

תקנת השוק במכר על ידי רשות שנפל בהליכיו פגם חוקי

מאת

אביב דויטש*

תקציר

מאמר זה עוסק בתקנת השוק במכר על ידי רשות ודן בשאלה אם וכיצד יש להחילה כאשר נפל פגם חוקי בהליכי המכר. לצד דיון מעמיק בדיני הקניין, שאלה משפטית זו מחייבת דיון נרחב בשתי דיסציפלינות משפטיות נוספות: המשפט המנהלי ודיני ההוצאה לפועל. ההכרעה בשאלה זו הינה בעלת השפעה רבה, עקב הכמות הרבה של מכירות שמבצעות רשויות המדינה, חשיבותן לאינטרס הציבורי והפגמים הרבים אשר, למרבה הצער, נוטים ליפול בהן. כמו כן, לניתוח המשפטי של הסוגיה ערך רב לאור עמימות הדין המצוי העולה מן הפסיקה, המתבטאת בהימנעות בית המשפט העליון מהכרעה בנושא ובמגמות משתנות וסותרות בבתי המשפט המחוזיים.

במאמר אפרוס רקע על גלגולי תקנת השוק במכר על ידי רשות ואתאר באופן ביקורתי את הדין המצוי, ומתוך כך אדון בדין הרצוי במסגרות המשפטיות השונות. מבחינת דיני הקניין, ייטען כי כדי לשמור על תכלית תקנת השוק יש להחילה גם כאשר נפל פגם חוקי בהליכי המכר של הרשות. מסקנה זו תיתמך בהשוואה לתקנות שוק אחרות וכן בשיקולי יעילות. לצד זאת, יוצע מנגנון המעדין את הפגיעה בבעלים המקורי, המאפשר לו לפדות את נכסו האבוד למשך שנה מעת המכירה.

מבחינת המשפט המנהלי, אטען כי אף על פי שעקרון חוקיות המנהל עלול להביא לבטלות המכר, על תקנת השוק לחול כיוון שביכולתה להגן גם על זכות בטלה. כלומר, בהתנגשות החזיתית בין דיני הקניין למשפט המנהלי הנבחנת במאמר, גוברים דיני הקניין. לצד זאת, תוצג דרישה מחדשת מן הרשות עבור

מתמחה בבית המשפט העליון. בעת הגשת המאמר לשיפוט היה המחבר תלמיד לתואר בוגר במשפטים ובתוכנית המצטיינים "אמירים" במדעי הרוח, האוניברסיטה העברית בירושלים. המחבר מודה מאוד לאיל זמיר, סיני דויטש, חיים זנדברג וצור גרוסמן על שיחות מועילות והערות מצוינות לטיטות מוקדמות של המאמר. כל האחריות לנכתב היא כמובן על המחבר בלבד.

החלת תקנת השוק – דרישת תום הלב. כן תידון האפשרות לתבוע את הרשות המוכרת, גם כאשר מדובר ברשות שיפוטית.
מבחינת דיני ההוצאה לפועל, ייטען כי יש להפריד מבחינה מהותית וכרונולוגית בין תקנת השוק ובין סמכותו החריגה של רשם ההוצאה לפועל לבטל את המכר בשל הפגמים שנפלו בו. עקב כך, מרגע שתחול תקנת השוק, ברישום העסקה במרשם המקרקעין, אין בסמכות הרשם לבטל את המכר עקב הפגם החוקי שנפל בהליכיו.

2	מבוא
5	א. רקע: סעיף 34 לחוק המכר כתקנת שוק
7	ב. מגמות בפסיקה
7	1. הימנעות בית המשפט העליון מהכרעה
10	2. חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט המחוזיים
12	ג. פרשנות, תכלית תקנת השוק ושיקולים נוספים
12	1. לשון הסעיף
15	2. תכלית תקנת השוק במכר מידי רשות
16	(א) תקנת השוק במיטלטלין
17	(ב) תקנות שוק מנהליות
20	(ג) המגמה הכללית ביחס לתקנת השוק, תקנת השוק במקרקעין ומשפט משווה
23	3. שיקולי יעילות: מונע הנזק היעיל ו"מאזן המצוקה"
24	(א) שיקולי יעילות שלכתחילה
25	(ב) שיקולי יעילות שבדיעבד
29	4. סיכום ביניים; "פן ייצא החטא נשכר"
32	ד. זהות המוכר כרשות מנהלית
32	1. הגנת ההסתמכות
34	2. בטלות המכר
37	3. דרישת תום הלב מהרשות המנהלית
40	4. תביעת הרשות המוכרת
44	ה. דיני ההוצאה לפועל; הערה בעניין מועד התחולה של תקנת השוק
47	ו. מסקנות וסיכום

מבוא

ביום בהיר אחד מגלה פלוני שביתו איננו שייך לו. בדיקה קלה מעלה כי רשות מנהלית, כרשות ההוצאה לפועל, היא שמכרה את ביתו ללא ידיעתו. יתרה מכך, הסיבה שבגינה נמכר ביתו שלא כדין היא פגם חוקי שנפל בהליכי הרשות. ככל שנרצה להגן על פלוני ולבטל את המכר של ביתו, ניתן לתאר מציאות חלופית. במציאות זו, אלמונית, שקנתה את דירתו של פלוני מרשות ההוצאה לפועל, מקבלת ממנה הודעה רשמית שלפיה הדירה שרכשה ממנה שנים מספר קודם לכן אינה שלה עוד.

שלושת הצדדים האלו – הבעלים המקורי, הקונה והמוכר – הם הצדדים הקבועים לדילמה שבה נוגעת דוקטרינת תקנת השוק. בדילמה זו נדרשת המערכת המשפטית להכריע בקונפליקט שבין הקונה תם הלב לבעלים המקורי, אשר אחד מהם יזכה בנכס והאחר יישא בהפסד. בצדק נאמר בספרות כי דילמה זו מעלה מבוכה, שכן היא דורשת הכרעה בין שני צדדים חפים מפשע ותמי לב, אשר אין אחד צודק ממשנהו.¹ מבוכה זו גדלה אף יותר כאשר זהות המוכר היא רשות מנהלית והגורם לדילמה הוא פגם חוקי שנפל בהליכיה, שכן הרשות המנהלית מחויבת בסטנדרט התנהגות נורמטיבי גבוה, והיא מוחזקת כגוף שמעשיו תקינים ושהאזרח יכול להסתמך עליהם. כידוע, תקנת השוק במשפט הישראלי מכריעה כי בתנאים מסוימים הקונה הוא שיזכה בנכס והמוכר יישאר על כנו.² האם על הכרעת תקנת השוק להיות מושפעת מן הפגם החוקי שנפל בהליכי המכר של הרשות, וכיצד? בכך יעסוק מאמר זה.

ההכרעה העקרונית בשאלה משפטית זו היא בעלת השפעה רבה, עקב ריבוי מכירות הנכסים הנעשות על ידי רשויות המדינה. רשות ההוצאה לפועל, לדוגמה, מנהלת כשני מיליון וחצי תיקים, ומאות אלפי תיקים נפתחים כל שנה.³ במסגרת הליכים אלו, מוכרת רשות ההוצאה לפועל כעשרות אלפי נכסים בשנה, ובהם נכסים בעלי ערך רב כמקרקעין וכלי רכב.⁴ כמו כן, מכירות נכסים על ידי רשות ההוצאה לפועל הינן קריטיות עבור השוק והציבור כולו:

מנגנון ההוצאה לפועל [...] מקדם לא רק את האינטרס של הזוכה, אלא גם את טובת הציבור. אכן, הוצאה לפועל מהירה ויעילה [...] היא אינטרס ציבורי ראשון במעלה. הוצאה לפועל אפקטיבית מגבירה את האמון בשלטון החוק.⁵

ההכרעה בשאלה זו מערבת אפוא, לצד האינטרס של הבעלים המקורי והקונה, גם את האינטרס הציבורי לאמינות ולאפקטיביות של המכירות המתבצעות על ידי רשויות המדינה.

נוסף על אלו, השפעת ההכרעה אם וכיצד להחיל את תקנת השוק במקרה שבו נפל פגם חוקי בהליכי המכר של הרשות גוברת לאור שכיחותם של פגמים כאלו. דין וחשבון של מבקר המדינה ביחס להליכי ההוצאה לפועל משנת 2015 העלה כי בכ-40% מתיקי ההוצאה לפועל שנבחנו נפלו ליקויים כלשהם.⁶ חלק מליקויים אלו מהותיים ביותר, כגון שליחת מכתב התראה לחייב זמן ארוך יותר מן המותר בחוק טרם פתיחת התיק

1 איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968** 331 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טרסקי, מהדורה שנייה (2023) (להלן: **זמיר חוק המכר** (מהדורה שנייה)).

2 למשל, ס' 34 ו-34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 וס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

3 מבקר המדינה **דוח ביקורת מיוחד: מנגנון גביית חובות בהוצאה לפועל** 30 (2016) (להלן: **דוח מבקר המדינה**).

4 לפי נתוני אתר **כונס** <https://www.kones.co.il>; ראו גם תומר קרן "האם כדאי לקנות דירה מכונס נכסים: 7 הצעות" **TheMarker** (23.1.2006) <http://tinyurl.com/uduc93v8>.

5 רע"א 4905/98 **גמזו נ' יעשיהו**, פ"ד נה(3) 360, 374 (2001).

6 **דוח מבקר המדינה**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34; מסקנת דוח המבקר הייתה לערוך רפורמה יסודית בתהליך פתיחת התיקים על ידי רשות ההוצאה לפועל, שם בעמ' 24.

נגדו, דבר שיכול להביא לפתיחת תיק וגבייה ללא התנגדותו.⁷ ליקוי מהותי נוסף הוא פתיחת תיק בגין ביצוע פסק דין מבלי שזה נמסר לחייב.⁸ גם ליקוי זה מאפשר את פתיחת התיק וגבייתו מבלי לאפשר את התנגדות החייב. המספר הגדול של הליקויים בהליכי ההוצאה לפועל משתקף גם בפסיקה, שבה אפשר לאתר פסקי דין רבים העוסקים בחייב שקניינו נמכר שלא כדין.⁹ יוער, בהקשר זה, כי יש קשר הדוק בין עצם קיומה של תקנת השוק במכר על ידי רשות לבין קיומם של פגמים בהליכי מכר אלו, שכן הטענה לקיומה של תקנת השוק עולה בדרך כלל כהגנה מפני טענת הבעלים המקורי לביטול המכר של הרשות בשל פגמים שנפלו בהליכיו, כפי שיוצג בהמשך הדברים.

במאמר זה אנסה להציע הכרעה בשאלה משפטית זו מתוך ביקורת על הדין המצוי העמום ודיון בשיקולים הנורמטיביים השונים, שייבחנו מתוך מסגרות משפטיות שונות. שאלה משפטית זו נדונה בעבר, הן בפסיקה הן בספרות. עם זאת, הדיונים בכך עד כה, אשר יוצגו בהמשך המאמר, נעשו באופן צר, המתמקד בזווית מבט אחת בלבד. לעיתים נדונה השאלה במסגרת דיני הקניין ופרשנות החוק, לעיתים במסגרת המשפט המנהלי ולעיתים באמצעות דיני ההוצאה לפועל. מעולם לא נבחנו כלל הזוויות לכדי מסקנה קוהרנטית אחת. עדות לכך היא עמימותו של הדין המצוי כיום בפסיקה. נוסף על הביקורת על עמימות הדין המצוי, התרומה שינסה להשיא מאמר זה היא הכרעה מתוך דיון המשלב את כלל המסגרות המשפטיות הרלוונטיות: דיני הקניין, המשפט המנהלי ודיני ההוצאה לפועל. ואכן, מסקנת המאמר בסוגיה שונה ומורכבת יותר מן המסקנות החלקיות שהספרות המשפטית והפסיקה הגיעו אליהן עד כה. למסקנת המאמר, יש להחיל את תקנת השוק גם על מכר על ידי רשות שנפלו בהליכיו פגמים חוקיים, אך זאת לצד מנגנונים מרכזיים כהטלת חובת תום הלב על הרשות המנהלית והענקת זכות הפדיון לבעלים המקורי. כמו כן, במאמר נבחנת האפשרות לתבוע את הרשות ומשורטטים קווים כלליים לדמותה של "קרן שיפוי" עבור הנפגעים מהחלת תקנת השוק במכר על ידי רשות.

באופן מקדמי, אעיר כי המאמר יעסוק בעיקרו במכר על ידי רשות הנעשה עבור מימוש נכסים, כמכירות רשות ההוצאה לפועל ובתי המשפט.¹⁰ זאת, בניגוד למכר של רשויות אחרות, שנעשה כדי לחסוך מהרשות את ההוצאות הכרוכות בהחזקת הנכס, כגון מכר הנעשה על ידי המשטרה בנכסים שחולטו משום שנעשתה בהם עבירה.¹¹ המכירות מן הסוג הראשון שכיחות הרבה יותר, ומשכך גם נדונות יותר בפסיקה ובספרות. בנוסף, פגמים חוקיים בהליכי המכר, שבמוקד מאמר זה, נדונים ליפול בעיקר במכירות מסוג זה, ובפרט במכר של רשות ההוצאה לפועל. עם זאת, ובשולי הדברים,

7 שם, בעמ' 39-40.

8 שם, בעמ' 44.

9 ראו להלן בתיאור הפסיקה שבפרק ב למאמר זה.

10 להבחנה בין סוגי המכירות ראו זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 407; יש לציין כי לרוב המכירות שנעשות על ידי בית משפט מתבצעות למעשה על ידי רשות ההוצאה לפועל, ראו איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968** 730-729 (פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי, מהדורה ראשונה 1987) (להלן: זמיר **חוק המכר** (מהדורה ראשונה)).

11 ס' 36, 38-42 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש].

אתייחס לעיתים גם למכירות מן הסוג השני, כאשר מסקנת המאמר תקפה בעיקרה גם בנוגע אליהן.

הילוך הדברים יהיה כדלהלן: **בפרק הראשון** אשרטט רקע על תקנת השוק במכר על ידי רשות, ומקורה הנורמטיבי בסעיף 34 לחוק המכר, כפי שנקבע בהלכת זלצר. **בפרק השני** אציג את המבוכה השוררת בנושא בפסיקה, כאשר בית המשפט העליון נמנע פעמים מספר מלהכריע בנושא, ובכתי המשפט המחוזיים אפשר לאתר גישות סותרות בנוגע אליו.

לאור המבוכה בדין המצוי, **הפרק השלישי** יפתח את הדיון בדין הרצוי תוך הצגת הפרשנויות האפשריות לסעיף 34 באשר להחלתו על מכר מידי רשות שנופל בהליכי פגם חוקי. לאחר מכן, וכחלק מדוקטרינת הפרשנות התכליתית, אנתח את תכלית תקנת השוק במכר מידי רשות, אגב היקש והשוואה לתקנת השוק במיטלטלין, לתקנת השוק במקרקעין ולתקנות שוק נוספות שבהן המוכר הוא רשות מנהלית. המשכו של פרק זה יצא מגדרי נוסחו של הסעיף וישקול מבחינה נורמטיבית את השיקולים השונים הכרוכים בתקנת השוק: שיקולי מונע הנזק היעיל ביותר והשוואה בין האינטרסים השונים של הקונה, הבעלים והציבור.

לעומת הפרק השלישי, המתמקד בדיני הקניין, **הפרק הרביעי** מתמקד במשפט המנהלי ובאופן שבו זהות המוכר כרשות מנהלית משפיעה על תקנת השוק. בתוך כך ייבחנו הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי והשפעת עקרון חוקיות המנהל על האפשרות להחיל את תקנת השוק. כמו כן, תבוצע השוואה, אשר טרם נעשתה בספרות המשפטית, בין תקנת השוק במכר על ידי רשות ובין תקנות שוק אחרות שבהן המוכר הינו רשות מנהלית באשר לחובת תום הלב הנדרשת מהרשות המוכרת. לבסוף, יתיבחן האפשרות לתבוע את הרשות המוכרת על נזקי התאונה המשפטית.

בפרק החמישי אדון ביחס בין עקרון סופיות ההליך של דיני ההוצאה לפועל לבין תקנת השוק במכר על ידי רשות ואטען כי יש להפריד בין השניים מבחינה מהותית וכרונולוגית. לאחר הדיון הנורמטיבי במסגרות השונות, **בפרק השישי והאחרון** אשזור את המסקנות שעלו לאורך המאמר ואסכם.

א. רקע: סעיף 34 לחוק המכר כתקנת שוק

כרקע לדיון שנערוך במאמר זה על היקף תחולת תקנת השוק במכר על ידי הרשות, שמקורה בסעיף 34א, ראוי להקדים מספר מילים על גלגוליה של תקנת שוק זו. בעבר, נפלה מחלוקת רבתי בין מלומדי המשפט האם סעיף 34 קובע תקנת שוק. זאת, עקב נוסחו הפתלתל של הסעיף המצורף כאן במלואו:

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.¹²

הרישא של הסעיף קובעת כי נכס הנמכר על ידי רשות עובר לקונה נקי מכל זכות בנכס, אך סופו של הסעיף מחריג זכות שאינה משמשת ערובה לחיוב כספי. מאחר שזכות הבעלות איננה זכות המשמשת ערובה לחיוב כספי, ולכן כביכול מוחרגת מגדרי הסעיף ואינה חוסה תחת ההגנה שהוא מספק, היו שסברו כי סעיף זה איננו מהווה תקנת שוק.¹³ אסכולה זו ראתה בסעיף הסדרה בלבד של מעמד נושיו של בעל הנכס הנמכר על ידי רשות, אשר זכותם בנכס פוקעת ועוברת לפדיון מן המכירה, לפי סעיף 34 לחוק המכר, הצמוד לנשוא דיונו.¹⁴ יש לציין כי על אף הדעה שסעיף 34 איננו מהווה תקנת שוק במכר מידי רשות, סברה אסכולה זו שתקנת שוק שכזו נצרכת וראויה, ולפיכך עליה להילמד מהיקש הנסמך על תקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין.¹⁵ בניגוד לעמדה זו, היו שסברו כי הסעיף אכן מציג תקנת שוק, המגינה על מכר שנעשה על ידי רשות.¹⁶ עמדה זו, הרווחת בקרב הספרות המשפטית, נתמכת בכמה טעמים. ראשית, מנוסחו של הסעיף, המציין כי "עוברת הבעלות לקונה", משתמע כי הבעלות עוברת למרות זכות בעלות של צד ג'. את ההבחנה המצויה במפורש בסיפא בין זכויות המשמשות ערובה לחיוב כספי לזכויות אחרות תירצו הדוגלים בעמדה זו כניסוח לקוי גרידא.¹⁷ שנית, אסכולה זו נתמכה בצמידותו של סעיף 34 לתקנת השוק שבסעיף 34, כך שנדמה כי גם לה מטרה דומה להגן על הרוכש תם הלב.¹⁸ שלישית, האוחזים בעמדה זו מצאו ראייה לדבריהם גם בדברי ההסבר להצעת החוק, שם נכתב במפורש כי סעיף 34 הוא תקנת שוק נוספת.¹⁹ הפסיקה התחבטה לאורך השנים בין האסכולות השונות. היו פסיקות שאימצו את האסכולה הראשונה, אשר דחתה את התפיסה שלפיה סעיף 34 מהווה תקנת שוק.²⁰ מנגד, היו פסיקות, ואף רבות יותר, שאימצו את האסכולה השנייה, הרואה בסעיף תקנת

ס' 34 לחוק המכר.
 12 זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 410-418; עופר שפירא "טיהור נכסים במכירתם על-ידי רשות על-פי דין" **הפרקליט** מב 576, 574 (1996); ראו גם מיגל דויטש **קניין** כרך ד 295 (2007).
 13 ס' 34 לחוק המכר: "שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס המשמשים ערובה לחיוב כספי ולפי ס' 34 או 34 אין להזיק להם נגד הקונה, **יחולו על הפדיון מן המכירה**".
 14 זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 430-431.
 15 יהושע ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967** 337-332 (1974) (להלן: ויסמן **חוק המשכון**); אוריאל פרוקצ'יה **דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל** 116-115, 35-36 (1984); זאב צלטנר **חוק המכר, תשכ"ח-1968** 149 (1972); דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ד 245, 247 (1975).
 16 ויסמן **חוק המשכון**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 334; פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 16, בעמ' 116.
 17 צלטנר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 149.
 18 הצעת חוק המיטלטלין (הוראות משלימות), התש"ל-1970, ה"ח 164, 164 ("החוק המוצע מתקין תקנת שוק נוספת, והיא ההגנה לקונה נכס מרשות מוסמכת על פי דין"). לביקורת על עמדה זו ראו זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 411-414.
 19 ת"א (מחוזי י-ם) 1504/96 **כהן נ' האפורטרופוס לנכסי נפקדים** (נבו 8.1.1999); ת"א (מחוזי י-ם) 3066/01 **הוך נ' פתיחי** (נבו 12.2.2004); טה"פ (מחוזי י-ם) 7410-08 **סלומון נ' אפלבוים** (נבו 26.1.2011).

שוק.²¹ בין הפסיקות שציטטו באסכולה האחרונה נכללות גם פסיקות בית המשפט העליון, אך תמיכתן נאמרה באמרה אגב בלבד, ולפיכך לא נקבעה כהלכה. הדברים היו כך עד לפרשת **זלצר**, שבה הוכרע כי סעיף 34א הינו אכן האכסניה המשפטית לתקנת השוק במכר על ידי רשות,²² וזאת משני טעמים עיקריים: ראשית, עקב ההסכמה בין האסכולות כי תקנת שוק זו נצרכת וראויה. באשר לוויכוח על המקור הנורמטיבי לכך, העדיף בית המשפט להסתמך על הסעיף הייעודי מאשר על היקש מתקנות שוק אחרות;²³ שנית, בית המשפט תמך בקריאת נוסח הסעיף כתקנת שוק בהסתמך על התיבות "עוברת הבעלות לקונה", אשר לפיהן יש לפרש את הסייג בסיפא של הסעיף ככזה שאינו מחריג את זכות הבעלות.²⁴

במאמר זה אתמקד בסוגיה מרכזית בעניין תקנת השוק במכר על ידי רשות שבסעיף 34א אשר לא זכתה להתייחסות בפרשת **זלצר** – השפעת פגמים חוקיים שנפלו בהליך המכר על תחולת תקנת השוק. מקרה נפוץ של פגם חוקי שכזה הוא מכירת נכס מבלי להודיע על כך לחייב ולאפשר לו את זכות הטיעון שלו. מקרה אפשרי אחר הוא חריגת הרשות מסמכותה, כאשר היא מוכרת נכס ללא עילה חוקית לכך או כאשר התנאים הנדרשים לסמכותה אינם מתקיימים. פגמים כגון אלו והשפעתם על תקנת השוק יידונו במאמר זה. בטרם אפנה לדיון ביחס לדין הרצוי, אפתח בתיאור הדין המצוי – פסיקות בתי המשפט ביחס להשפעת פגם חוקי במכר על ידי רשות על החלת תקנת השוק.

ב. מגמות בפסיקה

1. הימנעות בית המשפט העליון מהכרעה

הפעם הראשונה שבה נתקל בית המשפט העליון בשאלה המשפטית הנדונה היה בפרשת **כהן**.²⁵ בפרשה זו תבע בעל נכס שנמכר במסגרת הוצאה לפועל את ביטול ההליך, לאחר שראש הוצאה לפועל כבר סיפק לו אישור סופי. התביעה התבססה על שני נימוקים: ראשית, בעל הנכס טען כי לא קיבל מההוצאה לפועל הודעות על כל שלבי המכירה; שנית, נטען כי נרקמה קנוניה בין כונס הנכסים-המוכר לקונה. בעקבות פגמים אלו, שהוגדרו מהותיים, קיבל בית המשפט את התביעה. בית המשפט הסתמך על פסיקה הקובעת כי במקרה של פגם מהותי בהליך המכירה ניתן לבטל את אישור ראש הוצאה לפועל ולפתוח מחדש את הליך המכירה.²⁶

²¹ ע"א 7531/10 ש.א.נ.ל ייזום ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל (נבו) 12.3.2012; בג"ץ 2274/99 שפיר נ' בית-הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד נ(1) 673, 712 (2001); ע"א (מחוזי חי") 1479/00 בהאי נ' הממונה על המרשם, פ"ד תשס(2) 298 (2001); ת"א (מחוזי ת"א) 2639-05 צבירי נ' דוידוב (נבו) 27.8.2015.

²² ע"א 6894/15 זלצר נ' אבירם, פס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) 7.9.2017.

²³ שם, בפס' 9(א) ו-9(ב) לפסק הדין של השופט הנדל; יש מקום להעיר שנימוק זה מניח את המבוקש, שכן לפי האסכולה המתנגדת הסעיף איננו הסעיף הייעודי לתקנת השוק במכר על ידי רשות.

²⁴ שם, בפס' 9(ג).

²⁵ רע"א 5080/97 כהן נ' רום, בתפקידו ככונס נכסים, פ"ד נב(2) 332 (1998).

²⁶ שם, בעמ' 336; רע"א 583/88 פרוקומרץ נ' שטנדר, פ"ד מב(4) 281 (1988); להרחבה על היחס בין דיני הוצאה לפועל לתקנת השוק במכר על ידי רשות ראו פרק ה למאמר זה.

בשולי פסק הדין, עורר בית המשפט מיוזמתו את תחולתה של הוראת סעיף 34א לחוק המכר במקרה של פגם בהליך המכירה. נקבע כי שאלה זו רלוונטית רק במקרה שבו הושלמה העסקה מבחינה קניינית, כלומר בעת הרישום, אך זה לא התבצע בהליך המכירה הנדון בפסק הדין. בשל כך, ולמעלה מן הצורך, הדגיש בית המשפט כי "אין אנו מחוויים כל דעה לגבי השאלה מה היה הדין לו בוצע הרישום לפני שהוגשה בקשת הביטול".²⁷ אם כן, בית המשפט העליון נמנע מלהכריע אם אפשר להחיל את תקנת השוק על מכר על ידי רשות שנפלו בהליכיו פגמים חוקיים.

בעוד הימנעותו של בית המשפט העליון מהכרעה בנושא בעניין כהן הייתה בשולי פסק הדין, בעניין שפיר היא נעשתה במרכזו ממש.²⁸ בפרשה זו נדון בבית הדין הרבני סכסוך בהליכי גירושין, כאשר האישה והילדות המשותפות לזוג נמצאו מחוץ לארץ. במהלך אחד מגלגולי הסכסוך הורה בית הדין הרבני למכור את מחצית הדירה השייכת לאישה כתפוסה על ידי הגבר, כדי להפעיל לחץ על האישה להגיע עם בנותיה לארץ. הדירה נמכרה ללא אחר מאשר אחיו של הגבר, והמכר אושר על ידי ראש ההוצאה לפועל ואף נרשם במרשם המקרקעין. כאשר הגיעה לארץ, תבעה האישה את ביטולו של הליך המכר בטענה שהוא בוצע על ידי בית הדין בחוסר סמכות.

בית המשפט הכריע, בפסק דין מקיף ביותר של השופט חשין, כי בית הדין הרבני אכן חרג מסמכותו. נקבע כי בית הדין לא עמד בתנאים להפעלת סמכותו למכירת נכסים כפויה, הן מבחינת הטעם למכירה והן מבחינת מעמדה של האישה שהופקע רכושה.²⁹ לאחר שנקבע כי החלטות בית הדין הרבני ראויות לביטול, פנה בית המשפט לשאלת מעמדו של המכר, שכן, כנגד טענת האישה, טען הקונה-האח כי ביטול החלטות של בית הדין הרבני אינו יכול לפגוע בזכויותיו בעקבות סעיף 34א. בעקבות טענה זו נאלץ בית המשפט להכריע, כביכול, אם פגם חוקי בהליך המכירה מונע את החלת תקנת השוק המצויה בסעיף 34א.

השופט חשין סבר כי המונח "על פי דין" המופיע בסעיף חל הן על הרשות והן על מעשה המכר, כלומר על המכר להיעשות "על פי דין". אף על פי כן, קבע חשין כי קיומו של פגם חוקי בהליך המכירה אינו מחייב את המסקנה שהוא נעשה שלא "על פי דין".³⁰ לדידו, אפשר להפריד בין פגם "חוקי" בלבד לבין פגם חמור ההופך את המכר ל"לא על פי דין". לאחר הקביעה ש"שאלה זו אינה קלה לפתרון", נמנע השופט חשין מלהכריע בה. חלף זאת, נעזר בית המשפט בחוסר תום הלב של הקונה כדי להכריע שתקנת השוק של סעיף 34א לא תחול במקרה זה. אם כן, גם כאשר נתקל בית המשפט העליון בשאלה זו במלוא עוצמתה, הוא נמנע מלהכריע בה. על החלטתו של השופט חשין להימנע מהכרעה בשאלה זו, למרות קביעתו שבית הדין הרבני חרג מסמכותו בביצוע המכר, אדון בהרחבה בהמשך הדברים.

שם.

27

עניין שפיר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 712.

28

שם, בעמ' 689-691.

29

שם, בעמ' 710-711.

30

עניין נוסף שבו נפלו פגמים בהליכי המכר של הרשות ונדון בבית המשפט העליון הוא פסק הדין החשוב ביותר ביחס לתקנת שוק זו, הלא הוא עניין **זלצר** שהוזכר לעיל.³¹ בפרשה זו הביא נוכל למכירת מקרקעין במסגרת הוצאה לפועל באמצעות שטר חוב מזויף. כונסי הנכסים חשדו כי מדובר במעשה מרמה, אך לא שיתפו את חששותיהם עם רשם ההוצאה לפועל, והלה סמך על כונסי הנכסים ואישר את מכר הנכס לקונה תם הלב. כלל ההודעות על הליכי ההוצאה לפועל נמסרו לכתובת מזויפת, והתמורה על מכירת הנכס נמסרה למתחזים לנושה (הנקרא בהליכי ההוצאה לפועל גם "זוכה") ולחייב. באמצעות צו המכר של רשם ההוצאה לפועל נרשמה העסקה במרשם המקרקעין. לאחר שנים מספר פנו יורשי הבעלים המקורי של המקרקעין ללשכת רישום המקרקעין, גילו שהיא נמכרה במרמה וללא ידיעתם וביקשו לבטלה. הקונה, מצידו, התגונן בתקנת השוק. כאמור, בעניין זה הוכרע כי יש להחיל את תקנת השוק ולהשאיר את המכירה בתוקפה. עם זאת, בית המשפט לא התייחס בהכרעתו כלל להשפעת הפגמים החוקיים שנפלו בהליך המכירה.

פעם נוספת שבה נדרש בית המשפט העליון לסוגיה זו היא בפרשת **דדוש**.³² בפרשה זו נמכרה דירה בהליכי הוצאה לפועל בגין חוב אשר כבר שולם, ולמרות צו עיכוב הליכים.³³ המכירה התבצעה על בסיס זיופי חתימות ואישורי ההוצאה לפועל שנעשו על ידי נוכל, וללא ידיעתם של חלק מן הבעלים.³⁴ בערכאת המחוזי נקבע כי חלו במקרה זה פגמים חוקיים היורדים לשורשו של הליך ועל כן המכר מבוטל, תוך הסתמכות על עניין **שפיר**, שנדון לעיל, בטענה שנקבע בו שפגמים חוקיים בהליכי המכר מונעים את החלת תקנת השוק.³⁵ לאור האמור לעיל, ברי כי בית המשפט המחוזי שגה בהבנת דבריו של השופט חשין בעניין **שפיר**, שכן בית המשפט הצהיר שם במפורש כי הוא נמנע מלהכריע אם פגמים חוקיים, קשים ככל שיהיו, מונעים את החלת תקנת השוק.

בערעור לבית המשפט העליון בעניין זה קבע השופט עמית כי הכרעת בית המשפט המחוזי "הגיונה בצידה",³⁶ ואף הביע באמרת אגב כי במקרה של פגם היורד לשורשו של עניין מוסמך רשם ההוצאה לפועל לבטל את המכירה, למרות תחולת תקנת השוק על המכירה.³⁷ יש בכך, הלכה למעשה, העדפה של הבעלים המקורי על פני הקונה בעקבות הפגמים שנפלו בהליך המכירה. העדפה זו נמצאת במתח רב, ואף בסתירה, עם הלכת **זלצר**, שבה הוכרע כי הקונה זכאי להתגונן בתקנת השוק גם אם נפלו פגמים בהליך המכירה עקב פעולת הנוכל. אומנם, הברדל מהותי בין עניין **זלצר** לעניין **דדוש** הוא שבאחרון טרם נעשה רישום של הנכס במרשם המקרקעין בניגוד לראשון אשר בו נרשמה העסקה במרשם. עם זאת, השופט עמית קבע כי סעיף 34א, ותקנת השוק המצויה בו, חלים עוד טרם רישום העסקה במרשם המקרקעין.³⁸ לא נראה אפוא שהברדל

העובדות דלהלן לקוחות מפס' 2 לפסק הדין של השופט הנדל בעניין **זלצר**, לעיל ה"ש 22.

ע"א 1479/18 **דדוש נ' סלס** (נבו 25.7.2022) (להלן: עניין **דדוש** בעליון).

ת"א (מחוזי ת"א) 1513-09 **סלס נ' דדוש**, פס' 1-2 (נבו 20.12.2017) (להלן: עניין **דדוש** במחוזי).

שם, בפס' 3.

שם, בפס' 5.

עניין **דדוש** בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 37 לפסק הדין של השופט עמית.

שם, בפס' 35.

שם, בפס' 33.

זה מיישב את המתח בין דעת השופט עמית והכרעת בית המשפט המחוזי בעניין **דדוש** לבין עניין **זלצר**.³⁹ על כל פנים, השופט עמית נמנע מלהכריע את המקרה באמצעות הפגמים החוקיים שנפלו בהליך המכירה, אלא התמקד ביסוד התמורה שלא קיים ולחלופין בכך שאישור הוצאה לפועל למכירה מעולם לא ניתן, ולכן המכירה כלל אינה נכללת בגדרי הסעיף.⁴⁰ אם כן, גם בפעם הזו נמנע בית המשפט מהכרעה בשאלה אם יש להחיל את סעיף 34 במקרה שבו נפלו פגמים חוקיים בהליכי המכירה של הרשות.

לבסוף, בפסק הדין האחרון שעסק בסוגיה, ודן במפורש בפגמים בהליך מכר של רשות הוצאה לפועל ובמועד ההחלה של תקנת השוק,⁴¹ החליט השופט סולברג שלא להידרש לשאלה אם יש לבטל את המכר על יסוד הפגמים שנפלו בהליך, שכן היא לא נדרשה להכרעה בתיק.⁴² לסיכום, מניתי בתת-פרק זה לא פחות מחמישה תיקים שבהם נגע בית המשפט העליון במפורש בסוגיה שבה עסקינן אך לא הכריע בה, ומתוכם שלוש פעמים אף נמנע מכך במפורש. להלן אראה כי עמימות זו בבית המשפט העליון חלחלה לאורך השנים גם לערכאת בית המשפט המחוזי, והיא הביאה לחוסר אחידות בפסיקה.

2. חוסר אחידות בפסיקת בתי המשפט המחוזיים

בעבר הובעה במפורש בבית המשפט המחוזי העמדה שסעיף 34 חל גם אם נפלו בהליכי המכר פגמים חוקיים, גם כאשר הפגמים יורדים לשורשו של הליך ומביאים לביטולם של ההליכים מעיקרם.⁴³ עמדה זו הובעה כהערת אגב וללא נימוק של ממש. בית המשפט הניח כמובן מאליו שזוהי משמעותה של תקנת השוק – הבעלים המקורי לא יוכל לקבל את הנכס הנמכר אף על פי שהוא זכאי לכך בדין:

מכירת המכונת נעשתה כתוצאה מהליכים משפטיים בטלים ומבוטלים. לא הייתה כאן מסירת מסמכים כדין ובמקרה כזה פסק הדין הוא "כאין וכאפס וכמוהו כלא היה" [...] ברם, במשפט זה מתעורר קושי מסוים לגבי חזרת המכונת כפועל: זו נמכרה בהליכי הוצאה לפועל, ועל מכירתה חלה תקנת השוק... אין המשיב [הבעלים המקורי] זכאי אלא לדמיה בלבד.⁴⁴

³⁹ להרחבה על מועד התחולה של תקנת השוק שבסעיף 34 ודעת השופט עמית בנושא בעניין **דדוש**, ראו פרק ה למאמר זה.

⁴⁰ עניין **דדוש** בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 33 לפסק הדין של השופט עמית; שם, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו) הנדל.

⁴¹ ע"א 3086/22 סבן נ' איסוי (נבו 17.10.2023).

⁴² שם, בפס' 97.

⁴³ ע"פ (מחוזי ת"א) 764/78 מדינת ישראל נ' גדרון, פ"מ תשמ"א (1) 432, 439 (1979).

⁴⁴ שם (ההדגשות והמופיע בסוגריים הוספו, א"ד).

אפשר לאתר פסיקות דומות של בית המשפט המחוזי שמהן עולה כי תקנת השוק תחול גם כאשר נפלו פגמים חוקיים בהליך המכר של הרשות. בפרשת **הלפרט**, למשל, עתר נאמנו של חייב הנמצא בתהליכי פשיטת רגל לביטול הליכי הוצאה לפועל שבהם נמכר נכסו הממושכן של החייב, והמכר נרשם במרשם המקרקעין. לטענת הנאמן, החברה שמימשה את המשכון כלל לא הייתה רשומה כבעלת הזכות בו.⁴⁵ בנייתו המסגרת הנורמטיבית לסוגיה קבע בית המשפט כי לאחר החלתה של תקנת השוק בסעיף 34א, לא ניתן עוד לבטלה גם כאשר המכר נעשה במרמה ותוך פגם בהליכי המכירה.⁴⁶ עוד נאמר כי גם אילו הוכיח הנאמן את טענותיו, "לא ניתן לבטל עוד את המכר" וכי יש "מניעה קטגורית לביטולה" משלב הוצאת צו המכר על ידי רשם ההוצאה לפועל.⁴⁷ מדברי בית המשפט עולה כי זוהי פרשנותו להלכת **זלצר**, ככזו שחלה גם כשהליך המכירה היה פגום.

בפרשה אחרת טען בית המשפט המחוזי בירושלים בהערת אגב כי כדי להטיל ספק בהליך מכר על ידי רשות, יש לעמוד ברף גבוה במיוחד, ואף נרמז כי ייתכן שאין "שום מקרה ובכל נסיבות שהן" כדי לבטלו.⁴⁸ אומנם לא נערך דיון מפורט בסוגיה, אך מאמרת אגב זו עולה כי גם במקרים של פגם בהליך המכירה ייתכן שלא ניתן לבטל את המכר.⁴⁹

מנגד, אפשר לאתר גישה סותרת לסוגיה זו בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, השוללת את תחולת תקנת השוק כאשר נפלו פגמים בהליכי המכר. דוגמה לכך היא פרשת **סלימאן**.⁵⁰ בפרשה זו, חלק מההודעות על הליך ההוצאה לפועל לא נמסרו לבעלים וכן לא הוצגה לראש ההוצאה לפועל העובדה שהוקמה הוראת קבע חדשה כדי לכסות את שארית החוב.⁵¹ עקב פגמים אלו קבע בית המשפט המחוזי שלא תחול תקנת השוק שבסעיף 34א.⁵² ראשית, נקבע שהפגמים מביאים לביטול הליכי המכר מיסודם, עקב כללי המשפט המנהלי, ולכן אין מקום להחיל את תקנת השוק. מאחר שהמכר מעולם לא התרחש, אין מעשה מכר שתקנת השוק יכולה להגן עליו. שנית, גם אם ההליכים אינם בטלים, בתחרות הזכויות בין בעלי הדירה לקונה גוברים הפגמים שפגעו בזכות קניין הבעלים על הגנת הקונים שבסעיף 34א.⁵³ עמדה זו הובעה בכמה

45 פ"ר (מחוזי ת"א) 5106-01-18 **הלפרט**, נאמן בהליכי פשיטת הרגל של בן זאב נ' חבר, כונס נכסים ומפקד של רוביקון ביזנס גרופ בע"מ (נבו 11.11.2021) (להלן: עניין הלפרט).

46 שם, בפס' 40-41.

47 שם.

48 ה"פ (מחוזי י-ם) 24914-10-18 **כהן נ' קפואנו** (נבו 7.3.2022).

49 יצוין כי בפסיקה נוספת של השופט א' רון מבית המשפט המחוזי בירושלים מבוצר מעמדו של סעיף 34א כממרק כל זכות אחרת, ראו ע"א (מחוזי י-ם) 21524-03-20 **פלונית נ' סולתם - רדד (כלי בית) בע"מ** (נבו 10.8.2020).

50 ת"א (מחוזי נצ') 838/99 **סלימאן נ' בנק ירושלים בע"מ** (נבו 13.3.2002); ראוי לציין פרשה נוספת שהתייחסה לדינה של תקנת השוק במכר מידי רשות כאשר נפל פגם חוקי בהליכי המכר, ה"מ (מחוזי ת"א) 8273/85 **כונסי הנכסים ר. ברוכשטיין ומ. שפיגלמן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"מ תשמ"ו (3) 155 (1985) (להלן: עניין **ברוכשטיין ושפיגלמן**). אך היא לא עסקה במכירת דירת חייב ללא ידיעתו ובקונפליקט בינו לבין הקונה, אלא בקונפליקט בין הנושה לקונה.

51 שם, בפס' 47-48.

52 שם, בפס' 52.

53 שם.

פסקי דין נוספים,⁵⁴ ובאחד מהם בוטלה המכירה אף לאחר רישומה במרשם המקרקעין.⁵⁵

בעניין רישום העסקה, יצוין כי פסיקות בתי המשפט המחוזיים לא התמקדו, ואף לא ציינו, את חוסר הרישום כעילה לחוסר תחולת תקנת השוק, אלא התמקדו בפגמים שנפלו בהליכי המכר המונעים את החלת תקנת השוק. כמו כן, בפרשת **הלפרט** שתוארה לעיל, אשר בה הובעה הדעה כי תקנת השוק מחסנת את המכר מפני פגמים חוקיים שנפלו בו, נקבע כי חסינות זו חלה אף טרם רישום העסקה במרשם המקרקעין. לכן, לא ניתן להסביר את המתח והסתירות בין פסיקות בית המשפט המחוזי באמצעות שאלת מעמדה הקנייני של המכירה ויחסה לתקנת השוק, נושא אשר יידון בהמשך מאמר זה. לסיכומן של מגמות הפסיקה, נמצאנו למדים כי בכמה מקרים נמנע בית המשפט העליון מלהכריע בשאלה הנדונה, ובתי המשפט המחוזיים אינם אחידים בפסיקתם ומבטאים גישות סותרות בנושא. לאור חוסר בהירות זו של הדין המצוי, ארצה לדון לעומק ולנתח את כלל השיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים לנושא, ומתוך כך להגיע למסקנה ביחס לדין הרצוי.

ג. פרשנות, תכלית תקנת השוק ושיקולים נוספים

1. לשון הסעיף

אבחן תחילה כיצד יש להבין את הוראות הסעיף, שהינן ראשית הצירים והבסיס הנורמטיבי לדין דלהלן.⁵⁶ לשם הנוחות אזכיר שוב את החלק הרלוונטי בסעיף לדין הפרשני: "נמכר נכס על-ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקיה".⁵⁷ המונח שעומד במוקד הבחינה הפרשנית של הסעיף הוא המונח "על פי דין". אבקש לקבוע לאיזה חלק במשפט מתייחס המונח – המכירה או הרשות, וכיצד יש לפרשו.

מבחינה ניסוחית ומילולית, ובעקבות פיסוק הסעיף, נדמה שהתיבות "על פי דין" מתייחסות ל"רשות אחרת" שאינה בית המשפט או לשכת הוצאה לפועל,⁵⁸ כגון רשות המיסים, רשויות מקומיות וכל רשות אחרת השואבת את סמכותה מן החוק. אם כן, לכאורה ביטוי זה אינו מתייחס למכירה וממילא אינו מעמיד כל דרישה בעניינה. להלן, אכנה גישה זו "גישת היעדר הדרישה". עם זאת, היו שהקשו כי אין משמעות לצירוף התיבות של "רשות על פי דין", שכן כל רשות היא כביכול ממילא "על פי דין".⁵⁹

⁵⁴ פש"ר (מחוזי חי') 52973-10-12 **טטראשוילי נ' כונס נכסים רשמי מחוז חיפה והצפון**, פס' 1-2 לפסק הדין (נבו 10.4.2014); רע"א (מחוזי מר') 37293-06-13 **מנהל מיסוי מקרקעין ירושלים נ' חדש** (נבו 22.4.2014); עניין **דדוש** במחוזי, לעיל ה"ש 33.

⁵⁵ עניין **חדש**, לעיל ה"ש 54, בפס' 1.ג. לפסק הדין.

⁵⁶ אהרן ברק **מבחר כתבים** כרך א 142-144 (2000).

⁵⁷ סעיף 34 לחוק המכר.

⁵⁸ לעמדה דומה בעניין פרשנות הסעיף ראו דויטש **קניין** ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 299. אף על פי שדויטש קורא את הסעיף באופן זה, הוא אינו נוקט בגישת "היעדר הדרישה" אלא בגישת "דרישת החוקיות", ראו שם.

⁵⁹ זמיר **חוק המכר** (מהדורה ראשונה), לעיל ה"ש 10, בעמ' 733-734.

כלומר, על הדוגלים בגישת היעדר הדרישה ביחס למכירה לנמק אפוא מהי הדרישה שמוסיפות התיבות "על פי דין" ביחס לרשות. פרשנות אפשרית לכך היא שהרשות מחויבת להיות בעלת סמכות לבצע מכירות כחלק מהפונקציה המנהלית שלה. במילים אחרות, תקנת השוק לא תחול על רשות אשר תפקידה המנהלי אינו כרוך בביצוע מכירות, הגם שמטבע הדברים גם רשות שכזו זקוקה לעיתים למכור חפצים מסוימים. כך, למשל, אם תמכור רשות האוכלוסין ציוד משרדי ישן שהצטבר במשרדה, תקנת השוק לא תחול על המכירה. זאת, בשונה מדרישת סמכות המתייחסת למכירה עצמה. פירושו של דבר שגם אם המכירה עצמה נעשתה תוך חריגה מסמכות, הדרישה שלעיל תתקיים כל עוד הרשות מוסמכת באופן כללי לבצע מכירות שכאלו. תימוכין לגישה זו אפשר למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק קודמת, שנוסח הסעיף בה זהה לזה שנחקק בסופו של דבר, ולפיהם תקנת השוק מספקת הגנה לרכישה מ"רשות מוסמכת על פי דין".⁶⁰ אם כן, הסעיף אכן דורש שהרשות תהיה מוסמכת לבצע מכירות מתוקף תפקידה, אך אין דרישה כזו, או כל דרישה אחרת, בנוגע למכירה הספציפית שבסופו של דבר התבצעה.

אפשרות אחרת היא שהמילים "על פי דין" אינן מוסבות על הרשות אלא על המכירה עצמה. יש ספרות משפטית רבה התומכת בקריאה זו.⁶¹ תימוכין לכך נעוצים בדברי חברי הכנסת במליאת הכנסת שבה עלתה הצעת החוק, אשר בה צוין המינוח "על פי דין" רק בצמידות למכירה, ולא לרשות.⁶² מבחינת פרשנות התיבות "על פי דין" המוסבות על המכירה, יש שהציעו כי הן דורשות שהמכירה תהיה חוקית. לאור זאת, אם נפלו פגמים חוקיים מהותיים בהליך המכירה, אזי המכירה אינה עומדת בדרישות הסעיף ולא תחול תקנת השוק מכוחו.⁶³ להלן אכנה גישה זו "דרישת החוקיות". תפיסה זו מוקשית קמעא, שכן המינוח המדויק של הסעיף אינו "כדין" אלא "על פי דין", כלומר דקדוק לשוני בהוראות הסעיף מגלה שהוא אינו מבחין בין מכירה שנעשתה כחוק לבין מכירה פגומה חוקית.⁶⁴

גישת פרשנות שלישית היא של המלומד איל זמיר, אשר הציע שדרישת הסעיף ביחס למכירה אינה חוקיותה, אלא שהיא תיעשה במסגרת סמכותה של הרשות.⁶⁵ באופן מסורתי, המשפט המנהלי מבחין בין פגם חוקי לבין פגם בסמכות. במסגרת הפגם הראשון, רשות פועלת בגדרי הסמכות שמעניק לה החוק אך נפל פגם חוקי בהליכה, בעוד במסגרת הפגם השני הרשות פעלה שלא במסגרת סמכותה החוקית.⁶⁶

60 הצעת חוק המיטלטלין (הוראות משלימות), בעמ' 164.
 61 שפירא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 572; דורון שנער "מכירה על-ידי מפרק, כמכירה על-ידי רשות" הפרקליט מ 162, 165 (1991); זמיר חוק המכר (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 423; דוד בר-אופיר הוצאה לפועל הליכים והלכות כרך ב 645 (מהדורה שביעית 2009).

62 ד"כ 1971.7.27, 3612.
 63 שפירא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 572-573; בר-אופיר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 645; ראו גם דויטש, קניין ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 299, שסבר כי לאור תכלית ההוראה "פגמים יוציאו את המכירה מגדר המכירה המוגנת, רק אם חומרמת תהיה בעוצמה היורדת לשורשם של דברים".

64 זמיר חוק המכר (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 425.
 65 שם, בעמ' 425-426, 435; השו"ג גם לצלטנר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 151.

66 דנה ברק-ארז המשפט המנהלי כרך ב 797 (2010); יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ד 2983 (2017).

כך, למשל, מכר של רשות ההוצאה לפועל שנעשה ללא ידיעת הבעלים נכלל בסוג הפגם הראשון, שכן הרשות פעלה בסמכותה אך נפל פגם בהליכיה, בעוד מכר של רשות מנהלית או שיפוטית שנעשה ללא הסמכה חוקית או ללא עמידה בתנאים המכוננים סמכות זו נכלל בסוג הפגם השני, שכן הרשות חרגה מסמכותה. לגישתו של זמיר, שאכנה אותה להלן "דרישת הסמכות", תקנת השוק במכר על ידי רשות לא תחול כאשר הרשות חרגה מסמכותה, אך היא תחול אם נפל פגם אחר בהליכיה שאיננו חריגה מסמכות. רוב פסקי הדין שהוצגו לעיל עוסקים במקרה הראשון, של היעדר חוקיות, בעוד יוצא דופן לכך הוא עניין **שפיר**, שבו נקבע כי בית הדין הרבני מכר נכס תוך חריגה מסמכותו.

כדי להבהיר את הדין הפרשני אבחן את החלת הגישות השונות על עניין **שפיר**. לפי גישת "היעדר הדרישה", המכירה שנדונה בעניין **שפיר** מוגנת בתקנת השוק, שכן בית הדין הרבני מוסמך באופן כללי לבצע מכירות מסוג זה, ואין כל דרישה לחוקיות או לסמכות מצד המכירה עצמה, כך שחריגת בית הדין הרבני מסמכותו אינה משפיעה על תחולת תקנת השוק. לעומת זאת, לפי גישת "דרישת החוקיות" אין להחיל את תקנת השוק על המכירה, שכן הפגם החוקי בה חמור במיוחד, פגם שיורד לסמכותה של הרשות. בדומה לכך, הטענה לפי גישת "דרישת הסמכות" היא שאין להחיל את תקנת השוק, כיוון שהמכירה נעשתה תוך חריגה מסמכותו.

לאור הדין הפרשני, יש מקום לבקר את בית המשפט על הימנעותו מהכרעה בנושא זה בעניין **שפיר**. בפרשה זו, כזכור, קבע השופט חשין במפורש כי לדעתו יש להסב את המונח "על פי דין" גם על המכירה עצמה.⁶⁷ לפי פרשנות זו, הסעיף בהכרח דורש את חוקיות המכירה ("דרישת החוקיות") או לפחות שהמכירה תיעשה בסמכות ("דרישת הסמכות"). מאחר שבית הדין הרבני חרג מסמכותו, פרשנות הסעיף לפי השופט חשין מכריחה כי לא היה מקום להחיל את תקנת השוק במקרה זה. השופט חשין, מצידו, פסל את האפשרות להסתמך על חריגת בית הדין הרבני מסמכותו, בטענה שהגדרת ה"חריגה מסמכות" הורחבה על ידי הפסיקה, ודינה, ביטול המכר, משתרע גם על פגמים חוקיים שאינם חריגה פונקציונלית מסמכות.⁶⁸ לא ברור כיצד קביעה זו רלוונטית לפרשת **שפיר**. טענה זו רלוונטית לפגיעה בהגנה על מכירה שנפל בה פגם חוקי בלבד ולא חריגה מסמכות, שכן ייתכן שהגדרת ה"חריגה מסמכות" הפסיקית כוללת בתוכה גם פגמים חוקיים גרידא. במובן זה, אכן מדובר בקריאת תיגר משמעותית על החלוקה שמציע זמיר – אם אכן ההבחנה בין דרישת הסמכות לדרישת החוקיות הצטמצמה ואף בוטלה על ידי הפסיקה, אין הצדקה להבחנה זו. עם זאת, משנקבע שהרשות אכן חרגה מסמכותה, לא מובן מדוע הרחבת גדריה של החריגה מסמכות רלוונטית. במקרה כזה, נראה כי אין מנוס מפסילת ההחלה של תקנת השוק. אין זה מובן אפוא מדוע נמנע בית המשפט מפסילת תקנת השוק עקב החריגה מסמכות של בית הדין הרבני. עניין **שפיר**,

ראו בעניין **שפיר**, לעיל ה"ש 21, בפס' 59.

67 שם, בפס' 61; ראו לעניין זה גם ברק-ארוז **המשפט המינהלי**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 799 והמקורות המובאים שם.

כך נראה, מדגים היטב את המבוכה השוררת בנושא בפסיקת בית המשפט העליון שהוצגה לעיל.

לסיכום, הוצעו לעיל שלוש גישות לפרשנות של הוראות הסעיף, שאציגן מן המקילה למחמירה: גישת "היעדר הדרישה", שלפיה אין כל דרישה מן המכירה עצמה שיכולה למנוע את החלת תקנת השוק, כל עוד הרשות היא בעלת סמכות לבצע מכירות מתוקף תפקידה; גישת "דרישת הסמכות", שלפיה המכירה עצמה נדרשת להיות בסמכות כדי להחילה; וגישת "דרישת החוקיות", שלפיה נדרשת מכירה חוקית כדי להחילה. לפי תורת הפרשנות התכליתית, המקובלת בשיטתנו, יש לנקוט בפרשנות החוק העולה בקנה אחד עם מטרתו במסגרת הפרשנויות הלשוניות האפשריות.⁶⁹ לכן, אבחן מהי תכלית תקנת השוק במכר על ידי רשות, בין היתר תוך היקש מתקנות שוק נוספות ותוך השוואה לשיטות משפט אחרות.

2. תכלית תקנת השוק במכר מידי רשות

אפתח בידוע לכול: תכליתה של תקנת השוק במכר על ידי רשות היא לספק ודאות מסחרית לרוכשים מרשות וכך לתמרץ אותם להתקשר עם הרשויות.⁷⁰ הודאות והתמריץ המוענקים לקונים יביאו להגברת התחרות והפחתת עלויות העסקה עם הרשויות וכך ישיאו את מחיר הנכסים הנמכרים בהליכים אלו.⁷¹ תכלית זו חשובה במיוחד בהליכי הוצאה לפועל, שכן השאת מחירו של הנכס הנמכר בהליכים אלו מאפשרת לחייב ולנושה לממש את זכויותיהם באופן מרבי.⁷² אם כן, כל הגבלה של תחולת הסעיף עלולה לפגוע בוודאות של אלה הרוכשים מן הרשויות, להביא להרתעה מפני התקשרות עימן וכך לחטוא לתכלית תקנת השוק במכר מידי רשות. כך גם ביחס להגבלת הסעיף למכירה חוקית או בסמכות בלבד, שכן הקונה אינו יכול להיות בטוח שלא נפלו פגמים בהליך המכירה שהוא אינו מודע להם. זאת, בוודאי לנוכח השכיחות של הפגמים החוקיים, מהותיים יותר או פחות, שנופלים בהליכי ההוצאה לפועל, כפי שעולה ברוח מבקר המדינה.⁷³

אם כן, לכאורה, כדי שסעיף 34 יעלה בקנה אחד עם התכלית של תקנת השוק יש לפרש את המונח "על פי דין" באופן המקל ביותר. לפי האפשרויות שהוצעו לעיל, האפשרות המקילה ביותר היא גישת "היעדר הדרישה", המאפשרת את החלת תקנת השוק גם במקרים של פגם חוקי בהליך המכירה או במכירה שנעשתה שלא בסמכות. תכלית זו גם מחזקת את הפרשנות שהוצעה לתיבות "על פי דין" כמחייבות את הרשות

⁶⁹ ברק **מבחר כתבים**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 144: "פרשנות ראויה היא זו הבוחרת באותה אופציה לשונית, שיש בה מירב הגשמתה של אותה מדיניות".

⁷⁰ עניין **זלצר**, לעיל ה"ש 22, פס' ג-ד' לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין; דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 294-295.

⁷¹ השוו לדנ"א 6364/20 **שר הביטחון נ' סאלחה**, פס' 44 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן (נבו) 27.7.2022.

⁷² רע"א 4891/04 **וינקלר נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד נח(6) 721 (2004); עודד מאור ואסף דגני **על כונס נכסים** 181 (2015).

⁷³ **רוח מבקר המדינה**, לעיל ה"ש 3.

להיות בעלת סמכות לבצע מכירות. אם מדובר ברשות אשר כלל אינה מבצעת מכירות כחלק מתפקידה המנהלי, אין אפוא כל צורך לספק ודאות למתקשרים עימה. עם זאת, מובן כי כל תקנת שוק, גם זו המכריעה לטובת הרוכש תם הלב, מציעה איזון שאיננו גורף בין שמירה על זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין האינטרס הציבורי לוודאות מסחרית.⁷⁴ אשווה לפיכך את תקנת השוק במכר מידי רשות לתקנות שוק נוספות ולאופן יישומה בשיטות משפט אחרות, ובתוך כך אבחן את האיזונים המוצעים בגדריהן, כדי למצוא את האיזון הראוי במקרה דנן.

(א) תקנת השוק במיטלטלין

כפי שפורט בהרחבה בראשית המאמר, בהלכת זלצר הוכרע כי סעיף 34 מהווה תקנת שוק תוך התבססות על הצעת החוק שקבעה כי "מקומה ליד סעיף 34 לחוק המכר"⁷⁵. אם כן, הכרעה זו הושפעה ממיקומו ה"גאוגרפי" של הסעיף בצמידות לסעיף 34, כך שבמידה רבה יש להבינו לאורו.⁷⁶ נוסף על כך, בית המשפט ציין כי אין הבדל, הלכה למעשה, בין תפיסת סעיף 34 כתקנת שוק לבין ביצוע היקש מתקנת השוק שבסעיף 34.⁷⁷ אף יש שסברו כי "דומה מטרתו של סעיף 34 למטרתו של סעיף 34", שכן שני הסעיפים מספקים ודאות לרוכשים כדי לייעל את הליכי המכר בשוק.⁷⁸ על כן, כחלק מתהליך הפרשנות של סעיף 34, אבחן מהי פרשנות הקוהרנטית לתקנת השוק בסעיף 34, דהיינו תקנת השוק במיטלטלין.

כידוע, תקנת השוק במיטלטלין מעדיפה את הוודאות המסחרית של הקונה על פני זכותו של הבעלים המקורי. היא אינה מתחשבת בכך שהמוכר החזיק בנכס שלא כחוק אגב פגיעה בבעלים המקורי,⁷⁹ שהרי במקרים רבים שבהם חלה תקנת השוק השיג המוכר את הנכס בצורה שאינה חוקית, כגנבה, ומכר אותו ללא רשות בעליו. לכאורה, כשם שתקנת השוק מגינה על הקונה למרות חוסר החוקיות שנפלה בהתגלגלות הנכס אליו, כך עליה להגן על הקונה מרשות כשחלו פגמים חוקיים בהליך המכירה. אף על פי כן, אין בהכרעתו של סעיף 34 לטובת הקונה כדי לסיים את הדיון. שכן, תקנת השוק אינה מעדיפה את הקונה על פני הבעלים המקורי באופן מוחלט, אלא

74 ע"א 2267/95 היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 872 (1995).

75 הצעת חוק המיטלטלין (הוראות משלימות), בעמ' 169.

76 עניין זלצר, לעיל ה"ש 22, בפס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל.

77 שם, בפס' 9(ב).

78 צלטנר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 149. אך השוו שם בעמ' 150; ראו גם דנ"א סאלחה, לעיל ה"ש 71, בפס' 8 לפסק הדין של השופט סולברג.

79 תקנת השוק במשפט הצרפתי, למשל, מעדיפה בעלים שנכסו הוחזק שלא כדין בשל גנבה, כיוון שלא היה לו אשם כלל, לעומת הבעלים שהעבירו את הנכס מרצון ו"לקחו בכך סיכון", ראו C.S.P. Harding [Civil Code] arts. 2279-2280 (Fr.) [להלן: הקוד הצרפתי]; כן ראו C.S.P. Harding & M.S. Rowell, *Protection of Property Versus Protection of Commercial Transactions in French and English Law*, 26 INT'L AND COMPARATIVE L. Q. 354, (1977) 357. תקנת השוק הישראלית אומנם מגוננת על זה שננגב נכסו, אך המשפט הישראלי אף נדיב יותר כלפי הקונה נכס שהועבר מרצון למוכר, ראו ע"א (מחוזי חי') 4415/98 עת'אמנה נ' עטייה (נבו) (29.6.1999).

מעמידה תנאים מסוימים עבור החלטה. התנאים להחלת תקנת השוק, נוסף על מכירתו של נכס נד וקבלתו, הם שלושה: על המוכר לעסוק במכירת נכסים מסוג הממכר; על המכירה להיעשות במהלך הרגיל של עסקי המוכר; על הקונה להיות תם לב.⁸⁰ בחינת תנאים אלו, לאור פרשנותם בספרות המשפטית ובפסיקת בית המשפט העליון, מעלה את המסקנה כי העומד במרכזם הינו הקונה. אף התנאים שאינם נוגעים במישרין לקונה אלא למוכר ולמכירה התפרשו בפסיקה ובספרות ככאלה שבוחנים את תום ליבו של הקונה.⁸¹ יפים לכך דבריו של השופט טירקל בפרשת **כנען**:

לכאורה, די היה לה לתקנת השוק בתנאי האחרון שבסעיף, שהקונה קנה וקיבל את הנכס לחזקתו בתום-לב, אלא שבא המחוקק ונתן במכירה סימנים חיצוניים המעידים על היושר, על ההגינות ועל תום-הלב, סימנים הבאים ללמדנו כיצד בודקים את הקונה ואת מעשיו.⁸²

למשל, הדרישה שלפיה על המוכר לעסוק במכירת נכסים מסוג הממכר התפרשה כדרישה המסווגת מקרים אשר צריכים להדליק "נורה אדומה" לקונה, וממילא פוגמים בתום ליבו, וכן ביחס לדרישת המכירה במהלך העסקים הרגיל.⁸³ אם כן, תקנת השוק הישראלית במיטלטלין בוחנת את הקונה בלבד – תום ליבו והנסיבות שבהן רכש את הנכס. ממילא, נראה שפרשנות סעיף 34 המתאימה לתכלית תקנת השוק לפי המוצג בסעיף 34 היא גישת "היעדר הדרישה", אשר אינה מייחסת כל דרישה לחוקיות המכירה של הרשות. לצד האמור, ראוי לציין כי יש מלומדים שראו בדרישות הסעיף דרישות אובייקטיביות, החורגות מתום ליבו של הקונה, שבמרכזן שיקולי יעילות. את הדיון בשיקולי היעילות אקיים בפרק הבא למאמר.

(ב) תקנות שוק מנהליות

גם אם יש מן המשותף לתכליות תקנת השוק במכר על ידי רשות ולתקנת השוק במיטלטלין, לא ניתן לגזור בין השתיים גזרה שווה. שהרי, תקנת השוק במיטלטלין עוסקת במכר מגוף פרטי או מסחרי, בעוד תקנת השוק במכר על ידי רשות עניינה במכר מרשות מנהלית. כמה תקנות שוק נוספות בדין הישראלי נוגעות למכר שנעשה על ידי

⁸⁰ סעיף 34 לחוק המכר; ע"א 5664/93 **כנען נ' United States of America**, פ"ד נא(1) 114, 128 (1997).

⁸¹ זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 363; עניין **כנען**, שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן: "דרישת תום-הלב והאינדיקציות האובייקטיביות לקיומו [...]". יש שאף הרחיבו פירוש זה וקבעו כי יש לפרש באופן גמיש את התנאים האובייקטיביים של תקנת השוק כך שהם יתקיימו כל עוד התקיים תום הלב הסובייקטיבי של הקונה, ראו בת"א (שלום חי) 6020/00 **הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מרגי** (נבו 17.2.2002). דעה זו נדחתה הן במחוזי, ע"א (מחוזי ת"א) 3059/05 **אברהמי נ' אריה חברה לביטוח בע"מ** (נבו 20.2.2008) (להלן: עניין **אברהמי** במחוזי), והן בעליון, רע"א 2452/08 **אברהמי נ' אריה חב' ביטוח בע"מ** (נבו 1.7.2008).

⁸² עניין **כנען**, לעיל ה"ש 80, בפס' 2 לפסק הדין של השופט טירקל.

⁸³ זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 371.

רשות מנהלית: תקנת השוק במכר האפוטרופוס הכללי,⁸⁴ תקנת השוק במכר נכסי נפקדים,⁸⁵ תקנת השוק במכר רכוש ממשלתי ביהודה ושומרון⁸⁶ ועוד.⁸⁷ להלן יכוננו תקנות שוק אלו "תקנות שוק מנהליות". המשותף לתקנות השוק הללו, הנמצאות תחת הכותרת "כשרות עסקה" או "כשרות פעולה", הוא שהן מגינות על הקונה במכר שנעשה על ידי רשות מנהלית. בכך הן דומות כמוכן לתקנת השוק הנדונה במאמר זה. בהתאם, התכלית של תקנות שוק אלו, וכך גם זו של תקנת השוק בסעיף 34א, היא הגנה על הסתמכות הקונים על החלטות ועסקאות של רשות מנהלית.⁸⁸ תקנת שוק נוספת העוסקת בהגנת הסתמכות על מעשה הרשות היא תקנת השוק בסעיף 73 לחוק הירושה, המגינה על רוכש תם לב המסתמך על צו ירושה, שאותו הוציא הרשם לענייני ירושה.⁸⁹ עם זאת, חשוב להבחין כי תקנת השוק בחוק הירושה אינה מגינה על התקשרות ישירה עם הרשות אלא על הסתמכות בלבד על צו שהוציאה הרשות.⁹⁰

עקב התכלית המשותפת לתקנת השוק במכר על ידי רשות ולתקנות השוק המנהליות אבחן את האפשרות ליישם את האחרונות במקרים של היעדר חוקיות המכר ואת האופן שבו אפשר להשליך על כך לענייננו. ובכך, לעומת הדיון הער שנערך בספרות ביחס להשפעתה של חוקיות המכירה על החלת תקנת השוק בסעיף 34א, כמעט אין בנמצא דיון דומה על תקנות השוק המנהליות. בפסק דין בודד שעסק בנושא, ביחס לתקנת השוק במכר נכסי נפקדים, נקבע כי היא תחול אף אם לא התקיימו הוראות החוק המאפשרות את המכר.⁹¹ אם כן, פסק דין זה לכל הפחות שולל את גישת "דרישת החוקיות". לצד זאת, המלומד שמואל שילה, בפירושו לחוק הירושה, תמך בעמדה שלפיה מכר שנעשה על סמך צו ירושה אשר הוצא שלא בסמכות, כלומר על ידי גורם אשר כלל לא היה מוסמך לדון בצו הירושה, לא יחסה תחת הגנת תקנת השוק שבחוק הירושה.⁹² אם כן, שילה תמך בגישת "דרישת הסמכות".

נתון נוסף שייתכן ויש להתחשב בו הוא מנגנונים בתקנות השוק המנהליות שמטרתם לצמצם ולגדר את תחולתן. כך, למשל, בחלק מתקנות השוק המנהליות יש מנגנון לביקורת שיפוטית על המכר,⁹³ וביחס לתקנת השוק של מכר רכוש ממשלתי

⁸⁴ ס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978.

⁸⁵ ס' 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י-1950.

⁸⁶ ת' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה ושומרון) (מס' 59), התשכ"ז-1967.

⁸⁷ סעיף 10(א) לצו בדבר נכסים נטושים (רכוש הפרט) (אזור הגדה המערבית) (מס' 58) התשכ"ז-1967; סעיף 10 לחוק נכסי גרמנים, התש"י-1950; סעיף 70 לחוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2006.

⁸⁸ דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 309.

⁸⁹ ס' 66 ו-73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

⁹⁰ שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך ג 93 (2002).

⁹¹ ע"א 1501/99 דריני נ' משרד האוצר, פס" 4 (נבו 20.12.2004): "איני נדרש לבחון את השאלה האם התקיימו תנאי החוק לעניין הגדרת המנוח כנפקד [...] וזאת לאור האמור בסעיף 17 לחוק נכסי נפקדים"; ראו גם רונית לויין-שנור "ללא תקנה: על 'תקנת השוק' במקרקעין באזור יהודה ושומרון" משפטים נ 307, 356 (2020) (להלן: לויין-שנור "ללא תקנה").

⁹² שילה, לעיל ה"ש 90, בעמ' 99.

⁹³ ס' 18 לחוק נכסי נפקדים; ס' 11 לחוק נכסי גרמנים; ראו גם בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון, פס" 30 (נבו 27.8.2020).

ביהודה ושומרון קבעה הפסיקה כי מדובר בהגנה זמנית בלבד.⁹⁴ מנגנון מצמצם נוסף הוא מנגנון פרשני, אשר הוזכר בפסיקה בעיקר ביחס לתקנות השוק המנהליות, שלפיו יש לשאוף לפרש את הסדרי תקנת השוק באופן מצומצם כדי להגביל את הפגיעה בזכות הקניין של הבעלים המקורי.⁹⁵ האם לאור מנגנונים מצמצמים אלו, חוקיים ופרשניים כאחד, יש לצמצם גם את תקנת השוק בענייננו, ובהתאם לכך לתמוך בגישות הפרשניות המצמצמות שתוארו לעיל?

איני סבור כי זהו המקרה, משלושה טעמים: ראשית, וכפי שתואר לעיל, הפסיקה לא פירשה את תקנות השוק במכר נכסי נפקדים ובחוק הירושה באופן המצמצם ביותר באשר להשלכות של אי-חוקיות המכר. אם כן, גם אם יש מקום לצמצם את תקנות השוק המנהליות, ואת תקנת השוק במכר על ידי רשות בכללן, הפסיקה לא יישמה זאת בסוגיה שבה עסקינן; שנית, ראוי לציין כי שופטים אחדים דחו את הגישה הפרשנית המצמצמת כקו מנחה לפרשנות תקנות השוק וחלף זאת העדיפו פרשנות המתמקדת בתכלית תקנת השוק הנדונה,⁹⁶ בדומה לדין שנערך עד כה; הטעם השלישי, והחשוב שבהם, הוא ההבדל הקריטי בין תקנת השוק במכר על ידי רשות לתקנות השוק המנהליות הנוספות. בעוד בתקנות השוק של האפוטרופוסים השונים והממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון הרשות המנהלית הינה הבעלים או המחזיקה של הנכס, במכר הנעשה על ידי בתי המשפט ורשות ההוצאה לפועל הרשות איננה הבעלים של הנכס אלא מוכרת אותו עבור בעליו – כלומר היא "ניטרלית" ואיננה צד לעסקה כרשויות המוכרות בתקנות השוק האחרות. בהמשך לכך, הממונה והאפוטרופוסים השונים הם היוזמים של המכירה, בעוד בית המשפט או רשות ההוצאה לפועל נדרשים שיפנה אליהם גורם חיצוני עבור מכירת הנכס. זאת ועוד, בתקנת השוק במכר על ידי רשות "ישנו גורם מתווך, שיש לו תמריץ וכלים להקטין את ההסתברות להתרחשותה של תאונה משפטית או להתמודד איתה מלכתחילה", בדמות השופט או רשם ההוצאה לפועל, בניגוד לתקנות השוק האחרות.⁹⁷ לפיכך, ההסדר של תקנת השוק במכר על ידי רשות הוא פוגעני פחות מזה שקיים בתקנות השוק הנוספות, כך שאין הצדקה בגידורו ובפרשנותו המצומצמת. עם זאת, אין לכתוד כי תקנת השוק במכר על ידי רשות אכן פוגענית יותר מתקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין, שכן ביכולתה של רשות ההוצאה לפועל לערוך את המכר בכפייה ובניגוד לרצון בעלי הנכס. ייתכן אפוא שיש מקום למנגנונים שונים, ועדינים יותר, אשר ביכולתם לגדר את תחולת תקנת השוק במכר על ידי רשות במקרים של פגם חוקי. אתור אחר מנגנון שכזה בהמשך הדברים.

שם, בפס' 37.

ע"א 131/53 מירזה נ' בינקובסקי, פ"ד ח 1461, 1468 (1954); ע"א 7793/19 מדינת ישראל - רשות הפיתוח נ' עזבון המנוח סאלם עקל ז"ל, פס' 49 (נבו 8.5.2022); דנ"א סאלחה, לעיל ה"ש 71, בפס' 37-35 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן. העמדה הפרשנית המצמצמת עלתה גם ביחס לתקנת השוק במקרקעין, אך יושמה למעשה בעיקר לעניין בחינה דווקנית של התקיימות התנאים ולא כפרשנות שלהם, ראו דנ"א סאלחה, שם, בפס' 36 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט סולברג. נדמה כי השופט הנדל הצטרף לדעה זו, שם, בפס' 4 לפסק דינו.

בג"ץ סאלחה, לעיל ה"ש 93, בפס' 16 לפסק הדין של השופט הנדל.

(ג) המגמה הכללית ביחס לתקנת השוק; תקנת השוק במקרקעין; ומשפט משווה

המסקנה העולה עד כה, המעצימה את תקנת השוק שבסעיף 34א על ידי חסינותה לפגמים חוקיים בהליך המכירה, נתמכת בשלושה מקורות נוספים: המגמה הכללית של בית המשפט העליון ביחס לתקנת השוק; עוצמת תקנת השוק במכר על ידי רשות ביחס לתקנת השוק במקרקעין; והמשפט המשווה.

ראשית כול, מסקנתי עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית הנוכחית של בית המשפט העליון ביחס להגנה על הרוכש תם הלב. המלומד חיים זנדברג הראה כי בשנים האחרונות, ובניגוד לגישה המסורתית, חיזק בית המשפט העליון בכמה פרשיות הנוגעות לתקנת השוק את מעמד הרוכשים תמי הלב על חשבון מעמד הבעלים המקורי.⁹⁸

מקור נוסף לחיזוק המסקנה עולה מהשוואת תקנת השוק במכר על ידי רשות לתקנת השוק בחוק המקרקעין.⁹⁹ כמו תקנת השוק במיטלטלין, תקנת השוק במקרקעין אינה מכילה דרישות מצד חוקיות המכירה. עם זאת, ייחודה מתבטא בדרישה של הסתמכות הקונה על המרשם. בהקשר זה מקובל להבחין בין שני סוגים של פגמים במכר מקרקעין: "פגמים בבעלות" ו"פגמים בזיהוי". הבחנה זו מבדילה בין מכר מגורם שרשום במרשם המקרקעין אף על פי שיש פגמים בבעלותו ("פגמים בבעלות") לבין מכר מגורם שהתחזה לגורם רשום, כגון נוכל ("פגמים בזיהוי"). לפי ההלכה הנוהגת, תקנת השוק ממרסקת פגמים בבעלות אך לא פגמים בזיהוי.¹⁰⁰ במילים אחרות, תקנת השוק במקרקעין אינה חלה על מכר עם נוכל, שכן אם העסקה נעשתה עם גורם שאיננו רשום במרשם, לא ההסתמכות על המרשם הובילה לטעות אלא נסיבות החיצוניות למרשם.¹⁰¹ לעומת זאת, הפסיקה קבעה כי תקנת השוק במכר על ידי רשות חלה למרות "פגם בזיהוי" של הגורם המתיימר להיות הבעלים של הנכס. כך היה בפרשת **זלצר**, אשר בה החייב התברר לבסוף כנוכל, אך תקנת השוק שבסעיף 34א בכל זאת הוחלה בה.¹⁰² זאת ועוד, לא למותר לציין כי תקנת השוק בחוק המקרקעין מוגבלת למקרקעין מוסדרים בלבד, מעצם טיבה ככזו שנסמכת על מרשם המקרקעין,¹⁰³ בעוד לשון תקנת השוק שבסעיף 34א מבהירה כי היא חלה על כל "נכס", ובכלל זאת כל נכס מקרקעין, ללא הבחנה בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים.¹⁰⁴ לפי האמור,

⁹⁸ חיים זנדברג "תום לב בתקנת השוק – מגמות סותרות בפסיקת בית המשפט העליון (אגב הבקשה לדיון נוסף בפרשת מצפה כרמים)" **משפט וארץ** (2020) (להלן: זנדברג "תום לב בתקנת השוק").

⁹⁹ ס' 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1968.

¹⁰⁰ ע"א 2680/90 ס.מ. **יצירה השקעות ופיתוח בע"מ נ' מוזאפאר**, פ"ד מט(1) 649, 658-659 (1995); חיים זנדברג "הסתמכות על מרשם זכויות – חזון לעומת מציאות" **עלי משפט** ב' 273, 285-289 (2002) (להלן: זנדברג "הסתמכות על המרשם").

¹⁰¹ עניין **זלצר**, לעיל ה"ש 22, בפס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹⁰² שם, בפס' 1.

¹⁰³ לפי נוסחו של ס' 10 לחוק המקרקעין: "[...] ובהסתמך בתום-לב על הרישום".

¹⁰⁴ ראו שילה **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 90, בעמ' 93, המשווה בין תקנת השוק שבסעיף 34א לבין תקנת השוק שבסעיף 73 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 לעניין תחולתה על מקרקעין שאינם מוסדרים; השוו לזמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 439-440. יוער כי החלת תקנת השוק במכר על ידי רשות גם על מקרקעין שאינם מוסדרים מוכרחת מכך שאין בה דרישה להסתמכות על המרשם.

המסקנה שאת תקנת השוק במכר על ידי רשות יש לפרש באופן רחב תקפה גם למקרקעין, ולא רק למיטלטלין,¹⁰⁵ ועולה בקנה אחד עם עוצמתה הרבה ביחס לתקנת השוק בחוק המקרקעין בכמה מישורים.

לבסוף, השוואה לשיטות משפט אחרות יכולה גם היא לסייע לטענה כי על תקנת השוק לחול למרות פגמים חוקיים שנפלו בהליכי המכר של הרשות. כדי לבצע השוואה זו יש להקדים ולבאר כי דוקטרינת תקנת השוק עוצבה באופנים שונים בשיטות משפט שונות, ויש שאף מנו לפחות 23 גרסאות לדוקטרינה ברחבי העולם.¹⁰⁶ בשל השוני הרב בין תקנות השוק בשיטות המשפט השונות יהיה קשה להקיש מהן באופן ישיר מהן לענייננו. עם זאת, בחינה השוואתית יכולה לסייע לכל הפחות ל"הרחבת האופק ושדה הראייה הפרשני".¹⁰⁷

במשפט המקובל תקנת השוק חלה כיום באופן מרוכך למדי. בשיטת המשפט האמריקאית, למשל, תקנת השוק תקפה רק לאדם שרכש זכות הניתנת לביטול (voidable, הנקראת גם "זכות נפסדת"), אך לא על זה שרכש זכות בטלה (void).¹⁰⁸ במילים אחרות, אדם שרכש נכס מזה שבעלותו ניתנת לביטול, כגון אם נפלו פגמים בכריתת החוזה בין הבעלים למוכר, יוכל לשמור על בעלותו בנכס הנמכר גם לאחר ביטול זכותו של המוכר על ידי הבעלים (כל עוד ביטול הבעלות של המוכר נעשה לאחר רכישת הנכס על ידי צד שלישי).¹⁰⁹ לעומתו, אדם שרכש נכס גנוב, שזכותו בטלה לחלוטין, לא יחסה בצילה של תקנת שוק זו, כיוון שאין אדם יכול להעביר את מה שאינו שלו.¹¹⁰ כך גם במשפט האנגלי. אף על פי שהמשפט האנגלי הינו המקור לדוקטרינת תקנת השוק החלה גם על זכות בטלה,¹¹¹ רפורמה שנערכה בשנות התשעים צמצמה את תקנת השוק באנגליה כמגינה על זכות הניתנת לביטול בלבד.¹¹² אם כן, המשפט המקובל הנוהג מיישם את תקנת השוק בגרסתה הרזה.

לעומת זאת, בשיטת המשפט הגרמנית, בדומה לכמה שיטות משפט קונטיננטליות,¹¹³ מיושמת תקנת השוק באופן נרחב יותר. לפי יישומה הנרחב, תקנת השוק הינה חריג לכלל "אין אדם מעביר את מה שאין לו", והיא חלה גם על זה שקנה

זוהי גם בדיוק הסיבה לכך שתקנת שוק זו ממרקת גם פגמים בויהוי, ולא רק פגמים בבעלות כגון תקנת השוק בחוק המקרקעין, ראו בטקסט הצמוד לה"ש 102-100.

וזאת למרות ההבחנה המקובלת בין מקרקעין למיטלטלין כאשר להחלת תקנת השוק. השוו לעניין סבן, לעיל ה"ש 41, בפסקה 71 והאסמכתאות שם.

YUN-CHIEN CHANG, PROPERTY LAW: COMPARATIVE, EMPIRICAL, AND ECONOMIC ANALYSES 260-271 (2023).

אהרן ברק **פרשנות הכליחית במשפט** 218 (2003).

Grant Gilmore, *The ;U.C.C. § 2-403(1) (Am. L. Inst. & Unif. L. Comm'n 1977)* *Commercial Doctrine of Good Faith Purchase*, 63 THE YALE L. J. 1057 (1954)

Gilmore, שם, בעמ' 1059-1060.

עניין **כנען**, לעיל ה"ש 80, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן; שם.

Bruce MacDougall, *The Market Overt Method to Obtain Ownership of Lost or Stolen Goods*, 16 INT'L J. CULTURAL PROP. 85, 86-88 (2009)

BENJAMIN'S SALE OF GOODS ; Sale of Goods (Amendment) Act 1994, c. 32 (UK) 380-381 (Michael G. Bridge ed., 11th ed. 2022).

תקנת השוק במשפט האיטלקי, ראו 1153 (It) Art. 1153 [Civil Code] Codice Civile [C.c.] [Civil Code]; לדיון על תקנת השוק במשפט הצרפתי ראו Harding & Rowell, לעיל ה"ש 79, בעמ' 362-363.

זכות בטלה. כך, לפי סעיף 932 לקוד האזרחי הגרמני, הרוכש נכס נד בתום לב מוגן בתקנת השוק אף אם רכש אותו ממוכר שאין לו כל זכות בנכס, כגנב.¹¹⁴ כעת, לאור האופי הכללי של תקנות השוק בשיטות המשפט השונות, אפנה לבחון את יישומן בענייננו.

בשיטת המשפט האמריקנית נהוג להבחין בין מכר שיפוטי (Judicial sale) לבין מכר הוצאה לפועל (Execution sale). בעוד הראשון נעשה כחלק מהליך משפטי למכירת נכס ספציפי, השני נעשה בעקבות תוצאה של הליך משפטי שהוכרע ואינו ממוקד במכירת נכס מסוים.¹¹⁵ כמו כן, ברוב מוחלט של מדינות ארצות הברית, מכר הוצאה לפועל אינו נעשה בפיקוח בית משפט, בניגוד למכר שיפוטי.¹¹⁶ הבחנה זו אינה תקפה בישראל, שכן בשני המקרים המכירה נתפסת כאקט שיפוטי,¹¹⁷ ועל כן אתמקד במכר שיפוטי. לפי הדין הנוהג בשיטה האמריקנית, מכר שיפוטי אינו תקף אם נפלו בו פגמים חמורים, כגון אי-ידיעת הבעלים של הנכס על הליך המכירה.¹¹⁸ במקרה כזה המכר בטל, הקונה אינו זוכה בבעלות תקפה בו (Good or Valid title) ועליו לתבוע את הגורמים האחראים לנזקו, כגון כונס הנכסים.¹¹⁹ אם כן, המשפט האמריקני דוגל בגישת "דרישת החוקיות" ביחס לתקנת השוק במכר על ידי רשות.

לעומת זאת, שונה הוא יישומה של תקנת השוק המקבילה לענייננו במשפט הגרמני. סעיף 1244 לקודקס האזרחי הגרמני (ה-B.G.B.) דן בתקנת השוק במכר של נכס ממושכן. במשפט הגרמני, מכירת נכס ממושכן נעשית במכירה פומבית שאינה דורשת אישור בית משפט או רשות אחרת,¹²⁰ וזאת בשונה מהמשפט הישראלי, שבו מימוש המשכון ייעשה ככלל על פי צו בית משפט או באמצעות רשות ההוצאה לפועל.¹²¹ אם כן, אף על פי שאין מדובר בהקבלה מושלמת, המקבילה של תקנת השוק המתוארת בסעיף 34 לחוק המכר במשפט הגרמני היא סעיף 1244 לקודקס הגרמני.¹²² בסעיף זה מצוין במפורש שהמכר של הנכס הממושכן יהיה מוגן בתקנת השוק, גם אם במכירה זו לא התקיימו כל התנאים שהופכים אותה לחוקית.¹²³ כך, למשל, גם אם מכר הנכס הממושכן לא היה כחוק, כמקרה שבו הממשכן לא היה זכאי למכור את הנכס¹²⁴ ואף

114 ס' 932 ל-BGB, להלן ה"ש 120.

115 ; Glenda K. Harnad & Karl Oakes, *Judicial Sales*, 47 AM. JUR. § 2 (2d ed., 2023); Fred R. Staples, *Judicial and Execution Sales in Washington*, 24 GONZ. L. REV. 297, 297-98 (1988).

116 שם, בעמ' 298.

117 להרחבה על מכר הוצאה לפועל כאקט שיפוטי ראו להלן בטקסט הצמוד לה"ש 241-242.
118 Harnad & Oakes, לעיל ה"ש 115, בסעיף 166; לדעה שנדחתה במשפט האמריקני בדבר ההגנה על קונה תם לב במכירה שיפוטית ראו Edward A. Stern, *Title Obtained by Judicial Sale in Florida*, 8 U. FLA. L. REV. 296, 302-3 (1955).

119 שם; לפי השיטה האמריקנית, הקונה אינו יכול לתבוע את בית המשפט עקב החסינות שלו מפני תביעות נזיקיות. להרחבה על כך ראו להלן בפרק 4 למאמר זה.

120 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code] art. 1235-1236 (Ger.) (להלן: BGB).

121 ס' 17 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967; ויסמן **חוק המשכון**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 331-337.

122 ראו זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 415.

123 ס' 1244 ל-BGB.

124 ראו ס' 1228(2) ל-BGB.

מקרים שבהם הבעלים של הנכס הממושכן לא ידע על קיומה של המכירה.¹²⁵ אם כך, הקודקס הגרמני נוקט בגישת "היעדר הדרישה" ביחס לתקנת השוק המקבילה לתקנת השוק במכר על ידי רשות במשפט הישראלי.

לאור השוני בדוקטרינת תקנת השוק הכללית בין המשפט המקובל לזה הקונטיננטלי, ניתן להבין בנקל את השוני ביישומה. נראה כי יש הלימה בין עיצובה של תקנת השוק בשיטת המשפט ליישומה בענייננו. כאשר דוקטרינת תקנת השוק נתפסת ככזו שמגינה על זכות בטלה, היא חלה גם כאשר בהליכי המכר הנזכרים חלו פגמים חוקיים, וכן להפך. בהשוואת תקנת השוק הישראלית לאלו שהוצגו לעיל היא דומה לתקנת השוק החזקה של המשפט הקונטיננטלי ולא לזו הרכה של המשפט המקובל, שכן היא חלה גם על זכות בטלה לחלוטין ולא רק על זכות נפסדת.¹²⁶ על כן, על מנת לשמור על הלימה בין תקנת השוק הכללית לבין תקנת השוק שבסעיף 34א, כפי שנעשה בשיטות המשפט שתוארו לעיל, עליה לחול גם כאשר בהליכי המכר נפלו פגמים חוקיים, בדומה לשיטת המשפט הגרמנית ובשונה מזו האמריקאית. לצד זאת, ראוי להסתייג בשנית, כי במשפט הגרמני המכירה לא נעשית באישור בית המשפט או באמצעות רשות מנהלית אחרת, על כל המשתמע מכך,¹²⁷ כך שקשה להקיש במישרין בין ההסדרים המשפטיים. אכן, נדמה כי יש לבחון את השפעת זהותו של המוכר כרשות מנהלית על יישום תקנת השוק, וכך ייעשה בפרק הרביעי למאמר.

3. שיקולי יעילות: מונע הנזק היעיל ו"מאזן המצוקה"

כעת אבחן את שיקולי המדיניות השונים הכרוכים בתקנת השוק במכר על ידי רשות, ולאורם את השאלה כיצד יש להחילה כשנפל בהליכי המכר פגם חוקי. נהוג לסווג שלושה שיקולי מדיניות מרכזיים ביחס לתקנת השוק, המתמקדים בשיקולי יעילות: "יעילות לתחילית" (Ex-ante), "יעילות בדיעבדית" (Ex-post) ומזעור עלויות ההתדיינות.¹²⁸ שיקולי Ex-ante בוחנים כיצד למנוע מלכתחילה את התאונה המשפטית שתקנת השוק עוסקת בה ומטילים את הנזק על מונע הנזק היעיל ביותר מבין המעורבים בתאונה. זאת, כדי לתמרץ את הגורם שנדרש להשקיע את המשאבים המעטים ביותר למניעת התאונה המשפטית.¹²⁹ לעומתם, שיקולי Ex-post בוחנים

¹²⁵ ראו ס' 1237 ל-BGB וכן ב JULIUS VON STAUDINGER, STAUDINGERS KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH 1518-1520 (15th rev. ed. 2013). עניין **כנען**, לעיל ה"ש 80, בפס' 14 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן.

¹²⁶ למשל, במשפט הגרמני כול הבעלים המקורי לתבוע את מוכר הנכס על נזקיו, ראו ב GERHARD DANNEMANN & REINER SCHULZE, GERMAN CIVIL CODE, BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB), ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY 2098 (2020). זאת לעומת תקנת השוק במכר מידי רשות, אשר במסגרתה אין לבעלים המקורי יכולת לתבוע את בית המשפט או את רשות ההוצאה לפועל עקב חסינותן (ס' 8 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] וס' 73א לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967). עם זאת, הוא יכול לתבוע את כונס הנכסים או אף את רשם המקרקעין. ראו בהרחבה להלן בטקסט הצמוד לה"ש 144 ו-145.

¹²⁷ Menachem Mautner, *The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties*, 90 MICH. L. REV. 95 (1991). ראו גם ס' 15 ו-17 (2002).

¹²⁹ עניין **סבן**, לעיל ה"ש 41, בפס' 43 לפסק הדין של השופט סולברג.

כיצד למזער את עלויות התאונה המשפטית בדיעבד, באמצעות השוואת מצבם של הצדדים השונים והשפעתה של הכרעת תקנת השוק עליהם. שיקול זה, הנקרא לעיתים בספרות "מאזן המצוקה"¹³⁰, מורה על הטלת הנזק על הצד שייפגע ממנו כמה שפחות ובכך מקטין את הפגיעה הכוללת הנגרמת מהתאונה המשפטית.¹³¹ יש שביכרו את השיקול הראשון על משנהו, ויש שסברו להפך.¹³² השיקול השלישי טוען כי יש להחיל את השיקולים המפורטים על מקרים טיפוסיים מבלי לבחון כל מקרה לגופו, עקב העלות הדינית של בירור פרטני זה. להלן אנתח את שיקולי היעילות ואת השפעתם על ההכרעה בדילמות הטיפוסיות שהמאמר עוסק בהן.

(א) שיקולי יעילות שלכתחילה

בכל הנוגע לשיקולי יעילות לכתחילית, אבחן מי הוא מונע הנזק היעיל ביותר בתקנת השוק במכר על ידי רשות. דרישה מרכזית של תקנת השוק אשר נדונה לעיל, ולה תפקיד חשוב באיתור מונע הנזק היעיל ביותר, היא דרישת תום הלב.¹³³ אם ידע הקונה על קיומו של פגם חוקי כזה או אחר, בידו הכוח למנוע את התאונה המשפטית. הקונה הוא אפוא מונע הנזק היעיל ביותר כאשר הוא חסר תום לב. מקרה נוסף שבו הקונה הינו מונע הנזק היעיל ביותר הוא בהתקשרות מול רשות אשר כלל אינה מוסמכת למכור נכסים. הקונה מודע לתפקידה של הרשות שעימה הוא מתקשר, ואם זו כלל אינה עוסקת במכירת נכסים, עליו לבחון היטב את הממכר ואופן מכירתו ולהימנע מהתקשרות זו או לשאת את הנזק הפוטנציאלי של התאונה המשפטית. לעומת זאת, כל עוד הקונה תם לב ומתקשר עם רשות שלה הסמכות הפונקציונלית לבצע מכירות, אין לו יכולת לדעת אם במכר שביצעה הרשות נעשה תוך נפילת פגם חוקי או בחריגה מסמכות. טלו לדוגמה את המכר שנעשה בפסק דין שפיר, שבו נקבע כי בית הדין הרבני חרג מסמכותו. כיצד יכול היה לדעת זאת קונה הדירה תם הלב? ממילא, ביטול המכר והטלת האחריות על הקונה במקרים שכאלו איננו מוצדק וחוטא לשיקולי מונע הנזק היעיל ביותר. אם כך, שיקולי ה"יעילות הלכתחילית" מצדיקים את גישת "היעדר הדרישה" ופוסלים את גישות "דרישת החוקיות" ו"דרישת הסמכות". עם זאת, הגם שאי-אפשר לקבוע שהקונה הינו מונע הנזק היעיל ביותר לפי גישות אלו, אין בכך כדי להצדיק את הטלת האחריות על הבעלים המקורי, אשר גם הוא איננו מונע הנזק היעיל ביותר.

גורם נוסף שעשוי להיות מונע הנזק היעיל ביותר הוא הרשות המוכרת עצמה. במקרים שבהם יכלה הרשות למנוע בקלות את התאונה המשפטית, למשל כאשר ידעה על קיומה או עצמה את עיניה לנוכח קיומה בחוסר תום לב, ייתכן כי יש להטיל עליה את הנזק לתאונה המשפטית. כמו כן, הטלת האחריות על הרשות מפורת היטב את הנזק,

¹³⁰ במאמרו של דגן, לעיל ה"ש 128, הבחינה של השלכת תקנת השוק על הצדדים הרלוונטיים מכונה "מאזן המצוקה". ראו שם, בעמ' 19-22.

¹³¹ עניין סבן, לעיל ה"ש 41, בפס' 43 לפסק הדין של השופט סולברג.

¹³² דגן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 19-22; ראו גם Hanoach Dagan, *The Craft of Property*, 91 CAL. L. REV. 1517, 1544-47 (2003).

¹³³ דגן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 18.

שכן התשלום מקופת המדינה מפזר את הנזק בין כלל הציבור. באפשרות זו אדון בהמשך המאמר.¹³⁴ אפשרות אחרת, ומצומצמת יותר, לפיזור מסוים של הנזק היא חלוקתו בין הבעלים המקורי לבין הקונה תם הלב בהתאם לנסיבות המקרה.¹³⁵ על אף היתרונות שבשיטה זו, כבר צוין בספרות המשפטית כי אף שיטת משפט מודרנית לא בחרה בחלוקת הנזק בין הצדדים כפתרון לדילמת תקנת השוק, עקב דרישות הוודאות המסחרית ופשטות הכללים בתחום הקניין.¹³⁶

(ב) שיקולי יעילות שבדיעבד

עקב השקילות שתוארה לעיל בין הבעלים המקורי ובין הקונה תם הלב מבחינת "יעילות לכתחילית", אנסה להכריע בין הצדדים באמצעות שיקולי ה"יעילות הבדיעבדית". כאמור, שיקולי Ex-post אלו עורכים השוואה בין האינטרסים של הבעלים המקורי לאלו של הקונה. בבסיס השוואה זו ניצב בעיקרו שיקול תועלתני, שלפיו תקנת השוק צריכה להכריע באופן הממזער את הפגיעה של כלל הצדדים.¹³⁷ לשם כך אבחן את השפעת החלטה של תקנת השוק על הצדדים במקרים הטיפוסיים שבהם נפל פגם חוקי בפעולת הרשות.

יש שלושה מקרים טיפוסיים שונים שבהם נדרשת תקנת השוק במכר על ידי רשות. במקרה הראשון, והפשוט ביותר, הרשות המבצעת את המכירה איננה רשות ההוצאה לפועל או בית משפט. במקרה השני, הרשות המוכרת היא רשות ההוצאה לפועל או בית המשפט, והפגם במכר נעוץ בגורם שאיננו הרשות אלא בנוכל חיצוני, כפי שהיה בעניין זלצר. בניגוד לכך, במקרה השלישי הפגם החוקי שנפל בהליך המכר נעוץ בפעולת הרשות עצמה, כפי שהיה בעניין שפיר.

ההבחנה האמורה מכרעת מבחינת התוצאה של החלת תקנת השוק. במקרה הראשון, התמורה ששולמה בגין המכר שנעשה על ידי הרשות הגיעה לרשות המוכרת עצמה. כל אחד מהצדדים יכול לתבוע מהרשות את הנזק שנגרם לו – הבעלים המקורי את שווי נכסו שנמכר, והקונה את שווי התמורה ששילם בעד הנכס. בניגוד לתקנת השוק במיטלטלין, הגוף המוכר בנדון דידן הינו רשות מנהלית בעלת "כיס צמוק", אשר אין כל קושי באיתורה, כלומר אין חשש לפגיעה כלכלית בכל אחד מהצדדים, והם שקולים מבחינה זו. לצד זאת, יש מקום רב לטעון כי אי-החלטה של תקנת השוק

ראו להלן בפרק 4 למאמר זה.

רמז להצעה זו עלה לאחרונה בדברי השופט ככוב בעניין סבן, לעיל ה"ש 41, בפס' 6 לפסק דינו: "דומה כי המצב המשפטי דהיום מניח, כי מדובר במעין 'משחק סכום אפס' בין הבעלים המקורי והקונה [...] ברם, יגעתי אחר הצדקה להנחה זו; יגעתי ולא מצאתי"; כך גם הציע השופט עמית בדעת מיעוט, בעניין דרוש בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 49-51 לפסק דינו, תוך שימוש בדוקטרינת האשם התורם. דעת הרוב דחתה את עמדתו, ראו שם, בפס' 6-8 לפסק הדין של המשנה לנשיאה הנדל; להרחבה על מגמת הפסיקה הנוכחית להעדיף כללי הכרעה לא-בינאריים ראו צור גרוסמן "ירשלות הטועה: אשם, צדק ותום לב" **משפטים** נג, בעמ' 27-29 ופרט בה"ש 135 (2024).

זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 345; ראו גם נילי כהן "שניים אוזחים: קניין, אחריות, חלוקה" **משפט ועסקים** יח 177, 202 (2014).

דגן, לעיל ה"ש 128, בעמ' 22-19; יש שהדגישו גם את פן הצדק החלוקתי שבשיקול זה, ראו Dagan, לעיל ה"ש 132, בעמ' 1546.

במקרה זה וביטול המכר יפגעו באמינותן של עסקאות המכר הנעשות עם הרשויות ובכך ירתיעו קונים רבים מלהשתתף בהן ויפחיתו את מחיר הנכסים הנמכרים בהן. תוצאה זו תפגע פגיעה עמוקה באינטרס הציבורי. עקב כך, ומאחר שהאינטרסים של הקונה והבעלים המקורי שקולים, האינטרס הציבורי מכריע ביניהם לטובת הקונה.¹³⁸ ואכן, תקנות השוק המנהליות האחרות, שבהן הרשות המוכרת היא רשות מנהלית בת-תביעה, מכריעות באופן עקרוני לטובת הקונה תם הלב, בעוד על הבעלים המקורי לתבוע את הרשות כדי שזו תפצה אותו בעבור הנזק שנגרם לו.¹³⁹

המקרה השני דומה למקרה הראשון מבחינת השקילות הנורמטיבית של הצדדים, אך בניסבות אחרות. במקרה זה, התמורה לנכס הגיעה באופן זה או אחר לידיו של נוכל, אשר לעיתים אי-אפשר לאתרו או שהוא חדל פירעון. עקב כך, הכרעה בין הבעלים המקורי לקונה תגלגל לפתחו של אחד מהם הפסד כלכלי ניכר, לראשון בדמות נכסו ולשני בדמות המחיר ששילם במסגרת הסכם המכר עם הרשות. במקרה זה, וכדומה למקרה השכיח של תקנת השוק, הפגיעה הפוטנציאלית הזוהה של הצדדים גורמת אפוא להיותם שקולים מבחינה נורמטיבית. בדומה להכרעה דלעיל, במקרה שבו הצדדים שקולים מבחינה נורמטיבית, יש להתחשב באינטרס הציבורי שבהחלת תקנת השוק והגנתה על הקונה. הכרעה זו אף קריטית יותר במקרה זה, שבו אי-החלת תקנת השוק תביא לפגיעה רבה בקונה, ובכך להרתעה רבה אף יותר מהתקשרות קונים עם הרשויות. ואכן, בעניין **זלצור**, המשתייך לקבוצת מקרים זו, הוכרע כי על תקנת השוק לחול ולהגן על הקונה אף על פי שההליך זויף על ידי נוכל.¹⁴⁰ אם כן, בשני המקרים הראשונים, שיקולי היעילות הברדיעבדית מכריעים כי יש להחיל את תקנת השוק במכר על ידי רשות למרות הפגם החוקי שנפל בהליכיו.

המקרה השלישי הוא המורכב מכולם. במקרה זה לא מעורב בהליכי המכר כל נוכל שגרף את תמורתו. התמורה לעסקת המכר הגיעה לנושה, במקרה של הליך הוצאה לפועל, או לבעלים המקורי של הנכס, כאשר מדובר במכר על ידי בית משפט. החלה של תקנת השוק בכיכול אינה גוררת אפוא כל הפסד כלכלי לצדדים: הקונה מקבל את הנכס, והבעלים המקורי מקבל את התמורה לו או חובו מקוזה בהגעת התמורה לנושה. אף על פי כן, מובן כי השארת המכר על כנו תביא לפגיעה בבעלים, גם אם זו אינה כלכלית-ישירה. ראשית, במקרים מסוימים הנכס הנמכר בהוצאה לפועל אינו נמכר בשווי המרבי, מסיבות רבות.¹⁴¹ במקרים אלו יש פגיעה כלכלית בבעלים, גם אם אין היא רבה וישירה כגון זו שבמקרה הראשון. עם זאת, ובניגוד לנהוג לחשוב, רבים

זאת בדומה להכרעה הנורמטיבית שמבצעת תקנת השוק ה"קלסית", שם האינטרס הציבורי המכריע בין הצדדים הוא ההגנה על חיי המסחר.

ראו, למשל, ס' 17 ו-18 לחוק נכסי נפקדים, התש"ז-1950; ראו בהרחבה פרק 3 למאמר זה. הסיבה בגינה בעניין **דדוש**, אשר גם הוא משתייך לקבוצת מקרים זו, לא הוחלה תקנת השוק היא שהסתמכותם של הקונים לא הייתה מוצדקת. הקונים במקרה זה הסתמכו על האישורים המזויפים שהציג להם כונס הנכסים, מבלי לברר את אמינותם מול רשות ההוצאה לפועל. ראו עניין **דדוש** בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל. אפשר להשוות זאת לאי-החלת תקנת השוק במקרקעין במקרים שבהם נפל "פגם בזיהוי" של המוכר, שתוארה לעיל.

למשל, אם נמכר רק חצי מן הנכס השווה פחות משווי כשנמכר שלם. ראו בעניין **ברוכשטיין ושיגלמן**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 159.

138

139

140

141

טוענים כי למעשה במרבית המקרים נכסים הנמכרים על ידי רשות ההוצאה לפועל נמכרים בשווי השוק שלהם ואף למעלה מכך.¹⁴² לכן, ברוב המקרים הבעלים המקורי לא ייפגע פגיעה כלכלית של ממש. שנית, זכותו הקניינית של הבעלים בנכס נפגעת, שכן נכסו נמכר באופן כפוי ושלא כדין. שלישית, המרת נכסו של הבעלים המקורי בשווי הכלכלי אומנם מפצה אותו מבחינה כלכלית, אך אין בכך כדי לפצות על הערך הסובייקטיבי של נכסו בעיניו.¹⁴³ אם כן, הבעלים המקורי אכן ייפגע אם תוחל תקנת השוק, גם אם באופן מצומצם יחסית.

מנגד, אם לא תחול תקנת השוק והמכר יבוטל עקב הפגם החוקי שנפל בהליכיו, הקונה עלול להיפגע פגיעה כלכלית קשה, שכן לא ניתן להבטיח שהתמורה למכר תהיה זמינה עבור הקונה. כשמדובר בהוצאה לפועל, לכל הפחות חלק מן התמורה למכר מגיעה לנושה-הזוכה, אשר אין לדעת אם יהיה ניתן לאיתור או בר-פירעון. נוסף על כך, בפני הקונה חסומה האפשרות לתבוע את בית המשפט או רשות ההוצאה לפועל על הפגם החוקי שנפל בהליכיהם ופגע בו, עקב חסינותם לתביעות נזיקיות.¹⁴⁴ אומנם, יש אפשרות לתבוע את כונס הנכסים שפעל בשם בית המשפט ואף את רשם המקרקעין,¹⁴⁵ אך בדומה לנושים, אין הכרח שהם יהיו ניתנים לאיתור או בני-פירעון. כלומר, מצידו של הקונה, ביטולו של המכר ואי-החלת תקנת השוק עקב הפגם החוקי מזמנים אפשרות להפסד כלכלי ניכר. אם כן, השוואת ההפסד הפוטנציאלי של הצדדים מהכרעת תקנת השוק במקרה זה מעלה כי הקונה עלול להיפגע מביטול המכר יותר מאשר הבעלים המקורי מקיומו. עקב כך, גם במקרה זה יש להעדיף את הקונה על פני הבעלים המקורי ולהחיל את תקנת השוק.

עם זאת, יש תצורות מסוימות שבהן יוכל הקונה לקבל את התמורה ששילם עבור הנכס באופן ודאי יותר. מקרה שכזה הוא במכירות על ידי רשות שבהן כלל התמורה לנכס מגיעה לבעלים, ולא לנושיו, כמכירות המתבצעות על ידי בית המשפט. במקרה שכזה יחזיר הבעלים המעוניין בביטול המכר את התמורה או את שווי השוק של הנוכחי של הנכס (הגבוה מביניהם) לקונה, נכסו ישוב אליו והמצב יחזור כביכול לקדמותו. האפשרות של פדיון הנכס מהקונה באמצעות תשלום שוויו על ידי הבעלים המקורי מוכר בכמה שיטות משפט, וביניהן המשפט העברי, המשפט השוויצרי והמשפט הצרפתי. עם זאת, יש הבדל מכריע יש בין שיטות משפט אלו: בעוד המשפט העברי

142 ראו, למשל יסמין גואטה "חולמים על דירה בזול מכינס נכסים? אלה המלכודות שכדאי להיזהר מהן" **TheMarker** (11.7.2017) <https://tinyurl.com/mat378xn> ("בניגוד לאמונה המקובלת... לעתים קרובות המחירים שמתקבלים על הנכס בסופו של דבר גבוהים ממחירי השוק"); ראו גם "כונס נכסים – המדרין השלם לשנת 2022" **מרכז הנדל"ן** (3.2.2021) <https://www.nadlancenter.co.il/article/3391>; ו"האם כדאי לקנות דירה מכונס נכסים?" **לוי יצחק** <https://tinyurl.com/4pp63zy3>.

143 לחשיבות המשפטית של הקשר האישי שבין הנכס לבעליו ראו Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982).

144 ס' 8 לפקודת הנוקין [נוסח חדש]; ס' 73 לחוק ההוצאה לפועל.

145 עניין **זלצר**, לעיל ה"ש 22, פס' ג-ד לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין; למותר לציין כי גם הבעלים המקורי יכול לתבוע נזיקת גורמים אלו על נזקו הכלכלי, במקרה שבו נגרם נזק.

מאפשר לבעלים לפדות את נכסו בכל עת שיחפוץ כל עוד לא התיימש ממנו,¹⁴⁶ המשפט השוויוני מגביל זאת לחמש שנים¹⁴⁷ והמשפט הצרפתי לשלוש שנים בלבד.¹⁴⁸ הגבלת הזמן שבו יכול הבעלים לפדות את נכסו נובעת מהתגברות הפגיעה בקונה ככל שעובר הזמן מן המכירה, עקב הסתמכותו על הנכס ומעשה המכר. במישור ההסתמכות יש חשיבות מכרעת לזמן שבו יש להכריע בין הבעלים המקורי ובין הקונה לשם האיזון ביניהם.¹⁴⁹ ניקח לדוגמה מקרה שבו הבעלים המקורי מגלה על מכירת נכסו ימים ספורים לאחר מכירתו שלא כדין על ידי הרשות. במקרה זה תפגע ההגנה על המכר לרוב בבעלים המקורי יותר משביטול המכר יפגע בקונה, שכן בעוד הקונה ככל הנראה טרם ביצע פעולות משמעותיות בהסתמך על המכירה, הבעלים המקורי קשור לנכס ופעל כבעליו במשך כל הזמן שקדם למכירה. מנגד, ככל שמועד החלתה של תקנת השוק יהיה רחוק יותר ממועד המכירה, תגדל ההסתמכות הקונה על הנכס, תתגבר הפגיעה בו וכפות המאזניים בינו לבין הבעלים המקורי ייעשו מעוינות יותר. בהקשר זה חשוב במיוחד מועד ההחלה של תקנת השוק. אם תקנת השוק תחול מרגע הוצאתו של צו המכר על ידי רשם ההוצאה לפועל, הפגיעה בהסתמכות של הבעלים המקורי תהיה גדולה במיוחד, בעוד ההסתמכות של הקונה תהיה מינימלית. לעומת זאת, אם תקנת השוק תחול רק לאחר רישום המכר במרשם במקרקעין,¹⁵⁰ "מרווח הרישום" בין ביצוע המכר לרישומו במרשם, אשר לרוב מונה מספר לא מועט של חודשים,¹⁵¹ יביא להגדלת ההסתמכות של הקונה על הנכס ולאזון בין הצדדים. ואכן, בית המשפט העליון, בעניין סבן,¹⁵² הכריע שיש להחיל את תקנת השוק רק מעת הרישום.¹⁵² כך מושג איזון בין אינטרסי ההסתמכות של הצדדים על הנכס, המאפשר את הכרעת תקנת השוק לטובת הקונה עבור האינטרס הציבורי הכרוך בכך.

לאמיתו של דבר, ניתוח כלכלי מצדיק את מתן זכות הפדיון לבעלים המקורי מעבר למקרים שבהם התמורה לנכס הגיעה אליו. במקרים רבים הבעלים המקורי מעריך את נכסו ביותר משווי השוק של הנכס, כך שגם אם השבת הנכס האבוד תדרוש הוצאת סכומי כסף נוספים, הוא יהיה מעוניין בכך. הערכת יתר זו מצד הבעלים המקורי נובעת הן מהקשר הסובייקטיבי שבין האדם לנכסו, אשר כבר הוזכר לעיל, והן בשל ההסתמכות של הבעלים המקורי על הנכס, אשר בתקופה שלאחר המכירה היא גבוהה מזו של הרוכש. מטבע הדברים, הערכת יתר שכזו נפוצה בעיקר בנכסי מקרקעין.¹⁵³ מבחינה כלכלית כדאי אפוא לבעלים המקורי לפדות את נכסו בשווי השוק שלו; אשר לרוכש תם הלב – בתקופה הסמוכה למכר, שבה אין לו ההסתמכות רבה עליו, הוא אדיש להמרת הנכס בשווי השוק שלו.

ראו אורי שטרומן "תקנת השוק במשפט העברי – משמעותה וחיינותה" דיני ישראל ט 7, 17 (1978).
Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB], Code civil [CC], Codice civile [CC]
[Civil Code] Dec. 10, 1907, SR 210, RS 210, art. 934 (Switz.)

סעיפים 2279-2280 לקוד הצרפתי.

ראו בהקשר זה ע"א (מחוזי ת"א) 2835/03 רום נ' כהן, עמ' 19 (נבו 2006.12.21).
וזאת במקרים של מכר מקרקעין מוסדרים הרשומים במרשם המקרקעין.

זנדברג "הסתמכות על המרשם", לעיל ה"ש 100, בעמ' 284.

ראו פרק ה למאמר זה.

עניין סבן, לעיל ה"ש 41, בפס' 72 והאסמכתאות שם.

בהקשר זה, מאלפת ההשוואה להצעת חוק דיני ממונות. הצעת החוק מעניקה לבעלים המקורי את זכות הפדיון שנדונה לעיל למשך שנה אחת מרכישת הנכס ביחס לתקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין, אך לא ביחס לתקנת השוק במכר על ידי רשות.¹⁵⁴ לפי דברי ההסבר, הכרעה זו נובעת מכך שהמכירה מתבצעת בדרך כלל בהשתתפות הבעלים ובפיקוח רשות שיפוטית.¹⁵⁵ סיבה אפשרית נוספת להכרעה זו היא האינטרס הציבורי הרב בסופיות המכר הנעשה על ידי רשות ואמינותו.¹⁵⁶ כשלעצמי, אני סבור כי הכרעה זו אינה ראויה וכי יש לאפשר את זכות הפדיון גם בתקנת השוק במכר על ידי רשות. אין סיבה להניח שאמינות המכר הנעשה על ידי רשויות תיפגע באופן מהותי מהענקת זכות הפדיון לבעלים המקורי, שכן הרוכש תם הלב יקבל בחזרה את התמורה ששילם בעד הנכס. הנחה זו מתחזקת לאור גידור הזכות לשנה בלבד ממועד המכר, כך שהסתמכות הרוכש על הנכס אינה גדולה מאוד. יתרה מכך, לכל הפחות במכר של מקרקעין מוסדרים, נפקות זכות הפדיון אינה דרמטית, שכן תקנת השוק חלה גם כן חודשים לאחר מכירת הנכס בשל "מרווח הרישום". עוד יש לציין כי בטיוטה המקורית של הצעת החוק הוחלה זכות הפדיון גם על תקנת השוק במכר מידי רשות.¹⁵⁷ ומזווית אחרת, נראה כי מדובר במנגנון ראוי לגידור תקנת השוק, אשר לעיל נקבע כי בעקבות היותה פוגענית יותר מתקנות השוק האחרות יש מקום לבחון מנגנונים עדינים להגבלתה.¹⁵⁸ מנגנון הפדיון עדין במובן זה שלצד זכות הפדיון לבעלים המקורי הוא מעניק כברירת מחדל את זכות הבעלות דווקא לרוכש תם הלב, ואף אם תמומש זכות הפדיון הוא יקבל בחזרה את התמורה לנכס. מדובר אפוא במנגנון ראוי, אשר יש ליישמו במקרים שבהם נפל פגם חוקי בהליכי מכר של רשויות.

4. סיכום ביניים; "פן ייצא החטא נשכר"

נערוך סיכום ביניים קצר. לאחר הצגתן של שלוש הגישות השונות לפרשנות סעיף 34 לחוק המכר – "היעדר הדרישה", "דרישת הסמכות" ו"דרישת החוקיות" – החל הדיון הפרשני בהיקש מתקנת השוק במיטלטלין, המתבקש מקירובה ה"גאוגרפית", ולשיטות מסוימות גם התכליתי, לתקנת השוק במכר על ידי רשות, אשר ממנו עולה מסקנה המצדדת בגישת "היעדר הדרישה". כמו כן, שיקולי יעילות, ובפרט שיקולי יעילות שבדיעבד, מטים אף הם את הכף לעבר גישת "היעדר הדרישה", בין היתר בהתחשב באינטרס הציבורי החשוב להגנה על הסתמכות הרוכשים על מכירות הנעשות על ידי רשויות. מסקנה זו נתמכה גם באמצעות השוואת עוצמתה של תקנת השוק במכר על ידי רשות לתקנת השוק במקרקעין ואגב הרחבת האופק הפרשני לשיטות משפט

¹⁵⁴ הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, 909.

¹⁵⁵ שם, דברי ההסבר.

¹⁵⁶ דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 298; גם ההסתמכות המוצדקת של הקונה על פעולת הרשות, שמוחזקת כתקינה, תומכת בהגנה על המכר. לדיון על הגנת ההסתמכות של הקונה ראו להלן בפרק 11 למאמר זה.

¹⁵⁷ ראו סעיף 587 לטיוטה הצעת החוק "הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות" משנת 2004, שפורסמה בידי משרד המשפטים.

¹⁵⁸ לעיל בטקסט הצמוד לאחר ה"ש 93-97.

נוספות. לצד זאת, השוואה לתקנות שוק מנהליות נוספות העלתה את הצורך לגדר ולצמצם את תקנת השוק במכר על ידי רשות. הוצע לפיכך לאפשר לבעלים המקורי מנגנון לפדיון הנכס הנמכר למשך שנה מעת המכר שנפלו בהליכו פגמים חוקיים. אם כן, מסקנת שלב זה של הדיון, אשר התמקד בדיני הקניין, היא תמיכה כללית בגישת "היעדר הדרישה", לצד מנגנון מרכז של זכות הפדיון. גישת "היעדר הדרישה" העלתה חשש בבית המשפט המחוזי פן "החטא ייצא נשכר":

קבלת טענת כונס הנכסים במקרה דנן המודה מחד בקיומם של פגמים בהליך מימוש הזכויות בדירה אך טוען מנגד לחסינות עקב השלמת העסקה תגרום למצב בו "כי החטא ייצא נשכר". קבלת הטענה תביא למצב בו שילוב בין כונס נכסים זרזי המפר הוראות חוק ורשם הוצאה לפועל שאינו בודק כל הטעון בדיקה ואינו מפעיל פיקוח נדרש, יכשירו עסקאות שלא היה להם מקום מלכתחילה, רק לאור הוראות סעיף 34א. אין הדעת סובלת תוצאה שכזו.¹⁵⁹

החשש מובן. אכן, יש בתקנת השוק במכר על ידי רשות כדי לאפשר ואף לתמרץ אותה ואת באי כוחה, ככונסי נכסים או מפרקי חברות, לפעול שלא כדין להשלמת המכירה.¹⁶⁰ ביחס לחשש זה יש לשוב ולהזכיר כי הגרסה הישראלית של תקנת השוק במיטלטלין הכריעה כי החטא אכן ייצא נשכר, שהרי היא מחסנת מכירות של נכסים גנובים, המבוצעות לעיתים על ידי גנב הנכס בעצמו. אומנם מעמדו המשפטי של הגנב אינו תלוי כביכול בהכרעת תקנת השוק, שכן בכל מקרה הוא מחויב באחריות נזיקית לגנבתו, אך היו שטענו כי תקנת השוק מקילה את החזרתם לשוק של נכסים גנובים ובכך מתמרצת בעקיפין ריבוי גנבות.¹⁶¹ אם כן, בסופו של דבר הגנב אכן יוצא נשכר מתקנת השוק, המתמרצת את פעולתו הלא-חוקית. יתרה מכך, בניגוד לתקנת השוק במיטלטלין, שבה המוכר-הגנב יוצא נשכר מן המכר, במקרה העיקרי הנדון במאמר זה המוכרת-הרשות אינה יוצאת נשכרת, שכן מקבל התמורה לעסקת המכר אינו רשות ההוצאה לפועל או בית המשפט אלא הנושה או הבעלים המקורי. אם המכר נעשה במסגרת הוצאה לפועל, כספי המכירה מגיעים לנושה ושאריתם, אם נותרה, מגיעה לבעלים או נמצאת בכספי קופת הכינוס שבגזברות לשכת ההוצאה לפועל, כך שהבעלים יכול לקבלה בקלות.¹⁶² כך גם במסגרת סכסוך גירושין, לדוגמה, שבו בית הדין הרבני מוכר נכס של אדם וכספי המכירה מגיעים

¹⁵⁹ עניין טטראשוילי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 10.

¹⁶⁰ על מקומם של כונסי נכסים ומפרקי חברות בהוראת סעיף 34א, ראו דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 300-301 וכן להלן בפרק ה למאמר זה.

¹⁶¹ H.R. Weinberg, *Sales Law, Economics, and the Negotiability of Goods*, 9 J. OF LEGAL STUD. 569, 585-9 (1980); השוו לאיל זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" משפטים כו 359, 367 (1995).

¹⁶² קופת הכינוס גם היא מונעת אפשרות שכונסי הנכסים ימעלו בכספי הכינוס וייצאו "נשכרים מן החטא", ראו מאור ודגני על כונס נכסים, לעיל ה"ש 72, בעמ' 377.

היישר לבעלי הנכס. כך, גם אם המכר נעשה ב"חטא", המוכר איננו "יוצא נשכר" מכך. עקב כך, לרשות אין תמריץ כלכלי לפעול שלא כדין.¹⁶³ גורם נוסף אשר מבחינות מסוימות יוצא נשכר מן המכר הינו הקונה. בהקשר זה, חובת תום הלב שהוטלה על הקונה במכר על ידי רשות היא יסודית. בפרשת שפיר יובאה חובת תום הלב לתקנת השוק שבסעיף 34א, בין היתר תוך היקש מתקנת השוק בסעיף 34.164 באמצעות דרישת תום הלב מהקונה, ניתן לוודא כי אם הקונה "חוטא" אזי הוא לא יצא נשכר. כך למשל, במקרה שבו נרקמה קנוניה בין הקונה לכונס הנכסים, אין כלל צורך להידרש לשאלת חוסר החוקיות שבמכר, מאחר שדרישת תום הלב אינה מתקיימת. יתרה מכך, יש לזכור כי דרישת תום הלב הסובייקטיבית מן הרוכש כוללת גם יסודות מעין-אובייקטיביים, כ"עצימת עיניים".¹⁶⁵ אשר על כן, אם התעלם הרוכש מאינדיקציות אובייקטיביות שהיו אמורות להעלות חששות מצידו, הגם שלא היה חלק מודע מקנוניה או כיוצא בכך, הוא לא יוכל ליהנות מהגנת תקנת השוק. אם כן, נדמה כי דרישת תום הלב מן הקונה מפחיתה מאוד ואף מונעת מצב שבו "החטא יצא נשכר". אומנם החלת תקנת השוק אינה מוציאה אף לא אחד מן הגורמים ה"חוטאים" נשכר כלכלית, אך מבחינות אחרות אפשר לטעון שהרשות המוכרת מרוויחה מהחלת תקנת השוק. שכן, החלת תקנת השוק כשנפל בהליכי המכר פגם חוקי יכולה לפטור למעשה את הרשות מהתנהלות כשורה, שהרי המכר שביצעה יישאר בכל מקרה על כנו. ביצור המכר למרות הפגם החוקי שנפל בהליכי אינו מתמרץ אפוא את הרשות לפעול כחוק. בהתחשב בליקויים הרבים שנופלים בהליכי רשות ההוצאה לפועל,¹⁶⁶ נדמה שיש צורך בתמרוצה לפעול כדין.

שיקול זה, כמו גם שיקולים נוספים שהועלו לאורך הפרק, דורש לבצע איזון בין הגנת הקונה והאינטרס הציבורי לוודאות המכר של הרשות לבין הגנה על הבעלים המקורי ותמרוץ הרשות להתנהל כשורה. אם כן, נרצה למצוא הגבלה מסוימת של החלת תקנת השוק שתמרוץ את הרשות לפעול באופן תקין ותגן על הבעלים המקוריים כאשר הרשות אינה פועלת כשורה, אך מבלי לפגוע יתר על המידה בקונה ובאינטרס הציבורי. איזון שכזה יוצע בפרק הבא.

163 אומנם, כונס הנכסים אכן יוצא נשכר מן המכר, שכן בדרך כלל הוא מקבל את שכרו בדמות אחוזי עמלה ממחיר הנכס הנמכר (בר"ע (מחוזי ת"א) 3015/02 ובר נ' אדמסקי, פס' 4 (נבו 11.2.2003)). עם זאת, יש חשיבות רבה לכך שלא כונס הנכסים הוא המאשר הסופי של המכר, אלא הרשות. תפקיד רשם ההוצאה לפועל הוא להיות "שומר סף" המפקח על תקינות פעולותיו של כונס הנכסים ומבקר אותן. כאמור לעיל, הרשות-המוכרת, ובכללה רשם ההוצאה לפועל, אינה נשכרת ומושפעת מהחלת תקנת השוק. עקב כך, החלת תקנת השוק אינה אמורה, או לכל הפחות לא באופן ניכר, להגדיל את יכולתו של כונס הנכסים ה"חוטא" לצאת נשכר מכך.

164 עניין שפיר, לעיל ה"ש 21, בפס' 63-67 לפסק הדין של השופט חשין; השוו לויסמן חוק המשכון, לעיל ה"ש 16, בעמ' 336-337, העומד על כך שאין צורך בתום לב של הקונה במכר מידי רשות.

165 להסתכלות על עצימת עיניים כחלק מתום לב סובייקטיבי כמעין יסוד אובייקטיבי ראו דנ"א סאלחה, לעיל ה"ש 71, בפס' 56 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

166 רוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 3.

ד. זהות המוכר כרשות מנהלית

בפרק זה אבקש להידרש לאופנים הנוספים שבהם זהות המוכר כרשות מנהלית יכולה להשפיע על תוצאת הליך המכר שנפלו בו פגמים חוקיים, אשר לא נבחנו עד כה. פרק זה בוחן מקרוב את היחסים בין דיני הקניין לבין המשפט המנהלי המתגלמים בנשוא דיוננו.

1. הגנת ההסתמכות

זהות המוכר כרשות מנהלית עלולה לשלול את תקנת השוק במכר על ידי רשות עקב החובות המוטלות על הרשות המנהלית. אפשר לטעון שאין לספק הגנה זהה למכר הבטל עקב מעשיו הפגומים של מוכר מסחרי ולמכר הבטל עקב מעשיה הפגומים של רשות מנהלית, שכן סטנדרט ההתנהגות הנורמטיבי של האחרונה גבוה יותר.¹⁶⁷ לפי טענה זו, על אף שמכר על ידי אדם או גוף מסחרי הנעשה תוך פגמים חוקיים יהיה מוגן, פגמים חוקיים הנעשים על ידי הרשות המנהלית תמורים יותר ואין להגן עליהם באמצעות תקנת השוק.

להשקפתי, את העובדה שהגוף המוכר הוא רשות מנהלית יש לבחון דווקא מנקודת מבטו של הקונה. כפי שצוין לעיל, תקנת השוק מתמקדת בקונה ובנסיבות שבהן רכש את הנכס, ולא במוכר. העובדה שהמוכר הוא רשות מנהלית מחזקת את מעמד הקונה, שהרי הסתמכותו על הרשות מוצדקת אף יותר מהסתמכות על מוכר מסחרי.¹⁶⁸ מאחר שהרשות היא גוף ציבורי אמין אשר חזקה שמעשיו תקינים וחוקיים, הקונה המסתמך עליה עושה זאת בצדק.¹⁶⁹ בהקשרים אחרים אף נאמר כי "אין ספק שהסתמכות בתום לב על פעולתה של הרשות ראויה להגנה, בפרט כאשר מדובר בהסתמכות בעלת נפקות כלכלית".¹⁷⁰ במילים אחרות, הסטנדרט הנורמטיבי הגבוה של הרשות פועל לטובת הקונה, מצדיק את הסתמכותו וממילא מחייב עוצמה גבוהה של הגנה על מעשה המכר של הרשות. אף ייתכן שההסתמכות המוצדקת של הקונה בקנייתו מרשות מצדיקה את ההגנה היתרה שמספקת תקנת השוק במכר מידי רשות לקונה לעומת תקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין, כפי שתואר לעיל.¹⁷¹

¹⁶⁷ בג"ץ 4422/92 עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, פס' 12 (1993).
¹⁶⁸ דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 298-295. כמו כן, דויטש אף טוען כי ההסתמכות המוצדקת על הרשות מפחיתה את רמת תום הלב הנדרשת מן הקונה. ראו שם, בעמ' 309.
¹⁶⁹ יצחק זמיר "חזקת החוקיות במשפט המינהלי" ספר אור 741, 748-747 (אהרן ברק ואחרים עורכים 2013); ראו גם, למשל, פר"ק (מחוזי י-ם) 5235/08 ספיר וברקת נרל"ן (הולילנד) בע"מ נ' נידר חברה לבנין ולפיתוח בע"מ (בהקפאת הליכים), פס' 35 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו) 22.5.2011 ("דברים אלו יפים גם נוכח העובדה שמי שמתקשר עם בעל תפקיד מטעם בית המשפט מצפה לוודאות חוזית מוגברת").

¹⁷⁰ בג"ץ 6414/15 ענק הבטיחות נ' משרד התקשורת, פס' 36 (נבו) 15.8.2016.
¹⁷¹ ראו לעיל לעניין ההגנה הניתנת למכר מידי רשות גם במקרה של "פגם בזיהוי", לעומת תקנת השוק במקרקעין, וכן לעניין חוסר קיומה של אפשרות הפדיון של הבעלים במכר מידי רשות לפי הצעת חוק דיני ממונות, לעומת תקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין.

אפשר להעלות טענת נגד שלפיה ההסתמכות על פעילות הרשות המנהלית מוצדקת רק כשהמתקשר עימה סבור שהיא מבצעת את מלאכתה נאמנה, והרי לפי דוח מבקר המדינה במקרים רבים רשות ההוצאה לפועל אינה פועלת כשורה.¹⁷² כמו כן, במכירות של רשות ההוצאה לפועל קיים הסיכון שגורמים נוספים יתבעו זכות על הנכס, כבעליו המקורי, שנכסו נמכר באופן כפוי. על כן, ניתן אפוא לטעון שההסתמכות על רשות ההוצאה לפועל אינה ראויה להגנה. אינני מסכים עם טענה זו. ראשית, במישור הדסקריפטיבי נדמה כי אדם מן השורה אינו מודע למספר הפגמים הנופלים בפעילותה של רשות ההוצאה לפועל אלא מניח שהיא פועלת כראוי. כמו כן, המתקשר עם רשות ההוצאה לפועל מניח כי היא וידאה את מאזן הזכויות בנכס, כפי שהיא מחויבת.¹⁷³ אין אפוא יסוד לסבור שהסתמכות הקונה פגומה. שנית, גם במישור הנורמטיבי ראוי לגבות את ההסתמכות המתקשרים עם הרשויות, עקב האינטרס הציבורי בוודאות המכירות על ידי רשויות, שתואר לעיל בהרחבה. עקב כך ההסתמכות המתקשר עם הרשות המנהלית מוצדקת וראויה להגנה, לכל הפחות במישור דיני הקניין.

אפס, במישור המשפט המנהלי, הגנת ההסתמכות על הקונה מהרשות במקרה שנפל בה פגם חוקי מורכבת יותר. אף על פי שהמשפט המנהלי מכיר בהגנת ההסתמכות האזרח על פעולות שלטוניות, לרוב הוא מאפשר זאת כהגנה להסתמכות על פעולות חוקיות בלבד.¹⁷⁴ כך, למשל, דחתה הפסיקה את הגנת ההסתמכות של יזמי בנייה על זכויות והיתרי בנייה לא חוקיים שניתנו על ידי רשויות התכנון.¹⁷⁵ היו שהציעו כי במקרה של הסתמכות על מעשה מנהלי לא חוקי אומנם לא תוגן ההסתמכות אך ייתן על כך פיצוי נזיקי.¹⁷⁶ בענייננו, הרשות שעליה מסתמך הקונה היא ברובם המוחלט של המקרים רשות ההוצאה לפועל או בית המשפט, אשר לפי הדין המצוי אי-אפשר לתבוע ממנה פיצוי נזיקי.¹⁷⁷ בהמשך הדברים אדון בדין הרצוי ביחס לסוגיה זו.

יש לציין כי קיימת כתיבה משפטית הבוחנת את האפשרות להגן על ההסתמכות האזרח גם על מעשה מנהלי שאיננו חוקי.¹⁷⁸ כתיבה זו מצדיקה זאת בשתי הצדקות, הרלוונטיות גם לענייננו: תום הלב של המסתמכים וכיבוד האוטונומיה שלהם,

¹⁷² דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 3.

¹⁷³ ת' 80 לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979; ראו גם עניין דדוש בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל.

¹⁷⁴ דפנה ברק-ארז "הגנת ההסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17, 41-43 (1996) (להלן: ברק-ארז "הגנת ההסתמכות").

¹⁷⁵ בג"ץ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג, חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יושב ראש הוועדה המקומית לתכנון עיר נתניה, פ"ד לד' (2) 1 (1979); בג"ץ 111/89 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה מחוז תל אביב, פ"ד מה' (2) 133 (1990).

¹⁷⁶ ברק-ארז "הגנת ההסתמכות", לעיל ה"ש 174, בעמ' 42.

¹⁷⁷ ס' 8 לפקודת הנויקין; ס' 73 לחוק ההוצאה לפועל; ראו גם עניין זלצר, לעיל ה"ש 22, בפס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל.

¹⁷⁸ מיכל סליטרניק "אינטרס ההסתמכות של מתיישבים ישראלים בשטחים הפלסטיניים" משפט ועסקים כה 389, 394-400 (2020); אריאל בנדור תורת ההשתק במשפט המינהלי 227 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית 1994); השוו גם לשחר ליפשיץ "שייח' ג'ראח פינת מצפה כרמים" פורום עיוני משפט מו 8, 3 (2022), ומנגד, רונית לוי-שנור "על מצפה כרמים ושייח' ג'ראח: תשובה לפרופ' שחר ליפשיץ" פורום עיוני משפט מו 7-8 (2022). מאמרים אלו דנים למעשה על ההצדקה להגן על ההסתמכות על מעשה שלטוני לא חוקי אך אינם דנים בכך לעומק ובאופן ישיר.

והאינטרס לעודד הסתמכות על פעולות השלטון ולמנוע הרתעה מכך.¹⁷⁹ אף על פי כן, כאשר ההסתמכות על מעשה שלטוני לא חוקי מביאה לפגיעה ישירה בצדדים שלישיים, נדמה כי נטיית המשפט המנהלי היא לשלול את הגנת ההסתמכות אף ביתר שאת.¹⁸⁰ מאחר שבענייננו המעשה השלטוני אכן פוגע בצד ג', הבעלים המקורי, נראה כי ככלל המשפט המנהלי ישאף שלא להגן על הסתמכות הרוכשים על המכר. אם כן, דיני הקניין והמשפט המנהלי אינם רואים עין בעין באשר להגנת הסתמכות הקונה במקרה דידן. תת-הפרק הבא יתמקד בהתנגשות שבין דיני הקניין ובין המשפט המנהלי שבענייננו, וינסה להציע הכרעה ביניהם, הנסמכת על ניתוח אנליטי של הדוקטרינות המתנגשות.

2. בטלות המכר

השלכה אחרת של החובות הרובצות על הרשות נובעת מאחד מהעקרונות המרכזיים והבסיסיים במשפט המנהלי: עקרון חוקיות המנהל. לפי עיקרון זה, המוכר בשיטות משפט ברחבי העולם,¹⁸¹ על המנהל לפעול רק לפי הסמכתו החוקית. כל מעשה מנהלי בעל פגם החוקי היורד לשורשו של עניין בטל אפוא מעיקרו.¹⁸² באופן מסורתי, פגם חמור כזה הינו דווקא פגם של חריגה מסמכות, ולא כל פגם חוקי אחר. לענייננו, מעקרון החוקיות נובע כי פגמים חמורים בהתנהלות הרשות, ובפרט חריגתה מסמכות, עלולים לבטל את המכר מעיקרו ובכך להפוך את זכות הקונה לבטלה. כך גם נטען בכמה מקרים בבתי המשפט המחוזיים, שדחו עקב כך את החלת תקנת השוק.¹⁸³ עם זאת, איני סבור כי ביטול המכר מעיקרו ובטלות הזכות של הקונה באמצעות כללי המשפט המנהלי מסוגלים למנוע את ההגנה על המכר באמצעות תקנת השוק. כפי שהוסבר לעיל, תקנת השוק במשפט הישראלי, בשונה מתקנות שוק אחרות במשפט המקובל, חלה גם על הקונה זכות בטלה.¹⁸⁴ משמע, תקנת השוק הישראלית מגינה אף על הרוכש נכס ממוכר שאין לו כל זכות בנכס ויש לראות את מכירתו כבטלה מעיקרה. אם כן, לענייננו, גם אם ייתפסו הליכי המכר כבטלים מעיקרם, וממילא זכותו של הקונה בטלה, תקנת השוק הישראלית לפי עצם הגדרתה חלה ומגינה על זכות הנובעת ממכר זה.¹⁸⁵ בטלות המכר וזכותו הבטלה של הקונה אינן מונעות אפוא את החלת תקנת השוק – איפכא מסתברא, ייחודה של תקנת השוק הישראלית הוא בכך שהיא גוברת על כך.

¹⁷⁹ סליטרניק, לעיל ה"ש 178, בעמ' 394-400.

¹⁸⁰ ראו שם, בעמ' 399.

¹⁸¹ לדין על עקרון החוקיות והשלכותיו באנגליה ראו David Feldman, *Error of Law and Flawed Administrative Acts*, 73 CAMBRIDGE L. J. 275 (2014); לדין דומה בגרמניה ראו Mahendra P. Singh, *Administrative Powers: Administrative Act, in GERMAN ADMINISTRATIVE LAW* 32 (1985).

¹⁸² ברק-ארז **המשפט המנהלי**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 796-799.

¹⁸³ עניין **טטוראשוילי**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 14; עניין **ברוכשטיין ושיגלמן**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 159; שפירא, לעיל ה"ש 13.

¹⁸⁴ עניין **כנען**, לעיל ה"ש 80, בפס' 14 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן.

¹⁸⁵ מעניין לציין שכל מכירה על ידי רשות ההוצאה לפועל ובית המשפט היא למעשה חריג לכלל שאין אדם מוכר את מה שאינו שלו, אשר סעיף 34 מסדיר. להרחבה ראו שפירא, לעיל ה"ש 13, בעמ' 586.

דיני הקניין, כך נדמה, גוברים על דיני המשפט המנהלי בהתנגשות ביניהם במקרה זה.

יש להוסיף כי בפסיקה עלתה טענה זו מכיוון שונה קמעה, אשר דווקא מתבסס על דרישות סעיף 34א. לפי טענה זו, אם המכירה מעולם לא נעשתה, עקב ביטולה מעיקרה, לא מתקיימת דרישת המכירה המופיעה בסעיף 186. כך, המכר המבוטל מעיקרו פוסל את החלת תקנת השוק לא עקב כללי המשפט המנהלי אלא מתוך דרישותיו הפורמליות של הסעיף עצמו.¹⁸⁷ לטענתי, מדובר במעגל קסמים. אם נקבע שתקנת השוק גוברת על בטלות המכר, כמסקנת הדיון לעיל, נצטרך לפרש שדרישת המכירה הפורמלית שבסעיף כוללת גם מכירה שבוטלה.¹⁸⁸ ובאופן אחר, נראה שיש להבחין בין פגם המביא לבטלות המכר לבין פגם במכר עצמו. אם אכן נפל פגם במכר עצמו, כמקרה שבו זויף המכר ורשם ההוצאה לפועל מעולם לא אישר אותו, אזי אכן אפשר לטעון כי דרישת ה"מכר" שבסעיף לא קוימה.¹⁸⁹ עם זאת, אם הפגם לא נפל במכר עצמו אלא בהליכים שקדמו לו, אף אם יש בכך כדי להביא לבטלותו, אין בדבר כדי לפגוע בעצם קיומו של המכר ובהתקיימותה של דרישת הסעיף לכך.

ההבחנה בין פגם המביא לבטלות המכר לבין פגם במכר עצמו מאפשרת מענה לקושיה נוספת. לפי קושיה זו, תקנת השוק חלה רק במישור שבין הבעלים המקורי לקונה, ואין בה כדי להשפיע על פגמים במכר שבין המוכר לקונה. אם כן, אפשר לטעון כי אין לתקנת השוק במכר מידי רשות יכולת להתגבר על הפגם החוקי במכר בין הרשות המוכרת לקונה ולרפא אותו. הניסוח המדויק ביותר לטענה זו ניתן על ידי הנשיא ברק, אשר קבע כי "דיני השוק הפתוח פועלים כלפי זכותו של צד רחוק. אין הם חלים ביחסים שבין הצדדים הקרובים, כלומר בין הקונה לבין המוכר בשוק הפתוח [...] דיני השוק הפתוח אינם תרופה לכל מחלה [...] כוחם אינו עמם לרפא פגמים בחוזה המכר".¹⁹⁰ על בסיס קביעה זו, ניתן כביכול לטעון כי גם בענייננו תקנת השוק אינה בת-השפעה על הפגם החוקי במכר שבין הרשות המוכרת לקונה.

ההבחנה שהוצגה לעיל בין פגם במכר עצמו לבין פגם המביא לבטלות המכר מסבירה מדוע תקנת השוק עדיין עומדת בתוקפה באשר לפגם שנפל במכר של הרשות המנהלית. בניגוד לפגם החוזי שבו דן הנשיא ברק בציטוטו לעיל, החל במכר עצמו, הפגם המנהלי אינו חל במכר עצמו אלא בהליכים שקדמו לו. אם כן, גם אם תוצאתו של הפגם הינה בטלות המכר, אין בכך כדי למנוע את תחולת תקנת השוק. הבחנה זו תקפה גם ביחס למישור היחסים שבו חל הפגם. יש להבחין בין ההליכים שקדמו להסכם המכר, כשלבים השונים שעובר תיק ברשות ההוצאה לפועל או פסק

סעיף 34א: "נמכר נכס".

עניין טטראשוילי, לעיל ה"ש 54; עניין סלימאן, לעיל ה"ש 50, בפס' 52. השוו להגדרת "מכר" אצל זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 732-733, אשר לדעתו אינה דורשת אלא עסקה בין הצדדים.

עניין דדוש בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 1 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל; ברוח דומה ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 486/07 נובומיל הנדסה מכנית בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (נבו 19.4.2009).

דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632, 687 (2003) (ההדגשה אינה במקור, ד"ד).

186

187

188

189

190

הדין שניתן על ידי בית המשפט, לבין הסכם המכר עצמו. ההליכים שקדמו להסכם המכר, שבהם מחליטה הרשות כי יש למכור את הנכס הנדון, נוגעים ליחסים בין הרשות המוכרת לבעלים המקורי. רק לאחר מכן עובר התהליך לשלב השני של הסכם המכר בין הרשות לקונה. עקב כך, אם החלטת הרשות נגועה בפגם חוקי או אף חורגת מסמכות, יש בכך פגיעה בבעלים המקורי ובמישור היחסים איתו בלבד, בנפרד מהסכם המכר בין הרשות לקונה, אשר לא בו נפל הפגם.

לשם ההשוואה, תוצאת גנבתו של נכס מביאה לבטלות הסכם המכר בין המוכר-הגנב לקונה, כפי שהוסבר לעיל, אך תקנת השוק במיטלטלין עדיין חלה בה, זאת מפני שגנבת הנכס חלה ביחסים שבין המוכר לבעלים המקורי. אם כן, כדי למנוע את החלת תקנת השוק יש לבחון אם הפגם נפל במישור שבין המוכר לקונה באופן הפוגם במכר עצמו, ואז לא תוחל תקנת השוק, או שמא במישור שבין המוכר לבעלים המקורי, ואז יפה כוחה של תקנת השוק. בהמשך להשוואה זו, נכון יותר לדמות את הליכי המכר הפגומים של הרשות לגנבת נכסו של הבעלים המקורי על ידי הגנב, המתרחשים במישור שבין המוכר לבעלים המקורי, מאשר לחוזה הפגום במישור שבין המוכר לקונה. במילים אחרות, הפגם החוקי של הרשות איננו פגם במכר עצמו החל במישור שבינה לבין הקונה, אלא פגם החל במישור בינה לבעלים המקורי. מסיבה זו אפשר

לרפא את תוצאתו של פגם זה, המביא לבטלות המכר, באמצעות תקנת השוק. ראייה למסקנה זו אפשר לראות בתקנת השוק במכר נכס ממושכן במשפט הגרמני. זכור, הקודקס הגרמני מצייין במפורש כי תקנת השוק תחול גם אם מכירת הנכס הממושכן לקחה בחוסר חוקיות, כאי-ידיעת הבעלים וכיוצא בכך.¹⁹¹ עם זאת, תקנת השוק לא תחול אם הפגם הוא במכר עצמו בין הממשכן לקונה, למשל אם המכירה הפומבית לא התקיימה כנדרש.¹⁹² אם כן, גם לפי העולה מן הדין הגרמני, הפגם החוקי אינו מונע את החלת תקנת השוק כל עוד אין מדובר בפגם במכר עצמו. בענייננו, הפגם החוקי של הרשות, החל בהליכים שקדמו למכר ולא בהסכם המכר עצמו מול הקונה, אינו מונע את החלת תקנת השוק.

בשולי הדברים, ולשם שלמות הדיון, אציין כי בעשורים האחרונים נשחק מעמדה של דוקטרינת הבטלות הנובעת מעקרון החוקיות. בימינו נהוג להשתמש בדוקטרינה גמישה יותר, שאיננה בינארית, המעניקה לבית המשפט שיקול דעת רב יותר כדי להגיע לתוצאה צודקת יותר, המכונה ה"בטלות היחסית".¹⁹³ דוקטרינה זו לרוונטית לענייננו בשני אופנים: ראשית, וכפי שהעיר השופט חשין בעניין שפיר, שחיקת דוקטרינת הבטלות פוגמת באופן ניכר בהבחנה בין גישת "דרישת החוקיות" לגישת "דרישת הסמכות", שכן כיום אף חריגה מסמכות אינה משמיעה במפורש את בטלות ההחלטה;¹⁹⁴ שנית, יש מקום רב לסבור כי הבטלות היחסית תחזק אף היא את החלת תקנת השוק במקרים שבהם נפל פגם חוקי במכר של הרשות, בשל כרסומה של הבטלות

ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 120-125.

DANNEMANN & SCHULZE, לעיל ה"ש 127, בעמ' 2097.

191 ברק-ארו **המשפט המינהלי**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 796-798, 809-826; זמיר **הסמכות המנהלית**, לעיל

ה"ש 66, בעמ' 2992-2995; ע"פ 866/95 סוסן נ' **מדינת ישראל**, פ"ד (1) 793, 815 (1996).

194 ראו לעיל בה"ש 68.

היחסית בזכות הפרוצדורלית של הבעלים שנמכרו נכסיו על ידי הרשות,¹⁹⁵ ובכלל לאור הסלחנות שנוקטת דוקטרינה זו כלפי הפרת זכויות על ידי הרשויות ביחס לבטלות המסורתית.¹⁹⁶

3. דרישת תום הלב מהרשות המנהלית

השפעה נוספת שיש לבחון הנובעת מזהות המוכר כרשות מנהלית בתקנת השוק במכר על ידי רשות היא **דרישת תום הלב מן המוכר**. בניגוד לתקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין, הבוחנות את תום הלב של הקונה בלבד, תקנות השוק שבהן המוכר הוא רשות מנהלית אכן מביאות בחשבון את מצבו הנפשי של המוכר. למשל, דרישת תום הלב מופיעה במפורש בחוק האפוטרופוס הכללי ובחוק האפוטרופוס לנכסי נפקדים.¹⁹⁷ הגם שמבחינה לשונית לא ברור אם חובת תום הלב חלה על הקונה בלבד או גם על המוכר, הפסיקה פירשה כי חובה זו נדרשת גם מן הרשות המוכרת.¹⁹⁸ על בסיס פסיקה זו יובאה דרישת תום הלב מן המוכר לתקנת השוק במכר הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון.¹⁹⁹ על רמת חובה זו הובעו עמדות שונות ומגוונות. בעבר הובעה הדעה שלפיה תום הלב הנדרש מן הממונה הינו אובייקטיבי, אך עמדה זו נדחתה.²⁰⁰ בדנ"א סאלחה היו שגרסו כי יש לדרוש תום לב סובייקטיבי בלבד,²⁰¹ בדומה לדרישה מן הקונה.²⁰² מנגד, היו שגרסו כי חובת תום הלב הנדרשת היא סובייקטיבית-קפדנית, המחמירה יותר מחובת הקונה.²⁰³ במחלוקת זו הוכרע כדעה האחרונה. על כל פנים, יש לציין כי המרחק העיוני בין הגישות אינו רב,²⁰⁴ בוודאי לאור העובדה שמוסכם על הכול ש"עצימת עיניים" נכללת בחוסר תום לב סובייקטיבי גם אם הוא נבחן באופן שאינו קפדני.²⁰⁵

195 ברק-ארוז **המשפט המינהלי**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 828-829; בהקשר סעיף 34 לחוק המכר, ראו גם בר"ע (מחוזי ת"א) 2056/04 **גינות נ' בנק מזרחי בע"מ**, פס"ד (נבו) 26.7.2005.

196 ברק-ארוז **המשפט המינהלי**, לעיל ה"ש 68, בעמ' 828.

197 בכלל הסעיפים שצוינו לעיל, בהערת השוליים 87, הנוסח הינו, למעט שינויים קלים: "פעולה שנעשתה בתום לב בין האפוטרופוס הכללי לבין אדם אחר".

198 ע"א 7793/19 **מדינת ישראל - רשות הפיתוח נ' עובון המנוח סאלם עקל ז"ל**, פס"ד 59, 61 לפסק הדין של השופט קרא ופס"ד 14 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו) 8.5.2022 (להלן: **עניין עקל**); ע"א 1501/99 **דריני נ' משרד האוצר פס"ד** 4 (נבו) 20.12.2004; ע"א 109/87 **חוות מקורה בע"מ נ' חסן**, פ"ד מז(5) 001, 17-19 (1993) (להלן: **עניין חוות מקורה**); ע"א 3747/90 **האפוטרופוס על נכסי נפקדים נ' עיזבון מוסא**, פ"ד מו(4) 366, 361 (1992).

199 בנ"ץ **סאלחה**, לעיל ה"ש 93; ראו גם דנ"א **סאלחה**, לעיל ה"ש 71, בפס"ד 53 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן; שם, בפס"ד 87 לפסק הדין של השופט סולברג.

200 חגי ויניצקי "תקנת השוק בעסקאות עם הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון" **משפטים** נ 359, 381, ה"ש 104 (2020) (להלן: **ויניצקי "תקנת השוק"**); כן ראו שם, בפס"ד 59-60 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

201 שם, בפס"ד 91-93 לפסק הדין של השופט סולברג, ופס"ד 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל.

202 וכן סבר ויניצקי "תקנת השוק", לעיל ה"ש 200, בעמ' 392-393.

203 דנ"א **סאלחה**, לעיל ה"ש 71, בפס"ד 60-61 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן, פס"ד 6 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז, ופס"ד 5 לפסק הדין של השופט עמית; וכן סברה לויין-שנור "ללא תקנה", לעיל ה"ש 91, בעמ' 355-356.

204 דנ"א **סאלחה**, לעיל ה"ש 71 בפס"ד הדין של השופט פוגלמן.

205 עניין **חוות מקורה**, לעיל ה"ש 198, בעמ' 21.

נדמה כי מקורה של חובת תום הלב על הממונה על הרכוש הממשלתי ביהודה ושומרון, בדומה לזו המוטלת על האפוטרופוס לנכסי נפקדים והאפוטרופוס הכללי, הוא העובדה שהמוכר הינו רשות מנהלית. זהו, כאמור, המכנה המשותף של תקנות שוק אלו, המייחד ומבדיל אותן מתקנות השוק האחרות. כביכול, על בסיס מכנה משותף זה, אפשר להקיש כי יש להחיל את חובת תום הלב על הרשות המוכרת גם בתקנת השוק במכר מידי רשות. עם זאת, כפי שנדון בשלב מוקדם יותר של המאמר, יש מקום להבחין בין תקנות שוק אלו, שכן תקנת השוק במכר על ידי רשות פוגענית פחות מתקנות השוק הנוספות שבהן המוכר הוא רשות מנהלית,²⁰⁶ ובהתאם יש הצדקה מופחתת לבחון במסגרתה את תום ליבה של הרשות.²⁰⁷ אף על פי כן, נדמה כי חלק מן הרציונלים העומדים בבסיס בחינתה של חובת תום הלב של פעולת רשות בתקנות השוק האחרות חלים גם בענייננו. למשל, נטען כי כוחה הרב של הרשות המוכרת מצדיק לבחון את המניע הטהור לפעולותיה.²⁰⁸ כאמור, אומנם ככלל תקנת השוק במכר על ידי רשות היא פוגענית פחות מתקנות השוק המנהליות האחרות, אך היא בוודאי פוגענית יותר מתקנות השוק במיטלטלין ובמקרקעין, שכן הרשות מוכרת נכס שאיננו שלה ולעיתים בניגוד לרצון הבעלים. נוסף על כך, נטען כי יש למנוע מצב שבו תקנת השוק תהיה למעשה מנגנון שדרכו הרשות מפקיעה נכסים.²⁰⁹ אומנם בענייננו הרשות איננה היוזמת של העסקה, אך חוסר בחינה של תום ליבה יאפשר לה למכור נכסים בכפייה אף על פי שלא היה מקום למוכרם, והלכה למעשה להפקיע מאנשים את רכושם באופן לא מוצדק. לבסוף, דרישת תום הלב מן הרשות הוצדקה רבות מעצם ההנחה שהרשות המנהלית, כמוסד שלטוני, פועלת בתום לב.²¹⁰ גם הצדקה זו רלוונטית, כמובן, לענייננו.

אם כן, ובהיקש מתקנות שוק אלו, נראה כי יש מקום להחיל את דרישת תום הלב מן הרשות המוכרת במסגרת סעיף 34א, אך באופן מרוכך יותר משנעשה בתקנות השוק המנהליות האחרות. יש להודות כי דרישה זו יכולה להביא לפגיעה בקונה ובאינטרס הציבורי בוודאות במכירות על ידי רשות. עם זאת, מדובר בכלי נקודתי ומידתי יותר מפסילת תקנת השוק בשל כל פגם חוקי או חריגה מסמכות. לפי דרישה זו, הטוען כי נפל פגם חוקי בהליכי המכר של הרשות ייאלץ להוכיח כי הרשות פעלה בחוסר תום לב, תוך ידיעה או לכל הפחות תוך עצימת עיניים ביחס לחוסר החוקיות שבפעולתה.²¹¹

²⁰⁶ לעיל, בטקסט הצמוד לאחר ה"ש 97 שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

²⁰⁷ יודגש כי מאפיינים אלו רלוונטיים רק למכירות הנעשות על ידי בית משפט או רשות ההוצאה לפועל, ולא למכירות הנעשות על ידי רשויות אחרות שאינן "ניטרליות" אלא מזכות את המדינה, בתצורות מסוימות, בתמורה לנכס. למשל, מכר שמבצעת המשטרה לנכסים שחולטו בעקבות עבירה, אשר לאחר שישה חודשים תמורתו עוברת לאוצר המדינה (ס' 42(x) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)).

²⁰⁸ עניין עקל, לעיל ה"ש 198, בפס' 61 לפסק הדין של השופט קרא.

²⁰⁹ דנ"א סאלחה, לעיל ה"ש 71, בפס' 53 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

²¹⁰ שם, בפס' 87 לפסק הדין של השופט סולברג, פס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל, ובפס' 3 לפסק הדין של השופט עמית.

²¹¹ שכן, עקב חזקת תקינות המנהל נטל ההוכחה כי הרשות פעלה בחוסר תום לב הוא על הטוען לכך.

חשיבותה של דרישת תום הלב מן הרשות בענייננו אף גדלה עקב כך שהיא תפחית "תאונות משפטיות" במכירות שנפל בהליכיהן פגם חוקי. מכיוון שמכירה שתבצע תוך ידיעת הרשות על קיומה של תקלה חוקית או אף תוך עצימת עיניים תבוטל, הרשות, אשר לה אינטרס לחזק את הוודאות בהתקשרות עימה ולהפחית ככל האפשר את ביטולן של מכירות, תצטרך לטפל בפגמים חוקיים שהיא מודעת להם ולא לעצום את עיניה כלפיהם. שיקול זה חשוב במיוחד עקב הליקויים הרבים המתרחשים בהליכי רשות ההוצאה לפועל, כפי שעולה מדוח מבקר המדינה שהוזכר בראשית המאמר.²¹² למעשה, דרישת תום הלב המוצעת היא ניסיון לאזן בין הצורך להגן על הקונה ועל האינטרס הציבורי לוודאות ברכישה מידי רשות לבין ההגנה על הבעלים המקורי והמרצת הרשות לפעול כשורה ובאופן תקין.

לאור המסקנה בדבר דרישת תום הלב מן המוכר עבור החלת תקנת השוק שבסעיף 34א, עולה השאלה מי נכלל בגדר ההגדרה "מוכר" בתקנת שוק זו. בהליכי הוצאה לפועל, למשל, לא תמיד הרשות היא המבצעת באופן ישיר את המכירה של הנכס. אם רשם ההוצאה לפועל רואה בכך צורך או תועלת עבור ביצוע פסק דין, הוא רשאי למנות כונס נכסים למכירת הנכס.²¹³ כונס הנכסים הוא נציג בית המשפט (Officer of the court), שמטרתו להשיא ככל האפשר את תמורת הנכס הנמכר תוך ייעול הליכי המכירה.²¹⁴ הוא הגורם המבצע את המשא ומתן עם הקונים השונים ואף מציע את הנכס למכירה פומבית, אם הוא רואה זאת לנכון.²¹⁵ לאחר ההכרזה על הזוכה בידי כונס הנכסים מאשר רשם ההוצאה לפועל את הזוכה, ולאחר תשלום התמורה מוציא הרשם צו מכר המסיים את ההליך.²¹⁶

ממילא, ייתכנו מקרים שבהם כונס הנכסים הינו חסר תום לב ומודע לפגמים החוקיים במכירה, אך רשם ההוצאה לפועל אישר את המכר בתום לב.²¹⁷ מצב דומה יכול לקרות גם במכירת חברה על ידי מפרק חברה, שהיחס בינו לבין בית המשפט דומה, בשנייהם הנדרשים, ליחס המתואר לעיל.²¹⁸ האם גם במקרה כזה לא תחול תקנת השוק? האם יש לבחון גם את תום הלב של כונס הנכסים או המפרק? מחד גיסא, אפשר לטעון כי את דרישת תום הלב יש לדרוש גם מכונס הנכסים וממפרק החברות, שכן הם באי כוחו ומייצגיו של בית המשפט, ופעולותיהם נעשות בשמו.²¹⁹ כן דובר רבות על החובה הרבה החלה על כונסי הנכסים ומפרקי החברות

212 דו"ח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 3.

213 ס' 53 לחוק ההוצאה לפועל.

214 שחר קטוביץ סוגיות נבחרות בדיני ההוצאה לפועל 87 (2009) (להלן: קטוביץ סוגיות בדיני הוצאה לפועל).

215 שם, בעמ' 89.

216 ת' 68 (ב) ו-69 לתקנות ההוצאה לפועל. לסקירה של הליכי ההוצאה לפועל ראו עניין דדוש בעליון, לעיל ה"ש 32, פס' 25 לפסק הדין של השופט עמית.

217 השו"ע עניין טטרואשוילי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 10. שם משתמע כי רשם ההוצאה לפועל שלא זיהה את הפגם החוקי בעבודת כונס הנכסים הינו רשלין. חשוב להדגיש כי אף אם ייתפס רשם ההוצאה לפועל כרשלין, מדובר בחוסר תום לב אובייקטיבי בלבד, אשר לפי הנטען אינו מונע את החלת תקנת השוק.

218 אבנר קדם בעלי תפקידים מטעם בית המשפט 217-218 (2020); להרחבה ראו שנער, לעיל ה"ש 61.

219 ע"א 522/72 מדינת ישראל נ' כונסי נכסים של החברה וולטקס צמרון, פ"ד כז(2) 393 (1973); רע"א 2077/92 אדלסון נ' רייף, פ"ד מז(3) 485, 499 (1993).

לבצע את פעולותיהם בקפדנות ובזהירות.²²⁰ מאידך גיסא, ספק אם כונס הנכסים או מפרק החברה נכללים בהגדרת ה"מוכר" וחובת תום הלב הנדרשת ממנו. בתקנות השוק האחרות שבהן המוכר הינו רשות מנהלית חובת תום הלב מוגדרת מוסדית – כזו החלה על כל בעלי התפקידים השונים במוסד שביצע את המכר.²²¹ אומנם כונס הנכסים ומפרק החברה פועלים מטעם רשות ההוצאה לפועל, אך אין בכך כדי לקבוע שהם חלק ממוסד זה. את ההפרדה בין כונס הנכסים לבין רשות ההוצאה לפועל אפשר לראות, למשל, באפשרות לתבוע את כונס הנכסים, בעוד רשות ההוצאה לפועל מוגנת מתביעה נזיקית.²²² מבחינה זו, כונס הנכסים הינו בעל מעמד משפטי עצמאי, הנפרד מן הרשות שהוא פועל בשמה.²²³

נוסף על כך, החלתה של דרישת תום הלב על כונסי הנכסים מרחיבה מאוד את חובת הרשות המנהלית ותמנע את החלת תקנת השוק במקרים רבים. למשל, בעניין **זלצר** נקבע שכונסי הנכסים עצמו את עיניהם לחשדות שהיו להם בדבר זהות הנושה שבגיניו נמכר הנכס בהוצאה לפועל. כך, החלה של דרישת תום הלב הסובייקטיבית, הרואה בעצימת עיניים חוסר תום לב, הייתה מביאה לפסילת תקנת השוק בעניין זה. כמו כן, החלת הדרישה לתום לב מנציגי בית המשפט תביא להכבדה יתרה על הליכי ההוצאה לפועל. הכבדה זו תפגע ביעילות ובאפקטיביות של מערכת ההוצאה לפועל באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תכליתה.

זאת ועוד, כשים לב לשוני שהוצג לעיל בין מכר על ידי רשות לבין מכר על ידי הרשויות בתקנות השוק האחרות, נדמה כי יש שיקול נורמטיבי כבד משקל להקלה בדרישת תום הלב מן הרשות המוכרת במסגרת תקנת השוק שבסעיף 34א. על כן, ולמסקנה, אומנם יש להחיל את חובת תום הלב, הסובייקטיבית שאינה קפדנית, על הרשות המנהלית המוכרת, אך אין להחילה על באי כוחה ונציגיה ככונסי נכסים ומפרקי חברות.

4. תביעת הרשות המוכרת

הן כאשר תקנת השוק חלה והן כאשר אין היא חלה עקב חוסר תום הלב של הרשות המוכרת, יש לדון בשאלת האחריות של הרשות המוכרת לנזק שנגרם עקב הפגמים שנפלו בהליכה. תביעת הרשות המוכרת נראית מתבקשת מכמה סיבות. ראשית, מבחינת שיקולי הוגנות.²²⁴ מאחר שהפגמים בהליכי המכר של הרשות הם שהביאו לתאונה המשפטית, היא שצריכה לשאת בנזקים שגרמה ולא הצדדים החפים מפשע. כמו כן, בכל הנוגע למכירות של רשות ההוצאה לפועל, המרוויח מקיומו של מוסד זה הוא הציבור כולו, שכן באמצעותו אפשר להבטיח גביית חובות בצורה יעילה

²²⁰ ראו קטוביץ **סוגיות בדיני ההוצאה לפועל**, לעיל ה"ש 214, בעמ' 91-93, והמקורות המובאים שם; ראו גם, למשל, עניין **זלצר**, לעיל ה"ש 22, פס' ה לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין.

²²¹ ראו דנ"א **סאלחה**, לעיל ה"ש 71, בפס' 24, 58 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן; ע"א 5685/94 **עמותת א.ל.ע.ד. אל עיר דוד נ' עיזבון אלעבסי**, פ"ד נג(4) 730, 745 (1999).

²²² מאור ודגני **על כונס נכסים**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 171-172.

²²³ שם.

²²⁴ ראו זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 434.

וודאית.²²⁵ עקב כך רק הוגן כי לא הבעלים המקורי או הרוכש לברם הם שיישאו בנזקים הנגרמים מפגמים במכירות ההוצאה לפועל, אלא הציבור כולו באמצעות קופת המדינה.²²⁶

שנית, מבחינת שיקולי יעילות. האפשרות לתבוע את הרשות המוכרת תתמרץ אותה מלכתחילה למנוע את הנזק וכן תתרום בדיעבד לפיזורו בין כלל הציבור.²²⁷ ואכן, במקרים שבהם הרשות המוכרת אינה רשות שיפוטית, אפשר לתבוע ממנה את הנזק הנגרם מן המכר שנגרם בו פגם חוקי. עם זאת, את הרשות השופטת ורשות ההוצאה לפועל אי-אפשר לתבוע בדין המצוי. כמובהר לעיל, על הרשות השופטת ועל רשות ההוצאה לפועל חלה חסינות נזיקית מהותית, ולפיכך אין אפשרות לתבוע בגין עוולה שיפוטית לא את השופט או הרשם ולא את הרשות, כלומר את המדינה.²²⁸ עקב השיקולים שנמנו לעיל הועלתה לאחרונה הצעה, באמרת אגב בפסק דינו של השופט כבוב בעניין סבן, שלפיה רשות ההוצאה לפועל היא שתישא באחריות לנזקים שנגרמו מהליכי המכר שלה.²²⁹ האם לפי הדין הרצוי אכן יש לאפשר לתבוע את רשות ההוצאה לפועל או את הרשות השופטת?

השוואה לשיטות משפט אחרות מראה כי החסינות המהותית על פעולות שיפוטיות נהוגה ברחבי המשפט המקובל. כך, למשל, באנגליה²³⁰ ובארצות הברית²³¹ מוקנית חסינות מוחלטת מפני תביעות על עוולות שיפוטיות הן באופן אישי לשופטים והן למדינה כמעסיקה שלהם, מלבד מקרים קיצוניים של חריגה מסמכות בחוסר תום לב.²³² במדינות הקונטיננטל, לעומת זאת, קיימות אפשרות מצומצמת לתביעה נזיקית של שופטים ואפשרות רחבה למדי לתביעת הרשות השופטת.²³³ בישראל, הגם שבעבר נשמעה העמדה שיש לאפשר תביעות נגד הרשות השופטת,²³⁴ המגמה המודרנית המקובלת בספרות המשפטית היא לצמצם מאוד אפשרות זו.²³⁵ כך גם נקבע להלכה

עניין **גמזו**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 374.

עניין **סבן**, לעיל ה"ש 41, בפס' 8 לפסק הדין של השופט כבוב.

זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 434.

ס' 8 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; ס' 73 לחוק ההוצאה לפועל; רע"א 3359/18 **מדינת ישראל נ' עלי אדם** (נבו 2.9.2018).

עניין **סבן**, לעיל ה"ש 41, בפס' 12 לפסק הדין של השופט כבוב; ראו גם זמיר **חוק המכר** (מהדורה שנייה), לעיל ה"ש 1, בעמ' 434, המציע "לבטל או לצמצם את החסינות המוענקת לרשויות ההוצאה לפועל".

Sirror v. Moore [1975] Q.B. ; Crown Proceedings Act 1947, 11 Geo. 6. c. 44, § 5(4) 118, 136

Stump v. Sparkman ; DAN B. DOBBS ET AL., THE LAW OF TORTS § 350 (2d ed. 2023) 391
Cronelin v. United States, 177 F.2d 275, 277 (5th Cir. 1949) ; 435 U.S. 349 (1978)

לסקירה משווה בסוגיה זו ראו דפנה אבניאלי **דיני חסינות** 186-153 (2014).

שם, בעמ' 137-153.

גד טרסקי "חסינות המעביד ואחריות העובד" **משפטים** יג 81, 101-102 (1983); ראו גם יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 392-396 (מהדורה שנייה, גד טרסקי עורך 1977) (להלן: אנגלרד, ברק וחשין **דיני הנזיקין**) ואהרן ברק **אחריות שילוחית בדיני נזיקין** 71-87 (1965).

דפנה אבניאלי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?" **הפרקליט** מז 77 (2003) (להלן: אבניאלי "מי ישפוט"); ישראל גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" **עלי משפט** 255 (2002); עמוס הרמן **דיני נזיקין** 317-318 (מהדורה שנייה 2020); אליהו מצא "האחריות השיפוטית" **ספר אליהו מצא** 995, 1001 (2015) (אומנם, לדעת מצא על החסינות להיות רחבה יותר משסבורים גלעד, אבניאלי והרמן, אך

בבית המשפט העליון בעניין **עלי אדם**, שם נפסק כי למבצע פעילות שיפוטית חסינות מהותית ולפיכך אין אפשרות לתבוע אותו ואת הרשות השופטת.²³⁶ החסינות המהותית הרחבה שמוענקת לשופטים ולרשות השופטת נובעת ממספר רב של טעמים. ראשית, החסינות נועדה להגן על עצמאות הרשות השופטת ועל חופש ההכרעה של השופטים.²³⁷ האפשרות לתבוע נזיקת נושא משרה שיפוטית בגין החלטותיו, או אף הדין במסגרת הליך נזיקי בגין התנהלותו של נושא משרה שכזו, חושפת אותו לשיקולים זרים.²³⁸ כמו כן, החסינות מחזקת את עקרון סופיות הדין, שכן האפשרות לתביעה הנזיקית תפתח מחדש את הסכסוך "גם אם דרך פריזמה שונה".²³⁹ נוסף על כך, אפשר לשער כי האפשרות לתבוע בנזיקין נושא משרה שיפוטית או רשות שופטת תביא להצפה של בתי המשפט, עקב מימושה על ידי כל צד שאינו מרוצה מפסק דין בעניינו (ולמותר לציין כי בכל סכסוך משפטי שהוכרע יש לפחות צד אחד שכזה). אלו טעמים כבדי משקל, ולצידם טעמים נוספים שהוזכרו בפסיקה ובספרות המשפטית בנושא.²⁴⁰

חשוב להדגיש כי החסינות המהותית העומדת לרשות השופטת, על כלל טעמיה, עומדת גם לרשות ההוצאה לפועל,²⁴¹ שכן רשמיה של רשות זו, אשר עד 2009 אף הייתה חלק אינטגרלי ממערכת בית המשפט, עוסקים תדיר בהכרעות שיפוטיות ומעין-שיפוטיות.²⁴² מאותם הטעמים שנמנו לעיל, חשוב אפוא לשמור על החסינות המהותית של רשות ההוצאה לפועל. אם כן, הגם שתביעת רשות ההוצאה לפועל תוריד את הנזק מכתפיהם של הבעלים המקוריים או הקונה, העלות שתושט עקב כך על הציבור כולו, והצדדים לתאונה המשפטית בתוכם, תהיה רבה ביותר – ויצא שכרם בהפסדם. עם זאת, בעקבות שיקולי המדיניות שפורטו לעיל המצדדים בהטלת האחריות על רשות ההוצאה לפועל והרשות השופטת, סבורים מספר מלומדים כי יש לאפשר את תביעת הרשות השופטת כאשר העוולה השיפוטית נעשתה בזדון²⁴³ או בחוסר תום

היא עדיין מצומצמת למקרי קיצון); תמר גדרון "אחריות המדינה, גופים ציבוריים וממלאי תפקידים ציבוריים לנזק שנגרם ברשלנות - מדרון חלקלק" הפרקליט נא 443, 479-483 (2011) (גדרון דנה בדין המצוי טרם הלכת **עלי אדם**, ומתארת דעות חלוקות שהבולטות שבהן מצמצמות את האפשרות לתבוע רשות שופטת למקרי קיצון. המאמר כולו מציע כי יש להרחיב את החסינות של רשויות המדינה).

עניין **עלי אדם**, לעיל ה"ש 228.

הרמן, לעיל ה"ש 235, בעמ' 317.

שם; עניין **עלי אדם**, לעיל ה"ש 228, פס' 17 לפסק הדין של השופט מזוז; גלעד, לעיל ה"ש 235, בעמ' 264.

עניין **עלי אדם**, שם, פס' 16 לפסק הדין של השופט מזוז; גלעד, לעיל ה"ש 235, בעמ' 264.

לצד טעמים אלו ציין השופט עמית בעניין **עלי אדם**, שם, בפס' 1 לפסק דינו, רשימה נרחבת של טעמים "אשר מטים את הכף באופן חד-משמעי להרחבה ולחזוק של החסינות: פגיעה באי תלות ובעצמאות השיפוט; פגיעה במעמד השופטים; הרתעת יתר והטלת מורא על שופטים; פגיעה במבנה ההיררכי של מערכת השיפוט; ניצול לרעה והגשת תביעות סרק; הצפת בתי המשפט; ופגיעה בעקרון סופיות הדין". ע"א 10015/17 רוח נ' מדינת ישראל - רשות האכיפה והגבייה (נבו 10.10.2018).

על"ע 3954/03 ניר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 844, 851-852 (2003); להרחבה ראו קטוביץ סוגיות בדיני הוצאה לפועל, לעיל ה"ש 214, בעמ' 21-32.

אבניאלי "מי ישפוט", לעיל ה"ש 235, בעמ' 99; גלעד, לעיל ה"ש 235, בעמ' 267; ראו גם אנגלרד, ברק וחשין דיני הנויקין, לעיל ה"ש 234, בעמ' 395.

כמובן, יש מקום רב לחשוב על פרטים נוספים הכרוכים בהקמת קרן השיפוי. שאלה מרכזית אחת היא הגורם שממנו תיגבה האגרה. נדמה כי החייב והנושה הם המרוויחים הגדולים ממנגנון ההוצאה לפועל ומתקנת השוק שמשאיה את מחירי מכירותיה.²⁵² האגרה צריכה אפוא להילקח מתוך התמורה לנכס העתידה להגיע לכיסו של הנושה ולכסות על חובו של החייב ולא כאגרה שתתווסף לתמורה בעד הנכס היוצאת מכיסו של הקונה. לעומת זאת, ייתכן כי במכירות של הרשות השופטת על האגרה להיגבות דווקא מן האחרון.

שאלה חשובה נוספת שיש לדון בה היא סוגי הפיצויים שיהיה אפשר לתבוע מן הקרן. כך, למשל, סביר ביותר כי מי שדירתו נמכרה ללא שהיה חייב בכל חוב רלוונטי, כגון מקרה שבו מעורב נוכל במכר כעניין זלצר או סבן, יקבל מן הקרן פיצוי על הנזק הרב שנגרם לו, ששוויו כשווי דירתו. עם זאת, האם מי שניזוק רק באופן חלקי יוכל לתבוע את הקרן? מקרה שכזה אפשרי כאשר נמכרת דירתו של בעל חוב אמיתי, כך שהמכירה כיסתה את חובו, אך הליך המכר היה שלא כדיון, כך שהוא ניזוק אם כי במידה פחותה.²⁵³ שאלה דומה עולה בנוגע לזו שדירתה נמכרה שלא בסמכות על ידי בית הדין הרבני וקיבלה לידיה את תמורת המכר, אך טוענת כי היא נמוכה משיכלה להיות לו נמכרה הדירה בשוק החופשי.²⁵⁴

אפשר לסבור כי במקרים שבהם הנזק אינו גבוה באופן מובהק, כמקרים שבהם לא מעורבים נוכלים בהליך המכר, אין לאפשר פיצויים מהקרן שכן אין צורך בפיזור הנזק. בניגוד לכך, יש מקום גם לדעה כי אין לחלק בין המקרים השונים, ואם הנזק שנגרם לבעלים המקורי עקב הפגם החוקי שנפל בהליכי המכר נמוך, על הקרן לפצותו בהתאם. שיקול אחד שיכול להשפיע על ההכרעה בשאלה זו הוא החשש מהצפת הקרן בתביעות פיצויים, אם יהיה אפשר לדרוש ממנה גם פיצויים נמוכים יחסית.²⁵⁵ נדמה כי הכרעה מיטבית בשאלה זו תתאפשר רק לאחר איסוף פרטי הנתונים הריאליים בגין מספר התאונות המשפטיות הצפויות ממכירות על ידי רשויות שיפוטיות, מספר בקשות הפיצויים הצפויות מן הקרן הנגזרות מכך וגובה האגרה שיש לגבות בכל מכירה – המושפעת משני אלו גם יחד. עוד חזון למועד.

ה. דיני ההוצאה לפועל; הערה בעניין מועד התחולה של תקנת השוק

כאשר המכר הנדון נעשה על ידי רשות ההוצאה לפועל, יש פריזמה נוספת שדרכה יש לבחון את תקפותו כאשר נפל בהליכיו פגם חוקי, הלוא היא מערכת דיני ההוצאה לפועל. כפי שצוין לעיל, במקרים רבים אף מכר על ידי בתי המשפט נעשה באמצעות רשות ההוצאה לפועל, כך שלמעשה דיני ההוצאה לפועל רלוונטיים גם לרבות

שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט כבוב.

ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 141-143.

כך יכול היה להיטען אילו חלה תקנת השוק בעניין שפיר, לעיל ה"ש 21.

השוו לויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 247, אשר טען כי מבחינה מעשית אין הרבה תביעות לקרנות השיפוי במדינות שבהן הן נוהגות.

ממכירות בתי המשפט. עיקרון חשוב במערכת דינים זו הוא עקרון סופיות ההליך. עיקרון זה קובע כי יש להגן על המציע תם הלב שהשתתף בהליך המכר וזכה לאישורו של כונס הנכסים ולאחר מכן לאישורו של רשם ההוצאה לפועל.²⁵⁶ הדבר נדרש כדי לפשט ולייעל את הליכי ההוצאה לפועל, וכן למנוע הרתעה מפני מתקשרים פוטנציאליים.²⁵⁷ עם זאת, נקבע בפסיקה חריג לעקרון סופיות ההליך, שלפיו אם נפל פגם חמור היורד לשורשו של הליך, יוכל רשם ההוצאה לפועל לבטל את ההליך ותוצאותיו אף לאחר הוצאת צו המכר הסופי, המסמן את סיום ההליך.²⁵⁸ היחס של עקרון סופיות הליך ההוצאה לפועל לתקנת השוק במכר מידי רשות, החלה כאמור גם במכר על ידי רשות ההוצאה לפועל,²⁵⁹ הוא כפול. ראשית כול, נדמה כי יש בקיום שני ההסדרים כפילות מיותרת, שכן סופיות ההליך מובטחת גם על ידי תקנת השוק; לצד זאת, החריג לעקרון סופיות ההליך עומד בסתירה לתקנת השוק שבסעיף 34א, כאשר בעוד האחרונה משמרת ומבצרת את מעמד המכר הפגום, הראשון מאפשר את ביטולו.

ואכן, בעקבות סתירה זו הסיק השופט עמית בפרשת **דדוש**, אשר נדונה לעיל, כי באותם מקרים שבהם הליך ההוצאה לפועל ניתן לביטול, קרי כשנפלו בו פגמים חוקיים היורדים לשורשו של עניין, תקנת השוק שבסעיף 34א אינה חלה.²⁶⁰ דרך דומה נקטו בעבר גם בתי המשפט המחוזיים, שנימקו את אי-החלטה של תקנת השוק אם נפל פגם חוקי בהליך עקב האפשרות לבטל את הליך ההוצאה לפועל.²⁶¹ לפי עמדה זו, הסמכות החריגה של רשם ההוצאה לפועל לבטל את הליכי המכר כשנפל בהם פגם חוקי מעידה כי אין תוחלת לתקנת השוק על ידי רשות בהליכי מכר פגומים חוקית.

סבורני כי עמדה זו מערבת מין שאינו במינו, בשל השוני המהותי הקיים בין עקרון סופיות ההליך, והחריג לו בדמות סמכות הרשם לביטול הליכי המכר, לבין תקנת השוק. עקרון סופיות ההליך נוגע רק להליכי ההוצאה לפועל, ולא לתוקפם הקנייני. כחלק מכך, סמכותו החריגה של רשם ההוצאה לפועל לבטל את המכר תקפה אך ורק לביטול הליכי ההוצאה לפועל ולא לביטול התוקף הקנייני של העסקה.²⁶² ודוק, הפסיקה אשר ביססה את סמכותו של רשם ההוצאה לפועל לבטל את המכר הפגום דיברה במפורש אך ורק על ביטול האישור להסכם המכר, ולא על ביטול הרישום, שהינו החותמת הקניינית להליך.²⁶³ בניגוד לכך, תקנת השוק מבצרת את מעמדו הקנייני של המכר,

קטוביץ סוגיות בדיני הוצאה לפועל, לעיל ה"ש 214, בעמ' 99.

ע"א 555/71 אמסטרדמר נ' מוסקוביץ' פ"ד כו(1) 793, 800 (1972).

עניין כהן, לעיל ה"ש 25, בפס' 2; קטוביץ סוגיות בדיני הוצאה לפועל, לעיל ה"ש 214, בעמ' 101.

ס' 34 דרוש המכר: "רשות הוצאה לפועל".

עניין 434 בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 33-35 לפסק הדין של השופט עמית ("...[...] וכפי שהוזכר לעיל, רשם ההוצאה לפועל אף מוסמך לבטל מכירה מקום שבו נפל בהליכי המכירה פגם היורד לשורשו של עניין").

עניין סלימאן, לעיל ה"ש 50, בפס' 35-37; עניין חדש, לעיל ה"ש 54, בעמ' 5-7.

אף על פי שעמדה זו לא נאמרה במפורש בספרות המשפטית ביחס לדין המצוי, נדמה שיש לכך רמז בספרות, המזכירה את אפשרות ביטול המכר רק ביחס לשלב של אישור רשם ההוצאה לפועל ולא ביחס לשלב הרישום. ראו מאור ודגני על כונס נכסים, לעיל ה"ש 72, בעמ' 320-321.

למשל, עניין כהן, לעיל ה"ש 25, בפס' 2 ("...[...] עילה לראש ההוצאה לפועל לבטל את אישור המכירה שנתן"); רע"א 2404/01 וקנין נ' בראון, פ"ד נו(1) 913, פס' 3 (2001) ("על ראש ההוצאה לפועל היה לדון בטענות אלה של החייבים לפני שאישור את המכירה, ומשלא עשה כך, דין החלטתו להתבטל").

כשזה קיים. כראיה לכך, רובם המוחלט של פסקי הדין שבהם בוטל מכר של רשות ההוצאה לפועל עניינם פרשיות שבהן טרם נעשה רישום של העסקה במרשם המקרקעין.²⁶⁴ פרשיות אלו עוסקות אך ורק בביטול צו המכירה שהנפיק הרשם לאישור המכר ולא במחיקת הרישום הקנייני של העסקה.²⁶⁵

לאמיתו של דבר, שאלת היחס בין תקנת השוק לסמכות רשם ההוצאה לפועל לבטל את המכירה קשורה במישורין לשאלת מועד תחולתה של תקנת השוק. כאשר תחולת תקנת השוק חופפת את הזמן שבו מתקיים החריג לעקרון הסופיות שהוצג לעיל, אכן יש התנגשות וכפילות ביניהם כמתואר לעיל. ואכן, לפי דעות מסוימות קיימת חפיפה שכזו. למשל, יש הסוברים, ובראשם המלומד בר-אופיר בספרו על דיני ההוצאה לפועל והשופט עמית בעניין **דרוש**, שתקנת השוק מתחילה לחול, לכל המאוחר, בהוצאת אישור המכר על ידי רשם ההוצאה לפועל.²⁶⁶ במקרה כזה אכן נדמה כי יש סתירה בין סמכותו של רשם ההוצאה לפועל לבטל את צו המכר לבין החלת תקנת השוק גם כשנפל בהליכי המכר פגם חוקי. חפיפה זו גם מציגה כפילות מיותרת בין ההסדר של עקרון סופיות ההליך ובין תקנת השוק.

עם זאת, הסתירה והכפילות המיותרת שהוצגו מדומות בלבד. שכן, תקנת השוק אינה חלה אלא במועד רישום העסקה במרשם המקרקעין. כך נקבע לאחרונה להלכה בפסק דין **סבן**,²⁶⁷ בניגוד לדעת השופט עמית בעניין **דרוש**. למעשה, הלכה זו איננה חדשה.²⁶⁸ כך עולה במספר רב של פסקי דין, הן של בית המשפט העליון והן של בתי המשפט המחוזיים,²⁶⁹ וביניהם עניין **כהן** המצוטט לעיל. כך סבר גם המשנה לנשיאה הנדל כשהתנגד לדעת השופט עמית בעניין **דרוש**.²⁷⁰

²⁶⁴ עניין **פרוקומרץ**, לעיל ה"ש 26; עניין **כהן**, לעיל ה"ש 25; עניין **וקנין**, שם; רע"א 2501/01 **גולדמן נ' בנק ירושלים בע"מ** (נבו 30.9.2001); רע"א 8646/01 **אסקבל תירות בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ** (נבו 13.2.2002); ע"א (מחוזי ת"א) 390/72 **נוים נ' החייב אבשלום רובין ואח', פ"מ התשל"י** (1) 163 (1975); בר"ע (מחוזי ב"ש) 66/94 **שפר תעשיות לאטקס בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ**, פ"מ התשנ"ו (1) 157 (1995).

²⁶⁵ חריג בודד לכך הוא רע"א (מחוזי מ"ר) 37293-06-13 **מנהל מיסוי מקרקעין ירושלים נ' חדש**, עמ' 5-7 (נבו 22.4.2014), אשר בו בוטלו הליכי מכר אף לאחר שבוצע הרישום. לטענתי, מדובר בהכרעה שגויה. פסקי הדין עליהם מתבססת הכרעה זו הם פסקי הדין שהוצגו לעיל, אשר בהם טרם הושלם הרישום הקנייני של המכר; השו"ג לה"פ (מחוזי ב"ש) 4045/09 **אמרייב נ' בנק מזרחי טפחות בע"מ** (נבו 25.5.2010), שם משתמע כי סמכות רשם ההוצאה לפועל לביטול המכר חלה גם לאחר הרישום המרשם המקרקעין, אך לא הייתה לכך משמעות אופרטיבית בפסק הדין.

²⁶⁶ בר-אופיר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 644; עניין **דרוש** בעליון, לעיל ה"ש 32, בפס' 34-37; ראו גם עניין **הלפרט**, לעיל ה"ש 45, שם הגן בית המשפט על מעמד הקונה באמצעות תקנת השוק ממועד אישור המכר.

²⁶⁷ עניין **סבן**, לעיל ה"ש 41, בפס' 66, 95 לפסק הדין של השופט סולברג.
²⁶⁸ שם, בפס' 57-58 לפסק הדין של השופט סולברג, המציין את עניין **כהן** ועניין **זלצר**. ראו להלן בה"ש 269 לפסקי דין נוספים.

²⁶⁹ עש"א (מחוזי מ"ר) 22828-05-18 **קבוצת סהר בע"מ נ' ר.ג.ד.ג. יום והשקעות בע"מ** (נבו 28.7.2019); ת"א (מחוזי ת"א) 46544-10-17 **אייסוי נ' סבן** (נבו 2.3.2022); בר"ע (מחוזי ת"א) 2056/04 **גינות נ' בנק מזרחי בע"מ**, פס' ז (נבו 26.07.2005); עניין **ברוכשטיין ושפיגלמן**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 158; ה"פ (מחוזי י-ם) 7410-08 **סלומון נ' אפלבוים**, פס' 29 (נבו 26.1.2011); ע"א (מחוזי ת"א) 2835/03 **רום נ' כהן**, עמ' 20 (נבו 21.12.2006).

²⁷⁰ עניין **דרוש** בעליון, לעיל ה"ש 32, פס' 2 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') הנדל.

אם כן, נמצאנו למדים כי יש הפרדה כרונולוגית בין העיקרון של סופיות הליך ההוצאה לפועל, והחריג לו, לבין תחולת תקנת השוק. עד שלב הרישום חלים עקרון סופיות ההליך והחריג לו, המאפשר לרשם ההוצאה לפועל לבטל את האישור שנתן למכר אם נפל בהליכו פגם חוקי. מכיוון שהמכר טרם זכה למעמד קנייני, ביטול האישור שניתן לו מביא לביטול של כלל ההליכים ולמעשה לביטול המכר עצמו. עם זאת, לאחר הרישום וקבלת המעמד הקנייני, כשתיכנס תקנת השוק לתוקפה, יהיה המכר סופי לא מכוח עקרון סופיות ההליך אלא מכוח תקנת השוק. משלב זה לא נתונה לרשם ההוצאה לפועל הסמכות לבטל את המכר.

טרם סיום פרק זה ראוי להתייחס להפרדה המהותית והכרונולוגית שבוצעה לעיל גם במקרה של מכר מיטלטלין. מבחינת ההפרדה המהותית, ברי כי גם כאן יש לראות את סמכות רשם ההוצאה לפועל כנוגעת למישור ההליך בלבד, בעוד המישור הקנייני נפרד מכך. עם זאת, ההפרדה הכרונולוגית בין סוף הליך ההוצאה לפועל לבין השלמת העסקה מבחינה קניינית דרמטית פחות במיטלטלין, שכן אלו אינם דורשים רישום. לעומת "מרווח הרישום" במקרקעין, הנע בין שבועות ספורים לשנים רבות,²⁷¹ הבעלות הקניינית במיטלטלין עוברת בעת מסירתם הפיזית.²⁷² סמכותו של הרשם לבטל את הליכי המכר תקיים אפוא רק כל עוד לא עברו המיטלטלין לקונה. מרגע המסירה, כאשר ניתן התוקף הקנייני למכירה, תחול תקנת השוק, אשר תגן על זכותו של הקונה גם אם נפל בהליכי המכר פגם חוקי, כאמור.

1. מסקנות וסיכום

מאמר זה עסק בשאלה אם יש להחיל את תקנת השוק במכר מידי רשות כאשר נפל פגם חוקי בהליכי הרשות. שאלה זו חייבה דיון נרחב ומעמיק בשלוש דיסציפלינות משפטיות שונות: דיני הקניין, המשפט המנהלי ודיני ההוצאה לפועל. כפי שהוצג בחלקו הראשון של המאמר, הדבר התחייב על רקע העמימות והבלבול העולים מן הפסיקה, המתבטאים בהימנעות מהכרעה בבית המשפט העליון ובגישות סותרות בבתי המשפט המחוזיים.

את מסקנות המאמר אפשר לתאר מתוך שלוש הדיסציפלינות המשפטיות שנדונו בו. מבחינת דיני הקניין, עלה כי כדי לשמור על תכלית תקנת השוק יש להחילה גם כאשר נפל פגם חוקי בהליכי המכר של הרשות ואף אם היא חרגה מסמכותה, זאת כל עוד הרשות הינה בעלת הסמכות לבצע מכירות מתוקף תפקידה המנהלי. כלומר, יש לנקוט בגישת הפרשנות אשר כונתה לאורך המאמר גישת "היעדר דרישה". מסקנה זו עלתה מהשוואה לתקנות השוק השונות במשפט הישראלי, וכן מהשוואה לתקנות שוק מקבילות בשיטות משפט אחרות. כמו כן, מסקנה זוהי עלתה בבחינתם של שיקולי היעילות הכרוכים בתקנת השוק: שיקולי מונע הנזק היעיל ביותר ו"מאזן המצוקה" בין כלל הצדדים לאירוע. נוסף על כך, ההגנה על הקונה מרשות מנהלית מוצדקת עקב

זנדרבג "הסתמכות על המרשם", לעיל ה"ש 100, בעמ' 284.

²⁷² ס' 33 לחוק המכר.

הסתמכותו על פעולת הרשות, אשר חזקה שהיא אמינה ותקינה. אף על פי כן, עוצמתה של תקנת השוק במכר על ידי רשות, הנובעת בין היתר מהמסקנה המבצרת את מעמדה על אף פגמים חוקיים שנפלו בהליכיה, הובילה לחיפושים אחר מנגנונים מרכזיים ומעדינים לה. מנגנון אחד שכזה הוא זכות הפדיון המוענקת לבעלים המקורי של הנכס, שבמסגרתה הוא יוכל לפדותו תוך שנה ממועד המכר בשווי השוק שלו או בשווי התמורה שניתנה בעבורו.

מבחינת המשפט המנהלי, הוכרע כי המשפט המנהלי איננו מגן, ככלל, על הסתמכותו של הקונה על מעשה לא חוקי של הרשות, אף על פי שהיא מוצדקת. עם זאת, נקבע כי למרות בטלות המכר עקב עקרון החוקיות, תקנת השוק הישראלית תגן על המכר שנפלו בהליכיו פגמים חוקיים, כיוון שהיא חלה גם על זכות בטלה. במילים אחרות, תקנת השוק גוברת למעשה על בטלות המכר, כך שבהתנגשות החזיתית ביותר בין דיני הקניין למשפט המנהלי, הנבחנת במאמר זה, גוברים דיני הקניין. בתוך כך נעשתה הבחנה בין פגם המביא לבטלות המכר לבין פגם במכר עצמו. בעוד פגם במכר עצמו אכן מונע את תקנת השוק, אשר אינה רלוונטית ליחסים שבין המוכר לקונה, היא יכולה לגבור על פגם המביא לבטלות המכר.

לצד זאת, השוואה לתקנות שוק נוספות שבהן המוכר הינו רשות מנהלית העלתה כי יש להציב דרישת תום לב לרשות המוכרת. דרישה שכזו לא עלתה בספרות משפטית הדנה בנושא עד כה. בשים לב להבדלים בין תקנת השוק במכר מידי רשות לשאר תקנות השוק שבהן המוכר הינו רשות מנהלית, הוסק כי יש להציב דרישת תום לב רכה יותר, אשר תחול על הרשות בלבד ולא על באי כוחה, ככונסי הנכסים ומפרקי החברות. לפי דרישה זו, ולמסקנת המאמר, תקנת השוק במכר על ידי רשות תחול גם אם נפל פגם חוקי בהליכי הרשות, ואף אם הרשות חרגה מסמכותה, אך במקרה שבו הייתה הרשות מודעת או עצמה עיניים לפגם חוקי זה בחוסר תום לב, אין להחיל את תקנת השוק ויש לבטל את המכר. כמו כן, במקרה שבו פעלה הרשות בחוסר תום לב, יש לצמצם את חסינותה ולאפשר את תביעתה על ידי הקונה שלא זכה להגנת תקנת השוק. כהשלמה לכך, הוצע להקים קרן שיפוי אשר תאפשר פיצוי לבעלים המקורי מהחלת תקנת השוק במכר על ידי הרשות השופטת ורשות ההוצאה לפועל.

מבחינת דיני ההוצאה לפועל, נטען כי למרות חריגי הקיים לעיקרון של סופיות הליכי ההוצאה לפועל, כאשר נפל בהם פגם חוקי, אין בו כדי לפגוע בהחלת תקנת השוק, זאת עקב ההפרדה המהותית והכרונולוגית בין תקנת השוק לעקרון סופיות ההליך. הוכח כי סמכות רשם ההוצאה לפועל לבטל את הליכי המכר מתייחסת למישור ההוצאה לפועל בלבד, כך שהוא מסוגל לבטל את האישור הניתן למכר, אך לא את התוקף הקנייני של העסקה, כאשר זה קיים. עקב כך, מרגע החלתה של תקנת השוק ברישום או במסירה, אי-אפשר לטעון עוד לביטול המכר עקב הפגם שנפל בהליכיו על ידי סמכותו החריגה של רשם ההוצאה לפועל, שכן זו איננה רלוונטית למישור הקנייני. כאמור, השאלה המשפטית הנדונה במאמר זה היא בעלת חשיבות רבה, עקב חשיבות עסקאות המכר הנעשות על ידי רשויות לאינטרס הציבורי, מספרן הרב של עסקאות אלו ומספר הליקויים והפגמים שנוטים, למרבה הצער, ליפול בהם. אני תקווה כי הניתוח המשפטי במאמר זה מבהיר את הדין הרצוי, המאפשר את השמירה

המתחייבת על מכירות שנעשו על ידי הרשות, אך זאת תוך הצעת מנגנונים לעידון הפגיעה בבעלים המקורי ומתן תמריץ לרשות לפעול כשורה, שימת לב לדגשים המיוחדים הנובעים מזהותו המנהלית של המוכר והתייחסות להבחנה בין המעמד הקנייני של תקנת השוק להליכי ההוצאה לפועל.