

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1769/04

בפני :
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערערים :
1. אירית אורן
2. מרדכי אורן

נ ג ד

המשיבים :
1. רן כהן
2. נילי כהן

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בנצרת, בת"א
618/03, מיום 29.10.03, אשר ניתן על-ידי כב' השופט
האשם ח'טיב

בשם המערערים : עו"ד יהודה וישניצקי

בשם המשיבים : עו"ד כרמית נעמן

פסק-דין

השופט א' א' לוי:

ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בנצרת (ת"א 618/03), שדחה את
תביעת המערערים לביטולה של זיקת הנאה במקרקעין.

רקע עובדתי

1. עניינו של ערעור זה במקרקעין, הידועים כחלקות 49 ו-50 בגוש 11090 אשר
במושבה יקנעם. למערערת 1 בעלות משותפת בצוותא עם אחר, שי נחשון, בחלקה 49,
עליה בנוי כיום בית מגורים בו מתגורר מערער 2. המשיבים הם חוכריה של חלקה 50
הסמוכה, שעליה מצויים כיום שני בתי מגורים, מחסן וסככה. נוסף לחלקה 50, כוללת

נחלתם של המשיבים אף את חלקה 62, ועל חלק משתי החלקות הללו יחד היה בנוי בעבר לול עופות.

רצועת קרקע דמוית משולש, בת כ-200 מ"ר, השייכת על-פי הרישום לשטחה של חלקה 49 ומשיקה לחלקה 50, היא המצויה בלב המחלוקת בין הצדדים (להלן גם: "שטח המחלוקת"). בשטח זה נסללה דרך כורכר ואף הוקמה עליה, בשנת 1952, גדר שחצצה בין חלקה 49 לחלקה 50. גדר זו הביאה, למעשה, לחיבורו של שטח המחלוקת לשטחה של חלקה 50, במובן זה שנוצר רצף פיזי של קרקע ביניהם, כשמעברה האחר של הגדר מצויה יתרתה של חלקה 49.

במשך שנים שמשה דרך הכורכר נתיב כניסה למשק החקלאי של משיבה 1, והגדר הגנה עליו מפני גניבות ומפני חדירתן של חיות טרף ללול העופות. בשנת 1996 החל מערער 2 בבניית ביתו אשר בחלקה 49, ובתוך כך הרס את הגדר, ותחתיה בנה גדר חדשה, אשר ניתקה את הרצף בין מרבית שטח המחלוקת לבין שטחה של חלקה 50, ותחת זאת יצרה רצף בין שטח המחלוקת לבין חלקה 49.

את המחלוקת שביניהם הביאו הצדדים לפני בית-משפט השלום בעפולה, אליו הגישו תביעות הדדיות לקבלת צו מניעה האוסר על הצד שכנגד לעשות שימוש כלשהו בשטח המחלוקת. תביעות אלו נדונו במאוחד.

2. בית-משפט השלום הכיר בקיומה של זיקת הנאה בשטח המחלוקת לטובת חלקה 50, מאחר ובמשך תקופה של למעלה מ-30 שנה, לא הובעה כל מחאה מצד בעליה של חלקה 49 על השימוש שעשו שכניהם באותו שטח. זיקת ההנאה הוכרה על יסוד כך ש"אופן השימוש בחלקה 50, סידור המבנים והרחבתם נעשו בהסתמך על השימוש בשטח שבמחלוקת ... מניעת השימוש כעת מבעלי חלקה 50 תפגע בהם קשות, תכביד על אפשרות המעבר והגישה בחלקה כנדרש לניהול המשק החקלאי" (עמ' 17 לפסק-הדין). לפיכך, נקבע כי כל אחד מן הצדדים רשאי להשתמש בשטח המחלוקת לצרכי גישה ומעבר, וכי יש להסיר את הגדר החדשה שנבנתה.

3. לאחר מתן פסק-הדין, נרשמה לטובת חלקה 50 זיקת הנאה במרשם המקרקעין, ובהמשך חלו מספר התפתחויות: מערער 2 סימן את שטח המחלוקת בצבע לבן על גבי כביש אספלט שסלל בין חלקות 49 ו-50, ועל יסודה של זיקת ההנאה שהוכרה, הותר מעבר המשיבים בשטח זה; נוסף על כך, נבנו מעין "מחסומים" בין חלקות 49 ו-50, המשבשים את המעבר מהן ואליהן; בסוף שנת 2000 נהרס לול העופות שהיה בנוי

בחלקות 50 ו-62, ובחלקה 50 נבנה בית מגורים חדש. כיום לא מתבצעת עוד פעילות חקלאית בחלקה 62.

נוכח כל אלה, שבו המערערים ופנו ביום 24.5.01 לבית-משפט השלום בנצרת, בתביעה לביטולה של זיקת ההנאה. תביעה זו הועברה לדיון בפני בית-משפט המחוזי בנצרת, לו מסורה הסמכות העניינית לדון בתביעות כגון דא. ביום 29.9.02 הסכימו הצדדים על התשתית העובדתית על יסודה תוכרע התובענה, ולפיה הלול אינו פעיל כיום ובחלקה 62 אין כיום עיבודים חקלאיים. עוד ראוי לציין, כי במהלך הדיון בבית-המשפט המחוזי, הודתה משיבה 2 כי חלקה 50 משמשת למגורים. תמציתה של טענת המערערים הייתה כי ההצדקה לביטולה של זיקת ההנאה, נובעת הן משינוי במצב המקרקעין הזכאים - שהרי החלקה הפסיקה לשמש את המשיבים לצרכים חקלאיים - והן מאחר שחל שינוי בנסיבות השימוש בזיקת ההנאה, שכן אין עוד צורך במעבר משאיות במקום לשם פעילות הלול.

המשיבים, מצדם, טענו לדחייתה של התביעה על הסף, נוכח קיומו של מעשה בית-דין לעניין ההכרה בזיקת ההנאה. לגופו של עניין הוסיפו, כי לא חל שינוי במצב המקרקעין, הזכאים או הכפופים, המצדיק את ביטולה של הזיקה. לטענתם, קיומה של הזיקה אינו מותנה בשימוש מסוים בקרקע, והם אף הדגישו כי שינויים קלים באופיו של המשק החקלאי אינם משנים מייעודה המקורי של הנחלה.

4. בית-המשפט המחוזי דחה את הטענה בדבר קיומו של מעשה בית-דין, על יסוד הוראתו של סעיף 96 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, המקנה לבית-המשפט סמכות מפורשת לביטולה של זיקה קיימת. לגופם של דברים, נקבע כי הפסקת השימוש במקרקעין לצורכי מעבר משאיות ללול העופות ולגידולים חקלאיים, אינה מהווה שינוי בנסיבות השימוש המצדיק את ביטולה של זיקת ההנאה. זאת, כיוון שפסק-הדין שהכיר בזיקת ההנאה לא הגביל אותה אך לצרכים אלו בלבד, אלא לצרכי גישה ומעבר בכלל.

במסגרת בחינת השינויים שחלו במקרקעין, מצא בית-המשפט המחוזי כי אלה הם שינויים זמניים בלבד. למסקנה זו הגיע נוכח העובדות עליהן הסכימו הצדדים, לאמור, שכיום אין לול פעיל ואין גידולים חקלאיים בחלקה 62. עוד הפנה בית המשפט לכך שהבית הנוסף שהוקם על חלקה 50, נבנה מכוח הסכם חכירה בין המשיבים לבעלת הזכויות בקרקע - האגודה השיתופית אגרא יקנעם, ולא מכוח שינוי יעוד שמקורו בתכנית בנין עיר אשר אושרה וקיבלה תוקף, ואשר מטבעו הנו קבוע ומתמשך. מסקנת בית המשפט היתה אפוא כי לא הובאה בפניו ראיה לכך "שלא ניתן גם היום

לעשות בחלק זה או אחר של החלקה 50 לצרכים חקלאיים אלה או אחרים, לרבות גידול עופות" (ראו עמ' 9 לפסק הדין). המסקנה הנוספת של בית המשפט היתה כי מאחר ומדובר בשינוי זמני, אין בו כדי להצדיק את ביטולה של זיקת ההנאה.

המערערים, אשר מיאנו להשלים עם תוצאה זו, הביאו את השגותיהם בפנינו.

טענות הצדדים

5. המערערים טוענים כי שינוי נסיבות השימוש ושינוי במצב המקרקעין הזכאים והכפופים, מצדיקים את ביטולה של זיקת ההנאה. עם השינויים שחלו לאחר מתן פסק-דינו של בית-משפט השלום, מונים הם את שינוי אופיו של השימוש בשטח המחלוקת, ממעבר לצרכים חקלאיים למעבר לצרכי מגורים, וקיומן של דרכי גישה חלופיות. לטענת המערערים, זיקת ההנאה נומקה בקיומו של משק חקלאי בחלקה 50, ונוכח המסקנה כי אי הכרה בה תכביד, יתר על המידה, על המעבר למשק זה. משלא קיים עוד משק חקלאי, אין עוד צורך בקיומה של זיקת ההנאה. המערערים מטעימים כי שינוי נסיבות זה הינו קבוע, ואינו זמני בלבד כפי שקבעה הערכאה קמא. זאת, מאחר שהוקם במקום מבנה שאינו ארעי, ומאחר וייעודה התכנוני של חלקה 50, המוגדרת כ"שטח מגורים ד'" בתוכנית בניין עיר, מלמד גם הוא כי לא ניתן יהיה לעשות בה בעתיד שימוש חקלאי כלשהו.

המערערים טוענים עוד, כי בית-משפט השלום הכיר בקיומה של זיקת הנאה מכוח שנים לטובת חלקה 50, ולא לטובתה של הנחלה כולה. על כן, טענות המשיבים באשר לגידולים חקלאיים בתחומי הנחלה, כלל אינן רלוונטיות לענייננו. עוד נטען, כי הואיל והכרת בית-המשפט בזיקת ההנאה הינה הצהרתית בלבד, ואין לה משמעות מכוננת, הרי שהזיקה קיימת מעת שנוצרה בפועל ולא מיום שהוכרה, והמועד הרלוונטי לבחינתו של שינוי נסיבות הינו אפוא מועד יצירת הזכות ולא מועד מתן פסק-הדין. בין השינויים שחלו לאחר מועד יצירת הזכות ולפני מתן פסק-הדין, מנו המערערים את השינויים הנובעים ממימוש רצון המערערים לבנות ולאכלס בית מגורים נוסף במקרקעין הכפופים (חלקה 49), וקיומן של דרכי גישה חלופיות לחלקה 50, שלטענתם, הן כה רחבות עד כי מתאפשר בהן מעבר של כלי רכב כבדים. מכאן, שאין למשיבים כל צורך או כורח במעבר בשטח המחלוקת, ומנגד שימושם בו יוצר מטרד למערערים, הזקוקים בהכרח לשטח זה לשם כניסה לביתם. המערערים סבורים, בניגוד לקביעתו של בית-משפט קמא, כי יש להתחשב בשינויים אלה, חרף העובדה שחלקם התרחשו עובר למתן פסק-הדין שהכיר בזיקה, ולצורך כך הם מפנים לפסק-הדין בע"א

700/88 אסטרחאן נ' בר חורין, פ"ד מה(3) 720, בו היו השופטים תמימי דעים באשר לשיקולים מעין אלה לשם הצדקת ביטולה של זיקת ההנאה. נוכח כל אלה, סבורים המערערים כי זיקת ההנאה אינה הכרחית עוד, ועל כן היה על בית-המשפט המחוזי לבטלה.

6. המשיבים, מצדם, שבים וטוענים לקיומו של מעשה בית-דין לעניין ההכרה בזיקת ההנאה. נוסף לכך, חוזרים הם על טענתם כי לא חל כל שינוי במקרקעין הכפופים או הזכאים, ואף אם חל שינוי כלשהו, אין בו כדי לבטל את זיקת ההנאה. המשיבים מייחסים לפסק-הדין משמעות המכוננת את זיקת ההנאה, שכן לטענתם, במועד זה, זכות החזקה שהייתה קנויה להם בקרקע, צומצמה לכדי זיקת הנאה בלבד. על כן, סבורים הם כי יש לבחון את השינויים שחלו במקרקעין החל ממועד פסק-דינו של בית-משפט השלום בלבד. נוסף על כך, מדגישים הם את היותה של חלקה 50 חלק מנחלה חקלאית שייעודה לא השתנה, ואף מציינים כי כיום נטועים בה עצי זית לשם הפקת שמן. עוד טוענים הם, כי זיקת ההנאה לא הותנתה בסוג שימוש כלשהו, וכי אופן שימושם בקרקע משתנה מעת לעת בהתאם לגורמים שונים, וביניהם מצב בריאותם וצרכי השוק בתוצרת חקלאית מסוג כזה או אחר.

לבסוף, טוענים המשיבים כי זיקת הנאה הינה זכות קניינית, החוסה בצלו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, יש לפרש את הוראת סעיף 96, המאפשרת את ביטולה של זיקת הנאה בצמצום, והדבר נכון שבעתיים נוכח כך שביטול זה יסב להם נזק רב שמקורו בכך שלא עומדות לרשותם דרכי מעבר חלופיות, הם יאלצו לשנות את מיקומם של מבנים שנבנו בחלקתם שעה שהסתמכו על קיומה של הזיקה, וספק אם היתרי הבניה שניתנו להם יחודשו.

דיון

7. אקדים ואזכיר, כי לא בנקל תתערב ערכאת ערעור בקביעות עובדתיות של ערכאה קמא, וזאת ייעשה אך בנסיבות מיוחדות. ברם, במקרה דנן השתיתה הערכאה הדיונית את קביעותיה על תצהירים שהונחו בפניה, ולפיכך לא נדרשה לצורך פסיקתה להערכה של מהימנות עדים, ובמובן זה לא היה לה יתרון על פני ערכאת הערעור. זו גם זו בוחנות את המסמכים המונחים בפניהן, ועל כן מקום שהדבר יתחייב לא תהיה מניעה להתערבותנו גם בתחום זה (השוו ע"א 444/94 אורות ייצוג אמנים והפקות נ' גלי עטרי, פ"ד נא(5) 241; ע"א 377/82 התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' צור גת חברה לפיתוח ולגידור בע"מ, פ"ד מב(2) 725, 732).

זיקת הנאה מהי

8. הוראות חוק המקרקעין העוסקות בזיקת הנאה קובעות כדלקמן:

5. זיקת הנאה היא שעבוד מקרקעין להנאה שאין עימה זכות להחזיק.

94. זיקת הנאה (א) מי שהשתמש בזכות הראויה להיות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה והוא זכאי לדרוש רישומה.

(ב) הודעה בכתב של בעל המקרקעין למי שמשתמש בזכות כאמור, לרבות הודעה לציבור, שהוא מתנגד לשימוש בזכות, מפסיקה את התקופה האמורה בסעיף קטן (א).

96. תקופת הזיקה ותנאיה זיקת הנאה היא לתקופה בלתי מוגבלת, זולת אם נקבעה לה תקופה בתנאי הזיקה; אולם בית המשפט רשאי, על פי בקשת צד מעוניין או היועץ המשפטי לממשלה, לבטל את הזיקה או לשנות תנאיה, אם ראה לעשות כן בגלל אי הפעלת הזיקה או בגלל שינוי בנסיבות השימוש בה או במצב המקרקעין הזכאים או הכפופים; ורשאי בית המשפט לפסוק פיצוי למי שנגרם לו נזק על ידי הביטול או השינוי.

זיקת הנאה היא זכות קניינית, השרירה וקיימת כלפי כל מי שרוכש זכויות במקרקעין הכפופים לה. זכות זו מתבססת על קיומם של שני יסודות, והם שעבוד מקרקעין להנאה ושליטת זכות החזקה. זכות זו משרתת את המקרקעין הזכאים, ולמעשה מהווה הרחבה של זכות הבעלות במקרקעין הזכאים. בה בעת, שליטת זכות החזקה מן המקרקעין הכפופים גורעת מזכות הבעלות בהם. עם זאת, בעליה של זיקת ההנאה עשוי להיות גם בעל הזכות להחזיק במקרקעין הכפופים, ובלבד שזכות החזקה אינה נובעת מזיקת ההנאה (ראו א' רייכמן "הערות להגדרת זיקת הנאה" עיוני משפט א (תשל"א) 345, 349).

9. חוק המקרקעין מכיר בקיומה של זיקת הנאה מכוח שנים. שימוש ממושך בן 30 שנה לפחות, שעושה אדם במקרקעי הזולת שלא מכוח הסכם, עשוי להקים זיקת הנאה לטובתו או לטובת המקרקעין שבבעלותו. הדבר תלוי בנסיבות השימוש במקרקעין הכפופים. כאשר השימוש בהם משרת את המשתמש באופן אישי, בלא קשר לזכויותיו במקרקעין, הזיקה נרכשת לטובתו הוא. אולם, אם אין כל חשיבות לזהותם של בעלי המקרקעין, והשימוש נועד לטובתם של המקרקעין הזכאים, אזי נרכשת הזיקה לטובת מקרקעין אלו (ראו י' וייסמן דיני קניין-החזקה ושימוש 521). הרציונאל העומד

בבסיסה של זיקת הנאה מעין זו הוא כפול: ראשית, פגיעה לכאורית בזכותו של בעל המקרקעין הכפופים הנמשכת שלשים שנים ברציפות, מבלי שהלה הביע התנגדות, משמעה כי השלים עמה ואף וויתר על הפסקתה. שנית, פרק זמן ממושך של כשלושים שנה משול לחיי נצח בחיים המודרניים המתאפיינים בתזזיתיות רבה, ולפיכך, שימוש רב שנים במקרקעין הכפופים מעצב את ציפיית הצדדים להמשך קיומה של זיקת ההנאה. הצדדים הפנימו כי מצב המקרקעין הנוכחי, ובכללו זיקת ההנאה, יוותר על כנו גם בעתיד, אף אם ימכרו את המקרקעין שבבעלותם לידי אחר (השוו 'א' רייכמן "השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים - שעבודי נזיקין מכוח שנים" עיוני משפט ד 369, 368 (התשל"ה); ובמשפט האמריקני, *Restatement of Property (Servitudes)*, 3rd, § 1.5, 2.12).

10. מלשון הוראתו של סעיף 94 לחוק עולה, לכאורה, כי קיומה של זיקת הנאה מכוח שנים אינו כרוך או תלוי בשיקול דעתו של בית-משפט. היינו, משחלפו שלושים שנה, בהן נעשה שימוש בזכות הראויה להיות זיקת הנאה, נוצרה זכות זו, ובית-המשפט אינו יכול שלא להכיר בקיומה. ברם, בפרשת אסטרסאן קבעה דעת הרוב (השופטים ד' לוין וי' מלץ), כי לבית-המשפט מסור שיקול דעת בקביעתה של הזכות הראויה להיכלל בסעיף 94 לחוק, והותירו ללא הכרעה את השאלה אם ניתן לרכוש זיקת הנאה מכוח שנים, כאשר נסיבות העניין אינן מעידות על נחיצותה (לביקורת על עמדת שופטי הרוב ראו ג' טרסקי "זיקת הנאה מכוח שנים" הפרקליט מ(2) התשנ"ג 512, 516; מ' דויטש קניין (חלק ב', התשס"ה) 481). לעומתם, קבע השופט מ' בן יאיר, כי קיומן של חלופות לשימוש הנעשה בזיקת ההנאה, אינו יכול להשליך על עצם יצירתה. עם זאת, כל השופטים בפרשה זו היו תמימי דעים כי קיומן של חלופות למעבר בשטח בו הוקנתה זיקת הנאה, הוא טעם התומך בביטולה של הזכות.

ביטולה של זיקת הנאה

11. לאחר שהקדמנו ודנו במהותה של זיקת ההנאה ובתנאים הנדרשים להכרה בה, נפנה עתה לדון בשאלה המרכזית בערעור דנן, והיא, אם חל שינוי במקרקעין הכפופים והזכאים או בנסיבות השימוש בזיקת ההנאה, העולים כדי ביטולה של הזכות.

אף שהדין ממצט להתערב ביצירתן או בביטולן של זכויות קנייניות, היכולת לשנות את תוכנה של זיקת ההנאה או אף לבטלה כליל, הינה חיונית נוכח העובדה שזו עשויה להימשך לצמיתות או לתקופה ארוכה, אף אם הנסיבות שהביאו להכרה בה אינן תקפות עוד. דבר זה עלול גם להכביד או לשתק את הפעילות הכלכלית במקרקעין

הכפופים, ואפילו להפריע לתהליכי עיור, מקום שהם נחוצים (ל' דוכן-לנדוי "חוק המקרקעין ממבט ראשון" הפרקליט כו (תש"ל) 101, 127; רייכמן, בעמ' 348). באפשרות ביטולה של הזכות על ידי בית-המשפט, תומכת גם תפיסתה של זיקת ההנאה כזכות בעלת אופי משני וארעי, וכתלויה באדם או במקרקעין המסוימים שלטובתם היא הוענקה. זאת ועוד, לולא הייתה מסורה סמכות זו לבית-המשפט, היה על הצדדים לחזות מראש, בעת יצירת הזכות, את מגוון התרחישים האפשריים שיביאו לביטולה ואת סיכויי היתכנותם, דבר שהיה מכביד מאד על הצדדים ואף מייקר באופן משמעותי ובלתי רצוי את העלויות הכרוכות בהיווצרות הזיקה (זוהי גישת המשפט האמריקני, ראו *Restatement of the Law, 3d, Property, Official Comments and Illustrations*, §7.10).

12. ההיגיון מחייב כי זיקת ההנאה תופקע מקום שהיא אינה משרתת עוד את המטרות לשמן היא הוענקה, וכאשר שוב לא צומחת ממנה תועלת למקרקעין הזכאים (השוו במשפט האמריקני: *McCreery v. Chesapeake Corp.*, 257 S.E.2d 828 (Va.1979); *AKG Real Estate, LLC v. Kosterman*, 2004 WI App 232 (Wis. Ct. ; (App. 2004). בכל אלה עוסקת הוראתו של סעיף 96 לחוק המקרקעין, הקובע כי לבית-המשפט מסורה סמכות לשנות את זיקת ההנאה או להפקיעה על יסוד אחד משלושת אלה: אי-הפעלת הזיקה, שינוי שחל בנסיבות השימוש בה, ושינוי שחל במצב המקרקעין הכפופים או הזכאים.

המועד הרלוונטי לבחינתו של שינוי הנסיבות הוא, לגישתי, יום היווצרותה של זיקת ההנאה, ולא היום בו הכיר בית-המשפט בקיומה. הטעם לכך הוא שקביעת בית-המשפט בדבר קיומה של הזיקה הינה הצהרתית בלבד, ואין היא מכוונת אותה. זאת אנו למדים, בין היתר, מלשון הוראת סעיף 94 לחוק, המדברת בלשון עבר אודות רכישה של הזיקה (השוו דויטש הנ"ל, בעמ' 502; *AKG Real Estate, LLC v. Kosterman*, 2004 WI App 232 (Wis. Ct. ; (App. 2004). (277 Wis. 2d 509, 526-529).

13. שינוי מצב המקרקעין, הכפופים והזכאים, המצדיק את ביטולה של זיקת ההנאה, צופן בחובו שינוי של נתון אובייקטיבי במקרקעין, כמו שינוי בתכנון, וכן שינוי סובייקטיבי שמקורו בבעל המקרקעין, לדוגמה, רצונו לבנות מבנים חדשים על הקרקע שבבעלותו (פרשת אסטרחאן הנ"ל, בעמ' 742). עם זאת, גם לאחר שהוכרעה השאלה אם חל שינוי במצב המקרקעין, יש להוסיף ולבחון אם התקיימו גורמים עובר לביטולה של הזיקה, הואיל ועניין לנו עם זכות שהוקנתה למקרקעין הזכאים זה מכבר. בין היתר, יש ליתן את הדעת לשאלה אם השעבוד המוטל על המקרקעין הכפופים מכוח

זיקת ההנאה מסכל את פיתוחם, פוגע בכדאיותם או מקשה עליהם. כמו כן, מצווה בית המשפט לשאול אם ביטולה של זיקת ההנאה יגרום להפסד תועלת העולה על הרווח הצפוי מפיתוח המקרקעין הכפופים (ראו דברי השופט מ' בן-יאיר בפרשת אסטרסאן הנ"ל, בעמ' 742). לבסוף, יש לבחון אם ביטולה של זיקת ההנאה יגרום נזק למשיבים, בגינו יש לפסוק להם פיצויים.

מן הכלל אל הפרט

14. עיון בפסק-דינו של בית-משפט השלום מעלה, כי השימוש שביצעו המשיבים בקרקע שבמחלוקת - מעבר לשם ניהול משקם החקלאי - היווה שיקול מרכזי, אם לא יחיד, בהכרה בזיקת ההנאה. מאז חלו שינויים מהותיים במקרקעין: לול העופות שוב אינו קיים, בחלקה 50 לא מתקיים שימוש חקלאי כלשהו, ולא עלה בידי המשיבים ליתן תשובה חד משמעית באשר לשימוש חקלאי עתידי באותה חלקה. יתרה מכך, טענותיהם התמקדו בשימוש החקלאי הצפוי בנחלה, ברם זה אינו רלוונטי כלל, הואיל וזיקת ההנאה הוכרה לטובת חלקה 50 בלבד, ולא לטובת הנחלה כולה. נתון נוסף החשוב לענייננו הוא שאותם שינויים בחלקה 50 אינם ארעיים באופיים אלא קבועים, והראיה הטובה ביותר לכך היא הקמתו של בית מגורים נוסף על אותה חלקה. אולם, במסקנה בדבר קיומם של אותם שינויים לא די, ויש להוסיף ולבחון מה התועלת הצפויה מהותרת זיקת ההנאה על כנה, מחד, או מביטולה, מאידך.

15. מכוח זכותם הקניינית של המערערים במקרקעין שבבעלותם, חלקה 49, רשאים הם לפתחם, לדוגמה, על ידי הוספת בניה למגורים ככל שהתכננו במקום מתיר זאת. זאת ועוד, המשך קיומה של זיקת ההנאה שהוכרה לטובת חלקה 50, מקשה על מהלך החיים התקין בחלקה 49, שכן מעבר אנשים וכלי רכב בשטח המחלוקת, מהווה מטרד הפוגע בחיי היום-יום של המערערים. מאידך, ביטולה של זיקת ההנאה לא יסב למשיבים כל נזק, הואיל, וכאמור, עומדות לרשותם דרכים חלופיות, ועל כן הם אינם זקוקים למעבר בשטח המחלוקת. העולה מכך הוא, שהתועלת בביטולה של זיקת ההנאה והרווח שעשוי לצמוח מפיתוח המקרקעין הכפופים, עולה לאין שיעור על הרווח שעשויים המשיבים להפיק, אם בכלל, מהמשך קיומה של אותה זיקה, ועובדה זו מכריעה, להשקפתי, את הכף לטובת המערערים.

15. אשר על כן, הצעתי לחברי היא כי נקבל את הערעור, נבטל את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ונקבע כי זיקת ההנאה בשטח המחלוקת, בטלה. בנסיבות העניין,

בהן ביטולה של זיקת ההנאה אינו צפוי לגרום נזק למשיבים, איני רואה מקום לחייב את המערערים בפיצויים מכוח סעיף 96 לחוק.

המשיבים ישאו בהוצאות המערערים ובשכר טרחת בא כוחם, בסכום כולל של 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לפסק דינו של חברי השופט לוי.

ב. אוסיף מלים אחדות באשר לגישתו של המשפט העברי בכגון דא: חוק המקרקעין מגדיר זיקת הנאה "שעבוד מקרקעין להנאה שאין עמו זכות להחזיק בהם" (סעיף 5). סעיף 94 לחוק, אליו התייחס חברי השופט לוי, קובע "מי שהשתמש בזכות הראויה להוות זיקת הנאה במשך תקופה של שלושים שנים רצופות רכש את הזיקה". המשפט העברי מכיר בזיקת הנאה כזכות קניינית, ועוסק רבות בשאלת רכישתה בדרך של חזקה. "יש חזקה לגוף שאינה לגוף הקרקע אלא להשתמש בדרך שהחזיק להשתמש" (טור, חושן משפט, קנג, בהסתמך על המשנה, בבא בתרא, ה). גדולי הפוסקים נחלקו בשאלה האם חזקה זו, המכונה "חזקת תשמישים", כפופה לכללי החזקה הרגילים, ובעיקר לכלל "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה" (משנה, בבא בתרא, ג, ג), דהיינו, האם אדם הטוען לחזקת הנאה בנכס של זולתו צריך לטעון כי קנה זכות זו או קיבלה במתנה, או שמא - כבמשפט הישראלי - עצם השימוש קונה את הזכות. שיטה הלכתית אחת גורסת כי קניית זכות שימוש דינה כדין קניית כל זכות אחרת בקרקע, וחל עליה הכלל "כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה" (ספד הישר לרבינו תם (צרפת, המאה הי"ב) (חלק התשובות)), צה; רא"ש (רבינו אשר, אשכנז-ספרד המאות הי"ג-)

הי"ד), בבא בתרא, א, יא). שיטה שניה סוברת, כי חזקת הנאה נקנית בשל מחילת בעלי הנכס, קרי, ויתורם כלפי הנהנה, ומסיבה זו אין צורך לטעון עמה טענת בעלות:

"והוי יודע שחזקת החלונות (פתיחת חלון לחצר חבירו - א"ר) והזיזין וכל שכיוצא בהן, מדבר שאינו אלא נזק ואינו גזל גוף קרקע... אינה חזקת שלוש שנים, אלא מכי מבריר הזיקה ושתק מחל (אלא מאז שהתברר הנזק ושתק [בעל הנכס], מחל - א"ר)" (חידושי הרמב"ן (ר' משה בן-נחמן, ספרד - ארץ ישראל, המאה הי"ג), בבא בתרא, נט ע"א, דיבור והוי יודע, בשם הגאונים. ראו גם ברמב"ם, הלכות שכנים, יא, ד, ובמגיד משנה שם. סיכום השיטות מופיע גם בשו"ת הריב"ש (ר' יצחק בר ששת, צפון אפריקה, המאה הי"ד), סימן תע"א, ובביאור הגר"א (הגאון ר' אליהו מוילנא, המאה הי"ח) חושן משפט, קנג, י).

בדומה למשפט הישראלי המאפשר רכישת זיקת הנאה מכוח שימוש ארוך שנים בנכס, גורסת השיטה השניה כי יש לפרש את שתיקת בעל הנכס כמחילה, המעניקה למשתמש זכות קניינית. שיטה זו הובאה להלכה בשולחן ערוך (חושן משפט, קנג ב), השיטה הראשונה הובאה בהגהות הרמ"א שם בשם "יש אומרים". ראו בהקשרים אחרים לעניין שעבודי השימוש והזכות הקניינית, א' גולאק, יסודי המשפט העברי, מה' תשכ"ז, א', 115.

ג. ברם גדולי הפוסקים סברו שאין לסווג את זכות המעבר במקרקעי הזולת כ"חזקת תשמיש". בשו"ת הרשב"א (ר' שלמה בן אדרת, ספרד, המאות הי"ג-הי"ד) אנו מוצאים:

ולענין מה ששאלת: יציאה וביאה אם צריך חזקה שלש שנים, אם לאו? גם זה דבר ברור: שצריך חזקת שלש. שהרי יש בזה חיסור קרקע (פגיעה בקרקע - א"ר). שהרי משתמש בחצרו ממש, ונכנס ויוצא בו. ואם בא זה לבנות חצרו ולסתור בפניו, הרי זה מוחה בידו, כדי שלא יאבד דרך ביתו (שו"ת הרשב"א ב, קעז; הובאה בבית יוסף, חושן משפט, סוף סימן קנג, ובדרכי משה הארוך, שם, אות כו. לגבי נוסח התשובה ראו שו"ת מהרשד"ם (ר' שמואל בן משה די מדינה, סלוניקי, המאה הט"ז), חושן משפט, רלח).

אופיה הקנייני של זכות המעבר (בניגוד לעצם הזכות לעבור דרך מקרקעי הזולת שאינה קניינית, לגביה ראה הרב י"צ אושינסקי, ארחות משפט (ירושלים, תשס"ד) ריב), מחייב את סיווגה כקניין בקרקע המזיק טענה וחזקת שלוש שנים (וכך נפסק גם בשו"ת

מהרשד"ם, חושן משפט, רפד). לעניין מעבר בהסכמה ותנאיו ראו גם רמב"ם הלכות שכנים ו, יד; וכן שולחן ערוך חושן משפט קס"ט. לעניין דרך במשפט העברי ראו גם רע"א 8670/04 עמור נ' הררי (לא פורסם).

ד. כשלעצמי מסופקני איפוא אם על פי המשפט העברי היתה נקנית הזכות בה מדובר. הטעם הוא, כאמור ההגבלה הנוצרת, במבט לעתיד, על שימוש של הבעלים עצמו בקרקע. ואולם משלא חייב המשפט הישראלי בסעיף 94 לחוק המקרקעין טענת בעלות, על הפסיקה לעצב את התרופה לחשש שמביע הרשב"א, וזאת בדרך שנקט חברי, קרי, חיוניות יכולתו של בית המשפט לבטל את הזיקה במקומות המתאימים בפרשנות סעיף 96 לחוק. כך נעשה בענייננו בפסק דין זה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, י"ז בתמוז התשס"ו (13.7.2006).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט