

**כשרות מוגבלת (פונקציונלית) של אישיות משפטית  
מלאכותית – עיון מחודש בע"א 98/80 נציגות הבית המשותף  
רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ, פ"ד לו(2) 21 (1981)**

מאת

יעד רותם\*

במשפט הישראלי ניתן למצוא ניתוח תאורטי של תופעת האישיות המשפטית הנפרדת, תיאור המשמעויות הכלכליות-מימוניות הנובעות מהכרה בה ואף דיון בשאלת קיומה בכמה מקרי גבול. אולם במקרים שבהם מדובר באישיות משפטית בעלת כשרות מוגבלת, כמו נציגות בית משותף, טרם הובהר במשפטנו האופן שבו יש לקבוע את היקף כשרותה ובעיקר את תכליתה של תחיקה המעניקה לאישיות המלאכותית כשרות משפטית (להלן גם: כשרות מלאכותית). רשימה זו מבקרת את האופן שבו הוכרעה שאלה זו בפסק הדין הידוע של בית המשפט העליון בע"א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ, פ"ד לו(2) 21 (1981). הרשימה, המבקשת להציג טיעון היפה לכל אישיות בעלת כשרות מלאכותית באשר היא, מצביעה על טעות מתודולוגית כללית בפסק הדין שעניינה היעדר הבחנה, בהקשר של שאלת הכשרות המלאכותית, בין מישורי ניתוח – או התייחסות – שונים, אשר מכל אחד מהם בנפרד יש לגזור מסקנה בדבר קיומה או היעדרה של כשרות מלאכותית. למשל, בית המשפט לא הבחין בין מערכת היחסים שהצדדים לה הם יחידים האישיות המשפטית (שם היה מדובר בדיירי הבית המשותף עצמם) לבין מערכת יחסים אחרת, שהצדדים לה הם האישיות המשפטית המלאכותית עצמה והצד השלישי (שם הייתה זו חברה קבלנית שנתבעה על ידי הנציגות). בשל טעות מתודולוגית זו החמיץ בית המשפט בפרשת קדמת לוד את זיהויה של בעיית טפילות במישור היחסים שבין דיירי בית משותף, אשר הצריכה פירוש תכליתי שונה מזה שאומץ, לצורך קביעת כשרותה המלאכותית של הנציגות. על יסוד הדיון בטעויות אלו מדגישה הרשימה את הצורך באימוץ גישה פונקציונלית לפירוש כל תחיקה המעניקה כשרות מלאכותית.

א. מבוא. ב. כשרות מלאכותית – לקראת גישה פונקציונלית; 1. מה ידוע לנו על כשרות מלאכותית?; 2. גישה פונקציונלית – הבחנה בין מערכות יחסים – או מישורי ניתוח – שונים; 3. השוואה לגישה אפשרית אחרת. ג. הדגמת הגישה

\* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן (rotem@clb.ac.il). תודה למערכת "דין ודברים" על הערות מועילות.

הפונקציונלית; 1. טפילות בבית המשותף; 2. כשרות משפטית ופורמליזם.  
ד. סיכום.

## א. מבוא

בעולמנו, כפי שהוא מעוצב על ידי המשפט, מתקיימות ופועלות לצדנו, בני האדם, ישויות נוספות, מלאכותיות, שהמשפט הוא מקור חיותן.<sup>1</sup> מספרן הרבייחסית מוסבר, לפחות חלקית, באופיו החברותי של האדם ובנטייתו הטבעית – יש שיאמרו בצורך הבסיסי שלו, אולי בהכרח, לחבור לבני אדם אחרים במגוון הקשרים שבהם מתנהלים חייו, העסקיים והאישיים גם יחד.<sup>2</sup> התקבצויות אלו מייצרות לעתים דינמיקה של האָנְשָׁה,<sup>3</sup> ובמקרים רבים המשפט אף מזכה אותן בזהות משלהן. "אישיות משפטית", לפי ההגדרה המקובלת, היא "תופעה בעולם המשפט, אשר הדין נותן לה פְּשָׁרוֹת,<sup>4</sup>

- 1 ראו: בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, בפסקה 10 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') אהרון ברק (פורסם בנבו, 20.9.2006). ("...הפעילות באמצעות גופים משפטיים שאינם בני אדם היא אלמנטרית בחברתנו. אין להלום חברה מודרנית בלעדיתם..."). כדוגמאות בהקשר הישראלי ניתן למנות בין היתר את המדינה, תאגידים פרטיים למיניהם (כגון חברה בע"מ, אגודה שיתופית, עמותה, חברה לתועלת הציבור, מפלגה), רשויות שלטוניות שונות (כגון הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, בנק ישראל, הרשות לניירות ערך, המועצה לייצור ולשיווק של ירקות), רשויות מקומיות (כגון עירייה, מועצה מקומית), גופי פיקוח ורגולציה שונים (כגון רשות שדות התעופה, לשכת עורכי הדין, המועצה להסדר הימורים בספורט, האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים), גופים בין-לאומיים (כגון הבנק הבין-אמריקני לפיתוח, הבנק האירופי לשיקום ולפיתוח, הארגון האירופי למחקר גרעיני) ועוד רבים. יש להזכיר בהקשר זה גם כלי שיט, שניתן להחזיקו במעצר והוא עשוי לחוב ישירות כלפי נושה. ראו: חוק בית המשפט לאדמירליות, 1840, חוק בית המשפט לאדמירליות, 1861 וחוק הספנות (כלי שיט), התש"ך–1960, ס"ח 70.
- 2 ראו למשל Harold J. Laski, "The Personality of Associations", 29 *Harv. L. Rev.* (1916) 253, p. 266. המזכיר את הכנסייה כישות שנוצרה בעקבות היזקקותו של האדם לדת; מועדוני חברים, שנוצרו בעקבות היזקקותו של האדם לחברת אחרים בשעות הפנאי שלו; את המדינה, שנוצרה בעקבות הצורך בסדר חברתי; התאגדויות מסחריות, שנוצרו כדי לפתח את המסחר; וכך הלאה. מלומד אחר הסביר בהקשר זה כי הגם שהאישיות המשפטית הנפרדת היא בגדר פיקציה, אין היא אלא "פיקציה המבוססת על עובדה", שכן עצם האיחוד של חבריה, ופעולתם המשותפת, אינם פיקציה כלל ועיקר. ראו Arthur W. Machen, Jr., "Corporate Personality", 24 *Harv. L. Rev.* (1911) 253, p. 266.
- 3 ראו: Laski (לעיל, הערה 2) בעמ' 404–405. תהליך ההאנשה הזה משתקף גם בשפתנו היום-יומית: כך למשל הכול אומרים ש"המדינה חוגגת עצמאות" ולא שתושבי המדינה חוגגים את עצמאותם; ומדברים על "חוק של הכנסת"; על החברה ש"נקלעה לקשיים פיננסיים", ואף מכנים את קבוצת הכדורגל של יובנטוס בכינוי "הגברת הזקנה".
- 4 רשימה זו תנקוט את המונח "כשרות" (ולא המונח "פְּשָׁרוֹת" למשל, המשמש בדרך כלל גם כתרגום של המילים competence או qualification) בעקבות הלשון שנוקט המחוקק. ראו למשל: סעיף 4 לחוק החברות, התשנ"ט–1999, ס"ח 193 (להלן – חוק החברות).

דהיינו, מעניק לה זכויות או מטיל עליה חובות.<sup>5</sup> יש המוסיפים ומצביעים בהקשר זה על היכולת לבצע פעולה משפטית כעל סממן המעיד על קיומה של אישיות משפטית,<sup>6</sup> או על הימצאות אחד מן הסממנים האלה: "חירות, כוח, כפיפות או חסינות".<sup>7</sup> במשפט הישראלי עסקו זה מכבר פוסקים ומחברים בניתוח תאורטי של תופעת האישיות המשפטית המלאכותית (ה"נפרדת")<sup>8</sup> בהכרעה בכמה מקרי גבול בשאלת קיומה של אישיות משפטית מלאכותית,<sup>9</sup> וכן בשאלת המשמעות, בעיקר הכלכלית, של קיומה של אישיות משפטית שכזו.<sup>10</sup> אולם בהינתן קיומה של אישיות משפטית מלאכותית כלשהי,

5 ראו: גואלטיארו פרוקצ'יה, התאגיד – מהותו ויצירתו (תשכ"ה) בעמ' 41 (להלן – פרוקצ'יה, התאגיד – מהותו ויצירתו); ע"א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ, פ"ד לו(2) 21, 27 (להלן – פרשת קדמת לוד); ע"א 254/74 פולקסוואגנורק אג. נ' מוסך טנוס את נג'אר, פ"ד כח(2) 701, 704; ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח תקווה נ' שדות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89, 102–103. לעתים ההכרה באישיות המשפטית היא "מפורשת" ולעתים היא "משמעת". ראו: ע"א 324/82 עיריית בני-ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102, 126–127 (להלן – פרשת רוטברד) (המזכיר את מדינת ישראל כדוגמה לאישיות משפטית המופרת ככזו במשמע. המדינה היא אישיות משפטית במשפט הפרטי חרף היעדרה של הוראת חוק מפורשת בעניין זה, וקיומה כאישיות משפטית מוסק ממכלול הוראות חוק, כגון חוק נכסי המדינה, התשי"א–1951, ס"ח 52 המכיר במדינה כבעלת נכסים); פרשת קדמת לוד, שם, בעמ' 27 (נציגות בית משותף היא אישיות משפטית המוכרת ככזו במשמע).

6 ראו: יצחק אנגלרד, "חוק הכשרות המשפטית והאפורופסות, התשכ"ב–1962", פירוש לחוקי החוזים (תשל"ב) 48; סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981, ס"ח 303 (הגדרת "תאגיד"); סעיף 4 לחוק החברות (בעניין חברה); אברהם פלמן, דיני חברות בישראל – להלכה ולמעשה (כרך ראשון, תשנ"ד).

7 ראו: הערתו של השופט אליהו מצא ברע"א 46/94 אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, פ"ד נ(2) 202, 211.

8 לטיפול אנליטי ידוע בסוגיה זו ראו: פרוקצ'יה, התאגיד – מהותו ויצירתו (לעיל, הערה 5); אוריאל פרוקצ'יה, "חברות ופירמות אחרות בראי תיאורטי", חיבורי משפט – ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי א' ראבילוב – עורכים, תשנ"ז) 217. להתייחסות לסוגיה זו במשפט המשווה ראו למשל, John Dewey, "The Historical Background of Corporate Legal Personality", 35 *Yale L.J.* (1926) 655. כן למשל ידועה במשפט הישראלי המחלוקת, שנותרה פתוחה ככל הנראה, בשאלה אם לשותפות לא רשומה אישיות משפטית נפרדת. ראו: פרשת שדות חברה להובלה (לעיל, הערה 5) בעמ' 102. מחלוקות בולטות נוספות במשפטנו עסקו בעיובן (ראו: ע"א 181/67 גרינשפן נ' שרעבי, פ"ד כא(2) 630, 638–639, לעומת Uriel Procaccia, "Legal Persons in Israel: A Theoretical Perspective", *Israeli Reports to the 8<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law* (1990) 73, p. 80). ובהקדש הציבורי (ראו: פרשת אברמוב (לעיל, הערה 7)) תוך שנקבע כי אין לשתי תופעות אלו, לפי המצב המשפטי הקיים, אישיות משפטית נפרדת.

10 כתיבה זו התמקדה בהקשר התאגידי והבליטה את תכונת הגבלת האחריות של "בעליה" ואת תכונת ההפרדה בין נכסי האישיות המלאכותית לנכסי "בעליה". ראו: ע"א 524/88 פרי העמק נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 529; אוריאל פרוקצ'יה, "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית", עיוני משפט יז (תשנ"ב) 167 (להלן – פרוקצ'יה "מושג ותיאוריה בתורת

כיצד קובעים את היקף כשרותה המשפטית (להלן גם: כשרות מלאכותית)?<sup>11</sup> כיצד יש לפרש תחיקה המעניקה – בתחומי המשפט הפרטי<sup>12</sup> – כשרות מלאכותית מוגבלת?<sup>13</sup> מהי למעשה תכליתה של תחיקה שכזו? על שאלות אלו אי אפשר לומר כי זכו למענה מספק במשפטנו.

בפרשת קדמת לוד הידועה, שהוכרעה בשנת 1981,<sup>14</sup> פסק בית המשפט העליון בשאלת כשרותה המשפטית של נציגות בית משותף,<sup>15</sup> שמקובל לראות בה אישיות משפטית בעלת כשרות מוגבלת.<sup>16</sup> זאת בשל הוראת סעיף 69 לחוק המקרקעין,

- האישיות המשפטית"; שרון חנס, "עיון מחודש באישיות המשפטית הנפרדת של התאגיד בדין הישראלי", עיוני משפט כח (תשס"ד) 5; יוסף גרוס, "שאלת עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה", עיוני משפט א (תשל"ב) 287.
- 11 מקובל לומר כי יש להבחין בין עובדת קיומה של אישיות משפטית נפרדת לבין היקף הכשרות המשפטית המוענק לה. הבחנה זו היא בעיקר תאורטית, ונועדה להדגיש כי אישיות משפטית נפרדת אינה חייבת להיות בעלת כשרות משפטית גורפת, וכשרותה עשויה להיות מוגבלת בלבד. ראו פרוקצ'יה, התאגיד – מהותו ויצירתו (לעיל, הערה 5) בעמ' 41; יוסף כהן, דיני חברות (חלק ראשון, תשס"ז) בעמ' 265–269.
- 12 רשימה זו תתמקד בשאלת גבולות הכשרות המלאכותית בתחומי המשפט הפרטי בלבד. כידוע, ההבחנה בין כשרות כללית למוגבלת קיימת רק בהקשר של המשפט הפרטי ולא בתחומי המשפט הציבורי, שכן בתחומי המשפט הציבורי, כמקובל במדינה דמוקרטית, רשות שלטונית היא לעולם בעלת כשרות מוגבלת, ואין לה אלא סמכות שהדין העניק לה במפורש. ראו: פלמן (לעיל, הערה 6), בעמ' 6. עם זאת ניתן להיוקק לדין כאן כדי לברר גם את כשרותם המלאכותית של גופים שלטוניים בתחומי המשפט הפרטי.
- 13 להבחנה בין כשרות "כללית" לכשרות "מוגבלת" ראו להלן, פרק ב.1. אכן, השאלה שבמוקד רשימה זו מתעוררת רק כאשר על הפרק כשרות מלאכותית מוגבלת. כאשר הכשרות המשפטית המוענקת לתופעה היא כללית, למעשה אין מתעוררת כלל שאלה של כשרות, משום שכשרות כללית בדרך כלל מנוסחת באופן הרחב הזה: "[התופעה הרלוואנטית] היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה ופעולה המתיישבת עם אופיה וטבעה..." ראו למשל: סעיף 4 לחוק החברות.
- 14 להתייחסות לפער השנים בין מועד מתן פסק הדין לבין מועד כתיבת רשימה זו ראו: להלן, הערה 27.
- 15 כידוע, בית משותף הוא בית דירות שבו ניתן לקבל זכות ייחודית בדירה (גם אם אינה משמשת בהכרח למגורים) ולצדה זכות משותפת בחלקים אחרים שבנכס, כגון בקרקע שמסביב לבית או בחדר המדרגות שלו. בית משותף מאפשר אפוא למי שידו אינה משגת לרכוש לבדו מקרקעין להיות בעלים של זכות במקרקעין, ובלבד שהוא מקבל עליו את החיים במסגרת חיים הכוללת שיתוף מסוים, פיזי ומשפטי, עם אחרים. נציגות בית משותף, או "ועד הבית" בשפה עממית, היא אחד משני הגופים (השני הוא האספה הכללית של בעלי הדירות) שבידיו מופקד ניהול הבית המשותף. להרחבה על אופיו של הבית המשותף ראו: יהושע ויסמן, דיני קניין – בעלות ושיתוף (תשנ"ז) בעמ' 461–473 (להלן – ויסמן), חנוך דגן, "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת", עיוני משפט כ (תשנ"ו) 45, בעמ' 64–79 (להלן – דגן).
- 16 לדעה שונה, הגורסת כי נציגות הבית המשותף איננה אישיות משפטית כלל, ראו גד טדסקי, "על נציגות הבית המשותף", הפרקליט לו (תשמ"ד) 5, בעמ' 11–13. דעה זו לא נתקבלה

התשכ"ט–1969, המסמיכה את נציגות הבית המשותף לעסוק (רק) "בכל ענין הנוגע להחזקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף..."<sup>17</sup> בית המשפט העליון פסק באותה פרשה כי אין לנציגות הכשרות המשפטית הדרושה להגשת תובענה נגד צד שלישי, החברה הקבלנית שבנתה את הבניין, הואיל ועניין התובענה – השבת חלקים מסוימים מקומת מרתף הבניין (שנלקחו על ידי הנתבעת) לרכוש המשותף – איננו נוגע לניהול פנימי של הבית המשותף, כלומר אינו נמנה עם ענייני החזקה וניהול במובן סעיף 69 לחוק המקרקעין.<sup>18</sup> בית המשפט הסתפק בהסבר אינטואיטיבי עמום כדי לתמוך בפרשנות זו.<sup>19</sup>

ברשימה זו אבקש להיעזר בפרשת קדמת לוד כדי לנסות ולהבהיר כיצד יש לדעתי לקבוע את גבולות כשרותה של כל אישיות משפטית מלאכותית באשר היא,<sup>20</sup> ולמעשה גם להכריע בשאלה רחבה יותר והיא שאלת קיומה של אישיות משפטית מלאכותית במקרים שבהם יש ספק בכך.<sup>21</sup> בהקשר זה אטען כי בפרשת קדמת לוד בית המשפט

בפסיקה. ראו פרשת אברמוב (לעיל, הערה 7) בעמ' 205, 212; ויסמן (לעיל, הערה 15) בעמ' 467.

17 החוק מסמיך את הנציגות בעניינים אלו גם "להתקשר בחוזים ולהיות צד בכל הליך משפטי ובכל משא ומתן אחר בשם כל בעלי הדירות". ראו: סעיף 69 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, ס"ח 267.

18 ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 24 (השופט שמגר) בעמ' 28 (השופט ברק). אף שלא התייחס לכך מפורשות, נראה שגם השופט השלישי בהרכב, השופט בייסקי, אימץ עמדה זו. ראו: שם, בעמ' 25–26. בהקשר זה נקבע עוד כי דיירי הבית המשותף, הגם שהיו יכולים להעניק הרשאה לחברי הנציגות לפעול בשמם כשלוחיהם, לא היו יכולים להעניק הרשאה דומה לנציגות עצמה, מכיוון שלנציגות מלכתחילה אין כשרות משפטית בעניין התובענה. רשימה זו אינה מתייחסת לשאלה אם ראוי לאפשר לפרט להעניק מכוח הסכמתו כשרות משפטית לאישיות משפטית זו או אחרת במקום שזו אינה קיימת. ראו: טדסקי (לעיל, הערה 16) בעמ' 6–7.

19 בהקשר זה הוסבר רק כי "...הסכסוך שלפנינו איננו נופל בגדר נושאי הניהול..." (השופט שמגר, בעמ' 24), וכי "מהטעמים, שהובאו על-ידי חברי הנכבד השופט מ' שמגר, אף אני סבור, כי תביעה שכזו אין לנציגות הכשרות להגיש, שכן אין היא נוגעת להחזקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף..." (השופט ברק, בעמ' 28). השופט ברק אף הפנה על דרך ההשוואה לע"א 332/63 נויפלד נ' ולדמן, פ"ד יח(2) 212, אלא שפרשה זו עסקה בתובענה שהוגשה על ידי דיירי בית משותף עצמם, ובית המשפט העליון קבע כי אין בכשרותה של הנציגות לפעול נגד צדדים שלישיים בנושאי תוספות בנייה כדי לגרוע מזכותם של הדיירים להגיש בעצמם תובענה כדי להגן על האינטרסים שלהם. ראו: שם, בעמ' 215.

20 הרשימה הנוכחית אינה מכוונת אפוא במיוחד לדין בכשרותה המלאכותית של נציגות בית משותף, וממילא אף אינה מתיימרת למצות את הדיון בהקשר פרטני זה. הקשר הבית המשותף ישמש אפוא רק דוגמה כדי להמחיש שאלות טיפוסיות של כשרות מלאכותית ואת האופן שבו יש להתמודד עמן.

21 לדוגמאות למקרים שבהם התעוררה שאלה אחרונה זו ראו: פרשת אברמוב (לעיל, הערה 7) (בעניין הקדש ציבורי שיוצרו מבקש לרשום נכס מקרקעין על שמו); רע"א 2735/99 עמותת

העליון, בכל הכבוד, שגה בפירוש שנתן לסעיף החוק שהקנה כשרות משפטית (באותה פרשה היה זה כאמור סעיף 69 לחוק המקרקעין). בעיקר אבקש להצביע על טעות מתודולוגית כללית של בית המשפט, שעניינה היעדר הבחנה, בהקשר של שאלת כשרותה של כל אישיות משפטית שהיא, בין מערכות יחסים – או מישורי ניתוח<sup>22</sup> – שונים, אשר מכל אחד מהם בנפרד יש לגזור מסקנה בדבר קיומה או היעדרה של כשרות מלאכותית.<sup>23</sup>

בשל טעות מתודולוגית זו,<sup>24</sup> ובאופן הממחיש היטב את חשיבותה, הוסיף וטעה בית המשפט בפרשת קדמת לוד בקביעת היקף כשרותה של האישיות המשפטית המלאכותית שעמדה במוקד – נציגות הבית המשותף. בשל הימנעותו מלדון בנפרד בכל אחת ממערכות היחסים הרלוונטיות הסובבות את נציגות הבית המשותף, החמיץ בית המשפט את זיהויה של בעיה ידועה ומופרת במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף, אשר הצריכה פירוש תכליתי שונה בעליל מזה שאומץ לשאלת כשרותה של הנציגות להגיש תביעה בעניין השטחים שבמחלוקת. בתמצית, מדובר בבעיה של טפילות ("בעיית הרוכב החופשי" או התופעה של free riding). בעיית הרוכב החופשי הצדיקה פירוש של סעיף 69 לחוק המקרקעין, המכיר בכשרותה של נציגות הבית המשותף להגיש תובענה בעניין הזה. זאת כדי להבטיח כי לא יתאפשר לאיש מן הדיירים בבית המשותף המבקש ליהנות מן הרכוש המשותף שיוחזר, להתחמק ממימון העלויות הכרוכות בהשבתו מתוך תקווה שדיירים אחרים יאותו, או יאלצו, לממן עלויות אלו. כדי להתגבר על בעיית הטפילות נדרש פירוש של הסעיף הזה, המכיר בכשרותה המלאכותית של הנציגות לפעול להשבת

בית הכנסת לספרדים בשכונת אבו תור בירושלים נ' אורנשטיין, פ"ד נה(3) 433, בעמ' 440, 442 (בעניין ציבור מתפללי בית כנסת שנטען כי עומדת לו זכות דיירות מוגנת) (להלן – פרשת עמותת בית הכנסת לספרדים בשכונת אבו תור בירושלים); ע"א 272/81 הפטריארכיה היוונית האורתודוקסית של ירושלים נ' עיריית רמלה, פ"ד לו(3) 670 (בעניין זכותה של הפטריארכיה להגיש תביעת פיצויים נגד העירייה על נזק למקרקעין שבבעלותה); עת"מ 2297/05 ראש עיריית רחובות נ' ועד הורים בית הספר "קציר" (פורסם בנוב, 17.8.2006) (בעניין זכותו של ועד הורים בבית ספר לתבוע מן הרשות המקומית וממשרד החינוך לפקח על ניהול כספים הנאספים במסגרת תשלומי הורים לחשבון הוועד).  
 22 הביטוי "מערכת יחסים" ישמש ברשימה זו כדי לכוון את הקורא לבחינה ex ante של יחסיהם של א ושל ב, שכל אחד מהם קשור באופן זה או אחר לאישיות המשפטית המלאכותית. הביטוי "מישור ניתוח" ישמש ברשימה זו לכוון את הקורא לבחינה ex post, הצופה פני סכסוך או התדיינות אזרחית קונקרטיים בין ג לבין ד (תוך שאחד מהם מעלה טענה הנוגעת לכשרותה של האישיות המשפטית המלאכותית).  
 23 ראו להלן, פרק ב. כפי שיובהר, ההבחנה הזו מוכרת היטב, למשל בדיני תאגידים, אך אינה מיושמת בסוגיית הכשרות המשפטית של ישויות מלאכותיות.  
 24 ראו להלן, פרק ג. יש להעיר כי אף על פי שניתן להתייחס אל הטעות השנייה כטעות העומדת בפני עצמה, במידת-מה היא גם נגזרת מן הטעות הראשונה, שכן היא נובעת מהיעדר ההבחנה בין שני מישורי הניתוח השונים.

הרכוש המשותף (לרבות על דרך הגשת התובענה המדוברת).<sup>25</sup> למצער נדרש באותה פרשה דיון בפתרון לבעיה זו, גם אם לא על דרך הענקת כשרות מלאכותית לנציגות. ברם בית המשפט לא נתן דעתו על הצורך להבחין בין מישורי הניתוח השונים, וממילא גם לא דן בפתרונות האפשריים לבעיית הטפילות הזאת.<sup>26</sup>

זה המקום להדגיש את חשיבות העיון המחודש בהלכת קדמת לוד.<sup>27</sup> ראשית, בהיעדר דיון במשפטנו בתכלית הדין (למצער בכל אותם הקשרים שבהם מעניק המחוקק כשרות מלאכותית מוגבלת), נותרה סוגיית הכשרות המלאכותית, ובעיקר האופן שבו יש לקבוע את היקפה, בגדר תעלומה. זאת, אף על פי ששאלת גבולות הכשרות המלאכותית, או שאלת קיומה של אישיות משפטית זו או אחרת, מתעוררת בפסיקתנו שוב ושוב.<sup>28</sup>

25 יש להבהיר כי בספרות כבר הוצבע זה מכבר על החמצת בית המשפט בפרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) את בעיית הטפילות בקרב דיירי הבית המשותף, אך ביקורת זו, המתמקדת בדיני הבתים המשותפים, אינה דנה כלל בטעות המתודולוגית הכללית שעליה מצביעה הרשימה הנוכחית. ראו איל זמיר, "חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973", פירוש לחוקי החוזים (תשס"ב) בעמ' 305-306 (להלן – איל זמיר, "חוק המכר (דירות)"). לעומת זאת הרשימה הנוכחית משתמשת בדוגמה של נציגות הבית המשותף (מבלי לנסות ולמצותה) רק כדי להמחיש את נפקות הטעות המתודולוגית הכללית, שממנה יש להימנע בעניינה של כל אישיות מלאכותית שהיא, לאו דווקא נציגות בית משותף.

26 יש להבחין בין שאלת הכשרות המשפטית, שהיא נושא הרשימה הנוכחית, לבין שאלת הסמכות לפעול, שלא תידון ברשימה זו. להבחנה זו ראו להלן, פרק ב.2.

27 פסיקה זו עוסקת בפרשה שהוכרעה על ידי בית-המשפט העליון לפני למעלה מ-30 שנים. חשיפת שיבוש בהלכה משפטית ותיקה ומקובלת מעוררת קודם כול את השאלה אם ראוי בכלל לנסות ולערער עליה, שהלוא לכאורה השפעותיה נתקבלו על דעת הכול, וייתכן שאף יש בהלכה זו כדי לאפשר לנמעני ההסדר המשפטי לנהל את חייהם באורח סביר. ראו למשל בעניין היעדר כשרותה של נציגות הבית המשותף להגיש תביעה להשבת חלק מן הרכוש המשותף, הסקירה על דרכי אבחון של ערכאות נמוכות את הפסיקה בעניין קדמת לוד: איל זמיר, "חוק המכר (דירות)" (לעיל, הערה 25) בעמ' 302-308. אכן, בדרך כלל ראוי להם למשפטנים שלא ינסו "לתקן את שאינו שבור" (בתרגום מלשון עממית). עם זאת במקרה הנוכחי סברתי כי חשוב להצביע על הטעות שנפלה לפני בית המשפט העליון, לדעתי, בפירוש החוק, וזאת מן הטעמים המוזכרים לעיל בטקסט. זאת ועוד, למען ההגינות יש להעיר כי ראוי לקרוא את פסק הדין בפרשת קדמת לוד בהקשרו: בשנת 1981 היה הניתוח הכלכלי עוד בחיתוליו, ולפסיקת בית המשפט העליון החלו לחלחל הנמקות ערכיות אט אט חלף הנמקות שניתן לתארן כפורמליסטיות. ראו: מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג).

28 לרבות בהקשר השאלה שעמדה לדיון בפרשת קדמת לוד עצמה בעניין כשרותה המשפטית של נציגות בית משותף להגיש תובענה כנגד צד שלישי בעניין החזרת חלקים מרכוש משותף. ראו: ע"א 2276/10 ועד הבית ברחוב וינשל 6 בתל אביב נ' בטנס ושות' חברה קבלנית לבניין בע"מ (פורסם בנבו, 12.10.2010); ע"א 4720/10 אקרילית השקעות 1997 בע"מ נ' נציגות הבית המשותף רחוב נורית 19 א חיפה פסקה 23 (פורסם בנבו, 16.4.2012); ע"א 646/88 קבלני ירושלים בע"מ נ' בודנר פסקה 4 (פורסם בנבו, 31.12.1988). שאלה דומה שטרם הוכרעה במשפטנו נוגעות לכשרותה המשפטית של הנציגות להגיש תובענה בעניין ליקויי בנייה ברכוש המשותף. למשל, ראו: ת"א (מחוזי י-ם) 1651/97 חי נ' פסגת



חמור מכך, הטעות המתודולוגית שבה נכשל בית המשפט בפרשת קדמת לוד לא תוקנה גם בפסיקה מאוחרת, ולמעשה נתקבעה במשפטנו. למשל, בפרשה חשובה אחרת, פרשת אברמוב,<sup>29</sup> עלתה לדיון סוגיה נוספת של כשרות מלאכותית – סוגיית כשרותו של הקדש ציבורי להירשם כבעלים של מקרקעין. בפרשה זו ישב על המדוכה הרכב מורחב של בית המשפט העליון ודן בשאלה זו מבלי שאיש מבין שבעת שופטי ההרכב התייחס להשפעת המסקנה המשפטית על מגוון מערכות היחסים הסובבות את תופעת ההקדש הציבורי (כגון מערכת היחסים בין יוצרי ההקדש לבין עצמם; בין יוצר ההקדש לנושיו; בין יוצר ההקדש לרשויות המס והמנהל, וכך הלאה).<sup>30</sup> מצב דברים זה מצער ואינו מחויב

חנה (נכסים דירות והשקעות) בע"מ, בפסקה 338 (פורסם בנבו, 31.21.2006). שאלה נוספת עניינה כשרות הנציגות לעסוק בהכרזה על בניין שהוא "בית מורכב" לפי סעיף 59(א) לחוק המקרקעין. ראו: ע"א (מחוזי י-ם) 6217/05 מפעלי בני ברית ירושלים נ' ועד הבית המשותף ברחוב קרן היסוד 5 ירושלים, בפסקה 40 (פורסם בנבו, 7.6.2006) או כשרות הנציגות לייצג דיירים בתביעה בגין נזק גוף שנגרם לתובעת מן הרכוש המשותף. ראו ע"א (ת"א) 227/95 רוזנרטן נ' נציגות הבית המשותף, פ"מ תשנ"ה(3) 164. בפסיקה התעוררו שאלות נוספות של כשרות מלאכותית, שלא נוגעת לנציגות בית משותף, כגון אם ארגון החמאס הוא בר-פירוק. ראו: פש"ר (מחוזי י-ם) 3158/06 גביש נ' ארגון החמאס (פורסם בנבו, 22.6.2008), המשיב על שאלה זו בשלילה; או אם לדירקטוריון של חברה ציבורית כשרות משפטית להיתבע בשמו. למשל ראו: ה"פ (מרכז) 42018-02-10 שלמה אליהו אחזקות בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, בפסקה 1(ג) (פורסם בנבו, 3.3.2010), המשיב על שאלה זו בשלילה. גם במשפט המשווה קיימת התחבטות בשאלות הנוגעות לכשרות מלאכותית, בעיקר של תאגידים. ראו למשל במשפט האמריקאי *FCC v. AT&T Inc.* 131 S.Ct. 1177, 1181 (2011) (פסיקה הקובעת כי תאגיד אינו זכאי ליהנות מן האינטרס בפרטיות המעוגן במסגרת סעיף 7(c) ל-Freedom of Information Act) או הוויכוח הנוקב המתנהל לאחרונה במשפט האמריקאי על כשרותם המשפטית של תאגידים לשאת בחבות נזיקת מכוח Alien Tort Statute בגין הפרת כללי המשפט הבין-לאומי. ראו: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 621 F.3d 111, 132 S.Ct. 472 (2011).

29 פרשת אברמוב (לעיל, הערה 7).

30 כמובן, ניתוח פרשה זו מורכב ומצריך התייחסות נפרדת, שמסגרת יריעה קצרה זו אינה מאפשרת. ראוי גם להבהיר כי בחרתי בפרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) כדי להדגים באמצעותה את המתודולוגיה הפרשנית המוצעת ברשימה זו ולא בפרשות אחרות שנדונו במשפטנו – כגון פרשת אברמוב (לעיל, הערה 7), שעוררה את סוגיית אישיות המשפטית הנפרדת של ההקדש הציבורי והוכרעה על ידי בית-המשפט העליון בהרכב מורחב – מן הסיבות המצטברות האלה: ראשית, פרשת קדמת לוד היא מקרה "קל" יחסית, במובן זה שאין קושי להצביע באמצעותה על חשיבותה של המתודולוגיה הפרשנית הפונקציונלית המוצעת ועל עדיפותה של מתודולוגיה זו על פני גישתו של בית המשפט העליון. שכנוע הקורא באמצעות פרשת קדמת לוד בחשיבותה של גישה פרשנית פונקציונלית מקל מאוד את ההתמודדות עם מקרים מורכבים יותר. שנית, הלכת קדמת לוד נתקבעה כהלכה והמחוקק לא התערב כדי לתקנה, וסוגיית אישיות המשפטית הנפרדת של ההקדש הציבורי עשויה להיות מוסדרת בקרוב על ידי המחוקק. ראו תזכיר חוק ההקדשות הציבוריים, התשע"ב–2012 (שבמרכזו הצעה להכיר באישיות המשפטית של הקדש ציבורי).



המציאות. שנית, מכיוון שהלכת קדמת לוד השתלטה על סדר היום המשפטי הנוגע לכשרות מלאכותית, שאלות משפטיות חשובות שניתן אולי לעורר אינן עולות בפסיקה כלל. הדוגמה של נציגות בית משותף ממחישה היטב גם קושי זה: אלמלא הלכת קדמת לוד היה ניתן לעורר למשל את שאלת גבול כשרותה המלאכותית של הנציגות בעניינים שונים, כגון בנושא שכיום הוא על סדר יומם של בתים משותפים רבים: קידום מיזמי התחדשות עירונית (תכניות תמ"א 38 או תכניות פיננו-בינוי).<sup>31</sup> אכן, כשקיימת בעיה של טפילות או בעיות אחרות של "פעולה משותפת" בקרב דיירי הבית המשותף, ניתן לתוות אם לנציגות הבית המשותף כשרות לבצע פעולות שונות כוועד, כגון לפעול כדי לקדם לפחות חלק משלביה של תכנית תמ"א או תכנית פיננו-בינוי.<sup>32</sup> שלישית, סוגיית הכשרות המלאכותית היא כיום אקטואלית מתמיד ולא רק בשל השימוש התכוף בישויות מלאכותיות אלא גם בשים לב להכרה המתבקשת מעת לעת בישויות משפטיות חדשות.<sup>33</sup> במקרים אלו יש חשיבות עקרונית לטיעונים המובאים ברשימה זו. זה יהיה סדר הרצאת הדברים: פרק ב יציג בקצרה את עיקרי הגישה הפונקציונלית המוצעת לשם איתור גבולות כשרות מלאכותית, או לצורך בירור קיומה של אישיות משפטית מלאכותית.<sup>34</sup> פרק ג ידגים את השימוש בגישה הפונקציונלית. חלקו הראשון

- 31 ראו: חוק המקרקעין (חיווק בתים משותפים מפני רעידות אדמה), התשס"ח-2008, ס"ח 152 וחוק פיננו ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006, ס"ח 171 שאינם מזכירים כלל את נציגות הבית המשותף ונמנעים אפוא מלהכיר מפורשות בכשרותה לפעול. מנגד ראו: תיק פיקוח 41/11 בעלי הזכויות בדירות בבית המשותף מרחוב החייל 30-32 ברעננה נ' שמחון (פורסם בנבו, 2.1.2012), הממחיש כי בפועל לנציגות תפקיד בקידום תכניות מסוג שכזה.
- 32 מפאת קוצר היריעה שאלה זו לא תידון ברשימה הנוכחית. עם זאת הטיעונים כאן מניחים את התשתית העיונית לדיון עתידי שכזה.
- 33 ראו למשל תזכיר חוק ההקדשות הציבוריים (לעיל, הערה 20) (שבמרכזו הצעה להכיר באישיות משפטית של הקדש ציבורי); בג"ץ 890/03 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' שר האוצר פסקה 14 (פורסם בנבו, 1.10.2009) (פירוש פקודת המכרות, 1938 והתקנות שהותקנו מכוחה כדי לקבוע אם הקרן לשיקום מחצבות היא אישיות משפטית); פרשת עמותת בית הכנסת לספרדים בשכונת אבו תור בירושלים (לעיל, הערה 21) בעמ' 442 (דחיית הטענה כי יש לראות במתפללי בית כנסת אישיות משפטית נפרדת); פרשת ועד הורים בית הספר "קציר" (לעיל, הערה 21) (דחיית הטענה כי ועד ההורים של בית ספר הוא אישיות משפטית); ע"א 2364/04 הרון נ' הקדש קרן המנוח יצחק גבריאילוביץ ז"ל לחלוקת פרסים לתלמידי ישיבות מצטיינים (פורסם בנבו, 25.5.2010) (דיון בכשרותו של הקדש יהודי דתי שנוצר בפני בית דין רבני לפני כניסתו לתוקף של חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, ס"ח 128 להירשם כבעלים של מקרקעין). ניתן גם להזכיר מחלוקות פוסקים שאפשר שעודן מתנהלות, כגון בשאלת האישיות המשפטית הנפרדת של עיזבון למבט השוואתי ראו גם: Virginia Harper Ho, "Theories of Corporate Groups: Corporate Identity Reconceived", 42 *Seton Hall L. Rev.* 879 (2012), pp. 885-886 (הדנה בשאלת האישיות המשפטית הנפרדת של קונצרן).
- 34 ראו, כאמור לעיל, הערה 20, הגישה הפונקציונלית המוצעת ברשימה זו רלוונטית כאמור גם לצורך הכרעה בשאלות אחרות, כגון אם ראוי להכיר בתופעה מסוימת כאישיות משפטית

יתמקד בניתוח מערכת היחסים שבין יחירי האישיות המשפטית שעמדה במוקד פרשת קדמת לוד (כלומר דיירי בית משותף) ויסביר מהי הבעיה אשר חייבה באותו מקרה פירוש לחוק אשר יקנה לנציגות הבית המשותף כשרות מלאכותית לפעול נגד החברה הקבלנית להשבת החלקים מקומת המרתף שבעניינם נתגלעה עמה מחלוקת. חלקו השני של הפרק יבהיר מדוע יש בניתוח מישור ההתייחסות הנוסף, כלומר זה הנוגע ליחסים שבין הנציגות לבין צדדים שלישיים, לרבות החברה הקבלנית עצמה, כדי לתמוך בפירוש המוצע. לאחר מכן אסכם.

## ב. כשרות מלאכותית – לקראת גישה פונקציונלית

### 1. מה ידוע לנו על כשרות מלאכותית?

לעומת האדם, שהוא בעל כשרות משפטית לזכויות וחובות מעצם לידתו,<sup>35</sup> אישיות מלאכותית שואבת את כשרותה המשפטית, יהיה היקפה כאשר יהיה, מהוראות הדין.<sup>36</sup> המשפט הוא שמעניק כשרות מלאכותית ואף קובע את היקפה. במוקד סוגיית כשרותה המלאכותית עומדת יכולתה של האישיות המשפטית הנפרדת לאחוז בזכויות, לשאת חובות ולבצע פעולות משפטיות.<sup>37</sup> זו למעשה מהות הכשרות המשפטית. במובן זה ניתן לדמות את הכשרות המשפטית למעין מישור (פלטפורמה) שעליה מונחות זכויות וחובות שהאישיות המלאכותית כשרה לאחוז, או פעולות משפטיות פרטניות שאותן היא כשרה לבצע.

נפרדת או אם כשרותה צריכה להיות כללית או מוגבלת. ברם נוכח מורכבות הדיון בשלב זה אותיר את העיון ביישום אפשרי זה של הגישה המוצעת להזדמנות אחרת.

35 אם כי גם לכך עיגון נורמטיבי. ראו: סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ס"ח 120, הקובע כי "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו", וסעיף 2 לאותו חוק הקובע כי "כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט".

36 ראו למשל פרשת אברמוב (לעיל, הערה 7) בעמ' 206 ("אישיות משפטית (שאינה אדם) היא יציר הדין. אין היא יציר הטבע. על-כן, הכרה בתופעה מסוימת כבאישיות משפטית – הנבדלת מאישיותם המשפטית של בני האדם הפועלים במסגרתה – מחייבת קיומה של הוראת חוק המכירה באותה תופעה... כבאישיות משפטית. לא די בכך שהוראת חוק נישראלית כלפי אפשרות החלתה על אישיות משפטית (שאינה אדם). המבקש לתלות באותה הוראת חוק הכרה באישיות המשפטית צריך להצביע על כך כי אותה הוראה, על-פי תכליתה, היא היוצרת (במשמעות) את האישיות המשפטית").

37 ראו: פרשת אדם טבע ודין (לעיל, הערה 33) בפסקה 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

במשפט הישראלי מקובל להבחין בהקשר זה בין אישיות משפטית שכשרותה "כללית" לבין כזו שכשרותה "מוגבלת".<sup>38</sup> לאישיות משפטית כללית, כך נהוג לומר, יש הכשרות המשפטית להיות בעלת כל זכות או חובה<sup>39</sup> המתיישבות עם אופייה וטבעה,<sup>40</sup> ואילו לאישיות משפטית מוגבלת הכשרות להיות בעלת זכויות וחובות מסוימות בלבד מתוך קשת הזכויות והחובות הרלוונטיות מבחינתה.<sup>41</sup> מקובל על הכול כי מכיוון שכשרות משפטית מוענקת על ידי הדין – המגולם בתחיקה בדרך כלל<sup>42</sup> – שאלת היקף כשרותה של אישיות משפטית נתונה, אם כללית או מוגבלת, הופכת להיות שאלה פרשנית.<sup>43</sup> ליתר דיוק, ההכרעה אם לאישיות המשפטית כשרות להחזיק בזכות או חובה מסוימות, או לבצע פעולה משפטית כלשהי, מצריכה פירוש של התחיקה המעניקה לאותה אישיות משפטית את כשרותה.<sup>44</sup>

בהקשרים רבים המחוקק מעניק לישויות מלאכותיות כשרות כללית. במקרים אלו בדרך כלל אין מתעורר כל קושי משפטי, משום נוסחה הרחב של הוראת המחוקק, האומרת במפורש שהאישיות המשפטית הנפרדת שעל הפרק היא "אישיות משפטית

- 38 ראו: פרשת רוטברד (לעיל, הערה 5) בעמ' 128.
- 39 כמובן, פרופוזיציה דומה ניתן להשמיע בעניין פעולה משפטית, חירות, כוח, כפיפות או חסינות, ככל שכל אחד מאלו הוא אמנם סממן של אישיות משפטית נפרדת. ראו: לעיל, הערה 7.
- 40 ראו למשל סעיף 4 לחוק החברות, המגדיר את כשרותה הכללית של חברה בע"מ. ההסתייגות בהגדרת הכשרות הכללית לגבי זכויות או חובות "המתיישבות עם אופיה וטבעה" של האישיות המשפטית, הוסברה כך בפרשת רוטברד (לעיל, הערה 5) בעמ' 128: "בן אדם, מדינת ישראל וחברה המתאגדת על-פי [חוק החברות], הם אישיות משפטית בעלת כשרות כללית. אמת, חברה אינה יכולה להינשא, ומבחינה זו כשרותה מוגבלת. באותה מידה בן-אדם אינו יכול להתפרק או להתמזג, ומבחינה זו גם כשרותו מוגבלת. הגבלות אלו אינן פוגעות בכלליות הכשרות, הקיימת לעניין כל פעולה שגוף מסוגו – בין גוף טבעי ובין גוף משפטי – מסוגל עקרונית לבצע".
- 41 הבחנה נוספת המוזכרת בספרות, בעיקר בהקשר של קטינים ופסולי דין, ואין לה – כך נראה – נפקות מעשית לענייננו, היא בין "כשרות מהותית" לבין "כשרות דיונית", וזאת כדי לתאר מצב דברים שבו לאישיות המשפטית הנפרדת כשרות לשאת זכויות וחובות אך מימושן יכול להיעשות בידי אחר. ראו למשל משה קשת, פירוש לחוק החברות (תשס"א) בעמ' 143–144.
- 42 למקרים היוצאים מן הכלל ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1446/01 העדה היוונית קתולית ביפו נ' סלום (פורסם בנבו, 24.5.2007); ב"ש"א (מחוזי ת"א) 21443/07 (ת"א 2319/05) ליבאי נ' יפת (פורסם בנבו, 24.7.2008). כאמור, אפילו כשרותו של אדם נקבעת על פי חוק. ראו: סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
- 43 ראו: יחיאל בהט, חברות – החוק החדש והדין לאחר תיקון 16 (מהדורה 12, כךך א', תשע"א) בעמ' 62, 66–67.
- 44 ראו למשל בהקשר של נציגות הבית המשותף: בג"ץ 27/62 אלט נ' הוועדה המקומית לבניה ולתכנון עיר, תל-אביב-יפו, פ"ד טז 1330, בעמ' 1335–1336 (פירוש "המושג הנהלת עניני הבית" לצורך הכרעה בשאלה אם נציגות הבית המשותף בעלת כשרות לחתום על בקשה להוספת מרפסות בבית המשותף המוגשת לרשויות התכנון).

כשרה לכל זכות, חובה ופעולה משפטית...<sup>45</sup> המגבלות על כשרותן של ישויות שכאלו נקבעות למעשה על ידיהן עצמן; על ידי הוראות המשפט הפרטי הכללי (כשהן מונעות קיפוח של זכויות צד שלישי, למשל נטילה של קניינן הפרטי); או שהמציאות היום-יומית של חיי המעשה מקרה אותן (אלא אם זו אינה מאפשרת מהלך מסוים מבחינה טכנית או פיזית: לכלוא תאגיד למשל או להביאו בברית נישואין). לבר מגבלות מוכנות אלו, ישויות בעלות כשרות כללית רשאיות לאחוז בכל זכות שהיא, לשאת כל חובה ולבצע כל פעולה משפטית שהן חפצות.

שונים הם פני הדברים כשמדובר בכשרות מוגבלת. למרבה הצער, אין בפסיקה הישראלית, או בכתיבה האקדמית שליוותה אותה, דיון מסודר בשאלת האופן שבו יש לפרש תחיקה, או מקורות דין אחרים, המקנים כשרות מלאכותית מוגבלת.<sup>46</sup> בעיקר אין עיסוק בתכלית הדין. בשורות הבאות אבקש אפוא לדון בסוגיה זו ולהציע גישה פרשנית, או תכלית, פונקציונלית באופייה. אעשה זאת תוך שימוש בפסק הדין הידוע בפרשת קדמת לוד, אשר בהיעדרו של דיון מעמיק בנושא הפך להלכה יסודית בעניין זה.

## 2. גישה פונקציונלית – הבחנה בין מערכות יחסים – או מישורי ניתוח – שונים

אחת התובנות היסודיות שניתן לגזור מעיון בדיני התאגידים, דינים החולשים על סוג אחד בלבד של ישויות מלאכותיות, נוגעת לחשיבות ההבחנה בין מערכות יחסים או מישורי ניתוח משפטי שונים. למעשה, כאשר מתעוררת שאלה משפטית הנוגעת במישורין או בעקיפין לתאגיד, על המשפטן לשאול עצמו קודם כול "מהו מישור הניתוח הרלוונטי

45 ראו והשוו לנוסחן, למשל, של הוראות החוק הבאות: סעיף 4 לחוק החברות; סעיף 8 לחוק העמותות, התש"ם-1980, ס"ח 210. כן ראו: כשהדבר נוגע לכשרות בתחומי המשפט הפרטי, את ההוראות האלה: סעיף 8(א) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, ס"ח 235; סעיף 3א לחוק המועצה להשכלה גבוהה (תיקון מס' 4), התשל"ה-1975, ס"ח 243; סעיף 3 לחוק רשות שדות התעופה, התשל"ז-1977, ס"ח 182; סעיף 13(א) לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992, ס"ח 191, וכך הלאה.

46 דוגמאות לגופים בעלי כשרות מלאכותית מוגבלת (כאמור, בתחומי המשפט הפרטי בלבד) שניתן להזכירן: נציגות בית משותף; שותפות רשומה אם יש הרואים בה אישיות משפטית נפרדת (ראו: סעיפים 31(א) ו-66(א) לפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975); אגודה שיתופית (ראו: נוסחו של סעיף 21 לפקודת האגודות השיתופיות); דירקטוריון של חברה ציבורית (ראו: סעיף 92 לחוק החברות); כל גוף שמתנהל כיום ויכוח על אישיותו המשפטית הנפרדת, כגון שותפות לא רשומה, הקדש ציבורי או עיזבון. הדיון עשוי להיות רלוונטי גם לגופים שלטוניים מסוימים אם מנסים לברר את היקף כשרותם המלאכותית בתחומי המשפט הפרטי: גופים כגון בנק ישראל (ראו חוק בנק ישראל, התש"ע-2010, ס"ח 452); ועדה מקומית לתכנון ולבנייה (ראו: חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307); המועצה הארצית לביטחון תזונתי (ראו: חוק המועצה הארצית לביטחון תזונתי, התשע"א-2011, ס"ח 996); המועצה הלאומית למחקר ולפיתוח אזרחי (ראו: חוק המועצה הלאומית למחקר ולפיתוח אזרחי, התשס"ג-2002, ס"ח 52), ועוד רבים.

לעניין הנדון – האם ענייננו ביחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם? ביחסים שבין בעלי המניות לנושאי משרה בתאגיד? או שמא מדובר ביחסים שבין התאגיד לבין צד שלישי, כגון נושה שלו? הצורך לשאול שאלה זו נובע מכך שבמרחב התאגידי, בכל מערכת יחסים יחסי הצדדים מעוצבים על ידי הדין באורח שונה הייחודי לה, ואופיין של החובות והזכויות שמבקש הדין להקנות לכל צד משתנה ממערכת יחסים אחת לחברתה. למשל, במערכת היחסים שבין נושאי המשרה בחברה בע"מ לבין בעלי המניות בחברה המשפט שואף לקבוע יחסים המבוססים על מידה גבוהה של אמון ועל תפיסה שלפיה נושאי המשרה צריכים לפעול בעיקר כדי לשרת את האינטרס של בעלי המניות ולא את האינטרס העצמי שלהם.<sup>47</sup> לעומת זאת במערכת היחסים שבין חברה בע"מ לבין נושיה המשפט מסתפק בעיצוב מערכת יחסים "חוזית", שאינה שונה מכל מערכת יחסים שגרתית בין חייב בשר ודם לבין נושהו.

ההיקש מדיני התאגידיים לענייננו מתבקש. זהו היקש מן הפרט אל הכלל. כשרותו המשפטית של התאגיד היא אך מקרה פרטי של סוגיית כשרותן המשפטית של מגוון הישויות המלאכותיות המאכלסות את עולמנו.<sup>48</sup> ההבחנה בין מערכות היחסים, או מישורי הניתוח, השונים צריכה אפוא לשמש נקודת מוצא גם לדיון בשאלות או בעיות בעניין כשרותה המשפטית של כל אישיות מלאכותית שהיא, לרבות נציגות בית משותף.<sup>49</sup>

האישיות המשפטית המלאכותית היא מוקד שסביבו רוחשות כמה מערכות יחסים. לכן בבואו לפרש את סעיף 69 לחוק המקרקעין כדי לקבוע את גבולות הכשרות המלאכותית, על בית המשפט להבחין בין מערכת היחסים המתנהלת בין יחידים האישיות המשפטית (בפרשת קדמת לוד היו אלו דיירי הבית המשותף)<sup>50</sup> לבין מישור ניתוח אחר,

47 ראו: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה, פ"ד נז(4) 289, בעמ' 332–333.

48 ראו: Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991) p. 11. בהקשר זה דומה שאין חשיבות לכך שתאגידיים רבים (למשל, חברה בע"מ) זוכים שהמחוקק יעניק להם כשרות כללית, ואילו לאחרים מוענקת כשרות מוגבלת בלבד.

49 ואמנם, בספרות האמריקאית הוער כי "corporateness 'is more nearly a method than a thing'. It is a method through which the law reaches results which appear to be consistent with the purpose of corporation laws". ראו: Robert S. Stevens and Arthur Larson, *On Corporations* (2<sup>nd</sup> ed., 1955) pp. 99–100 (המצטט את בית המשפט בפרשת *Farmers' Loan & Trust Co. v. Pierson* 130 Misc. 110, 119, 222 N.Y.S. 532, 543–544 (Sup. Ct. N.Y. Cnty 1927)).

50 לכאורה ניתן לטעון כי יש להבחין בין האישיות המשפטית של נציגות הבית המשותף לבין האישיות המשפטית של הבית המשותף עצמו. לפי הבחנה זו, יחידים האישיות המשפטית של הנציגות אינם דיירי הבית המשותף. ניתן לפטור עצמנו מן הצורך להתלבט בהבחנה זו בשל עמדת הפסיקה, אשר קבעה כי נציגות הבית המשותף היא אישיות משפטית, ולעומתה הבית המשותף עצמו איננו אישיות משפטית כלל. זאת, חרף למשל הוראת סעיף 16(ד) לתקנון

שעניינו מערכת היחסים המתנהלת בין האישיות המשפטית עצמה לבין צדדים שלישיים (בפרשת קדמת לוד הצד השלישי כאמור היה החברה הקבלנית שנתבעה). לטענתי, ההבחנה בין מערכות היחסים השונות מתחייבת מתכלית כל תחיקה המעניקה כשרות מלאכותית, מכיוון שכשרות מלאכותית היא אמצעי בלבד. למשל, כשרות מלאכותית מוענקת כדי לשרת מטרה, או אולי כמה מטרות, חברתית או כלכלית קונקרטיה, כגון התמודדות עם כשל נקודתי בפעולת השוק.<sup>51</sup> כדי לזהות את המטרה המצריכה, אולי, הכרה בכשרותה של האישיות המשפטית המלאכותית לפעול בהקשר זה או אחר, על הפרשן המאמץ גישה פונקציונלית, כמוצע ברשימה הנוכחית, לבודד באורח אנליטי כל אחת ממערכות היחסים הרלוונטיות המתנהלות סביב האישיות המשפטית המלאכותית, ולבחון כל אחת מהן בנפרד.<sup>52</sup>

למסקנה כללית זו ניתן להגיע גם על דרך פירוש תכליתי של החוק הספציפי המסמיך את האישיות המשפטית המלאכותית וקובע את כשרותה המוגבלת (דוגמת סעיף 69 לחוק המקרקעין בעניין נציגות הבית המשותף). אכן, נשאלת השאלה מהי בעצם התכלית האובייקטיבית שמבקשת הוראת חוק זו, או דומותיה, להגשים. לכאורה קל לומר כי תכליתן של הוראות חוק שכאלו היא להסדיר את פעילותה היום-יומית השוטפת של אישיות משפטית מלאכותית היונקת כאמור את עצם חיותה וכוחה מן החוק המסמיך. אך נדמה שאין די ברמת הפשטה זו. חשיפה ראויה של תכלית החוק מצריכה התעמקות יסודית יותר בהבנת טיב "פעילותה" של האישיות המשפטית המלאכותית. הנקודה המרכזית שאני מבקש להעלות בהקשר זה היא שעצם קיומה של האישיות המשפטית המלאכותית, כמו גם היקף הכשרות המשפטית המוענקת לה, אינם מטרה בפני עצמה. כשרות מלאכותית מוענקת כאמצעי פונקציונלי. היא אך מכשיר בידי המחוקק להגשמת

המצוי, הקובעת כי "הגזבר יפקיד את ההכנסות בחשבון בנק על שם הבית המשותף". ראו: ע"א 31/70 כהן נ' שמאי, פ"ד כד(2) 388, בעמ' 390. ראו: ויסמן (לעיל, הערה 15) בעמ' 353–351.

51 השוו תפיסה זו של מהות האישיות המשפטית הנפרדת לתיאורו של Ronald Coase את הפירמה כמתכונת היררכית של ארגון פעילות ייצור כלכלית, שהיא לעתים זולה יותר, ועל כן היא בבחינת תחליף, לניהול פעילות הייצור באמצעות השוק. Ronald H. Coase, "The Nature of the Firm", *4 Economica* (1937) 386, p. 393. כן ראו: Easterbrook and Fischell (לעיל, הערה 48) בעמ' 11–12.

52 אך מובן הוא כי אין הרשימה הנוכחית נכנסת לוויכוח בשאלת מידת ההצדקה שבאימוץ גישה פרשנית תכליתית. לסקירה נרחבת של ביקורות על הפרשנות התכליתית באופן כללי ותשובות אפשריות להן ראו: אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (כרך ב, תשנ"ג) בעמ' 173–198. כך למשל ניתן לכאורה לטעון שניתוח פונקציונלי, תלוי מערכת יחסים והקשר, של הוראת חוק היוצרת אישיות משפטית מלאכותית מרחיב את שיקול הדעת השיפוטי יתר על המידה ומכרסם בוודאות המשפטית של הצדדים המעורבים.

מטרות חברתיות וכלכליות מגוונות.<sup>53</sup> למשל, המחוקק עשוי לחפוץ בקיומה של האישיות המשפטית המלאכותית כדי לחסוך בעלויות עסקה.<sup>54</sup> טלו את הדוגמה הפשוטה הזאת, התולה את כשרותה המלאכותית של חברה בע"מ לכרות חוזים בנימוק של חיסכון בעלויות עסקה: במקום שכל בעלי המניות בחברה ציבורית יירשמו כמי שמזמינים ציוד משרדי הדרוש לפעילותה, כל אימת שהחברה זקוקה לציוד משרדי ומבקשת לבצע הזמנה שכזו, נרשמת החברה הציבורית עצמה כמזמינת הציוד והיא שנכנסת לקשר המשפטי עם ספק הציוד.<sup>55</sup> בדומה לכך הוסבר לנו כי הענקת כשרות מלאכותית עשויה להידרש לעתים כדי לאפשר הקצאת סיכונים יעילה בין חייבים ונושים.<sup>56</sup> ובהמשך הרשימה הנוכחית אטען כי כשרות מלאכותית נדרשת לעתים כדי להתגבר על כשל מסוים בפעולת השוק, והיקפה תלוי אפוא במישרין באופן שבו ניתן לתקן את כשל השוק.<sup>57</sup>

ואם הכשרות המלאכותית איננה מטרה בפני עצמה כי אם אמצעי פונקציונלי בידי המחוקק לקידום מטרות חברתיות, כלכליות וכיוצא באלו, ברי כי כדי לעמוד, בכל הקשר שבו מתעוררת שאלת הכשרות המלאכותית, על המטרה שלמענה נוצרה וניתנה לה (אולי) כשרות משפטית לפעול, על הפרשן לנתח אנליטית כל אחת ממערכות היחסים הסובבות את פעילות האישיות המלאכותית. בכל מערכת יחסים שכזו נדרש לבחון מהי הבעיה, אם בכלל, המצדיקה הכרה בכשרות מלאכותית. במילים אחרות, כל המנסה להבין מהי המטרה הקונקרטיה שבעטייה העניק המחוקק כשרות מלאכותית לאישיות משפטית נפרדת, נדרש להפריד אחד לאחד את דבוקת האינטרסים והתמריצים הפועלים בזירה. רק כך ניתן להבין מי הם למעשה השחקנים הרלוונטיים, מהם האינטרסים או התמריצים המניעים אותם, ומהו יחסם כלפי כל אחד מן השחקנים האחרים. ניתן לדמות את הכשרות המלאכותית למעין קרן-אור מרוכזת שמצדה האחד חודרת אל מנסרה

53 ניתן לתהות אם אמנם ראוי לייחס למחוקק, כאשר מנסים להבין מהו היקף הכשרות המלאכותית שהעניק לאישיות משפטית נפרדת כלשהי, גישה פונקציונלית. נדמה לי כי תפיסה שלפיה המחוקק קובע שרירותית את היקף כשרותן המלאכותית של ישויות משפטיות נפרדות מסתברת פחות מתפיסה שלפיה היקף הכשרות המלאכותית נקבע מתוך שאיפה לקדם מטרה מסוימת.

54 ראו Easterbrook and Fischel (לעיל, הערה 48) בעמ' 11–12. לדיון תאורטי בטענה כי קיומה של אישיות משפטית נפרדת אינו מטרה בפני עצמה, ואמנם צריך להתבסס על טעמים ענייניים, ראו: Bryant Smith, "Legal Personality", 37 *Yale L.J.* (1928) 283, pp. 298–299.

55 ראו: שם, שם.

56 ראו: פרוקציה, "מושג ותיאוריה בתורת האישיות המשפטית" (לעיל, הערה 10) בעמ' 184 (הדן בחשיבות ההכרה באישיות המשפטית של עיזבון או של ווקף דתי כאמצעי להקצאת סיכונים חדלות פירעון בין נושי עיזבון או ווקף לבין העיזבון והווקף עצמו).

57 כדי להדגים זאת אטען כי נציגות הבית המשותף, כאישיות משפטית מלאכותית, היא אמצעי שהעמיד המחוקק לצורך התמודדות עם בעיות של סחטנות וטפילות בקרב דיירי בית משותף. ראו: להלן, פרק ג.



(פריזמה), ומצדה האחר נשברת לקרני-אור שונות, שלכל אחת מהן אורך גל שונה משלה (כאשר כל קרן אור מייצגת מטרה קונקרטית שבעטייה ניתנה כשרות מלאכותית). כדי לראות אם עניין מסוים נלכד בקרני האור, אין די בהתבוננות על הקרן המרוכזת החודרת אל המנסרה מצדה האחד, אלא יש להתבונן על קרן האור הבודדת, לאחר שבירתה, ובעזרתה בלבד להאיר את העניין שעל הפרק.

כדי להבין את חשיבות ההבחנה המוצעת כאן בין מערכות היחסים השונות ניתן להיעזר גם בהסבר הכלכלי-מימוני הזה: פעילותה של האישיות המשפטית, כל אישיות משפטית, ובוודאי זו המלאכותית, ניתנת לתיאור סכמטי המזכיר במידה רבה מאזן חשבונאי.<sup>58</sup> זה כידוע נחלק לשניים: צד של "מקורות" המכונה לעתים "התחייבויות" וצד של "שימושים" המכונה לעתים "נכסים". ואמנם, פעילותה של כל אישיות משפטית נשענת על מקורות מימון שונים, שניתן אף להוסיף ולמיינם למקורות של הון עצמי ולמקורות של הון זר. מקורות אלו משמשים את האישיות המשפטית למימון מגוון פעילויות ראליות-כלכליות, לפי ייעודה. למשל, מקורות המימון של נציגות בית משותף הם בדרך כלל מסי הבית המשותף שמשלמים כלל הדיירים (על פי מפתחות שקובע הדין) כמקורות של הון עצמי. אפשר גם שכספים המגיעים לקופת ועד בית יהיו מקורות של הון זר, כמו קרנות תמיכה של האגודה לתרבות הדיור. מקורות המימון משמשים את נציגות הבית המשותף כדי לממן מגוון פעילויות ראליות, כגון ניקיון ותחזוק הרכוש המשותף, רכישת אביזרים, תשלום מסים, רכישת ביטוחים מתאימים ועוד.

מניתוח כלכלי-מימוני זה ניתן להסיק מסקנה באשר לתכלית החוק. המסקנה היא כי המחוקק, בהסדירו את פעילותה של האישיות המשפטית המלאכותית, ביקש באמצעות הוראת החוק המסמיכה, גם אם זו מעניקה רק כשרות מוגבלת, לאפשר לאישיות המשפטית לפעול הן לצורך גיוס מקורות מימון הן לצורך שימוש בהם כדי לקיים פעילות כלכלית-ראלית.

מסקנה סבירה נוספת היא כי צד המקורות אינו זהה על פי תוכנו לצד השימושים, ובכל הקשר מתעוררות, או צפויות להתעורר, בעיות בעלות אופי שונה בעליל. התייחסות מדויקת ואנליטית לכל בעיה ובעיה מחייבת אפוא את הפרשן, המבקש לעמוד על תכלית החוק כדי לאתר את הפתרון לבעיה, להבחין בין מערכות יחסים שונות. הבחנה אחת שבוודאי מתבקשת מתמקדת בהבדל שבין ההסדרה המשפטית של צד המקורות לבין ההסדרה המשפטית של צד השימושים. אכן, פעילותה הראלית של האישיות המשפטית (צד השימושים) מחייבת בכל פעם את האישיות המשפטית להתקשרות משפטית עם צד שלישי (למשל, בהקשר של נציגות בית משותף: עם איש ניקיון, שרברב, חנות לממכר אביזרי בניין, האגודה לתרבות הדיור, חברת ביטוח וכו'); הסדרת הצד המימוני (צד המקורות) עשויה לעורר שאלות משפטיות הנוגעות רק ליחסים שבין יחידים האישיות

58 אין זה מקרה כמובן, שכן בעצם מדובר במאזן חשבונאי של פירמה, שאינו קשור לאופן התאגדותה או לרישומה הפורמלי.

המלאכותית (למשל, בהקשר של נציגות בית משותף: בין דייריו לבין עצמם). ברי כי אופי היחסים בכל מערכת יחסים כזו ייחודי לה. אין דין היחסים בין נציגות הבית המשותף לבין החנות שממנה רוכשת הנציגות אביזרי אינסטלציה כדין היחסים בין דיירי הבית המשותף לבין עצמם. וחשוב מכך, אין דין הבעיות המתעוררות במישור היחסים הראשון והמצריכות את הפרשן להבין כיצד ביקש המחוקק לפתור בעיות אלו, כדין הבעיות המתעוררות במישור היחסים השני.<sup>59</sup>

בשלב זה ראוי להדגיש כי יש להבחין היטב בין שאלת הכשרות המשפטית, שהיא נושא הרשימה הנוכחית, לבין שאלה אחרת והיא שאלת הסמכות או השימוש בכשרות זו, שאינה נדונה כאן. אכן, גם אם יתברר מניתוח מערכת יחסים זו או אחרת הסובבת את האישיות המשפטית המלאכותית כי המחוקק אמנם העניק כשרות משפטית לאישיות זו, אין בהכרח פירושו של דבר כי היא אמנם הוסמכה במקרה זה או אחר להשתמש בכשרותה. למשל, גם אם המסקנה מניתוח פרשת קדמת לוד תהיה כי היה ראוי להכיר בכשרותה המשפטית של הנציגות להגיש את התביעה המדוברת, וזאת בשל בעיה מסוימת במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף (שהמחוקק, לפי קו טיעון זה, ביקש להתגבר עליה באמצעות הענקת כשרות מלאכותית לנציגות), אין פירוש הדבר בהכרח שהנציגות אמנם הייתה מוסמכת להגיש את התביעה הזאת. ייתכן למשל כי כדי שהנציגות תשתמש בכשרות המוקנית לה, תידרש החלטה של שניים מתוך שלושה חברי הנציגות, ובהיעדרה לא יהיה תוקף לפעולה של הנציגות. מטבע הדברים, שאלת הסמכות נגזרת לעתים מדינים מהותיים שונים, על פי מערכת היחסים בין יחידיו האישיות המשפטית המלאכותית.

עניין נוסף שיש לחדד הוא סוגיית איזון האינטרסים. בגדר פירוש תחיקה המעניקה כשרות מלאכותית יש לזכור היטב כי המטרה, החברתית או הכלכלית, שלהגשמתה ביקש

59 מעת שמקבלים את הטענה כי הכשרות המלאכותית היא אמצעי בידי המחוקק להגשמת מטרות חברתיות או כלכליות ולא מטרה בפני עצמה, מתבהרת גם נקודה נוספת, הנוגעת לסוג המטרות שלמענן עשויה כשרות מלאכותית להינתן. בקצרה, המטרות שלשמן עשויה כשרות מלאכותית להינתן עשויות להיות מגוונות. למשל, במקרים מסוימים התשובה לשאלה מהו היקפה המדויק של הכשרות המשפטית שניתנה לאישיות המלאכותית תינתן גם בשים לב לקושי מובנה בפעילותה של האישיות המלאכותית, הנובע מעצם אופייה כאישיות מלאכותית ולא טבעית. במונחים של דיני התאגידים היינו מנסחים טענה זו כך: היקף הכשרות המלאכותית עשוי להיגזר גם מן הצורך לפתור לא רק בעיות חברתיות או כלכליות "חיצוניות" אלא גם בעיות "פנימיות", מן הסוג שבדיני תאגידים מכנים בעיות "ממשל תאגידי". ההיגיון שבטענה זו מובן. אישיות מלאכותית מתנהלת על ידי קבוצת פרטים, ואופן ניהולה מושפע כמובן מטיב מערכות היחסים ביניהם ומן הבעיות העוללות להתעורר בהן. לעתים האישיות המלאכותית מנוהלת על ידי אורגן קולגיאלי שבין יחידיו נרקמת מערכת יחסים מורכבת, ולעתים הבעיות מקורן במנשק שבין אורגנים שונים. כך או כך, טרם הסקת מסקנה באשר לתכלית החוק המעניק כשרות מלאכותית ולהיקף הכשרות המלאכותית שהמחוקק העניק, על הפרשן לבחון גם את מערכות היחסים הקשורות לארגונה ולאופן ניהולה של האישיות המלאכותית.

המחוקק להעניק כשרות מלאכותית אינה חזות הכול. אפשר שלצד השאיפה לפתור בעיה באחת ממערכות היחסים שסביב האישיות המלאכותית ביקש המחוקק גם להגן על אינטרסים של צדדים שלישיים. כיצד אפוא יש להשתמש בפועל בהבחנה המוצעת בין מערכות היחסים השונות כדי לפרש תחיקה המעניקה כשרות מלאכותית? ובכן, שאלות של כשרות מלאכותית אינן מתעוררות בחלל ריק. הן צפות בדרך כלל על רקע סכסוך משפטי קונקרטי שבגדרו עולה טענה בדבר היעדר כשרות מלאכותית בעניין מסוים. בפרקטיקה על הפרשן לזהות תחילה מהו מישור הניתוח הרלוונטי שבו מתעוררת, בדיעבד, שאלת הכשרות המלאכותית, כלומר מיהו למעשה המעלה טענה בדבר היעדר כשרות משפטית, ומהן הנסיבות שבעטיין הוא מעלה טענה זו. בהמשך על הפרשן לאתר, בכפוף לעיגון לשוני מינימלי בלשון התחיקה, את מטרת הענקת הכשרות המלאכותית מלכתחילה: למשל, מהי הבעיה שיש לפתור, ובאיזו מערכת יחסים הקשורה לאישיות המשפטית. לבסוף, על הפרשן לעמת את שתי נקודות מבט אלו זו עם זו כדי לבחון כיצד, אם בכלל, מתיישבת הגשמת תכלית הענקת הכשרות המלאכותית עם הצורך בהגנה על אינטרסים של צדדים שלישיים. בדרך זו ניתן לקבוע את היקף הכשרות המלאכותית הרלוונטי למקרה שעל הפרק.

בפרק ג אדגים את המתודולוגיה המוצעת כאן באמצעות פרשת קדמת לוד. עם זאת בעקבות הניתוח הפונקציונלי המוצע ניתן כבר עתה לומר ששאלת הכשרות המלאכותית היא תלוית-הקשר, או במילים אחרות, כשרות מלאכותית היא יחסית. טלו את הדוגמה שהוזכרה לעיל, שבה ההצדקה היחידה לקיומה של הכשרות המלאכותית נגזרה ממערכת היחסים שבין יחידי האישיות המשפטית: אם מתברר בדיעבד כי הסכסוך שעל הפרק אינו נוגע כלל ליחסים שבין יחידי האישיות המשפטית המלאכותית אלא משפיע רק על היחסים שבין האישיות המלאכותית לבין צד שלישי, ברי כי אין כל הצדקה להכיר בכשרותה לפעול נגד הצד השלישי, בוודאי אם הכרה כזו כרוכה בפגיעה באינטרסים של הצד השלישי.

מנגד, אם יתברר כי הסכסוך שעל הפרק הוא אמנם בין האישיות המלאכותית לבין צד שלישי, אך יש בהכרעה בשאלת הכשרות המלאכותית כדי להשפיע גם על היחסים שבין יחידי האישיות המלאכותית, כי אז אפשר שיידרש איזון בין הצורך בהכרה בכשרות המלאכותית לבין הצורך בהגנה על האינטרסים של הצד השלישי. כמוכּן, אם יהיה אפשר לאתר מתווה פרשני המאפשר בד בבד גם לפתור את הבעיה שאותה ביקש המחוקק לפתור באמצעות הענקת כשרות מלאכותית (למשל, במישור היחסים בין יחידי האישיות המשפטית) וגם להגן על האינטרסים של הצד השלישי (במישור היחסים שבין האישיות המשפטית לבין הצד השלישי) – יש לבחור במתווה זה.

ברם במקרים קשים יותר ייתכן שהפרשן יגלה כי הענקת כשרות מלאכותית פותרת, אולי, בעיה במישור היחסים האחד (נניח, בין יחידי האישיות המשפטית לבין עצמם), אך מייצרת קושי במישור יחסים אחר (נניח, בין האישיות המשפטית לבין צד שלישי),

ולתפק. במקרים אלו יהיה על הפרשן לאזן בין האינטרסים המתנגשים. מטבע הדברים קשה להעריך מראש באורח גורף כיצד יש לבצע איזון זה או להציע נוסחאות איזון קבועות מראש, מכיוון שמורכבות החיים המתנהלים באמצעות ישויות משפטיות מלאכותיות עשויה לזמן בפני הפרשן התנגשות בין מגוון רחב מאוד של אינטרסים של צדדים רבים. יהיה הדבר כאשר יהיה, הנקודה החשובה היא שרק באמצעות המתודולוגיה הפרשנית המוצעת כאן, ובמרכזה ההבחנה בין מישורי היחסים השונים, יהיה ניתן לאתר מלכתחילה, במדויק, את האינטרסים – שלעיתים כאמור גם מתנגשים זה בזה – אשר הכרעה בשאלת הכשרות המלאכותית משפיעה עליהם.

### 3. השוואה לגישה אפשרית אחרת

בטרם נמשיך בפיתוח תפיסה פרשנית קוהרנטית המושתתת על הגישה הפונקציונלית המוצעת כאן, ניתן לתהות מדוע ראוי בכלל לאמץ דווקא גישה כזו, ואם אין גישה אחרת העדיפה עליה. הגם שבפסיקתנו, לרבות בפרשת קדמת לוד, אין דיון בתשתית העיונית העומדת ביסוד הסדרים של כשרות מלאכותית או ברציונל סדור כלשהו שעל פיו יש לפרש תחיקה המעניקה כשרות מלאכותית, עדיין אפשר להציע לפחות רציונל אחד מגובש שכזה. אף עולה על הדעת מיד רציונל בולט אשר מן הבחינה הרעיונית יש בו כדי למקם את סוגיית הכשרות המלאכותית בתחום היחסים שבין המדינה לפרט. נכנה רציונל מתחרה זה "הרציונל הדמוקרטי", להבדילו מן הרציונל ה"פונקציונלי" המוצע ברשימה זו. הרציונל הדמוקרטי מסייע להבין טוב יותר, ולהצדיק, גם את הרציונל הפונקציונלי.<sup>60</sup> הרציונל הדמוקרטי מתמקד בהשוואת זכויותיה של האישיות המשפטית המלאכותית לאלו של אישיות משפטית טבעית, כלומר בן אנוש. כזכור, ענייננו כאן בכשרות המשפטית של גוף מלאכותי בתחום המשפט הפרטי. למצער כאשר מדובר בכשרות מלאכותית של גוף פרטי, להבדילו מגוף שלטוני, ניתן לטעון כי גוף פרטי שכזה, כמקובל במדינה דמוקרטית, חופשי לעשות כל אשר לא נאסר עליו במפורש בחוק.<sup>61</sup> על יסוד תפיסה זו אפשר לטעון כי באותם מקרים שבהם המחוקק הגביל את הכשרות המלאכותית, יש לבחור, מבין כלל הפירושים שלהם עיגון לשוני מינימלי בלשון התחיקה, את אותו הפירוש המעניק את הכשרות המלאכותית המרבית ומצמצם למינימום האפשרי את הגבלת זכותו של הפרט לממש את חירויותיו גם אם במקרה זה הפרט הוא

60 תיתכנה גם גישות נוספות, שכאמור לעת הזו טרם הוצעו בהיעדר דיון מקיף בפסיקה או בספרות.

61 ראו למשל יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך א, תשנ"ו) בעמ' 50–51 (להלן – יצחק זמיר).

אישיות מלאכותית.<sup>62</sup> רציונל זה ישאף להשיא את היקף הכשרות המלאכותית של האישיות המשפטית המלאכותית, אף אם כשרות זו מוגבלת, ובשונה מן הרציונל הפונקציונלי אין עניינו כלל במערכות היחסים הפרטניות הקשורות אליה. הרציונל הדמוקרטי רואה באישיות המלאכותית עצמה, חרף היותה אך פיקציה משפטית, מי שהמחוקק יוצא להגנתה.

לכאורה ניתן להציג נימוקים לתמיכה ברציונל הדמוקרטי. ראשית, רציונל זה מתיישב עם האופן שבו מגובש במשפטנו הסדר הכשרות הכללית של ישויות מלאכותיות. שכן, באותם מקרים שבהם העניק המחוקק לאישיות מלאכותית כשרות כללית, הוא לרוב עשה זאת באופן גורף, תוך שימוש בנוסח הסטנדרטי הגורס כי האישיות המלאכותית "כשרה לכל זכות, חובה ופעולה משפטית..."<sup>63</sup> במובן זה הרציונל הדמוקרטי אינו רואה בדיני הכשרות המלאכותית דינים שתכליתם למשטר מערכות יחסים מסוימות מבין אלו הסובבות את האישיות המשפטית המלאכותית, אלא דינים המסדירים את האופן שבו המדינה והשלטון פוגעים בזכויותיו של הפרט ומגבילים את חירויותיו. שנית, הרציונל הדמוקרטי גורס, מן הסתם, כי על הטיפול בבעיות חברתיות או כלכליות הנוגעות למערכות היחסים הזוה להיוותר בידי הדין הכללי, כגון דיני התאגידים בהקשר של תאגיד מן הסוג של חברה בע"מ או עמותה, או דיני הבתים המשותפים בהקשר של בית משותף. ברם חולשותיו של הרציונל הדמוקרטי ניכרות מיד, ויש בהן כדי לגרוע גריעה ניכרת מכוח השכנוע הטמון בו, בעיקר מכיוון שהרציונל הפונקציונלי אינו לוקה בהן. ראשית, הרציונל הדמוקרטי יוצר חיץ בין הכשרות המלאכותית של גופים פרטיים לבין אלו של גופים שלטוניים. שהלוא בעניינם של גופים שלטוניים אי אפשר לטעון כי כל אשר לא נאסר עליהם במפורש בחוק מותר להם. להפך: במדינה דמוקרטית לגוף שלטוני אין אלא אותן סמכויות שהמחוקק העניק לו במפורש.<sup>64</sup> כיצד אפוא יש לפרש תחיקה המעניקה כשרות מלאכותית מוגבלת במשפט הפרטי לגוף שלטוני? הרציונל הדמוקרטי אינו מספק תשובה לכך. לעומתו, הרציונל הפונקציונלי מאפשר להכיר בכשרות מלאכותית מוגבלת בתחום המשפט הפרטי של גופים שלטוניים שונים, אם כשרות כזו דרושה כדי להתמודד עם בעיות קונקרטיות שניתן לזהותן. בהקשר זה, אם אופיו השלטוני של הגוף אינו משפיע על אופי הבעיה המדוברת, אפשר שלגוף השלטוני תהא כשרות מלאכותית כאמור בתחום המשפט הפרטי, בהיקף זהה לכשרות המלאכותית המועננת לגוף פרטי. שנית, הרציונל הדמוקרטי מצריך במידה מסוימת מיון של דינים לקבוצת שיוך רעיונית, כגון "דיני הכשרות המלאכותית" כנגד "דיני הבתים המשותפים". שהלוא רק

62 אגב, גם רציונל דמוקרטי זה לא אומץ בפרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5). כזכור, באותה פרשה נקבע כי אין לנציגות הבית המשותף כשרות להגיש את התובענה המדוברת אף שניתן היה למצוא עיגון לשוני מינימלי לפרשנות זו גם בלא להתייחס לרציונל הפונקציונלי.

63 ראו והשוו: לעיל, הערה 45.

64 זהו העיקרון המפורסם בדבר חוקיות המנהל. ראו: יצחק זמיר (לעיל, הערה 61) בעמ' 51.

בעקבות מיון כזה ניתן יהיה לדעת מהו הרציונל שעל פיו יש לפרש את התחיקה הרלוונטית המעניקה כשרות מלאכותית. אך מה הדין למשל לגבי סעיף 69 לחוק המקרקעין, שעניינו כשרותה המלאכותית של נציגות בית משותף: האם הוראה זו משתייכת לדיני הכשרות המלאכותית או לדיני הבתים המשותפים? ומדוע בכלל ראוי לבסס את אופן פירושה של הוראת חוק זו על אפיון יוריספרודנטלי, שאין דרך אובייקטיבית אמתית לבצעו? הרציונל הפונקציונלי אינו מצריך מיון תורת-משפטי אלא אך זיהוי ענייני של בעיה חברתית, כלכלית וכיוצא באלו, המצדיקה, או שאינה מצדיקה, הענקת כשרות מלאכותית.

שלישית, והוא העיקר, הרציונל הדמוקרטי מתעלם מכך שסוגיות של כשרות מלאכותית אינן יוצרות באמת ובתמים התנגשות אינטרסים בין המדינה לבין הפרט כי אם דווקא בין פרט לפרט. במילים אחרות, סוגיות של כשרות מלאכותית, כמו גם האופן שבו הן נפתרות, מקרינות קודם כול על מערכות יחסים "אופקיות" (בין פרט לפרט) ולא על מערכות יחסים "אנכיות" (בין הפרט למדינה). למשל, כאשר בפרשת קדמת לוד החליט בית המשפט העליון לפרש את סעיף 69 לחוק המקרקעין, התוחם את כשרותה המלאכותית של נציגות הבית המשותף באופן השולל מנציגות הבית המשותף את הכשרות להגיש את התובענה המדוברת באותה פרשה, היה בכך כדי להשפיע קודם כול על מערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין הצד השלישי (החברה הקבלנית הנתבעת), או על מערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין עצמם. שכן, בשל פסיקת בית המשפט העליון בפרשת קדמת לוד נשללה מנציגות הבית המשותף האפשרות להשתמש בקופת הנציגות כדי לממן את הגשת התובענה, והמשך ביורר התובענה הפך מותנה ברצונם הטוב של מי מן הדיירים שניאות להשתתף במימונה. כך עשוי היה למצוא עצמו דייר המעוניין בהגשת התובענה נאלץ לממן תביעה שכזו בכוחות עצמו, בעודו צופה בעיניים כלות בשכניו לבית המשותף המסרבים להשתתף במימון המאמץ להשבת חלק מן הרכוש המשותף, שלפי הטענה נגזל מכלל הדיירים. מנגד, מכיוון שהנציגות היא אישיות מלאכותית ולא טבעית, לא הייתה באותו מקרה פגיעה אמתית בזכות זו או אחרת, שכן ה"נפגע", שכשרותו המלאכותית נשללה, היה בעצם פיקציה משפטית.

### ג. הדגמת הגישה הפונקציונלית

בפרשת קדמת לוד נתגלעה בסיומה של בניית בית משותף מחלוקת בין החברה הקבלנית שבנתה את הבניין לבין הדיירים שרכשו בו ממנה דירות, וזאת בשאלה אם חלקים מסוימים מקומת המרתף בבניין הם חלק מן הרכוש המשותף או שמא הם קניינה הפרטי של החברה הקבלנית, ומכאן שהחברה יכולה למכור אותם לצד רביעי. על רקע

מחלוקת זו הוגשה לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו תובענה נגד החברה הקבלנית. התובעת הייתה נציגות הבית המשותף. העילה לתביעה התבססה, כך נראה, על זכויות שרכשו דיירי הבית המשותף בחוזה המכר שנכרתו בין כל אחד מהם לבין החברה הקבלנית. הנתבעת, החברה הקבלנית, הגישה לבית המשפט המחוזי בקשה לסילוק התובענה על הסף. עיקר טענתה היה כי נציגות הבית המשותף לא הייתה צד לחוזה המכר, ולכן אינה יכולה כלל להגיש את התובענה. מנגד טענה נציגות הבית המשותף התובעת כי ניהול הבית המשותף כולל בחובו גם הסמכה לנציגות לקנות ולמכור נכסים, ומכאן גם מוסמכת הנציגות לעמוד על קיום חוזה המכר. עם זאת מכיוון שחוזה המכר נכרתו בין החברה הקבלנית לבין כל אחד מן הדיירים, והנציגות לא הייתה צד להם, הוסיפה הנציגות וטענה כי הדיירים פעלו כשלוחיה בעת כריתתם של חוזה המכר, באופן שלאחר הקמת הנציגות היא אישרה בדיעבד את חוזה המכר, ומשכך, הנציגות היא עתה בעלת כשרות לתבוע על יסודם. טענות אלו לא נתקבלו על דעת בית המשפט המחוזי, והוא מחק את התובענה על הסף.

בפסק דין, המוזכר עד היום כהלכה יסודית בדיני הכשרות המלאכותית, קיבל בית המשפט העליון את ערעור הנציגות על החלטת בית המשפט המחוזי, והורה להחזיר את התיק לערכאה הראשונה לצורך בירור התובענה לגופה. זאת בעיקר נוכח מסקנתו כי ראוי לתקן את התובענה באמצעים פרוצדורליים באופן שניתן יהיה לנהלה בין הדיירים עצמם (או חלקם) לבין החברה הקבלנית.<sup>65</sup>

בפרשת קדמת לוד נמנע בית המשפט העליון מלהבחין בין מישור הניתוח שעניינו היחסים שבין יחידים אישיות המשפטית שגבולות כשרותה נבחנו לבין עצמם (באותה פרשה: דיירי הבית המשותף) מצד אחד, לבין מישור ניתוח אחר, זה המסדיר את יחסי האישיות המשפטית עצמה עם צד שלישי (באותה פרשה: החברה הקבלנית), מן הצד האחר.<sup>66</sup> בכך שגה בית המשפט. ראשית, הבחנה זו הייתה הכרחית כדי להימנע ממתן

65 השופט (כתוארו דאז) מאיר שמגר סבר כי ניתן היה לתקן את כתב התביעה באופן שהתובעים הנכונים ייכללו בו במקום נציגות הבית המשותף ולחייב את התובעים בהוצאות מתאימות. ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 24. לדעתו גם ניתן היה להיזקק להוראת סעיף 4 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ה 462 כדי לראות בנציגות שלוחתם של הדיירים התובעים, גם אם אין לה הכשרות המשפטית הדרושה להגיש בעצמה תובענה שכזו. ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 25. השופט משה בייסקי סבר כי על בית המשפט המחוזי היה להורות על צירוף בעלי דין או החלפת בעל דין כדי שיימצאו בפניו בעלי הדין הנכונים. ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 25-26. ואילו השופט (כתוארו דאז) אהרן ברק סבר כי ניתן להורות על תיקון כתב התביעה באופן שיבהיר כי התובעים הם דיירים ולא נציגות הבית המשותף. ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 27-28.

66 מנקודת מבט ex ante אפשר לומר כי בית המשפט החמיץ את ההבחנה בין מערכות היחסים השונות הקשורות לבית המשותף. בית המשפט לא הבחין בין מערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין מערכת היחסים שבין נציגות הבית המשותף לבין החברה הקבלנית הנתבעת.



פירוש לחוק שאולי יספק פתרון לבעיה שהתעוררה במישור היחסים האחד (בין נציגות הבית המשותף לבין החברה הקבלנית) אך יגרום לבעיה אחרת במישור היחסים השני (בין דיירי הבית המשותף לבין עצמם). שנית, הבחנה זו הייתה הכרחית כדי להבין מה טיבה המדויק ומה פשרה של הטענה בדבר היעדר כשרות משפטית שאותה העלתה החברה הקבלנית, ומה למעשה ביקשה החברה הקבלנית להשיג.

הפרק הנוכחי ינסה לבסס שתי טענות אלו כסדרן. תחילה, בחלק ג1, אסביר מהי הבעיה שנוצרה במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין עצמם. כן אסביר מדוע הפירוש שניתן בפרשת קדמת לוד להוראת סעיף 69 לחוק המקרקעין, המעניקה לנציגות בית משותף כשרות מוגבלת, לא פתר בעיה זו, ואולי אף החמיר אותה. בחלק ג2 אסביר מדוע הפירוש שניתן בפרשת קדמת לוד להוראת הכשרות המוגבלת לא רק שחיבל במאמצי המחוקק לפתור את הבעיה הקיימת במערכת היחסים שבין הדיירים לבין עצמם, אלא אף אפשר לחברה הקבלנית לסכל את רצונו של המחוקק באשר לפעילות נציגות הבית המשותף, וזאת באמצעות טיעון פורמליסטי ריק מתוכן.

## 1. טפילות בבית המשותף

מחברים קודמים כבר עמדו על כך שדיירים בבית משותף הם קולקטיבי, הנדרש לעתים לפעולה משותפת שבעיות של ניגוד אינטרסים עלולות לסכלה.<sup>67</sup> בעיות אלו, של "סחטנות" ("סחיטה מסכלת" או hold-out) או של "טפילות", עלולות להפריע במצבים שונים לפעולה משותפת של הדיירים.<sup>68</sup> מדובר בבעיות שמקורן בהתנגשות בין האינטרס הקולקטיבי לבין האינטרס של כל פרט. אכן, לצד אינטרס שעשוי להיות משותף לכלל החברים בקולקטיבי, לכל אחד מהם גם אינטרס פרטי משלו בהשאת רווחתו, ובמצבים שונים עלולים אינטרסים אלו להתנגש זה בזה. בפשטות ניתן לתאר בעיות של פעולה משותפת בתור מצבים שבהם פעולה יחדיו יכולה להניב טובת הנאה לכל אחד מן החברים בקולקטיבי, אלא שלצד השאיפה הקולקטיבית בקבלת טובת הנאה זו, המגדילה את העוגה המשותפת, כל אחד מן החברים רוצה, בד בבד, להגדיל את חלקו האישי ולנגוס בנתח גדול יותר מטובת הנאה שעל הפרק.

67 כתיבת היסוד בנושא בעיית הפעולה המשותפת החלה בכתיבה של אולסון והארדין. ראו: Mancur Olson, *The Logic of Collective Action—Public Goods and the Theory of Groups* (2<sup>nd</sup> ed., 1971); Russel Hardin, *Collective Action* (1982) בהקשר של בתים משותפים ראו: דגן (לעיל, הערה 15) בעמ' 80–90; איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות", *משפטים* כט (תשנ"ט) 783, בעמ' 790–796 (להלן – איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות"). לדיון כללי בבעיות אלו בהקשר תאגידי ראו: זוהר גושן, "הצבעה אסטרטגית בדיני-חברות: מדיקטטורה לדמוקרטיה", *משפטים* כג (תשנ"ד) 109, בעמ' 116–121 (להלן – גושן).

68 לדיון בהבדל שבין שתי בעיות אלו ראו: דגן (לעיל, הערה 15) בעמ' 80–84; גושן, שם.

חשוב להדגיש כי בעיות של פעולה משותפת לא רק יוצרות השפעה חלוקתית, אלא הן גם מקור לחוסר יעילות. למשל, מקובל לסבור כי בעיית הסחטן עלולה להביא לאבדן עסקאות טובות במצבים שבהם הצד הסוחט טועה בהערכת יכולתו לסחוט מן הצד שכנגד טובת הנאה כלשהי (וככל שמתרבה מספר הסחטנים, כך גובר הסיכון);<sup>69</sup> להשקעה מיותרת מצד סחטנים בכוח ונסחטים בכוח בניסיון לשפר מלכתחילה את עמדת המיקוח שלהם לקראת מאבק הסחיטה;<sup>70</sup> להתארכות מיותרת ועתירת עלויות של המשא ומתן בין הסוחט לנסחט.

לעומת בעיית הסחטנות, בעיית הטפילות נוצרת בקרב קבוצת פרטים כאשר נוצר תמריץ לפרט בודד, העלול להשפיע על כל אחד ואחד מחברי הקבוצה, לנסות וליהנות מהשקעות האחרים או ממאמציהם לשפר את מצב הקבוצה, וזאת מבלי להשקיע בעצמו את המשאבים הדרושים או מבלי לשאת בעצמו בעלויות הכרוכות במאמץ השיפור. החשש המובע בספרות הכלכלית אינו מן ההשפעה החלוקתית דווקא של בעיית הטפילות כי אם מהשפעות היעילות הכרוכות בה. במצבי קיצון בעיה זו נתפסת גם היא כסוג של כשל שוק המצריך התערבות של המשפט כדי להתמודד עמו.<sup>71</sup>

בית המשפט התעלם בפרשת קדמת לוד כליל מחשיבותו של ניתוח מערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין עצמם לצורך הכרעה בשאלת הכשרות המשפטית של נציגות הבית המשותף להגיש את התובענה המדוברת נגד החברה הקבלנית. משכך, החמיץ בית המשפט גם את זיהויה של בעיה אפשרית של טפילות בקרב דיירי הבית המשותף.<sup>72</sup> ואמנם, קל להבין מדוע יש לחשוש מבעיה זו. במקרה שקבוצת דיירים

69 במיוחד חמורה הבעיה במצב דברים שבו הסחטן אינו עתיד לשאת במלוא ההפסדים הנובעים מהכשלת העסקה. ראו בעניין זה: איל זמיר, "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" (לעיל, הערה 67) בעמ' 793 (מציג את הבעיה ככשל שוק מסוג השפעה חיצונית שלילית).

70 ראו למשל Steven Shavell, "Contractual Holdup and Legal Intervention", 36 *J. Legal Stud.* (2007) 325, העוסק בתופעה של holdup, שניתן לראות בה מי שחולקת מאפיינים משותפים עם הבעיה של holdout. להבדל בין שתי הבעיות ראו Thomas J. Miceli and Kathleen Segerson, "Holdups and Holdouts: What Do They Have in Common?", 117 *Econ. Letters* (2012) 330.

71 לדוגמה להתערבות כזו, מן המשפט הישראלי, ראו: ע"א 3760/03 עמרן נ' הנאמן על נכסי יוסף אייפרמן, פ"ד נט(5) 735.

72 לצורך הדיון די לי להראות כי בעיה כזו אפשרית גם אם ניתן להתווכח על חומרתה או על מידת השפעתה על התנהגות הצדדים. אכן, ניתן אולי לטעון למשל כי העובדה שהבית המשותף הוא זירה של "משחק חוזר", או הקשר שבו מדובר בקבוצה קטנה של חברים שלכל אחד מהם מוניטין שברצונו לטפח, עשויה למנוע בטווח הארוך בעיות של טפילות. השוו למשל: Armin Falk and Urs Fischbacher, "A Theory of Reciprocity", 54 *Games and Econ. Behavior* (2006) 293; Dan M. Kahan, "The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law", 102 *Mich. L. Rev.* (2003) 71; Rachel T.A. Croson, "Theories of Commitment, Altruism and Reciprocity: Evidence From Linear Public Goods Games", 45 *Econ. Inquiry* (2007) 199; Annamaria Nese and Patrizia Sbriglia,

מבקשת להשיב לבעלותה, כקבוצה, את רכושה, ניתן באורח סביר לצפות כי חלק מן הדיירים ישאף שלא להשתתף במימון המאמץ להשבת הרכוש המשותף, ובמקום זאת יסתפק בתקווה כי דיירים אחרים יאותו, או אולי יאלצו, לשאת בעצמם בעלות הכרוכה במאמץ זה. החשבון שיעשה כל דייר לאור התמריץ להתנהג כטפיל הוא פשוט: אם תצלח התובענה, אהנה גם אני מן הרכוש המשותף שיוחזר, שהלוא ממילא מדובר ברכוש משותף, ואם לא תצלח התובענה, לא אפסיד מאומה, ודייר אחר, שכן ישקיע ממשאביו הפרטיים בהגשת התובענה, הוא שיאבד את השקעתו.

פעילותה של נציגות הבית המשותף, כנציגות, עשויה לפתור את בעיית הטפילות במצבים שכאלו,<sup>73</sup> שכן נציגות הבית המשותף מממנת את פעילותה מתוך קופת הבית המשותף, שלה מחויבים כלל הדיירים לתרום (על פי המפתח שקובע חוק המקרקעין). אם הנציגות היא שפועלת כדי להשיב את חלק הרכוש המשותף שלכאורה נלקח מכלל הדיירים שלא כדין, לרבות על דרך הגשת התובענה המדוברת ומימון הוצאותיה, הרי שבפועל כלל הדיירים משתתפים במימון המאמץ והעלויות הכרוכות במאבק זה. במצב דברים זה טפילות אינה מתאפשרת לדייר בודד זה או אחר. הכרה בכשרות המשפטית של נציגות הבית המשותף בפרשת קדמת לוד הייתה מאפשרת אפוא להתגבר על בעיית הטפילות הזאת בקרב דיירי הבית המשותף, ואף להבטיח כי ההחלטה אם להגיש את התובענה אם לאו תתקבל באורח יעיל. נדמה כי קשה לחלוק על שלפירוש סעיף 69 לחוק המקרקעין באופן שהיה מכליל את הגשת התובענה בנסיבות פרשת קדמת לוד בגדר העניינים הנוגעים "...להחזקתו התקינה ולניהולו של הבית המשותף..." אמנם היה עיגון לשוני מינימלי בלשון הסעיף. על כל פנים, בית המשפט העליון כשל בזיהוי תכלית הוראת המחוקק, למצער ככל שמדובר במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין עצמם: התגברות על בעיית הטפילות שנוצרה בנסיבות אותה פרשה.

אלון קלמנט, "הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת", קהילות מגודרות (אמנון להבי – עורך, תשע"א) 115, בעמ' 141–145. אפשר להתווכח גם על ההנחה כי הפרטים ינהגו ברציונליות. השוו למשל Michele Bernasconi, Luca Corazzini, Sebastian Kube, and Michel Andre Marechal, "Two Are Better than One!: Individuals' Contributions to 'Unpacked' Public Goods", 104 *Econ. Lett.* (2009) 31. הגמורה של בית המשפט העליון מן הנושא לא אפשרה כלל לדיון בנושאים אלו להתפתח. בשלב זה אני מותיר בצריך עיון שאלה נוספת העשויה להתעורר והיא אם בכלל ראוי כי המשפט יתערב כדי לפתור בעיה של טפילות בקרב דיירי בית משותף. כפי שהוסבר בספרות העוסקת בדיני בתים משותפים, שאלה זו קשורה בטבורה לאופיו של המודל הקנייני שאותו מאמצים. ראו: דגן (לעיל, הערה 15) בעמ' 84–87. הטעם להתעלמות משאלה זו ברשימה הנוכחית הוא ששאלה זו נוגעת רק למקרה המיוחד של בעיית הטפילות בקרב דיירי בית משותף, ואילו אני מבקש להדגיש את הטיעון הכללי בדבר אופן ניתוחם של גבולות הכשרות המשפטית של כלל הישויות המשפטיות המלאכותיות.

חשוב להבהיר כי הפתרון הדיוני שבית המשפט העליון בחר לאמץ בפרשת קדמת לוד אינו מונע את בעיית הטפילות בקרב דיירי הבית המשותף. כזכור, כבוד השופט שמגר סבר כי יש לראות בנציגות שלוחתם של דיירים מסוימים לעניין הגשת התובענה,<sup>74</sup> ולעומתו שני השופטים האחרים, בייסקי וברק, סברו כי יש לאפשר החלפת הנציגות כתובעת בדיירים שהעניקו לה ייפוי כוח.<sup>75</sup> כבוד השופט ברק אף הטעים כי "אין כל מניעה לכך, שבעלי הדירות, החפצים להגיש את התביעה (בין אם אלה כל דיירי הבית המשותף או חלקם בלבד), יעניקו הרשאה למספר בעלי דירות – בין אם אלה מהווים גם את הנציגות ובין אם לאו – כדי שאלה יגישו תביעה בשמה של שולחיהם. במקרה זה מתחייב, כי התביעה לא תוגש על-ידי הנציגות אלא על-ידי כלל הדיירים החפצים בכך..."<sup>76</sup> פתרונות אלו אינם מונעים את בעיית הטפילות, מכיוון שהם מותירים את כשל השוק הבסיסי על כנו – מצב דברים שבו כל דייר מחליט בעצמו אם להצטרף לתובענה אם לאו, כלומר אם להשקיע ממשאביו בהגשת התובענה או להימנע מהשקעה כזו. במצב דברים זה התמריץ לכל דייר "לרכוב" על מאמצי האחרים נותר בעינו ואף עלול להכשיל את מהלך הגשת התובענה לגמרי.

חשוב להבהיר עוד כי דיון בבעיית הטפילות, תוך הבחנה בין מישורי הדיון הרלוונטיים השונים, כמוצע ברשימה זו, היה עשוי בכל זאת להוביל להכרעה השוללת מנציגות הבית המשותף את הכשרות לפעול במקרה הזה. זאת משום שבבואו לאמץ פתרון לבעיית הטפילות בקרב דיירי הבית המשותף, היה בית המשפט העליון עשוי לשקול פתרונות חלופיים לבעיית הטפילות, מן הסוג אשר הוצע זה מכבר במשפטנו בהקשרים אחרים, ולא דווקא לאמץ פתרון של הענקת כשרות משפטית לנציגות לתבוע. הקודקס האזרחי המוצע בישראל למשל צפוי לאמץ, באותם הקשרים שבהם הדבר אפשרי, פתרון של הדרה, וזאת כדי להתמודד עם דייר המסרב להשתתף במימון מיום משותף שמפורטיו עשויים ליהנות כל הדיירים. לדוגמה, בהקשר של התקנת מעליות בבתי משותפים, וכדי למנוע מצב שבו מיעוט מן הדיירים יתנגד לשאת בעלויות ההתקנה של המעלית ולאחר מכן ישתמש בה להנאתו, יאפשר הקודקס לרוב הדיירים המעוניינים בהתקנתה למנוע מהמיעוט להשתמש במעלית (בו-זמנית עם הפטרת המיעוט מן החובה להשתתף בהוצאות התחזוקה השוטפת של המעלית).<sup>77</sup> לכאורה אפשר לטעון כי ניתן ליישם פתרון דומה לבעיית הטפילות שהתעוררה בפרשת קדמת לוד, וזאת על דרך מניעת שימוש ברכוש המשותף ממי שאינו נושא בעלויות התביעה. כמובן, פתרון

74 ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 24–25.

75 ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 25–65 (השופט בייסקי) ובעמ' 27 (השופט ברק).

76 ראו: פרשת קדמת לוד (לעיל, הערה 5) בעמ' 28.

77 ראו: סעיף 633(ה) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 595; מיגל דויטש "דיני בתי משותפים והקודקס – לקראת הרחבת המימד הקומונלי" משפט ועסקים ד 213, בעמ' 234–236.

כזה אפשרי רק אם הרכוש המשותף שהשבתו נתבקשה שם אמנם היה כזה שניתן להדיר ממנו דייר המסרב להשתתף במימון עלויות ההשבה. במקרים רבים בעיית הטפילות מקורה כמובן בהיעדר האפשרות המעשית למנוע מדייר המסרב להשתתף במימון מיזם משותף ליהנות מפרותיו.

יהיה הדבר כאשר יהיה, מכיוון שבית המשפט לא נזקק כלל בפרשת קדמת לוד להבחנה הפונקציונלית המוצעת ברשימה הנוכחית בין מישורי הניתוח או מערכות היחסים השונים, ומכיוון שבית המשפט ממילא לא זיהה את הרלוונטיות של בעיית הטפילות במישור היחסים שבין דיירי הבית המשותף באותה פרשה לסוגיית הכשרות המלאכותית של הנציגות – ברי כי גם לא נשקלו פתרונות חלופיים לפתרון של מתן כשרות משפטית לנציגות לתבוע את השבת הרכוש המשותף. למשל, לא נערך כלל בירור באשר לטיבו של הרכוש המשותף שהשבתו נתבקשה שם, ואם בכלל ניתן להדיר ממנו דייר שאינו משתתף במימון מהלך התביעה נגד הקבלן. לעומת זאת אימוץ המתודולוגיה הפרשנית הפונקציונלית המוצעת ברשימה הנוכחית היה מאפשר לבית המשפט לשכלל את הדיון בסוגיית הפתרון הראוי לבעיית הטפילות הזאת, לשקול את כל קשת הפתרונות האפשריים, ולאמץ פתרון מיטבי.<sup>78</sup>

## 2. כשרות משפטית ופורמליזם

ניתוח תכלית הוראת סעיף 69 לחוק המקרקעין כאמור לעיל מאפשר עתה להראות מדוע הלכת קדמת לוד מוקשית גם בשים לב למישור המתמקד ביחסים שבין נציגות הבית המשותף לבין הצד השלישי (באותה פרשה: החברה הקבלנית הנתבעת). בתמצית, ההתעלמות מן ההבחנה שבין מערכות היחסים ומישורי הניתוח השונים אפשרה לנתבעת, החברה הקבלנית, לסכל, באמצעות טיעון פורמליסטי סתמי בדבר היעדר כשרות, את תכלית הדין שהעניק כשרות מלאכותית לנציגות הבית המשותף. לצורך הבהרת ביקורת זו הבה נניח כי במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף אמנם קיימת בעיה של טפילות שיש בה כדי להכשיל את פעילות דיירי הבית המשותף, ואשר הצריכה בפרשת קדמת לוד פירוש של סעיף 69 לחוק המקרקעין שיהיה בו כדי

78 כפי שכבר הובהר, אין הרשימה הנוכחית מנסה להתמודד במסגרת יריעת הדיון הנוכחית עם טענות כלליות שניתן להעלות נגד אימוצה של גישת פרשנות תכליתית, וממילא גם לא עם היישומים האפשריים של טענות אלו בהקשר המיוחד של בית משותף. למשל, בהקשר הספציפי של סעיף 69 לחוק המקרקעין ניתן לטעון כי המתודולוגיה הפרשנית הפונקציונלית מוסיפה למתכונת היחסית הצפויה של "החזקה וניהול של הבית המשותף" משתנה לא צפוי מיסודו, בדמות טיב או סוג מערכת היחסים שבה מעורבת נציגות הבית המשותף. הוספת משתנה לא צפוי זה עלולה לפגוע שלא לצורך, או למעלה מן הדרוש, בהתנהלות התקינה של הצדדים המעורבים, לרבות הנציגות עצמה, ובכך אף אולי להכשיל את ה"תכלית" שלשמה נוצרה. אכן, הנחת העבודה המלווה רשימה זו היא כי גישת פרשנות תכליתית היא אמנם הגישה המקובלת על בית המשפט באשר לפירוש תחיקה.

לנסות ולפתור את הבעיה, וזאת על דרך ההכרה בכשרותה המשפטית של נציגות הבית המשותף להגיש את התובענה.<sup>79</sup> על יסוד הנחה זו יש לשוב ולבחון מה הייתה למעשה טענת החברה הקבלנית הנתבעת ומה ביקשה להשיג בגדרי בקשתה לסילוק התובענה על הסף. טענתה האמתית של החברה הקבלנית, כמתדיינת תמת לב,<sup>80</sup> הייתה למעשה טענה בדבר היעדר יריבות. הנתבעת, שחתמה על חוזה המכר עם כל דייר בנפרד, חפצה להימנע מהתדיינות עם תובע שאינו התובע הנכון הן כדי להימנע מבזבוז משאביה על התדיינות סרק והן כדי לא להיחשף לכפל הליכים ולסיכון של פסקי דין סותרים או כפל אחריות, אם בעתיד יבחר התובע ה"נכון" (כל דייר בנפרד) להגיש אף הוא תובענה בעניין חלק הרכוש המשותף שבמחלוקת.

כלום ניתן היה לפרש את סעיף 69 לחוק המקרקעין באופן שמצד אחד יכיר בכשרותה של נציגות הבית המשותף להגיש את התובענה נגד החברה הקבלנית (כדי לפתור את בעיית הטפילות שזוהתה במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף), ומצד אחר לא יפגע באינטרס של החברה הקבלנית להגן על זכויותיה הדיוניות? על כך ניתן כמובן להשיב בחיוב. בית המשפט היה יכול לפרש את סעיף 69 לחוק המקרקעין באופן שיכיר בכשרותה של נציגות הבית המשותף להגיש את התובענה, ובכך לפתור את הבעיה במישור היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין עצמם, וכך להגן על הנתבעת מפני פגיעה בזכויותיה הדיוניות על ידי יצירת מחסום דיוני בפני דיירים בודדים שלא יוכלו להגיש תובענה נוספת באותו עניין. מחסום כזה עשוי להיווצר למשל באמצעות הדוקטרינה של מעשה-בית-דין, המונעת ניהול התדיינות שנייה בין אותם בעלי דין או חליפיהם;<sup>81</sup> באמצעות סילוק תובענת דייר בודד על הסף על יסוד דיני השליחות, תוך קביעה כי לדייר בודד אין הרשאה הדרושה כדי לשמש שלוח מטעם בעל הזכות המקורי – נציגות הבית המשותף;<sup>82</sup> באמצעות כל דוקטרינה אחרת שיש בה כדי לכפות על בעל

79 כאמור (ראו: לעיל, הערה 72), אפשר שניתן להתווכח על שאלה זו בהקשר הקונקרטי של בית משותף, אך המקרה של דיירי בית משותף משמש במקרה זה רק לצורך המחשת המתודולוגיה הפרשנית המוצעת לאיתור גבולות הכשרות המלאכותית.

80 אך מובן וטבעי להניח כי הנתבעת ביקשה לסלק את התובענה בכל דרך שהיא, והיא הייתה נכונה להעלות כל טענה שהיא לשם כך. ברם הנחת העבודה הדרושה לענייננו היא כי הנתבעת איננה יכולה לנהוג בחוסר תום לב בהתנהלותה בפני בית המשפט, ועל כן איננה יכולה להעלות טענות שכל תכליתן התחמקות מבירור התובענה לגופה, בלא קשר לזהות התובע. ראו למשל דודי שורץ, "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי", עיוני משפט כא(2) (תשנ"ח) 295, בעמ' 301, 314–315.

81 ראו והשוו: ע"א 344/83 רויטמן נ' פרס, פ"ד לט(4) 29, בעמ' 36–39; נינה זלצמן, מעשה בית דין בהליך אזרחי (תשנ"א) בעמ' 154–155. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 2457/04 בראון נ' זייגר פסקה 16 (פורסם בנבו, 8.3.2009). (יצירת השתק פלוגתא תוך שבית המשפט קובע כי דייר בבית המשותף הוא חליף או שלוח של הנציגות).

82 ראו גם: אהרן ברק, חוק השליחות (כרך א, תשנ"ו) בעמ' 341–342 (המתייחס להשפעה על הצד השלישי של היעדר הרשאה מאת השולח המבוססת על רצונו).

דין (כאמור בעניינינו: דייר בודד המנסה את כוחו בהגשת תובענה נגד החברה הקבלנית) התנהגות בתום לב בין כותלי בית המשפט.<sup>83</sup>

בבוא בית המשפט העליון לפרש בפרשת קדמת לוד את סעיף 69 לחוק המקרקעין, אפשר הוא לצורך, שאין חולקין על נחיצותו, בהגנה על האינטרסים הדיוניים של הנתבעת (שלא להתדיין מול בעל דין "לא נכון"), להאפיל על חשיבותה של הגשמת התכלית שבעטייה העניק המחוקק בגדרי סעיף 69 לחוק המקרקעין כשרות משפטית לנציגות הבית המשותף לפעול להגשת התובענה המדוברת (התמודדות עם בעיית הטפילות בקרב דיירי הבית המשותף). כמובן, ניתן להניח כי אילו היה בית המשפט העליון מבחין מלכתחילה בין מערכות היחסים השונות שהתנהלו סביב הבית המשותף, או מבחין בין מישורי הניתוח השונים ומזהה מבעוד מועד את בעיית הטפילות במערכת היחסים שבין דיירי הבית המשותף, אפשר שגם נכונותו לקבל את הטענה הפורמליסטית הסתמית בדבר היעדר כשרות הייתה משתנה.

#### ד. סיכום

שאלת קיומה של אישיות משפטית מלאכותית וגבולות הכשרות המשפטית שהחוק מעניק לה – כלומר, שאלת כשרותה לאחוז בזכות או בחובה מסוימת או לבצע פעולה משפטית מסוימת – היא שאלה פרשנית. ברשימה זו טענתי כי מן הדיון שנערך בפסיקה בשאלת הפירוש הנכון של הוראות חוק שונות המכירות, כל אחת בהקשרה, בכשרות של אישיות משפטית מלאכותית, נעדרה עד כה הבחנה בין מישורי ניתוח שונים, שכל אחד מהם מסדיר אחת ממערכות היחסים המגוונות הרוחשות סביב כל אישיות משפטית מלאכותית. על רקע זה טענתי כי היקף הכשרות המשפטית של אישיות משפטית מלאכותית זו או אחרת אינו נקבע באקראי כי אם באורח פונקציונלי. היקף הכשרות המשפטית נגזר ישירות משאיפת המחוקק להתמודד עם בעיות שונות – כגון כשלים בפעולת השוק – אשר מתעוררות לעתים במערכת היחסים שבין האישיות המשפטית לבין צד שלישי, ולעתים במערכת היחסים שבין יחידה האישיות המשפטית לבין עצמם. רק הבחנה בין מישורי הניתוח השונים (ex post) ומערכות היחסים השונות (ex ante) תוכל לאפשר לפרשן לזהות במדויק את הבעיה שפתרונה מצריך, אולי, הכרה בכשרות המשפטית של האישיות המלאכותית. כמובן, במקרים המתאימים יהיה על הפרשן לאזן בין הצורך בהכרה בכשרות המלאכותית לבין השאיפה להגן על אינטרסים של צדדים שלישיים שהכרה בכשרות המלאכותית עלולה לפגוע בהם.

83 ניתן למשל לצרף את הדיירים הבודדים כנתבעים פורמליים כדי לייצר בעתיד מחסום דיוני בפני החברה הקבלנית הנתבעת. ראו: תקנות 21–22 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 2223.



את הטיעון הכללי, היפה לכלל התופעות שעליהן נטען כי הן בעלות אישיות משפטית שכשרותן מוגבלת (או שאינה קיימת), הדגמתי באמצעות פרשת קדמת לוד, אשר עסקה בהתוויית גבול הכשרות המשפטית של נציגות בית משותף. באותה פרשה נקבע כי הנציגות, כאישיות משפטית, אינה מוסמכת להגיש תובענה נגד צד שלישי לשם החזרת חלק מקרקעין שלפי הטענה הוא חלק מן הרכוש המשותף בבניין שבו מכהנת הנציגות. דא עקא, שהפירוש שניתן באותה פרשה להוראת החוק שקבעה את גבולות כשרותה של נציגות הבית המשותף (סעיף 69 לחוק המקרקעין) היה שגוי, משום שהתעלם מבעיה של טפילות במישור היחסים שבין דיירי הבית המשותף לבין עצמם. בעיה זו חייבה מתן פירוש המכיר בכשרותה של הנציגות להגיש את התובענה הזאת מחד, ושאינו פוגע באינטרסים של הצד השלישי מאידך.

יש לקוות אפוא כי מעתה ואילך בתי המשפט, בבואם לקבוע מהו היקף כשרותה של כל אישיות משפטית מלאכותית שהיא, יעמידו לנגד עיניהם את ההבחנה המוצעת ברשימה זו ויגזרו במישרין את היקף הכשרות ממסקנתם באשר לתכלית שהכרה בכשרות תגשים בכל אחת ואחת ממערכות היחסים הסובבות אישיות זו. ניתוח שכזה ישנה לא רק את היקף כשרותה של נציגות בית משותף אלא עשוי לשנות אף את היקף כשרותן של ישויות מלאכותיות אחרות.