

1920, סעיף 5, ופקודת העברת מקרקעין, 1920, סעיף 10, עולה כי הדרך היחידה לשעבוד מקרקעין היא על פי חוק האופותיקה העותומני²¹.

אפשרות אחת היא לומר שגוברת ההוראה המאוחרת והמיוחדת שבסעיף 121 לפקודת החברות משנת 1929, על ההוראות שבשתי הפקודות הנ"ל, משנת 1920 (שלא מחקו את המכר החוזר מספרי החוקים, אלא רק קבעו שאין לעשות במוסד זה שימוש לגבי מקרקעין), באופן שתברה רשאית לבצע מכר חוזר במקרקעיה.

אפשרות שניה, הרבה פחות נוחה, היא לומר כי לאור ההוראות שבשתי הפקודות הנ"ל משנת 1920, אין לנו — לגבי מקרקעין — מוסד מקביל ל-"mortgage האנגלי, וכי לגבי ה-"mortgage נמצאים אנו במצב דומה לזה שנמצאו בו לענין ה-"charge במטלטלין, כשהמסקנה המתבקשת מכך היא שבמקרקעין יהיה עלינו לקלוט מן המשפט האנגלי את דיני ה-"mortgage הסבוכים.

מבחינה מעשית, ספק אם נודעת חשיבות רבה לגסיונות לפתור את הקשיים הנ"ל, הנובעים מאיזכור ה-"mortgage בסעיף 121. הבטחה הנוחה והגמישה ביותר היא הבטחה מן הטיפוס של charge, ומכיוון שבמקרקעין חלה בטוחה זו אצלנו בדמות האופותיקה העותומנית, ובמטלטלין החל ה-"charge האנגלי עצמו, יש להניח כי לא ירבו המקרים בהם יבקשו להיזקק ל-"mortgage, ותהא המשמעות הנודעת ל-"mortgage הוזה אשר תהא.

ד"ר יהושע ויכמן

שיקולים דתיים בחקיקה מקומית

(ע.א. 6/66, קלו נ' ראש העיר, חברי המועצה ותושבי העיר בת"ים — טרט פורטס; ע.פ. ת"א 658/65, היועץ המשפטי נ' אילובין — טרט פורטס).

על פי הלכה מושתתת של בית המשפט העליון, אין עיריה רשאית להשתמש בסמכויותיה כדי לפגוע בחופש הפרט מטעמים שבדת. הדברים אמורים הן לגבי סמכויותיה המינהליות — כמו מתן רשיונות לבתי עסק — הן לגבי חוק עזר שהותקן על ידיה.

ב"בג"צ 192/54 סירבה עיריית נתניה להוציא רשיון לאטליו של העותר, משום שסירב להתחייב לכך שלא ימכור בו בשר חזיר. בצוותו על עיריית נתניה להעניק לעותר את הרשיון, קבע בית המשפט העליון, מפי השופט אולשן, כי הטלת הגבלות על חופש הפרט מטעמי דת היא "בעיה כללית וארצית, שאינה מיוחדת למקום מסוים, ופתרונה נתון לסמכותו הייחודית של המחוקק הארצי, אלא אם כן מצא המחוקק הארצי לנכון להעביר את כוח ההחלטה בענין זה לסמכויות המקומיות".

21. סעיפים שכנראה לא עמדו לנגד עיני בית המשפט בפרשת האפורוס לנכסי נפקדים

נ' עובדי, ע.א. 138/62, פד"י ט"ז, ע' 2649.

1. אקטל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר נתניה, פד"י ח, 1524.

ב"בג"צ 72/55 : חזר וקבע בית המשפט העליון הלכה זו לגבי חוק עזר של עיריית תל-אביב שהתיימר לאסור על מכירת בשר חזיר.

ב"בג"צ 98+105/54 : נקבעה הלכה דומה לגבי חקיקת משנה של רשות מינהלית, המפקח על המזונות. בכל המקרים האלה קבע בית המשפט כי הטלת הגבלות על חרות הפרט מטעמים שבדת הינה ענין למחוקק הארצי, דהיינו לכנסת. לאורן של הלכות אלה, מוכרע גורלו של חוק העזר לבתים (מס עסקים עירוני), תש"ד-1960, שקבע בתוספת שיעורי מס גדולים לאטלזים המוכרים בשר שאינו כשר.

חוק עזר זה נידון ב"ע.א. 6/66, קלו נ' בתים. המערערים, בעלי אטלז לא כשר, פנו לבית דין למס עסקים וביקשו לבטל את חיובם במס בטענם שהוק העזר נוקט הפליה שלא כדין מטעמים דתיים. ערעורם נדחה שם ובבית המשפט המחוזי, מן הטעם כי המס המוגדל נועד לבוא כמשקל נגדי לסכומים שמשלמים האיטלזים הכשרים לרבות. בית המשפט העליון לא קיבל נימוק זה, שלא היה לו אף כל חיזוק בחומר הראיות, והחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי כדי שידון מחדש בשאלת ההפליה. לאחר הדיון מחדש, חזר בית המשפט המחוזי ואישר את חוק העזר כבלתי מפלה משום השוני בין שני סוגי העסקים, הכשרים והבלתי כשרים. בית המשפט העליון ביטל, בערעור, החלטה זו. לדברי השופט ברנזון, "ברור הדבר, והוא עולה מחוק העזר עצמו, כי ההבחנה לגבי האיטלזים לענין תשלום מס עסקים היא על יסוד דתי: בשר כשר ובשר לא כשר". קביעה ברורה זו מתיישבת עם הפסיקה הקודמת של בית המשפט העליון, אכן, תמיהה היא כיצד, לאורה של פסיקה זו, ניתן היה להכשיר את חוק העזר הנ"ל.

ב"ע.פ. ת"א 658/65, י.ו. נ' אילוביץ נדונה בעייה דומה, שם נאשם המשיב בהפרת חוק עזר עירוני של עיריית נתניה המתיר פתיחתם של בתי אוכל בשבתות, אך אוסר עליהם למכור או להגיש אוכל אלא בתוך כתלי בית האוכל ולא דרך החלון או בצורה אחרת אל החוץ.

טענת הנאשם היתה, כי חוק העזר העירוני הוא פסול משום שנחקק מטעמים שבדת, דהיינו למנוע חילול שבת בפרהסיה. שופט השלום, בהסתמכו על פסיקה בית המשפט העליון, קיבל את הטענה, פסל את חוק העזר וזיכה את הנאשם. בערעור לבית המשפט המחוזי, הפך הזיכוי להרשעה וחוק העזר הוכשר. על מה הסתמך בית המשפט המחוזי? כפי הנראה סבר, כי אין לו רשות לבדוק את נימוקי העירייה בהתקנה את חוק העזר, ואלה דברי בית המשפט:

"נראה לנו כי עצם גישתו של שופט השלום המלומד היא מוטעית. פסקי הדין שצוטטו (על ידו) מתייחסים לענין שיקול דעת, למעשה אומיניסטרטיבי ולא לחוק עזר... לגבי חוק עזר השאלה אובייקטיבית היא, דהיינו באם החוק... חורג ממסגרת פקודת העיריות".

בכך, עם כל הכבוד, נתפש בית המשפט המחוזי לטעות. להבחנה שהוא עושה יש אולי בסיס בפסיקה האנגלית, אך היא בוטלה מכבר בפסיקה הישראלית. כפי שקבע בית המשפט העליון, ניתן לתקוף חקיקת משנה, ממשלתית או מקומית, בשל גימוקים פסולים אף אם היא מבחינה אובייקטיבית, בתוך ד' אמות סמכותו

2. פריידי נ' עיריית תל-אביב, פד"י י, 734.

3. לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פד"י י, 46.

של מחוקק המשנה⁴, ואם יש צורך בראייה לכך, הרי באים פסקי הדין, שהזכירו על ידי שופט השלום, ומורים שכך הדבר: ב"בג"צ 72/55 הנ"ל נפסל חוק עזר עירוני של עיריית תל-אביב שהיה מבחינה חיצונית-אובייקטיבית בתוך מסגרת החוק המסמיך. שם קובע בית המשפט העליון, מפי השופט גוייטיין, כי חוק העזר העירוני, לכאורה, "הותקן כדת וכדין בהתאם להוראותיה של פקודת העיריות". אך לאחר מכן בודק בית המשפט את "כשרות המגיע המסתתרת (הדגשה שלי - א.ר.) מאחורי התקנתו של חוק העזר", ולבסוף מגיע למסקנה כי הותקן למטרות דתיות ומטעם זה פוסלו. הוא הדין ב"בג"צ 98+105/54 הנ"ל; שם נקבע כי למרות סמכותו, לכאורה, של המפקח על המזונות תפסלנה תקנותיו משום ש"הנימוק האמיתי, היחידי או המכריע היה ברצון לספק, על פי הוראות הממשלה, את דרישותיהם של חוגים מסויימים".

לצורך הוכחת פסלות המגיע, נזקק אף בית המשפט העליון לראיות חיצוניות, כגון: העתק מהפרוטוקולים של מועצת העירייה (במקרה הראשון), תשובות לשאלות תחת בכנסת והחלטות ממשלה (במקרה השני).

מכל אלה התעלם בית המשפט המחוזי בהחליטו כי רק הבחינה האובייקטיבית טיבית תחרוך גורלו של חוק העזר ובסברו כי הפסיקה של בית המשפט העליון בענין מניעים בלתי כשרים אינה נוגעת לחקיקת משנה.

לאור הפסיקה של בית המשפט העליון, נדמה כי חוק העזר לנתניה, שנידון במקרה שלפנינו, פסול ומחוסר כל תוקף. בבית המשפט השלום, הופיע בתחילה ב"כ עיריית נתניה והוא הודה במפורש, כי אכן הותקן חוק העזר מנימוקים דתיים. אף נציג הפרקליטות, שהופיע לאחר מכן, הודה כי חוק העזר הותקן כדי למנוע התנגשות בין חילוניים לדתיים בענין שמירת שבת. אף אם נכונה טענה זו, הרי היא מעידה על כך כי העירייה התקינה את חוק העזר מנימוקים דתיים ואידאולוגיים אשר, לפי פסיקתו המפורשת של בית המשפט העליון, אינם מצויים בסמכותה אלא בסמכות הכנסת.

אמנון רובינשטיין

4. ב"בג"צ 98+105/54 הנ"ל.