

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

מאת
פרופ' אהרן ברק

א. הקדמה

פקודת הנוזיקין¹, כפי שפורשה על-ידי בתי-המשפט בישראל², מעניקה חסינות רחבה מאחריות בנוזיקין לתופס מקרקעין, ומטיבה מצבו לעומת מצבם של יוצרי הסיכונים למיניהם³. על דין זה נמתחה ביקורת קשה, הן בארץ המוצא⁴, הן בארצות אחרות הקשורות לשיטת המשפט המקובל⁵, והן בישראל⁶. באנגליה תוקן הדין במידת מה ב-1957 על-ידי ה"Occupiers' Liability Act"⁷, אשר בעקבותיו הלכו בסקוטלנד ב-1960⁸ ובניו-זילנד ב-1962⁹. התפתחות זו מצאה אוזן קשבת בממשלה, אשר פרסמה לאחרונה הצעת חוק הבאה לבטל את החסינות הקיימת של התופס במקרקעין¹⁰. נקודת המוצא של הצעת החוק הינה כי סעיף 37 לפקודה, המהווה מקור לדיני החסינות, יבוטל¹¹. עם ביטול סעיף זה, יבוא הקק, לדעת ההצעה, על "תורת השילוש"¹², ואחריותו של התופס במקרקעין

- 1 סעיפים 36 ו-37 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש), להלן – הפקודה.
- 2 אילו הייתה זו שאלה פתוחה גיתן היה לטעון כי כללי החסינות האנגליים אינם תלים בישראל: ראה ברק, "אחריות בנוזיקין של המחזיק במקרקעין", מחקרי משפט לזכר אברהם רזונטל, עמ' 104, 153. כיום שוב אין מקום לנטיון זה, לאור פסיקה עקבית של בית המשפט העליון, אשר פסק כי הוא רואה עצמו כבול להבחנות האנגליות. ראה, למשל, ע"א 460/61 פרקש נ. אוני, ט"ז פד"י, 1933.
- 3 לפער בין דין תופס המקרקעין כיום, לבין דינו לפי עקרון הרשלנות הכללי, ראה ברק, שם, 105.
- 4 ראה ה"Law Reform Committee, 3rd. Report, Cmd 9405. המביא את עיקרי הביקורת.
- 5 ראה, למשל (1963) 41 Harris, "Some Trends in the Law of Occupiers' Liability"; (1960) 401 Can. Bar. Rev. (הדין בקנדה); (1960) 134 A.L.J. 34 (הדין באוסטרליה); (1969) 128 Liability in Scotland", XXth Century Comparative and Conflicts Law, 128 (הדין בסקוטלנד).
- 6 ראה ברק, שם, עמ' 104.
- 7 5 & 6 Eliz 2, c. 31.
- 8 ה"Occupiers' Liability (Scotland) Act, 8 & 9 Eliz 2, c. 30.
- 9 ה"Occupiers' Liability Act, 1962.
- 10 הצעת חוק לחיקון פקודת הנוזיקין (מס' 4), תשכ"ט–1969, ה"ח, 855, תשכ"ט, עמ' 385 להלן – הצעת החוק.
- 11 סעיף 1 להצעת החוק.
- 12 כלשונו של השופט זילברג בע"א 146/64 ברשזלינגר נ. רובינשטיין, י"ח פד"י (3), 215.

כלפי הניזוקים על המקרקעין תקבע לפי עקרון הרשלנות הכללי. בצד אחריות כללית זו קבעה הצעת החוק שני סייגים, אשר בהתקיים התנאים הקבועים בהם, לא תהול חובת הזהירות הכללית. הסייג הראשון משחרר את התופס מחובת הרשלנות הכללית אם הניזוק הינו עבריין.¹³ הסייג השני משחרר את התופס מחובת הרשלנות הכללית אם הנוק אירע על מקרקעין התפוסים על-ידי מערכת הבטחון.¹⁴ ברשימה זו ננתח את עיקרי ההצעה, הן מנקודת מבט מדיניות המשפט והן מנקודת מבט מדיניות החקיקה, תוך הבטחת מעלותיה ומגרעותיה. נעמוד בהחילה על מערכת הבעיות המתעוררות עם ביטול החסינות הקיימת, ונתעכב לאחר מכן על הצידוק בקביעת קטגוריות חסינות חדשות.

ב. ביטול החסינות הקיימת

1. ביטול ההבחנה בין מוזמן לבין ברי-רשות

הכל מסכימים כיום כי אין הצדקה לגישה, לפיה אחריותו של התופס במקרקעין כלפי מבקרים ברשות (מוזמנים וברי-רשות) נופלת מהאחריות הנקבעת על-פי דיני הרשלנות הכלליים.¹⁵ "תפיסת מקרקעין הינה יסוד לאחריות ולא יסוד לשחרור מאחריות. זהו יסוד לאחריות, שכן התפיסה מעניקה שליטה וידיעה על המקרקעין, ועל כן טבעי וצודק הוא כי לתופס תהיה מידה מסויימת של אחריות לשלומם של אנשים הנכנסים למקרקעין ברשותו. בלשון האמרה הידועה של הלורד אטקין בדוניג'ו נ. סטיבנסון, יש 'קרבה' בין התופס לבין המבקרים ברשות, והם נחשבים בעיני החוק ל'רעיו'".¹⁶ נסיונות בכוון זה נעשו בעבר על-ידי הפסיקה עצמה, אך הם עלו בתוהו.¹⁷ יש לקדם, על כן, בברכה את הצעת החוק, הבאה לבטל אנומליה זו, והמעמידה את חבותו של התופס, בלא שים לב לקטגוריות משפטיות נוקשות, על בסיס עקרון הרשלנות הכללי.¹⁸ בדרך זו הלך גם המחוקק האנגלי,¹⁹ הסקוטי²⁰ והניו-זילנדי. כמובן, מידת האינטרס שיש לתופס בנוכחותו של המבקר, תהיה גם להבא שיקול עובדתי רלבנטי בקביעת החובה והיקפה במקרה ספציפי, אך שוב היא לא תהווה עקרון משפטי נוקשה לפיו תמדד האחריות.²¹

13 סעיף 1 להצעת החוק המתקן את סעיף 37 לפקודה. לפירוט ההצעה ראה להלן.

14 סעיף 1 להצעת החוק, המוסיף את סעיף 37א לפקודה. לפירוט ההצעה ראה להלן.

15 לביקורת הדין הקיים, ראה ברק, שם, עמ' 116.

16 דברי השופט גרדינר (Gardiner L. C.) בפרשת *Commissioner For Railways v. McDer-* *mott* [1967] A. C. 169, 186.

17 ראה דברי השופט זילברג בע"א 146/64 הנ"ל. השופט לנדוי ציין באותו משפט כי אין אפשרות, בדרך הפסיקה, לבטל ההבחנה בין מוזמן לברי-רשות, וזו היתה גם דעתו של השופט כהן בע"א 460/61 הנ"ל.

18 זו היתה גם השקפתם של השופטים לנדוי וברגון בע"א 146/64 הנ"ל, ושל השופט כהן בע"א 460/61 הנ"ל.

19 סעיף 2 לחוק.

20 סעיף 2 לחוק.

21 ראה ברק, שם, עמ' 149 ואילך.

2. מסיג גבול-בגיר²²

א. הבעיה

הרצויה גישתה של הצעת החוק, הבאה לבטל את חסינותו של התופס כלפי מסיג גבול בגיר, והמעמידה אף יחס זה על בסיס הרשלנות הכללי? כידוע נמנע המחוקק האנגלי (ובעקבותיו המחוקק בניו-זילנד) מלהחיל את עקרון הרשלנות הכללי ביחסים שבין התופס למסיג הגבול²³. לעומת זאת נקבע בחוק החל על סקוטלנד, כי עקרון הרשלנות הכללי יחול גם ביחסים שבין התופס למסיג הגבול²⁴. איוו גישה מבין שתי אלה רצויה יותר?²⁵

בפתרון השאלה האמורה, רצוי להבחין בין שתי בעיות, שבמשך השנים התערבבו ללא הכר. הבעיה האחת הינה אם רצוי הוא, מבחינת מדיניות החקיקה, כי היקף חבותו של התופס כלפי מסיג הגבול תקבע באופן עקרוני על-ידי דיני הרשלנות הכלליים. השאלה היא, אם דיני הרשלנות ראויים ומסוגלים לפתור את היקף חבותו של התופס כלפי מסיג גבול בגיר. משנייהנה תשובה חיובית לבעיה זו, יש מקום לדון בבעיה האחרת, דהיינו, מהו היקף החובה שדיני הרשלנות יטילו על התופס כלפי מסיג הגבול. שאלה זו היא מתחום מדיניות השפיטה.

ב. מדיניות החקיקה: הרצוי לכופ יחסי תופס – מסיג גבול לעקרון הרשלנות הכללי?

(1) שיקולים כלליים

שעה שהתופס מפעיל כוח (בין במישרין ובין בעקיפין) כדי לפגוע במסיג הגבול במתכוון, תוטל עליו אחריות מכוח דיני התקיפה. לענין זה אין צורך, ואין אף מקום, בהפעלת דיני הרשלנות. אך איוו מערכת דינים תקבע את היקף אחריותו של תופס המתעלם מנוכחותו הידועה של מסיג הגבול או הנמנע מלגקוט אמצעי זהירות במקום שנוכחותו של מסיג הגבול אינה ידועה בפועל אך הנחנת, מבחינה עובדתית, לצפיה? לכאורה, התשובה המתבקשת הינה, כי מערכת הדינים הראויה לפתרון שאלות אלה היא מערכת דיני הרשלנות. דינים אלה הם הקובעים את היקף חובתו של כל יוצר סיכון הסוגע בזולתו מתוך התרשלנות. היצרן, הנהג, המעביד, הרופא וכיוצא בהם יוצרי סיכונים פוטנציאליים נתונים כולם לשלטונה של עוולת הרשלנות, לפיה נקבעת מידת חבותם על-פי התשובה לשאלה אם היו הם צריכים לצפות כי התרשלנותם תגרום גזק. על שום מה יהיה דינו של התופס שונה? על שום מה תקבע חבותו של תופס מטלטלין כלפי

22 אשר למסיג גבול קטין, ראה להלן.

23 ראה ד"ר חוועדה האנגלית, הנזכר בהערה 4 לעיל. ראה גם *Commissioner For Railways v. Quinlan* [1964] A. C. 1054

24 סעיף 2 לחוק. ראה גם ד"ר חוועדה הסקוטית לרפורמה בסוגיית התופס במקרקעין (Cmnd. 88).

25 לסוגיה זו ראה ברק, שם, וכן Atkinson, "Occupiers' Liability Law", 3 (1968) *University of Tasmania L.R.* 82, 106; Fleming James Jr., "Tort Liability of Occupiers of Land: Duties Owed to Trespassers", 63 (1953) *Yale L.J.* 144

מסיג גבול על-פי מערכת דיני הרשלנות, ואילו חבותו של התופס מקרקעין תקבע על-פי דין אחר?

הסמטריה המחשבתית מחייבת איפוא, לכאורה, הטלת משטר עוולת הרשלנות גם ביחסים שבין התופס למסיג הגבול. למרות זאת ניתן להעלות שלש טענות הבאות לשלול מסקנה זו. הטענה הראשונה באה להבליט הבדלים מהותיים בין יוצרי הסיכונים למיניהם לבין התופס ביחסו למסיג הגבול. הטענה השנייה מצביעה על מגבלותיו של עקרון הצפיות בפתרון יחסי התופס-מסיג הגבול. הטענה השלישית מצביעה על מגבלותיו של עקרון "הרעות" בפתרון יחסי התופס-מסיג הגבול. נעמד בקצרה על כל אחת מטענות אלה.

(2) טענה ראשונה: היחוד שבידמי תופס – מסיג גבול

ניתן לומר כי קיים הבדל עקרוני בין מקרהו של הייצרן, הנהג, המעביד או הרופא לבין מקרהו של התופס. ביחסים הראשוניים, הכל מסכימים, כי הייצרן, המעביד או הרופא צריכים באופן עקרוני לצפות לכך כי התרשלותם תגרום נזק. השאלה היחידה הצריכה דיון היא אם במסיבות הקונקרטיות של הנזק הספציפי אכן התקיימה החובה האמורה, והאם היא הופרה. לא כן ביחסים שבין התופס לבין מסיג הגבול. כאן עצם השאלה הינה אם התופס צריך לצפות כי התרשלותו תביא נזק למסיג הגבול.

בטיעון זה יש טעות "אופטית". בכל מקרה של רשלנות, בו צריך לקבוע אם המזיק חב חובה לניזוק, יש להבחין בין שני שלבים²⁶. השלב האחד, בו נקבעת התשובה לשאלה אם ביחסים בין סוג פלוני של יוצרי סיכון לבין סוג אלמוני של ניזוקים קיימת חובת זהירות. חובה זו מכונה "חובה מושגית" (notional duty)²⁷. השלב השני, הספציפי, בו נקבעת התשובה לשאלה אם ביחסים שבין מזיק פלוני לבין ניזוק אלמוני (המשתייכים לסוג הנזכר בו קיימת החובה המושגית) קיימת חובת זהירות. חובה זו מכונה "חובה עובדתית" (duty in fact). השלב הראשון הוא השלב העקרוני, הנוחן תשובה כוללת לסוג שלם של מזיקים וניזוקים. השלב השני הוא שלב קונקרטי (ומכאן רטרואקטיבי²⁸) הנותן תשובה ספציפית למזיק וניזוק מסויימים²⁹. השאלה הראשונה היא משפטית בלבד, ומעורבים בה גורמים של מדיניות משפטית. השאלה השנייה היא שאלה מעורבת של משפט ועובדה. שתי השאלות כאחת מקבלות תשובתן בישראל במסגרת סעיף 36 לפקודה. הוראה זו פורשה בפסיקה כמתייחסת לא רק למבחן הטכני של צפיות בנסיבות המקרה (duty in fact), אלא גם למבחן של המדיניות המשפטית, דהיינו, מתי צריך אדם סביר לצפות לאפשרות של נזק ("חובה מושגית")³⁰.

26 לסוגיה זו, ראה: Winfield, *Tort*, 8th ed. (1967), p. 42 et. seq.

27 המונח הוצע על-ידי דיאס (Dias) במספר מאמרים, והוא אומץ על-ידי ויגפילד. ראה ויגפילד, שם, המסתמך על דיאס. השווה גם: Harari, *The Place of Negligence in the Law of*, p. 64 et. seq. (1962), *Torts*, המבחין בין "dominant duty" לבין "subservient duty".

28 ראה ויגפילד, שם, עמ' 54.

29 יש להבחין בין בעיית קיום החובה העובדתית לבין הבעיה אם החובה העובדתית הופרה, דהיינו, בין בעיית הקיום לבין בעיית ההפרה: ראה ויגפילד, שם, עמ' 54. אנו דנים כאן בשאלת קיום החובה בלבד.

30 ראה, למשל, ע"א 451/66 קורנפלד נ. שמואלוב, כ"א פד"י, (1), 310.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

ההבדל בין סוגיית היצרן והצרכן לבין סוגיית התופס ומסיג הגבול הוא, איפוא, רק הבדל בשלב ההתייחסות. ביחס הראשון נפסק בעבר כי קיימת "חובה מוסגית". מכאן, שאין עוד מקום לדון בשאלה זו בכל מקרה ספציפי, והדיון נסב רק בסוגיית "החובה העובדתית" (ה־*duty in fact*) (השלב השני). לעומת זאת, ביחס השני (תופס-מסיג גבול) טרם נפתרה שאלת החובה המוסגית. משתפתר שאלה זו בהיבט, יתעוררו גם כאן בעתיד רק שאלות מתחום החובה העובדתית. הבדל זה בשלב ההתייחסות אינו מוציא את יחסי התופס ומסיג הגבול מתחום עוולת הרשלנות. הן הדיון בשלב הראשון והן הדיון בשלב השני גערכים בתחום עוולת הרשלנות עצמה. אין, איפוא, כל יהוד ביחסי תופס – מסיג-גבול המצדיק שלילת תחולתה של עוולת הרשלנות עליהם.

(3) טענה שנייה: מנכלותיו של עקרון "הצפיות"

עוולת הרשלנות מטילה חובת זהירות במקום שהמוזק, כאדם סביר, צריך היה לצפות כי התרשלותו תגרום נזק. צפיות זו קיימת במקרים רבים של מסיגי גבול, לרבות שודדים וגנבים, שכן יי "אדם נבון וסביר אינו יכול לשלול את האפשרות של גניבת רכבו או התפרצות לביתו". מכאן, שלכאורה גם כלפי אלה צריכה חובת הזהירות לחול, דבר שהדעת אינה סובלתו. מכאן, שאין זה רצוי להטיל על יחסי תופס-מסיג גבול את מבחן הצפיות.

החשובה על טיעון זה ברורה מאליה. בקביעת קיום "החובה המוסגית" על בית-המשפט לשקול שיקולים של מדיניות משפטית. "סעיף 2(50) לפקודת הגזיקים האזרחיים, 1944–1947 [סעיף 36 לנוסח ההדפי] מטיל על בית-המשפט תפקיד נורמטיבי מובהק, המקופל במלים 'צריך היה' (*ought*)... המסגרת החוקית נקבעה על-ידי המחוקק, ואילו התפקיד היוצר למלא את מסגרת הסעיף 50, הלכה למעשה, בהתאם לצרכי החברה המשתנים, הופקד בידי בתי-המשפט".³¹ במסגרת שיקולי מדיניות אלה נפתח כר נרחב לפעילות שיפוטית, העשוי להכיר בקיום חובה מוסגית בסוג אחד של תופסים ומסיגי גבול, ולשלול קיומה של חובה זו מהסוג האחר. הגורס כי אין מקום לחובת זהירות כלפי הגנב יכול להגיע לחוצאה זו במסגרת עוולת הרשלנות עצמה, ואין על כן הצדקה לשלול את עצם תחולתה על יחס זה.³²

(4) טענה שלישית: מנכלותיו של עקרון "הרשת"

בפרשת ברשטלינגר³³ נתן השופט זילברג דעתו לשאלה אם יש מקום להחיל את העקרון הקבוע בסעיף 35 ביחסים שבין תופס ומסיג גבול, והשיב על כך בשלילה. אומר השופט זילברג³⁴: "כל עוד לא נקבעו מסמרות בדבר... המגדירים בדיוק את יחסי הקרובה והרעות שבין המוזק והעתיד להנזק, תהא זאת משענת קנה רצוף לקבוע על-פיה את הזהירות והאחריות. קל היה לקבוע את הריחוק ו'העדרי-הרעות' בין מוזק לניזוק במקרים

31 דברי השופט ויתקון בע"א 360/59 היועץ המשפטי נ. ברקוביץ, י"ד פד"י, 206, 214.

32 דברי השופט הלוי בע"א 451/66 הנ"ל, בעמ' 324.

33 ראה דברי השופט דינג (Lord Denning M. R.) בפרשת *Videan v. British Transport Commission* [1963] 3 W. L.R. 374, 380.

34 ע"א 146/64 הנ"ל.

35 שם, בעמ' 222.

של דוגמיו נ. סטיבנסון, בורהיל נ. יונג ופריצקר נ. פרידמן, כי שם הריחוק היה ממשי, פיזי או פסיכולוגי. הרבה יותר קשה יהיה לקבוע את הריחוק שהוא כאשר יסודו הוא בשיקולים מוסריים-חברתיים. להפוך את המצויה המוסרית של זאהבת לרעך כמוך לכלל משפטי של 'שמירת לרעך כמוך' ולומר: רע הוא האדם שאתה חש מבחינת חברתית חובת שמירה עליו, יביא בסופו של דבר לידי צירקולוס ויציוזוס שאין כל מוצא ממנו. השקפתו של השופט זילברג מעוררת ספיקות, שכן היא חותרת תחת עקרון "הרעות" עצמו – ולא רק נגד הפעלתו במקרה שלפנינו. ממהותו של עקרון "הרעות" שאין בו "מסמרות"³⁸ וכי הרעות נקבעת גם בהעדר קרבה "ממשית פיזית או פסיכולוגית"³⁹. במרכזו של עקרון "הרעות" עומד העקרון כי "רע" הוא לא רק זה שאתה יכול לצפות לנוכחותו,⁴⁰ אלא שאתה "צריך" לצפות לנוכחותו.⁴¹ שלילת אמיתויות אלה כמה כשלילת עקרון הרעות עצמו.

נראה, איפוא, כי כובד השיקולים מצביע על כך כי יפה עשתה הצעת החוק כאשר קבעה כי את היחסים בין התופס לבין מסיג גבול יש לכפוף לעקרון הרשלנות הכללי. זו גם דעתם של השופטים לנדוי וברנזון⁴², שהציעו ללכת בכיוון זה. אכן, למסקנה זו מגיע גם השופט ויתקון, הידוע בהתנגדותו להטלת חובת זהירות על התופס כלפי מסיג גבול. "האבחנה בין סוגי נפגעים שונים נובעים מההוראה גופה [סעיף 35 לפקודה], והדיון שאין כל חובה כלפי מסיג גבול לנוכחותו אינה ידועה, אינו אלא החלת העקרון, שאדם סביר צריך לדעת כי מוזמן או בר-רשות עלול להימצא ולהיפגע – ועליו להתנהג בהתאם לכך, אף אם לא ידע למעשה – אך אין הוא צריך לדעת שמסיג גבול עלול להכנס לתחום הסכנה"⁴³. נוכל, איפוא, לעבור לדון בבעיה השנייה, דהיינו, מהו היקף החובה שתוטל על התופס על-פי דיני הרשלנות.

ג. מדיניות השפיטה: היקף חובתו של התופס כלפי מסיג-גבול

(1) גדר הספיקות

ביטול החסינות הקיימת אינו מביא מאליו הטלת חובה "מושגית" על התופס כלפי מסיג גבול⁴⁴. שאלה אחרונה זו הושארה פתוחה על-ידי הצעת החוק. עלינו לבחון, על כן, את האפשרויות העומדות לפני הרשות השופטת, אשר מתפקידה יהיה "למלא את מסגרת הסעיף 50 [סעיף 35 לפקודה] הלכה למעשה, בהתאם לצרכי החברה המשתנים"⁴⁵. משנגדיר אפשרויות אלה, יהיה עלינו לבחון אם רצוי הוא לכונן, בדרך החקיקה, את בתי-המשפט בבחירת האפשרות הראויה⁴⁶.

- 36 ראה *London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton* [1951] A.C. 737, 776
 37 ע"א 53/57 מטריני נ. איצ'ר בע"מ, י"ב פד"י, 722, 724.
 38 ראה ע"א 360/59 הנ"ל וע"א 451/66 הנ"ל.
 39 ראה *Nova Mink Ltd. v. J. C. A.* [1951] 2 D. L. R. 241, 256.
 40 בע"א 146/64 הנ"ל.
 41 ע"א 360/59 הנ"ל, בעמ' 214.
 42 השווה ד"נ 6/66 שחארה נ. קתמאן חילו, כ' פד"י, (4), 617, 623.
 43 דברי השופט הלוי בע"א 451/66 הנ"ל, בעמ' 324.
 44 בענין זה, ראה פרק 7 להלן.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

מקום שנוכחותו של מסיג הגבול ידועה, אין התופס רשאי לפגוע בו במתכוון.⁴⁵ דבר זה נובע מדיני החקיקה, ואין לו נגיעה בבעייתנו. מכאן, שהאלטרנטיבות קיימות רק לגבי התנהגות רשלנית של התופס. אף כאן אין כל בעיה אם נוכחותו של מסיג הגבול אינה ניתנת, מבחינה טכנית, לצפיה. גדר הספיקות מתעורר, איפוא, רק לגבי שתי הבעיות הבאות: ראשית, המוטלת על התופס החובה שלא להתרשל כלפי מסיג גבול שנוכחותו ידועה; שנית, המוטלת על התופס החובה שלא להתרשל כלפי מסיג גבול שנוכחותו אינה ידועה, אך שלגובותו ניתן, מבחינה טכנית, לצפות.

(2) החובה כלפי מסיג גבול שנוכחותו ידועה

(i) הדין הקיים

כאשר נוכחותו של מסיג הגבול ידועה, מבחינה הפסיקה הישראלית בין נזק הנגרם בשל מצבם הסטטי של המקרקעין לבין נזק הנגרם בשל פעולה אקטיבית עליהם. במקרה הראשון, אינה מוטלת על התופס כל חובה כלפי מסיג הגבול. "רשאי אדם להחזיק אדמתו כרצונו, ואין הוא חייב לסלק מעליה סכנות או להזהיר מפניהן מסיגי גבול. הללו מקבלים אותה כמות שהיא, והם עצמם נושאים באחריות לשלומם".⁴⁶ במקרה השני מוטלת על התופס החובה שלא להתרשל.⁴⁷ הבחנות אלה התבססו על הפסיקה האנגלית, כפי מצבה בזמן מתן פסקי-הדין הישראליים. מאז חלו שינויים חשובים בגישה האנגלית. אשר לנזק הנובע ממצבם הסטטי של המקרקעין, נשארה בעינה ההשקפה כפי שאומצה בישראל.⁴⁸ יחד עם זאת, באחד מפסקי-הדין המנחים בסוגיה זו, הביע השופט פירסון (Pearson L. J.) את דעתו כי גם במסיבות אלה מוטלת חובה על התופס.⁴⁹ אין זו חובת הזהירות הרגילה, אלא החובה לנהוג במסיג הגבול "with common humanity". אשר לנזק הנובע מפעילות על המקרקעין, חלוקות הדעות. יש הגורסים כי אינה מוטלת על התופס כל חובת זהירות. השופט פירסון גורס גם כאן כי על התופס לנהוג במסיג הגבול "with common humanity".⁵⁰ השופט דנינג (Lord Denning M. R.) גורס כי על התופס מוטלת החובה הרגילה שלא להתרשל.⁵¹

(ii) אלטרנטיבות שיפוטיות

אלטרנטיבות אלה ואחרות פתוחות על-פי הצעת החוק בפני בתי-המשפט בישראל. אין בהצעת החוק הדרכה באלו מסיבות להכיר בחובה "המושגית" ובאלו מסיבות שלא להכיר בה. הבחירה היא פרי תחושת הצדק של הרשות השופטת. לנו נראה כי הדרך הראויה היא להטיל על התופס את החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים בכל מקרה שנוכחותו של מסיג הגבול ידועה, בין אם הנזק נגרם בשל מצבם הסטטי של המקרקעין

45 ראה ע"פ 35/52 רוטנשטרייך ג. י. מ., ז' פד"י, 58, 82, 86.

46 ע"א 205/55 גרינברג נ. קובון ציון שבת, י' פד"י, 1094, 1100.

47 ע"א 205/55 הנ"ל.

48 השווה *Commissioner for Railways v. Quinlan* [1964] A.C., 1054.

49 ראה *Videan v. British Transport Commission* [1963] 3 W.L.R 374, 391.

50 ש.ב.

ובין אם הנוק נגרם בשל פעילות עליהם. ראויים להזכר הדברים הבאים של השופט רייט (Lord Wright) שאמר⁵¹:

"But if it be a fact that the presence of the trespasser is known, I cannot see why the trespasser should not have the same claim to be protected or warned as the invitee. The principle of law is based on humanity... A trespasser is not an outlaw."

ההבחנה בין נזק הנובע ממצבם הסטטי של המקרקעין לבין נזק הנובע מפעילות עליהם נוצרה במשפט האנגלי כמכשיר לאבחון פסיקה ישנה. בשיטת משפט המשוחררת מכבלים הסטוריים אלה אין להבחנה זו כל הצדקה⁵². זאת ועוד: הבחנה זו קשה להפעלה מעשית. כאשר התופס כורה בור ביום שני, ומסיג גבול נופל לתוכו ביום שלישי, האם הנוק בא ממצבם הסטטי של המקרקעין או מפעילות עליהם? ההבחנה האמורה קשורה קשר הדוק להבחנה אחרת, המורשת עמוק במשפט המקובל האנגלי, בין אחריות למעשה (misfeasance) לבין אחריות למחדל (non-feasance). נראה לי, כי במסגרת עקרון הרשלנות הכללי, כשהוא משוחרר מהבחנות הסטוריות מיושנות, אין כל יסוד הגיוני להבדיל כענין שבעקרון בין מעשה רשלני לבין מחדל רשלני⁵³. המרחק המשפטי מן הדין שיכוון לפיתוח הבחנות המתמייכות עם חלוקת האינטרסים הראויים להגנה, ולא לפיתוח הבחנות מלאכותיות, שבינן לבין מדיניות משפטית בריאה אין ולא כלום.

(3) החובה כלפי מסיג נבול שנוכחותו אינה ידועה, אך ניתנת באופן פכני לצפיה

(1) הדין הקיים

כאשר נוכחותו של מסיג הגבול אינה ידועה לתופס, אך ניתנת לצפיה באופן טכני, אין המשפט הישראלי מטיל על התופס את החובה לצפות לנוכחותו. זהו הדין כאשר הנוק נובע ממצבם הסטטי של המקרקעין, וזהו גם המצב כאשר הנוק נובע מפעילות על המקרקעין⁵⁴. דוברה של גישה זו בישראל הוא התופס ויתקון, אשר בפסק-דין מנחה⁵⁵ הדגיש כי "יש סוגי אדם שהם אמנם foreseeable כעלולים להימצא ולהיפגע, אך בכל זאת אין אדם סביר חייב להביאם בחשבון בשעה שהוא מסדיר את עניניו ומכלכל את צעדיו"⁵⁶. לדעתו של השופט ויתקון "מסיג-הגבול אינו בחינת שכן או רע, ואין כלפיו חובה חברתית-מוסרית להביאו בחשבון כעלול להיפגע... הרגש הטבעי לא קיבל עדיין את ההשקפה שאדם סביר צריך להתחשב עמו במידה שהוא חייב להתחשב עם יתר בני אדם, שלא כמוהו, נכנסים לתחומו ברשות"⁵⁷.

51 Wright, *Legal Essays and Addresses* (1939), p. 367.

52 ראה דברי השופט פירסון בפרשת Videan הנ"ל.

53 ראה ברק, שם, עמ' 147.

54 לרשימות האסמכתאות, ראה ברק, שם, עמ' 110.

55 ע"א 360/59 הוועק המשפטי נ. ברקוביץ, י"ד פד"י, 206.

56 שם, בעמ' 214.

57 שם, בעמ' 215.

(ii) אלטרנטיבות שיפוטיות

בעמדתו של השופט ויתקון ניתן להתמיד גם במסגרת הצעת החוק. נראה לי גם כי לענין סוגים אחדים של מסיגי גבול רצוי הוא אף לנקוט בעמדה זו, שכן גם "הרגש הטבעי" אכן יתקומם כנגד הטלת חובה לצפות לנוכחות סוג זה של מסיגי גבול. דבר זה נכון, במיוחד, לגבי מסיגי גבול משני סוגים: האחד, כאשר הסגת הגבול באה מתוך כוונה זדונית לפגוע ברכושו או בגופו של התופס⁵⁸; האחר, כאשר הטלת חובת זהירות על התופס כלפי מסיגי הגבול תהווה הכבדה נכרת על חופש הפעילות של התופס במקרקעין⁵⁹. יחד עם זאת, אין לדעתי לקבל את הגישה כי "הרגש הטבעי" מתקומם כנגד הטלת חובת זהירות על התופס כלפי כל מסיגי גבול, יהיו נסיבות הסגת הגבול אשר יהיו. השקפה כזו נראית בעיני פשטניות וכוללנית מדי, ואין היא מתחשבת די ברב-גווניות המקרים. די אם אצביע על שלשה שיקולים, שיש בהם כדי להצדיק הטלת חובת זהירות על סוגים מסויימים של מסיגי גבול⁶⁰: ראשית, יש להתחשב בגודל הסיכון ובאמצעים למנעו. אם במקרקעין התפוסים על-ידי מצוי סיכון העשוי לגרום לתוצאה קטלנית, מחייב "הרגש הטבעי" כי תוטל עלי החובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כלפי מסיגי גבול תמימים⁶¹, בעיקר ילדים. הטענה "אבל הם מסיגי גבול" אינה נראית משכנעת במסיבות אלה. "הרגש הטבעי" של החברה חייב להעמיד את עקרון "קדושת החיים" כסולם הערכים במקום גבוה יותר מעקרון "קדושת המקרקעין"⁶². שנית, יש להתחשב בסוג הסגת הגבול. אין הצדקה להעמיד במצב שווה את הגנב, ואת האדם החוצה שדה ללא רשות, או האדם החוצה שדה במחשבה בתום לב אך בטעות שיש לו רשות להמצא בשדה, או האדם שקיבל רשות מעובד שחרג ממסכותו⁶³. שלישית, יש להתחשב בחובות המוטלות בין כה וכה על התופס כלפי מבקרים כדון, וביחס בינו לבין הטלת חובה מקבילה על התופס כלפי מסיגי הגבול. אני מנהל מופע אמנותי במקרקעין התפוסים על-ידי. בשל רשלנותי גופל גג המבנה, והמצויים בו נפגעים. הדין מטיל עלי חובות זהירות כלפי צופים שרכשו כרטיסי כניסה. מה ההצדקה לשלול קיומה של החובה כלפי צופה שנכנס לאולם ללא כרטיס, או במחשבה מוטעית שיש לו כרטיס. לולא נגרם הנזק, ואותו מסיגי גבול היה מתגלה, כי אז בודאי הייתי עומד על כך כי הנחפס ישלם דמי ההצגה. המוצדק הוא לאפשר לי שלא להסכים לקבל דמי הכרטיס ובכך לשלול מעצמי כל אחריות כלפיו? מהו האינטרס הציבורי הדורש תוצאה זו? האין זו "מתת שמים" בלתי מוצדקת שהניזוק הוא מסיגי גבול? ⁶⁴ בצדק מציין וינפילד (Winfield) ⁶⁵ כי:

58 ההשקפה המקובלת הינה כי אין להטיל אחריות על התופס כלפי גנבים הניזוקים שעה שהם עולים על המקרקעין: ראה, למשל, פרשת Videan, בעמ' 380. ראה גם *Miller v. South of Scotland Electricity Board*, 1958, S. C. 20, 37.

59 זוהי הרציונלה המסתרת מאחורי הגישה השלילית למסיגי הגבול בפרשת *Commissioner for Railways v. McDermott* [1967] A.C. 196.

60 השווה פרשת Videan, עמ' 382 ואילך.

61 ראה § 334 ל-*Restatement of Torts 2d*.

62 כשם שעקרון "קדושת החיים" עומד מעל עקרון "קדושת החוזה": השווה ע"א 461/62 צ"מ נ. מזיאר, י"ז פד"י, 1319.

63 ראה הערת שוליים 58. ראה Fleming, *Torts*, 3rd ed., p. 441.

65 ראה Winfield, *Tort*, 8th ed., p. 197.

"If a particular precaution is required because without it there is an unreasonable risk of injury to lawful visitors it seems neither logical nor just to refuse damages to a person injured by its absence on the sole ground that he is a trespasser and without regard to the nature or reason for his trespass. It is essential in this day and age for the law to find a way of distinguishing between the trespasser who 'fills the unsympathetic part of the burgler' and the trespasser who fills 'the sympathetic part of the traveller who has lost his way.'"

גראה לי, איפוא, כי במסגרת האלטרנטיבות הפתוחות בפניהם, טוב יעשו בתי-המשפט אם יקבעו כי אין הם גורסים כי מעמדו של הניזוק כמסיג גבול די בו, כשלעצמו, כדי לשלול את חובת הזהירות כלפי⁶⁶, אלא יעמידו "את ההחלטה תמיד על מבחן גמיש של הזהירות הסבירה בכל נסיבות הענין"⁶⁷.

ג. מסיג גבול קטין

לא נגזים אם נאמר כי הקטין מסיג הגבול, הניזוק בשל מצבם הלקוי של המקרקעין, מהווה את ה-"Enfant Terrible" של סוגיית התופס במקרקעין⁶⁸. מרבית שיטות המשפט בהן מקובלת חסינות התופס, מתלבטות בענינו של ניזוק קטין, תוך רצון לקדם מצבו לעומת מצבם של מסיגי הגבול האחרים. ההליך זה עבר גם על בתי-המשפט בישראל, אשר סטו מהגישה המשווה את דינו של מסיג גבול קטין לדינו של מסיג גבול בגיר⁶⁹, ויצרו דין מיוחד לסוגיית הקטין⁷⁰. דין זה מקדם מצבו של הקטין לעומת מעמדו של מסיג גבול בגיר, אך טרם מסוהה את דינו לזה החל על כל ניזוק אחר. דין מיוחד זה אינו נגזר מעקרון הרשלנות הכללי, אלא מהווה חקיקה שיפוטית מחוץ לעוללת הרשלנות. על מצב דברים זה נמתחה ביקורת⁷¹. הצעת החוק מבטלת אנומליה זו, ומעמידה את חבותו של התופס כלפי הקטין מסיג הגבול על בסיס עקרון הרשלנות הכללי.

בעשותה כך, פתחה הצעת החוק פתח להטבה נוספת במעמדו של הקטן מסיג הגבול, והשוואת מעמדו למעמדו של כל ניזוק. יחד עם זאת, נפתחה האפשרות לנסיגה ולשיבה למצב הדברים שהתקיים לפני כעשרים שנה, בו הושווה מעמדו של הקטין למעמדו של הבגיר⁷². מהי הדרך שיבור לו בית-המשפט העליון בישראל – אין לדעת. נקווה כי

66 לבקורת נוספת על עמדתו של השופט ויתקון, ראה ברק, שם, עמ' 130 ואילך.

67 כדברי השופט לבדוי בע"א 136/64 הנ"ל, בעמ' 223.

68 ראה Barak, "L'Enfant Terrible of the Law – The Child Trespasser", 1 (1966) *Isr. L. R.*, 157.

69 ע"פ 35/52 רוטנשטריך נ. היועץ המשפטי, ד' פד"י, 58.

70 ע"א 146/64 ברשלינגר נ. רוזינשטיין, י"ח פד"י, (3), 215; ע"א 69/64 גבאי נ. מדינת ישראל, י"ח פד"י, (4), 582.

71 ראה רשימתנו "האחריות כלפי ילדים מסיגי גבול – התקדמות ונסיגה", הפרקליט, כרך כ"א, עמ' 426.

72 בע"א 460/61 פרקש נ. אוני, ס"ז פד"י, 1933, 1941 ציין השופט ויתקון כי אינו רואה שמן הראוי הוא לשנות את הדין אז את ההלכה בסוגיה זו. הישוב השופט ויתקון לעמדתו זו גם במסגרת הצעת החוק?

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

יבחר בדרך המטיבה את מצבו של הקטין מסיג הגבול. השיקולים שהובאו לעיל לענין מסיג הגבול הבגיר תופסים ביתר שאת לענין מסיג הגבול הקטין, שלרוב אינו יכול לשמור על עצמו, ושחיוו ושלמות גופו חשובים במיוחד בעינינו.⁷³

4. בעלים שאינו תופס

א. עמדת המשפט האנגלי

עקרון הרשלנות הכללי לא הוחל במשפט המקובל האנגלי על מערכת היחסים שבין בעלים (בעבר או בהווה) שאינו תופס לבין המבקר במקרקעין. גישתו המסורתית של המשפט המקובל האנגלי היתה כי בעל מקרקעין, המוכר את המקרקעין או המשכירם, מעביר יחד עם הזכויות הקנייניות גם את השליטה והפיקוח, ועל כן משתחרר הוא מכל חובה לדאוג לבטחונם של מבקרים במקרקעין.⁷⁴ על הקונה או השוכר לבחון את התנאים הפיזיים של המקרקעין, ומשעשה כן – ולא כל שכן אם לא ע"ה כן – חל הכלל "יזהר הקונה", "יזהר השוכר".⁷⁵ משנשללה חבות בגזיקין כלפי הקונה והשוכר, נשללה גם החבות כלפי מבקרים אחרים במקרקעין, כגון, בני משפחת הקונה או השוכר או מבקרים אחרים. על עמדה זו נמתחה ביקורת קשה.⁷⁶ תיקון למצב הושג על-ידי ה-Occupiers' Liability Act הקובע⁷⁷ כי במקום שמוטלת חובה (חווית או אחרת) על המשכיר כלפי השוכר, ובשל פעולות המפירות חובה זו נפגע כבקר כדין בקרקע, תהא לזה האחרון זכות, על-פי עקרון הרשלנות הכללי, כלפי המשכיר. אין הוראה זו חלה על המוכר מקרקעין, ואין היא מטילה חובה על-פי עקרון הרשלנות הכללי במקום שאין כלל חוזה, או במקום שהחוזה לא הופר, או במקום שהחוזה הופר אך אין אפשרות לשוכר לתבוע את המשכיר.

ב. עמדת המשפט הישראלי

עמדתה של פקודת הגזיקין, כפי שפורשה בפסיקה, בענין חבותו של בעלים (בעבר או בהווה) שאינו תופס, אינה אחידה. נראה שאת הדין בישראל ניתן לסכם בשלשת הכללים הבאים: ראשית, בעל בית, שבנה אותו בעצמו, ומכר דירותיו, חב חובת זהירות, על-פי עקרון הרשלנות הכללי, כלפי רוכשי הדירות (בין הרוכשים ממנו במישרין ובין הרוכשים מהקונים ממנו⁷⁸); שנית, המשכיר מקרקעין אינו חב כל חובת זהירות כלפי השוכר בשל מצבו הבלתי תקין של הנכס. "דין זה חל גם במקום שבעליו של הנכס השכירו לאדם אחר והתחייב כלפיו לעשות בו כל התיקונים שיידרשו. הפרתה של חובה זו, לא עשתה את הבעלים אחראי עבור כל נזק שנגרם על-ידי הפרה לבני משפחתו של הדייר, למשמשיו, אורחיו, לקוחותיו או לבני אדם אחרים שהוזמנו או הורשו על-ידי הדייר להיכנס לנכס"⁷⁹; שלישית, אין פסיקה באשר לאחריותו של

73 ראה דברי השופט דנינג בפרשת Videan. ראה גם Fleming, *op. cit.*, p. 433.

74 ראה Fleming, *op. cit.*, pp. 448, 452.

75 ראה Winfield, *op. cit.*, p. 207.

76 ראה דו"ח הוועדה הבריטית, סעיפים 87–94. ראה גם ע"א 451/66 הנ"ל.

77 סעיף 4 לחוק.

78 ע"א 451/66 קורנפלד נ. שמואלוב, כ"א פד"י, (1), 310.

79 ע"א 387/62 רשות הפיתוח נ. קואן, י"ז פד"י, 1098. לביקורת ההחלטה ראה רשימתי "אחריות

בעלים שבנה הנכס באמצעות קבלן, ומכרו לקונים. נראה כי בענין זה יהנה הבעלים מהחסינות שיש לקונה, התופס בנכס, כלפי המבקרים בו.⁸⁰
 על דין זה נמתחה ביקורת קשה.⁸¹ נאמר כי "לא נוכל להסתפק עוד ברעיונות מלפני מאה שנה, כגון המימרה הידועה כי 'פרט לתרמית אין חוק נגד השכרת בית חרב'"⁸². עם זאת צוין, כי "אין פתרונות קלים לבעיות אלה, ובמיוחד במציאות של ימינו, נוכח הגבלת זכויותיו של בעל הבית על-ידי תחיקת הגנת הדייר"⁸³.

ג. עמדת הצעת החוק

(1) ההצעה ובעיותיה

הצעת החוק אינה קובעת כל הוראה ספציפית — בין הוראה המטילה חובה ובין הוראה הקובעת חסינות — בגין הבתו של בעלים (בעבר או בהווה) שאינו תופס. מכאן, שעקרון הרשלנות הכללי, הקבוע בסעיפים 35 ו-36 לפקודה, יהול באופן עקרוני ביחסים שבין הבעלים לבין המבקר בקרקע. מצב דברים זה מעורר את השאלה, בה עסקנו גם בענינו של מסיג הגבול הבגיר, אם רצוי הוא כי דיני הרשלנות הם שיקבעו את היקף חבותו של הבעלים. אם התשובה על שאלה זו היא בהיוב, תמעורר השאלה הנוספת, מהו היקף החובה שיקבע על-ידי דיני הרשלנות עצמם. נפנה לכל אחת משאלות אלה.

(2) מדיניות החקיקה: הרצוי לכופ יחסי בעלים שאינו תופס מבקר לעקרון הרשלנות הכללי?

המצב הקיים אינו משיבוע רצון, והחלת עקרון הרשלנות הכללי ביחסי בעלים (שאינו תופס) — מבקר, יהיה בודאי שינוי לטוב. יחד עם זאת, אינו חושב יזיה פתרון רצוי לטווח הארוך, בו יש לחשוב על הסדר סטטוטורי מיוחד. עקרון הרשלנות הוא עקרון גמיש, המתחשב במכלול הרקע החברתי, והלוקח בחשבון את הנסיבות המיוחדות של המקרה. מכאן יכולתו להתאים עצמו למצבים שונים ומשתנים. יחד עם זאת, גמישות זו נקנית במחיר יקר, שכן ההכרעה בכל מקרה ספציפי היא רטרואקטיבית, ועל כן פוגעת בבטחון המשפטי. חסרונות אלה מתבלטים במיוחד כאשר מדובר באחריותו של בעלים שאינו תופס. כאשר הבעלים הוא התופס, כי אז יסוד האחריות היא התפיסה. זהו תחום שבו פועלת כרגיל עוללת הרשלנות, העוסקת בחובות המוטלות על זה שיש לו שליטה ופיקוח על סיכונים. כאשר הבעלים אינו תופס, יסוד האחריות היא התפיסה לשעבר. מכיון שמקרקעין מאריכים ימים, התוצאה תהיה שבהטלת עקרון הרשלנות על בעלים שאינו תופס יוצר מצב מתמיד של חוסר בהירות. לעולם לא ידע בעל הבית מתי תוטל עליו החובה, ומה בדיוק עליו לעשות. האין זה רצוי כי דוקא בתחום זה ייקבעו מבחנים ברורים ומוגדרים של היקף האחריות? האין זה רצוי כי בעל הבית ידע כי

בנויקין של בעלים שאינו מחזיק כלפי בן רשות של המחזיק, הפרקלים, כרך י"ט, עמ' 213.

80 ראה ע"א 387/62 הנ"ל.

81 ראה ע"א 451/66 הנ"ל.

82 דברי השופט לנדוי בע"א 387/62 הנ"ל, בעמ' 1105.

83 שם.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

החבות תוטל עליו במשך מספר ידוע של שנים, ולאחר מכן זו תעבור על שכם הבעל החדש? מבחנים אלה, שכרגיל השלילה שבנוקשות עולה על היתרון שבבטחון, עשויים להיות מוצלחים דוקא כשמדובר בחבותו של בעלים שאינו תופס. זאת ועוד: המושג "בעל שאינו תופס" הוא מושג רחב, הכולל בחובו מקרים רבים ומגוונים, שספק אם רצוי לפתור אותם על-פי עקרון אחד, גם אם עקרון זה הוא גמיש במיוחד. המוצדק הוא להטיל על המשכיר בית לשנה אותן חובות המוטלות על המשכיר ביתו לתשעים ותשע שנים?

בעיות מיוחדות מתעוררות שעה שהגיווק אינו צד לחוזה עם בעל הבית. מה היקף זכותו כלפי הבעלים שאינו תופס, וכיצד מושפעת זכות זו מקיומו של חוזה בין בעל הבית לבין הקונה או השוכר ממנו? ⁸⁴ נגיה כי בעל הבית השכיר ביתו וקבע בחוזה השכירות חלוקת סיכון בינו לבין השוכר. כיצד תשפיע חלוקה חוזית זו של הסיכון על זכותו של אורח, הגיווק בביתו של השוכר? התהיה זכותו של האורח כזכותו של השוכר? הנעניק לאורח זכות רחבה יותר? בעיה זו ר-כמותה, טוב הוא שיפתרו באופן סטטוטורי וספציפי, ולא יישארו במסגרת המבחן הרחב של הרשלנות ⁸⁵.

חוקי הגנת הדייר מעוררים בעיות מיוחדות. כיום נקבעת אחריותם ההדדית של המשכיר והשוכר בדיירות מוגנת על-פי ההוראות הסטטוטוריות של חוקי הגנת הדייר. חוקים אלה קובעים איזון בין זכות המשכיר לבין חובתו לתיקונים ולבטיחות. הטלת עקרון הרשלנות מערערת איזון זה. האיזון החדש רצוי שימצא את מקומו בחוקי הגנת הדייר עצמם, ושלא יוצר מצב דברים בלתי רצוי בו לצד חובות וזכויות ספציפיים המצויים בחוקי הגנת הדייר, מצויות חובות וזכויות כלליות בדיני הרשלנות. מה היחס בין שני מקורות אלה? המתוייבת הטלת חובת זהירות מכה דיני הרשלנות עם החירות שלא לעשות המעשה הנובעת מדיני הגנת הדייר?

(3) מדיניות השפיטה: היקף חבותו של הבעלים שאינו תופס כלפי המבקר במקרקעין

הטלת משטר עוולת הרשלנות ביחסים שבין בעלים (שאינו תופס) לבין המבקר אין פירושה כי בכל מקרה יכירו בתי-המשפט בקיומה של "חובה מושגית" (notional duty). כל שניתן לעשות כיום הוא לבחון, לאור הפסיקה הקיימת, מה היו פוסקים בתי המשפט אילו עמדה שאלה היפוטטית זו לנגד עיניהם. דבר זה ניתן לעשות במידה רבה של ודאות, שכן באותם פסקי-דין בהם התעוררה בעבר חבותו של הבעלים שאינו תופס ניתנה הדעת לשאלתנו.

פסק-הדין המרכזי בסוגיה זו הוא ע"א 387/62 רשות הפיתוח נ. קואן ⁸⁶, בו התעוררה השאלה אם בעלים שאינו תופס שהשכיר ביתו, חב חובת זהירות, במסגרת עקרון הרשלנות הכללי, לבני רשות של השוכר שנפגעו בשל מצבם הפגום של המקרקעין. שלשת השופטים שישבו בדין פסקו כי חובה כזו אינה מוטלת. השופט מני אימץ את המשפט האנגלי, שאומץ כבר בפסק-דין ישראלי קודם ⁸⁷. מפסק דינו ניתן ללמוד כי

84 ראה בסוגיה זו להלן.

85 סעיף 4 לחוק האנגלי קובע הסדר מיוחד בסוגיה זו, אך ספק בעיני אם הסדר זה מספיק.

86 י"ז פד"י, 1098.

87 ע"פ 305/58 עמידר נ. היועץ המשפטי לממשלה, י"ד פד"י, 1685.

הוא אינו גורס כי עוולת הרשלנות המקומית משנה מהדין האנגלי, ומטילה "חובה מושגית" במקום שזו אינה מוטלת במשפט האנגלי⁸⁸. בגישה שונה נוקט השופט לגדוי, הגורס כי באופן עקרוני יש מקום להטיל "חובה מושגית" על הבעלים שאינם תופס במסגרת סעיף 35 לפקודה. במקרה שלפניו הוא נמנע מלעשות כן משני טעמים: האחד, בשל אותו פסק-דין ישראלי שאימץ את הגישה האנגלית; השני, בשל כללי החסינות שבפקודת הנזיקין, שכן אין זה מתקבל על הדעת שעל הבעלים שאינם תופס תוטל חובה חמורה יותר מאשר על הבעלים התופס. נראה, שאם התעורר הבעיה שלפניו מחדש בפני השופט לגדוי, במסגרת הצעת החוק, הוא בוודאי יפסוק כי על הבעלים המשכיר ביתו מוטלת "חובה מושגית" כלפי השוכר ואורחיו. הנימוק הראשון שהפריע בעבר ייעלם, שכן השופט אגרנט, שנתן אותו פסק-דין, הסתייג ממנו. הנימוק השני ייעלם גם הוא, שכן הצעת החוק ביטלה את כללי החסינות הישנים. השופט אגרנט, שנתן את פסק-הדין השלישי בפרשת רשות הפיתוח, הבריע גם הוא דעתו כי לולא כללי החסינות שבפקודה היה מקום להכיר בקיום "חובה מושגית" של הבעלים שאינם תופס כלפי אורחי השוכר. מכאן, שעם ביטול כללי חסינות אלה, נפתחה הדרך, אליבא דהשופט אגרנט (והשופט לגדוי) להכרה ב"חובה מושגית" זו. עמדתו של השופט מני, לעומת זאת, אינה ברורה, ויש מקום לחשוש כי גם במסגרת הצעת החוק הוא ישלול קיום של "חובה מושגית" כאמור.

5. מבקר מכוח חוזה

א. הבעיה

סוגיה מיוחדת היוו במשפט האנגלי אותם ניוזקים שעלו על המקרקעין מכוח זכות חוזית שהוענקה להם במישרין על-ידי התופס, או מכוח חוזה שנעשה בין התופס לבין פלוני. במסגרת סוגיה זו התעוררו בעיקר שתי שאלות: האחת, מהו היקף החובה המוטלת על התופס כלפי מבקרים אלה; השנייה, הניתן לשנות חובה זו על-ידי הוראה בחוזה. נעמד בקצרה על כל אחת משתי הסוגיות הללו, ועל פתרונן במסגרת הצעת החוק.

ב. היקף החובה של התופס כלפי הבא מכוח חוזה

(1) החובה כלפי צד לחוזה

משנקבעה בחוזה הוראה מפורשת בענין היקף אחריותו של התופס כלפי בעל חוזהו – נוהגים על פיה. במרבית המקרים שותק החוזה בענין זה, ועל כן יש לקבוע את היקף אחריותו החוזית של התופס על-פי תניה מכללא. אין במשפט הישראלי פסקי-דין המגדירים היקף חובה זו, ואף בפסיקה האנגלית אין למצוא מגמה אחידה⁸⁹. דבר אחד ברור הוא: בשורה ארוכה של פסקי-דין נקבע במשפט האנגלי כי במקרים מסויימים –

88 דבר זה מתבקש מצורת ניתוח הגדרת המושג "כחוקי" על-ידי השופט מני, בעמ' 1101–1102.

89 ראה ברק, שם, עמ' 105.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

שעל הגדרתם אין אחדות דעה⁹⁰ — היקף החובה המוטלת על-ידי התניה מכללא המור יותר מהחובה המוטלת על-ידי דין הרשלנות⁹¹.

לסטיה זו לחומרה אין כל הצדקה. בהעדר הוראה מפורשת בחוזה, יש לשאוף לכך כי התניה מכללא תשקף את מצב הדין לפי דיני הרשלנות הכלליים. אין זה מתקבל על הדעת כי תתקבל תוצאה אחת אם עילת התביעה היא בנוזיקין (רשלנות), ותוצאה אחרת אם עילת התביעה היא בחוזים (אחריות מוגברת). בשני המקרים התוצאה צריכה להיות אחת, והיא צריכה לתאם לדיני הרשלנות הכלליים. עילת התביעה במקרה זה, מן הדין שתהיה בנוזיקין. כידוע לא כך נהג המשפט המקובל האנגלי, המתייחס כנראה אל התביעה כתביעה חוזית. מצב דברים זה חוקן במידת מה על-ידי ה-Occupiers' Liability Act, 1957 שקבע כי היקף התניה מכללא ייקבע על-ידי דיני הרשלנות הכלליים⁹². יחד עם זאת לא נקבע בחוק זה כי האחריות היא בנוזיקין, ונראה כי הגישה ממשכה להיות חוזית.

הצעת החוק אינה קובעת כל הוראה בענין זה. נראה, איפוא, כי אם הוגש תביעה נוזיקין כנגד התופס, זו תתברר על-פי עקרון הרשלנות הכללי, והתוצאה שתושג תהיה זהה לזו המושגת באנגליה על-ידי ה-Occupiers' Liability Act. אך מה הדין אם התביעה תוגש כתביעה חוזית? מהו היקף התניה מכללא שיקבעו בתייהמשפט? הילמדו אנא-לוגיה מעקרון הרשלנות הכללי, או שמא יפנו לפסיקה האנגלית, שכידוע עסקה גם היא באחריות חוזית? שתיקתה של הצעת החוק משאירה את השאלה פתוחה, ובתייהמשפט יצטרכו לבורר להם את הדרך הראויה. תקוותנו כי יבחרו בדרך בה הלך המחוקק האנגלי, לפיה היקף התניה מכללא בהיקף האחריות ברשלנות.

(2) החובה כלפי זר לחוזה

עמדתו של המשפט המקובל האנגלי היתה, כי היקף חובתו של התופס כלפי מבקר עמו אין חוזה (להלן — זר), אך הבא מכוח חוזה שבין התופס לבין פלוני, נקבעת בהתאם להיקף חובתו של התופס כלפי פלוני⁹³. כאשר בחוזה בין התופס לבין פלוני לא היתה כל הוראה מפורשת בענין היקף החובה, היתה על בית המשפט להסיק תניה מכללא. הביקורת שנמתחה לעיל על הדין האנגלי תופסת גם כאן. במצב הדברים הרגיל אין כל סיבה שחובתו של התופס כלפי זר תהיה חמורה יותר מזו הנקבעת על-פי עקרון הרשלנות הכללי. כאשר בחוזה בין התופס לבין פלוני היתה הוראה מפורשת, בין הוראה מרחיבה ובין הוראה מצמצמת, בענין היקף חובתו של התופס, זו הוחלה גם ביחס לזר⁹⁴. דין זה הביא לידי כך שחוזה בין התופס לבין פלוני השפיע על היקף חובתו של התופס כלפי הזר, מבלי שזה האחרון היה צד לחוזה. ה-Occupiers' Liability Act שינה דין זה, בקבעו⁹⁵

90 יש גורסים כי המבחן קשור בשאלה אם היה מעורב בביצוע עבודות התיקון במקום קבלן עצמאי, אם לאו: ברק, שם, עמ' 106. אחרים גורסים כי המבחן קשור במהות השימוש במקרקעין: ראה דו"ח הוועדה הבריטית, עמ' 22.

91 ראה למשל *Maclenan v. Segar* [1917] 2 K. B. 325.

92 סעיף 5 לחוק.

93 ראה *Fosbrooke-Hobbes v. Airwork Ltd.* [1937] 1 All E.R. 108. ראה גם *Clerk and*

Lindsell, Torts, 12th ed. (1961) sec. 861, p. 482.

94 סעיף 3(1) לחוק.

כי אין הוראה בחוזה בין התופס לבין פלוני יכולה לשנות מחובת הזהירות המוטלת על התופס כלפי הור, אם כי הוראה המרחיבה את חובתו של התופס כלפי פלוני, פועלת גם לטובת הור.

הצעת החוק שותקת בסוגיה זו. אין להניח כי שתיקה זו תתפרש כאימוץ הדין האנגלי הישן⁹⁵. בדומה, אין להניח כי בתי-המשפט בישראל יגיעו, בדרך הפסיקה, לאימוץ הסדר הדומה לזה המושג באנגליה על-ידי ה-Occupiers' Liability Act⁹⁶. נראה ששתיקת הצעת החוק תתפרש כהחלת עקרון הרשלנות. הרחבת האחריות בחוזה לא תפעל, בתור שכזו, לטובת הור, וצמצום האחריות לא יפעל, בתור שכזו, לרעתו של הור. יחד עם זאת, לקיומו של החוזה, לתכנון, ולדיעת הור עליו עשויה להיות השפעה, שכן דבר זה הוא אחד השיקולים העובדתיים שהתופס כאדם סביר רשאי לקחת בחשבון שעה שהוא קובע את אמצעי הזהירות להגנה על שלומו של הור. נראה לי כי פתרון זה הוא גם הרצוי. כשם שאין זה מוצדק לגרוע מזכותו של זר בלא שהוא הסכים לכך, כן אין זה נראה לי כמוצדק להעניק לזר יתרון שהוא לא ציפה לו כלל ועיקר. נניח כי התופס מתחייב כלפי פלוני לקבוע תאורה במקרקעין. זר לחוזה, הבא מכוח רשות שהתופס נתן בחוזה, נפגע בשל העדר תאורה, בנסיבות שאינן מצביעות על רשלנותו של התופס⁹⁷. נראה לי כי הצדק אינו דורש כי לזר תהיה זכות כלפי התופס. אין לזר חוזה עם התופס המחייב לקבוע תאורה, ואין זה מוצדק לעשותו באופן מלאכותי למעין צד לחוזה. יחד עם זאת, לקיום החוזה עשויה להיות השפעה על אמצעי הזהירות שעל התופס לנקוט. כך, למשל, אם הור ידע על דבר החוזה, וכלכל עסקיו מתוך ההנחה שתהיה תאורה, ברור שלעובדה זו יש השפעה על צפיתו הסבירה של התופס. השפעה זו אינה במישור של הדין, אלא במישור העובדתי.

6. שלילת האחריות או הגבלתה

היכול התופס להשתחרר מהחובה המוטלת עליו על-ידי דיני הרשלנות, על-ידי הצבת שלטי אזהרה, לפיהם הוא אינו לוקח על עצמו כל אחריות בגין נזקים שייגרמו למבקר, או שהוא מצמצם אחריות זו?⁹⁸ הגישה במשפט האנגלי – בין המשפט המקובל ובין בעקבות ה-Occupiers' Liability Act – הינה כי דבר זה אפשרי⁹⁹. שלט האזהרה פוטר התופס מאחריותו או מצמצמה, מבלי שהוא יהווה חוזה¹⁰⁰, מבלי שהוא יקיים את תנאי ההגנה של – *volenti non fit injuria*, ומבלי שקיומו יהווה את האמצעי המתאים

95 התוצאה המתקבלת היא שחווה פועל לרעת צד שלישי, תוצאה שהדין והדעה אינם סובלים אותה.

96 שכן לפנינו חוזה לטובת צד שלישי, שספק אם בתי-המשפט יוכלו להכיר בו בנסיבות המקרה; השווה ע"א 78/59 מדינת ישראל נ. עזבון ב. הירנה, י"ד פד"י, 926.

97 בדרך כלל אינה מוטלת על התופס חובה לקבוע תאורה. ראה *Irving v. L.C.C.* (1965) 109 S. J. 157.

98 ראה בסוגיה זו (1957) 20 *M.L.R.* 582; (1956) 19 *M.L.R.* 181; Odgers, "Occupiers' Liability: A Further Comment", [1957] *CLJ* 39; Clerk and Lindsell, *op. cit.*, pp. 477-481.

99 פסק-הדין המנחה הוא *Ashdown v. Samuel Williams & Sons Ltd.* [1956] 3 *W.L.R.* 128.

100 ראה: *Wilkie v. London Passenger Transport Board* [1947] 1 *All E.R.* 258.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

כדי לצאת ידי חובת הזהירות. רמזים לדין זה ניתן לגלות גם בפסיקה הישראלית¹⁰¹. תוצאה זו אינה מבוססת ואינה רצויה. מבחינת הטכניקה המשפטית, קשה לחדת ביסוס להלכה האנגלית. מהו המקור המשפטי למתן תוקף זה לשלט האזהרה? מבחינת מדיניות המשפט, אין זה רצוי כי התופס יוכל להשתחרר מחובותיו על-פי דיני הרשלנות, מבלי לנקוט כלל באמצעים הדרושים, ומבלי שיקנה את שחרורו בתמורה הונית. חובת הזהירות מקורה בדין, ואין היא מותנית ברצונו של התופס. מדיניות המחוקק תעשה פלסטר אם ניתן יהיה לשלול חובת הזהירות על-ידי אקט פורמלי חד צדדי. הייתכן כי בעוד שאזהרה כללית אינה מספקת כדי לקיים חובת הזהירות, היא תהווה גורם מספיק כדי לשלול את חובת הזהירות מניה וביה?

שתיקת הצעת החוק בסוגיה זו מזמינה את האפשרות של אימוץ הדין האנגלי, שרמזים לו יש גם בפסיקה הישראלית. הרצוי לשלול אפשרות זו במפורש? זהו הנושא בו נעסוק להלן.

7. מדיניות החקיקה: הרצויה הכוונה חקיקתית בבחירה בין האלטרנטיבות השיפוטיות השונות

א. הבעיה

מרשימתנו עולה כי במספר סוגיות חשובות משאירה הצעת החוק שיקול דעת רחב לרשות השופטת, אם לקבוע חובת זהירות "מושגית" אם לאו. אין לדעת אם הרשות השופטת תקבע כי קיימת "חובה מושגית" כלפי מסיג גבול שנוכחותו ידועה; אם קיימת "חובה מושגית" כלפי סוגים מסויימים של מסיגי גבול שנוכחותם אינה ידועה אך הניתנת לצפה; אם "החובה המושגית" תוטל ביחסים שבין התופס לבין מסיג הגבול הקטין, ובין הבעלים שאינם תופס לבין המבקרים במקרקעין. שתיקתה של הצעת החוק משאירה סימני שאלה נוספים: היפנו בתי-המשפט בישראל לאנגליה ללימוד היקף התניה מכללא? היאמצו את הדין האנגלי בענין תוקף שלטי האזהרה והפטור? מכיון שבכל אחת מהסוגיות הללו ידוע לנו מהו הפתרון הרצוי, האם נכון הוא, מבחינת מדיניות החקיקה, לכונן את הרשות השופטת באופן שתבחר, מבין האפשרויות הפתוחות, בפתרון הנראה לנו כרצוי?

ב. שיקולים לפתרון הבעיה

השיקולים לטובת הכוונה השיפוטית ברורים מאליהם. ראשית, הצעת החוק יוצרת חוסר בהירות וחוסר בטחון. הכוונה חקיקתית תיצור תמונה ברורה ובטוחה; שנית, הצעת החוק מאפשרת נקיטת עמדה בלתי רצויה. בסוגיות מספר תאפשר ההצעה החזרת גלגלי השפיטה אחורה. הכוונה חקיקתית תבטיח בחירת האלטרנטיבה הרצויה. לעומת זאת, ניתן להעלות מספר נימוקים כנגד הכוונה החקיקתית: ראשית, בתחומים אחדים יהיה זה קשה, אם לא בלתי אפשרי, להבטיח כי בתי-המשפט אכן יבחרו באחת מבין האפשרויות הפתוחות; שנית, הכוונה חקיקתית פירושה חקיקה קוואיסטית, לפי מיטב המסורת האנגלית ממנה אנו מבקשים להיפרד. יש אלגנטיות בהצעת החוק,

101 ראה ע"א 338/60 מדינת ישראל נ. אורידה מדר, ט"ו פד"י, 1569, 1593.

המסתפקת בקביעת עקרון כללי, חוך אמונה כי הרשות השופטת תדע לבחור באלטר-נטיבה הרצויה.

מבין השיקולים השונים נראית לנו עמדת הצעת החוק. כל נסיון לכוון את הרשות השופטת, מטבעו שייצור קטגוריות משפטיות חדשות ונוקשות, וזאת במקום להשאיר את הסוגיה כולה למבחן הגמיש של הרשלנות¹⁰². אין זה רצוי כלל כי מאמץ שנועד לבטל קטגוריות משפטיות נוקשות יסתיים ביצירת קטגוריות משפטיות נוקשות חדשות¹⁰³. דומה שכדאי לקחת הסיכון ולקוות כי הרשות השופטת תבחר באלטרנטיבה הרצויה.

ג. סייגים לתחולת עקרון הרשלנות הכללי

1. כללי

הצעת החוק קובעת שתי מערכות של סייגים, אשר בהתקיים התנאים הקבועים בהם לא תחול חובת הזהירות. מערכת הסייגים הראשונה קשורה בזהותו של הניזוק כעבריון, ומערכת הסייגים השנייה קשורה בזהותו של המזיק – המדינה – כתופסת במקרקעין הקשורים לבטחון. גפנה לכל אחת ממערכות הסייגים בנפרד.

2. מערכת סייגים ראשונה – זהותו של הניזוק כעבריון

א. הצעת החוק

עמדתה של הצעת החוק הינה כי התופס מקרקעין אינו חב חובת זהירות כלפי אדם המצוי במקרקעין בכוונה לבצע עבירה לגבי אדם או חפץ הנמצא במקום¹⁰⁴, או המצוי במקרקעין בכוונה לבצע עבירה מחוץ להם, והימצאותו במקרקעין היא, בנסיבות הענין,

102 אומר השופט לנדוי: "אילו נשאלתי מה לדעתי הפתרון הרצוי de lege ferenda הייתי מציע למחוק את כל הסיפא ההיא מן הסעיף (2)50, ולהעמיד את ההחלטה תמיד על מבחן גמיש של הזהירות הסבירה בכל נסיבות הענין, ובין יתר הנסיבות של כל מקרה ספציפי הייתי גותן את דעתי על כך למי זכות הפיקוח וחובת הפיקוח על המקרקעים, שבהם קרה הנזק; אם הניזוק היה רשאי להימצא באותו מקום; אם הניזוק היה מבוגר או ילד בגיל רך; ועוד נסיבות אחרות כיוצא באלו, העשויות להשפיע על קביעת קנה המידה הנכון של הזהירות הדרושה באותו מקרה, אך מבלי לחדש את הסיווג הנוקשה, המטריד את בתי-המשפט שלנו כה רבות: ע"א 146/64 ברישטלינגר נ. רובינשטיין, י"ח פד"י, (3), 215, 223. באותו משפט מצייין השופט ברגזון: "המצב ניתן לתיקון על נקלה על-ידי ביטול התנאי לסעיף (2)50. אז יישאר המבחן הכללי לרשלנות המצוי באותו סעיף ואפשר יהיה להחילו ולהתאימו לענין האחריות כלפי מבקרים באדמות הוולת כמו שהוא מופעל ומותאם על-ידי בתי-המשפט לכל המקרים האחרים של יחסי 'ריעות' בין אנשים" (בעמ' 224).

103 על כן אינה נראית לנו ההצעה, שהועלתה ב"Occupiers' Liability Law", Atkinson, University of Tasmania L. R. 82 (1968) 3, לפיה יש מקום להבחין באופן סטטוטורי בין תופס מקרקעין המשמשים לחשייה לבין תופס מקרקעין המשמשים לדיוור. קבלת השקפה זו תיצור קטגוריות נוקשות חדשות, דבר שהוא בלתי רצוי. אם ההבחנה בין שני הסוגים הנוכרים חשובה, ניתן לתת לה תוקף במסגרת עקרון הרשלנות עצמו.

104 סעיף 1 להצעת החוק, בסעיף (1)37 המוצע לפקודה.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

גורם חשוב בביצוע העבירה¹⁰⁵, או מי שנכנס למקרקעין כדי להמלט ממצער חוקי, מדין פלילי או מעונש שהוטל עליו כדין¹⁰⁶.

ב. ביקורת הצעת החוק

(1) מעמד העברין בנוזקין – שיקולים כלליים

זהותו של הניזוק כעברין, והשפעתה של אחריותו של המזיק בנוזקין, הנה שאלה סבוכה בדיני הניזוקין¹⁰⁷. יש הגורסים כי אין זה רצוי כלל, מבחינת מדיניות המשפט, להחיל את הכללים של *ex turpi causa non oritur actio* על האחריות בנוזקין¹⁰⁸. הנימוקים לכך הם בעיקר אלה¹⁰⁹: ראשית, אין זו מטרתם של דיני הניזוקין להעניש את הניזוק¹⁰⁸; שנית, מטרת הדוקטרינה הנזכרת היא למנוע יתרון המבוסס על פעולה בלתי חוקית. לעומת זאת, דיני הניזוקין אינם באים להעניק יתרון לניזוק, אלא להשיב המצב לקדמותו; שלישית, הכרה בדוקטרינה זו בנוזקין מכניסה גורם בלתי גמיש לתחום בו רצויה הגמישות. הכרה בה כמות כהחזרת גלגלי ההיסטוריה וכהכרה באי-תורם כהגנה מוחלטת בנוזקין. כשם שהפקודה אינה רואה באשמתו של הניזוק גורם השולל תביעתו, כן אין לראות בזהותו של הניזוק כעברין גורם השולל תביעתו.

יחד עם זאת, יהיו בוודאי מקרים בהם גם בעלי השקפה זו יסברו כי אין זה רצוי להעניק לניזוק-עברין תרופה בנוזקין. המקרה השכיח הוא זה של גנב הניזוק בשל לקוי במבנה בו הוא מבצע גניבה. רבים גורסים כי אין זה מוצדק להעניק לגנב הניזוק תרופה נגד התופס¹⁰⁹. הגורסים כך אינם צריכים להסתמך על הדוקטרינה של "מעילה בת עוול לא צומחת תביעה" – אותה הם דוחים. דיני הניזוקין מעמידים בפניהם שורה ארוכה של אמצעים כדי להגיע למטרתם. ניתן לומר כי התופס אינו "צריך" לצפות לנוכחותו של הגנב¹⁰⁹ או כי הגנב "לקח את הסיכון". כן ניתן לומר כי אשמו של הניזוק הוא שגרם לניזוק במלואו.

זרם מחשבה אחר גורס כי הבקורת שנמתחה לעיל אינה תופסת, ואין זה רצוי לפנות לדרכי העקיפין הנזכרות במקום שניתן לשלול הזכות בנוזקין במישרין בשל היותו של הניזוק עברין¹¹⁰. "אם הרציונלה של 'מן עילה בת עוולה זכר' היא שלא יהיה חוטא נשכר, מה לי חוטא שחטאו הוא עשיית חוזה בלתי חוקי, מה לי חוטא שחטאו הוא עשיית

105 סעיף 1 להצעת החוק, בסעיף 37(2) המוצע לפקודה.

106 סעיף 1 להצעת החוק, בסעיף 37(3) המוצע לפקודה.

107 ראה לסוגיה זו ברק, שם, 125 ואילך, וכן Crago, "The Defence of Illegality in Negligence Actions", 4 (1963) *Melb. U.L.R.* 534. ראה גם ע"א 360/64 אבוטבול נ. קרייגר, י"ט פד"י, (1), 429 (פסק-הדין של השופט כהן).

108 ראה Gibson, "Torts – Illegality of Plaintiff's Conduct at a Defence" 42 (1963) *Canadian B.R.* 89.

109 השווה גישת המשפט האנגלי המצמצמת עד לכאוד מתן סמכות לבית-המשפט לפסוק פיצויים. לדוגמא: *Rooks v. Barnard* [1964] A.C. 1129.

109 ראה, למשל, *Miller v. South of Scotland Electricity Board* 1958 S.C. 20, 37.

110 ראה, למשל, *Rondos v. Wawrin* (1967) 61 D.L.R. (2d) 398; *Ridgeway v. Hilhorst* (1967) 61 D.L.R. (2d) 398; *Rondos v. Wawrin* (1968) 66 D.L.R. (2d) 272.

עבירה ממש? ! אדרבא: האחרון הוא חוטא עוד יותר גדול. ואם טעמו של דבר הוא, כי עילה בת עוולה היא מוקצה מחמת מיאוס שאין בית המשפט מטמא בה את ידיו, טוב אין כל נפקא מינה מהי הכותרת של פרשת התביעה¹¹¹.

גם אלה הסבורים כי לכלל "מעילה בת עוולה אינה צומחת תביעה" יש מקום בגזיקין, אינם גורסים כי כל עבירה פלילית המבוצעת על-ידי הגזיק יש בה כדי לשחרר המזיק מחובתו לשלם פיצויים. נהפוך הוא: הכל עושים נסיונות לצמצם את תחולת הדוקטרינה, ולקבוע לה גבולות צרים וברורים בהם היא תחול. בענין זה יש להצביע על שלש גישות: האחת, המבקשת לתחום את תחולת הדוקטרינה על-פי כללי הסיבתיות, תוך הבחנה בין קשר סיבתי טיפוסי לבין קשר סיבתי מקרי, כאשר רק הראשון מספיק לתחולת הדוקטרינה¹¹²; השנייה, המבקשת לתחום את תחולת הדוקטרינה בהתאם למידת הפליליות וחוסר המוסריות שבהתנהגות הגזיק, כאשר רק התנהגות חמורה, הדורשת רמה פלילית גבוהה, תחשב כמספקת לתחולת הדוקטרינה¹¹³; השלישית, המבקשת לתחום את תחולת הדוקטרינה בהתאם לכוונת התחיקה העושה את ההתנהגות הפלילית, כאשר זכותו של הגזיק תשלל אם ניתן ללמוד כוונה זו מהחקיקה הפלילית הרלבנטית¹¹⁴. על רקע זה מסתבר יפה כי הצעת החוק, לא רק שהיא מכריעה לטובת הגישה הגורסת תחולת הדוקטרינה בגזיקין, אלא שהיא מרחיבה את תחום תחולת הדוקטרינה מעל ומעבר למקובל עד כה. לא נדרש כלל כי הקשר הסיבתי בין הגזיק לעבירה יהיה טיפוסי ולא מקרי; מידת החומרה של הכוונה הפלילית אינה מעלה ואינה מורידה; אין גם כל חשיבות למטרת החקיקה הפלילית. לכל זאת אין לדעתנו הצדקה.

(ii) אין הצדקה לכטייה מיוחדת לקנין התופס

השפעת זהותו של הגזיק כעבריינין על זכותו בגזיקין אינה מיוחדת לסוגיית התופס במקרקעין או לעוולת הרשלנות. זוהי סוגיה כללית בתחום דיני הגזיקין¹¹⁵. בהעדר שיקולים מיוחדים לאחריות התופס במקרקעין, אין כל הצדקה לספל בנפרד בסוגיה זו¹¹⁶. פלוני נכנס למכוננית במטרה לגנוב חפץ המצוי במכוננית. בשל נהיגה רשלנית של נהג המכוננית הוא גזיק. אותו פלוני עלה על מקרקעין של בעל המכוננית על מנת לגנוב חפץ המצוי במקרקעין. היש הצדקה לדין אחד במקרה הראשון ולדין שונה, לחומרא, במקרה השני? פלוני נמלט ממצער הוקי, ונכנס למקרקעין כדי להסתתר בהם. התופס במקרקעין תקף את פלוני. במנוסתו נפל פלוני למלכודת סמויה המצויה על

111 דברי השופט זילברג בע"א 360/64 אבוזבול ג. קרינר, י"ט פד"י, (1), 429, 461.

112 זו שיטתו של השופט זילברג בע"א 360/64 הנ"ל.

113 זו השיטה לה נטיתי ברשימתי "The Effect of Illegal Consent and the Rule of Ex Turpi Causa on Liability in Tort", 3 (1966) *Isr. L.R.* 501.

114 זו כנראה הגישה באוסטרליה. ראה Fleming, *op. cit.*, p. 251. יש אנאלוגיה בינה לבין הגישה המכירה בהפר חובה חקיקה כמעניקה תרופה בגזיקין אם כוונה כו משתמעת מדבר החקיקה, ראה: Gibson, "Torts — Illegality of Plaintiffs Conduct as a Defence", *op. cit.*, pp. 93-94.

115 ראה Salmond, *Torts*, 15th ed. (1969), p. 678.

116 יצירת דין מיוחד לתופס במקרקעין עשוי ליצור חוסר צדק במקרה של מויקים משותפים, האחד תופס במקרקעין והאחר שאינו תופס במקרקעין.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

המקרקעין. מדוע יחול דין אחד על תביעת התקיפה, ודין אחר, מחמיר, על תביעת הרשלנות של פלוני?

גראה שהשיקול שעמד לנגד עיני מנסחי ההצעה היה כי יי"ו "מציאות החיים מגלה תופעות שכיחות של זלזול ברשות הזולת, וביטול מוהלס של החסינות בפני תביעות נזיקין מטעם מסיג גבול היה מטיל עומס בלתי סביר על בעל המקרקעין ומחזיקים". אך האם זלזול זה הוא מיוחד לתפיסה במקרקעין? האין זלזול דומה לגבי תפיסה במטלטלין? מדוע האינטרס שלי במקרקעין חשוב יותר מהאינטרס שלי במטלטלין, או בגופי, או באינטרסים אחרים המוגנים על-ידי דיני נזיקין? דומה כי מאחורי הצעת החוק ממשכה להסתתר המסורת האנגלית הרואה ערך מיוחד, וקדושה מיוחדת בהגנה על זכויות במקרקעין. מסורת זו היא גם שעמדה מאחורי יצירת חסינות התופס עצמה¹¹⁷. ביטול חסינות התופס פירושה דחיית גישה מיוחדת זו למקרקעין, והשוואת האינטרס במקרקעין לאינטרסים אחרים. דחייה זו מן הדין שתביא גם לדחיית הצעת החוק המבקשת ליצור חסינות מיוחדת לתופס במקרקעין כלפי ניווק עברייני.

(iii) העדר הצורך בקשר סיבתי מיפוסי

הצעת החוק אינה דורשת כל קשר סיבתי מיוחד בין הפלילות שבהתנהגות הניווק לבין הנזק לעברייני. לכך אין הצדקה. פלוני בא למשרד האוצר ככוננה תחילה להונות את שלטונות מס ההכנסה. בשל מצבם הלקוי של המדריגות הוא מועד וניווק. מה הצדקה יש לשחרור המדינה מאחריותה בנויקין כלפי פלוני? אין כל קשר בין ההגנה על האינטרס הציבורי המתקומם נגד הונאת שלטונות מס ההכנסה, לבין הובתה של המדינה לדאוג לבטיחות חדרי המדריגות במשרדיה. פלוני היה כתחלק וניווק גם אילו עלה במדריגות כדי למסור הצהרת אמת. ראובן מתגורר בבית מלון. שמעון, הרועה לתקוף את ראובן, נרשם אף הוא בבית המלון. שמעון נכנס לחדרו של ראובן ותוקף אותו. בצאתו מהחדר הוא פתח את דלת המעלית ונכנס פנימה. מסתבר שהמעלית לא היתה במקום, ובשל רשלנות בעל המלון ניתן היה לפתוח הדלת. שמעון נפל בחלל המעלית ונפגע. היש הצדקה לכך כי לשמעון לא תהיה כל תרופה כלפי בעל המלון? מהו האינטרס של "רשות היחיד" המצדיק מתן חסינות לתופס? שמעון היה נפגע באותה מידה אילו השתמש במעלית למטרות כשירות לחלוטין¹¹⁸. הרעש העולה מדירתו של ראובן מפריע לשמעון, הגר בדירה הגובלת לזו של ראובן, ושמעון מחליט ליטול החוק לידיו. הוא מבקש מלון התופס בבית שכן, להרשות לו לעלות על גג הבית למטרות כשירות. לוי מסכים. שמעון עולה על הגג, ומשליך אבנים לדירתו של ראובן. בגמר מלאכתו הפלילית, הוא מבקש לרדת במעלית, ואז הוא ניווק באותו אופן כמו שמעון בדוגמת בית המלון. הצעת החוק גורסת כי אין לשמעון זכות בנויקין כלפי לוי. מה הצדקה לכך? מה

117 דברי הסבר להצעת החוק, עמ' 384.

118 ראה ברק, שם, עמ' 119 ואילך.

119 השווה *Rupe v. Beacon Hotel Co.*, 293 N. Y. 196; *Manning v. Noa* (1956) N. W. 119; *2d. 75*; *Henwood v. Municipal Tramways Trust* (1938) 12 A.L.J. 101; *Cakebread v. Hopping Bros. (Whetstone) Ltd.* [1947] K. B. 641; *National Coal Board v. England* [1954] A.C. 403, 428; *Green v. Carroll* [1961] N.Z.L.R. 1010; *Crago*, "The Defence of Illegality in Negligence Actions", *op. cit.*

הקשר בין העבירה שביצע שמעון (זריקת האבנים לרשותו של ראובן), לבין חובתו של לוי (לבטיחות המעלית) ?

חוסר קשר בלתי מוצדק זה בין העבירה של הניזוק לבין העוולה של המזיק בולט במיוחד כאשר הצעת החוק מבקשת להעניק הסינות לחופס שעה שהניזוק הוא עבריין גמלט. טבעי הוא כי המחוקק ינקוט באמצעים לתפיסת עבריין גמלט. יחד עם זאת, אין זה מוצדק להשתמש בדיני הניזוקין להגשמת מטרה זו. אין כל קשר בין היות הניזוק עבריין גמלט לבין חובתו של החופס לדאוג לבטיחות מקרקעיו. עבריין גמלט נכנס לבית קולנוע כדי להמלט מהמשטרה הרודפת אחריו. גג בית הקולנוע נופל, ופוצע רבים מהנוכחים, לרבות העבריין הגמלט. מדוע ישוחרר בעל בית הקולנוע מחובתו כלפי העבריין הגמלט ? הוא גבה כסף מהעבריין. יש לו אינטרס בנוכחותו של העבריין. אילו הגיש העבריין תביעה חוזית נגד בעל בית הקולנוע, בהתבסס על הגנה מכללא בחוזה המבטיחה בטיחות המקום, לא היה מקום לעורר הגנת *ex turpi causa*. מדוע יהיה הדין שונה בנוזיקין ? על שום מה ישוחרר בעל בית הקולנוע מאחריות בנוזיקין, אך לא הרופא המטפל באופן רשלני ברגלו הפצועה של העבריין הגמלט, ובכך מאפשר לו להמשיך ולהמלט בהכאסר החוקי ? אין מנוס מהתחייבה, כי הצעת החוק מבקשת לחזור לתקופת הברברית בה היה העבריין *Outlaw*. כיום תחייבת הצדק יבנו שונה, העבריין הגמלט אינו *outlaw*. גופו ורכושו אינם הפקר.

(iv) העדר דרישה לרצינות העבירה הפלילית

אין הצעת החוק מבחינה בין סוגים של עבירות פליליות ואין היא מגבילה את תחולת החסינות לעבירות פליליות הדורשות רמה גבוהה של כחשבה פלילית, או הפוגעות באינטרסים חיוניים של החברה. גם עבירה פעוטה יכול שתשחרר חופס מאחריותו. תוצאה זו אינה מוצדקת. אין זה מתקבל על הדעת כי כל עבירה, ותהא הפעוטה שבפעור טות, תשלול מהניזוק זכותו בנוזיקין. המציאות המודרנית יצרה אלפי עבירות, בחלקן מוחלטות, הנובעות מסטייה מהסטנדרטים הקבועים בחוק בעניני תעבורה, בריאות, סעד וכיוצא באלה. אין זה סביר לקבוע כי כל עבירה כזו, אם היא מהווה עבירה כלפי אדם או חפץ המצוי במקרקעין, תשלול מהעבריין הניזוק תרופתו בנוזיקין. התוצאה המעשית שתתקבל תהיה שמכוח העונש הנוזקי יהפכו אלה לעבירות חמורות ביותר — מנקודת מבט הניזוק — וזאת כבלי שהמחוקק ייצר את העבירה הפלילית כלל התכוון לכך. להדגמת המלאכותיות שבהצעת החוק נוכל לפנות לפקודת מסילת הברזל הממשל-תיות, 1936, הקובעת שורה ארוכה של עבירות בכל הנוגע לרכבות ולמסילות ברזל. בין השאר נקבע¹²⁰ כי כל אדם אשר מסיר, מטשטש או מקלקל באופן כל שהוא איזו מודעה המוצגת במסילת ברזל עובר עבירה ודינו מאסר עד חודש ימים או קנס של חמש לירות או שני העונשים גם יחד. מודעה המצויה על מסילת הברזל אינה מוצאת חן בעיני פלוני, העולה על מסילת הברזל וקורע אותה. בעשיותו כן עוברת הרכבת, הקטר אינו שם לב לפלוני, וברשלנותו פוגע בפלוני. לפי הצעת החוק אין לפלוני תרופה, שכן הוא נכנס למקרקעין כדי לבצע עבירה "לגבי אדם או חפץ הנמצא במקום". זו

120 סעיף 23(י"ט) לפקודה.

הסדר חקיקתי לאחזיות התופס מקרקעין

תוצאה שהדעת אינה סובלתה¹²¹. הקטר חב חובת זהירות כלפי כל מי שעליו לצפות לנוכחותו על מסילת הברזל. לפי כל מבחן רציונלי גם פלוני נכלל בקטגוריה זו. יהיה זה בניגוד למטרת המחוקק כי בנוסף לעונש הפעוט שהוטל על פלוני לפי פקודת מסילות הברזל הממשלתיות, יוטל עליו עונש כבד בדמות שלילת הזכות בנוזיקין. תהיה המדיניות המשפטית של הצעת החוק אשר תהיה, אין הצדקה להחילה על עבירות פעוטות שכאלה. ואין זה מקרה חריג. עבירות כאלה ישנן למאות. יהיה זה חזיון נפוץ אם הצעת החוק תתקבל, כי כל מוזיק יעלה בחכתו הוראה פלילית אלמונית ההופכת התנהגותו של הניזוק לפלילית, ובכך שוללת זכותו בנוזיקין. אין כל אינטרס ציבורי לשלול הזכות בנוזיקין במקום שהעבירה אינה חמורה. זהו הדין בתחום החוזים, ואין כל הצדקה לסטות מגישה זו בנוזיקין.

(v) הקרי התחשבות במזנת החקיקה הפלילית

אין הכלל "מעילה בת עוולה אינה צומחת תביעה" חל לרצת ניזוק שביצע עבירה פלילית הבאה להגן עליו¹²². זהו עקרון בריא של מדיניות המשפט. על כן, אם עובד הפר חובה חקוקה שבאה להגן עליו, אין זה מתיישב עם מדיניות המחוקק לשלול מהעובד תרופה ברשלנות כלפי המעביד רק משום שהפרת ההוראה החקוקה מהווה עבירה פלילית כלפי אדם או חפץ המצוי במקרקעין¹²³. הצעת החוק, לעומת זאת, שוללת מהעובד תרופתו במקרה הגדון, שכן אין היא מבחינה בין הוראה הבאה להגן על הניזוק לבין הוראה שאינה מגינה עליו. עמדה גורפת זו אינה מוצדקת¹²⁴.

(vi) הסגת גבול כעבירה פלילית

הצעת החוק מבקשת להבחין בין מסיגי גבול עבריינים לבין מסיגי גבול שאינם עבריינים¹²⁵. מטרה זו לא תוגשם לפי ניסוחה של הצעת החוק, שכן לפי הוראות פקודת החוק הפלילי, כל הסגת גבול מתוך כוונה להעליב או להרגיז¹²⁶ – וכוונה זו מוסקת מעצם תפיסת החזקה¹²⁷ – מהווה עבירה פלילית כלפי התופס, דהיינו, כלפי "אדם או חפץ הנמצא במקום". לתוצאה זו אין הצדקה. על ההוראה הפלילית הנוכרת – שאין לה מקבילה במשפט האנגלי – נמתחה ביקורת קשה¹²⁷. תהיה העמדה בתחום המשפט הפלילי אשר תהיה, לא נראה לי כי רצוי הוא להרחיב את תחום תחולת העבירה הגדונה, ולמנוע מכוחה תרופה אורחית בנוזיקין.

121 השווה *Rich v. Commissioner for Railways* (1969) 33 A.L.J. 176.

122 ראה צלטנר, חוזים, כרך שני, עמ' 194.

123 ראה *Jenner v. Allen West & Co. Ltd.* [1959] 1 W.L.R. 544; *McMath v. Rimmer* [1962] 1 W.L.R. 1; *Canning v. The King* [1924] N.Z.L.R. 118; *Cakebread v. Hopping Bros. (Whetstone) Ltd.* [1947] K.B. 641.

124 ראה *Henwood v. Municipal Tramways Trust* (1938) 60 C.L.R. 438.

125 דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 384.

126 סעיף 286 לפקודת החוק הפלילי.

127 ראה ביין, "התנגדה של חסינות המעון במשפטנו הפלילי", בשפטיהם, כרך ראשון, עמ' 519.

(vii) כסיג גבול קצין

בעיה מיוחדת מעורר הסייג הנזכר לענין מעמדם של ילדים מסיגי גבול. אלה עולים לעתים קרובות על המקרקעין תוך כדי ביצוע טכני של עבירה, כגון, קטיפת תפוחים, אסוף תרמילים, ועוד. מכיון שהם מעל גיל 9 הם אחראים בפלילים¹²⁸. בהיותם רכים בשנים לא תוגש לרוב תביעה פלילית נגדם. אך בהיות התנהגותם פלילית, די בה כדי לשחרר התופס מחבותו ברשלנות. דומה כי ההתקדמות הרבה של בתי-המשפט בישראל, ושל הצעת החוק עצמה, במגמה להגן על ילדים מסיגי גבול תושם לאל בשל מערכת הסייגים הראשונה.

(viii) הערות נוספות

א. עבירה פלילית—לאו דוקא על-ידי מסיג גבול

בדברי החסבר להצעה נאמר¹²⁹ כי "מוצע להשאיר את החסינות המוחלטת לגבי סוגים מסויימים של מסיגי גבול—היינו אלה שמטרתם בהסגת הגבול היא פלילית". ניסוח ההצעה הוא רחב הרבה יותר, שכן הכוונה לבצע עבירה כלפי אדם או חפץ הנמצא במקרקעין עשויה להתקיים גם אצל כר-רשות או מוזמן. לקוח בבית כלון התוקף לקוח אחר אינו הופך, מכוח מעשה התקיפה, למסיג גבול במלון. עבריו נמלט השוהה ברשותי במקרקעין שלי אינו הופך להיות מסיג גבול רק מכוח היותו עבריו נמלט. נראה שההצעה התכוונה להגביל תחולת מערכת הסייגים הראשונה לגבי עבריינים שהינם מסיגי גבול. זאת יש לומר במפורש. יש, אפוא, לגסח ההצעה מחדש באופן שהובת הנהירות לא תהול כלפי מסיג גבול שנכנס למקרקעין בכוונה לבצע עבירה וכו'.

ב. עבירה פלילית—לאו דוקא כלפי התופס

הצעת החוק מבקשת למנוע "זלזול ברשות הזולת". כדי לקיים מטרה זו היה זה סביר, במסגרת גישתה של הצעת החוק, לשלול הובת הנהירות מניזוק העולה על המקרקעין כדי לבצע עבירה כלפי התופס במקרקעין. לא כן נוסחה ההצעה. על-פיה, די בכך שהניזוק נכנס למקרקעין כדי לבצע עבירה לגבי אדם או חפץ הנמצא במקום. יתכן שאוביקט העבירה נמצא במקרקעין שלא ברשות התופס. יתכן אפילו שאוביקט העבירה הוא עבריו כשלעצמו. מדוע תנתן בנסיבות אלה חסינות לתופס? יש להגביל, אפוא, תחולת החסינות לאותם המקרים בהם הניזוק-העבריו בא לבצע עבירה כלפי התופס או מקרקעין.

ג. כוונה לבצע עבירה פלילית

הצעת החוק שוללת את זכותו של הניזוק בנויקין אם הוא עלה על המקרקעין וניזוק בכוונה לבצע עבירה. אין ההצעה דורשת כי עבירה אכן בוצעה. בכך יש משום

128 סעיף 9 לפקודת החוק הפלילי. אם הקטין הוא מעל גיל חשע אך למטה מגיל שתיים-עשרה הוא לא ישא באחריות פלילית אם בשעת ביצוע המעשה הוא לא היה ברי-הבנה כדי ידעה שאסור היה לו לעשות את המעשה.

129 דברי החסבר להצעה, עמ' 384.

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

הענשת אדם על כוונה פלילית שלא התגבשה לכדי עבירה. לכך אין הצדקה. כוונה פלילית בלא מעשה פלילי אינן מהוות עבירה פלילית. מדוע תשלול כוונה כזו הזכות בנוזיקין?

ד. שלילת עצם קיום החובה

הצעת החוק, לא רק שהיא שוללת את תרופתו של הניזוק העבריין, אלא שהיא שוללת את עצם קיום חובת הזהירות כלפיו. בכך היא עשויה להשיג תוצאות שספק אם ברצונה להשיג, ואשר אינן תואמות את כוונת החקיקה. נדגים זאת בשתי דוגמאות:

א. השתתפות בין מזיקים במשותף: יש והנזק נגרם במשותף על-ידי תופס המקרקעין ועל-ידי מזיק אחר. הניזוק יקבל את מלוא נזקו מהמזיק האחר. אותו מזיק יבקש לחזור על התופס. לפי הצעת החוק הוא לא יוכל לעשות כן, שכן תופס המקרקעין אינו "חב" ואף "אילו היה נתבע" לא היה "חב" על אותו נזק.¹³⁰ האם לכך מתכוונת הצעת החוק? המוצדק הוא להטיל את מלוא המעמסה הכספית על המזיק שאינו תופס? אם לא, כי אז רצוי היה לנקוט בלשון פרוצסואלית, לפיה "לא תוגש תובענה" על-ידי ניזוק שביצע עבירה.¹³¹

ב. זכות התלויים: על-פי הצעת החוק, לא רק שזכותו של הניזוק-העבריין נשללת בנוזיקין, אלא נשללת גם זכות התלויים.¹³² האם לכך מתכוונת הצעת החוק? היש הצדקה לקנוס את התלויים בגין חטאיו של הניזוק עצמו? אם לא, כי אז רצוי גם כאן לנקוט בלשון פרוצסואלית, אשר תאפשר הענקת זכות לתרופה לתלויים.¹³³

3. מערכת סיוגים שנייה – המדינה כתופסת במתקני מערכת

א. הצעת החוק

עמדתה של הצעת החוק הינה כי חובת הזהירות בנוזיקין אינה חלה על מדינת ישראל, שעה שהיא תופסת במקרקעין המשמשים לבטחון. כאן מבחינה ההצעה בין שלשה מצבים, בהם אינה חלה חובת הזהירות: ראשית, נזק לאדם הנמצא בשטח המוחזק בידי מערכת הבטחון, זולת אם הגורם לנזק ידע על הימצאותו של הניזוק במקום, והיה בידי הגורם לנזק למנוע אותו;¹³⁴ שנית, נזק לאדם השוהה בשטח שהכניסה אליו אסורה על-פי דין, זולת אם שהייתו היתה בהיתר;¹³⁵ שלישית, נזק לאדם שנכנס או שוהה שלא בתום לב במקום בו מצויים מתקני מערכת הבטחון המיועדים למנוע כניסה לישראל או יציאה ממנה או למניעת פעולות חבלה.¹³⁶

130 כלשון סעיף 84 לפקודה.

131 הלשון הפרוצסואלית תאפשר הגשת תביעת שיפוי. ראה ע"א 479/60 אפלשטיין נ. אהרוני, ט"ו פד"י, 682.

132 סעיף 78 לפקודה. זכות התלויים נשללת, שכן הנאי לזכותם הוא שהניזוק, לולא מת, היה זכאי לפיצויים, ובהעדר חובה כלפי העבריין הניזוק, אין הוא זכאי לפיצויים בחייו.

133 הלשון הפרוצסואלית תאפשר מתן זכות לתלויים: ע"א 591/61 דנצר נ. לוי, ט"ו פד"י, 1793.

134 סעיף 1 להצעת החוק, בסעיף 37א(1) המוצע לפקודה.

135 סעיף 1 להצעת החוק, בסעיף 37א(2) המוצע לפקודה.

136 סעיף 1 להצעת החוק, בסעיף 37א(3) המוצע לפקודה.

ב. ביקורת ההצעה

(1) חסינות למדינה – בניגוד למגמות מודרניות

המגמה המודרנית הינה בכוון הרחבת אחריות המדינה בנויקין¹³⁷. ביטויים משפטי בהן הוטלו בעבר סייגים לאחריות המדינה – הם מוסריים¹³⁸. שיטות משפט אחרות מרחיבות את מסגרת האחריות מעבר לדוקטרינות המקובלות על מוזיקים רגילים¹³⁹. להתפתחות זו מספר הסברים. ראשית, ההצדקות המסורתיות לחסינות המדינה, כגון האימרה *The King can do no wrong* אינן משכנעות עוד¹⁴⁰; שנית, במקום שהמדינה מהווה גורם כלכלי במשק, יהיה בזה משום הענקת יתרון בלתי מוצדק לה על-פני גורמים כלכליים אחרים, אם המדינה תשתחרר מאחריותה; שלישית, ממדי התמי-ערבות של המדינה גדלו בצורה כה ניכרת, עד שהענקת חסינות למדינה היתה מותרת מספר ניכר של נפגעים ללא פיצוי כלל, או שהיתה מטילה הטיפול בהם על רשויות הסעד של המדינה; רביעית, הגישה המודרנית מכירה בכך כי המדינה קיימת עבור אזרחיה, ואין הצדקה להתעשרות הכלל על חשבון סבלו של הפרט. אם פעולה לטובת הכלל גורמת נזק לפרט, חייב הכלל לשאת בנזק; חמישית, התיאוריות המודרניות בתחום דיני הנזיקים מדגישות את היתרון שבהטלת האחריות על גורמים במשק המסוגלים לפזר את הנזק (risk distribution)¹⁴¹. המדינה היא גורם אידיאלי לפיזור הנזק, שכן הפיצויים המשתלמים על ידה באים מקופת המדינה, המכוסה מצדה מסך כל המסים המשתלמים על-ידי האזרחים כולם.

על רקע זה מתבלטת הסטייה שהצעת החוק מבקשת להנהיג בישראל לענין אחריות המדינה. ההנמקה הניתנת לסטייה זו היא כפולה¹⁴²: ראשית, חוסר היכולת, מבחינה מעשית, לנקוט באמצעי זהירות סבירים; שנית, חוסר היכולת לצפות לנוכחותו של הניזוק במקום. שתי ההנמקות אינן משכנעות, שכן אין בהן תשובה לשאלה מדוע תשתחרר המדינה מאחריות במקום שמוזיק אחר לא היה משתחרר. נראה שההסבר הוא אחר. מערכת הבטחון, השוקדת על הבטחת בטחונה של המדינה, יוצרת סיכונים רבים, שהם תוצאה לואי להשגת מטרותיה. לדעת הצעת החוק, מהיר סיכונים אלה, עד כמה שהם גורמים מעטה נזיקין, צריך ליפול על ירכם הפרט הניזוק. מדוע? השאלה אינה אם לקיים פעילות בטחונית או לחדול ממנה. השאלה היא אם לקיים פעילות בטחונית ולשלם עבורה מכספי הכלל או לקיים פעילות בטחונית ולהטיל מחירה על הפרט הניזוק. בגדר ספיקות זה נראה לי הפתרון הראשון. אם המציאות הבטחונית מחייבת מטוחים בקרבת בתי-ספר¹⁴³, שדות תעופה בקרבת מקומות יישוב, מחנות אמונים ליד ערים,

137 ביטוי למגמה זו ראה אצל רובינשטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנויקין", הפרקליט, כרך כ"א, עמ' 61, 77.

138 זהו הדין במרבית הארצות המושפעות מהמסורת האנגלית בסוגיה זו.

139 כגון השיטה הצרפתית, הקובעת אחריות המדינה לפי עקרון ה-*risque* ולא לפי עקרון ה-*faute*.

140 ראה *Prosser, Torts*, 3rd ed. (1964), p. 996. לרשימת מקורות, ראה שם, בהערה 3.

141 ראה *Prosser, op. cit.*, p. 22.

142 דברי הסבר להצעת החוק, עמ' 384.

143 כפי שהיה הדבר בע"א 69/64 נבאי נ. מדינת ישראל, י"ח פד"י, (4), 582.

ואם כתוצאה מכך נגרמים נזקים, על המדינה לשאת בהם.¹⁴⁴ הנזקים הללו הם חלק מהמס שעל החברה כולה לשלם אם היא מבקשת לעמוד במשימות הבטחוניות. זאת ועוד: גדר הספיקות אינו אם להטיל על המדינה אחריות מוחלטת לנזקים הנגרמים על-ידיה אם לאו. גדר הספיקות הוא אם מותר למדינה להתרשל. מדוע יוסרו כבלי האחריות מהמדינה? האין בכך כדי לעודד התנהגות רשלנית ואי-אכפתית? ניתן להעלות הטענה כי הטלת אחריות על המדינה תהווה מעמסה כספית כבדה. אינני בטוח בנכונות הטענה מבחינה עובדתית. אך גם אם היא נכונה, אין בה כדי להסביר מדוע צריכים הפרטים, שהמעמסה עליהם תהיה גדולה לאין שיעור, לשאת בה.

אין לכתוד, כי קיימים מספר מצבים בהם יהיה מוצדק לשחרר המדינה מאחריות בנוזקין. המתנגב למחנה צבאי ונופל בשוחה שבמחנה, אין זה מוצדק לפצותו על כך. מי שמנסה להבריח את הגבול ונתקל במתקני בטחון ונפגע, אין זה מוצדק לפצותו. הנכנס לשדה מטווח בידעו שנערך שם מטווח – אין לו להלין אלא על עצמו. במקרים אלה ואחרים ניתן להגיע לתוצאה המבוקשת בלא שיהיה צורך בהוראה סטטוטורית מיוחדת. דיני הנוזקין פיתחו קשת רחבה של דוקטרינות, שכל אחת לחוד יש בה כדי להוביל למטרה הנכספת.¹⁴⁵ ראינו כי גיבושה של חובת הזהירות הוא ענין שבמדיניות משפטית. במקום שאין זה ראוי להעניק סעד ניתן לשלול את עצם קיום החובה על יסוד העקרון שאדם סביר אינו "צריך" בנסיבות הנתונות לצפות שנוזק ייגרם לפלוני. גם אם החובה מוכרת באופן עקרוני, ניתן לומר כי הניזוק לקח על עצמו הסיכון.¹⁴⁶ גם אם קיימת חובה, לא תמיד היא מופרת על-ידי התנהגות רשלנית. אם המדינה לא התרשלה היא לא אחראית. אך גם אם יש רשלנות מצד המדינה, ניתן לייחס לניזוק מידה רבה של אשם תורם, עד כדי שלילת תוצאות מעשיות מרשלנות המדינה. האין די במכשירים אלה? מדוע יש ליצור קטגוריות נוקשות חדשות?

(II) פוג המקרקעין לעומת פוג הפעילות המזיקה

הצעת החוק קובעת שלש רמות אחריות לפי "סוג" המקרקעין בו אירע הנוזק. אין

144 בפרשת נבאי עצמה, בה נדחתה התביעה נגד מדינת ישראל, ציין השופט זילברג בסוף פסק דינו כי "לא הכל כשורה במקרה שלנו וקיימות נסיבות הדורשות שינוי או תיקון המצב". פטרנו את המשיבה מאחריות על סמך הכללים המשפטיים הנהוגים בסוגיא זו, אבל מן הראוי – מבחינה מוסרית – כי השלטונות ישקלו בכובד ראש אם אין מקום להעתיק את המטווח לשטח אחר או לנקוט באמצעים נוספים ויעילים יותר כדי שילדים לא יוכלו לחדור אליו" (עמ' 588). האין בכך כדי להצביע על השלילה שבפתרון אליו הגיעו בפרשת גבאי עצמה? האין בכך כדי לשלול מגמתה של הצעת החוק? אם מבחינה מוסרית על השלטונות לנקוט באמצעים נוספים, מדוע לא תוטל עליהם החובה המשפטית לעשות כן?

145 בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר (בעמ' 384) כי "הנפגע עצמו, ברוב המקרים, נמצא במקום שלא כדיון או שאין אפשרות לראות מראש שיימצא שם". אם הניזוק נמצא במקום שלא כדיון – האין די בכללים הרגילים של "מעילה בת עוול אינה צומחת תביעה" כדי לדחות תביעתו? אם אין אפשרות לחזות נוכחותו של הניזוק מראש, אין חובת הזהירות העובדתית גולדת, וממילא אין אחריות. כך או כך, אין צורך בדבר חקיקה מיוחדת.

146 בדברי ההסבר לס"ק (2) לסעיף 37 המוצע נאמר כי "כניסה למקומות אלה, כגון שטחי אימונים מסויימים של צה"ל, שלא כדיון, כמות כניסה למקום שהנכנס אליו שלא כדיון נוטל על עצמו את משא נזקו" (עמ' 380). אם אכן כך הוא הדבר, די בכללים בענין "הסכמה לנזק" כדי לשחרר המדינה מאחריות, ואין צורך בהוראה סטטוטורית מיוחדת.

החסינות מותנית כלל בסוג הפעילות המזיקה. החסינות תחול, למשל, אם נגרם נזק בשל תפעול רשלני של המעלית בבנין משרד הבטחון; אם נגרם נזק כשל אוכל מקולקל במטבח צבאי; אם אדם התחלק במדריגות ליסכת הגיוס. קשה לראות את ההצדקה לתוצאה זו. אין הצדקה לקבוע חסינות בגין נזק שאינו נובע במישרין מפעילות בטחונית. איני רואה כל יסוד להבחין בין נזק במעלית משרד הבטחון, לבין נזק במעלית משרד הפנים; בין אוכל מקולקל במטבח צבאי לבין אוכל מקולקל במזנון משרד האוצר; בין מדרגות מקולקלות בלשכת הגיוס לבין מדרגות מקולקלות במשרדי הדואר. המבחן לתחולת החסינות, אם בכלל, צריך להיות פונקציונלי.

ניתן לומר כי מבחן פונקציונלי הוא קשה להפעלה, בעוד שהבהנה טכנית בין סוגי מקרקעין ברורה ונוחה. התשובה על כך כפולה: ראשית, כפי שעוד יוסבר, גם המבחן הטכני של הצעת החוק אינו חד וחלק ומעורר שאלות קשות של הגדרה; שנית, נראה לי כי כדאי לשלם את המחיר של מספר התידינויות שיגדירו את המושג הפונקציונלי, ובלבד שתמנע תוצאה בלתי צודקת¹⁴⁷. זאת ועוד: חושש אני שאם הצעת החוק תשאר בניסוחה, יבואו בתי-המשפט ויקראו לחוכה מבחנים פונקציונליים, במטרה להגיע לתוצאה צודקת¹⁴⁸, דבר שיגדיל את חוסר הבהירות והמבוכה.

(iii) הבחנה בין מקרקעין לפי סוג האיסור

במסגרת הסייגים עצמם מבחינה ההצעה בין נזק הנגרם לאדם השווה ביטחון כהכניסה אליו אסורה על-פי דין, לבין נזק הנגרם לאדם השווה ביטחון המוחזק בידי מערכת הבטחון. במקרה הראשון אין המדינה חבה כל חובת זהירות. במקרה השני אין המדינה חבה כל חובת זהירות, אלא אם כן יוכח שגורם¹⁴⁹ הנזק ידע על הימצאותו של הניזוק במקום, והיה בידו למנוע הנזק¹⁵⁰. איני רואה ההגיון בהבחנה הנוכרת בין סוגי האחריות¹⁵¹. מדוע יהיה היקף האחריות מותנה בשאלה אם יש הוראה בדין האוסרת להמצא במקום, אם לאו? האם הפעולה הבטחונית הנעשית במקרקעין שהכניסה אליהם אסורה על-פי דין, שונה במהותה מהפעילות הבטחונית המבוצעת במקרקעין שהכניסה אליהם אינה אסורה על-פי דין? האם האינטרס הבטחוני הראוי להגנה שונה באופן מהותי במקרה הראשון לעומת המקרה השני? אם התשובה על כך היא בחיוב, כי אז רצוי להבחין בין הסייגים לא לפי מקור האיסור אלא לפי מהות האינטרס הבטחוני הראוי

147 סעיף 5 לחוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, משחרר המדינה מאחריות בגין "פעולה מלחמתית של צבא-הגנה לישראל". כאן נזקק המחוקק למבחן פונקציונלי, אשר פרשנותו לא עוררה בעיות קשות. ראה ע"א 311/59 מפקל תחנת הפרקסורים בע"מ נ. חייב, י"ד פד"י, 1609.

148 האם רצוי הוא להעמיד את בתי-המשפט בישראל בפני הדילמה בה עמדו בתי-המשפט האנגליים לפני כעשרים שנה בסוגיות כמו *Adams v. Naylor* [1946] A. C. 543?

149 ומה דינו של נזק שבא בשל מתדל? ומה הדין אם הידיעה באה לא מגורם הנזק עצמו? מה הדין אם גורם הנזק אינו עובד מדינה, או הינו עובד מדינה החורג מסמכותו?

150 נראה לי שתנאי זה אינו במקומו. השאלה אם ניתן היה למנוע את הנזק אם לאו, אינה קשורה בחובת הזהירות, אלא באמצעים הדרושים כדי לצאת ידי חובה זו. על הצעת החוק לקבוע כי לא ייראו אדם כמתרשל, לענין סעיף 35, אם לא היה בידו למנוע הנזק.

151 מה הדין אם גורם הנזק ידע על הימצאותו של הניזוק במקום, והיה בידו למנוע הנזק: התחול או חובת הזהירות? ומה הדין אם לפי מבחני הצפיות עצמם אין מקום לקיום החובה?

הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין

להגנה. אם אין הבדל באינטרס הבטחוני הראוי להגנה, אין יסוד להבחין בין המקרים. מנקודת מבט דיני הרשלנות אין הצדקה להבחנה אפרורית בין איסור שמקורו בדין לבין איסור שמקורו בזכות הבעלות. מהותם של דיני הרשלנות שהם גמישים ומותאמים לנסיבות. הכנסת גורם נוקשה, שבינו לבין האינטרס הבטחוני הראוי להגנה אין ולא כלום, תביא בהכרח לתוצאות בלתי צודקות. לשטח אמונים פלוני הכניסה אסורה על-פי דין. לשטח אמונים אלמוני הכניסה אסורה מכוח איסור המדינה כבעלים. מה היסוד ההגיוני להבחין בין מעמדו של ניווק בשטח פלוני לבין מעמדו של הניווק בשטח אלמוני?

(iv) אחריות אישית ואחריות לעזילת הזולת (שילוחית)

אם נקבל את מדיניותה של הצעת החוק, מן הדין לשחרר המדינה מאחריות בנוזיקין במקרים המנויים בסייגים. לתוצאה זו אין הצעת החוק מגיעה. כל שנקבע בה הוא שבנסיבות המצויינות בסייגים אינה מוטלת חובת זהירות על המדינה. נשללת, איפוא, אחריותה האישית ברשלנות. אין בכך כדי לשלול אחריותה השילוחית של המדינה לעזילות עובדיה. במקרים רבים יביא מצב דברים זה לסיכול מטרת הצעת החוק. על כן, אם המדיניות העומדת מאחורי ההצעה מתקבלת על הדעת יש לגסח ההוראה מחדש, באופן שתשלול אחריות בנוזיקין — ולא רק קיומה של חובת זהירות — בנסיבות הנזכרות בסייגים. במקרה זה יש לתקן את חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) ולא את סעיף 37 לפקודת הנוזיקין.

(v) מינוח

א. "מערכת הבטחון"

הצעת החוק משתמשת במונח "מערכת הבטחון" מבלי להגדירו. מה נכלל במושג זה? האם משרד הבטחון עצמו כלול בו? האם מונח זה מתייחס רק לחלקים הצבאיים של הזרוע הבטחונית?

ב. "שטח"

במקום להשתמש במונח "מקרקעין" משתמשת הצעת החוק במונח "שטח". במקום אחר משתמשת ההצעה בביטוי "מקום". האם שינוי נוסח זה הוא מכונן? האם "שטח" ו"מקרקעין" הם היינו הד?

ג. "מוחזק"

פקודת הנוזיקין מבדילה יפה בין "חזקה" (possession) לבין "תפיסה" (occupation). בסוגייתנו משתמשת הפקודה במונח "תפיסה". מדוע, על כן, נזקקת ההצעה לביטוי "מוחזק"?

ד. "על התובע חובת ההוכחה ששהייתו היתה בהיתר"

הצעת החוק נזקקת לנוסחה זו בקבעה את נטל השכנוע. נוסחה זו אינה כללית. לעתים לא יהיה התובע הניזוק, כגון, שהתובע הוא יורש או תלוי בניזוק, או מזיק משותף

המבקש השתתפות. כיצד יוכיח התובע שש הייתו היתה בהיתר? דומה שרצוי יותר להזדקק ללשון סובסטיביבית, ולקבוע כי נטל השכנוע הוא על זה המבקש להטיל אחריות על המדינה.

ה. "שטח המוחזק בידי מערכת הבטחון"

הסייג הראשון חל לענין נזק הנגרם בשטח המוחזק בידי מערכת הבטחון. הסייג השני חל לענין נזק הנגרם בשטח שהכניסה אליו אסורה על-פי דין. שתי קטגוריות אלה אינן מוציאות זו את זו. הראשונה כוללת את השניה. מצב דברים זה מעורר מספר שאלות. ראשית, נגרם נזק בשטח שהכניסה אליו אסורה על-פי דין, אך לגיוזק יש היתר. הסייג השני לא חל. היחול הסייג הראשון? שנית, מחנות צה"ל ובסיסים, לאיזו קטגוריה הם שייכים? הכניסה אליהם כידוע אסורה, אלא אם כן יש היתר. אך איסור הכניסה, האם הוא תמיד על-פי דין? דומה שבענין זה, לאור הבדלי האחריות, רצויה הבהרה.

ד. סיכום

הדרך הרצויה ביותר לרפורמה בסוגיית התופס במקרקעין היא בביטול כללי החסינות, ובהטלת כללי הרשלנות הרגילים ביחסים שבין התופס לבין העולה על מקרקעין. בדרך זו הולכת הצעת החוק. הצבענו על מספר סיכונים שדרך זו מעלה, אך ראינו כי אין זה כדאי, מבחינת טכניקת החקיקה, להתייחס במיוחד לסיכונים אלה, שכן התייחסות כזו תביא ליצירת כללים משפטיים נוקשים חדשים, במקום המערכת הנוקשה הישנה¹⁵². הסייגים לתחולת עקרון הרשלנות שנקבעו בהצעת החוק אינם עומדים במבחן הבייקורת. הם יוצרים קטגוריות משפטיות נוקשות חדשות, על חורבן הקטגוריות הישנות. דוקא בתחום הרשלנות יש לשאוף לגמישות ולביטול הבחנות משפטיות אפריוריות. סוגיית הגיוזק כעברייני אינה מיוחדת לתפיסת מקרקעין. זוהי סוגיה כללית, ומן הדין שתמצא את פתרונה – לחיוב או לשלילה – לענין העוללות כולן. אין זה מתקבל על הדעת שיהיה בענין זה הסדר סטטוטורי לעוללות הרשלנות בלבד. לגופו של הסדר, פתרון הצעת החוק אינו מניח את הדעת, שכן החסינות המוענקת היא רחבה מדי. יש לצמצמה לעבירות פליליות ברמה גבוהה, שאינן באות להגן על הגיוזק, ושיש קשר סיבתי טיפוסי בין ביצוען לבין הנזק שנגרם. מתן חסינות למדינה כתופסת במקרקעין המשמשים לבטחון עומדת בניגוד למגמות המודרניות בסוגיית אחריות המדינה. המדיניות המשפטית המסתתרת מאחורי ההצעה – הטלת הסיכון על הפרט ולא על הכלל – אינה נראית לי כנכונה. חלוקת הסייגים אינה נעשית לפי מבחן רציונלי, שכן זו שמה הדגש על "סוג" הקרקע ולא על הפעילות הבטחונית הנעשית בה. ניסוח הסייגים הוא לקוי, הן משום שהוא מאפשר עקיפתם, והן משום שחוסר הבהירות רב. טוב יעשה המחוקק אם יתעלם מסייגים אלה, וישאיר הסוגיה כולה בשליטת עקרון הרשלנות הכללי.

152 פרט לחקיקה המיוחדת הנחוצה בענין אחריות הבעלים (בהווה או בעבר) שאינו תופס.