

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7139/99

בפני : כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' דורנר (בדימ')
כבוד השופט א' ריבלין

המערער : יובל אלוני

נ ג ד

המשיבים : 1. אליעזר ארד
2. תמר ארד
3. מאיר ארד
4. חדוה ארד
5. בית זית מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ
6. הסוכנות היהודית לארץ ישראל
7. מינהל מקרקעי ישראל
8. לשכת ההוצאה לפועל

ערעור על פסק-דין בית-המשפט המחוזי בירושלים מיום
6.9.99 בת"א 1420/98, שניתן על-ידי כבוד השופט א' צ'
בן זמרה

תאריך הישיבה : כ"ג בתשרי תשס"ג (29.9.02)

בשם המערער : עו"ד גלעד בכר

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד נרדה בן-צבי

בשם המשיבים 3-4 : עו"ד זיוה רבני

פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

העובדות, ההליכים והטענות

1. חדרה (להלן: האם) ומאיר (להלן: האב) ארד (להלן: יחד: ההורים), מתגוררים בנחלה, הידועה כמשק 107 במושב בית-זית, הרשום כאגודה שיתופית (להלן: האגודה או המושב), מזה למעלה מארבעים שנה.

אדמות המושב הן בבעלות המדינה ומנוהלות על-ידי מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל). זכויות ההורים בנחלה מעוגנות בהסכם, שנכרת בין המינהל, הסוכנות היהודית לארץ-ישראל (להלן: הסוכנות) – ששכרה את המקרקעין – והאגודה, לה העניקה הסוכנות רשות שימוש. בהסכם הוסמכה האגודה להעניק לחבריה זכויות של בר-רשות בנחלה שהוקצתה להם (להלן: ההסכם המשולש). סעיף 20 להסכם המשולש, שבו כונו ההורים "המתיישב", מתנה הקמת מבנה בנחלה והעברת זכות שימוש בנחלה או במבנים שנבנו עליה על-ידי המתיישב, בהסכמת המינהל, הסוכנות והאגודה (להלן: הגורמים המיישבים). וכך נקבע בו:

20.

...

ב. אסור למתיישב לבנות במשבצת מבנה כלשהו ... ללא קבלת הסכמת [המינהל], [הסוכנות] ו[המושב] מראש ובכתב.

...

ד. אסור למתיישב להעביר ו/או למסור לאחר את זכויות השימוש שלו במשקו, לרבות בבית המגורים, אלא אם קיבל לכך הסכמת [המינהל] בכתב ומראש, ובתנאי נוסף שהמציא גם את הסכמת [הסוכנות] שתיתן, אם תינתן, לאחר ש[המושב] [יודיע בכתב ל[סוכנות] את עמדתו]. העברה ו/או מסירת זכות השימוש כאמור דינה כדין העברת זכות חכירה לענין חובת תשלום דמי הסכמה ל[מינהל].

2. בשנת 1986 הוסכם בין ההורים לבנם, אליעזר ארד, הוא המשיב 1 (להלן: הבן), כי הוא ואשתו, המשיבה 2 (ולהלן ביחד: המשיבים) יקימו את ביתם בנחלת ההורים ובסמוך לבית ההורים. בעקבות בקשה, שהגישו ההורים לאגודה, להקים בנחלתם יחידת מגורים שנייה עבור הבן ואשתו, נכרת בתאריך 30.11.1989 הסכם בין ההורים ("המתיישב") לבין המינהל, הסוכנות והאגודה (להלן: הסכם הרשיון), בגדרו ניתנה להורים הרשות להקים יחידת מגורים נוספת ולמסור אותה לשימוש בני-משפחתם בלבד. בהסכם הרשיון אף נקבע, כי יחידת המגורים הנוספת תהיה חלק בלתי נפרד מנחלתו של המתיישב, וכי המתיישב לא יוכל להעביר את זכותו, אלא אם יעביר את כל יחידות המגורים כיחידה אחת, ביחד עם הנחלה והמגרש.

על יסוד הסכם הרשיון, הרשו ההורים למשיבים להקים את ביתם בנחלה ואכן, הבית הוקם מכספי המשיבים, והם מתגוררים בו יחד עם שלושת ילדיהם מאז הקמתו בשנת 1991 (להלן: בית המגורים).

3. בתאריך 30.7.94, לבקשת ההורים, ניתנה על-ידי המינהל – בהסכמת האגודה והסוכנות – התחייבות לרישום משכנתא על זכויות ההורים בנחלה לטובת בנק לאומי לישראל. בשנת 1996 נקלע עסקם של האב והבן – חברת אל-אר סוכנות להפצת רכב, מוסך וחלקי חילוף בע"מ – לקשיים. על רקע קשיים אלו והחשש, כי נכסיו של האב יעוקלו על-ידי נושיו, ביקשו ההורים לעגן את זכויות המשיבים בהסכם בכתב. בתאריך 14.7.1996, נחתם בין ההורים למשיבים הסכם (להלן: הסכם המתנה), על-פיו העבירו ההורים ללא תמורה למשיבים את בית-המגורים וחלקה נוספת בשטח של דונם (להלן: השטח הנוסף). בסעיף 3(ב) להסכם התחייבו ההורים, בכפיפות לשעבוד לבנק לאומי "לפעול להעביר את הזכויות [בבית-המגורים ובשטח הנוסף] על שם [המשיבים] כפי שה[ן] רשומ[ות] במינהל מקרקעי ישראל; במושב; בועד האגודה השיתופית בית-זית; בסוכנות היהודית; ובכל גוף ומוסד בהם רשומות הזכויות [בבית-המגורים ובשטח הנוסף] או שנחוצים הסכמתו או אישורו של גוף כאמור, להעברת הזכויות". בהמשך נכתב כי ההורים, מצדם, "מעבירים את זכויותיהם למשיבים במעמד החתימה על הסכם זה".

ההורים לא ביקשו את הסכמת הגורמים המיישבים, ולנוכח המדיניות שהייתה נהוגה עד לחודש פברואר 1999, שלא אפשרה פיצול נחלה, הסכמה זו גם לא יכולה הייתה להינתן. לעומת זאת, בתאריך 6.4.97 פנו ההורים לאגודה וביקשו להכיר בבן כבן-ממשך בנחלה, ובתשובה לכך הודיעה להם האגודה, כי מכתב הפנייה אינו עומד בהוראות תקנות האגודות השיתופיות (חברות), תשל"ג-1973.

4. בתאריך 29.9.97, בגדר הליכים למימוש שטרות, שמשך האב לזכות המערער, הטיל הלה עיקול בלשכת ההוצאה-לפועל על זכויות האב בנחלה. בתאריך 5.2.98 גיבשו האב והמערער הסדר פשרה, לפיו קיבלה על עצמה האם את חיובי האב, וההורים אף התחייבו לפנות את הנחלה כדי לאפשר את מכירתה, אם לא יעמוד האב בהתחייבויותיו על-פי ההסכם. לעומת זאת, דרישת המערער, כי בדומה לאם, גם המשיבים יהיו צד להסדר, לא התקבלה. ההורים לא סיפרו למערער על הסכם המתנה. כאמור, הסדר הפשרה שגובש נעשה בין המערער להורים, ולבקשתם, קיבל ההסדר בתאריך 8.2.98 תוקף של פסק-דין, בגדרו אושר העיקול.

5. ההורים לא עמדו בהתחייבויותיהם, ומשביקש המערער לממש את העיקול, הגישו המשיבים תובענה לבית-המשפט המחוזי בירושלים למתן פסק-דין המצהיר, כי הינם בעלי זכות בר-רשות או חכירה או זכויות של בנים ממשיכים בבית-המגורים ובשטח הנוסף. בגדר התובענה ניתן צו מניעה, האוסר על מימוש העיקול.

בכתב הגנתו טען המערער, כי באין הסכמת הגורמים המיישבים, הסכם המתנה בטל; כי הבן אף לא הוכר כבן-ממשיך; כי למעשה הסכם המתנה הינו הסכם למראית-עין; אשר נועד להבריח את נכסי ההורים מפני הנושים; וכי על-כל-פנים, הסכם המתנה תקף ביחסים שבין ההורים למשיבים בלבד.

הגורמים המיישבים, מצדם, הודיעו כי אין להם עניין בסכסוך בין הצדדים וכי הם יכבדו כל החלטה של בית-המשפט, ובלבד שכל העברה בנחלה תבוצע על-פי התנאים הקבועים בהסכם המשולש.

6. בית-המשפט המחוזי (השופט אליהו צ' בן-זמרה) קבע, כי מטרת ההתחייבות להעברת הזכויות בשטח הנוסף הייתה הברחת נכסים. לעומת זאת מצא בית-המשפט המחוזי, כי ההתחייבות להעברת בית-המגורים והשטח הסמוך לו שיקפה את כוונת הצדדים לעגן בהסכם כתוב את אשר הוסכם עוד בשנת 1986, ואשר על-יסודו נעשה הסכם הרשיון והמשיבים הקימו את בית-המגורים. עם זאת, סבר בית-המשפט המחוזי, כי הסכם המתנה, שהיה מותנה בקבלת הסכמת הגורמים המיישבים, היה חוזה על-תנאי, ומשלא התמלא התנאי בזמן סביר – ההסכם בטל. עוד סבר בית-המשפט המחוזי, כי גם לטענת הבן, כי זכאי הוא לזכויות "בן ממשיך", לא נמצאה תשתית ראייתית. לעומת זאת, מצא בית-המשפט המחוזי, על-יסוד ראיות שהיו מהימנות עליו, כי זכות המגורים שניתנה למשיבים על-ידי ההורים בהסכמת הגורמים המיישבים, היא בלתי-הדירה, וכי המערער – ששימש בשעתו יושב-ראש המועצה האזורית ואף היה מיוודד עם האב – ידע, שעה שהטיל את העיקול על הנחלה, כי למשיבים זכות מגורים. מסקנתו של בית-המשפט המחוזי הייתה, אם כן, כי הרשות שניתנה למשיבים להתגורר בבית-המגורים ובשטח שלידו אינה הדירה, וניתן איפוא פסק-דין, המצהיר כי למשיבים "זכות אישית למגורים, להם ולצאצאיהם [בית-המגורים]".

על פסק-דין זה הוגש הערעור שבפנינו.

6. עיקר טענות המערער הוא, כי לקביעתו של בית-המשפט המחוזי, ולפיה ניתן למשיבים רשיון בלתי-הדיר לשימוש בבית-המגורים, אין תשתית ראייתית. הסכם הרשיון, כפי שקבע בית-המשפט המחוזי, היה חוזה על-תנאי מתלה וממילא, משלא קיים התנאי בתוך זמן סביר, התבטל החוזה. ואילו רשות המגורים במבנה, שהתקבלה מכוח הסכם המתנה, ניתנה ללא תמורה, ואף נקבע בהסכם המתנה במפורש, כי בית-המגורים מהווה חלק בלתי-נפרד מנחלת ההורים. משכך, אין רשות זו שונה מרשות למגורי בני-משפחה בבית-ההורים, הניתנת לביטול בכל עת. ועל-כל-פנים, הוסיף המערער וטען, רשות כזאת אינה משפיעה על זכויות, שרכש צד שלישי כלפי ההורים.

בתשובתם לערעור תמכו המשיבים יתדותיהם בנימוקי פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי. הם הוסיפו וטענו, כי זכותם על-פי הסכם המתנה עומדת להם אף כנגד זכותו של המערער, שכן הסכם זה אינו מותנה והוא מחייב צדדים שלישיים, למעט הגורמים המיישבים.

השאלה המתעוררת היא, איפוא, אם הזכויות שהעניקו ההורים למשיבים בגדרי הסכם המתנה עומדות למשיבים כנגד זכות המערער-המעקל – נושה ההורים.

7. כאמור, המשיבים מעגנים את זכויותיהם ברשות השימוש שקיבלו על-סמך הסכם הרשיון משנת 1989, ובהתחייבות ההורים בהסכם המתנה שנעשה בשנת 1996.

באשר לרשיון, כאמור, ההורים – בהסכמת הגורמים המיישבים – נתנו לבנם ולמשפחתו את זכות השימוש בבית-מגורים נוסף שהורשו להקים בנחלה. זכות השימוש ניתנה על-ידי ההורים במתנה, על-מנת שהמשיבים יתגוררו בבית שיוקם. על-יסוד הרשות שקיבלו, הקימו המשיבים את בית-המגורים בכספם. בנסיבות אלה, על-פי דיני הרשיון, ההורים, ככלל, אינם רשאים לבטל את הרשות.

הרשיון במקרקעין מבוסס על תורת ההשתק (Estoppel) שפותחה בדיני היושר האנגליים. השתק נועד למנוע תוצאות בלתי-צודקות, המתחייבות לכאורה מן הדין, על-ידי השתקת המתנגדים מלטעון בבית-המשפט טענות משפטיות או עובדתיות, שהן נכונות כשלעצמן. השתק כמו זה שבענייננו מונע מבעל-זכות במקרקעין לחזור בו מן ההרשאה שנתן לאחר לשימוש במקרקעין, אם המורשה הסתמך על ההרשאה בתום-לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה, על-ידי השקעות שהשקיע במקרקעין מתוך ציפייה שיצרה אצלו ההרשאה להמשך קיומה של הרשות להשתמש בהם, כל עוד הוא רוצה בכך. עם זאת, לנוכח שיקולי הצדק שביסוד ההשתק, הפעלת הכלל היא

גמישה ולבית-המשפט ניתן שיקול-דעת בקביעת הסעדים – אם רשות שימוש במקרקעין ללא-הגבלה ואם פיצויים – על-פי נסיבות המקרה הקונקרטי. ראו *(Plimmer v. Wellington corporation [1884] 9 A.C. 693, 714; E.H.F; Snell, Snell's Equity (London, 30th ed. By J.A. Mcgee and others, 2000) pp. 632-634, 637-640.* כאשר הצדק מחייב קיומה של זכות בלתי-הדירה, אין היא באה לסיומה עם העברת המקרקעין. אלא, מכוחו של ההשתק, המכונה גם השתק קנייני (proprietary estoppel), היא חלה כלפי צד שלישי – נושה, יורש או רוכש – שזכויות בעל-המקרקעין עברו אליו. זאת, להוציא רוכש המקרקעין בתמורה ובתום-לב, שלא ידע על קיומה של זכות השימוש (ראו *Inwards v. Baker [1965] 2 Q.B. 29*).

8. מוסד הרשיון במקרקעין, המבוסס כאמור על ההשתק, נקלט במשפט הישראלי מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ראו ע"א 346/62 דכטר ואח' נ' מנהל מס עזבון, ירושלים, פ"ד יז(2) 701. כיום ניתן לעגן את ההשתק בתורת תום-הלב, שנקבעה בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראו רע"א 4928/00 עזרא נ' המועצה המקומית תל-מונד, פ"ד מז(5) 94, בע' 100-101; וכן דניאל פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ו-תשל"ז) 463, בע' 488-489.

בתאריך 17.7.1969 נתקבל חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). סעיף 160 לחוק ניתק את דיני המקרקעין מדיני היושר האנגליים וסעיף 161 לחוק קבע, כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". אולם, הפסיקה המשיכה להכיר ברשיון הבלתי-הדיר. ראו, למשל, ע"א 2836/90 בצר נ' צילביץ, פ"ד מו(5) 184; וכן ע"א 5136/95 קוגלמס נ' קוגלמס, פ"ד מט(2) 419, בהם נקבע, מבלי להתייחס לסיווג הזכות, כי נותן הרשיון אינו רשאי לחזור בו. ואילו השופט יצחק כהן, בהידרשו ל"סיווג זכות במקרקעין" על-פי חוק המקרקעין סבר, כי זו זכות חפצית, להבדילה מזכות אישית, וכי "זכותו של בר-רשות איננה זכות במקרקעין שהחוק דן בה" (ע"א 17/72 אליהו נ' גרודה, פ"ד כז(1) 337, בע' 340).

9. מתעוררת איפוא השאלה אם הרשיון גובר על זכויות, שרכש צד שלישי לאחר שהתגבש הרשיון.

בספרות המשפטית הובעה דעה, כי הרשיון מכוח השתק, שהוא תחליף חוזי, מחייב רק את נותן הרשיון ואין כוחו יפה כלפי רוכש הזכויות במקרקעין. אף האפשרות להעניק בדרך ההיקש הגנה לבעל הרשיון כלפי צד שלישי על-יסוד סעיף 9 לחוק

המקרקעין, המגן על המתקשר בעסקה במקרקעין מפני המתקשר בעסקה נוגדת מאוחרת, נשללה בשל פגיעתה בתוקף הרישומים בספרי המקרקעין. ראו נינה זלצמן, "רשיון במקרקעין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 24, בע' 38-39. אך במציאות הכירה, כאמור, הפסיקה – גם לאחר קבלת חוק המקרקעין – ברשיון בלתי-הדיר, הפועל כלפי צד שלישי. כך, למשל, בע"א 588/81 צ'יזיק נ' הורוביץ, פ"ד מ(1) 321, נפסק, כי יורשיו של בעל מקרקעין – שעל-יסוד התחייבות לבתו לתת לה מבנה שעל חלקתו כדי שתגור בו עם משפחתה, השקיעה הבת במבנה כספים רבים, הפכה אותו לבית-מגורים והתגוררה בו ברשות אביה במשך שנים – אינם רשאים לבטל את הרשות, שהפכה לבלתי-הדירה, כפי שהאב המנוח לא היה רשאי לבטלה. בפסק-דין זה לא דן בית-המשפט בסיווג הזכות. אך לא מכבר הכירה הפסיקה בזכות שביושר "מתוצרת ישראל" של קונה – אשר התקשר בחוזה לרכישת הבעלות או כל זכות אחרת במקרקעין – באופן שזכותו, כוחה יפה גם כלפי צדדים שלישיים. ראו ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (להלן: ע"א בנק אוצר החייל). זאת, מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין, המקנה למי שהתקשר בעסקה לרכישת זכויות במקרקעין עדיפות על-פני מי שרכש זכויות אחריו, זולת אם נרכשו המקרקעין בתמורה ובתום-לב והעסקה נרשמה בספרי המקרקעין. הסביר זאת חברי, הנשיא אהרן ברק:

מדיני העיסקאות הנוגדות עולים הסדרים נורמטיביים שיש להם השלכה מעבר לדיני העיסקאות הנוגדות. דיני העיסקאות הנוגדות קובעים הסדר, שיש לו השלכות רוחב בכל שדה הקניין. אכן, מדיני העיסקאות הנוגדות אנו למדים כי התחייבות להקניית זכות בנכס מעניקה לקונה זכות שביושר בנכס. התחייבות להקניית נכס חדלה מלהיות התחייבות אובליגטורית גרידא. היא התחייבות אובליגטורית המצמיחה זכות מעין-קניינית. מכאן אני למד כי עיקול אין בכוחו 'להתגבר' על זכות זו. [ע"א בנק אוצר החייל, שם, בע' 252].

10. נראה לי, על-יסוד היקש, כי סעיף 9 מעניק אף לבעל הרשיון הבלתי-הדיר – שעוצמת האינטרס שלו שווה, למצער, לאינטרס של מי שהתקשר בעסקה לרכישת מקרקעין – עדיפות על-פני עיקול, שהוטל על-ידי נושהו של בעל הזכות במקרקעין. בדומה למי שמתחייב למכור את המקרקעין, שזכויותיו הופכות כפופות לזכויות הקונה, כך גם זכויותיו של מי שהעניק את זכות השימוש כפופות לזכות בעל הרשיון, וכשם שהמעניק את זכות השימוש אינו רשאי לחזור בו ממנה, כך אין לנעבר, ובענייננו למעקל – להוציא הרוכש בתמורה או בתום-לב בעסקה שהסתיימה ברישום – הכוח לטרוף את המקרקעין, הכפופים לרשיון הבלתי-הדיר, מידיו של החייב. כדברי השופט

טובה שטרסברג-כהן: "כאשר בא מעקל ומטיל עיקול על המקרקעין, אין הוא יכול 'לתפוס' יותר ממה שיש לחייב בנכס" (ראה ע"א בנק אוצר החייל, בע' 234). וראו גם ע"א 542/85 המועצה הישראלית לייצור ושיווק כותנה נ' אתא חברה לטקסטיל בע"מ וטתה בע"מ, פ"ד מב(4) 559, בע' 564.

11. כמוסבר בע"א בנק אוצר החייל, העדיפות אינה מוחלטת וזכות בעל הרשיון – בדומה לזכות הקונה – כפופה לחובת תום-הלב ולתורת ההשתק, (שם, בע' 287-288). בנסיבות מסוימות – כגון הצגת מצג מתוך רשלנות ממשית או אף תרמית כלפי צד שלישי, אשר הסתמך על מצג זה ושינה מצבו לרעה על-סמך ההנחה, כי המקרקעין אינם כפופים לרשיון – עשויה התנהגות בעל הרשיון להיחשב כחוסר תום-לב, וזכותו העדיפה תישלל.

מסקנתו של בית-המשפט המחוזי, כי למשיבים הוענק רשיון בלתי-הדיר, הגובר על זכות המערער, מעוגנת היטב בחומר הראיות ובדין ואין מקום להתערב בה. משכך, מתייטר הדיון בנפקות הסכם המתנה.

אשר-על-כן, אני מציעה לדחות את הערעור. כן אני מציעה לחייב את המערער לשלם למשיבים הוצאות משפט בשתי הערכאות בסך כולל של 50,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת (בדימ')

הנשיא א' ברק:

חברתי השופטת ד' דורנר מגיעה למסקנה כי יש לאמץ את קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה למשיבים הוענק רישיון בלתי הדיר בבית המגורים, הגובר על זכות העיקול שבידי המערער. לדעתי, התשתית העובדתית שהונחה בבית המשפט המחוזי, לא די בה לביסוס מסקנה כאמור, ואין מנוס מהחזרת הדיון לערכאה הדיונית.

1. ההורים – מתיישבים בנחלה חקלאית – הסכימו עם בנם וכלתם (להלן: "המשיבים") כי האחרונים יקימו בית בנחלת ההורים. תכנית זו זכתה לאישור המושב, הסוכנות ומינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל"), אישור שקיבל ביטוי בהסכם משנת 1989. בהסכם הרשה המינהל להורים להקים יחידת מגורים נוספת שתיועד למגורים של בני משפחה. הובהר כי היחידה תהיה חלק בלתי נפרד מנחלת ההורים ולא ניתן יהיה להעביר את הזכויות בה בנפרד מיתר הנחלה. בהמשך נחתם בין ההורים

למשיבים הסכם מתנה להעברת בית המגורים למשיבים. על זכויות ההורים בנחלה הוטל עיקול, מבלי שהמעקל ידע על הסכם המתנה. בהמשך התגבש הסדר פשרה בין ההורים למעקל, וההסדר קיבל תוקף פסק דין בגדרו אושר העיקול. השאלה הטעונה הכרעה היא האם העיקול שהוטל על נחלת ההורים משתרע גם על זכויותיהם של המשיבים בבית המגורים. כדי להשיב על שאלה זו יש לאפיין במדויק את טיב הזכויות שבידי המשיבים. נדרש אף דיון מקדמי בזכויות שבידי ההורים עצמם, כיוון שלדבר השפעה ישירה על הבנת מערך היחסים המשפטיים שבין ההורים למשיבים.

2. בית המשפט המחוזי קבע כי ההורים הינם "בעלי זכויות שימוש או חכירה – הכל כפי שייקבע על-ידי המינהל, הסוכנות והאגודה – בנחלה ... במושב בית זית". מתוך "ההסכם המשולש" שנכרת בין המינהל, הסוכנות והאגודה משתמע כי לחברי האגודה (ובכלל זה ההורים) זכויות של בר-רשות בנחלה שהוקצתה להם. אכן, השימוש במושגים של "רשות" או "רשיון" רווח מאוד בקשר לזכויות של מתיישבים חקלאיים. מושגים אלה נקלטו בזמנו מן המשפט המקובל האנגלי כמושגים מבחינים מן המושג שכירות במקרקעין, וזאת בעיקר כדי לעקוף את חוקי הגנת הדייר (נ' זלצמן, "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 24, 25 (להלן – זלצמן)) וכדי לעקוף הגבלות על עבירות זכויות שוכרים (נ' כהן "זכות שימוש במקרקעין כ'זכות במקרקעין'" עיוני משפט ד (תשל"ה) 425, 427 (להלן – כהן)). המושגים אינם כלולים ברשימת הזכויות המנויה בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או בחקיקה אחרת. ספק בעיני אם יש עוד מקום להגדיר את זכויות המתיישבים כ"רשות" או "רשיון". ניתן ואף ראוי לסווגם תחת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין או בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, כגון "שכירות", "שאלה", "זיקת הנאה" או "זכות שימוש". נראה, לכאורה, כי כל סוגי השימוש, ההחזקה וההנאה של המתיישבים החקלאיים יכולים לחסות תחת הגדרות אלה (ראו ברוח זו דברי השופט מ' בן-פורת בע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק) נ' שיבר, פ"ד לט(4) 322; כן ראו דברי ההסבר להצעת חוק השכירות, תשל"ל-1970, בעמ' 294; השוו זלצמן, שם). סיווגה של הזכות יקבע בכל מקרה בהתאם לתוכנה של הזכות, לאור כוונת הצדדים המשתמעת מן ההסכם והנסיבות הסובבות אותו.

3. יובהר, כי עצם השימוש בהגדרות ובמונחים של החקיקה החדשה, עדיין אינו מכריע לגבי מהותן הקניינית של הזכויות השונות. כך, למשל, אין להניח מראש כי שכירות היא בהכרח זכות קניינית. גם שעל-פי רוב היא אכן כזו, אופיין הדיספוזיטיבי של הוראות חוק השכירות והשאלה מתיר אפשרות לשכירות שאינה קניינית ואינה תקפה in rem (ראו, י' ויסמן "עיונים בנושא השכירות" משפטים לג (תשס"ג) 329, 336 ואילך. השוו: כהן, בעמ' 439; זלצמן, בעמ' 44; מ' דויטש, קניין (כרך ב', תשנ"ט-ט).

1999) 299 ואילך (להלן – דויטש); ש' לרנר, שכירות נכסים (תל-אביב, תש"ן-1990) 27 (להלן – לרנר)). אופיה של השכירות ייקבע בכל מקרה קונקרטי לפי המערכת ההסכמית המעצבת אותה, והיא עשויה כמובן לכלול יסודות חפציים לצד יסודות אישיים. שאלה מורכבת אף יותר נוגעת למהותה של זכות השימוש שאין עמה החזקה. זכות זו מופיעה בסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, אך אינה נמנית עם הזכויות שבחוק המקרקעין. על רקע זה ניתן לסבור כי זכות השימוש היא לעולם זכות אישית, אך קיימת גם דעה כי זכות השימוש עשויה להגיע כדי זכות במקרקעין (ראו זלצמן, בעמ' 44-47; כהן, שם; דויטש, בעמ' 413-412; לרנר, בעמ' 35). מכל מקום, לסוגיות אלה כלל איננו צריכים להידרש במקרה הנדון.

4. בענייננו, אם נסווג את זכויות ההורים-המתיישבים במסגרת הזכויות בחוק, הרי שזכותם נופלת, לכאורה, לגדר שכירות, דהיינו "זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות" (סעיף 3 לחוק המקרקעין; ראו גם סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה). על רקע זה, מערך היחסים בין ההורים למשיבים לעניין בית המגורים עשוי ללבוש כמה צורות משפטיות. מתוך הנסיבות עולה כי כוונת הצדדים הייתה שהמשיבים יקבלו, ללא תמורה, זכות החזקה ושימוש בלעדית ובלתי הדירה בבית המגורים שבנו. בית המשפט המחוזי איפיון מערך יחסים זה כרשיון בלתי הדיר הגובר על צדדים שלישיים. כך עושה גם חברתי השופטת ד' דורנר. לטעמי, נוכח ההתפתחויות החקיקתיות עליהם עמדתי לעיל, יש לנסות ולאפיין את מערך היחסים מתוך הזכויות המנויות בחוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה. ניתן לראות בהתקשרות בין ההורים למשיבים כהענקת שאלה (סעיף 26 לחוק השכירות והשאלה וסעיף 83 לחוק המקרקעין), וביתר דיוק, שאלת-משנה בלתי-הדירה. (ראו י' ויסמן, חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 – מגמות והישגים (1970) 60; כהן, שם).

5. דרך אחרת לאפיין את ההתקשרות בין ההורים למשיבים היא המחאת זכויות, דהיינו המחאה של זכות השכירות בבית המגורים. במקרה כזה, זכות השכירות בבית המגורים יוצאת ממסת הנכסים של ההורים והעיקול לגביה כלל אינו תופס. לבוש משפטי זה עשוי לעמוד אפילו נאמר שזכותם של ההורים היא זכות אישית של בר-רשות (רישיון חוזי במקרקעין) ולא נסווגה כזכות שכירות (השוו: ס' אוטולנגי "ההסדרים המשפטיים בנוגע לירושת משק במושב עובדים" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 469, 488).

6. בנסיבות העניין, כאשר להורים זכויות שכירות בלבד, לא די בכוונת הצדדים כדי לקבוע את תוקפו של מערך היחסים עם המשיבים. תוקף הזכויות שביקשו להעניק למשיבים צריך להיבחן לאור דיני השכירות ודיני המחאת זכויות, תוך התחשבות במערכת החוזית הכוללת לה כפופים ההורים. חוק השכירות והשאילה מטיל על השוכר הגבלות בהעברת זכות ההחזקה והשימוש במושכר ובהשכרה בשכירות משנה (לרבות השאלת משנה). הסדר מפורט בעניין זה מצוי בסעיף 22 לחוק:

"השוכר אינו רשאי להעביר לאחר את הזכות להחזיק ולהשתמש במושכר או להשכירו בשכירות משנה, אלא בהסכמת המשכיר; אולם אם לא הסכים המשכיר לעסקה מטעמים בלתי סבירים או התנה את הסכמתו בתנאים בלתי סבירים, יהיה –

(1) בשכירות מקרקעין - רשאי השוכר לעשות את העסקה בלי הסכמתו של המשכיר;

(2) בכל שכירות - רשאי בית המשפט להרשות את העסקה בתנאים שייראו לו; ובשכירות של מקרקעין רשאי בית המשפט לעשות כן על אף האמור בחוזה השכירות".

התנייה של העברת הזכויות במושכר בקבלת הסכמה של המשכיר מופיעה גם ב"הסכם המשולש". לעניין זה נקבע בסעיף 20 להסכם:

"אסור לחברה האגודה להעביר ו/או למסור לאחר זכות השימוש שלו במשקו לרבות בבית המגורים, אלא אם קיבל לכך הסכמת [המינהל] בכתב ומראש, ובתנאי נוסף שהמציא גם הסכמת [הסוכנות] שתינתן, אם תינתן, לאחר שהאגודה תודיע בכתב ל[סוכנות] את עמדתה".

נוכח הוראות הגבלת העבירות ב"הסכם המשולש", גם במתכונת של המחאת זכויות נדרשת הסכמת המינהל (קרי החייב). ולענין זה קובע סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969:

"(א) זכותו של נושה, לרבות זכות מותנית או עתידה לבוא, ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לבין הנושה".

7. ואולם, סוגיית ההסכמה של המינהל, הסוכנות והאגודה (להלן: "הגורמים המיישבים") להענקת זכויות למשיבים לא נתבררה כלל בבית המשפט המחוזי.

המשיבים מבקשים לעגן זכויותיהם בהסכם ההרשאה. אך הסכם זה נוגע לכאורה רק לעצם הקמתו של בית המגורים הנוסף. ספק אם ניתן ללמוד ממנו לעניין הסכמה או אי-הסכמה של הגורמים המיישבים לכך שההורים ישאלו את בית המגורים למשיבים, או לכך שיעבירו להם את זכות השכירות (או הרשות) בבית המגורים. יצוין כי הסכם ההתיישבות המקורי שבין ההורים למינהל כלל לא הוצג בבית המשפט. מכל מקום, אין בפסק הדין המחוזי כל מימצא בסוגיית ההסכמה וגם בפנינו לא הושמעו טיעונים בנושא. מהחומר המצוי בפנינו לא ניתן, למשל, לדעת מהי עמדתם של הגורמים המיישבים לגבי הזכויות של המשיבים ואיזו משמעות הם מייחסים להסכם מ-1989.

8. למעשה, הגורמים המיישבים צורפו לתביעה כמשיבים פורמליים בלבד. העמדה שהציגו בבית המשפט המחוזי הצטמצמה לשאלת פיצול הנחלה, וגם זאת לפני שינוי מדיניות המינהל בפברואר 1999. בהליך בפנינו הגורמים המיישבים כלל לא נטלו חלק. יצוין כי במהלך הדיון, דחה בית המשפט המחוזי בקשה של המשיבים להפוך את הגורמים המיישבים לנתבעים רגילים, בסברו כי אלה אינם דרושים להכרעה בהליך. והנה, מסתבר כי ההליך שלפנינו מחייב דיון בשורה של שאלות הקשורות גם בגורמים המיישבים. כך, יש לבחון האם הסכימו להעברה של זכות השכירות או, לחילופין, האם הסכימו לשאילת-משנה; אם לא – האם טעמיהם היו בלתי סבירים? האם יש מקום שבית המשפט יתיר את העסקה בתנאים שיראו לו? כן עשוי להיות מקום לברר את הסכמתם להמחאת זכויות. אולי אף יש מקום לבחון את ההסכם מ-1989 במשקפיו של חוזה לטובת צד שלישי. לפיכך, יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, אשר ישמע את עמדתם העדכנית והמלאה של הגורמים המיישבים ויבסס את התשתית העובדתית הנדרשת לשם קביעת טיב הזכויות שבידי המשיבים. עם קביעת הזכויות ניתן יהיה להכריע, בשלב שני, בשאלת התחרות בין העיקול לבין זכויות המשיבים.

9. אחת השאלות שעשויה להתעורר בשלב השני נוגעת למעמדה של שאילה בלתי-הדירה מול עיקול. הגם שהסוגיה אינה טעונה הכרעה כעת, ראיתי לנכון להקדיש לה מספר מילים. התחרות בין המעקל לשואל יכול שתהיה מושפעת מן השאלה האם ניתן לראות שאילה כזכות קניינית. ניתוח התכונות של הזכות על-פי חוק השכירות והשאילה עשוי לעורר ספקות באשר לקנייניותה (סעיפים 28-30 לחוק). אך נראה כי הדיעה הרווחת היא כי שאילה במקרקעין היא זכות קניין, גם אם אינה איתנה כזכויות קניין אחרות (ראו, כהן, בעמ' 437-438, זלצמן, בעמ' 44 והערה 107 שם). גישה זו מבוססת על כך שחוק המקרקעין מחיל על עסקת השאלה את דיני השכירות, בשינויים המחוייבים, ובכך הוא מקנה לה מעמד חפצי (סעיף 83 לחוק). מעבר לכך, אופיה הקנייני של השאילה ביחס לכל סוגי הנכסים מתבטא בסעיף 21 לחוק השכירות

והשאלה, המגן על הזכות מפני חליפיו של המשאיל. עם זאת, כפיפות זו של הנעבר מוחלשת בשל הקלות היחסית בה יכול הנעבר – כמו המשאיל עצמו – לסיים את השאלה (דויטש, בעמ' 401). ואמנם, עקרונית, כאשר לא הוסכם על תקופת השאלה, רשאי כל צד לסיים את השאלה במתן הודעה לצד השני זמן סביר מראש (סעיף 29(ב) לחוק השכירות והשאלה). אך הדבר אינו שולל, בהכרח, את האפשרות שהשאלה תמשיך להתקיים גם כלפי חליפו של המשאיל, וזאת כאשר השאלה היא בלתי-הדירה. ניתן להניח מצבים שבהם, לאור ההתנהגות והציפיות של הצדדים, יהיה המשאיל מנוע, מכוחו של עקרון תום הלב, מלהפעיל את כוח תביעתו ולסלק את השואל מן המקרקעין. בנסיבות מסוימות, מניעות זו עשויה לחול על גם הנעבר בזכויותיו של המשאיל (המעקל) וגם הוא לא יוכל לתבוע את סילוקו של השואל מן המקרקעין. יש להביא בחשבון, למשל, השקעה והשבחה של הנכס מצד השואל, ממנה נהנה גם הנעבר (ראו ברוח זו דויטש, בעמ' 416). הכרעה בסוגיות אלה, שאינן פשוטות כלל ועיקר, מצריכה תשתית עובדתית בדבר מכלול הנסיבות. תשתית כזו לא הונחה בפסק הדין המחוזי וכלל לא נשמע בהן טיעון סדור. גם בעניין זה מוחזר, אם כן, הדיון לבית המשפט המחוזי. כמובן שבית המשפט המחוזי יידרש לסוגיה רק ככל שיקבע כי למשיבים זכות תקפה המאופיינת כשאלת-משנה.

לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מחזירים את הדיון לבית המשפט המחוזי, כמוסבר לעיל.

ה נ ש י א

השופט א' ריבלין:

1. מסכת היחסים שבין הצדדים לתיק זה, וטיבן של הזכויות בהן הם אוחזים, מעלים שורה של שאלות משפטיות קשות וסבוכות, שלכל הכרעה בהן תהא השפעה מרחיקת לכת. יחד עם זאת, גם אני סבור, כמו חברתי השופט ד' דורנר, כי לאור עובדותיה של הפרשה, ניתן לדחות את הערעור, מבלי ליתן מענה למרביתן של שאלות אלה. אסביר את שיטתי.

2. צודק חברי הנשיא א' ברק בעמדתו לפיה על מנת לעמוד על אופי הזכויות הנתונות בידי המשיבים 3 ו-4 (להלן: הבן ובת זוגו), חובה להבהיר ראשית את טיבן של זכויות המשיבים 1 ו-2 (להלן: ההורים) – הוריו של המשיב 3 - בנחלה. בפסק דינו

בוחרן חברי הנשיא ביסודיות את סוגיית זכותם של מתיישבים חקלאיים בקרקע. כשלעצמי, אני סבור כי יש צורך לקבוע בענייננו מסמרות בשאלת מעמדו המשפטי של "בן הרישיון" לאור החקיקה האזרחית החדשה. כפי שבתי המשפט נמנעו בעבר מלקבוע כי זכות זו פסה מהעולם, אף אני איני משוכנע כי יש צורך לקבוע, כאן ועכשיו, כי זכותו החוזית של בן הרישיון, אשר נמסרה לידיו עוד בטרם הוחקו חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין) וחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971 (להלן: חוק השכירות והשאלה), הוחלפה בזכות קניינית זו או אחרת. אף שייתכן כי לגופו של עניין, קביעה שכזו היא רצויה (וראו את ביקורתו של הנשיא מ' שמגר כנגד עמימות מעמדם המשפטי של חברי המושבים בע"א 103/89 אזוראי נ' אזוראי, פ"ד מה(1) 477, 484), יהיו לה השלכות רבות שקשה לחזותן, עד שספק אם ראוי כי בית המשפט, ולא המחוקק או הגופים המבצעים, יכונן משטר קנייני חדש עבור ההתיישבות החקלאית. זאת ועוד זאת, הצדדים לא טענו בפנינו כי הזכויות שבידי המשיבים אינן זכויות של בן רשות, והם נמנעו מלבסס את טענותיהם על הוראות חוק השכירות והשאלה. מכל מקום, אין, לטעמי, צורך ליתן לזכות המתיישבים תוקף קנייני בפסק דין זה, כיוון שאף אם מאמצים את ההנחה, המקובלת בפסיקה, לפיה זכותם של המתיישבים – המשיבים כאן – הינה זכות חוזית של בן רישיון ותו לא, זכות הבן ובת זוגו גוברת על זכות המעקל, הוא המערער.

3. ההורים מחזיקים, איפוא, בזכות של בני רישיון. הם ביקשו להעניק זכויות לבנם ולבת זוגו בחלק מהנחלה – וליתר דיוק – בחלק עליה הוקם ביתם של האחרונים. על כך שזו הייתה כוונתם אין עוררין. טיבה של הפעולה המשפטית אותה ביצעו, על מנת להוציא מהכוח אל הפועל כוונה זו, הוא של הענקת זכות של בני רישיון משנה לבנם ולבת זוגו. כך, על פי ההלכה שנקבעה בע"א 2836/90 בצד נ' צילביק, פ"ד מו(5) 184, 196-197. להענקה זו של זכות רישיון המשנה, נדרשה, מראש ובכתב, הסכמתם של מינהל מקרקעי ישראל (להלן: המינהל) ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל (להלן: הסוכנות) – כך לפי ההסכם המשולש בין גורמים אלה לבין המושב, אשר ממנו יונקת זכותם של ההורים.

4. שאלה קשה היא האם יכול בענייננו המערער, כצד זר להסכם המשולש, להבנות מהעדר הסכמה מצד הגופים המיישבים להענקת הזכויות למשיבים 3 ו-4. שאלה זו קשורה להיקף תחולתה של ההלכה שיצאה מלפני בית משפט זה בע"א 6529/96 טקסטיל ריינט בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218 (ראו: ש' לרנר המחאת חיובים (תשס"ב) 255-256). סוגייה אחת הצריכה הכרעה היא האם בנסיבות שבפנינו ראוי לקרוא את התנייה שבחוזה המשולש, כמבטלת, לאור תכלית החוזה, את תוקף העסקה

במסגרתה ניתן רישיון המשנה, אם וככל שלא ניתנה לעסקה זו הסכמת הגופים המיישבים, לא רק במישור היחסים שבין ההורים לגופים אלה, אלא גם ביחסי המשיבים עם המערער. סוגייה אחרת היא האם רשאי כלל המערער לטעון כנגד תקפות ההסכם שבין המשיבים 1 ו-2 למשיבים 3 ו-4, בהסתמכו על החוזה המשולש. בפרשת טקסטיל ריינס סבר השופט י' טירקל כי במקרה שבו הומחאה זכות בניגוד לקבוע בהסכם שבין החייב לממחה, מנוע צד זר להתקשרות מלהעלות את הטענה כי הופר החוזה. אך השופט טירקל לא מצא לעצמו צורך, באותו מקרה, להכריע בשאלה (שם, בעמ' 233-234). השופט ט' שטרסברג-כהן חזרה על דברים אלה והחילה אותם על יחסי המתיישוב והגופים המיישבים, בע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 339-340.

איני נצרך ליתן מענה לשאלות אלה בדבר השפעתה של הלכת טקסטיל ריינס על העניין שבפנינו (שאינו, כפי שעוד יובהר, מקרה של המחאת זכות), בשל שלגופם של דברים, סבור אני כי ניתנה הסכמה מאת הגופים המיישבים למתן רישיון המשנה למשיבים 3 ו-4. בניגוד לחברי הנשיא א' ברק, לדעתי, די בראיות שהוצגו כבר, על מנת להוכיח זאת. מסקנתי זו מבוססת על הדימיון שבין העובדות אשר הוכחו בענייננו לבין אלו שנידונו בפרשת בצר, ועל תשובות הגופים המיישבים שהובאו בפני בית המשפט המחוזי.

5. נקודת המוצא לדיון בעמדת הגופים המיישבים היא התייחסותם לבניית הבית הנוסף בנחלת ההורים. כפי שהיו הדברים בפרשת בצר, כך גם בענייננו, כפי שציננה חברתי השופטת ד' דורנר, וכפי שציין חברי הנשיא, המושב, הסוכנות והמינהל אישרו את התכנית לבניית הבית עבור הבן ובת זוגו בנחלת ההורים, בהסכם אותו כרתו עם ההורים (להלן: הסכם ההרשאה). אכן, חוזה זה קבע, בין השאר, כי:

יחידת המגורים הנוספת תהווה חלק בלתי נפרד מנחלתו של המתיישוב, וכל הוראות חוזה החכירה והחלטות מועצת מקרקעי ישראל החלות על נחלה התקפות בעת הגשת תכנית הבנייה למינהל, ובמיוחד החלטות מועצת מקרקעי ישראל המתייחסות לגודל שטח הבנייה של יחידת המגורים הנוספת, תחולנה על הסכם זה.

אין, לדעתי, לומר, כי תנייה זו מצביעה על כך שאין בהסכם ההרשאה הכרה בהענקת זכות רישיון משנה לבן ולבת זוגו. הענקת רישיון המשנה אינה מפרידה את בית המגורים מיתר חלקי הנחלה. בשטח הנחלה כולה, נותרו ההורים בני הרישיון מטעם הגופים המיישבים. כל פועלה של הקצאת רישיון המשנה הוא בשינוי אופן חלוקת

הזכויות בתוך הנחלה: בעוד שביתר חלקי הנחלה ימשיכו להחזיק ההורים ישירות, בבית המגורים הם יחזיקו באמצעות בני רישיון המשנה. ודוק: לפי שיטה זו, ההורים העניקו רישיון משנה לבנם ולבת זוגו, ולא המחזו את זכות הרישיון החוזית שלהם בשטח בית המגורים לבן ולבת זוגו (ראו והשוו: ע"א 4796/95 אלעוברה נ' אלעוברה, פ"ד נא(2) 669, 676). קביעה לפיה הומחתה זכות הרישיון, אין בידי לאמץ, על אף שייתכן כי היא תואמת יותר את כוונת המשיבים בעסקה שעשו ביניהם, הואיל ומשמעה פיצול הזכויות בנחלה במישור היחסים עם הגופים המיישבים, ולפיצול שכזה, כפי שמציין חברי הנשיא, לא הוכח כי גופים אלה נתנו הסכמתם. כל שהוכח הוא שהם נתנו את הסכמתם למתן רישיון משנה לטובת המשיבים 3 ו-4.

בפרשת בצר, מצא בית המשפט כי המינהל אישר "בכתב ומראש" העברה של זכויות רישיון משנה על ידי בן הרישיון, במסגרת חוזה דומה לחוזה ההרשאה שבפנינו, שבו נתן המינהל הסכמתו להקמת יחידת דיור עבור ילדי בני הרשות. יוער כי באותה פרשה דיבר החוזה בלשון ברורה אף יותר מלשון החוזה שבפנינו, כנגד האפשרות של פיצול הזכויות בנחלה. החוזה קבע שם, כי "יחידת הדיור הנוספת היא בבעלותו הבלעדית [של בן הרשות – א' ר'] ומהווה חלק בלתי נפרד מנחלתו וכל הוראות החוזה חלים (צ"ל חלות) על הנחלה ועל יחידת הדיור הנוספת כיחידה אחת". בית המשפט, מפי השופט א' גולדברג, פסק כי ניסוח זה של החוזה מצביע על כך שההורים העבירו לילדיהם רישיון משנה – בהסכמת הגופים המיישבים, כנדרש בחוזה אשר העניק למתיישבים את הרישיון (שם, בעמ' 196). משכך נפסק באותה הפרשה, איני מוצא כל מקום לפסוק במקרה שבפנינו אחרת.

כך במיוחד, לאור עמדתם של המינהל והסוכנות בתיק זה. ראשית, וכפי שמציינים חברי, מאז מתן פסק הדין בפרשת בצר (ואחרי שהוגשו תשובות הגופים המיישבים בבית המשפט קמא), שינה המינהל את מדיניותו, ושוב אין הוא שולל על הסף את האפשרות של פיצול נחלה בין בני משפחה. שנית, וחשוב מכך, על הסכמת הגופים המיישבים למתן רישיון המשנה ניתן ללמוד במקרה שבפנינו, מהתנהלותם במהלך בירורו של התיק. בתגובות שהגישו לבית המשפט המחוזי, אין הם טוענים כי אין ליתן זכויות לבן ולבת זוגו, ואין הם טוענים כי לא נתנו הסכמתם להענקת זכות של רישיון משנה. בתשובותיהם צויין, כי הגופים המיישבים מסכימים לכל הכרעה, ובלבד שהנחלה לא תפוצל ושהעסקות בה תתבצענה על פי החלטות המינהל ונהליו. כאמור, בהחלטתנו להכיר ברישיון המשנה העומד לזכות הבן ובת זוגו אין משום פיצול זכויות אלה – הזכויות יותרו כולן בידי ההורים, כשהן כפופות לרישיון המשנה. כך גם יהיה ביחס למערער, או לרוכשי זכויות ההורים במסגרת הליך המימוש – אלה יבואו בנעלי

ההורים, והם שיחזיקו ברישיון מאת הגופים המיישבים (יועזר, כי מובן שגם לעסקות שביצעו ההורים עם המערער ולא לו שיבוצעו עם הרוכשים העתידיים תידרש הסכמת הגופים המיישבים, שלא היו צד להסכם הפשרה בין המערער להורים אשר מכוחו הוטל העיקול). לשאלה, אותה נברר עתה, האם גם חליפיהם של ההורים, כפופים לרישיון המשנה שניתן לבן ולבת זוגו על ידי ההורים, יש נגיעה רק ליחסים שבין חליפי ההורים לבן ולבת זוגו – ולא ליחסיהם עם הגופים המיישבים.

6. אכן, זוהי השאלה המרכזית העולה בתביעת הבן ובת זוגו: מבקשים הם כי בית המשפט יצהיר כי זכויות המעקל, כפופות לרישיון המשנה ממנו הם נהנים. רישיון זה, התקיים כאמור, ביחסיהם עם ההורים. ביחסים אלה, קשה לחלוק על הקביעה כי הרישיון היה לרישיון בלתי הדיר – קרי לרישיון אשר ההורים, אשר נתנו אותו, מנועים מלבטלו. הבן ובת זוגו השקיעו השקעות שאינן מבוטלות בנחלה בה החזיקו ברישיון – הם בנו עליה במיטב כספם את ביתם, בו הם גרים מזה כעשר שנים. כוונתם של ההורים, עת העניקו להם את רישיון המשנה, הייתה כי הזכויות הניתנות להם יוחזקו על ידם לצמיתות, ועל כך גם נלמד מניסיונם (הכושל, לפי שעה) להעניק להם זכויות של בן ממשיך. במקרה שכזה, הדומה בנסיבותיו לנתוני פרשת בצר, דיני הצדק והיושר נוטלים את זכות הביטול מידי נותן הרישיון (ראו: ע"א 87/62 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד טז 2901, מ' דויטש קניין (כרך ב, תשנ"ט) 415-414), או למצער, מתנים את הפעלתה בתשלום פיצויים לבן הרישיון, שרישיונו בוטל (ע"א 515/76 לוי נ' ויימן, פ"ד לא (2) 127).

אלא שבניגוד לפרשת בצר, בענייננו שלנו אין אנו מתבקשים לאכוף את רישיון המשנה הבלתי הדיר ביחסים שבין המרשה למורשה, כי אם ביחסים שבין מקבלי הרישיון לחליפי נותני הרישיון. הסוגייה עימה עלינו להתמודד, לכאורה, היא האם גם אלו מחוייבים לרישיון שניתן על ידי קודמיהם. אכן, כפי שמציינת חברתי השופטת ד' דורנר, בע"א 588/81 ציזיק נ' הורוביץ, פ"ד מ(1) 321, 325, נקבע, בהתבסס על הלכות המשפט האנגלי, כי מכוח דיני היושר ייתכן שרישיון יהפוך לבלתי הדיר לא רק כלפי בעל המקרקעין נותן הרישיון, אלא אף כלפי צד שלישי אשר זכויותיו של בעל המקרקעין עברו אליו. דא עקא, וכפי שצויין בפסק הדין, קביעה זו נעשתה לאור "הדין הקודם", שהוא שחל על אותו העניין. לכאורה, משהוחק חוק המקרקעין, אשר קובע בסעיף 161 כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק", אין עוד בכוחם של כללי ההשתק ליצור זכות מקרקעין – ולהפוך את הרישיון במקרקעין – שאינו זכות מוכרת בחוק – לזכות קניין העומדת גם כנגד צדדים שלישיים. לפסילה זו של פעולת ההשתק הצדקה מהותית, לכאורה, בשל שההכרה בתוקפו של הרישיון כלפי צדדים

שלישיים, תפגע באמינות המרשם – באשר הרישיון אינו זכות רשומה (ראו: נ' זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב (תשנ"ה) 24, 38-42).

7. חברתי השופטת ד' דורנר מבקשת להתגבר על קושי זה בהסתמכה על ההלכה שנקבעה בע"א 189/96 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199. היא סבורה, כי משהכיר בית המשפט, בהתבססו על הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין, ב"זכות מן היושר תוצרת הארץ" - זכות המקנה זכות "מעין קניינית" לקונה הראשון של נכס - הרי שניתן לראות אף בהשתק שביושר - "ההשתק הקנייני" (Proprietary Estoppel) - זכות "מעין קניינית". זכות זו מקנה לבן הרישיון, כך לשיטתה, זכות גם כנגד מי שנותן הרישיון העביר לו את זכותו – להוציא הרוכש בתמורה ובתום לב בעסקה שהסתיימה ברישום. אקדים ואעיר כי הגיונה של הדרישה לפיה תושלם העסקה השנייה ברישום הוא מוקשה בענייננו שלנו. כמוה כקביעה לפיה זכות בן רישיון המשנה תגבור תמיד על זכות קונה רישיון ההורים – כיוון שזכות הרישיון המועברת אל האחרון על ידי ההורים כלל אינה ניתנת לרישום.

יתרה מכך, בהלכת אהרונוב, בוססה הזכות "המעין קניינית" על האינטרס החזק של הקונה (הראשון): של מי שבעל הזכות הקניינית התחייב כבר להעביר זכות זו אליו (דברי הנשיא, שם, בעמ' 242-247, 252). בידיהם של המשיבים שבפנינו, לא הייתה, בשום שלב, התחייבות שתוקנה להם זכות במקרקעין – שרק היא עסקה במקרקעין (לפי ההגדרה שבסעיף 6 לחוק המקרקעין) אשר על התחייבות לעשותה חלה הוראת סעיף 9 לחוק (ראו והשוו: ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז(1) 533). הרישיון שניתן לבן ולבת זוגו, כמו גם להורים, לא יבשיל לעולם, להיות לזכות קניינית. לפיכך, הניסיון להקיש מהוראת סעיף 9 ומהלכת אהרונוב לענייננו הוא מוקשה.

מכל מקום, אני סבור כי שומה עלינו להכריע במקרה זה בשאלה האם יש תחולה, גם לאחר שנכנסה לתוקף החקיקה האזרחית החדשה, להלכות המתייחסות להשתק הקנייני, היוצר זכות רישיון בלתי הדירה גם כנגד חליף של נותן הרישיון. זאת לאור עובדות המקרה שפנינו.

8. אין חולק, כי זכות רישיון בלתי הדירה יכולה להישמר גם כנגד רוכש מאוחר של המקרקעין, אם הלה הסכים לכך (ראו גם: ע"א 602/84 ריבוא נ' גל, פ"ד לט(3) 693). לשם כך, אין צורך, כמובן, בקונסטרוקציה המשפטית של השתק (או של זכות "מעין קניינית"). ניתן לראות ברוכש כזה, כמי שהעניק בעצמו את הרישיון. בענייננו, סבור אני כי המערער, בהתנהגותו, השלים עם קיומו של רישיון (משנה) בידי הבן ובת

זוגו. המערער, תושב מושב בעצמו, כיהן בעבר כראש המועצה האזורית בשטחה נמצא המושב שבו נחלת המשיבים. בקיא הוא, על כן, בזכויותיהם של הבנים בנחלות המתיישבים. הוא היה מיודד עם המשיב 1, וידע היטב כי בנו (המשיב 3) מתגורר עם משפחתו בבית שנבנה על נחלת ההורים. ביודעו כל זאת, בא כוחו של המערער דרש, כי על הסכם הפשרה שנכרת עם ההורים, אשר מכוחו הוסדר העיקול על הנחלה, יחתמו גם בנם ובת זוגו – ולא רק ההורים. דרישה זו נבעה, ככל הנראה, ממודעותו של המערער לזכויותיהם של הבן ובת זוגו. אך, המשיב 1 התנגד לדרישה זו, והמערער נסוג ממנה. בכך, ביטא הוא, לדעתו, את השלמתו עם זכויות הבן ובת זוגו – לאמור את הסכמתו להמשך החזקתם ברישיון משנה בלתי הדיר בביתם שבנחלה.

ניתן להוסיף ולומר כי מנוע הוא היום, מכוח עקרון תום הלב (ראו סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973) מלהפעיל את זכויותיו החוזיות, בניגוד למצג אשר יצר, לפיו הוא משלים עם קיומן של זכויות הבן ובת זוגו. מצג זה מילא, כפי שהוכח, תפקיד מרכזי בהסכמת ההורים להסכם הפשרה (ראו והשוו: זלצמן, בחיבורה הנ"ל, בעמ' 42-43, ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (כרך א, מהדורה שנייה, תשנ"ח) 223-224).

9. אשר על כן, סבור אני כי זכותו של המערער, כזכות המשיבים 1 ו-2 ממנה היא יונקת, כפופה לרישיון משנה בלתי הדיר אשר הוענק למשיבים 3 ו-4 בשטח ביתם. במאמר מוסגר אעיר כי דומה, שלאור הקביעות העובדתיות שנראות לי, גם לשיטתו של חברי הנשיא, המבכר להלביש את זכויות המשיבים בלבוש קנייני, התוצאה תהא דומה.

אשר על כן מסכים אני עם חברתי השופטת ד' דורנר כי אין מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט המחוזי וכי דין הערעור להדחות.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב-דעות כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, י' בניסן תשס"ד (1.4.04).

