

זכויות בניה: עיון מחודש

מאת

אבי וינרוט* ואריק מגידיש**

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

זכויות הבניה הן אושיית יסוד בקביעת ערכם הכלכלי של מקרקעין ובניצולם. על אף זאת, נוצר קושי למקם אותן במשבצת משפטית ראויה. נוצר על כן פער בין הפרקטיקה לבין ההמשגה המשפטית והדבר עורר שתי בעיות חריפות: האחת, משפטית והשניה מעשית. במישור המשפטי, התקשו בתי המשפט להגדיר את זכויות הבניה כזכות קניין שאפשר לתת לה ביטוי במרשם המקרקעין ושאפשר להחיל עליהן את דיני פירוק השיתוף. כתוצאה מכך, נוצר קושי מעשי, שכן בהיעדר ביטוי במרשם המקרקעין לא ניתן אפילו לרשום הערת אזהרה בגין עסקה בזכויות בניה ולמנוע תאוונות משפטיות. כמו כן, לא ניתן לשעבד או לעקל זכויות בניה כאמור. המצב הנורמטיבי הוא בלתי נסבל שכן במישור המעשי נעשות עסקאות בזכויות בניה והן "מטבע עובר לסוחר", מתייחסים אליהן כאל זכויות קנייניות, אך המשפט לא משכיל למצוא מנגנון שיביא לכך שעסקה לניוד של זכויות בניה 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 הבניה זכות מעין קניינית במקרקעין שתבשיל לכלל בעלות מלאה בממד הגובה של הזכות הקניינית במקרקעין. הגדרה חדשה זו תואמת לגישת ה"קניין כמוסדות" הרואה בקניין כזכות המחייבת את הפרט לפעול בהתחשב בצרכי הכלל, ובמקרה דנא צרכי התכנון הסביבתיים. מציאת ההגדרה המשפטית הנכונה סוללת את הדרך לפתרונות מעשיים הנדונים להלן.

מבוא. א. קשיי המשגה. 1. זכויות הבניה כזכויות אישיות. 2. זכויות הבניה כזכויות אובליגטוריות. 3. זכויות הבניה – כזכות במקרקעין. **ב. פער בין המשגה העיונית לבין המציאות.** ג. כשלים מעשיים הנובעים מהעדר המשגה משפטית ראויה. 1. עסקאות נוגדות והעדר אפשרות לרישום הערת אזהרה. 2. משכנתא ועיקול. 3. העדר 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 ומשכנתא. 4. פירוק שיתוף. **ו. סיכום.**

מבוא

חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 קובע כי הבעלות במקרקעין מגיעה עד רום רקיע ועד עמקי תהום.¹ מבחינת דיני הקניין, יכול היה בעל מקרקעין לבנות ללא הגבלה בתחומי בעלותו. אולם, חוק התכנון

* פרופ' חבר ומרצה מן המניין לדיני קניין במרכז האקדמי "פרס", שותף מיסד 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.

** אריק מגידיש, עו"ד במשרד פרופ' אבי וינרוט ושות'.

¹ סעיף 11 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

והבניה, תשכ"ה-1965 קובע, כי הבניה במקרקעין חייבת בהיתר מאת הועדה המקומית לתכנון ובניה.² היתר כאמור יינתן רק במקרה שרישיון הבניה המבוקש תואם לתכניות החלות על המקרקעין.³ תכניות אלה קובעות את היקף הבניה במקרקעין, לרבות תנאים או הגבלות בדבר גודל השטח שמותר להקים עליו בנין, בדבר המירווח מסביב לכל בנין ובדבר גבהו, בטיחותו או לטיבו של בנין בכל אזור או מקום מסוים, צפיפות הבניה המותרת, מספר הבניינים שמותר להקים על מגרש, מספר הדירות בכל בנין ומספר החדרים בבנין או בדירה.⁴ תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), תשנ"ב-1992 קובעות את הדרך לחישוב השטחים המותרים לבניה במקרקעין בהתאם לתכניות. התקנות קובעות מהו השטח הכולל המותר לבניה, בבנין פלוני, כסכום, במטרים רבועים, של השטחים המקורים בכל קומותיו, בין אם שטחים אלה נמצאים מעל פני הקרקע ובין אם הם מתחתיה.⁵ בהתאם לתקנות אלה, נקבעים בתכניות אחוזי הבניה בדרך של קביעת היחס בין היקף הבניה לבין שטח המקרקעין - על פי נוסחת "רח"ק" (רצפה חלקי קרקע).⁶ מבחינת דיני התכנון והבניה המשנה סדורה, על אף שאין הגדרה בחוק למונח "זכויות בניה", ולמדים על מהותו מאמירה אגבית של המחוקק לפיה בסמכות הועדה המקומית לקבוע בתכנית 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 הבניה היא קביעת השטח הכולל המותר לבניה במקרקעין. גם בחוק המקרקעין אין הגדרה של זכויות הבניה וההתייחסות אליהן היא אגבית.⁸ נמצא כי על אף שזכויות הבניה הן לעתים הרכיב החשוב ביותר בקביעת שוויים הכלכלי של מקרקעין,⁹ המחוקק לא מצא לנכון להסדיר בחוק את הגדרתן,¹⁰ סיווגן, מהותן ואופן העברתן.¹¹

קשה להגזים בחומרתה של לקונה זאת הגורמת לתקלות רבות. הקושי אינו פורמלי גרידא, ומתעורר קושי במישור המהותי בבחינת ההמשגה המשפטית להגדיר ולהכיל את זכויות הבניה. כתוצאה מכשל משפטי זה, נוצר פער בין הניתוח המשפטי לבין המציאות הכלכלית.

כשל זה גרם לכך שעסקאות בזכויות בניה לא ימצאו כל ביטוי במרשם המקרקעין. הפסיקה לא מצאה אפשרות משפטית לרשום הערת אזהרה בגין מכירת זכויות בניה ולמנוע עסקאות נוגדות ותאונות משפטיות, לשעבד זכויות אלו ולקבל בגינן מימון, לעקל זכויות אלו להבטחת הליכים

² סעיף 145(א) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

³ סעיף 145(ב) לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

⁴ ר"י סעיפים 63(4)-(5) ו-1169(1) לחוק התכנון והבניה.

⁵ ר"י סעיפים 3-4 לתקנות הנ"ל.

⁶ המונח "רח"ק" מגדיר את שטחי הבניה במגרש. לדוגמא: רח"ק 4 משמעו שהיחס בין שטח המגרש לבין שטחי הבניה המותרים בו הינו 4:1 (שטחי הבניה כולל שטחי שירות). בכל אזור מוגדר הרח"ק הבסיסי והרחק המירבי.

⁷ סעיף 62א(ג)4(ג) לחוק התכנון והבניה.

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

⁹ אין חולק כי עניין לנו בזכויות שערכן הכלכלי רב. ראו: ע"א 7156/96 שואעי נ' בכרך, פ"ד נג(1) 469, 476 (1996); ע"א 5043/96 גלמן נ' הררי-רפול, פ"ד נד(3) 389, 393 (2000); שמואל רויטל, דיני התכנון והבניה, 157 (סדן, מהדורה 6, 1989).

¹⁰ המונח זכויות בניה לא הוגדר בחוק המקרקעין או בתקנותיו. בית המשפט העליון הגדיר "זכויות בניה" כאפשרות לנצל את הקרקע לבנייה בהתאם לתכנית המתאר הרלוונטית. ראו: רע"א 2821/95 לוסיג נ' מייזלס, פ"ד נ(1) 517, 527 (1996) (להלן: "עניין לוסיג"); ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין רחובות, [פורסם בנבו] פ"ס 14 (6.12.2006) (להלן: "עניין ראדד"); ע"א 11965/05 עזבון המנוח מרדכי קליין נ' דוד שרון (2009) פ"ס 43 לפסק-דינה של השופטת נאור; ע"א 467/14 שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ (פורסם בנבו, 09.09.2015) (להלן: "עניין שטינברג") בו ציינה השופטת ברק-ארוז (פסקה 17) כי "המונח 'זכויות בניה' או 'אחוזי בניה' 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 בניה ואין התייחסות אליהן בחוק מלבד סעיפים 71א ו-71ב לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), הנוגעים לחלוקת זכויות בניה בין דיירים בבית משותף, וסעיף 62א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, הן בסמכות הועדה המקומית בנוגע לזכויות אלה.

משפטיים וכיו"ב.

במאמר זה נבקש למצוא המשגה משפטית נכונה לזכויות הבניה מזווית הראיה של דיני הקניין, ולראות בהן זכויות מעין קניינית 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. כתוצאה מניתוח משפטי זה, יש מקום לתת ביטוי במרשם המקרקעין לעסקאות בזכויות הבניה ולהביא ליישוב הסתירה הקיימת בין המשפט הרצוי והמצוי לבין המציאות.

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

א. קשיי המשגה

הזכויות המוכרות בדיון זה שלוש: זכויות אישיות יציר החוק (כגון זכות למזונות קטין); זכויות אובליגטוריות (חוזיות) וזכויות קניין המנויות בחוק המקרקעין. ברם, שלהלן נראה כי שלפי פסיקת בית המשפט העליון נמצא כי זכויות הבניה אינן נכללות לכאורה באף אחד מסוגי הזכויות הללו.

1. זכויות הבניה כזכויות אישיות

זכויות בניה הן אינן זכויות אישיות שהדין מקנה לאדם, כגון הזכות למזונות קטין, שהרי זכויות הבניה נקבעות על פי אזור ולא על פי זהות בעליו. זכויות הבניה משויכות למקרקעין ולא לבעל המקרקעין וממילא אינן זכות אישית.¹³

2. זכויות הבניה כזכויות אובליגטוריות

זכויות אובליגטוריות הן חלק מדיני החיובים, שבהם יש חיובים רצוניים (חוזים) וחיובים בלתי

¹² התייחסותנו במאמר זה הינה לממד האנכי של זכויות הבניה, שכן בממד זה אין בהענקת הזכות לגורם אחד כדי לבא על חשבון גורמים אחרים. לעניין זה ר' : מוטי בניאן ובעז ברזילי "זכויות בניה וסחירותן – היבטים קנייניים ושמאיים" **מקרקעין** 61 2/ב (2002); גד נתן וצחי טנא "מהותן הקניינית של זכויות הבניה" **מקרקעין** ח/4 53 (2009).

¹³ בעוד שזכויות בניה 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: א' לבונטין "זכות קניין – מהי? 384, 386 **משפטים** ט (תשל"ט). כך גם סעיף 45(ב) לחוק זכויות 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 שהינה זכות אישית, נותרת אצל היוצר.

רצוניים (נזיקין, עשיית עושר), אך בכל מקרה יש "זכאיי" 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 הבניה בהתאם לדין על פי שיקול דעתן ובהתאם לצרכי התכנון השונים אך לא מכוח מחויבות כלפי בעל קרקע ספציפי כלשהו. כך למשל, הלכה פסוקה היא כי כאשר הרשות יוזמת תוכנית משביחה אין לאדם זכות שהמקרקעין שלו ייכללו בתכנית זו.¹⁵ רשויות התכנון גם רשאיות לשנות תכנית קיימת, להגדיל או להפחית זכויות בניה ולשנות שימושים מותרים. רשויות התכנון אף רשאיות לקבוע שאין זכות לבנות בכלל. שיקול דעתן של רשויות התכנון חייב להיות ענייני ומשוחרר מכל מחויבות אישית, שתמנע החלטה בלתי תלויה לטובת האינטרס הציבורי.¹⁶

לכאורה ניתן היה לומר, כי על אף שרשויות התכנון אינן מחויבות לתכניות בניה קיימות ולזכויות הנובעות מהן, ניתן לזהות הכרה כלשהי בחיוב שלהן כלפי בעלי המקרקעין לנוכח החיוב שלהן לפצות את בעלי הקרקע בעת שינוי תכנית בהתאם לסעיף 197 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965. לכאורה, חובת הפיצוי מעידה על מעין זכות אובליגטורית של בעל המקרקעין כלפי רשות התכנון, שאם לא כן – מדוע היא חייבת לפצותו? מכאן ניתן היה להסיק לכאורה כי הרשות אמנם אינה כבולה בשיקול דעתה, אך הדבר אינו מלמד על היעדר זכות של בעל המקרקעין מלכתחילה אלא על הסדר הדומה להלכת ההשתחררות מחוזה רשות, לפיו לרשות יש מחויבות אובליגטורית אשר היא רשאית להשתחרר ממנה לנוכח האינטרס הציבורי, תוך שהיא מפצה את בעל הזכות החוזית. אולם, נראה שקשה לקבל גישה זו מחמת שלושה טעמים:

ראשית, אילו היה 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 מכח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. בפועל, סעיף 197 מחיל חובת פיצוי לא רק על נזקים ישירים שעלולים להיגרם לבעלי מקרקעין ע"י הפחתת אחוזי הבנייה הניתנים לניצול ביחס למקרקעין, אלא גם על נזקים עקיפים. כלומר, הפיצוי אינו מוגבל לפגיעה הנגרמת ע"י התכנית במישרין למקרקעין, ויש חובת פיצוי גם כשהנזק נובע מתחולת התכנית על מקרקעין סמוכים.¹⁷ חובת הפיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה אינה מתייחסת רק לבעל המקרקעין שהזכויות בהן שונו, אלא גם למקרקעין הגובלים בתכנית ואינם נכללים בה.¹⁸ כמו כן, הפיצוי אינו רק לבעלים אלא גם לחוכר לדורות ולמי שיש לו זכות אחרת שאינה מקנה זכויות בניה. שנית, בית המשפט העליון הבהיר בפסק הדין בעניין **פרחי ביקל**,¹⁹ כי בבסיס עקרון הפיצוי מכח

¹⁴ ראו: עניין **ביבי**, ה"ש 35, עמ' 501-502; עניין **מזרחי**, עמ' 680; ויסמן, **בעלות ושיתוף** עמ' 418; דויטש, **קניין עמ'** 665.
¹⁵ ראה לעניין זה: בג"ץ 9402/03 **בוכניק נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה**, פסקה 10 (פורסם בנבו, 18.3.2007); בג"ץ 6942/15 **רבקה בן משה נ' הוועדה הארצית לתכנון ולבניה של תשתיות לאומיות** (פורסם בנבו, 20.11.2016). כמו כן, ראה פסק דינה של השופטת נאור בעניין ע"א 36/11 **חברת דואר ישראל בע"מ נ' הפציבה שיכון ופיתוח בע"מ** (פורסם בנבו, 2015) (להלן: "**עניין חברת הדואר**"), לפיו זכות בנייה עתידית משקפת את הציפייה כי רשויות התכנון יעניקו היתר לבנייה נוספת על הקרקע אולם ציפייה זו אינה מבוססת על זכות משפטית. אין לאדם זכות קנויה כי רשויות התכנון יעניקו לו זכויות בנייה בעתיד. ממילא ציפייה שכזו, אשר התממשותה אינה ודאית כלל וכלל, אינה יכולה להיחשב לנכס. וראו עוד יהושע ויסמן **דיני קניין – חלק כללי** 370-378 (1993) והשוו: בר"ע 232/75 **אטבה נ' רצבי**, פ"ד (1) 477, 478 (1975); רע"א 134/88 **לוי נ' בקשור**, פ"ד מב(4) 198, 201-205 (1988); ע"א 9575/02 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' עסמאת בהאי**, [פורסם בנבו] בעמ' 8 (7.7.2010).

¹⁶ לעניין זה ראה: בג"ץ 30/51 **י. בלבן ו-3 אחרים נ' עירית ת"א**, ו 257 (1952); ע"א 4872/17 **המועצה המקומית זכרון יעקב נ' מאיר אפרת אחזקות בע"מ** (פורסם בנבו, 09.10.2018); אברהם וינרוט **חברות ממשלתיות – תחולת המשפט הציבורי עמ' 509** (הוצאת בורסי, 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**, (פורסם בנבו) פסקה 13 (31.12.2014).

¹⁹ ע"א 5958/15 **פרחי ביקל בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה - ראשון לציון** (פורסם בנבו, 15.12.2016).

סעיף 197 עומדת ההכרה בעיקרון של צדק חלוקתי, שלפיו הפרט אינו צריך לשאת לבדו בנזק שגורמת תכנית המביאה תועלת לכלל.²⁰ כלומר, סיבת הפיצוי אינה נובעת מכך שהרשות פגעה במחויבות שלה כלפי בעל הקניין להותיר על כנה תכנית קיימת, אלא מעקרונות של צדק חלוקתי. למעשה התשלום אינו מגיע מכיסה של רשות התכנון ובהתאם לסעיף 196 לחוק התכנון והבניה ולתוספת השלישית לחוק, בעת אישור תכנית חדשה חייבים בעלי מקרקעין הנהנים ממנה בתשלום היטל השבחה בשיעור של 50% מההשבחה שנגרמה למקרקעין בגין אישורה של תכנית. בהטלת "מס" זה טמון רעיון של צדק חלוקתי, לפיו בעלי המקרקעין שהתעשרו כתוצאה מפעולות הרשות ישתפו את הציבור בעושר שהפיקו מהתכנית. 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 המדובר בפיצוי של הרשות בגין הפרת מחויבות שלה כלפי בעל מקרקעין אלא ביצירת מנגנון שבו הרשות פועלת לעשיית צדק חלוקתי, כשהיא גובה 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 שעומד 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 על ידי תכניות שלא אושרו על ידה (ובכלל זה כאלה שהתנגדה להן), אשר אושרו על ידי הוועדה המחוזית או המועצה הארצית.²² בעניין **פרחי ביקל** הבהיר בית המשפט העליון כי ההצדקה לחיובה של הוועדה המקומית בתשלום פיצויים בגין נזקי תכניות מחוזיות וארציות נעוצה בכך שהוועדה המקומית היא הרשות שזוכה בתשלומי היטל ההשבחה המשולמים בגין התכנית. לו היה מדובר במחויבות אובליגטורית לא היה ניתן לחייב את הוועדה המקומית בפיצוי בגין מחויבות שהיא לא הפרה. אין זאת אלא, שעסקינן במנגנון של חלוקת עושר, ולא בפיצוי המעיד על זכות אובליגטורית. לרשות אין מחויבות כלשהי כלפי בעלי המקרקעין ולאלו אין כל זכויות אובליגטוריות כלפיה.

אכן, לפי מהלך חשיבה זה לא היה אמור להיות תוקף להסכם שבו צד אחד מעביר "זכויות" בניה למשנהו, שהרי הוא ממחה חיוב שעה שאין "חייב" והרשות מצידה לא חייבת כלום למישהו ספציפי.²³

²⁰ עע"מ 2775/01 ויטנר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה "שרונים", פ"ד ס(2) 230, 249 (2006); 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).

²¹ אהרן נמדר תכנון ובנייה – תכניות, מוסדות והליכי תכנון 52-54 (2015); דגן, עמ' 177.

²² אהרן נמדר "פיצויים על פגיעה במקרקעין לפי סעיף 197: חוקיות דרישת השיפוי של הוועדה המקומית" מקרקעין א/5, 3 (2002).

²³ לעניין זה ראו ע"א 496/93 פקיד שומה חיפה נ' משה סמו, פ"ד נ(4) 432: "מתן רישיון, בשונה מעסקת מתנה, אינו עיסקה דו-צדדית, כי אם פעולה מנהלית חד-צדדית, המהווה אחת מסמכויות הביצוע החשובות של המנהל (ראו ב' ברכה, משפט מינהלי (שוקן, כרך א, תשמ"ז). 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 הרלוואנטיים 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" (בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מז (5) 485, 496 (1993). ראו גם: י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (נבו, תשנ"ו) 691-692. השופט זמיר בבג"ץ 4806/94 ד.ש.א. **איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד נב(2) 193, 220 (1998) ציין 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 שהסובסידיה תהיה כפי שהייתה: לא תשתנה ולא תתבטל. 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, לא עסקינן בסובסידיה, אך ההיקף ברור שכן מדובר בשאלה של מדיניות (תכנונית) ואין לאדם זכות להיכלל בתוכנית משבחה (ראה ה"ש 15 לעיל). מצד שני, אם זה לא חיוב ואין זכות קנויה, למה קובע סעיף 197 לחוק התכנון והבניה שיש פיצוי בגין ירידת ערך, כאשר המדיניות משתנה? על מה מפצים אם זו לא זכות קניין ולא חיוב.

בפועל, ביחסים בין הצדדים יש תוקף להסכם של האחד להעביר "זכויות בניה" למשנהו. נראה כי משום כך סבר השופט עמית, בפס"ד **חברת הדואר**,²⁴ כי עסקינן בהמחאת חיוב, וגרס כי אפשר לראות את רשויות התכנון והבנייה כחייב שממנו ניתן לדרוש את קיום הזכות ולכן המסחר בזכויות אלו הוא בגדר של המחאת זכויות.²⁵ השופט עמית הבהיר כי על אף שזכויות הבניה טרם התגבשו באותו מקרה, "ניתן לטעון כי אם וכאשר הזכות תבוא לעולם, ניתן לראות את רשויות התכנון והבניה כ"חייב" שממנו ניתן לדרוש את קיומה של הזכות". ברם, שקביעה זו אינה מתכתבת לכאורה עם ההלכה הפסוקה לפיה "לגורמי הרישוי שיקול דעת לדחות בקשה לקבלת היתר בניה אף אם היא תואמת תכנית קיימת ותקפה"²⁶. דבריו של השופט עמית נתקלים בקושי כאשר עסקינן בניוד של זכויות ממקרקעין המצויים במקום אחד, למקרקעין המצויים במקום אחר. קשה על כן להגדיר את זכויות הבניה כזכות הנובעת מכח חוזה, שהרי זכויות הבניה לא נובעות מכוח הסכם שבו יש חייב, אלא מכוח מדיניות בלתי תלויה של רשויות התכנון.²⁷ זאת ועוד, אילו היינו עוסקים בהמחאת חיוב אזרחי, הפועל היוצא מכך היה שהנמחה רשאי היה להגיש הליך אזרחי לאכיפת החיוב כלפי החייב, וזאת אף אם החייב הוא רשות מנהלית. בפועל, לגבי זכויות בניה אי אפשר להגיש הליך אזרחי לאכיפת חיוב כנגד רשויות התכנון, ויתחייב הליך של עתירה מנהלית שכל שייבחן במסגרתה יהיה תקינות הליך קבלת ההחלטות, בלא שבית המשפט יבחן את ההחלטה לגופה.²⁸

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

3. זכויות הבניה – כזכות במקרקעין

עשרות שנים נטושה מחלוקת בשאלה האם יש להגדיר זכויות בניה כזכות קניינית.²⁹ חלפו שנים כה

²⁴ ע"א 36/11 חברת דואר ישראל בע"מ נ' הפציבה שיכון ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 3.9.2015) (להלן: "פס"ד חברת הדואר").

²⁵ השופט עמית הבהיר 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, תשכ"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 (תשנ"ג).

²⁶ ר' עז"מ 3192/14 גרנות נ' האגודה השיתופית רמת רזיאל (פורסם בנבו, 30.11.2015). רשויות התכנון אינן חייבות לתת רישיון לבניה גם כאשר יש זכויות על פי התכנון, וכך נעשה לעיתים כאשר בעל המקרקעין "הקדים נעשה לנשמע" והתחיל לבנות עוד לפני שקיבל היתר. למרות שמבחינה תכנונית הוא זכאי להיתר, אין הרשות מחויבת לכך, ולכן היא רשאית לשקול שיקולים של "הגנה על שלטון החוק" ולא להעניק את רישיון הבניה המבוקש. ראה למשל עז"מ 65/13 הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה נ' נאות מזרחי בע"מ (פורסם בנבו, 2013); ע"א 8626/06 פורמה נ' הועדה לבניה למגורים ותעשייה (פורסם בנבו, 2.4.2008).

²⁷ באשר לשאלה כיצד ניתן תוקף חוזי להתחייבות זאת, נראה לכאורה כי זו התחייבות למכור נכס עתידי שלא בא לעולם, וההתחייבות יכולה להתבצע על ידי המוכר לאחר שהוא עצמו ירכוש בעלות בנכס, דהיינו לאחר שזכויות הבניה ימומשו והנכס יבנה. כל שיש לקונה עד לאותה עת הוא זכות חוזית, מכוח ההתחייבות של המוכר, להעביר לו את הבעלות אם וכאשר הוא עצמו יקבל אותה. ויסמן, דיני קניין, חלק כללי עמ' 377 (תשנ"ו-1993);

Casner AMERICAN LAW OF PROPERTY vol. 4, 63 (ed., 1952);
Snell's Equity 82-83 (29th ed., 1990).

²⁸ זאת ועוד, במקרה של עסקאות נוגדות, אם חל חוק המחאת חיובים עניין לנו בשאלות של "שוק פתוח" (סעיף 4 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969). לעומת זאת אם עסקינן בזכות קניין הרי שביחס ל"עסקאות נוגדות" חל סעיף 9 לחוק המקרקעין או סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. הפתרון לפי כל אחת מהמערכות הנורמטיביות הללו עשוי להיות שונה. האם נכון יהיה לומר כי ביחס לעסקאות נוגדות בזכויות בניה יחול סעיף 4 לחוק המחאת חיובים? קשה לנו לקבל הנחה זו, שכן מדובר בזכות המתבטאת בסופו של יום במקרקעין, וממילא על פי פסה"ד בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385, 393-395 אמור לחול על כך סעיף 9 לחוק המקרקעין.

²⁹ אחדים סוברים כי זכויות הבניה הן בגדר של זכות קניינית [תאודור אורין "אחוזי בנייה – זכות קניינית" הפרקליט ל"ב 526 (1978)]; ג' נתן וצחי טנא "מהותן הקניינית של זכויות הבנייה" מקרקעין ח/4 53, 80 (2009). כך גם נטען כי

רבות ועם זאת הפסיקה לא הכריעה בשאלה זו.³⁰ הקושי להגדיר את זכויות הבניה כזכויות קנייניות התייחס לשני מישורים. זכויות קניין חייבות להתייחס למושא הקניין, כלומר לנכס. אם אין נכס - אין קניין בנכס. המישור הראשוני נגע על כן לשאלה הבסיסית, האם ניתן לראות בזכות בניה משום נכס. קיים קושי להגדיר את זכויות הבניה 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.³¹ על כן, אי אפשר לומר כי לאדם יש "זכויות בניה" כנכס העומד בפני עצמו ואינו בלוע בתוך זכות הבעלות בקרקע. מושא העסקה הוא אפוא הזכות במקרקעין ולא זכויות הבניה.

אך יתירה מזאת, פרופ' ויסמן עורר קושי מהותי מאוד מזווית הראיה הבאה: ככלל, לבעלים של מקרקעין יש זכות לנצל את המקרקעין עד רום רקיע,³² ואילו אחוזי הבנייה משקפים דווקא את תחומי ההגבלה שמטילה הרשות על היקף ניצול הזכות הקניינית במקרקעין.³³ נמצא כי אחוזי הבניה אינם ביטוי להיקף הבעלות אלא להיפך, הם ביטוי דווקא להיקף ההגבלה שמטילות רשויות התכנון על ניצול הבעלות לשם בניה. אכן, שיעורי הבניה במקרקעין משתנים בהתאם לדיני התכנון ומדיניות רשויות התכנון,³⁴ ושווי הקרקע עשוי להשתנות פלאים עקב הרגולציה השונה, אבל מבחינה קניינית לא השתנה דבר.³⁵ עסקינן אפוא ברגולציה מנהלית המגבילה את הזכות ולא בנכס. פרופ' ויסמן סבור על כן 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 הן אפוא הנכס ולא אחוזי הבנייה".³⁶

אף אילו ניתן היה לראות בזכויות הבניה משום "נכס" שעשוי להיות נשוא זכויות (להבדיל מגורם שרק מגביל את זכות הקניין) קיים קושי נוסף, להגדיר את אחוזי הבניה כזכויות קנייניות לנוכח העובדה

זכויות הבניה הינן בגדר של זכות מעין קניינית [ראה: מרדכי גלוסקה "זכויות בנייה – נכס עובר לסוחר" מקרקעין א/64 (2002) 44]. מוטי בניאן **דיני מקרקעין עקרונית והלכות** 166-167, 767 (מהדורה שניה, 2004) 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" (ויסמן, **בעלות ושיתוף**, עמ' 419).

³⁰ לסקירה של הפסיקה ושל התפתחותה בסוגיה ראו חנה שצ'ירקוב "זכויות בנייה – מגמות בפסיקה" מקרקעין 2/ (מרץ 2011) 1.

³¹ עמ"מ 2832/09 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה גבעתיים נ' בני אליעזר בע"מ (פורסם בנבו, 2011); עניין ארצי, ה"ש 35 לעיל, עמ' 504; ע"א 3260/11 ברכה נ' אפריקה ישראל להשקעות בע"מ, פורסם בנבו, 06.01.2015 (להלן: "עניין ברכה"); עניין לוסטיג, ה"ש 10 לעיל; ע"א 5043/96 גלמן נ' הררי-רפול, פ"ד נד(3) 389, פסקה 4 (2000); עניין שטרייכר, ה"ש 44 להלן, עמ' 467; ויסמן, **בעלות ושיתוף**, בעמ' 416. לדעה שונה, ראו: מוטי בניאן ובוועז ברזילי "זכויות בנייה וסחירות – היבטים קנייניים ושמאיים" מקרקעין ב/2 (2002) 61; מוטי בניאן ובוועז ברזילי "זכויות בנייה וסחירות – היבטים קנייניים ושמאיים (ב)" מקרקעין ב/6 (2003) 47.

³² סעיף 11 לחוק המקרקעין קובע כי הבעלות בשטח של קרקע מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע וכן בחלל הרום שמעליו.

³³ ויסמן, **בעלות ושיתוף**, עמ' 416.

³⁴ דיני התכנון ומדיניות רשויות התכנון מאפשרים ניצול המקרקעין בשיעור מסוים, המכונה רח"ק - רצפה חלקי קרקע - קרי גודל השטח המותר לבניה, דהיינו שטח הרצפה ביחס לשטח הקרקע שעליה מבקשים להקים את המבנה - FAR (Floor Area Ratio). גודל השטח המותר לבניה נמדד באחוזים משטח המקרקעין שעליהם בונים.

³⁵ יהושע ויסמן דיני קניין כרך שני: **בעלות ושיתוף** 416 (1997) (להלן: "ויסמן, **בעלות ושיתוף**"). במישור ההמשגה המשפטית קשה להגדיר את זכויות הבניה כזכות קניין, שכן עסקינן ברגולציה המגבילה את השימוש בקרקע ולא בזכות הקניין עצמה. ראה גם ע"א 51/87 ש. ארצי **חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני**, פ"ד מג(3) 489, 504 (1989) (להלן: "עניין ארצי"); "אחוזי הבנייה אינם זכות במובן המוחשי של הדבר אלא הם הגבלה ש"יורדת" על בעל המקרקעין מטעם הרשות". השופט אבנור בע"א 19/81 **ביבי נ' הורברט**, פ"ד לז(2) 497, 503-504 (1983) (להלן: "עניין ביבי") ציינה כי: "זכות זו אינה מקרקעין, ואין היא זיקת הנאה במקרקעין, כי אין היא כלולה בהגדרות של מונחים אלה... אחוזי בנייה הם הזכות הקיימת לבעל מקרקעין לפנות ולבקש היתר בנייה". כן ראה מ' בניאן **דיני מקרקעין – עקרונית והלכות**, עמ' 787 (להלן: "בניאן, **עקרונית והלכות**"); תאודור אורין "אחוזי בנייה – זכות קניינית" הפרקליט ל"ב 526 (1978).

³⁶ ויסמן, **בעלות ושיתוף**, עמ' 418.

שסעיף 161 לחוק המקרקעין קובע כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". חוק המקרקעין תשכ"ט-1969 מתייחס רק לחמש הזכויות של: בעלות, זכות קדימה, זיקת הנאה, שכירות ומשכנתא, ולא לזכויות הבניה.

בפסיקה ובספרות הוצעו מבחנים רבים לצורך הכרעה בשאלה אם זכות מסוימת היא קניינית או אובליגטורית.³⁷ אולם, המבחן הבסיסי הוא, האם הזכות תקפה כלפי כולי עלמא (In rem),³⁸ ומבוססת על זיקה בלתי אמצעית אל הנכס בלא תלות באישיותו של חייב מסוים.³⁹ זכויות הבניה אינן נופלות להגדרה זו, שהרי הן אינן נכס שניתן לרכוש בו זיקה בלתי אמצעית ללא תלות באחר, קרי - רשויות התכנון.⁴⁰ זאת ועוד, זכויות בניה אינן נכס עצמאי במנותק מהקרקע שאליה הן מתייחסות, ועל כן אינן יכולות לשמש נושא 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 הבניה משום חיוב חוזי שאינו עולה כדי מכירת נכס,⁴¹ על אף שניתן להגיע להסכמות חוזיות בדבר ניצולן של זכויות בנייה במנותק מהמקרקעין.⁴²

זכויות הבניה אינן "זכות במקרקעין" וגם אינן "נכס" נשוא חוק המקרקעין, שהרי עסקינן בדבר שלא בא לעולם. מדובר בנכס עתידי שהיווצרותו, אם בכלל, תלויה ברשויות התכנון. המקרקעין נשוא זכויות הבניה לא קיימים עד שייבנו.⁴³ זה כנראה פשר קביעתו של הנשיא ברק בעניין **שטרייכר** "נוטה אני לדעה כי אחוזי בנייה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי, ולא ניתן לראות בהם רכוש משותף הניתן

³⁷ להבחנה בין זכות קניינית לבין זכות אובליגטורית ביחס 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 ואח', פ"ד נב(4) 830, 817 (1998); ע"א 7553/14 רצון נ' מס הכנסה פקיד שומה (פורסם בנבו, 06.07.2015); ויסמן במאמרו "מושגי יסוד בדיני קניין - סקירה ביקורתית" משפטים יא 41, 72 (1981) (להלן: "ויסמן, מושגי יסוד") ציין כי "מספר ההגדרות לזכות הקניינית הוא כמספר החוקרים שעסקו בשאלה זו". וכן כתב "מהו המכנה המשותף הזה, שבהסתמך עליו שייכו זכויות שונות לאותה מסגרת, זוהי שאלה שאין עליה תשובה אחת. המכנה המשותף תלוי במטרות שאותן ביקשו להשיג יוצרי המסגרת הזאת. מכיוון שהמטרות שלשמן הוקמה מסגרת זכויות הקניין היו שונות, היה גם שוני במכנה המשותף שנבחר".

³⁸ ויסמן, מושגי יסוד, בעמ' 65; ע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 566, 571 (1954).

³⁹ זכויות הקניין מספקות, אפוא, את האינטרס להשיג ביטחון רכושי שאינו תלוי בשר ודם (מושגי יסוד בדיני קניין, בעמ' 66; דניאל פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכושיים של החיוב" דיני חיובים – חלק כללי 6 (דניאל פרידמן עורך, 1994)).

⁴⁰ לעיל עמדנו על כך כי מטעם זה עצמו גם אין לראות בהן כזכות אובליגטורית, ובהעדר "חייב" לא ברור כלל כיצד יכול בעל הזכויות להמחותן לאחר, שהרי נשאלת השאלה, מה הוא ממחה לצד ג' בהעדר זכות קנייה כלפי חייב כלשהו?

⁴¹ בית המשפט ציין בעניין **חברת הדואר**, ה"ש 15 לעיל, כי במידה מסוימת דומה הדבר לרכוש אשר הוצמד לדירה בבית משותף. במצב זה החלק המוצמד אינו מהווה יחידה עצמאית ולא ניתן להעביר את הבעלות בו בנפרד מהדירה שאליה הוצמד. ראה עוד לעניין זה ע"א 26/86 דר נ' גדרון, פ"ד מג(1) 75, 84-85 (1989); ע"א 2731/07 חמוד נ' חאג' (פורסם בנבו, 29.03.2009) (להלן: "עניין חמוד"). עם זאת, נקבע כי "בשלב האובליגטורי אין כל מניעה להתחייב ולהקנות חלק פיזי מסוים בנכס" (ראה: עניין חמוד, פס' 34; ע"א 664/81 הווארד נ' ארז, פ"ד לח(3) 301, 308 (1984); ע"א 272/86 הכרי נ' הכרי, פ"ד מב(2) 411, 416 (1988)).

⁴² ראו עניין **קאופמן**, ה"ש 47 לעיל, בו נמכרו זכויות הבנייה בגג בית משותף לצד שלישי אשר לא היה בעל זכויות באותו בית. בית המשפט קבע כי מדובר "בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין" וכי "התחייבות זו מתייחסת כאמור לגג הבניין ולזכויות הבנייה בו וכוללת תנאים, אשר אם יתממשו תיווצרנה למשיבים זכויות קנייניות במקרקעין הנדונים, קרי בדירות החדשות אשר תיבנינה על גג הבניין...". עד לביצוע הבניה אין המדובר בזכויות קנייניות אלא בהתחייבות חוזית. כמו כן ראו פסה"ד בעניין **קליין**, ה"ש 47 לעיל, שם הסכימו רוכשי דירות בבית משותף לוותר על זכויות הבניה העתידיות בבניין ולהותירן בידי החברה הקבלנית שממנה רכשו את הדירות. חברה זו נותרה ללא כל אחיזה בקרקע, שכן בית המשפט קבע כי המחסן שאליו הצמידה החברה את זכויותיה אינה מסוג כ"דירה". השופטת חיות קבעה על כן כי יש בכך משום "התחייבות חוזית בת תוקף שאינה ניתנת למימוש" ואשר יש לקיימה על דרך של ביצוע בקירוב.

⁴³ ראה ע"א 136/63 לווינהיים נ' שורצמן, פ"ד יז 1722 (1963); ע"א 239/79 גלבורט נ' הממונה על המרשם, לד (2) 807 (1980); עניין **ביבי**, ה"ש 35 לעיל; ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673 (1986); עניין **שטרייכר**, בעמ' 460-461; עניין **קליין**, בפסקה 44 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; אברהם וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד**, עמ' 377 (2016). מצד שני יש לציין, כי לכאורה אין קוהרנטיות בפסיקה בעניין זה, ובעוד שנקבע כי אחוזי הבניה בבית משותף אינם נכללים בהגדרת "רכוש משותף", הרי שרואים בהם נכס בעל ישות עצמאית בבעלות משותפת לכלל הבעלים במקרקעין.

להצמדה ליחידות דיור".⁴⁴ בדומה לכך קבעה השופטת חיות כי זכויות בניה אינן חלק מחלקיו הפיזיים של הבית המשותף.⁴⁵ הנשיאה נאור הבהירה סברה זו באופן חד בעניין **חברת הדואר** בקבעה, כי זכויות בנייה אינן נכס שניתן לרכוש בו זיקה בלתי אמצעית ללא תלות באחר.⁴⁶ הנה כי כן, בהמשגה המשפטית קשה להגדיר זכויות בניה כזכות קניינית. ברם, שראינו כי מתעורר קושי גם להגדיר את הזכות כאובליגטורית. מהי אם כן ההמשגה המשפטית המכילה את זכויות הבניה ומבהירה את מהותן?

ב. פער בין ההמשגה העיונית לבין המציאות

האניגמה העיונית בהמשגה של זכויות הבניה יוצרת פער בין הלכה לבין מעשה, שכן בפועל עסקאות בזכויות בניה הן שכיחות מאוד ובתי המשפט הכירו באפשרות להעביר זכויות בניה ולסחור בהן.⁴⁷ בכל הנוגע לשאלה האם זכויות הבניה הן בגדר של "נכס" נמצא כי בעוד שפרופ' ויסמן סבור כי זכויות הבניה אינן זכות אלא הגבלה, ואינן דבר העומד בפני עצמו אלא אינהרנטיות לזכות במקרקעין, הרי שבפועל נעשות עסקאות בזכויות בניה, כזכות ולא כהגבלה, וכן העסקאות בזכויות הבניה הן בדבר העומד בפני עצמו ולא כחלק אינהרנטי לזכות הבעלות במקרקעין. נמצא כי על אף שהתיאוריה רווחת ומושרשת הפרקטיקה אינה מתכתבת עמה. ודוק, גם אם מדובר במכירה של זכויות חוזיות, בגדר רכיב התנהגותי והתחייבות ביחס לאפשרות לנצל את זכויות הבניה, ההתייחסות של הפרקטיקה אל זכויות הבניה היא כאל נשוא עסקה עצמאי העומד בפני עצמו ואינו נכללות בזכות הבעלות. אפשר למכור את זכות הבעלות לפלוני ואת זכויות הבניה לאלמוני או להשאירן בידי הבעלים המקורי. המשפטן יקרא לכך "חווה התנהגותי", אך בפרקטיקה בפנינו נכס.

מציאות זו של הפרדה בין זכויות בניה לבין בעלות הביאה גם להשלכות מס, כאשר רשויות המס ממסות עסקאות אלה באופן נפרד. כך למשל, חוק מיסוי מקרקעין אינו מחיל את הפטור ממס שבח בגין מכירת "דירת מגורים" ביחס לזכויות הבניה הבלתי מנוצלות הכלולות בממכר, וכאשר נמכר נכס שיש לגביו זכויות בניה מעבר למבנה הבנוי עליו, יחול מס שבח בגין מרכיב זכויות הבניה.⁴⁸ מכאן,

⁴⁴ ע"א 10322/03 ישעיהו נ' שטרייכר, נט (6) 449 (2005) (להלן: "עניין שטרייכר").
⁴⁵ בית המשפט קבע כי זכויות הבניה אינן "דירה" ואף לא "רכוש משותף", כהגדרתם של מונחים אלה בסעיף 52 לחוק המקרקעין. על-כן יש קושי להשתמש לגביהן בטרמינולוגיה של הצמדה. ראה בהקשר זה ויסמן, **בעלות ושיתוף** עמ' 419. ראו גם עניין **ארצי**, עמ' 504. אחרים סבורים כי אחוזי הבנייה הבלתי מנוצלים מהווים נכס אשר מצוי בבעלותם המשותפת של כל בעלי הדירות בבניין. ראה מ' דויטש **קניין**, עמ' 665 (כרך א, תשנ"ז) (להלן: "דויטש, קניין"); **בניאן, עקרונות והלכות** עמ' 797; ע"א 432/83 **מזרחי נ' חביב**, מ (4) 680 (1986) (להלן: "עניין מזרחי").
אך נראה כי גם לשיטתם של אלה, זכויות הבניה אינן בגדר "רכוש משותף" כמובנו בחוק המקרקעין.

⁴⁶ פס"ד **חברת הדואר**, ה"ש 24 לעיל, בפסקאות 35-41 לפסק דינה של השופטת נאור.
⁴⁷ לעניין זה ראה: ע"א 11965/05 **עזבון המנוח מרדכי קליין נ' שרון** (פורסם בנבו, 27.08.2009) (להלן: "עניין קליין"); ע"א 3451/07 **קאופמן נ. כהן** (פורסם בנבו, 18.02.2010) (להלן: "עניין קאופמן"); עניין **שטיינברג**, ה"ש 10 לעיל; עניין **ראד**, ה"ש 10 לעיל; דפנה לוינסון-זמיר "היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים וזכויות בנייה עבירות" (TDR) משפטים לא 11, 90 (2000). בארצות הברית אף קיים מוסד המכונה "בנק לאחוזי בניה" המאפשר לרשויות המקומיות למכור אחוזי בניה למעוניינים, וזאת כדי לממן את הוצאותיהן של הרשויות המקומיות. באמצעות אחוזי בניה מפצה הרשות המקומית בעלי מקרקעין בגין הגבלות שהוטלו עליהם בניצול המקרקעין.

⁴⁸ בחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963 מוגדר המונח "זכות במקרקעין" כ"בעלות, או חכירה לתקופה העולה על עשרים וחמש שנים בין שבדין ובין שבישור לרבות הרשאה להשתמש במקרקעין, שניתן לראות בה מבחינת תכנה בעלות או חכירה לתקופה האמורה". בהתאם לכך, נקבע בעניין **ראד**, ה"ש 10 לעיל, 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 בהן נרכשות זכויות בנייה, למשל במסגרת עסקה חדשה בין מנהל מקרקעי ישראל לחוכר הקרקע המסווגות כ"מכירת זכות במקרקעין" ובקוטב הנגדי מצויות הקצאות של זכויות בנייה על ידי רשויות התכנון שאינן מסווגות כך ראו: ע"א 5476/91 **יצחק דובדבני ובניו נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, מיסים 1/71 (1995); ע"א 1550/94 **חברת הבונה בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, תל אביב (פורסם בנבו, 13.11.1995); 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**, מחוז באר שבע נ' קבוצת

שבמסגרת המכר נמכרו שני דברים: האחד הוא קרקע ו"דירת היחיד" הבנויה עליה, שבגינם יש פטור ממס, והשני הוא זכויות הבניה 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 לגביהם תכנית שהשביחה אותה והוסיפה להם אחוזי בניה.⁴⁹ משמע כי הממכר כולל גם אלמנט של זכויות בניה שאינן נכללות במקרקעין עצמם. אכן, אין להקיש מדיני המס לדיני הקניין אך מכיוון שהמציאות הכלכלית היא העומדת בבסיס דיני המס, נמצא כי בפנינו הכרה בכך שבמישור המעשי אלו עסקאות נפרדות, של בעלות במקרקעין לחוד וזכויות בניה לחוד. מה שבעיני התיאוריה הוא בלתי אפשרי - מתחולל במציאות. בעוד שפרופ' וייסמן סבור כי אין זה נכס המציאות מוכיחה כי הוא נכס חי וקיים.

זאת ועוד, בעניין **חברת הדואר** עמד בית המשפט על היבט נוסף, המצוי בפרקטיקה של העסקאות בזכויות הבניה. באותו מקרה מוצו כל זכויות הבניה על פי התב"ע הקיימת והעסקה נסבה על זכויות בניה 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. השופטת נאור ציינה כי זכות בניה עתידית משקפת ציפייה כי רשויות התכנון יעניקו היתר בהתאם לתוכניות 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. השופטת נאור מבהירה כי "הדין הישראלי מכיר בעסקה כזו. אולם הדין מבחין בין נכסים עתידיים ודאיים – דהיינו, שבהיתן אירוע מסוים בעתיד שהתרחשותו ודאית יתממש הנכס – לבין נכסים אשר אין ודאות כי יבואו לעולם 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 "ודאיי" שלה השלכות קנייניות של ממש".⁵⁰ בהעדר ודאות אין זו זכות קניינית או מעין קניינית אלא זכות אישית. מטעם זה הסיקה השופטת נאור, כי אין המדובר בנכס העשוי להיות נשוא זכות קניינית.⁵¹ ברם, שמטעם זה עצמו גם קשה להלום את המציאות העובדתית עם דיני החיובים, שהרי

עין צורים, פ"ד נו(3) 481 (2001); ע"א 4791/99 מנהל מס שבח תל-אביב-יפו נ' ס' אלון חברה להשקעות ובניו בע"מ, פ"ד נו(4) 810 (2001); ע"א 6382/99 אל זיו פרויקטים (1993) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, אזור מרכז, פ"ד נו(6) 266 (2002). אולם, יש לזכור כי הגדרת "זכות במקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין שונה מרשימת זכויות המקרקעין המפורטת בחוק המקרקעין. בעניין **שטינברג**, ה"ש 10 לעיל, ציין בית המשפט (השופטת ברק-ארז) כי זוהי הגדרה המתמקדת בפן הכלכלי של הזכות ומתאימה עצמה לתכלית הפיסקאלית של חוק מיסוי מקרקעין. הגדרה זו רחבה יותר מרשימת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין, בהיבטים מסוימים, וצרה יותר ממנה בהיבטים אחרים. על כן אין להקיש מכך לדין בסוגיות אחרות שבהן יש להכריע על פי הגדרת הזכויות בחוק המקרקעין: "מסקנת ביהמ"ש בעניין **רארד** נובעת מן ההגדרה המיוחדת של המונח "זכות במקרקעין" בחוק מיסוי מקרקעין ומתכליותיו של חוק זה - הטלת מס על הרווח הכלכלי הצומח מהזכויות בקרקע. ואכן, 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" (עניין **רארד**, בפסקה 20). בדומה לכך ציין בית המשפט בעניין **שטינברג**, ה"ש 10 לעיל, כי אין להקיש לסוגיה דנא מחוק ההתיישנות תשי"ח-1958 המבחין בין תקופת ההתיישנות ביחס ל"יתביעה במקרקעין" לבין תקופת ההתיישנות בשאינו מקרקעין כפי שמורה סעיף 5 לחוק ההתיישנות. הגדרה זו ופרשנותה קשורות לתכליותיו של חוק ההתיישנות שהן שונות מן הסוגיה דנא.⁴⁹ סעיף 196א לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.

⁵⁰ פס"ד **חברת הדואר**, ה"ש 24, בפסקה 44 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁵¹ לדעתה של הנשיאה נאור, ניתן להשוות את זכויות הבניה הבלתי 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 **אילן ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ**, פ"ד מד(2) 309, 327 (1990).

אם אין כאן נכס, אלא ציפייה בעלמא כלפי רשויות התכנון שאין לה בסיס משפטי, מהו נשוא ההתחייבות?

בכל הנוגע לשאלה האם זכויות הבניה הן בגדר של זכות קניין, אף אילו היה ניתן להגדירן כ"נכס", ראינו כי פרופ' ויסמן סבור שאין הן זכויות קניין,⁵² שכן לא ניתן למכור את אחוזי הבניה שניתנו בבניין אחד **לטובת בניין אחר**.⁵³ ברם, שעם השנים חל שינוי בתפיסה השוללת ניווד בזכויות והכרה במציאות שבה מתקיים מסחר בזכויות בנייה לשם "ניודן" למקרקעין אחרים.⁵⁴ זכויות בניה קיימות ועתידיות יכולות להיות מושא להסכמות חוזיות בדבר ניצולן ועבירותן לרבות במנותק מהקרקע.⁵⁵ הפרקטיקה יצרה מציאות של עסקאות מסוג זה ובית המשפט נתן מטבע הדברים תוקף משפטי למציאות הקיימת. כך למשל, בעניין **לב**, 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.⁵⁶ נראה אפוא כי במישור הפרקטי "מתנהגות" זכויות הבניה כנכס עביר.

בנוסף, מצינו פיצויים מכוח סעיף 197 לחוק התכנון והבניה בגין ירידת ערך שגרמו שינויים באחוזי הבניה כאשר הרשות מפצה לפעמים בגין הפקעה שביצעה, באמצעות הענקת זכויות בניה במקום אחר.⁵⁷ כך ציינה השופטת ברק-ארז בעניין **שטינברג**,⁵⁸ 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)".⁵⁹

נמצא כי זכויות הבניה הן בגדר מציאות שהמשפט מכיר בה ורואה בה נכס עביר, סחיר ובר פיצוי.

ציפייה אינה יוצרת קניין ופגיעה בציפייה אינה פגיעה בקניין כפי שנפסק בג"ץ 956/06 **איגוד הבנקים בישראל נ' שר התקשורת** (פורסם בנבו, 25.03.2007); בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה** פסקה 9 (פורסם בנבו, 20.09.2006). 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 בהיווצרותה היא התחייבות אובליגטורית בלבד ואין לה השלכות קניינות. זאת, בניגוד לעסקה בנכס עתידי "ודאיי" שלה השלכות קנייניות של ממש. בהעדר ודאות אין זו זכות קניינית או מעין קניינית.

⁵² **ויסמן, בעלות ושיתוף** עמ' 416.

⁵³ ויסמן ממשיל את הדבר להסדר לפיו נהג מכונית יקטין את מהירות נסיעתו ב-20 קמ"ש כדי שחברו יוכל לנהוג 20 קמ"ש מעל למהירות המרבית המותרת. ברם, שהדוגמא של ויסמן עשויה להיות נכונה ביחס לניוד זכויות מאזור לאזור ומתחם ("קו כחול") של תב"ע אחת למתחם של תב"ע אחרת. ברם, לכאורה אין המשל דומה בהכרח לנמשל בעת ניווד זכויות בניה באותו אזור עצמו, שכן צפיפות בניה נמדדת באזור מסוים ולא דווקא במגרש מסוים, ולכן הקטנת זכויות במגרש אחד מאפשרת לעיתים בניה נוספת במגרש הסמוך.

⁵⁴ צ'רבקוב **"זכויות בנייה – מגמות בפסיקה"** מקרקעין 2/ עמ' 6-9 (מרץ 2011); ראה עניין **רארד**, ה"ש 10 לעיל, בו נקבע כי מכירתן של זכויות בנייה בכוונה לניידן, זוהי מכירה של זכות במקרקעין לעניין חוק מיסוי מקרקעין, (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963 ראו גם: ע"מ 3030/03 **לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה באר שבע**, פ"ד נט(1) 851, 863-862 (2005).

⁵⁵ ע"א 5160/11 **נווה סער חברה לבניין והשקעות בע"מ נ' א.צ. ברנוביץ ובניו (1985) בע"מ** (פורסם בנבו, 11.2.2014); חוות דעתה של השופטת חיות בעניין **קליין**, ה"ש 47 לעיל; עניין **קאופמן**, ה"ש 47 לעיל; ע"א 2427/11 **מפעל חסד תורה נ' פליישמן** פסקה 14 (פורסם בנבו, 11.03.2014) (להלן: **"עניין פליישמן"**); ויסמן, **בעלות ושיתוף**, בעמ' 418.

⁵⁶ ע"מ 3030/03 **לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, באר שבע**, פ"ד נט(1) 851 (2004). בהמשך, הוכרה פרקטיקה זו אף בעניין **רארד**, ה"ש 47 לעיל, ובעניין **ברכה**, ה"ש 31 לעיל.

⁵⁷ רשויות מעדיפות לא אחת, לפצות את הבעלים באמצעות מתן אחוזי הבניה בחלקה אחרת ברחבי הרשות (בכפוף למגבלות) - על פני מתן פיצוי כספי. ראו, ע"מ 3030/03 **לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, באר שבע**, פ"ד נט(1) 851 (2004); דפנה לוינסון-זמיר **"היבטים חלוקתיים של שימור מבנים, דיני הפיצוי הראויים וזכויות בנייה עבירות"** (TDR) **משפטים** לא 11, 90 (2000).

⁵⁸ ראה ה"ש 10 לעיל בעמ' 11-12.

⁵⁹ עם זאת יש לזכור כי ככלל, ראוי שהקצאת זכויות בנייה תיעשה משיקולים תכנוניים בלבד הנוגעים למקרקעין שביחס אליהם הן מוקצות. ראו גם: לוינסון, זמיר **היבטים חלוקתיים של שימור מבנים**, בעמ' 68-71; מבקר המדינה דו"ח על הביקורת בשלטון המקומי, התש"ס-2000, דו"ח מס' 4, 120-122 (2000); מבקר המדינה דו"חות על הביקורת בשלטון המקומי לשנת 2010, 479-478 ו-499-497 (2011).

יש אפוא פער בין המשגה המשפטית לבין הפרקטיקה הנוהגת שהמשפט מכיר בה.⁶⁰

ג. כשלים מעשיים הנובעים מהעדר המשגה משפטית ראויה

העדר המשגה משפטית יוצר תוצאה קשה לא רק מבחינה עיונית, אלא גם מבחינה מעשית. כך למשל, פרופ' ויסמן הבהיר,⁶¹ כי לא ניתן לתת תוקף קנייני להתחייבות להעביר זכויות בניה 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 בבעלות על אחוזי הבניה. הסכמים שכאלה עשויים להוליד זכויות שאופיין חוזי גרידא". התוצאה היא, כי במקרה של עסקאות נוגדות כאשר בעל מקרקעין מכר את זכויות הבניה לפלוני ולאחר מכן מכר את הקרקע לאדם אחר, הרי שהשני רכש את הקרקע עם מלוא זכויות הבניה ואילו הראשון ייצא כש"ידיו על ראשו", משל לא קנה דבר. זו תקלה חמורה. אכן, בהעדר התאמה של הדין למציאות, נגרמות תקלות מעשיות בשורה של נושאים, שעליהם נעמוד להלן.

1. עסקאות נוגדות והעדר אפשרות לרישום הערת אזהרה

בהעדר הגדרה של זכויות הבניה כזכות במקרקעין, נפסק כי אי אפשר לרשום הערת אזהרה בגין עסקה של העברת זכויות בניה.⁶² נמצא כי לא זו בלבד שבמקרה של עסקאות נוגדות לגבי מכירת זכות בניה ימצא הרוכש וידיו על ראשו, אלא שתקלה משפטית זו היא בבחינת "פרצה הקוראת לגנב". העדר אפשרות לרשום הערת אזהרה "מזמין" תאונות משפטיות של עסקאות נוגדות, כאשר אדם מוכר את זכויות הבניה לשני גורמים שונים, או מוכר את המקרקעין בלי לספר לקונה כי את זכויות הבניה הסכים להעביר לשכנו.⁶³

בית המשפט הציע להתגבר על קושי זה בדרך עקיפין של הצהרה על חלקו של כל אחד מבעלי היחידות בבית המשותף לרבות בזכויות הבניה, ורישומה של הצהרה זו בתקנון הבית המשותף שאותו ניתן לרשום.⁶⁴ עניין זה נדון בעניין **שטרייכר**, בו התגלעו בעניין זה חילוקי דעות.⁶⁵ הנשיא ברק, בדעת רוב

⁶⁰ בעניין **שטיינברג**, ה"ש 10 לעיל, ציינה השופטת ברק-ארז "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".

⁶¹ ויסמן, בעלות ושיתוף, עמ' 419.

⁶² בית המשפט בעניין **שטיינברג** (השופטת ברק-ארז) נימק מסקנה זו בין השאר בכך ש"נוסחו של חוק המקרקעין אינו תומך לכאורה ברישום הערת אזהרה בגין זכויות בניה לפחות במצב השלישי של ניווד זכויות. סעיף 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 עצמם. ראו: ע"א 2590/90 **ניסים נ' דניאלי**, פ"ד מח(3) 846, 855 (1994); ע"א 643/14 **מנהל העיזבון יחזקאל שבו נ' ג'ראיסי**, פסקה 11 (פורסם בנבו, 27.5.2015). כמו כן, ציין בית המשפט העליון כי השיקול העיקרי בגינו אין להכיר באפשרות רישום הערת אזהרה בגין עסקה בזכויות בניה, היא על מנת 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). סעיף 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 ניתן יהיה לרשום הערת אזהרה בגינן.

⁶³ לגבי הפתרון של רישום הסכם שיתוף ראה אברהם וינרוט "**הסכם שיתוף שלא נרשם**" (בעקבות פסק הדין בע"א 48/16

דהאן נ' שמחון), **מקרקעין** יז (אפריל 2018), 47.

⁶⁴ עניין **שטיינברג**, פסקה 50, ה"ש 10 לעיל.

⁶⁵ עניין **שטרייכר**, ה"ש 44 לעיל.

(בהסכמת השופטת חיות), סבר כי זכויות הבנייה אינן בגדר "רכוש משותף" ולא ניתן להצמידן ליחידות בבית המשותף, כך שהעברתן בין הבעלים בבניין אינו יכול 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 על-ידי רישום של הערת אזהרה בפנקסי המקרקעין.⁶⁶

השופט ברק סבר כי ניתן לתת תוקף להסכמות החוזיות ביחס לזכויות הבניה, 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 הבניה, שכן מדובר ב"זכויותיהם וחובותיהם" 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 חיות בעניין **שטרייכר** ציינה כי עלולות להתעורר בעיות לא פשוטות שאין ברישום בתקנון כדי לפתור אותן.⁶⁷ כך למשל יתכן כי לאחד מן הבעלים במקרקעין יהיה אחוז מסוים מזכויות הבניה הבלתי מנוצלות אך הוא לא יוכל לנצל זכויות אלה בחלק שאותו הוא מחזיק פיזית בבית המשותף.⁶⁸ כמו כן, דרך עקיפין זו, של רישום העברת זכויות הבניה במסגרת תקנון הבית המשותף, אינה פתרון במקרים שבהם בעלי זכויות אחרים בבית המשותף אינם מסכימים לשינוי תקנון, או במקרים שבהם אין המדובר כלל בבית משותף.

הפתרון של רישום ההסכמות ביחס לזכויות הבניה בתקנון הבית המשותף אינו מעשי כאשר מניידים זכויות מקרקע המצויה ביחידה רישומית אחת, לקרקע המצויה ביחידה רישומית אחרת. בעניין זה יש לשים לב לכך שהסכם בדבר ניווד זכויות בניה אינו עשוי ממקשה אחת, ונוגע לשלושה מצבים שונים: (א) הסכם בין בעלי זכויות באותם מקרקעין הקובע את החלוקה של זכויות הבניה במקרקעין **ביניהם**; (ב) הסכם של בעלי זכויות באותם מקרקעין להעביר את זכויות הבניה שלהם **לצד שלישי**, אשר יבנה באותם מקרקעין; (ג) הסכם של בעלים במקרקעין להעברת זכויות הבניה כך שמימושן יהיה **במקרקעין אחרים**. השופטת ברק-ארז בעניין **שטיינברג**⁶⁹ העירה כי הפתרון של רישום העברת זכויות הבניה במסגרת של הסכם שיתוף או רישום בתקנון בית משותף קשה כאשר מדובר בהסכמים הנופלים לגדרם של המצב השני והשלישי, היינו כאשר אחד הצדדים אינו בעלים של זכויות במקרקעין. במצבים אלה, הפתרון של הסכם שיתוף יכול להיות אפשרי רק אם יוסכם גם על הקניית מעמד של שותף במקרקעין למי שרוכש את זכויות הבניה (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.

⁶⁶ השופט טירקל ציין כי אם אין המדובר בזכות קניינית נמצא כי לא חלות ההוראות המאפשרות לפרק את השיתוף בין בעלי המקרקעין בעת רישום הבית המשותף. ביחס לקושי זה ציין השופט ברק כי ההשקפה לפיה אחוזי בנייה אינם "רכוש משותף" לא 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 בנייה, להרחיב את דירתו ואף להוסיף דירות לבית המשותף. לעניין זה ראו איל זמיר "חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973" **פירוש לחוקי החוזים** 690 (ג' טדסקי עורך, התשל"ח).

⁶⁷ עניין **שטרייכר**, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

⁶⁸ ראה לעניין זה **בניאן, עקרונות והלכות עמ' 692**.

⁶⁹ עניין **שטיינברג**, הי"ש 10 לעיל.

2. משכנתא ועיקול

בהעדר אפשרות להגדיר את זכויות הבניה כזכות במקרקעין יימצא כי לא ניתן יהא לרשום בלשכת רישום המקרקעין משכנתא ביחס לזכויות הבניה. כמו כן, בהעדר הגדרה של זכויות הבניה כזכות אובליגטורית גם לא ניתן יהא לראות בהן "נכס" שניתן לרשום עליו מישכון ברשם המשכונות, שהרי סעיף 1 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967 מגדיר משכון כשעבוד של "נכס" כערובה לחיוב. המשמעות היא אפוא כי לא ניתן למשכן זכויות בניה ולהשתמש בהן כבטוחה. נמצאת "נועל דלת בפני לוויים", שהרי נותני אשראי לא יסכימו לתת אשראי על בסיס "בטוחה" זו. יתירה מכך, גם אם יסכים נותן אשראי להשתמש בזכויות הבניה כבטוחה להלוואתו, הרי שבהעדר רישום בלשכת רישום המקרקעין הוא מסתכן בכך שהבעלים יבצע עסקה נוגדת. העדר הרישום פותח פתח ל"תאונות משפטיות" גם בהקשר זה. בנוסף, בהעדר הגדרה של זכויות הבניה כזכות במקרקעין יימצא כי לא ניתן יהא לרשום הערה בדבר עיקול על זכויות בניה, והתוצאה היא שהבעלים יוכל לעקוף עיקול שהוטל עליו בבית המשפט.

3. העדר אפשרות לפירוק שיתוף

בפסה"ד בעניין **שטרייכר** ציינה השופטת חיות כי זכויות הבניה "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",⁷⁰ וממילא נמצא כי אין לכאורה מסגרת נורמטיבית המסדירה את פירוק השיתוף בזכויות אלה.⁷¹ המשמעות המעשית היא כפיית המשכו של שיתוף במקרקעין ביחס לזכויות בניה. זאת על אף שבעלות משותפת היא תופעה שאינה רצויה, וראוי לאפשר לכל שותף במקרקעין לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת כהוראת סעיף 37(א) לחוק המקרקעין.⁷²

נוכח הקשיים שמעוררת סוגיית זכויות הבניה הבלתי מנוצלות, ונוכח החשיבות שיש לסוגיה זו במציאות הכלכלית בתחום המקרקעין, ציינה השופטת חיות בעניין **שטרייכר**⁷³ כי "לא למותר להפנות את תשומת לבו של המחוקק לכך שקיים צורך בהסדר סטטוטורי מקיף בעניין זה, ואין די בהסדרה

⁷⁰ קושי נוסף נובע מן העובדה כי מדובר בנכס **עתידי** שטרם בא לעולם ושהיווצרותו, אם בכלל, תלויה ברשויות התכנון. הנשיאה נאור ציינה בעניין **חברת הדואר** כי זכות בנייה עתידית משקפת ציפייה כי רשויות התכנון יעניקו היתר לבנייה נוספת על הקרקע, אך "ציפייה זו אינה מבוססת על זכות משפטית ואין לאדם זכות קנויה כי רשויות התכנון יעניקו לו זכויות בנייה בעתיד". ממילא ציפייה שכזו, אשר התממשותה אינה ודאית כלל וכלל, אינה יכולה להיחשב לנכס. מטעם זה הסיקה השופטת נאור, כי אין המדובר בזכות קניינית. מכך נובע קושי להצמיד זכויות בניה שהרי כיצד ניתן להצמיד דבר שאינו רכוש משותף ואין בו זכות קניין.

⁷¹ לקושי זה כשלעצמו ניתן למצוא פתרון נורמטיבי באחת משתי הדרכים, שהציעה שם כבי' השופטת חיות. האחת, עשיית שימוש על דרך ההיקש בכלים שקבע המחוקק בהוראות לפירוק שיתוף בפרק ה' של חוק המקרקעין. דרך אפשרית שניה, היא היוזקות להסדר פירוק השיתוף הקבוע בסעיף 10 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. הסדר זה ניתן להחיל ב"דרך המלך", אם יימצא כי זכויות בלתי מנוצלות עונות להגדרת המונח "זכויות" שבסעיף 13 לחוק המיטלטלין, דבר שיש להסתפק רבות לגביו, שכן בע"א 2643/97 **גנז נ' בריטש קולוניאל חברה בע"מ** פ"ד נו(2) 385 (2003) קבע בית המשפט כי יש לבחון את נשוא ההתחייבות בהתאם למועד הגשמתה, ולא במועד עריכת ההסכם. במקרה של זכויות בניה נראה כי במועד מימוש הזכויות ובניה מכוחן יהיו אלו זכויות במקרקעין ולא מיטלטלין. 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 ככל שלא חל על המקרה ההסדר הספציפי שבסעיף 71 לחוק המקרקעין בדבר חלוקת זכויות הבניה לצורך הרחבת דירה בבית המשותף.

⁷² פירוק השיתוף מעודד בדרך כלל את המגמה הרצויה של פיתוח המקרקעין, בעוד המשך פיצול הבעלות מכביד על סחירות המקרקעין ופיתוחם. ראה לעניין זה סעיפים 29, 30, 31-36 לחוק המקרקעין. כמו כן, ראה דברי השופט לנדוי (כתוארו אז) בע"א 319/74 **רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין** ל (1) 454, 475 (1975).

⁷³ עניין **שטרייכר**, ה"ש 44 לעיל; עמ' 468. הנשיאה נאור הצטרפה לקריאה זו בסיום דבריה בעניין **חברת הדואר** (פסקה 51 לפסה"ד): "לאור הקשיים שעלו במהלך ערעור זה, כמו גם בפסקי הדין הקודמים בנושא, אין לי אלא להצטרף לקריאתה של השופטת א' חיות בעניין".

נקודתית בלבד של סוגיית חלוקת זכויות בנייה מקום שזו נדרשת לצורך הרחבת דירה בבית משותף.⁷⁴ אולם, חלפו שנים וקריאה זו לא נענתה. בהעדר הסדרה של המחוקק נראה כי יש וניתן למצוא פתרון באמצעות "כלי המשחק הקיימים".

ד. מעין קניין ("קניין עוברי")

השופט טירקל בפס"ד **שטרייכר**⁷⁵ סבר כי ניתן להגדיר את זכויות הבניה הבלתי ממומשות כ"זכות מעין קניינית". כאמור, באותו עניין התעוררה שאלה האם ניתן להצמיד זכויות בנייה ליחידות דיור ספציפיות בבית משותף. השופט טירקל קבע כי הדבר אפשרי, שכן זכויות הבניה אינן בגדר זכויות ערטילאיות המרחפות כביכול בחלל, אלא הן מעוגנות בקרקע מסוימת; אין להן חיות משלהן בלי הזכות בקרקע. זכויות אלו עוברות מיד ליד עם הזכות בקרקע, ומימושן יוצר תוספת למקרקעין הנעשית חלק מהן. משום כך, אי אפשר לראות את הזכויות הללו כזכויות חוזיות גרידא.⁷⁶ מצד שני, קשה לראות בזכויות אלו זכויות קנייניות, ואם כן כיצד ניתן להצמיד לדירה זכות שאינה זכות קניינית? השופט טירקל ביקש להשתמש בחידושו של השופט ברק בעניין **אהרונוב**,⁷⁷ בדבר קיומן של "זכויות שביושר נוסח ישראל". זכות הבניה נחשבות אף הן ל"זכות קניין שביושר", שתשתכלל לזכות קניין מלאה ורגילה לאחר שתבוצע בניה. השופט טירקל הגדיר על כן את זכות הבניה כ-"זכות קניינית בכוח", וכ"נכס עוברי" שיבשיל כדי זכות גמורה עם ביצוע הבניה ורישום הזכות שמומשה בלשכת רישום המקרקעין. מהמשגה משפטית זו הסיק השופט טירקל כי ניתן להצמיד את זכויות הבניה לאחת הדירות, תוך הטלת תשלומי איזון לפי סעיף 42(ב) לחוק המקרקעין⁷⁸.

השופט 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 דיור. השופט ברק לא קיבל את הגישה לפיה זכויות הבניה הן בגדר של זכות קניין שביושר, על אף שנעשה שימוש בכלי משפטי של "מעין זכות קניין" שאותו יצר הוא עצמו בעניין **אהרונוב**. נראה כי השופט ברק סבר שאין אפשרות להעצים את זכות הניצול העתידי של הקרקע ולהפכה לנכס מעין קנייני העומד בפני עצמו. הבניה שתתרחש מכח זכויות הבניה הבלתי 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 בניה אשר נרכשו בנפרד מהמקרקעין,⁷⁹ וקבע כי לא תיכון זכות כזו, שכן "במצבים אלה 'הנכס העוברי' הנתבע (זכויות הבניה) אינו עשוי 'להבשיל' לכדי נכס מקרקעין מוחשי שתובע הזכות עשוי לרכוש בו קניין מכוח היותו בעל זכות קניינית במקרקעין שממנה יונקות 'זכויות

⁷⁴ המחוקק תיקן את חוק המקרקעין במטרה לאפשר את הפרדת הבעלות בקרקע ליחידות מרחביות, תלת-ממדיות, שיהוו נושא נפרד לעסקאות ולזכויות. ראו הצעת חוק המקרקעין - תיקון מס' 33 (חלקה תלת-ממדית), התשע"ח 2018. בדרך זו ביקש המחוקק לאפשר רישום עסקאות רצונית ואף הפקעות ביחידות, המתבססות על תכניות מאושרות, ברבדים שונים של הקרקע - תת-הקרקע ומרחב הרום. בהתאם לכך ייתכן כי ניתן לקבוע שזכויות הבניה יוגדרו כזכויות קניין ביחידות העיליות במרחב הרום התלת-ממדי של המקרקעין.

⁷⁵ עניין **שטרייכר**, ה"ש 44 לעיל.

⁷⁶ וראו גם דבריו בע"א (ת"א) 410/73 **כהן נגד הלר**, תשלח (2) 512, 517-518; ע"א 8318/96 **קוצר נ' ציתאית**, נג (4) 849, 859-860 (1999).

⁷⁷ ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב**, נג (4) 199 (1999) (להלן: "עניין אהרונוב").

⁷⁸ עניין **שטרייכר**, ה"ש 44 לעיל; עמ' 462.

⁷⁹ עניין **ברכה**, ה"ש 31 לעיל.

הבנייה' את חיותן".⁸⁰ נראה כי ניתוח זה, השולל קיומה של זכות קניינית, שולל באותה מידה את הגדרת זכויות הבניה כזכות מעין קניינית וכנכס עוברי, שהרי בפנינו "עובר" שספק רב אם יבוא אי פעם לאוויר העולם.⁸¹

ברם, נראה כי בהקשר זה יש להבחין בין השאלה האם זכויות הבניה הן "נכס מקרקעין" כשלעצמו, לבין השאלה האם הן בגדר של "זכות קניין" נכס במובן זה שהם זכות במקרקעין אף שאינן נכס בעצמן. ככל שאנו שואלים האם דבר שלא בא לעולם הוא נכס, התשובה היא בפשטות בשלילה, כפי שציידד השופט ברק. לכן, לא ניתן להצמיד זכויות בניה ל"דירה" בבית משותף. לעומת זאת, התשובה שונה לגמרי כאשר השאלה היא האם זכויות הבניה הן בגדר של זכות משפטית במקרקעין והאם 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 בניה הם בגדר של זכות של מעין קניין, ניתן יהיה לטעון כי זו זכות במקרקעין וממילא ניתן לרשום הערת אזהרה ביחס לעסקה זו, גם אם זכויות הבניה הן אינן נכס בעצמן. בהקשר זה נראה כי יש להבין את שיטתו של השופט טירקל לאור פסק דינו בעניין **בן יקר גת**,⁸² בו ציין כי יש להרחיב את גבולה של זכות הקניין באופן 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" לגבי נתונה אך ורק לבעל הקניין.⁸³ השופט טירקל יישם בעניין זה את הגדרתו של ויסמן לזכות הקניין, לפיה "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".⁸⁴

ודוק, בעבר שררה הגישה הקלסית שכונתה "קניין **כריבנות**",⁸⁵ לפיה הקניין הוא מתחם השרירות של הפרט, שבו מסורה לו החרות לנהוג ככל שיעלה על רוחו, כאשר בידו להחליט מה יעשה בקניינו, בלא כל התערבות חיצונית שתבקר את סבירות החלטותיו והגיונו. על פי תפיסה זו, זכות הקניין נועדה להגן על הפרט מפני שלטון מתערב וכופה.⁸⁶ אולם, הגישה המודרנית יותר המכונה "הקניין

⁸⁰ בית המשפט ציין בעניין **ברכה** כי: "התביעה, במקרים מסוג זה, אינה מכוונת להיבט הקנייני ולהגנה על 'אינטרס הבעלות' של התובע במקרקעין, אלא לניצול הערך הכלכלי הגלום בזכויות הבניה בלבד".

⁸¹ נראה כי לכך כיוונה הנשיאה נאור בפס"ד **חברת הדואר**, ה"ש 15 לעיל, עת שהבהירה כי כאשר נקבע שזכויות הבניה העתידיות, אשר נרכשו במנותק מהקרקע לה הן משתייכות, אינן מהוות זכות קניינית ולא ניתן לרכוש בהן זכות קניינית, קל וחומר שלא ניתן לרכוש בהן זכות "מעין קניינית". זאת, שכן הכרה בזכויות מעין קנייניות במקרה זה "תעקוף" את הקביעה שזכויות הבניה העתידיות אינן ניתנות להעברה במנותק מהזכויות במקרקעין שאליהם הן מתייחסות.

⁸² ע"א 6291/95 **בן יקר גת חברה להנדסה בע"מ נ' הועדה המיוחדת לתכנון ולבניה מודיעין**, פ"ד נא(2) 825, 841-842 (1997) (להלן "עניין בן יקר גת").

⁸³ לעניין זה ראה י' זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 81, בעמ' 131-132 "המנהל 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...".

⁸⁴ י' ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, בעמ' 64-65.

⁸⁵ חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (רמות, 2005) עמ' 24-25 (להלן: "דגן, על פרשת דרכים"); עופר גרוסקופף "שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת" **משפט ועסקים** י 317, 327 (2009) (להלן: "גרוסקופף").

⁸⁶ Frank I. Michelman, Possession Vs. Distribution in the Constitutional Idea of Property 72 IOWA L. REV. 1319, 1329 (1987).

כמוסדות,⁸⁷ רואה בקניין מוסד משפטי שנועד **לשרת** מטרות חברתיות. לפי תפיסה זו, הקניין אינו מבטא רק זכויות אלא מהווה "מצע ליחסים של שיתוף ומקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי הקהילה (או החברה) בכללותה".⁸⁸ לפי תפיסה זו, אחריות חברתית אינה מהווה 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 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.⁸⁹ הווי אומר כי תפיסת הקניין כריבונות מקנה משקל מכריע לערך החירות של הפרט בעל הקניין, ואילו גישת הקניין כמוסדות כוללת בתוכה גם ערכים קהילתיים.⁹⁰ בעוד שגישת הקניין כריבונות רואה את האחריות החברתית **כחיצונית** לזכות הקניין ואף נוגסת בה,⁹¹ הרי שגישת הקניין כמוסדות רואה באחריות חברתית זו חלק **פנימי** מזכות הקניין,⁹² שכן זכות הקניין נובעת מלכתחילה מהסכמה חברתית, וזו מוגבלת מראש לתחומים שבהם היא משתלבת עם צרכי הכלל והפרטים האחרים הסובבים את בעל הזכות.

בהתאם להגדרת הקניין כריבונות נמצא כי ההגבלה המוטלת על ניצול הבעלות בהתאם לזכויות הבניה הנקבעות עפ"י דיני התכנון והבניה 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 והבניה הם הגבלה חיצונית של הזכות.

אולם, לפי הגדרת קניין כמוסדות נכון יותר לראות את הבעלות ככוללת **בתוכה** באופן מבני ואינהרנטי גם את החובה להתחשב בזולת ובצרכים סביבתיים של החברה. הקניין כמוסדות מחייב את הפרט להשתלב בתוך החברה, כאשר הוא במקביל נתרם מהתחשבות של הסביבה בצרכיו שלו, וממילא אין הבעלות כוללת מלכתחילה ניצול של הנכס באופן הפוגע בצרכים סביבתיים. בעל זכות הקניין במקרקעין אינו יכול לעשות בנשוא 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 תוך התחשבות באינטרסים של הכלל הקבועים בדיני התכנון והבניה ובמדיניות המאסדר. בהתאם לכך נמצא, כי זכויות הבניה אינן אלא ביטוי לבעלות בהתאם להגדרה של הקניין כמוסדות, שהרי בכל סוג של בעלות, הקניין אינו מעניק זכות מוחלטת, אלא מוגדר כהסדר חברתי, שבו הפרט נהנה מזכויות בכפוף לצרכי הכלל. נמצא כי זכויות הבניה הן אמנם תוצאה של הגבלה של הבעלות, אך מה שמותר **בתוך המסגרת**, שנתחמה ע"י אותה הגבלה, אינו אלא ביטוי לבעלות כזכות

⁸⁷ דגן, **על פרשת דרכים**, ה"ש 85 לעיל, בעמ' 37; גרוסקופף, ה"ש 85 לעיל, בעמ' 327.

⁸⁸ דגן, **על פרשת דרכים**, ה"ש 85 לעיל, בעמ' 52.

⁸⁹ ע"א 8622/07 **אהוד רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ** פסקה 63 (פורסם בנבו, 14.5.2012) (להלן: **"עניין רוטמן"**). לביקורת על תיאורית הקניין כמוסדות בכלל, ועל היקף החובה שראוי להטילה מכוח אחריותו החברתית של הקניין בפרט, ר' אלון הראל "קניין על פרשות דרכים: הערות ביקורתיות על ספרו של חנוך דגן קניין על פרשת דרכים" **עיוני משפט** ל 435 (2007).

⁹⁰ עניין **רוטמן**, ה"ש 89 לעיל, עמ' 61.

⁹¹ ר' דברי השופט חשין דנא 1333/02 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רענה נ' הורוויץ**, נח (6) 289 (2004) ביחס להוראת סעיף 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".
⁹² ראו דברי הנשיא ברק בע"א 5546/97 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אתא נ' הולצמן**, נח (4) 629, 650 (2001).

קניין התואמת את הגדרת "קניין כמוסדות", שבה הפרט משתלב עם הכלל. נמצא אפוא כי זכויות הבניה 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, בהתאם להגדרת הקניין כמוסדות, המחייב 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 בניה מדובר בבעלות תאורטית, שאינה מאפשרת שימוש והיא נטולת משמעות מעשית. אדרבה, זכות הבניה היא הביטוי שמאפשר להתייחס לממדים נוספים של הקרקע ולהחיל עליהם בעלות, תוך הבנה כי בעלות אינה בגדר של מתחם שרירות אלא מוסד חברתי המתכתב עם זכויות החברה וצרכיה.

משהותוותה הדרך לראות בזכות הבניה זכות הנכללת בגדרי הגדרת הבעלות, כזכות החיה בסביבתה 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 ורוחב 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 לפיה זכות הבניה מבטאת את הבעלות בהתאם להגדרת הקניין כמוסדות, ברור כי לא עסקינן במעין זכות, אלא בזכות ממש, שהרי זכויות הבניה הן אמנם תוצר של אסדרה, אבל במהותן הן ביטוי קלאסי לבעלות. ניתוח זה מאפשר ליצור גשר בין המציאות העובדתית והנורמטיבית לבין ההמשגה המשפטית⁹³.

ה. מן ההמשגה העיונית ליישום המעשי

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

1. עסקאות נוגדות והערת אזהרה

ראינו לעיל כי יש חשיבות רבה לרישום הערת אזהרה בדבר עסקה בזכויות בניה 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 כריתת ההסכם לבין מועד מימוש

⁹³ נראה כי רעיון זה ניצב בבסיס דברי השופטת נאור בעניין **חברת הדואר** ה"ש 24 לעיל, פסקה 33 "הטבעת תווית של "קניין" או של "חיוב" אינה צריכה להיעשות לפי שיקולים תיאורטיים ומופשטים, אלא בהתאם למציאות המשפטית-עובדתית של הזכות".

הזכות הקניינית.⁹⁴ רציונל זה נכון כהווייתו גם ביחס למכירת זכויות בניה, שכן בסוף ההליך יהיה בפנינו 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 בניה, שלב הביניים עלול להיות ארוך, וממילא נדרשת נחוצה אף ביתר שאת ההגנה שמספקת הערת האזהרה מפני עסקאות נוגדות. על הצורך לתת ביטוי במרשם המקרקעין לעסקאות בזכויות בניה - לית מאן דפליג.

המציאות גם מלמדת כי בפועל נרשמת הערת האזהרה כמעשים שבכל יום בכל התקשרות בין בעלי דירות בבית משותף לבין יזם, לפיו היזם ישפץ את הבניין ויוסיף שטח בנוי לכל דירה, בתמורה לזכויות הבניה לבניית דירות נוספות על גג הבניין מכח תמ"א 38⁹⁵. 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 לאור הניתוח דלעיל הרואה בזכויות הבניה זכות מעין קניינית במקרקעין. ניתוח המהות של זכות בניה, מאפשר לרשום הערה בדבר עשיית עסקה בהן בלשכת רישום המקרקעין.

במצבים שבהם בפנינו העברת זכויות שימושו באותם מקרקעין עצמם, בוודאי שבפנינו עסקה בזכויות בניה התקפה בהווה, שכן **כבר כעת** בפנינו אסדרה,⁹⁶ המבטאת את היקפה של הזכות הקניינית במקרקעין **בממד הגובה הפוטנציאלי שלהם**, כאשר אין מניעה עקרונית שבעל המקרקעין יפעל למימוש הזכויות לאלתר. בהקשר זה יש לזכור כי חוק המקרקעין תוקן והוא מכיר בממד הגובה של המקרקעין כנשוא רישום של זכויות. תיקון מס' 33 לחוק המקרקעין קובע כי ניתן לרשום במרשם חלקה תלת ממדית, הכוללת עסקאות ביחס לחלל הרום של המקרקעין.⁹⁷ מה שלא נבנה בחלל הרום, הוא בבחינת זכויות בניה לא ממומשות, ועם זאת ראה המחוקק לנכון לקבוע כי רשם המקרקעין יבצע רישום של חלקות תלת ממדיות בהתאם לתוכניות מאושרות. הבעלות בפועל תמומש כאשר תבוצע הבניה ותתבצע חלוקה רישומית של החלקה, כך שרישום בעלות נפרדת ביחס למה שנבנה, לא יסתור להוראת סעיף 13 לחוק המקרקעין. אולם, עד לאותה עת הערת האזהרה מודיעה לכל כי נעשתה עסקה כאמור. תיקון זה מאפשר רישום בעלות בזכויות בחלל הרום, משל בוצעה פרצלציה ביחס לממד הגובה.

מכיוון שיש לעסקה תוקף מעין קנייני מידי ביחס לממד הגובה של המקרקעין, קשה לראות סיבה שלא להכיר בזכות, גם אם מימושה עתידי ויבוא לידי ביטוי מוחשי רק לאחר מימוש הזכויות ע"י בניה 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 שניתן יהיה לבצע רישום על שם הקונה.⁹⁸

⁹⁴ עניין שטיינברג, ה"ש 10 לעיל.

⁹⁵ משרד המשפטים, אגף רישום והסדר מקרקעין אף קבע נוהל להסדרת רישום זה. ראו קובץ נהלי הרשות לרישום והסדר זכויות במקרקעין, עמ' 86.

⁹⁶ הדבר אנלוגי ל"רישיון מוניתי", המוגדר כ"קניין חדש" ומהווה נכס עובר לסוחר. אמנם, נכס זה ימומש רק אם בעל רישיון המוניתי ישיג גם רישיון נהיגה וישיג רכב, או ישתמש ברישיון המוניתי באמצעות הסכם עם בעל רכב כלשהו. עד לאותה עת, ובמיוחד אם יחלוף זמן רב, גם עלולה המדיניות להשתנות והרשות עלולה להפקיע את רישיון המוניתי שלו, או להסיר מגבלות שיהפכו את הרישיון האמור לחסר ערך כלכלי. לקניין החדש ראה מאמריהם הידועים של C.A. Reich "The New Property" 73 *Yale L.J.* (1964) 733; K.J. Vandeveldel "The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property" *A Property Anthology* (Cincinnati, ed. by R.H. Chused, 1993).

⁹⁷ ס"ח תשע"ט מס' 2764 מיום 19.12.2018 עמ' 80.

⁹⁸ רישום הזכויות מותנה במקרים אלה גם ברישום בית משותף, כך שהרישום לא יתנגש בהוראות סעיף 13 לחוק המקרקעין המונעות רישום בחלק ממקרקעין שאינו יחידה נפרדת.

עסקאות אלה נעשות לעיתים אף על-ידי מי שאינו בעל זכות קניינית בקרקע, כגון כשהמוכר הוא קבלן ב"עסקת קומבינציה" שטרם השלים את רכישת הקרקע.⁹⁹ במקרה זה רוכש הדירה עושה עסקה עתידית, כשהוא רושם בינתיים הערת אזהרה, ויקבל את הבעלות בנכס רק לאחר שהקבלן יסיים את הבניה, ישלים את חיוביו לפי הסכם הרכישה מהבעלים, וירשום את הבניין כבית משותף. נראה כי הוא הדין ביחס למי שמוכר זכויות בניה. הרוכש יוכל לרשום הערת אזהרה כאשר את הבעלות בנכס מוחשי יקבל לאחר שהזכויות תמומשנה ויבוצע רישום במרשם הבתים המשותפים. אכן, במקרה של רכישת "דירה על הנייר" מוסכם שהרוכש יקבל חלק מהקרקע, אך הוא הדין ביחס לרכישת זכויות בניה, שהרי הרוכש עושה עסקה מידית לרכישת חלק מממד הגובה של הקרקע, והוא יממש את זכותו כאשר ממד זה יקרום טיח ולבנים ותסתיים הבניה. נראה כי עריכת הסכם להעברת זכויות בניה כמוה כהסכמה להעברת חלק מממד הגובה של הבעלות וממילא נכון יהיה להגן על זכות זו באמצעות רישום הערת אזהרה, עד למועד בו יממש הרוכש את זכויות הבניה, יבנה וירשום את זכויות הבעלות על החלק הבנוי.

בהקשר זה נראה כי יש להתמודד עם הקושי שעליו עמד בית המשפט בעניין **שטיינברג** עת שציון 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"¹⁰⁰. השאלה היא, האם בעת מכירת זכויות בניה, נמכרה זכות **במקרקעין** נשוא הערת האזהרה? נראה לנו כי מכיוון שהקניית זכויות בניה היא בגדר של הקניית זכות מעין קניינית במקרקעין, הרי שבפנינו 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 ביחס לעסקת מכירת זכויות בניה שתנוידנה ממקרקעין של המוכר למקרקעין אחרים של הקונה. בעניין **שטיינברג**, ציינה השופטת ברק-ארז כי רישום הערת אזהרה על עסקה מסוג זה נתקלת בקושי לשוני ובקושי מהותי. למסקנה זו היתה השלכת רוחב, שכן משנוצר קושי ברישום הערת אזהרה ביחס למקרה של ניווד זכויות מקרקע אחת לרעותה, נמצא כי המרשם לא יוכל לשקף את מצב הזכויות הנכון ביחס לזכויות בניה. מכאן הסיקה השופטת ברק-ארז כי נחלשת ההצדקה להכרה ברישום הערת אזהרה גם בגין עסקה למכירת זכויות בניה שימומשו באותם מקרקעין עצמם (במקרה של הסכם בין בעלי זכויות באותם מקרקעין להעברת זכויות הבנייה ביניהם, או הסכם של בעלי זכויות להעביר את זכויות הבנייה שלהם לצד שלישי, אשר יבנה במקרקעין אלו). על כן, קבע בית המשפט כי לא ניתן יהיה להגן על העסקה באמצעות רישומה של הערת אזהרה, וזאת 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 בניה ממקרקעין למקרקעין יאפשר לפתור את הקשיים שהעלה בית המשפט בעניין **שטיינברג**. לאור פתרון זה יהיה ממילא מקום להגיע לתוצאה המיוחלת המאפשרת רישום הערת אזהרה בכל המקרים.

הקושי הלשוני היה סעיף 126 לחוק המקרקעין קובע כי תירשם הערה על עסקה שבה התחייב בעל הנכס "לעשות בהם עסקה, או להימנע מעשות בהם עסקה". המילה "**בהם**" אינה מאפשרת

⁹⁹ ראה לעניין זה: ע"א 205/83 חובני נ' דיקלה חברה לבנין והשקעות בע"מ ואח', מא (3) 096 (1987); ע"א 813/85 נחשון נ' שי, פ"ד מב(1) 340 (1988); אברהם וינרוט דיני קניין – פרקי יסוד, עמ' 271 (2016).

¹⁰⁰ עניין **שטיינברג**, ה"ש 2 לעיל, פסקה 42 לפסק דינה של השופטת דפנה ברק-ארז.

לכאורה לרשום הערת אזהרה בגין זכויות שיוקנו בקרקע אחרת.¹⁰¹ בית המשפט ציין כי "לפי פשוטו של הסעיף, הערת אזהרה תירשם רק על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין עצמם".¹⁰² ברם, נראה להציע מחשבה חדשה, לפיה עסקה לניוד זכויות בניה אינה עוסקת בהעברת הזכויות מקרקע א' לקרקע ב', שהרי כפי שציננה השופטת נאור בעניין **חברת הדואר**,¹⁰³ אי אפשר להעביר זכויות בניה מקרקע לקרקע, אלא אם מדובר בנטילה על-ידי רשויות התכנון של זכויות הבנייה מנכס אחד ובהקצאתן של זכויות בנייה אחרות לנכס אחר. על כן נראה שלא זו מהותה של העסקה ולא עסקינות בהמחאת חיוב כלפי מי שאינו חב כל ועיקר. משמעותה של עסקה לניוד זכויות בניה היא זו: כדי שניתן יהיה לאפשר בניה בהיקף מסוים בקרקע א', מסכים בעל קרקע ב' הסמוכה, לצמצם את הבניה בשטחו. הסכמה זו מאפשרת את הגדלת זכויות הבניה במגרש אחד בלי להגדיל את הצפיפות הכוללת באזור כולו. העסקה היא אפוא כי בעל המגרש הסמוך מתחייב שלא להתנגד לכך שזכויות בניה רבות יוקצו למגרש אחד בלבד, על אף שמשמעות הדבר היא כי במגרש שלו - לא יוכל להגיע להיקפי בניה דומים. בהתאם לכך עדים אנו במקרים רבים למגדל המתנשא אל-על ולידו מגרשים שבהם בניה מרקמית נמוכה או אף גינה או בניין ציבורי נמוך. הניוד של הזכויות מבטא אפוא הסכמה של בעלי המקרקעין הסמוכים **שלא** לנצל את הבעלות ברום הגובה של מקרקעיהם.¹⁰⁴

הנה כי כן, מקום שבו בעל זכויות במקרקעין מוכר את זכויות הבניה, יש לראות בכך התחייבות של המוכר שלא לממש את זכויות הבניה במקרקעין שלו עצמו, ולא להתנגד ל"שאיבת" הזכויות ע"י הקצאתם למגרש סמוך. ממילא, אף אם התוצאה תהא שתתאפשר הגדלת זכויות בניה שימומשו בקרקע אחרת, מדובר בעסקה במקרקעין אלו עצמם, שביחס אליהם יש התחייבות של הבעלים שלא למצות בהם את זכויות הבניה. הבנה זו של העסקה מאפשרת אפוא לראות בה מבחינה לשונית כעסקה במקרקעין עצמם כך שאין קושי לשוני לרשום הערת אזהרה ביחס 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 הבניה. אולם, כאן יש לעמוד על הבחנה חשובה לפיה בעקבות ההתחייבות שלא לנצל את זכויות הבניה מצד בעל המקרקעין הוא מנוע מלעשות עסקה בזכויות הקניין שלו במקרקעין באופן שלא יכלול הגבלה על ניצול זכויות הבניה כאמור. אלמלא הגבלה זו, היה הקונה יכול לנצל את זכויות הבניה שכבר נמכרו לאחר ולבנות על המקרקעין שקנה שטחים שבהם יהפוך לבעלים. ההתחייבות להימנע מכך היא הימנעות מעשיית עסקה מסוימת במקרקעין אלה.

הווי אומר, בהתאם להבנה זו, יש לומר כי בפנינו התחייבות הנוגעת **למקרקעין אלו עצמם** שלא לנצלם בממד הגובה שלהם. ממילא נפתר הקושי הלשוני שהועלה בפס"ד **שטיינברג**, הנובע מן המילה "בהם" בסעיף 126 לחוק המקרקעין, שכן סעיף 126 לחוק המקרקעין מאפשר לרשום הערת אזהרה לא רק

¹⁰¹ ראו גם עניין **חברת הדואר**, הי"ש 15 לעיל.

¹⁰² ראו: ע"א 2590/90 **ניסים נ' דניאלי**, פ"ד מח(3) 846, 855 (1994); ע"א 643/14 **מנהל העיזבון יחזקאל שבו נ' ג'ראיסי**, [פורסם בנבו] פסקה 11 (27.5.2015); אוריאל רייכמן "הערת האזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" **עינוי משפט** י 297, 298-299, עמ' 317 (1984); מיגל דויטש **קניין** כרך ד', עמ' 41 (2007).

¹⁰³ עניין **חברת הדואר**, הי"ש 15 לעיל.

¹⁰⁴ 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 בניה נוטל חלק מממד הגובה של בעלותו ומעבירו לאחר. ואכן, מבחינה כלכלית דעת לנבון נקל, כי השווי של המקרקעין לאחר ניוד הזכויות משתנה בהתאם לעסקה כך שערך המקרקעין המוגבלים יורד וערך המקרקעין שאליהן נודו הזכויות עולה בהתאם.

בגין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, אלא גם בגין התחייבות "להימנע מעשות בהם עסקה".

2. תפקידי רשם המקרקעין

בית המשפט בעניין **שטיינברג** עמד על קושי פרקטי וציין¹⁰⁵ כי "השיקול העיקרי שבגינו אין להכיר באפשרות של רישום הערת אזהרה בגין עסקה הנעשית בזכויות בניה, נוגע לתפקידו 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 שיפוטי¹⁰⁶. 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 ועלולות בסופו של דבר לפגוע ביעילות המרשם. בית המשפט ציין, כי אם נשווה בדעתנו מצב שבו נרשמה הערת אזהרה לגבי ניווד זכויות בנייה לפי תוכנית מסוימת, משמעות הדברים תהא שבכל מקרה אשר בו תיעשה עסקה נוספת לגבי ניווד זכויות בנייה, למשל על-פי תכנית אחרת שנכנסה בהמשך לתוקף, עשויה להתעורר השאלה האם העסקה השנייה מתיישבת או בלתי מתיישבת עם העסקה הקודמת. 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). כל בקשה לרישום הערת אזהרה נוספת בנוגע להתחייבויות הנוגעות לזכויות בנייה (למשל בעקבות קבלתה של תכנית חדשה) תדרוש מרשם המקרקעין לבחון את הוראותיהן של התוכניות השונות ולהכריע באשר לאופן שבו יש ליישבן זו עם זו. מדובר בהכרעות שהן שיפוטיות מטבען אשר אינן חלק ממומחיותו של רשם המקרקעין. הידרשות להכרעות מסוג זה עלולה להוביל לעיכובים, וזאת בניגוד למהות הבסיסית של רישום הערת אזהרה, שאמורה להיות הליך פשוט". בית המשפט הציע על כן, כי ברשות המקומית, שבה נבדק היקף הזכויות, יתנהל גם רישום אודות עסקאות בזכויות בניה. בית המשפט ציין כי אכן כיום אין מרשם שכזה, אולם, המליץ לבחון הקמת מרשם כאמור. ברם, חלפו מספר שנים מעת שניתן פס"ד **שטיינברג** ולא נעשתה כל פעולה להקמת מרשם שכזה אצל רשויות התכנון. בנוסף, 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 והבניה. גם אין זה סביר כי קונה יצטרך לחפש אצל רשויות התכנון רישום בדבר עסקאות נוגדות ביחס לזכויות, 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 הבניה ולא צריכה להיות מניעה פרקטית שמחמתה לא יוכל הרשם לרשום הערה כאמור. זאת מכיוון שהערת האזהרה אינה מכריעה בטיב העסקאות שנעשו ביחס לזכויות הבניה במקרקעין, אלא מהווה "תמרור אזהרה" בלבד כי נעשו עסקאות ביחס לזכויות הבניה. המעיין במרשם המקרקעין ורואה הערה בדבר עסקאות שנעשו בזכויות הבניה - 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 בניה אינה

¹⁰⁵ פס"ד שטיינברג, ה"ש 2 לעיל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ברק ארז.

¹⁰⁶ ראו: רע"א 7060/12 **מדינת ישראל נ' Unitet Israel Appeal inc**, פסקה 8 (פורסם בנבו, 30.04.2015); מיגל דויטש קניין כרד ד', עמ' 25 (2007); ; אוריאל רייכמן "הערת האזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות" **עיוני משפט** י' 297-298, עמ' 327 (1984).

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 לא מכריעה בשאלות אלו, נראה כי לא נדרשת כל הכרעה ערכית מצד רשם המקרקעין בבואו לקבוע כי יש לרשום הערת אזהרה ביחס לזכויות הבניה. על כן, מן הראוי לקבוע שהרשם ירשום הערות אזהרה ביחס לעסקאות בזכויות בניה, ובכך יעשה מלאכה מנהלית טכנית ולא יידרש להכרעות שיפוטיות. הרשם לא ייכנס לשאלה מה טיב הזכויות שנמכרו, או האם בכלל קיימות זכויות כאלה על פי תכנית, 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 המקרקעין יבדוק הרוכש את שאלת קיומן של עסקאות הנוגעות לזכויות הבעלים (לרבות לגבי ניצול ממד הגובה של הבעלות במקרקעין) אצל הנהנה מהערת האזהרה יברר מה טיב הזכויות שרכש, ואצל רשויות התכנון יברר מה טיב הזכויות שנותרו במקרקעין. נראה כי פתרון זה הוא מעשי, שכן כך נעשים הדברים ממילא לגבי שורה של נושאים שלגביהן נרשמת הערה¹⁰⁷ בלא פירוט לגבי תוכן ההערה ומשמעויותיה, ובלא שנגרם מכשול כתוצאה מכך. ודוק, רשם המקרקעין לעולם לא ירשום זכויות בניה ככס, אלא רק ירשום הערה בדבר ההתחייבות לגביהן, והיישום של הזכויות ייעשה בגמר הבניה בעת שניתן יהיה לרשום בעלות "פשוטה" בשטח בנוי. הדבר אנלוגי לרישום הערות אזהרה לטובת רוכשים בעסקת קומבינציה, שימושו ויגיעו לכלל רישום בעלויות לאחר שתבוצע בניה, ויוסדרו יחידות רישום נפרדות לדירות החדשות שנבנו על המקרקעין.

3. עיקול ומשכנתא

הניתוח המשפטי לפיו יש לראות במכירת זכויות הבניה כעסקה בממד הגובה של הבעלות במקרקעין מאפשרת גם לרשום עיקול והערה בדבר משכנתא ביחס לזכויות אלה. המשכנתא עצמה תירשם לאחר מימוש זכויות הבניה והוספת בעלות נפרדת בממד הגובה. נמצא כי בעלות בשטח נוסף זה היא נשוא עסקת המשכנתא ואילו ההערה הנרשמת בשלב שבו טרם נוצלו זכויות הבניה מתייחסת לקיומה של התחייבות לרשום משכנתא לאחר מימוש הזכויות וביצוע הבניה. רישום זה מאפשר למשכן זכויות בניה ולהשתמש בהן כבטוחה. ומונע סיכון שהבעלים יבצע עסקה נוגדת. הוא הדין ביחס לעיקול

¹⁰⁷ 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 (סעיף 126 לחוק המקרקעין); **ב. הערה על הצורך בהסכמה** – הערה על צורך בהסכמת צד ג' לביצוע עסקה (סעיף 128 לחוק המקרקעין); **ג. הערה על הגבלת כשרות** – יידוע הציבור כי כשרותו המשפטית של בעל זכות במקרקעין נשללה או הוגבלה (סעיף 129 לחוק המקרקעין); **ד. הערה על פי צו בית משפט** – הערה לפי שיקול דעתו של בית המשפט (סעיף 130 לחוק המקרקעין); **ה. הערה על מקרקעי יעוד** – הערה המעידה על אופי המקרקעין כמקרקעי יעוד (סעיף 109 לחוק המקרקעין); **ו. הערה על ביטול הרשאה** – הערה על ביטול רשות שנתן בעל המקרקעין או הערה על סיום יחסי שליחות שיצר ביחס למקרקעין (תקנה 26 לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום)); **ז. הערה בדבר יעוד מקרקעין** – הערה המפרטת את השימוש שנקבע למקרקעין (תקנה 27א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום); **ח. הערה על קיומו של מקלט או מחסה** – הערה המבהירה כי המקרקעין או חלק במקרקעין נועד לשמש מקלט או מחסה ציבורי (תקנה 28א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום), התשי"ל-1970); **ט. הערה בדבר אי התאמה** – הערה זו תירשם כאשר יש אי התאמה בין הבניין לבין היתר הבנייה (תקנה 29א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום); **י. הערה על נכסי הקדש ציבורי** (תקנה 30א) לתקנות המקרקעין (ניהול ורישום); **יא. הערה על קיום נאמנות** – הערה אודות קיומה של נאמנות. עם רישום הנאמנות, כוחה תקף כלפי כולי עלמא (סעיף 4 לחוק הנאמנות); **יב. הערה בדבר מינוי אפוטרופוס** (תקנה 10א לתקנות הכשרות המשפטיות והאפוטרופוסות) (סדר הדין וביצוע); **יג. הערה על פיגורים בתשלום מיסים** (סעיף 86 לפקודת הסדר זכויות במקרקעין).

המאפשר למנוע טרנסקציות בזכויות הבניה כזכות קניינית שתמומש בממד הגובה של המקרקעין.

4. פירוק שיתוף

אנו צועדים כברת דרך ארוכה עם שיטתו של השופט טירקל, בכך שאנו רואים בזכויות הבניה זכות מעין קניינית במקרקעין. עם זאת, לא נראה שנכון לומר כי עסקינן בנכס בפני עצמו. זכויות הבניה הן זכויות בממד הגובה של המקרקעין, והן תתממשנה לכלל נכס במובן הפיסי בעתיד בעת שתסתיים הבניה. אולם, הן לא בגדר של נכס עצמאי בהווה כל עוד שהבניה לא בוצעה. בהתאם לכך נראה כי אפשר אמנם לרשום הערת אזהרה בדבר עסקה **עתידי** במקרקעין, אבל כל עוד שהבעלות העתידי לא נרשמה, נמצא כי בעל זכויות הבניה אינו בגדר "שותף" במקרקעין, קרי, אינו בעל זכות רשומה בהן. לכן, לא תהיה לו זכות לדרוש פירוק שיתוף במקרקעין, בהתאם להוראת סעיף 37 לחוק המקרקעין. בכך אין כל דבר יוצא דופן שכן דינו של בעל זכויות הבניה כדין כל בעל זכות עתידי שלא עברה משלב רישום הערת האזהרה לשלב רישום העסקה. בעל זכויות בניה אף לא יצטרך בעתיד לדרוש פירוק שיתוף כדי לעמוד על רגליו שלו, שהרי עם מימוש הבניה הוא ירשם כבעלים לבדו ביחידה הרישומית שתיווצר בממד הגובה של המקרקעין.

ו. סיכום

הקושי בהמשגה המשפטית עמד לרועץ ביחס לזכויות הבניה ולכך הייתה השלכה גם על מישורים מעשיים. כך נוצר מצב שאינו רצוי, לפיו אין במרשם ביטוי לעסקאות שנעשו ביחס לזכויות הבניה, שהן לעיתים לב ליבה של קביעת הערך הכלכלי של מקרקעין. בהעדר רישום של הערת אזהרה עלולות להיווצר "תאונות משפטיות" של עסקאות נוגדות, ובהעדר מרשם נוצר קושי להטיל עיקול וליטול מימון למימוש הזכויות תוך רישום משכנתא על הזכויות. בתי המשפט היו ערים כמובן לקשיים אלו וקראו למחוקק לפתור אותן, אך הקריאה לא נענתה במשך שנים והמבוך נותר בעינו. אנו מבקשים לראות בזכויות הבניה זכות מעין קניינית במקרקעין שתבשיל לכלל בעלות מלאה בממד הגובה של הזכות הקניינית במקרקעין. זכויות הבניה הן אמנם תוצר של אסדרה, אבל אין לראות בהן רק כהגבלה 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 גישת 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 מכח הכרת החברה ובתחומי המסגרת שהחברה מאפשרת לפרט להתגדר בה. ראייה זו מאפשרת להתייחס לזכויות הבניה כקניין ולבעליהן כבעלי זכות מלאה שתאפשר גם מרשם הזכויות, משכונן ועיקולן.

נראה כי ניתן למצוא פתרון לקושי שהעלה בית המשפט בעניין **שטיינברג** ביחס לרישום הערת אזהרה בגין זכויות בניה, 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 כך. אולם, נראה כי מבחינה עיונית מקום שבו בעל זכויות במקרקעין מוכר את זכויות הבניה, יש לראות בכך התחייבות

של המוכר שלא לממש את זכויות הבניה במקרקעין שלו עצמו, ולא להתנגד ל"שאיבת" הזכויות ע"י הקצאתם למגרש סמוך. ממילא, אף אם התוצאה תהא שתתאפשר הגדלת זכויות בניה שימומשו בקרקע אחרת, מדובר בעסקה במקרקעין אלו עצמם שביחס אליהם יש התחייבות של הבעלים שלא למצות בהם את זכויות הבניה. הבנה זו של העסקה מאפשרת אפוא לראות בה כהתחייבות לגבי מקרקעין אלו עצמם ובכך נפתר גם הקושי הלשוני לרשום הערת אזהרה ביחס לעסקאות בזכויות בניה. בהתאם לרעיון מוצע זה, לא תהא מניעה מרישום הערת אזהרה בדבר עסקה למכירת או ניווד זכויות בניה, וכן יתאפשר רישום של משכונים ועיקולים חגבי זכויות הבניה. גישה מחודשת זו אל זכויות הבניה אינה מחייבת חקיקה, ומאפשרת להגיע לפתרון משפטי ראוי להיבט חשוב זה הנוגע לממד הגובה של המקרקעין.