

רישיון במקרקעין לאור פסק דין אלוני - בין התיאוריה למעשה

מאת

אברהם נ. טננבוים • חוי טוקר*

מבוא

מוסד הרישיון במקרקעין הינו מוסד משפטי הקיים על אף שאינו מופיע בספר החוקים של מדינת ישראל. מאז קום המדינה (ועוד בתקופת המנדט הבריטי) מתחבט עולם המשפט בשאלת מהותו של הרישיון ומאפייניו.

המחוקק לא שבע נחת מקיומו של מוסד זה ואף ניסה באופן מכוון לבטלו ולמוחקו ממשטר המקרקעין הישראלי. למרות זאת, קרוב לחמישים וחמש שנה אחרי קום המדינה, וקרוב לשלושים וחמש שנה אחרי חקיקת חוק מקרקעין ישראלי חדש, עדיין נוטלת זכות הרישיון חלק בשיג ושיח המשפטי. למרות כל המאמצים להכחידה, הרי זו מסרבת למות ובוועט בעקשנות בגלי המשפט הבאים להכחידה, כאומרת אני כאן על מנת להישאר.

פסק-דין אלוני¹ אשר יהווה בסיס לדיונונו קבע לראשונה בפסיקה (אם כי בדעת מיעוט), כי קיימת זכות רישיון במשפט הישראלי. החידוש הוא בכך שזכות זו הוכרה לאחר חקיקת חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין") ובניגוד לו. אלא שפסק-דין זה מדגיש ומחמיר את הבעייתיות הכרוכה בזכות הרישיון. שלושה שופטים ישבו בהרכב ושלוש דעות שונות נקבעו לבסוף בפסק-הדין. הראשונה גורסת כי קיימת זכות רישיון, השנייה גורסת כי אין זכות כזאת, והשלישית מתחמקת מהכרעה (ניתוח מקיף של פסק הדין יובא בהמשך).

במאמר זה נבקש לדון בשאלות, מדוע קיימת מבוכה משפטית בעניין ומדוע אין תשובה ברורה לסוגיית הרישיון במקרקעין. כמו כן, נסקור את הדין הראוי בעניין זה.

הנחת היסוד הבסיסית והעיקרית של מאמרנו היא, כי זכות הרישיון היא פתרון למציאות בעייתית. זכות הרישיון מהווה מוצא משפטי לסיטואציה עובדתית שבה אין מנוס מאשר

* ד"ר אברהם טננבוים הוא שופט בבית המשפט השלום (תעבורה) בירושלים ומרצה במכללת שערי משפט. חוי טוקר היא בוגרת המכללה האקדמית למשפטים רמת-גן ותלמידת מוסמך למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. המחברים מבקשים להודות לנרדה בן-צבי, חיים זנדברג, אמנון כהן, יוסי ריבלין, ויצחק שמעוני על הערותיהם המועילות לגרסה קודמת של מאמר זה. האחריות היא כמובן של הכותבים בלבד.

1. ע"א 7139/99 יובל אלוני נ' אליעזר ארד ואח', תק-על 2004 (2) 19 (להלן: "אלוני").

שימוש בה בדיעבד. זו היתה הסיבה שנעשה בה שימוש בראשית ימי הישוב, וזו הסיבה שנעשה בה שימוש עד היום. כדי להבין מציאות בעייתית זו, ניעזר במונח The Tragedy of the Anticommons שהוטבע על-ידי פרופ' הלר (Michael A. Heller) ומתאים לתיאור מציאות המקרקעין הישראלית (להלן: "המודל של פרופ' הלר", או "המודל", או "הטרגדיה של האנטי-שיתופיות").

העובדה שמדובר בזכות בדיעבד גרמה לשלל ויכוחים סביב היקפה ותחולתה. זכות הרישיון מטבעה היא זכות תלויה נסיבות, היות ושימושה המקורי היה כדי לרדוף צדק במקרה הקונקרטי והספציפי. ממילא קשה לגזור כללים משפטיים מקיפים מהחלת הזכות במקרים השונים וניסיונות שנעשו לעשות כן יועדו מלכתחילה לכישלון. נעיר רק, שלמרות הבדלים תיאורטיים משמעותיים בהחלת זכות הרישיון, הרי שהתוצאה בפועל הינה זהה למדי.

כאמור, הניסיונות שנעשו להדיר את זכות הרישיון מספר המשפט הישראלי לא צלחו. יתירה מזו, דעתנו היא, כי כל עוד קיימת המציאות הבעייתית במקרקעין, לא יהיה מנוס מהכרה, רשמית או לא רשמית, בזכות הרישיון. רק כאשר ישתכלל וישתפר משטר המקרקעין הישראלי, יהיה מקום לבטל את המוסד (וגם כאן נשתמש בנימוח של פרופ' הלר). עם זאת, המלצתנו היא ללמוד את הנסיבות שהובילו להכרה בזכות זו ולהבין, שמדובר בפתרון בעייתי למציאות קשה, כשהתקווה היא שבסופו של יום תשתנה המציאות ולא יהיה צורך להשתמש בו.

מן הבחינה המעשית, מומלץ להכיר בזכות זאת ב"חסכנות", לראות בה יותר זכות אישית מאשר קניינית, ולנסות לפתור כל מקרה באופן קונקרטי מבלי שייוצרו בכך תקדימים רחבים מדי לעתיד. לאור זאת, מבין שלוש הדעות החלוקות המופיעות בפסק-דין אלוני, דעתו של כב' השופט ריבלין היא הקרובה ביותר לגישתנו.

בהמשך המאמר נציג בקצרה את זכות הרישיון, מקורה ומאפייניו במשפט הישראלי; נשרטט את מדיניותו של חוק המקרקעין והרפורמה (לביטול הרישיון) שלא התבצעה; נסביר את המונח "The Tragedy of the Anticommons" (הטרגדיה של המשאב האנטי-שיתופי); נתאר את פסק דין אלוני, נבהיר את יישום המודל ונתווה את המדיניות הרצויה, לדעתנו, בעניין ההכרה ברישיון במקרקעין.

זכות הרישיון ומקורה במשפט הישראלי

מוסד הרישיון במקרקעין לא הוסדר בחוק כי אם בפסיקה². מבחינה היסטורית, סוגי הרישיונות חולקו באופן מסורתי לשניים: רישיון חוזי ורישיון גרידא. לאלה גם לאלה לא

2. נכון להיום, לא רק שהמוסד אינו מוסדר בחוק, אלא שיש בחוק הוראות שיש בהן כדי לבטל מוסד זה, והכל כפי שיפורט בהמשך.

היה מעמד קנייני. הדעה הרווחת היתה, כי זכות הרישיון הינה זכות אישית שאינה ניתנת להעברה, ולא כל שכן שהיא אינה עומדת מול זכותו של צד ג' במקרקעין.³

רישיון חוזי מאובחן, בדרך כלל, מרישיון גרידא והוא מבוסס על הסכם חוזי כלשהו בין הצדדים. לזכות שנובעת מרישיון חוזי יש, בדרך כלל, תאריך סיום מוסכם והיא אינה מעוררת שאלות ומחלוקות מיוחדות. זאת, משום שתנאי הרישיון החוזי ייבחנו במסגרת דיני החוזים.⁴ רישיון גרידא, לעומת זאת, מהווה בעיקרו מעשה נדיבות שאינו מלווה בהתחייבות מצד נותן הרשות. בידי בעל הרשות אין אלא היתר של חסד, המתחדש מרגע לרגע כל עוד חפץ בעל המקרקעין לתיתו. שאלת ההבחנה בין רישיון חוזי ורישיון גרידא תעלה כמובן באותם מצבים בהם מבקש בעל המקרקעין להתנער מן הרישיון שנתן ולתבוע את סילוקו של בר-הרשות מן המקרקעין.⁵

כל אחד מסוגי רישיונות אלו יכול היה להיווצר בצורה מפורשת או מכללא,⁶ חינם או בתמורה,⁷ לתקופה קצובה או לתקופת זמן בלתי קצובה.⁸ לצורת מתן הרישיון יש משמעות בבוא בית המשפט לבחון, באיזה סוג של רשות מדובר. רשות מפורשת בכתב ובתמורה תיחשב, בדרך כלל, לחוזית לעומת רשות מכללא וללא תמורה, וכן הלאה.

במשך השנים פיתח בית המשפט האנגלי סוג נוסף של רישיון והוא הרישיון מכוח השתק, ובכינויו כיום "זכות לרישיון בלתי הדיר". תורה זו ראשיתה בתחילת המאה ה-19 בבתי המשפט האנגליים⁹ והיא מבוססת על תורת ההשתק שפותחה בדיני היושר האנגליים.

3. (להלן: "ביאלרי"), עמ' 536-537 הדין ברישיון גרידא. *Wood V. Leadbitter* (1845) 153 E.R. 351, at p. 356-357; ע"א 304/72 ביאלר נ' ביאלר, פ"ד כז(1) 533.
4. נ. זלצמן "רישיון במקרקעין" הפרקליט מב חוברת א (תשנ"ה) 24, 27.
5. שם, ע"א 96/50 יעקב צינקי ואח' נ' ויקטור ע. כיאט ואח', פ"ד ה(1) 474 (להלן: "צינקי"), 479; ע"א 32/77 אליאסף טבוליצקי נ' בית כנסת ובית מדרש החסידיים, פ"ד לא(3) 210 (להלן: "טבוליצקי"); ע"א 260/65 צדוק וזלמן חייקין נ' אנה - חנה ממר ושלמה ארנהלט, פ"ד יט(4) 183; ע"א 496/82 יצחק רוזן ו-4 אח' נ' יגאל סלונים, ע"ד ואח', פ"ד לט(2) 337 (להלן: "רוזן").
6. טבוליצקי (לעיל, הערה 5), עמ' 217-218; ע"א 602/84 ריבוא נ' גל, פ"ד לט(3) 693 (להלן: "ריבוא"), עמ' 697; ע"א 463/79 ג'בראן נ' ג'בראן, פ"ד לו(4) 403 (להלן: "ג'בראן"), עמ' 408-409; בג"צ 45/71 קרושבסקי ואח' נ' ראש העיר ואח', פ"ד כה(1) 792 (להלן: "קרושבסקי"); ע"א 496/89 סאלם סלאמה אל-קאלאב ואח' נ' אונברסיטת בן גוריון, פ"ד מה(4) 343 (להלן: "אל-קאלאב").
7. אולם ניתן לומר, כי כאשר מדובר ברישיון חינם ברוב המקרים יקבע בית המשפט כי מדובר ברישיון גרידא. ראה למשל ע"א 47/64 ששון נ' ששון, פ"ד יח(4) 235, עמ' 239; ע"א 290/67 איזמן נ' רשות הפיתוח ואח', פ"ד כב(1) 17, עמ' 19.
8. מרכיב זה הינו מרכיב חשוב בבוא בית המשפט לבחון האם המדובר ברישיון הדיר או שמא ברישיון בלתי הדיר.
9. *Inwards And Others V. Baker* (1965) 1 All E.R. 446 (as follows: "Inwards"), at p. 448-449; *Plimmer And Others V. Mayor &c., Of Wellington* (1884) 9 A.C. 699, at p. 714; *Erington V. Erington And Others* (1952) 1 All E.R. 149, at p. 154-155; *Crabb V. Arun District Council* (1975) 3 All E.R. 865, at p. 872-873; *Pascoe V. Turner* (1979) 1 W.L.R. 431, at p. 437-438; *Hapgood V. Brown* (1955) 1 W.L.R. 213 (as follows: "Hapgood"), at p. 224-225; *E.R. Ives Investment Ltd. V. High* (1967) 2 Q.B. 379 (as follows: "Ives"), at p. 395-396; *Taylor's Fashions Ltd. V. Liverpool Victoria Trustees Co. Ltd.* (1982) Q.B. 133, at p. 154-155; *Ward V. Kirkland* (1967) CH. 194, at p. 231-232; *Williams V. Staite And Another* (1978) 2 All E.R. 928, at p. 932-933; *Cheshire & Burn's Modern Law of Real Property* (London, 15th ed. 1994), at p. 595-598; *J.D.Riddall Land Law* (London, 6th ed. 1997), at p. 362-363.

השתק בהקשר של רישיון מונע מבעל זכות במקרקעין לחזור מן ההרשאה שנתן לאחר להשתמש במקרקעין אם המורשה הסתמך על ההרשאה בתום לב ובאופן סביר ושינה עקב כך את מצבו לרעה¹⁰.

השלב הבא בהתפתחות היה קביעת מעמדה המשפטי של זכות הרישיון הבלתי הדיר. שאלה זו עלתה על שולחנו של בית המשפט עת התנגשה זכותו של בעל הרישיון מול זכותו של צד ג' במקרקעין. או אז נדרש בית המשפט להכריע בשאלת קנייניותה של הזכות.

שאלת מעמדו של צד ג' מול בעל רשות בלתי הדירה היא השאלה העקרונית והחשובה ביותר לגבי מעמדו של הרישיון הבלתי הדיר בפרט. מעת שנקבע כי מדובר בזכות לרישיון שהינה בלתי הדירה, הרי שמייד צצות מאליהן שאלות נילוות, כגון: יכולתו של בעל הרישיון למשכן זכות זו; יכולתו להוריש את הזכות; מעמדו של בעל הזכות מול בעל זכות אחרת במקרקעין; מעמדו מול רוכש בתום לב ועוד כהנה וכהנה שאלות הקשורות למידת קנייניותה של זכות הרישיון¹¹.

בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט, כי משהוכרה הזכות לרישיון כזכות בלתי הדירה מכוחם של דיני היושר, הרי שזכות זו זוכה להגנה כלפי בעל המקרקעין וכל מי שהוא נעבר בזכויותיו, למעט רוכש בתום לב ובעד ערך, שלא ידע על קיום הרשות¹². היינו, משנקבע, כי בזכות לרישיון בלתי הדיר עסקינן, הרי שבפועל משתנה מעמדה של הזכות מזכות אישית לזכות חפצית התקפה כלפי צד ג'.

לסיכום התפתחותו של מוסד הרישיון ניתן לומר, כי בתחילה הוכר הרישיון כזכות אישית גרידא בעלת בסיס חוזי או וולנטרי. לאחר מכן, זכותו של בעל הרישיון כנגד בעל המקרקעין המרשה הוכרה כזכות אישית אשר איננה הדירה (רישיון בלתי הדיר). רק בזמן מאוחר יותר (תחילת המאה העשרים) נקבע, כי זכות זו הינה זכות מעין-קניינית. יש להבהיר, כי התפתחות היסטורית זאת נעשתה בעיקר באנגליה. בתי המשפט הישראלים ירשו את

10. אלוני, (לעיל, הערה 1), בפסקה 7; זלצמן (לעיל, הערה 4), עמ' 34-30; ע"א 346/62 פנינה ויעקב רכטר ואח' נ' מנהל מס עזבון ירושלים, פ"ד יז(2) 701 (להלן: "רכטר"), בעמ' 705; ע"א 92/69 ח"יר נ' ח"יר, פ"ד כג(2) 197 (להלן: "ח"יר"); ע"א 588/81 אריה ציזיק נ' דבורה הורוביץ ו-4 אח', פ"ד מ(1) 321 (להלן: "ציזיק"), עמ' 324-325; מ. דויטש קניין (כרך ב, תשנ"ט), עמ' 414-415.

11. טלו, למשל, את אדמותיהם של חברי המושבים. אדמות המושב הן בבעלות המדינה ומנוהלות על ידי מינהל מקרקעי ישראל. לחברי המושבים אין זכות בעלות במקרקעין למרות שחלקם יושבים במקרקעין עשרות שנים; כל שיש בידיהם היא זכות רישיון. לעניין זה ראה ר. שפירא "הזכות החוקתית של מתיישבים חקלאיים באדמותיהם - תקציר חוות דעת" מקרקעין א/2 (2002) 3; ע. נועם "זכותו של מי שהפסיק להיות חבר באגודה שיתופית להיות בעל זכויות בנחלה" מקרקעין א/3 (2002) 583; ס. אוטולנגי "ההסדרים המשפטיים בנוגע לירושת משק במושב עובדים" עיוני משפט ה 3 (תשל"ז) 469.

12. זלצמן (לעיל, הערה 4), עמ' 33; ע"א 56/67 ברוך אלימלך נ' ליאון יחיאל, פ"ד כא(1) 666; ע"א 289/65 צפורה ואריה רובינשטיין נ' רענן רון ו-5 אח', פ"ד כ(1) 505 (להלן: "רובינשטיין"), עמ' 505; ע"א 12/58 ישעיהו פבזנר נ' אליעזר קירשנר, פ"ד יב(2) 1765. הלכה דומה נהגה בדיון האנגלי בכל הנוגע למעמדו של צד ג'. ר' Hapgood (supra, note 9); Inwards (supra, note 9); R. Megarry A Manual of The Law of Real Property (London, 8th ed. By A.J. Oakley, 2002), at p. 482.

התוצאה הסופית מהדין האנגלי והחל מאמצע המאה העשרים זהו הדין ששלט בכיפה בישראל¹³.

כל זאת באשר לדין התיאורטי. אולם נשאלת השאלה, כיצד נוכל לדעת במקרה פרטי האם לפנינו רישיון בלתי הדיר אם לאו. התשובה היא, כי ההכרעה הסופית לעולם תהיה נסיבתית. הפעלתו של ההשתק מותנית בהתקיימותן של נסיבות מיוחדות המעידות על הציפייה של בעל הרישיון והנוק שנגרם לו. הציפייה שיצר בעל המקרקעין אצל בעל הרישיון והנוק שסבל בעל הרישיון בהסתמך עליה, מחייבים לבחון את מהות הרישיון שנוצר לא רק במשקפיו של הדין הפורמלי, אלא גם על פי שיקולים של צדק. דהיינו, האם יהיה זה צודק בנסיבות העניין לאפשר לבעל המקרקעין להתנער מן הרישיון שנתן ולתבוע סילוקו של בעל הרישיון מן המקרקעין.

תנאי הרישיון, משך הזמן שבו הוא ניתן, ותנאי הסיום של הרישיון ייקבעו על ידי בית המשפט על פי שיקולים של צדק. בדרך כלל, זמן רב שעבר, השקעה משמעותית של בעל הרישיון ושינוי מצב לרעה, הם סממנים למתן רישיון בלתי הדיר. הכרה בזכותו של פלוני להחזיק או להשתמש במקרקעין מכוחו של השתק תעלה אפילו את רישיון הגרידא למעלה של רישיון בלתי הדיר, שאין בעל המקרקעין יכול להתנער ממנו כרצונו. ביטול רישיון בלתי הדיר כזה מסור לשיקול דעת בית המשפט ויוכרע על פי שיקולים של צדק¹⁴.

מטבע הדברים, היות דיני הרישיון הבלתי הדיר מבוססים על דיני היושר והיותם תלויי נסיבות הביאו להתדיינויות רבות בבתי המשפט בשאלת הדירותה או אי הדירותה של הרשות - התדיינויות שגרמו מפעם לפעם לקריאה למחוקק לשנות את המצב ולתת פתרון ברור ובהיר לסוגייה¹⁵.

חוק המקרקעין והרפורמה שלא התבצעה

חקיקת חוק המקרקעין ב-1969 וחוק השכירות והשאלה¹⁶ ב-1971 הביאה לשינוי, ומבחינה מסויימת אף למהפך, בדיני המקרקעין שנהגו בישראל עד אז. מטרתו העיקרית של המחוקק היתה להנהיג שיטת רישום זכויות סגורה, שקופה, אמינה ומדוייקת. שיטת רישום שכזו היא הכרחית לכל כלכלה מודרנית המבקשת לקדם אפשרויות פיתוח במקרקעין.

13. פסק הדין המנחה בעניין זה הינו ע"א 87/62 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד טז(4) 2901 (להלן: "בדיחי"), עמ' 2905.

14. זלצמן (לעיל, הערה 4), עמ' 30-31; בדיחי (לעיל, הערה 13); רכטר (לעיל, הערה 10); רובינשטיין (לעיל, הערה 12).

15. כך ראה למשל, דברי השופט ריבלין בפסק-דין אלוני בהתייחסו לאפשרות ביטול זכות הרישיון והחלפתה בזכות קניינית אחרת: "... ספק אם ראוי כי בית המשפט, ולא המחוקק או הגופים המבצעים, יכונן משטר קנייני חדש עבור ההתיישבות החקלאית".

16. חוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971 (להלן: "חוק השכירות והשאלה" או "חוק השכירות").

עיון בדברי ההסבר להצעות החוקים מלמד, כי מטרת המחוקק היתה להעביר מן העולם, בין שאר הזכויות הבלתי ניתנות להסדרה, את מוסד הרישיון¹⁷. מטרה זו באה לידי ביטוי הן בבחינה מהותית של החוק והן בבחינה פורמלית. מבחינה מהותית, נראה שלא נותר מרחב מחיה למוסד הרישיון לאור החקיקה החדשה ולאור מגוון זכויות הקניין המוגדרות בו. לכאורה הוגדר מכלול זכויות מלא שאין בו כל מקום לרישיון.

מן הבחינה הפורמלית, שני תיקונים בחוק המקרקעין ביטלו את מוסד הרישיון. הראשון הוא סעיף 160 לחוק המקרקעין, שביטל את הזיקה לדין האנגלי בענייני מקרקעין על ידי ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו. השני הוא ביטול הזכויות שביושר במקרקעין במסגרת סעיף 161 לחוק המקרקעין הקובע, כי אין זכויות במקרקעין אלא לפי חוק.

בנוסף לתיקוני חוק המקרקעין, גם סעיף 31 לחוק השכירות והשאיילה נראה כממוטט את זכות הרישיון. הסעיף קובע את תחולת החוק גם על זכות השימוש וממילא לכאורה אין צורך בשימוש בזכות הרישיון¹⁸.

לאור הוראות הדין, נראה היה כי מוסד הרישיון הבלתי הדיר עבר ובטל מן העולם. אין כוונתנו לומר, כי היה צורך לקבוע כי בידי בעל הזכות אין ולא כלום, אלא נראה היה כי לפחות מכאן ולהבא תסווג זכות השימוש במסגרת הזכויות המנויות בחוק. משמע, מוסד הרישיון הבלתי הדיר כמוסד עצמאי שהוא יציר הפסיקה יעבור מן העולם. אלא שהסתבר שלא כך קרה. בתי המשפט המשיכו להכיר במוסד הרישיון ולהתבסס על ההלכות שנפסקו טרם חקיקת חוק המקרקעין.

בתי המשפט והספרות לא התעלמו מקביעת המחוקק, אלא פיתחו דרכים שונות דרכן ניתן להמשיך ולהכיר במוסד הרישיון אף לאחר חקיקת חוק המקרקעין וחוק השכירות והשאיילה. כך קמו להן שתי האסכולות העיקריות באשר לשאלה זו: האחת מבטלת את מוסד הרישיון והשניה מקיימת. כפי שנראה, אלו וגם אלו מגיעות, בדרך כלל, לאותה תוצאה מעשית.

א. האסכולה המבטלת

על אסכולה זו נמנית השופטת בן פורת בפסק-דין אגוזי¹⁹. לגישתה, אין עוד תחולה לזכות הרישיון, שכן חוק המקרקעין מגדיר "שכירות", "שאיילה" ו"זיקת הנאה"

17. הי"ח 612 (תשכ"ד) עמ' 178 וה"ח 901 (תש"ל) עמ' 288. במיוחד ראו דברי ההסבר לסעיף 25 לחוק השכירות. לשונם המלא הוא: "לעניין חוקי הגנת הדייר התפתחה באנגליה ובארץ תורה שלמה בדבר עסקת "רישיון" שאינה שכירות ואף לא השאלה, אלא מין זכות אישית שאין עימה זכות החזקה בנכס. תורה זו עברה לאחר מכן גם לתחום השכירות החוזית. הסעיף המוצע בא לבטל, לעניין התקשרות חוזית, את כל האבחנות החוקיות שבין "רישיון" זה לבין שכירות או השאלה. הוראות החוק יחולו בין שניתנה זכות להחזיק בנכס ובין שלא ניתנה זכות כזאת, פרט להוראות המכוונות לעניין החזקה דווקא", שם, בעמ' 294.

18. בשאלה זו לא ניתן להתעלם גם מסעיף 83 לחוק המקרקעין המחיל את הוראות השכירות במקרקעין גם על הזכות שהוקנתה שלא בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות. ראו זלצמן (לעיל, הערה 4), בעמ' 34-35.

בצורה רחבה וגמישה המכסה את קשת הזכויות במקרקעין. יחד עם זאת, השופטת בן פורת מסכימה שזכות הרישיון מהווה עדיין הגנה טובה במקרים מסויימים כגון: הדיפת תביעה בגין הסגת גבול.

ביסוד הגישה המבטלת עומדים ארבעה טעמים אותם מונה השופטת בן פורת:

ראשית, השופטת דוחה את האפשרות להכיר בזכות הרישיון כזכות אישית שאינה בגדר שכירות, משום שספק בעיניה אם חוק המקרקעין אכן דן אך ורק בזכויות קניין ולא בזכויות אישיות.

שנית, גם אם רצוי להכיר בקיום זכויות אישיות להחזיק ולהשתמש במקרקעין מחוץ למסגרת דיני השכירות, עניין הוא למחוקק לענות בו.

שלישית, אין לפתוח פתח לעקיפת ההוראה הקוגנטית של סעיף 22 לחוק השכירות והשאילה הקובע את דין העברת השכירות על ידי השוכר.

רביעית, תכליתו של חוק המקרקעין היא להנהיג שיטת רישום אשר תבטיח, כי כל הזכויות במקרקעין ישתקפו ברישומים שבפנקסי המקרקעין. תכלית זו אומנם לא הוגשמה במלואה, אך בוודאי אין להוסיף זכויות במקרקעין שקיומן אינו מותנה ברישום בפנקסי המקרקעין מעבר לאלו שכבר קיימות במפורש²⁰.

לדעת השופטת בן פורת, קשה להלום מצב שלא ייכנס בדלת אמות ההסדר האמור לעיל, בעיקר אם נוסף להגדרות ולהוראות דלעיל גם את דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובמקרה מתאים ונדיר - אף את דיני ההשתק. לאמיתו של דבר, גישה זו "המבטלת" את הרישיון משאירה את בעל הרישיון במעמד דומה מבחינה משפטית למעמדו ערב חקיקת חוק המקרקעין. מה שמקודם נחשב לזכות מכוח דיני היושר, נחשב כיום לזכות מכוח הזכויות הקיימות בחוק.

גישתה של השופטת בן-פורת נותרה דעת מיעוט.

ב. האסכולה המקיימת

לצד האסכולה המבטלת קמה לה האסכולה המקיימת, אשר במסגרתה נחלקות הדעות באשר לקונסטרוקציה על פיה תוכר הזכות לרישיון בלתי הדיר.

פרופ' ויסמן סבור, כי אין זה רצוי לשלול את האפשרות ליצור זכויות אישיות להחזיק ולהשתמש במקרקעין שיהיו מחוץ למסגרת דיני השכירות. לדעתו, ניתן לומר כי חוק המקרקעין אינו דן בכל זכות שתוכנה החזקה ושימוש במקרקעין, אלא אך ורק

19. ע"א 318/83 אגוזי שפע בע"מ (בפירוק מרצון) ואח' נ' אוגניון שיבר ואח', פ"ד (4) 322 (להלן: "אגוזי"), עמ' 335-334.

20. שם, בעמ' 334.

בזכויות קניין שתוכנן הוא החזקה ושימוש במקרקעין²¹. אשר על כן, קיימת עדיין זכות לרישיון בישראל²².

לדעת פרופ' נינה זלצמן, הוראת סעיף 161 לחוק המקרקעין אינה שוללת את תחולתם של עקרונות משפטיים כלליים אף אם יש להם אפליקציה מיוחדת בענייני מקרקעין. בסוגיית הרישיון במקרקעין יופעל ההשתק כדי למנוע מבעל המקרקעין להתכחש לציפייה שיצר אצל פלוני. לא תישמע לכן הטענה, כי הרשות לה טוען פלוני אינה מעוגנת בחוזה מחייב, או כי על פי הדין הפורמלי הוא רשאי לבטל את הרשות בכל עת. יחד עם זאת, תוצאת הפעלתה של המניעות תהא מעתה מוגבלת. היינו, רישיון מכוחו של השתק יהא מעתה תחליף לרשות חוזית.

לדעת פרופ' זלצמן, למסקנה דומה ניתן יהיה להגיע על ידי הפעלת עקרון תום הלב שבסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים²³, אם כי אין בעקרונות אלה כדי להעלות את הזכות לרמה של זכות במקרקעין והיא תישאר לעולם זכות אישית. פרופ' זלצמן אינה שוללת את האפשרות שהצדדים ייצרו זכות שימוש שעולה כדי אחת מן הזכויות המנויות בחוק השכירות והשאלה, אך הכל תלוי בהסכם בין הצדדים²⁴.

האם הגישה המבטלת את הרישיון במקרקעין אכן מבטלת, והגישה המקיימת אכן מקיימת? לא בהכרח. הגישה ה"מקיימת" ממשיכה לכאורה להכיר במוסד הרישיון הבלתי הזדיר. אלא מאי, גישה זו מורידה את הזכות לדרגת זכות חוזית. גישה זו רואה ביחסים שבין המרשה ל"בר הרשות" כיחסים חוזיים גרידא. משכך, הרי שמדובר בזכות אישית ואין כוחה יפה תמיד מול צד ג'. גישה זו מחזקת את מעמדו של צד ג' מול בעל הזכות²⁵.

מאידך גיסא, הגישה ה"מבטלת" הינה למעשה גישה מקיימת. גישה זו מעלה את זכות הרישיון מדרגה של זכות קניינית המבוססת על דיני היושר האנגליים למעלה של זכות קניינית מכוח החוק. זכות המוענקת באותן נסיבות לא תיקרא מעתה "רישיון" כי אם תשולב לתוך אחת מזכויות הקניין המוגדרות בחוק²⁶. על פי גישה זו,

-
21. ויסמן חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 - מגמות והישגים, עמ' 39, 60-61; נ. כהן (גרבלסקי) "זכות שימוש במקרקעין כ"זכות במקרקעין" עיוני משפט ד חוברת 2 (תשל"ה) 425, בעמ' 426; א. איזנשטיין יסודות והלכות בדיני מקרקעין (כרך ב', מהדורה ראשונה, תשנ"ו), עמ' 147. איזנשטיין מוסיף ומציין, כי יש להחיל על זכות הרישיון את הוראות חוק השכירות והשאלה כעל מטלטלין.
22. למלומדים יש כמובן תשובות לטענה, שזכות הרישיון בוטלה מהותית ופורמלית. לגבי הפן הפורמלי נטען, כי סעיף 161 (הקובע שאין זכויות במקרקעין שלא על פי חוק) לא שולל אפשרות של יצירת זכויות חוזיות בנכס. מן הפן המהותי הקשור לאמינות המרשם נטען, כי היות ומדובר בזכות חוזית שאיננה משנה את מצב הזכויות בנכס, אין פגיעה באמינות המרשם. ראו זלצמן (לעיל, הערה 4), עמ' 39-40.
23. חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
24. זלצמן (לעיל, הערה 4), עמ' 47, 49.
25. גישה זו מסוייגת על ידי האפשרות להחיל את עקרון המניעות ועקרון תום הלב במצבים בהם צד ג' ידע על קיומה של הזכות; זלצמן (לעיל, הערה 4), עמ' 42-43; מ. דויטש קניין (כרך ב', תשנ"ט), עמ' 415; השופט ריבלין בפסק דין אלוני (לעיל, הערה 1). פרופ' זלצמן אף מעלה אפשרות של החלת עוולת גרם הפרת חוזה גם על חיוב שאינו נובע מחוזה.
26. כמובן, שקביעת קניינותה של הזכות כפופה לעמידה בתנאים הקבועים בחוק, כגון: רישום במידה ומדובר בשכירות שהיא מעל 5 שנים וכדומה.

זכותו של צד ג' נסוגה מפני זכותו של בר-הרשות, היות וזכותו תסווג מעתה לאחת מזכויות הקניין הקבועות בחוק²⁷. גישה זו בעצם מחזקת את הזכות שנקראה בעבר רישיון ומחלישה את כוחו של צד ג'.

אין חולק, כי הרפורמה לה נתכוון המחוקק לא נתממשה, שכן השימוש בזכות נמשך ובדרך כלל מדובר אך בשינוי כותרתה של הזכות. בה בעת שבתו המשפט והספרות מתחבטים בשאלת מעמדה של זכות הרישיון, יש פסיקה לא מעטה הממשיכה להסתמך על ההלכות שנפסקו טרם חקיקת חוק המקרקעין ועל דיני היושר²⁸. פרופ' נינה זלצמן במאמרה מסייגת אמירה זו בכך שברוב המקרים²⁹ מדובר היה ברישיון במקרקעין שנוצר לפני חוק המקרקעין³⁰.

קשה להתעלם מהעובדה שהלכות הרישיון שהתבססו על דיני היושר ממשיכות להוות תשתית לפסיקתם של בתי המשפט בסוגייה זו עד לימים אלו ממש. ויותר מכך, גם במקרים בהם קובע בית המשפט, כי אין עוד מקום לזכות הרישיון, הרי שבאותה נשימה הוא דן בזכות ובוחן את שאלת הדירותה³¹.

כדי להבין מדוע בתי המשפט מתעלמים כמעט מכוונה ברורה של המחוקק וממשיכים להזדקק להלכות הרישיון העתיקות, נסביר את המציאות הבעייתית, ולצורך זה, נבהיר מספר מונחים שבהם נשתמש.

-
27. בהנחה שמדובר בזכות קניינית על פי חוק. שהרי, כפי שציין הנשיא ברק בפסק דין **אלוני** (בפסקה 3), היות הזכות על פי חוק אינה הופכת אותה אוטומטית לזכות קניינית.
28. ראה למשל **ג'בראן (לעיל, הערה 6)**; ע"א 657/71 **אבא יקותיאל ואח'** נ' **שר האוצר**, פ"ד כו(2) 564 (להלן: "**יקותיאל**"); **טבוליצקי (לעיל, הערה 5)**; **רוזן (לעיל, הערה 5)**; ע"א (ת"א) 2340/01 **עוקבי שלמה** נ' **רשות הפיתוח**, מיום 8.7.04 (המאגר המשפטי נבו) (להלן: "**עוקבי**"); ת"א (ת-א) 100386/01 **מינהל מקרקעי ישראל מחוז תל אביב** נ' **ראובן נוריאל**, מיום 8.8.04 (המאגר המשפטי נבו); ת"א (ת"א) 15835/99 **אברהם סיווה** נ' **שלמה מיוחס ואח'**, מיום 2.11.01 (המאגר המשפטי פסקדין); ת"א (חדרה) 4703/99 **יצחקי צבי** נ' **בן שמואל יוכבד**, מיום 25.7.01 (המאגר המשפטי נבו). נציין, כי לא כל פסקי הדין דנו במעמדו של צד ג'. אולם, הנקודה העיקרית אותה ברצוננו להבהיר היא, כי פסקי הדין דנים באופן טבעי בזכות הרישיון בלא לדון בשאלה, האם זכות זו עדיין קיימת. בתי-המשפט בוחנים את הדירותה של הזכות ובהסתמך על שיקולי צדק והלכות שנפסקו טרם חקיקת חוק המקרקעין. כך לדוגמה ע"א (חיפה) 1895/00 **רשות הנמלים והרכבות** נ' **אגודת יורדי ים זבולון**, תק-מח 2001(2) 6054.
29. ראה למשל פסק דין **ציזיק (לעיל, הערה 10)** ופסק דין **רוזן (לעיל, הערה 5)**.
30. **זלצמן (לעיל, הערה 4)**, עמ' 38. כאן המקום לציין את פסיקתו של בית המשפט בע"א 867/03 **נדב ואח'** נ' **מונסביץ - פלינר ואח'**, מיום 12.10.04 (המאגר המשפטי נבו). בית המשפט העליון קבע בעניין זה, כי זכות שביושר שנוצרה טרם חקיקת חוק המקרקעין תמשיך לחול גם לאחריו. בענייננו תעלה השאלה, מה דינה של זכות הרישיון שנוצרה ערב חקיקת חוק המקרקעין. לנו נראית הגישה, כי לא די בכך שהזכות נוצרה ערב חקיקת חוק המקרקעין אלא צריך שאותם כללי צדק היוצרים את הזכות שביושר ייווצרו טרם חקיקת החוק; היינו, אותן נסיבות היוצרות את ההשתק וביניהן משך זמן ההחזקה. אם כל אלה חלו לפני חוק המקרקעין, הרי שאכן יש מקום להחיל את הלכת בית המשפט העליון האמורה גם על זכות הרישיון הבלתי הדיר.
31. ראה למשל פסק דינו של השופט שמעוני בת"א (י-ם) 13402/02 **בורה שושנה** נ' **בורה אריה ואח'**, מיום 10.5.04 (המאגר המשפטי נבו).

הטרגדיה של הרכוש המשותף והטרגדיה של הרכוש האנטי-משותף

הטרגדיה של הרכוש המשותף הינה מושג ידוע בכלכלה ובתורת המשחקים (The Tragedy of the Commons) והיא אף מתוארת כאחד מכשלי השוק (מודלים שבהם השוק החופשי נכשל). לעיתים נוהגים לקרוא לה גם "הטרגדיה של שדה המרעה הטבעי", על רקע הדוגמה הקלאסית: בעיירה מסויימת ישנו שדה מרעה טבעי, שבו רועים עדרי התושבים. האינטרס של כל אחד מאנשי העיירה הוא להגדיל את עדרו במידת האפשר, שכן אז יירבו רכושו וכבודו. אבל ככל שיותר בהמות ירעו בשדה, ינוצל השדה עד שבסופו של דבר תיגרם רעיית יתר. עקב עודף הניצול ייהרס השדה לחלוטין, וכל עדרי אנשי העיירה ימותו. גם אם אחד מאנשי העיירה יחליט וולונטרית שלא להגדיל את עדרו, הדבר לא יעזור. זאת, משום שאחרים מיד ינצלו זאת ויגדילו את עדריהם הם.

כל משאב שחסר בעלים ברורים - יהיו אלה דגים, יערות-גשם או אוזון - נכלל בהגדרת "שדה המרעה הטבעי": כל המשתמשים מעוניינים לנצלו באופן מקסימלי, דבר שיגרם בסופו של דבר, להשמדתו המוחלטת. על פי האידיאולוגיה שבבסיס כלכלת השוק החופשי, על כל אחד לפעול לטובתו הוא, ומנגנון "היד הנעלמה" יגרום לתוצאה שתהיה טובה לכולם. "הדילמה של שדה המרעה הטבעי" מציבה בעיה בפני אידיאולוגיה זו. כל אחד פועל אמנם על פי האינטרסים שלו, אך התוצאה הסופית היא אובדן קולקטיבי וזק לציבור כולו.

קיימות תשובות רבות בפי כלכלנים כיצד לפתור בעיה זו. כלכלנים שמרנים, המאמינים באדיקות בכלכלה חופשית, יטענו כי הבעיה קשורה לכך שאין בעלים ברורים לשדה המרעה הטבעי. לו היו בעלים כאלו, היו הללו משתדלים ודואגים לכך ששדה המרעה ישמור על ערכו. לשיטתם, שורש המשבר נעוץ בבעלות קולקטיבית ובלתי יעילה על משאבים, במקום בעלות פרטית. הפתרון צריך להתבסס, כולו, על הפרטתו של שדה המרעה הטבעי.

אחרים אינם מאמינים בהפרטה וגורסים, כי יש צורך בכפיית הסכמה על כל המשתמשים במשאב על-ידי כוח חיצוני מבחוץ, שכן פתרון של הפרטה, איננו ריאלי לדעתם, וגם עשוי להיות בלתי יעיל. זאת, משום שלבעלים הפרטי יכולים להיות אינטרסים משלו להריסת שדה המרעה הטבעי. למשל, כדי להקטין את ההיצע ולהעלות את דמי השימוש בשדה. המרקסיסטים הקיצוניים יגרסו, כמובן, כי הבעייתיות נעוצה בעצם הקניין הפרטי על עדרי הבקר. לשיטתם, הקונפליקט הזה הוא רק אחד מני רבים הנגרמים עקב שיטה כלכלית/חברתית המציבה את הייצורה רכושני והחליפין כערכים מרכזיים.

"דילמת שדה המרעה הטבעי" איננה רק תיאורטית, משום שהשלכותיה בשטח נראות בברור. הדוגמה הטובה ביותר לדילמה המקורית היא משבר הדייג העובר עתה על השוק העולמי. בשנים האחרונות פותחו טכנולוגיות חדשות של דייג הכוללות שימוש במכשירי רדאר לגילוי להקות דגים, רשתות ענק וספינות חדשניות ורבות. התוצאה היתה צפויה. אחרי שיאים בתפוקה בשנות השמונים, יש ירידה מסיבית בכמויות הדגים הנתפסים כיום, וזאת עקב דגיית יתר. כבר כיום ישנם סוגים רבים של דגים, שבאופן כלכלי לא משתלם לנסות לדוגם בגלל כמותם הלא משמעותית. אם מדינת דייג אחת תגביל את כמות הדגים שמותר לספינותיה לדוג, לא יהיה בכך כדי לסייע, משום שמדינות אחרות רק תגדלנה את כמות הדגה שלהן. שדה המרעה הטבעי כאן אלו האוקיינוסים, שרובם איננו שייך לאיש.

הים הפתוח הוא רק דוגמה; כל משאב שניתן לשימוש על ידי כלל האוכלוסייה, יהיו אלה דגים, בופלו, חמצן, אוזון, או אפילו שירותי מערכת המשפט, נכללים בהגדרת "שדה המרעה הטבעי". כולם ישאפו לנצלו כמידת האפשר, דבר שיגרום בסופו של דבר להשמדתו המוחלטת.

יש הרואים במערכת הכבישים הציבורית דוגמה קלאסית ל"דילמה של שדה המרעה הטבעי", שכן מדובר במשאב ציבורי, שכולם ממהרים להשתמש בו. כמות הקרקע, וממילא כמות הכבישים, היא מוגבלת. גם אם יחליט מישהו שלא להשתמש במכונית כדי לא לפקוק את הכבישים, לא יעזור הדבר, משום שמכונית אחרת תתפוס מייד את מקומו. התוצאה הסופית יכולה להיות קריסה כללית של מערכת הכבישים.

לסיכום, הטרגדיה של הרכוש הציבורי היא, שבודדים הפועלים בנפרד באופן הגיוני ורציונלי יכולים לגרום ביחד לשימוש יתר במשאב חסר ולהריסתו המוחלטת. העובדה שלא ניתן למנוע מאחרים להשתמש במשאב גורמת, בסופו של דבר, להכחדתו.

הטרגדיה של הרכוש הלא-ציבורי הפוכה מבחינת זכויות, אך יש לה תוצאות דומות. היא מוגדרת כמצב שבו יש לבודדים את הזכות למנוע מאחרים את השימוש במשאב שבחסר. גם פה הטרגדיה היא, שבודדים הפועלים באופן רציונלי, אך כל אחד לחוד, גורמים בפעולתם ביחד לבזבוז המשאב ולשימוש חסר בו.

תיאוריה זו הוצגה לראשונה על ידי פרופ' מיכאל הלר במאמר משנת 1998 שכבר הפך לקלאסי. פרופ' הלר תיאר תופעה כלכלית בה חזה כאשר עבד ברוסיה בשנת 1990 כנציג הבנק הבינלאומי³².

הלר שם לב, כי חנויות גדולות שהיו שייכות למדינה במסגרת המשטר הסובייטי לפני נפילתו, עמדו ריקות תקופה ארוכה. לעומת זאת, "קיוסקים" קטנים שבהם נמכר מכל טוב, צמחו ברחובות מוסקווה כפטריות אחרי הגשם. החנויות הגדולות היו מרווחות ויפות לעומת הקיוסקים. הבעיה לא היתה נעוצה בבעלות, שכן החנויות לכאורה הופרטו, אך למרות זאת עמדו שוממות מול הקיוסקים הפרימיטיביים בחוצות העיר.

חקירתו של הלר העלתה, כי זכויות הבעלות על החנויות אומנם הופרטו אך חולקו לחלקים שונים ופוזרו בין גופים שונים. לדוגמה, "ועדת נכסים" ברשות המקומית יכלה באופן עקרוני להחזיק את הבניין ולהיות בעלת הזכות למכור אותו. לעומת זאת ייתכן כי מוסד או חברה של המדינה החזיקו בזכות לגבות כסף עבור השכרת הבניין. במקביל, יכלו ארגוני עובדים שעבדו במקום בעבר, להיות בעלי זכות להשתמש בבניין בדרך זו או אחרת. ואלו היו רק חלק מבעלי הזכויות בנכס. התוצאה הסופית היתה, שכל מי שרצה לעשות שימוש אפקטיבי בחנות היה צריך לתמרן בלוליינות בין כל בעלי הזכויות השונים ובפעול היה הדבר כמעט בלתי אפשרי. ממילא, כל מי שרצה להשתמש בנכסים אלה התייאש על נקלה.

32. Michael A. Heller "The Tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets" 111 *Harvard Law Review* Number 3 p. 622-688.

לעומת זאת, הקיוסקים ברחובות העיר היו פחות או יותר "שייכים" לקבוצות מאפיה מקומיות. מי שרצה לשכור קיוסק היה רק צריך לברר מי בעל האגרוף המקומי השולט באזור. לאחר זיהויו של "בעל הבית" היה צורך לנהל איתו משא ומתן מהיר על המחיר בלא צורך ברישיונות/אישורים מאיש. ברגע שהוסכם על התנאים, יכול היה "השוכר" להיכנס מיד למקום ולפתוח את העסק בו חפץ.

דוגמה זו שימשה להלך מודל למה שכינה הטרגדיה של הרכוש הלא-שיתופי. במקרה של המודל הקודם, טרגדיית הרכוש השיתופי, הבעיה נבעה מכך שלא ניתן היה לאסור על איש להשתמש במשאב. במקרה של הטרגדיה של הרכוש האנטי-שיתופי, הרי שיש יותר מדי אנשים היכולים למנוע מאחרים את השימוש (אך לא יכולים להשתמש בו בעצמם).

ההנחה הכלכלית היא, שלכל משאב שבמחסור יש שימוש אופטימלי. אין זה משנה אם אנו מדברים על אוויר, דלק, מים או אדמה. שימוש מרובה מדי יהרוס את המשאב, שימוש מועט מדי יגרום להפסד ולבזבוז. האינטרס הציבורי שואף כמובן לכך, שהשימוש בכל משאב יהיה אופטימלי. שתי הדוגמאות שהבאנו הם של כשלי שוק, דהיינו - מצבים שבהם כל אחד מהפרטים פועל באופן הגיוני וסביר מבחינתו הוא ולמרות זאת, התוצאה הסופית היא קטסטרופלית משום שנעשה שימוש יתר או משום שנעשה שימוש בחסר.

המודל של "שדה המרעה הטבעי" היה ידוע מימים ימימה³³. המודל של הלך חדש יותר והוצג על ידו רק בשנת 1998 אבל כבר בשש השנים האחרונות הפך למודל הקלאסי. מודל זה סייע להסביר תופעות שונות ומגוונות, טענות בדבר בעיות בשיטת רישום הפטנטים במחקר הביורפואי³⁴, לחלוקת תדרים בתחום הקומוניקציה³⁵, להתערבות הממשלות והגדרת הנהלים ברשת האינטרנט³⁶, ועוד כהנה וכהנה.

לענייננו, טענתנו היא, כי משטר המקרקעין בישראל במצבו כיום גורם לכך שבהרבה מקרים הבעלות מחולקת בין שחקנים שונים, שכל אחד מהם יכול למנוע מאחרים את השימוש האופטימלי במקרקעין. כל אחד מהשחקנים פועל אך ורק לטובת האינטרסים האישיים שלו, אך התוצאה קשה לכולם. יודגש, כי עיקר הזכות של כל אחד מהשחקנים איננה השימוש שהוא יכול לבצע, אלא המניעה מאחרים. משטר מקרקעין זה גורם לשימוש חסר ולא יעיל, ובין השאר גרם לשימוש המשפטי ברישיון.

כדי להסביר את הקשר בין התיאוריה למעשה, נתאר בקצרה את עובדות פסק דין **אלוני** ונראה כיצד מסביר המודל של הלך את התוצאה.

33. אם כי מקובל לצטט את מאמרו של הרדינג משנת 1968 כמאמר המוביל בתחום: Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, 162 Science (1968) 1243-1248. לתיאור קצר בעברית ראו מאמרו של אילן עמית "הליברליזם ופראדוקס האסירים" **מחשבות** מס' 53 (כסלו תשמ"ד - דצמבר 1984) עמ' 9-4.

34. Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research" 280 Science (1 May 1998).

35. Thomas Hazlett "Tragedies of the tele-commons (April 18, 2003) (http://www.manhattan-institute.org/html/_ftcom-tragedies.htm).

36. Hunter Dan, "Cyberspace as Place, and the Tragedy of the Digital Anticommons" . **California Law Review**, Vol. 91 p. 439, <http://ssrn.com/abstract=306662>.

פסק דין אלוני

פסק דין אלוני עוסק במפורש במעמדה של זכות הרישיון הבלתי הדיר מול צד ג'. בנסיבות המקרה, מדובר בזכותו של מעקל מול הזכות בחלק מנחלה שהקצה החייב לבנו

ההורים מאיר וחדווה ארד התגוררו בנחלה במושב בית-זית, הרשום כאגודה שיתופית (להלן: "האגודה" או "המושב"), מזה למעלה מארבעים שנה.

אדמות המושב הן בבעלות המדינה. הגוף העוסק בניהולן הוא מינהל מקרקעי ישראל. הסוכנות היהודית לארץ-ישראל שכרה את המקרקעין מהמינהל והעניקה לאגודה רשות שימוש. נחתם הסכם בין המינהל, האגודה והסוכנות (להלן: "ההסכם המשולש"). בין שאר זכויותיה, הוסמכה האגודה להעניק לחבריה זכויות של בר-רשות בנחלה שהוקצתה להם.

בסעיף 20 להסכם המשולש מכונים כל חברי האגודה "מתדיישים" ועל-פיו, הקמת מבנה בנחלה והעברת זכות שימוש בנחלה או במבנים שנבנו עליה מותנית בהסכמת המינהל, הסוכנות והאגודה. ובלשון הסעיף:

"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) שתינתן, אם תינתן, לאחר ש(המושב) (יודיע בכתב לסוכנות) את עמדתו(ו). העברה ו/או מסירת זכות השימוש כאמור דינה כדין העברת זכות חכירה לענין חובת תשלום דמי הסכמה (למינהל)."

בשנת 1986 הוסכם בין ההורים לבנם, אליעזר ארד, כי הוא ואשתו יקימו את ביתם בנחלת ההורים ובסמוך לבית ההורים. בעקבות בקשה שהגישו ההורים לאגודה להקים בנחלתם יחידת מגורים שנייה עבור הבן ואשתו, נכרת בתאריך 30 בנובמבר 1989 הסכם בין ההורים לבין המינהל, הסוכנות והאגודה, במסגרתו ניתנה להורים הרשות להקים יחידת מגורים נוספת ולמסור אותה לשימוש בני-משפחתם בלבד. בהסכם אף נקבע, כי יחידת המגורים הנוספת תהיה חלק בלתי נפרד מנחלתו של המתדייש, וכי המתדייש לא יוכל להעביר את זכותו, אלא אם יעביר את כל יחידות המגורים כיחידה אחת ביחד עם הנחלה והמגרש. על יסוד הסכם זה, הקים הבן את ביתו בנחלה והוא מתגורר בו עם אשתו ושלושת ילדיהם מאז הקמתו בשנת 1991.

ביום 14 ביולי 1996, לאחר שעסקם של האב והבן נקלע לקשיים והנחלה מושכנה לבנק לאומי, 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 לשיעבוד 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".

ביום 29 בספטמבר 1997, במסגרת הליכים למימוש שטרות, שמשך האב לזכות יובל אלוני (להלן: "אלוני" או "המערער"), הטיל המערער עיקול בלשכת ההוצאה-לפועל על זכויות האב שנחלה. ביום 5 בפברואר 1998 גיבשו האב והמערער הסדר פשרה, לפיו אם המשפחה קיבלה על עצמה 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 נכרת בין המערער להורים, ולבקשתם, ביום 8 בפברואר 1998 קיבל ההסדר תוקף של פסק-דין, בגדרו אושר העיקול.

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

בית-המשפט המחוזי קבע, כי מטרת ההתחייבות להעברת הזכויות בשטח הנוסף היתה הברחת נכסים. לעומת זאת, בית-המשפט המחוזי מצא, 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 מיווד עם האב - ידע, בעת שחתם על ההסכם עם ההורים, כי למשיבים זכות מגורים. מסקנתו של בית-המשפט המחוזי היתה, אם כן, כי הרשות שניתנה למשיבים להתגורר בבית-המגורים ובשטח שלידו אינה הדירה, וניתן פסק-דין המצהיר כי למשיבים "זכות אישית למגורים, להם ולצאצאיהם (בית-המגורים)".

עיקר טענות המערער בערעור בבית המשפט העליון היו, כי לקביעתו של בית-המשפט המחוזי, לפיה ניתן למשיבים רישיון בלתי-הדיר לשימוש בבית-המגורים, אין בסיס עובדתי. אולם, לטענת המערער, בכל מקרה אין רשות כזאת משפיעה על זכויות שרכש צד שלישי. במקרה שלפנינו, הרישיון שנתנו ההורים לבנם לגור בנחלה איננו גובר על זכות הבעלות של אלוני בנחלה. דהיינו, רישיון במקרקעין איננו עדיף על זכותו של צד ג' שהטיל עיקול על הנחלה (ובדרך היקש גם על מקרה שבו צד ג' קנה את הנחלה).

כדי להבין את הבעייתיות בפסיקה, מן הראוי לציין בקצרה את "הבעלים" המרובים של אותה פיסת קרקע.

האדמות הן בבעלות המדינה ועל-כן המדינה רשומה כבעלים, אם כי לא ברור אם מקרקעין אלו עברו הסדר מקרקעין. האדמות מנוהלות על ידי מינהל מקרקעי ישראל, שהוא גוף עצמאי, לעיתים בעל מדיניות משלו. הסוכנות היהודית לארץ ישראל שכרה את מקרקעי

המדינה מהמינהל והעניקה רשות שימוש "לאגודה". האגודה מורכבת מאנשי מושב בית זית הרשום כאגודה שיתופית. נמצאנו למדים, כי עד עתה יש לנו ארבעה "מעין בעלים": המדינה, מינהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והאגודה השיתופית "מושב בית זית".

במסגרת זו לא ברור לנו, מהי זכותם של ההורים חברי המושב, שמא מדובר בשכירות, שאילה או בעלות. לאחר שנחליט על מהות זכותם, יש לבחון כיצד והיכן משתלב בנם בפסיפס הזכויות.

נראה שריבוי הבעלים מסביר את הבעייתיות. יושם אל לב, שלא ברור כלל מיהו הבעלים בפועל של הנכס; לפנינו ארבעה גופים השולטים עליו: המדינה, המינהל, הסוכנות והאגודה. אלא שבנכס עצמו מתגוררים ההורים, והם נתנו לבנם לגור בנחלתם. על פניו ניתן לראות בבירור את מימוש הטרגדיה של הרכוש הלא-שיתופי. המשותף היחיד לכל אחד מששת השחקנים שלפנינו הוא יכולתו למנוע את השימוש האופטימלי מהאחרים.

אולם לא מדובר רק על ניצול לא אופטימלי של הקרקע, אלא מדובר על תסבוכת משפטית וכלכלית כאחד. אין ספק שלבן יש זכות מסויימת במקרקעין. אחרי ככלות הכל, הוא קיבל רשות מאביו ובנה במקום את ביתו. חוש צדק בסיסי לא יתיר לנו לומר, כי אין לבן דבר בנחלה בה הוא מתגורר במשך שנים ואשר בה מתגורר אביו שנים רבות יותר. חייבים אנו להכיר בזכות כלשהי המתאימה לנסיבות.

זוהי דוגמה להתנגשות בוטה של הדין עם המציאות. מטרות חוק המקרקעין לענייננו פשוטות וברורות. אין ספק שאחת המטרות היתה לבטל לחלוטין את מוסד הרישיון במקרקעין כדי לפשט את מערך הבעלות על מקרקעין וליצור מערכת רישום מייצגת, נכונה והגיונית. ביסוד החוק עומדת מערכת רישום המשקפת את הבעלות בפועל ומאפשרת ניצול אופטימלי של הקרקע. הנחה מובלעת נוספת היא, כי הבעלות במקרקעין צריכה להיות ברורה, ייחודית וניתנת להעברה. חוק המקרקעין מתאים למקרים פשוטים אלה, שבהם אף ניתן לומר, שיישומו יביא לתשואה אופטימלית מהשימוש בקרקע (אופטימלית בבחינת "האינטרס הציבורי").

אולם הסיבוכים הקיימים בבעלות על מקרקעין בישראל אינם מאפשרים לנו זאת. מה שהתיאוריה חושקת, המציאות עושקת. כפי שנראה, הדוגמה של ההתיישבות החקלאית איננה יחידה אך היא משקפת בבירור את הפער בין המציאות לחוק. פער זה מעמיד את בתי המשפט בפני מצב בלתי אפשרי. מחוסר ברירה נקטו השופטים בפסק-דין אלוני בגישות שונות על מנת למצוא מוצא מהמיצר.

התמודדות השופטים עם הבעייתיות בפסק-דין אלוני

הייחוד בפסק דין אלוני הוא הדעות הקוטביות שהוצגו בו. כל אחד משלושה השופטים הציג עמדה אחרת בהתייחסו לסיטואציה האמורה, שבה המציאות איננה מתאימה לכללים המשפטיים. בקליפת אגוז ניתן לומר, כי לשיטת השופטת דורנר, על החוק להתאים עצמו למציאות; לשיטת הנשיא ברק, על המציאות להתאים עצמה לחוק, ולשיטת השופט ריבלין

(המקובלת עלינו יותר) יש למצוא פשרה כלשהי, רצוי נקודתית ויצירתית. ונסביר בקצרה את דעותיהם.

שיטת השופטת דורנר - החוק ייכנע למציאות: השופטת דורנר קובעת באופן ברור וחד-משמעי, כי יש זכות רישיון במקרקעין. זכות זו היא יציר הפסיקה, והיא קיימת. בשיטה זו, הפותרת את הבעיה לגופה, יש היגיון אולם היא נוגדת לחלוטין את לשון החוק וכוונת המחוקק. השופטת דורנר ערה לכך, אולם בפועל מתעלמת מכך לחלוטין. ובלשונה:

"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 ברישיון הבלתי-הדיר... במציאות הכירה, כאמור, הפסיקה - גם לאחר קבלת חוק המקרקעין - ברישיון בלתי-הדיר, הפועל כלפי צד שלישי" (סעיפים 8-9 לפסק הדין).

חוק המקרקעין מכיל 170 סעיפים ארוכים ומפורטים המבהירים, מהן זכויות במקרקעין ומה טיבן. סעיף 161 אומר מפורשות: **"מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא על פי חוק"**. למען הסר ספק, הרי שכותרת הסעיף היא **"שלילת זכויות שביושר"**³⁷. דהיינו, הכוונה הפשוטה, הברורה והחד-משמעית היא, כי החוק ביקש לבטל את הזכויות שביושר וביניהן את זכות הרישיון.

יושם אל לב, כי במקרה שלנו אין מדובר רק בגישה אקטיבית של הפסיקה, שגם עליה יש ביקורת רבה³⁸; מדובר על גישה המבקשת לבטל ממש את דברי המחוקק תוך אי התייחסות להוראה מפורשת בחוק. לפי גישה זו, על המשפט להיכנע בפני המציאות ולדעתנו, קשה להשלים עמה מכיוון שהיא קיצונית מדי ויכולה בטווח הארוך להביא לתוצאות קשות. עם כל הרצון לפתור בעיות משפטיות סבוכות, יש גבול לכוחו ולאפשרויותיו של בית המשפט, ולכן נראה לנו שגישה זו מרחיקת לכת מכדי לקבלה.

שיטת הנשיא ברק - המציאות תיכנע לחוק: שיטתו של הנשיא ברק פשוטה והפוכה מזו של השופטת דורנר. הוא מסכים כי החוק קבע מסגרת ברורה לזכויות של מקרקעין והרישיון איננו נכלל ביניהן. אלא מאי, הצדק מחייב שגם לבן שלפנינו תהיה זכות כלשהי במקרקעין. אשר על כן, יש למצוא דרך לסווג את הזכות הקיימת לבן, שטיבה לא ברור, לתוך הסיווגים הקיימים בחוק. ובלשונה:

37. ראה למשל, לשון דברי ההסבר לסעיף 25 להצעת חוק השכירות (ה"ח 901, לעיל הערה 17), המתייחסים במפורש לביטול זכות הרישיון. כן ראה את נוסח שלושת עיקרי היסוד המפורטים בדברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין (ה"ח 612, לעיל הערה 17, בעמ' 207). שני עיקרי יסוד המובאים בהצעת החוק והנוגעים לענייננו הינם: קביעת סוג אחיד של מקרקעין המושתת על בעלות מלאה ושיטת רישום כוללת לכל המקרקעין ולכל הזכויות בהם שיושתת על בסיס של פומביות גמורה; החוק הוסיף אף מפורשות בסעיף 162 כי ביטולי הזכויות והסיווגים לא יחולו על מקרקעי הווקף וההקדשות ועל ההתיישנות במקרקעין לא מוסדרים.

38. ראה למשל דברי השופט אור בע"פ 1996/91 יוסף הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 837, בעמ' 842-843.

"אכן, השימוש במושגים של "רשות" או "רישיון" רווח מאוד בקשר לזכויות של מתיישבים חקלאיים. מושגים אלה נקלטו בזמנו מן המשפט המקובל האנגלי כמושגים מבחינים מן המושג שכירות במקרקעין... 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 "רישיון". ניתן ואף ראוי לסווגם תחת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין או בחוק השכירות והשאיילה, תשל"א-1971, כגון "שכירות", "שאיילה", "זיקת הנאה" או "זכות שימוש". נראה, לכאורה, כי כל סוגי השימוש, ההחזקה וההנאה של המתיישבים החקלאיים יכולים לחסות תחת הגדרות אלה... סיווגה של הזכות יקבע בכל מקרה בהתאם לתוכנה של הזכות, לאור כוונת הצדדים המשתמעת מן ההסכם והנסיבות הסובבות אותו" (פיסקה 2 להחלטת הנשיא ברק בפסק הדין).

במילים אחרות, הנשיא ברק קובע, כי זכות הרישיון איננה קיימת עוד בישראל בשם זה ויש למצוא דרך לכלול אותה במסגרת זכות הקיימת בחוק. הנשיא ברק אף הוסיף מספר אפשרויות בהן ניתן להגדיר את זכויות הצדדים. ובלשונו:

"בית המשפט המחוזי איפיון מערך יחסים זה כרישיון בלתי הדיר הגובר על צדדים שלישיים. כך עושה גם חברתי השופטת ד. דורנר. לטעמי, נוכח ההתפתחויות החקיקתיות עליהם עמדתי לעיל, יש לנסות ולאפיון את מערך היחסים מתוך הזכויות המנויות בחוק המקרקעין וחוק השכירות והשאיילה. ניתן לראות בהתקשרות בין ההורים למשיבים כהענקת שאילה... וביתר דיוק, שאילת-משנה בלתי-הדירה... דרך אחרת לאפיון 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" (פסקאות 5-6 של החלטת הנשיא ברק בפסק הדין).

לדעת הנשיא ברק, בית המשפט המחוזי לא הגדיר ולא התייחס מספיק לזכות ההורים בנכס ובוודאי לא לזכות הבן. אשר על-כן, המלצתו היתה להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי על מנת שיגדיר ויברר היטב את זכותם של הצדדים. ההנחה המובלעת כמובן היא, כי קיימת זכות לבן מכוח ההורים, וחזקה על השופט שימצא דרך להכיר בכך.

הבעיה בגישה זו היא, שלמרות התאמתה האינטלקטואלית לחוק, אין היא מתאימה למציאות. קשה לראות בזכויות האב והבן שאילת-משנה בלתי הדירה או המחאת זכות. ברור שאין במקרה שלפנינו שאילת-משנה או זכות שכירות רגילה. לו היתה הגדרת הזכות פשוטה כל כך, לא היו בתי המשפט מתלבטים בכך במשך שנים רבות. הסיבה לזכויות אלו הוגדרו כרישיון דווקא היא בדיוק משום שלא ניתן היה לסווגן בדרך אחרת.

שיטת השופט ריבלין - פתרון נקודתי : בניגוד לדעות עמיתיו, השופט ריבלין סירב לקבוע עקרונות כלליים. הוא מסכים עם שני עמיתיו כי קיימת בעיה, אך לשיטתו אין צורך להידרש לה. ובלשונו:

"מכל מקום, איני 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 שלפנינו" (פיסקה 7 להחלטת השופט ריבלין בפסק-הדין).

על פי גרסתו, אין ספק מעובדות המקרה, כי המעקל ידע כי הבן מתגורר על נחלתו של האב. ממילא אין הוא יכול כעת לטעון דבר כנגדם, יהא זה מכוח השתק אישי או מכוח תום הלב של דיני החוזים.

מהלכו זה של השופט ריבלין תואם במידת-מה את השיטה המקובלת מימים ימימה בבתי המשפט כאשר התברר, כי אין אפשרות סבירה להתאים את המשפט למציאות. במילים אחרות, יש למצוא פיתרון יצירתי, שמצד אחד לא יפגע בהוראות החוק הברורות, ומצד שני ייתן מענה לעקרונות צדק ברורים. בעניין הרישיון, הרי הפיתרון המקובל היה להכיר ברישיון כזכות חוזית אישית שאיננה קיימת כלפי כל העולם אלא בעיקר כלפי נותן הרישיון. בד בבד ניתן לטעון, כי אותו צד ג' לא התנהג בתום לב משום שידע על זכותו של בעל הרישיון וכן הלאה. הדגש בשיטה זו איננו על השאלה התיאורטית הכללית אלא נסיון למצוא פיתרון נקודתי ומקומי לבעיה. ייתכן שזוהי הכרה בכך שהמשפט איננו מסוגל לתת פיתרון כללי למצב בלתי אפשרי.

סיכום ומסקנות - המדיניות המשפטית הראויה ביחס לרישיון במקרקעין

בסופו של יום, גם לאחר הדיון שערכנו, נותרו עדיין סימני שאלה לגבי קיומה של זכות הרישיון במקרקעין בישראל וטיבה. כמו כן, לא ברור באיזה גישה מבין שלוש הגישות עלינו לבחור. מבחינה פרקטית, הגישות השונות מובילות לתוצאה דומה, אולם מן הבחינה התיאורטית ההבדל ביניהן גדול ורב משמעות.

התשובה, לעניות דעתנו, פשוטה. מן הצד העיוני לא קיימת זכות רישיון בישראל ואף רצוי שלא תהא קיימת זכות כזאת. מהסיבות שהזכרנו, קיומה של זכות רישיון, כמו גם כל הזכויות החלקיות, פוגע בניצול האופטימלי של המקרקעין וגורם לשימוש חסר ולבעיות אחרות.

באותה נשימה ממש נאמר, כי מן הצד המעשי קיימת זכות "מעין רישיון" בישראל. כל עוד נמשך באיזורים מסויימים משטר המקרקעין הנוכחי, אין מנוס מ"הכשרת" זכות מעין זו, שתפתור את הבעיות עליהן הצבענו.

שורש הבעיה ויסוד הקשיים שהזכרנו נובעים מחלוקת הבעלויות במקרקעין. חלוקה זו היא בחלקה היסטורית ובחלקה מכוונת על ידי הרשויות. אולם כל עוד מצב זה לא ישתנה מיסודו, הרי כל הכוונות הטובות והמוצדקות שבבסיס הגיונו של חוק המקרקעין לא יצליחו לצאת מן הכוח אל הפועל.

בעייתיות זו היא בדיוק הסיבה שבעטיה נקלט מוסד הרישיון בזמנו מהמשפט המקובל האנגלי. נזכיר שוב, כי מוסד הרישיון נקלט כדי לעקוף את חוקי הגנת הדייר. במקרים

רבים ביקשו אנשים להתחמק מתשלום דמי המפתח על ידי סיווג זכותם כשכירות למרות שלא שילמו את דמי המפתח. זכותם של אלה הוגדרה כרישיון.³⁹

כבר בשנות השישים יצא הקצף כנגד זכות הרישיון הבלתי מוגדרת. כך למשל, קוראת הביקורת "לפיכך, רצוי חוק מפורש אשר בסופו של דבר יגדיר פעם ולתמיד את מהות המושג האנגלי - שהנו זר לרוב אזרחי המדינה - והוא "הרישיון" בתנאי הארץ".⁴⁰

חוק מקרקעין חדש ומודרני אכן חוקק, אך הוא איננו נותן מענה הולם לתסבוכת הישראלית. חוק המקרקעין מתאים ומכוון למציאות מודרנית בה הרישום משקף בצורה ברורה את הבעלות בקרקע, למקרקעין יש בעלים מוגדר וידוע, הזכות במקרקעין ברורה וידועה ואפשר להעבירה ולמוכרה בלא להיתקל בשלל בעיות. מצב אוטופי זה רחוק מלהתקיים בישראל. תשעים ושלושה אחוז ממקרקעי ישראל, הכוללים את מקרקעי המדינה מקרקעי הקרן הקיימת, ומקרקעי רשות הפיתוח, מנוהלים על ידי מנהל מקרקעי ישראל.⁴¹ החוק הנכון בעיקרו למקרקעין בבעלות פרטית איננו תמיד רלוונטי למקרקעין אלו. גם כשהמקרקעין רשומים, עדיין קיימות בעיות בהסתמכות על המרשם.⁴²

חוקי הגנת הדייר, האדמות החקלאיות, אדמות ההקדש והווקף למינהו⁴³ יוצרים סיבוכי בעלות שתוצאתם היא שימוש חסר ולא יעיל. לדעתנו, כל עוד משטר המקרקעין הישראלי לא ישתנה, ייתקלו בתי המשפט חדשות לבקרים בשאלות של זכויות בעייתיות, כגון אלו של פסק דין אלוני. בכל המקרים מדובר במצב שבו ברור כי יש לתת לאחד המעורבים זכות כלשהי, אך לא ברור כיצד ניתן לעשות זאת במסגרת החוק הקיים.

לדעתנו לכן, הגישה הטובה והמומלצת צריכה להיות גישתו של השופט ריבלין בפסק דין אלוני. גישה זו תתבסס על מציאת פתרונות נקודתיים לבעיה ספציפית. צריך לזכור, שגם כעת המצב המשפטי מסובך ואין טעם לסבכו עוד יותר על ידי יצירת שלל זכויות במקרקעין שמקורן מעורפל. מן הראוי כי הרישיון יוגדר ויסווג כזכות אישית מקומית תוך הימנעות, ככל האפשר, מקביעת עקרונות כלליים. בסלו של המשפטן יש מספיק זכויות וכללים

39. לדוגמה, בעל דירה הסכים לתת לקרובו הסטודנט רשות להתגורר באחד מחדרי ביתו למשך שנת לימודים באוניברסיטה. הוסכם על תשלום מסויים לשנה אולם בסוף השנה מסרב הסטודנט לפנות את ביתו בנימוק כי הוא דייר מוגן. בעל הדירה, שלא התכוון לכך (ולא קיבל דמי מפתח), יבקש כמובן להראות שלא שכירות יש כאן אלא זכות אחרת. זכות זו הוגדרה כרישיון.

40. מאירי (מאירנץ) "לשאלת ההבחנה בין שכירות מקרקעין לרישיון" הפרקליט כ' חוברת ד', (1964) עמ' 413-414.

41. ראו בעניין זה ובעניין מקרקעי ישראל בכלל: גדעון ויתקון "מנהל מקרקעי ישראל - מאפיינים היסטוריים ומשפטיים" מקרקעין א/1 עמ' 465-480.

42. ראו חיים זנדברג "הסתמכות על מרשם זכויות - חזון לעומת מציאות" עלי משפט ב' תשס"ב עמ' 273-293.

43. למהותה של זכות הדיירות המוגנת ראה בפסק דינו של השופט לנדוי בע"א 564/79, עמוס רומנו נ' מהדי כהן שוחט, פ"ד לו(1) 634; לעניין זכויות בעלי האדמות החקלאיות ראו שפירא (לעיל, הערה 11); נועם (לעיל, הערה 11) ואוטולנגי (לעיל, הערה 11) ולמהותן של אדמות ההקדש והווקף למיניהן ראו א. טננבוים וא. קפלן "הקדשות בישראל - הדין הרצוי והמצוי" שערי משפט א (1) (אייר תשנ"ז) 67; א. טננבוים וא. קפלן "מקרקעי הקדש יהודיים בישראל - מבוא היסטורי, חברתי ומשפטי" מקרקעין ב/6 (נובמבר 2003) 3. שני המאמרים האחרונים מופיעים גם באתר האינטרנט של יחידת רשם ההקדשות בכתובת: <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Hakdashot/HekdeshimZiburim>

לגיטימיים שבהם יכול הוא להשתמש אם שורת הצדק דורשת זאת (ותום הלב בדיני החוזים הוא רק אחד המפורסמים שבהם). אין זה פתרון מושלם כמובן, שכן במצב זה אין כל ודאות לגבי היקף וטיב הזכות, אולם במציאות הנוכחית, זהו הרע במיעוטו.

יש לקוות שלעתיד לבוא ייפתרו בעיות אלו והרישום אכן ישקף את המצב בפועל, כך שלא ניקלע למודל האנטי-שיתופיות המפורסם של הלר. רק אז תקום האפשרות ליישם את חוק המקרקעין בדמותו ובצלמו המקוריים. אולם כל עוד לא זה המצב, רוחה של זכות הרישיון תמשיך לרחף מעלינו, ברצוננו או שלא ברצוננו.