



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 3086/22

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ח' כבוב
כבוד השופט י' כשר

המערערים :
1. פרץ סבן
2. דניאל בירגר
3. שחר שמש
4. תומר שמש

נגד

המשיבים :
1. סם אייסוי
2. עו"ד גרשון קליין
3. יוסף חכם
4. עו"ד אלעזר בשארי
5. יוסף לוי
6. בנק מזרחי טפחות
7. מדינת ישראל - רשות האכיפה והגבייה -
לשכת ההוצאה לפועל תל אביב
8. מדינת ישראל - לשכת רשם המקרקעין - תל
אביב
9. מדינת ישראל - רשם המשכנתאות - תל אביב
10. מדינת ישראל - רשות המיסים - מיסוי
מקרקעין (מס שבח) מרכז

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו, מיום 15.3.2022, ת"א 46544-10-17, שניתן על-ידי
כבוד השופט ד' חסדאי

תאריך הישיבה : כ"ב באדר התשפ"ג (15.3.2023)

בשם המערערים : עו"ד דורון אריאל; עו"ד אלעד בן-יורם; עו"ד
שגיאה אהרון

בשם המשיב 1 : עו"ד פרופ' אבי וינרוט; עו"ד אריק מגידש; עו"ד
שרון גרינפלד-פרלמוטר

בשם המשיבים 7-10 : עו"ד יעקב הילמן

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. אדם רכש מקרקעין מאת כונס נכסים, במסגרת הליך הוצאה לפועל. לימים התברר, כי הליך המכירה נעשה שלא מדעת בעלי המקרקעין, והיה כרוך במעשי זיוף ומרמה. אותו אדם טוען כי עומדת לזכותו תקנת השוק המעוגנת בסעיף 34א לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן, בהתאמה: סעיף 34א ו-חוק המכר), הגם שלא השלים את רכישת המקרקעין על-ידי רישומם על שמו במרשם המקרקעין; האם שכלול קניין המקרקעין בדרך של רישום, מהווה אחד מתנאי תקנת השוק האמורה? זוהי בתמצית השאלה שבמוקד ההליך דנן.

2. לפנינו ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, מיום 2.3.2022, בת"א 46544-10-17 (השופט ד' חסדאי), שבגדרו נקבע כי ב-'תאונה המשפטית' שהתרחשה בין המערערים, פרץ סבן, דניאל בירגר, שחר שמש ותומר שמש (להלן: המערערים), לבין המשיב 1, סם אייסוי (להלן: אייסוי), ביחס לזכות הבעלות במקרקעין המצויים בקריית-אוננו – ידו של אייסוי על העליונה. זאת, תוך דחיית טענת המערערים לתחולתה של תקנת השוק האמורה, לטובתם.

3. אייסוי הוא הבעלים הרשום של המקרקעין נושא המחלוקת. המערערים רכשו את המקרקעין מאת כונס נכסים במסגרת הליכי הוצאה לפועל, אך לא השלימו את רישום זכותם במרשם המקרקעין. אין חולק כי הליך ההוצאה לפועל בגדרו נמכרו המקרקעין, מקורו במעשה הונאה ותרמית של מי שהתחזה להיות נושה של אייסוי; המערערים שילמו את תמורת המקרקעין, ונקבע כי פעלו בתום לב בשעת החתימה על עסקת המכר. האם זכו בבעלות מכוחה של תקנת השוק לפי סעיף 34א לחוק המכר?

4. כאמור, המערערים לא השלימו את רכישת המקרקעין ברישום, בית המשפט המחוזי נדרש לשאלה המשפטית הנ"ל, ופסק כי משלא הושלם רישום המקרקעין על-שם המערערים, לא הושלמו תנאי תקנת השוק שבסעיף 34א, וזכות הבעלות היתה ועודנה נתונה לאייסוי. בהתאם, בוטל הליך ההוצאה לפועל, וניתן סעד למחיקתן של הערות אזהרה שנרשמו לטובת המערערים ובדבר מינויו של עו"ד קליין לכונס נכסים, וכן למחיקת רישומו של משכון ביחס למקרקעין, פירות הליך המכירה שבוטל.

5. אקדים אחרית לראשית ואומר, כי מסקנתי היא שהכרעת בית המשפט המחוזי בדין יסודה; היא תואמת את הסדר תקנת השוק שבסעיף 34א, ולמעשה – צועדת בתלם שנחרש בבית משפט זה בהליכים קודמים, אשר עוררו שאלה משפטית דומה.

רקע עובדתי

6. זירת 'התאונה המשפטית' היא במקרקעין הידועים כחלקות 84-85 בגוש 7184, בקריית-אונו (להלן: המקרקעין).

7. אייסוי, אזרח זר שאינו מתגורר בארץ, הוא הבעלים הרשום של המקרקעין. יום בהיר אחד, נודע לאייסוי כי המקרקעין שבבעלותו, נמכרו במסגרת הליך הוצאה לפועל, הליך אשר לא ידע עליו דבר עד אותה שעה, ואשר "הינו כל כולו פרי הונאה ותרמית אחת גדולה", כפי שסיכם בית המשפט המחוזי. אגולל בקצרה את סיפור המעשה, כפי שעולה מפסק הדין ומכתבי הטענות.

8. ביום 19.9.2016 נפתח בלשכת ההוצאה לפועל בתל אביב, תיק גביית שטר חוב שמספרו 518220-09-16. ההליך נפתח על-ידי 'הזוכה', המשיב 3, יוסף חכם (להלן: הזוכה), בגין שני שטרי חוב בסך כולל של 3,050,000 ₪, שנערכו בקשר לשני הסכמי הלוואה שכביכול נכרתו בין אייסוי לבין הזוכה. מועד כריתת הסכמי הלוואה והחתימה על השטרות, הוא בימים 14.2.2016 ו-15.3.2016, ומועדי פרעונם, בהתאמה, נקבעו לתאריכים 14.5.2016 ו-30.6.2016. בשטרי החוב נקבע כי המקרקעין יעמדו כבטוחה לפרעון ההלוואה: "במידה ויפר הלווה את הסכום זה, נותן הלווה בזאת הוראה בלתי חוזרת לרשום על המקרקעין משכון ולהפעילו בהוצאה לפועל ואף למכור את המקרקעין על מנת להחזיר את ההלוואה שניתנה בזאת". ביום 16.6.2016 נרשם משכון על המקרקעין לטובת 'הזוכה'. הסכמי הלוואה ושטרי החוב התבררו בהמשך הדרך כמזויפים.

9. 'הזוכה' יוצג בהליך ההוצאה לפועל על-ידי המשיב 2, עו"ד גרשון קליין (להלן: קליין). בתיק ההוצאה לפועל מצוי מכתב הממוען לעו"ד קליין, מיום 5.10.2016, מאת מי שהציג עצמו כבא-כוח 'החייב', הלוא הוא המשיב 4 דנן, עו"ד אלעזר בשארי. למכתב צורף יפוי כח חתום לכאורה על-ידי אייסוי, והוא כלל בקשה להסכים לארכה בת 30 ימים על מנת 'לארגן את הכסף', תוך שאייסוי מודה לכאורה בקיום החוב. חתימת אייסוי על יפוי הכח התבררה בהמשך, גם היא, כמזויפת.

10. עו"ד קליין, ב"כ 'הזוכה', הגיש ביום 17.11.2016 בקשה למנותו ככונס נכסי 'החייב', לרבות המקרקעין, לטובת לקוחו 'הזוכה'. ביום 20.11.2016 ניתנה החלטת רשמת ההוצאה לפועל, לפיה על קליין להמציא מספר מסמכים, ובהם אישור המצאה של בקשת המינוי ושל החלטתה לחייב במסירה אישית. אישור ההמצאה לאייסוי, לכתובתו לכאורה, בעיר אשדוד, הוגש ביום 28.11.2016. כמו מסמכים אחרים בתיק, גם אישור ההמצאה התברר כמזויף. בחלוף מספר ימים, הוגשה בקשה נוספת על-ידי 'החייב',

באמצעות בא-כוחו לכאורה, עו"ד בשארי, לעיכוב נוסף בתשלום החוב, בן 14 ימים. הבקשה נדחתה על-ידי רשמת ההוצאה לפועל ביום 6.12.2016.

11. בקשתו של עו"ד קליין להתמנות ככונס נכסיו של אייסוי, אושרה על-ידי רשמת ההוצאה לפועל ביום 31.12.2016, בכפוף להפקדת ערובה (תקנה 82 לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979 (להלן: תקנות הוצל"פ)). במקביל, הורתה הרשמת לעו"ד קליין, ליידע את 'החייב' על אודות החלטתה, על מנת לאפשר לו להגיש את הסתייגותו, וכן ליידעו על אודות הליך המכירה הפומבית של המקרקעין, הצפוי במסגרת הליך ההוצאה לפועל, לרבות ההצעה הגבוהה ביותר שתוצע בגינם. עוד נקבע בהחלטת הרשמת, כי "התמורה תופקד בקופת הגזברות בלשכת ההוצאה לפועל. חלוקת התמורה תבוצע רק לאחר קבלת אישור רשם ההוצאה לפועל לאחר ניכוי הוצאות, לרבות מיסים, ולאחר העברת הזכויות ע"ש הרוכש".

12. בהמשך להחלטת הרשמת, ביום 25.1.2017, הגיש עו"ד קליין למשרד ההוצאה לפועל אישור על רישום הערה במרשם המקרקעין בעניין הליך ההוצאה לפועל; הערכה שמאית ביחס למקרקעין; וכן 'תצהיר מוסר' בדבר המצאת המסמכים ל'חייב'. ביום 6.2.2017 אושרה בקשתו לפרסם את המקרקעין למכירה.

13. אסכם עד כה: על יסוד הסכמי הלוואה ושטרי חוב מזויפים; יפוי כח מזויף; ואישורי המצאה מזויפים – הוכשרה הקרקע (המתודית) למכירת הקרקע (הפיסית), על-ידי כונס הנכסים במכירה פומבית.

14. הליך מכירת נכס מקרקעין באמצעות כונס נכסים, מתבצע במספר שלבים: תחילה, כונס הנכסים מכריז על הזוכה בהליך המכירה הפומבית; לאחר מכן, רשם ההוצאה לפועל מחליט סופית בדבר הכרזת הקונה (תקנה 68(ב) לתקנות הוצל"פ; שלב המכונה גם 'אישור מכר' וכך נכנה אותו (להלן); אחרי ההכרזה, על הקונה לשלם את מלוא התמורה; ולבסוף, לאחר התשלום, ניתן לקונה אישור חתום על-ידי רשם ההוצאה לפועל, המכונה גם 'צו רישום זכויות' (תקנה 69 לתקנות הוצל"פ; בפסק הדין של בית המשפט המחוזי נעשה שימוש במונח 'צווי מכר', ואולם לצורך הנוחות, נעשה שימוש במונח 'צו רישום זכויות' ששימש בעבר בפסיקת בית משפט זה). אישור זה מהווה אסמכתא לצורך רישום המקרקעין על שם הקונה במרשם המקרקעין.

15. השלבים האמורים התקיימו בענייננו: ביום 21.3.2017 התקיימה מכירה פומבית, בנוכחות – כך נטען – ב"כ 'החייב', עו"ד בשארי. מובן שאייסוי לא ידע דבר על המכירה בזמן אמת. את המערערים יצג בהתמחרות המערער 3, שחר שמש (להלן: שחר), ובסיומה

זכתה הצעתם המשותפת, על סך של 7,620,000 מיליון ש"ח. לאחר עדכון שמסר כונס הנכסים, עו"ד קליין, על אודות תוצאות המכירה הפומבית, ובהעדר תגובה מצד 'החייב', נתן רשם ההוצאה לפועל, ביום 6.4.2017, 'אישור מכר' ביחס למקרקעין תמורת הסכום האמור, תוך הוראה להפקיד את כספי התמורה בלשכת ההוצאה לפועל, עד להגשת בקשה מתאימה.

16. בהמשך לכך, נחתם ביום 21.3.2017 הסכם מכר בין 'החייב', אייסוי, לבין המערערים (המערערים 1-2 – סבן פרץ ודניאל בירגר, רכשו את חלקה 84; המערערים 3-4 – שחר שמש ותומר שמש, רכשו את חלקה 85 הסמוכה). ביום 26.4.2017 נרשמו במרשם המקרקעין הערות אזהרה לטובת המערערים, וביום 17.5.2017 נרשמו הערות אזהרה לטובת המשיב 6, בנק מזרחי טפחות בע"מ (להלן: הבנק).

17. ביום 28.6.2017, בעקבות הפקדת התמורה בלשכת ההוצאה לפועל, ניתנה החלטת רשמת ההוצאה לפועל, המאשרת את בקשות כונס הנכסים, עו"ד קליין, למתן צווי רישום זכויות ביחס למקרקעין, בהתאם לתקנה 69 לתקנות הוצל"פ.

18. בטרם השלימו המערערים את רישום המקרקעין על שמם, נעצר הליך העברת הזכויות 'בחריקת בלמים' ביום 25.10.2017, עם מתן צו מניעה ארעי על-ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו, בעקבות בקשתו הבהולה של אייסוי. לטענתו, נודע לו לראשונה על הליך ההוצאה לפועל ועל מכירת המקרקעין, עת התקבלה אצל בא-כוחו פנייה מנציג הרשות המקומית, בעניין היטלי השבחה ותשלומי איזון הנוגעים למקרקעין. הצו הארעי הוארך ביום 31.10.2017, וביום 23.11.2017, במקביל לקביעת דיון קדם-משפט, הוחלט כי יוסיף לעמוד בתוקפו.

19. בכתב התביעה המתוקן שהוגש ביום 7.12.2017, ביקש אייסוי מבית המשפט המחוזי להצהיר כי הוא בעל הזכויות הבלעדי במקרקעין; להורות על בטלות הליכי ההוצאה לפועל; על בטלות הסכם המכר; ועל מחיקת הרישומים וההערות שנלוו למכירה. אייסוי טען כי הליך ההוצאה לפועל כולו הוא פרי "תרגיל עוקץ" מתוחכם, שמטרתו לגזול את המקרקעין בדרכי רמייה; וכי הסכמי ההלוואה, שטרי החוב, ואישורי המסירה השונים לאורך הליך הוצל"פ – מזויפים כולם. במישור המשפטי, טען אייסוי, כי יש להורות על בטלותו של הליך כינוס הנכסים מחמת פגמים שנפלו בו. לגבי תחולת סעיף 34 לחוק המכר, טען אייסוי כי לא מתקיים ולו אחד מיסודותיו: המערערים פעלו בחוסר תום לב; לא ניתנה 'תמורה ממשית' כנגד המקרקעין; והעסקה לא הושלמה ברישום על שם המערערים. באשר לרכיב הרישום כתנאי לתחולתו של סעיף 34א, הפנה אייסוי לפסיקתו של בית משפט זה, אשר לטענתו קבעה זאת להלכה.

20. המערערים, מנגד, לא הכחישו דבר קיומה של תרמית ברקע להליכי כינוס הנכסים, אך טענו כי 'ידם לא היתה במעל', וכי הם עצמם רכשו את המקרקעין במסגרת הליכי ההוצאה לפועל כשהם תמי לב, ותוך תשלום תמורה מלאה. באשר לדרישת שכלול הקניין בדרך של רישום, טענו המערערים כי דרישה זו אינה נמנית על התנאים לתחולתו של סעיף 34א, וכי קביעה אחרת בשאלה משפטית זו, טומנת בחובה השלכות רוחביות וקשות ביחס לאמינותם של הליכי כינוס נכסים בהווה ובעתיד. לשיטתם, תקנת השוק שבסעיף 34א חלה בעניינם, והקנתה להם את זכות הבעלות במקרקעין, כבר עם מתן צווי רישום הזכויות על-ידי רשמת ההוצאה לפועל ביום 28.6.2017. בנוסף, טענו המערערים, כי הערת האזהרה שנרשמה לטובתם, עוד ביום 26.4.2017, העניקה להם זכות מעין-קניינית במקרקעין. עוד טענו המערערים, כי יש לזקוף לחובתו של אייסוי 'אשם תורם', שכן נתוני הזיהוי שלו במרשם המקרקעין כללו מספר דרכון שתוקפו פג לפני זמן רב. לבסוף נטען, כי ב'מאזן הנזקים' בין הצדדים, הנזק הצפוי להם לו תקבל התביעה, גבוה בשיעורו מהנזק הצפוי לאייסוי, לו תידחה תביעתו ותושלם עסקת המכר.

21. המשיב 2, עו"ד קליין, הגיש לבית המשפט המחוזי "כתב הגנה מביך וסתמי בן עמוד אחד", כלשון בית המשפט המחוזי, שבו טען כי גם הוא קרבן של מעשה התרמית. המשיב 3, חכם, טען כי "הוטעה על-ידי אדם בשם אהרן" אשר הציג עצמו כבעל-חוב של אייסוי וביקש שיופיע במקומו כ'זוכה' בהליכי ההוצאה לפועל, שכן אותו 'אהרן' טרוד בהליכי גירושין. חכם טען, כי לא חשד בדבר וכי גם הוא למעשה 'נעקץ' בפרשה. המשיב 6, הבנק, טען כי פעל כדין ובתום לב כאשר העמיד הלוואות למערערים לרכישת המקרקעין, ובכלל זה קיבל ובחן את המסמכים וההחלטות במסגרת הליך ההוצאה לפועל, תוך שדאג לרישום הערת אזהרה לטובתו במרשם המקרקעין. המשיבים 7-10, משיבי המדינה – רשות האכיפה והגבייה, רשם המקרקעין, רשם המשכונות ורשות המיסים – טענו כי אינם מתנגדים באופן עקרוני לסעדים המבוקשים. בסיכומיהם, צידדו משיבי המדינה בעמדת אייסוי, לפיה השלמת עסקת המקרקעין ברישום על שם הקונה מהווה תנאי לתחולתו של סעיף 34א.

9 פסק הדין של בית המשפט המחוזי

22. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתו של אייסוי. בהכרעתו, דחה בית המשפט המחוזי את טענת המערערים כי עסקת המכר הושלמה עם מתן צווי רישום הזכויות על-ידי רשמת ההוצאה לפועל, בהתאם לתקנה 69 לתקנות הוצל"פ. בית המשפט המחוזי קבע, כי הוצאת צו רישום הזכויות היא אמנם השלב הסופי בגדרם של הליכי ההוצאה לפועל, ובפרט ביחס לזכותו של החייב לפדות את הנכס על-ידי הצעת רכישה גבוהה

יותר (וגם זאת, בכפוף למספר חריגים); ואולם, כך נקבע, אין בצו רישום הזכויות משום השלמה של הרישום במישור הקנייני, ואין בכוחו להחיל את תקנת השוק שבסעיף 34א.

23. עוד נקבע, כי ההלכה הפסוקה, שלגישת בית המשפט המחוזי "נפסקה ברורות", קובעת כי "לצורך עמידה בתנאי תקנת השוק, על פי תקנה 34א, נדרש אכן רישום". ממילא, משלא השלימו המערערים את הרישום על שמם, לא קמה לזכותם תקנת השוק המעוגנת בסעיף 34א. בהמשך לכך, קבע בית המשפט כי חובת תום הלב, המהווה אחד מתנאי תקנת השוק, חלה עד למועד הרישום, ומאחר שהמערערים מודעים למעשה המרמה כבר בשלב הנוכחי, ובטרם הרישום, הרי שגם רכיב זה אינו מתקיים. בנוגע לשאלת הפרת חובת תום הלב מצידם של המערערים בשלב מוקדם יותר של הליך הרכישה, וכן לשאלת חלקם או מודעותם למעשה ההונאה 'בזמן אמת', הבחין בית המשפט המחוזי בין המערערים 1-2 ו-4 (סבן, בירגר ותומר שמש), לבין המערער 3 (שחר). באשר לראשונים, נקבע שלא הוכח ברמה הנדרשת כי אלה היו חלק מהקנוניה או כי 'עצמו עיניים' ביחס לקיומה; לעומת זאת, בכל הנוגע לשחר, אשר לא הגיש תצהיר וממילא לא נחקר, נקבע שלא הוכח תום ליבו גם בשלב המוקדם של עסקת המכר, היינו – בעת רכישת המקרקעין במכירה הפומבית.

24. בית המשפט דחה את הטענה לפיה יש לייחס לאייסוי 'אשם תורם' בגרימת התאונה המשפטית רק משום שלא עדכן את פרטי הזיהוי שלו במרשם המקרקעין, ואף כינה טענה זו "מביכה ומקוממת". בנוסף, במישור 'מאזן הנזקים', קבע כי הכף נוטה לצד זכותו הקניינית של אייסוי, לעומת נזקיהם הכספיים של המערערים, שלא הוכחו כדבעי, ושמכל מקום – ניתנים לריפוי באמצעות הגשת תביעה נגד המעורבים בפרשת הזיוף והמרמה. עוד קבע בית המשפט המחוזי, כי הערת האזהרה שנרשמה לטובת המערערים אינה מקימה להם כל זכות כנגד זכות הבעלות של אייסוי, הרשומה במרשם המקרקעין. לבסוף, מתח בית המשפט ביקורת נוקבת על התנהלות המשיב 2, עו"ד קליין, במהלך ניהול ההליך, וקבע כי הוא "בלט בהעדרו בתיק זה", באופן שאינו עולה בקנה אחד עם חובותיו כלפי בית המשפט. בהקשר זה צוין, כי עו"ד קליין הגיש כתב הגנה לקוני, נעדר מהדיונים ונמנע מהגשת תצהיר עדות ראשית וסיכומים.

25. בשורת הסיכום נקבע, כי אייסוי "היה ועודנו בעל זכויות הבעלות במקרקעין"; נמחקו הערות האזהרה שנרשמו לטובת המערערים 1-4, וכן ההערה הנוגעת לקיומו של משכון לטובת המשיב 3 (יוסף חכם); נמחקו ההערות בדבר מינויו של עו"ד קליין לכונס נכסים ובוטל תיק ההוצאה לפועל, לרבות כלל הצווים וההחלטות שניתנו בגדרו. המערערים 1-2 ו-3-4 חויבו, כל צמד, בהוצאות על סך של 25,000 ₪; המשיבים 2-3 חויבו כל אחד בהוצאות על סך של 50,000 ₪.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

26. המערערים טוענים כי "ערעור זה עוסק בסוגיה משפטית עקרונית ממעלה ראשונה, שטרם הוכרעה עד כה בפסיקה". עיקר טענותיהם הוא נגד קביעתו המשפטית של בית המשפט המחוזי, שלפיה תנאי לקיומה של תקנת השוק שבסעיף 34א, הוא רישום המקרקעין על-שם הרוכש במרשם המקרקעין, וכי בהתאם, חובת תום הלב מתקיימת גם היא עד לשלב הרישום. לטענתם, הצבת התנאי בדבר שכלול קניין הקרקע ברישום, הופכת את סעיף 34א ל'אות מתה', ואף עומדת בסתירה לתכלית תקנת השוק המעוגנת בו, המבקשת לעודד הליכי מכר על-ידי הרשויות. עוד טוענים המערערים, כי פסיקתו של בית משפט זה בסוגיה הנדונה, הסתפקה בדרישות תום הלב והתמורה בלבד, ולא דרשה את השלמת העסקה ברישום. לשיטתם, הותרת פסק הדין המחוזי על כנו, טומנת בחובה פגיעה קשה ביכולתן של הרשויות לקיים עסקאות מכר מקרקעין, ואף תביא ל"הרתעת כל הנוגעים בדבר מעסקאות אלו", בכללם רוכשים פוטנציאליים וגורמים המעניקים מימון לעסקאות מסוג זה. עוד טוענים המערערים, כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע, כי 'מאזן הנזקים' נוטה לטובת איסוי, בשים לב לנזקים הכלכליים והנפשיים שנגרמו להם, וכן בשים לב לכך ששילמו עבור המקרקעין תמורה ראויה, אשר עודנה מצויה ברובה בקופת ההוצאה לפועל. כמו כן, טוענים המערערים, כי שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו לפיה שחר לא הוכיח את תום ליבו, אף בשלב ביצוע עסקת המכר (להבדיל מהשלב המאוחר שעד לרישום, קרי – לאחר המכירה הפומבית, לגביו נקבע כאמור כי כל המערערים אינם תמי-לב). לשיטתם, על איסוי מוטל הנטל להוכיח כי שחר לא היה תם לב בעת רכישת המקרקעין, אך נטל זה לא הורם על-ידו, ואף הוטל בשגגה על כתפיו של שחר עצמו. לבסוף, טוענים המערערים גם נגד פסיקת ההוצאות לחובתם.

27. מנגד, איסוי טוען כי מסקנת בית המשפט המחוזי באשר לשכלול הקניין ברישום, כתנאי לתחולת סעיף 34א ביחס למקרקעין, "היא הקריאה המתחייבת מהוראות הסעיף ומתכלית החקיקה". איסוי טוען כי הדרישה להשלמת העסקה ברישום, אינה עומדת בסתירה לתכליתה של תקנת השוק, וזאת כפי שניתן ללמוד מתקנות שוק אחרות, בהן דרישת שכלול הקניין מהווה תנאי הכרחי, מבלי שהדבר נתפס כפוגע בתכליותיהן, אלא אך כדרישה שנועדה לאזן את תכלית תקנת השוק עם ההגנה על זכות הקניין המקורית. עוד טוען איסוי, כי אין יסוד לחשש המודגש בדברי המערערים, לפיו המסקנה האמורה תוביל לרתיעה מקיום עסקאות עם כונסי נכסים. זאת, בין היתר, בשים לב למנגנון הנהוג, השומר את כספי התמורה בקופת ההוצאה לפועל עד להשלמת הקניין

ברישום. כאשר ל'מאזן הנזקים', מפנה איסוי לקביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה המערערים לא הביאו ראיות של ממש להוכחת נזקיהם הנטענים, וממילא, כך איסוי, שאלת 'מאזן הנזקים' אינה מהווה מבחן עצמאי לתחולת סעיף 34א. בנוסף, תומך איסוי יתדותיו בפסקי הדין אליהם הפנה בית המשפט המחוזי, כבסיס להלכה החלה גם בענייננו. בנוגע לתום ליבו של שחר, טוען איסוי, כי הנטל להוכיחו מוטל על כתפי הטוען לתחולת תקנת השוק, ואף מוסיף, כי מעת שנקבע כי שחר חסר תום לב, מן הדין היה להחיל את המסקנה על המערערים כולם. זאת, מן הטעם הפשוט שלפי חוזה המכר, רכישת הזכויות נעשתה ביחד ולחוד, באופן שביטול העסקה ביחס לאחד מהם, מביא לבטלותה ביחס לכולם.

28. משיבי המדינה טוענים גם הם – בהתאם לעמדתם בבית המשפט המחוזי – כי השלמת עסקת המקרקעין ברישום על-שם הקונה, הריהי תנאי לתחולתה של תקנת השוק המעוגנת בסעיף 34א. על כן, סבורים גם הם כי אין מקום להתערב בפסק הדין של בית המשפט המחוזי.

דיון והכרעה

29. דיוננו יתמקד בשאלה שבה פתחנו: האם תקנת השוק המעוגנת בסעיף 34א לחוק המכר, כאשר עסקינן במקרקעין, טעונה שכלול הקניין על-ידי הקונה בדרך של רישומה על שמו במרשם המקרקעין?

אתיחס תחילה בקצרה לשתי שאלות: הראשונה – שאלה קונקרטית, הנוגעת להתקיימותו של תנאי חיוני אחר – תום הלב של שחר; השנייה – שאלה כללית, הנוגעת ל'נקודות ציון' נוספות לאורכו של הליך ההוצאה לפועל, שלהן עשויה להיות נפקות משפטית בהקשרים אחרים.

תום ליבו של שחר

30. כאמור, לטענת המערערים, שגה בית המשפט המחוזי בקביעתו כי שחר לא הרים את הנטל המוטל עליו להוכיח את תום ליבו, ובית המשפט החליט כי אינו זכאי להיבנות מסעיף 34א, בלי קשר למילוי התנאי בדבר שכלול הקניין ברישום. לשיטתם, הנטל להוכיח את רכיב תום הלב מונח על כתפיו של איסוי, ומכל מקום, מעת שנקבע ביחס ליתר המערערים כי היו תמי-לב בעת רכישת המקרקעין, קביעה זו יפה גם לגבי שחר, שכן כולם היו שותפים 'בעסקה אחת'.

31. ככלל, בדיני תקנת השוק, הנטל להוכיח את התקיימות יסודותיה מוטל על הקונה, המבקש להסתופף בצילה ולהנות מפרִיָּתָה, תוך הסגת זכותו הקניינית של הבעלים

המקורי (ע"א 2046/06 אלג'אבר נ' חליל, פסקה 12 (11.3.2013) (להלן: עניין אלג'אבר); דנ"א 6364/20 שר הביטחון נ' סאלחה, פסקה 10 לפסק הדין של השופט י' עמית (27.7.2022) (להלן: עניין סאלחה); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 1328 (2017) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור)). קביעה זו יפה גם ביחס לרכיב תום הלב. אכן, ברמה העיונית, עשויה להישמע הטענה, כי כאשר מדובר בתקנת שוק הכרוכה בהסתמכות על פעולותיה של רשות – הנהנית, ככלל, מחזקת תקינות המעשה המינהלי – הרי שיש לראות את הקונה כמי שמילא אחר חובת תום הלב, ויהיה זה הבעלים המקורי שעליו יוטל הנטל לשכנע שלא כך. עם זאת, הפסיקה לא עמדה על ההבחנה האמורה, ואף מצינו שהוסיפה להטיל את נטל השכנוע על הקונה – גם בנסיבות של רכישה מאת הרשות (ראו בהקשר של סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950 (להלן: חוק נכסי נפקדים), ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסון, פסקאות 25-28 (28.9.1993); ע"א 7793/19 מדינת ישראל נ' עקל, פסקה 59 לפסק הדין של השופט ג' קרא (8.5.2022) (להלן: עניין עקל)). מכל מקום, נוכח מסקנתי שלהלן, שלפיה שכלול הקניין באמצעות רישום המקרקעין במרשם הריהו תנאי לתחולת תקנת השוק – שכלול שאין חולק כי לא נעשה בענייננו – אינני רואה הצדקה לטעת מסמרות בשאלה זו (ראו גם את הדיון אצל איל זמיר פירוש לחוקי החוזים – חוק המכר, תשכ"ח-1968 443-442 (מהדורה שניה, 2023) (להלן: זמיר). מה גם שבנסיבות הקונקרטריות שלפנינו, גם אם נניח כנקודת מוצא שנטל הוכחת תום הלב אינו מוטל על שחר, הרי שעצם בחירתו, כצד להליך, שלא להעיד, עשויה לספק כשלעצמה משקל ראייתי לחובתו (ע"א 795/99, פרנסואה נ' פוזיס, פ"ד נד(3) 107, 118 (20.6.2000); ע"א 8951/10 אורן נ' שקולניק (2.11.2014)).

32. כך או כך, דומני כי בכל מקרה אין לקבל את הטענה, כי ניתן לייחס לשחר את תום ליבם של שותפיו לעסקה, חלף הרמת הנטל במישור האינדיבידואלי. הדברים אמורים ביתר שאת, שעה ששחר לקח חלק אישי ומרכזי בעסקה, ואף יצג את המערערים בהליך המכירה הפומבית, כעולה מפרוטוקול ההתמחרות שהגיש עו"ד קליין. כמו כן, טענת המערערים, כי "לא יעלה על הדעת שהמערער 3 [שחר – נ' ס'] ביצע 'קנוניה' עם עצמו", אינה במקומה, שכן על מנת לשלול את יסוד תום הלב, אין צורך בהוכחת זדון, כוונת מרמה, או שותפות לדבר עבירה; די לצורך כך בידיעה או אף בחשד לכך שהעסקה נעשתה שלא על דעת הבעלים החוקיים (ראו במקורות שלהלן).

33. אזכיר כי ביחס ליתר המערערים, נקבע כי היו תמי-לב בשלב רכישת המקרקעין במכירה הפומבית. ואולם, תום לב זה פסק עם נקיטת ההליכים מצד אייסוי, שאז נודע להם כמובן דבר המרמה, עוד קודם שהספיקו לרשום את המקרקעין על שמם.

כפי שאראה להלן, דרישת תום הלב עד לשלב הרישום, נגזרת מההכרעה לכלול את תנאי הרישום עצמו תחת כנפי דרישות תקנת השוק, ועל כן אדרש אליה בהמשך הדברים, לאחר הדיון בסוגיה זו. אעיר עם זאת, כי אייסוי טען מצידו, במסגרת תשובתו לערעור, במעין טענת-מראָה לזו של המערערים, כי את ההשלכה של הקביעה בדבר חוסר תום ליבו של שחר – בטלות עסקת המקרקעין – יש לזקוף לחובת המערערים כולם. זאת, בהתאם להוראות חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, לגבי שניים שהתחייבו בעסקה יחד ולחוד (סעיף 55). נוכח מסקנתי שלהלן, אינני מוצא מקום להידרש גם לזווית החוזית שאותה ביקש אייסוי לעורר.

'נקודות ציון' לאורכו של הליך ההוצאה לפועל

34. דיוננו מתמקד במישור הקנייני, דהיינו בשאלה באיזה שלב נהנה הקונה מתחולתה של תקנת השוק שבסעיף 34א, בנסיבות של רכישה במסגרת הליך הוצאה לפועל. רכישה במסגרת הליך הוצאה לפועל היא מקרה פרטי של מכירה על-ידי רשות, כמובנה בסעיף 34א. הליך ההוצאה לפועל עצמו, כולל מספר תחנות כפי שתואר לעיל, והפסיקה נדרשה בהקשרים משפטיים שונים, לשאלה מתי 'מושלמת' המכירה בגדרו – כל הקשר ונפקויותיו.

35. כך למשל, בפסק הדין שניתן בע"א 9559/11 מנהל מיסוי מקרקעין נ' שעלים ניהול נכסים (30.9.2013), נת'לפְּנָה השאלה מהו השלב בו "הושלמה המכירה" של מקרקעין שנמכרו במסגרת הליכי הוצל"פ, לצורך חיוב במס לפי חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. סוגיה אחרת, עניינה בשלב החותם את מנגנון המכירה בגדרו של הליך ההוצאה לפועל עצמו, קרי – השלב בו לא יתקבלו עוד הצעות מחיר לרכישת הנכס, ואף לא תינתן יותר לחייב אפשרות לפדות את הנכס בעצמו. בית המשפט המחוזי הביא שלל מקורות שעסקו בסוגיה זו, והצביע על שלב הוצאת צו רישום הזכויות שבתקנה 69 לתקנות ההוצל"פ, בתור נקודת הסיום של הליך המכירה לעניין זה (בכפוף למספר חריגים). בגדרי הערעור שלפנינו, אין לנו צורך להאריך בדברים אלה.

36. במקביל, עמד בית המשפט המחוזי – בצדק – על ההבחנה שבין השלמת המכירה לצורך ענייני הפנימיים של הליך ההוצאה לפועל, לבין השלמת המכירה לצורך שכלול הקניין, קרי – השלב שבו אנו אומרים ש-'עוברת הבעלות לקונה' לצורך תחולת סעיף 34א. שלב קנייני זה, הוא שיעסיק אותנו בדברים שלהלן.

אחר הבהרות הפתיחה הללו, בשלה העת לגשת לשאלה המשפטית שעל הפרק.

על תקנות שוק בדין הישראלי

37. סעיף 34 לחוק המכר שייך למשפחת תקנות השוק, המְנַקְדוֹת את ספר החוקים הישראלי לאורכו ולרוחבו. משפחה זו היא ענף של משפחה רחבה יותר, דיני התחרות, המטפלים "במגוון רחב של מצבים שבהם מועלות תביעות זכויות סותרות על-ידי צדדים רחוקים, דהיינו שאין ביניהם קשר חוזי ישיר" (חנוך דגן קניין על פרשת זרכים 199, 263 (2005) (להלן: דגן); עניין סאלחה, פסקאות 17-18 לפסק דיני; פסקה 1 לפסק הדין של השופט עמית). בתוך משפחה רחבה זו של דיני התחרות, מתייחדות תקנות השוק באשר הן עוסקות בהתנגשות בין זכויות מאוחרות לבין זכויות קניין מלאות, ואף ביכולתן של הראשונות לגבור על האחרונות, בהתקיים תנאים מסוימים (דגן, עמוד 263).

38. את תקנות השוק השונות ניתן לחלק לקבוצות-משנה, הנבדלות זו מזו בתכליותיהן ובסוג 'התיקון' אותו הן מבקשות להשיג. עמדתי על כך בעניין סאלחה:

"ישנן תקנות שוק שנועדו לקדם את שטף המסחר התקין (סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר) [...] תקנות שוק אחרות, מטרתן חיזוק מעמדם ואמינותם של מרשמים המסדירים זכויות קנייניות, שלא להרתיע רוכשים מביצוע עסקאות כגון דא, אם לא יוכלו להסתמך על נכונותם (סעיף 10 לחוק המקרקעין; סעיף 93 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; סעיף 83 לחוק הספנות (כלי שייט), התש"ך-1960 [...]. בנוסף, ישנן תקנות שוק, שעיקר תכליתן היא להגן על הסתמכות הפרט על עסקאות שבוצעו עם רשויות שלטוניות, על החלטות שניתנו על-ידי רשויות אלה, וכן על דברים שנקבעו בהחלטות שיפוטיות (סעיף 5 שבמוקד ענייננו; סעיף 34 לחוק המכר; סעיף 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 17(א) לחוק נכסי נפקדים; סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978; סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950; סעיף 70 לחוק נכסים של נספי שואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006; סעיף 10 לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (יהודה ושומרון) (מס' 58), התשכ"ז-1967 [...]" (שם, פסקה 17 לפסק-דיני).

39. אכן, תקנות השוק השונות אינן עשויות מעור אחד, והן מבקשות להגשים תכליות שונות בהקשרים שונים. ברם, על אף ההבדלים ביניהן, נושאות תקנות השוק תווי-היכר דומים, אשר מקורם ב'אתגר' המשותף להן – התמודדות עם הסרת חסמים

ופינוי מעקשים המכבידים על שטף המסחר. מקורם ואופיים של הקשיים משתנה מהקשר להקשר; ובהתאם, נוסחאות תקנות השוק מגוונות אף הן. עם זאת, ניתן להכליל ולומר כי תקנות השוק חוסות תחת מכנה משותף, המבקש "למצוא איזון ראוי בין הביטחון הסטטי לבין הביטחון הדינמי, בין טובת הבעלים המקורי לבין צורכי המסחר" (ע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 872 (1995) (להלן: עניין הרטפלד)). במסגרת איזון זה, 'הביטחון הסטטי' מייצג את זכות הקניין של הבעלים המקורי.

40. על חשיבותה של זכות הקניין – זכות בעלת מעמד חוקתי במשפטנו – אין צורך להכביר מילים (ראו סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; בג"ץ 7952/21 גרינבלט נ' השרה להגנת הסביבה, פסקה 26 (24.7.2023)). כחלק מביצורה של זכות זו, נקבע הכלל הגדול, המורה כי 'אין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו' – *Nemo dat quad non habet*; וראו גם את נוסח הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, בסעיף 507: "אין אדם יכול להקנות זכות בנכס העולה על זכותו שלו באותו נכס, אלא אם כן נקבע אחרת בחיקוק". החידוש הטמון בתקנות השוק למיניהן, הוא בקביעת חריג לכלל זה, המאפשר לצד שלישי לגבור על קניינו של הבעלים האמיתי בנכס מסוים, בנסיבות בהן רכש את הנכס בשוק מידי אדם או גורם שאיננו הבעלים האמיתי (ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ פסקה י"ז (4.8.2014) (להלן: עניין מורדכיוב)). 'חידוש' זה של מוסד תקנת השוק, נועד לשרת את צרכי המסחר במובן הרחב, את הדינמיות של השווקים, ולהבטיח שלא לנעול דלת בפני מוכרים וקונים. זאת, בדרך של הגברת האמינות והביטחון בתוצאותיהן של עסקאות; במרשמים המסדירים זכויות קנייניות, עליהם מתבססים השחקנים הפעילים בשוק; ובהחלטות של רשויות מינהליות הניתנות במסגרת עסקאות הנערכות עמן.

41. בין זכות הקניין מזה, וצרכי השוק מזה, קובעות תקנות השוק השונות נקודות איזון, "על פי השקפותיה של כל חברה וחברה בזמן נתון" (עניין הרטפלד, עמוד 872). נקודת האיזון המשתנה בין הסדרי תקנות השוק השונים, מגולמת, בין היתר, בתנאים הנדרשים לשכלולן. תנאים אלו, הם דרישות שעל הקונה – הצד השלישי – למלא אחריהן, על מנת 'להתגבר' על קניינו של הבעלים. בין תנאים אלו נכללות, דרישות תום הלב והתמורה: "בשיטתנו המשפטית תקנות השוק, ביישומיהן השונים, דורשות, ככלל, תום לב ותמורה. אם תרצו – דרישה סובייקטיבית לגבי הקונה ודרישה אובייקטיבית לגבי הקניין" (ע"א 6894/15 זלצר נ' אבירם פסקה 9(ג) (7.9.2017) (להלן: עניין זלצר)).

42. יסוד תום הלב, ברוב תקנות השוק, דורש כי עובר להשלמת רכישת הנכס, הקונה לא ידע ואף לא יחשוד, כי הנכס נמכר לו מבלעדי ידיעתו והסכמתו של הבעלים המקורי. דרישה זו פורשה לרוב כבעלת יסוד סובייקטיבי, ואולם ניתן לאתר בפסיקה גם מגמה של

החדרת רכיבים אובייקטיביים במסגרת בחינת תם הלב (ע"א 4609/99 בע"ל מקצוע נכסים (1997) בע"מ נ' סונדרס, פ"ד נו(6) 832, 852 (2002) (להלן: עניין סונדרס); עניין עקל, פסקאות 17-18 לפסק הדין של השופט ע' גרוסקופף; עניין סאלחה, פסקה 55 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ע' פוגלמן, וכן פסקה 5 לפסק הדין של השופט עמית (27.7.2022); מיגל דויטש קנין כרך ג', 216-232 (2006) (להלן: דויטש, כרך ג'). יסוד התמורה, מצידו, תפקידו להעיד על הסתמכות משמעותית של הקונה, ועל שינוי מצבו לרעה בעקבות ביצוע העסקה (ועל כן יש שפירשו אותו במוכח רחב, ככל סוג של שינוי מצב לרעה ולא דווקא באופן של תמורה כספית; ראו דויטש, כרך ג', עמודים 232-242; עניין סאלחה, פסקאות 51-52 לפסק דיני)).

43. נקודת המבט 'הקלאסית', משקיפה על תקנת השוק כנקודת חיכוך בין זכות קניין מוגדרת ומוגנת, לבין אינטרס ציבורי הדורש מענה. לעומתה, יש שהציעו להתבונן על התופעה מנקודת מבט של יעילות כלכלית. בהתאם לגישה זו, יש להתייחס לסיטואציה של התנגשות בין הבעלים המקורי לקונה כ'תאונה משפטית'. תאונות מסוג זה, טעונות הסדר אשר יביא למיקסום הרווחה המצרפית (Menachem Mautner, *"The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95 (1991); דגן, עמודים 199-201, 207-208; יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני התחרות" ספר שמגר – מאמרים ג 459, 482 (2003); דויטש, כרך ג' 183-185). מנקודת מבט זו, עלינו לתור אחר הסדר יעיל שיתרום למניעת התקלה מראש, בעלות המזערית האפשרית, בטרם התרחשה (Ex-ante); וכמו כן לבחון מהו ההסדר שיביא למזעור הנזקים בדיעבד (Ex-post), לאחר קרות התאונה. בגדרם של שיקולי Ex-ante, נבקש להטיל אחריות על הצד שביכולתו למנוע את התקלה בעלות הנמוכה ביותר, על מנת להמריץ אותו להשקיע משאבים במניעת התאונה שיכולה להתרחש, חלף הטלת אחריות על הצד שכנגד, שהשקעת משאבים מצדו יקרה יותר; בגדרם של שיקולי Ex-post, נבקש לבחון את מצבם של הצדדים בעקבות התאונה, לעמוד על 'מאזן הנזקים' ביניהם, ולהטיל את הנזק על הצד שייצא בהפסד הקטן יותר, על מנת להבטיח פגיעה מצרפית נמוכה יותר.

44. האוחזים בגישה זו, סבורים כי היא מספקת הסבר הולם לדרישות תום הלב והתמורה הכלולות בהוראות תקנות השוק, כפי שנחקקו וכפי שפותחו בפסיקה. כך, הוצע בספרות 'לשבץ' את דרישת תום הלב כשיקול Ex-ante, המבקש לשלול את תקנת השוק מצד שלישי שידע על זכותו של הבעלים המקורי – ועל התאונה הממשמת ובאה – ויכול היה למנוע אותה. עוד מציעה גישה זו, לבאר את דרישת התמורה כשיקול Ex-post,

המבקש להבטיח כי הקונה יזכה בנכס רק מקום בו תוצאה אחרת תסב לו נזק ממשי (ראו, למשל, עניין סאלחה, פסקה 19 לפסק דיני).

45. לבד מיסודות תום הלב והתמורה, מתאפיינות רובן של תקנות השוק ביסוד שלישי: שכלול הקניין על-ידי הקונה. עמד על כך בית משפט זה בעניין הרטפלד (עמוד 872):

“על-אף השוני בין הסדרי תקנות השוק השונות, ראוי להצביע על יסוד עיקרי אחד העובר כבריח התיכון בכל תקנות השוק – לביטחון יתר נאמר: ברובן המכריע של תקנות השוק – והוא, קיומו של יסוד קנייני כיסוד-בלעדיו-אין (non-qua-sine) וכתנאי מוקדם להיווצרותה של הגנת תקנת השוק. יסוד מעשה הקניין (לעיתים: יסוד החזקה) משמש יסוד מאחד לכל (או לרוב) תקנות השוק, עד שנוכל להסיק כי יוצר הוא דוקטרינה במשפט ישראל”.

46. גם הספרות המשפטית עמדה על כך: “הכלל הבסיסי בשיטתנו היא שעדיפותו של הצד השלישי מותנית בכך שהצד השלישי רכש בעלות בעודו בתום לב. אם הפעולה עמו עדיין לא בוצעה וקיימת כלפיו התחייבות גרידא, גובר בעל הזכות המקורית, שזכותו קודמת בזמן. בעניין זה בולטת העקביות הן של החקיקה והן של הפסיקה” (פרידמן ושפירא בר-אור, עמוד 1345).

47. דרישת שכלול הקניין משתלבת בהוראות תקנות השוק בדרכים שונות: “לעיתים, דרישת השכלול נזכרת בדין במפורש, ולעיתים היא נלמדת מהמושג ‘רכישת’ או ‘קבלת’ הזכות, הנסב כלפי הצד השלישי” (דויטש, כרך ג’, עמוד 183). כך למשל, בעניין הרטפלד נקבע כי הן תקנת השוק במקרקעין הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ”ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), הן תקנת השוק הקבועה בסעיף 73 לחוק הירושה, התשכ”ה-1965 (להלן: חוק הירושה), טעונות שכלול קנייני, וכאשר מדובר במקרקעין – השכלול יעשה בדרך של רישום. קביעה זו היוותה מסקנה פרשנית ביחס לתיבה “רכש” המופיעה בשני סעיפי-החוק. כמו כן, סעיף 34 לחוק המכר, הקובע את תקנת השוק במיטלטלין, מציב כתנאי “קנה] וקיבל אותו לחזקתו [...]”, ותקנת השוק המעוגנת בסעיף 5 לחוק המשכון, התשכ”ז-1967, דורשת שכלול קניין המתבטא בתנאי הפקדה או רישום (עניין הרטפלד, עמוד 873).

48. תנאי שכלול הקניין, מהווה אפוא אחד מהיסודות החוזרים את רובן של תקנות השוק. ואולם בצד הכלל, ישנם גם חריגים – תקנות שוק שאינן טעונות שכלול קנייני

לצורך תחולתן. חריגים אלו, הגיונם בצידם. כך למשל, תקנת השוק המעוגנת בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967, אינה כוללת בין תנאיה את רישום הקרקע במרשם, מטעמים הייחודיים להיקפו המוגבל ואופיו החסוי של מרשם המקרקעין באזור יהודה ושומרון (ראו: חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" משפטים נ 359, 385-388 (2020); עניין סאלחה, פסקאות 39-44 לפסק דיני). הוא הדין גם ביחס לתקנת השוק המעוגנת בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, שאינה כוללת דרישת רישום כתנאי לתחולתה. כמו כן, בעניין הרטפלד הוזכר כחריג לכלל גם סעיף 14 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 – הקובע 'מעין תקנת שוק' לטובת מי שרכש נכס מקרקעין מאת נאמן, הגוברת על זכויותו הקנייניות של הנהנה, יוצר הנאמנות – כאשר העדר דרישת הרישום נתבאר על רקע הנחות היסוד הייחודיות למוסד הנאמנות (שם, עמודים 865-866; וראו גם פרידמן ושפירא בר-אור, עמודים 1346-1347). אדגיש, כי במקרים חריגים אלו, ההצדקה שניתנה להעדרו של תנאי שכלול הקניין, לא נגזרה אך מהאינטרס הדינמי הניצב בבסיסן, קרי – הרצון להקל עם הקונה ולהגביר את ביטחונו בעסקה, על מנת לעודד מסחר; אינטרס זה קיים בבסיסה של כל תקנת שוק, ואף על-פי כן – היא לא הביאה לייתורו של תנאי שכלול הקניין ברובן. ההצדקה להעדר דרישת שכלול הקניין נגזרה ממאפיינים נקודתיים, ועל רקע המטריה המסוימת שבה עוסקות תקנות שוק קונקרטיות אלו.

49. סיכומם של דברים, התמונה המתקבלת מסקירת הפסיקה היא שתנאי שכלול הקניין הריהו, ככלל, אחד משלושת התנאים העוברים כבדיח התיכון של תקנות השוק כולן, בצד תום לב ותמורה.

סעיף 34א לחוק המכר – תקנת שוק במכירה על-ידי רשות

50. מצויידיים בעקרונות הכלליים, ניגש כעת לפרשנות תקנת השוק אשר הונחה על האבנים בהליך זה, זו שבסעיף 34א לחוק המכר:

"מכירה על-ידי רשות"

34א. נמכר נכס על-ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס, חוץ מזכות שלפי תנאי המכירה אינה מתבטלת ומזכות שאינה משמשת ערובה לחיוב כספי".

51. לשונו של סעיף 34א, כמו גם מיקומו ה'גאומטרי' בין יתר הוראות חוק המכר, זרעו בעבר לא מעט מבוכה בהבנת תוכנו המדויק. גישה אחת, ביקשה לקרוא אותו כשכנו

הרעיוני של הסעיף הקודם לו – תקנת השוק במיטלטלין שבסעיף 34 – ובהתאם, לראותו כתקנת שוק נוספת, שמטרתה לתקן ולהיטיב את מהלך העסקים הרגיל של מכירה על-ידי רשות על-פי דין (יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 332-337 (1974)). גישה אחרת, ביקשה לפרשו דווקא על רקע שכנו מן העבר השני, סעיף 34ב, הקובע כי הזכויות אשר מורקו מהנכס עם מכירתו על-ידי רשות – חלות על דמיו. מקריאת שני הסעיפים יחדיו, כך על-פי גישה זו, עולה כי תכלית סעיף 34א היא אך הסדרת מעמדם של נושים, שלהם זכויות בנכס, המשמשות כערובה לגביית החוב (זמיר, עמודים 412-415).

52. המחלוקת בין הגישות הוכרעה בפסק הדין המקיף בעניין זלצר, לטובת זו הראשונה. נקבע, כי סעיף 34א אכן יוצר תקנת שוק (למעשה, הדברים עולים כבר מהצעת החוק שקדמה לסעיף, אשר הגדירה אותו מפורשות כ'תקנת שוק'; ראו דברי ההסבר להצעת חוק המיטלטלין (הוראות משלימות), ה"ח 882, 169; וכן הערת המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בעניין זלצר, פסקה ג לפסק דינו). פירוש הדבר, שהרוכש נכס מאת רשות, נהנה מתקנת שוק וזוכה בבעלות עליו, גם אם יתברר בדיעבד כי הנכס נמכר בעקבות מעשה מרמה ומבלעדי ידיעת הבעלים. תכליתה של תקנת שוק זו, כך נתבאר, "במתן תמריץ לרוכשים ליטול חלק במכירות המבוצעות על-ידי רשות; ברצון לחסוך מן המציעים את הצורך לערוך בירורים בנוגע לטיב זכותו של החייב בנכס, צורך שאילו היה קיים, עלול היה להרתיע רבים מפני נטילת חלק בהליך; ובאינטרס להשיא את תמורת המכירה כך שתתקרב למחיר השוק של הנכס" (ע"א 1479/18 דדוש נ' סלס פסקה 22 לפסק הדין של השופט עמית (25.7.2022) (להלן: עניין דדוש); ע"א 4052/19 י.ש.מ לבניין בע"מ נ' תדביק בע"מ, פסקאות 13-14 (13.9.2020)). זהו האינטרס 'הדינמי' שבבסיס תקנת השוק של סעיף 34א.

53. אכן, כפי שהוער בפסיקה, אין מדובר בתקנת שוק גורפת, שכן לשונו המפורשת של הסעיף גורעת מהליך המירוק 'זכות שאינה משמשת ערובה לחיוב כספי' (למשל, שכירות או זיקת הנאה). ועם זאת, "עיקר תקנת השוק – זכות הבעלות ושיעבודים שונים – אכן קבוע בלשון הסעיף" (עניין זלצר, פסקה 9 לפסק הדין של השופט נ' הנדל; לדיון בטעמים להבחנה בסעיף בין זכות המשמשת כערובה כספית לבין זכות שאינה כזו, ראו מיגל דויטש קניין כרך ד 294-298 (2007) (להלן: דויטש, כרך ד'); עופר שפירא "טיהור נכסים במכירתם על-ידי רשות על פי דין" הפרקליט מב 567, 568-570 (התשנ"ו) (להלן: שפירא, טיהור נכסים)).

54. למען הסר ספק אציין, כי בנכסים הכלולים בסעיף 34א – גם מקרקעין. הדבר נלמד בעיקר מהוראת סעיף 4(א) לחוק המכר, לפיו "הוראות חוק זה יחולו על מכר של מטלטלין, ובשינויים המחוייבים – גם על מכר של מקרקעין וזכויות"; וכן מהתיבה "נכס",

הבולטת בהיקפה הרחב בהשוואה לתיבות "נכס נד" שבתקנת השוק השכנה, בסעיף 34, העוסקת במיטלטלין בלבד.

55. בפסק דין זלצר, בד-בבד עם המסקנה העקרונית שלפיה סעיף 34 אכן משמיע הסדר מסוג תקנת שוק שבכוחו להקנות בעלות, נקבע כי יש לקרוא לתוך הסעיף גם את דרישות תום הלב והתמורה, שכאמור מאפיינות, ככלל, את משפחת תקנות השוק: "בשיטתנו המשפטית תקנות השוק, ביישומיהן השונים, דורשות, ככלל, תום לב ותמורה [...]. אין סיבה שמכירה על-ידי רשות תסטה מכללים אלה. לצורך ההכרעה כאן די בכך, ואין צריך לדון בהיקף דרישת תום הלב בעת מכירה על-ידי רשות. די להצביע על קיומה [...] כך גם לגבי מי שאינו משלם את התמורה, שהינה רכיב אינטגרלי מההסדר הקבוע בסעיפים 34 א ו-ב34" (עניין זלצר, שם).

56. לפנינו אפוא תקנת שוק, הכוללת את התנאים המקובלים בדבר קיומו של תום לב מצד הקונה ומתן תמורה; תקנת שוק הפורשת מצודתה על כל נכס שנמכר על-ידי רשות, לרבות מקרקעין. בשלים אנו כעת לגשת לעיקר: האם לצורך החלתה של תקנת השוק שבסעיף 34 על מקרקעין, נדרש גם שכלול הקניין בדרך של רישום, קרי – כי הקונה מקרקעין מאת הרשות, ישלים את הרכישה ברישומה על שמו במרשם המקרקעין?

הידרשות בית משפט זה לסוגיה דנן – וההלכה שנפסקה

57. למעשה, עיון בפסיקתו של בית משפט זה מלמד, כי השאלה שהוצגה נענתה בחיוב. מסקנה זו נובעת משני פסקי דין שנדרשו לסוגיה, והכריעו בה. כבר לפני כחצי יובל שנים, בפסק הדין שניתן ברע"א 5080/97 כהן נ' רום, פ"ד נב(2) 332 (1998) (להלן: עניין רום), נדון גורלה של זכות בעלות במקרקעין, שנמכרה במסגרת הליך הוצאה לפועל. באותה פרשה, התברר כי נפלו כשלים בהליך כינוס הנכסים, ביניהם אי-מסירת הודעות לחייב, כנדרש. ההליך נדון לאחר שכבר ניתן על-ידי רשם ההוצאה לפועל צו רישום זכויות לפי סעיף 69 לחוק ההוצל"פ, אך לפני שהקונה השלים את רישום המקרקעין על שמו. ההתדיינות נסובה בעיקרה סביב סוגיית סמכותו של רשם ההוצאה לפועל לבטל את החלטתו הסופית לאחר מתן צו לרישום זכויות, מקום שבו התגלו פגמים מהותיים בהליך המכירה. ואולם, בפסק הדין, עורר בית משפט זה, מיוזמתו, את שאלת תחולתו של סעיף 34 א, שכן המקרקעין נמכרו במסגרת הליכי הוצאה לפועל, ונקנו על-ידי קונה תם לב לכאורה, ובתמורה מלאה. בהקשר זה, בית המשפט הוסיף והסיק מסקנה, כי אין תחולה לסעיף, שכן הקונה לא השלים את העסקה על-ידי רישום המקרקעין על שמו: "יש להעיר, כי במהלך הדיון עוררנו מיוזמתנו את שאלת תחולתה של הוראת סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 על העיסקה נושא הבקשה. נחה דעתנו שסעיף זה מתייחס אך ורק להיבט הקנייני, וכל עוד לא היה רישום, לא הושלמה העיסקה מבחינה קניינית. בקשת

הביטול הוגשה על-ידי המבקש לראש ההוצאה לפועל בטרם נרשמו זכויות המשיבים 3 בנכס, ולכן הפתרון לסכסוך זה אינו יכול להימצא במסגרת סעיף זה". כעולה מהדברים, השאלה התעוררה באופן שהיה דרוש להכרעה – שכן החלת סעיף 34 באותו עניין היתה מביאה לשינוי תוצאת פסק הדין – ובית המשפט השיב עליה, וקבע כי תנאי לתחולת סעיף 34 הוא רישום המקרקעין על שם הקונה; כפי שתומצת אצל מ' דויטש (תוך הפניה לפסק הדין בעניין רום): "תנאי ליצירת ההגנה על פי סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, הוא שכלול הזכויות על-ידי הרוכש. זאת, בדומה לתקנות השוק האחרות" (דויטש, כרך ד, עמודים 300-301), וכן לאחרונה, אצל א' זמיר, בפרק שכותרתו 'מכירה על-ידי רשות': "נראה אפוא, שבמקרה של מקרקעין, תעמוד לקונה בתום-לב תקנת השוק ההיקשית רק אם הושלם רישום הזכויות על שמו בעודו תם-לב – וזו אכן ההלכה" (זמיר, עמוד 442).

58. פסק דין נוסף של בית משפט זה, ממנו ניתן להסיק על דרישת הרישום כתנאי לשכלול של תקנת השוק, הוא פסק הדין הנ"ל בעניין זלצר, המהווה אבן-דרך בפרשנות סעיף 34א. פסק דין זה דן כאמור בהרחבה בסעיף 34א, הכריע כי עניינו בתקנת שוק, ואף קרא לתוכו את תנאי תום הלב והתמורה. לטענת המערערים, התנאי בדבר שכלול הקניין ברישום, לא הוזכר בעניין זלצר במפורש, ומכאן יש להסיק כי אינו נצרך. אין לקבל טענה זו. פסק הדין בעניין זלצר לא התייחס ישירות לתנאי הרישום, ככל הנראה מן הטעם הפשוט שבניגוד לעניין שלפנינו, באותה פרשה עסקת מכירת המקרקעין אכן הושלמה ברישום. יתר על כן, והעיקר לענייננו, עיון בנימוקי פסק הדין ובמסקנתו, מלמד כי בית המשפט בהחלט ראה ברישום המקרקעין על שם הקונה, תנאי הכרחי לשכלול תקנת השוק. הדבר נלמד מהכרעת בית המשפט, אשר חייבה את רשם המקרקעין באחריות לחלק מנזקי הבעלים המקורי באותה פרשה, בנסיבות בהן הוכח כי רשם המקרקעין חשד שהליך ההוצאה לפועל לא כלל זיהוי מספק של בעל המקרקעין, וחרף זאת, השלים את הרישום. לו היה סבור בית המשפט בעניין זלצר, כי לקונה עומדת תקנת השוק מכח סעיף 34א עוד בטרם הרישום, לא היה בסיס לחיובו של רשם המקרקעין בנזקי הבעלים המקורי, בהעדר קשר סיבתי בין התרשלותו של רשם המקרקעין (ברישום המקרקעין ללא זיהוי מספק) לבין הנזק שנגרם לבעלים המקורי (שמקרקעיו הוצאו מידיו). מהכרעת פסק הדין עולה אפוא, כי רישום המקרקעין על שם הקונה המאוחר, תרם לשכלול של סעיף 34א לטובת הקונה, וממילא – לנזקיו של הבעלים המקורי.

59. לאחרונה, זכתה הסוגיה להתייחסות נוספת בפסק הדין בעניין דדוש. באותה פרשה, התשובה לשאלה המעסיקה אותנו לא נדרשה לצורך הכרעה במחלוקת, שכן שופטי ההרכב עמדו על פגמים אחרים, אשר מנעו מהקונה להיבנות מסעיף 34א: אי-עמידה בתנאי תום הלב והתמורה, והעדרו של צו רישום זכויות של רשם ההוצאה לפועל. עם זאת, הוסיף השופט עמית וחיווה דעתו, כי מקום בו מקרקעין נמכרים בהליך הוצאה

לפועל, אין לראות את השלמת הרישום כתנאי-בלעדיו-אין לתחולת סעיף 34א (לגישה דומה בספרות, ראו דוד בר-אופיר הוצאה לפועל הליכים והלכות כרך ב 643 (2009), אם כי המחבר מציין מפורשות שלגישה זו אין עוגן בפסיקה; מנגד, עלתה בעבר טענה כי יש לגישה זו אחיזה בפסיקה, אך גם זאת – תוך הסתייגות, שהדברים אינם חד-משמעיים ושעדיין לא נאמרה המילה האחרונה בסוגיה; ראו: שפירא, טיהור נכסים, עמוד 582; הדברים נכתבו בטרם ניתנה הפסיקה שאליה הפנינו).

60. מנגד, העיר המשנה לנשיאה הנדל בעניין דדוש, כי עמדה זו אינה תואמת את הפסיקה אותה סקרנו: "הואיל ובמקרה דנן שאלה זו אינה מתעוררת ואין לה נפקות – איני רואה צורך לטעת בה מסמרות [...] אעיר רק, לנוכח התייחסותו של חברי, כי גישתו אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית משפט זה, לפיה בעת מכר מקרקעין בהליכי הוצאה לפועל – תקנת השוק אינה מתגבשת עד לרישום המקרקעין על שמו של הרוכש". המשנה לנשיאה הנדל הפנה לפסק הדין בעניין רום, ואף ציין כי "כך עולה גם מפסק הדין בעניין זלצר". גם בתי המשפט בערכאות הדיוניות הסיקו מפסקי הדין בעניין רום ו-זלצר, כי תקנת השוק שבסעיף 34א, אינה משתכללת עד לרישום המקרקעין על שם הקונה (ראו, למשל, עש"א (מחוזי מרכז) 22828-05-18 קבוצת סהר בע"מ נ' ר.נ.ד.י.ג. יזום והשקעות בע"מ (28.7.2019)).

61. נמצא, כי בית משפט זה נדרש בעבר לשאלה המשפטית שבמוקד דיוננו, והכריע בה באופן העולה לטעמי כדי הלכה פסוקה מחייבת. ברם, בשים לב לקולות נוספים שנשמעו בפסיקה (וראו והשוו: רע"א 6493/21 לגזיאל נ' אר אס דיזיין בע"מ, פסקה 14 לפסק דיני (2.2.2022)), ראיתי צורך להוסיף אי-אלו דברים, להבהיר וליתן טעם.

פרשנות סעיף 34א – שיקולים 'מבניים' ו'תחרותיים'

62. שאלת השלמת רכישת המקרקעין ברישום, כתנאי לתחולתו של סעיף 34א, היא שאלה פרשנית. כנקודת מוצא, עלינו להתבונן בסעיף 34א מבעד לעדשת הפרשנות, ולראות מה יש בו. כפי הנהוג עמנו, מלאכת פרשנותו של דבר חקיקה כוללת מספר שלבים: תחילה, נדרש השופט-הפרשן לבחון את לשון החוק, 'לחלץ' ממנה את מגוון המשמעויות העולות ממנה, כאשר לשון החוק תוחמת את גבולות הפרשנות. ככל שיותר מאפשרות פרשנית אחת צולחת את השלב הלשוני, יש לבחור את זו המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה. במסגרת זו, על השופט-הפרשן לבחון תחילה את התכלית הסובייקטיבית, שעניינה במטרה שלשמה יעד המחוקק את דבר החקיקה, ואשר נלמדת בין היתר ממבנה החוק ומן ההיסטוריה החקיקתית שלו; לאחר מכן, עליו לבחון את התכלית האובייקטיבית, בגדרה באים עקרונות וערכים אשר ראוי כי דבר חקיקה יפעל להגשמתם (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 79-94, 201-205 (התשנ"ג));

ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ פסקה 34 (14.5.2012); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל פסקה 30 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (8.10.2017); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקאות 4-24 ו-28-29 לפסק דיני (12.9.2017)).

63. ניגש ליישום, וכמתחייב – נפתח בלשון. ובכן, בחינת לשונו של סעיף 34 מובילה למבוי סתום; כפי שהעיר השופט הנדל בעניין זלצר, "ניתן להסכים על כך שנוסח הסעיף אינו מיטבי". כפי שראינו, לשון הסעיף הובילה בעבר לחוסר ודאות אפילו לגבי עצם קיומה של תקנת שוק בגדרו. לענייננו, הסעיף אינו מזכיר מפורשות את התנאי בדבר שכלול הקניין; ואולם אין להסיק מכך את העדרו. נזכיר, כי כאשר הוכרע בעניין זלצר כי סעיף 34 מהווה תקנת שוק, יובאו לתוכו באותה נשימה גם יסודות תום הלב והתמורה, שגם זכרם לא בא בנוסחו הלשוני של הסעיף. יוצא אפוא, כי התנאי בדבר השלמת הקניין כחלק מתקנת השוק, אמנם אינו מופיע בלשון הסעיף, אך אין ללמוד מכך על קיומו של הסדר שלילי, שכן הסעיף כבר נתפרש כמכיל יותר מהמפורש בו, "יותר ממה שנקראתי לפניכם פתוב פאן" (משנה, יומא ז, א). התאמת הוראת הסעיף לעקרונות הכלליים המאפיינים את תקנות השוק בדין הישראלי, מצדיקה מהלך זה גם בענייננו.

64. כמו כן, אם בכל זאת ננסה לחלץ תשובה לשאלתנו, ניתקל בדו-משמעות מסוימת, העולה מלשון הסעיף: "נמכר נכס על-ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקיה [...]". ניתן לטעון, כפי שאכן טוענים המערערים, כי הסעיף מורה על שינוי בבעלות כתוצאה מיידית של מכירת הנכס על-ידי רשות: "נמכר נכס [...] [אזי] עוברת הבעלות", באופן שמייתר הליכי העברת בעלות נוספים כגון רישום במרשם המקרקעין; מנגד, ניתן לפרש, כפי שטוען איסוי, כי התיבות "עוברת הבעלות" אינן מבטאות את תוצאתה המיידית של המכירה, אלא מוסבות על התיבות שלאחריהן, קרי: 'לאחר המכירה, ולכשתושלם העברת הבעלות (על-פי כללי העברת הבעלות המקובלים), אזי – הקונה יהנה ממנה נקייה מכל שעבוד, עיקול וכיוצא ב'. כשלעצמי, נוטה אני לקריאה השנייה; ואולם נוכח העמימות הלשונית הכללית, דומה כי עלינו להתקדם לשלב הבחינה התכליתית.

65. תכלית תקנת השוק שבסעיף 34א, עליה כבר עמדנו לעיל, היא להבטיח את האפקטיביות של הליכי הוצאה לפועל. 'כשל השוק' עמו מבקש סעיף 34 להתמודד, נובע מהרתיעה העשויה להתלוות לרכישת זכויות בהליכי הוצאה לפועל, כתוצאה מהקושי הניצב בפני רוכשים פוטנציאליים, להתחקות מבעוד מועד אחר טיב זכויותיו של החייב בנכס. רתיעה זו, עשויה להוביל בתורה לירידת ערך הנכס – פועל יוצא מרמת ביקוש נמוכה. "מכאן הצורך לאפשר לרוכש הפוטנציאלי לשים מבטחו בהליכי הוצאה

לפועל, להניח כי אלה מתנהלים כדין וכשורה, ולהעניק לו הגנה מפני טענות מאוחרות המבקשות לאתגר את הזכויות שרכש בנכס" (עניין דדוש, פסקה 30 לפסק הדין של השופט עמית). תכלית זו משותפת לתקנות שוק נוספות שעניינן 'כשרות עסקאות', אשר נועדו לאפשר לפרטים להסתמך על פעולותיה של הרשות המוסמכת, בנסיבות של קושי לקיים בירור של מצב הזכויות בנכס, בטרם ההתקשרות (ראו: סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950; סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים; סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978; סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006; ראו גם בעניין סאלחה, פסקה 17 לפסק דיני; פסקה 16 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז).

66. האם התכלית האמורה מוליכה אותנו, יד ביד, לתשובה פרשנית ברורה? דומני שלא. אכן, תכלית סעיף 34 מבקשת, ככלל, להקל על רכישה במסגרת הליכי הוצאה לפועל, ולטעת ביטחון אצל הקונים. אכן, קביעה כי רכישת מקרקעין במסגרת הליכי הוצאה לפועל אינה טעונה רישום, משרתת מטרה זאת, ופורשת על הקונה 'רשת ביטחון' בשלב מוקדם יותר של הליך הרכישה. כפי שהטעים השופט עמית בחוות דעתו בעניין דדוש, אשר ביקשה להבחין בין תקנת השוק במקרקעין הטעונה השלמת הקניין ברישום, לבין זו שלפנינו: "טעם מרכזי העומד בבסיס הבחנה זו, טמון בצורך להגן על הזוכה-הקונה ולאפשר לו לקחת חלק בהליכי הוצאה לפועל 'בראש שקט', מבלי שתרחף מעליו סכנת ביטול המכירה עד למועד השלמת העסקה ברישום". ואולם, לדידי, הקביעה – הנכונה כשלעצמה – כי 'ויתור' על דרישת הרישום לצורך תחולת תקנת השוק, מיטיב עם הקונה, אין די בה כדי להשיב על שאלתנו. התכלית הכוללת של תקנת השוק, כוללת אמנם את 'האינטרס הדינמי' של הקלת המסחר במסגרת הליך ההוצאה לפועל, אינטרס המצוי ב'קוטב' אחד של תקנת השוק; ואולם, כפי שציינו לעיל, כנגדו – ובמתח עמו – ניצב 'האינטרס הסטטי', הגלום בזכות הקניין של הבעלים המקורי. השאלה אם לדרוש את השלמת הקניין ברישום, אינה יכולה להיגזר רק מדאגה למימוש 'האינטרס הדינמי', שכן הוא אינו עומד לבדו במערכת 'שיווי המשקל' של תקנת השוק. מקובלת עלי ההבהרה של המשנה לנשיאה הנדל בעניין דדוש, אשר כאמור, הצביע על פסיקתו של בית משפט זה הדורשת את השלמת הרישום לצורך תחולת סעיף 34א (פסקה 2 לפסק דינו):

"העיקר מנקודת מבטה של תקנת השוק הוא, כאמור, לקרב את מצבו של הרוכש בהוצאה לפועל למצבו של הרוכש בשוק החופשי, ולא למקסם את ההגנה עליו בכל מחיר – ובפרט לא במחיר פגיעה רבה יותר בזכות הקניין של בעליו של נכס שנמכר שלא כדין בהליכי הוצאה לפועל. בל נשכח כי תקנת השוק נועדה להכריע בין שני אנשים תמי לב, שיש

'לגלגל' לפתחו של אחד מהם את הנזק שבאובדן הנכס או הדמים. יש להקפיד אפוא על איזון בין כפות המאזניים, ולא להקל במידה רבה מדי עם הרוכש על חשבון רעהו, בעל הנכס תם הלב. יש לזכור כי מחיר הרחבת היקף פרישתה של רשת תקנת השוק הוא הקטנת ההגנה על בעל זכות הקניין".

אכן, ברוח הדברים הללו, עלינו לעמוד על המשמר ולהבטיח כי בגדר האיזון בין הצדדים, תקנת השוק, כשמה כן היא, תביא לתיקון ולא לקלקול; "לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי" (בבלי, כתובות צט, ב).

67. לסיכומה של נקודה זו: הטענה כי תקנת השוק שבסעיף 34א נועדה להקל על קונה במסגרת הליך הוצאה לפועל, אינה מכתיבה כשלעצמה ויתור על יסוד שכלול הקניין, כפי שלא יכולה להכתיב ויתור על רכיבים אחרים של תקנת השוק (כגון תום לב או תמורה, שאף הם, כאמור, אינם מפורשים בלשון הוראה 34א). גורלו של רכיב שכלול הקניין צריך להיקבע על יסוד מבט רחב יותר, הן של כלל הצדדים ב'עימות', הן של הסדרי תקנת השוק המקבילים.

68. לדידי, ישנם מספר טעמים המצדיקים להוסיף ולצעוד בדרך שהתווה בית משפט זה, ולדרוש את שכלול הקניין על-ידי הקונה בדרך של רישום המקרקעין על-שמו, כתנאי לתחולת תקנת השוק שבסעיף 34א. אפרט.

69. השיקול הראשון עניינו ב'הרמוניה החקיקתית', ובהשתלבות תקנת השוק שבסעיף 34א במערך הכולל של תקנות השוק בדין הישראלי. כפי שכבר ראינו, מיד עם קשירת 'כתר' תקנת השוק לראשו של סעיף 34א בעניין זלצר, 'הוזרמו' לתוכו גם תנאי תום הלב והתמורה, שכן "בשיטתנו המשפטית תקנות השוק, ביישומיהן השונים, דורשות, ככלל, תום לב ותמורה [...] אין סיבה שמכירה על-ידי רשות תסטה מכללים אלה" (עניין זלצר, פסקה 9ג). על אותו משקל, בשיטתנו המשפטית, תקנות השוק, ביישומיהן השונים, דורשות ככלל גם השלמה במעשה קניין, המהווה, כפי שכבר ציטטנו "יסוד עיקרי אחד העובר כבריח התיכון בכל תקנות השוק – לביטחון יתר נאמר: ברובן המכריע של תקנות השוק [...] (עניין הרטפלד, עמוד 872). השלמת הקניין הריהי חלק ממערך האיזונים שאומץ, ככלל, בתקנות השוק בדין הישראלי, יחד עם אחיותיה, תום הלב והתמורה. בהעדר סיבה המצדיקה חריגה מ'רשימת נטלים' זו, המונחת על כתפי הקונה המבקש להתגבר על קניינו של חברו, אינני רואה מקום לפטור את הרוכש במסגרת סעיף 34א, מדרישה זו, בשים לב לשאיפה ל'קוהרנטיות משפטית' בכללי תחרות זכויות (על הצורך באחידות בענף משפטי

זה, ראו: דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד 245, 247 (התשל"ה); השופט מ' חשין ענה אחריו 'אמן' בעניין הרטפלד, עמוד 872).

70. שיקול שני קשור לטיב הנכס הנדון – מקרקעין, להבדיל ממיטלטלין או מזכויות אחרות. לטעמי, דרישת שכלול הקניין, כוחה יפה בפרט כאשר על הפרק נכס מסוג מקרקעין. כפי שכבר ציינתי, בעניין הרטפלד נקבע כי תקנת השוק המעוגנת בסעיף 10 לחוק המקרקעין, טעונה השלמת קניין ברישום על-ידי הקונה. קביעה זו נשנתה וחודדה בעניין סונדרס, שם נקבע כי על הקונה להיות תם-לב עד לשלב רישום המקרקעין על-שמו.

71. בנוסף לאמור, הפסיקה שבה והדגישה את יחודם של מקרקעין, כנכסים המחייבים משנה זהירות ביחס לזכויותיו של הבעלים המקורי. זהירות זו, עשויה להצדיק את הסטת נקודת האיזון לטובתו, עת מתעוררות שאלות של פרשנות ומדיניות משפטית בסיטואציה של תחרות זכויות. כבר בעניין הרטפלד נאמר, כי "אפשר גם כי במגזרים מסוימים תיקבע נקודת איזון במקום פלוני, ובמגזרים אחרים תיקבע נקודת האיזון במקום אלמוני. וגם סוג הנכס יקבע: במקרקעין תעניק שיטת המשפט הגנה מרבית לבעלים ותקפיד עם הרוכש, ואילו במיטלטלין תוסט נקודת האיזון אל עבר הקונה דווקא" (עמוד 872). החרה-החזיק אחריו השופט י' טירקל בעניין סונדרס (עמוד 848): "איזון זה משתנה, בין היתר, לפי סוג הנכס. בנכסי מקרקעין תהיה הנטייה להסיט את נקודת האיזון לטובת הבעלים, ואילו בנכסי מיטלטלין תהיה הנטייה להסיט את נקודת האיזון לטובת הקונה".

72. 'היחס המיוחד' לזכויות קניין במקרקעין, ובפרט בהקשר של תקנת השוק, הוצדק בפסיקה "בשל ערכם, ייחודם, כמותם המוגבלת והעובדה שמדובר בנכס שאינו מתכלה" (עניין סאלחה, פסקה 36 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן; על 'אופי המשאב' כשיקול בדיני הקניין, ראו חנוך דגן "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת" עיוני משפט כ 45, 58 (התשנ"ו-התשנ"ז)). גלוי וידוע, כי למקרקעין נועד מקום מיוחד בין קנייניו של האדם, הן במישור הכלכלי, הן במישור הפסיכולוגי: "מקרקעין הם במרבית המקרים הנכס היקר ביותר שיש לאדם. כמאמר הפתגם *res mobilis, res vilis* – 'המיטלטלין זולים' [...] בעלות במקרקעין מפתחת לעתים קרובות זיקה רגשית של הבעל כלפי הקרקע, נשוא הבעלות. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין לך תחליף מלא לחלקת אדמה כלשהי [...] המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו" (יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 110-116 (1993)). דוגמה לאפשרות להכבדת נטל' על הקונה מקום בו מדובר במקרקעין, ניתן למצוא בהצעה שעלתה

בספרות, לפיה תנאי תום הלב יבחן באמות מידה אובייקטיביות, חלף אמות המידה הסובייקטיביות המקובלות בתקנות שוק (דויטש, כרך ד', עמוד 303).

73. ראוי לציין, גם לתועלת יהיה הדבר הזה, את המעמד המיוחד של נכסי מקרקעין במשפט העברי, בפרט בסוגיות של תחרות זכויות. כידוע, מקורו של המונח 'תקנת השוק' במשפט העברי, ובו מעוגן הסדר בעל מאפיינים קרובים, הנשען על רציונלים דומים (בהצעת החוק של סעיף 34 לחוק המכר, העוסק בתקנת השוק במיטלטלין, הוחלף שם הסעיף מ'רכישה בתום לב' ל'תקנת השוק', תוך אימוץ מודע של המונח שבמקורות; ראו ד"כ, כרך 52, עמוד 2348 (19.6.1968)). כך פסק הרמב"ם: "הגונב ומכר ולא נתייאשו הבעלים ואחר כך הוכר הגנב ובאו עדים שזה החפץ שמכרו פלוני הוא גנבו בפנינו. חוזר החפץ לבעליו והבעלים נותנין ללוקח דמים ששקל לגנב מפני תקנת השוק והבעלים חוזרין ועושים דין עם הגנב" (משנה תורה, גניבה ה, ב). כפי שניתן להיווכח, 'תקנת השוק' העברית קובעת הסדר מתון יותר, ומורה על השבת הנכס לבעליו, בכפוף – וזהו חידושה – לתשלום דמי הנכס ללוקח (הביטוי 'ולא נתייאשו', מבחין בין הסדר זה, לבין ההלכה לפיה בנסיבות של יאוש, הנכס אינו חוזר לבעלים; עוד אציין, כי הסדר 'פדיון' לטובת הבעלים המקורי, בתנאים מסויימים, מצוי גם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, בסעיף 511). תכליתה של תקנת השוק בדין העברי, דומה בעיקרה לזו הישראלית המודרנית; אתגרי השוק עודם עימנו, ו'סדנא דארעא חד הוא' (בבלי, בבא בתרא סז, א; ראו אוצר הגאונים, בבא קמא, תשובות, סימן שיא: "וזהו תקנת השוק, שאם אמרת כל שילך לו דבר ויבוא וימצא אותו אצל אדם, יקח אותו בלא דמים – אין אדם קונה מחבירו כלום, שיאמר: עכשיו יבא בעליו ויקח אותו"; לסקירה על סוגיית תקנת השוק בדין העברי, ראו אורי שטרומן "תקנת השוק" הפרקליט לד 353 (התשמ"א-התשמ"ב); נחום רקובר המסחר במשפט העברי 51-67 (התשמ"ח); ישראל ציגנלאוב "תקנת השוק התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים לא 837 (התשס"א)).

74. ובאשר למקרקעין – לגבי אלו, קובע הדין התלמודי, כי "קרקע אינה נגזלת" (בבלי, סוכה ל, ע"ב; בבלי, בבא קמא קיז, ע"ב), קרי: "לעולם בחזקת בעליה עומדת" (רש"י, שם). לקביעה זו נודעו כמה וכמה נפקויות הלכתיות, אחת מהן משליכה על ישומה של תקנת השוק. אביא שוב מדברי הנשר הגדול: "הקרקע אינה נקנית לגזלן לעולם, אלא ברשות בעליה עומדת. ואפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים, הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים" (משנה תורה, גזילה ואבידה ח, יד; וראו גם: שולחן ערוך, חושן משפט סימן שעא, סעיף א). פירוש הדבר – קרקע אינה מסוג הנכסים הנכללים בדיני הייאוש, ולא ניתן להחיל לגביה תקנת שוק (ראו גם ערוך השולחן, חושן משפט, הלכות גניבה, סימן שנו, סעיף ה, המציין כי: "ובקרקע לא שייך תקנת השוק"). הלכה זו נגזרת, ככל הנראה, מאופיה הסטטי של הקרקע, מהעובדה שאינה נודדת בין רשויות, ועל כן הבעלים

נותן דעתו עליה כל העת (ראו מעין זה בנתיבות המשפט, סימן שעא: "לא מועיל יאוש בקרקע ואבידת קרקע לא משכחת, דהארץ לעולם עומדת"). בעניינינו-אנו, הדין הישראלי אמנם לא החריג, כמובן, את המקרקעין מהסדרי תקנת השוק באופן קטגורי; ואולם כפי שראינו, אופיים וטיבם כנכס יחודי, הביאו את הפסיקה לקביעה, בכמה הקשרים, כי "בנכסי מקרקעין תהיה הנטייה להסיט את נקודת האיזון לטובת הבעלים".

75. סיכומה של נקודה זו: ככלל, תקנות השוק הפזורות במשפט הישראלי דורשות את שכלול הקניין על-ידי הצד השלישי; טעמים של הרמוניה חקיקתית וקוהרנטיות בקרב הסדרי תחרות הזכויות, מצדיקים לפרוש את מצודתו של עקרון שכלול הקניין גם על סעיף 34א; 'הכבדה' זו על הקונה מוצדקת ביתר שאת שעה שעסקינן בזכויות בעלות במקרקעין, המהווים נכס בעל אופי יחודי בעולמו הקנייני של האדם, באופן ה'מושך' לקוטב ההקפדה על זכויות הבעלים המקורי, במאזן הכולל שבינו לבין הקונה.

76. שיקול שלישי לעמידה על דרישת שכלול הקניין, לצורך תחולת תקנת השוק שבסעיף 34א, נובע מהצורך לזהות 'שיווי משקל' בין הבעלים המקורי לבין הקונה, בטרם 'תופעל' הוראת תקנת השוק. בספרות קיבל שיקול זה גם את השם, 'השיקול המבני' (דויטש, כרך ג', עמוד 188), ובפסיקתו של בית משפט זה, הוא קיבל ביטוי בניסוח המדהדה של השופט מ' חשין, כי 'רק קניין יכה קניין': "המבקש ליטול קניין מירוש אמיתי [...] חייב להיכבד ולהראות כי רכש 'קניין נוגד'. רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין" (הרטפלד, עמוד 869). הדברים, בהקשרם, נאמרו על מנת להטעים את הנתון העובדתי-משפטי שתואר לעיל – נטייתו של הדין הישראלי לחייב מעשה קניין כתנאי לתחולתן של תקנות שוק.

77. כפי שכבר ציינתי, 'חידושה' של תקנת השוק הוא ביכולתה לאפשר לצד שלישי להתגבר על זכותו של הבעלים המקורי. על רקע חידוש זה, הדעת נותנת כי 'אין לך בו אלא חידושו': הקונה המאוחר, המבקש לבוא בגדרה של תקנה המאפשרת לו לגבור על זכות קניין מקורית, נדרש לכל הפחות, להגיע למצב שבו הוא מחזיק בזכות דומה בדרגתה הנורמטיבית; ובניסוח קרוב: "עצם אופיה המפליג של ההוראה, מחייב הקפדה על קיום אותם תנאים שהמחוקק קבע להקניית זכות קניין לרוכש, למרות המקור הפסול שממנו באה לו הזכות" (ע"א 599/77 קורצפלד נ' אדלר, פ"ד לד(2) 29, 33 (1979)).

78. ניתן אף להרחיב את נקודת המבט של 'שיווי המשקל המבני', לכלל דרישות תקנת השוק. לצורך כך, ניתן לשרטט את הסכמה הבאה (לדיון מעין זה, ראו אצל דויטש, כרך ג', עמודים 198-203): מן הצד האחד, ניצב הבעלים המקורי. הבעלים הוא תם לב (בנסיבות בהן לא תרם לתאונה המשפטית בדרך של הטעייה או עצימת עיניים); באופן

טיפוסי, הוא מוחזק כמי ששילם תמורה בעד המקרקעין; והוא גם בעליהם הרשום. מנגד, ניצב הקונה. על מנת 'לגבור' על הבעלים המקורי, נדרש מהקונה להשתוות לבעלים בתנאי הפתיחה של ההתמודדות: תום לב, תמורה וקניין ברישום. או-אז, על רקע כפות המאזניים המעויינות, תבוא התכלית הספציפית של תקנת השוק – ביטחון המסחר, האמון במרשם, אפקטיביות שוק ההוצאה לפועל, וכיוצא באלו – ותטה את הכף. במילים אחרות: על מנת שהאינטרס הדינמי יתורגם ליתרון לטובת הקונה בשורה התחתונה, עליו 'להתייצב לתחרות' כשהוא בעל נתונים זהים לאלו של הבעלים המקורי, לכל הפחות.

79. 'השיקול המבני' מוליך אותנו אפוא למסקנה, כי על מנת שיעלה בידו של הקונה המאוחר 'להכות' את קניינו של הבעלים המקורי, עליו לבצע 'מעשה קניין' בעצמו; וכאשר מדובר במקרקעין – על-ידי רישום. כעת, לאחר שיצרנו זיקה בין תנאי שכלול הקניין במסגרת סעיף 10 לחוק המקרקעין, אשר נדון ישירות בעניין הרטפלד, לבין סעיף 34 שעל המדוכה, אבקש להקדיש כמה מילים ליחס שבין הסעיפים.

80. כזכור, בעניין הרטפלד נקבע, כי תקנת השוק במקרקעין, המעוגנת בסעיף 10 לחוק המקרקעין, טעונה השלמת קניין ברישום על-ידי הקונה. כידוע, תכליתה העיקרית של תקנת השוק הזאת, היא לבצר את אמינות מרשם המקרקעין, ובכך לאפשר חיי מסחר תקינים (עניין הרטפלד, עמוד 863; עניין אלג'אבר, פסקה 13; ע"א 767/11 להיג' נ' עזורי, פסקה 14 (27.8.2013)). זוהי תכלית יחודית לתקנת השוק שבסעיף 10 לחוק המקרקעין, והיא אינה ניצבת בבסיס תקנת השוק שבסעיף 34. נוכח הבדל זה, מן הדין לשאול: האם דרישת השלמת הקניין ברישום, אשר נקבעה ביחס לסעיף 10 לחוק המקרקעין, נגזרת מתכלית יחודית זו? כבר ציינתי לעיל, כי לתקנות השוק יש מן המשותף, בהיותן מנגנונים להסרת חסמי שוק מסוגים שונים, ואולם מנגד – כל אחת מהדגשים שלה, פועל יוצא של 'כשלי' השוק הנקודתיים עמן הן מתמודדות, ועם האינטרס המקומי אותן נועדו לקדם. על רקע זה, נשאלת אפוא השאלה האם דרישת שכלול הקניין במקרקעין, נגזרת ממאפיינים יחודיים של סעיף 10 לחוק המקרקעין, באופן שיקשה עלינו לקבל ממנה השראה לסעיף 34? סבורני כי התשובה על כך היא בשלילה. דרישת שכלול הקניין ברישום, אינה נגזרת מתכלית יחודית זו בדבר ביצור המרשם, אלא מעיקרון כללי בדבר חובת שכלול הקניין.

81. יושם אל לב, כי אנו 'פוגשים' את מרשם המקרקעין בשתי חוליות שונות של תקנת השוק במקרקעין: הראשונה – בדרישה כי עסקת המכר תהיה "בהסתמך [...] על הרישום". דרישה זו פירושה כי מקום בו מקור הטעות של קונה תם לב אינו בשגגה שנפלה במרשם, אלא בהתחזות של המוכר לבעלים הרשום כדין, או בזיוף מסמכים חיצוניים למרשם – אין תחולה לתקנת שוק זו. הפעם השנייה בה אנו נדרשים למרשם, היא בדרישת

שכלול הקניין ברישום, עליה עמדתי באריכות עד כה. המעיין היטב בפסיקת בית משפט זה, יבחין כי רק הדרישה הראשונה, דרישת ההסתמכות על המרשם, מקורה בתכלית היחודית בדבר ביצור המרשם והגנה על אמינותו. לעומת זאת, דרישת שכלול הקניין ברישום, אינה נגזרת מתכלית יחודית זו, אלא מהעיקרון הכללי שלפיו 'רק קניין יכה קניין', היפה לתקנות השוק כולן (למעט חריגים, כפי שציינו). הדברים עולים כבהירות מההנמקה שבבסיס פסק הדין בעניין הרטפלד, ממנה ציטטנו לעיל.

82. מסקנתי, שלפיה יש 'לשאוב' את דרישת שכלול הקניין שבסעיף 10 לחוק המקרקעין לתוככי סעיף 34א, נלמדת מהיבט נוסף שנדון בעניין הרטפלד. באותה פרשה, לבד מתנאי שכלול הקניין לגבי סעיף 10 לחוק המקרקעין, נדון גם קיומו של תנאי זה בגדרו של סעיף 73 לחוק הירושה. סעיף זה מורנו כך: "מי שרכש זכות בתום לב ובתמורה בסמכו על צו ירושה או על צו קיום שהיה בר-תוקף אותה שעה, או מי שקיים חיוב בתום לב בסמכו כאמור, אין לבטל זכותו או לחייבו שנית אף אם הצו תוקן או בוטל לאחר מכן". מנקודת מבט רלבנטית לענייננו, סעיף 34א נושא דמיון רב לסעיף 73 לחוק הירושה, בהיותן מעין 'הוראות מסגרת': "הוראת סעיף 73 לחוק הירושה – שלא כהוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין – הינה הוראת מסגרת, ונושאת היא בבטנה כל זכויות שבעולם שאותן יכול מוריש שיותיר לבאים אחריו: זכויות מכל מין וסוג, בהן זכויות קניין למיניהן וזכויות חיובים למיניהן" (עניין הרטפלד, עמוד 870). מגוון הזכויות הנישאות בבטנו של סעיף 73 לחוק הירושה, עורר – בדומה לעניין שלפנינו – את השאלה, האם נתכוון המחוקק, לבד מיסוד מירוק הזכויות, גם להתוות דרך חדשה לרכישתן של הזכויות הבאות בשערי הסעיף; או שלצורך כך, עלינו להידרש לדרכי רכישת הזכויות השונות, הפזורות בדברי החקיקה הרלבנטיים, מחוץ לסעיף 73 לחוק הירושה? בית המשפט השיב על שאלה זו תשובה ברורה: "וביודענו כי הוראת סעיף 73 לחוק הירושה אומרת להחיל עצמה על כל זכויות הניתנות להורשה, מסקנה נדרשת היא (אם כי לא מסקנה הכרחית) כי בדברו בסעיף 73 לחוק הירושה על 'מי שרכש זכות', לא נתכוון המחוקק – מעיקרו של דין – לקבוע דרכי רכישה מיוחדות לענייניו של יורש נחזה. דרכי הרכישה נקבעו בהוראות הדין השונות, בצד הזכויות למיניהן – זכות זכות ודרך רכישתה שלה. ולעניינה של כל זכות וזכות אמר המחוקק – בסעיף 73 – להפנותנו אל הוראות הדין המיוחדות לזכות שבה מדובר (incorporation by reference), הוראות המיוחדות לה והמיוחדות אותה מחברותיה [...] המסקנה לענייננו שלנו מתבקשת מאליה: הוראת סעיף 73 לחוק הירושה לא התיימרה כלל להתוות דרך חדשה לרכישתן של זכויות, לא במקרקעין ולא בכל נכס אחר (חוץ מ'התאמת' דרכי הרכישה המקובלות למערכת הספציפית). לעניינם של מקרקעין מפנה אותנו סעיף 73 לחוק הירושה – תוך התאמה – אל הוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין. הוראה זו שבסעיף 10 משליטה עצמה עלינו, והמענה מפיה יישמע אם זכו היורשים במקרקעין אם לאו" (שם).

83. הדברים מתאימים לענייננו כמין חומר. סעיף 34א, בדומה לסעיף 73 לחוק הירושה – ובניגוד, למשל, לסעיף 10 לחוק המקרקעין (העוסק בנכסי דלא ניידי) ולסעיף 34 לחוק המכר (העוסק בנכסי דניידי) – 'נושא בבטנו' סוגים ומינים שונים של רכוש וזכויות. המשותף להם הוא ה'שער' שבו באו: בית משפט, הוצאה לפועל, או רשות אחרת על-פי דין. ברם, האופן שבו ירכשו הזכויות המגוונות, וישתכלל הקניין לצורך תקנת השוק, נקבע בהוראות הדין השונות המיוחדות להן. במקרה של מקרקעין – התשובה לכך מצויה בהוראות חוק המקרקעין, אשר בתורן מחייבות את השלמת הקניין ברישום.

84. הערה חשובה נוספת על היחס שבין הוראת סעיף 10 לחוק המקרקעין, לבין רכישת מקרקעין במסלול של סעיף 34א. המערערים טוענים, כי אימוץ דרישת שכלול הקניין אל תוך סעיף 34א, יהפוך אותו למיותר, וישמוט את ההבחנה בינו לבין סעיף 10 לחוק המקרקעין; ולא היא. גם אחרי שגזרנו גזירה שווה לגבי דרישת שכלול הקניין, עדיין ישנה הבחנה בולטת וחשובה בין ההוראות: התנאי בדבר ההסתמכות על המרשם. כזכור, סעיף 10 לחוק המקרקעין, שם בראש מעייניו את ביצור מרשם המקרקעין ואת היכולת להסתמך עליו; מכח תכלית זו, נגזר תנאי ההסתמכות על המרשם, המוציא מגדרה של תקנת שוק זו את כל המקרים שבהם רכישת המקרקעין על-ידי קונה תם לב, נעשתה עקב זיוף מסמכים או התחזות של המוכר לבעלים הרשום (ראו למשל: עניין מורדכיב, פסקה י"ט). לעומת זאת, תקנת השוק שבסעיף 34א, חלה גם על נסיבות של מכירת מקרקעין בנסיבות של זיוף, מרמה והתחזות, שכן בראש מעייניה ניצב הביטחון המסחרי בהליכי הוצאה לפועל, ולא ביצור אמינותו של מרשם המקרקעין. ואכן, כפי שצוין במפורש בעניין זלצר (פסקה 6 לפסק הדין של השופט הנדל), על אף שבאותו מקרה נמכרו מקרקעין ללא ידיעת הבעלים, סעיף 10 לחוק המקרקעין כלל לא נדרש לדיון, שכן מכירת המקרקעין לצד שלישי מבלעדי ידיעת הבעלים, לא נבעה מטעות במרשם אלא מנסיבות של זיוף ומרמה – וזאת בדומה למקרה שלפנינו.

85. העולה מן האמור, כי גם על יסוד 'השיקול המבני', המבקש לשקול את זכויות הצדדים משני צידי המתרס, שומה עלינו לדרוש מהקונה המאוחר לעמוד בדרישת שכלול הקניין, על מנת 'להשתוות' לבעלים המקורי, ולזקוף לזכותו את תקנת השוק. עוד הראיתי, כי אין בתכלית המיוחדת של סעיף 34א כדי להצדיק ויתור על דרישה זו, ובנוסף, עמדנו על השווה והשונה בין רכישת מקרקעין במסלול שלפי סעיף זה, לבין רכישת מקרקעין במסגרת תקנת השוק של סעיף 10 לחוק המקרקעין.

86. שיקול דביעי לדבוק בדרישה להשלמת הקניין ברישום, לצורך תחולת תקנת השוק שבסעיף 34א, נובע, לטעמי, גם מאימוץ נקודת המבט התועלתנית שהוזכרה בדברים הנ"ל, המבקשת להשקיף על סיטואציה של תקנת שוק כ'תאונה משפטית'. תאונה

מעין זו, נבקש למנוע בעלות הנמוכה ביותר, בטרם התממשותה (Ex-ante); וכמו כן להסדיר את השלכותיה בדיעבד (Ex-post), באופן שיביא להפסד המצרפי בשיעור הנמוך ביותר. דומני, כי גם חבישת המשקפיים הדוקטרינריים הללו, מבססת הצדקה לעמוד על דרישת השלמת הקניין ברישום מצד הקונה; הן משיקולי 'לכתחילה', הן משיקולי 'דיעבד'.

87. במישור ה'לכתחילה' (Ex-ante), יש יסוד להניח, כי דרישה מאת הקונה לפנות למרשם המקרקעין ולרשום את זכותו, בטרם תשתכלל זכותו בקרקע, צפויה לתרום למניעת התאונה. בסיטואציות של פגמים בזיהוי הבעלים הרשום, עשוי רשם המקרקעין לשמש 'נקודת ביקורת' נוספת – עוד 'עין פקוחה' – לצורך עמידה על הטעות שבדרך. דוגמה טובה לכך, מספקת הפרשה שנדונה בעניין זלצר, והיא דומה לזו שלפנינו. שם נמכרו מקרקעין של אדם, ללא ידיעתו, לרוכשים שהוכח כי היו תמי לב, על יסוד שטר חוב מזויף. בטרם רישום המקרקעין על שם הרוכש במרשם, ביקש רשם המקרקעין, לבד מהצגת צו רישום הזכויות מאת רשם ההוצאה לפועל, גם מסמכים נוספים המוכיחים את הקשר של החייב על-פי שטר החוב, למקרקעין. דרישת המסמכים הנוספים אינה מתחייבת מכוח נהליו הפנימיים של רשם המקרקעין, והיא שיקפה ערנות של רשם המקרקעין, לנסיבות המחשידות של הבקשה שהובאה לפניו. על יסוד דרישה זו, בין היתר, הוכח כי בזמן אמת, חשד רשם המקרקעין כי בהליך ההוצאה לפועל לא בוצע זיהוי הולם של החייב עם המקרקעין. בסופו של דבר, לא עמד שם רשם המקרקעין על דרישתו-זו, ולכן נמצא אחראי לחלק מנזקי הבעלים המקורי. עינינו הרואות אפוא, כי רשם המקרקעין מסוגל לזהות – למצער, בחלק מהמקרים – ליקויים בהליך זיהוי החייב. על כן, אם חפצים אנו לעצב את הסדר תקנת השוק באופן שיביא למניעת נזקים בעלות נמוכה, מוטב יהיה אם נותיר בתמונה את רשם המקרקעין, כחוליה נוספת בהליך רכישת הזכויות בקרקע, בגדרו של סעיף 34א.

88. אכן, בזמן שחלף מאז שניתן פסק הדין בעניין זלצר, ובעקבות הערות שנשמעו בו, חלה התפתחות בדמות הוספת תקנה 80א לתקנות הוצ"פ. תקנה זו קובעת, כי במקרים מסוימים המוגדרים בה – מקרים המועדים לסיכון – "יגיש הזוכה ללשכת ההוצאה לפועל את כלל המסמכים הנדרשים לאימות זהות בעל הזכויות בנכס, בהתאם לנוהלי זיהוי החלים ברשות לרישום והסדר זכויות מקרקעין", לצורך זיהוי מיטבי של בעל המקרקעין כבר בשלב מוקדם של הליך ההוצאה לפועל. המטרה היא שהגורמים המעורבים יתנו דעתם על קשיים פוטנציאליים, בטרם אישור הליכי המכר על-ידי רשם ההוצאה לפועל. התפתחות מבורכת זו מטמיעה אם כן, כבר בהליך ההוצאה לפועל עצמו, את 'העיניים הבוחנות' של רשם המקרקעין. יחד עם זאת, טוב נעשה אם נותיר את חוליית הפניה הישירה למרשם על כנה, כאמצעי ביטחון למניעת תאונה פוטנציאלית: ראשית,

גם חגורה, גם 'שלייקעס' (פּתּפּות), בצוותא, עשויים לקדם טוב יותר את פניו של נזק פוטנציאלי, בדמות אבדן נכס משמעותי מסוג מקרקעין, מחד גיסא; ובשים לב לעלות הנמוכה יחסית של 'אמצעי מונע' זה, מאידך גיסא. שנית, מבט על אותם מקרים המפורטים בתקנה, מלמד כי כוחה יפה בעיקר במקרים של חסרים במרשם עצמו, או בפערים בינו לבין פרט הזיהוי של החייב בתיק או במרשם האוכלוסין; תקלות מסוג של זיוף, התחזות ומרמה, לעומת זאת, עשויות להיות נוחות יותר להתגלות בפנייה ישירה וממוסמכת למרשם, כפי שארע בעניין זלצר.

89. דרישת שכלול הקניין ברישום, משתלבת לטעמי גם בשיקולי דיעבד (Ex-post). כזכור, במסגרת שיקולים אלו, אנו משווים בין המצוקה היחסית של הצדדים, ומידת שינוי המצב לרעה של כל צד, אם תינתן עדיפות לצד השני. מנקודת מבט זו, התמונה מורכבת. מצד אחד, הקונה יכול לטעון להסתמכות מוגברת, כאשר רכש נכס מאת רשות ציבורית, הנהנית מחזקת תקינות. מצד שני, העובדה שלא השלים את הקניין ברישום, בעוד הבעלים המקורי נהנה מרישום הנכס על שמו, מטה את כף ההסתמכות אל עבר האחרון. בהקשר זה, סבורני כי אין להתייחס למעשה הרישום כאקט טכני בעלמא, המעניק לזכות הנרכשת – כעניין פורמלי גרידא – את תווית ה'קניין'. הרישום פירושו פומביות. הפומביות הנלווית לרישום, יוצרת שכבת הגנה עוצמתית מפני עסקאות ומעשי מרמה שעשויים להתבצע על-ידי צדדים שלישיים. הרישום והפומביות הנלווית לו, מבססים את אינטרס ההסתמכות של הבעלים הרשום ומייצרים ציפייה לחוסן מפני פעולות של צדדים רחוקים בקניין הפומבי. "התווית 'קניין' ניתנת לזכות נתונה כתוצאה מביצוע מעשה שהוא לא אחת, אמנם, רק מעשה טכני (כגון רישום בפנקסים), אך המעשה הטכני נושא עמו משמעויות ערכיות חשובות. שכלולה של הזכות יוצר את המימד הפומבי לזכות, אשר מאפשר הגנה רבת-עצמה עליה, בהתחשב בכך שצדדים שלישיים יכולים לבדוק את מצב הזכויות כתוצאה מכך, ולהימנע מפגיעה בזכות [...] ההצדקה להגנה על הזכאי טמונה בציפיות ובהסתמכויות הלגיטימיות הנוצרות אצל הזכאי כתוצאה מן השכלול. הדבקת התווית 'קניין' לזכות נתונה משקפת עמדה של השיטה, שלפיה הציפיות שמצמיחה הזכות ראויות להגנה בעלת עוצמה רבה" (דויטש, כרך ג', עמודים 191-192; יש לציין שבצד האמור, סבור המחבר שרכיב שכלול הקניין ורכיב התמורה משרתים מטרה דומה, ועל כן יכולים 'לפצות' זה על זה). יוצא אפוא, שעד לרישום זכותו של הקונה המאוחר, העובדה כי הוא מחזיק בזכות אובליגטורית לא רשומה, לעומת הבעלים המקורי הרשום, מייצרת אי-סימטריה ביניהם במישור האינטרסים – הן ההסתמכות, הן הציפייה ביחס ל'מוגנות' הזכות – אינטרסים המוכרים בשיטתנו המשפטית כראויים להגנה ולביצור. פער זה, יש לראותו כמשתלב ב'בקרת הנזקים' הכללית במצב Ex-post, באופן שיש בו כדי להטות את הכף לטובת הבעלים המקורי, כל עוד לא נרשמה זכותו של הקונה המאוחר.

90. בצד השיקול האמור, המציג כאמור תמונת מצב מורכבת, ישנו שיקול חשוב נוסף מסוג Ex-post – הבוחן את 'מאזן הנזקים' לאחר קרות התאונה – שעניינו בפרקטיקה הנהוגה בקרב רשמי ההוצאה לפועל, המורה על הפקדת תמורתו של נכס בגזברות ההוצאה לפועל (עודד מאור ואסף דגני על כונס נכסים 339 (2015)). כפי שמעיד המקרה שלפנינו, רשמי ההוצאה לפועל מורים על חלוקת התמורה רק לאחר העברת הזכויות על שם הרוכש במרשם המקרקעין (כך בענייננו החליטה רשמת ההוצאה לפועל ביום 19.12.2016). גם במקרים שרשם ההוצאה לפועל לא הורה כאמור ביוזמתו, בידו של הקונה לבקש זאת, על מנת שכספו לא ירד חלילה לטמיון. פירוש הדבר, ש'חלון' הסיכון של הקונה – בין מועד רכישת הזכות בהוצאה לפועל ועד למועד השלמת הרישום על שמו במרשם המקרקעין – זוכה לרשת הגנה משמעותית. אם יתברר לקונה המאוחר, לאחר שהעביר תמורה, ולפני שהשלים את הרישום וזקף לזכותו את תקנת השוק של סעיף 34א, כי נפל פגם בהליך ההוצאה לפועל, יוכל למשוך את כספו מגזברות ההוצאה לפועל ולמנוע מעצמו את נזקי התאונה המשפטית. כך אכן קרה בעניין שלפנינו – כספם של המערערים הושב להם, "איש צָרוּר כְּסָפוּ בְּשָׁקוּ" (בראשית מב, לה), והנזקים להם הם טוענים אינם נוגעים לאבדן כספי הרכישה כלל. אכן, ניתן לטעון, כי מפרספקטיבה של מאזן נזקים הדדי, העובדה שהכספים מופקדים ב'מקום בטוח', בכוחה למנוע גם את נזקי הבעלים המקורי, שיקבל את הכספים המופקדים תחת המקרקעין; ואולם מדובר, לטעמי, בשוויון מדומה. ישנו הבדל בין ריפוי נזק בדמות השבת כספים לקונה, שמשמעותה המעשית היא שהעסקה לא היתה ולא נבראה; לבין נסיבות של המרת נכס קרקע בשוויון, מנקודת המבט של הבעלים המקורי. מנקודת המבט של הבעלים המקורי, כבר עמדתו לעיל על יחודיותו של נכס מסוג מקרקעין, שאינה ניתנת תמיד להמרה בערך כספי. בנוסף, כבר ציינתי לעיל את המצב השכיח, בגדרו נמכרים נכסים בהליך הוצאה לפועל בערך נמוך יחסית לשווים; עובדה זו, במצב בו יקבע כי הבעלים המקורי יסתפק בתמורת הנכס בלבד, תביא לאבדן הערך שבין שוויו האמיתי של הנכס לבין ערך התמורה, בעוד במצב הפוך, בו יקבע כי הנכס יושב לבעלים והתמורה תושב לקונה, הרי שנזקו של האחרון יתמצה 'רק' באבדן עסקה טובה יחסית.

91. ושוב, תועיל לנו זווית מסוימת מהמשפט העברי, במצב שבו הקונה יכול להבטיח את תמורתו, בנסיבות של תקנת שוק. 'החתם סופר', במסגרת דיון בהלכות תקנת השוק, העלה את האפשרות כי מקום בו הקונה נהנה מ'אחריות' שניתנה לו מאת המוכר-הגזלן, אזי נוכח ביטחונו, והעובדה שיש לו על מי לחזור, לא יוחלו עליו כללי תקנת השוק: "[על פי שכתבו התוספות בבבא בתרא] דכשקיבל הגזלן אחריות, אזי אין הפסד ללוקח, שיחזיר על הגזלן המוכר שלו, עיין שם; אם כן, יש לומר בכי האי גווני לא שייך תקנת השוק, כיוון שיש לו להלוקח על מי לחזור" (שו"ת חתם סופר, חושן משפט, נו). אכן,

החשש מפני 'נעילת דלת בפני קונים' נוכח אי-הוודאות הנלווית לקנייה בשוק, מתפוגג במידה רבה, מקום בו כספו של הקונה מובטח. בענייננו, אין בכוחנו להרחיק לכת, ולעקור את תקנת השוק ממקומה בנסיבות שבהן יש לקונה מהיכן להשיב לעצמו את התמורה; ואולם שומה עלינו להביא נתון זה בחשבון, בשעה שאנו מבקשים לעצב את הסדר תקנת השוק, על יסוד בחינתם של נזקי הצדדים.

92. יוצא אפוא, כי הפרקטיקה האמורה, הנהוגה על-ידי רשמי ההוצאה לפועל, בשילוב עם תקנה 80א, שתיים אלו מהווים מקדמי ביטחון לא מבוטלים, ההופכים את הליך רכישת נכס מאת ההוצאה לפועל, ובפרט כשמדובר במקרקעין, למסוכן פחות מבעבר. ה'רתיעה' מעריכת עסקת מקרקעין עם כונסי נכסים במסגרת הוצאה לפועל, אשר כאמור ניצבת בבסיס תכלית תקנת השוק שבסעיף 34א, אינה כשהיתה, או לכל הפחות אינה מוצדקת כבעבר. הן הקשיים הנוגעים להתחקות אחר זכויות העבר, הן החשש מהנחת כספי התמורה 'על קרן הצבי' – זכו עם השנים למענה מסוים, גם אם לא הרמטי. שומה עלינו להביאם בחשבון במסגרת עריכת האיזון הכולל שבין האינטרס הדינמי והחששות הניצבים בבסיסו, לבין האינטרס הסטטי, בדמות קניינו של הבעלים המקורי.

דרישת תום הלב – עד לשכלול הקניין ברישום

93. באנו אפוא לכלל מסקנה, כי לצורך תחולת תקנת השוק הקבועה בסעיף 34א ביחס למקרקעין הנמכרים בהליכי הוצאה לפועל, על הקונה המאוחר להשלים את קניינו ברישום. פועל יוצא ממסקנה זו, כפי שמיד אפרט, הוא הקביעה המתבקשת כי יש 'למתוח' בהתאם את חובת תום הלב, עד לשעת הרישום.

94. בקביעה זו אין חידוש; כבר בעניין סונדרס למדנו כי "המועד הקובע לקיומו המתמשך של תום-הלב הוא עת רישום הזכות במרשם המקרקעין. מאחר שהרישום הוא תנאי הכרחי להגנה על הרוכש, מן הראוי כי יסוד תום-הלב יימשך וילך עד למועד הרישום. איני רואה מקום ליצור הפרדה בזמן בין קיום תום-הלב לבין ביצוע הרישום" (עניין סונדרס, פסקה 18). אכן, "העמדה הפסיקתית המוצקה [...] היא כי נדרש שכלול מלא (להבדיל מרישום הערת אזהרה) של הזכות הנרכשת, על-ידי הקונה המאוחר, כאשר הרוכש פועל עדיין בתום-לב" (דויטש, כרך ד', עמוד 270). הקביעה ההלכתית בעניין סונדרס, עסקה אמנם באופן ישיר בסעיף 10 לחוק המקרקעין, ואולם היא יפה גם לענייננו, שכן גם לגבי סעיף 34א, משהגענו למסקנה כי רכישת הקרקע מכוח תקנת השוק טעונה רישום, אף אני 'איני רואה מקום ליצור הפרדה בזמן בין קיום תום-הלב לבין ביצוע הרישום'. אציין, כי גם בפסק הדין בעניין סונדרס עצמו, כביסוס לקביעה אותה ציטטנו, הפנה בית המשפט לתימוכין הלקוחים מקביעה דומה ביחס לתקנת השוק במיטלטלין שבסעיף 34 לחוק המכר (עניין

סונדרט, פסקה 19); ללמדך, כי קו-הגיוני אחד מחבר בין תקנות השוק בעניין זה, ואין מדובר בקביעה נקודתית שכוחה יפה רק ביחס לסעיף 10 לחוק המקרקעין.

טו דבר

95. תקנת השוק המעוגנת בסעיף 34א לחוק המכר, דורשת מקונה מקרקעין בהליך הוצאה לפועל, המבקש להיבנות ממנה ולגבור על מי שהתברר לימים כבעלים המקורי – לשלל את קניינו באמצעות רישום זכותו במרשם המקרקעין. כך נקבע בפסיקתנו זה מכבר, וכל האמור לעיל לא נועד אלא לעמוד על ההצדקות שבבסיס הלכה זו; הן על רקע תכליתה הקונקרטית של תקנת השוק שבסעיף 34א, הן במבט רחב, המבקש לשלב את תקנת השוק האמורה במשפחת תקנות השוק שבדין הישראלי, על מערך השיקולים והאיזונים המשותף להן. בית המשפט המחוזי צעד אף הוא בדרך זו, ועל כן לא מצאתי מקום להתערב במסקנתו.

96. בנוסף, וכפועל יוצא מן ההלכה בדבר תנאי שכלול הקניין, באתי לכלל למסקנה כי בדין עמד בית המשפט המחוזי על הוכחת דרישת תום הלב עד למועד רישום הזכויות במרשם. גם בכך, צעד בנתיב שנסלל על-ידי בית משפט זה בפסיקות קודמות.

97. אעיר, כי נוכח מסקנתי שלעיל, לא מצאתי מקום להידרש לשאלה, מה היה הדין לו עסקת מכר המקרקעין היתה משתכללת ברישום, אלא שאייסוי היה מבקש לבטלה על יסוד פגמים שנפלו בהליך ההוצאה לפועל עצמו (ראו למשל בעניין דדו, פסקה 36 לפסק הדין של השופט עמית). נוכח מסקנתי כי המערערים לא שכללו את קניינם, ועל כן לא זקפו לטובתם את תקנת השוק ולא התגברו על קניינו המקורי של אייסוי, אין צורך שאדרש לטענה זו.

אשר על כן, דין הערעור להידחות, וכך אציע לחברי לעשות.

המערערים ישאו בהוצאות המשיב 1 בסך של 25,000 ₪. לא ראיתי מקום לפסוק הוצאות ליתר המשיבים.

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

1. חוות דעת מפורטת ומנומקת הניח לפנינו חברי השופט נ' סולברג. דעתי כדעתו – דהיינו, שכלול קניין במקרקעין בדרך של רישום, כמצוות סעיף 7 לחוק המקרקעין,

התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין), מהווה תנאי מתנאיה של תקנת השוק המעוגנת בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: סעיף 34 ו-חוק המכר, בהתאמה). משכך, גם לדידי דין הערעור שבכותרת להידחות.

בנסיבות העניין, מדובר גם בתוצאה הצודקת. משלא שוכלל הקניין מחד גיסא, ומשהכספים שהופקדו בגזברות הוצאה לפועל בתמורה למקרקעין לא הועברו מאידך גיסא, 'נחסכה' מאתנו הכרעה קשה הקורעת בין אדם וקניינו, בשל אי-אלו הצדקות חברתיות-שוקיות. ובענייננו, המקרקעין חוזרים לידי בעליהם המקורי, ואילו רוכשי המקרקעין זוכים לקבל את כספם בחזרה. הכול בא על מקומו בשלום.

2. בצד האמור, לכאורה, אם הבעלות בענייננו הייתה משתכללת בדרך של רישום, דבר שהיה כפסע מלקרות ונעצר ב"חריקת בלמים" כפי שתיאר חברי, בשלהי 'מרווח הרישום' (על אודות מונח זה והקשריו ראו: חיים זנדברג "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" עלי משפט ב 273 (תשס"ב)) – התוצאה הייתה יכולה להיות אחרת. כך, חרף העובדה שהליך המכר בענייננו היה רצוף כזבים וזיופים, מראשיתו ועד סופו, ייתכן שהיינו ניצבים, כדרך של תקנות שוק, בפני תוצאה נכונה במישור המשפטי וצודקת במישור החברתי-שוקי, אך כזו שמעוררת אי נחת ביחס למקרה הקונקרטי (ראו והשוו: ע"א 8124/18 ביישיץ נ' ז'דוט, פסקה 55 (04.08.2020); ומצדו השני של המתרס ראו האמור בהחלטת חברי מהעת האחרונה ברע"א 5542/23 גרונר נ' פראן, פסקה 14 (31.07.2023) (להלן: עניין גרונר)). בעליו המקורי של הנכס היה מפסיד את נכסו ויוצא 'כשידיו על ראשו', על לא כל עוול בכפו.

על קושי זה, של בפור האינטרסים החברתיים-שוקיים (שכבודם במקומו מונח) על פני הזכות החוקתית של הפרט לקניין (שעל חשיבותה אין חולק), וכן על השאלה מי צריך לשאת בעלות הסיכון הכרוכה במנגנון מסוג זה, אבקש להעיר, בקצרה, כדלהלן.

3. כידוע "משפט ישראל בירך אותנו בתקנות שוק רבות. אלו נקבעו בחוקים שונים, והשוני בין ההסדרים אינו מועט" (ע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוסטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 869 (1995)), וכפי שציין חברי "תקנות השוק השונות אינן עשויות מעור אחד, והן מבקשות להגשים תכליות שונות בהקשרים שונים" (פסקה 39 לחוות דעתו; כן ראו פסקה 17 לחוות דעתו של חברי בדנ"א 6364/20 שר הביטחון נ' סאלחה (27.07.2022)). על אף שתקנות השוק פזורות על-פני חוקים רבים, ועל אף שכל תקנה – תכליתה בצדה; תקנות השוק השונות ניצבות, ככלל, כפי שציין חברי, במתח למול נקודת המוצא המקובלת בדיני הקניין לפיה *Nemo dat quod non habet* ('אדם לא יכול להעביר את מה שאין לו').

4. בפסק הדין שניתן בעניין זלצר (ע"א 6894/15 זלצר נ' אבירם (07.09.2017)); לעיל ולהלן: עניין זלצר), אומצה גישה שלפיה סעיף 34 לחוק המכר מקים הצדקה לשלול, בדרך של מרוק מפגמים, אפילו את זכות הבעלות בקניין מהבעלים המקורי, וזאת בדרך של ביצור תקנת שוק ביחס למכר על-ידי רשות. זאת נקבע, לנוכח "הרצון לתת לרוכשים תמריץ להשתתף במכירות המתבצעות על ידי רשות, ולעודדם להציע מחיר הקרוב למחיר השוק של הנכסים [...] במטרה להגן על מוסד ההוצאה לפועל, [שכן פגיעה] באפקטיביות של הליכי ההוצאה לפועל יכולה להוביל לפגיעה בשוק כולו" (עניין זלצר, בפסקה 9א). שהרי, מוסד ההוצאה לפועל הוא מנגנון מדינתי, חלק מרשות האכיפה והגבייה, ומטרתו לאפשר גביית חיובים לטובת נושים-זוכים, בדרך של מימוש ואכיפה של פסקי דין, וסיוע בגביית חיובים המבוססים על שטרות ומסמכים מחייבים אחרים.

5. תקנת השוק הקבועה בסעיף 34א, בכל הנוגע למקרקעין, מבקשת אפוא לספק תמריצים להשתתף במכר המתבצע על-ידי ההוצאה לפועל, באמצעות השוואת הביטחון המתקבל ברכישה כזו לביטחון הקיים בעת רכישת מקרקעין מוסדרים בשוק החופשי. כפי שציין חברי, מסיבה זוודומה כי אין כל הצדקה להכיר בתקנת שוק במקרקעין הנמכרים בידי רשות, בהיעדר רישום, שכן במקרה כזה, הקונה לא היה זוכה להגנה של תקנת השוק הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין אילו הוא היה קונה מקרקעין בשוק החופשי. ואכן, בהינתן הצורך לאפשר מכר בידי רשות, אין זה פלא כי החוק, והפסיקה שפירשה אותו, ניסו לפתח מנגנונים יעילים שיאפשרו מידה מסוימת של ביטחון ברכישת נכסים המוצעים למכירה על-ידי ההוצאה לפועל.

6. לצד זאת, דומה כי המצב המשפטי דהיום מניח, כי מדובר במעין 'משחק סכום אפס' בין הבעלים המקורי והקונה – או שנבצר את תקנת השוק במכר על-ידי רשות, על חשבון הבעלים המקוריים של המקרקעין; או שנגן על זכות הקניין, ונפסיד את קידום התכליות החברתיות-שוקיות שעליהן עמדת לעיל.

ברם, יגעתי אחר הצדקה להנחה זו; יגעתי ולא מצאתי.

7. חברי היטיב לבאר את מאזן הזכויות והנזקים שבין הבעלים המקורי והקונה, והסביר מדוע, במתח שביניהם, יש להעדיף את הקונה על-פני הבעלים המקורי לאחר השלמת העסקה ברישום, בכפוף לקיומן של יתר דרישות תקנת השוק. ברם, אם המטרה היא להגן, למשל, על מוסד ההוצאה הפועל, מתעוררת השאלה מדוע שיהא זה הבעלים המקורי, שיישא בנזקים שנגרמו בעטייה של ה'תאונה המשפטית' שנוצרה?

8. שהרי, ככל שהמדינה מבקשת לסלול 'כביש מהיר' (ההוצאה לפועל), ולבסס תמריצים ל'נסיעה' על כביש מהיר זה (רכישה של נכס מידי רשות), מדוע לא יהיה נכון

כי המדינה היא זו שתישא בנזקים הנגרמים מתאונות משפטיות המתרחשות בכביש שאותו היא ביקשה לסלול. דא עקא, שהנהנים מאותו כביש מהיר (שהם המשתמשים במנגנון ההוצאה לפועל) אינם נושאים כלל בנזק שנגרם מהתאונות המשפטיות המתרחשות על הכביש הזה. לא זו אף זו, המדינה מוגנת, כמעט לחלוטין, מפני תביעה בגין אותן תאונות (ראו, למשל, עניין זלצר, בפסקאות 3, 14-17, 26), וגם אל עורכי דין המעורבים במקרים כגון דא – לא פשוט 'לחזור'; ואילו הסיכון מוחצן על הבעלים המקורי ש'נגרר' אל ה'כביש המהיר' בעל כורחו ואינו נהנה, כפי שיובהר להלן, מהערך החברתי המושג באמצעות תקנת השוק הקבועה בסעיף 34א.

9. כאמור, השאלה שברצוני לעורר כאן, אפוא, אינה אם יש הצדקה לביצור תקנת שוק בגדרי סעיף 34א, אם לאו. אלא, מי צריך לשאת בעלות הסיכון הכרוכה במנגנון מסוג זה? הבעלים המקורי, או הציבור הנהנה ממנגנון ההוצאה לפועל.

10. לכאורה, ניתן היה לשאול את אותה שאלה ביחס לתקנת השוק הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין. שכן, ההכרה בקיומה של תקנת שוק בגדרי סעיף 34א יסודה, בעיקרו של דבר, ברצון להגן על מוסד ההוצאה לפועל; בדומה לתקנת השוק הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין, המבקשת להגן על מוסד מרשם המקרקעין (עניין גרונר, פסקאות 15-14). ואם כן, ניתן לכאורה להקשות, מדוע שהבעלים המקורי יישא לבדו בנזקים הכרוכים ביישומה של תקנת השוק שבחוק המקרקעין? ואכן, במדינות אחרות קיים מנגנון של 'קרן שיפוי' לפיצוי בעלי מקרקעין שהפסידו את מקרקעיהם בשל תקנת השוק (בהקשר זה ועוד, ראו גם רשומתו של חיים זנדברג במרשֶׁת "תום לב בתקנת השוק – מגמות סותרות בפסיקת בית המשפט העליון אגב פרשת מצפה כרמים" (07.08.2022); "ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פסקה ב לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (04.08.2014) (להלן: עניין מינץ)).

עם זאת, יתכן כי במקרה בו חלה תקנת השוק מכוח סעיף 10 לחוק המקרקעין, קיימת תשובה טובה לשאלה הנ"ל, חרף המועקה הכרוכה בהסדר משפטי זה; שכן, בעלי המקרקעין נהנים, באופן ישיר, מהמרשם שעליו תקנת השוק האמורה נועדה להגן. ההסבר לכך הוא שההגנה על המרשם, באמצעות תקנת השוק, מאפשרת לכל בעל מקרקעין למכור את מקרקעיו במחיר גבוה יותר מאשר היה הוא יכול לקבל אלמלא קיומה של תקנת השוק. זאת, מכיוון שהיא מצמצמת את הסיכון הכרוך בביצוע העסקה. משכך, קיימת לכאורה הצדקה להטיל על הבעלים המקורי את ה'פרמיה' הכרוכה בקיומה של תקנת השוק הנ"ל, פרמיה שעניינה בסיכון כי תקנת השוק תופנה נגדו ביום מן הימים.

11. שונים הם פני הדברים ביחס להליכים המתנהלים בהוצאה לפועל. בהליכים מעין אלו, התועלת שמופקת מקיומו של מנגנון ההוצאה לפועל ומתקנת השוק לפי סעיף 34א,

אינה קשורה דווקא בזכות הבעלות במקרקעין. אמנם, הבעלים המקורי עשוי להפיק תועלת מעצם קיומה של תקנת השוק הקבועה בסעיף 34א, למשל, בדרך של קבלת תנאי אשראי טובים יותר מהנושה אשר יוכל להסתמך על האפשרות למכור את המקרקעין במנגנון ההוצאה לפועל ביום מן הימים. עם זאת, התועלת ממנגנון ההוצאה לפועל מופקת גם על-ידי שאר ה'שחקנים' בשוק. שכן, הדבר מסייע בשמירה על יציבות השוק ועל שטף המסחר בו, הניזון ומתפתח ממתן האשראי.

אם כן, בניגוד לתקנת השוק שבסעיף 10 לחוק המקרקעין, שם התועלת קשורה, מיניה וביה, בזכות הבעלות; בענייננו המצב שונה. גורמים רבים מפיקים תועלת מקיומה של תקנת השוק שבסעיף 34א, אך רק בעלי המקרקעין נושאים בנטל הנובע מקיומה. משאלו פני הדברים, מתעוררת השאלה מה ההצדקה להטלת הפרמיה הכרוכה בנזקים הנגרמים כתוצאה מתאונה משפטית, בזירה זו, רק על הבעלים המקורי?

12. למעשה, בהיעדר תקנת שוק שתגן על רוכש מידי רשות, פרמיית הסיכון של התאונה המשפטית הייתה מוטלת על קופת ההוצאה לפועל, שכן הקונה היה מודע לסיכון שהוא מניח את כספו על 'קרן הצבי' וממילא התשלום שהוא היה מוכן לשלם עבור הנכס המוצע למכירה, היה נמוך יותר (ראו בעניין זלצר, בפסקאות 9א-9ג). משמעות הדבר היא שהנושים-זוכים, שלבקשתם הנכס ימומש, יקבלו פחות כסף על החוב שלהם; וגם החייב שמימוש נכסו נכפה עליו במטרה לפרוע את חובותיו, יפיק ממנו תועלת פחותה.

תקנת השוק שבסעיף 34א נועדה כאמור, בראש ובראשונה, למנוע מצב דברים זה. אשר על כן, מתחדדת השאלה מדוע הבעלים המקורי, תם-הלב שלא חטא בדבר, צריך לשאת בפרמיית סיכון שממנה הציבור כולו מפיק תועלת. אדרבה. אם בבסיס תקנת השוק האמורה אכן קיים ערך חברתי שאינו כרוך בזכות הבעלות, מדוע שפרמיית הסיכון בהקשר זה לא תוטל על מי שהנהנה מהתועלות הציבוריות הגלומות במכר בידי רשות (קרי, הציבור כולו; באמצעות המדינה).

13. לאור האמור, ועל אף שדומה שהמחוקק בחר שלא להיעתר לקריאתו של השופט מלצר בעניין מינון ביחס לתקנת השוק הכללית הקבועה בסעיף 10 לחוק המקרקעין; סבורני כי טוב יעשה המחוקק אם יתן דעתו לסוגיה שפורטה לעיל, וזאת על מנת לייתר את הצורך בהכרעה על דרך של חקיקה שיפוטית בנדון (ראו והשוו: ע"א 6296/00 קיבוב מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16, 23 (2004)).

השופט י' כשר:

מסכים אני לפסק דינו המקיף והמעמיק של חברי השופט נ' סולברג.
באשר להערתו של חברי השופט כבוב, מבקש אני להשאיר את הסוגיה לעת
מצוא.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, ב' בחשון התשפ"ד (17.10.2023).

שופט

שופט

שופט