

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4843/23

לפני:

כבוד השופט יוסף אלרון
כבוד השופט אלכס שטיין
כבוד השופטת גילה כנפי-שטייניץ

המערער:

שלמה אביטל

נגד

המשיבים:

1. תמיר משאט
2. נעמה משאט

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל
אביב-יפו (השופטת א' נחליאלי היאט) [נבו] מיום
25.4.2023 בת"א 59778-01-21
[נבו]

תאריך ישיבה:

כ"ד באדר א' התשפ"ד (4.3.2024)

בשם המערער:

עו"ד יובל קינן

בשם המשיבים:

עו"ד עוז כהן

כתבי עת:

סחר ליפשיץ, "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף", משפטים,
לד (תשס"ד-תשס"ה) 627

חנור דגן, "שיתוף במקרקעין - מוסד חברתי רצוי", משפטים, כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 493
אביגדור לבונטין, "זכות קניין - מהי?", משפטים, ט (תשל"ט) 384
גד טדסקי, "על זכות הקדימה במקרקעין", הפרקליט, לו (תשמ"ד-תשמ"ו) 251
ליאון פיין, "זכות הסירוב הראשונה", המשפט, ד (תשנ"ט) 193

ספרות:

אבי וינרוט דיני קניין - פרקי יסוד

מיגל דויטש דיני קניין

יהושע ויסמן דיני קניין

חקיקה שאוזכרה:

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: סע' 2, 3, 4, 5, 7(ב), 8, 13, 34, 34(א), 34(ב), 54,
93(א)(2), 99, 99(א), 99(ב), 100(א), 101, 102, 103, 105, 106, 126(א), 144,
161, בפרק ז', א', ב', ג', ד', \$

חוק הירושה, תשכ"ה-1965: סע' 99(ב), 100(ב), 102, 103, 113, 114

חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), תשכ"ג-1963: סע' 49, 149

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: סע' 24
 חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965: סע' 195(2)
 חוק המיסלטלין, תשל"א-1971: סע' 9(ה)

מיני-רציו:

* נדחה ערעור על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי שעניינו מחלוקת לגבי זכותו של שותף בנכס מקרקעין בתל-אביב, המשמש למגורים ולמסחר, למכור את חלקו בנכס בניגוד לסעיף בהסכם השיתוף המעניק לשותפים האחרים זכות קדימה; נקבע, כי הוראת חוק המקרקעין, לפיה תניה בהסכם שיתוף, אשר שוללת או מגבילה את זכותו של שותף לעשות דיספוזיציה בחלקו, אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים – אינה חלה על הגבלה הנוצרת מזכות הקדימה.

* מקרקעין – זכויות במקרקעין – זכות קדימה

* מקרקעין – זכויות במקרקעין – זכות קניינית

* מקרקעין – זכויות במקרקעין – רישום

* מקרקעין – זכויות שביושר – מעמדן

* קניין – מקרקעין – זכות במקרקעין

* קניין – מקרקעין – זכות קדימה

* קניין – זכות קניינית – מהותה

ערעור שבגדרו מבוקש ביטול פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בו נדחתה תביעת המערער לקבלת סעד הצהרתי אשר יקבע כי סעיף בהסכם השיתוף שנכרת בינו לבין המשיבים לגבי נכס מקרקעין בתל-אביב (בניין בו דירות וחנייות, שהחזקה והשימוש בהן יוחזדו לשותפים השונים בהתאם להסכם), פקע בחלוף חמש שנים מיום כריתתו – זאת, נוכח הוראותיו של סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. הסעיף הרלבנטי בהסכם השיתוף – שלא נרשם במרשם המקרקעין – מעניק זכות קדימה למשיבים לרכוש דירות בבניין במקרה שאחד השותפים המחזיק בהן, ובכללן המערער, יחפוץ למוכרן. המערער העמיד את חלקו בנכס למכירה, מבלי שפעל בהתאם לסעיף האמור; משנדוע למשיבים אודות ניסיונו של המערער למכור את חלקו, הודיעו לו על התנגדותם למכירה וביקשו לממש את זכותם על-פי ההסכם, אולם המערער טען כי בידו הזכות למכור את חלקו בנכס לכל המרבה במחיר. בית משפט קמא קבע כי הדין עם המשיבים. נפסק כי ההסדר שנקבע בהסכם השיתוף עולה כדי זכות קדימה קניינית, ומטעם זה, לגישת בית המשפט, סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין אינו חל עליו, והסעיף הרלבנטי עומד בתוקפו. לטענת המערער, הסעיף כלל אינו מעניק למשיבים זכות קדימה, כמשמעה בחוק המקרקעין; זאת משום שזכות קדימה מחייבת וולונטריות ומתן עדיפות לבעל זכות הקדימה ברכישת הנכס, בעוד שבמקרה דגן מאפיינים אלה אינם בנמצא. כן נטען, כי הזכות המוקנית למשיבים על-פי ההסכם היא זכות אובליגטורית גרידא, ולא זכות קניינית; וממילא הזכות האמורה לא נרשמה במרשם המקרקעין. מנגד, המשיבים טענו כי ההסדר שנקבע בהסכם מקים לטובתם זכות קדימה כמשמעותה בחוק המקרקעין, וכי הוא אינו בגדר "הגבלה" כמשמעה בסעיף 34(ב) לחוק.

בית המשפט העליון (השופט א' שטיין, בהסכמת השופט י' אלרון והשופטת ג' כנפי-שטייניץ – לעניין התוצאה), דחה את הערעור ופסק כדלקמן:

השופט א' שטיין (אליו הצטרף השופט י' אלרון) קבע, כי דין הערעור להידחות. השאלה העומדת להכרעה היא האם הוראת סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין – אשר קובעת כי תניה בהסכם שיתוף, אשר שוללת או מגבילה את זכותו של שותף לעשות דיספוזיציה בחלקו, אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים – חלה על תניה בהסכם שיתוף אשר מעניקה לשותף זכות קדימה לרכישת זכויותיו של שותף אחר בנכס מקרקעין. כדי להכריע בשאלה זו, נדרש לדון ולהכריע בשתי שאלות נוספות, שגם הן טרם קיבלו מענה

בפסיקה: (1) מהי זכות קדימה, כמשמעות המונח בחוק המקרקעין; וכן (2) האם זכות קדימה במקרקעין היא זכות קניינית.

חוק המקרקעין אינו מגדיר מהי "זכות קדימה", ואף אינו מתווה את דרכי מימושה של זכות זו. מהותה של זכות הקדימה ודרכי מימושה נלמדות מהוראות חוק המקרקעין. הוראות אלה מכירות בתוקפה המחייב של התחייבות אשר ניתנת על ידי בעלי מקרקעין או חוכרם לדורות לאדם אחר להעדיפו על-פני צדדים שלישיים במכירת זכותו במקרקעין, באם יבקש למכרה. התחייבות מותנית זאת בדבר מתן עדיפות (יסוד העדיפות) שומרת על זכותו של בעל הנכס להחליט האם למכור או לא למכור את הנכס וכן על זכותו של האוחז בזכות הקדימה לסרב לרכוש את הנכס (יסוד הוולונטריות). בהתקיים שני היסודות הללו – עדיפות ווולונטריות – קמה זכות קדימה, יהא אשר יהא המנגנון למימוש הזכות האמורה עליו הסכימו הצדדים, ובלבד שההסכם שנכרת ביניהם מקים מנגנון כזה במפורש או במשתמע. בהתאם לכך, יש לראות בהסדר הקבוע בסעיף הרלבנטי להסכם השיתוף הענקת זכות קדימה משיבים כמובנה בחוק המקרקעין, שכן הסדר זה מקיים את יסוד הוולונטריות ואת יסוד העדיפות וקובע את המנגנון למימוש זכותם של המשיבים במקרה שבו אביטל יבקש למכור את חלקו בנכס. העובדה שמנגנון זה קובע את דמי המכירה על פי דברו של שמאי מקרקעין, ולא על פי דברו של השוק החופשי, אינה גורעת כהוא זה מזכותם של המשיבים ואינה משנה את מהותה של הזכות האמורה כזכות קדימה. ודוק: בעל זכויות במקרקעין אשר פועל מתוך רצון חופשי ומחליט להעניק זכות קדימה לאדם אחר, בתנאים כאלה או אחרים, עושה זאת, מן הסתם, כנגד קבלת תמורה ראויה, בכסף או בשווה כסף; בהינתן האמור, ובכפוף לכל דין, אין כל סיבה להגביל את תוכנה של זכות הקדימה.

האם סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין חל על זכות קדימה? – לדעת השופט שטיין, יש לאמץ את הגישה, אשר הובעה בספרות, לפיה סעיף 34(ב) אינו חל על הגבלות אשר נובעות מהקנייה של זכות קניינית, ביניהן הגבלות הנובעות מהקנייתה של זכות קדימה בגדרו של הסכם – כל אימת שמדובר בזכות קדימה כמשמעה בחוק המקרקעין. כמו-כן, סעיף 34(ב) לחוק אינו מגביל את אפשרותו של שותף להקנות לשותף אחר זכות קניינית בחלקו במקרקעין לתקופה אשר עולה על חמש שנים. עניינו של סעיף 34(ב) הוא הגבלה נגטיבית של הזכות לעשות דיספוזיציה בחלקו של השותף במקרקעין, כחלק מהתחייבות חוזית בין השותפים – וכמטרה בפני עצמה – להבדיל מהקנייה פוזיטיבית של זכות במקרקעין לשותף או לאדם אחר, שתוצאתה היא חוסר יכולת לעשות עסקה המנוגדת לאותה הקנייה; ולא הרי הגבלת כוח-דיספוזיציה של בעלי המקרקעין כמטרה בפני עצמה, כהרי הקניית זכות במקרקעין שתוצאתה היא שלילתו או הגבלתו של כוח כאמור. בהקשר דגן, מדובר בהסדר אשר כולל בתוכו, לצד הרכיב הנגטיבי המגביל את כוח-הדיספוזיציה של מעניק זכות הקדימה, רכיב פוזיטיבי אשר מעניק עדיפות לבעלה של זכות הקדימה ברכישת חלקו של מעניק הזכות. רכיב זה – אותו "יסוד העדיפות" – גורע מאגד הזכויות בנכס בו אוהז מעניק זכות-הקדימה, תוך שהוא קובע את זהותו של בעל זכות הבכורה ברכישת הנכס ועל ידי כך מוסיף זכות חדשה למלאי הזכויות שבידו. הקניית זכות קדימה לזולת היא אפוא אחת מדרכי מכירתן של זכויות שותף בנכס מקרקעין – מכירה שחוק המקרקעין התיר בסעיף 34(א).

אשר למעמדה של זכות הקדימה – הגיעה העת לקבוע, כי זכות הקדימה היא זכות קניינית, כמו שאר הזכויות המנויות בחוק המקרקעין – בהתאם לעמדה שהובעה בספרות. חוק המקרקעין מונה חמש זכויות במקרקעין: בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה וזכות קדימה; אין חולק כי ארבע הזכויות הראשונות הן זכויות קניין. יתרה מכך: סעיף 99(א) לחוק המקרקעין דורש את רישומה של זכות קדימה ביחס למקרקעין לשם שריונה לטובת מקבלה. שריון הזכות בדרך של רישום במרשם הזכויות הוא מסממניה המובהקים של זכות קניינית התקפה כלפי כולי עלמא. תקפותה של הזכות כלפי כולי עלמא (in rem) היא המאפיין העיקרי של זכות קניינית; מאפיין זה מתקיים בזכות קדימה: סעיף 105 לחוק המקרקעין קובע שרשם המקרקעין לא ירשום עסקה אשר נוגדת זכות קדימה. המסקנה, כי זכות הקדימה הינה זכות קניינית נתמכת גם על ידי פסיקת בתי המשפט המחוזיים שעניינה תחרות בין זכויות. ודוק: במקרה דגן, זכות הקדימה לא נרשמה במרשם המקרקעין. אשר על כן, כאמור בסעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, מדובר בהתחייבותו של אביטל לעשות עסקה במקרקעין, אשר לה מעמד מעין-קנייני. לפיכך, אין ממש בטענת המערער, כי בנסיבות הנדונות יש משמעות להיעדר הרישום – שכן זכות מעין-קניינית אף היא זכות בת קיימא, אשר בוודאי מחייבת את הצדדים לחוזה שיצר אותה.

השופטת ג' כנפי-שטייניץ הסכימה לתוצאה אליה הגיע השופט שטיין. עם זאת, ציינה כי לדעתה יש לנקוט זהירות בשאלת סיווגה של זכות הקדימה כזכות קניינית, מבלי לערוך דיון ממצה בסוגיה, ומבלי שהדבר נדרש במקרה דנן, בהיות ההתדיינות בין צדדים ישירים לחוזה, ובאין זכות מתחרה של צד שלישי. השאלה האם זכות הקדימה היא זכות קניינית, ובאלו מופעיה, היא שאלה סבוכה בשל הקושי להתייחס אל כל סוגי זכויות הקדימה כמקשה אחת, ולא לחינם נחלקו בה מומחי המשפט, וגם שופטי בית המשפט העליון נמנעו מהכרעה בסוגיית קנייניות הזכות במשך שנים ארוכות. סוגיה זו מעלה שאלות מורכבות, בפרט משום שנדמה שלא כל זכויות הקדימה נולדו שוות, וראויות להגנה זהה. לעניין זה אין די במיקומה של זכות הקדימה בחוק המקרקעין כדי ליתן תשובה ברורה באשר לקנייניות הזכות בכל קשת המצבים העשויים להתעורר לגביה. מכל מקום, גם בהנחה שזכות הקדימה על כל מופעיה, ולמצער זכות קדימה המוסדרת בחוק במקרקעין, היא אכן זכות קניינית, ספק אם די בטעם זה כשלעצמו כדי להוביל למסקנה שסעיף 34(ב) לחוק אינו מגביל בזמן את זכות הקדימה. זאת משום שהוראת הסעיף אינה משמיעה מתוכה הבחנה בין זכות חוזית לקניינית, ואף באופן תיאורטי, כשם שאין מניעה מן המחוקק להפקיע בחלוף חמש שנים זכויות חוזיות, כך יש בכוחו להפקיע זכויות קנייניות.

השופטת כנפי-שטייניץ הטעימה, כי תכליתו של סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין היא מניעת הגבלה על העבירות; נאי לתחולת הסעיף הוא שלילה או הגבלה של זכות השותף להעביר חלקו במקרקעין או לעשות בחלקו עסקה אחרת בלי הסכמת יתר השותפים. ברם, מנקודת המבט של הפגיעה בעבירות, עניינה של זכות הקדימה הוא בהטלת מגבלה על זהות הרוכש והצבת בעל זכות הקדימה ב"ראש התור", אולם לא בהגבלה על חירותו של שותף בנכס למכור את חלקו. משמע, כי זכות הקדימה, במתכונתה המבטיחה מחיר שוק, אינה "שוללת או מגבילה" את העבירות. לפיכך, מתבקשת הכרעה כי הגבלה הנוצרת מזכות הקדימה שבענייננו אינה מסוג ההגבלות בהן עוסק סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין.

לאור האמור, הערעור נדחה.

פסוק-ד'ן

השופט אלכס שטיין:

השאלה שבמחלוקת

1. האם הוראת [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#), התשכ"ט-1969 (להלן: [סעיף 34\(ב\)](#)) ו-[חוק המקרקעין](#) או [החוק](#), (בהתאמה) – אשר קובעת כי תניה בהסכם שיתוף במקרקעין, אשר שוללת או מגבילה את זכותו של שותף לעשות דיספוזיציה בחלקו, אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים – חלה על תניה בהסכם שיתוף אשר מעניקה לשותף זכות קדימה לרכישת זכויותיו של שותף אחר בנכס מקרקעין?

בשאלה זו, אשר טרם הוכרעה בבית משפט זה, מוטל עלינו לדון ולהכריע במסגרת הערעור שלפנינו, בגדרו מבוקש ביטולו של פסק הדין בת"א [59778-01-21 אביטל נ' משאט](#), [נבון] אשר ניתן על ידי בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופטת א' נהליאלי היאט) ביום 25.4.2023, ואשר דחה את תביעת המערער (להלן: [פסק הדין קמא](#)). כדי להכריע בשאלה זו, נידרש לדון ולהכריע בשתי שאלות נוספות, שגם הן טרם קיבלו מענה בפסיקתנו: (1) מהי זכות קדימה, כמשמעות המונח [בחוק המקרקעין](#)?; וכן (2) האם זכות קדימה במקרקעין היא זכות קניינית?

רקע עובדתי והליכים קודמים

2. הצדדים שלפנינו – המערער, מר שלמה אביטל (להלן: **אביטל**), המשיבים, תמיר ונעמה משאט (להלן, בהתאמה: **תמיר ונעמה**; ובמיוחד: **משאט**) ואביה של נעמה, מר שלמה מדמוני (להלן: **מדמוני**) – הסכימו ביניהם לרכוש יחדיו נכס מקרקעין המצוי ברחוב שבזי 21 בעיר תל אביב, אשר ידוע כגוש 6926 חלקה 32 (להלן: **הנכס**). הנכס כולל שתי קומות, כאשר בקומת הקרקע נמצאות שתי חנויות ובקומה הראשונה ממוקמות שתי דירות מגורים. על-אף שבנכס מצויות יותר משתי דירות, הנכס לא נרשם בפנקס הבתים המשותפים. משמעות הדבר לענייננו היא שהחלקים השונים בנכס אינם מהווים "נושא נפרד לבעלות, לזכויות ולעסקאות", ועל הנכס חלה הוראת **סעיף 13 לחוק המקרקעין**, אשר קובעת כי אין תוקף לעסקה בחלק ממקרקעין (השוו: **סעיף 54 לחוק המקרקעין**). ובמילים אחרות: הבעלות בנכס כולו היא בשיתוף.

3. בשנת 2002 רכשו אביטל, משאט ומדמוני את הזכויות בנכס. מאז ויתר מדמוני על חלקו בנכס לטובת נעמה, והזכויות בנכס, נכון ליום 9.3.2020, מחולקות כדלקמן: אביטל – 25%; תמיר – 25%; ונעמה – 50%.

4. אגב הליכי הרכישה נחתם הסכם שיתוף בין הרוכשים – אשר בהתאם לו קיבלו משאט זכות חזקה ושימוש ייחודיים בחנויות שבקומת הקרקע של הנכס ואת זכויות הבנייה בנכס כולו; מדמוני קיבל זכות חזקה ושימוש ייחודיים בדירה אחת בנכס; ואביטל קיבל זכות חזקה ושימוש ייחודיים בדירה האחרת בנכס (להלן: **הסכם השיתוף**). יובהר כבר עתה כי בניגוד לקביעת בית משפט קמא אין מחלוקת בין בעלי הדין כי הסכם שיתוף זה **לא נרשם במרשם המקרקעין**. סעיף 12 להסכם השיתוף, אשר עומד במוקד ההליך שלפנינו, קובע כדלקמן:

"[...]. שלומי ומדמוני מקנים בזאת זכות סירוב ראשונה למשאט לרכוש את דירותיהם במידה ומי מהם יחפוץ למוכרה, באופן בו יודיעו אם שלומי ואם מדמוני בהתאם לנסיבות למשאט על רצון מי מהם למכור את דירתו (להלן: "הדירה המוצעת"). במקרה זה יהיו משאט זכאים לרכוש את הדירה המוצעת במחיר מוסכם. לא הסכימו הצדדים על מחיר מוסכם כאמור, ימנו שמאי המוסכם על שניהם שפסיקתו תחייב את הצדדים. לא הסכימו הצדדים על מינוי שמאי ימונה שמאי ע"י ראש לשכת השמאים בישראל [...]" (להלן: **סעיף 12**).

5. בשנת 2019 העמיד אביטל את חלקו בנכס למכירה באמצעות משרד תיווך, מבלי שפעל בהתאם לסעיף 12 האמור: קרי, מבלי לפנות תחילה למשאט בהצעה לרכישת אותו חלק. משנודע למשאט אודות ניסיונו של אביטל למכור את חלקו בנכס, הודיעו משאט לאביטל על התנגדותם למכירה וביקשו לממש את

הזכות שניתנה להם בסעיף 12 להסכם השיתוף. לצורך כך הציע תמיר כי ימונה שמאי לקביעת מחיר חלקו של אביטל בנכס. אביטל דחה את בקשתם של משאט למימוש זכותם מכוחו של סעיף 12 להסכם השיתוף בשתי טענות: (1) אביטל טען כי תוקפו של סעיף 12 פקע בחלוף חמש שנים ממועד כריתתו של הסכם השיתוף (2002); (2) אביטל טען כי בידו הזכות למכור את חלקו בנכס לכל המרבה במחיר; כי ישנו רוכש אשר מעוניין לרכוש ממנו חלק זה תמורת 3,390,000 ש"ח; וכי כאשר ישנה הצעה לרכישת חלקו בשוק החופשי, אין עוד מקום לפנות לשמאי, והמחיר המינימלי שעל משאט לשלם לו, אם ברצונם לממש את זכות הקדימה, הוא הסכום שהוצע בשוק החופשי. נוכח האמור, אביטל הציע למשאט לרכוש את חלקו בנכס תמורת 3,390,000 ש"ח. משאט סירבו להצעתו של אביטל. הצדדים המשיכו בוויכוח באשר למימשה של זכות הקדימה באמצעות חילופי מכתבים ודברים, כאשר כל צד מתבצר בעמדתו שלו. במסגרת זו, ביום 4.6.2020, פנה תמיר למשרד התיווך באמצעותו ביקש אביטל למכור את חלקו בנכס, הודיע למשרד על זכות הקדימה שעומדת למשאט מכוחו של סעיף 12, וביקש כי המשרד ידאג ליידע רוכשים פוטנציאליים על קיומה של הזכות האמורה.

6. ביום 31.1.2021 עתר אביטל לבית משפט קמא לקבלת סעד הצהרתי אשר יקבע כי סעיף 12 להסכם השיתוף פקע בחלוף חמש שנים מיום כריתתו של ההסכם – זאת, נוכח הוראותיו של [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#).

7. למען שלמות התמונה, יצוין כי בין אביטל לבין תמיר התנהל הליך משפטי קודם בבית משפט השלום תל אביב-יפו, בגדרי [ת"א 27553-01-14 אביטל נ' משאט](#) [נבן] (11.6.2017), אשר נסב על הסכמים נוספים שנחתמו בין הצדדים אגב רכישת הנכס (להלן: **ההליך הקודם**). בהחלטת בית משפט קמא מיום 24.7.2022 נקבע כי נוכח תוצאות ההליך הקודם קיים השתק פלוגתא ביחס לסוגיות העובדתיות אשר נדונו והוכרעו במסגרתו. בהמשך לקביעה זו, אשר הותירה במחלוקת בין בעלי הדין שאלות משפטיות בלבד, ובהסכמת הצדדים, הורה בית משפט קמא ביום 12.9.2022 כי ההליך שלפניו יתנהל באמצעות סיכומים בכתב.

8. בית משפט קמא ניסה להביא לסיום המחלוקת בין בעלי הדין בדרך של פשרה. ניסיון זה לא עלה יפה, ובהמשך ניתן פסק הדין קמא, במסגרתו דחה בית המשפט את תביעתו של אביטל לסעד הצהרתי בדבר פקיעת תוקפו של סעיף 12. בית המשפט קבע כי סעיף זה לא פקע ומחייב את הצדדים.

9. בפתח פסק הדין, הבהיר בית המשפט כי לאור הכרעתו בדבר קיומו של השתק פלוגתא, הסוגיה היחידה שנותרה להכרעה במסגרת ההליך שלפניו היא זו: "האם זכות הסירוב הראשונה שבסעיף 12 להסכם השיתוף היא בת-תוקף כטענת הנתבעים או שתוקפה פג כטענת התובע המבסס את עמדתו על הוראות [סעיף 34 לחוק המקרקעין](#)" (ראו: פסקה 3 לפסק הדין קמא).

10. בסוגיה זו קבע בית משפט קמא כי הדין עם משאט. נקבע כי בהתאם לתנאיו של [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#), ולאור התכליות אשר עומדות בבסיס הסעיף, ההגבלה שנקבעה בו חלה רק על הוראות בהסכם שיתוף אשר מגבילות עבירות של זכויות בנכס מקרקעין באמצעות הקניית זכות אובליגטורית לאחד השותפים, ולא על הוראות בהסכם שיתוף אשר מגבילות עבירות כאמור על ידי הקניית זכות קניינית לשותף. עוד קבע בית המשפט כי ההסדר שנקבע בסעיף 12 להסכם השיתוף עולה כדי זכות קדימה קניינית. מטעם זה, הגיע בית המשפט למסקנה כי [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) אינו חל על ההסדר שנקבע בסעיף 12 להסכם השיתוף, ולפיכך סעיף 12 עומד בתוקפו. בהתאם לקביעה זו, נדחתה התביעה של אביטל.

הערעור

11. אביטל טען לפנינו כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) אינו חל על התניה הקבועה בסעיף 12 להסכם השיתוף. בין היתר, נטען כי סעיף 12 כלל אינו מעניק למשאט זכות קדימה, כמשמעה [בחוק המקרקעין](#). עוד נטען כי זכות קדימה מחייבת וולונטריות ומתן עדיפות לבעל זכות הקדימה ברכישת הנכס, בעוד שבענייננו מאפיינים אלה אינם בנמצא. זאת, מאחר שהמחיר לרכישת חלקו של אביטל בנכס על ידי שותפיו לא נקבע בהסכם השיתוף, ומאחר שהמנגנון לקביעתו של מחיר זה נותק מתחרות הרוכשים בשוק החופשי. כמו כן נטען כי הזכות המוקנית למשאט בסעיף 12 היא זכות אובליגטורית גרידא, ולא זכות קניינית, שכן אין מדובר בזכות קדימה; וממילא הזכות האמורה לא נרשמה במרשם המקרקעין. לבסוף, נטען כי [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) חל גם על זכויות קדימה. לפיכך, לשיטת אביטל, תוקפו של סעיף 12 פג בשנת 2007, בחלוף חמש שנים ממועד חתימת הסכם השיתוף.

12. מנגד, משאט סמכו את ידיהם על פסק הדין קמא ועל נימוקיו. לטענתם, [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) אינו חל על ההסדר הקבוע בסעיף 12. משאט סברו כי ההסדר שנקבע בסעיף 12 מקים לטובתם זכות קדימה כמשמעותה [בחוק המקרקעין](#); וכי הוא אינו בגדר "הגבלה" כמשמעה [בסעיף 34\(ב\)](#) לאותו חוק.

13. בגדרי ההליך שלפנינו, הצענו לבעלי הדין, בדיון שהתקיים ביום 4.3.2024, כי יגיעו לפשרה באשר למחיר המכירה של הדירה מבלי שנידרש להכריע בתוקפו של סעיף 12. אולם, הצעתנו נדחתה על ידי בעלי הדין. באין פשרה המקובלת על הצדדים, לא נותר לנו אלא להכריע בערעור שלפנינו על-פי הדין.

דיון והכרעה

14. כאמור, השאלה בה נדרשים אנו להכריע היא האם [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) חל על סעיף 12 להסכם השיתוף. אם התשובה לשאלה זו תהא חיובית, נידרש לקבוע כי תוקפו של סעיף 12 להסכם

השיתוף פקע בחלוף חמש שנים ממועד החתימה על הסכם השיתוף (2002). במקרה זה, אביטל יהא רשאי למכור את חלקו בנכס לכל מי שיחפוץ. מאידך, אם התשובה לשאלה כאמור תהא שלילית, יהא עלינו לקבוע כי סעיף 12 עומד בתוקפו וכי אביטל אינו רשאי למכור את חלקו בנכס בניגוד לתנאיו ולדרישותיו, שכאמור מעניקים למשאט זכות קדימה ברכישת החלק.

15. אקדים ואציג את עיקרי פסק דיני. אני סבור כי סעיף 12 להסכם השיתוף מעניק למשאט **זכות קדימה** לרכישת חלקו של אביטל בנכס, כמשמעות המונח **בחוק המקרקעין**; כמו-כן, אני סבור כי זכות קדימה זו היא זכות **קניינית** אשר גורעת מאגד הזכויות, הקרוי בעלות, מעיקרו. לבסוף, אני סבור כי **סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין** אינו מגביל את אפשרותם של שותפים להסדיר זכויות קנייניות בינם לבין עצמם במסגרת הסכם שיתוף; ולפיכך, העברת זכות קניינית כלשהי במסגרת הסכם שיתוף תהא תקפה גם בחלוף 5 שנים ממועד כריתתו של ההסכם.

מסקנתי היא, אפוא, כי **סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין** אינו חל על סעיף 12 להסכם השיתוף. סעיף 12 להסכם השיתוף עומד בתוקפו ומחייב את השותפים לנכס; ובהתאם לכך, הדין עם משאט, ועל-כן יש לדחות את הערעור דנן; וכך אציע לחבריי שנעשה.

16. כעת, אפרט את עמדתי.

מהי הזכות שנקנתה על ידי משאט בסעיף 12 להסכם השיתוף?

17. כפי שכבר צוין על ידי, סעיף 12 קובע כדלקמן:

"[...] שלומי ומדמוני מקנים בזאת זכות סירוב ראשונה למשאט לרכוש את דירותיהם במידה ומי מהם יחפוץ למוכרה, באופן בו יודיעו אם שלומי ואם מדמוני בהתאם לנסיבות למשאט על רצון מי מהם למכור את דירתו (להלן: "הדירה המוצעת"). במקרה זה יהיו משאט זכאים לרכוש את הדירה המוצעת במחיר מוסכם. לא הסכימו הצדדים על מחיר מוסכם כאמור, ימנו שמאי המוסכם על שניהם שפסיקתו תחייב את הצדדים. לא הסכימו הצדדים על מינוי שמאי ימונה שמאי ע"י ראש לשכת השמאים בישראל [...]."

18. בהתאם לאמור בסעיף 12, במקרה בו אביטל או מדמוני יבקשו למכור את חלקם בנכס המשותף הם יודיעו על כך למשאט, שיהיו זכאים לרכוש חלק זה במחיר מוסכם; ובהיעדר הסכמה על המחיר, במחיר אשר ייקבע על-ידי שמאי. למרות שהדבר לא נאמר מפורשות בסעיף 12, אין חולק על כך שהצדדים הסכימו ביניהם כי רק אם משאט לא יממשו את זכותם לרכוש את חלקו של אביטל או של מדמוני, יהיו אלה רשאים להציע את חלקיהם למכירה לציבור הרחב. זוהי המשמעות הברורה של "זכות

הסירוב הראשונה" שניתנה למשאט. כפי שיוסבר להלן, הנני סבור כי הסדר זה מצביע על רצונם של הצדדים להעניק למשאט **זכות קדימה** כמשמעה [בחוק המקרקעין](#).

מהותה של זכות הקדימה

19. השאלה מה מהותה של זכות הקדימה, כמשמעה [בחוק המקרקעין](#), מעוררת קושי מסוים. במובחן משאר הזכויות המנויות [בחוק המקרקעין](#) – בעלות, שכירות, משכנתא וזיקת הנאה (ראו, בהתאמה, [סעיפים 2, 3, 4 ו-5](#) לחוק) – שמאפייניהן הוגדרו בחוק, זכות הקדימה לא זכתה להגדרה. בהיעדר הגדרה למונח "זכות קדימה", שומה עלינו להבין את מהותה של זכות זו בהתבסס על כלל ההתייחסויות לזכות זו [בחוק המקרקעין](#), על מהות הזכויות ביחס לנכסי מקרקעין שהחוק מכיר בהן ועל המכנה המשותף אשר מאפיין זכויות אלה.

20. העיקרון שעובר [בחוק המקרקעין](#) כחוט השני הוא שהקניית זכות קדימה ביחס למקרקעין לאדם אחר מונעת את העברתה של זכות הבעלות במקרקעין (ואת זכות החכירה לדורות: ראו [סעיף 106](#) לחוק המקרקעין), בטרם פנייה לבעל זכות הקדימה בהצעה לרכוש את הזכות. עיקרון זה מעוגן [בסעיף 99\(א\)](#) [לחוק המקרקעין](#), אשר קובע כדלקמן:

"בעל מקרקעין, או בעל חלק בלתי מסויים במקרקעין משותפים, רשאי לרשום זכות קדימה לגבי המקרקעין, או לגבי חלקו בהם, לטובת אדם פלוני, ומשעשה כן, לא יהיה זכאי להעבירם לאחר, אלא אם הציע אותם תחילה לבעל זכות הקדימה" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

21. הדבר עולה גם מהאמור [בסעיף 100\(א\)](#) [לחוק המקרקעין](#), שכותרתו "זכות קדימה בין יורשים", ואשר קובע לאמור:

"מקרקעין שהם משק חקלאי כמשמעותו בסעיף 114 [לחוק הירושה](#), תשכ"ה-1965, והם עברו בירושה, בין על פי דין ובין על פי צוואה, ליורשים אחדים במשותף, לא יהיה יורש זכאי להעביר חלקו בהם לאחר אלא אם הציע אותו תחילה ליורש בעל זכות הקדימה" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

22. כך גם עולה מהאמור [בסעיף 101](#) [לחוק המקרקעין](#), שכותרתו "זכות קדימה בין בני זוג":

"מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים, לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן-זוגו" (ההדגשה הוספה – א.ש.).

23. לבסוף, אצטט קטע רלבנטי מדברי ההסבר להצעת [חוק המקרקעין](#):

"בעל המקרקעין שיש עליהם זכות קדימה הרוצה למכור מקרקעיו אלה יציעם תחילה לבעל זכות הקדימה, ורק אם הלה נמנע מרכשם, יהיה הבעל רשאי למכרם כרצונו, ואם מכר – תבוטל הזכות" (ראו: הצעת [חוק המקרקעין](#), התשכ"ד-1964, ה"ח 178, 208).

24. הווה אומר: "זכות קדימה" היא הגבלה אשר מונעת את העברת הבעלות במקרקעין (או את העברתה של חכירת המקרקעין לדורות, כאמור בסעיף 106 [לחוק המקרקעין](#)) לאדם אחר מבלי להקדים ולהציע תחילה לבעל זכות הקדימה לרכוש את הזכות במחיר השוק או במחיר אחר אשר נקבע בהסכם שהעניק לבעל זכות הקדימה את זכותו. מכאן נובע כי התחייבות חוזית של בעל נכס מקרקעין להציע את רכישת בעלותו בנכס לאדם מסוים, בטרם יאפשר לאדם אחר לרכוש את בעלותו בנכס, מהווה "זכות קדימה", כמשמעה ב[חוק המקרקעין](#).

25. אעיר כי במסגרת הצעת חוק דיני ממונות הוצע להשלים את החסר בהגדרתה של "זכות קדימה" ולקבוע כי "זכות קדימה היא זכותו של אדם (בפרק זה – בעל זכות הקדימה) שבעל זכות במקרקעין לא יעביר לאחר את זכותו במקרקעין, כולה או חלקה, אלא אם כן הציע אותה תחילה לבעל זכות הקדימה" (ראו: סעיף 662(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 595) (להלן: **הצעת חוק דיני ממונות**). האמור בהצעת חוק דיני ממונות תואם אפוא את מהותה של זכות קדימה, כפי שהיא פועלת במחוזותינו כעת.

26. מלומדי המשפט עמדו על כך שלזכות קדימה יש שני יסודות: (1) כפיפות לשיקול דעתם של הצדדים בכל הקשור לרצונם להעביר את הבעלות בנכס (להלן: **יסוד הוולונטריות**); וכן (2) הענקת עדיפות לבעל זכות הקדימה על-פני מתחרים לרכישת הנכס (להלן: **יסוד העדיפות**) (ראו, בין היתר: יהושע ויסמן [דיני קניין: זכות קדימה ופרקי משכון](#) 1-5 (2014) (להלן: **זכות קדימה ופרקי משכון**); אבי [וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד](#) 117 (מהדורה שנייה, 2020) (להלן: **פרקי יסוד**); וכן גד [טדסקי "על זכות הקדימה במקרקעין" הפרקליט](#) לו 255 (תשמ"ד-תשמ"ו) (להלן: **טדסקי**)).

27. **יסוד הוולונטריות** נוגע להיבט רצוני במימוש זכות הקדימה. היבט זה נוגע הן למוכר, אשר חופשי לבחור האם למכור את בעלותו במקרקעין, ואם לאו; והן לבעל זכות הקדימה, אשר חופשי לבחור האם לממש את זכות הקדימה שבידו, ואם לאו. במילים אחרות: זכות הקדימה מתחילה לפעול במועד בו מחליט בעל הנכס כי ברצונו למכור את הנכס, והיא מתממשת רק אם בעל זכות הקדימה מחליט לרכוש את הנכס מבעליו. בכך נבדלת זכות הקדימה מאופציה, שכן בעליה של אופציה יכול לכפות על הצד השני את המכירה עליה הוסכם בהסכם האופציה, בהתקיים התנאים אשר נקבעו באותו הסכם – וזאת, אף אם הצד

השני אינו מעוניין במכירת הנכס בזמן מימוש האופציה (ראו: **זכות קדימה ופרקי משכון**, בעמ' 1-2; **פרקי יסוד**, בעמ' 117; **טדסקי**, בעמ' 255; וכן ליאון **פיין "זכות הסירוב הראשונה"** **המשפט** ד 193, 194 (תשנ"ט) (להלן: **פיין**)).

28. לצרכי מימושה של זכות קדימה, **חוק המקרקעין** דורש את התקיימותו של יסוד הוולונטריות על שני ראשיו. זאת, מאחר שהחוק קובע כי בעל מקרקעין לא יהא זכאי להעביר את המקרקעין לאחר בטרם הציע אותם לבעל זכות הקדימה. הווה אומר: בעל מקרקעין אשר כפופים לזכות קדימה **אינו חייב** אמנם להציע את המקרקעין לבעל זכות הקדימה, אולם אם **ירצה** למכור את המקרקעין, הוא יהיה חייב לעשות זאת באופן שמקיים את זכות הקדימה. זכות הקדימה רלבנטית אפוא רק במקרה בו בעל מקרקעין מבקש להעביר את זכותו לאדם אחר. ביחס לבעל זכות הקדימה, נקבע **בחוק המקרקעין** כי בעל הנכס "יציע" אותו לבעל זכות הקדימה. הצעה זו, כמובן, אינה מחייבת את הניצע. הניצע האוחז בזכות הקדימה רשאי שלא לקבל את ההצעה. אחרי מתן ההצעה, ולאחר דחייתה על ידי בעל זכות הקדימה, בעל הנכס יהא חופשי להציע את רכישת נכסו לכל אדם אחר.

29. לסיכום: זכות קדימה צריכה לקיים את יסוד הוולונטריות הן אצל בעליו של נכס מקרקעין – באשר להצעת הנכס למכירה – והן אצל בעל זכות הקדימה – באשר לקבלת ההצעה. מכאן עולה שכל מנגנון משפטי שאינו וולונטרי אינו מהווה זכות קדימה, כמשמעה **בחוק המקרקעין**. למשל: הסכם שכירות אשר קובע כי בתום תקופת השכירות הנכס יוצע לרכישה לשוכר אינו מקים זכות קדימה, שכן הוא אינו מקיים את יסוד הוולונטריות של המוכר. הסכם זה מטיל על בעל המקרקעין – המשכיר – התחייבות לנהל עם השוכר משא ומתן ענייני למכירת הנכס בתום תקופת השכירות. בדומה לכך, הסכם אשר קובע שאם המשכיר יהא מעוניין בכך, השוכר ירכוש ממנו את המקרקעין, בתום תקופת השכירות, במחיר קבוע מראש – אף הוא אינו מהווה זכות קדימה. זאת, מאחר שהסכם זה אינו מקיים את דרישת הוולונטריות אצל בעל זכות הקדימה. הסכם זה מעניק לבעל המקרקעין אופציה מסוג "put" – אופציה לכפות על השוכר את רכישת המקרקעין במחיר שנקבע (ראו והשוו: **סעיפים 149 ו-149א לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה)**, התשכ"ג-1963).

30. באשר ל**יסוד העדיפות** – זכות הקדימה מעניקה למי שאוחז בה יתרון על-פני רוכשים פוטנציאליים אחרים של הנכס (ראו והשוו: **זכות קדימה ופרקי משכון**, בעמ' 1-5, 25-27; **פרקי יסוד**, בעמ' 117). משמעותה של זכות קדימה היא שרוכש אחר לא יוכל לרכוש את המקרקעין לפני שבעל זכות הקדימה קיבל ודחה הצעה לרכשם בהתאם לתנאי ההסכם אשר העניק לו זכות זו. כלומר, זכות קדימה היא זכות לקבל הצעה לרכישת המקרקעין מבעליהם בהתאם למנגנון חוזי שנקבע מראש בין הצדדים בטרם תתאפשר רכישת המקרקעין על ידי אדם אחר. זכות שאינה מקיימת דרישה זו אינה בגדר "זכות קדימה". למשל: תניה חוזית אשר קובעת כי בעלי המקרקעין מתחייבים לאפשר לפלוני להציע הצעה לרכישת

המקרקעין אינה מהווה זכות קדימה, שכן היא אינה מקנה **עדיפות** לאותו פלוני על-פני רוכשים פוטנציאליים אחרים. בדוגמא זו, בעלי המקרקעין חייבים לשקול את הצעת הרכישה של פלוני מבלי שיהיו חייבים לבכרה על-פני הצעות אחרות.

מן הכלל אל הפרט

31. נחזור לענייננו-שלנו. סעיף 12 להסכם השיתוף קובע, כאמור, כי במקרה בו אביטל יהיה מעוניין למכור את חלקו בנכס, הוא יהיה חייב להציעו תחילה למשאט. הצדדים ינסו לקבוע ביניהם מחיר מוסכם שמשאט יהיו חייבים לשלמו בעד חלקו של אביטל בנכס; ואם לא יעלה בידם להגיע למחיר מוסכם כאמור – יפנו אל שמאי מקרקעין, אשר יקבע את מחיר המכירה. סעיף 12 להסכם לא אומר זאת מפורשות, אולם אין מחלוקת בין הצדדים שאם משאט לא יהיו מעוניינים לרכוש את חלקו של אביטל בנכס תמורת דמי הרכישה שיקבע השמאי, אביטל יהיה רשאי למכור את חלקו בנכס לכל אדם אחר בשוק החופשי.

32. נמצא אפוא כי סעיף 12 להסכם השיתוף מקיים את יסודותיה של זכות קדימה. מבחינת הוולונטריות – אביטל אינו חייב למכור את הנכס שבבעלותו, ומשאט אינם חייבים לרכוש את הנכס; מבחינת העדיפות – סעיף 12 להסכם מקנה למשאט עדיפות על-פני כל רוכש אחר. נוכח האמור, אני סבור כי הזכות שהוקנתה למשאט בסעיף 12 היא זכות קדימה, כמשמעה [בחוק המקרקעין](#).

33. כאמור, אביטל טען לפנינו כי סעיף 12 להסכם אינו מקיים את יסוד הוולונטריות ולא את יסוד העדיפות. בעניין זה טענותיו של אביטל מעט סבוכות, אולם נדמה שלוז הדברים הוא זה: לשיטתו של אביטל, זכות קדימה חייבת להבטיח כי בסופו של יום "זה יהנה וזה לא יחסר". אביטל סבור אפוא כי רק מנגנון אשר קובע כי המחיר בו ירכוש בעל זכות הקדימה את הנכס לא יפחת מהמחיר אותו יוכל המוכר לקבל בשוק חופשי מהווה "זכות קדימה"; מנגנון רכישה שאינו משקף את שיווי המשקל של השוק החופשי אינו בגדר "זכות קדימה".

דעתי היא כי בטענה זו אין ממש, ואסביר.

34. [סעיפים 103-102 לחוק המקרקעין](#) קובעים מנגנון ליישומה של זכות קדימה. בהתאם למנגנון זה, בעל נכס לגביו ניתנה זכות קדימה, אשר מעוניין למכור את הנכס, צריך לפנות לבעל זכות הקדימה בכתב בהצעה למכור את הנכס, תוך ציון המחיר המבוקש בעדו. כאשר בעל זכות הקדימה מסרב לשלם מחיר זה, או נמנע מלהגיב להצעה במועדים הקבועים, בעל הנכס רשאי, בתוך שישה חודשים מיום הסירוב, להעביר את הנכס לקונה אחר, בתנאי שמחירו לא יפחת מהמחיר אשר נקב בהצעה שניתנה לבעל זכות הקדימה. הסדר זה הוא ברירת מחדל דיספוזיטיבית: [סעיף 99\(ב\) לחוק המקרקעין](#) קובע כי הצדדים אינם כפופים להוראות [סעיפים 103-102 לחוק המקרקעין](#) וכי הם רשאים להסכים ביניהם על מימוש זכות הקדימה

בדרכים אחרות. במילים אחרות: בכל הנוגע לזכות קדימה חוזית, הצדדים רשאים לקבוע ביניהם כל מנגנון מימוש בו יחפצו, כל אימת שהמנגנון שבחרו מקיים את יסוד הוולונטריות ואת יסוד העדיפות. בעניין זה נזכור את הכלל הגדול, אשר נקבע [בסעיף 24 לחוק החוזים](#) (חלק כללי), התשל"ג-1973, ולפיו "תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים".

35. אשר על כן, אין כל הצדקה להצר את צעדיהם של מוכרים וקונים פוטנציאליים של זכויות במקרקעין אשר באים לקבוע, בינם לבין עצמם, מנגנונים שונים ומגוונים של זכות קדימה. בעניין זה ניתן לחשוב, בין היתר, על מנגנונים שאינם מתבססים בהכרח על קיומה של הצעת רכישה כנקודת פתיחה. כך, ובין היתר, ניתן לקבוע כי בעל זכות הקדימה יהיה רשאי לרכוש את הנכס במחיר שייקבע על ידי שמאי מקרקעין, כפי שנעשה בעניינינו-שלנו; על-פניו, ניתן גם להסכים, כבר במועד הקניית זכות הקדימה, על המחיר שמקבלה של זכות הקדימה ישלם בעד הנכס, באם יחליט לרכשו.

36. ויודגש: זכות קדימה הסכמית אינה חייבת להינתן מלכתחילה. הכלכלן מילטון פרידמן לימדנו כי שוק חופשי אינו מחלק ארוחות חינם: "There's no such thing as a free lunch". בעל זכויות במקרקעין אשר פועל מתוך רצון חופשי ומחליט להעניק זכות קדימה לאדם אחר, בתנאים כאלה או אחרים, עושה זאת, מן הסתם, כנגד קבלת תמורה ראויה, בכסף או בשווה כסף. בהינתן האמור, ובכפוף לכל דין, אין כל סיבה להגביל את תוכנה של זכות הקדימה. להשלמת התמונה, אציין כי הצעת חוק דיני ממונות משמיטה את ההוראה האמורה [בסעיף 99\(ב\) לחוק המקרקעין](#) – לפיה הצדדים רשאים לעצב בעבור עצמם כל מתווה למימוש זכות הקדימה, ואינם כפופים לברירת המחזל שהחוק קובע – אולם השמטה זאת נעשתה לאור עמדתם של מציעי החוק כי מדובר בעיקרון המובן מאליו של חופש החוזה וכי אין חובה לחזור עליו (ראו: [הצעת חוק דיני ממונות](#), בעמ' 1152).

37. כללם של דברים: [חוק המקרקעין](#) אינו מגדיר מהי "זכות קדימה", ואף אינו מתווה את דרכי מימושה של זכות זו. מהותה של זכות הקדימה ודרכי מימושה נלמדות מהוראות [חוק המקרקעין](#). הוראות אלה מכירות בתוקפה המחייב של התחייבות אשר ניתנת על ידי בעלי מקרקעין או חוכרם לדורות לאדם אחר להעדיפו על-פני צדדים שלישיים במכירת זכותו במקרקעין, באם יבקש למכרה. התחייבות מותנית זאת בדבר מתן עדיפות (יסוד העדיפות) שומרת על זכותו של בעל הנכס להחליט האם למכור או לא למכור את הנכס וכן על זכותו של האוחז בזכות הקדימה לסרב לרכוש את הנכס (יסוד הוולונטריות). בהתקיים שני היסודות הללו – עדיפות ווולונטריות – קמה זכות קדימה, היא אשר היא המנגנון למימוש הזכות האמורה עליו הסכימו הצדדים, ובלבד שההסכם שנכרת ביניהם מקים מנגנון כזה במפורש או במשתמע.

38. בהתאם לכך, דעתי היא כי יש לראות בהסדר הקבוע בסעיף 12 להסכם השיתוף הענקת זכות קדימה למשאט כמובנה [בחוק המקרקעין](#), שכן הסדר זה מקיים את יסוד הוולונטריות ואת יסוד העדיפות וקובע את המנגנון למימוש זכותם של משאט במקרה שבו אביטל יבקש למכור את חלקו בנכס. העובדה שמנגנון זה קובע את דמי המכירה על פי דברו של שמאי מקרקעין, ולא על פי דברו של השוק החופשי, אינה גורעת כהוא זה מזכותם של משאט ואינה משנה את מהותה של הזכות האמורה כזכות קדימה.

39. כאן המקום לעבור לדיון בשאלה הבאה אשר עולה בהליך שלפנינו. [האם סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין מגביל את זכותו של שותף להעניק לשותף אחר, במסגרת הסכם שיתוף, זכות קדימה למשך תקופה העולה על חמש שנים? במילים אחרות: האם האמור בסעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין חל על זכות קדימה?](#)

[האם סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין חל על זכות קדימה?](#)

40. [סעיף 34 לחוק המקרקעין](#) קובע כדלקמן:

"(א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.
(ב) תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א) אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים".

41. אין חולק שזכות קדימה מגבילה את זכותו של שותף להעביר את חלקו במקרקעין המשותפים. אולם, האם הגבלה זו היא מסוג ההגבלות בהן עוסק [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#)?

42. שאלה זו נתונה במחלוקת מלומדים. הפרופסור המנוח יהושע ויסמן, ז"ל, סבר כי זכות קדימה [הסכמית](#) בין שותפים, להבדיל מזכות קדימה על-פי דין, פוקעת בחלוף חמש שנים מכוחו של [סעיף 34\(ב\) לחוק](#). דעה זו אף התקבלה במספר הזדמנויות בבתי המשפט המחוזיים (ראו: [ה"פ \(מחוזי ת"א\) 15852-08-13 שלמה נ' משה](#), פסקה 12 לפסק הדין [נבו] (22.2.2016); [ת"א \(מחוזי חי'\) 23306-02-21 סבע נ' סבע](#), פסקה 11 לפסק הדין [נבו] (1.6.2021)).

ויסמן נימק את עמדתו כדלקמן:

"בין בעלים משותפים של מקרקעין, שהסכימו ביניהם בהסכם שיתוף על זכות קדימה הודדית, עשויה להתעורר שאלה בדבר משך הזמן שבו לזכות הקדימה תוקף. שאלה זו עולה נוכח ההוראה שב[חוק המקרקעין](#) שלפיה: "כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים... בלי הסכמת

יתר השותפים... תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות כאמור... אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים." זכות קדימה שיוסכם עליה בין בעלים משותפים מטילה הגבלה על זכותו של השותף להעביר את חלקו במקרקעין המשותפים. נראה על כן, לכאורה, כי כוחה של זכות קדימה כזאת מוגבל לחמש שנים, על פי האמור בסעיף 34 לחוק [המקרקעין](#).

אולם, נראה לנו כי נדרש להבחין בעניין זה בין זכות קדימה מכוח הסכם, שבין בעלים משותפים של מקרקעין, לבין זכות קדימה שמכוח החוק. בזכות קדימה מכוח הסכם בין בעלים משותפים של מקרקעין, אין סיבה עניינית להחריג את זכות הקדימה מן הכלל שלפיו יש להגביל לחמש שנים את התוקף של הגבלה על יכולתו של בעל המשותף לבצע עסקאות בחלקו. לפי זה זכות קדימה מכוח הסכם בין בעלים משותפים של מקרקעין, אכן מוגבלת לתקופה של חמש שנים." (ראו: [זכות קדימה ופרקי משכון](#), בעמ' 91).

43. מנגד, פרופסור מיגל דויטש סבר כי אין מקום להחיל את [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) על הגבלה הנובעת מהקניית זכות קדימה, בין מכוח דין ובין באמצעות הסכם – וזאת, משלושה נימוקים. ראשית, [סעיף 34\(ב\)](#) חל על הגבלות חוזיות שמעניקות זכויות אובליגטוריות בלבד, ולא על הגבלות אשר נגזרות מהקנייה של זכות קניינית. שנית, לשיטת פרופ' דויטש, זכות קדימה, כמשמעה [בחוק המקרקעין](#), היא זכות קניינית. שלישית, תכליתו של [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) אינה מצדיקה את החלתו על הגבלה הנובעת מהקנייתה של זכות קדימה (ראו: [מיגל דויטש קניין](#) א 494-496 (1997)) (להלן: [דויטש א](#)).

44. דעתי כדעתו של פרופ' דויטש. סבורני כי עלינו לקבוע [שסעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) אינו חל על הגבלות אשר נובעות מהקנייה של [זכות קניינית](#), ביניהן הגבלות הנובעות מהקנייתה של זכות קדימה בגדרו של הסכם – כל אימת שמדובר בזכות קדימה כמשמעה בחוק המקרקעין.

[סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) אינו מגביל את אפשרותו של שותף להקנות לשותף אחר זכות קניינית בחלקו במקרקעין לתקופה אשר עולה על חמש שנים

45. כאמור, [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) נסוב על "תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות [של] שותף [...] להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים" – תניה שהמחוקק הגביל את תוקפה לחמש שנים כדי למנוע מבוי סתום ביחסים בין השותפים ועל-מנת להבטיח ניצול אופטימאלי של הנכס בשוק החופשי (ראו: יהושע ויסמן [דיני קניין – בעלות ושיתוף](#) 78-80 (תשנ"ז) (להלן: [בעלות ושיתוף](#)); דויטש א, בעמ' 494-495). ודוק: [עניינו של סעיף 34\(ב\) לחוק הוא הגבלה נגטיבית של הזכות לעשות דיספוזיציה בחלקו של השותף במקרקעין, כחלק מהתחייבות חוזית בין השותפים – וכמטרה בפני עצמה – להבדיל מהקנייה פוזיטיבית של זכות במקרקעין לשותף או לאדם אחר, שתוצאתה היא חוסר יכולת לעשות עסקה המנוגדת לאותה הקנייה](#). הגבלה על כוח-דיספוזיציה, כמטרה בפני עצמה,

אינה דומה במהותה הכלכלית להקניית זכות במקרקעין לאדם אחר, אליה נכרכת, מטבע הדברים, גריעה מכוחו של מקנה זכות כאמור לעשות דיספוזיציה ביחס לאותם מקרקעין. המקרה הראשון הוא אירוע עוצר-שוק, ואילו המקרה השני ממחיש את פועלו של השוק החופשי, שאותו אין הצדקה לעצור באין סיבה מיוחדת לכך. מטעמים אלו של לשון החוק ומהותו, שומה עלינו לקבוע כי [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) חל רק על הגבלת כוחו של שותף בנכס מקרקעין לעשות דיספוזיציה בחלקו בנכס כמטרה בפני עצמה, ולא אגב הקניית זכות בנכסו לאדם אחר – לרבות שותפו בנכס.

46. למשל: כאשר שותף בבעלות (או בחכירה לדורות) במקרקעין מתחייב כלפי שותפיו שלא לעשות שום דיספוזיציה בזכויותיו ללא הסכמתם, התחייבות נגטיבית זו פוקעת בחלוף חמש שנים על-אף האמור בהסכם השיתוף. ואולם, כאשר שותף כזה מעביר חלק מזכויותיו במקרקעין לאדם אחר, לרבות שותפו במקרקעין, הקנייה זאת של הזכויות תהא תקפה גם כאשר תוצאתה היא שלילת יכולתו של השותף להעביר את זכויותיו לאדם אחר או לעשות עסקה אחרת בזכויות אלו – וזאת, במשך תקופה העולה על חמש שנים, ואפילו לצמיתות. כפי שכבר הוסבר על ידי: **לא הרי הגבלת כוח-דיספוזיציה של בעלי המקרקעין כמטרה בפני עצמה, כהרי הקניית זכות במקרקעין שתוצאתה היא שלילתו או הגבלתו של כוח כאמור.** הגבלת כוח-דיספוזיציה אינה יוצרת אלא התחייבות אובליגטורית הצופה פני-עתיד. במובחן מכך, הקניית זכות במקרקעין לאדם אחר מצרפת את הזכות המוקנית לו לקניינו כאן ועכשיו; וכפועל יוצא מכך, מונעת כל עסקה שתהא מנוגדת לזכות שנקנתה.

47. כדי להבין הבחנה חשובה זו, הבה נשאל את עצמנו מהו הדין כאשר במסגרת הסכם בדבר שיתוף במקרקעין מעניק אחד השותפים זכות קניינית בחלקו במקרקעין לשותף אחר – וזאת, לתקופה אשר עולה על חמש שנים? לדוגמא: מה הדין כאשר במסגרת הסכם שיתוף נקבע כי אחד השותפים מחכיר את חלקו לשותף אחר לתקופה של עשרים שנים? אין ספק שהקניית זכות חכירה כאמור פוגעת באפשרותו של המחכיר לבצע עסקאות בחלקו. בדוגמא שהבאתי, המחכיר אינו יכול להחכיר לאחר את חלקו במקרקעין גם בחלוף חמש שנים ועד תום תקופת החכירה. למרות שהקניית זכות לאחד השותפים מגבילה את יכולתו של השותף, שהקנה לשותפו זכות חכירה כאמור, לעשות עסקאות בחלקו, הקניית זכות זו במסגרת הסכם השיתוף תהא תקפה; ובעניינה לא יחול [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#). סעיף זה חל על הסדר בין שותפים שכל מטרתו היא לשלול או להגביל כוח-דיספוזיציה של שותף – הסדר נגטיבי שאכיפתו נעשית באמצעות צווי מניעה, להבדיל מהקנייה פוזיטיבית של זכות שאכיפתה דורשת צווי "עשה" (לצד צווי מניעה או בלעדיהם).

48. הסכם לפיו אחד השותפים לנכס מקרקעין מעניק לשותפו זכות קדימה ברכישת חלקו בנכס אינו שונה במהותו מהסכם החכירה בדוגמא דלעיל. הקניית זכות קדימה כאמור אינה בגדר הסדר נגטיבי גרידא, אשר נשלט על ידי [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#). מדובר בהסדר אשר כולל בתוכו, לצד הרכיב הנגטיבי המגביל את כוח-הדיספוזיציה של מעניק זכות הקדימה, רכיב פוזיטיבי אשר מעניק עדיפות

לבעלה של זכות הקדימה ברכישת חלקו של מעניק הזכות. רכיב זה – אותו כינתי בשם "יסוד העדיפות" – גורע מאגד הזכויות בנכס בו אוהז מעניק זכות-הקדימה, תוך שהוא קובע את זהותו של בעל זכות הבכורה ברכישת הנכס ועל ידי כך מוסיף זכות חדשה למלאי הזכויות שבידיו. הקניית זכות קדימה לזולת היא אחת מדרכי מכירתן של זכויות שותף בנכס מקרקעין – מכירה [שחוק המקרקעין](#) התיר [בסעיף 34\(א\)](#). לא זו אף זו: כפי שיסביר להלן, מדובר במכירתה של זכות קניינית לכל דבר, להבדיל מיצירת חיוב אובליגטורי גרידא, אודותיו נסוב [סעיף 34\(ב\)](#) לחוק.

זכות קדימה היא זכות קניינית

49. [סעיף 161 לחוק המקרקעין](#) קובע כי אין זכות במקרקעין אלא על פי חוק. מקובל לומר כי סעיף זה מעמיד את עיקרון הרשימה הסגורה, לפיו אין שום הסכם או פעולה משפטית אחרת שבכוחם ליצור זכויות במקרקעין שאינן מוכרות בחוק (ראו והשוו: [רע"א 1784/98 עמידר – החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ נ' מנדה](#), פ"ד נג(4) 326, 315 (1999); [וע"א 11965/05 עזבון המנוח מרדכי קליין נ' שרון](#), פסקה 37 לפסק דינה של השופטת מ' נאור והאסמכתאות שם [נבן] (27.8.2009)). הוזה אומר: על-מנת שנכיר בזכות ביחס למקרקעין כזכות קניינית יש למקמה ברשימה הסגורה של הזכויות המנויות [בחוק המקרקעין](#).

50. ככל שידי משגת, מעמדה הקנייני של זכות הקדימה עלה לדיון מספר פעמים בבית משפט זה, אולם טרם הוכרע הכרעה מחייבת (ראו: חוות דעתה של השופטת מ' בן-פורת בע"א [513/82 רייזמן נ' וושצ'ין](#), פ"ד לז(2) 813 (1983) (להלן: [עניין רייזמן](#)); וכן חוות דעתה של המשנה לנשיא מ' נאור בע"א [3521/10 עיריית חיפה נ' גסר](#) (7.1.2013) (להלן: [עניין גסר](#))). כמו כן, וכמתואר בפסק הדין קמא, מעמדה של זכות הקדימה מצוי במחלוקת מלומדים בין הפרופסורים ויסמן ודויטש, מצד אחד, אשר גורסים כי זכות קדימה היא זכות קניינית (ראו: [בעלות ושיתוף](#), בעמ' 94; [זכות קדימה ופרקי משכון](#), בעמ' 69-75; מיגל דויטש [קניין ג](#) 49-42 (2006) (להלן: [דויטש ג](#)); וכן מיגל דויטש [קניין ד](#) 429 (2007)), לבין הפרופסור המנוח ג' טדסקי, ז"ל, אשר סבר כי זכות זו אינה קניינית (ראו: [טדסקי](#), בעמ' 256-253; וכן [זכות קדימה ופרקי משכון](#), בעמ' 75-79).

51. דומני, כי בחלוף כחמישים וחמש שנים מחקיקתו של [חוק המקרקעין](#), הגיעה העת להכריע בשאלה זו. במסגרת ההכרעה כאמור, אציע לחבריי לקבוע כי זכות הקדימה היא זכות קניינית, כמו שאר הזכויות המנויות [בחוק המקרקעין](#) – בהתאם לעמדת הפרופסורים ויסמן ודויטש.

52. ואלה הם טעמי.

53. כדרכנו, נפתח בלשון בחוק. [חוק המקרקעין](#) מונה חמש זכויות במקרקעין: בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה וזכות קדימה. אין חולק כי ארבע הזכויות הראשונות הן זכויות קניין (למעמדה הקנייני של זכות השכירות ראו, בין היתר: [ע"א 9838/16 רשות מקרקעי ישראל נ' נהורא מעליא בע"מ](#), פסקה 11 לפסק דינו של השופט [ע' גרוסקופף](#) [נבון] (14.1.2020); למעמדה הקנייני של זכות המשכנתא ראו, בין היתר: [ע"א 7669/18 זהבי נ' זהבי](#), פסקה 27 לפסק דיני [נבון] (8.12.2019); ולמעמדה הקנייני של זיקת הנאה ראו, בין היתר: [ע"א 1596/18 ת'ורי נ' עמוס](#), פסקאות 14-15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה [ח' מלצר](#) [נבון] (16.3.2020)). עיון ב[חוק המקרקעין](#) מגלה שהמחוקק לא עשה כל הבחנה בין ארבע הזכויות האמורות לבין זכות קדימה. כך, זכות קדימה נמצאת ב[פרק ז' לחוק המקרקעין](#) שכותרתו "זכויות במקרקעי הזולת", אשר עוסק בזכויות הבאות: שכירות ([סימן א'](#)), משכנתא ([סימן ב'](#)), זיקת הנאה ([סימן ג'](#)) וזכות קדימה ([סימן ד'](#)); כך גם, [סעיף 126\(א\)](#) לחוק המקרקעין, אשר קובע מהן הזכויות שניתן לרשום בעניינן הערת אזהרה, מונה את זכות הקדימה ביחד עם שאר זכויות הקניין, כדלקמן: "הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, **זכות קדימה** או משכנתא, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה, ירשום הרשם, על פי בקשת מי שהתחייב או מי שזכאי לפי ההתחייבות (להלן – הזכאי), הערה על כך" (ההדגשה הוספה – א.ש.). כפי שניתן לראות, [סעיף 126\(א\)](#) אף קובע כי ישנה דרישת כתב ביחס לעסקה אשר מקנה זכות קדימה, כפי שנקבע ב[סעיף 8 לחוק המקרקעין](#) ביחס לכלל העסקאות במקרקעין.

54. יתרה מכך: [סעיף 99\(א\) לחוק המקרקעין](#), אשר כבר צוטט לעיל, דורש את רישומה של זכות קדימה ביחס למקרקעין לשם שריונה לטובת מקבלה:

"בעל מקרקעין, או בעל חלק בלתי מסויים במקרקעין משותפים, רשאי לרשום זכות קדימה לגבי המקרקעין, או לגבי חלקו בהם, לטובת אדם פלוני, ומשעשה כן, לא יהיה זכאי להעבירם לאחר, אלא אם הציע אותם תחילה לבעל זכות הקדימה".

שריון הזכות בדרך של רישום במרשם הזכויות הוא מסממניה המובהקים של זכות קניינית התקפה כלפי כולי עלמא (ראו: [דויטש ג](#), בעמ' 42-46).

55. תקפותה של הזכות כלפי כולי עלמא (in rem) היא המאפיין העיקרי של זכות קניינית (ראו, בין היתר: [ע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ נ' תפציבה שיכון ופיתוח בע"מ](#), פסקה 34 לפסק דינה של השופטת [נאור](#) [נבון] (3.9.2015)). מאפיין זה מתקיים בזכות קדימה: [סעיף 105 לחוק המקרקעין](#) קובע שרשם המקרקעין לא ירשום עסקה אשר נוגדת זכות קדימה. בכך עיגן המחוקק את תוקפה של זכות קדימה כזכות in rem, כיאה לזכויות קנייניות (ראו והשוו: [דויטש ג](#), בעמ' 42-46; וכן [זכות קדימה ופרקי משכון](#), בעמ' 30-31, 78-79).

56. חיזוק נוסף למסקנה זו ניתן למצוא בהצעת חוק דיני ממונות, אשר ממצבת את זכות הקדימה בשורה אחת עם שאר הזכויות במקרקעין: בעלות, שכירות, משכנתא וזיקת הנאה. בעניין זה נאמר בדברי ההסבר כי "ההוראות בדבר זכות קדימה ממוקמות בפרק שביעי המוצע שבחלק משנה שלישי אשר דן בהוראות המיוחדות למקרקעין. **מיקום זה מבהיר כי זכות קדימה היא זכות קניינית לכל דבר ועניין**" (ראו: **הצעת חוק דיני ממונות**, בעמ' 979; ההדגשה הוספה – א.ש.). כפי שכבר צוין על ידי, הצעת חוק זו נועדה לשקף את הדין הקיים (ראו והשוו: עניין **רייזמן**; ע"א 261/70 דוידוף נ' חברת אילת השחר 5 בתל-אביב-יפו בע"מ, פ"ד כה(1) 522, 520 (1971); **פרקי יסוד**, בעמ' 121-123; **זכות קדימה ופרקי משכון**, בעמ' 71-72; וכן **דויטש ג**, בעמ' 44).

57. **זאת ועוד**. בכל המקרים בהם בית משפט זה דן בסיווגה של זכות קדימה, הוא הגיע למסקנה כי מדובר **בזכות קניינית**. במקרה אחד, קביעה כאמור היתה בגדר דעת יחיד (ראו: עניין **רייזמן**, בעמ' 823-824), ואילו במקרה אחר היא התייחסה לזכויות קדימה שאינן מעוגנות ב**חוק המקרקעין** (ראו: עניין **גטר**, בפסקאות 6-8 לפסק דינה של השופטת **נאור** (7.1.2013), שם נקבע כי זכות קדימה שבאה מכוחו של **סעיף 195(2) לחוק התכנון והבניה**, התשכ"ה-1965 היא זכות קניינית). חרף זאת, יש בדעות אלה כדי לחזק את מסקנתי לפיה עלינו לראות בזכות קדימה זכות קניינית. בנוסף לכך, בית משפט זה הכיר מכללא בהיותה של זכות קדימה זכות קניינית במספר החלטות שכללו זכות זו ברשימה אחת עם שאר הזכויות הקנייניות (ראו, בין היתר: ע"א 1321/02 נוה בנין ופיתוח בע"מ נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז המרכז, פ"ד נז(4) 119, 130 (2003); בג"ץ 438/10 עמותת דיירי הדוור המוגן בישראל נ' שר האוצר, פסקה 15 לפסק דינו של השופט **י' עמית** [נבון] (7.3.2012); בג"ץ 7009/04 עיריית הרצליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סו(3) 596, 618 ו-680 (2014); וע"א 8378/11 יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקה 42 לפסק דינה של השופטת **א' חיות** [נבון] (27.10.2016)).

58. **מסקנה** זו נתמכת גם על ידי פסיקת בתי המשפט המחוזיים שעניינה תחרות בין זכויות. התפישתה שהחלה להסתמן בפסיקה זו רואה בזכות קדימה שנרשמה במרשם המקרקעין זכות אשר גוברת על זכות נוגדת שנולדה אחריה; ואילו זכות קדימה אשר לא נרשמה כאמור נתפשת כזכות מעין-קניינית אשר נסוגה בפני זכות מאוחרת רק כשזו נרכשת בתום-לב ובתמורה (ראו והשוו: **זכות קדימה ופרקי משכון**, בעמ' 30-31; וכן **דויטש ג**, בעמ' 42-49; ראו בנוסף: **ת"א (מחוזי ירושלים) 60007-12-13 חברת שומרי אמונים נ' טרבלו** [נבון] (22.12.2014) – פסק דין שהושאר לעמוד על כנו בע"א 1046/15 חברת שומרי אמונים נ' טרבלו (12.7.2017); ה"פ (מחוזי ת"א) 50958-08-17 קנרול ק.ל.ג.ר פיתוח בע"מ נ' מפעלי קדם (מבלטן) בע"מ [נבון] (14.5.2019) – פסק דין שחלקיו הנוגעים לענייננו הושארו לעמוד על כנם בע"א 4775/19 קנרול ק.ל.ג.ר. פיתוח בע"מ נ' מפעלי קדם (מבלטן) בע"מ [נבון] (19.10.2020); כמו

כן ראו: ה"פ (מחוזי מרכז) 36337-07-12 [קלקשטיין נ' ויטליס](#) [נבן] (17.12.2012) – פסק דין שערעור לגביו נדחה בגדרי ע"א 9370/12 [קלקשטיין נ' ויטליס](#) [נבן] (14.10.2013), תוך אמירה, בשולי הדברים, כי זכות קדימה שלא נרשמה במרשם המקרקעין היא זכות מעין-קניינית).

59. במקרה שלפנינו, זכות הקדימה לא נרשמה במרשם המקרקעין. אשר על כן, כאמור [בסעיף 7\(ב\) לחוק המקרקעין](#), עסקינן בהתחייבותו של אביטל לעשות עסקה במקרקעין, אשר לה מעמד מעין-קנייני (ראו: ע"א 8713/11 [צאיג נ' חברת ע. לוזון נכסים והשקעות בע"מ](#), פסקה 120 לפסק דינו של השופט י' דנציגר [נבן] (20.8.2017)). במאמר מוסגר, אוסיף ואציין כי זכויות קדימה שבאות מכוח חוק אינן טעונות רישום ולהן מעמד קנייני אף ללא רישום (ראו: [פרקי יסוד](#), בעמ' 123; [דויטש ג.](#), בעמ' 45-46 ו-85; [זכות קדימה ופרקי משכון](#), בעמ' 30-31; וכן [פיין](#), בעמ' 198). אביטל טען לפנינו כי יש משמעות לעובדה שזכות הקדימה שלפנינו לא נרשמה במרשם המקרקעין ואינה קניינית. אני סבור כי בטענה זו אין ממש, שכן זכות מעין-קניינית אף היא זכות בת קיימא, אשר בוודאי מחייבת את הצדדים לחוזה שיצר אותה (ראו והשוו: ע"א 189/95 [בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב](#), פ"ד נג(4) 199, 240-242 (1999)).

בטרם סיום

60. בטרם אסיים את דבריי, ברצוני להבהיר כי הדיון שערכתי אינו ממצה את כל היבטיה של זכות קדימה אשר נוצרת ביחסי שותפים לנכס מקרקעין. בהקשר זה עולה שאלה בנוגע למעמדה של זכות קדימה רשומה אחרי רישומו של נכס מקרקעין כבית משותף (השוו: [סעיף 144 לחוק המקרקעין](#)). כמו כן, עשויה להתעורר שאלה האם הקניית זכות קדימה על ידי שותף בנכס מקרקעין מגבילה את זכותו לתבוע את פירוק השיתוף באופן שעומד בסתירה לזכות הקדימה (השוו: [רע"א 6948/11 חזקיהו נ' עזבוך המנוח עוזיאל לוי](#), פסקה 12 לפסק דינו של השופט נ' הנדל [נבן] (28.2.2012)). שאלות אלה אינן נדרשות להכרעה בעניינינו-שלנו; ומשכך, אשאירן, לעת-עתה, ללא מענה.

סוף דבר

61. מכל הטעמים שמניתי לעיל, הנני מציע לחבריי שנדחה את הערעור שלפנינו ונקבע כי סעיף 12 להסכם השיתוף עומד בתוקפו והינו בר אכיפה. אביטל יישא בהוצאותיהם של משאט בערכאה זו בסך כולל של 40,000 ש"ח.

אלכס שטיין
שופט

השופטת גילה כנפי-שטייניץ:

לאחר שעייתי בחוות דעתו מאירת העיניים של חברי השופט א' שטיין, אני מצטרפת למסקנתו כי דין הערעור להידחות. ואולם, משדרכי למסקנה זו שונה במקצת מדרכו של חברי, אוסיף מספר הערות משלי.

1. מקובלת עליי מסקנת חברי, מטעמיו, כי סעיף 12 להסכם השיתוף מעניק למשאט זכות קדימה לרכישת חלקו של אביטל במקרקעין. כן מקובלת עליי מסקנתו כי [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#), התשכ"ט-1969 (להלן: **חוק המקרקעין** או **החוק**) אינו מגביל את זכותו של אביטל, שותפו למקרקעין, להקנות למשאט זכות קדימה כאמור לתקופה העולה על חמש שנים. לפיכך, אני מצטרפת למסקנת חברי כי אין בהוראותיו של [סעיף 34\(ב\)](#) לחוק כדי להפקיע את זכות הקדימה שניתנה למשאט בסעיף 12 להסכם השיתוף החל בענייננו, וזו עומדת על כנה.

2. השאלה האם ההגבלה הקבועה [בסעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) חלה גם על זכותו של שותף במקרקעין להעניק לשותפו זכות קדימה, מציבה לפנינו שאלה פרשנית. חברי הגיע למסקנה כי הגם שהוראת [סעיף 34\(ב\)](#) לחוק תוחמת בזמן תניה חוזית המגבילה את זכותו של שותף במקרקעין לעשות דיספוזיציה בחלקו במקרקעין ללא הסכמת שותפיו – אין היא תוחמת בזמן תניה חוזית המעניקה זכות קדימה לשותפו למקרקעין. מסקנה פרשנית זו מקובלת עליי (בהסתייגות מסוימת בהתייחס לזכות קדימה המעניקה זכות לרכישת הנכס במחיר הנמוך משווי הריאלי, כפי שתפורט בהמשך), אך בעוד שחברי עיגן את מסקנתו זו במסקנה נוספת – היא היות זכות הקדימה זכות קניינית (פסקה 44 לחוות דעתו), להשקפתי מסקנה פרשנית זו נכונה ללא תלות בשאלת סיווגה של זכות הקדימה כזכות קניינית או שאינה קניינית. בהינתן שגם לשיטת חברי זכות הקדימה שבענייננו אינה קניינית, אלא מעין-קניינית (פסקה 59 לחוות דעתו), ושעה שבנקודת הזמן הנוכחית אין עוד מחלוקת כי זכות הקדימה של משאט לא נרשמה במרשם המקרקעין, סבורתני, מן הטעמים שאפרט להלן, כי טוב יהיה אם נותיר את שאלת סיווג הזכות למקרה המתאים לכך.

3. אפתח, אפוא, בפירוט הטעמים המצדיקים להימנע מדיון במעמדה הקנייני של זכות הקדימה, ומדוע דיון זה אינו תורם לפתרון המחלוקת; ולאחר מכן אפנה לפרשנותו הלשונית והתכליתית של [סעיף 34 לחוק המקרקעין](#), אשר להשקפתי אינו מגביל בזמן את זכותו של שותף במקרקעין להעניק לשותפו זכות קדימה מן הסוג הנדון בענייננו.

שאלת סיווגה של זכות הקדימה כזכות קניינית

4. הכל מודים שנפלה שגגה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי עת שהניח כי זכות הקדימה נרשמה במרשם המקרקעין, בהתאם [לסעיף 99 לחוק המקרקעין](#) (ראו בפסקה 26 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי). שגגה זו היוותה מסד להכרעתו כי [סעיף 34\(ב\) לחוק המקרקעין](#) אינו חל בענייננו (**שם**, בפסקה 31). ברם, במסגרת הדיון בערעור לא הייתה מחלוקת על כך שזכות הקדימה לא נרשמה. עובדה זו הובילה את חברי למסקנה כי זכות הקדימה, שזה עתה ביקש לקבוע אותה כזכות קניינית, טומנת בחובה אף את אותה תולדה של 'זכות שביושר תוצרת ישראל', זכות מעין-קניינית הפועלת כלפי צדדים שלישיים. צעד גדול זה עושה חברי, תוך שהוא מסתמך על [ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב](#), פ"ד נג(4) 199 (1999) (להלן: **הלכת אהרונוב**), מבלי לערוך דיון ממצה בסוגיה, ומבלי שהדבר נדרש בענייננו, בהיות ההתדיינות בין צדדים ישירים לחוזה, ובאין זכות מתחרה של צד שלישי. כשלעצמי, הנני סבורה כי עדיף לנקוט זהירות, וכי קביעת הלכה המחילה את **הלכת אהרונוב** במנותק ממערכת עובדות קונקרטית, וללא בחינת זכויות מתחרות, עלולה להוביל ליישומה במצבים שלא חזינו מראש (ולהחלת **הלכת אהרונוב** בתלות בעוצמת האינטרסים המתנגשים במקרה של זכויות מתחרות ראו, למשל, [ע"א 11502/05 לאניאדו נ' הולנד ישראל בע"מ](#) [נבן] (24.2.2008)).

5. השאלה האם זכות הקדימה היא זכות קניינית, ובאלו ממופיעה, היא שאלה סבוכה בשל הקושי להתייחס אל כל סוגי זכויות הקדימה כמקשה אחת, ולא לחינם נחלקו בה מומחי המשפט, וגם שופטי בית משפט זה נמנעו מהכרעה בסוגיית קנייניות הזכות במשך שנים ארוכות. סוגיה זו מעלה שאלות מורכבות, בפרט משום שנדמה שלא כל זכויות הקדימה נולדו שוות, וראויות להגנה זהה. כך, עשויות להיות הבחנות בין זכות קדימה שהוענקה בהסכם לבין זכות קדימה שהוענקה בחוק (ראו: [יהושע ויסמן דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון](#) 74-75, 91 (2014) (להלן: **ויסמן, זכויות קדימה**)); בין זכות קדימה הסכמית שנרשמה במרשם המקרקעין לבין זכות קדימה שלא נרשמה במרשם (ראו עמדתו של ויסמן הסבור כי קנייניות הזכות מותנית ברישומה במרשם המקרקעין, וכל עוד לא נרשמה, רואים אותה כהתחייבות לביצוע הקניה; **שם**, בעמ' 74-75); ובאשר לזכות קדימה שלא נרשמה במרשם – בין מצב דברים בו הצדדים התכוונו לרשום את זכות הקדימה, לבין מצב בו לא הייתה כוונה כזו (ראו, למשל, עמדתו של דויטש הסבור כי זכות קדימה שהתכוונו לרשומה במרשם המקרקעין מוגנת כ"זכות שביושר" בעוד שזכות קדימה שלא הייתה כוונה לרשומה היא "זכות חוזית גרידא"; לעומת עמדתו של ויסמן השוללת הבחנה זו מכל וכל: מיגל דויטש **קניין ג** 46 (2006) (להלן: **דויטש, קניין ג**); **ויסמן, זכויות קדימה**, בעמ' 31). הבחנה נוספת יכול שתהיה בין זכות קדימה שמקורה [בחוק המקרקעין](#) לזכות קדימה שמקורה מחוץ לחוק המקרקעין (ראו למשל: [סעיף 195\(2\) לחוק התכנון והבניה](#), התשכ"ה-1965; [סעיפים 100\(ב\), 113 ו-114 לחוק הירושה](#), התשכ"ה-1965. כן ראו עמדתו של ויסמן, הסבור כי יש לראות זכויות קדימה שמחוץ [לחוק המקרקעין](#) כזכויות קניין, רק אם הן "דומות מספיק" לזכויות הקדימה שבחוק המקרקעין: **ויסמן, זכויות קדימה**, עמ' 76).

6. לעניין זה אין די במיקומה של זכות הקדימה [בחוק המקרקעין](#) כדי ליתן תשובה ברורה באשר לקנייניות הזכות בכל קשת המצבים העשויים להתעורר לגביה. הולמת אפוא את ענייננו קביעתו של הנשיא א' ברק כי "הטבעת תווית של 'חיוב' או 'קניין' אינה צריכה להיעשות על פי שיקולים כלליים ומופשטים, אלא חייבת להיות מעוגנת במציאות משפטית-עובדתית-קונקרטית. מוסד משפטי פלוני - כגון זכותו של אדם, כלפיו התחייבו לעשות עסקה במקרקעין - עשוי להיות שייך לתחום החיובים לצורך סוגיה אחת, ועשוי להשתייך לתחום הקניינים לצורך סוגיה אחרת" (ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253, 269 (1981)). וראו גם פסקה 5 לחוות דעתו בעניין אהרונוב ובפסקה 29 לחוות דעתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן, ובדומה דבריה בע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 849, 856 (2000)).

7. ברם, גם אם הייתי צועדת עם חברי כברת דרך, ומניחה שזכות הקדימה על כל מופעה, ולמצער זכות קדימה המוסדרת בחוק במקרקעין, היא אכן זכות קניינית, מסופקני אם די היה בטעם זה כשלעצמו כדי להוביל למסקנה [שסעיף 34\(ב\)](#) לחוק אינו מגביל בזמן את זכות הקדימה. חברי מניח, בעקבות פרופ' דויטש, כי "סעיף 34(ב) עוסק בהגבלה חוזית ולא בהגבלה הנגזרת מכך שהוקנתה לאחר זכות קניינית" (מיגל דויטש קניין א 495 (1997) (להלן: דויטש א); ההדגשה במקור). ומשום שענייננו של סעיף זה הוא אך ורק בתניות חוזיות, ממילא, אם תסווג זכות הקדימה כזכות קניינית, הוראת הסעיף לא תחול עליה. כשלעצמי, איני משוכנעת בכך, שהרי הוראת [סעיף 34\(ב\)](#) אינה משמיעה מתוכה הבחנה זו, ואף באופן תיאורטי, כשם שאין מניעה מן המחוקק להפקיע בחלוף חמש שנים זכויות חוזיות, כך יש בכוחו להפקיע זכויות קנייניות. כך למשל, פרופ' ויסמן, אשר כפי שציין חברי השופט שטיין, צידד ככלל בעמדה שזכות הקדימה היא זכות קניינית, גם אם לא בכל מופעה, סבר כי יש להחיל את הוראת [סעיף 34\(ב\)](#) על זכות קדימה הסכמית בצינור כי: "אין סיבה עניינית להחריג את זכות הקדימה מן הכלל שלפיו יש להגביל לחמש שנים את התוקף של הגבלה על יכולתו של בעל המשותף לבצע עסקאות בחלקו. לפי זה זכות קדימה מכוח הסכם בין בעלים משותפים של מקרקעין, אכן מוגבלת לתקופה של חמש שנים" (ויסמן, זכויות קדימה, בעמ' 91. בנוגע לזכות קדימה מכוח החוק, סבר שמדובר בהוראה מיוחדת הגוברת על הוראתו הכללית של [סעיף 34\(ב\)](#) לחוק). מדבריו אלה עולה, כי לשיטתו עצם היותה של זכות הקדימה זכות קניינית אינו מהווה, כשלעצמו, טעם המצדיק שלא להגבילה לחמש שנים.

דוגמה נוספת לכך, [שסעיף 34\(ב\)](#) לחוק עשוי להגביל בזמן זכות קניינית, מצויה לנו בזכות קניינית אחרת, היא זיקת ההנאה. טול למשל, שותף מעניק לשותפו זיקת הנאה שכל עניינה בחובתו של מעניק הזיקה להימנע מביצוע דיספוזיציה בחלקו במקרקעין. הגם שאין זה המופע הטיפוסי של זיקת הנאה, הרי שבהתאם [לסעיף 93\(א\)\(2\) לחוק המקרקעין](#), זיקת הנאה יכולה לקבוע "כי בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסויימת באותם מקרקעין", והדעה המקובלת היא, שתוכנה של זיקת הנאה יכול וייתחס גם לפעולות משפטיות כגון הגבלות על ביצוע עסקאות במקרקעין הכפופים (ראו: יהושע ויסמן דיני קניין: התזקה ושימוש 559-560 (התשס"ו); מיגל דויטש קניין ב 455-457

(1999); וראו גם: נינה זלצמן "שעבוד שלילי" (התחייבות לא לשעבד נכס) כבטוחה לאשראי" עיוני משפט לא 115, 131 ה"ש 52 (התשס"ח-התשס"ט)). הנה לנו דוגמה קרובה מאוד למה שחברי מכנה "הגבלה נגטיבית של הזכות לעשות דיספוזיציה בחלקו של השותף במקרקעין" (פסקה 45 לחוות דעתו), אלא שזאת הפעם – הגבלה ברורה של עבירות הזכות (ולא רק מתן עדיפות כזכות קדימה) שמעמדה קנייני. והנה, חרף מעמדה הקנייני של זיקת ההנאה, סבור דויטש כי יש להחיל את הוראת סעיף 34(ב) על הזכות האמורה ולהגביל את תוקפה לחמש שנים מכוחו. זאת, לשיטתו, כ"מקרה חריג, שכן, כאמור, כל תוכנה ותכליתה של הזכות הנדונה עתה הוא ההגבלה על העבירות, להבדיל מהגבלת עבירות אשר היא אנגבית לתכלית אחרת של הזכות הקניינית" (דויטש, קניין א בעמ' 496-497). אף שזיקת ההנאה מוצגת כ'מקרה חריג', מדברים אלה עולה שהמבחן הקובע, הלכה למעשה, אינו סיווג הזכות, כקניינית או שאינה קניינית, אלא תוכן הזכות ותכליתה.

דוגמאות אלה ממחישות היטב שלא באפיונה של הזכות כזכות קניינית או כזכות אובליגטורית – טמון הפתרון, אלא בתוכן הזכות, ויש לבחון את מהות ההגבלה שהתניה החוזית יוצרת. אפשר שתניה חוזית, חרף מעמדה הקנייני, תפקע בחלוף חמש שנים כמצוות סעיף 34(ב), וכן להיפך: אפשר שתניה חוזית לא תפקע כאמור, משום שתוכנה המגביל אינו עומד בסתירה להוראת סעיף 34(א). כפי שאפרט בהמשך, לעמדתו, זהו מצב הדברים בענייננו.

8. אפנה אפוא עתה להסביר מדוע, להשקפתי, בהתאם ללשון החוק ולתכליתו, סעיף 34(ב) אינו חל על זכות הקדימה שלפנינו. לצורך כך אפתח בהבהרת תכליתו של הסעיף, ולאחר מכן אפנה לפרשנותו, על רקע תכליתו.

תכליתו של סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין – מניעת הגבלה על העבירות

9. בהתייחסו לתניה האמורה בסעיף 34(ב) לחוק ולתכליתה, חברי, השופט שטיין, ציין בקצרה כי "[...] המחוקק הגביל את תוקפה לחמש שנים כדי למנוע מבוי סתום ביחסים בין השותפים ועל-מנת להבטיח ניצול אופטימאלי של הנכס בשוק החופשי" (פסקה 45 לחוות דעתו). רואה אני עין בעין עם חברי את תכליתו של הסעיף שבמוקד הדיון. משדעתי היא שבפרשנות הסעיף על רקע תכליתו טמון הפתרון לסוגיה שלפנינו, אבקש להרחיב מעט בעניין זה.

10. תכליתו של סעיף 34(ב) לחוק היא לתחום בזמן את המגבלה המוטלת על עבירות הנכסים. יכולתו של בעל נכס להעביר את זכותו לאחר, נחשבת כתכונת יסוד של זכות הבעלות (יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 76 (התשנ"ז) (להלן: ויסמן, בעלות ושיתוף); והשוו: אביגדור לבונטין "זכות קניין – מהי?"; משפטים ט 384, 387-388 ו-390 (התשל"ט)). פרופ' ויסמן מציין שתפיסת העבירות כתכונת יסוד כה מושרשת, עד כי יש הרואים בבעלות שאינה ניתנת להעברה "דבר הסתור מתוכו" (ויסמן, בעלות ושיתוף,

בעמ' 77). השקפה זו – שעבירות נכס מהווה תכונה יסודית של הבעלות הובילה שיטות משפט רבות להתנגדות עקרונית להגבלות על העבירות. בספרות המשפטית הוצגו נימוקים רבים נוספים להתנגדות להגבלת עבירות (להרחבה ראו: Merrill Schnebly, "Restraint upon Alienation of Legal Interests", 44 (YALE L. J. 961 (1935)). כפי שציין חברי השופט **שטיין**, נימוק מרכזי הוא הנימוק הכלכלי, ועניינו להבטיח ניצול אופטימלי של נכסים (פסקה 45 לחוות דעתו; ולהרחבה ראו: **דויטש, קניין א**, בעמ' 45). לצד זאת הוזכרו בספרות נימוקים נוספים – כגון הרצון לשמר את חירותו של אדם להיפטר ממקרקעין ולצאת מקשר שאינו רצוי לו (ראו: **חנור דגן "שיתוף במקרקעין – מוסד חברתי רצוי?" משפטים** כז 493, 504 (התשנ"ו-התשנ"ז) (להלן: **דגן, שיתוף במקרקעין**)). **סעיף 34(א)** לחוק – המתיר לשותף לעשות בחלקו כרצונו בלי הסכמת יתר השותפים – מבטא היטב גישה זו לפיה ככלל, בעל קניין, ובאופן ספציפי שותף, חופשי לבצע עסקאות בקניינו, בלא צורך בהסכמת איש (**ויסמן, בעלות ושיתוף**, בעמ' 256).

11. על רקע זה, בולט בחריגותו **סעיף 34(ב)** לחוק המאפשר להטיל הגבלות על עבירות הבעלות בהסכם שיתוף; "**בעוד שדיני-הקניין מתייחסים בדרך-כלל בחשדנות להסכם שבו אדם שולל מעצמו את היכולת להעביר נכסי מקרקעין שבבעלותו, הרי בענייננו 'מתפשר' חוק המקרקעין ומכשיר הגבלת עבירות לחמש שנים**" (**דגן, שיתוף במקרקעין**, בעמ' 504-505). מפאת הזיקה הקרובה שבין השותפים, המתחייבת מיחסי השיתוף, ראה המחוקק לנכון לסטות מן ההסדר הרגיל, ולאפשר הטלת הגבלות על העבירות. מתן היתר להטיל מגבלות מסוימות על עבירות הנכס, מבטא אפוא את זכותם הלגיטימית של השותפים שאחד מהם לא יכפה על יתר חבריו שותף חדש אשר אינו לרוחם (**שם**, בעמ' 505-506); ואף לפעול להקטנת מספר השותפים – תוצאה הנחשבת רצויה (**ויסמן, זכות קדימה**, 13).

12. אלא שבכל הנוגע לזכויות במקרקעין, לצד הכרה בהסכם המגביל את יכולתו של שותף לבצע עסקאות בחלקו – תחם המחוקק הגבלות אלה בזמן, לתקופה מרבית של חמש שנים בלבד (שונים הם פני הדברים ביחס לשיתוף במיטלטלין שבענייננו, בהתאם **לסעיף 9(ה) לחוק המיטלטלין**, התשל"א-1971, נמנע המחוקק מלהחיל את הוראת **סעיף 34(ב)**, ובכך בחר שלא לתחום בזמן את ההיתר להגביל עבירות). בהפקעת תניה מגבילה לאחר חמש שנים, ביקש המחוקק להגן על עבירות הנכסים. במישור השותפות –

"המחוקק ראה לנכון להגביל את תוקפו של הסכם שיתוף שבו שוללים או מצמצמים את כוחו של בעל משותף בביצוע עסקאות במנה שלו שבנכס המשותף מכיוון שהנסיון מלמד כי יחסי שיתוף תקינים עולים לעתים על שרטון. שותף שדימה בתחילת דרכו של השיתוף כי יוכל להתמיד תקופה ממושכת ביחסי השיתוף עם הבעלים האחרים, ועל כן התחייב שלא לבצע עסקאות בחלקו, עשוי, עם הזמן, ועקב יחסים שנתעררו, לרצות להתנער מן השיתוף על ידי מכירת חלקו. אין לשלול אפשרות זאת לתקופה ממושכת יתר על המידה" (**ויסמן, בעלות ושיתוף**, בעמ' 257).

כשם שהמחוקק ראה ערך בהגנה על השותפים מפני כניסת שותף שאינו רצוי להם, הוא גם ראה לקבוע 'תחנת יציאה' ביודעו שהיחסים ביניהם עלולים להסתבך, וכדי למנוע מהשותפים לעמוד בפני שוקת שבורה. אך לא רק דאגה ליחסי השותפים עמדה לנגד עיני המחוקק, אלא גם דאגה לעבירות המקרקעין עצמן. משום שכמות המקרקעין מוגבלת, לפיכך "קיימת נטייה מודגשת שלא להוציאם מן המחזור העסקי, ועל כן התיר המחוקק לשלול את עבירותם לתקופה מוגבלת בלבד" (שם, בעמ' 96).

13. נסכם אפוא ונאמר, כי [סעיף 34\(ב\)](#) מבטא איזון עדין: הסעיף מתיר הגבלה על עבירות הנכס לתקופה ארוכה דיה שתבטיח יציבות בין השותפים; וקצרה דיה כדי למנוע את ההשלכות השליליות של הגבלת העבירות על יחסי השותפים ועל נכסי מקרקעין.

מצוידים בתכלית החוק, נשוב לעיין בלשונו ונבחן מדוע, לטעמי, [סעיף 34\(ב\)](#) אינו תוחם בזמן תניה המעניקה זכות קדימה כבענייננו.

האם זכות הקדימה מגבילה את זכות השותף להעביר את חלקו במקרקעין?

14. בטרם אדרש לסוגית העבירות, ראוי להקדים ולערוך הבחנה בין זכות הקדימה 'הטיפוסית', זו שמימושה מותנה בתשלום שוויו הריאלי של הנכס, לבין זכות הקדימה, הנפוצה פחות, אשר מימושה מותנה בתשלום סכום תמורה שהוסכם מראש (ויסמן, **זכויות קדימה**, בעמ' 10 ובה"ש 32). ישנן דרכים שונות בהן ניתן להבטיח כי הנכס יימכר לבעל זכות הקדימה בשוויו הריאלי: הצדדים יכולים לקבוע כי הנכס יוצע לשותף רק לאחר שזה יועמד למכירה בשוק החופשי ותעמוד על הפרק הצעת מחיר קונקרטית של צד שלישי; הצדדים יכולים לקבוע שהנכס יימכר בהתאם לחוות דעתו של שמאי מוסכם, או שמאי שימונה על-ידי יושב ראש לשכת שמאי המקרקעין, כפי שנקבע בתניה שבענייננו; ובהיעדר הסכמה על מנגנון ייחודי במסגרת תנאי הזכות – הרי שהרכישה תתקיים על-פי המנגנון הקבוע [בסעיפים 102-103](#) לחוק שמטרתו להבטיח מכירה במחיר ריאלי (ראו [סעיף 99\(ב\)](#) לחוק). כל הדרכים הללו מובילות למימוש זכות הקדימה במחיר שוק. זאת בשונה מהענקת זכות קדימה לרכישת נכס במחיר קבוע מראש, שאינו משקף את שוויו הריאלי של הנכס, לגביה עלול להיווצר מצב בו יעדיף המוכר שלא למכור את הנכס כדי לא 'לממש את ההפסד' (ויסמן, **בעלות ושיתוף**, בעמ' 94 ה"ש 3).

להבחנה זו עשויה להיות חשיבות לעניין עבירות הנכס, ולפיכך, גם על המענה לשאלה שלפנינו. מכיוון שבענייננו לצד זכות הקדימה נקבע מנגנון שמטרתו לוודא כי הנכס יימכר במחירו הריאלי, תתמקד חוות דעתי שלהלן בזכות הקדימה מן הסוג הראשון, תוך הותרתה בצריך עיון של עבירות זכות קדימה הניתנת למימוש במחיר הנופל ממחיר שוק.

15. אפנה אפוא להוראות החוק. בהתאם ללשונה, הוראת [סעיף 34\(ב\)](#) לחוק תוחמת בזמן תניה רק אם היא **"שוללת או מגבילה"** את הזכות האמורה [בסעיף 34\(א\)](#). למען הנוחות נשוב ונצטט את הוראת [סעיף 34](#) לחוק:

"(א) כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים.
(ב) תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א) אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים".

מכאן, שתנאי לתחולת הסעיף הוא שלילה או הגבלה של זכות השותף להעביר חלקו במקרקעין או לעשות בחלקו עסקה אחרת בלי הסכמת יתר השותפים. חברי, השופט **שטיין**, מציין כי **"אין חולק שזכות קדימה מגבילה את זכותו של שותף להעביר את חלקו במקרקעין המשותפים"** (פסקה 41 לחוות דעתו). ואמנם, מלומדי המשפט שעסקו בסוגיה זו ראו בהענקת זכות קדימה משום הגבלה מסוימת על זכות השותף להעביר את חלקו במקרקעין. עם זאת, העמקת המבט מגלה תמונה מורכבת יותר. כך, מציין ויסמן כי **"אין תמימות דעים באשר למידת הפגיעה. יש הגורסים כי הפגיעה היא שולית גרידא [...]** לעומתם, יש הגורסים כי הפגיעה בעבירות הנכסים על ידי זכויות הקדימה היא ממשית, וגורמת לכך שנכס הכפוף לזכות קדימה יימכר במחיר נמוך מן המחיר שהיה ניתן עבורו אלמלא זכות הקדימה..." (ויסמן, **זכויות קדימה**, בעמ' 9-10). עוד הוא מוסיף, כי העמדה הגורסת כי זכות הקדימה פוגעת באופן ממשי בעבירות **"ניכרת במיוחד ביחס לזכויות קדימה שבהן הוסכם מראש הסכום שעל בעל זכות הקדימה לשלם עבור רכישת הנכס"** (שם, ה"ש 32).

להשקפה שלפיה זכות קדימה המבטיחה תמורה ריאלית (במובחן מזכות קדימה המבטיחה מחיר מוסכם מראש) – פגיעתה בעבירות שולית, ניתן ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט זה, בה נקבע כי **"הפגיעה בעבירות כתוצאה מזכות הסירוב הראשונה היא שולית למדי"** ([ע"א 4857/02 מגה טי.וי. ישראל בע"מ נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ](#), פ"ד נו(6) 951, 960 (2002); וראו גם ויסמן, שם, ה"ש 31). עמדה דומה הובעה על-ידי פרופ' טדסקי, אשר סבר כי **"המגבלה הנובעת מזכות קדימה היא קלה ביותר לכפוף [...]**, ואין בה מניעה או הגבלה לניידות המקרקעין, לרעת הכלכלה הלאומית" (גד [טדסקי "על זכות הקדימה במקרקעין" הפרקליט](#) לו 251, 253 ה"ש 13 (התשמ"ד-התשמ"ו)).

16. גם להשקפתי, זכות קדימה המותנית בתשלום שוויו הריאלי של הנכס אינה מטילה הגבלה ממשית על עבירות הנכס. אמנם ייתכן, שיש בזכות הקדימה כדי להציב חסמים פסיכולוגיים וכלכליים שונים על המוכר ועל הרוכשים הפוטנציאליים – להרתיע קונים מלהתעניין ברכישת הנכס בידועם שבעל זכות הקדימה הוא שייחנה מפירות המשא ומתן (אבי [וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 118](#) (מהדורה שלישית, 2024); ויסמן, **זכות קדימה**, בעמ' 9), או כדי לצנן את נכונותו של בעל המקרקעין מלפתוח

בהליך המכירה (דויטש, קניין א 496), אולם אין באלה כדי להטיל אלא מגבלה שולית על עבירות הנכס. הטעם לכך ברור, שהרי אין בקיומה של זכות הקדימה כדי להגביל את עצם האפשרות להעביר את המקרקעין או לעשות בהם עסקה אחרת; "החוק כאילו אומר [...] כאשר אתה מוכן להמיר את חלקך שבנכס בכסף, מה לך אם הכסף הוא של שותפך ומה לך אם הוא של זר, ואילו לשותפך יש ענין מיוחד ברכישת חלקך" (ויסמן, מגמות והישגים, בעמ' 70, דברים שצוטטו בהסכמה בע"א 513/82 רייזמן נ' וויצ'ין, פ"ד לז(2) 813 (1983), הן בפסקה 4 לחוות דעתה של השופטת מ' בן-פורת והן בחוות דעתו של השופט ד' לויין).

במילים אחרות, זכות הקדימה עניינה ב"[[הקניית עדיפות בלבד לזכאי (מבלי למנוע את תהליך המכירה לרוכש כלשהו)] (דויטש, קניין א בעמ' 496-497; ההדגשה במקור) – לאמור, מנקודת המבט של הפגיעה בעבירות, עניינה של זכות הקדימה הוא בהטלת מגבלה על זהות הרוכש והצבת בעל זכות הקדימה ב"ראש התור", אולם לא בהגבלה על חירותו של שותף בנכס למכור את חלקו. הנה כי כן, "מכיוון שהתוצאה של זכות קדימה אינה הוצאת הנכס מן המחזור המסחרי, ומכיוון שלא נגרמות על ידה התוצאות השליליות האחרות המאפיינות את הגבלת העבירות, אין רואים בזכות הקדימה הגבלה פסולה של העבירות" (ויסמן, בעלות ושיתוף, בעמ' 94 וראו גם ה"ש 3). כך סבור גם דויטש, המציין כי החשש להגבלת העבירות, בנסיבות של תשלום מחיר שוק, הוא "חשש מרוחק":

"הרציונלה מאחורי סעיף 34(ב) לחוק נעוצה בגישה הכלכלית-תועלתית, החוששת מן הקיפאון שעלול להיווצר כתוצאה מן הפגיעה בזכותו של שותף להשתחרר מן הנכס. אכן, החובה המוטלת על המוכר להציע תחילה את זכויותיו לבעל זכות הקדימה עלולה לדכא את רצונו של השותף אשר הקנה את זכות הקדימה, לפתוח כלל ועיקר בעתיד בהליך של מכירה, לאור מגבלה זו, ובכך עלול העיקרון הכלכלי-תועלתי לצאת נפגע. אולם חשש זה הוא מרוחק, והמתכונת של זכות הקדימה בחוק המקרקעין מבטיחה (על אף קשיים מעשיים בנדון) כי המחיר שיתקבל על-ידי השותף המעביר יהיה מחיר שוק" (דויטש, קניין א 496).

עולה מן המקובץ, כי זכות הקדימה, במתכונתה המבטיחה מחיר שוק, אינה "שוללת או מגבילה" את העבירות. לפיכך, משלמדנו שהמגבלות אותן ביקש המחוקק לתחום בזמן הן אלה אשר פוגעות בעבירות – מתבקשת הכרעה כי הגבלה הנוצרת מזכות הקדימה שבענייננו אינה מסוג ההגבלות בהן עוסק סעיף 34(ב) לחוק המקרקעין.

17. לתוצאה דומה ניתן להגיע, תוך הפניית הזרקור לדרישה אחרת המופיעה בסעיף, ולפיה התניה המועדת לקיצור במישור הזמן היא תניה הכרוכה בהסכמת השותפים. סעיף 34(א) לחוק קובע כי "כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר

השותפים". בהמשך, [סעיף 34\(ב\)](#) קובע כי תניה השוללת או מגבילה **"זכות כאמור בסעיף קטן (א)"** – תפקע אחר חמש שנים. ואם עתה ראינו כי הזכות האמורה בסעיף קטן (א) היא זכות השותף לפעול במקרקעין ללא הסכמת שותפיו, הרי שתניה המגבילה את זכותו לפעול בלי הסכמת השותפים, היא ורק היא, מסוג התניות המגבילות, שאין כוחן יפה לתקופה העולה על חמש שנים. לשון אחר, לא כל תניה בהסכם שיתוף המגבילה זכותו של שותף תפקע לאחר חמש שנים; עניינו של הסעיף אך ורק בתניות המגבילות את הזכות לפעול ללא הסכמת יתר השותפים.

18. האם תניה בהסכם שיתוף המעניקה זכות קדימה מגבילה את זכותו של השותף לפעול ללא הסכמת יתר השותפים? סבורני שיש להשיב על כך בשלילה. כדי להבהיר נקודה זו, נשוב להבחנה החשובה שעורך חברי בין מתן זכות 'וטו' לשותף (התחייבות שלא לעשות שום דיספוזיציה בזכויות ללא הסכמת השותף), לבין הענקת זכות קדימה (פסקה 46 לחוות דעתו). חרף דמיון מסוים בין הענקת זכות וטו לזכות הקדימה – יש הבדלים מהותיים בין הזכויות. הבדל אחד, נוגע ליתרונה של זכות הקדימה בהקנותה לבעליה אפשרות ליצירת עסקה פוזיטיבית (רכישת הזכויות בנכס), זאת בניגוד לזכות וטו, אשר אינה מקנה הזדמנות לרכישה, ובכוחה רק לבלום עסקה עם צד ג' שאינה לרוחו של בעל הזכות. ואולם, מהפרספקטיבה הנידונה כעת, של דרישה להסכמת יתר השותפים – זכות הוטו חזקה מזכות הקדימה. משום שדרושה הסכמתו של המחזיק בזכות 'וטו', בכוחו לחסום כליל עסקאות; זאת בשונה מהמחזיק בזכות קדימה, אשר לגביו מתקיים 'יסוד העדיפות'. דהיינו, אין בכוחו למנוע עסקה, וזכותו מתבטאת אך בהצבתו קודם לכל הרוכשים הפוטנציאליים כ**"ראשון בתור"** ([בג"ץ 5784/05 גורן נ' מדינת ישראל](#)), פסקה ט [נבן] (8.9.2009)). מכאן, שבעוד שזכות הוטו מחייבת את הסכמת השותף לצורך ביצוען של עסקאות עתידיות, ומבלי הסכמתו – לא תיכון עסקה; זכות הקדימה, החיובית, אינה דורשת את הסכמת יתר השותפים. אם יחפוץ השותף בעל זכות הקדימה – יוכל לרכוש את החלק המוצע למכירה, ואם לא יחפוץ – אין בכוחו לחסום את ההליך ואין צורך בהסכמתו למכירה. כפי שציין חברי בצדק, **"אחרי מתן ההצעה, ולאחר דחייתה על ידי בעל זכות הקדימה, בעל הנכס יהא חופשי להציע את רכישת נכסו לכל אדם אחר"** (פסקה 28 לחוות הדעת). לפיכך, תניה בהסכם שיתוף המעניקה זכות קדימה אינה מגבילה את הזכות האמורה בסעיף קטן (א) – את זכותו של השותף לפעול ללא הסכמת יתר השותפים – וגם משום כך אין היא פוקעת בחלוף חמש שנים.

דרך יפה להבהיר נקודה זו היא באמצעות שמה האנגלי של זכות הקדימה: "right of first refusal" – זכות סירוב ראשונה. ודוק, הדגש הוא על זכות הראשונים הנגזרת מיסוד העדיפות; כלומר, ניתן לאוחז בזכות יתרון על פניהם של רוכשים פוטנציאליים אחרים. אין זו זכות סירוב בעלמא. כפי שצוין, לו התניה הייתה מעניקה זכות סירוב מלאה, אכן הייתה זו תניה שמגבילה את השותף לעשות בחלקו בלי הסכמת יתר השותפים – וראוי היה להפקיעה בחלוף חמש שנים.

19. ומזווית נוספת: כפי שציין חברי, הוראת [סעיף 34\(ב\)](#) תחולתה ביחסים בין שותפים במקרקעין בלבד, בעוד שבהתאם להוראת [סעיף 99 לחוק המקרקעין](#), רשאי שותף במקרקעין להעניק זכות קדימה הסכמית לכל אדם ללא מגבלת זמן. מכאן, שלו נתקבלה הטענה שלפיה מגביל [סעיף 34\(ב\)](#) את תחולתה של זכות הקדימה, היה נוצר מצב מוזר: בעוד שזכות הקדימה הניתנת לשותף למקרקעין הייתה פוקעת כעבור חמש שנים, זכות הקדימה הניתנת לצד שלישי הייתה עומדת בתוקפה ללא הגבלת זמן. זאת, אף שההצדקות לקיומה של זכות קדימה ביחסים בין שותפים עוצמתיות יותר מאשר בעניינו של צד שלישי. מכל מקום, אם הוראת [סעיף 34\(ב\)](#) נועדה להגן על הגבלת העבירות הכרוכה בזכות קדימה, מדוע היה מקום להגביל את תוקפה רק לעניינו של שותף ולא לעניינו של כל צד שלישי? דומה כי גם תוצאה זו תומכת במסקנה שלא לזכות הקדימה כיוון המחוקק [בסעיף 34\(ב\)](#) לחוק.

20. הגענו לקיצה של הדרך הפרשנית. הגם שדרכי הפרשנית שונה, היא מובילה לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט **שטיין**, זאת משמזאנו כי המגבלה אשר זכות הקדימה מטילה על בעל הנכס בעניינו אינה מסוג המגבלות שבהן עוסק [סעיף 34\(ב\)](#), וכי התניה המעניקה זכות קדימה לשותפו אינה שוללת את זכותו לעשות בחלקו ללא הסכמת יתר שותפיו. כאמור לטעמי כך הדבר, ללא תלות במעמדה הקנייני של זכות הקדימה.

21. סוף דבר, מהטעמים שפירטתי, מצטרפת אני למסקנת חברי, השופט **שטיין**, כי דין הערעור להידחות.

גילה כנפי-שטייניץ שופטת

השופט יוסף אלרון:

1. מלכתחילה נתתי את הסכמתי לחוות דעתו של חברי, השופט **אלכס שטיין**. לאחר זאת, משהובאה לפניי עמדתה של חברתי, השופטת **גילה כנפי-שטייניץ**, אוסיף דברים בקצרה.

2. חברי וחברתי הגיעו למסקנה דומה כי יש לדחות את הערעור וכי סעיף 12 להסכם השיתוף עומד בתוקפו ואינו נסוג מפני [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#), התשכ"ט-1969 (להלן: [חוק המקרקעין](#)), שלפיו **"תניה בהסכם שיתוף השוללת או מגבילה זכות כאמור בסעיף קטן (א) אין כוחה יפה לתקופה העולה על חמש שנים"**.

שניהם סבורים כי סעיף 12 להסכם השיתוף קובע "זכות קדימה", שניהם סבורים כי [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) אינו מפקיע את זכות הקדימה מכוח הסכם השיתוף ועל שניהם מקובלת, באופן עקרוני, הקביעה כי [סעיף 34\(ב\)](#) [לחוק המקרקעין](#) חל על תניה חוזית המגבילה זכות של שותף במקרקעין לעשות

יוסף אלרון 54678313-4843/23
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)