

## תקנת השוק במקרקעין – בין בג"ץ למשפט העברי

מאת

רועי עבודי\*

### מבוא

"תקנת השוק" היא כינוי להסדר המשפטי המעניק זכויות קנייניות לרוכש נכס שנלקח מבעליו שלא לפי כללי דיני העברת הקניין (למשל: נכס שנגנב), בהתקיים תנאים מסוימים. הסדרי תקנת השוק במקרקעין רלוונטיים במיוחד במקומות בהם אין הסדרת קרקעות ורישום מדויק, ובייחוד ביהודה ושומרון – שם מצויות קרקעות רבות במוקדו של סכסוך טריטוריאלי. מציאות זו מובילה להקמת בתים וישובים על קרקעות, שאין למקימים בעלות עליהן.

במאמר זה אבקש להתמקד באופיו של סטנדרט תום הלב הנדרש בתקנת השוק במקרקעין, תוך דיון בפסיקת בג"ץ בפרשת **מצפה כרמים**<sup>1</sup>. במסגרת הדיון, ובהשראת המשפט העברי, אציע להחמיר את סטנדרט תום הלב הנדרש בתקנת השוק, על מנת לצמצם את תחולתה. כמו כן, אציע מענה ל"מקרים קשים" דוגמת פרשת **מצפה כרמים**, בהם יישוב שלם נבנה בשגגה על קרקע פרטית, שנלקחה מבעליה שלא כדין.

\* סטודנט לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטה העברית.  
<sup>1</sup> בג"ץ 953/11 סאלחה נ' שר הביטחון (נבו 27.08.2020) (להלן: פרשת מצפה כרמים).

## א. "פרשת מצפה כרמים" – פס"ד שר הביטחון נ' סאלחה

פרשת מצפה כרמים עוסקת בהסדרת ההתיישבות במצפה כרמים, שנבנתה במקרקעין מוסדרים בבעלות פלסטינית פרטית.<sup>2</sup> הפלסטינים טענו שהקרקע בבעלותם, ולפיכך יש לפנות את המתיישבים.<sup>3</sup> טענת המתיישבים היתה שהקרקע הוקצתה להם על ידי הממונה על הרכוש הממשלתי באיו"ש, וביקשו להיתלות בסעיף 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי באיו"ש,<sup>4</sup> לפיו עסקה שנעשתה בתום לב בין הממונה על הרכוש הממשלתי לאדם אחר, לא תיפסל גם אם בדיעבד יתברר שהנכס אינו רכוש ממשלתי.<sup>5</sup>

בית המשפט פסק שסעיף 5 לצו קובע "מעין תקנת שוק", ונועד להסדיר מקרים בהם הממונה מסר קרקע שאינה רכוש ממשלתי לאדם אחר בתום לב.<sup>6</sup> עם זאת, בהחלטת בית המשפט באוגוסט 2020, נקבע ברוב דעות כי לא ניתן להחיל על היישוב מצפה כרמים את סעיף 5 לצו, ולפיכך יש לפנות את היישוב.<sup>7</sup> בית המשפט חייב את המדינה למצוא חלופות מגורים הולמות לתושבים, בתוך שלושים ושישה חודשים.<sup>8</sup>

קביעה זו התהפכה ביולי 2022, בדיון הנוסף בסוגיה. הדיון הנוסף התמקד בהכרעה בשאלה מהן אמות המידה המשפטיות לבחינת תום הלב בהסדר שקובע סעיף 5, והאם הן התקיימו בפרשת מצפה כרמים.<sup>9</sup>

בדיון הנוסף, קבע השופט פוגלמן שהמתקשר עם הממונה על הרכוש הממשלתי נדרש לתום לב סובייקטיבי,<sup>10</sup> בעוד שהממונה על הרכוש הממשלתי נדרש לתום לב 'סובייקטיבי ברף הגבוה'. לדעת השופט פוגלמן, במקרה זה, אין עמידה בדרישת תום הלב.<sup>11</sup> דעת הרוב בפסק הדין מקבלת את קביעתו העקרונית, אך חולקת עליו ביחס למקרה הקונקרטי. לפיכך, הוחלט בדעת רוב להפוך את ההחלטה הקודמת, ולהותיר את ההתיישבות במקומה תוך פיצוי בעלי הקרקע הפלסטינים.

## ב. עמדת המשפט העברי – "קרקע אינה נגזלת"

בפסק דינו במסגרת הדיון הנוסף, השופט עמית מציין במאמר מוסגר שהמשפט העברי אינו מכיר בתקנת שוק במקרקעין.<sup>12</sup> גישה זו מעדיפה להגן על הבעלים המקורי, ומבקרת את התפיסה היסודית שבבסיס פסק הדין, שמכירה באפשרות להעביר בעלות במסגרת תקנת השוק, בכפוף לדרישות ובהן תום לב.

<sup>2</sup> דנ"א 6364/20 שר הביטחון נ' סאלחה, פס' 9 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן (נבו) (להלן: דנ"א מצפה כרמים). (27.07.2022)

<sup>3</sup> שם, פס' 10 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

<sup>4</sup> ס' 5 לצו בדבר רכוש ממשלתי (יהודה והשומרון) (מס' 59), התשכ"ד-1967.

<sup>5</sup> דנ"א מצפה כרמים, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

<sup>6</sup> פרשת מצפה כרמים, לעיל ה"ש 1, פס' 37 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>7</sup> שם, פס' 53 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>8</sup> שם, פס' 66 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>9</sup> דנ"א מצפה כרמים, לעיל ה"ש 2, פס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

<sup>10</sup> שם, פס' 62 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

<sup>11</sup> שם, פס' 66 לפסק הדין של המשנה לנשיאה פוגלמן.

<sup>12</sup> שם, פס' 1 לפסק הדין של השופט עמית.

עמדו זו מבוטאת יפה בפסיקת הלכה של רבי יוסף קארו בספרו 'שולחן ערוך':  
"קרקע אינה נגזלת לעולם אלא ברשות בעליה עומדת אפילו נמכרה לאלף  
זה אחר זה ונתיאשו הבעלים הרי זה חוזרת לנגזל בלא דמים וכל מי שיצאה  
מתחת ידו חוזר על זה שמכרה לו וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון עד  
שיחזיר הלוקח מהגזלן על הגזלן ויטול ממנו"<sup>13</sup>.

עמדתו העקרונית של השולחן ערוך, היא שקרקע אינה ניתנת לגזלה כלל. השולחן  
ערוך מדגיש שאפילו אם נמכרה הקרקע לאלף אנשים ברצף, ואפילו אם הבעלים  
המקורי התיאשו – הקרקע חוזרת לבעליה המקוריים, שלא נדרש לשלם לקונים.  
פסיקתו של השולחן ערוך מתבססת על הכלל התלמודי "קרקע אינה נגזלת"<sup>14</sup>.

כלומר, מבחינת המשפט העברי, ובניגוד לפסק הדין, גם כשרוכש קרקע גזולה  
רכשה בתום לב לחלוטין – סובייקטיבית ואובייקטיבית – הקרקע תוחזר לבעליה.  
כלומר, נראה שמבחינת השולחן ערוך, תום ליבו של הרוכש אינו מעלה ואינו מוריד  
בהחלטה בעניין קרקע גזולה.

עם זאת, יש לסייג את הקביעה כי תום הלב של הרוכש אינה משמשת פקטור כלל,  
לאור חריג מסוים שמופיע בתשובותיו של הריב"ש (רבי יצחק בר ששת ברפת).  
הריב"ש מתאר בתשובותיו מקרה בו גויים גזלו קרקע מיהודי, ויהודי אחר רכש את  
הקרקע. במקרה זה, פוסק הריב"ש שהקרקע תוחזר לבעליה המקורי, אך הוא נדרש  
לשפות את הקונה התמים על הוצאות הרכישה.<sup>15</sup> כלומר, במקרה חריג זה, תום ליבו  
של הקונה יזכה אותו בשיפוי הוצאות. מנגד, ניתן לראות כי גם הריב"ש נאמן  
לעיקרון היסודי שהקרקע אינה נגזלת, ולעולם חוזרת לבעליה המקוריים.<sup>16</sup>

## ג. צמצום תקנת השוק בהשראת המשפט העברי

המחלוקת העקרונית בין המשפט העברי, ובין הפסיקה בפרשת מצפה כרמים,  
שמכירה בתקנת שוק במקרקעין, היא ביטוי למחלוקת בין הגישה המסורתית  
שמקורה במשפט הרומי, אשר נוטה להגן על הקונה המקורי,<sup>17</sup> ובין הגישה  
הכלכלית והמודרנית, שמעניקה משקל גם לשיקולי יעילות ולאינטרס ההסתמכות  
של קונים.<sup>18</sup>

במאמר זה אבקש לטעון כי מוטב לתמוך בגישה המסורתית המעדיפה את הבעלים  
המקורי, על פני גישה שמעדיפה יעילות ומכירה באפשרות של תקנת שוק  
במקרקעין. טענתי היא כי יש ליטול השראה בעניין מן המשפט העברי – קרי, אין  
להכיר באפשרות של תקנת שוק במקרקעין, ולחילופין, במקרה שהמחוקק קבע  
תקנת שוק, יש לפרש אותה בצמצום ולדרוש מהקונה תום לב אובייקטיבי – כלומר  
שהוא לא ידע שהקרקע גנובה ולא היה עליו לדעת – ולא תום לב סובייקטיבי כפי  
שנפסק בפרשת מצפה כרמים.

<sup>13</sup> שולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעא, סעיף א.

<sup>14</sup> בבלי, סוכה ל, ע"ב; בבלי, בבא קמא קיז, ע"ב.

<sup>15</sup> שו"ת הריב"ש, סימן רצ.

<sup>16</sup> שו"ת הריב"ש, לעיל; הגהות הרמ"א על השולחן ערוך, חושן משפט, סימן רלו, סעיף א.

<sup>17</sup> חיים זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל 28 (2001)

<sup>18</sup> חיים זנדברג "תום לב בתקנת השוק – מגמות סותרות בפסיקת בית המשפט העליון אגב פרשת מצפה כרמים" בלוג פרופסור חיים זנדברג (13.10.2020).

הצדקה ראשונה להעדפת הגנה על הקונה המקורי, מתבססת על שיקולי צדק.<sup>19</sup> מבחינת שיקולי צדק, במקרה בו הן בעל הקרקע המקורי והן הקונה נהגו בתום לב, אין סיבה להעדיף את הקונה על פני בעל הקרקע. תום ליבו של הקונה אינו על גובר על תום ליבו של בעל הקרקע.<sup>20</sup> אומנם הקונה תם לב, אך גם בעל הקרקע לא חטא, ומה גם שהוא היה הבעלים ראשון. כיוון שתום לב – סובייקטיבי ואובייקטיבי – אינו יכול כשלעצמו להקנות זכויות קנייניות, אם נשקול שיקולי צדק גרידא, יש להעדיף את הבעלים המקורי.<sup>21</sup>

נימוק נוסף מתבסס על הגדרת מושג הבעלות לפי גישת המשפט העברי. לדעת הרב עדין שטיינזלץ בפירושו לתלמוד, הבעלות במקרקעין מוגדרת ועוברת בצורה שונה מבעלות במיטלטלין. בעוד שבמיטלטלין הבעלות עוברת כשהחפץ עובר ממקום למקום ונעשה בו שימוש, הקרקע אינה ניידת, ולכן הבעלות בה היא שונה ומופשטת.<sup>22</sup> לכן, גם אם אחרים לקחו את המקרקעין והשתמשו בהם – ואפילו בתום לב אובייקטיבי – הבעלות של הבעלים המקורי בעינה עומדת. חיזוק לדברים טמון בכך שהמשפט העברי מכיר בתקנת שוק במיטלטלין, בעיקר משיקולי יעילות.<sup>23</sup> העובדה שבמקרקעין אין הכרה בתקנת שוק, עשויה בעיניי ללמד שהמשפט העברי אכן רואה את עצם הגדרת הבעלות במקרקעין, בצורה שונה לגמרי מאשר במיטלטלין.

אם נאמץ עמדה שרואה הבדל עקרוני במושג הבעלות במקרקעין ובמיטלטלין, יש להעדיף את הבעלים המקורי, כיוון שהבעלות לא נלקחה ממנו גם אם אינו משתמש בקרקע, וגם אם אחרים השתמשו בקרקע בתום לב. לפיכך, יתכן שאין מקום כלל לתקנת שוק במקרקעין, ולכל הפחות יש לפרשה בצמצום ולדרוש תום לב אובייקטיבי.

טענה נוספת עליה מתבסס המשפט העברי, היא שגזלת מקרקעין לרוב ידועה,<sup>24</sup> ולכן מי שרוכש קרקע גזולה עושה זאת מבלי שיתקיים אפילו תום לב סובייקטיבי, ובוודאי שלא בתום לב אובייקטיבי. קונה כזה מדומה למי שרכש מיטלטלין גנובים, שאינו זכאי להנות מתקנת השוק.<sup>25</sup>

ניתן לומר שהמשפט העברי קובע מעין חזקה שאינה ניתנת לסתירה, לפיה רוכש קרקע גזולה אינו תם לב. החזקה מבוססת על כך שעסקת מקרקעין היא מורכבת, ומחייבת בדיקות מעמיקות, (להבדיל מרוב העסקות במיטלטלין), ולפיכך קשה להניח שהקונה יהיה תם לב לחלוטין, אפילו אם נדרש ממנו תום לב סובייקטיבי בלבד.<sup>26</sup> מנגד, ניתן לומר כי טענה זו נחלשת בזמננו, במקרים בהם מדובר במקרקעין מוסדרים עם מרשם זכויות מדויק, וכאשר מעוניינים לעודד הסתמכות של פרטים על המרשם. בנוסף לאמור לעיל, העדפת הבעלים המקורי מבוססת בעיני גם על שיקולי יעילות, שניתן ללמוד מהם לענייננו.

<sup>19</sup> ישראל צינגלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של הדין" משפטים 837, 849 (2001).

<sup>20</sup> נחום רקובר המסחר במשפט העברי 58 (1987).

<sup>21</sup> שם.

<sup>22</sup> פירוש שטיינזלץ לתלמוד על בבלי, סוכה ל, ע"ב.

<sup>23</sup> באר היטב על השולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעא, ד"ה "דמים"; מאירת עיניים על השולחן ערוך, חושן משפט, סימן שעא, ד"ה "קרקע אינה נגזלת".

<sup>24</sup> תשובות מהר"ם, סימן תסא.

<sup>25</sup> בבלי, בבא קמא קיד, ע"ב; ב.ז. מלק "זכויות הקונה חפץ גנוב לפי המשפטים העברי, האנגלי והמקומי" הפרקליט טז 257, 260 (1960); צינגלאוב, לעיל ה"ש 19, בעמ' 851.

<sup>26</sup> אורים ותומים, סימן לז, סעיף יא.

ראשית, הגנה מוחלטת על הבעלים המקורי תמריץ קונים לבחון היטב את שרשרת הזכויות בטרם ירכשו את הקרקע, ובכך יצומצמו תאוונות משפטיות. הדים להסבר זה ניתן למצוא בדברי השופט רובינשטיין בפרשת מינץ, שם נטען כי צמצום תקנת השוק באמצעות דרישה לבדיקה ראויה, תגרום לרוכש מקרקעין למנוע נזקים:

"הדרישה להוספת יסוד שעניינו "בדיקה ראויה" מוצדקת גם מטעמי יעילות. הקונה, במיוחד באמצעות עורך דינו, הוא "מונע הנזק" הזול ביותר בשלב ההתקשרות החוזית [...] בדיקה ראויה של מערך הזכויות בנכס, מהווה ניהול סיכונים נכון המתחייב גם מכוח השכל הישר".<sup>27</sup>

ומהתם להכא – אם מתיישבי מצפה כרמים היו יודעים שבמקרה של פגם בבעלות הקרקע תילקח מהם, ככל הנראה הם היו דורשים וחוקרים היטב לפני ההתיישבות במקום, וכנראה שהייתה נמנעת הסיטואציה הקשה שנוצרה.

מטיעון זה אפשר להסיק, שגם בשיטה כשלנו, שמכירה בתקנת השוק, ראוי לדרוש מרוכש קרקע תום לב אובייקטיבי – כדי לתמריץ אותו לבצע בדיקה מקיפה ולמנוע תאוונה משפטית.<sup>28</sup>

שנית, העובדה שהקונים יזהרו יותר, תגרום להרתעת גזלנים. ככל שקונים יזהרו ויבדקו יותר – לאור היעדר תקנת שוק, ולחילופין – לאור דרישה לתום לב אובייקטיבי – יקטן התמריץ לגזול קרקע, כיוון שיהיה קשה יותר למוכרה.<sup>29</sup> מכאן, שדווקא גישה שמאפשרת העברת קרקע מהבעלים, תוך דרישת תום לב סובייקטיבי בלבד, עשויה לתמריץ גזלת קרקע.<sup>30</sup>

לאור נימוקים אלו, אציע לבחון מחדש את קיומה של תקנת שוק במקרקעין, ולחילופין להחמיר את דרישת תום הלב שבה לתום לב אובייקטיבי, בהשראת המשפט העברי.

#### ד. מענה ל"מקרים קשים"

הקושי העיקרי בהצעת החמיר את סטנדרט תום הלב הנדרש בתקנת השוק במקרקעין, ובכך לצמצם את תחולתה, הוא שכתוצאה מכך עלולים להיווצר "מקרים קשים". השופט חשין היטיב לתאר מהו מקרה קשה:

"מקרה קשה" בהקשר עניינינו כאן, הוא מקרה שההכרעה בו קשה הואיל והחוק מורה, לכאורה, אל צפון, ואילו לבו של השופט נמשך אל דרום. החוק כמו לא "התאים" עצמו למערכת העובדות המיוחדת שלפני בית המשפט. מכאן הפער שנבעה, לכאורה, בין החוק לבין הלב, ומכאן הקושי שהשופט נקלע אליו".<sup>31</sup>

<sup>27</sup> ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פס' לא לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 04.08.2014) (להלן: פרשת מינץ).

<sup>28</sup> ברק מדינה "העדפת הקונה בתמורה ובתום לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורי, לשם עידוד השקעה בהשגת מידע" המשפט ה' 117, 124 (2001).

<sup>29</sup> זנדברג, לעיל ה"ש 17, שם.

<sup>30</sup> מדינה, לעיל ה"ש 28, שם.

<sup>31</sup> ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, נ(3) 133, פס' 37 לפסק הדין של השופט חשין (1996). ראו גם את המשך דבריו שם:

פרשת **מצפה כרמים**, היא בעיני דוגמה מובהקת ל"מקרה קשה": נראה כי מבחינת בית המשפט, הכרעה לפיה תקנת השוק אינה חלה, הייתה מביאה לעקירת משפחות רבות מבתיהן ולהחרבת יישוב פורח. מכיוון שההכרעה המשפטית אינה מצויה בחלל הריק, והשופטים מודעים להשלכות הפסיקה שלהם, ניתן להניח שבדיון הנוסף עשו שופטי הרוב מאמץ על מנת למנוע את פינוי היישוב, ולכן ראו לנכון לאמץ סטנדרט סובייקטיבי לתום הלב הנדרש בתקנת השוק.

אמרה משפטית ידועה ורלוונטית לענייננו, היא "מקרים קשים יוצרים הלכה רעה" (או בגרסה המקורית: *Hard cases make bad law*). משמעות הדברים היא שאין זה רצוי לעצב את השיטה המשפטית כולה לאורם של מקרי קצה קשים, כיוון שהרצון ליצור צדק במקרה הקונקרטי שניצב בפני השופט, מביא לקביעת נורמה משפטית כללית בעייתית. במקרים אלו מוטב לפתור את הסוגייה באמצעות סטייה מן הדין, ולחילופין במציאת פתח מילוט במסגרת הדין, שיביא לתוצאה צודקת במקרה הקונקרטי, מבלי לקבוע הלכה כללית.<sup>32</sup>

דברים אלו יפים לפרשת **מצפה כרמים** ולמקרים נוספים מסוג זה, שסביר שיתעוררו ככל שההתיישבות ביהודה ושומרון מתרחבת. לפיכך, במקרים קשים ונדירים דוגמת מצפה כרמים, אציע לפתור את העניין ולהביאו להכרעה צודקת באמצעות סעדים שאינם תקנת השוק.

ראשית, אציע להיעזר בסעיף 15(ג) לחוק יסוד השפיטה המסמיך את בג"ץ להעניק סעד למען הצדק בנסיבות "חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה 'זועק לשמים'".<sup>33</sup> במסגרת סמכות זו, אין כל הגבלה על הסעדים שבית המשפט רשאי להעניק לעותר, והוא רשאי לפסוק "כל תרופה וכל סעד אשר יישרו בעיני בית משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק".<sup>34</sup> שימוש יפה בסמכות זו, ניתן לראות בפרשת **הפורום לדו קיום בנגב**, שם חייב בית המשפט את המדינה להקים גשר בניגוד לדיני התכנון והבניה, על מנת לאפשר לילדי הפזורה הבדואית להגיע לבית הספר בבטחה.<sup>35</sup> יובהר, כי מדובר בסמכות שיפוטית חריגה ביותר, המצדיקה שימוש זהיר ובנסיבות יוצאות דופן, אך היא עשויה להוות כלי יעיל לעשיית צדק ב"מקרים קשים" דוגמת פרשת מצפה כרמים.

לחילופין, אציע להיעזר באיסור בחוק על שימוש בזכות קניינית לרעה,<sup>36</sup> והדוקטרינה הפסיקתית המתבססת עליו, לפיה ניתן לדחות תביעה לסילוק יד

"אין ספק כי ענייננו מציג לפנינו מקרה יחיד ומיוחד של שתי מלכויות הנוגעות זו בזו ונכנסות זו בתוך זו: מלכות המשפט מזה ומלכות המוסר מזה. ניתן לומר, כי מלך של משפט כמו פסק את פסוקו, לכאורה, ואילו אנו אמרנו והכרענו כי מלכות המוסר תשלים את מלכות המשפט. ההכרעה היא הכרעה יחידה ומיוחדת, ממש "הכרעה מלכותית". ואם הכרעה מלכותית היא - ואכן כזו היא - הבו נקצה לה מקום בחדר בו מתקבצות הכרעות מלכותיות. [...] והנה, בהיות ההכרעה הכרעה מלכותית יחול עליה משפט המלך, שאין לומדים ממנו למשפט אחד העם ואין לומדים ממשפט אחד העם למשפט המלך. נדמית היא ההכרעה המלכותית לאותם יסודות "אצילים" בטבע, יסודות המהווים מעין מסדר סגור שזר לא יבוא בהם. "ראיתי בני עליה והן מועטין" (סוכה, מה, ב). אם כך נראה את הילכתנו - וכך ראוי אמנם לראותה - לא נחשוש לעתיד. המקרה הוא קשה, אך אין חשש שההלכה רעה. ואם לימים יעלה מקרה כמות המקרה שלפנינו, נבחננו לגופו ונחליט כאשר יהיה ראוי כי נחליט בו".

<sup>32</sup> שם, פס' 38 לפסק הדין של השופט חשין.

<sup>33</sup> בג"ץ 3511/02 **עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות פ"ד נז(2) 102 (2003)** (להלן: פרשת הפורום לדו קיום בנגב).

<sup>34</sup> בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון פ"ד כח (2) 449 (1974)**.

<sup>35</sup> פרשת הפורום לדו קיום בנגב, לעיל ה"ש 33.

<sup>36</sup> סעיף 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

במקרים בהם סעד הסילוק אינו מידתי ומהווה שימוש לרעה בזכות הקניינית.<sup>37</sup> הרעיון העומד בבסיסה של דוקטרינה זו, הוא שזכות קניינית אינה מוחלטת, אלא כפופה לעיקרון תום הלב.<sup>38</sup> לפיכך, בית המשפט רשאי במקרים חריגים לכפות על אדם למחול על זכותו לאכיפת זכות קניינית, במקום בו ההתעקשות על אכיפה תגרום נזק קשה לחברו. שימוש בדוקטרינה זו בעת האחרונה, ניתן לראות בפרשת **משה"ב חברה לבניין ופיתוח**, שם פוסק השופט סולברג כי נדרש לערוך איזון אינטרסים בין הפולש ובין בעל הקרקע, וככל שאיזון האינטרסים נוטה במובהק לטובת הפולש, אין להורות על סילוק יד אלא על פיצוי כספי:

"בעניין רוקר נקבע, כי דרך המלך היא מתן סעד של סילוק-יד, כאשר רק במקרים 'חריגים שבחריגים', יקבע כי לא קמה הצדקה ליתן סעד שכזה. למשל, במקרים שבהם הנסיבות המקלות כולן נקלעו לפונדק אחד: נמצא כי פגיעתו של סילוק היד בנתבע – קיצונית, כי תום ליבו של הנתבע-הפולש – מוחלט, וכי הפגיעה בבעל המקרקעין, אם בכלל – קלה ומזערית. או אז, ככלל, לא יורה בית המשפט על סילוק יד, ויעדיף לפסוק לבעל המקרקעין פיצוי כספי".<sup>39</sup>

לא למותר לציין כי לדוקטרינה זו שורשים עתיקים במשפט העברי, שם היא מעוגנת תחת העיקרון לפיו "כופין על מידת סדום".<sup>40</sup>

באמצעות כלים אלו, ניתן לדעתי להגיע להכרעה צודקת ופרטנית במקרים "קשים", וזאת מבלי להידרש להרחבת תחולתה הכללית של תקנת השוק – על-ידי קביעה לדרישת תום לב סובייקטיבי – באופן שאינו מוצדק למקרים "רגילים".

## סיכום

במאמר זה עמדתי על סטנדרט תום הלב הנדרש במסגרת הסדרי תקנת השוק במקרקעין. בהשראת המשפט העברי, הצעתי לבחון מחדש את קיומה של תקנת השוק במקרקעין, ולחילופין לקבוע כי סטנדרט תום הלב הנדרש הוא אובייקטיבי – כלומר, הקונה לא ידע על הפגם בבעלות, ולא היה עליו לדעת. עמדה זו נתמכת הן משיקולי צדק והן משיקולי יעילות, כפי שהצגתי לעיל.

כמו כן, ציינתי כי בעיני אין ללמוד ממקרים חריגים וייחודיים דוגמת פרשת **מצפה כרמים** למקרים רגילים, ולפיכך הגדרת סטנדרט תום לב הנדרש בתקנת השוק באופן סובייקטיבי – כפי שעשה בית המשפט בכדי להימנע מפינוי היישוב – אינו מוצדק בעיני.

על מנת להימנע מהכרעות אופרטיביות קשות, מבלי להגדיר את תום הלב הנדרש בתקנת השוק באופן שאינו רצוי, הצעתי להיעזר במנגנונים חלופיים דוגמת סעד מן הצדק ודוקטרינת שימוש לרעה. הדבר יאפשר לקבוע דין כללי ראוי מחד, ולתת מענה צודק והוגן למקרים חריגים מאידך.

ציטוט מוצע: רועי עבודי "תקנת השוק במקרקעין – בין בג"ץ למשפט העברי" **רשות הרבים** (1.9.23)

<sup>37</sup> ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה (נבו 19.02.2012).

<sup>38</sup> רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

<sup>39</sup> רע"א 4657/21 כהן נ' משה"ב חברה לבניין ופיתוח בע"מ (נבו 3.8.2022).

<sup>40</sup> ראו למשל בבלי, כתובות קג, ע"א וכן בבלי, בבא בתרא יב, ע"ב.