

## עסקאות מקרקעין של קטינים ופסולי דין לאור תזכיר חוק דיני ממונות

משה גלברד \*

- א. מברא
- ב. הערות רקע: קטינים ופסולי דין, חוזים ומקרקעין
- ג. פעולה משפטית על ידי הקטין ופעולה משפטית עבור הקטין: האחדת ההסדרים
- ד. שינויים בהיקף תחולתו של ההסדר המשפטי: אילו עסקאות במקרקעין טעונות אישור בית המשפט?
  - ד.1. "עיסקה במקרקעין"
  - ד.2. "המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין"
  - ד.3. "השכרה שחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972 חל עליה"
  - ד.4. "פעולה משפטית ששווייה עולה על 50,000 שקלים חדשים"
- ה. אישור בית המשפט
  - ה.1. הצורך באישור בית המשפט בשלב האובליגטורי
  - ה.2. מעמדו של החוזה בטרם מתן האישור
  - ה.3. בקשת האישור — בידי מי?
- ו. מתנות מקרקעין מהורים לילדיהם הקטינים
- ז. ההגנה על צד תם לב
- ח. תחולת ההסדר על פסולי דין וחסויים
- ט. סיכום, מסקנות והערת פתיחה לדיון עתידי

א. מברא

לפני חודשים אחדים נהפכה הצעתה של ועדת הקודיפיקציה, אשר פורסמה לעיון

---

\* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. אני מודה למערכת כתב העת מאזני משפט ולקורא האלמוני על הערותיהם.

הציבור עוד בשנת 2004, לתזכיר חוק מטעם משרד המשפטים.<sup>1</sup> זהו צעד נוסף לקראת תחילתם של הליכי החקיקה בכנסת, אשר בסופם עתידה ההצעה להיהפך לחוק דיני ממונות. החוק החדש אמור להחליף שורה של חוקים קיימים<sup>2</sup> והשפעתו על המשפט האזרחי עתידה להיות רבה. ההצעה כוללת שינויים לא מעטים לעומת החקיקה הקיימת. מטרתה של רשימה קצרה זו היא לסקור את השינויים העתידיים לחול בעקבות חקיקת חוק דיני ממונות בנוגע לעסקאות של קטינים ופסולי דין במקרקעין ולהעיר הערות ביקורת אחדות בנוגע להסדרים המוצעים בנושא זה. כמו בדין הקיים, גם בחוק דיני ממונות עסקאות כאלה יהיו טעונות אישור של בית משפט. עם זה, ההצעה כוללת כמה שינויים חשובים בנושא. חלק מהשינויים הם מהסוג המהווה מעין "Restatement" ישראלי, היינו שינויים שנועדו לעגן בלשונו של החוק המוצע הלכות פסוקות קיימות. לצדם ישנם שינויים מהותיים מההווים חידוש של ממש לעומת הדין הקיים.<sup>3</sup>

בתזכיר חוק דיני ממונות, כמו בחוק הקיים, ההוראות השונות בעניין הכשרות לפעולות משפטיות מתייחסות בעיקרן לקטינים והן מוחלות באמצעות הוראה כללית (ובשינויים המחויבים) גם על פסולי דין.<sup>4</sup> לפיכך המאמר, רובו ככולו, יעסוק בדין החל על קטינים. אף שלא אחזור ואציין זאת בגוף המאמר, הרי למעשה האמור בו רלוונטי (בשינויים המחויבים) גם לפסולי דין. בסוף המאמר, בפרק י, אתייחס ביתר פירוט לאותם שינויים המוצעים בתזכיר חוק דיני ממונות, הנוגעים במיוחד לפסולי דין.

## ב. הערות רקע: קטינים ופסולי דין, חוזים ומקרקעין

אדם שהוא בגיר ובריא בנפשו ובשכלו, הוא בעל כשרות משפטית מלאה לביצוען של פעולות משפטיות, לרבות כריתת חוזים מסוגים שונים.<sup>5</sup> לא כך המצב בנוגע לקטינים

1 תזכיר חוק דיני ממונות, תשס"ו–2006. לנוסח התזכיר ולדברי ההסבר ראו: <http://www.jus.tice.gov.il/MOJHeb/Codex2> (נבדק ב-7.10.07).

2 לפי דברי המבוא לתזכיר, החוק המוצע אמור להחליף תשעה עשר חוקים קיימים בשלמות. באשר לשניים מהם (חוק הירושה וחוק ההתיישנות) התזכיר עדיין אינו כולל את הפרקים העתידיים להחליפם, והפרקים הללו יצורפו בשלב שבו ייהפך התזכיר להצעת חוק. ארבעה חוקים קיימים נוספים יפוצלו וחלקים מתוכם יוחלפו על ידי חוק דיני ממונות.

3 לסוגי השינויים שבהצעת הקודיפיקציה לעומת הדין הקיים ראו באופן כללי מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (כרך א, תשס"ה) 20 ואילך. לכך שחלק מההסדרים שבהצעה מהווים "צילום" של הפסיקה הקיימת ולכן הם מהווים מעין Restatement ישראלי, ראו שם, בע' 21. לדיון כללי בנושא של פעולות משפטיות של קטינים ופסולי דין הטעונות אישור בית המשפט ראו שם, בע' 205–216.

4 ראו סעיף 18(א) לתזכיר חוק דיני ממונות וראו סעיף 9 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962 (להלן: חוק הכשרות).

5 להבחנה בין כשרות לזכויות וחובות לבין כשרות לפעולות משפטיות ולמשמעות המושג "פעולות

ולפסולי דין.<sup>6</sup> כשרותם לפעולות משפטיות של הללו אינה מלאה. מגבלות הכשרות נועדו, כידוע, להגן על האינטרסים הרכושיים שלהם.<sup>7</sup> ההגנה הפטרנליסטית המוענקה לקטינים ולפסולי דין באמצעות הטלת סייגים על כשרותם לפעולות משפטיות היא תופעה אוניברסלית,<sup>8</sup> אם כי שיטות המשפט השונות נבדלות זו מזו בהיקף ההגנה.<sup>9</sup> לשם קביעת רמת ההגנה הנאותה יש להביא בחשבון שיקולים שונים, לעתים מנוגדים: מצד אחד קיים, כאמור, הצורך להעניק הגנה מספקת לקבוצת אוכלוסייה חלשה ופגיעה במיוחד. ההנחה שביסוד הגנה זו היא שהן קטינים והן פסולי דין אינם יכולים לדאוג באופן מספק לענייניהם וזאת בשל מגבלות קוגניטיביות. מגבלות אלה עשויות לפגוע ביכולת השיפוט

- משפטיות" והיקפו ראו יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, ס' 1–13 (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 43 ואילך. בשיטות משפט רבות, בעיקר באלה השייכות למשפחת ה-civil law, קיימת הבחנה (לרבות הבחנה במינוח) בין הכשרות ליכולות וחובות (Rechtsfähigkeit) בקוד הגרמני, capacité de jouissance בקוד הצרפתי, capacità giuridica בקוד האיטלקי) לבין הכשרות לפעולות משפטיות (בהתאמה: Handlungsfähigkeit, capacité d'exercice, capacità di agire). בחלק משיטות המשפט קיים אף מינוח מיוחד לכשרות משפטית לכריתת חוזים (Geschäftsfähigkeit) בקוד הגרמני, capacità di contrarre בקוד האיטלקי).
- 6 סעיף 3 לחוק הכשרות מגדיר מיהו קטין: "אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר". סעיף 8 לחוק הכשרות קובע בנוגע להכרזה על פסלות דין: "אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניו, רשאי בית המשפט, לבקשת בן-זוגו או קרובו או לבקשת היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, ולאחר שמע את האדם או נציגו, להכריזו פסול-דין".
- 7 ראו, באופן כללי דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים (כרך ב, תשנ"א) 1008–1010.
- 8 מבחינה היסטורית, ניתן למצוא הסדרים מיוחדים להגנת האינטרסים הרכושיים של פסולי דין עוד במשפט הרומי. ראו: William W. Buckland *A Textbook of Roman Law From Augustus to Justinian* (3<sup>rd</sup> ed., 1966) 168. כיום בכל שיטות המשפט המערביות קיימות, בווריאציות שונות, הוראות המסייגות כשרות לפעולות משפטיות של קטינים ופסולי דין מתוך מטרה להגן על האינטרסים הרכושיים שלהם. אולם מעניין לציין כי עד היום אין הוראות בנושא זה בשיטת המשפט של האיחוד האירופי, לרבות במסמך Principles of European Contract law, אף שקיימים, כמובן, הסדרים משפטיים במשפט הפנימי של כל המדינות החברות באיחוד. לביקורת על היעדר חקיקה של האיחוד בנושא הכשרות לפעולות משפטיות ראו: Martijn W. Hesselink "Capacity and Capability in European Contract Law" 4 *European Rev. of Private Law* (2005) 491; Guido Alpa "The Meaning of 'Natural Person' and the Impact of the Constitution of Europe on the Development of European Contract Law" 10 *European L. J.* (2004) 734
- 9 לסקירה השוואתית ראו, באופן כללי: Legal Andreas Heldrich & Anton F. Steiner "Personality" *International Encyclopedia of Comparative Law* (Vol. IV, Persons and Family, 1995) Chapter 2, Persons; K. Zweigert & H. Kötz *Introduction to Comparative Law* (3<sup>rd</sup> ed., Tony Weir trans., Oxford, 1998) Chapter 25 המשפט השונות ראו גם: Hesselink, *id.* at p. 496. כך, לדוגמה, בגרמניה, חוזים של קטינים עד גיל 7 בטלים ושל קטינים מעל גיל זה הם, בדרך כלל, ניתנים לביטול ואילו חוזים של פסולי דין בדרך כלל רק ניתנים לביטול. באנגליה חוזים של קטינים הם בחלקם בטלים ובחלקם ניתנים לביטול ואילו חוזים של פסולי דין הם בדרך כלל ניתנים לביטול. במשפט הצרפתי, שבו ביטול של חוזה (גם בעקבות הפרה) מחייב לרוב החלטה שיפוטית, גם ביטול חוזים של קטינים ופסולי דין מחייב החלטה שיפוטית.

שלהם ועקב כך גם באינטרסים הכלכליים שלהם.<sup>10</sup> הגנה כזו נתמכת גם בשיקולים של צדק חברתי: לא הוגן לחייב אדם מכוח חוזה כאשר מבחינה מהותית (להבדיל מהבחינה הפורמלית גרידא) אין לראותו, למעשה, כמי שפועל על פי עקרון "חופש החוזים". אולם מהצד האחר קיים הצורך לכבד ולאכוף התקשרויות חוזיות הן כדי להגן על האינטרסים האינדיבידואליים של הצד האחר לעיסקה (זה שאינו קטין או פסול דין) והן כדי לשמור על האינטרס הכללי הנוגע לביטחון העסקאות, לשם הבטחת קיומו של שוק כלכלי יעיל ומתפקד. יתר על כן, צריך גם לזכור כי ההגנה על האינטרסים הרכושיים של קטינים ופסולי דין מושגת בעיקר באמצעות הטלת סייגים והגבלות על כשרותם. שימוש מופרז ולא מידתי באמצעי זה עלול לפגוע בכבוד האדם של קטינים ופסולי דין ובזכויות יסוד שלהם: חופש החוזים, חופש הקניין וחופש העיסוק.<sup>11</sup> הכללים המשפטיים הקובעים את היקף הסייגים לכשרותם של קטינים ופסולי דין, וכפועל יוצא מכך את היקף ההגנה המוענקת להם, אמורים לשקף אפוא שקלול מושכל של מכלול השיקולים הללו: מתן הגנה נאותה לקטינים ופסולי דין, מימוש הגנה זו תוך פגיעה מועטה ככל האפשר באוטונומיה הפרטית שלהם וכן שמירה על איזון סביר בין ההגנה על האינטרסים של קטינים ופסולי דין לבין ההגנה על האינטרסים של המשתתפים האחרים בשוק.<sup>12</sup>

בישראל קובע חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות כמה רמות של הגנה על פסולי דין וקטינים: ישנן פעולות משפטיות שבהן רמת ההגנה המוענקת היא מינימלית, משמע כשרותם המשפטית של קטינים ופסולי דין לבצע פעולות משפטיות אלה היא כמעט מלאה.<sup>13</sup> רמת הגנה גבוהה יותר ניתנת לקטינים ופסולי דין בנוגע לפעולות

10 באשר לקטינים, החוק מניח שכל מי שהוא בן פחות משמונה עשרה שנה אינו מסוגל לדאוג כראוי לענייניו. הנחה זו היא מוחלטת ואיננה ניתנת לסתירה. לעומת זאת, באשר לפסולי דין בגירים, הבדיקה היא על בסיס אינדיבידואלי ויש צורך לשכנע את בית המשפט כי אותו אדם אינו מסוגל לדאוג לענייניו מחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו: סעיף 8 לחוק הכשרות. ראו גם פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1010. על הקושי לאבחן את הצורך בהכרות פסלות-דין ראו, לדוגמא: יובל מלמד, דן שניט, רוברט קימחי, אבנר אליצור "מינוי אפוטרופוס: בדיקת התהליך וחשיבה מחודשת" הרפואה 137 (תשנ"ט) 503.

11 השוו: Karl Larenz & Manfred Wolf *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9<sup>th</sup> ed. §5 No. 5. 2004). שם נאמר כי הכשרות המשפטית (הן הכשרות לזכויות וחובות והן הכשרות לפעולות משפטיות) נובעת לא רק מהוראות המשפט הפרטי, אלא נגזרת גם מהעיקרון החוקתי של כבוד האדם. משום כך סמכותו של המחוקק לסייג זכות יסוד זו היא מוגבלת.

12 השוו: Hesselink, *supra* note 8, at p. 500.

13 אלו הן הפעולות המנויות כיום בסעיף 6 לחוק הכשרות, היינו פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין. פעולות מסוג זה תקפות ואינן ניתנות לביטול אף אם נעשו בלא שניתנה הסכמת הנציג. הכשרות לפעולות אלה בכל זאת איננה מלאה לגמרי, וזאת בשל החריג המצוי בסעיף 6 סיפא, המאפשר את ביטול הפעולה במקרה שבו היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו. לדיון בסעיף 6, בפעולות הנכללות בו ובטעם העומד ביסוד ההכרה בכשרות כמעט מלאה של קטינים ופסולי דין בנוגע לפעולות אלה ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 102–97; פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1031–1036.

משפטיות הניתנות לביטול. לגבי פעולות אלה נדרשת הסכמת הנציג<sup>14</sup> ובהיעדר הסכמה כזו, הפעולה המשפטית שנעשתה על ידי הקטין או פסול הדין, אף כי היא תקפה, ניתנת לביטול על פי התנאים שנקבעו בחוק.<sup>15</sup> רמת הגנה גבוהה עוד יותר קיימת בנוגע לאותן פעולות משפטיות שבקשר אליהן נדרשת הסכמת הנציג כתנאי לתוקף הפעולה ובהיעדר הסכמה כזו, הפעולה המשפטית בטלה מעיקרא.<sup>16</sup> הרמה הגבוהה ביותר של הגנה קיימת בנוגע לאותן פעולות משפטיות המחייבות קבלת אישור של בית המשפט כתנאי לתוקפן.<sup>17</sup> מה הן ההצדקות לקביעתה של הגנת יתר כזו, המחייבת הליך מורכב של פנייה לבית המשפט? עיון בסוג הפעולות המנויות בחוק בהקשר זה מעלה כי ישנן שלוש הצדקות מרכזיות (חלופיות) לכך: (א) פעולות המחייבות אישור בית המשפט בשל החשיבות הכלכלית המיוחדת שלהן; (ב) פעולות המחייבות אישור בית המשפט בשל חשש לניגוד עניינים בין הקטין או פסול הדין לבין הנציג; (ג) עסקאות שבהן הקטין או פסול הדין מתחייב אך אינו מקבל עבור התחייבותו תמורה נגדית כלשהי (מתנה וערבות).<sup>18</sup>

בין הפעולות המשפטיות הטעונות אישור בית המשפט בשל חשיבותן הכלכלית המיוחדת, דומה כי הסוג השכיח ביותר הוא עסקאות במקרקעין. עסקאות אלה מתאפיינות הן בכך שהן משקפות, בדרך כלל, שווי כספי גבוה והן בכך שאלו עסקאות שכיחות ונפוצות ביותר. במציאות הישראלית, רבים מהציבור – גם מי שאינם נמנים עם עשירי עם – מעורבים במהלך חייהם בעסקאות מקרקעין ועבור

14 המונח "נציג" מוגדר בסעיף 80 לחוק הכשרות: "נציג של אדם – הוריו או אפוטרופסו הממונה, הכל לפי הוראות הפרק השני והשלישי". לפי האמור בסעיף 14 לחוק הכשרות: "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים".

15 רמת הגנה זו היא בגדר "ברירת המחדל" של חוק הכשרות. היא תחול, מכוח סעיף 5 לחוק הכשרות, בנוגע לכלל הפעולות המשפטיות, למעט אלה שבנוגע להן נקבעה בחוק במפורש רמת הגנה שונה (משמע הפעולות המנויות בסעיפים 6, 6א ו-7 לחוק הכשרות). ראו פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1022–1031. זוהי גם רמת ההגנה הרגילה על קטינים במשפט האמריקני: Restatement 2<sup>nd</sup> Contracts sec. 12 ובמשפט הגרמני: סעיפים 106 ו-108 ל-BGB.

16 אלה הפעולות המנויות בסעיף 6א לחוק הכשרות, שהן, בעיקרן, רכישה של נכס או קבלה של שירות באשראי. לפרשנותו של סעיף 6א, לפעולות הנכללות בו ולטעם שבהגברת עוצמת ההגנה הניתנת לקטינים ולפסולי דין בנוגע לפעולות הללו דווקא ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 103–112; פרידמן וכהן כרך ב, שם, בע' 1037–1042.

17 בעבר נדרש אישורו של בית המשפט המחוזי. מאז תיקון תשנ"ה לחוק הכשרות, בית המשפט המוסמך לעניין זה הוא בית המשפט לענייני משפחה (סעיף 78 לחוק הכשרות). הסעיף הדין בפעולות הטעונות אישור בית המשפט הוא סעיף 7 לחוק הכשרות, אולם הסעיף אינו מונה את רשימת הפעולות הללו. סעיף 7 הוא, למעשה, "סעיף הפניה" ורשימת הפעולות המחייבות את אישור בית המשפט מנויה בסעיפים 20, 47 ו-48 לחוק הכשרות.

18 לקבוצה הראשונה שייכות הפעולות המנויות בסעיפים (1)20, (2)20, (1)47, (2)47, (3)47 לחוק הכשרות; לקבוצה השנייה שייכות הפעולות המנויות בסעיפים (5)20 ו-48 לחוק הכשרות ואילו לקבוצה השלישית שייכות הפעולות המנויות בסעיפים (3)20, (4)20, (4)47 ו-47(5) לחוק הכשרות. ראו גם פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1043.

רבים מהם זוהי אף העיסקה בעלת הערך הכלכלי הגבוה ביותר שהם עושים במהלך חייהם.<sup>19</sup> הגיוני, לפיכך, להניח כי גם במקרה של קטינים זוהי העיסקה השכיחה ביותר מבין העסקאות בעלות הערך הכלכלי הגבוה במיוחד. ואכן, די בעיון במאגרי הפסיקה כדי לעמוד על כך שישנם לא מעט פסקי דין העוסקים בעסקאות מקרקעין של קטינים וגם מכאן ניתן להסיק כי עסקאות מקרקעין הנעשות על ידי קטינים או בעבורם רווחות למדי בפרקטיקה.<sup>20</sup> רשימה זו מתמקדת אפוא בסוגיה שהיא בעלת חשיבות מעשית רבה: השינויים העתידיים לחול בתחום העסקאות במקרקעין של קטינים ופסולי דין אם וכאשר יחוקק חוק דיני ממונות.

הכללים החלים כיום על עסקאות של קטינים ופסולי דין במקרקעין מוסדרים, כאמור, בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות וכן בכמה הלכות עקרוניות שנפסקו בנושא זה בבית המשפט העליון. מאחר שרשימה זו נועדה אך להציג את השינויים העתידיים לחול, לפי חוק דיני ממונות החדש, הרי סקירה מפורטת של הדין הקיים חורגת מתחומיה.<sup>21</sup> עם זה, לשם הבהרת הדיון בהמשך, ראוי להדגיש כמה נקודות עקרוניות. כפי שכבר הובהר, רמת ההגנה שמעניק החוק לקטינים בעסקאות במקרקעין היא גבוהה במיוחד. היא חורגת מהכלל הרגיל, לפיו פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו ובהיעדר הסכמה כזו הפעולה תקפה אך ניתנת לביטול (voidable).<sup>22</sup> בשל חשיבותה הכלכלית המיוחדת, עסקת מקרקעין היא מסוג הפעולות הטעונות אישור של בית המשפט ובהיעדר אישור כזה היא חסרת תוקף (void).<sup>23</sup>

19 ראו (בהקשר שונה) פרידמן וכהן (כרך א, תשנ"א), לעיל הערה 7, בע' 395: "מבחינתו של קונה מקרקעין, שאינו סוחר, זו וודאי אחת העסקאות המרכזיות, אם לא המרכזית, בחייו... מקרקעין עדיין נחשבים כמקור עושר ראשון במעלה".

20 לא עלה בידי לברר כמה בקשות לאישור עסקאות מקרקעין של קטינים ופסולי דין מוגשות לבתי המשפט למשפחה מדי שנה. ההחלטות בבקשות שיגרתיות אלה אינן מתפרסמות, בדרך כלל, במאגרים הממוחשבים של הפסיקה וגם בהנהלת בתי המשפט אין נתונים מספריים בענין זה. עם זה, בדיקה במאגר "תקדינט" העלתה כי ישנם כמה עשרות פסקי דין העוסקים בסעיפים 7, 20 ו-47 לחוק הכשרות (סה"כ 170) ובבדיקה פרטנית מסתבר כי מרבית פסקי הדין הללו דנים בעסקאות מקרקעין, לסוגיהן.

21 לדין הקיים ראו בהרחבה אנגלרד, לעיל הערה 5; פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1007-1083. ראו גם בעז קראוס כשרות משפטית ואפוטרופסות: קטינים, פסולי-דין, חסויים (מהדורה שנייה, תשס"ב).

22 סעיפים 4 ו-5 לחוק הכשרות.

23 פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1043; ע"א 393/82 חיים נ' אביוב, פ"ד מא(1) 716, 723-724 (1987) (להלן: עניין חיים). אך לא זה המצב בכל שיטות המשפט. הגישה המקובלת בשיטת ה-common law היא שחוזי מקרקעין הנעשים על ידי קטינים תקפים אך ניתנים לביטול (voidable), בדומה לכלל הרגיל החל אצלנו בנוגע לפעולות משפטיות של קטינים. ראו, למשל: Guenter H. Chitty *Chitty on Contracts* (29<sup>th</sup> ed., vol. 1, London, 2004) 592. וכן: Joseph H. Treitel *An Outline of the Law of Contract* (6<sup>th</sup> ed., 2004) 228. כך גם במשפט האמריקני: Jack Beatson *Anson's Law of Contract* (28<sup>th</sup> ed., Oxford, 2002) 216, 220.

אולם ישנן שיטות משפט שבהן רמת ההגנה על קטינים היא רבה יותר מאשר בדין הישראלי. דוגמה בולטת לכך היא החקיקה של British Columbia שבקנדה. לפי ה-Infants Act משנת

עיסקה במקרקעין יכולה להתבצע על ידי הקטין עצמו או על ידי נציגו של הקטין, עבורו. בין כך ובין כך, העיסקה טעונה אישורו של בית המשפט. כאשר מדובר בנציג-הורה, הדרישה לאישור בית המשפט מעוגנת כיום בסעיף 20 לחוק הכשרות. הסעיף מונה כמה סוגים של פעולות משפטיות אשר ההורים אינם מוסמכים לייצג בהן את הקטין בלא קבלת אישורו של בית המשפט. הסעיף אמנם אינו מתייחס במפורש לעיסקה במקרקעין, אולם סעיף 20(2) קובע את הצורך באישור בית המשפט ל"פעולות שתקפן תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק". מובן מאליו כי עיסקה במקרקעין היא הדוגמה השכיחה ביותר לפעולה משפטית שתוקפה תלוי ברישום. סעיף 20(1) עשוי אף הוא להיות רלוונטי בנוגע לעסקאות מסוימות במקרקעין, שכן הוא מחייב אישור בית המשפט לפעולה שהיא "העברה, שיעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה".<sup>24</sup> כאשר מדובר בנציג של קטין שהוא אפוטרופוס על פי מינוי, הדרישה לאישורו של בית המשפט מעוגנת כיום בסעיף 47 לחוק הכשרות. בכל הנוגע לעסקאות במקרקעין הוראות הסעיף מקבילות לאלה של סעיף 20 לחוק, שעליהן עמדת לעיל.<sup>25</sup> בנוסף, סעיף 47(2) מחייב קבלת אישור בית המשפט לכל "השכרה שחוקי הגנת הדייר חלים עליה" (הוראה כזו נעדרת מרשימת הפעולות המנויות בסעיף 20). לפי סעיף 7 לחוק הכשרות, פעולה משפטית הנעשית על ידי הקטין עצמו טעונה אישור בית משפט אם הייתה טעונה אישור כזה אילו נעשתה בידי נציגו.<sup>26</sup>

1996 כלל החוזים, לסוגיהם השונים, אינם אכיפים כלפי מי שבעת כריתת החוזה היה קטין, אלא אם כן מדובר בחוזה שנקבע לגביו במפורש בחוק כי יחייב גם קטינים, או שהקטין אישר אותו לאחר הגיעו לבגרות. ההגנה היא חד צדדית במובן זה שהחוזה אכיף כלפי הצד הבגיר, אם הקטין מעוניין בכך. ראו פרק 3 לחוק העוסק ב-"Infants' Contracts". לנוסח המלא של החוק ראו: [http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/1/96223\\_01.htm#part3](http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/1/96223_01.htm#part3) (נבדק ב-7.10.07). כאמור לעיל, ישנן פעולות משפטיות נוספות הטעונות אישור בית משפט. כלל הפעולות הללו מנויות בסעיפים 20, 47 ו-48 לחוק הכשרות והן כוללות, מלבד הפעולות שיידונו להלן במאמר זה, גם נתינת מתנות ותרומות, נתינת ערבות, פעולות משפטיות בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, פעולות שיש בהן חשש לניגוד עניינים בין חסוי לבין אפוטרופוסו, פעולות הנעשות על ידי אחד או אחדים מבין האפוטרופסים במשותף וכן פעולות שבית המשפט קבע בצו מינוי האפוטרופוס, או לאחר מכן, שהן טעונות אישור. במאמר זה איני דן במכלול הפעולות הטעונות אישור של בית משפט כתנאי לתוקפן, אלא רק באותן פעולות משפטיות העשויות להיות רלוונטיות בנוגע לעסקאות במקרקעין.

24 הרציונל שביסוד סעיף 20(1) הוא שמדובר בעסקאות בעלות חשיבות כלכלית רבה העלולות לפגוע במקור הפרנסה של הקטין או במקום מגוריו ולכן עסקאות כאלה מצדיקות רמת הגנה גבוהה והן טעונות אישור של בית המשפט. עם זה, מדובר בפעולות שכרוכה בהן בדרך כלל גם עיסקה במקרקעין ולפיכך קיימת מידה של חפיפה בינן לבין הפעולות המנויות בסעיף 20(2). ראו ביתר הרחבה פרידמן וכהן כרך ב, שם, בע' 1044. מכל מקום סעיף 20(1) כמו גם מקבילו סעיף 47(1) מנוסחים בצורה לא מוצלחת והם אינם ברורים דיים: פרידמן וכהן כרך ב, שם, בע' 1044-1045 וכן אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 54.

25 סעיף 47(1) מקביל בנוסחו לסעיף 20(1) וסעיף 47(3) מקביל לסעיף 20(2).  
26 אישור בית המשפט לפעולת הקטין עצמו נדרש, למעשה, מקל וחומר. לא הגיוני שלקטין תהיה

### ג. פעולה משפטית על ידי הקטין ופעולה משפטית עבור הקטין: האחדת ההסדרים

כפי שהובהר לעיל, עיסקה של קטין במקרקעין טעונה אישור בית משפט בין שהיא נעשית על ידי הקטין עצמו ובין שהיא נעשית בידי נציגו, אלא שכיום ההסדר המשפטי מצוי, למעשה, בארבעה סעיפי חוק נפרדים: סעיף 7 לחוק הכשרות חל על פעולה משפטית הטעונה אישור בית משפט כאשר הפעולה נעשית על ידי הקטין עצמו, סעיף 20 חל על פעולה כזו כאשר היא נעשית עבור הקטין על ידי נציג-הורה ואילו סעיפים 47 ו-48 לחוק הכשרות חלים כאשר הפעולה נעשית על ידי נציג שהוא אפוטרופוס על פי מינוי. למרות תכליתם הזוהה של ההסדרים החלים בנוגע לקטין, להורה ולאפוטרופוס ממונה, קיימים ביניהם כיום הבדלים מסוימים שאין להם כל הצדקה עניינית. כך, למשל, נוסחו של סעיף 7 לחוק הכשרות שונה מהנוסח של סעיפים 20 ו-47. בעוד סעיף 7 קובע כי "...אין תוקף לפעולה כל עוד לא בא עליה אישור בית המשפט", קובעים סעיפים 20 ו-47 כי בנוגע לפעולות המשפטיות המנויות בהם אין הנציג (ההורים בסעיף 20 או האפוטרופוס בסעיף 47) מוסמך לייצג את הקטין "מבלי שבית המשפט אישרן מראש". כשהתעוררה בעבר בפסיקה שאלה בנוגע למעמדה המשפטי של ההתחייבות בשלב שבין חתימת החוזה לבין מועד מתן האישור על ידי בית המשפט, נדרש בית המשפט, עקב הבדלי הנוסח הללו, להפעיל קונסטרוקציה משפטית שונה בנוגע לסעיף 7 ובנוגע לסעיף 20 לחוק הכשרות. בעוד שלגבי סעיף 7 נקבע כי מעמדו של החוזה בתקופת הביניים הוא כשל חוזה על תנאי,<sup>27</sup> הרי בנוגע לסעיף 20 לא היה ניתן להשתמש בקונסטרוקציה משפטית זו, שכן על פי לשון הסעיף ההורים הם נעדרי כל סמכות (כל עוד לא ניתן האישור) ולפיכך אין בכוחם ליצור אפילו חוזה מותנה. כאמור, להבחנה זו אין הצדקה עניינית והוא נבעה אך מהבדלי הנוסח שבין הסעיפים. הבדל נוסף שקשה להצדיקו הוא זה שבין סעיף 20 לבין סעיף 47 בנוגע לשכירות מוגנת. לפי סעיף 47(2) יש צורך באישור בית משפט לפעולה משפטית של "השכרה שחוקי הגנת הדייר חלים עליה". אף כאן הטעם להכפפת עיסקה כזו לאישור בית המשפט נובע מהחשיבות הכלכלית המיוחדת לה, אולם משום מה אין הוראה מקבילה לזו בסעיף 20 לחוק הכשרות. נובע מכך שכאשר נציגו של הקטין הוא אפוטרופוס על פי מינוי, כריתתו של חוזה לשכירות מוגנת טעונה אישור בית המשפט, בין שהיא נעשית על ידי הקטין ובין שהיא נעשית בידי האפוטרופוס. לא כך כאשר הנציג הוא הורה. במקרה כזה אין צורך באישור בית המשפט, בין שהפעולה נעשית על ידי ההורה עבור הקטין ובין שהפעולה נעשית בידי הקטין עצמו. אף כאן קשה למצוא

כשרות לביצוע פעולה שנציגו אינו מוסמך לעשותה בלא אישור בית המשפט. ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 13; פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1043.

27 זו הייתה עמדתו של השופט ברק בע"א 112/79 שרף נ' אבער, פ"ד לד(3) 178 (1980) (להלן: עניין שרף) (בפסקה 7 לפסק דינו). לדיון רחב יותר בסוגיה זו ראו פרק 2 להלן.



טעם ענייני להבדלים הללו. במיוחד מוזרה התוצאה לפיה כאשר הפעולה נעשית בידי הקטין עצמו, התניית תוקפה באישור בית המשפט איננה תלויה במסוגלותו או בהכנתו של הקטין, אלא בזהות של נציגו.<sup>28</sup>

חוק דיני ממונות עתיד לבטל את ההבדלים הבלתי נחוצים הללו. ההסדרים הנפרדים המעוגנים כיום בסעיפים 7, 20, 47 ו-48 יאוחדו לסעיף אחד. בכך תושג האחידות המתבקשת בנוגע למצבים הללו. סעיף 24(א) לתזכיר קובע כי: "פעולה משפטית של קטין, שהיא מהפעולות המנויות להלן, טעונה אישור של בית משפט, מראש או בדיעבד, בין אם היא מבוצעת בידי הקטין, ובין בידי אפוטרופסו של הקטין, בשמו". הסעיף חל אפוא על כלל הפעולות המשפטיות הטעונות אישור בית משפט, בין שהפעולה נעשית בידי הקטין ובין שהיא נעשית על ידי האפוטרופוס עבור הקטין. הסעיף גם מבטל את ההבחנה הקיימת כיום בין אפוטרופוס מכוח הורות לבין אפוטרופוס על פי מינוי.

#### ד. שינויים בהיקף תחולתו של ההסדר המשפטי: אילו עסקאות במקרקעין טעונות אישור בית המשפט?

רשימת הפעולות המשפטיות הנעשות על ידי קטין או עבורו, הטעונות אישור של בית המשפט, מנויה בסעיף 24 לתזכיר חוק דיני ממונות. רשימה זו איננה זהה לרשימת הפעולות המנויה כיום בחוק הכשרות. להלן אסקור את ההבדלים שבין החוק הקיים לבין החוק המוצע. לא אתייחס, כמובן, לכלל הפעולות המשפטיות המנויות בסעיף, אלא רק לאלה הנוגעות לנושא המאמר, היינו פעולות משפטיות הנוגעות, במישרין או בעקיפין, לעסקאות במקרקעין.

##### ד.1. "עיסקה במקרקעין"

בסעיפים 20 ו-47 לחוק הכשרות לא מוזכר כלל המונח "עיסקה במקרקעין". כפי שהובהר, תחולתם של הסעיפים הללו על עסקאות במקרקעין נובעת מכך ששני הסעיפים חלים על "פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק"<sup>29</sup> וכן, במידת מה, מתחולת הסעיפים על פעולות של "העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה".<sup>30</sup> בתזכיר חוק דיני ממונות הוחלפו שני סוגי הפעולות הללו בפעולה משפטית שהיא "עיסקה

28 לעניין זה ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 56-57, פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1053.  
29 סעיף 20(2) לעניין הורים וסעיף 47(3) לעניין אפוטרופוס ממונה.  
30 סעיף 20(1) לעניין הורים וסעיף 47(1) לעניין אפוטרופוס ממונה.

במקרקעין".<sup>31</sup> סעיף 24(א) (1) להצעה קובע במפורש כי פעולה משפטית שהיא עיסקה במקרקעין טעונה אישור בית משפט. לכאורה עניין זה מבהיר ומפשט את הוראת החוק, שכן הסעיף חל במישרין על סוג העסקאות שממילא הוא הנפוץ ביותר גם על פי ההגדרות העקיפות הקיימות בחוק הכשרות כיום.<sup>32</sup> אלא שראוי לשים לב לשינוי העשוי לנבוע מכך בנוגע להיקף המקרים שהסעיף יחול עליהם. כוונתי היא לעסקאות במקרקעין שאינן טעונות רישום. עסקאות כאלה אינן טעונות אישור בית משפט על פי החוק הקיים, אך לכאורה ידרש להן אישור בית משפט על פי החוק המוצע. הדוגמה העיקרית היא של שכירויות קצרות.<sup>33</sup> לפי סעיף 79(א) לחוק המקרקעין, שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינה טעונה רישום,<sup>34</sup> אך היא עדיין בגדר "עיסקה במקרקעין" ולכן תהיה טעונה אישור בית משפט לפי סעיף 24(א) (1) לחוק המוצע.<sup>35</sup> איני יודע אם

31 למשמעות המושג עיסקה במקרקעין ראו סעיף 6 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 וכן ראו יהושע ויסמן דיני קניין: חלק כללי (תשנ"ג) 122, 291 הערה 4, 292–294; מיגל דויטש קניין (כרך א, תשנ"ז) 38 בהערה 78.

32 ראו בקובץ דברי ההסבר לתזכיר חוק דיני ממונות, לעיל הערה 1, את ההסבר לסעיף 24(א) (1), לפיו הוראה זו מחליפה את הוראות סעיפים 20(1) (2) ו-47(1) (3) לחוק הכשרות וכי ההוראה המוצעת מתקנת את הדין הקיים בכך שהיא מתייחסת לפעולה הנפוצה והמשמעותית ביותר, שהיא עיסקה במקרקעין.

33 ישנן דוגמאות נוספות לעסקאות במקרקעין שאינן טעונות רישום. שאילה קצרת מועד אינה טעונה רישום הן לפי הדין הקיים (סעיף 79(א) לחוק המקרקעין, אשר חל על שאילה מכוח סעיף 83 לחוק המקרקעין) והן על פי הדין המוצע (סעיף 551 לתזכיר). לפי הדין הקיים הפטור מרישום הוא לשאילה לתקופה שאינה עולה על 5 שנים (סעיף 152 לחוק הגנת הדייר אינו חל על שאילה) ואילו לפי התזכיר הפטור מרישום הוא לשאילה לתקופה שאינה עולה על 10 שנים (ראו סעיפים 551 ו-542(א) לתזכיר). על פי תזכיר חוק דיני ממונות גם זיקת הנאה הסכמית, קצרת מועד (לתקופה שאינה עולה על 10 שנים), תהיה פטורה מרישום (סעיף 662 לתזכיר). דוגמה מעניינת נוספת לעיסקה במקרקעין שאינה טעונה רישום היא מכירת מקרקעין לצורך קיום מצוות שמיטה. ראו תקנה 1 לתקנות עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה), תשל"ט–1979: "עיסקה במקרקעין לצורך קיום מצוות שמיטה, שנעשתה באישור מועצת הרבנות הראשית (להלן – המועצה), או באישור מי שהמועצה הסמיכה לכך תהיה תקפה על אף האמור בחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, או בכל דין אחר ואף אם היא לזמן ותהיה נגמרת אף בלא רישום". לפי הדין הקיים עיסקה במקרקעין של קטין לצורך קיום מצוות שמיטה אינה טעונה אישור בית משפט שכן היא אינה טעונה רישום. לפי החוק המוצע, עיסקה כזו תהיה טעונה, לכאורה, אישור בית המשפט. בכל הדוגמאות הללו, כמו בשכירות קצרה, דומני שהמשמעות הכלכלית המוגבלת של עסקאות אלה איננה מצדיקה את הכפפתן למנגנון המורכב של אישור בית המשפט.

34 הוראה זו יש לקרוא ביחד עם סעיף 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב–1972, ממנו נובע כי חובת הרישום קיימת, למעשה, רק בנוגע לשכירות העולה על עשר שנים. ראו, ביתר הרחבה דויטש (כרך ב, תשנ"ט), לעיל הערה 31, בע' 322–329. לפי סעיף 542(א) לתזכיר חוק דיני ממונות, שכירות במקרקעין לתקופה שאינה עולה על עשר שנים אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין. לשכירויות שאינן טעונות רישום ראו גם יהושע ויסמן דיני קניין: החוקה ושימוש (תשס"ו) 284–286, 294 ואילך.

35 כיום כאשר קטין שוכר (אך לא כאשר הוא משכיר) מקרקעין, עשוי לחול סעיף 6א לחוק הכשרות, שחל גם על "שכירת נכס". משמע שהפעולה תהיה חסרת תוקף (void) בהיעדר הסכמה של הנציג, אולם היא אינה טעונה אישור של בית המשפט. ראו בעניין זה פרידמן וכהן כרך ב, לעיל

מנסחי ההצעה היו ערים לתוצאה זו, שכן ספק אם קיימת סיבה ראויה לדרוש אישור בית משפט כתנאי לתוקפה של שכירות קצרה. כך, למשל, השכרה של דירה לתקופה של שנה היא עיסקה שמבחינת מהותה והתוכן הכלכלי שלה איננה מצדיקה את הפעלת מנגנון ההגנה ה"כבד" של אישור בית משפט והיה אפשר להסתפק במנגנון ההגנה הרגיל של אישור האפוטרופוס.<sup>36</sup> ייתכן אפוא שהיה רצוי לתקן את סעיף 24(א)(1) לתזכיר באופן שהוא יחול רק על עיסקה במקרקעין הטעונה רישום, או לחלופין, שיחול על כל עיסקה במקרקעין למעט עיסקה שערכה הכלכלי נמוך מסף מסוים (למשל כאשר שוויה נמוך מ-50,000 ש"ח, לפי הסכום שנקבע בסעיף 24(א)(5) לתזכיר).<sup>37</sup>

## ד.2. "המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין"

סעיף 24(א)(2) לתזכיר החוק מונה גם "המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין" בין הפעולות הטעונות אישור בית משפט. המחאה זכויות נועדה, בדרך כלל, למטרות פיננסיות,<sup>38</sup> אלא שבמציאות הישראלית, שבה מתעכב כמשך שנים רבות רישומן של מאות אלפי דירות במרשם המקרקעין,<sup>39</sup> התפתחה פרקטיקה של המחאה

הערה 7, בע' 1041. בתזכיר חוק דיני ממונות החלופה של "שכירת נכס" אינה נכללת במפורש בסעיף 22 (מחליפו של סעיף 6א לחוק הכשרות) ולכן הסעיף יחול רק אם מדובר בשכירת נכס באשראי. כיום כאשר קטין משכיר בשכירות חופשית דירת מגורים, גם לתקופה קצרה, ייתכן שהעיסקה טעונה אישור בית המשפט מכוח סעיפים 20(1) ו-47(1) לחוק הכשרות. למיטב ידיעתי, בפרקטיקה לא נהוג להביא עסקאות כאלה לאישור בית המשפט ובהיעדר חובת רישום, קיים גם קושי לקיים פיקוח מנהלי על קיום החובה. מכל מקום, ספק אם ישנה הצדקה עניינית לדרוש אישור בית משפט בנוגע להשכרה לא מוגנת קצרה, גם כאשר מדובר בדירת מגורים. ראו גם שם, בע' 1046.

36 השוו שם, בע' 1045. גם בשיטות משפט אחרות פעולה של שכירות מקרקעין הנעשית בידי קטינים אינה זוכה להגנת יתר. עיסקה כזו, הגם שנעשתה בידי הקטין עצמו, היא תקפה כל עוד לא בוטלה (voidable) ראו, לדוגמה: 47 T.L.R. 424 (1931) *Davies v. Beynon-Harris*. ראו גם: 592 at p. 23, *supra* note 23, Chitty, וכן ראו: 228 at p. 23, *supra* note 23, Treitel. כך גם במשפט האמריקני: 216, 220 at pp. 23, *supra* note 23, Beatson.

37 וראו ביתר הרחבה הדיון בפסקה ד.4. להלן.

38 ראו שלום לרנר המחאה חיובים (תשס"ב) 57-60, 67.

39 אף שמרבית המקרקעין בישראל עברו הליכי הסדר והם רשומים בפנקסי המקרקעין, עדיין קיימת בעיה חמורה בנושא רישומן של דירות. עיקר הבעיה היא במקרקעין רשומים הכוללים חלקות גדולות בשטחן, שטרם עברו הליכי איחוד וחלוקה, דבר המונע את רישום הבתים המשותפים ואת רישום הדירות כיחידות רישום נפרדות במרשם המקרקעין. קשה לדעת במדויק מהו מספר הדירות שאינן רשומות אולם מדובר במאות אלפי דירות. ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בע"א 4/84 שטאל נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ, פ"ד (מג) 265, 272 (1986) על כך שבישראל ישנן "מאות אלפי דירות הרשומות רק במוסדות המשכנים". ראו גם ויסמן, לעיל הערה 31, בע' 320-321. בחודש אפריל 1998 הונח על שולחן הממשלה דו"ח של ועדה בינמשרדית, אשר העריך כי קיימות כ-800,000 דירות שאינן רשומות. במהלך השנים אמנם חלה התקדמות מסוימת ברישום, אולם בשנת 2005 עדיין העריך משרד השיכון כי ישנן כ-500,000 דירות שאינן רשומות ולפיכך הבעיה עדיין רחוקה מלבוא על פתרונה. ראו: <http://www.nrg.co.il/online/16/ART/866/194.html> (נבדק ב-7.10.07).

זכויות במקרקעין.<sup>40</sup> בהיעדר אפשרות לרישום, המוכר עדיין אינו בעל זכות הקניין במקרקעין, אלא רק בעל זכות חוזית לקבל בעתיד זכות במקרקעין,<sup>41</sup> והוא מקנה (או מתחייב להקנות) לקונה את זכותו החוזית. הוא ממחה (או מתחייב להמחות) לקונה את אותה הזכות שיש לו כלפי מי שהתחייב לרשום על שמו (של המוכר) את זכות הקניין במקרקעין וטרם עשה כן. מבחינה משפטית נושא העיסקה אינו זכות במקרקעין אלא זכות חוזית גרידא ועל המחאה כזו לא חל חוק המקרקעין אלא חוק המחאת חיובים, תשכ"ט–1969.<sup>42</sup> נובע מכאן שעסקת המחאה כזו איננה טעונה רישום מכוח חוק המקרקעין משום שחוק זה אינו חל עליה, והיא אף אינה טעונה רישום מכוח חוק המחאת חיובים, שכן החוק אינו מתנה את תוקפה של המחאה ברישום. נקודה זו מחייבת הבהרה מסוימת. חוק המחאת חיובים מקל מאוד על עריכת עסקאות בזכויות. הוא אינו כולל דרישות פורמליות, כגון כתב או רישום, כתנאי לתוקף העיסקה.<sup>43</sup> קלות

40 לרנר, לעיל הערה 38, בע' 208–225; דויטש (כרך ד, תשס"ז), לעיל הערה 31, בע' 361 ואילך. בנושא זה ראו גם שלום לרנר "המחאת זכות במקרקעין – בין חיוב לקניין" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 433; גילי כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה (תשמ"ג) 215.

41 כידוע, לפי סעיף 7(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 עיסקה במקרקעין טעונה רישום והיא נגמרת ברישום. לפי סעיף 7(ב) לחוק, כל עוד לא נרשמה העיסקה בפנקסי המקרקעין, אין לראותה אלא כהתחייבות לעשות עיסקה. משום כך, עד למועד הרישום רוכש הזכויות אינו בעל זכות קניין במקרקעין אלא רק בעל זכות חוזית לקבל בעתיד את זכות הקניין. ראו גם ויסמן, לעיל הערה 31, בע' 292 ואילך.

42 השאלה אם במקרה נתון מדובר בהמחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין, או בהתחייבות להמחות זכות כזו או אולי מדובר בהתחייבות רגילה לעשות עיסקה במקרקעין (חרף העובדה שהמתחייב עדיין אינו הבעלים הרשום) היא, בעיקרה, שאלה פרשנית. כמו בכל פרשנות של חוזה, יש לבחון את החוזה עצמו, ואת מכלול הנסיבות הקשורות בו, כדי לברר מה היה אומד דעתם של הצדדים. אם כוונת הצדדים הייתה להתחייבות של המוכר להקנות בעתיד את זכות הקניין במקרקעין לקונה (חרף העובדה שבעת הכריתה המוכר עצמו עדיין לא היה בעל זכות הקניין) כי אז מדובר בהתחייבות רגילה לעשות עיסקה במקרקעין. אם, לעומת זאת, כוונתם של הצדדים הייתה שהמוכר יעביר לקונה את זכותו החוזית לקבל בעתיד את זכות הקניין מאת חייבו של המוכר, בעוד המוכר עצמו "יצא מהתמונה" עם מסירת הנכס לקונה, כי אז מדובר בעסקת המחאה (או, לעתים, התחייבות להמחות). ראו בעניין זה לרנר, לעיל הערה 38, בע' 208 ואילך. לרנר מצביע על כך (שם, בע' 212) שביחס לעיסקה הטיפוסית של העברת זכויות כלפי מינהל מקרקעי ישראל בנכסים לא רשומים, נוטה בית המשפט להניח כי כוונת הצדדים הייתה דווקא לעסקת המחאה. בעיסקה כזו בדרך כלל המוכר אינו מסוגל להתחייב בנוגע למועד שבו צפוי להתבצע הרישום בספרי המקרקעין על שם הקונה. יתר על כן, במקרה הטיפוסי המוכר אף מקבל את מלוא התמורה עם "העברת" הזכויות בספרי מינהל מקרקעי ישראל (ולא במרשם המקרקעין הרשמי) ועם מסירת החזקה בנכס לקונה. נתונים אלה עשויים להעיד על כוונה לעסקת המחאה דווקא. ראו גם ע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218, 227–228 (1999), שם מסביר בית המשפט עמדה פרשנית זו בנימוק ש"קשה להניח כי הצדדים להסכם מכר התכוונו לנסח התקשרות חוזית שלא ידוע מתי ניתן לבצעה. גם הפעולות שביצעו – תשלום מלוא התמורה ומסירת החזקה בנכס – מעידות על כוונתם להשלים את ההתקשרות החוזית ביניהם בהווה, עם כריתת הסכם המכר או בסמוך לאחר מכן ולא במועד בלתי ידוע בעתיד".

43 לרנר, שם, בע' 163 ואילך.

ההמחאה על פי החוק עוררה חשש מפני העברות סמויות והתעורר הצורך להגן על נושיו של ממחה חדל פירעון מפני ניסיונות להעברות סמויות של זכויות. משום כך, בד בבד עם חקיקתו של חוק המחאת חיובים חוקקה הוראה המתנה את תוקפה של המחאה כלפי נאמן בפשיטת רגל או כלפי מפרק של המחאה ברישום המחאה.<sup>44</sup> עם זה, בעוד סעיף קטן (א) לחוק המתקן קובע לכאורה חובת רישום כללית של המחאות,<sup>45</sup> הרי למעשה סעיף קטן (ב) לאותה הוראה פוטר את מרבית ההמחאות מרישום והן תהיינה תקפות אפוא, כלפי הנאמן או המפרק, גם בהיעדר רישום.<sup>46</sup> יתר על כן, חובת הרישום (שהיא, כאמור, מוגבלת מאוד בהיקפה) איננה מסוג חובות הרישום הקונסטטיטויביות המהוות תנאי לתוקף הפעולה עצמה, אלא היא מהווה רק תנאי לתוקף הפעולה כלפי צד שלישי (נאמן או מפרק). אין כאן אפוא "פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק",<sup>47</sup> כאמור בחוק הכשרות. משום כך, המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין הנעשית על ידי קטין, או על ידי נציגו של הקטין, אינה טעונה כיום אישור של בית המשפט.

תוצאה כזו אינה מוצדקת ואינה רצויה. מבחינה מעשית הציבור הרחב אינו מבחין בדקות ההבדל המשפטי שבין עיסקה במקרקעין לבין המחאה של זכות שתוכנה

44 חוק לתיקון פשיטת רגל ופירוק חברות (המחאת חיובים), תשכ"ט-1969. התיקון מצוי כיום בסעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ם-1980 והוא חל על פירוק חברות מכוח סעיף 356 לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983. כאשר המחאה היא חברה, הרישום מתבצע אצל רשם החברות, ואילו כאשר מדובר בממחה שהוא יחיד, הרישום מתבצע אצל רשם המשכונות. ראו תקנות פשיטת הרגל (סדרי רישום של המחאת זכות), תש"ל-1970. ראו גם תקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשכ"ז-1967, תקנה 3(א). אף שהתקנות הללו בוטלו על ידי סעיף 20 לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), תשנ"ד-1994, הרי תקנה 22(א) (3) לתקנות הללו קובעת כי התקנות הישנות ימשיכו לחול על רישום הודעה על המחאת זכות לפי תקנות פשיטת הרגל.

45 הסעיף קובע: "המחה אדם לאחר זכויות קיימות או עתידות לבוא והוכרו לאחר מכן פושט רגל, לא תהיה להמחאה תוקף כלפי הנאמן לעניין הזכויות שלא נפרעו לפני תחילת פשיטת הרגל, אלא אם נרשמה ההמחאה בזמן ובדרך שנקבעו בתקנות".

46 סעיף קטן (ב) קובע: "האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על המחאת זכויות כלפי חייבים שפורטו בהמחאה ושזמן פירעונן חל בשעת ההמחאה או לפנייה, או זכויות קיימות או עתידות לבוא לפי חוזים שפורטו בהמחאה, או המחאת זכויות הכלולה בהעברת עסק בתום לב ובתמורה". לכך שסעיף קטן זה פוטר, למעשה, את מרבית ההמחאות מחובת הרישום ראו לרנר, לעיל הערה 38, בע' 164.

47 כאשר הרישום נדרש רק לשם מתן תוקף לפעולה כלפי צדדים שלישיים (כמו במשכון וכמו במקרי המחאה שחלה עליהם חובת הרישום מכוח סעיף 97 לפקודת פשיטת הרגל, בהם אני דן כאן) ניתן להניח כי הסיבה העיקרית לדרישת הרישום איננה נובעת דווקא מהחשיבות הכלכלית המיוחדת של העיסקה, אלא יותר מהרציונל של הגנה על אינטרסים של צדדים שלישיים. משום כך הגישה המקובלת היא שאין הצדקה לכלול דרישת רישום כזו בחוק הכשרות ואין הצדקה לחייב אישור של בית משפט כתנאי לתוקף הפעולה. על כן פעולה כזו יכול הנציג לבצע עבור הקטין בלא צורך באישור בית המשפט וכך גם הקטין עצמו יכול לעשות פעולה כזו (בכפוף לכוח הביטול של הנציג לפי סעיף 5 לחוק אם העיסקה נעשתה שלא בהסכמתו של הנציג או, במקרה שהעיסקה היא של רכישת נכס או קבלת שירות באשראי, בכפוף להסכמת הנציג). לעמדה זו ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 118-119; וכן, בהרחבה, פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בפסקה 18.43.

הוא הזכות לקבל זכות במקרקעין. ההבדלים המשפטיים שבין שני סוגי העסקאות הללו<sup>48</sup> אינם באים לידי ביטוי ממשי בשוק המקרקעין. מחיר העסקה אינו מושפע, בדרך כלל, מהסיווג המשפטי השונה והלכה למעשה הציבור תופס את העסקאות הללו כדומות ומייחס להן אותה מידה של חשיבות כלכלית. נובע מכך שההצדקה שביסוד הצורך באישורה של עסקת מקרקעין על ידי בית המשפט – משמע חשיבותה הכלכלית המיוחדת של העסקה – תקפה, באותה מידה, גם בנוגע לעסקת המחאה (או התחייבות להמחות) של זכות לקבל זכות במקרקעין. ספק רב אם ניתן היה להגיע לתוצאה כזו, של הכפפת המחאה לאישור בית המשפט, בדרך של חידוש פסיקתי, ועל כן השינוי המוצע בסעיף 24(א) לתזכיר, לפיו הצורך באישור בית המשפט יחול גם על פעולה משפטית שהיא "המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין" הוא שינוי מוצדק ורצוי.<sup>49</sup>

### ד.3. "השכרה שחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב–1972 חל עליה"

לפי סעיף 24(א) לתזכיר, יש צורך באישור בית המשפט גם בנוגע לפעולה משפטית שהיא "השכרה שחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב–1972 חל עליה". אין בהוראה זו חידוש מהותי. גם על פי הדין הקיים, סעיף 47(2) לחוק הכשרות מחייב קבלת אישור של בית המשפט לפעולה משפטית של "השכרה שחוקי הגנת הדייר חלים עליה", אלא שכיום אין הוראה מקבילה לזו בסעיף 20 לחוק הכשרות. התוצאה

<sup>48</sup> קיימים הבדלי דינים משמעותיים בין עסקה במקרקעין לבין המחאה, הבאים לידי ביטוי, בין היתר, בסוגי הסיכונים ובהיקפם. בנושא זה ראו לרנר לעיל הערה 38, בע' 208–225. דוגמה אחת להבדלים בסיכון היא היעדרה של תקנת שוק בהמחאת זכויות. ראו בהקשר זה את דבריו של פרופסור לרנר (שם, בע' 214) בנוגע לע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204 (1981). דוגמה אחרת נוגעת לכללי העסקאות הנוגדות. על תחרות בין שתי התחייבויות נוגדות לעשיית עסקה במקרקעין חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, ואילו על תחרות בין שתי התחייבויות נוגדות להמחות חל סעיף 12 (באמצעות סעיף 13) לחוק המיטלטלין. בשני ההסדרים בעל הזכות השנייה בזמן גובר אם נתן תמורה, אם היה תם לב בעת כריתת החוזה ואם השלים את העברת הקניין בעודו תם לב. אולם השלמת העברת הקניין במקרקעין מחייבת רישום ולפיכך עשויה להימשך פרק זמן ניכר, ואילו מועד השלמת העברת הקניין בזכויות תלוי ברצון הצדדים ובאופן עקרוני יכול להיות מידי או קצר מאוד. משום כך בתחרות שבין שתי התחייבויות נוגדות להמחות, פרק הזמן שבו על בעל ההתחייבות השנייה בזמן להיות תם לב לצורך זכייה בעדיפות עשוי להיות קצר בהרבה. הבדל נוסף בדינים נוגע לדרישת הכתב המהותית החלה כיום רק על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אך לא על המחאה או התחייבות להמחות.

<sup>49</sup> הרחבה דומה נעשתה, בתזכיר חוק דיני ממונות, גם בנוגע לדרישת הכתב המהותית במקרקעין. דרישה זו, הקבועה כיום בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, אינה חלה על חוזים להמחאה (או התחייבות להמחות) של זכות לקבלת זכות במקרקעין. אף כאן, הטעם העיקרי המצדיק את דרישת הכתב המהותית נובע מחשיבותה הכלכלית המיוחדת של עסקה במקרקעין. רציונל זה אמור לחול, באותה מידה, על חוזים להמחאת זכות שתוכנה הוא הזכות לקבל זכות במקרקעין. בסעיף 598 לתזכיר אכן מוצעת הרחבה כזו. לדיון מפורט ראו משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית" קריית המשפט ו (תשס"ו) 231.

הנובעת מכך היא שעל פי הדין הקיים, כאשר נציגו של הקטין הוא אפוטרופוס על פי מינוי, כריתתו של חוזה לשכירות מוגנת טעונה אישור בית המשפט (בין שהיא נעשית על ידי האפוטרופוס ובין שהיא נעשית בידי הקטין),<sup>50</sup> ואילו כאשר הנציג הוא הורה, אין צורך באישור כזה (בין שהפעולה נעשית על ידי ההורה עבור הקטין ובין שהפעולה נעשית בידי הקטין עצמו) ויחולו כללי הכשרות הרגילים. לא ניתן להצביע על טעם ענייני להבדלים הללו.<sup>51</sup> סעיף 24(א) (4) המוצע אכן יוצר את האחידות המתבקשת ומבטל את ההבחנה המיותרת שבין שני המצבים.

ניתן להקשות, אם יש בכלל צורך לכלול בסעיף 24 המוצע חלופה ספציפית זו של שכירות מוגנת. ניתן לטעון כי לכאורה נובע מהפסיקה שגם שכירות מוגנת, כמו שכירות חוזית רגילה, היא בעלת מאפיינים קנייניים ועל כן היא בגדר "זכות במקרקעין" ומשום כך הקנייתה נכללת ממילא בהגדרת "עיסקה במקרקעין" לפי סעיף 24(א)(1).<sup>52</sup> אמנם זו עיסקה שאינה טעונה רישום<sup>53</sup> ולכן בחוק הכשרות הקיים, המחייב קבלת אישור בית משפט רק בנוגע לפעולות הטעונות רישום, יש צורך לציין במפורש, אולם לפי הנוסח המוצע בתזכיר, ממילא כל "עיסקה במקרקעין" טעונה אישור בית משפט, אף אם היא אינה טעונה רישום.<sup>54</sup>

אולם סוגיית מעמדה הקנייני של שכירות מוגנת היא סוגיה שנויה במחלוקת. אף שחלק מפסקי הדין הכירו, כאמור, בכך שהזכות היא קניינית, הרי נובע מהפסיקה כי הכרה זו היא פונקציונלית. שכירות מוגנת אינה בעלת אותם מאפיינים קנייניים מובהקים כמו שכירות המקרקעין החוזית שחוק המקרקעין חל עליה. משום כך היא עשויה להיחשב לזכות קניינית לעניין מסוים, אך לא בהכרח לעניין אחר.<sup>55</sup> גם בספרות המשפטית הדעה בנושא זה אינה אחידה.<sup>56</sup> על רקע העמדות השונות וחוסר הבהירות,

50 מכוח סעיף 7 לחוק הכשרות.

51 לעניין זה ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 56–57 פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1053.  
52 הקביעה כי דיירות על פי חוק היא בעלת מאפיינים של זכות קניינית נקבעה בפסיקה בהקשרים שונים: לעניין זכאות לפיצויים במקרה של הפקעה לצורכי ציבור (ע"א 272/59 מרכז וולובסקי בע"מ נ' מרכז החרש והאומן בע"מ, פ"ד יד 2101, 2117; ע"א 97/91 הועדה המקומית נ' נוסייבה, פ"ד מו(5) 765 (1996)), לעניין פיצויים בשל נזק שנגרם על ידי תוכנית לפי חוק התכנון והבנייה (ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה ראשון לציון, פ"ד מד(3) 527, 522 (1990)) וכן לעניין חוק ההתיישנות (ע"א 847/75 פרידקו בע"מ נ' וילוז'ני, פ"ד ל(3) 740, 746–747 (1976)); ע"א 3505/96 שרעבי נ' קפרא, פ"ד נב(2) 419, 425 (1998)).

53 ראו ויסמן, לעיל הערה 34, בע' 293–294.

54 וראו בעניין זה הדיון בפסקה ד.1. לעיל.

55 כך, למשל, נקבע כי דיירות על פי חוק אינה "זכות במקרקעין" לצורך תחולתה של דרישת הכתב מכוח סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969: ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט, פ"ד לו(1) 634, 640 (1982).

56 פרופ' ויסמן סבור כי "תכונות הדיירות לפי חוק מצדיקות את סיווגה כזכות קניין", ויסמן, לעיל הערה 34, בע' 457. לעומת זאת, פרופ' מיגל דויטש סבור כי הקניית זכות לדיירות מוגנת אינה בגדר "עיסקה במקרקעין" וזאת בשל העובדה שזוהי זכות שאינה טעונה רישום, דויטש כרך א, לעיל הערה 31, בע' 38 בהערה 78 והטקסט שלידה.

ייתכן שהוספת החלופה שבסעיף 24(א)(4), המבהירה במפורש כי שכירות-על-פי-חוק הינה פעולה משפטית הטעונה אישור בית המשפט כאשר היא נעשית על ידי קטין או בעבורו, בכל זאת אינה מיותרת והיא נועדה להסיר כל ספק בעניין זה.

#### ד.4. "פעולה משפטית ששווייה עולה על 50,000 שקלים חדשים"

סעיף 24(א)(5) לתזכיר קובע כי יש צורך באישור בית המשפט בנוגע לכל פעולה משפטית ששווייה עולה על 50,000 שקלים חדשים. לדעתי הוראה חדשה זו, שאינה קיימת כיום בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, היא החידוש החשוב ביותר שבסעיף 24 לתזכיר ולמעשה היא מייתרת לחלוטין את החלופות האחרות שדנתי בהן עד כאן.

כפי שכבר הובהר קודם לכן, הטעם המרכזי שביסוד הדרישה שנקבעה בחוק לקבל את אישור בית המשפט לעסקאות של קטינים במקרקעין נעוץ בערך הכלכלי הגבוה במיוחד של עסקאות כאלה.<sup>57</sup> בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות יש צורך בקבלת אישור בית משפט לכל פעולה "שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק", משום שהמחוקק הניח כי דרישת הרישום מעידה על חשיבותה הכלכלית המיוחדת של הפעולה.<sup>58</sup> השאלה היא מדוע לבטא את הערך הכלכלי בדרך עקיפה, כלומר על בסיס ההנחה שדרישת רישום מבטאת ערך כלכלי גבוה. אם שווי כלכלי הוא הרציונל העיקרי לדרישת האישור של בית המשפט, הגיוני יותר לקבוע קריטריון ישיר של שווי. השימוש בדרך עקיפה כדי לבטא שווי גבוה עלול להביא לעתים לידי תוצאות לא רצויות: מחד גיסא, לעתים דרישת הרישום נובעת מטעמים אחרים, ולא דווקא מהטעם של שווי גבוה, כגון דרישות רישום הנובעות מהרציונל של הגנה על אינטרסים של צדדים שלישיים.<sup>59</sup> במקרה כזה, אם מדובר בעיסקה בשווי נמוך, דרישת הרישום תחייב, על פי הדין הקיים, את קבלת אישורו של בית המשפט אף על פי שאין לכך כל הצדקה עניינית. מאידך גיסא, שימוש בדרך עקיפה כזו עלול להביא לידי "החמצה" של עסקאות בעלות ערך כלכלי גבוה מאוד שאינן טעונות רישום על פי דין ועל כן לא יחייבו קבלת אישור בית המשפט.<sup>60</sup> בתזכיר חוק דיני ממונות נזנחה אפוא השיטה העקיפה של הפניה לפעולה משפטית שתוקפה תלוי ברישום. במקום זאת פורטו באופן קונקרטי הפעולות המשפטיות המחייבות קבלת אישור בית המשפט, ובהקשר

57 פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1043; עניין חיים, לעיל הערה 23, בע' 723-724. לכך שהחשיבות הכלכלית של עסקאות מקרקעין היא הסיבה לדרישת האישור של בית המשפט ראו גם דויטש, לעיל הערה 3, בע' 206.

58 אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 116.

59 שם, שם.

60 למשל, מכירה של נכס נד ששווי גבוה מאוד. גם מכר של מניות, אף ששוויין עשוי להיות רב, אינו מחייב אישור של בית משפט שכן הרישום במקרה כזה אינו בעל אופי קונסטיטטיבי.



הספציפי שבו אני עוסק במאמר זה פורטו "עיסקה במקרקעין", "המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין" וכן "השכרה שחוק הגנת הדייר... חל עליה". אולם אם הרציונל העיקרי להכפפת כל הפעולות המשפטיות הללו לקבלת אישור בית המשפט הוא ההנחה שעסקאות במקרקעין מבטאות ערך כלכלי גבוה ולכן מחייבות הגנה מיוחדת, נותרת השאלה על כנה: מדוע לבטא רציונל זה בעקיפין (כלומר באמצעות ההנחה שעסקאות במקרקעין, לסוגיהן השונים, מבטאות ערך כלכלי גבוה) ולא במישרין (היינו באמצעות קביעת קריטריון ישיר של שווי)? תמיהה זו מתחזקת כמובן לנוכח העובדה שאכן סעיף 24(א)(5) קובע, כאמור, גם קריטריון ישיר של שווי. הסעיף מחייב קבלת אישור בית המשפט לכל פעולה משפטית ששווייה עולה על 50,000 שקלים חדשים. זהו אכן קריטריון נכון וראוי, שכן הוא מתייחס במישרין, בלא מנגנוני "תיווך" עקיפים, לרציונל המרכזי שביסוד הדרישה לקבל את אישור בית המשפט.<sup>61</sup> השאלה היא אם סעיף קטן זה אינו מייתר, למעשה, את הסעיפים האחרים הנוגעים לעסקאות שונות במקרקעין, שהרי אם העיסקה במקרקעין (או עסקת המחאה או העיסקה הנוגעת לשכירות המוגנת) מבטאת שווי כלכלי העולה על 50,000 ש"ח (ויש להניח כי כך יהיה ברוב המקרים), היא ממילא מוסדרת בסעיף 24(א)(5). אם, לעומת זאת, מדובר בעיסקה במקרקעין המבטאת ערך כלכלי נמוך יותר מסכום זה, ספק רב אם יש בכלל הצדקה לקבוע בנוגע אליה את מנגנון ההגנה ה"כבד" של אישור בית המשפט. השאלה היא אם קיים טעם ענייני אחר, מלבד ההנחה שעסקת מקרקעין מבטאת ערך כלכלי גבוה, המצדיק הגנה מיוחדת על קטינים בעסקאות מקרקעין? מקובל להניח כי עיסקה במקרקעין היא עיסקה מיוחדת לא רק בשל ערכה הגבוהה אלא גם מסיבות נוספות. בעבר, נכס מקרקעין של אדם היווה את מרכז חייו והיה בעל משמעויות חברתיות ופסיכולוגיות החורגות מעבר לערך הכלכלי גרידא.<sup>62</sup> דומה שעוצמתו של הטיעון הנוגע לקשר הרגשי המיוחד שבין

61 שאלה דומה מתעוררת בנוגע לדרישת הכתב המהותית בחוזה מקרקעין. הרציונל המרכזי לדרישה זו, כפי שנקבע בפסיקה, נובע בעיקר מהערך הכלכלי הגבוה המיוחס לעיסקה כזו. גם בעניין זה היה ניתן לקבוע בחקיקה דרישת כתב מהותית לא על פי אפיונו של הנכס נושא העיסקה, אלא במישרין על פי הערך הכספי של החוזה. דוגמה לכך ראו, למשל, בסעיף 2-201(1) U.C.C., הקובע דרישת כתב בנוגע לכל עסקת מכר ששווייה יותר מ-\$500. בטיוט הצעה לשינוי ה-U.C.C. משנת 1997 הוצע להגדיל את שיעור הסכום המחייב עריכתו של חוזה בכתב ל-\$10,000 ועל פי המסתמן בסופו של דבר, הסכום יוגדל, ככל הנראה, ל-\$5,000. ראו ביתר פירוט: John D. Calamari & Joseph M. Perillo *The Law of Contract* (5<sup>th</sup> ed., St. Paul, 2003) 763 וראו גם גלברד, לעיל הערה 49, בע' 240.

62 ההכרה בייחודיות של נכסי מקרקעין ובהיבט הפסיכולוגי הקושר בין אדם למקרקעיו אף באה לידי ביטוי בהוראות חוק שונות. ראו בעניין זה ויסמן, לעיל הערה 31, בע' 115-116. כך, למשל, כאשר נפרעים מנכסיו של אדם בגין חובות מסים שהוא חב, יש להיפרע תחילה מתוך מיטלטלי החייב ורק לאחר מיצוי אפשרות זו ניתן להיפרע מן המקרקעין שלו: סעיף 8 לפקודת המיסים (גבייה). בפסיקה גישה זו באה לידי ביטוי בעיקר כאשר מדובר בדירת מגורים. ראו, למשל, דברי השופט שמגר בע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 624-625 (1979): "בשל שיקולים ציבוריים... אין לדעתי לראות בחוזה מכר של דירה, הסכם להספקתו של מצרך מן השורה... במה דברים אמורים: הבעלות על מקום מגורים וההתקשרות החוזית בקשר אליו

אדם לבין מקרקעיו נחלשה בעידן המודרני.<sup>63</sup> כיום הטעם העיקרי המצדיק רמת הגנה גבוהה על קטינים ופסולי דין בעסקות מקרקעין הוא ההנחה בדבר שווי כספי גבוה של העיסקה. ייתכן שכאשר מדובר בדירת מגוריו של קטין או פסול דין, השיקול של הבטחת קורת גג מעל לראשו עשוי להיות שיקול החורג מהשווי הכספי גרידא. עם זה, באופן מעשי, קשה להעלות על הדעת מצב של דירת מגורים ששווייה נמוך מ-50,000 ש"ח. לכן דומני שסעיף 24(א)(5) אכן מיתר את החלופות המנויות בסעיפים 24(א)(1), (2), (4) וניתן היה להסתפק בו לבדו.

## ה. אישור בית המשפט

### 1. הצורך באישור בית המשפט בשלב האובליגטורי

כאמור לעיל, סעיפים 20(2) ו-47(3) לחוק הכשרות מחייבים את קבלת אישור בית המשפט בנוגע ל"פעולות שתקפן תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק". נוסח זה של החוק עורר בעבר את השאלה, אם הצורך באישור בית המשפט בנוגע לעסקאות של קטינים משתרע גם על השלב האובליגטורי של עסקת המקרקעין. מהאמור בסעיף 7(א) לחוק המקרקעין נובע כי הפעולה המשפטית שתוקפה תלוי ברישום בפנקס היא "עיסקה במקרקעין". מונח זה מציין, כידוע, את השלב הקנייני,<sup>64</sup> ואילו לציון השלב החוזי משתמש חוק המקרקעין במונח "התחייבות לעשות עיסקה במקרקעין".<sup>65</sup> בעוד השלב הקנייני (העיסקה) טעון רישום כתנאי לתוקפו,<sup>66</sup> הרי תוקפו של השלב האובליגטורי אינו

הפכה אצלנו לנושא חברתי וכלכלי ראשון במעלה, החורג בהשפעתו ובמשמעותו מתחום יחסי המסחר כפשוטם...".

<sup>63</sup> היחלשות זו באה לידי ביטוי גם בחקיקה. כך למשל, בעבר נקבע בחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 כי כאשר מעקלים מיטלטלין של חייב לשם מכירתם, יש להמתין שבעה ימים מעת הטלת העיקול ועד למכירה (סעיף 27 לחוק בנוסחו הקודם) ואילו במקרקעין תקופת ההמתנה הייתה בת שלושים ימים (סעיף 36 לחוק). תקופת ההמתנה הארוכה יותר בנוגע למקרקעין, אשר נועדה לתת לבעל המקרקעין הזדמנות מיוחדת למניעת מכירתם הכפויה, שיקפה את ההנחה בדבר הזיקה המיוחדת שיש לאדם כלפי מקרקעיו. אולם סעיף 27 לחוק ההוצאה לפועל תוקן באופן שתקופת ההמתנה הן לעניין מקרקעין והן לעניין מיטלטלין השוותה. ההנחה בדבר קיומה של זיקה מיוחדת בין אדם למקרקעין שבבעלותו באה לידי ביטוי גם בהוראות פירוק השיתוף, המקנות עדיפות לפירוק שיתוף בנכס מקרקעין דווקא בדרך חלוקה בעין על פני חלוקה באמצעות מכירה (סעיף 39(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969) בעוד אין חובה להעדיף חלוקה בעין דווקא בנוגע למיטלטלין (סעיף 10(ב) לחוק המטלטלין, תשל"א-1971). אלא שגם הבחנה זו שבין מקרקעין למיטלטלין עתידה להתבטל בחוק דיני ממונות (ראו פרק פירוק השיתוף, סעיפים 525-532 לתזכיר חוק דיני ממונות).

<sup>64</sup> ראו הגדרת עיסקה במקרקעין בסעיף 6 לחוק המקרקעין: "עיסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין...".

<sup>65</sup> שם, בסעיף 7(ב).

<sup>66</sup> שם, בסעיף 7(א).

מותנה ברישום אלא אך בקיומו של מסמך בכתב.<sup>67</sup> על יסוד הבחנה זו הובעה בעבר הדעה כי יש להבחין בין הפעולה המשפטית של כריתת החוזה (התחייבות לעשות עסקה במקרקעין) לבין הפעולה המשפטית של ביצועו (היינו השלב של הקניית הזכות). לפי עמדה זו, סעיפים 20(2) ו-47(3) לחוק הכשרות אינם חלים על השלב האובליגטורי של עסקת המקרקעין, והחוזה עצמו תקף אפוא אף בלא אישור בית המשפט.<sup>68</sup> עמדה זו אכן מתיישבת, לכאורה, עם לשונו של חוק המקרקעין, אולם ההלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון היא שאישור בית המשפט דרוש גם בשלב החוזי. הטעם העיקרי לכך הוא, שהפרדה בין השלב החוזי לבין השלב הקנייני אינה מגשימה את מטרת החוק. החוק נועד לאפשר פיקוח יעיל על אותן פעולות משפטיות שלהן עשויה להיות השפעה מהותית על נכסיו של הקטין ולכן ראוי לפרש את היקף הפעולות הללו ואת היקף הפיקוח עליהן בדרך ההרחבה.<sup>69</sup> טעם נוסף התומך בפרשנות רחבה זו הוא, שהפרשנות ה"מפוצלת" עלולה להביא לידי תוצאות אבסורדיות, שכן אם החוזה עצמו מחייב, אך בית המשפט לא יאשר את שלב הרישום, לא יהיה ניתן, אמנם, לאכוף את החוזה, אך יהיה ניתן, לכאורה, לחייב את הקטין בפיצויים בגין הפרת החוזה. וכפי שכתב פרופ' אנגלרד, כדי להמחיש את האבסורד העלול להיווצר: "... ואם אין לקטין די כסף לתשלום הפיצויים, האם נשלים אז עם מכירה פומבית של הקרקע לשם תשלומם?"<sup>70</sup>

בפסיקה מאוחרת יותר הורחבה עמדה זו ונקבע כי במקרים מסוימים יש צורך באישור בית המשפט אף בנוגע לפעולות משפטיות המהוות שלב מוקדם יותר בשרשרת של פעולות משפטיות שבסופן נדרשת פעולה שתוקפה תלוי ברישום. כך, למשל, נקבע כי יש צורך באישור מוקדם של בית המשפט להגשת תביעה על ידי קטין בעניין זכויות במקרקעין שבהסדר וזאת מכיוון שיש לראות בפעולה זו חלק מהליך כולל שמטרתו להגיע לרישום זכויות בפנקס החדש.<sup>71</sup>

67 שם, בסעיף 8.

68 זו הייתה עמדתו, בדעת מיעוט, של השופט חיים כהן בד"נ 17/75 נחול נ' לוי, פ"ד (2) 113 (1976) (להלן: עניין נחול) וכן בעניין שרף, לעיל הערה 27.

69 עניין שרף, שם, בע' 193–194: "... הוראה כגון זו שבסעיף 20 אין לפרשה בצמצום יתר אלא בדרך הבאה לקיים מטרתה, והיא קיום פיקוח אפקטיבי בשורה של נושאים אשר להם עשויה או עלולה להיות השלכה משמעותית על נכסיו של הקטין; ולענין זה אין נפקא מינה אם המדובר בעסקה במקרקעין או בהתחייבות לעשות עסקה כאמור, והמלים שבסעיף 20(2) (פעולה שתקפה תלוי ברישום) אינן אלא בגדר תיאור כולל להתחייבויות לסוגיהן – על שלביהן הטבעיים – הנשלמות ברישום כאמור בסעיף זה".

70 ראו יצחק אנגלרד "סמכות האפוטרופוס לייצג את החסוי ואישור בית המשפט" משפטים ח (תשל"ח) 479, 481. עמדתו זו של פרופ' אנגלרד צוטטה בהסכמה בדעת הרוב בעניין שרף, שם, בע' 186, וכן בעניין חיים, לעיל הערה 23, בע' 724. ראו גם פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1047.

71 ע"א 39/81 עלי נ' סאוג'וג', פ"ד לח (4) 584 (1985). ראו גם ע"א 763/88 פילובסקי נ' בלס, פ"ד מה (4) 521 (1991) וכן ה"פ (ת"א) 1886/84 שוייצר נ' הוכאוזר, תק"מח (3) 3570, 3572 (1996).

תזכיר חוק דיני ממונות מעגן כעת הלכה פסוקה זו. סעיף 24(א)(7) לתזכיר קובע כי אישור בית המשפט נדרש גם לשם "התחייבות לביצוע פעולה מהפעולות המנויות בפסקאות (1) עד (6)". מכאן שהתחייבות חוזית לעשות עיסקה במקרקעין, התחייבות להמחאה עתידית של זכות במקרקעין וכן התחייבות חוזית להשכרה בעתיד שחל עליה חוק הגנת הדייר, כולן טעונות אישור בית המשפט כבר בשלב החוזי. כדי להסיר כל ספק, מובהר בסעיף 24 (ג) להצעה, כי אם ניתן אישור בית המשפט לשלב האובליגטורי (שלב ההתחייבות), אזי אין צורך באישור נוסף בשלב הביצוע של ההתחייבות (השלב הקנייני).

## ה.2. מעמדו של החוזה בטרם מתן האישור

מבחינה מעשית, אין בדרך כלל אפשרות לקבל את אישור בית המשפט טרם החתימה על החוזה. הפרקטיקה היא אפוא שתחילה נחתם החוזה ולאחר מכן מוגשת הבקשה לאישורו.<sup>72</sup> כידוע, הליך האישור אינו מידי והוא עשוי להימשך זמן מה. מציאות זו מעוררת את השאלה, מהו מעמדו המשפטי של החוזה, אשר תוקפו טעון אישור בית משפט, בשלב שלאחר חתימתו אך בטרם ניתן האישור. לא רצוי שבתקופת ביניים זו החוזה ייחשב לחסר ערך לחלוטין, באופן שצד יוכל לחזור בו ממנו בכל שלב, כל עוד לא ניתן אישור בית המשפט. אפשרות כזו עלולה להרתיע צדדים מפני יצירת "התקשרות" שהיא חסרת כל נפקות משפטית. היא אף מנוגדת לכוונת הצדדים, אשר למעשה גמרו בדעתם לכרות חוזה, בכפוף לקבלת אישור בית המשפט. התוצאה הרצויה היא שהחוזה שנחתם, אף אם תוקפו מותנה באישור בית המשפט, "יחזיק" את הצדדים קשורים וימנע נסיגה מהקשר החוזי למשך זמן סביר, כדי לאפשר לבית המשפט לבחון את החוזה ולאשרו. כאמור, תוצאה כזו גם מגשימה את כוונתם של הצדדים בעת הכריתה. בפסיקה הובעו עמדות שונות בנוגע למעמדו המשפטי של החוזה בטרם מתן האישור. פרידמן וכהן בספרם מתארים את שלוש הגישות הקיימות:<sup>73</sup> גישה אחת היא "גישת ההתחייבות התקפה". זוהי עמדת המיעוט של השופט חיים כהן, כפי שבאה לידי ביטוי בד"נ 17/75 נחול נ' לוי<sup>74</sup> ובע"א 112/79 שרף נ' אבער.<sup>75</sup> לפי גישה זו, החוזה עצמו

72 ראו דברי השופט חיים כהן בעניין שרף, לעיל הערה 27, בע' 183–184: "...וכך אמנם נוהגים אפוטרופסים ויועציהם הלכה למעשה, שתחילה חותמים על חוזה (או התחייבות) לעשות עיסקה במקרקעין מטעם הקטין, ולאחר חתימת החוזה גם בידי הצד שכנגד, פונים הם לבית המשפט לקבלת האישור הדרוש לביצוע העיסקה. מנהג ישראל הוא, ומנהג נכון וסביר...". סעיף 24(א) רישא לתזכיר חוק דיני ממונות אף משקף את ההכרה במציאות זו, כאשר הוא קובע כי האישור צריך להינתן מראש או בדיעבד.

73 פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1055–1058. ראו גם נילי כהן גרם הפרת חוזה (תשמ"ו) 47–48.

74 לעיל הערה 68.

75 לעיל הערה 27.

מחייב אף בטרם ניתן אישור בית המשפט, שכן הדרישה לאישור חלה רק בנוגע לשלב הקנייני, היינו בנוגע לרישום הפעולה בפנקסי המקרקעין. גישה זו אינה מקובלת, שכן כפי שכבר הוסבר, היא עלולה להביא לידי תוצאות בלתי סבירות.<sup>76</sup> הגישה השנייה היא "גישת הבטלות". גישה זו משקפת את עמדת הרוב בפסיקה בנוגע לפעולה הנעשית עבור הקטין בידי נציגו (בסעיפים 20 או 47 לחוק הכשרות) והיא משקפת גם את עמדתו של השופט שמגר בנוגע לפעולתו של הקטין עצמו.<sup>77</sup> זוהי גם הגישה המועדפת על ידי פרידמן וכהן בספרם.<sup>78</sup> לפי גישה זו, בין שהפעולה נעשית בידי הקטין עצמו ובין שהיא נעשית בידי נציגו, היא בטלה כל עוד לא ניתן אישור בית המשפט. הגישה השלישית היא "גישת התנאי המתלה". זוהי עמדתו של השופט ברק בעניין שרף בנוגע לפעולתו של הקטין עצמו על פי סעיף 7 לחוק הכשרות. לפי גישה זו, כאשר הקטין הוא שכורת את החוזה, נוצר חוזה על תנאי מתלה. התנאי – אישור בית המשפט – צריך להתקיים בתוך זמן סביר. אם יינתן האישור בתוך הזמן הסביר, ייכנס החוזה לתוקף מלא וייהפך לאופרטיבי. אם לא יינתן האישור בתוך הזמן הסביר, יבטל החוזה.<sup>79</sup> גישה זו מגשרת בין הצורך להכפיף את הפעולה כולה, לרבות השלב האובליגטורי שלה, לאישור בית המשפט, לבין הצורך "להחזיק" את הצדדים במסגרת החוזה ולא לאפשר להם לסגת ממנו בשלב הביניים, עד שהחוזה ייבחן על ידי בית המשפט. הקושי הוא, שעל פי הנוסח הקיים של חוק הכשרות, לא ניתן להפעיל את גישת התנאי המתלה בנוגע לפעולה הנעשית עבור הקטין על פי סעיפים 20 ו-47. על פי נוסחם, הסעיפים הללו שוללים לחלוטין את סמכות הייצוג של ההורים או האפוטרופוס בהיעדר אישור של בית המשפט, ולכן אין בכוחם ליצור אפילו חוזה על תנאי. יתר על כן, שני הסעיפים הללו קובעים במפורש כי אישור בית המשפט חייב להתקבל "מראש" דווקא, וגם משום כך הם אינם מתיישבים עם גישת התנאי המתלה.<sup>80</sup>

76 ראו לעיל הערה 70 וטקסט הנלווה.

77 עניין שרף, לעיל הערה 27, בע' 195.

78 פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1058. ראו גם דניאל פרידמן "הערה למשמעות המושג 'חוזה על תנאי' שבסעיף 27 לחוק החוזים" עיוני משפט ח (תשמ"ב) 578, 583.

79 ראו סעיפים 27–29 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. אם במהלך ההמתנה לאישור בית המשפט, עוד בטרם חלף הזמן הסביר, נהפך הקטין לבגיר (כפי שקרה בעניין שרף, לעיל הערה 27), מתחלף התנאי של אישור בית המשפט בתנאי של הסכמת הקטין (שנהפך בינתיים לבגיר). הוא רוכש, למעשה, את הסמכות שהייתה נתונה לבית המשפט ובידו להחליט, על פי שיקול דעתו, אם לאשר את החוזה. ראו דברי השופט ברק בעניין שרף, לעיל הערה 27, בע' 190. בסוגיה זו ראו גם פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1063–1064; אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 133–134.

80 למען האמת, גם נוסחו של סעיף 7 אינו מתיישב עם גישת התנאי המתלה, שכן הסעיף קובע כי לפעולה "אין תוקף" כל עוד לא ניתן אישור בית המשפט. הגישה המקובלת היא שחוזה על תנאי הוא חוזה תקף אך מושהה: גבריאלה שלו דיני חוזים: החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) 472–473; פרידמן, לעיל הערה 78, אך ראו לעומת זאת עמדתו של טדסקי, לפיה חוזה על תנאי אינו חוזה תקף והוא אך יוצר ציפייה מוגנת: ג' טדסקי "חוזה

הפסיקה לא הכריעה עד כה באופן ברור בין הגישות השונות.<sup>81</sup> סעיף 29 לתזכיר חוק דיני ממונות מאמץ את גישת התנאי המתלה. מאחר שהתזכיר קובע הסדר אחיד הן לעניין פעולת הקטין והן לעניין פעולת האפוטרופוס בשמו, הרי בין שהחווה נכרת בידי הקטין עצמו ובין בידי האפוטרופוס (הטבעי או הממונה), ייחשב החווה, בטרם מתן האישור, לחווה מותנה. לצורך כך גם נקבע בסעיף 24(א) כי הפעולות המשפטיות המנויות בסעיף טעונות אישור בית המשפט "מראש או בדיעבד".<sup>82</sup>

### ה.3. בקשת האישור – בידי מי?

חוק הכשרות אינו דן כיום בשאלה, מי רשאי להגיש לבית המשפט את הבקשה לאישור החווה. מובן כי המועמד הטבעי להגשת הבקשה הוא נציגו של הקטין, אולם מתעוררת השאלה, אם כאשר נציגו של הקטין נמנע מלהגיש את הבקשה, רשאי הצד האחר לחווה להגיש. מחד גיסא, זהו צד זר שאין לו מעמד בענייני כשרותו של הקטין. מאידך גיסא, זהו צד שיש לו אינטרס ממשי בתוצאת הבקשה לאישור החווה שהרי גם זכויותיו וחובותיו של תלויות בבקשה זו. סעיף 44 לחוק הכשרות, הן במתן הוראות על ידי בית המשפט לאפוטרופוס ממונה, קובע כי בקשה למתן הוראות עשויה להיות מוגשת לא רק על ידי האפוטרופוס, אלא אף על ידי "צד מעוניין". על פי אותו היגיון, ניתן לסבור כי ראוי לאפשר לצד האחר לחווה להגיש את הבקשה לאישורו, בהיותו "צד מעוניין".<sup>83</sup> סוגיה זו נידונה בפסיקה אך לא הוכרעה באופן ברור. בעבר הובעה דעה כי הצד האחר אינו רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת אישור.<sup>84</sup> לעומת זאת, בעניין שרף<sup>85</sup> הבהיר השופט ברק כי הצד האחר הוא צד מעוניין וכי יש לו אינטרס לגיטימי לדעת אם הוא קשור בעיסקה אם לאו, ולכן ייתכן שראוי לאפשר

שלבצועו דרושה הסכמת אדם שלישי ודמי תיווך" הפרקליט לב (תשל"ט) 296, 303; גד טדסקי "חיוכים מקבילים" הפרקליט לו (תשמ"ז) 293, 297; Gad Tedeschi "On The Efficacy of a Conditional Contract" 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 7, 11–12.

81 ראו ע"א 371/89 פורד (שכטר) נ' חיים שכטר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד (מו) 152, 149 (1991).

82 יוער כי בניגוד לכך, סעיף 24(ב), העוסק בפעולות משפטיות שיש בהן חשש לניגוד עניינים בין הקטין לבין האפוטרופוס, מחייב אישור מראש דווקא והסיבה לכך ברורה. אולם מאחר שסעיף 29, הקובע כי כל עוד לא ניתן האישור ייחשב החווה למותנה, חל גם בנוגע לסעיף 24(ב), עלול להתעורר כאן קושי, שכן ישנה לכאורה סתירה בין קביעת מעמדו של החווה כחווה על תנאי לבין הדרישה לקבלת אישור בית המשפט מראש דווקא. ייתכן שיש מקום לקבוע כי הוראת סעיף 29 לתזכיר תחול בנוגע לפעולות המנויות בסעיף 24(א) אך לא בנוגע לפעולות המנויות בסעיף 24(ב).

83 השוו תמ"ש (ירושלים) 26850/97 פלוני נ' פלונית, תק-מש 99(3) 123 (1999).

84 השופט חיים כהן בע"א 349/64 אילון נ' עמיר, פ"ד יח (4) 754, 756. אולם השופט כהן חזר בו מעמדה זו בעניין נחול, לעיל הערה 68, בע' 131.

85 עניין שרף, לעיל הערה 27.

גם לו לפנות בבקשת האישור. יתר על כן: "מה טעם יש למנוע מהצד השני פנייה ישירה לבית-המשפט, ותחת זאת לאלץ אותו לבקש צו עשה כנגד ההורים, שיתכבדו ויפנו לבית-המשפט בעצמם..."<sup>86</sup> למרות עמדתו זו, השופט ברק סבר כי העניין אינו נקי מספקות, וכי מאחר שבאותו מקרה המערערים לא עוררו טענה בעניין זה לפני בית המשפט, "אין זה עניין אשר בית-המשפט חייב לעוררו ביזמתו שלו". השאלה נותרה אפוא פתוחה.

כעת, בתזכיר חוק דיני ממונות, מוסדרת סוגיה זו במפורש. סעיף 26 לתזכיר קובע כי הבקשה לקבלת אישור בית המשפט יכולה להיות מוגשת על ידי הקטין עצמו, על ידי האפוטרופוס שלו, או על ידי "האדם שהפעולה המשפטית משנה את זכויותיו".<sup>87</sup> יודגש, כי אף שדברי ההסבר לנוסח המוצע נוגעים לצד שכנגד, הרי ההגדרה היא רחבה יותר ולכן נראה שהיא עשויה לאפשר, למשל, גם לחליפו של הצד האחר (כגון יורש או נמחה), או למוטב בחוזה לטובת אדם שלישי לפנות בבקשת אישור ואפשרות כזו היא, אכן, הגיונית ומוצדקת.

### ו. מתנות מקרקעין מהורים לילדיהם הקטינים

על פי סעיף 20(5) לחוק הכשרות, פעולה משפטית שבין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, אף היא מסוג הפעולות הטעונות אישור של בית המשפט כתנאי לתוקפן.<sup>88</sup> יוצאת מכלל זה פעולה שהיא קבלת מתנה על ידי הקטין מאת הוריו, או קרוביהם.<sup>89</sup> אולם מה דינה של מתנת מקרקעין מאת הורים לילדם הקטין? מחד גיסא, זוהי מתנה שמקבל הקטין מהוריו ולכן היא פטורה מהצורך באישור בית המשפט לפי הוראת

86 שם, בע' 187–188. לגישתו של השופט ברק (שם, בע' 187) הורי הקטין מתחייבים, למעשה, מכללא לפנות לבית המשפט בבקשת האישור ולכן ודאי שהצד האחר יכול לבקש צו עשה כנגד ההורים, המחייבם לפנות לבית המשפט. הנשיא שמגר, לעומת זאת, סבור כי יש צורך בהתחייבות מפורשת של ההורים לפנות לבית המשפט כדי שניתן יהיה לחייבם: שם, בע' 196 וראו עמדתו זו גם בע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225, 234–235 (1987). לדעת הנשיא שמגר, אם ההורים מתחייבים להגיש בקשה לאישור, עליהם לעשות כן גם אם נמלכו בדעתם והתחרטו משום שהם סוברים כעת שהחווה אינו לטובת הקטין.

87 ראו גם דברי ההסבר לסעיף 26 לתזכיר: "...ההוראה מבהירה כי הצד שכנגד לפעולה הטעונה אישור, אשר במקרים רבים הוא הצד המעוניין ביותר בקבלתו, אך אין לו לפי החוק הקיים מעמד בענייני הכשרות של הקטין או החסוי, זכאי גם הוא לפנות לבית המשפט לקבלת אישור זה".

88 לפי הגדרת "קרוב", בסעיף 80 לחוק הכשרות, קרובי ההורים כוללים: "אב, אם, בן, בת, אח, אחות, סב, סבה, נכד, נכדה". הטעם לדרישה זו הוא ברור: הצורך למנוע מצבים של ניגוד עניינים. ראו בעניין זה אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 121–125; פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בע' 1043, 1051.

89 הוראה מקבילה לזו שבסעיף 20(5) מצויה, בנוגע לאפוטרופוס על פי מינוי, בסעיף 48 לחוק הכשרות.

סעיף 20(5) סיפא לחוק הכשרות. מאידך גיסא, זוהי פעולה משפטית שתוקפה תלוי ברישום ולכן מתחייב אישור בית המשפט מכוחו של סעיף 20(2) לחוק. הדעות בעניין זה חלוקות. פרופ' אנגלרד סבור כי הוראת סעיף 20(5) כפופה לזו שבסעיף 20(2), ולפיכך מתנת הורה אשר תוקפה תלוי ברישום בפנקס מחייבת קבלת אישור של בית המשפט.<sup>90</sup> עם זה, אנגלרד מעיר על כך כי התוצאה של גישה זו עלולה להיות לעתים פרדוקסלית, שכן היא איננה מגנה בהכרח על האינטרסים של הקטין – שמבחינתו המתנה היא כולה זכייה – אלא דווקא על האינטרסים של נותן המתנה.<sup>91</sup> פרופ' נילי כהן מביעה עמדה ביקורתית בעניין הצורך בקבלת אישור בית המשפט מקום שמדובר בעיסקה שכולה לטובת הקטין.<sup>92</sup> בע"א 1516/99 לוי נ' חיג'אזי<sup>93</sup> הביעה השופטת פרוקצ'יה את דעתה, כי כאשר מדובר במתנת מקרקעין מאת הורים לילדיהם הקטינים, הרי יש להניח כי תכלית המתנה היא אך להיטיב עם הילדים ולזכותם. בדרך כלל מתנה כזו תהיה בגדר זכייה מוחלטת, בלא להטיל על הקטינים נטל או חיוב כלשהו, שהרי "חזקה על הורים, כדרכו של עולם, כי ישפיעו על ילדיהם רוב טובה ולא נטל והכבדה".<sup>94</sup> לפיכך סברה השופטת פרוקצ'יה כי יש לפטור מתנה כזו מהצורך באישור בית המשפט, כמו במתנות שאינן מחייבות רישום בפנקס (אשר אף הן עשויות להיות בעלות ערך כלכלי רב): "... קשה לראות מדוע דווקא הקניית נכס במתנה, המחייבת רישום בפנקס, תהווה חריג לכך ותצריך אישור בית המשפט מראש". מכל מקום, עמדה זו הובעה כאמרת אגב והשופט ברק, אשר הסכים עקרונית לפסק דינה הכולל של השופטת פרוקצ'יה, מצא לנכון להביע הסתייגות ולהבהיר כי הוא מעדיף שלא להכריע בסוגיה זו, אותה הגדיר כ"שאלה נכבדה", ולהשאיר ב"צריך עיון לעת מצוא".<sup>95</sup> להסתייגות זו הצטרף גם השופט זמיר. אף שהשאלה לא הוכרעה, הרי מבחינה מעשית חוזים של מתנות מקרקעין מהורים לילדיהם הקטינים ממשיכים להיות מוגשים לאישורם של בתי המשפט.<sup>96</sup> גם רשמי המקרקעין דורשים אישור כזה, כעניין שבשגרה, כתנאי להעברת הזכויות בפנקסי המקרקעין משם ההורים לשם ילדיהם

90 אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 124.

91 שם, שם.

92 נילי כהן "חזוה של קטינה לרכישת דירה מול נושה של המוכר" הפרקליט מא (תשנ"ג) 161, 171.

93 פ"ד נה(4) 730 (1999) (להלן: עניין חיג'אזי).

94 לפי סעיף 4 לחוק המתנה, מתנה יכול שתהיה על תנאי ויכול שתחייב את המקבל בחיוב כלשהו ("לעשות מעשה בדבר המתנה או להימנע מלעשותו"). מפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה עולה כי ייתכן שבנוגע למתנת מקרקעין המטילה על הקטין נטל או חיוב, כאמור בסעיף 4 לחוק המתנה, יהיה צורך בקבלת אישור בית המשפט.

95 עניין חיג'אזי, לעיל הערה 93, בע' 768.

96 ראו, לשם הדוגמה: בש"א (חיפה) 13431/05 חי גל ייזום פרויקטים מקרקעין ובניה (1994) בע"מ נ' פרידמן, תק"מח 2006(2) 6457 (2006); ת"א (תל-אביב-יפו) 2727/00 קרסו נ' כלל החזקות עסקי ביטוח בע"מ, תק"מח 2006(3) 9771 (2006).



הקטינים.<sup>97</sup> תזכיר חוק דיני ממונות מותיר למעשה את המצב בסוגיה זו בלא שינוי. לפי סעיף 24(ב)(1), יש צורך בקבלת אישור בית משפט ל"פעולה משפטית בין הקטין לבין אפוטרופסו או קרוב אפוטרופסו, למעט קבלת מתנות בידי הקטין". גם בהצעה, כמו בחוק הקיים, לא מוסדר היחס שבין הפטור מאישור בית משפט בנוגע למתנות שמקבל הקטין מהאפוטרופוס שלו לבין הפעולות המחייבות אישור בית משפט לפי סעיף 24 (א) להצעה. גם על פי התזכיר לא ברור אם מתנה במקרקעין מאת הורים לילדיהם הקטינים טעונה קבלת אישור של בית המשפט אם לאו. נראה כי לאחר חקיקתו של חוק דיני ממונות שאלה בלתי פתורה זו אף עתידה להתגלות כסוגיה "בוערת" עוד יותר, שכן היא תתעורר, למעשה, בנוגע לכל מתנה (לאו דווקא במקרקעין) מאת הורים לילדיהם הקטינים (או, באותה מידה, מאת אפוטרופוסים ממונים) ששווייה עולה על 50,000 שקלים חדשים. על רקע הדעות השונות והיעדר הכרעה ברורה בפסיקה, היה רצוי להבהיר סוגיה זו בקודקס החדש.

## ז. ההגנה על צד תם לב

פעולה משפטית הטעונה אישור בית משפט נחשבת לחסרת תוקף בהיעדר אישור כזה. עם זה, בחוק הכשרות ניתנת הגנה מסוימת לצד שלא ידע ולא היה עליו לדעת על כך שהפעולה טעונה אישור. על פי הדין הקיים, הגנה זו ניתנת רק לחלק קטן מהפעולות הטעונות אישור בית משפט ולא לכלל הפעולות הללו. סעיף 21 לחוק הכשרות קובע כי: "פעולה של הורים הטעונה אישור לפי סעיף 20(5) תהא בת-תוקף אף באין אישור כזה אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה אישור".<sup>98</sup> ההגנה הניתנת בסעיף 21 היא אפוא מצומצמת מאוד בהיקף

<sup>97</sup> פרקטיקה זו של רשמי המקרקעין מבוססת על הנחיית הממונה על המרשם. ראו קובץ נוהלי רישום והסדר מקרקעין (בעריכת שמואל ברי-ישראל וצפורה בית-און) הנחייה 5.370.20. הנחייה זו מבוססת, בין היתר, על עמדה שהובעה בע"א 32/78 קרגיל נ' הממונה על המרשם ורשם המקרקעין חיפה (לא פורסם) (1978) (להלן: עניין קרגיל). בעניין קרגיל נקבע כי מתנת מקרקעין (דירה) שניתנה לקטינה מאת הוריה טעונה אישור בית משפט. ההנמקה לכך הייתה שבעניין פעולות שתוקפן תלוי ברישום מהווה סעיף 20(2) דין מיוחד והוא גובר על האמור בסעיף 20(5) וכי יש לפרש אפוא את סעיף 20(5) כחל רק על מתנות הניתנות לקטין ושתוקפן אינו תלוי ברישום. עניין קרגיל מסתמך, בין היתר, על העמדות שהובעו בעניין זה בספרות המשפטית, הן על ידי פרופ' אנגלרד בספרו (ראו לעיל הערה 90 וטקסט נלווה) והן על ידי שרשבסקי: בנציון שרשבסקי דיני משפחה (מהדורה שנייה, 1967) 414–415. למיטב ידיעתי, הנחיה זו של הממונה על המרשם לא שונתה ולא נבחנה מחדש לאור הדברים שנאמרו בעניין חיג'אזי, לעיל הערה 93. כותרת הסעיף, שהיא "הגנת צד שלישי", אינה מדויקת. בדרך כלל כשמדברים על "צד שלישי" הכוונה היא למי שאינו צד לחוזה (ראו, למשל, סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973). סעיף 21 עוסק במי שהוא הצד האחר לחוזה. הוא למעשה "הצד השני" ולא "הצד השלישי". ייתכן שהוא מכונה כך מפני שהקטין הוא כביכול "צד ראשון", הנציג הוא "צד שני" והצד האחר

תחולתה. היא חלה רק על הפעולה המשפטית המנויה בסעיף 20(5), היינו פעולה בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו. הדבר עשוי לעורר תמיהה, שכן דווקא ההורים או קרוביהם מודעים בוודאי לעובדת היותו קטין וממילא הם אמורים להיות מודעים גם לחובת האישור.<sup>99</sup> מכל מקום, ההגנה על נמען הפעולה בסעיף 21 אינה חלה אפוא על הפעולות המשפטיות שבהן דן מאמר זה, כלומר על עסקאות מקרקעין בין הקטין לבין צדדים שאינם הוריו או קרוביהם.

סעיף 49 לחוק הכשרות הוא הסעיף המקביל לסעיף 21, הדין באפטרופוס על פי מינוי. אף כאן היקף התחולה של ההגנה הניתנת לנמען הפעולה הוא מצומצם למדי וחל אך ורק על הפעולות המשפטיות הטעונות הסכמה או אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6) לחוק הכשרות, ולא על כלל הפעולות.<sup>100</sup>

ההגנה על עניינו של צד תם לב, המוסדרת כיום בסעיפים 21 ו-49 לחוק הכשרות<sup>101</sup> נקבעה בסעיף 27 לתזכיר חוק דיני ממונות. הסעיף לא רק מאחד את שתי ההוראות הקיימות, אלא יש בו גם שינויים מסוימים לעומת הדין הקיים. השינוי העיקרי הוא בהרחבת היקף התחולה של ההגנה הניתנת לצד, נמען הפעולה. הסעיף המוצע קובע: "פעולה משפטית הטעונה אישור בית המשפט לפי פרק זה תהיה תקפה אף באין אישור

לחוזה הוא, לפיכך, "צד שלישי", אלא שזהו מינוח העלול להטעות. בתזכיר חוק דיני ממונות אכן נעלם המינוח "צד שלישי".

99 ראו על כך אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 132–133; פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בפסקה 18.48.

100 סעיף 49 לחוק הכשרות קובע: "פעולה של אפטרופוס הטעונה הסכמה או אישור לפי סעיף 46(2) וסעיף 47(6) תהא בתוקף אף באין הסכמה או אישור כזה אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור". סעיף 46 עוסק באפטרופוסים משותפים וסעיף קטן (2) קובע כי: "פעולה של אחד או של אחדים מן האפטרופוסים טעונה הסכמת האחרים או אישור בית המשפט, מראש או למפרע". סעיף 47(6) מוסיף לרשימת הפעולות המשפטיות הטעונות אישור של בית המשפט גם "פעולה אחרת שבית המשפט קבע, בצו המינוי או לאחר מכן, כטעונה אישור כאמור". בדומה לסעיף 21, גם סעיף 49 אינו חל על הפעולות הנידונות במאמר זה: עסקות מקרקעין בין הקטין או פסול הדין לבין צד זר.

101 עיקרון דומה של הגנה על צד תם לב מצוי, למשל, בסעיף 94 לחוק הירושה, העוסק בפעולה שביצע מנהל עיזבון בלא הסכמת המנהלים האחרים שמונו לאותו עיזבון או בלא אישור בית המשפט. הסעיף קובע כי "פעולה של מנהל עיזבון הטעונה הסכמה או אישור לפי סעיף 93(2) תהא בתוקף גם באין הסכמה או אישור כזה אם נעשתה כלפי אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהיא טעונה הסכמה או אישור". ראו גם סעיפים 3 ו-15 ביחד עם סעיף 18 לחוק השליחות, תשכ"ה–1965. כן ראו ההסדר שבסעיף 13 לחוק הנאמנות, הדין בפעולה שביצע נאמן תוך ניגוד עניינים. הסדר זה נקבע בחוק הנאמנות לצד ההסדר הכללי שבסעיף 14 הדין בחוק הפעולות שביצע נאמן תוך הפרת חובת הנאמנות, ועל פיו פעולה שביצע נאמן תוך ניגוד עניינים בטלה אם נעשתה בלא אישור מראש מאת בית המשפט, זולת אם נעשתה בתמורה כלפי צד שלישי שפעל בתום לב. מדובר אפוא בעיקרון כללי אשר בא לידי ביטוי בהוראות חוק ספציפיות שבדינים השונים וייתכן שניתן להקיש ממנו גם לגבי מקרים שאין להם הסדר מפורש. ראו ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר ז"ל, פ"ד נט(2) 349, 363–364 (2004).

כאמור, אם נעשתה בתמורה כלפי אדם שפעל בתום־לב". מצד אחד, היקף ההגנה בסעיף המוצע מורחב לעומת הקיים בכך שההגנה תחול על כלל הפעולות הטעונות אישור בית משפט ולא רק על חלקן. המשמעות בענייננו היא שבניגוד למצב הקיים כיום, ההגנה תחול גם על עסקאות במקרקעין בין הקטין לבין צדדים זרים שאינם אפוטרופוסים שלו או קרוביהם. מצד אחר, היקף ההגנה צומצם מעט לעומת הדין הקיים בכך שנקבע כי ההגנה תחול רק על צד שפעל בתום לב ובתמורה.<sup>102</sup>

#### ח. תחולת ההסדר על פסולי דין וחסיים

כפי שכבר צוין במבוא למאמר, כל האמור עד כאן בנוגע לעסקאות במקרקעין של קטינים, רלוונטי, בשינויים המתחייבים, גם בנוגע לפסולי דין. בדומה לחוק הקיים,<sup>103</sup> סעיף 18(א) לתזכיר קובע כי ההוראות באשר לפעולה משפטית של קטין יחולו, בשינויים המחויבים, גם בנוגע לפעולותיו של פסול דין.<sup>104</sup> בחלק זה של הסעיף אין, כאמור, כל חידוש. סעיף 18(ב), לעומת זאת, קובע הוראה חדשה שאיננה משקפת את החוק או את הפסיקה הקיימים. הסעיף דן במצבים שבהם מבוצעת פעולה משפטית בידי אדם שמחמת מצבו הנפשי או הבריאותי ניתן היה להכריז עליו בעת ביצוע הפעולה כפסול דין, אך בפועל הוא לא הוכרז ככזה.

על פי הדין הקיים, גריעת כשרותו של פסול הדין חלה רק ממועד ההכרזה ולהבא.<sup>105</sup> עד למועד ההכרזה כשרותו של מי שהוכרז לאחר מכן כפסול דין נחשבת לכשרות מלאה לכל דבר ועניין, אף שיתכן כי מבחינת מצבו הבריאותי המנטלי היה מוצדק להכריז על פסלותו של אותו אדם עוד קודם לכן. מצב משפטי כזה עלול לעורר בעיות לא קלות. חוזה שייכרת על ידי אדם הנמצא, למשל, במצב של דמנציה (שיטיון) ייחשב, מבחינת דיני הכשרות, לחוזה תקף ויהיה צורך להשתמש בכלים משפטיים "חוזיים" כדי להגן על האינטרסים של אותו אדם, למשל באמצעות קביעה כי החוזה נעדר תוקף בשל היעדר העדה על גמירת דעת, או באמצעות עילת העושק.<sup>106</sup> דוגמה

102 ראו גם דברי ההסבר לסעיף 27 בקובץ דברי ההסבר, לעיל הערה 1.

103 ראו סעיף 9 לחוק הכשרות.

104 סעיף 6 לתזכיר, שהוא סעיף ההגדרות, קובע כי פסול דין הוא "מי שבית המשפט הכריז עליו כפסול דין לפי סעיף 8 לחוק הכשרות". לדיון בהכרזת הפסלות מכוח סעיף 8 לחוק הכשרות ראו אנגלרד, לעיל הערה 5, בע' 145–150.

105 ראו, למשל ע"א 566/71 פייג נ' שפיצקופף, פ"ד כז(1) 355, 358. ראו גם אנגלרד, שם, בע' 151–152; פרידמן וכהן כרך ב, לעיל הערה 7, בפסקה 18.8.

106 ניתן להיעזר גם בעילת הטעות ואולי אף בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. בעניין זה ראו אנגלרד, שם, בע' 152–155; פרידמן וכהן כרך ב, שם, בפסקה 18.8; יצחק אנגלרד ומ' בס "פעולותיו המשפטיות של לקוי דעת בטרם יוכרז כפסול דין" משפטים ט (תשל"ח–ט) 335. ראו גם רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התמלוגים, פ"ד נו(5) 577, 587 (2003); ע"א 1101/99 ברקוביץ' נ' ברקוביץ', תק-על 99(2) 362 (1999).

למצב דברים כזה מצויה, למשל, בע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל.<sup>107</sup> במקרה זה התעוררה שאלת תוקפו של חוזה מתנה, שעל פיו העביר זלמן בראשי ז"ל רכוש רב לאחד מבניו ולאחד מנכדיו. בעת חתימת החוזה היה מצבו של בראשי בכי רע. על פי המתואר בפסק הדין, עוד קודם לחתימת החוזה חלה ירידה משמעותית הן במצבו הגופני והן במצבו הנפשי-שכלי. הוא סבל ממצב "שכלי בלבולי", היה מאושפז במחלקה סיעודית ונזקק לטיפול סיעודי במשך 24 שעות ביממה. הוא אף סבל ממחלות גופניות קשות (מחלות ריאות, לב, סוכרת ועוד). על פי עדויות רפואיות, התמצאותו בזמן ובמקום הייתה מוגבלת ביותר והוא סבל מדמנציה (שיטיון) על רקע אטמים רבים במוח. במבחן רפואי שנערך לו זמן מה קודם למועד החתימה על החוזה, אשר נועד להערכת הדמנציה, קיבל בראשי ציון של 12 מתוך 30, ציון המוגדר "נמוך מאוד". חרף כל זאת, לא הוגשה מעולם בקשה לבית המשפט להכריז עליו כפסול דין. בנסיבות אלה לא היה ניתן לבחון את תוקפו של החוזה באספקלריה של דיני הכשרות, אף כי ברור שזהו המכשיר המשפטי ה"טבעי" להתמודד עם מצבים מסוג זה. בהיעדר דרך משפטית אחרת, פסל בית המשפט את תוקף החוזה על יסוד הקביעה כי אף שחתימתו של מתקשר מהווה בדרך כלל אינדיקציה מכרעת לגמירת דעת מצדו, הרי במקרה זה ובהתחשב במכלול הנסיבות, אין לקבוע כי מתקשר סביר במעמדו של המערערים יכול היה להתרשם כי בראשי גמר בדעתו להתקשר בחוזה מתנה. בית המשפט נזקק אפוא לדרכים עקיפות ולא ל"דרך המלך" של דיני הכשרות.

סעיף 18(ב) המוצע נועד לענות על הקושי המתואר. הוא קובע כי במצבים שבהם פעולה משפטית מבוצעת בידי אדם שמחמת מצבו הנפשי או הבריאותי היה ניתן להכריז עליו בעת ביצוע הפעולה כפסול דין (אך בפועל הוא לא הוכרז ככזה), יחול הסיכון לביטול או בטלות הפעולה על הצד האחר, אם זה ידע או היה עליו לדעת על אודות מצבו של פסול הדין הפוטנציאלי.<sup>108</sup> הסדר זה מאזן בין הצורך לתת הגנה

107 פ"ד נב(2) 582 (1998).

108 מצבים של מחלת נפש אינם תמיד גלויים לעין ולעתים אין סימנים חיצוניים גלויים האמורים לעורר חשד בלבו של המתקשר האחר. משום כך, באותם מקרים שבהם הצד האחר לחוזה הוא צד תמים שלא ידע ולא היה עליו לדעת על אודות מצבו הנפשי של המתקשר האחר, אין לכאורה הצדקה להטיל עליו את הסיכון בעניין מצבו של הצד הלקוי בנפשו. אולם בפסק דין שניתן באחרונה נשלל בכל זאת תוקפו של חוזה כזה מכוח הדין הכללי (ולא מכוח דיני הכשרות). ראו ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, תק"על 2007(3) 1976 (2007). המשיבה חתמה על חוזה בהיותה חולת נפש, אולם היא מעולם לא הוכרזה כפסולת דין. בית המשפט השתמש במקרה זה בדוקטרינה המשפטית של "לא נעשה דבר" (*non est factum*) כדי להגיע לתוצאה לפיה אין תוקף להתחייבות החוזית. בית המשפט גם מציין כי לפי הדין המוצע בהצעת הקודיפיקציה לא היה ניתן להפעיל במקרה כגון זה את דיני הכשרות, שכן חברת הביטוח הדר, הצד האחר לחוזה, לא ידעה ואף לא היה עליה לדעת על אודות מחלת הנפש של פלונית. ייתכן שתוצאה כזו משרתת את תחושת הצדק, אך ספק אם יש לה בסיס משפטי מוצק. במקרה דומה שאירע בהולנד התוצאה הייתה, אכן, הפוכה: אדם מכר חווה שבבעלותו. בדיעבד התברר כי בעת כריתת החוזה האיש, אף שלא היה פסול דין מוכר, סבל מסכיזופרניה

ראויה לאדם שמבחינת מצבו המנטלי זקוק להגנה כזו – אף שפורמלית טרם הוכרו כפסול דין – לבין הצורך להגן על האינטרסים הלגיטימיים של נמען הפעולה, ובלבד שפעל בתום לב, היינו בלא ידיעה או יכולת לדעת על אודות מצבו של הצד האחר.<sup>109</sup> ראינו, אם כן, כי סעיף 24 לתזכיר – אשר בו נידונות, בין היתר, הפעולות המשפטיות השונות שבהן דנתי במאמר זה (עיסקה במקרקעין, המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין, השכרה שחל עליה חוק הגנת הדייר, פעולה ששווייה עולה על 50,000 ש"ח וכן התחייבות לביצוע כל אחת מהפעולות הללו) – חל הן על פעולה הנעשית בידי קטין, הן על פעולה הנעשית בידי אפוטרופוס (טבעי או ממונה) של הקטין, הן על פעולה הנעשית בידי פסול דין (וזאת מכוח סעיף 18(א) לתזכיר) והן על פעולה הנעשית בידי האפוטרופוס של פסול הדין. כל המצבים הללו טעונים אפוא קבלת אישור בית המשפט. לכך יש להוסיף כי מכוח סעיף 25 לתזכיר, יחולו הוראות סעיף 24 גם על פעולות של אפוטרופוס הנעשות בשמו של חסוי שאינו פסול דין או קטין.<sup>110</sup> כאן יש לשים לב שכאשר החסוי עצמו (שאינו פסול דין או קטין) מבצע פעולה מהפעולות המנויות בסעיף 24, אין צורך באישור בית המשפט, והאישור דרוש רק אם הפעולה מתבצעת בידי האפוטרופוס.

### ט. סיכום, מסקנות והערת פתיחה לדיון עתידי

תזכיר חוק דיני ממונות כולל כמה שינויים לעומת החוק הקיים בעניין פעולות משפטיות של קטינים ופסולי דין הטעונות אישור בית משפט בכלל, ובנושא שבו דנתי במאמר זה, עסקאות במקרקעין, בפרט. חלק מהשינויים באים אך לעגן בחוק החרות הלכות פסוקות שנקבעו זה מכבר. כזו היא, למשל, ההוראה בתזכיר המחילה את חובת קבלת האישור גם על שלב ההתחייבות.<sup>111</sup> חלק אחד של השינויים מכריע בין עמדות שונות שהובעו בעבר בפסיקה וטרם הוכרעו בבירור. כזו היא ההוראה הקובעת כי מעמדו של החוזה בטרם מתן אישור בית המשפט יהיה כשל חוזה על תנאי מתלה,<sup>112</sup>

ולפיכך היה משוכנע שהחווה רדופת רוחות ולכן מכר אותה. החווה נותר בתוקפו שכן בעת כריתת החווה לא היו כל סימנים חיצוניים שהיו יכולים להעיד על מחלתו: (HR 11 December (Elman/Hin), NJ 1960, 230 (1959).

109 הסדרים כאלה מצויים בחלק משיטות המשפט האירופיות. ראו, למשל, סעיף 105(2) ל-BGB הגרמני וראו, באופן כללי: Hesselink, *supra* note 8, at p. 499. גם אצלנו יש הסדר ברוח דומה בסעיף 26 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. הסעיף קובע את בטלותה של צוואה שנעשתה על ידי מי שהוכרו כפסול דין, אך הוראת הבטלות הורחבה גם לעניין צוואה "שנעשתה בשעה שהמצווה לא ידע להבחין בטיבה של צוואה". גם כאן, בדומה לסעיף 18(ב) המוצע, ישנה התחשבות במצבו המנטלי של המצווה אף אם הוא עדיין לא הוכרו פורמלית כפסול דין.

110 וזאת בדומה למצב כיום, על פי סעיפים 47 ו-48 לחוק הכשרות.

111 סעיף 24(א)(7) לתזכיר וראו לעיל פסקה ה.1.

112 שם, בסעיף 29 וראו לעיל פסקה ה.2.

וכן ההוראה הקובעת את זכותו של הצד האחר – נמען הפעולה – לפנות בעצמו לבית המשפט בבקשת האישור.<sup>113</sup> בנושאים אחרים קובע התזכיר חידושים של ממש. כך בעניין האחדת ההסדר המשפטי החל על פעולות הטעונות אישור בית משפט, בין שהן נעשות על ידי הקטין או פסול הדין עצמו ובין שהן נעשות על ידי האפוטרופוס – הטבעי או הממונה – בשמו.<sup>114</sup> חידוש מהותי נוסף נוגע לתחולת ההסדר על פסול דין פוטנציאלי, היינו מי שמבחינת מצבו הרפואי־מנטלי היה מוצדק להכריז עליו בעת ביצוע הפעולה המשפטית כפסול דין, אך בפועל הוא לא הוכרז ככזה.<sup>115</sup> חידוש נוסף, הרלוונטי במיוחד לנושא המאמר, הוא בסוג הפעולות המשפטיות הטעונות אישור בית המשפט.<sup>116</sup> בתזכיר הוגדרה כעת במפורש "עיסקה במקרקעין" כפעולה הטעונה אישור בית משפט וזאת בניגוד להגדרה העקיפה הקיימת בחוק כיום. בנושא זה הערתי כי ייתכן שהגדרה זו היא רחבה מדי, שכן היא לוכדת ברשתה גם עסקאות מקרקעין שאינן טעונות רישום – בעיקר שכירויות קצרות – אשר ספק אם מבחינת מהותן וחשיבותן הכלכלית הן מצדיקות את הפעלת מנגנון ההגנה המוגבר של אישור בית המשפט. ייתכן שהיה רצוי לשנות את ההגדרה שבסעיף 24(א)(1) לתזכיר ל"עיסקה במקרקעין הטעונה רישום" או להגבילה לעסקאות ששוויין מעל לסף כספי מסוים. חידוש נוסף בנוגע לסוג הפעולות הטעונות אישור בית המשפט הוא בכך שהתזכיר מחיל את חובת האישור גם על המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין, חידוש שהוא מוצדק ומתבקש.

חידוש מהותי נוסף מצוי בתחולת ההסדר שבסעיף 24(א) לתזכיר גם על כל פעולה משפטית ששווייה עולה על 50,000 ש"ח. הערתי על כך כי, לעניות דעתי, הוראה זו מייתרת, למעשה, את כל הפעולות המשפטיות המנויות בסעיפים 24(א)(1), (2) ו-4) וזאת בהינתן העובדה שהטעם המרכזי – אם לא היחיד – להכפפת הפעולות הללו לאישור בית המשפט נעוץ בשווי הכלכלי הרב המיוחס להן. בהנחה שעיסקה ששווייה פחות מ-50,000 ש"ח אינה מצדיקה את הפעלת מנגנון ההגנה הכבד של אישור בית המשפט (גם אם מדובר בעיסקה במקרקעין), דומני שהיה ניתן להסתפק בהוראת סעיף 24(א)(5) ולוותר על הסעיפים האחרים שצוינו. נושא שלא הוסדר בתזכיר נוגע למתנת מקרקעין מאת הורים לילדיהם הקטינים. פעולה מסוג זה נפוצה למדי בפרקטיקה. השאלה אם מתנה כזו טעונה אישור בית משפט, בשל היותה עיסקה במקרקעין, או פטורה מהצורך באישור, בשל היותה מתנה הניתנת לקטין מאת הוריו (או האפוטרופוס שלו), היא שאלה בעלת חשיבות פרקטית רבה שטרם הוכרעה בבירור בפסיקה ולכן היה כדאי להסדירה בחוק המוצע.<sup>117</sup>

אסיים בהערת ביקורת כללית יותר, החורגת מהסוגיה הספציפית שנידונה במאמר

113 שם, בסעיף 26 וראו לעיל פסקה ה.3.

114 שם, בסעיף 24 וראו לעיל פסקה ג.

115 שם, בסעיף 18(ב) וראו לעיל פסקה ח.

116 ראו לעיל פסקה ד ופסקאות ד.1. עד ד.4.

117 ראו לעיל פסקה ו.

זה, והמזמינה דיון מקיף יותר בעתיד: על אף השינויים הנקודתיים – אשר חלקם נידונו במאמר הנוכחי – הרי ברור כי מתכונתו הכללית של ההסדר המשפטי המוצע, בכל הנוגע לפעולות משפטיות של קטינים ופסולי דין, נותרה דומה לזו שבחוק הכשרות המשפטית הקיים. זוהי מתכונת קשיחה למדי, הקובעת שתי קטגוריות קבועות מראש של אוכלוסיות הטעונות הגנה מיוחדת (קטינים ופסולי דין) והיא מממשת הגנה זו באמצעות הטלת סייגים, ברמות שונות, בנוגע לפעולותיהם המשפטיות של מי שמשתייכים לאוכלוסיות אלה. גישה זו היא מיושנת למדי. בשנים האחרונות מסתמנות בעולם גישות חדשות ומעודכנות יותר לסוגיית הכשרות לפעולות משפטיות. הדברים אמורים בעיקר בנוגע לכשרותם של פסולי דין, אך במידה מסוימת גם בנוגע לקטינים. באופן כללי ניתן לומר שהגישות הללו מתאפיינות בריכוך ובגמישות של ההסדרים המשפטיים, הן בכל הנוגע להגדרתן של האוכלוסיות הטעונות הגנה מיוחדת והן כאשר להסדרי ההגנה עצמם.

באשר להיקף האוכלוסיות הטעונות הגנה, גוברת ההכרה בכך שקטגוריזציה קשוחה עלולה, פעמים רבות, להחמיץ את המטרה. מצד אחד, ישנן אוכלוסיות נוספות שאינן נכללות בקבוצת הקטינים ופסולי הדין, אשר החברה המודרנית מכירה בכך שאף הן זקוקות להגנה מיוחדת, כגון מכורים לסמים או לאלכוהול.<sup>118</sup> מצד אחר, תובנות פסיכולוגיות ופסיכיאטריות חדשות מצדיקות את צמצום היקפה של אוכלוסיית חולי הנפש (פסולי הדין) הזקוקים להגנה מיוחדת או לפחות את צמצום השימוש באמצעי הקיצוני של הגבלת הכשרות שלהם או שלילתה.<sup>119</sup> המסקנה המתבקשת היא, שיש צורך להחליף את שיטת הקטגוריות הסגורות בגישה אחרת, שתעשה שימוש בהגדרות גמישות יותר של מי שזקוקים להגנת החוק לשם שמירה על האינטרסים הכלכליים שלהם.<sup>120</sup>

118 ראו: Hesselink, *supra* note 8, at p. 494 note 7, המציין כי בחלק משיטות המשפט של המדינות האירופיות ניתנת הגנה גם ביחס לפעולות משפטיות של מכורים לאלכוהול או לסמים ואפילו לכאלה הסובלים מבזבזנות כפייתית.

119 ראו Hesselink, *id.* at p. 497 note 21.

120 ואמנם בעקבות הגישות החדשות הללו החל גל של רפורמות, בשיטות משפט שונות, במהלך עשרים השנים האחרונות. לדוגמה, הרפורמה שנעשתה בראשית שנות ה-90 במדינת אונטריו, בקנדה, שם ההגנה על אינטרסים רכושיים וכלכליים של חולי נפש נקבעה ב-The Substitute Decision Act 1992. סעיף 6 לחוק קובע הגדרה גמישה של מי שחלה עליהם הגנת החוק לשם שמירה על האינטרסים הרכושיים שלהם, כדלקמן: "A person is incapable of managing property if the person is not able to understand information that is relevant to making a decision in the management of his or her property, or is not able to appreciate the reasonably foreseeable consequences of a decision or lack of decision" the. לסקירה של המגמות החדשות בנושא זה ראו דו"ח הוועדה שהכינה את הרפורמה באונטריו: *Final Report of the advisory committee on Substitute Decision Making for Mentally Incapable Persons* (S. V. Fram Chairman, Ontario Government Publication, 1987)

כאמור, במגמות החדשות מסתמנים שינויים לא רק בנוגע להיקף האוכלוסיות הטעונות הגנה, אלא גם בנוגע לתוכן הסדרי ההגנה עצמם. סיבה מרכזית לכך היא ההכרה ההולכת וגוברת בשנים האחרונות בכך שהטלת סייגים על כשרותו של אדם פוגעת בכבודו ובזכויות יסוד חוקתיות שלו ועל כן יש לצמצם את השימוש באמצעי זה למינימום ההכרחי ולנסות לממש את ההגנה על האינטרסים של אוכלוסיות חלשות אלה, ככל הניתן, באמצעות הסדרים אחרים, פוגעים פחות.<sup>121</sup> סיבה נוספת, המשלימה את קודמתה, היא שכיום ניתן להעניק הגנה יעילה למדי לצדדים חלשים באמצעות דיני החוזים עצמם. דיני החוזים המודרניים, שלא כדיני החוזים הקלאסיים, מאפשרים לבתי המשפט, באמצעות מגוון של כלים משפטיים (ובראשם עקרון תום הלב ועקרון תקנת הציבור) להתערב בחוזים ex-post כדי להגן על האינטרסים של צד חלש. יתרונותיה של הגנה כזו לעומת ההגנה של דיני הכשרות היא בכך שזו הגנה ממוקדת יותר, אשר באמצעותה יכול בית המשפט להתחשב בנסיבות הייחודיות של כל מקרה ומקרה ולהתאים את היקף ההתערבות הנדרש לנסיבות הספציפיות של החוזה. יתר על כן, ההגנה ה"חוזית" אינה מחייבת שלילה מראש של כשרות ולכן היא פוגעת פחות בכבודו של האדם ובאוטונומיה האישית שלו. הגישה המודרנית גורסת אפוא ש"שכבת ההגנה" המוגברת המוענקת באמצעות דיני החוזים המודרניים מאפשרת את צמצום היקפה של שכבת ההגנה הפטרנליסטית והפוגענית מדי, המוענקת באמצעות דיני הכשרות.<sup>122</sup> זאת ועוד, על רקע ההכרה בכך שההגנה המסורתית עלולה לפגוע בכבוד האדם של פסולי דין ועל רקע התובנות החדשות בתחום הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה, מסתמנים שינויים גם בהסדרי ההגנה של דיני הכשרות עצמם. דוגמה בולטת לכך היא הרפורמה שנעשתה בנושא זה בקוד הגרמני בשנת 1990.<sup>123</sup> כחלק מהשינוי הוחלפה גישת האפוטרופוסות בגישה של "טיפול וסיוע" (Betreuung). גישה חדשנית זו מאפשרת שילוב גמיש בין שיטות של סיוע לבין שיטות של התערבות לשם הגנה על האינטרסים הכלכליים של מי שאינם מסוגלים לדאוג לענייניהם. את מושג האפוטרופוס החליף מושג אחר: המטפל או המסייע (Betreuer). בית המשפט ממנה לאדם "מסייע" כאשר מתברר שאותו אדם אינו יכול לדאוג כראוי לענייניו,

121 לעיל הערה 11. ראו גם: Yuval Melamed, Israel Doron & Dan Shnit "Guardianship of People With Mental Disorders" 65 *Social Science & Medicine* (2007) 1118; John A.

Devereux "Guardianship and Consent" 23(2) *Medicine & L.* (2004) 359

122 ראו: Hesselink, *supra* note 8, at p. 497. לטיעון דומה בהקשר אחר ראו משה גלברד "ביקורת ספרים – דיני הגנת הצרכן כרך א': יסודות ועקרונות, מאת סיני דויטש" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 529, 534–535 (שם טענתי כי לא רק החקיקה הצרכנית המיוחדת, אלא גם דיני החוזים הכלליים המודרניים מאפשרים, במגוון כלים, התערבות בתוכן החוזה לשם הגנה על צד חלש מפני כוחו ושרירות לבו של צד חזק).

123 השינוי בא על רקע ביקורת רבה שהושמעה, משנות ה-70 ואילך, כלפי הסדרי האפוטרופוסות המסורתיים: Rainer Frank "Federal republic of Germany: Changes and Continuity in Family Law" *J. of Family L.* (1989–90) 508, 511–512.



אולם מינוי המסייע אינו מביא לידי שינוי בסטטוס המשפטי של המטופל. הוא אינו מאבד את כשרותו ואין פגיעה בזכויותיו המשפטיות.<sup>124</sup> בתזכיר חוק דיני ממונות אין, למעשה, ביטוי לכל המגמות החדשות הללו. אני ער לכך שמנסחי הקוד העדיפו, משיקולים שונים, שלא להרבות בחידושים כאשר הדבר איננו הכרחי, אולם חקיקתו של קוד אזרחי חדש ומקיף אינה מתרחשת לעתים קרובות. זהו אירוע מכוון בחייה של שיטת המשפט שלנו. דומה כי יש מקום להרהר אם לא כדאי לנצל הזדמנות מיוחדת זו כדי לאמץ הסדרי חקיקה מודרניים יותר, התואמים את המגמות החדשות בעולם. בהקשר הספציפי של מאמר זה, המשמעות היא שיתכן שהיה רצוי לשנות את הסדרי ההגנה שבחוק, הנוגעים לעסקאות בעלות משמעות כלכלית ניכרת, בשני כוונים: ראשית, להגמיש את ההגדרות הקובעות את היקף הקבוצה המוגנת, באופן שהסדר יחול על כל אותם בני אדם הזקוקים והראויים להגנת החוק בשל כך שאינם מסוגלים לדאוג כראוי לאינטרסים הרכשיים שלהם. שנית, מוצע לבחון שימוש בהסדרי הגנה "מתונים" יותר, אשר יהיה בהם כדי לסייע לזקוקים להגנה ולהגן עליהם, אך בלי לפגוע בכבודם, באוטונומיה האישית ובזכויות היסוד שלהם. כאמור, דיון מקיף בשינויי עומק כאלה חורג ממסגרתו המוגבלת של מאמר זה ומחייב מאמר נפרד.

124 ראו: Dieter Martiny "Family Law" *Introduction to German Law* (Werner F. Ebke & Matthew W. Finkin Eds., 1996); Melamed, Doron & Shnitt, *supra* note 121, at p. 1119.

