



הרב סיני לוי



# מעמדה ההלכתי של הערת אזהרה

## מבוא

השלמות של עסקת מקרקעין נמשכת בדרך כלל זמן רב. מוזעג חתימת החוזה ועד השלמת העסקה עשויים לעבור חודשים ארוכים. כדי להבטיח את זכויותיו של הקונה עד להשלמת העסקה נקבע בחוק שהקונה יכול לדרוש "הערת אזהרה" בטאבו. לאחר רישום ההערה לא ניתן לדרוש את הנכס על שמו של אדם שאינו הקונה האמור, שלהלן ייקרא, הזכאי. בפועל, עצם רישום ההערה, מזהה את הקונה הפוטנציאלי מביצוע עסקה ביחס לאותו נכס כבר בשלב התגבשות העסקה.

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

הגדרת המהות ההלכתית של הערת האזהרה ותאפשר לבחון מקרים שונים שהחוק אינו מתייחס אליהם במפורש. מן הבחינה המעשית השאלה היא, האם ובאילו תנאים או תמורה, ניתן, על פי ההלכה, לדרוש מן הזכאי להסיר את הערת האזהרה כדי לאפשר רישום סוחר.

שאלה מורכבת בהקשר זה עולה במקרה של עסקה שבה יזם, שאינו בעל הקרקע רישם בהרשאת בעל הקרקע הערת אזהרה לטובת הקונים, ביחס לנכס של הבעלים<sup>2</sup>. כאשר היזם לא מצליח לקיים את התחייבות כלפי הצדדים, עומדים מול בית הדין שני צדדים "צודקים" לכאורה. מחד גיסא, בעל הקרקע - שלא קיבל שום תמורה עבור רישום הערת האזהרה, וקעת הוא מעוניין לממש את הנכס באופן אחר. ומאידך גיסא, הזכאי - ששילם לזם את מילת כספו, והיום אינו מקיים את החיובים כלפי. עתה, עומד הזכאי מול בעל הקרקע כאשר לזכותו נרשמה הערת אזהרה, המונעת מן הבעלים את מימוש הנכס. בשלב הראשון, נבחר 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, נסביל מדוע יש לחוק העסק בהערת אזהרה תקף הלכתי. בשלב השלישי, נבחן את האפשרויות השונות להגדרת מהותו ההלכתית של החוק. אמנם ברזי המשפט עסקו בסוגיה זו, אולם על פי ההלכה, גם בחוק שיש לו תקף על פי ההלכה, מלאכת הפרשנות של החוק מוטלת על בית הדין או על פוסק ההלכה<sup>3</sup>.

## הערת אזהרה על פי החוק

### הערת אזהרה והשפעתה

על פי החוק, רשם המקרקעין רישום הערת אזהרה במקרה בו: "להנחת דעתו של הרישם כי בעל מקרקעין... התחייב בכתב לעשות בהם עסקה או להימנע מעשות בהם עסקה, ורישום הרישום הערה על כך". התוצאה של רישום הערת אזהרה על פי החוק<sup>4</sup>: על ידי רישום ההערה נמנעת האפשרות לרישום עסקה אחרת במרשם המקרקעין. רישום הערת האזהרה קודם לרישום של בעל המקרקעין. אולם אם רישום שעבוד על הנכס קודם לרישום הערת האזהרה, בעל החוב קודם לזכאי, שכן שעבוד היא זכות קניינית קדומה. חשוב לציין, שהערת אזהרה באה על רקע זכות קדומה (התחייבות לביצוע עסקה). רישום ההערה ניתן לזכות הקיימת עצמה רבה יותר, כזו המאפשרת לגבור על התחייבות אחרת שלא נרשמה.

במצב שבו הערת האזהרה מבטאת את ההסכם הישיר בין מי שלזכותו נרשמה ההערה לבין בעל הנכס, הערת האזהרה ומחיקתה כפולים באופן ישיר להסכם. אחד המקרים לאחרו ניתן לבחון את משמעותה ומהותה של הערת האזהרה, הוא כאשר בעל הקרקע מאפשר לזם לדרוש הערת אזהרה לטובת קונים שונים<sup>5</sup>. במצב זה, כאשר היזם לא ממלא את חיוביו החוזיים ויצא מן התמונה, מצמדדים בעל הקרקע והקונה הפוטנציאלי על הזכות בנכס, זאת על רקע קיימה של הערת האזהרה.

## 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 נישיו של בעל הנכס.

נחלקו משפטנים בישראל בשאלת פרישות מהותה המשפטית של הערת האזהרה. השופט לנדוי ניסח את שני האפשרויות הבסיסיות כך:

מצד אחד, יש להעדת 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 עקרה אינו אלא שימור מחסום בפני רישום עסקות במקרקעין למען שמור על כוחו של החיוב החרוז לרישום עסקה פלונית. זוהי איפוא זכות שלילית מוגזג טבעה, למנוע מאחרים רכישת זכות קניינית במקרקעין, אין היא, כשלעצמה, יצרית זכות בעלת תוכן קנייני למאן דהוא.<sup>6</sup>

## הערת אזהרה

### 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 לרישומי 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 (סיטומותא). בדומה לכך, ישוה חוק 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 בתוד' חוק. והשני, האם החוק יוצר מציאות שמשפיעה על ההכרעה ההלכתית. אם יימצא שהחוק תקף כחוק, עדיין יש לדון מן הבחינה ההלכתית

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 לרישומי 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.

בתוכנו של החוק. לדוגמה, בנידון דיין, נראה להלן שלחוקים בנושא רישום המקרקעין, ובכללם רישום הערת אזהרה, יש תוקף מדינא דמלכותא. אכן, מלשון החוק לא עלה הגזדה משפטית חדה למהותה של הערת אזהרה. אך כיוון שלהגדרה המדויקת נפקדות 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 יוצר מצב שבו מתקיימים התנאים ל"שעבוד קרקעות" כדן מלוה בשטר.

כלומר, מחד גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כזכות קניינית, כיוון שהיא זכות כנגד כל העולם ולא רק כלפי המותר. מאידך גיסא, ניתן לראות את הערת האזהרה כהגבלה על העברת בעלות על רקע חוב חחי, ללא מוצן זכות לזכאי. הגישה המקובלת בפסיקה המשפטית כיום נוטה דווקא לאפשרות הראשונה.<sup>7</sup>

ביחס לעסקת קומבינציה, המוגמה הנוכחית בבתי המשפט היא למד שמדן האפשרות לרישום הערה יוצר חוב ישיר בין בעל הנכס, לבין הקונה לזכותו נרשמה ההערה.<sup>8</sup>

## תוקפו ההלכתי של רישום

### תוקפו ההלכתי של החוק העוסק



מחקר

# מעמדה ההלכתית של הערת אזהרה

## בהערת אזהרה

השאלה הראשונה עליה יש להשיב היא, האם יש תוקף הלכתי ליישום הערת אזהרה בתוך חוק?

נראה שהתשובה לשאלה זו היא חיובית. "הערת אזהרה" מזכרת בחוק המקרקעין בפרק ט שכותרתו "המרישום". הפרק עוסק כולו בפרוצדורות השונות של הרישום במרישום המקרקעין - הטאבו, בנוגע לתקיפו ההלכתי של הרישום בטאבו, דני הפוסקים, והדעה המקובלת היא שרישום בטאבו מהווה מעשה קניין תקף על פי ההלכה<sup>9</sup>. זאת, על בסיס דברי החתם סופר, שכל חוק שהורא לטובת הציבור חל עליו הכללי: דינא דמלכותא - דינא<sup>10</sup>. 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 נידו, שאינם יוצאים מרישות לרישות אלא על ידי רישום בטאבו, דיש בזה מושום תקיף ותעילת דלת בפני הרמאים, שאגלגל כן הרי בידו כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובה וכו' וצ"א בזה כולל עלמא מזיד דדינא דמלכותא דינא, ויש לפי זה תוקף ליישום במשרד האחרון, ויש בזה מושום מעשה קניין<sup>11</sup>.**

רוצה לומר, בית הדין מכירע שיש לתת תוקף הלכתי לחוק הקובע שהעברת בעלות מוצבעת על ידי רישום בטאבו בלבד, כיוון שכך מצטמצם הסיכון למכירה כפולה של נכס על ידי נכלים. על פי ארזו עקרון, נראה שיש תוקף לחוק של רישום הערת אזהרה. כאמור לעיל, הערת אזהרה מונעת מכירת הנכס לאחר על ידי מכר רמאי, וזו במדאי תקנת הציבור.

אולם, סעיף החוק שטרם לוכא עדיפת על פני בעלי חובות קודמים של המוכר, לכאורה, אינו עלה בקנה אחד עם ההלכה. זאת כיוון שכאשר מדובר במלווה בשטר, על פי ההלכה, נכסיו של החייב מושעבדים לבעל החוב<sup>12</sup>. כלומר, שזכותו של המלווה הראשון (כאשר נעשה הדבר בשטר) לגבות את הקרקע, אבנמם יש מקום לדון האם ראוי לתקן תקנה שתיתן עדיפות לוכאי על פני נושה מוקדם של בעל הנכס שלא רישם הערת אזהרה על הנכס ולא משכן את הנכס באופן מפורש.

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

**אם היה הכרח לצ"א, שכל מי שיש לו זכות וטענה ושעבוד על קרקע זה, יבוא ויחידע ויערער, ואם ישתוק ויעלים עתה ערעורו, יבטלו כל זכויותו שיביא מצאן ולהבא; כיוון שנהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו כל הזכויות<sup>13</sup>.**

וכן נפסק בשולחן ערוך<sup>14</sup>. הסמ"ע הסביר שיש שני מקורות לדון זה: "דינא דמלכותא" ו"מנהגא"<sup>15</sup>. בהתאם לכך, נראה שיש תוקף לחוק זה מושני הטעמים:

**דינא דמלכותא** - גם אם נאמר שיש שעבוד על פי ההלכה ללא רישום ברישום המקרקעין, הרי שיש מקום לומר שיש תוקף לתקנה המבטלת את השעבוד ההלכתי כל זמן שזה לא נרשם. זאת, כיוון שמצאנו תקנות קדומות שביטלו שעבוד מתוך חשיב לפגיעה בקונה שלא ידע על השעבוד<sup>16</sup>. על פי ארזו תקנות יש מקום לומר, כפי שכתב החתם סופר, שגם חכמי ישראל היו מתקנים תקנה זו המבטלת שעבוד שלא נרשם.

**מנהג** - כיוון שהנהג הוא שאין תוקף לשעבוד שלא נרשם, הרי ששני הצדדים לחוב פועלים על פי הנהג ומבינים הטב שהנכסים אינם מושעבדים ללא רישום. בדומה לכך כתב הרב משה פיינשטיין:

ובעצם מסתבר, שגם מצד הדין לא מושעבדים הקרקעות במדינות שעושים ענייני מכירת קרקעות רק כדיניהם, מושום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלווה, ובחדי ליכא סימיות רעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לה<sup>17</sup>.

כלומר, אין גמירות דעת של הצדדים ליצור שעבוד כאשר אין לו תוקף חוקי. ולכן לנושא 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 לבני הערת אזהרה, וכן לסעיף בחוק הנחץ עדיפות לוכאי על פני בעלי חובות ששעבדם לא נרשם.

# מהות ההלכתי של הערת האזהרה - פרשנות החוק

לאחר מה שכתבנו, שבאופן בסיסי יש לזאת תקופה להערת האזהרה, נבקש עתה לבחון כמה אפשרויות למושג הערת ההלכתית של הערת האזהרה:

## זכות חוזית

זכות זו מושמעה התחייבות של הבעלים כלפי הזכאי<sup>18</sup>, וזאת, על פי תנאי החוזה שבעקבותיו נרשמה הערת האזהרה. הבעייתיות בפרשנות זו היא בכך שאין בה מענה לזמאפין 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 התחייבות אישית למוכר את הנכס<sup>19</sup>.

## 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 התוך את הזכאי לבעל זכות שימוש כלשהי בנכס. בנוגע להיבטים השליליים של הערת האזהרה, כלומר, מניעת היכולת להעביד את הנכס לאחר - נראה שהדבר לא יכול להתפרש כזכות קניינית של הזכאי. וזאת משתי סיבות: סיבה אחת היא, שעל פי דין תורה, זכות חייבת להיות מוגדרת בגוף החפץ הנקנה, כפי שפסק הרמב"ם:

אין אדם מקנה, לא במוכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה. כיצד? אין אדם מקנה ירח התפוח הזה או טעם הדבש הזה או עין הבדולח הזה וכן כל כיוצא בזה, לסיכך המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה, או דיוחבת זה לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית לזר בו תוף האילן לאכול פירותיו כמו שיתבאר<sup>20</sup>.

מודברי הרמב"ם עולה שאף כאשר מוקנית לזכות חובית של אכילת פירות, יש לתסחה כזכות בגוף הקרקע לאכילת פירות. ולא ניתן להקנות את אכילת הפירות לבדה או את הזכות למתחים<sup>21</sup>. 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 בימיו הדבר עלה ביחס להצעת פתרונות הלכתיים להגנה על זכויות יוצאים: הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג הציע שהמוכר ישייר לעצמו את זכות ההערת, וכך ימונע מהקונה להעתיק שלא כדין<sup>22</sup>. לעומתו, טען הרב אברהם כהן כי ישנם פוסקים הסבורים שלא ניתן לשייר זכות שלילית שאינה מאפשרת למושייר להטות מנתה (שהרי המוכר אינו מזנכחן לבוא ולהעתיק מהמוכר שמוכר<sup>23</sup>), ובספר פתחי חושן הובאו שתי הדעות<sup>24</sup>.

אף שנראה כי עמדות בתי הדין המקובלת היא כדעתו של הרב גולדברג, ברישום הערת האזהרה לא מדובר על שייר זכות אצל המוכר אלא על העברתה לזכאי ונראה שאין דרך הלכתית

להעבירה אלא כזכות בגוף הנכס. דהיינו, אף לדעה שניתן לשייר זכות שלילית, לא ניתן להקנות זכות שלילית. עמדה זו, הנוהג המקובל בבתי המשפט במקרה של הערת אזהרה הוא לדון בתוקפה ובהשלכותיה של ההתחייבות שבגינה נרשמה הערת האזהרה, כך שהערת האזהרה אינה יוצרת זכות חדשה מעבר להתחייבות הקודמות, אלא רק נחנת לאותו זכות מושגת תקופה ולצמח כנגד זכויות של אחרים. לפיכך, נראה ששימוש זה



רחוק מלשקף את מושגות החוק ואת הנהג שנתר בעקבותיו. לסיכום, נראה שאין להגדיר את המצב בו נרשמה הערת אזהרה, כמצב של רכישה זכות קניינית בנכס, בשל העובדה שלזכות זו אין תוכן חובי, וההלכה אינה מצידה באפשרות להעביר זכות מעין זו.

## תקנה

ניתן לקבוע כי על פי ההלכה, אין חובה להגדיר את מהותה המשפטית של רישום ההערה כחוב, קניין או בכל דרך אחרת, ויש לראותה כתקנה פרט-זרואלית שמטרתה להגן על זכויותיו של הזכאי. אך המחוקק עצמו לא הגדיר את מהותה של התקנה. וכן בשל הדין אינו מחויב לצקת ויכין ספציפי קבוע לתקנה זו.

החוק קובע כי לאחר שרשמה הערת אזהרה: "לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בשל המשפט<sup>25</sup>".

על כן, חלק מן התקנה נועד לאפשר לערכאה השיפוטית הדנה בסכסוך להכריע מהו הפתרון הראוי במקרה הניתון לאור הסיטואציה הספציפית, על מכלול השיקולים שהיא מעלה. כדי לקבוע באילו תנאים יקבע בשל הדין כי ניתן לרשום עסקה סותרת, פעיל בשל הדין את שיקול דעתו, ויך שהוא בוחן את מכלול השיקולים במצב המסוים ובכלל זה גם את מיחז הזירות שנקט כל צד תפי שיקבא בסעיף הבא.



מחקר

# מעמדה ההלכתית של הערת אזהרה

## 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 יחזיקים שללא רישום אין להם יכולת לממש את הזכות ולגבות מזמי 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 שבעיניה נרשמה הערת אזהרה הוא כשל "מלווה בשטר" היוצר שעבוד נכסים, מושם שאומדן דעת הצדדים הוא שהנכס יהווה ערובה לקיום החיוב. גם החוק מעניק כוח זה, כאשר הוא אינו מאפשר רישום סותר.

מלווה בשטר גובר על מכירת הנכס לצדג' שברצעה לאחר מכן ומאפשר לבעל החוב לגבות את הנכס מידי הקונה<sup>26</sup>. אולם, לדעת השולחן ערוך מלווה בשטר אינו גובר על מלווה בעל פה שברצע קודם<sup>27</sup>, ולדעת הש"ך שניהם שווים<sup>28</sup>. יתכן, שבימינו, על פי דברי האגרות משה שהובאו לעיל, מלווה שמוגדר כמלווה בשטר בשל רישום הערת אזהרה או שעבוד, יהיה קודם למלווה שאין בו שעבוד. שכן, הטעם שלדעת השולחן ערוך מלווה על פה קודם הוא, מושם של שעבוד דאורייתא<sup>29</sup>, 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 בעל חובות - ותאמת את ההצעה שרישום הערת אזהרה יוצר שעבוד נכסים לטובת הזכאי<sup>29</sup>. הצעה זו יכולה להתבסס על תקפו ההלכתי של החוק בהיותו **מנהג**, שמושפיע על המציאות הכלכלית שמחזיקה 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 הערה מונע את האפשרות לרישום נוסף (עיקרון שלא קיים בדין השעבוד מדין תורה), תוסבר כתקנה להבטחת מימוש השעבוד ולמניעת אפשרות של אובדן הנכס או פגיעה בקונה החדש<sup>30</sup>.

## תוכן השעבוד

שעבוד הוא העמדת נכס כערובה לקיומו של חיוב מסוים. ביחס להערת אזהרה, ישנן שלוש אפשרויות (המתחייבות למצבים שונים) להגדרת החיוב שבשעבוד הנכס מושועבד: האחת, שהנכס מושועבד לצורך מימוש ההתחייבות **למטרות הנכס לזכאי**<sup>31</sup>. השנייה, שהנכס מושועבד לצורך מימוש ההתחייבות **לגנות** את המבונה על הקרקע. והשלישית, שהנכס מושועבד להבטחת התשלומים שנתגנו על ידי הזכאי.

## התחייבות למכור

ביחס לאפשרות הראשונה, נחלקו הפוסקים האם ניתן להתחייב למכור נכס מסוים. לדעת קצות החושן התחייבות כזו אינה תקפה, אלא אם כן - "שיתחייב מעכשיו באחריות ואם אבדו, פודיע לו ממקום אחר"<sup>32</sup>. דהיינו, חפץ יכול להיות שעבוד לחיוב ממוני אך לא מושא החיוב עצמו. לעומת זאת, לדעת המהר"א שישוון ההתחייבות תקפה והיא אף מונעת את מכירת הנכס לאחר<sup>33</sup>. נתיבות המשפט נקט גישה אמצעית וטובר שניתן להתחייב להקנות חפץ מסוים לאחר<sup>34</sup>. 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, נקטים הפוסקים בגישה שיש תוקף להתחייבות למכור, שלא כשיטת קצות החושן<sup>35</sup>. במצב בו שולמה תמורה על ידי הזכאי נראה, שגם לשיטת קצות החושן, הנכס מושועבד לאותו סכום.

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

לדעת נתיבות המשפט ההתחייבות למכור תקפה גם ללא הערת האזהרה, אולם, אם המזכיר קדם ומכר את הנכס לאחר - המקח קיים. לשיטתו, ניתן למכר שהערת האזהרה יוצרת ניסוח 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 גוזם גם לציוד התחייבות תקפה (בדומה לעבודה שרישום בטאבו דעו קקני).

## התחייבות לבנות

במצב בו נרשמת הערת אזהרה על בסיס הסכם לבניית דירה ומכירתה, יש לדון האם ניתן הלכתית להתחייב לבנות<sup>36</sup>. במקרה זה, מדובר בהתחייבות לבנות ובשעבוד של נכס מסוים, דהיינו הקרקע עליה מתוכננת הבנייה (לפי אפשרות זו בהבנת מהותה של הערת האזהרה).

שאגל האפשרות להתחייב לבנות נדונה במחלוקת ראשונים בסוגיה בבבא בתרא<sup>37</sup>. בעל התוספות מצייעם להסביר את אחת הדעות בגמרא, שההתחייבות לבנות מחיצה חלה באופן ש"קטו ושעבודו נכסיהן לבנין הכותלי", והתחייבות כזו תקפה<sup>38</sup>. כך היא גם לשון הרא"ש<sup>39</sup>.

יש לדון בדברי התוספות והרא"ש האם הכוונה היא ששעבוד נכסיהם במפורש, או שסתם התחייבות מעין זו הרי היא כשעבוד נכסים. לענייננו, רישום ההערה מפורש כשעבוד הנכסים במפורש, על כן נראה שניתן לפרש את השעבוד גם כשעבוד לקיים חוזה הבנייה<sup>40</sup>.

## שעבוד להבטחת התשלומים

ניתן לדאוג ברישום ההערה שעבוד של הנכס להשבת התשלומים לזכאי במקרה של ביטול העסקה<sup>41</sup>. להסבר זה יש משמעות הלכתית לשיטתו של קצות החושן, שסבר שלא ניתן להתחייב למכור נכס מסוים - אולם לשעבוד לחוב הממוני, ניתן. כמו כן, אם נסבדו שלדעת נתיבות המשפט לא ניתן לשעבוד את הנכס לצמצם ההתחייבות למוכרו, ניתן עדיין לשעבוד לחוב הממוני.

ההבדל בין שעבוד למכור לבין שעבוד להשבת התשלומים גדול. אם ישנה התחייבות למכור הרי שניתן יהיה לאכוף את העבדה הבעלת לזכאי, אולם אם מדובר בשעבוד להשבת התשלומים הרי שלאחר שהזכאי יקבל את כספו בחזרה, ניתן יהיה לדרוש ממוט שישכיר את הערת האזהרה.

לסיכום, ניתן לדאוג ברישום הערת האזהרה שעבוד של הנכס לקיום החיובים כלפי הזכאי. ניתן למכר שיהו 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 שנתגר על פי ההלכה "שעבוד" אינה תלמיה בכך שלחוק יש תוקף הלכתי בהיותו חוק, למשל על פי הכלל "דינא דמלכותא דינא".

## עסקת קומבינציה שנכשלה

בעסקת קומבינציה בעל הנכס נותן ליום הרישום לרישום הערת אזהרה על הנכס לטובת הקונים. בדרך כלל, ההערה נרשמת לטובת הקונים לאחר חתימת החוזה איתם ולאחר תשלום ראשוני, טרם

בניית הדיירות.

כפי שהבאנו בפתחות הדברים, דעתם של שופטי בתי המשפט על עסקה מודרכת זו, היא שנתגרו יחסים ישירים בין בעל הנכס לבין הזכאי, אף שההערה נרשמה על ידי היום ולא על ידי החייב. בניסוח ניסוח, נאמור בפסקי הדין שיש לדאוג את בעל המקרקעין שהסכים לרישום הערת אזהרה כערב לחיובי היום כלפי הקונים. על פי גישה זו, אם שילם הזכאי את מלוא התמורה בעבור הדירה שאמורה הייתה להיבנות על ידי היום, לא יוכל היום להסיר את רישום הערת האזהרה עד שיחזיר לזכאי את מלוא כספו<sup>42</sup>.

דומה, יש על פי ההלכה, מתן יפוי כוח לרישום ההערה, הרי הוא כמינוי מקבל יפוי הכוח לשלוחו של בעל הנכס. מאידך, באופן טבעי בעל הנכס אינו איש מקצוע הקשור לבינה, ולכן הוא אינו מתחייב לבנות את הנכס המדובר, אלא שהוא נכון לאפשר ליום להעמיד את הנכס כערובה להתחייבותיו. על כן, הסברה נדונה,



שתתן השעבוד במקרה זה הוא התחייבות להשבת התשלומים, אך לא שעבוד להתחייבות לבנות.

במתן האפשרות לרישום ההערה, ישעבד בעל הקרקע את הנכס לחיובים של רישום ההערה כלפי הזכאי.

אכן, נראה שאין להטיל על בעל המקרקעין וצאצאיו שלא היה באפשרותו לצפות בשעה שנתן את יפוי הכוח. ביחס לחיובים כאלה יש מקום לבטל את השליחות, משום שלא על דעת כן נשלח השליח. גם הקונים יודעים שיש כאן התחייבות בשליחות בלבד, והיא מתגבלת לפעולות תלויות.

לדוגמה, אם בעת חתימת החוזה, כאשר הדידה עוד לא נבנתה, שילמו הקונים את מלוא התמורה, לא נכון יהיה למכר שבעל הקרקע שעבד את הקרקע להעלותה של כל הדידה. 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<sup>43</sup>.

גם על פי הגישה החאה בהערת אזהרה תקנה ללא ותיכן ספציפית, ברור שבסמכות בית הדין לקבוע מי מהצדדים נהג כשורה ומי נהג בחוסר זהירות ובאיזון 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 הדידה טרם שזו נבנתה, על בית הדין לחייב את בעל הקרקע רק בסכום שהיה עליו להעלות על דעתו שישלמו הקונים. דוגמה ניספת לכך היא כאשר הקונה ידע שהיום נמצא במצב כלכלי קשה, והיה חשש ניכר שלא יוכל לעמוד בהתחייבות כלפי הקונה. מסתבר למור, 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.



מחקר

# מעמדה הכלכלית של הערת אזהרה

לסיכום, בעסקת קומבינציה שנכשלה והיום אינו מקיים את חובו, לזכאי (הקונה) זכות למנוע רישום של עסקאות סחורות על ידי בעל הקרקע. התמודדה אותה רשאי הזכאי לדרוש אינה בלתי מוגבלת, ואינה זהה בהכרח לסכום אחרון שילם. לפי הגישה שהעדת אזהרה יוצרת שיעבוד, יש לחייב את בעל הקרקע להשיב לזכאי רק את הסכום המקסימאלי שהיה עליו לצפות שישולם בשלב זה. לפי הגישה שהעדת אזהרה היא תקנה בעלמא, בסמכות בית הדין להגדיר מדני מותר לעשות שימוש בתוצאת הפרוצדוראלית ומדני לא, על פי שיקול דעתו. שיקול דעת זה, יכול גם את הסכום שישולם ביחס להתקדמות בבנייה ועשוי לכלול גם שיקולים מטפיים.

## סיכום

העדת אזהרה היא תקנה שיש לה תוקף הלכתי, ועל פיה למי שלזכותו נרשמה ההערה זכות עקרונית למנוע רישום סחור של הנכס על שמו של אדם אחר ברישום המקרקעין. כמו כן, היא נודנת לו זכות קדימה על פני בעלי חובות אחרים. מהחנה הלכתית של העדת האזהרה, היא כשל תקנה מנהלת המונעת העברת בעלות (תקנה), או ככזו ההתכנת את ההתחייבות כלפי הזכאי ל"מלחה בשטר" (שעבוד) הקודם בגביית החוב לבעל חוב שאינו רשום או למי שקנה את הנכס. בהיחנה בעלת תוקף הלכתי, מאפשרת העדת אזהרה שרשמה לזכותו של אדם, לדרוש את מימוש ההתחייבות כלפי, פיצוי עבוד הוחתמו על מימוש ההתחייבות כלפי או השבה של תשלומים.

במקרה של עסקת קומבינציה שנכשלה, יש לבחון את מידת מחויבותו של בעל הנכס כלפי הזכאי. ככלל, היום שרישם את ההערה נידון כשליח של בעל הקרקע. אכן, לפי גישת השיעבוד, 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 סחור להערה, רשאי בית הדין להפעיל שיקולים שונים, ובין היתר, לבחון את זהירות הצדדים בפעולתיהם וכל שיקול אחר שנראה רלוונטי לבית הדין.

- \* מנהל בית הדין למסוננות "משפט הלכה בישראל" שעל ידי כולל ארץ חמדה, רוב היישוב מצפה אינן.
1. סעיף 126 לחוק הנדל"ח, דת ש"ט 1969 ס"ח 575 (לרדן). "חוק הנדל"ח ע"פ".
  2. מצב כזה נוצר פעמים רבות בעסקת קומבינציה, כשיש מסגרת עם בעל הקרקע שיהא יבנה יחידות דיור על הקרקע שיימכרו בשוק החופשי, וחלק מן היחידות תועברנה לבעל הקרקע בתמורה. דמורה תסתן לבעל הקרקע רק במקרה פרויקט הבנייה, אך בעל הקרקע ימיה את כוחו של היום לרישום הערת אזהרה.

לנוכח הקונס של יחידות הנוספות (שכן הם משלמים בשלב זה, בעבור יחידה שאינה קיימת).

3. מקור לעיקרון זה נמצא בפרשת מהר"י עמיל, ד, שרובחין בין תוספו הילכתי של חוק לבין התוקף של פרשנות מני המשפט. כמובן, ממצבים שונים, פרשנות עקבת של החוק יוצרת מערה דמיונית, ועל דעת כן נעשה הקצין (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. משפעותה של העדת אזהרה מתאמת בחוק הנדל"ח ע"פ כד:

126. העדת אזהרה  
(א) הזכה לזכות דעתו של הרישום כי בעל מקרקעין... ותחייב בתב לעשות בהם עסקה או להימנע מעשות בהם עסקה, ורישום הרישום הערה על כך.

127. תוספת של העדת אזהרה

(א) נרשמה העדת אזהרה וכל עוד לא מתקרה, לא תורשם עסקה רשותית אחרת וכן הרישום, אלא בהתבנות הזכאי או לפי צו בית המשפט.

(ב) טריטוריה נעדרת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההצעה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כחש נכסים על הזכות, ודין כל עוד לא נמחק ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנבעות מהרשתת יבשות נשוא ההערה...

(ג) הערת אזהרה שנרשמה באמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בבגל מרישם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין.

5 כאמור לעיל, הדבר מקובל לדון במסגרת עסקאות קונבימציה.

6 68/76 ירושע אטאס נ' הפנתרה על המשימ, פ"ד ל (3), 527, בעמ' 531-532.

7 בפסק הדין, ע"א 189/95, במק אופ"ר החיל נ' אהרונב, פ"ד (4) 199, נקט בית המשפט בדעה כי הערת אזהרה היא יוצר כלליים (קביני וחיה), יש לה תכנת עקבים: יש לבחון כל מקרה לגופו.

8 ראה בפניין זה: ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאטי, מח (2) 513 (להלן, ספ"ד "ארואסטי"). בפסק הדין נתמאר השינוי בנישת בני המשפט לנשוא הערת האזהרה במסגרת עסקת קונבימציה. בתוך פסק הדין מובא שיטת מתוך ע"א 813/85, 817/85, 117 ירושע נחשון נ' שי, "עפחות", בגב למשפטאות לישראל בעמ' נ שי, ירוח: נ שי, ושם נקבע במפורש, בעמ' 349-350, כי "...הרתיבות החיות של בעל המקרקעין כלפי הקבלן לרישום הערת אזהרה לטובת רוג שי הדירות מקיפה קשר משפטי ישיר בין בעל המקרקעין לבין רוגשי הדירות... בהתייכו לרישום הערת אזהרה על הזכויות לטובת הקום, נטול בעל המקרקעין חלק פעיל בהעבר על זכויות החיות של הקום".

9 אם כן, ישנה מחלוקת הלכתית ראם ניתן להעביר את הבעלות ללא רישום במאוב.

10 שורת חתם סופר חרמ, מח.

11 פסק דין רביים ו, עמ' 376.

12 שולחן ערוך חרמ ק"א, א.

13 שורת הראישי עע, ת.

14 שולחן ערוך חרמ ק"ד, ב.

15 סמ"ע ק"ד, ד.

16 שורת הרשב"א, תמצן דן מתקרה שקבעה שמי שיש לו טעבור ולא מחה בשעת תמור של הקרקע - בטל טעבור.

17 שורת אגרות משה חרמ"ב, סב.

18 אם נפרש שמלבד הרתיבות הראשונות כלפי רוג אי (למשל, למכור לו את הנכס), ורישום הערת האזהרה מוסף רתיבות שלא למכור את הנכס לאחר, מנסה לטויה נוספת של רתיבות שלילית, שתוקפה הרגלתי שנוי במחלוקת, וראו בפניין זה הרב ד"ר איתמר ורדיסטי, הרתיבות, עמ' 201 והלאה, ובהערות שוליים, שמבא שרוב רשוקים סבורים שרתיבות שלילית אינה אפשורת על-פי הרגל.

19 נחלקו רשוקים במארה, ראם על פי דלגה יש תוקף מתייב רתיבות למכור נכס, וראו בפניין זה להלן "תבן השעבור".

20 ריב"ם מנח"ה ב, ת-ד.

21 אמנם ניתן ליצור בעלות על זכות שאין בה משפט על די שיוור הזכות כחלק מכות נכס, כפי שכתב רטור (חרמ"ב):

אין אדם מקנה לאחר בין במכר בין במתנה אלא דבר שיש בו משפט... וכן תמור אוויר חרומם אוויר חצרו, ונגון שריה לחברו כחל שמנון לחצרו או לחורב: וקנה לו אוויר חצרו להנכס בו זימן לאו כלום ראם... אלא אם כן קנה לו רכות לדור בו והחצר להנכס בו זימן... ומיהו אם מכרם לאחר ושייד הידור וראווי לעצמו - מתייב כדפרישית לעיל ששייד לו מתקום.

היינו, במסגרת עסקת מכר, ביד המוכר שיידי לעצמו "אוויר בית", ובעם לכך על פי רטור ראם ששייד לו מתקום". היינו, כאשר מוכר משייד לעצמו אוויר בית, אנו מפרשים שרומנון שיידי לעצמו זכות בנוף הקרקע להשתמש באוויר, ועל כן השיור תקף. היעות אזהרה אין שיוור אלא העברת הזכות, ולכן לכאורה היא אינה תקפה.

22 רוב זמנן נחמיה נולד ב"ר, "העתיקה מקטרה ללא רשות הבעלים", תחומין ו (אלון שבות השמ"ה), עמ' 207, וכן, הרב זמנן נחמיה נולד ב"ר, "חבאי ושייד בהשכמים", תחומין ז (אלון שבות השמ"ו), עמ' 368 והלאה. יש להעיר כי משורת דברי חיים א, חרמ"א, עולה שלאחר מותו של תמור ונל תקום לעשות בקלסת ככל העולה על דעתו.

23 הרב יעקב אברהם כהן, עמק המשפט ד - זכויות יוצרים (מסדורה שניר), עמי תרעח. וראו עוד משום והלאה באריכות, ורבים מתקבחות שנידונו למעלה מקורם שם.

24 מחמי חושן קבינים, ב, הצעה נ, ראו עוד במאמרו של הרב עזר רננין בספר זה.

25 סעיף 127 (א) לחוק המקרקעין, לעיל ריש מס' ו.

26 שולחן ערוך חרמ ק"א, א.

27 שולחן ערוך חרמ ק"ד, יג.

28 ליעת אשר"ך חרמ ק"ד, ב, כחם שוור.

29 סיוע לנישור זו עולה מסעיף 127 (ב) לחוק המקרקעין, לעיל ריש מס' ו, הקובע כי: "הערת אזהרה שנרשמה באמור בסעיף 126, אינה טעונה רישום בבגל מרישם או פנקס אחר המתנהל על-פי דין". כוות הדברים רא למיט מחובר לרישום של טעבורים מרישם החיות (ראו ע"א 261/88, במק תמורח ונתמורח נ' רוזובסקי, מח (2) 102, אשר בעקבותיו נחקק סעיף (ב), בגלל הדברים עולה, שכן שנתמורה של ההצעה ראם טעבור, פטר המחוקק את רשום ההצעה מבגל רישום נוסף תמורש על-פי חוק.

30 היינו, בעוד שהדלגה נאפשחת למכור לראובן נכס רמטועבר לשמעון, תוך שימורה של הזכות של שמעון, החוק אינו נאפשד כדיר כזו. החוק עושה זאת כדי ליצור סדר ולמנוע פגיעה באמון, שישתקף על כך שתמורח יחיד וישלך את השעבור.

31 ראה שולחן ערוך חרמ סימנים תמח ורו.

32 קצות החושן רו, א.

33 שורת תורות אמ"ת, קל"ג.

34 תיבות המשפט לו, ת, ועוד.

35 ראה הרב איתמר ורדיסטי, רתיבות, עמור 188, וכן כתב הרב אהרם כהן, עמק המשפט א, עמור 57, שדעת הרב יוסף ש. אלישיב לא ניתן למנון "קים ליי" נשיחת קצות החושן.

36 ראה והדפוט שם, עמורים 121, 125.

37 בבא בתרא ג, א.

38 תוספת שם, ד"ה גי.

39 ראש בבא בתרא א, ג.

40 לשיחת קצות החושן, יתכן שניתן לשעבר נכס לחורה לביית דיה: על שטח מכוים בו יבנו מספר דיחת דווקא, אך לא ניתן לשעבר דירה אחת לחורה שבו מתייבים למכור את אותה דירה. שכן, ליעת קצות החושן (רו, א) יש לשעבר שמנון מתקום אחר. ביחה לביחת הידור, וזו טעבור מאותו מקום. לעומת זאת, שטח עליו נבנות מספר יחידות דיוור, אינו נכס הספציפי אותו מתנייבים למכור ולהעביר לזכאי.

41 לכאורה, יש לתקשות נעל טעבור זה. שכן, שעבור מתייחס תמדי לחיוב מכוים. בשעת העסקה חיובו של היים ראם למכור, והוא אינו חייב כלל את רכסו שניתן לו. וזיון שלשיטה זו, לא ניתן לשעבר נכס לחיוב למכור, אין בסיס לשעבר את הנכס לחיוב רשבת רכסו שיוצק רק אם לא יקיים את חיובו לבנות זכות, שזיון שבשעת העסקה יודיעים שני רמדים שיש סיוון שהעסקה והבייה לא יתמששו, למד החיוב למכור, יש מלווה במארי אם העסקה לא תתמשש, מתברר שלכינון מתן מעות במלווה, אותו יש להשיב וניתן לשעבר אליו פ"ם.

42 ספ"ד ארואסטי, לעיל ריש מס' 8.

43 נראה, שבאין מדובר על טענה מזוהרת יותר במאמר טענת "לתקני שחיתין ולא לעיוותי". שכן, בעל הקרקע כלל לא רעמיד את הנכס לשעבור עבור כל סכום, אלא רק עבור סכמים ספירים. מצב זה דומה לטלח שניתנה לו השמחת למכור חצי שדה, ובגור את השדה כולו.