

תניות מגבילות בחוזה חכירה לדורות

מאת

עו"ד שרגא בירן • עו"ד אפרת כראזי

- א. מבוא - היקף זכויות הקניין בישראל המוסדרות בחכירות
- ב. החקיקה הישראלית ודיני החכירה
- ג. כמה מהסוגיות העיקריות הדורשות הכרעה לגבי החכירה
- ד. הדין העות'מאני והמשפט המקובל - כדין חל וכמשפט משווה
 1. הדין החל על חכירות שנוצרו קודם לשנת 1970
 2. המשפט העות'מאני
 - I. העדר הסדר בנושא התניות המגבילות
 - II. רכישת זכויות בקרקע מכוח החזקה ועיבוד
 - III. זכות קדימה
 3. תניות מגבילות במשפט המקובל ובדיני היושר
 - I. תניות בחוזה חכירה
 - II. ביטול ושינוי תניות מגבילות בחוזה חכירה
 - III. הגבלת השימוש בתניות מגבילות העומדות בתוקפן
 - IV. זכות החוכר לרכישת המוחכר ולהארכת החכירה
 4. סיכום ביניים - הדין החל והמשפט המשווה
- ה. הפתרון הרצוי- חוק חכירות
 1. סיכום

א. מבוא - היקף זכויות הקניין בישראל המוסדרות בחכירות

שטחה היבשתי של מדינת ישראל הינו כ-21 מיליון דונם, כ-93% ממנו בבעלות המדינה ורק כ-7% בלבד בבעלות פרטית¹. מאחר שעל פי חוק יסוד אסורה העברת בעלות במקרקעי ישראל² (דהיינו באדמות המדינה, רשות הפיתוח

1. מינהל מקרקעי ישראל, דו"ח שנתי לשנת 2002 - נתונים נבחרים, כפי שפורסם באתר האינטרנט www.mmi.gov.il.

2. סעיף 1 לחוק יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח תש"כ, עמ' 56.

וקק"ל), הרי שמרביתן המכרעת של העברות המקרקעין בישראל הן בדרך של חכירה.

השווי הכלכלי של השטחים הבנויים במדינת ישראל מוערך בסך של 922,668 מיליוני ש"ח (בערכים של דצמבר 1997)³. לשם השוואה בלבד יצוין, כי סך הנכסים הכספיים שבידי הציבור בישראל נאמדו, בשנת 1998, בסך של 784,073 מיליוני ש"ח⁴.

לאור העובדה שכ-93% מהקרקעות הם בבעלות המדינה, מתבהר היטב היקפן הניכר של זכויות הקניין בישראל המוסדרות בדרך של חכירה. הנובע מכך, כי מרבית העושר במדינת ישראל של פרטים ותאגידים מבוסס על חכירות מהמדינה.

למרות זאת, דיני החכירה לא זכו עד כה להתייחסות ראויה מצד המחוקק, ובפועל אינם מוסדרים בחוק. כנסת ישראל חוקקה בתחילת שנות ה-70 את חוק החוזים, חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה. באף אחד מבין החוקים הנזכרים לא זכתה זכות החכירה לדיון הראוי לה. כתוצאה מכך נקבעים דיני החכירה על ידי החלטות מינהל, כ-1,000 במספר, המשתנות חדשות לבקרים. רובן המכריע של ההחלטות עוסק בהסדרים ראשוניים, כגון הסדרים בנושאים הקשורים להגדרת החכירה, למטרות החכירה, להארכת החכירה, להיקף זכות החכירה, ולמעמד תניות מגבילות בחוזה חכירה באשר לשימוש וסיחור. כל אלה נושאים הראויים לחקיקה ראשית של הכנסת.

במאמר זה נתמקד באחד מתחומי דיני החכירות, תחום אשר זכה לדיון נרחב במשפט המקובל, הלא הוא תחום התניות המגבילות - תניות בחוזה חכירה המגבילות את השימוש במקרקעין. תחום זה - אשר משמש מסגרת מבוא לדיון בסוגיות שונות הדורשות פתרון בדיני החכירות - לא חצה את הירקון ולא עבר את גן סאקר, ואף שיש בו כדי לשפוך אור על סוגיות שונות העולות לדיון מפעם לפעם במדינת ישראל, הפסיקה והספרות הישראליות לא מצאו לנכון מעולם לעסוק בו או לדון במשמעותו לגבי הדין הישראלי, אם כדין חל ואם כמשפט משווה.

ב. החקיקה הישראלית ודיני החכירה

כאמור, דיני החכירה במשפט הישראלי לא זכו עד כה להתייחסות ראויה מצד המחוקק. המלומד, פרופ' יהושע ויסמן, התריע על כך עם חקיקתו של חוק המקרקעין:

3. צ. אקשטיין ומ. פרלמן אומדן השווי הכלכלי של נכסי המקרקעין בישראל מכון אפלייד, אפריל 1999.
4. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל לשנת 2001 (מס' 52) (תשס"ב) לוח 17.1.

"עמדתו של המחוקק בכל הנושאים הנזכרים לעיל, מעידה על הגישה בלתי מציאותית לפיה המצב הטיפוסי בארץ הוא שהמקרקעין נתונים בבעלות מלאה... ההסדר המשפטי של זכות החכירה צריך היה להיות עבור המחוקק אחת ממטרותיו המרכזיות ולא סרח עודף... מעמדו של חוכר מקרקעין ממקרקעי ישראל עודנו מצפה, אפוא, לטפול המתאים של המחוקק."⁵

והדברים עומדים על כנם, במשנה תוקף, עד היום. הסיבה ברורה - מצב דברים זה משרת את האינטרסים של הגורמים שיש בכוחם להשפיע ולבחוש בקדרת המקרקעין. קביעת דיני החכירה בחקיקה תרוקן את הקדרה, ומשכך אין היא מתרחשת.

האם זו היתה כוונת המחוקק?

השופט לנדוי, אשר שימש כחבר וכיו"ר בוועדה המייעצת, שמונתה על ידי שר המשפטים כחלק מעבודת ההכנה לקראת חקיקתו של חוק המקרקעין, שופך אור על השיקולים שעמדו מול עיני חברי הוועדה ואשר הביאו לכך שדיני החכירה במקרקעי ישראל לא זכו להתייחסות מיוחדת בחוק המקרקעין⁶:

"נמתחה ביקורת על כך שהחוק אינו משיב תשובות על רבות מן הבעיות הנוגעות במיוחד למקרקעי המדינה למיניהם, שלהם מקום כה נכבד בכלל המערכת הקרקעית שלנו. הדברים נכונים, אבל הוועדה נהגה כך במודע, בהיותה סבורה שנושא חשוב זה טעון הסדר בדינים ובתקנות מיוחדים שיש להתקינם בגדר המשפט הציבורי, ואילו חוק המקרקעין יתרכז במשפט המקרקעין הפרטי. כזאת היתה כפי הנראה גם דעת הכנסת."

באמצעות הכרעה זו, נקבע לעשרות שנים גורל דיני החוזים ודיני הקניין בקשר לחכירות ממינהל מקרקעי ישראל. ה-Leasehold, החכירה, נתפסת במשפטנו כזכות קניינית, אולם מרכיבים חשובים ביותר של החכירה נקבעים באמצעות החלטות מינהליות, משתנות מעת לעת, של מינהל מקרקעי ישראל, הכוללות תניות מגבילות וחוביות, הסדרים פוליטיים ודמוגרפיים והסדרים המאפשרים לשלטון המרכזי להמשיך ולהתערב, שלא באמצעות חקיקה, בקניינו הפרטי של האזרח, בגדר "המשפט הציבורי" כאמור.

במאמר שפורסם לפני מספר חודשים, בכתב עת זה, חזר וציין המלומד פרופ' יהושע ויסמן כי:

"חוק המקרקעין לא הועיד איפוא מונח נפרד לשכירות שהיא לתקופה קצרה מחמש שנים, ולשכירות שתקופתה עולה על חמש שנים ואינה עולה על עשרים וחמש שנה."⁷

5. י. ויסמן חוק המקרקעין תשכ"ט-1969: מגמות והישגים (תש"ל) 7.
6. מ. לנדוי, "חוק המקרקעין (כללי) וזיקת הנאה לפי חוק המקרקעין", עיוני משפט ג' (תשל"ג) 86.
7. י. ויסמן "תקופת השכירות", מקרקעין ב/3 (מאי 2003) 3, בע' 4.

מאמרים

5 • מקרקעין ב/5 (ספטמבר 2003)

ובהמשך:

"בשל האופי המיוחד שיש לחכירה לתקופה ארוכה, יש מדינות שבהן חוקקו חוק מיוחד לשכירות לתקופה ממושכת. בחכירות שכאלה, ראויים לטיפול נפרד ושונה מזה שבשכירות קצרות נושאים כגון: עבירות זכותו של החוכר... נשיאה באחריות עקב נזקים לנכס והאחריות לתיקון הנכס... השימוש המותר במושכר - ... מכיוון שלא ניתן לצפות מראש את כל תהפוכות הזמן, ראוי כי בניסוח הסכמי חכירה לתקופה ממושכת, ישתמשו הצדדים בתניות גמישות העשויות לאפשר התאמה של ההסכם לשינויים שצופן העתיד."⁸

קריאותיו המתמשכות של פרופ' יהושע ויסמן, מאבות דיני הקניין במדינת ישראל, נשארו כקול קורא במדבר, עד עצם היום הזה. שהרי אותן "תניות גמישות" הראויות בחכירות "לתקופה ארוכה" הן הן התניות המגבילות הנדונות כאן.

במאמר זה נראה, כי אף במצב המשפטי הקיים כיום, ובהעדר התייחסות בחוק המקרקעין לסוגייה זו, קיימת מסגרת משפטית מחייבת החלה על תניות מגבילות בחוזה חכירה, בכל הנוגע לחכירות שנוצרו לפני חקיקתו של חוק המקרקעין, במסגרת הוראות מעבר וקליטת דיני היושר והמשפט המקובל במשפטנו. חכירות אלה כפופות, בכל הנוגע לדיני התניות המגבילות, לדיני המשפט העות'מאני, דיני היושר והמשפט המקובל אשר חלו בעת יצירתן והמהווים, למעשה, את המשטר המשפטי המחייב לגביהן.

כבר כעת יודגש, כי לדינים אלה יש בוודאי השפעה אף על חכירות שנוצרו לאחר חקיקת חוק המקרקעין, בבחינת משפט משווה, כאשר על רקע התפתחותם של דינים אלה במשפט העמים בולט, ביתר שאת, החסר וההעדר המשועים לפתרון בדין הישראלי.

ג. כמה מהסוגיות העיקריות הדורשות הכרעה לגבי זכות החכירה

כיום, לאחר שנים רבות של עיסוק משפטי בסיווגה של זכות החכירה, סווגה זכות החכירה במשפט הישראלי כזכות קניין המשלבת אלמנטים חוזיים וקנייניים כאחד.⁹ בהיות חוזה החכירה חוזה היוצר קניין, אשר כולל בתוכו תניות שונות הנילוות ליסודות המרכזיים של החכירה, מתעוררת הבעייתיות הבלתי נמנעת - מה דינן ומה מהותן של תניות חוזה החכירה? מהן הזכויות המוקנות לחוכר במוחכר מעצם זכות הקניין שהועברה לו - כתוספת לתניות החוזיות? מה דינן של התניות בהתחלף הצדדים - החוכר והמחכיר, ומה גורלן בחלופי הזמנים ובשינויי העיתים? מה מידת התערבות המחוקק בעיצובן של התניות ושל הזכויות?

8. שם, בע' 21.

9. על אופיה המשפטי של זכות החכירה על פי הדין החל בארץ ישראל ובמדינת ישראל בתקופה שקדמה לחקיקתו של חוק המקרקעין - ראה להלן.

מעבר לבעייתיות הנובעת מהדואליות המשפטית של זכות החכירה, על דיני החכירה להתמודד אף עם הבעייתיות הנובעת מכך שבמרבית המקרים החכירה, כצורת קניין, נכפית על החוכר¹⁰. כך היה בחכירות פיאודליות אשר שימשו כלי בידי השלטון לכפיית התנהגות והתחייבויות על החוכר, וכך בחכירות ממינהל מקרקעי ישראל המשמשות, למעשה, את צורת הקניין היחידה האפשרית לגבי מרביתן המכרעת של הקרקעות במדינת ישראל. במצב דברים זה נוצר פער בין תפיסת החוכר את הקניין שבידו כמעין-בעלות, לבין אופיה המשפטית של החכירה כזכות קניין לזמן קצוב, הנשלטת על ידי תניות חוזיות שנקבעו בתחילת תקופת החכירה ואשר במקרים רבים הופכות למושגות ולבלתי רלוונטיות במהלך תקופת החכירה.

במדינת ישראל מתווספת על כל אלו בעייתיות חמורה נוספת. בהיות המדינה הבעלים של כ-93% מהקרקעות, ובהתחשב בכך כי חל איסור על העברת בעלות במקרקעי ישראל, כך שניתן לקנות בהן זכות חכירה בלבד, הרי שהתניות החוזיות המלוות את החכירה הינן תניות בחוזה אחיד המוכתבות על ידי המדינה באופן חד צדדי והנשלטות על ידי החלטות משתנות של מועצת מקרקעי ישראל. חלק מהותי מחוזי החכירה המקובלים אצל מינהל מקרקעי ישראל נכנס בגדר חזקות הקיפוח על פי דיני החוזים האחידים - האפשרות החד-צדדית להפסיק את החכירה, לשנות את תנאיה, לשנות את דמי החכירה ולקבוע את גובה התשלום על ידי השמאי הממשלתי וכיוצא באלו תניות, שמקומן לא יכירן במסגרת חופש החוזים וכללי כלכלת השוק המניחים את השוויון בין הצדדים המתקשרים ואת חופש המשא-ומתן ומניעת הכתבת תנאים על ידי מונופול. תוקפן של תניות אלה צריך, אם כן, להיבחן גם לאור דיני התניות המקפחות בחוזים אחידים, אולם על כך במאמר נפרד.

עולה אם כן, כי דיני החכירה נדרשים להכריע, בין היתר, בסוגיות הבסיסיות הבאות - מה דינה של הגבלה על העברת זכות החכירה, מה דינן של תניות המגבילות את השימוש במוכר, מה דינה של החכירה בתום תקופת החכירה, ומה דינן של תניות מקפחות בחוזה אחיד.

במאמר זה נתרכז, כאמור, בסוגיית התניות המגבילות בחוזה חכירה לדורות, אולם מתוך העיסוק בסוגייה זו וברציונלים העומדים בבסיס הדינים שנקבעו לגביה, ניתן ללמוד על ההסדר הראוי אף ביחס לסוגיות נוספות בתחום דיני החכירה, כפי שאף נדגים במאמר זה.

10. כפי שיובא להלן, נימוק זה היווה אחד מהנימוקים המרכזיים של בית הדין האירופאי לזכויות אדם בהחלטתו לאשר רפורמה קרקעית שהעניקה לחוכרי קרקע, בתנאים מסוימים, זכות לרכישת המוכר. ראה: *James v. United Kingdom* (1986) 8 E.C.H.R. 123.

ד. הדין העות'מאני והמשפט המקובל - כדין חל וכמשפט משווה

1. הדין החל על חכירות שנוצרו קודם לשנת 1970

כפי שצינו, החקיקה הישראלית לא עסקה בסוגיית התניות המגבילות בחוזי חכירה ארוכי טווח¹¹. עם זאת, כאשר מדובר בחכירות אשר נוצרו קודם לחקיקתם של חוק המקרקעין וחוק החוזים, יש לפנות אל המשפט המחייב במדינת ישראל באותה עת, המשפט העות'מאני והחקיקה המנדטורית - ובמקרים מסוימים אף אל המשפט המקובל ודיני היושר - אשר עסקו באופן אינטנסיבי בזכות החכירה משך מאות בשנים, ואשר דיניהם "יובאו" למשפט הישראלי כעקרונות מחייבים.

מה אם כן הדין החל על חכירות שנוצרו קודם לחקיקה הישראלית, ואף קודם להקמת המדינה?

כאמור, זכות החכירה היא זכות בעלת דואליות משפטית באשר היא כוללת אלמנטים קנייניים לצד אלמנטים חוזיים. על כן, דיני החכירה, ובכללם דינים הנוגעים לפרשנותו ולתוקפו של חוזה החכירה, עשויים להימצא הן במסגרת דיני המקרקעין והן במסגרת דיני החוזים.

על פי המצב המשפטי הקיים במדינת ישראל, חוזי חכירה שנכרתו טרם חקיקתם של חוק החוזים, חוק השכירות והשאילה וחוק המקרקעין, נתונים למרותו של הדין שהיה קיים במדינת ישראל באותה עת, וזאת הן מכוח הוראת המעבר הקבועה בחוק החוזים, הן מכוח הוראת המעבר הקבועה בחוק השכירות והשאילה, והן מכוח הוראת המעבר הקבועה בחוק המקרקעין.

הוראת המעבר בחוק החוזים

סעיף 64 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 קובע, כי לגבי חוזים שנכרתו לפני כניסתו לתוקף של חוק החוזים - יחול הדין הקודם. מכאן, כי הדין שחל בארץ ישראל ובמדינת ישראל קודם לחקיקתו של חוק החוזים בכל הנוגע לתניות בחוזה חכירה בכלל, ותניות מגבילות בפרט, כפי שיובא להלן, הוא הדין החל על חכירות שנוצרו קודם לאותו מועד. דין זה, כפי שנראה להלן, כולל את עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר בסוגיות אשר לא הוסדרו במסגרת החוק המנדטורי והעות'מאני שחל באותה עת.

הוראת המעבר בחוק השכירות והשאילה

בסעיף 34 לחוק השכירות והשאילה, התשל"א-1971 נקבע, כי על עסקה שנעשתה לפני תחילתו של החוק (קרי לפני יום 1.1.72) יוסיף לחול הדין הקודם.

11. ולמעשה אף כמעט שלא יצרה הבחנה בין שכירות לתקופה קצרה לבין חכירה ארוכת טווח.

על כן, אף בנוגע לנושאים המוסדרים בחוק השכירות והשאלה, כאשר המדובר בחכירות שנוצרו טרם חקיקתו - יש להחיל את הדין הקודם, קרי הדין אשר היה קיים בארץ ישראל ובמדינת ישראל ערב חקיקת החוק.

הוראת המעבר בחוק המקרקעין

חוק המקרקעין נכנס לתוקפו ביום 1.1.1970. סעיף 166 לחוק, הוא הוראת המעבר, קובע כי חוק המקרקעין יחול על זכויות במקרקעין שנוצרו לפני תחילתו, ובלבד שחוק המקרקעין דן באותן זכויות.

בעוד שזכות החכירה מוכרת על ידי חוק המקרקעין כזכות קניינית, ועל כן נשלטת על ידו, הרי שזכויות אשר הוקנו לחוכר על פי הדין הקודם כזכויות הנבעות מהחכירה, לרבות זכויותיו בנוגע לתניות מגבילות בחוזה החכירה, אינן בגדר זכות החכירה עצמה, חוק המקרקעין אינו דן בהן והן אינן מוכרות על ידו. על כן, אף אם נסווג זכויות אלה כזכויות הנשלטות על ידי הוראת המעבר בחוק המקרקעין, הרי שיש להחיל עליהן את הדין הקודם.

האפשרות לערוך סגמנטציה של אגד הזכויות המהוות את החכירה לצורך קביעת הדין החל על זכויות אלה הוכרה על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין **דוידוף נ' איילת השחר**¹². בפסק דין זה הכיר בית המשפט בסגמנטציה של אגד הזכויות המהוות זכות קניינית על פי החוק - ובאותו מקרה, זכות הקדימה. בית המשפט העליון קבע, כי זכות קדימה אשר היתה קיימת למערעים על פי החוק העות'מאני ואשר לא נכללה בזכויות הקדימה שהוכרו על ידי חוק המקרקעין, ממשיכה להתקיים גם לאחר חקיקת חוק המקרקעין (אף שחוק המקרקעין דן בזכויות קדימה). בהתאם לפסיקה זו, יש לקבוע דין דומה אף לגבי זכויות שהוענקו לחוכרים על ידי הדין הקודם כזכויות הנגזרות מן החכירה, אולם אינן זכות החכירה גופא, אשר חוק המקרקעין אינו דן בהן ואינו מכיר בהן, ולהחיל על זכויות אלה את הדין הקודם.

עולה אם כן, כי הוראות המעבר שנקבעו בתחילתן של שנות השבעים על ידי המחוקק הישראלי - בחוק החוזים, בחוק השכירות והשאלה, ובחוק המקרקעין - מובילות כולן למסקנה, כי על חכירות שנוצרו קודם לתקופה זו חל הדין הקודם, דהיינו המשפט העות'מאני והחקיקה המנדטורית, ובמקרה של לאקונה - דיני היושר והמשפט המקובל¹³, וזאת לצד קליטתם של דיני היושר גם באמצעות סעיף 8 לפקודת בתי המשפט לקרקעות אשר קבע כי:

12. ע"א 261/70 דוידוף נ' איילת השחר, פ"ד כה(1) 520.

13. בהתאם להוראות סימן 46 לדבר המלך במועצתו.

"בית המשפט לקרקעות ידון על פי החוק העות'מאני שהיה נוהג ביום הכיבוש הבריטי כפי שתוקן על פי כל פקודה ותקנות בית דין שהוצאו מאז הכיבוש; בתנאי שבית המשפט יתחשב עם זכויות בקרקע, הן זכויות חוקיות והן זכויות אשר שורת הצדק מחייבת אותן..."¹⁴

במאמר זה נראה, כי כתוצאה מלאקונה שנוצרה במשפט העות'מאני בנוגע לסוגיית התניות המגבילות בחוזה חכירה לדורות, הרי שהדין החל בסוגייה זו על חוזי חכירה שנכרתו טרם חקיקתם של חוק המקרקעין, חוק השכירות והשאיילה וחוק החוזים, הינו דין המשפט המקובל ודיני היושר. בהקשר זה אף יצוין כי בפועל, בתקופת המנדט, שימש סימן 46 לדבר המלך במועצתו כצינור רחב וגמיש מאד, שדרכו נקלטו ענפים שלמים של המשפט האנגלי, גם בעניינים שהוסדרו על ידי המשפט המקומי¹⁵. במציאות זו בוודאי שנפרש כר רחב לקליטתם של דיני היושר והמשפט המקובל אף בסוגייה נשוא מאמר זה.

לטעמנו, חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, כדין כללי, לא ביטל את הוראות המעבר האמורות, כדין מיוחד הנותן תוקף לזכויות שלא הוסדרו. קל וחומר בכל הנוגע להוראות המעבר שנקבעה בסעיף 166 לחוק המקרקעין, לצד ביטולו של סימן 46 לדבר המלך באותו חוק¹⁶. בכך הביע המחוקק מפורשות וספציפית את עמדתו, כי זכויות שלא הוסדרו על ידי חוק המקרקעין ואשר היו קיימות על פי הדין הקודם - קרי החוק העות'מאני והחקיקה המנדטורית, ובכללם סעיף 8 לפקודת בתי המשפט לקרקעות, ובמקרה של לאקונה המשפט המקובל ודיני היושר - יישמרו.

לעניין זה יפים דבריו של המלומד טדסקי, בהתייחס להצעת חוק יסודות המשפט:

"נניח כי בתחום מסוים היתה לקונה מובהקת במערכת הדינים הישראלית. כל עוד ס' 46 היה בתוקפו האזרח היה רשאי להאמין שבעניין זה יחול המשפט האנגלי, גם במקרה שלבתי המשפט לא היתה עדיין הזדמנות לדון בו; ואכן, אילו היתה התדיינות, היה בית המשפט מחליט כך. לא ייתכן שביטול ס' 46 יפגע למפרע ויכפור בזכויות שנרכשו כדין לפני הביטול, במקרה שאמרנו. אף במסגרת ההצעה הנדונה היה כדאי להבהיר כי תישמרנה הזכויות המוקנות האלה..."¹⁷

-
14. סעיף זה אשר שימש בסיס לקליטתם של דיני היושר בענייני מקרקעין בתקופת המנדט, הוחל מאוחר יותר על בית המשפט המחוזי בדונו בענייני קרקעות. ראה: א. בן שמש **חוקי הקרקעות במדינת ישראל** (תשי"ג) 322, 326-328.
15. י. זמיר "סימן 46 לדבר המלך וסדרי המנהל הציבורי", **משפטים** ו' (תשל"ו) 294. לעניין קליטת דיני היושר ראה גם ע"א 51/48 **בורנשטיין נ' הממונה על רכוש האויב**, פ"ד ב 310.
16. סעיף 160 לחוק.
17. ג. טדסקי "ביטול סימן 46 לדבה"מ וכוח פעולתו", **משפטים** ח' (תשל"ז-תשל"ח) 180, בע' 185.

דברים אלה נכונים שבעתיים ובמשנה תוקף עת המדובר בזכויות במקרקעין, אשר הדין והצדק מחייבים את אי שלילתן רטרואקטיבית.

המחוקק נתן דעתו לעניין זה, ומכאן הוראת המעבר שנקבעה בחוק המקרקעין לצד ביטולו של סימן 46 לדבר המלך בענייני מקרקעין, באותו חוק.

גם מנוסח חוק יסודות המשפט, כפי שהתקבל לבסוף, בשונה מהצעת החוק שקדמה לו, ניתן ללמוד על כוונתו של המחוקק לשמר זכויות קיימות על פי הדין הקודם ולא לגרוע מהוראות המעבר שנקבעו בחוקים האמורים. כך, בעוד שהצעת החוק נקטה בלשון - "אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע **בהלכות** שנקלטו בארץ לפני תחילת חוק זה"¹⁸, בא החוק וקבע כי - "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע **במשפט** שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה". ה"משפט", להבדיל מהלכות קונקרטיים, כולל את הדין הקודם כפי שהוחל על ידי הוראות המעבר של חוק המקרקעין, חוק השכירות והשאלה וחוק החוזים, אשר עמדו כמובן לנגד עיני המחוקק ערב חקיקתו של חוק יסודות המשפט¹⁹.

אין אנו מתיימרים להיכנס במסגרת מאמר זה לנבכי פרשנותו של חוק יסודות המשפט, מטרתו והיקף תחולתו²⁰, באשר מבחינה מעשית, בכל הנוגע לסוגייה הקונקרטית נשוא מאמר זה על נסיבותיה המיוחדות, עת מדובר בזכויות שחוק המקרקעין אינו מכיר בהן, אשר מכוח הוראות מעבר מפורשות חל עליהן הדין הקודם, והמהוות חלק מענף משפטי - הם דיני השכירות - אשר במסגרתו שבה ופנתה הפסיקה הישראלית בסוגיות רבות אל המשפט האנגלי וקלטה את עקרונותיו - אין בחוק יסודות המשפט כדי לשלול פנייה אל המשפט האנגלי כדין מחייב בסוגייה זו, מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו.

במאמר מוסגר יצוין, כי אין בידינו נתונים לגבי היקף הזכויות והעסקאות עליהם חלות הוראות המעבר האמורות. אולם ברור לחלוטין, כי לא ניתן להתעלם מהוראות מעבר אלה ועל כן, אם אכן אין ספק בכך שסוגיית התניות המגבילות לא הוסדרה במשפט העות'מאני או בחקיקה המנדטורית, ובכך שאין לסוגייה זו זכר בחוק המקרקעין - הרי שאין מנוס מלפעול ביחס לסוגייה זו בהתאם להוראות המעבר ולהחיל עליה את דיני היושר והמשפט המקובל, הן מכוח צינור הייבוא של סימן 46 לדבר המלך במועצתו והן מכוח סעיף 8 לפקודת בתי המשפט לקרקעות, שאם לא כן יהווה הדבר שלילת זכויות קניין בניגוד להוראות מעבר מפורשת של המחוקק.

2. המשפט העות'מאני

18. הצעת חוק יסודות המשפט, תשל"ח-1978, ה"ח תשל"ח 307.
 19. חיזוק נוסף לעמדה זו ראה בה"ש 33 להלן.
 20. לעניין זה ראה: א. לבונטין וח. גולדווטר **כללי ברירת הדין והסימן 46 לדבר המלך במועצתו** (תשל"ד), טדסקי, **לעיל** בה"ש 17, ג. פרוקצ'יה "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980" **עיוני משפט** י' (תשמ"ד-תשמ"ה) 145, מ. קשת "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 - תגובות" **הפרקליט** לג (תשמ"א) 611, י. דנציגר "מחווה סמלית שנזקה רב מתועלתה" **הפרקליט** לג (תשמ"א) 619.

השלטון העות'מאני בארץ ישראל אימץ משטר קרקעי על פיו הזכויות במקרקעין שנכבשו הינם קניין השלטון, ואלה מוקצים על ידי השלטון לפרטים.

הקניין בקרקע שימש כאמצעי שליטה, והקצאת הזכויות נעשתה לאנשי צבא, גובי מיסים או מקורבים אחרים לשלטון.

בדומה לאיסור העברת מקרקעי ישראל, כך אסור היה להעביר הבעלות במקרקעי השלטון גם בתקופה העות'מאנית. רוב המקרקעין הניתנים לניצול בארץ ישראל העות'מאנית, גם אם הוחזקו על ידי פרטים, היו מן הסוג השירי שבו הבעלות שייכת לשלטון ("מירי"). במקרקעין אלה ניתן היה לרכוש, תמורת תשלום שוויים, זכות להחזקה, לשימוש ולפירות, אך לא ניתן היה לרכוש בהם את הבעלות. זכות זו היתה הזכות העיקרית שהוחזקה על ידי פרטים בתקופת השלטון העות'מאני ולא ניתן היה לרכוש במקרקעי השלטון זכות טובה יותר, כפי שלא ניתן לרכוש במקרקעי ישראל זכות טובה מחירה²¹.

העדר הסדר בנושא התניות המגבילות

המשפט העות'מאני סיווג את זכות החכירה כזכות אישית. כתוצאה מכך לא נדרש הדין העות'מאני להתמודד עם הבעייתיות הכרוכה בדואליות המשפטית של זכות החכירה ובסוגיות הטענות הכרעה הנגזרות מדואליות זו, כפי שהוצגו בפתח מאמר זה, ובראשן סוגיית התניות המגבילות בחוזי חכירה לדורות. עם זאת, תפיסתו העקרונית של המשפט העות'מאני ולפיה חוזה החכירה, כחוזה אישי, מתקיים רק בין הצדדים המקוריים לו ופוקע למעשה עם מות אחד מהצדדים, הובילה לתוצאות בלתי רצויות, אשר בתי המשפט בתקופת המנדט השתדלו להימנע מהן²². כתוצאה מכך, שינתה אט אט זכות החכירה בארץ ישראל את פניה, והאלמנטים הקנייניים הכרוכים בה²³ הנחו את בתי המשפט בהענקת אופי קנייני לזכות החכירה²⁴. כתוצאה מכך אף הורחבה תחולתן של תניות חוזה החכירה לגבי נעברים של הצדדים לחוזה החכירה המקורי.

השינוי בסיווגה של זכות החכירה, וכתוצאה מכך בכללים הנוגעים לתחולתן ועבירותן של תניות חוזה החכירה, דרש, בין היתר, התמודדות עם הסוגייה העומדת במרכזו של מאמר זה - דינן של תניות בחוזה חכירה ארוך טווח אשר הפכו למיושנות או שהרציונל שעמד בבסיסן אינו קיים עוד. שהרי מעת שנקבע כי תניות חוזה החכירה ממשיכות לחול לאורך כל תקופת החכירה, בין צדדים שאינם המקוריים לחוזה, יש להתמודד עם הקושי הנובע

21. ח. זנדברג **הסדר זכויות במקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל** (תשס"א) 110-111.

22. מ. דוכן **דיני קרקעות במדינת ישראל** (תשי"ג, מהדורה שניה) 204-207.

23. כגון: חובת רישום שכירות לתקופה של למעלה משלוש שנים, ההסדר הקבוע במגלה אשר לפיו מכר אינו דוחה שכירות, והוראות המאפשרות שעבודה של זכות השכירות על ידי רישום משכנתה. ראה לעניין זה: ע"א 208/51 **הקר נ' ברש**, פ"ד ח 566.

24. לנושא השינוי בסיווגה של זכות החכירה מזכות אישית לזכות בעלת מאפיינים קנייניים בפסיקה הישראלית טרם חקיקתו של חוק המקרקעין, ראה: ע"א 208/51 **הקר נ' ברש**, פ"ד ח 566, ע"א 375/54 **אלון נ' מלניק**, פ"ד (1) 486, ע"א 309/54 **נאמן נ' עירית תל אביב**, פ"ד (2) 1942. מן הראוי לציין, כי מעיון בפסקי דין אלה אף עולה היקף היזקקותו של המשפט הישראלי באותה עת לדיני המשפט האנגלי, כחלק מעיצוב מהותה המשפטית של זכות החכירה במדינת ישראל.

מתחולה ארוכת שנים של תניות, שנקבעו על ידי צדדים שאינם קיימים עוד, ואשר הפכו עם חלוף השנים למושנות.

המשפט העות'מאני והחקיקה המנדטורית לא התמודדו עם סוגייה זו, וזאת, ככל הנראה, כתוצאה ממדיניות משפטית של שימור השליטה הפוליטית על הקניין הקרקעי.

על הצורך בהסדרת סוגיית עבירותן של התניות בחוזה החכירה, כחלק מהתפתחות סיווגה של זכות החכירה מזכות אישית לזכות קניינית, כפי שנראתה בעיני חכמי המשפט באותה תקופה, ניתן ללמוד גם מהוראת סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה. סעיף זה קובע כי:

"המשכיר רשאי להעביר לאחר זכויותיו במושכר; עשה כן, יבוא רוכש הזכויות במקומו של המשכיר בכל הנוגע לחוזה השכירות..."

הספרות המשפטית שעסקה בסעיף זה הצביעה על הקשר שבין פרשנותו וההיקף הראוי לתחולתו לבין דיני התניות המגבילות במשפט המקובל²⁵. הצורך לקבוע סעיף מפורש מסוג זה בחוק השכירות והשאלה מלמד על כך, כי באותה תקופה הובהר היטב הצורך להתמודד עם סוגיית עבירות התניות בחוזה חכירה, וסוגיות נילוות, כחלק מהסדרת דיני החכירה. אין אלא להצטער על כך שהתמודדות זו נעשתה על ידי המחוקק באופן חלקי, חסר ובלתי ממצה.

הפער בין המשפט העות'מאני לבין התפתחות המשפט המנדטורי בסוגייה זו, כפי שהוצג לעיל, לצד העדר התמודדות עם קשיים שנצרו כתוצאה ישירה של השינוי בהגדרתה של זכות החכירה ובכללים החלים על תניותיה, יצרו לאקונה אשר לצורך השלמתה יש לפנות אל המשפט המקובל ודיני היושר.

בטרם נציג את עמדת המשפט המקובל ודיני היושר בסוגייה זו, מן הראוי לציין כי אף שהמשפט העות'מאני אינו כולל כל הסדר בנוגע לתניות המגבילות (שכן כאמור, לאור תפיסת חוזה החכירה כחוזה אישי לא נדרש דין זה כלל להתמודד עם סוגייה זו), הרי שמהסדרים אחרים שנקבעו במשפט העות'מאני ניתן ללמוד על כך, שכאשר נדרש דין זה להתמודד עם סוגיות הנוגעות לקשר שבין החזקה במקרקעין או השקעה בהם לבין הזכויות המוקנות בהם, הכיר הדין העות'מאני, בנסיבות מסוימות, בזכויותיו של המחזיק ושל מי שהשקיע במקרקעין לקנות בהם זכות קניין. לשם המחשה בלבד, נציג להלן, על קצה המזלג, שתי סוגיות שנדונו על ידי המשפט העות'מאני ואשר יש להן רלוונטיות לענייננו - רכישת זכויות בקרקע מכוח החזקה ועיבוד, וזכות קדימה לבונה ולנטע על מקרקעי זולתו.

25. ראה: ש. לרנר, שכירות נכסים (תש"ן) 142-147; מ. דויטש, קניין (תשנ"ט, כרך א') 61-57.

רכישת זכויות בקרקע מכוח החזקה ועיבוד

המחוקק העות'מאני יצר קשר הדוק בין החזקת המקרקעין ועיבודם החקלאי לבין האפשרות להיות בעל זכויות בהם. כך, למשל, מי שהחזיק ועיבד מקרקעין מסוג מירי במשך עשר שנים, ברציפות, יכול היה לרכוש בהם זכויות מכוח התיישנות, ללא צורך בתשלום כלשהו לשלטונות.

זאת על פי סעיף 78 לחוק הקרקעות אשר קבע כי:

"מי שהחזיק בקרקע מירי או הקדש עשר שנים רצופות בלי ערעור יש לו בה זכות של חזקה, ובין שהיה לו שטר טאבו ובין שלא היה - אין הקרקע נידונה כרטושה (מחלול) ונותנים לו שטר טאבו חינם..."

ביטוי נוסף לקשר שבין החזקה ועיבוד לבין זכויות במקרקעין ניתן למצוא בהסדר שנקבע בחקיקה העות'מאנית ואשר על פיו מי ש"החיה" מקרקעין עזובים ובלתי מנוצלים (מוואת) באמצעות הכשרתם לניצול חקלאי (חרישה, השקיה, חפירת תעלות, התקנת צינורות, זריעה ונטיעה), היה זכאי לקבל על מקרקעין אלה תעודת רישום כבעל אדמת מירי²⁶.

ראוי לציין, כי דינים אלה זכו לשימוש נרחב בשלהי המאה ה-19 ושימשו דרך מרכזית לרכישת זכויות בקרקע²⁷. עוד יצוין, כי המחוקק הישראלי שלל אמנם חלק מזכויות אלה בחקיקה רטרואקטיבית²⁸, אולם אלו מהזכויות שלא בוטלו ממשיכות לעמוד במסגרת הוראות המעבר שהוצגו לעיל. מכל מקום, יש בהסדרים אלה כדי ללמד על הכרתו של המשפט העות'מאני בקשר הישיר שבין החזקה ועיבוד של מקרקעין לבין רכישת זכויות בהם, הכרה אשר יש בה כדי לחזק את קליטתם של דיני היושר והמשפט המקובל בסוגיית התניות המגבילות.

זכות קדימה לבונה ולנוטע בשדה חברו

סעיף 44 לחוק הקרקעות העות'מאני קובע כי:

"מי שהיו לו בנינים ונטיעות בשדה חברו, והחזיק על ידם אף בשדה עצמה כדי תשמישם וזרע, אין בעל השדה רשאי ליתנה לאחר בין במתנה ובין במכירה, כל זמן שבעל הבנינים והנטיעות רוצה ליקח אותה בדמי שוויה בשעת המכירה..."

26. זנדברג, לעיל הערה 21, בע' 112-113, וכן ראה: הערך: "ארץ ישראל - סדרי השלטון והמשפט:

המשפט הנוהג בישראל", האנציקלופדיה העברית (1988, כרך שישי), עמודה 644.

27. זנדברג, לעיל הערה 21, בע' 125-128.

28. חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, סעיף 29.

דין זה, המעניק זכות קדימה במקרקעין למי שבנה ונטע במקרקעי זולתו, הינו ביטוי נוסף לקשר שבין השקעה במקרקעי הזולת לבין רכישת זכות קניינית בהם, ובמקרה זה - זכות קדימה²⁹.

מהאמור לעיל עולה כי המשפט העות'מאני העניק זכויות קניין למי שהחזיק או עיבד את מקרקעי הזולת, הן במסגרת דיני ההתיישנות והן במסגרת זכות הקדימה. לצד ההסדרים שהובאו לעיל קיימים הסדרים נוספים, כגון זכות מצרנות ודיני קדימה נוספים, אשר המשותף לכולם הינו הכרתו העקרונית של המשפט העות'מאני ברכישת זכויות קניין בדרך בלתי פורמלית, מכוח השקעה, עיבוד, שכנות וכיוצא-באלו. הכרה עקרונית זו עולה בקנה אחד עם כללי המשפט המקובל ודיני היושר באשר להענקת זכויות שונות לחוכר מקרקעין בחכירה לדורות, ובכללם הכללים הנוגעים לביטול או לשינוי תניות מגבילות בחוזה חכירה, והיא מחזקת למעשה את קליטתם של דינים אלה לצד הדין העות'מאני והחקיקה המנדטורית.

אשר על כן, בעוד שכללי הרכישה מכוח ההתיישנות³⁰ וזכות הקדימה חלים מכוח הדין העות'מאני על חכירות שנוצרו קודם לשנות ה-70, מקום בו לא נשללו על ידי המחוקק הישראלי, הרי שבכל הנוגע לתחולתן של תניות מגבילות בחוזה חכירה לדורות נוצרה לאקונה במשפט העות'מאני.

לאקונה זו פותחת את הדרך לקליטתן של הוראות המשפט המקובל ודיני היושר בסוגייה זו, כפי שאלה יובאו במפורט להלן.

כבר כעת ייאמר, כי כיום, לאחר שנים רבות של התרחקות מתקופת המנדט ומימי קליטת דיני היושר והמשפט המקובל, עשויה להיראות החלתם של דיני היושר והמשפט המקובל על חוזי חכירה שנכרתו בישראל - מרחיקת לכת. אולם בעת ההיא, ערב יצירתה של חקיקה אזרחית ישראלית, קליטת דינים אלה, בנסיבות המתאימות, היתה מובנת מאליה ונעשתה כדבר שבשגרה.

אך כדי להזכיר נשכחות יצוין, כי אף בענף דיני השכירות עצמו, אשר חלקים רבים ממנו הוסדרו במפורט במגלה, פנתה הפסיקה הישראלית, במקרים המתאימים לכך, אל המשפט המקובל ודיני היושר לצורך השלמת הדין העות'מאני והחקיקה המנדטורית.

29. יובהר, כי דין זה חל אף על חוכר אשר בנה בניינים או נטע נטיעות על קרקע המחכיר. פרשנות זו נסמכת על סעיף 513 למגלה אשר קובע, כי כאשר חוכר בונה תוספות על גבי הקרקע המוחכרת, עומדות בפני המחכיר שתי אפשרויות - לרכוש מהחוכר את התוספות או להרסן. מכאן, שהתוספות אינן קניינו של המחכיר באופו אוטומטי, ועל כן יש לקבוע כי לחוכר שבנה ונטע על הקרקע קיימת זכות קדימה לגבי הקרקע המוחכרת.

30. בשינויים המחוייבים כתוצאה מחקיקה מפורשת של הכנסת, כאמור לעיל.

כך הבחינה הפסיקה בין מקרה בו נתבקשה החלתו של המשפט האנגלי בנוגע לסוגיית העברת השכירות, אשר לגביה היה קיים הסדר בדן העות'מאני, שאז קבע בית המשפט העליון כי:

"המוסד המשפטי של העברת זכויות אינו "בלתי מוסדר" מכל וכל במשפט הא"י. ישנן הוראות חוק מפורשות הדנות בנושא זה... מכיוון שכך הרי זהו היא סוגיא משפטית שמצאה לה "סידור כל שהוא, ואפילו בלתי ממצה, ואפילו פגום, בפרקי ההלכה המקבילים של החוק הארץ - ישראלי"... ושוב אין להפעיל כאן את "צינור היבוא" של סימן 46 לדבר המלך..."³¹

לבין מקרה בו נדונה סוגיית פרשנות תניות מגבילות בחוזה החכירה, סוגייה אשר לא הוסדרה במשפט העות'מאני - היא הסוגייה נשוא מאמרו זה, אשר לגביה אימץ בית המשפט העליון את תפיסת המשפט האנגלי וקבע, בהתבסס על הפסיקה האנגלית³², כי:

"הכלל הוא שתנאי בחוזה שכירות המתכוון להגביל את זכותו של השוכר יש לפרשו כנגד המשכיר ולטובת השוכר."³³

נוסיף ונדגיש כי לטעמנו, מעבר לעובדה כי במשך שלושים שנה, ימי שלוט המנדט, היתה השפעה פוזיטיבית ובעלת משמעות לדיני החכירה הבריטיים במסגרת צרות היבוא השונות שייבאו את הדין האנגלי לישראל, הרי שהמשפט האנגלי הינו בעל מעמד וחשיבות ייחודיים בנוגע לסוגיות הנדונות במאמר זה, אף מטעם נוסף. המשפט האנגלי שכלל ופיתח את דיני החכירה כצורת קניין מרכזית באנגליה, במשך מאות בשנים. מבחינה פוליטית וכלכלית-משפטית כאחד, לא ניתן היה לשחרר את השליטה במקרקעין מדרך החכירה, לא באנגליה וכידוע גם לא בישראל. ועל כן אצלנו, כמו אצלם, יש מקום ללמוד איך לחיות, במסגרת כלכלת השוק, עם תבניות החכירה.

מכל מקום - על פי המצב המשפטי כפי שנקבע בחקיקה מפורשת, נוכח הלאקונה הקיימת במשפט העות'מאני בסוגייה הנדונה, יש "לייבא" בעניין זה את כללי המשפט המקובל ודיני היושר, כפי שיוצגו להלן.

31. ע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 585.

32. *Bullen v. Denning* (1826) 108 E.R. 313; *Earl of Cardigan v. Armitage* (1823), 107 E.R. 356.

33. ע"א 60/53 טוביס נ' רבלסקי, פ"ד ט(1) 681, בע' 687-688. לעניין החלתו של המשפט האנגלי בדיני שכירות ראה גם: מ. נוסבאום-נ.א. הורנשטיין **דיני שכירות בארץ ישראל** (תש"ב) 9. יצוין כי החלתו של המשפט האנגלי בנוגע לדיני שכירות בכלל, ובנוגע לסוגיית התניות המגבילות כפי שהובא לעיל בפרט, מחזקת אף היא את העמדה שהוצגה לעיל ולפיה אין בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 כדי לשלול את הפנייה למשפט האנגלי בעניין זה, במיוחד לאור נוסח החוק, בשונה מנוסח הצעת החוק, כפי שהובאו לעיל.

3. תניות מגבילות במשפט המקובל ובדיני היושר

דיני הקניין האנגליים עוסקים, במשך עשרות - ואף מאות - בשנים, בדיני החכירה בכלל ובתניות חוזה החכירה בפרט, בין באמצעות החקיקה, בין באמצעות הפסיקה, בין באמצעות דו"חות ועדות המשפט, שדנו באריכות בנושאים אלה ויזמו חקיקה ותיקוני חוק מתאימים, ובין באמצעות הספרות המשפטית. על רקע היקפו הניכר של העיסוק המשפטי בסוגייה זו במשפט האנגלי, מצטיירת תמונה עגומה של החסר וההעדר במשפט הישראלי. שהרי למותר לציין, כי לא ניתן להצביע על כל מקבילה במשפט הישראלי לעיסוק בהיקף דומה בסוגיות אלו, לא בחקיקה, לא במשפט, לא בספרות המשפטית ואף לא במסגרת ועדת הקודיפיקציה שמונתה ביוזמת משרד המשפטים.

תניות בחוזה חכירה

בתחילת דרכה הוגדרה זכות החכירה במשפט האנגלי כזכות אישית, אשר לא היוותה חלק מדיני המקרקעין. בהתאם לכך, במקרה של הפרעה לחזקה שבידי השוכר, עמדו לזכותו של השוכר סעדים כנגד בעל הקרקע בלבד, והחזקתו בקרקע לא היתה מוגנת כלל כלפי צדדים שלישיים.

בסוף תקופת ימי הביניים שונתה הגישה, וזכות החכירה נתפסה כבעלת סממנים מסוימים של זכות קניינית. בכך חצתה למעשה זכות החכירה את קו ההפרדה שבין דיני החוזים לדיני הקניין, באופן בו חוזה החכירה הינו נשוא של דיני החוזים ואילו החכירה הינה נשוא של דיני הקניין -

”The lease is a hybrid , part contract, part property.”³⁴

בעקבות השינוי האמור בהגדרתה של זכות החכירה, לא ניתן היה להמשיך ולהשאירה מחוץ לדיני המקרקעין והיא הפכה לחלק בלתי נפרד מהם.³⁵

במקביל להתפתחות בהגדרתה המשפטית של זכות החכירה, וכחלק בלתי נפרד מהתפתחות זו, התעוררה סוגיית התניות המגבילות בחוזה החכירה.

תחילתן של התניות בחוזה חכירה היא בתקופה הפיאודלית. התפיסה הפיאודלית ששלטה במערכת הכלכלית-קניינית באנגליה עד למאה ה-19 התבססה על חכירות שעיקרן הינו שימוש בקרקע תמורת מתן שירותים לבעלים. הבעלים - אשר הקרקע שימשה בידיהם כאמצעי שליטה פוליטי וכלכלי - כללו בחוזה החכירה תניות שונות אשר נועדו לעגן את שליטת הבעלים באופן השימוש בקרקע, האפשרות להעביר את הקרקע לאחר, חיוב החוכר להעניק שירותים לבעלים ועוד כהנה וכהנה תניות מגבילות ומחייבות את החוכר למעשים ומחדלים למיניהם.

³⁴. Linden Gardens Trust Ltd v. Lenesta Sludge Disposals Ltd (1993) 3 All ER 417, at p. 431

³⁵. K. Gray Elements of Land Law (London, 2nd ed., 1993), 673-674

עם בואה לעולם של המהפכה התעשייתית משנות התניות המגבילות את תפקידן. התניות המגבילות, שנועדו לחזק ולעגן את השליטה בשימושים בקרקע בתקופה הפיאודלית, משמשות כהסדרים תכנוניים לשם פיקוח והגנה על איכות הסביבה, הסדרים אשר לא מצאו את מקומם בחקיקה האנגלית באותן שנים.

תניות חוזה החכירה חולקו על ידי המשפט המקובל לשני סוגים:

"positive covenants" - תניות המחייבות את החוכר לנהוג בדרך מסוימת, כגון תניות המחייבות את החוכר להעניק שירותים למחכיר;

"negative covenants" - תניות המגבילות את פעולתו של החוכר, כגון תניות המגבילות את השימוש במוחכר או את העברת זכות החכירה לאחר. תניות מסוג זה המגבילות את השימוש או את העבירות בקרקע הן ה-"restrictive covenants".³⁶

לאור השימוש הרב שנעשה בתניות חוזה החכירה, ובמקביל לשינוי התפיסה באשר לאופיה המשפטי של זכות החכירה, נדרשה המערכת המשפטית לתת מענה לשאלה - מה דינם של תנאי החכירה כאשר החכירה נמשכת בין צדדים שאינם המחכיר והחוכר המקוריים. שהרי בעקרון, על פי כללי היריבות החוזית, רק מי שהיה צד מקורי לחוזה יכול לתבוע ולהיתבע על פי החוזה. על כן, ככלל, תניות חוזיות אינן חלות במקרה בו הזכויות מועברות לאחר.³⁷ אולם הדואליות הנורמטיבית של זכות החכירה הובילה את המשפט המקובל ואת דיני היושר להחלת כלל שונה באשר לתניות הנכללות בחוזה חכירה.³⁸ הכלל שגובש הינו, כי תניות אשר נוגעות לקרקע - "touch and concern the land" - ממשכות לחול על חליפי המשכיר או השוכר, למרות העדרה של יריבות חוזית. כלל זה בא לאפשר החלה של התניות המהוות את עיקר החכירה מחד, ולצמצם את תחולת התניות הנילוות לחכירה מאידך.

כאשר נדרש המשפט המקובל להגדיר את ההבחנה בין התניות השונות, נקבע כי:

"The covenant will touch and concern the land if it per se affects the nature, quality or value of the land."³⁹

.36 E. Scamell *Land covenants* (London, 1996) 7-16

.37 P. Butt *Land Law* (London, 2nd ed., 1988) 269

.38 Cheshire & Burn's *Modern Law of Real Property* (London, 16th ed., 2000) 475

Scamell, *supra* note 36, at p. 1-4

.39 *Mayor of Congleton v. Pattison* (1808) 10 East, 130

Horsey Estate Ltd. v. Steiger (1899) 2 Q.B. 79

בפסקי דין אחרים הוגדרו התניות "הנוגעות לקרקע" כתניות אשר:

"... affects either the landlord qua landlord or the tenant qua tenant."⁴⁰

זאת, להבדיל מזכויות וחובות אישיות אשר הינן בעלות משמעות מיוחדת לצדדים המקוריים לחוזה החכירה.

כך למשל, תניות המטילות על החוכר את החובה לתשלום דמי שכירות, תניות המגבילות את זכות החוכר להעביר את זכות החכירה ללא הסכמת המחכיר ותניות המטילות על המחכיר את החובה לתקן נזקים וקלקולים בנכס - כל אלה זוהו כתניות "הנוגעות לקרקע", הממשיכות לחול גם בין נעברי המחכיר או החוכר. לעומת זאת, תניות האוסרות על המחכיר להתחרות עם עסקי החוכר, תניות המחייבות תשלום סכום שנתי לצד שלישי ותניות המחייבות את המחכיר לשלם לחוכר סכום מסוים בתום תקופת החכירה, זוהו כתניות שאינן "נוגעות לקרקע", ועל כן תחולתן מוגבלת לצדדים המקוריים לחוזה החכירה⁴¹.

לאחר שנים רבות של פיתוח הכללים האמורים במסגרת המשפט המקובל ובדיני היושר, ובמקביל להשתחררותה של אנגליה מהפיאודליזם, כמעט לחלוטין, בא זמנה של רפורמה חקיקתית בדיני החכירה המאגדת את דיני המשפט המקובל ודיני היושר אשר התפתחו בשנים שקדמו לה. הקו המנחה בעקרונות המשפט המקובל ודיני היושר, כפי שבאו לידי ביטוי גם בחקיקה, הינו הבחנה בין האלמנטים המרכזיים של החכירה (חזקה, שטח מסוים, תקופה מוגדרת ודמי שכירות) לבין התנאים הנלווים לחכירה. בעוד תניות הנוגעות לגרעין החכירה עומדות בתוקפן, הרי שלגבי תניות הנילוות לחכירה ניכרת המגמה לצמצמן עד כדי ביטול או יצירת מנגנונים לשינוי של אותן תניות אשר אינן נותנות מענה לרוח הזמן שהשתנה.

ביטול ושינוי תניות מגבילות בחוזה חכירה

כאמור, סוגיית התניות המגבילות בחוזה חכירה והאפשרות לבטלן או לשנותן הינה תולדה של המעבר מתפיסת החכירה כזכות אישית אל הכרה בה כזכות קניינית⁴². שהרי תפיסת החכירה כזכות קניינית הובילה למגמה של החלת תניות שנקבעו בחוזה חכירה גם על חליפי המשכיר והשוכר, על אף העדר יריבות חוזית ביניהם.

40. 1 K.B. 2 (1948) *Breams Property Investment Co. Ltd. v. Strouglor*.

41. 478-477 p. *Cheshire & Burn's*, *supra* note 38, at p. 272-271; *Butt*, *supra* note 37, at p. 271-272.

42. מעבר דומה התרחש, כאמור, במשפט המנדטורי בארץ ישראל, ועל כן יש הגיון רב בהחלתם של הכללים שנקבעו במשפט המקובל ובדיני היושר בסוגיה זו, כחלק מהדין הארץ-ישראלי.

עם זאת, קביעת תחולה מתמשכת של תניות חוזה החכירה, בין צדדים שאינם הצדדים המקוריים לחוזה החכירה, הצריכה התייחסות מיוחדת לתניות אשר נקבעו על ידי המשכיר והשוכר בעת יצירת חכירה ארוכת טווח, אשר עם חלוף השנים ושינוי העיתים הפכו למושנות או לבלתי רלוונטיות. בנוגע לתניות מעין אלה נקבע, כי יש לאפשר את ביטולן או שינוין, במקרים המצדיקים זאת. שינוין או ביטולן של התניות נעשה על ידי הפסיקה, בין היתר, בדרך של סירוב לאכוף תניות אלה או סירוב למתן סעד בגין הפרתן, וזאת הן מטעמים שמקורם בדיני היושר (דהיינו, מקרים בהם אכיפת התניה תוביל לאי צדק) והן מטעמים שמקורם בשיקול הדעת השיפוטי, היוצרים למעשה את המשפט המקובל. הכללים שהתגבשו במהלך השנים בעניין זה במסגרת המשפט המקובל ודיני היושר, באו לידי ביטוי ב- Law of property Act שנחקק באנגליה בשנת 1925. חוק זה מאמץ, למעשה, את הגדרת ה-restrictive covenants כפי שהתפתחה במשפט המקובל בשנים שקדמו לחקיקתו, ומאגד את הכללים שהתפתחו במהלך השנים לכדי רפורמה חקיקתית, ובלשונו של המלומד Scamell, לאחר שהוא סוקר את פסקי הדין של המשפט המקובל המהווים את הבסיס לדיני התניות המגבילות:

“There can also be little doubt but that the foregoing assessment of the cases was held by the draftsmen of the Land Charges Acts 1925... and the Law of Property Act 1925, since in each of these Acts special provision is made only for covenants restrictive of the user of land... Further, section 84(1) of the Law of Property Act 1925 (as amended) confers on the Land Tribunal certain powers to discharge or modify ‘any restriction arising under covenant or otherwise as to the user’ of any freehold land.”⁴³

הכללים שנקבעו בחוק לביטול ולשינוי תניות מגבילות חלים הן על תניות מגבילות בחוזי בעלות (אשר אף בהם נמצאו אותה עת תניות מגבילות)⁴⁴ והן על תניות מגבילות בחוזי חכירה לתקופה של מעל 40 שנה, מעת שחלפו 25 שנים מתוך תקופת החכירה.⁴⁵

43. Scamell, *supra* note 36, at p. 15-16.

44. נוכח מורכבותם של דיני הקניין האנגליים ותבניות הקניין המיוחדות שנוצרו בדינים אלה, הרי שגם בהסדרים בהם הוענקה זכות בעלות היו קיימות תניות מגבילות הדומות לתניות בחוזי חכירה. הרקע לכך הינו בתקופת ימי הביניים, בה החזקת אדמות שבבעלות המלך נעשתה באמצעות הזכות ל-“estate”, כאשר שרשרת הירארכית של נתינים - Tenures, קיבלו זכויות שונות באותה קרקע באופן בו מי שנמצא בתחתית הירארכיה החזיק בפועל באדמה, וכל אחד מבעלי ה-“tenures” העניק למי שהוצב מעליו בהירארכיה את ה-“rent service”. המוסד הקרוב ביותר לבעלות, שניתן היה לקבל מהמלך, הוא מוסד ה-fee simple שנתן זכות החזקה למחזיק ולירשיו אחריו, ועל כן היה בפועל רצוף ואין סופי. ראה: 212 (Oxford, 1999) *The Idea of Property* J.E. Penner.

45. ראה סעיף 84(12) לחוק האמור המובא להלן.

סעיף 84 לחוק קובע בזו הלשון⁴⁶:

- “(1) The Lands Tribunal shall (without prejudice to any concurrent jurisdiction of the court) have power from time to time, on the application of any person interested in any freehold land affected by any restriction arising under covenant or otherwise as to the user thereof or the building thereon, by order wholly or partially to discharge or modify any such restrictions on being satisfied -
- (a) That by reason of changes in the character of the property or the neighbourhood or other circumstances of the case which the Lands Tribunal may deem material, the restriction ought to be deemed obsolete; ...; or
 - (c) That the proposed discharge or modification will not injure the persons entitled to the benefit of the restriction; and an order discharging or modifying a restriction under this subsection may direct the applicant to pay to any person entitled to the benefit of the restriction such sum by way of consideration as the Tribunal may think it just to award under one, but not both, of the following heads, that is to say, either -
 - (i) A sum to make up for any loss or disadvantage suffered by that person in consequence of the discharge or modification; or
 - (ii) A sum to make up for any effect which the restriction had, at the time when it was imposed, in reducing the consideration then received for the land affected by it...
- ...
- (12) Where a term of more than 40 years is created in land (whether before or after the commencement of this Act) this section shall, after the expiration of 25 years of the term, apply to restrictions, affecting such leasehold land in like manner as it would have applied had the land been freehold: Provided that this subsection shall not apply to mining leases.”

46. החוק תוקן בשנת 1969 - הסעיף מובא להלן בנוסחו המעודכן.

עולה אם כן, כי על פי הדין האנגלי, בהתבסס על המשפט המקובל ודיני היושר אשר קדמו לחקיקתו של החוק, הוסמכה ערכאה שיפוטית מיוחדת לבטל תניות מגבילות אשר בשל שינוי באופיו של הנכס או של הסביבה בה הנכס מצוי או בשל שינוי בנסיבות מהותיות אחרות, הפכו להיות מיושנות, או במקרה בו השינוי או הביטול המבוקש לא יפגע באנשים שההגבלה נועדה לטובתם. במסגרת חלופה זו הוענקה לטריבונל הסמכות לפסוק פיצויים לטובת מי שההגבלה אשר בוטלה נועדה לטובתו. אך יודגש, החוק קובע מפורשות כי ייפסקו פיצויים רק על נזק שייגרם לאותו אדם כתוצאה מהשינוי או הביטול.

בפני ה-European Commission of Human Rights הותקף סעיף דומה, אשר חוקק בצפון אירלנד, בטענה כי הוא מהווה הפרה של האמנה האירופאית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). הוועדה האירופית דחתה טענה זו⁴⁷.

יושם אל לב, כי החוק קובע מפורשות כי הסמכות אשר הוענקה בחקיקה ל-Land Tribunal אינה גורעת מסמכויות אחרות הנתונות לבתי המשפט, הן מכוח חקיקה והן מכוח שיקול הדעת האינהרנטי המוענק לבתי המשפט לבטל או לשנות תניות מגבילות - הוא שיקול הדעת אשר הוביל ליצירתם של דיני התניות המגבילות באמצעות המשפט המקובל ודיני היושר -

“As to the court’s inherent jurisdiction, certain of the grounds in section 84(1) which give rise to the Land Tribunal’s jurisdiction to modify or discharge a restriction may also feature, in proceedings brought before the court, in the exercise of the court’s inherent jurisdiction to treat a restriction as having been expressly or impliedly released.”⁴⁸

למביט מן הצד עשויים כללים אלה להיראות מרחיקי לכת, אך ייאמר מיד כי ה-Land tribunal לא נרתע מלעשות שימוש בסמכות שהוענקה לו. בקשות רבות שהובאו לפניו לשינוי או לביטול תניות מגבילות התקבלו. חשוב להדגיש ולציין, כי עיון בפסיקותיו של טריבונל זה מצביע על כך שלא קיים הבדל משמעותי בין בחינת בקשות לביטול תניות בחוזה בעלות לבין בקשות לביטול תניות בחוזה חכירה. זאת ועוד, מפסיקות ערכאה זו ניתן לראות כי הדיון בבקשות המובאות בפניה הינו קצר, ענייני ותכליתי. ערכאה זו אינה מפעילה מבחנים מסובכים, מורכבים ומקשים על מנת להיענות לפניותיהם של המבקשים.

⁴⁷. Cheshire & Burn’s, *supra* note 38, at p. 692 note 17.

⁴⁸. Scamell, *supra* note 36, at p. 335, וכן ראה את פסקי הדין המובאים שם בה"ש 3.

נראה כי בכל מקום בו ניתן להצביע על תניה מיושנת או תניה שביטולה לא יפגע באדם לטובתו נועדה, נאות הטריבונל לאשר את הבקשה, כאשר עיקר הדיון אינו על עצם הביטול או השינוי, שפעמים רבות נראה כי הוא כמעט מובן מאליו, אלא על גובה ומהות הפיצוי שיש לפסוק, אם בכלל, לאדם שלטובתו נועדה ההגבלה.⁴⁹

לא ניתן לפסוח על הבאת מקצת מאמירותיו של טריבונל זה, המבטאות היטב את התפיסה העומדת בבסיס הסוגייה כולה וממחישות את הרציונל העומד בבסיס הכללים שגובשו במהלך השנים בסוגייה זו.

כאשר הובא בפני הטריבונל חוזה שכלל תניה שהגבילה בניית בניינים על הקרקע, קבע אחד משופטי הטריבונל כי:

"I am of the opinion that the proposed discharge or modification will not injure the person entitled to the benefit of the restrictions and that, therefore, paragraph (c) of section 84(1) of the 1925 Act is established...it is right that I should exercise the discretion of the Tribunal in favour of modification of the restrictions so as to permit the proposed development of the application land."⁵⁰

במקרה אחר, נדונה בפני הטריבונל תניה אשר אסרה מכירת אלכוהול במקרקעין ששימשו כמועדון. המחכירים הסכימו לביטול התניה ובתנאי שישולמו להם "דמי ההסכמה".

בהתייחס לכך קבע הטריבונל:

"The only loss which the objectors have suffered is their power to extract from the applicants a sum of money in consideration of agreeing to vary the restriction with regard to the sale of alcohol. That loss derived, not from the modification permitted by the Tribunal, but from the exercise by the Tribunal of its statutory power. In my Judgment the objectors are not entitled to compensation for that loss."⁵¹

כאשר התבקש הטריבונל לבטל תניה שאסרה על פיצול נכס למספר יחידות, מביע הטריבונל את העמדה הבאה:

.49 Re Briarwood Estates Limited's Application 39 P.&C.R. 419 (1979) להמחשת האמור ראה: ;E.M.I. Social Centres Limited's Application 39 P.&C.R. 421 (1979)
 .Re Forestmere Properties Ltd's Application 41 P.&C.R. 390 (1980)
 .50 Re Farmiloe's Application 48 P.&C.R. 317 (1983) at p. 321-322
 .51 Re E.M.I. Social Centres Limited's Application 39 P.&C.R. 421 (1979) at p. 427

“It appears to me and I so hold that the trustees will suffer no loss or disadvantage in consequence of the modifications which I have ordered. They will suffer no loss of amenity and no diminution in value of any of their properties. They may suffer a loss of bargaining power but that is something for which I have no power in the circumstances of the present case to compensate. The trustees are seeking to use the restrictions, not for the purpose of preserving the properties in question as single private dwelling-houses, but for a purpose for which the restrictions were not intended, namely, to enable the trustees to extract money as a consideration for agreeing to modification of the restrictions. If I had power to order the payment of compensation or consideration on that basis, I would, as a matter of discretion, decline to exercise that power.”⁵²

יישום של הכללים והתאמתם לחיי המעשה עולה אף מדו"חות שנערכו בעניין זה על ידי ה-Law Commission⁵³, המבטאים היטב את השאיפה להרחיב את הזכות לבטל ולשנות תניות מגבילות בחוזי חכירה במסגרת התאמת הדין לשינויי העיתים.

כך, בדו"ח משנת 1985⁵⁴ המליצה הוועדה על הרחבת אפשרות הפעלת הסמכות של ה-Land Tribunal לגבי חכירות, כך שסמכות זו תחול על חכירות לתקופה של 21 שנה ומעלה כאשר חלפו 14 שנה ממועד יצירת החכירה.

בדו"ח משנת 1991⁵⁵ המליצה הוועדה, כי כל ההגבלות על השימוש בקרקע הכפופות לשינוי או לביטול על ידי ה-Lands Tribunal יבוטלו לאחר שחלפו 80 שנה מיום יצירתן, אוטומטית.

ובלשון הוועדה (סעיף 4.1 לדו"ח):

“The principal recommendations which we make in this report are:

All restrictive covenants should lapse eighty years after their creation...”

⁵² .Re Bennett's and Tamarlin's Applications, 54 P. & C.R. 378 (1987) at p. 384-385

⁵³ .Law commission היא ועדה עצמאית המוקמת מכוח חוק. תפקיד הוועדה הוא לעקוב אחר החקיקה באנגליה ולהמליץ על שינויים ורפורמות שיש לבצע בחקיקה, על מנת להבטיח התאמה של המשפט הקיים למציאות החיים המשתנה. יו"ר הוועדה הינו שופט עליון. החברים האחרים הם שופטים, עורכי דין ומרצים למשפטים. המלצותיה של ועדה זו הינן בעלות משמעות רבה באנגליה ודו"חות הוועדה אומצו פעמים רבות אל תוך החקיקה והפכו להיות חלק מהדין המחייב.

⁵⁴ .The Law Commission (law com. No. 141), Codification of the Law of Landlord and Tenant (1985)

⁵⁵ .The Law Commission (law com. No. 201), Transfer of Land - Obsolete Restrictive Covenants (1991)

מובן לחלוטין, כי פסיקותיו של ה-Land Tribunal, כמו גם המלצות ועדות המשפט באנגליה, אינן בעלות משמעות מחייבת כחלק מקליטתם של המשפט המקובל ודיני היושר, וכי מדובר בהתפתחויות מאוחרות יותר למועד "הקפאתו" של הדין הקודם. עם זאת, יש לדברים שהובאו לעיל משמעות וחשיבות לדין הישראלי מכמה טעמים:

ראשית, יישום הכללים שנקבעו בראשיתם על ידי המשפט המקובל ודיני היושר מלמד על הרציונל העומד בבסיס כללים אלה, אשר עולה בקנה אחד עם התפיסה העות'מאנית, אשר הוצגה לעיל, באשר לרכישת זכויות על ידי החזקה והשקעה במקרקעי הזולת, דהיינו עם התפיסה המכירה בהחזקה ובהשקעה ארוכת שנים במושכר כמעניקה למחזיק, ובמקרה זה לחוכר, זכויות העולות על הזכויות הפורמליות המוחזקות בידו מכוח שטר החכירה.

שנית, השימוש הנרחב בכללים אלה לצורך ביטולן ושינוין של תניות מגבילות שטעמן עבר מן העולם, כמו גם המלצות ועדות המשפט להרחבת כללים אלה, מלמדים על ישימות הכלל, על התאמתו לחיי המסחר ועל הצדק העומד בבסיסו.

שלישית, יש בדברים אלה כדי להוות משפט משווה באשר לדין הרצוי בכל הקשור לסוגיית התניות המגבילות בחוזה חכירה, אשר טרם הוסדרה בחקיקה במדינת ישראל.

בהקשר זה מן הראוי להציג, בתמציתיות רבה, הסדרים נוספים שגובשו על ידי החקיקה האנגלית, בעקבות עקרונות שגובשו במסגרת המשפט המקובל ודיני היושר, ואשר מממשים, אף הם, את ההכרה בזכויותיו של החוכר כמי שהשקיע במקרקעי זולתו, תמורת זכות קניינית שערכה הולך ופוחת עם חלוף השנים, ואת הצורך בהתאמתם של תנאי החכירה במשך חייה של חכירה ארוכת טווח.

הגבלת השימוש בתניות מגבילות העומדות בתוקפן

לצד הענקת סמכות לביטול תניות מגבילות, כלל המשפט האנגלי, ברוח הפסיקה האנגלית שקדמה לחקיקה, אף כללים שנועדו להגביל את השימוש בתניות הממשיכות לעמוד בתוקפן.

במסגרת זו, עסק המשפט האנגלי בתניות המגבילות את זכות החוכר לשינוי מטרת החכירה. ניתן לחלק תניות אלה לשלוש קטיגוריות:

1. absolute: איסור מוחלט לשינוי מטרת החכירה.
2. qualified: איסור לשינוי מטרת החכירה ללא הסכמת המחכיר.
3. fully qualified: איסור לשנות את מטרת החכירה ללא הסכמת המחכיר, כאשר יש הוראה לפיה המחכיר לא יסרב מסיבות בלתי סבירות.

ה-Landlord and Tenant Act 1927 קבע, כי כאשר קיימת בחוזה חכירה תניה המחייבת קבלת הסכמת המחכיר לשינוי מטרת החכירה, אין המחכיר רשאי לדרוש תשלום עבור הסכמתו, למעט תשלום עבור **נזק שנגרם לו כתוצאה מהשינוי**.⁵⁶

גם בחקיקה זו ניכרת התפיסה העקבית אשר על פיה, מעת שנמסרה החזקה הבלעדית לידי החוכר, אין הבעלים רשאי ליהנות משינוי השימוש בקרקע, ויש להרחיב, עד כמה שניתן, את אפשרות החוכר לשנות את מטרת החכירה כאשר הבעלים זכאי לפיצוי רק בגין נזק שייגרם לו בשל כך.

בדו"ח שהוכן על ידי ה-Law Commission בשנת 1985⁵⁷ המליצה הוועדה שלא לאפשר קיומן של תניות מגבילות מסוג qualified המגבילות את זכות השימוש של החוכר בקרקע ומעניקות למחכיר כוח לפעול בשירות. כל תניה המגבילה את שינוי השימוש בהסכמת המחכיר (qualified) תהיה כפופה לכך שהמחכיר לא יהיה רשאי לסרב אלא מסיבות סבירות (fully qualified).

זכות החוכר לרכישת המוכר ולהארכת החכירה

הרפורמה בדיני החכירה במשפט האנגלי לא עסקה אך בצמצום תחולתן ותוקפן של תניות מגבילות. לצד צמצום ההגבלות המוטלות על החוכר, עסקו המשפט המקובל ודיני היושר, ובעקבותיהם החקיקה האנגלית, בהרחבת הזכויות המוענקות לחוכר.

כך, על פי Leasehold Reform Act 1967 לחוכר לתקופה של למעלה מ-21 שנים, הוענקה הזכות לרכוש את הקרקע מהבעלים, אם רצונו של החוכר בכך, או להאריך את תקופת החכירה לחמישים שנה נוספות. ההנחה העומדת בבסיס החקיקה ואשר מקורה בדיני היושר ובמשפט המקובל הינה:

“The ensuing Leasehold Reform Act 1967 was therefore formulated on the premise that “the land belongs in equity to the landowner and the house belongs in equity to the occupying leaseholder.”⁵⁸

חוק זה הותקף בפני בית הדין הארופאי לזכויות אדם אשר הכריע כי ההסדר שקבע החוק הינו הוגן וחוקתי,⁵⁹ והנימוק:

.56 סעיף 19(3).

.57 (1985) *Codification of the Law of Landlord and Tenant* (Law Commission (law com. No. 141), The Law Commission).

.58 Gray, *supra* note 35, at p. 766.

.59 *James v. United Kingdom* (1986) 8 E.C.H.R 123.

“Enfranchisement legislation was fair since occupying leaseholders are morally entitled to ownership, landlords collectively having exploited a monopoly to create a form of tenure which was disadvantageous to tenants.”⁶⁰

הזכויות המוענקות לחוכרים הורחבו מאוחר יותר גם לסקטור הפרטי. ב-1993 חוקק באנגליה ה-Leasehold Reform, Housing and Urban Development Act 1993. חוק זה מעניק זכות קולקטיבית לבעלי דירות בבניין משותף לקניית הנכס מהבעלים. במידה שלא מתבצעת רכישה קולקטיבית, רשאי כל דייר יחיד להאריך את החכירה ל-90 שנה נוספות.

בשנת 1987 חוקק באנגליה ה-Landlord and Tenant Act 1987. חוק זה מעניק לחוכר בבתי מגורים זכות סירוב ראשונה בנוגע לנכס אותו הוא חוכר, בכל דיספוזיציה שהבעלים מעוניין לבצע בנכס המוחכר.⁶¹

ויודגש, הרפורמה לא התייחסה רק לחוכרי דירות. על פי ה-Landlord and Tenant Act 1954, Part II, הוענקה הגנה גם לשכירות לעסקים. חוק זה קבע כי תקופת השכירות לשוכרים עסקיים הינה בלתי מסוימת. במידה שהמשכיר מעוניין בהפסקת השכירות, עליו להודיע על כך לשוכר. שוכר שמתנגד להפסקת השכירות, רשאי לפנות לבית המשפט על מנת שיאריך את תקופת השכירות. בית המשפט יעניק שכירות נוספת (למשך תקופה של עד 14 שנים נוספות) אלא אם המשכיר יוכיח טענות נגד השוכר על אי תשלום, התנהגות מזיקה, רצון של המשכיר להשתמש בנכס בעצמו וכד'. במקרה שלא אושרה שכירות נוספת בשל רצון המשכיר להשתמש בנכס, לשפצו או להשכירו כחלק אחד - השוכר זכאי לפיצוי כספי מהמשכיר.

הרפורמה בדיני החכירה באנגליה אינה קופאת על שמריה. פעילות החקיקה נמשכת והזכויות המוענקות לחוכרים הולכות ומתרחבות. כך, אך לאחרונה חוקק באנגליה ה-Commonhold and Leasehold Reform Act 2002. חוק זה הרחיב באופן ניכר את זכויות החוכרים לרכישת המוחכר, ואף העניק להם זכויות נרחבות נוספות - לניהול המוחכר, לחידוש החכירה ועוד.

הסדרים אלה כולם הם חלק מתפיסה כוללת, שנוצרה במסגרת מספר רב של פסקי דין שהעיקרון המהותי בבסיסם הוא לחזק, להאדיר ולתת תוקף לקניין, בעיקר הקרקעי, על בסיס הענקת משקל מכריע לחזקה, למשך הזמן של חזקת האדם באדמתו, למתן תוקף מכריע להשקעת העבודה במסגרת הפילוסופיה הלוקיאנית, המצדיקה את הקניין הפרטי במקרקעין משום השקעת העבודה כניכוס המקרקעין⁶², והרואה בדיני היושר אמצעי לרכישת זכויות קניין, באמצעים בלתי פורמאליים כדי להשיג דמוקרטיזציה של הקניין,

60. P. Sparkes *A New Land Law* (Oxford, 1999) 39.

61. Landlord and Tenant Act 1987, Part 1 ss 1-20.

62. C. B. Macpherson *The Political Theory of Possessive Individualism - Hobbes to Locke*, (Hong Kong, 1990) 3, 205.

ואולי מעל לכל - ריפוי הקניין ממומיו, מומי התניות המגבילות, ההופכות את הקניין לשכיב מרע, אם לא לנכס מת, שאינו חופשי לנוע, להיסחר, להיות מושא להשבחה באמצעות עבודה או לשמש כבטוחה, וכל אלה ללא הגבלות⁶³.

במסגרת כל אלה נכללת אף המגמה לביטול התניות המגבילות ולצמצום תחולתן, שהינה יצירה של דיני היושר והמשפט המקובל, שהיוו בסיס לוועדות המשפט, שמימשו הלכות אלה למסגרת של המשפט החרות. מגמה זו מהווה כאמור את הדין החל על תניות מגבילות בחוזה חכירה שנכרתו בישראל טרם חקיקתם של חוק המקרקעין, חוק השכירות והשאלה וחוק החוזים.

4. סיכום ביניים - הדין החל והמשפט המשווה

המשפט האנגלי בגלגוליו משקף היטב את המעבר מתפיסה פיאודלית, שלפיה תניות מגבילות בחוזה חכירה משמשות כאמצעי שליטה בידי בעל הקרקע, דרך המהפכה התעשייתית בה משמשות התניות המגבילות כאמצעי פיקוח תכנוני-סביבתי, וכלה ברפורמה שעיקרה - דמוקרטיזציה של הקניין.

בבוא המשפט האנגלי להנהיג רפורמה בדיני החכירה - עמדו בפניו ארבע סוגיות עיקריות: ההגבלה על העברת זכות החכירה, תניות המגבילות את השימוש במוחכר, הסדרת הארכת תקופת החכירה וסוגיית זכות הקדימה לחוכר בנכס.

כל אחת מהסוגיות האמורות זכתה להתייחסות נרחבת ומעמיקה:

ההגבלה על העברת זכות החכירה - צומצמה מאד עד כדי ביטולה.

באשר לתניות המגבילות את השימוש במוחכר - הוענקה סמכות לערכאות משפטיות לבטל תניות אלה, צומצמה אפשרות המשכיר לסרב לשינוי השימוש במקרים בהם נדרשת הסכמתו, והוגבלה זכותו של המחכיר לדרוש תשלום עבור הסכמה זו, למעט תשלום בגין נזק שנגרם לו בפועל.

באשר להארכת תקופת החכירה וזכות הקדימה - הוענקה לחוכרים הזכות להאריך את תקופת החכירה ואף לרכוש את המוחכר מאת בעל הקרקע.

מעבר למשמעותם המחייבת של הכללים שנקבעו במשפט המקובל ובדיני היושר בכל הקשור לתניות המגבילות בחוזה חכירה, כחלק מהדין החל על חכירות שנוצרו בישראל קודם חקיקתם של חוק המקרקעין, חוק השכירות והשאלה וחוק החוזים - הרפורמה הנרחבת בדיני החכירה באנגליה, בעידודן ובגיבוי של ועדת המשפט, הממשיכה עד ימינו אנו, ממחישה היטב

את חובתה של מערכת המשפט לעקוב אחר שינויי העיתים ולהבטיח, כי
הדין המצוי יהיה גם מציאותי.

במשך מאות בשנים במסגרת המשפט המקובל וכן החל משנת 1925 במסגרת החקיקה האנגלית עם חקיקתו של Law of Property Act, עוסק המשפט האנגלי, בפסיקה ובחקיקה, באופן מוצהר, חד-משמעי וברור, בהרחבת זכויות החוכרים לדורות תוך צמצום זכויותיו של בעל הקרקע, אם בדרך של ביטול או צמצום תחולתן של תניות מגבילות בחוזה החכירה, אם בדרך של הענקת זכויות לרכישת המוחכר או להארכת החכירה, ואם בדרך של חלוקת פירות השבחת המקרקעין בין החוכר לבין המחכיר.

והדוגמאות הבולטות -

Landlord and Tenant Act 1927;
Leasehold Reform Act 1967;
Landlord and Tenant Act 1987;
Leasehold Reform, Housing and Urban Development Act 1993;
Commonhold and Leasehold Reform Act 2002.

המחוקק הישראלי טרם נתן דעתו על סוגיות אלה, וההסדרים האמורים - מעבר לאותו חלק בהם המשמש כדין חל - יכולים לשמש בסיס נכון ורצוי לגיבוש דיני החכירה בישראל, בבחינת "חכמה בגויים תאמין".

ה. הפתרון הרצוי - חוק חכירות

די בקריאת מאמר זה כדי להתרשם ממורכבות סוגיית התניות המגבילות שימוש וסיחור בחוזי חכירה לדורות ומן הצורך להסדיר נושא עקרוני זה בדרך של חקיקה. המציאות הישראלית, שבה נושא זה, כמו גם יתר הנושאים העקרוניים הכרוכים בהסדרת זכויותיו של החוכר בקרקע, מוסדרים באמצעות גוף מינהלי - מינהל מקרקעי ישראל - על ידי מאות החלטות המשנות ומבטלות זו את זו, אינה יכולה להימשך.

כפי שהצגנו, חוק המקרקעין אינו עוסק בהיקף הראוי והנדרש בזכות החכירה. אולם מתוך הגדרת זכות החכירה בחוק זה ניתן ללמוד על כיוון ההתפתחות המתחייב מהדין הפוזיטיבי באשר למהות זכות החכירה. שהרי על פי סעיף 3 לחוק המקרקעין:

"שכירות מקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות."

דהיינו, מרכיביה הקנייניים של החכירה הינם: חזקה בלעדית, בתמורה, לתקופה קצובה, במקרקעין מסוימים. יתר מרכיביה של החכירה, הבאים לידי ביטוי בתניות השונות, אינם אלא מרכיבים נלווים אשר יש לקבוע כללים שיאפשרו את ביטולם או שינויים עקב קיפוח, אי חוקיות או שינוי נסיבות עם חלוף העיתים.

הותרתן של תניות החכירה להחלטות מינהל משתנות, מבלי לקבוע בחקיקה ראשית את העקרונות הבסיסיים על פיהן ייגזרו הכללים בכל הנוגע לתחולתן, ביטולן ושינוין של תניות אלה, יוצרת סיטואציה העומדת בסתירה מהותית לבסיס התיאורטי של הקניין.

בעוד הבסיס התיאורטי להגנה על זכות הקניין הוא אינטרס ההסתמכות, הרי "שינויים תכופים בנורמה פוגעים ביציבות ובודאות"⁶⁴. עקרון זה בא לידי ביטוי קיצוני בתיאוריה הגורסת כי הקניין אינו אלא הזכויות המוגנות במסגרת הדין.

על פי תיאוריה זו, בהעדר יציבות וודאות באשר לדינים החלים - אין קניין:

"there is no such thing as natural property...it is entirely the work of law. The idea of property consists in an established expectation...this expectation can only be the work of law. Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases."⁶⁵

המבנה המשפטי הקיים במדינת ישראל ולפיו תחום דיני החכירה, הוא צורת הקניין הנפוצה ביותר, אינו מוסדר ונתון להחלטות משתנות, מאפיין את מדינות העולם השלישי ואין לו אח ורע בעולם המערבי.

המלומד Henando De Soto, בספרו "The Mystery of Capital" מצביע על כך, שמקור הכשל של מדינות העולם השלישי הינו בהעדר הסדרתו של הקניין הפרטי, עד כדי הפיכתם של נכסים בהיקף אדיר "לנכסים מתים"⁶⁶. מסקנתו העיקרית הינה, כי על המדינות המתפתחות לזהות את הקניין הפרטי המוחזק בידי העניים ולהגן עליו, כצעד הכרחי לצורך פיתוח הכלכלה, ובהקשר לכך נאמרו על ידו דברים שחריפותם רק מצביעה על עומק הכשל, לדידו, הנובע מהעדר הסדר זכויות קניין:

"In theory the legal community should favour reform because it will expand the rule of law. But most lawyers in developing and former communist countries have been trained not to expand the rule of law but to defend it as they found it. Lawyers are the professionals most involved in the day-to-day business of property. They sit in the key government offices where they exert a stranglehold on major decisions. No group- aside from terrorists - is better positioned to sabotage capitalist expansion. And, unlike terrorists, the lawyers know how to do it legally."⁶⁷

64. א. ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (1992, כרך א') 294.

65. J. Bentham *The Theory of Legislation* (London, 1931) at p. 111-113, כפי שצוטט על ידי י. ויסמן דיני קניין - חלק כללי (תשנ"ג, כרך א') 24.

66. רק לשם ההמחשה, היקפי הנכסים המתים במדינות העולם השלישי, כפי שהוצגו על ידי De Soto הינם בסדר גודל של כ-132.9 מיליארד דולר בפיליפינים (מוחזקים על ידי 65% מהאוכלוסיה), 74.2 מיליארד דולר בפרו (מוחזקים על ידי 65% מהאוכלוסיה), 5.2 מיליארד דולר בהאיטי (מוחזקים על ידי 82% מהאוכלוסיה), ו-241.4 מיליארד דולר במצרים (מוחזקים על ידי 85% מהאוכלוסיה). ראה: De Soto, *supra* note 63, Appendix.

67. *Ibid.*, at p. 209.

העדר חקיקה בתחום דיני החכירה עומד בסתירה אף לדין הפוזיטיבי. שהרי הסדרי החכירה הם בוודאי "הסדרים ראשוניים", אשר לגביהם חזר ופסק בית המשפט העליון, כי ההכרעה בהם מסורה למחוקק⁶⁸. הפסיקה והספרות המשפטית חזרו והצביעו על הצורך בקביעתם של הסדרי החכירה לדורות בחקיקה.

כך, נפסק כבר לפני למעלה מעשרים שנה כי:

"... מוטב היה להכניס נושא זה, הנוגע לאינטרסים כלכליים של המדינה מחד ושל אלפי אזרחים מאידך, אל תוך מסגרת יותר פורמלית, בדרך קביעת העקרונות עצמם בתהליך של חקיקה או לפחות של חקיקת משנה תקינה, ולא רק בתוקף הסמכות לקבוע מדיניות קרקעית, הנתונה למועצת מקרקעי ישראל לפי סעיף 3 של חוק מינהל מקרקעי ישראל, תש"ך-1960"⁶⁹.

עמדה דומה ולפיה מן הראוי כי הסדרי החכירה יוסדרו בחקיקה ראשית, כמתחייב מעקרון שלטון החוק ומינהל תקין, הובעה גם על ידי מלומדים שונים⁷⁰.

אולם, בניגוד למדיניות המשפטית של בית המשפט העליון ולמרות קביעתו המפורשת, בהאי ליסנא:

"ראוי היה שהמחוקק יתווה בחקיקה את עקרונות המדיניות הקרקעית המתייחסת למקרקעי ישראל, ולא יותיר סמכות כה רחבה למועצת מקרקעי ישראל, אשר הינה גוף מינהלי. בנושא כה חשוב, ראוי כי הסדרים ראשוניים ייקבעו על ידי המחוקק."⁷¹

איפשר בית המשפט העליון למועצת מקרקעי ישראל להמשיך "ולחוקק" הסדרים ראשוניים כתמול שלשום ומדי בוקר.

אין זאת כי אם הכרח, לפעול לאלתר לחקיקתו של חוק חכירות לישראל, אשר יחול על כלל החכירות לדורות במקרקעי ישראל, ואשר יתבסס על העקרונות הבאים:

1. זכות החכירה היא זכות קניין.
2. היסודות המכוננים את החכירה הם הסכמה לגבי - חזקה ייחודית, בשטח מוגדר, לתקופה קצובה, תמורת דמי חכירה.
3. תניות החכירה שאינן חלק מהיסודות המכוננים פוקעות ברבות הימים או שהן בנות-שינוי עם שינוי הזמנים והנסיבות.

68. ראה: בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, פסקאות 19-24 לפסק דינו של הנשיא ברק, והאסמכתאות המובאות שם.

69. ע"א 585/68 וייראון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כג(1) 491, בעמ' 494.

70. י. זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו, כרך א') 236-237; מ. דויטש קניין (תשנ"ט, כרך ב') 321.

71. בג"צ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(6) 25, ע' 87-88.

4. זכות החכירה ניתנת לשעבוד, לירושה ולהעברה, ללא צורך בהסכמת הבעלים.
 5. קביעת דרכי הזכות להארכת החכירה בתום תקופת החכירה וזכות הקדימה של החוכר לרכישת המוכר.
 6. הזכות לרכוש מקרקעין בדרך של חכירה והזכות לסחור בחכירות מקרקעין מוגדרת, במסגרת של שוק מקרקעין ישראלי, שאינו קיים כיום כלל.
- אולם על כל אלה, בזמן אחר.

1. סיכום

מאמרים רבים נכתבו בשנים האחרונות בנושא מקרקעי ישראל, מינהל מקרקעי ישראל והמדיניות הקרקעית של המינהל, ואף פסקי דין של בתי המשפט השונים ובראשם של בית המשפט העליון נכתבו בעניין זה. באף אחד מהם לא נבחנה הסוגיה, באופן שיטתי, מנקודת המבט של ניתוח קנייני של זכות החכירה, מהותה, מרכיביה, הבעייתיות הכרוכה בה בכלל ובמדינת ישראל בפרט, והדין החל על החכירות.⁷²

ניתוקו של הדין בנושא החכירות במקרקעי ישראל, מבחינה מתודולוגית, מיסודן הקנייני הוא מעוות הטעון תיקון.

במאמר זה הצגנו הערות מספר לגבי אחת הסוגיות המרכזיות הטעונות דיון במסגרת בחינת תניות החכירה. סוגייה זו, כמו גם סוגיות אחרות - כגון התניות המקפחות בחוזי החכירה האחידים⁷³ - לא זכו לטיפול על ידי המחוקק, על ידי הפסיקה או על ידי הספרות המשפטית.

המקסימליזציה של ערך המשאבים הכלכליים, המוגבלים מטבעם, יוצרת, כלכלית, את הבסיס לזכויות קניין. המקסימליזציה של הערכים שניתן להפיק מהמשאבים היא המפתח לפיתוח ולרווחה כלכלית. הפקת המירב מאותם נכסים והגדלת העוגה הלאומית, היא המטרה העליונה של כלכלה מושכלת. החליפין, כבסיס לניידות של הנכס - כדי שיזכה לשימוש הטוב ביותר והיעיל ביותר - מניח כבסיס את הקניין הפרטי המובטח על ידי המדינה לדורות, כמפתח ליציבות, לסחירות ולהענקת הניצול היעיל ביותר לנכסים, כמרכיבים מרכזיים של כלכלת

72. בהקשר זה מן הראוי לציין כי אמנם קיימת פסיקה ואף ספרות משפטית רבה העוסקות בדיני החכירה, אם כשלעצמם ואם כחלק מדיני הקניין. ראה לדוגמה: י. ויסמן, **דיני קניין - חלק כללי** (תשנ"ג), מ. דויטש **קניין** (תשנ"ז), ש. לרנר **שכירות נכסים** (תש"ן). אולם מחדלן של הפסיקה והספרות המשפטית הינו בהעדר עיסוק בקשר הישיר בין המדיניות הקרקעית בישראל, בעיקר בכל הקשור לניהול מקרקעי ישראל על ידי מינהל מקרקעי ישראל, לבין ניתוח משפטי של זכות החכירה והדין החל על החכירות השונות במדינת ישראל.

73. על סוגייה זו, כאמור, במאמר נפרד.

השוק. באדמת ישראל מרכיבים אלה אינם מתקיימים. החוק האמור עשוי לתרום במגזר זה לרווחתם האמיתית של תושבי המדינה.

הפתרון, אם כן, נתון בידי של המחוקק, אשר יתווה בחקיקה ראשית את העקרונות הבסיסיים מהם יגזרו כללים יציבים וודאיים של תנאי החכירה, כמתחייב בדיני קניין. המערכת המשפטית כולה מחויבת ליזום ולפעול לחקיקתו של חוק חכירות למדינת ישראל, ברוח הרפורמות הקרקעיות של העולם הנאור, לשם עיצוב המשטר הקרקעי במדינת ישראל כיסוד חשוב לפיתוח כלכלי מושכל, ולדמוקרטיזציה אמיתית של הקניין.