



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 2741/07

וערעור שכנגד

בפני : כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופט א' רובינשטיין

המערערים (המשיבים שכנגד) : 1. דוד ג'ואל נובק  
2. איזבל סנדרה נובק

נגד

המשיב (המערער שכנגד) : 1. יעקב נתנאל דן  
המשיבים : 2. המפקח על הרישום המקרקעין (פורמלי)  
3. צילה גונן  
4. אהובה גונן  
5. עו"ד גבריאל גיניאו  
6. גני דוד נכסים והשקעות בע"מ  
7. חדוה אטיאש  
8. מדינת ישראל - אגף רישום המקרקעין (פורמלי)

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
בירושלים (השופט סולברג) מיום 4.2.07 בתיק א' 7120/05

תאריך הישיבה : ט' בכסלו תש"ע (26.11.2009)

בשם המערערים : עו"ד בנימין שור  
בשם המשיב 1 : עו"ד ירון רבינוביץ ; עו"ד שירלי חנוך  
בשם המשיבים 3-5 : עו"ד עודד גיניאו  
בשם המשיבים 6-7 : עו"ד אביתר שומר

### פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט סולברג) מיום 4.2.07 בתיק א' 7120/05. ענייננו של התיק, הצמדת חצר בבית משותף באופן המונע גישה לדירה אחרת. פסק דין זה ניתן רק עתה, שכן בהחלטה שניתנה בעקבות הדיון בפנינו (ביום 26.11.09) ניתנה לצדדים - לפי בקשתם - עד מחצית שנה

להגיע להסדר, אך הם לא הודיעו דבר, ורק משפנה אליהם בית המשפט באביב 2011 הודיעו שלא הגיעו להסכמות.

רקע

ב. בקומת קרקע של בית משותף בירושלים קיימים (בחלקים הרלבנטיים) דירה ומחסן (אליו הוצמד חלק מגג הבית). הכניסה היחידה למחסן היא דרך חצר אשר הוצמדה (בשנת 1976) לדירה. לאורך שנים רבות היתה הדירה בבעלות משיבים 3-7, והמחסן בבעלות משיבים 6-7; עובדה זו מנעה, מטבע הדברים, את הבעייתיות המעשית שהיתה עלולה להתעורר עקב הצמדת דרך הגישה למחסן לדירה. בחודש יוני 2004 מכרו משיבים 6-7 את המחסן למערער שכנגד (להלן המערער שכנגד). חודשים אחדים לאחר מכן מכרו משיבים 3-7 את הדירה למערערים (להלן המערערים), ובסמוך, משנתפצלו כליל הבעלויות, התעוררה השאלה המעשית של הגישה למחסן. להשלמת התמונה נציין, כי בהמשך מכרו המערערים את זכויותיהם בנכס לבני הזוג בלאו (כך לפי הודעה משלימה שהוגשה ביום 29.5.2011 בעקבות החלטת השופטת נאור מיום 19.5.2011).

ג. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת המערער שכנגד באופן חלקי, וקבע כי הצמדת החצר לדירה באופן המונע גישה למחסן סתרה את הוראת סעיף 55(ג) לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969 האוסרת הצמדה של חדרי "מדרגות, מעליות, מקלטים ומיתקנים המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות"; שכן, "כניסה לבית... היא מתקן הנועד לשמש כל דיירי הבית" (ע"א 268/78 יורשי סמרה פרסי ז"ל נ' וינטראוב, פ"ד לד(3) 813, 817 - השופט בייסקי). נקבע, כי גם אם הצהיר המערער שכנגד (בסעיף 4 לחוזה המכר) כי "ראה את הנכס, ובדק אותו מכל בחינה שהיא, לרבות... משפטית ומצא אותו מתאים למטרותיו, ולפיכך הוא מוותר בזה... על כל טענה", לא צריך היה להעלות על דעתו כי אין גישה למחסן; וחשוב מכך, כי זכות הגישה היא זכות קניינית מכוח הדין אשר אינה ניתנת להתניה בהסכמי הצמדה (פסקאות 13-14).

ד. ואולם, תחת ביטול ההצמדה נקט בית המשפט בדרך של "בטלות יחסית" (פסקה 19), וקבע כי לבעלי המחסן (לענייננו, למערער שכנגד) זיקת הנאה בחצר - שהוגדרה כזכות מעבר בין השעות 07:00-18:00 "בכל יום, ברגל או באופניים בלבד, לשם שימוש סביר ורגיל במחסן ולמעט שימוש מסחרי או תעשייתי" (פסקה 27). כלפי הכרעה זו מכוונים הערעורים שלפנינו: המערערים טוענים נגד עצם הענקתה של זכות

המעבר וכן כלפי היקפה (הרחב מדי לטעמים), המערער שכנגד טוען כלפי היקפה של זכות המעבר (המצומצם מדי לטעמו).

#### תמצית טענות הצדדים

ה. אלה עיקר טענות הצדדים. ראשית טוענים המערערים, כי מאחר שהתביעה (אשר הוגשה בשנת 2005) מבססת עצמה על הצמדה אסורה בשנת 1976, היא התיישנה מכבר. בפרט נטען, כי קביעת בית המשפט קמא (המצטט את דבריו של פרופ' ויסמן בספרו "דיני קניין - בעלות ושיתוף" (תשנ"ז) 112) לפיה:

"מנוע קונה נכס הטוען התיישנות [לענייננו המערערים - א"ר]  
מליהנות מתקופת התיישנות שנצטברה לטובת מי שמכר לו את  
הנכס" (פסקה 18)

נכונה רק ביחס למקרים של קונה מגזלן, אך לא לקונה ממי שרכש את הזכות כדין (אז מדובר בחליף עליו חל סעיף 18 לחוק ההתיישנות, תשי"ח - 1958). שנית נטען, כי התנהלות המערער שכנגד אינה תמת לב, ומונעת היא משיקולים "טקטיים" הקשורים לסכסוך בעניין הבנייה על גג הבית. בהקשר זה הוזכר, כי המערערים הציעו לרכוש או לחכור את המחסן, וכי הפתרון שנקבע פוגע בקניינם באופן קשה שאינו מפוצה.

ו. שלישית נטען, כי גם לאחר שרכש את המחסן לא פעל המערער שכנגד לתיקון הרישום לפי הרכישה, ובכך הכשיל את המערערים - אשר רכשו את הדירה והחצר מספר חודשים מאוחר יותר בהסתמך על המרשם. דביעית נטען, כי ההצמדה בשנת 1976, אפילו לא היתה כדין, שיקפה הסכמה חוזית בין בעלי המחסן לבעלי הדירה לגבי ויתור על זכות המעבר, ויש לכבד הסכמה חוזית זו. הוטעם, כי במסגרת הסכם המכר (בחלק שצוטט בפסקה ג' לעיל) ויתר גם המערער שכנגד על זכות המעבר. חמישית, נטען כי אם אכן קיימת טעות ברישום, היא מתייחסת לרישום המחסן כדירה. שישית נטען, כי ההצמדה אינה אסורה לפי לשונו של סעיף 55(ג). ולבסוף, נטען כי זכות המעבר שניתנה רחבה מדי, שכן מדובר במחסן שמעולם לא נעשה בו שימוש. הוטעם, כי המחסן נועד, כלשון בית המשפט, "לאיחסון חפצים שאין הוא עושה בהם שימוש תדיר", ולצורך זה מספיקות מספר שעות גישה מדי חודש.

ז. טענותיו של המערער שכנגד מתייחסות אף הן, כאמור, להיקפה של זכות המעבר. כרקע כללי נטען, כי דרישות המערער שכנגד היו ועודן תמות לב, וביסודן הרצון לעשות שימוש רגיל במחסן שנרכש בתמורה מלאה; ולעומת זאת, נטען

להתנהלות כוחנית מצד המערערים. נקודתית נטען, כי היקף השעות המצומצם אינו מאפשר ניצול יעיל של המחסן. בין היתר נטען, "האם סביר שאדם יידרש לקשור את אופניו ברחוב רק משום שחזר הביתה אחרי השעה 18:00...? האם סביר לחייב אדם לצאת מביתו לענייניו רק אחרי השעה 07:00 בגלל שהוא נדרש לאופניו?" (סעיף 54.2 לסיכומים). נטען עוד, כי תיחום השעות אינו מאפשר גישה לכלי עבודה שיימצאו במחסן ונועדו לתקן תקלות שוטפות בבית. כלפי חששם של המערערים משימוש לרעה במחסן נטען, כי לכך נועד סעיף 14 לחוק המקרקעין ("בעלות וזכויות אחרות כמקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר").

#### דיון והכרעה

ח. לאחר העיון אציע לחברי להיעתר לערעור באופן חלקי בלבד, ושלא להיעתר לערעור שכנגד. בטרם אפרט את טעמי בקצרה אקדים ואומר, כי התנהלות כל הצדדים - הן בתקופת עריכת העסקאות בשנת 2004 והן באופן ניהול ההליך בפנינו - אינה חפה מפגמים; ולדידי יש בכך כדי להסביר מדוע נאלץ בית המשפט המחוזי להגיע לתוצאה מורכבת, שאינה נוחה לאף אחד מהם.

ט. בהקשר זה ניתן להתייחס, בין היתר, להתנהלותו של המערער שכנגד כהתנהלות על גבול הסבירות (מעבר מזה או מזה שלו), שעה שרכש נכס - ואף הצהיר בחוזה מפורשות כי מצאו מתאים מבחינה משפטית (דבר המשמש נשק בידי המערערים) - אשר לפי הרשום במרשם אין גישה אליו (זאת מבלי שהוא, עורך דינו, או אביו שפעל בשמו ביקרו אי-פעם במחסן; עמוד 28 לפרוטוקול). יתכן שהדבר נבע מכך, שמבחינת המערער שכנגד מוקד העסקה אכן היה בזכויות הבנייה בגג הבית; ואולם אם כך הוא, אין למערער שכנגד להלין אלא על עצמו בכל הנוגע לתוצאות הזנחת הבירור לגבי אפשרויות הגישה למחסן. אף התנהלותם של המערערים, אשר רכשו חצר שבכותלה קבועה באופן בולט וגלוי לעין דלת למחסן שאינו שייך להם, מבלי לשאול שאלות מתבקשות, אינה חפה מספקות. התנהלותם של המערער שכנגד והמערערים כאחד מזכירה - באסוציאציה שאינה מאוד רחוקה - את אזהרת חז"ל "כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם" (בבלי קידושין ו' ע"א). רכישת מקרקעין אינה עניין של מה בכך, ויש להתייחס אליה ברצינות הראויה.

י. בעייתית במידה דומה היא התנהלותם של משיבים 3-7, שערכו שתי עסקאות מכר אשר - לפחות "על הנייר" - אינן יכולות להתקיים במקביל בהיעדר זהות בין בעלי הנכסים; ולמצער, עסקאות אשר אופן עריכתן הוא הבסיס ל"תאונה המשפטית"

שלפנינו (כלשון שנקטה בע"א 2643/97 גז' נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385). אכן, בהקשרים מסוימים נקוט הכלל "יזזהר הקונה" (*caveat emptor*), ואולם גם למוכרים חובות של גילוי נאות, בודאי כך שעה שהאופן בו בחרו לעצב את עסקאות המכר הוא הוא שיצר את המצב הבעייתי.

י"א. לא אדרש לטענות בדבר השימוש הטקטי שנעשה בשאלת הגישה למחסן כחלק מהמאבק על זכויות הבנייה על גג הבניין, או לטענות בדבר פעולות הריסה כוחניות שנערכו בחצר; ואולם אציין, כי גם ההתנהלות הדיונית של הצדדים בבית משפט זה אינה חפה מפגמים. מבלי להידרש לשאלת הפרשנות שניתן אולי היה לתת להחלטתנו מיום 26.11.09 (החלטה אשר נתנה לצדדים, לפי בקשתם, ארכה לניהול משא ומתן), העובדה שהצדדים (וכאן הכוונה בעיקר למערערים ולמערער שכנגד) החרישו משך כמעט שנה וחצי, ונדרשה פנייה יזומה של בית המשפט כדי להחיות את ההליך, מעוררת את השאלה מדוע חייב בית המשפט להקדיש את זמנו העמוס לעיפה לעניין אשר ככל הנראה אינו חשוב לצדדים הישירים לו עד כי נמו את שנתם (השוו תקנה 156 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד - 1984; להתנהלות משיבים 7-3 ראו החלטות הרשם (כתארו אז) השופט מרזל מיום 29.10.07 ומיום 14.5.08; ועם זאת ראו החלטת השופט סולברג בבית המשפט קמא מיום 25.5.06).

י"ב. בהינתן התנהלות בעייתית זאת, לכל הצדדים אחריות במידה זו או אחרת למצב אליו נקלעו; כל אחד מהם עשוי למצוא עצמו כשפחות מכל תאוותו בידו, ויתכן שהדבר פותח בפניו גם דרך לתביעת פיצויים, כפי שכבר הוצהר למצער על-ידי חלקם, ואיני נוטע כמובן מסמרות לגבי התוצאה (בכל הנוגע למערכת היחסים בין המערערים והמשיבים 7-3 הוגשה הודעת צד ג' אשר סעיף 10 לה מתייחס גם לעניין זה - וראו גם סוף פסקה 27 לפסק הדין קמא; אינני נדרש לסעיף 40.6 לסיכומי המערערים המתייחס לראשונה לחיוב המערער שכנגד ב"תשלום איזון"). ואולם במישור הקנייני, מדובר בהצמדה העומדת בניגוד להוראת סעיף 55(ג), והמסכלת את הגישה ואת אפשרות השימוש בדירה בבית משותף - כמובנו של מונח זה בסעיף 52 לחוק המקרקעין (לא אדרש כאן לראשונה לטענה כי המחסן אינו "דירה"; טענה שנטענה בעלמא אף שיש לה השלכות מרחיקות לכת במספר מישורים והיא מעלה סימני שאלה, אלא שלא זה המקום להתייחס לסימני שאלה אלה). מטעם זה לא ניתן ליתן להצמדה זו תוקף קנייני, ללא הכרה מקבילה בזיקת הנאה אשר תאפשר שימוש סביר במחסן לפי תכליתו. אדון בטענות המערערים לגבי עצם ההכרה בזיקת המעבר, ולאחר מכן אדרש לטענות שני הצדדים לגבי היקפה. ושוב, יש להצר על כך שאנשים מן היישוב לא מצאו דרך להגיע לפשרה כזאת או אחרת.

הטענות כלפי ההכרה בזכות מעבר: דיון

י"ג. כזכור, טוענים המערערים כי התביעה התיישנה. בית המשפט דחה את הטענה לפיה שנות ההתיישנות נמנות ממועד הרישום בשנת 1976, בהסתמכו על ההנחה לפיה רק "אדם שהחזיק בעצמו במשך כל תקופת ההתיישנות יוכל ליהנות ממנה" (כלשונה של פרופ' לוינסון-זמיר במאמרה "על הקושי ליהנות מטענת התיישנות במקרקעין" בתוך ספר מנשה שאוה (א' ברק וד' פרידמן עורכים, תשס"ו) 181, 194; ראו גם י' ויסמן, דיני קניין - בעלות ושיתוף (תשנ"ז) 112). בא כוח המערערים מבקש לסייג הנחה זו, לשיטתו כלל זה אינו חל "כאשר הנתבע רכש את הנכס כדין, מבעלים חוקי שאינו גזלן" (סעיף 7 לסיכומים).

י"ד. ברם, אף אם היה מקום לתת למערערים להישמע בטענה זו (ואינני מביע עמדה בשאלה לגופה), אין היא רלבנטית לעובדות המקרה. בענייננו, עד לעריכת שתי עסקאות המכר בשנת 2004 היו המחסן והדירה (על החצר הצמודה לה) בבעלותם של אותם אנשים (ולמען הדיוק, בעלי המחסן היו בעלים במשותף של הדירה והחצר). ככל שניתן להבין מתוך חומר הראיות בתיק בית המשפט קמא, גם במועד ההצמדה בשנת 1976 (לפני כניסת משיבים 6-7 לתמונה בשנות התשעים) היו הדירה והמחסן בבעלות בני משפחה אחת. בנסיבות אלה קשה להלום את הטענה שתביעת משיבים 6-7 נגד עצמם (יחד עם משיבים 3-5) התיישנה, או כי משיבים 6-7 החזיקו בחצר חזקה נוגדת. כידוע:

"משמעותה של דרישת ה'חזקה נוגדת' הינה כי חזקתו של המחזיק בקרקע אינה נעשית מתוך הסכמתו ורשותו של הטוען לבעלות בקרקע, אלא על אפו ועל חמתו" (ע"א 693/04 אל קימרי נ' אל קימרי (לא פורסם) פסקה 24 - השופט ג'ובראן; ראו גם ע"א 5323/07 יעקובוף נ' עזבון המנוח נג'אד ז"ל (לא פורסם); לוינסון-זמיר, עמודים 184-192).

האם בענייננו ניתן לומר, כי החזקתם של משיבים 3-7 בחצר היתה 'על אפם ועל חמתם' של משיבים 6-7? ברי כי לא מניה ולא מקצתיה. דומני כי תיאור אמין יותר של מערכת היחסים עובר לשנת 2004 מצוי בתצהירו של האדריכל שטיפל ברישום הבית בשנות השבעים (המתייחס לבעלים עובר לכניסת משיבים 6-7 לתמונה), ובהסבר שנתן להצמדה הבעייתית שלא חזתה כנחון אפשרות של מכירת הנכסים:

"הואיל והיחידות הנדונות היו בידי משפחה אחת, והיה ברור שהגישה למחסן תעשה דרך הגישה הקיימת לחצר המוצמדת, לא ראיתי צורך להתעסק בשאלת הגישה אל המחסן ולא ראיתי סתירה בין התשריט לבין המצב בפועל" (סעיף 7 לתצהירו מיום 21.12.05).

ט"ו. דומה איפוא, כי מאז נכנסו לבית נהנו בעלי המחסן מזכות מעבר בחצר (בין אם עשו בה שימוש בפועל ובין אם לאו); ועל כן אין הם - או חליפיהם (המערערים) - יכולים בנסיבות לטעון להתיישנות. אכן, בית המשפט קמא קבע, כי "לא הובאו די ראיות על מנת שניתן יהיה לקבוע האם בעבר שימשה החצר כמעבר למחסן או לחצרות אחרות" (פסקה 6); ואולם, אף אם המערער שכנגד לא הוכיח איזה שימוש נעשה בפועל בחצר, המערערים לא הוכיחו את יסודותיה של טענת ההתיישנות. מציאות עובדתית זו גם שוללת את טענת המערערים בדבר "הסכמת" הבעלים הקודמים של המחסן (בעת המכר משיבים 6-7) לוותר על זכות המעבר לטובת בעלי הדירה (משיבים 3-7); מי שמבקש לטעון, כי משיבים 6-7 (בכובעם כבעלי המחסן) ויתרו למשיבים 3-7 (בכובעם כבעלי הדירה) על זכות המעבר, עליו הראיה.

ט"ז. אכן, "מי שמקבל העברת דירה בבית משותף, מקבל אותה בהתאם לצו הרישום, ואם האמור בצו אינו מתיישב עם זכויות מקבל ההעברה לפי החוזה, הרי בהעדר מחאה או ביטוי אחר של שמירת על הזכויות, כאשר לא נסתרה החזקה בדבר ידיעת המצב על ידי הקונים, יש לראות בקבלת ההעברה ויתור על אותה הזכות" (ע"א 30/70 וינטר נ' 99, פ"ד כד(2) 541, 545 - השופט, כתארו אז, ח' כהן; ראו גם ע"א 402/80 "אתגר" הקלוב הישראלי החדש נ' מ.ב.א. החזקות ונכסים בע"מ, פ"ד לה(3) 309, 320; ע"א 591/83 בנדל נ' נאות אביב בע"מ, פ"ד מא(1) 57). ואולם, בענייננו, נוכח זהות בעלי הדירה והמחסן מתחילה, ובהינתן המצב הקיים בזמן רכישת המחסן "נסתרת החזקה בדבר ידיעת המצב" (ראו קביעתו של בית המשפט קמא בפסקה 13 והדברים המצוטטים מעלה מתצהיר האדריכל); ובכל מקרה, דומה כי בנסיבות הקונקרטריות מחאה היתה רלבנטית רק לאחר מכירת הדירה למערערים, ואכן בסמוך לכך היא באה.

י"ז. כל זאת מעבר לקביעת בית המשפט המחוזי, לפיה אין בכוחה של אי-מחאה (אפילו היתה כזאת) ואף של הסכמה מפורשת, לאשרר הצמדה המסכלת שימוש בדירה; וזאת, בשונה מהצמדה מותרת הגורעת מהרכוש המשותף אך מאפשרת לכל בעלי הדירות גישה לדירותיהם (לדוגמה, בעניין וינטר מדובר היה בהצמדת מרתף, בעניין "אתגר" מדובר היה בהצמדת חדר בקרה ובעניין בנדל נרשמה זכות מעבר בשטח שהוצמד). הצמדה כפי שנעשתה בענייננו מסכלת - באופן קבוע - שימוש בדירה בבית

משותף, ודבר זה לא הותר גם בהסכמה מפורשת, והוא כמעט בחינת פשיטא; מניעה גמורה של שימוש בנכס אינה מדאורייתא או מדרבנן. המחוקק, אשר בסעיפים 54-55 לחוק המקרקעין הכיר בחריג לעיקרון הקבוע בסעיף 13 ("אין תוקף לעסקה בחלק מסויים במקרקעין"), התיר הצמדה כאמור רק בכפוף לסייגים שנקבעו בסעיף 55(ג) - והצמדה שאינה באה בגדרים אלה אינה אפשרית:

"לא כל חלקי הרכוש המשותף ניתנים להצמדה פיסית, אפילו התקבלה הסכמת הכל כנדרש... הגבלה זו על חופש ההתקשרות נובעת מיישום של התפישה הכלכלית-תועלתית. ההנחה היא, שהצמדת החלקים הנדונים תוך שלילת זכות השימוש של יתר בעלי הדירות [ואני אוסיף, וחליפיהם - א"ר] תסכל את השימוש הנאות בדירה על-ידם, כך שגם הסכמה אינה גוברת על קושי זה" (מ' דויטש, קניין (כרך א', תשנ"ז) 682).

י"ח. אמנם, יתכנו מקרים בהם ניתן לשקול לאשרר עסקה שערך קונה בתום לב ובה הצמדה שנעשתה במקור שלא כדין (ראו דיונו של פרופ' ויסמן במקרה של אדם הרוכש בתום לב יותר משני מקומות חניה שהוצמדו לדירתו שלא כדין; ויסמן עמודים 428-427); ואולם, הנכונות לעשות כן תפחת מאוד ככל שמדובר בהצמדה שמשמעותה סיכול מוחלט של שימוש בדירה. זאת ועוד, במקרים מסוימים ביטול הצמדה שנעשתה שלא כדין מצדיקה לשקול פיצוי לאותם דיירים ששווי רכושם נפגע (ראו לדוגמה ת"א (מחוזי ירושלים) 847/95 ליפסקי נ' בן חמו (לא פורסם) פסקה 17); ואולם עניין זה אינו רלבנטי בנסיבות התיק שלפנינו, בהתחשב בהתנהלות הצדדים ובטענותיהם. עד כאן באשר לזכות המעבר ככזאת, שאין מנוס מהכרה בה.

היקפה של זכות המעבר: מבוא כללי

י"ט. ואולם בכל הנוגע להיקפה של זכות המעבר אציע לחברי ללכת כברת דרך מסוימת, לא גדולה, לקראת המערערים. נשוב ונזכור, כי חוזי המכר שערכו המערער שכנגד והמערערים עם משיבים 3-7 לא כללו התייחסות לשאלת הגישה למחסן. השאלה בנסיבות היא, לדעתי, מהי זיקת ההנאה המינימלית שהיתה מאפשרת (מבחינת הדין) את רישום ההצמדה. על שום מה הזיקה המינימלית? די להתייחס לשני טעמים: (1) תביעתו של המערער שכנגד מיוסדת על הטענה כי במישור הקנייני ההצמדה היתה שלא כדין (לכן הוא מכוון את תביעתו כלפי המערערים וכלפי גורמי רישום המקרקעין, ולא כלפי משיבים 6-7 שמכרו לו את המחסן); ולפיכך יש לבחון מהי הזיקה המינימלית שהיתה מאפשרת את ההצמדה. קרי, רישומה של איזו זכות מעבר היה מאפשר בנסיבות את רישום ההצמדה; משהגענו לנקודה מינימלית זו פוקעת הטענה



בדבר אי-החוקיות; (2) יש לזכור, כי במערכת היחסים בין המערערים (הבעלים הרשומים של החצר המוצמדת) למערער שכנגד (הטוען כי הרישום נוגד זכות קוגנטית) יש להתייחס לאחרון כאל "המוציא מחברו" שעליו הראיה. לפיכך ככל שהוא טוען כי הוא זכאי לזכות-מעבר העולה על המינימום הרלבנטי לנסיבות, עליו להוכיח שזכות כאמור ניתנה לו - וזאת אין בידו לעשות במקרה דנא. ממילא, ככל שהמערער שכנגד סבור כי רכש זכות העולה על הזכות המינימלית המאפשרת את רישום ההצמדה, היה עליו להפנות את טענותיו כלפי משיבים 6-7 שמכרו לו את הזכות לה הוא טוען, ושאותה לא קיבל.

כ. כיצד יש לבחון מהי הזיקה המינימלית? עניין זה קשור לנסיבות הקונקרטיות (השוו עניין "אתגר", עמוד 320). לא הרי זכות המעבר לדירת מגורים (החייבת לאפשר מעבר יומיומי כדרך שימוש רגיל בדירה), כהרי זכות מעבר למחסן (אשר אפשר שתתייחס לשימוש מוגבל הרבה יותר, כמקובל ככלל לגבי מחסן). גם לא הרי זכות המעבר לדירת מגורים (שיכולה להיות בשטח צר יחסית על פי המקובל במעבר לדירה; השוו ע"א 538/78 אולמי נפטון בת-ים בע"מ נ' משעל, פ"ד לג(3) 546, 548-550), כהרי זכות המעבר למקום חניה (שחייבת להיות רחבה דיה כדי לאפשר תמרון מכונית; השוו עניין בנדל, עמוד 68).

היקפה של זכות המעבר במשפט העברי

כ"א. עקרון זה של זיהוי זיקת המעבר המינימלית בהתאם לנסיבותיו ולשימושו הרגיל של הנכס הספציפי מצוי כבר במשפט העברי. בית המשפט קמא נדרש לסוגיה זו (בפסקאות 23-25), וציין כי לפי דרכו של המשפט העברי, "יש לקחת בחשבון את מהותו של הנכס... ולבחון מה טיבו של הצורך למעבר הנובע משימוש זה" (פסקה 25). ואכן, המשפט העברי עסק רבות בסוגיה של זכות מעבר, ועקרונותיו נסקרו לא אחת בפסיקת בתי המשפט (ראו, בין היתר, רע"א 8670/04 עמור נ' הררי (לא פורסם); ע"א 1769/04 אורן נ' כהן (לא פורסם); ה"פ (מחוזי ירושלים) 4062/05 שידותי בריאות כללית נ' מי.די.או אחזקות בע"מ (לא פורסם)). אף על פי כן אבקש להתמקד בקצרה בהצגת העיקרון לפיו, בהיעדר הסכמה אחרת, זכות מעבר מתייחסת ככלל לשימוש המינימלי (ולמצער לשימוש הרגיל במובנו המצומצם) הנובע מאופיו של הנכס נשוא הזכות.

כ"ב. המשפט העברי מכיר באפשרות ליצור זכות מעבר בדרכים שונות (ראו, לדוגמה, דברי הרשב"ם (ר' שמואל בן מאיר, אשכנז המאה הי"ב) בפירושו למסכת בבא בתרא,

צט ע"א דיבור המתחיל "מי שיש לו בור", אשר הובאו בפסקה 23 לפסק הדין קמא); הוא אף מניח, כברירת מחדל, כי כאשר אדם מוכר לחברו מתקן ספציפי המחובר לקרקע - המשנה (בבא בתרא ד', ט') מתייחסת, בין היתר, למוכר "בור [מים]... גת [חצובה בקרקע לדריכת ענבים]... שובך [בנוי ליונים]" - הוא מוכר לו גם זכות מעבר אליו:

"וכן המוכר בור או דות [הבור בחפירה והדות בבניין על הקרקע] - כלשון רש"י למסכת ראש השנה כו ע"א... אין הלוקח צריך לקנות לו דרך, אלא נכנס לתוך ביתו של מוכר עד הדות וממלא" (שולחן ערוך, חושן משפט רי"ד, ב').

כ"ג. ואולם, ההנחה היא, ככלל, כי בהעדר הסכמה מפורשת אחרת, מדובר בזכות המעבר המינימלית הנדרשת בנסיבות, ואין הנהגה זכאי לעשות בה שימוש כרצונו. כך מפרש רבי מנחם המאירי (1249-1315, פרובנס) את המשנה (בבא בתרא ו', ה') המתייחסת לזכות המעבר לבור מים:

"מי שיש לו בור לפניו מביתו של חברו... כגון שלקחו ממנו והרי אינו צריך ליקח לו דרך... אינו נכנס בכל שעה שירצה, הגע עצמך שיטריחהו לקום בלילות ממיטתו ולפתוח לו, אלא נכנס בשעה שבני אדם נכנסין ויוצא בשעה שבני אדם יוצאין, וכשרוצה להשקות בהמתו אינו מכניסה בביתו של זה להשקותה בשפת הבור, אלא ממלא ומשקה מבחוץ, שלא נשתעבד לו ביתו של זה להכניס בהמותיו לשם" (לשון המשנה הודגשה).

לפי אותה דרך מגבילה המשנה (שם, משנה ו') את זכות המעבר למי שיש לו "גינה לפניו מגינתו של חברו" (ושוב הדברים מובאים בשילוב פירושו של רבי מנחם המאירי):

"אינו נכנס ויוצא אלא בשעה שבני אדם נכנסין ויוצאים, הואיל וכניסתו מזקת לו הרבה אינו יכול להתמיד בה אלא בשעה שבעלי גנות רגילין ליכנס ולצאת, ואינו מכניס לתוכה תגרים [סוחרים] לקנות מירקות שבגינתו אלא ילקט ויוציא להם, ולא יכנס מתוכה לשדה אחרת, רוצה לומר שאם אינו צריך ליכנס לגנה זו אלא כדי לעשותה קפנדריא... אינו רשאי, לא נשתעבד לו דרך אלא לצורך עצמה של גינה, והחיצון זורע את הדרך, שלא נשתעבד לו אלא לילך בה" (לשון המשנה הודגשה).

כ"ד. גזירת זכות המעבר המינימלית מטיב הנכס ומן השימוש הרגיל בו, באה לידי ביטוי בדברי מפרשי משניות אלה. על המשנה המתייחסת למי "שיש לו בור לפניו

מביתו של חברו" מביא בעל "נמוקי יוסף" (רבי יוסף חביבא, מחכמי ספרד במאה הט"ו) את דברי הריטב"א (רבי יום טוב אשבילי, 1250-1320, ספרד):

"מי שיש לו בור: דוקא נקט בור, דאילו חדר דרכו להיכנס שם בין ביום בין בלילה..."

מסיבה זו אף נקבע, כי זכות מעבר במקרקעי הזולת נוצרת רק בנסיבות עובדתיות בהן לא מתאפשר מעבר מכיוון אחר: "אבל אם יש ללוקח דרך מצד אחר, בזה לא אמר... שיהיה ללוקח שעבוד על המוכר לעבור דרך עליו, במה שלא מכר לו, ואין צריך לו" (שו"ת הריב"ש, סימן רמ"ח; הובא להלכה בהגהת הרמ"א, חושן משפט רי"ד, ב'). סוף דבר, גם במקרים בהם מכיר המשפט העברי בזכות מעבר, בהעדר הסכמה מפורשת היא מוגבלת לרמה המינימלית המאפשרת שימוש רגיל בנכס, תוך שמירה על זכויותיו של בעל המקרקעין הכפופים לזכות המעבר: "הגע עצמך שיטריחהו לקום בלילות ממיטתו ולפתוח לו... שלא נשתעבד לו ביתו של זה להכניס בהמותיו..."

היקפה של זכות המעבר: יישום בנסיבות

כ"ה. אכן, יתכן כי במקרים רבים די יהיה ברישום עצם קיומה של זכות-מעבר, וככל שיתגלו סכסוכים לגבי היקפה הם יוכרעו לפי עקרונות כלליים דוגמת תום לב; וכפי שהציע בא כוח המערערים, בהתאם לאיסור הקבוע בסעיף 14 לחוק המקרקעין לגבי "עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר" (השוו ע"א 6339/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199). ואולם, משנכנס בית המשפט קמא לפרטיה של זכות המעבר, סבורני כי בנסיבות יש לקבל את טענות המערערים ולצמצמה במידת מה.

כ"ה. חרף טענות באת כוחו של המערער שכנגד לגבי גניבות האופניים בשכונת רחביה בירושלים, ובעניין אי-התאמת השעות שקבע בית המשפט קמא למעבר למחסן למציאות המודרנית, בה "הפעילות האנושית התרחבה הרבה מעבר לשעות האור" (סעיף 53 לסיכומים); יש לזכור כי המערער שכנגד לא טרח להגן על זכויותיו, והסכם המכר עליו חתם (שעה שהמוכרים היו עדיין גם בעליהם במשותף של החצר והדירה) לא התייחס לעניינים אלה. בית המשפט המחוזי קבע:

"כי לא הובאו די ראיות על מנת שניתן יהיה לקבוע האם בעבר שימשה החצר כמעבר למחסן או לחצרות אחרות... לא הוכח אם שימש המחסן בעבר את מי מבעלי הדירות, ובוודאי שלא הוכח כי שימש אדם זולת מי שהיה בעליה של החצר. מנגד, מבחינה עובדתית, ברור כי התובע רכש את המחסן מבלי לבדוק את האפשרות לממש את זכויות השימוש בו. מר מאיר

דנן, אבי התובע ומורשהו לעניין רכישת הנכס, הודה בעדותו כי 'עשיתי טעות, נכשלת בזה' (עמוד 31 שורה 27) " (פסקה 6).

דברים אלה אינם תומכים בהנחה, כי מדובר במחסן המצוי לפי טיבו בשימוש יומיומי. אף עיון בתמונות המחסן אינן תומכות במסקנה שללא זכות-מעבר רחבה תהיה הצמדת החצר בלתי-חוקית. גם ההתחשבות בזכויות המערערים, ובנטלי הראיה, מקשה על מסקנה כאמור. זאת ועוד, שאלת זכות-המעבר היא אמנם ביסודה שאלה אובייקטיבית הנבחנת לפי נסיבות הבניין, ואולם אינדיקציות במישור הראייתי ניתן במקרים מסוימים למצוא גם בהתנהגות הצדדים; ובהקשר זה לא למותר לציין, כי אבי המערער שכנגד, אשר טיפל עבורו ברכישת הנכס, העיד כי מעולם לא ביקר במחסן, לא הוא לא בנו ולא בא כוחם דאז; הוא אף לא קיבל את המפתחות למחסן מן המוכרים. מחסן כזה, בגדרי השכל הישר, משמש במקרים רבים כמקום אחסון לחפצים-אין-חפץ או "חפצי טווח ארוך" שאי פעם יוחלט מה לעשות בהם, או להבדיל לסוכה בימות השנה שמחוץ לסוכות; אך אין לשלול, כל עוד אין הדברים באים בגדרי סעיף 14 לחוק המקרקעין, גם החזקת אופניים.

כ"ו. המדובר במחסן תת-קרקעי ללא חלונות, שאינו צמוד פיזית לדירת המגורים, ששטחו 15 מ"ר ומצב חללו הפנימי אינו ידוע (ומסתבר כי גם לא הצדיק בירור), ושהמעבר אליו מחייב לעבור דרך גינה פרטית, סבורני כי ניתן לצמצם את זכות המעבר כך שתתייחס למעבר ברגל בלבד; אופניים - אין מניעה לאחסנם - ואולם אין זכות למעבר ברכיבה דוקא. כן אציע לצמצם את שעות המעבר כך שהזכות תחל בשעה 07:30 בבוקר, לא תחול בשעות 14:00-16:00 בצהריים, ולעומת זאת תחול עד השעה 19:00. סבורני, כי בנסיבות הקונקרטיות הקפדה על זכות-מעבר מעין זו היתה מאפשרת את הצמדת החצר לדירה; מסיבה זו אין המערער שכנגד זכאי לזכות-מעבר רחבה יותר. וכאמור, אם סבור המערער שכנגד כי הוא רכש ממוכרי המחסן זכות רחבה יותר (ואינני אומר כי כך התרחש) היה עליו להפנות את השגותיו כלפיהם.

סוף דבר

כ"ז. סוף דבר אציע לחברי לקבל את ערעור המערערים באופן שהצמדת החצר לדירה תעמוד על כנה, אלא שהמשיב 2 (המפקח על רישום המקרקעין) יתקן את זיקת ההנאה שנרשמה לטובת בעלי המחסן (בעקבות פסק הדין קמא), כך שתורה: "זכות מעבר בין השעה 07:30 בבוקר לשעה 19:00 בערב למעט בשעות 14:00-16:00, או בתיאום מראש, ברגל בלבד, לשם שימוש סביר ורגיל במחסן לאחסון חפצים ולמעט שימוש מסחרי או תעשייתי".

כ"ח. אוסיף כי הצדדים התייחסו ל"מסמר ג'וחא", אותו מסמר שבפולקלור הערבי הותיר ג'וחא (מקבילו של "הרשלי" בפולקלור היהודי במזרח אירופה) כבעלותו כשמכר את דירתו; והקונה הסכים, כי מה מנו יהלוך אם מסמר אחד אינו בבעלותו. אך ג'וחא החל לבקר את המסמר דבר יום ביומו עד לזרא; ועל כן בפולקלור הלשוני הערבי הרווח, "מסמר ג'וחא" הוא סרח עודף שמאן דהו מנפח את שימושו לכלל כמעט השתלטות או למצער מטרד. יש לקוות, כי לא יהא חלילה מעין "להכעיס" בהקשר זה, והמערער שכנגד ינהג בזכות המעבר תוך התחשבות בזולת, בחינת "דעלך סני לחברך לא תעביד [מה שעליך שנוא לחברך לא תעשה - א"ר]" כדברי התנא הלל (בבלי שבת לא ע"א). ומנגד, הרוכשים החדשים רכשו את הנכס בידיעה הברורה, כך יש להניח, באשר לנושא זיקת ההנאה. כל כך, כדי שלא יעסיקו הצדדים את המפקח הפועל לפי חוק המקרקעין.

כ"ט. אין באמור כדי להביע עמדה בכל הנוגע למערכת היחסים ולזכויות שעשויות להיות למערער שכנגד ולמערערים כלפי המשיבים 3-7. ולבסוף, נוכח התנהלות כל הצדדים אציע כי לא נעשה צו להוצאות. ואחר הכל, עדיין נחתום דברינו בתקוה כי הצדדים - בהנחה כי באנשים מן היישוב עסקינן - יגיעו להבנה סבירה אם באשר לחיים בצוותא ואם באשר לפרידה בשלום.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י' באב תשע"א (10.8.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט