



Dr. J. WEINROTH & Co.
Law Office

Dr. Jacob Weinroth | Adv., LL.B., LL.M., Ph. D. פרופ' רון שפירא | עורך-דין Prof. Ron Shapira | Adv., LL.B., LL.M. Ph.D.
Zvi Weinroth | Adv., LL.B., LL.M.
Dr. Avraham Weinroth | Adv., LL.B., LL.M., J.S.D.
Israel Wolnerman | Adv., LL.B., LL.M., MBA
Dr. Gershon Gontovnik | Adv., LL.B., B.A. (Econ), J.S.D.
Hadas Shafran-Liss | Adv., LL.B.
Ari Har Zahav | Adv., LL.B.
Oded Neshet | Adv., LL.B.
Yaron Kostelitz | Adv., LL.B., LL.M., MBA
Maya Haramati | Adv., LL.B., MBA
Yoav Segal | Adv., LL.B.
David Johan | Adv., LL.B., LL.M.
Yechiel Weinroth | Adv., LL.B.
Dov Weinroth | Adv., LL.B.
Amir Lockshinsky- Gal | Adv., LL.B. LL.M.
Evgeny Traspov | Adv., LL.B.
Oded Gazit | Adv., LL.B.
Ariel Dinovetsky | Adv., LL.B., B.A. (Gov)
Roi Megiddo | Adv., LL.B., B.A. (Econ)
Noa Firer | Adv., LL.B., LL.M.
Elad Halevi | Adv., LL.B.
Rana Stekljar | Adv., LL.B.

ד"ר יעקב וינרוט | עורך-דין
צבי וינרוט | עורך-דין
ד"ר אברהם וינרוט | עורך-דין
ישראל וולנרמן | עורך-דין
ד"ר גרשון גונטובניק | עורך-דין
הדס שפרן-ליס | עורכת-דין
ארי הר זהב | עורך-דין
עודד נשר | עורך-דין
ירון קוסטליץ | עורך-דין
מיה הרמתי | עורכת-דין
יואב סגל | עורך-דין
דודו ג'והן | עורך-דין
יחיאל וינרוט | עורך-דין
דב וינרוט | עורך-דין
אמיר לוקשינסקי-גל | עורך-דין
יבגני טרספוב | עורך-דין
עודד גזית | עורך-דין
אריאל דינובצקי | עורך-דין
רועי מגידו | עורך-דין
נעה פירר | עורכת-דין
אלעד הלוי | עורך-דין
רנה סטקליאר | עורכת-דין

י" כסלו תשע"ב

06.12.2011

בס"ד

ניתוח משפטי של הדין החל ביהודה ובשומרון בסוגיית "בניה ונטיעה במקרקעי הזולת"

1. על פי הנתונים שהוצגו בפנינו במספר ישובים ביהודה ובשומרון (להלן - הישובים) נבנו מבנים על מקרקעין בבעלות פרטית של אחרים. נתבקשנו לחוות דעה האם, על בסיס הדין החל ביהודה ובשומרון (להלן - איז"ש) ומן ההיבט של המשפט הפרטי, העובדה כי המבנים הוקמו על מקרקעין של אחרים מחייבת את הריסתם. בין הישובים מצויים מגרון, גבעת אסף ועמונה.

2. שאלת מעמד המשפטי של המבנים בישובים כרוכה בסוגיות ובהיבטים משפטיים נוספים הנוגעים, בין היתר, למשפט הבינלאומי, לדיני המלחמה ולמשפט המנהלי. חוות דעת זו עוסקת רק בהיבט הקנייני האזרחי של הסוגיה, בין היתר, משום שמעמד הקנייני של המבנים הוא בעל משמעות ערכית ומוסרית והוא גם משליך על הסוגיות ועל ההיבטים המשפטיים האחרים.

3. מסקנותינו בתמצית הן כדלקמן:

Dr. J. Weinroth & Co. Law Office משרד עורכי-דין ד"ר י. וינרוט ושות'

14 Weizman St. (Weizman Center) 16th Fl., Tel Aviv 64239 64239 קומה 16, תל-אביב office@weinrothlaw.com www.weinrothlaw.com פקס: 972-3-718-1112 טל: 972-3-718-1111

- 3.1. העובדה, לכשעצמה, כי פלוני הקים מבנים על מקרקעין של אלמוני איננה מחייבת את המסקנה המשפטית כי דין המבנים להיחרס.
- 3.2. עקרון היסוד בהסדרת הסוגיה האמורה באיו"ש הוא תום הלב של המקים. על פי הדין החל באיו"ש בנסיבות בהן הוקמו המבנים בתום לב הרי שאם שווי המבנים עולה על שווי המקרקעין הברירה בידי המקימים: לרכוש את המקרקעין מבעליהם או לדאוג לסילוק המבנים. אך אם שווי המקרקעין עולה על שווי המבנים הברירה בידי בעל המקרקעין: לרכוש את המבנים מן המקימים או לתבוע את פינויים.
- 3.3. פרטי ההסדר האמור זהים בין אם מדובר בקרקע מוסדרת ובין אם מדובר בקרקע בלתי מוסדרת. הדין החל באיו"ש בסוגיה זו איננו תלוי בשאלה אם מדובר במקרקעין מוסדרים אם לאו אלא בשאלת תום הלב של המקים ובשווים היחסי של המקרקעין והמבנים. זאת, בשונה מן הדין החל בתחומי מדינת ישראל הקובע פרטי הסדר שונים בקרקע מוסדרת ובקרקע שאיננה מוסדרת.
- 3.4. שאלת תום הלב של המקימים נבחנת על רקע הנסיבות המיוחדות של כל מקרה לגופו. כך, למשל, אם המקימים אחזו בשטר (שרק אחר כך נטען לגביו שהוא מזויף) יש בכך משום עדות מובהקת לתום ליבם; כך, למשל, אם המקרקעין הם אדמות טרשים שמעולם לא עובדו ולכן לא היה כל יסוד לחשוד כי הם בבעלות אחרים; כך, למשל, כאשר המקרקעין מרוחקים מכל ישוב ולכן לא היה כל יסוד לחשש כי הם בבעלות אחרים; כך, למשל כאשר רשויות המדינה היו שותפות, במידה כזו או אחרת, להקמת המבנים ולכן למקימים היה צידוק להניח כי אין מדובר במקרקעין בבעלות פרטית של אחר; בכל אלה יש כדי להשליך על שאלת תום הלב של המקימים. בכל מקרה, שאלת תום הלב היא נגזרת מן הנסיבות הקונקרטיות של כל מבנה או ישוב.
- 3.5. על פי הנתונים שהוצגו בפנינו, המקימים בישובים פעלו בתום לב. זאת, אם משום שהם אחזו בשטר (שרק אחר כך נטען לגביו שהוא מזויף), אם משום ששילמו עבור המקרקעין ולכן סברו בתום לב שרכשו בהם זכות בעלות או אם משום שסברו, לאחר חקירה ודרישה סבירים, כי המקרקעין, מבחינה קניינית, פנויים ונקיים מזכויות של מאן דהו.
- 3.6. על יסוד זה ועל פי הדין החל באיו"ש, באותם מקרים בהם היו המקימים תמי לב, ובהנחה ששווי המבנים עולה על שווי המקרקעין עליהם הם עומדים, הרי שבמישור הקנייני ובמערכת היחסים שבין המקימים לבין בעלי המקרקעין, נתונה זכות הברירה (אם לפנות את המבנים או אם לרכוש את המקרקעין מבעליהם) למקימים, בין אם מדובר במקרקעין מוסדרים בין אם לאו.
- 3.7. בין אם זכות הברירה נתונה למקימים או לבעלי המקרקעין, מדובר בסוגיה אזרחית טהורה אשר אמורה להיות מוכרעת במישור היחסים המשפטיים שבין הצדדים ולא במישור שבין המקים או בעל המקרקעין ובין הרשויות. השאלה אם דין המבנים להיחרס אם לאו מסורה לשיקול דעתם של הצדדים: המקים מצד אחד או בעל

המקרקעין מצד שני, בהתאם לנסיבות. ממילא, ככל שבעל המקרקעין איננו דורש את הריסת המקרקעין, קל וחומר אם הוא איננו כלל בנמצא, הרי שאין כל מקום לקביעה כי, מבחינת דיני הקניין, הדין החל באיו"ש מחייב את הריסת המבנים רק משום שהם הוקמו שלא כדין על מקרקעין בבעלות אחר.

פרק א' - התשתית העיונית

4. המציאות בה פלוני בונה או נוטע במקרקעין של אלמוני ("בניה ונטיעה במקרקעי הזולת") איננה בלתי שכיחה ובחלק ניכר ממערכות המשפט המודרניות קיימת התייחסות חקיקתית מפורשת לסוגיה זו.¹ גם אם לכל מערכת משפטית אופן התייחסות שונה במקצת מזה של רעותה, הצד השווה הוא ההכרה שבנסיבות מסוימות עשוי פלוני שבנה או נטע במקרקעין לא לו לזכות בבעלות על אותם מקרקעין ובכך, בעצם, להפקיע את זכויות הבעלות של אלמוני שהיה בעל המקרקעין עד לאותה עת.

5. במבט ראשון נדמה כי עצם ההכרה בכך כי אדם עלול - שלא בטובתו - לאבד את זכות הבעלות שיש לו במקרקעין מסויימים מנוגדת לכל אינטואיציה משפטית וערכית. כיצד זה תופקע הזכות הקניינית של אדם, קל וחומר זכות הבעלות הנתפסת כזכות הקניינית החזקה ביותר, על לא עוול בכפו? מהי ההצדקה להכרה ביכולתו של אדם לכפות על רעהו את מכירת המקרקעין שלו בניגוד לרצונו? אולם, במבט נוסף, מסתבר כי ההכרה בכך שבנסיבות מסויימות דינה של הזכות הקניינית של אלמוני להיות נסוגה בפני זכויותיו של פלוני איננה עומדת בסתירה לעקרונות היסוד של המשפט בכלל ושל דיני הקניין בפרט אלא אף מהווה ביטוי הכרחי של אלה. זאת מכמה בחינות.

6. ראשית, חרף ההילה האופפת את זכות הקניין בכלל ואת זכות הבעלות בפרט הרי שקשה לטעון ברצינות כי זכות הקניין היא זכות מוחלטת הראויה להגנה בכל מצב. ברור הוא שזכות הקניין, ככל זכות, איננה אבסולוטית אלא כפופה לאיזונים מול זכויות אחרות בעלות אותו מעמד חוקתי ("איזון אופקיי") ומול ערכים ואינטרסים בעלי מעמד גבוה יותר ("איזון אנכי"). ממילא, ההכרה כי יש זכותו הקניינית של אלמוני במקרקעין תיסוג בפני פלוני שבנה או נטע באותם מקרקעין, לכשעצמה, איננה חידוש עקרוני או קביעה מרחיקת לכת.

7. שנית, הסוגיה של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת היא ביטוי ספציפי של דיני עשיית עושר.² כידוע יסודם של דיני עשיית עושר הוא "ברעיון השולל התעשרות של אדם על חשבון חברו".³ לכן, הנחת המוצא של הדין המסדיר את הסוגיה של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת היא כי אין כל הצדק לאפשר לבעל מקרקעין ליהנות מהתעשרות על חשבון חברו שהקים מבנים או נטע נטיעות במקרקעין שלא ברשות, אך בתום לב. ממילא, מתן עדיפות גורפת לזכות הבעלות של

¹ ראו, למשל, יהושע ויסמן דיני קניין - חלק כללי 3.345, עמ' 4-163 (1993).

² מיגל דויטש קניין כרך א, 7.15 (1997); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א, 2.235 (מהדורה שניה, 1998).

³ פרידמן, שם, 1.15.

בעל המקרקעין עלולה בנסיבות מסוימות להביא להתעשרות שלא כדין שלו על חשבון חברו המקים. על פי אותו רציונאל, בנסיבות מסוימות, אם המקים פעל בתום לב, הרי שהעברת הבעלות במקרקעין מן הבעלים המקוריים לידי מי שבנה עליהם איננה מהווה חריגה מעקרונות המשפט הכלליים אלא יישום קונקרטי של דיני עשיית עושר.⁴ נדגיש שוב כי תום הלב של המקים הוא **תנאי סף** להעברת הבעלות במקרקעין מאחר וכל אפשרות של העברת הבעלות ללא תום לב כמוה כמתן שכר לחוטא והיא עלולה לתמרץ בריונות והסגת גבול מכוונת.

8. **שלישית**, גם התאוריות השונות העומדות בבסיס דיני הקניין תומכות במסקנה כי, בנסיבות מסוימות, תועתק זכות הבעלות במקרקעין מבעליהם המקוריים ותוענק לבונה או לנוטע. כך, למשל, על פי תאוריית העבודה "**לאדם זכות טבעית בפרי עמלו**" ועל דיני הקניין לתת לכך תוקף משפטי.⁵ כלומר, זכותו של האדם על גופו מקנה לו גם זכות על יציר כפיו. ומכאן, שבכפוף לסייגים מסויימים, העובדה כי אדם משקיע משאבים ועמל בכס מסויים, ונכס מקרקעין בכלל זה, מעניקה לו זכות בו. לכן, לעובדה כי פלוני השקיע עמל בבניה ונטיעה על גבי מקרקעין של חברו יש, בנסיבות מסויימות, כדי לחייב את הענקת זכות הקניין במקרקעין לאותו פלוני, על אף שאלה היו בבעלותו של אלמוני עובר למעשה הבניה או הנטיעה.⁶

9. גם על פי תאוריות תועלתניות וכלכליות יש הגיון רב בהפקעת הבעלות של אלמוני לטובת פלוני שבנה או נטה על המקרקעין שלא כדין אך בתום לב. זאת משום שפתרון שהיה מעדיף באופן גורף את זכותו של בעל המקרקעין המקורי הייתה מביאה לתוצאות שאינן רצויות מבחינת האינטרס הכלכלי הציבורי. הפקעת הזיקה של המקים למבנים שהקים וסילוק המבנים באופן כפוי, למשל, פוגעים באינטרס הכלכלי הציבורי שכן הם עלולים לאפשר ואף לתמרץ השחתה לא מוצדקת של הקיים.⁷ מכיוון שאחת מהנחות המוצא של תאוריות מסוג זה היא כי על החברה ככלל, ועל דיני הקניין בפרט, להביא למינימום של בזבז משאבים הרי שדווקא העברת הבעלות במקרקעין, תוך שמירה על הבנוי ומתן פיצוי נאות לבעלים המקורים של המקרקעין היא הפתרון הרצוי מבחינת היעילות הכלכלית.

10. נימוק נוסף הקשור בתאוריות הכלכליות של דיני הקניין נעוץ באינטרס הציבורי כי נכסים, ככלל, יהיו בידי מי שיוכלו לנצל אותם באופן מירבי. לכן, אם מניחים, כי המקים פועל משיקולים רציונאליים וכי הוא בנה או נטע בתום לב במקרקעין של הזולת, הרי שיהא זה סביר לקבוע שעשה כן על מנת להשיג ניצול מיטבי של המקרקעין אותו לא השכיל להפיק בעל המקרקעין עצמו; ניצול שלא יהא אפשרי אם לא תתאפשר הפקעת המקרקעין ושמירת הנכסים על תילם ברשותו. ממילא, יש הגיון רב בהענקת המקרקעין לבעלותו (בכפוף לתשלום

⁴ פרידמן, שם, 2.23s; וראו גם דניאל פרידמן, "בניה במקרקעי הזולת, עקרונות פרשנות ודיני עשיית עושר ולא במשפט" **עיוני משפט** ז' 711 (תשלי"ט-תשי"ס).

⁵ ויסמן, לעיל הי"ש 1, 1.4s; דויטש, לעיל הי"ש 2, 1.54s.

⁶ דויטש, לעיל הי"ש 2, 7.2s.

⁷ שם, שם.

פיצויים לבעלי המקרקעין המקוריים).⁸

11. **לבסוף**, יש רגליים לסברה כי המציאות בה פלוני בנה על מקרקעין של אלמוני היא, למעשה, תחרות בין שתי **זכויות קנייניות**: זכותו הקניינית של אלמוני **במקרקעין** מול זכותו הקניינית של פלוני **בבנוי** על גביהם. כלומר אין מדובר בתחרות בין אינטרס ההסתמכות של המקיס מול זכותו הקניינית של בעל המקרקעין כי אם בהתנגשות בין **שתי** זכויות קנייניות. בהנחה שהפרדת הנכס איננה אפשרית או איננה הגיונית מבחינה כלכלית הרי שלפנינו תחרות זכויות בין שני פרטים שהיא, לכשעצמה, אינה נושא שהמחוקק נרתע מלהסדיר.⁹ כאן, כל פתרון אפשרי יפגע בזכותו הקניינית של אחד מן הצדדים. השארת המקרקעין אצל בעליהם והפקעת הבעלות בנכסים הצמודים אליהם משמעה פגיעה בזכותו הקניינית של המקיס. מן הצד השני, השארת המבנים בידי בעליהם והפקעת הבעלות במקרקעין מהווה פגיעה בבעל המקרקעין. כך או כך, על הדין לבחור בין שתי חלופות אשר כל אחת מהן, פוגעת במידה כזו או אחרת בזכויותיו הקנייניות של אחד מן הצדדים. לכן, על ההסדר הרגולטורי בסוגיה של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת לעצב את מסגרת השיקולים הרלבנטיים ולקבוע את הנסיבות בהן יהיה זה מוצדק לפגוע בזכותו של בעל המקרקעין, או לחילופין, לפגוע בזכויות המקיס בבנוי ובנטוע על גבי המקרקעין.¹⁰

12. התפישה האחרונה של הסוגיה דנן, למעשה, שוללת את הצגת הבעיה כאילו בסוגיה דנן רק זכותו הקניינית של בעל המקרקעין מוטלת על הכף אלא מציעה חלופה אנליטית על פיה, בכל מקרה, זכויות קנייניות של שני הצדדים - הן בעל המקרקעין והן המקיס - תפגענה. לכן, על הדין רק לקבוע כיצד לאזן בין זכויות הצדדים לאור שיקולי היסוד של דיני הקניין ושל המערכת המשפטית כולה. לתפישה אנליטית כזו עשויה להיות חשיבות לא רק לצורך הפלפול העיוני אלא גם לאופן בו ניתן יהא להקיש בין הסדר רגולטורי קיים למצבים בהם קיים חסר בחקיקה. כאן עשויה להיות לפריזמה האנליטית אשר באמצעותה אנו תופשים את הסדרת הסוגיה חשיבות משמעותית באופן שבו נקיש מההסדר הקיים למציאות אחרת, שאיננה נופלת בצורה כה ברורה לגדרי ההסדר החקיקתי.¹¹

פרק ב' - ההסדר בדין החל בתחומי מדינת ישראל

13. דיון בסעיפי החוק הרלבנטיים בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן - **חוק המקרקעין**) מלמד כי ההסדר הישראלי מבטא את העקרונות האמורים לעיל.¹² כך, בסעיף 23 לחוק המקרקעין, קבע המחוקק כי בנסיבות בהן הוקמו המבנים על מקרקעין בלתי מוסדרים, תעמוד למקיס זכות הברירה, אם לרכוש את המקרקעין או לפנות את המבנים, בהתקיים שלושה תנאים:

⁸ שם, שם; ויסמן, לעיל הי"ש 1, 1.68.

⁹ סי' 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, מהווה דוגמא אחת מני רבות.

¹⁰ דויטש, לעיל הי"ש 2, 7.35-7.45.

¹¹ שם, שם.

¹² סעיפים 21-26 לחוק המקרקעין.

ראשית, עליו להיות תם לב; **שנית**, על גובה ההשקעה שהשקיע בהקמת המבנים להיות גבוה משווי המקרקעין; **שלישית**, על רכישת המקרקעין על ידי תוך תשלום לבעל המקרקעין לא לגרום לבעל המקרקעין נזק שאיננו ניתן לפיצוי כספי. כלומר, ההסדר בוחן שני שיקולים: תום ליבו של המקיס והנזקים הכלכליים של כל אחד מן הצדדים (ההשקעה הכלכלית במבנים והמקרקעין שעליהם הם עומדים). עתה, בהנחה שהמקיס היה תם לב עת הקיס את המבנים הרי שלפנינו דילמה קניינית טיפוסית של ערבוב נכסים (המבנים עצמם והמקרקעין) אשר אינם ניתנים להפרדה. במקרה זה החיל המחוקק הישראלי את הכלל ש"הטפל הולך אחר העיקר" ולכן אם שווי המקרקעין עולה על שווי ההשקעה הכלכלית במבנים שעליהם, תהיה הברירה - אם לסתור או לשמר את המבנים - בידי בעל המקרקעין. אולם אם שווי ההשקעה הכלכלית במבנים עולה על שווי המקרקעין הרי שזכות הברירה תהיה ביד המקיס.¹³

14. הסדר מעט שונה קבוע בסעיף 21 לחוק המקרקעין ביחס למקרקעין מוסדרים. כאן, בחר המחוקק להעניק דווקא לבעל המקרקעין את זכות הברירה, אם לדרוש את סילוק המבנים או לחלופין לרכשם.¹⁴ כלומר, בניגוד לסעיף 23 הקובע את התנאים אשר בהתמלאם תהיה זכות הברירה בידי **המקיס**, על פי סעיף 21, במקרקעין מוסדרים, תמיד תהיה זכות הברירה נתונה לבעל המקרקעין. במבט ראשון נראה כי העדפה זו של המחוקק הישראלי את בעל המקרקעין איננה מוצדקת וכי היא אינה עולה בקנה אחד עם המתווה העיוני והשיקולים העומדים בבסיס הסוגיה של בניה ונטייה במקרקעי הזולת. מדוע יש להעדיף אפריורית את בעל המקרקעין מבלי להתחשב בשווים היחסי של המבנים ושל המקרקעים ומבלי להתחשב בשאלת תום הלב של המקיס?

15. אולם, עיון נוסף מגלה כי, בעצם, העדפה זו של המחוקק הישראלי היא ביטוי של אותם עקרונות ממש שמנינו לעיל. כך, איפוא, יש להבין את פשר ההבדל שבין ההסדר הקבוע ביחס למקרקעין מוסדרים לבין ההסדר הקבוע ביחס למקרקעין בלתי מוסדרים: זוהי הבחנה המבוססת על עקרון היסוד של סוגיית הבניה ונטייה במקרקעי הזולת, קרי, שאלת תום הלב של המקיס. כפי שעמד על כך פרופ' ויסמן הנחת המחוקק הינה כי במקרקעין מוסדרים המקיס **איננו יכול להיות תם לב** כלל שכן במדינת ישראל המתקנת, בה יש הסדר רישום פומבי מסודר, לא יכול מאן דהו לטעון ברצינות כי בנה ונטה במקרקעין רשומים של הזולת בתום לב. עובדת קיומו של מרשם נגיש ומסודר שוללת מיניה וביה את הטענה כי המקיס יכול היה לסבור בתום לב כי הוא איננו מסיג גבול. כך או כך, יוצא כי ההסדר הקבוע בסעיף 21 ביחס למקרקעין מוסדרים הוא בעצם מקרה מיוחד של ההסדר הכללי כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 23. לכן, שעה שמדובר במקרקעין בלתי מוסדרים אין למחוקק כל יסוד להניח אפריורית כי המקיס איננו תם לב. אולם, במקרקעין מוסדרים, נשללת טענת תום הלב של המקיס וממילא יש לתת דווקא לבעל המקרקעין את זכות הברירה.

16. לא מן הנמנע לציין כי בספרות האקדמית נמתחה ביקורת על ההבחנה האפריורית שערך

¹³ ויסמן, לעיל ה"ש 1, § 3.34.

¹⁴ סעיף 21 לחוק המקרקעין.

המחוקק הישראלי בין מקרקעין מוסדרים ובין מקרקעין בלתי מוסדרים. זאת, משום שפעמים, גם אם במקרים נדירים, יתכן שגם במקרקעין מוסדרים יהיה המקום תם לב. או אז יתברר שהיתרון שהעניק המחוקק הישראלי לבעל המקרקעין בסעיף 21 לחוק המקרקעין איננו מוצדק כלל.¹⁵ מבחינה זו "הנחת היסוד של סעיף 23 לחוק היא שהמקום פעל בתום לב, דהיינו, לא ידע על מצב הזכויות האמתיות; ואם כך - מדוע תהיה נפקות לשאלה, מהו האובייקט אשר עליו הוא לא ידע - זכויות במקרקעין מוסדרים, או זכויות במקרקעין בלתי מוסדרים? על פי גרסה זו, אם ניתן לשכנע במקרה נתון בכך שהמקום אכן פעל בתום לב (משימה שתהיה קשה יותר במקרקעין מוסדרים), אין לשלול את זכותו של המקום"¹⁶ בין אם מדובר במקרקעין מוסדרים בין אם לאו. יהא אשר יהא הצידוק להבחנה שערך המחוקק הישראלי בין בניה ונטיעה במקרקעין מוסדרים לבין בניה ונטיעה במקרקעין בלתי מוסדרים הרי שמרכזיותה של שאלת תום הלב של המקום והיותה אכן הפינה של הסדרת הסוגיה הנדונה ברורים מאליהם.¹⁷

17. ניתן אולי להצדיק את העדפתו של המחוקק הישראלי את בעל המקרקעין בתחרות זכויות הנוגעת למקרקעין מוסדרים בשיקולים של חיזוק מעמדו של המרשם כמעניק הגנה על בעלי זכויות במקרקעין ולעקרון פומביות המרשם.¹⁸ כלומר, גם אם ההסדר הקבוע בסעיף 21 סוטה במעט מעקרונות היסוד של הסוגיה (בכך שהוא קובע תזקה חלוטה בדבר היעדר תום ליבו של המקום) הרי שהוא עושה כן כדי לחזק את מעמדו של מרשם המקרקעין. לכן, גם אם המקום במקרקעין מוסדרים של חבירו פעל בתום לב, וגם אם שווי הבנוי עולה על שווי המקרקעין, הרי שהמחוקק מעוניין לבסס את מעמדו של המרשם בכך שהוא מעניק יתרון לבעלי הרשומים על פני זכויות נוגדות, גם אם הללו נוצרו בתום לב.

18. בהערת אגב מעניינת, עליה עמד פרופ' ויסמן, סעיף 21 המעניק יתרון מובנה לבעל המקרקעין על ידי כך שהוא מעניק לו את זכות הברירה מהווה רק את נקודת הפתיחה למשא ומתן בין המקום לבין בעל המקרקעין שבסופו, כך יש להניח, הם יגיע ממילא להסדר כלכלי שיבטא את הכלל שהטפל הולך אחר העיקר: בהנחה שבעל המקרקעין איננו מעוניין במבנים ומעדיף לסתורם, יוכלו הצדדים בכל זאת להגיע להסכמה כספית ביניהם על פיה הבעלים ירצה למכור (והמקום לרכוש) את המקרקעין עליהם עומדים המבנים בסכום כספי הגבוה מערך הקרקע האמיתי כל עוד סכום זה הוא נמוך מן ההוצאות הכלכליות הכרוכות בפינוי והריסה של הבנוי שביכולתו לכפות על המקום. זכות הברירה הנתונה לבעל המקרקעין מאפשרת לו "לסחוט"

¹⁵ ויסמן, לעיל ה"ש 1, 3.109§-3.129§. ויסמן אף סוקר שיטות משפט שונות אשר אינן מאפשרות כלל פתרון של הריסת הבנוי אלא רק רכישה כפויה, של המקרקעין או של המבנים, לפי העניין. זה המצב, למשל, בגרמניה, דנמרק וצרפת.

¹⁶ דויטש, לעיל ה"ש 2, 7.6§.

¹⁷ גם פרופ' דויטש המכריע שאין מקום להרחיב את ההסדר של סעיף 23 לחוק המקרקעין על מקרקעין מוסדרים סובר שאין לעשות כן משום שהסדרים חקיקתיים אחרים יוכלו לעמוד לימין המקום בתום לב על מקרקעין מוסדרים של אחר. פרופ' דויטש עצמו מודה שבנסיבות מסוימות הזין הראוי אינו אמור להבחין בין מקרקעין מוסדרים למקרקעין בלתי מוסדרים אלא להתמקד בשאלת תום הלב של המקום. שם, 7.6§ בעמ' 429-430.

¹⁸ ויסמן, לעיל ה"ש 1, 3.109§-3.129§.

את המקיים ולהביא אותו לרכוש את המקרקעין תמורת סכום שעשוי לעלות על שווי המקרקעין. מנגד, אם בעל המקרקעין דווקא חפץ בהותרת המבנים בבעלותו - שוב, במקרקעין מוסדרים - הוא יוכל להביא את המקיים למכור לו את המבנים במחיר הנמוך מערכם האמיתי כל עוד מדובר בפגיעה כלכלית למקיים שהיא נמוכה מן הנזק הכלכלי הצפוי לו אם יעמוד בעל המקרקעין על זכותו לתבוע ממנו שיסתור ויפנה את המבנים על חשבונו (המצטרף גם לנזק שייגרם לו בשל אבדן ההשקעה שהשקיע בעצם הקמת המבנים). למעשה, המחוקק הישראלי מאפשר לבעל המקרקעין "להרוויח" מן העובדה שפלוגי בנה במקרקעין שלו על ידי כך שהותיר בידי בעל המקרקעין את זכות הברירה, ובכך העניק לו קלף מיקוח כנגד המקיים.¹⁹ אולם, אם שני הצדדים יפעלו באורח רציונאלי, הם יסכימו ביניהם כי הערכת שוויים היחסי של הנכסים, עשויה להביא לתוצאה אחרת שאיננה מפורשת בסעיף אשר - גם אם תעניק יתרון כלכלי לבעל המקרקעין - סופה שתשקף נאמנה את עקרונות התשתית של סוגיית בניה ונטיעה במקרקעי הזולת.

19. הנה כי כן, גם המחוקק הישראלי הסדיר את הסוגיה בהתאם לעקרונות היסוד והשיקולים שמנינו לעיל. שעה שמדובר בתחרות זכויות בין שני צדדים תמי לב (בעל המקרקעין הוא הרי בכל מקרה תם לב) הרי שזכות הברירה ביחס לנכסים המחוברים המעורבבים תינתן למי שניתן לייחס לו את עיקר הנכס מבחינה כלכלית. באופן זה, המחוקק הישראלי מונע התעשרות שלא כדין על ידי אחד הצדדים, שומר על יעילות כלכלית וגם לא מתגמל או מעודד התנהגות פסולה של הסגת גבול.

20. הבנה בהירה של התשתית העיונית של הסדרת הסוגיה בחוק המקרקעין הישראלי איננה רק עניין תאורטי כי אם בעלת השלכות מעשיות. הבנת הרציונאליים המונחים בבסיס ההסדר הישראלי מאפשרת להסיק מסקנות משפטיות בנוגע לנסיבות עובדתיות שאינן באות במפורש בגדרי סעיפי ההסדר וביחס לשאלה אם יש מקום, על דרך ההיקש למשל, להחיל גם עליהן את ההסדר הקיים או את עקרונותיו. כך, למשל, באחד מפסקי הדין המנחים בסוגיה של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת הסתפק בית המשפט העליון אם להחיל את ההסדר הקבוע בסעיף 23 לחוק המקרקעין גם בנסיבות בהן נעשתה בניה במקרקעין של הזולת על ידי פלוגי אשר בינתיים מכר את המבנים לאלמוני.²⁰ עתה, אלמוני - שהוא איננו המקיים כי אם חליפו - הוא זה שזכויותיו מתחרות עם זכויות בעל המקרקעין. לכאורה, מאחר ולשון החוק מאפשרת את "רכישת המקרקעין על ידי המקיים" דווקא, הרי שהנסיבות בפניהן עמד בית המשפט העליון לא באות בגדרי ההסדר כלל. אולם בית המשפט העליון פסק כי למרות שאלמוני - חליפו של המקיים - איננו המקיים במובן הלשוני הצר של המילה אלא רק קונה בתום לב מן המקיים הרי שהתכלית המונחת בבסיס סעיפי החוק מחייבת את החלת ההסדר הקבוע בסעיף 23 לחוק המקרקעין גם על נסיבות אלה. הרחבה של תחולת ההסדר הקבוע בחוק המקרקעין גם על נסיבות שחורגות מן הפרשנות המילולית הצרה שלו אפשרית שכן:

¹⁹ ויסמן, לעיל הי"ש 1, 3.345.

²⁰ ע"א 596/76 בישור בע"מ נ' טאובה פ"ד לב(3) 713 (1978).

"... גישתו העקרונית של המחוקק היא כי בעל הקרקע אינו רשאי להשאיר בבעלותו את המבנים שהוספו על הקרקע שלא כדין, אלא אם כן יפצה את הבונה על השקעתו ... גישה עקרונית זו מוצאת את ביטויה לא רק בסעיף 23 כי אם גם בסעיף 21 לחוק, והיא מכוונת בה במידה לחיובו של בעל המקרקעין ולזיכויו של בעל המחוברים: כשם שזה לא צריך להתעשר חינם מעמל זולתו, כן זה לא צריך ליתן פרי עמלו במתנה בעל כרחו. המטרה החקיקתית היא לאזן במידת האפשר את זכות הבעלים על הקרקע והמחוברים בה, ואת חובת הבעלים שלא להתעשר על חשבון הזולת. ויש דברים בגו שזכות המקים לפי סעיף 23(א) עדיפה על זכות הבעלים לפי סעיף 21: מי שבנה בתום-לב, ולו גם שלא כדין, והשקיע בבניה יותר משוויה של הקרקע, אין הבעל רשאי לכפות עליו את הריסת המבנה ... לא מבחינת התעשרותו של בעל הקרקע ולא מבחינת האינטרס המוגן של מקים המבנה, קיים הבדל - עקרוני או אחר - בין מי שהקים את המבנה לבין מי שרכש אותו, ובלבד שיוכח תום-לבו של המקים בשעת ההקמה, "תום-הלב" של המקים הוא, לפי לשון סעיף 23(א)(1), בכך שהוא סבר בעת הקמת המחוברים כי הוא בעל המקרקעין. פירוש החוק על דרך הצמצום, כאילו זכותו של "המקים" ... מוגבלת אך למי שהקים את המחוברים במו ידיו בלבד, יחטא לכוונת המחוקק ולמטרתו."

ע"א 596/76 בישור בע"מ נ' טאובה פ"ד לב(3) 713, 717 (1978)

21. דוגמא נוספת לחיוניות שבהבהרה מושגית של התשתית העיונית של הסדר הסוגיה כרוכה בשאלה האם ניתן להחיל את ההסדר הקבוע בחוק המקרקעין גם בנסיבות בהן המקים סבר שהוא רק **חוכר** של המקרקעין אליהם פלש בתום לב ולא דווקא **בעלים**. למעשה, זוהי המציאות הרווחת במדינת ישראל, שבה במרבית המקרים הזכויות המוקנות לאדם במקרקעין הן של חכירה ולא של בעלות ממש. הבעייתיות בהחלת ההסדר של סעיף 23 לחוק המקרקעין טמונה בכך שעל פי מילות הסעיף יש צורך שהמקים יסבור שהוא **הבעלים** במקרקעין ולכן, מן הבחינה הלשונית הצרה, שעה שהוא סבור שהיה רק **חוכר** ולא בעלים הרי שהוא לא יכול להיבנות מן ההסדר בסעיף המעניק לו - בתנאים מסוימים - זכות ברירה ביחס לרכישת המקרקעין מידי בעליהם האמיתיים. אולם, גם בנקודה זו אין מחלוקת בין המלומדים לגבי הקביעה כי לאור התשתית העיונית של ההסדר יש מקום להחיל את הסדרי חוק המקרקעין גם בנסיבות מעין אלה שכן "קיימת גזירה שווה בנדוננו, בין מצב הבעלות למצב החכירה, וקיימת אותה הצדקה עקרונית להחלה של סעיף 23".²¹

²¹ דויטש, לעיל ח"ש 2, 7.13s; ויסמן לעיל ח"ש 1, 3.36s, בעמ' 170-167.

פרק ג' - ההסדר בדין החל באיו"ש

22. כידוע, מורכב הדין החל באיו"ש ממספר רבדי חקיקה (עותומאני, מנדטורי, ירדני וישראלי). בחינת המפה הנורמטיבית באיו"ש מלמדת כי גם שם מוסדרת הסוגיה של "בניה ונטיעה במקרקעי הזולת" על פי עקרונות היסוד שמנינו לעיל. רוצה לומר, בתחרות שבין המקיים תם הלב ובין בעל המקרקעין זכות הברירה תקבע על פי הערכת השווי היחסי שבין הבנוי לבין המקרקעין.

23. בטופוגרפיה הרגולטורית הקיימת היום באיו"ש שני סעיפי חקיקה מסדירים את הסוגיה של בניה ונטיעה במקרקעי הזולת. לעניין מקרקעין מסוג מולכ קובע סעיף 906 למגילה לאמור:

"היתה הגזלה קרקע, ובנה עליה הגזלן בנינים או שנטע בה עצים, מצויים עליו לסתורם או לעקרם, ולהחזיר את הקרקע. ואם יש בסתירת הבתים או בעקירת העצים משום נזק קרקע יכול הנגזל לשלם את שוויים כשהם עומדים ליהרס ולהעקר, ולהניחם עומדים במקומם.

אבל אם שוויים של הבנינים או העצים הוא יתר על שווי הקרקע, ונבנו או נטעו תוך זכות משוערת מדומה, משלם בעל הבנינים והעצים את דמי הקרקע, וקונה את הקרקע.

כיצד? מי שנפל לו מגרש בירושה ובנה עליו בנין שהוצאותיו יתירות על דמי המגרש, ונמצא עורר שהוכחתו זכותתו על המגרש, הרי שמי שבנה את הבנין משלם את דמי המגרש, וקונה אותו לעצמו."

מתוך ה"מגילה", מתורגם על ידי גד פרומקין, הוצאה שלישית (תשי"ב).

24. כלומר, לעניין קרקע מולכ, נגזר הדין משאלת תום הלב של המקיים ומשווי הנכסים המוטלים על הכף. ככל שהמקיים היה תם לב ("זכות משוערת מדומה" בלשון המחוקק העותומאני) ושווי הבנוי עולה על שווי הקרקע נתונה זכות הברירה - אם לרכוש את המקרקעין אם לסתור את המבנים - בידיו. ככל שהמקיים איננו תם לב ("גזל" בלשון המחוקק העותומאני) נתונה זכות הברירה בידי בעל המקרקעין. זהו, פחות או יותר, הסדר מקביל להסדר הקבוע בסעיף 23 בחוק המקרקעין הישראלי והוא מתיישב גם עם העקרונות המנחים של הסוגיה עליהם הצבענו לעיל.

25. לעניין מקרקעין מסוג מירי קבע המחוקק הירדני בסעיף 10 לחוק ההחזקה (התצרוף) בנכסי

דלא ניידו, מס' 49 לשנת 1953 (להלן - חוק ההחזקה) לאמור:

"הקים אדם בניינים או נטע עצים על קרקע מסוג 'מירי' או 'מוקופה' המוחזקת על ידו על פי שטר רישום, ולאחר מכן הופיע זכאי לאותה קרקע והוכיח את תביעתו ינהגו כדלקמן:

(1) עלה שווי הבניינים או העצים, כשהם קיימים, על שווי הקרקע, ישלם אותו אדם לזכאי את שווי הקרקע ויהא רשאי להחזיק בה יחד עם הבניינים והעצים;

(2) עלה שווי הקרקע על שווי הבניינים והעצים, כשהם קיימים, ישלם הזכאי לבעל הבניינים והעצים את שוויים והוא יהיה בעליהם."
מתוך אוגדן "דיני התכנון, הבניה והמקרקעין באזור יהודה והשומרון" (בהוצאת הוצאת המנהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון).

26. יוער, כי באורח היסטורי הוסדרה הסוגיה בנוגע לקרקע מירי על ידי סעיף 35(ג) לחוק הקרקעות העותומאני משנת 1274 (1858) (להלן - חוק הקרקעות העותומאני) אשר הוחלף על ידי סעיף 9 לחוק העברת נכסי דלא ניידו משנת 1331 (1913).²² אולם, סעיף 18 לחוק ההחזקה הירדני ביטל את הוראות החקיקה העותומאנית ותיקן את סעיף 10 המובא לעיל. למרות הגלגולים האמורים, נוסח הסעיף הירדני זהה כמעט לחלוטין לנוסח שקבע המחוקק העותומאני הן בחוק הקרקעות העותומאני והן בחוק המאוחר יותר משנת 1913 והוא, בעיקרי הדברים, שיקוף של הדין הנוהג עובר לחקיקתו.

27. עיון בסעיפים האמורים, תוך השוואת נוסח סעיף 10 האמור לסעיפים העותומאניים שקדמו לו, מלמד כי למעט הבחנה אחת בין קרקע מולכ לקרקע מירי (עליה נעמוד לקמן), הרי שעקרונות הסדרת הסוגיה בדין החל באיו"ש אינם שונים באופן מהותי מהסדרתה בדין הישראלי. וכך תיאר משה דוכן, בכיר חוקרי המשפט העותומאני בארץ ישראל המנדטורית, את הדין:

"בנוגע לבניינים ונטיעות, שנבנו וניטעו ביושר על קרקע של אחר (Bona fide), הדין הוא בדרך כלל, שבעל הקרקע או בעל התוספות ניתנת לו הזכות לרכוש את הקרקע או את התוספות, בהתחשב עם שווי הרכוש. אם שווייה של הקרקע היא גדולה משווי התוספות משלם בעל הקרקע, לבעל התוספות את שווי התוספות, ואם שווי התוספות עולה על שווי הקרקע, משלם בעל התוספות לבעל הקרקע את דמי-שווייה של הקרקע. אפשר להניח, שדין זה מבוסס על העיקרון שהובא בס' 27 מן המג'לה, הקובע ביחס לנזק חמור ונזק קל - שאת הנזק החמור מסלקים על ידי

²² משה דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, 195-198 (מהדורה שניה, תשי"ג); א' בן-שמשי, חוקי הקרקעות במדינת ישראל, 79-80 (1953).

נזק הקל ממנו.

משה דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, 194 (מהדורה שנייה, תשי"ג)

28. אכן, בהנחה שהמקיס הינו תם לב, ראוייה ההכרעה בין זכותו של המקיס לרכוש את המקרקעין ובין זכותו של בעל המקרקעין לרכוש את המבנים, להיגזר מהשוואת הנזקים הכלכליים שיישא כל צד. ולכן אם ערך הבנוי גדול מערך המקרקעין תהיה זכות הברירה בידי המקיס ואם ערך המקרקעין גדול מערך הבנוי תהיה זכות הברירה בידי בעל המקרקעין.

29. אולם, כפי שמעיר דוכן "בעוד שבחלק השני של הס' 906 מן המגילה הנ"ל [הנוגע לקרקע מולכ] הודגש הצורך, שמי שבנה או נטע יעשה את הפעולה ביושר מתוך זכות משוערת מדומה ולא נאמר דבר ביחס לתעודות זכות הקנין שצריכה להיות לו, - הרי בס' 9 מחק העברת קרקעות משנת 1331 (1913) [הנוגע לקרקע מירי] הודגש בפירוש, שמי שבנה או נטע והחזיק בקרקע על פי שטר טאבו, כלומר, שבידו היה קושאן"²³ אך אין כל זכר לדרישת תום הלב. כלומר, לכאורה, על פי לשון הסעיף (שאיננה שונה מסעיף 10 בחוק ההחזקה החל כיום) מעמדו של המקיס או נוטע בקרקע מירי נגזר משאלת היותו אוחז בשטר בעוד שמעמדו של המקיס או נוטע בקרקע מולכ נגזר משאלת היותו תם לב.

30. ההבחנה בין ההסדרים איננה כה מובנת ואף נראית מוקשית. כידוע, במסגרת הדין העותומאני (והירדני) אין לך זכות בעלות שלימה יותר מאשר זכות הבעלות בקרקע מולכ.²⁴ רק בקרקע מולכ אוחז הבעלים גם בזכות ההחזקה ("תצרוף") וגם בזכות הבעלות הערטילאית ("רקבה"). זאת, בניגוד לקרקע מירי בה ניתן היה, באורח הסטורי, לזכות רק בזכות ההחזקה אך לא בזכות הבעלות הערטילאית שלעולם, לפחות באופן אנליטי, נותרה בידי הריבון.²⁵ הבעלות בקרקע מולכ נתפשה כשלימה עד כדי כך שמערכת הדינים הנוגעת לה הוסדרה כשאר מיטלטלין (שבהם, באופן טבעי, תמיד היתה זכות הבעלות שלימה) דווקא במגילה ולא בחוק הקרקעות העותומאני.²⁶ על רקע זה, נראית ההבחנה בין ההסדר בסעיף 906 למגילה הדורש תום לב מצד המקיס לבין סעיף 10 לחוק ההחזקה הדורש דווקא שטר רישום אך אינו אומר דבר ביחס לתום ליבו של המקיס כתמוהה במיוחד. מדוע יהנה בעל קרקע מולכ להגנה פחותה על זכותו מאשר בעל קרקע מירי? כיצד יש להסביר את העובדה שדווקא בקרקע מולכ, יכול מקיס בתום לב לקבל את זכות הברירה אפילו אינו אוחז בשטר, ואילו בקרקע מירי - שבה זכות הבעלות פחותה ממילא - לכאורה אין צורך בתום ליבו של המקיס מאחר והתנאי היחיד המנוי בסעיף הוא האחיזה בשטר?! האם יש הגיון בהעמדת רף טכני נוקשה (שטר רישום דווקא, ולא תום לב תלוי נסיבות) דווקא בפני מי שבונה או נוטע על קרקע מירי בה זכותו של בעליה חלשה יותר מזכותו של בעל קרקע מולכ? ומן הצד השני, עלולה להיווצר תוצאה אבסורדית על פיה בקרקע מירי זכות המקיס האוחז בשטר תגבר על זכות בעל המקרקעין

²³ דוכן, שם, בעמ' 198.

²⁴ ויסמן, לעיל הי"ש 1, 1.98; דוכן, שם, בעמ' 45.

²⁵ ויסמן, שם; דוכן, שם, בעמ' 43.

²⁶ דוכן, שם, בעמ' 27, 30, 45.

למרות שתום ליבו של המקים כלל איננו הוכח.

31. על אף שדוכן עצמו (וככל שידיעתינו משגת אף לא מלומד אחר), איננו מנמק את פשר ההבדל שבין ההסדרים השונים - הבדל שנתר בעינו גם לאחר חקיקת סעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני ששמר כאמור על ההסדר העותומאני המקורי - נראה שניתן בכל זאת למצוא הסבר להבחנה שבין קרקע מירי לקרקע מולכ על רקע עקרונות היסוד של הסוגיה.

32. כאמור לעיל, ההבחנה הבסיסית בין קרקע מולכ לקרקע מירי נעוץ בכך שבעוד שניתן לרכוש בעלות מלאה בקרקע מולכ לא ניתן לעשות כן בקרקע מירי. ככלל, קרקע מירי שייכת לריבון אלא אם כן ניתנה לאדם הזכות להחזקה ושימוש בה באמצעות שטר טאבו.²⁷ קרקע מולכ היא על פי רוב קרקע שב"חצרות שבעיר, מגרשים שבעירות ובכפרים וחלקות קרקע בסביבות עיר או כפר, הנחשבות כמחוברות לבתים, ששטחן אינו עולה על חצי דונם".²⁸ מנגד קרקע מירי שבה "זכות הבעלות (רקבה) שייכת לאוצר הממשלה"²⁹ היא כמעט תמיד קרקע מחוץ למקומות הישוב אשר הוענקה ליחידים לטובת עיבוד חקלאי או שימוש אחר.³⁰ זאת, בין היתר, בשל העובדה כי על ידי כך יוכל אוצר המדינה להנות מגביית מסים.³¹ ממילא, ללא היתר מפורש מן הריבון לעבד או ליטול חזקה בקרקע מירי - כלומר שטר טאבו - אין לכל אדם זכות לבנות או לנטוע בה. בעוד שהבעלות הפרטית בקרקע מולכ איננה בהכרח נגזרת מקיומו של שטר טאבו הרי שהבעלות (או, ליתר דיוק, "החזקה") בקרקע מירי היא כמעט תמיד תוצר של הרשאה מפורשת מצד הריבון ובהחזקה בשטר.³² לכן, בעוד שאדם יכול לסבור בתום לב כי הוא בעלים של חצר הסמוכה לביתו (קרקע מולכ) גם בהעדר שטר, יקשה עליו לטעון כי היה תם לב עת בנה או נטע בקרקע מירי ללא שטר רישום. אם, בדרך כלל, לא יכול הפרט לרכוש בעלות בקרקע מירי ללא שטר ממילא נדרש ממנו - לצורך הוכחת תום הלב בקרקע מירי - להיות מחזיק בשטר אם בנה או נטע בקרקע זולתו והוא מבקש ליהנות מן הסדר הקבוע בסעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני. כלומר, בקרקע מירי תום הלב של המקים נסתר מיניה וביה שעה שהוא הקים או נטע מבלי שהיה בידיו היתר רשמי לכך מן הרשויות, קרי שטר רישום. לא כך הם פני הדברים בקרקע מולכ שם, בפועל, היעדר שטר טאבו איננה שוללת את עצם טענת הבעלות.³³ לכן, דווקא בקרקע מולכ תום ליבו של המקים איננו חייב להיגזר בהכרח מן השאלה אם אחז כדין בשטר טאבו.

33. למעשה, בדומה למחוקק הישראלי שהניח כי לא יתכן מקים תם לב במקרקעין מוסדרים, גם המחוקק העותומאני (והמחוקק הירדני בעקבותיו) הניח כנראה כי בקרקע מירי לא יתכן מקים

²⁷ שם, בעמ' 46.

²⁸ סי' 2 לחוק הקרקעות העותומאני; ראו גם אצל דוכן, שם, בעמ' 46-39.

²⁹ סי' 3 לחוק הקרקעות העותומאני; ראו גם אצל דוכן, שם, בעמ' 7-46.

³⁰ דוכן, שם, בעמ' 40-39, 7-46; פליאה אלבק ורן פליישר, דיני מקרקעין בישראל, 40-41, 47-52 (2005).

³¹ דוכן, שם, בעמ' 7-46.

³² שם, בעמ' 7-46.

³³ שם, בעמ' 45.

תם לב ללא שטר טאבו. אולם, בעוד שהמקרים בהם יהא המקום במקרקעין מוסדרים של חברו בישראל תם לב הם אכן מעטים (וממילא גם מצדקת החזקה שהניח המחוקק הישראלי), הרי שבאיו"ש המציאות בה מקום בקרקע מירי של אחרים יהיה תם לב - גם ללא שטר - היא שכיחה הרבה יותר (כפי שנראה להלן).

34. יהא אשר יהא הטעם להבחנה החקיקתית בין קרקע מולכ לבין קרקע מירי ספק רב אם יש לייחס לה משמעות גדולה כיום. זאת, משום שההבחנה האנליטית בין קרקע מולכ לבין קרקע מירי נותרה תאורטית בלבד. על אף שבתחילה הייתה משמעות אמיתית לעובדה כי בקרקע מירי נותרת הבעלות הערטילאית בידי הריבון הרי שכיום כמעט אין לכך כל משמעות מעשית, אם בכלל. עם השנים הלכה והצטמצמה משמעות הבעלות הערטילאית שנותרה בידי הריבון בקרקע מירי ומנגד הלכה והתרחבה מעטפת זכויותיו של הבעלים בקרקע מירי.³⁴ על בעלים של קרקע מירי לא מוטלת כל מגבלה המונעת ממנו לעשות בהם כרצונו, בדיוק כמו בנוגע לקרקע מולכ.³⁵ לכן, גם אם היה מקום בשעתו להסדיר את סוגיית בניה ונטיעה במקרקעי הזולת באופן שונה ביחס לקרקע מירי ולקרקע מולכ, קשה לחשוב על טעם המצדיק לעשות כן היום.

35. לאור זאת, ולאור הבנת התשתית העיונית של הסוגיה על פיה תום ליבו של המקום יחד עם הערכת שווי הנכסים והמקרקעין עומדים בליבת כל הסדר ראוי, ספק אם יש טעם המצדיק הצמדות דווקנית לדרישת סעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני להחזקת שטר רישום ביחס לקרקע מירי שעה שסעיף 906 למגילה מחייב לבחון - ביחס לקרקע מולכ - את תום ליבו של המקום, שהוא כמובן, תלוי נסיבות.³⁶ למעשה, נדמה כי המציאות העובדתית והמשפטית באיו"ש מחייבת דווקא תפישה שאיננה רואה בפרשנות המילולית הצרה של סעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני את חזות הכל. תפישה כזו, תפרש הן את סעיף 906 למגילה והן את סעיף 10 לחוק ההחזקה לאור אותן תכליות, המבקשות להגשים את עקרונות היסוד של הסוגיה. לכן, יש לקרוא את שני הסעיפים כמעניקים את זכות הברירה למקום רק אם היה תם לב (ושאלת היותו מחזיק בשטר היא ודאי חשובה בהקשר זה) ורק אם שווי הבנוי עולה על שווי המקרקעין.

36. כאמור, אבן בוחן מרכזית בסוגיה תלויה בשאלת תום הלב של המקום. כפי שגם הראינו לעיל, בדין הישראלי, שלילת זכות הבחירה מן המקום בקרקע מוסדרת נובעת מן ההנחה הסבירה שהמקום במקרקעין מוסדרים של הזולת לא יכול להיות תם לב. העובדה כי מדובר בקרקע מוסדרת יוצרת מעין חזקה חלוטה בדבר היעדר תום ליבו של המקום. לדעתנו, כך גם יש לתפוש את הדרישה להחזקה בשטר רישום בקרקע מירי הקבועה בסעיף 10 לחוק ההחזקה. מדובר בדרישה שהיא נגזרת מעקרון תום הלב. גם כאן, הנחת המחוקק הינה כי בדרך כלל, המקום על קרקע מירי לא יכול להיות תם לב אם לא החזיק בידו שטר רישום. אולם, בשונה מן הדין החל בישראל שם הוכחת תום ליבו של המקום במקרקעין מוסדרים היא כמעט משימה בלתי אפשרית, המציאות באיו"ש מחייבת גמישות מסוימת שתאפשר את הרמת נטל

³⁴ שם, בעמ' 78-83; אלבק ופליישר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 8-61.

³⁵ דוכן, שם.

³⁶ שם, בעמ' 197.

הוכחת תום לב - גם למי שאינו אוהז שטר רישום - ביחס לקרקע מירי. נבהיר.

37. אכן, במציאות של קרקע מוסדרת במדינה מתוקנת כמו ישראל - בה יכול כל אחד לבדוק את מצבה המשפטי של כל חלקת קרקע, וממילא לתכנן נכונה את מהלכיו ביחס אליה - מן הראוי להתייחס בחשדנות לטענה כי המקום בקרקע מוסדרת פעל בתום לב. במציאות הישראלית - וגם משיקולים של חיזוק מעמד המרשם - יש מקום להעניק יתרון מסוים לבעלים הרשומים של הקרקע גם אם המקום היה תם לב (כפי שאכן קבע המחוקק בסעיף 21 לחוק המקרקעין). אולם, במציאות משפטית מורכבת כמו באיו"ש, בה לא תמיד קיים רישום מסודר, ובה המציאות המשפטית, כדבר שבשגרה, נלמדת בראש ובראשונה מן המציאות העובדתית בשטח, היא זה בלתי סביר להחיל בצורה דווקנית דרישה לאחיזה בשטר רישום שעה שאין בין דרישה כזו ובין שאלת תום הלב של המקום דבר וחצי דבר. גם השיקולים של חיזוק מעמד המרשם, שעשויים להיות רלבנטים בתחומי השיפוט של מדינת ישראל, אינם רלבנטים כלל למציאות באיו"ש שם, כידוע, מרבית המקרקעין לא עברו רישום כלל וממילא המרשם הירדני (ככל שהוא הושלם בחלק מן המקרקעין) טרם קנה לעצמו את המעמד לו יש לייחס למרשם בתחומי מדינת ישראל.

38. כידוע גם, בירור מצב הזכויות המשפטיות בנוגע לקרקע באיו"ש, יהא אשר יהא סיווגה הקנייני, מירי, מולכ או כיו"ב, איננו פשוט כלל ועיקר ולפעמים אף אינו אפשרי.³⁷ ככל שמדובר בקרקע שטרם עברה הסדר הרי שעל פי שיטת הרישום העותומאנית אין כל יכולת אמיתית לבחון את מצבה המשפטי החלוט של חלקה נתונה. זאת, בראש ובראשונה משום שהרישום בספרי האחוזה הינו פרסונאלי (בשונה משיטת רישום מודרנית המתנהלת על פי גושים וחלקות) כך שגם עיון בספרי האחוזה איננו יכול לספק תמונה ברורה בדבר מעמדה של קרקע מסוימת.³⁸ בניגוד להסדר קרקעות מודרני (בשיטת טורנס) הכולל רישום של פרטי החלקה ושירטוט גבולות החלקה ופירוט בעליה, השיטה הישנה החלה במרבית שטחי איו"ש מבוססת על הפקדת שטרי טאבו אישיים שאינם מסודרים לפי פרטי החלקות או גבולן. לכן, המציאות היא שקל הרבה יותר ללמוד אודות מעמדה המשפטי של חלקה מסוימת מתוך בחינת המצב העובדתי בשטח מאשר מעיון בספרי האחוזה. יתר על כן, כפי שנקבע על ידי בתי משפט בישראל "מאז ומתמיד לא היה עצם הרישום במשרד ספרי האחוזה מהווה או יוצר את בעלותו של אדם אשר לזכותו נעשה אותו רישום", כי אם רק הוכחה הניתנת לסתירה.³⁹

39. גם אין זה סוד כי המציאות המשפטית המורכבת באיו"ש, לכשעצמה, איננה תורמת ליצירת וודאות משפטית ככל שהדברים נוגעים לבירור מעמדם של מקרקעין כלשהם. תעיד על כך העובדה כי חלק ניכר מן הקרקעות הפרטיות באיו"ש מוחזקות ככאלה אף ללא כל שטר או רישום כלשהו אלא דווקא מכח ההחזקה בהם. לכן, הנחתו של פלוני, למשל, כי קרקע טרשית, שמעולם לא עובדה, הרחוקה מרחק ניכר מנקודת יישוב, היא קרקע שבניה עליה איננה פוגעת

³⁷ אלבק ופליישר, לעיל הי"ש 30, בעמ' 254-242

³⁸ שם, שם.

³⁹ ת"א (חיי) 86/71 בישור בע"מ נ' טאובה פ"מ תשל"ז(1), 106, 111.

בזכותו הקניינית של מאן דהו היא סבירה בהחלט, גם אם אותו מקים לא אוהו כל שטר. מבחינה זו, מדוע יגרע חלקו של המקים בתום לב על קרקע טרשית ובלתי מעובדת - שגם אם מעמדה הפורמלי הוא של קרקע מירי, הרי שאין כל נסיבה עובדתית חיצונית שעשויה להעיד על היותה קרקע פרטית - מחלקו של המקים בתום לב על קרקע מולכ, שהיא מעצם טיבה לעולם נחזית כקרקע בבעלות פרטית?! היעלה על הדעת כי המקים בתום לב, וללא שטר, בחצר חברו הסמוכה לחצרו יזכה בזכות הברירה אך המקים בתום לב בקרקע טרשית ונטושה יהיה חסום מליהנות מן ההסדר האמור רק בשל כך שהוא אינו אוהו בשטר? עמידה דווקנית על דרישת סעיף 10 לחוק ההחזקה כי על המקים לאחוז בשטר רישום עלולה בנסיבות כאלה למנוע את הגשמת תכליתו של כל הסדר רציונלי בסוגיית בניה ונטיעה במקרקעי זולת.

40. לכן, מן הראוי לפרש את הסדרת הסוגיה, ככל שהיא נוגעת לקרקע מירי או לקרקע מולכ באיו"ש בצורה תכליתית ואחידה על פיה גם אם תום ליבו של המקים בקרקע מירי עשוי להיות מושפע מן השאלה אם הוא אוהו שטר רישום אם לאו, אין כל סיבה לקבוע אפריורית כי שעה שהוא אינו אוהו שטר רישום הוא איננו תם לב. כפי שראינו לעיל בפרשת ביטורני טאובה,⁴⁰ בית המשפט לא נמנע מלנוקוט פרשנות תכליתית ולא נרתע מהרחבת עקרונות ההסדר גם אם פרשנות כזו מנוגדת לפרשנות המילולית הצרה של החוק ולשונו. לדעתנו, יש מקום לפרשנות תכליתית גם ביחס לסעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני.

פרק ד' - המצב המשפטי בישובים לאור הדין החל באיו"ש

41. הנחת המוצא של דיוננו היא כי ככל שבהקמת הישובים המנויים בריש חוות הדעת נבנו מבנים על מקרקעין פרטיים, פעלו המקימים בתום לב. כלומר, למקימים במקרקעי הזולת, היו טעמים טובים וצידוקים מספיקים להניח כי הם אינם מסיגי גבול. בנסיבות בהן המקימים אינם תמי לב הרי שהדין החל באיו"ש, בדומה לזה החל בישראל, מעניק בצדק רק לבעל המקרקעין את זכות הברירה אם לשמר את הבנוי על המקרקעין או אם לתבוע את הריסתו.

42. בנסיבות כאלה, הרי ככל שמדובר בקרקע מולכ על פי סעיף 906 למגילה תיקבע זהות בעל זכות הברירה על פי הערכת שווי המקרקעין ושווי הבנוי עליהם. הערכה זו, לכשעצמה, איננה עניין משפטי והיא תלויה נסיבות כל מקרה ומקרה. אולם, ככל שמדובר בקרקע מירי לכאורה תיגזר זהותו של בעל זכות הברירה - אם נוקטים פרשנות מילולית צרה של סעיף 10 לחוק ההחזקה - מן השאלה אם הוא מתזיק ב"שטר רישום" אם לאו. אולם, כפי שהצבענו לעיל, יש נימוקים טובים, המושתתים על הבנת התשתית העיונית של סוגיית בניה ונטיעה במקרקעי הזולת בכלל, ומן המציאות - העובדתית והמשפטית - באיו"ש בפרט, התומכים בחריגה מן הפרשנות המילולית הצרה של סעיף 10 לחוק ההחזקה הירדני ולהענקת זכות הברירה גם למקים שאיננו אוהו שטר רישום (בכפוף למגבלות האחרות של סעיף 10 לחוק ההחזקה), כל עוד הוא תם לב.

43. לכן, בנסיבות בהן היו המקימים תמי לב; כאשר לאחר בירור ודרישה סבירים הסיקו כי הם

⁴⁰ ראו סעיף 20 לעיל.

מקימים את המבנים על מקרקעין שאינם בבעלות אחרים, קל וחומר אם הם החזיקו שטר אשר על בסיסו סברו כי הם בעלי זכויות במקרקעין; כאשר שווי המבנים עולה לאין ערוך על שוויים של המקרקעין שעמדו בשימונם עשרות שנים (ואולי מאז ומעולם), הרי שאין ראוי יותר, מן הבחינה המשפטית הצרופה, להעניק את זכות הברירה למקימים (בכפוף, כמובן, לרכישת הקרקע מבעליהם הרשומים).

44. מסקנה כזו נתמכת גם בתאוריות העיוניות של דיני הקניין בכלל אותן סקרנו בפתח דברינו. על פי **תאוריית העבודה** זכות הקניין היא נגזרת של מידת העמל והמשאבים שהשקיע פלוני בפיתוח משאבי הטבע. לפיכך, בנסיבות בהן המקיס היה הראשון, והיחיד, שהשקיע משאבים בפיתוח המקרקעין מן הדין להכיר בזכותו הקניינית על הקרקע ולבכרה על פני זכותו של הבעלים הרשומים. על פי **תאוריות היעילות הכלכלית** יש להימנע, ככל שניתן, מהשחתת משאבים שלא לצורך. לפיכך, יש טעם רב בהענקת זכות הברירה דווקא למקימים ובהשארת המבנים על תילם ועל ידי כך להימנע מהחרבתם של מבנים ותשתיות רבים שהושקעו בהם ממון רב. יש גם טעם רב במסקנה זו שכן היא מאפשרת **ניצול אופטימלי** של המקרקעין על ידי מי שכבר הביע נכונות אמיתית - אשר גם התבטאה בפועל בהקצאת משאבים רבים - ועשה צעדים של ממש לפיתוחה של הקרקע שהיתה, כאמור, שוממה ובלתי מעובדת בעבר הנראה לעין.

45. לבסוף, זו גם המסקנה המתבקשת אם העימות בין המקימים לבין בעל המקרקעין נתפס כעימות בין **זכויות קנייניות** מתחרות: זו של המקימים במבנים שהקימו וזו של בעלים הרשומים במקרקעין עצמם. בנסיבות כאלה, כאשר כל הכרעה שהיא תגרור פגיעה בזכויות קנייניות של אחד מן הצדדים מן הראוי להביא בחשבון גם את חומרת הפגיעה הכלכלית הרחבה של כל אחד מן הצדדים. בעוד שמרכז חייהם של המקימים, בנסיבות דנו, קשור בנכסים השנויים המחלוקת הרי שבאופן אמיתי, הזיקה הקניינית שבין בעל המקרקעין הרשומים לבין המקרקעין עצמם חלשה ביותר. ראיה לכך, ניתן למצוא בעובדה כי לבד מן העובדה שהמקרקעין רשומים על שמו של הבעלים מעולם לא ניתן לבעלות זו כל ביטוי ממשי חיזוני, אם בעיבוד, בהחזקה או בכל פעולה אחרת שיש בה כדי ללמד במשהו על זיקת בעלות בין הבעלים לבין המקרקעין הרשומים על שמו. לכן, איזון בין הזכויות המוטלות על המאזניים נוטה בבירור להעדפת זכותם הקניינית של המקימים על פני זכותם הקניינית של הבעלים ולהעניק למקימים את זכות הברירה תוך מתן פיצוי כלכלי ראוי לבעלים הרשומים של המקרקעין

46. על רקע זה יש גם לדחות את הטענה כי לאור העובדה שהמבנים הוקמו על מקרקעין פרטיים שומה על **הרשויות** להרסם רק בשל כך. הסוגיה דנו היא סוגיה מן המשפט הפרטי והיא מבקשת להסדיר את מערכת היחסים שבין שני הצדדים, המקיס ובעל המקרקעין בלבד. בבסיס כל הסדר של סוגיית בניה ונטיעה במקרקעי הזולת, הן זה החל באיו"ש והן זה החל בתחומי מדינת ישראל, מצויה ההנחה כי רק אחד משני **בעלי הזכויות המתחרות**, המקיס או הבעלים המקוריים, יוכל לממש את זכות הברירה ביחס לרכישת המקרקעין או המבנים שעליהם. יהא אופן ההכרעה אשר יהא ברור הוא כי הריבון, העותומאני, הירדני או מפד

האזור, אינם רשאים ליטול את זכות הברירה מאחד הצדדים. מדובר בשאלה קניינית פרטית אשר עליה להיות מוכרעת במישור היחסים של המשפט האזרחי, ובמסגרתם בלבד. ממילא, ככל שהטיעון המשפטי המחייב את הריסת המבנים על ידי הרשויות מתבסס על הטענה כי כך מתחייב על פי הדין האזרחי, מדובר בטענה חסרת יסוד. יתר על כן, נטילת סמכות הברירה בין הריסת המבנים ובין השארתם על תילם על ידי הרשויות מהווה פגיעה בזכותו של בעל המקרקעין לבחור בעצמו את הטוב בעיניו (בהנחה ששווי המקרקעין עולה על שווי המבנים). לכן, דווקא הטענה כי הגנה על זכויות הקניין של בעל המקרקעין מחייבת את הריסת המבנים היא זו אשר עלולה להביא לפגיעה בזכויותיו, קרי בזכותו שלו - לא של אחר, יחיד או רשות - לקבוע בעצמו אם למכור את המקרקעין או אם לתבוע את פינוי המבנים.


 ד"ר הראל ארנון, עו"ד


 ד"ר וינרוט, עו"ד