

## זכויות בנייה - מגמות בפסיקה

מאת

עו"ד חנה שצ'רבקוב\*

המושג "זכויות בנייה" שימושי מאוד בזירה המשפטית-עסקית. נעשה בו שימוש תכוף בהקשר של קניין, תכנון, מיסוי מקרקעין ועוד. חרף זאת, מפתיע לגלות, הוא לא זכה להגדרה ברורה בדינים השונים הנזקקים לו,<sup>1</sup> וכתוצאה מכך, אין אחדות במשמעות המיוחסת לו בהקשרים השונים. במאמר זה אני מבקשת לאתר את ההגדרות הקיימות של "זכויות בנייה" בדיון ואת ההתפתחות שחלה בפסיקה בנוגע להגדרות הללו ובנוגע לסיווגן.

הקושי הקיים בהגדרתן ובסיווגן של "זכויות בנייה" נעוץ בעובדה כי זכויות אלו מצויות בתווך שבין דיני המקרקעין לבין דיני התכנון והבנייה. מצד אחד, זכויות הבנייה שאובות מזכויות הבעלים בקרקע. זכויות אלו אינן מוענקות לאדם או לגוף משפטי אחר ללא קשר לבעלות במקרקעין כלשהם. מצד שני, זכויות אלו הן זכויות משתנות התלויות בהליכים תכנוניים, ובמהלך השנים אף הוכרה היכולת לנייד זכויות מחלקה לחלקה, אף כאשר החלקות הללו בבעלות של אנשים או גופים שונים.

אין חובה שבדין לרשום את זכויות הבנייה בפנקסי המקרקעין ולכן קיימת בעיית פומביות של עסקאות בזכויות אלו. יש לסייג אמירה זו בקביעת בית המשפט העליון בפרשת **שטרייכר**<sup>2</sup> לפיה, יש לרשום את הסכמת בעלי הדירות בבית משותף לגבי חלוקת זכויות בנייה בין הדיירים במסגרת תקנון הבית המשותף. השופטת חיות בפרשת **שטרייכר** קבעה, כי פתרון זה אין בו כדי לענות על כל הסוגיות המתעוררות בהקשר של שידך זכויות בנייה.

סוגיית הסיווג וההגדרה של זכויות הבנייה עלתה לא פעם בערכאות השיפוטיות, אך נראה כי טרם הוכרעה. נראה כי סיווג והגדרת זכויות בנייה ישפיעו באופן ישיר על ההתייחסות לפרקטיקה הנוהגת של ניוד זכויות בנייה.

\* עו"ד חנה שצ'רבקוב הנה שותפה במשרד ברוך י. מנוח ושות'. אבקש להודות לשותפיי, עו"ד רמי מנוח ועו"ד שי רוזנר, על הערותיהם המועילות למאמר זה.

1. קיימת התייחסות לזכויות בנייה בסעיף 71א ו- סעיף 71ב לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 המתייחס לחלוקת זכויות בנייה בין דיירים בבית משותף, וכן התייחסות בסעיף 62א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 הדין בתכנית בסמכות הוועדה המקומית.

2. ע"א 10322/03 **לביא ישעיהו נ' אליעזר יעקב שטרייכר**, פ"ד (נט) 449 (2005) (להלן: "**פרשת שטרייכר**").

## היעדר הסדר חקיקתי

אין בחוק הגדרה רחבה וברורה לגבי מהותן וסיווגן של זכויות הבנייה. יש מספר אזכורים של המונח "זכויות בנייה" בהקשר של הסדרת זכויות הבנייה בין דיירים בבית משותף.

סעיף 71א לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: "חוק המקרקעין"), קובע הגדרה קצרה המתייחסת לזכויות בנייה בבית שותף בלבד, במסגרת סימן ג' 1 הדן בשינויים ברכוש המשותף ובזכויות בנייה, כדלקמן:

**"זכויות בניה" - זכויות לבניה בבית משותף לפי תכנית בת תוקף כמשמעותה בפרק ג' לחוק התכנון והבניה."**

אזכור נוסף בחקיקה למונח "זכויות בנייה" ניתן למצוא בסעיף 71ב(א) לחוק המקרקעין הקובע הוראות לגבי חלוקת זכויות בנייה לצורך הרחבת דירה בבית משותף:

**"על אף הוראות סעיף 62(א) סיפה, או סעיף 12(ב) לתקנון המצוי שבתוספת, רשאים מי שבבעלותם שלושה רבעים מהדירות ושני שלישים מהרכוש המשותף צמוד לדירותיהם, להחליט בדבר הוצאה של חלקים מסויימים מהרכוש המשותף והצמדתם לדירה פלונית, לשם בניה שמטרתה הרחבת אותה דירה, וכן להחליט בדבר חלוקת זכויות הבניה הנדרשות לצורך זה, ואולם, היה נושא ההחלטה כאמור הרחבת דירה פלונית אחת או יותר לשם בניית מרחב מוגן דירתי או מרחב מוגן קומתי, רשאים להחליט על כך מי שבבעלותם שישים אחוזים מהדירות" (ההדגשה אינה במקור - ח.ש.).**

ניתן לצפות, כי ההגדרה של זכויות בנייה תופיע בחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק התכנון והבניה"), אך לא כך הוא. חוק התכנון והבניה אינו מגדיר את המונח זכויות בנייה.

תקנות התכנון והבניה (חישוב שטחים ואחוזי בניה בתכניות ובהיתרים), התשנ"ב-1992 מגדירות באופן טכני כיצד מחשבים אחוזי בנייה, כדלקמן:

**"אחוזי בניה כוללים - היחס שבין השטח הכולל המותר לבניה במגרש לבין שטח המגרש כשהוא מבוטא באחוזים."**

## הגדרת זכויות בנייה בפסיקה ובספרות

בתי המשפט מילאו את מושג "זכויות הבנייה" בתוכן. בפרשת **הורברט**<sup>3</sup> הגדיר בית המשפט העליון את המונח "אחוזי בנייה" כ"זכות הקיימת לבעלי מקרקעין לפנות ולבקש היתר בנייה". בית המשפט קבע כי זכות זו איננה מקרקעין ואין היא זיקת הנאה במקרקעין, ומשכך אינה טעונה רישום בפנקס המקרקעין.

הגדרה נוספת שאומצה על-ידי בית המשפט העליון למונח "אחוזי בנייה" הינה "אפשרות ניצול הקרקע לבנייה על פי תוכנית המתאר הרלוונטית"<sup>4</sup>. כמו כן, נקבע, כי אחוזי בנייה המהווים כאמור את אפשרות ניצול הקרקע, הם אחד הנתונים הקובעים את פוטנציאל ניצול הקרקע וגם את ערכה.<sup>5</sup> למעשה, אחוזי הבנייה הינם אחת מהתכונות החשובות ביותר של הקרקע, אשר לרוב קובעת את ערכם.<sup>6</sup>

בית המשפט העליון, בפרשת **ארצי**,<sup>7</sup> קבע כי מי שרוכש את זכות הבעלות במקרקעין רוכש ממילא את זכות המימוש באחוזי הבנייה שעליהם, שאלה הרי נובעים מהבעלות בקרקע עצמה. אדם לא יכול לסחור באחוזי בנייה במנותק מן המקרקעין שלהם הם מתייחסים, שהרי אחוזי הבנייה אינם "זכות" במובן המוחשי של הדבר, אלא הגבלה ש"יורדת" על בעל המקרקעין מטעם הרשות.

בפרשת **לוסטיג**, חוזרת השופטת בייניש על ההלכה שנקבעה בפרשת **ארצי** לפיה לא ניתן לסחור בזכויות הבנייה במנותק מהקרקע. בייניש קובעת כי בשל טיבן של זכויות הבנייה ובשל היותן כרוכות בבעלות, אין הן יכולות לשמש נושא לבעלות בנפרד מהזכויות במקרקעין.

מוטי בניאן ובעוז ברזילי מגדירים את אחוזי בנייה כפן התכנוני של הזכות הקניינית ואלו הקובעים את שוויה של הזכות הקניינית. אחוזי בנייה הם מעין הגבלה על החלקה הקובעת את שיעורי הבנייה אשר ניתן לבצע בה.<sup>8</sup>

## זכויות בנייה בבית משותף

בפרשת **הורברט**, הכיר בית המשפט בזכותם של בעלי דירות בבית משותף לבצע שינויים בזכויות הבנייה, כגון: שלילת זכויות בנייה מחלק מהדיירים והעברתם לאחד מבעלי

- 
3. ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פ"ד לז(2) 497 (1983) (להלן: "פרשת הורברט"). על הגדרה זו חזר גם השופט טירקל בפרשת **שטרייכר**, לעיל ה"ש 2 בעמ' 459.
  4. ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד חברה לבניין בע"מ ואח' נ' מנהל מס שבח רחובות, מאגר נבו (2006) (להלן: "פרשת ר.א.ר.ד").
  5. רע"א 2821/95 לוסטיג נ' מייזלס, פ"ד נ(1) 517 (1996) (להלן: "פרשת לוסטיג").
  6. ד"ר שמואל רויטל דיני התכנון והבניה 157 (2004).
  7. ע"א 151/87 ש. ארצי חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489 (1989) (להלן: "פרשת ארצי").
  8. מוטי בניאן ובעוז ברזילי "זכויות בנייה וסחירותן - היבטיים קנייניים ושמאיים (ב)" **מקרקעין** 6/47 (2003).

הדירות, אם בהתנאה בתקנון המוסכם ואם בתנאים מוסכמים בחוזים בין הדיירים, או בדרך נאותה אחרת.<sup>9</sup>

בית המשפט קבע באופן עקבי כי זכויות בנייה אינן מהוות חלק מהרכוש המשותף אלא נכס בבעלות משותפת. זכויות הבנייה שייכות לכלל הדיירים והדיירים יכולים להעבירן לאחר או לוותר עליהן.<sup>10</sup>

בפרשת מזרחי<sup>11</sup> הנשיא דאז, השופט שמגר, קבע כדלקמן:

**"זכויות בניה הנן נכס בבעלות משותפת, אף על פי שאינו חלק מהרכוש המשותף. הזכויות הללו נובעות מהבעלות בקרקע, וכיוון שהקרקע עליה ניצב בית משותף שייכת במשותף לדיירים, אף זכויות הבניה עליה שייכות להם במשותף."**

שמגר הוסיף כי בעלים במשותף של זכויות בנייה יכול לוותר עליהן ולהעבירן לאחר, ובהקשר הדברים הכוונה ב"אחר" הינה דייר אחר באותו בית משותף.

שאלה שהתעוררה מספר פעמים, אך טרם הוכרעה, הינה השאלה: האם ניתן להצמיד זכויות בנייה לדירה מסוימת בבית משותף? הדעות בעניין זה היו חלוקות.

סעיף 55 לחוק המקרקעין קובע כדלקמן:

**"(א) לכל דירה בבית משותף צמוד חלק בלתי מסויים ברכוש המשותף של אותו בית משותף.**

...

**(ג) בעלי הדירות רשאים לקבוע בתקנון, כמשמעותו בסימן ג' לפרק זה (להלן - התקנון), שחלק מסויים של הרכוש המשותף יהיה צמוד לדירה פלונית, ובלבד שלא יקבעו זאת ביחס לחדרי מדרגות, מעליות, מקלטים ומיתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות; הוצמד חלק מסויים מהרכוש המשותף לדירה פלונית, לא יחולו עליו הוראות פרק זה בנוגע לרכוש המשותף, ודינו לכל דבר כדין הדירה שאליה הוצמד."**

השופט דב לוין בפרשת הורברט קבע כי אין מניעה להצמיד זכויות בנייה לדירה פלונית. כך גם סבר השופט טירקל, בדעת מיעוט בפרשת שטרייכר.

9. סעיף 71 לחוק המקרקעין, המתייחס לחלוקת הזכויות בין דיירים בבית משותף, התווסף רק ביום 11.4.1995, במסגרת תיקון מס' 18 לחוק.

10. ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673 (1986) (להלן: "פרשת מזרחי") וכן בפרשת הורברט, ה"ש 3 לעיל. ע"א 11965/05 עזבון המנוח מרדכי קליין נ' פרופ' דוד שרון, מאגר נבו (2009) (להלן: "פרשת עזבון קליין").

11. ראה פרשת מזרחי בה"ש 10.

הנשיא דאז, ברק, אשר קבע את דעת הרוב בפרשת **שטרייכר**, אמר כי הוא נוטה לדעה כי אחוזי בנייה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי ולא ניתן לראות בהם רכוש משותף הניתן להצמדה ליחידת דיור. השופטת חיות, אשר הצטרפה לדעתו, ציינה כי זכויות בנייה אינן חלק מחלקיו הפיזיים של בית משותף, ולכן יש קושי להשתמש לגביהם בטרמינולוגיה של הצמדה. בסופו של דבר, נותרה השאלה, האם ניתן להצמיד זכויות בנייה לדירות בבית משותף, בצריך עיון.

לעמדה זו, לפיה לא ניתן להצמיד זכויות בנייה לדירה בבית משותף, הצטרפה גם השופטת נאור בפרשת **עזבון קליין**:<sup>12</sup>

**"נוכח הקביעה כי לא ניתן לכלול זכויות בנייה כחלק מהרכוש המשותף מתבקשת אף המסקנה כי לא ניתן להצמיד זכויות בנייה לדירה פלונית בבית המשותף. וכפי שציין הנשיא ברק בעניין שטרייכר:**

**"נוטה אני לדעה כי אחוזי בנייה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי, ולא ניתן לראות בהם 'רכוש משותף' הניתן להצמדה ליחידות דיור (עניין שטרייכר לעיל, בעמ' 466)".**

בפסק הדין בעניין **פל**,<sup>13</sup> אשר ניתן לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון, חזר בית המשפט על הקביעה בפרשת **שטרייכר** לגבי רישום שיוכן של זכויות הבנייה בבית משותף. השופט עמית קבע, כי הסכם לרכישת זכויות בנייה בין דיירים בבית משותף, אשר לא נרשם בתקנון הבית המשותף (כגישת הנשיא דאז ברק), או שלא נרשמה לגביו הערת אזהרה (כגישת השופט טירקל), אינו תקף כלפי צדדים שלישיים.

### סיווג זכויות בנייה

בדיון בסיווג הזכויות, עולות מספר שאלות, אשר נכון להיום אין לגביהן הכרעה חד-משמעית בפסיקה.

האם זכויות בנייה הן זכויות קנייניות או מעין קנייניות, או שמא אלו זכויות במיטלטלין, נוכח הפרקטיקה הנהוגה בניוד זכויות בנייה?

האם זכויות בנייה הינן זכויות צמודות למקרקעין? האם זכות בנייה היא אכן זכות או שמא מדובר במגבלה המוטלת על בעל המקרקעין לעשות ברכושו כרצונו?

המגמה אשר רווחה בפסיקה לפני כעשרים שנה הייתה לסווג את זכויות הבנייה כזכויות צמודות לקרקע אשר אין להן קיום עצמאי. בפרשת **ארצי** נקבע כי עם העברת הבעלות במקרקעין עוברת ממילא גם הזכות לבנות עליהם. הקונה רוכש גם את הזכות לשימוש ב"אחוזי הבנייה" שעליהם, שאלה הרי נובעים מן הבעלות בקרקע עצמה.

12. ע"א 11965/05 **עזבון קליין נ' שרון ואח'**, מאגר נבו (להלן: "פרשת עזבון קליין")  
13. רע"א 11017/08 **נתן ודן פל נ' מרדכי ליבוביץ**, מאגר נבו (2010) (להלן: "עניין פל")

ראו דבריו של השופט דב לוין בעמ' 504 :

**"אי אפשר לו לאדם לסחור באחוזי בניה במנותק מן המקרקעין שלהם הם מתייחסים, שהרי אחוזי הבניה אינם "זכות" במובן המוחשי של הדבר, אלא הם הגבלה ש"יורדת" על בעל המקרקעין מטעם הרשות."**

גישה זו אומצה גם על-ידי השופטת דרורה פלפל בעניין שיף.<sup>14</sup> השופטת פלפל קבעה כי זכויות בנייה הינן "צמודות מקרקעין" וכי זכות בנייה אינה זכות קניינית "עבירה". באותו העניין נקבע, כי זכות בנייה מוענקת תמיד למקרקעין מסוימים. מדובר בזכות הצמודה למקרקעין ולא לבעלי המקרקעין או לרשויות התכנון.

השופט טירקל, בדעת מיעוט בפרשת **שטרייכר**, קובע כי יש לראות בזכויות הבנייה נכס שהוא יותר מזכות חוזית גרידא, ואף על פי שלא מדובר בזכות קניינית, היא קרובה אליה. זכויות הבנייה אינן בגדר זכויות ערטילאיות, אלא הן מעוגנות בקרקע מסוימת. אין לזכויות הבנייה חיות משל עצמן בלי הזכות בקרקע, והן עוברות מיד ליד עם הזכות בקרקע. השופט טירקל הוסיף כי ניתן לראות בזכויות הבנייה מעין זכויות שביישר, שהן מעין זכויות קניין. לשיטתו, ניתן לראות בזכות בנייה, זכות קרובה מאוד לזכות קניינית במובן שאם תמומש, מה שיוקם מתוכה יהיה נכס קנייני ממש. ניתן לראות בזכות זו "נכס עוברי" שעליו להבשיל כדי להגיע לשלמות.

**באותה הפרשה, הנשיא דאז ברק והשופטת חיות הותירו את סוגיית סיווג זכויות הבנייה בצריך עיון.** הנשיא דאז ברק הוסיף כי הוא נוטה לדעה, לפיה אחוזי בנייה אינם נכס שיש לו קיום עצמאי ואילו השופטת חיות הוסיפה, כי זכויות בנייה בוודאי אינן מקרקעין. עם זאת מדובר בזכויות הקשורות קשר הדוק למקרקעין ולעיתים קרובות הן מהוות מדד עיקרי לשווי המקרקעין.

כך גם בפרשת **עוזבון קליין** הותירה השופטת נאור את הסוגיה בדבר מהותן של זכויות בנייה בצריך עיון, ראו בעמ' 29 לפסק הדין :

**"הסוגיה בדבר מהותן של זכויות בנייה בהיבט הקנייני טרם הוכרעה (ראו עניין ר.א.ר.ד לעיל, פס' 15 והאסמכתאות שם; עניין ביבי, לעיל; בניאן וברזילי לעיל, בעמ' 61, 63). כפי שנראה גם המקרה שלפנינו אינו מחייב הכרעה בסוגיה."**

## שינוי המגמה

לפי הגישה הקלאסית התייחסו לזכויות הבנייה כזכויות צמודות קרקע ומשכך, הניחו כי אין להן מעמד של זכויות עצמאיות.

14. עת"מ (מחוזי ת"א) 1361/01 שרה שיף נ' הועדה המקומית, מאגר נבו (2002) (להלן: "עניין שיף").

בשנת 2001 פרסמו ה"ה בניאן וברזילי מאמר בנושא דנן.<sup>15</sup> לטענתם, ניתן להבחין את פסקי הדין, אשר קבעו כי אין לסחור באחוזי בנייה במנותק מהקרקע, מכוח הנסיבות. בפסקי הדין הללו, הצדדים להסכם לא התכוונו לנתק את אחוזי הבנייה מהקרקע. בניאן וברזילי טענו, כי במקרה בו כוונתם המוצהרת של הצדדים הייתה לנתק את הזכויות מהקרקע, אין סיבה שלא לאפשר זאת. לגישתם, יש להכיר במסחר באחוזי בנייה במנותק מהקרקע ככל שהביצוע נעשה בהתאם לחוקי התכנון והבנייה.

במהלך השנים התפתחה פרקטיקה של ניווד זכויות בנייה במסגרת תכנית בניין עיר. הרעיון העומד בבסיס פרקטיקה זו הינו, שרשות מקומית המעוניינת לבטל או להקטין זכויות בנייה קיימות במקרקעיו של הנפגע, תאפשר להעביר את זכויות הבנייה למקרקעין אחרים, חלף חובתה לפצותו על הפגיעה התכנונית.<sup>16</sup>

דוגמה טובה היא התכנית לשימור מבנים ואתרים בתל-אביב, תכנית ת"א/2650/ב, אשר פורסמה למתן תוקף ביום 7 באוגוסט 2008. תכנית זו קובעת תמריץ לשיקום מבנים לשימור על דרך של העברת זכויות בנייה. לפי תכנית השימור, העברת זכויות תיעשה במסגרת תכנית בסמכות ועדה מקומית.

במסגרת טיוטת חוק ההסדרים 2011, הוצע לתקן את תמ"א 38 כך שתאפשר ניווד זכויות הניתנות מכוח התמ"א למגרשים אחרים באותה רשות מקומית. ניווד הזכויות יאפשר ביצוע עבודות חיזוק בבניינים אשר לא ניתן לממש בהם את תוספת הזכויות מכוח התמ"א.<sup>17</sup>

בשנים האחרונות החלה להתגבש תיאוריה התומכת בהכרה בזכויות בנייה כבעלות מעמד קנייני עצמאי. לפי גישה זו, זכות הבנייה אינה יונקת את תכונותיה מהקרקע, אלא מכוח הליכי התכנון.<sup>18</sup> לפי גישה רדיקלית יותר, אשר הובעה בכתב עת זה, יש לראות את זכויות הבנייה כמשאב ציבורי ולא כקניין של בעלי הקרקע.<sup>19</sup> באותו מאמר, הובע הרעיון כי זכויות הבנייה ירכשו ישירות מהרשות התכנונית.

בית המשפט העליון הכיר בפרקטיקה של ניווד זכויות בנייה כבר בפרשת לב ומאוחר יותר בפסק דינה המקיף של השופטת חיות בפרשת ר.א.ר.ד.

בפרשת לב השופט א. מצא, קבע כי אין לפסול את הפרקטיקה של ניווד זכויות, בייחוד לאור העובדה כי החוק אינו אוסר ניווד זכויות. השופט מצא הוסיף כי הסוגיה טרם נדונה בפסיקה. לגישתו, יש לבחון את סבירות שיטת הפיצוי בדרך של ניווד זכויות בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה. השופט מצא הוסיף כי קיימות בעיות שונות הנוגעות לפן התכנוני ולפן הכלכלי של פרקטיקה זו. נראה כי השופט מצא לא רואה ניווד זכויות כשיטה

15. לעיל ה"ש 8.

16. עע"מ 3030/03 אברהם לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה באר שבע, פ"ד נט(1) 851, (2003) (להלן: "פרשת לב").

17. ראו בכתובת: [www.shelly.org.il/sites/default/files/73-87binuy.pdf](http://www.shelly.org.il/sites/default/files/73-87binuy.pdf). בסופו של דבר, התיקון הני"ל לא נכנס לחוק ההסדרים.

18. מרדכי גלוסקה "זכויות בנייה - נכס עובר לסוחר?" *מקרקעין* א/6 38 (2002).

19. אופיר סעדון ואלעד פנחס "זכויות בנייה - משאב ציבורי המחולק ללא תמורה?" *מקרקעין* י/53 (2011).

פסולה, אך אינו שש לאמצה כפתרון שגרתי לפיצוי בעלי מקרקעין שנפגעו מהתכנית, וכדבריו:<sup>20</sup>

"נכון אני להסכים שככלל, ראוי כי פיצוי עבור פגיעות תכנון ייעשה בתשלום ממון ולא בהקניית זכויות שוות-ערך. כפי שנפסק בהקשר ענייני קרוב, "אין לאפשר מצב בו הרשות הציבורית מתנהלת, כדבר שבשגרה, בדרך של עריכת עסקות חליפין... דרך זו אינה מתאימה לניהול כספים של רשות ציבורית אשר אמורה להתאפיין בשקיפות ובאחידות (המשנה לנשיא אור בבג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, תק-על 2004(1) 2803 בפיסקה 15).

ראו גם דבריה של השופטת חיות בפרשת ר.א.ר.ד.:

"העסקאות נשוא הערעורים שבפנינו מעידות על פרקטיקה של ניוד זכויות בנייה שהתפתחה בארץ בשנים האחרונות לפיה מתקשרים בעלי קרקעות בהסכם מסחרי להעברת זכויות הבנייה מקרקע אחת לאחרת ורשויות התכנון מאשרות את התוכניות המגשימות את ההעברה ומאפשרות בכך את ביצועו של ההסכם. פרקטיקה זו אשר צמחה, בין היתר, על רקע צפיפות הערים ותוכניות שונות לשימור בניינים (ראו בניאן, דיני מקרקעין, 793), זכתה להתייחסות במאמרים שונים אשר ביקשו לבחון אותה על כל היבטיה (ראו: מוטי בניאן ובוועז ברזילי "זכויות בנייה וסחירות - היבטים קנייניים ושמאיים" מקרקעין ב/2 61 (2002); וכן מוטי בניאן ובוועז ברזילי "זכויות בנייה וסחירות - היבטים קנייניים ושמאיים (ב)" מקרקעין ב/6 47 (2003); גלוסקה, 38; שמואל רויטל דיני התכנון והבנייה 892א (מהדורה עשרים וחמש, 2006)).

...

בארץ לא נתמסד ניוד זכויות הבנייה במסגרת חקיקתית ועל כן מתעוררים לא מעט קשיים וקושיים באשר ליישומו (ראו: עע"מ 3030/03 לב נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה באר שבע, פ"ד נט(1) 863, 851 (להלן: עניין לב); ויסמן, בעלות ושיתוף, 418; לעניין החשש לתחולה לא אחידה ולא שוויונית של המנגנון ביישום אד-הוק של ניוד זכויות בנייה לוינסון-זמיר, 89; לעמדה אוהדת יותר ראו בניאן, דיני מקרקעין, 796). בעניין לב שהוכרע לאחרונה, עלתה סוגיית חוקיות הניוד של זכויות בנייה מקרקע אחת לקרקע אחרת שבבעלות אותו גורם, כתחליף לפיצוי בגין פגיעה במקרקעין על פי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה".

יחד עם זאת, יש לסייג את ההכרה שניתנה לניוד זכויות בנייה בפרשת ר.א.ר.ד. שכן מדובר בהכרה ספציפית בזכויות הבנייה בהקשר המיסוי בלבד. אוסיף, כי השופטת חיות הביעה עמדה חיובית לגבי פרקטיקה זו שכן לגישה, פרקטיקה של ניוד זכויות מאפשרת ניצול מקסימלי ויעיל של קרקעות. היא חוסכת במשאבי הרשויות ואינה גורעת מהכנסותיה של הקופה הציבורית היוצאת נשכרת מתשלום היטל השבחה, מיסוי מקרקעין ותשלומי חובה אחרים.



נראה כי עדיין לא ניתן פסק דין מקיף הן בסיווגן של זכויות הבנייה בהקשר הרחב. כאמור לעיל, פסק הדין בפרשת ר.א.ר.ד דן בהיבטי המיסוי של "זכויות בנייה" וניודן, ולא דן בהגדרה ובסיווג של זכויות בנייה בהקשר הקנייני.

יוסף, כי אחד הקשיים הנובעים מהיעדר מרשם מסודר של זכויות בנייה, ככל שניתן לקיים מרשם מסוג זה, הינו בהקשר של עסקאות לניוד זכויות בנייה מחלקה לחלקה. כיצד ניתן לרשום הערת אזהרה על עסקה להעברת זכויות מחלקה לחלקה? לדוגמה: שמעון התקשר בעסקה למכירת זכויות המוקנות לחלקה שבבעלותו לראובן על-מנת שינצל זכויות אלו בחלקה אחרת. ראובן, שרכש את הזכויות משמעון, רשם בגין העסקה הערת אזהרה על זכויות הבעלות של שמעון בחלקה המעבירה. בין לבין, שמעון ויהודה הצליחו לאשר תכנית בוועדות התכנון והבנייה המעבירה את הזכויות ליהודה. עם אישור התכנית, הערת האזהרה שנרשמה לטובת ראובן מתרוקנת למעשה מתוכן, שכן עם אישורה, הזכויות מוקנות לחלקה שבבעלות יהודה ואין למעשה משמעות להערת אזהרה הרשומה על זכויות של שמעון בחלקה המעבירה.

דוגמה נוספת לקושי הנובע מהיעדר מרשם היא מקרה בו פלוני שעבד את הנכס לבנק כבטוחה לאשראי אותו לקח. שמאי מקרקעין העריך את שווי הבטוחה בשים לב לזכויות הבנייה הקיימות, ולאחר מכן פלוני מוכר את זכויות הבנייה מבלי לקבל את הסכמת הבנק לכך. ספק אם רשות התכנון המאשרת בהליך תכנוני את העברת הזכויות עומדת על קבלת הסכמת הבנק להליך התכנוני. הפתרון עשוי להיות רישום הערת אזהרה על צורך בהסכמת בעל השעבוד לכל פעולה תכנונית, ומומלץ גם למסור הודעה לרשות המקומית אודות ההגבלה.

## סיכום

לא קיימת חקיקה המסדירה את הגדרתן וסיווגן של זכויות הבנייה ואת הסוגיות העולות בהקשר זה. שאלת הסיווג וההגדרה של זכויות בנייה נותרה ללא הכרעה גם בפסיקה.

יש להבחין בין העברת זכויות בנייה בין דיירים בבית משותף לבין ניוד זכויות בנייה בין חלקה חלקה. בעוד שבהעברת זכויות בנייה בין דיירים בבית משותף, מדובר למעשה על אופן החלוקה של זכויות בנייה המוקנות לחלקה מסוימת בין הבעלים של אותה החלקה. בניוד זכויות בנייה בין חלקה לחלקה, מבצעים פעולת מכר זכויות אשר מותנית בהליכים תכנוניים.

הגישה הקלאסית שרווחה בפסיקה לפני כעשרים שנה הגדירה זכויות הבנייה כנכס צמוד קרקע שאינו ניתן להעברה. עם חלוף השנים, ובעקבות הפרקטיקה של ניוד זכויות בנייה במסגרת תכנית בניין עיר, בית המשפט העליון הכיר בזכות להעביר זכויות בנייה מחלקה לחלקה בכפוף לאישור רשויות התכנון, אך הכרה זו מסויגת, ועד כה לא נעשה דיון מעמיק בסוגיה.

בהקשר של העברת זכויות בנייה בין דיירים בבית משותף, סוגיה אשר למעשה מוסדרת בחלקה בחוק המקרקעין, נותרה השאלה האם ניתן להצמיד זכויות בנייה לדירה בבית משותף בצריך עיון. כמו כן, בית המשפט קבע כי רישום שיוכן של זכויות בנייה לדירה פלונית, אם באמצעות הערת אזהרה ואם באמצעות תיקון תקנות הבית המשותף, אינו פתרון ממצה, שכן הזכויות ממשיכות להיות בבעלות משותפת, ורישום זה אינו מהווה חלוקה של זכויות בין הדיירים.

פתרון ראוי לבעיה נשוא מאמר זה יצריך הרמוניה חקיקתית, קרי עיצוב הגדרה שתאיים להקשרים השונים בהם נעשה שימוש במונח "זכויות בנייה" - בדיני הקניין, בדיני התכנון ובדיני המס. עיצוב הגדרה כזו תצריך התמודדות עם שאלת יסוד של דיני קניין ותכנון: האם קיימות בשיטתנו "זכויות תכנוניות"? לשאלה זו השלכות רחבות מאוד, בין היתר על דיני הפיצוי בגין פגיעות תכנוניות.

לסיכום, אין לי אלא להצטרף לקריאתה של השופטת חיות בפרשת **שטרייכר** אל המחוקק להסדיר את הסוגיה בחקיקה ראשית, וכדברי השופטת חיות:<sup>21</sup>

**"נוכח הקשיים שמעוררת סוגיית זכויות הבנייה הבלתי מנוצלות, שעל חלקם עמדנו לעיל, ונוכח החשיבות שיש לסוגיה זו במציאות הכלכלית בתחום המקרקעין, נראה כי לא למותר להפנות את תשומת לבו של המחוקק לכך שקיים צורך בהסדר סטטוטורי מקיף בעניין זה, ואין די בהסדרה נקודתית בלבד של סוגיית חלוקת זכויות בנייה מקום שזו נדרשת לצורך הרחבת דירה בבית משותף".**