

על תרומתו של פרופ' יהושע ויסמן ז"ל לדיני הקניין בישראל: עיון נוסף במאמרו "החייאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות" (1964)

מאת

רונית לוי-שנור*

מבוא

אין חולק כי גולת הכותרת המחקרית-מדעית של פרופ' יהושע ויסמן ז"ל היא הקורפוס "דיני קניין" בארבעת כרכיו.¹ בספרים אלה העמיד את עיקר תורתו ומשנתו, והם ארבע הפינות של השולחן הקנייני שערך. כתיבתו העשירה והענפה בעברית הייתה לו לעיקרון, למען תקומתה וגדולתה של שיטת המשפט הישראלית. ברשימה קצרה זו אבקש להביט אל מורשתו דווקא מתוך ראשית דרכו, להציץ אל היסודות שעליהם הועמדו לימים אבני הראשה של מחקריו, אשר כה הפך ודרש בהם עד שרק לאחר שלושים שנה של הוראת המקצוע דיני קניין וחקירתו היה נכון לכתוב את ספר היסוד שלו. וגם אז, כפי שכתב בהקדמה ל"חלק הכללי" משנת 1993, עדיין ניקר בו הספק "שמה מוקדם מדי לכתוב ספר על המקצוע הזה".²

בשנת 1963 השלים פרופ' ויסמן את עבודת הדוקטור שלו במשפטים, באוניברסיטה העברית בירושלים, ובשנת 1964 פרסם את המאמר שאליו אתייחס כאן. המאמר, שנקרא "החייאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות" פורסם בכתב העת של לשכת עורכי הדין – הפרקליט³ – שהיה אז כתב העת המשפטי היחיד בעברית (כתב העת משפטים, בהוצאת תלמידי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, נוסד בשנת 1968).⁴ מאמר זה הוא החיבור החמישי שפרסם מתוך, בסופו של דבר, יותר מ-100 פרסומים. קדמו לו הערך "קניין" באנציקלופדיה העברית ומאמריו – "התיישנות כנגד שוכר", "צוואה על

* בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. הרשימה מבוססת על הרצאה בערב עיון לזכר פרופ' יהושע ויסמן שהתקיים באוניברסיטה העברית בירושלים ביום 14.1.2020.

1 יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי (1993) (להלן: ויסמן חלק כללי); יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיחוף (1997); יהושע ויסמן דיני קניין – החזקה ושימוש (2005); יהושע ויסמן דיני קניין – זכויות קדמה ופרקי משכון (2014).

2 ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 1, ב"הקדמה".

3 יהושע ויסמן "החייאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות" הפרקליט כ 105 (1964) (להלן: ויסמן "המאמר").

4 ראובן ירון "עם 'הופעת משפטים' משפטים א 3 (1968).

חכירה במירי" ו"על ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרשיון"⁵. אגב, באותה שנה, 1964, פרסם עוד ארבעה מאמרים.

הנושאים שבהם עסק בתחילת דרכו האקדמית ילוו אותו בכל מהלך הקריירה האקדמית המבריקה שלו שנמשכה עשרות בשנים: הגדרות מושגיות ל"קניין", דרכי יצירת זכות קניין, דיני שכירות, דיני התיישנות במקרקעין, שותפויות במקרקעין ודיני הקניין החלים לפי השינויים בשיטת המשפט שהתרחשו במאה העשרים: מימי המשטר העות'מאני, המנדט הבריטי והקמת מדינת ישראל, ובייחוד החקיקה האזרחית החדשה של שנות השישים והשבעים, ששיאה מבחינת דיני הקניין בחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969. גם מאמרו על הערות להצעת החוק מ-1964 פורסם באותה השנה.⁶ לימים פרסם את הפירוש הראשון, והמעצב, לחוק המקרקעין.⁷

המאמר שבו בחרתי לעיון הוא מאמר נשכח. לבד מוויסמן עצמו, אשר אזכר אותו בשני מקומות,⁸ הוא מעולם לא צוטט. זה לא בהכרח דבר חריג. אומנם ויסמן היה מהמוערכים שבחוקרים, ועבודותיו צוטטו בלא פחות מ-1,444 פסקי דין וביותר מ-200 ספרים ומאמרים, אך גם לו, כמו לכל חוקר, היו מאמרים שלא צוטטו. הייחוד הוא בכך שדווקא מאמר זה היה חיוני לסוגיה שהעסיקה, ועודנה מעסיקה, את בתי המשפט, את המחוקק ואת הציבור הישראלי – זכויות הברואים במקרקעין בנגב. אפשר שסוגיה זו לא עמדה כלל לנגד עיניו של פרופ' ויסמן עת פרסם את מאמרו, שכן אז לא עמדה הסדרת זכויות הברואים על הפרק. ברשימה קצרה זו אבקש להציג את הסוגיה שבה עסק פרופ' ויסמן במאמר ואת השאלות המשפטיות שנוגעות בה, את המתודולוגיה וסגנון הכתיבה שלו ואת האופן שבו מאמר זה מסמל, בוודאי לא מתמצת, את תרומתו של פרופ' ויסמן לדיני הקניין בישראל.

א. המאמר

מאמרו הקצר של פרופ' ויסמן, שהוא בן שלושה עמודים בלבד, הוא הערת ביקורת על פסק דין שניתן בשנת 1962 בעניין **מדינת ישראל נ' בדראן**.⁹ ויסמן פותח את רשימתו במילים האלה:

הלכה שנהגו לפיה שנים רבות נעקרה על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין הנ"ל. בית המשפט קבע את ההלכה החדשה בלי להתייחס כלל לפסקי הדין

5 יהושע ויסמן "התיישנות כנגד שוכר" הפרקליט יז 108 (1961); יהושע ויסמן "צוואה על חכירה במירי" הפרקליט יח 292 (1962); יהושע ויסמן "על ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרשיון" הפרקליט יט 299 (1963); יהושע ויסמן "על ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרשיון" הפרקליט כ 39 (1963).

6 יהושע ויסמן "הערות להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד–1964" הפרקליט כ 415 (1963).

7 יהושע ויסמן **חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969: מגמות והישגים** (1970).

8 יהושע ויסמן "מקרקעי ישראל" ניהול נדל"ן 135, 143 (מאיר דליברי עורך, 1997); ויסמן חלק כללי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 201.

9 ע"א 518/61 מדינת ישראל נ' בדראן, פ"ד טז 1717 (1962).

משפטים על אתר טז תש"פ על תרומתו של פרופ' יהושע ויסמן ז"ל לדיני הקניין בישראל:
עיון נוסף במאמרו "החייאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות" (1964)

הקודמים שבסוגיה זו, ובלי לגלות שהוא היה ער לעובדה שהוא משנה בפסק
דינו מצב משפטי שהשתרש בארץ תקופה ממושכת.¹⁰

מילות פתיחה אלה מנוגדות, אגב, ניגוד חריף למילות הסיום של פסק הדין, מפי השופט
ברנזון, שם נאמר כי "עם כל אהדתנו למשיבים לא ראינו אפשרות לפסוק אחרת מבחינה
משפטית".¹¹ ובכן, מהי אותה הלכה והאם אומנם היה אפשר לפסוק אחרת? ומה עוד נעקר
כאן?

השאלה שבדיון היא אם מי שעיבד קרקע והחזיק אותה רשאי להירשם כבעליה בעת
עריכת הסדר זכויות במקרקעין. סוגיה זו, המסתווגת לדיני רכישת זכות במקרקעין, נגזרת
מתוך הדין העות'מאני, הדין המנדטורי והפסיקה הישראלית.

לפני בית המשפט בעניין **בדראן** הופיעו מעבדיה של קרקע בגליל, בכפר בענה. איש לא
חלק על כי הקרקע עובדה ופותחה ברציפות עוד קודם לשנת 1921. הליך הסדר הזכויות
במקרקעין נפתח בשנת 1953, שעה שהקרקע כבר הוחזקה בידי המעבדים יותר מ-40 שנה.
הכלל הרווח הוא כי קרקע הטובה לעיבוד, המכונה אדמת מירי, אשר עובדה לתקופה של
יותר מ-10 שנים (בשנת 1958 הוארכה התקופה ל-15 שנים)¹² תינתן בידי המעבדים לעת
ביצוע הליך הסדר הזכויות במקרקעין, כנגזרת מסעיף 78 לחוק הקרקעות העות'מאני, 1858,
ובכפוף לכללים נוספים שאינם לענייננו. אולם באשר לקרקע המרוחקת ממקום יישוב,
המכונה קרקע מוואת, קבע המחוקק העות'מאני דין מקל, אשר נועד לעודד את החייאת
האדמות. כך נקבע כי אין צורך דווקא לעבד את הקרקע אלא ניתן רק להחיות אותה, תנאי
העשוי להתקיים גם אם אין בנמצא עיבוד של ממש. כמו כן לא נקבעה תקופת מינימום
לפעולת החייאה, ועל כן גם החייאה קצרת מועד הייתה יכולה להספיק אם התקיימה
במועד הגשת התביעה בהסדר.

מכאן, שלו אנו בוחנים את זכותם של המעבדים לפי דין המירי ואף לפי דין המוואת,
הזכות בקרקע היא בידם. כך אכן קבע בית המשפט המחוזי, שאף הגדיל עשות וביקר
במקום. אלא מאי, שכאן ככל הנראה בפעם הראשונה בהיסטוריה המשפטית בישראל
ובארץ ישראל הועלתה הטענה (מטעם המדינה או בבית המשפט, אין זה ברור) שסיווגם
הנכון של המקרקעין הוא מוואת, וכי לפי פקודה שפורסמה בשנת 1921, פקודת האדמות
(מוואת), מיום פרסום הפקודה, מי שהחיה קרקע מוואת ללא רשות מוקדמת לא יוכל לזכות
בה ויחשב למסיג גבול.¹³ עוד נקבע בפקודה כי על מי שכבר עיבד קרקע כזו ללא הרשאה,
להודיע על כך לרשם המקרקעין בתוך חודשיים מעם פרסום הפקודה ולבקש להירשם
כבעליה.¹⁴ לפי הטענה החדשה, יש לקרוא את שני סעיפי הפקודה יחדיו, כך שמי שעיבד
קרקע לפני פרסום הפקודה אך לא ביקש להירשם כבעליה סמוך לאחר פרסומה, הריהו
כמסיג גבול, ואין בידו לזכות בקרקע, וזה דינם של המשיבים.

10 ויסמן "המאמר", לעיל ה"ש 3, בעמ' 105.

11 עניין **בדראן**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1722.

12 ס' 5, 22 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958.

13 Land Ordinance (Mewat), 1921, ע"ר, 1.3.1921, (א) 6 (להלן: פקודת המוואת), בס' 2, כפי שפורסמה

ב"1 LEGISLATION OF PALESTINE 1918-1925, 135 (Norman Bentwich Compiler, 1926).

14 שם, בס' 3.

פרופ' ויסמן הסביר במאמרו כי דינו של מי שהחל לעבד קרקע לאחר שנת 1921 ברור מן הפקודה, אך לא כך כשמדובר במי שהחל לעבד קרקע לפני שנת 1921. ויסמן כתב כי "הן בתקופת המנדט והן במדינת ישראל אומץ, כנראה"¹⁵ הפירוש שלפיו מי שהחיה קרקע לפני שנת 1921 רכש זכות מוקנית שאינה נפגעת מן התיקון. את דבריו הוא תומך בהפניה לכמה פסקי דין ישראליים ומנדטוריים, המשקפים את המצב שהיה עד להפיכת הקערה על פיה, כלשונו, בפסק הדין בעניין **בדראן**. שם נקבע, לראשונה כאמור, כי מי שלא ביקשו רישומם בתוך חודשיים מיום פרסום הפקודה אבדה להם זכותם, ואין הם יכולים "להחיות את הזכות שהיתה לפני כן ושאבדה להם עקב אי מילוי אחרי הוראות הפקודה"¹⁶.

דברים נכוחים אלה שכתב ויסמן, על הפיכת הקערה על פיה, מתיישבים גם עם פרשנים אחרים, ובהם משה דוכן,¹⁷ ולימים, מבלי שהתייחס למאמרו של ויסמן, גם עם עמדתו של חיים זנדברג.¹⁸ הם מתחזקים גם מעיון נוסף בפסיקה המנדטורית. בפסק דין שאזכר ויסמן בעניין **גנמה**¹⁹ אמר בית המשפט העליון המנדטורי, לפני שנקבעה פקודת הקרקעות (סידור זכות הקניין), 1928, כי סעיף 3 לפקודת המוואת "says no more. It does not say if the squatter is to get a title deed or not, or if so, if he is to get it as of right or at the discretion of the Registrar, nor does it say if he is to get it gratis or on payment of value". עם זאת ממשלת המנדט לא התנגדה שם, אקס-גרציה, לרישום הקרקעות בשם המחיה. כמו כן, גם בעניין מאוחר יותר, אשר אינו מאוזכר במאמרו של ויסמן, מצויין שלטענת ממשלת המנדט, קרקע מוואת שייכת לה, אלא אם ההחייאה תחילתה לפני שנת 1921.²⁰ זאת ועוד, התקופה המקורית של שני חודשים הוארכה, ובהמשך נקבע בהודעה כי ועדת סקר תסמן את אדמות המוואת (והמחלול), ומי שיחברר שעיבד אדמת מוואת יקבל זכות במקרקעין (בכפוף לתשלום).²¹ גם הודעה שקדמה לפקודת המוואת, שפורסמה ב־1.9.1920, מלמדת כי מטרת הפקודה, בסעיף 3 שלה, הייתה לגרום שמידע אמין על אודות המחזיקים באדמות מוואת

15 ויסמן "המאמר", לעיל ה"ש 3, בעמ' 106.

16 עניין **בדראן**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1722.

17 משה דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** 50 (1952); משה דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל – תוספת לשנים 1963–1963** 6–10 (מהדורה שנייה, מורחבת ומתוקנת, התשכ"ג).

18 חיים זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל** 127, ה"ש 96, 279, ה"ש 47 (2000); חיים זנדברג **מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט-ציונות** 145–146, ה"ש 493 (2007), שם הוא מצייץ גם כי פקודת המוואת עצמה הייתה בבחינת שינוי מדיניות מבחינת הבריטים לעומת השלטון העות'מאני, שכן הם "הפגינו נחישות שלא להכיר בתפיסה בלתי מורשית", אף על פי שלדבריו הפגנת הנחישות הזו הייתה על הנייר בלבד. כן ראו ALEXANDRE KEDAR, AHMAD AMARA & OREN YIFTACHEL, EMPTIED LANDS: A LEGAL GEOGRAPHY OF BEDOUIN RIGHTS IN THE NEGEV 67–68, 74 (2018).

19 L.A.35/27 Ghannameh v. The Attorney General, 3 C.J.C. 1093, 1095 (1927).

20 ראו C.A. 57/40 The Attorney General v. Fityan, 7 P.L.R. 173, 173–174 (1940) (The Government of Palestine claimed the land "to be mewat and therefore state domain failing proof of maintained and effective cultivation prior to 1921, in which case Badl Misl was claimed" כן ראו Debbas v. The Attorney General, 1 A.L.R. 205 (1943).

21 ראו "Demarcation of Government Lands" *Official Gazette* no. 56 (10.11.1921), הודעה המוזכרת בעניין C.A. 153/46 Habbab v. Government of Palestine, 14 P.L.R. 337, 343 (1946), פורסמה גם ב־2 LEGISLATION OF PALESTINE 1918–1925, 397–398 (Norman Bentwich Compiler, 1926).

משפטים על אתר טז תש"פ על תרומתו של פרופ' יהושע ויסמן ז"ל לדיני הקניין בישראל:
עיון נוסף במאמרו "החייאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות" (1964)

י.אסף על מנת שהנציב העליון יוכל לעמוד על טיבן של אדמות המדינה העומדות
לרשותו.²²

מעניינת היא העובדה שלאחר שוויסמן הצביע על החידוש הגדול שבפסק הדין הוא
נמנע מלהתייחס לחידושים נוספים שבו.²³ לא זו אף זו, הוא נפנה לרון בעניין טכני, צדדי
למדי: האם נפל בית המשפט לכלל טעות כאשר הסתמך על סעיף הוראות המעבר שבפקודת
המוואת (סעיף 3) אשר לא נכלל בנוסח דרייטון של חקיקת המנדט? טענה שהוא שלל לאור
הוראה בתוספת לפקודה שקבעה את נוסח דרייטון אשר שימרה את ההוראה בתוקף.²⁴
ייתכן שהערתו זו באה בתגובה להערה בפסק דין קודם, משנת 1956, שם צוין דבר
ההשמטה והובעה העמדה ששאלת המפתח היא אם החייאת האדמה הושלמה לפני פברואר
1921 או אחריו, אף שפסק דין זה אינו מאוזכר במאמר.²⁵ אגב, הטענה שאין תוקף להוראת
המעבר בשל ההשמטה בדרייטון הוצגה לימים לבית המשפט העליון בעניין אלעוקבי,²⁶
אשר הוכרע בשנת 2015, אך הן מציגיה, מבקשי הקרקע שם, והן בית המשפט לא ראו את
תשובתו של ויסמן לנגד עיניהם, אף כי נימוקו לדחייתה אומץ למעשה בבית המשפט.²⁷

ולסיום המאמר הקצר ציין פרופ' ויסמן כך: "ההלכה הקודמת שבוטלה" בעניין **בדראן**
לא נבעה מעניין נוסח דרייטון, שכן "קרוב לוודאי שהנוסח המלא של הפקודה הזאת לא
נעלם מעיני הרשויות גם בעבר". אלא "בעוד שעד כה השלימו בתי המשפט עם חוסר
ההקפדה בו נהגו השלטונות במחזיקי אדמות מואת, ונמנעו מלבדוק את המסקנות

- 22 ראו (1.9.1920) *Official Gazette* no. 26 "Public Notice. The Land Commission", פורסמה גם ב-
Government of Palestine, ORDINANCES AND PUBLIC NOTICES ETC., ISSUED BY THE MILITARY
AUTHORITIES AND THE GOVERNMENT OF PALESTINE PRIOR TO JANUARY 1921, 85 (1921)
"and providing cultivators of Government waste lands to regularise their titles by application, and providing
AN INTERIM REPORT ON THE CIVIL ADMINISTRATION OF PALESTINE: DURING THE PERIOD 1ST JULY, 1920 –
30TH JUNE, 1921 24 (Presented to Parliament by Command of His Majesty, 30.7.1921)
23 זאת לעניין מבחנים נוספים הרלוונטיים להגדרת קרקע כמוואת – סיווג מקום ככפר והמועד הקובע
לסיווג. ראו ד"ר 17/62 **בדראן נ' מדינת ישראל**, פ"ד יז 1191 (1963). כן ראו רונית לויין-שנור "לקראת
פרדיגמה חדשה: על הזכויות הקבוצתיות של הבדואים במקרקעין בנגב" **עיוני משפט** מג (עתיד
להתפרסם ב-2020).
- 24 הוצאת דרייטון (Drayton) – קובץ חקיקה המפרט את דברי החקיקה המנדטוריים עד לסוף 1933. ראו 2
THE LAW OF PALESTINE: IN FORCE ON THE 31ST DAY OF DECEMBER, 1933, 852 (prepared by
Revised Robert Harry Drayton, 1934). ההוראה הקובעת את מעמד הסעיפים שהושמטו מצויה ב-
Edition of the Laws Ordinance, 1934.
- 25 ע"א 323/54 **חמדו נ' אל קואתלי**, פ"ד י 853, 854 (1956).
- 26 ע"א 4220/12 **אלעוקבי נ' מדינת ישראל**, פ"ס 75 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו,
14.5.2015).
- 27 ראו אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחדש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב
הברווזי" **משפט וממשל** יד 7, 37 (2012); KEDAR ET AL.; לעיל ה"ש 18, בעמ' 69, שמצאו בהשמטה זו,
מבלי שהם מזכירים את פסק הדין בעניין **חמדו** (לעיל ה"ש 25), חיווק לטענתם כי שלטונות המנדט לא
יישמו את דרישת הרישום כתנאי להכרה בהחייאה שתחילתה לפני 1921.

המתחייבות מלשון הפקודה, הרי בפסק הדין האחרון זכתה הפקודה לדיון מלא בהוראות הכלולות בה".²⁸

משפט זה מעורר שאלות רבות. ראשית, הרי ויסמן כתב באותו המאמר כי בסעיף עצמו אין התייחסות מיוחדת למי שהחיה מלפני 1921, ואם כן, כיצד ניתן להתייחס למתחייב מלשון הפקודה ולדיון מלא שיש לבצע בעניינה? שנית, האם על בתי המשפט להקפיד יותר מן השלטונות בדינם של מחזיקים? האם עליהם ליישם את הוראות הפקודה, אף אם אין הן נטענות מפני המתדיינים? מהו תפקידם של בתי המשפט בעיצוב נורמות רכישת זכות? ואחרון, האם ראוי להפוך את הקערה על פיה ולשנות מן הפרקטיקה שלפיה נהגו שנים רבות כשהתחולה לכך היא למפרע?

ב. דיון והשלכות

אדון עוד קמעה בדברים. השאלה שבדיון היא אם הזכות להירשם כבעל הקרקע מכוח החייאתה לפני שנת 1921 היא זכות מוקנית, או שמא בקשה לזכות בקרקע שלא הוגשה במועד דינה להידחות. זו היא למעשה שאלה מרכזית מאוד בדיני הקניין: מהו מעמדה של זכאות להירשם אשר טרם הושלמה? האם מי שעדיין אין בידו "מקל הקניין" ממש מחזיק דבר אחר בידו, הראוי להגנה? בהקשר של תחרות זכויות זוהי שאלה שבלבית המתח בין רוכש מוקדם למאוחר.²⁹ בהקשר של שינויי דינים, זוהי השאלה: האם יש בידי המחוקק לשנות את הדין במחיקת זכאות שלולא השינוי הייתה יכולה להיות מוגמרת, ורק צידה הפורמלי חסר במועד השינוי המשפטי?

במאמר מאוחר יותר כתב פרופ' ויסמן כי "לעניין דיני הקניין מקובל כלל פרשני הדוגל באיפוק ובהימנעות מיוזמות פרשניות חדשניות. נוטים לייחס ליציבות ההלכה משקל מיוחד, כאשר מדובר בהלכות שעניינן זכויות קניין". הטעם לכך הוא ש"ברכישת זכויות קניין, שמשך קיומן עשוי להיות לתקופה ארוכה, קיימת נטיה מוגברת אצל המתקשרים להסתמך על הפירוש שניתן בעבר לאותן זכויות [...] על כן "יש להימנע מפרשנות העלולה להכניס גורם של אי-ודאות, ולפגוע בהנחות ששימשו כבסיס לפעילויות כלכליות".³⁰ מכאן שהגנה על הסתמכות היא עקרון יסודי בדיני הקניין, וממנו צריכה לנבוע גישה פרשנית שמרנית וזהירה. עמדה זו מצאה ביטוי גם בחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, שבהליך חקיקתו היה לפרופ' ויסמן חלק,³¹ אשר קובע כי לעניין רכישת זכות מכוח התיישנות במקרקעין לא מוסדרים יוסף לחול הדין שקדם לחקיקת החוק.³²

28 ויסמן "המאמר", לעיל ה"ש 3, בעמ' 107.

29 ראו ס' 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969; ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003); ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999).

30 יהושע ויסמן "מושגי יסודי בדיני קניין – סקירה ביקורתית" משפטים יא 41, 58–59 (1981) (להלן: ויסמן "מושגי יסוד").

31 ראו "פרופ' יהושע ויסמן" סגל הפקולטה למשפטים – האוניברסיטה העברית בירושלים tinyurl.com/rqmggb8 (ביקור אחרון ביום 29.1.2020).

32 ס' 162 לחוק המקרקעין.

משפטים על אתר טו תש"פ על תרומתו של פרופ' יהושע ויסמן ז"ל לדיני הקניין בישראל: עיון נוסף במאמרו "החייאת אדמת מואת כדרך לרכישת בעלות" (1964)

מדוע אפוא לא חלק ויסמן על שינוי ההלכה אלא רק ביקר את חוסר השקיפות או את אי-גילוי הפנים מצד בית המשפט? שהרי, לכאורה, לפי עמדתו, שניתן לשער שהייתה מגובשת גם בעת כתיבת המאמר ב-1964, שינוי פרשני שכזה איננו הולם את דרישת השמרנות ואיננו מתיישב עם הגנה על ההסתמכות. אולי הדבר נובע מכך שהיה אז רק בראשית דרכו וחשש מפני הבעת ביקורת על בית המשפט? נדמה לי שלא, שכן ויסמן לא היסס לביקר את בית המשפט בחריפות גם בכתיבתו הראשונה, ובכך תרם בין השאר לביסוסו כבר-סמכא.³³

ייתכן שניתן להציע בזהירות שפרופ' ויסמן תמך באימוץ דיני התיישנות במקרקעין המיטיבים עם המדינה, מטעמים הנוגעים לערכה הלאומי של הקרקע. אני מוצאת תימוכין לגישה זו בשני מקורות מאוחרים: במאמר אחד, משנת 1981, כתב כי את ההסדר בחוק המקרקעין המשמר את הדינים שקדמו לחקיקת החוק בעניין התיישנות במקרקעין יש להבין משום שהיה בשימור זה כדי להיטיב עם המדינה, שכן לפי דיני התיישנות העות'מאניים, זכו מקרקעי המדינה ל"הגנה יעילה יותר" מפני טענת התיישנות מזו שזכו לה על פי דיני התיישנות שנכללו בהצעת חוק המקרקעין. זהו יתרון אשר המחוקקים ביקשו שלא להפסיד בעת חקיקת החוק, ומשימורו הוא אינו מסתייג.³⁴ במאמר אחר הוא הביע את הדעה שחוק-יסוד: מקרקעי ישראל שנחקק בשנת 1960 שולל את האפשרות לרכוש בעלות מכות התיישנות בעת ההסדר,³⁵ מבלי שהוא מציע להגביל הוראה זו באשר להתיישנות שמסכה הושלם לפני חקיקת חוק היסוד, תנאי אשר נקבע בבית המשפט העליון עת אימץ למעשה, בכפוף לתנאי זה, את עמדתו של פרופ' ויסמן כפסק דין מאוחר יותר, בעניין **שבלי** (תיק שלא נגע להתיישנות בהסדר).³⁶

חזרה לענייננו. אף שפרופ' ויסמן לא זעק נגד השינוי המשפטי, עצם תיעודו הוא מעשה בעל ערך היסטורי. למרבה הצער, הערך ההיסטורי לבדו לא היה לו ערך מעשי, שכן לימים שימש פסק הדין **בדראן** לתשתית שעליה נדחו תביעות הבדואים למקרקעין בנגב.³⁷ כך היה בעקבות הפיכתו של פסק הדין בעניין **אל הואשלה**³⁸ לבעל תחולה רחבת היקף לעניין היעדר זכות הבדואים בנגב.³⁹ באותו העניין קבע בית המשפט העליון, מפי השופט אברהם חלימה, כי בהיעדר הגשה של בקשת רישום במועד הקובע, חודשיים לאחר פרסום פקודת המוואת, "הוחמזה ההזדמנות שעמדה ל[תובעים] לבלי שוב".⁴⁰ דברים אלה נקבעו אגב

33 ראו לדוגמה, יהושע ויסמן "תקופת התיישנות במקרקעין שעברו סדור זכות קניין" **הפרקליט** כ 125 (1964); וכן ראו יהושע ויסמן "עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותמאניים?" **משפטים** יב 3 (1982).
34 ויסמן "מושגי יסוד", לעיל ה"ש 30, בעמ' 53.
35 יהושע ויסמן "התיישנות והמדינה" **משפטים** יד 3, 12 (1984).
36 ע"א 520/89 **מדינת ישראל נ' שבלי**, פ"ד מו(2) 81, 87 (1992).
37 להרחבה, ראו לוין-שנור, לעיל ה"ש 23.
38 ע"א 218/74 **אל הואשלה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 141 (1984). כן ראו רונן שמיר "מושעים במרחב: בידואים והמשטר המשפטי בישראל" **משפט והיסטוריה** 473 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).
39 ראו הוועדה להצעת מדיניות להסדרת התיישבות הבדואים בנגב **דין וחשבון** (2008) (ועדת גולדברג).
40 עניין **אל הואשלה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 151.

הנמקה קצרה שהתבססה על פסק דין קודם, זה שבעניין **בדראן**.⁴¹ כאשר גם שם, כאמור, וגם כאן הדבר נעשה ללא דיון שקול ופתוח בהסתייגויות או בקשיים.⁴² ובעת האחרונה, בעניין **אלעוקבי** אומצה שוב עמדה זו גם כן בהסתמך על עניין **בדראן** וצאצאיו, אף כי בית המשפט ציין כי שלטונות המנדט נקטו גישה מקילה.⁴³

ג. סימנים לתרומתו של פרופ' ויסמן

לסיכום, עיון במאמר בו עסקתי מאפשר לתת כמה סימנים בכתיבתו של פרופ' ויסמן: ראשית, ויסמן זיהה את הבעיה בשלב מוקדם. הייתה לו יכולת צפייה למרחוק, מתוך גישתו האנליטית והמעמיקה; שנית, הוא דייק את הדין החל, לפרטי פרטיו, על כל המשתמע מכך; שלישית, הוא הכיר את הפרקטיקה וידע להבחין בין הפסיקה לבינה; רביעית, הוא ביקר את בית המשפט בחדות, אך מבלי שהדבר העמיד מחסום תקשורתי בינו לבין בית המשפט – נהפוך הוא; חמישית, הוא הפגין מודעות מוקדמת לצורך בניתוח היסטורי, כלכלי, גם אמפירי, רב-ממדי, לצורך טיפול טוב וראוי בבעיות קניין; שישית, גישתו לדיני הקניין נעשתה ללא התייחסות להיבטים פרסונליים או תוצאתיים – הזכות היא עם הקרקע ולא עם האדם; לבסוף, או אף על פי כן, מאפיין שעולה במידת מה אבל יוכל להשאר מעט ספקולטיבי, והוא, שוויסמן היה ער למשמעויות המעשיות של עמדתו אשר הלמו את תפיסתו הלאומית.

לצד הרב, לא זכיתי לשמוע את תשובתו של פרופ' ויסמן לשאלות שהתעוררו בי בנוגע לעמדתו מקריאת המאמר, אך אין לי ספק שלו היה עולה הדבר בידי להציג לו אותן, היה מעודד להמשיך ולדרוש בהן כפי שעשה תמיד, כמורה מובהק וגמור.

41 עניין **בדראן**, לעיל ה"ש 9.

42 אומנם בית המשפט ציין בעניין **אל האשלה**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 151, כך: "בזמן המנדט היו מקרים שבהם נהגו השלטונות בסלחנות מה לגבי אלה אשר לא הודיעו על חזקתם בקרקע 'מואת' ממש תוך החודשיים שנקצבו בפקודה משנת 1921. ברם, במקרה שלפנינו, נהגו המערערים וקודמיהם, כאילו הפרסום לא נגע להם כלל ובניגוד גמור להלכות, שניתנו על-ידי בית-משפט זה", וכאן הזכיר בית המשפט פסקי דין שניתנו עשרות שנים לאחר שהמועד הרלוונטי חלף. יתר על כן, פסקי הדין המוזכרים הם שלושה: (1) עניין **בדראן**, לעיל ה"ש 9, אשר קבע את הדברים ללא כל הסתמכות על פרקטיקה או פסיקה קודמת; (2) עניין **חמדו**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 855, אשר כאמור אינו תומך בעמדה זו. נקבע שם שיש לברר את מועד ההחייאה, שכן אם ההחייאה קדמה ל-1921 הייתה יכולה להקנות זכות; (3) ע"א 298/66 **קסיס נ' מדינת ישראל**, פ"ד כא(1) 372, 376 (1967), שם חזר בו השופט לנדוי מעמדתו בעניין **חמדו** הנ"ל, וזאת לנוכח הפסיקה בעניין **בדראן** (שם), בציינו כי עמדתו המקורית התבססה על הפרקטיקה שתוארה בספרות אף על פי שמהדין עולה אחרת. לכן ההסתמכות ב**אל האשלה** (שם) היא אך ורק על עניין **בדראן**.

43 עניין **אלעוקבי**, לעיל ה"ש 26, פס' 69, 75 לפסק דינה של השופטת חיות. מוזכרים שם עניין **קסיס** (המסתמך כאמור על עניין **בדראן**), וכן עניין **אל האשלה** (שם).