

תקנת השוק במכר מכוניות – האומנם ! !

מאת

טל בנד ואסף פוזנר*

(ע"א 634/79 קון נ' חסון ואח', פ"ד לה(3) 611; ע"א (ת"א) 788/77 קון נ' חסון ואח', פ"מ תשל"ט(1) 284)

א. מבוא. ב. פסק הדין בבית המשפט העליון – תקנת שוק ומרשם מכוניות.
1. מכר דחוי ותקנת השוק. 2. מכר מכוניות – האומנם מכר דחוי ? ג. פסק הדין בבית המשפט המחוזי – תום לב ותקנת השוק. 1. כללי. 2. פסק הדין של בית המשפט המחוזי. 3. פסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תום הלב בתקנת השוק. 4. הפירוש ל"תום לב" בסעיף 34. ד. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ומכר מכוניות. ה. סיכום.

א. מבוא

המערער רכש מכונית ב"עיר המכוניות" ללא בדיקה מוקדמת של רישום המכונית במשרד הרישוי. כשביקש לרשום את ההעברה ברישומי משרד הרישוי התברר לו שהוטל עיקול על המכונית. בהסתמך על העיקול שנרשם ברישומי משרד הרישוי סירב המשרד לרשום את המכונית על שמו. המערער פנה לבית משפט השלום על מנת שייתן צו שיורה למשרד הרישוי לרשום את המכונית על שמו, כשהיא נקייה מכל עיקול קודם. טענתו היתה, שרכש את המכונית בתנאי "תקנת השוק" הקבועים בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן – חוק המכר). לכן, טען, עברה "הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר", כאמור באותו הסעיף.

המערער נדחה בל הערכאות, אך ההגמקה שניתנה בכל ערכאה היתה שונה. בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי נדחה הערעור לאחר בחינת מהות התנאי של "תום לב" הדרוש לצורך הפעלת סעיף 34 הנ"ל, ואילו בבית המשפט העליון נדחה

* תלמידי השנה הרביעית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 להלן – פסק הדין העליון.

2 להלן – פסק הדין המחוזי.

הערעור תוך בחינת מהות "תקנת השוק" וסוגיית מרשם המכונניות ודחיית תחולתה של "תקנת השוק" על העסקה הנדונה, כשהשופט לגדוי מחדש בשתי סוגיות אלה. ברשימתנו נבקש לבחון את ההלכות שנתחדשו בבית המשפט העליון. תחילה נבדוק האם העסקה שנדונה בפסק הדין אכן חורגת ממסגרת התחולה הפוטנציאלית של תקנת השוק. כמו כן ננסה לנתח את מהותה ואופייה של עסקת המכר הנ"ל על רקע תקנות התעבורה.

מאחר שלדעתנו אין מניעה להחיל על העסקה הנדונה את תקנת השוק נפנה לבדיקת פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שעסק בשאלה היחידה השנויה במחלוקת שם ביחס למילוי תנאי סעיף 34, שאלת תום הלב. במסגרת ניתוח פסק הדין נציג את המבחנים האפשריים השונים לתום הלב ואת המחלוקת הקיימת בפסיקה לגביהם. בשולי פסק הדין נתייחס להשפעתו האפשרית של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א—1981, על הסוגיה הנדונה.

ב. פסק הדין בבית המשפט העליון — תקנת שוק ומרשם מכונניות

פסק דינו של הנשיא לגדוי בנוי על שני גורמים. הנדבך הראשון קובע, שבמקרה דגן מדובר במכר דחוי, המותנה בהסכמת משרד הרישוי. דחינו, שהבעלות תעבור רק במועד מאוחר להסכם המכר, הוא מועד הרישום. הנדבך השני בפסק הדין בבית המשפט העליון קובע, שמקום שמדובר במכר דחוי, המותנה בהסכמת צד ג', אין תחולה לתקנת השוק. להלן נבחון כל נדבך לגופו.

1. מכר דחוי ותקנת השוק

(א) העיקרון בפסק הדין

העיקרון המותווה בדברי הנשיא הוא, שמכר דחוי ותקנת השוק מתנגשים מעצם מהותם וסיבם *:

"תקנת השוק הותקנה, כידוע, כדי להקל על דרכי המסחר בנכסים נדים, כדי שהקונה בשוק יוכל לבטוח בזה, שבהתקיים התנאים המפורטים בסעיף 34 עוברת הבעלות בנכס אליו, כשהיא נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר. אבל במה דברים אמורים: כאשר לא הותנה... שהעברת הבעלות אל הקונה נדחית למועד מאוחר, כשהיא מותנית באישורו של צד שלישי. כי התנאה כזאת נוגדת את עצם הרעיון המונח ביסודה של תקנת השוק, שהבעלות עוברת מיד עם קשירת עסקת המכר, כנהוג בכל קנייה בשוק" (הדגשה שלנו).

3 פסק הדין העליון, בעמ' 615—616.

(ב) הנימוקים שביסוד תקנת השוק — האם בהם המניעה ?

לפי דבריו המצוטטים של הנשיא, כי מכר דחוי נוגד את "עצם הרעיון המונח ביסודה של תקנת השוק", ברור שאת המניעה יש לחפש בנימוקים שביסוד תקנת השוק. אליבא דנשיא, נימוקים אלה אינם עולים בקנה אחד, מבחינה מהותית, עם החלתם על המכר הדחוי. הנימוקים לתקנת השוק הם בעיקרם שניים: האחד עומד מאחורי תקנת השוק ובמרכזו עומד הקונה. לפיו, כאשר אדם קונה בתנאי שוק פתוח הוא רשאי להניח שהנכס הנרכש אינו גנוב או גזול. הסתמכות זו מוכרת בעיני הדין מתוך ההנחה שגנוב או גזול לא יעז להעמיד את הנכס במקום פתוח לביקורת, שבו האיש שממנו נגנב הנכס יוכל לזהותו.⁴

הפן השני של אותו נימוק, כשהפעם עומד במרכזו הבעלים המקורי, הוא, שאם הבעל המקורי של הנכס, אשר הוצג לראווה בשוק הפתוח, לא מצא, הרי שדבק בו מעין "אבק רשלנות", ואין הוא יכול לפגוע בזכותו של הקונה.⁵

הנימוק השני העומד מאחורי תקנת השוק הוא, שיש לדין אינטרס במסחר שוטף בשוק הפתוח.⁶ אף נימוק זה יכול להיות מנוסח אחרת תוך הסתת מרכז הכובד אל

4 "המחוקקים ביקשו להקנות את ההגנה למי שרוכש את הנכס במקום ובנסיבות, שבהן יקל על הבעלים, שממנו נגנב החפץ — לגלותו, ושבהן לא יתקבל על הדעת שגנוב או גזול יציג למכירה את החפץ הגנוב או הנגזל". דברי השופט הרפזי בהמ' (ת"א) 4904/71 "רדניה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' הנדלי, פ"מ עז 149, 153. ראה גם: ע"א 526/75 רובינשטיין נ' אלקלעי, פ"ד לא(2) 746, 753. וכן ראה: H. W. Wilkinson, *Personal Property* (London, 1971) 171

5 "...if a man did not pursue his goods to market where such goods were openly sold, he ought not to interfere with the right of the honest and bona fide purchaser...". *Crane v. The London Dock Company* (1864) 122 E.R. 847. הדברים הובאו גם בת"א (חי') 408/52 מלכה נ' הסאן, פ"מ יא 454, 460. וראה: שטרומן, "תקנת השוק", הפרקלים לד (תשמ"ב) 353, 365. והדברים מצטרפים, מבחינה עקרונית, ל"אבק הרשלנות" שמצא בבעלים המקורי בית המשפט בהמ' (י"ם) 830/78 דאור נ' האחים אלה, פ"מ תשל"ט (2) 353, 359. וראה: C. S. P. Harding & M. S. Rowell, "Protection of Property Versus Protection of Commercial Transactions in French and English Law", 26 *International and Comparative L. Q.* (1977) 354, 357. "A more substantive and enduring consideration is the quasi-moral issue of fault — who is the most to blame" והשיקול המוביל בדין הצרפתי, המבחין בין המקרה שבו הבעלים נפרד בהסכמתו מהרכוש והוא קרבן למרמה או להפרת אמונים ובין המקרה שהבעלים נפרד מן החפץ נגד רצונו מפני שאיבדו או שנגנב ממנו. הראשון נטל על עצמו סיכון והיתה לו ברירה רבה יותר מהשני, ואם היה בודק טוב יותר, היה בוחר אדם מהימן יותר לשים מבטחו בו. ולכן המשפט הצרפתי, רק במקרה הראשון, הפקיע ממנו את הבעלות לטובת קונה בתמורה ובתום לב. וראה, לשם השוואה, דעה לפיה דיני האוחז כשורה, מעבר לרציונל שבבסיסם, מבוססים לחלוטין על דיני המניעות וראה ביקורת על דעה זו: ברק, מהותו של שטר (ירושלים, הדפוס האקדמי) 75—77.

6 ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709, 712—713 (מפי השופט ברנזון). וראה בנוסף 1. M. Planiol & Ripert, *Treatise on Civil Law*, vol. 1 Part 2, p. 462 המביא את דברי בורזון (Bourjon) המנמק את תקנת השוק ב"Commerce Safety of".

הצדדים השונים לקנייה, ובלשונם של חכמים: "כדי לא לבעול דלת" בפני הקונים⁸, דבר שיביא גם בהכרח לבעילת דלת בפני מוכרים, ולחיסול המכר בשוק הפתוח, או לייקור משמעותי של הסחורה הנמכרת בו מבחינת עלותו לקונים, כיוון שהם יצטרכו לקיים בדיקות רבות, מסובכות ויקרות בדבר מקור הנכס⁹.

בטעמים אלה אין כדי למנוע החלת תקנת השוק על מכר דחוי ונדון בהם על-פי הסדר: הטעם הראשון אין בו כדי למנוע החלת תקנת השוק במקומותינו ובזמננו על מכר דחוי משתי סיבות. ראשית, אמנם הנשיא התייחס לכך שמכר דחוי נוגד את עצם הרעיון של תקנת השוק, ולא הגביל עצמו לסעיף 34, אך כיוון שתקנת שוק ספציפית לנגד עינינו, אין להיזקק אלא לטעמים שבבסיס סעיף 34. ספק רב בעינינו אם טעם זה הדרוך את המחוקק הישראלי בסעיף 34, שכן הסעיף מתמקד ב"מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הנמכר" וב"מהלך הרגיל של עסקיו" ולא במקום הגיאוגרפי שבו מתנהל המכר¹⁰, וכיוון שכך, נדמה שטעם זה איבד מתוקפו. לא זו אף זו. טעם זה אינו מתאים עוד, לדעתנו, למציאות החברתית והכלכלית דהיום. לאור קיום מסחר בכל מקום, וכיוון שכך אין אפשרות לבעלים המקורי למצוא את רכושו גם אם הוא מוצג במקום מן המקומות שבהם מתקיים מסחר. כיוון שכך, טעם זה בופל, ואין להסתמך עליו עוד, וממילא גם אין לבחון לאורו את המכר הדחוי. שנית, וחשוב יותר, טעמים אלה מצריכים שבשלב כלשהו יועמד החפץ בפרהסיה לעיני כל, על מנת שהבעלים המקורי יוכל למצוא שם והקונה יוכל להסתמך על מצב שכזה. מצב כזה קורה גם כשמדובר במכר דחוי.

אשר לנימוק הסחר השוטף, האם נימוק זה של הגנה על שוק פתוח אינו תופס מקום

כמו כן ראה: ויסמן, "חוק המשכון, תשכ"ז-1967" (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, תשל"ח) סעיף 28, המגיע למסקנה ומתוך השוואת סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, לסעיף 34 לחוק המכר, שהסיבה המרכזית של המחוקק בסעיף 34, היתה הגנה על צורכי השוק.

וראה דברי הרדינג ורוול (לעיל, הערה 5) 358, האומרים דברים ברורים: "As commerce becomes more important to a society and a fast commodity turnover becomes crucial to the economic well-being of all, so the balance in the legal game is likely to tip in favour of the acquirer: active commercial life depends on some degree of security of acquisition. If people are worried about being sued for the restitution of property, they will be less inclined to buy, or, if to be safe they must make time-consuming and irksome investigations of title, the pace of trading will slow down and some of the advantages (i.e. profits) of trading will be lost".

7 ראה שטרומן (לעיל, הערה 5), בעמ' 355-356.

8 וראה ע"א 230/73, בנק דיסקונט ג' בנק הלואה והסכון ואח', פ"ד כח(1), 113, 119: "תקנת השוק באה להגן על קונה של חפץ שקנה ממי שעיסוקו במכירה והחפץ נמכר לו כדרך שנוהגים למכור חפצים מאותו סוג".

9 בנקודה זו הדין שואף להשיג את אותן התוצאות שהושגו באמצעות דיני ההתיישנות. דהיינו, פחות בדיקות בדבר מקור הנכס, ובאופן אוטומטי גם החלת אותו הנכס. וראה לעיל, הערה 6.

10 אך ראה ע"א 526/75 (לעיל, הערה 4), בעמ' 753, עדיין יש למקום המכר חשיבות, אם כי לא חשיבות מכרעת.

שמדובר במכר דחוי? קון – המערער – לא חרג ממנהג השוק בקנייתו. אדרבה, הוא נהג בדיוק לפי מנהגי השוק, ברכשו מכונית ב"עיר המכוניות" מקום שבו עיסקאות רבות נקשרות על-ידי אנשים שעיסוקם בכך, באמצעות שטר המכר הסטנדרטי שבו מבוצעות כל העסקאות.¹¹ מה היה עליו לעשות כדי לזכות בביטחון, הביטחון שמטרתו להגן על השוק כדי לא להבריח קונים? לכאורה, לבדוק קודם לרכישתו את רישומי משרד הרישוי. אך למעשה אף בדיקה זו לא היתה מושיעה אותו מספקות ביחס לבעלותו במכונית. כיוון שמדובר במכר דחוי – לפי העיקרון הגורף שטבע הנשיא – אין תחולה לתקנת השוק, והסיכון שהרישום אינו משקף כהלכה את הבעלות ברכב יפול עליו. זאת, שהרי אין בחוק המכר או בפקודת התעבורה (נוסח חדש), מקבילה לסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, המעניק זכויות יתר (בדומה לתקנת השוק) למי ש"הסתמך... על הרישום". אם כן, קון מצוי במלכוד, שהרי מפסק הדין נובע שיוגן רק מי שקונה במכר שאינו דחוי. כפי שנראה בהמשך, דרך כזאת לפי פסק דינו של הנשיא אינה אפשרית; כבר עתה נצביע על כך שלא ייושע הקונה אם ישלם את המחיר ביום העברת הבעלות במשרד הרישוי על שם הקונה, מכיוון שאין כל קשר בין מועד התשלום ובין היות המכר מכר דחוי. מכר דחוי הוא כאשר נכרת חוזה להעברת הבעלות אך הבעלות עוברת במועד מאוחר יותר, כאשר צדדים פונים למשרד הרישוי ברור שהסכימו קודם לכן שבמועד כלשהו תעבור הבעלות ברכב, שכן אחרת מה להם ולפנייה לשינוי הרישום? כיוון שכך מדובר במכר דחוי, ולמועד התשלום אין כל גפכות. יש לציין, שהצדדים אף מעידים לפני הרשות על כך שנערך חוזה ביניהם, כיוון שפגיתם אליה היא באמצעות שטר מכר. לא זו אף זו. כיוון שהצדדים אינם יודעים באיזו שנייה ודקה ייערך שינוי הרישום, ברור שקיים הבדל כלשהו בזמן, בין שינוי זה ובין מועד התשלום. אף אם מועד התשלום היה הרלוונטי, וכאמור לעיל אין זה כך, היה מדובר במכר דחוי, ואין זה משנה אם של דקה, שעה, יום או חודש, שהרי קביעתו של הנשיא במישור העקרוני היא, והבדלי זמנים עניין של כמות הוא ולא של איכות. יתרה מזו, אף אם ניתן היה לקבל את הגנת תקנת השוק על-ידי עריכת חוזה במשרד הרישוי, אין בכך פתרון מתאים והולם לשוק מודרני.

נמצא, שעל מנת שלא תידרד שנתו בלילות צריך קון להתחקות בעצמו אחר מעללי המכונית לפחות כדי תקופת ההתיישנות, ולהתפלל שלא חלו בינתיים הוראות שהפסיקו את מירוצן ההתיישנות.^{12, 13} כמובן שלא מספיק שיתחקה אחרי בעלי המכונית בשנים אלה, אלא הוא צריך לבדוק, בין היתר, שלא הוטל כל עיקול על המכונית במשך שנים

11 וראה פסק הדין המחזי, בעמ' 289, שם מבקר השופט בן דרור את השוק. ומשום כך הוא מגיע לדחיית הערעור. אולם גם שם לא היה חולק שהקנייה בוצעה לפי מנהגי השוק.

12 אלמנט זה של תקנת השוק, של ביטחון הקניין (העומד בצד ההגנה על השוק), השרידה את המחוקקים השונים. וראה, למשל, סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969. יש לציין בנוסף לזאת, שכאשר הוציא המחוקק הצרפתי ספינות וכלי טיס אל מחוץ לחסות תקנת השוק, הוא דאג לקבוע בשבילם "תקנת שוק" חליפית. ראה: *Droit Civil, Tome III vol. I*: Suretes, et la publicité foncière), Marty, Raynaud, pp. 289-291, Sec. 465-467.

13 הסעיפים המכילים את העילות המפסיקות את ההתיישנות הם סעיפים 10–18 לחוק ההתיישנות, תשי"ח–1958.

אלה, שהרי לא ייחשע מסעיף 34 לחוק המכר לצורך קניית רכב המשוחרר מכל עיקול. בדיקות אלה יעלו לקון כסף רב והמחיר האמיתי של המכונית יעלה בהרבה, והשוק הפתוח לגבי מכוניות משומשות יוכה מכה אנושה. כדברי השופט דב לוין¹⁴ בנושא קרוב:

"ההיגיון שבכך שאם נחמיר... נימצא פוגעים בחיי המסחר השוטפים שהם דם התמצית של כלכלה חיה ותוססת. שהרי תמיד יקנן בלב המתקשר החשש, שמא אין למוכר זכות הקנין בנכס, שמא לא חקר ודרש מספיק ואז, וליתר זהירות וביטחון, יימנע מלהתקשר".

הדברים אמורים מקל וחומר בענייננו, שכן בעוד דבריו של השופט דב לוין מיועדים כנגד צמצום בלבד של תקנת השוק העיקרון של הנשיא לנדוי מונע באופן גורף החלת תקנת השוק על מכר מכוניות והשוק ייצא נפגע. האם לאור כל זה ניתן לטעון ברצינות שתקנת השוק לא חלה מעצם טיבה במקרה של מכר דחוי ?

נימוק שניתן אולי להשתמש בו על מנת להראות שתקנת השוק אינה צריכה לחול במקרה של מכר דחוי הוא, שתקנת השוק היא בגדר חריג לכלל שאין אדם יכול להעניק יותר זכויות מאשר יש לו (nemo dat quod non habet). ניתן לטעון, שמן הראוי לשלול את הבעלות מהבעלים המקורי רק אם הרוכש גקי מכל רבב. מכר דחוי מראה על נטילת סיכונים בידי הקונה. הקונה מסתכן בפשיטת רגלו של המוכר בין מועד כריתת חוזה המכר ובין מועד ההעברה הסופית של הבעלות שכן הבעלות טרם עברה, והקונה אינו אלא נושה ככל נושה. במידה שאכן כך יקרה, תישאר בידי הקונה רק ההתחייבות להעביר לו את הנכס. אם כן, קונה כזה אינו "טלית שכולה תכלת" ולא מגיע לו ליהנות מהפריזוילגיה של תקנת השוק.

אך האם אדם הלוקח על עצמו סיכונים מוגדרים אלה, התלויים באישיותו של המוכר, ואשר קלים לבדיקה, ולעתים קטנים ביותר¹⁵ ומכל מקום זמניים באופיים, הוא בגדר פסול שיש למנוע ממנו ודאות בקניינו ? יתרה מזו, יש מקרים, כגון זה שבענייננו, שאין לקונה ברירה אלא לקבל עליו סיכונים אלה. האם בגלל זה יאלץ אותו הדין ליטול על עצמו סיכונים נוספים, המשתרעים על תקופה קודמת למוכר, ושאין מוגבלים ?

לא זו אף זו. אם סיכונים מסוג זה, הנובעים מאישיותו של המוכר, מביאים לדחיית תחולתה של תקנת השוק, אזי יש מקום לסברה שמן הדין לבטל את תקנת השוק כליל. שכן, סיכונים כאלה רובצים על כל קונה, ואף במכר שאינו דחוי שהתקיים בתנאי תקנת השוק ייתכן שהמוכר כבר הוכרז פושט רגל והמכר אינו תופס בשל כך¹⁶ ואף

14 ע"א 842/79 נס ואח' ב' גולדה ואח', פ"ד לו(1) 204, 213.

15 ואם המוכר הוא המדינה, סיכונים אלה בעלמים לגמרי.

16 ראה סעיף 99(4) לפקודת פשיטת רגל (נוסח חדש), תשמ"מ-1980. הדורש על מנת להגן על העיסקה שהמכר היה לפני הוצאת צו כינוס. גדר הספיקות, שהגיעו אותנו להתבטא בהירות, הוא משום השאלה אם סעיף 99 הנ"ל הוא תקנת שוק ספציפית במקרה של פשיטת רגל, המוציאה תחולת תקנת השוק הרגילה, אם לאו. וראה: א' פרוקציה, דיני פשיטת רגל והתקנת האזרחית בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ירושלים, תשמ"ד). פרוקציה דן באינטרסים השונים הקיימים במקרה של פשיטת רגל, ומגיע בסופו של

ייתכן שיוכרו בעתיד המוכר כפושט רגל ומכוח העיקרון של הייחוס אחורה (relation back), הקבוע בסעיף 34 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), תש"מ—1980 ז', יתברר למפרע שהוא פושט רגל והעסקה תבוטל.¹⁸

הפורט לפרוטות את דבריו של הנשיא לנדוי ובודק את התוצאות הנובעות מהן יכול רק לשער שלא נוחה דעתו של הנשיא מקיום שוק פתוח במכוניות. ואולי הוא אף מסכים לדבריו של השופט בן דרור בבית המשפט המחוזי¹⁹, שאמר על השוק הפתוח את המלים האלה:

"שיטה קלה ותפוחה זו, של העברת הבעלות על מכוניות, שימשה בעבר — ואין לדעת אם הגיע עליה הקץ — כר נרחב לרמאים וזייפנים שהפילו בפה לא מעט רוכשי מכוניות ומוכריהן".

אך לא זו גירסתו של המחוקק הישראלי. המחוקק ער לקשיים הנובעים ממסחר בשוק פתוח ברכב, ועל כן חוקק את חוק המסחר ברכב משומש, תשל"ז—1977, שהוחלף מאוחר יותר בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א—1981, שלא שינה מהוראותיו המהותיות. חוקים אלה מסדירים את שוק המכוניות המשומשות על-ידי כך שהם מטילים חובה על מי שעיסוקו במכירת רכב משומש להביא לידיעת הקונה מידע, בין היתר, על הגבלות על השימוש בו ועל העברת הבעלות בו:

"מטרת החוק המוצע [דהיינו חוק המסחר בהגון ברכב משומש, תשל"ז—1977] להביא לידיעתו של קונה רכב משומש את הפרטים החשובים הרלבנטיים לגבי הרכב שהוא עומד לרכוש. הצורך בחוק נובע מהעובדה שלא כל קונה ער לכל הפרטים שעליו לדרוש מן המוכר, ולא כל מוכר נוהג למסור מידעו את מלוא הפרטים המדויקים"²⁰.

סעיף 2(א) ביטא רעיון זה בבהירות יתרה, ובקטעים הנוגעים לענייננו נאמר שם:

"עוסק יציג במובלט, על רכב משומש שהוא מציע למכירה או המוצע למכירה באמצעותו או שהוא מחזיקו במקום שהוא נוהג למכור רכב משומש, מודעה בכתב שתכלול בין היתר — ...

(3) בעליו הקודמים;

(4) הגבלות על השימוש בו או על העברת הבעלות בו מחמת אי תשלום

מכס, מסים, היטלים או אגרות החלים עליו, או מחמת משכון, שעבוד

או עיקול".

דבר למסקנה שאין מקום להחיל את תקנת השוק הרגילה במקרה של פשיטת רגל, ושהיא נדחית מפני הוראות הפקודה.

17 וראת *In re Gunsbourg* [1920] 2 K. B. 426

18 אף סעיף 499(4) לא יחסן עיסקה העומדת בתנאי תקנת השוק לחלוטין. כיוון שסעיף זה דורש תנאים נוספים כגון אי ידיעה על כך שהחייב עשה מעשה פשיטת רגל בעבר, אף אם לא מעשה זה הוא שהביא לפשיטת רגלו בסופו של דבר. כמו כן יש לציין, שאם יוכרו המוכר פושט רגל מאוחר יותר, באותו יום, סעיף 499(4) לא יעיל לו. ראה: Williams, Hurter, Bank-

ruptcy (London, 1979) p. 358

19 פסק הדין המחלי, בעמ' 289.

20 ה"ח תשל"ז 192.

בכך רואה המחוקק את הפתרון לחוסר ידיעתו של הקונה, ולא באילוץ לחקור ולבדוק, דבר שייתן מכות למוות לשוק כולו. המחוקק שואף ל"מסחר הוגן ברכב משומש" ולא להרס המסחר ברכב משומש. בהתאם לכך גם אל להם לבתי המשפט להטיל מגבלות על תקנת השוק שיביא להרס שוק המכוניות ושווקים אחרים שהעסקאות בהם נעשות בצורה שהבעלות עוברת בשלב מאוחר של כריתת חוזה המכר.²¹

גם לא נראה שגרסתו של המחוקק הישראלי היתה להגביל את ההגנה במסגרת תקנת השוק לעסקאות מהירות, חד-פעמיות, שהבעלות עוברת בהם במועד הסכם המכר ושהם ורק בהם, לכאורה, אין סיפק ביד הקונה לבדוק את מקור בעלותו של המוכר. המחוקק הישראלי הרחיב במפורש את תחולת סעיף 34 לחוק המכר גם על עסקאות דו-שלביות, שבהן המגנע בין הקונה למוכר אינו מסתיים ברגע אחד. סעיף 34 מתנה את תחולת תקנת השוק בכך ש"הקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו" בתום לב. משמע, המחוקק היה ער לאפשרות שזמן הקנייה יקדם לזמן קבלת ההחזקה, שאם לא כן לא היה מציין את שני המועדים בנפרד. במקרה כזה ובהפרש הזמן הזה, אם היה המחוקק מעוניין להגן על עסקאות חד-שלביות בלבד, היתה לקונה הזדמנות לפשפש בטיב זכותו של המוכר ועל כן תקנת השוק לא היתה צריכה לחול. אלא שכאמור אין זו גרסת המחוקק, המעניק הגנה גם לעסקה דו-שלבית.²²

מתעוררת אמנם השאלה האם על שני השלבים של המכר הדחוי, דהיינו חוזה המכר והעברת הבעלות, צריך לחול התנאי שיהיו "במהלך עסקי הרגיל" של המוכר. נדמה שאכן כך הוא, אך אין בכך כדי לפסול את החלת תקנת השוק על מכר דחוי מכל וכל.

21 כך, למשל, מקום שמדובר במכר בתשלומים של מקררים, סלוליות וכיוצא באלה, שבהם בדרך כלל הבעלות במכר עוברת רק אחרי השלמת התשלומים. לכאורה, ניתן יהיה לעקוף קושי זה לעתים, תוך היעזרות בסעיף 2(ב) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, שכן לפעמים יהיה בכך משום עיסקת משכון מוסווית, ומכוח הדין יש לראות את הבעלות כאילו עברה מיד. ראה ויסמן (לעיל, הערה 6), סעיף 18. אם הבעלות עוברת מיד, והספק הוא לא יותר מאשר בעל משכון (בהסכם גרידא), לפי דברי הנשיא תחול תקנת השוק. אלא שאין לדעת האם "עקיפה" זו תועיל. מניסוחו של הנשיא את הכלל בדבר מכר דחוי ותקנת השוק ברור, שאין הוא סבור שכלל זה הוא "טכני" שנופה עלינו המחוקק, אלא שהוא נובע מ"יסודה של תקנת השוק" וממהותה. אם כוונתו היתה שזהו כלל עזר הנובע מדרישת תום הלב בסעיף, ושכוונתו היא שאם הצדדים לא התכוונו לקשור עיסקה מהירה אין לתת להם את הגנת תקנת השוק. נדמה לנו, שסעיף 2(ב) לחוק המשכון לא יסייע בידינו, שהרי הוא פועל בניגוד לכוונת הצדדים המוצהרת בחוזה. ודוק.

22 לכאורה ניתן לטעון גם אחרת. המחוקק דורש שהקונה "קנה וקיבל אותו לחזקתו" בתום לב. מועד הקנייה יכול רק להיות צמוד למועד קבלת ההחזקה, שהרי עד להתמלאות כל התנאים שבסעיף 34 לא יכול הוא לקנות את הנכס, שהרי הכלל הוא שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו. נמצא, שהרכוש מקבל את הקניין במכונית רק אחרי שהתמלאו כל התנאים שבסעיף 34. דהיינו בזמן קבלת ההחזקה, והסעיף אינו מחייב הכרה בעסקאות דו-שלביות. אולם נראה, שאין לפרש את הסעיף בצורה זו. המרוקנת את ההבחנה בין "קנה" ל"קיבל לחזקתו" מכל תוכן. נראה, שהמחוקק לא דק בלשונו ויש לפרש הן את הביטוי "קנה" והן את הביטוי "מכר" (וראה סעיף 1 לחוק) כמצב המשפטי שהיה קורה בהתעלם מכך שה"מוכר" אינו הבעלים המלא. יש לציין, שבקוטינס מדייקים יותר כשלא מגינים על "מכר", אלא על ה"חזקה" של צד ג', ראה פלניול וריפר (לעיל, הערה 6), בעמ' 458-460.

תקנת השוק יכולה לחול גם על מקרה שהעברת הבעלות התקיים אצל הרשות הרשומת, שכן אצלנו, בניגוד לאנגליה, אין צורך שהמכר יתקיים במקום מסוים, אלא הוא צריך לשאת אופי מסוים.

ככלל, גדמה שדברי הנשיא סותרים מציאות קיימת. בקטע שצוטט לעיל הוא קובע שמכר דחוי סותר את מוסד תקנת השוק "שהבעלות עוברת מיד עם קשירת עיסקת המכר, כנהוג בכל קניה בשוק"²³. קביעה זו היא קביעה אמפירית ולא משפטית. שהמציאות במקרה זה גופו טופחת על פניה. שכן כל קניה בשוק של מכונית נעשית באמצעות שטר מכר, שאלו דנשיא היא הגורמת לכך שהמכר הוא מכר דחוי.

המסחר כיום "מפותח" ומטבע הדברים שמתבצאות בו עסקאות משוכללות יותר משהתבצעו בשווקים בימי קדם. אך על בתי המשפט להחיש את צעדיהם, להתאים עצמם למציאות המשתנה ולאפשר לשוק לפעול, מה גם שאין בחוק המכר ולו גם רמז להוצאת עסקאות שכאלה אל מחוץ לתחומי תקנת השוק. דוגמה לגישה רצויה שכוונתו ניתן למצוא בפסק דינו של השופט בייסקי בה"פ (ת"א) 10756/72 אי. תי.פי. בע"מ נ' אבלגון ואח'י²⁴, שהחיל את תקנת השוק על עסקה שחלק מן המחיר שלה שולם בשיק דחוי תוך שהוא מצביע על כך ש"כוונתו של המחוקק הישראלי להרחיב את תקנת השוק לעומת המצב הקודם ולהתרחק מהעיסקות הפרימיטיביות אשר הניעו את המחוקק האנגלי להגן על הקונה בשוק פתוח"²⁵.

מסקנתנו היא, אם כן, שאין מקום מבחינת "עצם הרעיון המונח ביסודה של תקנת השוק" לקבוע עיקרון גורף שעל מכר דחוי לא תחול תקנת השוק. אמנם, יש מקרים שמכר דחוי ספציפי נוגד את תקנת השוק²⁶, אך לטיפול בתופעות כאלה לא יצולח עיקרון גורף כמו זה שטבע הנשיא. עיקרון ההורג צדיק עם רשע. לשם כך יש צורך בכלים גמישים שיאפשרו להבדיל בין מקרה למקרה; כלים משפטיים כאלה מצויים בסעיף 34 לחוק המכר. על המכירה להיות "במהלך הרגיל" של עסקי המוכר, ועל הקונה לרכוש את הנכס בתום לב. בכלים כאלה אצורה גמישות מספקת. לצורך זה אין לקבוע עיקרון שיביא לכך שלא יהיה כל קשר בין תקנת השוק למכוניות²⁷.

ואכן, באופן דומה קבעו בתי המשפט האנגליים שעל מכר דחוי תחול תקנת השוק. ורק התנו זאת בכך שכל השלבים היו במסגרת השוק הפתוח. וכך אמר בית המשפט בפסק הדין *Crane v. The London Dock Company*²⁸, בנוגע לתקנת השוק:

"Every contract of sale involves two things. First. The bargain. Secondly.

23 פסק הדין העליון, בעמ' 616.

24 פ"מ תשל"ד (2) 450.

25 שם, בעמ' 454.

26 כך הן יכולות להוציא את העיסקה מתחום העיסקות הרגילות הנקשרות בשוק, או שמכר דחוי יכול להעיד על חוסר תום הלב של הקונה.

27 וראה המ' (ת"א) 4904/71 (לעיל, הערה 4), בעמ' 152. דברי השופט הרפוי על תקנת השוק: "... ניתן לומר כי ההתפתחות היתה מדינים הקובעים מבחנים פורמליים ותנאים פורמליים להגנה על זכויות הרוכש בתום לב, תוך ניסוח כללי יותר המניח לבית המשפט יתר חופש בשיקול כל נסיבות העניין, כאשר הוא בא להכריע בין זכותו של הבעלים החוקי לזכותו של הרוכש בתום לב".

28 לעיל, הערה 5, בעמ' 849.

The transfer of the property. This latter may take place either upon delivery or after delivery. But I do not understand how it can be said that a sale of a given article takes place in the market overt unless the thing to be sold is in the market overt, during the whole of the time that the incidents which constitute the purchase and sale are going on"²⁹, ³⁰.

(ג) השוואה עם מטריות אחרות — שטרות, מקרקעין וספינות

גם אם נשווה זאת למטריות אחרות במשפט הישראלי, הקרובות לעניין תקנת השוק, נראה שקביעתו של הנשיא שמכר דחוי התלוי באישורו של צד ג' נוגד את "עצם הרעיון" המונח ביסוד תקנת השוק, מוטלת בספק.

במכר מקרקעין הרישום הוא קונסטטיטויטיבי, ועל כן המכר הוא דחוי עד הרישום ועד אישורו של פקיד המרשם. לכאורה, לאור קביעת הנשיא, מ"עצם הרעיון" של תקנת השוק, לא ייתכן שנמצא מוסד של "תקנת שוק במקרקעין". אך אין זה כך. סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, מקים מוסד שכזה: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון". משמע, שמכר דחוי "סובל" את הרעיון של הקניית זכות על-ידי מי שאין לו זכות זו.

יתרה מזו, אם הדברים נכונים לגבי מקרקעין, הם בבחינת קל וחומר לגבי תקנת השוק במיטלטלין. ומה במקרקעין, שאין לבעלים המקורי שמץ "אשמה", שהרי אינו יכול לעמוד בלשכת הרישום כל הזמן ולמנוע רישום והעברה מוטעים, קל וחומר בנכסים נדירים, שאף אם הבעלים המקורי אין בו אשמה, "אבק אשמה" יש בו, שהרי הניהל לנכס להיגבגב. ואם תאמר, שתקנת השוק במקרקעין דורשת הסתמכות על הרישום, ואין ללמוד מתקנת שוק שכזו, שבה דורשים כה הרבה מן הקונה, בניגוד

29 תקנת השוק האנגלית כיום מצויה ב-Sales of Goods Act 1979 בסעיף (1)22, אך אין בה שינוי נוסח לעומת הנוסח הישן שהיה בסעיף (1)22, ל-Sale of Goods act 1893, ושעמד לנגד עיני בית המשפט במקרה זה.

30 גם המצב בגרמניה דומה מבחינה זו. הכלל הוא שם, שהבעלות במכר רגיל עוברת בזמן העברת ההחזקה ולא בחתימת חוזה המכר, דהיינו, תמיד מדובר ב"מכר דחוי", מקום שהעברת ההחזקה נדחית. עם זאת, תקנת השוק הגרמנית חלה גם על מכר רגיל זה. ראה: E. J. Schuster, *The Principles of German Civil Law* (London, 1907) p. 397. למחקר השוואתי רחב, שאינו מציין תנאי של "מכר דחוי", ראה: D. E. Murray, "Sale in Market Overt", 9 *International and Comparative L. Q.* (1960) 24.

31 וראה המ' (י"ם) 830/78 (לעיל, הערה 5), בעמ' 358—359, הלומר קל וחומר שכזה לעניין תום הלב לצורך אחיזה כשורה בדיני השטרות, תקנת השוק במיטלטלין ותקנת השוק במקרקעין, וקובע שבזה האחרון יש לדרוש, לצורך הפקעת בעלות, תום לב עילאי. זאת, משום שבניגוד לשטרות ומיטלטלין, שבהם הבעל המקורי היה יכול להגן על עצמו (בשטרות יכול היה להימנע מלחתום על שטר ובכך להימנע מיצירת הסיכון, ובמיטלטלין הוא היה יכול לקבוע דרכי שמירה נאותות על רכושו או אף לבטחו), בעל המקרקעין אינו יכול לעשות דבר, שכן העמדת שומר במשרד רשם המקרקעין שישגיח על הרישום הוא דבר לא ריאלי. וראה גם הרדינג ורוול (לעיל, הערה 5), בעמ' 357.

לתקנת השוק במיטלטלין, נשיב לך בשתיים. ראשית, לפי העיקרון שטבע הנשיא לא ייושע אף זה שיבדוק את מרשם המכוניות, ונמצא שהקונה יוצא קירח מכאן ומכאן. תקנת שוק במיטלטלין לא חלה עליו, ותקנת שוק חליפית כבמקרקעין, אין לו. שנית, המקום להכנסת הצורך בבדיקה יכול להיות במסגרת דרישת תום הלב (ועוד נתווה לכך בהמשך) אך לא כעיקרון גורף. מכל מקום תקנת השוק במקרקעין יכולה ללמדנו שייתכן גם ייתכן מכר דחוי הנהגה מהפריווילגיה המוענקת בתקנת השוק.

דוגמה נוספת לכך שאין סתירה בין מכר דחוי עד לרישום ובין תקנת השוק ניתן למצוא בסעיף 83 לחוק הספנות (כלי שיט), תש"ך—1960, הקובע:

"הרישום אין בו כדי ערובה לזכות קנין, אולם אם רכש אדם בתום לב ובתמורה כלי שיט רשום, לא תפסל הרכישה מחמת זה בלבד שלמעביר לא היתה למעשה הזכות להעביר".

ובספינות הרי המרשם הוא קונסטטיטויטיבי, דהיינו כל הסכם על מכירת ספינה הוא בבחינת מכר דחוי, ולמרות זאת סעיף 83 קובע תקנת שוק. אף מפה אנו למדים שסתירה כגון זו שהצביע עליה הנשיא איננה קיימת, וקיימת תקנת שוק אף ללא הסתמכות על הרישום.

לצורך דוגמה שלישית נפנה לדיני האוחז כשורה שבפקודת השטרות³². האוחז כשורה רוכש חיוב עתידי נקי מכל פגם שהיה בו³³, בנוסף לגוף השטר שהוא רוכש מיד. יתרה מזו, אחד התנאים המצויים בסעיף 28 לפקודת השטרות הוא, שהאוחז כשורה קיבל לידי אדם השטר לפני שעבר זמנו של החיוב. אמנם אין להקיש מכך שיש צורך, לצורך תקנת השוק, בכך שתמיד החיוב יהיה דחוי, שכן תנאי זה מיוחד למטריית השטר³⁴, אך ניתן ללמוד אף מפה שהרעיון של תקנת השוק, המעניק זכויות יתר לרוכש בתמורה ובתום לב, אינו מנוגד מעצם טיבו למכר דחוי.

2. מכר מכוניות — האומנם מכר דחוי ?

הברית תיכון של פסק דינו של הנשיא לגדולי שעליו נשען פסק הדין הוא סיווג המקרה שלפנינו כמכר דחוי. האמת ניתנה להיאמר, שבביקורתנו עד כה על פסק הדין, בעניין העיקרון הקשור למכר דחוי, אין כדי לערער את תוצאת פסק הדין, שכן על מנת להגיע לתוצאה של אי תחולת תקנת השוק די בכך שיהיה מדובר במכר דחוי עד לשלב

32 המהווים מעין "תקנת שוק" מיוחדת לשטרות, ראה ברק (לעיל, הערה 5), בעמ' 75.

33 מכל פגם "אישי" בחיוב, אך לא מפגם חפצא, ראה ברק, שם, בעמ' 74.

34 ההנחה היא, שאם תנאי זה מתקיים, יש לחשוש לחוסר תום לב מצד מקבל השטר. ראה ע"א 114/62 ואח' נ' מיכלסון וקרעיר שכנגד, פ"ד סו 2677, 2683 (מפי השופט זוסמן): "ההוראה האמורה, המתנה אחיות כשורה בנטיית השטר לפני שעבר זמנה, אינה אלא אחד מיסודות תום הלב הדרוש כדי לעשות אדם אוחז כשורה, ורק במחיצת הזמן הפכה הוראה עצמאית, כביכול...". לביקורת על כך שבדיני השטרות נהפך התנאי האמור להוראה עצמאית, אובייקטיבית ונוקשה ראה ברק (לעיל, הערה 5), בעמ' 84, 116—118. אנו מסכימים, שאף בענייני מיטלטלין יש לבדוק לגופו של עניין האם המכר הדחוי מראה על חוסר תום לב, אך לשם כך אין לקבוע הוראה פסיקתית נוקשה. ולגופו של עניין, האם במקרה שלפנינו מלמד מכר דחוי שכזה על חוסר תום לב ? תמנהו.

הרישום, ואם כך המערער במקרה שלפנינו עדיין לא רכש את הבעלות בנכס כנדרש בסעיף 34; אך אם אין מדובר במכר דחוי, הרי גם אין בעיקרון הראשון של הנשיא כדי לסייע לפתרון הפרשה שהיתה לפניו.

ניתן להגיע למסקנה שמדובר במכר דחוי עד הרישום ברשות הרישוי בשתי דרכים שונות: ניתן לסבור שרישום במשרד הרישוי הוא קונסטיטוטבי לצורך העברת הבעלות מן המוכר לקונה, בדומה למקרקעין שחל לגביהן סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הקובע כי "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה". דרך אחרת להגיע לאותה המסקנה במקרה הנוכחי הוא לסבור שאמנם הרישום אינו קונסטיטוטבי לצורך העברת הבעלות, אך כיוון שהצדדים לחוזה המכר הסכימו שהממכר יעבור רק לאחר הרישום, יש לכבד את רצונם כמצוות סעיף 33 לחוק המכר. הדברים אמורים בין שנראה את התנאי הדוחה את מעבר הבעלות כתנאי מתלה בחוזה, לפי סעיף 27(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, דהיינו שהצדדים התכוונו שאם לא יוכלו להעביר את המכונה ברישום יתבטל החוזה, ובין שמדובר בתניה חוזית רגילה, שהצדדים התכוונו שהחוזה ימשיך להתקיים גם אם רשות הרישוי לא תסכים לשנות את הרישום, ואז תועבר הבעלות בדרך ובמועד אחרים. אם מדובר בתנאי מתלה — הבעלות לא עברה כלל ואזי המערער עדיין לא "קנה" את המכונה, כנדרש לצורך תקנת השוק; ואם מדובר בתניה, אף אם עברה הבעלות מאוחר יותר (דהיינו, זו היתה כוונת הצדדים), הרי אחרי שהודיעה הרשות לקונה על סירובה לשנות את הרישום מטעם זה או אחר, אין לראות בו משהו שיש לו קנייה בתום לב, ושוב — תקנת השוק לא תחול.

לכאורה, יש הבדל רב ועצום בין שתי הדרכים. לפי הדרך הראשונה, כל מכר מכונות צריך לעבור דרך משרד הרישוי, שאם לא כן לא עבר הקניין. מה שאין כן בדרך השנייה, העוסקת בחוזה ספציפי בין קון לחסון. אך הפער אינו גדול, שהרי קבע הנשיא שהחוזה המיוחד הנ"ל, קרי ההסכמה הספציפית בדבר דחיית העברת הבעלות, מצויה בשטר המכר הסטנדרטי שקבעה רשות הרישוי — ונמצא שכמעט בכל המקורות יש הסכמה "ספציפית" שכזאת.³⁵

הנשיא פסק לפי הדרך השנייה, הדרך החוזית, ואילו את הדרך הראשונה השאיר בצריך עיון "אוהד"³⁶ באמרו ש"קשה לי להלום, שמכירת הרכב תקנה בעלות שלמה לקונה, בלי שרישומיה של רשות הרישוי יוכלו לשקף זאת, בשל עיקול, שהוטל על הרכב לפני מכירתו".

להלן נבחון את שתי הדרכים הללו, תוך התייחסות לנוסח שטר המכר ולתקנות, לפסיקה שקדמה לפסק הדין של בית המשפט העליון ותוך בחינת ההשלכות של הגישות השונות.

(א) שטר המכר והתקנות

למקרא שטר המכר קשה להבין מה יש בו כדי להעיד על הסכמה של הצדדים לגבי

35 בהמשך נראה, שקיימים עדיין הבדלים בין שתי הדרכים.

36 פסק הדין העליון, בעמ' 615.

מועד העברת הבעלות. שטר המכר³⁷, בחלקו המצוטט בפסק דינו של הנשיא³⁸, קובע: "אנו החתומים מטה מבקשים לרשום את הרכב שפורט לעיל לפי הפרטים הרשומים בשטר המכר הנ"ל על שמנו. ידוע לנו כי רישום שינוי הבעלות כמבוקש מותנה באישור רשות הרישוי..."

ברור מנוסח זה, שהדבר היחיד שהצדדים מאשרים שהוא ידוע להם הוא שרישום שינוי הבעלות מותנה באישור רשות הרישוי. רישום נאמר, העברת הבעלות לא נאמר. אין אפוא לדעתנו בנוסח המצוטט כדי לבסס את המסקנה שהגיע אליה הנשיא. יתרה מזו, שטר המכר נזכר בתקנות התעבורה, תשכ"א–1961³⁹, והוא אף פורסם ברשומות. אין להניח שמתקין התקנות התכוון להסמיק את רשות הרישוי להתנות באופן גורף וכללי על סעיף 33 לחוק המכר, על כל הנובע מכך (למשל, ביטול תקנת השוק לגבי מכוניות), ובאופן זה יש לפרש את הכתוב בשטר המכר. יש לציין, שאם סבר השופט לנדוי כי "רישום שינוי הבעלות" זהה לשינוי הבעלות, יש בכך משום הכרעה ברורה לגבי מהות הרישום, ודבריו שאין בדעתו לפסוק בעניין זה אינם מדויקים.

גם למקרא התקנות קשה להשתכנע שרישום מכוניות אמור להיות רישום קונסטיטיוטיבי. תקנה 283 קובעת כי "נמכר רכב הרשום בהתאם לפקודה או חל שינוי או שינוי בעלות בבעלותו יהולו הוראות אלה...". דהיינו, התקנה מניחה כנקודת מוצא שכבר חל שינוי בבעלות, ורק לאחר שחל שינוי כזה נכנסת מערכת הרישום לפעולה.

רושם זה מתחזק למקרא תקנה 284. הקובעת שרשות הרישוי לא תשנה בעלות רשומה, אלא אם אין כל הגבלה בדין, כגון עיקול. הנשיא⁴⁰ ראה בתקנה משום נימוק כבד משקל לסטות מההלכה הקודמת לפיה הרישום הוא דקלרטיבי, כיוון שהיא תביא לאי התאמה בין המציאות המשתנה לרישומים שאינם משתנים. על נימוק זה נעמוד בסמוך, אך לענייננו יש לציין, שאף תקנה זו מתנה את תחולתה בכך שכבר חל שינוי בבעלות, ומבדילה, הבדל היסודי, בין בעלות ברכב ל"בעלות רשומה" בו, שרק אותה משנה רשות הרישוי.

גם הנימוק גופו שמביא הנשיא לרקע השינוי בתקנות קשה להולמו. אומר הנשיא: "קשה לי להלום, שמכירת הרכב תקנה בעלות שלמה לקונה, בלי שרישומיה של רשות הרישוי יוכלו לשקף זאת, בשל עיקול, שהוטל על הרכב לפני מכירתו"⁴¹. האומנם זו התוצאה המתחייבת מן התקנות אם נפרש אותן כדנות ברישום דקלרטיבי בלבד? דומה שלא. מרגע שעברה המכונות דרך סעיף 34 לחוק המכר "עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו" והעיקול או השעבוד "יחולו על הפדיון מן המכירה", כלשון סעיף 34. דהיינו, המכונות נקיה מן העיקול ואין בו כדי למנוע את רישום

37 שטר המכר פורסם ב"פ תשל"ו 1491.

38 פסק הדין העליון, בעמ' 614.

39 ראה תקנה 283(1).

40 פסק הדין העליון, בעמ' 615.

41 שם, שם.

שינוי הבעלות. למה הדבר דומה? לעיקול בטל שנרשם בטעות או עיקול תקף שנרשם, ולאחר ששולם החוב בוטל, אך רישומו לא שונה. האם עיקול זה ימנע רישום שינוי בעלות? בוודאי שלא, לא לעיקול שכזה התכוון מתקין התקנות, אלא לעיקול תקף המונע ממילא העברה מלאה של הבעלות.⁴² נמצא, שאין כל מניעה שהרישום ישקף את הבעלות האמיתית. ברוח זו יש גם לפרש את תקנה 284(א) הקובעת: "הוכח להנחת דעתה של רשות הרישוי כי אין קיימת הגבלה על רישום שינוי הבעלות של הרכב, תרשום את השינוי ברשומותיה". אכן, יש אינטרס ברור שהרישום יתאים למציאות.⁴³ לכן איזו הוכחה טובה יותר ניתן להביא להעדר הגבלה על רישום שינוי מכך שהבעלות עברה נקיה מכל שעבוד?

עוד יש לציין, שאם הרישום היה הכרחי להעברת הבעלות או יצירתה לא היה כל צידוק להעניק פטור מרישום למשטרה ולצה"ל, פטור המופיע בסעיף 20 לפקודת התעבורה (נוסח חדש). פטור כזה הוא הגיוני אך ורק אם מטרתו היחידה של הרישום היא להקל על אזרחים ורשויות המדינה באיתור כלי הרכב ובעיקר בעליהם לצורכי מס, לצורך פיקוח על עבירות חנועה ועבירות פליליות, פיקוח על בטיחות⁴⁴ ולצורכי סטטיסטיקה. נדמה לנו, שפטור זה מצביע אף הוא בכיוון דקלרטיביות המרשם. ולסיכום — התקנות ושטר המכר אינם תומכים בדעתו של הנשיא אלא אדרבה, מצאנו בהם תמיכה בכך שהרישום הוא דקלרטיבי בלבד, ובתור שכזה הוא בא אך לשקף את פועלו של הדין המהותי ולא לקבוע אותו.

(ב) הפסיקה עד לפרשת קון נ' חסון

הפסיקה שקדמה לפרשה הנוכחית דנה בכמה הזדמנויות במפורש בשאלה האם רישום כלי רכב ברשות הרישוי הוא בעל אופי קונסטיטוטיווי להעברת הבעלות אם לאו, כשההזדמנויות והנושאים היו מגוונים.

פסק הדין הראשון שניתן בעניין הוא פסק דינו של השופט ויתקון בע"א 492/64 לוי נ' רייס ואח'י.⁴⁵ במקרה שעמד לפניו נחתם לגבי כלי הרכב חוזה מכר, אך עדיין לא שונה הרישום במשרד הרישוי כשנושה של המוכר הטיל על המכונה עיקול. ברור, שאם הרישום היה חלק הכרחי מן העסקה, הבעלות עדיין לא הועברה והעיקול היה תקף. השופט ויתקון קבע במלים מפורשות שהרישום הוא דקלרטיבי בלבד לעניין מעבר זכות הקניין.⁴⁶

"אין חולק על כך שהרישום במשרד הרישוי אינו יוצר בעלות ושהשינוי ברישום אינו משנה בעלות. 'הזכות' לרישום או להעברת הרישום אינה איפוא זכות הקיימת בנפרד ובאופן עצמאי מזכות הבעלות. והייתי מוסיף, 'זכות' זו מצויה במישור אחר, הוא המישור של המשפט הציבורי... הקונה לא קנה

42 ראה סעיף 30 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.

43 אם כי גם הנשיא יסכים שלא תמיד אינטרס זה ממומש, למשל כשבעל הרכב נפטר, והרישום עדיין לא שונה.

44 ראה תקנות 271-273.

45 פ"ד יט(1) 586.

46 שם, בעמ' 588.

רכב מעוקל ואין טורפים מידיו נכס לא לו... הרכב הוא בבעלותו, נקי מכל עיקול...⁴⁷.

על הלכה זו חזרו בתי המשפט בהודמנויות נוספות, בנסיבות שונות. בע"א 461/68 מדינת ישראל נ' בן יקיר ואח' ⁴⁸, קבע בית המשפט מפי השופט ח' כהן שאין בעל רכב יכול לתבוע את המדינה בגין רשלנות או הפרת חובה חקוקה. על כי ביצעה שינוי רישום הבעלות על-פי שטר מכר מזויף, שכן ברישום כזה לא נגרם נזק, שהרי הרישום הוא דקלרטיבי בלבד ואינו גורר העברת הבעלות. ולבסוף, מן הראוי להזכיר את פסק דינו של מ"מ הגשיא לנדוי בעצמו בע"פ 761, 653, 584, 524/77 מורחי ואח' נ' מדינת ישראל ⁴⁹, שאמר דברים מפורשים:

"מר ש' תוסיה-כהן טען בשם המערער רפאל מורחי שמכונית הפורד-טאונוס שחולטה בגור-הדין לטובת המדינה, מאחר ששימשה את הפורצים במלאכתם, אינה שייכת לו אלא לאמו שבשמה היא רשומה אצל רשות הרישוי, ולכן אי-אפשר היה להפעיל לגביה סעיף 39(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט—1969. בטענה זו אין ממש. מערער זה הודה גם בהודעותיו למשטרה וגם בעדותו בבית המשפט... שהמכונית שייכת לו. לעניין זה קובעת הבעלות הממשית ולא רישום פורמלי במשרד הרישוי שאינו משקף את המצב לאמיתו" (ההדגשות שלנו).

סעיף 39(א) האמור דורש כתנאי לחילוט ש"האדם שהורשע במעשה העבירה שנעשתה בחפץ או לגביי הוא בעל החפץ". עולה בבירור מתוך דברי השופט לנדוי שאדם יכול לרכוש בעלות במכונית, אף-על-פי שלא גרשם ברשות הרישוי. דהיינו, הרישום הוא דקלרטיבי בלבד, ומופרד מן "הבעלות הממשית". לפסק דין זה יש חשיבות מיוחדת, שהרי מעשה העבירה בוצע בסוף 1976, בעוד שהתקנות החדשות, שבהן ראה הגשיא את מרכז הכובד בשינוי הרישום מדקלרטיבי לקונסטיטוטיובי, פורסמו בסוף 1975 ⁵⁰.

47 וראה גם דברי השופט בייסקי בהמ' פת' (ת"א) 10756/72 (לעיל, הערה 24), בעמ' 465.

48 פ"ד כב(2) 985.

49 פ"ד לב(2) 693, 682.

50 לפסקי דין אלה, העוסקים במפורש בשאלת חוקף הרישום, יש להוסיף מספר פסקי דין שקבעו הלכה בנושא, ללא דיון מפורש בסוגיה. בין אלה נציין את ע"א 448/74 אוטו בלה ואח' נ' לקי דרייב ואח', פ"ד ל(2) 210, שבו אמנם דחה בית המשפט את הטענה שסעיף 34 לחוק המכר חל, אך זאת לא מן הטעם המרכזי, שלפי השופט לנדוי היה צריך לדחותו, שכלל לא נמכרה המכונית, שהרי לא הועברה ברישום. כן ניתן לציין את ע"א 92/78 שטרית נ' קאר תורס ואח', פ"ד לג(1) 331, שבו קבע בית המשפט שהמערער רכש את המכונית באמצעות תקנת השוק, למרות שאף פעם לא נרשמה על שמו. לאחרונה, בע"א פ"ד לז(2) 487, 85/81 צמיר, הברה למכוניות בע"מ נ' האוצר, אגף המכס והבלו, קבע בית המשפט העליון, מפי השופט גולדברג, שהמערער מכר ה מכוניות (ועל כן אינה זכאית למס קנייה בשיעור מופחת, לפי סימן 11 בחלק חמישה עשר לצו מס קנייה על סחורות ושיעורו, תשל"ו—1975, המוענק למכוניות נוסעים המשמשות להשכרה בנהיגה עצמית), למרות שלכאורה לא היה מדובר במכר אלא בשכר-מכר, והמכונית לא הועברה לשוכרים-קונים ברישומי משרד הרישוי. למרות זאת, ראה בכך בית המשפט מכר.

לסיכום הדיון בשאלה אם אמנם רואה הפסיקה במכר מכונות מכר דחוי ברצוננו להביא פסק דין נוסף הראוי לציון מיוחד: ע"א 167/75 קיבוץ גליל ים נ' שעתל⁵¹. במקרה זה קבע בית המשפט מפי השופט שמגר, שהתקיימו תנאי תקנת השוק מקום שנכרת חוזה והועבר רק שטר מכר, שאם כי לא היה זהה לשטר המכר בעניין קון נ' חסין, נשא גוסס דומה של התניה רלוונטית⁵². דהיינו, אין בנוסח זה בהכרח כדי ליצור מכר דחוי.

גמצא, שפסק דינו של השופט לנדוי מהווה חידוש מהפכני והופך הלכות מושרשות בפסיקה הישראלית. הנשיא אכן היה ער לכך, תוך שהוא מציין את פסק הדין בעניין לוי נ' רייס, ומצטט את דברי השופט ויתקון, אלא שראה מספר סיבות שייתכן שיביאו לסטייה מהלכה מקובלת. ראשית, ראה הנשיא בתיקון התקנות ובהוספת תקנה 284ב משום שינוי מהותי למצב המשפטי ששרר בעבר, נימוק שכבר עמדנו עליו לעיל. שנית, הנשיא מאבחן את המצב שלפנינו⁵³:

"יש לשים לב על איזה רקע נאמרו הדברים: ששם קדמה המכירה להטלת העיקול ובענייננו היה סדר הזמנים הפוך".

עם כל הכבוד, אין אנו מסכימים להבחנה זו. מטבע הדברים הנושאים והמקרים הבאים לדיון בפני בתי המשפט הם שונים ומגוונים. אין לקבוע עקרונות שונים לכל מקרה ללא סיבה הנראית לעין והנובעת מטיב העקרונות. השופט ויתקון קבע עיקרון רחב לפיו הרישום הוא דקלרטיבי בלבד, ובהחילו עיקרון זה על המקרה שהיה לפניו פסק מה שפסק. תוך החלת עיקרון זה הגיעו בתי המשפט לתוצאות הרמוניות בנושאים שונים, כפי שראינו לעיל. החלה עקיבה של העיקרון היתה מביאה לתוצאות שונות במקרה הנוכחי, ופסק דינו של הנשיא אינו מתיישב עם פסיקה קודמת, כפי שאינו מתיישב עם התקנות.

נותר לנו עתה להציג את ההשלכות של הגישה החדשנית שתמך בה הנשיא. גישה זו, אם תאומץ בידי בתי המשפט בהמשך, תגרום כפי שנראה זעזוע ניכר בשיטה המשפטית שלנו.

(ג) ההשלכות הנובעות מרישום קונסטיטוטיובי

להלן נציין חלק מההשלכות הנובעות מקביעה שמרשם כלי הרכב הוא מרשם קונסטיטוטיובי. ברור שאין זו רשימה ממצה, ורצוננו אך להמחיש עד כמה משמעותית עשויה להיות קביעה משפטית "פשוטה" מבחינת השלכותיה המעשיות.

ראשית, קביעה כזו תביא לקצו של השוק הפתוח במכונות. על דברים אלה כבר עמדנו לעיל במסגרת דיוננו בעיקרון הראשון שטבע הנשיא. בדבר המכר הדחוי, ואין אנו רואים צורך לחזור עליהם. אותם הדברים אמורים גם אם נפרש את שטר המכר כדרך שפירשו כבוד הנשיא. ואם תאמר שקונה יכול לרכוש מכונת ללא שטר מכר,

51 פ"ד לא(1) 236.

52 י"פ תשל"ג 1874: "כן הובא לתשומת לבנו כי רישום שינוי הבעלות כמבוקש מותנה ברשות הרישום".

53 פסק הדין העליון, עמ' 615.

נדמה לנו שבכך יראו בתי המשפט ראייה לחוסר תום לבו. כיוון שכך, ערי המכוניות, שהיו לחלק מן הנוף בארצנו — ייעלמו.

שנית, המדינה תיחשף לסכנה של תביעה בשל רישום לא נכון. תביעה כזאת נדחתה בעבר בפרשת פן יקיר, מן הטעם שהרישום הוא דקלרטיבי בלבד. נמצא, שפרשת פן יקיר לא תוכל עוד לסייע בידה. השלכותיה של קביעה כזאת אינן שוליות כפי שעשוי להיראות ממבט ראשון; המדינה, על מנת למנוע את חבותה בנויקין תצטרך להגדיל את משאביה, הן בכסף והן בכוח אדם, בכל הנוגע לרשויות הרישום. בכך ייחפכו לשכות הרישום למעין "פנקסי אחווה" למכוניות. לא שמענו ששינוי כזה נעשה בעקבות תיקון התקנות בתשל"ו, פסק הדין בעניינינו צריך לשמש "גורית אזהרה" למינהל.

שלישית, יש לקביעה זו נפקות בדבר דין החוזים החל בעניין. כיום, לאחר פסק דינו של הנשיא, יש לראות ברישום תנאי מתלה ולהחיל על חוזה כזה את הסעיפים הנוגעים לעניין בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. כך, למשל, בהיות הרישום קונסטיטוטבי, אם המוכר מנע את הרישום על-ידי אי תשלום החוב שבגינו הוטל עיקול שלא הובא לידיעת הקונה, הוא אינו זכאי להסתמך, על-פי סעיף 28(א), על אי שינוי המרשם. האם היצור המשפטי שנולד עקב כך הוא בעלות שבדין שנותרה בידי המוכר, אך בעלות שביושר בידי הקונה?

כמו כן, בתקופת הביניים, שבין עריכת חוזה המכר ובין הרישום בפועל, כיוון שהמוכר הוא עדיין הבעלים, החוק החל על היחסים שבין המוכר לקונה הוא חוק השומרים, תשכ"ח—1968. המוכר עדיין יכול למשכן את הרכב ונושיו יכולים לעקלו, מה שאין כן לגבי הקונה ונושיו, ובפשיטת רגלו של המוכר יקבל הקונה חלק בלבד מן התמורה ששילם.

לאור חשיבות הנושא, נדמה לנו שמן הראוי שהמחוקק יפרש את דעתו אם הוא רוצה להפוך את מרשם המכוניות למרשם קונסטיטוטבי. כפי שהמצב כיום, מן הראוי לדבוק בפסיקה הישנה התואמת את התקנות, ולא להפוך את המרשם למרשם קונסטיטוטבי שלא בדרך החקיקה (והשווה ההוראות המפורטות לנושא המופיעות בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969) על דרך חקיקה שיפוטית מרחיקת לכת.

ג. פסק הדין בבית המשפט המחוזי — תום לב ותקנת השוק

1. כללי

בפסק הדין של בית המשפט העליון ציין הנשיא לגדוי שפסיקת בית המשפט העליון בסוגיה של תום הלב הנדרש כדי לגבור באמצעות תקנת השוק על עיקול שהוטל על הנכס הנמכר אינה אחידה, אך גמנע מלהכריע בסוגיה היות שמצא שבהיות עסקת המכר הנדונה בגדר מכר דחוי אין תקנת השוק, לדעתו, חלה בכגון דא.

מאחר שלדעתנו יש לדחות, עם כל הכבוד, את עמדתו של הנשיא לגדוי, חוזרת למקומה השאלה העיקרית שבה התחבטו שתי הערכאות הראשונות: האם המערער קון רכש את המכונית בתום הלב הנדרש לצורך זכייה בבעלות מלאה לפי סעיף 34 לחוק המכר.

לפני שנפנה לגיתוח פסק הדין המחזיר רצוננו להציג בקצרה את המושגים השונים המוכרים למשפטן ומשמשים על-פי הגישות השונות למילוי דרישת תום הלב בתוכן, ולתחום ביניהן. הצורך בבחינת האפשרויות השונות נובע מהעדר הגדרה למושג בחוק המכר^{54, 55}.

(א) תום לב סובייקטיבי: מבחן זה מבוסס כידוע על מצבו הנפשי הממשי של הקונה הספציפי שלפנינו. רשלנותו או תמימותו אינן משפיעות על תום לבו^{56, 57}.

(ב) תום לב אובייקטיבי: כאן ענייננו במצבו הנפשי של קונה סביר. אין זו שאלה שבעובדה אלא קביעה נורמטיבית של סטנדרד התנהגות ראוי⁵⁸.

(ג) ידיעה קונסטרוקטיבית: דוקטרינה זו, שפותחה באנגליה במסגרת דיני החברות החל מאמצע המאה הקודמת⁵⁹, קובעת שמקום שמנוהל מרשם מחייב פתוח לציבור יראו כל מי שיכול היה לברר פרטים המופיעים במרשם אך נמנע מלעשות כן, בין בגלל התרשלות ובין בכוונה, כמי שידוע אותם פרטים. מדובר בפיקציה שמטילה את תוצאות ידיעת אותם פרטים על מי שברור שמבחינה עובדתית לא היו כלל בידיעתו.

לדעתנו, הידיעה הקונסטרוקטיבית היא אמצעי במסגרת הפעלת מבחן תום הלב הסובייקטיבי, שכן רק מקום שנדרשת ידיעה בפועל, וזו לא היתה, מופעלת הפיקציה בדבר הידיעה הקונסטרוקטיבית. במסגרת מבחן אובייקטיבי לתום הלב אין כל צורך להיוקק לשאלות עובדתיות שעליהן באה הדוקטרינה להשיב (אם כי חשובה שאינה אמיתית מבחינת המציאות העובדתית). בית המשפט ישקול ויקבע, במסגרת תום הלב האובייקטיבי, האם חייב קונה סביר לבדוק את המרשם הציבורי כדי לצאת ידי חובת תום הלב או לא, ולצורך כך אין זה חשוב אם הקונה יודע, מכוח חוקה שבדין, פיקטיבית ושאינה ניתנת לסתירה, את האמור במרשם.

אין מדובר בדיוק תיאורטי בלבד; כך, למשל, אם תוכן תום הלב האובייקטיבי, כפי שקבע אותו בית המשפט, מחייב את בדיקת המרשם, אזי העדר הבדיקה פוגם בתום הלב אפילו אם בניגוד לצפוי לא היה הנתון הנדון כלול במרשם ולכן הבדיקה לא היתה מגלה דבר. תחלת דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית בנסיבות אלה היתה מובילה

54 זאת בניגוד לתום לב הנדרש לצורך אחיזה בשורה במסגרת דיני שטרות — ראה סעיף 91 לפקודת השטרות. גם בחוקים ישראלים אחרים, כגון חוק המשכון, תשכ"ז—1967, או חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, אין הגדרה בגמרא ולשאלת היחס בין תוכן תום הלב עליפי חוקים אלה ובין תום הלב במסגרת תקנת השוק, נתייחס בהמשך.

55 חוק המכר האנגלי, ה Sale of Goods Act הן החוק הישן מ-1893, והן החוק החדש מ-1979, מגדירים את המושג תום לב הגדרה זהה לזו המופיעה אצלנו בסעיף 91 לפקודת השטרות.

56 לעניין "עצימת עיניים" ראה פסק דינו של השופט לנדוי בד"ג 15/70 קור נ' תל חנו, פ"ד כו(1) 36. לשימוש במושג בתחום המשפט הפלילי ראה: לוי ולדרמן, עיקרים כאחריות פלילית (רמות, תל-אביב, תשמ"א) 460, 463, 464.

57 עם זאת, הכלים להוכחת תום הלב הסובייקטיבי יהיו בדרך כלל ראיות חיצוניות. בכך אין המבחן הסובייקטיבי, הממוקם במישור המשפט המהותי, משנה מאופיו.

58 ראה: בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לה(1) 828, 835.

59 ראה: *Ernst v. Nichols* (1857) 6 H. L. C. 401

לדעתנו לתוצאה שונה, שכן לא ניתן לייחס לקונה ידיעה על נתון שכלל לא הופיע במרשם.

אכן, אף-על-פי שהדוקטרינה הנדונה היא במהותה כלי ראייתי כדי להוכיח את קיומו של תום לב סובייקטיבי, מקום שזה נדרש, התוצאה, בהיותה פיקציה שאינה ניתנת להפרכה מעצם הגדרתה, היא כשל כלל מהותי המתעלם למעשה ממצבו הנפשי הממשי של הקונה הנדון. עם זאת, אין לערבב, כפי שהבהרנו, בין הידיעה הקונסטרוקטיבית ובין המבחן האובייקטיבי לתום הלב ולכן הוצגה הדוקטרינה הזאת כקטגוריה נפרדת.⁶⁰

2. פסק הדין של בית המשפט המחוזי

(א) השיקולים שבבסיס פסק הדין

בטרם נעבור לניתוח הכללים המשפטיים שבהם השתמש בית המשפט המחוזי לצורך גיבוש מבחן תום הלב בעניין קון נ' חפון נפנה לבחינת השיקולים המונחים בבסיס פסק דין הרוב⁶¹. השופט בן דרור, שנתן את פסק דין הרוב (אליו הצטרף השופט אולסקר), רואה בסיטואציה הנדונה תחרות בין שני אינטרסים, ובלשונו:

"ההכרעה בין עקרון מהירות ויעילות הסחר בשוק החופשי לבין השאיפה להבטיח שעיקול, המוטל על ידי בית המשפט לא יושם לאל על ידי מכירת המעוקלים במסגרת תקנת השוק, הכרעה זו אינה קלה ופשוטה"⁶².

החשש מסיכול עיקול שהטיל בית המשפט על-ידי מכירת הנכס המעוקל באמצעות תקנת השוק כשהוא ממורק מכל זכות של אדם אחר, ועל-ידי כך מפגיעה בלתי ניתנת לתיקון בנושים, הוא שהכריע את הכף והביא את בית המשפט להטיל על הקונה חובת בדיקה של רישום הרכב במשרד הרישוי, בנוסף לבדיקת רישיונות הרכב⁶³. שיקול זה, שהוא כאמור אבן הפינה לפסק דין הרוב, אינו יכול לעמוד. אכן, ההכרעה בין האינטרסים הנוגדים של הקונה בשוק הפתוח (ועצם קיומו של שוק כזה) מחד גיסא, ושל ההגנה על נושים, מאידך גיסא, הכרעה זו היא, עם כל הכבוד, עניין למחוקק לענות בו, ואכן, המחוקק נתן דעתו על כך וקבע, בסעיף 34 לחוק המכר, שלא בא זכרו בפסק הדין:

"שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס המשמשים ערובה לחיוב כספי ולפי

60. בשלב זה הסתפקנו רק בהבהרת המושגים השונים שבאמצעותם תיבחן הפסיקה בשאלת תום הלב הנדרש לתקנת השוק. באפשרות השילוב, הקיימת לדעתנו בין המבחן הסובייקטיבי לאובייקטיבי, כדרישה כפולה, נדון בהמשך.

61. בפסק דינו של השופט קרמי נדון בהמשך.

62. פסק הדין המחוזי, בעמ' 288.

63. בכך אימץ השופט בן דרור את עמדת בית משפט השלום כי "אחרת יהיה המצב אבסורדי, כשאין כל אפשרות להטיל עיקול על מכונת גרם כשעיקול גרשם כדין במשרד הרישוי. החייב יוכל למכור את המכונת בשוק הפתוח ולהיות פטור מכל פעולה לצורך הסרת העיקול", פסק הדין המחוזי, בעמ' 286.

סעיפים 34 או 34א אין להזקק להם נגד הקוגה, יחולו על הפדיון מן המכירה" ⁶⁴.

לנושה אין עניין דווקא בזהות הספציפית של הנכס שעליו הוטל העיקול, אלא בהבטחת החזרת כספו. אינטרס זה אינו נפגע כאשר הבטוחה משנה את צורתה מנכס לכסף. במכירה בשוק הפתוח, שבה אנו דנים, אף אין חשש שהמחיר שישתלם עבור הנכס לא ישקף נאמנה את ערכו ⁶⁵. האם על פתרונו זה של המחוקק, מכירת הנכס כשהוא נקי מכל שעבוד ועיקול, והערכת העיקול לפדיון, ניתן לומר שהוא מסכל את העיקול? ! אכן, הכסף מטבעו ניתן להברחה ולהעלמה מנושים בקלות רבה יותר מאשר הנכס שעליו הוטל העיקול להבטחת החיוב הכספי ולכן אינו בטוחה טובה כמו הנכס, אולם משעה שהמחוקק נתן דעתו על התחרות שבין אינטרס הסחר החופשי והיעיל ובין אינטרס הגנת הנושה וקבע פתרון ביניים הבא לאזן בין האינטרסים הנוגדים — כיצד יכול בית המשפט המחוזי להנחות את עצמו בעזרת מדיניות משפטית, שתחום השפעתה כבר הוגדר בצורה סטטוטורית, כאילו הוא חורש בקרקע בתולה?

טעם מרכזי להטלת החובה לבדוק את רישומי משרד הרישוי מוצא השופט בן דרור בעובדה ש"במקרים מסוימים ודחופים מטיל בית המשפט עיקול זמני במעמד צד אחד על מכוניתו של הנתבע, ואין אפשרות לרשום את העיקול במסמכי הרכב, המצויים בידי בעליו, במקרה כזה האפשרות היחידה היא לרשום את העיקול במשרד הרישוי דבר המונע את רישום שינוי הבעלות כל עוד לא הוסר העיקול" ⁶⁶. אלא שהשופט בן דרור לא הגביל את שלילת תום הלב בהעדר בדיקה רק למצב שהוטל עיקול דחוף, ואף לא בדק אם טעם זה התקיים בעניין שלפניו. זאת ועוד, אם במקרים דחופים אלה מוסכם על הכל שהנושה זכאי לצפות להגנת המשפט על זכותו, הרי מקום שחלף זמן והנושה התרשל ולא דאג לרישום העיקול גם ברישיונות הרכב ניתן היה לסבור אחרת. אלא, שכאמור, לדעתנו, המחוקק מגן גם על הנושה הרשלן: אם טרח ורשם את העיקול הן במשרד הרישוי והן במסמכי הרכב, לא יוכל הקונה בשוק הפתוח, על-פי כל אחת מן הגישות השונות למשמעות המונח "תום לב", לרכוש ברכב בעלות נקייה מן העיקול; אם לא נרשם העיקול במסמכי הרכב, בין באותם מקרים "מסוימים ודחופים" ובין במקרים אחרים הרי מקום שהמוכר הצליח למכור את הנכס נקי מן העיקול באמצעות סעיף 34 ישמור סעיף 34א על זכויותיו של הנושה.

כך לדעתנו יש להבין גם את דברי השופט ברנזון בע"א 716/72 שבהם השופט בן דרור מבקש למצוא חינוק לעמדתו דווקא:

"אין חובת רישום שיעבודים במשרד הרישוי או ברישון הרכב, אבל כל מי שעניני בראשו ורוצה לשמור על האינטרס שלו בענין זה ידאג לכך שיהיה זכר לשעבוד הקיים במסמכי הרישוי" ⁶⁷.

64 חוק המכר (תיקון), תשל"א-1971, ס"ח 186, וראה גם דברי הסבר, ה"ח תש"ל 169.
65 שכן הנכס נמכר כשהוא לכאורה נקי מכל זכות של אדם שלישי שהיתה עשויה לפגוע בערכו הכספי. מקום שהנכס נמכר כשהוא כפוף לעיקול לא מתעוררת כלל שאלת פעולו של סעיף לעניין זה.

66 פסק הדין המחוזי, עמ' 287.

67 ע"א 716/72 רוזנשטרייך (לעיל, הערה 6), בעמ' 715, הדברים חדי-משמעיים עוד יותר, אם

בדברים הנ"ל מטיל בית המשפט העליון את הסיכון להוצאות העשויות לגבוע מאי רישום העיקול ברישיון הרכב על הנושה שלטובתו הטל העיקול ולא ראינו כיצד ניתן למצוא דווקא בהם חיזוק לגישת בית המשפט המחוזי, המעדיפה את הטלת הסיכון לקיומו של עיקול שלא נרשם במסמכי הרכב דווקא על הקונה בשוק הפתוח. בצד שמירה על זכותו של הנושה מציב השופט בן דרור את תקנת הציבור כשיקול להטלת חובת בדיקת מסמכי הרכב במשרד הרישוי על הקונה. השופט בן דרור מציין שלאחרונה רבו המשפטים שצירם המרכזי נסב סביב שאלת העברת הבעלות על המכונית. את שורש הרע המרבה סכסוכים הוא מוצא בקלות ובמהירות שבה מועברת הבעלות במסגרת השוק הפתוח המעודדת רמאים וזייפנים.⁶⁸ המסקנה שבית המשפט מסיק מליקויים אלה היא:

"דבקות בלשון הכתוב והקפדה על הוראות החוק לגבי בדיקת מסמכי הרכב במשרד הרישוי, כל אלה הפכו להיות צו השעה, ואין צורך לומר כי ימנעו הפסדים ונזקים חמורים".⁶⁹

דבקות והקפדה בלשון הוראת סעיף 34 אינן מועילות לדעתנו במקרה הנדון, שכן כל מה שקבע הכתוב הוא חובת תום לב, ועל בית המשפט לפרש מונח זה. פירוש מונחים בחקיקה צריך שיעשה לאור המטרה החקיקתית, קרי, תוך גילוי כוונת המחוקק, ואין זה מתפקידו של השופט לתקן עיוותים הקיימים לדעתו בשיטה המשפטית על דרך פרשנות.⁷⁰

בסוגיה הנדונה המטרה החקיקתית ברורה. המחוקק ראה לנכון, כדי לעודד את יעילות המסחר ואת מהירות המסחר, ליצור את אותה שיטה "קלה וחפזה" להעברת בעלות בשוק הפתוח. נראה, שדווקא כדי למעט סכסוכים והתדייגויות העניק המחוקק בעלות מלאה ונקייה שאינה מותירה לבעלים המקורי ולא כלום. אם נכשל המחוקק בדרכו זו עליו להתמודד עם תוצאות הפתרון שהגהיג ולשנותו. ניסיון לפתור את הבעיה על דרך החקיקה השיפוטית אינו מתאים לסוגיה הנדונה, וספק אם הוא אפשרי אף מבחינה פורמלית.⁷¹

השופט בן דרור מציין, ש"המחיר הנדרש, עיון במסמכים במשרד הרישוי, אינו כבד ואין בו כדי לפגוע בעקרונות תקנת השוק". אבל אין ספק שדרישה כזו מכבידה על הקונים ולכן גם מאיטה את קצב פעולתו של השוק, כלומר, את מהירות הסחר ואת יעילותו, ועל כך עוד נרחיב את הדיבור במסגרת הדיון במבחן הרצוי לתום הלב.^{72, 73}

נצרך אותם לאמור באותו פסק דין, קודם לכן. אנו נעמוד על כך בהמשך, במסגרת טיפול מעמיק יותר בפסק דין זה.

68 פסק הדין המחוזי, עמ' 289.

69 שם, שם.

70 אפילו בפירוש הוראות המשפט הפלילי נתקבלה הדעה, שאין לפרש חוק על דרך הצמצום, אלא עיקר העיקרים הוא הגשמת כוונתו של המחוקק. ראה פסק דינה של השופטת בן פורת בע"פ 624/81 וינבראוב ג' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 376, 382, ופסק דינו של השופט ברק בע"פ 787/79 מורחי ג' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427.

71 ראה: א' ברק, "החקיקה השיפוטית", משפטים יג (תשמ"ג) 25, 39 ואילך.

72 לשאלה באיזו מידה פוגע חוק הגנת הפרטיות בתקנת השוק עוד נתייחס בהמשך.

73 שיקול נוסף שמביא השופט בן דרור לחיוב הקונה בבדיקה הוא: "עברו חלפו – כנראה

עד כאן הוצגו השיקולים הכלליים שעליהם הושתתה הכרעת הרוב בבית המשפט המחוזי להטיל על הקונה את בדיקת רישומי משרד הרישוי כדי שייצא ידי חובת תום הלב לצורך סעיף 34. נעבור עתה לבדיקת הכלים המשפטיים שנעשה בהם שימוש כדי להשיג את התוצאה האמורה.

(ב) כלים משפטיים

בתחילת ניתוח השאלה העומדת לדיון מפנה השופט בן דרור לע"א 716/72 ולע"א 81/73 שם נדחתה הדוקטרינה של ידיעה קונסטרוקטיבית לגבי רישום שעבוד על מכוניות אצל רשם החברות או רשם המשכונות. לדעת השופט בן דרור יש להבחין, על בסיס שני פסקי דין אלה, בין דחיית הדוקטרינה לגבי המרשמים שפורטו "לבין רישום השעבוד במשרד הרישוי וברישון הרכב, כשבדרך זו מביאים את עובדת השעבוד לידיעת כל מי שבא לרכוש את הרכב"⁷⁶.

הפתרון שמציע אפוא השופט בן דרור כדי להביא לידיעתו של הקונה את דבר הטלת העיקול על הרכב הוא החלת דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית על הרישום הרשמי של כלי הרכב המתנהל במשרד הרישוי. תוצאת החלת הדוקטרינה תהיה שכל הרוכש מכונית ייתשב כידוע את תוכנו של הרישום במשרד הרישוי, בין שבדק אותו ובין לאו. אלא שלדעתנו ספק אם ניתן בכלל להכריע בסכסוך בין קוון לחסון באמצעות המכשיר המשפטי האמור. הלכה ידועה היא באנגליה, הלכה שאומצה ואושרה גם בפסיקה בית המשפט העליון בארץ, שידיעה קונסטרוקטיבית עשויה להתקיים רק לגבי נתונים החייבים ברישום בפנקסים הציבוריים⁷⁷, והלכה זו הגיונה בצדה. זאת, משום שאם לא מוטלת חובה של רישום הנתון, יהיה זה מרחיק לכת לראות באי ביצוע הבדיקה עצימת עיניים. אם נהוג לרשום נתון מסוים בפנקסים יהיה זה שיקול בהטלת חובה במישור האובייקטיבי, אם בכך עסקינו, אך לא ניתן להסתפק לדעתנו בנוהג הסותרים כתחליף פיקטיבי לידיעה בפועל. מקום שנו נדרשת.

כבר נקבע בפסיקה שאין חובה לרשום הערה במשרד הרישוי על הטלת שעבודים או משכונות ולכן, לאור הכלל שהוזכר, אין הידיעה הקונסטרוקטיבית מיוחסת לקונה רכב שקיים עליו שעבוד, אף אם בפועל נרשם שעבוד זה, ואף אם נהוג ומקובל לרשום

לכלי שוב — הימים שבהם ניתן היה לרכוש מכונית במחיר השווה לכל נפש, או בהישג יד. כיום — בסכומי עתק עסקינו, וממילא גוברים יסודות שיקול הדעת, הבדיקה והחקירה הנדרשים בעסקות מהסוג האמור. לקביעה אמפירית זו לא הונח יסוד, ועם כל הכבוד, היא תמונה בעינינו, שהרי לא המחיר הנומינלי הוא המבטא את המחיר הכלכלי לקונה, אלא גודל הזויתור הנדרש לצורך הרכישה. כלומר היחס בין ערך הנכס הנרכש ובין הכנסתו של הקונה — וכאן מלמדת המציאות היומיומית דווקא על גידול ניכר של ציבור רוכשי הרכב הפרטי.

74 לעיל, הערה 6.

75 ע"א 81/73 יוסף נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז (2) 716.

76 פסק הדין המחוזי, עמ' 287.

77 ראה לדוגמה *Re Standard Rotary Machine Co. Ltd.* (1906) 95 L. T. 829, 834.

וכן ע"א 471/73 מקבלי נכסים של אלקטרוג'ניקס בע"מ נ' אלמינס בע"מ ואח', פ"ד כט (1) 129, 121.

את השעבודים במירשם הרכב⁷⁸. אלא שבפרשת קון נ' חפון אין המדובר ברישום שעבודים, אלא בשאלת ייחוס ידיעה קונסטרוקטיבית בדבר רישום עיקול שהוטל. לכאורה, בעניין זה צריכה התוצאה להיות הפוכה. תקנה 42 לתקנות ההוצאה לפועל, תש"מ-1979, מטילה חובה על המוציא לפועל להמציא לממונה על הרישום הודעה בדבר העיקול, ומטילה על הממונה על הרישום לרשום הערה בדבר העיקול "במסמכים המתאימים שבניהולו". גם תקנה 252 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג-1963, מחילה על הטלת עיקול זמני לפי תקנות אלה אותו דין החל על הטלת עיקול לפי חוק ההוצאה לפועל. השאלה היא אפוא האם "נכסים שהעברתם טעונה רישום", שעליהם חלה תקנה 42, כוללים גם כלי רכב. לדעתנו, ה"העברה" שבה מדוברת התקנה אינה העברת החזקה הפיזית אלא העברת הבעלות⁷⁹. אם כך יש לבחון האם בביטוי הזה – "העברת" הבעלות – הכוונה לרישום קונסטרוקטיבי או די ברישום דקלרטיבי. לדעתנו, פירוש הביטוי על-פי הרציונל שבבסיס מוסד העיקול מחייב את המסקנה שתקנה 42 חלה רק על רישום קונסטרוקטיבי. העיקול משמש מעין מחסום משפטי שמטרתו למנוע מבעל הנכס להעביר את זכויותיו בו לאחר, ובכך לסכל את פירעון החוב⁸⁰. רק מקום שעצם הרישום הוא קונסטרוקטיבי להעברת הבעלות יש משמעות, מבחינת הגנה על העיקול ועל זכותו של הנושה, לציון הטלת העיקול במרשם ובמניעת שינוי הרישום כל עוד לא הוסר העיקול (והכוונה למשמעות מבחינת דיני ההוצאה לפועל, ולא במישור המשפט הציבורי של השתקפות נכונה של מצב הזכויות במרשם הציבורי). מקום שהמרשם רק מעיד על העברת בעלות שכבר הושלמה ממילא, אין במניעת שינוי הרישום הגנה על הנושה ששאף להבטיח את פירעון החוב על-ידי הטלת עיקול⁸¹. כיוון שכבר הגענו למסקנה שרישום כלי הרכב במשרד הרישוי הוא מנהלי ודקלרטיבי בלבד, ולא קונסטרוקטיבי להעברת הבעלות, ממילא אין תקנה 42 חלה על מרשם זה, ומכאן שגם לגבי עיקולים אין חובה לרשום את הטלתם במשרד הרישוי ודוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית אינה יכולה לחול⁸².

78 ראה דברי השופט ברנזון בע"א 716/72 רוזנשטרייך (לעיל, הערה 6). בעמ' 715. המובאים גם בפסק דין המחוזי בעמ' 287. כמו כן ראה ויסמן (לעיל, הערה 6). בעמ' 114. הערת שוליים 2.

79 הגם שעל-פי מטרת העיקול ניתן לסבור ש"ההעברה" שבה מדובר בתקנה 42 היא העברה פיזית, כדי למנוע גם סיוואציה של הברחת הנכס המעוקל, אלא שאיננו מכירים מרשם המחייב רישום של עצם העברת נכס, להבדיל מהעברת הבעלות בו.

80 ראה: בר אופיר, הוצאה לפועל – הליכים וחלכות (1980) 77; רוזנפלד, דיני ההוצאה לפועל, (1969) 28.

81 אין לומר, שפירוש זה מרוקן את התקנה מכל תוכן. ראה, למשל, סעיף 26 לחוק הספנות (כלי-שיט), תש"ך-1960.

82 וראה: א' פרוקצ'יה, "דיני בטוחות לפי פקודת המיסים (גביה)", משפטים ו (תשל"ה) 195, 212. פרופ' פרוקצ'יה דן בביטוי שבסעיף 12א לפקודה – "מיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום לפי כל דין", ובשאלה האם כלי רכב בכלל ביטוי זה. פרופ' פרוקצ'יה מביא את תקנה 283 לתקנות התעבורה וסעיף 9(9) לפקודת התעבורה (נוסח חדש), ומוסיף: "למקרא הסעיף והתקנה ברור כשמש שהחובת הרישום איננה קונסטרוקטיבית; הבעלות ברכב עוברת לפי הדינים הכלליים אף ללא הרישום. בכל זאת אנו מציעים לפרש את סעיף 12א לפקודה כחל גם על סוג זה של מיטלטלין, שהרי אין הוא דן במיטלטלין

ברם, אפילו תתקבל הדעת שתקנה 42 אכן מטילה חובה לרשום הטלת עיקול על כלי רכב במשרד הרישוי⁸³, המסקנה הגובעת מכך, דהיינו, שדוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית טיבית על-פי דיניה יכולה לחול על הסיטואציה הנדונה בפסק הדין, עדיין אינה מכשירה לדעתנו את עשיית השימוש בה וזאת מן הטעמים האלה:

(א) החלת דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית בסיטואציה של רישום עיקולים במשרד הרישוי תיצור הבחנה שאיננו מוצאים בה כל טעם, בין פועלו של רישום העיקול במרשם המכוניות ובין פועלו של רישום שעבוד ומשכון במרשם זה. מבחינת הסיכון שמטילה על הקונה בשוק הפתוח הידיעה המיוחסת לו באמצעות הדוקטרינה, מה היגיון יש בקביעה שיראו אותו כמודע בפועל כל נתון המתייחס לעיקול שנרשם על המכונית שאותה הוא מעוניין לרכוש, אך אינו יודע נתונים, שנרשמו אף הם במרשם, בדבר משכון אותה מכונית?

(ב) הידיעה הקונסטרוקטיבית היא פיקציה ובתור שכזו היא מגציחה מצב שלפי ההנחה מנוגד לאמת. אנו מניחים, שאדם אינו יודע את העובדות ואף-על-פי כן אומרים אנו שהוא כביכול, מבחינה קונסטרוקטיבית, יודע אותן. בשיטה הדורשת ידיעה ממשית, סובייקטיבית, כדי לפגום בתום לבו של הקונה על-פי תקנת השוק⁸⁴, המרת הידיעה הממשית בפיקציה חלוטה שכזו היא סטייה חמורה המערערת את עצם הגיונה של השיטה.

(ג) כפי שכבר ציינו, המקור לדוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית הוא באנגליה, שם פותחה במסגרת דיני החברות. גם באנגליה נמתחה ביקורת קשה על השימוש בדוקטרינה, ובחלקה אף בוטלה בחקיקה⁸⁵. לדעתנו, אין מקום להחיל דוקטרינה זו כשהמדובר בפירוש חוק ישראלי מקורי, ובמיוחד עתה, משבוטלה הדוקטרינה בידי המחוקק הישראלי בתחום דיני החברות⁸⁶. בעוד שהרקע, כפי שהוסבר, לשימוש בדוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית לצורך

שהעברת הבעלות בהם טעונה רישום, אלא במיטלטלין שהעברת הבעלות בהם חייבת רישום. תקנה 283 הנ"ל מטילה חובה לרישום כאמור, גם כי קיום החובה איננו תנאי להעברת הקניין (ההדגשות במקור). יש לזכור, שככל שמדובר בעיקול, לשון התקנה היא "טעונה" רישום ולא "חייבת" רישום, ויש להוסיף שהבחנה זו אינה לשונית בלבד אלא גם נובעת מעצם העניין. בעיקול המטרה היא למנוע העברה. העברה שכזו תימנע רק אם תירשמה הערות ברישום בצורה קונסטרוקטיבית, ולא יועיל כל רישומים במרשמים שניגשים אליהם רק לאחר ההעברה. לעומת זאת, בפקודת המסים (גבייה) יש לעיקול אופי של משכון (וראה סעיף 12א סיפא), המטרה אינה מצמצמת במניעת העברה, ועל כן יש טעם לרישום גם במרשמים דקלרטיביים להעברת הבעלות.

83 כך סבור בר אופיר (לעיל, הערה 80), בעמ' 81.

84 וכפי שצינו לעיל, רק בשיטה כזו נדרשים בכלל לדוקטרינה מעין זו. לשאלה אם סעיף 34 דורש תום לב סובייקטיבי או אובייקטיבי נתייחס בהמשך.

85 ראה: 174 Gower, *Modern Company Law* (4th ed., 1979) שם מכונה הדוקטרינה "Un-fortunate rule".
"fortunate rule" הדוקטרינה בוטלה חלקית בנסיבות המכוסות על ידי סעיף 19(1) ל-Euro-pean Communities Act 1972

86 ראה סעיף 19א(2) שהוכנס לפקודת החברות בחוק לתיקון פקודת החברות (מס' 17), התשמ"א-1980, ס"ח התשמ"א 50. כן ראה: א' פרוקציה, "חידושים בדוקטרינות ישנות: אולטרה וירס וידיעה קונסטרוקטיבית בדיני חברות", משפטים יא (תשמ"א) 368.

סעיף 34 הוא תפיסת תום הלב שבו מדובר בסעיף כתום לב סובייקטיבי, הנהגה בהמשך פסק דינו עובר השופט בן דרור לשימוש במכשיר אחר המלמד על תפיסה הפוכה – הטלת חובת בדיקת הרישומים במשרד הרישוי המלמדת על תפיסת תום הלב כמושג אובייקטיבי:

"...כשבמכוניות עסקינן, ולגבי מכוניות מתנהל רישום בפנקסים רשמיים – נראה לי שלצורך מלוי חובת תום הלב שבסעיף 34, לא די בעיון ברשיונות הרכב, אלא יש צורך לבדוק במשרד הרישוי, שמא הרישום ברשיונות אינו משקף את המצב לאשורו".⁸⁷

לו בדיעה קונסטרוקטיבית היה הכתוב מדבר בפסקה זו, לא היה מדובר בחובה לבדוק במשרד הרישוי ש מא אין הרישום ברשיונות משקף את המצב לאשורו. הרישום במשרד הרישוי גופו, ולא אי ביצוע הבדיקה, היה שולל את תום הלב ביחסו לקונה ידיעה בדבר זכותו של צד ג'. קביעת מבחן אובייקטיבי לתום הלב בסעיף 34 עומדת לדעתנו בניגוד לזרם העיקרי בפסיקת בית המשפט העליון, ומכל מקום, נעשתה על-ידי בית המשפט המחוזי תוך התעלמות מוחלטת מן הפסיקה הרואה את תום הלב כתום לב סובייקטיבי.^{88, 89}

השופט קדמי מבסס את מסקנתו בדבר דחיית הערעור על הבחנה שיש לעשות לדעתו בין הפך נד שלגביו מקוים על-פי החוק מרשם בעלות, ובין הפצים נדים אחרים. לדעתו, "הפך נד" שלגביו מקוים על-פי החוק 'מרשם בעלות' המאפשר – ובפועל נוהגים כך והכל יודעים על כך – רישום של שיעבודים לצד רישום הבעלות, אין הקונה ב'שוק הפתוח' יכול להחשב כקונה בתום לב לענין תקנת השוק אלא אם כן בדק הרישום במרשם הבעלות".⁹⁰ ולענייננו, "כאשר בשעבוד על רכב המדובר – והוא רשום במרשם הבעלות כאמור – אין הקונה יוצא ידי חובת 'תום הלב' לענין תקנת השוק אלא אם כן בדק הרישום במרשם הבעלות".⁹¹

בעוד שההבחנה שעושה השופט קדמי ברורה, אם כי עדיין יש לדון באפשרות

87 פסק הדין המחוזי, עמ' 288.

88 השופט בן דרור מביא אמנם בפסק דינו ציטוט מדברי השופט ברנזון בע"א 716/72, שהוא רואה בו ביטוי לגישת בית המשפט העליון המומכת בעמדתו. אולם קשה להבין אם ראה בדברים משום תמיכה לשיקולים הכלליים שהנחו אותו בפסק דינו, להחלת דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית, או לבדיקת תום לבו של הקונה במבחנים אובייקטיביים. בפרק הבא נבדוק אם אמנם המבחן האובייקטיבי הוא המבחן שקבע בית המשפט העליון (לרבות באותו פסק דין שעליו מסתמך בית המשפט המחוזי) לתום הלב בתקנת השוק.

89 בהמשך דבריו מבחין השופט בן דרור בין ע"א 448/74 אוטו בלה (לעיל, הערת 50) ובין עובדות המקרה שלפניו. לא מצאנו להבחנה זו כל בסיס, שכן השאלה שעמדה לדיון הן בפרשת אוטו בלה והן בפרשת קון ב' חסון היתה זהה: האם העובדה שהקונה נמנע מלבדוק את המרשם במשרד הרישוי, בדיקה שהיתה מעמידה אותו על זכותו של צד ג' במכונית, די בה כדי לשלול את תום לבו ולמנוע רכישת המכונית באמצעות סעיף 34. בעניין אוטו בלה ניתנה לשאלה זו תשובה שלילית. כאן השיב השופט בן דרור על השאלה בחיוב. על ההבדל הרלוונטי בין שני המקרים לא עלה בידינו לעמוד.

90 פסק הדין המחוזי, בעמ' 289.

91 שם, שם.

עיגונה בדין הפוזיטיבי, פחות ברורה התפיסה הבסיסית המנחה אותו. נדמה לנו שתפיסתו של השופט קדמי היא של תום לב אובייקטיבי שבמסגרתו נקבע מבחן לקיום חובת תום הלב בנסיבות שבהן קיים מרשם בעלות^{92, 93}. התלבטנו בשאלה אם אין לראות בגישתו של השופט קדמי הפעלת הדוקטרינה של ידיעה קונסטרוקטיבית. הספקות גובעים מאי הבהירות בהבחנה שעשה השופט קדמי בין המרשמים השונים שבהם מדובר בע"א 716/72 ובע"א 81/73, שאי בדיקתם אינה שוללת את תום לבו של הקונה, ובין מרשם המכוניות שאי בדיקתן שוללת תום לב זה. באותם פסקי דין נדחתה החלת הדוקטרינה בין היתר מטעמים פרקטיים המיוחדים לאותם מרשמים. ייתכן שבהתבטאותו של השופט קדמי, שאי בדיקה במרשם הבעלות "המאפשר – ובפועל נוהגים כך והכל יודעים על כך – רשום שעבודים לצד הבעלות"⁹⁴ שוללת תום לב, התכוון לומר שכאשר במרשם כזה עסקינו, די בעצם הרישום כדי לייחס לקונה ידיעה (אף-על-פי שבפועל לא ידע דבר) שתשלול את תום לבו.

כבר הזכרנו, שלדעתנו קיימת מניעה בדיני הידיעה הקונסטרוקטיבית עצמם להחלתה על מרשם כלי רכב⁹⁵. בנוסף, ספק לדעתנו אם בסיטואציה שבה מדובר בנתון מסוים שיכול היה להירשם במספר מרשמים (כגון מישכון מכונית שיכול להירשם גם אצל רשם המשכונות וגם במרשם כלי הרכב במשרד הרישוי), כולם רשמיים ופתוחים לציבור, ניתן יהיה לגרוס שאחד המרשמים ייצור ידיעה קונסטרוקטיבית, והשני – לא, וזאת לגבי אותו נתון עצמו.

ומכאן לבדיקת ההבחנה עצמה בין נכסים נדים, שלגביהם מקוים מרשם בעלות, ובין נכסים נדים אחרים. לשון סעיף 34 לחוק המכר עצמו אינה מבחינה בין סוגי נכסים

92 נדמה לנו, שגם אלה הרואים בתום הלב מושג אובייקטיבי יסכימו שמקום שתום הלב הסובייקטיבי נפגם בגלל ידיעה ממשית של הקונה על פגם בנכס המוכר לא ניתן להחיל את תקנת השוק גם אם על-פי מבחני הקונה הסביר קוימה דרישת תום הלב האובייקטיבית במלואה. למעשה השאלה היא אפוא האם די בתום לב סובייקטיבי, או שמא הדרישה היא למבחן כפול – תום לב אובייקטיבי וסובייקטיבי. כך יש להבין את השימוש שאנו עושים ברשימה זו במונח "תום לב אובייקטיבי". במקרה הגדון בפרשת קון נ' חפון ההנחה שבבסיס הדיון היא, שלקונה לא היתה ידיעה ממשית, או אף חשד העולה כדי עצימת עיניים, על העיקול שהוטל ולכן מתמקדת המחלוקת בשאלה אם יש לבחון את תום לבו של הקונה גם במבחנים אובייקטיביים (או להפעיל את דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית).

93 השאלה אם הרכב אכן רשום במרשם הבעלות אינה חשובה לדעתנו כשדנים בשאלה אם הופרה החובה, הנובעת מתום הלב האובייקטיבי, לבדוק את המרשם. הרישום בפועל רק קובע בבחינת תום הלב על-פי דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית. עם זאת, מההקשר הכללי של הדברים נראה, שהשופט קדמי, אף-על-פי שלא דייק בלשונו, לא נטה להחלת הדוקטרינה האמורה, אלא, כאמור, לקביעת מבחן אובייקטיבי לתום הלב.

94 פסק הדין המחוזי, עמ' 289 (ההדגשה שלנו).

95 השופט קדמי נוקט לשון רחבה של "שעבוד הכרוך ברישום בעלות". לגבי שעבודים, בתור שכאלה, לא מצאנו הוראה המחייבת את רישומם במרשם הרכב. עם זאת, ניתן להגות שהשופט קדמי לא התכוון בדבריו לחרוג ממסגרת העניין שנדון בפניה, קרי, השפעת רישום עיקול. על השאלה אם יש לראות בתקנה 42 לתקנות ההוצאה לפועל, תשמ"ב-1979, משום הטלת חובה כזו ככל שהדברים נוגעים לעיקול כבר עמדנו ולדעתנו התשובה שלילית.

נדים על-פי קריטריון כלשהו ובית המשפט העליון כבר דחה ניסיונות להבחין ביניהם⁹⁶. השופט קדמי רואה שני טעמים שבגללם יש להבחין בין מרשם המשכונות או מרשם החברות ובין מרשם המכוניות לעניין השפעת רישום עיקול על הזכות הנרכשת:

(א) טעם ענייני: "הרישום במרשם הבעלות הינו שלב שהקונה אינו יכול לדלג עליו". גם לפי הגישה האובייקטיבית המנחה את השופט, אם אין הקונה חייב בבדיקת המרשם כדי לצאת חובת תום הלב (זוהי השאלה שהוא בודק) ממילא הוא יכול לדלג על שלב הרישום עד למועד הרלוונטי, כלומר עד ש"קנה וקיבל אותו לחזקתו". כיוון שכך, לומר שאי האפשרות לדלג על שלב הרישום הוא עצמו הטעם לשלילת תום לבו של הקונה שלא בדק את המרשם, הוא בבחינת מעגל שוטה שיש לדחותו⁹⁷.

(ב) טעם מעשי: "אין לך דבר קל מקביעת הרישום של מרשם הבעלות' שלו 'כתובת אחת' לספר אחד". ניתן להעיר שמבחינה חוקית אין מדובר בספר אחד וכתובת אחת שכן מרשם הרכב במשרד הרישוי הוא מרשם מבוזר המחולק לפי מחוזות⁹⁸. עם זאת, העובדה שמדובר במערכת ממוחשבת, תומכת בטעם המעשי שמביא השופט קדמי⁹⁹.

אינו שוללים את האפשרות שקיום מרשם בעלות לגבי נכס נד יהווה שיקול במישור הראייתי, כאשר באים לבחון את תום לבו של הקונה על-פי התפיסה הסובייקטיבית. אולם, כאמור, לא זוהי התפיסה שבבסיס פסק דינו של השופט קדמי. גם במסגרת תפיסה אובייקטיבית של תום הלב עדיין צריך בית המשפט למלא את המונח בתוכן על-ידי קביעת "רף", וניתן לראות בקיום המרשם הפתוח לציבור שיקול בקביעת היקף הדרישה מהקונה לחקירה ובדיקה. שאלה גפרדת היא האם זוהי התפיסה כפי שהתגבשה בפסיקה.

נעבור עתה לבדיקת עמדת בית המשפט העליון בשאלת תוכנו של תום הלב הנדרש במסגרת סעיף 34 לחוק המכר.

3. פסיקת בית המשפט העליון בסוגיית תום הלב בתקנת השוק

השאלה הטעונה בירור בניתוח פסיקת בית המשפט העליון היא האם תוכנו של תום

96 סעיף 34 אינו מבדיל בין נכס נד אחד למשנהו. בין טובין יקרי ערך וטובין פחותי ערך, בין טובין המתבלים במהירות לבין טובין המשמשים לזמן ארוך — שכולם כפופים לתקנת השוק והקונה רוכש בהם בעלות מלאה וחפשיה מכל שעבוד, עיקול או זכות אחרת במכר⁹⁷. ע"א 81/73 יוסף (לעיל, הערה 75), בעמ' 718. אמנם הבחנה על בסיס של קיום מרשם בעלות לגבי הנכס הנד לא נדונה, אך ניתן לראות בדברים שצוטטו שלילת כל ניסיון להבחנה בין סוגי נכסים נדים.

97 שונים היו פני הדברים לו היינו רואים את רישומי משרד הרישוי כקונסטרוקטיביים, אלא שהלכה זו נקבעה לראשונה בידי בית המשפט העליון בפרשת קון נ' חסון וגם השופט קדמי עצמו אינו מתייחס לאפשרות זו. נראה שכוונתו בדברים שצוטטו לחוסר אפשרות מעשית לדלג על השלב האמור.

98 ראה סעיף 6 לפקודת התעבורה (נוסח חדש).

99 אם כי מיחשוב מרשמים אחרים ואפשרות גישה אליהם במקומות רבים באמצעות מסופים יבטלו את היתרון היחסי בנגישות שיש ל"כתובת אחת" ו"ספר אחד" דווקא במרשמי בעלות, שהוא הקו להבחנה לפי השופט קדמי.

הלב הנדרש כדי לאפשר לקונה לרכוש זכות טובה מזו של המוכר, במסגרת סעיף 34, הוא בעל אופי סובייקטיבי או שהמבחן לתום הלב הוא מבחן כפול ובנוסף לתום לב סובייקטיבי נדרש גם תום לב אובייקטיבי. אפשרות אחרת שיש לבדוק היא האם ראה בית המשפט העליון בעצם הרישום במשרד הרישוי עובדה השוללת את תום לבו של הקונה על-ידי ייחוס ידיעת קונסטרוקטיבית בדבר תוכן הרישום.

פסק הדין המשמש אבן פינה לפסיקה המפרשת את המונח "תום לב", ככל שהוא נוגע לתקנת השוק, הוא ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ¹⁰⁰. המערערת רכשה מכונית מחברה שעיסוקה במכר מכוניות. בשעת הרכישה לא ידעה המערערת שהמכונית היתה ממושכנת למשיבה. השעבוד היה רשום אצל רשם החברות. המשיבה פתחה בהליכי הוצאה לפועל למימוש המשכון ובקשתה של המערערת לקבל פסק דין הצהרתי, שהשעבוד אינו תופס לגביה, נדחתה.

השופט ברנזון פותח את פסק דינו בהתייחסו לשאלת החלת תורת הידיעה הקונס-טרוקטיבית על תקנת השוק, דוקטרינה שעל פיה הוכרע הדיון לדעת המערערת בבית המשפט המחוזי. לדעת השופט ברנזון יהיה זה "משגה חמור" להרכיב על עסקות מכר במיטלטלין המוסדרות על-ידי חוק ישראלי מקורי את התורה הנ"ל שאף במקורותיה, אנגליה, זכתה לביקורת קשה. השופט מדגיש שבאנגליה עצמה סירבו בתי המשפט להחיל את הידיעה הקונסטרוקטיבית על עסקאות במיטלטלין בשוק הפתוח¹⁰¹.

אמנם בפסק הדין המחוזי נעשה ניסיון לאבחן את דבריו אלה של השופט ברנזון ולצמצם אותם רק לעניין רישום משכונות או חברות. אולם עיון בדברים שהובאו מלמד, הן מבחינת הלשון שנקט השופט ברנזון, ויותר מכך מבחינת הגיונם של הדברים, שבית המשפט שלל עקרונית את החלת תורת הידיעה הקונסטרוקטיבית על מכר בתקנת השוק, בין שמדובר בפגם בזכות המוכר שמצא את ביטויו אצל רשם המשכונות, ובין בפגם שמצא את ביטויו במרשם כלי הרכב שבמשרד הרישוי. את ההוכחה הניצחת שזוהי אכן ההלכה ניתן למצוא בשורה של פסקי דין שהתייחסו להשפעת אי בדיקת מרשם כלי הרכב, כאשר בדיקה היתה מגלה שהבעלים הרשום שם שונה מן הבעלים הרשום בשטר המכר. אם לגבי השפעת רישום שעבוד סברנו, שהידיעה הקונסטרוקטיבית אינה יכולה לחול על-פי דיני ה, שכן שעבוד כזה אינו חייב להירשם במרשם הרכב, הרי כשמדובר ברישום בעלות שונה המצב, שכן מאחר שנתון זה חייב להירשם¹⁰², ניתן היה להחיל את דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית. בסיטואציה שנדונה בע"א 448/74¹⁰³, החלת הדוקטרינה היתה מביאה לאי הכרה בבעלותם של הקונים במכונית שכן אם מייחסים להם ידיעה (קונסטרוקטיבית) על כך שהבעלים הרשום אינו מי שמתיימר למכור להם את הרכב גשמיט הבסיס לתום לבם. אמנם בית המשפט לא שלל במפורש את תחולת הידיעה הקונסטרוקטיבית על מכר בתקנת השוק, אולם פסק דינו הוא דחייה חד-משמעית וברורה, אם כי מכללא, של אותה דוקטרינה¹⁰⁴.

100 לעיל, הערה 6.

101 שם, בעמ' 712.

102 תקנות 283, 284, לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961.

103 לעיל, הערה 50.

104 כן ראה: ע"א 863/76 חברת המלח בע"מ נ' נתיבי ישראל בע"מ ואח', פ"ד לב(2) 696.

מכל האמור לעיל עולה, שלא זו בלבד שהפעלת הדוקטרינה בפסק הדין המחחי היתה מוטעית על-פי דיני הידיעה הקונסטרוקטיבית, ואף בלתי רצויה מבחינה עניינית – היא אף מנוגדת להלכה הברורה שקבע בית המשפט העליון.

נחזור אפוא לע"א 716/72. לאחר שלילת החלת הידיעה הקונסטרוקטיבית פונה השופט ברנזון להגדרת המונח "תום לב" שבסעיף 34, ומגדירו כתום לב סובייקטיבי¹⁰⁵, תוך הדגשה כי:

"אפילו נאמר כי המערערת התרשלה בכך שלא עשתה בדיקה כזו, הרי כלל ידוע הוא שאין רשלנות רגילה, ואף רשלנות רבת, מפקיעה את תום הלב הנדרש. רשלנות רבתי יכולה רק להיות ראיה בדבר חוסר תום לב"¹⁰⁶.

בדברים אלה קובע אפוא בית המשפט העליון כהלכה ברורה וחד-משמעית שאת תוכנו של תום הלב הנדרש לצורך תקנת השוק יש לבחון במבחנים סובייקטיביים בלבד. לרקע זה יש גם להבין את דבריו הבאים של השופט ברנזון:

"למשיבה היתה אפשרות, אם כי לא מוטלת עליה חובה כזאת, לרשום הערה על קיומו של השעבוד במשרד הרשוי וברשיון הרכב, ובדרך זו להביא את העובדה הזאת לידיעת כל מי שבא לרכוש את הרכב. המשיבה אישרה כי בדרך כלל היא נוהגת כך, ולא תירצה מדוע לא נהגה כך גם במקרה זה. דבר מובן מאליה הוא, כי קונה רכב בודק את ניירות הרכב והרישומים במשרד הרישוי ובדרך כלל סומך על הכתוב בהם. מאידך האם היה יסוד למשיבה להניח כי דרכו של קונה רכב ללכת לרשם החברות ולבדוק אם רשום אצלו שעבוד עליו?"¹⁰⁷

כנראה שמהמשפט שהדגשנו למד הנשיא לנדוי:

"כי קונה של מכונית שאינו בודק את הרישום במשרד הרישוי כדרכו של קונה זהיר, כאילו עוצם עיניו מלראות את האמת העולה מן הרישום ועל כן נפגם תום לבו בקניה"¹⁰⁸.

לדעתנו, בחינת הקשר הדברים מלמדת על הטלת הסיכון של אי רישום זכות במרשם הרכב על בעל הזכות, להבדיל מקונה הרכב, וזאת מהטעם שמאחר שמבחינה עובדתית-אמפירית הקונים נוהגים לבדוק את המרשם הרי "כל מי שעניין בראשו ורוצה לשמור על אינטרס שלו בענין זה, ידאג לכך שיהיה זכר לשעבוד הקיים לטובתו

ופסק דינו של השופט בייסקי בהמ' פת' (ת"א) 10756/72 אי. חי. סי. (לעיל, הערה 24), שם התוצאה היתה משתנה לו תחילו את דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית.

105 ע"א 716/72 רונשטרייך (לעיל, הערה 6), בעמ' 713.

106 שם, עמ' 715. בדברים הנ"ל מסתמך השופט ברנזון על ההלכה שנפסקה לעניין תום הלב הנדרש בדיני שטרות בד"נ 15/70 קור נ' תליהנן (לעיל, הערה 56), בעמ' 40.

107 שם, שם.

108 פסק הדין העליון, עמ' 613.

במסמכי הרשויות¹⁰⁹, לדעתנו, אין ללמוד מן הדברים שאי הבדיקה בידי הקונה תשלול תמיד את תום לבו לעניין תקנת השוק¹¹⁰.

על ההלכה האמורה בדבר תוכנו הסובייקטיבי של תום הלב לעניין תקנת השוק חזר בית המשפט העליון שוב ושוב. כאשר מוכר הרכב במגרש המכוניות לא היה רשום ברישיון כבעל הרכב, לא הסתפק בית המשפט בכך לשלילת תום לבו של הקונה וחזר והדגיש את המבחן הסובייקטיבי¹¹¹. כך, גם כאשר בשטר המכר לא הופיעו מי שהציעו את המכונית למכירה כמוכרים לא ראו בכך (לאור קיומו של נוהג סוחרי הרכב שנועד לחסוך בדמי העברה) ראיה לחוסר תום לבו הסובייקטיבי של הקונה, מאחר ש"אין לדרוש אלא זהירות שבהתחשב בנסיבות היה מי שטוען את הטענה, רשאי באופן סובייקטיבי — לראותה כסבירה לשם בירור המצב לאמיתו. חוסר חקירה המונע לדעת את העובדות המלאות, אם הוא, בהתחשב בנסיבות, אינו תוצאה של לא איכפתיות. אינו שולל איפוא קיום תום לב"¹¹².

109 ע"א 716/72 רוזנשפרייך (לעיל, הערה 6), בעמ' 715.

110 "עצמת העיניים" שבה מדובר משתייכת, כפי שהוסבר, לתחום המבחן הסובייקטיבי לתום הלב ולכן קשה לראות מדוע הציב אותה הנשיא בפסק דינו כמנוגדת לפסיקה אחרת הקובעת שרשלנות הקונה, ולו גם רשלנות רבתי, אינה פוגמת בתום לבו. לו היה הנשיא מפרש את הדברים שצוטטו מע"א 716/72 כקביעה שהעדר בדיקת המרשם היא ראיה במכלול הראיות בבדיקת תום לבו הסובייקטיבי של הקונה, אין להניח שהיה מציין זאת כהלכה מהותית של בית המשפט העליון, או כתקדים שיש ליישבו עם תקדימים אחרים.

111 ע"א 81/73 יוסף (לעיל, הערה 75), בעמ' 719.

112 ע"א 448/74 אוטו בלה (לעיל, הערה 50), בעמ' 216. נראה, שגם דעתו של השופט שמגר היא שהמבחן לתום הלב בעניין תקנת השוק היא סובייקטיבית. ראה ע"א 16/75 גליל ים (לעיל, הערה 51), בעמ' 240. כן ראה פסק דינו של השופט אור בת"א (נצ') 45/73 לקי דרייב בע"מ ואח' ג' אוטו בלה ואח', פ"מ תשל"ה(1) 341, 349, ופסק דינו של השופט בייסקי בהמ' פת' (ת"א) 10756/72 אי. תי. סי. (לעיל, הערה 24) בעמ' 457. בע"א 92/78 (לעיל, הערה 50), מבהיר השופט ח' כהן מתי עשויה רשלנותו של הקונה לשמש ראיה לחוסר תום לבו: "לשון אחר, הכלל הוא שרשלנות ותום לב יכולים יפה לדור בכפיפה אחת; ואימתי יכולה 'רשלנות רבתי' לשמש ראיה על חוסר תום לב, כשיש במתדליו של הקונה כדי להצביע על יריעה או חשש שכלבו בדבר פגם הדבק אם בממכר ואם בזכות קנינו של המוכר, או בדבר כוונת לרמות או להתעשר ולא במשפט, וכיוצא באלה ידיעות וכוונות שאינן מתיישבות עם תום הלב".

יפים לעניין זה גם דברי השופט י' כהן (כתארו דאז) בע"א 352/72 דנקנר ובניו בע"מ ג' פספס את מסרני ואח', פ"ד (2) 796, 804 ואילך: "לדעתי השאלה אם אדם נהג בתום לב תלויה בראש ובראשונה בנסיבות של כל מקרה ומקרה. תום לב הוא ענין סובייקטיבי (ראה: ברק, מהותו של שטר, ע' 125) ובכגון זה אין לקבוע כללים נוקשים, אלא הקביעה אם אדם פעל בתום לב צריכה להעשות לפי הראיות המובאות לפני בית המשפט ובהתאם לנסיבות הענין. כך לדוגמה אפשר יהיה לראות רשלנות רבתי בהמנעותו של קונה לחקור בדבר זכות המוכר לנכס, כשנושא העסקה הוא בלתי שגרתי וערכה הכספי גדול, ורשלנות גסה כזו יכולה להוות ראיה על חוסר תום לב. לעומת זאת אין למצוא כל ראיה על חוסר תום לב, אם בעל בית עבוס אינו חוקר בדבר זכותה של אשה שממשכנת אצלו טבעת זולה. לא הסוג המשפטי של העסקה הוא הקובע, אלא נסיבותיה". הדברים נאמרו תוך דחיית הטענה שאם הביטוי תום לב יש לפרש בדרך החמרה כשמדובר בתקנת השוק בחוק המשכון ובדרך מקילה כשמדובר בתקנת השוק שבחוק המכר.

פסק דין הסוטה לכאורה מן השורה הוא ע"א 836/76.¹¹³ במקרה הנדון בפסק דין זה הזמינה המערערת אצל מפעלי מתכת רכב נגרר מתוצרתם באורך מסוים ובעל מספר שלדה מסוים. הנגרר שסופק לא תאם דרישות אלה ובדיעבד התברר שנמכר עוד קודם לכן למשיבה ונרשם על שמה במשרד הרישוי. חלק מהאימרות המופיעות בפסק דינו של השופט בכור גיתן היה לפרש כעולות בקנה אחד עם תום לב או בייקטיבי, כגון, "אין ספק שמסירת נגרר זה תחת הנגרר שהוזמן לפי ההסכם היה צריך להיות אור אדום לחברת המלח ולהעמידה על המשמר" (תהדגשה שלנו).¹¹⁴ יתרה מזו, השופט בכור מאבחן את ע"א 716/72 ואומר שבעוד ששם נרשם השעבוד אצל רשם החברות ולכן לא נשלל תום לבו של הקונה שלא בדק את המרשם, הרי בעניין שלפניו השוני ברור (כך גם איבחן השופט בכור את ע"א 448/74 כמתייחס לגוהג המסחר במכוניות משומשות). אלא שלדעתנו גם בפסק דין זה לא ניתן למצוא עיגון להפעלת המבחן האובייקטיבי שכן ראשית, מי שטיפל בשם החברה ברכישת הנגרר הודה במפורש שהיה בלבו חשד אלא שנמנע מלבדקו, והרי זו עצימת עיניים העולה כדי חוסר תום לב סובייקטיבי. שנית, השופט בכור עצמו, מאבחן, לדעתנו, את ע"א 716/72 וע"א 448/74 רק במישור של המשקל הראייתי שיש לתת להעדר הבדיקה במכלול נסיבות הפיסקה, ואילו את ההלכה שנפסקה כי גם ברשלנות רבתי אין בהכרח משום חוסר תום לב, הוא מאשר.¹¹⁵

עם זאת, ניתן ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון גם לתפיסת תום הלב במסגרת סעיף 34, כמנוח אובייקטיבי. בפסק דינו בע"א 842/79¹¹⁶ כתב השופט דב לוי:

"מקום שקיימת חובת רישום זכויות קנין בנכס בספרי רישום, העומדים לעינו של הצבור, לא יצא צד ג' ידי חובת 'תום לב', בטרם יבדוק רישום זה. הרי אחד הטעמים העיקריים לחובת הרישום הוא להסיר מכשול לפני קונה ולמנוע תקלה בדרכו אל הרכישה, על ידי כך שמעמידים לעינו מידע ברור ומדויק באשר לבעלים של הנכס, ועד כמה חופשי הבעלים להקנות זכויותיו. קונה המתעלם מספרי הרישום וגמנע מלעיין בהם, לא עשה את כל המצופה ממנו, ואל לו אלא להלין על עצמו. אם סבל נזקים וגמנעה ממנו זכות הקנין שביקש לרכוש"¹¹⁷.

השופט דב לוי אינו מתייחס כלל לכל הפסיקה שקדמה לפסק דינו בסוגיית תום הלב הנדרש לצורך העברת זכות טובה מזו שיש למוכר, בין בשטרות ובין במכר מיטלטלין. פסיקה שגישתו אינה יכולה לעלות עמה בקנה אחד.

לסיכום פרק זה ניתן לומר לדעתנו, שהפסיקה הרואה את תום הלב בסעיף 34 כתום לב סובייקטיבי, היא עקיבה ומבוססת, ולמעשה החריג היחיד שמצאנו להלכה זו היה

113 לעיל, הערה 104.

114 שם, עמ' 699.

115 שם, עמ' 700.

116 נס (לעיל, הערה 14), בעמ' 213. הדברים נאמרו אמנם ביחס לסעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, אך העמדה המבוטאת בהם ישימה גם לעניין סעיף 34: ראה עמ' 213 מול האות ה'.

117 שני השופטים האחרים שישבו באותו מקרה לא התייחסו לשאלה הנ"ל.

בפסק דינו של השופט דב לוין שהוא מאוחר לפסק דינו של הנשיא ¹¹⁸. נמצא, שהפעלת המבחנים השונים בפסק הדין המחוזי, המבחן האובייקטיבי והידיעה הקונסטרוקטיבית, לא זו בלבד שאינה מעוגנת בפסיקת בית המשפט העליון, אלא עומדת בסתירה גמורה לפסיקה זו.

4. הפירוש ל"תום הלב" בסעיף 34

בהמשך להצגת המבחן המקובל בפסיקת בית המשפט העליון לתום הלב הנדרש בתקנת השוק ברצונו לייחד מספר מלים לדיון בפירוש הנכון, לדעתנו, לתום הלב בסעיף 34. אנו סבורים, שהמבחן הנכון לתום הלב בסעיף 34 הוא אכן המבחן הסובייקטיבי (המעוגן לדעתנו גם בהלכה הפסוקה) וזאת בגלל מספר טעמים מצטברים:

(א) הנימוק הלשוני

הוראות החוק הקובעות סטנדרד התנהגות נדרש, כגון סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, נוקטות לשון "תום לב ודרך מקובלת". לעומת זאת סעיפי תקנת השוק, כגון סעיף 34 לחוק המכר, סעיף 5 לחוק המשכון וסעיף 10 לחוק המקרקעין, מדברים על "תום לב" בלבד. כדי לתת גפוקות להבדל זה (הקיים לעתים באותו חוק עצמו) — ראה סעיפים 6 ו-34 לחוק המכר) יש לפרשם באופן שונה, כך שה"דרך המקובלת" הוא מבחן אובייקטיבי, ולפחות מקום ש"תום לב" נזכר בבדידותו יש לפרשו כתום לב סובייקטיבי, ובלשונו של השופט כהן בע"א 838/75 ספקמדר נ' צרפתי ¹¹⁹: "... הבטוי 'תום לב' כפשוטו ובמובנו הרגיל משמעותו היא סובייקטיבית...". סיוע נוסף יש למצוא בסעיף 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, הדין ב"מי שעשה בתום לב ובסבירות... ", משמע שמונחים אלה נבדלים זה מזה.

הטעם הלשוני עשוי לחזק את הפירוש הסובייקטיבי לתום הלב, גם כאשר בוחנים את סעיף 34 בכללו. כך ניתן לומר, שהמחוקק ציין את המרכיבים האובייקטיביים כדרישות עצמאיות הנפרדות מעניין תום הלב ("מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר"; "המסירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו") והמבחן הסובייקטיבי הולם יותר טכניקה שכזו ¹²⁰.

118 נראה, שגם עמדתו של הנשיא לנדוי עצמו היא שתום הלב שבו עסקינן הוא סובייקטיבי. בד"נ 15/70 (לעיל, הערה 56), בעמ' 42, אומר השופט לנדוי: "הרוב לא פסק, חס וחלילה, שרשלנות או אף רשלנות רבתי כמוהן כחוסר תום לב אלא דברתי על עצימת עיניים העולה לכל הדעות כדי חוסר תום לב". אמנם הדברים נאמרו בעניין דיני שטרות, אולם בפסקי דין מאוחרים יותר הבהיר השופט לנדוי שתום הלב הנדרש בתקנת השוק זהה לזה הנדרש בדיני שטרות; וכן ראה ע"א 230/73, 231 בנק דיסקונט (לעיל, הערה 8), בעמ' 127.

119 פ"ד לב(1) 231, 248.

120 השווה ברק, "אגרת חוב מלווה קצר מועד למוכ"ן: זכותו של קונה בתום לב ובעד ערך", משפטים ה (תשל"ג) 160, 164.

(ב) הנימוק ההשוואתי

סעיף 34 קרוב בגישתו ובתנאיו לתקנת השוק האנגלית¹²¹, וזו האחרונה בוחנת את תום לבו של הקונה בשוק הפתוח במבחן סובייקטיבי. אמנם, שם מתחייב מבחן זה מכוח מלותיו המפורשות של החוק בעוד שסעיף 34 אינו חד-משמעי לפחות ככל שהדברים אמורים במבחן תום הלב, אך הקרבה בין מערכות הדינים תומכת לדעתנו במבחן הסובייקטיבי. ככלל, החומר ההשוואתי בשאלת תום הלב במסגרת תקנת השוק מצומצם למדי וקשה למצוא בו סיוע של ממש לדיון שבו עסקינן¹²².

(ג) הנימוק הענייני — הדין הרצוי

במסגרת נימוק זה רצוננו לבחון מהו הדין הרצוי בשאלת תוכן תום הלב הנדרש מן הקונה בתקנת השוק. לדעתנו, ניתוח השיקולים השונים במסגרת הדין הרצוי מוליך גם הוא למסקנה התומכת במבחן הסובייקטיבי.

את דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית אין מקום להחיל בענייננו. לדעתנו מן הראוי למעט ככל האפשר בהכרעת זכויות על בסיס פיקטיבי. אם השיטה המשפטית דורשת תום לב סובייקטיבי, יש לבחון את הראיות כולן כדי לקבוע אם דרישה זו מולאה אם לאו, ולא להסתפק בהנחה בלתי ניתנת לסתירה.

כבר ציינו, שלדעתנו תומכי המבחן האובייקטיבי מגבשים למעשה מבחן כפול. גם לדעתנו, אפילו היו הדרישות לקיום חובת תום הלב נקבעות כדרישות אובייקטיביות. הרי כאשר הקונה ידע בפועל על הפגם בזכותו של המוכר, אין לאפשר לו לרכוש זכות עדיפה באמצעות תקנת השוק. מקום שאדם תובע זכות עדיפה מזו שהיתה למי שהעבירה לו ותוך פגיעה בזכותו של צד ג' מן הראוי שתום לבו הסובייקטיבי יהיה עילאי ומושלם. אחרת, לא יהיה זה צודק לראות בו את "הבן יקר לי אפרים" של השיטה המשפטית. בכך אנו מצטרפים לדעתו של השופט ברק בבג"צ 59/80¹²³:

"הפירוש שניתן לביטוי 'תום לב', תלוי בהקשר בו מופיע ביטוי זה. כאשר הבטוי 'תום לב' מופיע בהקשר של רכישת זכות עדיפה — כגון רכישת זכות עדיפה על פי תקנת השוק במכר ובמשכון או על פי אחיזה כשורה

121 ראה: פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 251–252.

122 כאמור, באנגליה הסעיף קובע במפורש את המבחן הסובייקטיבי, ובכך מיתר דיונים בהקשר זה. בארצות הברית אין למצוא דיון, שכן אין השיטה מכירה בתקנת שוק של שוק פתוח. בגרמניה המבחן לתום לב הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי מצומצם. סעיף 932(ב) ל-B. G. B. (בתרגומו של ראבילו, פרקים בדיני חובבים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, עמ' 174) קובע: "הקונה אינו בתום לב כאשר הוא יודע כי הנכס אינו שייך למוכר או כאשר אי ידעתו בנידון נובעת מרשלנות גסה". לדעת ראבילו זהו גם המבחן הנכון לתקנת השוק שלנו. בצרפת מניח סעיף 2268 לקוד האזרחי שהקונה תם לב, ואולם בתי המשפט פירשו את הסעיף כך שהבעלים המקורי אינו חייב להוכיח שהיתה לקונה ידיעה ממשית שרכש את הנכס ממי שאינו הבעלים ודי אם יראה שהיה עליו באופן סביר לחשוד בכך. ראה הרדינג ורוול (לעיל, הערה 5), בעמ' 361.

123 שירותי תהבורה ציבוריים באר שבע (לעיל, הערה 58), בעמ' 834.

בשטרות — מצב נפשו של הטוען לזכות עדיפה זו הוא המכריע, ועל כן אמונתו שלו בדבר מצב הדברים קובעת".

נותר אפוא לברור, במסגרת הדין הרצוי, בין קביעת מבחן סובייקטיבי בלבד לתום הלב, ובין מבחן משולב, אובייקטיבי-סובייקטיבי. לדעתנו, אין להפעיל מבחן אובייקטיבי או משולב במקרה הנדון. טעם אחד כנגד מבחן אובייקטיבי הוא שיקול הדעת שמוענק לבית המשפט כדי למלא מבחן כזה בתוכו, שיקול דעת המטשטש ומעמעם את ההגדרה הברורה והמדויקת של זכויות שיש לשאוף אליה בתחום דיני הקניין^{124, 125}.

הטעם השני לשלילת מבחן אובייקטיבי לתום הלב בסוגיה הנדונה נובע מן ה"דמויות הפועלות" בעניין תקנת השוק והזיקה ביניהן. כאשר תום הלב הנדון הוא תום הלב שבחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, זוג היריבים הם הצדדים לחוזה. "בהקשר זה אמונתו של בעל החוזה, כי הוא פועל בהגינות ובישר אינה מכרעת, שכן לבעל החוזה עשויים להיות סטנדרטים מעוותים של ישר והגינות. אין זה מתקבל על הדעת ואין זה צודק, כי רמת ההתנהגות הנדרשת תהא שונה לכל בעל חוזה, והיא תהא פונקציה של אמונתו הסובייקטיבית שלו בדבר הישר וההוגן"¹²⁶. לעומת זאת, כאשר בתקנת השוק עסקינן, זוג ה"יריבים" העומדים בפנינו הם הקונה ובעל הזכות המקורית (בין שמדובר בבעלות ובין שמדובר בשעבוד או בכל זכות אחרת). כאשר אין יריבות ישירה בין הצדדים החלוקים בזכויותיהם, אין לומר שבעלי הדין ציפו להתנהגות סבירה מסוימת, כמו שניתן לצפות במסגרת התקשרות חוזית.

בסופו של דבר, והזכרעה בשאלת המבחן לתום הלב היא הכרעה שבמדיניות בין הגנה על זכותו של הבעלים המקורי מפני הצעד הדראסטי של הפקעת זכותו על-ידי תקנת השוק ובין הגנה על האינטרס של המסחר החופשי. מחד גיסא ניתן להטיל את הסיכון על הבעלים המקורי שלא היטיב לשמור על נכסיו הנדמים או לא היטיב לבחור את האגשים שעמם הוא עוסק ובכך הביא לשילוב הנכס הנדון בשוק הנכסים הכללי, ומאידך גיסא ניתן לסבור, כהכרעה שבמדיניות, שיש להטיל את הסיכון על הקונה

124 ראה: ויסמן, חוק המקרקעין — מנגנון והשגים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, תשל"ז) 21 ואילך; לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, 298.

125 ראה: Law Reform Committee, 12th Report, 1961, p.6. הוועדה האנגלית המלכותית בעניין העברת בעלות במטלטלין בראשות לורד פירסון (Pearson) דחתה את ההצעה להעניק לבית המשפט שיקול דעת לשם איוון אינטרסים ושיקולי צדק בין הצדדים. לדעתה, שיקול דעת כזה יגרום מחד גיסא ריבוי התדייגויות, ומאידך גיסא ישלול מאנשי עסקים ואחרים את הביטחון המסחרי בהערכת התוצאות הפיננסיות בעסקותיהם וביטוח מפני סיכונים הכרוכים בהן, וכן יקשה עליהם לקבל עצה משפטית שיוכלו לסמוך עליה (ראה סעיף 9 לד"ח).

126 לעיל, הערה 58, בעמ' 835. לדעה אחרת ראה: ג' שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן", משפטים ז (תשל"ו) 118, 121. ולאחרונה, באופן מפתיע מעט ותוך חריגה, לדעתנו, מן המשמעות שייחס בית המשפט העליון למושג, ראה: ה"פ (ת"א) 247/81 עמישי נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"מ תשמ"ג (1) 281, 285 (מפי השופט שטרומן): "אני חושב שיש להיזהר מהרחבת תחומי 'תום הלב' אל תחומי הרשלנות".

שאף-על-פי שאינו חושד במאומה תוטל עליו חובת זהירות ובדיקה כדי להגן על מי שאינו הצד הישיר לעסקה עמו.

אמנם יש להניח, שהכבדה על הקונה וחיובו בחקירה ובדרישה יחזקו את מעמדו של הבעלים המקורי גם במישור הפרקטי של צמצום הגניבות (שכן יקשה יותר למצוא קונה לנכס גנוב), אך הפגיעה הקשה במסחר יעיל ומהיר, ועקב כך גם התייקרות העסקאות, מטה לדעתנו את הכף להעדפת המבחן הסובייקטיבי. יש לזכור, שאין אנו מציעים שכל קונה בתמורה ובתום לב יזכה גם בבעלות. הדיון בדין הרצוי מצומצם כאן למבחן הנכון לתום הלב, אך התנאים האובייקטיביים המנויים בסעיף 34 ומגבילים את תחולת תקנת השוק די בהם כדי ליצור את האיזון בין הגנה על זכות הבעלים המקורי ובין פעולתו התקינה של השוק.¹²⁷

ד. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א—1981¹²⁸, ומכר מכוניות

בשולי פסק הדין הנדון רצוננו לבחון את השפעת חוק הגנת הפרטיות על הסוגיה של מכר מכוניות בשוק הפתוח. חוק שלא היה בתוקף בשעה שניתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי¹²⁹.

ההוראות העשויות להשפיע על הסוגיה שאנו דנים בה הן הוראות פרק ב' לחוק, שעניינן הגנה על הפרטיות במאגרי מידע. כיוון שבעלותו של אדם על כלי רכב הוא נתון על מצבו הכלכלי, הרי שנתון זה נכנס להגדרת "מידע" בסעיף 7 לחוק, ומרשם כלי הרכב נכנס להגדרת "מאגר מידע" באותו סעיף.

ההוראה האופרטיבית בפרק ב' לחוק מצויה בסעיף 8, ובחלקה הנוגע לענייננו קובעת כי "לא ישתמש אדם במידע שבמאגר מידע, אלא למטרה שלשמה הוקם המאגר או למטרה שלשמה נועד המידע".

בטרם נעבור לבחינת השלכותיה של הוראה זו, נבחון האם למרות שמרשם כלי הרכב במשרד הרישוי נכנס לתחום ההגדרות והתחולה של חוק הגנת הפרטיות ניתן למצוא הוראה ספציפית השוללת למעשה את תחולת החוק על המידע. מקום שנקבע בחוק אחר שמאגר מידע יהיה פתוח לציבור יש בקביעה כזאת לדעתנו שלילה של האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק, בחינת *generalia specialibus non derogant*¹³⁰. כך, למשל, אין ספק שסעיף 124 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, הקובע כי "הפנקסים המתנהלים בלשכה יהיו פתוחים לעיון הציבור, וכל אדם רשאי לעיין בהם ולקבל העתקים מן הרשום בהם" לא בוטל מכללא על-ידי חוק הגנת הפרטיות, אף-על-פי שהלה מאוחר

127 לדעה אחרת במישור המשפט הרצוי ראה: ז' צלטנר, "על דיני המכר", קובץ הרצאות לשופטים תשל"ח, בעריכת ש' שטרית, תל-אביב, 1979, בעמ' 86.

128 ס"ח תשמ"א 128 (להלן — חוק הגנת הפרטיות).

129 פרק ב' המכיל את ההוראות הנוגעות לענייננו נכנס לתוקף רק ב-11.9.81, שישה חודשים אחרי פרסומו ברשומות.

130 Craies, *On Statute Law* (London, 1963) 376

לו¹³¹. בהעדר הוראת חוק ספציפית הקובעת את זכות העיון במרשם כלי הרכב, חל סעיף 8 לחוק. לדעתנו, אין לראות בשימוש במידע בדבר הבעלות על כלי רכב הרשום במשרד הרישוי על-ידי הקונה לצורך ביצוע עסקת רכישת כלי רכב שימוש "למטרה שלשמה הוקם המאגר". המאגר הוקם לדעתנו כדי לאפשר לרשויות המדינה השונות, כגון המשטרה ומשרד התחבורה, לרכוש מידע שיאפשר זיהוי ואיתור בעליהם של כלי הרכב לצרכים שונים¹³².

משמעות החלת חוק הגנת הפרטיות על הסיטואציה של רכישת כלי רכב היא, שרק הבעלים הרשום זכאי לעיין "בעצמו, או על ידי בא-כוחו שהרשהו בכתב ... במידע שעליו המוחזק במאגר המידע", כאמור בסעיף 13 לחוק. רק אם הבעלים הרשום (שכפי שכבר הבהרנו לא תמיד הוא הבעלים המוכר את כלי הרכב, לאור נוהג הסוחרים שנועד לחסוך בדמי העברה) ייאות לפנות לרשם המנהל את מאגר המידע ביחד עם הקונה הפוטנציאלי, או להסמיכו בכתב, יוכל הקונה לברר את זכותו של הבעלים כפי שגרשמה במאגר¹³³. לאור הדרך הקבועה בתקנות, פנייה כזו לרשם חייבת להיעשות בכתב והתשובה עליה יכולה להינתן תוך 30 יום, ואף למעלה מזה¹³⁴.

התוצאה שתבצע אפוא מהטלת חובת בדיקת המרשם על הקונה, כגרסת הדוגלים במבחן האובייקטיבי לתום הלב, תיתן מכת מוות לשוק הפתוח במכוניות. גם מי שסבר קודם לחקיקת חוק הגנת הפרטיות (כמו השופטים קדמי ובן דרור בפסק הדין המחוזי)

131 הוראות חוק ספציפיות נוספות הקובעות את זכות הציבור לעיין במרשמים ניתן למצוא, למשל, בפקודת החברות, סעיף 125(3); בחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, סעיף 168; בחוק הספנות (כלי שיט), תש"ך-1960, סעיף 109. שאלה מעניינת היא מה מעמדו של מרשם המשכונות לאור הוראות חוק הגנת הפרטיות. זכות הציבור לעיין במרשם נקבעה שם בתקנה 15 לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשכ"ז-1967. עור לפני חקיקת חוק הגנת הפרטיות נמתחה ביקורת על אי הכללת זכות מהותית זו בחוק עצמו. ראה יוסמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 115, הערה 8. לאור חקיקת חוק הגנת הפרטיות נעשה הקושי הג'ל מרכזי הרבה יותר. ייתכן שלאור מטרת מרשם המשכונות הנועד להזהיר צדדים שלישיים מפני משכונות, יש להידחק ולפרש את סעיף 25(2) לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, המסמיך את שר המשפטים להתקין תקנות בדבר סדרי עיון ברישומים, כקובע מכללא גם את זכות העיון, מכל מקום, המוחקק ייטיב לעשות אם יתקן מצב לקוי זה, המצריך פירושים מאולצים. 132 "לדעתנו", כיוון שרישום המטרות אצל רשם מאגרי המידע אינו ברור דיו, על-פי הרישום הג'ל "שם בעל מאגר המידע": משרד התחבורה, רשות הרישוי; ... נושא תמאגר: רישום נתונים על בעלי כלי רכב ומחזיקי רשיונות נהיגה; מהות הנתונים: רכב: בעלים, חובות הרובצים על הרכב (שעבדים, עיקולים), פרטי הרכב, נהגים: כתובת, גיל, מצב בריאות, דרגת רשיון; המטרה של שמה הוקם מאגר המידע: איסוף מידע למתן שירותים לנ"ל ופיקוח על ענייני בטיחות בדרכים. הקושי נובע מחוסר זיהוי של "הג'ל" הנזכר במטרה. מכל מקום, לא נראה שהוא כולל את המעקלים ובעלי המשכונות, ואף אם הוא כולל אותם, נדמה שאין לפרש את המטרה ככוללת בחובה מתן מידע לקונים פוטנציאליים.

מכל מקום, אפילו נכלל השימוש במידע לצורך עסקת רכישת רכב במסגרת המטרות, עדיין הנתונים לעיון כפופה לסעיף 13, שאלי נתייחס להלן.

133 וכפי שנמסר לנו ממשרדו של היועץ המשפטי של משרד התחבורה, משרד הרישוי אכן מסרב לתת מידע כלשהו על רכב לקונה פוטנציאלי, אלא אם כן נלוות אליו הבעלים הרשום.

134 ראה תקנות 1 ו-2 לתקנות הגנת הפרטיות (תגאים לעיון במידע וסדרי הדין בערעור על סירוב לבקשות עיון), תשמ"א-1981, ק"ת תשמ"א 1980.

שהמחיר של חיוב בבדיקת המרשם אינו כבד מן הבחינה של פגיעה במהירות ויעילות המסחר, ייאלץ להודות שעתה אין אפשרות להפעיל את סעיף 34 לחוק המכר על מכוניות אם מחייבים בבדיקת המרשם. ההשלכה הישירה תהיה עלייה ניכרת במחירי המכוניות בשל הוצאות הכרוכות בבדיקות נוספות שתתחייבנה אם הקונה לא יוכל להיות בטוח בזכותו אף אם קנה את המכונית מסוחר שעיסוקו במכירת מכוניות. ברור גם, שמשעה שהמרשם יהיה סגור בפני הציבור, אין כל אפשרות להחיל על הקונה את דוקטרינת הידיעה הקונסטרוקטיבית של הנתונים הרשומים בו. אין בכל האמור כדי לפגוע בפיתרון של בחינת תום הלב לעניין סעיף 34 במבחנים סובייקטיביים, אבל ספק אם עתה ניתן יהיה לראות באי הבדיקה בידי הקונה התרשלות המהווה ראיה במכלול הראיות הבאות ללמוד על מידת תום לבו של הקונה¹³⁵.

ה. סיכום

פרשת קון נ' חסון נחנה בידינו הזדמנות לבדוק מספר היבטים מרכזיים במסגרת המכשיר החשוב הקבוע בסעיף 34 לחוק המכר, הוא תקנת השוק, ובסוגיית מכר המכוניות. פתחנו בקביעתו העקרונית של הנשיא לנדוי בפסק הדין העליון, לפיה אין לתקנת השוק תחולה מקום שמדובר במכר דחוי. בחנו הלכה זו לאור הטעמים העומדים בבסיס תקנת השוק ומסקנתנו היתה שאין כל מניעה להכרה בפועלו הדראסטי של סעיף 34 גם בעסקה מסוג מכר דחוי בענייננו, מקום ששיקול הדעת של רשות הרישוי אינו סובייקטיבי, אלא קבוע ומוגבל. בנפרד משאלה זו בדקנו אם אכן מכר המכוניות הוא מכר דחוי ועמדנו, שאין לראות את תקנות התעבורה המחייבות רישום הבעלות ברכב במשרד הרישוי כקובעות את קונסטיטוטיוניות הרישום ועל כן אין מכר המכוניות מכר דחוי רק מן הטעם שהרישום טרם הושלם. גם בהוראה הסטנדרטית בשטר המכר לא מצאנו בסיס, ובכך חלקנו על עמדתו של הנשיא לנדוי, לראיית העסקה כמכר דחוי. כיוון שהגענו למסקנה שסעיף 34 אכן חל בענייננו, נדרשנו לשאלת תוכנו של תום הלב הנדרש מן הקונה כדי שירכוש נכס נקי מכל זכות של אדם שלישי. בשאלה זו התחבט בית המשפט המחוזי וניתוח פסק דינו לימד שבית המשפט עשה שימוש בשני

135 בימים אלה התפרסמה הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון), תשמ"ג-1983, שבאה בעקבות המלצות ועדה ציבורית שמינה היועץ המשפטי לבדיקה מחודשת של נושא מסירת מידע על-ידי גופים ציבוריים. סעיף 24 לגוסס המוצע קובע:

"מסירת מידע על ידי גוף ציבורי אסורה אלא אם פורסם המידע לרבים על פי סמכות כדין, או הועמד לעיון הרבים על פי סמכות כדין, או שהפרס אשר המידע מתייחס אליו נתן הסכמתו להעברה".

כיוון שכאמור אין הוראה ספציפית הקובעת את זכות הציבור לעיין במרשם כלי הרכב, גדרשת הסכמת הבעל הרשום למסירת המידע על-ידי הגוף הציבורי. איננו רואים במה שונה חלופה זו מסעיף 13 לחוק הקיים, שכבר נדון (וספק רק אם היתרון שהוא מעניק הוא ביטול דרישת הודעה בכתב, שאינה נזכרת בסעיף 24 המוצע). לדעתנו, השלכות החלת חוק הגנת הפרטיות על מרשם כלי הרכב עומדות אפוא בעינן, גם אם יתקבל התיקון המוצע לחוק.

מבחנים לצורך קביעת קיום תום הלב או העדרו: מבחן אובייקטיבי וייחוס ידיעה קונסטרוקטיבית. כפי שהראינו, לא זו בלבד ששני מבחנים אלה אינם עולים בקנה אחד, אלא שהחלתם בסיטואציה הנדונה מנוגדת לפסיקה מבוססת של בית המשפט העליון, ואף מנוגדת לדין הרצוי בסוגיה זו. דעתנו היא, שהמבחן הרצוי, והמצוי, כדי לקבוע את תום לבו של הקונה בתקנת השוק הוא מבחן סובייקטיבי בלבד, וכיוון שתום לבו של קון, המערער, במובן אי ידיעתו הממשית על העיקול שהוטל על הרכב, לא הוטל בספק, היה על בית המשפט לקבוע שרכש את המכונית "נקיה מכל שעבוד, עיקול וחבות אחרת בממכר", כלשון סעיף 34.

בשולי הדברים בדקנו את השלכות חוק הגנת הפרטיות על אפשרות הפעלת המבחנים השונים לתום הלב; הידיעה הקונסטרוקטיבית שוב אינה ניתנת כלל להחלה, ואף חיוב הקונה בבדיקת המרשם במסגרת המבחן האובייקטיבי אינו ריאלי עוד. המבחן הסובייקטיבי אינו מושפע בצורה מהותית מקיומו של החוק החדש, אם כי מבחינת הראיות שוב לא ניתן לדבר על התרשלות הקונה בבדיקת המרשם כראיה במכלול הראיות לבחינת תום לבו.