

זכות השימוש נקנית בשלוש דרכים?

פרופ' אבי וינרוט ועו"ד אריק מגידוש*

א. מבוא

זכות השימוש היא היתר שניתן לאדם להחזיק או להשתמש במקרקעין¹ אך אין לה זכר בחוק המקרקעין² והיא אינה זכות קניינית³. זכות השימוש עשויה להיות משמעותית יותר מזיקת הנאה, שהרי מוקנית במסגרתה זכות שימוש בכל המקרקעין ולא רק בחלק מהם, וכמו כן מוקנית במסגרתה

¹ פרופ' חבר ומרצה מן המניין לדיני קניין במרכז האקדמי "פרס", שותף מייסד בפרופ' אבי וינרוט ושות', משרד עו"ד. תודתי מכל לב לעו"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'.

¹ נינה זלצמן, "רישיון במקרקעין הפרקליט מב 24; (תשנ"ה) (להלן: "זלצמן, רישיון במקרקעין"); 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 (נבו, 2020) (להלן: "וינרוט, דיני קניין").

² מכיוון שזכות השימוש איננה אחת מהזכויות המנויות בחוק המקרקעין, אף לא ניתן לרשום הערת אזהרה על קיומה של הזכות, שכן סעיף 126א(א) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") מאפשר רישום של "עסקה במקרקעין", ולפי סעיף 6 לחוק המקרקעין "עסקה במקרקעין" היא רק ביחס לחמשת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין. בדומה לכך פסק בית המשפט העליון בע"א 467/14 שטינברג נ' חברת לילינבלום 13 בע"מ (נבו, 09.09.2015) כי לא ניתן לרשום הערת אזהרה בגין עסקה למכירת זכויות בניה שכן לא מדובר בזכות לפי חוק המקרקעין.

³ ראו למשל: רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ (נבו, 1.3.2022) (להלן: "פס"ד ג'אעוני"), בפסקה 59 לחוות דעתו של השופט סולברג; ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד, פ"ד נח(4) 27, 47 (2004) (להלן: עניין אלוני); ע"א 6757/13 נחום נ' מדינת ישראל – רשות הפיתוח, פסקה 19 (נבו, 19.8.2015) (להלן: "עניין נחום"); וינרוט, דיני קניין, עמ' 65. יתירה מכך, יש שפקפקו בעצם קיומה של זכות השימוש לאחר חקיקת חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") וחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, בין היתר לנוכח דברי ההסבר בהצעת חוק השכירות, תש"ל-1970 (ה"ח 901 (תש"ל) 288, 294). ראו למשל: יהושע ויסמן "שכירות, רישיון, זיקת הנאה ומה שביניהם" 205, 207-208 המשפט יא (תשע"א); פסק דינה של השופטת בן-פורת בע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) נ' אוגניון שיבר, פ"ד לט(4) 322, 334-335. מאידך, ציין השופט רובינשטיין, בהערת אגב, בפסק הדין בע"א 8331/03 בשארה נ' טנוס (נבו, 12.9.2005) (להלן: "פס"ד טנוס") "מבלי לקבוע מסמרות – נוטה אני לדעה כי מוסד הרישיון עודו קיים במשפטנו, אך הדבר לא הוכרע לאורך השנים". על אף שהשאלה העקרונית ביחס לקיומה של הזכות לאחר חקיקת חוק המקרקעין צפה ועולה מידי פעם בפעם בפסיקה, בתי המשפט מכירים בזכות השימוש ודנים בקיומה או היעדרה במקרים הספציפיים וזאת אף מבלי להכריע בשאלה העקרונית האמורה. ראו למשל: רע"א 5071/03 הוד נ' גבע, פ"ד נח(2) 49; ת.א. (שלום י-ם) 35495-08-18 האשם טאהר פראג' פדאור 06 (27) 672 (2006); רע"א 5071/03 הוד נ' גבע, פ"ד נח(2) 49; ת.א. (שלום י-ם) 35495-08-18 האשם טאהר פראג' נ' מוחמד אסלים פסקה 9 (נבו, 24.05.2020); תמ"ש (משפחה נצרת) 36397-12-17 מ.ת. נ' ד.ת, פסקאות 21.4-21.5 (נבו, 16.08.2019); ת.א. (מחוזי י-ם) 1323/99 ליאל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל פסקה 23 (נבו, 3.4.2013).

אף זכות חזקה במקרקעין⁴. זכות השימוש מכריעה את גורלן של תביעות כספיות בגין שימוש במקרקעין. בעל זכות השימוש אינו יכול להיתבע בגין העובדה שהשתמש במקרקעין אם עשה כן ברשות. אבל, זכות השימוש משמעותית עוד יותר, שכן בעוד ששכירות ושאלה אינן יכולות להיות בלתי הדירות⁵ זכות שימוש עשויה להיות בלתי הדירה ולשמש כמגן מפני תביעת פינוי. במקרה זה, מוצא את עצמו הבעלים של המקרקעין עם "קופסת זכויות" שהוציאו ממנה את השימוש ואת החזקה במקרקעין, וכן את הזכות לקבל תמורה בגינם, וכל זאת 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 בלתי הדירה. כלומר, זכות שימוש חוזית. כמו כן, עשויה זכות שימוש בלתי הדירה לנבוע מכוח מצג שאיננו חוזה אך יוצר השתק⁶.

במאמר זה נבקש להתמקד בזכות שימוש בלתי הדירה ובחידוש מפליג שהתעורר בפסיקתה של השופטת ברק-ארז בעניין **ג'אעוני**⁷ היוצר מקור נורמטיבי חדש להשתתף זכות זו. בפסק דין זה השתיתה השופטת ברק-ארז את זכות השימוש על עקרונות של צדק גם בהעדר הסכמה או אשמה כלשהי מצד הבעלים. מניתוח הדברים עולה, כי יש מקום לגישתה הייחודית של השופטת ברק-ארז בכל הנוגע למקרקעי ציבור, אולם קיים קושי להכיר בזכות שימוש מכוח שיקולי צדק על חשבון בעלים פרטיים של מקרקעין⁸. ניתוח זה משליך גם על החלת זכות השימוש **כשהמחזיק** הוא גוף עסקי, וגם בהקשר זה יש להבחין בין מקרקעי ציבור לבין מקרקעין של הפרט.

ב. הקלסיפיקציה המצויה

זכות השימוש עשויה לקום מכוח חוזה מפורש שקובע את גדרי זכות השימוש: האם תהיה בתמורה או שלא בתמורה, האם תהיה לתקופה מוגדרת מראש או ללא הגבלת זמן, והאם תתייחס למקרקעין

⁴ סעיף 5 לחוק המקרקעין קובע כי "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם".

⁵ בעוד שזכות שימוש עשויה להיות בלתי הדירה הרי שלגבי שכירות ושאלה נקבע בסעיף 3 לחוק המקרקעין: "שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם **שלא לצמיתות**..."

⁶ ראו למשל: ע"א 3846/13 **מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל נ' היפר-חלף** (נבו, 21.7.2015) (להלן: "**פס"ד היפר חלף**"); נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" **הפרקליט** מב 24, 27-32 (תשנ"ה) (להלן: "**זלצמן, רישיון במקרקעין**").

⁷ פס"ד **ג'אעוני**, ה"ש 3 לעיל.

⁸ מתן זכות שימוש בלתי 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 לצורך פרט אחר היא מעשה שלא יעשה במדינה דמוקרטית. להרחבה בעניין זה ראו: אבי וינרוט ואריק מגדיש "הפקעה לשם בנייה למגורים – נטילה מן הפרט לצורך הפרט" **שערי משפט י** (תשע"ט) (להלן: "**וינרוט ומגדיש, הפקעה למגורים**").

בשלמותם או רק לחלקם⁹. ההנחה היא שבהעדר תמורה זו זכות הדירה. בדיני חוזים מתפרש הסכם על פי אומד הדעת של שני הצדדים¹⁰ וממילא אם אין בהסכם אינדיקציה לכוונה של הבעלים ליצור יחסים בלתי הדירים ובהעדר 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 על כן, בדרך כלל, זכות הדירה, אלא אם כן שולמה תמורה בגין הנכס¹¹.

מכיוון שזכות השימוש אינה מוגדרת כאחת מזכויות הקניין לפי חוק המקרקעין, לא חל לגביה סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 הקובע כי הקניית זכות במקרקעין טעונה מסמך בכתב¹². על כן,

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

¹⁰ סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

¹¹ ראו למשל: זלצמן, רישיון במקרקעין 27, 29; ע"א 32/77 טבוליצקי נ' בית כנסת ובית-מדרש החסידים, פ"ד לא(3) 210, 214; ע"א 50/77 אליהו מזרחי נ' אלברט אפללו, פ"ד לא(3) 433, 439; ע"א 602/84 ריבוא נ' גל, פ"ד לט(3) 693, 698; ע"א 126/83 אלעלמי נ' אל-חטיב, פ"ד מ(1) 397, 409; ע"א 618/05 גדליהו דיאמנשטיין נ' מחלקת עבודות ציבוריות – מדינת ישראל פסקה 12 (נבו, 21.3.2007); דוגמא יפה לכך היא פסה"ד בע"א 2639/16 עזרון המנוח מכלוף אמאר ז"ל 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 כי לא 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 בפנינו זכות שימוש מכוח הסכמה. אולם, מכיוון שזכות השימוש ניתנה ללא תמורה, הרי שלא ניתן להורשה והיא ניתנת לביטול בכל עת.

¹² המשמעויות של זכות שימוש בלתי הדירה הן במידה רבה מעין אלו של זכות קניינית, כגון זכות שכירות לתקופה של מעל 5 שנים המחויבת ברישום (סעיף 79 לחוק המקרקעין). לכן, הגיוני להתנות את התגבשותה של זכות שכור בקיומו של הסכם בכתב, בדומה למה שנקבע בסעיף 8 לחוק המקרקעין תשכ"ט-1969. ייתכן כי זו הסיבה שמחמתה נקבע בפסיקה, שזכות שימוש מכוח הסכם מכללא היא הדירה (ראו למשל: ע"א 32/77 טבוליצקי נ' בית כנסת ובית מדרש החסידים, פ"ד לא(3) 210; פס"ד טנוס (ה"ש 3 לעיל) פסקה ח'; ע"א 50/77 מזרחי נ' אפללו, פ"ד לא(3) 433 (1977); רע"א 2272/11 ברכה נ' "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (נבו, 4.5.2011); זלצמן, רישיון במקרקעין, עמ' 28-29, 56-58; וינרוט, דיני קניין, עמ' 68). בהתאם לפסיקה זו נמצא כי אדם מקנה זכות שימוש בלתי הדירה, שהיא כה משמעותית, בלי "מנגנון האזהרה" של דרישת הכתב. נראה כי ניתן להצדיק תוצאה זו לנוכח פסק דינו שלבדומה לכך קבע השופט גרוסקופף בע"א 1904/19 בלאיש נ' דיב (נבו, 22.3.22) בו נקבע כי ניתן להשתית זיקת הנאה גם בלי מסמך בכתב, במקרה שבו הבעלים נתן לצד ג' להשתמש במקרקעין במשך שנים רבות ואף חתם על היתר בניה שאיפשראפשר 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' פרץ פ"ד סד(3) 60, 99 (2011), כי כאשר בפנינו "מעשה עשוי" יש בכך כדי לרכז את דרישת הכתב. הוספנו על כך, בהתייחס לדרישת הכתב הקבועה בסעיף 9 לחוק המתווכים במקרקעין התשנ"ו-1996, כי מכוח שיקולי צדק יש מקום לוותר מוחלט על דרישת הכתב. ראו אבי וינרוט, "דרישת הכתב בעסקת תיווך במקרקעין" משפט ועסקים כב 121 (2019). בהתאם לכך נראה כי כאשר עסקין בזכות שימוש הנובעת מהשתק, מחייבים המעשה העשוי ושיקולי הצדק ליצור זכות בלתי הדירה על אף שלא התקיימה דרישת הכתב.

זכות השימוש עשויה לקום גם מכוח התנהגות הצדדים¹³. זכות השימוש במקרה זה נלמדת **בדיעבד** משתיקתו ואי-מחאתו של בעל המקרקעין נוכח החזקתו של פלוני בנכס המקרקעין¹⁴. 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 על ידי הבעלים. הטעם לכך הוא כי בזכות שימוש חוזית יש התחייבות מפורשת או משתמעת שמכוחה הזכות בלתי הדירה. לעומת זאת, ההנחה היא כי זכות הנלמדת מעצם השתיקה של הבעלים נובעת מרצונו הטוב שאינו עולה כדי התחייבות להמשיך כך גם בעתיד. ברצונו נתן עד כה וברצונו ייקח מכאן ואילך. עם זאת, בשל שיקולי צדק והסתמכות, ובהתחשב בציפייה הסבירה שהתעוררה אצל בר הרשות, בית המשפט עשוי לקבוע שהזכות אינה הדירה ולכן אינה ניתנת לביטול חד-צדדי¹⁵. 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 ועשוי להפוך את הזכות לבלתי הדירה¹⁶. בזכות שימוש הנובעת מהשתק יותאמו גדרי הזכות להיקף הציפיות שנוצרו אצל המחזיק, וממילא אם הציפייה הייתה לקבלת זכות לצמיתות ניתן יהיה להגדיר את הזכות כבלתי הדירה¹⁷. ככלל, ציפייה יוצרת נורמות משפטיות לאור הכבוד שאנו רוחשים לאנושיותו של הזולת. מי שיוצר ציפיות לגיטימיות אצל זולתו - מושתק מלהתכחש להן¹⁸. על כן, אם בעל המקרקעין יצר ציפיות אצל המחזיק ובמיוחד אם המחזיק שינה את מצבו לרעה על בסיס ציפיות אלה והשקיע במקרקעין או שינה

¹³ ראו למשל: עמ"ש (נצי') 45358-06-20 צ' נ' א' (המנוחה) (נבו, 20.1.2020), שבו דחה בית המשפט את טענות המחזיקים בדבר רכישת זכות במקרקעין בהיעדר מסמך בכתב ומאידך הכיר בזכות שימוש שניתנה להם.

¹⁴ עניין **נחום** (ה"ש 3 לעיל), פסקה 17; זלצמן, **רישיון במקרקעין** עמ' 56-57; ויסמן, **החזקה ושימוש**, עמ' 488.

¹⁵ זלצמן, **רישיון במקרקעין**, עמ' 66-68.

¹⁶ זלצמן, **רישיון במקרקעין**, עמ' 62-64.

¹⁷ המשמעויות של זכות שימוש בלתי 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 תשכ"ט-1969, שאם לא כן נמצא כי אדם מקנה זכות שימוש בלתי הדירה, שהיא כה משמעותית, בלי "מנגנון האזהרה" של דרישת הכתב. ברם, מעשה עשוי יכול בהחלט לבא במקום דרישת הכתב. בדומה לכך קבע השופט גרוסקופף בע"א 1904/19 **בלאיש נ' דיב** (נבו, 22.3.2022) כי ניתן להשתית זיקת הנאה גם בלי מסמך בכתב, במקרה שבו הבעלים נתן לצד ג' להשתמש במקרקעין במשך שנים רבות ואף חתם על היתר בניה 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' פרץ** פ"ד סד(3) 60, 99 (2011), כי כאשר בפנינו "מעשה עשוי" יש בכך כדי לרכז 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. בהתאם לכך נראה כי כאשר עסקינן בזכות שימוש הנובעת מהשתק, מחייבים המעשה העשוי ושיקולי הצדק ליצור זכות בלתי הדירה על אף שלא התקיימה דרישת הכתב.

¹⁸ לעניין זה ראו דפנה ברק-ארז "הגנת הציפייה במשפט המנהלי" **עיוני משפט** כז(1) 209, 220-221 (תשס"ג-תשס"ד).

את מצבו לרעה באופן אחר - יש להכיר בזכות שימוש מכח השתק¹⁹. בהקשר זה נבחנו בפסיקה, בין השאר, כוונת הצדדים, משך השימוש במקרקעין, היקף הציפייה שיצר בעל המקרקעין אצל המחזיק, מידת הסתמכותו של המחזיק על מצג זה, ההשקעות שהשקיע המחזיק והנזק שנגרם לו וכיו"ב²⁰.

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 כן שולמה בגינה תמורה או שאי ההדירות משתמעת ועולה מתוך ההסכמה של הצדדים²¹. שונה הדין ביחס לזכות שימוש אשר הועצמה מכוח דיני השתק. שם ניתן להסיק לעיתים כי עסקינן בזכות שימוש בלתי הדירה, שהרי אם אדם יצר מצג וציפייה, שמחמתם הוא מושתק 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 לא ניתן לסיים את זכות השימוש בכדי, וזו שרירה, קיימת ובלתי הדירה. אם הזכות היא הדירה אין משמעות ממשית להשתק.

ג. השתק - רק כשיש אשם של הבעלים

ככלל, דיני ההשתק מבוססים על אשם. אנו מכירים השתק על ידי מצג על פיו אדם המציג כלפי זולתו מצג עובדתי יושתק ויהיה מנוע מהכחשת המצג שמסר אם המצג נעשה בכוונה שיפעלו על פיו ואכן אדם פעל בהסתמך על המצג ושינה את מצבו לרעה. כמו כן, מכירים אנו השתק מכוח הבטחה המנוע התכחות של המבטיח להבטחה שנתן שכן הוא הבטיח מתוך כוונה שמקבל ההבטחה יסתמך על כך

¹⁹ תורת ההשתק או המניעות נועדה למנוע תוצאות בלתי צודקות המתחייבות לכאורה על-ידי הדין, וזאת על-ידי השתק המתדיינים מלטעון בבית המשפט טענות משפטיות ועובדתיות שהן נכונות כשלעצמן. השתק מכוח מצג מנוע צד מלהתכחש למצג שהוצג לפני צד אחר, אם אותו אחר הסתמך על המצג בתום-לב ובאופן סביר, ושינה עקב כך את מצבו לרעה. השתק כזה מוכר לא רק ביחס למצג של עובדה אלא גם לגבי עניין שבדין. ראו למשל: רע"א 4928/92 עזרא ואח' נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, 100 (1993).

²⁰ רע"א 2701/95 תחסין מוחי אלדין כנעאן נ' אחמד עבד אלטיף גזאוי, פ"ד נג(3) 151 (1999); ע"א 633/08 מינהל מקרקעי ישראל נ' חנוך חיטמן פסקה כ"ד (נבו, 9.1.2014), בו 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; וינרוט, דיני קניין, עמ' 68.

²¹ 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 חינואויי נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ, פ"ד מו(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 9609/01 מול הים (1978) בע"מ (לשעבר-מרכז אום רשרש בע"מ) נ' עו"ד ד"ר יוסף שגב, פ"ד נח(4) 106 (2004); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (נבו, 13.2.2008). שונים הדברים עת שעסקינן בחוזה שיש בו משום אינטרס בנכסי הזולת והחזקה האמורה לא חלה ביחס אליו (ע"א 9609/01 מול הים נ' עו"ד שגב, פ"ד נח(4) 106, 143). אולם, הגיונו של חריג זה נעוץ בעיקר בכך שניתן תשלום (בכסף או בשווה כסף) כנגד נכס ולא יהא זה הוגן לסיים את החוזה לאחר שניתן התשלום וטרם הגיע המועד להעביר את הנכס. היגיון זה לא חל במקרה של רשות חינוס ועל כן נראה שמן הראוי להחיל את הכלל הרגיל לפיו חוזה לא נכרת לצמיתות.

וכך אכן אירע²². המשותף לשני סוגי ההשתק הללו הוא אשם של הצד המושתק. כלל זה יושם גם באופן ספציפי לגבי זכות השימוש. עיון בפסקי הדין שבהם נקבע כי יש זכות שימוש בלתי 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.

כך למשל, בעניין **בדיחי**²³ דן בית המשפט העליון במקרה של שני אחים אשר ישבו יחדיו במקרקעין במשך עשרות שנים, האחד 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 בלתי הדיר. מדובר במקרה ברור שבו יצר בעל הזכויות מצג ועורר ציפיות לזכות בלתי הדירה.

מקרה אחר שבו הכיר בית המשפט בזכות שימוש בלתי הדירה הוא פסק הדין של השופט ברק בעניין **ציזיק**²⁴. במקרה זה נקבע כי יש זכות שימוש המבוססת על המצג והציפיות שיצר אב כלפי ביתו 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 וממנו נבעה המסקנה בדבר זכות בלתי הדירה.

דוגמא נוספת היא פסק הדין בעניין **נאוה כרמל**²⁵, בו 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, ובהתאם כלכלו את צעדיהם שנים ארוכות.²⁶

בכל המקרים הללו התבססה זכות השימוש הבלתי הדירה על המצג שיצר בעל המקרקעין. אלמלא מצג שכזה - לא הייתה קמה הזכות. הגיונם של דברים בצד, שהרי לא ניתן לשלול מן הבעלים את

²² גבראלה שלו "הבטחה השתק ותום-לב" **משפטים** טז 295-297 (תשמ"ו-תשמ"ז).

²³ ע"א 87/62 **יחיה בדיחי נ' שלמה בדיחי**, פ"ד טז 2901. ר' גם: ע"א 602/84 **יוסף ריבוא נ' אברהם גל**, פ"ד לט(3) 693.

²⁴ ע"א 588/81 **ציזיק נ' הורוביץ**, פ"ד מ(1) 321 (1986). באותו מקרה כתב אב לביתו כי הוא נותן לה מבנה שלו, כדי שתגור בו לאחר שתינשא. הבת השקיעה במבנה על בסיס מצג זה, אולם היא לא נרשמה כבעלים. לימים האב נפטר 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 היתה בכתב, כמחויב לגבי עסקה במקרקעין, על כן נטען כי לא ניתן לאכוף על העזבון לקיים את ההתחייבות 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 היא בלתי הדירה, שאם לא כן "מה הואילו חכמים בתקנתם" והאחות הייתה מחויבת לפנות את המבנה.

²⁵ ע"א (מחוזי חיפה) 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).

²⁶ 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 כנשוא לחיוב במסי ועד, וכן כבסיס 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.

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**²⁷, בו קבעה השופטת חיות כי על אף שזכות הקנין היא בת מעמד חוקתי²⁸ בעלים של נכס ובכלל זה נכס מקרקעין, אינו נהנה מאוטונומיה מוחלטת בבואו להגן על החזקתו בנכס ואין לו זכות בלתי מסויגת ל"שרירות בעלים"²⁹ ויתכנו מקרים שבהם מכוח עקרון תום הלב יוגבלו הסעדים להם זכאי בעל זכות קניינית, הגם שזו נפגעה על-ידי 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"³⁰. על כן, קבע בית המשפט כי משיקולי צדק יש לשלול סעדים של הריסת הבנוי וסילוק יד. באותו מקרה לא היה כל אשם מצדו של בעל הנכס והוא לא יצר מצגים כלפי הפולשת. בפנינו אפוא ניצנים לקביעה בדבר מתן זכות שימוש לצמיתות אף בלא אשם של הבעלים. אולם, פסיקה זו נבעה מכך שמדובר בהריסת מטבח ביתה של הפולשת ומנגד הפגיעה בבעלים הייתה בבחינת "זוטי דברים" בלבד שכן השטח היה 2.3 מ"ר בלבד. הפגיעה בבעלות היא אפוא מינורית מאוד והיא שעמדה בבסיס הפסיקה.

אולם, נראה כי אין בפסק דין זה כדי להוות חריג 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 בעלי החדשים, זכאים להמשיך ולהשתמש בשטח זה. להבטחת הדבר אף קבע בית המשפט כי תירשם הערת אזהרה בהתאם לסעיף 130 לחוק המקרקעין. בנוסף, בית המשפט באותו עניין קבע 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 ביחס **לסעד** הניתן לבעל זכות הקניין תוך 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 בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים"³¹. עם זאת, לא מצינו

²⁷ ע"א 8661/10 **יוסף נעמה נ' תמר טורקיה** (נבו, 19.2.2012) (להלן: "**נעמה נ' טורקיה**").

²⁸ סעיף 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).

²⁹ יהושע ויסמן דיני קניין - בעלות ושיתוף 26-27, 42-45 (1997) (להלן: "**ויסמן, בעלות ושיתוף**"); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 27-37 (2005).

³⁰ ויסמן, בעלות ושיתוף, עמ' 45.

³¹ זאת ועוד, ממהלך הדברים של פסה"ד בעניין **נעמה נ' טורקיה** עולה כי אילו היה מדובר בפגיעה משמעותית בבעלים לא היה בית המשפט נמנע ממתן צו הריסה וסילוק יד, למרות הפגיעה הקשה בפולש, שכן בהיעדר אשם מצד בעלים, אין מקום

בפסיקה מקרים שבהם הכיר בית המשפט בזכות שימוש בלתי הדירה ובפגיעה בזכות הקניין של הבעלים בהיעדר כל אשם או התחייבות מצדו.

ד. זכות שימוש מכוח שיקולי צדק – בלא אשם בעלים

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

התהוותה של דרך זו עולה משלושה³² פסקי דין של השופטת ברק-ארז : פסק הדין הראשון ניתן בעניין **אבו אלקיעאן**³³ בו 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".

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 מהווים 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 לכך 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 משמעותית, 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 משמעותית.

³² קדמה לפסקי דין אלה אמירת אגב של השופטת ברק-ארז ברע"א 7244/13 **צוראל סאלם נ' עזבון המנוח גרשון ולכניסקי ז"ל**, פסקה 19 (נבו, 18.2.2014), לפיה "יש מקום להטות אוזן לטענות שעניין 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 לפיה יש להתחשב בשיקולי צדק במיוחד בעת שעסקין בפינוי של אדם מדירת מגוריו.

³³ רע"א 3094/11 **אבו אלקיעאן ואח נ' מדינת ישראל** (נבו, 5.5.2015).

הדברים התחדדו יותר בעניין **יהודאי**³⁴, 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 ואינם 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 תוך שהוא מציין כי האופן שבו חלמיש התנהלה מול משפחת יהודאי במהלך השנים יצר כלפיהם מצג כי קיבלו זכות שימוש בנכס עד אחרית ימיהם. בית המשפט גם קבע 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 צדק³⁵. בית המשפט ציין כי הגב' יהודאי נקלעה למצב שבו לעת זקנתה היא נדרשת לעזוב את הדירה ששימשה כבית 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 צדק³⁶. נדגיש, גם במסגרת דיני ההשתק עשויים לבוא לידי ביטוי שיקולי צדק. אבל, בדיני ההשתק לעולם יהא אשם מצדו של הבעלים. אם אין אשם – אין השתק. לעומת זאת, בקטגוריה השלישית של זכות שימוש מכוח שיקולי צדק תוכר זכות השימוש אף בהיעדר כל אשם מצדו של הבעלים. בפסקי הדין בעניין **אבו אלקיעאן ובעניין יהודאי** הייתה אשמה מצד הבעלים וניתן היה 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 בירושלים. בעניין **ג'אעוני** נכרת הסכם שכירות בין המחזיקים לבין השלטונות הירדניים שתפסו את המקרקעין בירושלים באותה עת. ההסכם היה לתקופה של 3 שנים ואין בו הוראה המקנה למחזיקים זכות שימוש לזמן בלתי מוגבל. בהסכם השכירות ניתנה אופציה להעברת

³⁴ ע"א 483/16 **יהודאי נ' חלמיש** (נבו, 3.10.2017).

³⁵ בית המשפט ציין בסוף דבריו **"חביבה יהודאי היא אשה באה בימים ושבעת תלאות. כ-37 שנה היא גרה בדירה שבבעלות 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 ההגיונות והנאמנות כלפי בני הזוג, מובילים למסקנה כי חביבה אמנם אינה בעלת הדירה, אך זכאית להוסיף ולהתגורר בה עד אריכות ימיה כבת-רשות"**.

³⁶ עם זאת, נראה כי זוהי הערת אגב, כאשר שיקולי הצדק עמדו ברקע הקביעה המשפטית, אך זכות השימוש לא הושתתה על שיקולים אלה כקטגוריה העומדת בפני עצמה, אלא על דיני ההשתק.

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 לא עסקינן בהסכם להענקת זכות שימוש. המחזיקים גם טענו במשך השנים כי הם דיירים מוגנים ובתי המשפט קיבלו טענה זו, כך שלא ניתן לפרש הסכם זה כיוצר זכות שימוש של המחזיקים במקרקעין. בנוסף, נראה כי גם דיני ההשתק לא יכלו לבסס הקנייה 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 כלשהי 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 בלתי הדירה מכוח השתק, הרי שזכות שכזאת אינה יכולה לחייב את הרוכש (חברת נחלת שמעון) שלא הציג מצג כלשהו כלפי המחזיקים³⁷. הדברים נכונים מקל וחומר כאשר הרשות ניתנה על ידי מי שלא היה הבעלים. כמו כן, אחד מן המחזיקים כלל לא רכש 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 בלתי 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) והם פעלו על פי הדין הירדני כבעלים. ברם, שנשאלה השאלה האם הדבר מחייב גם כאשר המקום נמצא תחת ריבונות 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".

בפנינו אפוא יצירת קטגוריה שלישית של זכות שימוש בלתי הדירה העומדת על שיקולי צדק, גם בהעדר אשם מצד הבעלים שאת זכויותיו שוללים.

ה. פגיעה בבעלות משיקולי צדק

³⁷ פס"ד ג'אעוני עוסק במקרה שבו לא ניתן להלין על הבעלים ואין ליחס להם אשם או מצגים כלשהם כלפי המחזיקים שהרי מדובר במקרה של בעלים שנטשו את המבנים בעל כורחם, במלחמת העצמאות, לאחר המלחמה לא התירו להם צבאות ערב לשוב למקומם והממונה הירדני על נכסי האויב הוא שיישב את המחזיקים. הרשויות הירדניות הם ששיכנו את המחזיקים בנכסיהם.

המונח "צדק מעברי" שעמד בבסיס פסק הדין של השופטת ברק-ארז בעניין ג'אעוני אינו מתייחס לשיקולי "צדק" במובן הקלאסי של בחינה מי מבין שני 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 לפיה 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.³⁸ הבהיר השופט חשין כי בעוד אשר מושגי הצדק, היושר והמצפון עניינם, בעיקרם, ביחסים שבין הצדדים הניצים לפני בית-המשפט, הרי שדוקטרינות אחרות מביאות בחשבון שיקולים של טובת הציבור שאינם נותנים דעתם לחלוקת הצדק בין ראובן לבין שמעון אלא לטובתה של החברה בכללה. בעקבות כך הבחין השופט חשין בין יצירתה של עילת תביעת השבה מכוח לחוק 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 המדובר 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.

בהתאם להבחנה זו נראה כי טענת ההגנה של המחזיקים מפני תביעה לסילוק יד של הבעלים דומה לטענה לפיה יש 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 נכון יהיה 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 בכלל, אין כאן עשיית עושר ולא במשפט, אין כאן השתק, אין כאן דיני נזיקין. במקרה שכזה, נמצא כי השיפוט לטובתו של נזקק אסורה משום "לא תהדר דל בריבו"³⁹. להורות לאדם להיות טוב ומטיב לפנים משורת הדין – אי אפשר בלי הסכמה.

³⁸ רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה ואח' נ' פורום אביזרים, פ"ד נב(4) 289, 362.

³⁹ בע"א 409/78 דוד גולן נ' עדנה פרקש, פ"ד לד(1) 813 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 כ"ג, ג') "ודל לא תהדר בריבו". כמו כן נאמר (ויקרא, י"ט, ט"ו) לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך". כמו כן נאמר (שמות כ"ג, ו') "לא תטה משפט אביוןך" ואומרים חז"ל (תורת כהנים י"ט, ל"ז) "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 מלחפש לדלים ולעשוקים ולנדכאים צד זכות בדין, אך אינו יכול לסייע להם אם אין לכך מקור בדין.

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 לפני משורת הדין⁴⁰ וכבר כתב רבי מרדכי בן הלל (ידוע בכינויו "המרדכי" אשכנז, המאה ה-13, מחשובי הפוסקים בדור שאחרי בעלי התוספות)⁴¹ כי כופין על אדם לנהוג לפני משורת הדין "אם היכולת בידו לעשות" ומבאר הראב"ה "רצה לומר שהוא עשיר". בדומה לכך פסק רבי יואל סירקיש (לובלין, המאה ה-16)⁴² "וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לעשיר בדבר ראוי ונכון אף על פי שאין הדין כן". אבל, ספק רב אם ניתן לעשות כן במסגרת המשפט 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**⁴³ הביע השופט אלון משאלה כי ישולמו פיצויים לפני משורת הדין בהתחשב עם הנסיבות 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 לפני משורת הדין, פועלת בהכרח על פי אמות המידה הערטילאיות, ואם נדייק - גם המקריות - של השופט היושב על מדין בתיק מזדמן, ומביאה בהמשך לטשטוש של הדין ולפגיעה בזכויות הצדדים. בשל היעדר אמות מידה ברורות, עלול הדבר להוביל לא אחת למעשה גם לתוצאה שהיא בגדר 'איפה ואיפה'".

הדברים נכונים כהווייתם במקרה דנא שבו אפשר להתווכח בשאלה האם צודק הדבר ליטול את זכויותיהם של בעלי המקרקעין ולהעבירם לידי מי שהנסיבות שבהן התיישבו במקרקעין תוארו על ידי השופט עמית כך: "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 לאחר המלחמה למקומם" (עמוס עוז סיפור על אהבה וחושך 388 (2002))⁴⁴.

בקושי ליישב את העקרון של כפייה על לפני משורת הדין עם העקרון של "ודל לא תהדר בריבו" דן הרב אברהם יצחק הכהן קוק (במכתב שהתפרסם בספר הזיכרון לאברהם שפיגלמן, עמ' 67-69) 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 עם שורת הדין אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מידת הרחמים על הדל.

⁴⁰ אברהם וינרוט "כופין על לפני משורת הדין" **סיני** קכ"ח (תשס"א), ע"ב-ע"ח.

⁴¹ מרדכי על מסכת בבא מציעא, דף כ"ד עמ' ב'.

⁴² הרב יואל סירקיש, בית חדש, חושן משפט סימן י"ב ס"ק ד'.

⁴³ ע"א 350/77 **כיתן נ' וייס**, פ"ד ל"ג(2) 785.

⁴⁴ 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 לגביהן מחלוקת מהותית בדבר קיומן של שיקולי צדק. ראוי כי לכל הפחות שיקולי הצדק יהיו חד משמעיים גם במשקפיים קאנטיניים של "צו קטגורי". ר' עמנואל קאנט, ביקורת התבונה המעשית (תרגום: שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך, מוסד ביאליק, תשל"ג).

ו. פגיעה בזכויות הקניין ללא התחייבות או אשם של הבעלים

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

א. כשיש זכות קניינית אחרת הניצבת אל מול הבעלים. כך למשל, אפשר ליטול זכות קניין של פלוני ולהעבירה לאלמוני בהתקיים תנאי תקנת השוק⁴⁵.

ב. כשיש נטילה שלטונית (הפקעה) לצרכי ציבור. גם במקרה זה הדבר נעשה אך ורק על פי חקיקה ולא צרכיו של פרט אחר⁴⁶;

ג. כאשר זכות הבעלות לא נפגעה באופן משמעותי, ויש שימוש לרעה בזכות, שכן הבעלים מבקש להשתמש בזכותו באופן שרירותי. לעומת זאת, הענקת זכות שימוש בלתי הדירה משיקולי צדק, ופגיעה ממשית בזכות הבעלות בלא כל אשמה מצד הבעלים היא בבחינת חידוש שאין לו הצדקה נורמטיבית.

להלן נראה כי אף אחת משלוש קטגוריות אלו אינה מתקיימת במקרה דנא.

ו.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 חברתית⁴⁷. אולם, במקרה זה, עומדת כנגד הבעלות זכות קניין אחרת ויש לכך עיגון בדבר חקיקה.

בעניין **האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד**⁴⁸ נדונה השאלה האם 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 לנוכח שיקולי צדק שעליהם מושתת עקרון תקנת השוק. פסק הדין של השופט קדמי בעניין

⁴⁵ סעיף 10 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; סעיפים 34 – 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968; סעיף 4 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967; סעיף 16 לחוק האפוטרופוס הכללי, התשל"ח-1978; סעיף 17 לחוק נכסי נפקדים, התשי"ב-1950; אבי וינרוט **דיני קניין – פרקי יסוד** 199-219 (מהדורה שנייה, הוצאת נבו, 2020).

⁴⁶ ראו: וינרוט ומגידש, **הפקעה למגורים** (ה"ש 8 לעיל). במאמר זה עמדנו על כך שלא ניתן להפקיע מקרקעין מן הפרט כאשר הם אינם מיועדים לציבור אלא ישמשו פרט אחר, וזאת אף אם יש אינטרס ציבורי המחייב לעשות כן. נראה כי הדברים 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 לכך 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 אף קובע כי לא ניתן לפגוע בזכות יסוד בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק.

⁴⁷ ראו למשל: ע"א 624/13 **אסתר מורדכיוב נ' שלמה מינץ** (נבו, 4.8.2014); יהושע ויסמן **דיני קניין – חלק כללי** 319-320 (1993) מיגל דויטש **קניין** ד, 235-239 (2007); אבי וינרוט, **דיני קניין - פרקי יסוד** 205 (מהדורה שנייה, נבו, 2020).

⁴⁸ רע"א 2267/95 **האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד** פ"ד מ"ט(3) 854.

הרטפלד צעד לכאורה בעקבות פס"ד גנז⁴⁹, שהעדיף את הרוכש השני על פני רוכש הראשון מכוח העיקרון הכללי של תום לב. אך בעניין גנז 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". בהתאם לכך נמצא כי אי אפשר לפגוע בזכות בעלות מכוח שיקולי צדק כשלעצמם, בלא שיש אשם כלשהו מצד הבעלים.

2.1. נטילת שלטונית

החלת זכות שימוש לצמיתות, משמעה למעשה הפקעה של זכויות הבעלים שהרי הם מוצאים את עצמם בלא חזקה ובלא שימוש, בלא זכות לקבל תשואה כלכלית מהנכס, וכל זאת לתקופה בלתי מוגבלת. השווי הכלכלי של הנכס מתאיין והבעלים יוצא וידיו על ראשו. את הדבר הזה עושים בלא שיש אשם כלשהו מצדו - 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, שהפקעה 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, והענקתם לפרט אחר שקיבל את זכות השימוש. בפנינו הפקעה מן הפרט אל הפרט⁵⁰ וגם אין פיצוי. במשפט הישראלי אין מקור נורמטיבי המאפשר לבצע הפקעה מסוג זה. על כן, בהתאם להוראת סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קיים קושי להכיל את פסק הדין בעניין ג'אעוני.

בבית המשפט העליון הפדראלי של ארצות הברית, התקיים דיון חריף בפסק הדין בעניין Kelo v. City Of New London⁵¹ בשאלה האם הפקעת מקרקעין לצורך בניית אזור תעשייה מסחרי ע"י 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 הממשל⁵². מכל מקום, בעניין Kelo נעשה שימוש בסעיף בחוק

⁴⁹ ע"א 2643/97 שלמה גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385.

⁵⁰ לעניין זה ראו: וינרוט ומגידש, הפקעה למגורים, ה"ש 8 לעיל.

⁵¹ 545 U.S. 469 (2005) (להלן: "עניין Kelo") v. City Of New London.

⁵² גם בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין Kelo הנ"ל, המשיכה הפקעה מן הפרט אל הפרט להיות שנויה במחלוקת. רובן הגדול של מדינות הפדרציה תיקנו את החקיקה, כאשר 22 מתוכן העבירו חוקים שאסרו באופן חד ומפורש את ההפקעה שהותרה בעניין Kelo ואילו היתר העבירו חוקים שהתנו והגבילו הפקעה כאמור.

המאפשר הפקעה לצרכי 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 לכך גם שופטי הרוב בעניין Kelo לא היו מוצאים הצדקה.

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

בעניין ג'אעוני מחדש בית המשפט העליון כי ניתן להפקיע זכות מן הפרט לצרכו של פרט אחר. ההצדקה האינטואיטיבית להפקעת מקרקעין לצרכים ציבוריים, כמו ההצדקה להטלת מיסים, נעוצה בעובדה, שלקניין הפרטי אין ערך בלא תשתית ציבורית ומדינתית התומכת בו. אפשרות הפגיעה בזכויות הקניין של הפרט נעוצה בהסכמתו המשתמעת של כל חבר בקהילה לשלם מכספו, לאור היחסים הסינרגטיים בין היחיד לבין הקהילה שבה הוא מתגורר, פועל, מייצר וצורך⁵³. כך הבהיר אדווין זליגמן, כי כל מי שחי, פועל, מייצר וצורך, חב חובת נאמנות כלכלית (economic allegiance) כלפי המדינה, המאפשרת לו פעילויות אלה⁵⁴. 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 בידי השוק החופשי לספק בעצמו באופן

לסקירת ההתפתחות החקיקתית בעקבות פסק דין Kelo, ראו: Edward J. Lopez; Jewell, R. Todd; Campbell, Noel, "Pass a Law, Any Law, Fast! State Legislative Responses to the Kelo Backlash". Review of Law & JD. (April 1, 2009). Berkeley Electronic Press. 5

⁵³ 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. ר' לדוגמא 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 שיתמוכו 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. דוגמא הממחישה את הדברים הובאה על ידי הכלכלן ארתור אוקון בספרו Equality And Efficiency – The Big Tradeoff 46 (1975), שם ציין כי תעשיית הרכב ההמוני של הנרי פורד הפכה להצלחה גדולה במדינה עם הכנסה מוצעת גבוהה, שלושת אלפים של מיילים המאפשרים נהיגה ללא הפרעות, כוח עבודה ערני ושופע וממשל שמסוגל להגן על נוסעים ולאכוף את חוקי התנועה. תעשייה זו הייתה הופכת לכישלון אם הייתה מוקמת, לדוגמא, במדינה כמו לוב. כך גם ציין ריצ'רד פוזנר במאמרו Hegel And Employment At Will: A Comment, 10 Cardozo Law Review 1625, 1626 (1989), 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. להרחבה בעניין זה ראו: יוסף מ' אדרעי "מיסוי ועידוד השקעות הון פיננסי, הון חברתי והון אנושי" **משפטים** מ, תשע"א 437.

⁵⁴ Edwin r. A. Seligman, essays in taxation (8th ed. 1913). דברים אלו אומצו על ידי ועדה של חבר הלאומים במסגרת League of Nations Economic and Financial Commission report on Double Taxation, Doc.E.F.S.73F.19 (1923).

מיטבי⁵⁵. לכן, ההפקעה נחשבת כ"הכרח בל יגונה"⁵⁶ והיא מעין מס המוטל על הפרט, שהרי היא נוטלת מנכסיו הפרטיים לצרכי הכלל⁵⁷. כך למשל, בהיעדר כביש גישה המוביל למקרקעין, קשה להפיק מהם תועלת⁵⁸. ההפקעה היא אפוא חלק מן האמנה החברתית שעליה כתב רוסו⁵⁹, לפיה אדם מוכן לוותר על חלק מחירותו וקניינו כדי שיוכל לחיות חיים נורמטיביים במסגרת חברה 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. עם זאת, הפקעה לצורך הגשמת צרכיו של פרט אחר חורגת מקשת שיקולים זו, שהרי המקרקעין המופקעים לעולם לא יישמשו גם את האזרח שממנו הם הופקעו. לכן, קשה למצוא לכך הצדקה נורמטיבית והיא חורגת מן ההסכמה החברתית, הניצבת ביסוד הזכות ליטול מן הפרט זכות יסוד שלו. ככלל, אנו מכירים מונח הנקרא "כופים אותו עד שיאמר רוצה אני" המושתת על העובדה כי בתוך תוכו אדם רוצה לעשות את ה"מעשה הנכון"⁶⁰. במשפט העברי אף

⁵⁵ בג"ץ 3421/05 **אנדראס מח'ול נ' שר האוצר - משרד האוצר** (פורסם בנבו, 18.6.2009) בפסקה 14 לחוות דעתה של השופטת עדנה ארבל.

⁵⁶ ע"מ 9316/05 **הועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' בכור**, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 5.3.2008). ר' גם ע"מ 1369/06 **הלביץ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה חדרה**, פסקה 40 לפסק דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 9.7.08).

⁵⁷ השוו: דברי השופט חשין ב דנ"א 1333/02 **הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' יהודית הורוויץ** פסקה 13 (פורסם בנבו, 12.5.2004), בפסקה 7.

⁵⁸ ר' בהקשר זה דברי חבר הכנסת עמוס דגני ממפלגת מפא"י ביחס להצעת חוק התכנון והבניה, התשכ"ג-1962 במסגרת ישיבתה-ה-247 של הכנסת החמישית (כ' אייר, תשכ"ג), בעמ' 1843: "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 האחוזה שאפשר להפקיע, את האחוזה 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".

⁵⁹ ז'אן ז'אק רוסו, האמנה החברתית (רסלינג, 2006).

⁶⁰ רמב"ם, משנה תורה, הלכות 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 הכוהו עכו"ם ואמרו לו עשה מה שישאל אומריך לך ולחצו 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 אומריך אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק 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 דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור לעשותו אין זה אנוס ממנו אלא 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: אברהם וינרוט "מקח כפוי" **מגל** יא 187 (תשנ"ה). שיטת

מצינו פסיקה של הרב עוזיאל לפיה 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"⁶¹. אבל, קשה להניח כי הבעלים במקרה דנא רוצים בתוך תוכם להעביר את זכות השימוש במקרקעין שלהם למי שהתיישבו בהם מכוח אלימות היסטורית שנקטו כלפיהם.

3.1. 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**⁶². 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 נשללת⁶³. אולם, השופט אנגלרד הוסיף גם מבחן אובייקטיבי, היוצר איזון בין התועלת של בעל הזכות לבין הנזק שנגרם לזולת. לפי מבחן זה, ככל שקיים פער גדול בין התועלת שתצמח לבעל הזכות לעומת הנזק שייגרם לצד ג', ניתן יהיה להפעיל את סעיף 14 "כנגד" בעל הזכות ולקבוע כי התנהגותו היא שימוש לרעה בזכות. השופט אנגלרד אימץ בעניין זה עיקרון לפיו הקניין אינו מוחלט אלא יחסי ומחייב לעשות איזון בין זכויותיו של בעל הקניין לבין הנזק שייגרם לאחרים כתוצאה משימוש בזכויות אלה⁶⁴. 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 והחובות בדיני הקניין

הרמב"ם מבוססת על ההבחנה בין רצון השורר בשעת מעשה, לבין רציה 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 צריכה הפעולה להיות במתחם הפעולות שיש לגביהן קונצזוס שזה הדבר שנכון לעשות. אולם, אם מדובר בפעולה שגם אנשים נורמטיביים עשויים לסרב לה - אי אפשר להשיג הסכמה לגביה באמצעי כפייה.

⁶¹ הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל "לבעיית הפיצויים" קל"ב-קל"ג (בתוך ספרו של הרב משה פינדלינג "תחוקת העבודה").

⁶² רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199 (1999).

⁶³ ראו והשוו: אברהם וינרוט "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי" ("כופין על מידת סדום"), **דיני ישראל** יח, נ"ג, שם הובהר כי הכפייה על מידת סדום במשפט העברי נועדה לשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי.

⁶⁴ 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 להיווכח לאן נוטה מאזן האינטרסים בין בעליה הדין. הוא מצא כי הביתן הנדון חסם במידה ניכרת את מראה הנוף מדירתו של התובע. לעומת זאת, לנתבע לא היה עניין מהותי בקיום הביתן. זה האחרון שימש בעיקר לאחסון שקי זבל, ורק לעתים רחוקות בקיץ ישבה משפחת הנתבע על יד הביתן. יתרה מזו, לנתבע מרפסת, אשר פנתה לאותה רוח כמו הביתן, לכל אורך דירתו, וניתן היה להשתמש בה למטרה דומה, אם כי תוך השקעה קטנה. לכן, עניינו של התובע בסילוק הביתן עלה בהרבה על זה של הנתבע בקיומו. לאור מצב דברים זה, קבע בית המשפט כי לא היה בתביעה להריסת הביתן משום שימוש לרעה בזכות.

בכללותם⁶⁵. בהתאם לעיקרון זה יתכן 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 בלתי הדירה פוגעת בזכות הקניין של הבעלים באופן קשה מאוד. היא נוטלת מזכות הבעלות את העוקץ. בהיעדר יכולת להשתמש, להחזיק ולהפיק רווח כלכלי מהמקרקעין – אין למעשה כל תועלת בזכות הבעלות. נמצא כי הכרעה בזכות שימוש כאמור חורגת גם מתחומיה של קטגוריה זו.

ז. הבחנה בין גורם פרטי לבין גורם עסקי

נראה לנו אפוא כי בהעדר אשם או מצג היוצר ציפייה מצד הבעלים ובהעדר הסכם מכללא, לא ראוי ליתן זכות שימוש למחזיק, תוך פגיעה בזכות הקניין של הבעלים, וזאת אף אם שיקולי צדק כבירים עומדים לצדו של המחזיק. מצד שני, נראה לנו כי החידוש של השופטת ברק ארז בעניין ג'אעוני⁶⁶ יהא מוצדק וראוי מקום שבו עסקיין 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 לעוול כבד. כך למשל, בעניין יהודאי לא הייתה כל סיבה כי חברת חלמיש תפנה את הגב' יהודאי ותסב לה עוול לעת זקנה כדי שיהיה לה במלאי עוד דירה, שאותה תייעד לצרכיו של נזקק אחר. "עניי עירך קודמים" ומי שכבר נמצא בדירה ופינויו גורם עוול, בוודאי שהגיוני לתת לו להישאר בנכס עד סוף ימיו. הוא הדין ביחס למקרקעי המדינה שעליה יושבים מזה עשרות שנים שבטים בדואיים. על כן, במקרה של אלקיעאן וגם במקרה של יהודאי ניתן היה 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 ציפיות שיצר הבעלים אינם עילה לגרוע מזכות הבעלות של גוף פרטי.

שאלה נוספת היא, האם יש מקום להבחין בין זכות שימוש אחת לרעותה בהתאם לסיווגו של המחזיק? אם מדובר בהחזקה מכוח הסכם, מפורש או מכללא, נראה כי אין מקום להבחנה בין גורם פרטי המחזיק במקרקעין לבין גורם עסקי. כמו כן, אם עסקיין בהשתק נראה גם כן כי אין מקום להבחנה כאמור, שהרי חובת תום הלב וההגינות של הבעלים אינה משתנה בהתאם לזהותו של המחזיק. אולם, אם מביאים בחשבון שיקולי צדק, הרי שיש מקום להבחנה כאמור, שכן לא הרי נתמך סעד שמבקשים

⁶⁵ להרחבה בעניין זה ראו: אבי וינרוט ואריק מגידש "ריבונות עם אחריות ככלי הכרעה בצמתים של חיכוך לאורך חיי

המשכון" משפט ועסקים כז 1 (2022).

לפנות אותו מביתו הדל ולהפכו לחסר בית, כהרי גוף עסקי שמבקש ליהנות ממקרקעי הציבור⁶⁶. ואכן, השופטת ברק-ארז, נאמנה לגישתה בדבר השתתת זכות השימוש על שיקולי צדק, קבעה בעניין **מפעלי תחנות בע"מ**⁶⁷ כי בעת שנבחנת השאלה האם ניתן לאדם או גוף מסוים רישיון מכללא להחזיק במקרקעין, כמו גם השאלה מתי ובאילו נסיבות פקע אותו רישיון, יש לבחון את מכלול שיקולים בהתאם לנסיבות העניין **ולאופיים של הצדדים לסכסוך**. השופטת ברק-ארז 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-ארז כי רשות השימוש פקעה עם הודעת הרשות, על אף שאחריה לא באו פעולות קונקרטיות נוספות לפינוי המחזיקים. אכן, אם משתיתים את זכות השימוש על שיקולי צדק, הרי שההבחנה האמורה עשויה להיות רלוונטית ויש היגיון רב בדברים⁶⁸.

השופט אלרון (בדעת מיעוט) סבר כי חלות באותו מקרה ההלכות הפסוקות "הרגילות" של רכישת זכות שימוש כאשר ההחזקה במקרקעין נמשכת עשרות שנים ונמנעו מלנקוט צעדים המצביעים על אי השלמה ברורה עם המשך ההחזקה⁶⁹. 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 הציפיות של המחזיק להישאר בנכס, ומבחינה זו אין לכאורה הבדל בין גוף עסקי לבין גוף פרטי. ככל שהמדינה אינה משדרת מסר ברור שמסיים ציפיות אלה, הרי שגם גוף עסקי הנהנה מייעוץ משפטי אינו נוהג אחרת מאדם פרטי ומפתח את אותן ציפיות⁷⁰. נמצא כי נקודת המחלוקת העמוקה בין דעתה

⁶⁶ אם כי שיקולי הצדק אינם תלויים בהכרח בזהות הפרטית או העסקית של הגוף המחזיק, שהרי גם גוף עסקי עשוי ליהנות משיקולי צדק אם הוא מספק פרנסה למשפחות רבות התלויות בו, הרי ששיקולי צדק מערכתיים מחייבים להתחשב בו, ברור עוד כי הוא עשוי להיות עדיף על גורם פרטי הטובל בעושר רב.

⁶⁷ ע"א 8761/17 **מדינת ישראל נ' מפעלי תחנות בע"מ** (פורסם בנבו 11.12.19).

⁶⁸ השופטת ברק ארז 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".

⁶⁹ עניין **נחום** (ה"ש 3 לעיל) פסקה 18.

⁷⁰ אם כי יתכן כי ביחס לגוף עסקי הנהנה מייעוץ משפטי ניתן לטעון שאין לו ציפיות **לגיטימיות** וראליות לקבל רשות שימוש בעקבות הסגת גבול.

של השופטת ברק-ארז לבין דעתו של השופט אלרון נעוצה בשאלה האם זכות השימוש תיכון מכח שיקולי צדק ולא רק מכח דיני חוזים או דיני השתק. לפי שיטתה של השופטת ברק-ארז נמצא כי שיקולי צדק עומדים בבסיס יצירתה של זכות השימוש, לטוב ולמוטב. כאשר מדובר באדם פרטי שגורלו המר לו, יביאו שיקולי הצדק לכך שהוא לא יפונה מן המקרקעין, וזאת 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 תעשה באופן מחמיר, כשההנחה היא שגוף עסקי לא מפתח ציפיות כמו אדם פרטי.

ח. סיכום

באופן מסורתי השתייכה הפסיקה את זכות השימוש על שני מקורות: א. על דיני חוזים, שבהם אין זכות בלתי הדירה בלי הסכמה מפורשת או בהעדר תמורה; ב. על דיני ההשתק 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. בפסיקתה של השופטת ברק ארז התחדש כי קיימת זכות שימוש בלתי הדירה גם מכוח שיקולי צדק, שאותם היא מבקשת להחיל אף אם אין כל אשם או מצג מצדו של הבעלים. נראה לנו כי זוהי מעין הפקעה מן הפרט לצרכיו של פרט אחר ולכן זוהי מסקנה מרחיקת לכת. עם זאת, נראה כי יש בהחלט מקום לחידוש מרחיק לכת זה כאשר עסקינן בקרקע שהינה בבעלות גוף ציבורי. המדינה, בניגוד לפרט, אחראית לרווחת הפרט ויש מקום לשיקולי צדק שמחמתם יימנע פינוי שיגרום עוול כבד למחזיק. ביחס לזכות השימוש המסתמכת על שיקולי צדק יש מקום להבחין גם בין מחזיק שהוא גורם פרטי לבין מחזיק שהוא גוף עסקי.