

תכנון ובנייה לאור משפטנו הפרטי *

מאת

עו"ד אסף פוזנר **

א. מבוא. ב. הגדרת הזכויות. 1. כללי. 2. בעלות. 3. שכירות והשאלה. 4. זיקת הנאה. 5. זכויות נוספות. ג. יצירת זכויות ורכישתן. ד. החלת ההוראות האופרטיביות. 1. כללי. 2. בעיות ספציפיות בהחלת הדינים. 3. הדגמה נוספת של ההחלת. 4. שכירות והשאלה – הפקעת החוקה ללא תמורה. ה. סוף דבר.

א. מבוא

מטרת רשימה זו היא לבדוק, האם ובאיזו מידה חלים חוקים מתחום המשפט הפרטי על זכויות הגדונות בדיני התכנון והבנייה. בהקשר זה אתייחס לדיני התכנון והבנייה במובנם הרחב, היינו: הדינים המסדירים את הפיקוח הציבורי על השימוש במקרקעין. כיוון שדיני התכנון והבנייה דנים במקרקעין, יתמקד הדיון בראש-ובראשונה בחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 (להלן: חוק המקרקעין).

הנפקויות של תשובה חיובית, היינו: של הקביעה כי הדינים מתחום המשפט הפרטי חלים על זכויות מתחום דיני התכנון והבנייה, הן רבות וחשובות. נדגימן בשלב זה בשתי דוגמאות: הדוגמא הראשונה היא מתחום זיקת הנאה. דיני התכנון והבנייה יוצרים זכויות הדומות לזיקות הנאה שבהן דן חוק המקרקעין, ודנים בהם – כפי שנראה בהמשך. סעיף 96 לחוק המקרקעין קובע, כי

"בית-המשפט רשאי... לבטל את הזיקה או לשנות אם ראה לעשות כן בגלל אי-הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים; ורשאי בית-המשפט לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק על-ידי הביטול או השינוי".

חוק המקרקעין העניק בסעיף זה סמכות רחבה ומרחיקת-לכת ביותר לבית-המשפט לשנות את תנאי זיקת הנאה בשל שינוי הנסיבות. במידה שסעיף זה חל על זכויות

* מאמר זה הוא עיבוד של סמינריון שנכתב במסגרת הסמינריון "הפיקוח הציבורי על השימוש במקרקעין", שניתן על-ידי גב' נעמי וייל בתשמ"ד. תודתי נתונה לה ולפרופ' י' ויסמן, שעבר על גירסה מוקדמת של המאמר.

** אסיסטנט בדיני קניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

מתחום דיני התכנון והבנייה יש בו כדי להקנות לבית-המשפט כלי רבי-חיבות לביקורת שיפוטית בתחום זה.¹

דוגמא שנייה ניתן להביא מסעיף 22(1) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971 (להלן: חוק השכירות והשאלה)². גם סעיף זה, במידה שיוחל על זכויות מתחום דיני התכנון והבנייה, תהיה לו חשיבות רבה בתחום זה. סעיף זה—בעקיפין—מקנה לבית-המשפט סמכות ביקורת רחבה. בעקיפין—על שום שהסעיף, שלא כסעיף 96 שהוזכר לעיל, אינו מזכיר בחלקים שצוטטו, ולו ברמז, את בית-המשפט, אלא קובע לשוכר זכות שהוא יכול לממשה בעצמו. במכות רחבה—על שום שהשאלה אם השוכר רשאי להעביר את זכותו לאחר אם לאו, תלויה בהכרעה אם סירוב המשכיר הוא "מטעמים סבירים" אם לאו, והפוסק האחרון בשאלה זו הוא, כמובן, בית-המשפט.

ומה נפקות סעיף זה לענייננו? נפקות אפשרית ניתן למצוא בתחום דיני ההפקעה. סעיף 3(ב) לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943 (להלן: פקודת הרכישה) קובע, כי שר-האוצר רשאי להפקיע את ההחזקה והשימוש במקרקעין לתקופה מסוימת. השאלה אם תסוג זכות זו כשכירות תידון בהמשך, אך כבר עתה ברור כי אם כך הוא, החלת סעיף 22 עלולה להגביל את זכויות השר אם ירצה להעביר את ההחזקה לאחר. במקרה כזה, ובהנחה שהמשכיר הכפוי יסרב להתיר זאת לשר, ייאלץ בית-המשפט להכריע בדבר סבירות הסירוב. בבואו להכריע בסבירות הסירוב יוכל בית-המשפט לבחון, בין היתר, את השאלה למה יועד הנכס כשהופקע, האם מטרה זו מקוימת גם עתה ולצורך יישומה מתבצעת ההעברה, ואולי גם—וזו מחשבה מהפכנית של ממש—יקבע בית-המשפט כי משכיר כפוי הדורש "דמי הסכמה" עבור הסכמתו—אכן זכאי להם. מחשבה מהפכנית, ואולי לא כל כך: זאת, בזוהרנו שפקודת הרכישה גורסת תשלום פיצויים עבור הפקעת זכויות, כי הזכות לסרב סירוב סביר היא זכות המוענקת על-פי חוק השכירות והשאלה, כי מינהל מקרקעי ישראל נוהג לדרוש "דמי הסכמה" וכן כי ההעברה של שר-האוצר עשויה (או עלולה, רחמנא לצלן) להיות למטרות רוח.³

בין כך ובין כך, ברור כי השאלה שבמרכז רשימה זו רחוקה מלהיות תיאורטית בלבד

- 1 ג' טדסקי, "זיקת הנאה שלא לטובת מקרקעין" משפטים ז (תשל"ז) 456, 483.
- 2 "השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את תזכות להחזיק ולהשתמש במושכר... אלא בהסכמת המשכיר; אולם לא הסכים המשכיר לעיסקה מטעמים בלתי-סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי-סבירים יהיה—(1) בשכירות מקרקעין—רשאי השוכר לעשות את העיסקה בלי הסכמתו של המשכיר;...".
- 3 וראה דברי השופט ויחקון בע"א 585/68 וייראוך נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כג(1) 493, 491:

"נכס מושכר או מוחכר, אשר עקב התייקרות המקרקעין נמכר בריוח, הדין והיורש דורשים שיהנו ממנו לא רק שוכרו או חוכרו, אלא גם בעליו. גם לזה יש אינטרס לגיטימי להיות שותף בהשבתת רכושו".

לשאלת דמי ההסכמה וסעיף 22 לחוק השכירות והשאלה באופן כללי, ראה ע"א 840/75 קרן קיימת לישראל נ' תבל מזביה ואח', פ"ד ל(3) 540; ה"פ (חי') 371/75 תבל מזביה נ' קרן קיימת לישראל, פ"מ תשל"ז (1) 283; וראה גם, לאחרונה, ע"א 370/81 מדינת ישראל נ' לבני פרינה כע"מ וערעור שכנגד (טרם פורסם). אך ראה קמר, דיני הפקעת מקרקעין (מירב, מהדורה 3, 1985) 33, המתנגד להטלת הגבלות כלשהן על הרשות, לפי סעיף 95 לחוק המקרקעין. כן ראה הדיון בדעתו, להלן בגוף המאמר בסמוך להערה 97.

ועל-כן מן הראוי לבדוק אפשרות זו, שהועלתה על-ידי פרופ' טדסקי במיגזר הצר של זיקות ההנאה⁴, באופן מקיף, תוך בחינת צדדיה התיאורטיים לעומקם ובחינתה לאור דוגמאות נוספות. ומשמעמדי על נושא הרשימה וחשיבותה, אגש לעצם העניין: אחל בבחינת הגדרותיהן של הזכויות (סעיף ב), אמשיך בבחינת דרך יצירתן ולידתן (סעיף ג) ואסיים בבדיקת ההוראות האופרטיביות החלות עליהן משבאו כבר לעולם (סעיף ד). לאורך כל הרשימה אתיחס, כמובן, להוראות ולזכויות מתחום דיני התכנון והבנייה. ברור כי התייחסות זו לא תהיה ממצה, לא תקיף ולא תבחן את כל הזכויות שבדיני התכנון והבנייה, אלא תתמקד בכל שלב בהוראות הטיפוסיות המדימות בבירור את הנקודות שאותן אעלה.

ב. הגדרת הזכויות

(1) כללי

בפרק זה אבדוק את הגדרות הזכויות הקנייניות כפי שהן מופיעות בחוק המקרקעין, ואת השאלה עד כמה הגדרות אלה יכולות להתאים לזכויות מתחום דיני התכנון והבנייה. פרק א לחוק המקרקעין מגדיר כמה זכויות: בעלות, שכירות, משכנתה וזיקת הנאה. בפרק זה נבדוק את ההגדרות הנ"ל (למעט משכנתה, שלא מצאתי לה מקבילה בדיני התכנון והבנייה) ואת השאלה, האם יש בהגדרות משום מכשלה להחלתן על זכויות מתחום דיני התכנון והבנייה. לאחר-מכן אתיחס לזכויות נוספות שיש להן, אולי, מקבילות בדיני התכנון והבנייה.

בטרם אגש לבדוק את הזכויות עצמן, עלי להתייחס לפסק-הדין בע"א 406/63 רשות הפיתוח נ' בבר ואח' (להלן: פסק-הדין בבר), אשר א' קמר⁵ רואה בו מחסום גורף להשוואת שאותה אני עושה.

בפסק-דין זה⁶ השופט לגדוי, כתוארו דאז, מתייחס לזכויות שהרשות יכולה להפקיע מכוח פקודת הרכישה ולשאלת השוואתן לזכויות המוכרות בדיני הקניין הפרטי:

"מטרת הפקודה היא, כנראה, בעליל להקנות לרשות הרוכשת זכויות במקרקעין, כשהדבר דרוש לצרכי ציבור, ורשימת הזכויות שאפשר לרכשן בדרך הקבועה בפקודה ניתנה לנו בסעיף 3 של הפקודה, על הסעיפים הקטנים השונים שבו — אלה ואין זולתן. ושוב יש לזכור, שאלה הן זכויות המוקנות לרשות הרוכשת בתוקף הפקודה, ואין הן חופפות בהכרח את הזכויות, שאדם יכול לקנות במקרקעין באחת הדרכים המוכרות לרכישת זכויות כאלו, כגון רכישה על-פי הסכם או עקב מוות. על-כן, למשל, רכישת החזקה או השימוש בתוקף הסעיף 3(ב) של הפקודה אינה זהה דוקא עם הזכות לחזקה, שאדם קונה לעצמו עקב הסכם-שכירות שעשה, או עם הזכות לשימוש שרכש לעצמו עקב רשיון שקיבל, אלא אלו הן זכויות מיוחדות

4 (לעיל, הערה 1), בעמ' 482—484.

5 פ"ד יח (2) 47.

6 קמר (לעיל, הערה 3), עמ' 30—32.

7 (לעיל, הערה 5), עמ' 52—53.

במינון, שהינן כולן יציר הפקודה. מכאן שאין צורך לתאר בהודעות הניתנות לפי הפקודה את הזכות, שמבקשים לרכשה, תיאור נוסף לפי מתכונת השכירות או הרשיון או כדומה...". (הדגשה במקור)

אך נדמה לי, שאין לראות בדברים אלה סוף פסוק מבחינת הפסיקה, וזאת מכמה טעמים. בכל מקרה, אם אכן זהו פירוש הנכון, יש לבקר את פסק-הדין, לאור תוצאות הפירוש ולאור יתרונות הפירוש שיוצע בהמשך: ראשית, הבחנה זו מקורה בתקופה של טרם חוק המקרקעין, כאשר לא היו הגדרות סטטוטוריות מדויקות לזכויות. בכל מקרה, היום המחוקק קובע בחוק המקרקעין הגדרות ה"מכסות" את כל תחום הזכויות של השימוש במקרקעין. מצד אחד, קיימת זכות הבעלות, ומצד שני – הזכויות בנכסי הוות. זכויות אלה מתולקות על בסיס ההחזקה: היתה החזקה מרכיב של הזכות – מדובר בשכירות ובהשאלה, לא היתה – הרי שבזיקת הנאה עסקינן. לפיכך, קשה לראות כיצד זכויות מופקעות אינן נופלות בהגדרות המקובלות. גם קמר עצמו⁸ משווה את זכויות ההפקעה לזכויות שבחוק המקרקעין, כדי ללמוד על היקפן, אם כי בכל פעם – בין היתר במגמה לעמוד בדרישות פסק-הדין בכך – הוא מדגיש כי זו השוואה בלבד.

שנית, פסק-הדין בכך גופו ממוקד בנושאים אחרים לגמרי: הדינים האופרטיביים החלים על הזכויות ויצירתן – שני נושאים שאדון בהם בפרקים הבאים; כך שיש להבין את דברי השופט לנדוי, הקובע שהזכויות אינן "זהות" וכי רכישת החזקה מתוקף הפקודה אינה זהה לזכות להתחזקה לפי הסכם שכירות או רשיון, כמדברות על הדינים האופרטיביים החלים על הזכויות ולא על הגדרותיהן. פירוש זה עולה ברורות מהמשכם של דברי השופט לנדוי, הקובע את הגדרת הזכויות בפקודה לפי החלוקה הקניינית הטיפוסית המצויה כיום בחוק המקרקעין.

מבחינת הרציו של פסק-הדין – ההתמקדות היא כל-כולה על דרכי יצירת הזכות:

"מכאן שאין צורך לתאר בהודעות הניתנות לפי הפקודה את הזכות, שמבקשים לרכשה, תיאור נוסף לפי מתכונת השכירות או הרשיון או כדומה".

זאת – וחו לא⁹.

שלישית, כל פירוש אחר יוביל לתוצאות אבסורדיות ולהגדרת שתי מערכות של זכויות, אם לא יותר. מחד גיסא, הבעלות הפרטית, זיקת ההנאה הפרטית והשכירות הפרטית; ומאידך גיסא, הבעלות המופקעת, זיקת ההנאה המופקעת והשכירות המופקעת, ואולי גם הבעלות התכנונית, זיקת ההנאה התכנונית וכו' וכו'. חלוקה רבת-ממדים זו היא בגדר חלוקה לדורות, ולא עניין זמני ופעוט. במידה שמדובר במכשלה שבהגדרת הזכות – כפי שסבור קמר – הרי שהרשות המפקיעה המעבירה הלאה את הזכויות שהפקיעה, מעבירה זכות השונה מהזכות הפרטית המוגדרת בחוק המקרקעין, לפי הכלל שאין אדם יכול

8 (לעיל, הערה 3), שם. יש לציין כי במהדורה השלישית הושמטה ההשוואה בין השכירות הכפויה לשכירות הרצונית, הרגילה, השוואה הקיימת במהדורה השנייה (מירב, 1980) 31. שאר ההשוואות נותרו בעינן.

9 כפי שנראה בהמשך – בפרק המיועד לכך – תוצאה אחרת אינה עולה מחוק המקרקעין. יש לציין, כי גם הטעמים העקרוניים שמציין קמר – ואף בהם נדון במקומם – מתייחסים לדינים האופרטיביים החלים על הזכויות, ולא להגדרותיהן.

להעביר יותר – או דבר אחר – ממה שיש לו. האם האדם הרוכש תהיה לו זכות מדיני ההפקעה ולהבדיל מזכות פרטית? אם ההגדרה שונה – ברור שחוק המקרקעין אינו חל גם על הרוכש מהרשות, הרוכש לו זכות המחוּסנת מפני תוצאות החוק. תוצאה זו רחוקה מלהיות סבירה. ואם אין הדבר כך – היינו: שיש לרוכש מהרשות פחות מאשר היה לה – נראה שהרשות המפקיעה שמרה לה חלק ממה שהיה לה: מהו אותו חלק? מהי זיקתה של הרשות לנכס? מעצם העובדה כי בפועל מתנתקת הרשות המפקיעה המעבירה את זכותה הלאה, מהנכס, בהכרח אתה למד כי הפירוש הגורס כי מדובר במערכת הגדרתית שונה – אינו נכון.

יתירה מזו: גם בעת ההפקעה, הגישה השוללת את ההשוואה בין הזכויות הקנייניות הרגילות לבין הזכויות התכנוניות מביאה לתוצאות מוזרות. אף כאן ניתוק הזיקה בין בעל הזכות המופקעת לבין זכותו מלמד אותנו, כי הזכות שרוכשת לה הרשות איננה קטנה בגודלה ובהיקפה מהזכות שהיתה בידי הפרט¹⁰. אך האם גדולה ורחבה היא זיקת ההנאה המופקעת מזיקת ההנאה המקורית? כך, כנראה, דעתו של קמר¹¹. אך אם כן – ואם זו באמת שאלה של הגדרת הזכות – מגין שואבת הרשות את התוספת? נדמה ששאיבה זו מקורה בהכרח בזכות הבעלות. אם כן, ברור שכאשר הרשות המפקיעה מפקיעה זיקת הנאה קיימת, יש לפצות גם את הבעלים, אף שהיה כפוף לה קודם להפקעה; שכן, כיום כפוף הוא לזכות אחרת – רחבה וחזקה. אי־קיומה של תוצאה זו מצביע לכיוון הזהות של הזכויות.

לכן, וכפי שנראה בהמשך, נדמה שכל הבדל הקיים, אם קיים, מקורו בהוראות האופר־טיביות החלות על הזכות ויצירתה, ואשר מקנות זכות אישית למחזיק בזכות: כך ייתכן שיש צורך להגביל תחולת הוראות מסוימות לגבי מקרקעין שהמדינה מחזיקה בהן, אך החסינות מתוצאות החוק היא חסינות אישית, ואין בינה לבין הגדרת הזכות ולא כלום. רביעית, המסקנה שאליה הגעתי מתחזקת מטעם נוסף. הדינים המקנים לרשות יכולת להפקיע זכויות במקרקעין מציינים את האפשרות לרכוש את המקרקעין בדרכי נועם. רכישה מעין זו מעוגנת, למשל, בפקודת הרכישה¹², ולעתים הדין אף מצוין מפורשות, כי הרכישה הרגילה היא קודמת ועדיפה על רכישה הגעשית בכפייה. כך, למשל, סעיף (1)54 לפקודת המכרות קובע:

"היתה קרקע שייכת לרשות אחת או לאדם אחד... ובעליה או המחזיק בה מסרב למוכרה או מסרב להחכירה או אינו מוכן למוכרה או להחכירה אלא באותם תנאים שלדעת המפקח אינם הוגנים, יכול שר־הפיתוח להפקיע אותה קרקע לטובת בעל חוזה החכירה לכרייה...".

משמע, שאם בעל־המקרקעין מסכים לערוך עיסקה סבירה ברכושו, אין כלל סמכות להפקיע את בעלותו בכפייה.

10 כמובן שלעתים נשאר זכות כלשהי בידי הפרט, אלא שלצורך כך דומה שיש צורך בהוראה מפורשת; ראה, למשל, סעיף 195 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה–1965.

11 (לעיל, הערה 3), עמ' 32.

12 סעיף 6 לפקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) 1943 (להלן: פקודת הרכישה).

במקרה שהרכישה נעשית בהסכמה, ודאי שהיא תבצע במסגרת חוק המקרקעין.¹³ קשה להניח שהמחוקק, באותו חוק, דיבר על זכויות שונות בלשון אחת,¹⁴ ומהחוקים השונים עולה שכל כוונתו היתה רק ליצירת דרכי יצירה ורכישה שונות. אציין פה, כי רעיון זה הגיונו עומד לו גם ביחס לדינים האופרטיביים החלים על הזכויות ושנוי יחול רק לגבי מקום שבו היתה הסכמה מפורשת סותרת ומקום שהדין מעניק לזו נפקות – דבר שיידון בהמשך.

לדעתי, מכל הטעמים האלה, הזכויות המוזכרות בדיני התכנון והבנייה ניתן וצריך לסווגן במסגרות ההגדרות, הקנייניות המקובלות.¹⁵

(2) בעלות

זכות הבעלות נזכרת בדיני התכנון והבנייה בכמה הודמנויות, בעיקר בדינים העוסקים בהפקעת הבעלות במקרקעין.^{16 17}

הבעלות במקרקעין מוגדרת בסעיף 2 לחוק המקרקעין, לאמור:

"הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עיסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם".

הגדרה זו רחבה דיה, ואין בה כדי להוציא מגדרה זכויות בעלות שמקורן בדיני התכנון והבנייה.¹⁸

13 למסקנה זו גם הגיע קמר במהדורה השנייה לספרו (לעיל, הערה 8), עמ' 46. במהדורה השלישית, לעומת זאת, הושמטה המסקנה הנ"ל, אך לא הוצע לה כל תחליף.

14 בפקודת הרכישה, למשל, קיימת הקבלה מלאה בין סעיף 3 העוסק ברכישה כפויה לבין סעיף 6 העוסק ברכישה בהסכמה.

15 היקש מהגדרות אינו אפשרי. אשר להיקש לגבי הוראות אופרטיביות, ראה להלן, בפרק 4, הדן בהן.

16 וראה, למשל, סעיף 3 לפקודת הרכישה המזכיר הבעלות במפורש. כן ראה גם סעיף 189 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה–1965 (להלן: חוק התכנון והבנייה), וכן את פרשנותו של קמר במהדורה השנייה (לעיל, הערה 3), עמ' 18, לסעיף זה:

"כל תכליתו של סעיף זה היא להסמיך ועדה מקומית להפקיע את הבעלות המלאה במקרקעין".

כן ראה סעיפים 4–5 לפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, וכן סעיף 154(1) לפקודת המכרות, הדן בשתי אפשרויות הפקעה, אחת מהן של זכות הבעלות.

17 אך לא רק אנב הפקעה נזכרת הבעלות. ראה, למשל, סעיף 122 לחוק התכנון והבנייה הדן בהקצאת קרקעות תוך כדי התהליך של איחוד וחלוקה. כן ראה סעיפים 195–196 לחוק התכנון והבנייה, הדנים בין היתר, בהחזרת בעלות לאדם שמקרקעיו הופקעו וייעודם שונה.

18 הקושי היחיד, לכאורה, בהגדרת הבעלות שצוטטה לעיל הוא הזכרת העובדה שהבעלות כפופה להסכמים, וניתן, לכאורה, לטעון כי בכך יש הגבלה של זכות הבעלות – הגבלה אשר איננה מתאימה למיני הבעלויות שבהם דיני התכנון והבנייה. זאת, לאור ההלכה כי חזוים של הפרט עם המינהל, יכול זה האחרון לחזור בו מהם בתנאים מסוימים (ראה בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989. לסוגיא בכללותה ראה, G. Shalev, "Administrative Contracts" 14 Isr. L. Rev. (1979) 444; ג' טדסקי, "הסכמי המנהל הציבורי עם הפרט" מצפנים יב (תשמ"ב) 227; א' פוזנר, "חוק החזוים המנהליים – כורח

אציין גם, כי כמבואר לעיל, דיני התכנון והבנייה יוצרים גם זכויות בעלות שלא רשות מינהלית היא הבעלים שלהן, כעולה, למשל, מהסעיפים שבחוק התכנון והבנייה הדנים בחלוקה מחדש של חלקות¹⁹. בבעלים "חדשים" כאלה ודאי שדנה הסיפא של סעיף 2 לחוק המקרקעין, ועל-כן סעיף הגדרת הבעלות חל. לא למותר גם לציין, כי אף ההפקעות לפי פקודת הרכישה לא תמיד מבוצעות על-ידי שר-האוצר²⁰. ולסיכום: הבעלות שבחוק המקרקעין היא הבעלות שבה דנים דיני התכנון והבנייה.

(3) שכירות והשאלה

זכות נוספת המוזכרת בחוק המקרקעין, היא הזכות להחזיק במקרקעין לתקופה — בתמורה ושלא בתמורה.

סעיף 3 לחוק המקרקעין מגדיר את זכות השכירות לאמור:

"שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות"²¹.

סעיף נוסף שמן הראוי להזכירו הוא סעיף 83 לחוק המקרקעין המחיל את ההוראות הדנות בשכירות על "השאלה" הנזכרת בכותרת-המשנה, שהיא

"הזכות להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות, שהוקנתה שלא בתמורה"²².

זכויות שונות בתחום התכנון והבנייה דנות בזכות להחזיק במקרקעין וממילא גם להשתמש בהם. כך, למשל, סעיף 3(ב) לפקודת הרכישה קובע, כי שר-האוצר רשאי

"לרכוש את החזקה... בכל קרקע לתקופה מסוימת".

זכות נוספת שניתן להזכיר בהקשר זה היא, למשל, החזקה המוזכרת בחוק הנפט, תשי"ב—1952 (להלן: חוק הנפט). סעיף 25 לחוק הנפט קובע:

"חזקה מקנה לבעלה, בכפוף להוראות חוק זה, זכות ייחודית לחפש ולהפיק נפט בשטח החזקה כל ימי תוקפה של החזקה".

המציאות משפטים יב (תשמ"ג) 506). אם כן, לכאורה, אין הבעלות שבה מחזיק שר-האוצר מכוח פקודת הרכישה בגדר הבעלות המוגדרת בחוק המקרקעין. אך — לדעתי — אין בכך כל מכשול. העובדה שהמינהל יכול לחזור בו מחלק מחוזיו אינה אומרת שאין הוא כבול בהסכם כלשהו, והעובדה שבתנאים מסוימים הסכמים אינם כובלים אותו, אין בה ולא כלום; שהרי ההסכם האמור בסעיף אין פירושו כל הסכם שהוא כפי שבוודאי ה"דין" הנזכר בצוואת חדא עם ההסכם אין פירושו כל דין שהוא, אלא יש לראות האם הוא חל על האדם המסוים והאם תוכנו רלבנטי כלל (והשווה, למשל, לגבי הפרט שגם אותו הסכמים אינם כובלים, כגון הסכמים שבוטלו לפי פרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. הדברים אמורים במיוחד לגירסת פרופ' שלו, שם, המחילה את פטור המינהל דרך חוקי החוזים הרגילים).

19 סעיפים 120—128 לחוק.

20 ראה, למשל, סעיף 22 לפקודת הרכישה.

21 וראה להגדרה דומה, סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971.

22 הגדרה דומה ניתנה ל"שאלה", לפי סעיף 26 לחוק השכירות והשאלה.

אף חזקה זו, בדומה לחזקה הנרכשת על-פי פקודת הרכישה²³, היא שלא לצמיתות ותקופתה היא בדרך-כלל 30 שנה²⁴.
דוגמא מאלפת ניתן להביא מסעיף 54(1) לפקודת המכרות. סעיף זה מונה שתי דרכי הפקעה, כשהשנייה היא זו המעניינת אותנו:

"...ואם אין בו במפעל-הכרייה כדי למנוע לעולמים את החזרת פני הקרקע למצבם הקודם, כאמור לעיל, יתן שר-הפיתוח חוזה חכירה על אותה קרקע שלא בהסכמת בעליה או המחזיקים בה, לאחר שישלם החוכר אותם דמי-שכירות, שייקבעו בדרך הסכם או, באין הסכם, בדרך בורות באופן הקבוע".

בסעיף זה המחוקק אינו משאיר כל מקום לספק באשר לכוונתו – הכוונה היא, כי מדובר בשכירות חוזית לכל דבר והמחוקק רק קובע דרך לקביעת דמי-השכירות. ההבדל היחיד – כך נראה – בין שכירות זו לשכירות הרגילה הוא ששכירות זו מוטלת בכפייה, "שלא בהסכמת בעליה או המחזיקים בה", בניגוד, כמובן, לשכירות החוזית הרגילה²⁵. נשאלת השאלה, האם במלה "שהוקנתה" המופיעה בהגדרות השונות לשכירות והשאלה, שהובאו לעיל, אין כדי לייחד את המונח "שכירות" לפעולה רצונית. נדמה לי שלא כך הוא. ראשית, כאשר המחוקק, בחוק המקרקעין, רצה להדגיש את אלמנט הרצון, הוא הבהיר את כוונתו בצורה שאינה משתמעת לשני פנים. סעיף 6 לחוק המקרקעין מגדיר "עיסקה במקרקעין" כ"הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה", מה שאין כן בשכירות ובהשאלה. שנית, גם המחוקק עצמו בדיני התכנון והבנייה מדבר על הקניית זכויות²⁶, ושלשית, כפי שיתברר, לדעתי אין סיבה עניינית שלא להחיל את הוראות השכירות על השכירות שבדיני התכנון והבנייה, ואם כן אין מקום להיזקק לפרשנות מצמצמת של הגדרתה.

שאלה נוספת, הקשורה להגדרות השכירות וההשאלה נוגעת לשאלת התמורה. כפי שעולה מההגדרות שצוטטו לעיל, הגורם המבחין בין השכירות לבין ההשאלה הוא גורם התמורה. בהרבה מהזכויות התכנוניות הדין קובע תמורה שתשולם לבעלים. פקודת הרכישה קובעת הוראות מפורטות ביחס לפיצויים²⁷. גם פקודת המכרות, שסעיפה הרלבנטי הובא לעיל, קובעת כי ישולמו "דמי-שכירות" וכן את דרך קביעתם. במקרים אלה בוודאי ששולמה תמורה, ומדובר בזכות השכירות.

עם זאת, המחוקק קובע כי לעתים המפקיע פטור מתשלום פיצויים²⁸. פטור זה מחובת תשלום פיצויים קיבל משמעות רחבה בע"א 377/79 פייצר ואח' נ' הועדה המקומית

23 פסקי-הדין בעניין בכר (לעיל, הערה 5).

24 סעיף 29 לחוק הנפט.

25 לכאורה, גם מפקודת הרכישה ניתן להגיע למסקנה דומה. הכוונה היא לסעיף 13 לפקודה המדבר בדמי-החכירה; אלא שלשון הסעיף אינה חד-משמעית, שכן הסעיף קובע ששר-האוצר ישלם "פיצויים" בשל אובדן דמי-החכירה, ולא את דמי-החכירה עצמם.

26 ראה, למשל, סעיף 19 לפקודת הרכישה.

27 ראה סעיפים 9, 12–13, 15–16 ו-20 לפקודת הרכישה.

28 ראה, למשל, הפטור בסעיף 20(2) לפקודת הרכישה לתשלום פיצויים על שטח מגרש שלא יעלה על רבע ממנו – פטור החל גם במקרה של הפקעת זכות שאינה זכות הבעלות. ראה

לתכנון ולבנייה רמת גן ואח"כ²⁹. בעניין זה קבע בית-המשפט, שגם לגבי חלק העולה על האחוז הפטור מפיצויים (היינו: לגבי חוק התכנון והבנייה – ארבעים אחוז, ולגבי שאר החוקים – רבע המגרש), לא נעלם הפטור, והרשות צריכה לשלם רק עבור החלק המופקע, הנותר על הפטור. משמע, במקרים רבים, ההפקעה – גם במידה שהיא מקנה זכות לפיצויים – תקנה פיצויים מופחתים בלבד. מצד שני, ההפקעה יכולה להיעשות בשלבים, היינו: שהרשות יכולה להפקיע קודם את החלק המותר לה ללא פיצויים, ולאחר-מכן – את החלק המחייב תשלום פיצויים. עם זאת, החוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד–1964, שם מחסום לאפשרות של קיצוץ פרוסות-פרוסות ממגרש, ללא פיצויים, בהגבילו את סך כל החלקים המופקעים ללא פיצויים.

מתעוררת השאלה, מה דינה של זכות הרשות המפקיעה במקום שלא שולמת תמורה כלשהי או ששולמה תמורה חלקית בלבד? תשובה אפשרית אחת היא, כי במקום שלא שולמה תמורה כלשהי מדובר בשאלה ובהשאלה (כמינות השונה בחוקים השונים), ובכל מקרה אחר – היינו: ששולמה תמורה, ולו חלקית – מדובר בשכירות. תשובה זו אינה נראית לי, משני טעמים. הטעם הראשון מתייחס לחלקה השני של הקביעה. לדעתי, אין לומר שכל מקום ששולמה תמורה – ולו חלקית – הרי יש בכך "תמורה" כמשמעותה בהגדרה³⁰. התמורה האמורה בהגדרה היא תמורה בת-ערך, שקולה, ולא תמורה כלשהי כמשמעות המונח במשפט המקובל³¹, ועל-כן אין די בתמורה כלשהי כדי להפוך את הזכות לשכירות. טעם שני מצוי בכך, שלפי הבחנה זו תינתנה תשובות שונות למקרים שבמהותם הם זהים: כך אם הרשות הפקיעה, לפי פקודת הרכישה, רבע מגרש ללא תמורה ומאוחר יותר הפקיעה את היתרה – הפעם, כמובן, בתמורה – תיחשב הרשות כשוכרת שלוש רבעי מגרש וכשואלת רבע נוסף. לעומת זאת, אם תפקיע את המגרש כולו – הרי על-אף שלפי פסק-הדין בעניין פייצר תשלם אותו הסכום – תיחשב כשוכרת של מגרש שלם. על כגון דא ייאמר, כי

"כאשר משתנה תוצאת המשפט אך ורק בשל הטכניקה של דרך הפניה לבית-המשפט ולא בגלל עניינים שבמהות, לוקה מידת הדין"³².

זאת, על-אף שלפי החוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד–1964, המקרים נחשבים בעיני החוק כזהים לחלוטין והחוק בא למנוע מצב של פתרונות שונים למקרים אלה.

תשובה שנייה אפשרית לשאלה שהעלינו לעיל היא, כי על החלק שלא שולמה תמורה – מדובר בשאלה, וכי על מה ששולמה תמורה – מדובר בשכירות. לכאורה,

הגדרת קרקע בסעיף 2(1), הכוללת "... כל זכות, טובת הנאה או זכות שימוש בקרקע..." כן ראה סעיף 7 לפקודת הדרכים ומסילות-הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, וסעיף 190(א) (1) לחוק התכנון והבנייה. נוסף לפטורים, ראה חוק לתיקון דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד–1964.

29 פ"ד לה (3) 645 (להלן: פסק-הדין פייצר).

30 באפשרות שקיימת "תמורה" אחרת, אדון להלן.

31 ראה ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ד) 153, 155; א"מ ראבילן, "חוק המתנה, תשכ"ח–1968" פירוש לחוקי העזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ג' טדסקי עורך, תשל"ט) 49.

32 ע"א 123/80 איירבך ואח' נ' בריבניק, פ"ד לו (3) 431, 438 (מפי השופט שינבויים).

תשובה זו תגרום לסיבוך ולקשיים בקביעת מצב הרשות, אם שוכרת ואם שואלת. אך אין הדבר כך. הפתרון הוא פתרון קנייני פשוט. צא וראה מה היה קורה אם שני שותפים הם בעלי מגרש – אחד משכיר את חלקו ואחד משאל את חלקו, שניהם לאותו אדם. האם תתעורר או בעיה? התשובה היא לא. אף כאן בענייננו³³. כיוון שכך, אין גם להגיד כי לו שאלה זו היתה מועמדת בפני ההרכב שישיב בעניין פייצר, היה זה מוצא לנכון לסטות מעמדתו באותה פרשה מפני הסיבוך שהיא יוצרת. עם זאת, אם כי במידה פחותה מדלעיל, עלולות להינתן תשובות שונות למקרים דומים. אם הופקע רבע מגרש ואחר-כך רבע נוסף, תהיה הרשות שוכרת ברבע מסוים ושואלת ברבע מסוים. מה שאין כן אם הפקיעה חצי מגרש ושילמה עבור רבע – שאז תהיה שוכרת ברבע לא-מסוים ושואלת ברבע לא-מסוים.

לכאורה תשובה שלישית אפשרית, והיא התשובה שאף אם הפקיעה הרשות רבע – ולו גם לא שילמה פרוטה שחוקה כפיצויים, תיחשב היא כשוכרת ולא כשואלת. לכאורה דבר זה אינו מתיישב עם ההגדרה, שהרי לא הועברה כל תמורה. אלא שניתן לטעון, כי יש לראות את ההגדרה בפרספקטיבה רחבה יותר. טענה אפשרית היא, כי חוסר-התמורה פירושו רצון להיטיב³⁴. במקרה של זכויות שמקורן בדיני התכנון והבנייה, כגון קרקע שהופקעה, אף אם לא שולמה כל תמורה כספית אין העדר התמורה מלמד על מטרתו של ה"נותן" להיטיב עם הרשות. בהעדר רצון פילנטרופי אין להחיל את דיני השאילה על הזכות.

הרצון להיטיב גורם במידה רבה לארעיות זכות השאילה³⁵, ובהעדרו ניתן לטעון כי אין הצדקה לכך. בהמשך נרחיב את הדיון על החלת הסעיפים השונים על הזכויות השונות, אך כבר עתה נדגים את הבעייתיות. נדמה כי הכלל המונע מהשואל להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושאל או להשאילו בהשאלת-משנה, כקבוע בסעיף 30 לחוק השכירות והשאילה, הוא קשיח מדי ומגביל את הרשות יתר-על-המידה; עדיף, אולי, להחיל את הכלל הגמיש שבסעיף 22 לחוק, המעניק, למעשה, לבית-המשפט שיקול-דעת לבדוק האם הסיבה לסירוב להתיר את ההעברה היא סבירה. לפיכך, יש, אולי, להחיל את דיני השכירות על הזכות ולא את דיני השאילה. מבחינה טכנית, ייתכן שניתן לומר כי דיני התכנון והבנייה עצמם הם אלה היוצרים ומהווים את התמורה הנדרשת בהגדרת השכירות, בשללם את הרצון להיטיב העומד, אולי, ביסוד חוסר התמורה.

33 לגבי השאלה האם שותף יכול להשכיר את חלקו, לאור הדרישה הקיימת, אולי, בשכירות להחזקה ייחודית של השוכר – דבר שאין המשכיר-השותף יכול להעניק, ראה "ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969: מעמדת והישגים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ל) 47. היום השאלה היא במידה מסוימת תיאורטית בלבד לאור סעיף 2(א) לחוק השכירות והשאילה, המאפשר להשכיר זכויות, ועל-כן גם זכויות שותף ניתנות להשכרה. נפקות מסוימת קיימת לגבי השאלה, האם חוק המקרקעין חל או שמא רק חוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971. וראה ע"א (י"ס) 193/75 מעשה נ' לוי, פ"מ תשל"ח(1) 32, שבו נקבע כי השכירות שבחוק המקרקעין דורשת החזקה ייחודית, שאותה, כאמור, שותף איננו יכול להעניק.

34 ראבילו (לעיל, הערה 31), עמ' 27, 53.

35 ראה פרק ב לחוק השכירות והשאילה, תשל"א-1971.

עם זאת, ברור שפירוש זה אינו הכרחי, ועל-כן ייתכן שלפנינו, בהעדר תמורה כספית שוות-ערך, שאילה לכל דבר. כיוון שכך, עומדים אנו בפני כמה פירושים אלטרנטיביים. במצב כזה על הפרשן לשית לבו למצב הרצוי ולבדוק איזה מהפירושים האפשריים למצב המצוי משקף בדרך הטובה ביותר את המצב הרצוי, ולבחור בפירוש זה. בהמשך, בשאלה כיצד יש להחיל את החוקים השונים, אדון בבעיה זו ובשאלה האם ניתן להכריע בין שני סוגי זכויות אלה, והאם בהוראות האופרטיביות החלות על הזכויות השונות יש כדי להוות, אמנם, משום גורם מכריע לסיווג הזכויות.

(4) זיקת הנאה

זיקת ההנאה מוגדרת בסעיף 5 לחוק המקרקעין, לאמור:

"זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם".

מרכיבי ההגדרה על-פי רוב אינם מעוררים כל קושי בהחלתם על המטריה התכנונית. השאלה היחידה העולה להתעורר היא ביחס ל"שעבוד" הנזכר בהם והמורה על קנייניות³⁶. בעיית קנייניות הזכויות מתחום דיני התכנון והבנייה מתרכזת, ברוב המקרים, בשאלת יצירת הזכות ולא דווקא בהתאמה ההגדרתית של הזכויות; שכן, אין ספק כי המחוקק התכוון, ברוב המקרים ובסיכומם של זכויות ותהליך יצירתן, ליצור זכויות קנייניות, והשאלה היחידה היא האם הורחג ולידתן באות כאחד, בדיני התכנון והבנייה, או שמא יש להוסיף ולבצע פעולות נוספות. בפן זה של השאלה נתרכז כשנגיע לפרק הדן ביצירת הזכויות ובכישתן.

עם זאת, לעתים מתעוררת שאלה האם החוק התכוון כלל ליצור זכות קניינית³⁷, שהרי אם לא כן, ודאי שאין מדובר בזכות של זיקת הנאה או בכל זכות אחרת שנדונה על-ידינו בפרק זה, שהרי ההנחה שבבסיס חוק המקרקעין היא כי הזכויות שנדונות במסגרתן הן זכויות קנייניות³⁸. כאמור, סוגיא זו נוגעת לכל ההגדרות, אך מן הראוי להתמקד בה בדיני זיקת הנאה, לאור הזכרתה במפורש בהגדרת זיקת הנאה.

פרופ' טדסקי העמיד בעיה זו במאמרו הנזכר, אם כי נמנע מלטפל בה:

"אמנם, כאשר רשות מינהלית מוסמכת על-פי החוק להעניק זכות שימוש מסוים לאדם פלוני או לסוג בני-אדם על מקרקעי הוולת, אפשר שהכוונה אינה לזיקת הנאה דווקא. עליה אין לדבר אם הכוונה לזכות אובליגטורית... אך כאשר משתמעת המגמה הקניינית, לפי הטיפוסיות של זכויות הקניין טבעית הנטייה לזהות את הזכות כזיקת הנאה..."³⁹.

36 טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 463. אך ראה ויסמן (לעיל, הערה 33), עמ' 68–69.

37 להגדרת הזכות הקניינית ומרכיביה, ראה י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 64 ואילך, ובמיוחד עמ' 70 ואילך, מקום שבו פרופ' ויסמן דן בתכונות הרכושיות, העבירות וההגנה בפני הכול. כן ראה א' לבונטין, "זכות קניין – מהי ז' משפטים ט (תשל"ט) 384.

38 ראה לאחרונה ע"א 513/82, בר"ע 227/81 רייזמן ואח' נ' וויצ'צין ואח', פ"ד לו(2) 813, 823–824 (להלן: פסק-דין רייזמן) והמקורות הנזכרים שם.

39 (לעיל, הערה 1), עמ' 482.

שאלה זו הינה בעלת חשיבות מעשית. הפסיקה, מפני שראתה באחוזי הבנייה זכות אובליגטורית גרידא, לא הלכה, כנראה, בדרך שאותה היתוות ת' אורין במאמרו "אחוזי בניה" – זכות קניינית?⁴⁰. מר אורין טוען, שאחוזי הבנייה הם זכות הבעלות, שכן כל כולם הם הורדת מיגבלת בניה שהיתה בבחינת מיגבלה על הבעלות. אך לא זו ההגדרה שעלתה בפסיקה למונח, ושאומצה על-ידיה. בפסק-הדין ע"א 19/81 ביבי נ' הוברט ואח'י⁴¹ הגדירה השופטת אבנור את אחוזי הבנייה בצורה שונה מעט, אך המשנה את התמונה כולה:

"אחוזי בניה" – הם הזכות הקיימת לבעלי המקרקעין לפנות ולבקש היתר בניה.

אם כן, אחוזי בניה הם זכות לבקש הסרת מיגבלה (שהיא עצמה יכולה להיחשב כזיקת הנאה) לבנות, אך האחוזים עצמם אינם קנייניים, אינם חלק מהבעלות ואין חוק המקרקעין דן בהם.⁴² כמובן שאין בכך כדי להוות מחסום מפני החלת חוקים מתחום המשפט הפרטי על הזכות הזאת, ואדרבא, פסק-דינה של השופטת אבנור הוא דוגמא טובה לכך, שכן השופטת אבנור לא ראתה שום מחסום ראשוני ועקרוני בבדיקת החלתו של חוק המקרקעין על הזכות. לעצם העניין נראה לי, שחוק המיטלטלין, תשל"א – 1971, הדן בשיתוף בסעי' פ"ד 9 ו-10 לו והחל – מכוח סעיף 13(א) – גם על זכויות, יחול.

נושא קרוב שבו הכריעה הפסיקה בצורה דומה הוא סוגיית היתרי הבניה. על שום מה לא נראה בהיתר הבניה, משניתן, משום זיקת הנאה כלפי מקרקעין סמוכים? אף כאן אנו רואים את הצורך לבדוק בכל פעם ולגבי כל זכות את השאלה האם הכוונה היתה ליצור זכות קניינית, אם לאו. לפי הלכת בג"צ 16/50 איגרא רמא נ' ועדת בניין ערים תל אביב ואח'י⁴³:

"...המשא-ומתן בדבר מתן רשיון הבניה אינו ענין אלא למבקש הרשיון ולציבור גופו ואין מקום להתערבות איש זר כלשהו באותו דיון".⁴⁴

משמע, אליבא דפסיקה, ההיתר לא התכוון ליצור זכות כלפי איש זר. אם כך הוא, ברור שאין לאדם זר זכות קניינית כלשהי, וכפועל יוצא אין לסווג את היתר הבניה כזיקת הנאה.

סייג נוסף שיש להזכיר בטרם אבדוק זכויות ספציפיות נוספות הוא, כי יש להקפיד שתהיה זו זיקת הנאה לפי חוק המקרקעין, היינו: שתהיה בו הנאה. זו הסיבה – לדעת טדסקי⁴⁵ – כי

40 הפרקליט לב (תשמ"מ) 526.

41 פ"ד לו(2) 497, 504.

42 כל הדיון פה הוא במישור הקנייני הקלאסי. לדעה שלפיה יש לתקן את החוקים באופן שייקנו הגנה קניינית לזכויות כגון היתרי בניה, ראה Reich, "The New Property" 733 Yale L. J. (1964). עם זאת, כל עוד לא שונה הדין, ברור כי אין בהיתרי הבניה משום זכות קניינית ואין להחיל על הזכות את דיני הקניין הקלאסיים.

43 פ"ד ה' 229, 235.

44 אך ראה לאחרונה בג"צ 128/83 הרפו ואח'י נ' ראש המינהל האזרחי ליהודה ושומרון ואח'י, פ"ד לו(4) 159.

45 (לעיל, הערה 1), עמ' 483.

"לא היינו נוטים לראות כזיקות הנאה את המקרים המרובים שבהם מסמך הדין פקיד ציבורי להיכנס ברשות הפרט לשם בדיקה והשגחה (ראה, למשל, סעיף 17 לחוק המים, תשי"ט-1959). אין כאן הנאה ואף לא שימוש; אין גריעה של ממש מזכות הבעלות. יש משום התערבות ציבורית שאינה משתבצת במערכת הזכויות".

על-אף סייגים אלה, זכויות רבות מתחום דיני התכנון והבנייה הן מועמדות טבעיות להיכלל בהגדרת זיקת ההנאה, עולה מהן גם עולה הנטייה הקניינית וחלקן אף סוג כאלה בפסיקה. נמנה אחדות מהן.

סעיף 3 לפקודת הרכישה קובע, כי שר-האוצר רשאי

"(ג) לרכוש כל זכות שימוש בכל קרקע או כל זכות אחרת בה או עליה;
(ד) להטיל כל זכות שימוש על כל קרקע או הגבלה אחרת על השימוש בכל זכות הקשורה בבעלות על אותה קרקע...".

הפרשנות שלה זכה סעיף זה בפסיקה, תואמת את הגדרת זיקת ההנאה שבחוק המקרקע עין. בפסק-הדין בעניין בכר, אמר השופט לנדוי, כתוארו דאן, את הדברים הבאים⁴⁶:

"הסעיפים הקטנים (ג) ו-(ד) דנים בשיעבודי הנאה מסוגים שונים — סעיף קטן (ג) בשיעבודים חיוביים, המאפשרים לבעליהם לעשות דבר בקרקע מסוימת, כגון זכות דרך, בעוד שסעיף קטן (ד) מדבר בשיעבודי הנאה שליליים למניעת פעולות על קרקע, כגון איסור לבנות עליה. אלה הן זכויות בנכסי הוולת (*Iura in re alienis*), שאין עמהן זכות ההחזקה".

חלוקה זו מתאימה וחופפת את חלוקת המחוקק בסעיף 93 לחוק המקרקעין, שכותרתו "צורות הזיקה". סעיף קטן 3(ג) לפקודת הרכישה חופף את סעיף 93(א) לחוק המקרקעין, וסעיף קטן 3(ד) לפקודת הרכישה חופף את סעיף 93(א) לחוק⁴⁷. פירוש זה הוא פירוש היוצר מבנה תיאורטי נאה לסעיף 3 לפקודת הרכישה, אשר בו כל סעיף קטן עוסק בסוג מסוים של זכויות. פירוש אחר, המתעלם מהמבנה התיאורטי הנוכח, מציג קמר⁴⁸:

"סעיף 3(ג) לפקודת ההפקעה מקנה לשר האוצר סמכות... כל תכליתו ומגמתו של סעיף קטן זה הן, להקנות לשר-האוצר סמכות להפקיע שיעבודי הנאה במקרקעין,

46 (לעיל, הערה 5), עמ' 53.

47 אכן, יש בפקודת הרכישה משום סטיה מהקביעה, כי זיקת הנאה מסוג זה יכולה להיות רק לטובת מקרקעין, והסעיף קובע כי תיתכן גם לטובת אדם, היינו: הרשות המפקדת. אך בכך אין לפגוע בהתאמה להגדרת ולשאר הדינים, אלא יש לראות בסעיף 3(ד) משום תוספת ספציפית לסעיף 93(ב) לחוק המקרקעין. שאלה יפה היא, האם הרשות יכולה להעביר זיקת הנאה זו לאדם שאינו בעל מקרקעין סמוכים למקרקעין הכפופים. אני נוטה לדעה, שהעברה כזו לא תיתכן, שכן סעיף 93 הוא הכלל המלמד על חוסר-רצון ליצור זכויות מעין-פיאודליות, ואילו פקודת הרכישה הינה החריג, הנסבל רק בשל כך שהזכאי הוא רשות רשמית או בא מכוח רשות שכזו, ודיני המשפט הציבורי מגבילים את אפשרות הזכאי לעשות שימוש לרעה בזכותו.

48 (לעיל, הערה 3), עמ' 32.

דהיינו זיקות הנאה. סמכות ההפקעה לפי סעיף 3(ג) מצומצמת רק לרכישת זיקת הנאה, שהיתה מוקנית ערב ההפקעה למקרקעין או לאדם אחר. סעיף 3(ד) לפקודת ההפקעה מקנה לשר-האוצר סמכות 'להטיל זיקת הנאה או כל הגבלה אחרת על השימוש בכל זכות הקשורה בבעלות'... בהבדל מסעיף 3(ג), המאפשר רכישתה של זיקת הנאה קיימת, מאפשר סעיף זה הטלתה של זיקת הנאה חדשה או הגבלה חדשה אחרת על השימוש".

פירוש זה מעורר קשיים אחדים. לבד מחוסר-האלגנטיות שבו, מעורר הסעיף את השאלה על שום-מה היה צריך המחוקק לפרט את שני הסוגים של זיקות הנאה? במה נתייחד האחד מן האחר? ואם תאמר כי לולא סעיף קטן (ד) הייתי אומר, שהשר רשאי לקחת רק זכויות "מן המוכן" ולא לעוקרן מן הבעלות, שהיא אגד הזכויות, מתעוררת מיד השאלה, האם ניתן להפקיע החזקה הצמודה לבעלות, מקום שאין שוכר או שואל בקרקע? שהרי סעיף קטן (ב) — הדומה לסעיף קטן (ג), אין לו מקבילת, בדומה לסעיף קטן (ד). טעם נוסף להעדפת פירוש הפסיקה הוא בסעיף 6 לפקודת הרכישה⁴⁹, אשר הוא מקבילו של סעיף 3 בכל הנוגע להקנייה מרצון — ובו ההבדל שעליו עמד השופט לנדוי — מחדגש עוד יותר. ולסיכום: פירושו של הסופט לנדוי — עדיף. דוגמא נוספת שמן הראוי להזכיר מצויה בחוק התכנון והבנייה. סעיף 63 לחוק מונה את ההוראות שתוכנית מיתאר מקומית יכולה לכלול, ובין היתר הסעיף מציין את ההוראות הבאות:

- "(1) (א) שטחי קרקע או בניינים שאין להשתמש בהם למטרה פלוגית או שאין להשתמש בהם אלא למטרה פלוגית...
(ז) קרקע שמותר בה לחצוב אבנים או לכרות עפר או חול או לייצר חצץ...
(ח) איסורים, הגבלות או תנאים לפרסומת בקרקעות או בבניינים.
(2) התוויתן של דרכים חדשות...
(8) חיוב בעלי קרקע... להעניק לבעלי קרקע או בנין גובלים... או לרשות מקומית את הזכות להעביר בקרקע או בבנין מי ניקוז או ביוב, צינורות להספקת מים או תעלות מים עליונים...".

כל הזכויות הללו מסווגות באופן קלאסי כזיקות הנאה. סעיפים קטנים (2) ו-(8) דנים בזיקת הנאה מהסוג שבו מדבר סעיף 93(א)(1) לחוק המקרקעין, וסעיף קטן (1) דן בזכויות המסווגות בסעיף 93(א)(2). במאמר מוסגר אציין, כי ניתן לסבור, שיש להבחין בין סעיף קטן (8) לבין שאר הסעיפים הקטנים המצוטטים של סעיף 63 לחוק התכנון והבנייה. סעיף קטן (8) דן בהוראה המחייבת אדם להעניק זכות, ועל-פי לשונה אין היא כשלעצמה מעניקתו. ניתן,

49. מותר לכל אדם שיש לו זכות על כל קרקע —

- (א) למכור אותה קרקע או להעביר בדרך אחרת את הבעלות עליה לשר-האוצר;
(ב) להרשות את החזקה או שימושה על-ידי שר-האוצר לתקופה מסוימת;
(ג) ליצור כל זכות שימוש עליה או כל זכות אחרת בה או עליה לטובת שר-האוצר;
(ד) ליצור לטובת שר-האוצר כל הגבלה על השימוש בכל זכות הקשורה בבעלות על אותה קרקע, או להסכים לכל הגבלה כנ"ל...".

על-כן, ללמוד מכך כי בניגוד לשאר הסעיפים הקטנים, סעיף קטן (8) יוצר זכות אובלי-גטורית בלבד, ועל-כן אינו בגדר זיקת הנאה, לפי מבחן הקנייניות שאותו ציינו לעיל. ונחזור לדרך המלך. ואכן, בע"א (ת"א) 419/72 נציגות הבית המשותף נ' בלו זקם בע"מ ואח' 50, דן השופט דבורין בזכות שמקורה בסעיף 63(2) הנ"ל, וקבע כי אכן מדובר בזיקת הנאה 51 — דעה שלה הצטרף גם פרופ' טדסקי במאמרו "זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין" 52. מדעה זו הסתייגו באותו פסק-הדין השופטת בן-עתו 53 והשופט ב' כהן 54, אולם מטעמים שאינם שייכים דווקא לנקודה שבה אנו דנים עתה, בעיקרו של דבר הסתייגו הם מהקביעה כי תוכנית המיתאר, בשלעצמה, יוצרת זכויות קנייניות — שאלה שתידון להלן — בפרק על יצירת הזכויות. מכל-מקום ברור, כי גם לשיטתם לא תהיה כל בעיה, למשל, להגדיר "דרך" המוזכרת בפקודת הדרכים ומסילות-הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, אשר הפקודה עצמה מתווה את יצירתה, כזיקת הנאה לכל דבר ועניין 55. כמובן שאין בדיון זה כדי למצות את כל זיקות ההנאה הקיימות בדיני התכנון והבנייה. עם זאת, מסקירה קצרה זו עולה בבירור המיגוון של זיקות ההנאה התכנוניות וחשיבות הנושא.

(5) זכויות נוספות

חוק המקרקעין מונה זכויות נוספות העשויות להיות רלבנטיות לנושא שבו אנו דנים, אך לא מגדיר אותן בצורה ממצה, חדה וברורה כזכויות שבהן דנו עד כה. ניתן להביא דוגמא לכך מזכות הקדימה. זכות זו נדונה בסעיפים 99—106, הקובעים זכות קניינית 56. האם לזכות זו עומדת מקבילה בדיני התכנון והבנייה? התשובה לכך אינה כה פשוטה. בניגוד לזכויות המוגדרות, לצורך דיון בזכות הנדונה, שאינה מוגדרת בסעיף הגדרות מיוחד, יש צורך בפעולה דו-שלבית. ראשית, לחלץ הגדרה מהסעיפים הדנים בזכות הקדימה; ושנית, לבדוק את התאמת הזכות שבדיני התכנון והבנייה להגדרה שאלה הגענו.

על פעולה דו-שלבית זו פסחה השופטת ולנשטיין בת"א (ת"א) 616/77 אלקיים ואח' נ' חברת נתיבי איילון בע"מ ואח' 57. השופטת ולנשטיין התייחסה לסעיף 70 לחוק התכנון והבנייה, הקובע כי

"... מותר לקבוע בתכנית מפורשת הוראות —

(1) המאפשרות להקנות לבעל קרקע כאמור, לפי דרישתו, קרקע הגובלת עם הקרקע שלו (להלן: — קרקע משלימה)..."

50 פ"מ תשל"ד (3) 452 (להלן: פסק-הדין בלו זקם).

51 שם, עמ' 457.

52 (לעיל, הערה 1), עמ' 482.

53 (לעיל, הערה 50), עמ' 458.

54 שם, עמ' 459.

55 לדוגמאות נוספות ראה טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 483—484.

56 פסק-דין רייזמן (לעיל, הערה 38), שם.

57 לא פורסם.

וכן:

"(ב) מקבל הקרקע המשלימה ישלם לבעלה הקודם את שווייה של הקרקע המשלימה וכן יפצה אותו על כל נזק שנגרם ליתרת הקרקע הגובלת כתוצאה מההפרדה".

על זכות זו אמרה השופטת ולנשטיין, כי

"הזכות הזאת דומה בעיני לזכות קדימה, המוסדרת היום בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969".

ואף הצמידה לקביעה זו תוצאות מעשיות: כיוון שמדובר — לדעתה — בזכות קדימה, הרי שלפי סעיף 102(ב) לחוק המקרקעין, משלא נעשה בזכות שימוש תוך 30 יום, פוקעת הזכות ופגה.

נבחן נא את זכות הקדימה שבחוק המקרקעין:

"תכנה של זכות הקדימה הוא בכך שהיא שוללת את הזכות להעביר מקרקעין מסויימים, לאדם אחר, כל עוד לא הוצעו המקרקעין לבעל זכות הקדימה"⁵⁸.

האם זו מהותה של הזכות לפי סעיף 70 לחוק התכנון והבנייה? לא ולא. מהות הזכות הנ"ל היא זכות לרכוש נכס מסוים, בין אם הוצע הנכס למכירה ובין אם לאו. לא זו זכות הקדימה לפי חוק המקרקעין, ועל-כן אין גם להחיל עליה את הוראות החוק בצורה ישירה. ברוח זו גם קבעה השופטת נתניהו בע"א 36,107/81 אלקיים ואח' נ' חברת נתיבי איילון ואח' וערעור שכנגד⁵⁹, שהפך את הקערה על פיה ככל שגוגעים הדברים להשוות את סעיף 70 לחוק התכנון והבנייה לזכות הקדימה שבחוק המקרקעין⁶⁰. מבין השיטין של קביעה זו מבצבצת ועולה השיטה שעליה הצבענו⁶¹: חילוף היסודות המהותיים של זכות הקדימה, מחד גיסא, והשוואתם למרכיבי הזכות התכנונית, מאידך גיסא. אם אין אלה חופפים את אלה, שוב אין להחיל את ההוראות שבחוק המקרקעין על הזכות התכנונית^{62 63}.

58 ויסמן (לעיל, הערה 33), עמ' 70.

59 לא פורסם. לדברי השופטת נתניהו הסכימו מ"מ הנשיא, השופטת בן-פורת, והשופט ד' לוי.

60 עמ' 7 לעותק המודפס:

"ההשוואה עם זכות הקדימה אינה במקומה... נכס מקרקעין שבעל זכות קדימה לא עשה שימוש בזכות לרכושו ניתן למוכרו לכל המרבה במחיר. לא כן חלקת השלמה שיעודה על-פי תוכנית בניין הערים הוא לצורך אחד בלבד — השלמת חלקת הבעלים. גם לעניין עבור הזמן אין הקבלה בין זכות הקדימה לבין הזכות לרכוש קרקע משלימה. במקרה הראשון היוזמה למימוש הזכות אינה בידי בעל זכות הקדימה אלא בידי בעל-הנכס. רק לאחר שזה הציע את הנכס יכול בעל זכות הקדימה להשתמש בזכותו לרכושו... לא כן במקרה השני, שבו אנו עוסקים. היוזמה למימוש זכות הרכישה של קרקע משלימה היא בידי בעל הזכות על-פי דרישתו ואין בחוק תכנון והבניה הוראה המגבילה את המועד לעשיית שימוש בזכות זו..." (הדגשה במקור).

61 במשתמע גם עולה הסכמת בית-המשפט להשוות במקרים ראויים ומתאימים את הזכויות הקנייניות לזכויות התכנוניות, כפי שטענתי לעיל, ובניגוד לדעת קמר המפורטת שם.

62 היקש אפשרי, כמובן, מכוח חוק יסודות המשפט, תשמ"מ-1980, אך אין זו תחולה ישירה, ומהדרך שבה נקטה השופטת ולנשטיין נראה שלא זו היתה כוונתה.

שונה היא התשובה, אולי, לשאלה האם בסעיף 195 לחוק התכנון והבנייה יש לראות זכות קדימה כמשמעות המושג בחוק המקרקעין.⁶⁴ סעיף זה קובע כי

"מקרקעין שנרכשו בביצוע תוכנית על-פי הסכם או שהופקעו כך תמורת תשלום פיצויים ...

(2) שונה יעודם על-פי הוראות חוק זה, מותר באישור ובהתייעצות כאמור למכרם, להשכירם או לעשות בהם העברה אחרת, ובלבד שניתנה למי שרכשו ממנו את המקרקעין או לחליפו הודעה שהוא רשאי, תוך שלושים יום, לקנותם במחיר שלא יעלה על הסכום שבו נרכשו ממנו, בצירוף שוויה של כל השבחה בהם הנובעת מהתכנית".

ניתן לגרוס, כי ברגע ששונה היעוד של הקרקע מתגבשת זכות קדימה לכל דבר, כך שאם הרשות המינהלית רוצה לעשות עיסקה במקרקעין, היא חייבת להציעם לבעל המקורי של הקרקע. לקביעה מעין זו יש נפקות חשובה – ממנה עולה, שאם ניתנה לבעל המקורי הודעה, כאמור בסעיף, ועברו שישה חודשים מיום ההודעה ולא נעשתה במקרקעין כל עיסקה, הרי שעל-אף שלא עשה הבעל המקורי שימוש בזכותו לפי ההודעה, צצה ועולה שנית זכותו לקבל הודעה ולרכוש את המקרקעין, אם הרשות תחליט פעם נוספת לעשות במקרקעין עיסקה כלשהי לפי דיני זכות קדימה שבחוק המקרקעין.⁶⁵

לעומת זאת, ניתן לטעון כי קיים הבדל חשוב בין הדינים שבחוק המקרקעין לבין סעיף 195 לחוק התכנון והבנייה, והוא המחיר שבו בעל זכות הקדימה זכאי לקנות את הקרקע. המחיר לפי סעיף 195 הוא מחיר הפיצויים שקיבל בעל הזכות בתוספת שווי ההשבחה, היינו: מחיר אובייקטיבי שיסודו בהפקעה ההיסטורית. לעומת זאת, המחיר לפי הסעיפים שבחוק המקרקעין הוא המחיר שבו תיערך העיסקה המוצעת, ולמעשה בעל זכות הקדימה מתמודד מול המציע בעיסקה הנוכחית ומחירו. לכאורה, מהבדל עקרוני זה עולה, כי מדובר בשתי זכויות שונות ולא קרב זה אל זה; ומשמדובר במחיר קבוע, ללא זיקה להצעה אחרת, אין סיבה לחידושה של הזכות לרכוש את המקרקעין. לא זו אף זו: זכות הקדימה שבחוק המקרקעין חלה רק לגבי העברת בעלות או חכירה לדורות, בעוד שרעותה מחוק התכנון והבנייה – על כל עיסקה שהיא.

פה אנו נזקקים לפעולה הדו-שלבית שאותה ציינו לעיל. מכוח פעולה דו-שלבית זו אנו נזקקים להבחנה הבאה: האם גורם התחרות וגורם המחיר הינם חלק מההגדרה או שמא חלק מפרטי הדינים החלים על זכות הקדימה? ההבדל הוא דק ביותר. כפי שראינו, פרופ' ויסמן הגדיר את זכות הקדימה ללא שימוש באלמנט המחיר או באלמנט ההתחרות, אך אין זו הדעה היחידה האפשרית, וכמשתמע מדברי השופטת נתניהו שצוטטו לעיל, הסעיף המדובר בזמן שבו בעל זכות הקדימה יכול לממש את זכותו.⁶⁶ מהווה מרכיב

63 מאותה הסיבה אין לראות, למשל, בסעיף 74 לחוק הנפט משום זכות קדימה, שכן מדובר שם בזכות קדימה לקבלת רשיון ולא לקניית מקרקעין.

64 ראה, למשל, ע"א 31/79 חברה לשיכון עממי ואח' נ' עיריית רמת-גן ואח', פ"ד לה (3) 295, 296 – שם קורא הנשיא לגדוי לזכות זו "זכות קדימה", אם כי לא ברור שכוונתו למונח כמשמעותו בחוק המקרקעין.

65 סעיף 103 לחוק.

66 סעיף 102(ב) לחוק המקרקעין.

בהגדרת זכות הקדימה. אין אפשרות — לדעתי — להכריע בוודאות לכאן או לכאן, והדבר נתון במידה רבה לחוש המומחיות של המשפטן. ייתכן שהטיב המחוקק לו היה קובע את הגדרת זכות הקדימה בסעיף מפורש ומונע מאתנו התלבטות שהיא, למעשה, ללא פתרון. דבר נוסף אשר ייתכן כי קיימת לו מקבילות בדיני התכנון והבנייה הן ההערות המוסדרות בסעיפים 126–133 לחוק המקרקעין.

דוגמא לכך ניתן להביא מסעיף 5(3) לפקודת הרכישה, הדן בהערה בדבר הפקעה:

"5(3) לאחר שתתפרסם הודעה לפי ס"ק (1) יגרום מנהל אגף רישום והסדר הקרקעות — כל-אימת שהדבר מעשי — כי תירשם אזהרה בספרי האחוזה בדבר פרסומה של אותה הודעה...".⁶⁷

בהערה זו קמר רואה⁶⁸ משום הערת-אזהרה לפי חוק המקרקעין, והוא מחיל עליה את כל ההוראות המצוינות באותו החוק. דעה זו אינה נראית לי. הערת-אזהרה, המוגדרת במשמע בסעיף 126 לחוק המקרקעין היא הערה שמקורה בהתחייבות בלבד⁶⁹, מה שאין כן במקרה של סעיף 5 לפקודת הרכישה. אין גם מקום להיגרר להכללת הערה לפי סעיף 5 במסגרת הערת-אזהרה שבחוק המקרקעין לאור השם הדומה. ראשית, התרגום איננו מחייב, והנוסח האנגלי הינו הנוסח המחייב והרשמי. שנית, המחוקק המנדטורי חוקק את פקודת הרכישה זמן רב בטרם היה לפניו המינוח של חוק המקרקעין. ושלישית, הלכה מפורשת היא שאין לפרש מונחים שווים בצורה זהה בהכרח, אפילו בנסיבות שבהן נחקקו המונחים בצוותא⁷⁰ חדא⁷¹ — על-כן — לדעתי — גם אין מקום להחיל על הערה זו את סעיף 131 לחוק המקרקעין, הקובע שמשגרשמה הערה לא תירשם עיסקה הסותרת את תוכן ההערה.

מסקנה זו גם אינה בלתי-סבירה. מטרת רישומה של ההערה, לפי פקודת הרכישה, היא להביא את דבר ההפקעה לידיעת מי שאינם זכאים לקבל הודעה אישית על כך, כבעלי זכויות לא-רשומות או קונים פוטנציאליים, לבל יניחו את כספם על קרן-הצבי⁷².

67 וראה, למשל, גם סעיף 33 לפקודת הדרכים ומסילות-הברזל (הגנה ופיתוח), 1943. כן ראה סעיף 123 לחוק התכנון והבנייה.

68 (לעיל, הערה 3), עמ' 45–47.

69 אך ראה, למשל, א' ידין, "גבריאלה שלו: פגמים בכריתת חווה" משפטים יב (תשמ"ג) 629, 633, המנסה להרחיב את סעיף 9 לחוק המקרקעין הדן בהתחייבות, על חיובים *Ex lege*.

70 ע"א 684, 683/80 כהן נ' קולומבוס ואח', פ"ד לו(4) 16, 21.

71 לדעתי, אין גם להכניס את ההערה שבפקודת הרכישה למסגרת ההערות האחרות שבחוק המקרקעין. אין לראות בהערה זו הערה המתנה עשיית עיסקה במקרקעין בהסכמת צד שלישי, בדומה להערה לפי סעיף 128 לחוק המקרקעין. ההערה לפי סעיף 128 היא הערה דקלרטיבית במונח זה, שהיא מצהירה על הצורך בהסכמה בלבד ואינה יוצרת צורך שכזה. הסכמה זו נדרשת אף בהעדר ההערה, ובמקום שההסכמה נעדרת ההעברה לאו העברה היא. תנאי כזה לא קיים בפקודת הרכישה ומקום שלא נרשמה הערה ואדם רכש מקרקעין העומדים להיות מופקעים, רכישתו רכישתה, והוא נכנס לבעליו של מי שמכר לו את המקרקעין וזכאי לתבוע פיצויים מן הרשות המפקיעה בשל הזכות שהופקעה. ראה ע"א 736/74 חברת המינריות בע"מ נ' מנהל מחלקת עבודות ציבוריות ואח', פ"ד כט(2) 385. ההערה לפי פקודת הרכישה גם אינה הערה לפי המקורות האחרים היוצרים הערות: ראה סעיפים 129, 130 ו-133 לחוק המקרקעין וכן תקנות 26–30 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), תש"ל-1969.

72 ע"א 254/75 קרשניצקי נ' מדינת ישראל פ"ד ל(3) 85, 92; בג"צ 22/51 אחוזת ד"ר זימן נ' שרי-האוצר ואח', פ"ד ה 816, 818.

בנסיבות אלה אין סיבה למנוע פעולה במקרקעין, כאשר הקונה מודע לסיכון ולסיכוי הכרוכים בהפקעה, והמחיר יהיה בהתאם לכך. על שום־מה נמנע ממנו לקנות את המקרקעין? ⁷³ הדבר שונה, למשל, מהערה המתגה את ההעברה בהסכמת אדם אחר, ובלעדיה היא בטלה, שאז אמינות המרשם מחייבת כי העיסקה לא תירשם. המצב שונה גם מהערת־אזהרה, שבה הרישום עלול לסכל זכויות צד ג, מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין. למעשה, יותר משדומה ההערה שבפקודת הרכישה להערות לפי חוק המקרקעין, דומה היא להערה לפי סעיף 4 לחוק הנאמנות, תשל"ט—1979, ⁷⁴ שתוצאותיה במישור המידע, לנושאים לנהנים וכיוצא באלה ⁷⁵, ולא במישור של מניעת ההעברות.

אכן, קיימות גם הוראות בדיני התכנון והבנייה המונעות העברה ללא הסכמת צד ג, אך אלה הן הוראות מפורשות. דוגמא לכך ניתן למצוא בסעיף 85 לפקודת המכרות הקובע, כי "... כל טובות ההנאה בכרייה יהא אפשר להעביר... בתנאי — (א) שלא תיעשה כל העברה אלא באישור המנהל..."

במידה שטובות ההנאה בכרייה הן זכויות במקרקעין, יש לראות בכך חובה לצורך סעיף 128 ויש לאפשר רישום ההערה, אם אכן המנהל דורש זאת, מה שאין כן במקרים אחרים.

במאמר מוסגר אוסיף, כי לתוצאה שאליה הגעתי לגבי סעיף 5 לפקודת הרכישה ניתן היה להגיע גם במסגרת סעיף 131 לחוק המקרקעין. סעיף זה קובע, שלא תירשם עיסקה הסותרת את תוכן ההערה. האומנם מכר במקרה זה הוא בגדר עיסקה סותרת? נראה שלא. המקרקעין היו מיועדים קודם־לכן למטרות הפקעה וגם עתה, אחרי המכר, זה ייעודן. הדבר שונה מההערות האחרות שבהן דן חוק המקרקעין. כך, למשל, כשמדובר בהערת־אזהרה אשר מקורה בהתחייבות הבעלים להימנע מלמכור את מקרקעיו; במקרה זה רישום מכר סתר על פניו את תוכן ההערה ⁷⁶.

ג. יצירת הזכויות ורכישתן

השאלה שבה אדון בפרק זה היא, האם הדינים העוסקים בדרכי יצירתן של זכויות, היינו: לידתן—להבדיל מהטיפול בהן לאחר־מכן והעברתן לאחרים—חלים על הזכויות שבדיני התכנון והבנייה.

73 וראה באנלוגיה א' פרוקצ'יה, "תוקפו המחייב של חוזה אחד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט (תשל"ט) 25, 35.

74 ש' כרם, "חוק הנאמנות, תשל"ט—1979" פירוש להיקי החוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ג' טדסקי עורך, תשמ"ג) 151 ואילך.

75 שם, עמ' 162 ואילך.

76 לדעה אחרת, ראה קמר (לעיל, הערה 3), עמ' 46. לדעתו של קמר, מכר סותר הפקעה של החזקה לתקופה, אולם אין רישום משכנתה סותר הפקעת זיקת הנאה. עדישום מה? סתם ולא פירש. הדברים תמוהים במיוחד לאור הדמיון של הפקעת החזקה לתקופה לשכירות ולאור סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה הקובע, ש"המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר", או במלים אחרות: מכר אינו עיסקה הסותרת שכירות. תמיהה נוספת עולה מהחלוקה של קמר בין מכר לבין משכנתה. זאת לאור ההוראה המפורשת בחוק המשכון, תשכ"ו—1967, בסעיף 3(ב) לו, שלפיה נכס שאינו ניתן להימכר אינו ניתן למישכון, ואם כן, מקביעתו של קמר שאין למכור את הנכס, נשללת אף האפשרות למשכנו.

לעתים קבע המחוקק במפורש, כי הוראות אלה לא יחולו. טכניקה זו מודגמת יפה בחוק הנפט, אשר סעיף 64 שלו קובע כדלקמן:

"(א) העיסקאות שיש לרשמן בפנס הנפט לפי סעיפים 62—63, אין הוראות פקודת העברת קרקעות חלות עליהן.
(ב) המנהל ישלח למשרד ספרי-האחוזה המתאים העתק מכל מסמך שיש לרשמו בפנס הנפט..."

סעיפים 62 ו-63 הנ"ל קובעים, כי יש לרשום בפנס הנפט, בין היתר, כל שטר-חוקה וחווה-הכירה שלפי חוק הנפט וכן כל העברה ושיעבוד של זכות נפט.
דוגמא שנייה ברורה מצויה בסעיף 19(2) לפקודת הרכישה הקובע, כי

"לאחר שתתפרסם ברשומות הודעה לפי סעיף (1), תוקנה קרקע לשר-האוצר בהתאם לכך, חפשיית מכל נטל, ומנהל אגף-הרישום והסדר-הקרקעות יגרום שתיע-רכנה הרשומות הנאותות בספרי-אחוזה".

ברור מנוסח זה כי ההקניה היא לפני הרישום, ואילו הרישום עצמו הוא דקלרטיבי בלבד ואינו דרוש להשלמת הרכישה.⁷⁷
דוגמא שונה במקצת מצויה בסעיף 70 לחוק התכנון והבנייה, שחלקו כבר צוטט, הקובע לאמור:

"... מותר לקבוע בתוכנית מפורטת הוראות — ...
(2) המסדירות את דרכי ההקניה של הקרקע המשלימה ואת רישום ההקניה בפנס-המקרקעין בהתאם להוראות סימן ז, בשינויים המחוייבים ובהתאם לתקנות".

משמע, נתינת סמכות לרשויות התכנון והבנייה לקבוע דרכי הקניה.
השאלה היא, מה קורה במקום שאין הוראה מיוחדת, ואף לא משתמעת כוונה ספציפית לכאן או לכאן.

בהקשר זה מתבקשת הערה מקדימה. לדעתי, אי-אפשר ללמוד, לכאן או לכאן, מתוך השוואת החוקים השונים זה לזה. החוקים השונים נחקקו בתקופות שונות ומתוך חוסר-מודעות, ברוב המקרים, לחוקים האחרים. מכיוון שכך, השוואת החוקים — אם על-ידי היקש ואם על-ידי ראייה מן ההפוך — לא תשרת מטרה כלשהי.⁷⁸

ולגופו של עניין: התשובה — לדעתי — נובעת ועולה מאליה. פרק ב לחוק המקרקעין חל עקרונית, אך אינו חל ספציפית בענייננו. חל עקרונית, היינו: הזכויות התכנוניות אין עומדת להן חסינות מיוחדת מפני החוק ותוצאותיו, אך ספציפית בענייננו — אין הסעיפים הרלבנטיים עוסקים במצב הזה כלל ועיקר. סעיף 7 לחוק המקרקעין קובע, שעיסקה במקרקעין טעונה רישום, וסעיף 8 קובע שהתחייבות לעשות עיסקה טעונה מסמך בכתב. אלא מאי? עיסקה במקרקעין מוגדרת בסעיף 6 לחוק בצורה הבאה:

77 וראה גם סעיף 36 לחוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, תשכ"ה—1965: "מקרקעין שהופקעו כאמור בסעיף 34... יקומו לקניין המדינה מיום פרסום הרכישה ברשומות וינהגו בהם כפי שנוהגים ביתר מקרקעי ישראל".
כן ראה סעיף 80 לחוק המים, תשי"ט—1959.

78 וראה והשווה עש"מ 1/66 פסקל ג' היעץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) 71.

"עיסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על-פי צוואה".

משמע, סעיפים אלה לא חלים על זכות שמקורה, למשל, בהפקעה, ואין צורך ברישומה מכוחם. אין זה משום שחוק המקרקעין אינו חל; תוצאה זו נובעת משום שסעיפים אלה — על-אף שעקרונית החוק חל — מוציאים מכללם מפורשות העברת זכויות שאינה בגדר עיסקה, ועל-כן — את הזכויות התכנוניות הנובעות, למשל, מהפקעה, שהיא אינה רצונית, או ממעשי הרשות התכנונית, כגון בתוכנית-מיתאר⁷⁹. שונים הדברים — לדעתי — מקום שלאחר שנוצרה כבר הזכות, מועברת היא הלאה לצד שלישי, או משועבדת, מומי-חית וכיוצא באלה. במקרה כזה יחול פרק ב לחוק, אלא-אם-כן קיימת הוראה מפורשת בחוק, המוציאה תחולה זו.

נמצא, כי על-פי רוב, ובהעדר הוראה אחרת, הזכויות נוצרות מיד כאשר מושלמות הפרוצדורות לפי דיני התכנון והבנייה.

בחוסר הדרישה הקונסטטיטורית לרישום הזכויות יש תקלה מסוימת הפוגעת באמינות המרשם, ואין להתנחם בעובדה כי "רשימת הזכויות במקרקעין שקיומן אינו מותנה ברישום בפנקסי-המקרקעין אינה מבטלת"⁸⁰ גם בלי להזכיר את דיני התכנון והבנייה. כיוון שחובת הרישום אינה חלה, אני מסתייג, עם כל הכבוד, מדעה שהובעה בכמה פסקי-דין ביחס לתוכניות-מיתאר, ביחס לשאלה מתי הזכויות המפורשות בהן מתגבשות; וביחס לשאלה האם הזכויות הכלולות בהן טעונות רישום בפנקסי-המקרקעין. כך בח"פ (ת"א) 82/77 קצב ואח' נ' ניסימיה ואח'⁸¹ אמר השופט ש' לוי:

"השאלה אם מכוח התכנית המאושרת הפכו המבקשים לבעלים שבדין היא שאלה קשה מבחינה עיונית. האם זכאים המבקשים לצו ביצוע בעין בדרך של צו לרישום חלקה 84 על שמם? ... הייתי אומר שלכאורה אין הזכויות שבהן דן סעיף 125 זכויות בעלות ממש, כיוון שחוק התכנון והבניה, תשכ"ה—1965, אינו דן בזכויות הקנין המושגות של הנוגעים בדבר אלא בזכויות במישור התכנון. מוכן אני להגות שמבחינת דיני הקנין עדיין לא הפכו המבקשים לבעלים כדין אלא מעמדם הוא מעמד מי שזכאי לרישום...". (הדגשה שלי—א"פ).

הנחתו הבסיסית, המשתמעת, של השופט לוי היא שהתוכנית גועדה — בסופו של דבר — להקנות זכויות קנייניות, שכן אחרת אין כל סיבה לתת לזכאי מכוח התוכנית זכות של "זכאי לרישום", ומעמד זה יהא יותר ממה שהתוכנית נתכוונה להעניק לו. לאור הנחה בסיסית זו של השופט לוי מתעוררת השאלה, עם שום-מה יש צורך ברישום כדי להקנות לזכאי זכות קניינית? איננה הסעיף ובאיוזה חוק מדובר שמחייב רישום זו ודאי לא חוק המקרקעין, אשר — כפי שהובהר — אינו מדבר במקרה כגון זה.

79 זו, כנראה, גם דעתו של טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 487.

80 ויסמן (לעיל, הערה 33), עמ' 87—88. פרופ' ויסמן מונה שם רשימה ארוכה של זכויות במקרקעין שאינן טעונות רישום, אך אינו מזכיר את הזכויות התכנוניות.

81 פ"מ תשל"ז (2) 356, 360—361. פסק-דין זה נהפך בע"א 587/77 ועדה מקומית לתכנון ובנייה ברמת-גן נ' קצב ואח', פ"ד לב (2) 359, אך מטעמים אחרים, ולא היתה כל התייחסות לפיסקה זו בדברי השופט ש' לוי.

מאותה סיבה יש להסתייג מדעת השופטים ב' כהן ובן-ענתו בעניין בלז זקם שכבר הוזכר.⁸² במקרה ההוא היה מדובר בזכות מעבר שנקבעה בתוכנית-מיתאר, והשאלה היתה אם היא מחייבת את בעלי-הדירות שבבניין שעל המגרש הכפוף לה. בעלי-דירות אלה היו חליפי הקבלנים אשר היו בעלי-המגרש בעת שאושרה התוכנית. כל השופטים שישבו בדין בעניין ההוא הסכימו, כי התוכנית אכן מחייבת את דיירי הדירות, על-שום היות התוכנית תקנה בת פועל תחיקתי, ועל-כן

"הפיכתה של התכנית לתקנה כאמור משמשת מחסום מפני טענה של העדר ידע מצד הנתבעים על קיומה של זכות המעבר שהרי טענה של אי ידיעת החוק — במקרה דנן, התקנה כאמור — לא תוכל לשמש הגנה בפני תובענה לאכיפת זכות המוענקת מכוחו"⁸³

לעומת זאת, השופטים נחלקו בשאלה אם נוצרה זיקת הנאה. השופטת בן-ענת אמרה שם, כי⁸⁴

"הסעיפים 92 ו-93 שחברי הנכבד סמך עליהם, דנים בזיקת הנאה, אולם אינם דנים בדרך בה היא נוצרת ולכן אין בהם כדי להשיב על השאלה אם היא יכולה להווצר על-ידי ועדה מחוזית לבניין ערים".

וכיוון שלא היה צורך מידי להכריע בשאלה שבה אנו דנים, היא החליטה להשאיר את השאלה בצריך עיון. מרחיק-לכת יותר היה השופט ב' כהן, שאמר⁸⁵ :

"לי נראה שבהעדר (כפי שגעדרת) הוראה מתאימה בחוק התכנון והבנייה, לא נודעת להוראה שום נפקות בגדר דיני הקניינים...".

למעשה יצר בית-המשפט זכות קניינית חדשה, ורק נמנע מלקרוא לה זכות קניינית וזיקת הנאה. זאת, שכן — אליבא דבית-המשפט — מחויבים חליפי הצדדים בזכות, ותוכנה של הזכות, למעשה, כזיקת הנאה. אמנם, בית-המשפט ראה בתוכנית תחליף ידיעה בלבד ולא מקור הזכויות עצמן, אך התוצאה הינה כי התוכנית היא כזכות קניינית לכל דבר ועניין. ספק אם יצירת זכויות קנייניות חדשות על-ידי בית-המשפט מחיישבת עם רצון המחוקק בסעיף 161 לחוק המקרקעין, שלפיו "אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"⁸⁶. כיוון שכך, עדיפה — לדעתי — עמדתו של השופט דבורין שקרא לילד בשמו⁸⁷ :

82 לעיל, הערה 50.

83 שם, בעמ' 456. השאלה האם אכן קיימת, כפי שמשמע מהציטוט, חוקה שאינה ניתנת לסתירה שאדם יודע את הדין ומה תוצאות חוקה מעין זו, תורגת מתחום רשימה זו. אך ראה לאחרונה ע"א 391/80 לברמן ואח' נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2) 237.

84 שם, עמ' 458.

85 שם, עמ' 459.

86 כמובן שרק מבחינת רצון המחוקק ולא מבחינה פורמלית, שכן ה"חוק" הנדרש לצורך סעיף 161 הוא חוק התכנון והבנייה. עם זאת, נראה שרצון המחוקק הוא כי בתי-המשפט לא יצרו זכויות חדשות ובוודאי לא כאשר מקבילתן הברורה קיימת בחוק המקרקעין.

87 (לעיל, הערה 50), עמ' 457.

"כן נראה לי שגם חוק המקרקעין יכול לבוא, במקרה שבפנינו לעזרתה של המשיבה. זכות מעבר, כבמקרה דידן, היא זכות במקרקעין שניתן לסווגה כזיקת הנאה, שעליה מדבר סימן ג לפרק ז לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969".

עם זאת, גם דעתו לא נקיה מביקורת, שכן הוא ממשיך וקובע:

"ניתן, לדעתי, ללמוד על כך גם מתוך השוואה לנאמר בסעיף 93(ב) לחוק המקרקעין, הקובע, בין השאר, שזיקת הנאה לטובת מקרקעין יכול גם שתקבע כי בעל-המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסוימת. פשיטא שחייב כזה כולל חובה לרשום בספרי-האחווה את עצם זיקת ההנאה שהיא, במקרה דידן, זכות המעבר".

על שום-מה כוללת זיקת ההנאה חובה לרשומה? מכוח מה יש לרשומה? והרי הסעיף הקובע חובת רישום כלל אינו חל?! לכאורה בלבד התשובה ברורה. יש צורך ברישום כדי להגן על הזכות מפני קונים עתידיים, אך לכך אין טעם: בעלי זיקת ההנאה מוגנים לפי הכלל, שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו, כדברי השופט דבורין⁸⁸:

"...אין הנתבעים יכולים, לדעתי, להיות במצב טוב מזה של הקבלנים שמהם רכשו את הדירות שבבית המשותף...".

אך כלל זה חל רק בהעדר הוראה מפורשת הפוכה. לכאורה, הוראה שכזו מצויה בסעיף 10 לחוק המקרקעין הקובע, כי "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום-לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".

אם כן, התשובה היא, לכאורה, שהכפופים לזיקת ההנאה חייבים לרשומה, כדי שהזכאים לה לא ייפגעו על-ידי קונה בתמורה ובתום-לב. אך תשובה זו אינה מספקת, כיוון שסעיף 10 לחוק המקרקעין אינו חל כלל בענייננו. סעיף זה מקנה זכות טובה רק למסתמך על מרשם לא נכון, אך המרשם במקרה דנן אינו שגוי כלל ועיקר, כיוון שא-פריזרית לא קיימת חובת רישום כתנאי ליצירת הזכות. אין המרשם אמור לכלול את זכות המעבר הנ"ל, ועל-כן אין סעיף 10 מתגבר על זכות שכזו⁸⁹, שכן גירסה הקובעת שסעיף 10 מטיל גם חובות הגנה מכוח עצמו, תביא למעגל-קסמים. מסיבה זו, היינו: שסעיף 10 אינו חל, אני מסכים לדברי השופט דבורין בהמשך פסק-הדין⁹⁰, כי

88 שם, עמ' 456.

89 והשווה ת"א (ת"א) 1577/65 1120/64 בן דוד נ' בן דוד ואח', פ"מ סד 318, 323, הדן בסעיף שקדם לסעיף 81 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין (נוסח חדש), תשכ"ט—1969. מסקנה זו מחייבת המציאות גם לפי סעיף 10 לחוק המקרקעין, המחייב הסתמכות על הרישום; והרי אין אדם יכול להסתמך על רישום לגבי דבר שאין ולא צריך להיות ברישום, למשל, זהות בין ה"מוכר" המזדהה בשם פלוני לבין פלוני הרשום במרשם המקרקעין, זכויות מכוח התיישנות או זכות דיירות מוגנת. ממילא ברור כי הלשון "אף אם המרשם לא היה נכון", המופיעה בסעיף 10, באה להוסיף על מקרה שאדם רוכש זכות הרשומה כדת וכדין במרשם המקרקעין. וראה גם סעיף 12 להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד—1964, הצ"ח תשכ"ד 179.

90 (לעיל, הערה 50), עמ' 456.

"לכן, אין לדעת, נפקא מינא שהקבלנים לא גילו לרוכשי הדירות זכות המעבר ושאלה לא ידעו על קיומה".

נמצא אפוא, כי הרישום הוא לטובת קונים פוטנציאליים בלבד ואינו מוסיף לזכאים כל זכות, ועל-כן קשה להכליל בזיקת הנאה זו, כזכות מכללא, את רישום הזיקה ודאי שאין להטיל נטל רישום שכזה בהתדיינות שבין הזכאים לכפופים לזיקת ההנאה על-ידי שלילת זכותם הקניינית ללא רישום. ניתן להסיק נטל רישום של זיקת ההנאה, אך זאת רק ביחסים עם הרשות התכנונית, לאור הגנה על זכויותיהם של קונים פוטנציאליים של המקרקעין הכפופים, העולים לרכוש את המקרקעין ללא ידיעה בפועל על כפיפות המקרקעין ובשים לב ליוצר זיקת ההנאה. זיקת הנאה זו נוצרת בתוכנית-מיתאר ועל-ידי רשויות התכנון והבנייה. מחובתן של רשויות אלה, בין היתר, לשמור על האינטרסים של קונים פוטנציאליים, וסביר שהרשות תחייב את הכפופים והזכאים של זיקת ההנאה לרשמת כדי לשמור על אינטרסים אלה. אך ה"זכאי" של זכות זו היא הרשות התכנונית וה"כפוף" לה הם הכפופים והזכאים לזיקת ההנאה. על-כן, אכיפת זכות זו לא תיתכן בהתדיינות בין הכפופים והזכאים לזיקת ההנאה, בינם לבין עצמם, אלא רק בהתדיינות בינם לבין הרשות התכנונית.⁹¹

לסיכום: הוראות בדבר יצירת הזכויות ורכישתן שבחוק המקרקעין לא חלות, בהעדר הוראה מפורשת, על זכויות מתחום דיני התכנון והבנייה שיסודם בכפייה והם רוב-רובן של הזכויות בחחום זה, ובמלים אחרות: דיני התכנון והבנייה, כשלעצמם, הם-הם יוצרי הזכויות. ועתה אנו עוברים לשאלה המרכזית: החלת ההוראות האופרטיביות מהמשפט הפרטי על הזכויות הקנייניות שנוצרו בדיני התכנון והבנייה.

ד. החלת ההוראות האופרטיביות

(1) כללי

לאחר שהגעתי למסקנה, כי הזכויות בדיני התכנון והבנייה אכן מתאימות להגדרות הקנייניות המקובלות, יש לבדוק את ההשלכות המעשיות של קביעה זו ואם תוצאות אלה אכן רצויות. ברור שאם החלה זו אינה רצויה, יש בכך משום תמריץ-מה לחפש הבדלים בין הזכויות התכנוניות לזכויות הקנייניות הטיפוסיות. פתרון אחר לבעיה זו — אם תתעורר — הוא לפרש את סעיף 163 לחוק המקרקעין בצורה גורפת. סעיף זה קובע, כי

91 פסקדין נוסף — לדעתי — שיש להסתייג מהנמקתו, הוא זה של השופט אבנור בע"א 19/81 ב"כ נ' הדבר (לעיל, הערה 37), עמ' 503–504. כזכור, בפסקדין זה היה מדובר באחוזי בנייה. השופט אבנור קובעת, שאין צורך ברישום אחוזי הבנייה, וזו הנמקתה: "זכות זו אינה מקרקעין, ואין היא זיקת הנאה במקרקעין, כי אין היא כלולה בהגדרות אלה. בית-המשפט קמא קבע בפסקדינו כי כיוון שכך אין הזכות לקבל היתר בנייה טעונה רישום בפנקס-המקרקעין, וקביעה זו בדיון יסודה".

מהנמקה זו עולה כי לו דובר, למשל, בזיקת הנאה, היה מתחייב רישומה. לדעתי, מסקנה משתמעת זו מוטעית. אף אילו היה מדובר בזיקת הנאה במקרקעין או אף בעלות במקרקעין, אין צורך ברישום כל עוד אין מדובר בעסקה.

"הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הגדון".

אם נראה כי הסעיפים שבחוק המקרקעין אינם מתאימים לזכויות התכנוניות, ניתן לטעון כי המטריה השונה מחייבת, במפורש או במשתמע, פתרונות שונים. שני הפתרונות האלה אינם נראים לי. דיני התכנון והבנייה יוצרים במקרים רבים זכויות קנייניות ואינם מפרטים את כל ההוראות הנוגעות להן. טול, לדוגמא, את החוקה לתקופה היכולה להיות מופקעת בהתאם לפקודת הרכישה. מהם היחסים בין המחזיק לבעל? לשאלה זו אין תשובה בפקודת הרכישה, ועל-כן הפתרון השני לא יצלח; שכן אי-אפשר להגיד כי יש "הוראות מיוחדות" בחוק האחר כאשר אלה אינם בנמצא. סיבה נוספת לדחיית פתרון זה היא, כי לא נראה שסעיף 163 נועד להוציא זכויות מתחולת חוק המקרקעין בצורה כה גורפת. סעיף שכזה מצוי לאורך כל החקיקה הישראלית החדשה⁹² ולא נראה, כי כל סעיף שכזה נועד לתלות גופי הלכות כל-כך משמעותיים. נדמה, כי במקרה שהוראות החוק האופרטיביות אינן תואמות את המצב התכנוני, ניתן, לכל היותר, להשתמש בסעיף 163 בצורה מסויגת, כאשר ההנחה הבסיסית היא שיש להחיל את החוק על כרעיו ועל קרבו.

גם הפתרון הראשון שהוזכר לעיל לא יצלח במקרה הזה. כל אשר יועיל הוא ליצור לאקונות מרובות. לאקונות אלה ימולאו, מכוח מצוות המחוקק, על-פי המנגנונים המצויים בחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980. הראשון מבין מנגנונים אלה הוא ההיקש. לפי הפתרון הראשון ההיקש בלתי-אפשרי מחוק המקרקעין ומחוק השכירות והשאלה לפחות בצורה חלקית, לאור הנחתנו הראשונית. אם כן, הכרחי היקש גם ממקורות אחרים ונדרשת סלקציה בו לפי אומד דעתו של הפרשן. מילוי לאקונות שכזה יגרום לחוסר הרמוניה עם הזכויות הקנייניות הרגילות, ומת שיותר גרוע – לחוסר ודאות ביחס לזכויות קניין, חוסר-ודאות שהוא בלתי-רצוי במיוחד, כשמדובר בזכויות קנייניות המשפיעות על צדדים שלישיים בלתי-מוגדרים⁹³. חולשה נוספת של השיטה הראשונה, היינו: הניסיון להוציא את הזכויות התכנוניות מכלל ההגדרות הקנייניות, כבר נדונה לעיל בפרק הדן בהגדרות הקנייניות: אם מכלל ההגדרות יוצאו הזכויות הקנייניות, ייווצרו שתי מערכות זכויות – הזכויות הרגילות והזכויות התכנוניות. חוסר-התיאום ימשיך אף אם הרשות המפקיעה תעביר את הזכויות האלה, שכן אין אדם – לרבות הרשות – יכול להעביר דבר שאין לו, ולאור זאת שהרשות מתנתקת מהקרקע, מובן שהיא מעבירה כל מה שיש לה ונמצא שהרוכש ממנה רכש זכות מיוחדת.

אך למעשה דיון זה מקדים את המאוחר, וספק כלל אם קיים בו צורך. אשר-על-כן אני ניגש לבחינת השאלה, האם יש בדינים אלה משום מכשלה להחלתם על הזכויות התכנוניות.

92 ראה, למשל, סעיף 35 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; סעיף 10 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק השבת אבידה, תשל"ג-1973; סעיף 61(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ועוד ועוד.

93 ראה, למשל, י' ויסמן (לעיל, הערה 33), עמ' 21 ואילך; וכן מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292, 298.

(2) בעיות ספציפיות בהחלת הדינים

קמר רואה בהוראות האופרטיביות שבתוקי המשפט הפרטי משום מכשול עיקרי להשוואה בין הזכויות התכנוניות לזכויות הקנייניות הרגילות. נפנה, אם-כן, לבחינת הדוגמאות המובאות על-ידו:

1. סעיף 96 לחוק המקרקעין —

"...אין בהכרח חפיפה בין זיקת ההנאה הנרכשת על-ידי שר-האוצר בדרך של הפקעה, לבין זיקת ההנאה שיכול אדם לרכוש בדרך של הסכם. לדוגמה: סעיף 96 לחוק המקרקעין מקנה סמכות לבית-משפט לבטל זיקת הנאה או לשנות את תנאיה, אולם, האם יעלה על הדעת שלאחר שהופקעה זיקת הנאה למטרה ציבורית, תהא סמכות לבית-המשפט לסכל את מטרת ההפקעה על-ידי ביטולה של זיקת ההנאה, או שינוי תנאיה? הרי בכך תוקנה לבית-המשפט סמכות לבטל או לשנות את היקפה או את מהותה של ההפקעה, מבלי שסמכות כזו הוענקה לו בפקודת ההפקעה, וחרף הוראותיה של פקודה זו והמטרות שלשמן היא הותקנה"⁹⁴.

לעומת זאת, לדעתו של פרופ' טדסקי סעיף זה חל, והוא לא רואה בכך קושי מיוחד⁹⁵; ונראית דעתו מדעת קמר. אמנם סעיף 96 קובע, כי בית-המשפט רשאי לבטל זיקת הנאה או לשנות את תנאיה, אך זאת רק מטעמים מוגדרים:

"...בגלל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים..."⁹⁶.

טעמים אלה רלבנטיים גם ככל שהדבר נוגע לתכנון ולבנייה; בעיקר הדברים אמורים ביחס לסיבה האחרונה הדנה ב"מצב המקרקעין". לא זו אף זו: הטעמים מתייחסים לשינוי בין מועד יצירת הזיקה, הוא מועד התכנון, לבין מועד הביטול. במקרה ששינוי כזה קיים, מן הראוי שייבחן המצב, והרשות השיפוטית היא הגוף הראוי והמיומן לבחינת איזון האינטרסים החדש שנוצר. יתירה מזו: בית-המשפט, לפי סעיף 96, "רשאי" לבטל את הזיקה — רשאי ולא חייב. בין יתר השיקולים שידריכו את בית-המשפט, יהא ללא ספק הגורם התכנוני, ובית-המשפט לא יסכל את ההפקעה הלגיטימית או את התכנון הסביר. לא ייגרם כל נזק מנתינת מעט אשראי לבית-המשפט האמונים על שימוש בשיקול-דעת מעין זה. נדמה, שדווקא גתינת סמכות בית-המשפט לבחון את זיקת ההנאה יכולה לרפא פגמים בדיני התכנון והבנייה, הנובעים מהעדר ביקורת שיפוטית מהותית על התהליך התכנוני; ואדרבא: החלת סעיף 96 רק עשויה לשפר את המצב⁹⁷.

94 קמר (לעיל, הערה 3), עמ' 33.

95 טדסקי (לעיל, הערה 1), עמ' 483.

96 וראה גם דברי השופט ב' כהן (לעיל, הערה 50), עמ' 460—461, שבו הוא מציין כי אם תשונה התוכנית, תוכל זיקת ההנאה להיבטל מכוח סעיף 96. לדעתי, לא יהיה צורך בכך כי התוכנית עצמה יכולה לבטל את זיקת ההנאה, כאמור בפרק הדן ביצירת הזכויות ורכישתן, אך, בכפיפות להערה זו, יש בדברי השופט כהן כדי להדגים דרך שימוש יעילה וקונסטרוקטיבית בסעיף 96. כמו-כן ראה דברי השופט כהן שם, שראה בסעיף 96 מכשיר נוח המאפשר איזון אינטרסים אמיתי — דברים שהם היפוכם הגמור של דברי קמר.

גם אם עיקר תרעומתו של קמר, בדברים שצוטטו, היא בסוף דבריו, היינו: שהסמכות הנ"ל של בית-המשפט אינה מצויה — מבחינה גיאוגרפית צרופה — בפקודת הרכישה אלא בחוק המקרקעין, אין היא מקובלת עלי. זאת, כיוון שאין למנוע את החלת חוק המקרקעין על הזכויות התכנוניות רק משום שהוא מוסיף על הדינים החלים ממילא על זכויות אלה. התנגדות מעין זו להחלת הדינים משולה להתנגדות להחלת הדינים מהטעם שאין הם אמורים לחול, והיא בבחינת מעגל-קסמים.

2. סעיף 95 לחוק המקרקעין:

"כמו כן זיקת הגאון שגורשה בדרך של הפקעה ניתנת להעברה מהרשות המפקיעה לאחר ללא צורך בהסכמתו של בעל המקרקעין הכפופים. סעיף 95 לחוק המקרקעין קובע, כי 'בזיקת הגאון לטובת אדם או סוג בני-אדם אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים, והוא באין הוראה אחרת בתנאי הזיקה'. כדי למנוע מהרשות את הצורך להיוקק להסכמתו של בעל המקרקעין הכפופים, הסכמה שסביר כי יקשה עליה לקבלה, ניתן לומר כי בזיקת הגאון שגורשה בדרך של הפקעה מצוייה הוראה משתמעת, לפיה רשאית הרשות המפקיעה להעביר את הזיקה לאחרים אף מבלי לקבל את הסכמתו של בעל המקרקעין הכפופים"⁹⁷.

שאלה זו, שתשובה הוספה בצדה כבר על-ידי קמר, הוספה במהדורה השלישית של ספרו, וכל כולה מתבססת על הקביעה שבראש הדברים. קביעה זו מובאת ללא כל אסמכתא וללא כל נימוק. כיוון שכך, דומה כי אין לקבלה אם משמעותה הענקת זכות בעלת עוצמה רבה יותר לרשות, זכות המגבילה את הקניין הפרטי. טעם נוסף לדחיית הקביעה הוא שיש בכך להגביר את כוח ההפקעה של הרשות, הגדלה המנוגדת לעקרון החוקיות. וכדברי קמר עצמו⁹⁸:

"בשל אופיו של חוק הפקעה, הבא לשלול מהפרט זכויות מוקנות, אין להפקיע את רכוש הפרט, אלא על פי הוראת חוק ברורה וחד-משמעית, המסמיכה בלשון מפורשת את הרשות להפעיל כוחות הפקעה".

לגופו של עניין אין מקום להגביל את תחולת סעיף 95 לחוק, שכן על נותן ההסכמה חלה ממילא החובה להתנהג בתום-לב או בייקטיבי⁹⁹, ועל-כן השאלה המתעוררת דומה לבעיה שאינה מתעוררת — לדעתי — לגבי סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה¹⁰⁰. בשולי הדברים אציין כי תשובתו של קמר עצמו, המופיעה בסיפא של הדברים, ושבה כאמור אין צורך, מתבססת על סעיף 95 לחוק המקרקעין, ובכך סוטה הוא מהתיזה המנחה אותו לאורך ספרו בדבר אי-ההקבלה בין הזכויות שהן יצירות המשפט הפרטי, לזכויות שבהן מדובר בדיני ההפקעה.

97 קמר (לעיל, הערה 3), עמ' 33.

98 להלן, הערה 113.

99 (לעיל, הערה 3), עמ' 4.

100 ראה דיון במבוא.

3. סעיף 19(א) לחוק השכירות והשאלה –

"הזכות להחזקה ושימוש שבפקודת ההפקעה אינה חופפת את זכויות השכירות והשאלה שבחוק המקרקעין. למסקנה זו ניתן להגיע... מטעמים שבהגיון, שכן זכויות שכירות ושאלה מטילות הגבלות מסויימות על השוכר או השואל, שאין הדעת נותנת שיחולו גם על הרשות המפקיעה. לדוגמה: על זכות שכירות במקרקעין חלות הוראות חוק השכירות והשאלה, תשל"א–1971, שקובע בסעיף 19(א), כי אם לא הוסכם על תקופת השכירות, רשאי כל צד לסיימה על-ידי מתן הודעה לצד השני. כלום יעלה על הדעת, כי הפקעת ההחזקה תבוא לקיצה על-ידי הוראה חד צדדית של בעל זכות ההחזקה במקרקעין, וכי הרשות המפקיעה תצטרך לסלק את ידה מהם לפי רצונו של בעל-המקרקעין? תוצאה זו אינה סבירה כלל ועיקר"¹⁰¹.

לסיפא של דברים אלה אני מסכים בכל הכבוד הראוי, אך ניתן להתגבר על הבעיה בשתי דרכים חלופיות (אם כי – לדעתי – אחת פסולה) ואין צורך, בהכרח, להגיע למסקנתו של קמר ברישא של דבריו. דרך אחת היא לומר, כי כיוון שהקונסטרוקציה של פקודת הרכישה היא שכירות כפויה, הרי שהתקופה שאותה קובע שר-האוצר רואים אותה כתקופה שעליה הוסכם לצורך סעיף 19(א). דרך זאת לא נראית לי נכונה, כיוון שהיא מרחיבה באופן לא-טבעי את המושג "הוסכם" המופיע בסעיף 19(א) – הרחבה היוצרת עיוותים בחלקים אחרים של החוק, לרבות סעיף 6 לחוק הדן באפשרות לתבוע את המשכיר בשל אי-התאמה.

דרך שנייה היא להשתמש בסעיף דוגמת סעיף 163 לחוק המקרקעין, שכבר הוזכר, והקיים בסעיף 2(ג) לחוק השכירות והשאלה. סעיף 3(ב) לפקודת הרכישה מדבר על רכישה לתקופה מבווימת, ועל-כן יש בכך משום הוראה מיוחדת וסעיף 19(א) אינו חל; הבעיה שעליה הצביע קמר שוב אינה עומדת אפוא למכשול.

בעיה נוספת, טיפוסית, שעליה צריך לעמוד, הם כל הסעיפים המחייבים את המשכיר לעשות פעולות מסוימות. כך, למשל, סעיף 7 לחוק השכירות והשאלה קובע, כי המשכיר חייב לתקן את המושכר. נשאלת השאלה, האם חובה זו חלה גם על בעל-הנכס שהופקעה ממנו חזקה לתקופה. לכאורה, דומה שדין השאלה להיענות בשלילה. כל החובות הקבועות בחוק השכירות והשאלה הן חובות אשר החוק מניח שהצדדים התכוונו אליהן, והמחוקק מאפשר בסעיף 2(ג) לסטות מהן. במקרה של הפקעה, ודאי שהמשכיר לא התכוון כלל ועיקר לתקן את המושכר, ונשאלת השאלה, על שום מה נחייבו לעשות כן? חובה שכזו, אם תוטל, תיצור תחושה של "הרצחת וגם ירשת" או "ההפקעת וגם חייבת".

עם זאת, על-אף התחושה הראשונית, לדעתי התשובה היא שחובה זו אכן תחול, וטעמי הם שניים במספר:

ראשית, סעיף 12(א) לפקודת הרכישה קובע, כי "אין לו לבית-המשפט להביא בחשבון

101 קמר (לעיל, הערה 3), עמ' 31.

את העובדה שהקרקע נרכשה בכפייה" ככל שהדבר נוגע להערכת הפיצויים^{102 103}, יוצא אפוא, שהמשכיר מקבל תשלום כאילו היה משכיר ככל משכיר — היינו: בעיסקת שכירות בין משכיר מרצון לשוכר מרצון. "משכיר ככל משכיר" הוא משכיר המתקן את המושכר בהתאם לחוק השכירות והשאלה. אם לא יהיה חייב בכך, יימצא שהתמורה שהוא יקבל תהא גבוהה מהתמורה שהוא נותן — אם מרצון ואם שלא מרצון. במלים אחרות: המשכיר הכפי ייצא מורווח. לכך בוודאי שלא כיוון המחוקק.

שנית, גם בנושא קרוב, בדיני הדייר, על-אף שהדיירות היא כפויה, לא נרתע המחוקק מלהטיל חובות תיקון מסוימות על בעל-הבית¹⁰⁴.

לאותה מסקנה יש להגיע — לדעתי — ביחס לחובות המוטלות על הרשות המפקיעה מכוח היותה שוכרת. לא נראה לי שצריכה להתעורר כל בעיה — חובות אלה חלות על הרשות כאילו היתה שוכרת רגילה לכל דבר ועניין. כפי שהראיתי לעיל, בדיון על הגדרות הזכויות, הדינים המקנים לרשות יכולת להפקיע זכויות במקרקעין מציינים את האפשרות לרכוש את המקרקעין בדרכי נועם¹⁰⁵ ואף מציינים לעתים את דרך הכפייה כדרך אחרונה בלבד¹⁰⁶. לא נראה שהמחוקק התכוון להעניק לרשות כוח לרכוש בכפייה דבר שונה מזה שיכלה לרכוש בדרכי נועם, ועל-כן החובות יחולו עליה כשם שהם חלים על רכישה בדרכי נועם, כדברי קמר¹⁰⁷:

"במידה שהבעלים והרשות המפקיעה מגיעים לידי הסכמה ביחס לתנאי ההסכם למכירת המקרקעין מרצון, חלים על החוזה דיני החוזים וכן ההוראות המיוחדות המצויות בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, העוסקות בעיסקה רצונית במקרקעין".

"כלים שלובים" אלה, היינו: ההגחה שסעיפי הרכישה מרצון אמורים להקנות זכויות הוהות להפקעה בכפייה, מחריפים את השאלה האם כשלא שולמו פיצויים בעד ההפקעה מדובר בשכירות או בשאלה? זאת, לאור העובדה שכשמדובר ברכישה מרצון, תמיד משולמת תמורה למי שהעביר את זכויותיו לרשות (אם כי אין זה מחויב על-פי הדין, שכן אדם יכול ליתן מתנה לרשות). שאלה זו הועלתה לעיל בדיון בהגדרת הזכויות לגבי השכירות וההשאלה, ולהלן נראה את האפשרויות השונות.

102 על עיקרון זה חזר המחוקק במלים אחרות גם בסעיף קטן ב. וראה גם סעיף מקביל, סעיף 9(א) לפקודת הדרכים ומסילות-הברזל (הגנה ופיתוח), 1943.

103 ניתן אמנם להגיד, שמכלל הלאו לעניין הפיצויים אתה שומע הן לעניין תנאי ההסכם, היינו: שניתן להביא בחשבון את העובדה שהמקרקעין נרכשו בכפייה כאשר דנים בחובות המוטלות על בעל-המקרקעין. אך מכיוון שהנימוקים אשר לדעתי עומדים בזכות הפרופור- ויציה הם מהותיים, ולא פרשניים-טכניים, אין להיוקק — לדעתי — לנימוק זה, מה גם שהוא תלוי על בלימה, ככל שהדברים נוגעים לפקודות מנדטוריות.

104 ראה, למשל, פרק ה לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב—1972.

105 ראה, למשל, סעיף 6 לפקודת הרכישה וכן סעיף 54(1) לפקודת המכרות.

106 סעיף 54(1) לפקודת המכרות.

107 במהדורה השנייה של ספרו (לעיל, הערה 8), עמ' 46. קטע זה נעדר מהמהדורה השלישית, אך לא הוצעה בה כל תיזה חלופית.

יש גם לזכור, לעניין חובות הרשות המפקעת, כי הנימוק שציינתי לעיל ביחס לחיובי האדם שממנו הופקעה הקרקע והנוגע לגובה הפיצויים שהוא מקבל, חל אף פה. זאת, מכיוון שהפיצויים אינם מביאים בחשבון את העובדה כי מדובר ברכישה בכפייה, וכן אינם מביאים בחשבון כל הקלות לרשות המפקעת, ועל-כן יש להסיק כי חובות הרשות הן כחובות שוכר רגיל, שאם-לא-כן נמצא שהרשות משלמת עבור דבר אחד ומקבלת דבר טוב הימנו, ונמצאת הפקעה משתמעת של זכויות בעלי המקרקעין ללא הוראה מפורשת בדין.

יש לציין גם, כי החוקים מתחום המשפט הפרטי חלים באופן עקרוני על המדינה, על-אף סעיף 42 לפקודת הפרשנות (גוסס חדש). לגבי חוק המקרקעין, דבר זה עולה מפורשות מהחוק הכולל סעיפים המתייחסים למקרקעי המדינה¹⁰⁸. כן נובע הדבר, במידה מסוימת, מחוסר-ברירה (אלא-אם-כן ליצירת לאקונות ייקרא ברירה). קביעת זו עולה גם מהפסיקה הקובעת, כי במקרה שהמדינה היא צד לפעולה כלשהי קיימת "דואליות נורמטיבית", היינו: שהחוקים מתחום המשפט הפרטי חלים בצד הדינים מתחום המשפט הציבורי¹⁰⁹.

(3) הדגמה נוספת של ההחלה

התוצאה שאליה הגעתי, משמעותה רבה וחשובה וכל הדינים הרגילים מתחום המשפט הפרטי יחולו על זכויות תכנוניות, וביניהם דוגמאות רבות שעליהן כבר עמדתי במהלך רשימה זו.

כמו-כן המיגבלות הרגילות החלות על הזכויות הקנייניות יחולו גם על זכויות תכנוניות. הכוונה היא בראש-ובראשונה לסעיף 14 לחוק המקרקעין הקובע, כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר"¹¹⁰, אך גם לסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, הקובע חובת תום-לב¹¹¹. לכאורה, ככל שהדברים נוגעים לרשות המינהלית, אין החלה זו משנה, שכן ממילא קיימת חובת תום-לב מכוח המשפט הציבורי, אך למעשה יש בכך רבותא גדולה. זאת, שכן חובת תום-לב שבמשפט הציבורי טבעה וטיבה שונים, והחלת חובת תום-לב של המשפט הציבורי בצוותא חדא עם חובת תום-לב ילידת המשפט הפרטי, תחייב את המינהל לפעול בתום-לב אובייקטיבי, כמו גם בתום-לב סובייקטיבי¹¹². הטלת

108 ראה פרק ח לחוק. כן ראה חוק מקרקעי ציבור (סילוק פולשים), התשמ"א—1981. באופן כללי לגבי תחולת חוקים על המדינה ראה ג' שלו, "המדינה כצד לחוזה אחד" משפטים יב (תשמ"ג) 595, 603 ואילך.

109 בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421, 435 ; בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבתים ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד (3) 729, 750 ; בג"צ 492/79 חברה פלנית נ' משרד-הבטחה ואח', פ"ד לד (3) 706, 716 ; בג"צ 341/80 דוויק נ' מבר, פ"ד לה (2) 197, 199.

110 באופן כללי ראה א' רוזנצבי, "שימוש לרעה בזכות במקרקעין" קוית משפט ד (תשל"ו) 651.

111 כך נקבע לאחרונה בצורה מפורשת בע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' ויירה ואח', פ"ד לו (4) 737. לדעה אחרת, ראה רוזנצבי, שם, עמ' 669—670.

112 ראה 127 (1983) 18 *Isr. L. Rev.* G. Shalev, "Good Faith in Public Law".

חובה על המינהל לפעול בתום-לב אובייקטיבי, כנדרש על-פי המשפט הפרטי¹¹³, נותנת כוח רב לבתי-המשפט לשקול ולבחון את מעשי המינהל.

ואפרט מעט חלק מהדינים החלים מכוח מסקנתי, על זיקות ההנאה התכנוניות. הפירוט הזה מתבקש כתוצאה מהחשיבות הרבה העומדת לזיקת ההנאה בדיני התכנון והבנייה, כעולה מהדיון לעיל. אך האמת ניתנת להיאמר שלא רק הכמות היא שקובעת, אלא גם האיות. איכות בהקשר זה היא התפקיד של זיקת ההנאה והתהומים והסוגיות שאותם היא מסדירה. זיקת ההנאה מסדירה שימוש במקרקעי הזולת — הן שימוש של בעל-המקרקעין (על-ידי מניעתו משימוש מסוים וחיובו בשימוש אחר) והן זה של אנשים אחרים — הן בעלי נכסים גובלים בנכס והן הזרים לו לחלוטין. זו, במידה רבה, גם משמעות דיני התכנון והבנייה: דיני התכנון והבנייה מסדירים שימוש של בעל-מקרקעין בנכסו בכך שהם קובעים את ייעודו של הנכס, את הדרך שבה מותר לבנות, הצפיפות המותרת ועוד. כמובן דיני התכנון קובעים זכויות של אנשים אחרים בנכס, זכויות זרים כשכנים, ובכלל הזרים לנכס לא נפקד מקומן של רשויות התכנון והבנייה ורשויות אחרות. לאור זהות זו בין דיני התכנון והבנייה לזיקת ההנאה, לא ייפלא כי בארצות-הברית זיקות ההנאה ממלאות את תפקידי התכנון והבנייה ומהוות מעין תכנון ובנייה שבין אדם לחברו¹¹⁴. משום "איכות" זו של זיקות ההנאה, הן הבאות לביטוי מירבי בדיני התכנון והבנייה, ועל-שום-כך בחרתי לפרט מעט את ההוראות הגועות להן:

(א) עבירות. בהקשר זה יש להבדיל בין זיקת הנאה לטובת אדם ובין זיקת הנאה הצמודה לנכס. ההבדל ניכר יפה בסעיף 63(8) לחוק התכנון והבנייה שצוטט לעיל, והקובע שתוכנית-מיתאר יכולה לחייב בעל-קרקע להעניק זכות "להעביר בקרקע או בבניין מ-ניקוז או ביוב, צינורות להספקת מים או תעלות מים עליונים". לגבי כל הזכויות הנ"ל הבעתי כבר את דעתי כי מדובר בזיקת הנאה. אך למי תוענך זיקת ההנאה? הסעיף קובע, כי התוכנית יכולה לחייב את בעל-הקרקע להעניק את זיקת ההנאה ל"בעלי קרקע, או בנין גובלים או לבעלי זכות בהם", מחד גיסא, או לרשות מקומית, מאידך גיסא. במקרה הראשון מדובר בזכות קניינית רגילה שאין לגביה כל הוראה

113 ראה, למשל, ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאנקר ואח', פ"ד לו(2) 113; ע"א 435/81 זגורי נ' מהצרי, פ"ד לו(2) 561, 567; בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע נ' בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לה(1) 828.

114 ראה, למשל, *Merionette Manor Homes Improvement Ass. v. Hada* 11 Ill. App. 2d 186, 136 N.E. 2d 556 (1965). בעניין זה נדונה תופעה שהיא שכיחה ביותר בארצות-הברית — של אגודה שחבריה בעלי מקרקעין באיזור ושטרתה לשמור על אופי המקום, טיב הבנייה וכיוצא באלה. לשם כך רשמה האגודה לטובתה בעת פיתוח האיזור זיקות הנאה על כל המגרשים באיזור שתוכנו, כאמור. כן ראה *Whitinsville Plaza, Inc. v. C. H. Kotseas* Mass. 390 N.E. 2d 243, העוסק בהגבלת שימוש בנכס — הגבלה שב-ישראל משתלבת בדיני התכנון והבנייה ובחוק רישוי עסקים, תשכ"ח—1968. כן ראה R. C. Ellickson, "Alternatives to Zoning — Covenants, Nuisance Rules and Fines as Land Use Controls" 40 *U. Chi. L. Rev.* (1973) 681. המחבר טוען במאמר זה כי הכלים, יצירי המשפט הפרטי, יכולים להחליף, בהצלחה לא-מבוטלת, את כלי הפיקוח הציבורי על השימוש במקרקעין, וכי הם יביאו לתוצאות יעילות יותר, זולות יותר וצודקות יותר.

מיוחדת, ועל-כן, מכוח עקרונות כלליים, היא עבירה התופשת אף אם בעלי-הקרקע הגובלים, היינו: המקרקעין הזכאים, מתחלפים. לעומת זאת, במקרה השני מדובר בזיקת הנאה לטובת אדם¹¹⁵ ועל-כן חל סעיף 95 לחוק המקרקעין הקובע, כי "אין בעלי הזיקה רשאים להעביר זכותם אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים".

או במלים אחרות: אין הרשות המקומית יכולה להעביר לאחר את הזכות המוקנית לה בתוכנית¹¹⁶.

(ב) ביטול הזיקה. סעיף 96 לחוק המקרקעין. על סעיף זה כבר הרחבתי את הדיבור במבוא ובדיון בדעתו של קמר ולא אחזור על כך.

(ג) הוראות מיוחדות, המופיעות בחוק המקרקעין נוגעות לחלוקה ולאיחוד של חלקות. הוראות אלה יחולו גם לגבי זיקות הנאה תכנוניות:

"98 (ג) אוחדו המקרקעין הזכאים והמקרקעין הכפופים לחלקה אחת מתבטלת זיקת ההנאה".

סעיף זה מדבר, ללא ספק, באיחוד מכוח חוק התכנון והבנייה, ולא באיחוד בעלות בשתי חלקות; שכן המחוקק הבדיל הבדל היטב בין המקרה של איחוד שבו הוא דן בסעיף 98 (ג) לבין המקרה של איחוד ומיזוג בעלות, שבו דנים סעיפים קטנים (א) ו-(ב).

יוצא, שהוראות תכנוניות המופיעות, למשל, בתוכנית-המיתאר, יכולות להתבטל מכוח סעיף 98 (ג) לחוק, אף שמבחינה "פורמלית" ישארו בתוכנית-המיתאר. שאלה היא, האם זיקת ההנאה "מתעוררת לחיים" אם החלקות המאוחדות מחולקות פעם נוספת. סעיף 98 (ג) לא משאיר מקום לספק: משהתבטלה זיקת ההנאה, בטלה היא לחלוטין, אף אם היא רשומה שחור על גבי תוכנית-מיתאר. כדי "לעוררה" יש לקבוע את הזיקה פעם נוספת בתוכנית-מיתאר חדשה שתשנה את המצב הקודם.

מן הראוי להזכיר גם את סעיף 97 לחוק המקרקעין הקובע, כי

"חולקו המקרקעין הזכאים או הכפופים, תוצמד זיקת ההנאה לחלקה שהזיקה היתה לזכותה או לחובתה לפי הענין".

סעיף זה צריך להיקרא בצוותא חדא עם סעיף 126 לחוק התכנון והבנייה, הן בחלוקה, והקובע:

115 וראה סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, וראה גם קמר (לעיל, הערה 3), עמ' 33, הערה 23.

116 לדעתי, התנאים להענקת הזכות היכולים להיקבע על-ידי תוכנית-המיתאר, מתייחסים להענקה בלבד, ואין תוכנית-המיתאר יכולה לקבוע את תנאי זיקת ההנאה – דבר שהיה מאפשר לה להרוג מהאמור בטקסט, מכוח סעיף 95 סיפא לחוק המקרקעין. לביקורת גישה זו ולדיון בה, ראה לעיל דיון בדעתו של קמר.

"(א) שעבוד, שהיה ערב תחילת תקפה של חלוקה חדשה על אחת החלקות שבחלוקה הולך אחרי בעלה הקודם, ויהיה על החלקה או על החלקות שהוקצו לו בחלוקה חדשה.
(ב) היה השעבוד זכות מעבר, זכות שאיבת מים או זכות אחרת כיוצא באלה שאינן נתונות להעברה לחלקה שבמקום האחר, תשאר הקרקע כפופה לשעבוד גם אחרי החלוקה..."

הגישה שביסוד שני הסעיפים היא שונה: חוק המקרקעין קובע שהזיקה הולכת, בדרך-כלל, אחרי החלקה, ואילו חוק התכנון והבנייה, המגדיר שיעבוד ככולל זיקת הנאה, קובע שהזיקה הולכת אחר הבעלים. השאלה כיצד יש לפרש שני סעיפים אלה בצוותא חזא אינה מן הקלות.

אפשרות אחת היא לומר, שסעיף 97 דן בפירוק שיתוף לפי סעיפים 37–38 לחוק המקרקעין ולא בחלוקה-מחדש לפי חוק התכנון והבנייה, אלא שאז ספק אם מיקומו בחוק הגיוני, שכן הוא בפרק הדן בזיקות הנאה ולא בפרק הדן בשיתוף במקרקעין. כמו-כן נראה שהמחוקק, במקרה כזה, היה מדבר בפירוק שיתוף¹¹⁷. יתירה מזו: העובדה שסעיף זה מקביל לסעיף 98(ג), מובילה למסקנה שמדובר באיחוד ובחלוקה – גם כאלה שדן בהם חוק התכנון והבנייה.

דרך שנייה לפרשנות הסעיפים היא לומר, שסעיף 97 דן רק בחלוקת חלקות שלא לפי חוק התכנון והבנייה, אלא שאז אין לו כל משמעות, למעט משמעות מועטת בחלוקה דה-פקטו – למשל בהפקעה; אך זו מצומצמת ביותר, ומכל-מקום השימוש במינוח של "חלוקה" מחייב מסקנה אחרת.

אפשרות שלישית היא לומר, שסעיף 97 המאוחר ביטל מכלל את סעיף 126 המוקדם, ככל שאמורים הדברים בזיקות הנאה, אלא שפירוש זה בהכרח גורס ביטול מכלל של סעיף 126(ב) – דבר שלפי כללי הפרשנות יש להימנע מלעשותו¹¹⁸.

אפשרות רביעית היא לסבור, שסעיף 126(ב) הוא ספציפי לעומת סעיף 97, באשר הוא מדבר בסוג מיוחד של זיקות הנאה; אולם סעיף 97 הוא ספציפי ביחס לסעיף 126(א), באשר זה דן בכל שיעבוד, לרבות "משכנתא וכל זכות חפצית שיש בה כדי להגביל את הבעלות בקרקעות וכן שכירות, איסור העברה, עיקול, או הערה בפנקסי-המקרקעין"; אלא שספק אם יש בכך לתרום להרמוניה בחוק. כמו-כן יש לציין, כי דווקא סעיף 126(ב) מתאים יותר לגישה של סעיף 97, ואם-כן עדיף היה לגרוס כאפשרות השלישית שהעליתי, היינו: שכיום הדין כולו מרוכז לגבי זיקות הנאה בסעיף 97.

אפשרות חמישית היא כי בכל פעם שבה מדובר בזיקת הנאה, יחולו סעיפים 97 ו-126(ב). לפי פירוש זה, הביטוי "זכות אחרת וכיוצא באלה שאינן נתונות להעברה" רחב דיו כדי לכלול את כל זיקות הנאה, ואילו סעיף 126(א) ייוחד לשיעבודים שאינם בגדר זיקות הנאה. בכך תיווצר הרמוניה בדין, שכן הגישה העקרונית בסעיף 126(ב)

117 וראה, למשל, סעיף 39(ג) לחוק המקרקעין.

118 וראה, למשל, ק' קליין, "רוב מיוחד ושינוי במשחמע" הפרקליט כח (תשל"ב–תשל"ג) 563.

מתאימה לזו של סעיף 97, היינו: הלך אחר החלטה ולא אחר הבעלים. אלא שפירוש זה, עד כמה שהוא קורץ במבט ראשון, מערים קשיים אף הוא: ראשית, יהא זה פירוש מאולץ למונח "שאינו גחנות להעברה", שמשמעותו העולה מהדוגמאות הספציפיות שבסעיף היא מוגבלת הרבה יותר, ולא בכדי לא החליף המחוקק מונח זה במונח "זיקת הנאה"; ושנית, הכרעה זו, על-אף שתקטין את הקשיים, לא תפחיתם, ותידרש הכרעה בדבר הספציפיות של הסעיפים, לאור סעיף 126(ב) סיפא, המדבר על הכוח לקבוע הוראות ספציפיות בתוכנית-ההחלטה, המבטלות את זיקת הנאה.

תיקו.

(4) שכירות והשאלה — הפקעת החזקה ללא תמורה

לסיום פרק זה אתייחס לספק שהועלה עליי בדיון בהגדרות הזכויות, והוא: האם הפקעת החזקה בקרקע שלא בתמורה היא השאלה או שכירות. אשר לשאלה העקרונית התייחסתי לעיל ולא אחזור עליו. הדיון פה יתמקד בשאלה, האם בהוראות האופרטיביות יש כדי להדריך את הפרשן בבחירה; תוך כדי כך אציין חלק מהדינים החלים על הפקעה של החזקה לתקופה, ושתחולתם גובעת מהתיווה שהוצגה ברשימה זו.

באשר להוראות חוק המקרקעין, אין כל הבדל; סעיף 83 לחוק קובע כי דיני השכירות יחולו גם על ההשאלה, אם כי בשינויים המחויבים בלבד.

סעיף 27 לחוק השכירות והשאלה מחיל אף הוא חלק גדול מדיני השכירות גם על השאלה. להלן אבחון את הסעיפים שאינם חלים על שאלה, ובכך תובהר הנפקות של ההבחנה¹¹⁹. ההבדלים המעשיים הנוגעים לענייננו מצטמצמים לשלושה:

119 לכאורה קיימים הבדלים נוספים, אך אלה אינם רלבנטיים. הבדלים אלה כוללים את הסעיפים הבאים:

1. ההגדרה (סעיף 1), שבה ממילא אין כל נפקות אופרטיבית.
2. תרופות השוכר בשל חוסר-התאמה (סעיף 6) — הוראה שאינה רלבנטית לענייננו, שכן היא דנה רק במה שהוסכם בין הצדדים, וזה אינו המקרה הנדון. משום-כך אין גם כל טעם לדון במקבילו של סעיף 6 לגבי שאלה (סעיף 28).
3. תרופות השוכר בשל העלמה של אי-התאמה או פגם (סעיף 8) — סעיף שאינו רלבנטי לענייננו, שכן הוא דן בידיעות המשכיר בעת כריתת החוזה, דבר שאינו קיים בנתונים שלנו. אך ראה סעיף 154(1) לפקודת המכרות הדין ב"חוזה", אך ממילא אינו רלבנטי לשאלה שבה אני דן עתה, באשר הוא מחייב תמיד תשלום תמורה.
4. הסעיפים בדבר דמי-השכירות (סעיפים 13–15), אשר אינם חלים ממילא בשכירות המיוחדת הזאת, שהוראות דמי-השכירות המיוחדות שלה קבועות בחוקי ההפקעה השונים.
5. סעיף הקובע שימוש במושכר (סעיף 16), שרק חלקו נוגע לענייננו, הוא החלק האוסר על פגיעה במושכר (שאר החלקים מדברים ב"מוסכם", ולכן אינם חלים במקרה דנן). חלק זה, אף שאין לו מקבילה בפרק ב לחוק השכירות והשאלה, חל גם בשאלה, וזאת מכוח חוק השומרים, תשכ"ו–1967 (להלן: חוק השומרים).
6. סעיף הדין בסיום השכירות (סעיף 19), שלו קיימת מקבילה בדיני השאלה (סעיף 29); עם זאת, כפי שכבר הבעתי את דעתי, כזה אף כזה, אין הסעיפים חלים בשכירות או בשאלה המיוחדות של הפקעת החזקה לתקופה ללא תמורה, מכוח הוראה אחרת בדיני ההפקעה.

(א) חובת תיקון המושכר על-ידי המשיכיר (סעיפים 7(א), 9 ו-10) שאינה חלה בשאלה, נדמה לי, שיש בסעיפים אלה כשלעצמם כדי להטות את הכף בצורה חזקה לכיוון הגירסה שהפקעת חזקה ללא תמורה הינה שאילה. יהא זה לעג לרש לקבוע — וכך תהא ההכרעה במידה שמדובר בשכירות — כי האדם שמכנו מפיקים נכס לזכות הציבור, ללא פיצוי, יאלץ גם לתקנו על חשבונו. דרך מסוימת להתגבר על בעיה זו היא לפרש את המונח "המקובל לפי הנסיבות" המופיע בסעיף 1(א) לחוק, כיוצר סטנדרט המשתנה לפי סוגי המשיכירים — אם כפויים ואם רצוניים. עם זאת, אין — לדעתי — בכך פתרון לבעיה, שכן ספק אם ניתן להראות נהוג בנושא ולאור העובדה שבהעדר נהוג סותר חל כלל התיקון.

(ב) העברת השכירות תלויה באופן כללי בהסכמתו הסבירה של המשיכיר (סעיף 22). לעומת זאת, העברת השאילה תלויה בהסכמתו המוחלטת של המשאיל (סעיף 30). נדמה לי, שבעניין זה הכף נוטה לטובת השכירות. נדמה שבאיוון אינטרסים כגון זה, הכרוך בדיני התכנון והבנייה, מן הראוי לקבוע לבית-המשפט תפקיד של מאזן וכווון של האינטרסים השונים ולצורך כך עדיפה הוראה גמישה. עם זאת, ייתכן שההבדל בין שני הסעיפים אינו כלי-כך משמעותי, כנראה ממבט ראשון. זכותו של המשאיל, ככל זכות אחרת במשפט האזרחי, כפופה לחובה לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת, מכוח סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. בפסיקה פורשה חובה זו באורח אובייקטיבי¹²⁰, ועל-כן ניתן לבית-המשפט, גם ביחס לשאילה, מקום להתגדר בו — דבר שיצמצם כמשהו את הפער בין השכירות לשאילה.

(ג) אחריות המתזיק. השוכר אחראי עבור כל נזק, למעט נזק שנגרם שלא ברשלנותו (סעיף 24 לחוק השכירות והשאילה בתוספת סעיף 2(ב) סיפא לחוק השומ"רים) בעוד שהשואל אחראי כמעט בעד כל נזק שהוא (סעיף 2(ג) לחוק השומרים). לדעתי, בהבדל זה אין כדי להטות את הכף לכאן או לכאן, והוא עניין הנתון במידה רבה לטעם האישי, השמרני או הליברלי, ולאיוון אינטרסים זה או אחר שבין הרשות המינהלית לפרט.

עינינו הרואות כי ההכרעה אינה קלה, והנימוקים אינם מכריעים לכאן או לכאן. עם זאת, נדמה לי כי חובת התיקון החלה על המשיכיר מכריעה לכיוון הגירסה שהפקעת חזקה לתקופה ללא תמורה היא בגדר שאילה ולא שכירות, על כל התוצאות הנובעות מכך, לרבות איסור העברת השאילה ללא הסכמת הבעלים של המקרקעין. אשר למצב שבו שולמה תמורה חלקית, או שהופקעה חלקה בשלבים, דנתי כבר לעיל בדיון בהגדרות הוכיות, ולאור המסקנה שלי כאן, נדמה שמתחייבת האפשרות השנייה שהעליתי שם, היינו: במקרה ששולמה תמורה חלקית מדובר בזכות "מעורבת" — של שכירות חלקית ושאילה חלקית.

120 ראה לעיל, הערה 113.

ה. סוף דבר

המסקנות שעליהן עמדתי ברשימה זו, הן במידה רבה ראשוניות. טרם גערך דיון ממצה בפסיקה ובספרות, בטיעונים ובהצעות שהועלו ברשימה, וקשה אפוא לחזות דעה ביחס לדין המחייב.

עיקרי המסקנות הן:

- (א) הזכויות התכנוניות מתמיינות לזכויות ולמשבצות הקנייניות הרגילות.
 - (ב) אין מניעה להחיל את ההגדרות לזכויות המופיעות בחוקים שבתחום המשפט הפרטי, גם על הזכויות התכנוניות.
 - (ג) דיני יצירת הזכויות לא חלים על הזכויות התכנוניות. אשר-על-כן, בהעדר תוראה מפורשת, אין צורך ברישום הזכויות התכנוניות, והן נוצרות – ללא רישום – בהשלמת הפרוצדורה התכנונית.
 - (ד) בדרך-כלל אין מגיעה להחיל את הדינים האופרטיביים הרלבנטיים שבמשפט הפרטי, היינו: חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאילה, על הזכויות התכנוניות, ויש לעשות זאת.
- המסקנות הנ"ל רחוקות מלהיות מסקנות של "דרוש וקבל שכר" בלבד, ונפקותן רצינית ורצויה על-פי רוב ביותר.