

על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת

עופר גרוסקופף*

במשפט הישראלי מתנהל ויכוח, שטרם הוכרע, בנוגע להיקף ההגבלות המוטלות על שיקול-הדעת של בעל קניין בשם ההתחשבות באינטרס של הזולת או באינטרס הציבורי. מחד גיסא, יש הגורסים כי לבעל קניין צריך להיות שיקול-דעת מוחלט (כמעט) ביחס להחלטות המצויות בתחומי סמכותו (גישת הריבונות); מאידך גיסא, יש הטוענים כי גם בתחומים המסורים לסמכותו חייב בעל הקניין להביא בחשבון את האינטרס של הזולת ואת האינטרס הציבורי (גישת ההתחשבות). מאמר זה מבקש להציג את המחלוקת הקיימת בין שתי הגישות הללו, ולהצביע על כך ששיקולים מוסדיים עשויים לצמצם מאוד את הפער ביניהן. הטעם לכך הוא שאם אנו מעוניינים לשמור על חלוקת התפקידים בין הרשות אשר לה נמסרה הסמכות (בעל הקניין) לבין הרשות שבידה הופקדה סמכות הפיקוח על הסמכות (בתי-המשפט), מן הראוי לאמץ בכל מקרה מדיניות התערבות זהירה מאוד של בתי-המשפט בשיקול-הדעת הקנייני, וזאת בדומה למדיניות השיפוטית הנהוגה ביחס להתערבות בשיקול-הדעת המנהלי ("כלל אי-ההתערבות") והאקוויטיבי ("כלל שיקול-הדעת העסקי"). מדיניות שיפוטית ראויה זו תצדיק התערבות בשיקול-הדעת הקנייני רק במצבים של חוסר שקילות מהותי בין התועלת שהפעולה מניבה לבעל הקניין לבין הנזק שהיא גורמת לאינטרס של הזולת או לאינטרס הציבורי.

מבוא

- פרק א: הקניין כמרחב של שיקול-דעת
פרק ב: דוגמות למצבים שבהם הוגבל שיקול-הדעת הקנייני בשל התחשבות בזולת או התחשבות באינטרס הציבורי
פרק ג: הגבלת שיקול-הדעת של בעל קניין – גישת הריבונות וגישת ההתחשבות
פרק ד: שיקול-הדעת הקנייני והשאלה המוסדית

* סגן דקן ופרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אבקש להודות לחנוך דגן על הערותיו מאירות-העיניים, ולמערכת כתבי-העת משפט ועסקים – ובמיוחד לסער רוסמן, לשני אזורי ולאביב גאון – על עבודת עריכה מצוינת.

- פרק ה: התערבות שיפוטית בשיקול-הדעת הקנייני
 פרק ו: מבחן "חוסר השקילות המהותי" – הלכה למעשה
 1. איזון בין זכות הקניין לבין האינטרס של הזולת
 2. איזון בין זכות הקניין לבין האינטרס החברתי
 פרק ז: אחרית-דבר

מבוא

הקשר ההדוק בין קניין לבין שיקול-דעת מוטמע בתפיסותינו עוד מגיל צעיר. ילד המקבל צעצוע במתנה יבהיר בתוקף לכל מי שיבקש לשחק בו כי "זה שלי", ועל-כן רק לו יש זכות "להחליט עליו". המבוגרים יכבדו לרוב טענות משפטיות מסוג זה (המגובות כמובן באיום לנקוט סעד עצמי של הפרת הסדר הציבורי), ויעדיפו לפנות להגיונו הבריא של הדרדק ("היא לא תיתן לך לשחק בצעצועים שלה") או לתחושת הצדק שלו ("לך יש את הצעצוע כל יום") במקום להפעיל את סמכות ההפקעה ההורית (המחייבת, על-פי המקובל, מתן פיצוי הולם לקטין הנגזל במטרה להשתיק את מחאתו המוצדקת).

ביובל הראשון לקיומו כיבד המשפט הישראלי באופן מוחלט כמעט את ריבונותו של בעל הקניין ברכושו. דרישות של בעלי קניין מרשויות המדינה כי יאכפו את זכותם להחליט מה ייעשה ברכושם נתפסו כעניין שיש להיענות לו ברובם המוחלט של המקרים, ובקשות של פרטים הכפופים לזכות הקניין כי בית-המשפט יתערב בשיקול-הדעת הקנייני ויגביל אותו נדחו בטענה כי אין לבית-המשפט סמכות לכפות על בעל הקניין מה ייעשה בנכסיו. המשפט הישראלי הכיר אומנם בסמכויות הפקעה רחבות, אולם אם הרשות המפקיעה לא עשתה שימוש בסמכותה, נכונותה של הרשות השופטת להתערב בהחלטות שנופלות לתחום סמכותו של בעל הקניין הייתה מצומצמת מאוד.

הכרה רחבה וגורפת זו בעצמאותו של שיקול-הדעת הקנייני עברה טלטלה משמעותית בעשור השישי לקיומו של המשפט הישראלי. חלק לא-מבוטל משופטי בית-המשפט העליון המשיכו אומנם לדבוק בגישת הריבונות, המבקשת לשמר את עצמאותו של שיקול-הדעת הקנייני, בתחומים הנופלים לגדרו, מפני התערבות חיצונית. אולם כנגדם קם מחנה מתנגד משמעותי, אשר ביקש לקבוע כי שיקול-הדעת הקנייני אין משמעו שרירות בעלים, אלא סמכות המחייבת את בעליה להפעילה תוך התחשבות בשיקולים הנוגעים בטובת הזולת ובאינטרס הציבורי. מאבק-איתנים זה טרם הוכרע במשפט הישראלי. הקרבות המרכזיים שהתנהלו בין המחנות הסתיימו בהכרעה דחוקה או ללא כל הכרעה. מטרתו הראשונה של מאמר זה, אשר לה מוקדשים פרקים א'-ג, היא לספק את תמונת המערכה העדכנית בעניין זה, מבלי לנקוט עמדה בשאלה מי מהמחנות ראוי שינצח.

בצד השאלה המהותית בדבר היקפו הראוי של שיקול-הדעת הקנייני קיימת שאלה מוסדית, שענינה הדרך שבה ייאכפו ההגבלות על בעל הקניין. שאלה זו לא זכתה עד כה

בהתייחסות של ממש בספרות או בפסיקה הישראלית. ביסודה עומד הקושי המוכר מהקשרים אחרים, כגון המשפט המנהלי ודיני החברות, לאזן באופן ראוי בין סמכות פעולה (כגון סמכותו של שר הפנים לקבוע את תקופת שיעון-הקניין או סמכותה של הנהלת החברה להגיש הצעת רכש) לבין סמכות פיקוח (דוגמת סמכותו של בית-המשפט לבקר את דרך הקביעה של שיעון-הקניין או את ההחלטה להגיש הצעת רכש). מטבע הדברים, קושי זה מתעורר רק מקום שקיימות מבחינה מהותית הגבלות לגבי שיקול-הדעת של בעל הסמכות. ממילא הגישה שנהגה בעבר ביחס לשיקול-הדעת הקנייני, ואשר ראוי שתנהג לדעת התומכים בגישת הריבונות, אינה מחייבת התמודדות עם קושי זה. לעומת זאת, גישה המטילה על בעל הקניין חובות התחשבות באינטרס של הזולת ובאינטרס הציבורי מחייבת התמודדות עם השאלה המוסדית, תוך קביעת איזון ראוי שימנע את הפקעת שיקול-הדעת הקנייני לטובת הרשות המפקחת (קרי, בתי-המשפט). איזון זה יחייב, לשיטתי, אימוץ מבחן מצמצם המאפשר התערבות שיפוטית רק כאשר החלטת בעל הקניין תחרוג ממתחם סבירות קנייני, קרי, רק באותם מקרים שבהם נוצר חוסר שקילות מהותי בין האינטרסים המנחים את בעל הקניין בפעולתו לבין האינטרס של הזולת או האינטרס החברתי. מטרתו השנייה של מאמר זה היא אפוא להצביע על קיומה של השאלה המוסדית (פרק ד), ולהציע כי התמודדות עימה עשויה לצמצם במידה רבה את חילוקי-הדעות שבין תומכיה של גישת הריבונות לבין תומכיה של גישת ההתחשבות (פרקים ה-ו).

פרק א: הקניין כמרחב של שיקול-דעת

המונח "קניין", כמו מונחים משפטיים רבים, הוא מונח רב-משמעי: הוא מקבל משמעויות שונות בהקשרים שונים, ומשמש טוענים שונים לצורך תמיכה בטענות מגוונות, ולעיתים סותרות. עם זאת, דומה כי אין מחלוקת על כך שמאפיין מרכזי של הקניין הוא ההכרה במרחב משמעותי של שיקול-דעת המוקנה לבעל הקניין ביחס לנכס מסוים. שיקול-דעת בהקשר הקנייני משמעו היכולת לקבל החלטה בדבר שימוש שיעשה בנכס מוחשי או ערטיילאי. שיקול-הדעת יכול להתייחס לשימוש שיעשה בעל הקניין בנכס (למשל, אם הוא ישתמש ברכב שבבעלותו לצורך נסיעה לנופש) או לשימוש שיעשה אחר בנכס (למשל, אם בעל הקניין יאפשר לחברתו להצטרף אליו לנסיעה ברכב); הוא יכול להתייחס לשימוש על-דרך המעשה (כגון קטיפת פירות המטע) או לשימוש על-דרך המחדל (למשל, הותרת הפירות להירקב); הוא יכול להתייחס להשפעה שהשלכותיה רגעיות וחולפות (כגון מעבר במקרקעין) או לפעולה המשפיעה על הנכס לטווח ארוך (כגון בנייה על המקרקעין). היכולת לקבל החלטות אלה ודומותיהן ביחס לנכס היא-היא, הלכה למעשה, המשאב שדין הקניין מקצה לבעל הנכס. בלשונו של Ronald Coase במאמרו המונומנטלי *The Problem of Social Cost*:

"We may speak of a person owning land and using it as a factor of production but what the land-owner in fact possesses is the right to carry out a circumscribed list of actions."¹

המשפטנים ה"קלסיים" של המאה התשע-עשרה, אשר ניסו להבנות תפיסות משפטיות באמצעות שימוש בהגדרות לוגיות מופשטות, ראו במוסד ה"קניין" את המקבילה של המשפט הפרטי למושג "ריבונות" במשפט הציבורי: כשם שהמדינה נתפסה כריבונית לנהל את ענייניה בגבולותיה הטריטוריאליים, כך נתפס גם בעל הקניין כריבוני לפעול כרצונו ביחס לנכסיו. ה"קניין" הוגדר על-ידיהם כ-"powers absolute within their sphere" – שיקול-דעת בלתי-מוגבל "בתחום מוגדר, המוענק על-ידי המדינה ליחיד ביחס לקניינו.² תפיסה זו של "קניין", שלעיתים מקובל לכנותה "קניין בלקסטוניאני",³ אינה מקובלת עוד. היא נופצה והופרכה במהלך המאה העשרים, ודומה שכיום אין עוד מי שיתמוך בה בצורתה החזקה. הוברר לכל כי "קניין" אינו מקנה לבעל הקניין "כוחות מוחלטים" ביחס לשימושי הנכס. אם פלוני הוא בעליה של חלקת אדמה, אין משמעות הדבר שביכולתו לעשות בה ככל העולה על רוחו.⁴ כך, למשל, אין באפשרותו לבנות עליה בית ללא היתר

1. Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ. 1, 44 (1960)

2. DUNCAN KENNEDY, *THE RISE AND FALL OF CLASSICAL LEGAL THOUGHT* 162 (1975): ראו:

"There is a striking parallel between the emerging ante-bellum ideas of a property owner absolute within boundaries of his land and of state absolute within its borders. These two conceptions are the source of the 'powers absolute within their spheres' imaginary of Classical Legal Thought"

3. בעקבות חיבורו המפורסם של המלומד האנגלי William Blackstone, אשר חי בשנים 1723-

1780, שבו תיאר את הקניין כ-"that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe". ראו: WILLIAM BLACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND* (1765-1769) Book 2, Ch. 1. לדיון מאיר-עיינים במניעים אפשריים לבחירת תיאור זה של "קניין" על-ידי Blackstone עצמו (אף שברור מכתביו כי הוא היה מודע לכך שתיאור זה אינו מאפיין את הדין הפוזיטיבי באנגליה של המאה השמונה-עשרה), ולסיבות שבעקבותיהן נהפך Blackstone למוזוה עם תפיסת הקניין כשרירות בעלים, ראו: David B. Schorr, *How Blackstone Became a Blackstonian*, 10 THEORETICAL INQ. L. 103 (2009).

4. Ronald Coase עמד על נקודה זו מייד בהמשך הדברים המצוטטים לעיל בטקסט הסמוך לה"ש

1. ואלה דבריו: "The rights of a land-owner are not unlimited. It is not even always possible for him to remove the land to another place, for instance, by quarrying it. And although it may be possible for him to exclude some people from using 'his' land, this may not be true of others. For example, some people may have the right to cross the land. Furthermore, it may or may not be possible to erect certain types of buildings or to grow certain crops or to use particular drainage systems on the land. This does not come about simply because of government regulation. It would be equally true under

בנייה, לנהל בה עסק ללא רישיון מתאים או לעשות בה הפירות שיערערו את יציבותם של המקרקעין השכנים.⁵ למעשה, כפי שהבהיר פרופ' יהושע ויסמן:

"...הנחת המוצא היא הפוכה, לאמור: בעל המקרקעין זכאי לעשות במקרקעיו רק את אותם דברים שהחוק התירם במפורש. בלא היתר שכזה אין הבעל רשאי לעשות כמעט דבר במקרקעיו. כך על פי המשפט הישראלי, וכך גם במשפט עמים אחרים."⁶

ה"קניין" בתפיסה המודרנית מקנה אפוא מרחב שיקול-דעת מגודר ומוגבל בהרבה בהשוואה לחשיבה הקלסית. עם זאת, גם בימינו חייב להיות מרחב משמעותי של שיקול-דעת על-מנת שנאפיין מערך זכויות ביחס לנכס קנייני, שהרי נכס שאין לי שיקול-דעת משמעותי להחליט מה ייעשה בו אינו יכול להיחשב קנייני.⁷

פסק-הדין האמריקאי הנודע בעניין *Lucas v. South Carolina Coastal Council*⁸ מדגים היטב נקודה זו. באותו מקרה נידון חוק של מדינת קרוליינה הדרומית שעל-פיו אסורה כל בנייה חדשה בין קו המים לבין קו שרירותי מסוים, במטרה לשמר את חופי הרחצה. התובע, שהיה הבעלים של שתי חלקות אדמה באזור שהחוק אסר לבנות בו, טען כי החוק החדש מהווה הפקעה של קניינו, ומחייב על-כן מתן פיצוי נאות על-פי התיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמריקאית. בית-המשפט העליון האמריקאי קיבל טענה זו. דעת הרוב גרסה כי הגם שלמדינה עומדת הזכות להגביל את יכולת הבעלים להשתמש

the common law. In fact it would be true under any system of law. A system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire"

5 ראו ס' 48 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968 (להלן: פקודת הנוזיקין): "היה במקרקעין משום תמיכה למקרקעין שכנים, תהא עשיית דבר המונע או שולל תמיכה זו – עוולה"; וכן ע"א 513/88 שאה נ' שני, ד"כ מד 217 (1995) (בעל מקרקעין מנוע מלפעול במקרקעין באופן שיביא לידי הסרת תמיכה ממקרקעין שכנים, וזאת לנוכח ס' 48 לפקודת הנוזיקין).

6 יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 46-48 (1997). ראו גם ע"א 7394/03 נכסי ר.א.ר.ד. חברה לבניין בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, רחובות (לא פורסם, 6.12.2006).

7 ראו את דבריו של הנשיא אהרן ברק ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 280 (1999) (להלן: עניין רוקר): "היסטורית, המשפט מגן על זכות הקניין באופן 'חזק' יותר משהוא מגן על החיוב... הטעם לכך ברציונל של זכות הקניין. רציונל זה הוא מורכב. לענייננו די אם אצביע על השליטה ועל החירות האישית כטעמים לכך... הקניין מאפשר לפרט להיות חופשי, ולתת ביטוי לאישיותו ולחירותו. למשפט עניין מיוחד להגן על אינטרס זה"; ובהמשך – "הקניין נועד לבטא את שליטתו של האדם ואת אישיותו". השוו גם לחנוך דגן קניין על פרשת דרכים 35-37 (2005), המתנגד נחרצות לתפיסת הקניין כריבונות, אך מזהיר גם מפני עמדה הפוכה המתעלמת מערך החירות הטמון בקניין.

8 *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 112 S.Ct. 2886 (1992) (להלן: עניין *Lucas*).

בחלקתו כאמצעות רגולציה העושה שימוש בכוח הפיקוח (Police Power), במקרה שבו ההגבלה שוללת כל ערך כלכלי מהחלקה ("all economically beneficial use"), הדבר מהווה הפקעה של זכות הקניין, ומחייב במתן פיצוי.⁹ ניתן, כמובן, להתווכח עם קו הגבול שדעת הרוב קובעת לפרשנות של החוקה האמריקאית,¹⁰ אך פסק-הדין ממחיש את הרעיון הכללי שלפיו בהעדר שיקול-דעת של ממש ביחס לשימוש בנכס אי-אפשר לדבר כלל על קניין.

המשפט המודרני דוחה אם כן את הגישה הקיצונית מימין, המזהה את הקניין עם שיקול-דעת מוחלט, והן את הגישה הקיצונית משמאל, המבקשת לנתק בין מוסד הקניין הפרטי לבין מרחב שיקול-דעת המופקד בידי אדם מסוים. הוא מכיר בכך שהקניין מקנה מרחב משמעותי אך מוגבל של שיקול-דעת. שאלת-המפתח המתעוררת בעקבות דחיית גישות-הקיצון היא מהו שיווי-המשקל החדש שבו ראוי להיעצר: מהו היקף ההתחשבות הראוי בזולת ובאינטרס הציבורי הנדרש מבעל קניין. מטרתי במאמר קצר זה היא לשרטט את גדר המחלוקת ביחס לסוגיה זו במשפט הישראלי, ולהצביע על כך שהכרעה בין העמדות השונות מחייבת התחשבות לא רק בשיקולים מהותיים, אלא גם בשיקולים מוסדיים. לאור תובנה זו אנסה להצביע על נוסחת האיזון הראויה בעיניי להגדרת היקף ההתערבות הראוי של בתי-המשפט בשיקול-הדעת הקנייני.

פרק ב: דוגמות למצבים שבהם הוגבל שיקול-הדעת הקנייני בשל התחשבות בזולת או התחשבות באינטרס הציבורי

שאלת ההגבלות המוטלות על שיקול-הדעת של בעל קניין עולה במגוון רחב של מצבים. בחלק מהם השאלה המתעוררת היא אם יש מקום להגביל את שיקול-הדעת הקנייני מתוך התחשבות באינטרסים ובצרכים של פרט מסוים אחר (להלן: התחשבות בזולת); בחלק מהם

9 זאת, למעט אם מדובר ברגולציה המשקפת את ההגבלות המוטלות על בעל קניין מכוח דיני המטרדים של המשפט המקובל המדינתי (שם, בעמ' 2899-2903).

10 ראו, למשל: Richard A. Epstein, *Lucas v. South Carolina Coastal Council: A Tangled Web of Expectations*, 45 STAN. L. REV. 1369 (1993) (המבקר את פסק-הדין על עצם ההבחנה שבין פגיעה חלקית לבין פגיעה מלאה). כן השוו: *Wyer v. Board of Environmental Protection*, 747 A.2d 192 (Me. 2000) (הקובע כי חוק האוסר בנייה על דיונות מותר בכל-זאת לבעלי הקרקע ערך כלכלי, מאחר שהוא מאפשר להם להשתמש בקרקע לצורכי חנייה, פיקניקים, ברביקיו ומטרות נופש אחרות). לא למותר לציין כי המבחן הישראלי לעניין מתן פיצוי בגין גריעות תכנוניות (regulatory takings) מרחיב את הזכות לפיצוי באופן משמעותי בהרבה מהמבחן שנקבע בעניין *Lucas*. לדין מקיף בנושא של גריעות תכנוניות, הן מהיבט השוואתי והן מהיבט של שיקולי המדיניות, ראו דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון (1994).

השאלה המתעוררת היא אם יש מקום להגביל את שיקול-הדעת הקנייני מתוך התחשבות באינטרס חברתי שאינו נוגע בפרט מסוים, אלא בציבור בכללותו או בקבוצה רחבה מתוכו (להלן: התחשבות באינטרס הציבורי). אבקש להמחיש התנגשויות אלה באמצעות דוגמות אחדות מתוך הפסיקה והחקיקה שבהן סווג שיקול-הדעת הקנייני בשם ההתחשבות באינטרס של הזולת או באינטרס הציבורי.

פסק-הדין בעניין רדומילסקי נ' פרידמן,¹¹ נהפך במרוצת השנים לדוגמה הקלסית להגבלת שיקול-הדעת הקנייני מתוך התחשבות באינטרס של הזולת. באותו מקרה ביקשה בעלת המקרקעין לחייב את הדייר המוגן שהתגורר באחת הדירות שבמבנה להסיר את חוט האנטנה המחבר את מכשיר הטלוויזיה שבדירתו לאנטנה שעל גג הבית הסמוך. העילה הפורמלית לבקשה זו הייתה שהעברת החוט מהווה הסגת גבול בחלל הרום השייך לבעל המקרקעין. המטרה האמיתית שהסתתרה מאחורי הבקשה הייתה להקשות את חיי בתו של הדייר המוגן, אשר החלה להתגורר עימו באופן שעורר חשש בליבה של בעלת המקרקע כי הבת תוכל לטעון לזכות דיירות מוגנת עם פטירת אביה.¹² השאלה המשפטית שהתעוררה הייתה אם ניתן לחייב את בעלת המקרקע לאפשר שימוש בחלל הרום (ולא רק מעבר בו),¹³ בשים לב לפגיעה שתיגרם לאינטרס של הדייר המוגן ובתו. בית-המשפט העליון השיב על כך בחיוב, בהתבססו על חוסר השקילות שבין האינטרס של בעלת המקרקע (הנוק שייגרם לה מהותרת החוט במקומו) לבין האינטרס של הדייר המוגן (הפגיעה מכך שתימנע ממנו ומבתו האפשרות לצפות בשידורי הטלוויזיה). השופט יואל זוסמן מציין בהקשר זה כי –

“ייתכן שיותר קל לאדם 'להסתדר' בלי טלוויזיה, מאשר בלי גז בישול. אך לאחר שהוקמה טלוויזיה בישראל, נהפך הדבר שירות פופולרי, שחלק נכבד מהציבור נהנה ממנו. הפגיעה בזכות המערערת היא אפסית, ולמעשה אין המשיב מסיג את גבולה אלא באופן טכני.”¹⁴

השופט חיים כהן מכליל טיעון זה, וקובע, בהתבסס על סעיף 14 לחוק המקרקעין, כי –

“אין להתיר את השימוש בזכות הבעלות כעילה לגרום נזק או אי נוחות אפילו”

11 ע"א 782/70 שושנה רדומילסקי נ' יצחק פרידמן, פ"ד כה(2) 523 (1971) (להלן: עניין רדומילסקי).

12 ס' 20(ב) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, קובע כי “באין בן-זוג כאמור בסעיף קטן (א) יהיו ילדי הדייר לדיירים, ובאין ילדים – קרוביו האחרים, כל אלה בתנאי שהיו מתגוררים בדירה יחד אתו לפחות ששה חדשים סמוך לפטירתו, ולא היתה להם בזמן פטירתו דירה אחרת למגוריהם”.

13 חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 575 (להלן: חוק המקרקעין), מאפשר בס' 11 מעבר בחלל הרום. ראו להלן ה"ש 20.

14 עניין רדומילסקי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 527.

למסיג גבול, מקום שהשימוש בעילה זו אינו דרוש באורה סביר למימוש זכות הבעלות עצמה או למטרה חוקית אחרת.¹⁵

פשוטם של דברים – האינטרס של הדייר המוגן ובני-ביתו לצפות בטלוויזיה מצדיק, בנסיבות אלה, את הגבלת שיקול-דעתה של בעלת הקרקע ואת חיובה לאפשר את מעבר חוט האנטנה ברום המקרקעין.¹⁶ דוגמה אחרת להגבלת שיקול-הדעת הקנייני בגין התחשבות בזולת, הנטולה מהמשפט המשווה, הוא פסק-הדין האמריקאי הנודע בעניין Vincent v. Lake Erie Transportation Company.¹⁷ באותו מקרה נידונה תביעה של בעלי מזה נגד ספינה שנקשרה למזה בשעת סערה, בגין נזקים שנגרמו למזה. כל שופטי ההרכב סברו כי בעלי הספינה נהגו כדין, שכן עמדה לבעלי ספינה הזכות להיקשר למזה בשעת סערה, וזאת גם אילו התנגדו לכך בעלי המזה. במילים אחרות, בעלי הספינה יכלו לכפות את בעל המזה לאפשר להם להשתמש בקניינו במהלך הסופה. למרות זאת גרסה דעת הרוב כי בעל המזה זכאי לתבוע את בעלי הספינה בגין נזקיו. בלשונה של דעת הרוב:

"[This is a case] where the defendant prudently and advisedly availed itself of the plaintiffs' property for the purpose of preserving its own more valuable property, and the plaintiffs are entitled to compensation for the injury done."

לענייננו, מדובר אם כן בדוגמה לכך שלעיתים ניתן לכפות בעל קניין לאפשר שימוש בקניינו כדי להגן על אינטרס של הזולת, אך זאת מבלי לשלול מבעל הקניין את הזכות לפיצויים בגין הנזק שספג בעקבות שימוש זה. שתי הדוגמות שהובאו לעיל, שעליהן ניתן כמובן להוסיף דוגמות אחרות,¹⁸ ממחישות

15 שם, בעמ' 530.

16 ודוק, הנקתי היא שההחלטה בעניין רדומילסקי היא שיש מקום לאפשר את מעבר החוט, ולא רק שאין לאפשר את הסרתו לאחר שחובר. אולם גם אם ההחלטה מוגבלת למניעת האפשרות של בעלת הקרקע לפעול נגד הסגת הגבול, ואינה משתרעת על התרת הסגת הגבול מלכתחילה, עדיין שלילת הזכות לסעד משפטי משמעה הגבלה של הפעלת שיקול-הדעת הקנייני.

17 Vincent v. Lake Erie Transportation Company, 124 N.W. 221, 222 (Minn. 1910) (להלן: עניין Vincent).

18 ראו, למשל, ע"א 6765/93 בנק ברקליס דיסקונט נ' ברושי (פורסם ב"נבו", 19.3.1997) (חייב משפן בהפקדה יהלומים לטובת בנק. בשלב מסוים ביקש החייב מהבנק למכור את היהלומים כדי להקטין את החוב, ואף הביא הצעות מחיר סבירות. הבנק סירב, ובעקבות זאת נמכרו היהלומים רק לאחר זמן ניכר, במחיר נמוך באופן משמעותי, ולנוכה חוב טופח (מפאת הריבית שהצטברה לטובת הבנק). בית-המשפט הכיר בכך שזכות הקניין של הבנק (קרי, זכות המשכון) הקנתה לו את שיקול-הדעת להכריע מתי יימכרו היהלומים, אולם קבע

כי קיימים מצבים שבהם סווג שיקול-הדעת הקנייני בשם האינטרס של התחשבות בזולת.¹⁹ מצבים של היתר לשימוש בזכות הקניין על-מנת לשרת את האינטרס של הציבור נפוצים כמובן אף הם, אם כי רובם קבועים בחקיקה.²⁰ כך, למשל, לרשויות מקומיות נתונה

כי "השימוש בזכות זו על ידי הבנק צריך היה להיעשות בתום לב. כך קובע סעיף 39 לחוק החוזים... לאחר שמנהל הבנק העיד שאילו באה לפניו הצעה בגבולות של 10⁵ אחוז פחות מהשווי המוערך של היהלומים, היה הבנק צריך למכור, ולאחר שהשופט קבעה שהצעות כאלה אכן הוגשו לבנק, המסקנה ההכרחית העולה מכך היא שהבנק לא נהג בתום לב, ועל כל פנים לא בתום לב 'אובייקטיבי' (שם, בעמ' 2). התוצאה המסתברת היא שהבנק, בעל המשכון, היה צריך להיענות לדרישת החייב, ולאפשר בכך את הקטנת חובו. משלא נהג בדרך זו, חייבו בית-המשפט לשאת בעלויות שנגרמו לחייב עקב סירובו של הבנק. לפנינו אפוא מקרה שבו נקבע בדיעבד כי בעל הקניין היה חייב לממש את זכותו הקניינית (קרי, לממש את המשכון), מתוך התחשבות באינטרס של זולתו (החייב); בש"א (י"ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון (פורסם ב"נבו", 27.7.2006; ניתן על-ידי השופט משה דרורי) (להלן: עניין ביטון) (מתן אפשרות לחייב לכפות בעל משכנתה להמיר את המשכנתה על נכס מקרקעין פלוני במשכנתה על נכס מקרקעין אלמוני, כאשר שוויים של שני הנכסים עולה על גובה החוב). לדיון בעניין ביטון ראו יהושע ויסמן "העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת הנושה" מחקרי משפט כד 427 (2008).

19 בצד דוגמות אלה ניתן כמובן למצוא גם דוגמות למקרים שבהם הושגה התוצאה ההפוכה, קרי, מקרים שבהם נקבע כי יש להגן על שיקול-הדעת הקנייני, וזאת אף לנוכח פגיעה אפשרית באינטרס משמעותי של הזולת. ראו, למשל, עניין רוקר, לעיל ה"ש 7, אשר יידון עוד להלן. כן ראו ע"א 153/67 "שלב" נ' נוה הררי מואב בע"מ, פ"ד כא(1) 617, 620 (1967) (תביעה מצד חלק מבעלי חלקה לקבל צו מניעה נגד מעבר של בעלי זכויות כרייה בחלקה סמוכה דרך אדמתם. טענתם של בעלי זכויות הכרייה בחלקה הסמוכה הייתה כי השימוש שהם עושים בחלקה הסמוכה אינו פוגע במבקשים (שכן פיתוח החלקה הוקפא, והיא עומדת בשיממונה), ואילו מבחינתם הם המעבר הכרחי כמעט, שכן זו דרך החיבור היעילה לכביש, ואם יימנע מהם המעבר, הם יאלצו לסלול דרך עוקפת בעלות גבוהה, והמשאיות יידרשו לעיקוף מיותר. בית-המשפט העליון נתן צו מניעה, בציינו כי "המשיבים סומכים על זכות הקניין שלהם... כאן היושר הולך אחר הדין", וכי "ההגנה הראויה על זכות הקניין דורשת למנוע הסגת גבול נמשכת כזאת על-ידי המערערת, תוך עשיית דין לעצמן". במילים אחרות, בית-המשפט דחה במקרה זה את הטענה כי יש לחייב את בעל הקניין לאפשר לזולתו לעשות שימוש במקרקעין; ת"א (שלום י"ם) 11187/05 בן רבי נ' אבנר (פורסם בנבו, 2.4.2008); ניתן על-ידי השופט עודד שחם (נדחתה בקשה למנוע מהתובעים סעד של הריסת קיר בטון שנבנה לא כדין על חלקה שחכרו).

20 דוגמות נוספות, מעבר לאלה שיוזכרו להלן בטקסט, כוללות את זכות המעבר בחלל הרום (הסיפא של ס' 11 לחוק המקרקעין), המאפשרת את קיומה של תעבורה אווירית (להתפתחות ההיסטורית של סייג זה ראו: STUART BANNER, WHO OWNS THE SKY? THE STRUGGLE TO CONTROL AIRSPACE FROM THE WRIGHT BROTHERS ON (2008); את הזכות לשימוש הוגן (ס' 19 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007), המיועדת לאפשר "התפתחות תרבותית וחברתית, הסומכת על הישגי העבר" (כלשון השופט טירקל בע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Est. Co., פ"ד נד(1) 577, 596 (2000); לדיון בהסדר החדש שיצר חוק זכות יוצרים

הסמכות לצוות כי על מגרשים ריקים שבבעלות פרטית ייעשו עבודות גינון או שהם ישמשו מגרשי חנייה לא בתשלום.²¹ בדרך זו הרשות יכולה להשתמש לתועלת הציבור בקרקע שבבעלות פרטית, וזאת בנסיבות שבהן הרכוש הפרטי אינו משמש את בעליו (ואולי אף מהווה מפגע ציבורי²²), ובאופן שפגיעתו בקניין הפרטי צפויה להיות מינימלית. השופט מישאל חשין ביטא את השניות שביסוד החוק באופן הבא:

"צווי גינון וצווי מגרש חניה הינם, להלכה ולמעשה, הפקעת השימוש במגרשים ריקים; הפקעה לשעה היא, אמנם – אם הכינוי "שעה" יפה לחמש שנים – ובכל זאת הפקעה היא. אותה הפקעה לשעה נעשית לטובת הכלל והפרט, ובנסיבות שבהן מוחזק בעל המגרש כי הסכים להוצאת הצו או, למצער, כי הינו אדיש לו. אכן, אם אין נעשה כל שימוש במגרש – בין שהמגרש ריק אין בו דבר ובין שמשמש הוא כמזבלה לשעה – מה מן הבעלים יהלוך אם יהפוך לגינה פורחת או למגרש חנייה? בייחוד כך, שעה שהבעלים יכול בנקל להחזיר את המגרש להחזקתו אם אך יקבל על עצמו לנהוג כראוי. עם זאת, וגם אם הכול נעשה לטובה, שומה עלינו לפרש את החוק – ואת סמכויותיהן של הרשויות בנות הסמך על פיו – כראוי לו: החוק ייעד עצמו לפגוע בקניינו של הפרט, ועל דרך זו יפורש: בצמצום, בקפידה ועל דרך שמירת קניינו של הפרט. עם זאת נוסף ונאמר, כי בהשקיפנו ממעוף הציפור דומה בעינינו כי נמצא בו בחוק, לכאורה, איזון ראוי והולם בין זכויות הקניין של הפרט לבין טובת הציבור והפרט."²³

דוגמה מעניינת אחרת היא סמכותו של רשם הפטנטים לתת רשיון כפייה ביחס לפטנט, כאשר בעל הפטנט מנצל לרעה את המונופול שהוענק לו (קרי, כאשר הוא אינו מספק

-
- ראו ניבה אלקין קורן "זכויות משתמשים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים 327 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009); את ההיתר להמשך התקיימותו של מטרד הדרוש לטובת הציבור (ס' 248 לפקודת הנויקין); את האפשרות לגייס רכב לצרכים בטחוניים (ראו חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא הגנה לישראל, התשמ"ז-1987, ס"ח 2149); וכן את סמכויות ההפקעה הרבות והמגוונות ביחס למקרקעין המוכרות בחקיקה הישראלית.
- 21 ראו חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), התשמ"ז-1987, ס"ח 1207. תודתי ליוזם מלק על ההפניה לחוק זה.
- 22 בתי המשפט מרבים להדגיש היבט זה, אולי כמשקל נגד לכך שמדובר בהסדר שביסודו הפקעה ללא פיצוי. ראו, למשל, ע"א 9963/03 זוהר נ' עיריית תל-אביב יפו (פורסם בנבו, 1.8.2006): "מטרתו של החוק כפולה: שמירה על איכות הסביבה והקטנת מצוקת החנייה. עם זאת, ניתן ללמוד מדברי ההסבר על מטרה נוספת שעמדה בפני המחוקק שהינה פתרון לבעיות שונות העולות מקיומם של מגרשים ריקים, ובהן הצטברות אשפה במגרשים מסוג זה, פלישות ובניה בלתי חוקית." (שם, בעמ' 6)
- 23 בג"ץ 183/95 גלים כפר נוער חיפה נ' ראש עיריית טירת הכרמל, פ"ד נח(1) 481, 484 (1998).

בתנאים סבירים את מלוא הביקוש או כאשר הוא מתנה תנאים לא-הוגנים, בראיית טובת הכלל, להספקת המוצר) או כאשר קיים פטנט מאוחר המהווה התקדמות טכנולוגית חשובה בעלת ערך כלכלי רב, אשר אי-אפשר לנצלו ללא הפטנט המוקדם.²⁴ תוראות אלה הן דוגמה לפגיעה בשיקול-הדעת של בעל הקניין בשם האינטרס של הציבור בהגברת השימוש בהמצאה המוגנת בפטנט. בשם אינטרס ציבורי זה יכול רשם הפטנטים להפקיע את המונופול של בעל הפטנט ולאפשר גם למתחריו להשתמש בהמצאה, ובלבד שישלמו לבעל הפטנט תמלוגים נאותים על-פי קביעתו של רשם הפטנטים.

הכרה בקיומן של הגבלות לגבי שיקול-הדעת הקנייני לצורך התחשבות בזולת או בשם אינטרס ציבורי משמעותי מחייבת התמודדות עם השאלה הקשה של הגדרת אופיין של ההגבלות המוטלות על בעל הקניין הפרטי. בהקשר שבו עסקינן היא מעוררת את הקושיה עד כמה בעל הקניין נדרש להתחשב בהשלכות של פעולותיו על פרטים אחרים ועל האינטרס הציבורי. בעניין זה, כפי שניווכח בפרק הבא, דעותיהם של הפוסקים חלוקות.

פרק ג: הגבלת שיקול-הדעת של בעל קניין – גישת הריבונות וגישה להתחשבות

ניתן להצביע על שתי תפיסות-קיצון ביחס להגבלות המוטלות על שיקול-הדעת של בעל קניין בשם ההתחשבות באינטרסים של פרטים אחרים ושל החברה בכללותה – גישת הריבונות וגישה להתחשבות. להלן אבקש להציג בקצרה כל אחת מגישות-קיצון אלה, ולהצביע על המאבק המתקיים ביניהן בעשור האחרון בפסיקתו של בית-המשפט העליון. גישת הריבונות – גישה זו מבקשת לשמר מרכיב אחד בתפיסת הקניין הבלקסטוניאנית. הוא מרכיב ה"ריבונות" (despotic), ולזנוח מרכיב אחר, הוא מרכיב ה"כוללניות" (sole). התומכים בגישת הריבונות סבורים כי שיקול-דעתו של בעל הקניין מוגבל מבחינת תחום חלותו, ואינו כולל את היכולת לעשות כל שימוש אפשרי בנכס. שימושים מסוימים הם חלק מ"אגד הזכויות" (bundle of rights) של בעל המקרקעין, ושימושים אחרים אינם כוללים באגד זה. על-כן בעל מקרקעין אינו נהנה בהכרח מהיכולת לבנות או לנהל עסק במקרקעין, ואין באפשרותו לעשות פעולות המסכנות את יציבותם של המקרקעין השכנים. עם זאת, ביחס לשימושים הנופלים לתחום שליטתו של בעל הקניין (אותם שימושים שהם חלק מ"אגד הזכויות" של בעל הקניין) שיקול-דעתו הוא מוחלט, ואין מקום להגבילו. התומכים בגישת הריבונות מוכנים אפוא להכיר בהגבלות אנכיות של שיקול-הדעת של בעל הקניין, קרי, הגבלות המוציאות מלכתחילה החלטות מסוימות ביחס לנכס משיקול-דעתו של בעל הקניין. אולם אין הם מוכנים להכיר בהגבלות אופקיות של שיקול-הדעת הקנייני, כלומר, הגבלות אשר מותירות את שיקול-הדעת בידי בעל הקניין אולם מתערבות

24 ראו ס' 116-128 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.

בדרך שבה הוא מפעיל שיקול-דעת זה. כנגזר מכך, התומכים בגישת הריבונות יכירו בכך שניתן למנוע את בעל הקניין מלהחליט על פעולה מסוימת בשל כך שהיא פוגעת באינטרס של הזולת. לשיטתם, הגבלה כזו משמעה שהפעולה חורגת מתחום השליטה שנמסר לבעל הקניין, ומהווה חדירה לתחום השליטה המסור לאחר. להמחשת גישתם הם עשויים להסתייע במכתם הציורי הידוע, המיוחס לעיתים לשופט אוליבר ונדל הולמס, שלפיו "זכותי להניף את זרועי נגמרת במקום שבו מתחיל חוטמו של חברי" ("My right to swing my fist stops at the end of your nose"). לעומת זאת, מרגע שהחלטה מסוימת מצויה בתחום שליטתו של בעל הקניין, כלומר מהווה חלק מ"אגד הזכויות" הקנייני המסור לו, תשלול גישת הריבונות כל התערבות בדרך הפעלתו של שיקול-הדעת. מסירת שיקול-הדעת לבעל הקניין משמעה – לטוב ולרע – שהוא הסמכות העליונה להכריע בדבר הדרך שבה ינצל את קניינו. ברצותו יתחשב בהשלכות שיש להחלטה זו על זולתו, וברצותו יכריע בדבר דרך השימוש בהתאם לשרירות-ליבו. בלשונו של הנשיא אולשן:

"אין אדם יכול לדרוש זכות הנאה כל-שהיא מרכושו של הזולת רק מפני שנות לו הדבר, או מפני שהוא זקוק לזה ולזולת אין הדבר גורם כל נזק שהוא – אפילו מצבו הקשה של האדם הזה עשוי לעורר אהדה אליו מצד בני-אדם. אין לזהות שיקולים מוסריים עם שיקולים שביושר במשמעות המשפטית, דבר התלוי ברצונו הטוב של הזולת. אין לכפות עליו 'רצון טוב' זה על-ידי החלת שיקולים שביושר. עוד לא שמענו על הלכה מעין זו."²⁵

גישת ההתחשבות – אליבא דתומכים בגישה זו, ניתן להטיל על שיקול-דעתו של בעל הקניין לא רק הגבלות אנכיות, המוציאות מתחום סמכותו החלטות שעלולות לפגוע בזולת או באינטרס הציבורי, אלא גם הגבלות אופקיות, המחייבות אותו להביא בחשבון במסגרת שיקול-דעתו את האינטרס של הזולת ואת האינטרס הציבורי. לשיטתם, קיומו של שיקול-דעת אין משמעו מתן חירות לנהוג בשרירות. בעל הקניין פועל במסגרת חברה נתונה, ונהנה מהיתרונות שהיא מקנה. שיקול-הדעת הקנייני ניתן לפרט על-ידי החברה במסגרת ההבנות המכוננות אותה ולמען הגשמת התכליות שלשמן היא קיימת. מכאן שלחברה יש גם סמכות לפקח על אופן הפעלתו של שיקול-הדעת, ולהתערב באותם מצבים שבהם אין הפרט עושה שימוש נאות בעוצמה החברתית שהופקדה בידיו. עמדה זו משקפת תפיסה חברתית-קהילתית, העומדת בניגוד לנקודת המוצא האינדיווידואליסטית שביסודה של גישת הריבונות. בלשונו של פרופ' חנוך דגן, אשר לכתיבתו האקדמית יש תפקיד-מפתח בהחדרתה של התפיסה החברתית למשפט הישראלי:

"התפיסה הליברלית של המושג קניין חולקת על היות הקניין אתר של זכויות גרידא. על פי גישה זו הקניין מהווה, לפחות בהקשרים מסוימים, גם אתר

25 ע"א 281/61 שלוסר נ' כ"ץ, פ"ד טו(4) 2329, 2333 (1961).

קהילתי, מצע ליחסים של שיתוף ומקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי הקהילה (או החברה) בכללותה.²⁶

התומכים בגישת ההתחשבות מצביעים על כך שבמשפט הישראלי קיימים מכשירים נורמטיביים שונים, כגון סעיף 14 לחוק המקרקעין²⁷ ועקרון תום-הלב, המטילים הגבלות על יכולתו של בעל הקניין להתעלם מהפגיעה שיגרם השימוש בזכותו לפרטים אחרים; ואחדים אף סוברים כי עצם משמעה של זכות הקניין כוללת לא רק סמכות להפעיל שיקול-דעת, אלא גם אחריות חברתית הנגזרת מסמכות זו.

במשפט הישראלי מתקיים בעשור האחרון מאבק מר, שטרם הוכרע, בין שתי הגישות.²⁸ בצד משפטים הממשיכים להחזיק בגישת הריבונות, הולכים ורבים המשפטים הדוחים גישה זו ומבקשים להטיל על הפרט חובות התחשבות בטובת הזולת ובטובת החברה. מובן שהוויכוח אינו בין שתי גישות דיכוטומיות: קיימים גוונים ובני-גוונים בין הגישות הקיצוניות, ומטבע הדברים הפער בין גישת ריבונות מרוככת לבין גישת התחשבות מוגבלת עשוי להיות עניין של "הגדרה עצמית" בלבד.

חילוקי-הדעות בדבר היקף ההגבלות שיש להטיל על בעל קניין משתקפים היטב בשני פסקי-דין מרכזיים שנתן בית-המשפט העליון בעשור האחרון: הראשון, עניין רוקר,²⁹ דן

26 דגן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 52. כן ראו חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל 97 (מנחם מאוטנר עורך, 2000). יצוין, עם זאת, כי פרופ' דגן עצמו אינו תומך בגישה המאפשרת פיקוח בדיעבד על שיקול-הדעת הקנייני (גישה שהוגדרה בטקסט כגישת ההתחשבות), אלא מבקש להחדיר את התפיסה החברתית הראויה לשיטתו באמצעות עיצוב כללים המצמצמים מלכתחילה את היקף סמכותו של בעל הקניין במקרים מתאימים. התפיסה החברתית עשויה אפוא לעמוד לנגד עיניהם של התומכים בגישת ההתחשבות, אולם אין כל הכרח שהיא תנביע את גישת ההתחשבות.

27 ס' 14 לחוק המקרקעין קובע כדלהלן: "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר".

28 ודוק, בספרו קניין על פרשת דרכים מציג פרופ' חנוך דגן שתי תפיסות של מוסד הקניין – תפיסה מוניסטית, שאותה הוא מכנה "הקניין כריבונות", ותפיסה פלורליסטית, שאותה הוא מכנה "הקניין כמוסדות". הבדלי התפיסה הללו משתקפים במידה מסוימת גם בדיון בעניין "שיקול-הדעת הקנייני", במובן זה שחסידיה של התפיסה המוניסטית נוטים להחזיק בגישת הריבונות, בעוד חסידיה של הגישה הפלורליסטית נוטים להחזיק בגישת ההתחשבות. עם זאת, אין זהות מלאה בין המחנות. כך, למשל, פרופ' דגן עצמו מחזיק בתפיסה פלורליסטית של מוסד הקניין, אולם סבור כי ראוי להשיגה באמצעות כללים המגדירים מראש את היקפה של זכות הקניין, ולא באמצעות הטלת הגבלות בדיעבד על שיקול-הדעת הקנייני. עמדתו קרובה אפוא, ביחס למחלוקת שבה עסקינן, דווקא לגישת הריבונות, ולא לגישת ההתחשבות. והשוו לעיל ה"ש 26. כנגד זה, ניתן להחזיק בדעה שלפיה לקניין יש משמעות מוניסטית אולם לסבור שדווקא משום כך ראוי להטיל על בעל הקניין חובות התחשבות מרחיבה בזולת. השוו אלון הראל "קניין על פרשות דרכים: הערות ביקורתיות על ספרו של חנוך דגן 'קניין על פרשת דרכים'" עיוני משפט ל 435 (2006).

29 ראו עניין רוקר, לעיל ה"ש 7.

באפשרות להגביל את שיקול־הדעת של בעל קניין בשם אינטרס של פרט אחר; והשני, עניין הורוויץ,³⁰ עוסק באפשרות להגביל את שיקול־הדעת של בעל הקניין בשם אינטרס ציבורי. שני פסקי־הדין חושפים מחלוקות קשות בין חברי ההרכב, ובשניהם ניתן לראות התגודדות של שני מחנות – חסידיה של גישת הריבונות מזה וחסידיה של גישת ההתחשבות מזה. בשניהם היריבים מטיחים את טיעוניהם זה בזה במאמץ לשכנע בנכונות עמדתם, ובשניהם המלחמה אינה מוכרעת. בראשון (עניין רוקר) הקרב מוכרע לטובת חסידיה של גישת הריבונות, ואילו בשני המחנות נפרדים בלא הכרעה ברורה. להלן אציג בקצרה את שני פסקי־הדין הללו ואת הגישות המרכזיות המוצגות בהם.

עניין רוקר הוא פסקי־הדין המרכזי במשפט הישראלי הדין ביחס שבין זכות הקניין לבין חובת הדאגה לזולת. באותו מקרה נידונה השאלה מהן ההגבלות המוטלות על זכותם של דיירים בבית משותף לדרוש הריסתו של מבנה שהוקם ללא הסכמתם בשטח שבבעלות משותפת. ברוב של שישה כנגד דעתו החולקת של השופט יצחק אנגלרד הוסכם כי אין מקום לסייג את זכות הדיירים לדרוש את מימוש זכותם הקניינית. עם זאת, עיון בחוות־הדעת השונות מגלה פערים ניכרים בין שתי קבוצות של שופטים. מצד אחד ניצבים אלה – ובראשם השופטים יעקב טירקל ומישאל חשין – הסוברים כי חובות ההתחשבות שיש להטיל על בעל קניין מוגבלות מאוד בהיקפן, ומתמקדות בחריגים כגון "זוטי הדברים" (או "דברים של מה בכך"). כך, למשל, השופט טירקל מסכם את חוות־דעתו באמירה שלפיה –

"שיקול־הדעת של בית־המשפט, שבגדרו רשאי הוא שלא להיעתר לתביעה שמטרתה להגן על זכות בעלות או על זכות אחרת במקרקעין, הוא מוגבל ומצומצם ביותר ויופעל רק במקרים חריגים ונדירים."³¹

והשופט חשין מחרה מחזיק אחריו, באומרו כי –

"בעל־קניין – על־פי המקובל עלינו – הגם שלא קנה זכות מוחלטת לשרירות בעלים, זכאי הוא, למצער, למקצת־שרירות־בעלים."³²

30 דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004) (להלן: עניין הורוויץ).

31 עניין רוקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 248.

32 שם, בעמ' 259. דברים ברוח זו ביטא השופט מישאל חשין גם בבג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 749, 776 (1992) ("נוכח שענייננו בזכויות קניין, והטיפול באלו, כפי שלמדנו, מחייב גישה נוקשה יחסית באשר לאכיפתן ולהכרה בהן... אין זו אלא אחת הנגזרות מהכרה בזכות הקניין והבעלות הפרטית בשיטת המשפט שלנו (בכפוף לכלל הזוטות – 'de minimis non curat praetor'), וכן ברע"א 7112/93 צודלר נ' יוסף, פ"ד מח(5) 550 (1994) ("זכות הקניין משמיעה, כעיקרון, זכותו של אדם לעשות, או שלא לעשות, בקניינו כרצונו; הכול, כמובן, במגבלות שהדין הקוגנטי קובע" (שם, בעמ' 652), ובהמשך – "זכות הקניין הקלאסית דוחה מעליה, כעיקרון, את יסוד הסבירות: זכות הקניין הקלאסית משמיעה

את השופטים הללו ניתן לשייך למחנה אשר תומך עדיין, בהגבלות קלות, בגישת הריבונות. מן הצד האחר ניצבים אלה – ובראשם השופטים יצחק אנגלרד ואהרן ברק – הסוברים כי יש לחייב את בעל הקניין להביא בחשבון את השלכות פעולתו על הזולת בצורה משמעותית הרבה יותר. השופט אנגלרד גורס כי זכות הקניין אינה מהווה מחסום בפני "שקילה אובייקטיבית של האינטרסים ההדדיים לאור כל נסיבות המקרה". הנשיא ברק מייחס לעצמו גישה מתונה יותר, אולם גם הוא סבור כי על בית-המשפט לאזן בין האינטרס של בעל הקניין לבין האינטרסים של הזולת ושל החברה. איוון זה הוא מבקש לעשות במסגרת עקרון תום-הלב, אשר את היקף תחולתו יש לקבוע בהתחשב "במכלול הנתונים המשתנים". גישה זו משקפת אפוא את מה שכינתי "גישת ההתחשבות", כשבין השופטים השונים האוחזים בה ניתן להבחין בהבדלי גישה לעניין המשקל שבעל הקניין נדרש לתת לאינטרסים של האחר.

בסופו של יום נראה כי עמדתם של חסידי גישת הריבונות זוכה ברוב דחוק בעניין רוקר.³³ אולם ניצחון זה, אף אם הושג, יותר משהוא משקף את המשך שליטתה של גישת הריבונות במשפט הישראלי, מלמד על מידת היחלשותה. קל להיווכח בכך מהשוואה בין פסק-הדין בעניין רוקר לבין פסק-דין קודם שדן באותה סוגיה עצמה בשנות השמונים. כוונתי לע"א 93/81 אליאס נ' שיפר,³⁴ אשר עסק בדרישה של בעלי דירה בבית משותף להרוס מרפסת חיצונית שבנו הנתבעים – דיירים אחרים באותו בית משותף – ללא הסכמתם. בפסק-דין קצר וחד, שניתן פה אחד (השופט גולדברג בהסכמת השופטים שמגר

שרירות בעלים, וסבירות הינה אויבתה של השרירות (אולם ראה סעיף 14 לחוק) (שם, בעמ' 654).

33 השופט אליהו מצא מצטרף במפורש לגישתם של השופטים טירקל וחשין: "דעתי כדעת השופטים טירקל ומ' חשין. אף אני גורס, שככלל זכאי בעל הזכות הנפגעת להחזרת זכותו לקדמתה. שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט, למנוע ממנו סעד זה, נועד למקרים חריגים בלבד, כגון שלבעל הזכות לא נגרמה אלא פגיעה של מה בכך, בעוד שתיקון בעין של המעוות כרוך בהטלת נטל כבד ובלתי סביר על הפוגע" (עניין רוקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 286); ודומה כי גם השופט שלמה לויין נוטה לגישתם, לנוכח הבהרתו כי "השיקולים שמגה חברי הנכבד השופט טירקל להפעלת עקרון תום-הלב בגדרי הקניין מקובלים אף עליי ואני מסכים שכרגיל שיקול-הדעת למנוע סעד מן הנפגע במקרים אלה מוגבל למקרים חריגים. כתבתי 'כרגיל' משום שלדעתי אין זה רצוי לרשום מראש קטלוג סגור של מקרים כאלה" (שם, בעמ' 287). עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן ברורה פחות, אולם נראה שהיא תומכת בגישתו של הנשיא ברק ובנכונותו לאפשר איוון אינטרסים בין זכותו של בעל הקניין לבין אינטרסים מתחרים. עמדה זו ניתן ללמוד מהבהרתה כי "אין בעיניי טעם רעיוני קונספטואלי לכבול את ידי בית-המשפט בהפעלת שיקול-דעתו לעניין הסעדים שהוא מוסמך להעניק בעניינים שבתשתיתם זכויות קניין, וזכויות במקרקעין בכלל זה. לפיכך, סבורה גם אני, כי ראוי להפעיל את עקרון תום-הלב על השימוש בזכות קניין במקרקעין כפי שהוא מופעל באשר לזכויות קנייניות אחרות (ולא רק קנייניות)" (שם, בעמ' 288). אם כך, עמדת הריבונות זוכה ברוב של ארבעה כנגד שלושה בעניין רוקר.

34 ע"א 93/81 אליאס נ' שיפר, פ"ד לז(2) 444 (1983).

ובייסקי), הורה בית-המשפט על הריסת המרפסת.³⁵ דבר לא הועיל לנתבעים באותו עניין – לא העובדה שהמרפסת שנבנתה לא פגעה פגיעה של ממש בדירת התובעים; לא העובדה שבניית המרפסת זכתה בהסכמתם של רוב בעלי הדירות בבניין (תשעה מתוך עשרה); לא העובדה שהבנייה עצמה נעשתה לאחר שנדחתה בקשת התובעים לצו מניעה זמני; ואף לא העובדה שהתובעים את ההריסה לא היו נקיי-כפיים, שכן הם עצמם בנו תוספת לדירתם ללא הסכמתם של הדיירים האחרים. בית-המשפט העליון של שנות השמונים היה חסיד אדוק ונאמן של גישת הריבונות, ולא הסכים לסטות ממנה כמלוא הנמיה. לא כן בית-המשפט העליון בפתחה של המאה העשרים ואחת.³⁶ בבית-המשפט שלאחר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים", הגישה שלפיה אין (כמעט) מקום להטיל על בעל קניין חובה להתחשב באינטרס של הזולת היא לכל-היותר עמדה העשויה לזכות ברוב דחוק ואקראי. ממרום מעמדה הבלתי-מעורער ביובל הראשון של המשפט הישראלי, אולצה גישת הריבונות לרדת אל זירת ההתגוששות בעשור השישי לקיומו.

פסקי-הדין החשוב השני המשקף את פרשת-הדרכים שהמשפט הישראלי מצוי בה בעשור האחרון הוא כאמור עניין הורוויץ, שבו נידונה שאלת האחריות החברתית של בעל קניין. הפעם נגעה השאלה בזכותו של בעל קרקע לפיצוי בגין החלטה של הרשות המקומית להחיל תוכנית מתאר חדשה, אשר משפרת את רווחת הכלל אולם פוגעת במידה מסוימת בבעלי קרקע אחדים, והתובע ביניהם. באופן קונקרטי יותר – האם בעל קרקע ששווייה ירד ב-11.8% בגין תוכנית מתאר אשר מפחיתה את צפיפות הבנייה ומגדילה את השטחים הציבוריים זכאי לפיצוי בהתאם לסעיף 197 לחוק התכנון והבנייה,³⁷ או שמא עומדת לרשות טענת פטור בהתבסס על הוראת סעיף 200 לחוק התכנון והבנייה?³⁸ המחלוקת בין השופטים נגעה בשאלה אם "הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין" – שאלה שתשובה שלילית לה הינה אחד התנאים ההכרחיים על-מנת לפטור את הרשות מחובת הפיצוי. השופט אור (שלגישתו הצטרפו הנשיא ברק והשופט ריבלין) מצוין כי –

"לא ניתן לכמת באופן מתמטי את היתרונות שמפיק בעל מקרקעין עקב היותו חבר בקהילה אל מול העלויות הכרוכות בכך. מתוך רעיון זה, שאין לאדם זכות, כי ערך מקרקעיו אך יעלה כתוצאה מפיתוח בידי הציבור, אלא כרוכה בהחזקת מקרקעין גם חובה כלפי הציבור, קובע המחוקק כי אין אדם זכאי לפיצוי בגין כל נסיגה שנסוג ערך מקרקעיו, וכל פגיעה שהוסבה להם. כל עוד פגיעה זו אינה

35 בכך המשיך בית-המשפט את הגישה שנהגה בעשורים הקודמים, שלפיה "כל פגיעה ברכוש המשותף, גם בלי שנתלווה לה נזק ממשי, דייה כדי להצדיק מתן צו מניעה" (שם, בעמ' 449; וראו את פסקי-הדין הנוכחים שם).

36 פסקי-הדין בעניין רוקר ניתן שבוע לפני תום המאה העשרים, ב-23.12.1999.

37 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 467 (להלן: חוק התכנון והבנייה).

38 ס' 200 לחוק התכנון והבנייה רישא קובע כדלהלן: "לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים..."

בלתי פרופורציונית ואינה בלתי צודקת, על בעל המקרקעין לספוג עלות זאת כחלק מהמחיר שהוא משלם על היותו חבר בקהילה.³⁹

השופט חשין (שעימו הסכימו השופטים דורנר וטירקל) מציין, לעומת זאת, כי –

"נתקשיתי באיתורן ובזיהויין של אותן חובות ואחריות שבעל המקרקעין חייב כלפי יחידים אחרים וכלפי החברה בכללה. הכל יסכימו, כמובן, כי בעל מקרקעין חב חובות מסויימות כלפי היחיד והכלל. כך, למשל, חייב בעל מקרקעין שלא לגרום למיטרד או למיפגע. בעל מקרקעין אחראי כלפי העולים על מקרקעיו ברשות שלא יינזקו בנסיבות מסויימות. ואולם עיקרה של זכות הקניין אינו בחובות או באחריות המוטלות על בעליה אלא דווקא בכוח ובסמכות הניתנים לבעלים..."⁴⁰

ובהמשך:

"פירושה הנכון והאמיתי של הערבות ההדדית והסולידריות החברתית: שהכל יישאו בניזקו של היחיד; לא שהיחיד יישא לבדו בנטל הכלל."⁴¹

תמציתה של מחלוקת: מחנה אור סבור כי בעל זכות הקניין נדרש לקבל עליו פיתוח מהסוג שנעשה, קרי, להסיג את שיקול-הדעת הקנייני מפני האינטרס הציבורי. לפיכך, לשיטתם, מאחר שהפעולה שנכפתה על בעל הקרקע היא פעולה שהיה מחויב להסכים לה ממילא, אין כל מקום לפצותו בגין הנזק שנגרם לו.⁴² מחנה חשין, לעומת זאת, סובר שבעל הקניין אינו מחויב להסכים לשינוי בתוכנית המתאר, אף אם זו פועלת לטובת הכלל. משום כך פעולת הרשות שקולה להפקעה של שיקול-הדעת הקנייני, שהינה לגיטימית אומנם אך מחייבת בפיצוי.

בעניין הורוויץ נותרו המחנות שקולים, ולא הושגה הכרעה ביניהם.⁴³ השופט השביעי בהרכב, השופט מצא, סבר כי המחלוקת מתבטאת רק "בהדגשים ובדקויות הרטוריקה", וציין כי הוא מעדיף את ניסוחו של השופט אור (קרי, את גישת ההתחשבות), אולם אילו נדרש להכריע בעניין, היה פוסק כי הפגיעה חורגת מתחום הסביר (כפי שפסקו התומכים בגישת הריבונות). בין כך ובין כך, אם הייתה תקווה שהדיון הנוסף יבהיר את תחומיו של

39 עניין הורוויץ, לעיל ה"ש 30, בעמ' 302-303.

40 שם, בעמ' 313.

41 שם, בעמ' 323.

42 לטיעון ברוח זו השוו גם יוסף אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח(3) 461, 522-523 (1997).

43 לגופו של עניין הסכימו כל השופטים בדיון הנוסף, כמו-גם כל השופטים בערעור האזרחי, כי במקרה הנידון היה מקום לפצות את התובע, מאחר שאפילו לשיטתם של המחזיקים בגישת ההתחשבות, לא התקיים במקרה זה התנאי המצטבר השני הקבוע בס' 200 לחוק התכנון והבנייה – "ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים".

"תנאי הסבירות", הרי שזו נכזבה. המחלוקת בין גישת הריבונות לגישת ההתחשבות טרם הוכרעה גם בהקשר זה.

סיכומו של דבר, מקובל על הכל כי ייתכנו מצבים שבהם יוטלו מראש (ex ante) הגבלות על תחומי הסמכות שנמסרה לבעל הקניין. הגבלות אלה יש להטיל ביד קמוצה לשיטתם של אחדים, ובנפש חפצה לפי שיטתם של אחרים. עם זאת, המחלוקת האמורה, חשובה ככל שתהיה, עניינה היקפן הראוי של ההחלטות שראוי להותיר לשיקול-דעתו של בעל הקניין – או במילים אחרות היקפה הראוי של זכות הקניין – ולפיכך היא חורגת מהמסגרת הנוכחית.⁴⁴ עניינו של הדיון הנוכחי בשאלה מהי מידת ההתערבות הראויה בשיקול-הדעת הקנייני ביחס להחלטות הנופלות בתחום סמכותו של בעל הקניין, או במילים אחרות, עד כמה ראוי להפעיל פיקוח שיפוטי על דרך השימוש בשיקול-הדעת הקנייני. בעניין זה מתמקדים חילוקי-הדעות בין המחנות שהוצגו לעיל. התומכים בגישת הריבונות מתנגדים לכל סוג של פיקוח על שיקול-הדעת הקנייני ביחס להחלטות המסורות לבעל הקניין. לשיטתם, בעל הקניין רשאי לקבל כל החלטה שמסורה לתחומי סמכותו, וזאת מבלי שתוטל עליו חובה משפטית (להבדיל ממוסרית) להביא בחשבון את הפגיעה בזולת או באינטרס הציבורי.⁴⁵ לעומתם, התומכים בגישת ההתחשבות מצדיקים התערבות לא רק בהגדרת תחומי סמכותו של בעל הקניין, אלא גם בדרכי הפעלתו של שיקול-הדעת הקנייני. מבחינתם, הקביעה כי החלטה מסוימת נופלת לתחום שיקול-הדעת הקנייני אינה שוללת את האפשרות להפעיל פיקוח, על-פי סטנדרטים משפטיים, על אופן השימוש בשיקול-הדעת הקנייני.⁴⁶ מכאן שההתחשבות באינטרס של הזולת ובאינטרס של הציבור היא כפולה, לשיטתם: הן בהגדרת תחומי הסמכות והן בפיקוח על אופן הפעלתה. הטיעון שאציג להלן מוגבל אפוא להתמודדות עם המחלוקת שעניינה היקף הפיקוח על דרך הפעלתו של שיקול-הדעת הקנייני. הא ותו לא.

44 את ההגבלות על היקפה של זכות הקניין ניתן להטיל בדרך של כללים (rules) המגדירים במדויק את תחומיה של הסמכות (לדוגמה, בעל מקרקעין אינו יכול למנוע מעבר בחלל הרום) או בדרך של סטנדרטים (standards) הקובעים מבחנים עמומים להיקפה של הסמכות הקניינית (לדוגמה, בעל מקרקעין אינו רשאי לעשות פעולה שיש בה משום "הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם"; ראו ס' 44(א) לפקודת הנוזיקין). ממילא יובן כי גם הדיון בשאלה אם מוטב להשתמש בכללים או בסטנדרטים להגדרת תחומיה של זכות הקניין חורג מהמסגרת הנוכחית.

45 בעל הקניין רשאי כמובן להביא בחשבון את האינטרס של הזולת או את האינטרס הציבורי, אולם לפי גישת הריבונות, בעניין המצוי בתחומי סמכותו אי-אפשר להכתיב לו מראש כיצד עליו להפעיל את שיקול-דעתו.

46 כמובהר לעיל, אין להניח שקיים קשר הכרחי בין התפיסה החברתית-הקהילתית של מוסד הקניין לבין גישת ההתחשבות. עם זאת, כפי שממחישים פסקי-הדין בעניין רוקר ובעניין הורוויץ, רבים מהתומכים בגישת ההתחשבות מחזיקים בתפיסה חברתית-קהילתית למוסד הקניין, בעוד רבים מהתומכים בגישת הריבונות דוחים תפיסות אלה. ראו לעיל ה"ש 26 ו-28.

פרק ד: שיקול-הדעת הקנייני והשאלה המוסדית

המחלוקת בין גישת הריבונות לבין גישת ההתחשבות היא מחלוקת עמוקה. היא משקפת ביסודה תפיסות-עולם שונות בדבר היחס הראוי בין הפרט לבין החברה – בין אינדיווידואליזם לבין קולקטיביזם.⁴⁷ ככזו, אין לי היומרה להכריע בה. עם זאת, בהקשר של הגבלת שיקול-הדעת הקנייני, מן הראוי לתת את הדעת לא רק למחלוקת הערכית האמורה, אלא גם להיבטים המוסדיים של ההכרעה – היבטים אשר התחשבות בהם עשויה להצביע על כיוון ההכרעה הראוי. אסביר את כוונתי.

מי שאינו מחזיק בגישת הריבונות בצורתה החזקה מחויב לענות על שתי שאלות-יסוד: האחת מהותית והאחרת מוסדית. השאלה המהותית היא הגדרת מרחב שיקול-הדעת הקנייני ששיטת המשפט מכירה בו. את השאלה הזו ניתן לפרוט לכמה שאלות-משנה, כגון: היש שיקולים שבעל הקניין חייב להביאם בחשבון בבואו להחליט על השימוש בזכותו (שיקולים מנדטוריים)? היש שיקולים שבעל הקניין מנוע מלהביאם בחשבון (שיקולים זרים)? היש איזונים בין מערכות השיקולים המצויים מחוץ לגדר ההחלטה הלגיטימית (חוסר סבירות)? השאלה המוסדית, המתעוררת בהינתן הכרעה בשאלה המהותית (קרי, לאחר שהוגדרו גבולות שיקול-הדעת הנתון בידי בעל הקניין), נוגעת בכשרותו של בית-המשפט לדון בהחלטה הנמצאת במתחם שיקול-הדעת הקנייני. ביסודה עומדת הדילמה כיצד ראוי ליישב בין סמכותם של בתי-המשפט לאכוף את ההגבלות על שיקול-הדעת הקנייני לבין עצם קיומו של שיקול-הדעת הקנייני. במילים אחרות, השאלה המוסדית בענייננו היא כיצד לאזן באופן ראוי בין סמכותו של הפרט להחליט מה ייעשה בקניינו (בכפוף להגבלות ששיטת המשפט קובעת) לבין סמכותו של בית-המשפט לפקח על דרך הפעלתה של סמכות זו (סמכות פיקוח שאסור שתיהפך לשיקול-הדעת גופו).

הקורא הנבון בוודאי ישים לב לכך שדרך הבניה זו של הדיון בשיקול-הדעת הקנייני מזכירה את דרך הדיון המקובלת ביחס להגבלות המוטלות מכוח המשפט הציבורי על שיקול-הדעת של רשויות מנהליות. אף בהקשר זה יש להבחין בין שתי שאלות-יסוד: השאלה המהותית – מהם גבולותיו של שיקול-הדעת שנמסר לרשות מנהלית? והשאלה המוסדית – מהי חלוקת התפקידים המוסדית שתאפשר את אכיפתן של הגבלות אלה? בתחום הציבורי הדיון בשאלות אלה מפותח מאוד;⁴⁸ בתחום הקנייני הדיון מצוי רק בחיתוליו.

47 לא מותר לציין כי מחלוקת זו אינה מחייבת הכרעה גורפת ואחידה. כך, למשל, ניתן לגרוס, כפי שסובר פרופ' חנוך דגן, כי יש מקום לאיזונים שונים בין אינדיווידואליזם לקולקטיביזם בהקשרים שונים (ראו דגן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 65-74). הטיעון המוצג בטקסט אינו מבקש לנקוט עמדה בעניין זה, אלא רק להצביע על כך שבין שהגדרת הקניין היא אחידה וקבועה (מוניסטית) ובין שהיא משתנה מהקשר להקשר (פלורליסטית), היקף ההתערבות בשיקול-הדעת הקנייני צריך להיות מוגבל משיקולים מוסדיים.

48 ראו, באופן כללי, רענן הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי 435-510 (1996); יצחק זמיר הסמכות המנהלית 71-92, 740-749 (1996).

בהקשר הנוכחי מטרתי היא להצביע על כך שכשם שבתחום הציבורי בית-המשפט מגביל את התערבותו בשיקול-הדעת המנהלי משיקולים מוסדיים,⁴⁹ כך ראוי שיעשה גם בתחום דיני הקניין. כידוע, בבואו לפקח על דרך הפעלתו של שיקול-הדעת המנהלי, שבו מוטלת על בעל שיקול-הדעת (הרשות המנהלית) חובה להפעילו מתוך התחשבות מלאה באינטרס של הציבור ובאינטרס של הפרטים שיושפעו מהפעולה, נוהג בית-המשפט להגביל את היקף התערבותו משיקולים מוסדיים. אם כך בית-המשפט נוהג בהקשר של שיקול-הדעת המנהלי, אזי קל וחומר שכך עליו לנהוג בבואו לפקח על דרך הפעלתו של שיקול-הדעת הקנייני, המטיל מלכתחילה חובת התחשבות צנועה בהרבה הן באינטרס של הזולת והן באינטרס הציבורי.

היקש נוסף, הפעם מתחום דיני החברות, עשוי לסייע בהבהרת הטיעון. מנהלים של חברה חבים חובות אמון כלפי החברה.⁵⁰ משמעותה של חובה זו היא שכל החלטה שלהם צריכה להתקבל על-פי טובת התאגיד שאותו הם מנהלים. לכאורה היה אפשר לחשוב כי משמעותה של הגבלה זו של שיקול-דעתם של המנהלים (קרי, איסור ההתחשבות באינטרסים אישיים) היא שבית-המשפט יבחן כל החלטה שלהם בשבע עיניים, ואם אין היא תואמת להבנתו את טובת התאגיד, הוא יתערב על-מנת לתקנה. אפס, רמת התערבות כזו של בית-המשפט נתפסת כמזיקה. היא מתעלמת מכך שלבית-המשפט אין הפשרות המוסדית לקבל החלטות עסקיות, וכי בעלי המניות הפקידו את ניהול ענייניהם בידי המנהלים, ולא בידי השופטים. הכלל המשפטי שהתגבש על-כן בתחום דיני החברות הוא שבית-המשפט יימנע, ככלל, מהתערבות בהחלטותיהם של מנהלי החברה, ויכבד את שיקול-הדעת העסקי. ודוק, כלל זה, הידוע בכינוי "כלל שיקול-הדעת העסקי" ("business judgment rule"),⁵¹ אין משמעו שהחלטתם של הדירקטורים חסינה מפני ביקורת שיפוטית. משמעותו של הכלל היא שהחלטת הדירקטורים נהנית מ"חוקת תקינות", המביאה לידי כך שהתערבותו של בית-המשפט מוגבלת למצבים חריגים. ביסודו של הכלל עומד הרעיון שהדירקטורים, ולא בתי-המשפט, הם אלה שבידם הופקד שיקול-הדעת לנהל את החברה.

אמחיש את הטיעון המוסדי בהקשר של חובת ההתחשבות של בעל הקניין באינטרס של הזולת. נניח, לצורך הדיון, כי העמדה הראויה בשאלה המהותית היא שעל בעל הקניין לערוך "שקילה אובייקטיבית של האינטרסים ההדדיים לאור כל נסיבות המקרה", כשיטתו של השופט אנגלרד, המשתייך למחנה של גישת ההתחשבות. עדיין מתעוררת השאלה אם בהינתן נוסחת איוון זו על בית-המשפט להתערב בכל מקרה שבו השקילה שערך בעל

49 הכלל הידוע מתחום המשפט המנהלי הוא שבית-המשפט לא יחליף את שיקול-דעתו בשיקול-דעתה של הרשות המנהלית, אלא יתערב רק כאשר שיקול-הדעת לא הופעל כדיון. לכלל אי-ההתערבות בשיקול-הדעת המנהלי ולגבולותיו ראו הר-זהב, שם, בעמ' 435-446.

50 ראו ס' 254-257 לחוק החברות, התשנ"ט-1999.

51 לדיון בכלל ראו שרון חנס "כלל שיקול-הדעת העסקי" עיוני משפט לא(2) 313 (2009), אשר מציג את הכלל המקובל בפסיקה האמריקאית, שלפיו "פעולה או החלטה של דירקטור אשר נעשתה בהעדר ניגוד עניינים, בתום-לב ובאופן מיועד (in good faith and informed) נהנית מחוקת תקינות, ואינה חשופה להתערבותו של בית-המשפט" (שם, בעמ' 315), ובוחר את ההצדקות לקיומו ואת קליטתו במשפט הישראלי.

הקניין נראית לבית-המשפט שגויה. התשובה לכך שלילית. כלל התערבות הגורס כי על בית-המשפט להמיר את שיקול-דעתו של בעל הקניין בשיקול-דעתו שלו בכל מקרה שבו הוא סבור כי בעל הקניין לא ערך איזון ראוי של האינטרסים משמעה, הלכה למעשה, הפקעה של שיקול-הדעת עצמו. כשם שאין מדיניות התערבות זו מקובלת ביחס לפיקוח על רשויות שלטון או על דירקטורים בתאגיד, שעל שיקול-דעתם מוטלות הגבלות חמורות בהרבה, כך גם אין לקבלה בהקשר של פיקוח על בעלי קניין.⁵²

אם כך, כבר משיקולים מוסדיים, התערבות של בית-המשפט בהפעלתה של זכות הקניין צריכה להיות מוגבלת למצבים של חריגה ברורה מגבולות האיזון הראוי. אין זה ראוי שבית-המשפט יתערב בשיקול-דעתו של בעל קניין במצבים שבהם אין פער איכותי (להבדיל מכמותי) בין האינטרס של הזולת לבין האינטרס של בעל הקניין. רק במקרים קיצוניים, שבהם האיזון שערך בעל הקניין אינו סביר על פניו, ראוי ששיקול-הדעת הקנייני יומר בשיקול-הדעת השיפוטי. לשון אחר, יהיו חובות ההתחשבות בזולת ובציבור שראוי להטיל על בעל הקניין אשר יהיו, מן הראוי שבית-המשפט יגביל את עצמו רק לפיקוח על כך שהחלטה נמצאת במתחם הסבירות, ולא יאמץ מדיניות התערבות השקולה לנטילה של שיקול-הדעת.

פרק ה: התערבות שיפוטית בשיקול-הדעת הקנייני

בשים לב לשיקול המוסדי, המבחן שאציע להתערבות בשיקול-הדעת הקנייני הוא מבחן מצמצם. על-פי מבחן זה, גם אם בסופו של יום תידחה גישת הריבונות בצורתה החזקה, ותאומץ גרסה כזו או אחרת של גישת ההתחשבות, עדיין יש מקום להגביל את התערבותם של בתי-המשפט בהפעלת שיקול-הדעת הקנייני לאותם מצבים שבהם הפער שבין האינטרס העצמי של בעל הקניין לבין האינטרס של הזולת או האינטרס הציבורי הוא פער איכותי, ולא פער כמותי בלבד. במילים אחרות, על בית-המשפט להתערב רק כאשר מתברר כי הנזק

52 יכולה להישמע הטענה כי הכלל המשפטי שלפיו אין להתערב באופן תדיר בשיקול-הדעת המנהלי ושיקול-הדעת האקוטיבי התקבע בדין מאחר שמקבל ההחלטה (קרי, הרשות המנהלית או המנהל) נעדר, במקרה הרגיל, אינטרס אישי בהחלטה, ואילו כאשר מדובר בשיקול-הדעת הקנייני, למחליט (בעל הקניין) יש לרוב אינטרס אישי בפעולה. במילים אחרות, ניתן לתת אמון רב יותר בכך שמנהל או רשות מנהלית יתחשבו באופן ראוי באינטרס של הזולת ובאינטרס של הציבור מאשר בכך שבעל קניין יפעל בהתאם לסטנדרט שהדין מכתוב בנוגע להתחשבות בזולת ובציבור. בעיני טענה זו אינה משכנעת. גם למנהל, בין בשוק הפרטי ובין במנגנון הציבורי, יש אינטרס אישי בהחלטות שהוא מקבל, ואם תאמר כי אינטרס זה פחות לרוב מזה של בעל הקניין ברכושו, ניתן להשיב על כך שמאידך גיסא סטנדרט ההתחשבות בזולת שאנו מבקשים לאכוף על המנהל והמנהל הוא בוודאי מחמיר ונוקשה מזה המוטל על בעל קניין.

שנגרם לזולת או לאינטרס של הציבור מהשימוש של בעל הקניין בקניינו חמור מבחינת אופיו מהנוק שייגרם לבעל הקניין כתוצאה מהגבלת שיקול-הדעת הקנייני. להלן אכנה מבחן מוצע זה מבחן "חוסר השקילות המהותי".⁵³

אימוץ של מבחן "חוסר השקילות המהותי" מאפשר לתחום בצורה ראויה את חלוקת התפקידים בין בעל הקניין (שבידיו הופקד שיקול-הדעת) לבין בית-המשפט (שבידיו הופקדה סמכות הפיקוח על דרך הפעלתו של שיקול-הדעת). נוסף על כך, למבחן זה יש יתרון בכך שהוא מבוסס על השוואה אובייקטיבית, שאינה מחייבת את בית-המשפט להיכנס לנבכי כוונותיו של בעל הקניין. אכן, כפי שהזכיר פרופ' אריאל רוזן-צבי ז"ל במאמר חלוצי המוקדש לשאלה שבה עסקינן:

"החדרת אלמנט דינמי, גמיש ובלתי יציב, מן התחום התולה קיומה של אחריות במצב נפשי כלשהו של הנתבע, בנבדל מעצם הפגיעה בזכות מוגדרת כלשהי, המאפיינת את דיני הקניין, מאיימת על דיני הקניין."⁵⁴

להבדיל משיקול-הדעת המנהלי ומשיקול-הדעת האקזוקטיבי, שיקול-הדעת הקנייני אינו תחום מבחינת התכליות שלמענן בעל הקניין רשאי להשתמש ברכושו. מוסד הקניין הפרטי הוא אחד המכשירים המאפשרים לפרט לקבל החלטות אשר מגדירות את אישיותו ומעצבות את נתיב חייו. כנגזר מכך, קיים קושי להגדיר מהן ההגבלות שראוי להטיל על השיקולים שבעל הקניין רשאי להביאם בחשבון (קרי, מהם השיקולים הפסולים בהפעלת שיקול-הדעת הקנייני). במילים אחרות, אף אם בעל הקניין נדרש להביא בחשבון את האינטרס של הזולת ואת טובת הכלל (קרי, אלה שיקולים מנדטוריים שמהם אין הוא יכול להתעלם), מוטב להימנע מתיחום טיבן של המטרות והתכליות האישיות שלמענן הוא רשאי לפעול. בהעדר תיחום בין תכליות ראויות לבין תכליות פסולות, אי-אפשר להבחין גם בין שיקולים לגיטימיים לבין שיקולים פסולים בעת הבניית המבחן להפעלת שיקול-הדעת. מבחן "חוסר השקילות המהותי" – אשר נמנע מלבחון את השיקולים שהניעו את בעל הקניין בהחלטתו ומתמקד בשאלה אם ההחלטה שהתקבלה נופלת למתחם סבירות

53 ודוק, כאשר מדובר בקניין, להבדיל מנכס המוחזק בנאמנות, חובת ההתחשבות בזולת בוודאי אינה יכולה להצדיק כפיית פעולה שהנוק שהיא גורמת לבעל הקניין עולה על התועלת שמופקת ממנה. במילים אחרות, המבחן שהשופט אנגלרד מציב בעניין רוקר – "שקילה אובייקטיבית של האינטרסים ההדדיים לאור כל נסיבות המקרה" – הוא בוודאי הגרסה הקיצונית ביותר של גישת ההתחשבות. גם אם נאמץ גישה קיצונית זו, וקל וחומר אם נאמץ גרסה מתונה יותר של גישת ההתחשבות, השיקול המוסדי המוצג בטקסט מחייב לאמץ את מבחן "חוסר השקילות המהותי", כדרך למנוע הפיכה של בית-המשפט מרשות מפקחת לרשות מחליטה.

54 אריאל רוזן-צבי "שימוש לרעה בזכות במקרקעין" עיוני משפט ד 651, 661 (1975). לניגוד שבין דין הקניין לבין שיקולי אָשָם ראו גם דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר זוסמן 241 (התשמ"ד).

אובייקטיבי – נהנה לפיכך מיתרון לא-מבוטל על מבחנים חלופיים, כגון מבחן "המניע הפסול"⁵⁵, המחייבים הגדרה של קשת השיקולים הלגיטימיים.⁵⁶ לצורך הדגמת מבחן "חוסר השקילות המהותי" אבקש לחזור ולהתייחס לארבעת פסקי-הדין שהוצגו במהלך הטיעון: רדומילסקי, Vincent, רוקר והורוויץ. שלושת פסקי-הדין הראשונים יישמשו אותי להצגת התיחום הראוי בעיניי בין שיקול-הדעת הקנייני לבין ההתחשבות באינטרס של הזולת. באמצעות פסקי-דין הורוויץ אבקש להדגים את השוני בין מצבים שבהם שיקול-הדעת הקנייני מוגבל מחמת התחשבות באינטרס של הזולת לבין מצבים שבהם הוא מוגבל מחמת התחשבות באינטרס חברתי – שוני אשר מונע לימוד גזרה שווה בין שניהם.

פרק ו: מבחן "חוסר השקילות המהותי" – הלכה למעשה

1. איזון בין זכות הקניין לבין האינטרס של הזולת

מקרה רדומילסקי מציג מקרה מובהק של חוסר שקילות מהותי בין הנזק שבעלת הקניין גורמת לזולתה לבין התועלת שהיא מבקשת להפיק מהשימוש בשיקול-הדעת הקנייני. חיים ללא מדורת השבט הטלוויזיונית הם נסבלים בהחלט (ואולי אף ראויים), אולם כפייתם על אדם בניגוד לרצונו היא בגדר פגיעה משמעותית בזכותו להשתייך לקהילה ולחוות את תרבותה. לפיכך הנזק שביקשה בעלת הקניין להסב לזולתה הוא נזק משמעותי לכל הדעות. לעומת זאת, הפגיעה שנגרמת לבעלת הקניין מחוט הטלוויזיה העובר בחלל הרום היא פגיעה אסתטית זניחה מאוד – "דבר של מה בכך". במצב דברים זה, קביעתו של בית-המשפט כי יש מקום להתערבות – מוצדקת. דרישתה של בעלת הקניין חורגת מתחום הסביר. משיקולים שבית-המשפט אינו נדרש כלל לבחון,⁵⁷ דרישה

55 למבחן זה ראו עניין רוקר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 222-231 (השופט אנגלרד מצביע על מניע פסול כאחת החלופות להפעלת הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 658-662 (המציע לדחות את ההתחשבות במניע).

56 בצד היתרון הנזכר בטקסט, למבחן האובייקטיבי יש גם יתרון ראייתי ברור על המבחן הסובייקטיבי. ראו ויסמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 52-55: "לקחי הניסיון הקונטיננטלי תומכים בפרשנות השנייה – של איזון התועלת והנזק כאבן-הבוחן הראויה להפעלת סעיף 14 – בגלל קשיי ההוכחה הכרוכים במבחן של המניע הסובייקטיבי הפסול."

57 אף אם נניח כי שאיפתה של בעלת הקרקע למנוע מבתו של הדייר המוגן זכייה במעמד של דיירת מוגנת היא שאיפה לגיטימית, הדרך להשגת תוצאה זו אינה יכולה להיות התנכלות לדייר המוגן. ככל שמעשי הבת לגיטימיים, אין מקום לאפשר לבעלת הקרקע להקשות את חייה אך ורק כדי שתימנע מהם. ככל שכניסת הבת לדיירת האב מהווה התנהגות פסולה מצידה, צריך לעמוד לבעלת הקרקע הכוח המשפטי לסכלה (למשל, באמצעות טענה של חוסר תום-לב; השוו ע"א 175/81 אדמיר נ' קלו, פ"ד לח(4) 293 (1984)).

זו מייחסת לנזק הזניח עדיפות על הנזק המשמעותי, וככזו מצדיקה התערבות של בית- המשפט.⁵⁸

עניין *Vincent* שונה מעניין רדומילסקי בהיבט חשוב: הנזק הצפוי לבעלי המזח מקשירת ספינה אליו במהלך סערה אינו זניח; זהו נזק משמעותי. עם זאת, דומה שתחושת בית- המשפט היא שנוזק זה הינו בר-פיצוי, וכי בהינתן אפשרות הפיצוי, אין הוא באותו סדר-גודל כמו הנזק הקטסטרופלי – אובדן הספינה – שייגרם אם לבעל המזח תינתן הזכות לכפות את רצונו. זאת ועוד, בשים לב לפערים שבין האינטרסים המעורבים, האפשרות של בעל הספינה לנהל משא-ומתן עם בעל המזח היא מוגבלת, ובמקרה הטוב תוביל לחוזה שנכרת בנסיבות של עושק – חוזה שבו בעל המזח מנצל את נסיבות המצוקה שאליהן נקלע בעל הספינה על-מנת להשיג ממנו תשלום שאינו הולם את השקעתו של בעל הקניין. במצב דברים זה, הותרת שיקול-הדעת בידי בעל הקניין אינה רצויה. ההחלטה שהתקבלה, אשר ממירה את ההגנה הקניינית בכלל של אחריות, משקפת אפוא גם במקרה זה את חוסר השקילות המהותי שבין האינטרס של בעל הקניין לבין האינטרס של זולתו.⁵⁹

פסק-הדין בעניין רוקר מציב אתגר שונה לחלוטין בפני בית- המשפט. במקרה זה הנזק לבעלי הקניין (בעלי הדירות המתנגדים לבנייה) הוא נזק משמעותי – הפקעה של חלק מהרכוש המשותף לטובת הנתבע. מאידך גיסא, גם הנזק לנתבע מצו הריסה הוא משמעותי, שכן צו כזה מוריד לטמיון ממון רב שהושקע בהקמת המבנה. במצב זה לא ברור, על פני הדברים, מי יינזק יותר מהשימוש בשיקול-הדעת הקנייני – בעלי הדירות הדורשים את הסילוק או הדייר שבנה ללא הסכמתם. זהו סוג המצבים שבהם התערבות של בית- המשפט אינה רצויה לשיטתי, וזאת אף אם נאמץ מבחן מרחיב להיקפה של חובת ההתחשבות בזולת המוטלת על בעל קניין. התערבות כזו משמעה הפקעה של שיקול-הדעת מהפרט במצב

58 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 54, בעמ' 660: "אם עובדת היותי בעלים או בעל זכות אחרת הינה ההצדקה היחידה שבידי למעשה מותר שעשיתי (במשמעות שפירשתי לעיל) ואין למעשה שנעשה כל צורך או הצדקה בפני עצמו (כשהמילה 'להצדיק' אינה משמשת במובן של צדק, אלא במובן של הסבר וצורך) מבחינת תועלתו, ולעומת זאת גורם המעשה נזק או אי-נוחות ל'אחר' אסור עלי המעשה." למען שלמות התמונה אציין כי פרופ' רוזן-צבי ז"ל התנגד להלכת רדומילסקי מהטעם שלשיטתו ס' 14 לחוק המקרקעין לא התכוון להקנות הגנה לאדם הפוגע בקניינו של אחר (כגון מסיג גבול), אלא רק לסייג את כוחו של בעל הקניין. כן השוו: Denial Friedmann, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract, in Good Faith and Fault in Contract Law* 399 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995) (המצביע על כך שהתערבותו של בית- המשפט בזכות הנפגע לבחור בין תרופות חוזיות מוסברת לעיתים בכך שהסעד המבוקש מסב לנפגע תועלת מועטה אולם גורם לפגיעה חמורה במפר).

59 ודוק, חסידיה של גישת הריבונות עשויים להצדיק את ההחלטה, תוך פירושה כמטילה הגבלה מראש על סמכותו של בעל המזח, במובן זה שבשעת סערה הבעלות מופקעת ממנו. הניתוח בטקסט מבקש להצביע על כך שגם אם דוחים הסבר זה, ורואים בפסק-הדין דוגמה לכך שבנסיבות מסוימות יש מקום להגביל את שיקול-הדעת הקנייני ביחס להחלטות המצויות בסמכותו של בעל הקניין, עדיין הגבלה זו נעשית רק במצבים של חוסר שקילות מהותי.

גבולי, וככזו היא עומדת בניגוד לתפיסה שהפרט - ולא בית-המשפט - הוא שצריך להחליט בדבר השימושים במשאב.

ניתן לסכם אפוא את הטיעון שהוצג לעיל בנוגע לדרך ההתחשבות בשיקול המוסדי בכואנו להגביל את שיקול-הדעת הקנייני בשם האינטרס של התחשבות בזולת באמצעות הטבלה הבאה:

תוצאה	ההשפעה על הזולת	ההשפעה על בעל הקניין	
אין סעד	שלילית משמעותית	זניחה	רדומילסקי
ציווי	שלילית משמעותית	שלילית משמעותית	רוקך
פיצויים (לא ציווי)	שלילית קטסטרופלית	שלילית משמעותית	Vincent

2. איזון בין זכות הקניין לבין האינטרס החברתי

השיקול המוסדי מצדיק, אם כן, את השימוש במבחן "חוסר השקילות המהותי" לצורך הגדרת הרמה הראויה של פיקוח שיפוטי על אופן הפעלתו של שיקול-הדעת הקנייני כאשר עסקינן בהגנה על האינטרס של התחשבות בזולת. אולם האם מבחן זה מתאים גם כאשר מדובר בפיקוח על שיקול-הדעת הקנייני בשם האינטרס הציבורי? התשובה העקרונית היא חיובית, אולם זאת בכפוף לשתי הסתייגויות חשובות: האחת דיונית, ונובעת ממבנה הטיעון המוסדי; והאחרת מהותית, ונוגעת בטיב האינטרס הציבורי שבשמו מופעל הפיקוח על שיקול-הדעת הפרטי. אתייחס לשתי הסתייגויות אלה כסדרן, תוך הדגמתן באמצעות עניין הורוויץ.

הסייג הדיוני שיש להציב להפעלתו של מבחן "חוסר השקילות המהותי" בהקשר של איזון בין זכות הקניין לבין האינטרס של הציבור עניינו בשאלה על מי בית-המשפט נדרש לפקח - על בעל הקניין או על הרשות המנהלית המאיימת לפגוע בשיקול-דעתו. טלו את עניין הורוויץ. באותו מקרה הפעילה הרשות המנהלית את סמכותה על-פי חוק התכנון והבנייה לקבוע תוכנית מתאר. לשיטתה, תוכנית זו לא חייבה מתן פיצויים לבעלי הקרקע, ומשום כך היא דחתה את תביעתם. מכאן שבית-המשפט נדרש לפקח על אופן הפעלתו של שיקול-הדעת של הרשות המנהלית, ולא על אופן הפעלתו של שיקול-הדעת הקנייני. ממילא השיקול המוסדי פועל במקרה זה באופן הפוך מזה שתואר לעיל - הוא מבוסס על כללי המשפט המנהלי לעניין התערבות בשיקול-הדעת של הרשות בנושא הנתון לסמכותה,⁶⁰

60 ראו לעיל ה"ש 49.

ופועל לטובת הרשות, ולא לטובת הגנה על שיקול-הדעת הקנייני.⁶¹ באופן כללי יותר, השיקול המוסדי מצדיק את אימוצו של מבחן "חוסר השקילות המהותי" רק באותם מצבים שבהם התערבות בית-המשפט נדרשת על-מנת להגביל את הפעלת שיקול-הדעת הקנייני, וזאת בין שהתביעה היא של מי שנפגע מפעולתו של בעל הקניין ובין שהיא של בעל קניין המבקש לממש את שיקול-הדעת הקנייני באמצעות בית-המשפט.⁶²

הסייג המהותי שיש להציב להפעלתו של מבחן "חוסר השקילות המהותי" נוגע בטיבו של האינטרס הציבורי שבשמו מתבקשת הגבלה שיפוטית של שיקול-הדעת הקנייני. במקרים רבים הגבלת שיקול-הדעת של בעל הקניין, ולא כל שכן הפקעתה, נעשות בשם אינטרס ציבורי כללי שבו אין לבעלי הקניין אינטרס ייחודי. כך, למשל, הפיכת מגרש ריק למגרש חנייה ציבורי או לגינה צפויה להועיל לכלל הציבור, ולא דווקא לבעלי המגרשים הריקים. במצב דברים זה ניתן להצדיק פגיעה זניחה בבעלי מגרשים ריקים ללא פיצוי (שהרי העלויות של מתן הפיצוי יהיו גבוהות מהתועלת שתצמח מהשימוש במגרשים), אולם קשה עד-מאוד להצדיק פגיעה משמעותית בבעל הקניין ללא פיצוי. לעומת זאת, ייתכנו מקרים שבהם הגבלת זכות הקניין בשם האינטרס הציבורי נעשית על-מנת לשרת את האינטרס הממוקד של בעלי הקניין. טלו, למשל, את הוראת סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, הקובעת את תקנת השוק במכר. מטרתה של הוראה זו היא להביא לידי הגדלת הסחרות של מיטלטלין, באמצעות יצירת מסלול מוגן ומובטח לרכישת נכסים (רכישתם מ"מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר... במהלך הרגיל של עסקיו").⁶³ הנהנים המרכזיים מהגדלת הסחרות של נכסיהם הם הבעלים החוקיים של הנכסים (בעלי הקניין), היכולים עתה לקבל מחיר גבוה יותר בעבור הנכסים שהם מוכרים. במילים אחרות,

61 ודוק, הדיון בעניין הורוויץ בהיקפו של שיקול-הדעת הקנייני נדרש על-מנת להכריע בסוגיית תקינותה של ההחלטה המנהלית. כפי שכבר הובהר (ראו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 42), ניתן לטעון כי אם ראוי להגביל את שיקול-הדעת הקנייני כך שלא יהיה לבעל מקרקעין הכוח להתנגד לקבלתה של תוכנית מתאר, או ממילא גם אין מקום לפצותו. לעומת זאת, אם לבעלי מקרקעין יש שיקול-דעת להתנגד לתוכנית גם בנסיבות שבהן היא משרתת את האינטרס הציבורי, או פגיעה בו עלולה להצדיק הטלת חובת פיצוי, ולפיכך החלטת הרשות לא לפצותו במקרה נתון טעונה הערכה בהתאם לכללים הנהוגים ביחס לשיקול-הדעת המנהלי.

62 כל הדוגמות הנזכרות בטקסט (רדומילסקי, Vincent ורוקר) הן מהסוג השני. במקרים אלה אומנם נדרש בעל הקניין לסיועו של בית-המשפט כדי לממש את זכותו, אולם לפי מבחן "חוסר השקילות המהותי", כאשר הנוקים הצפויים ממתן הסעד וממניעתו הם מאותו סדר-גודל, בית-המשפט צריך להעניק את הסעד מבלי לנסות לערוך איזון הממיר את שיקול-הדעת הקנייני בשיקול-דעתו.

63 ראו ע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה א"י לאוטומובילים, פ"ד (2) 709, 712 (1973): "העקרון של תקנת השוק מטרתו להביא לכך שיהיה סחר חפשי ושוטף במיטלטלין במקומות העסק שנועדו לכך ללא צורך בחקירות ובדיקות כלשהן, אלא אם נסיבות המקרה עשויות לעורר חשד בזכותו או בכוחו של המוכר לעשות את העיסקה והקונה עוצם את עיניו ובכוונה נמנע מלרדת לעמקו של החשד ולבררו עד הסוף."

התועלת החברתית שהסדר של תקנת השוק במכר יוצר (הגדלת סחרות של נכסים) מופקת בעיקרה על-ידי בעלי הקניין.⁶⁴ במצב דברים זה, הטענה כי יש לאפשר את נטילת שיקול-הדעת הקנייני ללא פיצוי עשויה להיות מוצדקת.⁶⁵ הצדקת ההתערבות טמונה בהעברת נקודת-המבט מהסתכלות בדיעבד (ex post) להסתכלות מלכתחילה (ex ante): ההתערבות משרתת את האינטרס של בעלי הקניין כקבוצה, והיא צפויה להעלות את ערכו של הקניין השייך לכל אחד מהם. לנוכח זאת, הגבלת שיקול-הדעת הקנייני צפויה להעלות את ערכו של הקניין, ולהיות רצויה מנקודת-המבט של תכלית ההקצאה הקניינית, אף אם לא מתלווה לפגיעה פיצוי בדיעבד. לשון אחר, התערבות כזו אינה מחייבת איזון בין האינטרס הקנייני לבין אינטרסים חיצוניים לקניין, אלא היא בגדר העצמה של זכות הקניין.

סוג אופייני של מקרים שבהם הגבלת שיקול-הדעת הקנייני נעשית לטובת העצמת הזכות הקניינית הם מקרים שבהם נדרשת הגבלה של שיקול-הדעת הקנייני על-מנת להתגבר על בעיה של פעולה משותפת. הכוונה לאותם מקרים שבהם הפקדת שיקול-דעת קנייני בידי כמה פרטים עלולה להוביל לכשל שוק, מאחר שלכל אחד מבעלי הקניין יש אינטרס להשתמט מנטל אשר קבלתו על-ידי כלל בעלי הקניין תעלה את ערך הקניין. המקרה שפרשת הורוויץ עוסקת בו מהווה דוגמה מוכרת למצב דברים זה. בעלי הקניין כקבוצה מפיקים רווח מקיומו של גורם תכנון מרכזי (רשויות תכנון), הרשאי לכפות הגבלות על שימושי הקרקע של כל אחד מהם. זאת ועוד, מאחר שהטלת חובת פיצוי קשיחה בגין נזקי תכנון גורמת להרתעת-יתר של רשויות התכנון (למשל, בגלל ההוצאות הגבוהות הכרוכות במתן הפיצוי או משיקולים תקציביים),⁶⁶ יש היגיון מבחינת בעלי הקרקעות עצמם

64 השוו: Barak Medina, *Augmenting the Value of Ownership by Protecting it Only Partially: The "Market-Overt" Rule Revisited*, 19 J. LAW ECON. ORGAN. 343 (2003). דברים דומים ניתן לומר על תקנת השוק במקרקעין, המבצרת את מעמד המרשם - יתרון שהקבוצה החברתית המרכזית הנהנית ממנו היא בעלי המקרקעין.

65 השוו להסבר המקובל כיום לסמכותה של רשות מקומית להפקיע 40% משטח חלקה למטרות ציבוריות. ראו ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אטא נ' הולצמן, פ"ד (4) 629, 642 (2001): "תשלום פיצויים בשיעור הנופל מערך המקרקעין שהופקעו יהיה מוצדק רק אם עקב ההפקעה עולה ערך הרכוש שנתר בידי הבעלים או הם זוכים בהנאה שוות ערך אחרת." לנוכח זאת נקבע כי אין הצדקה להפחתת הפיצוי במקרה של הפקעה מלאה של הקרקע. לדיון בהסדר זה ראו לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 150-173; דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה החוקתית על הקניין ודיני הפקעת מקרקעין" ספר ויסמן 375, 386-393 (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר עורכים, תשס"ב); דגן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 129-147.

66 כך, למשל, מאחר שהיתרונות הצומחים לבעלי הקרקע מהתוכנית משתקפים בהכנסותיה של הרשות רק בעת מימושם (כגון בעת הוצאת היתר בנייה או מכירת המקרקעין), קיים פער בין המועד שבו הרשות נושאת בעלויותיה של התוכנית לבין המועד שבו היא זוכה בחלק מהתועלות הצומחות ממנה לבעלי הקרקע. בעקבות זאת הרשות עשויה להירתע מהעברת תוכנית מתאר גם במצבים שבהם התועלות מהתוכנית (המשתקפים בעליית שוויים של רוב הקרקעות שעליהן היא חלה) עולים על עלויותיה (המשתקפות בירידה בשוויים של מקצת הקרקעות). בעלי קרקע מעוניינים להימנע מאפקט מצנן מסוג זה, ועל-כן תצמח להם תועלת

בהסדר המאפשר פיצוי רק בגין פגיעות מעל סף מסוים (ולא בכל מקרה של פגיעה שאינה זניחה). במצבים אלה הגבלת שיקול-הדעת של בעל הקניין ניתנת ליישוב עם התכליות שלשמן הוקנה הקניין מלכתחילה, ועל-כן אין היא מעוררת כל התנגשות בין תכליות אלה לבין תכליות חיצוניות, כגון יצירת צדק חלוקתי בין בעלי הקניין לבין מי שאינם בעלי קניין. מטעם זה נראה כי יש להכיר בהגבלה אף ללא חובת פיצוי, מכוח ההנחה כי זהו הסדר שבעלי הקניין יהיו מעוניינים לאמץ מלכתחילה. באופן כללי, הגבלת מוסד הקניין בשם האינטרסים של בעלי הקניין צפויה לשכלל את יעילותה של ההקצאה הקניינית, ולא לפגוע בה. לנוכח זאת היא עשויה להיות מוצדקת אף ללא חובת פיצוי.

אחרית-דבר

הניסיון ליצור הקבלה בין כללי המשפט הציבורי לבין כללי המשפט הפרטי אינו חדש. בראשית הדברים עמדתי על כך שהמשפטים הקלסיים ביקשו להבנות את המושג "קניין" במשפט הפרטי מתוך היקש למושג "ריבונות" שבמשפט הציבורי.⁶⁷ דוגמה מפורסמת אחרת, הפוכה בכיוונה, הוא נסיונו של פרופ' Richard Epstein להבנות את סמכותה של המדינה לבצע "הפקעה" במישור הציבורי על בסיס היקף הסמכות הנתונה לאדם במסגרת המשפט הפרטי לבצע "הפקעה פרטית".⁶⁸ נסיונות מסוג זה מחייבים זהירות רבה. השאיפה לסימטריה משפטית היא מקסם-שווא. כללים משפטיים צריכים להיגזר מתכליות, ולא משיקולים אסתטיים. עליהם להיות מותאמים להשגת המטרות החברתיות שהדין מבקש לקדם, וזאת אף במחיר של פגיעה בשלמות הצורנית המאפיינת מערכת של כללים אשר משקפים זה את זה ומשתקפים זה בזה.

לנוכח אזהרה זו, קריאתי ללמוד גזרה שווה מן האופן שבו הרשות השיפוטית מתייחסת לשיקול-הדעת המנהלי אל הדרך שבה עליה להתייחס לשיקול-הדעת הקנייני אינה מציגה טענה פשוטה וברורה מאליה. ביסודה עומדת התפיסה שקיים דמיון מהותי, ולא רק צורני, בין שני המצבים. דמיון זה מתבטא בכך שהבחירה החברתית להעניק את שיקול-הדעת לגורם מסוים (בין שזו הרשות השלטונית ובין שזו בעל הקניין) מחייבת נקיטת גישה זהירה מצד הגורמים המפקחים על שיקול-דעת זה (בתי-המשפט). ודוק, מידת הזהירות שיש לנקוט היא איוון בין הפגיעה שתיגרם לתכליות שבעטיין הוענקה הסמכות מלכתחילה

מכלל הפוטר את הרשות מחובת תשלום בגין פגיעות אשר אינן זניחות אומנם, אולם היקפן מוגבל ושיקול להוצאות המימון שהרשות נאלצת לספוג.

67 ראו לעיל ה"ש 2 והטקסט הסמוך לה.

68 RICHARD EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 36 (1985): "The analysis of the private situation has necessary consequences for the public law". לסקירה ביקורתית בעברית ראו לוינסון-זמיר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 64-75.

לבין הסכנות שעלולות לנבוע מניצול לרעה של הסמכות. לפיכך אין זהות בין הכבוד שהרשות השיפוטית צריכה לתת לשיקול-הדעת המנהלי לבין הכבוד שעליה להפגין כלפי שיקול-הדעת הקנייני. אכן, כל סמכות וטעמיה; כל סמכות והיקף הפיקוח הראוי לה. אולם הסמכות לפעול והסמכות לפקח הן סמכויות שונות, שאת ההבחנה ביניהן חשוב לשמר. ההבחנה הבסיסית, שאותה ראוי לשמר ביחס לכל סוג של סמכות, היא אפוא בין הגורם שבידיו הופקדה הסמכות לבין הגורם שמפקח על הפעלתה של הסמכות. הבחנה זו היא העומדת בלב הטיעון המוסדי, שלפיו אין לאפשר המרה של שיקול-הדעת של בעל הקניין בשיקול-הדעת של בית-המשפט. טיעון זה מצדיק לשיטתי אימוץ כלל המצמצם את היקף התערבותו של בית-המשפט בהפעלת שיקול-הדעת הקנייני. כלל מצמצם זה משמעו שהתערבות שיפוטית בהפעלתה של זכות קניין בשל השיקול של התחשבות בזולת תתאפשר רק במקרים שבהם קיים פער איכותי בין האינטרסים של הצדדים המעורבים. אף אם כלל ההתנהגות הראוי מחייב בעל קניין לגלות רמת התחשבות גבוהה יחסית בזולתו, בתי-המשפט נדרשים להזהיר את עצמם מפני האפשרות שיידרשו לערוך איזון קונקרטי של היתרונות והחסרונות הנובעים משימוש בזכות הקניין בכל מקרה ומקרה. איזון כאמור לא רק ישיל עליהם נטל בלתי-נסבל, הוא גם יעמוד בניגוד מוחלט למהות הקניין כתחום שבו מוקנה לפרט חופש פעולה. עם זאת, במקרים שבהם אין פרופורציה בין הנזק שהשימוש בזכות הקניין גורם לאינטרס של הזולת לבין התועלת שהוא מצמיח לבעל הקניין יש מקום להתערבות של בית-המשפט בחופש הפעולה של בעל הקניין. בית-המשפט אינו צריך לאזן בין היתרונות הנובעים מהשימוש בקניין לבעליו לבין הפגיעות ששימוש זה מסב לפרטים אחרים; עליו להתערב רק במקרים שבהם נוצרת דיס-פרופורציה בין התועלות של השימוש לבין נזקיו, קרי, במקרים שבהם בעל הקניין חורג מתחום הסבירות של שיקול-הדעת הקנייני.

