

## הזכות לתמיכה במקרקעין\*

מאת

רם וינוגרד\*\*

זכותו של אדם לשמור על השלמות הפיזית של קרקעו - הזכות לתמיכה במקרקעין - עוגנה בסעיף 48א לפקודת הנזיקין, שהוסף לפקודה אגב חקיקתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969. המאמר דן בטיבה העיוני של הזכות לתמיכה במקרקעין, תוך בחינת מיקומה ודרך חקיקתה, ובהשפעה שיש לגורמים אלה על פרשנות הסעיף, תוך התייחסות גם להגנה הניתנת כיום לזכות הקניין, ולשאלה אם מדובר בזכות במקרקעין. המאמר מצביע על סעיף 14 לחוק המקרקעין כמקור אפשרי לזכות המהותית של התמיכה, כאשר סעיף 48א מהווה את הפן המשלים לו. כן נסקרים יסודות העוולה שנקבעה בסעיף 48א, ונבחן היקף התפרשותה של הזכות, תוך השוואה להסדרים במדינות המשפט המקובל, בקונטיננט ובמשפט העברי. לנוכח הוראות חוק המקרקעין העוסקות בבתים משותפים והתקנון המצוי, נראה כי לזכות תחולה רחבה יותר במסגרתו של בית משותף, בה חלה על הדיירים חובת עשה לשמור על התמיכה שדירתם מעניקה לבית ולדיירים, כאשר לעתים גם קמה זכות כניסה לדירתו של אחר לצורך הגנה על התמיכה ברכוש המשותף, או אף בדירה אחרת. בשולי המאמר מוצע כי במקרים מסויימים יערך איזון נאות בין זכותו של אדם לשלמות מקרקעיו ובין זכותו של הזולת לניצול מקרקעיו.

א. מבוא. ב. סיווגה של הזכות לתמיכה במקרקעין. 1. זכות לתמיכה מהי?; 2. זכות התמיכה - זכות קניין?; ג. זכות התמיכה בישראל לפני חקיקת חוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969. ד. סעיף 48א לפקודת הנזיקין. 1. חקיקתו של סעיף 48א; 2. משמעות מיקומו של הסעיף; 3. היחס לעוולת הרשלנות; 4. סיכום

- \* תודתי נתונה לחברי מערכת כתב העת משפטים, ובפרט לעורך איתי ברזיס, על הערותיהם והארותיהם המועילות. כל טעות שנותרה במאמר היא שלי.
- \*\* עורך דין; בוגר האוניברסיטה העברית במשפטים, ומוסמך למשפטים - אוניברסיטת אוקספורד.

ביניים; ה. יסודות העולה בישראל. 1. "עולה" מול "זכות"; 2. האחריות הנדרשת לפי סעיף 48א; 3. הצורך בנוק להשלמת העולה; 1. היקף הזכות. 1. תמיכה לקרקע במצבה הטבעי ולתוספות; 2. ניקוז מים; 3. תמיכה תת-קרקעית; 4. סיכום; ז. הרחבות של זכות התמיכה. 1. חובת עשה וזכות הכניסה למקרקעי הזולת; 2. תמיכה במקרקעין שאינם גובלים; ח. זכות התמיכה ורשויות ציבוריות. 1. במשפט המקובל; 2. אחריות רשויות המדינה בישראל; ט. הזכות לתמיכה בבתי משותפים. 1. המשפט המקובל; 2. המשפט הישראלי; 3. סיכום; י. משפט רצוי – רעיונות והדורות. 1. מהותה של זכות התמיכה; 2. רישום הזכות; 3. חובת עשה וזכות כניסה; 4. האיזון בין זכות הפיתוח לזכות התמיכה; יא. סיכום.

## א. מבוא

ראובן הוא הבעלים של בית צמוד קרקע רחב ידיים, שסביבו גינה לתפארת ובחצרו מרצדים המים בבריכת השחייה שחפר. שמעון, שרכש את הקרקע השכנה זה מקרוב, מבקש לבנות עליה בניין רב-ממדים. אליה וקוץ בה: קיים חשש כי העומס שייצור בניין זה על הקרקע יגרום לשקיעה של פינה בביתו של ראובן. האם זכאי ראובן להגנה מפני פגיעה זו? האם זכאי הוא להגנה דומה אם בריכת השחייה היא שחשופה לפגיעה, ולא הבית? ומה הדין אם עץ התאנה העומד בחצר הוא נשוא הפגיעה? מה משקל יש לייחס לעובדה שראובן עצמו בנה בסמוך למצר עם שדה שמעון? האם יש חשיבות לעובדה, כי עקב מיקומו של בית ראובן והאופן שבו נבנה, כל חפירה שיעשה שמעון תפגע בבית? השאלה המתעוררת בדוגמא לעיל, בה עוסק חיבור זה, היא, למעשה, היקף זכותו של אדם לעשייה במקרקעיו אל מול זכותו של רעהו להגנה מפני נזק שעלול להיגרם למקרקעיו-הוא; ובמלים אחרות: המתח שבין מתן אפשרות לניצול מרבי של הקרקע לבעל הזכות בה, מחד, לבין הגבלת חופש הפעולה שלו במטרה להגן על שכנו, מאידך. שאלות דומות התעוררו בסוגיית המטרד ליחיד, ויש שסברו כי זכות התמיכה למקרקעין אינה אלא סוג של מטרד; דומה שגישה זו אינה גישתו של המחוקק הישראלי, ועל כך בהמשך הדברים.

הסוגייה העוסקת בזכות התמיכה במקרקעין ימיה כימי המשפט: זו הוכרה עם שחר ההיסטוריה של המשפט המוכר לנו, ובמיוחד במשפט העברי. עם זאת, הצורך בהסדר מלא ומקיף של הסוגייה הולך וגובר עם חלוף השנים, במיוחד בשל המעבר מחברה חקלאית לחברה עירונית מתפתחת ומפותחת. אם בעבר נבע האיום על שלמותה של קרקע השכן בעיקר מפעולות שנעשו בסמוך למצר, ונגע במיוחד לקרקע במצבה הטבעי (לפחות ככל שהדבר נוגע למשפט המקובל), אין הדבר כך היום. הבנייה העירונית

הצפופה והרוויה מחייבת פתרונות חדשים לסוגייה עתיקת יומין. למרבה הצער, שיטות משפט רבות אימצו הבחנות משפטיות שמקורן במציאות היסטורית שאבד עליה הכלח (כגון הבחנה בין קרקע למבנים), וכדרךן של הבחנות ותיקות שנקלטו במשפט – התקשו להיפטר מהן. המשותף היחידי לכל הגישות לפתרון הסוגייה במשפט העמים הוא חוסר עקביות.

מאמר זה ידון, בין היתר, בהבחנות המקובלות בנוגע לסוגייה, בגישתו של המחוקק הישראלי לסוגייה, ובהצעות לפתרון עתידי של בעיות אלה ואחרות.

חלק מהפתרונות לסוגייה עשוי להינתן מכוחם של דיני התכנון והבנייה, אך דיון באלה יחרוג מנושא חיבור זה. הדיון יסוב סביב מהותה של זכות התמיכה, סיווגה, יסודותיה והיקפה, תוך בחינה השוואתית (למשפט המקובל, למשפט הקונטיננטלי ולמשפט העברי). תחילה יידונו השאלות אם הזכות היא זכות קניין, ואם היא זכות במקרקעין (או כלפיהם); בהמשך יידונו פשר הזכות בישראל – לפני חקיקת סעיף 48 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (שעניינו מניעת תמיכה במקרקעין) ודרך חקיקת הסעיף ומיקומו בחוק הישראלי (ומשמעות פרשנותו); היחס בין הזכות לעוולת הרשלנות; יסודות העוולה שבסעיף 48 הנ"ל; היקף הזכות (לקרקע ה"טבעית" ולמחובר לה); חובת עשה על התומך; דינה של רשות ציבורית שקרקעה תומכת; תמיכה בבית משותף; ולאחרונה – היקפה הראוי של זכות התמיכה.

## ב. סיווגה של הזכות לתמיכה במקרקעין

### 1. זכות לתמיכה מהי?

שניים הם האיומים הישירים-המרכזיים על זכותו של אדם במקרקעין: פגיעה מכוחה של פלישה, המוגנת בדרך כלל על ידי דיני הסגת הגבול, ופגיעה פיזית בקרקע ללא מעבר ישיר עליה.<sup>1</sup>

הזכות לתמיכה באה להגן מפני פגיעות מהסוג השני. מקובל לציין שני סוגים מרכזיים של פגיעות כאלה: פגיעה מכוחה של חפירה בקרקע סמוכה, ופגיעה בשל כרייה תחת החלקה נשוא הזכות. פגיעות נוספות, נדירות יותר, הן אלה הנגרמות עקב ייבוש קרקע סמוכה או עקב אי-שמירה על תמיכה קיימת (פגיעה זו, בשונה מהאחרות, עניינה במחדל של התומך לשמור על הקיים, ולא במעשה אקטיבי שלו). אלה הן פגיעות שנגרמו מכוחה של פעולה במקרקעי הפוגע, להבדיל מפגיעות המוגנות על ידי הסגת הגבול, שאירעו במקרקעי הנפגע.

1. Jacqueline P. Hand & James C. Smith, *Neighboring Property Owners* 79 (1988).

בפרק זה אנסה לעמוד על סיווגה של זכות התמיכה, כשהדגש יושם על בחינת סממניה הקנייניים. ההבחנה והנפקות בין זכות הקמה מכוחה של השיטה הקונטיננטלית-ההכרזתית לבין זכות הקמה מכוחה של שיטת המשפט המקובל ("מקום שם הסעד שם הזכות"), תשמש כלי-עזר לבחינת חלק מהסוגיות שיידונו במאמר.

## 2. זכות התמיכה – זכות קניין?

זכות התמיכה מבוססת זה שנים ארוכות במשפט המקובל, ולפיכך יפתח הדיון במהותה של הזכות דווקא בסקירת גישתו של המשפט המקובל לזכות התמיכה. כפי שנראה, מהורה גישה זו תרגום של המצב המשפטי שהיה קיים במדינות המשפט המקובל לשפה קניינית, לפני בחינת סממניה הקנייניים של הזכות במישור התיאורטי.

### (א) סיווג הזכות במשפט המקובל

במדינות המשפט המקובל קיימות שתי גישות מרכזיות בדבר מהותה של זכות התמיכה: האחת רואה בה "מעין זיקת הנאה", והאחרת – זכות הנובעת מזכות הבעלות.

אף אלה הרואים בזכות מעין זיקת הנאה מודים על אף הדמיון הרב בין השניים, אין היא זיקת הנאה של ממש.<sup>2</sup> העובדה כי פעמים רבות נוטים בעלי הזכות לרכוש לעצמם זיקת הנאה שתוכנה דומה<sup>3</sup> מעידה על השוני בין השניים: בעוד שזכות התמיכה מוגבלת במגבלות שונות, שעליהן נעמוד בהמשך, זיקת ההנאה יכולה להיות רחבה ככל שיקבעו הצדדים (כשאינן מדובר בזיקה מכוח שנים).

אחרים סברו כי גם זכות התמיכה היא תוצאה של הבעלות ולפיכך "רצה עם האדמה".<sup>4</sup> לפי גישה זו, הזכות רצה עם אדמתו של הנתמך, בה בשעה שחובתו של

2 Richard R. Powel, *On Real Property*; Carrig v. Andrews, 17 A2d 520 (1941) וכן ראה §63.02 (2002).

נראה כי סיווגה של זכות התמיכה בצרפת הוא שונה: סעיף 674 של ה-Code Civil דן בחובה המוטלת על בעל מקרקעין להימנע מחפירה בסמוך למצורו של חברו, או מהנחת מלח או פסולת פעילה בסמוך למצור (בדומה לעמדת המשפט העברי, שתידון בפרק מיוחד), וכל זאת כדי למנוע פגיעה בשכנו. סעיף זה מוקם על ידי יוצרי הקוד בפרק העוסק בזיקות הנאה שנוצרו מכוח חוק (סעיף 674 הוא תת פרק III לפרק II – העוסק בזיקות הנאה מכוח חוק - ב-Title IV, שעניינו "זיקות הנאה ושימושי קרקע"), ונראה לפיכך כי לפי גישה זו הזכות לתמיכה היא זיקת הנאה המוטלת על מקרקעי השכן מכוח הדין. מובן, שאין כל מניעה ליצור זיקת הנאה הדומה בתכניה לזו של זכות התמיכה, וזאת אף בישראל; ראו סעיפים 93(א)(2) ו-93(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

3 Herbert Thorntike Tiffany, *The Law of Real Property* 282-283 (1939).

4 Holtz v. San Francisco Bay Area Rapid Transit Dist., 552 P2d 430 (1976); Klebs v. Yim, 772 P2d 523 (1989); Warfel v. Vondersmith, 101 A2d 736 (1954).

התומך שלא לפגוע בתמיכה רצה עם אדמתו שלו.

גישה נוספת שהוצעה הבחינה בין סוגים שונים של תמיכה: בעוד הזכות לתמיכה צדית בקרקע (תמיכה לה זוכה הקרקע מהקרקע הגובלת בה; lateral support) מוצגת כזכות הדומה לזיקת הנאה, הרי שהזכות לתמיכה תחתית (הגנה בפני חפירה מתחת לקרקע, שעלולה למוטט את פני השטח; subjacent support) נחשבת לתוצאה (incident) של הבעלות בפני השטח.<sup>5</sup>

ההבדל בין גישות אלה יכול להשליך על אופיה של זכות התמיכה כזכות כלפי מקרקעי התומך או כזכות במקרקעי הנתמך, כפי שיתבאר להלן. עם זאת, אין ניסיון של ממש לבחון את סממניה הקנייניים של הזכות אחר לאחר. שתי הגישות המוזכרות לעיל מסתפקות בהענקת כותרת לאופיה של הזכות, אך כותרת זו אין בה, למעשה, משום תועלת של ממש בהבנת מהותה של הזכות. האם זכות הדומה לזיקת הנאה היא זכות קניינית? האם כל זכות היוצאת מהבעלות היא בהכרח זכות קניין?

#### (ב) סממניה הקנייניים של הזכות

למונח זכות קניין אין משמעות אחידה ומוסכמת. יש אף שהצביעו על כך שגם זיקתו של אדם לזכות האובליגטורית שלו היא קניינית,<sup>6</sup> דהיינו: אף כי הוא נושה ברעהו את זכותו האובליגטורית, זכות אובליגטורית זו עצמה עדיין "שלו" היא, ויכול הוא, בין היתר, "לסחור" בה. עם זאת, זיקה קניינית זו היא "זיקה חיצונית", ואינה באה בגדרה של "זכות קניין", כפי שזו מתפרשת בחיי המעשה. מכל מקום, יש תכונות מסוימות שמקובל לראותן כסממנים של זכות קניין.<sup>7</sup> בטרם אבחן את התקיימות התכונות הבולטות של זכויות הקניין ביחס לזכות התמיכה, אקדים מלים מספר, בקליפת אגוז, על אודות ההצדקה הרעיונית לקיומה של זכות קניין במקרה זה, אם היא אכן קיימת.

5 Colorado Fuel & Iron Corp. v. Salardino, 245 P2d 461 (1952).

6 מיגל דויטש, "ריבוי נושים", דיני חייבים – חלק כללי 331, 343 ואילך (בעריכת דניאל פרידמן, תשנ"ד). על טשטוש ההבחנה בין זכויות קניין לזכויות חוזיות או אישיות ראו גם אוריאל פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי-היסוד במשפט", משפטים יח 395 (תשמ"ט); שלום לרנר, "המחאת זכות במקרקעין: בין חיוב לקניין", עיוני משפט יז 433 (תשנ"ג).

7 לדיון במאפייניה של הזכות הקניינית ראו יהושע ויסמן, דיני קניין – חלק כללי 47 ואילך (תשנ"ג); מיגל דויטש, קניין א 43 ואילך (תשנ"ז); ע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה, פ"ד נד(4) 856, 849, 857; בג"ץ 6268/00 קיבוץ החותרים נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(5) 639, 652. לגבי היחס בין זכות קניינית לזכות "אישית" ראו גם דניאל פרידמן, "תורת החייבים הכללית וההיכטים הרכשיים של החיוב", דיני חייבים – חלק כללי 18-16, 3 (בעריכת דניאל פרידמן, תשנ"ד).

מבלי להיכנס בהרחבה לדיון בתפיסות השונות של זכות הקניין,<sup>8</sup> ניתן לגרוס כי זכות התמיכה היא זכות מכוח הדין – שהרי קיומה והיקפה באו לה מכוחו של הדין בלבד<sup>9</sup> ולפיכך מהווה היא זכות קניין. אולם, בסיסה התיאורטי של קביעה זו הוא בעייתי: אין בו כדי להסביר מדוע יחפץ המחוקק להעניק לזכות זו או אחרת את ההיקף שהעניק לה על פי דין.

דומה כי תיאוריית התועלתנות<sup>10</sup> מתווה ביתר נוחות ובהירות את גבולותיה של זכות התמיכה: זכות זו תוכר כל עוד התועלת שבהענקתה היא גדולה מהנזק הכרוך בשלילתה. זכות זו נועדה להגן על מקרקעיו של האחד כדי שישמור, בתורו, על זכותו של האחר בקרקעו. לשניים יש זכות לפתח את קרקעם, ופיתוח זה חשוב לכלל החברה<sup>11</sup> (בעיקר בחברה עירונית, אך לא בהכרח: גם פגיעה ביכול עשויה לגרור פגיעה בכלל). במקרים בהם ברור לעין כי אפשרות הפיתוח של הקרקע תיפגע קשות בשל הצורך בתמיכה במקרקעין שכנים, יש לשקול אפשרות שלפיה יפצה התומך את הנתמך חלף הזכות לתמיכה, ובתמורה יוכל התומך לממש את הפוטנציאל הגלום בחלקתו גם במחיר של פגיעה בתמיכה. מאחר שפיתוח הקרקע משרת את הכלל, יש צורך בקביעת כללים

8 ויסמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 16 ואילך.

9 שם, בעמ' 24.

10 דומה כי התיאוריה הכלכלית המתאימה ביותר ליישום במקרה זה היא זו המכונה קריטריון קלדור-היקס, שעל פיו אין חובה שכלל יעיל יהיה אופטימלי, ודי בכך שהנהנים מהפעולה יהיו נכונים לפצות את הנפגעים ממנה (די בנכונות לפצות ואין צורך בפיצוי בפועל) – ועדיין להנות מרווח מהפעולה (ראו Nicholas Kaldor, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparison of Utility," 49 *Econ. J.* 549 (1939); J. Hicks, "The Valuation of the Social Income," 7 *Economica* 105 (1940)). על פי עיקרון זה תוכר זכות התמיכה עד למצב שבו התועלת שיפיק התומך מפיתוח קרקעו היא כה רבה עד שהוא יהיה נכון לפצות את הנתמך בגין הפגיעה בתמיכה, ועדיין להפיק רווח ממעשיו הכרוכים בפגיעה זו בתמיכה. אימוץ קריטריון פרטו אינו מתאים במקרה דנא, שכן זה דורש "שיפור פרטו", קרי: כמעבר ממצב א' למצב ב' לא יגרע מאושרו של אף פרט בחברה, ואושרו של לפחות פרט אחד יגדל. במקרה דנא, לעומת זאת, אף כי רווחתו של הנתמך עולה, הרי שרווחתו של התומך נפגעת, ולו גם במעט (לעניין קריטריון פרטו ראו ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזקין", משפטים כב 421, 435-439 (תשנ"ג) והערות 43-44 שם; עלי זלצברגר, "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט", משפטים כב 261, 277 (תשנ"ג); להשוואה בין קריטריון קלדור-היקס וקריטריון פרטו ראו Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law* 81-86 (1988).

11 ראו, למשל, את דברי השופט דנינג בעניין *Phipps v. Pears* [1965] 1 QB 76. בעניין זה סירב השופט דנינג לקבל טענה שלפיה יכול אדם למנוע מרעהו להרוס את ביתו ולבנות חדש, שכן בשל ההריסה נמנע ממנו מחסה ממזג האוויר שסיפק בית השכן. השופט דנינג קבע כי טענה כזו לא יכולה להתקבל, שכן כל פועלה יהיה פגיעה בהתפתחות הלגיטימית הדרושה לפיתוח החברה ("harper legitimate development...").

המבהירים את גבולותיו הלגיטימיים, ואלה יותוו, בין היתר, על בסיס שיקולים של תועלת מצרפית, שתועלתה לחברה מרובה מהפגיעה בפרט.<sup>12</sup> עניין זה יידון ביתר הרחבה בסיום המאמר, בבחינת ההסדר הרצוי.

### (1) "טבעיות" הזכות

קביעה מרכזית החוזרת על עצמה בכתובים אודות זכות התמיכה היא שזכות זו היא "זכות טבעית".<sup>13</sup> קביעה זו צומצמה במשפט המקובל לקרקע "במצבה הטבעי", כשמבנים זוכים לתמיכה רק כאשר שלילתה של זו מהווה מעשה רשלני. על הבחנה מלאכותית זו אעמוד בהרחבה בדיון על אודות היקף הזכות, אך אציין כבר עתה כי נקבעו מנגנונים שונים כדי להתגבר על הבעייתיות שביסוד הבחנה זו.

זכות טבעית הוגדרה במשפט המקובל, בפשטות, כזכות המוגנת על ידי דיני הנזיקין.<sup>14</sup> כוונתה של קביעה זו אינה כי הזכות קיימת מטבע הדברים ולא מן הדין, אלא שאין צורך במעשה של בעל הזכות כדי לרוכשה.<sup>15</sup> עם זאת, דומה שיש מקום לתפיסה כאילו עצם קביעתה של הזכות כ"טבעית" מורה על קנייניותה:<sup>16</sup> דיני הנזיקין מהווים פעמים רבות פן משלים, ולעתים בלעדי, של זכות קניינית. העובדה שזכות תביעה עומדת לנתמך באופן אוטומטי בשל זכותו לתמיכה בקרקעו, ללא כל צורך לרוכשה, מצביעה על מעין זכות-כלפי-העולם, הקמה מעצם זכות הקניין בקרקע. יקשה לחשוב על זכות שאינה *jus in rem* – או לכל הפחות, זכות מעין-קניינית – הקמה לאדם באופן טבעי.

### (2) זכות שלילית

יש הרואים בזכות התמיכה זכות שלילית במהותה.<sup>17</sup> תוכנה הטיפוסי של זכות קניין הוא

12 דוגמא בהקשר דומה ניתן למצוא בסעיף 14 לחוק המקרקעין שיידון בהמשך. נראה כי גישה זו תמצא לה הדים אף בבואו של בית המשפט לאזן בין זכויות מתנגשות של הצדדים, כאשר נראה כי האחד עמד על זכותו שלא בתום לב. האיזון יעשה תוך שקלול צורכי הסביבה, והיקפה של הזכות יקבע בסופו של דבר על יסוד צורכי הכלל.

13 *Dalton v. Angus*, 6 App. Cas. 740 (1881) ורבים אחרים.

14 Robert Megarry & H.W.R. Wade, *The Law of Real Property* 46 (1984).

15 יהושע ויטמן, "מושגי יסוד בדני קניין – סקירה ביקורתית", משפטים יא 41, 50 (תשמ"א).

16 מאידך גיסא יש לזכור שאדם זכאי מעצם לידתו לשורה ארוכה של זכויות, דוגמת אלה הנוכרות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן לזכויות אחרות יצירות הפטיקה והחוק, שאינן יכולות להיות מוגדרות כזכויות קנייניות אף כי הן "טבעיות".

17 Jhon Pugh-Smith, *Neighbors and The Law* 53 (2d ed., 1993).

שלילי (קרי: חובה להימנע מפגיעה בזכות),<sup>18</sup> ויש רבים הסבורים כי זכות שלילית המתייחסת למספר בלתי-מסוים של אנשים היא זכות קניינית טהורה.<sup>19</sup> הצורך בהתייחסות למספר בלתי-מסוים של אנשים עלול לעורר בעיה במקרה דנא. לכאורה אין כבולים לזכות התמיכה אלא "שכניו" של בעל הזכות בקרקע. אם הזכות מצומצמת דווקא לשכן, או למספר מצומצם של שכנים, הרי לכאורה ניתן לגרוס שמדובר בהתחייבות אובליגטורית בלבד החלה על אלה. נראה שבמקרה זה אין בכך בעיה של ממש: מספר הכפופים לזכות התמיכה אינו מסוים בהכרח. שכניו של אדם לצורך זכות התמיכה אינם מוגדרים וידועים, שהרי, כפי שנראה להלן, הזכות מתפשטת וחלה אף על מי שאינו שכן, אם יכול הוא במעשיו לגרום לנזק לבעל זכות התמיכה. כן יש לזכור, כי אף אם ניטה בדרך טבע להטיל חובה על השכנים הסמוכים ביותר קלות וביתר הרחבה מאשר על אלה הרחוקים, אין בכך כדי להפוך את הזכות לאובליגטורית: לזכות זו כפופים הכל, אף שיש שנפגעים מקיומה יותר מאחרים.<sup>20</sup> אפשרות נוספת היא לראות את זכות התמיכה כמגבלה המוטלת על התומך בשימוש במקרקעין, כדוגמת המגבלה שמטילה הרשות בקובעה הגבלה על זכות הבעלות בדמות "אחוזי בנייה",<sup>21</sup> שאינם בגדר זכויות קניין. מגבלה זו מגדירה את גבולות הזכות, אולם אין בה כשלעצמה להופכה לזכות קניין. מאידך, בשונה מ"אחוזי בנייה" או מ"זכויות בנייה", המגבלה אינה מוטלת על זכותו של הבעלים לפתח את קרקעו, אלא דווקא על זכותו של השכן – ובכך דומה היא יותר לזיקת הנאה.

נראה, כי יש מקום להסתפק בשאלה אם זכות התמיכה היא אומנם זכות שלילית במהותה. הזכות מוטלת כלפי השכן, אך גם קרקעו של השכן מטילה חיוב דומה. חיובים אלה יכולים להתפרש כהטלת חובת הימנעות מעשייה, אך חובה זו יכולה להתפרש

18 P.J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence* 236 (12th ed., 1966).

19 Hand & Smith, הערה 1 לעיל, בעמ' 96.

20 גר טדסקי, "זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין", משפטים ז 456, 464 (תשל"ו); והשווה מיגל דויטש, קניין ב 421-422 (תשנ"ט).

21 הדעה המקובלת היא כי "אחוזי בנייה" אינם בגדר זכויות קניין, ואין הם אלא הגבלה של הרשות על זכות הקניין של בעל המקרקעין, ועל יכולתו למקסם את שימושו בה כבעלים (ראו תאודור אורין, "אחוזי בנייה" – זכות קניינית?, הפרקליט לב 526 (תש"ס); גר טדסקי, "בעלות ושיתוף בבית המשותף", הפרקליט ל 214, 234 (תשל"ו); ויסמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 416; דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 694; ע"א 151/87 ארצי חברה להשקעות נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489, 504; ע"א 119/86 קני בתים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה נתניה, פ"ד מו(5) 727, 745). לדעה שונה במקצת, הוראה באחוזי הבניה "נכס המצוי בבעלות משותפת של בעלי הדירות, ואשר ניתן להעבירו" ראו ע"א 19/81 כיבי נ' הורברט, פ"ד לז(2) 497; ע"א 5043/96 גלמן נ' הררי-רפול, פ"ד גר(3) 389, 393.

כחובה חיובית לתמוך בקרקע הזכאית. כן יש לציין כי החיובים הם הדדיים וקבועים, ומחייבים את הצדדים בשווה לתמוך בקרקע השכן.

### (3) עבירות

זכויות הקניין הן עבירות במהותן, אף כי העדר תכונת העבירות אינה מצביעה בהכרח על היות הזכות אובליגטורית דווקא.<sup>22</sup> מאידך גיסא, גם זכויות אחרות הן עבירות,<sup>23</sup> כפי שקובע חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969, המאפשר לבצע "עסקאות" בזכויות ובחובות.<sup>24</sup> עם זאת, נראה כי המסקנה שזכות אינה עבירה עשויה להצביע על אפשרות שתכונת הקנייניות שבה פגומה.

עבירותה של זכות התמיכה מוטלת בספק, ובעיקר נכון הדבר בשל האיסור על המחאת זכויות לתרופה בגין מעשה עוולה נזיקי<sup>25</sup> נראה כי מיקומה של הזכות בפקודת הנזיקין, האוסרת על המחאת תרופות בנזיקין, לכל הפחות מגביל בצורה ניכרת את משמעותה של המחאת הזכות עצמה.<sup>26</sup> עבירותה של הזכות מוטלת בספק אף בשל הגדרתה כנובעת מזכות הבעלות – כלום ניתן להפריד בין זכות הבעלות לזכות לתמיכה?<sup>27</sup>

עם זאת, אף כי מבחינה פורמלית קשה להעביר את הזכות, אין כל קושי ב"מסחר" בה.<sup>28</sup> בכל שיטות המשפט מקובלות אפשרויות ההתנאה, הוויתור וההענקה של הזכות;

22 ויסמן, הערה 8 לעיל, בעמ' 57, 59; א' לבונטין, "זכות קניין – מהי?", משפטים ט 384, 387 (תשל"ט); דריטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 44; ע"א בן חמו, הערה 7 לעיל, בעמ' 860-861.

23 ראו לדוגמא רע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי נ' בנק הפועלים, פ"ד מא(2) 275.

24 לעניין זה ראו דיונו של שלום לרנר, "המחאת חיובים", דיני חיובים – חלק כללי 21, 102 ואילך (בעריכת דניאל פרידמן, תשנ"ד); יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 20 (בעריכת גד טדסקי, תשל"ה).

25 סעיף 22 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

26 לעניין זה ראו הדיון להלן, ליד הערות 91-93.

27 אף שכל שיטות המשפט קובעות כי זכות התמיכה קמה אף לבעל זכות שאינה בעלות במקרקעין, כגון שוכר, חוכר ובעל זיקת-הנאה (ראו, למשל, *Salt Lake City v. J.B. & R.E. Walker*, 253 P2d 365 (1953) ורבים אחרים), עדיין ניתן לומר שהזכות עצמה נועדה להגן דווקא על בעל הקרקע. למעשה, הרציונל שביסס זכות זו במשפט המקובל הוא כוחו של הבעלים לעשות בקרקעו כעולה ברוחו (וראו ההלכה המנחה של בית הלורדים בפרשת *Dalton*, הערה 13 לעיל). בעלי הזכויות האחרות יונקים זכותם מכוחו, וזכותם לתמיכה נוצרת אף היא מכוח זכותו הוא ומהווה תרגום שלה לשפת המעשה.

28 בהתחשב במגמה השולטת בפרשנות דיני הנזיקין כדיספוזיטיביים (ראו, למשל, יצחק אנגלרד, "הוראות חוזיות הפוטורות צד מאחריות להפרת חיוב", הפרקליט יז 219 (תשכ"א)), אין קושי בהנחה כי ניתן לעקוף את תוצאות סעיף 22 לפקודת הנזיקין

יש אף שהשתמשו במנגנונים אלה ככלי עיקרי לשם הענקת הזכות למבנים, ואף הרחיבם עד כדי הכרה בהענקה משתמעת ודומיה. משמע, אף אם אין המדובר בעבירות פורמליות, מבחינה מעשית הזכות היא עבירה; ואם נגרוס כי יש צורך דווקא בעבירות מהותיות – עבירות של הזכות ולא של תוצאותיה – הגה כבר הובהר בתחילת הדברים כי אין הכרח שכל זכות קניינית תהא עבירה. כללו של דבר: לא נראה כי הפגם בעבירותה של הבעלות, אם הוא אכן קיים, פוגע בקנייניותה.

#### (4) רכושיות

אין כל בעיה עקרונית בקביעה כי הזכות לתמיכה ניתנת לאומדן כספי. העובדה שיש המוותרים על זכות זו בתמורה, או קונים זיקת הנאה דומה לה תמורת תשלום, מעידה כי תרגום הזכות לשפת הממון נעשה הלכה למעשה. משמע, אף סממן קנייני זה מתקיים בזכות.

#### (5) עקיבה ועדיפות

זכות העקיבה היא הזכות "המאפשרת לבעל זכות קניינית לעקוב אחרי הנכס, נשוא הזכות, ולאכוף את זכותו כלפי כל אדם המחזיק בנכס".<sup>29</sup> זכות העדיפות מקנה לבעל הזכות הקניינית עדיפות "על מי שירכוש אחריו זכויות קניין בנכס, ועל מי שיטען לזכות אישית ביחס לאותו נכס".<sup>30</sup> מושג העקיבה אינו נראה במקומו כאשר מדובר בזכות במקרקעין או כלפיהם כגון זכות התמיכה. אף בהנחה שהזכות היא עבירה, בעליה אינו עוקב אחרי הנכס נשוא הזכות, שהרי זה אינו משמקומו אלא אחרי הזכות עצמה. הקביעה כי בעל הזכות עדיף על הבאים אחריו עשויה לעורר בעיה דומה. ראשית, יישומה של הזכות כפוף לקביעה שהיא עבירה. אף בהנחה שכך הדבר, עדיין נותרת בעיה מושגית בנסיבות העניין. בדרך כלל נכנסת זכות העדיפות לפעולה כאשר היא מתנגשת עם זכויות אחרות שנקנו בנכס. כשלעצמה, זכות התמיכה אינה קיימת בחלל האוויר מחוברת היא תמיד לזכות קניין אחרת: בעלות, חכירה, זיקת-הנאה ודומיהן, בחלקה הנתמכת או בחלקה התומכת. לפיכך, אף אם תזכה בעדיפות על זכות אחרת בנכס, לא יהא זה מכוחה העצמאי אלא מהכוח המוקנה לה על ידי הזכות הקניינית שעליה היא מגנה.

באמצעות הסכם בין הצדדים, המגדיר מחדש את חיוביהם זה כלפי זה בהקשר של מניעת תמיכה.

29 ויסמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 49.

30 שם, בעמ' 50.

נראה, אם כן, כי זכות התמיכה אינה מקיימת את "דרישות" העקיבה והעדיפות, שיש הסוברים כי "הם הם תמצית הקנייניות" ויש "פגם" של ממש בטהרתה הקניינית.<sup>31</sup>

## (6) סיכום

אחדים מסממניה המובהקים של זכות קניין מתקיימים בזכות לתמיכה במקרקעין: הזכות היא "טבעית"; ככל הנראה שלילית; היא עבירה – לפחות למעשה אם לא להלכה; והיא דומה לזיקת הנאה גם באופיה הרכושי וגם בדרך שבה היא מגבילה זכות בעלות. עם זאת, קיימים סממנים חשובים המצביעים לכיוון ההפוך, ובעיקר העובדה שלא מתקיימות בה התכונות של עקיבה ועדיפות.

השפעה נודעת אף לטיבה של הזכות כזכות נלווית. לזכות התמיכה אין קיום עצמאי, והיא יונקת את חיותה מהזכות שהיא באה לשרת. ככלל, זכות התמיכה באה להגן על זכות הבעלות במקרקעין, ואף כי בעלי זכויות נוספות זוכים להגנתה, הנה עדיין ניתן לגרוס שכל כוחם הוא אך להפעיל את הזכות שניתנה לשם הגנת הבעלות (אם כי ניתן אולי לגרוס להיפך, כאילו לכל בעל זכויות קמה זכות לתמיכה בקרקע כדי שזכותו בקרקע לא תיפגע, אך הדבר נראה דחוק). לכאורה, הזכות היא זכות "טפילה" ו"משרתת".

מאידך גיסא, כפי שצינתי לעיל, זכות התמיכה מהווה את תרגומה המעשי של זכותו של אדם לשלמות מקרקעיו. זכות זו יכולה אמנם להיתפס כזכות הטפילה לאחרות, אך היא יכולה גם להיחשב כזכות הנוספת על זכות הקניין המקורית.

סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המתחזק מכוחו של סעיף 8 לחוק זה, עשוי לתמרץ את בית המשפט לפרש בהרחבה זכות דוגמת זכות התמיכה, הבאה להגן על קניינו של אדם;<sup>32</sup> אלא שלשם הקניית ההגנה לזכות התמיכה מכוחו של סעיף 3 הנ"ל

31 דעת Planiol המובאת שם, בהערה 5. יש מקום לטענה כי לגרסה זו אין המדובר אך בפגם בזכות הקניין, שעה שתמציתה של זכות הקניין אינה באה לידי ביטוי.

32 פרשנותו של סעיף זה נדונה בהרחבה בהקשרים שונים. בענייננו מדובר בזכות להגנה בסיסית ביותר, פיזית, על קניינו של אדם. במקרה זה זכאי האדם להגנה רחבה יותר, שכן, לכל הפחות, המדובר בפגיעה המתבטאת בירידת ערך רכושו, ולדעת השופט ברק מהווה היא פגיעה בקניינו של הפרט במובנו של חוק היסוד (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431-432; השופט זמיר, בעמ' 440; לפרשנות ברוח זו ראו דברי השופטת בייניש ברע"א 3527/96 צ'צ'קס נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב(5) 385). לפיכך יש מקום לצפות לפירוש מרחיב יותר בעניין זה. דברים אלה עולים בקנה אחד עם מגמתו של בית המשפט העליון, שלפיה יש לפרש גם את ההסדרים הקיימים באספקלריה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ככלל, ושל זכות הקניין בפרט (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589; בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וחירות נ' ראש

אין חובה שהזכות המוגנת תהיה זכות קניין כמובנה במשפט הפרטי, ודי אף בחיובים ובזכויות בעלי ערך רכושי שנרכשו על ידי המשפט הציבורי;<sup>33</sup> על פי כמה דעות, די אפילו בזכויות in rem.<sup>34</sup>

שאלה נוספת היא אם יש לראות בזכות לתמיכה זכות במקרקעין. בין הנפקות האפשריות להבחנה זו ניתן למנות לפחות שתיים בעלות השפעה מעשית של ממש: הראשונה נוגעת לתקופת ההתיישנות, והשנייה – לפרשנות חוזים הנוגעים למניעת תמיכה.<sup>35</sup>

הממשלה (לא פורסם, 22.12.1994); רע"א 5222/93 גוש 1992 בנין נ' חברת חלקה 168 בגוש 6181 (לא פורסם, 25.7.1994), בסעיף 5 לפסק-דין של השופט ש' לרין; דנג"צ 4466/94 נוסייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 85, 68; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 138; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43; ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית-אטא נ' הולצמן, פ"ד נה(4) 629; בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים (לא פורסם, 17.7.02).

לסקירת פרעלו של סעיף 3 לחוק היסוד והיקפה של ההגנה על הקניין המוקנית מכוחו, ראו יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258 (תשנ"ה); חנוך דגן, "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות - לקראת שיח קנייני חדש", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 673 (בעריכת אריאל רוזן-צבי, חשנ"ז) (בעניין ביקורת שיפוטית על הפקעת מקרקעין); אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט כא 405 (תשנ"ח); יואב דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", משפטים כח 535 (תשנ"ח); אירית חביב-סגל, "בעיות תיאום ושאלת המטרה הציבורית בהפקעת מקרקעין", עיוני משפט כא 449, 458-461 (תשנ"ח); חנוך דגן, "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין", עיוני משפט כא 491, בעיקר מעמ' 518 (תשנ"ח).

עם זאת, למטרה זו ניתן להגיע גם בדרך של הרחבת תחולתו של הסעיף בדרך פרשנית, ומבלי לקבוע מסמרות לעניין "קנייניותה" של זכות התמיכה. סעיף 3 הג"ל ישמש גורם מדרבן לבית המשפט בבואו להרחיב את תחולת הסעיף, שכן בכך מגביר הוא את היקפה של ההגנה לה זוכה זכות הבעלות בקרקע, וללא ספק מקנה הגנה נוספת על "קניינו" של האדם כמובנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

33 ע"א בנק המזרחי, הערה 32 לעיל, בעמ' 431 (השופט ברק).

34 שם, בעמ' 328 (הנשיא שמגר).

35 אם זכות התמיכה היא זכות קניינית במקרקעין כי אז אין באפשרות הצדדים לבצע שינויים בהיקפה, בשל הכלל בדבר "הרשימה הסגורה" של זכויות הקניין (השור ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרנוב, פ"ד נג (4) 199, 246-247) ובשילוב עם עיקרון הוודאות והיציבות המשפטית הנוהג לגבי זכויות אלה. לפיכך, לכאורה, לא תהיה נפקות לחוזים הבאים לשנות את תוכנה של הזכות לתמיכה, כלפי מי שאינם צדדים לחוזה. על אף זאת יהיה נפקות לדבר בכל הנוגע לזכויות דיירים בבית משותף, שבו, כפי שידוע בהמשך הדברים, קיימת זכות הדדית לתמיכה, הניתנת לשינוי בעזרת התקנון – וזאת אף אם נראה את זכות התמיכה כקניינית.

תקופת ההתיישנות לתובענה במקרקעין היא חמש עשרה או עשרים וחמש שנים,<sup>36</sup> ובמקרקעי ייעוד כלל לא חלה ההתיישנות.<sup>37</sup> אף אם ייקבע שזכות התמיכה עצמה היא זכות קניינית במקרקעין, אין פירושו של דבר כי תובענה בגינה תהיה "תובענה במקרקעין"; אולם, כאשר התרופה הנדרשת היא מסוג הציווי<sup>38</sup> (כפי שהדבר בדרך כלל), יש מקום רב יותר להחלת תקופת ההתיישנות זו. מאידך גיסא, בהתחשב במיקומו של ההסדר בעניין התמיכה במקרקעין בפקודת הנזיקין – עניין שידון בהרחבה בהמשך – נראה כי תקופת ההתיישנות המתאימה היא זו החלה כתובענות בגין עוולות שאינן בגדר תובענות במקרקעין בדרך כלל, ותקופת ההתיישנות היא של שבע שנים.<sup>39</sup>

- 36 סעיף 5 לחוק ההתיישנות, תש"י-1950.
- 37 סעיף 113 לחוק המקרקעין.
- 38 תביעה לסעד כספי בגין זכויות בנכס מקרקעין אינה בגדר "תובענה במקרקעין". ראו ע"א 289/65 רובינשטיין נ' רון, פ"ד כ(1) 505; ע"א 216/66 עיריית תל אביב-יפו נ' אבו דאיה, פ"ד כ(4) 522. לדיון דומה ראו ע"א 199/82 סניטובסקי נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לט(1) 225.
- 39 כפי שיובהר בהמשך, בפרק הדין בצורך בנזק, הרי שהנזק בשל מניעת תמיכה מתאפיין בכך שפעמים רבות הוא מתגלה רק לאחר חלוף זמן רב. במקרה זה יהיה צורך להודקק להוראת סעיף 289(2) לפקודת הנזיקין, המאריכה את תקופת ההתיישנות לעשר שנים במקרה שבו הנזק התגלה באיחור. ודוק: סעיף 289(2) אינו קובע תקופת ההתיישנות עצמאית, במנותק מחוק ההתיישנות (ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל, פ"ד לח(3) 673, 682). כל מטרתו אינה אלא להציב מחסום אחרון להתיישנות של תביעות במקרים שבהם התגלה הנזק לאחר התרחשותו, כך שאף אם התובע פעל בזהירות סבירה והוקנתה לו הזכות מכוח סעיף 8 להגיש את תביעתו לאחר תום שבע שנות ההתיישנות, עדיין אין בידו להגיש משחלפו עשר שנים מיום האירוע נשוא התביעה (ע"א 831/80 זמיר נ' כימיקלים ופוספטים, פ"ד לו(3) 122, 130; ע"א 220/84 אגיוף נ' קיבוץ גבת – אגודה שיתופית, פ"ד מ(1) 528, 531; ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל, פ"ד נד(2) 38, 48). "שאלת היחס בין סעיף 89 לפקודת הנזיקין לסעיף 8 לחוק ההתיישנות אינה שאלה קלה" (ע"א 4114/96 המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח, פ"ד נב(1) 857; ראו גם ישראל גלעד, "ההתיישנות בנוזיקין ומחלות סמיות", משפטים יד 500 (תשמ"ה); ישראל גלעד, "ההתיישנות בנוזיקין – הצעה לשינוי החוק", משפטים יט 81, והמשך בעמ' 369 (תשמ"ט-תש"ן)). סעיף 289(2) לא בא "להיטיב את מצבו של התובע, שנוזק נתגלה לו באיחור" (ע"א 4954/94 מינהל מקרקעי ישראל נ' מזרחי, פ"ד נא(1) 559). תנאי סף להפעלתו הוא כי "אם הנזק מתגלה באיחור, עשוי האיחור להצדיק דחיית מועד תחילת ההתיישנות. בשאלה אימתי קיים הצדק לכך יש להכריע לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות" (ע"א 148/89 שיכון עובדים נ' עוזבון בליבאום, פ"ד מט(5) 485, 508, ועיינו בע"א מינהל מקרקעי ישראל הנ"ל. לעניין התנאים לתחולתו של סעיף 8 ראו ע"א פתאל הנ"ל, בעמ' 687; ע"א 675/87 מידל איסט אינווסטורס נ' בנק יפת, פ"ד מג(4) 861, 870; ע"א 630/90 רוזנסקי נ' ארגון מובילי לוד העולה, פ"ד מה(5) 365, 372; ע"א 4600/91 מוסקוביץ נ' הבנק

אף לשאלת פרשנותם של הסכמים הנוגעים לזכות התמיכה תיוודע חשיבות רבה לשאלת סיווגה של זכות התמיכה, שכן הסכמים בדבר העברה או הגבלה של זכויות במקרקעין זכו באופן מסורתי לפרשנות מצמצמת,<sup>40</sup> שלא בדומה להסכמים בדבר העברת זכויות שאינן במקרקעין.

הבינלאומי הראשון, פ"ד מח(3) 455, 459. מסקנת הרברים היא שתקופת ההתיישנות המרבית לפי השקפה זו היא של עשר שנים מיום החרחש האירוע נשוא התביעה, ואף זאת רק אם יעלה בידי התובע להוכיח (נטל ההוכחה מוטל על התובע; ראו ע"א 97/77 זונבנד נ' קלוגמן, פד לא(3) 466, 471) כי העובדות המקימות את עילת התובענה לא היו ידועות לו מסיבות שאינן תלויות בו, "ושאף בזהירות סבירה לא היה בידו למנוע סיבות אלו" (סעיף 8 לחוק ההתיישנות. לעניין נסיבות אלה ראו הפסיקה הנזכרת לעיל והשוו J.F. (Josling, *Periods of Limitation* 96 (4th ed., 1973)).

40 ראו לדוגמא ע"א 136/63 יוסף נ' שורצמן, פ"ד יז 1722; ע"א 504/68 משה נ' נציגות הבית המשותף ברחוב בן-גמלא 10 ירושלים, פ"ד כג(1) 688; ע"א 239/79 גלבורט נ' הממונה על המירשם, פ"ד לד(2) 807; ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673. בפסקי דין אלו נדונו בעיקר חוזים המגבילים את זכויות הבעלות של דיירים בבית משותף ואת חלקם ברכוש המשותף ובמה שנבנה עליו. לגישה שונה, התומכת בפרשנות רגילה של חוזה המעביר ומגביל זכויות קנייניות, ראו ע"א 749/76 יוסף נ' בכר, פ"ד לב(3) 621, 617. מכל מקום, ספק אם הגישה הגורסת פרשנות מצמצמת בהסכמים העוסקים בזכויות במקרקעין מוצדקת כיום, בהתחשב בשוני הגדול שחל בכללי פרשנות חוזה. "עיקר העיקרים בפירוש חוזה" שהוא "כירור כוונת הצדדים [=הסובייקטיבית; ר.נ.] באמצעות שחזור מחשבותיהם בעת הכריתה" (גבריאלה שלו, דיני חוזים 298 (מהדורה שנייה, תשנ"ה); ראו גם רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח, פ"ד נד(3) 281, 296-297) זוכה היום לעדנה מחודשת, כאשר לשם גילוי מחשבותיהם של הצדדים אין עוד צורך בהיצמדות דווקא ללשון החוזה (ראו בהרחבה ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט(2) 265. פרופ' אייל זמיר טוען כי הגישה בפסק הדין אינה חדשנית, אלא אך לבוש חדש לרעיונות קיימים; ראו אייל זמיר, פירוש והשלמה של חוזים 131, הערה 331 (תשנ"ו). לביקורת על פסק הדין ראו שם, בעמ' 134-135 הערה 340, ובעמ' 136 הערה 345. ראו גם מיגל דויטש, "דיני חוזים", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 167, 173 (בעריכת אריאל רוזן-צבי, תשנ"ז); ולביקורת מרומזת יותר ראו דודי שוורץ, "תחולתו של עקרון תום הלב בסדר-הדין האזרחי", עיוני משפט כא 295, 298-299 (תשנ"ח). לפרשנות ברוח זו בהקשר של חוזה המגביל את זכויות הקניין של דיירים בבית משותף ראו ע"א 1121/91 משולם נ' נימני, פ"ד מח(3) 12, 20. הגישה המצמצמת שבוטאה בפרשת גלמן, הערה 21 לעיל, נובעת, כך נראה, מפרשנות התקנון הספציפי שעמד למבחן באותו אירוע. עם זאת יש לתהות על הפרשנות שאימץ בית המשפט בעניין זה, שאינה עולה בקנה אחד עם ההלכות הנזכרות ועומדת בסתירה לפרשנותו של הרוב בע"א 7156/96 שואעי נ' בכרך, פ"ד נג(1) 469, שפירש תקנון שהוראותיו כמעט זהות לאלה שבפרשת גלמן על פי הפרשנות המרחיבה.

### (ג) זכות במקרקעי התומך ("מעין זיקת הנאה") מול זכות במקרקעי הנתמך

תוצאתה של הגישה שלפיה זכות התמיכה דומה לזיקת-הנאה עשויה להיות ראייתה כזכות במקרקעי הזולת התומך.<sup>41</sup> מסקנתה של הגישה הרואה בזכות מעין פועל יוצא של בעלות עשויה להיות שמדובר בזכות לשלמות המקרקעין, העשויה להיות מוגדרת כזכות במקרקעין הנתמכים.<sup>42</sup> זכות זו היא אף בסיסית יותר מזכותו של האדם להנאה סבירה ממקרקעין,<sup>43</sup> שכן ללא קרקע אין הנאה מהקרקע.

ההשקפות השונות הללו עשויות להביא להבדלים מעשיים של ממש, אך גם לשוני עיוני בולט: בעוד שלפי ההשקפה הראשונה קמה לנתמך זכות קניינית במקרקעי התומך (כפי שהדבר בזיקות הנאה), הנה על פי הגישה השנייה אין מדובר אלא בזכות של

יש לציין, כי הגישה הגורסת פרשנות מצמצמת אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות בית המשפט בסוגיות דומות (ראו יהושע ויסמן, "הצמדות בבתים משותפים" (ע"א 213/80 שמענון נ' ברוכים), עיוני משפט י' 611 (תשמ"ה)) או עם הצמצום שנעשה בפסיקה בכוחן של דרישות פורמליסטיות על מנת לחזק את ההגינות (דויטש, הערה 20 לעיל, בעמ' 684) כגון הכפפת דרישת הכתב לעיקרון תום הלב (ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278; ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185; להשלמה על פי עיקרון תום הלב בעניין דומה ראו דנ"א 1558/94 נפסי נ' נפסי, פ"ד נ(3) 573, 605). לפיכך הנני סבור, כי אין עוד מקום לכלל בדבר פרשנות מצמצמת של חוזים שעניינם העברת והגבלת זכויות קנייניות, ויש להחיל עליהם את כללי הפרשנות המקובלים בדיני החוזים ה"רגילים".

נראה, כי גם על פי גישתו החדשנית של זמיר, בספרו הנ"ל, בעמ' 79-129, הפתרון הנאות בסוגייה המוצגת לעיל יהיה בכיוון של פרשנות רחבה. על פי גישה זו יש לפרש חוזים על פי עיקרון "הפירמיה הפוכה", שבו גוברים העקרונות הכלליים של הנהוג הכללי בפירוש חוזים מעין זה בו מדובר ועיקרון תום הלב על פני ההסכמה המפורשת ופירוש החוזה מתוכו. פרשנות מעין זו היא על פניה מרחיבה, קל וחומר במקרים דוגמת אותם סכסוכי שכנים שנדונו בפסיקה הנזכרת לעיל, כאשר נראה כי שימוש בעקרונות הכלליים הנ"ל היה מוביל לפתרון יעיל של הסכסוך, אף אם שונה מזה שאומץ על ידי בית המשפט.

ראו לעניין זה גם שמעון וייס, העולה – מניעת תמיכה ממקרקעין שכנים (חייבור לצורך קבלת תואר מוסמך במשפטים, תשל"ב).

המוגנת על ידי עוולת המטרד ליחיד שבסעיפים 44 ואילך לפקודת הנוזקין.

הנתמך במקרקעי שלו. זכות זו אמנם מטילה חובות על התומך, אך אינה מכרסמת בבעלותו ואינה יוצרת זכות ישירה של הנתמך במקרקעיו.<sup>44</sup>

המשמעות המעשית של הגישות השונות עשויות להיות מגוונות:

בהנחה שמדובר בזכות במקרקעי התומך, קיימת הצדקה להגבלת הזכות לקרקע במצבה הטבעי בלבד, ואין מקום להטיל על הכפוף לזכות הגבלה מוגברת בשל פיתוח הקרקע על ידי הנתמך; אין צורך בנוק בתביעה מעין זו, המתבססת על פגיעה בזכות קניינית (מעין זיקת הנאה), כדרכו של המחוקק בפגיעות בזכויות קנייניות כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף 17 לחוק המקרקעין; אין צורך באשמה או בכוונה מאותה סיבה; ניתן לזכות לפיצוי בגין נזק צפוי; וההתיישנות רצה מעת הסרת התמיכה.

עצם מניעת התמיכה מקימה את כל זכויותיו של הנתמך, שכן התומך משועבד לתמיכה לקרקעו של הנתמך. הואיל ומדובר ב"שעבוד", חל הוא רק על הקרקע ואין לנתמך זכות להוסיף על קרקעו ולהגדיל את הפגיעה בזכות הקניין של רעהו.

אם מדובר בזכות במקרקעי הנתמך, ניתן להצדיק את הרחבת ההגנה שמקימה הזכות גם לבנייניו של התומך, שכן היא נובעת מזכות הבעלות שלו בקרקעו, וזו אינה מוגבלת לקרקע במצבה הטבעי; יש צורך בנוק ובאשמה, שכן אין מדובר בפגיעה בזכות קניין "קלאסית", וההגנה אינה קניינית טהורה אלא נזיקית במהותה – הגנה בפני פגיעה. לפיכך אין פיצוי בגין נזק צפוי, אף כי ניתן לזכות בצו במקרה מעין זה, ומרוץ ההתיישנות מתחיל עם התרחשות הנזק, כבכל עוולה שנוק הוא אחד ממרכיביה.

הבחנות אלה, העשויות לשמש אבן בוחן להבנת עמדתו של המשפט המקובל בסוגייה, אינן עומדות במבחן כאשר הן מעומתות עם גישת המשפט העברי, התומך, ככל הנראה, בתזה של זכות במקרקעי התומך, אך מטיל עליו אחריות רחבה ביותר.<sup>45</sup>

בחינתה של זכות התמיכה למרכיביה, בפרקים הבאים, תוכל לסייע בניסיון לברר מהי השיטה שנקט המחוקק הישראלי. אקדים את המאוחר ואציין שככל הנראה הייתה זו הדרך השנייה, אך אין פירושו של דבר כי אכן הוחלו במשפט ארצנו כל הנפקויות שהוזכרו לעיל. נטייתו של המחוקק הייתה מרחיבה בקובעו את זכות התמיכה, ולפיכך סטה הוא לא אחת מהנפקויות המוצעות לעיל.

44 ההבחנה הנעשית כאן בין זכות במקרקעי הנתמך וזכות במקרקעי התומך עשויה להיות מוגדרת אף כהבחנה בין זכות במקרקעי התומך וזכות ביחס למקרקעי התומך. במתכוון נמנעתי מטרמינולוגיה זו, כדי להבהיר כי אין הכוונה להבחנה שהוזכרה בע"א 91/77 ביקסר ג' עמידר, פ"ד לב(1) 73: שם עולה כי זכות ביחס למקרקעין אינה זכות קניינית, ואילו אני סבור כי יש מקום לטענה כי אף זכותו של הנתמך לשלמות מקרקעיו היא, לאור סממניה הקנייניים של הזכות עליהם עמדתי לעיל, זכות קניינית.

45 לעניין עמדת המשפט העברי ראו להלן.

### ג. זכות התמיכה בישראל לפני חקיקת חוק המקרקעין

ההתייחסות למניעת תמיכה במקרקעין בישראל לפי חקיקתו של חוק המקרקעין הייתה דלה ומועטה. הבהרת המצב המשפטי לאשורו באותה עת אינה פשוטה בשל כך, מה גם שמדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, בהם אדון בהרחבה בפרק הבא, עולה כי לא היה קיים הסדר ספציפי וברור לעניין.

עוד טרם חקיקתו של החוק היה מוגן קיומו של בניין בפני פגיעה;<sup>46</sup> אולם, בפרשה היחידה שהתבררה בפני בית המשפט העליון בהקשר לתביעה בשל מטורד לא בא כל אזכור להוראות אלה.

בפסק דין למפרט<sup>47</sup> נקבע כי סיטואציה של מניעת תמיכה מוגנת מכוחם של דיני המטורד: מדובר בסוג של מטורד ליחיד, המטיל אחריות מוגברת. הזכאות לפיצוי צומחת רק עם נגרם נזק בפועל, אך בצו מניעה ניתן לזכות כבר כשקיים חשש סביר שהנזק אכן ייגרם.<sup>48</sup>

בשל העדר תקדימים נוספים לא נותר אלא להניח כי פסק הדין משקף את הגישה שרווחה בישראל ערב חקיקתו של החוק. אולם, הואיל ונראה כי יקשה להסיק מסקנות מרחיקות-לכת מהכרעה בודדת, אדון בקצרה במשמעויותיה.

ההנחה שזכות התמיכה מוגנת על ידי עוולת המטורד, ומניעתה מקימה תביעה בגין עוולה זו, מבוססת על הכלל במשפט המקובל לפיו אף ההגנה על פגיעה בזכויות טבעיות כלולה בגדר המטורד<sup>49</sup> כלל זה אינו נקי מספקות.<sup>50</sup> יש להניח, כי משמצא בית המשפט שאין בפניו הוראת חוק ספציפית מתאימה להענקת תרופה בגין הנזק שנגרם, פנה להוראה שנראתה לו הקרובה ביותר במהותה, אף אם אין היא עונה במלואה להגדרתה של הזכות במשפט המקובל.<sup>51</sup>

46 סעיפים 1199-1200 למג'לה, וראו פ' נרקיס ומ' זנטי, חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הלכה למעשה 901 (1989).

47 ע"א 407/54 בית משותף ג' פתח תקוה נ' למפרט, פ"ד י 1104.

48 שם, בעמ' 1106. הכוונה הינה בעצם לצו מסוג quia timet.

49 R.F.V. Heuston & R.A. Buckley, *Salmond and Heuston On the Law of Torts* 59 (19th ed., 1987).

50 William S. Holdsworth, *A History of English Law* 328-333 (1966).

51 למעשה, במשפט המקובל אין מדובר במטורד. כפי שאראה בהרחבה בהמשך, קיימת הבחנה ברורה במשפט המקובל בין תחולתה של הזכות על קרקע במצבה הטבעי לבין תחולתה על מחוברים: בעוד שהקרקע זכאית להגנה מכוח "זכות טבעית", הרי זכותו של בעל המחברים מוגנת בדרך כלל על ידי עוולת הרשלנות. אף אם נניח כי "זכות טבעית" מוגנת על ידי עוולת המטורד, הנה ההיקש מן הדין המקובל לעניין שעמד בפני בית המשפט בפסק-דין בית משותף, הערה 47 לעיל, אינו מדויק – שהרי במקרה זה אירעה הפגיעה במחברים ולא בקרקע במצבה הטבעי.

קביעתו זו של בית המשפט, לפיה מדובר בסוג של מטריד ליחיד, בצירוף עם העובדה שגם כיום מוסדרת הזכות לתמיכה בפרק הדן במטרדים, מעוררת את שאלת הצורך בתיקונו של החוק. כלום היה צורך בחקיקתו של סעיף 48 לפקודת הנזיקין, כאשר ההגנה הניתנת לזכות ממילא דומה במהותה ובהיקפה? האם אמת היא שההגנה שנקבעה בחוק דומה, במהותה או בהיקפה, לזו הניתנת על ידי עוולת המטרד? בשאלות אלה אעסוק, בין היתר, בפרק הבא, הדן בחקיקתו של סעיף 48 לפקודת הנזיקין.

#### ד. סעיף 48 לפקודת הנזיקין

משנחקק חוק המקרקעין מצא המחוקק לנכון להסדיר אף את סוגיית מניעת התמיכה במקרקעין. סוגייה זו מצאה את הסדרה במסגרת הוספת סעיף 48 לפקודת הנזיקין, שלפיו "היה במקרקעין משום תמיכה למקרקעין שכנים, תהא עשיית דבר המונע או שולל תמיכה זו – עוולה". הוספה זו הוסדרה בסעיף 165 לחוק המקרקעין עצמו. יש שמתחו ביקורת על קביעתו של הסעיף במסגרתה של פקודת הנזיקין.<sup>52</sup> לשיטתם, מאחר שסעיף זה דן בזכות מהותית, מן היאות היה לקובעו בחוק המקרקעין עצמו, העוסק בהגדרת הזכויות המהותיות, ולא לקובעו כעוולה נזיקית. לשיטה זו, ההגנה על הזכות תיעשה באמצעות עוולת המטרד ליחיד.<sup>53</sup> האמנם ישנה משמעות לקביעת הסעיף בפקודת הנזיקין? שמא יש לייחס חשיבות יתרה דווקא לחקיקתו דרך חוק המקרקעין? על שאלות אלה אנסה לעמוד להלן, תוך העזרות בדרך חקיקתו של הסעיף ורקעו, על פי הגישה כי "דף של היסטוריה שקול כנגד כרך של היגיון".<sup>54</sup>

#### 1. חקיקתו של סעיף 48

א. מקורו של סעיף 48 הוא סעיף 60 להצעת חוק המקרקעין<sup>55</sup> סעיף זה הופיע

- 52 יצחק אנגלרד, "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות", משפטים ה' 564, 584 (תשל"ד); דוד קרצ'מר, מטרדים 111 (בעריכת ג' טרסקי, תש"ם).
- 53 שם, בעמ' 118. גישה זו היא בעייתית, שכן הקביעה כאילו "בעל המקרקעין שזכותו לתמיכה נפגעת ממילא זכאי לתבוע במסגרת עוולת המטרד ליחיד" (שם) הייתה מסכלת את ההגנה המיוחדת ששאף המחוקק להעניק לזכות התמיכה. על ההבדל בין עוולת המטרד ליחיד לבין מניעת תמיכה אעמוד להלן, וממילא ברור כי ההסדר המוצע הנ"ל היה מאיין אותו.
- 54 אמרתו של השופט הולמס, כתרגומה ברע"א 8061/95 עוזר נ' אררט חברה לביטוח, פ"ד נ(3) 544, 532.
- 55 הצעת חוק המקרקעין תשכ"ד-1964, ה"ח 612, בעמ' 184.

במסגרתו של פרק ט' להצעת החוק, המוכתר בכותרת "יחסי שכנים" – פרק שהושמט בסופו של דבר מנוסחו של החוק, והוראותיו נדדו לחלקים אחרים של החוק ומחוצה לו. ב. טרם פרסומה של הצעת החוק נערך תזכיר הצעת חוק שסקר את עיקרי הוראות החוק המוצע. העיקרון שהנחה את מציעי החוק היה "קביעת הסדר כולל, מתקדם יותר, של דיני הקרקעות בישראל".<sup>56</sup> בין היתר נקבע בתזכיר בסעיף 3 (העוסק ב"בעלות במקרקעין") סעיף קטן ט, שלפיו:

החוק המוצע יכיל הוראות בדבר מניעת מפגעים בין בעלי מקרקעין שכנים ולמניעת הפרעה בקבלת אור או אוויר, ולמניעת פעולות הגורמות נזק למקרקעי השכן שאינן מיוסדות בדין.<sup>57</sup>

וממשיך סעיף 3 וקובע (בסעיף קטן יב):

כל שימוש במקרקעין בניגוד להוראות על יחסי שכנים, יהיה דינו כדין נזיקים אזרחיים.

הוראה זו, כך דומה, נסבה סביב סעיפים קטנים ט-יא לסעיף 3. בעוד סעיפים קטנים א-ח עוסקים בזכות הבעלות וברכישת בעלות מכוח בנייה במקרקעי הזולת, עוסקים סעיפים קטנים אלה במפגעים, בצמחים הגדלים סמוך למצר ובשימוש לצורכי ציבור. פרשנות אפשרית של סעיף 3(יב) היא שבעוד ההוראות הראשונות (א-ח) קובעות זכויות מהותיות, אלה האחרות – הדנות ב"יחסי שכנים" – מרכז משקלן בדיני הנזיקין. סעיף 6(א) לתזכיר מבהיר כי:

החוק המוצע יסדיר זכויות המוקנות במקרקעי הזולת: שכירות, זכות שיכון, משכנתא וזיקת הנאה (Easements, Servitudes).

משמע, הזכות לתמיכה אינה נכללת בין הזכויות במקרקעי הזולת.<sup>58</sup> אפשרות נוספת היא כי התפיסה שבבסיס התזכיר כמוה כתפיסה המקובלת במדינות המשפט המקובל, והיא שהזכות לתמיכה יוצאת מכוחה של זכות הבעלות (incident to)

56 תזכיר הצעת חוק דיני המקרקעין, תשכ"ג-1963, מיום 7.8.1963, בעמ' 9.

57 ההדגשה הוספה. יוער בשולי הדברים, כי מנוסח זה ("שאינן מיוסדות בדין") עולה בבירור שהמחוקק סבר שהזכות לתמיכה טרם הוסדרה עד כה בחוק, עוד ברור שאף המחוקק ראה חשיבות בהסדרתה. מכאן עולה גם המסקנה כי ההנחה שלפיה זכות התמיכה והגנה בפני מטריד חד הן – אינה מבוססת.

58 אמנם, מהבאתה של הזכות בחדא מחתא עם זכות הבעלות בסעיף 3, עולה האפשרות כי הזכות היא זכות במקרקעי הנתמך ("זכות כלפי הזולת"), אך סבורני כי ההבחנה עליה הצבעתי לעיל בין החטיבות השונות בסעיף 3 עצמו עלולה להטיל אף קביעה זו בספק.

59. (the land) לפיכך הובאה הזכות בצוותא חדא עם זכות הבעלות, וממילא לא היה מקום למנותה בין יתר זכויות הקניין המנויות בסעיף 6(א), שעה שאף זכות הבעלות אינה מנויה ביניהן. עם זאת, יש לציין כי הבחנה זו אינה נקייה מספקות, שהרי במשפט המקובל מוגדרת זכות זו לעתים קרובות כזכות הדומה לזיקת הנאה.<sup>60</sup> הגדרה מעין זו מקשה ביותר על ההבחנה דלעיל.

ג. בדינוי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנוגע להצעת החוק, הוראת סעיף 60 המוצע (שהוא, כזכור, סעיף 48 דהיום), נדונה בדרך כלל בחברת סעיפים נוספים, שנחשבו כולם שייכים לקבוצה דומה, המתייחסת לדיני הנזיקין דווקא.<sup>61</sup> בוועדה שררה חמימות דעים כי מקומו המתאים של ההסדר לסוגייה הוא כפקודת הנזיקין ולא בחוק המקרקעין. עוד עולה מדיוני הוועדה שההסדרים המוצעים שינו את דיני הנזיקין, ונראה שהדעה הייתה שמניעת תמיכה (והסעיפים הנלווים לה) אינה כמטרד ליחיד.

במסגרת דינוי הוועדה הציע ד"ר ידן לוועדה למחוק את סעיפים 58-60, באומרו:

אנו מציעים עכשיו לא להביא את הסעיפים הללו כאן, בחוק זה, אלא לכשנגיע לפרק הנוגע בדברים אלה, ובינתיים אנו מציעים בסעיף 14 זה רק את עניין הבעלות....<sup>62</sup>

59 ראו, למשל Warfell, הערה 4 לעיל.

60 Powell, הערה 2 לעיל, והאסמכתאות המובאות שם, בהערה 6.

61 כך, משעברה הוועדה לדון בפרק יחסי שכנים לראשונה (פרוטוקול מס' 88, מיום 19.12.1968, בעמ' 3) אמר עו"ד מירון: "אנו סבורים [=לשכת עורכי-הדין; ר.ג.] כי מקומם של סעיפים 58, 59, 60, 61, 63 ו-66 אינו בחוק המקרקעין, אלא בפקודת הנזיקין". אמירות ברוח זו נאמרו אף בישיבות הבאות. כך, לדוגמא, משהקריא היו"ר אונא הסתייגות זו של הלשכה בתחילת אחת הישיבות, העיר מר ארונובסקי, נציג משרד המשפטים, כי הלשכה למעשה מציעה למחוק "רק את הסעיפים הנוגעים לדיני נזיקין". לדברים אלה הגיב ד"ר א' ידן באומרו (שם):

"אם משאירים אמנם את הצעת החוק כפי שהיא מנוסחת עתה, נוצר מצב מסובך במקצת... המלאכה הנעשית כאן היא מלאכה חלקית בלבד והיא גם מעין מלאכת כלאיים במובן זה שאנו משנים במקצת את פקודת הנזיקין האזרחיים... מדברי אלה אפשר, כמובן, להבין שאין לנו עמדה תקיפה בדבר קיום ההוראות בסעיפים 58, 59, 60, 61, 63 ו-66 במידה שהן חופפות או חופפות באופן חלקי את דיני הנזיקין... ואם מסתבר שההוראות בפקודת הנזיקין אינן מתאימות או שהן דורשות תיקון, אפשר לטפל בענין בפקודת הנזיקין".

וכן הוסיף ד"ר ידן בהמשך חילופי הדברים (שם):

"אשר לסוגייה הראשונה [=הדנה בסעיפים המוזכרים לעיל; ר.ג.] השייכת לפרק הנזיקין, יש נטיה להוציא אותה מכאן".

62 פרוטוקול מס' 101, מיום 23.2.1969, בעמ' 1-2.

מדברים אלה של ד"ר ידן עשויה לעלות הבנה נוספת. נראה מדבריו כאילו המדובר בהסדר זמני, עד "שנגיע לפרק הנוגע בדברים אלה, ובינתיים אנו מציעים בסעיף 14 זה רק

ההגנה על הפרת החובה לפי סעיף 14 תהיה, לשיטתו, במסגרת פקודת הנזיקין. סעיף 14 מחיל על חוק המקרקעין את הכלל שלפיו "בעלות זכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר". מדברי הוועדה עולה הבנה אפשרית כאילו לגישתה סעיף 14 מהווה את הבסיס המהותי לזכויות המוזכרות בסעיפים שהוצאו מהחוק, והסעיפים הספציפיים הועברו לפקודת הנזיקין בשל מהותם הטכנית יותר.<sup>63</sup> הבנה זו, שיש בה היגיון רב ונראה כי ניתן למצוא לה הר בחלק ממדינות המשפט הקונטיננטלי,<sup>64</sup> מביאה למסקנה כי מקומם הטבעי של

את עניין הבעלות". האם בכל זאת הייתה כוונה לקבוע פרק נפרד הדן ביחסי שכנים, למרות שכבר הוחלט בדבר פיזור הוראותיו? מהי משמעות ההכפפה המותנית ("ובינתיים") והמצמצמת לכאורה ("רק") הנ"ל? לשאלות אלה אין בפי מענה, אולם הן עשויות להשפיע השפעה מכרעת על המסקנה האפשרית כאילו ההסדר שבסעיף 48 א יונק את מהותו מזה שבסעיף 14 לחוק.

יש בדרך חקיקה זו כדי לשפוך אור על המחלוקת הנטושה סביב מהותו של סעיף 14 עצמו, שתידון בהרחבה להלן, בטקסט ליד הערות 102 ואילך, ולהסיר את טרונותיו של פרופ' דויטש, הסבור כי הסעיף נועד "על פניו" לקבוע בחוק את התפיסה המובנת בדבר היותו של הקניין ערך מוגבל ויחסי, וכי כל פועלו של הסעיף הוא להבהיר "כי העובדה שהנתבע התיימר להפעיל את חופש הפעולה שלו בקניינו, לא יהיה בה כדי לספק לו הגנה כנגד התביעה" (דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 319-320).

מדרך חקיקתו של הסעיף עולה בבירור שכונת המחוקק הייתה שסעיף 14 ישמש מעין "חרב" ביד התובע, או אולי מגן בידי הנפגע בשל הפעלתה של שרירות בעלים, ואין הוא סעיף דקלרטיבי גרידא. פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם לשון דברי ההסבר להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד-1964, שם נאמר כי "בעל-מקרקעין לא ישתמש בהם שימוש שאין בו תועלת לעצמו וכל מטרתו היא לגרום נזק למקרקעין הגובלים או המצויים בסביבתם" (הצעת חוק המקרקעין, הערה 55 לעיל, בעמ' 178).

בהתחשב בכונת המחוקק, כפי שהיא מצטיירת על פי המקורות שהובאו לעיל, נראה כי השימוש שנעשה על ידי בתי המשפט בסעיף 14 – ככלי ש"תכליתו היא למנוע פעולות של בעל מקרקעין או של בעל זכות אחרת בהם, שמגמתן להציק לחולת בדרך של שימוש לרעה בזכות" (ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית נ' פיין, פ"ד (1) 454, 458) – עולה בקנה אחד עם הפרשנות הראויה של הסעיף (ברוח זו נפסק אף בע"א 403/73 בצלאל נ' סימנטוב, פ"ד כט(1) 41; ע"א 810/82 זול בו נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737; ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104).

העובדה שהמחברים שעסקו עד כה בשאלת היקפו של סעיף 14 לא קשרו בינו לבין סעיף 48 אין בה כדי להעלות או להוריד. סעיף 14 מהווה כלי קיבול למטרות שונות, בין אם במסגרת הפרק שבו הוא מצוי בחוק המקרקעין, כשמשו כרסן לזכות הבעלות, ובין אם כשמשו בסיס מהותי להוראות חוק אחרות.

כך, לדוגמא, מחלק הקוד השוויצרי בבואו לדון ב- *jus vicinorum* בין עצם האיסור על שימוש בזכות הבעלות בדרך בלתי סבירה שתפגע ברכוש שכניו (סעיף 684 לקוד, הקובע בחלקו הראשון, על פי תרגומו של I. Williams, כי: "Every owner of land is bound in

הסעיפים הנ"ל הוא בפקודת הנוזיקין, אך יונקים הם ממקור קיומם המעוגן בחוק המקרקעין. על דרך חקיקתם של הסעיפים הנ"ל נמתחה בוועדה ביקורת קשה,<sup>65</sup> שלא היה בה כדי לשנות את התוצאה.

the exercise of his rights and especially in carrying on an industry on the land to (abstain from any unreasonable act which prejudices his neighbor's property) לבין האיסור החמור על פגיעה בקרקע בעקבות רעידות המתלוות לפעולות בנייה או הריסה של מבנים (סעיף 685 לקוד, הקובע כי במקרה של הריסת מבנה או בנייה – "the owner of neighbor's property by shaking or endangering his land must not injure his foundations or prejudicing any existing works or erections." עם זאת, דומה כי סעיף 684 הנ"ל אינו מקבילה מדויקת של סעיף 14 לחוק המקרקעין, שכן מהמשך הסעיף עולה כי עיסוקו הוא בעיקר במניעת מטרדים, ובעניין זה הוא מונה בין המטרדים גם יצירת רעידות ("noxious fumes, or cause He is in particular forbidden to emit smoke, soot or noise or vibration") הוא גם קובע שלצורך הקביעה אם המדובר בפעולה בלתי-סבירה יש להתחשב במיקומם ובטיבם של המקרקעין ("and character in view of the situation of..") (the properties").

לחלוקה דומה, אם כי מנקודת מבט קוטבית, ראו סעיפים 906, 908 ו- 909 ל- BGB הגרמני. סעיף 906(1) קובע כי על הבעלים לסבול הפרעות מסוימות לבעלותו במקרקעין כתוצאה משימוש של שכנו, ובכלל זה ריחות, רעשים וזעזוע (Erschutterungen) של הקרקע, כל עוד אלה סבירים בהתחשב במיקומם של המקרקעין. סעיף 908 מעניק זכות לדרוש מהשכן להסיר בניין רעוע ממנו נשקפת סכנה, וסעיף 909 דן בפעולה הפוגעת בתמיכה במקרקעין.

הסדר דומה קובע הקוד היווני בסעיפים 1003, 1006-1007. סעיף 1003, שכותרתו "מגבלות על הבעלות", קובע כי על הבעלים לסבול הפרעות מסוימות לזכות הבעלות שלו במקרקעין כתוצאה משימוש של שכנו הגורם ל: "smoke soot exhalations heat ... vibrations or other side effects" (התרגום כאן, ובכל חלק אחר של המאמר, ובכלל זה העדר הפיסוק, הוא תרגומו של (Constantine Taliadoros, *Greek Civil Code* (1982)), כל זמן שאלה אינן פוגעות באופן ניכר (substantially) בשימוש שלו בקרקע, או למקובל באזור. סעיף 1006 דן בזכות הניתנת לבעל מקרקעין נתמכים לדרוש מרעהו כי ימנע סכנה הנשקפת ממבנה רעוע הניצב על חלקתו של התומך, וסעיף 1007 אוסר על חפירה בסמוך למצר כשזו עלולה לפגוע בתמיכה במקרקעי הנתמך.

מעיון בהוראות הקודקסים נראה כי ההגנה על התמיכה נתפסת במשפט האזרחי כפן של דיני המטרד, כאשר ההתייחסות הספציפית, ובעקבותיה אחריות הדורשת דרישות פחותות, מוטלת בסיטואציה היוצרת על פניה סכנה מיוחדת לפגיעה בתמיכה (להסדר מעין זה ניתן למצוא דוגמא גם בחוק הישראלי; ראו תקנה 8 לתקנות למניעת מפגעים (מניעת זיהום אוויר ורעש ממחצבה), התשנ"ח-1998, המחייבת הרחקה מבניינים בעת ביצוע פיצוץ במחצבה).

65 חבר הוועדה מ' ביבי חיזוה דעתו (פרוטוקול מס' 111, מיום 11.5.69, בעמ' 3), כי: "אני פשוט לא יכול לעכל שזה נמצא פה... שבפקודת הקרקעות ניתן סעיף שמורה על משהו שבפקודת הנוזיקין. אני מציע שזה ייעשה אחרת ובתיקון מקביל בפקודת הנוזיקין".

ד. מסקנת כל האמור לעיל היא שחקיקתו של סעיף 48א דרך חוק המקרקעין דווקא – ולא בדרך של תיקון ישיר בפקודת הנזיקין – נעשתה, קרוב לוודאי, בעטיה של יד המקרה. לא לחינם הבהירו חברי הוועדה כי מדובר בתיקון לפקודת הנזיקין, וכי שם מקומם של סעיפים אלה. בבואנו ליישם על סעיפים אלה את כללי הפרשנות המתאימים לזכויות קניין המיוסדות על אבני חוק המקרקעין, שומה עלינו לתת משקל לעובדה זו.

מאידך גיסא עולות מדיוני הוועדה שתי מסקנות חשובות נוספות:

הראשונה, כי יש מקום לטענה שעניונו המהותי של הזכויות הוא בסעיף 14 לחוק המקרקעין. לקביעה זו משמעות כפולה: ראשית, אין לפרש את הסעיפים עצמם מכוח עצמם כקובעים הסדר מהותי, אלא יש לבחנם אף לאורו של סעיף 14; ושנית – הטענה, כאילו נפגמה "טהרתה" של הזכות הקניינית המעוגנת בסעיף 48א בשל מיקומה בפקודת הנזיקין, תצטרך להיבחן אף היא באספקלריתו של סעיף 14.<sup>66</sup> שעניינו בזכויות קניין. המסקנה השנייה היא שאין המדובר במטרד ליחיד. משמצא המחוקק לנכון לקבוע עולות נוספות להגנה על זכות הבעלות, משמע כי סבר הוא שהגנה זו לא סופקה על ידי הדין הישן. מסקנה זו מתחזקת אם נגרוס כי הזכות עצמה מעוגנת בסעיף 14, שהרי לכאורה די היה בעולות המטרד ליחיד כדי להגן על פגיעה מכוח סעיף זה! מסקנה זו מקבלת משנה תוקף בעניינו בדברי יו"ר הוועדה בפני הכנסת. ח"כ משה אונא הבהיר, בין היתר, כי:

סעיף 59 נדון כבר בסעיף 48 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] באופן אחר; סעיפים 60 ו-61 הוספו לפקודת הנזיקין על ידי סעיף 165 לחוק; סעיף 66 ממילא כלול בפקודת הנזיקין.<sup>67</sup>

משמע: לפקודת הנזיקין הוסף רק מה שלא היה בה קודם, ובסעיפים אלה (הם סעיפים 48א ו-48ב דהיום) ישנו חדש לעומת המצב הקיים.<sup>68</sup>

תגובתו של ד"ר ידין, הצינית משהו, לא בוששה לבוא: "כמובן שהטענה היא מוצדקת. בעוונותינו הרבים אנחנו עושים את הדרך הנלווה הזו".

66 אחת הבעיות הקשות המתעוררות בקשר לצישה זו היא העמסת משקל רב על כתפי סעיף 14, שספק אם התכוון לו המחוקק. עניין זה יידון ביתר הרחבה להלן, בפרק הדין באחריות הנדרשת.

67 ד"כ 55 (תשכ"ט), 3756, 3759.

68 אף כי הדברים נראים ברורים, שכן "חזקה כי אין המחוקק משחית מילותיו לריק", הרי שאם נקבל את הדעה כי האחריות הנדרשת במסגרת עוולה זו היא "אשם", כי אז תהא התוצאה המעשית "היבלעותה" של העוולה במסגרת דיני הרשלנות הרגילים (ראו ע"א 513/88 שאה נ' שני (לא פורסם, 27.12.1995); לעניין התפרשותה של עוולת הרשלנות כ"עוולת מסגרת" ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 125).

מובן, כי אין בכל האמור לעיל משום הוכחה נצחת להבנה זו או אחרת, שהרי לא המחוקק הוא מפרש החוק ו"אין לך חוק שאינו חכם ונכון יותר ממחוקקו".<sup>69</sup> עם זאת, סבורני כי יש בדברים האמורים לעיל כדי להצביע על מגמתו הכללית של המחוקק.

## 2. משמעות מיקומו של הסעיף

ראינו לעיל, כי יש שביקרו את קביעתו של הסעיף בפקודת הנזיקין במקום בחוק המקרקעין.<sup>70</sup> לעומת זאת, מההיסטוריה החקיקתית עולה שלמציעי החוק ומנסחיו ברור היה כי מקומו של הסעיף לא יכירונו בחוק המקרקעין עצמו, ולכל היותר יש לקובעו בפקודת הנזיקין דרך חוק המקרקעין, אם לא בתיקון ישיר לפקודה. מהי משמעות מיקומו של הסעיף? היש משמעות לעובדה כי בדרך החקיקה שנבחרה נמצא הסעיף יונק חיותו משני מקורות שונים? נראה כי למיקומו של הסעיף נודעה חשיבות בהקשרן של כמה סוגיות.

### (א) פרשנות מלות הסעיף

הכלל הרחב הוא כי יש לפרש חיקוק תוך השוואה להוראות האחרות של החוק שבו הוא מופיע, ובמיוחד תוך השוואה להוראות הפרק שבו נקבע.<sup>71</sup> החלת כלל זה על הסוגייה נשוא דיוננו תשתנה בהתאם למסקנתנו בדבר החוק שבו "מופיע" הסעיף. אם מדובר בחוק המקרקעין – יפורש הסעיף בהתאם לכללים ולמגמות שבחוק זה (ובמקרה זה לא תהא תחולה לחלקו השני של הכלל, בדבר הפרק שבו נקבע הסעיף). אם הסעיף ייחשב כ"מופיע" אך בפקודת הנזיקין, יפורש הוא תוך זיקה לפקודה זו, ובמיוחד לפרק שבו נקבע, הוא הפרק העוסק במטרדים.

במקרה דנא המשמעות המעשית עשויה להיות רבה, בעיקר בשל השוני בהגדרת "מקרקעין" בחוקים אלה.<sup>72</sup> על קושי זה ניתן, אולי, להתגבר בטענה כי החקיקה

69 חיים כהן, "חומר הכנה", מבחר כתבים 338, 360 (בעריכת אהרן ברק ורות גביוון, תשנ"ב).

70 ראו הערה 65 לעיל.

71 רע"א 587/83 ועד הבית ברחוב תנועת המרי 2, קריית אונו נ' ירדני, פ"ד לח(4) 487; ר"ע 277/82 נירוסטה נ' מ"י, פ"ד לז(1) 826, 830; ע"א 4387/91 צמיגי נעמן נ' סולל בונה שרות נמל (לא פורסם, 31.1.1995), פסקאות 11-12.

72 המונח "מקרקעין" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין כ"קרקע, עצים, בתים, בנינים וקירות או מבנים אחרים". בסעיף 1 לחוק המקרקעין מוגדר המונח "מקרקעין" כ"קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מחוברים הניתנים להפרדה". לכאורה אין פקודת הנזיקין מוציאה מגדר מקרקעין מבנים הניתנים להפרדה; כמו כן היא מגבילה עצמה לסוגי העצמים המוזכרים בהגדרה, ואינה כוללת קביעה כללית שלפיה כל דבר אחר המחובר חיבור של קבע לקרקע ייחשב למקרקעין. דוגמא לתוצאה

ה"משולבת" במקרה זה מחייבת את המסקנה כי את המלה "מקרקעין" בסעיף יש לפרש לאור ההגדרה בחוק שבו נוצרה, אף אם הפרשנות בעניינים שבמהות עשויה להינתן דווקא על פי החוק שלשמו נועד הסעיף.

השפעה נוספת תהיה בבחינה האם מדובר בסוג של מטרד או בהסדר עצמאי בעל מקורות ועקרונות משלו. נראה, כי אף אם נגיע למסקנה שעל המונח "מקרקעין" להתפרש בהתאם להגדרה שבחוק, לא תכבול אותנו קביעה זו בבואנו לפרש את הסעיף על פי הקשרו.

#### (ב) הכרזה על זכות מול הגנה

הקביעה כי הסעיף הוא חלק מחוק המקרקעין, או למצער יונק את חיותו מכוח חוק זה, מעניקה לו מעמד של סעיף המכריז על זכות. קביעה כי הסעיף מהווה חלק בלתי-נפרד מפקודת הנוזיקין, ומאומה אין לו עם חוק המקרקעין, מובילה למסקנה שמדובר בעוולה המגינה על זכות, אך לא בהכרזה (אף כי זו עשויה להשתמע מקביעת העוולה נוכח הכלל לפיו "מקום שם התרופה שם הזכות"). על נפקודת הבחנה זו אעמוד אמנם בפרק הבא, אך נציין כבר עתה כי לשונו של הסעיף מהווה ראייה כמעט מכרעת לגישה השנייה. לעניין זה, שומה עלינו לשוות לנגד עינינו תמיד גם את סעיף 14 לחוק המקרקעין, שהקשר בינו לבין סעיף 48 עשוי לספק תשובה לשאלה שבפנינו, ולהטות את הכף לטובת הגישה הראשונה.

#### (ג) זכות קניינית

השאלה אם הזכות לתמיכה היא זכות קניינית "טהורה" אם לאו נדונה בהרחבה בפרק הראשון. לעניין זה עשויה להיות השפעה לשאלת מיקומו המהותי של הסעיף. על פי הסוברים כי רשימת הזכויות הקנייניות שבחוק המקרקעין היא "רשימה סגורה" שבלעדיה אין,<sup>73</sup> ניתן להגיע למסקנה כי הזכות לתמיכה אינה זכות קניינית, אם אינה מעוגנת בחוק המקרקעין.

מסקנה מעין זו תהא בעייתית ביותר, מכמה סיבות. הראשונה – אם זכות התמיכה אינה אלא "מעין זיקת הנאה" או לכל הפחות "זכות הנובעת מהבעלות", אין המדובר,

אפשרית של השוני בהגדרות היא במקרה שבו מדובר במכונות ייצור כבדות המחוברות לקרקע חיבור של קבע, ואינן ניתנות להפרדה: אם הפרשנות תיסמך על ההגדרה שבפקודת הנוזיקין לא יזכו המכונות לתמיכה, בעוד שפירוש על פי חוק המקרקעין יעניק להן תמיכה. יוער, כי לפרשנות המושג "מקרקעין" על פי סעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] ועל פי סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 אין השפעה על פירוש מונח זה בפקודת הנוזיקין, שכן בסעיף 2 לפקודת הנוזיקין נקבעה הגדרה המהווה "הוראה אחרת לעניין הנדון".

73 ויסמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 84-85.

ככל הנראה, בזכות קניין חדשה.<sup>74</sup> הסיבה השנייה היא שניתן אף כאן לטעון כי חקיקת הסעיף דרך חוק המקרקעין מקנה לזכות מעמד של זכות קניינית מוכרת, אם כי הדבר בעייתי יותר בהתחשב בהבחנה דלעיל בין החלת הפרשנות הטכנית לזו המהותית. במקרה דנא אין מדובר בפרשנות טכנית גרידא, על פי הגדרות טכניות שבחוק. מדובר בהחלת כלל מהותי מכוחו של חוק המקרקעין, כאשר לא ברור אם הכוונה הייתה שחוק זה יחיל את עצמו על ההוראה. לא הרי פרשנות מלה לפי הגדרה בחוק שדרכו נקבעה כהרי פרשנות מהותו של סעיף לפי החוק ששימש "צינור" לחקיקתו.

הבעיה העיקרית בתזה זו היא, כמובן, שמשמעות ה"רשימה הסגורה" היא שהצדדים אינם רשאים להוסיף זכות קניין במקרקעין שאותה בדו מליבם, בעוד שכאן המתחוק הוא שקבעה.<sup>75</sup> לכך נשיב, כי הדרך שבה קבע המחוקק את הזכות היא בעלת חשיבות, וההשפעה המעשית עשויה לתת אותותיה במקום שבו ירצו הצדדים להתנות על זכות זו ולשנותה.<sup>76</sup> אף כי הגנה על ידי עוולה מהווה פעמים רבות דרך להגדרת זכות, הנה העובדה שהמחוקק נמנע מקביעתה בחוק המקרקעין, שעה שכונתו הייתה לאחד בחוק זה את כל הזכויות הקנייניות במקרקעין, מצביעה על פגם בקנייניותה של הזכות. מכל מקום, אף לעניין זה יש לזכור כי הסימביוזה האפשרית בין סעיף זה לבין סעיף 14 לחוק המקרקעין עשויה לרפא גם פגם לכאורי זה.

### 3. היחס לעוולת הרשלנות

קרצ'מר<sup>77</sup> הצביע על ארבעה הבדלים בולטים בין עוולת הרשלנות לעוולת מניעת התמיכה במקרקעין: הבדל בנטל הראיה, הבדל בדרישת ההתרשלות, הבדל בצורך בנזק והבדל באחריות למחדל.

74 אם כי ניתן לגרוס, כמובן, להיפך: דווקא העובדה שזכות זו אינה מוצאת מקומה בדיוק בגדר ההגדרות הקיימות מצביעה על היותה זכות "חדשה".

75 בהנחה שמדובר בזכות עצמאית ולא בממד של זכות הבעלות או סוג של זיקת הנאה, הרי שזכות זו לא נמנתה בין הזכויות שב"רשימה הסגורה" המוצעת; אולם, אין באי-הופעתה ברשימה המקובלת כדי לשנות את עצם היותה זכות קניין שנקבעה מכוחו של החוק.

76 יכולתם של הצדדים להתנות על הזכות תלויה בסיווגה כקניינית או כהתנאה על דיני הנזיקין. בעוד שהתפיסה היא כי הצדדים אינם זכאים לשנות זכויות קניין, שכן יש בדבר כדי לפגוע בכלל "הרשימה הסגורה", ובהשלכה – על זכויותיהם של צדדים שלישיים זרים (ראו לעניין זה דויטש, הערה 20 לעיל, בעמ' 81 ואילך; לחריגים מהכלל, בהם ניתנה לצדדים יכולת ההתנאה ראו שם, בעמ' 95; ויסמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 86), הרעה המקובלת היא כי ניתן להתנות על דיני הנזיקין (ראו למשל ע"א 790/81 American Microsystems נ' אלביט מחשבים, פ"ד לט(2) 785; אנגלרד, הערה 28 לעיל).

77 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 118-119.

לשיטתו, בעוולת הרשלנות מוטל נטל ההוכחה – כולל הוכחת יסוד האשמה והצפיות – על התובע. בעוולת מניעת התמיכה מוטל על הנתבע להוכיח כי לא צפה; אחד ממרכיבי עוולת הרשלנות הוא ההתרשלות, ואילו בעוולת מניעת תמיכה די בצפיות; עוולת הרשלנות מזכה בפיצוי רק כאשר נגרם לקרקע נזק, ואילו עוולת מניעת תמיכה, סובר קרצ'מר, אינה דורשת נזק לשם הטלת אחריות; החיוב בעוולת הרשלנות יכול לקום אף בשל מחדל, ואילו בעוולת מניעת תמיכה – רק מכוחו של מעשה אקטיבי (כל אלה לשיטתו של קרצ'מר).<sup>78</sup>

משנחקק סעיף 48א מתעוררת השאלה כלום עדיין פתוחה הדרך בפני הנפגע לתבוע לחילופין בעוולת הרשלנות. שאלה זו תתעורר במיוחד כאשר הקרקע נפגעה מכוחו של מחדל רשלני: האם ניתן ללמוד על הסדר שלילי של המחוקק? הנחסמה הדרך לתביעת רשלנות?

הכלל הרחב הוא שהעוולות הן "רשתות ולא איים"<sup>79</sup> ולפיכך – אם רוצה הנפגע, יטיל רשתו ויעלה בחכתו עוולות אחדות. במקרה דנן אף לא נוצר החשש לפיו תתייתר העוולה, כפי שהדבר בעוולת התרמית,<sup>80</sup> היות ובדרך כלל יהא זה קל יותר לזכות בסעד בעזרת עוולת מניעת התמיכה. אשר לתביעה בשל מחדלים, נראה כי הואיל ואין בלשונו של המחוקק אינדיקציה חד-משמעית לאיסור תביעה בגין עוולה אחרת, כפי שהדבר בסעיפים שנדונו בפסיקה<sup>81</sup> ניתן להניח כי הדרך לתביעה ברשלנות במקרים אלה לא תיחסם.<sup>82</sup>

78 כפי שיובהר להלן, קיימת תמימות דעים לגבי האפשרות העיונית להטלת אחריות על פגיעה בזולת במחדל מכוח סעיף 14 לחוק המקרקעין, אף כי יש מחלוקת לגבי היקפה הרצוי של אפשרות זו. על פי הגישה המוצעת במאמר זה, המצביעה על קשר בין סעיף 14 לעוולה בדבר מניעת תמיכה, נראה כי יש מקום לשקול הטלת אחריות אף במחדל. מאידך ניתן לטעון כי בשונה מסעיף 14 אין עניינו של סעיף 48א בדיני הגינות, ולפיכך אין מקום להרחיבו גם למקרים של שב ואל תעשה. לשון סעיף 48א מצביעה על הפרשנות השוללת את חובת העשה, ולעניין זה ראו להלן, בפרק הדין בחובת עשה.

79 ע"א עיריית ירושלים, הערה 68 לעיל, בעמ' 141; ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד נ' צידיק, פ"ד מא(3) 169, ודברים אחרים.

80 לעניין זה ראו אנגלרד, הערה 52 לעיל, בעמ' 576; וכן ראו ג' טדסקי, "נוקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הזדנית", הפרקליט כג 170, 182 (תשכ"ז) לעניין עוולת התקיפה.

81 השאלה התעוררה בעיקר סביב סעיפים 25, 28 ו-61 לפקודת הנזיקין, הנראים על פניהם כקובעים הסדר שלילי. ראו לעניין זה את הדעות השונות בע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757; והשווה לת"א (שלום ירושלים) 8371/91 שאבי נ' משטרת ישראל (לא פורסם, 2.8.94); וכן גד טדסקי, "חסינות המעביד ואחריות העובד", משפטים יג 81, 96-97 (תשמ"ג); דוד קרצ'מר, "תקיפה וכליאת שוא", דיני הנזיקין - העוולות השונות 44 (בעריכת ג' טדסקי, תשמ"א); ראו לאחרונה סעיף 3 להצעת חוק לחיקון פקודת

לעניין זה יש לציין, כי עוד לפני פסק דין גורדון פנה בית המשפט העליון פעמיים לעוולת הרשלנות בסיטואציות שהיו ללא ספק מתאימות יותר לעוולת מניעת התמיכה;<sup>83</sup> אלא, שמפסקי דין אלה לא ניתן להסיק דבר לגבי הסוגיה נשוא דיוננו, שכן לא הייתה בהם התייחסות כלשהי לעוולת מניעת התמיכה.

#### 4. סיכום ביניים

בתחילת פרק זה מלאנו אמתחתנו שאלות, ובסופו נמצאנו ובידינו תמיהות. אף כי נראה שלא ניתן לייחס משמעות רבה לחקיקת הסעיף דרך חוק המקרקעין, לכל הפחות נראה כי הוא מושפע מהחוק לגבי אספקטים מסוימים שבו, טכניים בעיקרם, אך ייתכן ואף מהותיים. נדמה, כי גם חשיבותו של סעיף 14 התעצמה. בעזרת ניתוח פרטני של העוולה/הזכות לרכיבה, והשוואת רכיבים אלה לרכיבי ההסדר המקביל במדינות המשפט המקובל כמו גם לרכיבי המשפט העברי, אשאף

הנויקין (מס' 9) (אחריות עובדי ציבור), התש"ס – 1999, ה"ח 2832, לפיו יבוטלו סעיפים אלה מהפקודה, וזאת, על פי דברי ההסבר, "מאחר שאין הצדקה להגבלת אחריותם השילוחית של מעבידים בכלל ושל רשויות ציבור בפרט בעוולות אלה".

82 לגבי הסדר שלילי ראה: Max Radin, "Statutory interpretation," 43 *Harv. L. Rev.* 863, (1929) 873; אהרן ברק, *פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית* 460 ואילך (תשנ"ב). בעת הפעלת עוולת הרשלנות בנסיבות של מניעת תמיכה לא תתעורר בעיה של ממש בקביעת חובת הזהירות המושגית, ויש להניח כי אף הקונקרטי. אין ספק כי התמיכה בין הקרקעות, כמו גם השכנות ביניהן ובין בעליהן, עונה לדרישת המשפט האנגלי בעניין הרעות או הקירבה (שחשיבותה התעוררה שנית במשפטנו בעקבות פסק-הדין בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מה(3) 45), ואף יש להניח כי אין היא מותירה מקום לנימוקים מיוחדים לשלילת האחריות (2 All [1977] *Ann v. London Borough of Merton* (E.R. 492), אלא אם כן נביא בחשבון את הרצון למניעת "עקיפתו" של הסדר אחד בחוק באמצעות רעהו. גם בבואנו לנסות ולהחיל את דרישת הילכת *Caparo Indus. v. Caparo* (Dickman [1990] 1 All E.R. 568) נראה כי פרשנות דרישה זו, לפיה האחריות תוטל רק במקום בו הדבר "הוגן, צודק וסביר בנסיבות העניין" (לסקירה של התפתחות הדרישה ראו ישראל גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנויקין הישראלי", *עיוני משפט* יד 319, 366-364 (תשמ"ט)) לא תעורר בעיות השונות בעליל מהדרישה לנימוקים מיוחדים לשלילת אחריות.

מכל האמור לעיל עולה כי אין מניעה כלשהיא מהטלת אחריות בגין מחדל רשלני שהביא למניעת תמיכה, ואשר יכול לבוא אף בגידרה של עוולת הרשלנות.

83 בע"א 684/76 אייל נ' פוקסמן, פ"ד לא(3) 349 עורערה קרקע על ידי חפירתו של מקלט. בע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29 נחפרו יסודות לגדר וכתוצאה מכך התמוטט קירו של השכן. בשני פסקי הדין נדונה עוולת הרשלנות, למרות שנראה כי העוולה המתאימה (ואף הקלה יותר) להוכחה בדרך כלל הינה זו הקבוצה בסעיף 48א.

להגיע למבט רחב על הנושא וללמוד מפרטיו על מכלולו. כך, אולי, ניתן יהיה להגיע למסקנות בדבר ההסדר הרצוי בסוגייה זו.

## ה. יסודות העולה בישראל

### 1. "עולה" מול "זכות"

סעיף 48א הוסיף לפקודת הנזיקין עולה נוספת, המקימה זכות לתרופות עם התקיימות יסודותיה. כפי שהוזכר לעיל, יש שסברו כי לתוצאה מעשית דומה ניתן היה להגיע גם בעזרת קביעת הסעיף בניסוח שונה במקצת בחוק המקרקעין, כך שיכריז על קיומה של הזכות.<sup>84</sup> הפרתה של זכות זו הייתה מקנה לנפגע תרופות מכוחה של פקודת הנזיקין, כך שלמעשה לא היו בעלי הזכות נפגעים בשל ניסוח זה.<sup>85</sup> אף כי נקבע לאחרונה כי "אין לשאוב אל תוך ההסדרים שבחוק המקרקעין עקרונות מתוך פקודת הנזיקין",<sup>86</sup> הרי שבמקרה דנא מדובר, אם בכלל, בשאיבת עקרונות מנחים מחוק המקרקעין לפקודת הנזיקין, דבר שאינו מעורר כל קושי.

### (א) הנפקות בין "עולה" ל"זכות"

אף כי במשפט המקובל הדרך הנפוצה להגדרת זכות היא קביעת עולה בגין הפרתה, לא זו דרכו של המשפט הקונטיננטלי ולא זו הדרך שבחר המחוקק הישראלי בקודקס האזרחי, הנבנה נדבך על גבי נדבך. פקודת הנזיקין "מגדירה" אמנם זכויות בדרך "מקום שם התרופה שם הזכות" (*ubi remedium ibi jus*), אולם אל לנו ללמוד על דרכו של המחוקק מפקודה זו, שהיא שריד מגדטורי עתיק. בחוקי המקרקעין, המיטלטלין ודומיהם נקט המחוקק בשיטתיות את דרך ההכרזה החגיגית (שאינה דקלרטיבית בלבד!) על קיומן של זכויות.

לאור כלל זה תמוהה אם כן החלטתו של המחוקק לקבוע את זכות התמיכה דווקא בפקודת הנזיקין, בשונה מהדרך שנקט המחוקק במרבית מדינות המשפט הקונטיננטלי.<sup>87</sup>

84 אנגלרד, הערה 52 לעיל, וקצ'מר, הערה 52 לעיל.

85 שם. אולם יש לציין, כי לשיטתם התרופות תינתנה באמצעות עוולת המטרד ליחיד, וראו לעניין זה לעיל הערה 52. השוו גם אמנון גולדנברג, "הסגת גבול בחלל האוויר", עיוני משפט ב' 218, 220 (תשל"ב); גד טדסקי, "תביעת הבעלים למסירה ופקודת הנזיקין", הפרקליט לט 44, 59 (תשמ"ט).

86 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, שיידון בהרחבה בהערה 132 להלן.

87 בצרפת ממוקמת ההוראה שעניינה חפירה בסמוך למצר (סעיף 674 לקוד) בפרק הדין בזיקות הנאה במקרקעין; בשווייץ היא ממוקמת בספר הרביעי של הקוד, העוסק בדיני

במקרה זה לא יושיענו גם סעיף 14 לחוק המקרקעין. סעיף 14 הוא לכל היותר הפן "המהותי" של סעיף 48א. אולם, גם לגורסים כך מוגבלת זכות התביעה בגין הפגיעה בתמיכה דווקא לסד הכובל של סעיף 48א עצמו, ואינה מקימה זכות לתביעה "קניינית". לפיכך מוחלט עליה אף הוראת סעיף 22 לפקודה. עם זאת, קיימים מנגנונים היכולים יחדיו לגבור על הבעיה המוצגת: ראשית, הדין הישראלי מכיר, כעיקרון, ביכולת התנאה על חבות בנזיקין.<sup>97</sup> בעזרת התנאה כזו ניתן להתחמק מתוצאותיו של סעיף 22; ושנית, יכולת ההתנאה על הזכות לתמיכה, הענקת הזכות והויתור עליה, מוכרת ונפוצה במשפט המקובל.<sup>98</sup> אף אם נגרוס כי מדובר ב"עוולה", על פי הסיווג עליו הצבענו לעיל, עדין סממניה הקנייניים ברורים, ואין סיבה שלא נאפשר לעשות בה "עסקאות" על ידי התנאה כפי שמקובל בעולם.

כללו של דבר, נראה שניתן ואולי אף ראוי ל"עקוף" את הוראת סעיף 22 ככל שהדבר נוגע לעבירות של הזכות הטמונה בסעיף 48א. העוולה מהווה לבוש לזכות בעלת סממנים קנייניים ברורים, והגבלת עבירות של הזכות – מכוח הגבלות המוטלות על תוצאות ההעברה – אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות הראויים לזכויות קנייניות.

#### (ג) סיכום

סיווגה של הזכות לתמיכה כ"עוולה" וכ"זכות", על אף שאינו פוגע לכאורה בסממניה הקנייניים של הזכות, הוא בעל חשיבות. מיקומה – שאינו מקרי ככל הנראה – בפקודת הנזיקין, וכמוהו לשונה, מצביעים על הגדרתה כ"עוולה", על כל המשתמע מכך. הקשר המוצע בינה לבין סעיף 14 לחוק המקרקעין עשוי לסייע בהתגברות על קשיים אלה. אשר להגבלת עבירות של הזכות, נראה כי למעשה יכול בעל הזכות להעבירה. בעניין זה אין הכוונה להעברת הזכות לתרופות בלבד, שכן העברה זו נחסמת, קרוב לוודאי, אל נוכח לשונו המפורשת של סעיף 22. הכוונה היא שהעברת הזכות לתמיכה (וכאשר הרוכש הוא שכן המעוניין לפתח את קרקעו) ההעברה היא לכל הפחות הגיונית) לא תיחל במחסום או בהגבלה מכוח פקודת הנזיקין.

97 ע"א American Microsystems, הערה 76 לעיל, בעמ' 802: השופט אור פירש את תניית הפטור בחוזה כך שהיא פוטרת רק מחבות חוזית ולא מחבות נזיקית, תוך הסתמכות גם על האמור בסעיף 46 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי. לו הייתה ההתנאה על חבות בנזיקין פסולה, לא היה כל צורך בפרשנות דחוקה זו של התניה. ראו אנגלרד, הערה 28 לעיל.

98 Tiffany, הערה 3 לעיל, בעמ' 225. יש לציין, שתפיסה זו נובעת מההנחה שקיים דמיון רב בין הזכות לתמיכה לבין זיקת הנאה. עם זאת, אין חולק כי אף אם מדובר בזכות שונה ועצמאית, ניתן לכל הפחות לרוכשה, וכך גם מקובל לגבי בניינים, וראו *I Am Jur 2d p. 719*. כן מוכרת האפשרות לוותר על הזכות לתמיכה.

**2. האחריות הנדרשת לפי סעיף 48א**

סעיף 48א קובע: "היה במקרקעין משום תמיכה למקרקעין שכנים, תהא עשיית דבר המונע או שולל תמיכה זו – עוולה". סתם הסעיף ולא פירש, ופתוח הוא לפרשנויות בדבר טיב האשמה, אם בכלל, הנדרשת לשם הקמת האחריות.

**(א) גישות אפשריות – משפט ישראלי**

א. לשונו ההחלטית של הסעיף מצביעה על קיומה של אחריות חמורה (מוגברת? מוחלטת?) ללא דרישת אשמה.

ב. אפשרות נוספת היא שעקב מיקומה של העוולה יהא דינה לעניין זה כדין מטרד ליחיד, שאז – לפי הגישה המקובלת – תהא האחריות מוגברת, ובמחדל יחויב העושה אך בשל רשלנות.<sup>99</sup>

ג. פרופ' קרצ'מר, נאמן לשיטתו בכל הנוגע למטרדים, סבור כי אף כאן נדרשת צפיות, ואין אחריות ללא אשמה.<sup>100</sup> מהי הגישה הראויה לעניין זה?

ייתכן, כי הגישה שלפיה קובע הסעיף אחריות מוחלטת לא התקבלה – אף לא על ידי אחד מהמלומדים, למרות שזהו הדין בחלק ממדינות המשפט המקובל, כפי שיפורט להלן. הגיונה של קביעה זו רב: כאשר מדובר ביחסי שכנים, אין זה ראוי להטיל על אחד מהם אחריות מוחלטת בגין כל פגיעה שתיגרם למשנהו. קביעה מעין זו תערער את האזיון העדין בין זכויותיהם של הצדדים השכנים.

בפסקי הדין בעניין שאה נ' שני<sup>101</sup> התקבלה הגישה שלפיה מטיל הסעיף אחריות מוגברת. הערכאה הראשונה נטעה את יתדותיה בפסיקה אנגלית נושנה.<sup>102</sup> בבית המשפט העליון דחה השופט ש' לוי את הגישה הדורשת אשמה, בקובעו כי "לו זו היתה כוונת המחוקק ניתן היה לבטל עוולה זו כליל כעוולה נפרדת ולכללה בין עוולות הרשלנות".<sup>103</sup> כן קבע כי העוולה מהווה חלק מ"עוולות המטרד הרגילות", וכי:

גם לא ניתן להעלות, כגירסת המשיבים, כוונה להרחיב את בסיס האחריות בעוולה זו מעבר למקובל בעוולות המטרד הרגילות... לדידי

99 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 77-80.

100 שם, בעמ' 118.

101 ת"א (ת"א) 982/83 שני נ' שאה, פ"מ תשמ"ט (1) 441; ע"א שאה, הערה 68 לעיל.

102 Bower v. Peate [1876] 1 Q.B.D. 321.

103 ע"א שאה, הערה 68 לעיל, פסקה 9(ב) לפסק הדין. ההיגיון בקביעה זו נדון לעיל.

שייכות כל עוולות המטרד למשפחה אחת שבסיסי האחריות לגביה הוא  
אחר.<sup>104</sup>

סתם ולא פירש.

גישה זו עולה בקנה אחד עם הגישה המקובלת בספרות.<sup>105</sup> נראה כי היא מבוססת, כמעט באופן בלעדי, על מיקומה של העוולה בפרק העוסק במטרדים – שכאמור לעיל, גם בהם מקובל להטיל אחריות מוגברת. מנגד עומדת הגישה שהציעו מלומדים אחרים,<sup>106</sup> ולפיה עדיף היה לנטות לדרישת אשמה, קרי: יש צורך בצפיות. כנגד הגישה הדוגלת באחריות מוגברת ניתן להעלות כמה טענות. ראשית, לפי גישה זו, ההגנה הניתנת למקרקעין היא רחבה יותר מזו שמעניק המחוקק לגופו של אדם, שהרי פגיעה רשלנית בגוף מחייבת התרשלות, ותקיפה דורשת כוונה.

יש לציין שגם יתר העוולות בפקודת הנזיקין המגינות על שלמות המקרקעין זכו בהגנה הרחבה המוענקת על ידי האחריות המוגברת.<sup>107</sup> הסיבה ההיסטורית להגנה זו נעוצה, ככל הנראה, בזהותם של יוצרי המשפט האנגלי (שממנו התגלגלו ההלכות עד ללבישת דמותן בפקודת הנזיקין) שהיו מחזיקי הקרקעות ודאגו להגנה על זכויותיהם.<sup>108</sup> כן הוצע כי הגנה זו התפתחה מ"דין הקניין", המעניק פיצוי על פגיעה בזכות קניינית של

104 שם. בהנמקה זו רב הנסתר על הנגלה, ואין בה משום ניסיון להתמודד עם הבעייתיות שעולה מהסוגייה.

105 דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית 471 (בעריכת גד טדסקי, מהדורה שנייה, תשל"ז); אהרן ברק, "האחריות בנזיקין של המעסיק למעשיו של קבלן עצמאי", הפרקליט כ 355, 375 (תשכ"ד).

106 שם, בעמ' 381; קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 118; וייס, הערה 42 לעיל, בעמ' 29.

107 ראו, למשל, ההגנה לה זוכה הקרקע בפני הסגת גבול, במסגרת סעיף 29 לפקודת הנזיקין; מטרד, סעיף 44 לפקודה, ועוד. חריג לכלל שלפיו מוטלת אחריות מוגברת במסגרת פקודת הנזיקין רק על פגיעה בשלמות המקרקעין ניתן למצוא בהוראות החדשות יחסית (תיקון משנת תשנ"ב) בדבר היזק על ידי כלב – סעיפים 41א-41ג (אם כי במקרה של תקיפה על ידי כלב משלבת הטלת האחריות המוגברת הגנות ספציפיות העומדות לבעל הכלב, בעוד שהעוולות הקנייניות האחרות כפופות כמעט אך ורק להגנות הכלליות שבדיני הנזיקין).

108 ההנחה הנזכרת בטקסט, כאילו האחריות בגין פגיעה במקרקעיו של אדם לא הצריכה אשם והסתפקה למעשה ביסוד הגרימה בלבד, אינה נקייה מספקות. ראו לעניין זה David Kretzmer, "Transformation of Tort Liability in the Nineteenth Century: The Visible Hand of the Golem," 4 *Oxford J. of Legal Stud.* 46 (1984) האחריות כבר בראשית המאה התשע עשרה. ראו גם Izhak England, "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory," 9 *J. of Legal Stud.* 27, 27-28 (1980).

אדם וביכולתו ליהנות ממנה: ובשל חשיבות הזכות הקניינית – כמו גם בשל העת שבה עוצבו הלכות אלה – לא הותנה קיום החבות באשם.<sup>109</sup>

מכל מקום, נראה שכיום קשה למצוא צידוק להנחה מעין זו, שעה שאין יותר מקום להסתפק בכך שההגנה על גופו של אדם אמורה לזכות בעדיפות על פני ההגנה על שלמות רכושו, ועל אחת כמה וכמה זה הדין לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>110</sup>

שנית, יש לחתור לאחידות בדרישת האשמה. במצב הנוטען משתנה מצבו של התובע על פי העוולה שדרכה בחר לתבוע, וה"אחריות" שעליו להוכיח שונה בכל מקרה. אשר לטענה השנייה אקדים ואומר כי אינה אלא טענה כללית, שהרי הוא הדין לכל עוולה אחרת הדורשת יסוד של אחריות השונה מזה שבעוולות המסגרת.<sup>111</sup> מובן כי אין לדרוש שינוי של יסוד האחריות בעוולה רק משום שהדבר מקל או מקשה על התובע ביחס ליסוד המקובל בדיני הרשלנות.

שלישית, במצב שבו מתנגשים אינטרסים נוגדים של בעלי קרקעות, פתרון טוב יותר היה עשוי להיות זה המטיל חובת זהירות על בעל הקרקע, כך שהתנהגותו של בעל המקרקעין משפיעה על איזון האינטרסים בינו לבין שכנו (בדומה למבחן "האשמה המוסרית" הנוהג בבחינת אשמו של מעוול ואשמו התורם של הנפגע), ולא זה המטיל אחריות כל אימת שנגרם נזק, אף ללא אשמה.

כשלעצמי, נוטה אני לקבל דווקא את הגישה הדוגלת באחריות מוגברת, מכמה סיבות: ראשית, אין בלשונו של הסעיף ולו רמז כלשהו לדרישת "אשמה". היות והובהר לעיל כי המנגנון של "אחריות מוחלטת" אינו גמיש דיו, יש להסיק שמדובר לכל הפחות באחריות מוגברת. שנית, אף כי אין מדובר בסוג של מטרד ליחיד, הנה מיקומו בפרק הדין

109 דניאל פרידמן, "דין הקניין ודין האשם", ספר זוסמן 241 (תשמ"ד).

110 אף כי סעיף 3 לחוק מגן על קניינו של אדם, הכלל שאותו שיווה החוק לנגדו תמיד הוא ההגנה על כבודו של האדם, ופגיעות באדם עצמו.

111 כך, למשל, כאשר במערכת עובדות נתונה ניתן לתבוע על בסיס עוולת התרמית. לולא ניתנה לתובע זכות בחירה (או לו היה נקבע כי מדובר בהסדר שלילי), הוא היה חסום בפני פנייה אל העוולה יצירת הפסיקה של מצג שווא רשלני, שלה נזקים במקרים רבים שיסודותיהם חופפים את יסודות עוולת התרמית. לעניין זה ראו, לדוגמא, הסקירה ב-American Microsystems, הערה 76 לעיל. הכעיה מתעוררת במלוא חריפותה כאשר הנתבע פעל בזדון, ולצורך זה נוצר המונח "רשלנות זדונית" (הסותר את עצמו מיניה וביה), שאף הוכר בפסיקה ובספרות. ראו טדסקי, הערה 80 לעיל, בעמ' 182; טדסקי, הערה 105 לעיל, בעמ' 238; אנגלרד הערה 52 לעיל, בעמ' 576; ע"א מפעלי רכב אשדוד, הערה 79 לעיל; ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529, פסקה 28 (אמירה ברור שונה ניתן למצוא בע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 704, 721, בו קובעת השופטת שטרסברג-כהן כי לא ניתן לייחס לניזוק אשם תורם או "התרשלות כלפי עצמו" כאשר "פעולתו של הניזוק היא רצונית, ולא רשלנית").

במטרדים מצביע על דרישת אחריות גבוהה מהרגיל. שלישית, המחוקק הישראלי תמך, ככל הנראה, בגישה שלפיה הזכות היא לשלמות המקרקעין. לשם שמירה על שלמות זו שומה עלינו להטיל חובת זהירות רחבה מהרגיל.

בנוסף, חקיקת הסעיף הושפעה רבות מהמשפט המקובל. כפי שניזכר להלן, דרכו של המשפט המקובל היא הטלת אחריות מוגברת או מוחלטת. רק לגבי בניינים מופעלת חובת זהירות מסוג רשלנות, כמפלט מההלכה הנושנה המקימה זכות תמיכה רק לקרקע במצבה הטבעי, בשל האנומליה הנוצרת כתוצאה מההבחנה המלאכותית בין קרקע במצבה הטבעי לבין מחוברים לקרקע. ההבחנה בין מכנים לקרקע לא התקבלה אצלנו, וממילא לא נראה כי יש בשיטתנו מקום לאימוץ של תורת הרשלנות, שאינו מחויב המציאות אף במכורתו.

הגישה הרווחת במרבית מדינות המשפט האזרחי מטילה אף היא אחריות ללא אשמה. נראה, כי העדרה של דרישה ליסוד נפשי במדינות אלה נובע מההבנה שמדובר בזכות קניינית או בזכות שהיא נלווית וקשורה לזכות קניינית. אם זכות התמיכה במשפט הישראלי היא אכן קניינית במהותה, כי אז גם מטעם זה יש תימוכין לגישה השוללת את הצורך ביסוד האשמה לצורך ביסוס העוולה.

זכות התמיכה נועדה להגנה על שלמות מקרקעיו של אדם, אולם היא לא נוצרה כדי לקפח את זכויותיו של רעהו לפיתוח קרקעו הוא. האמנם פירוש הדבר שיש להוסיף דרישת אשמה כדי למנוע פגיעה בזכות הפיתוח של התומך? נראה כי התשובה לשאלה זו שלילית: לתומך המעוניין לפתח את אדמתו – ולו בלב עיר – אין כל זכות לפגוע ברעהו. רצה לבנות בנייני ענק – שומה עליו לבנות תמיכה מלאכותית לדעהו קודם שייגש למלאכה שיש בה סיכוי של ממש לפגיעה בקרקעו. אם לא כן, נמצאנו אומרים שאם גרם המפתח נזק למקרקעי שכנו – ולו גם בתום לב וב"סבירות" – יצא הנתמך וידיו על ראשו. מצב זה הוא בלתי-נסבל.

עם זאת, אין מקום לאימוץ גישה המטילה אחריות מוחלטת, שכן תוצאתה של זו תהיה פגיעה קשה באיזון בין הצדדים ובאפשרות להגיע לפתרון כלכלי יעיל. מטבע הדברים יש לצפות שבמקרים רבים "ירכוש" התומך את זכות התמיכה, כדי לאפשר עבודות פיתוח בחלקתו. יכולתו לנהל משא ומתן הוגן ויעיל תיפגם ללא הכר אם לנתמך יהיה גלוי וידוע מראש שאם יגיש בקשה לצו מניעה זו לא תוכל להיכשל, בשל הסדר האחריות המוחלטת. המחיר שידרוש הנתמך יהיה גבוה יותר, קרוב ככל האפשר לרווח הצפוי לתומך מהעבודות, בשל סיכוייו של הנתמך להכשיל עבודות אלה. כדי שלא למוטט את האיזון הדרוש למשא ומתן יעיל והוגן מחד גיסא, ולא לפגוע בנתמך מאידך גיסא, יש לאמץ גישה של אחריות מוגברת – המאפשרת הימנעות מהטלת אחריות או ממתן צו כאשר הדבר נראה בלתי-צודק. כך, למשל, אם מדובר בחלקת ענק בעלת פוטנציאל פיתוח גבוה, התומכת בחלקה ננסית שעלות התמיכה בה גבוהה ללא שיעור

מהנוק הצפוי לה, ייתכן שיש מקום לאמץ פתרון כלכלי ולכפותו על בעל החלקה הנתמכת.<sup>112</sup>

### (ב) האחריות במשפט האנגלי ובמשפט האמריקני

בעניין זה יש להבדיל בין קרקע כמצבה הטבעי לבין מחוברים, ובין אנגליה לארצות-הברית.

#### מבנים:

הכלל במשפט המקובל הוא שאחריות בגין פגיעה במבנים מוטלת רק בשל התנהגות רשלנית,<sup>113</sup> אלא אם נפגעה גם הקרקע.<sup>114</sup> ההבדל בין מבנים לבין קרקע יידון בהרחבה בפרק העוסק בכך.

#### קרקע:

התפיסה בארצות-הברית היא שעל הפוגע מוטלת אחריות מוחלטת.<sup>115</sup> קביעה זו מופיעה אף ב-Restatement, לפיו מוטלת אחריות:

... although no subsidence is intended or foreseeable, and although in removing the lateral support the utmost care and skill are used to prevent a subsidence.<sup>116</sup>

עם זאת, אין פירושו של דבר שלתומך מותר לעשות ככל העולה על רוחו ובלבד שיפצה את הנתמך: מוטלת עליו חובה לפעול בסבירות.<sup>117</sup> יש לציין, שבעוד שבכל

- 112 כוח כזה מוקנה לבית המשפט העליון בכמה מדינות: Property Law Act 1974 s. 180 (Queensland); Conveyancing and Law of Property Act 1884 s. 84j (Tasmania); כן ראו A.J. Bradbrook, "Access to Landlocked Land: A Comparative Study of Legal Solutions," 10 Sydney L.R. (1985) 39; The New South Wales Law Reform Commission, *Neighbor and Relation* (1991).
- 113 *Truscott v. Peterson*, 50 NW2d 245 (1951); *Bognuda v. Upton & Shearer Ltd* [1972] NZLR 741.
- 114 *La Crosse v. Jiracek Companies*, 324 NW2d 440 (1982).
- 115 *Law v. Phillips*, 68 SE2d 452 (1952); *Noone v. Price*, 298 SE2d 218 (1982); *Thompson v. Leeper Living Trust*, 698 N.E.2d 395 (1998).
- 116 Restatement (second) of Torts, s. 817 comment b.
- 117 *N.Y. Cent. R.R. Co. v. Marinucci Bros.*, 149 NE2d 680 (1958); עם זאת, התובע אחראי גם אם לא פעל ברשלנות.

הנוגע לעוולת המטרד קיימת נטייה בארצות-הברית לכיוון דרישת האשמה,<sup>118</sup> לא כן הדבר בכל הנוגע למניעת תמיכה. באנגליה הגישה המקובלת היא שהאחריות היא מוגברת,<sup>119</sup> בעיקר עקב השוואת הסוגייה לזו של מטרד ליחיד.<sup>120</sup> כאמור לעיל, נראה כי משפטנו הולך בעניין זה בדרך שהתורה המשפט האנגלי, אף אם לא מטעמו.

### (ג) האחריות במשפט הקונטיננט (Civil Law)

דומה כי הכלל בקודים המושגתים על המשפט האזרחי (Civil Law) הוא שאין צורך באשמה לשם הטלת אחריות על הפוגע בתמיכה שקרקעו מעניקה לקרקע חברו. כך קובע סעיף 909 ל-BGB, בתרגום חופשי: "אין לחפור או להעמיק חפירה בקרקע כאשר כתוצאה מחפירה זו תיפגע התמיכה בקרקע השכנה"<sup>121</sup> – בלא שינתן רמז כלשהו לדרישת אשמה. בדומה קובע הקוד היווני, בסעיף 1007:

An immovable may not be dug up to such depth as to deprive the soil of the neighboring immovable of the required support.

גם סעיף 674 לקוד הצרפתי, העוסק בחפירה בצד כותל, קובע כי קיימת חובת הרחקה ואינו מבדיל בין פגיעה סבירה לפגיעה שאינה כזו. בקוד השוויצרי, שהוראותיו צוטטו לעיל,<sup>122</sup> קיימת לכאורה סתירה פנימית: ההוראה הכללית בסעיף 684, האוסרת יצירת מטרד (ובכלל זה טלטול – vibration), מסייגת את האיסור בכך שהפעולה היא בלתי-סבירה, בעוד שהוראת סעיף 685 מטילה איסור חמור – ללא הבחנה בין פעולה סבירה לבין פעולה בלתי-סבירה – לטלטול הקרקע בעת בניית מבנה או הריסתו. מצב זה הוא בבחינת תמונת ראי של המשפט המקובל. נראה כי המחוקק השוויצרי בחר להטיל חובה מוגברת על מי שמבצע בקרקעו עבודות בנייה שהסיכון הכרוך בהן עבור המקרקעין השכנים הוא גבוה מטבעו, והרווח הצפוי בהם לבעל המקרקעין התומך ברור אף הוא לעין, ולעומת זאת להטיל משטר של אשמה במקרים שבהם המדובר במניעת תמיכה כתוצאה מפעולה יומיומית במקרקעין (סעיף

118 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 77.

119 Bower, הערה 102 לעיל, וראו J.G. Riddall, *Introduction to Land Law* 57 (1993).

120 *Spicer v. Smee* [1946] 1 All ER 489.

121 במקור: "Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert". גישה זו עולה בקנה אחד עם העדר דרישת האשמה בכל הנוגע לתביעה בגין מטרד במשפט הגרמני, כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף 907 ל-BGB.

122 ראו הערה 64 לעיל.

684 חל גם על בעלים המפעיל תעשייה בקרקעו, כל עוד מדובר בשימוש המקובל במקרקעין אלה). לעניין זה יצוין כי סעיף 684 מטיל אחריות רק כאשר המעשה שביצע התומך הוא בלתי-סביר בהתחשב במיקומם ובטיבם של המקרקעין ("... be held unreasonable in view of the situation and character of the properties or be contrary to local usage"<sup>123</sup>).

בטרם אסיים את הדיון בסוגיית האחריות שומה עלי להתייחס לשני נושאים נוספים השייכים לה: אחריותו של קבלן עצמאי והשפעתו של סעיף 14.

#### (ד) אחריותו של קבלן עצמאי

נושא זה רחב עד מאוד, ולו לכשעצמו ניתן להקדיש חיבור נפרד. אין בכוונתי אלא להציג כמה נקודות המוסיפות נופך לענייננו.

בפסק הדין בעניין שאה<sup>124</sup> נפסק כי על קבלן עצמאי מוטלת אחריות מוגברת. זו גם גישת המשפט האמריקני, וההנמקה שם נעוצה בכך שהאחריות בגין הסרת תמיכה היא מוחלטת.<sup>125</sup> גם כאן קיימת חלוקה בין פגיעה בקרקע לבין פגיעה במבנים. כאשר הקבלן עצמו התרשל, הבעלים אינו אחראי.<sup>126</sup> אולם, בעוד שגישות אלה עקביות לגישה הרגילה בדבר אחריות שילוחית, הנה נשמעו קולות חדשים בעניין זה באוסטרליה. שם נקבע כי אין כל טעם להטיל אחריות על בעלים ששכר קבלן עצמאי ולא התרשל בשכירתו.<sup>127</sup> הנמקתו של בית המשפט מעניינת:

אין הגיון בהטלת אחריות על אדם אשר לא היתה אשמה מצדו, ואשר הסתמך באופן טבעי על מומחיותו של בעל המקצוע ששכר לשם ביצועם של דברים שהם מחוץ לתחומי יכולתו וכישוריו הוא.<sup>128</sup>

123 על פי תרגומו של Ivy Williams, *The Swiss Civil Code* (1925). הוראה דומה מצויה בסעיף 1003 לקוד היווני, הדורש מבעל המקרקעין להשלים עם מטרדים כל זמן שאלה עולים בקנה אחד עם המקובל באזור שבו ממוקמים המקרקעין. עם זאת, הקוד היווני – נאמן לשיטתו – אינו דורש אשמה מכל סוג שהוא גם בנוגע למטרד "רגיל".

124 הערה 68 לעיל.

125 פרשת Law, הערה 115 לעיל.

126 *Casper Nat'l Bank v. Jones*, 329 P2d 1077 (1958).

127 *Stoneman v. Lyons*, 133 C.L.R. 550 (1975).

128 התרגום שלי. בהנמקה זו יש היגיון רב, ולכאורה היא אף עולה בקנה אחד עם האמור בסעיף 15 לפקודת הנזיקין, שלפיו אין אדם אחראי באחריות שילוחית למעשיו של קבלן עצמאי מטעמו אלא אם התקיים אחד החריגים המנויים בסעיף. ראו לעניין זה ברק, הערה 105 לעיל, בעמ' 355. לדברים ברוח זו ראו גם ע"א 145/80 ועקנין נ' המרעצה המקומית, בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 131, שם קובע השופט ברק כי "לעתים אין לך אמצעי זהירות

הנמקה זו של בית המשפט עשויה להביא לכיוון חדש לחלוטין בהבנת חובת התמיכה. על פיה, חובה זו מופנית, בדרך כלל, לקבלנים עצמאיים – שהרי רק לעתים נדירות יהא זה הבעלים עצמו שמבצע את העבודה בקרקעו. הבעלים, מאידך גיסא, יצא ידי חובתו בהטלת העבודה על הקבלן.

סבורני, שאף כי יש מקום לתמוך בגישה זו כאשר החובה נובעת מרשלנות, הרי משהוטלה אחריות מוגברת על הפוגע תיצור גישה זו בעייתיות רבה: לו תוטל האחריות המוגברת על הקבלן, יעלה מאוד מחיר העבודות, שהרי הקבלן ייפך למעין "מבטח" של השכן לכל פגיעה. את הסיכון המוטל על שכמו יגלגל הקבלן על כתפו של הבעלים, אם באמצעות פרמיה ואם באמצעות תניית פטור. אמנם יש מקום לטענה כי ממילא המחיר החוזי של העבודות כולל את הסיכונים העלולים לצמוח לצדדים שלישיים כתוצאה מהעבודות, אולם חלוקת הסיכונים בין בעל המקרקעין לבין הקבלן מושפעת, בדרך כלל, מטיבו של הסיכון הצפוי; סיכון הכרוך באופן טבעי בביצוע העבודות יוטל לפתחו של הקבלן, וכוחות השוק יגרמו לגילגולו על מזמין העבודה (אלא אם מדובר במזמין גדול וקבלן קטן, שאז תהיה נכונות של הקבלן לספוג חלק מעלויות העסקה לצורך יצירת הקשרים העסקיים). הטלת אחריות מוגברת במערכת זו, הכוללת סיכונים לצדדים שלישיים הנשלטים ברובם על ידי משטר של התרשלות ואשמה, תייקר את עלויות הביטוח ובעקבותיהם את עלויות העסקה באופן ניכר, כך שהבעלים הוא שיישא בתוצאת הטלת נטל האחריות המוגבר. סופו של דבר נמצאנו במקום שבו התחלנו. לכך

טוב יותר מהעברת ההפעלה לידי של אדם מיומן, על-כן, עשוי תופס במקרקעין או במטלטלין לצאת ידי חובתו כלפי מבקר (במעלית, במכונית) על-ידי מינוי קבלן עצמאי מומחה" (ברוך דומה, אם כי בהקשר שונה, ראו דברי השופט אור בע"פ 1182/99 הורבין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 156,1 ואילך).

עם זאת, הקביעה אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה הישראלית שהטילה אחריות אף על מזמין עבודה ובעל מקרקעין; ראו ע"א 176/62 לב נ' זהרה טורדז'מן, פ"ד טז 2625, 2630-2631; ע"א 635/74 מזי נ' "קוקה קולה" חברה מרכזית לייצור משקאות קלים, פ"ד לא(1) 242, 247-248; ת"א (ת"א) 2241/85 שחם נ' עיריית קריית אונו (לא פורסם, 4.3.1992). בפסק הדין בעניין קוקה-קולה למד השופט בהן גזירה שווה מההלכה האנגלית המטילה אחריות מוחלטת על בעל נכס הגובל ברשות הרבים לשמור על הנכס במצב תקין שימנע סכנה. היקש מהלכה זו לענייננו יוביל למסקנה שהוא הדין במניעת תמיכה, ועל התומך מוטלת חובה לשמור על קרקעו במצב תקין שימנע סכנה. עם זאת, הפירוש שניתן לתת לביטוי "שמירה כמצב תקין" בהקשר נשוא דיוננו עשוי להשפיע מאוד על היקף חובתו של הבעלים (בין השאלות העשויות להתעורר ניתן לחשוב על השאלה האם מוטלת עליו חובה שלא להזניח את קרקעו? האם די בכך ששמר על קרקעו במצב תקין, גם אם עקב גורמים אחרים עשויה התמיכה להישלל? מה המאמצים שעליו להשקיע בשמירה על הקרקע במצב תקין? האם הוספת מבנים כלולה בהגדרת מצב תקין? וכיו"ב).

יש לצרף את הספק אם אמנם התכוון הסעיף לחול דווקא על קבלנים עצמאיים ולא – כפי שמורה ההבנה הטבעית – על בעל המקרקעין השכן.<sup>129</sup> לסיכום עניין זה אומר כי הגישה המבוטאת בפסק דין זה, על אף הגיונה, אינה מובילה בנסיבות העניין לתוצאה מעשית או עיונית מועילה או ראויה, ואין לה עיגון בחוק. בעניין זה דומני שיש לגרוס כי האחריות מוטלת תמיד על כתפי בעל הזכות במקרקעין המזמין את העבודה, למעט מקרים שבהם התערב אשמו של אחר. מובן שאין באמור לעיל כדי לגרוע מזכותו של בעל מקרקעין לתבוע את הקבלן שעבד מטעמו – אם על ידי תביעה עצמאית ואם בדרך של הודעה לצד שלישי – בגין עוולות שביצע תוך כדי עבודתו וגרמו לנזק, דוגמת פעולות רשלניות או הפרת חובה חקוקה בשל אי-קיומן של הוראות חוקי התכנון והבניה או הבטיחות בעבודה.<sup>130</sup>

#### (ה) סעיף 14 לחוק המקרקעין והשפעתו על זכות התמיכה

סעיף 14 קובע:

בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר.

משהנחנו כי ייתכן שקיים קשר בין סעיף זה לסעיף 448 לפקודת הנזיקין, שומה עלינו לבחון מה פועלו של סעיף זה, מתי ניתן להפעילו ומה תוצאותיו, ושמה מובילה הפעלתו של הסעיף להטלת אחריות ברמה שונה במקרים הנופלים אף בגדר מניעת תמיכה, ומה השפעתו על דיונו לעיל.

129 נראה כי הנמקה זו עמדה לנגד עיניו של המשנה לנשיא ש' לוי, בסכמו את דיונו בעניין זה באמירה: "אכן האבחנה המתודית [בין אחריות אישית או מעורבת; ר.1.]. אינה מעלה או מורידה לעניינו משום שאין ספק בדבר, שאם הוכח דבר קיומם של כל יסודותיו של סעיף 448 מוטלת אחריות אישית על המעסיק-המזמין" (ע"א שאה, הערה 68 לעיל, בפסקה 9 (ג)). הנמקה זו, כמו גם הנמקות נוספות בפסק הדין, אינה מפורטת דיה ורב בה הנסתר על הנגלה, והיא בגדר קביעה גרידא. עם זאת, נראה כי אורח המחשבה הנלווה לקביעה הסתומה-משהו כי "אין ספק בדבר, שאם הוכח דבר קיומם של כל יסודותיו של סעיף 448 מוטלת אחריות אישית על המעסיק-המזמין", נובע מההנחה כי הסעיף נועד בראש ובראשונה להסדיר את היחסים בין בעלי הקרקעות השכנים, ואולי אף בין הקרקעות עצמן, וכי האחריות על הסרת התמיכה שניתנה על ידי קרקע האחד לקרקעו של השני מוטלת לפיכך על בעל המקרקעין.

130 במקרה מעין זה אין מקום לטענה כאילו החובה עליה נועדו חוקים אלה להגן היא "ציבורית", והחיקוק, על פי פירושו הנכון, לא נועד להגן על הנפגע (ראו סעיף 63 לפקודת הנזיקין) או להעניק לו סעד במקרים אלה. ראו לעניין זה ההגדרה המצמצמת שניתנה ל"חובה ציבורית" בפרשת ועקנין, הערה 128 לעיל.

נוסחו של הסעיף אינו מעיד על מטרתו, ולפיכך רבו הפירושים בדבר התוכן שיש לצקת למילותיו.

לפי גישה קיצונית אחת, כל פעלו של סעיף 14 הוא דקלרטיבי, בהכריזו כי זכותו של הבעלים אינה בלתי-מוגבלת, כי הקניין הוא ערך מוגבל ויחסי, וכי אין בהפעלת חופש הפעולה בקניינו של אדם כשלעצמו כדי להוות הגנה כנגד תביעה.<sup>131</sup>

הגישה המקובלת העולה מן הפסיקה היא שהסעיף אוסר על בעל המקרקעין שימוש לרעה בזכויותיו במקרקעו,<sup>132</sup> ובכך למעשה מגביל את זכות הקניין שלו.<sup>133</sup>

יש הסוברים כי סעיף 14 הופך "מעשה שהוא בדרך-כלל מותר, למעשה אסור, כאשר המניע לעשייתו הוא פסול".<sup>134</sup> בחינת ה"מניע הפסול" תיעשה, כך נראה, באופן אובייקטיבי, תוך בחינת היסוד האובייקטיבי של הנזק והערדר תועלת לפוגע מהמעשה,<sup>135</sup> שכן בחינה סובייקטיבית תערים קשיים הוכחתיים ניכרים בפני מי שיבקש להיכנס תחת כנף ההגנה שמקנה הסעיף.<sup>136</sup>

ההנחה שמטרת סעיף 14 היא להקנות לדוקטרינה בדבר מניעת "שימוש לרעה בזכות" דריסת רגל במשפטנו העלתה את שאלת היחס בין סעיף זה לעיקרון תום הלב,

131 דויטש, הערה 20 לעיל, כרך א, בעמ' 319-320.

132 סעיף 14 חל על מקרקעין בלבד. לעניין תחולת העיקרון של שימוש לרעה בזכות לגבי זכויות אחרות, שאינן במקרקעין, ראו זאב צלטנר, "שימוש לרעה בזכות", משפטים ב 478, 465 (תש"ל); אהרן ברק, "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה", הפרקליט מ 197, 207 (תשנ"ב); ברק הערה 82 לעיל, בעמ' 189. לדעתו של ויסמן יש להרחיב את תחולתה של הדוקטרינה על כל סוגי הזכויות, הואיל והיא "אינה אלא ביטוי של העיקרון היותר רחב של תום הלב" (יהושע ויסמן, "שימוש-לרעה בזכות", משפטים כז 71, 88 (תשנ"ו)). נראה, כי אף אם ניתן להסתפק בשאלת תחולתו של עיקרון תום הלב הכללי בגדרם של דיני המקרקעין, כפי שיובהר להלן, הרי לגבי יתר הזכויות קיימת תחולה ישירה של העיקרון מכוח סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. דוקטרינת השימוש לרעה בזכות אינה מהווה אלא אחד מפניו של עיקרון תום הלב (ראו לדוגמא ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 200), ולפיכך ברי כי יש לה תחולה בכל הנוגע לזכויות שאינן במקרקעין.

133 ראו הערה 63 לעיל, ומראי המקומות שם.

134 ויסמן, הערה 132 לעיל, בעמ' 75; יהושע ויסמן, דיני קנין – בעלות ושיתוף 53 (תשנ"ו).

135 רוזן-צבי, הערה 90 לעיל, בעמ' 661.

136 ויסמן, הערה 132 לעיל, בעמ' 88, מציין כי הניסיון במשפט הקונטיננטלי מעיד על קשיי ההפעלה של הגישה הדורשת בחינה סובייקטיבית של המניע. לפתרון דומה של המחוקק הישראלי, לצורך מניעת הבעיה של הוכחת דברים שבלבו של אדם, ראו הגדרת תום לב בהגנת הפרסום בתום לב בסעיפים 15-16 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, לפיה מתייחד הצורך בהוכחת תום לב של אדם. די בהוכחה כי מפרסם לשון הרע פעל "באחת הנסיבות האמורות בסעיף 15 ושהפרסום לא חרג מתחום הסביר באותן נסיבות" או אז "חזקה עליו שעשה את הפרסום בתום לב" (סעיף 16(א) לחוק).

המוחל מכוח סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. נראה כי אין מניעה עקרונית להחלת שתי הדוקטרינות במקביל,<sup>137</sup> ויש הסוברים שמעיקרון תום הלב

137 לביקורת על גישתו של רוזן-צבי במאמרו הנזכר בהערה 90 לעיל, שלפיה סעיף 14 שולל את היכולת להזדקק לעיקרון הכללי של תום הלב, ראו ויסמן, הערה 132 לעיל, בעמ' 76, בהערה 15. מעבר לתמיהתו של ויסמן אודות הנמקתו של רוזן-צבי, יש לציין גם כי על פי הדעה השוללת את תחולתו של עיקרון תום הלב הרי שסעיף 14 קובע הסדר שלילי קיצוני למדי, שאינו מניח דריסת רגל לאחר העקרונות הבסיסיים ביותר של המשפט האזרחי בתקופה המודרנית – "העיקרון המלכותי" של תום הלב (ראו בג"ץ 1683/93 ביבן פלסט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702, 704; רע"א 6553/97 חגאי נ' חברת עבודי חיים, פ"ד נב(2) 345). גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה הפרשנית הכללית במשפטנו, הנמנעת ככל האפשר מהכרה בהסדרים שליליים בחוק, קל וחומר כאשר מדובר בתחולתו של עיקרון בסיסי כזה של תום הלב.

גישתו של פרופ' רוזן-צבי, השוללת את תחולת עיקרון תום הלב במקביל לסעיף 14 – בנימוק שדיני הקניינים המעוגנים בחוק המקרקעין "שונים במהותם מחיובים אחרים שבדין" (רוזן-צבי, הערה 90 לעיל, בעמ' 669) – עומדת בסתירה גם לפסיקה שהחילה את עיקרון תום הלב בהקשר הקנייני במקרקעין (ע"א 815/81 כליפא נ' שאול, פ"ד לו(3) 78; ע"א זול בר, הערה 63 לעיל). הנמקה אפשרית לגישתו של פרופ' רוזן-צבי יכולה להתבסס על השיקולים בדבר הצורך ביציבות ובודאות משפטית במסגרת דיני המקרקעין, שעקרונות ההגיונות הכלליים מכרסמים בהם. לפיכך, ניתן היה לגרוס שאין מקום להרחיב את תחולת החלת עקרונות ההגיונות מעבר לאלה הקבועים בסעיף 14 לחוק המקרקעין עצמו (ואף אותו ראוי לפרש בצמצום), ואין להחיל עקרונות חיצוניים נוספים, דוגמת עיקרון תום הלב. תשובה לטענה זו יכולה להימצא בהנחה כי אל לו למשפט להכשיר חוסר הגיונות או פעולה בחוסר תום לב של צד לסכסוך בצורה גורפת, אף אם יש בדבר כדי לפגוע בעיקרון הוודאות והיציבות (השווה דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 119), ונראה כי גישה זו מצאה לה הד בפרשת קלמר, הערה 40 לעיל (תום הלב גובר על הדרישה המהותית של הכתב בחוזה מקרקעין, אף כי דרישה זו נועדה לשרת את היציבות והוודאות המשפטית). עם זאת, ולאור העיקרון בדבר התאמת עיקרון תום הלב לנסיבות העניין, יש להפעילו בצורה זהירה יותר שעה שעל הפרק עומדות זכויות קניין במקרקעין, ובכך למנוע פגיעה שאינה הכרחית ביציבות ובודאות המשפטית. לעניין הקרבה בין סעיף 14 לעיקרון תום הלב ראו גם מיגל דויטש, ביטול חוזה בעקבות הפרתו 183-185 (תשנ"ג). דויטש סבור שאין מקום לפתח שני מסלולים מקבילים ומנותקים של דיני הגיונות – הראשון דרך סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים והשני דרך סעיף 14 לחוק המקרקעין – ויש לשאוף להרמוניה בין שני ההסדרים, כך שהמגבלות כמו גם ההרחבות של דיני תום-הלב יחולו גם לגבי דיני הקניין, בהתחשב בנסיבות העניין (דויטש, הערה 20 לעיל, בעמ' 322). גישה זו, אף כי הגיונה מושך את הלב, תהפוך את סעיף 14 לאות מתה, שכן – כפי שמציין דויטש עצמו – עיקרון תום הלב דורש ממילא התחשבות בנסיבות העניין, ואם הנחנו שיש תחולה לעיקרון תום הלב במסגרת דיני קניין הרי ש"התאמה" בין שני ההסדרים תגרום לייתורו של סעיף 14. תוצאה אפשרית נוספת לגישה זו תהיה קביעה כי במסגרת הוכחת המניע הפסול בהפעלת סעיף 14 יש להוכיח את המניע הסובייקטיבי של בעל המקרקעין. פרשנות

ניתן אף להקיש וללמוד כי סעיף 14 מטיל גם חובה להימנע ממעשה הנובע ממניעים פסולים.<sup>138</sup> היקש זה מבוסס על ההנחה שעיקרון תום הלב מטיל חובה גם במצבים פסיביים,<sup>139</sup> אולם היקש כזה, לו יבוצע במלואו, עלול לגרור תחולה מצומצמת ביותר של הסעיף במקרים של הימנעות ממעשה.<sup>140</sup>

זו אינה נראית ראויה. נראה כי חקיקת סעיף 14 נועדה להקנות כלי יעיל ועצמאי להגנה של בעל המקרקעין השכנים על זכויותיהם, ולפיכך שומה על המפרש לבקש ולהרחיב את גבולו מעבר לתחולתו של עיקרון תום הלב. מטעם זה, בין היתר, יש להסתפק בהוכחה "אובייקטיבית" של המניע הפסול לצורך הקמת זכות התביעה של הנפגע, או שלילת הגנתו של הנתבע.

סמוך למועד מסירת המאמר לפרסום ניתן פסק הדין בעניין רוקר, הערה 86 לעיל, ובו דיון מעמיק בשאלת היחס בין עיקרון תום הלב לסעיף 14. ההרכב כולו דחה את גישתו של פרופ' רוזן-צבי, וקבע כי ניתן להחיל גם את עיקרון תום הלב בצד סעיף 14 כאשר מדובר בפגיעה בזכות קניין. עם זאת, נחלקו הדעות ביחס לשאלה אם יש קיום עצמאי לסעיף 14 לאור עיקרון תום הלב שכנפיו פרושות על ענפי המשפט כולם: דעתו של הנשיא ברק, שבה תמכו גם המשנה לנשיא ש' לוינ' והשופט שטרסברג-כהן, היא שאכן ניתן לוותר על סעיף 14.

דומה כי לא זו גישת הרוב: השופט אנגלרד קיבל את הגישה שלפיה מבטא סעיף 14 את "העקרון הרחב יותר של תום הלב", וקובע כי אין מניעה מלהזדקק גם לעיקרון תום הלב במקביל לשימוש בסעיף 14. מדבריו עולה ההבנה כי מצודתו של סעיף 14 פרושה בצורה מצומצמת יותר מזו של עיקרון תום הלב, ועניינו של הסעיף בשימוש בזכות מתוך מניע פסול או תוך חוסר איוון אובייקטיבי (פיסקאות 15-16 לפסק-דין).

גם מדברי השופט טירקל עולה כי קיים שוני בהיקף עיקרון תום הלב ותחולת סעיף 14, אף כי קשה להסיק מדבריו מה טיבו המדויק של שוני זה, שכן עיקר דבריו נסב על הצורך בצמצום גדר שיקול הדעת של בית המשפט בבואו לדון בפגיעה בקניין, צמצום שדינו להתבצע גם בפעולה מכוח עיקרון תום הלב (כפי שעולה מדברי השופט חשין בפסק-הדין). דומה, כי דעת הרוב לעניין זה (השופטים אנגלרד, טירקל, חשין ומצא, לפי סדר הכתיבה בפסק-הדין) היא שסעיף 14 לא התייחר מכוח עיקרון תום הלב, ושקיים שוני מסוים בין סעיף 14 לעיקרון תום הלב (שוני מובהק על פי השופט אנגלרד, ומצומצם יותר על פי שלושת האחרים).

138 ויסמן, הערה 132 לעיל, בעמ' 79-80.

139 מגמת הפסיקה היא להכיר בתחולת החובה לנהוג בתום לב גם במצבים פסיביים; ראו שלו, הערה 40 לעיל, בעמ' 63, ומראי המקומות שם. ראו גם מיגל דויטש, "תום-לב בשימוש בזכויות – 'קיום אדומים' לתחולת העיקרון?", עיוני משפט יח 261 (תשנ"ד), הסבור כי הכרה בתום לב במצבים פסיביים עלולה לגרור עיקור של הזכות גופה ולא רק של השימוש בזכות.

140 שכן רק במצבים נדירים יסייג חוסר תום לב פסיבי את זכות הקניין עד כדי הפקעת כוחו של בעל הקניין; ראו לעניין זה דויטש, הערה 20 לעיל, כרך א, בעמ' 323. ייתכן שכוונתו של פרופ' ויסמן הייתה להיקש רחב יותר, שיקיש מתחולת עיקרון תום הלב בהתנגשות עם זכויות שאינן במקרקעין לתחולת סעיף 14 לגבי זכויות במקרקעין. היקש כזה מגיח זהות

בגישות הנזכרות לעיל אין כדי להבהיר מהם סוגה וטיבה של האחריות המאפשרת או מקימה זכות תביעה כנגד בעלים שהשתמש לרעה בזכותו. אף כי אין ראיה חד-משמעית לאחריות הנדרשת לפי סעיף 14 לחוק, הנה זכר לדבר בפרשנות שהעניק לו הנשיא לנדוי. במכתבו לוועדת החוקה, חוק ומשפט,<sup>141</sup> בו צירף הערותיו להצעת חוק המקרקעין, העיר הנשיא לגבי סעיף 14:

בסעיף 14 אני רואה חידוש חשוב בדיני הנוזקין הקיימים ביחס למטרד פרטי. אם הכוונה היתה למנוע 'שיקנות' מצד בעל מקרקעין היה הנוסח צריך להיות בערך כ: 'בעלות וזכויות אחרים במקרקעין, אין בהן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר, אם הדבר נעשה בכוונה לגרום נזק או אי נוחות'. את הנוסח הקיים אפשר לפרש כקובע איסור כללי של כל פעולה הגורמת נזק או אי נוחות, אף ללא כוונה רעה. זו הרחבה רבה של דיני המטרד הקיימים.

נוסח הסעיף, כידוע, לא תוקן בעקבות הערה זו. לו היה נעשה תיקון כמוצע, כי אז היה ההסדר החדש שונה באופן מהותי מהקיים לפחות בשניים: הדרישה הייתה ל"כוונה רעה", וככל הנראה לא היה די בהוכחת יסודות אובייקטיביים; די היה בהוכחת "מניע פסול" ולא היה מתעורר צורך בדיון בדבר התועלת שתצמח למזיק ממעשיו (אם כי ניתן אולי לקרוא דרישה כזו בין השורות).

מכל מקום, הואיל והכלל בדיני המטרד ליחיד היה ועודנו שעל המזיק מוטלת אחריות מוגברת, פרשנות סבירה של דברי הנשיא לנדוי היא שהבנתו מקריאת סעיף 14 היא כי הוא מטיל אחריות מוחלטת. מכל מקום, אף אם ההנחה שביסוד דבריו היא כי במטרד ליחיד יש צורך באשמה (דבר שאינו עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת), הנה לכל הפחות התבהרו שתי נקודות חשובות: הראשונה – סעיף 14 דורש לכל הפחות אחריות מוגברת; והשנייה – קיים קשר הדוק בין סעיף 14 לדיני המטרד, אולם הסדרם החקיקתי והתנאים להיווצרותם הם שונים.

מאידך גיסא, פרשנות גורפת זו לסעיף 14 מוקשה היא, שכן קשה להניח כי המחוקק כיוון לחוקק "זכות סל" או "עוולת סל" רחבה מני ים, המטילה אחריות מוחלטת. הדברים קל וחומר על פי הגישה המקובלת הנזכרת לעיל, שלפיה הסעיף נועד בעיקרו להחיל את דוקטרינת השימוש לרעה בזכות, שאף פרשנותה הרחבה ביותר לא תשווה להיקף העוולה הנוצרת מכוח פרשנותו של הנשיא לנדוי.

כמעט מוחלטת בין שני ההסדרים, ולעניין זה ראו בהערה 137 לעיל, ובאמור להלן, שממנו עולה כי כוונת סעיף 14 לא הייתה אך ורק להחיל את העיקרון בדבר השימוש לרעה בזכות.

מיום כ' תמוז תשכ"ט (6.7.1969); ההדגשות הוספו. 141

נראה כי עמדת הפסיקה, שלא דנה בסוגייה עד לאחרונה, שונה מרעתו של הנשיא לנדוי. מהערת אגב של השופט חשין עולה כי סעיף 14 עניינו בסבירות, וכך אמר:

זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, כעקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה שרירות-בעלים, וסבירות הינה אויבתה של השרירות (ואולם ראה סעיף 14 לחוק המקרקעין).<sup>142</sup> פרשנות זו עולה בקנה אחד עם ההכרה בסעיף כמעגן את העיקרון בדבר מניעת שימוש לרעה בזכות. אף כי דרישת הסבירות אינה זוכה לעיגון כלשהו בלשונו של הסעיף עצמו, היא נגזרת מהצורך בהוכחת רכיב של "מניע פסול" מצד המשתמש בזכות לרעה, ומההנחה כי מניע זה יכול שיילמד בדרך אובייקטיבית.

גישתו של הנשיא לנדוי בפירושו של הסעיף, בהנחה כי זו דורשת אחריות מוגברת, הולמת את הקשר המוצע בין הסעיף לבין עקרונות דיני המטרד. עם זאת, היא מביאה להרחבה רבה של תחולת סעיף 14, שאינה הולמת את הלבוש המודרני שניתן לו (אך עולה בקנה אחד עם השוואתו לעיקרון תום הלב, שמלוא כל עולם המשפט כבודו). כדי להכריע בין האפשרויות השונות שומה עלינו לזכור שכאשר מעשיו של בעל המקרקעין גורמים להפרעה בשימוש הסביר של שכנו, אזי תוטל עליו אחריות מוגברת מכוח דיני המטרד ליחיד.<sup>143</sup> תחולתו של סעיף 14 לבדו מוגבלת, אם כן, למקרים שבהם לא גרמה התנהגות הבעלים לפגיעה בשימוש סביר במקרקעין. בנסיבות אלה יש מקום לצמצום האחריות, ולהטלתה רק בהתקיים "אשמה" במובן של התנהגות בלתי סבירה. פירוש זה מיישב בין ההסדר שבסעיף 14 – כמונע שימוש בלתי סביר במקרקעין מחד, וכבסיס מהותי לחלק מדיני המטרדים מאידך ולעוולה בדבר מניעת תמיכה במקרקעין בפרט. עם זאת, ומבלי שיש בדבר כדי לגרוע מהאמור לעיל, מקובלת עלי פרשנותו של הנשיא לנדוי בכל הנוגע להבהרה שלא הרי מניעת תמיכה כהרי מטרד ליחיד.<sup>144</sup>

142 רע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550, 567. קביעה זו של השופט חשין זכתה לעדנה מחודשת בפרשת רוקר, הערה 86 לעיל.

143 סעיף 43 לפקודת הנזיקין. הקביעה כי מדובר באחריות מוגברת מעוגנת בפסיקה, וראו ע"א 436/60 צורי נ' קליין, פ"ד טו 1177; ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל נ' שוורץ, פ"ד (3) 785; עניין שאה, הערה 68 לעיל, בפסקה 9(ד); לדעה חולקת המסתפקת באשמה ראו קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 77.

144 בעניין זה יש להסתייג מהקביעות בעניין שאה, הערה 68 לעיל, שלא נתנו הדעת ליסודות המיוחדים לעוולה או לתוצאה שאליה מובילה שיטתו של פסק-הדין, שלפיה דין מניעת התמיכה כדין מטרד ליחיד. לו כך הדבר, מה ראה המחוקק בהכניסו עוולה נוספת לפקודת הנזיקין אם לא היה בה כדי לחדש דבר?

## (ו) סיכום

העולה מכל האמור לעיל הוא שפגיעה בזכות התמיכה מקימה זכות תביעה אף ללא דרישת יסוד נפשי. האחריות המוטלת תהא מוגברת, אך לא מוחלטת. ייתכן שבמקרים מסוימים יש לשקול קביעה שתכפה על הנתמך להשלים עם פגיעה בקרקעו, אך דיון זה אין בו כדי להשפיע על סוגיית האחריות הנדרשת דרך כלל.

## 3. הצורך בנזק להשלמת העוולה

## (א) גישות אפשריות

ככלל, תיתכנה כמה גישות לדרישת נזק כתנאי להקמתה של זכות התביעה. סוגייה זו מתעוררת במלוא חריפותה בבואנו לקבוע את המועד להתיישנותה של עילת התביעה. סוגיית ההתיישנות היא סוגייה נכבדה ונרחבת בפני עצמה, ואינה נושא חיבור זה, ולפיכך אעסוק בה בקליפת אגוז בלבד, ככל שישירות הדבר את נושאו של פרק זה.

גישה קיצונית אחת תגרוס כי כל הסרת תמיכה מקימה זכות תביעה ומהווה פגיעה בזכות לתמיכה. מן העבר השני תעמוד הגישה הסוברת שכל עוד לא התממש נזק ניכר, שדי בו כדי לבסס תביעה שאינה בגדר "דבר של מה בכך", לא קמה עילת תביעה ואף לא ניתן לראות את הזכות כנפגעת. גישות הביניים עשויות להיות מגוונות, לפחות ככל שהדבר נוגע למועד צמיחתה של עילת התביעה; אולם מובן שאין הכרח כי תהיה קורלציה החלטית בין מועד זה למועד הפגיעה בזכות. ייתכן שזו האחרונה נפגעת עוד קודם שהמחוקק מאפשר לנפגע לתבוע בגין הפגיעה. סיטואציה מעין זו אפשרית במיוחד כאשר הזכות מוגדרת כ"עוולה". בין הגישות המגוונות אזכיר את זו המסתפקת ב"נזק צפוי" כגישת הביניים המקובלת ביותר.

1. באנגליה הגישה היא כי עילת התביעה אינה קמה כל עוד לא נגרם נזק בפועל,<sup>145</sup> כאשר כל נזק נוסף מקים עילת תביעה עצמאית,<sup>146</sup> אף שכיום מוטלת קביעה אחרונה זו בספק.<sup>147</sup> אף בארצות-הברית נקבע כלל דומה, שלפיו נמדד מרוץ זמן ההתיישנות רק

145 פרשת *Dalton*, הערה 13 לעיל; *Bonomi v. Blackhouse* [1861] 120 E.R. 643; *west*; *Leigh Colliery v. Tunnicliffe and Hampson Ltd.* [1908] A.C. 27. לעניין זה יש לציין כי קביעה זו אינה גורפת לחלוטין, וכי אף בשל עצם הסרת התמיכה בלבד ניתן לעתים להשיג צו המטיל על התומך לשמור על התמיכה. ראו *Clerk & Lindsell, On Torts* 1396 (Anthony M. Dugdale ed., 16<sup>th</sup> ed., 1989).

146 פרשת *Bonomi*, הערה 145 לעיל; *Lamb v. Walker* [1878] 3 Q.B.D. 389, 397.   
 147 בפרשת *Midland Bank*, הערה 95 לעיל, השאיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה אם כל נזק חדש שנגרם מהווה נזק בפני עצמו או שהוא מעין המשך של הנזק הראשון.

מעט התרחשויות של הפגיעה בקרקע.<sup>148</sup> התפיסה שעמדה ביסוד קביעה זו<sup>149</sup> הייתה כי אדם אינו אחראי על עצם חפירתו, אלא על העובדה ש"הרשה" לקרקע שכנו להיפגע.<sup>150</sup> גם האפשרות לקבלת צו מניעה אינה קמה כל עוד לא נגרם נזק לקרקע.<sup>151</sup>

2. במשפט המקובל קיימות דעות שונות בעניין, אולם דומה שחלקן הגדול תומך בגישה כי להקמת זכות תביעה בגין מניעת תמיכה די בגרימת סיכון לקרקע, ואין הכרח בהיווצרות נזק (בעוד שבמטרה "רגיל" קיימת דרישה לנזק): כך קובע בגרמניה ה-BGB, בדומה במקצת לקביעת החוק בישראל, כי "אין לחפור או להעמיק חפירה בקרקע כאשר כתוצאה מחפירה זו תיפגע התמיכה בקרקע השכנה",<sup>152</sup> כשאין דרישה מפורשת לנזק לצורך קבלת סעד.<sup>153</sup> עם זאת, אין לכחד כי קביעה זו יכולה להשתמע לשני פנים, מה גם ששלילתה של תמיכה נובעת, בדרך כלל, מפגיעה בקרקע. בשווייץ אוסר סעיף 684 לקוד – העוסק במטרדים למיניהם ובהם גם הנעה של הקרקע – על יצירת מצב שבו נגרמת "פגיעה במקרקעין" (הסעיף נוקט את המלה "prejudice"), כאשר הכוונה היא, לכל הפחות, ל"סיכון" המקרקעין, אך נראה כי גם לנזק. סעיף 685 לקוד – שנדון לעיל ועניינו בנייה הגורמת לזעזוע של הקרקע – דורש, כאחד היסודות להטלת אחריות, גרימת נזק ("must not injure"). עם זאת, הדרישה ליצירת נזק לצורך זכייה בהגנה בגין מטרד מקובלת כמעט בכל שיטות המשפט, והדוגמא החריגה של בנייה מזיקה שבסעיף 685 הנ"ל, המוצגת באופן קיצוני למדי, לא יכולה להתקיים ללא גרימת נזק (שאם לא כן אין מדובר בבנייה מזיקה). סעיף 1003 לדין היווני – שעניינו מטרדים וביניהם זעזוע של הקרקע – אוסר על "פגיעה במקרקעין" במובן של יצירת סיכון, כאשר נראה כי פרשנות הסעיף סובלת גם דרישה לגרימת נזק ("prejudice"). בסעיף 1007 – שעניינו חפירה בקרבת המצר ("Digging up close to the foundations of a neighbor") – נאמר רק שאין לפגוע בתמיכה, בדומה לקביעה

- 148 *Kansas City N.W. R.R. Co. v. Schwake*, 78 P. 431 (1904).
- 149 קשה לקבוע בצורה נחרצת אם תפיסה זו עמדה ביסוד הקביעה או שמא המצב הפוך – הקביעה עמדה ביסוד התפיסה. נראה שקביעה זו, שהיא עתיקת יומין, תמרצה את בתי המשפט למצוא לה הסבר משפטי.
- 150 פרשת *Kansas*, הערה 148 לעיל.
- 151 *Empire Star Mines v. Butler*, 145 P2d 49 (1944).
- 152 הרישא של סעיף 909 ל-BGB. הנוסח הגרמני הובא בהערה 121 לעיל.
- 153 מלשוננו של סעיף 1004(1) ל-BGB עולה כי די ב"הפרעה" ("Entziehung") כדי לאפשר לנפגע לפעול. יש לציין כי במטרה "רגיל" דורש הדין הגרמני "הפרעה של ממש" לשימוש בקרקע (סעיף 907(1)), ונראה כי ההנחה היא שעצם הפגיעה בתמיכה, שזכתה לסעיף משלה, מהווה הפרעה של ממש לשימוש הסביר, אף אם הנזק מהפגיעה בתמיכה לא בא עדיין לידי ביטוי מעשי בשטח. עם זאת, יש מקום לטענה כי "הפרעה של ממש" לשימוש במקרקעין היא כשלעצמה "נזק" (השווה הגדרת "נזק" בסעיף 2 לפקודת הנזיקין), ולפיכך יש בסיס לטענה לפיה רכיב הנזק נחוץ לצורך ביסוס מניעת התמיכה בדין הגרמני.

במשפט הגרמני. בצרפת קובע סעיף 678 ל- Code Civil כי יש להרחיק מהמצר כדי להימנע מפגיעה ("in order to avoid harming a neighbor"), ובהסדר הכללי הדן בזיקות הנאה בקוד הצרפתי – שמניעת התמיכה נזכרת כאחת מהן – נאסר אפילו מעשה שיגרום ל"הכבדה" לקרקע שזיקת ההנאה כפופה לה (סעיף 702 ל- Code Civil). נראה כי גם קביעות אלה אינן מחייבות גרימת נזק דווקא כדי להקים עילת תביעה, אף כי יש מקום לטענה הפוכה, שלפיה רק כאשר נגרמה פגיעה ("harming") בפועל קמה עילת התביעה.

3. הנמקה מקובלת אחת במשפט המקובל לצורך בנזק לשם הקמת עילת התביעה נעוצה בדיני ההתיישנות. הואיל וההתיישנות לא רצה כל עוד לא נודעו העובדות היוצרות את עילת התביעה לתובע.<sup>154</sup> העדיפו לקבוע שרק בהתרחש נזק ממשי, שהתובע יודע עליו בוודאות, קמה העילה ומתחילה תקופת ההתיישנות.

גישת המשפט העברי, שתידון להלן, מעניקה לשולל התמיכה את האפשרות לפעול כרצונו בתוך שלו כאשר הנזק אינו נגרם בידיים (דהיינו: לא נגרם באופן מיידי) ומתחיל רק לאחר זמן.<sup>155</sup> לפיכך ניתן לטעון לכאורה לקיומה של דרישה לנזק בפועל לשם הקמת הזכות. אין לייחס קביעה זו לדיני ההתיישנות, שכן המשפט העברי מכיר בטענת ההתיישנות רק לעתים נדירות<sup>156</sup> ואין הוא מאמץ טענה זו כל עיקר כאשר מדובר בשלילת תמיכה במקרקעין.<sup>157</sup>

154 פרשת Bonomi, הערה 145 לעיל. לעניין זה כיום ראו Latent Damage Act, 1986; והשווה הוראות סעיפים 6 ו-8 לחוק ההתיישנות.

155 על גישת המשפט העברי ולדין בשיטת ר' יוסי, המחזיק בדעה כי "זה נוסע בתוך שלו וזה חופר בתוך שלו", ראו להלן בפרקי המשנה הדנים בגישת המשפט העברי בפרק "היקף הזכות".

156 ככלל אין מניעה לתובע לתבוע זכותו מהחייב לו גם לאחר שנות דור במסגרת המשפט העברי, שכן משפט זה מטרתו עשיית דין צדק, ולפיכך אין מקום לקבלת טענת ההתיישנות הדיונית. הואיל והזכות המהותית לא התיישנה, נקבע כי אף לראשי הקהל אין סמכות לקבוע תקופת ההתיישנות שתסיים את התקופה שבה ניתן להגיש תביעה, ובכך למנוע את הצורך בשמירת יתרות כספיות לפריעת חובות ישנים. ההנמקה לפטילת הסדר זה, שנועד לטובת הקהל, נעוצה בכך שהזכות המהותית עומדת בתוקפה, ולפיכך תקנה המקצרת את תקופת התביעה אינה יכולה לעמוד משום "שאין הקהל יכולים להתנות לגזול לאחרים" (שו"ת ריב"ש, תעז) וכן "אין לרבים כח לגזול היחיד" (שו"ת רמ"א, עג; וראו שו"ת מהרי"ק, שורש א).

157 כעיקרון ניתן לזכות בהגנה של "חוקה" בנזיקין, המשתיקה את הנפגע מלטעון כנגד נזק שגורם לו אחר אם האחר הוחזק בשימוש הגורם את הנזק, ונהג בו במשך תקופה מסוימת (ראו רמב"ם, שכנים, יא, ד; מגיד משנה בשם הגאונים, שם; רמב"ן, בבא בתרא, נט, א; טור, חו"מ, קנד, טו בשם הגאונים, הרמב"ם והרמ"ה; שו"ע, חו"מ, קנה, לה. השאלה אם יש צורך במחילה בנוסף לעצם ההחזקה, או כיצד נקבעת החזקה ומה משך התקופה

ההנמקה התולה את הצורך בנוק כמרכיב של העילה בדיני ההתיישנות בוקרה בשל היותה טכנית, שהרי אין בין השיקול הפרקטי של מרוץ ההתיישנות לבין הקביעה האנליטית של מרכיבי העוולה ולא כלום.<sup>158</sup> קושי נוסף שניתן להצביע עליו בהקשר זה נובע מהניסיון להסיק מסקנה מהותית בנוגע לרכיב של העוולה מכלל דיוני – דיני ההתיישנות. דומה כי הפסיקה האנגלית המוקדמת הקושרת עניינים אלה העדיפה כלל המספק פתרון פרקטי נוח אף במחיר של העדר הנמקה של ממש.

היות ואין זה המקום להתעמק בסוגיית ההתיישנות, אסתפק בהערות ספורות לעניין זה.

א. כל זמן שהנוק לא התגלה, ניתן לטעון כי אין לו קיום בעולם המשפט או בעולם המעשה (בטרם נתגלה הנוק אין באפשרותו להשפיע על מחירו של הנכס), ולפיכך אין תקופת ההתיישנות נמדדת לפני שהתגלה. בהנחה שבמקרה דגן לא התגלה הנוק, הרי שמניעת התמיכה לא גרמה אלא פגיעה תיאורטית בערך הקרקע – אלא שלפגיעה זו לא היה כל ביטוי בשטח הואיל והיא לא התגלתה, ולפיכך לא נגרם אפילו נזק כלכלי, ואין מקום לקבוע כי מרוץ ההתיישנות החל.

ב. נראה כי בסוגייה הבאה להסדיר יחסי שכנים יש טעם להקדים את המועד שבו מושלמת העוולה. שכן שגילה פגיעה ממשית או אף פוטנציאלית בקרקע, ראוי שתהא לו אפשרות למחות על קיומה ולהגן על קרקעו. אם נניח כי אפשרות כזו קמה אף לפני קרות נזק (כפי שאציע בהמשך), כי אז יש לקבוע במקביל שתקופת ההתיישנות מתחילה להימדד עם היווצרותה של האפשרות לפנות לערכאות לשם קבלת סעד, וללא קשר הכרחי למועד הסרת התמיכה או למועד התרחשות הנוק.<sup>159</sup>

ג. פעמים רבות הנוק הנגרם למקרקעין כתוצאה ממניעת התמיכה הוא הדרגתי, ולעתים מזומנות אין זה קל לגלותו בעין בלתי-מזוינת, או שהוא בא לידי ביטוי רק כאשר

להקמתה, חורגת מהדרוש לצורך מאמר זה). מניעת תמיכה היא אחד מארבעה סוגי נזיקין שלגביהם אין אפשרות לרכישת חזקה מעין זו (בבא בתרא, כה, ב [גם ר' יוסי מודה שיש לאסור על הידוק שומשומין לעשיית שמן בסמוך לקרקע השכן, שכן מלאכה זו מגידה את הקרקע]; רמב"ם, שכנים, יא, ג-ד; טור וש"ע, חו"מ, קנה, טו ובס"ק לו) ההנמקות הנפוצות לחריג זה בדיני הנזיקין הן שאין דעת האדם סובלת נזק כזה (הרמב"ם והשו"ע; רמ"א, חו"מ, קנה, לט) או משום שנדנוד הקרקע היוקו מרובה (מגיד משנה, שכנים, יא, ד; הטור, חו"מ, קנה, לט, מביא דוגמא שאין אדם סובל שיפיל חברו את כותלו על ידי הנדנוד). מכל מקום ברי כי המשפט העברי מתייחס לפגיעה בקרקע – וכפי שיבואר להלן גם למחובר בה – בחומרה יתרה.

158 ר"ס, הערה 42 לעיל, בעמ' 31.

159 לשיטתי אין צורך בקיומו של נזק דווקא, ולפיכך הגישה האנגלית, שקבעה כלל נוקשה, היא בעייתית בדרך הקביעה ופגומה בתוצאתה. התובע עצמו לא ייפגע במקרים שבהם לא יכול היה לרעת על העילה לתביעה, בכפוף להתקיימותם של תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

בעל הקרקע הנתמכת בא להשתמש בקרקעו בדרך חדשה וזו קורסת תחת המעמסה. במקרים אלה הנזק למקרקעין נגרם במועד מוקדם, אף כי ביטוייו בנזק "ממשי" כלפי חוץ השתהה. נראה כי יש להכשיר גם נזק כזה לצורך תחילת מרוץ ההתיישנות, שהרי הנזק שנגרם בפועל למקרקעין הוא הנזק שמפניו באה העוולה להגן כלפי כולי עלמא, מה גם שאם אינך אומר כן – נמצאנו עושים פלסתר את דברי המחוקק.<sup>160</sup> כפי שהובהר לעיל, אף במקרים אלה לא תעלה תקופת ההתיישנות המרבית על עשר שנים.<sup>161</sup>

4. הנמקה נוספת לדרישה לקיום נזק כרכיב בעוולה היא שהשמטת הדרישה לנזק מתבססת על הבנת הזכות כזכות במקרקעין הנתמך ולא כלפי מקרקעי התומך. הואיל והזכות היא לשימוש סביר במקרקעין ולהנאה סבירה מהם בהתחשב בטיבם ומקומם, זכות זו אינה זכות קניין במקרקעי הזולת, הרי שלא כל פגיעה בזכות תקים צילת תביעה.<sup>162</sup>

חוששני כי אף גישה זו אינה מובילה בהכרח לקביעתו של המשפט המקובל שרק פגיעה פיזית מוחשית, דוגמת התמוטטות או שקיעה של הקרקע, היא בת-תביעה. זכותו של בעל המקרקעין היא שעריך קרקעו לא ייפגע, ופגיעה כזו נגרמת גם על ידי ירידת ערך הקרקע בשל החלשותה, דבר העלול להקשות על תוספת מחוברים בעתיד. ייתכן כי בעיה זו לא טרדה את בתי המשפט במדינות המשפט המקובל, הואיל וממילא אין ההגנה לתמיכה מתפרשת גם על מבנים. אולם, נראה כי בישראל, שבה לא נקלטה ההבחנה האמורה, יש מקום לסטות מהכלל המצריך פגיעה פיזית ניכרת לעין. כן יש מקום להרהור נוסף בעניין זה, לדעתי, אף במדינות המשפט המקובל, שהרי הפגיעה הבלתי-ניכרת לעין עדיין גוררת נזק כלכלי, ויש מקום לפצות את בעל המקרקעין בגין פגיעה זו.<sup>163</sup> פגיעה כזו יכולה אף להיחשב למניעת שימוש סביר בהתאם לטיב המקרקעין.

160 במיוחד הדברים אמורים לגבי ההסדר הקבוע בסעיף 89(2) לפקודת הנזיקין. לעניין זה ראו הערה 39 לעיל.

161 בטקסט ליד הערות 35-39. התקופה תתארך אם יתקיימו תנאי סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

162 פרשת Lamb, הערה 146 לעיל; וייס, הערה 42 לעיל, בעמ' 32.

163 נזק כלכלי, ובכלל זה נזק כלכלי "טהור", הוא בר-פיצוי במשפט הישראלי מימים ימימה, אף אם במגבלות. ראו המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים, פ"ד ח 1317; ראו גם ע"א עיריית ירושלים, הערה 68 לעיל; ע"א 248/86 עזבון חננשילי נ' רותם חברה לביטוח, פ"ד מה(2) 529; תמר גדרון, "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור", הפרקליט מב 126 (תשנ"ה). עם זאת, מרבית פסקי הדין שהכירו בפיצוי בגין נזק כלכלי טהור ניתנו במסגרת "היזק דיבור" – מצג שווא רשלני (בפרשת מפעלי רכב אשדוד, הערה 79 לעיל הוענק פיצוי בגין נזק כלכלי טהור בצורתו הקלאסית, אולם דומה כי קביעה זו נבעה מהעובדה שהנזק נגרם בזדון, והדין היה שונה לו היה מדובר ברשלנות גרידא). לגישה חולקת ראו דברי השופט חשין בפסקה 19 לדנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.5.02), לפיו היה זה מן הראוי לקיים דיון נוסף בהלכת ויינשטיין הנ"ל, שהרחיבה את זכות התביעה לאינטרסים כספיים. הגישה

5. נימוק נוסף לדרישה לנזק כרכיב של העוולה הוא שקביעת יום התרחשות הנזק כיום קום עילת התביעה מפשט את הדיון ומונע עלויות עסקה,<sup>164</sup> שכן קביעה אחרת תחייב את הנתמך להוכיח את היום המדויק שבו נפגעה התמיכה, את היום שבו נודע לו על הפגיעה בתמיכה לראשונה, את המועד שבו אדם סביר היה מודע לפגיעה, ועוד כהנה וכהנה עניינים שהיו מסבכים את הדיון ומארכים אותו, תוך גרימת נזק של ממש לתובע (אף כי ייתכן שניתן היה להגן על הנתמך על ידי הכרה בנזק ראייתי בהקשר זה). נימוק זה, שהגיונו רב, עדיין אינו פותר את הבעיות המתעוררות באותם המקרים שהצגתי לעיל.

6. בכמה מדינות בארצות-הברית הגישה היא שעצם מניעת התמיכה מקימה זכות תביעה.<sup>165</sup> נראה, כי היסוד לקביעה זו הוא הבנתה של זכות התמיכה כזכות במקרקעי התומך, מעין שעבוד, שכל פגיעה בה מצמיחה זכות תביעה. הבעיה שמקימה גישה זו היא שמרוץ ההתיישנות מתחיל ברגע הסרת התמיכה. העובדה שלא מוטלת חובת הדעה על מסיר התמיכה (אלא אם המדובר במבנים, שאז יש חובה ראשונה במעלה

במשפט המקובל היססה ללכת בדרך זו, וקבעה שהענקת פיצוי בגין נזק כלכלי היא "שאלה של מדיניות" (דברי הלורד דינגן בפרשת *Spartan Steel v. Martin & Co Q.B. 27* [1973], לפיו: "At bottom I think the question of recovering economic loss is one of policy." לגישת המשפט האנגלי ראו גם Winfield & Jolowicz, *On Tort* 93 (14th ed., 1994); אחת ההנמקות המרכזיות לרתיעה מהטלת חובת פיצוי במקרים אלה היא החשש מהצפה בתביעות ומהרתעת יתר של המזיק; ראו גדרון בעמ' 136-138; Fred C. Zacharias, "The Politics of Torts," 95 *Yale L. J.* 698 (1986). כתוצאה מהקשיים שחוזה המשפט המקובל בהטלת חובת פיצוי בגין נזקים כלכליים, הוצעו בארצות-הברית מבחנים מלאכותיים ל"סינון" של הנזקים הכלכליים הראויים, כגון מבחן "הטפילות" ומבחן "הנזק המיוחד" (*Louisiana v. Testbank*, 752 F2d 1019 (1985)).

בפרשת לוי, הערה 82 לעיל, ניתן לכאורה למצוא הדים לגישה האנגלית, המהססת להעניק פיצוי לנזק כלכלי. הנשיא שמגר אימץ, בין היתר, את ההבחנה בין נזק כלכלי לנזק פיזי כגורם העשוי להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט וכאחד משיקולי המדיניות בשאלה אם להטיל אחריות על המדינה. קביעה זו, שבארץ מולדתה נבעה, בין היתר, מההנחה הנזכרת לעיל שהענקת פיצוי בגין כל נזק כלכלי היא עניין של שיקולי מדיניות, אינה תואמת את המשפט הישראלי שלתוכו יובאה, המכיר במישור העקרוני בזכות לפיצוי בגין נזק כלכלי ישיר – אלא אם תצומצם ההלכה הקיימת לגדרה של עוולת מצג שווא רשלני, ודומה כי בפועל אין המצב כן.

164 פרשת *Lamb*, הערה 146 לעיל, בעמ' 394.

165 כך, למשל, הדין בפנסילבניה; ראו *Noonan v. Pantall v. Rochester*, 53 A. 751 (1902); *Pardee*, 50 A. 255 (1901).

לתת הודעה מפורטת<sup>166</sup>) גורמת לאנומליה, שלפיה דווקא ההגנה על קרקע במצבה הטבעי עשויה להישלל בשל העדר ידיעה ותשומת לב מספיקה.<sup>167</sup> לדעתי, על בעיה זו ניתן להתגבר, באופן חלקי, על ידי קביעת תחילת מרוץ ההתיישנות ביום שבו ניתן היה לפנות לערכאות לתביעה. באופן זה המרוץ לא ייפתח בהכרח עם הסרת התמיכה, אלא במועד שבו התגבשה עילה של ממש – נזק ממשי, כלכלי או אפילו פוטנציאלי. במקרים רבים תעשה גישה זו צדק רב יותר עם הנתמך.

### (ב). הצורך בנזק לפי סעיף 48א

1. בפסק דין למפרט, שניתן לפני חקיקת סעיף 48א, נקבעה הבחנה בין תביעה לפיצויים לבין בקשת סעד ממין ציווי.<sup>168</sup> הראשונה מצריכה הוכחת נזק, בעוד שלשם בקשת צו די להוכיח כי קיים חשש סביר שהוא עומד להתרחש. על דרך ניתוחו של בית המשפט נמתחה ביקורת,<sup>169</sup> אולם חקיקתו של סעיף 48א מיתרת כיום את הדיון בפסק דין זה.

2. לשונו של סעיף 48א היא החלטית, ועולה ממנה שבישראל לא קיים צורך בנזק דווקא לשם הענקת סעד. עם זאת מציין קרצ'מר,<sup>170</sup> כי לשם זכאות לפיצויים חובה להוכיח קיומו של נזק מכוח דיני הגזיקין הכלליים. אשר לתרופת הציווי, זו קמה עם מניעת התמיכה ואף עם "שלילתה" – עשיית מעשה שימנע תוספת משקל על הקרקע לעתיד.

### (ג) סיכום

נראה כי לגבי דרישת הנזק הרחב המחוקק הישראלי – ובדין – את גבולות העוולה. מחד גיסא לא קיים עוד צורך להמתין לנזק ממשי ומוחשי, ומאידך גיסא דומה שניתן לזכות בצו מניעה ואף בצו למניעת שלילת תמיכה עתידית (צו מסוג quia timet).<sup>171</sup>

166 Wharam v. Investment Underwriters, 136 P2d 363 (1943).

167 בהנחה, כמובן, שניתן היה לגלות את העובדות, שאם לא כן לא נמדת תקופת ההתיישנות.

168 פרשת למפרט, הערה 47 לעיל, בעמ' 1106.

169 וייס, הערה 42 לעיל, בעמ' 37.

170 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 117.

171 צו זה נדון בהקשר דומה בעניין Melish v. N. Brancepth Coal Co., [1874] 9 Ch. App. 705, שם נקבע, בעמ' 713, כי במקרים שבהם התובע יסבול בוודאות נזק ממשי מאוד עקב מעשי הנתבע יש להפסיק את המעשים ולא להמתין עד להתרחשותו של נזק ממשי. גם בתי המשפט בישראל נתנו צו מסוג quia timet – תחילה בתחום דיני המטרדים, המשיקים (או אף חופפים), לדעתו של המשנה לנשיא ש' לויין בפרשת שאה, הערה 68

גישה זו תואמת את הגישה הרצויה לדעתי, כפי שהבהרתי לעיל, ואף אינה מחייבת את המסקנה שמדובר בזכות בקרקעו של התומך. גישה שלפיה עילת התביעה קמה עם שלילת התמיכה או מניעתה מביאה, בדרך כלל, להתחלת מרוץ ההתיישנות עם עשיית המעשה. לעתים מצב זה אינו רצוי, בהטילו חובת בירור אקטיבית על בעלי החלקה הנתמכת. פתרון אפשרי הוא אימוץ גישה שלפיה יש להמתין עד למועד שבו יכול הנתמך לפנות לערכאה ולקבל סעד, ובכלל זה צו מניעה עתידי, ולהכיר בנזק ראייתי שעלול התומך לגרום לנתמך שאינו מודע לעיתוי מניעת התמיכה ועלול, לפיכך, להתקשות להוכיח את עילתו.

## ו. היקף הזכות

במשפט המקובל קיימת חלוקה של הזכות לתמיכה לכמה קטגוריות, שכל אחת מהן עומדת בזכות עצמה ומעניקה הגנה בהיקף שונה. בפרק זה אעמוד בקצרה על גישות אלה, על גישתו של המשפט העברי ועל הדין כפי שהוא מצטייר בישראל.

לעיל) לסוגייה נשוא דיונונו, ואחר כך גם בענפים משפטיים אחרים. לעניין זה ראו ע"א 190/69 חברת החשמל לישראל נ' אבישור, פ"ד כג(2) 314; בנימין לוינבוק, צו מניעה 37 (תשכ"ו); ע"א 702/76 אלימלך נ' בנק ישראל, פ"ד לג(3) 596, 601; המ' 468/81 נוצר חברה לנאמנות נ' אורביט מדיסנטרס, פ"ד לה(4) 736, 738, 740 (תוך חזרה על הסייג בדבר הצורך ב"נזק של ממש שקרוב לוודאי כי יקרה"); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 851, 873; בג"ץ 2764/91 עורלק חברה לתעשיית עורות נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד מה(4) 877, 879; בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הועדה לבניה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 262. לעניין תרופת הציווי במקרים של מניעת תמיכה ראו גם אליהו וינוגרד, צווי מניעה: נושאים מיוחדים ב 455-458 (תשנ"ו). המחבר כחר להתייחס באופן בלעדי כמעט לפסק דין למפרט, הערה 47 לעיל, ולמעשה התעלם מההסדר הקבוע בסעיף 48 לפקודה, ומהנפקיות האפשריות הנספחות לו. נראה כי השוני הרב בפרטי הדינים בין ההסדר כיום לזה שהיה קיים (מכוח דיני המטרד הרגילים) בעת נתינת פסק הדין בפרשה זו ראוי להתייחסות אף בקשר לתרופות המתאימות. אם אין הדבר כן, כי אז דומה שאין מקום להקדיש פרק נפרד לתרופת הציווי במקרים של מניעת תמיכה, כפי שנעשה בספרו של המחבר המלומד, שעה שזו אינה אלא מקרה ספציפי של מטרד או של רשלנות, כפי שעולה מפסק הדין בעניין למפרט הנ"ל.

## 1. תמיכה לקרקע במצבה הטבעי ולתוספות

## (א) גישת המשפט המקובל

במשפט המקובל קיימת הבחנה מרכזית וברורה בין תמיכה בקרקע במצבה הטבעי לבין תמיכה בקרקע שנוספו לה תוספות.<sup>172</sup> הבחנה דומה אינה קיימת במדינות הקונטיננט, שבהן ניתנת ההגנה לנכסי דלא נידי (immovable), אף כי על המקיס מבנים בשטחו מוטלת חובה נוספת, הנובעת מעצם קיום הבניינים – להישמר בעת בנייתם (ראו לדוגמא סעיף 685 לקוד השוויצרי), לשומרם כך שלא יפגעו בקרקע השכנה (סעיף 907 ל-BGB; סעיף 1004 לקוד היווני), ולפעול למניעת התמוטטות שלהם העלולה לסכן את הקרקע השכנה (סעיף 908 ל-BGB; סעיף 1006 לקוד היווני).

הכלל במשפט המקובל הוא שלקרקע במצבה הטבעי יש "זכות טבעית" לתמיכה מקרקע אחרת במצבה הטבעי, המקימה אחריות מוחלטת לפוגע בה.<sup>173</sup> קרקע במצבה הטבעי הוגדרה בפסיקה כקרקע "ללא התערבות יד אדם".<sup>174</sup>

בעוד שהקרקע זוכה להגנה נרחבת מאוד, לגבי מבנים לא קמה זכות תמיכה "טבעית" אלא אם נפגעה גם הקרקע "הטבעית" מכוח הסרת התמיכה,<sup>175</sup> וזו הייתה נפגעת אף ללא תוספת המשקל של הבניין. תנאי נוסף להענקת פיצוי במצב זה הוא שהנזק שהיה נגרם לקרקע עצמה כתוצאה מהפגיעה אינו פעוט.<sup>176</sup> לכך יש להוסיף

172 המונח הכללי "התוספות" כולל הן תוספת קרקע כגון הגבהת מפלט האדמה והן תוספת מחבורים ("improvements"). בהמשך הדברים אכנה תוספת מהסוג הראשון "תוספת קרקע", ואילו תוספת מחבורים תכונה "מבנים", אף כי יש בכללה גם תוספות מלאכותיות שאינן בהכרח "מבנים" כמשמעות מילה זו בעברית.

173 פסק הדין המהווה את אבן הפינה לכלל זה הוא עניין Dalton, הערה 13 לעיל; ראו גם P. Butt, *Land Law* para. 1602 (2d ed., 1988); ; 52 בעמ' Pugh-Smith, הערה 17 לעיל, בעמ' 52; John G. Fleming, *The Law of Torts* 394 (7th ed., 1987).

חריג לכלל שלפיו קיימת זכות טבעית לקרקע מחקיים כאשר משתמע ויתור על הזכות, כגון שבעלים של כמה חלקות מכר חלקה לאדם אחר לצורך "חומרים" שיפיק ממנה. במקרה כזה משתמע ויתור על הזכות "הטבעית", שהרי הקרקע נמכרה לצורך הפירה; 1 AM Jur 2d, P. 721.

174 Olson v. Mullen, 68 NW2d 640 (1955). עצים נחשבים חלק מהקרקע במצבה הטבעי; ראו Wujcik v. Gallagher & Henry Contractors, 596 NE2d 199 (1992).

175 פרשת Midland Bank, הערה 95 לעיל, ובארצות-הברית – Simons v. Tri-State Construction, 655 P2d 703 (1982).

176 Riddall, הערה 119 לעיל, בעמ' 57, ובארצות-הברית ראו Breeding v. Koch Carbon, Inc., 726 F. Supp. 645 (1989).

שההנחה הבסיסית היא שהבניין הוסיף לחץ, וחובת ההוכחה שאין הדבר כך מוטלת על התומך.<sup>177</sup>

להלן נדון בהסברים שניתנו להבדל זה, הכוללים את הקביעות הבאות: הזכות ניתנה לקרקע ולא לתוספות עליה;<sup>178</sup> במצבן הטבעי תמכו הקרקעות זו בזו באמצעות כוחות הטבע ועל הבעלים לשמור מצב זה;<sup>179</sup> הקביעה שתמיכה תינתן אף לבניינים מגבילה את זכות השימוש הטבעית של השכן בקרקעו.<sup>180</sup>

העובדה שהבניינים לא זכו ל"זכות טבעית" לתמיכה עוררה קשיים רבים בחיי המעשה, ולכן נוצרו מנגנונים שנועדו לרכך פגיעה זו, שכמה מהם יוצגו להלן:

א. הכלל, כאמור, הוא שניתן להטיל אחריות מוחלטת רק כאשר גם הקרקע הייתה נפגעת פגיעה של ממש. ביתר המקרים מוטלת על החופר חובה לפעול בסבירות, ולא – יחויב ברשלנות.<sup>181</sup> עם זאת, לחובת הזהירות הכללית נוספה חובה נוספת – "ראשונה במעלה" – להודיע על כוונת התומך לבצע חפירות.<sup>182</sup> הודעה זו חייבת להינתן פרק זמן מספיק מראש, כדי לאפשר לנתמך להתכונן ולבצע עבודות לשם הגנה על מכניו.<sup>183</sup> ההודעה חייבת להיות מלאה ומפורטת, וכוללת פרטים בדבר זמן, מקום, היקף וטיב העבודה, וכן הודעה נוספת כל אימת שמוחלט על שינוי של ממש בתוכנית במהלך העבודה.<sup>184</sup> אי-מתן הודעה מהווה שיקול רציני בקביעה כי התקיימה רשלנות,<sup>185</sup> ויש שפסקו כי אי-מתן ההודעה הוא עצמו רשלנות.<sup>186</sup> חובת ההודעה אינה טכנית בלבד, ומטרתה לאפשר לנתמך להגן על קרקעו, ולכן כאשר ברור שידע היטב על העבודות המתוכננות והסרת התמיכה – פטור התומך מלהודיע.<sup>187</sup>

ב. בחובת ההודעה לא נמצא אלא מרפא חלקי ביותר. הבעיה שעורר ההבדל בהגנה הביאה את שיטות המשפט השונות למציאת פתרונות פרקטיים. כך נקבע כי מבנים

177 *Gladin v. Von Engeln*, 575 P2d 418 (1978).

178 Riddall, הערה 119 לעיל, בעמ' 57.

179 *Sime v. Jensen*, 7 NW2d 325 (1942).

180 *Biel v. Metro. Life*, 304 NE2d 449 (1973).

181 Pugh-Smith, הערה 17 לעיל, בעמ' 53; *Thompson*, הערה 115 לעיל; כך נקבע בבני-זילנד בעניין *Bognuda*, הערה 113 לעיל, כי בעוד שאחריות מוחלטת מוטלת רק בגין פגיעה בקרקע, מכוח הילכת *Dalton*, הרי שלגבי מבנים ניתן להטיל אחריות מכוח עולת הרשלנות, כפי שזו פותחה כחמישים שנה לאחר הקביעה בהילכת *Dalton*.

182 פרשת *Wharam*, הערה 166 לעיל.

183 פרשת *Warfel*, הערה 4 לעיל.

184 *Larson v. Metro. St. Ry. Co.*, 19 SW 416 (1892).

185 *Kress v. Reaves*, 299 US 616 (1937).

186 *Spall v. Janota*, 406 NE2d 378 (1980).

187 *Waters v. Biesecker*, 298 SE2d 746 (1983).

עשויים לזכות בתמיכה מכוחו של מענק או זיקת הנאה,<sup>188</sup> ואלה עשויים להיות אף משתמעים.<sup>189</sup> מובן שאין כל חידוש בכך שניתן למנוע אדם מעשייה מכוחה של זיקת הנאה; החידוש נעוץ, בעצם, בהסכמה להכיר בזיקת הנאה משתמעת במגוון של מקרים. כך, לדוגמא, הוכרה זכות לתמיכה כאשר בעלים של שני בתים על חלקות סמוכות, שתמכו זה בזה, מכר אחד מהם. במקרה זה זכאי הקונה לתמיכה מהבניין השני.<sup>190</sup>

ג. הדרך המרכזית לפתרון הבעיה הייתה זו המוזכרת לעיל, שעל פיה זכאי הנתמך לפיצוי גם על בנייניו, אם אף קרקעו הטבעית נפגעה פגיעה של ממש. מסתבר כי פיקציה זו נעשתה הכרחית, שכן בלעדית "איש את רעהו חיים בלעו".

ד. כאשר מבנה התקיים במשך זמן רב נטו שיטות המשפט להעניק לו זכות תמיכה מכוח שנים (בדומה במקצת לזיקת הנאה מכוח שנים המוכרת במשפטנו). אלא, שבעוד שבאנגליה הוכרה זכות זו בשל היותה מעין "חזקה" (prescriptive right<sup>191</sup>), בארצות-הברית הכירו בה בתור "הענקת מרומזות" בלבד, שאינה מקימה זכות קניינית אלא מעין השתק.<sup>192</sup>

ה. יש שהחוק קובע כי על התומך לשמור על התמיכה,<sup>193</sup> או שהסכם בין הצדדים מכריז על כך. מובן שבמקרים כאלה אין כל חידוש.

#### ההנמקות להגנה הפחותה על מבנים

על ההנמקות המרכזיות עמדתי בקצרה לעיל. לאלה ניתן להוסיף את ההנמקה שלפיה קביעה כי למקים יש זכות כמוה כקביעה כי הראשון לבנות זכאי להגביל את יכולתם של הבאים אחריו, בחלקות סביבו, מביצוע עבודות בקרקעם.<sup>194</sup> כן נטען כי הבונה סמוך למצרו נוטל עליו את הסיכונים הכרוכים בכך, וכי אל לו לבעל החלקה האשם לפגוע בזכויותיהם של אחרים.

- 188 Tiffany, הערה 3 לעיל, בעמ' 346.
- 189 Ray v. Fairway Motors Ltd [1968] P & CR 261.
- 190 Christensen v. Mann, 204 NW 499 (1925).
- 191 פרשת Dalton, הערה 13 לעיל.
- 192 Powel, הערה 2 לעיל, בסעיף 63.02[4](b).
- 193 ב-Queensland שבאוסטרליה הוחלט על סטייה מהלכת Dalton, וכיום קובע החוק בקווינסלנד כי מוטלת אחריות מוחלטת על הפוגע בקרקע ובכל המחובר לה. כן נקבע כי הזכות צמודה לקרקע, וכך נמנעו בעיות עיוניות שהתעוררו במשפט המקובל בשל אופייה האישי לכאורה של הזכות (The Property Law Act 1974 (Qld) section 179).
- 194 Transp. Co. v. Chicago, 99 US 635 (1878).

ריבוי ההנמקות, כמו גם טיבן, מצביע על יסודו הרעוע של הכלל.<sup>195</sup> דומה שכלל זה נולד עקב מציאות היסטורית שאינה קיימת יותר זה שנים רבות. זכות התמיכה, המוכרת זה אלפי שנים ונדרונה בהרחבה כבר במקורות ההלכה העברית, קמה במציאות שבה חלקות האדמה של בעלי המאה – שהם יוצרי המשפט המקובל – היו רחבות ידיים ושימשו את בעלי ההון, כאשר חלקן משמש לעיבוד חקלאי, והמבנים הוקמו במרחק רב מן המצר.<sup>196</sup> לא כך היו פני הדברים במציאות החברתית ששימשה בסיס להתפתחותו של המשפט העברי, הממוקדת כולה בפרט, שחצרו לא עלתה לעתים על ארבע אמות (כשני מטרים רוחב) או אף פחות מכך.<sup>197</sup> ייתכן שבכך נעוץ השוני התהומי בין מערכות הדינים הללו.

במציאות שבה התפתח המשפט המקובל, הבונה על המצר עשה כן, דרך כלל, שלא מחוסר ברייה, ולעתים אף מתוך כוונה ברורה למנוע משכנו אפשרות דומה בקרקעו הוא. בחברה העירונית המתפתחת מובן שאין כל יסוד לכלל מעין זה. יש להדגיש כי תוצאתו של כלל זה אינה רק שמירה על הקיים, אלא היא למעשה העדפת התומך שלו הזכות לפגוע במבני הנתמך ללא כל עונש. הטענה כי מעשיו של הנתמך גרמו לכך לא תוכל להישמע בחברה עירונית דהיום. מרביתן של החלקות המותרות בבנייה מיועדות לבנייה ראויה, במידה זו או אחרת. לפיכך, שומה על המחוקק לאפשר את קיומה של בנייה זו, תוך קביעה כי כל בעל מקרקעין חייב בתמיכה לקרקעו של רעהו שעה שזה בנה עליה כחוק, ואילו הוא, התומך, מעוניין לבצע עבודות בקרקעו שלו.

מכל מקום, בטרם נבחן את גישת המשפט העברי והמחוקק בישראל, יש לבחון בקצרה גם את ההסדר הנוגע לתוספת אדמה.

195 הכלל שנקבע בהלכת Dalton זכה לביקורת רבה במהלך השנים, בפסיקה ובספרות, וסופו ששתי ועדות חקיקה אנגליות שישבו על המדוכה הציעו הצעות לשנותו ולבטל את ההבחנה בין קרקע למבנים (The Law Commission, *Appurtenant Rights* (Working Paper 36, 1971); The Law Commission, *Transfer of Land - The Law of Positive and Restrictive Covenants* (Report 127, 1984)). הצעות אלה לא גובשו לכלל חקיקה.

196 לסקירה של השפעת המעבר מחברה בה המבנים מצויים במרחק רב מהמיוצר לחברה המודרנית ראו Andrew Lyall, *Land Law In Ireland* 687 (1994). יובהר, כי הכללים זכו ללבוש המשפטי באנגליה במאות השנים האחרונות, שבהן באו השופטים כולם מהמעמד הגבוה שהקרקעות היו בבעלותו, וניתן להניח שההגנה ששיוו לנגד עיניהם היתה זו שהאחרות היו זקוקות לה. בהנחה זו יש להסביר גם את העובדה כי ככלל זכו כל העוולות הקנייניות ליסוד נפשי של אחריות מוחלטת או מוגברת, שעה שעוולות אחרות, שלא נועדו לשרת דווקא את האינטרסים של בעלי הקרקעות, דרשו דרישות מחמירות יותר בכל הנוגע ליסוד הנפשי.

197 ראו לעניין זה הדיונים הארוכים בפתיחת מסכת בבא-בתרא, הדנים בחלוקת חצר של שותפים, וגודל החצרות הנדון שם.

**תוספת אדמה במשפט המקובל**

יש שאדם מוסיף לקרקעו "הטבעית" קרקע ממקור חיצוני, בין אם לצורך חקלאי (הוספת קרקע עשירה לקרקע "עייפה") או לצורך יישור פני חלקתו. ככלל דומה דינה של תוספת אדמה למחבורים ולמבנים: אף לזו אין זכות תמיכה טבעית.<sup>198</sup> ואף לזו ניתן לזכות בתמיכה מכוח חיקוק, הסכם או זיקת הנאה ולו גם משתמעת.<sup>199</sup> קרקע שחלקה מולא – החלק שאליו לא הוסיפו אדמה ימשיך להיחשב קרקע "טבעית".<sup>200</sup> הנטייה היא להעניק לתוספת זו דין של קרקע טבעית מכוח חזקת שנים.<sup>201</sup> נראה כי במקרה זה נוטים לראותה ממש כחלק מהאדמה המקורית,<sup>202</sup> והנטייה לראותה ככזו גבוהה יותר מההכרה המוענקת למבנים.

מלבד הנטייה להעניק לתוספת קרקע מעמד של קרקע טבעית ביתור קלות מאשר למבנים, אין כל הבדל של ממש בין ההסדרים.

**(ב) דין תוספות במשפט העברי**

כפי שיובהר להלן, המשפט העברי אינו מבחין בין קרקע במצבה הטבעי לבין תוספות. על פני הדברים נראה כי העיקרון המנחה העומד בבסיס ההלכות הדנות בתמיכה במקרקעין הוא שלבעלים של קרקע הגובלת בחלקה שכנה זכות לעשות בחלקתו ככל העולה על רוחו, וכדברי רבי יוסי,<sup>203</sup> שההלכה כמותו בעניין זה:<sup>204</sup>

אף על פי שהבור קודמת לאילן – לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו.

דהיינו: אף אם בעל חלקה אחת חפר בור סמוך למצר, ושכנו מבקש לנטוע עץ בסמוך למצר ממש, וברי כי שורשיו של עץ זה יפגעו בדפנות הבור ויערערוהו כחלוף השנים – אין בכך כדי למנוע מהנוטע לפעול ב"שרירות בעלים". אולם, על קביעה זו להישפט הן לאור רקעה העקרוני והן לאור הפרשנות המעשית שניתנה לה בדברי הגמרא והפוסקים. למעשה, בחינה מדוקדקת של ההלכה מובילה למסקנה שמקור האיסור

198 *Bardley v. Valicenti*, 138 A2d 238 (1958).

199 שם.

200 *Urosevic v. Hayes*, 590 SW2d 77 (1979).

201 פרשת *Olson*, הערה 174 לעיל.

202 *Powel*, הערה 2 לעיל, בסעיף [1]63.02.

203 בבא בתרא, כה, ב.

204 בגמרא שם (דברי רב יהודה בשם שמואל); רמב"ם, שכן"ם, י, ה; טור ושו"ע, חו"מ, קנה, לב.

לפגוע במקרקעי הזולת דומה לאיסור בדבר "שימוש לרעה" בזכות הבעלות, בדומה לסעיף 14 לחוק המקרקעין, שעל הקשר בינו לבין זכות התמיכה במשפטנו עמדתי לעיל. במישור העקרוני, הקביעה כי מותר לאדם לפעול בשרירות בעלים אף אם יפגע ברכושו של חברו, אינה יכולה לעמוד. ההלכה העברית מטילה על אדם חובה להימנע מגרימת נזקים לחברו, אף אם הם נגרמים כתוצאה ממעשים שעשה ברשותו.<sup>205</sup> איסור זה יש שלמדוהו מהפסוק "לפני עור לא תתן מכשול"<sup>206</sup> או מהפסוק "ואהבת לרעך כמוך"<sup>207</sup> ויש שתמכו יתדותיהם במאמר הכתוב כי "דרכיה [=של התורה] דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום".<sup>208</sup> מכל מקום, שוררת תמימות דעים לגבי הקביעה כי המזיק לחברו על ידי פעולה שביצע בתוך קרקעו שלו ושנתנה אותותיה ברכושו של חברו עובר על איסור הדת,<sup>209</sup> וזאת אף אם לא יחויב בבית דין בדיני ממונות אם יתבע אותו הניזוק בגין נזקיו. איסורים מסוג זה, הנסמכים על החובות הכלליות של עשיית הישר והטוב, רב להם המשותף עם החובה המוטלת על פי סעיף 14 לחוק המקרקעין המונע שימוש לרעה בזכות, אף כי במישור המעשי הם מרחיקים לכת מעבר לסעיף זה.

אף משאנו בוחנים את ההיקף המעשי של קביעתו של רבי יוסי, מתגלה כי ההיתר העקרוני לפעולה מצומצם עד מאוד, ולמעשה מוטלות על בעל מקרקעין מגבלות ניכרות ביותר בשימוש בקרקעו, במטרה למנוע פגיעות ביכולתו של חברו לנצל את קרקעו. בקיעים ראשונים בחוסנה של הקביעה מתגלים כבר בהבהרת סוגיית הגמרא שלפיה רבי יוסי מודה כי חל איסור לפגוע במקום בו המדובר במעשים המהווים "גירי דיליה"<sup>210</sup> (חיצים שלו; ר.ר.), וכפי שמסביר הרמב"ם:<sup>211</sup>

אבל אם היו מעשיו של זה שעושה ברשותו מזיקין את חברו בשעת עשייתו הרי זה כמי שמזיק בידו. הא למה זה דומה? למי שעומד ברשותו ויורה חצים לחצר חברו ואמר 'ברשותי אני עושה' שמונעים אותו.

205 וזאת מכוח הכלל לפיו גרמא (=גרימה עקיפה, שאינה על ידי מעשה ישיר בידים) בניזקין אסורה, וזאת אף אם הפוגע פטור בדיני אדם, ולא יחוייב בתשלום. ראו בבא בתרא כב, ב, ורש"י, שם, ד"ה "גרמא בניזקין אסור"; תוס', שם, ד"ה "זאת אומרת גרמא בניזקין אסור".

206 ויקרא יט, יד. ראו הרמ"ה, בבא בתרא, פב, אות קז.

207 ויקרא יט, יח. הרמ"ה, שם.

208 משלי ג, יז. ראו שו"ת הרא"ש, כלל קח, י; טור, חו"מ, קנה, כא.

209 אף כי קיימת מחלוקת לגבי השאלה אם האיסור הוא מהתורה (כך סובר הגר"א בביאורו, חו"מ, קנה, ח, לדעת הרמב"ם והרא"ש) או שהוא תקנת חכמים (ספר הישר לר"ת, תכב; קרית ספר, שכנים, פרק ט).

210 בבא בתרא, כה, ב, דברי רב אשי.

211 רמב"ם, שכנים, י, ה (ההדגשה הוספה).

צמצום זה, שאינו נראה משמעותי במבט ראשון מתגלה כמכיל עולם ומלואו, כאשר סוגיות רבות במקורות המשפט העברי, שחלקן יפורט להלן, מוכרעות בניגוד גמור לגישה המתירה "שרירות בעלים". סוגיות אלה מכריזות על עצמן כי ההכרעות שבהן הן אף לשיטתו של רבי יוסי, שכאמור – ההלכה כמותו, וזאת משום שבכל המקרים הללו מדובר ב"חצים שלו", ביטוי שפרשנותו הוגמשה במידה ניכרת.<sup>212</sup>

הדין בעל הדמיון המובהק ביותר לסוגייתנו במשפט העברי הוא זה הכופה על בעל מקרקעין המבקש לחפור בור בסמוך לשדה חבריו להרחיק את חפירתו לפחות שלושה טפחים (כ-25-30 ס"מ) מהמצר כדי שלא יפגע או ימוטט את כותל בורו או אף כותל בניינו של חברו.<sup>213</sup> הגמרא מבהירה כי הלכה זו היא אף לשיטת רבי יוסי, שכן הפגיעה בכותל הבור (או בכותל הבניין) מתרחשת באופן מיידי על ידי מלאכת החפירה עצמה.<sup>214</sup> הלכה זו שרירה אף אם חברו טרם חפר בור בשדהו, אך יש להניח בשל טבעו של השדה כי יעשה כן.<sup>215</sup> במקרה שאדם חופר בור סמוך לשדה שלא חופרים בה בורות בדרך כלל ("שדה שאינה עשויה לבורות") לא מוטלת עליו הגבלה זו, והוא רשאי לחפור על המצר ממש,<sup>216</sup> אלא שאם חברו יימלך בדעתו ויחליט לחפור בור בשדהו – על האחרון להרחיק עצמו ששה טפחים מבורו של חברו (שיעור שלושה טפחים לדופן של כל בור).<sup>217</sup>

212 וזאת אף מבלי להזכיר את הדעות לפיהן ראוי לעשות לפני משורת הדין ולהרחיק אף דברים שאינם בגדר חצים שלו; ראו רמב"ן, בבא בתרא, כו, א, ד"ה "הא דאמרין"; מאירי, בבא בתרא, כ, ב. דוגמא לגמישות בפרשנות המושג ניתן למצוא בסוגייה המחייבת להרחיק זבל וסיד ומלח מכותלו של השכן, שכן הם מעלים הבל רב מפאת חומם ומקלקלים את הכותל. גם במקרה זה פירשו כי הלכה זו היא אף לשיטת רבי יוסי, שכן נזקם של אלה הוא כ"חצים שלו", שכן החמימות הבוקעת מדברים אלה מזיקה את הכותל והדבר דומה כהנחת גחלת ליד הכותל; רמב"ן, בבא בתרא, כב, ב, ד"ה "לימא"; ראב"ן, שם, סימן א; רשב"א, שם.

213 וכך הדין אף לגבי אכסון חומרים סמוך למיצר כשאלה עלולים לפגוע בחוסנה של דופן הבור; בבא בתרא, יז, א; בבא בתרא, יט, א; רמב"ם, שכנים, ט, א ו-י; טור ושו"ע, חו"מ, קנה, י, יח. יש שסברו כי יש לחלק לגבי חובת ההרחקה של בור בין בור מלא מים ובור ריק; תוס', בבא בתרא, יז, א, ד"ה "לא יחפור"; שיטה מקובצת, בבא בתרא, יט, א, ד"ה "הא דאמרין בשם הראב"ד".

214 בבא בתרא, יז, ב "כל מרא ומרא דקא מחיית קא מרפית לה לארעא", ובתרגום חופשי: "כל מכה הניתנת על ידי את החפירה מרפה את קרקע".

215 בבא בתרא, יז, ב - מחלוקת אביי ורבא. הלכה נפסקה כרבא לרוב הדעות; ראו רמב"ם, שכנים, ט, י; שו"ע, חו"מ, קנה, יח.

216 שם.

217 תוס', בבא בתרא, יז, ב, ד"ה "אביי"; שם, יח, ב, ד"ה "ואי לא סמיך היכי משכחת לה"; רמב"ן, יז, ב (בפירוש השני, לו הוא מסכים); רשב"א, בבא בתרא, יז, ב, לפירוש ראשון; רמב"ם, שכנים, ט, י. עם זאת, יש שחלקו על גישה זו וקבעו כי השני אינו צריך אלא להרחיק שלושה טפחים מהמצר, שכן יכול הוא לומר לחברו "לא דייך שלא הרחקת

הדינים הנוגעים להרחקות במקרים השונים הם רבים ומגוונים, ואין כאן מקום אלא להתעכב על שניים נוספים: הדין הראשון קובע כי מי שבא לנטוע אילן סמוך למצר של שדה חברו חייב להרחיק את האילן מהגבול כדי שלא יעופו ציפורים מאילנותיו לשדהו של חברו ויזיקו את התבואה או הפירות.<sup>218</sup> לעניין שיעור ההרחקה נחלקו אם יש להרחיק ארבע אמות (2-2.5 מטרים), שש, שמונה או אף חמישים (!) אמות מהמצר.<sup>219</sup> אמנם אין מדובר במקרה הבא בגדרה של מניעת התמיכה במקרקעין, אולם קביעה זו מדגימה בצורה קיצונית במקצת את גישתו של המשפט העברי כלפי האיזון בין זכויותיהם של בעלי חלקות סמוכות לניצול מלא של קרקעותיהם, ועל הגבלת זכויות האדם בקרקעו הבאה להבטיח את זכותו של רעהו להנאה אופטימלית (בנסיבות העניין) מקרקעו שלו.

על פי הדין השני, כאשר פעילותו של בעל המקרקעין גורמת לנדנד כותלו של חברו, הפעילות היא אסורה הואיל והנדנד קשה לכותל. לפיכך נאסרה הפעלת ריחיים בסמוך (שלושה טפחים מהחלק התחתון של הריחיים שהם ארבעה טפחים מהחלק העליון) לכותל של חברו.<sup>220</sup> (ודוק: בסמוך לכותל, ולא בסמוך לקרקע של חברו), וכן נקבע כי על כותשי השומשום להרחיק את עצמם בשיעור שלא ינדרו בכתישתם את כותלי השכן.<sup>221</sup> מובן שגם הקרקע עצמה, במצבה הטבעי, זוכה להגנה בפני מעשים שיגרמו להתרופפותה.<sup>222</sup>

העולה מהאמור לעיל הוא כי המשפט העברי כופה על בעל המקרקעין משמעת בניצול קרקעו, ומגביל את השימושים העלולים ליצור פגיעה במקרקעין של השכן, או

מהמיצר שאתה מזיקני להרחיק ממיצרי יותר מהדין? ראו רמ"ה, בבא בתרא, שם, סימן כד; מגיד משנה, רמב"ם, שכנים, ט, י, בשם יש חולקים.

218 בבא בתרא, כו, א והראשונים על אתר.

219 ארבע אמות: רמב"ם, שכנים, י, ח; שו"ע, חו"מ, קנה, כה; ר"י מיגש, בבא בתרא, כו, א בשם רבינו הרב (הרי"ף); סמ"ע, חו"מ, קנה, ס"ק נח. שש אמות: גימורי יוסף על הרי"ף שם. שמונה אמות: טור, חו"מ, קנה בשם ה"ר יונה; רשב"א, בבא בתרא, כו, א בשם מורו. הלימוד בדבר הצורך בחמישים אמה הוא בהיקש מהסוגייה בדבר הרחקת גורמים מזיקים פוטנציאליים מהעיר; ראו בבא בתרא, כד, ב.

220 משנה, בבא בתרא, יז, א; בבא בתרא, כ, ב; רמב"ם, שכנים, ט, ג; שו"ע, חו"מ, קנה, ז.

221 בבא בתרא, כה, ב. קביעה זו אף היא לשיטת רבי יוסי, שכן ההכאה בשומשומין פוגעת באופן ישיר ביציבות הכותל, בכל מכה ומכה. אף כי הרמב"ם, שכנים, יא, ג מסביר בטעם העניין כי הדבר מנדנד את "חצר חבירו", מבהיר המגיד משנה כי כוונתו לכותל החצר. ראו גם שו"ע, חו"מ, קנה, טו; סמ"ע, שם, ס"ק לו.

222 ראו, למשל, הקביעה כי בנזקים הנגרמים מחרישה, מזריעה ומגומא שמילאו במי רגליים, אין מקום לחלק בין סוגי כתלים שונים (נושא שלא נדון לעיל, שכן אין בו כדי לשרת את מטרת הדין במאמר זה), שכן מפגעים אלה ממוטטים את יסוד הקרקע עצמו ולפיכך הם אסורים בכל מקרה. ראו בסמ"ע, חו"מ, קנה, ס"ק כה; נתיבות המשפט, שם, ס"ק כב.

אף בפוטנציאל הניצול של המקרקעין. גישה זו נובעת מחיובו של המאמין בשמירה על אמות מידה של "ואהבת לרעך כמוך", ואינו מעיקר הדין. מבסיס זה, המבוסס על עשיית הטוב והימנעות מרע – שסעיף 14 לחוק המקרקעין דומה לו במידת מה – נבנה האיסור לפגיעה בקרקע הזולת המהווה את הפן השלילי של הזכות לתמיכה במקרקעין.

### (ג) דין תוספות במשפט הישראלי

כבר בתקופה שלפני חקיקת חוק המקרקעין פקפקו בחלותה של ההבחנה בין קרקע לתוספות במשפט הישראלי.<sup>223</sup> כיום, נראה כי הבחנה זו אינה קיימת במשפט ארצנו. סעיף 48א מגן על "מקרקעין". לעניין זה נראה כי אין חשיבות אם נאמץ את ההגדרה שבסעיף 2 לפקודת הנזיקין או את זו שבסעיף 1 לחוק המקרקעין. על פי סעיף 2 לפקודת הנזיקין, "מקרקעין" הם: "קרקע, עצים, בתים, בנינים וקירות או מבנים אחרים". על פי סעיף 1 לחוק המקרקעין מדובר ב"קרקע, כל הבנוי והנטוע עליה וכל דבר אחר המחובר אליה חיבור של קבע, זולת מתוברים הניתנים להפרדה".<sup>224</sup> המסקנה המתבקשת היא שיש זכות תמיכה למבנים בקרקע השכן, ואף ממבנים בקרקע התומך,<sup>225</sup> שהרי הסעיף עוסק ב"מקרקעין" התומכים ב"מקרקעין".

### (ד) סיכום

הגישה במשפט המקובל יוצרת הבחנה שאינה נראית מוצדקת, וספק אם היא בכלל נחוצה, בעיקר כשמדובר בקרקע שנועדה לבנייה. גישתו של המחוקק הישראלי עדיפה ללא ספק, ונראה כי הקביעה שלפיה מבנים זכאים לתמיכה אך גם חייבים לתמוך במבנים השכנים חותרת לאיזון הרצוי בנסיבות העניין. בעלים המעוניין להגביה את בניינו או לנצל היתר בנייה נוסף שניתן לו, עדיין מחויב לשמור על בניינו של רעהו. אשר למקרים שבהם הנזק שייגרם לשכן קטן לאין שיעור מזה שעלול להגרם לבונה, הנה בעניין זה הבעתי דעתי לעיל, ואשוב לדון בו לקראת סוף חיבור זה.

### 2. ניקוז מים

קביעה תמוהה במקצת של המשפט האנגלי גורסת שלאדם קיימת זכות לייבש מקור מים מתחת לקרקעו, אף אם ייבוש זה יגרם לייבושו של מרבץ התומך בקרקע של שכנו

223 פרשת למפרט, הערה 47 לעיל.

224 ייתכן כי לעניין זה תהיה נפקות לגבי מחוברים הניתנים להפרדה, שספק רב אם זכאים הם לתמיכה. לפי ההגדרה שבפקודת הנזיקין ניתן אולי לגרוס כי גם אלה זכאים לתמיכה. לעניין זה יש חשיבות לדיון שנערך לעיל בשאלת פרשנותו של סעיף 48א.

225 ראה קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 113. הדין אינו כך במדינות המשפט המקובל.

ולשקיעתה של זו.<sup>226</sup> זכות זו היא לייבוש מים – שכן אלה לא נחשבים כתומכים – אך לא לגבי סחופת, חול וזפת.<sup>227</sup> ההנמקה שניתנה לאי-מתן זכות התמיכה על ידי מים היא כי הדבר מותר:<sup>228</sup>

Since at common law this is something the adjoining landlord is entitled to do.

העדר הנמקה מעין זה יתקשה לעמוד במבחן הביקורת. בארצות-הברית הדעות חלוקות: במרבית המדינות חל כלל שלפיו ייבוש מים שלא במסגרת "reasonable use" הגורם התמוטטות נחשב כהסרת תמיכה המקנה זכות תביעה.<sup>229</sup> במדינות אחרות נפסק כי יש לתומך זכות לייבוש קרקעו אך אם הדבר גורם להתמוטטות,<sup>230</sup> וההנמקה שניתנה לכך הייתה כי במקרה כזה לא החפירה או הייבוש הם הגורמים להתמוטטות, אלא כוחות הגרביטציה הפועלים על הקרקע הטבעית.<sup>231</sup> הנמקה זו, מלבד היותה מתמיהה לכשעצמה, עומדת בסתירה להלכות אחרות בארצות-הברית.<sup>232</sup> כיום מוסדר נושא זה בחלק ממדינות ארצות-הברית. לעניין זה גורס ה-Restatement כי אין לתומך זכות לפגוע בתמיכה על ידי שאיבת מים, מינרלים וכדו' מקרקעו.<sup>233</sup> ניתן היה לחשוב כי בכך הושווה דינם של מים ודומיהם לדין הכללי הנוגע לתמיכה, אולם עיון בלשון ה-Restatement מעלה מסקנה שונה: לא מוטלת חובה

*Popplewell v. Hodkinson* [1869] L.R. 4 Ex. 248; *Acton v. Blundell* [1843] 12 M&W 226  
*Stephens v. Anglian* 324; *Chasemore v. Richards* [1859] 7 HL Cas 349  
*Water Auth.* [1987] 3 All ER 379

*Trinidad Asphalt Co. v. Ambard* [1899] A.C. 594 227  
בהילכת *Chasemore*, הערה 226 לעיל, שם נקבע כי לאדם הזכות להשתמש בקרקעו, ובכלל זה המים מעליה או מתחתיה, וזאת ללא שיהא עליו לחוש לתוצאות העלולות להיגרם לשכניו. אין בהנמקה זו כדי לשפוך אור על התעלומה שבמתן אפשרות למניעת תמיכה על ידי ייבוש מים, שהרי לכאורה זכותו של אדם להשתמש במימיו אינה שונה מזכותו לשמוש באדמה שבשטחו. ייתכן כי המקור למתן זכות זו נובע מהצורך החיוני בשאיבת מים למזיה, ומאי-הרצון להטיל הגבלות על פעילות חיונית מעין זו (שאיין להשוותה לחפירה בקרקע למטרות בינוי והרחבה).

*Riddall*, הערה 119 לעיל, בעמ' 58. 228

פרשת *N.Y. Cent. R.R. Co.*, הערה 117 לעיל, וזו הדעה שאומצה ב-1 *Am Jur* 2d, p. 741. 229

*U.S. v. Shapiro, Inc.*, 202 F2d 459 (1953); המדובר כיום בעשר מדינות בלבד בארה"ב; ראו לעניין זה Michael A. Dorelli & Joseph C. Bowman, "Recent Developments in 230

Property Law," 32 *Ind. L. Rev.* 973 (1999).

*Harrison v. McOwen*, 30 SE2d 740 (1944) 231

ראו למשל *Schultz v. Bower*, 59 NW 631 (1894) 232

*Restatement (Second) Of Torts*, 818 233

לשמור על התמיכה בקרקע הזולת, בדומה לכלל הרגיל הנוגע למניעת תמיכה, אלא אך מצוין כי לתומך לא קיימת זכות לפגוע בה בדרך זו (שעה שקמה לו זכות לשאוב מים מקרקעו לצורכי שתייה, אף אם קרקע חברו עלולה להינזק כתוצאה מכך). על הבחנה זו עמדו בארצות-הברית בפרשה הנחשבת מנחה בעניין זה גם כיום.<sup>234</sup> כמו כן, גם במדינות שבהן חל "הכלל האנגלי", המעניק לבעל המקרקעין זכות לפגוע במקרקעי רעהו באמצעות יבוש הקרקע, פורשה הזכות בצמצום.<sup>235</sup> לפיכך לא ברור מה היקף ההגנה המוענקת על ידי הדין האמריקני, אולם דומה כי היקפה מצומצם יותר מההגנה בפני פגיעה כתוצאה מחפירה גרידא השוללת תמיכה.

את ההבחנה בין "זכות" ל"חובה" ניתן אולי להצדיק, כך נראה לי, באיזון אינטרסים שביצע המחוקק בין זכותו של בעל קרקע לשאוב מים מקרקעו ומחובתו שלא לפגוע בקרקע רעהו. עניין זה שונה במידת מה מזכותו של בעל המקרקעין לפתח את קרקעו, שהרי כאן אין המדובר בתוספת פיזית לקרקעו אלא בניצול המים שבה או בהטבת סוג הקרקע על ידי יבושה.

מכל מקום, סבורני כי פטורים אנו מעונשה של דעה זו בישראל, שכן לא נמצא כל רמז בדין הישראלי לחלוקה בין פעולה פלונית הגורמת להסרת תמיכה, שהיא אסורה, לפעולה אלמונית שהיא מותרת, ודומה כי החוק בישראל חל על מניעת תמיכה בכל דרך שהיא.

### 3. תמיכה תת-קרקעית

זכות התמיכה חולקה בדרך כלל לתמיכה צדית ולתמיכה תחתית. הצורך בתמיכה תחתית קם, בדרך כלל, כאשר הבעלות "בפני השטח" ומתחתיו נמצאת בידי בעלים שונים (במקומות שבהם הדבר אפשרי, בעיקר בבתי-דירות), או כאשר לאדם אחר, מלבד הבעלים, מוקנית זכות להשתמש במחצבים שמתחת לקרקע. הכוונה בעיקר לאדם הקונה זכויות לכריית מינרלים. הצורך בתמיכה מעין זו קם גם בבניין דירות, ובעניין זה אדון בפרק נפרד.

<sup>234</sup> *Friendswood Dev. Co. v. Smith-Southwest Ind.*, 576 SW2d 21 (1978).

<sup>235</sup> כך נקבע תחילה כי הזכות אינה מגינה על פגיעה שנגרמה על ידי פעולה הגובלת בזדון – *Wiggins v. Brazil Cool & Clay Crop*, 452 N.E. 2d 958, 964 (1983); לאחרונה חייב בית המשפט העליון באינדיאנה את הרשות המקומית במקרה דומה, על אף שקבע כי "הכלל האנגלי" חל, אולם פירש אותו כך שלא יחול בצורה דווקנית, תוך שהוא מסתמך, בין היתר, על העובדה שבמרבית המדינות אין מחילים כלל דומה, ועל כך שהכלל מביא לתוצאות קשות; ראו *City of Valparaiso v. Defler*, 694 N.E.2d 1177, 1182 (1998).

(א) תמיכה תת-קרקעית במשפט המקובל

באנגליה נקבע כי על כורה מוטלת חובה שלא לפגוע בפני השטח, אך הוא עצמו אינו זכאי לתמיכה מבעל פני השטח אלא אם השתמעה כוונה חד-משמעית כזו ממלים או מרמיזה ברורה.<sup>236</sup> במקרים מסוימים יש הסדרים מיוחדים בחקיקה, בעיקר לשם הגנת אינטרסים לאומיים,<sup>237</sup> אף במקרים אלה התביעה מותנית בנוק. בארצות-הברית העיקרון הוא שאותם כללים חלים דרך כלל על תמיכה עלית וצדית. כן נקבע כי חובת התמיכה היא הדדית, וחלה גם על בעל פני השטח ולא רק על הכורה.<sup>238</sup> זכות זו אינה נוצרת מכוח זיקת הנאה אלא מכוח זכות קניינית מהמשפט המקובל, בדומה לזכות תמיכה "רגילה".<sup>239</sup> לעניין זה חשוב לציין כי נפסק שדי בכך שנפגעה היכולת להשתמש בקרקע שימושים שהם טבעיים לה;<sup>240</sup> משמע: די, לכאורה, בנוק כלכלי כדי להקים עילת תביעה. כן קיימים הכללים הרגילים: האחריות כלפי מבנים מוחלטת רק משנפגעה גם הקרקע פגיעה של ממש;<sup>241</sup> חופר שהשאיר תמיכה מספקת וחליפו פגע בה, האחרון אחראי לברו.<sup>242</sup> זכות התמיכה ניתנת לווייתור, ודבר זה נפוץ במיוחד במכירת זכויות כרייה. הזכות לתמיכה תת-קרקעית מהווה, לפי חלק מהדעות, מעין "תנאי מכללא" בהסכם בין בעל הקרקע לתומך, ולפיכך תנאי ברור ומפורש בחוזה יכול להוציא מזכות זו.<sup>243</sup> על בתי המשפט בארצות-הברית נמתחה ביקורת בגין נטייתם לאשר חוזים מעין אלה גם כאשר הנסיבות העלו חשד לפגיעה בחופש החוזים.<sup>244</sup> באנגליה הסתפקו בהבנה מכללא הכרחית אף לצורך הסקת ויתור על זכות התמיכה, כגון כאשר ברור היה מלכתחילה שהכרייה תפגע בפני השטח.<sup>245</sup> הוכחה שכרייה רווחית תצריך פגיעה בפני השטח לא נתקבלה כהבנה מכללא.<sup>246</sup>

- 236 *Warwickshire Coal Co. v. Corp. of Coventry* [1934] 1 Ch 488.  
 237 כך, למשל, נקבע לגבי הפחם כי ל-British Coal זכות בלעדית לכרייה, ומותר לה לפגוע בתמיכה ובלבד שתשלם פיצויים. ראו Coal Industry Nationalisation Act 1946 וסעיפים 3-2 ל-Coal Industry Act 1975.  
 238 פסק דין *Colorado Fuel & Iron Corp.*, הערה 5 לעיל.  
 239 *Carlin v. Chappel*, 101 Pa 348 (1882).  
 240 *Cole v. Signal Knob Coal Co.*, 122 S.E. 268 (W. Va. 1924).  
 241 פסק דין *Breeding*, הערה 176 לעיל.  
 242 *Platts v. Sacramento N. Ry.*, 205 Cal. App. 3d 1025 (1988).  
 243 *Clerk & Lindsell*, הערה 145 לעיל.  
 244 *Hand & Smith*, הערה 1 לעיל, בעמ' 103.  
 245 *Clerk & Lindsell*, הערה 145 לעיל.  
 246 *Wath-Upin-Deane v. Brown & Co.* [1936] 1 Ch 172.

העולה מן האמור לעיל הוא שקיים דמיון רב – כמעט מוחלט – בין התמיכה הצדית לזו התחתית. אשר לקביעה באנגליה, שלפיה הכורה אינו זכאי להגנה ותמיכה מבעל פני השטח – קביעה זו תמוהה, ואינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שבדין התמיכה. ייתכן כי מקורותיה נעוצים אף הם בסיבה היסטורית, שהרי הכורה רוכש את זכותו מהבעלים, וייתכן כי דרכו של עולם הייתה שהסכם הרכישה מסיר את חובת התמיכה של הבעלים.

### (ב) תמיכה תת-קרקעית בישראל

סעיף 48א דן ב"מקרקעין" שיש בהם משום הגנה ל"מקרקעין שכנים". כל פרשנות של המונח "מקרקעין" אינה מתיישבת עם חלוקה של הקרקע לרוכד תחתון ועליון. ודאי שאין אפשרות לחלוקת הבעלות בין בעלים תחתון לבעלים עליון (למעט בבית-דירות). עם זאת, אין מניעה שבעל מקרקעין יחזיר לאחר זכות שימוש מתחת לקרקעו. האם עקב הבעיה בפירוש המונח "מקרקעין" לא יזכה העליון לתמיכה?

לדעת קרצ'מר, סעיף 11 לחוק המקרקעין עניינו אך בהגדרת גבולה של הבעלות, והוא כלל אינו מתייחס למונח "מקרקעין"<sup>247</sup> – ולפיכך אין להסיק מסעיף זה לענייננו ולקבוע שקיימת זכות לתמיכה תחתית.

כשלעצמי סבור אני שאין כל היגיון במניעת הזכות לתמיכה תחתית. כוונת המחוקק ברורה – הענקת תמיכה למקרקעין; אין היגיון בקביעה שדווקא במצב שבו בעל המקרקעין חשוף לפגיעה הסבירה ביותר בקרקעו – פגיעה בשל חפירה מתחת לקרקע – לא יחול הסעיף. אמנם אין הכרח להגיע למסקנה זו מלשון הסעיף, במיוחד בשל השימוש במילה "מקרקעין"; אולם, שלא כקרצ'מר, סבורני כי יש מקום להסיק מסעיף 11 על כוונת המחוקק בענייננו. כאשר נקבע כי הבעלות "מתפשטת בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע", ומשנוכחנו שקיימת סבירות גבוהה שזכות התמיכה היא מעין זכות נלווית לזכות הבעלות, שומה עלינו להסיק כי היקפה הפיזי לכל הפחות דומה לזה של זכות הבעלות. מובן, שכל קביעה כזו כפופה לכל דין ברבר "מים, נפט, מכרות, מחצבים וכיוצא באלה", אולם דבר זה מובן מאליו אף ללא כל צורך להיזקק לסעיף 11 עצמו. אף כאן יחולו הדינים המתירים התנאה על קיומה של הזכות. כן יש להניח, שכאשר ברור שלא ניתן לכרות כרייה נאותה ללא פגיעה בפני השטח, אף אם לא נאמר דבר בעניין זה בהסכם – חזקה שהנתמך ויתר על זכותו לתמיכה.<sup>248</sup>

247 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 113, הערה 7. קרצ'מר עצמו סבור שקיימת זכות לתמיכה תת-קרקעית בישראל, אך אינו מסביר מדוע. ראו שם, בעמ' 115.

248 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 115 והאסמכתאות שם. בעיה בגישה זו היא שמדובר בהחלת תורת התניות מכללא בישראל, כאשר מקובל שאלה כבר אינן חלות במשפט הישראלי. אולם, דומה שכאשר הפרשנות הסבירה היחידה של ההסכם בין הצדדים מצריכה הסקת תנאי שאינו מופיע בו מפורשות – לא תעמוד גישה זו לרועץ לפרשנות. אף

#### 4. סיכום

לאחר סקירת הסוגיות המרכזיות בשאלת היקף הזכות, דומני כי מתבררים מאליהם יתרונות השיטה שנקט המחוקק הישראלי. בסעיף 48א לא נקלטו הבחנות מלאכותיות ומיותרות בין קרקע לתוספות, בין הסרת תמיכה מסוג זה או אחר או בין תמיכה צדית לתחתית. אשר לבעיות העולות בעניין זה מלשוננו של החוק – על אלה עמדתי לעיל. סוגיית האיזון הנאות בין זכויותיהם של השכנים לפיתוח קרקעם לבין הזכות לתמיכה מתברר בפרק העוסק בדיון הרצוי.

### ז. הרחבות של זכות התמיכה

#### 1. חובת עשה וזכות הכניסה למקרקעי הזולת

##### (א) גישת המשפט המקובל

טבעה של זכות התמיכה הוא שלילי בעיקרו, ולפיכך הכלל הוא שאין חובה על הבעלים הכפופים לעשות מעשה אקטיבי לשם שמירת התמיכה.<sup>249</sup> לעתים מותרת הכניסה למקרקעי התומך כדי לבדוק את מצב התמיכה ואף לתקנה, ולעניין זה נקבע כי הנתמך חייב לבצע בעצמו מעשים כדי להגן על קרקעו,<sup>250</sup> ואין הוא יכול לשבת בחיבוק ידיים עד להתרחשות הנזק ואז לתבוע את התומך.<sup>251</sup> החריגים לכלל זה, רובם ככולם, אינם חריגים של ממש. כך, למשל, נקבע, כי אדם שהסיר את התמיכה הטבעית לקרקע שכנו ובנה במקומה קיר תומך חייב לשמור על תקינותו של קיר זה.<sup>252</sup> הוא הדין אף לגבי מי שרכש קרקע שהוקם בה קיר תומך במקום התמיכה הטבעית.<sup>253</sup> חריג אחרון זה כלל אינו "חריג", שהרי ברור כי הקונה אינו יכול לרכוש יותר ממה שהיה למוכר. כן ברור שניתן לקבוע בהסכם שהתומך יצטרך לבצע מעשים אקטיביים לשמירה על קרקע הנתמך.

כי אין לקבוע כלל גורף ונוקשה, שלפיו במקרים מסוימים תמיד נראה את ההסכם ככולל תניה שלפיה יש לתמוך במקרקעין, לעתים השכל מחייב זאת, ולבית משפט קיים, כמובן, שיקול הדעת לקבוע כי כן הדבר.

249 Sack v. Jones [1925] Ch 235.

250 פסק דין Abbinett, הערה 91 לעיל.

251 Bond v. Nattingham Cor. [1940] Ch 429, 438-439.

252 Salmon v. Peterson, 311 NW2d 205 (1981).

253 Gorton v. Schofield, 41 NE2d 12 (1942).

אשר למחליף התמיכה הטבעית במלאכותית, הנה ניתן לומר כי זה לקח על עצמו את הסיכונים הטבעיים הכרוכים בכך. תמיכה מלאכותית היא מטבעה קצרת ימים וחלשה יותר מתמיכה טבעית. אין כל היגיון או צדק להטיל את הסיכון שנוצר עקב החלפת התמיכה על הנתמך, ולפיכך מחייב השכל הישר שיוצר הסיכון הוא שיהא אחראי לכך שזה לא יתממש. מסיבה זו – של הטלת הסיכון על יוצרו – נקבע כי התומך אינו חייב להוסיף חיזוק לתמיכתו בשל מבנים נוספים שבנה הנתמך על קרקעו, וחובת החיזוק מוטלת על הנתמך.<sup>254</sup> מובן גם שחובת עשה הקבועה בהסכם או בזיקת הנאה אינה בגדר "חריג לכלל".

חריג לכאורי לכלל – שלפיו אין חובת עשה – מצוי בהלכה שלפיה מי שקנה מידי תומך שהסיר את התמיכה<sup>255</sup> עלול למצוא את עצמו אחראי ברשלנות אם לא השיב את התמיכה.<sup>256</sup> סבורני כי אף זה אינו חריג של ממש: הקביעה כי אדם חב ברשלנות מחייבת כי ביצע מעשה שהוא בגדר התרשלנות. אין כל חידוש בקביעה כי מי שהתרשל חב ברשלנות, ונראה כי החידוש אינו אלא בכך שמוכרת חובת זהירות מושגית ואף קונקרטית בנסיבות העניין המתוארות לעיל. הואיל וממילא מוטלות חובות זהירות ביד רחבה למדי, בעיקר כאשר מדובר ביחסי שכנים (די אם נציין כי אחד ממבחני ה"חובה" מכונה מבחן ה"שכנות"), נראה כי החידוש והחריג שבקביעה הנ"ל מוטלים בספק.

חובת ההודעה המוטלת על תומך בטרם יבצע בקרקעו עבודות העלולות לפגוע במבניו של רעהו אינה יכולה להיחשב לחובת עשה, שהרי לא קמה בעקבותיה כל חובה של התומך לבצע מעשה בקרקעו. עם זאת, הודעה זו מקימה לנתמך את הזכות להיכנס למקרקעיו של התומך כדי לבחון מה תהיה התמיכה הדרושה למקרקעיו.<sup>257</sup> בעוד שלא מוטלת חובת עשה על התומך, לנתמך מוקנית לעתים זכות כניסה למקרקעי התומך לשם בחינת התמיכה הנדרשת לקרקעו, ואף לשם ביצוען של עבודות הנדרשות לשם תמיכהבה. זכות זו, שמקורה במשפט המקובל, היא זכות הודנית, ואף לתומך יש הזכות להיכנס לקרקע הנתמך כדי לבצע בה עבודות למניעת פגיעה בתמיכה על ידי החפירות המבוצעות בקרקעו הוא.<sup>258</sup>

254 פסק דין Klebs, הערה 4 לעיל. חובות של הקמת תמיכה על ידי הבונה נקבעות כיום, בדרך כלל, כתנאים בהיתרי הבנייה הניתנים לבונה.

255 הכלל הוא שהקונה אינו אחראי על הסרת תמיכה של המוכר, אלא אם הוא עצמו גרם להסרה. ראו, למשל, פסק דין Platts, הערה 242 לעיל; Vecchio v. Pinkus, 833 SW2d 300 (1992). כאשר מוחלפת תמיכה טבעית במלאכותית אין מדובר בהסרת תמיכה על ידי המוכר, אלא בהגדלת הסיכון. הקונה רכש קרקע עם סיכון ועליו לשמור כי זה לא יתממש. כאשר המוכר הסיר את התמיכה הרי שביצע עוולה, והאחריות עליה אינה עוברת במכירה.

256 פסק דין Gladin, הערה 177 לעיל.

257 Pugh-Smith, הערה 17 לעיל, בעמ' 53.

258 Exchange Nat'l Bank v. Code, 163 N.E.2d 554 (1960).

לעתים קובע החוק בארצות-הברית כי זכות הכניסה למקרקעי הזולת בסיטואציות אלה מותנית במתן רשות על ידי הבעלים השכן.<sup>259</sup> בהעדר קביעה חוקית כזו – אין צורך ברשות.<sup>260</sup>

הקביעה שלפיה לא מוטלת חובת עשה אינה מפתיעה בהתחשב באופייה השלילי של הזכות. לפיכך יקשה אף להסיק ממנה מסקנות בדבר טיבה של הזכות – אם במקרקעי הזולת או כלפיהם, שהרי אף לו הייתה זו זכות במקרקעי הזולת, קרוב לוודאי שטיבה השלילי לא היה מחייב עשייה אקטיבית.

לעומת זאת, זכות הכניסה למקרקעי הזולת מהווה חריגה של ממש לכלל שלפיו מגינה הבעלות על הקרקע בפני פלישה ומוגנת מפניה. ייחוד הבעלות מוגן בשיטות המשפט השונות על ידי עוולה של הסגת גבול, ולפיכך זכות הכניסה, שאף אינה מותנית ברשות, מפתיעה במיוחד. העובדה כי זכות זו מלווה בזכות להקמת תמיכה בשטח השכן מפתיעה שבעתיים.

קביעה זו, סבורני, מחזקת את ההשערה שלפיה מדובר בזכות במקרקעי התומך, שאם לא כן – מנין קמה הזכות לחדור אליהם? מאידך גיסא ניתן לגרוס שאין בכך בהכרח כדי להצביע דווקא על מגמה זו. זכותו של בעל המקרקעין לשלמות מקרקעיו אינה מקנה לו כל תביעה כלפי רעהו, המעוניין לשפר את קרקעו הוא. אולם, בעקבות האנומליה הנוצרת בשיטות המשפט המקובל בשל ההבחנה בין מבנים לקרקע, נוצר צורך להקנות לנתמך אפשרות להגן על מבניו.<sup>261</sup> הצורך באיזון גרס לפגיעה בבעלותו של התומך, אך זאת כדי להגן על בעלותו של הנתמך: אין בכך כדי לחייב את המסקנה כאילו המדובר בזכות במקרקעיו של התומך בדווקא.

#### (ב) חובת עשה במשפט האזרחי

דומה כי אף המשפט האזרחי אינו מטיל חובת עשה על התומך, למרות קיומם של הדים לגישה המאפשרת לנתמך לחדור לקרקעו של התומך לצורך ביצוע עבודות הנחוצות לשמירה על התמיכה.

הדין הגרמני, בדומה למשפט המקובל, אינו מטיל חובה אקטיבית על התומך לשמור על התמיכה, אף כי הוא מעניק זכות כללית לנפגע לדרוש מהפוגע להסיר מפגע (סעיף

259 1.Am Jur 2d, pp. 729, 732

260 Smith v. Roberts, 370 N.E.2d 271 (1977)

261 יוער בשולי הדברים כי הדין בזכות הכניסה נסב אודות כניסה למקרקעי תומך העומד לפגוע במבנים, זאת למרות שאין מניעה תיאורטית כי הנתמך ירצה להכנס אף שעה שנשקפת סכנה לקרקעו. יש לציין כי בעוד הפגיעה בקרקע הינה, למעשה, אסורה, הרי שהפגיעה במבנים מותרת, כשאינה בגדר רשלנות ולפיכך אין טבעי הוא כי היא המהווה נושא הדין.

1004 ל-BGB). כאשר בניין של התומך עומד בפני סכנת התמוטטות ניתנת לנתמך הזכות לדרוש מהתומך לנקוט את הצעדים הדרושים להסרת הסכנה (סעיף 907 ל-BGB), אף כי לא מוענקת לו זכות לחדור לקרקע חברו לצורך עשיית מעשה. עצם הקביעה שניתן לדרוש מהנתמך לבצע מעשים אקטיביים לצורך השמירה על התמיכה – אף כי זו מוגבלת למקרים קיצוניים של התמוטטות צפויה של בניין – עשויה הייתה ללמד על גישה עקרונית המוכנה להכיר בהטלת חובת עשה על התומך; אולם דומה כי מקרה של התמוטטות צפויה אינו אלא מקרה ספציפי של רשלנות, ולפיכך חובת העשה במקרה פרטי זה, שיש בו אשם של ממש במעשיו של התומך, אינה יכולה ללמד על הכלל כולו.

סעיף 1006 לקוד היווני מחיל הסדר הזה לזה שקובע ה-BGB.

הדין הצרפתי, העוסק בפגיעה בתמיכה במסגרת הדיון בזיקות הנאה, קובע ככלל כי בזיקות הנאה הנובעות ממצבם הטבעי של המקרקעין (שהפגיעה בתמיכה היא אחת מהן; ראו סעיפים 639 ו-674 ל-Code Civil), מוענקת זכות לבעל זיקת הנאה לבצע כל עבודה נחוצה לצורך השמירה על זיקת הנאה, אולם עליו לשאת בהוצאות הנחוצות לצורך כך. מכאן עולה האפשרות כי על אף שלא מוטלת על התומך חובת עשה, הקביעה שלפיה יש לנתמך זכות לבצע "כל עבודה נחוצה"<sup>262</sup> פירושה כי מוענקת לו, בין היתר, זכות כניסה למקרקעי התומך לבצע את העבודות הדרושות.

#### (ג) חובת עשה בישראל

סעיף 48א דן ב"עשיית דבר המונע או שולל" את התמיכה במקרקעי הזולת. מפשט הלשון עולה כי הסעיף דן רק במעשים של התומך הגורמים לנזק, ואין בו כל רמז לחובה לעשיית מעשים לשם שמירה על הקיים.<sup>263</sup> מסקנה אפשרית מקביעה זו היא שלא מוטלת חובה לעצור בפני כוחות טבע (כגון שיטפון) החולפים דרך קרקעו של פלוני, ויש בידו למנוע את המשך מרוצתם ופגיעתם הצפויה בקרקע הזולת.<sup>264</sup> כן אין חובה לשמירת תמיכה מלאכותית במצב תקין, אם כי מובן שפגיעה בה מהווה שלילת תמיכה.

262 על פי סעיף 697, "One to whom a servitude is due has the right to make all works necessary to use it".

263 לשאלת השפעתו של סעיף 14 לעניין זה ראו הערה 63 לעיל, והטקסט שליד הערות 131-144.

264 אף כי ייתכן שמעשה זה "נדרש" מכוחו של כלל "השומרוני הטוב". לטיבו והיקפו של כל זה ראו חנוך דגן, "הפרעל לשמירת עניין הזולת", משפטים כד 463 (תשנ"ה). לעתים עשויה התנהגות מעין זו להחשב רשלנות. ראו למשל פסק דין אייל, הערה 83 לעיל.

מובן כי זכות המוקנית מכוח הסכם או זיקת הנאה תגן על הנתמך. בסעיף אין כל רמז לזכות כניסה ותיקון, ובודאי שלא לזכות מעין זו ללא צורך באישור. משנקבעה בפקודה הוראה מפורשת בדבר הסגת-גבול, נראה כי יש צורך בלשון ברורה של המחוקק כדי לאפשר כניסה מעין זו. מאידך ניתן לגרוס שכניסה מעין זו אינה כניסה "שלא כדין" (כלשונו של סעיף 29 לפקודה), שהרי נועדה היא לשמר זכות שנקבעה בדין.

עניין זה טרם נדון בפסיקה, אולם נראה כי משנוכחנו שהמחוקק הישראלי לא מצא לנכון להבחין בין חובת התמיכה לקרקע ולמבנים, לא קם יותר הצורך בזכות כניסה. החובה המוטלת על התומך חלה כלפי כל סוגי הקרקע, והחשש כי זה יחליט שלא לקיים את חובתו ולפעול שלא כדין אינו נראה מספיק לשם הענקת זכות כניסה כדבר שבשגרה, מה גם שניתן לעתור לבית המשפט לקבלת צו מניעה כנגד הפועל למניעת התמיכה. עם זאת נראה, כי מכוח סמכותו הטבועה רשאי בית המשפט להעניק צו כניסה למקרקעי הזולת ולפעולה בהם כאשר הנוק הצפוי ברור וידוע. יש להניח שמקרים אלה יהיו נדירים, ולו רק בשל הקושי ההוכחתי הרב.

#### (ד) סיכום

אף כי לא מוטלת חובת עשה על התומך, הנה הקביעה שלפיה מותר לנתמך להיכנס למקרקעיו העלתה את שאלת סיווגה של הזכות פעם נוספת. שאלה זו אינה מתעוררת בישראל, שכן נראה כי הכלל לפיו מוענקת זכות כניסה ותיקון אינו חל בענייננו. בעניין זה שומה על בית-המשפט לבחון כל מקרה לגופו, ובמקרים מתאימים להעניק זכות לנתמך להגן על עצמו. יש להפעיל אף את השיקולים הכלליים הנוגעים לגודל היחסי של החלקות, לפגיעה היחסית וכדומה.

המסקנה שלפיה לא מוטלת חובת עשה על התומך אינה משתנה אף לפי סעיף 14 לחוק המקרקעין, שכן אף זה דן בעשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות ולא בעמידה ללא מעש.

#### 2. תמיכה במקרקעין שאינם גובלים

עניין זה לא נדון בהרחבה. הכלל במשפט המקובל הוא שגם תומך שאינו גובל בנתמך אחראי לפגיעה במקרקעי הנתמך.<sup>265</sup> כאן אמנם תתעורר סוגיית הקשר-הסיבתי, אך בהנחה שזה הוכח, מוטלת על מסיר התמיכה אחריות כמו על כל תומך אחר (מוגברת/מוחלטת – בהתאם לגישה). לכלל זה יש חריג, ולפיו אם החלקה הגובלת – זו המפרידה בין התומך לנתמך – עורערה על ידי בעליה, ואלמלא פגיעה זו בה לא היה

<sup>265</sup> *Lugin v. Dobson*, 104 A2d 95 (1954).

במעשיו של התומך כדי לפגוע בנתמך, כי אז לא מוטלת אחריות על התומך שאינו גובל.<sup>266</sup> הנמקת הכלל נעוצה אף היא בהבחנה בין קרקע במצבה הטבעי לבין קרקע בנויה, כשהתומך אחראי אך בשל פגיעה "טבעית". באנגליה, לעומת זאת, יש תימוכין לדעה שלפיה מסיר התמיכה הוא האחראי גם במצב זה.<sup>267</sup>

דומה שגם במשפט האזרחי אין יסוד לחלוקה בין מקרקעין הגובלים פיזית במקרקעין התומכים, לבין כאלה שאינם גובלים. הפגיעה בתמיכה מנויה בקודקסים האזרחיים בין סוגי המטרדים השונים, ומובאת בנשימה אחת עם מטרדי עשן, ריח ורעש (סעיף 906 ל-BGB; סעיף 1003 לקוד היווני; סעיף 684 לקוד השווייצרי). כשם שאין מקום לטענה כאילו רק לבעל הקרקע הגובלת זכות תביעה בגין חדירת עשן ורעש לחלקו, כך אין מקום לטענה זו ביחס למטרדים אחרים המנויים בסעיף, ובכללם מניעת התמיכה.

על פי קרצ'מר, גם בישראל מורחבת זכות התמיכה וחלה אף על תומך שאינו גובל,<sup>268</sup> ואין גם מקום להבחנה לפיה משנה מצבה של הקרקע שבין החלקות.<sup>269</sup> גישה זו מעוררת בעיה מסוימת, שכן פשטות לשונו של הסעיף מורה אחרת. הסעיף נוקט לשון "מקרקעין שכנים", ופירוש מילוני ומילולי לא יצביע דווקא על הפרשנות המצוינת לעיל. עם זאת, פרשנות זו ראויה מבחינה תכליתית,<sup>270</sup> ולפיכך יש להעדיפה: היא מתיישבת עם נטיית המחוקק להרחיב את תחומיה של זכות התמיכה, ועם סטייתו מההבחנות שיצר המשפט המקובל בין קרקע במצבה הטבעי לקרקע בנויה. כמו כן מתיישב פירוש זה עם הנטייה בתחום המטרדים – שהוא לכל הפחות תחום קרוב – להטיל אחריות אף על נזק המרוחק ממקומו של המזיק.<sup>271</sup>

266 Hand & Smith, הערה 1 לעיל, בעמ' 96.

267 *Manley v. Burn* [1916] 2 KB 121.

268 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 114-115.

269 וראה גם וייס, הערה 42 לעיל, בעמ' 60.

270 הפסיקה מליאה וגדושה הוראות חוק שפורשו בפרשנות תכליתית. לדיון רחב יותר בסוגייה ראו, לדוגמא, בג"ץ 4562/92 זנברג נ' רשות השידור, פ"ד נ (2) 793; ברוך, הערה 82 לעיל, בעמ' 85. כן ראו ניר קידר, "המהפכה הפרשנית עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל", עיוני משפט, כו (התשס"ג), 737.

271 ראו לדוגמא ע"א חברת החשמל, הערה 171 לעיל.

## ח. זכות התמיכה ורשויות ציבוריות

## 1. במשפט המקובל

בעניין אחריותה של רשות ציבורית (מדינה, עירייה וכדו') נחלקו הרעות בארצות-הברית: יש שסברו כי אין להטיל אחריות על גוף שאינו פרטי בגין פגיעה בקרקע שכנה<sup>272</sup>, כשאחת ההנמקות היא כי ככלל המדינה אינה חבה בשל מניעת תמיכה, שכן האינטרס הציבורי מצריך הגנה על מעשיה<sup>273</sup>, יש שחילקו לעניין זה בין פעולה "פרטית" של הרשות, המטילה אחריות מוחלטת, לבין פעולה "ציבורית"<sup>274</sup>. אולם, נראה כי הדעה המקובלת היא שדין המדינה הוא כדינו של כל שכן אחר<sup>275</sup> ומוטלת עליה אחריות אף בהעדר רשלנות<sup>276</sup>, אף כאשר דובר במעשה שלטוני מובהק - הרחבת כבישים שבעקבותיהם נגרם נזק לחלקה שכנה<sup>277</sup>.

בעניין זה נשמעו גם כמה דעות חריגות:

בעניין אחד נקבע כי המדינה אינה חבה בהעדר מעשה אקטיבי או אגרסיבי<sup>278</sup> (אלא שספק אם מדובר בחריג, שכן כפי שראינו לעיל לא מוטלת חובת עשה על התומך<sup>279</sup>). באוסטרליה נקבע כי על הרשויות מוטלת אחריות בגין מניעת תמיכה על ידי ייבוש מים<sup>280</sup>, בשונה מדינו של בעל מקרקעין רגיל הפטור במקרה זה. עם זאת ייתכן שהכרעה

- 272 כן נקבע בפנסילבניה בפרשת *In Re Broad st. Subway*, 179 A 746 (1935)  
 273 ראו לדוגמא *St. Joseph Light & Power v. Kaw Valley Tunneling*, 589 S.W.2d 260  
 274 כן נקבע בעניין משפטי הרכבות התחתיות בניו-יורק: ראו *148 Smith street Realty Corp. v. New-York*, 288 N.Y.S. 1012 (1936)  
 275 ראו למשל *Graves v. Berdan*, 26 N.Y. 498 (1863)  
 276 *Albers v. County of L.A.*, 398 P.2d 129 (1965); *Lambeir v. Kennewick*, 783 P.2d 596 (1989)  
 277 *Commonwealth Dep' of Transp. v. Myers*, 522 A.2d 112 (1987). אמנם לכבישים ניתנה זכות לתמיכה "טבעית" כמו לקרקע, וזאת בשל האינטרס הציבורי (*Weir v. Palm Beach County*, 85 So. 2d 865 (1956)), אולם אין פירושו של דבר כי הרשות אינה אחראית בגין נזק שנגרם בשל הכביש - *Sanders v. State Highway Comm'n*, 508 P.2d 981 (1973)  
 278 *McGann v. Mungo*, 340 SE. 2d 154 (1986)  
 279 הטענה שבכלל תיתכן חובת עשה במקרה זה נכעה מכך שהנזק נגרם מאי-שמירה על תקינות רחובות, והתובעים טענו שעל העירייה מוטלת חובה לשמירה על התקינות.  
 280 *The Mayor of Perth v. Halle* [1911] 13 CLR 393; *Metro. Water Supply v. R Jackson* [1924] QSR 82.

זו נובעת מהעובדה שהכלל המתיר לאדם לשאוב מים בקרקעו נשען על זכות הבעלים לשימוש מלא במים שבקרקעו, בעוד שהרשויות לא היו הבעלים של הקרקע התומכת במקרים אלה. כללו של דבר: אין למצוא כלל ברור וחד-משמעי במשפט המקובל. עם זאת, הנטייה היא לראות ברשות שכן ככל שכן אחר, ולהטיל עליה אחריות בהתאם.

## 2. אחריות רשויות המדינה בישראל

סעיף 6 לפקודת הנזיקין מטיל הגנה על רשויות המדינה כאשר פועלות הן "לפי הוראות חיקוק ובהתאם להן", למעט משפעלו ברשלנות. שורה של דברי חקיקה מתירה לרשויות להיכנס לקרקע של הפרט ולבצע בה עבודות, אף אם הדבר עלול לפגוע בקרקע ובתמיכה בה.<sup>281</sup>

הכלל בהוראות אלה הוא כי יש להשיב את המצב לקדמותו ככל הניתן,<sup>282</sup> ובכולן קבוצה חובת פיצוי בגין נזקים שנגרמו לנפגע.<sup>283</sup> מהוראות אלה ודומותיהן עולה כי הכלל הוא שלרשות זכות לפגוע במקרקעי הפרט, ובלבד שתפצה על פגיעה זו. נראה, אם כן, שגם ההגנה של סעיף 6 לפקודת הנזיקין אין משמעה שלילת תרופות מהנפגע. כאשר המדינה פועלת שלא במסגרת הרשאה חוקית, תחול עליה אחריות כעל כל שכן; ואם פעלה הרשות במסגרת הרשאה, יש להניח כי יהא עליה לפצות את הנפגע ממעשיה.

מסקנה זו מתחזקת מסעיף 48 לפקודה, שעניינו "שימוש הדרוש לטובת ציבור", הקובע כי שימוש מעין זה לא יהווה "מיטרד לעניין סימן זה", אך יש סמכות לבית המשפט לפסוק בגינו פיצויים. אפשרות זו שומה עליה שתהפוך לכלל כשנגרם נזק לקרקע עצמה, ולא לשימוש או להנאה בה. ספק בעיני אם חלה הוראה זו על סעיף 48א, שכן דנה היא ב"מטרד", ואילו סעיף 48א אינו בהכרח בגדר מטרד אף שקיים דמיון רב ביניהם. הכרעה בשאלה זו תלויה בפירוש הביטוי "מטרד לעניין סימן זה", שממנו

281 ראו, למשל, סעיף 11 לחוק הפיקוח על קידוחי מים, תשט"ו-1955; סעיף 52(א) לחוק הניקוז וההגנה בפני שטפונות, תשי"ח-1958; סעיף 77(א)(1) לחוק המים, תשי"ט-1959; סעיף 249(19) לפקודת העיריות; סעיף 48 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב), תשכ"ב-1962; סעיפים 5(א)-(ב) לפקודת מסילות הברזל [נוסח חדש], תשל"ב-1972; סעיף 6(ד) לחוק הטיס (בטחון בתעופה האזרחית), תשל"ז-1977; סעיף 5 לחוק שיפוץ בתים ואחזקתם, התש"ם-1980; סעיפים 46-47 לחוק משק החשמל, התשנ"ו-1996. למגמה דומה, מסיבות אחרות במקצת, ראו סעיף 13 לחוק שמירת הנקיון, התשמ"ד-1984 וסעיף 13 לחוק איכות הסביבה (דרכי ענישה) (תיקוני חקיקה), התשנ"ז-1977.

282 סעיף 32 לחוק הניקוז.

283 סעיף 33 לחוק הניקוז; סעיף 90(א) לחוק המים; סעיף 6 לחוק הרשויות המקומיות (ביוב); סעיף 6(ח) לחוק הטיס; סעיף 5(ג) לפקודת מסילות הברזל; סעיף 50 לחוק משק החשמל.

עשויה להשתמע הכוונה לחול על כל הסימן כולו. בכיוון זה מורה גם דרך חקיקתו – בצמוד ובכרוך לסעיף 48א.

הסוגייה, כאמור, אינה מוכרעת, אולם תוצאה שלפיה תזיק הרשות לקרקע ותצא נקייה בלא כלום אינה עולה בקנה אחד עם גישתו הכללית של המחוקק. לסיכום פרק זה אעיר כי ההבחנה שנעשתה בארצות-הברית בין פעולה "פרטית" לפעולה "ציבורית" של הרשות אינה מקובלת כיום בישראל,<sup>284</sup> למעט מקרים שבהם כרוך בפעולה שיקול דעת מיוחד ומדובר בפעולה "שלטונית" מובהקת (מתן רישיון, גביית מס וכדו').<sup>285</sup> הואיל וכיום ניתן גם לזכות בסעד של צו מניעה כנגד המדינה,<sup>286</sup> אף כי זה לא יוענק ביד רחבה, יש בכך כדי למנוע פגיעות מיוחדות בתמיכה מצד רשויות ציבור.

## ט. הזכות לתמיכה בבתים משותפים

בפרק זה אנסה לעמוד על ההבחנות – אם קיימות – בין זכות התמיכה בגין קרקעות לזכות התמיכה בבית דירות.

בעניין זה אנסה לבחון מה משמעותן של הוראות שונות בחוק הישראלי, והאם יש מקום כעיקרון למתן היקף שונה לזכות התמיכה של דייר בבית משותף. כן אנסה לבחון אם קיים הבדל לעניין זה בין בית דירות רגיל לבין בית משותף המורכב ממבנים.

### 1. המשפט המקובל

הכלל הוא שזכות התמיכה בבית דירות כמוה כזכות לתמיכה תת-קרקעית,<sup>287</sup> וחלים עליה אותם כללים שחלים על זכות מעין זו. משמעות קביעה זו היא, לכאורה, שמדובר בזכות טבעית. התוצאה היא כי קיים הבדל בין זכות התמיכה של דייר בבית-דירות כלפי דייר אחר, וזכותו כלפי בניין על חלקה אחרת: כלפי הדייר השני קמה לו זכות טבעית, המוגנת על ידי אחריות מוחלטת; וכלפי בעל חלקה סמוכה – זכות התמיכה אינה טבעית, והאחריות היא רק בגין מעשי רשלנות (אלא אם נפגעה גם הקרקע הטבעית). אולם קביעה זו, כאילו מדובר בזכות "טבעית", מוטלת בספק. יש שגרסו כי אמנם מדובר

284 ישראל גלעד, "האחריות בנויקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור", משפט וממשל ב 339 (תשנ"ד); משפט וממשל ג 55 (תשנ"ה).

285 שם, וראו ע"א לרי, הערה 82 לעיל.

286 לאחר ביטול סעיף 5 לחוק לחיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958.

287 אנגליה: 12 QB 739 [1850] *Humphries v. Brogden*, וראו 1 Am Jur 2d, pp.746.

בזכות אוטומטית, אך זו קמה בשל "הענקה מרומזת" הנוצרת מעצם המצב שבו נמצאת קומה מעל קומה;<sup>288</sup> לעתים אף נקבע שמדובר בזיקת הנאה הדדית.<sup>289</sup> אף כאן העובדה שזכות התמיכה במשפט המקובל מתחלקת ל"סוגים שונים של זכויות" (זכות טבעית; זכות מרומזת; זכות למבנים וכדו') גורמת לקשיים בסיווגה של הזכות. מכל מקום, עולה כי ההגנה שמקבלת דירה בבית דירות רחבה מזו שמקבל מבנה מחלקה הסמוכה לו, ודומה יותר לזכות ה"טבעית".

עם זאת, נתגלעה מחלוקת חריפה בשאלת חובת העשה של דייר בבית דירות.<sup>290</sup> בעבר נפסק כי בעליה של הדירה התחוננה מחויב לא רק להימנע מפגיעה בתמיכה בקומות שמעליו, אלא הוא מחויב אף בתיקון דירתו, כדי שהחלשותה לא תגרור פגיעה בקומות שמעליו.<sup>291</sup> חובה זו, כך נקבע, היא מכוח "טבעו של רכוש זה [דירה שמעליה דירות נוספות], וקמה מכוח טבעי זה, אף ללא כל צורך בזיקת הנאה" (servitude).

נראה כי דעה זו אינה השלטת, ומקובל שאין להטיל חובת עשה על בעל הקומה הנמוכה,<sup>292</sup> ואף אם כתוצאה מהזנחתו את דירתו התמוטטה זו שמעליה – אין הוא אחראי בגין פגיעה זו.<sup>293</sup> קביעה זו, כך נראה, מבוססת על הרצון להשוות את דינו של בעל זכות בבנין דירות לדינו של בעל מקרקעין כפופים רגיל, שאף עליו לא חלה חובה לתקנם כדי לשמור על התמיכה שהם מעניקים.<sup>294</sup>

המסקנה העולה מהאמור לעיל היא שנטית המשפט המקובל היא לגרום כי לדייר העליון זכות רחבה לתמיכה כלפי דיירי הקומות שתחתיו. ההתחבטות בהגדרתה של הזכות נובעת מריבוי סוגי זכויות התמיכה במשפט המקובל, אך המגמה היא ברורה. ההיגיון שבבסיס הענקת הזכות הרחבה אף הוא נהיר בשל הסיטואציה העובדתית. הזכות היא הדדית, ונראה כי באופייה היא זכות לשמידה על מקרקעי הנתמך ולאן דווקא זכות במקרקעי התומך, שהרי כל התערבות בתחומו של השני – נאסרה.

288 Tiffany, הערה 3 לעיל, בעמ' 227.

289 Townes v. Cox, 39 S.W.2d 749 (1931).

290 כאשר מדובר בכורה ובעל פני השטח נראה כי חלים הכללים הרגילים שלפיהם אין חובת עשה. מאידך גיסא, ייתכן שמכוח אחריותו המוחלטת של הכורה מתייחד הצורך בקביעת חובת עשה, שהרי תמיד יחוב בגין הנזק (למעט במקרים של "כוח עליון"), ולפיכך חזקה שיעשה הכל כדי למנוע את התגבשות חבותו.

291 פסק דין Graves, הערה 275 לעיל.

292 Maddock v. Chase, 51 A.2d 145 (1947).

293 Paola Lodge IOOF v. Bank of Knob Noster, 176 S.W.2d 511 (1977).

294 Gibbens v. Weissaupt, 570 P.2d 870 (1977); וראו Tiffany, הערה 3 לעיל, בעמ' 349.

קביעה זו של Tiffany תמוהה במקצת, שכן לפי ההקשר רואה הוא זאת כסוג של זיקת הנאה, ובזיקות הנאה יש זכות לזכאי להיכנס ולחקן – זכות שלשיטתו אינה מוקנית, ככל הנראה, לבעל הדירה העליונה.

## 2. המשפט הישראלי

בסוגייה זו לא נערך כל דיון במשפט הישראלי, למעט עצם ציון העובדה כי בבית משותף תיתכן בעלות בחלקות המצויות זו תחת זו למרות סעיפים 11 ו-13 לחוק המקרקעין,<sup>295</sup> ולפיכך – כך נרמז – יכול שיחולו עליו הדינים של תמיכה תת-קרקעית<sup>296</sup> (שלמעשה אינם שונים מתמיכה צדית שוני של ממש).

לשונו של סעיף 48א אינה מוגבלת לתמיכה צדית דווקא, כמבואר לעיל. לפיכך, אין כל סיבה מדוע לא תחול חובת התמיכה אף בבית משותף. אלא שיש לבחון כלום אף היקפה ייותר דומה, או שמא נוצר שוני בהיקף הזכות בשל השוני במאטריה. פרק 1 לחוק המקרקעין דן בבתי משותפים, ולו נלווה פרק 11 הדן בבתי שאינם רשומים בבתי משותפים אך למעשה מהווים כאלה. סעיף 61 לחוק קובע כי הבית המשותף מתנהל על פי תקנון שיסדיר את היחסים בין הדיירים וכן את "זכויותיהם וחובותיהם בקשר לבית המשותף". סעיף 62 מעניק אפשרות לקבוע תקנון מוסכם; לא נקבע כזה, או שלא הוסדר בו עניין מסוים – מחיל סעיף 65 את התקנון המצוי הקבוע בתוספת. בית שאינו רשום כבית משותף "יתנהל לפי התקנון המצוי שבתוספת".<sup>297</sup> סעיף 3(א) לתקנון המצוי קובע כי בעל דירה זכאי לדרוש מהנציגות לבצע "כל תיקון בבית או ברכוש המשותף, שאי ביצעו עלול לפגוע בדירתו או בערכה". מוסיף סעיף 3(ב) וקובע:

בעל דירה זכאי לדרוש מבעל דירה אחרת שיבצע תיקון בדירה האחרת, שאי-ביצעו עלול לפגוע בדירתו של דורש התיקון.

לכך יש להוסיף את הוראת סעיף 4(א) לתקנון, לפיה חייב בעל דירה להרשות כניסה לדירתו וביצוען של עבודות הכרחיות בה לשם החזקתו התקינה של הרכוש המשותף. המסקנה מהוראות אלה, החלות כדבר שבשיגרה על כל הבתי המשותפים בישראל,<sup>298</sup> היא שבישראל מוכרת בפירוש הזכות לדרוש משכן בבית משותף כי ישמור את דירתו במצב תקין. זכות זו מוקנית לכל דייר בבית כאשר דירתו בסכנה, והיא קיימת אף כלפי הבית כולו (הנציגות) כאשר שכן סבור שסכנה אורבת לדירתו מחלק בניין

295 סעיף 54 לחוק המקרקעין.

296 קרצ'מר, הערה 52 לעיל, בעמ' 115.

297 סעיף 77 לחוק המקרקעין. קביעה נחרצת זו אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 77ב, המחיל את הוראת סעיף 62(א) על בית מסוג זה ולפיו ניתן לכאורה לערוך תקנון. אולם נראה כי אף אם חל סעיף זה – ספק מה כוחו של התקנון לאור העובדה שלא ניתן לרושמו בשל אי החלת סעיף 62(ג).

298 אלא אם נקבע מפורשות אחרת בתקנון המוסכם. כאמור בהערה 297 לעיל, ייתכן שבבית שאינו רשום לא ניתן כלל לסטות מהסדר זה.

שאינו שייך לדייר ספציפי. אשר לכניסה לדירתו של אחר – זכות זו הוענקה רק לנציגות ולבאי-כוחה, ורק לשם הגנה על הרכוש המשותף. עם זאת יש להניח, כי למעשה קרוב לוודאי שפגיעה ממשית בדירתו של שכן עשויה לסכן אף את הרכוש המשותף, ולפיכך ברובם של המקרים יוכל הדייר לפנות לנציגות למען יבוצעו התיקונים הנחוצים בדירת שכנו. כמו כן יש יסוד לטענה שאם כך הדין שעה שהמדובר בפגיעה ברכוש המשותף, הרי שהדברים חלים, בבחינת קל וחומר, שעה שהפגיעה היא בדירת המגורים גופה.<sup>299</sup> מסתבר, שהמחוקק סבר שלא מן היאות יהא להעניק לדייר הבודד זכות ל"עשיית דין עצמית", ולפיכך הוענקה זכות זו רק לנציגות. על כן יש להניח שהכוונה הייתה לאפשר לבעל דירה לפעול בדירתו של רעהו באמצעות הנציגות, כאשר זו תשתכנע כי הדבר נחוץ.

הואיל והוראות סעיפים 3 ו-4 לתקנון קובעות, למעשה, הסדרים בקשר להפעלת זכויותיהם המהותיות של כל הדיירים (זכותם לתמיכה), משמע שלצורך שינויים יש להזדקק להסכמת כל בעלי הדירות – זאת לאור סעיף 12(ב) לתקנון הקובע כי החלטה המשנה את זכויותיו של דייר מצריכה את הסכמתו כדי לחייבו. הואיל וכל דייר זכאי לתמיכה מרעיו, יש צורך בהסכמתו של כל דייר לשינוי הוראה מהוראות אלה. מחד גיסא, תוצאה זו משריינת את הזכות לתמיכה כמעט כליל, דבר העולה בקנה אחד עם המגמה המרחיבה שביסודה של הזכות; מאידך גיסא, ספק אם התכונן המחוקק לשריין את סעיפים 3 ו-4 שריון כה מוחלט.

הואיל וסעיפים אלה אינם מגבילים את עצמם לסוג מסוים של בית משותף, משמע שהוא הדין גם לבית משותף המורכב מכמה מבנים. זהו חריג בולט וחשוב לכלל העוסק בזכות תמיכה צדית לקרקע.

שאלה היא אם הוראות אלה אינן חורגות במקצת מגדרה של הוראת סעיף 61 לחוק הדנה בתקנון, שלפיה יעסוק הוא בזכויות וחובות "בקשר לבית המשותף". הנטייה לראות בתקנון כלי עזר ניהולי, ותמוה במקצת שזכות כה מרחיקת-לכת – עד כדי חדירה לרשות הפרט – הוענקה לדיירי הבית המשותף, ולמצער – לנציגיהם.

בהוראת סעיפים אלה יש גם משום התנאה על סעיף 14 לחוק, האוסר "עשיית דבר הגורם... אי נוחות לאחר". אולם, נראה כי דבר זה אינו מערים קושי של ממש ואינו אלא איזון אינטרסים נאות בין השכנים שהתמיכה בהם נפגעה לבין אותו שכן "אחר". אמנם אין בבעלות כלשעצמה כדי לגרום אי-נוחות לאחר, אולם כשקם הצורך בשמירה על הזכויות במקרקעין – שונה הדבר.

מסקירת הוראותיו של חוק המקרקעין עולה כי דין אחד לתמיכתם של מקרקעין משכניהם ודין שונה לתמיכה בין דירות בבית משותף, כאשר במקרה זה האחרון זכותו של הנתמך רחבה יותר. קביעה זו מתיישבת עם אופיו ומהותו של הבית המשותף. הבית

299 ברוח זו ראו דברי הנשיא ברק בפרשת דוקר, הערה 86 לעיל, בסוף פסקה 8 לפסק-דינו.

המשותף הוא מוסד שבו חלות מערכות דין מיוחדות.<sup>300</sup> משמשים בו בערבובייה יסודות קנייניים בצד יסודות שהם "מטה-קנייניים – כוללים, בין השאר, את תקנון הבית המשותף, את אסיפת הדיירים..."<sup>301</sup>.

התוצאה של שילוב זה היא שזכות הבעלות בדירה בבית משותף אינה זהה לזו שבמקרקעין "רגילים",<sup>302</sup> שבהם פעולתו של כל אחד מהשוכנים בצל קורתו "משפיעה בהכרח על מצבו של האחר",<sup>303</sup> וכל הרוכש דירה בבית משותף "מעלים עליו כי הסכים מראש לוותר על חלק מן האוטונומיה הקניינית הקנויה לו... הויתור מובנה הוא אל תוך מסגרתו הנורמטיבית של הבית המשותף, כהגבלה קניינית מעיקרו של דין".<sup>304</sup>

בגדר אותו ויתור הדדי משתלבת הרחבתה של זכות התמיכה בצורה טבעית. זכות זו מגנה על כל דייר בנפרד אך גם על הבנין כולו; היא מהווה חלק ממרקם שלם של זכויות וחובות, שמטרתו לשמור על הדירות ועל הרכוש המשותף, ויש לפרש אותו בדרך המעניקה הגנה מרבית לדייר שזכויותיו נפגעו.<sup>305</sup> לפיכך, משרכש אדם דירה בבית המשותף זכה לזכות תמיכה בדירתו; אולם בשל אופיו המיוחד של הבית המשותף נושאת זכות זו אופי שונה מהרגיל. לא עוד מדובר בזכות במקרקעי הנתמך או בזכות לשלמות מקרקעיו; מדובר בזכות במקרקעי התומך, זכות הקמה מעצם הויתור ההדדי בבית המשותף.

דומה, כי בחינת טיבה של זכות התמיכה בבית המשותף מקרינה אף על טיבה של הזכות במקרקעין "רגילים", שבהם קיימת זכות בעלות "מושלמת". הטלת חובת עשה, וקביעה כי חובה זו מוטלת בשל אופיו המיוחד של הבית המשותף ובשל צמיחת הזכות במקרקעי הזולת, מצביעה אף היא על סיווגה של הזכות במקרקעין רגילים. נראה כי

300 טדסקי, הערה 21 לעיל, בעמ' 223-227; בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485; רע"א 1017/97 רידלביץ נ' מודעי, פ"ד נב(4) 625.

301 רע"א צודלר, הערה 142 לעיל, כפיסקה 12.

302 לעניין זה אין זה משנה אם "הבעלות" העיקר או שמא ה"שיתוף" העיקר. לעניין זה ראו בהרחבה יהושע ויסמן, "יחד ולחוד בבית משותף", משפטים טז 197, 208-210 (תשמ"ו).

303 ע"א 2896/90 טרוצקי נ' דיין, פ"ד מו(5) 460, 454.

304 רע"א צודלר, הערה 142 לעיל, בפסקה 13; וכן ראו דברי הנשיא ברק בהלכת רוקר, הערה 86 לעיל, בפסקאות 9 ו-11 לפסק דינו, וכן דברי השופט מצא, שם. לביקורת על הגדרת מערכת היחסים בבית משותף בפרשת צודלר הנ"ל ראו חנוך דגן, "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת", עיוני משפט כ 45 (תשנ"ו).

305 כדברי השופט מצא בפרשת רוקר, הערה 86 לעיל, בעמ' 286: "בכל הנוגע לפגיעת בעל דירה בבית משותף בזכויותיהם הקנייניות של בעלי הדירות השכנות, מוטל על בית המשפט להנהיג (כנושא של מדיניות) אמת מידה דווקנית... הבטחת זכויותיהם של בעלי הדירות מפני פגיעה וניצול לרעה מצד שכניהם, מותנית בהכרה בקיום זכות-שברין לקבלת סעד שיפוטי אפקטיבי לכל מי שזכויותיו נפגעו".

באלה האחרונים אין מדובר בזכות במקרקעי הזולת אלא בזכות במקרקעיו של הנתמך. אף כי זכות התמיכה היא שלילית במהותה, בעיקר כאשר היא מנוסחת בדרך של "עוולה", העובדה שבמגזר מסוים של זכויות הקניין בישראל – המקיף את חלק הארי של יחידות הדיור – נקבע אופי שונה במפורש, צריכה לכל פחות להדריכנו בבואנו לקבוע טיבה של הזכות.

### 3. סיכום

בסוגיית הבתים המשותפים נקט המחוקק דרך משלו, והטיל חובות עשה ואף זכות התערבות לדיירים בבית המשותף. חובות אלה עולות בקנה אחד עם מהותו המשפטית של הבית המשותף, ואף משליכות על פרשנותה של זכות התמיכה ככלל. אף כי אופן הטלת החובות – באמצעות התקנון המוסכם ולא בחקיקה ראשית רגילה – מעורר תמיהות אחדות, הנה התוצאה משתלבת היטב בעקרונות דיני המקרקעין בישראל.

## י. משפט רצוי – רעיונות והרהורים

### 1. מהותה של זכות התמיכה

הדיון בפרק ב לעיל הצביע על האפשרות שזכות התמיכה היא בעלת מאפיינים של זכות קניין, אף אם דרך כלל היא זכות הנלווית לזכויות קניין אחרות. באותו פרק הוצגה האפשרות לראות את הזכות כזכות במקרקעי התומך או כזכות במקרקעי הנתמך, וכן הוצגו הבדלים העשויים לצמוח בשל הבחנה זו.

בעוד שלא ניתן לקבוע בוודאות מלאה כי המחוקק הישראלי ראה בה זכות קניין, הנה יש לכך רמזים לא מצטים, ובכללם הזיקה הנרמזת בין סעיף 14 לחוק המקרקעין לסעיף 48 לפקודת הנזיקין. לאחר בחינת מרכיביה של העוולה המצויה בחוק, נראה כי המחוקק בחר בגישה שלפיה מדובר בזכות במקרקעי הנתמך, ולא במקרקעי התומך.

נראה כי זו אף הגישה הראויה: הקביעה שלפיה קמה לבעל מקרקעין זכות אוטומטית במקרקעי רעהו היא בעייתית ביותר מבחינה עיונית ופרקטית כאחת. מבחינה עיונית היא בעייתית משום שהתפיסה המקובלת רואה את זכות הבעלות כמלאה, אף כי לעתים מוגבל חופש העשייה מכוחם של עקרונות כלליים שבאו לידי ביטוי בסעיף 14 לחוק המקרקעין. הגבלות אלה אינן על הבעלות אלא על חופש הפעולה, בבחינת אין אדם רשאי להיות "נבל ברשות הבעלות". הגישה המציעה לראות בזכות התמיכה זכות במקרקעיו של הזולת קובעת כי זכות הבעלות אינה שלמה מטבעה, שכן תמיד יש רבים אחרים הזכאים לתמיכה, וזכותם מהווה זכות ישירה בקרקע. הצגה זו של זכות הבעלות

אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת של מוסד זה – עם זכות הקניין ה"מושלמת" ביותר. מבחינה פרקטית, ההנחה שלפיה יש לנתמך זכות במקרקעי התומך תביא, קרוב לוודאי, לכך שרק במקרים נדירים ביותר לא תוכר זכותו לתמיכה. מצב זה, כפי שאראה להלן, אינו המצב הרצוי. לפיכך נראה, כי הסיווג הרצוי – ואף המצוי – הוא לראות את הזכות כזכות לשלמות המקרקעין, זכות במקרקעי הנתמך.

עם זאת, ראינו לעיל, כי גישת המחוקק אינה עולה תמיד בקנה אחד עם התוצאות הצפויות של הבחנה זו. אמנם הגישה המצויה היא שאין צורך באשמה ושאיין הבחנה בין קרקע למבנים, אך מלשון הסעיף אף עולה כי אין צורך בנזק. אף שקביעה זו מהווה סטייה לכאורית מהגישה הדוגלת בזכות במקרקעי הנתמך, נראה כי היא מחויבת המציאות. דרך זו מקלה על הנתמך לתבוע סערים מקרימים, ואינה מחייבת אותו להמתין לנזק של ממש לקרקעו. הרחבה זו של הזכות עולה בקנה אחד עם מהותה כזכות לשלמות המקרקעין. כך ניתן לדרוש צווי מניעה ולפעול בדרך משפטית לסיכול הנזק במקום לנסות ולתקנו.

אשר למרוץ ההתיישנות, ציינתי לעיל כי הקביעה שלפיה יחל המרוץ עם הסרת התמיכה היא בעייתית. לפיכך הצעתי כי מרוץ ההתיישנות יחל עם התרחשותו של מאורע המאפשר קבלת סעד בערכאות, כאשר העובדה שניתן לזכות בצו מניעה עתידי (quia timet) אינה נחשבת לסעד המניע את גלגלי מרוץ ההתיישנות.

## 2. רישום הזכות

שאלה שיש לבחנה היא האם זכות התמיכה נחשבת "זכות אחרת במקרקעין" לעניין סעיפים 6-8 לחוק המקרקעין. אם התשובה חיובית, כי אז עולה לכאורה צורך ברישומה של עסקה בזכות זו. נראה כי השאלה אם הזכות היא זכות במקרקעין אינה מושפעת מהיות הזכות זכות נלווית או עצמאית, שהרי בסופו של דבר הזכות היא זכות לגבי הקרקע, והגורם העיקרי המכריע לעניין סעיפים אלה יהא יכולת העבירות של הזכות: בזכות עבירה ניתן לבצע עסקאות, ומשבוצעה עסקה לגבי זכות מעין זו יש צורך ברישומה. זאת, בהנחה שגברנו על בעיית "הרשימה הסגורה" של זכויות הקניין.

התוצאה היא שעסקה הקובעת ויתור על זכות התמיכה או מעניקה זכות מוגברת (שלא מכוחה של זיקת הנאה) מחויבת ברישום. מאידך גיסא ניתן לגרוס – ואולי הדבר יהא נוח יותר מבחינה פרקטית (שכן אין נוהג של רישום עסקאות בזכות התמיכה, וזאת מן הסתם משום שהעניין לא התעורר מעולם) – כי הואיל ולא הזכות עצמה היא שעוברת אלא אך תוצאותיה, העסקה אינה "הקניה של זכות אחרת במקרקעין", אלא אך הקניה של תוצאותיה של זכות כזו. הקניה כזו תיחשב להתחייבות בלבד של בעל זכות התמיכה. אם כך הדבר כי אז גם אין חובה לקיומו של מסמך בכתב לשם העברת זכות התמיכה, וליתר דיוק – העברת תוצאותיה. קביעה זו אינה מעוררת בעיה של ממש, שהרי הצורך

בכתב נקבע בעיקר משום הסברה שיש לתת את הרצינות הראויה לעסקה "החשובה בחיי אדם", וצורך זה אינו מתעורר במקרה דנא. החפץ לרשום העברת זכות מעין זו יכול לנקוט שתי דרכים חלופיות: הראשונה – רישום הערת אזהרה שזו תוכנה (אם כי גם כאן עלולה להתעורר שאלת ה"עסקה במקרקעין"); והשנייה – העברת הזכות על ידי הענקת זיקת הנאה בקרקע. דרך זו השנייה, כך נראה, היא הקלה והוודאית יותר.

### 3. חובת עשה וזכות כניסה

לאור טיבה של הזכות אין זה ראוי לאפשר מתן זכות כניסה למקרקעי הזולת לשם בחינת טיבה של התמיכה. כמו כן לא נראה שיש מקום לקביעת זכות עשה או הרשאה לכניסה למקרקעי התומך ולביצוע פעולות בהם על ידי הנתמך. המצב בבית משותף שונה בהתחשב בטיבו של מוסד זה. קביעות אלה מתרככות אל נוכח חובת הזהירות המוגברת המוטלת על השכן.

אמת, אין לנתמך זכות להיכנס לקרקעו, אך חרב האחריות המוגברת המונפת מעל ראשו – חזקה עליה שתרתיעו מלפגוע בקרקעו של שכנו. מבחינה זו ודאי שאין פועלה של עוולה זו מועט מחובת הזהירות הכללית שנקבעה בארצות-הברית במקרים אלה.<sup>306</sup> אלא, שבקביעתה של עוולה אין די, ויש להצהיר על חובתו של האדם לפעול במקרקעיו כ"אדם אל אדם". לצורך זה חוקק סעיף 14 לחוק המקרקעין, שסעיף 48 מהווה עבורו דין משלים.<sup>307</sup>

כאמור לעיל, אין חובת עשה מוטלת על התומך, אך יש להניח שהעוולה עצמה עשויה לגרור פעולות מצידו למניעת נזק למקרקעי רעהו. ייתכן שיש מקום לשיקול דעת במקרים כאלה, לקבוע כי אם פעל התומך פעולות אקטיביות סבירות<sup>308</sup> אין מקום להטיל

306 פסק דין Abbinett, הערה 91 לעיל.

307 כללים להפעלתו של סעיף 14 ייקבעו על פי הבנת נטל האחריות שהוא מטיל. על פי גישתו של השופט חשין, עליה עמדתי לעיל, אין בקביעתו של הסעיף אלא משום הצהרה כי על בעל מקרקעין לפעול בסבירות. הנשיא לנדוי סבר ככל הנראה שהסעיף מטיל חובה רחבה בהרבה. על פי הילכת רוקר, הערה 86 לעיל, דומה כי ההסדר שבסעיף זה מהווה מעין שיקוף מצומצם במקצת, או אף העתק מושלם, של עיקרון תום הלב, אשר לאור אופיו האובייקטיבי (אשר בו מודה אף השופט חשין להלכה, אף כי הוא חולק על ההצדקה לכך במישור העיוני) נראה כי המדובר בחיוב לפעול בסבירות. אף כי העוולה עצמה מטילה אחריות מוגברת, הרי חשיבות נודעת לקביעת חובת הזהירות על פי סעיף 14, כדי שבעל הקרקע ידע מהי הדרך אותה עליו לבור. הבעיה היא כי על פי שתי הדעות המובאות לעיל שונה היקפה של חובת הזהירות על פי סעיף 14 מזו המוטלת על פי סעיף 48.

308 בפסק הדין בעניין Brown v. Gessler, 230 P.2d 541 (1951) נקבע כי בעל מקרקעין צריך לנהוג בזהירות ומיומנות ראויה כלפי מקרקעי חברו, אך הדאגה וההוצאות שעליו להוציא

עליו את האחריות לנזקי רעהו, ולכל הפחות יש להפחית מהפיצוי שאותו יהא עליו לשלם.<sup>309</sup>

#### 4. האיזון בין זכות הפיתוח לזכות התמיכה

לפעמים תגרום קביעת סעיף 48 לפגיעה בלתי-מוצדקת ביכולתו של אדם לפתח את קרקעו, תוך שהזכות לתמיכה מקפאה את המצב הנתון ללא יכולת לשנותו. כך, לדוגמא, מקרה שבו בעליה של חלקה גדולה מבקש לבנות על חלקתו בית דירות רב-ממדים, שיוכל אף להנות את הכלל בזמנים של מצוקת דיור, ושכנו מעכב אותו בשל הפגיעה הצפויה לקרקעו. במקרה מעין זה מתנגשים האינטרסים של שניים ואף של שלושה גורמים: הראשון, המבקש למקסם את התועלת הכלכלית הצפונה בחלקתו – את העושר – על ידי תרגומה לרווח כספי מרבי כתוצאה מניצול זכויות הבנייה; השני, המבקש למקסם את האושר בשימוש בקרקעו, תוך שמירה על מצבה הנתון ומניעת כל פגיעה בה, גם במחיר (כבד) לרעהו; והשלישי – טובת הכלל, העשויה לתמוך בראשון או בשני (לדוגמא, מתוך שיקולי מדיניות הקשורים בצפיפות אוכלוסין או במתן אפשרות לפיתוח אזור תעשייה הסמוך לאזור מגורים לצורך יצירת מקומות עבודה, תוך הרשאת פגיעה בתמיכה במקרקעין סמוכים, או מניעת פגיעה בתמיכה משיקול של שמירה על בתים ראויים לשימור – הבית הנתמך), או מקדמת הכרעה שאינה עולה בקנה אחד עם שאיפתו של אף לא אחד מהצדדים (הכרעות אלה נעשות, בדרך כלל, במסגרת דיני תכנון ובנייה, תוך קביעה מראש של המגבלות על השימוש בקרקע).

בדוגמא זו יש להבחין בין כמה אפשרויות: הראשונה – שבה הנזק לנתמך יהא קטן ולא יגרור פגיעה של ממש ביכולתו לנצל את קרקעו, אף כי יגבילה מעט (כך שאין הדבר בגדר "דבר של מה בכך"), והתומך יכול למונעה בהוצאה לא גדולה; השנייה – פגיעה של ממש בקרקע הנתמך, שניתן למונעה תוך הוצאות ניכרות; השלישית – פגיעה צפויה בקרקע הנתמך בשיעור כזה אשר מניעתו תעלה לתומך יותר משווייה של הפגיעה; הרביעית – כאשר לא ניתן למנוע פגיעה כלשהי בקרקע הנתמך, אך פגיעה זו תהיה בשיעור פחות לאין ערוך מיכולת הניצול הנוספת שהתומך יוכל להשיג בקרקעו.

אינן עולות כדי אלה שהיה מוציא על קרקעו הוא. סבורני שבישראל צריך הדין להיות שונה: במקרה זה דובר במבנה שעליו מטיל המשפט האמריקני חובה בגין רשלנות בלבד. המחוקק בישראל לא עשה הבחנה מעין זו, ובדין לא עשאה, ולפיכך אף כאן חלה האחריות המוגברת. משזו חלה, נראה שכדי להיפטר מעולה יש צורך בזהירות העולה לכל הפחות כדי זו שהיה האדם נוהג כלפי קרקעו. ככלל נראה שחובת העשה נקבעה במשפט המקובל בעיקר כדי להתגבר על בעיית המבנים שלגביהם אין אחריות מוחלטת. לפיכך לא הוצרך המחוקק בישראל ללכת בדרך זו.

309 אך מובן כי אם הנתמך אשם אף הוא יופחתו הפיצויים הניתנים לו בגין אשמו התורם.

המקרה הראשון אינו מעורר בעיה של ממש. בין מכוחו של סעיף 48א לפקודה ובין מכוחו של סעיף 14 לחוק המקרקעין, לא נראה שלתומך יש רשות לפגוע בקרקע הנתמך שעה שיכול הוא למנוע פגיעה זו בקלות יחסית. אמנם אין סעיף 48א מטיל חובת עשה, אך זו משמעותה הפרקטית של האחריות המוגברת, וזו, ללא ספק, תוצאתה של הוראת סעיף 14 לחוק המקרקעין.

בעיה חריפה בהרבה עולה בסיטואציה המודגמת במקרים השני והשלישי לעיל. כאן מתנגשות זכויותיהם של הצדדים התנגשות של ממש, והשאלה היא זכותו של מי תגבר. במקרים אלה ניתן למנוע את הפגיעה, ולפיכך נראה כי מן היאות היה להגיע למצב שבו פגיעה זו תימנע.

במקרה השני אך סביר הוא שהתומך יישא בהוצאה, ולו בשל היגיון כלכלי ומוסרי פשוט: מדוע ירצה התומך לפגוע בקרקע ואחר לשלם? עדיף שיוציא מראש הוצאה פחותה וכך ייטב גם לו גם לשכנו. לפיכך, לו יחל התומך בעבודות ללא הקמתה של תמיכה חלופית, יש להעניק לנתמך צו מניעה אשר יעמוד בתוקפו עד הקמת תמיכה מתאימה.

המקרה השלישי מחדד את הבעיה, אך לא מביאה לידי שיא. התומך יעדיף, כמובן, מבחינה כלכלית, לפגוע בתמיכה ולשלם אחר כך, ולפיכך השאלה היא אם יוכל הנתמך לזכות בצו מניעה במקרה זה. כאן דומה שיש משקל מכריע לזכות התמיכה: מכוח סעיף 14 לבדו ספק אם ניתן היה למנוע את התומך מלפתח את קרקעו. האחריות המוגברת המוטלת על ידי סעיף 48א, בצירוף גישתו המרחיבה של המחוקק, מחייבת את המסקנה שהנטייה היא לשמור על התמיכה. דומני, אם כן, שההוצאה בדין הישראלי תהא שהנתמך זכאי לצו מניעה כל עוד לא הוקמה תמיכה חלופית.

קביעה זו תעורר בעיה של ממש כאשר ההוצאה לתמיכה – הגבוהה במידה של ממש מהפגיעה הצפויה – תפגע ברווחיות הפיתוח במידה כזו שהפיתוח כבר לא יהא רווחי. הבעיה מחריפה עוד יותר במקרה הרביעי שהוזכר לעיל, שבו אין כל דרך למניעתה של פגיעה, ולו קטנה, בקרקע. האם בשל כך לא יוכל התומך לפתח את קרקעו? האם סעיף 48א מקים חומה בצורה אשר לא ניתן לעובריה? איזה מקום יש לאיזון בין זכויותיהם של הצדדים לפיתוח ולתמיכה, בין במסגרת הדין המצוי ובין במסגרתו של הרצוי?

לו היה לנגד עינינו סעיף 14 לחוק המקרקעין לברו, ייתכן שניתן היה לטעון כי הפגיעה במקרה הרביעי מותרת, ובלבד שיפוצה הנתמך, שהרי התעקשותו עשויה להתפרש כניצול זכותו לרעה. מאידך גיסא ניתן לגרוס שסעיף 14 אינו עומד למגן שעה שמדובר בפגיעה בקרקעו של הבעלים, ומגן הוא בעיקר מפני פגיעתו הרעה של הבעלים באחר – ופגיעה זו צריכה להיות במעשה אקטיבי שלו, ולא בהימנעות ממתן היתר. דומה כי פרשנות זו היא השולטת כיום.<sup>310</sup>

310 כך עולה ממכלול הדעות בעניין רוזר, הערה 86 לעיל.

פרשנות אפשרית של סעיף 14 עשויה להוביל למסקנה שיש לאזן בין האינטרסים הכלכליים של הצדדים מבלי להעניק עדיפות נוספת לאחר מהם מכוח זכותו בקרקע ואי-רצונו שהיא תיפגע. פרשנות זו תביא להעדפת התומך כאשר נפגעת רווחיותו במידה רבה, והענקת פיצויים לנתמך.

דומה כי הרכבת זכות התמיכה על סעיף 14 משנה את תמונת המצב המחוארת. ההכרה בזכות מורה כי אין לפגוע בה בשל שיקולים כלכליים של אחר; קביעתה בדרך של עוולה מורה כי הפגיעה בה אסורה, ומעודדת מתן צווים למניעתה. עולה, אם כן, כי אף לא באחד מהמקרים המנויים לעיל יינתן היתר לפגיעה, ובכל מקום שבו תיחכן מניעתה – בכל מחיר שהוא – יצווה התומך למונעה. היה ואין דרך למונעה – תיאסר הפגיעה.

קביעה זו מבוססת על ההנחה שאין מקום לשיקולים כלכליים – ולו גם שיקולים של תועלת לכלל – במסגרת שיקוליו של בית המשפט אם ליתן צו מניעה.<sup>311</sup> האם קביעה זו מוצדקת? מה הדרך שיבור לו בית המשפט בעומדו לפני מקרים מעין אלה?

כשלעצמי סבור אני כי אף בסוגייה זו יש לאזן בין זכויותיהם של הצדדים. כל כולה של הענקת הזכות לתמיכה הוא תרגומו של איזון זכויות לשפת המשפט: איזון בין זכותו של האדם לשלמות מקרקעיו לזכותו של רעהו לניצול מקרקעיו הוא. אין זה ראוי לקבוע לגבי איזון זה, כמו לגבי כל איזון, נוסחה קפואה ואחידה שלא ניתן לסטות ממנה.

אף בסוגייה זו ניתן להיעזר בגישות שהוצגו במשפט המקובל. באנגליה הגישה היא שאם פעל התומך בסבירות וברצון, אך מסתבר כי הקמת תמיכה תעלה יותר מהנזק שייגרם לנתמך, כי אז יש לשקול הענקת פיצוי במקומו של צו.<sup>312</sup> בארצות-הברית לא ייתן בית המשפט צו אלא אם ישנה סבירות גבוהה לפגיעה, כגון שהתומך בונה ליד המצר, והפגיעה הצפויה היא פגיעה חמורה בקרקע. ההנמקה שניתנה לקביעה זו היא שבכל הסדר אחר יופר האיזון בין זכויותיהם של הצדדים.<sup>313</sup> בשולי הדברים יוער כי ספק רב הוא אם המודל המוצע בארצות-הברית הוא ראוי, וזאת משום שמתן צו מותנה שם בגרימתו של נזק, ורק לאחר גרימת נזק ניתן לזכות בצו.<sup>314</sup> (אם כי היו שפסקו אחרת<sup>315</sup>).

311 כפי שנקבע בעניין אתא, הערה 143 לעיל, לגבי הסוגייה המשיקה לנושא דיונונו, דיני המטרדים. צידוקים כלכליים נדחו גם בע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק ג' פידאס אחזקות, פ"ד נג(3) 180.

312 Riddall, הערה 119 לעיל, בעמ' 57; 2 All E.R. 57 [1969] Redland Bricks v. Morris. לעניין סמכותו של בית המשפט בעניינים אלה ראה גם ליד הערה 112 לעיל, ובהערה 112 עצמה.

313 Gobeille v. Meunier, 41 A 1002 (1989).

314 Gatson v. Farber Fire Brick, 282 S.W. 179 (1926); פסק דין Empire Star Mines, הערה 151 לעיל.

315 Tischler v. Pennsylvania. Coal Co., 218 Pa. 82 (1907).

נראה שאין מקום לספק, כי שעה שהפגיעה בקרקעו של הנתמך היא קטנה ואילו זכות התומך לניצול קרקעו תיפגע קשות, יש לקבוע כי התרופה המתאימה היא פיצויים. כך לא ייגרם עוול לתומך, ופירוש זה הולם את הפרשנות התכליתית הראויה לסעיף 48א, שוודאי כי אין כוונתו להעניק העדפה ללא מצרים לנתמך. זכות התמיכה עוסקת בהתנגשות בין אינטרסים של שכנים, אך אין לפרשה כקובעת הסדר בלתי-משתנה ובלתי-מתפשר, שאם כך הוא הדבר, פתרונה אינו יעיל.<sup>316</sup>

כן נראה, שכאשר מדובר בהתנגשות אינטרסים לגיטימיים של התומך והנתמך המובאת בפני בית המשפט, שומה על זה לכלול בין שיקוליו את ההשפעה הכלכלית של הקפאתו של המצב על הצדדים. לא כל הטיה קלה של כף המאזניים המצביעה על רוח קטן לתומך תצביע על הפיצויים כתרופה המתאימה; לא די בתוספת תועלת בבחינת "שיפור פרטור".<sup>317</sup> קביעה כזו תרוקן את מסגרתו של הסעיף מתוכנה ולא תהווה מתן הגנה של ממש לבעל המקרקעין. אולם, כאשר מדובר בפגיעה ממשית באינטרסים של התומך בפיתוח מקרקעיו, וכן כאשר ייפגע האינטרס של הציבור בשל אי-פיתוח מקרקעיו של התומך, כי אז יש מקום לשקול מתן פיצויים במקום מתן צו. כאשר האינטרס הציבורי עומד על הפרק, או אז נראה שהתרופה הרגילה צריכה להיות פיצויים. מסקנה זו נובעת ישירות מאופי החיים והבנייה בעולם המודרני. צורכם של הרבים זוכה פעמים רבות להגנה מיוחדת, ואף במקרה דנא יש להעניק לו מעמד ייחודי.

## יא. סיכום

מטרת חיבור זה הייתה עמידה על מהותה ומרכיביה של זכות התמיכה בישראל, על פי קביעותיו של החוק וכפי שהם מצטיירים בעינינו בגישות משוות. מהותה של הזכות נבחנה על פי סממניה הקנייניים, על פי קביעתה כעוולה, ובאספקלריה של חקיקת סעיף 14 לחוק המקרקעין. עמדתנו על ההבחנות השונות שנעשו בעניין זכות התמיכה במשפט העמים, תוך הצבעה על הבעיות הקשות

316 ההנחה היא שהכללים המשפטיים מציעים פתרונות יעילים לבעיות שהם אמורים לפתור. לעניין זה ראו, למשל, את חיבורו של קוז, מבשר תקופת הזהב של תורת הגישה הכלכלית למשפט Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost," 3 J. of Law & Econ. 1 (1960); Richard A. Posner, "A Theory of Negligence," 1 Jour. of Legal Stud. 29 (1972). לניתוח הסוגייה של השפעת הגישה הכלכלית למשפט על דיני הנזיקין ראו גלעד, הערה 10 לעיל.

317 על גישה זו והביקורת עליה ראו בהרחבה Roger Backhouse, A History of Modern Economic Analysis 302 (1987).

המתעוררות בגישות אלה, שנבעו רובן ככולן מהיקלטותן של הבחנות עתיקות יומין אשר אינן תואמות את המציאות המתחדשת.

משהגיע המסע לסופו נתגלה כי היקפה וטיבה של זכות התמיכה במשפט הישראלי קרוב לאופטימלי. קביעה זו מותנית בפרשנות הראויה שייתן בית המשפט לסעיף בבוחנו מקרים שבהם יש לסטות מהאיזון שנקבע לכאורה בסעיף, שכן אך ברור הוא כי אין מדובר באיזון סטטי אלא בקביעת זכות הנתונה בעצמה בחיכוך מתמיד עם זכותו של הזולת. חיכוך זה מוצא ביטוי בסעיף 14 לחוק המקרקעין, והוא העומד בבסיסה של הזכות לתמיכה. כשם שזה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, כך אף זה.