורי בלבד), ולא כשמדובר בנכס בעל ייחוד אובייקטיבי, הנעדר מעצם הגדרתו תחליפים טובים בשוק. אולם, מעבר לכך, מדד זה יעניק בוודאות פיצויי חסר אם שוויו של הנכס בעת הפדיון נמוך מהסכום ששילם עבורו הקונה כשרכש אותו בתנאי תקנת השוק.⁶⁰ עדיף היה לו העניק סעיף 587 לקונה את הגבוה מבין השניים: התשלום ששילם בפועל או שווי השוק של הנכס בעת הפדיון. פגיעה כלכלית בקונה בתנאי תקנת השוק היא לא רק בלתי-יעילה אלא גם בלתי-הוגנת.

זכות הפדיון שבסעיף 587 ניתנת להפעלה רק במשך תקופה קצרה יחסית – שנה אחת ממועד רכישת הזכות בתנאי תקנת השוק. כמו כן, הזכות תפקע עוד בטרם חלפה השנה אם הייתה העברה נוספת של הנכס מן הקונה בתקנת השוק לרוכש אחר בתמורה. הגבלות אלה נועדו כדי לצמצם את פגיעתה של זכות הפדיון בוודאות וביציבות של העסקאות בשוק ובהסתמכות של רוכשים מאוחרים עליהן. ייתכן שתקופת השנה תצמצם ממילא את הפעלתה של זכות הפדיון במציאות, שכן במקרים רבים יעבור פרק זמן ארוך יותר עד שהבעלים המקורי יגלה שהנכס שלו הועבר לקונה בתנאי תקנת השוק (כשמדובר במקרקעין), או עד שיגלה את זהותו של הקונה או את מקום הימצאו של הנכס (כשמדובר במיטלטלין).⁶¹

60 לשם השוואה: זכות הפדיון בצרפת, בשווייץ וביפן מותנית בכך שהבעלים המקורי ישיב לקונה את הסכום ששילם הקונה בעת שרכש בתנאי תקנת השוק (ראו, בהתאמה, סעיף 2280 לקוד סיביל הצרפתי, סעיף 934 לקודקס החיובים השווייצרי וסעיף 194 לקודקס האזרחי היפני). גם על פי המשפט העברי יקבל הקונה את הסכום ששילם עבור רכישתו, אף אם ערך הנכס נמוך מסכום זה (ראו שטרומן, הערה 43 לעיל, בעמ' 364).

61 שאלה אחרת היא אם מוצדק לקבוע תקופת זמן וזה לכל סוגי הנכסים. מצד אחד ניתן לטעון שלגבי מקרקעין נחוצה תקופת זמן ארוכה יותר, בשל שוויו היחסי הגבוה של הנכס, הקשר האישי החזק במיוחד שהבעלים המקורי יכול לפתח ביחס אליו, והיעדרם הברור של תחליפים זהים ממש לחלוקת קרקע כלשהי. מצד שני, ביחס למיטלטלין קיים שיקול מיוחד – שהנכס הוא נייד ויכול לעבור בקלות מיד ליד. כתוצאה מכך, קביעת פרק זמן קצר יותר למיטלטלין עשוי שלא ליתן שהות מספקת לאתרם על ידי הקונה בתקנת השוק. איננו רואים צורך להכריע בשאלה זו, משום שבהמשך נטיל ספק ברצינותה של זכות פדיון במקרקעין בכלל; ראו הטקסט ליד הערות 64–68 להלן.

קיים יתרון נוסף להגבלת זכות הפדיון לפרק זמן קצר יחסית. כבר נוכחנו לדעת שהבעיות הכרוכות בזכות הפדיון תהיינה חמורות במיוחד כשהנכס ייחודי מבחינה אובייקטיבית ולא רק (או בעיקר) מבחינתו הסובייקטיבית של הבעלים המקורי.⁶² מבחינת הדין הרצוי, עדיף לעצב את זכות הפדיון כך שתחול בעיקר במצבים שבהם יש לנכס ייחוד סובייקטיבי רב בעיני הבעלים אך אין לו ייחוד ממשי בעיני הקונה בתקנת השוק. ערך סובייקטיבי מיוחד נוצר בהדרגה ובמשך השנים, כתוצאה מהתקשרות לנכס ומאירועים הנקשרים בו. כך, למשל, טבעת שעברה בירושה מאם לבת עשויה להיות בעלת ערך סובייקטיבי רב לבעליה המקורית. לעומת זאת, קונה בתקנת השוק עשויה שלא להעריך את הטבעת (שנרכשה לפני זמן לא רב) מעבר (או הרבה מעבר) למחיר השוק שלה. אם נגביל את מימושה של זכות הפדיון לתקופה קצרה, נוכל להגות שהבעלים המקורי יסבול מאבדן הנכס יותר משיסבול ממנו הקונה בתקנת השוק, ושנזקו של הקונה יהיה קל יותר להערכה. זאת, משום שהאחרון טרם הספיק להתקשר לנכס ולפתח כלפיו ערך סובייקטיבי. בנסיבות אלה ניתן לטעון שאף הקונים בתקנת השוק יתמכו בקיומה של זכות פדיון קצרת-טווח: קונה בתנאי תקנת השוק נהפך מרגע הרכישה לבעלים, וכבעלים הוא חשוף לסיכון של אבדן עתידי של הנכס אם יוקנה לרוכש מאוחר בתנאי תקנת השוק. תאורטית, כל אדם יכול למצוא את עצמו הן ב"כובע" של קונה בתקנת השוק הן ב"כובע" של בעלים מקורי; כלומר: כל אדם יכול להרוויח מזכות פדיון כבעלים מקורי אך להפסיד ממנה כקונה פוטנציאלי. אולם, בכל האמור בנכסים בעלי ערך סובייקטיבי גבוה, אין להגות שהרווח הפוטנציאלי וההפסד הפוטנציאלי יתקווזו באופן מלא. מכיוון שעריך סובייקטיבי, מעצם הגדרתו, נוצר בהדרגה ובמשך זמן, הרי שגם קונים בתנאי תקנת השוק יעדיפו כלל שיאפשר להם, כבעלים, זכות פדיון למשך תקופה קצרה.⁶³

62 ראו הטקסט ליד הערות 56–59 לעיל.

63 הטיעון האחרון מבוסס על תזה שפיתח לאחרונה ד"ר ברוך מדינה בהקשר שונה – עצם ההצדקה לקיומן של תקנות השוק (ראו הערה 51 לעיל). מדינה טען באופן משכנע כי אין להגות שהרווח לאדם מקיומה של תקנת שוק ב"כובעו" כקונה פוטנציאלי של נכס יתקווז תמיד באופן מלא עם הפסדו מקיומה של תקנת שוק ב"כובעו" כבעלים פוטנציאלי (לאחר שרכש את הנכס). הכלל המשפטי האופטימלי צריך למקסם את ערך הבעלות בנכס לאדם. ערך זה תלוי בשני משתנים: ערך השימוש העצמי בנכס (המושפע לרעה מהסיכוי לאבדו לטובת קונה עתידי בשל קיומה של תקנת השוק), והערך של מכירת הנכס (אם יחפוץ הבעלים בעתיד למכרו בעצמו לקונה). בעלים של נכס יהיה מעוניין הן להקטין את הסיכוי לאבדן הנכס הן להגדיל את ערך המכירה של הנכס. מכאן נובע שהכלל המשפטי האופטימלי ישתנה ממקרה למקרה. יש להבחין בין מצבים שבהם אדם מחזיק בנכס בעיקר לצורך שימוש עצמי (כגון טבעת נישואין או חיתת מחמד), לבין מקרים שבהם הנכס נרכש

יש להדגיש שטיעון זה אינו טיעון כללי בעד זכות פדיון. ראשית, ערך סובייקטיבי מיוחד לא נוצר לגבי כל נכס, והוא לא נוצר רק בשל כך שחלף זמן רב מאז נרכש.⁶⁴ שנית, הטיעון אינו ישים לגבי נכסים שהם נעדר תחליפים בעיקר מבחינה אובייקטיבית כגון תמונה יקרה של צייר מפורסם. מכיוון שערך אובייקטיבי קיים מלכתחילה ולא נוצר רק בהדרגה, יתקיימו כל החששות שמנינו לעיל. כאשר קיים ערך אובייקטיבי, ייתכן מאוד שערך הנכס לקונה בתקנת השוק אינו גופל ואף עולה על ערכו לבעלים המקורי, וקיים סיכון ממשי שבית-המשפט יעניק לקונה פיצוי-חסר.⁶⁵

הנימוקים התומכים בצמצום תחולתה של זכות הפדיון למקרים של ערך סובייקטיבי מיוחד לבעלים המקורי, מובילים למסקנה מרחיקת-לכת אף יותר – המסקנה שראוי להגביל את זכות הפדיון למיטלטלין מוחשיים בלבד. מסקנה זו אינה נובעת מהנחה שערך סובייקטיבי מיוחד לא ייתכן במקרקעין, אלא מהטענה שכאשר קיים ערך סובייקטיבי במקרקעין קשה להניח שקונה יוכל לרכוש אותם, מלכתחילה, בתנאי תקנת השוק. טענה זו מבוססת על כך שערך סובייקטיבי במקרקעין ייווצר במשך הזמן ובהדרגה, ובדרך כלל כתוצאה מהחזקה ושימוש במקרקעין. כך, למשל, סביר להניח שאדם ייחס ערך סובייקטיבי גבוה לבית מגורים שבו הוא מתגורר או שבו התגוררו אבותיו לפניו. לעומת זאת, אין זה

לצורך מכירה בעתיד (כגון מלאי של סוחר או מסמכים סחירים). במקרים מהסוג האחרון, ערך המכירה חשוב יותר לבעלים מערך השימוש העצמי, ועל כן שיטה משפטית המכירה בתקנת השוק תועדף לא רק על ידי קונים פוטנציאליים אלא גם על ידי בעלים פוטנציאליים. זאת, משום שהבעלים יוכלו למכור את הנכס ולהשיג עבורו מחיר גבוה ביתר קלות כשהקונים מהם יודעים שיזכו להגנה של תקנת השוק.

64 על כן, העובדה שנוצר ערך סובייקטיבי לבעלים המקורי אין משמעה בהכרח שייווצר ערך כזה גם לקונים מאוחרים של הנכס, אף אם יחזיקו בו זמן רב. גוסף על כך, הטיעון שבטקסט נסמך על ההנחה שלכולם סיכוי די דומה להיקלע למצבים שבהם יודקו לזכות פדיון (ועל כן כולם יעדיפו את קיומה של זכות הפדיון על העדרה של הזכות). ספק אם יש להנחה זו בסיס במציאות. כך, למשל, סביר להניח שאנשים שונים חשופים במידה שונה לסיכון שנכס השייך להם ייגנב ויימכר לקונה בתקנת השוק (הדבר תלוי, בין השאר, בכמות הנכסים שיש לאדם, במיקומם ובאמצעי השמירה שנוקט הבעלים). כתוצאה מכך נחלש הטיעון שגם קונים בתקנת השוק (ולא רק בעלים מקוריים) יעדיפו שיטה משפטית המכירה בזכות פדיון קצרת-טווח לגבי נכסים שייחודם נובע בעיקר מערכם הסובייקטיבי לבעליהם.

65 הסייג שבסעיף 587, שלפיו זכות הפדיון תישלל אם "חל בנכס בתקופה האמורה שינוי של ממש", לא יוכל לפתור את הבעיות שמנינו. על פי לשונו המפורשת של הסעיף צריך להצביע על "שינוי", החייב לחול בנכס דווקא. על כן, הסייג לא יחול על מקרה שבו חל שינוי בבעלים החדש (כגון שהתקשר לנכס בתקופה שהחזיק בו), או על מקרה שבו לא חל כל שינוי בנכס או בבעליו החדש אלא שהאחרון העריך את הנכס, מלכתחילה, יותר משהעריך אותו הבעלים המקורי.

סביר שאדם יפתח קשר רגשי דומה לגבי חלקת קרקע שטרם פותחה או שטרם נעשה בה שימוש כלשהו. אולם, בכל האמור במקרים מהסוג הראשון, קשה להעלות על הדעת שקונה יצליח להוכיח שהוא רכש בית מגורים השייך לפלוני, שאף מתגורר בו שנים רבות, בתום לב.⁶⁶ פשיטא, שאם לא ניתן לרכוש מקרקעין בעלי ערך סובייקטיבי לבעליהם בתנאי תקנת השוק, אזי גם לא יתעורר צורך בזכות פדיון לגבי המקרקעין. מסיבה דומה אין להכיר בזכות פדיון לגבי חיוב שנרכש בתנאי תקנת השוק.⁶⁷ שונה המצב כאשר הנכס שנרכש בתנאי תקנת השוק הוא מיטלטל מוחשי. בנכס נייד בהחלט ייתכן הן שבעליו המקורי החזיק בו פרק זמן שדי בו כדי לפתח כלפיו ערך סובייקטיבי, הן שהקונה שרכש אותו מהגזלן שהחזיק בו פעל בתום לב.⁶⁸

לסיכום: לא ניתן לתמוך את זכות הפדיון שבסעיף 587 לקודקס בשיקולי יעילות. דומה שחסרונותיה של זכות הפדיון עולים על יתרונותיה, משום שהיא עלולה לכפות העברות בלתי-יעילות ולהביא לתת-פיצוי של קונים. אף בנושא זה, כמו בנושא העסקאות הסותרות שבו דנו קודם, ניתן לטעון ששיקול מרכזי בבסיס הכלל המוצע הוא דווקא שיקול של הגינות; אך גם שיקול ההגינות שיפורט להלן יהא ישים רק במצבים שבהם ערכו המיוחד של הנכס הוא סובייקטיבי לבעליו המקורי (להבדיל מערך ייחודי מבחינה אובייקטיבית, לבעלים ולקונה כאחד).

ניתן לטעון כי אף אם זכות הפדיון אינה נחוצה (ואולי אף מזיקה) מבחינת היעילות – משום שבמרבית המקרים יוכלו הצדדים להגיע להסכם בדבר החזרת

66 כדרישת סעיף 10 לחוק המקרקעין. לפסיקה התומכת ברעיון שהחזקה מייחסת ידיעה ראו הערה 31 לעיל (אף שהפסיקה בעניין זה אינה אחידה לגמרי, אין להניח שבתי המשפט יפטרו קונה בתנאי תקנת השוק מבדיקת המקרקעין כשמדובר בבית מגוריו של אדם. ניתן לשער שלפחות בחלק מן המקרים הללו הקונה אף לא יהיה תם לב באופן סובייקטיבי). אין לתמוה על כך שפסקי הדין שבהם נדונה או הוכרה תחולתה של תקנת השוק במקרקעין עסקו במקרים שהבעלים המקורי לא החזיק בנכס. ראו, למשל, פסק-דין חוות מקודה, הערה 35 לעיל; ת"א (חי') 1018/64 טאוהב ג' בישור, פ"מ ע 91; המ' (י"ם) 830/78 דאוד ג' האחים אלה ירושלים בע"מ, פ"מ תשל"ט(2) 353.

67 כפי שהסברנו בהערה 44 לעיל, אין כל צורך בזכות פדיון לגבי חיובים כספיים. זכות פדיון עשויה להיות רלבנטית כשמדובר בחיוב שאינו כספי, כגון זכות חזוית לקבלת קניין במקרקעין; אך אם בעל החיוב המקורי לא קיבל אף פעם את המקרקעין (מצב אפשרי, שהרי מדובר במי שהייתה לו רק זכות חזוית לקבלתם), אין זה סביר להניח שכבר פיתח כלפיהם קשר סובייקטיבי. לעומת זאת, אם בעל הזכות החזוית הראשונה בזמן כבר מחזיק ומשתמש במקרקעין במשך תקופה ארוכה, קשה להניח שנמחה שני בזמן יצליח להוכיח את תום לבו.

68 כפי שציינו בהערות 43 ו-48 לעיל, זכות הפדיון המוכרת במדינות אחרות מתייחסת למיטלטלין בלבד. לאור הניתוח שלעיל, הגבלה כזו בהחלט רצויה.

הנכס לבעלים המקורי – ראוי בכל זאת לתת לאחרון זכות לכפות את המכר. הסיבה לכך היא שאין זה הוגן שהקונה בתקנת השוק יתגה את הסכמתו לויתור על הנכס בכך שהבעלים יתחלק עמו ברווחיה של העסקה היעילה. דרישה להסכם וולונטרי ביניהם תאפשר לקונה בתקנת השוק "לנכס" לעצמו חלק מהערך המיוחד של הנכס עבור הבעלים המקורי. זכות הפדיון, כך יטען הטוען, מבטיחה שהקונה לא יינזק כלכלית אך גם שלא יקבל windfall לא מוצדק ושרירותי כתוצאה מערכו הסובייקטיבי החריג של הנכס לבעלים המקורי. אל לקונה לנצל את מצוקתו של הזולת ואת עובדת קיומו של ערך סנטימנטלי כדי לגרוף לעצמו רווחים.

אף ששיקול הגינות זה הוא סביר ביותר, ניתן להתווכח אם די בו כדי לגבור על הסיכון להעברות בלתי-יעילות ולמתן פיצוי-חסר לקונים. זאת, במיוחד לאור העובדה שככל שסיכונים אלה יתממשו במציאות, הדבר יביא לפגיעה לא רק ביעילות אלא גם בהגינות ההתייחסות לקונה תם הלב. הדין הקיים, שאינו מכיר בזכות פדיון של נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק, משקלל בצורה טובה יותר בין שיקולי יעילות והגינות, ועל כן אנו תומכים בהותרת הדין הקיים על כנו. לחלופין, ראוי להגביל את זכות הפדיון למיטלטלין מוחשיים בלבד ולנכסים שייחודם נובע בעיקר מערכם הסובייקטיבי לבעליהם המקורי. נוסף על כך יש לקבוע בחוק שהקונה בתקנת השוק יהא זכאי לגבוה מבין שני הסכומים – התשלום ששילם בפועל או שווי השוק של הנכס בעת הפדיון.

ד. סיכום

ברשימה זו בחנו שני חידושים מרכזיים המוצעים בפרק על תחרות זכויות בקודקס האזרחי. האחד מסדיר את הנושא של עסקאות סותרות במקרקעין ומטיל על קונים נטל לרשום הערת אזהרה, והאחר מעניק זכות לפדות נכס שנרכש בתנאי תקנת השוק. בשני המקרים העלנו את הטענה שההסדר החדש נחות מההסדר הקיים שהוא עתיד להחליף. יעילותו של ההסדר המוצע מוטלת בספק רב. עם זאת, ובמידה חלקית בלבד, ניתן לתמוך את השינויים המוצעים בשיקולים של הגינות. מכיוון שאף שיקולי ההגינות אינם מעניקים תמיכה חד-משמעית להסדר המוצע בקודקס, לא דנו בשאלה הכללית אם – ועד כמה – ראוי להעדיף שיקולי הגינות על שיקולי יעילות. התשובה לשאלה זו תיגזר מעמדנו של כל אחד ואחת מאתנו לגבי המשקל היחסי שראוי לתת לשיקולי

יעילות והגינות כשקיים ביניהם מתח וכשבאים ליצור כללים משפטיים.⁶⁹ לשאלה גדולה וחשובה זו ראוי לייחד מאמר משלה.

69 קיימת מחלוקת בספרות בשאלה אם ראוי להשתמש בכללים משפטיים (כגון כללי המשפט הפרטי) כדי לקדם הגינות או צדק חלוקתי בין בני אדם, או שמא עדיף להתמקד במטרה של מקסום כלל הרווחה בחברה ולהשיג את המטרות הראשונות באמצעות דיני המס והעברות ישירות של כספים. לכתובה התומכת באפשרות הראשונה ראו, למשל, Anthony T. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice," 89 *Yale L.J.* 472 (1980); Hanoch Dagan, "Takings and Distributive Justice," 85 *Va. L. Rev.* 741 (1999); Duncan Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power," 41 *Md. L. Rev.* 563 (1982); Christine Jolls, "Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules," 51 *Vand. L. Rev.* 1653 (1998); Louis Kaplow & Steven Shavell, "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income," 23 *J.L. Stud.* 667 (1994); Louis Kaplow & Steven Shavell, "Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and Income Tax in Redistributing Income," 29 *J.L. Stud.* 821 (2000); Neil K. Komesar, "Return to Slumville: A Critique of the Ackerman Analysis of Housing Code Enforcement and the Poor," 82 *Yale L.J.* 1175 (1973); David A. Weisbach, "Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income?," 70 *U. Chi. L. Rev.* 439 (2003); Alan Schwartz, "Products Liability and Judicial Wealth Redistributions," 51 *Ind. L.J.* 558 (1976).

