

זכויות בנייה: עיון מחודש

מאת

אבי וינרוט* ואריק מגדיש**

מאמר זה מוקדש לזכרו של אחי הגדול בכול, ד"ר יעקב וינרוט ז"ל.

זכויות הבנייה הן אושיית יסוד בקביעת ערכם הכלכלי של מקרקעין ובניצולם. על אף זאת נוצר קושי למקם אותן במשבצת משפטית ראויה. על כן נוצר פער בין הפרקטיקה לבין ההמשגה המשפטית, והדבר עורר שתי בעיות חריפות: האחת, משפטית והשנייה מעשית. במישור המשפטי התקשו בתי המשפט להגדיר את זכויות הבנייה כזכויות קניין שאפשר לתת להן ביטוי במרשם המקרקעין ושאפשר להחיל עליהן את דיני פירוק השיתוף. בעקבות זאת נוצר קושי מעשי, שכן בהיעדר ביטוי במרשם המקרקעין לא ניתן אפילו לרשום הערת אזהרה בגין עסקה בזכויות בנייה ולמנוע תאונות משפטיות. כמו כן לא ניתן לשעבד או לעקל זכויות בנייה כאמור. המצב הנורמטיבי הוא בלתי נסבל, שכן במישור המעשי נעשות עסקאות בזכויות בנייה והן "מטבע עובר לסוחר", מתייחסים אליהן כאל זכויות קנייניות, אך המשפט אינו משכיל למצוא מנגנון שיביא לכך שעסקה לניוד של זכויות בנייה תחייב גם צד ג. מטרתו של מאמר זה היא לעיין מחדש בסוגיה זו. סייע בידינו תיקון מס' 33 לחוק המקרקעין, שחידש את דבר קיומן של חלקות תלת-ממדיות. בדומה לתיקון זה אנו מבקשים לראות בזכויות הבנייה זכויות מעין-קנייניות במקרקעין שיבשילו לכלל בעלות מלאה בממד הגובה של הזכות הקניינית במקרקעין. הגדרה חדשה זו תואמת את גישת ה"קניין כמוסדות", הרואה בקניין זכות המחייבת את הפרט לפעול בהתחשב בצורכי הכלל, ובמקרה דנא צורכי התכנון הסביבתיים. מציאת ההגדרה המשפטית הנכונה סוללת את הדרך לפתרונות מעשיים הנדונים להלן.

מבוא. א. קשיי המשגה. 1. זכויות הבנייה כזכויות אישיות. 2. זכויות הבנייה כזכויות אוכליגטוריות. 3. זכויות הבנייה – זכות במקרקעין. **ב. פער בין המשגה העיונית לבין המציאות.** ג. כשלים מעשיים הנובעים מהיעדר המשגה משפטית ראויה. 1. עסקאות נוגדות והיעדר אפשרות לרישום הערת אזהרה. 2. משכנתה ועיקול. 3. היעדר אפשרות לפירוק שיתוף. ד. מעין-קניין ("קניין עוברי"). ה. מן המשגה העיונית ליישום המעשי. 1. עסקאות נוגדות והערת אזהרה. 2. תפקידי רשם המקרקעין. 3. עיקול ומשכנתה. 4. פירוק שיתוף. ו. סיכום.

* פרופ' חבר ומרצה מן המניין לדיני קניין במרכז האקדמי "פרס", שותף מייסד בפרופ' אבי וינרוט ושות' משרד עו"ד. תודתי מכל לב לעוה"ד חי נחום על סיועו הרב באיסוף החומר ובגיבושו. כמו כן תודתי לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערות בונות, מחכימות וחשובות מאין כמותן. הערותיהם הביאו להבניה חשובה של מאמר זה.

** עו"ד במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות'.

מבוא

חוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 קובע כי הבעלות במקרקעין מגיעה עד רום רקיע ועד עמקי תהום.¹ מבחינת דיני הקניין היה בעל מקרקעין יכול לבנות ללא הגבלה בתחומי בעלותו. אולם חוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965 קובע כי הבנייה במקרקעין חייבת בהיתר מאת הוועדה המקומית לתכנון ולבניה.² היתר כאמור יינתן רק במקרה שרישיון הבנייה המבוקש תואם את התוכניות החלות על המקרקעין.³ תוכניות אלה קובעות את היקף הבנייה במקרקעין, לרבות תנאים או הגבלות בדבר גודל השטח שמותר להקים עליו בניין, בדבר המרווח שמסביב לכל בניין ובדבר גובהו, בטיחותו או טיבו של בניין בכל אזור או מקום מסוים, בדבר צפיפות הבנייה המותרת, מספר הבניינים שמותר להקים על מגרש מסוים, מספר הדירות בכל בניין ומספר החדרים בבניין או בדירה.⁴ תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב–1992 קובעות את הדרך לחישוב השטחים המותרים לבנייה במקרקעין לפי התוכניות. התקנות קובעות מהו השטח הכולל המותר לבנייה, בבניין פלוני, כסכום, במטרים רבועים, של השטחים המקורים בכל קומותיו, בין ששטחים אלה נמצאים מעל פני הקרקע ובין שהם מתחתיה.⁵ לפי תקנות אלה נקבעים בתוכניות אחוזי הבנייה בדרך של קביעת היחס שבין היקף הבנייה לבין שטח המקרקעין – על פי נוסחת "רח"ק" (רצפה חלקי קרקע).⁶ מבחינת דיני התכנון והבניה המשנה סדורה, אף שאין הגדרה בחוק למונח "זכויות בנייה", ולמדים על מהותו מאמירה אגבית של המחוקק שלפיה בסמכות הוועדה המקומית לקבוע בתוכנית את "השטח הכולל המותר לבניה בכל ייעוד או בכלל הייעודים, גם בלא קביעת זכויות בניה בכל מגרש או במגרש כלשהו".⁷ מכלל לאו אתה שומע הן כי ההגדרה של זכויות הבנייה היא קביעת השטח הכולל המותר לבנייה במקרקעין. גם בחוק המקרקעין אין הגדרה של זכויות הבנייה, וההתייחסות אליהן היא אגבית.⁸ נמצא כי אף שזכויות הבנייה הן לעיתים הרכיב החשוב ביותר בקביעת שווים הכלכלי של מקרקעין,⁹ לא מצא המחוקק לנכון להסדיר בחוק את הגדרתן,¹⁰ סיווגן, מהותן ואופן העברתן.¹¹

1 ס' 11 לחוק המקרקעין.

2 ס' 145(א) לחוק התכנון והבניה.

3 שם, ס' 145(ב).

4 שם, ס' 63(4)–(5), 69(11).

5 ראו ס' 3–4 לתקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב–1992.

6 המונח "רח"ק" מגדיר את שטחי הבנייה במגרש. לדוגמה, רח"ק 4 משמעו שהיחס בין שטח המגרש לבין שטחי הבנייה המותרים בו הוא 1:4 (שטחי הבנייה כולל שטחי שירות). בכל אזור מוגדר הרח"ק הבסיסי והרחק המרבי.

7 ס' 62א(ג)4(ג) לחוק התכנון והבניה.

8 ס' 71ב(א) לחוק המקרקעין קובע את זכותם של בעלי שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף הצמוד לדירותיהם, להחליט בדבר חלוקת "זכויות הבנייה" הנדרשות לצורך הרחבת דירה מסוימת על חשבון חלקים מהרכוש המשותף.

9 אין חולק כי עניין לנו בזכויות שערך הכלכלי רב. ראו ע"א 7156/96 **שואעי נ' בכרך**, פ"ד נגד (1) 469, 476 (1999); ע"א 5043/96 **גלמן נ' הררי-רפול**, פ"ד נד (3) 389, 393 (2000); שמואל רויטל דיני התכנון והבניה 157 (מהדורה 6, 1989).

קשה להגזים בחומרתה של לאקונה זו, הגורמת לתקלות רבות. הקושי אינו פורמלי גרידא, ומתעורר קושי במישור המהותי בבחינת המשגה המשפטית להגדיר ולהכיל את זכויות הבנייה. בשל כשל משפטי זה נוצר פער בין הניתוח המשפטי לבין המציאות הכלכלית.

כשל זה גרם שעסקאות בזכויות בנייה לא ימצאו כל ביטוי במרשם המקרקעין. הפסיקה לא מצאה אפשרות משפטית לרשום הערת אזהרה בגין מכירת זכויות בנייה ולמנוע עסקאות נוגדות ותאונות משפטיות, לשעבר זכויות אלו ולקבל בגינן מימון, לעקל זכויות אלו להבטחת הליכים משפטיים וכיו"ב.

במאמר זה נבקש למצוא המשגה משפטית נכונה לזכויות הבנייה מזווית הראייה של דיני הקניין, ולראות בהן זכויות מעין-קנייניות שיבשילו לכלל בעלות מלאה בממד הגובה של הזכות הקניינית במקרקעין. התייחסות זו מקבלת משנה תוקף לאור תיקון 33 לחוק המקרקעין (חלקה תלת ממדית), המאפשר יצירת חלקות תלת-ממדיות, שבמסגרתן ניתן להעביר בעלות בממד הגובה של המקרקעין כנכס העומד בפני עצמו.¹² נראה כי ההגדרה המשפטית המוצעת מתיישבת עם התפיסה המודרנית של דיני הקניין כמסגרת חברתית שבה מתקיימים יחסי גומלין בין הפרט לבין החברה. בעקבות ניתוח משפטי זה יש מקום לתת ביטוי במרשם המקרקעין לעסקאות בזכויות הבנייה ולהביא ליישוב הסתירה הקיימת בין המשפט הרצוי והמצוי לבין המציאות.

דרך הילוכנו בדיון זה יהא כדלהלן: בפרק א נעמוד על הקושי המשפטי שנוצר להגדיר את זכויות הבנייה ולכיל אותן במשבצת משפטית ראויה, ובפרק ב נעמוד על הפער שנוצר בין המשגה העיונית הקיימת לבין המציאות. בפרק ג נעמוד על הכשלים המעשיים הנובעים מהיעדר המשגה משפטית ראויה ובעיקר בהיעדר אפשרות לתת ביטוי לעסקאות בזכויות הבנייה במסגרת מרשם המקרקעין. בפרק ד נציע הגדרה עיונית חדשה לזכויות הבנייה, ולפיה יש לראות בהן זכויות מעין-קנייניות. בפרק ה נעבור מן המשגה המשפטית אל הפתרונות המעשיים לבעיות שהתעוררו ונראה כי ניתוח משפטי נכון עשוי לפתור אותן.

10 המונח "זכויות בנייה" לא הוגדר בחוק המקרקעין או בתקנותיו. בית המשפט העליון הגדיר "זכויות בנייה" כאפשרות לנצל את הקרקע לבנייה לפי תוכנית המתאר הרלוונטית. ראו רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס, פ"ד (1) 517, 527 (1996); ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין רחובות, פס' 14 (נבו 6.12.2006) (להלן: עניין ראד); ע"א 11965/05 עזבון קליין נ' שרון, פס' 43 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (נבו 27.8.2009); ע"א 467/14 שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ (נבו 9.9.2015). שבו ציינה השופטת ברק-ארו (שם, פס' 17) כי: "המונח 'זכויות בנייה' או 'אחוזי בנייה' לא מוגדר בחוק המקרקעין, והוא אף אינו חלק מרשימת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין. מושג זה צמח מתוך חיי המעשה".

11 המחוקק לא דן בהעברת זכויות בנייה, ואין התייחסות אליהן בחוק לבר מס' 71 א-71 לחוק המקרקעין (הנוגעים לחלוקת זכויות בנייה בין דיירים בבית משותף), ומס' 62 לחוק התכנון והבניה (הדן בסמכות הוועדה המקומית בנוגע לזכויות אלה).

12 התייחסותנו במאמר זה הינה לממד האנכי של זכויות הבניה, שכן בממד זה אין בהענקת הזכות לגורם אחד כדי לבוא על חשבון גורמים אחרים. לגישה שונה ראו מוטי בניאן ובעז ברזילי "זכויות בניה וסחירות – היבטים קנייניים ושמיים" מקרקעין ב/2 61 (2003); גד נתן וצחי טנא "מהותן הקניינית של זכויות הבניה" מקרקעין ח/46 46 (2009).

א. קשיי המשגה

הזכויות המוכרות בדין הן שלוש: זכויות אישיות יציר החוק (כגון זכות למזונות קטין); זכויות אובליגטוריות (חוזיות); זכויות קניין המנויות בחוק המקרקעין. ברם להלן נראה כי לפי פסיקת בית המשפט העליון זכויות הבנייה אינן נכללות לכאורה אף באחד מסוגי הזכויות הללו.

1. זכויות הבנייה כזכויות אישיות

זכויות בנייה אינן זכויות אישיות שהדין מקנה לאדם, כגון הזכות למזונות קטין, שהרי זכויות הבנייה נקבעות על פי אזור ולא על פי זהות בעליו. זכויות הבנייה משויכות למקרקעין ולא לבעל המקרקעין וממילא אינן זכויות אישיות.¹³

2. זכויות הבנייה כזכויות אובליגטוריות

זכויות אובליגטוריות הן חלק מדיני החיובים, ובהם חיובים רצוניים (חוזים) וחיובים לא רצוניים (נזיקין ועשיית עושר), ומכל מקום יש "זכאי" או "נושה" (Creditor) אשר מולו ניצב "חייב" (Debtor), שמוטל עליו חיוב כלפי הזכאי. זכויות בנייה יכולות להיות מושא להסכמות חוזיות,¹⁴ אולם רשויות התכנון הן הקובעות את זכויות הבנייה לפי הדין על פי שיקול דעתן ועל פי צורכי התכנון השונים אך לא מכוח מחויבות כלפי בעל קרקע ספציפי כלשהו. למשל, הלכה פסוקה היא כי כאשר הרשות יוזמת תוכנית משביחה, אין לאדם זכות שהמקרקעין שלו ייכללו בתוכנית זו.¹⁵ רשויות התכנון רשאיות גם לשנות תוכנית קיימת,

13 בעוד שזכויות בנייה הן בבחינת "הלך החבל אחר הדלי" הן צמודות למקרקעין תהא הבעלות בהן אשר תהא, הרי שזכויות אישיות, כמו זכות למזונות, אינן ניתנות להעברה או הורשה. ראו למשל אביגדור לבונטין "זכות קניין – מהי?" משפטים ט 384, 386 (התשל"ט). כך גם ס' 45(ב) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, קובע כי הזכות המוסרית על יצירה היא "אישית ואינה ניתנת להעברה, והיא תעמוד ליוצר אף אם אין לו ביצירה זכות יוצרים או אם העביר את זכות היוצרים ביצירה, כולה או חלקה, לאחר". כלומר, הזכות האישית אינה תלויה ביצירה עצמה (בחפץ) וגם במקרה של העברת הבעלות בחפץ, הזכות המוסרית שהיא זכות אישית נותרת אצל היוצר.

14 ראו ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פ"ד לז(2) 497, 501-502 (1983); ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673, 680 (1986); יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 418 (1997) (להלן: ויסמן בעלות ושיתוף); מיגל דויטש קניין כרך א 665 (התשנ"ז) (להלן: דויטש קניין א).

15 ראו לעניין זה בג"ץ 9402/03 בוכניק נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פס' 10 (נבו 18.3.2007); בג"ץ 6942/15 בן משה נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של תשתיות לאומיות (נבו 20.11.2016). כן ראו ע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ נ' הפציבה שיכון ופיתוח בע"מ, פס' 43 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 3.9.2015) (להלן: עניין חברת הדואר), שלפיה: "זכות בנייה עתידית משקפת למעשה את הציפייה כי רשויות התכנון יעניקו היתר לבנייה נוספת על הקרקע. ציפייה זו אינה מבוססת על זכות משפטית. אין לאדם זכות קנויה כי רשויות התכנון יעניקו לו זכויות בנייה בעתיד. ממילא ציפייה שכזו, אשר התמשתה אינה ודאית כלל וכלל, אינה יכולה להיחשב לנכס". ראו עוד יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 370-378 (1993); והשוו בר"ע 232/75 אטבה נ' רצבי, פ"ד ל(1) 477, 478 (1975); רע"א 134/88 לוי נ' קשור, פ"ד מב(4) 198, 201-205 (1988); ע"א 9575/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' בהאי (נבו 7.7.2010).

להרבות או להפחית זכויות בנייה ולשנות שימושים מותרים. רשויות התכנון רשאיות אף לקבוע שאין זכות לבנות כלל. שיקול דעתן של רשויות התכנון חייב להיות ענייני ומשוחזר מכל מחויבות אישית שתמנע החלטה בלתי תלויה לטובת האינטרס הציבורי.¹⁶

לכאורה ניתן לומר כי אף שרשויות התכנון אינן מחויבות לתוכניות בנייה קיימות ולזכויות הנובעות מהן, ניתן לזהות הכרה כלשהי בחיוב שלהן כלפי בעלי המקרקעין בשל החיוב שלהן לפצות את בעלי הקרקע בעת שינוי תוכנית לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. לכאורה, חובת הפיצוי מעידה על מעין זכות אובליגטורית של בעל המקרקעין כלפי רשות התכנון, שאם לא כן – מדוע היא חייבת לפצותו? מכאן היה אפשר להסיק לכאורה כי הרשות אומנם אינה כבולה בשיקול דעתה, אך הדבר אינו מלמד על היעדר זכות של בעל המקרקעין מלכתחילה אלא על הסדר הדומה להלכת ההשתחררות מחוזה רשות, שלפיו לרשות יש מחויבות אובליגטורית אשר היא רשאית להשתחרר ממנה לנוכח האינטרס הציבורי, כשהיא מפצה את בעל הזכות החוזית. אולם נראה שקשה לקבל גישה זו מחמת שלווה טעמים:

ראשית, אילו הייתה בתוכנית החלה על מקרקעין משום התחייבות אובליגטורית של הרשות כלפי בעל המקרקעין, הרי ששינוי של תוכנית ביחס למקרקעין אחרים לא היה יכול להיות הפרה של התחייבות שכזו ולא היה אמור להביא לפיצוי מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. בפועל, סעיף 197 מחיל חובת פיצוי לא רק על נזקים ישירים שעלולים להיגרם לבעלי מקרקעין מהפחתת אחוזי הבנייה הניתנים לניצול ביחס למקרקעין, אלא גם על נזקים עקיפים. כלומר, הפיצוי אינו מוגבל לפגיעה הנגרמת מן התוכנית במישרין למקרקעין, ויש חובת פיצוי גם כשהנזק נובע מתחולת התוכנית על מקרקעין סמוכים.¹⁷

חובת הפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה אינה מתייחסת רק לבעל המקרקעין שהזכויות בהן שוננו, אלא גם למקרקעין הגובלים בתוכנית ואינם נכללים בה.¹⁸ כמו כן הפיצוי אינו רק לבעלים אלא גם לחוכר לדורות ולמי שיש לו זכות אחרת שאינה מקנה זכויות בנייה.

שנית, בית המשפט העליון הבהיר בפסק הדין בעניין פרחי ביקל¹⁹ כי בבסיס עקרון הפיצוי מכוח סעיף 197 קיימת ההכרה בעיקרון של צדק חלוקתי, שלפיו הפרט אינו צריך לשאת לבדו בנזק שגורמת תוכנית המביאה תועלת לכלל.²⁰ כלומר, סיבת הפיצוי אינה נובעת מכך שהרשות פגעה במחויבות שלה כלפי בעל הקניין להותיר על כנה תוכנית קיימת אלא מעקרונות של צדק חלוקתי. למעשה התשלום אינו מגיע מכיסה של רשות התכנון, ולפי סעיף 196א לחוק התכנון והבניה ולפי התוספת השלישית לחוק, בעת אישור תוכנית חדשה

16 לעניין זה ראו בג"ץ 30/51 בלבן נ' עירית ת"א, פ"ד ו 257 (1952); ע"א 4872/17 המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ (נבו 9.10.2018); אברהם וינרוט חברות ממשלתיות – תחולת המשפט המינהלי 509 (1995).

17 חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 148–149 (2005).

18 רע"א 147/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה תל אביב-יפו נ' אברמוביץ, פס' 13 (נבו 31.12.2014).

19 ע"א 5958/15 פרחי ביקל בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה – ראשון לציון (נבו 31.12.2016).

20 ע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה "שרונים", פ"ד ס (2) 230, 250 (2005); נעמי אלסטר-פנחסי "סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965 – פיצויים לנפגעים כתוצאה מתכנית מתאר שלא על דרך הפקעה" הפרקליט לו 516, 534 (1985).

חייבים בעלי מקרקעין הנהנים ממנה בתשלום היטל השבחה בשיעור של 50% מההשבחה שנגרמה למקרקעין בגין אישורה של תוכנית. בהטלת "מס" זה טמון רעיון של צדק חלוקתי, שלפיו בעלי המקרקעין שהתעשרו מפעולות הרשות ישתפו את הציבור בעושר שהפיקו מהתוכנית. על כן "כשם שמוצדק הדבר שבעל מקרקעין יקבל פיצויים בגין תכנית שגרמה לפגיעה במקרקעיו כך מוצדק שבעל מקרקעין ישתף את הציבור".²¹ נמצא אפוא כי אין מדובר בפיצוי של הרשות בגין הפרת מחויבות שלה כלפי בעל מקרקעין אלא ביצירת מנגנון שבו הרשות פועלת לעשיית צדק חלוקתי, כשהיא גובה כספים ממי שהרוויח מהתוכנית החדשה כדי שבעוגת הרווח יתחלק הציבור כולו ומפצה בכספים אלו את מי שהפסיד מהשינוי התכנוני כדי שלא יישא בהפסד לבדו. זהו רציונל שונה לחלוטין מזה שקיים בבסיסה של מחויבות אובליגטורית.

שלישית, סעיף 197 לחוק התכנון והבניה קובע כי על הוועדה המקומית לשלם פיצויים בגין פגיעה במקרקעין גם אם מדובר בנזקים שנגרמו מתוכניות שלא היא אישרה (ובכלל זה כאלה שהתנגדה להן), אלא הוועדה המחוזית או המועצה הארצית הן שאישרו אותן.²² בעניין פרחי ביקל הבהיר בית המשפט העליון כי ההצדקה לחיובה של הוועדה המקומית בתשלום פיצויים בגין נזקי תוכניות מחוזיות וארציות נעוצה בכך שהוועדה המקומית היא הרשות שזוכה בתשלומי היטל ההשבחה המשולמים בגין התוכנית. לו היה מדובר במחויבות אובליגטורית, לא היה ניתן לחייב את הוועדה המקומית בפיצוי בגין מחויבות שלא היא הפרה. אין זאת אלא שעסקינן במנגנון של חלוקת עושר ולא בפיצוי המעיד על זכות אובליגטורית. לרשות אין מחויבות כלשהי כלפי בעלי המקרקעין, ולאילו אין כל זכויות אובליגטוריות כלפיה.

אכן, לפי מהלך חשיבה זה לא היה אמור להיות תוקף להסכם שבו צד אחד מעביר "זכויות" בנייה למשנהו, שהרי הוא ממחה חיוב שעה שאין "חייב", והרשות מצידה אינה חייבת כלום למישהו ספציפי.²³ בפועל, ביחסים שבין הצדדים יש תוקף להסכם של האחד

21 ראו אהרן נמדר **תכנון ובנייה – תכניות, מוסדות והליכי תכנון** 52–54 (2015); דגן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 177–176.

22 אהרן נמדר "פיצויים על פגיעה במקרקעין לפי סעיף 197: חוקיות דרישת השיפוי של הוועדה המקומית" **מקרקעין** א/3, 4 (2002).

23 לעניין זה ראו ע"א 496/93 **פקיד שומה חיפה נ' סמו**, פ"ד נ(4) 432 (1996), שם נקבע כי מתן רישיון, בשונה מעסקת מתנה, אינו עסקה דר-צדדית, כי אם פעולה מנהלית דר-צדדית, המהווה אחת מסמכויות הביצוע החשובות של המנהל (ראו ברוך ברכה **משפט מינהלי** כרך א (1997)). החוק מסמיך את הרשות המנהלית להעניק רישיונות, ועל הרשות לעשות שימוש בסמכות שהוקנתה לה. "רצונה" של הרשות אינו שייך לכאן, וממילא אין כל מקום למפגש רצונות. על הרשות לשקול את השיקולים הרלוונטיים למתן הרישיון כפי שאלה הוגדרו לה על-ידי המחוקק, ובמסגרת הפעלת מטרת החוק המסמיך עליה להפעיל את שיקול-דעתה במגבלות מתחם הסבירות: "רשות שנתונה בידה סמכות לשקול ולהחליט, הופקדה בידה לא רק זכות להפעיל את הסמכות, אלא גם החובה לשקול את הפעלתה ולהפעילה כשמוצדק הדבר" (ראו בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, פ"ד מז(5) 485, 496 (1993)). ראו גם יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א 691–692 (1996). בבג"ץ 4806/94 **ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נב(2) 193, 201–202 (1998) ציין השופט זמיר כי: "מדיניות הממשלה, כדרכה של מדיניות, משתנה עם שינוי הנסיבות, ולעתים אף ללא שינוי הנסיבות. הדבר ידוע. הדבר גם רצוי. בהתאם לשינוי המדיניות גם הסובסידיה עשויה להשתנות [...] השאלה היא, אם יש לאדם זכות

להעביר "זכויות בנייה" למשנהו. נראה כי משום כך סבר השופט עמית בעניין **חברת הדואר** כי עסקינן בהמחאת חיוב וגרס כי אפשר לראות ברשויות התכנון והבנייה חייב שממנו ניתן לדרוש את קיום הזכות, ולכן המסחר בזכויות אלו הוא בגדר של המחאת זכויות.²⁴ השופט עמית הבהיר כי אף שזכויות הבנייה טרם התגבשו באותו מקרה, "ניתן לטעון כי אם וכאשר הזכות תבוא לעולם, ניתן לראות את רשויות התכנון והבנייה כ'חייב' שממנו ניתן לדרוש את קיומה של הזכות". ברם קביעה זו אינה תואמת לכאורה את ההלכה הפסוקה שלפיה "לגורמי הרישוי שיקול דעת לדחות בקשה לקבלת היתר בניה אף אם היא תואמת תכנית קיימת ותקפה".²⁵ דבריו של השופט עמית נתקלים בקושי כאשר עסקינן בניוד של זכויות ממקרקעין המצויים במקום אחד למקרקעין המצויים במקום אחר. קשה אפוא להגדיר את זכויות הבנייה כזכויות הנובעות מכוח חוזה, שהרי זכויות הבנייה אינן נובעות מכוח הסכם שבו יש חייב, אלא מכוח מדיניות בלתי תלויה של רשויות התכנון.²⁶ זאת ועוד, אילו היינו עוסקים בהמחאת חיוב אזרחי, הרי שהנמחה היה רשאי להגיש הליך אזרחי לאכיפת החיוב כלפי החייב, אף אם החייב הוא רשות מנהלית. בפועל, אשר לזכויות בנייה אי אפשר להגיש הליך אזרחי לאכיפת חיוב נגד רשויות התכנון, ויתחייב הליך של עתירה מנהלית שלא ייבחן

שהסובסידיה תהיה כפי שהייתה: לא תשתנה ולא תחבטל. התשובה הברורה של הפסיקה היא שלילית. הפסיקה קובעת כי אין לאדם זכות מוקנית או זכות קנויה (לשם הדיוק יש לומר: אין לו זכות) שהמדיניות תישאר קפואה וכך גם הסובסידיה. יש לו, אולי, ציפייה, אך הציפייה אינה מגיעה כדי זכות". במקרה דנא אין עסקינן בסובסידיה, אך ההיקש ברור, שכן מדובר בשאלה של מדיניות (תכנונית), ואין לאדם זכות להיכלל בתוכנית משיחה (ראו לעיל ה"ש 15). מנגד, אם זה לא חיוב ואין זכות קנויה, למה קובע סניף 197 לחוק התכנון והבניה שיש פיצוי בגין ירידת ערך, כאשר המדיניות משתנה? על מה מפצים אם אין זו זכות קניין ולא חיוב.

24 בעניין **חברת הדואר** (לעיל ה"ש 15), הבהיר השופט עמית כי אין מניעה כי תיעשה לאלתר עסקה שמשמעה המחאה מושלמת של זכות עתידית ומותנית. על המחאת זכות כאמור יחולו הוראות חוק המכר, התשכ"ח-1968 וחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, ועם המחאת הזכות חדלה הזכות להיות נכס מנכסי הממחה, היא אינה עומדת עוד לרשות נושיו של הממחה ומונעת בעדם מלרדת אל הזכות שכבר אינה נכס שלו. ראו שלום לרנר "המחאת זכות במקרקעין: בין חיוב לקניין" **עיוני משפט** יז 433 (1992).

25 ראו ע"מ 3192/14 **רוס גרנות נ' האגודה השיתופית רמת רזיאל** (נבו 30.11.2015). רשויות התכנון אינן חייבות לתת רישיון לבנייה גם כאשר יש זכויות על פי התוכניות, וכך נעשה לעיתים כאשר בעל המקרקעין "הקדים נעשה לנשמע" והתחיל לבנות עוד לפני שקיבל היתר. אף שמבחינה תכנונית הוא זכאי להיתר, אין הרשות מחויבת לכך, ולכן היא רשאית לשקול שיקולים של "הגנה על שלטון החוק" ולא להעניק את רישיון הבנייה המבוקש. ראו למשל ע"מ 65/13 **הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ** (נבו 7.7.2013); ע"א 8626/06 **פורמה נ' הועדה לבניה למגורים ותעשייה** (נבו 3.4.2008).

26 באשר לשאלה כיצד ניתן תוקף חוזי להתחייבות זאת, נראה לכאורה כי זו התחייבות למכור נכס עתידי שלא בא לעולם, וההתחייבות יכולה להתבצע בידי המוכר לאחר שהוא עצמו ירכוש בעלות בנכס, דהיינו לאחר שזכויות הבנייה ימומשו והנכס ייבנה. כל שיש לקונה עד לאותה עת היא זכות חזוית, מכוח ההתחייבות של המוכר, להעביר לו את הבעלות אם וכאשר הוא עצמו יקבל אותה. ראו ויסמן **דיני קניין – חלק כללי**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 377; AMERICAN LAW OF PROPERTY: A TREATISE ON THE LAW; OF PROPERTY IN THE UNITED STATES vol. 4 63 (AJ Casner eds., 1952); P.V. BAKER & P.S.J. LANGAN, SNELL'S EQUITY 82-83 (29th ed. 1990).

במסגרתה אלא תקינות הליך קבלת ההחלטות, בלא שבית המשפט יבחן את ההחלטה לגופה.²⁷

הנה כי כן, בעת העברת זכויות בנייה ניצבים לכאורה שני צדדים שעשו ביניהם חוזה שלפיו מי שאינו חייב למי מהם דבר (הרשות), יעביר זכויות בנייה מאחד למשנהו, ויש קושי להגדיר את זכויות הבנייה כזכויות אובליגטוריות.

3. זכויות הבנייה – כזכות במקרקעין

עשרות שנים נטושה מחלוקת בשאלה אם יש להגדיר זכויות בנייה כזכויות קנייניות.²⁸ חלפו שנים כה רבות, ועם זאת הפסיקה לא הכריעה בשאלה זו.²⁹ הקושי להגדיר את זכויות הבנייה כזכויות קנייניות הוא בשני מישורים. זכויות קניין חייבות להתייחס למושא הקניין, כלומר לנכס. אם אין נכס – אין קניין בנכס. המישור הראשון נגע אפוא לשאלה הבסיסית – אם ניתן לראות בזכות בנייה משום נכס. קיים קושי להגדיר את זכויות הבנייה כנכס העומד בפני עצמו, שהרי הן קשורות לנכס המקרקעין הספציפי שאליו הן מתייחסות, וממילא אין לראות בהן נכס שניתן להעבירו כשלעצמו ולרכוש בו בעלות במנותק מהקרקע שאליה הן משויכות.³⁰ על כן אי אפשר לומר כי לאדם יש "זכויות בנייה" כנכס העומד בפני עצמו ואינו מובלע בתוך זכות הבעלות בקרקע. מושא העסקה הוא אפוא הזכות במקרקעין ולא זכויות הבנייה.

27 זאת ועוד, במקרה של עסקאות נוגדות, אם חל חוק המחאת חיובים, עניין לנו בשאלות של "שוק פתוח" (ס' 4 לחוק המחאת חיובים). לעומת זאת אם עסקינן בזכות קניין, הרי שכשמדובר ב"עסקאות נוגדות" חל ס' 9 לחוק המקרקעין או ס' 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971. הפתרון לפי כל אחת מהמערכות הנורמטיביות הללו עשוי להיות שונה. האם יהיה נכון לומר כי אשר לעסקאות נוגדות בזכויות בנייה יחול סעיף 4 לחוק המחאת חיובים? קשה לנו לקבל הנחה זו, שכן מדובר בזכות המתבטאת בסופו של דבר במקרקעין, וממילא על פי פסק הדין בע"א 2643/97 גנו נ' ברייטש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 393-395 (2003), אמור לחול על כך ס' 9 לחוק המקרקעין.

28 אחדים סוברים כי זכויות הבנייה הן בגדר של זכות קניינית (ראו תאודור אורין "אחוזי בנייה" – זכות קניינית? הפרקליט לב 526 (1979); נתן וטנא, לעיל ה"ש 12, בעמ' 80). כך גם נטען כי זכויות הבנייה הן בגדר של זכות מעין-קניינית (ראו מרדכי גלוסקה "זכויות בנייה – נכס עובר לסוחר?" **מקרקעין** א/6 (2002)). מוטי בניאן סבר כי לא ניתן לראות בזכויות הבנייה זכות קניינית, וכאמור זו דעתו של ויסמן: "הסכמים שבהם מעניקים זכות לניצול אחוזי בניה אינם בגדר עסקה קניינית; אין הם עשויים להביא לשינויים בבעלות על אחוזי הבניה. הסכמים שכאלה עשויים להוליד זכויות שאופיין חוזי גרידא". ראו מוטי בניאן **דיני מקרקעין – עקרונות והלכות** 166-167, 767 (מהדורה שנייה, 2004); ויסמן **בעלות ושיחוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 419.

29 לסקירה של הפסיקה ושל התפתחותה בסוגיה, ראו חנה שצ'רבקוב "זכויות בנייה – מגמות בפסיקה" **מקרקעין** י' 49 (2011).

30 ע"מ 2832/09 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' בני אליעזר בע"מ (נבו 9.1.2011); ע"א 151/87 ש. ארצי חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489, 504 (1989); ע"א 3260/11 רחל ברכה, משרד עורכי דין נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ (נבו 6.1.2015); עניין לוסטיג, לעיל ה"ש 10; עניין גלמן, לעיל ה"ש 9, פס' 4; ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, פ"ד נט(6) 449, 467 (2005); ויסמן **בעלות ושיחוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 416. לדעה שונה ראו בניאן וברזילי "זכויות בנייה וסחירותן – היבטים קנייניים ושמאיים", לעיל ה"ש 12; מוטי בניאן ובוועז ברזילי "זכויות בנייה וסחירותן – היבטים קנייניים ושמאיים (ב)" **מקרקעין** ב/6 (2003).

אך יתרה מזאת, פרופ' ויסמן עורר קושי מהותי מאוד מזווית הראייה הזאת: ככלל, לבעלים של מקרקעין יש זכות לנצל את המקרקעין עד רום רקיע,³¹ ואילו אחוזי הבנייה משקפים דווקא את תחומי ההגבלה שמטילה הרשות על היקף ניצול הזכות הקניינית במקרקעין.³² נמצא כי אחוזי הבנייה אינם ביטוי להיקף הבעלות אלא להפך, הם ביטוי דווקא להיקף ההגבלה שמטילות רשויות התכנון על ניצול הבעלות לשם בנייה. אכן, שיעורי הבנייה במקרקעין משתנים לפי דיני התכנון ולפי מדיניות רשויות התכנון,³³ ושווי הקרקע עשוי להשתנות פלאים בשל הרגולציה השונה, אבל מבחינה קניינית לא השתנה דבר.³⁴ עסקינן אפוא ברגולציה מנהלית המגבילה את הזכות ולא בנכס. פרופ' ויסמן סבור אפוא כי "אחוזי בנייה מבטאים את שיעור ההגבלה המוטלת בחוק על בעל קרקע, בהציבם גבול למה שהבעל רשאי לעשות במקרקעיו. ככאלה, אין לראותם כנכס. הם רק קובעים את גבול הניצול האפשרי של נכס. המקרקעין הם איפוא הנכס ולא אחוזי הבנייה."³⁵

אף אילו היה אפשר לראות בזכויות הבנייה משום "נכס" שעשוי להיות מושא זכויות (בשונה מגורם שרק מגביל את זכות הקניין), קיים קושי נוסף להגדיר את אחוזי הבנייה כזכויות קנייניות בשל העובדה שסעיף 161 לחוק המקרקעין קובע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". חוק המקרקעין מתייחס רק לחמש הזכויות: בעלות, זכות קדימה, זיקת הנאה, שכירות ומשכנתה, ולא לזכויות הבנייה.

בפסיקה ובספרות הוצעו מבחנים רבים לצורך הכרעה בשאלה אם זכות מסוימת היא קניינית או אובליגטורית.³⁶ אולם המבחן הבסיסי הוא אם הזכות תקפה כלפי כולי עלמא (In

- 31 ס' 11 לחוק המקרקעין קובע כי הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע וכן בחלל הרום שמעליו.
- 32 ויסמן **בעלות ושיחוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 416.
- 33 דיני התכנון ומדיניות רשויות התכנון מאפשרים ניצול המקרקעין בשיעור מסוים, המכונה רח"ק – רצפה חלקי קרקע – קרי גודל השטח המותר לבנייה, דהיינו שטח הרצפה ביחס לשטח הקרקע שעליה מבקשים להקים את המבנה – FAR (Floor Area Ratio). גודל השטח המותר לבנייה נמדד באחוזים משטח המקרקעין שעליהם בונים.
- 34 ויסמן **בעלות ושיחוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 416. במישור ההמשגה המשפטית קשה להגדיר את זכויות הבנייה כזכות קניין, שכן עסקינן ברגולציה המגבילה את השימוש בקרקע ולא בזכות הקניין עצמה. ראו גם עניין **ארצי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 504 ("אחוזי הבנייה אינם 'זכות' במובן המוחשי של הדבר אלא הם הגבלה ש'יורדת' על בעל המקרקעין מטעם הרשות"). בעניין **ביבי** (לעיל ה"ש 14, בעמ' 503–504) ציינה השופטת אבנור כי: "זכות זו אינה מקרקעין, ואין היא זיקת הנאה במקרקעין, כי אין היא כלולה בהגדרות של מונחים אלה [...] 'אחוזי בנייה' – הם הזכות הקיימת לבעלי מקרקעין לפנות ולבקש היתר בנייה". כן ראו בניאן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 787; אורין, לעיל ה"ש 28.
- 35 ויסמן **בעלות ושיחוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 416.
- 36 להבחנה בין זכות קניינית לבין זכות אובליגטורית באשר למקרקעין ראו ע"א 6439/99 **"טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח**, פ"ד נח(2) 106 (2003). כן ראו והשוו בהקשרים אחרים: דנג"ץ 4601/95 **סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד נב(4) 817, 830 (1998); ע"א 7553/14 **עמוס נ' מס הכנסה פקיד שומה** (נבו 6.7.2015); יהושע ויסמן במאמרו "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" **משפטים** יא 41, 64 (1981) (להלן: ויסמן "מושגי יסוד"), ציין כי "מספר ההגדרות לזכות הקניינית הוא כמספר החוקרים שעסקו בשאלה זו". וכן כתב (שם, בעמ' 72): "מהו המכנה המשותף הזה, שבהסתמך עליו שייכו זכויות שונות לאותה מסגרת – זוהי שאלה שאין עליה תשובה אחת. המכנה

37, (rem) ומבוססת על זיקה בלתי אמצעית אל הנכס בלא תלות באישיותו של חייב מסוים.³⁸ זכויות הבנייה אינן נופלות בהגדרה זו, שהרי הן אינן נכס שניתן לרכוש בו זיקה בלתי אמצעית ללא תלות באחר, קרי רשויות התכנון.³⁹ זאת ועוד, זכויות בנייה אינן נכס עצמאי במנותק מהקרקע שאליה הן מתייחסות, ועל כן אינן יכולות לשמש מושא לבעלות נפרדת מאותה קרקע באופן המחייב כלפי כולי עלמא (In rem). ביכולתן להיות אך מושא להסכמות חוזיות בדבר ניצולן, באופן היוצר התחייבות חוזית כלפי הרוכש (In personam). על כן בית המשפט ראה בהעברת זכויות הבנייה משום חיוב חוזי שאינו עולה כדי מכירת נכס,⁴⁰ אף שניתן להגיע להסכמות חוזיות בדבר ניצולן של זכויות בנייה במנותק מהמקרקעין.⁴¹ זכויות הבנייה אינן "זכות במקרקעין" וגם אינן "נכס" מושא חוק המקרקעין, שהרי עסקינן בדבר שלא בא לעולם. מדובר בנכס עתידי שהיווצרותו, אם בכלל, תלויה ברשויות התכנון. המקרקעין מושא זכויות הבנייה אינם קיימים עד שייבנו.⁴² זה כנראה פשר קביעתו

- המשותף תלוי במטרות שאותן ביקשו להשיג יוצרי המסגרת הזאת. מכיוון שהמטרות שלשמן הוקמה מסגרת זכויות הקניין היו שונות, היה גם שוני במכנה המשותף שנבחר".
- 37 שם, בעמ' 65; ע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 566, 571 (1954).
- 38 זכויות הקניין מספקות אפוא את האינטרס להשיג ביטחון רכושי שאינו תלוי בשר ודם (ויסמן "מושגי יסוד", לעיל ה"ש 36, בעמ' 66; דניאל פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החייב" דיני חיובים – חלק כללי 6 (1994)).
- 39 לעיל עמדנו על כך כי מטעם זה עצמו גם אין לראות בהן זכויות אובליגטוריות, ובהיעדר "חייב" לא ברור כלל כיצד יכול בעל הזכויות להמחותן לאחר, שהרי נשאלת השאלה מה הוא ממצה לצד ג בהיעדר זכות קנויה כלפי חייב כלשהו.
- 40 בעניין חברת הדואר (לעיל ה"ש 15, פס' 39), בית המשפט ציין כי הדבר דומה במידה מסוימת לרכוש אשר הוצמד לדירה בבית משותף. במצב זה החלק המוצמד אינו יחידה עצמאית, ולא ניתן להעביר את הבעלות בו בנפרד מהדירה שאליה הוצמד. כן ראו לעניין זה ע"א 26/86 דר נ' גדרון, פ"ד מג (1) 75, 84–85 (1989); ע"א 2731/07 חמוד נ' האג' (נבו 29.3.2009). עם זאת נקבע (שם, פס' 43) כי: "בשלב האובליגטורי אין כל מניעה להתחייב להקנות חלק פיזי מסוים בנכס". ראו גם ע"א 664/81 הווארד נ' ארוז, פ"ד לח (3) 308, 301 (1984); ע"א 272/86 הכרי נ' הכרי, פ"ד מב (2) 411, 416 (1988).
- 41 ראו ע"א 3451/07 קאופמן נ' כהן (נבו 18.2.2010), שבו נמכרו זכויות הבנייה בגג בית משותף לצד שלישי אשר לא היה בעל זכויות באותו בית. בית המשפט קבע (שם, פס' 12) כי מדובר "בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין", וכי: "התחייבות זו מתייחסת כאמור לגג הבניין ולזכויות הבנייה בו וכוללת תנאים (בניית דירות חדשות על הגג) אשר אם יתממשו תיווצרנה למשיבים זכויות קנייניות במקרקעין הנדונים, קרי בדירות החדשות אשר תיבנינה על גג הבניין [...]". כלומר, עד לביצוע הבנייה אין מדובר בזכויות קנייניות אלא בהתחייבות חוזית. כמו כן ראו פסק הדין בעניין עובון קליין, לעיל ה"ש 10, שם הסכימו רוכשי דירות בבית משותף לוותר על זכויות הבנייה העתידיות בבניין ולהותירן בידי החברה הקבלנית שממנה רכשו את הדירות. חברה זו נותרה ללא כל אחיזה בקרקע, שכן בית המשפט קבע כי המחסן שאליה הצמידה החברה את זכויותיה אינו מסווג כ"דירה". על כן, קבעה השופטת (כתוארה אז) חיות כי יש בכך משום "התחייבות חוזית בת תוקף שאינה ניתנת למימוש" ואשר יש לקיימה על דרך של ביצוע בקירוב (שם).
- 42 ראו ע"א 136/63 לווינהיים נ' שורצמן, פ"ד יז 1722 (1963); ע"א 239/79 גלבורט נ' הממונה על המרשם, פ"ד לד (2) 807 (1980); עניין ביבי, לעיל ה"ש 14; עניין מזרחי, לעיל ה"ש 14; עניין שטרייכר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 460–461; עניין עובון קליין, לעיל ה"ש 10, פס' 44; אבי וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד 377 (2016). מנגד יש לציין כי לכאורה אין קוהרנטיות בפסיקה בעניין זה, ואף שנקבע כי אחוזי הבנייה בבית משותף אינם נכללים בהגדרת "רכוש משותף", רואים בהם נכס בעל ישות עצמאית לבעלות משותפת לכלל הבעלים במקרקעין. ראו שצ'רבקוב, לעיל ה"ש 29.

של הנשיא ברק בעניין **שטרייכר**: "נוטה אני לדעה כי אחוזי בנייה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי, ולא ניתן לראות בהם 'רכוש משותף' הניתן להצמדה ליחידות דיור".⁴³ בדומה לכך קבעה השופטת (כתוארה אז) חיות כי זכויות בנייה אינן חלק מחלקיו הפיזיים של הבית המשותף.⁴⁴ הנשיאה נאור הבהירה סברה זו בחדות בעניין **חברת הדואר** בקבעה כי זכויות בנייה אינן נכס שניתן לרכוש בו זיקה בלתי אמצעית ללא תלות באחר.⁴⁵ הנה כי כן, בהמשגה המשפטית קשה להגדיר זכויות בנייה כזכויות קנייניות. אלא שראינו כי מתעורר קושי גם להגדיר את הזכות כאובליגטורית. מהי אפוא ההמשגה המשפטית המכילה את זכויות הבנייה ומבהירה את מהותן?

ב. פער בין ההמשגה העיונית לבין המציאות

האניגמה העיונית בהמשגתן של זכויות הבנייה יוצרת פער בין הלכה לבין מעשה, שכן בפועל עסקאות בזכויות בנייה הן שכיחות מאוד, ובתי המשפט הכירו באפשרות להעביר זכויות בנייה ולסחור בהן.⁴⁶

בכל הנוגע לשאלה אם זכויות הבנייה הן בגדר של "נכס" נמצא כי פרופ' ויסמן סבור כי זכויות הבנייה אינן זכות אלא הגבלה, ואינן דבר העומד בפני עצמו אלא אינהרנטיות לזכות במקרקעין, אך בפועל נעשות עסקאות בזכויות בנייה כזכות ולא כהגבלה, וכן העסקאות בזכויות הבנייה הן בדבר העומד בפני עצמו ולא כחלק אינהרנטי לזכות הבעלות במקרקעין. נמצא כי אף שהתאוריה רווחת ומושרשת, הפרקטיקה אינה על פיה. ודוק, גם אם מדובר במכירה של זכויות חוזיות, בגדר רכיב התנהגותי והתחייבות באשר לאפשרות לנצל את זכויות הבנייה, ההתייחסות של הפרקטיקה אל זכויות הבנייה היא כאל מושא עסקה עצמאי העומד בפני עצמו ואינו נכללות בזכות הבעלות. אפשר למכור את זכות הבעלות לפלוני ואת זכויות הבנייה לאלמוני או להשאירן בידי הבעלים המקורי. המשפטן יקרא לכך "חוזת התנהגות", אך בפרקטיקה לפנינו נכס.

43 עניין **שטרייכר**, לעיל ה"ש 30, פס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק.

44 פס' 1 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (בית המשפט קבע כי זכויות הבנייה אינן "דירה" ואף לא "רכוש משותף", כהגדרתם של מונחים אלה בס' 52 לחוק המקרקעין). על כן, יש קושי להשתמש בעניינן בטרמינולוגיה של הצמדה. ראו בהקשר זה ויסמן **בעלות ושיתוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 419. ראו גם עניין **ארצי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 504. אחרים סבורים כי אחוזי הבנייה הלא מנוצלים הם בבחינת נכס אשר מצוי בבעלותם המשותפת של כל בעלי הדירות בבניין. ראו דויטש **קניין א**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 665; בניאן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 797; עניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 680. אך נראה כי גם לשיטתם של אלה, זכויות הבנייה אינן בגדר "רכוש משותף" כמובנו בחוק המקרקעין.

45 עניין **חברת הדואר**, לעיל ה"ש 15, פס' 35–41 לפסק דינה של הנשיאה נאור.
46 לעניין זה ראו עניין **עזבון קליין**, לעיל ה"ש 10; עניין **קאופמן**, לעיל ה"ש 41; עניין **שטינברג**, לעיל ה"ש 10; עניין **רארד**, לעיל ה"ש 10; דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיזיו הראויים וזכויות בנייה עבירות" (TDR) "משפטים" לא 11, 90 (2000). בארצות הברית אף קיים מוסד המכונה "בנק לאחוזי בנייה", המאפשר לרשויות המקומיות למכור אחוזי בנייה למעוניינים, כדי לממן את הוצאותיהן של הרשויות המקומיות. באמצעות אחוזי בנייה מפצה הרשות המקומית בעלי מקרקעין בגין הגבלות שהוטלו עליהם בניצול המקרקעין (ראו ויסמן **בעלות ושיתוף**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 416–417).

מציאות זו של הפרדה בין זכויות בנייה לבין בעלות הביאה גם להשלכות מס, כאשר רשויות המס ממסות עסקאות אלה בנפרד. למשל, חוק מיסוי מקרקעין אינו מחיל את הפטור ממס שבח בגין מכירת "דירת מגורים" על זכויות הבנייה הבלתי מנוצלות הכלולות בממכר, וכאשר נמכר נכס שיש בו זכויות בנייה נוסף על המבנה הבנוי עליו, יחול מס שבח בגין מרכיב זכויות הבנייה.⁴⁷ מכאן שבמסגרת המכר נמכרו שני דברים: האחד הוא קרקע ו"דירת היחיד" הבנויה עליה, שבגין יש פטור ממס, והשני הוא זכויות הבנייה שבגין מכירתן אין פטור ממס, ומכאן כי עסקינן בזכות נפרדת מהקרקע שנמכרה וחלק מן התמורה מיוחס לזכות זו כשלעצמה. המחוקק גם מטיל מס (היטל השבחה) על מי שמוכר מקרקעין אשר הוחלה עליהם תוכנית שהשביחה אותם והוסיפה להם אחוזי בנייה.⁴⁸ משמע כי הממכר כולל גם אלמנט של זכויות בנייה שאינן נכללות במקרקעין עצמם. אכן, אין להקיש מדיני המס לדיני הקניין, אך מכיוון שהמציאות הכלכלית היא הקיימת בבסיס דיני המס, נמצא כי לפנינו הכרה בכך שבמישור המעשי אלו עסקאות נפרדות, של בעלות במקרקעין לחוד וזכויות בנייה לחוד. מה שבעיני התאוריה הוא בלתי אפשרי – מתחולל במציאות. פרופ' ויסמן סבור כי אין זה נכס, אולם המציאות מוכיחה כי הוא נכס חי וקיים.

47 בס' 1 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, מוגדר המונח "זכות במקרקעין" כך: "בעלות, או חכירה לתקופה העולה על עשרים וחמש שנים בין שבדין ובין שביושר לרבות הרשאה להשתמש במקרקעין, שניתן לראות בה מבחינת תכנה בעלות או חכירה לתקופה כאמור". על פי זה נקבע בעניין **רארד** (לעיל ה"ש 10), כי עסקה של "ניוד זכויות בנייה" היא עסקה במקרקעין לצורך חוק מיסוי מקרקעין. עם זאת, קיים בעניין זה ספקטרום של מקרים: בקוטב אחד מצויות עסקאות שבהן נרכשות זכויות בנייה, למשל במסגרת עסקה חדשה בין מינהל מקרקעי ישראל לחוכר הקרקע, המסווגות כ"מכירת זכות במקרקעין", ובקוטב הנגדי מצויות הקצאות של זכויות בנייה מאת רשויות התכנון שאינן מסווגות כך. ראו ע"א 5476/91 **דובדבני נ' מנהל מס שבח מקרקעין** (נבו 13.11.1995); ע"א 1550/94 **חברת הבונה בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין** (נבו 15.12.1997); ע"א 5472/98 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת הדרי החוף מספר 63 בע"מ**, פ"ד נו(1) 877 (2001); ע"א 5922/99 **מנהל מס שבח מקרקעין נ' קבוצת עין צורים**, פ"ד נו(3) 481 (2002); ע"א 4791/99 **מנהל מס שבח תל אביב-יפו נ' ס' אלון חברה להשקעות ובניו בע"מ**, פ"ד נו(4) 810 (2002); ע"א 6382/99 **אל זיו פרויקטים (1993) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, פ"ד נו(6) 266 (2003). אולם יש לזכור כי הגדרת "זכות במקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין שונה מרשימת זכויות המקרקעין המפורטת בחוק המקרקעין. בעניין **שטינברג** (לעיל ה"ש 10, פס' 32), ציינה השופטת ברק-ארוז כי זוהי "הגדרה המתמקדת בפן הכלכלי של הזכות ומתאימה עצמה לתכלית הפיסקאלית של חוק מיסוי מקרקעין". הגדרה זו רחבה מרשימת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין בהיבטים מסוימים, וצרה ממנה בהיבטים אחרים. על כן, אין להקיש מכך לדיון בסוגיות אחרות שבהן יש להכריע על פי הגדרת הזכויות בחוק המקרקעין. מסקנת בית המשפט בעניין **רארד** (שם) "נובעת מן ההגדרה המיוחדת של המונח 'זכות במקרקעין' בחוק מיסוי מקרקעין ומתכליותיו של חוק זה – הטלת מס על הרווח הכלכלי הצומח מהזכויות בקרקע [...] בעניין **רארד** השופטת חיות עמדה על-כך שפרשנות המונח 'זכות במקרקעין' לצורך דיני המס היא הקשרית ונעשית במטרה לתור אחר המהות הכלכלית של העסקאות נשוא השומה, וכי אין לאמץ בעניין זה את הפרשנות של מושג זה כ'מבטא אך ורק את אותן זכויות הניתנות לרישום בלשכת המקרקעין'". בדומה לכך, ציין בית המשפט בעניין **שטינברג** (לעיל ה"ש 10), כי אין להקיש לסוגיה דנא מחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, המבחין בין תקופת ההתיישנות באשר ל"תביעה במקרקעין" לבין תקופת ההתיישנות בשאינו מקרקעין כפי שמורה ס' 5 לחוק ההתיישנות. הגדרה זו ופרשנותה קשורות לתכליותיו של חוק ההתיישנות, שהן שונות מן הסוגיה דנא.

48 ס' 196א לחוק התכנון והבניה.

זאת ועוד, בעניין חברת הדואר עמד בית המשפט על היבט נוסף המצוי בפרקטיקה של העסקאות בזכויות הבנייה. באותו מקרה מוצו כל זכויות הבנייה על פי התב"ע הקיימת, והעסקה נסבה על זכויות בנייה עתידיות שיווצרו אם וכאשר יוגדלו הזכויות בתב"ע עתידית. כלומר, נעשתה עסקה בנכס עתידי שטרם בא לעולם, ושהיווצרותו, אם בכלל, תלויה ברשויות התכנון. זו הפרקטיקה. אבל ההמשגה המשפטית אינה מכילה אותה. הנשיאה נאור ציינה כי זכות בנייה עתידית משקפת ציפייה כי רשויות התכנון יעניקו היתר לפי התוכניות החלות על המקרקעין, אך אין לאדם זכות קנויה כי רשויות התכנון יעניקו לו זכויות בנייה כאמור, וכי הציפייה שלו תתגשם בעתיד. ממילא ציפייה של בעל המקרקעין לקבל היתר עתידי אינה ודאית ואינה יכולה להיחשב לנכס. עסקה הנוגעת לציפייה, כמו עסקה למכירת זכויות בנייה עתידיות, דומה להתחייבות להעברת נכסים עתידיים. הנשיאה נאור הבהירה כי "הדין הישראלי מכיר בעסקה כזו [...] ואולם הדין מבחין בין נכסים עתידיים ודאיים – דהיינו, שבהינתן אירוע מסוים בעתיד שהתרחשותו ודאית יתממש הנכס – לבין נכסים אשר אין ודאות בקיומם ושקיימים תקווה או סיכוי בלבד להתממשותם [...] עסקה בנכס עתידי אשר אין ודאות בהיווצרותו היא התחייבות אובליגטורית בלבד ואין לה השלכות קנייניות [...] זאת, בניגוד לעסקה בנכס עתידי 'ודאי' שלה השלכות קנייניות של ממש".⁴⁹ בהיעדר ודאות אין זו זכות קניינית או מעין-קניינית אלא זכות אישית. מטעם זה הסיקה הנשיאה נאור כי אין מדובר בנכס העשוי להיות מושא זכות קניינית.⁵⁰ ברם מטעם זה עצמו גם קשה להלום את המציאות העובדתית עם דיני החיובים, שהרי אם אין כאן נכס אלא ציפייה בעלמא כלפי רשויות התכנון שאין לה בסיס משפטי, מהו מושא ההתחייבות?

בכל הנוגע לשאלה אם זכויות הבנייה הן בגדר של זכות קניין, אף אילו היה ניתן להגדירן כ"נכס", ראינו כי פרופ' ויסמן סבור שאין הן זכויות קניין,⁵¹ שכן לא ניתן למכור את אחוזי הבנייה שניתנו בבניין אחד לטובת בניין אחר.⁵² אך עם השנים חל שינוי בתפיסה

49 עניין חברת הדואר, לעיל ה"ש 15, פס' 44 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

50 לדעתה של הנשיאה נאור (שם, פס' 43), ניתן להשוות את זכויות הבנייה הלא מנוצלות לציפייה של לקוח כי הבנק יאשר לו אשראי למשיכות יתר, כאשר הבנק לא התחייב לעשות כן, או לציפייה של יורש לקבל נכסים בירושה כאשר המוריש עדיין בחיים. ציפייה מעין זו אינה נכס, כפי שנפסק ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 326 (1990). ציפייה אינה יוצרת קניין ופגיעה בציפייה אינה פגיעה בקניין, כפי שנפסק בבג"ץ 956/06 איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת (נבו) 25.3.2007; בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (נבו 20.9.2006). עסקה הנוגעת לציפייה, כמו עסקה למכירת זכויות בנייה עתידיות, דומה להתחייבות להעברת נכסים עתידיים. הדין הישראלי מכיר בעסקה כזו. אולם נערכת הבחנה בין נכסים עתידיים ודאיים, כאלו שבהם תתממש הזכות כאשר יארע אירוע שהתרחשותו ודאית, לבין נכסים אשר אין ודאות כי יבואו לעולם, ושיש רק תקווה או סיכוי להתממשותם. עסקה בנכס עתידי אשר אין ודאות להיווצרותו היא התחייבות אובליגטורית בלבד ואין לה השלכות קנייניות, בניגוד לעסקה בנכס עתידי "ודאי" שלה השלכות קנייניות של ממש. בהיעדר ודאות אין זו זכות קניינית או מעין-קניינית.

51 ויסמן בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 14, בעמ' 416.

52 ויסמן ממשיל את הדבר להסדר שלפיו נהג מכונית יקטין את מהירות נסיעתו ב-20 קמ"ש כדי שחברו יוכל לנהוג 20 קמ"ש יותר מהמהירות המרבית המותרת (שם, בעמ' 418). הדוגמה של ויסמן עשויה להיות נכונה לניוד זכויות מאזור לאזור ומתחם ("קו כחול") של תב"ע אחת למתחם של תב"ע אחרת. ברם לכאורה אין המשל דומה בהכרח לנמשל בעת ניוד זכויות בנייה באותו אזור עצמו, שכן צפיפות

השוללת ניווד בזכויות והכרה במציאות שבה מתקיים מסחר בזכויות בנייה לשם "ניודן" למקרקעין אחרים.⁵³ זכויות בנייה קיימות ועתידיות יכולות להיות מושא להסכמות חוזיות בדבר ניצולן ועבירותן לרבות במנותק מהקרקע.⁵⁴ הפרקטיקה יצרה מציאות של עסקאות מסוג זה, ובית המשפט נתן מטבע הדברים תוקף משפטי למציאות הקיימת. בעניין לב למשל הכיר בית המשפט העליון בפרקטיקה של ניווד זכויות בנייה וקבע כי מאחר שחוק התכנון והבניה אינו מטיל איסור גורף על ניווד זכויות בנייה, אין מקום להטיל איסור כזה בדרך שיפוטית.⁵⁵ נראה אפוא כי במישור הפרקטי זכויות הבנייה "מתנהגות" כנכס עביר.

נוסף על זה, מצינו פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה בגין ירידת ערך שגרמו שינויים באחוזי הבנייה כאשר הרשות מפצה לפעמים בגין הפקעה שביצעה באמצעות הענקת זכויות בנייה במקום אחר.⁵⁶ כך ציינה השופטת ברק-ארז בעניין שטינברג,⁵⁷ כי "חרף עמדת המוצא השלילית ביחס לאפשרות של ניווד זכויות בנייה, התפתחה פרקטיקה זו בהדרגה בהקשרים מסוימים שבהם קיים אינטרס ציבורי חשוב התומך בכך, כדוגמת שימור מבנים (במסגרת תוכניות שימור) או חיזוקם (במסגרת תמ"א 38)".⁵⁸ נמצא כי זכויות הבנייה הן בגדר מציאות שהמשפט מכיר בה ורואה בה נכס עביר, סחיר ובר-פיצוי. יש אפוא פער בין המשגה המשפטית לבין הפרקטיקה הנוהגת שהמשפט מכיר בה.⁵⁹

- בנייה נמדדת באזור מסוים ולא דווקא במגרש מסוים, ולכן הקטנת זכויות במגרש אחד מאפשרת לעיתים בנייה נוספת במגרש הסמוך.
- 53 שצ'רבקוב, לעיל ה"ש 29, בעמ' 54-57. כן ראו עניין ראוד (לעיל ה"ש 10), שבו נקבע כי מכירתן של זכויות בנייה ככוונה לניידן היא מכירה של זכות במקרקעין לעניין חוק מיסוי מקרקעין. ראו גם ע"מ 3030/03 לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה באר שבע, פ"ד נט(1) 851, 862-863 (2004).
- 54 ע"א 5160/11 נווה סער חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' א.צ. ברנוביץ ובניו (1985) בע"מ (נבו 11.2.2014); עניין עזבון קליין, לעיל ה"ש 10, פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות; עניין קאופמן, לעיל ה"ש 41; ע"א 2427/11 מפעל חסד תורה ירושלים נ' פליישמן, פס' 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 11.3.2014); ויסמן בעלות ושיחוף, לעיל ה"ש 14, בעמ' 418.
- 55 ראו עניין לב, לעיל ה"ש 53. בהמשך, הוכרה פרקטיקה זו אף בעניין ראוד (לעיל ה"ש 10), ובעניין ברכה (לעיל ה"ש 30).
- 56 רשויות מעדיפות, לא אחת, לפצות את הבעלים באמצעות מתן אפשרות לממש את אחוזי הבנייה בחלקה אחרת ברחבי הרשות (בכפוף למגבלות) על פני מתן פיצוי כספי. ראו עניין לב, לעיל ה"ש 53; לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 90-91.
- 57 ראו עניין שטינברג, לעיל ה"ש 10, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.
- 58 עם זאת יש לזכור כי ככלל, ראוי שהקצאת זכויות בנייה תיעשה משיקולים תכנוניים בלבד הנוגעים למקרקעין שבעניינם הן מוקצות. ראו לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 68-71; מבקר המדינה דוח על הביקורת – בשלטון המקומי, התש"ס-2000 120-122 (2000); מבקר המדינה דוחות על הביקורת – בשלטון המקומי לשנת 2010, 478-479, 497-499 (2011).
- 59 בעניין שטינברג (לעיל ה"ש 10), ציינה השופטת ברק-ארז כי: "חשיבותן הרבה של זכויות הבנייה, מחד גיסא, והעדרה של הסדרה משפטית כוללת ביחס אליהן, מאידך גיסא, הנביעה במהלך השנים שאלות רבות – הן באשר לשאלת מעמדן המשפטי של זכויות הבנייה והן באשר להיבטים המעשיים הנובעים ממנו" (שם, פס' 17).

ג. כשלים מעשיים הנובעים מהיעדר המשגה משפטית ראויה

היעדר המשגה משפטית יוצר תוצאה קשה לא רק מבחינה עיונית אלא גם מבחינה מעשית. למשל, פרופ' ויסמן הבהיר כי לא ניתן לתת תוקף קנייני להתחייבות להעביר זכויות בנייה, וממילא: "הצמדה של אחוזי בניה לדירה כלשהי בבית משותף [...] אינה אפשרית. הסכמים שבהם מעניקים זכות לניצול אחוזי בניה אינם בגדר עסקה קניינית; אין הם עשויים להביא לשינויים בעלות על אחוזי הבניה. הסכמים שכאלה עשויים להוליד זכויות שאופיין חוזי גרידא".⁶⁰ התוצאה היא כי במקרה של עסקאות נוגדות כאשר בעל מקרקעין מכר את זכויות הבנייה לפלוני ולאחר מכן מכר את הקרקע לאלמוני, הרי שאותו אלמוני רכש את הקרקע עם מלוא זכויות הבנייה, ואילו פלוני יצא כש"ידיו על ראשו", משל לא קנה דבר. זו תקלה חמורה. אכן, בהיעדר התאמה של הדין למציאות נגרמות תקלות מעשיות בכמה וכמה נושאים, שעליהם נעמוד להלן.

1. עסקאות נוגדות והיעדר אפשרות לרישום הערת אזהרה

בהיעדר הגדרה של זכויות הבנייה כזכות במקרקעין נפסק כי אי אפשר לרשום הערת אזהרה בגין עסקה של העברת זכויות בנייה.⁶¹ נמצא כי לא זו בלבד שבמקרה של עסקאות נוגדות ממכירת זכות בנייה יצא הרוכש וידיו על ראשו, אלא שתקלה משפטית זו היא בבחינת "פרצה הקוראת לגנב". היעדר אפשרות לרשום הערת אזהרה "מזמין" תאונות משפטיות של עסקאות נוגדות, כאשר אדם מוכר את זכויות הבנייה לשני גורמים שונים או מוכר את המקרקעין בלי לספר לקונה כי את זכויות הבנייה הסכים להעביר לשכנו.⁶² בית המשפט הציע להתגבר על קושי זה בדרך עקיפין של הצהרה על חלקו של כל אחד מבעלי היחידות בבית המשותף לרבות בזכויות הבנייה ורישומה של הצהרה זו בתקנון הבית

60 ויסמן בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 14, בעמ' 419.

61 בעניין שטינברג (לעיל ה"ש 10), נימק בית המשפט מסקנה זו בין השאר בכך שנוסחו של חוק המקרקעין אינו תומך לכאורה ברישום הערת אזהרה בגין זכויות בנייה לפחות במצב השלישי של ניווד זכויות (שם, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז). ס' 126 לחוק זה מורה כי רישום של הערת אזהרה ייעשה בהמשך להתחייבות של מי שהוא בעל זכות במקרקעין (מהזכויות המפורטות בסעיף זה) לעשות "בהם" עסקה. אם כן, לפי פשוטו של הסעיף הערת אזהרה תירשם רק על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין עצמה. ראו ע"א 2590/90 ניסים נ' דניאלי, פ"ד מח(3) 855, 846 (1994); ע"א 643/14 מנהל העיזבון שבו נ' ג'ראסי, פס' 11 (נבו 27.5.2015). כמו כן, בית המשפט העליון בעניין שטינברג (שם, פס' 46) ציין כי השיקול העיקרי שבגיניו אין להכיר באפשרות רישום הערת אזהרה בגין עסקה בזכויות בנייה, הוא לשמור על יעילותו של הליך רישום הערת האזהרה בכך שרשם המקרקעין יוגבל לתפקיד טכני-מנהלתי בלבד ולא לתפקיד שיפוטי. בית המשפט הוסיף וציין כי גם נוסחו של ההסדר המוצע בקודקס האזרחי החדש (כפי שפורסם בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595) מעיד על כך. ס' 669 (א) להצעה זו קובע כי הערת אזהרה תירשם במקרה שבו "שוכנע הרשם כי בעל זכות במקרקעין הרשומה בפנקסי המקרקעין, מסוג בעלות, שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות עסקה בזכותו או להימנע מלעשות בה עסקה". זכויות בנייה אינן רשומות במרשם המקרקעין, ועל כן לפי נוסחו של סעיף זה, לא יהיה אפשר לרשום הערת אזהרה בגינן.

62 אשר לפתרון של רישום הסכם שיתוף ראו אברהם וינרוט ואריק מגידש "הסכם שיתוף שלא נרשם-בעקבות פסק הדין בע"א 48/16 דהאן נ' שמחון" מקרקעין יז 47 (2018).

המשותף שאותו ניתן לרשום.⁶³ עניין זה נדון בעניין **שטרייכר**, שהתגלע בו בעניין זה חילוקי דעות.⁶⁴ הנשיא ברק, בדעת רוב (בהסכמת השופטת, כתוארה אז, חיות), סבר כי זכויות הבנייה אינן בגדר "רכוש משותף" ולא ניתן להצמידן ליחידות בבית המשותף, ולכן העברתן בין הבעלים בבניין אינה יכולה לבוא לידי ביטוי במרשם המקרקעין. בצד זאת קבע כי להסכמה החוזית בין הצדדים ניתן לתת ביטוי בתקנון הבית המשותף. לעומת זאת דעת המיעוט של השופט טירקל הייתה שיש להתייחס לזכויות הבנייה כאל יותר מזכויות חוזיות, ולכן יש להגן עליהן באמצעות רישומן כמוצמדות לדירה, ולמצער ברישום של הערת אזהרה בפנקסי המקרקעין.⁶⁵

הנשיא ברק סבר כי ניתן לתת תוקף להסכמות החוזיות באשר לזכויות הבנייה לא רק ביחסים שבין בעלי הדירות עצמם אלא גם כלפי צדדי ג – באמצעות רישום הסכמות אלה בתקנון הבית המשותף. ניתן לכלול בתקנון הסכמות בעניין זכויות הבנייה, שכן מדובר ב"זכויותיהם ובחובותיהם" של בעלי הדירות "בקשר לבית המשותף" (סעיף 61 לחוק המקרקעין): "התקנון עשוי שיתייחס לשאלה מי מבין בעלי הדירות רשאי לנצל את אחוזי הבניה שנותרו לבית". ברם השופטת (כתוארה אז) חיות ציינה בעניין **שטרייכר** כי עלולות להתעורר בעיות לא פשוטות שאין ברישום בתקנון כדי לפתור אותן.⁶⁶ ייתכן למשל כי לאחד מן הבעלים במקרקעין יהיה שיעור מסוים מזכויות הבנייה הלא מנוצלות, אך הוא לא יוכל לנצל זכויות אלה בחלק שאותו הוא מחזיק פיזית בבית המשותף.⁶⁷ כמו כן דרך עקיפין זו, של רישום העברת זכויות הבנייה במסגרת תקנון הבית המשותף, אינה פתרון במקרים שבהם בעלי זכויות אחרים בבית המשותף אינם מסכימים לשינוי תקנון, או במקרים שבהם אין מדובר כלל בבית משותף.

הפתרון של רישום ההסכמות באשר לזכויות הבנייה בתקנון הבית המשותף אינו מעשי כאשר מניידים זכויות מקרקע המצויה ביחידה רישומית אחת לקרקע המצויה ביחידה רישומית אחרת. בעניין זה יש לשים לב שהסכם בדבר נידוד זכויות בנייה אינו עשוי מקשה אחת, והוא נוגע לשלושה מצבים שונים: (א) הסכם בין בעלי זכויות באותם מקרקעין הקובע את החלוקה של זכויות הבנייה במקרקעין **ביניהם**; (ב) הסכם של בעלי זכויות באותם מקרקעין להעביר את זכויות הבנייה שלהם **לצד שלישי** אשר ייבנה באותם מקרקעין; (ג) הסכם של בעלים במקרקעין להעברת זכויות הבנייה כדי שמימושן יהיה **במקרקעין אחרים**. השופטת ברק-ארז העירה בעניין **שטינברג** כי הפתרון של רישום העברת זכויות

63 עניין **שטינברג**, לעיל ה"ש 10, פס' 50.

64 עניין **שטרייכר**, לעיל ה"ש 30.

65 השופט טירקל ציין (שם) כי אם אין מדובר בזכות קניינית נמצא כי אין חלות ההוראות המאפשרות לפרק את השיתוף בין בעלי המקרקעין בעת רישום הבית המשותף. אשר לקושי זה ציין הנשיא ברק כי ההשקפה שאחוזי בנייה אינם "רכוש משותף" אינה שוללת מבעלי הדירות את האפשרות להגיע להסכמות **חוזיות** בדבר ניצול הזכויות. אכן, בעלי הדירות יכולים להסכים ביניהם כי בעל דירה פלונית יהיה זכאי לנצל את זכויות הבנייה, להרחיב את דירתו ואף להוסיף דירות לבית המשותף. לעניין זה ראו איל זמיר "עוד על הצמדות בתים משותפים" **ספר ויסמן** 205, 231–234 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

66 עניין **שטרייכר**, לעיל ה"ש 30, פס' 1 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

67 ראו לעניין זה בניאן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 692.

הבנייה במסגרת של הסכם שיתוף או רישום בתקנון בית משותף קשה כאשר מדובר בהסכמים הנופלים בגדרו של המצב השני והשלישי, היינו כאשר אחד הצדדים אינו בעלים של זכויות במקרקעין.⁶⁸ במצבים אלה הפתרון של הסכם שיתוף יכול להיות אפשרי רק אם יוסכם גם על הקניית מעמד של שותף במקרקעין למי שרוכש את זכויות הבנייה (דבר שלכאורה אינו אפשרי). משכך, להליכה בדרך זו עלולות להיות השלכות נוספות, שהרי בעלים של מקרקעין זכאי לדרוש גם את פירוק השיתוף ובכפוף לאפשרות להתנות על כך, כקבוע בסעיף 37 לחוק המקרקעין.

2. משכנתה ועיקול

בהיעדר אפשרות להגדיר את זכויות הבנייה כזכות במקרקעין ימצא כי לא יהא אפשר לרשום בלשכת רישום המקרקעין משכנתה על זכויות הבנייה. כמו כן בהיעדר הגדרה של זכויות הבנייה כזכות אובליגטורית, גם לא יהא אפשר לראות בהן "נכס" שניתן לרשום עליו משכון ברשם המשכונות, שהרי סעיף 1 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967 מגדיר משכון כשעבוד של "נכס" כערוכה לחיוב. המשמעות היא אפוא כי לא ניתן למשכן זכויות בנייה ולהשתמש בהן כבטוחה. נמצאת "נועל דלת בפני לווים", שהרי נותני אשראי לא יסכימו לתת אשראי על בסיס "בטוחה" זו. יתרה מזאת, גם אם יסכים נותן אשראי להשתמש בזכויות הבנייה כבטוחה להלוואתו, הרי שבהיעדר רישום בלשכת רישום המקרקעין הוא מסתכן בכך שהבעלים יבצע עסקה נוגדת. היעדר הרישום פותח פתח ל"תאונות משפטיות" גם בהקשר זה. נוסף על זה, בהיעדר הגדרה של זכויות הבנייה כזכות במקרקעין ימצא כי לא יהא אפשר לרשום הערה בדבר עיקול על זכויות בנייה, והתוצאה היא שהבעלים יוכל לעקוף עיקול שהוטל עליו בבית המשפט.

3. היעדר אפשרות לפירוק שיתוף

בפסק הדין בעניין שטרייכר ציינה השופטת (כתוארה אז) חיות כי זכויות הבנייה "בוודאי אינן 'מקרקעין', כהגדרתם בסעיף 1 לחוק המקרקעין, ועל-כן אין מקום להחיל לגביהן ב'דרך המלך' את פרק ה' לחוק המקרקעין ואת ההסדר הקבוע בו לעניין פירוק שיתוף",⁶⁹ וממילא נמצא כי אין לכאורה מסגרת נורמטיבית המסדירה את פירוק השיתוף בזכויות אלה.⁷⁰ המשמעות המעשית היא כפיית המשכו של שיתוף במקרקעין באשר לזכויות בנייה

68 עניין שטיינברג, לעיל ה"ש 10, פס' 50 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

69 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות. קושי נוסף נובע מן העובדה כי מדובר בנכס עתידי שטרם בא לעולם ושהיווצרותו, אם בכלל, תלויה ברשויות התכנון. הנשיאה נאור ציינה בעניין חברת הדואר (לעיל ה"ש 15, פס' 43 לפסק דינה), כי זכות בנייה עתידית משקפת ציפייה כי רשויות התכנון יעניקו היתר לבנייה נוספת על הקרקע, אך "ציפייה זו אינה מבוססת על זכות משפטית. אין לאדם זכות קנייה כי רשויות התכנון יעניקו לו זכויות בנייה בעתיד. ממילא ציפייה שכזו, אשר התממשותה אינה ודאית כלל וכלל, אינה יכולה להיחשב לנכס". מטעם זה הסיקה הנשיאה נאור כי אין מדובר בזכות קניינית. מכך נובע קושי להצמיד זכויות בנייה, שהרי כיצד ניתן להצמיד דבר שאינו רכוש משותף ואין בו זכות קניין?

70 לקושי זה כשלעצמו ניתן למצוא פתרון נורמטיבי באחת משתי הדרכים שהציעה שם כבוד השופטת חיות: האחת, שימוש על דרך ההיקש בכלים שקבע המחוקק בהוראות לפירוק שיתוף בפרק ה' של חוק

אף שבעלות משותפת היא תופעה שאינה רצויה, וראוי לאפשר לכל שותף במקרקעין לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת כהוראת סעיף 37(א) לחוק המקרקעין.⁷¹ נוכח הקשיים שמעוררת סוגיית זכויות הבנייה הלא מנוצלות ונוכח החשיבות שיש לסוגיה זו במציאות הכלכלית בתחום המקרקעין, ציינה השופטת (כתוארה אז) חיות בעניין שטרייכר כי "לא למותר להפנות את תשומת לבו של המחוקק לכך שקיים צורך בהסדר סטטוטורי מקיף בעניין זה, ואין די בהסדרה נקודתית בלבד של סוגיית חלוקת זכויות בנייה מקום שזו נדרשת לצורך הרחבת דירה בבית משותף".⁷² אולם חלפו שנים וקריאה זו לא נענתה. בהיעדר הסדרה של המחוקק נראה כי אולי ניתן למצוא פתרון באמצעות "כלי המשחק הקיימים".⁷³

ד. מעין-קניין ("קניין עוברי")

השופט טירקל סבר בעניין שטרייכר כי ניתן להגדיר את זכויות הבנייה הלא ממומשות "זכות מעין-קניינית".⁷⁴ כאמור, באותו עניין התעוררה השאלה אם ניתן להצמיד זכויות בנייה ליחידות דור ספציפיות בבית משותף. השופט טירקל קבע כי הדבר אפשרי, שכן "זכויות הבנייה אינן בגדר זכויות ערטילאיות המרחפות כביכול בחלל, אלא הן מעוגנות בקרקע מסוימת; אין להן חיות משלהן בלי הזכות בקרקע, הן עוברות מיד ליד עם הזכות בקרקע, ומימושן יוצר תוספת למקרקעין הנעשית חלק מהן". משום כך אי אפשר לראות

המקרקעין; דרך אפשרית שנייה היא היזקקות להסדר פירוק השיתוף הקבוע בס' 10 לחוק המיטלטלין. הסדר זה ניתן להחיל ב"דרך המלך" אם ימצא כי זכויות בנייה לא מנוצלות עומדות בהגדרת המונח "זכויות" שבסעיף 13 לחוק המיטלטלין, דבר שיש להסתפק רבות בעניינו, שכן בעניין גנז (לעיל ה"ש 27), קבע בית המשפט כי יש לבחון את מושא ההתחייבות לפי מועד הגשמתה ולא במועד עריכת ההסכם. במקרה של זכויות בנייה נראה כי במועד מימוש הזכויות ובנייה מכוחן יהיו אלו זכויות במקרקעין ולא במיטלטלין. עם זאת ניתן לכאורה למצוא פתרון באמצעות היקש להסדרי פירוק השיתוף הקבועים בחוק המיטלטלין, שכן הם מיישמים עקרונות כלליים של יעילות וצדק בפירוק שיתוף בזכויות – והכול אם לא הוסכם בין הצדדים אחרת, וכן אם לא חל על המקרה ההסדר הספציפי שבס' 71 לחוק המקרקעין בדבר חלוקת זכויות הבנייה לצורך הרחבת דירה בבית המשותף.

71 פירוק השיתוף מעודד בדרך כלל את המגמה הרצויה של פיתוח המקרקעין, ואילו המשך פיצול הבעלות מכביד על סחירות המקרקעין ופיתוחם. ראו לעניין זה ס' 29–36 לחוק המקרקעין. כן ראו דברי השופט (כתוארו אז) לנדוי בע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין, פ"ד (1) 454, 457 (1975).

72 עניין שטרייכר, לעיל ה"ש 30; בעמ' 468. הנשיאה נאור הצטרפה לקריאה זו בסיום דבריה בעניין חברת הדואר (לעיל ה"ש 15, פס' 51): "לאור הקשיים שעלו במהלך ערעור זה, כמו גם בפסקי הדין הקודמים בנושא, אין לי אלא להצטרף לקריאתה של השופטת א' חיות בעניין שטרייכר".

73 המחוקק תיקן את חוק המקרקעין כדי לאפשר את הפרדת הבעלות בקרקע ליחידות מרחביות, תלת-ממדיות, שיהיו נושא נפרד לעסקאות ולזכויות. ראו הצעת חוק המקרקעין – תיקון מס' 33 (חלקה תלת-ממדית), התשע"ט–2018, ה"ח 1275 (להלן: הצעת חוק המקרקעין). בדרך זו ביקש המחוקק לאפשר רישום עסקאות רצוניות ואף הפקעות ביחידות, המתבססות על תוכניות מאושרות, ברבדים שונים של הקרקע – תת-הקרקע ומרחב הרום. לפיכך ייתכן כי ניתן לקבוע שזכויות הבנייה יוגדרו כזכויות קניין ביחידות העיליות במרחב הרום התלת-ממדי של המקרקעין.

74 עניין שטרייכר, לעיל ה"ש 30, פס' 12 לפסק דינו של השופט טירקל.

בזכויות הללו זכויות חוזיות גרידא.⁷⁵ מנגד, קשה לראות בזכויות אלו זכויות קנייניות, ואם כן כיצד ניתן להצמיד לדירה זכות שאינה זכות קניינית? השופט טירקל ביקש להשתמש בחידושו של הנשיא ברק בעניין אהרונוב בדבר קיומן של "זכויות שביושר נוסח ישראל".⁷⁶ זכויות הבנייה נחשבות אף הן ל"זכות קניין שביושר" שתשתכלל לזכות קניין מלאה ורגילה לאחר שתבוצע בנייה. על כן הגדיר השופט טירקל את זכות הבנייה "זכות קניינית בכוח" ו"נכס עוברי" שיבשיל כדי זכות גמורה עם ביצוע הבנייה ורישום הזכות שמומשה בלשכת רישום המקרקעין. מהמשגה משפטית זו הסיק השופט טירקל כי ניתן להצמיד את זכויות הבנייה לאחת הדירות, ולהטיל תשלומי איזון לפי סעיף 42(ב) לחוק המקרקעין.⁷⁷ הנשיא ברק חלק על דברים אלו וציידד בדעתו של פרופ' ויסמן לפיה אחוזי בנייה הם נכס שאין לו קיום עצמאי ושלא ניתן לראות בו "רכוש משותף" הניתן להצמדה ליחידות דור. הנשיא ברק לא קיבל את הגישה שלפיה זכויות הבנייה הן בגדר זכות קניין שביושר אף שנעשה שימוש בכלי משפטי של "מעין זכות קניין" שאותו יצר הוא עצמו בעניין אהרונוב. נראה כי הנשיא ברק סבר שאין אפשרות להעצים את זכות הניצול העתידית של הקרקע ולהפכה לנכס מעין-קנייני העומד בפני עצמו. הבנייה שתיעשה מכוח זכויות הבנייה הלא מנוצלות היא בגדר של דבר שלא בא לעולם ובבחינת פוטנציאל שספק אם אי פעם ימומש ויבוא לעולם. בדומה לכך התייחס בית המשפט בעניין ברכה לתביעה בקשר לזכויות בנייה אשר נרכשו בנפרד מהמקרקעין וקבע כי לא תיכון זכות כזו,⁷⁸ שכן "במצבים אלה, הנכס העוברי" הנתבע [זכויות הבנייה] איננו עשוי 'להבשיל' לכדי נכס מקרקעין מוחשי שתובע הזכות עשוי לרכוש בו קניין מכוח היותו בעל זכות קניינית במקרקעין שממנה יונקות 'זכויות הבנייה' את חיותן".⁷⁹ נראה כי ניתוח זה, השולל קיומה של זכות קניינית, שולל באותה מידה את הגדרת זכויות הבנייה כזכות מעין-קניינית וכנכס עוברי, שהרי לפנינו "עובר" שספק רב אם יבוא אי פעם לאוויר העולם.⁸⁰

ברם נראה כי בהקשר זה יש להבחין בין השאלה אם זכויות הבנייה הן "נכס מקרקעין" כשלעצמו לבין השאלה אם הן בגדר של "זכות קניין" בנכס במובן זה שהן זכויות במקרקעין אף שאינן נכס בעצמן. כשאנו שואלים אם דבר שלא בא לעולם הוא נכס, התשובה היא בפשטות בשלילה, כפי שציידד בה הנשיא ברק. לכן לא ניתן להצמיד זכויות בנייה ל"דירה"

75 ראו גם דבריו של השופט טירקל בע"א 8318/96 קוצר נ' צייתא, פ"ד נג(4) 849, 859-860 (1999).

ראו גם ע"א (מחוזי ת"א) 410/73 כהן נ' ה'לר, פ"מ התשל"ח(2) 512-517 (1978).

76 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).

77 עניין שטרייכר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 462.

78 עניין ברכה, לעיל ה"ש 30.

79 שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר. בהמשך לכך, ציין כי: "התביעה, במקרים מסוג זה, איננה מכוונת למימוש זכותו של התובע במקרקעין – קרי: להגנה על 'האינטרס השימושי', או 'אינטרס הבעלות' של התובע במקרקעין, אלא לניצול הערך הכלכלי הגלום בזכויות הבניה בלבד".

80 נראה כי לכך כיוונה הנשיאה נאור בעניין חברת הדואר (לעיל ה"ש 15, פס' 49) עת שהבהירה כי כאשר נקבע שזכויות הבנייה העתידיות, אשר נרכשו במנותק מהקרקע שלה הן משתייכות, אינן זכויות קנייניות, ולא ניתן לרכוש בהן זכות קניינית, קל וחומר שלא ניתן לרכוש בהן זכות "מעין-קניינית", שכן הכרה בזכויות מעין-קנייניות במקרה זה "תעקוף" את הקביעה שזכויות הבנייה העתידיות אינן ניתנות להעברה במנותק מהזכויות במקרקעין שאליהם הן מתייחסות.

בבית משותף. לעומת זאת התשובה שונה לגמרי כאשר השאלה היא אם זכויות הבנייה הן בגדר של זכות משפטית במקרקעין ואם אפשר לרשום הערת אזהרה בגינן. סעיף 126 לחוק המקרקעין קובע כי תירשם הערה על עסקה כאשר "הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה". אם זכויות בנייה הן בגדר של זכות של מעין-קניין, יהיה אפשר לטעון כי זו זכות במקרקעין, וממילא ניתן לרשום הערת אזהרה על עסקה זו, גם אם זכויות הבנייה הן אינן נכס בעצמן. בהקשר זה נראה כי יש להבין את שיטתו של השופט טירקל לפי פסק דינו בעניין **בן יקר גת**,⁸¹ שבו ציין כי יש להרחיב את גבולה של זכות הקניין שתכלול גם זכויות התלויות ברישיונות מטעם המדינה, שכן עם התגברות מעורבותה של המדינה בכל תחומי החיים נראה שקניינו של אדם מורכב יותר ויותר דווקא מזכויות ממין זה, שמקורן במדינה (Governmental Largess) ופחות מזכויות של קניין פרטי הנסחר בין האזרחים ואשר "זכות השליטה" בו נתונה אך ורק לבעל הקניין.⁸² השופט טירקל יישם בעניין זה את הגדרתו של ויסמן לזכות הקניין, שלפיה "למונח 'זכות קניינית' אין משמעות אחידה ומוסכמת. יש בו מה שהיה עניין ליצוק לתוכו, ויצקו לתוכו מה שנראה היה כמועיל להשגת תכליות ידועות, בהתאם לנסיבות הזמן המשתנות".⁸³ ודוק, בעבר שררה הגישה הקלאסית שכונתה "קניין כריבנות",⁸⁴ ולפיה הקניין הוא מתחם השרירות של הפרט, שבו מסורה לו החירות לנהוג ככל שיעלה על רוחו, כאשר בידו להחליט מה יעשה בקניינו, בלא כל התערבות חיצונית שתבקר את סבירות החלטותיו ואת הגיונו. על פי תפיסה זו, זכות הקניין נועדה להגן על הפרט מפני שלטון מתערב וכופה.⁸⁵ אולם הגישה המודרנית יותר, המכונה "הקניין כמוסדות",⁸⁶ רואה בקניין מוסד משפטי שנועד לשרת מטרת חברתית. לפי תפיסה זו, הקניין אינו רק מבטא זכויות אלא הוא בבחינת "מצע ליחסים של שיתוף ומקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי הקהילה (או החברה) בכללותה".⁸⁷ לפי תפיסה זו, אחריות חברתית אינה מגבלה חיצונית על זכות הקניין אלא חלק אינטגרלי ופנימי של זכות הקניין עצמה. גישה זו מדגישה כי בני אדם נטועים בקהילה חברתית ומצויים בקשרי גומלין מתמשכים אחרים של "תן

81 ראו ע"א 6291/95 **בן יקר גת חברה להנדסה בע"מ נ' הועדה המיוחדת לתכנון ולבנייה מודיעין**, פ"ד נא(2) 825, 841-842 (1997).

82 לעניין זה ראו יצחק זמיר "הסמכות המינהלית" **משפט וממשל** א 81, 131-132 (1992) ("המינהל הציבורי מלווה את האדם בכל יום בחייו, משעה שהוא קם ממיטתו, שעה אחר שעה. החשמל שהוא מדליק, הרדיו לו הוא מאזין, המים בהם הוא מתרחץ, הלחם שהוא אוכל, בית-הספר אליו הוא שולח את ילדיו, המכונית הממתינה לו ברחוב, הכביש בו הוא נוסע – על כל אחד מאלה, ועל מוצרים ושירותים אחרים המלווים אותו בשגרת יומו, טבוע תו של המינהל הציבורי [...] המינהל הציבורי יכול, במחי יד, לפתוח או לחסום בפני אדם את הדרך לעסק ולעושר").

83 ויסמן "מושגי יסוד", לעיל ה"ש 36, בעמ' 64-65.

84 דגן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 24-25; עופר גרוסקופף "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" **משפט ועסקים** י 317, 327 (2009).

85 ראו Frank I. Michelman, *Possession vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property*, 72 IOWA L. REV. 1319, 1329 (1987).

86 ראו גרוסקופף, לעיל ה"ש 84, בעמ' 328; דגן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 37.

87 שם, בעמ' 52.

וקח", ומטעם זה ראוי להטיל עליהם, בהקשרים מסוימים, חובות המיועדות להגשים את האינטרס החברתי הכולל. חובות אלו, לטובת האינטרס החברתי, עשויות לבוא לידי ביטוי במגבלות שונות המוטלות על זכותם של בעלי מקרקעין לעשות בהן כרצונם.⁸⁸ הווי אומר כי תפיסת הקניין כריבונות מקנה משקל מכריע לערך החירות של הפרט בעל הקניין, ואילו תפיסת "הקניין כמוסדות" כוללת בתוכה גם ערכים קהילתיים.⁸⁹ לפי תפיסת הקניין כריבונות האחריות החברתית **חיצונית** לזכות הקניין ואף נוגסת בה,⁹⁰ ואילו לפי תפיסת הקניין כמוסדות אחריות חברתית זו היא חלק **פנימי** מזכות הקניין,⁹¹ שכן זכות הקניין נובעת מלכתחילה מהסכמה חברתית, וזו מוגבלת מראש לתחומים שבהם היא משתלבת עם צורכי הכלל ועם הפרטים האחרים הסובבים את בעל הזכות.

לפי הגדרת הקניין כריבונות נמצא כי ההגבלה המוטלת על ניצול הבעלות לפי זכויות הבנייה הנקבעות על פי דיני התכנון והבנייה ומדיניות המאסדר, היא דבר חיצוני לזכויות הקניין, שכן מגדירים "בעלות" במקרקעין כמתחם של שרירות פרטי המאפשר לבנות עד רום רקיע ובכל מרחבי המקרקעין מצד לצד, ואילו דיני התכנון והבנייה הם הגבלה חיצונית של הזכות.

אולם לפי הגדרת קניין כמוסדות נכון יותר לראות בבעלות ככוללת בתוכה, מובנית ואינהרנטית, גם את החובה להתחשב בזולת ובצרכים סביבתיים של החברה. הקניין כמוסדות מחייב את הפרט להשתלב בתוך החברה, כשבה בעת הוא נתרם מהתחשבות של הסביבה בצרכיו שלו, וממילא אין הבעלות כוללת מלכתחילה ניצול של הנכס הפוגע בצרכים סביבתיים. בעל זכות הקניין במקרקעין אינו יכול לעשות במושא הקניין שלו דבר הפוגע תכנונית בזולת או לבנות על המקרקעין באופן שאינו משתלב בחברה ובצרכיה, שכן פעולות אלו לא נכללו בזכותו הקניינית מלכתחילה ואותן לא הקנתה לו החברה מעולם. לפי תפיסה זו הגדרת זכותו של הבעלים בנכס היא להשתמש בו ולנצלו אגב התחשבות באינטרסים של הכלל הקבועים בדיני התכנון והבנייה ובמדיניות המאסדר. לפיכך נמצא כי זכויות הבנייה אינן אלא ביטוי לבעלות לפי הגדרת הקניין כמוסדות, שהרי בכל סוג של בעלות הקניין אינו מעניק זכות מוחלטת אלא מוגדר כהסדר חברתי, שבו הפרט נהנה מזכויות בכפוף לצורכי הכלל. נמצא כי זכויות הבנייה הן אומנם תוצאה של הגבלת הבעלות, אך מה שמותר **בתוך המסגרת**, שנתחמה באותה הגבלה, אינו אלא ביטוי לבעלות כזכות קניין התואמת את הגדרת "קניין כמוסדות", שבה הפרט משתלב עם הכלל.

88 ראו ע"א 8622/07 **רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ**, פס' 63–64 (נבו 14.5.2012). לביקורת על תאוריית הקניין כמוסדות בכלל, ועל היקף החובה שראוי להטילה מכוח אחריותו החברתית של הקניין בפרט, ראו אלון הראל "קניין על פרשות דרכים: הערות ביקורתיות על ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים" **עיוני משפט** ל 435 (2007).

89 עניין **רוטמן**, שם, בעמ' 61.

90 ראו דברי השופט (כתוארו אז) חשין, בדנ"א 1333/02 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נ' הורוויץ**, פ"ד נח(6) 289, פס' 11 (2004), בנוגע להוראת ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("תכלית החוק הייתה, כלשונה, לחזק את זכות הקניין ולבצר את האוטונומיה של היחיד מפני המבקשים לפגוע בה; תכליתה לא הייתה להטיל חביות ואחריות על בעל הקניין. אכן, בעל הקניין נושא בנטלים, אלא שאלה חיצוניים הם לזכות, ויש לבחנם כעומדים אל-מול זכות שנתעצמה והלכה בחוק היסוד").

91 ראו דברי הנשיא ברק בע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה נ' הולצמן**, פ"ד נה(4) 629, 650 (2001).

נמצא אפוא כי זכויות הבנייה הן ביטוי לזכות הבעלות שהייתה קיימת מלכתחילה רק בגבולות מסוימים כיאות לקניין כמוסדות. האסדרה לא יצרה זכות יש מאין כמו רישיון להפיק גז מקרקעות מדינת ישראל, אלא עסקינן בזכות שהיא בגדר של "יש מ-יש", המתייחסת לבעלות הקיימת של אדם במקרקעין, לפי הגדרת הקניין כמוסדות, המחייבת כל פרט ליישם את זכויותיו במסגרת מתחם של זכויות וחובות חברתיות. אכן, סעיף 11 לחוק המקרקעין קובע כי הבעלות משתרעת עד רום הרקיע ויורדת עד תהום רבה, אבל בלי זכויות בנייה מדובר בבעלות תאורטית שאינה מאפשרת שימוש והיא נטולת משמעות מעשית. אדרבה, זכות הבנייה היא הביטוי שמאפשר להתייחס לממדים נוספים של הקרקע ולהחיל עליהם בעלות מתוך הבנה כי בעלות אינה בגדר של מתחם שרירות אלא מוסד חברתי בעל זיקה הדוקה לזכויות החברה וצרכיה.

משהותוותה הדרך לראות בזכות הבנייה זכויות הנכללות בגדרי הגדרת הבעלות, כזכויות החיות בסביבתן החברתית, נמצא כי הבעלות אינה מכילה רק שלושה ממדים: אורך, רוחב וזמן, אלא ארבעה ממדים: אורך, רוחב, זמן וגובה. ממילא, כשם שברור לנו כי יש אפשרות להיות בעלים של שטח מסוים התחום באורך וברוחב מסוימים, כך ניתן להיות בעל זכויות גם בממד הגובה שיתווסף למקרקעין לאחר שיבנו עליהם.

כמו כן נראה כי בדרך זו ניתן להגיע מבחינה עיונית למסקנה שאליה חתר השופט טירקל בעניין שטרייכר. לאחר שמגיעים לתובנה שזכות הבנייה מבטאת את הבעלות לפי הגדרת הקניין כמוסדות, ברור כי אין עסקינן במעין-זכות אלא בזכות ממש, שהרי זכויות הבנייה הן אומנם תוצר של אסדרה, אבל במהותן הן ביטוי קלאסי לבעלות. ניתוח זה מאפשר ליצור גשר בין המציאות העובדתית והנורמטיבית לבין ההמשגה המשפטית.⁹²

ה. מן ההמשגה העיונית ליישום המעשי

עמדנו לעיל על הקשיים הנובעים מהיעדר ביטוי במרשם המקרקעין לעסקאות בזכויות בנייה. קשיים אלה מתבטאים הן בהיעדר האפשרות לרשום הערת אזהרה ולמנוע תאונות משפטיות ועסקאות נוגדות, הן בהיעדר אפשרות לרשום עיקול ומשכנתה והן בהיעדר האפשרות לפרק שיתוף בזכויות בנייה. בעקבות הניתוח המשפטי המוצע לעיל נבקש אפוא לעיין מחדש בכל אחד ואחד מן המקרים הללו ולבחון אם ניתן למצוא לו פתרון משפטי המאפשר רישום והמתיישב עם ההמשגה המשפטית המוצעת.

1. עסקאות נוגדות והערת אזהרה

ראינו לעיל כי יש חשיבות רבה לרישום הערת אזהרה בדבר עסקה בזכויות בנייה במרשם המקרקעין כדי למנוע עסקאות נוגדות. בפסק הדין בעניין שטיינברג הבהירה השופטת ברק-ארז כי הרציונל של הערת אזהרה הוא הענקת הגנה לרוכש בתקופת הזמן המגשרת בין

⁹² נראה כי רעיון זה קיים בבסיס דברי הנשיאה נאור בעניין חברת הדואר (לעיל ה"ש 15, פס' 33): "הטבעת תווית של 'קניין' או של 'חוב' אינה צריכה להיעשות לפי שיקולים תיאורטיים ומופשטים, אלא בהתאם למציאות המשפטית-עובדתית של הזכות".

כריתת ההסכם לבין מועד מימוש הזכות הקניינית.⁹³ רציונל זה נכון כהווייתו גם למכירת זכויות בנייה, שכן בסוף ההליך יהיה לפנינו נכס בנוי וזכות קניין קלאסית, וממילא יש צורך להעניק לרוכש הגנה משפטית עד לאותו מועד. זוהי למעשה רכישת בעלות על תנאי. אדרבה, בעסקה רגילה שלב הביניים שעליו יש לגשר עשוי להיות קצר, ואילו בעסקה למכירת זכויות בנייה שלב הביניים עלול להיות ארוך, וממילא נדרשת ונחוצה אף ביתר שאת ההגנה שמספקת הערת האזהרה מפני עסקאות נוגדות. על הצורך לתת ביטוי במרשם המקרקעין לעסקאות בזכויות בנייה – לית מאן דפליג.

המציאות מלמדת כי בפועל נרשמת הערת אזהרה כמעשה שבכל יום בכל התקשרות בין בעלי דירות בבית משותף לבין יזם, שלפיו ישפץ היזם את הבניין ויוסיף שטח בנוי לכל דירה בתמורה לזכויות הבנייה לבניית דירות נוספות על גג הבניין מכוח תמ"א 38.⁹⁴ רישום זה נחוץ כדי למנוע עסקאות נוגדות וכדי להגן על היזם ועל האפשרות לבצע יוזמה זו.

להלן נראה כי מה שנחוץ כל כך וגם נעשה בפועל נכון מבחינה משפטית לפי הניתוח דלעיל הרואה בזכויות הבנייה זכויות מעין-קנייניות במקרקעין. ניתוח המהות של זכויות בנייה מאפשר לרשום הערה בדבר עשיית עסקה בהן בלשכת רישום המקרקעין.

במצבים שיש בהם העברת זכויות שימושו באותם מקרקעין עצמם, ודאי שיש עסקה בזכויות בנייה התקפה בהווה, שכן כבר כעת קיימת אסדרה,⁹⁵ המבטאת את היקפה של הזכות הקניינית במקרקעין בממד הגובה הפוטנציאלי שלהם, כאשר אין מניעה עקרונית שבעל המקרקעין יפעל למימוש הזכויות אלו. בהקשר זה יש לזכור כי חוק המקרקעין תוקן והוא מכיר בממד הגובה של המקרקעין כמושא רישום של זכויות. תיקון מס' 33 לחוק המקרקעין קובע כי ניתן לרשום במרשם חלקה תלת-ממדית, הכוללת עסקאות בנוגע לחלל הרום של המקרקעין.⁹⁶ מה שלא נבנה בחלל הרום הוא בבחינת זכויות בנייה לא ממומשות, ועם זאת ראה המחוקק לנכון לקבוע כי רשם המקרקעין יבצע רישום של חלקות תלת-ממדיות לפי תוכניות מאושרות. הבעלות בפועל תמומש כאשר תבוצע הבנייה ותתבצע חלוקה רישומית של החלקה, כדי שרישום בעלות נפרדת על מה שנבנה לא יסתור את הוראת סעיף 13 לחוק המקרקעין. אולם עד לאותה עת הערת האזהרה מודיעה לכול כי נעשתה עסקה כאמור. תיקון זה מאפשר רישום בעלות בזכויות בחלל הרום, משל בוצעה פרצלציה של ממד הגובה.

93 עניין שטינברג, לעיל ה"ש 10, פס' 40 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

94 משרד המשפטים, אגף רישום והסדר מקרקעין אף קבע נוהל להסדרת רישום זה. ראו קובץ נהלי הרשות לרישום והסדר זכויות במקרקעין 86 (2020).

95 הדבר אנלוגי ל"רישיון מונית", המוגדר כ"קניין חדש" והוא בבחינת נכס עובר לסוחר. אומנם נכס זה ימומש רק אם בעל רישיון המונית ישיג גם רישיון נהיגה וישיג רכב, או ישתמש ברישיון המונית באמצעות הסכם עם בעל רכב כלשהו. עד לאותה עת, ובמיוחד אם יחלוף זמן רב, גם עלולה המדיניות להשתנות והרשות עלולה להפקיע את רישיון המונית שלו, או להסיר מגבלות שיהפכו את הרישיון האמור לחסר ערך כלכלי. לקניין החדש ראו את מאמריהם הידועים של Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964); Kenneth J. Vandeveld, *The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*, 29 BUFF. L. REV. 325 (1980).

96 חוק המקרקעין (תיקון מס' 33), התשע"ט–2018, ס"ח 80.

מכיוון שיש לעסקה תוקף מעין-קנייני מידי באשר לממד הגובה של המקרקעין, קשה לראות סיבה שלא להכיר בזכות גם אם מימושה עתידי ויבוא לידי ביטוי מוחשי רק לאחר מימוש הזכויות בבנייה על פיהן. מקרה זה אינו שונה מזה שבו קבלן מוכר "דירה על הנייר", כלומר זכויות בעלות שתבואנה לידי ביטוי מעשי לאחר שהבניין יעמוד על תילו ולאחר שיהיה אפשר לבצע רישום על שם הקונה.⁹⁷ עסקאות אלה נעשות לעיתים אף בידי מי שאינו בעל זכות קניינית בקרקע, כגון כשהמוכר הוא קבלן ב"עסקת קומבינציה" שטרם השלים את רכישת הקרקע.⁹⁸ במקרה זה רוכש הדירה עושה עסקה עתידית, כשהוא רושם בינתיים הערת אזהרה ויקבל את הבעלות בנכס רק לאחר שהקבלן יסיים את הבנייה, ישלים את חיוביו לפי הסכם הרכישה מהבעלים וירשום את הבניין כבית משותף. נראה כי הוא הדין במי שמוכר זכויות בנייה. הרוכש יוכל לרשום הערת אזהרה כאשר את הבעלות בנכס מוחשי יקבל לאחר שהזכויות תמומשה ויבוצע רישום במרשם הבתים המשותפים. אכן, במקרה של רכישת "דירה על הנייר" מוסכם שהרוכש יקבל חלק מהקרקע, אך הוא הדין ברכישת זכויות בנייה, שהרי הרוכש עושה עסקה מיידית לרכישת חלק מממד הגובה של הקרקע, והוא יממש את זכותו כאשר ממד זה יקרום טיה ולבנים ותסתיים הבנייה. נראה כי עריכת הסכם להעברת זכויות בנייה כמוה כהסכמה להעברת חלק מממד הגובה של הבעלות, וממילא יהיה נכון להגן על זכות זו באמצעות רישום הערת אזהרה, עד למועד שבו יממש הרוכש את זכויות הבנייה, יבנה וירשום את זכויות הבעלות על החלק הבנוי.

בהקשר זה נראה כי יש להתמודד עם הקושי שעליו עמד בית המשפט בעניין **שטינברג** עת ציין כי סעיף 126 לחוק המקרקעין קובע כי תירשם הערה על עסקה כאשר הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל זכות במקרקעין "התחייב בכתב לעשות בהם עסקה".⁹⁹ השאלה היא אם בעת מכירת זכויות בנייה נמכרה זכות במקרקעין מושא הערת האזהרה. נראה לנו כי מכיוון שהקניית זכויות בנייה היא בגדר של הקניית זכות מעין-קניינית במקרקעין, הרי שלפנינו עסקה למכירת זכויות בעלות במקרקעין, בממד הגובה שלהם, שימומש עם ביצוע הבנייה. אין סיבה שלא לראות בכך לכל הפחות התחייבות לעשות עסקה במקרקעין שברבות הימים תירשם כזכות קניין בחלק מהמקרקעין, וממילא יש לאפשר רישום של עסקה כזו בלשכת רישום המקרקעין.

קשיים מהותיים התעוררו בנוגע לעסקת מכירת זכויות בנייה שתנוינה ממקרקעין של המוכר למקרקעין אחרים של הקונה. בעניין **שטינברג** ציינה השופטת ברק-ארוז כי רישום הערת אזהרה על עסקה מסוג זה נתקלת בקושי לשוני ובקושי מהותי. למסקנה זו הייתה השלכת רוחב, שכן משנוצר קושי ברישום הערת אזהרה כאשר למקרה של נידוד זכויות מקרקע אחת לרעותה, נמצא כי המרשם לא יוכל לשקף את מצב הזכויות הנכון כאשר לזכויות בנייה. מכאן הסיקה השופטת ברק-ארוז כי ההצדקה להכרה ברישום הערת אזהרה גם בגין עסקה למכירת זכויות בנייה שימומשו באותם מקרקעין עצמם נחלשת (במקרה של הסכם בין בעלי זכויות באותם מקרקעין להעברת זכויות הבנייה ביניהם, או הסכם של בעלי

97 רישום הזכויות מותנה במקרים אלה גם ברישום בית משותף, וכך לא יתנגש הרישום בהוראות ס' 13 לחוק המקרקעין המונעות רישום בחלק ממקרקעין שאינו יחידה נפרדת.

98 ראו לעניין זה ע"א 205/83 **חובני נ' דיקלה חברה לבנין והשקעות בע"מ**, פ"ד מא(3) 96 (1987); ע"א 813/85 **נחשון נ' שי**, פ"ד מב(1) 340 (1988); וינרוט דיני קניין – **פרקי יסוד**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 271.

99 עניין **שטינברג**, לעיל ה"ש 10, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

זכויות להעביר את זכויות הבנייה שלהם לצד שלישי, אשר יבנה במקרקעין (אלו). על כן קבע בית המשפט כי לא יהיה אפשר להגן על העסקה באמצעות רישומה של הערת אזהרה על אף היתרונות הרבים שמקנה רישומה של הערת אזהרה, בין היתר במתן הגנה מפני עסקאות נוגדות. ברם להלן נבקש להציע פתרון לקושי זה ונראה כי ניתוח של עסקה לניוד זכויות בנייה ממקרקעין למקרקעין יאפשר לפתור את הקשיים שהעלה בית המשפט בעניין **שטינברג**. לפי פתרון זה יהיה ממילא מקום להגיע לתוצאה המיוחלת המאפשרת רישום הערת אזהרה בכל המקרים.

הקושי הלשוני היה סעיף 126 לחוק המקרקעין, הקובע כי תירשם הערה על עסקה שבה התחייב בעל הנכס "לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה". המילה "**בהם**" אינה מאפשרת לכאורה לרשום הערת אזהרה בגין זכויות שיוקנו בקרקע **אחרת**.¹⁰⁰ בית המשפט ציין כי "לפי פשוטו של הסעיף הערת אזהרה תירשם רק על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין עצמם".¹⁰¹ ברם נראה להציע מחשבה חדשה, שלפיה עסקה לניוד זכויות בנייה אינה עוסקת בהעברת הזכויות מקרקע א לקרקע ב, שהרי כפי שציינה הנשיאה נאור בעניין **חברת הדואר**,¹⁰² אי אפשר להעביר זכויות בנייה מקרקע לקרקע אלא אם מדובר בנטילת רשויות התכנון את זכויות הבנייה מנכס אחד ובהקצאתן של זכויות בנייה **אחרות** לנכס אחר. על כן נראה שלא זו מהותה של העסקה ואין עסקינן בהמחאת חיוב כלפי מי שאינו חב כל ועיקר. משמעותה של עסקה לניוד זכויות בנייה היא זו: כדי לאפשר בנייה בהיקף מסוים בקרקע א, מסכים בעל קרקע ב הסמוכה לצמצם את הבנייה בשטחו. הסכמה זו מאפשרת את הגדלת זכויות הבנייה במגרש אחד בלי להגדיל את הצפיפות הכוללת באזור כולו. העסקה היא אפוא כי בעל המגרש הסמוך מתחייב שלא להתנגד לכך שזכויות בנייה רבות יוקצו למגרש אחד בלבד אף שמשמעות הדבר היא כי במגרש שלו לא יוכל להגיע להיקפי בנייה דומים. לפיכך עדים אנו במקרים רבים למגדל המתנשא אל על ולידו מגרשים שבהם בנייה מרקמית נמוכה או אף גינה או בניין ציבורי נמוך. ניוד הזכויות מבטא אפוא הסכמה של בעלי המקרקעין הסמוכים **שלא** לנצל את הבעלות ברום הגובה של מקרקעיהם.¹⁰³

הנה כי כן, מקום שבו בעל זכויות במקרקעין מוכר את זכויות הבנייה, יש לראות בכך התחייבות של המוכר שלא לממש את זכויות הבנייה במקרקעין שלו עצמו ולא להתנגד ל"שאיבת" הזכויות באמצעות הקצאתם למגרש סמוך. ממילא, אף אם התוצאה תהא שתאפשר הגדלת זכויות בנייה שימושו בקרקע אחרת, מדובר בעסקה במקרקעין אלו

100 ראו עניין **חברת הדואר**, לעיל ה"ש 15.

101 עניין **שטינברג**, לעיל ה"ש 10, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו. כן ראו עניין **ניסים**, לעיל ה"ש 61, בעמ' 855; עניין **גראיסי**, לעיל ה"ש 61, פס' 11; אוריאל רייכמן "הערת האזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" **עיוני משפט** י' 297, 298–299, 317 (1984); מיגל דויטש **קניין** כרך ד 41 (2007) (להלן: דויטש **קניין** ד).

102 עניין **חברת הדואר**, לעיל ה"ש 15.

103 למעשה, הם מוכרים חלק מזכויות הבעלות שלהם ומגבילים את בעלותם שלהם. כשם שבעלים המשכיר מקרקעין נוטל חלק מממד הזמן של הבעלות ומעבירה לאחר, כך מי שמסכים לנייד זכויות בנייה נוטל חלק מממד הגובה של בעלותו ומעבירו לאחר. ואכן, מבחינה כלכלית דעת לנבון נקל, כי השווי של המקרקעין לאחר ניוד הזכויות משתנה לפי העסקה, ולכן ערך המקרקעין המוגבלים יורד וערך המקרקעין שאליהם ניודו הזכויות עולה בהתאם.

עצמם, שבאשר אליהם יש התחייבות של הבעלים שלא למצות בהם את זכויות הבנייה. הבנה זו של העסקה מאפשרת אפוא לראות בה מבחינה לשונית עסקה במקרקעין עצמם, ולכן אין קושי לשוני לרשום הערת אזהרה בנוגע אליה.

אכן, ניתן לכאורה להקשות ולומר כי התחייבות מסוג זה אינה שוללת את זכויות הקניין של המתחייב אלא רק את השימושים שלו מכוח זכויות אלה, וממילא כשם שלא ניתן לרשום הערת אזהרה בגין התחייבות חוזית שלא להשתמש בחלק מסוים במקרקעין, כך אין לרשום הערה בגין התחייבות שלא לנצל את זכויות הבנייה. אולם כאן יש לעמוד על הבחנה חשובה שלפיה בעקבות ההתחייבות שלא לנצל את זכויות הבנייה מצד בעל המקרקעין הוא מנוע מלעשות עסקה בזכויות הקניין שלו במקרקעין שלא תכלול הגבלה על ניצול זכויות הבנייה כאמור. אלמלא הגבלה זו היה הקונה יכול לנצל את זכויות הבנייה שכבר נמכרו לאחר ולבנות על המקרקעין שקנה שטחים שבהם יהפוך לבעלים. ההתחייבות להימנע מכך היא הימנעות מעשיית עסקה מסוימת במקרקעין אלה.

הווי אומר, לפי הבנה זו, יש לומר כי לפנינו התחייבות הנוגעת למקרקעין אלו עצמם שלא לנצלם בממד הגובה שלהם. ממילא נפתר הקושי הלשוני שהועלה בפס"ד שטינברג, הנובע מן המילה "בהם" בסעיף 126 לחוק המקרקעין, שכן סעיף 126 לחוק המקרקעין מאפשר לרשום הערת אזהרה לא רק בגין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אלא גם בגין התחייבות "להימנע מעשות בהם עסקה".

2. תפקידי רשם המקרקעין

בית המשפט עמד בעניין שטינברג על קושי פרקטי וציין כי "השיקול העיקרי שבגיניו אין, לדעתנו, להכיר באפשרות של רישום הערת אזהרה [בגין עסקה הנעשית בזכויות בניה] נוגע לתפקידיו ולסמכויותיו של רשם המקרקעין ברישום הערת אזהרה. על מנת לשמור על יעילותו של הליך רישום הערת האזהרה יש לוודא כי תפקידו של רשם המקרקעין יוגבל לתפקיד מנהלי-טכני ולא לתפקיד שיפוטי".¹⁰⁴ בית המשפט סבר כי רישומן של זכויות בנייה עלול להטיל על רשם המקרקעין תפקיד שיפוטי במהותו, וכי יהא עליו לקבל הכרעות מורכבות מתחום דיני התכנון והבנייה שאינן בתחום מומחיותו ושעלולות בסופו של דבר לפגוע ביעילות המרשם. בית המשפט ציין כי אם נשווה בדעתנו מצב שבו נרשמה הערת אזהרה על ניווד זכויות בנייה לפי תוכנית מסוימת, משמעות הדברים תהא שבכל מקרה אשר בו תיעשה עסקה נוספת באשר לניוד זכויות בנייה, למשל על פי תוכנית אחרת שנכנסה בהמשך לתוקף, עשויה להתעורר השאלה אם העסקה השנייה מתיישבת עם העסקה הקודמת אם לאו. הכרעה בשאלה זו תחייב את רשם המקרקעין לעיין בתוכניות ולברר את שאלת היחס ביניהן. גם במקרה שבו תירשם הערת אזהרה לטובת בעל דירה בבית משותף (עסקה מהסוג הראשון) או לטובת צד שלישי שאינו בעל זכויות במקרקעין (עסקה מהסוג השני), הרי שכל בקשה לרישום הערת אזהרה נוספת בנוגע להתחייבויות הנוגעות לזכויות בנייה (למשל בעקבות קבלתה של תוכנית חדשה) תדרוש מרשם המקרקעין לבחון את הוראותיהן

104 עניין שטינברג, לעיל ה"ש 10, פס' 46 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ראו גם רע"א 7060/12 מדינת ישראל נ' Unitet Israel Appeal inc, פס' 8 (נבו 30.4.2015); דויטש קניין ד, לעיל ה"ש 101, בעמ' 25; רייכמן, לעיל ה"ש 101, בעמ' 298–299, 327.

של התוכניות השונות ולהכריע באשר לדרך יישובן זו עם זו. מדובר בהכרעות שהן שיפוטיות מטבען ואשר אינן חלק ממומחיותו של רשם המקרקעין. הידרשות להכרעות מסוג זה עלולה להוביל לעיכובים, בניגוד למהות הבסיסית של רישום הערת אזהרה, שאמורה להיות הליך פשוט. בית המשפט הציע אפוא כי ברשות המקומית, שבה נבדק היקף הזכויות, יתנהל גם רישום של עסקאות בזכויות בנייה. בית המשפט ציין כי אכן כיום אין מרשם כזה, אולם המליץ לבחון הקמת מרשם כאמור. ברם חלפו כמה שנים מעת שניתן פס"ד שטינברג ולא נעשתה כל פעולה להקמת מרשם כזה אצל רשויות התכנון. נוסף על זה, פתרון זה, אילו היה מיושם, היה נתקל בקושי פרקטי, שהרי גם הרשות המקומית לא תוכל לתת מענה שיפוטי לשאלות החורגות מן המישור הטכני של דיני התכנון והבנייה. גם לא סביר כי קונה יצטרך לחפש אצל רשויות התכנון רישום בדבר עסקאות נוגדות בזכויות, וטבעי שתחום זה יימצא בגדרי מרשם המקרקעין.

לפי הניתוח שהצענו לעיל נראה כי גם לפי ההסדר הקיים היום ניתן לבצע רישום הערת אזהרה במרשם המקרקעין שבו יצוין כי נעשתה עסקה בזכויות הבנייה ולא צריכה להיות מניעה פרקטית שמחמתה לא יוכל הרשם לרשום הערה כאמור מכיוון שהערת האזהרה אינה מכריעה בטיב העסקאות שנעשו באשר לזכויות הבנייה במקרקעין, אלא היא "תמרור אזהרה" בלבד כי נעשו עסקאות בזכויות הבנייה. המעיין במרשם המקרקעין ורואה הערה בדבר עסקאות שנעשו בזכויות הבנייה יודע שעליו לבדוק לאחר מכן את טיב העסקאות שנעשו, כאשר ברור כי את המשמעות התכנונית ילמד רק לאחר עיון אצל רשויות התכנון. רישום הערה בדבר עסקה בזכויות בנייה אינה הכרעה שיש זכויות כאלה, כשם שרישום הערה בדבר התחייבות לעשות עסקה במקרקעין אינה הכרעה בדבר טיב העסקה, היקפה, מועדה, המשך תחולתה וכיוצא בזה הכרעות שיפוטיות, שאותן אין הרשם עושה ואין הערת האזהרה משקפת. מכיוון שההערה אינה מכריעה בשאלות אלו, נראה כי אין נדרשת כל הכרעה ערכית מצד רשם המקרקעין בבואו לקבוע כי יש לרשום הערת אזהרה על זכויות הבנייה. על כן ראוי לקבוע שהרשם ירשום הערות אזהרה על עסקאות בזכויות בנייה, ובכך יעשה מלאכה מנהלית טכנית ולא יידרש להכרעות שיפוטיות. הרשם לא ייכנס לשאלה מה טיב הזכויות שנמכרו, או אם בכלל קיימות זכויות כאלה על פי תוכנית, אלא רק ירשום הערה שנערכה עסקה בזכויות אלו, ובאשר לתוקף של זכויות אלה יצטרך הרוכש לבדוק את טיב הזכויות אצל רשויות התכנון.

במצב נורמטיבי זה הבדיקות הן קלאסיות: אצל רשם מקרקעין יבדוק הרוכש את שאלת קיומן של עסקאות הנוגעות לזכויות הבעלים (לרבות ניצול ממד הגובה של הבעלות במקרקעין). אצל הנהנה מהערת האזהרה יברר מה טיב הזכויות שרכש, ואצל רשויות התכנון יברר מה טיב הזכויות שנתרו במקרקעין. נראה כי פתרון זה הוא מעשי, שכן כך נעשים הדברים ממילא בכמה וכמה נושאים שבהן נרשמת הערה בלא פירוט של תוכן ההערה ומשמעויותיה, ובלא שקם מכשול בעקבות זאת.¹⁰⁵ ודוק, רשם המקרקעין לעולם

105 קיים מגוון רחב של הערות שניתן לרשום על המקרקעין. בפסיקה הישראלית נקבעו 13 סוגי הערות שניתן לרשום על המקרקעין, כדלהלן: א. הערת אזהרה – התחייבות לעשות עסקה או להימנע מביצוע עסקה (ס' 126 לחוק המקרקעין); ב. הערה על הצורך בהסכמה – הערה על צורך בהסכמת צד ג לביצוע עסקה (ס' 128 לחוק המקרקעין); ג. הערה על הגבלת כשרות – יידוע הציבור כי כשרותו המשפטית של

לא ירשום זכויות בנייה כנכס אלא רק ירשום הערה בדבר ההתחייבות באשר אליהן, וירשום הזכויות ייעשה בגמר הבנייה בעת שיהיה אפשר לרשום בעלות "פשוטה" בשטח בנוי. הדבר אנלוגי לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשים בעסקת קומבינציה שימושו ויגיעו לכלל רישום בעלויות לאחר שתבוצע בנייה, ויוסדרו יחידות רישום נפרדות לדירות החדשות שנבנו על המקרקעין.

3. עיקול ומשכנתה

הניתוח המשפטי שלפיו יש לראות במכירת זכויות הבנייה עסקה בממד הגובה של הבעלות במקרקעין מאפשר גם לרשום עיקול והערה בדבר משכנתה על זכויות אלה. המשכנתה עצמה תירשם לאחר מימוש זכויות הבנייה והוספת בעלות נפרדת בממד הגובה. נמצא כי בעלות בשטח נוסף זה היא מושא עסקת המשכנתה, ואילו ההערה הנרשמת בשלב שבו טרם נוצלו זכויות הבנייה מתייחסת לקיומה של התחייבות לרשום משכנתה לאחר מימוש הזכויות וביצוע הבנייה. רישום זה מאפשר למשכן זכויות בנייה ולהשתמש בהן כבטוחה ומונע סיכון שהבעלים יבצע עסקה נוגדת. הוא הדין בעיקול המאפשר למנוע טרנסקציות בזכויות הבנייה כזכויות קנייניות שתמומשנה בממד הגובה של המקרקעין.

4. פירוק שיתוף

אנו צועדים כברת דרך ארוכה עם שיטתו של השופט טירקל בכך שאנו רואים בזכויות הבנייה זכויות מעין-קנייניות במקרקעין. עם זאת לא נראה שנכון לומר כי עסקינן בנכס בפני עצמו. זכויות הבנייה הן זכויות בממד הגובה של המקרקעין, והן תתממשנה לכלל נכס במוכן הפיזי בעתיד בעת שתסתיים הבנייה. אולם הן לא בגדר נכס עצמאי בהווה כל עוד לא בוצעה הבנייה. לפיכך נראה כי אומנם אפשר לרשום הערת אזהרה בדבר עסקה עתידית במקרקעין, אבל כל עוד הבעלות העתידית לא נרשמה, נמצא כי בעל זכויות הבנייה אינו בגדר "שותף" במקרקעין, קרי אינו בעל זכות רשומה בהם. לכן לא תהיה לו זכות לדרוש

בעל זכות במקרקעין נשללה או הוגבלה (ס' 129 לחוק המקרקעין); ד. הערה על פי צו בית משפט – הערה לפי שיקול דעתו של בית המשפט (ס' 130 לחוק המקרקעין); ה. הערה על מקרקעי ייעוד – הערה המעידה על אופי המקרקעין כמקרקעי ייעוד (ס' 109 לחוק המקרקעין); ו. הערה על ביטול הרשאה – הערה על ביטול רשות שנתן בעל המקרקעין או הערה על סיום יחסי שליחות שיצר בנוגע למקרקעין (תק' 26 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשע"ב–2011); ז. הערה בדבר ייעוד מקרקעין – הערה המפרטת את השימוש שנקבע למקרקעין (תק' 27(א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום)); ח. הערה על קיומו של מקלט או מחסה – הערה המבהירה כי המקרקעין או חלק מהמקרקעין נועד לשמש מקלט או מחסה ציבורי (תק' 28(א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום)); ט. הערה בדבר אי-התאמה – הערה זו תירשם כאשר יש אי-התאמה בין הבניין לבין היתר הבנייה (תק' 29(א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום)); י. הערה על נכסי הקדש ציבורי (תק' 30(א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום)); יא. הערה על קיום נאמנות – הערה על קיומה של נאמנות. עם רישום הנאמנות כוחה תקף כלפי כולי עלמא (ס' 4 לחוק הנאמנות, התשל"ט–1979); יב. הערה בדבר מינוי אפוטרופוס (תק' 10א לתקנות הכשרות המשפטיות והאפוטרופוסות (סדרי הדין וביצוע), התשל"ל–1970); יג. הערה על פיגורים בתשלום מיסים (ס' 86 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט–1969).

פירוק שיתוף במקרקעין לפי הוראת סעיף 37 לחוק המקרקעין. בכך אין כל דבר יוצא דופן, שכן דינו של בעל זכויות הבנייה כדין כל בעל זכות עתידית שלא עברה משלב רישום הערת האזהרה לשלב רישום העסקה. בעל זכויות בנייה אף לא יצטרך לדרוש בעתיד פירוק שיתוף כדי לעמוד על רגליו שלו, שהרי עם מימוש הבנייה הוא יירשם כבעלים לבדו ביחידה הרישומית שתיווצר בממד הגובה של המקרקעין.

1. סיכום

הקושי בהמשגה המשפטית עמד לרועץ בעניין זכויות הבנייה, ולכך הייתה השלכה גם על מישורים מעשיים. כך נוצר מצב שאינו רצוי, ולפיו אין במרשם ביטוי לעסקאות שנעשו בזכויות הבנייה, שהן לעיתים לב ליבה של קביעת הערך הכלכלי של מקרקעין. בהיעדר רישום של הערת אזהרה עלולות להיווצר "תאונות משפטיות" של עסקאות נוגדות, ובהיעדר מרשם נוצר קושי להטיל עיקול וליטול מימון למימוש הזכויות בתוך רישום משכנתה על הזכויות. בתי המשפט היו ערים כמובן לקשיים אלו וקראו למחוקק לפתור אותם, אך הקריאה לא נענתה במשך שנים והמבוך נותר בעינו. אנו מבקשים לראות בזכויות הבנייה זכויות מעין-קנייניות במקרקעין שיבשילו לכלל בעלות מלאה בממד הגובה של הזכות הקניינית במקרקעין. זכויות הבנייה הן אומנם תוצר של אסדרה, אבל אין לראות בהן רק הגבלה לזכות מוחלטת של בעלות, אלא יש לראות בהן ביטוי למה שקיים בתוך הגדר ובמרכז המתחם של הבעלות, כביטוי לממד הגובה של הבעלות. הדבר מתיישב עם ההגדרה של בעלות לפי תפיסת הקניין כמוסדות הרואה בכל סוג של קניין תחום שבו הפרט בעל זכויות לפעול בתוך מסגרת אשר החברה מאפשרת לו, ויש להגדיר מלכתחילה את הקניין כזכות הקיימת מכוח הכרת החברה ובתחומי המסגרת שהחברה מאפשרת לפרט להתגדר בה. ראייה זו מאפשרת להתייחס לזכויות הבנייה כקניין ולבעליהן כבעלי זכות מלאה שתאפשר גם מרשם הזכויות, משכונן ועיקולן.

נראה כי ניתן למצוא פתרון לקושי שהעלה בית המשפט בעניין שטינברג בנוגע לרישום הערת אזהרה בגין זכויות בנייה לנוכח הוראת סעיף 126 לחוק המקרקעין, הקובע כי תירשם הערה על עסקה כאשר "הוכח להנחת דעתו של הרשם כי בעל מקרקעין, או בעל זכות שכירות, שאילה, זיקת הנאה, זכות קדימה או משכנתה, התחייב בכתב לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה". המילה "בהם" אינה מאפשרת לכאורה לרשום הערת אזהרה בגין זכויות שיוקנו בקרקע אחרת וממילא בעסקה של ניווד זכויות ממגרש אחד למשנהו התעורר קושי לרישום הערה בגין זה. אולם נראה כי מבחינה עיונית מקום שבו בעל זכויות במקרקעין מוכר את זכויות הבנייה, יש לראות בכך התחייבות של המוכר שלא לממש את זכויות הבנייה במקרקעין שלו עצמו, ולא להתנגד ל"שאיבת" הזכויות באמצעות הקצאתן למגרש סמוך. ממילא, אף אם התוצאה תהא שתתאפשר הגדלת זכויות בנייה שימומשו בקרקע אחרת, מדובר בעסקה במקרקעין אלו עצמם שבאשר אליהם יש התחייבות של הבעלים שלא למצות בהם את זכויות הבנייה. הבנה זו של העסקה מאפשרת אפוא לראות בה התחייבות בנוגע למקרקעין אלו עצמם, ובכך נפתר גם הקושי הלשוני לרשום הערת אזהרה על עסקאות בזכויות בנייה. לפי רעיון מוצע זה, לא תהא מניעה מרישום הערת

אזהרה בדבר עסקה למכירת או ניווד של זכויות בנייה, וכן יתאפשר רישום של משכונים ועיקולים באשר לזכויות הבנייה. גישה מחודשת זו אל זכויות הבנייה אינה מחייבת חקיקה, והיא מאפשרת להגיע לפתרון משפטי ראוי להיבט חשוב זה הנוגע לממד הגובה של המקרקעין.