

פרופי' יהושע ויסמו חכירה המתחדשת לצמיתות? תרופת פלא או אחיזת עיניים?

מבוא

המשטר הקרקעי הנוהג בישראל — שעל פיו אין המדינה מעבירה, בדרך כלל, בעלות במקרקעיה אלא מעניקה, לכל היותר, חכירה ל-49 שנה, עם ברירה לחוכר להארכה חד-פעמית של החכירה לתקופה נוספת של 49 שנה — זכה לביקורת רבה. בביקורת הנמתחת על משטר המקרקעין הזה ניתן להבחין בין שתי גישות. הגישה האחת מקבלת את העיקרון שביסוד השיטה הקיימת, של בעלות המדינה על המקרקעין 'או בעלות הנופים הציבוריים האחרים שמקרקעיהם מרכיבים את „מקרקעי ישראל“, כגון „קרן קימת לישראל“. כשהביקורת נמתחת על הדרך שבה מופעלת ההחכרה. הגישה האחרת דוחה את העיקרון של „בעלות הלאום“ על המקרקעין וגורסת שיש להמיר את שיטת ההחכרה בשיטה של העברת הבעלות במקרקעין.

לפני שנים אחדות מינה השר שמתה ארליך ועדה ציבורית, בראשותו של עורך הדין דר' אמנון גולדנברג, לבדוק את הסוגיה הזאת. וסוגיות נוספות הכרוכות במשטר המקרקעין הנוהג בארץ לגבי מקרקעין עירוניים. הוועדה הגישה את המלצותיה בינואר 1986, בדו"ח שנתפרסם בשם „דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת יעדי המדיניות הקרקעית“.

להלן נציג את עיקרי המלצות הוועדה בנושא החכירה, וננסה להעריך מבחינה משפטית. אנו מדגישים, כי בדיקתנו תהא משפטית כדי להוציא מלבו של הקורא טעות שמא ימצא בדברים שלהלן דיון אידיאולוגי בשאלה של בעלות המדינה על אמצעי היצור בכלל, ועל מקרקעין בפרט, או גיתוח פוליטי של השאלה, אם מאזן הכוחות הביני-מפלגתי השורר בארץ מאפשר הכנסת שינויים יסודיים במשטר המקרקעין. בהיבטים אלה, החשובים כשלעצמם, לא נעסוק כאן. מסגרת הדיון שלנו היא משפטית גרידא.

המלצות הוועדה — הערכה כללית

ההמלצות בדו"ח הוועדה בנושא החכירה היו, בעיקרן, ארבע אלה:

- (א) יש להמשיך ולשמור על העקרון של בעלות הלאום על מקרקעי ישראל.
- (ב) הקצאת קרקע עירונית תיעשה בדרך של הענקת חכירה ל-49 שנה, כשלחוכר זכות להאריך את החכירה לתקופות נוספות של 49 שנה, ללא הגבלה, דהיינו לצמיתות.
- (ג) החוכר ישלם בעבור החכירה, כולל הזכות להארכה לצמיתות, תשלום חד פעמי בשיעור של 99% מערך הקרקע.
- (ד) לחוכר תהא זכות לנצל את הקרקע בכל דרך שהדיון יתיר, בכפוף לכך, שברצונו להעביר את זכויותיו לאחר — עליו להציע את הנכס תחילה למינהל מקרקעי ישראל, שתוענק לו זכות קדימה. החוכר לא יידרש לשלם תשלום נוסף למחכיר בעבור שימוש כדשהו שיעשה בנכס, כולל העברתו. להערכתנו, בחינה משפטית של הזמלצות האלה תביא אותנו למסקנה, כי ראוי שלא לקבלן. במסקנה זו מיוסדת על הטעמים המפורטים להלן.

השאלה אם ראוי שמינהל מקרקעי ישראל יקצה אדמות עירוניות בדרך של העברת בעלות, או בדרך של החכרה, היא שאלה שכרוכים בה חילוקי דעות אידיאולוגיים. השקפות עולם שונות בענייני חברה, כלכלה ומדיניות עשויות לתמוך בכל אחת משתי הגישות הנזכרות, וחילוקי דעות בענין זה אפשריים ולגיטימיים. דבר שקשה להולמו הוא הנסיון לאמץ את שתי הגישות גם יחד, בבחינת „אחוז בזה וגם מזה על תנח את ידך“. אולם, זהו למעשה, הדבר שדו"ח הוועדה ממליץ לעשותו. מחד גיסא, מקבל הדו"ח, לכאורה, את העיקרון של בעלות הלאום על הקרקע (המלצה א' הנוכרת לעיל), אך מאידך גיסא, הוא מרוקן כליל עקרון זה מתוכן על ידי ההמלצות האחרות שבדו"ח, המותירות את מינהל מקרקעי ישראל — אם יחכיר מקרקעין על פי הדפוסים המוצעים בדו"ח — בלא כל זכויות ממשיות במקרקעין (המלצות ב'—ד' לעיל).

לשון אחרת, על אף הקביעה ההצהרתית בדו"ח בדבר הצורך להמשיך ולשמור על העיקרון של בעלות הלאום על מקרקעי ישראל (פיסקה 3.1, בע' 185 בדו"ח), מנטאות ההמלצות האופרטיביות שבדו"ח העדפה של הגישה ההפוכה, הדוגלת בהענקת בעלות (או דבר שהוא, מבחינה מעשית, עווה ערך לבעלות) למחזיק המקרקעין הפרטי. נטייתה של הוועדה לזנוח את הגישה הנוכחית של בעלות הלאום על הקרקע, ולהעדיף על פניה העברת בעלות במקרקעי ישראל, באה לידי ביטוי נוסף בחלק אחר שבדו"ח, שכותרתו „העברת בעלות“ (פיסקה 3.3.2, בעמ' 36, 186 של הדו"ח). בלוק זה ממליצה הוועדה להספיף על המיכסה של 100.000 דונם, שהחוק הקיים מאיר בנסיבות מסוימות להעביר בהם בעלות, מיכסה נוספת של עוד 100.000 דונם. תוספת זו מומלצת, כאמור בדו"ח, „בשלב זה“ (פיסקה 3.3.2.1, בע' 186 שבדו"ח, וטוב בע' 36, בראשית העמוד). ההדגשה החוזרת יגשנית בדו"ח הוועדה כי המלצתה לתוספת של 100.000 דונם שניתן יהא להעביר בהם בעלות היא — „בשלב זה“, מקפלת בתוכה את גישת הוועדה, כי ראוי שיהיו בעתיד שלבים נוספים, שיביאו עמהם מיכסות נוספות של מקרקעין ממקרקעי ישראל שניתן יהא להעביר בהם בעלות. העדפת הגישה האידיאולוגית התומכת בהעברת בעלות על פני החכרה באה בדו"ח לידי ביטוי גם בקביעת הנסיבות שבהתקיימן ניתן יהיה להעביר בעלות במקרקעין שמתוך מיכסת מאתיים אלף הדונם הנוכרת לעיל. ההנחיה העיקרית שבדו"ח היא, כי מתוך מיכסה זו ניתן להעביר בעלות במקרקעין שבהם „מוצה הפוטנציאל הסיקרי“ (פיסקה 3.3.2.2 בדו"ח (בע' 186). ר. גם בע' 36).

מתוך הקשר הדברים שבו מופיע ביטוי זה מסתבר, שהכוונה בכך לאדמה שביחס אליה הוכנה תכנית פיתוח על פי חוק התכנון והבנייה, ושהיא נבנתה תוך ניצול מלא אפשרויות הפיתוח שנקבעו בתכנית.

הצגת ההנחיה הזאת כשיקול העיקרי שיש להביאו בחשבון בעת שבאים להחליט אם להקנות בעלות (בדו"ח לא נזכרים שיקולים אחרים) מעמידה בצל את הנימוק האידיאולוגי שברקע עקרון של בעלות הלאום על הקרקע.

בעלות הלאום — אליבא דאלה הדוגלים בכך — מחייבת מציאות של קבע, שבה הבעלות על הקרקע נשארת בידי המדינה — גם אם מדובר בקרקע שפותחה כמלאו ההיקף על פי התכניות הקיימות. לפי גישה זו מקרקעי ישראל שבבעלות המדינה הם, בעיקרון, מסגרת שאינה אמורה להתרוקן עם הזמן, בעוד שעל פי גישת הדו"ח

זהו מסגרת דולפת, שהיקפה ילך ויצטמק ברבות השנים. במאמר מוסגר נעיר, כי לא נהירה לנו הקטגוריה של מקרקעין שבהם, מוצה הפוטנציאל העיקרי, ושהם המועמדים האפשריים להעברת בעלות, על פי גישת הדו"ח. פוטנציאל הפיתוח של מקרקעין הוא גם פונקציה של זמן. על פי תכניות הקיימות במועד מסויים אפשר שמקרקעין פותחו באופן מלא, אך בכך לא אמרנו דבר וחצי דבר על מיצוי אפשרויות הפיתוח של אותם מקרקעין הטמונות בחיק העתיד. בעצם אין מקרקעין שניתן לומר ביהם אליהם כי מוצו בהם אפשרויות זופיתוח (ושעל כן מתאימים הם להעברת הבעלות).

אם כך ואם כך, נחזור ונדגיש, כי לא יצאנו לבקר את הגישה הדוגלת בהשקפה כי העברת בעלות עדיפה על שיטת ההחכרה. הקושי שביקשנו להצביע עליו הוא בהמלצת הדו"ח שיש בה דבר הסתור מתוכו, דהיינו, הצהרה על קבלת העיקרון בדבר הימנעות מהעברת בעלות במקרקעי ישראל, תוך כדי קביעת הסדרים שכמוהם כהעברת בעלות.

מחברי הדו"ח חשו מסתמא בעצמם כי חכירה ל-49 שנה, עם ברירה לחוכר להאריכה ללא הגבלה, ובלא שהפעלת הברירה תהא כרוכה בתשלום כלשהו, כמה כחכירה לצמיתות, שהרי לא ימצאו בדרך כלל, חוכר אשר לא יפעיל את הברירה שבידו בנסיבות שכאלה.

כן בוודאי עמדו מחברי הדו"ח על כך, שמעמזו של חוכר לצמיחות – המשלם בתשלום חד פעמי סכום השווה, ביסודו של דבר, למלוא שווי הגכס (99%), יבתמורה לכך זכאי לכל השימושים שהדין מתירם – כה מתקרב למעמד של „בעל“ עד כי לא קל להבחין בין השניים. (זכות הקדימה הנתונה למינהל על פי המלצות הדו"ח, במקרים שבהם ירצה החוכר להעביר את זכותו, אינה מותנית בקיום יחס של חכירה. זכות קדימה למדינה עשויה שתינתן גם כלפי מי שרוכש בעלות בכנס). היו, איפוא, מסתמא, טעמים מיוחדים שהניעו את מחברי הדו"ח להציע בכל זאת את ההסדר שהציעו. לא נעסוק בהשערות בדבר טיבם של אותם גימוקים. תחת זאת, אחר דברינו הכלליים דלעיל נעמיד לבדיקה את השאלה אם ההסדר שהועדה בכל זאת המליצה עליו אפשרי, ורצוי, מבחינה משפטית.

הברירה להארכת החכירה – כחכירה לצמיתות

את החכירה המוצעת בדו"ח, לתקופה של 49 שנה, עם ברירה להאריכה לתקופות נוספות, ללא הגבלה, ובלא כל תשלום מצד החוכר כתנאי להפעלת הברירה שבידו, יש לראות, למעשה, כחכירה לצמיתות, שהרי בנסיבות כאלה ניתן להניח כי כל חוכר יאריך את החכירה שבידו כדבר שבשיגרה.

זוהי גם זוהשקפה המובעת בספרות המשפטית. כך למשל, נאמר לגבי חכירת מיטלטליו, עם ברירה להארכת החכירה שהפעלתה לא תהיה כרוכה בתשלום סכום ממש, כי יש להתייחס מראש אל החכירה כאילו כאילו היתה לכל התקופה, ולהתעלם מהצורך להפעיל את האופציה לשם כך.

‘...if the lease can be renewed on terms which provide for payment by the lessee of rental payments significantly lower than those payable in the market for similar chattels, there is

good reason to conclude that the renewal provisions are **pro forma** because from a business perspective it makes no sense for the lessee to ignore his right to renew”.

R.C.C. Cumming, “True Leases and Security Leases under Canadian Personal Property Security Acts”, 7 **Canadian Business L.J.** 251 270 (1983).

ראה בדומה לכך גם:

E.S. Burstein “Distinguishing True Leases from Conditional Sales and Financing Arrangements”, 63 **Taxes**, 395, 405—406 (1985).

ברוח זו פסק בית המשפט העליון בפרשת **ביטו נ. מלאך**, ע.א. 355/76, פד”י לא’ (2) 359, 362. אף שברירה להתארכה חכירה לא הופעלה במקרה זה ראה זאת בית המשפט כענין פורמלי גרידא, וההיחס לחכירה כאילו הוארכה.

החכרה לצמיתות — עיסקה בטלה

יש רגלים לסברה, שהחכירה לצמיתות המומלצת בדו”ח הוועדה תיחשב כבלתי תקפה מבחינה משפטית. לבית המשפט העליון היתה בעבר הזדמנות לחיות את דעתו בשאלה דומה. היה זה בפרשת **מורדוב נ. שכטמן** (ע.א. 46/74, פד”י כט’(1)477). בית המשפט העליון דן במקרה זה בשאלת תקפה של שכירות שתקופתה לא הוגבלה. אמר על כך השופט י. כהן:

„עצם המושג שכירות לצמיתות יש בו סתירה מינה וביה... לפי עקרונות המשפט הכלליים לשם יצירת יחס של שכירות זרושה הגבלת זמן”.

„אם על כן התכוונו הצדדים לעשות חוזה שכירות לצמיתות הרי הם התכוונו לדבר שאין לו קיום מבחינה משפטית. חוזה כזה יתכן ויהיה בטל מכיון שהצדדים החיימרו ליצור בו זכות במקרקעין שהדין אינו מכיר בה...” (בע’ 481).

בית המשפט הצביע, בין השאר, על ההגדרה של „שכירות” שבסעיף 3 לחוק המקרקעין, תשכ”ט—1969, לפיה:

„שכירות במקרקעין היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק במקרקעין ולהשתמש בהם שלא לצמיתות; ...”¹

גם במשפט הצרפתי נוקטים בעמדה כי שכירות לצמיתות בטלה, בשל הרתיעה ממצבים שריח של פיאודליזם נודף מהם.

ראה: **Encyclopedie Dalloz, Droit Civil**, vol. 1 2nd ed. Bail. . .

paras. 114—120.

לפי זה, מכיוון שתוצאתה המעשית של המלצת הוועדה היא שלחוכר תהא חכירה

(1) במספר פסקי דין של בית המשפט העליון, שניתנו על פי הדין שקדם לחוק המקרקעין תשכ”ט—1969, נדונה שאלת תוקפה של שכירות שהוענקה בה לשוכר ברירה להאריכה ללא הגבלה. בכל המקרים האלה נפסק שהשכירות בטלה משום שלא נרשמה בפנקסי המקרקעין. יאה זה בגדר פלפול גרידא להסיק מן העובדה שהשכירות הוכרזה כבטלה בשל אי-רישום בטאבו שהשכירות היתה עשויה להיות תקפה אילו היתה רשומה. בתי המשפט נמנעו מלדון בשאלה זו, כי לא היה להם צורך להתייחס אליה במקרים שלפניהם. קוק נ. הובן, ע.א. 486/62, פד”י יז’ 1953; פרידמן נ. מלון רייץ כע”מ. ע”א 282/65 פד”י יט’ (4) 96; אורנשטיין נ. הימן, ע.א. 198/65 פד”י יט’ (4) 197.

ללא הגבלת זמן, דהיינו לצמיתות, עשויה חכירה שכזאת להיות חסרת תוקף משפטי. איזו בדו"ח הוועדה התמודדות עם האפשרות הזאת, העולה מתוך פסיקתו הנזכרת של בית המשפט העליון, ואין סימנים לכך שהוועדה הזאת מודעת לקושי הזה.

חכירה לצמיתות — כבעלות

יש גם להביא בחשבון את האפשרות ההילופית שבית המשפט יתייחס להסכם חכירה לצמיתות כאל הסכם להעברת הבעלות, וככזה כהפרה של האיסור שבחוק יסוד מקרקעי ישראל. סעיף 1 לחוק זה קובע לאמור:

„מקרקעי ישראל... הבעלות בהם לא תועבר אם במכר ואם בדרך אחרת.“
קשה להעלות על הדעת שהכונה בחוק יסוד מקרקעי ישראל היתה לאסור על העברת בעלות ובעת ובעונה אחת להתיר החזרה לצמיתות. פרשנות שכזאת היתה מרוקנת את חוק יסוד מקרקעי ישראל מכל תוכן ושמה לאל את כוונת המחוקק.
ואכן, כאשר הועלתה הטענה בפני בית המשפט העליון, בפרשת הכרת החשמל לישראל בע"מ נ. החברה הא"י לקירור ואספקה בע"מ (ע.א. 202/72, פד"י כו' (1) 661) — כי החכירה ארוכה עשויה להיחשב כמפרה את חוק יסוד מקרקעי ישראל, התייחס אליה בית המשפט בכבוד ראש. החכירה שנדונה במקרה זה היתה עם ברירה להארכה לתקופה כוללת של 198 שנה, ודמי החכירה שולמו בה מראש לכל התקופה. אמר על כך השופט י. כהן:

„ידעתי, שאלה נכבדה היא, אם את האיסור על העברת בעלות שבסעיף 1 לחוק היסוד הנ"ל יש לפרש באופן מצמצם או שמא חל האיסור גם על חכירה כדוגמת זו שמתוארת בחוזה...“ (בע' 69)

בית המשפט לא היה צריך להכריע סופית בשאלה זו מכיוון שניתן היה לפסוק במקרה זילפניו מנימוקים אחרים, אך ברור מנימת הדברים שבית המשפט לא ראה טענה זאת כטענת סרק.

את הדברים שלעיל אמר בית המשפט לגבי חכירה שהוגבלה ל-198 שנה, והדברים דם בבחינת קל וחומר לענין חכירה לצמיתות, מעין זו המומלצת בדו"ח הוועדה. האפשרות שבית המשפט אכן יקבל טענה זו בעתיד — נראית בעינינו סבירה, הן בשל ההגמקה הפרשנית לחוק יסוד מקרקעי ישראל, הנזכרת לעיל, והן לאור העמדה

בפרשת לנדוי נ. קוק, ע.א. 23/58 פד"י יג' 486, 489, השאיר השופט ויתקון שאלה זו בספק, באומרו כי לא שוכנע ששכירות כזאת מנוגדת לחוק, בהוסיפו: „מכל מקום, אם זהו פגם, אין בו לבטל את השכירות אלא לעשותה ל„נפסדת“ בלבד...“ . ללמדך, כי גם הוא לא היה שלם עם התנחה שלשכירות כזאת תוקף מלא. יתרה מזו, את האפשרות ששכירות כזאת אינה מנוגדת לדיון ביסס על פסק דין אנגלי *Green V. Palmer* 1 ALL E R 670 (1944). השופט לא נחן דעתו לכך שהמצב במשפט האנגלי הובהר בדרך של חקיקה, שקבעה כי ברירה להארכת שכירות, ללא הגבלה אינה אפשרית עוד (ראה להלן). כמו כן, מסתבר שהשופט לא שת את לבו להערת העורך של פסק הדין האנגלי, לפיה *It has generally been understood that there is a leaning against a right of perpetual lease... (atpt 670, B-C).*

בין כך ובינן כך, אין לדבריו של השופט ויתקון חשיבות ישירה לעניינינו משום שהם נאמרו על רקע הדין שמלפני חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 שקבע במפורש, בסעיף 3, כי שכירות אינה יכולה להיות לצמיתות.

הירווחת בקרב מחוקקים, שופטים, ובקרב חכמי המשפט האקדמאיים, כלפי שאלת ההבחנה בין חכירה ממושכת לבין בעלות. כך, למשל, קובע ספר החוקים האזרחי הקנדי (לקנדה הדרומית) כי יש להתייחס אל חכירה לצמיתות כאל העברת בעלות, ולהחיל על חוזה המתיימר ליצור חכירה כזאת את הדין החל על חוזה להעברת בעלות:

C.C. 1593 : "The alienation in perpetuity of immovable property for an annual rent is equivalent to a sale. it is subject to the same rules as the contract of sale in so far as they can be yade to apply".

The Civil Code of Lower Canada.

באנגליה, אומרים מחברי הספר המנחה

Hill and Redman's Law of Landlorry and Tenant, 17th ed., 1982, vol. 1, p. 57:

„החכירה לצמיתות אינה אפשרית, וחווה שיתיימרו ליצור בו חכירה לצמיתות יפעל — אם בכלל — כחווה להעברת בעלות...“ (שכירות עם ברירה להארכה ללא הגבלה, שהיתה אפשרית קודם לכן, אינה אפשרית עוד, כפי שנקבע בחוק, בשנת 1922, על פי ה־**Law of Property Act**. ראה שם, ע'ע' 68, 67).

ובאותו כיוון, בתקדים האנגלי **Doe d Robertson V. Gardliner (1851)** 12 CB 310 ; 138 E.R. 927 נפסק כי שכירות לצמיתות אינה אפשרית, וכי אם נעשתה שכירות שכזאת תוצאתה תהא העברת הבעלות, או שכירות משנה לשנה (**a yearly tenancy**), (שאז יכול כל צד להביאה לקיצה בתום כל שנה).

גישה דומה מוצאים אנו בארה"ב. שם נדונה בהרחבה הסוגייה של ההבדל שבין שכירות ציוד לבין מכירתו. העמדה הנקובלת היא, כי אם השכירות נמשכת למשך כל התקופה שבה ניתן להפיק הנאה מן הנכס, ושולם סכום שביסודו של דבר משקף את שווי הנכס, יש לראות את העיסקה כמכר ולא כשכירות. כך, למשל, אוכר בר סמכא הנודע פרופ' P. Coogan כי יש לבדוק:

“whether the lessee agrees to pay a sum substantially equal to the purchase price of the equipment and therefore obtains a right by contract... to use the item for substantially its economic life.”

ואם כך הדיבר יש לראות את ההסכם כהעברת בעלות.
37 Business Lawyer, 723 726 (1982)

חכירה לתקופה ממושכת — כבעלות

לא זו בלבד שהנטייה במשפט היתה לראות חכירה לצמיתות כהעברת בעלות אלא גם חכירה לתקופה ממושכת, אף שאינה לצמיתות, נוטים לראותה כבעלות. שר המשפטים לשעבר, ת. י. צדוק, אמר את הדברים הבאים בעת הדיון בכנסת בהצעת חוק הירושה (תיקון מס. 3), תשל"ד—1974.

...סעיף 3 נוגע למצב המקובל בישראל שדירות רבות מוחזקות למעשה בבעלות אם כי באופן פורמאלי זכותו של המתזיק היא בצורה של חכירה לתקופה ארוכה... הרוב המכריע של תושבי ישראל, שהם מבחינה כלכלית בעלי הדירות, למעשה אינם רשומים כבעלי הדירות אלא כחוכרי דירות לתקופה ארוכה, אבל למעשה זכות החכירה הזאת כמוה כבעלות, ודיני דירה בבעלות צריכים לחול עליהם". דברי הכנסת, כרך 72 (1) ע' 39, 40, 43.

דברים דומים נוכל לשמוע גם מפי בית המשפט העליון:

אין זה סוד כי במציאות הרווחת בישראל, מרביתם של חוזי החכירה לדורות שנערכו ונערכים בין מינהל מקרקעי ישראל או הקרן הקיימת לישראל לבין אנשים פרטיים, כמוהם בחוזים להעברת בעלות, ... כמוכן הדבר תלוי בכל חוזה לגופו, לפי ניסוח תנאותיו... במקרה אשר בפנינו מעיד חוזה החכירה על עצמו ברורות, כי הוא משתייך לקטגוריה זו של חוזי חכירה לדורות, אשר כמוהם כהעברת בעלות, ודי לי אם אצביע על האופציה המוענקת לחוכר... להאריך למעשה את החוזה ל-72 שנים נוספות, או על תנאי התשלום... אשר אינם משקפים אלא תשלום עבור הערך הריאלי של הדירה..."

... כאשר קיים צורך לסווג את זכות החכירה לדורות באחת משתיים: זכות הבעלות או זכות השכירות, אין לי ספק כי זכות הבעלות היא המתאימה ביותר מבין השתיים..."

השופט עצינוני, בפרשת בסו נ. מלאך, ע.א. 335/76, פד"י לא'(2)359, 361, 362, 363. דברים אלו נאמרו לגבי חכירות במתכונת המקובלת כיום, שהן לתקופה של 49 שנה, עם ברירה להארכה לתקופה נוספת אחת של 49 שנים, דהיינו החירות לתקופה מירבית של 98 שנה. כבר במצב הזה ניטשטש ההבדל שבין חכירה לבין בעלות. על אחת כמה וכמה שההבחנה בין השתיים תיעלם כליל אם החכירה תהיה ללא הגבלת זמן, על פי המתכונת המוצעת בדו"ח.

לאור האמור במובאות דלעיל, אם מתבקש שינוי במצב הנוכחי של החכירות: הרי שהוא צריך להיות בכיוון של הדגשת ההבדל שבין החכירה לבין בעלות, על ידי הגברת היסודות המבחינים בין השניים, כדי למגוע את טשטוש התחומים שביניהם. תוצאת זאת הולך הדו"ח בכיוון ההפוך, של צמצום ההבדלים שבין חכירה לבין בעלות, עד כדי העלמותם.

ההשלכות השליליות שבטשטוש ההבדל שבין חכירה לבעלות

שאלה ישראל השואל מה רע בטשטוש התחומים שבין חכירה לבעלות, אם הדבר ימשרת תכליות מסויימות שהדו"ח ביקש להשיג?

התשובה לשאלה זו היא כי המשפט קבע דפוסי זכויות שונות, כגון: בעלות חכירה, זיקת-הנאה, משכנתה, וכד', כשהוא יוצק לכל אחד מן הדפוסים האלה כללי משפט שונים. כל זכות באה לשרת צרכים שונים והכללים שנקבעו לכל אחת מן הזכויות הותאמו לתכליות של אותן זכויות. יהא זה, איפוא, שיבוש כוונתי של המחוקק אם זכות ממין אחד תעטה על עצמה כסות של זכות אחרת, ותתימר להיות מה שהיא איננה למעשה, כדי להשיג את תחולת כללי המשפט שלא נועדו לה. זכות שהיא,

למעשה, „בעלות“, שיכסוה בכסות של „חכירה“, תביא לשיבוש מערכות המשפט אם יטילו על הזכות לא את דיני הבעלות אלא את דיני החכירה.

מצבים של טשטוש הגבול שבין חנירה לבעלות יוצרים קשיים אצל אלה הבאים ליישם את החוק — אנשי מינהל, יועצים משפטיים, ושופטים. אין בידם לדעת בבירור איזו מערכת כללים מן הראוי ליישם. הפסיקה בישראל ובחו"ל מעידה כי החכירות הזרות היוו מקור להתדייגויות מרובות, שנבעו מן הקושי שבטשטוש התחומים שבין החכירה לבין הבעלות. כזה היה למשל, התקדים הנ"ל, כמו נ. מלאך, שבו היכרעה שאלת ירושה על פי סיווג החכירה כבעלות, כאשר התוצאה היתה עשויה להיות שונה אילו התייחס בית המשפט לזכות על פי כסותה המשפטית הפורמלית, של „חכירה“. בדומה לכך, בפרשת חברת ההשמול לישראל בע"מ נ. החברה הארצישראית לית לקיורר ואספקה בע"מ (ע.א. 202/72, פד"י כ"ד (1) 611) החיל בית המשפט את דיני הבעלות על זכות לחכירה, וכתוצאה מכך היתה התוצאה המשפטית שונה ממה שהיתה עשויה להיות אילו התייחס בית המשפט אל הזכות על פי צורתה הפורמלית החיצונית.

לעומת זאת, בפרשת אהרונוב נ. אייזן (ע.א. 123/66, פד"י כ"ג (3) 440) החליט בית המשפט לפעול על פי הכסות הפורמלית של זכות החכירה, ולא להחיל עליה את כללי הבעלות שבחוק הגנת הדייר. ואולם, בית המשפט אמר שהוא מגיע לתוצאה זו „בעל כורחו“, והביע „מורת רוחו“ על שנאלץ לפעול על פי הכסות הפורמלית של זכות החכירה (שם, ע"פ 444, 446).

בפסק דין מאוחר יותר הביע השופט ח. כהן א"ת דעתו, כי ספק אם בית המשפט במרשתת אהרונוב נ. אייזן הנ"ל הגיע למסקנה הנכונה בהימנעו מלהחיל על חכירה את דיני הבעלות. לפי גישתו היה עדיף לתת למונח „בעל“ (שבחוק הגנת הדייר) פירוש מרחיב באופן שהוראת החוק תחול גם על החכירה הארוכה שנדונה בפני בית המשפט.

ר' אלימלך נ. יחיאלי (ע.א. 56/67 פד"י כא' (1) 666, 670, 671. מנגד, השופט מני היה סבור כי נכון ללכת בעקבות ההכרעה שבפרשת אהרונוב נ. אייזן, וכי: „החכירה, ותהא תקופתה ארוכה כאשר תהא, אינה מקנה זכות קנין ובעלות בנכס אלא רק זכות לחזקה ושימוש בו“.

ר' אהרונוב נ. בן־דוד (ע.א. 331/67, פד"י כב' (1) 88, 90).

ר' בדומה לכך: נויברגר נ. ראש אגף רישום והסדר קרקעות (בג"צ 161/56, פד"י יא' 5).

תמונת מצב זו של בתי משפט המתחבטים בשאלה כיצד למיין חכירה ארוכה שכמוה כבעלות, האם להחיל עליה את כללי הבעלות שבחוקים השונים, או שמא את דיני החכירה — תלך ותחריף פי כמה אם ההמלצה שבדו"ח תתקבל, מכיוון שעל פיה הרבחנה בין החכירה — במתכונת המומלצת על ידה — לבין הבעלות — מיטשטשת עוד יותר.

גם הגסיון במדינות אחרות מלמד, שטשטוש התחומים שבין חכירה ארוכה לבין בעלות יוצר קשיים רבים, כשבאים ליישם חוקים שעניינם בעלות, אי חכירה. (ראה האסמכתאות הנזכרות לעיל מקנדה ומארה"ב, וכן

P. F. Coogan, "Is there a Difference Between a Long-Term Lease and an Installment Sale of Personal Property?" 56 N.Y.U.L.R. 1036 (1981).

החכירה הממושכת כפיקציה

החכירה בשימושה הטבעי נועדה, מבחינתו של החוכר, לאפשר לו לקבל לרשותו נכס לשימוש בלא לשלם את מלוא שווי הנכס, דבר שהיה עליו לעשותו אילו נאלץ לקנותו. מבחינתו של המחכיר מאפשרת החכירה לבעל נכס להפיק מן הנכס הכנסות בלא שייפרד מן ההשקעה ההוגית שלו (הבעלות בנכס).

(W.S. Hecht, "Variable Rental Provisions in Long Term Ground Leases" 72 **Columbia L. R.** 625 (1972).

ככל שמתרחקים ממודל החכירה בשימושה הטבעי, על ידי גביית "דמי שכירות" חד. פעמיים ששיעורם בעצם כשווי הנכס, ועל ידי כך שתקופת החכירה כה ארוכה עד שלמעשה נפרד המחכיר מן הנכס, עוברים אנו ממכירה אמיתית לתחום הפיקציה המשפטית. החכירה לצמיתות במתכונת המומלצת בדו"ח, כשהחוכר משיג למעשה את שווי הנכס, היא חכירה פיקטיבית, וככזו ראוי לדחותה.

הטלת הגבלות על משך החכירה

אכן, כדי להתרחק מן ההיבטים השליליים הכרוכים בחכירה רבת שנים נמצא כי במדינות שונות הטילו בחוק הגבלה על תקופת החכירה. כך, למשל, בצרפת, נקבעה בחוק, משנת 1967 הגבלה לתקופה של 70 שנה, ובמקרים מסויימים אחרים הגבלה ל-99 שנה.

Encyclopedie Dalloz, Droit Civil, vol. 2 1nd ed. Concession Immobiliere, paras. 1—7 ; vol. 1, Bail, paras. 114—120 ; Bail a Construction, paras, 25, 26.

בשבידה החכירות בערים הן לתקופה של 60 שנה. ר' 68 **Yale L. J.** 1424, at 1427.

באזורים עירוניים, תקופת החכירה המירבית היא, בקליפורניה — 99 שנה; במונטאנה — 75 שנה; בדקוטה הצפונית — 99 שנה; בדקוטה הדרומית — 99 שנה; בהתכרות ע"י רשויות ציבוריות, באילינוי — 99 שנה; בוויסקונסין — 99 שנה, ועוד. ראה: **Restatement 2nd. Landlord and Tenant. PP.** 20—21. באנגליה ישבה על מדוכת ההחכרה על ידי רשויות ציבוריות של מקרקעין באזורים עירוניים ועדה הידועה בשם The Central Committee on Estate Development and Management, והמלצתה היתה שתקופת החכירה תהא 75 שנה. התקופה הארוכה לאחר מכן ל-99 שנה.

ראה: Charles M. Haar, **Land Planning in a Free Society** . . . (Harvard Univ. Press Cambridge, 1951) pp. 150—151.

הנסיון שהצטבר בארץ, עם תקופת חכירה מירבית של 98 שנה (49 שנה וברירה

להארכה אחת לעוד 49 שנה), כשההונר משלם 91% משווי הקרקע (על פי שיטת ההיוון שהונהגה בשנת 1974), אינו מעודד הליכה בכיוון (שהדו"ח ממליץ עליו) של הארכת תקופת החכירה תמורת הגדלת דמי החכירה. נהפוך הוא, הלחקים הם שיש להדגיש את היסודות שבחכירה המבחינים אותה מן הבעלות, כדי שלא להיקלע לחחום האפור שבו אין יודעים אם להתייחס לזכות כאל חכירה או שמא כאל בעלות.

סיכום

הדו"ח ממליץ על גישה שיש עמה סתירה פנימית. מחד גיסא מצויר הדו"ח על קבלת העקרון של בעלות הלאום על הקרקע, ומאידך גיסא מרוקן העקרון הזה מתוכן ממשי על ידי קביעת הסדר של חכירה שהיא, בעצם, לצמיתות, תמורת תשלום שהוא, בעצם, כשווי המקרקעין, כשהחוכר רשאי לעשות בנכס כהפצו. ההוראות המהותיות שבדו"ח, בהבדל מההצהרה שבו, דוחות למעשה את העקרון בדבר בעלות הלאום על הקרקע, ויש בהן העדפה של הגישה הנומכת בהעברת הבעלות במקרקעי ישראל. הסתירה הזאת שבין התוכן לבין הצורה חושפת את הדו"ח לביקורת שהיתה נזבעת ממנו אילו נאמר בו במפורש שההמלצה היא להתיר העברת בעלות במקרקעי ישראל.

מבחינה משפטית, הן פסיקת בית המשפט העליון בישראל, והן כתביהם של מלומדים, מצביעים על כך שחכירה מעין זו שהדו"ח ממליץ עליה עשויה להיות חטרת תוקף, או, לחילופין, שהיא תיחשב כמעבירה בעלות, וככזאת תעמוד בסתירה לזוהרה שבחוק יסוד מקרקעי ישראל, ואוסר העברת בעלות במקרקעי ישראל.

גם בהתעלם מהאיסור שבחוק על העברת בעלות במקרקעי ישראל, ההמלצה שבדו"ח על חכירה לצמיתות עומדת בסתירה לנסיון המשפטי, ולהשקפות מלומדים. הנסיון המשפטי מלמד שבעיות פרשנות המורות עולות כחוצאה מקיומן של חכירות לתקופות ממושכות, כאשר אין לדעת אם להחיל עליהן הוראות חוק שעניינן „בעלות“, כאשר הימנעות מהחלת חוקים בדבר „בעלות“ על חכירות ממושכות, מולידה מצבים שידעת אינה סובלתם. השקפת מלומדים, ונטיית מחוקקים בימינו היא כי יש להטיל בחוק הגבלה על תקופת החכירה, כדי למנוע היווצרות של חכירה ממושכת שדיני הבעלות אינם חלים עליה.

לא גקטנו עמדה בשאלה אם יש להעדיף את העקרון בדבר בעלות הלאום על הקרקע, או שמא מוטב להתיר העברת בעלות במקרקעי ישראל. חיווינו דעתנו נגד ההמלצה של הוועדה, לעשות את שני הדברים האלה גם יחד, גם לשמור על הבעלות בידי המדינה, וגם לשלול ממנה, למעשה, את הבעלות, על ידי חכירה לצמיתות. „הכירה“ שכזאת אינה אלא אחיזת עיניים, פיקציה, ובמדינה מתוקנת יש להתרחק מפיקציות משפטיות כמאמרו של המשפטן הדגול Roscoe Pound:

“(Fictions) are a clumsy device appropriate only to periods of growth in a partially developed political organization of society in which legislation on any large scale is not possible.”
Jurisprudence (1959), vol. 3. p. 465.