

שימוש לרעה בזכות מקרקעין

(לפרשנות סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969)

אריאל רוזן-צבי *

העקרון והמדיניות

חירות העשייה של הפרט בזכויותיו במקרקעין צומצמה והוגבלה, הן מכוח חיקוקים שבתחום המשפט הציבורי והן מכוח חיקוקים שבתחום המשפט הפרטי.¹ אך הגבלות אלה, המצמצמות את שליטת האדם במקרקעין, מרחיבות את זכות התערבות בפעילות השכן.² הגבלת הזכויות, בהיותה רב-סיטרית, פועלת בכיוון אחד לצמצום הזכות ביחס לאחרים, בעוד אשר בכיוון אחר יש בה משום הרחבת הזכויות כלפי האחרים. כזו היא גם הגבלת הזכויות, התוחמת את „תחום הבעלות“ בסעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 (להלן: „החוק“) שלשונו: „בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אינן בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר“ (להלן: הסעיף).

הפרשן מוצא עצמו במסגרת ניסוח תמציתי, המוליך אל סבך של רב-משמעויות ואי-ודאויות. פרשנות הוראת סעיף 14 קשורה בטבורה של המדיניות הראויה לילך בה.³ והמדיניות תלויה לא רק בגישות משפטיות אלא בהתפתחות החברה ובטיבו של המשטר. חברה ליברלית תעדיף גישה אבסולוטית לזכויות ותמגע מהגבלת חופש הפעולה של הפרט לגבי השימוש בזכויותיו,⁴ ואילו שיטת משפט במשטר קומוניסטי תחתור להגבלת השימוש בזכות לתועלת החברתית שבשימוש זה, דהיינו: התאמת הכלל המשפטי למטרה החברתית העומדת ביסוד הזכות נשוא הכלל, תוך העדפת אינטרס החברה בכללה.⁵

דרך ביניים תעדיף להשקיף על הזכות כיחסית כלפי זכויות מתחרות אחרות. המטרה החברתית ביסוד ההגבלות תתמצה בתחום המשפט הציבורי (חוקי תכנון ובניה, מיסוי, איכות הסביבה, רישוי וכיוצ"ב), ואילו בתחום המשפט הפרטי תצומצם ההגבלה לשימוש בזכות בתום-לב, או להימנעות משימוש בכוונה זדונית או לשימוש במסגרת האינטרס הלגיטימי, דהיינו: מאזן התועלת שבשימוש, לבעל הזכות, מול הנזק הנגרם לאחר עקב הפעלתה.

דרך כזו פותחת אפשרויות שונות וואריאציות רבות ושונות לגבי ההיקף הרצוי ואלה עשויים לקבוע את הפרשנות. דרך ביניים כזו נבחרה על-ידי הדינים

* אסיסטנט ותלמיד-מחקר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
1 על ההגבלות, ראה רייכמן, „השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים“, ג' עמ"ש 220 (1973).

2 שם בע' 226, 227.

3 Friedmann, „Social Security and Some Recent Developments in the Common Law“, 21 *Can. B. Rev.* 369 (1943).

4 ראה על גישת הדין האנגלי: שם, שם וכן צלטנר, „שימוש לרעה בזכות“, ב' משפטים 465, 467 (1970); דיני הנזיקין 150—155 (בעריכת טדסקי, תש"ל).

5 Gutteridge, „Abuse of Rights“, וכן ראה במסורט Friedmann, *supra* note 3, at 375; „Rights“, 5 *Camb. L.J.* 22, 41-42 (1935).

הקונטיננטליים ובתי המשפט שם נמנעו מלהרחיב את עקרון השימוש לרעה בזכות לדוקטרינה חברתית בסיסית יותר כמו זו הנהוגה בשיטות המשפט של המדינות הקומוניסטיות.⁶

הפרשנות ומגמותיה

החוק לא הלך בעקבות הלשון הרחבה והבלתי-מוגבלת שנקטו בה חיקוקים קודמים, של שימוש בזכות בתום-לב,⁷ ונמנע מאידך גם מקבל את הלשון הברורה, המפורטת והמוגבלת יחסית, של הצעת החוק:

„בעל מקרקעין (בפרק זה – לרבות המחזיק) לא ישתמש בהם שימוש שאין בו תועלת לעצמו וכל מטרתו היא לגרום נזק למקרקעין הגובלים או המצויים בסביבתם (להלן: מקרקעין שכנים)“⁸.

במקום אלה נבחר גיסות שיש בו, כפי שנראה, איוון בין מגמות ההרחבה, מצד אחד, (המאיימות על ודאות הקנין ועל הדיוק המשפטי, על ידי פלישת עקרונות מוסריים רחבים ובלתי-מוגדרים דיים, ויש בהם תדירה לרשות הפרט), לבין הגישה המצמצמת, מצד שני (שאינה מתיישבת עם המגמות החברתיות בנות-הדור).

מגמת הפרשנות החייבת, איפוא, להגחות אותנו הינה הימנעות מהצמדות לגישות קיצוניות והעדפת דרך ביניים; הליכה בשביל המאוזן, שנבחר על ידי המחוקק, תוך נסיון לדלות מנקודות האחיזה, שהוא מכיל, את המדיניות המועדפת שלאורה יש לפרש.

יש לנקוט באותה אמת והירות, שהנחתה את בתי המשפט בקונטיננט, ובמיוחד את הערכאות השופטיות, אשר נמנעו מלמצות את מלוא ההיקף והרוחב, שהוענקו להם על-ידי לשון החיקוקים⁹; ולהימנע מצמצום הוראות אחרות של החוק, מחד, ומיצירת זכויות או מהטלת תבניות חדשות, שלא הוקנו במפורש על ידי החוק, באמצעות ישום הוראת הסעיף ומכוחו הבלעדי¹⁰.

יתרונו של הפרשן הישראלי הוא המחקר ההשוואתי הקיים בתחום עיסוקו והנחתות היוריספרודנטלי, שגם הוא לא נעדר¹¹. בלעדי רקע זה קשה לראות כיצד ניתן היה לגשת למלאכת הפרשנות. עם זאת, אל לנו לכופף הוראות דין זרות על הוראות הסעיף. התוצאה עשויה להיות פסיפס מעניין של שיטות משפטיות שונות המעניק יחודיות ישראלית לשימוש לרעה בזכות.

⁶ Gutteridge, *ibid.*; צלטנר, לעיל הערה 4; ראה גם Friedmann, *Law in Changing Society* 80 (1959).

⁷ סעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. לשון סעיפים אלה דומה לזו של הקוד שוויצרי, ראה צלטנר, לעיל הערה 4, בע' 474. על סעיף 6 לחוק המכר ראה: ע"א 338/73, חברת הלקה 677 בנוש 6613 בע"מ נ' כהן, כ"ט (1) פד"י 365.

⁸ סעיף 58 (א) להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ה-1964, ה"ח 612, תשכ"ד, ע' 173. לשון זו דומה לזו של הקוד הגרמני, ראה צלטנר, לעיל הערה 4, בע' 473.

⁹ צלטנר, לעיל הערה 4, בע' 474; Gutteridge, *supra* note 5, at 40.

¹⁰ ראה Gutteridge, *supra* note 5, at 40.

¹¹ ראה האסמכתאות לעיל, ראה נוספות במחקרו של צלטנר, לעיל הערה 4.

הסיטואציות האפשריות

במהלך ניתוח הוראות הסעיף עלינו להבחין בין שלוש סיטואציות אפשריות, שבמסגרתן ניתן לדון בשימוש לרעה בזכות:

1. השימוש בזכותי שלי במקרקעין.
לסיטואציה זו שייכות כל הפעולות הנעשות במקרקעי או בזכותי, במטרה לגרום נזק ל"אחר", כגון: בניית מבנה במגרשי, גיוס ענפי עצים המטילים צל, הפירת בורות או שוחות, שימוש בזכות דרך, שימוש בזכות הנחת צינורות במקרקעי הולת וכיוצ"ב¹². האם רשאי יהיה ה"אחר" למנוע מבעל הזכות שימוש כזה בתנאי הסעיף?
2. מניעת שימוש של אחר במקרקעי.
כאן נכללות הפעולות, שיש בהן כדי לשלול מאחרים שימוש בזכויות במקרקעין. סיטואציה זו נחלק לשתי קטגוריות:
א. שימוש של מסיג גבול בזכותי במקרקעין. הגשת תביעה לסילוק ידו של מסיג גבול מטעמי נקמנות, שימוש בכוח נגד מסיג גבול וכיוצ"ב¹³.
ב. שימוש של אחר בזכותי במקרקעין.
בעל הזכות משאיר שדה בלתי מעובד, ברם גמנע ממתן זכות דרך לפלוני מתוך כוונה לפגוע בו¹⁴; בעל הזכות מבכר הקניית זכות לפלוני על פני אלמוני מטעמי נקמנות בלבד; בעל זכות מקרקעין מסרב להאריך חוזה הכירת הזכות רק כדי לגרום נזק לחוכר¹⁵; בעל

¹² לקטיגוריה זו משתייכות, למשל, ההלכות האמריקניות, במדינות השונות, שענינן „מחיצות-הודון” Spite Fences, ראה Friedmann, *supra* note 6, at 80; וכן ההלכות הצרפתיות של בניית ארובה במטרה להפריע לנוף; של הקמת מבנה עץ ומעליו חודי עץ משוננים על מנת לפגוע בכדורים מעופפים שתמרנו מעל מגרשו של התובע וכו'. ראה צלטנר, לעיל הערה 4, בע' 472; Gutteridge, *supra* note 5, at 33-34. לקטיגוריה זו משתייך, כנראה, גם פסק Bradford, ברם ראה הערה 16 להלן לגבי אפשרות השיוך לקטיגוריה השנייה.

¹³ כך בדין השוויצרי, גם אם הנתבע חייב מבחינה משפטית טכנית לא יקבל התובע סעד אם תבע מטעמי נקמנות בלבד, וזאת מכוח העקרון הכללי של השימוש לרעה בזכות, ראה: Gutteridge, *supra* note 5, at 41. אצלנו ראה ע"א 782/70, רדומילסקי נ' פרידמן, כ"ה (2) פד"י 523, 530 וראה על כך בהמשך.

¹⁴ לתוצאה זו הגיעו תוך ישום הדין הגרמני, ראה Friedmann, *supra* note 3, at 374. note 17.

¹⁵ לתוצאה כזו הגיעו, כנראה, בדין הקונטיננטלי תוך שימוש בעקרון הכללי הרחב של השימוש לרעה בזכות, ראה Friedmann, *supra* note 6, at 80. סיטואציה אחרונה זו ודומותיה מצויות, למעשה, בתחום דיני החוזים ובהקשר זה לא נתן למצוא חובה להתקשר בחוזה. ראה פרידמן, „תחולתן של חובות מן המשפט הצבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי”, ה' משפטים 598, 601 ה"ש 11, 602, 606 וה"ש 24. משום כך התוצאה האמורה נובעת מעקרון כללי של שימוש לרעה בזכות, שאיננו נחלתו של המשפט המקומי. גם אותן הוראות המפורטות לעיל בהערה 7 והנוגעות לדיני החוזים עוסקות רק בשלב של השימוש בזכות הנובעת מחוזה. מכל מקום, הואיל

שדה משמיד יבול או את חלקו ונמנע מחלוקתו לפלמוני במטרה לפגוע בו¹⁶ ועוד.

האם יהיה בעל הזכות מנוע במקרים האמורים משימוש כלשהו בזכותו?

3. הובת בעל-הזכות במקרקעין לעשות מעשה במקרקעין. האם הוראת הסעיף מהיבית בעל זכות לעשות מעשה על מנת למנוע נזק או אי-נוחות, כשהם מטרת מחדלו?

בסיומה של דרך הפרשנות המפורטת ובמהלכה תסתברנה גם תשובותינו לשאלות אלה.

הגבלת זכות — זכותו הקורלטיבית של האחר

הגבלת זכותו של בעל הזכות במקרקעין מקנה זכות קורלטיבית לאחר, שלא ישתמשו כלפיו בזכויות מקרקעין לרעה. הזכות הקורלטיבית נובעת מן החיוב שהווייב בו בעל-הזכות להמנע מעשייה כתוצאה מהגבלת זכותו במסגרת הוראות הסעיף. הזכות הקורלטיבית שבסעיף לא נקבעה במפורש על ידי המחוקק, היא הינה תולדה של הגבלת הזכויות. רוחבה והיקפה יקבעו על-כן רק על יסוד קביעת היקף ההגבלה בהתאם לפרשנות הסעיף.

כך נקבע גם עקרון החיוב בהלכת ארמה נ' לוי¹⁷. מהי מהות הגבלת הזכות וממילא מה מהותה של הזכות הקורלטיבית, מהו טיבה, היקפה ותכניה? לא נקדים את המאוחר אם נתחיל דווקא בסיפא.

א) מהות הזכות וטיבה

הסעיף עלול לסבול פרשנות, אשר תהפוך על פיה את כל העקרונות המקובלים בתורת המשפט. ניסוחו עלול להביא למסקנה כי הסעיף החליף, לגבי זכויות במקרקעין, את הכלל השיווי המתיר כל שלא נאסר על ידי הדין. ומעתה, כל אימת שהשימוש בזכות מקרקעין גורם נזק או אי-נוחות לאחר, על בעל הזכות להפנותו להיתר המצדיק השימוש בזכותו. כאילו, שמרגע שנכלל הסעיף בספר החוקים חייב כל שימוש בזכות מקרקעין, הגורם נזק או אי-נוחות לאחר, למצוא את הצידוק וההיתר להפעלתו מחוץ ומעבר לזכויותיו השיוויות של בעל הזכות —

ומסקנתי היא כי הסיטואציה השניה אינה נכללת בגדר הוראת סעיף 14 אין להרחיב יותר בנקודה זו.

¹⁶ לקטגוריה זו עשוי להכנס, עפ"י גישה מסויימת, גם חליפו של מר פיקלס מפרשת *Bradford v. Pickels*, [1895] A.C. 587 (H.L.), המבקש לשלול משכנו את השימוש במים הזורמים — או בזכות אחרת אשר תגיע בדרך הטבע אל אותו שכן — וזאת במטרה לגרום לו נזק ועושה מעשה לשם כך. אצל פיקלס, קידוח המטה את זרם המים ממגרש השכן. מאידך, יש אשר ישייכו את פיקלס לסיטואציה הראשונה, באשר יראו את הקידוח ה"מויק" כשימוש בזכות מקרקעין למטרה האמורה.

¹⁷ ע"א 140/53, ארמה הברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, ט' פד"י 1666, על העקרון — ראה חשין, "דין הנויקין ודין אבות נויקין במשפט ישראל", א' משפטים 346, 365, 368 (1969).

מכות עקרוגות כלליים — הנובעים מהיותו בעל זכות כזו, שכן הזכות עצמה אין בכוחה לעמוד כנגד נזק או אי-נוחות על-ידי עשיית-דבר במקרקעין.

זהו פירוש בלתי אפשרי הנוגד עקרוגות מקובלים ואין לטרוח הרבה כדי לקבוע שניסוח הסעיף איננו יכול להוביל אותנו למסקנה כה מרחיקת לכת. עם זאת, לא נוכל להתעלם מאופן ניסוח הסעיף וממבנהו וניתן להם את הנפקות המתאימה כאשר נדון בדיני ראיות.

מה טיבה של זכות קורלטיבית זו, שתכניה עדיין נעלמים מאתנו, האם זו זכות עצמאית או נגזרת? רוצה לומר: הסעיף מנוסח בדרך של שלילת צידוק: העושה בזכותו במקרקעין וגורם נזק או אי-נוחות אין בבעלותו או בזכותו האחרת כשלעצמן כדי להצדיק עשיית המעשה.

האם זוהי רק שלילת הגנה אפשרית מפני עילת תביעה קיימת מחוץ לכתלי הסעיף, או שמא בחירת הפורמולה של הניסוח מטעה והזכות הנוצרת הינה בבהיגת חי הנושא את עצמו. וביתר חידוד: האם הסעיף מקנה זכות תביעה עצמאית מכוחו הוא, בלא להזקק לשום מסגרות תביעה חיצוניות לו, או שמא הסעיף רק מונע, מבעל הזכות במקרקעין, הגנה אפשרית, כנגד עילות תביעה הקיימות מחוץ למסגרת הסעיף, שהיה יכול להעלותה אילולא ההוראה המשמטה לו הגנה כזו: למשל, בתביעת נזיקין בה הוא נתבע לדין.

אם אין הסעיף יוצר עילת תביעה העמידה מכוחה היא, הרי בהעדר עילת תביעה אחרת לא יכנס הסעיף לכלל תחולה. ובמקרה כזה, כנגד טענת התובע כי זכותו של בעל הזכות איננה צידוק מספיק למעשיו, יענה לו הנתבע בטענה אחרת, גיצחת, חוסר עילה; היינו: העדר זכות משפטית הראויה להיות נושא לתביעה; ואם מחוץ להוראות הסעיף לא יבוא, לשם כך, עזרו של התובע, מן הסעיף עצמו לא יבוא. צמצום כזה לא נראה לי. הסעיף מעניק, בתחומים אותם נגדיר עוד, זכות תביעה עצמאית. אם לא תאמר כן, לא רשאי יהיה תובע, נזק, להוציא, במקרה האמור לעיל, צו מניעה כנגד שימוש לרעה בזכות מקרקעין; צמצום כזה גם יהפוך את הסעיף כמעט לאות מתה.

הסיפא של הסעיף מגדירה את המעשה, נשוא התביעה האפשרית: „עשיית דבר הגורם נזק...“ בתנאים הנוספים של הרישא השוללת צידוק כנגד „דבר“ כזה. היינו: עשיית דבר בתנאים האמורים היא עצמה עילה מספקת שכנגדה אין הזכות במקרקעין צידוק מספיק.

טבען של זכויות קנין, שהן מגדירות זכות, להבדיל מעילות תביעה או סעדים כדוגמת העוולות הנויקיות¹⁸, כאן הוגדרה הזכות בדרך השלילה, אך סגנון החקיקה באמצעותו מעניק המחוקק את הזכויות איננו יכול להכריע.

יתר על כן, הבעיה שהצגנו נובעת בין השאר משטח ההפקר של הקורלציה, שבין תחום דיני נזיקין לחוק המקרקעין. סעיף 66 (א) להצעת החוק¹⁹ עשה „כל שימוש במקרקעין בניגוד להוראות פרק זה“ (פרק ט' להצעה — א.ר.צ.) ל„עוולה“. גלגולו הקודם של הסעיף (סעיף 58 (א) להצעה) נכלל במסגרת אותו פרק וממילא הפכו הוראות הסעיף לעוולות אורחיות על כל המשתמע מכך. השמטת סעיף 66 (א) של הצעת החוק והעמדת סעיף 14 בפני עצמו מהווה הוכחה נוספת כי בפנינו זכות

¹⁸ דיני הנזיקין, לעיל הערה 4, בע' 106—108.

¹⁹ ראה לעיל הערה 8.

סובסטיביות, עצמאית, בלא זיקה הכרחית למסגרות חיצוניות כמקור של אנרגיה להפעלת הזכות הטמונה בו ולמימושה בפועל²⁰.

(ב) היקף הזכות

עד כאן ראינו מהותה של הזכות וטיבה. מהו היקפה של הזכות הנולדת לאחר, בדרך הגבלת זכות בעל הזכות, ומהם תכניה? תשובה לשאלה זו כרוכה בעקבה בבדיקת היקף ההגבלה ותתברר בעקבותיה. את המפתח לפרשנות הסעיף אני רואה במילים: „...אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר...”. כותרת השוליים של הסעיף אומרת: „הגבלת זכויות”. כותרת זו משקפת את מהותה של ההוראה. יש בה כדי להגביל את חופש העשייה של הפרט בזכויותיו במקרקעין. הזכות הקורלטיבית המוענקת לאחר מכוחה של הגבלה זו, היגה שיפור איכות השימוש של ה„אחר” בזכויותיו שלו, ברם אין ההגבלה יכולה להעניק ל„אחר” זכות כלשהי בזכויותיו של בעל-הזכות. אמור מעתה: ההגבלה בסעיף יוצרת זכות קורלטיבית שלילית ל„אחר” כלפי בעל הזכות, אך אינה מקנה לו זכות פוזיטיבית, בזכויותיו של בעל הזכות, מכוחה של הוראה זו לבדה.

הגבלת זכויות, כשלעצמה, די בה כדי להעניק ל„אחר” זכות נגטיבית — הקורלטיבית מבהינה זו לחובת ההגבלה המוטלת על בעל הזכות — אך אין בכוחה ליצור זכויות פוזיטיביות בנכסיו ובזכויותיו של אדם. לכך נחוצות הוראות מפורשות ואל לנו להכניסן בדלת האחורית של הוראה אשר כזו.

דברים אלה יפים, איפוא, לסיטואציה השניה הן כנגד מסיג הגבול המבקש לרכוש לו את זכות הסגת-הגבול והן כנגד דורשי הזכות האחרים כמודגם שם.

אין בעל הזכות חייב לשתף אחרים בזכותו ורשאי הוא להקנות זכויותיו או להמגע מלהקנותן מכל טעם וסיבה כלשהם ומכל מניע שהוא. אין לחייב, מכוח הסעיף, את בעל הזכות לעשות מעשה, אלא להמנע מעשיית מעשה כלפי ה„אחר” (ועל כך עוד ידובר בהמשך).

אין סעיף 14 לחוק מכניס לספר החוקים הישראלי את העקרון המוסרי של „זה נהנה וזה לא חסר”, ואינו מעניק ל„אחר” כל זכויות ספציפיות, שאינן מוקנות לו מכוח הוראות אחרות. יסוד מוסרי כזה לא הוכר עדיין בחקיקה הישראלית. „אין אדם יכול לדרוש זכות הנאה כלשהי מרכושו של הזולת רק מפני שנוח לו הדבר או מפני שהוא זקוק לזה ולזולת אין הדבר גורם כל נזק שהוא, אפילו מצבו הקשה של האדם הזה עשוי לעורר אליו אהדה מצד בני האדם. אין לזנות שיקולים מוסריים עם שיקולים שביושר במשמעות המשפטית, דבר החלוי ברצונו הטוב של הזולת אין לכפות עליו רצון טוב זה על-ידי החלת שיקולים שביושר. עוד לא שמענו על הלכה מעין זו...”²¹.

הלכה זו, שנהגה לפני חקיקת הסעיף, לא גשתנתה עם חקיקתו. תשובה אחרת היה בה כדי לחתור תחת יסודות הוודאות המשפטית ולהפוך את הוראות הסעיף

²⁰ עם זאת יתכן שזכות זו תשפיע על עולות הנויקין בדרך של אכלוס המונחים „שלא כדין” ודומיהם בתכנים המתבקשים מהוראות החוק החדש.

²¹ דברי הנשיא אולשן בע”א 281/61, שלוסר נ’ כין, ט”ז פד”י 2329, 2333; ראה גם ע”א 416/62, לוי נ’ לוי, ר”ז פד”י 861 וכן ע”א 153/67, „שלב” נ’ נווה הררי מואב בע”מ, כ”א (1) פד”י 617.

לעקרון מוסרי במקום קונצפציה משפטית.²² הסעיף במסגרתו מסלק טענת צידוק אפשרית של בעל זכות במקרקעין. רוצה לומר: יש בכוחו להפוך מעשה, שהיה חוקי, לבלתי-מוצדק, דהיינו: לבלתי-חוקי. אין בכוחו של הסעיף לפעול פעולה הפוכה, דהיינו: להפוך מעשה של ה"אחר" (במובן הסעיף), שהוא בלתי-חוקי, מכוח הוראות הדין, לחוקי רק כיוון שבעל הזכות — העומד על זכותו, שאחרים לא יעשו מעשים הנאסרים עליהם מכוח הדין — איננו ניזק או איננו נפגע מפעולות אסורות אשר כאלה. הסעיף מסלק צידוק מדרכו של בעל הזכות, אך אינו מעניק חסינות ואינו מרפא מעשה בלתי חוקי של האחר.

כאמור, הגבלת זכותו של בעל הזכות מקנה אמנם זכות קורלטיבית לאחר שלא ישתמשו בזכות לרעה, ברם אין הוא מעניק זכות חדשה, למסיג גבול, לתפוס מקרקעין ולהפוך לחוקי את מעשהו הבלתי-חוקי. כבר עמדנו על מהות הזכות הקורלטיבית של האחר להיותה ברת-תביעה מכוח עצמה. האם רשאי יהיה מסיג הגבול להבוע את בעל הזכות, מכוח הסעיף, שימנע מלהפריע את הסגת גבולו מאחר והדבר גורם נזק למסיג הגבול ובנסיבות הענין אין הדבר מביא תועלת לבעל הזכות המבקש לסלק את מסיג הגבול, או את מעשה ההסגה, מטעמי נקמנות גרידא? — אין להרחיק לכת עד כדי כך.

הדברים שנאמרו יפים גם כלפי שני פסקי-דין, שפורסמו לאחרונה, בענין רדומילסקי²³ ובענין בצלאל²⁴. בשניהם הועלה הסעיף כטענה אפשרית לתמיכה ב"זכותו" של מסיג הגבול שלא להיות מופרע במעשה ההסגה. בענין רדומילסקי נעשתה ההסגה על-ידי מתיחת חוט טלביזיה מעל רכוש התובעת (המערערת), ובענין בצלאל, על-ידי בניית מרפסת מעל שטח המוחזק ע"י התובע (המערער). בענין רדומילסקי אף הוחלט כי בעל הזכות לא יקבל סעד כנגד מסיג הגבול, כאמור, וכנגד תביעה אפשרית של בעל הזכות לפי חוק המקרקעין (תביעה קניינית להבדיל מנזיקית) אמר השופט ת. כהן:

„...ובא הכלל הגדול שבסעיף 14 לחוק וקובע שזכות הבעלות כשלעצמה אין בה כדי להצדיק עשיית כל דבר, ומתן צו מניעה בכלל זה, 'הגורם נזק או אי-נוחות לאחר'. רוצה לומר, אין להחיר את השימוש בזכות הבעלות כעילה לגרום נזק או אי-נוחות אפילו למסיג גבול, מקום שהשימוש בעילה זו אינו דרוש באורח סביר למימוש זכות הבעלות עצמה או למטרה חוקית אחרת...”²⁵

אני הולק, בכל הכבוד, על קביעה גורפת ורחבה זו²⁶, מן הטעמים שבארנו ועוד אחרים, שיתבארו במהלך הפרשנות. בענין בצלאל נדחתה אמנם הפעלת סעיף 14 לאחר שבית המשפט הגיע למסקנה שאין התנגדות בעלי הזכות כנגד הסגת גבולם נגועה בשימוש לרעה בזכות²⁷, ברם, לדעתי, לא ניתן היה להשתמש כלל בהוראות הסעיף מלכתחילה.

²² ראה Friedmann, *supra* note 6, at 80.

²³ ע"א 782/70, רדומילסקי נ' פרידמן, כ"ה (2) פד"י 523, 530.

²⁴ ע"א 403/73, בצלאל נ' סימנטוב, כ"ט (1) פד"י 41, 44.

²⁵ ע"א 782/70 הנ"ל, בע' 530.

²⁶ ראה גם ביקורתו של גולדנברג, „הסגת גבול בחלל האוויר”, ב' עמ"ש 218, 221 (1972).

²⁷ ע"א 403/73 הנ"ל, בע' 44.

„כשלעצמן“ — כנגד העשייה בזכות שיוורית

לתשובה דומה, באשר לאי-הכללת הסיטואציה השניה במסגרת הסעיף, נגיע גם תוך כרי פירוש מחאים של המונח „כשלעצמן“, שמטרתו לצמצם את הוראות הרישא, ובו מונח, לדעתי, מרכז הכובד של הימנעות מהרחבה בלתי נסבלת. מתן גפקות למונח תלכוד אותנו, לדעתי, כי הסעיף פועל רק במסגרת אותן זכויות שיווריות, המותרות לבעל הזכות מכוח זכותו, ואינו פועל על זכויות מפורשות, שהוענקו לו, ומולם הובותיהם של ה„אחרים“.

הוראת סעיף 14 אינה משתרעת על תחומי מעשים, שעשייתם היא עצם תוכנה של הזכות הקניינית. כך, למשל, הזכות שלא אופרע בשימוש במקרקעין ושאררים לא יסיגו את גבולי ולא יבקשו לרכוש טובות הנאה או זכויות במקרקעין²⁸, שאין להם מכוח הוראות דין אחרות, בין אם נגרמים להם נזק או אי-נוחות ובין אם לאו; או מימוש הזכות למנוע אחרים מלהפריע לשימושי ולהסיג את גבולי, בדרך של שימוש בכוח או של תביעה למימוש זכויותי: כל אלה הם עצם תוכנה של הזכות הקניינית ובשר מבשרה, ואין בהם מעשה עשיית שימוש בלשון בזכות, זאת מכוח הוראות מפורשות של החוק. משום כך, שום כמות של מניע זדוני או רצון רע אינם רלבנטיים כלל והגנתי על זכויותי אין בה כדי להפוך את חובתו של האחר לזכותו של זה ואת מעשיו הבלתי-חוקיים לחוקיים.

אמור מעתה: ההוראה שאין בזכויות מקרקעין „כשלעצמן“ כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק באה למעט, קודם כל, אותן הוראות מפורשות של החוק המעניקות לבעל הזכות הגנה מפני פעולותיו של האחר (שהגנה זו כוחה יפה בכל מקרה ושום כמות של מניע פסול או מאזן העדר תועלת מול גרימת נזק לא יוכלו לדחותה) וכן למעט כל אותן פעולות, שהן חלק מן הזכות המטריאלית-הכובסטנטיבית — ואין בהן כל „עשיית דבר“ במובן ס' 14 לחוק. „כשלעצמן“, מכאן, למעט כל אותן זכויות מפורשות, שהוענקו לבעל הזכות בדין, והריהו רשאי לעשות השימוש, שהחוק התיר לו מפורשות, אפילו לכו מלא מניעים פסולים. כאן לא הזכות כשלעצמה מגן בעד בעל הזכות, אלא הוראות השימוש המפורשות של המחוקק, שמפיהם הוא חי.

בשלב שני אתה אומר כי „כשלעצמן“ מכוונת רק כלפי אותם מעשים המותרים עפ"י דין מכוח זכותך, במובן זה שהמעשה שלא נאסר עפ"י החוק (זכות שיוורית להבדיל מתוכן הזכות, שאינה מהווה עשייה בזכות כלשהי, כמפורש לעיל) גורם נזק או אי-נוחות לאחר ואילו לבעל הזכות אין הוא מביא שום תועלת או הנאה. במקרה כזה אין בזכות כשלעצמה כדי לשמש הצדקה לעשיית אותו המעשה.

„כשלעצמן“ — המונח להזיק או העדר תועלת לבעל הזכות

מיגבלה נוספת גלומה במונח „כשלעצמן“; מיגבלה שעומה מגיעים אל היסוד היותר ידוע של סעיפי השימוש לרעה בזכות: הכוונה הזדונית או הרצון המזיק.

מיגבלה זו מוציאה מן הסעיף את תחום האינטרסים הלגיטימיים של השימוש בזכות. כאשר שימוש כזה מביא עמו תועלת לבעל הזכות אין כבר רק בזכויות

²⁸ סעיפים 16–19 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969.

"כשלעצמן" כדי, להצדיק גרימת נזק... לאחר, אלא האינטרסים של בעל הזכות (דהיינו: התועלת שהוא מפק) מצטרפים אל השימוש בזכותו להצדיק גרימת נזק כזה. זאת, כמובן, בתנאי ששימוש כזה אינו נאסר או מוגבל מכוח הוראות אחרות שבדין.

א. הדין האנגלי

ההשקפה האנגלית גורסת, כידוע, כי שימוש חוקי של אדם בכוונותיו איננו יכול להטיל עליו חבות כלפי חברו.²⁹

,שום שימוש ברכוש או בנכסים כלשהם שהיה חוקי אילו נעשה מתוך מניע הוגן לא יוכל להפוך לבלתי-חוקי רק כיוון שבוצע בהשראת מניע שאינו הוגן או אפילו זדוני"³⁰.

על השקפה זו מאיימים שני פסקי דין, אשר אינם מתיישבים, לכאורה, עם השקפה זו. באחד³¹, הקים הנתבע רעשים ע"י דפיקות על הקיר המפריד בין דירתו לדירת שכנו, התובע, המוסיקאי, מתוך כוונה להטריד את שכנו ולהציק לו. בית המשפט קבע במפורש כי:

,אילו מה שארע היה קורה בין שני אנשים חפים (מכלל זדון – א.ר.צ.) הייתי נוקט עמדה אחרת, אך שוכנעתי כי הנתבע עשה מה שעשה בכוונה להטריד ולדעתו אין זה שימוש לגיטימי בביתו של הנתבע"³².

על בסיס זה חייב את הנתבע בעוולת המיטרד.

באחר³³, ירה הנתבע סמוך לגדר שכנו, התובע, בעל חווה לגידול שועלים, במטרה להטרידו ולגרום לו נזק. גם כאן מצא בית המשפט את הנתבע חייב בעוולת מיטרד אף כי לא היה מוצא אותו חייב בעוולה זו אילו עשה אותו המעשה באותו מקום למטרה לגיטימית, כמו ציד ארנבות, דרך משל. האם נוצר כאן עיקרון של שימוש לרעה בזכות?

המלומדים מיישבים את הסתירה בין ההלכות השונות בנסיבות המיוחדות של דיני המיטרדים, דהיינו: ביחסיותה של עוולת המיטרד המבוססת על "קה

²⁹ ראה לעיל הערה 4; וכן לעניינו פסק *Bradford v. Pickles*, [1895] A.C. 587 (H.L.) עם זאת יצויין כי יש המטילים ספק אם השקפה כזו אכן עולה מפסק ברדפורד הנ"ל תוך נסיון לתרצה בדרכים שונות. כך, למשל, מוציא סלמונד *Salmond, On the Law of Torts* 19-20 (16th ed. 1973) את המניע הזדוני מלבן של פיקלס בטענה שהייתה לו מטרה כלכלית סבירה. (אבחנתו של סלמונד אינה נראית לי. ראה הערה 45 להלן). פלמינג, לעומת זאת [Fleming, *The Law of Torts* 348 (4th ed. 1971)] גורס כי לא בשימוש לרעה בזכות עסקינן כי אם ב"תחרות" על עצם השגת הזכות, בין בעלי זכות שווה, ובתחרות זו כל הקודם זוכה. ממילא, אין הנתבע חייב לחלוק את זכותו יהיו מגיעו אשר יהיו. גם קלרק *Clerk & Lindsell, On Torts* 19 (13th ed. 1969) קרוב לגישה זו.

³⁰ *Allen v. Flood* [1898] A.C. 1, 168. מצוטט בהסכמה ב- [1895] A.C. 587, at 598.

³¹ *Christie v. Davey*, [1893] 1 Ch. 316.

³² *ibid.* at 326.

³³ *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett*, (1936) 1 All E.R. 825.

ותן" ³⁴ ועל סבירות ואיוון ³⁵ בין בעלי זכויות מתחרות. שימוש ודוני אינו יכול להחשב בשום מקרה כסביר ³⁶ והאלמנט של כוונה להזיק גלקה, איפוא, בחשבון לצורך קביעת האחריות למיטרד ³⁷ יחד עם הסטנדרטים האחרים, המשתנים לפי נסיבות הזמן והמקום. התוצאה בדין האנגלי היא כי כאשר לאדם זכות מוחלטת למעשה מסויים (כגון: לחפור באר על אדמתו) שום כמות של זדון לא תהפוך אותו לבלתי-חוקי, ברם כאשר הזכות היא יחסית — כמו הזכות להקים רעש, להעביר זעזועים ולהפיץ ריחות — תהא לכוונה הזדונית רלבנטיות כדי לתחם את היקף הזכות הנקבעת על פי הסבירות שבשימוש בנכס. הזכות נקבעת, היא עצמה, מכוח הסבירות והאיוון ומשום כך אין לדבר על שימוש לרעה בזכות, אלא על העדר כל זכות, עקב הזדון ³⁸. תהיה אשר תהיה דעתנו באשר למידת התיישבותם של שתי קבוצות ההלכות אלה עם אלה, אין ספק כי הרלבנטיות של הזדון לצורך הלכת המיטרד מפחיתה את הנוק שבהשקפה האנגלית השוללת את העקרון של שימוש לרעה בזכות.

ב. הדין הקונטיננטלי

הדינים הקונטיננטליים, לעומת זאת, המכירים בעקרון השימוש לרעה בזכות, מי בהיקף רחב יותר ומי בהיקף מצומצם, מי כעקרון כללי ומי כהלכות ספציפיות, מתלבטים בין המבחן הסובייקטיבי, הדורש כקריטריון יחידי להחלת הכלל הוכחת כוונה להזיק כמטרה יחידה של בעל הזכות, לבין המבחן האובייקטיבי, בעל הגוונים הרבים; למן הצמידות היחסית למבחן הסובייקטיבי כשהכוונה להזיק מוסקת מן הנסיבות הכלליות ומתוצאות המעשה (בלתי נחוץ, חסר-תועלת וגורם נזק לאחר) ³⁹, ועד למבחן האינטרס הלגיטימי ⁴⁰ או מבחן הסבירות וגרימת נזק ללא עילה מוצדקת ⁴¹ המקרב, בעצם, את מבחן העקרון לדיני המיטרדים.

ג. הדין הישראלי

מהי הבחירה של הוראות הדין הישראלי, מה משמיע לנו הסעיף? אם נתרגם את הדברים הנאמרים לנו בפאראפראזה אחרת, נאמר כך: אם עוברת היותי בעלים או בעל זכות אחרת הינה ההצדקה היחידה שבידי למעשה מותר שעשיתי (במשמעות שפירשתי לעיל), ואין למעשה שנעשה כל צורך או הצדקה בפני עצמו (כשהמילה „להצדיק“ אינה משמשת במובן של צדק, אלא במובן של הסבר וצורך), מבהינת תועלתו, ולעומת זאת גורם המעשה נזק או אי-נוחות ל„אחר“ אסור עלי אותו מעשה.

³⁴ Salmond, *supra* note 29, at 62.

³⁵ Salmond, *supra* note 29, at 63.

³⁶ Clerk, *supra* note 29, chapter 67; Salmond, *supra* note 29, at 63.

³⁷ Clerk, *supra* note 29, chapter 1410.

³⁸ על האבחנה בין שתי קבוצות ההלכות ראה הוויכוח בין פרוף' גודארד 52 L.Q. Rev. (1936) 460, לבין פרוף' הולדסוורס, 53 L.Q. Rev. 1 (1937) ותשובת פרוף' גודארד

שם בע' 3.

³⁹ Gutteridge, *supra* note 5, at 26.

⁴⁰ *ibid.* at 27.

⁴¹ *ibid.* at 27-28.

סעיף 58 (א) להצעת החוק כלל שני יסודות מצטברים:

א. שימוש שאין בו תועלת לבעל הזכות.

ב. כשכל מטרתו של בעל הזכות לגרום נזק למקרקעין שכנים.

הוראה כזו, כלשונה, הדורשת כוונת זדון, הושמטה בחוק ואת מקומה תופש הסעיף, שאינו מכיל כל הוראה מפורשת באשר לכוונת זדון או למניע פסול כגורם להטלת אחריות.

עלינו לזכור כי תביעות הקנין, הנגזרות מדיני הקנין, תפקידם להגדיר זכויות ולשקף מצב אובייקטיבי; החדרת אלמנט דינמי, גמיש ובלתי יציב, מן התחום התולה קיומה של אחריות במצב נפשי כלשהו של הנחבע, בנבדל מעצם הפגיעה בזכות מוגדרת כלשהי, המאפיינת את דיני הקנין, מאיימת על דיני הקנין.

משום כך רבה ההתלבטות בשיטות המשפטיות השונות באשר להכנסת המניע כגורם לאחריות.⁴² אם נצרף לכך את הערטילאיות וההמקמות של מבחן סובייקטיבי כזה; את קשיי ההוכחה העלולים להפוך הוראה כזו לאות מתה ואת הקושי למצוא מניע דומיננטי בין ריבוי מניעים וכוונות אפשריים, נוכל להבין מדוע מבחן כזה גזנה ע"י רוב השיטות המשפטיות המכירות בעקרון.⁴³

כאמור, בסעיף 14 גמנע המחוקק מלפרט את המניע, בניגוד ללשון שנקטה הצעת החוק, והעדיף ניסוח אובייקטיבי-היצוני. מניסוח כזה עשויה להשתמע מסקנה מרחיקת לכת, כאילו מרכז הכובד יעבור מבדיקת הכוונה הסובייקטיבית של בעל הזכות לשקילה אובייקטיבית שבמאזן התועלת של בעל הזכות, בשימוש בה, לעומת מאזן הנזק או אי-הנוחיות הנגרמים ל"אחר". האמנם כך?

לא נראית לי מסקנה קיצונית כזו ונראה כי המחוקק בחר בדרך ביניים.

סעיף 14 דורש הוכחה אובייקטיבית על גרימת נזק או אי-נוחות, אך אינו דורש הוכחה פוזיטיבית שהמטרה היא גרימת נזק; הוא מסתפק בהוכחה, שהשימוש בזכות אינו חורג ממסגרת הזכות הערטילאית בלבד אפילו אין הכוונה המוצהרת לגרום נזק. אמור מעתה: כדי להכנס למסגרת הסעיף די בפעולה שהיא חסרת, "צבע" מבחינת המצב הנפשי, אך חסרת תועלת לגמרי מבחינת המצב העובדתי, כשזו נורמת נזק או אי-נוחות לאחר. בדרך זו יצר הסעיף מעין מצב ביניים.

מאידך, יש למנוע הרחבה נוספת ולקבוע כי את ההכרעה, בטיבן של התועלת או ההנאה, יש להניח לקביעה סובייקטיבית בלבד, אם כי כנה ולא פיקטיבית, שהרי עלינו לשוות נגד עינינו תמיד את העקרון הכללי, שבעל זכות רשאי לעשות בזכותו כטוב בעיניו, ולא את היוצא מן הכלל, ולפרש מתוך גקודת מוצא זו את ההגבלות מכוח ס' 14, על מנת למנוע השלטת היוצא מן הכלל על הכלל. זוהי, בין השאר, גם הסיבה, לדעתי, שאין להעמיד את מידת סבירותה של הנאת בעל הזכות, מחד, לעומת מידת הנזק ואי-הנוחיות הנגרמות לאחרים, מאידך, ולשקלן זו כנגד זו.⁴⁴ משום כך, כאשר ישנה תועלת או הנאה בצידה של כוונה עיקרית לגרום נזק לאחר, לא יהא זה כבר בבחינת שימוש בזכויות, "כשלעצמן", ומשום כך לא יכנס לגדר

⁴² דיני הניקיון, לעיל הערה 4, בע' 153.

⁴³ Gutteridge, *supra* note 5, at 26.

⁴⁴ עצם השימוש החפשי בזכות איננה תועלת לגיטימית, שכן אותה בא הסעיף להגביל, וכך, כמובן, גם כאשר התועלת היא עצם גרימת הנזק או אי-הנוחות לאחר.

הסעיף 45. יהא אשר יהא, דרך הפרשנות שנקטנו מרחיקה לכת מעבר לגישה הצרה של ה- Abuse of Rights, הדורשת הוכחה בדבר מניעי הפסולים של בעל הזכות, כשכל ספק יפעל לטובתו; אך דרך כזו משתמעת מלשון המחוקק ומהגיון מעשה החקיקה.

„עשיית דבר“

במהלך פרשנות החלק הראשון של הוראות הסעיף, תוך התייחסות למהותו, כבר עמדנו על דרך הפרשנות הראויה גם לחלקו האחרון. כך, למשל, הצבענו על כך שעשיית דבר האמורה בסעיף מחייבת מעשה, אקט פיזי גלוי של שימוש בזכות, למעט: א. הימנעות משימוש כלפי ה„אחר“. ב. הימנעות משיתופו של ה„אחר“ בזכות או חלוקתה, כמצויין בדוגמאות שבסיטואציה השניה שהבאנו. ג. מחדל מפעולה במקרקעין הנדרשת ע"י ה„אחר“ כדי למנוע נזק או אי-נוחות שייגרמו לו, כמצויין בדוגמאות שבסיטואציה השלישית. השימוש בזכות צריך להיות שימוש בזכות המקרקעין עצמה, ולא שימוש אחר אפשרי אף אם בעקיפין יביא לידי שימוש כזה. כיוון שבדיני מקרקעין עסקינן צריכה הפרשנות להיות צמודה למטרה ולא לחרוג מעבר לה. אמור מעתה: „עשיית דבר“ כתיב, עשיית דבר בזכות מקרקעין קרי. כך, למשל, הגשת תביעה נגד ה„אחר“ אף אם תכליתה מימוש זכות המקרקעין, איננה בגדר „עשיית דבר“. התובע את מסיג הגבול איננו נכנס לפיכך לגדר הוראות הסעיף גם מטעם נוסף זה. בשיטת משפט בה רווח עקרון כללי של שימוש לרעה

45 ברם, לדעתי, על-מנת להוציא את הנתבע מגדר סעיף 14, על התועלת להיות בלתי-תלויה בכוונה לגרום נזק או בנזק הנגרם.

בפרשת ברדפורד (ראה לעיל הערה 16) היתה כוונת הנתבע לגרום נזק לשכני-התובע מונעת על-ידי המטרה להביאו להציע מחיר גבוה יותר עבור מגרשו; גם בפרשת Clement-Bayard (ראה צלטנר, לעיל הערה 4, בע' 472-473) היתה לנתבע כוונה דומה ובמטרה זהה והיו שגרסו (לגבי פרשת ברדפורד, ראה לעיל הערה 24 ולגבי הפסק הצרפתי ראה צלטנר, שם, שם), כי היות ופעולותיהם של הנתבעים הוכתבו ע"י מטרה שהיה בה להביא תועלת לעצמם, באמצעות גרימת נזק לשכני — כשזו אכן היתה כוונתם — אין לדבר על שימוש לרעה בזכות. אין זו דעתי. עלינו להבדיל בין כוונה למניע (ראה דיני הנוזיקין, לעיל הערה 4, בע' 150). על התועלת, אותה מבקש הנתבע להפיק ממעשהו, להיות בלתי-תלויה בכוונה לגרום נזק. אם התועלת הנה תולדה ישירה של הנזק, הנגרם בכוונה לגרמו, הרי גם אם המניע המסתתר אחרי הכוונה הנו גם התועלת לנתבע לא יהא בכך כדי להוציאו ממסגרת השימוש לרעה בזכות. כאשר התועלת נובעת מעצם גרימת הנזק המכוון לא יהא בתועלת כזו כדי להצדיק „עשיית דבר הגורם נזק...“, טכן כמעט בכל מקרה הכוונה לגרום נזק מונעת ע"י מניע של תועלת הנגרמת לו, לבעל הזכות, ע"י גרימת הנזק, בין בדרך הפסקת פעילות מסוימת של התובע, כתוצאה מפעולות הנתבע הגורמות נזק לתובע, ובין בדרך חיוב התובע לעשות פעולה מסוימת.

אפשרות אחרת להגיע לאותה תוצאה מצויה אצל Gutteridge, *supra* note 5, at 34 הסבור כי לנתבע מספר מניעים, שכן גם אם נקבע שהמניע יעודו להביא תועלת לנתבע ע"י אילוף התובע לרכוש את מגרש הנתבע קיים מניע נוסף דומיננטי והוא הרצון לגרום נזק, שהרי התועלת לא תובטח בלא השגת מטרה זו — המשמשת כאן כאמצעי.

בזכות — כל זכות — יהא גם השימוש בזכות התביעה נתון להגבלה⁴⁶, אך בשיטה כשלנו, בהעדר עקרון כללי הפורש מצודתו על הכל יש לפרש את ההגבלות הספציפיות בתחומיהן הן.

דרך פירוש אחרת עשויה לגרום, „עשיית דבר“ ככל שימוש כלשהו בזכות, כולל מימושה בדרך של הגשת תביעה, כולל חלוקת השימוש בה וחלוקת הזכויות בה לאחריים. פירוש כזה גורר אחריו בהכרח גם שימוש בדרך של העברת הזכויות כולן או מקצתן, כשיש בהן כדי לפגוע ב„אחר“.

פירוש כזה איננו נראה לי מן הטעמים הבאים:

(1) ההרחבה הניכרת, אליה מוביל אותנו פירוש כזה, הינה בלתי סבירה ומביאה עד אבסורדום. יש בה כדי להפוך את ה„אחר“ למעין שותף אפשרי או לבעל מעין זכות קדימה מסוימת. גם צמצום אפשרי של המונח „כשלעצמן“ באופן שיעמוד על הוכחת קיום מניע זדוני או כוונה רעה כתנאי בלבדי להגבלת הזכות; צמצום שיש בו כדי לרכך את חומרת התוצאות האפשריות, אם נבחר את הדרך האלטרנטיבית של פירוש המונח „עשיית דבר“, אינו נראה לי משום שהוא אינו מתיישב עם הוראות הסעיף, במיוחד אם משווים אותו לניסוחה המפורש של הצעת החוק תוך גיתוח משווה של השיטות המשפטיות מהן לקוח העקרון האמור.

(2) כבר עמדנו על מהותה של הזכות היוצרת זכות קורלטיבית שלילית ולא חיובית כלפי ה„אחר“. מהות הזכות משפיעה על הפרשנות כשם שהיא מושפעת על ידה.

(3) גם פירוש המונח „כשלעצמן“ המחייב עשיית שימוש בזכות השיוויונית

בלבד, מאציל על פרשנות הביטוי „עשיית דבר“ בדרך המוצעת.

(4) המונח „עשיית דבר“ משמיע, לדעתי, שימוש פיוי בזכות הבעלות או בזכות אחרת במקרקעין, כגון: הפירות, בניה, גזום וכיו"ב. הביטוי „עשייה“, שהמחוקק השתמש בו, הולם את הפרשנות המוצעת אף יותר מהביטוי „שימוש“, שהיה חליפו בהצעת החוק.

מאידך, כולל בתוכו הסעיף כל שימוש במונח האמור, כולל, למשל, כריתת ענפי עצים בחצרי המצלים על מקרקעים שכנים, בתנאי שהתמלאו שאר התנאים הנדרשים. לפיכך, לא תשמע טענת שימוש רגיל במקרקעין צידוק מספיק אם נתמלאו התנאים הנדרשים לפי הסעיף⁴⁷. השימוש הרגיל, הוא עצמו, המותר בדרך כלל, מוגבל מכוח הוראות הסעיף.

למען האמת, טענה כזו לא היתה כבר בעבר טענת-הגנה מספקת, לא כנגד תביעת רשלנות⁴⁸ — בה היה המבחן „...מה עשה המחזיק, או נמנע מעשות, אגב השימוש ברכושו, אפילו לא חרג מגדר הרגיל או הטבעי...“⁴⁹ — ולא כנגד תביעת מיטרד — שלגביה טענת שימוש סביר הינה בלתי אפשרית⁵⁰, בהיות מבחנה סבירות השימוש בהתייחס לזכות השימוש הסביר של בעלי זכויות במקרקעין

⁴⁶ כך ברין השויערי, למשל, ראה Gutteridge, *supra* note 5, at 41. כן ראה על כך אצל

Friedmann, *supra* note 3, at 374.

⁴⁷ ראה גם רייכמן, לעיל הערה 1, בע' 229.

⁴⁸ ע"א 302/67, חברת מפי כתי"ם נ' אשכנזי, כ"ב (1) פד"י 211.

⁴⁹ שם בע' 223, ברם ראה דעת המיעוט של השופט ח. כהן.

⁵⁰ Salmond, *supra* note 29, at 62.

שכנים, תוך נקיטת כל אמצעי הזהירות הנדרשים והאפשריים.⁵¹ גם בנקודה זו ניתן, איפוא, לקבוע כי הוראות הסעיף מכסות רק את הראשונה מבין שלוש הסיטואציות האפשריות, שהוצגו בראשית הדרך. הסעיף מגביל את בעל הזכות בזכותו, אך אינו מקנה לאחר שימוש בזכות, בהעדר זכות ספציפית ממקור עצמאי אחר, ואין בכוחו גם ליצור, מכוח עצמו, חבות המוטלת על בעל הזכות לעשות מעשה בזכותו.

„נזק או אי-נוחות“ – האינטרסים המוגנים

הצעת החוק הסתפקה במילה „נזק“ כדי להגדיר את התנאי המאפשר ל„אחר“ להגביל את זכות בעל הזכות. כמובן זה הרחיב החוק את ההצעה והוסיף גם „אי נוחות“. הגדרת הנזק בסעיף 2 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) כוללת אמנם, גם „אבדן... נוחות, רוחה גופנית...“, אך התלכה הרווחת היא, שרק זכויות מופרות, כמו הזכות לשם טוב, לגבס, לנוחות מוגנת, נכללות בגדר הנזק בר-ההגנה והפיצוי. כך, למשל, בהעדר זכות מופרת לפרטיות ולמראה⁵² אין הפגיעה בהן מהווה נזק בר-הגנה ובר-תביעה. יש אמנם הגורסים⁵³ כי קביעה כזו גורפת מדי ודי לנו לצמצם את ההלכה האנגלית לתחומיה, דהיינו: שאין אדם רוכש זכות במראה כזיקת הנאה מכוח שנים, וזכויות אלה אינן יכולות לשמש נשוא לזכויות קנייניות; עם זאת, יכול שיהיו מוגנות במסגרת עוולת המיטרד, באמצעותה, „ניתן לשקול את האינטרסים הנוגדים של השימושים וההנאות, בהתחשב עם מקומם וטיבם של המקרקעין“.⁵⁴ ברם אין זו העמדה הרווחת וגם הגורס כך יראה אפשרות אשר כזו כחזון להתפתחות המשפט, בחינת התוויית קו להתפתחות כזו.⁵⁵

סעיף 14, בתחומיו, (כמו גם סעיף 17 לחוק העוסק ב„הפרעה לשימוש במקרקעין“) הופך את החזון למציאות. גם גרימת „אי-נוחות“ וגם „הפרעה לשימוש במקרקעין“ אינה מוגבלת עוד להגנה על זכויות קניניות א-פרייוריות, כי אם יוצרת הגנה על „אינטרסים“, שאינם מוגנים כשלעצמם (Per Se), כמו הזכות לאוויר צח. למראה, לנוף, לפרטיות וכיו"ב.

העושה מעשה, שאין לו זכות לעשותו, מרחיב את תחום ה„פגיעה“, ה„הזיק“, ה„הפרעה“ ו„אי-הנוחות“, שבגינם הוא חייב. אין זו אמנם „הכרה בזכותו של אדם לאי-הסימת הגוף או למשב הרוח החפשי“ כהכרה בזכות קנין, כפי שעשוי להשתמע

⁵¹ *ibid.* at 61.

⁵² Salmond, *supra* note 29, at 72; 28 Halsbury, *Laws of England* 141 (Simonds ed. 1959).

לגבי זכות הפרטיות ראה גם ע"א 68/56, רבינוביץ נ' מירליון, י"א פד"י 1224; ת"א 144/55, ירדן נ' צ.ד. בע"מ, י"א פ"ם מחוזיים 202; דיני הנוזיקין, לעיל הערה 4, בע' 84. לגבי פגיעה בדמותו של אדם ראה היום סעיף 34א' לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש), שהוסף לפקודה על-פי החוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 5), תשל"ד-1974 (כה"ח 737, תשל"ד, ע' 94).

⁵³ רייכמן, לעיל הערה 1, בע' 228-229.

⁵⁴ שם בע' 229.

⁵⁵ שם בע' 228.

מדברי ד"ר חשין⁵⁶, כי אם הכרה בדריעבד המוגבלת לרפורום מפויימים של עילת תביעה; וכדברי השופט Lush בפסק Campbell⁵⁷:

„טענתם העיקרית של הנתבעים הייתה שזכות לגוף או למראה הנשקפים מחלונות בית אינם זכויות המוגנות בדיון. אין ספק שזה נכון, אך המשמעות של הפרפוזיציה היא, שאם אדם, ע"י מעשה, שהוא עצמו כדיון, מפריע לגוף או למראה הנשקף מבית, אין להם לבעל או למחזיק, שום זכות תביעה... אך במקרה דנן המעשה של הנתבעים, בנפרד משלילת הגוף או המראה הנשקף מחלון התובעים, היה מעשה בלתי חוקי לכשעצמו ולא בזאת ששלל את המראה או את הגוף כשלעצמו”⁵⁸.

רוצה לומר: לא עצם האינטרס הנפגע חורץ כאן את גורל התביעה, אלא דרך הפגיעה. סעיף 14 הרחיב את היקף האינטרסים המוגנים. הוכיח התובע את התנאים הנדרשים יהיו גם הפגיעה בפרטיות, בגוף, במראה ובמשב הרוח החפשי — מוגנים. גם במקרה זה אין החידוש נזקף לזכות הראשונים של הסעיף. אינטרסים כאלה היו מוגנים עוד קודם לכן במסגרת הלכת אדמה נ' לוי⁵⁹. לפי הלכה זו זכאי אדם לסעד אם מעשה בלתי חוקי של הנתבע גרם לתובע, כתוצאה ישירה וטבעית של אותו מעשה, נזק או פגע בגנותו או בהנאתו מרכושו. זאת אף שהפעולות לא עלו כדי מיטרד⁶⁰. פסק הדין אף מדגים פרטי אי-הגנות, כגון: „קלקול המראה הטבעי על פני הים והסתרתו וחסמת משב הרוח החפשי הבא מן הים”⁶¹.

אף בענייננו כך. יתירה מזאת, נראה לי כי ניסוח הסיפא של הסעיף, „עשיית דבר הגורם נזק או אי-גנות לאהר” נעשתה מתוך מודעות להלכת אדמה ואימוץ אותו חלק של הלכותיה המרחיב את האינטרסים המוגנים. בהתאם לכך יעניקו בתי

⁵⁶ חשין, לעיל הערה 17, בע' 366.

⁵⁷ *Campbell v. Paddington*, (1911) 1 K.B. 869. הנתבעת, מועצת העירייה, הקימה ברחוב, מול ביתה של התובעת, בימה ממנה יחזו חברי המועצה וידידיהם בתהלוכה, שעמדה לעבור שם. בימה זו הסתירה את מראה הרחוב מדירתה של התובעת, אשר כתוצאה מכך נאלצה לבטל את השכרת המקומות לאנשים, אשר ביקשו לחזות בתהלוכה מדירתה. הבימה הוקמה באופן בלתי-חוקי והיותה מטרד לרבים. התובעת תבעה לפצותה על ההפסד הכספי שנגרם לה עקב הסתרת מראה הרחוב מחלונותיה ע"י המעשה הבלתי-חוקי של הנתבעת, ברם נענתה, בין השאר, כי הזכות למראה אינה מופרת על-ידי החוק וממילא פגיעה בה אינה מצדיקה פיצוי. בית-המשפט פסק לטובת התובעת ובהתייחסו לטענה האמורה של הנתבעת אמר בין השאר את הדברים, שיצוטטו להלן בגוף הטקסט.

⁵⁸ שם בע' 878—879.

⁵⁹ ע"א 140/53 הנ"ל, ט' פד"י 1666. לאחרונה נפסק כי אבדן פרטיות בדירת מגורים תחשב גם היא כפגיעה לצורך סעיף 2 של החוספת לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969: ע"א 395/74 לוי נ' פמואל, כ"ט (2) פד"י 39, 44. קביעה זו מרחיקת לכת במובן זה, שקביעת היקף הפגיעה והגדרתה היא לבדה תכריע בדבר זכותו של בעל דירה לעשות „שינויים או תיקונים” בדירתו.

⁶⁰ חשין, לעיל הערה 17, בע' 366.

⁶¹ ע"א 140/53 הנ"ל, בע' 1671.

המשפט סעד כנגד ה-Spite Fences — אותם מבנים או מחיצות החוסמים את המראה, האוויר והנוף, אם הקמתם תעמוד בתנאי סעיף 14⁶².

„אחר” — היקף הזכאים

ראינו כי הסעיף הרחיב את היקף האינטרסים המוגנים. עתה ניווכח לדעת כי הורחב גם היקף הנהגים והזכאים. סעיף 58 (א) להצעת החוק הגדיר את תחום הזכאים ל„מקרקעין גובלים או המצויים בסביבתו”. התוראה הקיימת מדברת על ה„אחר” הנפגע. מיהו אותו „אחר” שהפגיעה באינטרסים שלו פותחת לפניו את שערי בית המשפט?

מונח זה עשוי לכלול כל מי שנפגע, גם מי שאינו בעל זכות במקרקעין, ברם עשוי להיפגע ממעשי הנתבע, למשל: עוברי-אורח, מבקרים או אורחים; והוא מגן לא רק על זכויות קנייניות שנפגעו אלא על כל זכויות או אינטרסים מסוגים שונים. מאידך, עשויה לעלות סברה כי כיוון שבזכויות מקרקעין עסקינן יהא אותו „אחר” רק „שכן” — בעל זכות כלשהי במקרקעין. ברם נראה לי, שהבחירה שבחוק אינה מקרית.

החוק מכיר היטב את המיגווחים השונים האפשריים לקביעת היקף הזכאים והנהגים. ראייה לכך הרישא של הסעיף המגדירה את ה„חייבים” כ„בעלות וזכויות אחרות במקרקעין”. עובדה היא, שנבחר דווקא, ובמפגן, מונח גייטראלי, חסר כל זיקה לזכויות במקרקעין דווקא, לעומת ההגדרות המדוייקות והכוללות המוזכרות ברישא, המוצעות כהצעת החוק ושל אלה המופיעות בסעיפים אחרים של החוק. כל אלה מחייבים את המסקנה שהבחירה מכוונת ולא מקרית, ושבתמקרה זה על הפרשן להסיק מן הניסוח את המסקנה המתחייבת ממנו⁶².

ברם גם פירוש מונח זה כמו פירוש מונחים אחרים יהא ענין למדיניות, אשר תופעל על ידי בתי-המשפט.

ס ע ד י ם

סעיף 14 היגו חי הנושא את עצמו מבחינת הזכות הקורלטיבית המועזקת מכוחו לתובע הנכנס בגדרי הוראותיו. כבר ציינו, שהזכות הקורלטיבית שבסעיף לא נקבעה במפורש על ידי המחוקק והיא רק תולדה של הגבלת זכות בעל-הזכות.

⁶² ברוב מדינות הדרום של ארה”ב העניקו בתי-המשפט שם סעד בגין הפרעות כאלה, ראה: *1 Am. Jur. 2d 762 § 106*.

⁶³ א לגבי מונח זהה „כל אדם אחר” שבסעיף 29 לחוק המקרקעין הוצעה פרשנות מצמצמת ע”י ויסמן, חוק המקרקעין, תשכ”ט—1969, מנחות והענינים 46 ה”ש 130. ברם מגמה זו מוסברת בכך שהוראות סעיף 29 הנ”ל משילות הגבלות או חייבים על ה„אחר” מכוח הסכם שיתוף שלא היה צד לו ובמקרה כזה יש לפרשנות המצמצמת מקום להתגדר בו. מה שאין כן בעניינו.

מן הראוי לציין עוד כי הפירוש המדוייק של המונח בסעיף 29 הנ”ל נשאר בצריך עיון על-ידי הרוב בע”א 269/74, 283, בוקובה נ’ הממונה על המרשם, כ”ט (1) פד”ר 252, 243.

התרופה הטבעית למימוש זכות בדיני קניינים היא צוים⁶³, על אחת כמה וכמה בעניינינו שבו הזכות היא, כאמור, נגטיבית ונועדה בעיקרה למנוע עשיית דבר מן הנתבע. ברם, זכויותיו של ה"אחר" המוגנות מכוח הסעיף אינן דווקא אלה הקנייניות וגם אינטרסים אחרים עשויים להיות מוגנים; באשר ה"אחר" המוגן אינו חייב להיות בעל זכות במקרקעין דווקא. אין לפנינו תביעת קניין במובנה המקובל, אלא תביעה sui generis, שאינה נכנסת לקטגוריות המקובלות עלינו. המחוקק, האמון על הדין האנגלי, משהכביס הוראה שמקורה בדינים הקונטיננטליים, לא דאג להתאים ולהכשיר גם את הכלים המתאימים.

בשאלת, איפוא, השאלה האם התרופה לזכותו הקורלטיבית של האחר הינה צוים בלבד או שמא יהא זכאי התובע, הנפגע, למצוא תרופתו, במידה ופעולת בעל הזכות גרמה לו נזק ממון, גם בדרך של דמי נזק. קביעת זכות מחייבת גם החלטה באשר לסעדים שיינתגו להגנתה. אני מקבל את ההנחה, שכאשר בחר המחוקק ללכת בדרך המהותית של "מן הזכות אל הסעד"⁶⁴ בלי לציין את התרופה המוענקת בשל פגיעה בה, "...התכוון לתת סעד לבעל הזכות באמצעות התרופות המקובלות בבתי המשפט, אלא אם משתמעת כוונה אחרת מהחוק בו מדובר..."⁶⁵.

אנו עוסקים בשאלה פרטית במסגרת הבעיה הכללית של קבלת סעדים באמצעות ההוראה הכללית של סעיף 34 לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957⁶⁶. ברם תהא אשר תהא הפרשנות הנכונה של סעיף 34⁶⁷ אין בכך כדי לפגוע בהנחה שקיבלנו והשאלה חוזרת להיות שאלת פרשנות וכוונת המחוקק. המבקש להעניק ל"אחר" גם דמי נזק חייב להתגבר על שני מכשולים מוקדמים.

הצעת החוק כללה את סעיף 58 (א) — חליפו של סעיף 14 — בתחום הפרק, שסעיף 66 (א) להצעה עשה כל חריגה ממנו לעולה אורחית. סעיף זה אילו נתקבל היה מאפשר הענקת כל הסעדים שבנויקין, ובראש וראשונה פיצויים. השמטה זו אינה יוצרת מחויבות למסקנה של הסדר שלילי, שכן המחוקק העדיף להפריד בין התביעות הבנויקיות והקנייניות⁶⁸, והשמטת הסעיף אין בה כדי ללמד על כוונה לשלול את זכויות הפיצויים בתביעות הקנייניות.

⁶³ ראה ע"א 257/57, ברנט נ' ברנט, י"ב פד"י 565, 580 דברי השופט זוסמן: "...אך התביעה אינה תביעת נזיקים, אלא תביעת קניין, ומשום כך הסעד הנתון לו אינו דמי נזק אלא השבת הרכוש לידי בעליו..."

⁶⁴ חשין, לטיל הערה 17, בע' 366.

⁶⁵ שם בע' 367 ה"ש 66.

⁶⁶ ראה פרידמן, "תרופות בשל הפרת חוזה", ג' עמ"ש 134, 148—149 (1973) וכן גולדנברג, "חוק המקרקעין תשכ"ט—1969 — הוראות מעבר ומורשת העבר", ב' עמ"ש 839, 850—851 (1972).

⁶⁷ האחת, הגורסת שהוראת סעיף 34 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז—1957 מעניקה זכות קבלת סעד לבעלי-זכות והאחרת, הגורסת שהוראה זו הנה הוראת סמכות בלבד המכוונת לבתי-המשפט ואת הזכות לקבל סעד ספציפי, המצוין בהוראה, על בעל הזכות לשאוב ממקור אחר, בלתי-תלוי בהוראה. ראה פרידמן, שם שם וגולדנברג, שם שם.

⁶⁸ כך, למשל, תוקנה פקודת הבנויקין (גוסת חדש) בסעיף 165 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969 והוספו לה סעיפים 48'א, 48'ב, תחת השימוש בסעיף 66 (א) להצעה.

גם העובדה, שסעיף 20 לחוק, השומר במפורש על תרופת הפיצויים או כל סעד אחר על פי הדין, מוגבל לסימן ב' בלבד אין בה, לדעתנו, כדי ללמד על הסדר שלילי מבחינה זו לגבי סעיף 14. שכן שמירת התרופות נדרשה דווקא בסימן ב', העוסק בהגנת הבעלות וההחזקה, שלו מקבילות רבות בעוללות הנוזיקין וסעיף 20 בא להסיר ספקות, שהיו עלולים להתעורר לגבי מיצוי הסעדים. לא כן בענייננו. משום כך אין להסיק מהעדר שמירת תרופות על הסדר שלילי.

משהוסרו המכשולים, פנוייה שוב דרך הפרשנות.

תרופת הפיצויים, תרופה נזיקית (וחוזית) היא, ובמסגרת בה דיני הנוזיקין מגינים על זכויות הקניין זכאי התובע לדמי נזק גם בעטייה של פגיעה קניינית. בהעדר כללים והוראות מפורטות העוסקות בתרופה זו במסגרת דיני הקנינים, אנו עלולים להכניס תרופה בלי כלים מתאימים ליישמה לשם הגנת הזכויות המבוקשות. ברם, מאידך, תובע שנפגע מכוח פעולת בעל-זכות, אשר געשתה בלא צידוק, דהיינו: באופן בלתי חוקי מבחינת הוראות סעיף 14, ונגרם לו נזק ממון, מדוע ישאר ללא זכות לקבל השבת נזקו למרות שהיתה לו הזכות למנוע את הפעולה המזיקה אילו ניתן היה לעשות כן במועד.

הנתבע עשה מעשה בלתי-חוקי, דהיינו: בניגוד לסעיף 14. האם יתכן לומר שבנסיבות המקרה התכוון המחוקק לזכות בלתי-מושלמת, שאינה מוגנת על ידי סעד מתאים, ובמיוחד לאור העובדה שהאינטרסים המוגנים אינם בהכרח קנייניים, והתביעה גם היא אינה תביעת קניין במובנה המקובל. לכן, נראה לי, למרות ההיסוסים, שכוונת המחוקק היתה לזכות כאן את התובע, הנפגע בנסיבות מתאימות גם בדמי נזק. אני מתחזק בדעתי זו גם בעקבות הלכת ארמה נ' לוי⁶⁹, שעל קוי הדמיון שבינה לבין זכותו הקורלטיבית של ה"אחר", מכוח סעיף 14, כבר עמדתנו. גם בהלכה זו נובעת הזכות מתוך הפרת חיוב שהיית הנתבע מכוח הדין, ובית-המשפט איננו מגביל את התובע לציוויים ומעמיד לרשותו גם תרופת פיצויים אם נוצרו הנסיבות והתנאים לכך⁷⁰. אם בעקרון, מעשה בלתי-חוקי מצד הנתבע שגרם נזק לתובע מזכה בפיצויים — מכוח הלכת ארמה — מדוע לא יזכה תובע, נפגע, בפיצויים מכוח הזכות המוענקת לו באמצעות סעיף 14. העדר הכללים וההנחיות יוכל למצוא את פתרונו תוך כדי הפרשנות, כשם שבעיות אחרות הנוגעות לסעיף 14 ימצאו את פתרונו, מתוך אנאלוגיה לדיני הנוזיקין הקרובים בסוגיה זו. מכל מקום, בעיה זו לא עמדה למכשול גם בקביעת הלכת ארמה.

נטל הראייה והשמנוע

כזכור, דחינו עוד בראשית הדברים את האפשרות לראות בניסוח ובמבנה של הסעיף משמעות שיש בה להפוך את העקרונות המקובלים על תורת המשפט. ברם, דחיית ניסוחו של הסעיף כמבטא פרשנות כאמור מחייבת היוזקות לגיסוס במקום אחר, דהיינו: לדעתנו, לצורך דיני הראיות.

מהוראת הסעיף אנו למדים כי בשלב מסויים עובר הנטל מן התובע אל הנתבע, שכן באותו שלב, ולאחר שהוכיח התובע יסודות נדרשים, עוברים גם הובת

⁶⁹ ע"א 140/53, ס' פד"י 1666.

⁷⁰ שם בע' 1672, 1674' בית-המשפט אינו מעמיד שאלה זו לדין; אך מדבריו יוצא, כמוזכר מאליו, כי תרופה כזו קיימת.

ההוכחה, החובה למתן הצידוק, וגם נטל השכנוע על שכמו של בעל הזכות. כדי להעביר את הנטל יהא על התובע להוכיח:

- (1) עשיית מעשה מצד בעל הזכות.
- (2) המעשה אין לו הצדקה אלא בזכות הערטילאית, בתחום השיווי, המותר, של בעל הזכות (כפרשנותנו את המילה „כשלעצמן“).
- (3) על ידי כך נגרמים נזק או אי-נוחות לתובע.

הוגחו שלושת היסודות האמורים על ידי התובע, קמה חובת הנתבע ל„הצדיק“ את „עשיית הדבר“ באופן שיש בו כדי לסתור את אחד משלושת האלמנטים או להצביע על הצידוק. דהיינו: התועלת שבמעשה לגביו (תועלת הנמדדת במבחן סובייקטיבי ולא אובייקטיבי (של מאזן שיקולים) כפי שהראנו). באותו שלב, טענת הגנה של עצם קיום הזכות הערטילאית איננה עומדת עוד לבעל-הזכות. זוהי הוראת הסעיף. בהעדר הגנה קמה עליו החובה להצדיק את המעשה.

רואים אנו, איפוא, כי אופן ניסוח הסעיף מאפשר לנו לדלות את כוונת המחוקק באשר לנטל השכנוע, כאשר גם ההגיון עומד לצידה של העברת הנטל בשלב האמור מגב התובע לגב הנתבע; שכן הוכחת מטרה סובייקטיבית, בשלב שבו כפות המאזניים האובייקטיביות של ה„כשלעצמן“ נוטות לחובת הנתבע, אינה מתפקידו של התובע, אלא מחובתו של הנתבע, שעליו לשכנע את בית המשפט כי אין זכותו הערטילאית לעצמה מגן בעדו, אלא יש עמו באמתחתו גם זכות מפורשת או תועלת.

סעיף 14 וחוק החוזים (חלק כללי)

האם תובע שסעיף 14 לחוק המקרקעין לא המציא לו תרופה יוכל למצוא תקנתו בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, שעניינו שימוש בזכות הנובעת מחוזה בדרך מקובלת ובתום לב, וזאת באמצעות סעיף 61 (ב) לאותו חוק? סעיף 61 (ב) קובע:

„הוראות חוק זה יחולו. ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה“.

האפשרות האמורה מותנית גם בכך שסעיף 39 לחוק החוזים רחב יותר מסעיף 14 לחוק המקרקעין וגם בכך שחיוב הנובע מזכות קנין גכלל בגדר ה„חיובים שאינם נובעים מחוזה“ ואשר סעיף 61 (ב) לחוק החוזים מבקש להסדירם. גישה אחת אפשרית היא זו התוחמת את ה„חיובים“ האמורים בתחומי הזכויות האובליגטוריות להבדיל מאלה החפציות. ברם גישה זו איננה נתמכת בלשון ההוראה.

ברם תהא אשר תהא הפרשנות הנכונה לא נראה לי אפשרי השימוש בסעיף 61 (ב) לחוק החוזים לכיסוי התחומים שסעיף 14 לחוק המקרקעין נמנע מלהכלילם. סעיף 14 מכוון לפתור סיטואציות מאותו תחום להן מתכוונת הסיפא של סעיף 39 לחוק החוזים. הוא עושה כן בדרכו שלו, תוך שהוא נמנע במודע מלהשתמש בנוסח של „שימוש בזכות בדרך מקובלת ובתום לב“, שהיה נקוט כבר קודם לכן על-ידי המחוקק הישראלי בסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח—1968. הפתרון שבחר חוק המקרקעין הוא מיוחד לדיני הקנינים, השונים במהותם מחיובים אחרים שבדין, ומכוון להסדר תחום זה בדרך התואמת אותו.

סעיף 14 מסדיר איפוא אותה מאטריה בהיקף אחר ושונה מזה המוסדר

באמצעות סעיף 39 לחוק החוזים ולא יתכן להרכיב את האחרון על הראשון. ענינו נכנס לתחום הסייגים של סעיף 61 (ב) לחוק החוזים, שכן החלתו איננה „מתאימה” לענין” במשמעות האמורה באותו סעיף.

פירוט

סעיף 14 מניח לבתי-המשפט מקום רב להתגדר בו. בהוראה אשר כזו גדול כוחו של בית-המשפט להרחיב, ולהפוך את הסעיף מנוף להתפתחות תורה או עקרון רחב של שימוש לרעה בזכות, או לצמצם ולהשאיר בגבולות צרים ומצומצמים של הגבלות ספציפיות.

הפרשנות המוצעת נענית קודם כל לגישה המשותפת לכל הדינים הקונטיננטליים, הגורסים, מעבר לכללים השונים, כי אסור שימוש בזכות רכושית למטרה בלעדית של גרימת נזק לשכן.⁷¹ שנית, יש בה הרחבה בתחומים מסויימים (היקף הנהנים, האינטרסים המוגנים, נטל השכנוע וכו'), וצמצום האחרים (מהות השימוש והעשייה בזכות), תוך חיפוש אחר נקודות האחיזה של הסעיף, בדרך היוצרת איזון רצוי, מביאה להגבלה סבירה ועם זאת יוצרת פירוט ודיוק מסויימים המסירים את העירפול ואי-הבהירות ומונעים הרחבה עד אבסורדום, שסכנתה מרובה מתועלתה, כפי שכבר ציינו לעיל.⁷²

בכל שיטה משפטית מידה רבה של איזון פנימי. הדין האנגלי מעניק תרופות בדיני מיטרדים בסיטואציות בהן דינים קונטיננטליים מעניקים סעד במסגרת העקרון המגולם בסעיף 14.⁷³ זאת ועוד, ההגבלות הסטאטוטוריות, שהוטלו על הפרט וזכויותיו מכוח הדינים השונים של המשפט הציבורי (תיכנון ובניה, רישוי, פיקוח וכיו"ב), הרחבת דיני המיטרדים ויציקת הכנים חדשים לעולות המסגרת⁷⁴ מניחים, אמנם, לסעיף 14 שטח מחיה מסויים, אך מצומצם יחסית.⁷⁵ לסעיף 14 הממלא גם פונקציה מוסרית-חברתית וסותם פירצה בדין, שהיה קיים עובר לחקיקתו, חייב להיות מוענק דיוקן משפטי, הקובע אותו במסגרת קונצפציה משפטית, ומונע קליטת תיאוריה מעורפלת בעלת אופי לא מוגדר, והיסחפות מפתח לקוטב המוסרי. סעיף 14 יוצר תרכובת ישראלית מקורית ומאוזנת.

⁷¹ Gutteridge, *supra* note 5, at 42.

⁷² Gutteridge, *ibid.* at 43.

⁷³ Gutteridge, *ibid.* at 35.

⁷⁴ על המונח, הגדרתו ותכניו ראה חשין, לעיל הערה 17, מע' 347 ואילך.

⁷⁵ ראה Friedmann, *supra* note 6, at 80, הגורס שהחשיבות הפרקטית של הדוקטרינה קטנה הרבה יותר מאשר האינטרס התיאורטי.