מקרקעין ומיטלטלין

מאת

יהושע ויסמן*

א. כללי. ב. הטעמים להבחנה שבדין בין מקרקעין למיטלטלין; 1. ההיבט הפיזי; 2. ההיבט הכלכלי; 3. ההיבט הפסיכולוגי. **ג. עקיפת הסיווג של מקרקעין ומיטלטלין. ד. מקרקעין**; 1. קרקע; 2. אוצרות־טבע; 3. חלל־הרום; 4. מחוברים; 5. חיבור כדין, על־ידי בעל־המקרקעין, של מיטלטלין שבהם זכויות לאדם אחר; 6. חיבור כדין על־ידי שוכר־מקרקעין; 7. חיבור שלא כדין על־ידי בעל־המקרקעין, של מיטלטלין שבהם זכויות לאדם אחר; 8. חיבור שלא כדין במקרקעי הזולת; 9. חיבור בתום־לב, שלא על־ידי בעל־המקרקעין, במקרקעין שאינם מוסדרים; 10. סיווג מחוברים כלפי גורמי־חוץ; 11. חריגים לכלל שהבעלות בקרקע חלה גם על המחוברים לקרקע; 12. מקרקעין ההופכים למיטלטלין.

א. כללי

§1 מבין המיונים השונים של נכסים נודעת חשיבות מיוחדת למיונם למקרקעין ולמיטלטלין. המיון הזה כה מושרש במשפט, עד כי יש אף המקבלים אותו כאילו היה, כביכול, נתון טבע[1]. ואכן, טבעם השונה של מקרקעין ומיטלטלין — כאשר המאפיין העיקרי של מקרקעין הוא היותם נכס שאינו נד ("נכסי דלא ניידי"), בעוד שהמיטלטלין הם, כשמם, מיטלטלים ("נכסי דניידי") — הביא לכך שהמיון הזה נתרווח בקרב שיטות־המשפט השונות[2]. דינים שונים נקבעו למקרקעין ולמיטלטלין, והיתה זו מסורת המשפט הגרמני אשר הדגישה במיוחד את ההבחנה בין דיני־המקרקעין לדיני־

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. מאמר זה הוא חלק מחיבור מקיף על דיני־קניין, הנמצא בשלבי כתיבתו.

1 "Nature has provided one division of property, namely into immovables (i.e. land) and movables". R. Megarry and H.W.R. Wade, *The Law of Real Property* (5th ed., 1984) 10.

2 Peter Stein, *Legal Institutions — The Development of Dispute Settlement* (1984) 164. מעניין התריג שבברית־המועצות. סעיף 21 לספר החוקים האזרחי הסובייטי, משנת 1923, קובע במפורש כי ההבחנה שבין מקרקעין לבין מיטלטלין בטלה עם ביטול הקניין הפרטי במקרקעין. V. Gsovski, *Soviet Civil Law* (1949) II, 43.

nevo.co.il

המיטלטלין[3]. ואולם, ההבחנה החדה בין דיני־המקרקעין לדיני־המיטלטלין הולכת ומתקהה בימינו, והנטייה המודרנית היא לצמצום ההבדלים ולהאחדת הדין החל על מקרקעין ומיטלטלין. כך, למשל, גרם באנגליה ה־Law of Property Act, 1925 לצמצום ההבדלים שהיו בין דיני־המקרקעין לדיני־המיטלטלין, אף שנותרו עדיין הבדלים חשובים[4]. אף אצלנו ניכרת נטייה זו. בחוקים מרכזיים שבתחומי המשפט הפרטי המחוקק הישראלי נוהג לקבוע הוראות דומות למקרקעין ולמיטלטלין[5]. יחד עם זאת, נכון לומר אף כיום, כי בנושאים חשובים ומגוונים דיני־המקרקעין שונים מדיני־המיטלטלין ועל־כן מן הראוי להקדיש תשומת־לב למבחנים שבעזרתם ניתן להבדיל בין שני סוגי נכסים אלה. בין הנושאים שבהם דיני־המקרקעין שונים מדיני־המיטלטלין בולטים במיוחד אלה:

הדרכים להעברת בעלות. במקרקעין נדרש, בדרך־כלל, רישום במרשם־המקרקעין בעוד שבמיטלטלין די, בדרך־כלל, בהסכם להעברתה, כאשר מדובר במכר, או במסירת הנכס, כאשר מדובר במתנה[6].

התחייבות לביצוע עסקה. במקרקעין טעונה ההתחייבות מסמך בכתב, בעוד שלגבי מיטלטלין אין חובה כללית שכזאת[7].

בעלות נפרדת בקרקע ובמה שמצוי עליה. דבר זה אפשרי, בדרך־כלל, רק אם מה שמצוי על הקרקע אינו בגדר מקרקעין, כגון חומרי־בניין שבמחסן, בהבדל מבית שבנוהו מחומרי־הבניין, שאז הבעלות בבית היא, בהכרח, בידי בעל־הקרקע[8].

זכויות קנייניות מסוימות הוסדרו רק לעניין מקרקעין. כגון זיקת־הנאה[9] וזכות־קדימה[10]. פקיעת בעלות על־ידי הפקר וזכייה על־ידי תפישת נכסי־הפקר אפשרית רק במיטלטלין[11].

זכויות מסוימות אינן אפשריות לגבי מקרקעין. כגון סימן מסחרי[12].

3 במשפט הרומי הודגשה פחות ההבחנה הזאת. J.H. Merryman, D.S. Clark, *Comparative Law — Western European and Latin American Legal Systems* (1948) 853.

4 Megarry and Wade (לעיל, הערה 1), 11.

5 הנוסח המקובל על המחוקק הוא לומר: "הוראות חוק זה יחולו על... מיטלטלין, ובשינויים המחוייבים — גם על... מקרקעין וזכויות" (סעיף 4(א) לחוק המכר, תשכ"ח–1968). כמו־כן ראה סעיף 2(א) לחוק השכירות והשאילה, תשל"א–1971. ראה גם חוק המתנה, תשכ"ח–1968, סעיף 1(ב); חוק המיטלטלין, תשל"א–1971, סעיף 8, 9(ה) (לעניין ההגנה על הבעלות וההחזקה ודיני השיתוף); חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, סעיף 91 (לעניין דיני־משכון).

6 חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, סעיף 7; חוק המכר, תשכ"ח–1968, סעיף 33; חוק המתנה, תשכ"ח–1968, סעיף 6. יש הוראות חוק מיוחדות המתנות העברת בעלות במיטלטלין מסוימים ברישום. כך הדבר, למשל, בספינות. חוק הספנות (כלי שיט), תש"ך–1960, סעיף 26.

7 חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, סעיף 8.

8 חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, סעיף 12.

9 שם, סעיף 5.

10 שם, סעיף 99. אמנם ניתן ליצור זכות־קדימה לגבי מיטלטלין בהתחייבות חוזית, אך לזכות קדימה שכזאת יהא אופי של זכות אישית ולא קניינית. ראה ע"א 513/82 **רייזמן ואח' נ' וושצ'ין ואח'**, פד"י לז(2) 813, 824 (השופטת בן־פורת).

11 חוק נכסי המדינה, תשי"א–1951, סעיף 3; חוק המיטלטלין, תשל"א–1971, סעיף 3.

12 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב–1972, סעיף 1 (הגדרת "סימן מסחר"), ופקודת הפרשנות, סעיף 1 (הגדרת "מיטלטלין או טובין"). וראה הדוגמא של שלטי הקרן־הקיימת־לישראל ליערות, שאינם ראויים להיות סימני־מסחר, אצל א' ח' זליגסון, **יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים** (תשכ"ג–1963) 74.

nevo.co.il

סמכות כללית להפקיע לצורכי ציבור. סמכות כזאת נקבעה בחוק רק לגבי מקרקעין, בכפיפות לחובת תשלום פיצויים[13]. לפי זה, חלקים מבית שהופקע, שלא ניתן לראותם כ״מקרקעין״, כגון פסל הניצב בגן־הבית — לא יהיו חלק מן הרכוש שניתן להפקיעו.

שיעבוד להבטחת תשלום מסים. שעבוד מכוח החוק רובץ על מקרקעין של אדם להבטחת חוב מס הנובע מאותם מקרקעין. אין הוראה כללית מעין זו לגבי מיטלטלין[14].

חבות במס. חוקי מס שונים מבחינים בין נכסים שהם מקרקעין לבין נכסים אחרים, לעניין החבות במס[15].

דרכי ההוצאה לפועל. דרכי ההוצאה לפועל של פסקי־דין כלפי נכסי החייב, שהם מקרקעין, שונות מדרכי ההוצאה לפועל כשהנכסים הם מיטלטלין[16].

לעניין סמכות בית־המשפט. תביעה משפטית בדבר החזקה, שימוש או חלוקה של נכס תהא בסמכות בית־משפט שלום, בהתעלם מהמבחן הרגיל של שווי נשוא התביעה, אם היה הנכס בגדר מקרקעין, וכן תביעה בדבר חכירה לדורות של מקרקעין תהא בסמכותו הייחודית של בית־המשפט המחוזי[17].

דיני ההתיישנות. כללי התיישנות שונים חלים במקרקעין ובמיטלטלין, כגון לעניין תקופת־ההתיישנות[18].

דומה כי די בדוגמאות האלה[19] כדי להעמידנו על חשיבותה הרבה של ההבחנה שבין נכסים שהם מקרקעין לנכסים שהם מיטלטלין. ואולם בטרם נדון בשאלה אילו נכסים נכללים בגדר מקרקעין ואילו נכסים הם מיטלטלין, מן הראוי שנבהיר תחילה מדוע שיטות־המשפט השונות מצאו לנכון לקבוע דין שונה למקרקעין ולמיטלטלין. הבנת הגורמים שהביאו לשוני שבדין עשויה לסייע בידנו בבואנו לברר אילו הם המבחנים שבעזרתם נסווג את הנכסים למקרקעין ולמיטלטלין.

13 פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943. בהבדל מן ההוראה הכללית שבפקודה זו לגבי מקרקעין יש הוראות חוק מיוחדות בדבר הפקעה לצורכי ציבור של נכסים מסוימים וחובת תשלום פיצויים בגין הפקעה שכזאת. ראה, לדוגמא, שימוש בפטנט על־ידי מוסד של המדינה כאשר הדבר דרוש לצורכי הגנה או רשיון כפייה של פטנט כדי להבטיח אספקה של אמצעי־ריפוי. חוק הפטנטים, תשכ״ז–1967, סעיפים 104, 108, 117, 119, 120 ו־126. וכן הסמכות הנתונה על־פי חוק העתיקות, תשל״ח–1978, סעיף 19, לדרוש מאת בעל עתיקה בעלת ערך לאומי, שהעתיקה תימכר למדינה. ראה גם חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא־הגנה־לישראל, התשמ״ז–1987, ובמיוחד פרק ג לחוק.

14 פקודת המסים (גבייה), 1928, סעיפים 11א(1) ו־12א מאפשרים לשעבד מיטלטלין, אם העברת הבעלות בהם טעונה רישום, אך כוחו של שיעבוד כזה נופל מכוחו של השיעבוד במקרקעין. ראה גם R.R. Powell, *The Law of Real Property* (P.T. Rohan, Revision Editor) V, 962.

15 ראה, למשל, חוק מס שבח מקרקעין, התשכ״ג–1963; חוק מס קניה (סחורות ושירותים), התשי״ב–1972.

16 ראה, למשל, חוק ההוצאה לפועל, תשכ״ז–1967, סעיפים 27 ו־36.

17 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ״ד–1984, סעיף 51(א)(3).

18 חוק ההתיישנות, תשי״ח–1958. סעיף 5. במקרקעין מוסדרים אף נשללה כליל ההתיישנות: סעיפים 159(ב) ו־162(2) לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969 (והשווה סעיף 94).

19 שאפשר להוסיף עליהן כהנה וכהנה, כגון סוגיית אי־ההתאמה הנסתרת, בדיני המכר, כאמור בחוק המכר, תשכ״ח–1968, סעיף 15; או לעניין כללי ברירת הדין, כאשר על מקרקעין נוהגים להחיל את דין מקום הימצאם (*lex loci rei sitae*), ואילו על מיטלטלין — את דין מקום המושב של הבעלים (*lex loci domicilii*). ראה בעניין זה סעיף 140 לחוק הירושה, תשכ״ה–1965.

nevo.co.il

ב. הטעמים להבחנה שבדין בין מקרקעין למיטלטלין

§2 על הגורמים לשוני שבדין בין מקרקעין למיטלטלין ניתן לעמוד מתוך התבוננות בשלושה היבטים שונים המאפיינים את המקרקעין: ההיבט הפיזי; ההיבט הכלכלי וההיבט הפסיכולוגי[20].

1. ההיבט הפיזי

אחד המאפיינים של מקרקעין הוא היותם מוגבלים מבחינת כמותם. היצע המקרקעין קבוע (אם נתייחס רק לפני האדמה ולא אל המבנים שניתן להוסיף עליה), ואילו הביקוש לנכס הזה הולך וגדל עם התרבות האוכלוסין, שאין לך אדם שאינו צריך לו. הפער ההולך וגדל בין הביקוש לבין ההיצע של מקרקעין מחייב התערבות של המחוקק, כדי למנוע את התוצאות הקשות העלולות לנבוע מקיומו של פער כזה. על הסכנה החברתית העלולה להיגרם כתוצאה מפער עמוק בין הביקוש לבין ההיצע של מקרקעין עמד הוגה־הדעות האמריקני מהמאה הי״ט Henry George, בתארו זאת בדרך הציורית הבאה:

> Place one hundred men on an island from which there is no escape, and whether you make one of these men the absolute owner of the other ninety-nine or the absolute owner of the soil of the island, will make no difference either to him or to them[21].

לבד מן הסכנה שמקורה בקשר שבין שליטה על מקרקעין לבין שליטה על בני־אדם, שעליה המחבר מצביע במובאה הזאת, הפער שבין הביקוש לבין ההיצע של מקרקעין, שהכול נזקקים להם, מחייב לגלות רגישות להשפעה העשויה להיות לדרך השימוש במקרקעין על הסביבה של אותם מקרקעין. על־כן נחוץ, כי המחוקק יתערב כדי לווסת את השימושים השונים במקרקעין ולפקח על הנעשה בהם. חוקים רבים עוסקים בכך, ובמשפט הישראלי בולטים ביניהם חוק־יסוד: מקרקעי ישראל, החותר לרכז את הבעלות במקרקעין בידי המדינה; וחוק התכנון והבנייה, תשכ״ה–1965, שנועד לפקח על השימוש שנעשה במקרקעין.

היבט אחר שבו נדרשת התערבותו של המחוקק בשל ההיצע המוגבל של מקרקעין הוא למניעת הוצאה של מקרקעין מן המחזור כתוצאה מהתקשרויות משפטיות המגבילות את היכולת לבצע בהם עסקאות. כללי המשפט שנועדו להשיג מטרה זו ידועים ב־common law בשם the rule against perpetuities או הכללים נגד שליטת המת על החי (כללי ה־mortmain). כללים אלה נועדו להגביל את יכולתו של אדם המעוניין ״לשלוט מקברו״ במקרקעין שהיו בבעלותו על־ידי כך שהוא קובע שרשרת ארוכה של זכאים לקרקע הבאים בזה אחר זה, על־פי הסדר שהוא מכתיב את פרטיו. עם הזמן נתרחבה תחולתם של הכללים המגבילים את יכולתו של אדם לקבוע מה ייעשה בנכסיו לאחר מותו ונתפשטה גם על מיטלטלין וזכויות[22].

20 בדברים אלה הולכים אנו בעקבות J. Carbonnier, *Droit Civil* (1964) II, 47 ff.

21 Henry George, *Progress and Poverty* (London, 51st Anniversary Edition, 1930) 246. ראה גם החזקה המשפטית בדבר העלייה המתמשכת בערכם הריאלי של המקרקעין: ע״א 532/82 גרדוס נ׳ גרדוס, פ״ד לט(3) 617, 629 (א–ג).

22 השופט קיסטר דיבר על ״שלטון־רפאים״ הקיים בכל מקרה שבו אדם מצווה בצוואתו מה ייעשה ברכושו אחר מותו, והצביע על ההגבלות שהחוק הישראלי מטיל על ״שלטון־הרפאים״ בחוק

nevo.co.il

במשפט הישראלי נוכל למצוא כללים שתכליתם דומה — הגבלת היכולת להוציא מקרקעין מן המחזור לתקופה ממושכת. כך, למשל, החוק מטיל הגבלות על יכולתם של בעלים משותפים במקרקעין להסכים ביניהם על צמצום יכולתו של שותף לבצע עִסקאות בחלקו שבמקרקעין המשותפים[23]; וכן במשכנתא במקרקעין החוק שולל את התוקף של הסכם שבו החייב מוותר על זכותו לפדות את המקרקעין הממושכנים על־ידי פירעון החוב לפני זמן הפירעון המוסכם[24]. במקרקעין ממושכנים מוגבלת בדרך־כלל יכולתו של הבעל לבצע עִסקאות[25], ועל־כן החוק בא להבטיח את זכותו של החייב לשחרר את המקרקעין מוקדם ככל האפשר מכבלי המשכנתא. בחוק השכירות והשאילה, תשל״א–1971, סעיף 22, שריין המחוקק לשוכר מקרקעין (בהבדל משוכר מיטלטלין) את היכולת להעביר את זכות־החכירה לאחר, על־אף כל הסכם שייערך בין המשכיר לבין השוכר (בכפיפות ליכולתו של המשכיר להתנגד לנעבר מסוים, מטעמים סבירים). הדוגמא של הבטחת זכותו של שוכר מקרקעין להעביר זכותו לאחר היא בעלת חשיבות מיוחדת במציאות הישראלית, שבה רוֹוחות מאוד חכירות במקרקעין[26].

לבד מן התכונה של המקרקעין, שכמותם אינה ניתנת להגדלה (ככל שמדובר בשטח האדמה), מצטיינים המקרקעין בכך שהם נכס שאינו מתכלה (שוב, ככל שמדובר בשטח האדמה), דהיינו: כמותם גם אינם מצטמצמת. תכונה זו מכשירה את המקרקעין לעִסקאות המתפרשׂות על־פני תקופות ממושכות. לא ייפלא שסוגיות משפטיות, כגון ״חכירה לדורות״, ״זיקות־הנאה״ ו״משכנתאות״, המאופיינות בכך שהן משתרעות על־פני תקופה ארוכה — פותחו דווקא בהקשר של מקרקעין[27]; וכן הענף של המשפט הציבורי שעניינו תכנון השימוש במקרקעין התפתח באופן טבעי לגבי נכס שקביעותו, מבחינת משך הקיום הארוך שלו, מאפשרת התערבות יעילה של המחוקק בתכנון הניצול של הנכס הזה[28].

למקרקעין תכונות של קביעות לא רק מבחינת הכמות, שעל השלכותיה עמדנו לעיל, אלא גם מבחינת המיקום. לא ניתן להבריחם או להסתירם. תכונה זו מאפשרת מתן פומבי לעִסקאות במקרקעין לאו דווקא על־ידי מסירת ההחזקה בהם לידי מי שמקבל בהם זכויות. מִרשם זכויות במקרקעין, הפתוח לעיון הציבור, עשוי לשמש תחליף לצורך מסירת הנכס. תכונה זו נוצלה במיוחד על־ידי נושים שביקשו לקבל שיעבוד על מקרקעי החייב להבטחת הלוואה שניתנה על־ידם. מכיון שלא היה חשש כי החייב יסתיר את מקרקעיו המשועבדים, היה ניתן להשאיר בידי החייב את ההחזקה במקרקעין המשועבדים, כשלעובדת השיעבוד ניתן פומבי על־ידי מִרשם־המקרקעין.

הירושה, תשכ״ה–1965, סעיף 42, שאינו מאפשר לאדם לצוות מי יהיו יורשי־יורשיו עד סוף כל הדורות. בר״ע 108/75 **גרייבר נ׳ גרייבר ואח׳**, פד״י כט(2) 673, 679. ראה גם י׳ ויסמן, ״אבני נגף בחוק הנאמנות״ **עיוני משפט** ז (תשל״ט–תש״ם) 282, 289 ואילך; והמקורות הנזכרים שם, בהערה 30.

23 חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיפים 29 ו־34(ב). והשווה עם המצב לגבי מיטלטלין, על־פי חוק המיטלטלין, תשל״א–1971, סעיף 9(ה).

24 חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיף 88.

25 חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיף 85(א) סיפא.

26 נוכח ההוראה שבחוק יסוד: מקרקעי ישראל, האוסרת על העברת בעלות ״במקרקעי ישראל״. שהם הרוב המכריע של המקרקעין בארץ.

27 ראה חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיפים 3, 4 ו־5.

28 Carbonnier (לעיל, הערה 20), 47.

nevo.co.il

צורת שיעבוד זו, ללא מסירת ההחזקה בנכס המשועבד לידי הנושה, ידועה בשם היפותיקה (hypotheca). צורה זו היתה רווחת במקרקעין, אך, עם הזמן, כאשר נשתכללו שיטות המִרשם של נכסים, הפכה למקובלת גם בנכסים אחרים, כגון ספינות, שניתן לשעבדן על־ידי רישום ובלא שהנושה יצטרך ליטול בהם את ההחזקה. התפתחות זו הגיעה לשיאה בימינו, כאשר נתאפשר בחוק לשעבד את כל סוגי הנכסים על־ידי רישום במִרשם, שבא במקום מסירת ההחזקה לנושה[29].

בדרך־כלל נכסי האדם הנמנים עם מקרקעין תופשים בחלל מקום נרחב יותר מאשר נכסי המיטלטלין שלו. אף לתכונה זו השלכות משפטיות. היכולת להעניק ״זיקת־הנאה״, שהיא זכות להשתמש בנכס של אחד בלא לקבל בנכס את ההחזקה (כגון זכות־מעבר או זכות למרעה)[30] מוגבלת בחוק לנכסים שהם מקרקעין. לגבי מיטלטלין קשה להעלות על הדעת מצבים (שאינם יוצאי־דופן) שבהם מוענקת זכות קניינית להשתמש בנכס בלא שכרוכה בכך גם ההחזקה בו. אין זה מפתיע על־כן שהנושא של ״זיקות־הנאה״ פותח בדיני קניין רק בהקשר של מקרקעין[31].

2. ההיבט הכלכלי

§3 מקרקעין הם במרבית המקרים הנכס היקר יותר שיש לאדם. כמאמר הפתגם *res mobilis, res vilis* — ״המיטלטלין זולים״[32]. בתקופתנו מתרכז אמנם העושר יותר ויותר בנכסים כמו ניירות־ערך[33], אך עדיין מקובל על המשפט להתייחס אל מקרקעין כאל נכסים ששוויים עולה של שוויים של נכסים אחרים. דבר זה עולה מהוראות חוק המיוחדות למקרקעין והמושתתות על ההנחה כי המקרקעין הם נכס יקר במיוחד. כזוהי, למשל, ההוראה שהתחייבות לביצוע עִסקה במקרקעין טעונה מִסמך בכתב. מכיון שמקרקעין הם נכס שערכו ניכר, החוק מקפיד בדרישות הצורניות כדי לוודא שהמתקשרים הגיעו לגמירת־הדעת שלא בפזיזות[34].

דוגמא נוספת לעניין זה היא הפיקוח המיוחד שהמחוקק מטיל על אפוטרופוס, המבקש לבצע עִסקאות במקרקעין של חסוי, וזאת בין שמדובר באפוטרופוס טבעי (הורים) בין שמדובר באפוטרופוס על־פי מינוי. החוק קובע, שבעִסקאות כאלה נדרש

29 ראה חוק המשכון, תשכ״ז–1967, סעיף 4.

30 חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיף 5.

31 ואולם מכיון שתוכנה של זיקת־הנאה יכול שיהא גם חובה להימנע מעשיית מעשה מסוים בנכס (כאמור בסעיף 93(א)(2) לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969), אין לכאורה מניעה שזיקת־הנאה כזו תיושם גם במיטלטלין. מעניינת העובדה שתופעה זו לא התפתחה עד כה.

32 Lee and Honoré, *Family, Things and Succession* (Butterworth 2nd ed., 1983) 229.

33 כבר בתקופת־התלמוד אנו מוצאים אזהרה מפני השקעה במקרקעין: ״לא ניתנה קרקע אלא לבעלי זרועות״ (סנהדרין, נח, א.) ורש״י אומר שם: ״אין ראוי לקנות קרקע אלא לבני זרוע מפני שהתגר רבה על ידי קרקע שבאות בהמות ומפסידות וגנבים באין וגונבין ועוררין עליו וצריך שיהא חזק לעמוד כנגדן״.

34 חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיף 8. ראה, למשל, ע״א 726/71 **גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה ואח׳ נ׳ מנהלי עזבון בידרמן ואח׳**, פ״ד כו(2) 781, 789. במשפט המקובל מכונה ההוראה הזאת על־פי שם החוק שבו היא נקבעה: Statute of Frauds.

nevo.co.il

אישור מראש של בית־משפט[35]. הוראה דומה נקבעה גם לעניין סמכותו של מנהל־עיזבון[36].

3. ההיבט הפסיכולוגי

§4 בעלות במקרקעין מפתחת לעתים קרובות זיקה רגשית של הבעל כלפי הקרקע, נשוא הבעלות. דבר זה נובע, בין השאר, מכך שאין לך תחליף מלא לחלקת־אדמה כלשהי, שכן אין לך שתי חלקות־אדמה שיהיו זהות לחלוטין. כל חלקת־אדמה תופשת מקום המיוחד לה על־פני מרחב כדור־הארץ. המשפט מתחשב בהיבט זה של המקרקעין ומשתדל שלא לנשל אדם ממקרקעיו ושלא ליצור מצב שבו ייאלץ בעל־מקרקעין לקבל פיצוי כספי כתחליף למקרקעיו. ביטוי בדין הישראלי לגישה זו נוכל למצוא, דרך משל, בהוראה שלפיה כאשר באים להיפרע מנכסי אדם בגין חוב מסים שהוא חב יש להיפרע תחילה מתוך מיטלטלי החייב, ורק לאחר שאלה מוצו ניתן להיפרע מן המקרקעין שלו[37].

וכן כאשר מעקלים מיטלטליו של חייב לקראת מכירתם, יש להמתין שבעה ימים מעת הטלת העיקול ועד למכירה, ואילו במקרקעין תקופת־ההמתנה היא בת שלושים יום[38]. הוראה זו, הנותנת לבעל מקרקעין הזדמנות מיוחדת למניעת מכירתם הכפויה, משקפת אף היא את כיבוד הזיקה המיוחדת שיש לאדם במקרקעיו.

ביטוי קיצוני לגישה זו ניתן למצוא בהוראה שלפיה, בנסיבות מסוימות, מקרקעין שמושכנו להבטחת חוב ונמכרו בהליכים למימוש המשכנתא, לאחר שהחוב המובטח על־ידי המשכנתא לא נפרע, זכאי הממשכן לפדות את המקרקעין מידי מי שקנה אותם תוך שנה מיום מכירתם[39].

ולבסוף, כאשר בית־המשפט מתבקש לפרק שיתוף במקרקעין, מצווה הוא על־פי החוק לפרק את השיתוף על־ידי חלוקה בעין, כשכל שותף מקבל נתח מן המקרקעין המשותפים, זולת אם חלוקה בעין היתה בלתי־אפשרית. הוראה זו חלה רק לגבי פירוק שיתוף במקרקעין. בפירוק שיתוף בנכסים אחרים החוק מעניק לבית־המשפט שיקול־דעת לבחור בכל דרך שתיראה לו, ואין הוא מחויב לחלק בעין דווקא[40].

35 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ״ב—1962, סעיפים 20 ו־47. על כך שהאישור מראש נדרש לא רק לעניין העסקה הקניינית במקרקעין, אלא גם לצורך ההתחייבות החוזית לביצוע עסקה קניינית ראה ע״א 393/82 **חיים נ׳ אביוב ואח׳**, פ״ד מא(1) 716, 723—724, שבו נסקרת הפסיקה הקודמת בסוגיא זו. ראה על כך גם י׳ אנגלרד, ״סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי ואישור בית המשפט״ **משפטים** ח (תשל״ז—תשל״ח) 479; ג׳ טדסקי, **מסות במשפט** (תשל״ח), ״אפיטרופוס ושלוח״, עמ׳ 334, 355. על תחולת ההוראה שבחוק הכשרות המשפטית לעניין הגשת תביעה בשם קטין במסגרת של הסדר מקרקעין ראה ע״א 39/81 **אחמד עלי ואח׳ נ׳ גמאל עבדו סאג׳וג׳ ואח׳**, פ״ד לח(4) 589.

36 חוק הירושה, תשכ״ה—1965, סעיף 97.

37 פקודת המסים (גבייה), 1928, סעיף 8. בעבר נקבעה הוראה מעין זו, שלא היתה מוגבלת לחוב בשל מסים אלא חלה על כל סוגי החובות, בסעיף 998 של המג׳לה. הוראה זו אינה עוד בתוקף וכיום סעיף 8(ב) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ״ז—1967, קובע כי ליו״ר ההוצאה־לפועל סמכות לסרב להליכי הוצאה־לפועל חמורים, כשניתן להשיג את ההוצאה־לפועל בדרכים פחות חמורות. הוראה זו אינה מחייבת להתייחס לכל מקרה של מכירת מקרקעין כאל דרך הוצאה־לפועל חמורה ומשאירה עניין זה לשיקול־דעתו של יו״ר ההוצאה־לפועל.

38 חוק ההוצאה לפועל, תשכ״ז—1967, סעיפים 27 ו־36.

39 חוק ערבות למשכנתאות, תשי״ב—1952, סעיף 10.

40 חוק המקרקעין, תשכ״ט—1969, סעיף 39(א); חוק המיטלטלין, תשל״א—1971, סעיף 10(ב).

nevo.co.il

ג. עקיפת הסיווג של מקרקעין ומיטלטלין

§5 מכיוון שהדין מבחין בין מקרקעין למיטלטלין, ומכיוון שהדין החל על מיטלטלין נוח לעתים יותר לצד כלשהו מאשר הדין החל על מקרקעין, לא ייפלא שנעשו מדי פעם נסיונות להלביש מקרקעין במחלצות של מיטלטלין. המכשיר העיקרי שבו נעזרו להשגת מטרה זו היה חברה בע״מ. במקום שרוכש מקרקעין ירשום את המקרקעין במִרשם־המקרקעין על שמו, הוא רושם את המקרקעין בבעלות חברה בע״מ שהוא מקים למטרה זו. עִסקאות במקרקעין אלה יבוצעו על־ידו לאחר־מכן באמצעות מניותיו שבחברה, דבר שיאפשר לו לטעון כי מכיוון שמבחינה משפטית פורמלית העִסקה היא במניותיו שבחברה ולא במישרין במקרקעין, לא חלות עליו הוראות חוק מכבידות החלות על מי שמבצע עִסקה במקרקעין, כגון הצורך במִסמך בכתב, ברישום העִסקה במִרשם־המקרקעין או בתשלום מס החל רק על עִסקאות במקרקעין. נסיונות כאלה אפשר שיעלו יפה, אם בתי־המשפט אינם ״מרימים את המסך״ ואינם מתייחסים אל מה שמאחורי החזות החיצונית של החברה בע״מ. יש שבתי־המשפט אכן נוהגים על־פי החזות החיצונית של הדברים. כך, למשל, החליט בית־המשפט, כי הוראות החוק המחייבות מִסמך בכתב בהתחייבות לביצוע עִסקה במקרקעין אינן חלות כאשר נשוא העיסקה הן מניות בחברה שהיא בעלת־מקרקעין[41].

כמו־כן, בעבר, כאשר דיני־הירושה קבעו שאין תוקף לצוואה במקרקעין מסוג ״מירי״[42], נהגו לעקוף כלל זה על־ידי כך שהמקרקעין נרשמו על־שם חברה בע״מ, דבר שאִפשר להניח את הצוואה על המניות בחברה, ולא במישרין על מקרקעי ה״מירי״[43].

לא תמיד פעלה גישה זו של בתי־המשפט, שדבקו בחזות החיצונית של הדברים, לטובת בעל־המניות. במקרים שבהם החוק החל על מקרקעין היה נוח יותר מזה החל על מיטלטלין, לבעל־המניות היה עניין לטעון כי מן הראוי להתייחס למניות שבידו כאל מקרקעין, על־פי מהותן הכלכלית האמִתית. אך בתי־המשפט שנקטו את הגישה הנזכרת דחו טענה כזו. כך, למשל, סירב בית־המשפט להחיל את ההגנה המיוחדת הניתנת בחוק למי שקנה מקרקעין בתום־לב, על קונה מניות בחברה שבבעלותה מקרקעין. בית־המשפט אמר: ״אדם הקונה מניות בחברה לא קנה את הנכסים הרשומים על שם החברה, גם אם על ידי קניית כל הון המניות או רובן שולט הוא בכיפת החברה״[44].

לעומת גישה זו, התפתחה בפסיקה גם גישה הפוכה, שגילתה נכונות ״להרים את המסך״ של ההתאגדות כחברה ולהחיל את דין־המקרקעין, אף שמבחינה פורמלית הנכס שנדון היה מניה בחברה. כך, למשל, התייחס בית־המשפט במקרה מסוים אל רוכש מניות בתום־לב כאל רוכש מקרקעין והחיל עליו את הוראת החוק המיוחדת לרוכשי

41 סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969; ע״א 440/75 **זנדבנק ואח׳ נ׳ דנציגר ואח׳**, פ״ד ל(2) 260, 271: ״אף אם החברה היא ״חברת מקרקעין״ אין מכר המניה מהווה מכר זכויות במקרקעין אלא מכר זכויות בחברה ועל מכר כגון זה לא יחול חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969...״ (הנשיא שמגר).

42 על המשמעות של ״מירי״ ראה מ׳ דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל**, (מהדורה 2, תשכ״ג) 46 ואילך.

43 י׳ גלילי, ״לתיקון בעיית המירי״ **הפרקליט** ז (תש״ט) 27.

44 ע״א 127/63 **אחוזת רחמים בחלקה 8 בגוף 6591 בע״מ נ׳ קריסטל**, פ״ד יז 1929, 1932 (השופט זוסמן). ראה גם המ׳ 634/64 **סולקין ואח׳ נ׳ גינדי ואח׳**, פ״ד יט(4) 10 (נושה של בעל־מניה בחברה יכול לעקל את המניה, אך לא נכס מנכסי החברה).

nevo.co.il

מקרקעין בתום־לב[45]. וכן, במקרים אחדים החילו בתי־המשפט את דיני פירוק שיתוף במקרקעין, שבחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, כשהיתה בפניהם תביעה של בעלי־מניות לפירוק חברה שבבעלותה היו מקרקעין[46]. במקרה אחר התייחס בית־המשפט לבעל־מניות בחברה כאל בעל־מקרקעין, לעניין חבות במסים, באומרו כי התוצאה הכלכלית של העברת המניות והשליטה בחברה זהה להעברת בעלות במקרקעין[47].

אנו רואים אפוא, שגישת בתי־המשפט לא היתה אחידה כלפי הנסיונות להמיר סיווג של נכסי מקרקעין במניות בעזרת האמצעי של חברה בע"מ. יש שבתי־המשפט קיבלו את ההפרדה שנעשתה בין המקרקעין למניות, והתייחסו אל המניות כאל נכס שאינו מקרקעין; ויש שבתי־המשפט ראו את המניות כזהות עם המקרקעין המיוצגים על־ידי המניות, והחילו על המניות את דין־המקרקעין[48].

אמצעי אחר שהשתמשו בו כדי לחמוק מן הסיווג של נכס כמקרקעין היה מוסד הנאמנות. אם במקום להיות בעל־מקרקעין אדם יוצר נאמנות, כשהמקרקעין מוקנים לנאמן, ואילו לו־עצמו יש זכויות רק כנהנה בנאמנות — יש אפשרות לעורר את הטענה שזכותו של הנהנה בנאמנות אינה זכות במקרקעין עצמם, ועל־כן אין להחיל עליו את דיני־המקרקעין. בארץ לא הִרבו עד כה להשתמש באמצעי זה, אולי משום שמוסד הנאמנות, שהוסדר בחקיקה רק בעת האחרונה[49], טרם נתרווח במציאות המשפטית. ואולם במדינות שבהן מושרש מוסד הנאמנות, היו נסיונות כאלה בעבר[50].

המחוקק, מצִדו, מנסה להתגבר על תמרוני ההתחמקות מקטיגוריה אחת של נכסים לקטיגוריה האחרת, באמצעות הגדרות רחבות ככל האפשר של הנכס שאותו הוא מתכוון ללכוד ברשתו. דוגמא בּולטת לכך היא הגדרת "זכות במקרקעין", בחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג—1963[51].

ד. מקרקעין

§6 משעמדנו על כך שבסוגיות רבות ומגוונות הדין מבחין בין מקרקעין לבין מיטלטלין, ולאחר שבדקנו את הטעמים לדבר, הגיעה העת לדון בשאלה אילו נכסים

45 ת"א י־ם 124/61 **האפוטרופוס הכללי בישראל נ' הויזמן ואח'**, פ"מ לח 347, 364—366.

46 ע"א 47/78 **חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ' בן־אפרים**, פ"ד לב(3) 723. השופט לנדוי עמד על כך, שבמקרה שלפניו היה ניסיון לנצל שלא כהוגן את העובדה ששיתוף רגיל במקרקעין קיבל צורה של חברת־מניות רק כדי להשיג יתרונות פיסקליים, ועל־כן החיל על המניות את דין המקרקעין. ראה גם ע"א 291/78 **"פאר עד" חברה לבנין נ' אושרובסקי**, פ"ד לג(1) 435.

47 בג"צ 246/71 **מגרש מסודר בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד כו(1) 449, 452(ו—ז).

48 ביקורת על הנטייה של בתי־המשפט להרמת המסך בתביעות לפירוק חברות נמתחה על־ידי צ' כהן, "בקיעים באישיותה המשפטית הנפרדת של החברה, העדפת המציאות על פני העקרון המשפטי" **עיוני משפט ח** (תשמ"א—תשמ"ב) 402, 425—433. ראה גם א' רפאל וד' אפרתי, "ה'זכות' וה'מכירה' לצורך מס שבח מקרקעין" **עיוני משפט ב** (תשל"ב—תשל"ג) 419, 424. על "הרמת המסך" באופן כללי ראה א' פרוקצ'יה, **דיני חברות חדשים לישראל** (תשמ"ט) 46—75; י' כהן, **דיני חברות** (1988) 195—246.

49 על־ידי חוק הנאמנות, תשל"ט—1979.

50 *International Encyclopedia of Comparative Law* VI, chap. 11, p. 41, n. 286.

51 סעיף 1. ראה גם ההגדרות הבאות שבסעיף "חכירה", "מכירה", "איגוד מקרקעין", "איגוד" ו"פעולה באיגוד". חלק מן ההגדרות אומץ בחוק המכר (דירות), תשל"ג—1973, סעיף 1, ובחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה—1974, סעיף 1. על הסכנה שבהגדרות רחבות ראה רפאל ואפרתי (לעיל, הערה 48), 425.

nevo.co.il

נחשבים למקרקעין, ואילו — למיטלטלין. לדיון זה ראוי להקדים שתי הערות־מבוא. האחת — המיון של נכסים למקרקעין ולמיטלטלין אינו מיון קבוע. אותו נכס עצמו עשוי בנסיבות עובדתיות מסוימות להיחשב כמקרקעין, ובנסיבות אחרות — למיטלטלין. כך, למשל, במחסן בית־חרושת ללבנים, כאשר הלבנים סדורות זו על־גבי זו בשורות, נראה את הלבנים כמיטלטלין. אם נניח את הלבנים זו על־גבי זו בשורה, על קו־הגבול שבין שתי חלקות־אדמה, כדי שהן תשמשנה גדר, נראה אותן, קרוב לוודאי, כמקרקעין. או דוגמא הפוכה: מינרלים בעודם בבטן־האדמה ממוינים כמקרקעין, אך לאחר כרייתם — הם הופכים למיטלטלין. המיון של נכסים למקרקעין ולמיטלטלין אינו אפוא מיון קבוע. הוא עשוי להשתנות עם שינוי הנסיבות הפיזיות שבהן נתון הנכס. הערת־המבוא השנייה: הסיווג של נכסים למקרקעין ולמיטלטלין מושפע מן המטרה שלמענה מבוצע הסיווג. אותו נכס עצמו עשוי שייחשב כמקרקעין לצורך חוק אחד, וכמיטלטלין — לצורך חוק אחר. כך, למשל, בתביעה לפינוי אדם מתוך צריף שהיה ניתן לפירוק ולטלטול, התייחס בית־המשפט אל הצריף כאל מיטלטלין לעניין קביעת בית־המשפט המוסמך לדון בתביעת הפינוי, וכ״בית״ — לעניין תחולתו של חוק הגנת הדייר על השכרת הצריף[52]. יש שניתנות הגדרות שונות למקרקעין בחוקים השונים[53], אך יש שמשמעות מקרקעין משתנה בהתאם למטרות השונות של חוקים שונים, אף באין הגדרות חוק שונות[54].

1. קרקע

§7 הגדרה כללית למקרקעין מופיעה בחוק הפרשנות, התשמ״א–1981, בסעיף 3:

> מקרקעין — קרקע, כל הבנוי עליה והנטוע בה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה[55].

52 ע״א 160/55 **שפט נ׳ פרחר**, פ״ד י 1228:

> נראה לי שהחלוקה בין המוגן והבלתי־מוגן לפי חוקי הגנת הדייר אינה זהה עם החלוקה הידועה בין ״מקרקעין״ ו״מיטלטלין״, כמשמעותם לענין השיפוט... כדי להקנות לחפץ את דרגת הקביעות הכרוכה במושג ״בית״, לאו דווקא הוא שאותו חפץ יחדול להיות מסוג ״המיטלטלין״ וייכנס לתחום המקרקעין. חוקי הגנת הדייר אינם הולכים בתלם הדין הכללי... אין פלא איפא שחקיקה זו מעלה לפנינו יצורים כגון ״בית״, שהנו נכס נד (chattel), מפני שאינו מחובר לקרקע עליה הוא עומד, ואף על פי כן, הנהו ״בית״, דוקא מפני שאינו ״נד״ עד כדי כך שהיום שמים אותו במקום אחד ומחר במקום אחר״. (עמ׳ 1231–1232, השופט ויתקון. צוטט בהסכמה על־ידי המשנה לנשיא, מ׳ בן־פורת, בפרשת ע״פ 697/85 **גולדשטיין נ׳ הועדה המקומית לתכנון ולבנייה לוד**, פ״ד מ(4) 57, 65).

53 הגדרה כללית למקרקעין מופיעה בסעיף 3 של חוק הפרשנות, התשמ״א–1981, ובפקודת הפרשנות (נוסח חדש), סעיף 1. על הגדרה זו נעמוד בפירוט בסמוך. דוגמא להגדרה ״עצמאית״ ניתן למצוא, למשל, בחוק מס שבח מקרקעין, תשכ״ג–1963, סעיף 1. על ההגדרה המיוחדת למקרקעין שבחוק ההתישנות, תשי״ח–1958, ראה ת״א (ת״א) 913/80 **אושפיזאי נ׳ החברה לקרקעות ולהלוואות בע״מ**, פ״מ תשמג(א) 303.

54 כאמור בסעיף 2 לחוק הפרשנות, התשמ״א–1981: ״מונח שהוגדר בחיקוק משמעו כהגדרתו,... אם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם אותה הגדרה״.

55 הגדרה זהה מופיעה בפקודת הפרשנות [נוסח חדש], סעיף 1:

> ״מקרקעין — קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע זולת מחוברים הניתנים להפרדה; אולם מקום שהמלה ״מקרקעין״ באה בחיקוק שניתן לפני

nevo.co.il

ההגדרה שלפיה "מקרקעין" הם "קרקע" נחזית להיות טאוטולוגית. כלום "קרקע" מובנת מאליה יותר מאשר "מקרקעין". עד כי ניתן להסביר את האחת על־ידי חברתה? מסתמא התכוון המחוקק ב"קרקע" לפני האדמה. אבל בכך לא סגי, שהרי סילוק פני האדמה, כפי שהיו במצב נתון, לא יסלק את הנכס (אלא רק יגרע במשהו מהיקפו). לשון אחרת; קרקע אינה נכס דו־ממדי, אלא תלת־ממדי. קרקע כוללת בהכרח מרחב מסוים מתחת לפני האדמה ומעליה. קשה להעלות על הדעת שימוש כלשהו בקרקע בלא מרחבים אלה. אדם המהלך על־פני הקרקע, משתמש במרחב העל־קרקעי; אדם החורש את הקרקע חודר למרחב התת־קרקעי. פני הקרקע בפני עצמם אינם, על־כן, בבחינת נכס, כי לא ייתכן בהם כל שימוש.

את ההגדרה של חוק הפרשנות "מקרקעין — קרקע..." עלינו לפרש אפוא כמכוונת לפני האדמה ולמרחב העל־קרקעי והתת־קרקעי. עד היכן מתפשטים מרחבים אלה? המסורות של שיטות־המשפט השונות מדברות על כך שהבעלות על קרקע משתרעת, כלשון התלמוד, "מתהום ארעא ועד רום רקיעא"[56], ובלטינית: *cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad inferos*. בקודקסים של ימינו יש שכלל זה נקבע במפורש, כגון בספר החוקים האזרחי הגרמני (B.G.B.)[57]. לא כך בהגדרת "מקרקעין" שבחוק הפרשנות. אין החוק אומר לנו דברים מפורשים בשאלת המרחבים התת־קרקעיים והעל־קרקעיים. ואולם על כוונת המחוקק מעיד סעיף 11 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, שכותרת־השוליים שלו היא "עומק וגובה", והסעיף עצמו אומר:

> הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, בכפוף לדינים בדבר מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה, והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו, אולם, בכפוף לכל דין, אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום.

גם כאן אין למצוא הגדרה ל"קרקע". המחוקק העדיף, משום־מה, לקבוע רק זאת, כי **הבעלות** בקרקע כוללת את התחומים הנזכרים בסעיף. כמאליה עולה השאלה, מהי המשמעות של "קרקע" בדברי חקיקה, כאשר היא מופיעה שלא בהקשר של בעלות? המחוקק, שחש בקושי זה[58], השלים את ההוראה הנזכרת לעיל, שבסעיף 11 לחוק, על־ידי ההוראה שבסעיף 13, הקובע לאמור:

> עסקה במקרקעין חלה על הקרקע יחד עם כל המנוי בסעיפים 11 ו־12, ואין תוקף לעיסקה בחלק מסויים במקרקעין, והכל כשאין בחוק הוראה אחרת.

תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, תהא משמעותה כמשמעות שהיתה נודעת לה אלמלא החוק האמור;"
כאשר המלה "מקרקעין" מופיעה בחיקוק שניתן לפני חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, יש לפרשה על־פי ההגדרה שבפקודת הפרשנות, כפי שהיתה בטרם תוקנה בסעיף 164 לחוק המקרקעין. ההגדרה אז היתה כדלהלן:
"מקרקעין — קרקע מכל סוג וכל צורת החזקה, וכל בנין, עץ או דבר אחר המחובר לקרקע, וכל חלק של ים, של חוף או של נהר, וכל זכות, טובת הנאה או שעבוד הנאה בקרקע או במים או מעליהם" (סעיף 1, דיני ישראל, נוסח חדש, מס' 1, תשי"ד–1954, עמ' 2).

56 בבא בתרא, סג, ב.

57 סעיף 905.

58 תשומת־לב המחוקק הוסבה לעניין זה, כשנתפרסמה הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד–1964. ראה י' ויסמן, "הערות להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד–1964" הפרקליט כ (תשכ"ד) 415, 417. בנוסח הסופי של החוק הוסף סעיף 13, שלא היה בהצעת החוק.

nevo.co.il

הנה כי כן, לא רק לעניין ״בעלות״ קרקע כוללת את המרחב העל־קרקעי והתת־קרקעי, אלא ״כל עסקה במקרקעין״ מקיפה את המרחבים האלה. נשאלת השאלה, מה תהא המשמעות של ״קרקע״ כאשר מדובר לא ב״בעלות״ ולא ״בעיסקה במקרקעין״? ל״עסקה במקרקעין״ משמעות מוגדרת בחוק המקרקעין: ״עיסקה במקרקעין, היא הקנייה של **בעלות או של זכות אחרת** במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על־פי צוואה״[59] (הדגשה שלנו — י׳ ו׳).

בפסיקה נתפרש הביטוי ״זכות במקרקעין״ שבחוק המקרקעין כזכות קניין במקרקעין[60]. עלולה אפוא להתעורר השאלה, מהי המשמעות של קרקע כאשר מוקנית בה זכות שאינה קניינית? לא תהא זו אז ״עיסקה במקרקעין״, ועל־כן סעיף 13 הנ״ל לא יוכל לסייע לנו. קושי זה שאנו מצביעים עליו נובע מהטכניקה שאומצה על־ידי הנסח, שהגדיר זכויות ועסקאות שונות ביחס ל״קרקע״, במקום להגדיר במישרין ״קרקע״.

השאלה שהעלינו כאן אינה שאלה מדומה. היא נדונה בבית־המשפט העליון בפרשת **בצלאל נ׳ סימנטוב**[61], שבה נדרש בית־המשפט להכריע אם הסכם בין שותפים לחלוקת ההחזקה בחלקת־אדמה משותפת, באופן שכל שותף קיבל להחזקתו הייחודית חלק מן החלקה, מעניק לשותף זכות למנוע מאת שותפו חדירה אל תחום האוויר שמעל לחלקה שבהחזקתו הייחודית. השופט ח׳ כהן פסק, כי את עילת התביעה שבפקודת הנזיקין, בגין הסגת גבול במקרקעין, יש לפרש (כמתחייב — לדעתו — מסעיף 160 לחוק המקרקעין, תשכ״ט—1969), על־פי סעיף 11 לחוק המקרקעין, הקובע כי זכות הבעלות בקרקע מתפשטת גם בחלל־הרום שמעל הקרקע[62]. לפי זה פסק השופט, כי לשותף היתה זכות למנוע הסגת־גבול בחלל־האוויר שמעל לחלקה שבהחזקתו הייחודית. השופט ח׳ כהן עמד על הקושי שבסעיף 11, המדבר על מי שיש לו בעלות בקרקע, בעוד שבמקרה שנדון בפניו נבעה הזכות הייחודית של התובע מהסכם שנערך בין השותפים בדבר חלוקת ההחזקה בקרקע ביניהם, בלא לחלק את הבעלות עצמה. על כך אמר השופט:

> ואם כי סעיף זה [11] מדבר בזכות בעלות בקרקע, חלה הוראתו גם על זכות ההחזקה: והא ראייה שלפי סעיף 13 חלה הוראת סעיף 11 גם על כל ״עסקה במקרקעין״, ובסעיף 6 מוגדרת ״עסקה במקרקעין״ ככוללת הקניית כל זכות במקרקעין, לרבות זכות ההחזקה[63].

המאמץ הפרשני שנעשה כאן, להתייחס אל הענקת הזכות להחזקה כאל הקניית ״זכות במקרקעין״, לצורך סעיף 13 לחוק המקרקעין, לא היה נחוץ אילו היתה הגדרת ״מקרקעין״ עצמה כוללת את חלל־הרום, תחת המצב הנוכחי שבו רק ״בעלות בקרקע״ ו״עיסקה במקרקעין״ הוגדרו ככוללים את חלל־הרום.

59 סעיף 6.

60 ראה, למשל, ע״א 91/77 **ביקסר נ׳ ״עמידר״ החברה הלאומית לשיכון עולים בע״מ**, פ״ד לב(1) 73, 77; ע״א 513/82 **רייזמן ואח׳ נ׳ וושצ״ין ואח׳**, פ״ד לז(2) 813, 823—824 (והשווה עם האמור בעמ׳ 832, ואולם ראה מנגד: ע״א 307/85 **מנהל מס שבח נ׳ זמר**, פ״ד מא(4) 826, 830 (ב—ג)); ע״א 641/83 **פרידמן נ׳ פרידמן**, פ״ד מ(2) 253, 255 (ה—ו).

61 ע״א 403/73 **בצלאל נ׳ סימנטוב**, פ״ד כט(1) 41.

62 סעיף 160 קובע: ״בענייני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922—1947״. לא נביע כאן את דעתנו על ההנחה של השופט בדבר ההשפעה שיש לסעיף זה על הפירוש שיש לתת לעילת התביעה על הסגת־גבול במקרקעין, שעל־פי פקודת הנזיקין.

63 בעמ׳ 44 (ב—ג).

nevo.co.il

במאמר מוסגר נעיר, שהפרשנות של השופט ח׳ כהן שלפיה הענקת זכות להחזקה במקרקעין כמוה כהקניית ״זכות במקרקעין״, לצורך הסעיפים 13 ו־6 של חוק המקרקעין, אינה נקייה מספקות. אם נזכור שהביטוי הקניית ״זכות במקרקעין״ שבחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, פורש בפסיקה כהקניית זכות קניינית דווקא[64], תתעורר השאלה אם נכון להניח שכל זכות להחזקה במקרקעין היא זכות־קניין. הן עשוי אדם שיקבל זכות חוזית בלבד להחזקה במקרקעין. על זכות חוזית כזאת אין סעיף 13 האמור חל, וכך נותרים אנו עם ״מקרקעין״ שההגדרה המרחיבה שבחוק, הכוללת את המרחב העל־קרקעי והתת־קרקעי, אינה חלה עליהם.

אם נפנה שוב לנוסח סעיף 13 ולסעיף 6 המסביר אותו[65], ניווכח שעשויים להיות מצבים נוספים שבהם תוענק זכות במקרקעין בלא שהדבר ייחשב כ״עיסקה במקרקעין״, ועל־כן לא תחול גם על מצבים אלה ההוראה שבסעיף 11 ו־13 המכלילה בקרקע את המרחב העילי והתחתי. כך הדבר כאשר מוענקת זכות במקרקעין שלא על־פי רצון המקנה (כגון בהעברה מכח החוק) או במקרה של הורשה על־פי צוואה.

כללו של דבר: אף שסבורים אנו, על־יסוד הנימוק הכללי הנזכר לעיל[66], שקרקע כוללת, בדרך־כלל, הן את המרחב התת־קרקעי הן את המרחב העל־קרקעי, לקויה הדרך שבה בחר המחוקק לקבוע דבר זה בחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969.

§8 לאור האמור עד כה, ניתן לומר שלמקרקעין כנכס משמעות כפולה — גיאומטרית ופיזית. במשמעות הגיאומטרית מקרקעין הם נכס שנפחו מוגדר על־ידי שטח מסוים מפני כדור־הארץ, והוא כולל את המרחב שמתחת לשטח הזה, ואת המרחב האווירי שמעליו. לעניין המרחב שמתחת לפני הקרקע, סעיף 11 לחוק המקרקעין מדבר על ״כל העומק שמתחת לשטח הקרקע״, ודומה כי מרכז כדור־הארץ ייחשב כגבול התחתון המירבי[67]. אשר למרחב שמעל לפני הקרקע — היכן קצהו? סעיף 11 אומר, שהבעלות בקרקע ״מתפשטת בחלל הרום שמעליו״, דבר המשאיר שאלה זו בערפל.

בית־המשפט העליון התייחס לשאלה זו באחד מפסקי־דיניו, אף כי לא דן בה בהרחבה, באומרו כי הבעלות מסתיימת בשכבת־האוויר שמעל לפני האדמה, וכי אין היא מתפשטת מעבר לכך, לחלל החיצון, שהוא כנראה רשות־הרבים[68].

על־פי הנחה זו, נכס מקרקעין הוא נכס שלנפחו צורה של מעין פירמידה הפוכה, שקודקודה במרכז כדור־הארץ ופאתה מנגד מוגדרת על־ידי שטח הקרקע, בתוספת שכבת־האוויר שמעליה.

ההיבט הגיאומטרי הזה של ״מקרקעין״, המתייחס לנפח מוגדר, בהתעלם מהתוכן הפיזי של הנפח הזה, הוא הגורם לכך שנטילת חלק פיזי כלשהו המצוי בתוך הנפח הזה אינה משנה את היקפו של הנכס. סילוק פני הקרקע, כפי שהם במצב נתון, אינו מסלק את ה״מקרקעין״ מהבחינה הגיאומטרית[69].

64 ראה לעיל, הערה 6.
65 ראה נוסח הסעיפים לעיל, ליד הערות 58 ו־59.
66 ליד הערה 56.
67 Salmond on Jurisprudence (12 ed., by L.J. Fitzgerald 1966) 416.
68 ע״א 782/70 רדומילסקי נ׳ פרידמן, פ״ד כה(2) 523, 527 (השופט זוסמן). בהצעת חוק המקרקעין, תשכ״ד–1964, הוגבלה הזכות בחלל־הרום ״עד לגבול יכולת הניצול המעשי״ (סעיף 36).
69 C.P. Noyes, *The Institution of Property* (1936) 438. בהצעת חוק המקרקעין, תשכ״ד–1964, נאמרו בעניין זה דברים מפורשים, בסעיף 34: ״הבעלות במקרקעין מתפשטת בכל שטחה של הקרקע ואינה משתנית עם השנויים בפני הקרקע....״

nevo.co.il

מיוחדים, המוגדרים בחוק, נקבעה חובת תשלום פיצויים עקב שלילת מקור־מים[76].

הקניית מקורות־המים לציבור אינה כורכת עִמה זכויות באדמה הסמוכה למקורות־המים[77]. כדי שיהא ניתן לנצל את מקורות־המים במקרקעין שבבעלות פרטית, יהא על־כן צורך לרכוש מאת בעל־המקרקעין זכות גישה למקור־המים, בהסכם, או מכוח ההסמכה שבחוקים המתירים הפקעה של זכויות במקרקעין שבבעלות פרטית[78].

§10 **״נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה״.** לבעל־מקרקעין אין בעלות באוצרות־טבע אלה שבמקרקעין[79]. הדין הִקנה את אוצרות־הטבע למדינה, על־פי סימן 12(2) לדבר המלך במועצתו, 1922, אשר קבע (המקור האנגלי ברור בעניין זה יותר מהתרגום לעברית):

All mines and minerals of every kind and description whatsoever being in, under or on any land or water, whether the latter be inland rivers or seas or territorial waters, shall vest in the High Commissioner subject to any right subsisting at the date of this Order of any person to work such mines or minerals by virtue of a valid concession.

הכנסת ביטלה את ההוראה הזאת בחוק נכסי המדינה, תשי״א–1951, וקבעה תחתיה, בסעיף 2, כי ״נכסים של שלטונות ארץ ישראל״ המצויים בישראל הם נכסי המדינה. ההגדרה בסעיף 1 של ״נכסיהם של שלטונות ארץ ישראל״ כוללת, בין השאר, גם את כל המכרות והמחצבים, כאמור לעיל, בסעיף 12(2) לדבר המלך במועצתו.

כדי להגיע אל אוצרות־הטבע במקרקעין שבבעלות פרטית, יש צורך לקבל את הסכמת בעל המקרקעין שבהם מצויים אוצרות־הטבע. אם הלה מסרב, ניתן להפקיע את הבעלות בקרקע או את הזכויות הפחותות מן הבעלות, כגון חכירה[80].

76 הזכות לפיצויים נקבעה למקרים שבהם נגרם נזק לאדם על־ידי שלילת מקור־מים שפרנסתו היתה עליו או על־ידי ניתוקו ממקור־מים שממנו היה מקבל מים או כתוצאה מהחלפת מקור־מים: חוק המים, תשי״ט–1959, סעיפים 90(א)(2)(ב), 93; כללי מים (חישוב פצויים), תשכ״ב–1961, כלל 9 (ס״ק(1) לכלל 9 מנוסח בצורה כה מרושלת עד כי אין להבינו). ראה גם חובת הפיצוי המוסדרת בסעיף 44 לחוק המים.

77 ע״א 438/70 **המועצה המקומית אום אל פחם נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד כו(1) 813, 818.

78 כגון סעיפים 77–95, לחוק המים, תשי״ט–1959, או פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943.

79 והשווה מ׳ דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל** (מהדורה 2, תשי״ג) 339, וכנגד זה עמ׳ 95.

80 ראה במיוחד את פקודת המכרות, 1925, סעיפים 41, 46 ו־54 (סעיף 46 מזכה בעל־מקרקעין בפיצויים ששיעורם נקבע יחסית לשווי המחצבים שנכרו באדמתו, בתנאי שהמקרקעין נמנו עם הסוג ״מולק״ או ״ווקף אמיתי״, בהתאם לסיווג המקרקעין שהיה נוהג על־פי חוקי הקרקעות העות׳מניים, וכהתמלא שאר התנאים הנזכרים בסעיף. הפיצויים היחסיים לשווי המחצבים הם בשיעור של ארבע חמישיות מהתמלוגים שעל בעל זכות־הכרייה לשלם לרשויות. השיעור המירבי של התמלוגים שבעל זכות־הכרייה משלם לרשויות הוא 5% משוויו של המחצב כשהוא במכרה, כמפורט בחלק ג של התוספת השלישית לפקודת המכרות. שאלה היא כיצד יש ליישם סעיף זה כיום, לאחר שחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, בסעיף 152, ביטל את סיווג הקרקעות העות׳מני. בידוד שערכנו העלה, שלשאלה זו אין חשיבות מעשית של ממש ועל כן לא נאריך בה). הפקעה עשויה שתיעשה גם על־פי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, כפי שעולה מסעיף 12 לפקודת המכרות. לעניין מינרלים רדיו־אקטיביים ראה פקודת המינרלים הרדיו־אקטיביים, 1947. לעניין נפט ראה חוק הנפט, תשי״ב–1952, סעיפים 39 ו־40.

nevo.co.il

העיקרון שהנחה את המחוקק לעניין אוצרות־טבע במקרקעין שבבעלות פרטית היה אפוא, שאין להכיר בזכותו של בעל־מקרקעין פרטי באוצרות־הטבע שבמקרקעיו. גישה זו אינה מיוחדת למשפטנו ואפשר למוצאה גם בשיטות־משפט אחרות. ההנמקה הניתנת לה היא שצודק הוא שמתת־טבע, שאינה תוצאה של עמלו של בעל־הקרקע, תהא שייכת לציבור[81].

§11　**עתיקות.** תהא זו טעות להסיק מרשימת החריגים שבסעיף 11 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, כי המחוקק נטל מבעל־מקרקעין רק את אוצרות־הטבע שבמקרקעיו. גם על עתיקות המתגלות במקרקעין שבבעלות פרטית הניח המחוקק את ידו וקבע בחוק העתיקות, תשל״ח–1978, כי הן בבעלות המדינה[82]. לבעל המקרקעין שבהם נתגלתה עתיקה, אין זכות לפיצוי בגין העתיקות שנתגלו במקרקעיו. החוק אמנם מסמיך את מנהל אגף־העתיקות להעניק ״פרס״ ל״מחזיק עתיקה״ שנתגלתה או נמצאה בישראל לאחר תחילתו של חוק העתיקות, ״אם ראה שהנסיבות מצדיקות זאת״ (ובתנאים המפורטים בחוק)[83]. ואולם שיקול־דעת להענקת ״פרס״ אינו שקול כנגד זכות לפיצוי, ופרס ל״מחזיק עתיקה״ לא יזכה בהכרח את בעל־המקרקעין שבמקרקעיו נתגלתה העתיקה[84].

3. חלל־הרום

§12　את זכותו של בעל־קרקע בחלל־הרום מגביל סעיף 11 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, בקובעו, כי ״בכפוף לכל דין אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום״. בהוראה זו ביקש המחוקק, מסתמא, לאפשר מעבר כלי־טיס מעל למקרקעין שבבעלות פרטית, ואולם הניסוח שבו בחר כדי לבטא את הדבר מעורר קושי בשל מִלות הפתיחה ״בכפוף לכל דין״. מכיוון שהדין מעניק לבעל־מקרקעין עילת־תביעה בגין הסגת־גבול, ועילה זו מקיפה גם את המקרה של הסגת־גבול במרחב שמעל לפני הקרקע; ומכיוון שהסעד האפשרי בעילת־תביעה כזו הוא צו מניעה[85], הרי שלכאורה לא אמר המחוקק דבר של ממש בקובעו, כי ״בכפוף לכל דין אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום״. דומה כי כוונתו היתה לומר שעל־אף הדין הכללי בסוגיית הסגת־גבול במקרקעין, אין בעל־

81　Kruse (לעיל, הערה 73), א, 207–208.

82　בסעיף 2(א).

83　בסעיף 4.

84　והשווה ג׳ טדסקי, ״העתיקות בדיני הקנין״ **משפטים** ט (תשל״ט) 363, 365, 371–372. פרופ׳ טדסקי סבור, כי חוק העתיקות מקנה למדינת בעלות רק בעתיקות שלפני גילוין לא היו בבעלותו של אדם (להוציא עתיקות שהיו בבעלות בעל־מקרקעין בשל היותם מחוברים לקרקע, שאז הן בכל־זאת מוקנות למדינה). בחוק עצמו אין למצוא הגבלה זו.
לגישתו של טדסקי עתיקות הטמונות באדמה אינן נחשבות כ״מחוברים״ לקרקע, ועל־כן אין הן בבעלות בעל־המקרקעין עובר לגילוין, מכוח סעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, ואף לא מכוח סעיף 11 לאותו חוק. לא כך סבר בית־המשפט העליון בע״פ 297/77 **מדינת ישראל נ׳ טמייזה**, פ״ד לב(2) 599, 609, 613. בית־המשפט הניח, כי עתיקה הטמונה מתחת לפני הקרקע קרוב לאלפיים שנה נחשבת כ״מחוברת״ לקרקע לצורך סעיף 12 וכשייכת לבעל־הקרקע גם מכוח סעיף 11. ראה באותו כיוון גם ת״א (נצ׳) 224/86 **מדינת ישראל נ׳ יחזקאלי**, פ״מ תשמח(א) 492, 497.

85　עילת התביעה בגין הסגת־גבול במרחב שמעל לפני הקרקע אפשרית הן על־פי פקודת הנזיקין, [נוסח חדש] סעיף 29, הן על־פי חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, סעיף 17. ראה ע״א 403/73 **בצלאל נ׳ סימנטוב**, פ״ד כט(1) 41, 44.

nevo.co.il

מקרקעין זכאי למנוע מעבר בחלל־הרום. ואולם פטורים אנו מלהאריך בשאלה זו, הואיל והיא מוסדרת על־פי הוראות חוק המיוחדות לסוגיית הטיס, ובהיותן מיוחדות (*lex specialis*) תינתן להן עדיפות. סעיף 9(1) לחוק הטיס האנגלי משנת 1920, אשר הוחל על ארץ־ישראל על־פי סעיף 6 לתוספת הראשונה לדבר המלך על הטיס במושבות (הטלת חוקים), 1937, קובע כי אין בעל־מקרקעין זכאי לצו־מניעה כנגד בעל־מטוס הטס מעל למקרקעיו בדרך סבירה, ובלבד שאם הטיסה גרמה לנזק, בעל־מקרקעין זכאי לתבוע את נזקיו בתביעה לפיצויים מאת בעל־המטוס[86]. בהוראה זו ביקשו למצוא את נקודת־האיזון בין האינטרס של בעל־מקרקעין למנוע גרימת נזק למקרקעיו על־ידי מטוסים החודרים אל המרחב העל־קרקעי שלו, לבין האינטרס הציבורי בקיום תחבורה אווירית. כל עוד מתנהלת הטיסה בצורה סבירה, אין בעל־מקרקעין יכול למונעה, ואפילו נגרם לו בכך נזק. בעלותו מזכה אותו בפיצויים עבור הנזק שנגרם לו, אבל לא ביכולת למנוע את הנזק עצמו. כך כל עוד הטיסה היא בצורה סבירה. טיסה שאינה סבירה בנסיבות העניין בעל־מקרקעין יכול למונעה. זוהי הטכניקה הידועה של ״רשיון כפוי״ (compulsory licence) בכפיפות לזכות לפיצויים, שניתן למוצאו בהקשרים שונים שבהם מבקשים למצוא את שביל־הזהב בין ההגנה על האינטרס של בעל־נכס לבין הבטחת אינטרס של הציבור[87].

4. מחוברים

§13 ״מקרקעין״ כוללים — מלבד ״קרקע״, שעל משמעותה ניסינו לעמוד לעיל — גם ״כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה״, כלשון הגדרת ״מקרקעין״ שבחוק הפרשנות. את המרכיב הזה של ״מקרקעין״ נכנה בשם ״מחוברים״ (fixtures), בעקבות המחוקק של חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969[88]. סוגיית המחוברים מעוררת בעיות קשות. חכמי המשפט הרבו לעסוק בשאלה, באילו נסיבות יש להתייחס למיטלטל שחובר למקרקעין כאל ״מקרקעין״; ואולם חוששני, כי לכלל תשובה ברורה לא הגיעו. הקושי נעוץ בשאלות, כגון מתי נחשב חיבור כחיבור של קבע? (מבנה שמשך הקיום הטבעי שלו מוגבל לשנים מספר — קבע? הקיקיון של הנביא יונה, שבן לילה היה ובן לילה אבד — קבע? מבנים שהוקמו לתערוכה, האמורה להימשך שבועות אחדים, תוך כוונה לסלק את המבנים בתום התערוכה — קבע?) מהי מידת החיבור אל פני הקרקע הנדרשת כדי להפוך מיטלטלין למקרקעין? (האם די בכובד המשקל של דבר המונח על־פני האדמה, אף באין הצמדה, כגון על־ידי מלט? האם בית טרומי שהונח על־פני משטח יצוק נחשב כמקרקעין? האם שער, המחובר בצירים למזוזות־הכניסה, הוא חלק מהמקרקעין? האם פסל שהוצב בגן־בית הופך למקרקעין?) אם היכולת להפריד דבר מן הקרקע מונעת את סיווגו של הדבר כמקרקעין, היכן יימתח הגבול לאור המכשור המודרני שבעזרתו ניתן

86 ע״א 404/80 **בני עטרות מושב עובדים להתישבות חקלאית בע״מ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד לח(4) 30, 40–43.

87 ראה, למשל, חוק הפטנטים, תשכ״ז–1967, סעיף 117 ואילך. פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 48ב; חוק זכות יוצרים, 1911, סעיף 19.

88 ראה במיוחד הגדרת ״מקרקעין״ שבסעיף 1, ואת לשון סעיף 12. בע״א 567/68 **שפלן נ׳ קאופר**, פ״ד כג(2) 108, 110, הציע השופט ברנזון כתרגום למונח fixture את המלה ״קבועה״.

nevo.co.il

כיום להעתיק ממקום למקום מבנים, גשרים וכדו׳? מִבנה טרומי, שקל לפרקו, האם ייחשב כמקרקעין? האם ארונות־קיר, כיור, ברזים, מפסקי־חשמל ותריסולים המותקנים בבית אינם חלק מ״המקרקעין״ מכיוון שהם ״ניתנים להפרדה״, כלשון הגדרת ״מקרקעין״ המובאת לעיל?

בדברים שלהלן נדון במבחנים שבעזרתם מנסים להשיב לשאלות אלה, אך נגלה כבר עתה, כי בסופו של הדיון נמצא שהמבחנים המוצעים אינם משוכללים דיים וכי לא נוכל להימנע מן הצורך לסמוך גם על ״חוש המשפטן״ כדי להגיע אל הפתרון הראוי בכל מקרה קונקרטי שיבוא בפנינו. בחיפוש אחר הפתרון הראוי בכל מקרה קונקרטי יש לזכור את הרקע לגישה שבגללה מתייחסים אנו, בנסיבות מסוימות, למיטלטלין שחוברו למקרקעין כאילו הפכו ל״מקרקעין״. הטעם האחד לכך הוא, שכאשר מיטלטל רוכש את תכונת הקביעות, המאפיינת מקרקעין, טבעי הוא שנחיל עליו את הדינים החלים על מקרקעין בגלל תכונות הקביעות שלהם[89]. הטעם האחר הוא, שמן הראוי להתייחס למיטלטל שחובר למקרקעין כאילו הפך לחלק מן המקרקעין בנסיבות שבהן ראיית המחובר כנס נפרד, שניתן לסלקו ולבצע בו עִסקאות נפרדות, עלולה לגרום נזק כלכלי ניכר (כגון לארון־קיר המותאם למקומו בגומחה שבקיר, מכונות במפעל שהמִבנה שלו הותאם במיוחד למידות המכונות ודרך הפעלתן וכדו׳)[90].

§14 **״הבנוי והנטוע״.** בפתח דיוננו, מן הראוי להצביע על השאלה אם תכונת המחוברים הנזכרת בהגדרת ״מקרקעין״ שבחוק, לאמור: חיבור של קבע אל הקרקע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה, נדרשת גם לעניין ״הבנוי״ ו״הנטוע״, הנזכרים בראשית ההגדרה של ״מקרקעין״, או שמא ״הבנוי והנטוע״ הוא לעולם בגדר מקרקעין. לשון החוק אינה חד־משמעית בעניין זה. הצעת חוק המקרקעין היתה מנוסחת ומפוסקת בצורה ברורה יותר. נאמר בה: ״מקרקעין־קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה, וכל המחובר אליה חיבור של קבע״[91]. הפיסוק שבהצעת החוק הבהיר, כי הבנוי והנטוע הוא לעולם בגדר ״מקרקעין״ וכי הדרישה של חיבור קבע אינה חלה על שני אלה. ואולם בניסוחו הסופי של החוק הוכנסו שינויים בלשון ובפיסוק, וכה נאמר בו: ״מקרקעין״ — קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה. ניסוח זה אינו שולל את האפשרות לפרש את הגדרת ״מקרקעין״ באופן שגם הבנוי והנטוע צריכים להיות מחוברים חיבור של קבע (זולת מחוברים הניתנים להפרדה) בטרם יוכרו כ״מקרקעין״. לפי פירוש זה, ״הבנוי״ ו״הנטוע״ אינם אלא סוגים מסוימים של ״מחוברים״, ועל־כן, כאשר נאמר בסיפא של ההגדרה ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ מוסבות מלים אלה גם על הבנוי והנטוע. חיזוק לכך, שבלשונו של נסח חוק המקרקעין ״מחוברים״ כוללים גם את הבנוי והנטוע, ניתן למצוא

89 ראה לעיל, ליד הערות 20–31.

90 על השיקול הכלכלי שביסוד סוגיית המחוברים ראה *American Law of Property* (Casner ed., 1952) V 10, 22, 25; D.M. Walker, *Principles of Scottish Private Law* (Oxford, 2nd ed., 1975) II 1195; Karllarenz, *Allgemeiner Teil Des Deutchen Bürgerlichen Rechts* (München, 3rd ed., 1975) 236; J. Carbonnier, *Droit Civil* (4ed., 1964) 234; A.N. Yiannopoulos, "Movables and Immovables in Louisiana and Comparative Law" 22 *Louisiana L.R.* (1962) 517, 528. ג׳ טדסקי, ״העתיקות בדיני הקנין״ **משפטים** ט (תשל״ט) 363, 367. על השיקול הכלכלי השולל הפרדת מיטלטלין שחוברו זה לזה ראה חוק המיטלטלין, תשל״א–1971, סעיף 4.

91 הצעת חוק המקרקעין, תשכ״ד–1964, סעיף 1.

nevo.co.il

בסיפא של סעיף 12 לחוק המקרקעין, שבו נאמר: ״ואין נפקא מינה אם המחוברים נבנו, ניטעו או חוברו...״; וכן בסעיף 21(א) לחוק, שלפיו ״הקים אדם מבנה או נטע נטיעות (להלן: הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו...״; וכן בסעיף 157, שבו נאמר: ״מבנים או נטיעות (להלן: מחוברים) שערב תחילתו...״.

לדעתנו, אם פירוש זה אפשרי, מן הראוי להעדיפו על־פני הפירוש שלפיו הבנוי והנטוע הוא לעולם בגדר ״מקרקעין״. הטעמים שבגללם ראה המחוקק לנכון להוציא מגדר מקרקעין דברים שחוברו באופן ארעי (ודברים הניתנים להפרדה) חלים גם על מבנים שלא חוברו חיבור של קבע, או הניתנים להפרדה, ומן הדין אפוא שמעמדם יהא דומה (נטיעות מעוררות פחות בעיות, מכיוון שבמרבית המקרים יתקיים בהם התנאי של חיבור של קבע. אשר לסייג של ״מחוברים הניתנים להפרדה״, נעמוד על כך בהמשך). כך, למשל, כאשר קבלן מביא לאתר־בנייה מכונות־בנייה כבדות, המוצמדות לקרקע, וכן צינורות־ברזל שמהם הוא בונה פיגומים (דהיינו: הקונסטרוקציה של הפיגומים תהא בגדר ״בנוי״), כשבכוונתו ליטול עמו בתום עבודות־הבנייה הן את המכונות הן את צינורות־הפיגומים, כלום יהא זה סביר לסווג במהלך עבודות־הבנייה את מכונות־הבנייה, מחד גיסא, ואת הפיגומים, מאידך גיסא, בדרך שונה? דומה, כי מכיוון שהמכונות והפיגומים הובאו לאתר־הבנייה באורח זמני, בלא כוונה לחיבור של קבע אל הקרקע, מן הראוי לראות את שניהם כמיטלטלין, אף שהפיגומים עשויים להיחשב כדבר שהוא בגדר ״בנוי״.

לפי גישתנו, הבונה סוכה לשבעת ימי חג הסוכות, כשבכוונתו לפרק את הסוכה בתום החג, תיחשב הסוכה כמיטלטלין, אף שהיא בגדר ״הבנוי״, וזאת מפני החיבור הארעי. לעומת זאת, מבנה שתכונותיו הפיזיות דומות לסוכה, שבנוהו כדי שישמש מקום־חנייה קבוע למכונית, ראוי שייחשב כמקרקעין[92].

סיכומו של דבר: תכונת הקביעות המאפיינת מקרקעין, שבגללה נקבעו למקרקעין דינים מיוחדים, השונים מאלה החלים על מיטלטלין[93], מחייבת להחיל את דרישת חיבור הקבע על כל דבר שמבקשים לשייכו לקטיגוריה של ״מקרקעין״, ו״הבנוי והנטוע״ אינם חריגים לכלל זה[94].

§15 ״חיבור של קבע״. בדוננו בשאלה הכללית של מחוברים ובמשמעות הדרישה שבחוק ל״חיבור של קבע זולת מחוברים הניתנים להפרדה״, דומה כי ניטיב לעשות אם נבחין בין שני מצבים, האחד — מחוברים שהם כה צמודים למקרקעין עד כי אין הם ניתנים להפרדה באמצעים שגרתיים; והשני — מחוברים שצמידותם לקרקע רופפת, כך שסילוקם ממקומם אינו כרוך בקשיים מיוחדים.

במצב הראשון לא יתעורר, בדרך־כלל, קושי בסיווג המחוברים כמקרקעין. כאלה יהיו בתים, גשרים, מזרקות, בריכות, כבישים וכיוצא באלה. על דברים כאלה יהיה נכון לומר, כי הם מחוברים ״חיבור של קבע״ אף שמשך הקיום שלהם לא יהיה בדרך־כלל לצמיתות. אנו סבורים, כי די בכך שדבר חובר למקרקעין למשך תקופת קיומו הטבעי כדי שהוא ייחשב כמחובר חיבור של קבע. משך הקיום של מרבית הדברים שעשוי אדם

92 הדוגמא שאולה מפסק־דינו של השופט מלץ, בע״פ 697/85 **גולדשטיין נ׳ הועדה המקומית לתכנון ולבנייה**, פ״ד מ(4) 57, 62, אף שהשאלה שנדונה שם היתה שונה מזו שאנו עוסקים בה.

93 הטקסט שבסמוך להערות 20–31.

94 ראה להלן, הערה 128, על פסק־הדין ע״א 381/80 **מנהל מס שבח מקרקעין ת״א נ׳ סטלה, שירותי מכוניות בע״מ**, פ״ד לט(3) 413.

nevo.co.il

לחבר לקרקע מוגבל בזמן, ולא ייתכן, על־כן, שהמחוקק התכוון לחיבור לצמיתות דווקא שעה שהוסיף להגדרת ״מקרקעין״ את הקטיגוריה של ״מחוברים״.

גם דבר שאין לו קיום במנותק מן המקרקעין שאליהם חובר. מן הראוי כי ייחשב כמחובר חיבור של קבע. הקביעות מתבטאת בכך שכל עוד הדבר קיים, הוא מחובר. מטעם זה אנו סבורים, כי דבר שמידת צמידותו לקרקע כה רבה עד כי אין להסירו ממקומו אלא בהריסתו או בגרימת נזק רב לדבר, נכון לראותו כ״מקרקעין״.

בדרך זו נוכל להגיע לפתרון השאלה שהֻצגנו בפתח דיוננו זה: כיצד נסווג מבנים לתערוכה האמורה להימשך שבועות מספר, כאשר הכוונה היא לסלק את המִבנים בתום התערוכה? אם סילוק המִבנים כרוך בהריסתם, מן הראוי לראותם כ״מקרקעין״, אף שהוקמו לפרק־זמן קצר יחסית. מכיון שלמבנים אין קיום במנותק מהמקרקעין שאליהם חוברו, נכון לראותם כמחוברים חיבור של קבע. לעומת זאת, אם המִבנים הם פריקים, וניתן לפנותם ממקומם בלא קושי ובלא להורסם או בלא לגרום להם נזק רב, הרי שלא יהיה מקום לראותם כ״מקרקעין״. אין לומר עליהם אז, כי הם מחוברים ״חיבור של קבע״[95].

באותה דרך נגיע גם לפתרון השאלה הנזכרת לעיל: אם קקיונו של יונה, שמשך חייו כיממה, הוא מקרקעין. התשובה לכך חיובית, וכזה יהא הסיווג של כל הצומח והפורח על־פני האדמה, ותהא תקופת הצמיחה והפריחה קצרה ככל שתהא. החיבור הוא אז חיבור של קבע במובן זה שהוא לימי־חייו של הדבר (על ההשפעה האפשרית של הסייג ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ על סיווג הצמחייה כמקרקעין, נעמוד להלן, בדוננו במצב השני מבין שני המצבים שהוצגו לעיל).

§16 השאלה אם דבר מחובר לקרקע ״חיבור של קבע״ צריכה — לדעתנו — להיבחן על־פי התוצאה של החיבור ולא על־פי האמצעים הטכניים שהשתמשו בהם לצורך החיבור. לפי זה, גם אם לא השתמשו בחומר מחבר כלשהו (כגון במלט), אם החיבור לקרקע נובע מכובד־משקלו של הדבר, הגורם לכך שהוא אינו ניתן בנקל להפרדה, מן הראוי לראותו כמחובר שהפך למקרקעין. לתוצאה אחרת הגיעה דעת־הרוב בפרשת **שפלן נ׳ קאופר**[96]. השאלה שנדונה באותו מקרה היתה, אם יציע חובר למושכר ״חיבור קבע״, לצורך סעיף 22 של חוק הגנת הדייר, תשי״ד—1954. על־פי סעיף זה, אם יציע חובר למושכר חיבור קבע, יש לשלם בגינו תוספת לדמי־השכירות. היציע שבנוהו במושכר תואר על־ידי בית־הדין, שביקר במקום, בזו הלשון: ״על כמחצית המושכר יציע מסיבי ביותר הנשען — לפי מראית עינינו — על קורות עץ כבדות שעליהן קורות ברזל חזקות... היציע — שלמראית עין הינו איתן יותר מהמושכר עצמו״. אף־על־פי־כן הגיע בית־המשפט למסקנה, כי אין לראות את היציע הכבד הזה, שהיה איתן יותר מהמושכר עצמו, כמחובר חיבור של קבע. בית־המשפט קבע, כי ״אינני יכול להוציא את המקרא ׳חיבור קבע׳ מידי פשוטו״. ״חיבור״ מצריך הצמדה פיזית או לפחות חדירה אל תוך הרצפה או הקיר[97]. ביקורת חריפה על החלטה זו מתחו בעצם נותני ההחלטה עצמם, באומרם בפסק־הדין:

95 Planiol et Ripert, *Traité Pratique de droit civil français* (Paris, 2nd ed., 1952) III 76.

96 ע״א 567/68 שפלן נ׳ קאופר, פ״ד כג(2) 108. חוות־דעת של הרוב נכתבה על־ידי השופט לנדוי, שעמו הסכים השופט מני. דעת־המיעוט היתה של השופט ברנזון.

97 שם, בעמ׳ 112, השופט לנדוי.

nevo.co.il

> מטעמי צדק הייתי רוצה להגיע למסקנה אליה הגיע חברי הנכבד השופט ברנזון [שכתב את דעת המיעוט]... בודאי רצוי הוא שיציע מסיבי זה ״שלמראית עין הינו איתן יותר מהמושכר עצמו״... יגרור אחריו את תשלום תוספת דמי השכירות... הרי מעצם כובד משקלו הוא יותר קבוע ועומד במקומו... מאשר יציע קל יותר שאין לו משקל כזה ומשום כך יש לחברו לרצפה או לקורות באמצעות מסמרים או ברגים[98].

ואולם בית־המשפט הגיע לתוצאה הבלתי־צודקת (לפי דבריו־הוא), משום שהוא ראה את עצמו אנוס על־פי הדיבור, לאור המלים ״חיבור של קבע״. שופט־המיעוט, משה ברנזון, לא ראה עצמו מנוע בשל המלים ״חיבור של קבע״ מלהגיע למסקנה, כי חיבור של קבע יכול שייווצר גם על־ידי ״מגע קבוע בין היציע והמושכר, שאינו ניתן לפירוק או להפרדה על נקלה... מאי נפקא מינה אם החיבור נוצר באמצעות קורות העץ הניצבות על רצפת המושכר [או בדרכים אחרות]. לדעתי, אין כל הבדל״[99].

דעת־המיעוט נראית בעינינו יותר מדעת־הרוב. לדעתנו, מן הראוי כי השאלה אם דבר חובר חיבור של קבע תוכרע על־פי התוצאה של הסמכת שני הדברים המחוברים זה לזה, ולא על־פי האמצעים שנבחרו לצורך החיבור. דבר שלא ניתן בנקל להסירו ממקומו נכון לראותו כמחובר למקומו חיבור של קבע, גם אם תוצאה זו נובעת רק מכובד־משקלו של אותו דבר[100].

§17 **״מחוברים הניתנים להפרדה״.** הקטיגוריה הראשונה של ״מחוברים״ שאנו דנים בה מחייבת התייחסות לסיפא של הגדרת ״מקרקעין״ (״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״). אנו סבורים, כי סייג זה אינו מכוון להוציא מגדר ״מקרקעין״ דבר שהפרדתו מן הקרקע אפשרית אך כרוכה בהריסתו (או בגרימת נזק רב למחובר)[101]. אילו כך אמרנו, לא היה בנמצא ״מחובר״, שהרי אין לך דבר שאי־אפשר לסלקו מן הקרקע על־ידי הריסתו. כן לא נראה לנו, שהסייג שבהגדרה מכוון להוציא מגדר ״מקרקעין״ כל דבר שניתן לסלקו מן הקרקע, בלא להורסו, ויהיו האמצעים וההוצאות הדרושים לשם כך אשר יהיו. בעזרת הציוד המיכני הכבד העומד היום לרשותנו ניתן להעתיק ממקומם דברים שאיש לא יחלוק על כך שהם בגדר ״מקרקעין״ (כגון בתים, גשרים, מצבות זכרון וכדו׳). על כורחך אתה אומר, שבביטוי ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ לא התכוון המחוקק להוציא את כל המחוברים שקיימת אפשרות פיזית להפרידם. נראה לנו, כי כוונתו היתה לדברים שהפרדתם טבעית להם, מתיישבת עם דרך חיבורם לקרקע ואינה

98 שם.

99 שם, בעמ׳ 110.

100 המסורת מספרת שבין נדבכי ״הכותל המערבי״ אין כל חומר מחבר. האם בשל כך נראה את הכותל כמיטלטלין? ראה גם D.M. Walker, *Principles of Scottish Private Law* (2nd ed., 1975) II 1194–1195.

101 ה״הפרדה״ שבהגדרת ״מקרקעין״ נבדלת מן ה״סילוק״ שבסעיף 21(א) לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. ה״סילוק״ יכול שייעשה גם על־ידי הריסת המחובר, כפי שעולה מהדבק הדברים שבסעיף 21. יש הגורסים שגם אם ההפרדה תגרום נזק למקרקעין, ולא למחובר עצמו, יש לסווג את המחובר כ״מקרקעין״. Walker (לעיל, הערה 100), II, 1194; ספר החוקים האזרחי של מדינת לואיזיאנה, סעיף 469 (Civil Code of Louisiana [J. Dainow (ed.), 2nd ed., 1961] 99–100).

nevo.co.il

כרוכה באמצעים בלתי־שגרתיים (כגון מכונות בבית־חרושת שהוברגו לרצפה וכיוצא באלה)[102].

§18 המצב השני שנדון בו עניינו מחוברים שצמידותם לקרקע רופפת, ושסילוקם ממקומם אינו כרוך בקשיים מיוחדים. לכאורה עלינו לשלול את ההכרה במחוברים שכאלה כ״מקרקעין״, בהיותם ״ניתנים להפרדה״, כאמור בהגדרת ״מקרקעין״, ואולם הדעת אינה סובלת תוצאה זו. כלום סביר הוא לראות את מעונו של אדם כ״מיטלטלין״ רק משום שהוא בית טרומי, שפירוקו קל[103]? היעלה על הדעת שכל הדברים שרואים אותם כחלק בלתי־נפרד של בית, אך ניתן בנקל להוציאם ממקומם, הם בגלל כן מחוץ למסגרת של ״מקרקעין״ (כגון רעפים שעל הגג, דלתות וחלונות, תריסולים, רדיאטורים, כיורים, ברזי מים, מתגי חשמל וכדו׳)[104]? האם לא יהא מוזר להתייחס לגדר הבנויה מאבנים המונחות זו על גבי זו, בלא מלט, כאל מיטלטל[105]? היהא זה נכון לראות צמחים שאדם שתל בארמתו כמיטלטלין רק משום שניתן בנקל להעבירם ממקומם[106]? אם התשובה המתבקשת לשאלות אלה היא, שאכן כל הדברים המנויים ראוי שיסווגו

102 המלים ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ לא נכללו בהצעת החוק. הן הוספו בהמלצת נציגי לשכת עורכי־הדין, כדי שיתאפשר שיעבוד של מכונות בתעשייה. ראה דברי חה״כ אונא, **דברי הכנסת** (תשכ״ט) (קריאה שנייה ושלישית של ה״ח המקרקעין) 3757. ראה גם A.N. Yiannopoulos, "Movables and Immovables in Louisiana and Comparative Law" 22 *Louisiana L.R.* 517, 560 (1962).

103 כך, למשל, הוצע לסווג mobile home כמקרקעין. Walker (לעיל, הערה 100), II, 1195; וראה גם F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts* (12 Auflage, 1983) 12.

104 ע״א 572/83 ראה **אדיב נ׳ רפאל**, פ״ד לט(3) 345, שם נתעוררה השאלה בהקשר של פירוש חוזה שבו התחייב מוכר למסור דירה במצב שבו היתה בעת כריתת החוזה, ולאחר־מכן הסיר מתוכה את מערכת ההסקה המרכזית, תריסול ועוד פריטים, בטענה לגבי חלק מהדברים שהוסרו שאין הם בגדר מחוברים, אלא מיטלטלין. השופט שמגר פסק, כי לא מקובלת עליו הטענה שדברים אלה הם מיטלטלים, שאינם מועברים עם הנדל״ן.

> ההסקה היא... חלק מן הדירה, והוא הדין בעניין תקעים ושקעים ומיתקנים כיוצא באלה. איש לא יעלה על הדעת כי במהלך העניינים הרגיל וכל עוד לא הוסכם אחרת, יכול המוכר לפרק מתגים, שקעים ודלתות בשל כך שהם ניתנים להברגה או לפירוק על נקלה ואינם מהווים חלק אינטגראלי של קירות הבית, רצפתו או תקרתו... מובן שבעלי הדין יכלו להסכים ביניהם על פירוק של פריט זה או אחר מאלו שהוזכרו לעיל, אך אין לקבל את התיזה, כאילו משתמעת הרשות לעשות כן מכללא מעצם השתיקה בענין. נהפוך הוא, האיזכור של מצבה של הדירה ביום שבו נכרת החוזה מחזק את הגירסה כי הקונה לא היה ער לכל פירוק צפוי כמתואר ולא הסכים לו״ (שם, בעמ׳ 348).

הבסיס העיקרי של ההחלטה היה אפוא כוונת הצדדים להסכם המכר, ולא הניתוח המשפטי של ההבחנה שבין מקרקעין למיטלטלין, אף כי ההבחנה הוזכרה במהלך הדברים. ראה גם ע״א 533/80 **אדרעי נ׳ גדליהו**, פ״ד לו(4) 281, 284, שבו נקבע כי דוד־שמש וברזים הם פריטים המהווים לכאורה חלק אינטגרלי של הדירה גופה, על־אף שבהסכם־המכר כונו כחלק מן הריהוט של הדירה. וכן Bauer (לעיל, הערה 103).

105 דוגמא המובאת ב־*Holland* v. *Hodgson* (1872) L.R.7 C.P. 328, 335; (1861–1873) All E.R. Rep. 237, 242.

106 סבורים כי יש לראותם כמקרקעין: Baur (לעיל, הערה 103), וכן: J. Carbonnier, *Droit Civil* (4 edition, 1964) II 50. אפילו שהצמחים היו במשתלה ומיועדים להעברה ממקומם, הוצע לראותם כמקרקעין: Yiannopoulos (לעיל, הערה 102), 519, הערה 20; וכן: Marty et Raynaud, *Droit Civil* (2nd ed., 1972) II 495. והשווה הגדרת מקרקעין ומיטלטלין בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

nevo.co.il

כמקרקעין, הרי שלא זו בלבד שאת הסייג ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ אין לפרש כמוציא מגדר ״מקרקעין״ דבר שניתן להפרידו מן הקרקע באמצעים בלתי־שגרתיים, ובהוצאות כבדות (כמפורט לעיל, ב־17§), אלא אף זו שדברים שהפרדתם מן הקרקע יכולה להיעשות בנקל, אינם תמיד ״מיטלטלין״. יש מן הדברים שהיכולת להפרידם מן הקרקע בנקל אכן תמנע את סיווגם כ״מקרקעין״ ויש כאלה שעל־אף האפשרות להפרידם בנקל ממקומם נכון לראותם כמקרקעין.

כיצד נבחין בין אלה לבין אלה? בשאלה קשה זו נעסוק להלן.

19§ מבחן הכוונה. גורם מרכזי שנוהגים להתחשב בו בשיטות־משפט שונות כאשר באים לסווג דבר שחובר למקרקעין באופן שקל להסירו ממקומו, הוא גורם הכוונה. היתה הכוונה לחיבור של קבע, יהא המחובר ״מקרקעין״ (בית טרומי, גדר, צמחייה, דלתות וחלונות וכדו׳). היתה הכוונה לחיבור ארעי, יישאר המחובר מיטלטלין גם לאחר חיבורו (פיגומים במהלך עבודות־בנייה, אוהל, תמונה התלויה על קיר וכדו׳)[107]. מבחן הכוונה כה מקובל משום שההסתמכות הבלעדית על המבחן הפיזי, של מידת החיבור למקרקעין ועל היכולת להפריד בין המחוברים מעוררת קשיים רבים, כפי שניסינו להראות בדוגמאות שהובאו לעיל.

לכאורה אין הגדרת ״מקרקעין״ שבחוק הפרשנות מניחה מקום למבחן הכוונה. על־פיה, השיקול המכריע הוא השיקול הפיזי. כדי שדבר ייחשב כ״מקרקעין״ עליו להיות ״מחובר חיבור של קבע״ ולא להיות ״ניתן להפרדה״. ואכן, יש המסיקים מן ההגדרה הזאת את המסקנה, כי במשפטנו אין להתחשב ביסוד הכוונה שעה שבאים לסווג נכסים למקרקעין ולמיטלטלין[108]. ואולם אנו סבורים, כי מכיוון שההסתמכות על המבחן הפיזי בלבד, של מידת החיבור ואפשרות ההפרדה מולידה תוצאות בלתי־סבירות, מן הראוי שייעשה מאמץ פרשני כדי לקרוא את הגדרת ״מקרקעין״ שבחוק הפרשנות באופן שהמבחן הפיזי לא ישלוט באופן בלעדי על סיווג הנכסים למקרקעין ולמיטלטלין. ניתן לומר, כי כאשר נאמר בחוק ״חיבור של קבע״ יש לפרש ביטוי זה כמצב שבו נחזית הסמיכות שבין שני נכסים כסמיכות שאינה ארעית. יכול שהמצב ייווצר על־יסוד חיבור פיזי הדוק בין שני הנכסים, אך יכול שהוא ייווצר מכוחן של נסיבות אחרות, כגון התאמתו המיוחדת של הדבר המחובר אל מקום החיבור, כשהעתקתו ממקומו תגרום לנזק ניכר (דוגמא לכך: ארון־קיר המותאם לגומחה שמידותיה מיוחדות; מכונה המוצבת בבית־חרושת שמבנהו מותאם במיוחד למידות המכונה ולדרך הפעלתה). הדיבור ״חיבור של קבע״ הולם, כמדומה, את שני סוגי המצגים הנזכרים.

וכן את הביטוי ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ ראוי לפרש כמכוון גם למקרה שבו אף שהנכסים מחוברים פיזית זה לזה בצורה חזקה, הנסיבות מצביעות על כך שהחיבור הוא ארעי וצפויה ואפשרית ההפרדה של הנכסים זה מזה (כגון מסילת־ברזל שהונחה במכרה לפרק־זמן קצר לצורך כרייה). לעומת זאת, ראוי שלא להחיל את הביטוי ״מחוברים הניתנים להפרדה״ אם הנסיבות מעידות על כך שהחיבור היה דרך־

107 A.J. Casner (ed.), *American Law of Property*, V 16 *et seq.*; R.A. Powell, *The Law of Real Property* (Rohan ed.) Supplement 1986, p.8.; Meggary and Wade, *The Law of Real Property* (5th ed., 1984) 731-734; Silberberg Schoeman, *The Law of Property* (Durban-Pretoria, 2nd ed., 1983) 28.

108 ג׳ טדסקי, ״העתיקות בדיני הקניין״ משפטים ט (תשל״ט), 363, 367: ״לא חשוב מה היתה כוונת האדם שצירף את המיטלטלין לאדמה;... המבחן הוא אובייקטיבי, לפי מהות החיבור״.

קבע, אף שפיזית אפשר להפריד את הנכסים זה מזה (כגון מסילת־ברזל בעורק־תחבורה קבוע). לשון אחרת: ״ניתן להפרדה״ ראוי שיתפרש הן מהבחינה הפיזית הן מבחינת הייעוד של המחובר.

אף שהפירוש הזה מחייב חריגה מפרשנות דווקנית של הגדרת ״מקרקעין״, יש רגליים לסברה כי לא זו בלבד שהוא רצוי, ואולי אף הכרחי, אלא שבתי־המשפט גם מצאוהו לאפשרי. כך בפרשת **טמייזה נ׳ מדינת ישראל** הניח בית־המשפט, כי גלוסקמאות שהיו טמונות באדמה היו בגדר ״מקרקעין״, כמשמעות הביטוי הזה בחוק המקרקעין, אף שהנסיבות העובדתיות היו כאלה שהגלוסקמאות היו ניתנות פיזית להפרדה מן הקרקע (הן נגנבו)[109]. על כורחך אתה אומר, שגורם הכוונה מילא תפקיד מרכזי בבוא בית־המשפט לסווג את הגלוסקמאות על־פי החלוקה של נכסים למקרקעין ולמיטלטלין. מכיוון שבעת הטמנת הגלוסקמאות בקרקע היתה הכוונה להשאירן במקומן בקביעות, ראו אותן כמקרקעין אף שהן היו ״ניתנות להפרדה״ מן הבחינה הפיזית, כפי שהוכח בעליל על־ידי גניבתן.

בפרשת **בן זכאי נ׳ עיריית ת״א–יפו** התעוררה שאלה הקרובה למדי לנושא שאנו עוסקים בו, אף כי אינה זהה עמו. השאלה היתה, אם לעניין חוק רשוי עסקים, תשכ״ח–1968, יש לראות כ״מִבנה קבע״ עגלות המשמשות דוכני־מכירה ליד התחנה המרכזית בתל־אביב, אשר גלגליהן עוגנו בביטון שיצקו עליהן לכדי מחצית־גובהן. בית־המשפט קבע, שכאשר מבקשים להכריע אם דבר שחובר לקרקע הוא בגדר ״מבנה קבע״[110], יש לשלב מבחן אובייקטיבי־פיזי עם מבחן סובייקטיבי־נפשי.

בפרשת **גולדשטיין נ׳ הועדה המקומית לתכנון ולבנייה** השאלה היתה, אם לצורך חוק התכנון והבניה, תשכ״ה–1965, יש לראות הצבת מִבנה טרומי כ״הקמה״ של ״בנין״. בית־המשפט אמר: ״כדי שהצבתו של מבנה תהווה ׳הקמה׳, כלשון הסעיף, יש צורך במידה מסויימת של קביעות... הכוונה המלווה הצבתו של מבנה היא אינדיקציה, שאפשר ללמוד ממנה על קיומה או על העדרה של אותה קביעות. מה שאיננו מקובל עלי הוא שזוהי האינדיקציה היחידה...״[111]. הנה כי כן, אף שהשאלה שנדונה במקרה זה לא היתה הגדרת ״מקרקעין״, מעניינת העובדה שבבוא בית־המשפט לבדוק את יסוד ה״קביעות״ שבהקמת מִבנה ראה לנכון שלא לסמוך על מבחנים פיזיים בלבד, אלא צירף לכך את מבחן הכוונה. ודוגמא אחרונה מן הפסיקה: **במדינת ישראל נ׳ רונן** נתעוררה השאלה אם התקנת סוכך היא, לעניין חוק התכנון והבניה, בגדר ״דבר המחובר [לבנין] חיבור של קבע״. בית־המשפט השיב על כך בחיוב תוך שהוא מציין כי אפשר כמובן לנתק את החיבור לבניין על־ידי חילוץ המסמרים[112]. על־אף יכולת ההפרדה, לא נמנע

109 ע״פ 297/77 **מדינת ישראל נ׳ טמייזה**, פ״ד לב(2) 599, 609, 613.

110 ע״פ 371/86 **בן זכאי נ׳ עירית ת״א–יפו**, פ״ד מא(4) 298. דעת־הרוב (השופטים ש׳ לוין ונתניהו) היתה, כי יש לראות את העגלות המתוארות כמִבנה־קבע, בהסתמך על התקופה הארוכה שבה הן נמצאות במקומן, והעובדה שאין סיכוי ממשי להעתיקן מהמקום שבו הן נמצאות (עמ׳ 307). דהיינו: מבחן היעוד והכוונה הכריע, ולא השאלה הפיזית אם ניתן להפריד את העגלות. דעת־המיעוט (השופט שמגר), שיישמה אף היא את המבחן הכפול, הפיזי והנפשי, היתה שאופי הארגז, על גלגליו, מעיד שמתחילה לא נועד לשמש מִבנה של קבע וכי יציקת הביטון סביב הגלגלים לא הפכה את הארגז למִבנה של קבע (עמ׳ 304).

111 ע״פ 697/85 **גולדשטיין נ׳ הועדה המקומית לתכנון ולבנייה**, פ״ד מ(4) 57, 62 (השופט מלץ).

112 ע״פ 600/68 **מדינת ישראל נ׳ רונן**, פ״ד כג(1) 195, 196 (השופט זילברג). ראה גם ע״פ (ת״א) 164/68 **דומברובסקי נ׳ הועדה לתכנון ולבניה**, פ״מ סד 255, שם נקבע כי הצבת קרון־רכבת, ללא

nevo.co.il

בית־המשפט מלראות את הסוכך כמחובר חיבור של קבע, ללמדך כי לא השיקול הפיזי הוא המכריע כשבית־המשפט נדרש להשיב על השאלה אם דבר מסוים חובר למקרקעין חיבור של קבע.

מן האמור עד כה עולה לקח מסוים שניתן להפיקו לקראת חקיקה שבעתיד. הסייג בהגדרת "מקרקעין" שבחוק הפרשנות, "זולת מחוברים הניתנים להפרדה", אינו רצוי. הוא מעורר קשיי פרשנות משום שהוא נחזה כמדגיש את המבחן הפיזי ונדרש פירוש מאולץ — כפי שראינו לעיל — כדי להימנע מכך. הסייג הזה לא היה בהגדרת "מקרקעין" בטרם תוקנה ההגדרה על־ידי חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969[113], ודומה כי נסיון העבר לא חייב תוספת זו. די בקביעה שעל החיבור להיות "חיבור של קבע", שאז ניתן לשלב להגדרה הן את המבחן הפיזי הן את מבחן הכוונה.

§20 **כוונה סובייקטיבית לעומת קיומו של מצג.** בבואנו ליישם את מבחן הכוונה, אין כוונתו האמתית של המחבר זו שבהכרח מתחשבים בה. כוונתו של אדם היא עניין המסור ללבו, ודברים שבלב אינם דברים. צד שלישי עלול להיפגע קשה אם סיווגו של נכס יהא מוכרע על־פי המתרחש בחדרי־לבו של המחבר. כך, למשל, כאשר אדם מקים מִבנה הנחזה להיות מִבנה של קבע, אך בלבו פנימה הוא מתכוון לפרק את המִבנה ולהעתיקו למקום אחר לאחר פרק־זמן קצר, ספק אם יהיה זה נכון, על־יסוד מבחן הכוונה, לראות את המִבנה כמיטלטלין, ביחסים שבין אותו אדם לבין צד שלישי תם־לב. מקובל לומר, כי הכוונה שמתחשבים בה היא הכוונה האובייקטיבית, זו שהמתבונן רשאי להסיקה ממכלול נסיבות העניין[114]. מאליו מובן, שכאשר שאלת הסיווג מתעוררת במסגרת היחסים שבין שני צדדים לעִסקה, וכוונת המחבר היתה ידועה לצד האחר, תכריע הכוונה למעשה, אף אם החזות החיצונית, הפיזית, אינה מעידה על כוונת המחבר.

מאחר שמבחן הכוונה מתפרש כמבחן שאינו מעוגן בהכרח בכוונה שהיתה למעשה למחבר, עדיף בעינינו לדבר על המבחן של קיום מצג של חיבור קבע[115]. אין אנו מציעים להשתית את המבחן על "מניעות", מכיון שעל־פי גישתנו, קיומו של מצג של חיבור קבוע יקבע את סיווג הנכס גם כלפי מי שלמעשה לא סמך על המצג, כגון רשויות־מס (ראה להלן, 10. "סיווג מחוברים כלפי גורמי חוץ") וכן כנגד מי שלא נתן ידו ליצירת המניעות (ראה, למשל, להלן, 7. "חיבור שלא כדין על־ידי בעל המקרקעין, של מיטלטלין שבהם זכויות לצד שלישי"). יחד עם זאת אין לשלול את האפשרות, שבמקרה המתאים תשפיע גם המניעות על סיווגו של נכס.

5. חיבור כדין על־ידי בעל־המקרקעין, של מיטלטלין שבהם זכויות לאדם אחר

§21 שאלת הסיווג של מחובר כ"מקרקעין" עשויה להיות מושפעת מן התוצאות של הסיווג במישור הזכויות המהותיות בנכסים הנדונים. על־כן ראוי שנעמוד על כמה מן

גלגלים, על אדנים, כשהקרון משמש מסעדה, נחשבת כ"הקמת בניין" לצורך חוק התכנון והבניה, תשכ״ה–1965.

113 ראה לעיל הערה 55, 102.

114 "the apparent intention", בהבדל מהכוונה האקטואלית. *American Law of Property* (Casner ed. 1952) V 28. על הכוונה האובייקטיבית ניתן לעמוד על־פי אופי המיטלטל שחובר, מעמדו של האיש שביצע את החיבור, אופן החיבור ותכליתו. שם, pp. 16–17, §19. ראה גם Powell (לעיל, הערה 107), § 652[1].

115 ראה לעיל, ליד הערה 108.

nevo.co.il

המצבים הטיפוסיים שבהם עשוי לבוא לידי ביטוי הקשר הזה שבין התוצאה של הסיווג לבין דרך הסיווג.

בין המצבים האלה שכיח במיוחד המקרה שבו היו זכויות קנייניות במיטלטל לאדם אחר בטרם חובר למקרקעין. כזה הוא המצב, למשל, כאשר מיטלטל נמכר באשראי ונמסר לקונה בכפיפות לתנאי שהבעלות תישאר בידי המוכר עד לפירעון מלוא המחיר. אם הקונה יחבר את המיטלטל למקרקעין (כשחיבור כזה מותר לו, על־פי ההסכם עם המוכר, כגון במכירה באשראי של מכונות לבעל־מפעל; על חיבור שלא כדין ראה להלן, §31 ואילך) ולאחר־מכן יבצע עִסקה במקרקעין, כגון מכר או משכנתא, תתעורר השאלה למי עדיפות במחובר — למוכר שהתיימר לשייר בידו את הבעלות במיטלטל, לקונה המקרקעין או למקבל המשכנתא[116]? שאלה דומה עשויה שתתעורר כאשר אדם רוכש מיטלטל, ממשכנו לאדם אחר ולאחר־מכן מחברו למקרקעין. היהא מקבל המשכון עדיף על־פני מי שירכוש לאחר־מכן זכויות במקרקעין? ביחסים שבין מוכר מיטלטל ששייר את הבעלות בידו לבין קונה המיטלטל יהיה סביר להניח, כי כוונת הצדדים היתה שאם המיטלטל יחובר למקרקעין בטרם עברה הבעלות במיטלטל לקונה, לא יהפוך בכך המיטלטל ל״מקרקעין״. בנסיבות אלה תהא נטייה לראות את המיטלטל כמחובר הניתן להפרדה, ועל־כן — ״כמיטלטלין״; שכן רק בדרך זו תישמר כהלכה זכותו של המוכר ששייר בידו את הבעלות במיטלטל. בנסיבות אלה, ראיית המיטלטל כמקרקעין תשלול את הבעלות בו מאת המוכר, מכוח האמור בסעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969 (״הבעלות בקרקע חלה גם על... כל דבר... המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה...) — דבר שיעמוד בסתירה להסכם שבין הצדדים.

לתוצאה דומה נגיע גם במקרה של מַשכון מיטלטל בטרם חובר למקרקעין. ביחסים הישירים שבין מקבל המשכון במיטלטל לבין הממשכן שחיבר את המיטלטל למקרקעין, יהא נכון לייחס לצדדים כוונה שאפשר להסיר את המחובר ממקומו, ועל־כן מן הראוי לראות את המחובר ״כמיטלטלין״; כי בדרך זו יינתן תוקף לכוונת הצדדים לשעבד את הנכס כך שיהא ניתן למוכרו בהליכים למימוש המשכון, אם החוב המובטח לא ייפרע. ראיית המחובר כ״מקרקעין״ תגרום לכך שהמשכון שרבץ על המיטלטל בטרם חובר, יפקע. תוצאה זו נגרמת על־פי סעיף 12 לחוק המקרקעין, המעניק לבעל־הקרקע בעלות מלאה במחוברים, כאשר הם ממורקים מכל זכות שדבקה בהם לפני חיבורם (הזכות שהיתה לאדם אחר במיטלטל, בטרם חובר למקרקעין, עשויה להיות מועתקת למנה מסוימת בנכס כולו [הכולל את המקרקעין ואת המחובר], יחסית לשוויו של המחובר. כך, למשל, היה שוויו של המיטלטל הממושכן עשירית מן השווי הכולל של הנכס המורכב מן המקרקעין ומן המיטלטל שחובר למקרקעין, יועתק המשכון מן המיטלטל אל 10% מן הנכס הכולל, המורכב מן המקרקעין ומן המיטלטל שחובר אליהם. פתרון זה מתבקש על דרך ההיקש אל ההוראה שבסעיף 5(א) לחוק המיטלטלין, תשל״א–1971).

ההנחה בנסיבות אלה כי המחוברים נשארו ״מיטלטלין״, תבוא לידי ביטוי במיוחד במקרים שבהם ההפרדה אינה קלה, אך אפשרית, ולוּ גם בטרחה מרובה ובהוצאות שאינן מבוטלות. כזה יהיה המצב, למשל, במכונות שהותקנו בבית־חרושת. אם לאדם

116 על שכיחות הבעיה הזאת בארצות־הברית ראה *American Law of Property* (Casner ed.) V 48–49.

nevo.co.il

אחר יהיו זכויות במכונות, תתחזק הנכונות לראותן כניתנות להפרדה, ועל־כן — כמיטלטלין. ואולם ההנחה שבמקרים אלה יסווג הנכס כמיטלטל עלולה להישלל, אם הנסיבות מעידות על כך שההפרדה אינה אפשרית או כרוכה בנזק רב. כך יהא, למשל, במקרה של מלט שהשתמשו בו לצורכי בנייה. מוכר־המלט ששייר בידו את הבעלות, וכן מקבל המשכון במלט, לא יוכלו עוד לאכוף את זכויותיהם במלט כבמיטלטלין. המצב דומה לגבי חלקי אינסטלציה של מים, חשמל וכדו׳, שהתקינו בבניין. כאשר הפירוק יהא כרוך בנזק רב, תיסתר ההנחה שהמחוברים ניתנים להפרדה.

פני הדברים שונים כאשר שאלת הסיווג של מיטלטל שחובר מתעוררת שלא בין הצדדים הישירים לעִסקה שנעשתה במיטלטל. אם המקרקעין נמכרו או שועבדו במשכנתא, כאשר קונה המקרקעין או מקבל המשכנתא אינם מודעים לזכויות שהיו במיטלטל לאדם אחר — רוכשי הזכויות במקרקעין רשאים להניח, שכל הדברים הנחזים להיות חלק מהמקרקעין כלולים בעִסקה שנערכה עִמהם. במקרים כאלה ראוי שבתי־המשפט יפרשו את הביטוי ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ על־פי מבחן הכוונה האובייקטיבית, ולא על־פי מבחן הכוונה האקטואלית של מי שחיבר את המיטלטל למקרקעין. או — כהצעתנו — על בתי־המשפט ליישם את מבחן המצג. אם נוצר מצג של חיבור קבע, שעליו סמכו רוכשי הזכויות במקרקעין, ראוי כי הנכס ייחשב כמחובר שאינו ניתן להפרדה, ועל־כן — כמקרקעין. בעלי זכויות במיטלטל, שעל־פי טיבו עשוי להיות מחובר למקרקעין, נוטלים על עצמם סיכון זה אם הם מאפשרים את היווצרות המצג המטעה על־ידי כך שהם נפרדים מן הנכס[117].

מכיוון שההסתמכות על מצג של חיבור קבע הוא הבסיס להעדפת רוכשי הזכויות במקרקעין על־פני בעלי הזכויות שהיו במיטלטל ערב חיבורו למקרקעין, יש נטייה להבחין, לעניין מקבל משכנתא במקרקעין, בין המקרה שבו חוברו המיטלטלין לפני שנערך הסכם המשכנתא לבין המקרה שבו חוברו המיטלטלין לאחר שהמקרקעין כבר שועבדו במשכנתא. הסתמכות על המצג של חיבור קבע יש רק במקרה הראשון, ועל־כן מוצע שרק אז תהיה עדיפות לרוכש הזכויות במקרקעין. לעומת זאת, במקרה השני, כאשר החיבור של המיטלטל נעשה לאחר שהמשכנתא כבר ניתנה, מעדיפים את אלה שרכשו זכויות במיטלטל בטרם חובר ומסווגים את המחובר כמיטלטלין, בהתאמה עם כוונת הצדדים הישירים לעסקה שנערכה במיטלטלין[118]. דבר זה מאפשר לבעלי־הזכויות במחובר להפריד את המחובר מן המקרקעין כדי לממש בו את זכויותיהם. יש הקובעים, כי אם ההפרדה כרוכה בגרימת נזק למקרקעין, תוטל חובת פיצוי על המפריד לטובת רוכשי הזכויות במקרקעין[119].

מכיוון שיש עניין לעודד בעלי־מקרקעין לשפר את הנכסים שלהם על־ידי התקנת ציוד במקרקעיהם, ומכיוון שרכישת ציוד כזה נעשית לעתים באשראי, והיא כרוכה אז בהענקת זכויות בציוד לנותני האשראי, להבטחת זכויותיהם — יש לחשוש כי העדפת

117 *id.* V 51–53. ראה גם Walker (לעיל, הערה 100), 1197.

118 Powell (לעיל, הערה 107), V, 94—95, §96.2. ואולם יש שאינם מבחינים בין שני המקרים ומתייחסים לציוד שחובר כאל ״מקרקעין״, בלא הבחנה. Megarry & Wade, *The Law of Real Property* (5th ed. 1984) 738.

119 קביעה מפורשת על כך מצויה, למשל, בארצות־הברית ב־Uniform Commercial Code, (1972) Art. 9–313(8).

nevo.co.il

רוכשי המקרקעין שאליהם חובר ציוד שכזה — כמפורט לעיל — תפגע קשה בשוק האשראי למכירת ציוד, המיועד להיות מחובר למקרקעין.

כדי להתגבר על התקלה הזו נדרש למצוא דרך למנוע את המצג המטעה את רוכשי הזכויות במקרקעין, שאינם מודעים לכך שציוד שחובר למקרקעין כבר היה כפוף לזכויות צד שלישי. הדרך שהולכים בה בעניין זה בארצות־הברית היא לאפשר לרוכשי הזכויות במיטלטלין המיועדים להיות מחוברים למקרקעין, לרשום את זכויותיהם במִרשם־המקרקעין ובאופן זה לתת הזדמנות לרוכשי הזכויות במקרקעין לעמוד על זכויות אלה בעוד־מועד. דרך זו מונעת היווצרות מצג המטעה רוכשי זכויות במקרקעין ומאפשרת לשמור על תוקפן של הזכויות שהוענקו במיטלטלין בטרם חוברו למקרקעין[120].

במשפט הישראלי לא זכה עדיין הנושא הזה להסדר חקיקתי, וכל עוד לא נעשה הסדר שכזה, אין מנוס מן המסקנה שעדיף להינזר מקבלת זכויות במיטלטלין שנועדו להיות מחוברים למקרקעין בנסיבות אשר בהן יוכל צד שלישי להניח שהם חוברו למקרקעין חיבור של קבע[121]. במקרים שבהם הינזרות כזאת אינה מעשית, באה בחשבון התחייבות של בעל־המקרקעין כלפי בעל־הזכויות במיטלטל להימנע מביצוע עִסקה במקרקעין העלולה לפגוע בו, ורישום הערת־אזהרה על התחייבות זו, בפנקסי־המקרקעין, כאמור בסעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. הערת־אזהרה שכזאת תמנע, בדרך־כלל, ביצוע עִסקאות במקרקעין שיהיה בהן כדי לפגוע בבעל הזכויות במיטלטלין[121*].

6. חיבור כדין על־ידי שוכר מקרקעין

§22 שאלה שכיחה אחרת המעוררת את בעיית הסיווג של מחוברים היא, מהו דינם של מיטלטלין שחוברו למקרקעין שלא על־ידי בעל־המקרקעין — כפי שהנחנו עד כה — אלא על־ידי מי שזכותו במקרקעין היתה מוגבלת בזמן, כגון על־ידי שוכר או שואל, וכאשר חיבור הנכסים היה מותר להם על־פי ההסכם שבינם לבין בעל־המקרקעין? בהעדר התייחסות לשאלה של מעמד המחוברים בהסכם שבין הצדדים, יהיה זה נכון, בדרך־כלל, להניח כי למחברים שכאלה לא תהא כוונה לחיבור של קבע למקרקעין אלא לחיבור לתקופה מוגבלת, שמשכה המירבי הוא התקופה שבה המחבר רשאי להיות במקרקעין (דהיינו: למשך השכירות או השאילה), כשבסופה בכוונתו ליטול עִמו את שחיבר למקרקעין, אלא־אם־כן היו המחוברים כאלה שהפרדתם אינה אפשרית או שהיתה כרוכה בנזק רב[122]. האם הכוונה של המחברים היא שתקבע את סיווג המחוברים

120 Uniform Commercial Law, 1972, Art. 9-313. הרישום במרשם־המקרקעין יבוא נוסף על הרישום במִרשם המשכונות של מיטלטלין: Powell, *op. cit.* §§ 655, 656.

121 מוכר באשראי של מיטלטלין שכאלה לא יוכל לסמוך על הסכם לשיור הבעלות עד לתשלום מלוא המחיר, והוא יצטרך לחפש את מבטחו בבטוחה אחרת שיספק לו הקונה. המקבל משכון במיטלטלין שכאלה יהא כמי ששם מעותיו על קרן־הצבי. ראה באופן כללי על סוגיא זו ד׳ שניט, ״מיטלטלין ממושכנים שחוברו למקרקעין״ **משפטים** ב (תש״ל–תשל״א) 345.

121* ראה סעיף 127 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. על חולשותיה של הערת־אזהרה ראה י׳ ויסמן, ״יפוי כח בלתי חוזר כתחליף לבעלות״ **משפטים** יד (תשמ״ד–תשמ״ה) 572.

122 כגון שוכר שציפה את המושכר בטפטים או שהוסיף למושכר קיר וכדו׳. Larenz, *Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (München, 3rd ed., 1975) 239. באין הסכם בדבר הפיצוי שיינתן לשוכר המשאיר במושכר, בתום תקופת־השכירות, מחוברים שכאלה, סביר להניח שבתי־

(ואז ייחשבו המחוברים בדרך־כלל כמיטלטלין) או שמא ייעשה הסיווג על־פי החזות החיצונית של החיבור; ואם החיבור ייראה כחיבור של קבע, נסווג אותו כמקרקעין?

בפתרון שאלה זו יש לתת את הדעת לשתי מגמות סותרות: האחת — כדי לעודד שוכר־מקרקעין לייעל את השימוש במקרקעין על־ידי התקנת ציוד במושכר (כגון מדפים בחנות, מכשור בבית־חרושת, נברשות בדירת־מגורים), נחוץ לשריין לו את הזכות ליטול עמו, בתום תקופת־השכירות, את המחוברים שיש לו עניין בנטילתם. מגמה זו תובטח אם נראה את הדברים המחוברים על־ידי שוכר כ״מיטלטלין״. לעומת זאת, המגמה האחרת חותרת למנוע היווצרות של מצג העלול להטעות צד שלישי, הפועל בהסתמך על חזות חיצונית של מחובר שנחזה להיות מחובר של קבע (וככזה חלק מהמקרקעין) בלא שהוא מודע לכך שכוונת המחבר היתה לחיבור זמני. מגמה זו תובטח אם מחובר הנחזה להיות מחובר של קבע יסווג כמקרקעין, בהתעלם מכוונת מחברו. יש שיטות־משפט שבהן מועדפת המגמה הראשונה, ונקבע בהן כי מיטלטל שחובר למקרקעין על־ידי מי שזכותו במקרקעין מוגבלת בזמן, נשאר בגדר ״מיטלטלין״. זוהי, למשל, העמדה על־פי המשפט הגרמני, בכפיפות לחריג שדבר שהפרדתו מן הקרקע כרוכה בהריסתו אין לייחס למחבר כוונה ליטלו עמו בתום תקופת שהייתו במקרקעין, ועל־כן יסווג הדבר כמקרקעין[123]. לעומת זאת, במשפט האנגלי מעדיפים להסתמך על החזות החיצונית של החיבור, וכאשר נוצר מצג של חיבור קבע, רואים את המחובר כמקרקעין. ואולם הסיווג הזה כפוף לאפשרות שתוכר זכותו של המחבר ליטול עִמו את המחובר בתום התקופה המוסכמת[124]. הווה אומר: גישת המשפט האנגלי מנתקת את שאלת הסיווג של המחובר, ״כמקרקעין״ או כ״מיטלטלין״, משאלת זכותו של המחבר ליטול עמו את המחובר בתום התקופה המוסכמת לשהייתו במקרקעין (זוהי הסוגיא הידועה בשם Tenant's Fixtures)[125]. גישה שלישית ניתן למצוא בארצות־הברית, ולפיה מבדילים בין יחסי המשכיר והשוכר (או בר־הרשות) לבין המקרה שבו מעורב בשאלה צד שלישי. ביחסים שבין המשכיר לשוכר רואים את השוכר כמי שרשאי עד תום השכירות ליטול את הדברים שחיבר למושכר, ועל־כן רואים את המחוברים כמיטלטלין. ואולם כלפי צד שלישי אין לסיווג הזה תוקף. כלפי צד שלישי קובע המצג שנוצר עקב החיבור, ואם החיבור נחזה להיות חיבור קבע יסווגו את המחוברים כמקרקעין, אף שחוברו על־ידי מי ששהייתו במקרקעין מוגבלת בזמן[126].

המשפט יחייבו את המשכיר לפצות את השוכר כדי שווי המחוברים שהוא השאיר. ראה ע״א 92/69 ח׳יר נ׳ ח׳יר, פ״ד כג(2) 197; ע״א 234/70 גוטליב נ׳ לוי, פ״ד כה(1) 389; ע״א 463/79 ג׳בראן נ׳ ג׳בראן, פ״ד לו(4) 403.

123 Larenz (לעיל, הערה 122). וראה ספר החוקים האזרחי הגרמני (B.G.B.), סעיף (1) 95.

124 אם הזכות של השוכר להפריד את המחוברים שעברו לבעלות המשכיר על־ידי החיבור, היא זכות אישית, הרי שמעמדו פחות איתן מזה שעל־פי הגישה הגרמנית, הרואה את השוכר כבעל המחוברים, הנחשבים למיטלטלין.

125 *American Law of Property* (Casner ed.) V 39; Megarry & Wade, *The Law of Real Property* 735 (5th ed., 1984). ראה גם Walker (לעיל, הערה 100), 1197, האומר כי עד למועד ההפרדה נחשב המחובר כמקרקעין וכשייך לבעל־המקרקעין וכי בדרך־כלל בתי־המשפט נוטים להסיק קיומה של זכות בידי השוכר ליטול עִמו בתום תקופת־השכירות את המחוברים שחיבר למושכר.

126 *American Law of Property* (Casner ed.) V 39–40, 42–43, 46. Powell (לעיל, הערה 107), §653, מציין כי בפסקי־דין מעטים נקבע שאם ההפרדה של המחובר כרוכה בגרימת נזק ניכר, לא יראוהו כ־trade fixture, אלא כמקרקעין, ואולם רוב פסקי הדין גורסים אחרת. אפילו תגרום ההפרדה להריסת המחובר, זכותו של המחבר של trade fixtures ליטול עִמו את ההריסות.

nevo.co.il

במשפטנו עשוי הסיווג של מחוברים שחוברו על־ידי שוכר או שואל שיהיה כדלקמן: אם, שלא כדעתנו, ״הבנוי והנטוע״ על קרקע דינו תמיד כ״מקרקעין״, על־פי הגדרת ״מקרקעין״ שבחוק הפרשנות[127], ואפילו היתה כוונת הבונה או הנוטע שהבנוי והנטוע יהיה זמני — הרי שהתשובה לשאלה שאנו דנים בה ברורה. הבנוי והנטוע על־ידי שוכר (או מישהו אחר שזכותו במקרקעין מוגבלת בזמן) ייחשב כ״מקרקעין״[128]. יחד עם זאת, לא נובעת מכך המסקנה כי בתום תקופת השכירות אין השוכר רשאי ליטול עמו את התוספות שהוסיף לנכס.

כל עוד נמשכת השכירות, ייחשב הבנוי והנטוע כנתון בבעלות בעל־המקרקעין, אך — בהעדר התייחסות לשאלה זו בהסכם שבין הצדדים — נכון יהיה בדרך־כלל לייחס לצדדים בחוזה־השכירות כוונה שבתום תקופת־השכירות השוכר יהא רשאי ליטול עִמו את התוספות שהוסיף לנכס, אם ניתן להפרידם בלא להורסם או בלא שייגרם נזק רב (הנחה הפוכה תייחס לשוכר כוונה לתת במתנה למשכיר מחוברים שכאלה [אלא־אם־כן שוויים הובא בחשבון על־ידי המשכיר, בקביעת דמי־השכירות], דבר שבדרך־כלל לא יהא מציאותי). פני הדברים שונים אם ההפרדה של המחוברים כרוכה בהריסת המחובר או בגרימת נזק ניכר. במקרים אלה חזקה בדרך־כלל על הצדדים שכוונתם היתה שהמחוברים יישארו על תִלם בתום תקופת־השכירות. במצבים מעין אלה גילו בתי־המשפט בעבר נטייה לחייב את בעל־המקרקעין לפצות את המחבר כדי שווי המחוברים[129].

אשר למחוברים שאינם בגדר ״הבנוי והנטוע״, שחוברו על־ידי שוכר (או מישהו אחר שזכותו במקרקעין מוגבלת בזמן), על אלה חל בבירור הסייג שבהגדרת ״מקרקעין״ בחוק הפרשנות, שלפיו עליהם להיות ״מחוברים חיבור של קבע זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ כדי שייחשבו כ״מקרקעין״. על מחוברים שכאלה — ולפי גישתנו, מכיוון שהסייג הנזכר שבהגדרת ״מקרקעין״ חל גם על ״הבנוי והנטוע״, אמורים הדברים שלהלן על כל המחוברים, כולל ״הבנוי והנטוע״ — ניישם את המבחן שעמדנו עליו לעיל, בדוננו במקרים שבהם זכותו של צד שלישי תלויה בסיווג המחוברים[130]. לפי זה, ביחסים שבין המשכיר לשוכר יסווגו המחוברים כְמיטלטלין בכל המקרים שבהם כוונת השוכר היתה להפרידם עד תום תקופת־השכירות. לעומת זאת, במקרים שבהם נתונה למשכיר הזכות לדרוש מאת השוכר, בתום תקופת־השכירות, את סילוק המחוברים (הנחזים להיות מחוברים של קבע) או את השארתם, ראוי — לדעתנו — לראות את

127 ראה לעיל ליד הערות 91–94.

128 ראה ע״א 381/80 **מנהל מס שבח מקרקעין תל־אביב נ׳ סטלה, שרותי מכוניות בע״מ**, פ״ד לט(3) 413, 419 (א–ב). השופטת בן־פורת אומרת שם: ״מבנים, שהוקמו על קרקע, בין על ידי הבעלים ובין בידי ׳אדם אחר׳, כמו שאר מחוברים חיבור של קבע, מהווים — לפי חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, החל לדעתי, על שאלה זו — חלק בלתי נפרד מהקרקע גופה ומצויים בבעלותו של בעל הקרקע: סעיף 12 לחוק המקרקעין״. ספק בעינינו אם יש בדברים אלה כדי לתמוך בהשקפה שגם אם הבונה התכוון לחיבור זמני, עשוי הבנוי להיחשב כ״מקרקעין״. בפסק־דין זה נדונה שכירות שבה לא היתה לשוכר זכות ליטול עִמו את שבנה בתום תקופת־השכירות. בנסיבות אלה, אליבא דכולי עלמא אכן היה ראוי להגיע למסקנה שהבנוי הוא בגדר ״מקרקעין״.

129 ראה לעיל, הערה 122.

130 לעיל, ליד הערה 117.

nevo.co.il

המחוברים כ״מקרקעין״. זכותו של בעל־המקרקעין לדרוש את סילוק המחוברים בתום תקופת־השכירות אינה צריכה להשפיע על מסקנה זו, שהרי לבעל־מקרקעין שמורה תמיד הזכות לסלק ממקרקעיו מחוברים, ואין אנו אומרים בגלל כן שהמחוברים אינם בגדר מקרקעין[131].

כאשר זכותו של צד שלישי תם־לב, שרכש זכויות במקרקעין, תלויה בסיווג — מן הראוי שבית־המשפט יפרש את הביטוי ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ על־פי מבחן הכוונה האובייקטיבית או על־פי מבחן המצג. אם היה מצג של חיבור קבע, ייחשב המחובר כ״מקרקעין״ (זולת אם לא היה הצד השלישי תם־לב, שאז אין זה מן הצדק שיוכל להתעלם מכוונת הצדדים, במקרים שכוונה זו אינה עולה בקנה אחד עם המצג).

יש לצפות לכך, כי בחלק גדול של המקרים לא יוכל צד שלישי, שרכש זכויות במקרקעין מושכרים, לטעון שלא היה מודע לכך כי כוונת המחבר היתה ליטול עִמו את המחובר וכי סמך על המצג של חיבור קבע. כאשר צד שלישי רוכש זכויות במקרקעין מושכרים, סביר לצפות שבדרך־כלל יבדוק את הנכס ויברר את מעמדו של השוכר. בירור שכזה יגלה לו אילו מחוברים מתכוון השוכר לסלק מן הנכס לפני תום תקופת־השכירות[132] (סביר כי שוכר שיעלים עובדות אלה מצד שלישי, שישאל אותו על כך, יהא מנוע מלהעלות את הטענה כי הוא זכאי להפריד מן המקרקעין דברים הנחזים להיות מחוברים בחיבור של קבע)[133]. לשון אחרת: אנו נוטים לפתור את בעיית הסיווג של מחוברים על־ידי שוכר על־פי הגישה השלישית הנזכרת לעיל, זו הרווחת בארצות־הברית.

7. חיבור שלא כדין על־ידי בעל־המקרקעין, של מיטלטלין שבהם זכויות לאדם אחר

§23 בעל־מקרקעין שחיבר למקרקעיו מיטלטלין שבהם זכויות לאדם אחר (כגון מיטלטלין שרכש בכפיפות להסכם עם המוכר, שהבעלות תישאר בידי המוכר עד לפירעון מלוא המחיר או מיטלטלין שמושכנו על־ידי בעליהם לטובת אדם אחר), כאשר לא היה רשאי לעשות כן על־פי ההסכם שבינו לבין האדם האחר, ומתעוררת שאלת הסיווג של המחוברים, ביחסים שבין המחבר לבין האדם האחר (כגון שהמוכר שלא נפרע דורש את השבת הממכר) — סביר להניח כי בית־המשפט יטה ככל האפשר לעבר המסקנה שהמחוברים לא הפכו ל״מקרקעין״. בדרך זו תישמר זכותו של האדם האחר בנכס כלפי מי שחיברם למקרקעיו שלא כדין. במקרים אלה תהא הנטייה המוצדקת להדגיש בביטוי ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״ את ההיבט הפיזי, ומחוברים שניתן יהא להפרידם מן המקרקעין בלא נזק ניכר יסווגו כ״מיטלטלין״. במקרים שבהם המחובר לא יהא ניתן להפרדה בלא לגרום נזק ניכר, תעמוד לאדם האחר האפשרות

131 אף שבית־המשפט לא הרחיב בעניין זה בע״א 381/80 **מנהל מס שבח מקרקעין, ת״א נ׳ סטלה שירותי מכוניות בע״מ**, פ״ד לט(3) 413, 419, הדברים שנאמרו שם על־ידי השופטת בן־פורת מתיישבים עם השקפתנו.

132 *American Law of Property* (Casner ed.) V 46. ובמשפט הגרמני: Bauer (לעיל, הערה 103), 296. והשווה ע״א 318/83 **אגודי שפע בע״מ נ׳ שיבר**, פ״ד לט(4) 322, 329.

133 ראה *F.H. Stoltze Land Co.* v. *Westberg* 63 Mont. 38, 206 P.407 (1922).

nevo.co.il

לתבוע את המחבר על הפרת חוזה, בנזיקין, או על־פי העילה של עשיית עושר ולא במשפט[134].

כאשר תתעורר שאלת הסיווג של מחוברים שכאלה, כשמעורב בכך צד שלישי אשר רכש זכויות במקרקעין בתום־לב, בהתבסס על המצג של חיבור קבע (כגון קונה המקרקעין או מקבל משכנתא) — אנו נקלעים לדילמה הקשה של הצורך להכריע בין בעלי זכויות נוגדות שפעלו בתום־לב. נטייתנו היא לפתור דילמה זו על־ידי העדפת אלה שרכשו זכויות במיטלטלין לפני שחוברו על־פני רוכשי הזכויות במקרקעין לאחר שהמיטלטלין חוברו אליהם, ולסווג את המחוברים כ״מיטלטלין״, פרט למקרה שבו תהא ההפרדה כרוכה בנזק ניכר לנכסים (שאז נראה את המחוברים כ״מקרקעין״ ונעדיף את רוכשי הזכויות במקרקעין). נטייתנו זו מעוגנת בעמדה הכללית של המשפט הישראלי בפתרון ההתנגשות שבין בעל זכויות קודמות בנכס לבין מי שרוכש זכות נוגדת מאוחרת בנכס, כששני הצדדים פועלים בתום־לב. הכלל הבסיסי הוא, שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו (*nemo dat quod non habet*). אילו ניסה, למשל, בעל רדיאטורים, שמִשכן אותם, למכור את הרדיאטורים לצד שלישי, בניגוד להסכם המשכון, המכר לא היה פוגע במקבל המשכון[135,136]. מדוע תשתנה תוצאה זו אם המכר בוצע לאחר שהרדיאטורים הותקנו בדירה, והם נמכרו כחלק מעִסקת המכר של הדירה (בהנחה שהתנהגות מקבל המשכון לא יצרה השתק כנגדו לטובת רוכש הזכויות במקרקעין, כגון שמקבל המשכון לא הסכים לכך שהרדיאטורים יהיו בהחזקת הממשכן)? שיטת המִרשם של המקרקעין אינה משפיעה על השיקולים הצריכים לעניין, כי המִרשם אינו מפרט בדרך־כלל את תוכן המקרקעין הרשומים בו. הימצאם של רדיאטורים בדירה לא תשתקף אפוא במִרשם, ומשום־כך רוכש הזכויות במקרקעין לא יוכל להיבנות מן ההסתמכות שלו על מִרשם־המקרקעין.

ראוי שהחיבור למקרקעין יטה את שיקול־הדעת לעבר המסקנה שהמחוברים הפכו ל״מקרקעין״ רק אם העדפת מקבל המשכון וההתייחסות למחוברים כאל מיטלטלין עלולים לגרום נזק ניכר שיהא כרוך בעקירת המחוברים מן המקרקעין. המגמה למנוע נזק ניכר העלול להיות כרוך בהפרדת מחובר מן המקרקעין היא מנימוקי־היסוד שברקע הכלל שהמחובר לקרקע הולך אחר הקרקע[137]. אם נזק כזה אכן צפוי, יש בכך נימוק

134 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 52; חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל״ט—1979, סעיף 1. על כך שבנסיבות מעין אלה אין מקום לתביעת השבה אלא רק לתביעת פיצויים או תביעה בעשיית עושר ראה גם במשפט הגרמני, סעיף 951 לספר החוקים האזרחי (.B.G.B), ובמשפט הצרפתי, סעיף 554 לקוד נפוליאון. בדנמרק נשמרת הזכות לתבוע השבה, ואפילו כרוך הדבר בגרימת נזק למקרקעין, אם המחבר פעל שלא בתום־לב: V. Kruse, *The Right of Property* (1939–1953) I 294–295. ראה גם לעיל, ליד הערה 116 ואילך בדבר האפשרות שזכותו של האדם האחר. במיטלטל שהפך למחובר, תועתק מן המיטלטל אל מנה יחסית בנכס הכולל, המורכב מן המקרקעין ומן המיטלטל שחובר אליהם.

135 דבר הנובע מקנייניות המשכון. הוראה הקובעת זאת במישרין מופיעה בחוק המקרקעין, תשכ״ט—1969, סעיף 85(ב), לעניין משכנתא במקרקעין; ובחוק הספנות (כלי שיט), תש״ך—1960, סעיפים 57, 65 ו־70, לעניין משכנתא בספינה. ראה גם סעיף 6(א) לחוק המשכון, תשכ״ז—1967; וכן U. Yadin, “Some Further Remarks on the Pledges Law, 1967” 5 *Is. L. Rev.* (1970) 116, 118.

136 ובהנחה שתקנת־החוק אינה חלה על המכר, כגון שהמוכר אינו אדם שעִסקו מכירת רדיאטורים.

137 על ההיבט הכלכלי כשיקול למניעת הפרדה של מחובר מן המקרקעין ראה לעיל, הערה 90. בהקשר

nevo.co.il

סביר מדוע להתייחס אל המחובר כאל ״מקרקעין״ ולהעדיף את רוכש הזכויות במקרקעין על־פני מקבל הזכויות במיטלטלין, שייאלץ להסתפק בסעדים משפטיים אחרים במקום הזכויות בנכס עצמו[138]. במקרים האחרים מן הראוי יהיה להעדיף את בעל הזכויות הקודמות במיטלטל שחובר, בהתאמה עם הדין הכללי בסוגיית הזכויות הסותרות, כאמור לעיל.

8. חיבור שלא כדין במקרקעי הזולת

§24 סוגיית החיבור שלא כדין במקרקעי הזולת (כאשר לא מעורבות בכך זכויות צד שלישי) הוסדרה בהסדר מפורט למדי בחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969 (סעיפים 21–26), מכיוון שההנחה היתה כי מקרים כאלה שכיחים למדי[139]. בטרם נעמוד על פרטי ההסדר שבחוק, נעיר שלוש הערות כלליות.

ההערה האחת: סעיפי חוק המקרקעין המוקדשים לנושא זה דנים במקרה שבו ״הקים אדם מִבנה או נטע נטיעות (להלן: הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך...״ (סעיף 21). אין התייחסות לשאלה אם נדרש חיבור של קבע או שמא חל ההסדר שבסעיפים הנזכרים גם במקרה של מִבנה ארעי. הניתן לפירוק ולהפרדה (לגבי נטיעות השאלה פחות מעשית). לשון אחרת; האם חל ההסדר שבחוק רק לגבי מִבנים שהפכו ל״מקרקעין״ או שמא על כל מִבנה שבנוהו, ואפילו המִבנה היה בגדר ״מיטלטלין״[140]? אנו נוטים לדעה, כי ההסדר שבסעיפים הנזכרים חל רק על בנוי ונטוע שהפכו למקרקעין, בהיותם מחוברים חיבור של קבע, וכאשר מבחן החיבור הפיזי הוא המכריע בהקשר זה. ההנחה ההפוכה לא תתיישב עם ההסדר שנקבע בסעיפים אלה. כך, למשל, על־פי סעיף 21, בעל־המקרקעין רשאי לכוף את הבונה שלא כדין למכור לו את הבנוי והנטוע תמורת תשלום המפורט בסעיף. אם הבנוי ניתן לסילוק בנקל על־ידי הבונה, מהי ההצדקה להפקעת בעלותו במִבנה על־פי רצון בעל־המקרקעין? בעל־המקרקעין ראוי לפיצוי על הנזק שנגרם לו עקב הסגת־גבולו, אך מתן הזכות לכוף את הבונה ״למכור״ לו את המבנה הוא ״פיצוי״ בלא קשר לנזקו של התובע, ועל־כן אין הוא סביר ביחס למזיק המעוניין בנטילת הבנוי, דהיינו: בהחזרת התובע למצב שבו היה בטרם נעשה החיבור שלא כדין. הדבר שונה אם ההסדר מוגבל למִבנה המחובר חיבור של קבע, שאינו ניתן לסילוק ללא גרימת נזק ניכר. במקרה זה, מתן אפשרות לבעל־המקרקעין להשיג את השארת המִבנה תמורת תשלום, במקום הריסתו, הוא פתרון שיש עִמו תועלת כלכלית, וככזה יש בו מן ההיגיון.

לפי זה, בסוגיא הנדונה כאן, של חיבור שלא כדין במקרקעי הזולת, המבחן לסיווג המחוברים כמקרקעין יהיה נעוץ במידת החיבור הפיזי. כאשר כוונתו של המחבר שלא

של חיבור מיטלטלין למיטלטלין חוק המיטלטלין, תשל״א–1971, סעיף 4(א) קובע, כי יש למנוע הפרדת המחוברים כאשר היא ״כרוכה בנזק בלתי סביר או בהוצאות בלתי סבירות״.

138 כגון בתביעה בגין הפרת חוזה, בנזיקין, או בעשיית עושר ולא במשפט. האפשרות לאכוף את עקרון התחלוף (סוברוגציה) היא בעייתית, כאשר במקום הנכס הממושכן המקורי תבוא התמורה שנתקבלה ממכירתו. ראה חוק המשכון, תשכ״ז–1967, סעיף 9.

139 **דברי הכנסת** 40 (1964) 2129.

140 ראה לעיל, ליד הערה 91, הדיון בשאלה אם ״הבנוי והנטוע״ הם תמיד בגדר ״מקרקעין״, כהגדרתם בחוק הפרשנות, התשמ״א–1981, או שמא תנאי הוא שיהיו ״מחוברים חיבור של קבע זולת מחוברים הניתנים להפרדה״, כדי שייחשבו כ״מקרקעין״.

nevo.co.il

כדין אינה רלבנטית. אף אם התכוון המחבר לחיבור של קבע, אין לשלול ממנו את הזכות ליטול עִמו את מחובריו, אם הפרדתם אפשרית ללא נזק ניכר; ולהיפך: אף אם נתכוון לחיבור ארעי, לא יוכל לסלק את מחובריו שלא בהסכמת בעל־המקרקעין, אם הדבר כרוך בנזק ניכר, כמפורט בהסדר שנקבע בחוק המקרקעין, בסעיפים הנזכרים[141].

ההערה הכללית השנייה: בנושא המחוברים — כפי שהוא נדון בסעיף 1 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969 (הגדרת ״מקרקעין״), ובסעיף 12 — מבחינים בשלושה מרכיבים: ״הבנוי״, ״הנטוע״ ו״כל דבר אחר המחובר חיבור של קבע״. המרכיב השלישי הושמט מן הסעיפים 21–26, שעניינם מחוברים שלא כדין במקרקעי הזולת. סעיף 21(א) פותח ואומר: ״הקים אדם מִבנה או נטע נטיעות (להלן: הקמת מחוברים) במקרקעין של חברו בלי שהיה זכאי לכך וכו׳״. ההשמטה של המרכיב השלישי מוקשית: מה טעם ראה המחוקק שלא להחיל את ההסדר שנקבע בחוק לגבי הבונה והנוטע גם לעניין מי שמקים מחוברים אחרים בחיבור של קבע? קרוב הדבר בעינינו, שזוהי השמטה מתוך היסח־הדעת ושלא במתכוון וראוי על־כל־פנים לתת למִלים ״הקים אדם מבנה״ פירוש מרחיב עד להיותן כוללות גם כל מחובר אחר בחיבור של קבע[142].

ההערה הכללית השלישית: במציאות הישראלית מרבית המקרקעין באזורים הבנויים נתונים בחכירה לתקופה ארוכה[143]. כאשר אדם בונה שלא כדין על מקרקעין של אחר, יש על־כן לתת את הדעת לפתרון משולש היחסים שבין הבונה, הבעל החוכר. בהסדר שבחוק לסוגיית המחוברים שלא כדין התעלם המחוקק ממציאותו של החוכר ומשום־כך הפתרונות שנקבעו אינם מתאימים, לעִתים, למציאות, כפי שניווכח כשנעבור לבחינה מפורטת של הוראות החוק.

§25 הוקמו מחוברים שלא כדין, על מקרקעין שאינם של המחבר, ניתנת לבעל־המקרקעין ברירה לדרוש מאת המקים לסלק את המחוברים, על־חשבונו של המקים, או לדרוש את השארת המחוברים במקומם (נוסף על האפשרות לתבוע פיצויים בנזיקין על נזקיו, שבה לא דן חוק המקרקעין). בחר בעל־המקרקעין להשאיר את המחוברים, עליו לשלם למקים את השקעותיו בעת הקמת המחוברים או את שוויים של המחוברים בעת הפעלת הברירה, לפי הפחות יותר[144]. העדפת בעל־המקרקעין על־פני המקים שלא כדין

141 גם בשיטות־משפט אחרות נוטים שלא לייחס משקל למבחן הכוונה כאשר מדובר במחוברים שלא כדין. *American Law of Property* (Casner ed.) s19.9, pp. 34–35.

142 על המשביח מקרקעי הזולת שלא על דרך הקמת ״מחוברים״ ראה ד׳ פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ״ב) 149.

143 למעלה מתשעים אחוז משטח המדינה הם ״מקרקעי ישראל״. דהיינו: מקרקעין שבבעלות המדינה, רשות־הפיתוח והקרן־הקיימת־לישראל. במקרקעין אלה החוק אוסר, בכפיפות לאי־אלו חריגים, העברת בעלות. חוק יסוד: מקרקעי ישראל, תש״ך–1960, סעיף 1; חוק מקרקעי ישראל, תש״ך–1960, סעיף 2. במקום העברת בעלות נוהגים להעניק באזורים עירוניים חכירה לתקופה של 49 שנה וברירה להאריך את החכירה לתקופה אחת נוספת של 49 שנה, דהיינו: החכירה היא לתקופה מירבית של 98 שנה. ראה **דו״ח פעולות מינהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 1983**, מס׳ 23, עמ׳ 12 ואילך.

144 ע״א 596/76 **בישור** נ׳ **טאובה**, פ״ד לב(3) 713. בהצעת חוק המקרקעין, תשכ״ד–1964, הוצע שבעל־הקרקע ישלם את ערך ההשקעה של הבונה (בלא החלופה של שווי המחובר). בנוסח הסופי של החוק הוכנסה החלופה של שווי המחובר ונקבע, ברוח המשפט העברי, כי יד הבונה על התחתונה. מ׳ אונא, יו״ר ועדת־החוקה — חוק ומשפט, בקריאה השנייה והשלישית של הצעת החוק (**דברי הכנסת** 55 תשכ״ט 3759). בעל־המקרקעין רוכש את הבעלות במיטלטלין שחוברו

nevo.co.il

מתבטאת בשתיים. האחת: הבחירה בין השארת המחוברים במקומם לבין סילוקם נתונה לבעל־המקרקעין. מקים שיש לו עניין לסלק את מחובריו לא יוכל לכוף את בעל־המקרקעין לאפשר לו ליטול את מחובריו, אם לבעל־המקרקעין עניין בהשארתם (אלא־אם־כן מדובר במחוברים שסילוקם אינו כרוך בנזק ניכר, שאז ניתן לראותם כ"מיטלטלין", כמוצע על ידנו לעיל)[145].

בחר בעל־המקרקעין בסילוק המחוברים, דרש זאת מן המקים והלה סירב למלא אחר הדרישה תוך זמן סביר — תעמוד לבעל־המקרקעין הבחירה בין (א) השארת המצב כמות שהוא לבין (ב) סילוק המחוברים בעצמו על־חשבון המקים (כשניתנת לבעל־המקרקעין האפשרות להיפרע את הוצאות הסילוק מתוך המחוברים המסולקים)[146]. בחר בעל־המקרקעין שלא לסלק את המחוברים בעצמו, לא יהא חייב בתשלום כלשהו למקים עבור המחוברים שנשארו על תלם, לאחר שהמקים לא נענה לדרישת בעל־המקרקעין לסלקם. אין לאפשר למקים לכוף את בעל־המקרקעין לסלק את המחוברים או לרוכשם, על־ידי כך שהוא (המקים) מסרב לדרישתו של בעל־המקרקעין לסלק את מחובריו. השארת המחוברים בנסיבות אלה נגרמת שלא לרצונו של בעל־המקרקעין (שדרש את סילוקם), ואין על־כן לחייבו לשלם עבורם[147,148]. משסירב המקים לדרישת

למקרקעיו כשהמקרקעין ממורקים מכל זכות שדבקה בהם לפני פעולת החיבור. ראה לעיל, §21 (ליד הערה 116). היו המיטלטלין ממושכנים לפני שחוברו למקרקעין, יועתק המשכון, בעקבות החיבור למקרקעין, אל זכותו של המחבר כלפי בעל־הקרקע לקבלת התשלום עבור המחוברים, על־פי האמור בסעיף 21(ב). ההוראה על חילופי המשכון בנסיבות מעין אלה מצויה בסעיף 9 לחוק המשכון, תשכ"ז–1967. ראה גם סעיף 5 לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971. רכש אדם שלא כדין מקרקעין שקודם־לכן חוברו אליהם. מיטלטלין שבהם לצד שלישי זכויות, תוכרע השאלה אם המיטלטלין הפכו למקרקעין, עקב פעולת החיבור, על־פי השיקולים שעמדנו עליהם לעיל, ליד הערה 134.

פרופ' ד' פרידמן סבור כי אם המקים גזל את המיטלטלין, שלאחר־מכן חיברם למקרקעין, או שגזל כסף ששימש לו לרכישת המיטלטלין שחוברו למקרקעין — לנגזל תהא זכות ישירה כלפי בעל־המקרקעין לקבל שווי הגזילה מתוך הסכום שעל בעל־המקרקעין לשלמו, כאמור בסעיף 21(ב) לחוק המקרקעין. ואולם אם בעל־המקרקעין שילם את מלוא הסכום למקים, בתום־לב, נפטר הוא מחבותו כלפי הנגזל. ההוראות שבחוק בקשר ל"מקים" חלות גם על מקים שלא הקים אישית, אלא נעזר באחרים. "בנייה במקרקעי הזולת, עקרונות פרשנות ודיני עשיית עושר ולא במשפט" **עיוני משפט** ו (תשל"ט–תש"ם, 711, 714; **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ"ב) 150, 645, הערה 91.

145 ליד הערה 140.

146 זוהי דוגמא לעשיית דין עצמית (self help) כפולה: האחת — היכולת לסלק את המחוברים; והשנייה — היכולת לפרוע את הוצאות הסילוק מתוך המחוברים המסולקים. היכולת להיפרע מתוך המחוברים אינה הופכת את המחוברים למשועבדים להבטחת החוב, ואת בעל־המקרקעין — לנושה מובטח. זוהי דוגמא מעניינת לכך שהחוק מועיד נכס מסוים כדי שיהיה אפשר להיפרע מתוכו, מבלי להפוך את הנושה לנושה מובטח. נושים אחרים של בעל־המחוברים יוכלו אף הם להיפרע מן המחוברים, בלא שלבעל־המקרקעין תהא עדיפות עליהם. זכותו המיוחדת של בעל־המקרקעין כלפי המחוברים מתבטאת ביכולתו להיפרע מתוכם על־ידי עשיית דין עצמית. בעל־המקרקעין זכאי לסילוק המחוברים גם שלא על־ידי עשיית דין עצמית, אלא על־ידי תביעה משפטית, על־יסוד סעיף 21 לחוק המקרקעין.

147 סעיף 21 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969; ע"א (י־ם) 5/84 **עזריאל נ' ללצ'וק**, פ"מ תשמד(ג) 432, 438 (ג–ד). בית־המשפט דלמטה התייחס בהחלטתו גם לאפשרות של תביעה על־ידי המקים בעילה של עשיית עושר ולא במשפט ושלל אותה נוכח ההסדר המפורט של הסוגיא הזאת בסעיף 21 לחוק המקרקעין. בית־המשפט המחוזי לא התייחס בהחלטתו לנושא זה. ראה עמ' 434 בפסק הדין. והשווה ד' פרידמן, **תוספת לספר דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ"ט) 33, הגורס כי מוטל

nevo.co.il

בעל־המקרקעין לסלק את המחוברים תוך זמן סביר, רואים אותו כמי שוויתר על זכותו ליטול את המחוברים ואין להתיר לו לבוא לאחר־מכן בדרישה לסלק את המחוברים.

בין אם סילוק המחוברים נעשה על־ידי המקים ובין אם נעשה על־ידי בעל־המקרקעין, הבעלות בהם עוברת, לאחר ניתוקם מן המקרקעין, למקים (או אם המקים גזל את המיטלטלין שאותם חיבר לאחר־מכן למקרקעין, תהא הבעלות לנגזל)[149]. דהיינו: כשם שהפעולה הפיזית של החיבור לקרקע גרמה להעברת הבעלות בחומרים אל בעל־הקרקע, כן גם הפעולה הפיזית של הניתוק מהקרקע תגרום להעתקת הבעלות בחומרים מידי בעל־המקרקעין לידי מי שהיה בעליהם לפני החיבור. היו לצד שלישי זכויות במיטלטלין, לפני חיבורם (כגון שהיו ממושכנים) ופקעו הזכויות עקב חיבור המיטלטלין למקרקעין[150], תביא פעולת הניתוק להחייאתן של אותן זכויות, כשם שהניתוק של המחוברים מביא להחייאת זכות הבעלות[151].

בחר בעל־המקרקעין להשאיר את המחוברים במקומם, עליו לשלם למקים עבור המחוברים. בקביעת הסכום לתשלום מתבטאת ההעדפה השנייה הניתנת בחוק לבעל־המקרקעין. הסכום לתשלום הוא השקעתו של המקים, בשעת ההקמה של המחוברים, או שוויים של המחוברים, בעת הפעלת הברירה על־ידי בעל המקרקעין — לפי הסכום הנמוך יותר[152].

בעל־מקרקעין המעוניין בהשארת המחוברים לא יוכל להתחמק מן הצורך לשלם עבורם על־ידי כך שיימנע מלהגיב על פעולת החיבור של המקים ומלהצהיר אם הוא בוחר בסילוק המחוברים או בהשארתם. החוק קובע כי שתיקתו של בעל־המקרקעין, לאחר שקיבל דרישה בכתב מן המקים להחליט על בחירתו, תפורש — לאחר שיחלפו שישה חודשים מקבלת הדרישה — כבחירה בהשארת המחוברים, ועל בעל־המקרקעין יהא אז לשלם עבורם, כאמור לעיל[153].

על בעל־הקרקע להתיר למקים — שסירב לדרישת בעל־המקרקעין לסלק את מחובריו — לסלק את מחובריו גם במועד מאוחר יותר; ואם סירב לעשות כן, יש לחייב את בעל־המקרקעין בתשלום עבור המחוברים.

148 מסתבר מתוך לשון החוק (בסעיף 21(א), (ג)), כי הברירה הניתנת לבעל־המקרקעין לסלק בעצמו את המחוברים מותנית בהצגת דרישה למקים לסלק את המחוברים ובסירוב מצדו של המקים להיענות לדרישה. עשויה להתעורר השאלה אם לבעל־המקרקעין זכות לסלק את המחוברים בעצמו כאשר לא היה לאל־ידו לדרוש תחילה מאת המקים לעשות כן, למשל, משום שלא עלה בידו לאתר את המקים. מן הראוי היה שלבעל־המקרקעין תהא זכות זו, לאחר שעשה מאמצים סבירים לאיתור המקים, ואולם בחוק אין על כך דבר.

149 סעיף 21(ד); ד׳ פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ״ב) 35, וכן במאמר הנזכר לעיל, בהערה 144.

150 ראה לעיל, ליד הערה 116.

151 ד׳ פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ״ב) 150, הערה 34.

152 סעיף 21(ב) לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969.

153 סעיף 22. מסתבר כי דרישה, ובכתב דווקא, היא תנאי מוקדם לפירוש שתיקתו של בעל־המקרקעין כבחירה בהשארת המחוברים. **עזריאל נ׳ ללצ׳וק** (לעיל, הערה 147), 438. אפשר כי נוכח ההוראה שבסעיף 22, באין דרישה בכתב, יוכל בעל־המקרקעין ליהנות מן המחוברים בלא שתחול עליו חובת התשלום, אבל אין טעם להתפלפל בכך מכיוון שבכל מקרה, מקים שיהיה מעוניין בתשלום עבור המחוברים יוכל לשלוח לבעל־המקרקעין את הדרישה בכתב לקביעת בחירתו. אף שהחוק אינו קובע מגבלה של זמן למשלוח הדרישה בכתב, מקים שישהה את משלוח הדרישה בכתב עלול להסתכן בטענת השתק שיעלה בעל־המקרקעין. ראה גם חוק הפרשנות, התשמ״א–1981, סעיף 11,

nevo.co.il

גישתו של המחוקק בנושא זה דומה לגישת המשפט הצרפתי כלפי מי שבנה על מקרקעי הזולת שלא בתום־לב. על הבונה בתום־לב המשפט הצרפתי מחיל הסדר שונה[154].

§26 בהסדר המתואר לעיל אין החוק מבחין בין מחבר שלא כדין, בתום־לב (כגון שטעה במיקום הגבול שבין חלקתו לחלקה הסמוכה), לבין מחבר שלא בתום־לב. תום־הלב של מחבר שלא כדין מובא בחוק בחשבון במקרה מסוים הנדון בסעיף 23 של חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. אך מכיוון שמקרה זה צפוי להיעלם ממציאות ארצנו בעתיד הלא רחוק, אין בו כדי לשקף את עמדתו העקרונית של המחוקק בסוגיא שאנו דנים בה. המקרה המסוים שבו עשוי תום־הלב לבוא בחשבון מוגבל למקרקעין שטרם עברו את תהליך הסדר־המקרקעין. תהליך זה קרוב לסיומו, ומשיהיו כל המקרקעין בארץ מוסדרים, לא תהא יותר כל נפקות להוראה המסוימת הזאת (שעליה אנו עומדים ב־§35). נכון אפוא להתייחס להוראה זו כאל הוראת־מעבר גרידא.

דומה, כי בגישתו העקרונית של המחוקק בסוגיא של הבונה שלא כדין על מקרקעי חברו יש העדפה בלתי־רצויה של בעל־המקרקעין על־פני הבונה, במקרים שבהם הבנייה היתה מתוך טעות שבתום־לב. ההסדר שעל־פיו בעל־מקרקעין שהסיגו את גבולו יכול לדרוש מאת הבונה לסלק את המבנה שבנה על המקרקעין שלו אינו מניח את הדעת, מכיוון שהוא עלול לגרום נזק רב לפולש תם־הלב, בלא כל יחס לנזק הניתן לפיצוי כספי, שנגרם לבעל־החלקה שהסיגו את גבולו. מקרה שבו הדבר יהא בולט בעליל הוא כאשר בית שבנה אדם על אדמתו חרג במעט אל תוך החלקה הסמוכה, עקב טעות שבסימון הגבול. הריסת חלק הבית שמעבר לגבול עלולה לגרום נזק רב לבית כולו (כגון שהצנרת המרכזית ומתקנים שונים מצויים בחלק זה), בעוד שנזקו של בעל החלקה הסמוכה עשוי להיות קטן למדי באופן יחסי.

את השלילה שבהסדר הנוכחי ניתן להציג גם בדרך אחרת, כללית יותר. לצורך זה נבחין בין המקרה שבו אין לבעל־המקרקעין כל עניין בכך שהמבנה שבנוהו ישאר בידיו, לבין המקרה שבו יש לו עניין בכך.

במקרה הראשון, כאשר לבעל־המקרקעין אין עניין במִבנה והוא דורש מאת הבונה שיסלקהו, עשויים הצדדים בכל־זאת להגיע לכלל הסדר, שלפיו תמורת תשלום מוסכם שהבונה ישלם לבעל־המקרקעין יישאר המִבנה בידי הבונה. נוכח החרב המתהפכת מעל לראשו של הבונה, החשוף לאפשרות שיידרש לפַנות את המקום ולסלק את המִבנה, יהא כדאי לבונה לשלם לבעל־הקרקע כל סכום שיהא נמוך מהנזק שייגרם לו (לבונה) אם יידרש לפנות את המקום ולסלק את המִבנה. מנגד, לבעל־המקרקעין עשוי להיות כדאי להסכים להשארת המִבנה בידי הבונה אם יוצע לו פיצוי בסכום שיהא גבוה מן הנזק שנגרם לו עקב המבנה והשארתו בידי הבונה (כי לשווי הנזק בלבד הוא זכאי בין כך ובין כך, מכוח דיני הנזיקין). בין שני הקצוות האלה עשויים הצדדים להסכים על סכום, שייקבע על־פי הנסיבות והאילוצים השונים, שכל אחד מהצדדים למשא־ומתן יהיה נתון בהם.

המדבר על ״המהירות הראויה״ שבה יש להפעיל סמכות שניתנה בחוק, כשלא נקבעה בחוק מסגרת הזמן להפעלת הסמכות, וכן הסעיפים 39, 61(ב), לחוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג–1973, המדברים על החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום־לב בפעולות משפטיות.

154 ראה קוד נפוליאון, סעיף 555; וכן Carbonnier (לעיל, הערה 106), 235.

nevo.co.il

כך, למשל, אם נזקו הצפוי של הבונה, אם יידרש להתפנות ולסלק את המבנה, הוא 100 (כשהנזק כולל, בין השאר, את אובדן ההחזקה, ההשקעות בבנייה, הוצאות ההריסה, נזקים עקב ההריסה, הוצאות פינוי ההריסות בניכוי שווי ההריסות), ואם שיעור נזקיו של בעל־המקרקעין, כאשר המבנה יישאר בידי הבונה, הוא 20[155] (כשהנזקים כוללים, בין השאר, את שווי הקרקע שתישלל ממנו והפגיעה בערך יתרת הקרקע שתיוותר בידו) — הרי שאם יוסכם על פיצויים בשיעור של 60 שישלם הבונה לבעל־המקרקעין, יפיקו מכך שני הצדדים תועלת. הבונה יחסוך על־ידי כך 40 (בהשוואה למצבו אלמלא הגיע להסכם), ובעל־הקרקע יקבל 40 מעבר לנזק שנגרם לו כתוצאה מהשארת המבנה בידי הבונה. על־פי דוגמא זו, יפיקו שני הצדדים תועלת זהה מן הסכום שיוסכם עליו.

ואולם יהא הסכום שהצדדים יסכימו עליו אשר יהא — מכיוון שהוא יימצא בין שני הקצוות המתוארים, הוא יהיה תמיד גבוה מנזקו של בעל־המקרקעין. תוצאה זו נובעת מנקודת־הפתיחה של המשא־ומתן שהחוק קבע אותה, ועל־פיה בעל־המקרקעין זכאי לתבוע את סילוק המבנים. הוראה זו גורמת לתוצאה הא־נומלית שלא שיעור הנזק של הנפגע חורץ את גובה הפיצויים שהוא מקבל, אלא הנזק הפוטנציאלי שבידו לגרום לבונה.

במקרה השני, כאשר לבעל־המקרקעין עניין בהשארת המבנה בידיו, החוק אמנם קובע כי הוא יוכל לעשות כן רק אם ישלם לבונה את שווי המבנה (או את השקעתו, אם היה סכום זה נמוך יותר), אך למעשה סביר לצפות כי הסכום שישלם יהא נמוך מזה בהרבה, ושוב בגלל יכולתו לתבוע את הבונה לסלק את המבנה. יכולת זו תגרום לכך, שכל סכום שיציע בעל־המקרקעין לקונה, שיהא גבוה משווי ההריסות, בניכוי הוצאות ההריסה, הוצאות פינוי ההריסות והנזקים האחרים שנגרמו לבעל־המקרקעין עקב הבנייה והסילוק — יהא כדאי לבונה. למעשה אפשר שהסכום הזה יהא אפס, ואולי גם סכום שיהא קטן מאפס, דהיינו: לא זו בלבד שהבונה לא יקבל כל תשלום עבור המבנה אלא שהוא יידרש להוסיף סכום מסוים לבעל־המקרקעין, כי גם אז עשוי עדיין להיות מצבו טוב יותר מן המצב שבו יימצא אם יידרש לסלק את המבנה.

מנגד, מבחינתו של בעל־המקרקעין המעוניין במבנה, התשלום של כל סכום שיהיה נמוך משוויו של המבנה יהיה כדאי לו (בתשלום מלוא שווי המבנה יוכל לבנות את המבנה בעצמו). במשא־ומתן שבין הצדדים צפוי שיגיעו להסכמה על סכום מסוים בין שני הקצוות הנזכרים (מעל שווי ההריסות בניכוי הוצאות ההריסה וכו׳, בקצה האחד, ומתחת לשווי המבנה, בקצה השני), בהתאם ליכולת המיקוח של כל אחד מהם. על־כל־פנים, יהא הסכום שיגיעו אליו אשר יהא — הוא יהיה נמוך משוויו של המבנה בשל נקודת־הפתיחה במשא־ומתן שנקבעה בחוק, והיא — יכולתו של בעל־המקרקעין לדרוש את סילוק המבנה. גם במקרה זה מגיעים אנו אפוא לתוצאה א־נומלית, שלפיה

155 הצדדים עשויים להגיע לידי הסכם על סכום הפיצויים רק אם נזקו של הבונה, כאשר יידרש לסלק את המבנה, עולה על נזקו של בעל־המקרקעין, אם המבנה יישאר בידי הבונה. במקרה ההפוך, שבו נזקו של בעל־המקרקעין, כאשר המבנה ישאר בידי הבונה, עולה על נזקו של הבונה אם יידרש לסלק את המבנה, לא סביר להניח שהצדדים יגיעו לכלל הסכם לתשלום פיצויים, תוך השארת המבנה בידי הבונה. במקרה כזה אין לצפות שמחשש של דרישה לסילוק המבנה יציע הבונה פיצוי שיהיה בו כדי לכסות את נזקו של בעל־המקרקעין. בפיצוי נמוך מזה לא יסתפק בעל־המקרקעין, כי על־ידי דרישה לסילוק המבנה יוכל לחזור למצב שבו היה לפני הקמת המבנה.

nevo.co.il

החוק מאפשר לאדם לרכוש נכס מאת חברו, כששיעור התשלום נקבע לא על־פי שוויו של הנכס אלא כתוצאה מן היכולת לדרוש את השמדת הנכס[156].

בהבדל מן הגישה הישראלית, המשאירה את פתרון הבעיה של בנייה שלא כדין, ובתום־לב, למשא־ומתן בין הצדדים, כמתואר לעיל, יש שיטות־משפט שבהן החוק קובע את הפתרון, שעיקרו הוא מניעת האפשרות לדרוש מאת הבונה לסלק את שבנה, וחיוב הבונה לשלם לבעל־המקרקעין דמי־שכירות או את שווי המקרקעין, שיימכרו לו. זוהי, למשל, העמדה של ספר החוקים האזרחי הגרמני[157]. בצרפת נאלץ במקרה כזה בעל־המקרקעין לרכוש את המִבנה[158]. בדנמרק החוק קובע כי לבונה שלא כדין, בתום־לב, זכות לרכוש את הקרקע שעליה בנה אם שווי המִבנה עולה באופן ניכר על שווי הקרקע[159].

יתרונה של הגישה האחרונה, שלפיה החוק קובע את הפתרון עבור הצדדים, הוא בפשטותה, ודאותה והיותה הוגנת למדי לשני הצדדים. חסרונה העיקרי הוא היותה כפויה על הצדדים ומביאה לנישולו של בעל־המקרקעין, אף כי בפיצוי כספי מלא.

יתרונו של ההסדר הישראלי בכך שהוא מעודד את הצדדים להגיע לפתרון במשא־ומתן, אך זהו יתרון מדומה משום שהתוצאה כפויה עליהם בשל נקודת־הפתיחה למשא־ומתן שנקבעה בחוק. נקודת־פתיחה זו מנתבת את הצדדים לפתרון שאינו מניח את הדעת, כפי שניסינו להראות לעיל. נוסף על כך, במשא־ומתן לקראת הפתרון יש יסודות של הימור, כשכל צד משתדל להיבנות מהפסדו הפוטנציאלי של הצד האחר. התוצאה היא שהפתרון הצפוי הוא בלתי־ודאי, ובכך יש הכבדה רבה על התהליך שלקראת הפתרון. לאור האמור, דומה כי ראוי שתישקל מחדש הגישה של המשפט הישראלי לבעיה של הבונה על מקרקעי הזולת שלא כדין ובתום־לב[160].

9. חיבור בתום־לב, שלא על־ידי בעל־המקרקעין, במקרקעין שאינם מוסדרים

§27 *גישה שונה לגמרי מזו שעמדנו עליה לעיל* באה לידי ביטוי בחוק המקרקעין לגבי חיבור שלא כדין, בתום־לב, במקרקעין שטרם עברו את התהליך של ה״הסדר״[161],

156 אין זה מדויק להתייחס אל התשלום כאל ״רכישת״ המחוברים. בעל־המקרקעין הופך לבעל־המחוברים כתוצאה מפעולת החיבור, כאמור בסעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. התשלום, הוא חוב שהחוק מטיל על מי שהוא כבר הבעל של המחובר, אם הוא מבקש להשאיר את המחובר תחת ידו.

157 ספר החוקים האזרחי הגרמני (B.G.B.), סעיפים 912 ו־915. הזכות לבחור בין תשלום דמי־שכירות לבין תשלום מחיר המקרקעין והעברת הבעלות במקרקעין לבונה ניתנת לבעל־המקרקעין שהסיגו את גבולו.

158 כשהוא משלם את השקעתו של הבונה או את שווי ההשבחה שהשביח הנכס עקב הבנייה. קוד סיביל, סעיף 555. Carbonnier (לעיל, הערה 106), 235.

159 V. Kruse, *The Right of Property* (1939–1953) 297.

160 והשווה ד׳ פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ״ב) 551, המשבח את גישת המחוקק בסעיף 21 של חוק המקרקעין, בהניחו כי בעל־הקרקע ישלם לבונה עבור המִבנה את הסכום המפורט בסעיף 21(ב) (דהיינו: ההשקעה בבנייה או השווי). אין המחבר עומד על ההשפעה האפשרית של הזכות לדרוש את סילוק המִבנה על הסכום שישלם בעל־המקרקעין למעשה.

161 ״ההסדר״ הוא תהליך של בירור זכויות במקרקעין בכל שטח המדינה ועריכת פנקסי־מקרקעין מדויקים, המחליפים את הפנקסים הקודמים שלא היו מדויקים דיים. תהליך זה מתבצע על־פי

nevo.co.il

ובהתקיים התנאים הנוספים שנעמוד עליהם בסמוך. בעוד שעל־פי הגישה שעמדנו עליה עד כה בעל־המקרקעין הופך להיות לבעל־המחוברים כתוצאה מפעולת החיבור, כאמור בסעיף 12 לחוק המקרקעין (כשלבעל־המקרקעין ברירה בין השארת המחוברים תחת ידו, בתשלום, לבין סילוקם), הרי שבמקרה הנדון בזה התוצאה היא הפוכה. בהתקיים התנאים שנקבעו בסעיף 23 לחוק המקרקעין, יהפוך בעל־המחוברים להיות לבעל־המקרקעין. התנאים הנדרשים לכך הם:

(א) המקרקעין טרם עברו ״הסדר״;

(ב) המחוברים חוברו בתום־לב, כשהמחבר היה סבור שהוא בעל־המקרקעין;

(ג) ההשקעה שהיתה כרוכה בהקמת המחוברים עלתה על שווי המקרקעין;

(ד) יש בפיצוי כספי לבעל־המקרקעין כדי למנוע ממנו נזק חמור.

במצב שבו דנו בפִסקאות הקודמות הבעלות במחוברים עוברת לבעל־המקרקעין כתוצאה מעצם הפעולה הפיזית של החיבור למקרקעין[162]. אין הדבר כן במקרה ההפוך שאנו דנים בו עתה. לא הפעולה הפיזית של החיבור למקרקעין מעניקה לבעל־המחוברים את הבעלות במקרקעין, אלא פעולת הרכישה על־ידי תשלום שווי המקרקעין, כאמור בסעיף 23(א) לחוק המקרקעין. היה ראוי להתנות את העברת הבעלות אל הבונה גם ברישום ההעברה בפנקסי־המקרקעין, כדי שפנקסי־המקרקעין ישקפו במדויק את הזכויות במקרקעין, ואולם כמדומה שהרישום אינו נדרש לצורך העברת הבעלות אל הבונה. העברת הבעלות אל הבונה היא מכוח הוראת החוק, כאמור בסעיף 23 לחוק המקרקעין, ואין היא טעונה הסכמה של בעל־הקרקע. מכיוון שכך, אין העברה זו בגדר ״עִסקה במקרקעין״. ״עִסקה במקרקעין״ מוגדרת בסעיף 6 לחוק המקרקעין כעִסקה לפי רצון המקנה, ועליה החוק אומר שהיא טעונה רישום בפנקסי־המקרקעין כדי שתהא שלימה, כאמור בסעיף 7 לחוק המקרקעין. אין חוק המקרקעין מטיל חובת רישום כללית על העברת בעלות שאינה פרי עִסקה במקרקעין. זהו חסר שהיה כדאי כי המחוקק יתן עליו את דעתו, כדי למנוע שיבושים בפנקסי־המקרקעין. תיקון המעוות יוכל בינתיים להיעשות על־ידי כך שבית־המשפט, שבפניו תתברר השאלה אם נתמלאו תנאֵי סעיף 23, יצווה על רישום הערה בפנקסי־המקרקעין בדבר העברת הבעלות, כפי שהוא מוסמך לעשות, על־פי סעיף 130 לחוק המקרקעין[163].

הענקת הזכות לבונה לרכוֹש את הקרקע, בנסיבות המפורטות בסעיף 23 לחוק המקרקעין, אינה, בעצם, היפוכה של הגישה שעמדנו עליה לעיל, שלפיה בעל־הקרקע רוכש בדרך־כלל את הבעלות במה שבונים על הקרקע. אותו עיקרון מונח ביסוד שני המצבים. העיקרון המקובל בסוגיית חיבור נכסים (accessio) הוא ש״הטפל הולך אחר העיקר״, כפי שקובע, למשל, סעיף 4 לחוק המיטלטלין, תשל״א–1971, שעניינו חיבור

פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ״ט–1969. ובעת כתיבת דברים אלה (נובמבר 1988) 93.7% משטח המדינה עברו כבר את תהליך ההסדר.

162 ראה לעיל, הערה 156.

163 ראה גם תקנה 31 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש״ל–1969. ״מס־רכישה״, על־פי חוק מס שבח מקרקעין, התשכ״ג–1973, יהא צורך לשלם בגין העברת בעלות שכזאת, אף שאין היא ״עִסקה״. ראה הגדרת ״מכירה״ בסעיף 1 לחוק מס שבח מקרקעין ותקנה 2 לתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), התשל״ה–1974, הקובעת את שיעורי מס־הרכישה במכירת זכות במקרקעין.

nevo.co.il

של שני מיטלטלין זה לזה כשהאחד עיקר והשני טפל[164]. במקרה הרגיל רואים את המקרקעין כעיקר, בהשוואה לדברים שמחברים אליהם, ועל־כן מעניקים לבעל־המקרקעין את הבעלות במחוברים. במקרה הנוכחי, כאשר ההשקעה שהיתה כרוכה בהקמת המחוברים עולה על שווי המקרקעין, הרי שמבחינה כלכלית המחוברים הם ה״עיקר״, ובהתמלא התנאים האחרים שבסעיף 23, המקרקעין הולכים אחר המחוברים, על־פי אותו עיקרון שלפיו הטפל הולך אחר העיקר[165].

ניתן להקשות על כך ולומר, כי הסדר זה היה מחייב שגם במקרקעין מוסדרים, כאשר שווי הבנוי עולה על שווי המקרקעין, הטפל ילך אחר העיקר, דהיינו: שבעל־המחוברים יוכל לרכוש את המקרקעין, ואילו הדין לא כך קובע. ההסבר לכך נעוץ, כמדומה, בהנחת המחוקק שבמקרקעין מוסדרים, שבהם הרישום מדויק, לא ייתכן שאדם יבנה על מקרקעין שאינם שלו בתום־לב. המִרשם מסוגל להעמיד את הבונה על כך שבנייתו היא שלא במקרקעין השייכים לו[166]. בהעדר אפשרות של תום־לב אין ממילא מקום להחיל על מקרקעין מוסדרים את הדין שהמקים מחוברים בתום־לב רשאי, בנסיבות מסוימות, לרכוש את המקרקעין. ואולם, ספק אם נכונה ההנחה שבמקרקעין מוסדרים לא תיתכן בנייה בתום־לב, אך שלא כדין, במקרקעין של אחר. כך, למשל, מִרשם־המקרקעין הגרמני מצטיין בדיוקו[167] ואף־על־פי־כן נקבע שם ההסדר המיוחד, הנזכר לעיל, למקרה של בנייה שלא כדין בתום־לב[168], על־יסוד ההנחה שעל־אף המִרשם המדויק קורה לעתים שמתוך טעות שבתום־לב בניין חורג לעבר חלקה שכנה[169].

המצב הנוכחי במשפט הישראלי, שלפיו במקרקעין מוסדרים נקבע אותו הסדר לבונה שלא כדין, אך בתום־לב, ולבונה שלא כדין ושלא בתום־לב, כשבשני המקרים חשוף הבונה ליכולתו של בעל־המקרקעין לדרוש את סילוק המִבנה, אינו מניח את הדעת, מן הטעמים שהצבענו עליהם לעיל.

§28 אף שבעֵת חקיקת סעיף 23 לחוק המקרקעין ההנחה היתה, כי במציאות שכיחים המקרים הנדונים בסעיף[170], דל יבול הפסיקה בנושא זה מאז חקיקת חוק המקרקעין, תשכ״ט—1969, ועד היום, ורק היבטים מעטים מהוראות החוק נתלבנו עד כה בפסיקה. הדברים שראוי לתת עליהם את הדעת בסוגיא זו הם בעיקרם אלה:

בעלות, חכירה, וזכויות אחרות. ההסדר שבחוק מוגבל למקרה שבו סבר הבונה, בטעות, כי הוא בעל המקרקעין שעליהם הוא בונה. אין החוק דן כלל במקרה שבו סבר הבונה כי הוא חוכר המקרקעין שעליהם הוא בונה. סביר שמקרה זה יהיה שכיח יותר מהמקרה שבו החוק דן מכיוון שרוב מחזיקי המקרקעין בישראל הם חוכרים, וטעותו של

164 ראה גם ע״פ 141/59 **טרייביש נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד יג 1793.

165 השווה J. Carbonnier, *Droit Civil* (Quatrième ed., 1964) II 65, 240, הרואה את המחוברים, בהשוואה לקרקע, כטפל בכל מקרה, גם כשערכם עולה על ערך הקרקע, אך מביע ספקות אם נכון כך לנהוג.

166 ראה חוק המקרקעין, תשכ״ט—1969, סעיף 125(א) הקובע: ״רישום בפנקסים לגבי מקרקעין מוסדרים יהווה ראיה חותכת לתכנו...״.

167 J.H. Merryman, "Toward A Comparative Study of the Sale of Land", in: *Ius Privatum Gentium* (Tubingen, 1969) II 753, 756.

168 לעיל, הערה 157.

169 Baur (לעיל, הערה 103), 233.

170 ראה דברי שר־המשפטים בקריאה הראשונה של חוק המקרקעין, **דברי הכנסת** 40 (1964) 2129.

nevo.co.il

הבונה תתבטא בדרך־כלל בכך שהוא יהא סבור כי הוא חוכר המקרקעין שעליהם הוא בונה, ולא שהוא הבעל שלהם.

ההסדר שבחוק גם מניח, שהמשא־ומתן בעקבות בנייה בטעות שבתום־לב יהיה בין הבונה לבין בעל־המקרקעין. גם הנחה זו מוקשית. האינטרס העיקרי שייפגע עקב פעולת הבנייה יהא ברוב המקרים האינטרס של החוכר לדורות[171], המחזיק במקרקעין שאליהם פלש המִבנה שהוקם. אין חוק המקרקעין אומר דבר מפורש בשאלה, מה יהא גורל החכירה אם הבעלות על המקרקעין תעבור לידי הבונה, כשם שאין חוק המקרקעין אומר דבר מפורש על גורלן של זכויות אחרות שאפשר שיהיו לצד שלישי במקרקעין שעליהם בנו, כגון משכנתא או זיקת הנאה, לאחר שהבעלות במקרקעין עוברת לידי הבונה.

אשר לבנייה על־ידי מי שסבר בטעות שהמקרקעין מוחכרים לו — מכיוון שאין מקרה זה נכנס לדל״ת אמות סעיף 23, תהא התוצאה שיחול עליו ההסדר הכללי החל על הבונה שלא כדין על מקרקעי הזולת, כמפורט בסעיף 21, שעליו עמדנו לעיל. תוצאה זו אינה מניחה את הדעת. הנימוקים שבגללם ראה המחוקק לנכון למנוע הריסת בניין שערכו עולה על ערך הקרקע, כשהבנייה היתה מתוך הנחה מוטעית שהבונה הוא הבעל, יפים גם למקרה שבו סבר הבונה כי המקרקעין מוחכרים לו בחכירה לדורות. מן הראוי שתישקל האפשרות לשינוי החוק בעניין זה באופן שהבונה יוכל לקבל חכירה לדורות במִבנה שבנה, במקום חשיפתו לדרישה להריסת המִבנה, כפי שהדבר כיום.

אשר למעמדו של חוכר, מקבל משכנתא או בעל זיקת־הנאה וכיוצא באלה זכויות, במקרקעין שעליהם בנה אחר בתום־לב, הנחתנו היא כי זכויות אלה פוקעות כאשר הבעלות על המקרקעין עוברת לידי הבונה. הדבר הוא בבחינת על־אחת־כמה־וכמה. אם בכוחו של בונה בתום־לב להתגבר על בעל־המקרקעין, כלום סביר שהוא ייסוג מפני זכויות הפחותות מן הבעלות. הגיונו של הפתרון שבחוק, המעניק בעלות לבונה בנסיבות המתוארות, יימצא סתור מתוכו אם בעלות זו תרוקן מתוכן על־ידי הכפפתה לחכירה, משכנתא, זיקת־הנאה וכדו׳. נראה לנו, כי הבונה בנסיבות של סעיף 23 רוכש בעלות הממורקת מן הזכויות השונות שדבקו בנכס קודם לרכישה. בעלי הזכויות שפקעו יהיו זכאים לשיפוי מתוך התשלום שעל הבונה לשלם לבעל־המקרקעין עבור רכישת מקרקעיו[172].

היו המקרקעין ממושכנים במשכנתא, יועתק המשכון אל זכותו של בעל־המקרקעין לקבל מאת הבונה תשלום עבור המקרקעין[173].

המצב יהיה שונה אם ידע הבונה על קיום הזכויות הפחותות מן הבעלות, כגון שסבר בתום־לב כי המקרקעין שעליהם בנה הם שלו, אך בכפיפות לזיקת־הנאה שיש לפלוני כלפיו. במקרים כאלה סביר כי זכויות שרבר קיומן היה ידוע לבונה ימשיכו לעמוד בתוקפן כלפי הבונה שירכוש בעלות בחלקה. וכן במקרים כאלה דומה, כי בהערכת שווי הקרקע לעומת שווי המִבנה מן הראוי יהיה להעריך את הקרקע כפי שוויה לבעליה המקורי, דהיינו: כשהיא כפופה לאותן זכויות שרבצו עליה.

השווי היחסי של המִבנה והקרקע. תנאי לזכותו של הבונה לרכוש את הקרקע ש״הסכום שהִשקיע המקים במחוברים עלה בשעת הקמתם״ על שווי המקרקעין.

171 דהיינו: חוכר לתקופה העולה על עשרים־וחמש שנה. סעיף 3 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969.

172 על־פי העיקרון הגלום בסעיף 52 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג–1973. ראה לעיל ליד הערות 116–117; וכן הערה 144.

173 על־פי התחלוף (סוברוגציה) המוסדר בסעיף 9 לחוק המשכון, תשכ״ז–1967.

nevo.co.il

סטה המחוקק מגישה זו. רק כאשר צפוי *"נזק חמור"*, מעבר לנזק הרגיל הכרוך בהמרת מקרקעין בכסף, מתחשב בכך החוק ומונע את רכישת המקרקעין על־ידי הבונה.

§29 **מקרקעי ציבור**. הזכות הניתנת לבונה בתום־לב לרכוש את המקרקעין שעליהם בנה, בנסיבות המפורטות בסעיף 23 לחוק המקרקעין, אינה חלה לגבי "מקרקעי ציבור"[181]. מקרקעי ציבור הם "מקרקעי ישראל" (דהיינו: מקרקעין של המדינה, של רשות־הפיתוח ושל הקרן־הקיימת־לישראל) וכן מקרקעין של רשות מקומית או של תאגיד שהוקם על־ידי חיקוק[182]. הטעם להגבלה הזאת הוסבר על־ידי שר־המשפטים בכנסת, בעת הדיון על הצעת חוק המקרקעין. השר אמר, כי אילו ניתנה תחולה לסעיף 23 על "מקרקעי ציבור", היתה התוצאה "שבעוד שאי אפשר לרכוש מקרקעין אלה על ידי עיסקה חוקית, ניתן לעשות זאת בדרך של השגת גבול"[183]. דברים אלה מכוונים להוראה שבסעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, הקובע, "כי מקרקעי ישראל... הבעלות לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת". אם החוק אינו מתיר העברת בעלות במקרקעין אלה, בדרך של עסקה, כלום סביר הוא להתיר העברת בעלות במקרקעין אלה כתוצאה מבנייה על־ידי מסיג־גבול, כאמור בסעיף 23? הסבר זה, המושך את הלב בקריאה ראשונה, לוקה בשתיים. האחת — שר־המשפטים יצא בדבריו להסביר מדוע אין סעיף 23 חל על **"מקרקעי הציבור"**, אך הסברו מתבסס על כך שב"מקרקעי **ישראל**" אין להעביר בעלות, ולא הרי "מקרקעי ציבור" כהרי "מקרקעי ישראל". "מקרקעי ציבור" כוללים מלבד "מקרקעי ישראל" גם מקרקעין של רשויות מקומיות ומקרקעין של תאגידים שהוקמו על־ידי חיקוק. על שני האחרונים לא חלה ההגבלה על העברת בעלות שבחוק יסוד: מקרקעי ישראל. נמצא שמניעת התחולה של סעיף 23 על מקרקעין של רשויות מקומיות ושל תאגידים שהוקמו על־ידי חיקוק יסודה בטעות שבערבוב התחומים בין "מקרקעי ציבור" לבין "מקרקעי ישראל".

השנית — גם ביחס ל"מקרקעי ישראל", שעליהם חל האיסור על העברת בעלות, ספק אם יש באיסור זה כדי להצדיק את המצב הנוכחי שלפיו נחשף הבונה בטעות שבתום־לב על מקרקעי ישראל ליכולתו של בעל־המקרקעין לדרוש את סילוק המבנה. את העיקרון בדבר איסור העברת בעלות במקרקעי ישראל מיישבים, בדרך־כלל, עם צורכי המציאות על־ידי כך שמעניקים במקרקעין אלה חכירה לתקופה ארוכה (באזורים עירוניים — עד לתקופה של 98 שנה). לאור זאת, האם לא היה צודק יותר להעניק חכירה לתקופה ארוכה לבונה בטעות שבתום־לב על מקרקעין אלה, בנסיבות של סעיף 23, תחת חשיפתו לדרישה לסלק את שבנה? דומה, כי הנימוקים שהניעו את המחוקק לקבוע את ההוראה שבסעיף 23 כוחם יפה גם כשהמקרקעין הם מקרקעי ישראל.

§30 **בטחונות לתשלומים**. ההסדר של סוגיית הבונה שלא כדין במקרקעי הזולת מביא לכך שבעל־נכס מאבד את בעלותו בנכס ונעשה זכאי לקבלת תשלום עבור הנכס שנשלל ממנו (הבונה — כלפי בעל־מקרקעין המעוניין להשאיר את המחוברים תחת ידו; בעל־מקרקעין — כלפי בונה בתום־לב המעוניין לרכוש את המקרקעין). דבר זה מעמיד את מאבד הנכס בסיכון הכרוך בדרך־כלל במצבים שבהם זכות קניינית מומרת בזכות אישית (אובליגטורית). הסיכון הוא שמא בידי החייב בתשלום לא יהא לשלם את הסכום המגיע

181 סעיף 112 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969.
182 סעיף 107 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969; סעיף 1 של חוק־יסוד: מקרקעי ישראל.
183 **דברי הכנסת** 40 (תשכ"ד) 2480.

nevo.co.il

ממנו, כגון בשל פשיטת־רגל. בחוק המקרקעין ניתנה הדעת לכך, וסעיף 25 מסמיך את בית־המשפט להורות על הבטחת הסכומים שיש לשלמם (לתועלת המקבל) ועל תשלומים בשיעורים (לתועלת המשלם). החוק אינו מבחין לעניין זה בין בונה שלא כדין בתום־לב לבין בונה שלא בתום־לב. ואולם סביר להניח, כי בית־המשפט יגלה יתר נכונות לקבוע בטחונות לתשלומים המגיעים למי שפעל בתום־לב (דהיינו: לבעל־המקרקעין או למי שבנה בתום־לב) ונכונות פחותה למתן בטחונות לתשלומים המגיעים לבונה שלא בתום־לב. למסיג־גבול שלא בתום־לב ספק אם ראוי להעניק עדיפות על נושיו האחרים של בעל־המקרקעין[184]. במקרה של רכישת מקרקעין על־ידי מי שבנה בתום־לב, כאמור בסעיף 23, לא תידרש בדרך־כלל בטוחה להבטחת התשלום עבור המקרקעין, מכיוון שהבעלות במקרקעין תעבור אל הבונה רק לאחר שהבונה ישלם את שוויים[185]. שונה מכך המקרה של רכישת המִבנה על־ידי בעל־הקרקע, שאז אין התשלום תנאי להעברת הבעלות במבנה. עצם החיבור הפיזי של המִבנה למקרקעין מעביר את הבעלות במִבנה לבעל־המקרקעין, כפי שעולה מסעיף 21(ד) ומסעיף 12 לחוק המקרקעין. במקרה זה יש אכן מקום להפעלת שיקול־הדעת של בית־המשפט לצוות על מתן בטוחה להבטחת התשלום.

תשלומי חובה אגב העברת המקרקעין. הרכישה של המקרקעין על־ידי הבונה בתום־לב, כאמור בסעיף 23, תהא כרוכה בתשלום מִסים שונים, כמקובל בהעברת בעלות במקרקעין, ואולם נטל הנשיאה בעול תשלומי חובה אלה שונה מן הרגיל. סעיף 23(ב) קובע, כי על־אף האמור בכל דין, יחולו על הבונה ״ההוצאות הקשורות ברכישת המקרקעין... — לרבות כל מס, אגרה ותשלום חובה אחר המשתלמים אגב העברת מקרקעין, אך למעט תשלום המגיע בעד תקופה שלפני הקמת המחוברים״. לפי זה, מס שבח־מקרקעין, למשל, שבדרך־כלל חל על המוכר, בגין הרווח שהוא מפיק מן העִסקה, ישולם ברכישה שעל־פי סעיף 23, על־ידי הרוכש[186]. תוצאה זו מוקשית בעינינו, ולדעתנו יש לתת להוראה שבחוק פירוש מצמצם כדי למנוע ככל האפשר תוצאות מעין אלה. על־כל־פנים, את המלים ״מס, אגרה ותשלום חובה אחר **המשתלמים אגב העברת מקרקעין**״ מן הראוי לפרש על דרך הצמצום כמכוונות לתשלומי־חובה הקשורים במישרין במקרקעין שהבעלות בהם מועברת. בדרך־כלל אם אגב העברת בעלות במקרקעין נדרש מעביר הבעלות להסדיר את תשלום מִסיו השונים, ובהם אף כאלה שאינם קשורים כלל בנכס שהבעלות בו מועברת (כגון מס־הכנסה), לא יעלה על הדעת

184 במשפט הצרפתי, למשל, נקבע במפורש שבטחונות יינתנו רק לתשלומים המגיעים לבונה בתום־לב. Carbonier (לעיל, הערה 165), 235. השווה הצעת חוק המקרקעין, תשכ״ד–1964, סעיפים 50 ו־53(א). ראה גם ד׳ פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (תשמ״ב) 659.

185 דומה כי זוהי המסקנה העולה מסעיף 23 לחוק המקרקעין. המצב עשוי להיות שונה אם בית־המשפט מפעיל את שיקול־דעתו שעל־פי סעיף 25 ומורה על תשלומים בשיעורים. אפשר שסמכות זו, להורות על תשלומים לשיעורים, מקפלת בתוכה גם את הסמכות להורות על מועדי תשלום לאחר העברת הבעלות במקרקעין אל הבונה. ואולם אין אפשרות זו נקייה מספקות.

186 חוק מס שבח מקרקעין, תשכ״ג–1963, סעיף 15. הדוגמא של מס־שבח היתה לנגד עיניה של ועדת־המשנה של ועדת־החוקה — חוק ומשפט, כאשר דנה בהוראה זו. שאלות רבות, שעליהן ועדת־החוקה — חוק ומשפט לא נתנה מענה, עשויות להתעורר במצב־דברים זה שבו על הבונה (הקונה) לשלם מס כשהחוק המסדיר אותו הניח שהוא ישולם דווקא על־ידי המוכר (דבר הבא לידי ביטוי, למשל, בכך שנסיבותיו האישיות של המוכר עשויות להשפיע על שיעורי המס).

nevo.co.il

כי רוכש המקרקעין על־פי סעיף 23 יצטרך לשאת בתשלומים אלה, הגם שמבחינה מסוימת תשלומם נדרש, כאמור בסעיף 23, "אגב העברת מקרקעין". אשר לתשלומים הקשורים במישרין בנכס שהבעלות בו מועברת, יש להבחין בין כאלה שיש לשלמם בגין ביצוע העִסקה של העברת הבעלות (כגון "מס־רכישה", על־פי סעיף 9 של חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג–1963), לבין כאלה שתשלומם נדרש בגין פרק־הזמן שבו לחייב במס היתה זיקה מסוימת לקרקע (למשל: "מס־רכוש", על־פי חוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א–1961). על־פי סעיף 23(ב), מוטלים התשלומים מן הסוג הראשון במלואם על הבונה, הרוכש את הקרקע, ואילו התשלומים מן הסוג השני חלים על הבונה רק עבור התקופה המתחילה בהקמת המחוברים.

§31 **שכר ראוי בגין ההחזקה.** כדי להוציא ספק מלב שמא אדם המחזיק במִבנה שהוא עצמו בנהו (שלא כדין) במקרקעי הזולת פטור מתשלום שכר ראוי, סעיף 24 מורה במפורש, שאם נראה הדבר צודק בעיני בית־המשפט, הוא יכול לחייב את המקים בתשלום שכר ראוי עבור החזקת המִבנה. דומה כי הוראה זו מובנת מאליה, ועקרונות כלליים של עשיית עושר ולא במשפט היו מביאים אותנו לאותה מסקנה[187]. ההוראה הזאת שנקבעה בסעיף 24 פותחת פתח לשתי השאלות הבאות: כלום הסעיף בא לפטור את הבונה מתשלום עבור החזקת הקרקע עצמה, בהבדל מהחזקת המִבנה, שאליה מתייחס הסעיף? התשובה שניתנה לשאלה זו שלילית. על החזקת הקרקע יחול הדין הכללי החל על מחזיק שאינו כדין[188]. השאלה האחרת: האם החובה לתשלום שכר ראוי עבור החזקת המִבנה חלה רק על ה"מקים", הנזכר בסעיף, או שמא צפויים גם חליפיו (כגון מי שרכש מן המקים את זכויותיו בנכס) שהחזיקו במִבנה לתביעה לתשלום שכר ראוי עבור החזקתם? נפסק, כי ניתן לתבוע שכר ראוי גם מאת חליפי המקים, שהחזיקו במבנה[189].

10. סיווג מחוברים כלפי גורמי־חוץ

§32 עד כה עמדנו על שאלת הסיווג של מחוברים, כשהשאלה מתעוררת "כלפי פנים", דהיינו: כלפי צדדים לעִסקאות בנכסים, כגון מוכר, קונה, משכיר, שוכר, ממשכן ומקבל משכון וכן כאשר השאלה מתעוררת ביחסים שבין הבונה לבין בעל־המקרקעין. שאלת הסיווג עשויה להתעורר גם כלפי גורמי־חוץ, כגון רשויות־מס, רשויות המוסמכות להפקיע מקרקעין ומִרשמי נכסים או לצורך הוראות חוק אחרות המבחינות בין מקרקעין למיטלטלין. השיקולים שיש להביאם בחשבון במקרים כאלה אינם בהכרח זהים עם השיקולים המובאים בחשבון כאשר שאלת הסיווג מתעוררת "כלפי פנים".

ניסינו להראות לעיל, כי את ההגדרה המילולית למחוברים שבפקודת הפרשנות: "כל

187 ראה ד' פרידמן (לעיל, הערה 144), 715 הערה 15, עמ' 716.

188 ע"א 596/76 **בישור בע"מ נ' טאובה**, פ"ד לב(3) 713, 721. השופט ח' כהן מפנה בעניין זה לאמור בסעיף 20 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969. בתביעת שכר ראוי עבור החזקת המבנה, בהבדל מהחזקת הקרקע, נוח יותר מצבו של הנתבע מכיוון שזכותו של התובע מותנית, כאמור בסעיף 24, בכך שבית־המשפט יראה זאת כצודק בנסיבות העניין. ראה פרידמן, שם; והשווה עם סעיף 33 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, שאינו מתנה את התביעה לשכר ראוי בשיקולי הצדק שבנסיבות העניין.

189 **בישור בע"מ נ' טאובה**, שם, 717.

nevo.co.il

דבר המחובר לקרקע חיבור של קבע זולת מחוברים הניתנים להפרדה״. חייבים לפרש בגמישות כדי להימנע מתוצאות שאינן רצויות. גמישות פרשנית תידרש גם בבואנו ליישם הגדרה זו כלפי גורמי־חוץ, וזאת כדי להגשים את המטרה שלשמה נדרש הסיווג של המחוברים בדבר חקיקה כלשהו. כך, למשל, כאשר תתעורר השאלה אם ההוראה שבחוק המחייבת מִסמך בכתב בהתחייבות לביצוע עִסקה במקרקעין חלה על התחייבות למכירת יבול חקלאי, בעודו מחובר לקרקע, יהיה מקום לבחון את השאלה לאור הנימוקים שביסוד ההוראה שבחוק הדורשת מִסמך בכתב בהתחייבות לביצוע עִסקה במקרקעין[190]. בחינה כזאת עשויה להביאנו לתוצאה שתהא שונה מזו שנגיע אליה אם שאלת הסיווג של היבול תתעורר, דרך משל, לעניין צוואה שהניח אדם ביחס למקרקעיו[191]. וכן בעוד שביחסי שוכר ומשכיר עשויה להיות נטייה לראות מחוברים שחיבר השוכר כמיטלטלין, בשל ידיעתם של שני הצדדים כי השוכר מתכוון ליטול עִמו את מחובריו עם תום תקופת־השכירות[192], עשוי הסיווג להיות שונה לצורך מס המוטל על מקרקעי הבעלים[193]. וכן כאשר שאלת הסיווג תתעורר בהקשר של הפקעת מקרקעין, מן הראוי יהיה שהסיווג יבוצע בדרך שתצמצם את הפגיעה בבעל־הנכס. כך, למשל, סיווג של ארון־קיר, המותאם לגומחה שבקיר, כמיטלטלין, עלול להסב לבעל המקרקעין המופקעים נזק שאינו בר־פיצוי. כמיטלטלין לא תוכל הרשות להפקיעו, ובעל הארון ייאלץ לפרקו ולהסירו ממקומו שבמקרקעין המופקעים, תוך אובדן חלק ניכר משוויו. ברוח זו פסק בית־המשפט העליון כי לעניין הסמכות שעל־פי פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, להפקיע ללא תשלום פיצויים רבע ממקרקעיו של אדם, לצורך דרכים, אין מבנים ונטיעות בגדר ״קרקע״, ועל כן יש לשלם פיצוי מלא עבור הפקעתם. הגדרת ״קרקע״ בפקודה זו אינה כוללת במפורש מחוברים. כל שנאמר בהגדרה הוא: ״קרקע פירושה כל קרקע שנרכשה לצורך דרך על־פי פקודה זו״. (סעיף 2) סתמיותה של הגדרה זו העניקה לבית־המשפט את הגמישות הפרשנית שאיפשרה לו לצמצם את נזקו של בעל הנכס שהופקע[193*].

ההקשר שבו תתעורר שאלת הסיווג בכל מקרה ומקרה ישפיע על דרך הסיווג, כשניתן לצפות לכך שהמבחן העיקרי יהא בדרך־כלל מבחן החזות החיצונית של חיבור קבוע.

190 סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. דרישת הכתב באה כדי להבטיח יישוב־הדעת בהסכמים שיש להם חשיבות מיוחדת, כפי שהדבר בעִסקאות במקרקעין. ע״א 91/77 **ביקסר נ׳ ״עמידר״ החברה הלאומית לשיכון עולים בע״מ**, פ״ד לב(1) 73, 78. לאור זאת יהא מקום לשאול אם למכירת יבול חקלאי יש אותה חשיבות מיוחדת שיש לעִסקאות במקרקעין או שמא ניתן להסתפק לגבי מכירת יבול חקלאי גם בהסכמים שבעל־פה, ועל־כן לנסות ולסווג יבול כמיטלטלין, אף בעודו מחובר. והשווה הגדרת ״מיטלטלין״ בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הכוללת ״ירקות ויבולים אחרים ומים, בין בתלוש ובין במחובר״. ראה גם *Rankin* v. *Ridge* 53 N.M. 33, 201 P2d 359, 7 A.L.R. 2d 510 (1948).

191 שאז אומר דעתו של המצווה עשוי להיות כזה שיבול חקלאי ייחשב כמקרקעין בעודו מחובר לקרקע. ראה סעיף 54 לחוק הירושה, תשכ״ה–1965.

192 ראה לעיל, ליד 122. תקנה 18 לתקנות המקרקעין (אגרות), התשל״ד–1974, קובעת כי ברישום שכירות־מקרקעין בפנקסי־המקרקעין תשולם האגרה בלא להביא בחשבון את השווי של מִבנה, נטיעה, צינור, מכונה־משאבה, באר וכיוצא באלה, שהִתקין השוכר במקרקעין.

193 *Powell on Real Property* (לעיל, הערה 107), §653.

193* ע״א 9/86, **ויין נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מב(4) 713, 718–719.

nevo.co.il

11. חריגים לכלל שהבעלות בקרקע חלה גם על המחוברים לקרקע

§33 מגמת־היסוד של חוק המקרקעין היתה למנוע פיצול בין הבעלות בקרקע לבין הבעלות במה שחובר לקרקע חיבור של קבע עד כדי היותו למקרקעין. מגמה זו באה לידי ביטוי בהוראה שבסעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, שלפיה ״הבעלות בקרקע חלה גם על הבנוי והנטוע עליה ועל כל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה״. למגמה זו חריגים מספר, כשהחשוב שבהם הוא ״בתים משותפים״. בנכס שנרשם במִרשם־המקרקעין כ״בית משותף״ אפשר שהבעלות בקרקע תהא שונה מזו שבדירות־הבית. הקרקע עשויה להיות בבעלות משותפת של כלל דיירי־הבית בעוד שהבעלות בכל דירה עשויה להיות נפרדת[194]. ואכן, אחת המטרות העיקריות שלמענן חוקק מוסד ״הבית המשותף״ היה לאפשר חריגה מהכלל שכל המחובר לקרקע הוא בבעלות בעל־הקרקע, כדי שרוכשי דירות בבתים משותפים יוכלו לקבל בעלות ייחודית בדירותיהם[195].

ניתן להצביע על דוגמאות נוספות שבהן נקבעו חריגים לכלל שבעל־הקרקע הוא בעל המחובר לקרקע. המשותף לחריגים אלה הוא הרצון לאפשר בעלות נפרדת במחוברים מסוימים, בגלל תכונותיהם המיוחדות או בגלל נסיבות החיבור המיוחדות. כך, למשל, נקבע בסעיף 75 לחוק רשות הדואר, התשמ״ו–1986, כי תיבת־דואר שחוברה למקרקעין תישאר בבעלות רשות־הדואר. וכן, בחוק הבזק (תיקון מס׳ 4), התשמ״ו–1986, סעיף 6 (לב), נקבע כי הבעלות ברשת־כבלים שהונחה במקרקעין תישאר בידי מתקין הרשת. בחוק הרשויות המקומיות (תרנים לאנטנות טלוויזיה ורדיו), תשל״ו–1975, סעיף 8(2)(ג) נקבע שתורן יהא רכושם של הדיירים שהקימוהו. בסעיף 7 לחוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ״ז–1987, נקבע כי כל מה שניטע, הוקם או נסלל על־ידי הרשות על מגרש ריק שבבעלות פרטית, הוא רכוש הרשות וניתן להעברה על־ידי הרשות למקום אחר בנסיבות המתוארות בחוק.

ראוי לשים אל לב, כי בכל החריגים האלה התערב המחוקק כדי לאפשר בעלות נפרדת במחוברים, אך בלא להתערב בשאלת הסיווג של המחוברים כמקרקעין או כמיטלטלין. ואולם הדרך שבה נוסחו החריגים מעידה, כי הנחת המחוקק היתה שהמחוברים שנדונו על־ידו הם ״מקרקעין״[196].

§34 **מחוברים שבמיצר.** חריג שיש בו עניין מיוחד לכלל שבעל־קרקע הוא בעל המחובר לקרקע הם ״מחוברים שבמיצר״. מחוברים מיוחדים אלה מוגדרים בסעיף 49 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969, בזו הלשון: ״קירות, גדירות, עצים, ומחוברים כיוצא באלה הנמצאים במיצר של מקרקעין שכנים (להלן: מחוברים שבמיצר)״. המחוקק ויתר הפעם על הדרישה של ״חיבור של קבע״ ועל הסייג ״זולת מחוברים הניתנים להפרדה״, שעליהם עמד בהגדרת ״מקרקעין״ בסעיף 1 לחוק ובהוראה שבסעיף 12 לחוק המקרקעין, הדן בבעלות במחוברים. להערכתנו, להשמטה זו לא תהא משמעות מיוחדת

194 סעיף 54 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969.

195 הצעת חוק בתים משותפים, תשי״א, ה״ח, עמ׳ 77; דברי יו״ר ועדת המשנה לחוק בתים משותפים בעת הקריאה השניה והשלישית של הצעת החוק, **דברי הכנסת** 12 (תשי״ג), 2727 (28 ביולי 1952).

196 בכל החריגים (פרט לאחרון) נאמר בחוק, כי ההוראה הנקבעת היא ״על אף האמור בסעיף 12 לחוק המקרקעין״ או על־אף האמור בחוק המקרקעין. ללמדך כי הנחת המחוקק היתה שאלמלא התערבותו בעל־המקרקעין היה גם בעל המחוברים, מכוח סעיף 12, בהיותם חלק מהמקרקעין.

nevo.co.il

כי "מחוברים שבמיצר" הם דברים מעין "קירות, גדרות, עצים", המפורטים בסעיף, ואת אלה יש לראות, על־פי האמור לעיל, כ"מחוברים חיבור של קבע" וכדברים ש"אינם ניתנים להפרדה"[197].

לעניין הבעלות במחוברים שבמיצר הסעיף אומר, כי מחוברים שבמיצר "יראום כנכסים בבעלות משותפת של בעלי המקרקעין השכנים, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר". הסעיף מניח כי מדובר בחלקות־אדמה סמוכות, שכל אחת מהן בבעלות נפרדת ("מקרקעין שכנים") ועל מחוברים מסוימים המצויים על הגבול שבין חלקות אלה. קביעתו של סעיף 49, כי ההנחה היא שמחוברים אלה הם בבעלות משותפת (כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר) היא קביעה שאינה מתיישבת עם העיקרון שלפיו בעל־הקרקע הוא בעל המחוברים לקרקע, כאמור בסעיף 12 לחוק המקרקעין. העיקרון שבסעיף 12 מתיר לנו לראות מחוברים כנתונים בבעלות משותפת רק אם הקרקע שמתחת למחוברים היא בבעלות משותפת, ואילו המצב העובדתי שאותו סעיף 49 מניח הוא, כאמור, שמדובר בחלקות־אדמה שכנות, דהיינו: חלקות־אדמה הנתונות בבעלות נפרדת. על־כורחך אתה אומר, שדין המחוברים שבמיצר מהווה חריג לסעיף 12 שבחוק המקרקעין.

היקפו של החריג הזה אינו ברור כל צורכו. גישה מצמצמת תגרוס, שהנחת החוק כי מחוברים שבמיצר נתונים בבעלות משותפת נחוצה רק כל עוד לא ידוע היכן בדיוק הגבול שבין החלקות הסמוכות עובר, אך לכשיצוין המיקום המדויק של הגבול תיסתר הנחת הבעלות המשותפת, מכוח הוראת סעיף 12 לחוק המקרקעין, הקובע כי כל המחובר לקרקע שייך לבעל־הקרקע. לפי זה, הנחת השיתוף שבסעיף 49 היא הנחה זמנית בלבד, כאמור בסיפא של הסעיף: "כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר".

הגישה המרחיבה תגרוס כי סעיף 49 דוחה את סעיף 12 מכול־וכול. ההנחה בחוק שלפיה מחוברים שבמיצר הם בבעלות משותפת, שעה שהקרקע שמתחת למחוברים אינה בבעלות משותפת, מעידה כי לעניין מחוברים שבמיצר העדיף המחוקק שלא לקבל את העיקרון שהמחובר לקרקע הוא בבעלות בעל־הקרקע, כאמור בסעיף 12. אשר לקביעה שבחוק כי הנחת השיתוף במחוברים שבמיצר ניתנת לסתירה, הכוונה בכך, למשל, למקרים שבהם יוכח כי הוסכם בין השכנים שהמחובר שבמיצר יהיה בבעלות אחד מהם בלבד, כגון בבעלותו של זה שמימן את הוצאות ההקמה של גדר וכדו'. לשון אחרת: שאלת הבעלות במחוברים שבמיצר מנותקת מזיקה אל הבעלות במקרקעין שמתחת למחוברים אלה, כאילו היו כביכול מיטלטלין שהונחו במיצר.

לחיזוקו של הפירוש המרחיב ניתן לומר, שהפירוש המצמצם מרוקן במידה רבה את סעיף 49 מתוכנו. לפי הגישה המצמצמת, כמעט שלא יהיו מקרים שבהם מחוברים שבמיצר יהיו בבעלות משותפת. כל שיידרש לשלילת הבעלות המשותפת, שאת קיומה הניח המחוקק, יהא להזמין מודד שיציין את מקום הגבול. וכן אם נחיל את העיקרון שבסעיף 12 על מחוברים שבמיצר, עלולים להיווצר מצבים מוזרים כגון שהבעלות בעץ חצויה לאורכו של גזע־העץ או שהבעלות במחיצה חצויה על־פי קו דמיוני המחלק את המחיצה לשניים בין שני השכנים שהמחיצה מפרידה ביניהם וכדו'. הגישה המרחיבה נמנעת ממצבים מוזרים אלה של פיצול פיזי של המחובר, כשחלקיו השונים שייכים לבעלים שונים. תחת זאת היא מתייחסת אל המחובר שבמיצר כאל יחידה אחת,

197 ראה לעיל, ליד הערה 107.

nevo.co.il

שהבעלות בה עשויה להיות ייחודית או משותפת, אבל לא חצויה מבחינה פיזית[198].

בצד יתרונותיה של הגישה המרחיבה[199] נגלה גם חסרונות אחדים. אם הבעלות במחובר שבמיצר אינה כפופה לסעיף 12, דהיינו: אם בעל־קרקע אינו בהכרח הבעל של "מחובר שבמיצר" שבאדמתו, הרי שכאשר בעל קרקע ימכור את אדמתו לא יתפשט המכר בהכרח גם על המחובר שבמיצר הבנוי על האדמה. דבר זה עלול לגרום לתוצאה הבלתי־סבירה שעִסקאות נפרדות יוכלו להתבצע בקרקע ובמחוברים שבמיצר שעליה, כשכל נכס עלול להתגלגל לידיים שונות. סעיף 12 בא למנוע את המצב הבלתי־רצוי, שבו יש בעלויות נפרדות בקרקע ובמחוברים שעליה. היש להשלים עם בעלויות נפרדות כאשר המחוברים הם במיצר? אם נקבל את הגישה המרחיבה למחוברים שבמיצר, תידרש התערבות המחוקק כדי למנוע עִסקאות נפרדות בקרקע ובמחוברים שבמיצר שעליה[200].

וכן האפשרות שהמחוברים שבמיצר הם בבעלות משותפת — כהנחת המחוקק — חושפת את המחוברים לתביעה לפירוק השיתוף על־ידי מכירה, כדין כל נכס שבבעלות משותפת, שחלוקתו הפיזית בין השותפים אינם מעשית[201]. אמת שאין לצפות שיירבו תביעות שכאלה, אך תחזית זו אינה הופכת את המצב המשפטי הלקוי לתקין. אף בעניין זה נדרש תיקון החוק, כדי למנוע תביעה לפירוק השיתוף במחוברים שבמיצר. אמנם, תיקון כזה יהא בו מן המועיל גם על־פי הגישה המצמצמת, שהרי גם על־פיה נתונים המחוברים שבמיצר בבעלות משותפת, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר; ואולם בעוד שעל־פי הגישה המצמצמת שכן המתנגד לתביעה לפירוק השיתוף יוכל לסכל את התביעה על־ידי הוכחת המיקום המדויק של הגבול שבין שתי החלקות השכנות, דבר שיביא את השיתוף במחוברים שבמיצר לקצו, אין הדבר כן על־פי הגישה המרחיבה לפיה עשוי השיתוף במחוברים שבמיצר להיות שיתוף מתמשך, ועל־כן נחוץ אז במיוחד התיקון לחוק שימנע תביעה לפירוק השיתוף.

לסיום היבט זה נעיר, כי אם אכן היתה כוונת המחוקק בסעיף 49 לפירוש המרחיב, שלפיו סעיף 49 דוחה את תחולתו של סעיף 12 מכול־וכול, היה מיטיב לעשות אילו נהג כבמקרים דומים אחרים והיה אומר בסעיף במפורש, כי "על אף האמור בסעיף 12, יראו מחוברים שבמיצר כנכסים בבעלות משותפת וכו׳"[202].

הבעיה הפרשנית שבסעיף 49, שעמדנו עליה לעיל, מתעוררת רק כאשר מדובר "במחוברים שבמיצר". ודוק: המחוקק מבחין בין "מחוברים שבמיצר" לבין "מחוברים שבסמוך למיצר". ההוראה שבסעיף 49, שפרשנותה עוררה את הקושי שעמדנו עליו לעיל, חלה רק על המקרים שבהם המחובר נמצא ממש על הגבול שבין מקרקעין שכנים, דהיינו: כאשר המחובר נמצא בחלקו על החלקה האחת ובחלקו על החלקה הסמוכה. כאשר המחובר נמצא כולו בחלקה אחת, סמוך לגבול, אך לא על הגבול עצמו, לא תחול ההוראה שבסעיף 49, שלפיה רואים את המחובר כנכס שבבעלות משותפת. במקרה של

198 על־פי הגישה המרחיבה, תוכל הבעלות גם לחצות פיזית את המחובר שבמיצר, אך זאת רק אם יהיו ראיות שזו היתה כוונת הצדדים. סביר להניח שמקרים כאלה לא יהיו שכיחים.

199 המקובלת על פרופ׳ א׳ טדסקי, ר׳ "בעלות ושיתוף בבית משותף" הפרקליט ל (תשל"ה–תשל"ו) 214, 216.

200 ראה טדסקי, שם, בעמ׳ 233.

201 סעיפים 37, 40 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969. והשווה טדסקי, שם, בעמ׳ 230.

202 ראה לעיל, הערה 196.

nevo.co.il

מחובר הסמוך לגבול חל סעיף 12, ורואים אז את המחובר כשייך לבעל הקרקע שעליה נמצא המחובר, כפי שעולה מסעיף 51 סיפא[203].

מסתבר כי במקרים שבהם יוכח שהמחוברים שבמיצר הוקמו שלא כדין, יחול ההסדר שבסעיף 21 לחוק המקרקעין, שעל פרטיו עמדנו לעיל. סעיף 21 דוחה את סעיף 49 מכיוון שההקמה שלא כדין של המחובר תסתור בדרך־כלל את ההנחה שביסוד סעיף 49 בדבר הבעלות המשותפת במחובר.

דיני המחוברים שבמיצר עשויים לסייע בפתרון סכסוכים בדבר הזכויות והחובות במחיצות המפרידות בין דירות שבבית משותף. ואולם אפשרות זאת טרם נתלבנה כהלכה בפסיקה[204].

§35 **מִבנים ונטיעות שהיו בבעלות נפרדת.** חריג נוסף לכלל שבעל־קרקע הוא בעל המחובר לקרקע הם מִבנים ונטיעות שהבעלות הנפרדת בהם נוצרה בתקופה שהפרדה כזאת היתה מותרת. הפרדה כזאת היתה אפשרית עד לשנת 1937[205]. החל בשנה זו נאסר על־פי סעיף 10 לפקודת חוק הקרקעות (תיקון), 1937, רישום נפרד בפנקסי־המקרקעין של בעלות בבניינים או בעצים. ואולם, כאמור בסעיף זה, לא פעל האיסור למפרע ולא פגע בבעלות נפרדת בבית או בעץ, שנרכשה לפני פקודה זו[206]. חוק המקרקעין, תשכ״ט—1969, אשר קבע בסעיף 12 כי בעל־קרקע הוא בעל המחוברים לקרקע, לא נתכוון אף הוא לפעול למפרע ולשלול בעלות נפרדת שנרכשה בעבר. דבר זה עולה הן מהוראת המעבר שבסעיף 166 לחוק המקרקעין[207] הן מסעיף 157 לחוק זה. סעיף 157 (אשר תוקן בשנת תשל״ה—1975) קובע, כי ״מבנים או נטיעות (להלן: מחוברים) שערב תחילתו של חוק זה היו רשומים בנפרד מן הקרקע על שם אדם אחד, יירשמו על שמו כיחידה אחת, והרישום הנפרד יבוטל״. ללמדך שאם היה רישום נפרד על שם בני־אדם שונים, ימשיך הרישום הנפרד להתקיים.

למחוקק היה אמנם עניין לחסל את מורשת העבר של בעלויות נפרדות בבניינים ובעצים, ובנוסח המקורי של סעיף 157 לחוק המקרקעין, תשכ״ט—1969, נקבע הסדר שעל־פיו ניתנה ברירה לבעל־הבניין לרכוש את הקרקע, או לבעל־הקרקע לרכוש את הבניין, כשהעדיפות ניתנת לבעל הנכס היקר יותר לרכוש את הנכס האחר. אם לבעל־

203 ראה במיוחד את המלים שבסעיף 51: ״דרש השכן מבעל הצמחים לסלק ענפים...״, שמהן עולה כי בעל־הצמחים הוא זה שבחלקתו הם גדלים, אף שהם סמוכים למיצר. ראה גם סעיף 50.

204 ג׳ טדסקי (לעיל, הערה 199), 215 ואילך; והשווה ת״א 213/70 **קפן נ׳ שמעוני**, פס״מ תשלד(2) 397; ע״א חי׳ 21/74 **סמואל נ׳ לוי**, פס״מ תשלד(3) 69 (ובערעור: ע״א 395/74 **לוי נ׳ סמואל**, פד״י כט(2) 39).

205 במקרקעין מסוג ״מירי״ נמנעה בעלות נפרדת בבית או בעץ כבר משנת 1913, על־פי סעיף 5 לחוק העברת קרקעות, 1931 (1913). ראה מ׳ דוכן, **דיני קרקעות במדינת ישראל** (מהדורה 2, תשי״ג) 195, 214.

206 ואולם, המחזיק במערה במשך מלוא תקופת־ההתיישנות, לפני שנת 1937, התובע רישומו כבעל־המערה בעת הסדר־מקרקעין הנעשה לאחר שנת 1937, לא יזכה בתביעתו. תנאי לרכישת בעלות מכוח התיישנות, בעת ההסדר, על־פי סעיפים 51, 52, לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשכ״ט—1969, הוא שהמחזיק החזיק ב״מקרקעין״ כהגדרתם בפקודה. החזקה במערה בלבד, בלא המִבנה שעל־גבי הקרקע, אינה מתיישבת עם הגדרת ״מקרקעין״ שבפקודה. ע״א 611/74 **פרח נ׳ עזבון אלזבידי**, פ״ד לא(1) 762, 765.

207 על תחולתו של סעיף 166 על השאלה הנדונה עמדנו ביתר פירוט ב״עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותמניים?״ **משפטים** יב (תשמ״ב) 3, 7—8.

nevo.co.il

הקרקע ולבעל־הבניין לא היה עניין בברירת הקנייה, נקבע שהשניים ייהפכו לבעלים משותפים של שני הנכסים, אשר ייהפכו ליחידה אחת, שתירשם ככזאת בפנקסי־המקרקעין.

ואולם הניסיון ביישום ההסדר הכפוי הזה לא עלה יפה, כנראה בעיקר בגלל הקשיים שנתגלעו בהערכת השווי היחסי של הנכסים הנפרדים, ועל־כן בוטל בשנת תשל״ה–1975 חלק זה של סעיף 157, מתוך תקווה שהתופעה של הבעלות הנפרדת תיעלם עם הזמן ביוזמת בעלי הנכסים הנפרדים[208]. סעיף 157, בחלק שנותר לפליטה לאחר התיקון משנת 1975, אף אינו כופה מיזוג הרישום של הבעלויות הנפרדות, אם אותו אדם נעשה הבעלים של הקרקע ושל המִבנים או הנטיעות הרשומים בנפרד. הסעיף מחייב מיזוג הרישום של בעלויות נפרדות, כשהן בידי אותו אדם, רק אם הבעלות בידי אותו אדם היתה ערב חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969[209].

§36 **הבעלות בדבר שחובר ל״מחובר״.** במקרים המנויים לעיל, של חריגים לכלל שבעל־הקרקע הוא בעל כל המחובר אליה, עשויה שתתעורר השאלה מהו דינו של דבר שחובר אל המחובר, כגון מהו דינה של דירה שהוסיפוה על גג דירה שבבית משותף, כאשר הגג שעליו נבנתה הדירה הנוספת הוא בבעלות אחד הדיירים שבבית המשותף, ואילו הקרקע שעליה בנוי הבית היא בבעלות משותפת של כל הדיירים? האם הדירה החדשה תהא בבעלות הדייר שעל גגו נבנתה הדירה (באין הסדר מפורש אחר בין הצדדים)? ובאופן כללי: האם על דברים שחוברו חיבור של קבע ל״מחובר״ חל סעיף 12, כך שבמקרים שבהם הבעלות ״במחובר״ אינה בידי בעל־הקרקע, תהא הבעלות על התוספת ל״מחובר״ בידי בעל־״המחובר״ ולא בידי בעל־הקרקע?

בתמיכה לתשובה חיובית לשאלה זו ניתן לומר, כי כאשר ״המחובר״ שבבעלות נפרדת הוא בגדר ״מקרקעין״ (כפי שיהא הדבר, למשל, בגג דירה שבבית משותף), הרי שסעיף 12 לחוק המקרקעין אכן יחול עליו ומכוחו בעל־״המחובר״ יהא הבעל של מה שיחובר אליו חיבור של קבע. זו היתה אכן ההשקפה שהובעה בבית־המשפט העליון, בפרשת **יוסף נ׳ בכר**, כאשר נתעוררה שאלת הבעלות בדירה שבבית משותף, שהוספה על גג שהיה בבעלותו של אחד הדיירים[210]. בפסק־דין מאוחר יותר עמד בית־המשפט על התוצאות הבלתי־סבירות העלולות להיגרם אם נחיל על דירה שבבית משותף את העיקרון שהבעלות בקרקע מתפשטת על מה שעליה ומה שתחתה. בית־המשפט, שהתייחס במקרה זה לטענה שסעיף 11 לחוק המקרקעין חל על דירה שבבית משותף, אמר: ״ההוראה בענין התפשטותה של הבעלות בכל העומק שמתחת לקרקע (קרי, לפי הטענה, גם מתחת לדירה) אינה ישימה כלל, שהרי בעלות בדירה בקומה ב׳, למשל, אינה מקנה מיניה וביה גם בעלות בכל מה שמתחתה — ודירה אחרת בכלל זה — בכל

208 ראה דברי ההסבר בהצעת חוק המקרקעין (תיקון מס׳ 3), תשל״ג–1973, ה״ח 1072, עמ׳ 357; וכן ע״א 707/75 **אגבריה נ׳ אגבריה**, פ״ד ל(2) 714, 721. על סעיף 157, לפני התיקון משנת 1975, ראה ש׳ בן־שמש, ״על דרכו האחרונה של רישום נפרד למבנים ולנטיעות (אינשאאת)״ **הפרקליט** כו (תש״ל) 403, 405.

209 על מיזוג הרישום ראה תקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש״ל–1969, תקנה 61. על מס־הרכישה שיש לשלמו במקרה זה ראה תקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), התשל״ה–1974, תקנה 24.

210 ע״א 749/76 **יוסף נ׳ בכר**, פ״ד לב(3) 617, 624 (ז): ״כל עוד המחסן רשום על שם משפחת ליפקין, הרי הבעלות על פי הדין בכל מה שנבנה על הגג הוא שלהם כהתאם לסעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969״ (השופט י׳ כהן).

nevo.co.il

העומק. בדומה לכך, אין בעלות בחלל הרום יכולה להיות מותאמת לדירה בקומה א׳ אשר מעליה יש דירה בקומה ב׳״[211]. מפלט מן התוצאות המוזרות שהחלת סעיף 11 (ו־12) על דירות שבבית משותף היתה עלולה לגרום להן מצא בית־המשפט בסעיף 53 לחוק המקרקעין, שלפיו הוראות חוק המקרקעין חלות על דירות בבית משותף ״בשינויים המחוייבים״. בית־המשפט הסתמך על כך שהשינויים המחויבים ימנעו תחולה מלאה של סעיפים 11 ו־12 על ״מקרקעין״ שהם דירות בבית משותף.

המוצא שנמצא לבית־המשפט כדי להימנע מהתוצאות הבלתי־סבירות שהיו עלולות להיגרם עקב החלת הסעיפים 11 ו־12 על דברים שחוברו ל״מחוברים״, אינו מניח את הדעת דיו. חסרונו בכך, שמוצא זה לא יעמוד לנו לגבי דברים שחוברו ל״מחוברים״ שאינם דירות בבית משותף ושביחס אליהם אין הוראה מעין זו שבסעיף 53, האומר שלעניין דירות בבית משותף יש להחיל את סעיפי חוק המקרקעין ״בשינויים המחוייבים״.

דומה, כי בתי־המשפט שנזקקו עד כה לסוגיא זו נסתבכו בה שלא לצורך. הנחת בתי־המשפט היתה, שעל מחוברים שהם בגדר ״מקרקעין״ (כגון דירה או גג דירה שבבית משותף) חלות ההוראה שבסעיף 12 בדבר הבעלות במה שמחובר למקרקעין, וההוראה שבסעיף 11 בדבר הבעלות במה שמתחת למקרקעין ומעליהם. ואולם לכשנדייק ניווכח, כי אין בסעיפים 11 ו־12 לחוק המקרקעין מה שבית־המשפט ייחס להם. סעיף 12 מדבר על כך ש״הבעלות **בקרקע** חלה גם על הבנוי והנטוע עליה...״ וסעיף 11 קובע, כי ״הבעלות בשטח של **קרקע** מתפשטת בכל העומק... והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו״. הבעלות ב״קרקע״, **בהבדל** מ״מקרקעין״, היא זו הכוללת את המחוברים ואת המרחב התת־קרקעי והעל־קרקעי. דירה שבבית משותף או גג דירה שבבית משותף הם בגדר ״מקרקעין״, על־פי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק המקרקעין, אך לא בגדר ״קרקע״, וממילא לא עומדת כלל השאלה של תחולת הסעיפים 11 ו־12 עליהם.

ניתן אפוא לסכם ולומר, כי דבר שחובר חיבור של קבע אל ״מחובר״ הוא בהכרח מחובר חיבור של קבע גם אל הקרקע, ועל־כן, באין הסדר אחר בחוק, יהא בבעלותו של בעל־הקרקע.

12. מקרקעין ההופכים למיטלטלין

§37 כשם שמיטלטלין עשויים להפוך למקרקעין עקב פעולת חיבור, כך עשויים חלקי מקרקעין להפוך למיטלטלין עקב פעולת הפרדה. כך, למשל, מים שנשאבו בדלי מתוך מעיין הופכים להיות ממקרקעין למיטלטלין[212]. וכן קערות־בזלת מתקופת־הברונזה, שהיו טמונות במעמקי האדמה והיו לחלק ממנה, הופכות ממקרקעין למיטלטלין לאחר שטרקטור הפך את האדמה וקערות־הבזלת ניתקו ממקומן והוטלו על־פני האדמה[213].

גם בהקשר זה עשויה שתישאל השאלה (שאותה העלינו בסוגיית המחוברים), אם המבחן להפיכת מקרקעין למיטלטלין הוא פיזי גרידא או שמא יש משקל גם לגורם הכוונה. לשאלה זו שני פנים: האחד — האם כוונה לניתוק, שטרם צורף לה מעשה, די

211 ע״א 239/79 גלבורט נ׳ הממונה על המרשם, פ״ד לד(2) 807, 810 (השופט שמגר).

212 ע״א 37/59 שמש נ׳ ״מפעל המים״ כפר־סבא, אגודה חקלאית שיתופית בע״מ, פ״ד יג 834, 836 (א–ב).

213 ת״א (נצ׳) 224/86 מדינת ישראל אגף העתיקות נ׳ יחזקאלי, פ״מ תשמח(א) 492, 496 (ב–ד).

nevo.co.il

בה כדי לשנות את הסיווג ממקרקעין למיטלטלין (השאלה של constructive severance); והשני — האם דבר שהופרד זמנית, מתוך כוונה להחזירו למקומו לאחר פרק־זמן קצר, ממשיך להיחשב כמקרקעין גם בתקופה של ההפרדה הזמנית (השאלה של constructive annexation)?

אשר להיבט הראשון, יש שכוונה להפרדה קרובה של חלק מהמקרקעין די בה, כשהיא לעצמה, כדי לגרום לכך שבהקשרים שונים יתייחס הדין לחלק זה כאילו היה כבר מיטלטלין. כך, למשל, בסעיף 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נכללים בהגדרת ״מיטלטלין״ ״ירקות ויבולים אחרים... בין בתלוש ובין במחובר״. כמו־כן, הדין מאפשר לעתים עסקאות נפרדות בחלקים מן המקרקעין בשל הפרדתם הצפויה תוך פרק־זמן קצר. כך, למשל, פקודת האגודות השיתופיות, 1933, מאפשרת לחבר באגודה לשעבד את יבול־אדמתו (בלא הקרקע) להבטחת הלוואה שהוא מקבל מן האגודה[214]. אפשרות דומה, לשיעבוד יבול חקלאי, בנפרד מן הקרקע, נקבעה בפקודת המלוות לזמנים קצרים על יבול (ערובה), 1935[215]. ב״משפט המקובל״ באה גישה זו לידי ביטוי, למשל, בעסקאות של מכר, כאשר הצדדים לעסקה מתייחסים לחלק מסוים מן המקרקעין, שאותו מתכוונים להפריד תוך זמן קצר, כאל מיטלטלין. מדברים אז על constructive severance, ומחילים את דין המיטלטלין על החלק שעתיד להיות מופרד מן המקרקעין, כאילו כבר הופרד. ואולם גישה זו מסויגת בתנאי שצד שלישי, תם־לב, לא ייפגע מכך. כך, למשל, צד שלישי, הקונה מקרקעין, לא ייפגע אם לא ידע על כך שלגבי חלק מן המקרקעין, שעודנו מחובר, נערכה עסקה קודמת של מכר, שבה התייחסו לחלק הזה כאל מיטלטלין, בשל הכוונה להפרידו[216]. כך גם במשפט הצרפתי מחילים את דיני המכר במיטלטלין על מכר של עצים, מינרלים וחומרי־בניין שיתקבלו מהריסת בתים, עוד בטרם הופרדו מן המקרקעין, בהתחשב בהפרדה הצפויה של הנכסים האלה[217]. במשפט הצרפתי קבעו למיטלטלין שכאלה קטיגוריה מיוחדת, בצד המיון של הנכסים למקרקעין ולמיטלטלין: ״מיטלטלין לעתיד״ (*les meubles par anticipation*). כמו המצב ״במשפט המקובל״, גם במשפט הצרפתי מסייגים את החלת דיני־המיטלטלין על ״מיטלטלין לעתיד״, בתנאי שצד שלישי אינו עלול להיפגע מכך[218]. הסיבה לנכונות הזאת להחיל על חלק ממקרקעין את דיני־המיטלטלין נובעת מן הרצון לנצל את היתרונות הטמונים בדיני־המיטלטלין בהשוואה לדיני־המקרקעין, כגון הפשטות של עסקת־המכר או החיסכון במסים החלים בדרך־כלל על עסקאות במקרקעין, במצבים שבהם צפויה הפרדתו הקרובה של הנכס מן הקרקע[219].

214 בסעיף 26.

215 בסעיפים 4 ו־5. ראה בהקשר זה את חוק ההתיישבות החקלאית (סייגים לשימוש בקרקע חקלאית ובמים), תשכ״ז–1967, סעיף 2, והתוספת הראשונה, האוסרים ״הקניית זכות רכישת היבול בשדה (דמאן)״ על מי שמחזיק במקרקעי ישראל על פי הסכם חכירה או על פי רשות.

216 Brown, *Personal Property* (3rd ed., 1975) 538–542.

217 Pleniol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* (2nd ed., 1952) III 106–107. כזהו גם המצב על־פי ספר החוקים האזרחי האתיופי, משנת 1960, סעיף 1133.

218 Marty et Raynaud, *Droit Civil* (2nd ed., 1972) I 509–510. כאשר מדובר בפעולות ניהול שגרתיות, כגון קטיף־פירות, חציבה במחצבה וכדו׳, יפה כוחו של הסיווג כמיטלטלין גם כלפי צד ג, שם.

219 J. Carbonnier, *Droit Civil* (4th ed., 1964) II 51.

אשר להיבט השני, יש אכן שיטות־משפט המתייחסות לדבר שהופרד זמנית ממקרקעין, מתוך כוונה לאחר פרק־זמן קצר להחזירו למקומו, כאל מקרקעין. מסתמכים אז על כך שהניתוק מהמקרקעין הוא זמני, ושהחיבור מחדש קרוב לבוא (מדברים אז על constructive annexation). כזהו המצב, למשל, כאשר חלון, הנחשב כמקרקעין, מוסר ממקומו לצורך תיקון או כאשר חלק ממכונה הנחשבת כמקרקעין נלקח לצורך שיפוץ[220]. במשפט הישראלי לא באה עד כה גישה זו לידי ביטוי.

במקרה של חיבור מיטלטל לקרקע עצם החיבור הפיזי גורם לשינויים בבעלות: הבעלות במיטלטל עוברת לבעל־הקרקע, כאמור בסעיף 12 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. אין במקביל לכך הוראה כללית למצב ההפוך, שבו חלק ממקרקעין הופך למיטלטלין על־ידי פעולת הפרדה. ההפרדה כשלעצמה לא תגרום בדרך־כלל שינויים בבעלות בחלק שהופרד. ואולם נוכל למצוא בחוק הסדרים למצבים מיוחדים שבהם ההפרדה הפיזית גורמת שינויים בבעלות. כך, למשל, כאשר אדם בונה על מקרקעי חברו שלא כדין, הבעלות על המבנה עוברת לבעל־הקרקע, מכוח סעיף 12. אם בעל־הקרקע דורש את סילוק המבנה, הבעלות על החומרים המסולקים תחזור אל הבונה עם הפרדתם מן הקרקע[221]. וכן הבעלות בפירות שנשרו מעץ לתחומו של שכן עוברת לשכן, כאמור בסעיף 50 לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969. הוראה על שינוי בבעלות עקב הפרדה נקבעה גם בסעיף 7(א) לחוק הרשויות המקומיות (תרנים לאנטנות טלוויזיה ורדיו), תשל״ו–1975, לעניין תורן לאנטנה שהוסר ממקומו על־ידי רשות מקומית, מכוח סמכותה לפי חוק זה. דוגמא מן ״המשפט המקובל״ לעניין זה ניתן למצוא בכלל האומר שכאשר מסיג־גבול זורע במקרקעין, היבול יהיה בבעלות בעל־הקרקע כל עוד הוא מחובר לקרקע; אך אם מסיג־הגבול מספיק לאסוף את היבול לפני שסִלקוהו מן הקרקע, תהא הבעלות על היבול למסיג־הגבול[222].

יש שניתוק ממקרקעין מביא לשינוי בבעלות, מכוח הסכם. אפשרות זו שכיחה ביחסי שוכר–משכיר. הבעלות במחוברים ששוכר מחבר למושכר היא בידי המשכיר. כאשר תנאי השכירות מתירים לשוכר ליטול עִמו מחוברים אלה בתום השכירות (או במהלכה), תביא פעולת ההפרדה של המחוברים להעתקת הבעלות בהם מן המשכיר אל השוכר.

היו מקרקעין כפופים לזכותו של צד שלישי, כגון שהושכרו או מושכנו במשכנתא, לא תתבטל זכותו של הצד השלישי בחלק שהופרד מן המקרקעין עקב השינוי שחל בסיווגו של החלק שהופרד. כך, למשל, השוכר פרדס על יבולו, לא יאבד את זכותו בפרי בעקבות הקטיף והפיכת הפרי למיטלטלין. הוא־הדין במקבל משכנתא על הפרדס.

220 A.N. Yiannopoulos, "Movables and Immovables in Louisiana and Comparative Law", in: *Louisiana L.R.* 517, 559–561 (1962). כך גם על־פי ספר החוקים האזרחי במדינת קבק שבקנדה, סעיף 386; וכך גם בספר החוקים האזרחי האתיופי, משנת 1960, סעיף 1137.

221 כאמור בסעיף 21(ד) לחוק המקרקעין, תשכ״ט–1969; וראה לעיל, הערה 149. הסעיף מדבר על העברת הבעלות עם ״סילוק המחוברים״. דומה שהכוונה בכך אינה שהבעלות עוברת רק עם פינוי המחוברים מן הקרקע, אלא די בפעולת ההפרדה, הניתוק, אף אם המחוברים טרם פונו מן הקרקע. הניתוק ולא הפינוי, הוא הפכו של החיבור, שהביא להקניית הבעלות לבעל־הקרקע. חיזוק למסקנה זו עולה מן הסיפא של סעיף 21(ד) לחוק המקרקעין. אין זה סביר שהמחוקק יַתנה את יכולתו של בעל־הקרקע על־פי סעיף 21(ד) להיפרע מתוך המחוברים שהוא דרש את סילוקם, בכך שהוא יפַנה אותם תחילה מאדמתו.

222 *American Law of Property* (Casner ed., 1952) V 66–67, §19.16.

nevo.co.il

ואולם רישום המשכנתא על הפרדס במִרשם־המקרקעין לא יהיו בו די לעניין הפרי לאחר קטיפתו. יידרש להשלים את תוקפו של המשכון על־פי הדין החל על משכון מיטלטלין (הפקדה או רישום אצל רשם־המשכונות)[223].

223 חוק המשכון, תשכ״ז–1967, סעיפים 4 ו־9.

nevo.co.il