

שכירות, רישיון, זיקת הנאה ומה שביניהם¹

יהושע ויסמן*

א. מבוא. ב. שכירות ללא החזקה. ג. טיב זכות השימוש שעל פי סעיף 31 לחוק השכירות והשאילה. ד. קנייניות השכירות. ה. מבחן שגוי לקנייניותה של זכות. ו. שכלול השכירות. ז. רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות; 1. זיקת הנאה מכוח התיישנות במקרקעין מוסדרים; 2. זיקת הנאה מכוח התיישנות ב"מקרקעי ציבור; 3. רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות ומרשם המקרקעין. ח. מסקנות.

א. מבוא

המשותף לשכירות, לרישיון ולזיקת הנאה הוא ששלושתם מעניקים זכות לשימוש בנכס שבבעלות אדם אחר. המבדיל ביניהם הוא שהשכירות מעניקה עם זכות השימוש גם את ההחזקה, ואילו זיקת הנאה מעניקה את זכות השימוש בלבד, בלא ההחזקה. המבדיל את השכירות ואת זיקת הנאה מן הרישיון הוא, על פי ההשקפה המקובלת, שהשכירות וזיקת הנאה מקנות זכות קניינית, ואילו הרישיון מעניק זכות אישית בלבד. על רקע דברים אלה, שהם בבחינת מושכלות ראשוניים, נתעוררו שאלות מעניינות שנחלקו בהן הדעות. נתעממה ההבחנה שבין שכירות לבין זיקת הנאה; הוצב סימן שאלה על קנייניות השכירות; נתגלעו קשיים בדבר קנה המידה שבעזרתו אפשר להבחין בין זכות קניינית לזכות שאינה קניינית; נתעוררו ספקות בשאלה מתי משתכללת שכירות שאינה טעונה רישום במרשם המקרקעין; הועלו הרהורי כפירה בדבר האפשרות לרכוש זיקת הנאה מכוח התיישנות, בדרך כלל, ובמקרקעין מוסדרים, בפרט; וכן נחשפו קשיים באשר לשאלת היחס בין רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות לבין מרשם המקרקעין. לליבון שאלות אלה נועדו הדברים הבאים.

1 מוקדש בהוקרה לשופטת בן-פורת אשר באה אל כס המשפט מתחום המשפט הפלילי ואשר הפליאה לעשות בתחום המשפט הפרטי.
* פרופסור מן המניין (אמריטוס), האוניברסיטה העברית בירושלים.

ב. שכירות ללא החזקה

חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), מעמיד את ההבחנה בין שכירות לבין זיקת הנאה על גורם ההחזקה. השכירות מעניקה הן זכות שימוש בנכס הן את החזקה בו, ואילו זיקת הנאה מעניקה את זכות השימוש בלבד, בלא החזקה.²

הבחנה חדה זו נתעממה עם חקיקת חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (להלן: "חוק השכירות והשאלה"), הקובע בסעיף 31 כי "הוראות פרק א' [דהיינו הפרק שכותרתו 'שכירות'] יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על זכות שהוקנתה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק בו".

אם סעיף זה מאפשר קיומה של שכירות, המקנה זכות להשתמש בנכס שאין עמה זכות להחזיק בו, כיצד נבדיל בין שכירות לבין זיקת הנאה?

להבחנה בין שכירות לבין זיקת הנאה חשיבות שאינה עיונית בלבד. ההבחנה בין השתיים נדרשת בשל ההבדלים שבין מערכת הדינים החלה על השכירות לבין זו שחלה על זיקת הנאה. כך, למשל, זיקת הנאה טעונה רישום במרשם המקרקעין, בלא שלמשך זמנה תהא השפעה על כך.³ שכירות, לעומת זאת, בדרך כלל טעונה רישום במרשם המקרקעין רק כשהיא מיועדת לתקופה העולה על עשר שנים.⁴ מכאן עולה השאלה הבאה: אם הוקנתה לראובן זכות מעבר במקרקעי שמעון, לתקופה של שבע שנים, היש לרשום את הזכות במרשם המקרקעין, כנדרש על פי סעיפי החוק החלים על זיקת הנאה, או שמא פטורה היא מרישום במרשם המקרקעין, כפי שעולה מסעיפי החוק הדנים בשכירות מקרקעין?

פתרון שאלה זו טמון בלשון סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה. לכשנדייק ניווכח כי הסעיף אינו קובע שזכות לשימוש שאין עמה זכות להחזקה היא בגדר "שכירות". כל שהסעיף אומר הוא שעל הזכות לשימוש שאין עמה זכות להחזקה, יחולו ההוראות שבפרק על שכירות שבחוק השכירות והשאלה. בכך לא הפך החוק זכות לשימוש שאין עמה זכות להחזקה ל"שכירות". למה הדבר דומה? להוראה שבחוק הירושה או בחוק הגנת הדייר, המחילה על ידועים בציבור את הדין החל על בני זוג הנשואים זה לזה.⁵ תחולה זו אינה משנה את מעמדם האישי של הידועים בציבור ואינה הופכת אותם לנשואים זה לזה. היא גם אינה מחילה חוקים אחרים, שעניינם בני זוג הנשואים זה לזה, על ידועים בציבור.

2 'ס' 3 ו-5 לחוק המקרקעין.

3 שם, 'ס' 5 ו-7.

4 שם, 'ס' 7(א), 79; 'ס' 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972 (להלן: "חוק הגנת הדייר").

5 'ס' 55 ו-57 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; 'ס' 1 לחוק הגנת הדייר.

שכירות, רישיון, זיקת הנאה ומה שביניהם

מקו מחשבה זה עולה כי התשובה לשאלתנו היא חיובית, ואכן יש לרשום במרשם המקרקעין הקניית זכות מעבר במקרקעין לשבע שנים. על זכות זו, שסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה עוסק בה (בהיותה זכות שימוש שאין עמה החזקה), חלות אמנם ההוראות בדבר שכירות שבחוק השכירות והשאלה, אך אין היא בגדר "שכירות" לעניין החוק הדין בנושא הרישום במרשם המקרקעין, שהוא חוק המקרקעין. לפי חוק המקרקעין, שכירות מוגדרת כ"זכות [...] להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם"⁶, ללמדך כי לעניין חוק המקרקעין, זכות שאינה מעניקה החזקה אינה בגדר שכירות. זכות המעבר הנדונה נופלת בד' אמות ההגדרה של "זיקת הנאה" שבחוק המקרקעין, שלפיה: "זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמה זכות להחזיק בהם"⁷. בהתאם לכך, הזכות הנדונה טעונה רישום במרשם המקרקעין, כדין כל זיקת הנאה הטעונה רישום במרשם המקרקעין בלא כל קשר לתקופתה.

לסיכום עניין זה – סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה אמנם מחיל על הזכות לשימוש שאין עמה החזקה את ההוראות שבפרק על שכירות, שבחוק השכירות והשאלה, אך בכך אין כדי להפוך זכות כזו ל"שכירות". לפיכך, על זכות שאין עמה החזקה לא יחולו הוראות חוק המקרקעין בדבר שכירות.

ואולם יש הסוברים אחרת. על פי דעה אחת, להוראות חוק המקרקעין בדבר רישום שכירות תחולה גם על הזכות הנדונה בסעיף 31⁸. על פי דעה אחרת, אין כלל חובה לרשום במרשם המקרקעין זכות שעל פי סעיף 31, ויהא משכה אשר יהא⁹.

ג. טיב זכות השימוש שעל פי סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה

אם, כהנחתי, סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה אינו הופך את הזכות הנדונה בו ל"שכירות", מהו טיבה של זכות זו? אין לראות בסעיף זה גושפנקה לרישיון, ל-Licence, שקלטנו בעבר מן המשפט האנגלי. נהפוך הוא. בדברי ההסבר להצעת חוק השכירות והשאלה נאמר שתכלית החוק, ובמיוחד של סעיף 31 שבו, לשים קץ במשפטנו לקיומו של

6 כאמור בס' 3 לחוק המקרקעין.

7 שם, ס' 5.

8 כך סבורה, למשל, נילי כהן במאמרה: נילי כהן "זכות שימוש במקרקעין כ'זכות במקרקעין'" עיוני משפט ד' 425, 435 (1974/5). לדעתה, מכיוון שסעיף 31 דן בשכירות, ראוי להחיל עליו את ההוראות שבחוק המקרקעין בדבר רישום השכירות. לחלופין היא מציעה להגיע לתוצאה זו בהתבסס על היקש מחוק המקרקעין אל חוק השכירות והשאלה.

9 כך גורס פרופ' מ' דויטש, כמפורט בסמוך.

רישיון מכוח הסכם, כמוסד הקיים בצד השכירות והשאילה¹⁰. עם זאת, לא תמיד הפנימה הפסיקה עובדה זו. כך, למשל, בעניין **בשורה נ' טאנוס**¹¹, אמר השופט רובינשטיין (בלא שהשופטים ביניש וגרוניס, שישבו אתו במושב, הסתייגו מכך): "מבלי לקבוע מסמרות – נוטה אני לדעה כי מוסד הרישיון עודו קיים במשפטנו, אך הדבר לא הוכרע לאורך השנים"¹².

פרשנות מקורית לסעיף 31 לחוק השכירות והשאילה הוצעה על ידי פרופ' דויטש. לגישתו, המשפט הישראלי מכיר בשני סוגים של "זיקת הנאה": האחת היא זו המוסדרת על פי חוק המקרקעין, והשנייה היא זו שעל פי סעיף 31 לחוק השכירות והשאילה. לטעמו, הרוצה להקנות זיקת הנאה יכול לבחור בין זיקת הנאה שעל פי סעיף 31 לבין זו שעל פי חוק המקרקעין. הדינים החלים על שתי "זיקות הנאה" האלה שונים זה מזה. כך, למשל, על פי חוק המקרקעין, זיקת הנאה יכולה להיות בלתי מוגבלת בזמן, ואילו הזכות שעל פי סעיף 31 אינה יכולה להיות לצמיתות¹³. זיקת הנאה שעל פי חוק המקרקעין ניתנת לרכישה מכוח התיישנות של שלושים שנה, מה שאין כן בזכות שעל פי סעיף 31, שאינה ניתנת לרכישה מכוח התיישנות¹⁴. כמו כן, בזיקת הנאה שעל פי חוק המקרקעין, לבית המשפט סמכות לשנות את זיקת הנאה או לבטלה עם שינוי הנסיבות¹⁵, ואילו בזכות שעל פי סעיף 31 אין הדבר כך. לבסוף, על פי גישתו של דויטש, "זיקת הנאה" מכוח סעיף 31 היא זכות אישית ולא קניינית, וככזו אין היא טעונה רישום במרשם המקרקעין. זיקת הנאה שעל פי חוק המקרקעין, לעומת זאת, טעונה רישום¹⁶.

לא ברורה התועלת שאפשר להפיק מקיומן של שתי זיקות הנאה חילופיות, כהנחתו של דויטש. כך למשל לא ברור הצורך המעשי בשתי זיקות הנאה, האחת היכולה להיות לצמיתות והשנייה החייבת להיות מוגבלת בזמן. וכן לא ברורה התועלת שבקיום מקביל של שתי זיקות הנאה, האחת שאפשר לרכשה מכוח התיישנות והאחרת שאי אפשר לרכשה מכוח התיישנות. ועוד – מה צורך יש בקיומן של שתי זיקות הנאה כשהאחת כפופה לסמכות בית המשפט לשנותה ולהתאימה עם הזמן לנסיבות המשתנות, ואילו לגבי האחרת אין סמכות כזאת. לפרשנות המקורית המוצעת על ידי דויטש גם אין זכר בעבודות ההכנה

10 ראו ע"א 7139/99 **אלוני נ' ארד**, פ"ד נח(4) 27, פס' 8 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004) ומאידך: הצעת חוק השכירות, התש"ל-1970, ה"ח 901, עמ' 288, 294; ע"א 318/83 **אגוזי שפע בע"מ נ' שיבר**, פ"ד לט(4) 322, 333 (1985) (השופטת בן-פורת).
 11 ע"א 8331/03 **בשורה נ' טנוס** (פורסם בנבו, 12.9.2005).
 12 שם, פס' 9.
 13 ס' 96 לחוק המקרקעין וס' 1 לחוק השכירות והשאילה.
 14 ס' 94 לחוק המקרקעין.
 15 כאמור בס' 96 לחוק המקרקעין.
 16 מיגל דויטש **קניין** כרך ב 411, 426-427 (1999).

לחוק. הכרה בקיום מקביל של שתי זיקות הנאה שונות עשויה לגרום לחוסר ודאות, והיא עומדת בניגוד לנטייה ההפוכה בימינו לאחד את הצורות השונות של זיקת הנאה שהתפתחו במהלך ההיסטוריה, ולהכניסן למסגרת אחת, הכפופה לאותם דינים¹⁷. אשר לשאלה אם הזכות שעל פי סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה היא אישית או קניינית – שאלה שגם בית המשפט העליון נזקק לה והתחבט בה¹⁸ – התשובה לה טמונה בסעיף 31. הסעיף מחיל על זכות השימוש הנדונה בו את ההוראות בדבר שכירות שבחוק השכירות והשאלה. מכאן שקנייניותה של הזכות שבסעיף 31 נגזרת משאלת קנייניותה של השכירות. אלה הסבורים כי השכירות היא קניינית – וזוהי הדעה הרווחת כיום¹⁹ – יהיו מסתמא סבורים כי גם הזכות שעל פי סעיף 31 קניינית היא²⁰. לעומתם, הסוברים כי השכירות אינה בהכרח קניינית – ועל כך נעמוד להלן – יניחו כי גם הזכות שעל פי סעיף 31 אינה בהכרח קניינית.

לגישתי, הפרשנות הראויה לסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, ככל שמדובר במקרקעין, היא לראות בו מקור משלים להוראות הספציפיות בדבר זיקת הנאה שבחוק המקרקעין. מקור משלים זה נחוץ מכיוון שחוק המקרקעין אינו עוסק בהיבטים שונים הכרוכים בהענקת זיקת הנאה, שבהם דן חוק השכירות והשאלה (כגון הסעיפים שעניינם התקופה של הזכות, כאמור בסעיפים 18–20 שבחוק השכירות והשאלה, או הבטחת השימוש ללא הפרעה, כאמור בסעיף 11). מאחר שסעיף 31 נוגע לכל סוגי הנכסים, מקרקעין, מיטלטלין וזכויות²¹, יש לראותו כחוק כללי, בהשוואה לסעיפי זיקת הנאה שבחוק המקרקעין, שהם ספציפיים למקרקעין. לפיכך בדוננו בזיקת הנאה במקרקעין, יש לפנות תחילה להוראות הספציפיות שבחוק המקרקעין, ואילו בהוראות הכלליות שעל פי סעיף 31 אפשר להיעזר ככל שהוראות אלה עשויות להשלים את ההוראות שבחוק המקרקעין. כאשר ההוראות שבשני מקורות אלה אינן מתיישבות זו עם זו, יש להעדיף את ההוראות שבחוק המקרקעין, בהיותן, כאמור, ספציפיות לנושא של זיקת הנאה במקרקעין.

17 ראו למשל את ההתפתחות במשפט ארצות-הברית, בכל הנוגע לזיקות הנאה, כמפורט אצל: 1 AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT OF THE LAW, 3RD, PROPERTY: SERVITUDES, para.1.1 (2000). ראו גם יהושע ויסמן **דיני קניין: החזקה ושימוש** 491, פס' 13.2 (2005).

18 עניין **אלוני**, לעיל ה"ש 9, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק.

19 ראו למשל: כהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 433; שלום לרנר **שכירות נכסים** 35 (1990); נינה זלצמן "רישיון במקרקעין" **הפרקליט** מב 27, 47 (1995).

20 על עמדתו החריגה של פרופ' דויטש בעניין זה, ראו ויסמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 505, ה"ש 2.

21 כאמור בס' 2(א) לחוק השכירות והשאלה.

ד. קנייניות השכירות

הדעה הרווחת היא כי השכירות היא זכות קניינית²². בסוגיה זו חלה לאחרונה התפתחות שיש בה עניין. ההשקפה כי השכירות היא קניינית קנתה לה מהלכים עוד בעידן שבו הסדירה המג'לה את נושא השכירות. המג'לה קבעה, בסעיף 590, כי "מכר אינו דוחה שכירות", לאמור: שוכר אינו נפגע עקב מכירת הנכס על ידי המשכיר, בתוך תקופת השכירות. מהוראה זו הסיק בית המשפט העליון, בעניין **נאמן נ' ראש העיר תל-אביב**²³, כי לשכירות אופי קנייני. מאחר שעל פי סעיף 590 למג'לה, לשוכר זכות שהיא תקפה לא רק כלפי המשכיר המקורי, אלא גם כלפי צד שלישי, כמו חליפי המשכיר, יש לראות את השכירות כזכות קניינית. במילים אחרות, אין היא *in personam* גרידא אלא היא *in rem*. עמדה זו נשתמרה גם לאחר שסעיפי המג'לה בסוגיית השכירות הוחלפו בסעיפי חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971, מאחר שגם בחוק השכירות והשאלה אנו מוצאים הוראה דומה לזו שהייתה בסעיף 590 למג'לה. סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה קובע כי "המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר; עשה כן, יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר בכל הנוגע לתוזה השכירות". לאמור, נותרה על כנה הגישה שלפיה זכותו של שוכר תקפה גם כלפי חליפי המשכיר; ללמדך שהזכות היא *in rem* ולא *in personam*. ואולם ההשקפה הזאת אינה מביאה בחשבון את העובדה שסעיף 21 לחוק השכירות והשאלה, שעליו מושתתת קנייניות השכירות, הוא דיספוזיטיבי, לאמור – אפשר להתנות עליו, כאמור בסעיף 2(ג) לחוק. לשון אחרת, אין מניעה ליצור בהסכם שכירות שאינה מחייבת חליפים של המשכיר, ואז לפנינו זכות אישית, *in personam*, להבדיל מקניינית. בעניין **אלוני**²⁴ אימץ השופט ברק טיעון זה, שאותו העליתי בעבר, באחד ממאמריו. מכאן ואילך מתבקש אפוא לומר כי השכירות היא אמנם בדרך כלל קניינית, אך אין מניעה ליצור בהסכם שכירות שהיא אישית.

אם נחזור אל השאלה בדבר טיב זכות השימוש שעל פי סעיף 31, כי אז, על רקע דברי האחרונים בדבר קנייניות השכירות, התשובה לשאלה זו היא שבדרך כלל הזכות שעל פי סעיף 31 היא קניינית, אך אפשר לשלול את קנייניותה בהסכם, ואז תהא זכות השימוש שעל פי סעיף 31 זכות אישית.

22 לעיל ה"ש 18.

23 ע"א 309/54 **נאמן נ' ראש העיר תל-אביב**, פ"ד י 1942 (1956).24 עניין **אלוני**, לעיל ה"ש 9.

ה. מבחן שגוי לקנייניותה של זכות

השאלה אם שכירות היא זכות קניינית, מובילה למבחן שהוצע על ידי מלומדים אחדים לביטול השאלה אם זכות כלשהי היא זכות קניינית. פרופ' טדסקי אומר כי עדות לכך שהשכירות היא קניינית אפשר למצוא בעובדה שהחוק מאפשר לשעבד שכירות מקרקעין בזיקת הנאה (כאמור בסעיף 81(ב) לחוק המקרקעין). לגישתו, מכיוון שזיקת הנאה היא זכות קניינית, "מן הסתם לא יוכל בעל זכות אובליגטורית להעניק זכות חפצית"²⁵. בדומה לכך, פרופ' נילי כהן מסיקה מן העובדה שאפשר למשכן את זכות השכירות כי השכירות היא קניינית, "היכולת לערוך עסקאות בזכות מהווה אסמכתא לחפציותה"²⁶. האומנם מעידה העובדה שבזכות כלשהי אפשר לבצע עסקה קניינית (למשל לשעבדה בזיקת הנאה או במשכון) כי הזכות שבה מתבצעת העסקה היא קניינית? דומה כי התשובה לשאלה זו שלילית. אין קשר הכרחי בין היכולת לבצע בזכות כלשהי עסקה קניינית לבין השאלה אם הזכות שבה מתבצעת העסקה היא קניינית. כך, למשל, בארץ נפוץ מאוד משכון של זכות חוזית לקבלת בעלות בדירה. בדומה לכך רווחות עסקאות של משכון ניירות ערך או של מכר זכויות חוזיות על ידי המחאתן לקונה. בכל אחת מן הדוגמאות האלה מתבצעת עסקה קניינית בזכות שהיא אישית. כללו של דבר, אין להסיק מקנייניותה של עסקה בזכות, על קנייניות הזכות שבה מתבצעת העסקה.

ו. שכלול השכירות

מהו השלב שבו משתכללת שכירות דירה לשנתיים (תקופה שאינה מחייבת רישום במרשם המקרקעין), או שכירות מכונית לחודשיים, אם מוסכם שהנכס יימסר לשוכר שבוע לאחר החתימה על הסכם השכירות? האם השכירות משתכללת עם החתימה על הסכם השכירות או שמא רק עם קבלת ההחזקה במושכר? החשיבות המעשית של שאלה זו תומחש אם, למשל, לאחר החתימה על הסכם השכירות, אך לפני שהנכס נמסר לשוכר, ימכור המשכיר את הנכס לצד ג' תם לב, שלא היה מודע להסכם השכירות. אם השכירות משתכללת בעת החתימה על הסכם השכירות, ואפילו טרם נמסר הנכס לידי השוכר, יהא צד ג', הקונה, כפוף לשכירות, ככל קונה המקבל את הממכר בכפיפות לזכויות קניין קודמות. אם, לעומת זאת, השכירות משתכללת רק עם קבלת ההחזקה בנכס, הרי שכל עוד לא קיבל

25 ג' טדסקי "זיקת הנאה שלא לטובת מקרקעין" משפטים ז 456, 474 (1977).

26 כהן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 434.

השוכר את ההחזקה, לשוכר קניין שביושר בלבד, וככזה הוא נדחה מפני רוכש בתמורה ובתום לב²⁷.

יש הסבורים כי שכירות משתכללת רק עם קבלת ההחזקה בנכס (בנכסים שהשכרתם אינה טעונה רישום). הנימוק העיקרי שניתן לכך הוא שמסירת ההחזקה לשוכר מעניקה לעסקת השכירות את הפומביות הנדרשת ברכישת זכויות קניין²⁸.

מנגד אפשר לטעון כי השכירות משתכללת במועד שעליו מוסכם בין הצדדים, וכי מסירת ההחזקה בנכס אינה תנאי הכרחי לשכלולה של השכירות. הנימוקים בתמיכה לעמדה זו הם כדלהלן:

(א) כאשר מסירת ההחזקה בנכס נדרשת לצורך שכלולה של זכות, באה על כך בדרך כלל הוראה מפורשת בחוק. כך נהג המחוקק, למשל, בעסקת המתנה, בקבעו כי מסירת ההחזקה היא שמשכללת את המתנה²⁹. כך נהג המחוקק גם לעניין עסקת המשכון, המשתכללת עם הפקדת המשכון בידי מקבלו (או עם רישומו במרשם המשכונות)³⁰. לעומת זאת, בחוק השכירות והשאילה לא בא זכרה של דרישה למסירת ההחזקה כתנאי לשכלול השכירות. קשה להניח כי הימנעותו של המחוקק מלקבוע במפורש את מסירת ההחזקה כתנאי לשכלול השכירות נובעת רק מהיסח הדעת, ושכוונתו הייתה לקבוע את המסירה כתנאי לשכלול השכירות אף שלא אמר זאת.

(ב) בעסקת מכר, שהיא עסקה קניינית מובהקת, לא נדרשת מסירת הממכר כתנאי להקניית הבעלות, והפומביות אינה תנאי לשכלול המכר. על פי סעיף 33 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, המכר משתכלל במועד שמוסכם עליו בין הצדדים. טבעי הוא ששיטת משפט שזוהי גישתה לעניין עסקת המכר תנהג בדרך דומה גם בעסקה של שכירות. שתי עסקאות אלה דומות זו לזו בכך ששתיהן מקנות את הזכות להחזקה בנכס. עדות לנטיית המחוקק להחיל על עסקת המכר ועל עסקת השכירות הוראות דומות אפשר למצוא בהצעת חוק השכירות, שם נאמר כי בכונת המחוקק להחיל את עקרונות חוק המכר על עסקת השכירות³¹.

27 ע"א 189/95 **בנק אוצר החייל נ' אהרונוב**, פ"ד נג' (4) 199 (1999).
 28 דויטש, לעיל ה"ש 15, בעמ' 350-351; נילי כהן **התערבות ביחסים חוזיים** 195-196, פס' 147 (1986); זלצמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 49.
 29 ס' 6 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 קובע: "בעלות בדבר-המתנה עוברת למקבל במסירת הדבר לידו".
 30 ס' 4(2) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967: "כלפי נושים אחרים של החייב יהיה כוחו של מישכון יפה [...] בנכסים נדים ובניירות ערך [...] עם הפקדתם כאמור וכל עוד הם מופקדים".
 31 הצעת חוק השכירות, לעיל ה"ש 9.

(ג) הטיעון כי מסירת ההחזקה היא תנאי לשכלול השכירות מאחר שהמסירה דרושה כדי לתת פומבי לזכותו של השוכר, הוא טיעון מוקשה. אילו היה טיעון זה נכון, כי אז הייתה ההחזקה על ידי השוכר נדרשת לא רק בתחילת השכירות, אלא גם במשך כל תקופת השכירות. כך נהג המחוקק, למשל, בחוק המשכון. על פי האמור בחוק, תוקפו של משכון מופקד מותנה בהעברת ההחזקה לידי הנושה עם יצירת המשכון, ובהחזקה מתמשכת על ידי הנושה במשך כל התקופה שבה למשכון תוקף³². כך נהג המחוקק גם לעניין זכות העיכבון, כשקבע כי תוקפו מותנה לא רק בקבלת ההחזקה עם הפעלת העיכבון, אלא גם בהמשכיות ההחזקה לכל התקופה של העיכבון³³. לא כך נהג המחוקק בחוק השכירות. הכול מסכימים שעל פי חוק השכירות והשאלה, המשך ההחזקה במושכר אינו תנאי להמשך תוקפה של השכירות. יכול שוכר לחדול להחזיק במושכר, להשכיר את הנכס או להשאילו לכל אדם – ובכלל זה למשכיר – בלא שהפסקת ההחזקה על ידי השוכר תפגום במשהו בתוקפה של השכירות. ללמדך כי אין החוק עומד על דרישת הפומביות בשכירות.

(ד) ההנחה שאין לכוון את תוקף השכירות בדרישת הפומביות ובמסירת ההחזקה לשוכר, מתחייבת גם מן העובדה שעסקת השכירות אפשרית בנכסים שמסירת החזקה לא תיתכן בהם, דהיינו בזכויות. כך, למשל, חוק השכירות והשאלה מכיר באפשרות של השכרת זכות יוצרים, שאינה מצריכה כל פומביות³⁴. אלה הסבורים כי השכירות משתכללת רק עם מסירת ההחזקה לשוכר עשויים, לכאורה, למצוא חיזוק להשקפתם בסעיף 80 לחוק המקרקעין. על פי סעיף זה, בתחרות שבין עסקת שכירות קודמת לעסקת שכירות מאוחרת של אותו נכס, העדיפות היא לשכירות המאוחרת, אם השוכר המאוחר הקדים את השוכר המוקדם בקבלת ההחזקה במושכר. ואולם סעיף זה מחזק למעשה את העמדה ההפוכה, שלפיה שכלול השכירות אינו מותנה בדרך כלל בקבלת ההחזקה במושכר. מסקנה זו עולה מכך שלסעיף 80 תחולה מוגבלת, לשכירות מקרקעין בלבד. על שכירות נכסים שאינם מקרקעין (כמו שכירות מיטלטלין וזכויות), לא חל הכלל שבסעיף 80.

יתרה מזו, גם במקרקעין לסעיף 80 תחולה מוגבלת; הוא חל רק על תחרות שבין שכירות מקרקעין שאינה טעונה רישום ושלא נרשמה, לבין שכירות מאוחרת שאף היא אינה טעונה רישום ושלא נרשמה. בכל המקרים האחרים אין לסעיף 80 תחולה. כך, למשל, סעיף 80 אינו חל על שכירות מוקדמת המתחרה בזכותו של קונה מאוחר. קבלת ההחזקה על ידי השוכר אינה תנאי לעדיפותו של השוכר על הקונה³⁵.

32 ס' 4(2) לחוק המשכון, לעיל ה"ש 29.
33 ס' 11 (ד) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971.
34 ס' 2(א) לחוק השכירות והשאלה.
35 כפי שעולה מס' 21 לחוק השכירות והשאלה.

לסיכום, מסירת ההחזקה אינה תנאי לשכלולה של שכירות. מועד השכלול הוא על פי המוסכם בין הצדדים, כבמכר. זוהי גם העמדה, למשל, במשפט שבארצות-הברית³⁶.

ז. רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות

(1) זיקת הנאה מכוח התיישנות במקרקעין מוסדרים

סעיף 94 לחוק המקרקעין קובע כי אפשר לרכוש זיקת הנאה במקרקעין מכוח שימוש ממושך של שלושים שנה. נשאלת השאלה אם אפשרות זו ראלית במציאות הישראלית; האם אפשר לצפות לכך שאכן ייווצרו בעתיד זיקות הנאה מכוח שימוש ממושך.

שאלה זו מתבקשת בשל שתי סיבות. הסיבה האחת נעוצה בכלל שבסעיף 159(ב) לחוק המקרקעין, שלפיו אין התיישנות במקרקעין מוסדרים. מאחר שכמעט כל שטח המדינה כלול היום בקטגוריה של "מקרקעין מוסדרים", דברים אלה מעלים את השאלה אם נותר מרחב מחיה של ממש לסעיף 94 שעניינו רכישת זכויות מכוח התיישנות. ודוק, סעיף 94 אינו מבחין בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים. היש לקרוא את הסעיף בכפופות להוראה שבסעיף 159(ב), השולל התיישנות במקרקעין מוסדרים? שהרי אז תיוותר לסעיף 94 תחולה שולית בלבד על המקרקעין המעטים שטרם הוסדרו, והסעיף יתרוקן לגמרי מתוכנו כאשר הסדר המקרקעין יושלם וכל שטח המדינה יהיה בגדר "מקרקעין מוסדרים", או שמא אין לקרוא את סעיף 94 בכפוף לסעיף 159(ב), ורכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות אפשרית גם במקרקעין מוסדרים?

כאשר הגיעה שאלה זו בפני בית משפט השלום, בת"א (שלום ת"א) 38786/97 **מנהל מקרקעי ישראל נ' אדרי**³⁷, הביע השופט גולדין את דעתו כי יש לקרוא את סעיף 94 בכפופות להוראה שבחוק המקרקעין השוללת התיישנות במקרקעין מוסדרים. לפי פסק דין זה, במקרקעין מוסדרים אי-אפשר לרכוש זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך.

בניגוד לעמדה זו אפשר לטעון כי סעיף 94 לחוק המקרקעין, שאינו מבחין בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין שאינם מוסדרים, דן בסוגיה ספציפית של רכישת זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך (בלא שהחוק מכנה זאת "התיישנות"), ועל כן, בעימות עם ההוראה הכללית

36 (A. James Casner ed.) 221, para.3.22 AMERICAN LAW OF PROPERTY 1. בתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 ("קובץ דיני ממונות") שפורסם על ידי משרד המשפטים אומצה גישה זו, בס' 545, הקובע: "הקנייתה של זכות שכירות בנכס שאינו מקרקעין, או במקרקעין כשהשכירות אינה טעונה רישום בפנקסי המקרקעין, מושלמת במועד ובאופן שעליו הסכימו הצדדים".

37 פורסם בנבו, 1.7.2001.

שכירות, רישיון, זיקת הנאה ומה שביניהם

שבסעיף 159(ב), השוללת בדרך כלל התיישנות במקרקעין מוסדרים, יש להעדיף את ההוראה הספציפית הקבועה בו שעניינה זיקת הנאה בלבד. לפי פרשנות זו, רכישה של זיקת הנאה אפשרית מכוח שימוש ממושך, הן במקרקעין מוסדרים הן במקרקעין שטרם הוסדרו. עמדה זו עדיפה בעיניי על זו שננקטה בעניין אדרי, מאחר שהלכת אדרי עלולה לרוקן את סעיף 94 מכל תוכן לכשיושלם, בעתיד הקרוב, הסדר המקרקעין, וכל המקרקעין שבמדינה יהיו בגדר "מקרקעין מוסדרים". עמדתי גם נתמכת בדברים שנכתבו בעניין זה בהצעת חוק המקרקעין, ובדברים שנאמרו על ידי שר המשפטים דאז, ד' יוסף, בעת הדיון בכנסת בהצעת חוק המקרקעין³⁸.

(2) זיקת הנאה מכוח התיישנות ב"מקרקעי ציבור"

הסיבה האחרת שבגללה מתעוררת השאלה אם רכישת זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך היא אפשרות ראלית במציאות הישראלית, נעוצה בהוראה שבסעיף 113(ג) לחוק המקרקעין, שלפיה אין לסעיף 94 תחולה על "מקרקעי ציבור". מקרקעי ציבור הם "מקרקעי ישראל" (דהיינו מקרקעין שבבעלות המדינה, הקרן הקיימת לישראל ורשות הפיתוח), וכן מקרקעין של רשויות מקומיות ושל תאגידים שהוקמו על פי חיקוק³⁹. מכאן עולה שרכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות היא, לכאורה, בלתי אפשרית במרבית שטחה של מדינת ישראל⁴⁰. נימת הספק שבדבריי נובעת מן השאלה הפרשנית מהי משמעות הביטוי "מקרקעי ציבור" שבסעיף 113(ג). האם בביטוי "מקרקעי ציבור" שבסעיף הכוונה היא הן לזכות הבעלות במקרקעין אלה הן לכל זכות אחרת בהם, או שמא מוגבלים "מקרקעי ציבור" לזכות הבעלות בלבד? אם הפירוש ל"מקרקעי ציבור" מוגבל לזכות הבעלות בלבד, כי אז תהא אפשרית רכישה של זיקת הנאה מכוח התיישנות כנגד החוכרים של מקרקעי ציבור, ובכך יפתח פתח רחב לאפשרות של רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות.

כמה טעמים מצדיקים את אימוצה של פרשנות זו. ראשית, הטעם להוראה השוללת רכישת זיקת הנאה במקרקעי ציבור מכוח שימוש ממושך הוא הקושי של בעלי מקרקעין אלה לפקח על הנעשה במקרקעיהם. השטחים הנרחבים של מקרקעי ציבור (כמעט כל שטח המדינה, כאמור לעיל) מכבידים מאוד על הבעלים בפיקוח שתכליתו מניעת שימוש במקרקעין אלה על ידי פולשים⁴¹. ואולם כאשר חלקה כלשהי ממקרקעי ציבור הוחכרה

38 הצעות חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964, ה"ח 612, בעמ' 208; וכן ראו דברי שר המשפטים, ד"כ 40, 2483 (התשכ"ד).

39 כאמור בס' 107 לחוק המקרקעין.

40 מקרקעי ציבור הם כ-93% משטח המדינה; ישראל: שנתון הממשלה תשכ"ג, עמ' 198.

41 ראו את דברי שר המשפטים, דב יוסף, בקריאה הראשונה של הצעת חוק המקרקעין, התשכ"ד-1964, ד"כ, לעיל ה"ש 37, בעמ' 2480; דברי ההסבר בהצעת חוק מקרקעי ציבור (סילוק

למחזיק פרטי, והשאלה המתעוררת היא אם אפשר לרכוש זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך כלפי החוכר, אין אחיזה לטעם שביסוד שלילת התחולה של סעיף 94, כאמור בסעיף 113(ג). ראוי על כן לפרש את "מקרקעי ציבור" שבסעיף 113(ג) כמכוונים לשלילת התחולה של סעיף 94 כלפי הבעלים של מקרקעין אלה, אך לא כלפי חוכרי המקרקעין. שנית, האפשרות שזיקת הנאה תשעבד זכות חכירה אינה זרה לחוק המקרקעין. החוק מכיר במפורש באפשרות של זיקת הנאה המשעבדת את זכות החכירה, אך לא את הבעלות⁴². שלישית, כאמור, פרשנות המגבילה את שלילת התחולה של סעיף 94 במקרקעי ציבור רק כלפי הבעלים של מקרקעין אלה, תותיר מרחב מחיה סביר לסעיף 94 ותמנע את ריקון תוכנו המעשי של הסעיף.

(3) רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות ומרשם המקרקעין

מהו השלב שבו נרכשת זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך של שלושים שנה – האם תום שלושים שנות השימוש, הוא עצמו, מקנה את הזכות או שמא נדרש רישום הזכות במרשם המקרקעין כתנאי לרכישה של זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך?

סעיף 94 לחוק המקרקעין משיב על כך בבירור. הסעיף קובע: "מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה והוא רשאי לדרוש את רישומה". לאמור: רק לאחר שנרכשה הזיקה, מכוח השימוש הממושך, אפשר לדרוש את רישומה במרשם המקרקעין. הרישום במרשם הוא של זכות שכבר קיימת; לא הרישום הוא היוצר את הזכות.

על רקע זה מתעוררת השאלה מהו דינו של מי שרכש מקרקעין כאשר מועלית כנגדו טענה שהמקרקעין שרכש כפופים לזיקת הנאה מכוח שימוש ממושך, כאשר זיקת הנאה לא נרשמה במרשם וכאשר הרוכש לא ידע על קיומה בעת רכישת המקרקעין? לכאורה רוכש המקרקעין כפוף לזיקת הנאה שקדמה לו, בהיות זיקת הנאה זכות קניין. ואכן, כזו הייתה עמדת הפסיקה⁴³. ואולם דומה כי סוגיה זו מורכבת יותר מכפי שהיא נחזית להיות במבט ראשון. אפשר להעלות על הדעת את הטיעונים הבאים בשאלה זו:

(א) בהנחה שהמקרקעין היו מקרקעין מוסדרים, היוכל הקונה לטעון כי בדק את מרשם המקרקעין ולא מצא בו זכר לזיקת הנאה וכי על כן הוא זכאי ליהנות מ"תקנת השוק"?

פולשים), התשמ"א-1980, ה"ח 1484; דברי שר המשפטים, מ' נסים, ד"כ 90, 60, 80 (התשמ"א).

42 ס' 81(ב) לחוק המקרקעין.

43 ע"א (מחוזי נצ') 1280/06 טורון נ' בנאסולי (פורסם בנבו, 8.7.2007).

שכירות, רישיון, זיקת הנאה ומה שביניהם

שהרי על פי סעיף 10 לחוק המקרקעין: "מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון". (ב) כנגד טיעון זה יוכל בעל זיקת ההנאה לטעון שתקנת השוק שעל פי סעיף 10 לחוק המקרקעין עשויה לאפשר לקונה להתגבר על זכויות הטענות רישום במרשם המקרקעין (אם הן לא נרשמו), אך לא על זכויות שאינן טענות רישום. כשם שקונה בתום לב, שבדק את המרשם, כפוף לשכירות קודמת בלתי רשומה, אם השכירות הייתה לתקופה קצרה שאינה טעונה רישום⁴⁴, כך כפוף הקונה לזיקת הנאה שנרכשה מכוח התיישנות, אף שלא נרשמה, כי גם היא אינה טעונה רישום. בנסיבות אלה אין תחולה לתקנת השוק שעל פי סעיף 10 לחוק המקרקעין.

(ג) שמה יוכל הקונה להיבנות מן הטענה, כי מכיוון שהיה בידו של בעל זיקת ההנאה לרשום את זכותו, והוא לא ניצל את האפשרות הזאת, הרי שבהימנעותו גרם ל"תאונה המשפטית" שאירעה, דהיינו להנחתו המוטעית של הקונה שהמקרקעין שרכש נקיים מכל שעבוד. על פי טענה זו, יהא על בעל זיקת ההנאה לשאת בתוצאות התאונה המשפטית שהוא גרם לה. טיעון מסוג זה נתקבל על ידי בית המשפט העליון בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ⁴⁵, לעניין עסקאות סותרות, כאשר הקונה הראשון נמנע מלרשום הערת אזהרה (רישום שהחוק מאפשר אך אינו מחייב). בית המשפט העדיף את הקונה השני על פני הקונה הראשון, מהטעם שבהימנעותו מלרשום הערת אזהרה גרם הקונה הראשון ל"תאונה המשפטית". דומה כי מתבקש היקש מפסק דין זה לענייננו.

(ד) לבסוף, אפשר כי בעל זיקת ההנאה יוכל להיחלץ מהלכת גנז ומן הטענה שהוא גרם לתאונה המשפטית, בטענה כי התאונה המשפטית הייתה נמנעת אילו נהג הקונה בזירות הראויה, והיה מבקר בנכס לפני שהתקשר בחוזה לרכישתו, כפי שכל קונה זהיר אמור לעשות⁴⁶. אילו נהג כן היה הקונה עשוי לגלות את דבר קיומה של זכות המעבר חרף העובדה שהיא לא נרשמה במרשם (בהנחה שלזכות המעבר היה ביטוי חיצוני, הגלוי לעין). הלקח המעשי העולה מן הטיעונים ומן הטיעונים שכנגד בהתדיינות הדמיונית שהבאנו הוא, כי אף שלפי סעיף 94 אין חובה על מי שרכש זיקת הנאה מכוח שימוש ממושך לרשום את זכותו במרשם המקרקעין, טוב יעשה אם לא ידחה את הרישום. בכך ימנע מעצמו מצבים לא נוחים במקרה שבעל המקרקעין יבצע במקרקעין עסקאות כלשהן.

44 כפי שעולה מס' 21 לחוק השכירות והשאלה.

45 פ"ד נז(2) 385 (2003).

46 על חובתו של קונה מקרקעין לבקר בנכס ולבדוק אותו, כדי לגלות זכויות שאינן נרשמות במרשם המקרקעין. ראו, למשל, ע"א (מחוזי ב"ש) 1099/02 פרנסז נ' שיפמן (פורסם בנבו, 4.6.2003); וכן ויסמן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 30.

ח. מסקנות

ההוראה שבסעיף 31 לחוק השכירות והשאילה, המחילה את הוראות הפרק על השכירות שבחוק זה גם על זכות שימוש בלא החזקה, היא בעלת חשיבות מעשית לגבי מקרקעין. במיטלטלין נדירים יהיו המצבים שבהם תהא לאדם זכות שימוש בלא שמתלווה לכך החזקה. במקרקעין אין לראות את ההוראה שבסעיף 31 כמבטלת את החזקה כיסוד מבחין בין שכירות לבין זיקת הנאה. את סעיף 31 יש לראות כמקור משלים להוראות שבחוק המקרקעין בנושא זיקת הנאה, שעניינה, בדומה לסעיף 31, זכות שימוש בלא החזקה. מפוקפקת ההשקפה הרווחת כי השכירות היא בהכרח זכות קניין. אין מניעה על פי החוק ליצירת שכירות שאינה קניינית, ואפשרות זו מחזקת את עמדתה של השופטת בן-פורת כי לאחר חוק השכירות והשאילה אין עוד מקום לרישיון החוזי. המבחן שהוצע בספרות המקצועית להבחנה בין זכות קניין לזכות חיובית, בהסתמך על השאלה אם אפשר לבצע בזכות עסקה קניינית, אינו עומד בפני הביקורת. אין קשר בין היכולת לבצע בזכות עסקה קניינית לבין היות הזכות שבה מתבצעת העסקה זכות קניינית. שכלול שכירות שאינה טעונה רישום במרשם המקרקעין אינו מותנה בדרך כלל בקבלת החזקה במושכר. מועד השכלול הוא, כבמכר, המועד שנבחר על ידי הצדדים. שלילת ההתיישנות במקרקעין מוסדרים אינה חלה על רכישת זיקת הנאה מכוח התיישנות במקרקעין מסודרים. וכן אפשר כי שלילת הרכישה של זיקת הנאה מכוח התיישנות, במקרקעי ציבור, אינה שוללת את האפשרות של רכישה כזאת כלפי חוכרים של מקרקעי ציבור. ולבסוף, אף כי רכישה של זיקת הנאה מכוח התיישנות אינה מותנית ברישום הזכות במרשם המקרקעין, טוב יעשה רוכש הזכות אם ירשום את זכותו במרשם. בכך יקל מצבו במקרה שבעל המקרקעין הכפופים יבצע עסקאות במקרקעין.