

זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין

מאת

פרופ' גדי טדסקי

I.

א. ההבחנה בין שני סוגי הזיקה

סעיף 92 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969¹, אומר: "זיקת הנאה יכול שתהא לטובת מקרקעין (להלן – מקרקעין זכאים) או לטובת אדם פלוני, לטובת סוג בני אדם או לטובת הציבור".

היסוד המשותף לכל זיקות ההנאה הוא "שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם" (סעיף 5), כלומר זכות המתבטאת ב"שימוש מסויים במקרקעין הכפופים" (סעיף 93(א)(1)) או בחובת בעל המקרקעין הכפופים "להימנע מביצוע פעולה מסויימת באותם המקרקעין" (סעיף 93(א)(2)) – ואילו צורה שלישית שהזיקה עשויה ללוש אותה היא שמורה לזיקה לטובת מקרקעין בלבד (סעיף 93(ב)).

ב"שימוש" מדבר החוק רק בקשר לזיקת ההנאה החיונית (מצד הזכאי); ובצדק, כי, לגבי הצורה השניה (הזיקה השלילית), ביטויים אחרים כגון "זכות הנאה" או "זכות התערבות" מתאימים יותר מאשר "זכות שימוש". הם עשויים גם לציין באופן כוללני את תכנה של כל זיקה.

לעומת הסוג הראשון שבס' 92, שלושת הפריטים האחרים שבסעיף משתייכים לסוג אחד. אך את הקבוצה הכוללת הזאת לא נוכל לציין בתור זיקת הנאה לטובת בני אדם, כאילו אין הדבר כך גם בסוג הראשון (זיקת הנאה לטובת מקרקעין): כל דין קיים לטובת בני אדם². ואף לא נוכל לומר שבמקרה הראשון נושאי הזכות הם מקרקעין ("מקרקעין זכאים"), כיון שגם כאן זכאים עשויים להיות אך ורק בני אדם (לרבות תאגידים): כל הזכויות הן של בני אדם (לרבות תאגידים) ורק בלשון השאלה אפשר לומר כי זכאים הם מקרקעין.

ההבדל הוא כי רק במקרה הראשון זכאים הבעלים למקרקעין מסויימים בתור בעלים. ביתר המקרים אין הזכאי מזוכה בתור בעלים למקרקעין מסויימים.

לציין הנושא הנדון – הסיפא הנ"ל לסעיף 92 – אפשר היה לאמר "זיקת הנאה אישית", לפי הביטוי *servitutes personarum* שבתורת המשפט הרומאי (המאוחרת,

1 להלן: חוק המקרקעין או החוק. בכל איזכור לסעיפי חוק ללא ציון נוסף, הכוונה לסעיפי החוק הזה.

2 Dig. I, V, 2: "Cum [...] hominum causa omne ius constitutum sit [...]"

אחרי התקופה הקלאסית). בביטוי זה, "איש" אין פירושו "לא ריאלי", כי הכוונה היא לזכויות שאף הן קנייניות, כמו זיקות ההנאה לטובת מקרקעין. אמנם אין הכינוי הרומאי האמור מכיוון לאותן הזכויות עצמן שעליהן מדובר בסיפא לסעיף 92, כי אם לזכויות שעיצובן שונה משלהן (ה-usufructus, ה-usus וה-habitatio) אך השוני בין אלה האחרונות (הרומאיות) לבין הקודמות (זיקות ההנאה הישראליות שלא לטובת מקרקעין) אינו משתקף בכינוי ההוא. נכון גם כי "איש" היה עלול להיראות בלתי מתאים בענין זיקת הנאה לטובת סוג בני אדם או לטובת הציבור (שעה שה-servitutes personarum לא יכלו להיות שייכות לסוג בני אדם או לציבור). ואולם "איש" במקום זה אין משמעותו "אינדוידואלי", "של יחיד", אלא אך ורק: לא של מקרקעין, לא לטובת מקרקעין, כלומר לא שייך לבעל מקרקעין בתור שכזה.

בסופו של דבר נמצא כי, אילו אימצנו את הכינוי הנ"ל המתורגם מהכינוי הרומאי הביזנטי, היינו צריכים לראותו כביטוי שיש להבינו במשמעות מוסכמת, שלפירושו הנכון היינו צריכים להתחשב בהנחות מסויימות.

אפשר היה לחשוב גם על כינוי לקוח מן המשפט האנגלי (בשינוי המחוייב לפי השוני בדינים): servitudes in gross, שהוא די מתאים לנושא הנדון לפי משמעותו; אך אינו מתאים להיות מתורגם מילולית.

נדבר כאן, איפוא, על "זיקת הנאה שלא לטובת מקרקעין" בתור כינוי מקוצר לנושא — שעה שהכינוי השלם צריך להיות: זיקת הנאה שלא לטובת בעל מקרקעין מסויימים בתור שכזה.

הכינוי שלילי, כיון שעצם הקריטריון המבחין הוא שלילי: מכלל זיקות ההנאה שהדין מכיר בהן מפרישים מקרים יוצאי-דופן לעומת אלה המוכרות לפי המסורת הקלאסית, כלומר אלה הכרוכות במקרקעין זכאים.

ב. הפער בהסדר שני הסוגים

אפשר להעלות על הדעת את הטענה: למה לא לחסל את ההבחנה בין שני הסוגים? התשובה היא כי השוני במינוח משקף שוני בדינים. הזיקה שלא לטובת מקרקעין אינה נתונה לאותן ההוראות החלות על הזיקה לטובת מקרקעין. בהבדל מן האחרונה, אין הראשונה אפשרית כאשר מטילים על מקרקעין כפופים עשייה פוזיטיבית ולא רק הימנעות או סבילות. מסתבר גם פער בזה, שבזיקה לטובת מקרקעין לא ייתכן זיכוי אלא בקיום תועלת למקרקעין עצמם, כלומר בקיום טובת הזכאי האובייקטיבית כבעל המקרקעין האלה, ושאינן הקבלה לכך בזיקה שלא לטובת מקרקעין (ראה להלן, ס' ג). ועוד: כל הסדר העבירות שונה בשני המקרים. שני סוגי הזיקה הם שני סוגים נפרדים, ואין אף אפשרות להפוך זיקה מסוג אחד לזיקה מהסוג האחר אלא במובן זה: לבטל את הראשונה ולכונן את השניה במקומה. כך, כאשר הופכים זיקה לטובת מקרקעין לזיקה לטובת אדם פלוני, אין זאת אומרת שמעבירים זיקה-לטובת-מקרקעין בנפרד מן המקרקעין (דבר שאינו אפשרי) כי אם מכוננים את הזיקה האישית במקום זיקת המקרקעין המתבטלת.

אי-הכללת שני הסוגים בכפיפה אחת אין יסודה איפוא רק ביהס כבוד למסורת המשפטית שלא הכירה בזיקת הנאה אלא לטובת מקרקעין.

גם לאחר שהופרכה לפי שיקולים אלה, אפ"ר שיעלו את הטענה הנ"ל בצורה אחרת. לאמור: למה, במקום להבדיל בין זיקה לטובת מקרקעין לבין זיקה שלא לטובתם, לא נהפוך את היחס הזה בין שני סוגי הזיקה? ובמקום להציג את הזיקה ה"אישית" כתריג מן הזיקה לטובת מקרקעין, למה לא נציג את זאת האחרונה כמקרה מיוחד של הראשונה (שהיתה או הופכת הזיקה בכללה)? לפיכך, בסעיף 92 לחוק המקרקעין היינו מקדימים את הסיפא (שלושת המקרים האחרונים) לרישא.

בטענה כזאת יש מכוסה התנכרות להתפתחותו ההיסטורית של המוסד המוסדר בחוק המקרקעין, ואם נבקש לפרש לפיה את החוק שלנו, יהיה בזה משום משגה דוגמטי (להלן, ס' ז).

לפי תבניתה העיקרית, זיקת ההנאה הישראלית היא מוסד השיעבוד (servitus) כפי שנוצר במשפט הרומאי. משפט זה לא הכיר בו אלא לטובת מקרקעין, ושיטות משפט רבות נשארו נאמנות למסורת ההיא גם בימינו אנו. מצטיין במגמה זו סה"ח הצרפתי. אחרי המהפכה חששו בצרפת מפני תחיית הגטלים הפיאודליים המרובים שבוטלו, ולכן הטעו ב"קוד סויל" (סעיף 686) את האיסור של כינון זיקת הנאה לטובת בן אדם ולא לטובת מקרקעין. יש להעיר כי, בארצות שבהן נשמר המוסד במסגרת המסורת הרומאית, מרגישים בלחץ להרחבתו כאשר, יותר מאשר לטובת מקרקעין, מכוונת הזיקה לטובת מפעל תעשייה או מפעל מסחרי. שיטות משפט אחדות, לעומת זאת, סטו קצת מן המסורת ועליהן השיעבוד לטובת מקרקעין הכניסו שיעבוד שלא לטובת מקרקעין, הנקרא גם "שיעבוד בלתי סדיר" או "שיעבוד אישי מוגבל" (סעיף 1090 לסה"ח הגרמני, סעיף 1188 לסה"ח היווני)³. מקרים מסויימים של שיעבוד in gross מוכרים גם במשפט האנגלי ובהיקף רב יותר, במשפט ארה"ב. חוק המקרקעין הישראלי הרחיק לכת, כיוון שהרשה זיקה אף לטובת הציבור ולטובת סוג אנשים (גם כשהוא סוג נע ונד) — צרכים שבשיטות משפט אחרות דואגים להם במסגרת מוסדות שונים ממוסד זיקת ההנאה.

בכל השיטות הנזכרות, לרבות השיטה הישראלית, כל עוד מדובר בזיקת הנאה — גם בזה שלא לטובת מקרקעין — השיעבוד לטובת מקרקעין נשאר האבטיפוס, הדגם. מכאן התוצאה כי אין לבדוד את הסוג השני של שני סוגי הזיקה, הזיקה שלא לטובת מקרקעין, מן הראשון. אין גם, בדיוגנו בו, להתעלם מעיון בסוג האחר, לפי היבטיהם המשותפים.

חוק המקרקעין הוא חוק ישראלי עצמאי, ועל עצמאות החוק מכריז סעיף 160 הדוחק את רגלי המשפט האנגלי כמקור משלים בעניני מקרקעין. אין עצמאות החוק קיימת רק לפי התוצאה הנורמטיבית הנ"ל אלא לפי עצם מהותו, כיון שלא קלטו דגם מסויים משיטת משפט זו או אחרת, ולא ראו בתור רקע לחוק את הדינים שנהגו קודם בארץ בענין הנדון, לרבות הדינים האנגליים אשר שימשו להם מקור משלים. בכל זאת אין לשלול שהחוק בכלל, ובענין זיקת ההנאה בפרט, הולך בתלם המסורת המערבית, וביחוד בתלם המסורת הרומאית-הקונטיננטלית. לא ייתכן שהפרשנות תתעלם מכך, לגבי כל היבטי ההסדר שבהם אין סימן להינתקות החוק הישראלי מרקעו ההיסטורי.

3 ראה גם: סעיף 781 לסה"ח השוויצרי, סעיף 529 לסה"ח האוסטרי, סעיפים 531, 600–604 לסה"ח הספרדי, סעיף 2972 לסה"ח הארגנטיני, סעיף 296 לסה"ח הפולני.

ג. בין זיקה "לטובת מישהו" לבין זיקה "של מישהו"

כיצד עלינו לפרש "לטובת מקרקעין" ו"לטובת אדם פלוני", וכו', שבסעיף 92? כאשר קובעים כי, בטרם נחקק חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בדרך כלל לא הכיר המשפט הנוהג בארץ בחוזים לטובת אדם שלישי, אין בוודאי הכוונה לאמר כי נחשב או כבטל חוזה שלפיו מתחייב ח' ("חייב") כלפי ג' ("נושה") לעשות פעולה למען ש' ("אדם שלישי"). הכוונה היא לאמר כי לא היה או בכוח החוזה הנדון לזכות את ש', כלומר שלא הכיר או המשפט בחוזים לטובת אדם שלישי במובן חוזים לזכות אדם שלישי. שימוש שונה בביטוי "חוזה לטובת אדם שלישי" נמצא בסעיף 34 לחוק הנ"ל שבו מבדילים בין שני המקרים, בהתאם לכוונת הצדדים: שהחוזה לטובת ש' ישמש או לא ישמש גם לזיכויו. כאן קיימת הבחנה בין טובת האדם השלישי לבין זיכויו. כן בסעיף 63 לפקודת הנוקד, בענין "הפרת חובה חקוקה", מסתבר כי בדיבור "חיקוק לטובת פלוני" אין הכוונה רק לחיקוק שיזכה את פלוני בזכות (בזכות כלפי הנתבע-בתביעה) "הפרת חובה חקוקה", או אפילו בזכות בכלל). בהרבה מקרים מציין הביטוי "לטובת..." לא את הזכאי בעיני הדין, אלא את המוטב, הנהנה, כמוהו בביטוי "לתועלת...". המופיע בסעיף 107 לחוק המקרקעין, המגדיר את "מקרקעי יעוד" כ"מקרקעי ציבור המיועדים לתועלת הציבור"^{3א}.

בענין זיקת ההנאה נראה כי בביטוי "לטובת..." שבסעיפים 92-98 כוונת החוק היא "לזכות...", או שלכל הפחות זוהי כוונתו העיקרית והראשונית. קיים קשר בין "לטובת..." לבין קיום זכות של המוטב: המקרקעין (קרי: בעליהם) או בני האדם שלטובתם נוצרה הזיקה הם זכאים (סעיף 92), רשאים (או לא רשאים) להעביר את זכותם (סעיף 95).

ספק-מה יתעורר אולי בענין "סוג בני אדם" ובענין "הציבור". אילו הביטוי "לטובת" שני אלה היה נכלל בהוראה בודדת, אפשר היה לחשוב כי, לפי משמעות הביטוי בכללים אחרים, הכוונה לזיקה שבה סוג בני אדם או הציבור הם אך ורק המוטבים ואילו בעל הזכות יהיה מישהו אחר, בהקבלה לנושה ולאדם השלישי המוטב במקרה של חוזה לטובת אדם שלישי, כשלא התכוונו הצדדים להקנות לו זכות: סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. כלומר, כי כוונת ההוראה היתה, למשל, לעירייה שרכשה זיקה למעבר על שטח מסויים, והעירייה תהא הזכאית, ואזרחיה – המוטבים.

אבל, כיון שאותו הביטוי "לטובת..." מופיע גם בקשר למקרקעין ובקשר לבן אדם פלוני במשמעות שאמרנו, והכל נאמר בנשימה אחת, יש לפרשו לפיכך גם ביתר המקרים. אילו במקרים אלה התכוון החוק לבעלי זכות שונים מאלה שלטובתם נוצרת הזיקה, הלא צריך היה לגלות את זאת. זיקה לטובת הציבור או לטובת סוג בני אדם היא הזיקה שבה הציבור או הסוג הם הזכאים, להבדיל מההנחה שזכאי יהיה תאגיד או אדם פלוני. אישור לכך מוצאים אנו בסעיף 95: אילו, בדברו על זיקה לטובת הציבור, התכוון החוק בסעיף 92 לזיקה שבה הציבור הוא רק המוטב ולא בעל הזכות, למה יוציא סעיף 95 את הזיקה לטובת הציבור מהוראה זו בענין העבירות? האם לא היה סביר להרשות (ולו בסייגים שבאותו הסעיף) את ההעברה מבעל זכות לבעל זכות (למשל, מרשות ציבורית מסוימת לרשות ציבורית אחרת)?

3א והשווה: "לצרכי ציבור" בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, סעיף 188.

אמנם במשמעות אחרת מופיע הביטוי "לטובת הציבור" בחוק המקרקעין עצמו, כלומר בהוראה שסעיף 165 מכניס בפקודת הנזיקין בתור סעיף 48ב שלה. מדובר שם ב"שימוש במקרקעין הדרוש לטובת הציבור". ההוראה מניחה כי השימוש הנדון נעשה כדין, דהיינו על סמך זכות. זכותו של מי? האם היא זכות של הציבור עצמו או של ישות אחרת? נראה לנו שהזכות האמורה אינה עשויה להיות זכות השייכת לציבור, זכות בבעלות של הציבור, כיון שבהוראה הנדונה מסמיכים את בית-המשפט להטיל פיצוי בעד אותו השימוש: בוודאי הכוונה תהא להטלת הפיצוי על בעל הזכות, וכיון שאין להעלות על הדעת כי בית-המשפט יטיל פיצוי על הציבור סתם, מתבקשת המסקנה כי בעל הזכות אינו הציבור עצמו. לפיכך בחוק המקרקעין מופיע הביטוי "לטובת..." (ו"לטובת הציבור" דווקא) בשתי משמעויות שונות.

על אף פירוש הביטוי "לטובת..." שבסעיפים 92-98, נשאלת השאלה אם דבר ה"טובה" יבוא בחשבון, לא רק במשמעות שאמרנו (כלומר, בעלות הזיקה), אלא גם במשמעות אחרת, כלומר תועלת הזיקה לבעליה, ובתור מידה דרושה אובייקטיבית שבלעדיה לא תיתכן הזכות. ושאלה זו מתפצלת לשתיים: אם תיתכן זיקה לטובת מקרקעין (קרי: לזכות בעליהם) אף ללא תועלת למקרקעין עצמם; ואם תיתכן זיקה לטובת פלוני (קרי: לזכותו) אף כאשר תועלת המזוכה אינה קיימת בעיני השופט או אינה נראית לו תועלת סבירה.

המסורת הרומאית דורשת כי תתקיים טובת המקרקעין האובייקטיבית כדי לאפשר זיקה לזכותם – הזיקה היחידה שהיא מכירה בה. גם שיטות המשפט המודרניות, הקונטיננטליות והאנגלו-אמריקאיות כאחת, שומרות, רובן, מידה זו: הן אלה המכירות אך ורק בזיקת המקרקעין והן אלה המכירות אף בזיקה שלא לזכות מקרקעין.

יש רגליים לסברה שגם החוק הישראלי ביקש לדבוק באותו ההסדר, אף-על-פי שלא נאמר הדבר במפורש. פתרון זה נראה הגיוני בכיטת משפט שבה קיימת רק זיקה לטובת מקרקעין, לפי המסורת. אך זה הגיוני לא פחות בשיטה שבה קיימים שני סוגי זיקה והזיקה שלא לטובת מקרקעין מוסדרת לפי דינים שונים לעומת הזיקה לטובת מקרקעין. לא ייתכן להציג כזיקה לטובת מקרקעין את זאת שאינה לטובתם, ועל-ידי כך להימלט מתחולת הדינים המתאימים. זיקת שאין בה תועלת למקרקעין מסויימים אפשר לכוון אותה רק בתור זיקה שלא לטובת מקרקעין – אם ישנן בה המידות הדרושות לכך. לעומת זאת אין שום מניעה כי זיקה שהיא לתועלת מקרקעין, הצדדים יכונו אותה בתור זיקה לטובת בעליהם, כלומר שיכונו אותה בתור זיקה "לטובת אדם פלוני"⁴. והנה: לא כל תועלת הזכאי היא תועלת למקרקעין, אבל כל תועלת מקרקעין – תועלתו. מלבד זאת, זיקה שלא לטובת מקרקעין פירושה זיקה שלא לזכות בעל מקרקעין בתור שזכה, ואין טובת בעליה (במובן תועלת בעליה) אחת המידות הדרושות בה (ר' להלן). תהא זו שאלת פרשנות לקבוע אם התכוונו מכונני הזיקה לסוג זה או אחר משני סוגי הזיקה, כאשר מאפשרות הנסיבות את הברירה ביניהם.

בין המידות הדרושות בזיקה שלא לטובת מקרקעין, לא נראה שיש לכלול את

4 ראה לעומת זאת את דברי אופיר (Ophir, "Comments on the Law of Servitudes in Israel", *Is. L. Rev.*, 7 (1972), 528, 542): "[...] restriction so imposed would operate for the benefit of land held by the grantee and, accordingly, the servitude would not be in gross in any event".

תועלת הזכאי⁵. מידה כזאת אינה נדרשת בהסכמים. סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), הנוגע לחוזה לטובת אדם שלישי, מבחין בין המקרה שבו התכוונו בעלי החוזה לזכות את האדם השלישי בזכות לבין המקרה ההפוך; אך בין כה וכה אין המשפט תולה את תוקף החוזה בזה, שטובת האדם השלישי תתקיים למעשה בעיני השופט, ואינו מסמך את השופט לבדוק את הדבר. ובדרך כלל אין סעיף 30 לאותו החוק דורש את סבירות החוזה אלא אך ורק את אייגורו את איסורי הדינים והמוסר ואת תקנת הציבור. כנגד נימוק זה יטענו אולי כי העקרונות החולשים על החוזים האובליגטוריים אין כוחם יפה תמיד בקשר לזכויות הקניין ולהסכמים המכוננים אותן. אך אין ספק כי סעיף 30 שייך להוראות האמורות לחול עקרונית גם על פעולות משפטיות שאינן חוזים אובליגטוריים גרידא (ראה סעיף 61(ב) לאותו החוק). ולמעשה אין תועלת הזכאי נדרשת כשהמדובר בהסכמים המכוננים זכויות ריאליות בכללן, בעלות או זכויות על נכס הוולת. ואשר לביטוי החוק, "זיקה לטובת אדם פלוני, וכו'", פירשנו אותה כמכוונת לבעלות הזכות ולא לתועלת האובייקטיבית שהזכאי יפיק ממנה. אנו רואים קשר הגיוני בין מבחן התועלת האובייקטיבית – הקיים בזיקת המקרקעין והנעדר בזיקה האישית – לבין מגוון הצורות שהזיקה יכולה ללבוש בשני המקרים. זיקת מקרקעין עשויה להיות גם זיקה המטילה עשייה על המקרקעין הכפופים, כיון שקיימת כאן המגבלה האובייקטיבית הנ"ל לכינונה. אבל בזיקה שלא לטובת מקרקעין החוק שולל אפשרות זו, כדי לא להכביד ביותר ולא להרבות בגטלים על מקרקעין לפי טעמים אישיים שונים ומשונים.

ד. זיקה לטובת מפעל

מבין שני הסוגים, יש לשייך לסוג השני – זיקה שלא לטובת מקרקעין – זיקה לטובת מפעל תעשייתי או מסחרי שעה שהמקרקעין הם רק יסוד אחד ממכלול יסודות המהווים אורגניזם כלכלי. והוא הדין לגבי זיקה למען מפעל חקלאי – שעה שהמקרקעין אינם היסוד היחיד ואף לא העיקרי שלו. אם מכונני הזיקה התכוונו לספק את צרכי המפעל – ולא את צרכי המקרקעין שעליהם הוא נמצא – יש לראות את הכינון כמכוון לקיום הזיקה אף במקרה שהמפעל יעבור למקום אחר בהישארו אותו המפעל עצמו. טבעי יהיה גם לפרש את מעשה הכינון כמראה מכללא את העברת הזיקה מבעל המפעל הנוכחי לחליפו, אף אם לא נזכרה רשות זו במפורש.

ה. זכאים ומוטבים

בקשר לענין ה"טובה", כבר הערנו לעיל (ס' ג) כי, לעומת מעמד הזכאי, בעל זיקת ההנאה, קיים, בתור מעמד אפשרי, מעמד המוטב. הכוונה היא למקרה שכאשר מישוהו

5 בדעה אחרת, כנראה, אופיר, שם, בעמ' 541 ואילך. מסתבר שהוא מפרש את דברי החוק "לטובת אדם פלוני, וכו'" כאילו דרשו כי תועלת הזכאי תהיה קיימת מבחינה אובייקטיבית (ראה למשל, בעמ' 542: "It is suggested that the benefit alleged to be derived from a restriction imposed by a grantee must clearly be shown if such a restriction is to be upheld as a servitude in gross"). אבל, לעומת זאת, הוא קובע (שם, שם): "The individual grantee [...] presents no problem because, in this context, his judgment is the only one that matters".

רכש את הזיקה, מהד גיסא, לפי תנאי הזיקה מותרת ההנאה מצד בני אדם אחרים מטעם הזכאי, ומאידך גיסא, לפי היחס הקיים בין הזכאי לבין אדם שלישי, תהיה מוקנית להלה זכות להנאה (או שאף ללא זכות כזאת, ברצון הזכאי להרשות לו שייחנה מהנאת הזיקה). גם במסגרת הזיקה לטובת מקרקעין יש להבחין בין הזכאי, שהוא בעל המקרקעין, לבין בני אדם אחרים העשויים להיות מוטבים מטעם הבעלים (מלבד המקרים שבהם הנאת המוטבים נובעת ממילא מקיום הזיקה, למשל, כשמדובר בזיקת הימנעות). המצב מקביל למצב הרגיל בתחום הסכירות: לפי חוזה הסכירות יש לקבוע מי ומי רשאי לשימוש במושכר מטעם השוכר, מלבד השוכר עצמו; והיחסים בין השוכר לבין אנשים אחרים יקבעו אם הם זכאים או רשאים כלפיו להשתמש במושכר.

אם עיריה רוכשת זיקה למעבר או להחניה או לשימוש בשטח מסויים למשחקי ילדים, ברור שהיא רוכשת זיקה זו למען אזרחיה; וכן הדבר כשמדובר בכל תאגיד אחר שאין לו אינטרס עצמי בהנאה הנדונה בזיקה. האזרח בעיר והתאגיד האחר יפעילו את זכותם – לא כלפי בעל המקרקעין הכפופים, כי כלפיו אין להם זכות, לפי הנחתנו – אלא כלפי העיריה או התאגיד האחר כדי שהזכאי ידאג לאפשר להם את הסתתפותם בהנאה – אם יש להם זכות כזאת כלפי הגוף הנדון.

אמנם הדוגמה של העיריה וכן מקרים אחרים הנוגעים לציבור היו מוצאים אולי את מקומם הראוי במסגרת המשפט הציבורי יותר מאשר בתחום המשפט הפרטי. אך לפי משפטנו הנחה אין לשלול את תחולת סעיף 92 המתחשב במפורש בזיקה לטובת הציבור.

ו. "אדם פלוני", "סוג בני אדם" ו"הציבור" בתור זכאים

אין לפרש את החלק השני מסעיף 92 כאילו התכוון החוק להרשות זיקת-הנאה-שלא-לטובת-מקרקעין רק ב"שלושה מקרים", ולהוציא מקרים אחרים. כוונתו המסתברת היא לאמר כי תיתכן זיקת הנאה כנ"ל אף כאשר ניתנת לסוג בני אדם או לציבור; ולא כי, חוץ מהמקרים האלה, היא אינה אפשרית אלא לטובת "אדם פלוני", למעט בני אדם אחדים או תאגידים. אילו אמר החוק "לטובת אדם" ותו לא, היינו מפרשים את דיבורו ככולל גם בני אדם אחדים או רבים וגם תאגיד או תאגידים (סעיף 1 לפקודת הפרשנות). אך החוק ביקש להבהיר כי הכינון אפשרי גם לטובת קבוצת אנשים בלתי מסויימים כגון הציבור או קבוצה "פתוחה" אחרת, כך שייחשבו כזכאים גם בני אדם שאינם משתייכים לה בזמן הכינון ורק יצטרפו לה בהמשך הזמן. כיון שהוסיף את שני הפריטים האחרונים, כינה החוק את הפריט הקודם, לא סתם "אדם", אלא "אדם פלוני", כדי למנוע חפיפה. אבל איננה מסתברת כאן כוונה ליצור "חלל ריק" בין שלושת הפריטים.

זאת ועוד. מכיון שמותרת הזיקה לטובת סוג בני אדם, יש לפתור בחיוב את השאלה אם "אדם פלוני" עשוי להיות גם זה שלא זוהה אישית אלא צויין לפי תוארו, לפי כהונתו, וכדומה^{5א}. אין טעם לשלול אפשרות כזאת אם כבר מאפשרים זיקה לטובת סוג ולטובת הציבור.

^{5א} ובלבד שדרך הכינון תאפשר ציון כזה של הזכאי. עליידי הסכם אין לכונן זיקה לאדם שלישי, בכלל (להלן, ס' יט). וברכישה מכוח שנים אין כל שאלה של ציון הזכאי, כמובן.

בתור "סוג בני אדם" נבין כל קבוצת אנשים שתכונה משותפת מסויימת מאחדת אותם בהבדילה אותם מבני האדם האחרים. החוק ראה צורך לנקוב ב"סוג בני אדם" על שום שהתחשב בסוג בני אדם שכינינו אותו "פתוח" או "נע ונד". כאשר אין הדבר כך, בני האדם הנתפסים בסוג הם בגדר "אדם פלוני", וכדי לאפשר זיקת הנאה לטובתם לא היה צורך בהוספת שום פריט אחר אחרי נקיבת "אדם" או "אדם פלוני".

בזיקה לטובת הציבור ובזיקה לטובת סוג בני אדם אפשר היה להעלות על הדעת שזכאית כאן קבוצת בני אדם בתור אישיות משפטית, נבדלת מחבריה. לכך היה דרוש שלקבוצה הנדונה תהיה אישיות משפטית מכוח דינים אחרים או שההוראה הנדונה בחוק המקרקעין (סעיף 92) תתפרש כמעניקה לה בעצמה אישיות זאת, בכלל או לצרכי רכישת הזיקה. אך אין סעיף 92 מכוון להעניק אישיות משפטית ל"הציבור" ולכל "סוג בני אדם" (לכך היתה דרושה לשון מפורשת), ולא לצמצם את כוח ההוראה רק לאותם המקרים שקבוצת בני אדם זו או אחרת היא בעלת אישיות משפטית לפי דינים אחרים – דבר שוודאי אינו קיים לגבי "הציבור".

אף כאשר "סוג בני אדם" מאורגן ומוכר בתור תאגיד, למשל עיריה מסויימת או לשכת עורכי הדין, אין סעיף 92 מתכוון לזיקת הנאה לתאגיד. לכך לא היה דרוש הביטוי "סוג בני אדם", כי התאגיד נכלל ב"אדם פלוני" שכבר נזכר בהוראה.

המסקנה היא כי צפוי כאן המקרה שתיקבע הזיקה לזיכוי בני האדם הנכללים ב"ציבור" וב"סוג" הנדון – להבדיל מן התאגיד שבני הסוג הנדון עשויים להשתייך לו (כמו בדוגמאות שהבאנו לעיל) – כך שכל אחד מהם (ולא התאגיד, אף אם זה קיים) יהיה זכאי, ולפיכך רשאי לתבוע את התביעה הנובעת מזכותו.

II

ז. זכות קניינית

אין ספק כי זיקת ההנאה היא זכות ריאלית. לא נוכל לפרש אחרת את המלה "שעבוד" המופיעה בהגדרת המוסד (סעיף 5), כשם שהיא מופיעה בהגדרת המשכון (סעיף 1 לחוק המשכון, תשכ"ו-1967): "שעבוד מציין יפה את הזכות הקניינית, ולפי הנוהג המקובל בא הוא לציין במיוחד את הזכות החפצית על נכס הוולת. כן מרמז על יחס קנייני הביטוי "מקרקעין כפופים" המופיע בחוק. במונחים האלה משתקפת המסורת המשפטית שהיא כולה באותו הכיוון, לפי ההשקפה כי השיעבוד (לטובת מקרקעין) הוא כעין הרחבה לבעלות המקרקעין הזכאים.

אמנם לעומת שיקול אחרון זה אפשר לטעון כי אין הוא מתאים למקרה המענין אותנו כאן, כלומר לזיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין. אך כבר הערנו כי השיעבוד לטובת מקרקעין נשאר האבטיפוס והדגם לסוג השני, כי היחס הזה בין השניים משתקף בחוק המקרקעין וכי לפיכך עלינו לפרש את הדינים. לטובת ההשקפה הקניינית מעיד גם הדין על רכישת הזכות מכוח השימוש הממושך, שהוא דומה למוסד אופיני לזכויות קנין, וכן הצורך שהחוק הרגיש להגביל את האפשרות לכונן זיקת שבעשייה למקרה של זיקה לטובת מקרקעין בלבד.

6 השווה גם סעיף 126(ג) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

ואולם, גם בקשר לזיקה לטובת מקרקעין על-פי המסורת, יש טוענים כי כל זכות על נכס הזולת היא זכות קניינית מפורקת, שונה בטיבה מן הבעלות. בבעלות קיימת ברורות אדנות מיידיית, כלומר אדנות בלתי-אמצעית של הבעלים על הנכס, ללא צורך בשום "מתווך" בינם ולבין הנכס, ועל כל העולם מוטלת אך ורק החובה השלילית לכבד את זכות הבעלים ולהימנע מהתערבות פוגעת. לעומת זאת, כך ממשיכה הטענה, בזכות על נכס הזולת אין בידי הזכאי לבוא על סיפוקו אלא באמצעות בעל-הנכס, ולכן על בעל-הנכס מוטלת החובה לאפשר לזכאי את מימוש זכותו; זאת חובה שתעבור לכל בעל-הנכס עתידים עם העברת הנכס עצמו.

טענה זו אינה נראית נכונה. אין לאמר שביכולת בעל הנכס לבדו למנוע את הפעולה שבעל הזיקה זכאי לעשותה או לעשות את הפעולה שבעל הזיקה זכאי שלא תיעשה. אם קיים מחזיק גבול מן הבעלים, הוא יהיה במצב המאפשר לו מניעה או עשיה כאלה ביתר נוחות מאשר לבעלים. ואף אדם שאין לו בעלות והחזקה עלול להפריע או למנוע את השימוש בזיקה; למשל, אם ימנע מן הזכאי מרעה במקרקעין מסויימים בהכניסו שם את הצאן שלו. על בעל-הנכס (וכן על המחזיק) מוטלת אמנם חובה, אך היא אותה החובה עצמה המוטלת על כל העולם, החובה שלא למנוע מן הזכאי את הפעלת זכותו. אף-על-פי שחובה זו פוגעת בבעל-הנכס יותר מאשר בכל אדם אחר (ומכאן הביטויים "שיעבוד" ו"מקרקעין כפופים"), בעצם המדובר הוא באותה החובה הסבילה האוניברסלית המאפיינת את הבעלות וכל זכות קניינית אחרת. משום כך אין לאמר שכאן חסרה האדנות המיידית, הבלתי-אמצעית, של הזכאי על הנכס, אף כאשר מדובר בנכס הזולת. כיוון שהחובה מוטלת על כל העולם, אין הזכאי צריך לדאוג לכך, מי ומי הם בני האדם הנמצאים ביחס עובדתי מסויים לנכס, והוא רשאי להתעלם מהם.

הטענה הנ"ל יוצאת מופרכת כל עוד מדובר בזיקה שלפיה זכאי בעל הזיקה לפעול פעולה במקרקעי הזולת או, אף מחוצה להם, לבצע מעשה שהיה נחשב פגיעה במקרקעין אלו (כגון מטרד) לולא קיום הזיקה, או בזיקה האוסרת שפעולה מסויימת תיעשה במקרקעין הכפופים ולכן מטילה גם על הבעלים להימנע מפעולה שהיתה גובעת מזכותם לולא קיום הזיקה. אלא הטענה נגד אופיה הריאלי של הזיקה עשויה ללבוש צורה אחרת וחמורה יותר כאשר מדובר בזיקה המתבטאת בעשייה (ולא בהימנעות או בסבילות) מצד המקרקעין הכפופים — כפי שחוק המקרקעין מרשה לגבי זיקה לטובת מקרקעין.

לשון טענה זו עשויה להיות: אופי הריאלי של השיעבוד מתקבל על הדעת כל עוד נהג הכלל *servitus in faciendo consistere nequit*, כפי שהיה במשפט הרומאי וכפי שנוהגים עוד בשיטות משפט אחרות; אבל, כשהמדובר הוא בעשייה מצד בעל המקרקעין הכפופים, אין לראות לעומתה אלא דרישה אובליגטורית ולא זכות קניינית.

אמנם יש כאן מקום להערה כי הרחבת היריעה לזיקה שבעשייה נוגעת רק לזיקה לטובת מקרקעין ולא לזיקה מהסוג השני שאנו עוסקים בה. ואולם ניתן לענות כי מוסד הזיקה הוא בעיקרו אחד, ואילו היה בכוח ההרחבה הנ"ל לקעקע את הריאליות של הזיקה בכללה, אף הריאליות של הזיקה-שלא-לטובת-מקרקעין היתה יוצאת מעוררת.

הטענה הנ"ל — בקשר לזיקה שבעשייה ובקשר לזכויות אחרות הנחשבות זכויות קניין ושגם בהן יש משום עשיית הזולת למען הזכאי — נראית מרשימה. היא היתה משכנעת

אילו היה לפנינו יחס משפטי פשוט, שיש להעמידו על זכות אחת מול חובה אחת, זכות הזכאי כנגד חובת המחוייב (או המחוייבים), כלומר כנגד הבעלים וכנגד כל אלה הנמצאים במצב שליטה ביחס לנכס הגדון. אז יהיה זה יחס אובליגטורי, ותו לא. אך לא כן כאשר יש לראות בו יחס מורכב: זכות קניינית (וכנגדה החובה הפאסיבית האוניברסלית הרגילה), ונוסף על כך חובה או נטל (או חובה של אחד ונטל של אחר או של אחרים).

לפי ההיבט הראשון, זכות הזכאי מתבטאת ביכולתו להפיק הוא עצמו מן הנכס את טובת ההנאה השייכת לו, בפעולתו הישירה או בדרכי המשפט, דרכי ההוצאה לפועל; ועל בעל-הנכס לכבד זכות זו, כשם שכל העולם חייב לכבדה. לפי ההיבט השני ידובר, לפי המקרים, בחובה (אובליגטורית) של אדם (הבעלים) – ושל כל אלה הנמצאים במצב של שליטה במקרקעין – לעשייה הנדונה, או בנטל המוטל עליהם לעשייה זו אם ברצונם למנוע את הפעלת הזכות מצד הזכאי; ואפשר שגם לאנשים אחרים המעוניינים במניעה כזאת תינתן הרשות לעשות את הפעולה (שתהא בגדר נטל להשגת מבוקשם).

כך, בענין הזיקה שבעשייה: (א) בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מכל התנהגות שאינה מתישבת עם זכות המקרקעין הזכאים (למשל, אם אלה זכאים לקבל ענפי עצים מתוך המקרקעין הכפופים, תוצאתם מן המקום אסורה עליו) – כשם שחייב להימנע מכך כל העולם; (ב) יש להחליט אם העשייה (הספקת הענפים, לפי הדוגמה) היא חובה (אובליגטורית) של בעל המקרקעין הכפופים (ושל חליפיו בבעלות הקרקע), או אם היא רק נטל המוטל עליו כדי למנוע מן הזכאי שיפעיל את זכותו, על-ידי פעולתו הישירה או באמצעות דרכים משפטיות.

לפי השיקולים שהבאנו לעיל יש לראות במשפטנו את זיקת ההנאה כזכות קניינית. ובענין הברירה בין חובה אובליגטורית לבין נטל, יש לשים לב לביטויים כגון "חייב" (סעיף 93(ב)), "חובה" (סעיף 97) המופיעים בחוק. אמנם אין להוציא מכלל האפשרות שהמחוקק לא עשה שימוש טכני בהם. אך, באין שום נימוק לפירוש כזה, עלינו לראות כאן לא נטל אלא חובה מצד בעל המקרקעין הכפופים; חובה שתעבור עם העברת הבעלות.

ח. תוצאות הזכות הקניינית: עדיפות בין זכויות מתחרות והגנה על הזיקה

בתור *ius in re aliena*, עדיפה הנאת בעל הזיקה מהנאת הבעלים – אם אין אפשרות להנאה המלאה של שניים (רק חיוב חוזי יוכל לקבוע שבעל הזיקה והבעלים יחלקו ביניהם הנאה מסויימת או אפילו שיקדימו הבעלים בהנאתם את בעל הזיקה וזה ייהנה מן העודף בלבד). ובתור זכות קניינית, עדיפה הזיקה הקודמת מזיקה מאוחרת – אם שתי זיקות הנאה אינן עשויות להתגשם במלואן. רק אם שתי זיקות הן בעלות ותק אחד תצטרכנה להצטמצם עד כדי התישבות ביניהן.

לפי ניסוחו אין סעיף 17 עשוי לעמוד לבעל זיקה, כי מדובר בו על "מחזיק במקרקעין" ואילו סעיף 5 מגדיר זיקת הנאה דווקא כשעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם; כן מדובר בסעיף 17 על דרישה שהבלתי-זכאי יימנע מהפרעה

לשימוש במקרקעין – כלומר הפרעה למקרקעין בכללם – דבר שזכותו המוגבלת של בעל זיקה אינה יכולה לזכות אותו. אך נראה לנו כי מוצדקת בהחלט תחולה אנלוגית לסעיף 17, שלפיה בעל הזיקה (מלבד זכותו לפי פקודת הגזיקין) יוכל לדרוש מכל מפריע להימנע מהפרעה לשימוש שהוא, בעל הזיקה, זכאי לו, ויטלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת.

כמו כן נראה לנו שיש מקום לתחולה אנלוגית לסעיף 18(א) ושבעל הזיקה יהיה רשאי לפיכך להשתמש בכוח למניעת התערבות פוגעת בשימוש, כלומר למניעת עוול. מפוקפקת יותר נראית לנו תחולתו האנלוגית של הוראת סעיף 18(ב) בדבר הרחקת התופס, כיון שלבעל הזיקה אין החזקה, ותיקון עוול על-ידי עשיית דין לעצמו הוא טבעי וסביר הרבה יותר מצד מחזיק מאשר מצד לא מחזיק.

ט. הנאה "מסויימת"

סעיף 93(א)(1) מדבר על "שימוש מסויים במקרקעין הכפופים" וסעיף 93(א)(2) על חובתו של בעל המקרקעין האלה להימנע מביצוע "פעולה מסויימת". סעיף 93(ב) חוזר פעמיים על הביטוי "פעולה מסויימת", אגב הזיקה שבסבילות ואגב הזיקה שבהימנעות.

"מסויים" פירושו גם ידוע, מוגדר, וגם מיוחד, מוגבל. יש לפרשו כאן בשני המובנים האלה, בשימת הדגש על המשמעות השניה.⁷ אילו המשמעות הראשונה היתה היחידה או העיקרית בעיני המחוקק, לא היה אולי צורך בהוספת שם התואר הנדון ל"שימוש" ול"פעולה", ומכל שכן לא בחזרה עליו. בקשר לשכירות ולשאלה מדובר על שימוש בנכס המושכר או המושאל אך לא הורגש הצורך להוסיף עליו "מסויים", כיון ששימוש זה הוא ברגיל שימוש כללי, לפי כל סוגי התועלת שאפשר ונהוג להפיק מן הנכס הנדון. ואילו כאן יבוא בחשבון שימוש אחד בלבד או, לכל היותר, אי אלו שימושים ספציפיים. בתור דוגמאות לזיקות הנאה שאינן לטובת מקרקעין או עשויות להיות גם לא לטובתם, אפשר להביא את הבאות: זכות הזכאי או הזכאים לעבור במקרקעין הנדונים או להוביל חומרים או נוסעים, לטייל בהם ולעסוק בספורט זה או אחר, לקחת שם חומרים שונים כגון חול, אבנים, עץ, פירות, פרחים, לשאוב מים, לרחוץ בבריכה, להחנות מכונית, להעמיד שלטי פרסומת, להעמיד ולאחסן שם חומרים וסחורות, להעביר חוטי חשמל, חוטי טלפון וצינורות, להעמיד אנטנה לרדיו ולטלוויזיה, לפרוק שם חומרים, אשפה, לשפוך מים ומי שופכין; לכבס כבסים, להשתמש בשירותים הנמצאים במקום (למשל, בבית שימוש); זכות פלוני כי, בבוא העת, ייקבר במקרקעין הנדונים (או שייקברו שם קרוביו); זכות הזכאי או הזכאים שמן המקרקעין הכפופים לא ייצאו דברים

7 לפיכך יש להסתייג מדעת מר אופיר (שם, בעמ' 535), המדבר אמנם על specific use אך מדגים אותו, בין היתר, על-ידי farming. אולי יש מקום להערה דומה ביחס למאמרו של השופט לנדוי, "חוק המקרקעין (כללי) וזיקת הנאה לפי חוק המקרקעין", עיוני משפט, ג' (תשל"ג), 86, שהוא קובע בעמ' 91, מצד אחד, כי "הסכם שלפיו נמסרת ההנאה והשימוש המלאים בנכס כולו לזולת [...] לא תיחשב, לדעתי, לזיקת הנאה בעלת תוקף", אך, מצד אחר, מעלה (בעמ' 90) את האפשרות להלביש רשיון (שהוא צופה אותו כתחליף לשכירות ולכן, מן הסתם, כנוגע לשימוש כללי) "בלבוש של זיקת הנאה אישית".

מזיקים; זכות שלא יפעלו שם פעולות מסוימות ובמיוחד פעולות שיש בהן משום התחרות עם עיסוק הזכאי; זכות הזכאי להכניס למקרקעין הכפופים רעש, עשן, פית, חום, ריחות, וכיוצא באלה, כנגדם מהפעלת בית-חרושת.

יש מפקקים אם תיתכן במשפטנו זיקת הנאה לפי אחדות מהדוגמאות הנ"ל, כיון שבהן נתפש חלל מסוים בדרך של קבע במקרקעין הכפופים. טוענים כי תפישה זו סותרת את הגדרת הזיקה (סעיף 5), השוללת החזקת הזכאי יא. השגה זו אינה נראית לנו. בכל זיקה שבה יש עשייה מצד הזכאי קיימת תפיסת חלל במקרקעין הכפופים, אם מצד בני אדם ואם מצד נכסים (או מצד בני אדם ונכסים גם יחד), ואין זה משנה מבחינה עקרונית אם התפישה היא בלתי רצופה או רצופה; אם היא במקום קבוע או לא קבוע בתוך המקרקעין הכפופים; ואם, לפי תנאי הזיקה, יבחר במקום בעל המקרקעין או הזכאי. אבל זכות הזכאי להכניס נכס התופש מקום אינה מחייבת את התוצאה שהמקום התפוש (או אפילו הנכס המוכנס עצמו) יהיה בהחזקתו.

כיון שההנאה חייבת להיות הנאה מיוחדת, אין לראות כי, בהיתר הזיקה-שלא-לטובת-מקרקעין, התיר החוק לכונן זכויות קנין שאינן ידועות למשפט הישראלי כגון זכויות ה-"usus", ה-"habitation", המוכרות במשפט הרומאי ובהרבה שיטות משפט הנובעות ממנו. כל אלה הן זכויות כלליות יותר מהזיקה האפשרי של זיקת הנאה.

בענין זיקת ההנאה המסורת מטעימה את אופיו המיוחד, המוגבל, של הזיקה ההנאה. הדבר מובן, כי, אילו היתה יכולה להיות כללית, זכות קניינית העשויה להתקיים לצמיתות היתה בולעת מדי, עד כדי ביטול הבעלות, למעשה.

אולי יטען כאן הטוען כי אופיה המיוחד הזה של זיקת ההנאה מובן ומוצדק לגבי הזיקה לטובת מקרקעין אך לא לגבי הזיקה שלא לטובת מקרקעין שאינה ניתנת להעברה אלא בהסכמת בעל המקרקעין הכפופים (סעיף 95), כך שתפקע עם מות בעליה. אבל סעיף 95 צופה העברה רצונית בין החיים מצד בעל ההנאה, וספק אם יש להסיק ממנו אי-העברה מחמת מיתה (להלן, ס' לב); ומכל מקום מסתבר אופיו הדיספוזיטיבי ולא הקוגנטי. שנית, לפי המצב האובייקטיבי ולפי עצם ניסוחה אין הוראה זו חלה על זיקת הנאה לטובת הציבור; וגם לגבי הזיקה הקיימת לטובת "סוג בני אדם", יש לחבין שהיא חלה בענין העברת הזיקה מסוג מסוים למשנהו (או לאדם פלוני) אך לא למניעת ההנאה מצד כל אלה המצטרפים לסוג הגדון אחרי כינון הזיקה, אפילו נולדו אחרי הכינון. מכל מקום, לגבי תאגיד אין ההוראה הנדונה מציבה גבול לזמן הנאתו. ולבסוף, כפי שאמרנו כבר, תכונות הזיקה נקבעות על-פי רוב בקשר לזיקת ההנאה הטיפוסית, זאת לטובת מקרקעין, ותחולנה ממילא גם על סוג המשנה שהיא הזיקה שלא לטובת מקרקעין, חוץ מן המקרים שבהם קובע החוק כללים מיוחדים בענין זה.

כתוצאה מדרישת החוק לקביעת הנאה מסוימת, עיסקה הקובעת הנאה כללית או סתמית תתפרש במקרה של ספק כשכירות או כשאלה (א), כאשר לא היתה מכוונת למתן החזקה, כאותה "כעין-שכירות" או כאותה "כעין-שאלה" שבהן מדובר בסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971) ולא כזיקת הנאה. ואם ברי לנו כי הכוונה היתה אמנם לזיקת הנאה כללית דווקא, נאמר כי היא בטלה.

74 ביתר דיוק, אין הגדרת סעיף 5 גורסת אי-החשיבות בין זיקת הנאה לבין החזקה. היא רק קובעת כי מן הזיקה כשלעצמה אינה נובעת לזכאי החזקה במקרקעין הכפופים.

אפשר כי השימוש האפשרי במקרקעין מסויימים הוא אחד בלבד, למשל שימוש בו כמרעה. התיתכן במקרה זה זיקת הנאה למרעה? גם כאן יש מקום קודם כל לפרש את העיסקה ולהחליט אם היא מכוונת אמנם לזיקת הנאה ואם לשכירות או שאילה (או "כעין שכירות" או "כעין שאילה") או — כאשר התכוונו הצדדים לייחוס ההנאה הסופי — להעברת בעלות (מכר או מתנה). בתנאה כי יש לפרשה כזיקת הנאה, אפשר לאמר כי אין כאן צורך בפירוט סוג ההנאה — כדי שתהא מסויימת — בייחוד אם לפי הנסיבות אין אפשרות שצאן נוסף ינצל את המרעה מלבד צאן הוכא. אך יש להעמיד את השאלה אם לפי כוונת הצדדים ולפי נסיבות העיסקה כל שימוש אחר שיתגלה כאפשרי בעתיד (בתור שימוש נוסף על שימוש במקרקעין כמרעה) יהיה מותר לבעלים אם לאו. אם כן, היינו אומרים שזוהי זיקת הנאה תקפה, כיון שהשימוש הצפוי בה נשאר שימוש ספציפי.

י. שימוש המשכי או חוזר

לפי טיבה של זיקת הנאה, השימוש הצפוי בה הוא שימוש נמשך או חוזר. לא בהכרח יהיה זה שימוש לצמיתות, כפי שנובע מסעיף 96 (ברישא ובאמצע). אך מעשה חד-פעמי אינו תוכן אפשרי לזיקת, אף לא לזיקה-שלא-לטובת-מקרקעין, כי יחס חד-פעמי וחולף אינו בגדר "זיקה".

יא. חופש העיצוב וסוגי הזיקה

במשפט הישראלי אין הדין מעצב דפוסים לזיקות ההנאה⁸; לא בתור דפוסים בלעדיים — כאלה של המשפט הרומאי הקדום והקלאסי — ואף לא כדפוסים בלתי-בלעדיים ומוסדריים הסדר דיספוזיטיבי — כאלה הקיימים בשיטות משפט אחרות. אצלנו כל ההסדר יבוא מצד המכוננים, והמשפט מכיר בחופש העיצוב של הפרטים, לפי העיקרון שאליו חותר המשפט הרומאי בהתפתחותו אך ספק אם הושג בימי רומא העתיקה. אמנם קיימת גם במשפט הישראלי "רשימה סגורה" של זכויות קנין, אך בתוך הקטגוריה הנדונה, זיקת הנאה, קיים חופש עיצוב דומה לזה הנוהג בתחום החוזים האובליגטוריים. חופש עיצוב זה גורר אחריו את החופש לשנות זיקה קיימת, כלומר לשנות את תנאיה. חוק המקרקעין מבטל אף הגבלה המקובלת עדיין בעולם בהבחינו כי אפשרית, לא רק הזיקה שבסבילות או באי-עשייה מצד המקרקעין הכפופים, אלא גם זאת שבעשייה מצדם; ובוה יש משום מהפכה בתולדות המוסד, לעומת המסורת הרומאית-קונטיננטלית והאנגלית כאחת⁹.

אמנם ביטול הגבלה זו נוגע רק לזיקת ההנאה הרגילה, זאת לטובת מקרקעין, ולא לזאת שחוק המקרקעין מתיר גם כן בבטלו מגבלה נוספת בחופש העיצוב: צמידות הזיקה למקרקעין מסויימים (המקרקעין הזכאים). ביטול זה גורר אחריו ביטול מגבלה

8 על המצב שלפני חוק המקרקעין ראה C.A. 156/42, *Suleiman v. Latin Patriarchate* 9 P.L.R. 641 (1942).

9 במה דברים אמורים? בזיקה שעיקרה בעשייה — להבדיל מזיקה שבה העשייה טפלה בלבד. בזאת האחרונה מכירים בדרך כלל גם בשיטות המשפט האחרות.

אחרת הכרוכה בצמידות ההיא (כפי שראינו לעיל, ס' ג): הדרישה שזיקת ההנאה תהיה לתועלת המקרקעין הזכאים, כך שתיחשב כבטלה כאשר אין היא מכוונת לתועלת זו. אמנם מבחן "טובת המקרקעין" אינו נעלם ממשפטנו אלא שהוא מקבל תפקיד אחר לעומת שיטת המסורת. הוא חדל להיות גבול בין מותר לאסור, והופך לגבול בין שני סוגי הזיקה, זאת למען מקרקעין וזאת שלא למען מקרקעין.

יב. מיקום הזיקה במקרקעין הכפופים

חוק המקרקעין מרחיק לכת בדרך הליברליזציה בעיצוב השיעבוד. אך, מלבד מגבלות אחרות שעליהן דובר לעיל או שידובר להלן, גבול אחד עומד איתו, מיקום הזיקה במקרקעין הכפופים. כיון שהחוק מוותר על הדרישה שבכל מקרה תתקיים הזיקה לטובת מקרקעין, אין להוסיף על ויתור זה את הויתור על הדרישה שתורבץ על מקרקעין בלי שיעלם כליל מושג הזיקה בתור יחס משפטי כרוך במקרקעין.

בין שהזיקה קיימת למען מקרקעין זכאים ובין שלא, מכל מקום צריכה היא להיות מסופקת מן המקרקעין הכפופים. דבר זה מתבטא בעצם הניסוח של סעיף 93(א) הנוגע לשני סוגי הזיקה, והמדבר תמיד, בפסקה (1) ובפסקה (2) כאחת, על איתור הזיקה במקרקעין כפופים. משום כך, בעוד שזיקה זו ניתנת להעברה (בסייגים) מצד הזכאי (סעיף 95), אין היא עבירה כלל ועיקר מצד המקרקעין הכפופים.

דרישה זו לובשת צורות שונות לפי סוגי הזיקה. מארבעת הסוגים שלפי מיון סעיף 93 מעניינים אותנו כאן שני הראשונים, אלה שבסעיף 93(א), שהם גוגעים גם לזיקה שלא לטובת מקרקעין.

הקשר למקרקעין הכפופים קיים ממילא כאשר מדובר בשימוש מסוים מצד הזכאי במקרקעין הכפופים. מעוררת קשיים, לעומת זאת, הזיקה המתבטאת בהימנעות מצד בעל המקרקעין הכפופים. אם הוא מתחייב שלא לעסוק במשלח-יד מסוים, כלום אפשר לראות בזה משום איתור החובה במקרקעין הכפופים המספיק לביסוס זיקה? כאשר אדם מתחייב שלא לעסוק בעריכות דין, למשל, מתחייב הוא שלא לעסוק בה בשום מקום, אך האם די בזה לביסוס זיקה לגבי המקרקעין שלו (כלומר, לגבי כל המקרקעין שלו, אף אם הם מרובים)? התשובה צריכה להיות שלילית, כיון שוהי התחייבות אישית, בלתי קשורה קשר פנימי במקום זה או אחר. הקשר יתקיים, אם מדובר בהימנעות מפעולה, כאשר בפעולה הנדונה היה משום שימוש הבעלים במקרקעין שלהם, כגון הגבלה בניצול המקרקעין, כלומר ניצולם במישרין. אין המדובר, איפוא, בהימנעות שמיקומה במקרקעין, פשוטו כמשמעו, אלא בהימנעות ביחס למקרקעין. תבוא בחשבון, למשל, הימנעות ממשלח-יד שכתוצאתו היו נכנסים במקרקעין הרבה אנשים שנוכחותם עלולה להפריע לתושבי הסביבה.

באיתור הזיקה במקרקעין הכפופים נקשרת גם מגבלה אחרת לתוכנה האפשרי. הזיקה נוגעת תמיד לאיזו פעולה חומרת, שצריכים להימנע ממנה או לסבלה, להבדיל מפעולה משפטית¹⁰. לא היה צורך אולי להדגיש את זה שכל המסורת רואה אותו כדבר מובן מאליה אילו בפסק-דין ישראלי לא ראו לכלול בסעיף 93(א) (2) לחוק המקרקעין

10 השווה: לנדוי, שם, בעמ' 91: "[...] מתייחסת זיקת ההנאה [...] למעשים פסיים [...]".

קעין הסכם לאי-פעולה משפטית מסוימת: "נראה לי שאפשר לראות לפי חוק זה, התחייבות שלא לעשות משכנתא או שעבוד – כזיקת הנאה במקרקעין"¹¹. אך בדברים האלה יש משום התנכרות, לא רק למסורת המשפטית, אלא גם לחוק המקרקעין, המדבר בסעיף הנוכח, סעיף 93(א)(2), על הימנעות החייב מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין, כלומר הימנעות מפעולה חומרית. לגבי פעולה חומרית סביר לאסור אותה באתר מסויים ולהרשותה מחוצה לו. לגבי פעולה משפטית אין כל טעם לאסור כזה שיחול רק במקרה שהיא מבוצעת במקרקעין הכפופים – במידה שניתן לבצעה במקום זה דווקא. לגבי פעולה משפטית אפשר להעלות על הדעת שהיאסר על פלוני, לא אם היא נעשית במקרקעין מסויים, אלא אם היא נוגעת למקרקעין מסויים; למשל, איסור להעביר או לחלק אותם. אבל אין דבר זה נכלל במסגרת סעיף 93 ובמסגרת זיקת ההנאה.

יג. זיקת בתור "הסדר כובל"

זיקה שלפיה "בעל המקרקעין הכפופים חייב להימנע מביצוע פעולה מסוימת באותם מקרקעין" (סעיף 93(א)(2)) עשויה ללבוש צורת הסדר בין בני-אדם המנהלים עסקים הבא למנוע או להגביל את אחד הצדדים להסדר באחד העניינים המנויים בתור הסדרים כובלים בחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959, ובמיוחד בעיסוק, תנאי, דרכיו, כמותו, איכותו או סוגו ובמקום שבו יעסוק (סעיף 2 לחוק הנ"ל). לפיכך יהיה ההסדר נתון להוראות חוק זה.

נשאלת השאלה אם הוראות אלה תחולנה לא רק כאשר מכוננים את הזיקה על-ידי הסכם אלא גם במקרים אחרים. לא מדובר בסעיף 2 האמור על הסכם אלא על הסדר ועל צדדים להסדר, ולפיכך נראה שהחוק עשוי לחול גם כאשר לא נוצרה הזיקה על-ידי הסכם, ואפילו היינו מפרשים את דברי החוק כמובן כי הסדר בין הצדדים ייחשב רק זה שהם הסכימו לו איכשהו, נראה לנו שיש להפעיל גם לגבי זיקה הנוצרת על-ידי הוראת צוואה או מכוח שנים. היורש המקבל את הירושה והזוכה-במנה המקבל את המנה המקנה לו את הזיקה הנדונה נעשים צדדים לאותו הסדר. כן גם בזיקת מכוח שנים, כיון שבמקרה זה לכינון זיקה כזאת דרוש כי ההימנעות מצד בעל המקרקעין הכפופים תתקיים כתוצאה מדרישה או מאיסור הזכאי (להלן, ס' כב); כאשר, בתום התקופה הדרושה, צומחת הזכות לזכאי, ההסדר הנדון יהיה נתון להוראות החוק.

יד. איתור הזיקה בחלק מסויים מן המקרקעין הכפופים

זיקה לא תוכל לחול על חלק יחסי (על חלק יציגו "מסויים", כלשון סעיף 27 לחוק המקרקעין) ממקרקעין, ולכן אינה ניתנת לחלוקה כאשר המקרקעין הכפופים הופכים נתונים לבעלות משותפת של אחדים. לעומת זאת, אפשר כי, לפי תנאי הזיקה שקבעו מכונניה, השימוש בה יחול על חלק חומרי בלבד מהמקרקעין כפי שהם שייכים לבעליהם. כן אפשר כי השימוש בזכות שהוא היסוד לרכישת הזיקה מכוח שנים נוגע לחלק כזה.

11 ח"א 1993/63 בנק ארץ ישראל בריטניה נ' בנק לאומי לישראל, פ"מ ע"ו 29, 36.

לאמיתו של דבר, היה צריך להיקרא "מקרקעין כפופים" במקרים כאלה רק אותו החלק מן המקרקעין שהזיקה נוגעת לו. לפיכך סעיף 97 בסיק רק מסקנה הגיונית כאשר הוא קובע כי, אם חולקו המקרקעין הכפופים, תוצמד זיקת ההנאה לחלקה שהזיקה היתה לחובתה. אין להבין את הדברים האלה שמתייחסים לחלוקה במובן הטכני בלבד, כלומר לאותה החלוקה שהיא מהווה פירוק לשיתוף. ההוראה תחול בכל המקרים שבהם המקרקעין הכפופים הפכו מחלקת בעלות אחת (אם בעלות של יחיד ואם בעלות משותפת לאחדים) לחלקות בעלות אחדות, והזיקה אינה נוגעת לכולן.

כאן אין כל צימצום לתחום הזיקה אלא העמדתה על תחומה הנכון. צימצום לתחום הזיקה, לעומת זאת, אפשרי — יחד עם שינויים אחרים בזיקה, ועד כדי הפקעתה — לפי הוראת סעיף 96. לכך נדרש פסק-דין מכונן (קונסטיטוטיובי), והשינוי עשוי להיות כרוך בפיצוי לטובת הזכאי.

שאלת פרשנות היא לקבוע אם זיקה מסויימת הוטלה על המקרקעין הכפופים כולם בשלמותם, או על חלק מהם בלבד. אין זה מכריע אם דובר על תחום זיקה או על תחום השימוש בה: אם הובא בחשבון אך ורק שימוש ברצועה פלונית שבמקרקעין, שקול הדבר כנגד קביעת הזיקה על אותה הרצועה בלבד. אבל אפשר כי התכוונו הצדדים למיקום הזיקה לפי הנסיבות הרגילות, בסייג כי, אם זה יתגלה בהמשך הזמן כבלתי אפשרי או כבלתי מעשי, יעבור השימוש למקום אחר.

טו. הנאת נטילה

פרופ' ויסמן, השופט לנדוי ומר אופיר מעוררים את השאלה אם ההנאה האפשרית בזיקות ההנאה עשויה לכלול גם כאלו שיש בהן זכות ליטול מן המקרקעין הכפופים דברים המצויים בהם, כלומר לכלול profits à prendre מלבד easements.¹² הם מלינים על כך אין בחוק תשובה ברורה.

מסתבר שלא היו שואלים שאלה מקבילה בענין השכירות, כלומר אם זכות השוכר להשתמש במושכר¹³ כוללת רכישת הפירות; ומכל שכן בענין הבעלות, אם זכות הבעלים להשתמש בנכס¹⁴ כוללת זכות לרכישת פירות וכל דבר אחר הנובע מנכסם. ואולם אפשר לטעון כי "שימוש" (שעליו מדובר אגב הבעלות והשכירות) אינו מחייב באורח חד-משמעי רכישה יותר מאשר מחייבת את זאת "הנאה" (וגם אגב זיקת ההנאה מדבר החוק ב"שימוש"¹⁵).

הסיבה לספק שמביעים פרופ' ויסמן, השופט לנדוי ומר אופיר היא ב"רקע ההבחנה המקובלת", כלומר ההבחנה האנגלית הנ"ל. אבל חוק המקרקעין — בכללו ובדבר זיקת ההנאה בפרט — אינו מבוסס על המשפט האנגלי ואינו רואה את המשפט האנגלי כרקעו. לפיכך, להטיל ספק אם זיקות ההנאה הישראליות עשויות לכלול profits à prendre, מלבד easements, משום שאין מדגישים בהגדרתן את יסוד הרכישה האפשרית דומה

12 ראה: ויסמן, חוק המקרקעין, תשנ"ט-1960, בעמ' 68; לנדוי, שם, בעמ' 91; אופיר, שם, בעמ' 535-536.

13 סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; סעיף 3 לחוק המקרקעין.

14 סעיף 2 לחוק המקרקעין; סעיף 2 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971.

15 סעיף 93(א)(1) לחוק המקרקעין.

לפירוש שלפיו שופטים אנגליים פירשו בארץ את סעיף 111 לקודקס העותמני לפרו-צדורה אזרחית כאילו כולל זה רק damages ולא penalty. באותה מידת צידוק היה יכול לשאול מהפסן שחונך על ברכי המשפט הגרמני אם הזכירות שלנו כוללת גם Pacht וגם Miete.

אין אפילו לצמצם את תכנה האפשרי של זיקה בכך, שהשימוש בה לא יפגע בעצם המקרקעין (לפי הכלל המקובל בזכות ה-usufructus: הסייג salva rerum substantia [בשמירה על גוף הנכס]); אין להוציא מכלל האפשרות כי בעל הזיקה יהיה זכאי לקחת תומרים שהוצאתם תרושש לצמיתות את המקרקעין הכפופים.

ואולם קורטוב של אמת מוכנים אנו להכיר בדעת אלה המפקפקים אם ב"שימוש" אפשר לכלול גם רכישה. אין להתעלם מן השיקול שכבר עמדנו עליו לעיל (ס' ט): זיקת הנאה אינה אלא הנאה מסוימת, במשמעות הנאה מיוחדת, מוגבלת, ולכן לא תוכל להתבטא ברכישת כל הפירות של המקרקעין הכפופים. זכות כזאת לא היתה זיקת הנאה, שהיא מכוונת בראש וראשונה ל-uti ולא ל-frui.

זאת ועוד: לפי טבעה, הזיקה היא הנאה נמשכת או חוזרת (לעיל, ס' י), ומשום כך, מכירת עצים חד-פעמית אין להציגה כזיקת הנאה, אף אם העצים עדיין מחוברים בקרקע.

טז. איסור הזיקה שבעשייה ובבולותיו

ראינו כבר שחוק המקרקעין הישראלי סטה מהמסורת הרומאית המקובלת עדיין בעולם המודרני בזה שהרשה גם זיקה שבעשייה – כלומר זיקה שבה בעל המקרקעין הכפופים חייב לבצע בהם פעולה מסויימת – כשהמדובר בזיקה לטובת מקרקעין (סעיף 93(ב)). אבל, דווקא בזיקה שלא לטובת מקרקעין, שהיא זרה למסורת הרומאית, שמר את איסור המסורת ההיא על זיקה שבעשייה, כפי שהדבר יוצא ברור מסעיף 93(א) ומהשוואתו עם סעיף 93(ב).

המתקיימת לאיסור על זיקה שבעשייה ידועה אמנם למשפט הרומאי עצמו וביתר שאת לשיטות המשפט המודרניות, על-ידי ההבחנה בין עשייה עיקרית לבין עשייה טפלה: טפלה היא זאת הבאה אך ורק לאפשר לזכאי את השימוש בזיקה, כגון החזקת הדרך שבה הוא זכאי לעבור – במצב תקין.

יש להבחין כאן בין שתי שאלות, שאלה של פרשנות ההסכם (אם לפנינו זיקה שנוצרה בהסכם) ושאלה של פרשנות הדינים. אפשר שהצדדים הטילו במפורש עשייה טפלה כנ"ל על החייב אם אין הוראה מפורשת, כוונה כזאת סבירה בנסיבות מסויימות, למשל כאשר באותה הדרך משתמש גם החייב עצמו, ואפשר שאינה סבירה בנסיבות אחרות. וכאשר מוטלת החזקה על הזכאי, יש לקבוע אם מדובר בחובה או בנטל.

מבחינת הדינים, נוטה הדעת לפרשם כמסכימים לסייג שהמסורת מכירה בו כסייג לאיסור. אמנם אין בחוק המקרקעין זכר לסייג כזה, במובדל מחוקים מודרניים אחרים. אך המתקה סבירה לאיסור הגיונית בשיטת המשפט הישראלית השומרת אותו רק בתחום הזיקה שלא לטובת מקרקעין – שעה שעזבה אותו כליל בתחום האחר. כאשר השימוש בזיקה דורש החזקת מתקן או החזקת מקום במצב תקין, לכאורה מוטלת החזקה זו על הזכאי – בתור נטל, ואף בתור חובה אם בעל המקרקעין

זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין

מעוניין גם הוא בכך. אבל, לפי הפירוש הנ"ל לחוק, רשאים הצדדים להסדיר אחרת את העניין.

יז. שינוי השימוש בהמשך הזמן

גם בזיקה שלא לטובת מקרקעין, כמו בזיקת המקרקעין, אפשר כי, בהמשך הזמן, יגבר הצורך בשימוש מצד הזכאי. נשאלת השאלה אם יש לראות את הזיקה כמוגבלת לפי מידת השימוש – או לפי מידת הצורך בו – הקיימת בזמן הכינון. אפשר לאמר כי יש כאן שאלת פרשנות, כל פעם שאת הזיקה כוננו הסכם או הוראת צוואה, פסק-דין או מעשה מנהלי. אך, כאשר כוונה אחרת אינה משתמעת, יש להתחשב בכך, שזיקת הנאה לזמן ארוך או לזמן בלתי מוגבל אינה עשויה להתיישב עם הקפאת השימוש לפי הצורך בשעת הכינון, ומשום כך יש לייחס לה גמישות מתקבלת על הדעת. בגבולות סבירים, על החייב להשלים עם הסיכון שהצורך יגבר. אם אין עוברים גבולות אלו, אין מקום לפסק-דין מכונן (קונסטטיטויבי) על-פי סעיף 96 (ולהשלט פיצוי על הזכאי, כפי שהיא צפויה באותה ההוראה). סעיף 96 דן בשינוי שיכניס בית-המשפט לעומת תנאי הזיקה, ולכן שאלה מוקדמת להפעלתו היא לקבוע אם שימוש מסויים חורג ממסגרת הזיקה עצמה אם לא.

יח. איסור השימוש לרעה; סמכות בית-המשפט לשנות את תנאי הזיקה

על ההסכם המכונן זיקה תחול בין היתר הוראת סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי). תשל"ג-1973, הדורשת קיום בדרך המקובלת ובתום-לב. כלל זה, הנוגע לזיקה שמקורה בהסכם, נקשר כאן לכללים אחרים הנוגעים לכל זיקות ההנאה. כבר אמרו הרומאים כי זיקת הנאה יש להפעילה *civilter*, כך שיתחשב הזכאי בבעלים, ולכן יבחר בדרך ביצוע הפוגעת בענינם עד כמה שאפשר פחות. במשפט הישראלי משלימים ומחזקים את הכלל המסורתי הזה שני כללים שבחוק המקרקעין. האחד הוא סעיף 14 המכריז כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר". והאחר הוא הכלל שבסעיף 96 המסמיך את בית-המשפט לבטל את הזיקה או לשנות תנאיה, אם ראה לעשות כן בגלל אי-הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הכפופים.

נבין את השינוי שבית-המשפט מוסמך להכניס בתנאי הזיקה ככולל גם הפיכת זיקה מסוימת לזיקה אחרת, לרבות אולי הפיכת זיקה לטובת מקרקעין לזיקה לטובת פלוני. אך, כפי שהזכרנו לעיל, לא תתעורר הבעיה על השינוי הנ"ל שבית-המשפט מוסמך לקבעו על-ידי פסק-דין מכונן (קונסטטיטויבי) כל עוד לא נקבע כי אין צד אחד – אם הזכאי ואם החייב – רשאי לשנות בעצמו את תנאי השימוש הקודם על סמך הכללים שהזכרנו לעיל.

בית-המשפט מוסמך גם לבטל זיקה משום אי-שימוש בה. בעוד שהשימוש הממושך מקנה את הזכות (סעיף 94), אין אי-השימוש הממושך כשלעצמו מפקיע אותה מכאן הצורך בפסק-דין מבטל.

.III

יט. כינון הזיקה לטובת אדם פלוני: (א) על-ידי הסכם

אין החוק מציין רשימה לכל דרכי הכינון, אם בזיקות ההנאה בכללן ואם באלה שלא לטובת מקרקעין. הוא קובע כי שוכר בשכירות שנרשמה רשאי, בכפוף למוסכם בתנאי השכירות, לשעבדה בזיקת הנאה (סעיף 81(ב)); כי זיקה, סתם, נרכשת מכוח שנים (סעיף 94); וכן מסמך את בית-המשפט לשנות תנאיה של זיקה קיימת (סעיף 96). אין ספק כי זיקה לטובת אדם פלוני – כמות ככל זיקה לטובת מקרקעין – אפשר לכווננה בהסכם. הסכם זה נכלל במושג "עסקה במקרקעין" שהיא "הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על-פי צוואה" (סעיף 6). לפיכך יחולו כאן סעיפים 7–10 לחוק המקרקעין.

יותר מאשר בהסכם אחד לפי הטיפוס שלו, המדובר ביסוד (הנוגע לתוכן ההסכם) העשוי להיות משותף להסכמים שונים ביניהם מבחינות אחרות, כגון מכר, מתנה, פשרה (או להיות תנייה בהסכם חלוקה לפירוק שיתוף). לפי המקרים יחולו איפוא על הכינון הכלליים הנוהגים בענין חווה זה או אחר. לעיתים מנוסחים כללים אלו בהתחשבות במקרה אחד בלבד, דהיינו במקרה שהחווה נוגע להעברת הבעלות. אין זו סיבה מספקת לדחיית תחולתם, אם מסתבר הפירוש כי, אף-על-פי שהניסוח כשלעצמו מתאים למקרה השכיח ביותר (הוא העברת הבעלות), בכל זאת לא היו למחוקק נימוקים להבדיל בין העברת הבעלות לבין כינון זיקה.

אם המקרקעין הם בבעלות משותפת, דרושה להקניית הזיקה הסכמת כל השותפים. לא ייתכן כינון הזיקה מצד אחד השותפים על חלקו היחסי, כי בזיקת הנאה שימוש הזכאי אינו ניתן לחלוקה.

מלבד הבעלים, יכול להקנות זיקה גם שוכר, בתנאים מסויימים. אך זיקה שהקנה שוכר לא תאריך ימים מימי שכירותו (בהנחה כי גם זיקה זו – כמו הזיקה בכלל – היא זכות קניינית, משמשת הוראת סעיף 81(ב) נימוק בעד אופיה הקנייני של השכירות במשפטנו, כי מן הסתם לא יוכל בעל זכות אובליגטורית גרידא להעניק זכות חפצית. אולם מסתבר כי השכירות הינה יצור מעורב שבקרבו מתרוצצים גם יסודות אובליגטוריים וגם יסודות ריאליים; ושקילתם היחסית חשובה לפתרון בעיות שהחוק לא הסדירן). אין בחוק הוראה מקבילה לסעיף 81(ב) בענין רכישת זיקה מצד שוכר לטובת המקרקעין שהוא שוכר. מסתבר איפוא שהזיקה שירכוש תהא זיקה לטובתו האישית, כלומר "זיקה לטובת אדם פלוני" ולא "זיקה לטובת מקרקעין"¹⁶. הפועל היוצא הוא שזיקה זו לא תוכל להיות זיקה שבעשייה מצד המקרקעין הכפופים אלא רק זיקה שבהימנעות או בסבילות. כמו כן לא תעבור זיקה זו עם העברת השכירות או עם השכרת משנה – אם לא הסכים בעל המקרקעין הכפופים לעבירות.

אם בעל המקרקעין הוא קטין או פסול-דין, לא די בהסכמת אפוטרופסו אלא דרוש אישור בית-המשפט (סעיפים 20(2), 47(3) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). כן, אם המקרקעין שייכים לעובד המתנהל בידי מנהל עובד, דרוש לעיסקה אישור בית-המשפט (סעיף 97(3) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965).

16 אך ראה את דברי אופיר, שם, בעמ' 537 ואת דברי ויסמן, שם, בעמ' 69.

על-פי סעיף 85 לחוק המקרקעין, משכנתה אינה פוגעת בזכותו של בעל מקרקעין לכוון זיקה, אך הזיקה שכוון אחרי מתן המשכנתה אין להעמידה כלפי מי שרכש את המקרקעין בהוצאה לפועל של המשכנתה. כן לא ייתכן כי זיקה שכוון משכיר תפגע בשכירות שגרשמה לפניה.

כאשר כבר קיימת זיקה (אם זיקת מקרקעין ואם זיקה שלא למקרקעין), אין ביכולת הבעלים לכוון זיקה נוספת שתפגע בזיקה הקיימת בהיותה בלתי מתיישבת אתה (ראה גם לעיל, ס' ח).

אפשר כי יתעורר ספק אם ההסכם מכון לזיקה או לחיוב, ובוודאי אין לשונו קובעת. נסיבות שיש להתחשב בהן להכרעה הן שיעור התמורה, תארי הצדדים, אורך הזכות, מידת ההתערבות במקרקעין שההסכם צופה מצד הזכאי. אך יש לפתור את הבעיה לטובת חיוב בלבד כל פעם שהזכאי לא הוכיח את כוונת ההסכם לכינון יחס קנייני. מסקנה זו גובעת מהשיקול כי, בין שתי העיסקאות – הסכם מכון לזיקה וחווה אוב-ליגטורי בלבד – הראשונה היא המרחיקה לכת. זהו אמנם היחס ביניהן לפי היבטן העיקרי והטיפוסי: *plus est in re quam in obligatione*. אך, כאשר חווה אובליגטורי לובש צורה מסוימת, קיים גם היבט שלפיו – היחס הפוך. אם, במקום לכוון זיקה, מבטיח בעל מקרקעין לפלוני הבטחה הכוללת אף ערובה למעשה של אדם שלישי, לא יהיה פלוני זכאי לתבוע לדין אדם שלישי שעשה פעולה הנוגדת את החווה הנ"ל (כפי שהיה זכאי אילו היתה קיימת זיקה) אבל יהיה זכאי לתבוע פיצוי מן המבטיח, מה שלא היה זכאי לתבוע במקרה של זיקה. מבחינה זו, כאן *plus est in obligatione quam in re*.

גבדל הן מכינון זיקה והן מחווה אובליגטורי הוא הרשיון הארעי. גם בכוחו הוא להפוך את שימוש המשתמש מאסור למותר. אבל כאן המעשה – חד-צדדי, והמתיר רשאי לחזור בו ממנו בכל עת.

הצד השני להסכם צריך להיות הזכאי עצמו או שלוחו או האפיטרופוס שהוא נמצא בחסותו או המנהל לעזבונו שהוא ירש. כמובן, גם הנאמן לפושט רגל או להקדש לצרכי צדקה יכול לקנות זיקה לרכוש שהוא מנהל בתור בעלים-על-פי-דין. אך אין לרכוש זיקה לאדם שלישי; משום כך אין לכוון זיקה שתהא לטובת כל אלה שבעתיד יהיו בעלי פירמה מסוימת (בדומה לזיקת מקרקעין שהיא לטובת כל מי שבעתיד יהיה בעל המקרקעין הנדונים). הוראת סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אינה בת תחולה כאן כיון שהיא נוגעת לחוזים האובליגטוריים גרידא כפי שמגלה לשונה ("זכות לדרוש את קיום החיוב"). עם זאת, גם ההסכם הנדון הוא "חווה" לפי חוק החוזים (חלק כללי) ולכן נתון הוא להוראות החוק בכל כלליו המתאימים שאינם מכוונים לחווה אובליגטורי בלבד.

כ. (ב) צוואה ; (ג) פסק-דין

אין ספק כי דרך נוספת לכינון זיקה, וגם זיקה שלא לטובת מקרקעין, קיימת בהוראה בצוואה המכוונת זיקה על מקרקעין של המוריש. תהא זו מנה שיזכה בה הזוכה במות המצווה; להבדיל מזיקה שהמוריש הטיל על היורש להקנותה לזוכה על מקרקעין של היורש עצמו, שהיא תיווצר בהסכם בין היורש לבין הזוכה-במנה (או על-ידי פסק-דין

שיינתן באין הסכם כזה, בדומה למקרה הפלוגי התחייב לכוון זיקה ולא עמד כדיבורו : סעיפים 3 ו-5 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970).
גם פסק-דין המשנה זיקה קיימת על-פי סעיף 96 הנ"ל ייחשב כמכוון זיקה, כאשר השינוי הוא כזה שיש לראות בו משום הפקעת הזיקה הישנה ויצירת זיקה חדשה במקומה. ברשות בית-המשפט יהיה גם לכוון זיקה יחיד לטובת מקרקעין במקום זיקה קיימת לטובת מקרקעין.

כא. ד) רכישה מכוח שנים

ישנן שיטות משפט השוללות רכישת זיקה מכוח שנים, אף מאלה המכירות ברכישת הבעלות וזכויות קנין אחרות בדרך זו. וישנן אחרות שבהן, בקשר לרכישת זיקה מכוח שנים, מבדילים בין סוגי זיקות שונים : מחייבים אותה בסוגי זיקה מסוימים ושוללים אותה באחרים. מבדילים בין זיקה רצופה לבין זיקה בלתי-רצופה, לפי המבחן אם השימוש בה קיים או יכול להתקיים אף ללא מעשה אקטואלי של בן-אדם (כגון אמת-מים) אם לאו (כגון מעבר, מרעה, שאיבת מים). כמו כן יש שמבדילים בין זיקה גלויה לבין זיקה בלתי-גלויה, לפי המבחן אם היא מתגלית על-ידי מתקני קבע הנראים לעין והמעידים על קיום הזיקה (כגון שער המוביל לבאר שבמקרקעין הכפופים) אם לאו (כגון איסור לבנות). ועוד מבחינים, בשיטות משפט מסוימות, בין זיקה חיובית (המתבטאת בפעולה חיובית מצד הוכא) לבין זיקה שלילית. חוק המקרקעין הישראלי אינו מכיר בשום ניגוד מהניגודים האלה לשלילת הרכישה מכוח שנים בסוג זיקות זה או אחר. הדבר ראוי לציון יען כי, בניגוד להרבה שיטות משפט אחרות, מרשה הוא את הרכישה מכוח שנים רק לגבי זיקות-ההנאה, בשללו אותה לגבי יתר זכויות הקנין, במקרקעין המוסדרים.

ובכן, פער עמדות בולט בין שיטות המשפט השונות ואף בתוך שיטת משפט אחת ביחס שבין זיקת הנאה לבין זכויות קנין אחרות. הסבר לכך מספק מגוון השיקולים העשויים להשפיע בענין זה ולהניע להגיע לפתרונות נוגדים. מצד אחד, מרגישים בצורך להתאים את המצב המשפטי למצב העובדתי, ביחסי השכנות במיוחד, ומצד אחר, חוששים מביסוס זכויות כתוצאה משימוש נסבל, ביחוד כשהוא בלתי רצוף, ומן היחס החשדני שמצב משפטי כזה עלול להשפיע על בעלי המקרקעין כלפי הבריות בכלל וכלפי השכנים בפרט. חוק המקרקעין הישראלי ראה לפתור את הבעיה בהרשותו את רכישת הזיקה מכוח שנים בכללה אך בדרשו לשם כך תקופת ארוכה ושימוש ממשי במשך כל הזמן הזה, ובהקנתו סמכויות נרחבות לבתי-המשפט לבטל זיקה או לשנות את תנאיה בהתאם לשינוי בנסיבות.

כל ההסדר שבהוראת סעיף 94 היה בגדר מזמור לעתיד לא קרוב אילו חלה רק על השימוש שלאחר תחילת החוק (1 בינואר 1970). אבל אנו מסכימים עם מסקנת מר רייכמן¹⁷ כי יש לפרש את ההוראה הזאת כבעלת תחולה למפרע. אמנם בדרך כלל אין לקבל תחולה למפרע בענין רכישת זכות אלא בפני הבעת רצון מפורשת מצד

17 ראה רייכמן, "השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים – שעבודי נזיקין מכוח שנים", עיוני משפט, ד' (תשל"ה), 368.

המחוקק. אך יש להתחשב במגמת החוק בענין זיקת ההנאה. חוק המקרקעין הישראלי בא להקל רכישת זיקה מכוח שנים ולא להכביד עליה, לעומת המקורות הקודמים. ולא היה מתייב עם מגמה זו ביטול כל נפקות לשימושים שלפני שנת 1970 וסיבול כל צפיית המשתמש לרכוש זיקה בהסתמכו עליהם. לפיכך היתה למחוקק הברירה: (א) להמשיך ולקיים את המקורות הקודמים לגבי השימושים שהחלו לפני שנת 1970 (ובמקרה זה המשתמש היה יכול לרכוש את הזיקה לפי דיני המגילה, או, באורח חלופי, לרכוש אותה על פי החוק החדש, בהסתמכו על השימוש החל בשנת 1970) או (ב) לתחיל למפרע את ההסדר החדש. כיון שלא בחר בהלופה הראשונה ותסם דרך זו בבטלו את הוראות המגילה, מסתברת תחולת החוק למפרע.

כב. הטלת איסור מצד הרוכש כתנאי לרכישתו, בזיקות שבהימנעות

כאמור, במשפט הישראלי ניתנת כל זיקה לרכישה מכוח שנים. עם זאת, סוגי זיקה מסוימים מעוררים בעיה מיוחדת בקשר לרכישה אותן בדרך זו. אם מדובר בזיקה שבהימנעות הבעלים, האמנם סגי שפלוני, בעל המקרקעין, נמנע משימוש מסויים מרצונו הטוב כדי לקבוע כי לאלמוני, הנהנה מכך, יש "שימוש"? פלוני נמנע לבנות על מגרשו מרצונו הטוב. היסכנים נהנים מיפי הגוף שמציאות המגרש הפנוי מאפשרת להם. וכל תושבי הסביבה נהנים שמאותו המגרש אין יוצאים רעש, עשן או דברים אחרים מפריעים. אם יחליט פלוני לבנות בית-חרושת במגרשו, הייתכן שאלמוני יתנגד לכך, על סמך "שימוש"? במשך שלושים שנה בזיקת הנאה ליפי הגוף? או שהוא ואחרים יתנגדו לכך על סמך "שימוש"? באוויר הצח ובטובות הנאה אחרות?

נראה כי עובדת ההימנעות מצד הבעלים — לא די בה כשלעצמה לביסוס זכות לזולת. מה גם שכאן קשה להעלות על הדעת כיצד פתוחה לבעלים הדרך להיזקק לסעיף 94(ב) למניעת ביסוסה של זכות הזולת. כאשר מדובר בשימוש פעיל מצד אלמוני, "התנגדות לשימוש המשתמש" מצד הבעלים — יש לה משמעות ברורה. אם קודם נתנו הבעלים רשיון לאלמוני, במפורש או מכללא, בכוח הודעת ההתנגדות לבטלו ולהפוך את השימוש המותר לאסור. מכל מקום מעידה ההודעה על כך, שהבעלים עומדים על זכותם ושאין ברצונם לסבול את שימוש המשתמש. לעומת זאת, כשמדובר בהנאה פאסיבית הנובעת מהימנעות הבעלים, ה"התנגדות" — אין לה משמעות כזאת. אין בכוחה לאסור על הנהנה את הנאתו. זאת היתה מותרת לו קודם ותישאר מותרת על אף ה"התנגדות". אין מקום לדבר על התנגדות ל"שימוש", כלומר להנאת הנהנה, כי אם על התנגדות אפשרית לרכישת זיקה מכוח שנים — דבר שונה מהנאמר בנוסח סעיף 94(ב). ספק אם הוראה זו מתכוונת גם להתנגדות לפי המשמעות האמורה הנוגעת למי שלא עשה שום שימוש חיובי ואף לא גילה רצון להמשיך וליהנות מהנאה כסויימת הנובעת ממילא מהימנעות הבעלים. ואפילו נניח כי תחולת סעיף 94(ב) אפשרית גם כאן, אין זה סביר להטיל על בעל המקרקעין את הנטל להודיע — ולחזור ולהודיע מומן לומן — לכל ה"נהנים" האפשריים — או לציבור — שהוא מתנגד ל"שימוש" בכל זיקה שהמצב מאפשר אותו.

"שימוש בזכות" מצד מבקש הרכישה יש להבין שיתקיים כאשר הימנעות הבעלים

אינה הימנעות מרצונם הטוב אלא לפי דרישתו¹⁸ – כלומר, אחרי איסור מצדו שהבעלים יחדלו מהימנעותם משימוש בזכותם; וכך, למשל, איסור עליהם שיבנו במגרש הנדון. אחרי הודעת איסור כזה, תיחשב ההימנעות כעשויה לבסס את זכות הרוכש אף אם, למעשה, יימנע בעל המקרקעין משימוש הנדון בזכותו בשל נימוקים אחרים.

רדיקאלית יותר מדעתנו היא הדעה השוללת את רכישת הזיקה מכוח שנים לגבי זיקה שאין בה לזכאי שימוש פעיל, כלומר אין עשייה מצדו. טוענים¹⁹ כי רק ביחס לזיקה המתבטאת בעשיית הזכאי הרוכש מכוח שנים משהייה בו, כזכות, כדרישת סעיף 94. אבל גם בקשר לזיקה שבהימנעות הבעלים אפשר לטעון כי הרוכש משתמש בזכות הזיקה – שעה שקיים התנאי שאמרנו לעיל. ואשר להתנגדות הבעלים על-פי סעיף 94(ב), תהא זו אפשרית וסבירה בתור התנגדות לאיסור שהטילו עליהם שלא כדין.

כג. שימוש והחזקה

לפי סעיף 94 רכישת הזיקה מבוססת על שימוש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה. בשיטות משפט אחרות מדובר על החזקה, כלומר החזקת הזיקה (להבדיל מהחזקת המקרקעין עצמם, דהיינו החזקת בעלותם); או, אף כאשר מדובר בשימוש, מבחינה המסורת כי "שימוש" זה אינו אלא החזקה. על-ידי כך מחילים על רכישת הזיקה מכוח שנים את המידות הדרושות להחזקה בכללה ולהחזקה לרכישת זכויות במיוחד.

שונה ממצב זה המצב במשפט הישראלי. ראשית כל, מחוץ למוסד הזיקה אין בחוק המקרקעין (וגם בחוק המיטלטלין, תשל"א-1971) רכישת זכויות מכוח שנים, לא על יסוד החזקה ולא על יסוד שימוש. שנית, בסעיפים המעטים שהוק המקרקעין מקדיש להחזקה, כמעט שאין הסדר בדבר המידות הדרושות לקיום החזקה ראויה בעיני המשפט, אף לתוצאות שונות מאשר usucapio. שלישית, אין שום רמז שברצון המחוקק לזהות את ה"שימוש" שבסעיף 94 עם ה"החזקה" שבסימן ב' לפרק ג' של החוק או להשוות את הראשון לשניה (דוגמת סעיף 919, פסקה שניה, לסה"ח השוויצרי, למשל)²⁰.

אין שחר לטענה האפשרית שלא קיים כל הבדל בין השניים, כפי שעשוי להוכיח עצם המונח usucapio. במלה הזאת, כמו גם בביטויים אחרים (usu suum facere; capere usu; per usum adquirere), בא usus במשמעות טכנית, בתורת המונח

18 ברשימתו הנ"ל, בעמ' 552, משווה מר אופיר את סעיף 94(א) לחוק המקרקעין עם סעיף 48 לפקודת הנזיקין ("הפרעה לאור שמש") ומציין שני תנאים שלפיהם התוראת האחרונה נוחה יותר למשתמש מאשר הוראת סעיף 94(א) הנ"ל – כלומר, התקופה (שהיא רק חצי) והאפשרות לצרף את פרקיהומן שבהם נהגו מהאור אנשים שונים זה אחרי זה. אבל דבר שלישי לטובת הנהגה הוא שלפי סעיף 48 לפקודת הנזיקין אין להבין שיש צורך כי נמנעו הבעלים משימוש בזכותם אחרי איסור מצד המשתמש. ודבר רביעי – כי במסגרת סעיף 48 אין מקום להודעת הבעלים לפי סעיף 94(ב), והמניעה האפשרית היחידה הפתוחה לבעל מגרש לא בנוי היא מניעה פיסית: העמדת מסך או מכשול פיסי אחר להעברת האור. המחוקק יצטרך להימלך ולתאם ביניהם את דיני המקרקעין ואת דיני הנזיקין בהיבט זה (ובהיבטים אחרים).

19 רייכמן, שם.

20 השווה דברי השופט ח' כהן בע"א 269/74, 263/74 בוקבצה נ' הממונה על המרשם; מדינת ישראל נ' בוקבצה, פד"י כ"ט (1) 242, 247: "לא הרי 'השימוש כהרי' 'החזקה'".

הארכאי המציין את ההחזקה, והכוונה היא להחזקה ²¹. מצד אחד, בשיטות משפט אחרות מכירים בדרך כלל בהחזקת הזיקה אף במקרים שבהם אין שימוש ממשי בה ²². מצד אחר, כפי שאמרנו, מחילה המסורת הרומאית-הקונטיננטלית על ההחזקה לרכישת זיקה את הדינים הנוגעים להחזקה בקשר לרכישת הבעלות וזכויות קנין אחרות.

לפי סעיף 94 עלינו להבין, עקרונית, כי דרוש שימוש ממשי וכי כל שימוש ממשי מספיק, ללא צורך במידות גוספות.

אין החוק שולל את נפקות השימוש הנעשה בסתר, בכוח ²³, או ברשות הבעלים. וכן אינו דורש שהמשתמש פעל *bona fide* בהאמינו שיש לו זכות לכך, ושהיה לו *animus* מסוים.

מצד אחר, המשתמש שימוש מוגבל לא יוכל להסתמך על כך, שהחזקתו היתה רחבה יותר (למשל, שהוא אמנם עבר במקרקעין הנדונים רק פעם בשבוע אך שהבעלים הודו שהוא רשאי לעבוד שם כל אימת שירצה): כיון שיש להביא בחשבון אך ורק את השימוש הממשי ולא את החזקת הזיקה. כמו כן, המשתמש אשר שימושו הופסק לא יוכל לטעון כי נמנע מן השימוש מרצונו הטוב, וכי היתה לו היכולת להמשיך להשתמש אותו השימוש אילו רק רצה בכך; או, במקרים אחרים, לטעון כי הפסקת השימוש נגרמה על-ידי כוח עליון כגון איתני הטבע. אף אם הנסיבות האלה אין בכוחן להפסיק את קיום ההחזקה לאחר שהמחזיק החל בה, עלינו לאמר כי אכן הופסק השימוש.

ואולם שימוש ממשי אין פירוכו תמיד שימוש ישיר, בלתי-אמצעי, אישי. כאשר משתמש פלוני מטעם אלמוני, אלמוני הוא המשתמש האמיתי, לא פלוני. אילו אמרנו אחרת, היינו צריכים ליחס רכישת זיקה, ברבות הימים, לכל עובד שעבודתו נעשית במקרקעי מעבידו. הפתרון יהיה כאן בהכרח מקביל לפתרון סעיף 15 אגב ההחזקה.

זאת ועוד. האם ייתכן שסעיף 94(א) יחול על שימוש שהמשתמש עשה על סמך זכות, כגון שכירות או זיקת הנאה (כך שכל שוכר או זכאי לזיקת הנאה זמנית היה נחשב כממלא את המידה הדרושה באותה ההוראה)? התשובה היא שלילית, כי השימוש הבא בחשבון בסעיף 94(א) הוא זה שהבעלים רשאים להתנגד לו על-פי סעיף 94(ב), דבר שלא ניתן להם כאן. שיקולים אלה בענין שימושו של פלוני מטעם אלמוני ובענין השימוש על סמך זכות, בכוהם להקטין בהיבטים מסויימים את הפער בין הסדר החוק לבין ההסדר המקובל בשיטות משפט אחרות ההולכות אחרי תורת ההחזקה.

ספק רב אם יש להכניס במסגרת סעיף 94 את "צירוף השימוש", כלומר את יכולת המשתמש לצרף לזמן שימושו את הזמן שבו השתמש קודמו, בדומה לדיני המסורת הרומאית על ה-*successio* ועל ה-*accessio possessionis*. כיון שלרכישת הזכות נדרש זמן כה ארוך, יש למשתמש ענין חיוני כי יזקף לו גם שימוש קודמיו. אך בשיטת משפט כשיטת משפטנו נראה לנו כי לשם כך היה צורך בהוראה מפורשת, וכי בהעדר הוראה כזאת בענין השימוש ואף בענין ההחזקה ²⁴, השימוש הדרוש בסעיף 94 חייב להיות שימושו של הרוכש עצמו, שימושו לאורך כל הזמן. מכל מקום, אף אילו ראינו

21 במה שנוגע לזיקות ההנאה בפרט, הכיר קודם המשפט הרומאי ב-*usucapio* לגבן, אך אחר כך אסר חוק מן החוקים (ה-*lex Scribonia*) את זאת.

22 אך ראה סעיף 919, פסקה שניה, לסה"ח השויערי שכבר הוכרנו.

23 בדעה אחרת, לגדוי, שם, בעמ' 92.

24 להבדיל מענין ההתישנות: סעיף 18 לחוק ההתישנות, תשי"ח-1958.

מקום להיקש מחוק ההתיישנות והגענו למסקנה הפוכה, מה יהיה כוחה? שלרכישת זיקה לטובת מקרקעין, המשתמש במקרקעי הזולת לטובת מקרקעיו רשאי לצרף את הזמן שבו השתמש זה שהעביר לו (אם מחמת מיתה ואם בין החיים) את מקרקעיו. אולי היה גם מקום להרחיב את הדין הזה לזיקת שלא לטובת מקרקעין במקרה שמישהו משתמש במקרקעי הזולת לטובת מפעל מסויים שהוא עומד בראשו לאחר שקודמו במעמד זה השתמש גם הוא אותו השימוש. אך לא כן כאשר, באין העברה כזאת, פלוני משתמש במקרקעי הזולת לאחר שאלמוני קדם לו באותו השימוש. כאן חסר בין השניים אותו היחס של ירושה או העברת הזכות בין החיים (ולא רק יחס של החלפת אדם באדם, למעשה) שהוא דרוש ב-*successio* וב-*accessio possessionis*.

סעיף 94(א) דורש שימוש בזכות במשך תקופת שלוש שנים רצופות. הרציפות מיוחסת כאן לשנים ולא לשימוש עצמו. אין איפוא דרישה לרציפות מוחלטת בשימוש – ובזיקה ה"בלתי רצופה", כגון מעבר, רציפות מוחלטת אפילו בלתי אפשרית למעשה. דורשים שהשנים שבהן התקיים השימוש (ונפרש כאן: שימוש במידה סבירה) היו שנים רצופות, כך שלא ייתכן לצרף שנים של שימוש – כאשר ביניהן היתה שנה או יותר של אי-שימוש.

בכל שימוש הדורש מעשה אקטואלי של בן אדם, לא רק שבדרך הטבע תהא רציפותו יחסית בלבד, אלא שקשה להניח כי השימוש החוזר ילכש תמיד אותה הצורה נשאלות איפוא השאלות מה יהיה הדין לפי סעיף 94 כאשר מתגלה אי-זיהוי בין השימושים הבאים זה אחרי זה. הבעיה כאן שונה בהחלט מן הבעיה (הנדונה לעיל, ס' יז) על שינוי השימוש לאחר שהזיקה נרכשה (בכל דרך שהיא).

עקרונית יש לאמר כי, כאשר השימוש היה שימוש בשתי זיקות שונות ולא היה די בכל אחת משתי אלה (אם לפי אורך התקופה ואם לפי האינטנסיביות) לרכישת הזכות, לא יוכל המשתמש לצרף את שני השימושים ולטעון שרכש את שתי הזיקות או אפילו אחת מהן בלבד. לא רכש דבר.

מאידך גיסא, כל פעם שאחת משתי הזיקות שהיה שימוש בהן חופפת חלקית את השניה, סביר לראות את שימוש הזיקה המזערית כנמשך כל הזמן. זה שעבר דרך המקרקעין הנדונים במשאית בעלת נגררת במשך חמש-עשרה שנה ובמשאית בלי נגררת במשך חמש-עשרה שנים גוספות – ירכש זיקה למעבר לפי הצורה האחרונה.

לפי שיקול זה, לא נראית לנו הדעה השוללת בכלל רכישת זיקה בשנים בזיקות הנאה מסוימות. אלה הן זיקות הנאה המכוונות לפעולה שהיתה מהווה מטרה אילו נעשתה ללא זכות, כגון הכנסת עשן למקרקעין מסוימים. הטענה שהועלתה בארצות אחרות ומצאה הד גם בישראל, במימרת-אגב שנאמרה בטרם נחקק חוק המקרקעין, היא זאת: "ספק גדול הוא אם בכלל ניתן לרכוש ע"י פרסקריפציה זכות לגרימת מטרה באמצעות עשן, ריח או רעש, דברים שאינם ניתנים למדידה מדויקת וההטרדה הנגרמת על-ידיהן משתנה תכופות ואף נפסקת מפעם לפעם; ואין רכישת זכות לגרימת מטרה בלי שתהא דאיות ויציבות בגורם המטרד הניתן לקביעה ומדידה מדויקת: *Hulley v. Silvensprings*

²⁵*Bleaching Co.* [1922], 2 Ch. 268, 281

בדבר השתנות הרמה, התשובה היא שהזיקה תירכש לפי הרמה המזערית מבין הרמות

25 מפי השופט ברנזון בע"א 302/63 רייס נ' קופף, פד"י י"ח (3) 309, 314.

השונות שהמשתמש נהג בהן במשך התקופה הדרושה ("המכנה המשותף הנמוך ביותר"). ובדבר ההפסקות, ראינו שאין החוק דורש רציפות עד כדי כך. אילו הסברה הנדונה היתה משכנעת בדבר "זיקות המטרד", כי אז היתה מתקבלת על הדעת גם לגבי זיקות אחרות כגון זיקת המעבר, כי גם בה קשה להניח שימוש ללא הפסקות, ויציבות בכל היבטיו במשך כל הזמן.

ברוב הזיקות לעיתים קרובות, ללא ספק, ישתנו במשך תקופה כה ארוכה כל נסיבות השימוש. זה ששאב מים בשעות הבוקר שאב אותם בזמן מאוחר יותר לפנות ערב. זה שעבר מקודם ברגל, בעברו בהמשך הזמן במכונית, לא עבר בשביל שבו הלך בשעתו ברגל כי אם בחלק אחר מהמקרקעין. שאלה עדינה היא אם רכש זיקה כלל ועיקר, ובמקרה שכן – איזו זיקה. אילו בסעיף 94 דובר בהחזקה, במקרים המתאימים אפשר היה למשתמש לטעון שבמשך כל התקופה הוא החזיק בזכות לשאוב מים בכל זמן שירצה – או לעבור דרך האחוזה ברגל או ברכב, ובדרך זו או אחרת, לפי רצונו. אבל ידוע לנו שלא בהחזקה מדובר אלא בשימוש. לשתיקה כהסכמה מצד בעל המקרקעין שהמשתמש ינהג כרצונו אין נפקות כדי לקבוע אם היה שימוש המשכי בזכות זיקה מסוימת. ואפילו היה הסכם בין השניים, שלא נרשם בפנקסי המקרקעין, אין להתחשב בו לאותה המטרה.

ואולם, כיון שעלינו לייחס סבירות למחוקק, נפרש את החוק כמרשה קביעה כגון הבאה: "במשך שלושים שנה השתמש התובע בזכות לשאוב מים שעה אחת ביממה, אם בבוקר ואם לפנות ערב לפי ברירתו (או: לפי ברירתו של בעל המקרקעין), ולפיכך רכש לו את הזיקה הזאת".

השימוש במשך שלושים שנה, על-פי סעיף 94, יועיל גם לבעל זיקה לשם הרחבת זיקה השייכת לו כבר – כאשר בכל התקופה היה השימוש רחב יותר מכפי תנאי הזיקה. הוא ירכש מעין זיקה המשלימה את זיקתו הקודמת.

כד. הודעת התנגדות מצד הבעלים

ביכלתו של בעל מקרקעין למנוע את רכישת המשתמש על-ידי הודעתו הצפויה בסעיף 94(ב), ביתר דיוק, בכוחה של הודעה כזאת להפסיק את תקופת השימוש הדרושה לרכישת הזיקה, כיון שאינה מונעת שאחרי ההודעה תתחיל תקופת שימוש חדשה.

לפי דברי ההוראה, מרשים לבעלים מתן הודעה לציבור; ובלבד – כך יש להבין – שההודעה תגיע לידיעת המשתמש, או שעליו לדעת עליה.

נשאלת השאלה אם די בהודעה סתמית, כללית, הנוגעת לכל זיקה שאפשר לרכוש על המקרקעין הנדונים. עצם הדבר שתיתכן הודעה לציבור מוכיח שאין החוק דורש שתהא הודעה המתחשבת בפרשה ספציפית. עם זאת מסתבר כי הגימוק העיקרי להרשאת ההודעה לציבור הוא בקושי שבו עלולים להימצא הבעלים לזהות את המשתמש, למשל את העוברים דרך המקרקעין שלהם. לפיכך לא היינו מסיקים מלשון ההוראה היתר להודעה בצורה גורפת, הנוגעת לכל זיקה אפשרית. נראה סביר יותר שהיא צריכה להתייחס לזיקה מסוימת כגון זיקת מעבר.

כה. (ה) מעשה מינהלי

מקור נוסף לכינון זיקה עשוי להיות, כנראה, מעשה מינהלי – על אף שתיקת סעיפים 92–98 בענין זה. אמנם, כאשר רשות מינהלית מוסמכת על-פי החוק להעניק זכות שימוש מסויים לאדם פלוני או לסוג בני אדם על מקרקעי הזולת, אפשר שהכוונה אינה לזיקת הנאה דווקא. עליה אין לדבר אם הכוונה לזכות אובליגטורית (בדומה להסכם ולהוראה בצוואה, שגם בהם יש לעמוד על כוונת בעלי העסקה). אך כאשר משתמעת המגמה הקניינית, לפי הטיפוסיות של זכויות הקנין טבעית הנטיה לזהות את הזכות כזיקת הנאה – זיקת מקרקעין או זיקת ילא לטובת מקרקעין, לפי המקרים – ולראותה נתונה להסדר הסעיפים 92–98 במידה שאין סתיה מהם בדינים הנוגעים לענין המיוחד.

בכיוון זה הוחלט בפסק-דין מחוזי שבו זיהו כזיקת הנאה את זכות המעבר שעשויה לקבוע ועדה מקומית על-פי סעיפים 63(1) ו-69 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ד-1965.²⁶

כו. (ו) ה"דין"

גשאלת השאלה אם, מלבד הדרכים שצינו כבר, אין עוד דרך אחרת, המהווה "משבצת עודף" לעומת המשבצות המיוחדות האלה, דהיינו ה"דין" (חיקוק או מנהג). על-יד הבעיה החומרית והמעשית – אם במשפטנו הנוהג קיימות זיקות הנאה שנוצרו מחוץ לקטגוריות שכבר הזכרנו – מתעוררת כאן בעיה פורמלית ועיונית. אם קיימות זיקות כאלה, כלום אפשר לציין את הדין כמקורן – במקביל למקורות הקודמים? כאשר הדין מכונן זיקת מחוץ למסגרות האלה, בוודאי הוא עושה את זאת בהתחשבו במצב עובדתי מסויים, ולפיכך יש לאמר כי המצב המסויים הזה הוא המקביל להסכם, להוראה בצוואה או לשינוי השימוש. במובנו הרחב, הדין הוא המקור לכל יחסי המשפט ולכן גם לכל זיקות ההנאה, לרבות את אלה מהסוגים האחרונים, כי הדין הוא שמקנה את כוחה לעובדה המחוללת את הזיקה. אבל, אם מציינים בתור מקור את העובדה הזאת שהדין מקשר לה את התוצאה המשפטית, כי אז גם בזיקות שהדין מכונן צריכים לציין כמקור את המצב העובדתי המסויים הנ"ל. שיקול זה נכון הוא. ואולם יצויין שהוא עשוי לחול גם על פסק-הדין ועל המעשה המינהלי המכוננים זיקות הנאה, כי גם ביסוד פסק-הדין והמעשה המינהלי מונח מצב עובדתי מסויים שלפיו מוסמכים בית-המשפט או הרשות המינהלית לכונן את הזיקה. לעומת זאת, הסיבה שבגללה כדאי לציין את פסק-הדין ואת המעשה המינהלי כמקור לזיקות שהם מכוננים היא שהמקרים הצפויים עשויים להיות שונים ביניהם ומשום כך אין זה נוח להזכיר את כולם, במקום המקור הפורמלי להכרתם. אך שיקול זה – כוחו רב עוד יותר לגבי המקרים הנוספים המוכרים בדין זה או אחר מהדינים הנוהגים ומהדינים העשויים להיחקק בעתיד. מכאן הצידוק למינוח שאינו מתוקן ביותר מבחינת דוגמטית.

26 ע"א ת"א 619/72 נציגות הבית המשותף ברה"ז סוקולוב 2, הרצליה נ' בלו זקם כע"מ, פ"מ (3) תשל"ד, 452, 456–457.

כו. זיקה ומגבלות הבעלות

בקשר למעשה המינהלי ול"דין" כמקורות לזיקה, נדון בשתי שאלות הנוגעות לעצם מושג הזיקה.

אחת מהן היא: מה בין זיקת הנאה לבין מגבלות הבעלות? אם נזוהה כזיקות הנאה את כל מגבלות הבעלות שקובעים אותן מעשה מינהל או הדין במישרין, יתרבה מספר הזיקות. ואם, לעומת זאת, נכנה כמגבלות לבעלות – להבדיל מזיקת הנאה – כל זכות שמעשה מינהלי או הדין במישרין מקנים לזולת כלפי הבעלים, ייעלמו לחלוטין המעשה המינהלי והדין ממקורות הזיקה.

בשיטות המשפט שבהן הזיקות לטובת מקרקעין הן הסוג היחיד המוכר, רבים נוהגים לרדות בקש כל טענה לקיום זיקה – שעה שאינה קיימת לטובת מקרקעין. אף בשיטות אלו אין זו דעה מקובלת על הכל, כי, בפני דין המזכה לכאורה בזיקה על מקרקעין מסויימים אדם או ישות משפטית אחרת, ניתן לראות משום זיקה "בלתי סדירה". על-כל-פנים אין מקום לנימוק הנ"ל כנגד כינון על-ידי ה"דין" בשיטות המשפט כשיטתנו שבהן קיימים שני סוגי הזיקה.

הבעיה היא בעיה של משפט פוזיטיבי: לקבוע אם בשיטת המשפט הישראלי יחול על מגבלות הבעלות – לטובת הפרט ולטובת הכלל – הסדר הזיקה (למשל, תחולת סעיף 96) אם לאו. אך, באין רמז בדינים על עמדת המחוקק בבעיה זו, אין אלא לנסות ולפתור אותה פתרון סביר, ולהקיש מן הידוע על הבלתי-ידוע.

בזיקה שמכוננים בדרכים הנזכרות בחוק (כלומר, על-ידי עסקה פרטית, שימוש במשך שנים, פסק-דין) יש משום גריעה מזכות הבעלות על המקרקעין הכפופים לעומת קיום זכות זו במצבה הרגיל. לפי דגם זה לא נראה משום זיקת הנאה לטובת הזולת כאשר הדין הכללי שולל מן הבעלים רשות מסויימת; כאשר, למשל, סעיף 11 לחוק המקרקעין שולל מן הבעלים את הזכות למנוע מעבר בחלל הרום ומזכיר את הדינים השוללים את זכותם על דברים הנמצאים מתחת לשטח, או סעיף 14 שולל מהבעלות כשלעצמה את הזכות לעשות דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר. בזמנים אחרים ראו במגבלות כגון אלה משום הפקעה שהדין מפקיע מן הבעלות, לפי ההנחה שהבעלות ה"טבעית" היא בלתי מוגבלת ולכן כל מגבלה היא מלאכותית ושקולה כנגד הפקעה. אך בכל שיטה ושיטה קיימת הבעלות כפי שהדין מעצב אותה, כך שסעיפים 11 ו-14 הנ"ל, יותר מאשר מגבלות, מהווים גבולות שהחוק מציב לתחום הבעלות כפי שהוא מגדיר אותו. כאן מדובר איפוא בטובת הנאה המוקנית לזולת מחוץ לתחום שהמשפט מקצה לבעלות המקרקעין, כלומר בטובת הנאה שאינה נאצלת מתוך הבעלות, שאינה קיימת "על חשבונה", ומשום כך לא בזיקה שהיא זכות על נכס הזולת (ius in re aliena).

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

שונה המצב כאשר, במקרה קונקרטי מסויים או בסוג מקרים מסויים, חוק או מעשה

מינהלי מזכרים את משימתם בזכות הנאה, כגון זיקות ההנאה הנוצרות על-ידי עסקה משפטית ויתר הדרכים שחוק המקרקעין מזכיר בקשר למוסד זה. נביא אי-אלו דוגמאות מבין רבות שאפשר למצוא בתחיקה.²⁷

בפקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופקוח), 1943²⁸, סעיף 6 קובע שהרשות המוסמכת רשאית להשתמש בקרקע הגובלת בקרקע הדריכה לשם סלילת דרך על-פי הוראות הפקודה עצמה. חוק התכנון והבניה, תשי"ה-1965, בסעיפים 63 ו-69 שכבר הזכרנו, מסמיך את הוועדה המקומית לקבוע הוראות בדבר תנאי שימוש בקרקע ובבנינים, וכן לקבוע, למשל, שטחי קרקע או בנינים שאין להשתמש בהם למטרה פלוגית או שאין להשתמש בהם אלא למטרה פלוגית; מקומות למזבלות ולהרחקת אשפה, זבל ופסולת; רשת ומתקנים לאספקת מים, חשמל ושירותים אחרים; קרקע שמותר לחצוב בה אבנים או לזרות עפר או חול או לייצר הצץ; חיוב בעלי קרקע או בנין להעניק לבעלי קרקע או בנין גובלים בהם, או לרשות מקומית, את הזכות להעביר בקרקע או בבנין מי ניקוז או ביוב, צינורות להספקת מים או תעלות מים או תעלות מים עליונים. דוגמאות אחרות נמצאות בסעיפים אחרים לאותו החוק, ובסעיפים 29-30 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], תשי"ט-1969. בפקודת זכיון חשמל (ירושלים) משנת 1930²⁹, סעיף 14 לתוספת קובע כי מותר לחברה לבנות ולסדר תחנות טרנספורמציה ולהקים עמודים ונסים לשם קוי העברה של מתח גבוה, ממוצע ונמוך ממעל לדרכים ציבוריות ורחובות או בכל אדמה שהיא רשות היחיד, ולהניח כבלים מתחת להם. בתוספת א' לחוק זכיון צינורות הנפט, תשי"ט-1959³⁰, קובע סעיף 6(א) כי הממשלה תעניק לבעל הזכיון זכות דרך על כל רצועת אדמה שבתוכה או שעליה יניחו את קווי-הצינור של המפעל; ושכל אדם, לרבות בעל רצועת האדמה, חוכרה או מחזיקה, יאסר עליו להשתמש ברצועה האמורה לשם כל שימוש העלול להפריע להפעלת קווי-הצינור. כן בתוספת א' לחוק זכיון צינור הנפט, תשי"ח-1968³¹, קובע סעיף 2 שהממשלה מעניקה לבעל הזכיון את ההיתר להוביל בצינור נפט דרך שטח ישראל, וסעיף 6 שהממשלה תעניק לו זכות שימוש על כל רצועת אדמה שבתוכה או שעליה יניחו את קווי-הצינור ושכל אדם, לרבות בעל רצועת האדמה, חוכרה או מחזיקה, יאסר עליו כל שימוש העלול להפריע להפעלת קו הצינור.

בעניני הטיס נהג דין בדבר "אורות כוזבים" שלפיו כל מקום שמוצג בו אור – (א) העלול, בהיותו בקרבת שדה-תעופה, מחמת אור הסנוורים שלו, לסכן אווירון המגיע לשדה-התעופה או היוצא ממנו; או (ב) שמפאת האפשרות לטעות ולחשוב אותו כאור היוצא ממגדלור אווירי או כאור או כהלל מרשת אורות שחובה להציגם על-יד שדה-תעופה או סמוך לו או לציין בהם מציאותו של מכשול לטיס, עלול הוא לסכן אווירונים, יכול שר התחבורה לשלוח הודעה לבעל המקום שמוצג בו האור

27 תודתנו נתונה למר א' פיגנבוים, מהמכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, שלפי בקשתנו עיין במקורות.

28 ע"ר 1305, 1943, תוס' 1, עמ' (ע) 40, (א) 55.

29 חקי אי, פרק ג, בעמ' 635.

30 פה"ח 294, בעמ' 249.

31 פה"ח 526, בעמ' 63.

זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין

ובה יצווה עליו לאחוז באמצעים ממשיים כדי לכבות את האור או כדי לכסות להבא את הצגתו של כל אור דומה לזה.³² בדוגמאות האלה יש משום הענקת זכויות על מקרקעי הזולת שהן זכויות שימוש המסתברות כשוות לאלה שבזיקת הנאה, ושלפי הטיפוסיות של זכויות הקנין יש לראותן כזיקות הנאה כל אימת שאין בחוק הוראות הסוטות מהסדרן.

כח. זיקות פרטיות וזיקות ציבוריות

בקשר למסקנתנו האחרונה יש אמנם מקום לספק אם ההסדר שבחוק המקרקעין, שהוא הסדר של משפט פרטי, מתאים לזיקת הקיימת לטובת רשות ציבורית. זוהי השאלה השניה שעלינו לעיין בה אגב כינון הזיקה על-ידי מעשה מינהלי או על-ידי הדין. לאמיתו של דבר אין הדרכים האלה הדרכים הבלעדיות לכינון זיקה ציבורית, אך אלה בוודאי השכיחות ביותר, ומכאן איתור הבעיה לפי הדבק הדברים. לגופו של הענין, אין ספק כי הדין המכונן את הזיקה, או המסמך רשות ציבורית לכוננה, יוכל לסטות מן ההסדר שבחוק המקרקעין. אך, באין סטיה כזאת, לא נאמר שהסדר זה אינו הולם זיקה ציבורית ושעל הפרשן להתאימו לה.

כט. כינון זיקה לטובת הציבור או לטובת סוג בני אדם, במיוחד

מן הדרכים הנ"ל שצינו בתור דרכים אפשריות לכינון זיקה לטובת אדם פלוני רובן פתוחות בוודאי גם לכינון לטובת סוג בני אדם ולטובת הציבור. הן המנה שכתב המוריש בצוואתו, השינוי לזיקה קיימת שקבע בית-המשפט, המעשה המינהלי וה"דין". לגבי שתי הדרכים הנותרות, ההסכם והרכישה מכוח שנים, לא נראה לנו שהן אפשריות כאן. המדובר בזיקה לטובת הציבור ובזיקה לטובת סוג "פתוח", שבה זכאים גם בני אותו הסוג שיצטרפו אליו אחרי הכינון. אילו דובר בזיקה שבה לא יהיו זכאים כי אם האנשים המשתייכים כעת לסוג מסוים, לא היתה קיימת הבעיה שאנו מעוררים כאן.

אין זה אפשרי כי חברי קבוצה "פתוחה" ישתתפו כולם בהסכם, אישית או על-ידי שלוח; וכפי שאמרנו לעיל, לא ייתכן הסכם ריאלי לזיכוי אדם שלישי, לפי סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי). יצויין גם כי, בזמן שבו נחקק חוק המקרקעין, טרם נחקק או עמד להיחקק חוק החוזים (חלק כללי), ותווה לזיכוי אדם שלישי לא היה מוכר או בכללו; כך שאין לאמר כי מחוקק חוק המקרקעין סמך על פירוש רחב יותר מפירושנו לסעיף 34 הנ"ל ומסתמא חייב פירוש רחב כזה.

נניח שבעל מקרקעין מוכן לכונן באחוזתו זיקת הנאה לטובת כל לוחמי צה"ל, לרבות את אלה העשויים להילחם בעתיד. ההסכם נערך בינו לבין שלוח מטעם אנשים המשתייכים לאותו סוג. הזיקה תיווצר רק לזכות אלה שהיו אז השולחים — או שיאשררו אחר כך את העיסקה — וזיקה זו לא תהא שונה מזיקה "לטובת אדם פלוני". כל לוחם שלא היה מיוצג, מלכתחילה או בדיעבד, לא יהיה בין הזכאים.

32 ראה Drayton, *Laws of Palestine*, III, 2411, 2420, לפי התיקון מס' 2 משנת 1938 (ע"ר 756, 1938, חוס' 2).

כל הסכם נכרת רק בין אנשים מסויימים, לא עם "הציבור", או עם כל סוג נע וגד אחר הכולל גם בני אדם שטרם נולדו או טרם הצטרפו לאותו הסוג. אמנם, אם כך רצונם של המתקשרים, ההסכם עשוי לעמוד פתוח להצטרפות צדדים נוספים. אין דבר זה שולל כי ההסכם נערך בין אנשים מסויימים וכי בכל רגע הוא יהיה קיים בין אנשים מסויימים.

נכון גם כי, אם מדובר במתנה, חוקה על המקבל שהסכים לקבל אותה, זולת אם הודיע לנותן על דחייתה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה (סעיף 3 לחוק המתנה, תשי"ח-1968). לפיכך עשויים להימנות עם זכאי חזקה גם בני הציבור או בני כל סוג אחר שלא הסכימו במפורש, לאחר שנודע להם על דבר החזקה. אבל עם מות בעל המקרקעין תפוג הצעתו ולא יהיה עוד מקום לקיבולה קיבול מפורש או משוער. יש עוד להוסיף כי אי-האפשרות הקיימת בעניינו לזכרון זיקה לטובת אדם שלישי אינה נוגעת ליחס אובליגטורי גרידא בעל תוכן דומה או שווה: בעל מקרקעין יכול להתנות עם פלוני שזכות אובליגטורית מסויימת בנוגע למקרקעין האלה תעמוד לכל המשתתפים אתו לסוג מסויים, לרבות האנשים שיצטרפו לאותו הסוג בעתיד. אך הוזהר, ככל החוזים האובליגטוריים, יחייב את החייב ואת יורשיו אך לא את בעלי המקרקעין הנדונים שיבואו אחריו, בתור בעלים לאותם המקרקעין.

ל. תחליפים

בנסיבות מסויימות, המבקש לזכרון זיקה לטובת הציבור או לטובת סוג בני אדם ונתקל במכשול שאמרנו יוכל להיזקק להקדש לצרכי צדקה כתחליף, כפי שמוסד זה מוסדר באחת הפקודות המנדטוריות. אך יצטרך להעביר לנאמנים את בעלות המקרקעין והזכויות שירכשו הציבור או סוג האנשים האחר לא תהינה בגדר זיקות הנאה לפי חוק המקרקעין (ואף לא בגדר easements ו-profits à prendre, אילו נדונה הבעיה במסגרת המשפט האנגלי) אלא זכויות אקזיטביליות.

כמו כן ייתכנו תחליפים אחרים המבוססים גם הם על שניות בין זכאים לבין מוטבים (לעיל, ס' ה). הקניית זיקה לתאגיד תיטיב לחבריו (במישרין או בעקיפין), וכן הקניית העיריה – לתושבי העיר, והקניית המדינה – לאזרחיה. כל זיקה השייכת לתאגיד היא למען אנשים פיסיים, במישרין או בעקיפין. אין צורך לאמר כי זהו הדין גם לגבי הבעלות. "מקרקעי הציבור" (סעיף 107 לחוק המקרקעין) אינם בבעלות "הציבור" אלא בבעלות המדינה וגופים משפטיים אחרים, אך כולם הם נכסים לתועלת הציבור – בין שתועלת זו תהיה בשימוש והנאה במישרין ובין שתהיה תועלת עקיפה.

לא. למי מנועה הרכישה מכוח שנים

כמו לגבי הסכם שלפיו ירכשו זיקה הציבור או סוג אנשים "פתוח" אחר, כפי שנטען לעיל, כן חסומה בפניהם הדרך לרכישתה מכוח שנים: המשתמשים למעשה ירכשו את חזקה לעצמם, לא לזיכוי הזולת (או גם לזיכוי הזולת); או ירכשו לשולחם או לתאגיד שהם אורגן שלו, אם השימוש נעשה בתארים הנ"ל.

33 ראה סעיף 2 ל-Charitable Trust Ordinance.

אם במשך התקופה הדרושה השתמשו לסירוגין אנשים שונים השייכים לאותו הסוג – אף אם היתה רציפות ביניהם – לא תירכש זיקת ההנאה לא לסוג ולא לשום אדם מתוכו. כנגד השיקולים הנ"ל אין להעמיד את סעיף 94(ב) ולטעון שלפי המלים "לרבות הודעה לציבור" נכלל הציבור בביטוי "אדם פלוני"³⁴. כוחן של המלים הנ"ל הוא אך ורק להעמיד בשורה אחת הודעה למשתמש היחיד והודעה לציבור.

לב. זיקה ומרשם

מבין דרכי הכינון האפשריות לזיקות ההנאה אחת בלבד היא כרוכה במרשם, כך שללא רישום לא תיווצר הזיקה. זהו ההסכם, שעליו, בתור עסקה במקרקעין (סעיף 6), יחול סעיף 7³⁵. ביתר המקרים מכוננים את הזיקה ללא רישום, כפי שהדבר גובע ברורות כון ההוראה היחידה³⁶ הצופה את הרישום בקשר למקרים האלה: הוראת סעיף 94(א) המציינת את הרישום כרשות הגיתנת לרוכש זיקה מכוח שנים – שעה שהוא כבר רכש אותה ומשום כך נזכר בתור זכאי.

אשר לדרכי הכינון הנתרות אין הרישום דרוש בהן להעמדת הזכות, ואף לא נאמר בחוק אם הוא אפשרי להשגת תוצאות אחרות. שיטת המרשם לוקה איפוא בחסר בדבר הכינון – ועוד יותר בדבר השינוי וההפקעה של זיקות ההנאה. בענין אחרון זה בכלל חסרות הוראות בחוק, פרט לסעיף 96 הצופה שינוי והפקעה על-ידי בית-המשפט.

IV

לג. עבירות הזיקה בין החיים ומחמת מיתה

זיקה לטובת מקרקעין עבירה "עבירות תלויה", בהיותה צמודה למקרקעין הזכאים. אף אם אין המחוקק הישראלי אומר את זאת בפה מלא, אין לפקפק שברצונו לקיים את המסורת בענין זה, ודי לנו ברמז (בסעיף 97) שבמלה "תוצמד" הגוגעת הן למקרקעין הזכאים והן למקרקעין הכפופים.

לגבי זיקה שלא לטובת מקרקעין, בהסדר החוק אין צמידות ואין "עבירות תלויה". כאשר היא קיימת לטובת מפעל מסויים לא היתה חסרה אמנם הסיבה להסדר דומה להסדר הנ"ל; ובדרך כלל אפשר היה לראות את הזיקה לטובת זכאי מסויים כרוכה באישיות הזכאי, כך שלא תיתכן העברתה לזולת. לעומת זאת, סעיף 95, בהטילו סייגים לעבירות הזיקה, מניח ומאשר כי עבירות זו קיימת בכוח וכי הסייג הנדון הוא כלל דיספוזיטיבי בלבד.

34 ראה בכיוון הנאמר, אופיר, שם, בעמ' 550.

35 סעיף 7 לא יחול על התקנון המצוי בבית משותף – אשר הוראותיו בסעיף 2(ב) ו-1(ג) מכוננות זיקת הנאה, למעשה; אף-על-פי שהתקנון המצוי צריך להיחשב הסדר הסכמתי מבחינה דוגמטית טהורה.

36 באופן שלילי מזכירים את הרישום בסעיף 6, כדי להוציא מגדר עסקה במקרקעין (הטענה רישום לפי סעיף 7) הורשה על-פי צוואה – ולכן גם כינון זיקת הנאה על-ידי צוואה.

בדבר העבירות מחמת מיתה יש נוטים לדעה השלילית³⁷, אנו נוטים לדעה החיובית. לכל היותר אפשר היה לאמר, בדומה לסיפא שבסעיף 95 ("והוא באין הוראה אחרת בתנאי הזיקה"), כי אי-העבירות הנטענת לא תהא אלא דיספוזיטיבית, דהיינו אם לא נקבע אחרת בתנאי הזיקה. אבל לא היינו מרחיקים לכת אף עד כדי כך. סעיף 95, באמרו "אין [...] רשאים", מקביל לסעיף 22 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 ("אינו רשאי") ולסעיף 87 לחוק המקרקעין, ולפיכך נראה לנו כי גם ההוראה בדבר הזיקה נוגעת אך ורק להעברה רצונית בין החיים.

בוודאי בכוחם של המכוננים (בהסכם, בצוואה, בפסק-דין או במעשה מינהלי) לשלול כל העברה מחמת מיתה, כשם שמותר להם לשלול כליל העברה בין החיים, ותבוא בחשבון אף שלילתם מכללא, לפי אופיה של הזיקה הכרוכה באישיותו של הזכאי. אמנם אין כאן תחולה לסעיף 1 לחוק המחאת היובים, תשכ"ט-1969, כיון שלא מדובר בחיוב אלא בזכות קניינית, אך מסעיף 95 הנ"ל ניתן להסיק שאין מגמת המשפט הישראלי למאוס גם כאן בתקפו של הסכם שלא להעביר (לעומת הנטייה ההפוכה הקיימת בשיטות משפט אחרות).

כאשר ההעברה מותרת, מתעוררת השאלה אם על החייב ליטא בהכבדה העלולה להיגרם לו משום כך. זה יהיה במקרה שאחד יעביר לרבים זיקה שתכנה שימוש אישי הגובר עם ריבוי המשתמשים. ענין זה הוא מקרה מיוחד הנכנס בשאלה שכבר עמדנו עליה: שינוי הצורך בשימוש (לעיל, ס' יז).

כאשר אין היתר לעבירות או להעברה, לא בהכרח אסורה התחייבות מצד הזכאי כלפי פלוני שזה יינה משמוש בזיקה – אם אין זו אישית בהחלט לפי טיבה. תנאי הזיקה המפורשים או המשתמעים יקבעו אם איסור כזה קיים אם לאו.

לד. העברה והתחלפות

כאשר הזיקה קיימת לטובת הציבור או לטובת סוג בני אדם, ואנשים חדשים מצטרפים לציבור או לאותו הסוג, אין זאת העברה, אף לא העברה חלקית. הזיקה נוצרת למצטרפים החדשים כפי שנוצרה בשעתה לאלה שהשתייכו לקבוצה בזמן הכינון, ומשום כך גם החדשים הם זכאים מקוריים. בתוך הקבוצה יש התחלפות, להבדיל מהעברה. אולי יעלה על הדעת הרעיון שגם בזיקה לטובת מקרקעין קיימת הזיקה לכל בעלי האדמה המתחלפים, כך שגם שם לא תהיה העברה. אבל רעיון זה ראוי להידחות. ממנו נובעת התוצאה כי פלוני, בעל המקרקעין כעת, אינו יכול להסכים להפקעת הזיקה או לשינוי בה, כיון שעל-ידי כך היה פוגע בזכות הבעלים העתידים. לעומת זאת מאז ומעולם ראתה המסורת את פלוני כבעל הזיקה בבעלות מלאה, ולכן מוסמך לכל עיסקה הנוגעת לה. אין להניח כי חוק המקרקעין התכוון לסטות ממסורת זו. אמנם סעיף 96 קובע שבית-המשפט רשאי להפקיע את הזיקה ולשנות את תנאיה, אך אין זה סביר לחשוב כי אפשרות השינויים הזאת שוללת את יכולתם של הנוגעים בדבר לחולל בעצמם את השינויים. נאמר איפוא כי בעל המקרקעין הוא בעל הזיקה. אמנם הוא

37 ראה: רייכמן, "הערות להגדרת זיקת הנאה", עיוני משפט, א' (תשל"ב), 345-346; אופיר, שם, בעמ' 539.

בעל הזיקה בתור בעל המקרקעין הנדונים, אך הוא בעל הזיקה היחיד. אמת נכון הדבר כי כאשר מישתהו אחר יחליף אותו בתור בעל המקרקעין האלה, תעבור אליו גם הזיקה, אך היא תעבור בתנאי שאז תהיה עוד קיימת, ובצורה שתלבש אז; ואין לחליף הזכות שקודמו יימנע מלהפקיע את הזיקה ומלהכניס בה שינויים.

כאשר המדובר בזיקה לטובת שורת בני אדם — זה המכהן כעת בכהונה מסויימת (או הנמצא במעמד מסויים, וכדומה) ואלה שיחליפו אותו בעתיד — קיימות שתי אפשרויות. הראשונה מקבילה להסדר הנוהג הנ"ל בענין הזיקה לטובת מקרקעין, שלפיה בעל הזיקה היחיד כעת יהיה בעל הכהונה הנוכחי, כך שהוא מוסמך להסכים לכל שינוי; וחליפיו ירכשו את הזכות אם תהיה קיימת ובצורה שבה תהיה קיימת אז. האפשרות השניה מקבילה להסדר שדחינו לגבי זיקת המקרקעין, שלפיו זכאים גם בעל הכהונה הנוכחי וגם חליפיו, כך שהראשון אינו יכול לשנות מאומה, כיון שהוא רק אחד מבין בעלי הזכות. נראה לנו כי אף את האפשרות השניה הזאת אין לדחות כאן, בענין הזיקה שלא לטובת מקרקעין, כיון ששורת האנשים הבאים זה אחרי זה, שבה המדובר, תיחשב כ"סוג בני אדם" לפי סעיף 92. דעתנו נוטה איפוא לראות את שתי הצורות הנדונות אפשריות בזיקה שלא לטובת מקרקעין, ותהא שאלת פרשנות להחליט לאיזו מן השתיים התכוונו תנאי הזיקה.

לה. זיקה שחסרים בה הזכאים להעבירה

נשאלת השאלה אם בזיקה לטובת הציבור או לטובת סוג בני אדם "פתוח" — להבדיל מן הזיקה לטובת אדם פלוני — קיימת למעשה אפשרות ההעברה (בסייגים שבסעיף 95). נוסף על הזיקה לטובת אדם, סעיף 95 מדבר על הזיקה לטובת סוג בני אדם וקובע באילו תנאים רשאים בעלי הזיקה להעביר את זכותם. הציבור — נפקד מקומו. לא יאמר כי עצם הרעיון הזה, שזיקת הציבור תועבר לזולת, אינו רעיון סביר לפי ענין הציבור: עולות על הדעת נסיבות שבהן העברת הזיקה לידי גוף ציבורי מאוגד היתה עשויה להיות לטובת הענין. אך בוודאי ראה המחוקק שאין זה אפשרי כי "הציבור" יסכים להעברה; לא רק משום שזה לא מעשי שכל בני הציבור הנוכחיים יסכימו אלא גם משום שלא סגי שיסכימו הם, להוציא את אלה העתידים להצטרף אליהם להבא, שאף הם בכלל בעלי הזיקה.

אך שיקול אחרון זה כוחו יפה גם בענין כל קבוצה "פתוחה". לפיכך נראה שאין מגוס מן המסקנה כי, כאשר מדובר בסעיף 95 ב"בעלי הזיקה" בקשר לזיקה לטובת סוג בני אדם, הכוונה צריכה להיות לקבוצה "סגורה", זאת שחבריה מוגבלים לחבריה הנוכחיים בלבד.