

ביקורת ספרים

יהושע ויסמן: "דיני קניין – חלק כללי"

מאת

נינה זלצמן*

א. כללי. ב. "זכות קניינית"; "גבס". ג. מקרקעין מיטלטלין ומחוברים. ד. עסקאות במקרקעין ישראל. ה. רכישת זכות במקרקעין ובמקרקעין שאינם רשומים.

א. כללי

בהקדמה לספרו דיני קניין – חלק כללי מספר פרופ' ויסמן על התלבטותו בשאלה, אם אמנם בשלה השעה לכתוב ספר על דיני-הקניין הישראליים. ואלה דבריו:

חלפו למעלה משלושים שנה מאז החיליתי להורות את המקצוע דיני קניין באוניברסיטאות שבארץ...ועדיין מנקר בי הספק שמא מוקדם מדי לכתוב ספר על המקצוע הזה...משנתקבלו החוקים הישראליים בתחום דיני הקניין היה מוקדם לכתוב עליהם בטרם היתה התנסות של ממש ביישומם. עתה, משהצטבר נסיון מסוים בהפעלת חוקים אלה, בשלה לכאורה השעה לכתיבת החיבור על דיני הקניין בישראל. דא עקא, בימים אלה יושבת ועדה מטעם משרד המשפטים על מדרכת הקודיפיקציה של החקיקה הישראלית ויש לשער כי בעקבותיה שוב יחולו תמורות בדיני הקניין. אם על אף כל זאת יוצא ספר זה לאור אין זאת כי אם גונב הספק ללב שמא כל שעה בעתיד עשויה להיראות כמוקדמת מדי לכתיבת ספר על דיני הקניין בישראל. אפשר, איפוא, כי שעה זו אינה יפה פחות מכל שעה אחרת שצופן לנו העתיד.

המשפט הישראלי יצא נשכר מהחלטתו של פרופ' ויסמן לתרום מבקיאותו המופלאה בדיני-הקניין ולהעלות על הכתב מחקר כה חשוב שעניינו החלק הכללי של דיני-הקניין. בעבר כבר פרסם פרופ' ויסמן חלקים מחיבורו בכתבי-עת משפטיים, אך עתה הדברים שלובים יחדיו לחיבור אחד מקיף ומביאים בפני הקורא מסכת שלמה של עקרונות-היסוד בדיני-הקניין.

* המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ג-1993.

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

הצורך בחיבור כולל בתחום זה של המשפט האזרחי כבר קיים זמן רב. התפתחות החקיקה הישראלית מסוף שנות הששים חוללה ניתוק כמעט מוחלט מדיני-הקניין ההיסטוריים, שמקורם בחקיקה מתקופת השלטון העותומני ומתקופת השלטון הבריטי. התפתחות זו העבירה את שיטת-המשפט הישראלית לעולם שונה של דיני-קניין, המבוסס על תפישה משפטית-חברתית מודרנית והשוואב את השראתו משיטות-משפט שונות ומן הניסיון המשפטי שנצטבר במשפט המקומי, עובר לחקיקה החדשה. מאחר שהחקיקה הישראלית בדיני-הקניין היא צעירה יחסית, אף הניסיון שהצטבר, באמצעות ההלכה הפסוקה או המחקר המשפטי, הוא יחסית מועט. מחקר של פרופ' ויסמן הוא תשובה הולמת לצורכי המשפט. שמו של הספר מעיד על תוכנו: עניינו של הספר הוא החלק הכללי של דיני-הקניין. זהו ספר ראשון בישראל העוסק בבחינת הדיון הפוזיטיבי של דיני-הקניין. המחבר מציין בהקדמה, שחיבור זה פותח מסכת מחקר של דיני-הקניין בישראל וכי בעקבותיו עתידים לבוא חלקים נוספים שידונו בזכויות הקניין השונות ובדרכים לרכישתן.

הספר נחלק לשלושה שערים:

השער הראשון – מכוא – שבו מקדיש המחבר דיון לבחינת משמעות הביטויים דיני-קניין, זכות קניינית, זכות חפצית, זכות ריאלית, *jus in rem*; בוחן את הבסיס העיוני לקניין הפרטי; מעמיד את מקורות דיני-הקניין בישראל ומתייחס לדרך הפרשנות שיש לנקוט בפירוש הוראת חוק בתחום דיני-הקניין.

השער השני – תחום דיני-הקניין – שבו מקדיש המחבר דיון נרחב לחשיבות ההבחנה בין זכות קניינית לבין זכות אישית; לתכונותיה של הזכות הקניינית; לגישות השונות להגדרתה; להרחבת המשמעות של "זכות קניינית" ולשאלה אם זכויות הקניין בישראל הן רשימה סגורה של זכויות.

השער השלישי – הנכסים למיניהם – הוא מטבע הדברים החלק המרכזי של הספר מבחינת היקף הדיון. בשער זה עוסק המחבר בשאלות הכלליות הכרוכות במושג "נכס" העשוי לשמש מושא לזכויות הקניין השונות; בהבחנה בין סוגי הנכסים לפי גישות מיון שונות; בסוגי המקרקעין בישראל; במיטלטלין ובזכויות. תרומתו החשובה של הספר למשפט הישראלי נובעת משילובם של שלושה

גורמים:

הגורם האחד: כחיבור ראשון, המניח את יסודות דיני-הקניין בישראל, רבה חשיבותו של הספר למשפט האזרחי; שכן הוא פותח בפני המשפטן הישראלי חלון רחב להכרתם של עקרונות-היסוד בדיני-הקניין ובונה את התשתית לגיבושה של תפישה קניינית כוללת.

הגורם השני: כחיבור משפטי מקיף, הבוחן שאלות עקרוניות בדיני-הקניין, כשהוא משלב מחקר משווה עם דיון שיטתי במשפט הישראלי, מציג הספר לפני המשפטן תמונה מלאה בכל סוגייה שהמחבר מעלה לדיון, כולל ביקורת קונסטרוקטיבית של ההלכה הפסוקה והצעות מעשיות לפתרון קשיים המתעוררים עקב ליקוי או חסר בחקיקה.

הגורם השלישי: כחיבור הכתוב בלשון בהירה והמלווה בהמחשות ברורות, קל

לקורא לעקוב אחר שטף הרצאת הדברים גם כשהדיון מוביל להתחבטות בשאלות קשות, והוא חש את עצמו כשותף לדיון. להלן אתייחס לכמה סוגיות מרכזיות שבהן עוסק המחבר, כדי להמחיש את הדברים.

ב. "זכות קניינית" ; "נכס"

חשיבות ההבחנה בין הזכות הקניינית לזכות האישית אינה מוטלת בספק. היא מונחת בבסיסו של המשפט הפרטי המתייחס לכל אחת מהן כאל קטגוריה נפרדת ומחיל עליה מערכת כללים שונה. כך, למשל, העדיפות המוענקת לזכות הקניינית במקרה של פשיטת רגל או זכותו של בעליה לעקוב אחר הנכס, נשוא הזכות, גם כאשר זה "מחליף ידיים". שאלה שונה היא, אם יש לתחום את הזכות הקניינית במסגרת הגדרת מסוימת, או שמא די בהעמדת תכונותיה האופייניות כדי לספק את צורכי ההבחנה בינה לבין הזכות האישית. מקובלת עלינו גישתו של פרופ' ויסמן המצדד באפשרות השנייה. וכדבריו:

...עלינו להמנע מן הגישה – הניכרת לעיתים אצל מלומדים שעסקו בבעיה זו – כאילו יש לביטוי "זכות קניינית" משמעות אחת שהיא משמעותו הנכונה, וכל תפקידו של החוקר אינו אלא לגלות את האמת ולחשוף את המשמעות הנכונה הזאת.... יש בו [במונח "זכות קניינית" – ג' ז'] מה שהיה עניין ליצוק לתוכו, ויצקו לתוכו מה שנראה היה כמועיל להשגת תכליות ידועות, בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות. בהציגו, איפוא, את השאלה מהו טיבה של הזכות הקניינית הרינו שואלים למעשה מהי המטרה שלשם הגשמתה מצאו לנכון ליצור את הקטגוריה המיוחדת של "זכות קניין". הבדלים בהגדרת הזכות עשויים לגבוע לא רק ממידות שונות של הצלחה בניתוח מוסד משפטי זה אלא גם בגלל התכליות השונות שלשם השגתן השתמשו בקטגוריה הזאת.¹

ובמקום אחר:

ל"זכויות קניין" אין קיום אובייקטיבי. אין בטבע "זכות קניין" שביכולתך לשימה מתחת לעדשה של מיקרוסקופ כדי לבחון את צפונותיה.... "זכויות קניין" הן פרי רוחו של האדם, מושג שהאדם טבעו. כאשר קיבצו בשיטות המשפט השונות לתוך מסגרת אחת, שכינה "זכויות קניין", זכויות שונות בעלות מכנה משותף מסויים, עשו כן כדי להקל על הטיפול באותן זכויות, ועל השימוש בהן. מהו המכנה המשותף הזה, שבהסתמך עליו שייכו זכויות שונות לאותה מסגרת – זוהי שאלה שאין עליה תשובה אחת. המכנה המשותף תלוי במטרות שאותן ביקשו להשיג יוצרי המסגרת הזאת. מכיון

שהמטרות שלשמן הוקמה מסגרת זכויות הקניין היו שונות היה גם שוני במכנה המשותף שנבחר.²

דברים אחרונים אלה שכבר הביע פרופ' ויסמן בזמנו במאמרו "מושגי יסוד בדיני קניין — סקירה ביקורתית"³ צוטטו בהסכמה על-ידי השופט ברק בד"נ 21/80 ורטהימר נ' הרדי.⁴

עם זאת, לא נמנע פרופ' ויסמן מלדון לגופה בכל אחת מן ההגדרות המקובלות לזכות הקניינית ועל-ידי כך מאפשר לקורא להתוודע אל התפתחותן של התיאוריות הקנייניות השונות, מצד אחד, ואל הביקורת המושמעת כלפי כל אחת מהן, מצד אחר.

נאמן לגישתו, שלפיה החשיבות המרכזית בתיחום דיני-הקניין הוא ליבון תכונותיה של הזכות הקניינית, בונה המחבר באופן שיטתי פסיפס שלם של תכונות, אשר — לדעתו — מרכיבות את תוכנה של הזכות הקניינית, תוך שהוא ממחיש את דבריו בדוגמאות המאפשרות לקורא לעמוד על המשמעות המקובלת של המושג. ניתן לחלוק על דעתו של פרופ' ויסמן באשר למאפיין זה או אחר, המרכיב — לגישתו — את תוכנה של הזכות הקניינית.⁵ אך מעצם המחלוקת נלמדת חשיבותו של המחקר כבסיס מפרה לפיתוח החשיבה המשפטית והרחבת הדעת בשאלות-יסוד של דיני-הקניין.

תיחום דיני-הקניין במסגרת המשפט הפרטי אינו יכול להיעשות בלא בחינת משמעותו של המושג "נכס", כמושא של הזכות הקניינית. לזכויות הקניין אין קיום אלא בזיקה לנכס כלשהו. מכאן השאלה, מהו "נכס" שבו תיתכן היווצרותן של זכויות קניין. בפתחו של השער השלישי, הדן בנכסים למיניהם, מביע פרופ' ויסמן את הדעה כי דבר ייחשב כ"נכס" רק אם ניתן להמירו בכסף. וכלשונו:

למונח "נכסים" אין אמנם משמעות אחידה ואולם בשימוש המקובל בדיני קניין הוא מתאר "דברים" שתכונתם המשותפת העיקרית היא היכולת של בעליהם להחליפם בכסף, או היכולת של נושים להיפרע מהם את חובם. לפי גישה זו דבר שהדרך היחידה להעברתו היא שלא בתמורה (במתנה, או כירושה) לא יחשב כ"נכס". לאור האמור, אין מניעה שאותו דבר ייחשב בנסיבות מסוימות כנכס (כאשר ניתן

2 שם, בעמ' 58.

3 משפטים יא (תשמ"א) 41, 72.

4 פ"ד לה (3) 253, 269.

5 כך, למשל, חוקף פרופ' טדסקי את הגישה, שלפיה העבירות היא תכונה מרכזית של זכות קניין. ראה ג' טדסקי, "על זכות הקדימה במקרקעין" הפרקליט לו (תשמ"א) 251; ג' טדסקי, "קניין ועבירות-הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח (תשמ"ט) 281. על כך ראה תגובתו של פרופ' ויסמן במאמרו "בעלות", 'נכסים', ועבירותן של זכויות קניין — ליבונה של מחלוקת" הפרקליט לו (תש"ץ) 231. והשווה גם לגישתו של פרופ' לבונטין, המדגיש את העברתה של הזכות בתמורה (המירוטה) כאחת מתכונות היסוד של הזכות הקניינית. א' לבונטין, "זכות קניין — מהי?" משפטים ט (תשל"ט) 384, 390.

להמירו בכסף) ובנסיבות אחרות כדבר שאינו נכס (כשהעברתו אינה אפשרית).⁶

כך, למשל, סבור פרופ' ויסמן, לא תיחשב כ"נכס" תרופה יקרה הניתנת על-פי מרשם בלבד, שהחוק אוסר על העברתה כשהיא בידיו של הצרכן. לעומת זאת, המלאי של אותה תרופה, המצוי בידי בעל בית-מרקחת, הרשאי לסחור בה, יהא חלק מנכסיו.⁷

המבחן המתואר יוצר אפוא חלוקה בין דברים שהם בגדר "נכסים" לדברים שאינם בגדר "נכסים". אולם מאחר שסיווגו של דבר כ"נכס" מושפע מהתייחסותה של שיטת-המשפט לשאלת המירותו בכסף, כך אף תושפע החלוקה.

מבחן זה משמש את פרופ' ויסמן בהמשך מחקרו המרתק בשאלה אם גוויית-אדם, או חלקים מגוף אדם חי או מגווייתו, הם בגדר "נכס" שתיתכן לגביהם היווצרותה של זכות קניינית. לפי גישתו, כי "נכס" הוא רק דבר שניתן להמירו בכסף, בוחן פרופ' ויסמן את השאלה, אם בהיעדר חקיקה מפורשת המסדירה את נושא הסחר באיברים, הסכם למכירת חלקי גוף וגווייה יהיה תקף, או שמא תתייחס אליו שיטת-המשפט כאל הסכם הנוגד את תקנת-הציבור, ועל-כן – בלתי חוקי. גישתה של שיטת-המשפט לשאלה זו תכריע את הכף בשאלת סיווגם של הגווייה, או איברים, לצורך חלותם של דיני-הקניין, לאמור: אם הם "נכס", ועל-כן מושא לזכויות קנייניות, אם לאו. חשיבותה של הסוגיה הנדונה במשפט הישראלי אינה מוטלת בספק, בשל הממדים שהיא תופשת עם התפתחות מדע-הרפואה בתחום של השתלת איברים, מצד אחד, והיעדר הסדר חקיקתי ממצה בסוגייה, מצד שני.⁸ הדיון שמעלה פרופ' ויסמן הוא מרתק בהציגו בפני הקורא, לצד מחקר השוואתי בדבר עמדתן של שיטות-משפט אחרות, את ההיבט העקרוני של הבעיה על מכלול השיקולים בעד מתן תוקף להסכם למכירת איברים ונגדה. התפתחות הדין שצופה פרופ' ויסמן בשאלה זו תהא תלויה בשאלה של היחס בין הביקוש לחלקי גוף לבין ההיצע. עם זאת הוא סבור, כי גם אם תוליד ההתפתחות להכרה במכירת חלקי גוף, וכתוצאה מכך יהיו הם בגדר "נכס" – "...בשל אופיו המיוחד של 'הנכס' הזה אין להניח כי הדין יתייחס אליו אי-פעם כאל נכס רגיל מנכסי האדם. המשפט יצטרך לפתח דינים מיוחדים המתחייבים מאופיו של נכס זה".⁹

שאלה אחרת מעניינת, שאותה בוחן פרופ' ויסמן בספרו היא, האם ציפייה לקבלת נכס היא עצמה נכס. יש להבדיל בין ציפייה לקבלת נכס לבין ציפייה שיש לבעל זכות משפטית להתממשות הזכות. הציפייה לקבלת נכס אינה מושתתת על

6 שם, בעמ' 90. ברוח זו קבע הנשיא שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 316, 309, כי מוניטין של מוצר הוא נכס ויכולה להיווצר לגביו זכות קניין.

7 שם, בעמ' 90 והערה 5. וראה גם ההבחנה שעושה המחבר במאמרו, "בעלות", 'נכסים', ועבירות של זכויות קניין – ליבונה של מחלוקת" (לעיל, הערה 5) 233, בין מוצג יקר-ערך, שבאוספו של אדם פרטי ואשר אותו הוא חופשי למכור או למשכן, ואף ניתן לעקלו, לבין מוצג זהה המצוי ברשותו של מחיאן מוכר וכאשר על-פי החוק אין המוידאן יכול למוכרו או למשכנו ואף לא ניתן לעקלו.

8 השווה לחוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953 (ס"ח 162), המתייחס לשימוש בחלקי גוויית-אדם לצורכי ריפוי, אם הנפטר עצמו הביע את הסכמתו בעודו בחיים או אם לא התנגדו קרובי-משפחתו המנויים בחוק לשימוש.

9 שם, בעמ' 103.

זכות משפטית של בעל-הציפייה. כך, למשל, ציפיותו של אדם לקבלת נכס מפלוני בירושה או ציפייה של הלקוח שהבנק יאשר לו אשראי למשיכות-יתר. האם יוכל בעל-הציפייה למכור את הציפייה לאחר או למשכנה עוד בטרם התממשה? האם יוכל נושה לעקלה? שאלה סבוכה זו טרם נחקרה כדבעי והיא מעוררת שאלות נכבדות בדיני-קניין ובתחומים נוספים של המשפט הפרטי, כדוגמת דיני-ירושה ודיני-חוזים¹⁰. בית-המשפט העליון נדרש לסוגייה של עיקול ציפייה, אך נראה כי טרם נפטרה הלכה ברורה וחד-משמעית בעניין¹¹.

אגב ניתוח הפסיקה ותוך השוואה לגישתן של שיטות-משפט אחרות, מפתח פרופ' ויסמן בספרו את הרעיון, שלפיו ניתן בדרך-כלל לראות בעסקה שמושאה הוא ציפייה לקבלת נכס משום התחייבות חוזית של בעל-הציפייה להעביר בעלות בנכס עתידי¹². רעיון זה מעניין, שכן הוא מיתר מאליה את הפרובלמטיקה לגבי ציפייה בנכס. עם זאת, הוא מעלה קושי לגבי המועד שבו עוברת הבעלות בנכס לידי הקונה: האם זה האחרון הופך לבעלים עם רכישת הנכס על-ידי המוכר בלא שיהיה צורך בפעולה נוספת, או שמא כל שיש לקונה במועד זה הוא רק זכות חוזית כלפי המוכר לקבל את הבעלות בנכס. לדעת פרופ' ויסמן, אין מגיעה שהדין יאמץ את האפשרות הראשונה, בהצביעו על כך שסעיפים 2 ו-33 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, מאפשרים מכירת נכס עתידי ומניחים לצדדים לקבוע בהסכם את מועד העברת הבעלות. מעניין לבחון את ההשלכה של גישה זו על מעמדו של צד שלישי, כאשר נתן המוכר התחייבות נוגדת להענקת זכויות באותו נכס¹³, או על מעמדו של נושה שלטובתו משכן המוכר את הנכס¹⁴, או נושה שהטיל עיקול על הנכס.

ג. מקרקעין, מיטלטלין ומחוברים

אמנם, הנטייה המודרנית היא לצמצם את ההבדלים שבין דיני-המקרקעין לבין דיני-המיטלטלין ולקבוע הסדרים דומים לשני סוגי הנכסים הללו. בכל-זאת ההבחנה נשמרת בדין בנושאים חשובים, דוגמת הקניית בעלות בנכס-מקרקעין לעומת

10 ראה ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757; ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ר.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 197, 228. לחיובי המוכר והקונה על-פי תחנה המכר ראה גם א' זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשמ"ז) 91-92, 95.

11 בעניין עיקול הציפייה של דייר מוגן לקבלת דמי-מפתח בעתיד השווה לבר"ע 232/75 אטבה נ' רצבי, פ"ד ל(1) 474; ר"ע 416/86 דנוך נ' עמר, פ"ד מ(3) 775; רע"א 143/88 לוי נ' בקשור, פ"ד מב(4) 198. בעניין עיקול הציפייה של הלקוח לקבלת אשראי למשיכת-יתר מן הבנק ראה ע"א 332/80 אלתיא בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לז(2) 673, 683. והשווה גם לע"א 202/69 הנאמן לנכסי משה בכר בפשיטת רגל נ' כונס נכסי משה בכר, פ"ד כג(1) 763, לגבי מישכון ציפייה של דייר מוגן לקבלת דמי-מפתח.

12 שם, בעמ' 374-375; 376-337. פרופ' ויסמן מסייג את דבריו לגבי עסקה בציפייה לקבלת ירושה, שלגבי זו קיימת רגישות מיוחדת בדין הפוזיטיבי הישראלי. ראה חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (ס"ח 63), סעיפים 6, 7(א) 8; וכן ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, (לעיל, הערה 10).

13 סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971 (ס"ח 184).

14 לגבי מישכון נכס עתידי על-ידי החברה ראה סעיף 165 לפקודת החברות [נוסח חדש] (נ"ח 761). לשאלה אם ניתן למשכן נכס עתידי על-פי חוק המישכון, תשכ"ז-1967, ראה י' ויסמן, חוק המישכון, תשכ"ז-1967 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, תשל"ה) 24-31.

מיטלטלין; היווצרותן של זכויות קנייניות מסוימות רק במקרקעין; חבות במס ושיעבוד מס בנכס; דרכי ההוצאה לפועל של פסקי-דין ודיני-ההתיישנות. מכאן נובעת חשיבותו של המיון בין שני סוגי הנכסים הללו, אלא שפעולת המיון אינה תמיד קלה, בשל העובדה שאותו נכס עשוי בנסיבות עובדתיות מסוימות להיחשב למקרקעין, ובנסיבות אחרות – למיטלטלין. כוונתנו למושג "מחוברים", דהיינו: מיטלטלין שבנסיבות מסוימות הפכו לחלק בלתי-נפרד מן המקרקעין.

"מקרקעין" בסעיף 1 של חוק המקרקעין הם "קרקע, כל הבנוי עליה והנטוע בה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה"¹⁵. סעיף 12 לחוק קובע את ההוראה הפוזיטיבית: "הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה...". חשיבות הסיווג בין מיטלטלין לבין מיטלטלין שהפכו למחוברים בדיני-הקניין היא מרכזית: למי הבעלות או זכות קניין אחרת בנכס המסוים, כאשר בעל-המיטלטלין אינו בעל-המקרקעין. כך, למשל, כאשר מיטלטל השייך לפלוני, או הממושכן לטובתו של פלוני, חובר למקרקעין של פלמוני, בין שהחיבור נעשה על-ידי פלמוני בעל-המקרקעין ובין על-ידי אחר, דוגמת פלוני עצמו בעת שהיה שוכר של המקרקעין. אך להבחנה בין מיטלטלין לבין "מחוברים" השלכות גם במישורים נוספים, כגון במשפט הציבורי לגבי החלחם של חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965¹⁶, וחוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968¹⁷, או בדיני-מיסים לגבי החלתו של חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963¹⁸.

לכאורה ההגדרה שבחוק המקרקעין נותנת לנו תשובה. אולם הקושי הוא לקבוע מהו "חיבור של קבע" כדי להפוך את המיטלטלין למקרקעין, ומהם "מחוברים הניתנים להפרדה" כדי שישמרו על צביונם כמיטלטלין אף שחוברו למקרקעין. כאן מתגלה יכולתו האנליטית של פרופ' ויסמן ותרומתו הברוכה בניתוחה של סוגייה קשה זו. בנתחו את לשון ההוראה והפסיקה, ותוך שילוב של מחקר משווה, מעמיד פרופ' ויסמן תיזה מעניינת המבחינה בין מצבים שונים של חיבור מיטלטלין – תיזה מבוססת על המבחן הפיסי של מידת צמידותו של הנכס לקרקע, מצד אחד, ועל מבחן הכוונה של המחבר כאשר לייעודו של המחובר, מצד שני. המבחן הפיסי מדגיש את מידת צמידותם של המחוברים לקרקע ואפשרות ניתוקם באמצעים בלתי-שגרתיים ומבלי להרוס את הנכס או לגרום לו נזק רב. אך לדעת פרופ' ויסמן, לא די במבחן הפיסי, שהרי ייתכנו מצבים שבהם ניתן להפריד בנקל את המחוברים מן הקרקע, ואף על-פי-כן ראוי לסווגם כמקרקעין. לפיכך יש – לדעתו – לשלב את המבחן הפיסי עם מבחן הכוונה, לאמור: האם הכוונה היא לחיבור של קבע, שאז המחובר יהא מקרקעין, או לחיבור ארעי, שאז יישאר המחובר מיטלטלין גם לאחר חיבורו. הכוונה שמתחשבים בה היא הכוונה האובייקטיבית המוסקת ממכלול נסיבות העניין, כשלשם כך יהיה מקום להבחין בין מקרים שבהם שאלת הסיווג של

15 הגדרה זוהי מופיעה בסעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 (ס"ח 302); ובסעיף 1 של פקודת הפרשנות [נוסח חדש] (נ"ח 2).

16 (ס"ח 259) והשווה להגדרה של "בנין" בסעיף 1 של החוק.

17 ס"ח 204. וראה גם ע"פ 371/86 בן-זכאי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מא(4) 298.

18 ס"ח 156. וראה ההגדרה של "מקרקעין" בסעיף 1 של החוק.

הנכס שחובר מתעוררת במסגרת מערכת היחסים שבין בעל המקרקעין ומי שהיה בעל זכות במיטלטלין, עובר לחיבור, דוגמת בעלים או נושה מובטח, לבין מקרים שבהם שאלת הסיווג עולה במערכת היחסים שבין בעל הזכות במיטלטלין, עובר לחיבור, לצד שלישי, דוגמת קונה המקרקעין לאחר שנעשה החיבור או מי שלטובתו מושכנו המקרקעין. פרופ' ויסמן ער לעובדה שההגדרה של "מקרקעין" אינה מניחה מקום למבחן הכוונה ומעמידה את המבחן הפיסי בלבד. אולם – לדעתו – מכיוון שהסתמכות על המבחן הפיסי בלבד, של מידת החיבור ואפשרות הפרדה, מולידה תוצאות בלתי-סבירות – מן הראוי שייעשה מאמץ פרשני כדי לקרוא את ההגדרה באופן שהמבחן הפיסי לא ישלוט באופן בלעדי על סיווג הנכסים למקרקעין ולמיטלטלין¹⁹.

נראה זה טרם נחקר בישראל באופן כה ממצה ומעמיק, אף כי יש לו השלכות מעשיות רבות במשפט האזרחי והציבורי. התיזה שמעמיד פרופ' ויסמן בספרו יוצקת את הבסיס להתפתחות עתידית של הנושא הן בבתי המשפט הן במחקר אקדמי. גם המחקר הישראלי עשוי להפיק לקח ממסקנתו של המחבר, שלפיה הסייג בהגדרת מקרקעין "זולת מחוברים הניתנים להפרדה" אינו רצוי, משום שהוא מעורר קשיי פרשנות; ודי בקביעה שעל החיבור להיות "חיבור של קבע", שאז ניתן לשלב הן את המבחן הפיסי הן את מבחן הכוונה.

ד. עסקאות במקרקעי ישראל

כ-93% מן המקרקעין בישראל הם מקרקעי ישראל, כמשמעותם בחוק יסוד: מקרקעי ישראל, דהיינו: מקרקעין בבעלות המדינה, מקרקעין של רשות הפיתוח ומקרקעין של הקרן הקיימת לישראל. על-כן נכון ראה פרופ' ויסמן להקדיש בספרו דיון נרחב לנושא של מקרקעי ישראל ועסקאות בסוג זה של מקרקעין. הדיון העוסק בשאלות עיוניות ומעשיות כאחד מקנה למשפטן הישראלי את מלוא הידע וההתמצאות בהסדר המשפטי החל על מקרקעי ישראל ובסבך של ההוראות המנהליות השונות שתחולנה בקשר לרכישת זכות החכירה במקרקעי ישראל, וכיצועה של עסקה בזכות שנרכשה.

חסרוננו של ההסדר המשפטי הקיים בכל הנוגע למקרקעי ישראל טמון בשניים: ראשית, חוסר בהירותו של ההסדר החקיקתי בשאלות משפטיות עקרוניות, דוגמת השאלה אם "מקרקעי ישראל" בחוק יסוד: מקרקעי ישראל, הם רק מקרקעין שבבעלות המדינה או גם מקרקעין שבהם למדינה זכות הפחיתה מן הבעלות, כגון זכות חכירה, זכות שכירות לתקופה קצרה או משכנתא; או השאלה, האם במקרקעי ישראל כלולה גם זכות הבעלות של המדינה בחלק יחסי של המקרקעין כבעלים משותפים. וכך, למשל, גם השאלה כיצד ליישב בין ההוראות שבדברי החקיקה השונים הנוגעות לעסקאות במקרקעי ישראל, דוגמת חוק מקרקעי ישראל,

19 שם, בעמ' 140-141. וראה כרות דברים אלה גם ע"פ 297/77 מדינת ישראל נ' טיימזה, פ"ד לב(2) 599, 609, 613; ע"פ 371/86 בן-זכאי נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מא(4) 298, 304, 307; ע"פ 697/85 גולדשטיין נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה לוד, פ"ד מ(4) 57, 62.

תש"ך-1960²⁰, הקובע את סמכויות הניהול של מינהל מקרקעי ישראל במקרקעי ישראל, לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951²¹, שהותיר בידי הממשלה סמכויות לביצוע עסקאות שונות במקרקעי ישראל, או השאלה, האם הסמכות שהעניק המחוקק לממשלה בחוק נכסי המדינה חופשית מן המגבלות שקובעים חוק יסוד: מקרקעי ישראל²², וחוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960²³, לגבי העברת הבעלות במקרקעי ישראל; או שמא היא מוסמכת לבצע עסקאות באותם מקרקעין רק במסגרת אחד החריגים שנקבע לכך על-ידי המחוקק בחוק מינהל מקרקעי ישראל. לשאלות אלה ואחרות כדוגמתן מקדיש פרופ' ויסמן דיון נרחב כשהוא משתמש בכלים של פרשנות משפטית לצדם של שיקולי מדיניות כללית, ומציע את התשובה ההולמת – לדעתו – לפתרון.

שנית, היעדר הסדר כולל בחוק בנוגע לעסקאות במקרקעי ישראל. חוק יסוד: מקרקעי ישראל, מסתפק בקביעת האיסור הכללי בדבר העברת בעלות במקרקעי ישראל, ואינו מתייחס לעריכתן של עסקאות אחרות במקרקעי ישראל. נושא זה הושאר בידי מועצת מקרקעי ישראל המתמנה על-ידי הממשלה ואשר לפי סעיף 3 לחוק מינהל מקרקעי ישראל הוענקה לה הסמכות לקבוע את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל. מכאן, שנושא העסקאות במקרקעי ישראל מוסדר בעיקרו בדרך מינהלית בלבד, באמצעות החלטות של מועצת מקרקעי ישראל, ומעוגן בעקרונות היסוד לפעולות המינהל שנקבעו על-ידי הממשלה במאי 1965 ואומצו על-ידי מועצת מקרקעי ישראל. עובדה זו לא רק מקשה על התמצאות מעשית בסבך תהליך ההתקשרות עם מינהל מקרקעי ישראל לשם רכישת זכות חכירה במקרקעי ישראל, או העברתה של זכות כזו, אלא שהיא אף גורמת לאי-ודאות ולחוסר-ביטחון אצל המתקשר-הצרכן לגבי מערכת-היחסים המשפטיות שבינו לבין המינהל עקב התקשרות כזו. בספרו חוקר פרופ' ויסמן נושא זה לפרטי, לפי עקרונות היסוד של מועצת מינהל מקרקעי ישראל וההתפתחויות שהתחוללו במשך השנים במדיניות המינהל לגבי רכישת זכות חכירה במקרקעין עירוניים ובמקרקעין חקלאיים וביצועה של עסקה בזכות החכירה, כגון העברתה או מישכונה. שאלות דוגמת שיעור דמי-החכירה הראשוניים ודמי החכירה השנתיים, שיטת ההיוון, תשלום דמי הסכמה, החכרת קרקע חקלאית ומעמדו של חבר-מושב כבעל "הרשאה" בלבד מאת המושב, חידוש תקופת החכירה – נבחנות בהרחבה על מכלול היבטיהן, שיקולי המדיניות המנחים את מועצת מינהל מקרקעי ישראל וחוזי-חכירה מקובלים.

הדיון בנושא אינו נמנע מביקורת קונסטרוקטיבית של המחבר לגבי ההסדר החקיקתי הקיים או המדיניות הנוהגת של מינהל מקרקעי ישראל. את הדיון מסכם פרופ' ויסמן בשתי הערות חשובות, שמן הראוי היה ליתן את הדעת עליהן: ההערה האחת צופה את המשבר הציבורי העשוי להיגרם כאשר יגיעו לקצן תקופות-חכירה רבות וכאשר מינהל מקרקעי ישראל יבקש לעמוד על זכותו לקבלת הנכסים בחזרה.

20 ס"ח 56.

21 ס"ח 52.

22 ס"ח 56.

23 ס"ח 57.

"הערכתנו היא כי במתח שבין האילוצים המשפטיים לבין אילוצי המציאות, יהא זה המשפט שייאלץ לסגת. ככל שמינהל מקרקעי ישראל יקדים להיערך לשלב הזה כן ייקל המעבר"²⁴. ההערה השנייה מתייחסת לכך שחלק ניכר מן הנושאים החשובים בנוגע למקרקעי ישראל איננו מוסדר כלל בחוק, אלא רק בדרך מינהלית, על-ידי החלטות מועצת מקרקעי ישראל הניתנות לשינוי, או בהסדרים חוזיים של מינהל מקרקעי ישראל, שבהם המינהל נוטל לעצמו סמכויות חד-צדדיות. "מן הראוי היה שהנושא הזה, שהוא כה חיוני לצרכן המקרקעין, ביחסיו עם הרשות הציבורית המחכירה לו את הקרקע, יוסדר בחקיקה, שתעניק מידה סבירה של יציבות וביטחון לרוכשי הזכויות במקרקעי ישראל"²⁵.

ה. רכישת זכות במקרקעין ובמקרקעין שאינם רשומים

מאז ימי השלטון המנדטורי עוברים המקרקעין בישראל תהליך של הסדר זכויות במקרקעין²⁶, שתכליתו לברר מחדש את הזכויות במקרקעין ולערוך פנקסי-רישום חדשים המבוססים על שיטת רישום זכויות, להבדיל משיטת רישום שטרות שהיתה נהוגת בתקופת השלטון העותומני ואשר לא היתה מדויקת. כ-94% משטח מדינת ישראל כבר עבר תהליך של הסדר מקרקעין.

יעילותו של מרשם-המקרקעין כמקור יידוע מהימן של מצב הזכויות במקרקעין מותנית בהיקף תחולתו. עסקאות מקרקעין שאינן נרשמות חותרות תחת תכלית המרשם. כדי לתמרץ רישום עסקאות קבע מחוקק חוק המקרקעין, כי עסקה במקרקעין טעונה רישום; וכל עוד לא נרשמה, יראוה כהתחייבות בלבד לביצוע עסקה במקרקעין. כמובן ביטל המחוקק את המושג של זכות שבייחוד במקרקעין בקובעו, כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"²⁷. אמנם, נעשתה בחוק הבחנה בין מקרקעין מוסדרים לבין מקרקעין שאינם-מוסדרים, לעניין חלוקתן של הוראות מסוימות, ובמיוחד לעניין כוחו של הרישום לשמש מקור אמין להסתמכותו של רוכש זכויות במקרקעין²⁸. אך הבחנה זו תעבור מן העולם בעתיד כשתהליך הסדר זכויות במקרקעין יגיע לסיומו.

הקושי המרכזי באשר למרשם זכויות במקרקעין נעוץ בעובדה, שעדיין קיימים בישראל מקרקעין שאינם רשומים כלל במרשם-המקרקעין הרשמי. מקרקעין מן הסוג האחרון נחלקים למקרקעין שלא בא זכרם כלל בפנקסי-המקרקעין ולמקרקעין הרשומים בפנקסי-המקרקעין כגוש בלבד וטרם עברו תהליך של חלוקה לחלקות על-פי דיני-התכנון והבנייה. היעדר רישום במקרקעין יוצר קושי מהותי, שלפיו

24 שם, בעמ' 264-265.

25 שם, בעמ' 265.

26 מכוח פקודת הקרקעות (סידור זכות קניין), 1928, ששמה הוסב, לאחר שעברה ניסוח מחודש, לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (ג"ח 293).

27 סעיף 161 לחוק המקרקעין.

28 רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים ישמש ראיה חותכת לתוכנו, לעומת רישום לגבי מקרקעין לא-מוסדרים, שישמש ראיה לכאורה לתוכנו (סעיף 125(א) וסעיף 125(ב) לחוק). והסתמכות בתום-לב על המרשם במקרקעין מוסדרים עשויה להקנות לרוכש בתמורה של זכות במקרקעין הגנה של "חקנת-השוק" במקרקעין (סעיף 10 לחוק).

רוכשי זכויות בנכס "אוחזים" בהתחייבות בלבד לעסקה במקרקעין. כל עוד לא נרשמו המקרקעין או כל עוד הם רשומים כ"גוש" ולא חולקו ליחידות-רישום, לא ניתן להשלים את העסקה הקניינית ברישום. קושי זה חמור במיוחד בשל התפתחות התופעה של בנייה למגורים על "גוש" מקרקעין שטרם עברו חלוקה, בעיקר בנייה ציבורית. מאות אלפים של יחידות-דירה בשיכונים ציבוריים טרם נרשמו, ו"בעלי" דירות טרם רכשו זכויות קנייניות בנכס. כל "עסקה" נוספת שתעשה על ידי "רוכש" הדירה, דוגמת מכר או מישכון, אף היא אינה עיסקה במקרקעין, אלא המחאה של הזכות האובליגטורית. רישום הזכויות שנרכשו בספרי מינהל מקרקעי ישראל או בספרי החברה המשכנת אין בו כדי להביא להשלמת העסקה הקניינית ודינו כדין רישום פרטי בלבד.²⁹ פסק-דין של בית-המשפט העליון בע"א 842/79 נס נ' גולדה³⁰ הוא דוגמא לסיכון שהנמחה של הזכות האובליגטורית נחשף לו, גם כאשר רכש את הזכות בתמורה ובהסתמכו בתוס' לב על המרשם הפרטי שמינהלת החברה המשכנת, ואפילו קיבל את החזקה בדירה.³¹ הפתרון שהעמיד המחוקק בחוק שיכונים ציבוריים (הוראת שעה), תשכ"ד-1964,³² ואחר-כך בתיקון משנת תשמ"ב³³, הוא פתרון חלקי בלבד; שכן תחולת החוק הוגבלה לבניינים שהוחל בבנייתם עד ל-30 בנובמבר 1981. בזמנו גובשה הצעת חוק להטיל חובת רישום זמני של זכויות במרשם-המקרקעין לגבי בית או דירה שלא נתמלאו לגביהם התנאים הדרושים לרישוםם כבית משותף בפנקס-המקרקעין או בפנקס הבתים המשותפים. לפי הצעה זו, דינו של הרישום הזמני לכל דבר ועניין כדין רישום על-פי חוק-המקרקעין. אולם הצעה זו לא נתקבלה עד היום כחוק.

בספרו בוחן פרופ' ויסמן את חומרת התופעה של המקרקעין הבלתי-רשומים ואת ההשלכות המעשיות השליליות שלה מן ההיבטים שלפיהם נקבעה שיטת מרשם זכויות במקרקעין. במחקרו הוא משלב מחקר-שדה עם ניתוח אנליטי של הסדרי החוק הרלבנטיים והפסיקה, באופן שלפני הקורא מוצגת תמונה ברורה של המצב המשפטי בסוגייה.

דיון מיוחד מקדיש פרופ' ויסמן לשאלה, אם הוראות חוק שעניינן זכויות קניין במקרקעין, כגון בעלות או חכירה, תחולנה גם במקרקעין שאינם רשומים. בהתייחסו לנטייה הפרשנית המסתמנת בפסיקת בתי-המשפט בשאלת החלתן של הוראות חוק המתייחסות לבעלות או לחכירה גם על התחייבויות שטרם נרשמו במרשם-המקרקעין, סבור המחבר, כי לשם פרשנותה של הוראת החוק יש להתחשב גם בגורם לא-השלמתה ברישום של העסקה. כאשר הגורם הוא היעדרו של רישום, אין הצדקה לשלול מבעל-ההתחייבות את היתרונות שהחוק מעמיד לרשותו של רוכש זכות, שהעסקה עמו הושלמה ברישום, ויש ליתן פירוש מרחיב לחוק באופן

29 ראה ע"א 505/70 בנק למלאכה בע"מ נ' הנאמן על נכסי ציליק, פ"ד כה (1) 423, 426; ע"א 227/73 כונס הנכסים הרשמי נ' טפחות בנק למשכנתאות בע"מ, פ"ד כט (1) 85, 90.

30 פ"ד לו (1) 204.

31 בעניין זה ראה נ' כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עיסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 215.

32 ס"ח 52.

33 חוק לרישום שיכונים ציבוריים (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), תשמ"ב-1982 (ס"ח 13).

שיחול גם על ההתחייבות. מכל-מקום – סבור פרופ' ויסמן – מן הראוי היה שהמחוקק יגלה ערנות לתופעת המקרקעין הבלתי-רשומים בעת שהוא בא לקבוע בחוק הסדרים למקרקעין³⁴, וכדבריו:

כל אימת שמבחינה עניינית אין מקום לקביעת הסדרים שונים למקרקעין רשומים ולמקרקעין שאינם רשומים, ראוי לנסח את הוראות החוק כך שתינתן להן תחולה הן על מקרקעין רשומים והן על מקרקעין שאינם רשומים³⁵.

לסיכום ייאמר, שהספר דיני קניין – חלק כללי הוא מלאכת-מחשבת, חיבור משפטי מקורי, המצטיין בעמקותו, בתפישת משפטית רחבה, בבקאות מופלאה בענפי המשפט האזרחי ובהגשה בהירה ומרתקת של הדברים. אין לי ספק, שהספר יהיה ספרי-יסוד בלימודי הקניין בפקולטאות למשפטים ומקור חיוני למחקר האקדמי בתחום. בטוחני, שחיבור זה אף יתרם תרומה משמעותית לחיי המעשה וכמקור משפטי בר-סמך יסייע לבתי-המשפט ולעורכי-הדין בליכונן של שאלות משפטיות ובפתרוןן של מחלוקות. כאמור, הספר דיני קניין – חלק כללי עתיד להיות חלק ראשון ביצירה מקפת של המחבר בדיני-הקניין. איחולי לפרופ' ויסמן, כי יצליח בהמשך מלאכתו הברוכה והמועילה.

34 כך, לדוגמא, נהג המחוקק לגבי סוגיית הבתים המשותפים, כאשר הוסיף בשנת 1977 את פרק 11 לחוק-המקרקעין.

35 שם, בעמ' 326.