

## זכות השימוש נקנית בשלוש דרכים?

מאת

### אבי וינרוט\* ואריק מגידוש\*\*

זכות שימוש עשויה להיות לא הדירה, ובמקרה כזה בעלי המקרקעין מוצא את עצמו עם "קופסת זכויות" שהוציאו ממנה את השימוש ואת החזקה במקרקעין וכן את הזכות לקבל תמורה בגינם – לתקופה ארוכה או אף לצמיתות. קביעה בדבר קיומה של זכות שימוש מסוג זה מרוקנת את הבעלות מתוכן.

לפי מסורת הפסיקה, הושתתה זכות השימוש על שני מקורות:

א. על דיני חוזים, שבהם אין זכות לא הדירה בלי הסכמה מפורשת או בהיעדר תמורה;  
ב. על דיני השתק שמהם מתחייבת קביעה כי הזכות אינה הדירה. כדי שיתהווה השתק מן ההכרח שהמחזיק ישנה את מצבו לרעה וכן שלבעל המקרקעין תהא מודעות להחזקה ולשינוי המצב לרעה מצד המחזיק.

אולם בפסיקתה של השופטת ברק-ארז התחדש קו שהגיע לשיא בעניין ג'אעוני, ולפיו קיימת זכות שימוש לא הדירה גם מכוח שיקולי צדק, שאותם היא מבקשת להחיל אף אם אין כל אשם או מצג מצידו של הבעלים. נראה לנו כי זוהי מעין הפקעה מן הפרט לצרכיו של פרט אחר, ולכן זוהי מסקנה מרחיקת לכת. עם זאת נראה כי אכן יש מקום לחידוש מרחיק לכת זה כאשר עסקינן בקרקע שהיא בבעלות גוף ציבורי. המדינה, שלא כפרט, אחראית לרווחת תושביה, ויש מקום לשיקולי צדק שמחמתם יימנע פינוי שיגרום עוול כבד למחזיק. ניתוח זה משליך גם על החלת זכות השימוש כשהמחזיק הוא גוף עסקי, וגם בהקשר זה יש להבחין בין מקרקעי ציבור לבין מקרקעין של הפרט.

מבוא. א. הקלסיפיקציה המצויה. ב. השתק – רק כשיש אשם של הבעלים. ג. זכות שימוש מכוח שיקולי צדק – בלא אשם בעלים. ד. פגיעה בבעלות משיקולי צדק. ה. פגיעה בזכויות הקניין ללא התחייבות או אשם של הבעלים. 1. "רק קניין יכה קניין". 2. נטילה שלטונית. 3. פגיעה שאינה מידתית. 4. הבחנה בין גורם פרטי לבין גורם עסקי. 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 הערות נבונות ונכונות. כמו כן תודתי מקרב לב לגב' נגה אורדע, עורכת כתב העת **משפטים על אתר**, על הערות בונות, מחכימות וחשובות שהביאו להבניה של מאמר זה.

\*\* עו"ד במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות'.

## מבוא

זכות השימוש היא היתר שניתן לאדם להחזיק או להשתמש במקרקעין,<sup>1</sup> אך אין לה זכר בחוק המקרקעין,<sup>2</sup> והיא אינה זכות קניינית.<sup>3</sup> זכות השימוש עשויה להיות רחבה יותר מזיקת הנאה, שהרי מוקנית במסגרתה זכות שימוש בכל המקרקעין ולא רק בחלק מהם, וכמו כן מוקנית במסגרתה זכות חזקה במקרקעין.<sup>4</sup> זכות השימוש גם מכריעה את גורלן של תביעות כספיות בגין שימוש במקרקעין. בעל זכות השימוש אינו יכול להיתבע בגין העובדה שהשתמש במקרקעין אם עשה כן ברשות. אבל כוחה של זכות השימוש משמעותי עוד יותר, שכן לעומת שכירות ושאלה, שאינן יכולות להיות לא הדירות,<sup>5</sup> זכות השימוש יכולה להיות לא הדירה ולשמש מגן מפני תביעת פינוי. במקרה זה בעלי המקרקעין מוצא את עצמו עם "קופסת זכויות" שהוציאו ממנה את השימוש ואת החזקה במקרקעין, וכן את הזכות לקבל תמורה בגינם – לתקופה ארוכה או אף לצמיתות. המשמעות במקרה זה היא שהבעלות התרוקנה מתוכן. זכות שימוש שכזו עשויה לנבוע מהסכם שבו נקבע במפורש או במשתמע כי הזכות אינה הדירה, כלומר זכות שימוש חוזית. כמו כן אפשר שזכות שימוש לא הדירה תנבע מכוח מצג שאיננו חוזתו אך יוצר השתק.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ראו נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב 24 (1995); יהושע ויסמן **דיני קניין: החזקה ושימוש** 488 (2005) (להלן: ויסמן **החזקה ושימוש**); מיגל דויטש **קניין** כרך ב 414–415 (1999); אבי וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד** 61 (2020) (להלן: וינרוט **דיני קניין**).

<sup>2</sup> מכיוון שזכות השימוש איננה אחת מהזכויות המנויות בחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969 אף לא ניתן לרשום הערת אזהרה על קיומה של הזכות, שכן סעיף 126(א) לחוק מאפשר רישום של "עסקה במקרקעין", ולפי סעיף 6 לחוק "עסקה במקרקעין" נוגעת רק לחמש הזכויות המנויות בחוק זה. בדומה לכך פסק בית המשפט העליון בע"א 467/14 **שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ** (נבו 9.9.2015) כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה בגין עסקה למכירת זכויות בנייה, שכן אין מדובר בזכות לפי חוק המקרקעין.

<sup>3</sup> ראו למשל רע"א 2401/21 **ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ**, פס' 59 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 1.3.2022); ע"א 7139/99 **אלוני נ' ארד**, פ"ד נח(4) 27, 47 (2004); ע"א 6757/13 **נחום נ' מדינת ישראל – רשות הפיתוח**, פס' 19 לפסק דינו של השופט זילברטל (נבו, 19.8.2015); וינרוט **דיני קניין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 65. יתרה מזאת, יש שפקפקו בעצם קיומה של זכות השימוש לאחר חקיקת חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971, בין היתר בשל דברי ההסבר בהצעת חוק השכירות, התשל"ל–1970, ה"ח 288, 294. ראו למשל יהושע ויסמן "שכירות, רישיון, זיקת הנאה ומה שביניהם" **המשפט** יא 205–207 (2011); ע"א 318/83 **אגוזי שפע בע"מ (כפירוק מרצון) נ' שיבר**, פ"ד לט(4) 322, 334–335 (1985) (פסק דינה של השופטת בן-פורת). מנגד, בע"א 8331/03 **בשורה נ' טנוס** (נבו 12.9.2005) ציין השופט רובינשטיין, בהערת אגב, כך: "**מבלי לקבוע מסמרות – נוטה אני לדעה כי מוסד הרישיון עודו קיים במשפטנו, אך הדבר לא הוכרע לאורך השנים**". אף שהשאלה העקרונית בנוגע לקיומה של הזכות לאחר חקיקת חוק המקרקעין צפה ועולה מדי פעם בפעם בפסיקה, בתי המשפט מכירים בזכות השימוש ודנים בקיומה או היעדרה במקרים הספציפיים אף בלי להכריע בשאלה העקרונית האמורה. ראו למשל רע"א 9212/05 **מעודה נ' חברת מפעלי בתים משותפים בגוש 6135 בע"מ** (נבו 23.11.2006); רע"א 5071/03 **הוך נ' גבע**, פ"ד נח(2) 49 (2003); ת"א (שלום י-ם) 35495-08-18 **פראג' נ' אסלים**, פס' 9 לפסק הדין (נבו 24.5.2020); תמ"ש (משפחה נצ') 36397-12-17 **מ"ת נ' ד"ת**, פס' 21.4–21.5 לפסק הדין (נבו 16.8.2019); ת"א (מחוזי י-ם) 1323/99 **ליאל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 23 לפסק הדין (נבו 3.4.2013).

<sup>4</sup> סעיף 5 לחוק המקרקעין קובע כי "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם" (ההגשה הוספה).

<sup>5</sup> זכות שימוש עשויה להיות בלתי הדירה הרי שלגבי שכירות ושאלה נקבע בסעיף 3 לחוק המקרקעין, כי "שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם **שלא לצמיתות** [...]". (ההגשה הוספה).

<sup>6</sup> ראו למשל ע"א 3846/13 **מינהל מקרקעי ישראל נ' היפר-חלף** (נבו 21.7.2015); זלצמן, לעיל ה"ש 1.

במאמר זה נבקש להתמקד בזכות שימוש לא הדירה ובחידוש מפליג שנראה לראשונה בפסיקתה של השופטת ברק-ארז בעניין ג'אצוני,<sup>7</sup> היוצר מקור נורמטיבי חדש להשתת זכות זו. בפסק דין זה השתתה השופטת ברק-ארז את זכות השימוש על עקרונות של צדק גם בהיעדר הסכמה או אשמה כלשהי מצד הבעלים. מניתוח הדברים עולה כי יש מקום לגישה הייחודית של השופטת ברק-ארז בכל הנוגע למקרקעי ציבור, אולם קיים קושי להכיר בזכות שימוש מכוח שיקולי צדק על חשבון בעלים פרטיים של מקרקעין.<sup>8</sup> ניתוח זה משליך על החלת זכות השימוש גם כשהמחזיק הוא גוף עסקי, וגם בהקשר זה יש להבחין בין מקרקעי ציבור לבין מקרקעין של הפרט.

### א. הקלסיפיקציה המצויה

זכות השימוש עשויה לקום מכוח חוזה מפורש שקובע את גדריה: אם תהיה בתמורה או שלא בתמורה, אם תהיה לתקופה מוגדרת מראש או ללא הגבלת זמן, ואם תתייחס למקרקעין בשלמותם או רק לחלקם.<sup>9</sup> ההנחה היא שבהיעדר תמורה זו זכות הדירה. בדיני חוזים מתפרש הסכם על פי אומד הדעת של שני הצדדים,<sup>10</sup> וממילא אם אין בהסכם אינדיקציה לכוונה של הבעלים ליצור יחסים לא הדירים ובהיעדר תשלום בגין זכות זו, יש להניח כי לא הייתה כוונה מצד הבעלים לתת זכות שימוש לנצח ולרוקן את זכות הבעלות שלו מתוכן. זכות שימוש מכוח הסכם היא אפוא, בדרך כלל, זכות הדירה אלא אם שולמה תמורה בגין הנכס.<sup>11</sup> מכיוון שזכות השימוש אינה מוגדרת כאחת מזכויות הקניין לפי חוק המקרקעין, לא חל עליה סעיף 8 לחוק, הקובע כי הקניית זכות במקרקעין טעונה מסמך בכתב. על כן זכות

<sup>7</sup> פס"ד ג'אצוני, לעיל ה"ש 3.

<sup>8</sup> מתן זכות שימוש לא הדירה במקרקעי הפרט כמוה כמעין הפקעה של זכות הבעלות שלו, שכן ניטל מזכות הבעלות העיקר – השימוש והחזקה. נטילת מקרקעין מן הפרט לצורך ציבורי מוכרת כהכרח בל יגונה, אולם נטילת מקרקעין מן הפרט לצרכיו של פרט אחר היא מעשה שלא ייעשה במדינה דמוקרטית. להרחבה בעניין זה, ראו אבי וינווט ואריק מגידיש "הפקעה לשם בנייה למגורים – נטילה מן הפרט לצורך הפרט" **שערי משפט** 9 (2019) (להלן: וינווט ומגידיש "הפקעה למגורים").

<sup>9</sup> ראו ע"א 496/89 אל-קאלאב נ' אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 350, 343 (1991); עניין היפר-חלף, לעיל ה"ש 6, בפס' י"ח; עניין נחום, לעיל ה"ש 3, בפס' 17; דויטש קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 413.

<sup>10</sup> ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

<sup>11</sup> ראו למשל זלצמן, לעיל ה"ש 1 בעמ' 27, 29; ע"א 32/77 טבוליצקי נ' בית כנסת ובית-מדרש החסידים, פ"ד לא(3) 210, 214 (1977); ע"א 50/77 מזרחי נ' אפללו, פ"ד לא(3) 433, 439 (1977); ע"א 602/84 ריבוא נ' גל, פ"ד לט(3) 693, 698 (1985); ע"א 126/83 אלעלמי נ' אל-חטיב, פ"ד מ(1) 397, 409 (1986); ע"א 618/05 דיאמנשטיין נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק הדין (נבו 21.3.2007). דוגמה יפה לכך היא פסק הדין בע"א 2639/16 עזבון אמאר נ' מלח הארץ עתלית בע"מ (נבו 21.2.2017). בעניין זה הסכימה חברת מלח הארץ כי עובד החברה ובת זוגו יתגוררו במגורי עובדים המצויים במפעל החברה עד לאריכות ימיהם. הסכמה זו נותרה על כנה גם לאחר מכירת החברה לבעלים חדשים, ומכאן שאין מדובר בזכות המשקפת יחסים אישיים בלבד. על כן עם פטירת בני הזוג טענו ילדיהם כי יש להם זכות להמשיך ולגור בדירה. בית המשפט קבע כי לפנינו זכות שימוש מכוח הסכמה. אולם מכיוון שזכות השימוש ניתנה ללא תמורה, הרי שלא ניתן להורשה והיא ניתנת לביטול בכל עת.

השימוש עשויה לקום גם מכוח התנהגות הצדדים.<sup>12</sup> זכות השימוש במקרה זה נלמדת **בדיעבד** משתיקתו ומאי-מחאתו של בעל המקרקעין בשל החזקתו של פלוני בנכס המקרקעין.<sup>13</sup> הנפקות מההבחנה בין זכות שימוש חוזית לבין רשות שימוש מכללא היא שהראשונה היא בתוקף לתקופה מוגדרת שבמהלכה היא אינה ניתנת לביטול, ואילו השנייה ניתנת לביטול בכל עת בידי הבעלים. הטעם לכך הוא כי בזכות שימוש חוזית יש התחייבות מפורשת או משתמעת שמכוחה הזכות אינה הדירה. לעומת זאת ההנחה היא כי זכות הנלמדת מעצם השתיקה של הבעלים נובעת מרצונו הטוב שאינו עולה כדי התחייבות להמשיך כך גם בעתיד. מרצונו נתן עד כה ומרצונו ייקח מכאן ואילך. עם זאת בשל שיקולי צדק והסתמכות, ובהתחשב בצפייה הסבירה שהתעוררה אצל בר-הרשות, בית המשפט עשוי לקבוע שהזכות אינה הדירה ולכן אינה ניתנת לביטול חד-צדדי.<sup>14</sup> הווי אומר כי כאשר עולה מהנסיבות קשר סיבתי בין ציפייה שעורר הבעלים בקרב בר-הרשות לבין שינוי לרעה במצבו של הלה, יקבע בית המשפט כי מדובר בזכות מכוח השתק הצופה פני עתיד והעשוי להפוך את הזכות ללא הדירה.<sup>15</sup> בזכות שימוש הנובעת מהשתק יותאמו גדרי הזכות להיקף הציפיות שנוצרו אצל המחזיק, וממילא אם הציפייה הייתה לקבלת זכות לצמיתות יהיה אפשר להגדיר את הזכות כלא הדירה.<sup>16</sup> ככלל, ציפייה יוצרת נורמות משפטיות בשל הכבוד שאנו רוחשים לאנושיותו של הזולת. מי שיוצר ציפיות לגיטימיות אצל זולתו – מושתק מלהתכחש להן.<sup>17</sup> על כן אם בעל המקרקעין יצר ציפיות אצל המחזיק, ובמיוחד אם המחזיק שינה את מצבו לרעה על בסיס ציפיות אלה והשקיע במקרקעין או שינה את מצבו לרעה באופן אחר, יש להכיר בזכות שימוש מכוח השתק.<sup>18</sup> בהקשר זה נבחנו בפסיקה, בין השאר, כוונת הצדדים, משך השימוש

<sup>12</sup> ראו למשל ע"מ"ש (מחוזי נצ') 45358-06-20 צ' נ' א' (נבו 20.1.2020), שבו דחה בית המשפט את טענות המחזיקים בדבר רכישת זכות במקרקעין בהיעדר מסמך בכתב, ומנגד הכיר בזכות שימוש שניתנה להם.  
<sup>13</sup> ראו עניין **נחום**, לעיל ה"ש 3, בפס' 17; ויסמן **החזקה ושימוש**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 488; זלצמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 57–56.

<sup>14</sup> שם, בעמ' 66–68.

<sup>15</sup> שם, בעמ' 62–64.

<sup>16</sup> המשמעויות של זכות שימוש לא הדירה הן במידה רבה מעין אלו של זכות קניינית. לכן הגיוני להתנות את התגבשותה של זכות לצמיתות בקיומו של הסכם בכתב, בדומה למה שנקבע בסעיף 8 לחוק המקרקעין, שאם לא כן נמצא כי אדם מקנה זכות שימוש לא הדירה שיש לה השלכות כה רחבות על זכות הבעלות, בלי "מנגנון האזהרה" של דרישת הכתב. ברם מעשה יכול לבוא במקום דרישת הכתב. בע"א 1904/19 **בלאיש נ' דיב** (נבו 22.3.2022) קבע השופט גרוסקופף כי ניתן להשתית זיקת הנאה גם בלי מסמך בכתב אם הבעלים נתן לצד ג להשתמש במקרקעין במשך שנים רבות ואף חתם על היתר בנייה שאפשר את השימוש. גישה זו צועדת בעקבות פסיקתו של השופט זמיר בע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ(1) 185 (1996), וגישת השופט עמית בע"א 8234/09 **שם טוב נ' פרוץ**, פ"ד סד(3) 60, 99 (2011), כי כאשר לפנינו "מעשה עשוי" יש בכך כדי לרכך את דרישת הכתב. הוספנו על כך, בהתייחס לדרישת הכתב הקבועה בסעיף 9 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, כי מכוח שיקולי צדק יש מקום לויתור מוחלט על דרישת הכתב. ראו אבי וינרוט "דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין" **משפט ועסקים** כב 121 (2019). לפיכך נראה כי כאשר עסקינן בזכות שימוש הנובעת מהשתק, מחייבים המעשה העשוי ושיקולי הצדק ליצור זכות לא הדירה אף שדרישת הכתב לא התקיימה.

<sup>17</sup> לעניין זה, ראו דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" **עיוני משפט** כז 209, 220–221 (2003).  
<sup>18</sup> תורת ההשתק או המניעות נועדה למנוע תוצאות לא צודקות המתחייבות לכאורה מן הדין, באמצעות השתק המתדיינים מלטעון בבית המשפט טענות משפטיות ועובדתיות שהן נכונות כשלעצמן. השתק מכוח מצג מונע צד מלהתכחש למצג שהוצג לפני צד אחר, אם אותו אחר הסתמך על המצג בתום לב ובסבירות ובעקבות זאת שינה את

במקרקעין, היקף הציפייה שיצר בעל המקרקעין אצל המחזיק, מידת הסתמכותו של המחזיק על מצג זה, ההשקעות שהשקיע המחזיק והנזק שנגרם לו וכיו"ב.<sup>19</sup>

נמצא אפוא כי יש נפקות ברורה בין שתי הדרכים לרכישת זכות שימוש: כאשר עסקינן בזכות שימוש הנקנית מכוח הסכם, מפורש או מכללא, תהא ההנחה בדרך כלל כי הזכות הדירה, אלא אם שולמה בגינה תמורה או שאי-ההדירות משתמעת ועולה מתוך ההסכמה של הצדדים.<sup>20</sup> שונה הדין כשמדובר בזכות שימוש אשר הועצמה מכוח דיני השתק. שם ניתן להסיק לעיתים כי עסקינן בזכות שימוש לא הדירה, שהרי אם אדם יצר מצג וציפייה שמחמתם הוא מושקע מלפנות את המחזיק, אין מקום לומר כי הוא יכול להתחמק מן ההשתק באמצעות הודעה על סיום הזכות. כך במיוחד כאשר המחזיק שינה את מצבו לרעה מחמת מצגו של הבעלים והשקיע בנכס. במקרה זה בעל המקרקעין לא יוכל לסיים את זכות השימוש שנתן, וזו שרירה, קיימת ולא הדירה. אם הזכות היא הדירה אין משמעות ממשית להשתק.

### ב. השתק – רק כשיש אשם של הבעלים

ככלל, דיני ההשתק מבוססים על אשם. אנו מכירים השתק בעקבות מצג. על פיו השתק זה, אדם המציג כלפי זולתו מצג עובדתי יושתק ויהיה מנוע מהכחשת המצג שהציג אם זה נעשה בכוונה שיפעלו על פיו ואכן אדם פעל בהסתמך עליו ושינה את מצבו לרעה. כמו כן מכירים אנו השתק מכוח הבטחה המנוע התכחשות של המבטיח להבטחה שנתן שכן הוא הבטיח מתוך כוונה שמקבל הבטחה יסתמך על כך וכך אכן אירע.<sup>21</sup> המשותף לשני סוגי ההשתק הללו הוא אשם של הצד המושקע. כלל זה יושם ספציפית גם בזכות השימוש. עיון בפסקי הדין שבהם נקבע כי יש זכות שימוש לא הדירה מחמת השתק מלמד כי מדובר במקרים שבהם בעל המקרקעין "אשם" ביצירת ציפייה אצל המחזיק כי יוכל להשתמש במקרקעין לצמיתות. הבעלים איבד את זכויות החזקה והשימוש בשל התנהגותו שלו עצמו שיצרה ציפייה לגיטימית אצל המחזיק.

מצבו לרעה. השתק כזה מוכר לא רק בעניינו של מצג של עובדה אלא גם בעניין שבדין. ראו למשל רע"א 4928/92 עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, 100 (1993).

19 ראו רע"א 2701/95 כנעאן נ' גזאוי, פ"ד נג(3) (151) (1999); ע"א 633/08 מינהל מקרעי ישראל נ' חיטמן, פס' כד לפסק הדין (נבו 9.1.2014), שבו הבהיר בית המשפט כי מוסד זכות השימוש מותנה בקיומן של נסיבות מיוחדות שניתן ללמוד מהן על קשר סיבתי בין הציפייה שבעל המקרקעין נטע במחזיק בנכס לבין השינוי לרעה שהתרחש במצבו של המחזיק. כן ראו וינרוט דיני קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 68.

20 הכלל הוא כי חוזה לא נכרת לצמיתות אלא אם כן מפורש בו אחרת. ראו למשל ע"א 47/88 הרשטיק נ' יכין חק"ל בע"מ, פ"ד מז(2) 429 (1993); ע"א 355/89 חינואווי נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ, פ"ד מז(2) 70, 75 (1992); רע"א 1516/05 למיט אחזקות בע"מ נ' אלישר (נבו 22.2.2005); רע"א 10066/04 נ.ר. ספאנטק תעשיות בע"מ נ' ד.ס.פ. ספיר אנטרפרייז בע"מ, פ"ד נט(4) 700 (2005); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (נבו 13.2.2008); ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004). שונים הדברים עת שעסקינן בחוזה שיש בו משום אינטרס בנכסי הזולת, והחזקה האמורה לא חלה עליו (שם, בעמ' 106, 143). אולם הגיונו של חריג זה נעוץ בעיקר בכך שניתן תשלום (בכסף או בשווה כסף) כנגד נכס, ולא יהא הוגן לסיים את החוזה לאחר שניתן התשלום וטרם הגיע המועד להעביר את הנכס. היגיון זה לא חל במקרה של רשות חינוס, ועל כן נראה שראוי להחיל את הכלל הרגיל שלפיו חוזה לא נכרת לצמיתות.

21 גבריאלה שלו "הבטחה השתק ותום-לב" משפטים טז 295, 295–297 (1987).

כך למשל בעניין **בדיחי**<sup>22</sup> דן בית המשפט העליון במקרה של שני אחים אשר ישבו יחדיו במקרקעין במשך עשרות שנים, והאחד בנה לו חדר נפרד על בסיס הסכמה עם אחיו. לאחר מכן חקר האח האחר את המקרקעין בשלמותם מקק"ל וביקש לפנות את אחיו מהחדר שאותו בנה בהסכמה. בית המשפט קבע כי קמה מניעות מלפנות אותו וכי הזכות היא בבחינת רישיון לא הדיר. מדובר במקרה ברור שבו יצר בעל הזכויות מצג ועורר ציפיות לזכות לא הדירה. מקרה אחר שבו הכיר בית המשפט בזכות שימוש לא הדירה הוא פסק הדין של השופט ברק בעניין **ציזיק**<sup>23</sup>. במקרה זה נקבע כי יש זכות שימוש המבוססת על המצג ועל הציפיות שיצר אב כלפי בתו כי תוכל להתגורר בנכס כל הימים, וכי הוא מבקש שתוכל להתגורר בנכס לאחר נישואיה ולהקים בו את ביתה. הבת הסתמכה על מצגים אלו והשקיעה בנכס. המצג של הבעלים הוא אפוא זה שעליו בוסס ההשתק ושממנו נבעה המסקנה בדבר זכות לא הדירה. דוגמה נוספת היא פסק הדין בעניין **נאוה כרמל**<sup>24</sup> שבו נקבע כי יש מניעות לתבוע הריסת דירה שנבנתה על קרקע שהיא רכוש משותף של בית משותף, שכן המחזיקים הסתמכו בהתנהגותם על המצב בשטח ועל שתיקת השכנים, ולפי זה כלכלו את צעדיהם שנים ארוכות.<sup>25</sup>

בכל המקרים הללו התבססה זכות השימוש הלא הדירה על המצג שיצר בעל המקרקעין. אלמלא מצג שכזה – לא הייתה קמה הזכות. הגיונם של דברים בצידם, שהרי לא ניתן לשלול מן הבעלים את זכות החזקה והשימוש לצמיתות על בסיס תורת ההשתק אם אין מצג שיצר הבעלים אשר מחמתו שינה המחזיק את מצבו לרעה.

לכאורה, מצינו יוצא דופן אחד לכלל האמור, שבו קבע בית המשפט כי מחמת שיקולי צדק לא יינתן סעד של הריסה ופינוי מכוח סעיף 16 לחוק המקרקעין בגין הסגת גבול. מדובר בפסק הדין בעניין **נעמה נ' טורקיה**<sup>26</sup> שבו קבעה השופטת חיות כי אף שזכות הקניין היא בת מעמד חוקתי,<sup>27</sup> בעלים של נכס, ובכלל זה נכס מקרקעין, אינו נהנה מאוטונומיה מוחלטת

<sup>22</sup> ע"א 87/62 **בדיחי נ' בדיחי**, פ"ד טז 2901 (1962). ראו גם עניין **ריבוא**, לעיל ה"ש 11.

<sup>23</sup> ע"א 588/81 **ציזיק נ' הורוביץ**, פ"ד מ(1) 321 (1986). באותו מקרה כתב אב לבתו כי הוא נותן לה מבנה שלו כדי שתגור בו לאחר שתינשא. הבת השקיעה במבנה על בסיס מצג זה, אולם היא לא נרשמה כבעלים. לימים נפטר האב ושאר היורשים טענו כי מכיוון שלא הועברה הבעלות באמצעות רישום, הרי שהמתנה של האב לא הושלמה, והיא רק בגדר של התחייבות לתת מתנה. התחייבות זו לא הייתה בכתב, כמחויב בעסקה במקרקעין, ועל כן נטען כי לא ניתן לאכוף על העיזובון לקיים את התחייבותו של האב בעל פה לתת מתנה. בית המשפט קיבל את טענת היורשים וקבע כי אין לבת זכות קניינית או חוזית מול היורשים. עם זאת קבע בית המשפט כי מכיוון שהבת הסתמכה על הבטחת אביה, התגוררה בנכס חצי יובל שנים ואף השקיעה בנכס, הרי שיש לה זכות שימוש בנכס. זכות השימוש במקרה זה אינה הדירה, שאם לא כן "מה הואילו חכמים בתקנתם", והאחות הייתה מחויבת לפנות את המבנה.

<sup>24</sup> ע"א (מחוזי חי') 1677/05 **כרמל נ' ינקוביצי** (נבו 12.8.2007). פסק הדין אושר בבית המשפט העליון ברע"א 8186/07 **כרמל נ' ינקוביצי** (נבו 1.1.2008).

<sup>25</sup> בית המשפט ציין כי הבנייה בוצעה לפני כ-30 שנה, ובכל אותה תקופה לא הביעו השכנים כל התנגדות. נציגות הבית המשותף ראתה בדירה הנוספת שנבנתה מושא לחיוב במיסי ועד ובסיס לדרישות השתתפות בהוצאות. המחזיקים רכשו את הזכויות לאחר שהושלמה בניית הדירה הנוספת. איש מהשכנים לא הביע התנגדות ולא התריע בפניהם כי הם רוכשים דירה שנבנתה ללא הסכמה.

<sup>26</sup> ע"א 8661/10 **נעמה נ' טורקיה** (נבו 19.2.2012).

<sup>27</sup> ראו ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

בבואו להגן על החזקתו בנכס, ואין לו זכות בלתי מסויגת ל"שרירות בעלים",<sup>28</sup> וייתכנו מקרים שבהם מכוח עקרון תום הלב יוגבלו הסעדים שלהם זכאי בעל זכות קניינית הגם שזו נפגעה בידי הזולת. בית המשפט התבסס על דבריו של פרופ' וייסמן כי "מכיוון שאין הבעלות מוחלטת עוד, ותוכנה נקבע בכל מקרה על-ידי שקילת האינטרס של הבעל לעומת האינטרס של שכניו ושל הציבור, מתחייבת מכך מעורבות רבה על-ידי בתי המשפט, המופקדים על מציאת האיזון הנאות שבין בעלי האינטרסים השונים".<sup>29</sup> על כן קבע בית המשפט כי משיקולי צדק יש לשלול סעדים של הריסת הבנוי וסילוק יד. באותו מקרה לא היה כל אשם מצידו של בעל הנכס והוא לא יצר מצגים כלפי הפולשת. לפנינו אפוא ניצנים לקביעה בדבר מתן זכות שימוש לצמיתות אף בלא אשם של הבעלים. אולם פסיקה זו נבעה מהעובדה שמדובר בהריסת מטבח ביתה של הפולשת, ומנגד הפגיעה בבעלים הייתה בבחינת "וטי דברים" בלבד, שכן השטח היה 2.3 מ"ר בלבד. הפגיעה בבעלות היא אפוא מזערית והיא שהייתה בבסיס הפסיקה.

אולם נראה כי אין בפסק דין זה כדי לחרוג מן הכלל הגדול שאין זכות שימוש מכוח השתק בלא אשם מצד הבעלים. בית המשפט הדגיש באותו עניין כי שלילת הסעדים של הריסה וסילוק יד משטח הפלישה הבנוי (2.3 מ"ר) אין בה כדי להקנות זכות קניינית כלשהי בשטח זה. על כן לכשתחדל המחזיקה להתגורר בנכס, מכל סיבה שהיא, לא יהיו דייריו או בעליו החדשים זכאים להמשיך ולהשתמש בשטח זה. להבטחת הדבר אף קבע בית המשפט כי תירשם הערת אזהרה לפי סעיף 130 לחוק המקרקעין. נוסף על זה, בית המשפט קבע באותו עניין כי ישולמו דמי שימוש לבעלים, וכל הנפקות של פסק הדין הייתה אך ורק לעניין הריסה וסילוק יד למשך תקופה מסוימת. כלומר, לא נוצר בפסק דין זה כלל קנייני חדש, אלא הופעל שיקול בנוגע לסעד הניתן לבעל זכות הקניין אגב השוואתו להוראת סעיף 74 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הקובע כי "בית המשפט לא יתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנחבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים".<sup>30</sup> עם זאת לא מצינו בפסיקה מקרים שבהם הכיר בית המשפט בזכות שימוש לא הדירה ובפגיעה בזכות הקניין של הבעלים בהיעדר כל אשם או התחייבות מצידו.

חנוך דגן קניין על פרישת דרכים 27–37 (2005); יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 26–27, 42–45 (1997). שם, בעמ' 45.

זאת ועוד, ממהלך הדברים של פסק הדין בעניין נעמה (לעיל ה"ש 26) עולה כי אילו היה מדובר בפגיעה קשה בבעלים, לא היה בית המשפט נמנע ממתן צו הריסה וסילוק יד למרות הפגיעה הקשה בפולש, שכן בהיעדר אשם מצד בעלים אין מקום לפגוע בזכויותיו. על פני הדברים לא ניתן להרחיב את פסיקתה של השופטת חיות בעניין נעמה נ' טורקיה ולקבוע למשל כי אין להוציא קשה יום מוכה גורל מדירת מגורים שהוא גר בה שנים רבות ולהפוך אותו לעת זקנה לדר רחוב כאשר לבעלים אין ממילא כל צורך או כוונה לעשות שימוש אחר במקרקעין. מצוקה ועושר אינם כשלעצמם עילה לפגיעה בזכות בעלות. מקום שבו נשללת הבעלות כמעט לחלוטין, אין נפקות לעובדה שיש לבעלים עושר רב ודירות אחרות. השאלה איננה מה קורה לבעלים אלא מה קורה לזכות הבעלות. במקרה שהפגיעה בזכות הבעלות היא קשה, גם אין נפקות לעובדה שהמפונה הוא קשה יום. רק אם הפגיעה בזכות הבעלות היא מינורית, יש לעבור ולבחון את מידת הפגיעה במפונה. כלומר, המבחן הוא דו-שלבי: בשלב הראשון בוחנים את רמת הפגיעה בזכות הבעלות. אם הפגיעה היא קשה, אין מקום לבחינת מידת הפגיעה במפונה; אם רמת הפגיעה בזכות הבעלות היא מינורית, הרי שניתן לעבור לבחינת השלב השני של מידת הפגיעה במפונה. נמצא כי שיקולי צדק לא יבואו לידי ביטוי בכל מקום שבו הפגיעה בזכות הבעלות היא קשה.

28

29

30

## ג. זכות שימוש מכוח שיקולי צדק – בלא אשם בעלים

מעיון בפסיקת השופטת ברק-ארז נראה כי עד כה הכירה הפסיקה בשתי דרכים להכרה בזכות שימוש לא הדירה (חווה והשתק), והינה אנו עדים להתהוות דרך שלישית ליצירת זכות שימוש – מכוח שיקולי צדק. לפי דרך זו יהיה אפשר לקבוע כי נוצרה זכות שימוש אף במקרים שזכות זו אינה עולה מכוח הסכם בין הבעלים לבין המחזיקים, ואף כאשר בעל המקרקעין לא יצר ציפיות כלשהן אצל המחזיק, אשר מחמתן הוא מושתק ומנוע מלדרוש את פינאיו. גישה זו מבקשת להעניק זכויות שימוש למחזיק אך בשל ההשלכות הקשות שיהיו לפינאיו מהמקרקעין, ללא כל תלות במידת האשם או התרומה של הבעלים ליצירת מצב דברים זה.

התהוותה של דרך זו עולה משלושה<sup>31</sup> פסקי דין של השופטת ברק-ארז: פסק הדין הראשון ניתן בעניין **אבו אלקיעאן**,<sup>32</sup> ובו נדון עניינם של בני שבט בדואי המתגוררים על אדמות מדינה. השופטת ברק-ארז קבעה כי לא ניתן לפנות אותם מכיוון שנוצרה זכות שימוש מכוח השנים הרבות (60 שנה) שבהן הם מתגוררים במקרקעין. פסק דינה של השופטת ברק-ארז הושתת על דיני ההשתק, כאשר ניכר כי ברקע הדברים עומדים שיקולי צדק, ובפסק דינה ציינה כי "רישיון הוא מוסד משפטי גמיש, אשר בתי המשפט יוצקים לתוכו את הראוי והצודק בנסיבות העניין. רישיון ללא תמורה הוא ככלל הדיר וניתן לביטול, אך ישנם מקרים בהם הצדק דורש למנוע מנותן הרישיון לבטלו". הדברים התחדדו בעניין **יהודאי**,<sup>33</sup> שבו נדונה טענת הגב' יהודאי כי רכשה בעלות בדירה השייכת לחברת חלמיש. בית המשפט דחה טענה זו וקבע כי החוזים שעליהם חתמה הגב' יהודאי הם חוזי שכירות והם אינם מקנים לה בעלות. עם זאת קבע בית המשפט כי הגב' יהודאי זכאית להישאר בדירה כל ימי חייה אף לאחר שפקעה זכות השכירות. בית המשפט ניתח את מארג הזכויות החוזיות בנסיבות המיוחדות של אותו מקרה, התייחס לדיני ההשתק וביסס עליהם את קביעתו בציינו כי האופן שבו חלמיש התנהלה מול משפחת יהודאי במהלך השנים יצר כלפיהם מצג כי קיבלו זכות שימוש בנכס עד אחרית ימיהם. בית המשפט קבע גם כי חלמיש הפרה חובת נאמנות ויש לה אשם במצב שאליו נקלעה הגב' יהודאי לעת זקנה. אגב כך סלל בית המשפט את הדרך לקביעת הזכות גם על בסיס שיקולי צדק.<sup>34</sup> בית המשפט

<sup>31</sup> קדמה לפסקי דין אלה אמירת אגב של השופטת ברק-ארז ברע"א 7244/13 **סאלם נ' עזבון ולכינסקי**, פס' 19 להחלטה (נבו 18.2.2014), ולפיה "יש מקום להטות אוזן לטענות שעניינן רשות למגורים שגררה הסתמכות והשפיעה על מהלך חייהם של אנשים, וברי כי לטענות אלה יש משקל של ממש כאשר מתבקש ביטול של רישיון ישיבה במקרקעין". אמירה זו מלמדת על גישה שלפיה יש להתחשב בשיקולי צדק במיוחד בעת שעסקינן בפינוי אדם מדירת מגוריו.

<sup>32</sup> רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן נ' מדינת ישראל** (נבו 5.5.2015).

<sup>33</sup> ע"א 483/16 **יהודאי נ' חלמיש** (נבו 3.10.2017).

<sup>34</sup> בית המשפט ציין בסוף דבריו: "חביבה יהודאי היא אשה באה בימים ושבעת תלאות. כ-37 שנה היא גרה בדירה שבעלות חלמיש, וזאת בתמורה להפקדה מראש של כשליש (לפחות) מערך זכויות הדירה. שכר הדירה כאמור שולם מפיקדון זה שנוהל בשליטה מלאה של חלמיש וכלל את דמי הפינוי שניתנו למשפחה. לחביבה אין כל אמצעים נוספים. תנאי החיים שלה הם צנועים. היא ובעלה המנוח התקיימו מקצבאות בלבד. כפי שנכתב בדו"ח חקירה כללית, שביצעה חברת פרטית לפי הזמנת חלמיש, המשפחה מנהלת רמת חיים צנועה ובסיסית למדי, אין בבעלותם רכב, בני הזוג אינם עובדים והריהוט בדירה 'פשוט ביותר'. אני סבורה שמכלול נסיבות העניין, ובכלל זה הפרשנות של מערך החוזים והפרת חובת ההגינות והנאמנות כלפי בני הזוג, מובילים למסקנה כי חביבה אמנם בעלת הדירה, אך זכאית להוסיף ולהתגורר בה עד אריכות ימיה כבת-רשות" (שם, בפס' 65 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).



ציין כי הגב' יהודאי נקלעה למצב שבו לעת זקנתה היא נדרשת לעזוב את הדירה ששימשה בית מגוריה במשך כ-37 שנה, והדבר מצדיק "בנוסף על פרשנות המערך החוזי עצמו, הכרה במעמד של בת-רשות לחביבה בדירה עד לאריכות ימיה הן מבחינת שיקולי צדק והן מבחינת הציפייה וההסתמכות שנוצרו אצלה".

זכות שימוש עשויה לנבוע הן מדיני חוזים, הן מדיני השתק והן משיקולי צדק.<sup>35</sup> נדגיש כי גם במסגרת דיני ההשתק עשויים לבוא לידי ביטוי שיקולי צדק. אבל בדיני ההשתק לעולם יהא אשם מצידו של הבעלים. אם אין אשם – אין השתק. לעומת זאת בקטגוריה השלישית של זכות שימוש מכוח שיקולי צדק תוכר זכות השימוש אף בהיעדר כל אשם מצידו של הבעלים. בפסקי הדין בעניין אבו אלקיעאן ובעניין יהודאי הייתה אשמה מצד הבעלים, והיה אפשר להשתית את פסק הדין על דיני ההשתק הקלאסיים. שונה הדבר בפסק דינה של השופטת ברק-ארז בעניין ג'אעוני, העוסק בסוגיית הבתים בשכונת שיח' ג'ראח שבירושלים. בעניין ג'אעוני נכרת הסכם שכירות בין המחזיקים לבין השלטונות הירדניים, שתפסו את המקרקעין בירושלים באותה עת. ההסכם היה לתקופה של שלוש שנים ואין בו הוראה המקנה למחזיקים זכות שימוש לזמן בלתי מוגבל. בהסכם השכירות ניתנה אופציה להעברת זכות בעלות במקרקעין בהתקיים תנאים מסוימים, אך אין חולק כי התנאים לא התקיימו והבעלות לא עברה לידי המחזיקים. עצם העובדה כי ההסכם עסק באופציה לרכישת בעלות מלמדת כי אין עסקינן בהסכם להענקת זכות שימוש. המחזיקים גם טענו במשך השנים כי הם דיירים מוגנים ובתי המשפט קיבלו טענה זו, ולכן לא ניתן לפרש הסכם זה כיוצר זכות שימוש של המחזיקים במקרקעין. נוסף על זה נראה כי גם דיני ההשתק לא יכלו לבסס הקנייתה של זכות שימוש, שכן הבעלים החוקי של הנכס (חברת נחלת שמעון בע"מ והוועדים היהודיים שהיו בעלי הנכס לפני) לא יצרו מעולם מצג או ציפייה כלשהם אצל המחזיקים. אדרבה, בעלי המקרקעין פעלו כל העת לפינויים של המחזיקים. השופט סולברג ציין בחוות דעתו כי אף אם השלטונות הירדניים שהחזיקו במקרקעין העניקו למחזיקים רשות שימוש לא הדירה מכוח השתק, הרי שזכות שכזאת אינה יכולה לחייב את הרוכש (חברת נחלת שמעון) שלא הציג מצג כלשהו כלפי המחזיקים.<sup>36</sup> הדברים נכונים מקל וחומר כאשר את הרשות נתן מי שלא היה הבעלים. כמו כן אחד מן המחזיקים לא רכש כלל את הזכויות מהשלטונות הירדניים, וממילא הם גם לא יצרו מצג כלשהו כלפיו. על אף כל זאת קבעה השופטת ברק-ארז, בדעת מיעוט, כי יש זכות שימוש לא הדירה למחזיקים במקרקעין.

השופטת ברק-ארז ציינה כי זכות שימוש יכולה להינתן גם לטובת צד ג. דא עקא, שרק בעלים יכול לתת זכות שימוש שתחייב גם צד ג. אבל איך נוצרת זכות כלפי צד ג כאשר הבעלים לא ערך הסכם ולא יצר מצג כלשהו? אין זאת אלא כי הכוונה היא שהשלטונות הירדניים הם שיצרו את המצג כלפי צד ג (המחזיקים) ושהם פעלו על פי הדין הירדני כבעלים.

<sup>35</sup> עם זאת נראה כי זוהי הערת אגב, כאשר שיקולי הצדק היו ברקע הקביעה המשפטית, אך זכות השימוש לא הושתתה על שיקולים אלה כקטגוריה העומדת בפני עצמה אלא על דיני ההשתק.

<sup>36</sup> פס"ד ג'אעוני, לעיל ה"ש 3, פס' 64 לחוות דעתו של השופט סולברג. ודוק, כי פס"ד ג'אעוני עוסק במקרה שבו לא ניתן להליץ על הבעלים, ואין לייחס להם אשם או מצגים כלשהם כלפי המחזיקים, שהרי מדובר במקרה של בעלים שנטשו את המבנים בעל כורחם, במלחמת העצמאות, ולאחר המלחמה לא התירו להם צבאות ערב לשוב למקומם, והממונה הירדני על נכסי האויב הוא שיישב את המחזיקים. הרשויות הירדניות הן ששיכנו את המחזיקים במבנים.

ברם נשאלה השאלה אם הדבר מחייב גם כאשר המקום הוא בריבונות ישראלית, כאשר הוחל על ירושלים הדין הישראלי. על כן מציינת השופטת ברק-ארז בתום חוות דעתה כי "המקרה שבפנינו הוא דוגמה למורכבות הכרוכה במצבים של 'צדק מעברי' (transitional justice) מההיבט של הגנה על זכויות קניין. אכן, תיקון של עוולות עבר על רקע מלחמות וחילופי משטר מתבטא לא אחת גם בהשבה של זכויות קניין שנגזלו. לצד זאת, לא ניתן להתעלם מפעולות שנעשו וחיים שנוהלו בזמן שחלף. אלה עשויים להשפיע על היקף ההשבה, כמו גם על השאלה האם יש מקום להשבה בעין".

לפנינו אפוא יצירת קטגוריה שלישית של זכות שימוש לא הדירה העומדת על שיקולי צדק, גם בהיעדר אשם מצד הבעלים שאת זכויותיו שוללים.

#### ד. פגיעה בבעלות משיקולי צדק

המונח "צדק מעברי" שהיה מונח בבסיס פסק הדין של השופטת ברק-ארז בעניין ג'אעוני אינו מתייחס לשיקולי "צדק" במובן הקלאסי של בחינה מי משני צדדים צודק יותר, אלא לשיקולי תועלת לאומיים שתכליתם לתקן עוולות וכן להביא לפיוס בעקבות עוולות שבוצעו במסגרת סכסוך אלים או משטר-דיכוי. קשה להכיל גישה שלפיה ניתן להכיר בזכות שימוש בלא שיש חוזה או אשם כלשהו מצד הבעלים, על בסיס טעמים של צדק שאינם נובעים מן היחסים שבין הצדדים לבין עצמם.

בעניין א.ש.י.ר.<sup>37</sup> הבהיר השופט חשין כי מושגי הצדק, היושר והמצפון עניינם, בעיקרם, ביחסים שבין הצדדים הניצים לפני בית המשפט, ואילו דוקטרינות אחרות מביאות בחשבון שיקולים של טובת הציבור שאינם נותנים דעתם לחלוקת הצדק בין ראובן לבין שמעון אלא לטובתה של החברה בכללה. בעקבות זאת הבחין השופט חשין בין יצירתה של עילת תביעת השבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, שבה ייתן בית המשפט את דעתו ליסודות כלל-חברתיים, לבין ההגנה הנזכרת בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, השוללת סעד מהתובע כאשר מדובר ב"השבה בלתי צודקת", שעניינה הוא אך ורק בצדק וביושר בין הצדדים לבין עצמם.

נראה כי יסוד ההבחנה של השופט חשין הוא זה: יצירת זכות התקפה כלפי כולי עלמא יכולה להתבסס על שיקולים הרלוונטיים "לכולי עלמא". לעומת זאת הגנה של ראובן מפני תביעה של שמעון מתמקדת בשיקולי צדק ביחסים ביניהם.

לפי הבחנה זו נראה כי טענת ההגנה של המחזיקים מפני תביעה לסילוק יד של הבעלים דומה לטענה שיש לפטור את המקבל מהשבה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, שהרי מדובר בטענת הגנה ביחסים שבין בעלים למחזיק ולא בתביעה לקיום זכות כלפי כולי עלמא. על כן נראה כי יהיה נכון שאף טענה בדבר קיומה של זכות שימוש תתמקד בשיקולי צדק שבין הצדדים לבין עצמם ולא בשיקולי צדק כלליים.

בית המשפט יכול להורות על אכיפת חוזה או על תשלום שמתקן נזק או מגשים ציפיות שיצר אדם כלפי זולתו. אולם אין מקור לחיוב שבדין במקרה זה, שהרי זכות השימוש אינה מעוגנת בחוק המקרקעין או בחוק ישראלי אחר, וגם אין לה בסיס בדוקטרינה כלשהי של המשפט האזרחי. אין כאן דיני חוזים או דיני חיובים כלל, אין כאן עשיית עושר ולא במשפט,

רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' ורום אביוזים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד (נב) 362, 289 (1998).

אין כאן השתק, אין כאן דיני נזיקין. במקרה שכזה נמצא כי השיפוט לטובתו של נזקק אסורה משום "לא תהדר דל בריבו".<sup>38</sup> להורות לאדם להיות טוב ומטיב לפנים משורת הדין – אי אפשר בלי הסכמה.

אכן, יש משהו יפה ומרהיב בשיטת משפט שבה בתי המשפט אינם מסתפקים בעשיית סדר ודין ביחסים שבין איש לרעהו אלא גם מטייבים את האדם ומשפרים את הערכים ההומניים של החברה.

במשפט העברי ניתן לכפות על לפנים משורת הדין,<sup>39</sup> וכבר כתב רבי מרדכי בן הלל אשכנזי (ידוע בכינויו "המרדכי", המאה השלוש-עשרה, מחשובי הפוסקים בדור שאחרי בעלי התוספות)<sup>40</sup> כי כופין על אדם לנהוג לפנים משורת הדין "אם היכולת בידו לעשות", ומבאר המהר"מ בהגהתו על דבריו שם: "ר"ל [רצה לומר] שהוא עשיר". בדומה לזה פסק רבי יואל סירקיש (לובלין, המאה השש-עשרה)<sup>41</sup> "וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לעשיר בדבר ראוי ונכון אף על פי שאין הדין כן". אבל ספק רב אם ניתן לעשות כן במשפט הישראלי, מכיוון שקשה למצוא עיגון בדין לעשיית צדק מכספו של הזולת. אדם יכול לתת מכספו אבל אינו יכול לכפות על אחרים לתת צדקה מממונם.

בעניין כיתן נ' וייס<sup>42</sup> הביע השופט אלון משאלה כי ישולמו פיצויים לפנים משורת הדין בהתחשב בנסיבות הטרגיות של אותו מקרה. השופט שמגר הסתייג מכך, שכן "מערכת משפט הזונחת, כשיטה, את התחומים שהותוו בדין המהותי ומוסיפה, כנדבך חלופי נוסף וכשיטה את ההמלצה על מתן פיצויים לפנים משורת הדין, פועלת בהכרח על פי אמות המידה הערטילאיות, ואם נדייק – גם המקריות – של השופט היושב על מדין בתיק מזדמן, ומביאה בהמשך לטשטושו של הדין ולפגיעה בזכויות הצדדים. בשל היעדר אמות מידה ברורות, עלול הדבר להוביל לא אחת למעשה גם לתוצאה שהיא בגדר 'איפה ואיפה'".<sup>43</sup>

בע"א 409/78 גולן נ' פרקש, פ"ד לד(1) 813, 821 (1979) כתב השופט חיים כהן כי יש להבחין הבחנה ברורה בין שני מצבים: האחד הוא מתן זכות לעני רק מחמת עוניו. דבר זה אסור הוא שהרי מקרא מפורש הוא (שמות כג 3) "ודל לא תהדר בריבו". כמו כן נאמר (ויקרא יט 15): "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך". כמו כן נאמר (שמות כג 6): "לא תטה משפט אביונך", ואומרים חז"ל (תורת כהנים (ספרא), קדושים ד (מהדורת פינקלשטיין, יט 37)): "לא תשא פני דל – שלא תאמר עני הוא זה והואיל ואני והעשיר הזה חייבים לפרנסו אזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות, לכך נאמר 'לא תשא פני דל'". המצב השני הוא כאשר אפשר למצוא צד זכות בדין הפועלת לזכותו של הדל. הדין מצווה לא לנוח ולא לשקוט ולהוסיף לחפש לדלים ולעשוקים ולנדכאים צד זכות בדין, אך הוא אינו יכול לסייע להם אם אין לכך מקור בדין. בקושי ליישב את העיקרון של כפייה על לפנים משורת הדין עם העיקרון של "ודל לא תהדר בריבו" דן הרב אברהם יצחק הכהן קוק ("מכתב אל הסופר אז"ר" ספר הזיכרון לאברהם שפיגלמן 67-69 (אריה מורנגשטרן עורך התשל"ט)), והבהיר כי כאשר קובעים נורמה כללית, יש מקום להשתמש במידת הרחמים כלפי ציבור של נזקקים. כמו כן בעת שיקול עניינו של דל יש להביא בחשבון שיקולים של צדק כאשר יש לכך מקור שבדין, אבל הכתוב "ודל לא תהדר בריבו" נאמר בזמן שהדין אינו מתחשב כלל בשורת הדין אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מידת הרחמים על הדל.

אבי וינרוט "כופין על לפנים משורת הדין" סיני קכ"ח עב (התשס"ב).

מרדכי על מסכת בבא מציעא כד, ע"ב.

בית חדש, חושן משפט, סימן יב, סעיף ד.

ע"א 350/77 כיתן נ' וייס, פ"ד לג(2) 785, 808-810 (1979).

שם, בעמ' 804.

הדברים נכונים כהווייתם במקרה דנא שבו אפשר להתווכח על השאלה אם צודק הדבר ליטול את זכויותיהם של בעלי המקרקעין ולהעבירן לידי מי שהנסיבות שבהן התיישבו במקרקעין תוארו בידי השופט עמית כן: "הבעלות הפוזיטיבית-הקניינית-ההיסטורית של המתחם, הייתה קרקע הקדש שנרשמה על שם הרב הראשי (חכם באשי) אברהם אשכנזי והרב הראשי מאיר אורבך, שרכשו את המקרקעין בשנת 1875 מבעליה הערבים. אלא שבשנת 1948 נפל דבר ו'כל יישובי היהודים שנפלו במלחמת העצמאות בידיים ערביות נמחו כליל מעל פני האדמה – כולם בלי יוצא מן הכלל – והתושבים היהודים כולם עד אחד נרצחו או נמלטו או נלקחו בשבי, אך לאיש מהם לא התירו צבאות ערב לשוב לאחזר המלחמה למקומו' (עמוס עוז סיפור על אהבה וחושך 388 (2002))."<sup>44</sup>

### ה. פגיעה בזכויות הקניין ללא התחייבות או אשם של הבעלים

על פי הדין הקיים אפשר לגרוע מזכות של בעלים בעל כורחו וללא כל אשם מצידו רק באחת משלוש דרכים:

- א. כשיש זכות קניינית אחרת הניצבת אל מול הבעלים, למשל: אפשר ליטול זכות קניין של פלוני ולהעבירה לאלמוני בהתקיים תנאי תקנת השוק.<sup>45</sup>
  - ב. כשיש נטילה שלטונית (הפקעה) לצורכי ציבור. גם במקרה זה הדבר נעשה אך ורק על פי חקיקה ולא לפי צרכיו של פרט אחר.<sup>46</sup>
  - ג. כאשר הפגיעה בזכות הבעלות לא הייתה קשה, ויש שימוש לרעה בזכות, שכן הבעלים מבקש להשתמש בזכותו באופן שרירותי. לעומת זאת הענקת זכות שימוש לא הדירה משיקולי צדק ופגיעה ממשית בזכות הבעלות בלא כל אשמה מצד הבעלים הן בבחינת חידוש שאין לו הצדקה נורמטיבית.
- להלן נראה כי אף אחת משלוש קטגוריות אלו אינה מתקיימת במקרה דנא.

<sup>44</sup> פס"ד ג'אעוני, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לחוות דעתו של השופט עמית. נראה לנו כי יצירת זכויות שימוש מכוח "שיקולי צדק" היא חידוש מפליג, ולכן נכון להחיל עליו את הכלל של "אין לך בו אלא חידושו", ואין להחילו בנסיבות שיש בעניינן מחלוקת מהותית בדבר קיומם של שיקולי צדק. ראוי כי לכל הפחות שיקולי הצדק יהיו חד-משמעיים גם במשקפיים קאנטיניים של "צו קטגורי". ראו עמנואל קאנט **ביקורת התבונה המעשית** (שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך מתרגמים 1973).

<sup>45</sup> ראו ס' 10 לחוק המקרקעין; ס' 34–34 לחוק המכר, התשכ"ח–1968; ס' 4 לחוק המשכון, התשכ"ז–1967; ס' 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח–1978; ס' 17 לחוק נכסי נפקדים, התש"י–1950. כן ראו וינרוט **דיני קניין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 199–219.

<sup>46</sup> ראו וינרוט ומגידש "הפקעה למגורים", לעיל ה"ש 8. במאמר זה עמדנו על כך שלא ניתן להפקיע מקרקעין מן הפרט כאשר הם אינם מיועדים לציבור אלא ישמשו פרט אחר, אף אם יש אינטרס ציבורי המחייב לעשות כן. נראה אפוא כי קל וחומר שאי אפשר לבצע "הפקעה" של זכויות הפרט כדי לתת זכויות שימוש לפרט אחר, אף בלי סמכויות הפקעה כדין. בהקשר זה יש לשים לב שזכויות הקניין הן זכויות חוקתיות מכוח סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי אין פוגעים בקניינו של אדם. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע גם כי לא ניתן לפגוע בזכות יסוד בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק.

## 1. "רק קניין יכה קניין"

יש מקרים שבהם נוטלים זכות קניינית ללא כל אשם או התחייבות מצד בעליה מחמת תקנת השוק. גם שם ההצדקה לנטילת הקניין נעוצה בשיקולים של תועלת חברתית,<sup>47</sup> אולם במקרה זה עומדת כנגד הבעלות זכות קניין אחרת, ויש לזה עיגון בדבר חקיקה. בעניין האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד<sup>48</sup> נדונה השאלה אם סעיף 10 לחוק המקרקעין מגן על רוכש שהסתמך בתום לב על המרשם כדי לקנות נכס גם כאשר זכותו של הרוכש טרם נרשמה. השופט קדמי סבר (בדעת מיעוט) כי הרוכש תם הלב שהסתמך על המרשם יזכה במקרקעין גם אם זכותו טרם נרשמה בשל שיקולי צדק שעליהם מושתת עקרון תקנת השוק. פסק הדין של השופט קדמי בעניין הרטפלד צעד לכאורה בעקבות פס"ד גנו,<sup>49</sup> שהעדיף את הרוכש השני על פני הרוכש הראשון מכוח העיקרון הכללי של תום לב. אך בעניין גנו היה חוסר תום לב מצד הרוכש הראשון, שאף הוא לא שכלל את הזכות שנמכרה לו לזכות קניינית, ומחמת חוסר תום ליבו שללו את עדיפותו. לעומת זאת בעניין הרטפלד ביקשו לשלול זכויות קניין של הבעלים המקורי ללא כל אשם מצידו. משום כך סבר השופט חשין (בדעת הרוב) בענין הרטפלד כי כדי לתת לרוכש עדיפות על הבעלים המקורי, מן ההכרח שתהא בידו זכות קניינית. זוהי מטבע הלשון הידועה שטבע השופט חשין: "רק קניין יכה קניין, ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין".<sup>50</sup> לפיכך נמצא כי אי אפשר לפגוע בזכות בעלות מכוח שיקולי צדק כשלעצמם בלא שיש אשם כלשהו מצד הבעלים.

## 2. נטילה שלטונית

החלת זכות שימוש לצמיתות משמעה למעשה הפקעה של זכויות הבעלים, שהרי הם מוצאים את עצמם בלא חזקה ובלא שימוש ובלא זכות לקבל תשואה כלכלית מהנכס – והכול לתקופה לא מוגבלת. השווי הכלכלי של הנכס מתאיין, והבעלים יוצא וידיו על ראשו. את הדבר הזה עושים בלא שיש אשם כלשהו מצידו – משיקולי צדק. הוא מרגיש עוול שמנומק בתחושת צדק. הדרך היחידה להצדיק זאת היא החלת שיקולים של טובת הכלל שגוברים על טובתו של פלוני. מבחינה משפטית נטילת זכות קניין מאדם פרטי לטובת הציבור היא הפקעה. ברם הפקעה אפשרית רק כאשר בעקבות ההפקעה הנכס עובר לידי הציבור ויש מי שמפצה את הפרט במישור הכלכלי.

אבל במקרה דנא נמצא כי מחמת שיקולים של טובת הכלל בוצעה מעין הפקעה של זכויות הפרט מן הבעלים שזכויותיו רוקנו מתוכן והענקתן לפרט אחר שקיבל את זכות השימוש. לפנינו הפקעה מן הפרט אל הפרט,<sup>51</sup> וגם אין פיצוי. במשפט הישראלי אין מקור נורמטיבי המאפשר לבצע הפקעה מסוג זה. על כן לפי הוראת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיים קושי להכיל את פסק הדין בעניין ג'אעוני.

<sup>47</sup> ראו למשל ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ (נבו 4.8.2014); יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 319–320 (1993); מיגל דויטש קניין כרך ד 239–235 (2007); וינרוט דיני קניין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 205.

<sup>48</sup> רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854 (1985).

<sup>49</sup> ע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003).

<sup>50</sup> ענין הרטפלד, לעיל ה"ש 4848, בעמ' 870-869.

<sup>51</sup> לעניין זה, ראו וינרוט ומגידיש "הפקעה למגורים", לעיל ה"ש 8.

בבית המשפט העליון הפדרלי של ארצות הברית התקיים דיון חריף בפסק הדין בעניין *Kelo v. City Of New London*<sup>52</sup> בשאלה אם הפקעת מקרקעין לצורך בניית אזור תעשייה מסחרי בידי יזמים פרטיים היא חוקתית ועומדת בתנאי התיקון החמישי לחוקה האמריקאית, הקובע כי אין ליטול את הקניין הפרטי אלא לשם "שימוש ציבורי". בעניין זה שררו חילוקי דעות עזים, והיו שופטים שגרסו כי מדובר בפעולה אנטי-דמוקרטית, שכן נטילת קניינו של הפרט לשם העברתו לפרט אחר משולה לחלוקת ההון מחדש בחברה על ידי הממשל.<sup>53</sup> מכל מקום, בעניין *Kelo* נעשה שימוש בסעיף בחוק המאפשר הפקעה לצורכי ציבור, שכן הנכס הועבר לבעלות פרטית אבל שימש את הציבור הרחב. לעומת זאת במקרה דנא עסקינן בשימוש פרטי לחלוטין של מי שמתגורר בנכס. נראה כי לזה גם שופטי הרוב בעניין *Kelo* לא היו מוצאים הצדקה.

לנטילה שלטונית לצורכי ציבור יש גם הצדקה אינטואיטיבית, בדומה להצדקה להטלת מיסים, שלקניין הפרטי אין ערך בלא תשתית ציבורית ומדינית התומכת בו, ומכאן שגם הפרט עצמו מוכן שיפקיעו את רכושו לצורך ציבורי שהוא חיוני גם לו.

בעניין גיאעוני בית המשפט העליון מחדש כי ניתן להפקיע זכות מן הפרט לצורכו של פרט אחר. ההצדקה האינטואיטיבית להפקעת מקרקעין לצרכים ציבוריים, כמו ההצדקה להטלת מיסים, נעוצה בעובדה שלקניין הפרטי אין ערך בלא תשתית ציבורית ומדינית התומכת בו. אפשרות הפגיעה בזכויות הקניין של הפרט נעוצה בהסכמתו המשתמעת של כל חבר בקהילה לשלם מכספו בשל היחסים הסינרגטיים שבין היחיד לבין הקהילה שבה הוא מתגורר, פועל, מייצר וצורך.<sup>54</sup> אדווין זליגמן הבהיר כי כל מי שחי, פועל, מייצר וצורך, חב

London, New of v. City Kelo (2005) 469 .U.S 545

גם בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין *Kelo* הנ"ל הוסיפה הפקעה מן הפרט אל הפרט להיות שנויה במחלוקת. רובן הגדול של מדינות הפדרציה תיקנו את החקיקה, כאשר 22 מתוכן העבירו חוקים שאסרו איסור חד ומפורש את ההפקעה שהותרה בעניין *Kelo* (שם), ואילו היתר העבירו חוקים שהתנו והגבילו הפקעה כאמור. לסקירת ההתפתחות החקיקתית בעקבות פסק דין *Kelo*, ראו Todd .R ,Lopez .J Edward , *Pass a Law, Any Law, Fast: State Legislative Responses*, Campbell .D Jewell & Noel .ECON & .REV. L 5 , *Backlash Kelo to the* (2009) 101.

גם חסידיו של ג'ון לוק החלו לראות כי לא רק עבודתו של אדם יוצרת נכסים, עושר וקניין, אלא גם הידע והמומחיות המשמשים אותו בעבודתו. ראו לדוגמה את התיאור בדבר התהוותו של הכסף אצל אדם סמית **עושר העמים** 108–112 (יריב עיטם ושמשון ענבל מתרגמים 1996). ואולם גם עבודה, ידע אישי והון פיננסי אינם מספקים. אדם זקוק לתנאים שיתמכו בו ויאפשרו לו לפעול. איכות עבודתו נרכשת גם בזכות קיומה של מערכת חינוך, הכשרה, מחקר ופיתוח. יצירתו של אדם לא תוכל להיות שלו ללא מערכת חוקים שתכיר בזכות הקניין שלו; הוא לא יוכל לסחור בפרי עמלו ללא הכרה בחופש החושים ובהיעדר חוקים המסדירים ואוכפים את ההסכמים שהוא עורך; הוא גם לא יוכל לממש את מרב הפוטנציאל הטמון בפרי עמלו בהיעדר שוק משוכלל שהתחרות בו מפוקחת ונאכפת על ידי הממשל. דוגמה הממחישה את הדברים הביא הכלכלן ארתור אוקון בספרו *TRADEOFF 46 (1975) BIG THE – EFFICIENCY AND EQUALITY, OKUN .ARTHUR M*, שם ציין כי תעשיית הרכב ההמוני של הנרי פורד הפכה להצלחה גדולה במדינה עם הכנסה ממוצעת גבוהה, שלושת אלפים של מיילים המאפשרים נהיגה ללא הפרעות, כוח עבודה ערני ושאתני וממשל שמסוגל להגן על נוסעים ולאכוף את חוקי התנועה. תעשייה זו הייתה הופכת לכישלון לו הייתה מוקמת, לדוגמה, במדינה כמו לוב. גם ריצ'רד פוזנר ציין כי הזכויות הכלכליות הן "מותרות המתאפשרים על-ידי ארגון חברתי", וכי לחיים בצוותא ולאיכות הקהילה שבה אדם חי ופועל יש חשיבות מכרעת לרווחתו הכלכלית של אדם. ראו Richard A. Posner, *Hegel and Employment at Will: A Comment*, 10 CARDOZO L. REV. 1625 (1989)

52

53

54

חובת נאמנות כלכלית (economic allegiance) כלפי המדינה, המאפשרת לו פעילויות אלה.<sup>55</sup> נראה כי מתוך חובות אלה של הפרט כלפי החברה שבה הוא חי נובעת האפשרות לפגוע בקניינו של הפרט וליטול ממנו מיסים. הפקעת מקרקעין נועדה לספק "מוצרים" המשרתים פונקציות ציבוריות חשובות שאין בכוחו של השוק החופשי לספק בעצמו באופן מיטבי.<sup>56</sup> לכן ההפקעה נחשבת ל"הכרח בל יגונה",<sup>57</sup> והיא מעין מס המוטל על הפרט, שהרי היא נוטלת מנכסיו הפרטיים לצורכי הכלל.<sup>58</sup> כך למשל בהיעדר כביש גישה המוביל למקרקעין קשה להפיק מהם תועלת.<sup>59</sup> ההפקעה היא אפוא חלק מן האמנה החברתית שעליה כתב רוסו,<sup>60</sup> ולפיה אדם מוכן לוותר על חלק מחירותו ומקניינו כדי שיוכל לחיות חיים נורמטיביים בחברה בת תרבות. הפקעה לצורך בניית מוסדות ציבור וחינוך מובנת כצורך ציבורי, שהרי כל פרט החבר בקהילה זקוק למוסדות אלו, וממילא מסכים לתרום מעצמו למען קיומם. לעומת זאת הפקעה לצורך הגשמת צרכיו של פרט אחר חורגת מקשת שיקולים זו, שהרי המקרקעין המופקעים לעולם לא ישמשו גם את האזרח שממנו הם הופקעו. לכן קשה למצוא לכך הצדקה נורמטיבית, והיא חורגת מן ההסכמה החברתית, המונחת ביסוד הזכות ליטול מן הפרט זכות יסוד שלו. ככלל אנו מכירים את הביטוי "כופים אותו עד שיאמר רוצה אני", המושתת על העובדה כי בתוך תוכו אדם רוצה לעשות את "המעשה הנכון".<sup>61</sup>

להרחבה בעניין זה, ראו יוסף אדרעי "מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" משפטים מ 437 (2011).

Price, L. L., *Review of Essays in Taxation*, by Edwin R. A. Seligman, 6 ECON. J., No. 21, 81-85 (1896) דברים אלו אומצו בוועדה של חבר הלאומים. ראו: League of Nations Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp W. H. Coates, Journal of the Royal Statistical Society, Vol. 87, No. 1, 99-102 (Jan., 1924)

בג"ץ 3421/05 מחול נ' שר האוצר, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל (נבו 18.6.2009).

בג"ץ 2739/95 מחול נ' שר האוצר, פ"ד נ(1) 309, 319 (1996). ראו גם ע"מ 1369/06 הלבין נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 9.7.2008).

השוו לדברי השופט חשין בדנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פס' 7 (נבו 12.5.2004).

ראו בהקשר זה דברי חבר הכנסת עמוס דגני ממפלגת מפא"י בנוגע להצעת חוק התכנון והבניה, התשכ"ג-1962 בפרוטוקול ישיבה 247 של הכנסת ה-5, 1843 (14.5.1963): "כיום אין ערך בכלל לבתים הנבנים ללא כל מה שצריך להתלוות לבנין, ללא הגן הציבורי, ללא הדרך, ללא המדרכה, ללא החנות או הצרכניה, ללא גן-ילדים וללא בית-ספר. בלי כל אלה – מה ערכם של הבתים? נניח שלא נוכל להפקיע ונתיר לכל אחד לבנות על אדמתו. הרי יגבבו בתים על בתים. מה ערכו של בית כזה, מבחינת הערך הכספי ממש, כאשר ירצה אדם למכור אותו ולא יהיו סביב הבית כל אותם הדברים שהזכרתי? על ידי כך שנגדיל את האחוז שאפשר להפקיע, את האחוז שנתבע מבעלי המגרשים למסור לצרכים ציבוריים, אין לי כל ספק שתהיה בכך השבחה גדולה ביותר של ערך הקרקע של הפרט, שכביכול נראה בעינינו כאילו נפגע; לא רק שהוא לא ייפגע, אלא שאף ייהנה מכך".

ז'אן ז'אק רוסו **האמנה החברתית** (2006).

משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ: "מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש. בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר. וכן אם הכהו עכו"ם ואמרו לו עשה מה שישאל אומריין לך ולהצו אותו ישראל ביד העכו"ם עד שיגרש הרי זה כשר. ואם העכו"ם מעצמן אנסוהו עד שכתב הואיל והדין נותן שיכתוב הרי זה גט פסול. ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס בין ביד עכו"ם בין ביד ישראל. שאין אומריין אנוס אלא למי שנלחץ ונדרחק לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן התורה כגון מי שהוכה עד שמכר או עד שנתן. אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה

במשפט העברי אף מצינו פסיקה של הרב עוזיאל שלפיה יש לשלם לעובד פיצויי פיטורים, שכן "בכל מקום שיראו בית דין קיפוח זכותו של פועל, מצווה עליהם לדון לזכותו, שהיא גם זכותו של בעל הבית, שמקיים בעצמו למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור".<sup>62</sup> אבל קשה להניח כי הבעלים במקרה דנא רוצים בתוך תוכם להעביר את זכות השימוש במקרקעין שלהם למי שהתיישבו בהם מכוח אלימות היסטורית שנקטו כלפיהם.

### 3. פגיעה שאינה מידתית

קטגוריה נוספת של מקרים שבהם פוגעים בזכות הקניין ללא אשם מצד בעליה עולה מעיון בשיטתו של השופט אנגלרד בעניין **רוקר נ' סלומון**.<sup>63</sup> בפסק דין זה נדון סעיף 14 לחוק המקרקעין, ונקבע מבחן סובייקטיבי שבמסגרתו נבדקים מניעיו של בעל הזכות, ואם כל תכליתו היא לפגוע בזולת, הרי שזכותו נשללת.<sup>64</sup> אולם השופט אנגלרד הוסיף גם מבחן אובייקטיבי, היוצר איזון בין התועלת שבעל הזכות לבין הנזק שנגרם לזולת. לפי מבחן זה, אם קיים פער גדול בין התועלת שתצמח לבעל הזכות לעומת הנזק שייגרם לצד ג, יהיה אפשר להפעיל את סעיף 14 "כנגד" בעל הזכות ולקבוע כי התנהגותו היא שימוש לרעה בזכות. השופט אנגלרד אימץ בעניין זה עיקרון שלפיו הקניין אינו מוחלט אלא יחסי ומחייב לעשות איזון בין זכויותיו של בעל הקניין לבין הנזק שייגרם לאחרים משימוש בזכויות אלה.<sup>65</sup> החידוש של השופט אנגלרד בעניין **רוקר נ' סלומון** בדבר איזון אובייקטיבי בין תועלתו של בעל הזכות לבין נזקי הזולת עשוי לשמש אמת מידה כללית להגדרת מתחם הזכויות

דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור לעשותו אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל ורוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גרש לרצונו". להבהרת שיטת הרמב"ם, ראו אבי וינרוט "מקח כפוי" **מגל** יא 187 (1995). שיטת הרמב"ם מבוססת על ההבחנה בין רצון השורר בשעת מעשה לבין רצייה הנמדדת לאחר מעשה, וההנחה היא כי אדם רוצה להיות נורמטיבי, ומשום כך מסכים, לאחר מעשה, לפעולה שעשה בעל כורחו אך החזירה אותו למעגל הנורמטיבי המקובל בחברה. אולם מדברי הרמב"ם עולה כי כדי שתושג הסכמה של אדם באמצעי כפייה, על הפעולה להיות במתחם הפעולות שיש בעניינן קונצזוס שזה הדבר שנכון לעשות. אולם אם מדובר בפעולה שגם אנשים נורמטיביים עשויים לסרב לה – אי אפשר להשיג הסכמה עליה באמצעי כפייה.

הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל "לבעיית הפיצויים" הרב משה פינדלינג **תחוקת העבודה** קל"ב, קל"ג (1945).

רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (1999).

ראו והשוו אבי וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי" ("כופין על מידת סדום") **דיני ישראל** יח 53 (1996), שם הובהר כי הכפייה על מידת סדום במשפט העברי נועדה לשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי.

השופט אנגלרד מצא לכך ביטוי בפסק דין קנטונאלי בשווייץ: בעל דירה בבית משותף קיבל רישיון בנייה מרשויות הציבור להקמת ביתן בגינת הבית. הוא בנה את הביתן בלי לקבל את הסכמתה של אספת הדיירים. בית המשפט קבע כי אין די ברישיון הבנייה, משום שמבחינת המשפט הפרטי, השימוש ברכוש המשותף טעון הסכמת כל הדיירים. הנתבע טען נגד התביעה להריסת הביתן כי יש בכך משום שימוש לרעה בזכות. במסגרת טענה זו שקל בית המשפט את נסיבות המקרה כדי לראות לאן נוטה מאזן האינטרסים בין בעלי הדין. הוא מצא כי הביתן הנדון חסם במידה ניכרת את מראה הנוף מדירתו של התובע. לעומת זאת לנתבע לא היה עניין מהותי בקיום הביתן, ששימש בעיקר לאחסון שקי זבל, ורק לעיתים רחוקות בקיץ ישבה משפחת הנתבע על יד הביתן. יתרה מזו, לנתבע מרפסת אשר פנתה לאותה רוח כמו הביתן, לכל אורך דירתו, והיה אפשר להשתמש בה למטרה דומה, אם כי בהשקעה קטנה. לכן עניינו של התובע בסילוק הביתן עלה בהרבה על זה של הנתבע בקיומו. בשל מצב דברים זה קבע בית המשפט כי לא היה בתביעה להריסת הביתן משום שימוש לרעה בזכות.

62

63

64

65



והחובות בדיני הקניין בכללותם.<sup>66</sup> לפי עיקרון זה אפשר לומר כי במקרים שבהם מצוי במקרקעין מחזיק שאינו מסיג גבול, ושיקולי צדק מחייבים להכיר בזכותו, הרי שמוטל על הבעלים להתחשב בשיקולים אלה. אולם הכרה בזכות שימוש לא הדירה פוגעת בזכות הקניין של הבעלים פגיעה קשה מאוד. היא נוטלת מזכות הבעלות את העוקץ. בהיעדר יכולת להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולהפיק מהם רווח כלכלי – אין למעשה כל תועלת בזכות הבעלות. נמצא כי הכרעה בזכות שימוש כאמור חורגת גם מתחומיה של קטגוריה זו.

## ו. הבחנה בין גורם פרטי לבין גורם עסקי

נראה לנו אפוא כי בהיעדר אשם או מצג היוצר ציפייה מצד הבעלים ובהיעדר הסכם מכללא, לא ראוי ליתן זכות שימוש למחזיק אגב פגיעה בזכות הקניין של הבעלים, אף אם שיקולי צדק כבירים עומדים לצידו של המחזיק. מנגד, נראה לנו כי החידוש של השופטת ברק-ארז בעניין ג'אעוני יהא מוצדק וראוי מקום שבו עסקינן במקרקעין של רשות שלטונית, אשר חלים עליה כללי המשפט הציבורי. רשות שלטונית היא נאמן של הציבור ואין לה משלה ולא כלום. זכות הבעלות שלה בוודאי אינה מתחם של שרירות. על כן, במקרקעי ציבור יש מקום להפעלת שיקולי צדק, שהרי ממילא המקרקעין שמחזיקה הרשות נמצאים בידה עבור הציבור, ואם כן יש מקום להורות לרשות כי תנהג בצדק ותעדיף את מי שפינויו עומד לגרום עולל כבד. למשל, בעניין יהודאי לא הייתה כל סיבה כי חברת חלמיש תפנה את הגב' יהודאי ותסב לה עולל לעת זקנה כדי שיהיה לה במלאי עוד דירה, שאותה תיעד לצרכיו של נזקק אחר. "עניי עירך קודמים", ומי שכבר נמצא בדירה ופינויו גורם עולל, ודאי שהגינני לתת לו להישאר בנכס עד סוף ימיו. הוא הדין במקרקעי המדינה שעליהם יושבים זה עשרות שנים שבטים בדואיים. על כן במקרה של אבו אלקיעאן וגם במקרה של יהודאי היה אפשר להגיע למסקנה של השופטת ברק-ארז ולהביא בחשבון שיקולי צדק. לעומת זאת בעניין ג'אעוני לא היה מקום לעשות כן מכיוון שמדובר במקרקעין של גוף פרטי, ושיקולי צדק העוסקים אך ורק במחזיק ואינם מושתתים על אשם או על ציפיות שיצר הבעלים אינם עילה לגרוע מזכות הבעלות של גוף פרטי.

שאלה נוספת היא אם יש מקום להבחין בין זכות שימוש אחת לרעותה לפי סיווגו של המחזיק. אם מדובר בהחזקה מכוח הסכם, מפורש או מכללא, נראה כי אין מקום להבחנה בין גורם פרטי המחזיק במקרקעין לבין גורם עסקי. גם אם עסקינן בהשתק, נראה כי אין מקום להבחנה כאמור, שהרי חובת תום הלב וההגינות של הבעלים אינה משתנה לפי זהותו של המחזיק. אולם אם מביאים בחשבון שיקולי צדק, הרי שיש מקום להבחנה כאמור, שכן לא הרי נתמך סעד שמבקשים לפנות אותו מביתו הדל ולהופכו לחסר בית, כהרי גוף עסקי שמבקש ליהנות ממקרקעי הציבור.<sup>67</sup> ואכן, השופטת ברק-ארז, נאמנה לגישתה בדבר השתתת זכות השימוש על שיקולי צדק, קבעה בעניין מפעלי תחנות בע"מ<sup>68</sup> כי בעת שנבחנת השאלה

<sup>66</sup> להרחבה בעניין זה, ראו אבי וינרוט ואריק מגדיש "ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצמתים של חיכוך לאורך חיי המשכון" משפט ועסקים כז 1 (2022).

<sup>67</sup> אם כי שיקולי הצדק אינם תלויים בהכרח בזהותו הפרטית או העסקית של הגוף המחזיק, שהרי גם גוף עסקי עשוי ליהנות משיקולי צדק אם הוא מספק פנסה למשפחות רבות התלויות בו. ברור עוד כי הוא עשוי להיות עדיף על גורם פרטי הטובל בעושר רב.

<sup>68</sup> ע"א 8761/17 מדינת ישראל נ' מפעלי תחנות בע"מ (נבו 11.12.2019).

אם ניתן לאדם או לגוף מסוים רישיון מכללא להחזיק במקרקעין, כמו גם השאלה מתי ובאילו נסיבות פקע אותו רישיון, יש לבחון את מכלול השיקולים לפי נסיבות העניין ולפי אופיים של הצדדים לסכסוך. השופטת ברק-ארוז ציינה כי "על מנת להבהיר את הדברים, אבקש להביא דוגמאות... דומה שאין דינה של חברה מסחרית שניתן לה ייעוץ משפטי שוטף כדינו של אדם פרטי, ולא כל שכן כדינו של מי שנמנה עם אוכלוסיה מוחלשת או סובל מקושי בנגישות לסיוע משפטי. כמו כן עשויה להיות רלוונטיות לשאלה אם המקרקעין שבמחלוקת הם המקרקעין היחידים שהאדם שלו ניתן הרישיון הוא בעל זיקה אליהם, בפרט כאשר מדובר במקרקעין המשמשים למגורים של אותו אדם, או להבדיל מדובר בגוף מסחרי אשר מחזיק במקרקעין נוספים ויש לו ידע נוסף או מוקדם ביחס לדין החל על החזקת קרקעות וניהולן". נורמה זו קיבלה ביטוי מעשי, ובאותו עניין קבעה השופטת ברק-ארוז כי רשות השימוש פקעה עם הודעת הרשות אף שאחריה לא באו פעולות קונקרטיות נוספות לפינוי המחזיקים. אכן, אם משתיתים את זכות השימוש על שיקולי צדק, הרי שהבחנה האמורה עשויה להיות רלוונטית, ויש היגיון רב בדברים.<sup>69</sup>

השופט אלרון (בדעת מיעוט) סבר באותו מקרה כי חלות בו ההלכות הפסוקות ה"רגילות" של רכישת זכות שימוש כאשר ההחזקה במקרקעין נמשכת עשרות שנים ונמנעו מלנקוט צעדים המצביעים על אי-השלמה ברורה עם המשך החזקה.<sup>70</sup> לשיטתו, אין לבצע הבחנה בין מחזיק עסקי לבין מחזיק פרטי. אכן, אם בוחנים את הדברים על פי דיני ההשתק הקלאסיים, הרי שקנה המידה הרלוונטי הוא ציפיותיו של המחזיק להישאר בנכס, ומבחינה זו אין לכאורה הבדל בין גוף עסקי לבין גוף פרטי. אם המדינה אינה משדרת מסר ברור ששם קץ לציפיות אלה, הרי שגם גוף עסקי הנהנה מייעוץ משפטי אינו נוהג אחרת מאדם פרטי ומפתח את אותן ציפיות.<sup>71</sup> נמצא כי נקודת המחלוקת העמוקה בין דעתה של השופטת ברק-ארוז לבין דעתו של השופט אלרון נעוצה בשאלה אם זכות השימוש תיכון מכוח שיקולי צדק ולא רק מכוח דיני חוזים או דיני השתק.

לפי שיטתה של השופטת ברק-ארוז נמצא כי שיקולי צדק קיימים בבסיס יצירתה של זכות השימוש, לטוב ולמוטב. כאשר מדובר באדם פרטי שגורלו המר לו, יביאו שיקולי הצדק לאי-פינויו מן המקרקעין, אף כאשר דיני החוזים ודיני ההשתק מתקשים להביא לתוצאה זו. לעומת זאת כאשר מדובר בגוף מסחרי, הרי שהכף תיטה לכיוון הנגדי, ואף בחינת דיני ההשתק תיעשה לחומרה, כשההנחה היא שגוף עסקי אינו מפתח ציפיות כמו אדם פרטי.

<sup>69</sup> השופטת ברק-ארוז הסבירה את מארג השיקולים כך: "בהתחשב בכך שעסקינן בגופים מסחריים מבוססים, הנהנים מייעוץ משפטי ומחזיקים בקרקעות רבות, אין ספק שהיה בידם לזהות את התנגדות המדינה להמשך הישיבה במקרקעין [...] בסופו של יום עסקינן בפעילות עסקית על מקרקעי ציבור, ואין כל הצדקה משפטית או ציבורית לכך שהמשיבות ייהנו משימוש במקרקעין מסחריים בהיקף משמעותי ונרחב ללא כל תמורה לאחר שהמדינה גילתה את דעתה באופן ברור" (שם, בפס' 33).

<sup>70</sup> עניין נחום, לעיל ה"ש 3, בפס' 18.

<sup>71</sup> אם כי ייתכן כי אשר לגוף עסקי הנהנה מייעוץ משפטי ניתן לטעון שאין לו ציפיות לגיטימיות וריאליות לקבל רשות שימוש בעקבות הסגת גבול.

## סיכום

לפי מסורת הפסיקה הושתתה זכות השימוש על שני מקורות:

א. על דיני חוזים, שבהם אין זכות לא הדירה בלי הסכמה מפורשת או בהיעדר תמורה ;  
ב. על דיני ההשתק, שמהם מתחייבת קביעה כי הזכות אינה הדירה. כדי שיתהווה השתק מן ההכרח שהמחזיק ישנה את מצבו לרעה, וכן שלבעלי המקרקעין תהא מודעות להחזקה ולשינוי המצב לרעה מצד המחזיק.

בפסיקתה של השופטת ברק-ארז התחדש כי קיימת זכות שימוש לא הדירה גם מכוח שיקולי צדק, שאותם היא מבקשת להחיל אף אם אין כל אשם או מצג מצידו של הבעלים. נראה לנו כי זוהי מעין הפקעה מן הפרט לצרכיו של פרט אחר, ולכן זוהי מסקנה מרחיקת לכת. עם זאת נראה כי אכן יש מקום לחידוש מרחיק לכת זה כאשר עסקינן בקרקע שהיא בבעלות גוף ציבורי. המדינה, בניגוד לפרט, אחראית לרווחת הפרט, ויש מקום לשיקולי צדק שמחמתם יימנע פינוי שיגרום עוול כבד למחזיק. אשר לזכות שימוש המסתמכת על שיקולי צדק יש מקום להבחין גם בין מחזיק שהוא גורם פרטי לבין מחזיק שהוא גוף עסקי.