

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1291753/11

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב אברהם שינדלר, הרב מימון נהרי, הרב ציון לודאילוז

המערערת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אורי זמברג)

נגד

המשיב: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד ארי שלם ועו"ד שי שמחויב)

הנדון: הדרך הראויה למכירת נכס משותף – מכירתו לאחד הצדדים על פי שמאות או התמחרות פומבית

פסק דין

א. לפנינו ערעורה של המערערת על החלטת בית הדין הרבני האזורי ירושלים מיום י' באדר ב' התשפ"ב (13.3.22), בהרכב שבראשו ראש אבות בתי הדין ירושלים הרב מרדכי רלב"ג ועימו הדיינים הרב מרדכי מזרחי בר אור והרב דוד שני, שבה אומצה עמדתו של המשיב כי פירוק השיתוף בנכס המשותף לצדדים יהיה בדרך של ממכר לכל המרבה במחיר ולא באמצעות מכירת חלקו של המשיב למערערת (דיוקא) במחיר השמאות שנקבע.

ב. במאמר מוסגר נעיר כי המערערת מציינת כי היא מערערת גם על החלטה נוספת של בית הדין, שניתנה בי"ח באדר ב' התשפ"ב (21.3.22), שבה נדחתה בקשתה לעיון מחדש בהחלטה האמורה.

לעניין זה נעיר כי, כפי שציין בית דין זה בכמה מקרים, בקשה לעיון מחדש בהחלטה ולשינויה (כל עוד אין מדובר בתיקון טעות סופר גרידא) היא במהותה בקשה לסתירת הדין היכולה להיסמך, על פי תקנות הדיון, רק על הצגת עובדות או ראיות חדשות. דחיית בקשה כזו כשאינה נסמכת על כאלה היא בגדר המובן מאליו, וערעור עליה יכול לבוא בחשבוך רק אם נטען בו כי חלה בהחלטה זו טעות היינו למשל כי אכן היו בבקשה עובדות כאלה ובהחלטה נטען כי לא היו או כי לית מאן דפליג על היותן אלא שבית דין קמא קבע כי אין בהן כדי לשנות את ההחלטה ובערעור נטען כי קביעה זו שגויה היא שכן אותן עובדות או ראיות מצדיקות בהכרח את השינוי.

טענות נגד החלטה הראשונה – שבקשה לשנותה נדחתה בהחלטה המאוחרת לה – אינן יכולות להוות מסד לערעור על החלטה המאוחרת עצמה, שכן אפילו נניח כי צודקות הן כשלעצמן, כל עוד אין הן עומדות בתנאי הסף לבקשה לסתירת הדין – אין הן עילה שבגינה היה על בית הדין קמא עצמו לשנות מהחלטתו הראשונה.

לפיכך ייבחן הערעור שלפנינו אומנם לגופו אך כל טענותיו יהיו בעינינו כעומדות בזיקה להחלטה שמיום י' באדר ב' התשפ"ב (13.3.22) בלבד.

ג. ולגופם של דברים:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

תמצית טענותיה של המערערת, כפי שעולה מכתב הערעור ומכתבי בית דין מאוחרים לו כמו גם מהנטען בעל פה, היא כי החלטתו של בית הדין עומדת בניגוד להוראות סעיף 101 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969, (להלן: חוק המקרקעין), המחייב בן זוג המבקש למכור את חלקו בנכס משותף לתת את זכות הקדימה לבן הזוג האחר. לשיטת המערערת הוראה זו חלה על הנכס המדובר – דירה שמעולם לא שימשה למגורי הצדדים, על אף הוראת המחוקק שסייגה את הזכות האמורה לנכס שהוא "משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים", וזאת משום שהיותה נכס המשמש להשקעה ומניב פירות מהשכרתו העולה לשיטתה, כדי ראייתו כ'עסק'.

המערערת גורסת כי זכות הקדימה מחייבת כי יתאפשר לה לרכוש את הנכס במחיר השמאות, שלשיטתה הוא המחיר המחייב ונחשב כמחיר שוק שמכירה בו אינה מהווה הפסד לצד מן הצדדים ועל כן יש לאפשר לה לרכוש את הנכס על פיו, כאמור, (אלא אם ירצה המשיב עצמו לרכוש את הנכס ואזי תנוהל התמחרות מולו בלבד), ואין יוצאים ידי חובת הענקתה במתן הזכות להשוות להצעה הגבוהה ביותר שתתקבל בהתמחרות שבה מעורבים מציעים נוספים, צדדי ג', ומתן זכות הקדימה על פני מציע הצעה זו המבקש גם הוא לרכוש במחיר הנקוב בה. לשיטתה דרך זו אינה מיצוי זכותו של כל אחד מבעלי הנכס למקסם את התמורה בעד זכויותיו אלא ניסיון לסכל את זכות הקדימה שלה.

המערערת מטעימה גם כי מקומה של זכות הקדימה הוא טרם הוחלט על פירוק שיתוף בדרך של מכר בשוק החופשי, ולא כחלק מאותו מכר, היינו בסיום ההתמחרות כאמור. לשיטתה היה על בית הדין להעניק לה את הזכות טרם החלטה על פירוק שיתוף ואכן לא הייתה החלטה על פירוק שיתוף כאמור טרם ההחלטות שהורו על ההתמחרות האמורה.

מאידך, המשיב מצידו סבור כי זכות הקדימה אינה חלה על הנכס האמור שכן לטעמו, ובהסתמך על הוראות חוק שבענייני מס, דירה יחידה המושכרת לאחרים (או אפילו יותר מיחידה, כל עוד אין מדובר בחמש דירות ובמקרים מסוימים אף למעלה מחמש דירות – עד עשר דירות) אינה נחשבת 'עסק' ומשכך, ומאחר שלכל הדעות אין מדובר במשק חקלאי והנכס אף לא שימש מעולם למגורים, אין עניינו של נכס זה חוסה תחת הוראות סעיף 101 לחוק המקרקעין.

עוד סבור הוא כי החלטה קודמת של בית הדין, שעליה לא הוגש ערעור הינה החלטה חלוטה, וכבר היוותה הוראה בדבר פירוק שיתוף באמצעות מכירה לכל המרבה המחיר, ועל כן דווקא לשיטתה של המערערת כי זכות הקדימה קיימת ונוהגת רק טרם הוראה כזו הרי שגם לו הייתה לה זכות כאמור – אבדה זו עם אותה החלטה ואינה קיימת עוד.

לשיטתו זכות הקדימה, גם לו הייתה קיימת בענייננו, גם אינה יכולה לגבור על זכותו כבעל נכס (חלק מהנכס שבנידון) למיקסום התמורה בגין זכויותיו, זכות הכלולה בזכות הקניין שלו. ומכך אף נובע העיקרון האמור כי משנקבע פירוק שיתוף אין מקום למתן זכות הקדימה בדרך שמבקשת המערערת.

טענה נוספת של המשיב במענה לטענות המערערת לעניין השמאות היא כי מחיר השמאות שנקבע אינו מחיר מחייב אלא מחיר בסיס למשא ומתן שממנו אין לפחות (שלא בהסכמת שני הצדדים כמובן) שכן מכירה בפחות ממנו היא הפסדית בעליל ופוגעת בזכויות צד שאינו מעוניין בה, אך אפשר ורצוי לנסות ולהשיג תמורה גבוהה ממנו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הכרעת בית הדין

ד. לאחר בחינת הטענות, האסמכתאות מן הפסיקה שהגישו הצדדים ועיון נוסף בהוראות החוק והפסיקה כמו גם בחינת המשמעויות ההלכתיות של כל האמור באנו למסקנה כי יש לדחות את הערעור מכול וכול.

טרם נמק נציין למען הסר ספק כי ערים אנו גם לטענות נוספות, נלוות, שהעלתה המערערת (קושי במכירה לצד ג' בתוך חמש שנים מקבלת הצדדים את הדירה, בשל רכישה במסגרת פרויקט ייעודי למשרתי צה"ל ומכוח ההסכם שנכרת בעת רכישה, היותה זכות הרכישה זכות שלה והיותה זכות חד-פעמית וכו') אלא שסבורים אנו שנוכח העקרונות העולים מן החוק והפסיקה וכפי שיתבאר עוד להלן ההכרעה בנדון דנן אינה מוטלת בספק ואילו הטענות הנוספות אינן טענות היכולות להכריע את הכף נגדה אלא להוות לכל היותר משקל מכריע בשיקול הדעת במקום שבו לולי הן היו כפות המאזניים שקולות או לפחות קרובות להיות כאלה. כך אפילו היו אותן טענות צודקות בעליל ולא כל שכן שעה שהמשיב חולק עליהן (וטוען כי אפשר לקבל בנקל אישור למכירה לצד ג', כי הזכות שקיבלה המערערת לרכישת הנכס האמור ניתנת למימוש חוזר ובכל מקרה הוטמעה בכלל נכסי הצדדים וכו').

ה. ולגופם של נימוקים:

ראשית, סעיף 101 לחוק המקרקעין מגדיר, כאמור, את הנכסים שלגביהם תהיה לבן זוג זכות קדימה. השאלה הרלוונטית לענייננו, כעולה מן האמור לעיל, היא אם בנכס המדובר נכלל בהגדרה "בית עסק" שבה נקב המחוקק כאחד מסוגי הנכסים שלגביהם קיימת זכות זו.

המשיב הביא, כאמור, אסמכתאות מן הפסיקה (פסיקת בית המשפט העליון בע"א 7204/15 פקיד שומה תל אביב 4 נ' לשם ובע"א 8236/16 פקיד שומה ירושלים נ' ביר) שלפיהן דירה המשמשת להשכרה אינה נחשבת 'עסק' (וכך לעיתים אף כשיש לאדם כמה דירות כאלה). 'עסק' לפי אותה פסיקה מיועד לייצור אקטיבי של הכנסה בעוד דירה כאמור אינה אלא יצרנית פסיבית של הכנסה.

המערערת טענה נגד האמור כי יש להבחין בין משמעותו של המונח עסק בהקשר של דיני מיסים לבין הוראתו בהקשרים אחרים.

טענתה זו של המערערת הייתה עשויה להתקבל לו נתמכה בפסיקות שהגדירו את המונח 'עסק' באופן שונה ובהקשרים אחרים, בעיקר לו היו הללו הקשרים הקרובים יותר לענייננו או לו הפנתה להוראות חוק אחרות המחייבות להסיק כי בעניינן משמעותו של המונח שונה היא. ברם המערערת לא עשתה זאת.

טענתה של המערערת יכולה הייתה להתקבל גם לו שוכנענו כי מן הסברה בהכרח יש לקבל את ההבחנה ובעיקר כי הסברה מחייבת כי הוראת חוק המקרקעין שבענייננו – ראוי שתתפרש כחלה גם על דירה להשקעה, דירה המשמשת להשכרה או שנקנתה כדי להפיק רווחים מעלייתו הצפויה של מחירה. אולם אף את זאת לא עשתה המערערת.

ו. לא זו אף זו, לטעמנו לשון החוק והסברה אף מחייבות את ההפך: היינו גם לו הייתה הפסיקה בענייני מיסוי גורסת כי דירה כזו עשויה להיחשב עסק, עדיין ייתכן שהיינו קובעים כי לנידון דנן אין היא נחשבת 'עסק' ואין לגביה את זכות הקדימה.

נטעים דברינו:

זכות הקדימה, לפי מהותה, היא פגיעה בזכויות הקניין של בעל הנכס, שכן זכויות אלה מגלמות בתוכן את הזכות למכור את השייך לו לכל מי שירצה. נזכיר כי זכות הקדימה כשלעצמה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אינה עוסקת בזכותו של השותף בנכס שלא למכור אף הוא את שלו – יכול הוא להיות בעליו של חלקו שלו תוך ששותפו מוכר את חלקו לאחר ואותו אחר יהיה מעתה שותפו החדש.

אמת היא כי דרך זו אינה תמיד ישימה, ויש בה לרוב פגיעה בשני השותפים: השותף המבקש למכור יתקשה בדרך כלל למצוא קונה, ועל אחת כמה וכמה קונה במחיר מרבי, שיהיה מעוניין ברכישת חצי הנכס; והשותף שאינו מבקש למכור עשוי למצוא עצמו כבול לשותף שמעולם לא רצה בו ושאינו יכול להגיע עימו להסכמות בדבר דרכי השימוש בנכס ולהיאלץ לבסוף למכור אף הוא את חלקו, וגם הוא עלול בנסיבות אלה להתקשות במכירה ולהיאלץ למכור במחיר מופחת. זו הסיבה שבדרך כלל נעשה פירוק שיתוף לא בדרך של מכירת חלקו של השותף המעוניין בפירוק לצד ג' תוך הותרת השותף האחר בעלים על חלקו שלו, אלא באמצעות מכירה של הנכס כולו וחלוקת תמורתו. אף כפיית אפשרות כזו עשויה לבוא בחשבון, כל עוד אין השותף נכון לקנות את חלק שותפו או למכור לו את חלקו שלו, ואין השותף המתנגד למכירה יכול לטעון כלפי שותפו "מכור את חלקך למי שיחפוץ להיכנס לשותפות עימי במקומך, אני – את חלקי לא אמכור". כפייה כזו אפשרית אף שגם היא פוגעת לכאורה בזכות הקניין אם משום תקנת הציבור ואם משום שנוכח הקושי במכירה של מחצית הזכויות בלבד יש מקום לראות את ההסכמה לה ככלולה בהסכמה ליצירת השותפות וכתנאי שמכללא, היינו כי כל שותפות טומנת בחובה, כל עוד לא הותנה אחרת בפירוש, גם את התנאים והמועדים האפשריים לפירוק השותפות, לרבות דרכי הפירוק.

ועם זאת זכות הקדימה האמורה בחוק אמורה גם במקרה שבו השותף המוכר מבקש אכן למכור את חלקו בלבד ואינו מבקש לכפות דבר על חברו (לפחות לא במישרין, גם אם ייתכן שלבסוף ייאלץ גם הלה למכור את חלקו יהיה זה בבחינת 'אונסא דנפשיה' ולא בבחינת כפייה). הרציונל בקיומה של זכות זו המגבילה לכאורה את זכותו של כל אחד מבעלי הנכס מבוסס גם הוא על ההנחה בדבר הסכמה שמכללא הגלומה בעצם השותפות, ולחילופין על העקרונות המצויים גם בפסיקה בהלכה לעניין 'בר מצרא' ולעניין 'שותף' שעל פי ההלכה עדיף הוא גם מ'בר מצרא' ושיסודם הוא בצו "ועשית הישר והטוב", כמבואר בפוסקים את טעם הדין. היינו: מאחר שהשותף המבקש למכור אינו מבקש בסופו של יום אלא את התמורה, ואותה מוכן ליתן לו אף שותפו, גובר השיקול של אי-הפגיעה בעקיפין בשותף העלול למצוא עצמו כבול לשותף חדש שאינו נוח לו, או אף השיקול של מתן האפשרות לשותף ואף לבר מצרא לאיחוד כל נכסיו במקום אחד ולשימוש נוח בהם, על פני הדווקנות של זכות הקניין הגורסת "אעשה בשלי כל שאני רוצה אף אם אין לי תועלת בכך" והמבקשת משום כך לאפשר לשותף המוכר למכור לאחרים – אף אם המכירה להם, ולא לשותפו, לא תפיק לו כל תועלת כלכלית יתרה.

מטעמים אלה מצא המחוקק לנכון להורות כי שותף במקרקעין, באותם מקרים ובהתייחס לסוגי הנכסים המנויים בחוק, המבקש למכור את חלקו יציע תחילה לשותפו לרכוש את חלקו ממנו, טרם ימכור את חלקו לצדדים שלישיים.

בהיות הוראה זו, למרות טעמיה המבוארים לעיל, הגבלה של זכות הקניין, שזכות יסוד היא, הרי שיש לפרש אותה על דרך הצמצום ולהחיל אותה רק על מקרים שללא ספק נכנסים הם בגדריה.

זאת ועוד, מגמתו של המחוקק הישראלי הייתה, באופן ברור וגלוי, אכן לצמצם את זכות הקדימה ואת פגיעתה בזכות הקניין, שכן בעוד במשפט העות'מאני ששרר בארץ בעניין זה עד לחקיקת חוק המקרקעין נקבעה זכות קדימה לגבי כל נכס משותף, בחוק המקרקעין צומצמה זו והוגבלה מאוד. המעין בדברי ההסבר להצעת החוק – הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד – 1964,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ימצא כי אף הוסבר והודגש כי המגמה היא צמצום דיני הקדימה שנהגו עד אז לאותו מינימום שנותר בהצעה (ובחוק), והמעין בדברי הכנסת – בפרוטוקול ישיבה שע"ג של הכנסת החמישית (י"ב בתמוז תשכ"ד – 22.6.64), שבה הועלתה הצעת החוק לקריאה ראשונה, ימצא בדברי שר המשפטים דאז, השר דב יוסף ז"ל, ששטח את ההצעה והסביר אותה באריכות, כי מלכתחילה הייתה הנטייה לבטל את זכות הקדימה כליל, אלא שלאחר מחשבה שנייה הוחלט להותיר אותה במקרים המצומצמים ובמתכונת המצומצמת שבהצעה. נעיר כי בנוסח המקורי של החוק, כפי שהוצע אז, לא נכללה הזכות שלגבי 'בית עסק' של בני זוג אלא רק זו שלגבי דירת מגוריהם או משק חקלאי משותף, 'בית עסק' נוסף רק לאחר דיוני ועדת החוקה בעת שהובא החוק לקריאה שנייה ושלישית.

גם מטעם זה מסתבר כי פרשנותן של הוראות החוק בנוגע לזכות זו – ראוי שייעשה על דרך הצמצום.

ז. ולא זו בלבד אלא שגם בחינת הרציונל שבהוראת החוק – וודאי לאור האמור עד כה – מביאה לאותה מסקנה. משהוסבר כי זכות הקדימה מהווה פגיעה בזכויות יסוד ומשהוסברה ההצדקה לקיומה, למרות זאת, אם כי בהכרח שקיומה יהיה רק במידתיות הדרושה נוכח אותה הצדקה, הרי שיש לבחון אם מתקיימת ההצדקה לזכות הקדימה בנדוננו ובכל נדון שיש ספק אם נכלל הוא בהוראת החוק.

הרציונל הוא כאמור לעיל מניעת מצב שבו ייכבל השותף הנוותר לשותף חדש שאליו שלשותפות עימו לא הסכים. כבילה זו פגיעתה רעה כמובן ככל שמדובר בדירת מגורים – גם בעבר, בעת חקיקת החוק, כשעוד היו מצויים מקרים של 'דיירי משנה' שדרו עם אחרים בביתם של אותם אחרים מתוך צורכם של אלה לסיוע במימון שכר הדירה או בכלכלתם בכלל וצורכם של אלה בדיוור מוזל, פשוט וברור הוא כי לא עם כל אדם היה אדם מוכן לדור. על אחת כמה וכמה בזמננו, כשמוסד דייר המשנה חלף עבר מן העולם כמעט כליל (פרט אולי למקרים של צעירים, בעיקר סטודנטים, המתגוררים עם קשישים כדירתם כשהללו מבקשים לקבל כך, מלבד התמורה הכספית, גם ביטחון כי יהיה מי שיימצא בקרבם במקרה חירום ושנוכחותו תצמצם את החשש מניצול חולשתם שלהם בידי גנבים ושודדי לילה וכדומה, ואילו הללו נהנים מן השכירות המוזלת ומתחושת 'בית'). כך גם בנוגע למשק חקלאי משותף שנכלל אף הוא בחוק כבר משלב בצעת החוק הראשונה ואף בנוגע לבית עסק משותף המנוהל בידי שני בני הזוג – אומנם לא הרי שותף למגורים כשותף לניהול עסק או משק, אבל גם את הללו קשה עד בלתיאפשרי לנהל עם שותף כפוי, העשוי להיות בעל גישה שונה בתכלית לגבי דרך הניהול; בעל אופי שונה משל שותפו במידה שתקשה על קבלת החלטות משותפות; בלתי אחראי, לדעת השותף, בלתיאמין וכו'.

ככל שמידת החיכוך בין השותפים קטנה וככל שקטן הצורך של שניהם יחד ושל כל אחד מהם לחוד 'לתפעל' את העסק בפועל – גם הקושי בהתנהלות עם שותף שאינו רצוי פוחת. ב'עסק' שכל מהותו אינה עבודה משותפת ואף לא שהות משותפת בתחומי 'בית העסק', היינו נכס מושכר שבעליו נהנים מן ההכנסה הפסיבית של דמי השכירות – הקשיים המנויים לעיל כמעט שאינם קיימים כלל. אכן נדרש שיתוף פעולה בהסכמה לכריתת הסכמי שכירות עם מי שמעוניין לשכור את הנכס ותיתכן מחלוקת בין השותפים כשפלוגי המעוניין לשכור אמין בעיני האחד ואינו אמין בעיני חברו או כשאחד מבקש להשכיר במהירות גם אם לצורך כך להתפשר על דמי שכירות פחותים והאחר מבקש להמתין למציאת שוכר שיסכים לדמי שכירות גבוהים יותר, וכמובן נצרך כל שותף גם לבטוח בהגינות הבסיסית של שותפו, שלא יעשה קנוניה דרך משל עם שוכר מסוים שבמסגרתה ידרוש הוא להשכיר דווקא לאותו שוכר בנימוק כזה או אחר, בדמי שכירות מופחתים,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובתמורה ישלם לו הלה 'מתחת לשולחן' את ההפרש בין דמי שכירות אלה לדמי השכירות הראויים המלאים, ונמצא שותף זה גורף לכיסו את מלוא ההפרש במקום לחלוק בו עם שותפו. אבל למרות כל זאת אין ספק שקשיים אלה אינם ברי השוואה לאלה המתעוררים בין שותפים שאינם מתאימים ורצויים זה לזה הצריכים לנהל עסק משותף יחדיו יום יום ולעיתים גם להימצא בו פיזית יחדיו שעות רבות מדי יום ביומר.

ונוסיף גם ונאמר כי שמא לא בכדי נקט המחוקק 'בית עסק' ולא 'עסק' גרידא. דירה מושכרת למטרת רווח היא לכל היותר 'עסק', אין היא 'בית עסק' היינו בית המאכסן בתוכו 'עסק'. אין זו הבחנה סמנטית גרידא, אלא הבחנה מהותית, אם הנכס הוא 'בית עסק' שאותו מנהלים שניים במשותף היינו מנהלים בו משרד משותף המעניק שירותים או חנות לממכר מוצרים הרי שצריכים הם 'להסתדר' זה עם זה ו'לדור' בכפיפה אחת, ומכירת חלקו של אחד לשותף חדש תפגע קשות בשותף האחר ש'הראשון נוח לו והשני קשה הימנו'. אולם אם כל ה'עסק' הוא הנכס עצמו, היינו הרווחים שהוא מניב באופן פסיבי בלי מעורבות רציפה של בעליו, הכותרים אחת לזמן הסכם שכירות עם צד ג' ומסתלקים עד כלות הזמן תוך שהם אוכלים את פירות ההסכם – המרת שותף בשותף אחר אינה פגיעה קשה, אם בכלל, בשותף הוותיק הנוטר, ואין בה כדי להצדיק את הפגיעה בזכות הקניין של השותף המעוניין למכור את חלקו.

משכך, נוכח האמור לעיל כי יש לפרש את הוראת החוק לעניין זכות הקדימה על דרך הצמצום, נראה בעליל כי אין לכלול דירה מושכרת ב'עסק' – גם לולי הייתה אמירה כזו של בית המשפט בעניין אחר (בענייני מס כאמור לעיל) ועל אחת כמה וכמה לאחר הימצאה של אותה אמירה, המחייבת למצער להסיק כי אין הכרח, בעיני הפרשנות המשפטית, לכלול דירה כזו במונח 'עסק' ולא כל שכן במונח 'בית עסק'.

עמדת המשיב מתקבלת אפוא בעניין זה. ומן הדין די בכך: זכות הקדימה על פי סעיף 101 לחוק המקרקעין לא חלה על הנכס שבנידון ולפיכך יש לדחות את הערעור שכל עיקרו נשען על הטענה כי קיימת היא ולא ניתנה למערערת.

ח. אולם למעלה מן הצורך נוסיף ונאמר כי גם טענותיו החלופיות של המשיב צודקות הן:

כבר בכ"ח בשבט התשפ"ב (30.1.22) קבע בית הדין קמא בהחלטתו כי לאחר קבלת השמאות תימכר הדירה לכל המרבה במחיר, תוך שתחילה ינסו הצדדים עצמם למוכרה וככל שלא יצליחו בכך במשך שלושה חודשים ייעשה הדבר על ידי כונס נכסים שימנה בית הדין אלא אם יסכימו הצדדים להמשיך בניסיון למכור את הדירה בעצמם.

החלטה זו כבר שללה הלכה למעשה את זכות הקדימה שאותה מבקשת המערערת לקבל וכמו כן קבעה מראש כי השמאות שתקבל לא תהיה מחיר מחייב אלא מחיר שעל בסיסו ינסו הצדדים למקסם את התמורה.

על החלטה זו לא הוגש ערעור, ולכאורה יש לקבל את הטענה כי חלוטה היא – והייתה חלוטה כבר בעת שהתקבלו ההחלטות שעליהן הוגש הערעור שלפנינו – ומשכך אין מקום לערער על ההחלטות המאוחרות לה בנימוקים שלפי מהותם אינם אלא ערעור על שנקבע בהחלטה זו ויושם בהן בהמשך לה. אכן ייתכן שהייתה המערערת יכולה לטעון כי החלטה זו לא סיימה את ההליך ולא קמה לה בגינה זכות ערעור, והגם שיכולה הייתה לבקש את רשות הערעור עליה – זכאית הייתה גם שלא לעשות זאת אלא להמתין להחלטה הסופית ולערער עליה תוך העלאת הטענות שלפיהן ההחלטות שקדמו להחלטה הסופית והיוו את המסד לה שגויות היו ומשנפל היסוד ייפול הבניין. ברם דומה שאין המערערת יכולה להיבנות מטיעון ממין זה, שהרי ככל שנראה את

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ההחלטה המדוברת כהחלטה שאינה מקימה זכות ערעור יהיה עלינו לראות גם את ההחלטות שעליהן כן ערערה ככאלה, שהרי סיומו של ההליך אינו אלא באישור מכירת הנכס בפועל (לאחד הצדדים או לצד ג), ואכן לו טען המשיב כך בתחילתו של הליך יש להניח שהיינו מקבלים את טענתו וקובעים כי הערעור נדחה על הסף, משלא קדמה לו בקשת רשות ערעור, אלא שאם אכן הייתה הרשות מתבקשת – יש להניח שהייתה ניתנת, ולפיכך משלא עלתה טענה זו לא מצאנו לנכון לדחות את הערעור על הסף בשל דקדוקי פרוצדורה שהמשיב לא ביקש לדחות את הערעור בשלהם. משגילתה המערערת בהתנהלותה כי אין היא נמנעת מלהגיש ערעור, אף ללא בקשת רשות ערעור, על החלטות ממין זה וכי רואה היא בהן לכאורה החלטות המקימות זכות ערעור – יש לקבוע כי הימנעותה מלהגיש ערעור על ההחלטה האמורה, שקשה למצוא דרך לראות בה 'החלטת ביניים' יותר משיש לראות בהחלטות שבעניין ערערה 'החלטות ביניים', כמוה בהשלמה עימה וכראייתה, לאחר חלוף המועד המאפשר ערעור עליה, כחלוטה.

גם לולי השלילה המפורשת של זכות הקדימה בהחלטה האמורה היו הוראותיה למעשה הוראות לפירוק שיתוף – גם אם 'השם המפורש' 'פירוק שיתוף' נעדר ממנה. ההחלטה המערערת עצמה אף היא הניחה, לפי המשתמע ממנה, ולכאורה משום האמור, כי בקשות הצדדים שנדונו בה עוסקות במנגנון ודרך פירוק השיתוף שעקרונית כבר הוחלט עליו.

ט. שני הצדדים גם יחד ביקשו להסתייע בדברי בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב יפו (כבוד השופט יהורם שקד) בתמ"ש 12712-07-17 שבהם נקבע כי זכות הקדימה אינה קיימת לאחר צו פירוק שיתוף. בנקודה שבה מסכימים שני הצדדים יש לקבל לכאורה את העמדה המוסכמת, אף שהתוצאה – אינה מוסכמת. ותוצאתה של העמדה המוסכמת האמורה היא לכאורה כי בענייננו אבדה זכות הקדימה של המערערת, גם לו הייתה לה כזו, לבלי שוב.

מכל מקום מחמת חשיבותם העקרונית של הדברים – ולאחר שבא כוח המערערת אף טען כי קביעה זו של הפסיקה עומדת בניגוד לדברי בית דיננו בדיון וכי משום כך הללו שגויים הם (אף כי בכל הכבוד – גם לו היו דברינו מנוגדים לפסיקת בית המשפט לענייני משפחה לא היה בכך פגם ולא היה מקום לטענתו זו של בא כוח המערערת, אין אנו מחויבים לדברי בית המשפט ולפרשנותו) אנו מוצאים לנחוץ להעמיד דברים על דיוקם, ואגב כך לבאר את דרך יישומה של זכות הקדימה בכלל ובעת פירוק שיתוף בפרט.

הצדדים הניצים בהליך שלפנינו אווזים בעמדות חלוקות כאמור לעיל לעניין משמעותה של השמאות. את מילתנו בעניין זה כבר אמרנו לעיל. אולם נבחן נא את הוראת החוק אף במשקפי פרשנותה של המערערת כי 'מחיר השוק' שאותו מוצדק לדרוש הוא מחיר השמאות.

י. לשון סעיף 101 לחוק המקרקעין בעניינם של המקרקעין שחלה עליהם זכות הקדימה היא "לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן זוגו", אולם באיזה מחיר על בן הזוג להציע לבן זוגו לרכוש את הנכס? האם דווקא ב'מחיר השוק', ויהא פירושו של מונח זה אשר יהא? האם לפי שמאות מסוימת?

אין בחוק מענה מפורש לשאלות אלה, ולפיכך לכאורה יכול בן הזוג המבקש למכור את חלקו להציעו אומנם לבן זוגו אבל לנקוב במחיר ככל שיעלה על רוחו, אף אם יהיה זה מחיר מופרך ומופרז שללא ספק לא יוכל בן הזוג האחר לעמוד בו ואף אם יוכל – לא ירצה לשלמו, ובצדק.

ישאל אפוא השואל: אם כן מה הועילו חכמים בתקנתם, הלוא באמצעות הצעה כזו יאיינן בן הזוג המעוניין את הוראת החוק ואת זכות הקדימה?

תשובתה של שאלה זו בצידו של סעיף החוק האמור, בסעיף 103(א) לאותו חוק המורה:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

סירב בעל זכות קדימה לרכוש את המקרקעין המוצעים לו במחיר הנדרש, יהיה המציע רשאי, תוך ששה חדשים מיום הסירוב, להעבירם כרצונו, ובלבד שלא יעבירם במחיר נמוך מהמחיר שצוין בהצעה.

בדרך זו נמנעה מהשותף המבקש למכור לסכל את זכות הקדימה באמצעות דרישת מחיר לא ריאלי, שכן אם כך יעשה לא יוכל למכור את הנכס לאחר אלא באותו מחיר או במחיר הגבוה ממנו, ורק תוך שישה חודשים – לאחריהם חוזרת זכות הקדימה לפי סעיף 103(ב) – וזאת מן הסתם לא יצליח לעשות. לפיכך אנוס הוא שלא לבקש מחברו אלא מחיר ריאלי.

ומה אפוא אם יבקש השותף המעוניין במחירה לנהל מעין התמחרות בין רוכשים פוטנציאליים ולאחר קבלת ההצעה הגבוהה ביותר להציע לחברו לממש את זכות הקדימה באמצעות השוואה לאותה הצעה? אין בהוראות החוק שום מניעה מלפעול כך, וככל שהדבר נוגע למישור של יחסי שני השותפים אין גם הצדקה למניעה כזו, שהלוא דרך פעולה זו מגינה הן על זכות הקניין של השותף המעוניין למכור שיוכל לממש את זכותו ולקבל את התמורה המקסימלית לנכסיו בלי להיות מוגבל פרט לדרישה שאת אותה תמורה יסכים לקבל משותפו, אם יהיה מעוניין בכך, והן על זכויותיו של השותף האחר שלא ימצא עצמו נאלץ להסכים למחיר לא ריאלי או מאבד את זכות הקדימה שלו, שהרי המחיר שייאלץ להסכים לו הוא מחיר שיש גם אחרים המעוניינים לשלמו.

אמת הדבר שתיתכן מניעה מלפעול כך במישור שאינו בין השותפים עצמם אלא בין השותף המבקש למכור לבין המציעים העשויים לגלות כי שימשו כלי בידי השותף למיקסום התמורה מבלי שיחזיקו בזכות השווה לרכישה בפועל, שהרי זכותו של השותף האחר קודמת. וצידה האחר של מטבע זו הוא מניעה שאכן נעוצה במישור של יחסי הצדדים השותפים, והוא האפשרות שהמציעים יהיו 'אנשי קש' שכלל לא יתכוונו לרכוש את הנכס אלא יסייעו לשותף המעוניין למכור להטעות את שותפו כאילו קיימת האפשרות למכירה במחיר גבוה להם, כדי שהלה יסכים בעצמו לקנות באותו מחיר, ואומנם אם לבסוף לא יתרצה הלה לשלם – לא יוכל השותף המוכר למכור להם או לאחרים בפחות, אולם אם משער הוא ששותפו 'מצמצם ראשון' יכול הוא לנצל דרך זו, ומה גם שאם ייכשל בכך יוכל תמיד לשוב ולהציע לשותפו את זכות הקדימה במחיר נמוך יותר, גם אם עדיין גבוה מהמחיר הריאלי, עד שיגיע אל המחיר המקסימלי שיהיה הלה מוכן להידחק ולשלם ושעודו גבוה מן המחיר האמיתי שמוכן היה אחר לשלם.

אולם בכל הנוגע לפגיעה במציעים ולהטעיייתם ככל שנעשה הדבר בידיעתם ובהסכמתם מחד גיסא ושלא בהטעיה היינו לא מתוך מגמה למכור דווקא לשותף השני אלא מתוך נכונות מצד המעוניין במכר למכור לכל המרבה במחיר וכשאינן ודאות שהשותף אכן ישווה להצעה הגבוהה ביותר וממילא יש אכן סיכוי שהמציעים יוכלו לזכות בנכס – אין בכך פסול. ובכל הנוגע לחשש מקנוניה של המציעים והשותף המעוניין במכירה נגד השותף האחר, כדי להביאו להסכים למחיר שאינו סביר, יכול הדבר להיפתר באמצעות ערובות כדוגמת הנוהג שלפיו נדרש כל מציע להפקיד עשירית מסכום הצעתו וככל שיזכה בהתמחרות ויחזור בו יחולט אותו סכום – נוהג המהווה חסם בפני מציעים שאינם מוכנים באמת לקנות את הנכס.

ובין כך ובין כך, אף אם נניח שישנם חששות כאמור, המחוקק לא מנע מהשותף המעוניין למכור לפעול בדרך זו, אלא שככל שמבקש הוא להסתייע בערכאות שיפוטיות לשם כך – ואם מבקש הוא לא רק למכור את חלקו אלא גם להביא לידי פירוק שיתוף שבגדרו עשוי להימכר גם חלק השותף האחר, וזאת כפי שמסתבר משום שנקל יותר למכור ולמקסם תמורה כשהנכס כולו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמכר, על כורחו זקוק הוא לערכאות השיפוטיות – חובתן של הללו לוודא ככל האפשר כי ההליך ינוהל בדרך הוגנת הן כלפי השותף האחר והן כלפי המציעים.

יא. על רקע זה ובהקשר זה באו דברי בית המשפט בתמ"ש 12712-07-17 ובפסקי דין קודמים שצוטטו בו. אף אנו נצטט מפסק דין זה ונקטע את הציטוט מפעם לפעם בדברי הסבר לעניין הזיקה בין הדברים לבין דברינו שלנו:

האם לאחר מתן צו לפירוק שיתוף בדירת מגורים ומינוי כונסי נכסים, יש לאפשר לאחד הבעלים בנכס זכות קדימה לרכישת חלקו של הצד השני בהתאם לשווי שייקבע על ידי שמאי מקרקעין?

[...] במהלך דיון בתביעת רכוש שהגישה המשיבה [...] הגיעו הצדדים להסכמה לפיה יינתן צו לפירוק השיתוף בדירת המגורים [...] הסכמה זו קיבלה תוקף של החלטה [...] חודשיים לאחר מתן ההחלטה הגיש האיש באמצעות ב"כ בקשה שכותרתה "בקשה דחופה למתן זכות קדימה לרכישת זכויות בדירת מגורים" [...] בבקשתו זו, טוען האיש כי עומדת לו זכות הקדימה המפורטת בסעיף 101 לחוק המקרקעין [...]

האישה מתנגדת למבוקש וטוענת כי רק מכירת הדירה לכל המרבה במחיר תביא להשאת התמורה. יחד עם זאת, מוסכם עליה כי לאחר שתתקבל ההצעה הגבוהה ביותר מאת צדדי ג' 'תינתן לבעל זכות הקדימה והאופציה לרכוש את חלקה של המשיבה ובהתאם לאותה ההצעה [...]

לאחר שנחשפתי לטענות הצדדים, הגעתי לכלל דעה ומסקנה כי אין לקבל את הבקשה ואף יש לדחות את המתווה שהוצע על ידי המשיבה, ואנמק [...]

השאלה היא, אפוא, האם יש תחולה לסעיף 101 על המקרה דנן.

מקרה דומה למקרה זה נדון בפני חברתי, כב' השופטת ט' פרדו בבש"א 3467/06 עו"ד יעקב שקד נ' ח. י. (פורסם בנבו, 20.3.06). על מנת להביא דברים בשם אומרם, מצאתי לצטט חלק מהחלטתה זו של כב' השופטת פרדו:

נקטע את דברי השופט שקד טרם נמשיך ונצטט מפי כתבו את שאומר הוא בשם השופטת פרדו כדי לציין כי בפסקה המצוטטת מדבריה נדגיש אנו כמה הדגשות, שאינן בהכרח במקור, כדי להסב את תשומת הלב לדמיון שבין הדברים לבין דברינו אנו לעיל. וכך המשכם של דברי השופט שקד:

[...] זכות קדימה הינה יוצאת דופן, מטבע הדברים היא מגבילה את זכותו של האחר. לפיכך, כאשר באים לקבוע את היקפה של הזכות יש לעשות זאת בדיוקנות על דרך הצמצום.

עניינה של הזכות הקבועה בסעיף 101 לחוק, למנוע מצב שבו אחד מבני הזוג, מטעמים אלה או אחרים, יבקש להכביד על שותפו לחיים בהעברת חלקו בנכס המשותף לצד ג' זר. ראה לעניין זה דבריו של כב' השופט דב לויין בע"א 513/82 [...] וכך מסביר פרופ' וייסמן בספרו 'חוק המקרקעין, מגמות והישגים', המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סקר, תש"ל, בעמ' 70:

החוק כאילו אומר לבן הזוג המוכר את חלקו: "כאשר אתה מוכן להמיר את חלקך שבנכס בכסף, מה לך אם הכסף הוא של שותפך ומה לך אם הוא של זר, ואילו לשותפך יש עניין מיוחד ברכישת חלקך."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נשוב ונקטע את הציטוט כדי להעיר כי הנה כי כן אם המטרה אינה הכבדה על האחר או מימוש דווקני וחסר תועלת של זכות הקניין המאפשרת עקרונית לבעלים למכור את שלו לכל מאן דבעי אלא מקסום התמורה – אין הצדקה להגבלה, וכמובן לא שייכת הטענה "מה לך" וכו' ששם פרופ' וייסמן, ובצדק, בפני המחוקק, שהרי אם כספו של השותף הוא סכום מסוים וכספו של הזר סכום גבוה ממנו אין מקום לשאלה זו. והיא הנותנת שהמחוקק לא דרש למכור לשותף במחיר מוגדר כלשהו, על פי שמאות וכדומה, אלא שלא יימכר חלקו של השותף האחד לזר במחיר כלשהו בטרם תוצע לשותף האחר האפשרות לרכוש באותו מחיר עצמו.

יב. אכן השופטת פרדו המשיכה בדבריה ואמרה את המשפט דלהלן, שעליו השתיתה מערערת דנא את טענותיה:

מהאמור לעיל אתה למד, כי זכאי בן הזוג לרכוש את חלקו של האחר במחיר השוק של הנכס ובטרם הוצע הנכס לצדדים שלישיים [...]

אך מהאמור לעיל עולה ללא ספק כי הלשון 'מחיר השוק' אינה דווקנית וכוונתה היא למחיר שאותו סבור השותף המבקש למכור לקבל בפועל מהצדדים השלישיים. ולפי טעמם והגיונם של דברים ברור גם כי אין חובה על השותף לקבוע מראש את המחיר שאותו הוא מבקש לקבל – ואך לגיטימי והגיוני שיאמר כי מבקש הוא לקבל את המקסימום שיוכל לקבל, ואין כל עילה שלא יוכל לשם כך לשאת ולתת עם אחרים, אם רק יהיה זה משא ומתן המתנהל ביושר, לא בקנוניה נגד שותפו מחד גיסא ולא תוך הטעיית אותם אחרים והעלמה מהם כי ייתכן שבסופו של דבר את המחיר שיסכימו הם לשלם ישלם שותפו אשר לו משפט הבכורה.

יג. לדעתנו באמירה "בטרם הוצע הנכס" וכך גם את במונח "הצעה" בכלל הסעיפים הרלוונטיים בחוק המקרקעין – אין מדובר בדיבורים בעלמא, בהתעניינות או במשא ומתן אלא בהצעה העוברת לעשייתה אם רק תתקבל, היינו שאם תתקבל תיעשה המכירה על פיה כמעט כתוצאה אוטומטית, ולעניין זה ראו בתיאור מנגנון המכירה שעל פי ההצעה לבעל זכות הקדימה בסעיף 102 לחוק האמור: הצעה נשלחת בכתב ומקבל ההצעה, אם נכון הוא לה, משלם את התמורה או מפקידה בידי הרשם ושוב נראים הצדדים כמי שכרתו ביניהם הסכם מכר. המציע שוב אינו יכול לחזור בו.

תימוכין לכך יש למצוא גם בסעיף 1 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, (להלן: חוק החוזים), הוראה ב"הצעה" חלק מן החוזה, מהגדרתה של "הצעה" בסעיף 2 לאותו חוק ומן האמור בסעיף 3 לו בדבר אי-היכולת של המציע לחזור בו מהצעתו לאחר שמי שהוצעה לו ההצעה הודיעה על הסכמתו לה (ולעיתים מוגבלת היכולת לחזור מן ההצעה אף טרם הודעת קיבול):

1. חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה.
2. פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכול שתהיה לציבור.
3. (א) המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול.
(ב) קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע.

ואומנם אין חובה לפרש מונח שבחוק המקרקעין לפי פירושו או הגדרתו בחוק החוזים, אך גם אם 'אין ראייה לדבר' – זכר לדבר' יש, שהלוא שני החוקים "מרועה אחד ניתנו", מפיו של אותו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מחוקק, ואף לא במרחק תקופות גדול. "הצעה" במובן זה, בהקשר של הוראות חוק המקרקעין, אכן חייבת להיות מופנית תחילה לבעל זכות הקדימה, אולם פרסום, משא ומתן ואף התמחרות ללא התחייבות למכור בפועל לבעל ההצעה הגבוהה ביותר (שכן התחייבות כזו המופנית לצד שלישי אכן סותרת את זכות הקדימה) – את כל אלה יכול השותף המעוניין למכור לעשות כרצונו ועל בסיסם לגבש את "ההצעה" שאכן יציע לשותפו.

זה לדעתנו יישומו ופירושו הנכון של החוק ואף פירושו של דברי השופטת פרדו, אך גם לו יהי שאין זה פירוש דבריה – רשאים אנו לסטות מהם כמובן, וכך על אחת כמה וכמה שעה שההנמקות וההסברים שנכללו בדבריה דלעיל מחייבים בעצמם סטייה זו.

יד. מכל מקום לאחר הקדמה זו הגיעה השופטת פרדו לנקודה שהעלו הצדדים שלפנינו:

לטעמי, זכות הקדימה המוענקת לבן הזוג בחוק, אינה חלה כאשר ניתנה החלטה על פירוק השיתוף במקרקעין, במסגרת תובענה לפירוק שיתוף שהוגשה על ידי אחד מבני הזוג. מרגע שהחליט בית המשפט על פירוק השיתוף בדרך של מכירת הנכס לצד ג', הופכים בעלי הנכס למתמחרים ככל האחרים [...]

כל פירוש אחר של הוראת סעיף 101 הנ"ל יוביל לתוצאה לפיה יהיה בן הזוג תמיד בגדר "צופה מהצד" המביט על שלבי המכירה צופה וממתין לתוצאה כמי שאומר לעצמו "ישחקו האחרים בפני". כל שעליו לעשות הוא להמתין שהנכס ייפול בידי כפרי בשל. יכול ויוצר מצב בו ירכוש בן הזוג את חלקו של האחר בנכס במחיר מלאכותי הנמוך מהשווי הריאלי ו/או הפוטנציאלי של הנכס. בכך, יפגע בן הזוג האחר ולמעשה נפגעת אף זכותם של צדדים שלישיים, שהוזמנו לביצוע התמחרות.

תימוכין לאמור לעיל ניתן ללמוד כאמור, מהוראת סעיפים 102, 103 לחוק [...] ברור מהוראת הסעיפים הנ"ל, כי זכות הקדימה על פי סעיפים 100 ו-101 לחוק המקרקעין אינם רלוונטיים לאחר שניתן פסק דין המורה על מכירת המקרקעין למרבה במחיר.

והחרה החזיק אחריה השופט שקד, שלאחר הציטוט האמור המשיך באומרו:

מצטרף אנוכי, בכל הכבוד, לדבריה המאלפים של כב' השופטת ט' פרדו, המשקפים את הדין שיש להחיל על המקרה דנן.

אין הדברים שוללים ברובד המהותי את זכות הקדימה, כפי שהבינו לכאורה בעלי הדין שלפנינו. לו כך היה, לא היה מקום לזכות הניתנת באורח קבע לצד המעוניין להשוות להצעה הגבוהה ביותר המתקבלת בהתמחרות. אך לא כך נאמר בדבריהם של השופטים פרדו ושקד, ואף לא כך עולה מטעמם ונימוקם.

אומנם יש מקום לאמירה כי המסגרת שבה ניתנה זכות הקדימה שונה היא מהמסגרת של פירוק השיתוף, ומשכך אין בנמצא הוראה חוקית המחייבת על נתינתה במסגרת פירוק שיתוף (ולהלן נביא עוד מפקס דינו של השופט גייפמן שחידד הבדלים אלה בדומה להבחנה שנאמרה לעיל בדברינו), אולם לא זהו שביקשו פסקי הדין הללו לומר.

מה שביקשו לשלול הוא את האפשרות של 'צופה מהצד' וההתנהלות של 'ישחקו הנערים לפנינו'. וההנמקה היא כי ההתמחרות נועדה למקסם את המחיר – ומושכל היסוד של קביעה זו הוא כי אכן יש הצדקה למיקסום המחיר אף שהתוצאה עשויה להיות כי השותף המעוניין ברכישה לא תמיד יוכל לעשות זאת לבסוף ואף אם יוכל יאלץ לשלם יותר משרצה מתחילה לשלם – ועל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כן שותף המעוניין לרכוש את הנכס צריך לנהוג ככל משתף אחר בהתמחרות, לרבות הגשת הצעה בפועל, הפקדת חלק מסכום ההצעה כערובה לאי חזרתו ממנה והשתתפות פיזית אקטיבית בהתמחרות.

בהתמחרות שתיעשה בהשתתפותו הפעילה של השותף אכן תעמוד לו הזכות להשוות להצעה הגבוהה ביותר, ויתרונו על פני מציע אחר הוא ביכולת להשוות ולאו דווקא להציע הצעה גבוהה יותר. זכות זו שאין בסיס בחוק לשלול אותה מן השותף, שעה שיש לו עקרונית את זכות הקדימה, היא היא זכות הקדימה אלא שאין היא מיושמת במנגנון המתואר בחוק המקרקעין אלא תוך התאמה לנסיבות של התמחרות.

האמירה כי "הזכות אינה חלה כשניתנה החלטה" וכו' אין פירושה כי אין לשותף כל זכות קדימה אלא כי מעתה אין זכות הקדימה קיימת בצורתה המתוארת בלשון החוק, וככל שתוצאת ההתמחרות תהיה כי פלוני זכה בה לא יוכל השותף המעוניין, שעד עתה צפה מן היציע ב"משחקם של הנערים", "לקפוץ" למגרש המשחק ולדרוש לרכוש את הנכס במחיר האחרון שהוצע, ולא כל שכן שלא יידרש השותף האחר להציע לו לעשות כן לאחר תום ההתמחרות. מעתה זכות הקדימה מיושמת בדרך של השתתפות פעילה בהתמחרות כשמחיר הסופי המתקבל בה הרי הוא כ"הצעה" המוגשת אל השותף ואם רוצה הוא לממש את זכות הקדימה עליו להודיע מייד על רצונו להשוות להצעה זאת (ושלא כבמנגנון שבחוק שבו ההצעה מוגשת בכתב בדואר רשום וההודעה על קבלתה נעשית באמצעות תשלום בפועל ובתוך שלושים יום).

המנגנון שונה, לא המהות.

טו. כך עולה מהמשך דבריו של השופט שקד ואף מהמובא בדבריו מפסיקותיהן של ערכאות נוספות, לרבות בית המשפט העליון. נמשיך במסענו על פני פסק הדין, גם הפעם תוך הוספת הדגשות משלנו (ולעיתים תוך דילוג שיסומן ב"[...]") כנהוג, סימון ב"..." ללא סוגריים הוא במקור) ונראה את הדברים צפים כשמן על פני המים:

דברים דומים נקבעו רק לאחרונה גם על ידי כבוד השופטת ג' לוי ברמ"ש (ב"ש) 57182-11-16 ב' נ' ב' (פורסם בנבו, 27.1.17), לאמור:

הזכות של בן זוג להשוות את הצעתו להצעה הגבוהה ביותר אכן קיימת... ברם היא אינה מזכה אותו "לשבת על הגדר" בלי לקחת חלק בהתמחרות (ראו והשוו רמ"ש (י-ם) 38658-09-13 עזבון המנוחה פ.א. ז"ל נ' ב. ת (ניתן ביום 18.11.2013)). מימוש הנכס צריך להיעשות תוך התחשבות בזכות הקניינית של הבעלים הנוספים לממשו בתמורה הגבוהה ביותר שניתן לקבל (ר' רע"א 972/10 פלוני נ' פלונית (ניתן ביום 3.3.2011) [...])

ומיד בהמשך:

[...] השוואת המחיר להצעה הגבוהה ביותר ללא התמחרות עלולה לקפח את הבעלים האחר [...]

גישה לפיה יש למבקשת זכות להשוות להצעה הגבוהה ביותר (והיחידה במקרה דנן) ללא התמחרות עם המציע (ועם הבעלים הנוסף, ככל שהוא מעוניין בכך) אינה הוגנת ואינה ממלאה אחר התכלית של מקסום התמורה עבור הנכס. מנגד, שמירת זכותה של המבקשת להשוות להצעה הגבוהה ביותר במהלך התמחרות כשהיא משתתפת בהתמחרות היא הוגנת וממלאה אחר המטרה, שכן היא מממשת את זכות הקדימה של המבקשת, אך עדיין מעמידה בפני האחרים אפשרות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להעלות את הצעתם, כשזכותה של המבקשת להשוות להצעה המשופרת ממשיכה ועומדת. (שם)

ביסוס לעקרונות אלו, אנו מוצאים גם בפסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 972/10 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.3.10), לאמור:

[...] החלטת בית המשפט לענייני משפחה מאזנת בין זכות הקניין של הבעלים הנוספים של הנכס ורצונם למכור את הנכס בתמורה הגבוהה ביותר שניתן לקבל עבורו, לבין זכותו הקניינית של המבקש לשמור על הנכס, וזאת על ידי השוואת מחיר הנכס להצעה הגבוהה ביותר, **אולם במסגרת ההתמחרות** [...] לו היה מתאפשר למבקש להציע הצעתו לאחר סיום ההתמחרות, מבלי לקחת חלק בהתמחרות עצמה, ייתכן וההצעה שהיתה מתקבלת, קרי הצעת המבקש, לא היתה ההצעה הגבוהה ביותר [...] (שם, סעיף 24 לפסק הדין)

שימת לב כי בפסק דינו הנ"ל של בית המשפט העליון, לא הותר לאיש להגיש הצעה לאחר תום ההתמחרות, ומקל-יחומר אין להתיר לו להגיש הצעה מכרעת טרם אותו הליך של התמחרות [...]

מכל המקובץ לעיל, עולה כי:

החלת סעיף 101 לחוק המקרקעין תיעשה במשורה ועל דרך הצמצום;

מרגע שניתן צו לפירוק שיתוף בתובענה שהגיש אחד מבני הזוג, אין תחולה למנגנון הקבוע בסעיף 101 לחוק המקרקעין;

אין לאפשר מצב בו בן הזוג יהיה בגדר "צופה מהצר" בעודו ממתין לתוצאה מבלי ליטול חלק בהליך ההתמחרות [...]

עריכת התמחרות היא דרישה לגיטימית של בן הזוג, המבקש להשיא לא רק את חלקו בנכס אלא גם את חלקו של בן זוגו;

גישה לפיה יש לבן הזוג זכות להשוות להצעה הגבוהה ביותר ללא התמחרות עם המציע (ועם הבעלים הנוסף, ככל שהוא מעוניין בכך) אינה הוגנת ואינה ממלאה אחר התכלית של השאת התמורה עבור הנכס;

מנגד, שמירת זכותו של בן הזוג להשוות להצעה הגבוהה ביותר במהלך התמחרות כשהוא משתתף בהתמחרות היא הוגנת וממלאה אחר המטרה, שכן היא מממשת את זכות הקדימה של בן הזוג אך עדיין מעמידה בפני האחרים אפשרות להעלות את הצעתם, כשזכותו של בן הזוג להשוות להצעה המשופרת ממשיכה ועומדת [...]

זכות הקניין הוכרה כזכות חוקתית (ר' סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), ולפיכך נדרשים נימוקים כבדי משקל לפגוע בזכות זו. חרף כי חוק המקרקעין קודם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן אין הוראות חוק היסוד גוברות על הוראות חוק המקרקעין, עדיין יש לפרש את הוראות חוק המקרקעין בכל דרך פרשנית סבירה ההולמת את הוראות חוק היסוד [...]

טז. הנה כי כן לא זו בלבד שמשניתנה החלטה על פירוק השיתוף בדרך של מכירה, ואכן ניתנה כזאת בענייננו ואף הייתה להחלטה חלוטה, שוב אין מקום לדרוש את החלת המנגנון של מימוש זכות הקדימה בדרך הקבועה בחוק המקרקעין, אלא שאף הדרך הראויה והצודקת לכתחילה היא כי תינתן החלטה כזו.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הוראות חוק המקרקעין לגבי זכות הקדימה כוללות גם את המנגנון הקבוע בו למימושה אינן אמורות אלא שעה שאין מדובר בפירוק שיתוף בדרך של מכירה אלא במכירה של שותף אחד בלבד את חלקו, מה שאף אינו מצריך הליך משפטי. גם אז רשאי אותו שותף לקיים מעין התמחרות ולנהל משא ומתן ככל שיחפוץ במגמה להשיג תמורה מקסימלית ולדעת – קודם לכן – מהי התמורה המקסימלית שיוכל לקבל, אלא שבטרם יכרות הסכם מכר עם מאן שהוא עליו להציע לשותפו לרכוש את חלקו באותו מחיר שבו מבקש הוא עתה למוכרו לאחר ועל כל הנוגעים בדבר לדעת זאת מראש כמובן כדי שלא יהיו מוטעים ולא מנוצלים ככלי משחק רק כדי להביא את השותף להסכים לשלם יותר משהיה מסכים בלאו הכי.

עם זאת עקרונות זכות הקדימה, בנכס שקיימת היא לגביו, ממומשים גם במקרה של פירוק שיתוף – וההצדקה לזכות הקדימה אף גדולה יותר שעה שאם לא יקנה השותף את חלק חברו יימצא הוא כפוי למכור אף את חלקו שלו – אלא שאין היא ממומשת באמצעות המנגנון האמור וללא השתתפות בהתמחרות אלא כחלק מן ההתמחרות ובאמצעות הזכות להשוות במהלכה להצעה שמציע כל מציע אחר.

ראה עוד דבריו הנכוחים, והדומים לאמור, של השופט י' גייפמן בתמ"ש (תל אביב) 17821/96 עשירה סלומון נ' אליהו סלומון (פורסם בפ"ד) שגם בהם נסקרה בקצרה מגמת השינוי בהשוואה לחוק העותומני והובעה העדיפות בנוגע לדרך המכירה והעיקרון של מימוש זכות הקדימה בתוך התמחרות ובמסגרת פירוק השיתוף (ההדגשות אינן במקור):

26. סעיף 101 לחוק המקרקעין מורה:

מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם... דירה המשמשת להם מגורים, לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן זוגו.

27. סעיף 101 לחוק המקרקעין עוסק במכר רצוני של שותף בה בעת שהליך של פירוק שיתוף במקרקעין הוא הליך של מכר כפוי.

סעיף 101 לחוק המקרקעין עוסק במכר חלקי של השיתוף ונועד למנוע כניסת אדם זר לחוג השותפים בה בעת שבהליך של פירוק שיתוף במקרקעין הנכס כולו מוצע למכירה, והמכירה הפומבית מחסלת את השותפות כולה.

28. חרף הבדלים מהותיים אלה וחרף העובדה שאין הוראה מפורשת המחילה את דין הקדימה – הוראת סעיף 101 לחוק המקרקעין – על פירוק שיתוף במקרקעין של דירת בני זוג ראוי להרחיב את התחולה של זכויות קדימה שעוגנו בחוק כדי שתחולנה גם במכר אגב פירוק [...]

29. יש למנוע קיפוח זכות בן הזוג לשימוש בדירת המגורים של המשפחה. יש ליתן עדיפות לבן הזוג על פני קונה זר גם בהליכי פירוק שיתוף במקרקעין.

דירת המגורים של המשפחה זכתה להגנה בחקיקה ובפסיקה כדי להסדיר את מדורם של בני המשפחה. יש ליתן פרשנות מרחיבה להוראת סעיף 101 לחוק המקרקעין כדי ליישם מגמה זו.

30. פרשנות מרחיבה זו אפשרית לאור ההסמכה של בית המשפט למשפחה בסעיף 7 לחוק ההקמה – להורות על ביצוע פירוק תוך שקילת שיקולי יעילות וצדק [...]

33. [...] על פי הדין העותומני הייתה מעין זכות קדימה לבעלים משותפים ברכישת נכס בהליך הפירוק. רק אם לא נמצא קונה בין השותפים פנו הצדדים לשלב של מכירה פומבית.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

34. חוק המקרקעין ביקש לעבור מתחרות פנימית ולאחריה תחרות חיצונית – לפירוק שיתוף של מקרקעין בדרך של מכירה פומבית ללא שלב ביניים קודם. חוק המקרקעין פסח על שלב הביניים של הצעת הנכס למכירה לשותפים. שינוי חקיקתי זה מבטיח שיושג מחיר גבוה מהמחיר שיושג בתחרות פנימית. על המגמה בחוק המקרקעין ראו ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף [12] [...]

36. דרך הביצוע של דין קדימה בהליך פירוק שיתוף של דירת מגורים, בין שהזכויות אובליגטוריות והפירוק על פי דיני המיטלטלין ובין שהזכויות קנייניות והפירוק על פי דיני המקרקעין, יהיה כדלקמן:

(א) הדירה תוצע למכירה להתמחרות חיצונית לאחר הגשת חוות דעת שמאי;

(ב) תישמר לבן הזוג זכות קדימה לרכוש את חלקו של בן הזוג האחר על פי תנאי השוק – בסכום הגבוה ביותר שיוצע בהתמחרות החיצונית.

37. בדרך זו מוגנים שני אינטרסים: האינטרס לבצע את המכירה בהקדם האפשרי במחיר הגבוה ביותר והאינטרס להגן על זכות הקדימה של בן הזוג. דרך זו יעילה וצודקת [...]

39. יש לשלב את הוראת סעיף 101 לחוק המקרקעין עם הוראת סעיף 40 לחוק המקרקעין ולהורות על מכירה למרבה במחיר כאשר תישמר לבן הזוג זכות קדימה לרכישת הנכס בסכום הגבוה ביותר שיוצע.

וראה עוד בדברי בית המשפט העליון, בע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף פד"י כח (2) 44, שאותם אזכר השופט גייפמן בדבריו הנ"ל בקצרה, ובהם נקבע (בדברי השופט עציוני שהיו לדעת רוב עם הצטרפותו של השופט מני אליהם ובניגוד לדעתו החולקת של השופט ח' כהן) תוך הבעת עמדה כי אפילו לפי החוק העות'מאני אפשר לכפות התמחרות פומבית בנכסי שותפות, וכך מכל שכן לפי וללא ספק לפי החוק הקיים (ההדגשות אינן במקור):

לאור ניסוח הסעיפים 8 ו-9 של החוק העות'מאני, שקדם לחוק שלנו – החוק לחלוקת נכסי דלא נידי משותפים, 1913, התעוררה השאלה למי הברירה בהליכי חלוקה, למכירת חלקו של אחד השותפים, לשותף השני: האם הברירה היא בידי כל אחד מהשותפים, לקנות את חלקו של שותפו במחיר הערכה, אפילו נגד רצונו של זה, או האם זכותו של השותף לעמוד על מכירתו הפומבית של הנכס כולו. בע"א 25/63, חיפה, [4], שאושר בע"א 354/63, [1], דנתי בהרחבה בשאלה זו, ובאתי לידי המסקנה, כי מטרתו העיקרית של חוק חלוקת נכסי דלא נידי היתה לאפשר לשותף פורש להביא לחיסול השותפות, על ידי מכירה פומבית, במחיר מקסימלי, שלא יקפח אף אחד מן השותפים, וכי הברירה היא תמיד בידי השותף, שלא להסכים למכירה בין השותפים, אלא לעמוד על זכותו למכירה פומבית. דעתי זו אומצה על ידי שופטי הרוב (מפי השופט לנדוי) בע"א 199/69, [2] [...]

היום כאמור, אין ספק כי הדרך הרגילה, שנקבעה על ידי המחוקק לפירוק שותפות בנכסי דלא נידי שאינם ניתנים לחלוקה, היא מכירה פומבית, וכי המחוקק רצה לפסוח על שלב הביניים של הצעת הנכס למכירה לשותפים.

על מטה זו של החוק אנו למדים גם מדברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד – 1964 (הצעות חוק תשכ"ד, 209) ומדברי שר המשפטים דאז ד"ר יוסף בכנסת בהביאו את הצעת החוק לקריאה ראשונה [...]

אין ספק שהכלל הוא שהפירוק נעשה בדרך של מכירה פומבית, וכי הדרך האחרת (בין היתר: מכירה תחרותית בין השותפים), היא דרך יוצאת מן הכלל. וכי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

על מי שמבקש שבית המשפט יסטה מן הכלל, חובת ההוכחה, שבנסיבות הענין, הדרך השניה היא גם יעילה וגם צודקת [...]

שופט השלום בעצמו קובע [...] ואם כי בצדק אומר השופט המלומד, שלגבי שאלת הליכי פירוק השותפות נכסי דלא נידי אין המניע חשוב, הרי בכל זאת היה צריך להיות ער לכך [...] ולנהוג במשנה זהירות כאשר החליט שלא למכור את הנכס במכירה פומבית, מכירה אשר כאמור כל מטרתה להשיג מחיר מקסימלי, שלא יקפח אף אחד מן השותפים.

זהירות זו מחוייבת ביתר תוקף בזמנים אלה כשמחירי הקרקעות מרקיעים שחקים [...] לו היתה נערכת מכירה פומבית. יתכן והיו ההצעות יכולות להיות גבוהות הרבה יותר [...]

על פי אותם עקרונות יש להותיר גם את זכות הקדימה, אם קיימת היא, רק לסוף ההתמחרות הפומבית ככל שאחד השותפים מבקש לקיימה, כקביעתו – מסקנתו של השופט גייפמן (וראה עוד בדבריו בתמ"ש 15340/97) וכעולה גם מפסקי הדין הקודמים שהובאו לעיל, וכזו היא גם דעתנו שלנו.

יז. נציין כי בענייננו כאמור מדובר אף בנכס שאין לגביו זכות קדימה כלל. האם משמעות הדבר כי תישלל מהמערער אף זכות הקדימה שבמסגרת ההתמחרות היינו הזכות להשוות להצעה הגבוהה ביותר?

לשאלה זו נשיב בשלילה.

ראשית ייאמר כי בית הדין דן על פי דין תורה. ואומנם יש שהחוק יחייב אף על פי דין תורה, מכוחו של מנהג המדינה המשתקף בו או הנוצר על ידו ובמקרים מסוימים גם מכוח 'דינא דמלכותא' או 'תקנה הקהל', וכפי שייאמר עוד להלן, אך לא תמיד כך הוא, ואין צריך לומר שבהעדר הוראת חוק מפורשת השוללת זאת או אף במקום שיש ספק אם קיימת היא יש להעמיד על דין תורה.

על פי דין תורה אכן יש קדימה לשותף, ואף ל'מצרן', גם כשאין מדובר בסוגי הנכסים והשותפויות שלגביהם קבע המחוקק את דין הקדימה בחוק המקרקעין. קדימה זו, בדומה לזו שבפירוק השיתוף ככל האמור לעיל, אינה עומדת בסתירה להתמחרות ולמיקסום המחיר ומיושמת ביחס להצעה הגבוהה שבהתמחרות.

היה אף מקום לומר כי דין תורה אכן מאפשר זכות קדימה גם ללא התמחרות, שהרי צורת החלוקה האמורה בו לכתחילה לעניין נכס שאינו בר חלוקה בעין היא 'גוד או אגוד' – קנה את חלקי או אקנה אני את חלקך, אלא שלהלכה אין מקום לקבוע קטגורית כי דרך זו עדיפה, ועדיפה תמיד, על פני ההתמחרות, וכך בוודאי אם ההתמחרות כוללת את 'זכות הקדימה'.

שניים מחברי מותב זה נחלקו בפסק הדין בתיק 1134950/2 (פורסם) בשאלה של היחס בין תביעת 'גוד או אגוד' לבין התמחרות הנעשית רק בין שני השותפים, שמשמעותה היא כי כשאחד מהם נוקב מחיר אין הוא מציע לרעהו לרכוש באותו מחיר עצמו אלא למכור לו במחיר זה או לרכוש במחיר גבוה יותר. לשאלת ההתמחרות הפומבית יש קווים משותפים עם השאלה האמורה אך גם הבדלים בולטים קיימים בין השאלות: זכייה של צד שלישי בהתמחרות נבדלת מ'גוד או אגוד' יותר בעצם כניסתו של גורם שלישי שאינו בעל זכויות מלכתחילה ושאינו לומר כי ההצדקה לכפות את המכירה לו מבוססת על שהאפשרות האחרת אי-אילו צו שלו למכור את שלו (בהינתן שהמשך השותפות אינו אפשרי או שעל כל פנים קיימת זכות לדרוש את הפסקת השותפות, וראה שם בפסק הדין באריכות). מאידך גיסא אם נכנסת למשוואה גם זכות הקדימה הרי שהתמחרות בדרך זו קרובה לדין

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

'גוד או אגוד' יותר, שכן תוצאתה של ההתמחרות היא קביעת מחיר שבו מציע הצד המעוניין לצד האחר לקנות את חלקו שלו (כשם שמוכן צד ג' לקנותו בו ומבלי שיידרש להוסיף מאומה, שכן זכות הקדימה פוטרת אותו מדרישה כזו) או למכור את שלו באותו מחיר (לצד ג') – בדומה ל'גוד או אגוד' אלא שכאן אין זה גוד או אגוד' אלא 'גוד או יגוד פלוני שזכה בהתמחרות'. וזאת בשונה מהתמחרות שבין שני הצדדים בלבד שבה ההצעה היא, בכל שלב בהתמחרות, 'גוד במחיר גבוה יותר או אגוד אני במחיר שהצעת'.

אין אפוא אפשרות לחייב את המשיב ל'גוד או אגוד' גרידא או להתמחרות שבינו לבין המערערת לבדה, מאחר שייתכן שההתמחרות הפומבית מספיקה כדי לצאת ידי הדרישה ההלכתית.

לעיקר הדין בזה נציין למשמעות לשון השולחן ערוך ולמפורש בדברי הרמ"א (חושן משפט סימן קעא סעיף ו) כשיטת הראשונים הסוברים שיכול אחד השותפים להעלות במחיר בדרישה ל'גוד או אגוד', מה שיש בו כדי לשלול את הטענה כי על האחד לקנות את חלקו של האחר דווקא לפי השמאות, אם כי לא בהכרח שיוביל למסקנה התומכת בהתמחרות בין הצדדים (וכאמור נחלקו בזה שניים מהחתומים מטה בפסק הדין האמור וראה שם). ונציין לדברי השולחן ערוך שם שגם שותף שאינו יכול או רוצה לקנות לעצמו את חלק חברו ("עניי") יכול לומר לו "קנה ממני או מכור לי והריני מוכר לאחרים וקונה" ופירש הסמ"ע (שם ס"ק יד) שגם הרמ"א החולק שם מודה שיכול למכור את חלקו לאחר – בכל סכום שיסכים האחר לשלם (ואם יטען השותף לקדימה הרי שייאלץ לקנות את החלק באותו סכום) ואותו אחר יוכל לומר בעצמו לשותף הנותן "מכור לי חלקך גם כן באותו מחיר או קנה ממני חלקי במחיר זה", מה שיביא לאותה תוצאה. ולביאור זה הסכים גם נתיבות המשפט שם (חידושים ס"ק יב).

ועיין שם עוד (שם ובביאורים ס"ק ח) שאם הצד בעל היכולת והרצון לקנות ("העשיר") הוא התובע חלוקת 'גוד או אגוד' הכול מודים שיכול הצד האחר לומר "אגוד ואמכרנו לאחרים, דכיוון שיש אחר שנותן יותר, הרי העשיר הוא כאומר בפחות משוויו".

הרי לנו הכרעה הלכתית במחלוקת שבין הצדדים שלפנינו אם לראות במחיר השמאות מחיר מחייב או רק נקודת מוצא שממנה יש לסטות אם מוצע מחיר גבוה יותר על ידי צדדי ג', וההכרעה ברורה היא כי כיוון שהמערערת גם היא מעוניינת בחלוקה – וזאת בניגוד למחלוקת הראשונים העוסקות במקרה שבו צד אחד אומר 'גוד או אגוד' והאחר מוכן להמשיך בשותפות – שכן הותרת שותפות בין בני זוג מתגרשים אינה רצויה לכולי עלמא ואיש מהצדדים לא ביקש אותה, ממילא "כיון שיש אחר שנותן יותר" הרי שדרישתה לקנות לפי השמאות היא דרישה לקנות "בפחות משוויו" שאינה יכולה להתקבל. (מה שאין כן אם הייתה היא רוצה ויכולה להישאר בשותפות והמשיב לבדו היה דורש 'גוד או אגוד' תוך שמבקש הוא למכור לאחרים. נציין שאם היו שני הצדדים רוצים למכור לאחרים אלא שהיו חלוקים בשאלה למי ימכרו הייתה גוברת זכותו של מי מהם המבקש למכור במחיר יקר יותר על פני זכות הקניין של חברו המבקש למכור דווקא לפלוני – עיין עוד בנתיבות המשפט שם ס"ק ט).

ואף שצורת המכר בהתמחרות אינו דרשילבי (מכירת חלק השותף לאחר ואמירתו של אותו אחר 'גוד או אגוד' או קניית חלק השותף ומכירה מאוחרת של כל הנכס לאחר) אלא חדרשילבי, מכירה ישירה לצד שלישי של הנכס כולו, מכל מקום לפי טעמם וסברתם של דברים לכאורה אין לחלק בין הדברים (ומה גם שכיוון שאפשר להגיע לאותה תוצאה בדרך דרשילבית יש לומר 'הפוכי מטרתא למה לי', ואף אם נאמר שהרמ"א שם חלוק על זה, שהרי לדברי הסמ"ע והנתיבות אכן מבחין הוא בין קנייה כדי למכור לאחר לבין מכירה לאחר כדי שיאמר 'גוד או אגוד' – אם פסק בית הדין כסברת השולחן ערוך לא נוכל לראותו כטועה ומה גם שהחלטתו העקרונית בעניינה היא כאמור לעיל גם החלטה חלוטה ודאי שאין מקום לסטות ממנה, ובפרט שיש לומר שבנדון דידן יודה הרמ"א מכוח סברת הנתיבות ויש לומר שתיאורו הדרשילבי של הנתיבות אינו דווקאי, שכן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אם רואים אנו את השותף המבקש לקנות לפי השמאות כמבקש לקנות "בפחות משוויו" לא מסתבר שנאפשר זאת רק משום שהאפשרות האחרת היא מכירה ישירה לצד ג' ולא תהליך דרשליבי).

יח. מן האמור עולה כי הדרישה להתמחרות פומבית אינה מנוגדת לדרישות ההלכתיות, כל עוד תינתן בסופה זכות קדימה בדרך של השוואה להצעה הגבוהה.

ונוסיף: הדרישה לזכות קדימה מוחלטת – גם אם הייתה דרישה צודקת מבחינה הלכתית, וכאמור אין היא כזו – נדחתה על ידי המחוקק בפירוש בקביעה כי זכות כזו תינתן רק בתנאים שנקבעו בחוק, שכאמור לעיל אינם מתקיימים בנדוננו, וייתכן שמנהג המדינה הוא הקובע את דרכי חלוקת השותפות אף אם עיקר הדין שונה ממנו – וכידוע בענייני שותפים יש למנהג משקל מכריע על פי ההלכה מתוך העיקרון שמן הסתם השתתפו על דעת המנהג – ובענייננו שולל הוא את היכולת לדרוש זכות קדימה מוחלטת בדרך של מניעת האפשרות להציע את המכר לצדדים שלישיים.

יט. אבל לאידך גיסא, מאחר שכאמור התמחרות שכוללת את זכות הקדימה מקיימת את הדרישה ההלכתית המקנה לשותף ולמצרן עדיפות על צדדים שלישיים ויש בה אף קיום של העיקרון של 'גוד או אגוד', יש להורות עליה ולא להורות על התמחרות שנעדרת ממנה זכות הקדימה מכול וכול.

לעניין זה גם אין לומר שהמחוקק שלל זכות זו בפירוש, שכן שלילת זכות הקדימה המפורשת עוסקת במכירת חלקו של השותף המבקש את המכירה בלבד, ולא כך כשמדובר בפירוק שיתוף שבגדרו אם לא תינתן הזכות לשותף האחר לקנות את חלקו של שותף זה הרי שגם חלקו שלו יימכר על כורחו לאחר.

המחויבות שמצד היושר שלא לאלץ אדם למכור את שלו כל עוד נכון הוא לשלם על חלקו של חברו ולקנותו באותו מחיר שבו יקנהו צד ג' גדולה מהמחויבות לאפשר לו לקנות את של חברו באותו מחיר כשגם אם לא יעשה כן לא יאלץ למכור את שלו. שלילתו של המחוקק (פרט למקרים שבהם ניתנה זכות הקדימה בחוק המקרקעין) את המחויבות שמן המין השני, שהיא דין שותף ומצרן שמעיקר הדין – גם אם נניח שתקפה היא אף על פי ההלכה – אין בה כדי לשלול את המחויבות שמן המין הראשון.

די בכך כדי שבית הדין הפוסק על פי דין תורה אכן יפסוק כי אומנם לא תינתן למערערת זכות הקדימה המוחלטת תוך שלילת אפשרות ההתמחרות הפומבית, אבל עדיין תינתן לה הזכות להשוות לכל מחיר שיתקבל בהתמחרות.

אך למעשה, האפשרות – ולדעתנו הצורך – להורות כך עולה אף מהוראותיו של המחוקק, שכן כפי שציין השופט גייפמן בפסק דינו שצוטט לעיל:

29. יש למנוע קיפוח זכות בן הזוג לשימוש בדירת המגורים של המשפחה. יש ליתן עדיפות לבן הזוג על פני קונה זר גם בהליכי פירוק שיתוף במקרקעין.

דירת המגורים של המשפחה זכתה להגנה בחקיקה ובפסיקה כדי להסדיר את מדורם של בני המשפחה. יש ליתן פרשנות מרחיבה להוראת סעיף 101 לחוק המקרקעין כדי ליישם מגמה זו.

30. פרשנות מרחיבה זו אפשרית לאור ההסמכה של בית המשפט למשפחה בסעיף 7 לחוק ההקמה – להורות על ביצוע פירוק תוך שקילת שיקולי יעילות וצדק [...]

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"חוק ההקמה" האמור הוא חוק בתי המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה – 1995, ואומנם הוראותיו אינן חלות על בית הדין הרבני, אך עמדתו העקרונית של המחוקק עולה מהן, וכשתוצאתה נכונה גם על פי דין תורה ודאי שגם בית הדין הרבני יפעל באותה דרך, שהרי דין תורה הוא הדין שעל פיו הוא דן ומשגילה המחוקק את דעתו כאמור, גם אם לא בהוראה המופנית לבית הדין הרבני עצמו, יש להשלים את הלקונה שבחוק ולהניח שגם המחוקק מבקש כי אף בית הדין הרבני ינהג כך ועל כל פנים לא ימנע מלנהוג כך כשדין תורה מורה כך, רק בשל העדר הוראה מפורת המאפשרת לו, כלבית המשפט, להפעיל את אותם שיקולי יעילות וצדק.

אותו טעם שבשלו אפשר להרחיב לטעמו של השופט גייפמן את הוראות סעיף 101 לחוק המקרקעין לעת פירוק השיתוף, אף שאין הוא המתכונת של הוראות סעיף זה – שיקולי הצדק – נכון גם כשמדובר בנכס שלגביו כלל לא חלו הוראותיו של סעיף 101 לחוק המקרקעין, היינו כבנדון דידן בשל היותו נכס שאינו דירת מגורים, משק או בית עסק המנוהל במשותף – הסמכות והצורך להורות על פירוק השיתוף תוך שקילת שיקולי צדק. ומשום כך יש ליתן למערערת (וגם בית דין קמא לא הורה אחרת) את הזכות להשוות להצעות האחרות שיעלו בהתמחרות, אולם התמחרות – תתקיים והזכות תהיה רק אם תשתתף בה המערערת.

כ. לאור האמור פוסק בית הדין:

1. הערעור נדחה.
 2. עם זאת המערערת, שתהיה רשאית כמובן להשתתף בהתמחרות, תהיה רשאית, אם אכן תשתתף בה, להשוות (במעמד ההתמחרות) לכל הצעה של משתתף אחר בהתמחרות ולזכות – אם לא תגיע הצעה גבוהה יותר, על אף היות הנכס המדובר נכס שלא חלות עליו הוראות סעיף 101 לחוק המקרקעין ועל אף היות ההליך הליך של פירוק שיתוף ולא של מכירת חלקו של שותף אחד במקרקעין בדרך האמור בסעיף זה.
 3. הוראה זו, נציין, נאמרת למען הסר ספק, אך אינה בגדר קבלה, ולו חלקית, של הערעור, שכן גם בית דין קמא לא הורה אחרת ממנה.
 3. ניתן ללא צו להוצאות, על המזכירות להשיב למערערת את הערכות שהופקדה, לפי הכללים המקובלים.
 4. פסק הדין מותר בפרסום בכפוף להשמטת פרטיהם המזהים של הצדדים (לרבות פרטי הנכס).
- ניתן ביום כ"ד בטבת התשפ"ג (17.1.2023).

הרב ציון לודאילוז

הרב מימון נהרי

הרב אברהם שינדלר

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה