

הערות להצעת חוק המכר (דירות)
(הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ג-1973 *

מאת
ד"ר אוריאל פרוקצ'יה

תוכן העניינים

- א. מבוא והגדרת הבעיה. ב. צעדים חקיקתיים לפתרון הבעיה; 1. הערת אזהרה, 2. הבטחת השקעות של רוכשי דירות. ג. משימותו הריאלית של הפתרון המוצע; 1. החלופות השלישית והחמישית; (א) בעיות מימון, (ב) בעיות משפטיות; 2. החלופה הרביעית; (א) כללי, (ב) היתרון המשפטי, (ג) הסיכון המשפטי; 3. החלופות הראשונה והשנייה; (א) ביטוח, (ב) ערבות בנקאית; 4. תוצאות לוואי כלליות. ד. אלטרנטיבות.

א. מבוא והגדרת הבעיה

עד לחקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, קונה של נכס מקרקעין ששילם את המחיר נעשה לבעלים שביושר של אותו נכס¹. הבעלות שבדין של המוכר היתה בידו ככלי ריק חסר ערך כלכלי. כתוצאה מכך לא נמנה הממכר על נכסי המוכר הניתנים לתפיסה ולעיקול על-ידי נושיו², ואף לא יכול היה להעביר לזולת יותר ממה שהיה לו עצמו בנכס, בכפוף להריג הידוע של קונה בתמורה ובתום לב³. קונה המקרקעין לא היה אפוא בחינת נושה סתם של המוכר, החייב להסתפק בחלק יחסי מערך הממכר במקרים של אינסולבנטיות המוכר: זכותו היתה זכות חפצא אקזיטבילית, וכתוצאה מכך נהנה מעדיפות על פני כל יתר נושי המוכר⁴. מצב זה לא נשא חן בעיני המחוקק. הבעלות

* תודתי נתונה לגב' אורה שמלק ולמר עמוס מילר ז"ל על הערותיהם המאלפות לרשימה זו.

1 למשל, ע"א 528/66 שטרן נ' חב' חלקה 36 בגוש 6124 בע"מ, פד"י כ"א (2) 342. וראה גם ד"נ 30/67 שטרן נ' שטרן, פד"י כ"ב (2) 36.

2 ראה הערה 1 לעיל.

3 למשל, ע"א 62/50 גוטוטר נ' פרידמן, פד"י ז' 746.

4 ראה, הן לענין הפרופוזיציה עצמה והן לענין מגבלותיה: ע"א 392/65, 382 פיגלוב נ' עזיז, קואופרטיב לעבודות ק"ן בע"מ, פד"י כ' (1) 442. הטעם להוצאת הזכויות שביושר מכלל נכסי פשיטת הרגל הוסבר על-ידי השופט זוסמן ב"ע"א 307/64 חברת הלוואות בע"מ נ' קדר בע"מ, פד"י י"ח (4) 483 כדלקמן (בעמ' 492): "הכלל שנכס הכפוף לזכות שביושר של אחר והוא מוחזק בידי החייב עובר לרשות הנאמן בפשיטת רגל כפוף לזכויות הקיימות בו, והנושים אינם זכאים להיפרע מנכסי החייב אלא במידה שהחייב עצמו זכאי ליהנות מהם, כלל זה קדם לחוקי פשיטת הרגל... פשיטת הרגל מיועדת לממש את נכסי החייב ולחלק את הפדיון בין נושיו; אין היא מיועדת לממש נכסים של אחרים, זרים, כדי שהנושים יוכלו להיפרע מהם". כלל ברור זה הועמד, לכאורה, בסימן שאלה עקב דבריו

שביושר היא מעצם הגדרתה זכות בלתי רשומה, ומתן תוקף לזכויות כאלה פוגע באי-סרס חיוני אחר: הצורך בבטחון העסקי שזכויות רשומות לא תהיינה שוות פחות מכפי שמשחק מפנקס הרישום עצמו. ואמנם, אין חולק על כך, שרצוי להגיע למצב, שעיון בפנקס הפתוח בפני כל ישרף את האמת לאמיתה בענין הזכויות הרשומות בו. כדי לממש רעיון זה, נקבע בחוק המקרקעין, שכל עסקה במקרקעין טעונה רישום, ושבצעדי לא תיראה אלא כהתחייבות לעשות עסקה.⁵

בית המשפט העליון קבע, שכפועל יוצא מחידושיו של חוק המקרקעין, לא יוכל עוד קונה מקרקעין שטרם רשם את זכותו, להחשב כבעל זכות קניינית בנכס, וכל נושה אחר יוכל לטרוף את הנכס מידיו, כגון, על-ידי הטלת עיקול ומכירת הנכס.⁶ דא עקא, שגם מצב משפטי זה אין בו כדי להנחית את הדעת. רוב תושבי ישראל נוהגים לרכוש את הדירות בהן הם שוכנים. כתוצאה מכך רוב תושבי ישראל הם צרכנים קטנים הרוכשים נכסי מקרקעין רבי ערך. תמורת הנכסים הללו ממצים צרכנים אלה את מיטב הסכונותיהם, ורובם אף נזקקים למימון חיצוני של מוסדות בנקאיים. מדרך העסקים היא, שחלק הארי של מחיר הדירה, ולעתים קרובות כל המחיר כולו, משתלם

של השופט לגדוי ב"ע"א 283/67 הנאמנים לנכסי אברהם רפיה ג' מרינת ישראל, פד"י כ"ב (1) 124. בעמ' 139 קבע השופט המלימד: "הנני גורס שהנאמנות עליה מדובר בסעיף 37(1) [לפקודת פשיטת הרגל, הלוא הוא הסעיף המוציא נכסים מהחוקים על-ידי החייב בנאמנות עבור אחרים מכלל נכסי פשיטת הרגל העומדים לחלוקה בין נושיו] איננה כוללת נאמנות קונסטרוקטיבית כגון נאמנותו של מי שהתחייב להעביר או לשעבד נכס לוולתו". אולם לדעתי אין דברים אלה משנים את ההלכה כפי שנקבעה מפי השופט זוסמן בפרשת קדר הגל, וזאת מן הסעמים הבאים: פירמלית, מהווים דברי השופט לגדוי אימרת אגב בלבד, הן משום שנושא המחלוקת בפרשת רפיה היה תוקפה של משכנתא שביושר, להבדיל מבעלות שביושר, בפשיטת רגל, והן משום שגם לו היה השופט מכיר עקרונית בתקפותה של הזכות שביושר בפשיטת רגל, היה פוסל אותה במקרה ההוא מפאת היותה נגועה בתרמית. עניינית, נראים לנו דברי השופט המלומד, כמפרשים את המשפט האנגלי, שמפיו אנו חיים בסוגיה זו, שלא כהלכתו. הוא מסתמך על עבודתו של הולסבורי (סימונדס) על דיני אנגליה, כרך 2, עמ' 435 שם נאמר:

"If he [the bankrupt] holds property on trust for himself and other persons, then the beneficial interest which he has in the property is divisible among his creditors."

אין צריך לומר שמכאן אין נובע שגם הזכויות שביושר שהוא מחזיקן כנאמן עבור אחרים ניתנות למימוש ולחלוקה בין הנושים. ואמנם, שתי שורות למעלה מן הענין, נאמר באותו מקור:

"When a bankrupt holds property on trust for other persons and he has no beneficial interest in it, he has only a legal estate which has none of the qualities of property divisible among creditors."

ראה לאותה פרופוזיציה בספרות: Williams, On Bankruptcy, 18th ed., (1968), at p. 273. ובפסיקה, למשל, Pearce v. Bastable Trustee [1901] 2 Ch. 122. גם השופט קיסטר בפסק הדין בענין רפיה, קבע בעמ' 138: "אם החייב ... מכר קרקע והרוכש קיבל לידיו בעלות שביושר, כך שלנאמן אין זכות באותה קרקע ... החייב עדיין יוכל לממש את ... הקנין, משום ... שהקנין לא [נפגע] על-ידי פשיטת הרגל".

5 חוק המקרקעין, סעיף 7. אך ראה גם סעיף 9.
6 בר"ע 178/70 בוקר ג' חב' אנגל-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פד"י כ"ה (2) 121.

על-ידי צרכנים אלה למוכרי הדירות במועד מוקדם מתאריך רישום הדירה על-שם הקונה במשרד ספרי האחוזה. עם אובדנו של מוסד הבעלות שביושר, נעשה איפוא רוכש הדירה לנושה רגיל של המוכר, ובמקרה של אינסולבנטיות המוכר עליו להתחלק עם יתר נושיו של המוכר במה שגותר מנכסיו הבלתי מובטחים⁷. נקל להבין שמצב מעין זה עשוי להמיט שואה כלכלית גמורה על הצרכן הקטן, ויש בו משום עוול חברתי שיש לתקנו.

זכויותיהם של רוכשי דירות נקלעו איפוא בין הפטיש והסדן של שתי מגמות הפוכות. מצד אחד הרצון לבטא את כל הזכויות במקרקעין בפנקסי הרישום שנועדו לכך גורם להשוואת מעמדו של רוכש הדירה למעמדם של כל הנושים האחרים של המוכר. מצד שני, ביטול העדיפות היחסית שהיתה לרוכש על פניהם גורמת לעוול כלכלי וחברתי שאיננו מתקבל על הדעת.

ב. צעדים חקיקתיים לפתרון הבעיה

1. הערת אזהרה

כצעד ראשון לפתרון הבעיה תיקן המחוקק את דיני הערת האזהרה. סעיף 127 לחוק המקרקעין כפי שתוקן בתשל"ג קובע לאמור:

"127(א) נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עיסקה הנוגדת את תוכן ההערה, אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט.
(ב) נרשמה הערת אזהרה ולאחר מכן הוטל עיקול על המקרקעין או על הזכות במקרקעין נשוא ההערה, או שניתן צו לקבלת נכסים בפשיטת רגל או צו פירוק נגד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין, או שנתמנה כונס נכסים על רכוש, הרי כל עוד לא נמחקה ההערה, לא יהיה בכל אלה כדי לפגוע בזכויות הזכאי הנובעות מההתחייבות נשוא ההערה, ובלבד, שטענה לביטול העיסקה מחמת פשיטת רגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העיסקה במועדה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה".

תיקון זה בא כפי הנראה כתגובה להערותיו של ביהמ"ש העליון בפרשת בוקר נ' חב' אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ⁸, שהביע את המשאלה, שהערת אזהרה תשריין את רוכש הזכות שרשם את ההערה מפני עיקולים שהוטלו לאחר רישום ההערה. אולם המחוקק הרחיק לכת וביקש לתת להערה אופי קנייני ממש כאילו היתה בטוחה. אם הצליח המחוקק במשימתו זו נראה בהמשך הדברים⁹.

על-ידי תיקון זה השיג המחוקק שתי מטרות המשלימות זו את זו. מחד גיסא, ביקש לתת עדיפות לרוכשי דירות על פני נושיו האחרים של המוכר. מאידך גיסא, עדיפות זו באה על ביטויה במשרד ספרי האחוזה ובכך נמנע המצב הבלתי רצוי של בטוחות בסתר.

7 סעיף 7(33) לפקודת פשיטת הרגל, 1936. ראה גם סעיף 220 לפקודת החברות, 1929.

8 ראה הערה 6 לעיל.

9 ראה פרק ג' פסקה 2 להלן. באשר למטרת התיקון בחוק ראה דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ב-1971, ה"ח 977, מיום 27 בדצמבר 1971.

2. הבטחת השקעות של רוכשי דירות

זמן קצר לאחר אימוצו של סעיף 127 המתוקן הפתיעה אותנו הממשלה בהצעת חוק חדשה, והרבה יותר מרחיקת לכת, הלא היא הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ג-1973¹⁰, (להלן – "ההצעה"). כמוסבר במבוא להצעה, הפתרון של הערת האזהרה לוקה בשניים:

"ראשית, החוק אינו מחייב את הקבלן לרכוש את ההערה, ורוכשים רבים אינם מנצלים את זכותם לעשות כן; ושנית, זוה העיקר, אם המקרקעין שועבדו במש"כנתא לפני ביצוע העסקת של רכישת הדירה, או שהעיקול הוטל לפני כן, אין רישום ההערה מועיל לרוכש".

כארוכה לחוליים האלה קובעת ההצעה, שהמוכר לא יהיה רשאי לקבל על חשבון מחיר הדירה סכומים העולים על 25% מכוויה, אלא אם הבטיח את השקעתו של רוכש הדירה באחת הדרכים המנויות בהצעה. ההצעה מונה חמש דרכים חלופיות, שאם נקט המוכר באחת מהן יהא רשאי לקבל לידי סכום העולה על 25% כאמור. ואלה הדרכים: דרך ראשונה, מסירת ערבות בנקאית לקונה להחזרת הכספים ששילם אם יהיה נבצר מהמוכר להעביר לקונה את הדירה¹¹. דרך שניה, ביטוח החזרת הכספים לאותה מטרה¹². דרך שלישית, שיעבוד הדירה לקונה במשכנתא ראשונה להבטחת החזרת הכספים הנ"ל¹³. דרך רביעית, רישום הערת אזהרה לטובת הקונה להבטחת החזרת הכספים, ובלבד שאין כל זכות רשומה אחרת הקודמת מבחינת סדר העדיפות להערת האזהרה¹⁴. ודרך חמישית, העברת הבעלות על שם הקונה כשהיא נקיה מכל שיעבוד, עיקול או זכות צד שלישית¹⁵. השימוש בדרכים השלישית, הרביעית והחמישית לא יותר אלא אם כן ערך המקרקעין בשעה שגרשמה בהם הפעולה כאמור באחת הדרכים האמורות לא נפל מערך הכספים שהוזרמו על-ידי הקונה על חשבון מחיר הדירה¹⁶. בדרך זו מבקש המציע לשכלל את הנוסחה לפיה ייהנה הקונה מעדיפות ראשונה לענין חובו מהקבלן, ובעת ובעונה אחת לא תינתן גושפנקא לזכויות בלתי רשומות.

ג. משמעותו הריאלית של הפתרון המוצע

1. החלופות השלישית והחמישית

(א) בעיות מימון

במצב השורר בארצנו יש רגליים לחשש, שהחלופות השלישית והחמישית הפתוחות בפני המוכר המבקש לגבות על חשבון מחיר הדירה סכום העולה על 25% משווייה.

10 ד"ח 1074, מיום 25 ביוני 1973.

11 סעיף 3(1) להצעה.

12 סעיף 2(2) להצעה.

13 סעיף 2(3) להצעה.

14 סעיף 2(4) להצעה.

15 סעיף 2(5) להצעה.

16 סעיף 3 להצעה.

אינן דרכים מעשיות. אין כל רע בכך, שתשארנה על ספר החוקים, אך יש להיות ערים לכך, שכנראה, לא ירבה השימוש בחלופות אלה.

אשראי בנקאי למימון בנייה אינו ניתן בדרך כלל אלא כנגד בטחונות ריאליים. הבטחון המקובל בשוק הבנייה הוא הקרקע עצמה והבנין ההולך ומוקם עליה¹⁷, ואולם, אם שיעבד המוכר את המקרקעין לקונה במשכנתא ראשונה (החלופה השלישית), או העביר לו בעלות בנכס הנקדה מיניעבוד, עיקול, או זכות של צד שלישי (החלופה החמישית), יאבדו בכך המקרקעין את ערכם הבטחוני, ומוסדות בנקאיים עשויים להימנע מלממן בנסיבות אלה את הבנייה.

המימון גם לא יוכל לבוא מהקונה עצמו, הואיל ולפי סעיף 3 להצעה, הקונה "לא יהא חייב בתשלומים על חשבון מחיר הדירה בשיעורים העולים על אלה שנקבעו בתקנות, על אף האמור בחוזה המכר", אלא אם כן כספיו הובטחו לפי החלופה הראשונה או השנייה. המציע מסביר בדברי ההסבר ש"בתקנות אלה יותאמו התשלומים ככל האפשר לקצב ההתקדמות בבניית הדירה". מכאן שכל עוד לא התקדם הקבלן במלאכת הבנייה לא יהיה הקונה חייב לשלם כמוסכם בחוזה המכר, אפילו אם הקבלן יהיה מוכן מצידו לתת לו משכנתא ראשונה או העברת בעלות כאמור בחלופות השלישית או החמישית. מניין יקח איפוא הקבלן את הכספים הדרושים למימון הבנייה? לכאורה, התשובה המתבקשת היא שהמימון יבוא ממקורותיו העצמיים של הקבלן¹⁸. אך לתשובה זו שתי תוצאות שליליות. ראשית, היא תתן עדיפות בולטת לקבלנים עתירי נכסים על פני קבלנים הגאלצים להיזקק למימון חיצוני לצורך מימון הבנייה. עדיפות זו תבטא בחסימת שוק הבנייה בפני פנים חדשות, שטרם הספיקו להתעשר מעבודות קודמות, ובכך תעודדנה מגמות מוגופוליסטיות או קרטליות של המעטים שיוכלו להרשות לעצמם לבנות פרויקטים למגורים ללא כל מימון מבחוץ.

שנית, מן המפורסמות הוא, שגם קבלנים בעלי יציבות פיננסית רבה נאלצים לעתים להיזדקק למימון חיצוני, בעיקר בנסיבות בהן הועידו את כל מקורותיהם העצמיים לבנייה העתידה לשאת פירות (ואפילו פירות מובטחים) רק לאחר עבור פרק זמן, או שנתקלו בעיכוב זמני, כגון הנובע ממחסור בחומרי בנין (כגון מלט) או מסכסוך עבודה. הקושי לקבל את המימון הן מבנקים לאשראי והן מרוכשי הדירות יוביל בהכרח לפתיחתם של צינורות אשראי אלטרנטיביים בשווקים שאין עליהם פיקוח, ואשר יגררו תוצאות מיידיות של ייקור המצרך הממומן.

17 לפי הוראת סעיף 3(1) לפקודת הבנקים לאשראי הוטל על שר האוצר להתנות את רשיונם של בנקים לאשראי (וכן של בנקים מסחריים העוסקים בעסקי בנק לאשראי) בכך, שיבטיחו את השקעותיהם בקבלת משכנתא ראשונה במקרקעין, וכן שגובה האשראי לא יעלה על 75% משווי ערובת המקרקעין. למרבית הפלא, נמנע שר האוצר מלפעול לפי הוראה זו והיא נותרה על ספר החוקים כאות מתה. בכל זאת נמנעים הבנקים מלהזרים אשראי למימון בנייה אלא כנגד בטחונות ריאליים, והאת מטעמי זהירות עיסקית; ומאחר שבדרך כלל אין בידי הקבלנים נכסים אחרים הכשרים לשמש כבטחונות, רוב רובם המכריע של הבטחונות לאשראי הם בכל זאת המקרקעין עצמם.

18 ככל שלקבלן יהיו אמצעים רבים יותר למימון עצמי כן יוכל ביתר קלות לענות על דרישותיה של ההצעה. אם, למשל, יוכל לממן ממקורותיו העצמיים את רכישת המקרקעין ואת המאמץ ההתחלתי של הבנייה, ייתכן שיוכל להשתמש בכספי הקונים שיוזרמו לפי התקדמות הבנייה לצורך תשלומים שוטפים לספקים ולקבלני משנה.

(ב) בעיות משפטיות

החלופות השלישית והחמישית מעוררות גם קושי משפטי טכני. לפי סעיף 11 לחוק המקרקעין, הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת גם לעומק שמתחתיה ולחלל הרום שמעליה. לפי סעיף 12 הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנסוע עליה או המחובר לה חיבור של קבע. סעיף 13 קובע שעסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המגוי בסעיפים 11 ו-12 ואין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאיין בחוק הוראה אחרת.

הוראה אחרת כזו מצויה בסעיף 54 לחוק, המכשיר כל דירה בבית משותף כנושא נפרד לבעלות, זכויות ועסקאות. העולה מן האמור הוא, שהחלופות השלישית והחמישית אינן מעשיות כלל. הדירה הספציפית הנמכרת לרוכש מסויים עדיין איננה בבחינת דירה בבית משותף, ועל כן אינה יכולה לשמש נושא לעסקה נפרדת במקרקעין¹⁹. מכאן שאי אפשר להעבירה על שם הקונה ואי אפשר לרשום בה משכנתא. נכון אמנם, שניתן להעביר על שם הקונה חלק בלתי מסויים מיחידת הקרקע כולה (החלקה השלמה להבדיל מתת-החלקה שתיוחד בבוא העת לדירה הנמכרת בבית המשותף), וגם ניתן למשכן לו את מלוא המקרקעין להבטחת השקעתו בדירה. ואולם בהנחה שבמבנה ההולך ומוקם מתוכננת מספר יחידות דיור, תיווצר בעיה. אם הפתרון שנקט יהיה העברת בעלות בחלק בלתי מסויים, ייהפך הקונה לבעלים חלקי של כל החלקה. לפי סעיף 27 לחוק המקרקעין, "מקרקעין שהם של כמה בעלים, בעלותו של כל אחד מהם לפי חלקו מתפשטת בכל אתר ואתר שבמקרקעין, ואין לשום שותף חלק מסויים בהם". מכאן, שלאחר שהפתרון שבחלופה זו נקט לגבי אחד מן הקונים, אי אפשר יהיה להשתמש בו עוד לגבי קונים אחרים, הואיל ואי אפשר יהיה עוד לומר על מקרקעין, שאינם שייכים בלעדית למוכר, שהם נקיים "מכל שיעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי", כנדרש על-פי החלופה החמישית.

אם הפתרון יהיה רישום משכנתא ראשונה על כל החלקה, תתעוררנה שתי בעיות, האחת טכנית והשנייה מהותית. הבעיה הטכנית היא, שלאחר שנרשמה משכנתא לטובת משתכן פלוני והמוכר חפץ לרשום משכנתא באותו סדר עדיפות לטובת משתכן אחר, לא יוכל לבצע את העסקה ללא הסכמת בעל המשכנתא הראשון, שבטוחותו תאבד מערכה עקב ביצוע העסקה השנייה. יהיה צורך איפוא לקבל יפוי-כוח בלתי חוזר מכל בעל משכנתא המייפה את כוחו של המוכר להסכים בשם בעל המשכנתא לרישום משכנתאות נוספות באותו סדר עדיפות על אותה חלקה. הבעיה המהותית היא, האם ניתן לרשום מספר משכנתאות שתרכזנה על אותם מקרקעין בדרגת עדיפות זהה (פרי פסו), ויחד עם זאת לראות בכל אחת מהן "משכנתא ראשונה", כפי שנדרש בחלופה השלישית מבחינה סמנטית גרידא ניתן לאמר, שכל עוד המקרקעין אינם משועבדים במשכנתא בעלת דרגת עדיפות קודמת, יכולות כל יתר המשכנתאות הרובצות על המקרקעין פרי פסו להיחשב למשכנתאות "ראשונות". מצד שני, אם רישום משכנתאות בדרגת עדיפות זהה אינו פוסל את מעמדה של אף אחת מהן כמשכנתא ראשונה, ניתן לרשום משכנתאות שכאלה עד בלי סוף, מה שיפחית במידה ניכרת מערכה הכלכלי של כל אחת מהן. מטרת הדרישה למשכנתא ראשונה דוקא היא להבטיח את

19 ראה סעיף 142 לחוק המקרקעין.

ערכה הכלכלי של המשכנתא, ואובדן הערך הכלכלי ישים את מטרתה של הדרישה למשכנתא ראשונה פלסטר, הפירוש הסביר ביותר בעינינו הוא זה: אין כל צידוק לסטות מהמשמעות הסמנטית של המילים "משכנתא ראשונה", לפיה ניתן לרשום משכנתאות ראשונות אחדות בעלות דרגת עדיפות זהה, אלא אם כן דבר זה עומד בסתירה למטרתו של אותו חיקוק המציג את הדרישה למשכנתא ראשונה. החלופה השלישית מציגה את הדרישה למשכנתא ראשונה על מנת להבטיח את ערכה הכלכלי של המשכנתא, כערובה להשקעתו בדירה של בעל המשכנתא; אך כל עוד המשכנתא נרשמה על החלקה כולה — להבדיל מרשומה על חלקו של כל משתכן בה — מותר לחלק אותה, ואת ערכה הכלכלי, בין כל המשתכנים בבנין, שכן ערך הקרקע והבנין המוקם עליו אמור להיות מספיק כדי להבטיח את השקעתם של כל הרוכשים. מתן משכנתא ראשונה פרי פסו יסתור את הכוונה המשתמעת מן החלופה השלישית, רק אם המשכנתא תינתן למי שאינו משקיע בדירה הנמצאת בבנייה באותם המקרקעין. הקושי הוא, שכאשר ימסור כל רוכש דירה יפוי-כוח בלתי חוזר לרישום משכנתאות נוספות פרי פסו, יאבד בכך את השליטה על שווי בטוחתו, ולא יוכל למנוע מן הקבלן להשתמש ביפוי הכוח על מנת לרשום משכנתאות לטובת מי שאינם רוכשי דירות במקרקעין. הקבלן אמנם יהיה צפוי לסנקציה פלילית — קנס בן 50,000 ל"י — על הפרת הוראות ההצעה — אך עצם יכולתו להפחית מערכה הכלכלי של המשכנתא בדרך זו היא מסוכנת, ומחווה פגם רציני בהצעה.

2. החלופה הרביעית

(א) כללי

לפי החלופה הרביעית, רשאי הקבלן לגבות סכום העולה על 25% מערך הדירה גם אם רשם הערת אזהרה על המכירה, ובלבד שלא נרשמו לגבי אותם מקרקעין כל עיקול, שיעבוד או זכות צד שלישי העדיפים על אותה הערה. קשיי המימון שהצבענו עליהם בקשר לחלופה השלישית והחמישית הם זהים גם לענין זה, שכן עקב הוראת סעיף 13 לחוק המקרקעין לא יוכל בנק למשכנתאות להורים אשראי לצורך הבנייה תמורת בטוחה במקרקעין שלא תכלול את הדירה שלגביה נרשמה ההערה, ובלא בטוחה במקרקעין לא יחפוץ לממן את הבנייה.

מן הצד המשפטי הטהור קיימת בעינינו עדיפות לשימוש בחלופה הרביעית על פני השימוש בחלופות השלישית או החמישית, אם כי גם סיכון רב יותר יש בה.

(ב) היתרון המשפטי

העדיפות מתבטאת בכך שהערת האזהרה איננה עיסקה במקרקעין כמשמעה בסעיף 13 הנ"ל, ולפיכך ניתן לרשמה לגבי הדירה הנרכשת בלבד. מכאן שהקבלן יוכל למכור את יתר הדירות בבנין ולרשום לגביהן הערות מתאימות ללא צורך בשיתוף פעולה כלשהו מצד המשתכן בעל ההערה הראשונה.

(ג) הסיכון המשפטי

הסיכון בשימוש בחלופה זו נובע מהניסוח המעורפל של סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין. סעיף זה נועד, כידוע, לשריין את הקונה מפני אפשרות אינסולבנטיות של המוכר. אילולי סעיף זה היה הקונה נחשב לנושה רגיל של המוכר, ואם המוכר היה מוכרו

לפושט רגל, צריך היה להסתפק בדיבידנדה מתוך נכסיו.²⁰ פשיטת הרגל (או הפירוק, אם המוכר היה גוף מואגד) היתה מבחינה זו פוגעת בזכויות הזכאי הגובעות מההתחייבות נשוא ההערה. יפה עשה על כן, מנסח סעיף 127(ב) שהורה, שאם נרשמה הערה כדין והמוכר פשט את הרגל, לא יהיה בכך "כדי לפגוע בזכויות הזכאי הגובעות מההתחייבות נשוא ההערה". לדעתנו, יש בניסוח זה משום הקניית אופי חפצי, או בטוחתי, להערת האזהרה, שכן הפונקציה שלה היא הוצאת נכסים ממסגרת נכסי פשיטת הרגל והקנייתם לנושה פלוני, ממש כאילו אותו נושה היה בעל משכנתא או משכון. אך מה שהיטיב המנסח לעשות ברישא לסעיף 127(ב) הקדיח בסיפא. בסיפא כתוב: "ובלבד שטענה לביטול העיסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העיסקה במועד, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה". עכשיו נניח שהקבלן פשט את הרגל במועד המוקדם מ"מועד העיסקה". אחת המטרות העיקריות של הליכי פשיטת הרגל היא להבטיח את עקרון השוויון בין נושיו של החייב. מאחר שנכסי החייב אינם מספיקים בדרך כלל למילוי כל התחייבויותיו, מוטלת החובה על הנאמן בפשיטת הרגל שלא לספק את דרישותיו של נושה פלוני במלואן על חשבון הנושים האחרים; הדין מעניק לו הגנה מפני דרישותיהם של הנושים לסיפוק תביעותיהם בצורתן המקורית, ותחת זאת עליו לחלק ביניהם דיבידנדה מתוך נכסי החייב שמומשו. אם להעתיק הלכה בסיסית זו אל תוך לשונו של סעיף 127(ב) ניתן לאמר שפקודת פשיטת הרגל מצמיחה בנסיבות אלה "טענה לביטול העיסקה מחמת פשיטת הרגל"²¹, או הפירוק"²². לפי לשונו של סעיף 127(ב) סיפא, הטענה הזאת, הגובעת מעצם פשיטת הרגל או הפירוק, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה, דהיינו, נגד ההתחייבות נשוא הערת האזהרה. התנאי לכך, שהטענה "תעמוד כנגד" ההתחייבות נשוא ההערה, אינו אלא, שהיתה "עומדת כנגדה" "אילו בוצעה העיסקה במועד". המלה "עיסקה" מוגדרת בסעיף 6 לחוק המקרקעין כדלקמן: "עיסקה במקרקעין היא הקניית של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה...".²³ וסעיף 7(א) מחרה מחזיק אחריו: "עיסקה במקרקעין טעונה רישום; העיסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העיסקה לרישום כשעת הרישום". מכאן שהעיסקה שמדובר בה בסעיף 127(ב) סיפא היא הקניית הבעלות בדירה, ומועדה של העיסקה צריך להתפרש כמועד שנקבע לביצוע ההעברה במשרד ספרי האחוזה. ניתן איפוא לאמר, שהטענה הצומחת מפשיטת הרגל או הפירוק תעמוד כנגד ההתחייבות נשוא הערת האזהרה — כלומר תגרום לביטול עדיפותו של רושם ההערה ולהשוואת מעמדו למעמד הנושים האחרים: גם אילו "בוצעה העיסקה במועד", דהיינו ביום שנקבע בהסכם להעברה במשרד ספרי האחוזה, לא היו דיני פשיטת הרגל שונים, וגם אז היתה עומדת לנאמן אותה טענה לביטול העיסקה. באיזו סיטואציה איפוא לא תוכר טענה מחמת פשיטת הרגל או

20 ראה סעיף 8(1) לפקודת פשיטת הרגל, 1936:

"בתת בית המשפט את הצו לקבלת נכסים... לא תהא לשום נושה... כל תרופה משפטית נגד רכישו או גופו של החייב בשל החוב...".

21 ראה במיוחד סעיף 37 סיפא (א) לפקודת פשיטת הרגל, 1936, אותו יש לקרוא יחד עם הוראות סעיף 35 לאותה פקודה.

22 דיני פשיטת רגל אלה מוחלים על חברות אינסולבנטיות הנמצאות בפירוק מכוח סעיף 220 לפקודת החברות, 1929.

הפירוק שתגבר על זכויותיו של בעל הערת האזהרה? רק במקרה שהמועד שנקבע בחוזה "לביצוע העסקה", דהיינו, להעברה במשרד ספרי האחוזה, חלף, וההעברה לא נרשמה כאמור, ורק לאחר זמן פשוט הקבלן את הרגל (או פורק, אם היה גוף מואגד), ימצא הקונה את עצמו מועדף בפשיטת הרגל (או הפירוק) למרות הסייג שבסעיף 127(ב) סיפא; שכן אילו היתה ההעברה מבוצעת "במועדה", לא היתה הדירה נכללת עוד בנכסי פשיטת הרגל (המאותרת יותר) העומדים לחלוקה בין כל נושי המוכר. נבהיר את הדבר באמצעות שתי דוגמאות. נניח, שחווה המכר נעשה ב־1 בינואר, הערת האזהרה נרשמה ב־1 בפברואר, תחילתה של פשיטת הרגל חלה ב־1 ביוני והמועד שנקבע להעברה הוא 1 בדצמבר (ר' תרשים 1). החל מ־1 ביוני נחשבים כל נכסי

מעבר הזמן

תאריך	1 בינואר	1 בפברואר	1 ביוני	1 בדצמבר
אירוע	חווה מכר	רישום הערת אזהרה	תחילת פשיטת רגל	תאריך שנקבע בחוזה לביצוע ההעברה במשרד ספרי האחוזה

תרשים 1

פושט הרגל, לרבות הדירה הנמכרת, כנופלים לרשות הנאמן. הנאמן אינו חייב עוד להעביר את הדירה על שם הקונה, ומבחינה זו יש בידו טענה "העומדת כנגד" ההתחייבות נשוא ההערה. גם אילו היתה הדירה מועברת בפועל על שם הקונה ב־1 בדצמבר (במלים אחרות: אילו היתה העסקה מבוצעת "במועדה") היתה העברה זו ניתנת לביטול והקונה היה יוצא וידינו על ראשו. עכשיו נניח, שהחווה נעשה ב־1 בינואר, ההערה נרשמה ב־1 בפברואר, המועד שנקבע להעברה היה ב־1 ביוני ופשיטת הרגל החלה ב־1 בדצמבר, אך עד לאותו תאריך לא נרשמה הדירה על שם הקונה (ר' תרשים 2).

מעבר הזמן

תאריך	1 בינואר	1 בפברואר	1 ביוני	1 בדצמבר
אירוע	חווה מכר	רישום הערת אזהרה	תאריך שנקבע בחוזה לביצוע ההעברה ב־1 בדצמבר	תחילת פשיטת רגל

תרשים 2

במקרה זה לא תפול הדירה לרשות הנאמן בפשיטת הרגל, שכן אילו היתה הדירה מועברת במשרד ספרי האחוזה בתאריך שנקבע לכך, דהיינו ב־1 ביוני, לא היתה עוד לחלק מנכסי פשיטת הרגל העומדים לחלוקה בין הנושים. כנגד פרשנות זו ניתן להעלות את הטענות הבאות: אין זה מתקבל על הדעת, שההגנה שהמחוקק ביקש להחיל על קוני הדירות היא כל כך צרה. אין זה גם מתקבל על הדעת לתת עדיפות לקונה פלוני על פני קונה אלמוני, רק משום שהמוכר לפלוני לא עמד

בלוח הזמנים להעברת הדירה, בעוד שהמוכר לאלמוני פשט את הרגל עוד לפני שהגיע המועד להעברת הדירה. בשני המקרים כאחד השקיע הקונה את מיטב כספו (לרבות כספי הלוואות) בדירה, וידדת השקעתו לסמיון עלולה לגרום לחורבן פיננסי מלא. כפי הנראה, לא היה המחוקק ער להגדרת המונח "עיסקה" בסעיפים 6 ו-7 לחוק, אשר ממנה משתמע, שאין תאריכה של העיסקה חל עד לתאריך שנועד להעברת הדירה במשרד ספרי האחוזה. כוונתו של המחוקק היתה, ככל הנראה, לא לתאריך העיסקה, כי אם לתאריך החוזה. לפי פרשנות זו צריך היה לנסח את סעיף 127(ב) סיפא כך: "ובלבד שטענה לביטול העיסקה מחמת פשיטת הרגל או הפירוק שהיתה עומדת אילו בוצעה העיסקה במועד חתימת החוזה, תעמוד גם נגד ההתחייבות האמורה"²³. פרשנות זו מתקבלת ביותר על הדעת לאור מיקומה של הסיפא בתוך סעיף 127(ב) כולו. כזכור, לפי הרישא לאותו סעיף מעניקה הערת האזהרה לרוכש

23 גנית, שהחזוה נעשה ב-1 בינואר 1971, ההערה נרשמה ב-1 בפברואר 1971, המועד שנקבע להעברה במשרד ספרי האחוזה הוא ה-1 ביוני 1971 ופשיטת הרגל החלה ב-1 במרץ 1973. גנית גם, שהעיסקה כולה מהווה "הענקה" כמשמעותה בסעיף 42 לפקודת פשיטת הרגל, ועל כן היא ניתנת לביטול, אם נעשתה תוך שנתיים לפני פשיטת הרגל (תרשים 3).

מ ע ב ר ה ז מ נ

תאריך	1 בינואר 1971	1 בפברואר 1971	1 במרץ 1971	1 ביוני 1971	1 במרץ 1973
אירוע	חוזה מכר	רישום הערת אזהרה	התאריך המוקדם ביותר לביטול הענקות	תאריך שנקבע בחוזה לביצוע ההעברה	תחילת פשיטת הרגל במשרד ספרי האחוזה

תרשים 3

עשויה היתה להיטען הטענה שהמחוקק התייחס במכוון ל"מועד העיסקה" ולא למועד חתימת החוזה; שכן אילו היה קובע, שרק טענות מחמת פשיטת הרגל או הפירוק, שהיו תקפות אילו בוצעה העיסקה במועד עשיית החוזה, יכולות לבטל את תוקפה של הערת האזהרה, כי אז בסיטואציה הנ"ל היתה העיסקה מוכשרת, שכן אילו בוצעה ההעברה ב-1 בינואר 1971 לא ניתן היה לבטל את ההענקה (ראה תרשים 3). בכך היה החוק נותן להתקשרות שלא הושלמה יותר תוקף, כביכול, ממה שהיינו מייחסים לה אילו בוצעה בשלימות, במועד שהוסכם עליו, שהוא מועד מאוחר מן התאריך הראשון שבו ניתן לבטל את ההענקה. טענה אפשרית זו אינה נראית לנו. אם ההסכם נערך מחוץ לטווח השנתיים, בו ניתן לבטל הענקות, נראה לנו, שצריך להיות די בכך, כדי לשריין את זכויות מקבל ההענקה, אם נרשמה לזכותו הערת אזהרה. לפני כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין היה ברור, שמאחר שההסכם מעביר את הבעלות שביושר, הרי אם נעשה ההסכם מחוץ לטווח השנתיים אך ההעברה במשרד ספרי האחוזה נעשתה תוך כדי השנתיים, העיסקה היא כשרה ואין לבטלה: ע"א 367/70 הונברג נ' שלגי, פד"י כ"ה (2) 149. אמנם חוק המקרקעין פורש כמבטל את מושג הבעלות שביושר: ראה הלכת בוקר, הערה 6 לעיל. ואולם טעמו של החוק היה, כזכור, לא בשאיפה לשנות את הפילוסופיה של דיני פשיטת הרגל, והלכות ההענקות בכלל זה, כי אם ברצון למנוע קיומן של זכויות בלתי רשומות במקרקעין. בסיטואציה שלפנינו (תרשים 3) נרשמה הערת אזהרה במועד המוקדם מתחילת התחולה של דין ההענקה, ועל כן אין לומר, שדיני פשיטת הרגל שקדמו לחוק המקרקעין שונו על ידי הנוראות חוק המקרקעין התובעות רישום. מכאן, שההתייחסות לתאריך החוזה דוקא, ולא לתאריך העיסקה, אינה מעניקה להתקשרות

מעמד של נושה מובטח בפשיטת הרגל (או הפירוק) של המוכר. ואולם, תיתכנה נסיבות, שבהן עצם פעולת המכר (ורישום ההערה) על שם הקונה, היא עצמה מהווה עיסקה, הפסולה על פי פקודת פשיטת הרגל²⁴, כגון, עיסקת הענקה (settlement), הנפסלת מכוח סעיף 42 לפקודה, או העדפת נושים במרמה (preference) הנפסלת מכוח סעיף 43. כדי למנוע טענה, שהרישא לסעיף 127(ב) משריינת את זכותו של הרוכש גם אילו היתה ההעברה נפסדת במעמד עשיית התווה מאחד הטעמים האמורים, ראה המחוקק להוסיף את הסיפא, לפיה כוחה של ההערה יהיה בטל אם, בהנחה שההעברה היתה נרשמת במעמד עשיית ההסכם, גם אז היתה פקודת פשיטת הרגל מצמיחה טענה לביטול העסקה.

איוז פרשנות של סעיף 127(ב) לחוק המקרקעין עדיפה? בעניינו עדיפה הפרשנות השנייה, הנותנת תוקף בטוחתי מלא להערת האזהרה; פרשנות זו תואמת בעניינו את כוונת המחוקק. אולם קשה לקבוע בדבר מסמרות, והוא אשר התכוונו כאשר אמרנו שהפתרון המוצע בחלופה הרביעית טומן בחובו סיכון מסויים.

3. החלופות הראשונה והשנייה

(א) ביטוח

מבין שתי החלופות הראשונות, ערבות בנקאית ופוליסת ביטוח, רק הראשונה היא מעשית. תעשיית הביטוח הישראלית איננה משווקת פוליסות לביטוח אשראי אלא כשיש לה גיבוי בנקאי. במלים אחרות: הפונקציה של ביטוח האשראי מבוצעת בישראל על-ידי בנקים ולא על-ידי חברות ביטוח²⁵. לכן הוצאת פוליסה כמתואר בחלופה השנייה תחייב את כיסויה של חברת הביטוח על-ידי ערבות בנקאית. הוספת צד נוסף לתמונה תסרביל את התהליך ותייקר אותו ללא צורך. לא יהיה זה פלא, אפוא, אם המפקח על הביטוח יסרב לאשר לחברות ביטוח את השתתפותן במבצע מעין זה, ואמנם רמז על כך בפומבי.

(ב) ערבות בנקאית

השימוש בחלופה הראשונה, דהיינו קבלת ערבות בנקאית, מעורר שורה של שאלות. ראשית, מחיר הערבות הנ"ל בתנאי השוק הנוכחיים נע בין ארבעה לששה אחוזים, וככל שתהליך מצוקת האשראי השוררת במשק, כן צפוי מחיר הערבות לעלות. להבטחת סכומי הערבות תירשם משכנתא לטובת הבנק הערב, וגם זו עולה אחוז אחד מסכומה.

שלא הושלמה חוקף רב יותר ככה שהיינו מעניקים לה אילו הושלמה במועד שהוסכם עליו. גם אילו הושלמה במועד שהוסכם עליו היתה העסקה מוגנת ואי-אפשר היה לבטל אותה בהליכי פשיטת הרגל.

24 לא כל העסקאות הפסולות על-פי פקודת פשיטת הרגל פסולות גם לפי פקודת החברות. למשל, העדפת נושים במרמה אסורה גם על חברות, וראה סעיף 220ב' לפקודת החברות. אין זה דין הענקות המותרות על-פי פקודת החברות אך אסורות על-פי פקודת פשיטת הרגל. פירוש הבדלים אלה ושעמם ראוי למחקר מיוחד ולא כאן המקום לדון בכך.

25 בדרך זו ניתן לפקח על נפח האשראי במשק באמצעות מערכת הפיקוח על הבנקים. מתן אור ירוק לחברות הביטוח "לבטח" אשראי בתנאים נוחים מהמוצעים על-ידי הבנקים יביא לשורה של תוצאות בלתי רצויות. ביניהן יש לזנות גידול הביקוש לאשראי ועמו הגדלת אמצעי התשלום ואינפלציה, ותחרות בלתי הוגנת לרעת מוסדות האשראי המפוקחים.

כל המצוי בשוק דירות המגורים בישראל, יכול להניח שאין לצפות שהקבלנים יספגו את עלות הערבות והמשכנתא מבלי לגוללה על הרוכשים. לכן שאלה נכבדה היא האם יש הצדקה להטיל מעמסה כספית כל כך כבדה על ציבור הרוכשים אפילו מתוך המוטיב החיובי של הבטחת השקעותיהם.

שנית, הבנק הערב יהיה מעוניין ששווי ערובת המקרקעין יהיה בכל עת גבוה מסך כל התשלומים שהורימו הקונים לבנין הנבנה על אותם מקרקעין. לכאורה, ניתן היה לאמר שאם כל הכספים הנ"ל הוזרמו לפרוייקט ההוא, כי אז עלות הקרקע ועלות הבנין כפי מצבו מעת לעת צריך להיות שווה לפחות בשוויים של אותם כספים, ומבחינה זו שוויה של המשכנתא מעת לעת תהיה מספקת מבחינתו של הבנק הערב. ואולי אף ברכה יש בהסדר כזה, שכן יש בו ערובה שכספי הקונים בעד דירות בבנין מסויים אמנם יושקעו באותו בנין ולא בספקולציות בקרקעות אחרות. ואולם, הצמדה מדוייקת כזו של הערך המינימאלי של המשכנתא לעלות הקרקע והבנין ההולך ומוקם, לא תותיר בידי הקבלן כל אפשרות להוציא כספים על כל מטרה אחרת, לרבות הוצאות תקורה (over-head) ואף לא תותיר מרווח לצבירת הפסדים קלים, כגון הנובעים משביתה או ממחסור בחומרי בנין. אלה יהיו ימים קשים לקבלנים, העלולים להמיט שואה כלכלית על הקטנים שבהם, וכן על לקוחותיהם שרכשו את דירותיהם לפני שהצעת החוק תקבל גושפנקא של הכנסת.

לשון אחרת: החלופה הראשונה ניתנת לביצוע מבחינה טכנית, אך היא תייקר באופן ניכר את מחיר הדירות, ותכניס את שוק הבנייה למצוקת אשראי ניכרת על כל התוצאות השליליות שינבעו מכך.

4. תוצאות לזוואי כלליות

ברצוני להפנות את תשומת הלב לשתי תוצאות כלליות, העולות מהצעת החוק. ראשית, ההצעה אינה חלה אלא על דירות חדשות הנמכרות על-ידי קבלנים. תוצאה זו נובעת מהגדרת המלה "מוכר" בסעיף 1 להצעה. זו לשון ההגדרה: "מוכר" — מי שמוכר דירה שבנה... על מנת למכרה...". מכאן, שההצעה אינה אמורה כלל לחול על מכר דירה על-ידי בעלים סתם, להבדיל מבעלים שבנה את הדירה לצורך מכירה. מובן, שגם מי שקונה דירה מבעלים שכזה אינו יכול להחשב — מכוח ההסכם ותשלום דמי המכר בלבד — כבעל זכות קניינית בנכס. על כן, אם נעשה המוכר לאינסולבנטי לפני רישומה של הדירה על שם הקונה במשרד ספרי האחוזה, נמצא גם קונה זה מניח את מעותיו על קרן הצבי. מבחינה זו אין הסיכונים המאיימים על רוכשי דירות משומשות שונים בהרבה מאלה הצפויים לרוכשי דירות חדשות: גם רוכשי דירות משומשות אינם נוהגים לנצל את זכותם לרישום הערות אזהרה, וגם אם נרשמו הערות כאלה הן עשויות להיות כפופות לשיעבודים או זכויות צדדים שלישיים שנרשמו במקרקעין לפני רישום ההערה. אמנם תקופת ההמתנה הממוצעת לרישום דירות משומשות על שם קונהן היא קצרה יותר, הואיל ואין הצדדים צריכים להמתין לרישומן של הבנין כולו כבית משותף. אולם בתקופת הביניים עד הרישום חשוף הקונה לסיכון כאמור, ומן הדין לחת את הדעת, אם אין להרחיב את ההגנה המוענקת לקונה דירות חדשות גם על ציבור צרכנים זה. שנית, מקובל בשוק הדירות בישראל להצמיד את תשלומי הקונה למדד יוקר הבנייה (או מדד ריאלי אחר), אלא אם הצליח הקונה לגייס את מירב הכספים עד תאריך פלוני,

שבדרך כלל קודם בהרבה למועד שנקבע לכניסתו לדירה ולהעברה במשרד ספרי האחוזה. האופציה להקדים תשלומים כאמור היא רבת ערך מבחינתם של משתכנים רבים, שכן לו היו מוותרים עליה ומשקיעים כספים אלה בתוכניות החיסכון המקובלות, התשואה היתה נופלת במרבית המקרים מן החיסכון הנובע מן הפטור לסעיפי ההצמדה. כמוסבר לעיל, עשויה ההצעה לגרום לכך, שהתשלומים של המשתכנים ייעשו טיפין טיפין ובהתאם להתקדמות הבנייה. בדרך זו מבקשת ההצעה למנוע הקדמת תשלומים על חשבון הדירה. תוצאת לוואי אפשרית מהאטת התשלומים ומויסותם בהתאם להתקדמות הבנייה היא, שירכו המשתכנים שיאלצו לשאת בעליית מחירים עקב ההצמדה למדד.

ד. אלטרנטיבות

ראינו שבהיסח הדעת הגיעה הצעת החוק להשגת מטרת הזרות לרווחה, לפחות אם מטרתה האמיתית של ההצעה היא זו המשתקפת במבוא ובדברי ההסבר. המטרה האמיתית של ההצעה הינה לשריין את זכויותיהם של רוכשי דירות, מבלי לחזור למצב ששרר לפני חוק המקרקעין, של הכרה בזכויות בלתי רשומות. כדי להשיג מטרה זו חידש המציע חידושים שיישגו מטרה אחרת לגמרי, שיהיו בעלי השפעה מרחיקת לכת בשוקי הבנייה והאשראי לבנייה, ושייקרו את הדירות למגורים על חשבון צרכניהן. נראה לנו שאין הצעה זו המסגרת המתאימה להשגת התוצאה השנייה, מה עוד שהת-ייחסותה של ההצעה לסוגיית האשראי לבנייה נעשתה בהיסח הדעת, כביכול, וכטפל למטרה האחרת שהוזכרנה לראשונה. טוב היתה עושה ההצעה אילו היתה מתרכזת בהשגת מטרה ראשונה זו.

מטרה זו יכולה להיות מושגת על-ידי הסדר ביטוח חובה שינוהל על-ידי גוף סטטורי טורי שייקבע לשם כך בחוק. כל קבלן יחוייב להפריש לגוף זה אחוז קטן מתקבוליו מאת רוכשי הדירות, והקרן שתיווצר עקב כך תפצה את רוכשי הדירות על סיכונים אובדן ההשקעה כתוצאה מפשיטת רגל, פירוק או עיקול. ביטוח מעין זה דומה במקצת להסדר הקרוי "קרן לביטוח הדדי" שבהצעת החוק גופה, בחלופה השנייה. ההבדל בין קרן לביטוח הדדי כזו לבין ההסדר המוצע הוא, שהקרן הנזכרת (אך אינה מפורשת ומוסברת) בהצעת החוק, תהיה כנראה גוף וולונטרי שיחייב את השתתפות כל קבלני הדירות והצלחתה תהיה מותנה ברצונם הטוב. היא עשויה ליצור חיכוכים בין קבלנים הרואים את עצמם סולידיים דיים כדי לוותר על חלקם במימון קרן לביטוח עמיתיהם הפחות סולידיים, לבין קבלנים אחרים המעוניינים ביצירת הקרן²⁶. גם אין זה רצוי להפקיד את ניהולה של קרן שמלוא עלותה יוטל כנראה על רוכשי הדירות, דוקא בידי ציבור הקבלנים.

26 יכולה להיסען הטענה, שקבלנים בעלי יציבות פיננסית רבה אמנם אינם צריכים להשתתף במימון סיכונים שהם עצמם אינם תורמים להוצרותם. ואולם אלוקציה המתחשבת במידת התרומה להוצרות הסיכון בלבד הטיל את מלוא העומס על קבלנים פרטיים קטנים, ובכך תתרום למונופולריות של הענף ולדחיקת רגלו של הסקטור הפרטי ממנו. כדי למנוע תוצאות לוואי אלה מותר לרתום גם את הקבלנים הגדולים לכאמץ המשותף ולחייבם להשתתף במימונו.

אם תתקבל הצעתנו, יהיה אפשרי גם להרחיק לכת מן התצעה, ולשריין לטובת הקונה לא רק את הסכומים הנומינליים שהשקיע, כי אם גם את הריבית שהפסיד על שהייתם בידי הקבלן, וכן גם פיצוי נאות על עליית ערך המקרקעין בין תאריכי הפקדת הכספים ומועד פשיטת הרגל, הפירוק או העיקול. אלטרנטיבה זו תשיג במלואה את המטרה של גיבוי מלא להשקעות רוכש הדירה, מבלי לתת נפקות קניינית לזכויותיו הבלתי רשומות. אמנם יש להניח שעלותו של הסדר זה תוסב על שכם ציבור המשתכנים. אך ההסדר יהיה זול בהרבה מערבות בנקאית, וגם לא יהיה כפוף לפיקוח הנוקשה שמפעיל בנק ישראל על שוק האשראי. הקבלן יהיה חופשי לקבל מימון מלא הן מבנקים לאשראי והן מציבור המשתכנים. בדרך זו ימנעו מצוקת אשראי בשוק הבנייה שסופה הרס הקבלן הקטן, סיכון ציבור המשתכנים שרכש דירות לפני קבלת החוק על-ידי הכנסת, מוגר פוליזציה של שוק הבנייה והאמרת מחירים משמעותית.