

מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה

הרב סיני לוי

- | | |
|-------------------------------------------|---------------------------------|
| א. מבוא | ד. מהותה ההלכתית של הערת האזהרה |
| ב. הערת אזהרה על פי החוק | – פרשנות החוק |
| 1. הערת אזהרה והשפעתה | 1. זכות חוזית |
| 2. מהותה של הערת אזהרה על פי החוק | 2. זכות קניינית |
| ג. תוקפו ההלכתי של רישום הערת אזהרה | 3. תקנה |
| 1. חוק – כיצד? בחן? | 4. שעבוד |
| 2. תוקפו ההלכתי של החוק העוסק בהערת אזהרה | ה. תוכן השעבוד |
| | 1. התחייבות למכור |
| | 2. התחייבות לבנות |
| | 3. שעבוד להבטחת התשלומים |
| | ו. עסקת קומבינציה שנכשלה |
| | ז. סיכום |

א. מבוא

השלמתה של עסקת מקרקעין נמשכת בדרך כלל זמן רב. מרגע חתימת החוזה ועד השלמת העסקה עשויים לעבור חודשים ארוכים. כדי להבטיח את זכויותיו של הקונה עד להשלמת העסקה נקבע בחוק¹ שהקונה יוכל לרשום "הערת אזהרה" בטאבו. לאחר רישום ההערה לא ניתן לרשום את הנכס על שמו של אדם שאינו הקונה האמור, שלהלן ייקרא, הזכאי. בפועל, עצם רישום ההערה, מזהיר קונה פוטנציאלי מביצוע עסקה ביחס לאותו נכס כבר בשלב התגבשות העסקה.

פרק הזמן מתחילת הרכישה ועד להשלמת העסקה ולרישום הנכס על שמו של הזכאי, מהווה כר נוח להיווצרות סכסוכים משפטיים מסוגים שונים. "הערת אזהרה" מהווה פתרון ביניים ומעמדה המשפטי אינו חד-משמעי. במאמר זה, נבקש לדון במעמדה ההלכתי של "הערת אזהרה".

הגדרת המהות ההלכתית של הערת האזהרה תאפשר לבחון מקרים שונים שהחוק אינו מתייחס אליהם במפורש. מן הבחינה המעשית השאלה היא, האם ובאילו תנאים או

* הרב סיני לוי, דיין בבית הדין למונוט "ארץ חמדה – גזית", ירושלים; רוב היישוב מצפה אילן.
1. סעיף 126 לחוק המקרקעין.

תמורה, ניתן, על פי ההלכה, לדרוש מן הזכאי להסיר את הערת האזהרה כדי לאפשר רישום סותר.

שאלה מורכבת בהקשר עולה זה במקרה של עסקה שבה יזם, שאינו בעלי הקרקע, רושם בהרשאת בעל הקרקע הערות אזהרה לטובת הקונים, ביחס לנכס של הבעלים.² כאשר היזם לא מצליח לקיים את ההתחייבויות כלפי הצדדים, עומדים מול בית הדין שני צדדים "צודקים". מחד גיסא, בעל הקרקע – שלא קיבל שום תמורה עבור רישום הערת האזהרה, וכעת הוא מעוניין לממש את הנכס באופן אחר. ומאידך גיסא, הזכאי – ששילם ליזם את מיטב כספו, והיזם אינו מקיים את החיובים כלפיו. עתה, עומד הזכאי מול בעל הקרקע כאשר לזכותו נרשמה הערת אזהרה, המונעת מן הבעלים את מימוש הנכס.

בשלב הראשון, נבהיר את המושג הערת אזהרה מן הבחינה המשפטית. בשלב השני נתייחס בקצרה לשני ערוצים עיקריים בהם יש לבחון את תקפותו של כל חוק, יהיה אשר יהיה. לאחר מכן, נסביר מדוע יש לחוק העוסק בהערת אזהרה תוקף הלכתי.

בשלב השלישי, נבחן את האפשרויות השונות להגדרת מהותו ההלכתית של החוק. אמנם בתי המשפט עסקו בסוגיה זו, אולם על פי ההלכה, גם בחוק שיש לו תוקף על פי ההלכה, מלאכת הפרשנות של החוק מוטלת על בית הדין או על פוסק ההלכה.³

ב. הערת אזהרה על פי החוק

1. הערת אזהרה והשפעתה

על פי החוק, רשם המקרקעין רושם הערת אזהרה, במקרה בו: "להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין... התחייב בכתב לעשות בהם עסקה או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם הערה על כך". התוצאות של רישום הערת אזהרה על פי החוק הן:⁴

2. מצב כזה נוצר פעמים רבות בעסקת קומבינציה, כשזים מסכם עם בעל הקרקע שהוא יבנה יחידות דיור על הקרקע שיימכרו בשוק החופשי, וחלק מן היחידות תועברנה לבעל הקרקע, בתמורה תינתן לבעל הקרקע רק בסוף פרויקט הבנייה, אך בעל הקרקע מייפה את כוחו של הזים לרשום הערות אזהרה לטובת הקונים של היחידות הנוספות (שכן הם משלמים בשלב זה, בעבור דירה שאינה קיימת).

3. מקור לעיקרון זה נמצא בשו"ת מהר"י ענויל, ד, שהבחין בין תוקפו ההלכתי של חוק לבין התוקף של פרשנות בתי המשפט. כמובן, במצבים שונים, פרשנות עקבית של החוק, יוצרת מנהג המדינה, ועל דעת כן נעשה הקניין (או כל מעשה משפטי אחר). במקרה דנן, מדובר על תהליך של פרשנות משתנה, ולא נכון יהיה לומר, שעל דעת הפרשנות האחרונה של החוק, מבצעים הצדדים את עסקאותיהם.

4. משמעותה של הערת אזהרה מתוארת בחוק המקרקעין כך:

126. הערת אזהרה

(א) הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין... התחייב בכתב לעשות בהם עסקה או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם הערה על כך.

127. תוצאות של הערת אזהרה

(א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט.

(ב) נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או

על ידי רישום ההערה נמנעת האפשרות לרישום עסקה אחרת ברשם המקרקעין. רושם הערת האזהרה קודם לנושים של בעל המקרקעין. אמנם אם נרשם שעבוד על הנכס קודם לרישום הערת האזהרה, בעל החוב קודם לזכאי, שכן שעבוד היא זכות קניינית קודמת.

חשוב לציין שהערת אזהרה באה על רקע זכות קודמת (התחייבות לביצוע עסקה). רישום ההערה נותן לזכות הקיימת עצמה רבה יותר, כזו המאפשרת לגבור על התחייבויות אחרות שלא נרשמו.

במצב שבו הערת האזהרה מבטאת את ההסכם הישיר בין מי שלזכותו נרשמה ההערה לבין בעל הנכס, הערת האזהרה ומחיקתה, כפופה באופן ישיר להסכם. כאמור, אחד המקרים לאורו ניתן לבחון משמעותה ומהותה של הערת האזהרה, הוא כאשר בעל הקרקע, מאפשר לזום לרשום הערת אזהרה לטובת קונים שונים.⁵ במצב זה, כאשר הזים לא ממלא את חיוביו החוזיים ויוצא מן התמונה, מתמודדים בעל הקרקע והקונה הפוטנציאלי על הזכויות בנכס, על רקע קיומה של הערת האזהרה.

2. מהותה של הערת אזהרה על פי החוק

החוק אינו מגדיר את מהותה המשפטית של הערת האזהרה אלא רק את תוצאותיה – שלילת האפשרות לרשום את הנכס על שמו של אדם אחר, ובכלל זה נושיו של בעל הנכס. נחלקו משפטנים בישראל בשאלת פרשנות מהותה המשפטית של הערת האזהרה. השופט לנדוי ניסח את שתי האפשרויות הבסיסיות כך:

מצד אחד, יש להערת האזהרה סממנים של זכות חפצית (in rem) כי היא תופסת לא רק בין הצדדים להתחייבות שעל יסודה נרשמה האזהרה, אלא גם כלפי אחרים, דהיינו כלפי כל מי שבדעתו להתקשר בעסקה הסותרת את הזכות שלהגנתה נרשמה ההערה.

אך מצד שני – והוא נראה לי הצד המכריע – אין הערת האזהרה בבחינת זכות במקרקעין, כי כל עיקרה אינו אלא שימת מחסום בפני רישום עסקות במקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החוזי לרישום עסקה פלונית. זוהי איפוא זכות שלילית מעצם טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, ואין היא, כשלעצמה, יוצרת זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא.⁶

כלומר, מחד גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כזכות קניינית, בגלל שהיא זכות כנגד כל העולם, ולא רק כלפי המוכר, מאידך גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כהגבלה על

שנתמנה כונס נכסים על רכוש, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה...

(ב) הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין.

5. כאמור, הדבר מקובל במסגרת עסקת קומביניציה.

6. ע"א 68/76 יהושע אטיאס נ. הממונה על המרשם, פ"ד ל (3), 527, בעמ' 32-531.

העברת בעלות על רקע חיוב חוזי, ללא מתן זכות לזכאי. הגישה המקובלת בפסיקה המשפטית כיום נוטה דווקא לאפשרות הראשונה.⁷ ביחס לעסקת קומבינציה, המגמה הנוכחית בבתי המשפט היא לומר שמתן האפשרות לרישום הערה יוצר חיוב ישיר בין בעל הנכס, לבין הקונה לזכותו נרשמה ההערה.⁸

ג. תוקפו ההלכתי של רישום הערת אזהרה

1. חוק – כיצד יבחן?

כאשר בוחנים את תקפותו של חוק, והשפעתו על דין תורה, יש לדון בעניין מכמה כיוונים. על פי הערוץ הראשון יש לבחון האם יש תוקף לחוק בשל העובדה שבאותו תחום, לרשויות המדינה סמכות לקבוע את "כללי המשחק". סמכות זו, יכולה לנבוע מאחד מהכללים הבאים: דין המלך (בישראל), דינא דמלכותא דינא, או תקנות הקהל. אך קיים גם ערוץ שני. חוק עשוי להיות תקף על פי ההלכה, לא מחמת סמכותו הישירה של המחוקק באותו תחום, אלא משום שהחוק יוצר מציאות שמשפיעה על ההלכה. לדוגמה, חוק יכול להיות תקף מכוח המנהג. כמו כן ייתכן שפעולה מסוימת שהמחוקק קבע שהיא מבטאת גמירות דעת לקניין, תהווה קניין בגלל שהפכה למנהג הסוחרים (סיטומתא). בדומה לכך יש והחוק יוצר מצב בו צדדים לעסקה פועלים על דעת תנאי החוק. על כן בבואנו לבחון את תקפות החוק, אנו צריכים לבחון את שני המישורים: האחד, האם החוק תקף בתור חוק. והשני, האם החוק יוצר מציאות שמשפיעה על ההכרעה ההלכתית. אם יימצא שהחוק תקף כחוק, עדיין יש לדון מן הבחינה ההלכתית בתוכנו של החוק. לדוגמה, בנידון דידן, נראה להלן שלחוקים בנושא רישום המקרקעין, ובכללם רישום הערת אזהרה, יש תוקף מדינא דמלכותא. אכן מלשון החוק לא עולה הגדרה משפטית חדה למהותה של הערת אזהרה. כיוון שלהגדרה המדויקת נפקויות במצבים שלא נקבעו בחוק במפורש, יש להגדיר על פי ההלכה את התוכן הספציפי של הקביעה החוקית. תוקף הלכתי מכוח הערוץ השני, מגדיר באופן ישיר את מהותו ההלכתית של החוק. לדוגמה, לגבי הערת אזהרה נטען בהמשך שרישום הערה יצר מצב שבו מתקיימים התנאים ל"שעבוד קרקעות", כדין מלווה בשטר.

7. בפסק הדין ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 נוקט בית המשפט כי הערת אזהרה היא יצור כלאיים (קנייני וחוזי), יש לה תכונת עקיבה ויש לבחון כל מקרה לגופו.

8. ראה בעניין זה ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי. בפסק הדין מתואר השינוי בגישת בתי המשפט לנושא הערת האזהרה במסגרת עסקת קומבינציה. בתוך פסק הדין מובא ציטוט מתוך ע"א 813/85, 81/86, 117 יהושע נחשון ואח' נ' שי ואח'; "טפחות", בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' שי ואח'; א' יהודה ואח' נ' שי ואח', ושם נקבע במפורש, בעמ' 349-350, כי – "...התחייבותו החוזית של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרישום הערת אזהרה לטובת רוכשי הדירות מקימה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוכשי הדירות... בהסכימו לרישום הערת אזהרה על רכישו לטובת הקונה, נוטל בעל המקרקעין חלק פעיל בהגנה על זכויותיו החוזיות של הקונה."

2. תוקפו ההלכתי של החוק העוסק בהערת אזהרה

השאלה הראשונה עליה יש להשיב היא, האם יש תוקף הלכתי לרישום הערת אזהרה בתור חוק?

נראה שהתשובה לשאלה זו היא חיובית. "הערת אזהרה" מוזכרת בחוק המקרקעין, בפרק ט' שכותרתו "המרשם". הפרק עוסק כולו בפרוצדורות השונות של הרישום במרשם המקרקעין – הטאבו. בנוגע לתוקפו ההלכתי של הרישום בטאבו, דנו הפוסקים, והדעה המקובלת היא שרישום בטאבו מהווה מעשה קניין תקף על פי ההלכה.⁹ זאת, על בסיס דברי החתם סופר¹⁰ שכל חוק שהוא לטובת הציבור, חל עליו הכלל: דינא דמלכותא – דינא. כך למשל פסקו הראשון לציון הרב יצחק נסים, הרב יוסף שלום אלישיב, והרב בצלאל זולטי בשבתם בבית הדין הרבני הגדול:

לפי זה הרי יש לדון דהוא הדין בנוגע להעברת נכסי דלא נידי, שאינם יוצאים מרשות לרשות אלא על ידי רישום בטאבו, דיש בזה משום תיקון ונעילת דלת בפני הרמאים, שאלולי כן הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובוהו וכיוצא בזה כולי עלמא מודו דדינא דמלכותא דינא, ויש לפי זה תוקף לרישום במשרדי האחוזה, ויש בזה משום מעשה קניין.¹¹

רוצה לומר, בית הדין מכריע, שיש לתת תוקף הלכתי לחוק הקובע שהעברת בעלות מתבצעת על ידי רישום בטאבו בלבד, כיוון שכך מצטמצם הסיכון למכירה כפולה של נכס על ידי נוכלים. על פי אותו עיקרון, נראה שיש תוקף לחוק של רישום הערת אזהרה. כאמור לעיל, הערת אזהרה מונעת מכירת הנכס לאחר על ידי מוכר רמאי, וזו בוודאי תקנת הציבור.

אולם סעיף החוק שנותן לזכאי עדיפות על פני בעלי חובות קודמים של המוכר, לכאורה, אינו עולה בקנה אחד עם ההלכה. כיוון שכאשר מדובר במלווה בשטר, על פי ההלכה נכסיו של החייב משועבדים לבעל החוב¹² כלומר שזכותו של המלווה הראשון (כאשר נעשה הדבר בשטר) לגבות את הקרקע. אמנם יש מקום לדון האם ראוי לתקן תקנה שתיתן עדיפות לזכאי על פני נושה מוקדם של בעל הנכס שלא רשם הערת אזהרה על הנכס ולא משכן את הנכס באופן מפורש.

נראה שהתשובה לשאלה זו חיובית, דומה למה שכתב הרא"ש:

אם היה הכרוז יוצא, שכל מי שיש לו זכות וטענה ושעבוד על קרקע זה, יבוא ויודיע ויערער, ואם ישתוק ויעלים עתה ערעורו, יבטלו כל זכויותיו שיביא מכאן ולהבא; כיוון שנהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו כל הזכויות.¹³

9. אמנם, ישנה מחלוקת הלכתית האם ניתן להעביר את הבעלות ללא רישום בטאבו.

10. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

11. פסקי דין רבניים ו, עמ' 376.

12. שולחן ערוך חו"מ קיא, א.

13. שו"ת הרא"ש עט, יג.

וכן נפסק בשולחן ערוך.¹⁴ הסמ"ע¹⁵ הסביר שיש שני מקורות לדין זה: "דינא דמלכותא" ו"מנהגא". בהתאם לכך נראה שיש תוקף לחוק זה משני הטעמים:

דינא דמלכותא – גם אם נאמר שיש שעבוד על פי ההלכה ללא רישום במרשם המקרקעין, הרי שיש מקום לומר שיש תוקף לתקנה המבטלת את השעבוד ההלכתי כל זמן שזה לא נרשם. זאת, כיוון שמצאנו תקנות קדומות¹⁶ שביטלו שעבוד מתוך חשש לפגיעה בקונה שלא ידע על השעבוד. על פי אותן תקנות יש מקום לומר, כפי שכתב החתם סופר, שגם חכמי ישראל היו מתקנים תקנה זו המבטלת שעבוד שלא נרשם.

מנהג – כיוון שהנהוג הוא שאין תוקף לשעבוד שלא נרשם, הרי ששני הצדדים לחוב פועלים על פי הנהוג ומבינים היטב שהנכסים אינם משועבדים ללא רישום. בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין:

ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדים הקרקעות במדינות שעושין ענייני מכירת קרקעות רק כדיניהם, משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלווה, ובוודאי **ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה**.¹⁷

כלומר אין גמירות דעת של הצדדים ליצור שעבוד כאשר אין לו תוקף חוקי. ולכן לנושי בעל הנכס אין שעבוד, שהרי הם יודעים שעל פי החוק אין תוקף לשעבוד שאינו רשום. לסיכום, נראה שיש תוקף לחוק המונע מכר (כל רישום סותר) של נכס שנרשמה לגביו הערת אזהרה, וכן לסעיף בחוק הנותן עדיפות לזכאי על פני בעלי חובות ששעבודם לא נרשם.

ד. מהותה ההלכתית של הערת האזהרה – פרשנות החוק

לאור מה שכתבנו, שבאופן בסיסי יש לתת תוקף להערת האזהרה, נבקש עתה לבחון כמה אפשרויות למשמעותה ההלכתית של הערת האזהרה:

1. זכות חוזית

זכות זו משמעה התחייבות של הבעלים כלפי הזכאי,¹⁸ וזאת, על פי תנאי החוזה שבעקבותיו נרשמה הערת האזהרה. הבעייתיות בפרשנות זו היא בכך שאין בה מענה

14. שולחן ערוך חו"מ קד, ב.

15. סמ"ע קד, ד.

16. שו"ת הרשב"א א, תתצג, דן בתקנה שקבעה שמי שיש לו שעבוד ולא מחה בשעת המכר של הקרקע – בטל שעבודו.

17. שו"ת אגרות משה חו"מ ב, סב.

18. אם נפרש שמלבד ההתחייבות הראשונית כלפי הזכאי (למשל, למכור לו את הנכס), רישום הערת האזהרה מוסיף התחייבות שלא למכור את הנכס לאחר, ניכנס לסוגיה נוספת של התחייבות שלילית, שתוקפה ההלכתי שנוי במחלוקת. ראה בענין זה: הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, **ההתחייבות**, עמ' 201 והלאה, ובהערות שוליים, שמביא שרוב הפוסקים סבורים שהתחייבות שלילית אינה אפשרית על פי ההלכה.

למאפיין המרכזי של הערת אזהרה, המעניק לזכאי זכות כנגד כל העולם, מעבר להתחייבות האישית של המוכר כלפיו. על כן נראה שלא ניתן להסתפק בהגדרת 'הערת אזהרה', כזכות חוזית, דהיינו התחייבות¹⁹ אישית למכור את הנכס.

2. זכות קניינית

כדי להסביר ש"הערת אזהרה" יוצרת על פי ההלכה זכות קניינית בנכס, יש להגדיר את מהותה של אותה זכות. שהרי, ברור הדבר שרישום ההערה לא הופך את הזכאי לבעל זכות שימוש כלשהי בנכס. בנוגע להיבטים השליליים של הערת האזהרה, כלומר, מניעת היכולת להעביר את הנכס לאחר – נראה שהדבר לא יכול להתפרש כזכות קניינית של הזכאי. משתי סיבות:

סיבה אחת היא, שעל פי דין תורה, זכות חייבת להיות מוגדרת בגוף החפץ הנקנה, כפי שפסק הרמב"ם:

אין אדם מקנה, לא במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה.

כיצד? אין אדם מקנה ריח התפוח הזה או טעם הדבש הזה או עין הברדלח הזה וכן כל כיוצא בזה, לפיכך המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה, או דירת בית זה לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו כמו שיתבאר.²⁰

מדברי הרמב"ם עולה שאף כאשר מוקנית ללוקח זכות חיובית של אכילת פירות, יש לנסחה כזכות בגוף הקרקע לאכילת פירות, ולא ניתן להקנות את אכילת הפירות לבדה או את הזכות למגורים.²¹

סיבה שנייה היא שגם אם ניתן להיות בעלים על זכות שלילית, לא ניתן להקנות זכות כזו כשלעצמה. שהרי נחלקו הפוסקים האם כאשר מקנים נכס, יכול המוכר לשייר לעצמו זכות שלילית. בימינו הדבר עלה ביחס להצעת פתרונות הלכתיים להגנה על זכויות יוצרים.

19. נחלקו הפוסקים בשאלה, האם על פי ההלכה יש תוקף מחייב להתחייבות למכור נכס. וראה בעניין זה להלן "תוכן השעבוד".

20. רמב"ם מכירה כב, יג-יד.

21. אמנם ניתן ליצור בעלות על זכות שאין בה ממש, על ידי שיור הזכות כחלק מזכות בנכס, כפי שכתב הטור (ח"מ ריב):

אין אדם מקנה לאחר בין במכר בין במתנה אלא דבר שיש בו ממש... וכן המוכר אוויר חורבתו ואוויר חצרו, וכגון שהיה לחברו כותל סמוך לחצרו או לחורבה והקנה לו אוויר חצרו להכניס בו זיוין לאו כלום היא. אלא אם כן יקנה לו הבית לדור בו והחצר להכניס בו זיוין... ומיהו אם מכרם לאחר ושייר הדירה והאוויר לעצמו – מהני כדפרישית לעיל ששייר לו המקום.

דהיינו, במסגרת עסקת מכר, ביד המוכר לשייר לעצמו "אוויר בית". הטעם לכך על פי הטור הוא ש"שייר לו המקום". דהיינו, כאשר מוכר משייר לעצמו אוויר בית, אנו מפרשים שהתכוון לשייר לעצמו זכות בגוף הקרקע להשתמש באווירה, ועל כן השיור תקף. בהערת אזהרה אין שיור אלא העברת הזכות, ולכן לכאורה היא אינה תקפה.

הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג²² הציע שהמוכר ישייר לעצמו את זכות ההעתקה, וכך ימנע מהקונה להעתיק שלא כדין. לעומתו, טען הרב אברהם כהן²³ כי ישנם פוסקים הסבורים שלא ניתן לשייר זכות שלילית שאינה מאפשרת למשייר ליהנות ממנה (שהרי המוכר אינו מתכוון לבוא ולהעתיק מהמוצר שמכר), ובספר פתחי חושן הביא את שתי הדעות.²⁴

אף שנראה כי עמדת בני הדין המקובלת היא כדעתו של הרב גולדברג, ברישום הערת האזהרה לא מדובר על שיוך זכות אצל המוכר אלא על העברתה לזכאי, ונראה שאין דרך הלכתית להעבירה אלא בזכות בגוף הנכס. דהיינו, אף לדעה שניתן לשייר זכות שלילית, לא ניתן להקנות זכות שלילית.

יתירה מזו, הנוהג המקובל בבתי המשפט במקרה של הערת אזהרה הוא לדון בתוקפה ובהשלכותיה של ההתחייבות שבגינה נרשמה הערת האזהרה, כך שהערת האזהרה איננה יוצרת זכויות חדשות מעבר להתחייבויות הקודמות, אלא רק נותנת לאותן זכויות משנה תוקף ועצמה כנגד זכויות של אחרים. לפיכך, נראה שפירוש זה רחוק מלשקף את משמעות החוק ואת הנוהג שנוצר בעקבותיו.

לסיכום, נראה שאין להגדיר את המצב בו נרשמה הערת אזהרה, כמצב של רכישת זכות קניינית בנכס, בשל העובדה שלזכות זו אין תוכן חיובי, וההלכה אינה מכירה באפשרות להעביר זכות מעין זו.

3. תקנה

ניתן לקבוע כי על פי ההלכה אין חובה להגדיר את מהותה המשפטית של רישום ההערה כחיוב, כקניין או בכל דרך אחרת, ויש לראותה כתקנה פרוצדוראלית שמטרתה להגן על זכויותיו של הזכאי. המחוקק עצמו, לא הגדיר את מהותה של התקנה וגם בית הדין אינו מחויב לצקת תוכן ספציפי קבוע לתקנה זו.

החוק קובע כי לאחר שנרשמה הערת אזהרה: "לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט."²⁵

על כן, חלק מן התקנה נועד לאפשר לערכאה השיפוטית הדנה בסכסוך להכריע מהו הפתרון הראוי במקרה הנידון, לאור הסיטואציה הספציפית, על מכלול השיקולים שהיא מעלה. כדי לקבוע באילו תנאים יקבע בית הדין כי ניתן לרשום עסקה סותרת, יפעיל בית

22. הרב זלמן נחמיה גולדברג, "העתקה מקסטרה ללא רשות הבעלים", תחומין ו, אלון שבות תשמ"ה, עמ' 207; וכן הרב זלמן נחמיה גולדברג, "תנאי ושיוך בהסכמים", תחומין ז, אלון שבות תשמ"ו, עמ' 368 והלאה. יש להעיר כי משו"ת דברי חיים א, חו"מ לא, עולה שלאחר מותו של המוכר יוכל הקונה לעשות בקלטת ככל העולה על דעתו.

23. הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט ד – זכויות יוצרים, מהדורה שנייה, עמ' תרעח. וראה עוד משם והלאה באריכות, ורבים מהמקורות שנידונו למעלה מקורם שם.

24. פתחי חושן קניינים, כ, הערה מו. ראו עוד מאמרו של הרב עדו רכניץ בספר זה.

25. סעיף 127 (א) לחוק המקרקעין.

הדין את שיקול דעתו, תוך שהוא בוחן את מכלול השיקולים במצב המסוים, ובכלל זה גם את מידת הזהירות שנקט כל צד וכפי שיובא בסעיף הבא.

4. שעבוד

ניתן לטעון שרישום הערת האזהרה יוצר שעבוד נכסים בעבור ההתחייבות כלפי הזכאי. כאמור לעיל, מדין תורה בכל התחייבות בשטר קיים שעבוד, אלא שבשל העובדה שכיום המלווים יודעים שללא רישום אין להם יכולת לממש את הזכות ולגבות ממי שקנה את הנכס מהלווה, הרי שהשעבוד בטל. לפיכך, מעמדו ההלכתי של חוב ללא רישום הוא כשל חוב שאין בו שעבוד. לעומת זאת נראה, שמעמדה ההלכתי של התחייבות שבעניינה נרשמה הערת אזהרה הוא כשל "מלווה בשטר" היוצר שעבוד נכסים, משום שאומדן דעת הצדדים הוא שהנכס יהווה ערובה לקיום החיוב, גם החוק נותן כוח זה, כאשר הוא אינו מאפשר רישום סותר.

מלווה בשטר גובר על מכירת הנכס לצד ג' שבוצעה לאחר מכן,²⁶ ומאפשר לבעל החוב לגבות את הנכס מידי הקונה. אולם לדעת השולחן ערוך²⁷ מלווה בשטר אינו גובר על מלווה בעל פה שבוצע קודם לכן.²⁸

ייתכן, שבימינו, על פי דברי האגרות משה שהובאו לעיל, מלווה שיוגדר כמלווה בשטר בשל רישום הערת אזהרה או שעבוד, יהיה קודם למלווה שאין בו שעבוד. שכן הטעם שלדעת השולחן ערוך מלווה על פה קודם, הוא משום ש"שעבודא דאורייתא", ולפי עיקר הדין, מלווה על פה, קודם למלווה בשטר. אך כיוון שכיום אין כלל סמיכות דעת של המלווה לגבות קרקעות ללא רישום, ממילא בטל השעבוד מעיקרו.

ההשלכה שהחוק מגדיר לרישום הערת אזהרה – קדימה על פני בעלי חובות – תואמת את ההצעה שרישום הערת אזהרה יוצר שעבוד נכסים לטובת הזכאי.²⁹

הצעה זו יכולה להתבסס על תקפו ההלכתי של החוק בהיותו מנהג שמשפיע על המציאות הכלכלית שמחזירה את מושג שעבוד הקרקעות למצבו הבסיסי על פי ההלכה. כמו כן הסבר זה יכול להתקבל גם כפרשנות החוק על פי הכלל דינא דמלכותא – דינא. העובדה שרישום ההערה מונע את האפשרות לרישום נוסף (עיקרון שלא קיים בדין השעבוד מדין

26. שולחן ערוך חו"מ קיא, א.

27. שולחן ערוך חו"מ קד, יג.

28. לדעת הש"ך חו"מ קד, כ, כוחם שווה.

29. סיוע לגישה זו עולה מסעיף 127 (ב) לחוק המקרקעין, הקובע כי: "הערת אזהרה שנרשמה כאמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בכל מרשם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין". כוונת הדברים היא לפטור מחובה לרישום של שעבודים ברשם החברות (ראה ע"א 261/88 בנק המזרחי המאוחד נ' זלמן רוזובסקי, אשר בעקבותיו נחקק סעיף (ב1). מכלל הדברים עולה, שאף שמהותה של ההערה הוא שעבוד, פטר המחוקק את רושם ההערה מכל רישום נוסף הנדרש על פי חוק.

תורה), תוסבר כתקנה להבטחת מימוש השעבוד ולמניעת אפשרות של אובדן הנכס או פגיעה בקונה החדש.³⁰

ה. תוכן השעבוד

שעבוד הוא העמדת נכס, כערוכה לקיומו של חיוב מסוים. ביחס להערת אזהרה, ישנן שלוש אפשרויות (המתייחסות למצבים שונים) להגדרת החיוב שבעבורו הנכס משועבד: האחת היא, שהנכס משועבד לצורך מימוש ההתחייבות **למכור את הנכס לזכאי**.³¹ השניה היא, שהנכס משועבד לצורך מימוש ההתחייבות **לבנות** את המבנה על הקרקע, והשלישית היא, שהנכס משועבד להבטחת **התשלומים** שניתנו על ידי הזכאי.

1. התחייבות למכור

ביחס לאפשרות הראשונה, נחלקו הפוסקים האם ניתן להתחייב למכור נכס מסוים. לדעת קצות החושן³² התחייבות כזו אינה תקפה, אלא אם כן, "שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו, פורע לו ממקום אחר". דהיינו חפץ יכול להיות שעבוד לחיוב ממוני, אך לא מושא החיוב עצמו. לעומת זאת, לדעת המהר"א ששון³³ ההתחייבות תקפה והיא אף מונעת את מכירת נכס לאחר.

נתיבות המשפט³⁴ נוקט גישה אמצעית וסובר שניתן להתחייב להקנות חפץ מסוים לאחר. לשיטתו מדובר בהתחייבות בלבד, ולכן אם הנכס נמכר לאחר, המכירה תקפה. אולם יש להסתפק האם ניתן, לשיטתו, נוסף על החיוב להקנות, גם לשעבד במפורש את הנכס המסוים לאותה התחייבות (למשל, כאפותיקי).

ככלל, נוקטים הפוסקים שיש תוקף להתחייבות למכור, שלא כשיטת קצות החושן.³⁵ במצב בו שולמה תמורה על ידי הזכאי, נראה שגם לשיטת קצות החושן, הנכס משועבד לאותו סכום.

לסיכום, לשיטת המהר"א ששון ודאי שניתן ליצור התחייבות למכור, ותוצאתה היא מניעת האפשרות למכור את הנכס לאחר. לדעת נתיבות המשפט ניתן להתחייב למכור, אך אין בכך כדי למנוע את מכירת הנכס. ויש להסתפק האם ניתן לשעבד במפורש את הנכס לחיוב זה. ולדעת קצות החושן לא ניתן להתחייב למכור.

30. דהיינו, בעוד שההלכה מאפשרת למכור לראובן, נכס המשועבד לשמעון, אך היא משמרת את הזכות של שמעון, החוק אינו מאפשר מכירה כזו. החוק עושה זאת כדי ליצור סדר ולמנוע פגיעה בראובן, שיסתמך על כך שהמוכר יחזיר את החוב ויסלק את השעבוד.

31. ראה שולחן ערוך חו"מ סימנים רמה ורו.

32. קצות החושן רו, א.

33. שו"ת תורת אמת, קלג.

34. נתיבות המשפט לט, יז, ועוד.

35. ראה הרב איתמר ורהפטיג, ההתחייבות, עמוד 188. וכן כתב הרב אברהם כהן, עמק המשפט א, עמוד סו, שלדעת הרב יוסף ש. אלישיב לא ניתן לטעון "קים לי" כשיטת קצות החושן.

לדעת נתיבות המשפט ההתחייבות למכור תקפה גם ללא הערת האזהרה, אולם, אם המתחייב קדם ומכר את הנכס לאחר – המקח קיים. לשיטתו ניתן לומר שהערת האזהרה יוצרת נוסף להתחייבות גם שעבוד, ועל כן אם קדם המוכר ומכר לאחר, הזכאי יהיה רשאי לממש את זכותו. כמו כן, במצב שבו ההתחייבות נעשתה באופן שאינו תקף על פי דין תורה, רישום ההערה יגרום גם ליצירת התחייבות תקפה (בדומה לעובדה שרישום בטאבו דינו כקניין).

2. התחייבות לבנות

במצב בו נרשמת הערת אזהרה על בסיס הסכם לבניית דירה ומכירתה, יש לדון האם ניתן הלכתית להתחייב לבנות.³⁶ במקרה זה מדובר בהתחייבות לבנות, ובשעבוד של נכס מסוים, דהיינו הקרקע עליו מתוכננת הבנייה (לפי אפשרות זו בהבנת מהותה של הערת האזהרה). שאלת האפשרות להתחייב לבנות נתונה במחלוקת ראשונים, בסוגיה בבבא בתרא.³⁷ בעלי התוספות³⁸ מציעים להסביר אחת הדעות בגמרא, שההתחייבות לבנות מחיצה חלה באופן ש"קנו ושעבדו נכסיהן לבנין הכותל", והתחייבות כזו תקפה. כך היא גם לשון הרא"ש.³⁹ יש לדון בדברי התוספות והרא"ש האם הכוונה היא שעבדו נכסיהם במפורש, או שסתם התחייבות מעין זו הרי היא כשעבוד נכסים. לענייננו, רישום ההערה מתפרש כשעבוד הנכסים במפורש, על כן נראה שניתן לפרש את השעבוד גם כשעבוד לקיום חוזה הבנייה.⁴⁰

3. שעבוד להבטחת התשלומים

ניתן לראות ברישום ההערה, שעבוד של הנכס להשבת התשלומים לזכאי במקרה של ביטול העסקה.⁴¹ להסבר זה יש משמעות הלכתית לשיטתו של קצות החושן, שסבר שלא ניתן להתחייב למכור נכס מסוים – לשעבדו לחוב הממוני, ניתן. כמו כן, אם נסבור שלדעת

36. ראה ורהפטיג שם, עמודים 121, 125.

37. בבא בתרא ג, א.

38. תוספות שם, ד"ה וכו'.

39. רא"ש בבא בתרא א, ג.

40. לשיטת קצות החושן, ייתכן שניתן לשעבד נכס לחוזה לבניית דירה על שטח מסוים בו יבנו מספר דירות דווקא, אך לא ניתן לשעבד דירה אחת לחוזה שבו מתחייבים למכור את אותה דירה. שכן, לדעת קצות החושן (רו, א) יש לשעבד ממון מ"מקום אחר". ביחס למכירת הדירה, זהו שעבוד מאותו מקום. לעומת זאת, שטח עליו נבנות מספר יחידות דיור, אינו הנכס הספציפי אותו מתחייבים לבנות ולהעביר לזכאי.

41. לכאורה, יש להקשות גם על שעבוד זה. שכן, שעבוד מתייחס תמיד לחיוב מסוים. בשעת העסקה חיובו של היום הוא לבנות, והוא אינו חייב כלל את הכסף שניתן לו. וכיוון שלשיטה זו, לא ניתן לשעבד נכס לחיוב לבנות, אין בסיס לשעבד את הנכס לחיוב השבת הכסף שיצוץ רק אם לא יקיים את חיובו לבנות. אולם דומה, שכיוון שבשעת העסקה יודעים שני הצדדים שיש סיכון שהעסקה והבנייה לא יתממשו, לצד החיוב לבנות, יש מלווה בתנאי. אם העסקה לא תתממש, מתברר שלפנינו מתן מעות במלווה, אותו יש להשיב וניתן לשעבד אליו נכסים.

נתיבות המשפט לא ניתן לשעבד את הנכס לעצם ההתחייבות למוכרו, ניתן עדיין לשעבדו לחוב הממוני.

ההבדל בין שעבוד למכור לבין שעבוד להשבת התשלומים גדול. אם ישנה התחייבות למכר הרי שניתן יהיה לאכוף את העברת הבעלות לזכאי, אולם אם מדובר בשעבוד להשבת התשלומים הרי שלאחר שהזכאי יקבל את כספו בחזרה, ניתן יהיה לדרוש ממנו שיסיר את הערת האזהרה.

לסיכום, ניתן לראות ברישום הערת האזהרה שעבוד של הנכס לקיום החיובים כלפי הזכאי. ניתן לומר שזהו שעבוד ביחס לחיוב של מכירת הדירה או בנייתה כאשר מוכרים דירה לא בנויה ("על הנייר"), וניתן להגדיר רישום ההערה – שעבוד הנכס כבטוחה להחזרת התשלומים ששולמו על ידי הזכאי.

העובדה שנוצר על פי ההלכה "שעבוד" אינה תלויה בכך שלחוק יש תוקף הלכתי בהיותו חוק, למשל על פי הכלל "דינא דמלכותא – דינא".

ו. עסקת קומביניציה שנכשלה

בעסקת קומביניציה בעל הנכס נותן ליזם הרשאה לרישום הערות אזהרה על הנכס, לטובת הקונים. בדרך כלל, ההערה נרשמת לטובת הקונים לאחר חתימת החוזה איתם ולאחר תשלום ראשוני, טרם בניית הדירות.

כפי שהבאנו בפתיחת הדברים, דעתם של שופטי בתי המשפט על עסקה מורכבת זו היא, שנוצרו יחסים ישירים בין בעל הנכס לבין הזכאי, אף שההערה נרשמה על ידי היזם ולא על ידי החייב. בניסוח נוסף, נאמר בפסקי הדין שיש לראות את בעל המקרקעין שהסכים לרישום הערות אזהרה כערב לחיובי היזם כלפי הקונים.

על פי גישה זו, אם שילם הזכאי את מלוא התמורה בעבור הדירה שאמורה הייתה להיבנות על ידי היזם, לא יוכל היזם להסיר את רישום הערת האזהרה עד שיחזיר לזכאי את מלוא כספו.⁴²

דומה, שעל פי ההלכה, מתן ייפוי כוח לרישום ההערה, הרי הוא כמינוי מקבל ייפוי הכוח לשליחו של בעל הנכס. מאידך, באופן טבעי בעל הנכס אינו איש מקצוע הקשור לבנייה, ולכן הוא איננו מתחייב לבנות את הנכס המדובר, אלא שהוא נכון לאפשר ליזם להעמיד את הנכס כערובה להתחייבותו. על כן, הסברה נותנת, שתוכן השעבוד במקרה זה הוא התחייבות להשבת התשלומים, אך לא שעבוד להתחייבות לבנות.

במתן האפשרות לרישום ההערה, שעבד בעל הקרקע את הנכס לחיובים של רושם ההערה כלפי הזכאי.

אכן נראה שאין להטיל על בעל המקרקעין, תוצאות שלא ניתן היה לצפות אותם בשעה שנתן את ייפוי הכוח. ביחס לחיובים כאלה, יש מקום לבטל את השליחות, משום שלא על

42. ראה בפסק הדין המוזכר בהערה 8 לעיל.

דעת כן נשלח השליח. גם הקונים יודעים שיש כאן התחייבות בשליחות בלבד, והיא מוגבלת לפעולות רגילות.

לדוגמה, אם בעת חתימת החוזה, כאשר הדירה עוד לא נבנתה, שילמו הקונים את מלוא התמורה, לא נכון יהיה לומר שבעל הקרקע שעבד את הקרקע לעלותה של כל הדירה. שכן, לא היה מוטל על בעל הקרקע להעלות על דעתו שהקונים ישלמו את מלוא התמורה כבר בשלב החתימה על החוזה, ועל כן לא הסכים להעמיד את הנכס שלו, כשעבוד למלוא הסכום.⁴³

גם על פי הגישה הרואה בהערת אזהרה, תקנה ללא תוכן ספציפי, ברור שבסמכות בית הדין לקבוע, מי מהצדדים נהג כשורה, ומי נהג בחוסר זהירות ובאיזו מידה, ועל כן עליו לשאת בחלק זה או אחר של ההפסד שנוצר.

על כן כאשר קונה נקט בחוסר זהירות משמעותי ושילם את מלוא התמורה בעבור הדירה טרם שזו נבנתה, על בית הדין לחייב את בעל הקרקע רק בסכום שהיה עליו להעלות על דעתו שישלמו הקונים. דוגמה נוספת לכך היא כאשר הקונה ידע שהיזום נמצא במצב כלכלי קשה, והיה חשש ניכר שלא יוכל לעמוד בהתחייבויות כלפי הקונה. מסתבר לומר, שבמצב כזה לקח הקונה סיכון לא סביר, כשהסתמך על רישום הערת האזהרה. לפי גישת ה"תקנה", נכון יהיה לומר, שאין להגן על הקונה משום שהוא זה שנקט סיכון לא סביר.

לסיכום, בעסקת קומבינציה שנכשלה והיזום אינו מקיים את חיוביו, לזכאי (הקונה) זכות למנוע רישום של עסקאות סותרות על ידי בעל הקרקע. התמורה אותה רשאי הזכאי לדרוש, אינה בלתי מוגבלת, ואינה זהה בהכרח לסכום אותו שלם.

לפי הגישה שהערת אזהרה יוצרת שעבוד, יש לחייב את בעל הקרקע להשיב לזכאי רק את הסכום המקסימאלי שהיה עליו לצפות שישלם בשלב זה.

לפי הגישה שהערת אזהרה היא תקנה בעלמא, בסמכות בית הדין להגדיר מתי מותר לעשות שימוש בזכות הפרוצדוראלית, ומתי לא, על פי שיקול דעתו. שיקול דעת זה, יכול גם את הסכום ששולם ביחס להתקדמות בבנייה, ועשוי לכלול גם שיקולים נוספים.

ז. סיכום

הערת אזהרה היא תקנה שיש לה תוקף הלכתי, ועל פיה, למי שלזכותו נרשמה ההערה זכות עקרונית למנוע רישום סותר של הנכס על שמו של אדם אחר ברשם המקרקעין, כמו כן היא נותנת לו זכות קדימה על פני בעלי חובות אחרים.

מהותה ההלכתית של הערת האזהרה היא כשל תקנה מנהלית המונעת העברת בעלות (תקנה), או ככזו ההופכת את ההתחייבות כלפי הזכאי ל"מלווה בשטר" (שעבוד) הקודם בגביית החוב לבעל חוב שאינו רשום או למי שקנה את הנכס.

43. נראה, שכאן מדובר על טענה מהותית יותר מאשר טענת "לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי". שכן, בעל הקרקע כלל לא העמיד את הנכס לשעבוד עבור כל סכום, אלא רק עבור סכומים סבירים. מצב זה דומה לשליח שניתנה לו הסמכות למכור חצי שדה, ומכר את השדה כולה.

בהיותה בעלת תוקף הלכתי, מאפשרת הערת אזהרה שנרשמה לזכותו של אדם, לדרוש את מימוש ההתחייבות כלפיו, פיצוי עבור הוויתור על מימוש ההתחייבות כלפיו, או השבה של תשלומים.

במקרה של עסקת קומבינציה שנכשלה יש לבחון את מידת מחויבותו של בעל הנכס כלפי הזכאי. ככלל, היזם שרשם את ההערה, נידון בשליח של בעל הקרקע.

אכן לפי גישת השעבוד יש להגביל את היקף הזכות של השעבוד לסכום המקסימאלי שאמור היה בעל הנכס לחשוב שישולם בשלב זה של העסקה. כאשר בית הדין נדרש להכריע באילו תנאים יש להסיר את ההערה ולאפשר לבעל הקרקע לבצע רישום סותר להערה, רשאי בית הדין להפעיל שיקולים שונים, ובין היתר לבחון את זהירות הצדדים בפעולותיהם, וכל שיקול אחר שנראה רלוונטי לבית הדין.