

האחריות בנוזקין של המחזיק במקרקעין

א. לענין אחריות המחזיק במקרקעין כלפי מוזמן היודע על קיום סכנה בלתי רגילה
(ע"א 98/62 מדינת ישראל נ. גיטר ואח', טרם פורסם)

ידיעת הניזוק על דבר קיום הסכנה רלבנטית, כדיגי הרשלנות שבנוזקין, לשלשה ענינים:

- א. קיום חובת זהירות — יש ובעקבות הידיעה על דבר הסכנה אינה קיימת כל חובת זהירות, ויש וקיום ידיעה כאמור מהוה אמצעי לצאת ידי חובה¹;
- ב. קיום רשלנות תורמת — אפילו אין בידיעה כדי לשלול אחריות, עשויה היא להשפיע על רשלנותו התורמת של הניזוק²;
- ג. קיום הסכמה לנוק — ידיעה על דבר הסכנה עשויה לשמש בסיס להחלת כללי ה- *Volenti non fit Injuria*.

בע"א 98/62 הנ"ל התעוררה שאלת הידיעה בסוג המקרים הראשון. כלום קיום ידיעה של המוזמן על דבר הסכנה הבלתי רגילה, משחררת את המחזיק מאחריות כלפיו?³ לכאורה, אין לך שאלה פשוטה מזו. אחריות המחזיק כלפי המוזמן היא חלק מהאחריות הכללית ברשלנות. החובה כלפי מוזמן היא חובה כלפי "שכני".

1. השוה ע.א. 224/51 פריצקר נ. פרידמן, ז' פד"י 674.

2. השוה ע.א. 282/56 י.מ. נ. סטרוגין, ז"א פד"י 973.

3. בין אם בעקבות הידיעה אין חובה, ובין אם התובה קיימת אך מולאה על ידי האזהרה.

ביחס זה המבחן הוא תמיד אחד: האם נקט יוצר הסיכון בכל אמצעי הזהירות כדי למנוע נזק משכנו? רואים את יוצר הסיכון כנוקט בכל אמצעי הזהירות הדרושים אם בעקבות מאמציו הסבירים הוא רשאי לצפות לכך ש"השכן" — אשר ישמור במידה סבירה על בטחונו הוא — לא יהיה עוד צפוי לנזק. לאור מבחן זה ברור, כי יש ואזהרה של המחזיק — שבעקבותיה באה ידיעה מלאה על הסכנה הבלתי רגילה — תביא לידי כך שהמחזיק יהיה רשאי לצפות לכך שהמוזמן לא יהיה צפוי עוד לנזק; אך יש והמחזיק, כאדם סביר, צריך לצפות לכך, שלמרות הידיעה, עדיין גשורת הסכנה כלפי המוזמן, "בלתי רגילה". סכנה "ידועה" אינה יכולה להיות "בלתי ידועה",⁴ אך היא יכולה להיות "בלתי רגילה".

למרבית הצער לא היה מוכן המשפט המקובל האנגלי ללכת בדרך פשוטה זו. במקום לראות באחריות המחזיק כלפי המוזמן חלק מעקרון הרשלנות הכללי, ראו בכך קטגוריה נפרדת, אשר עליה חלים כללים מיוחדים. במשך השנים נעשו מאמצים ראויים לשבח לקרוב אחריות המחזיק כלפי מבקרים בכלל,⁵ וכלפי מוזמנים בפרט.⁶ לעקרון הרשלנות הכללי. מאמצים אלה לא זכו להתגשמותם המלאה על ידי הפסיקה. היתה דרושה התערבותו של המחוקק, כדי לקרב דינים אלה לעקרון הרשלנות הכללי,⁷ ואף התערבות זו לא תיקנה את כל המעוות.⁸

אחת הסיבות העיקריות לכשלון זה של הפסיקה האנגלית געוץ בפסק הדין של בית הלורדים ב- *London Graving Dock Co. v. Horton* [1951]⁹ פסק דין זה החמיץ את ההזדמנות להעמיד את אחריות המחזיק על בסיס עקרון הרשלנות הכללי,¹⁰ והציב אבן נגף המורה להשגת המטרה האמורה. קביעתו, כי עצם הידיעה של המוזמן על דבר הסכנה הבלתי רגילה משחררת את המחזיק, זכתה לבקורת קטלנית. החל מביקורת מאופקת בלשון "פסק דין מהפכני"¹¹, "פסק דין הסוטה

4. מכאן ש"סיכון חבוי" ידוע חזל להיות סיכון חבוי. זו הסיבה שידועת הניזוק משחררת את המחזיק מאחריותו כלפי בן רשות. ראה W.H. Griffith, "Licensors and Traps", 41 (1925) L.Q.R. 255 בארץ הדבר נקבע במפורש בסעיף 50 (20) לפקודת הניזוקין 1947—1944 (להלן — הפקודה).
5. כלפי בן רשות *Slater v. Clay* [1956] 2 Q.B. 264.
6. כלפי מסיג גבול. *Miller v. South of Scotland Electricity Board* 1958 S.C. 20.
7. ראה *Glasgow Corporation v. Muir* [1943] A.C. 448.
8. באמצעות ה- *Occupiers' Liability Act 1957* (5&6 Eliz 2, Ch 31).
9. שכן כלפי מסיג גבול גשארן בחוקף הלכות החסינות של המשפט המקובל. לעומת זאת, בחוק-הסקוטי המקביל נקבע עקרון רשלנות כללי גם כלפי מסיגי גבול — ראה *Occupiers' Liability (Scotland) Act* (8&9 Eliz 2 Ch 30).
10. ראה הערה ב' 73 (1957) L.Q.R. 404, 406.
11. ראה *Winfield, Tort*, 1954 (London) 6th ed., p. 688, n(u).

מהעקרונות המקובלים עד כה¹², וכלה בבקורת בלשון, "החלטה דרקונית"¹³,
"החלטה הרת אסון"¹⁴. בצדק אמרו¹⁵, כי אין לך פסק דין מהומנים המודרניים
במשפט האנגלי שנמתחה עליו ביקורת כה חמורה וכה קשה, כמו משפט Horton.

התקדימים האנגליים שקדמו להחלטת Horton, יש מהם המתיישים עמה¹⁶,
ויש הסותרים אותה¹⁷. ואילו בספרות המשפטית הושארה השאלה בצריך עיון¹⁸.
הביקורת נגד פסק הדין נובעת מסטיחו הבלתי מוצדקת מעקרון הרשלנות הכללי.
אין כל קסם באזהרה. פעמים, יכל המחזיק לצפות כי בעקבות האזהרה יתנהג המוזמן
באופן סביר ולא יהיה צפוי יותר לנזק, אך יש והאזהרה אינה מועילה, והמחזיק חייב
לצפות לכך כי המוזמן, למרות שיתנהג כאדם סביר, עדיין יהיה צפוי לנזק מסכנה
בלתי רגילה, נחאר לעצמנו, כי רופא הוזמן למיטת חולה. בגמר הריפוי נאמר לו:
זו דרך היציאה היחידה. היא מסוכנת. השמר לעצמך. כלום ישאר הרופא בבית החולה
עד שהדרך, תתוקן, או שמא ינסה — בידיעתו של המחזיק — לצאת מהמקום למרות
הסכנה?¹⁹; אדם נגש לתחנת, "אגד" לקנות כרטיס נסיעה. הוא רואה שלט, "הזהר —
התקרה עומדת ליפול כל רגע". כלום הוא ימנע מלקנות כרטיס²⁰? אנו מניחים
שזו התחנה היחידה ושאין אשנב נוסף למכירת כרטיסים. עקרת בית נכנסת
למכולת. בכניסה יש הודעה, "הזהר, הרצפה חלקה". כלום אין זה סביר לצפות
כי עקרת הבית תכנס בכל זאת לחנות²¹? בכל המקרים הללו יודע הניזוק על דבר
הסכנה, ולמרות זאת עדיין נשאר המקום עבורו מקום מסוכן. אין המחזיק רשאי
לצפות לכך כי האזהרה תסיר את סיכון הנזק; עליו לבקש באמצעים נוספים: לתקן
את הדרך, לתקן את הגג, ולמנוע סכנת החלקה. הגישה כי הידיעה משחררת את
המחזיק מביאה לידי כך כי, "ידיעה" כמוה כ, "הסכמה", דבר שאינו מתיישב עם כללי ה-
Volenti והופך את שאלת הרשלנות התורמת למיותרת. בקיצור, עושה את שלש
השאלות שהצבנו בראשית הערתנו לשאלה אחת ויחידה.

12. ראה הערה ב' L.Q.R. 523 (1951) 67.

13. ראה הערה ב' M.L.R. 496, 498 (1951) 14.

14. ראה הערה ב' L.Q.R., op. cit (1957) 73.

15. ראה Salmond, Torts, 1961, (London) 13th ed.

16. ראה בעיקר Cavalier v. Pope [1906] A.C. 428; Bracklay v. Midland Railway Co. [1916] 85 L.J.B. 1596; Hillen v. I.C.I. (Alkali) [1936] A.C. 65.

17. ראה בעיקר Thomas v. Quatermaine [1887] 18 Q.B.D. 685; Dunster v. Hollis [1918] 2 K.B. 795; Letang v. Ottawa Electric Ry Co [1926] A.C. 725.

18. ראה למשל, Salmond, Torts, 1945 (London) 10th ed. 479.

19. ראה דברי השופט Lord Raid Billings (A.C.) & Sons v. Riden [1958] A.C. 240, 250.

20. ראה דברי השופט Lord MacDermott במשפט Horton, בעמ' 704.

21. ראה דוגמא זו ואחרות, ב' Harper & James, The Law of Torts, 1956. vol. 2, p. 1493.

יש לברך על כך כי משהתעוררה בעיה זו בפני בתי המשפט בישראל²², לא הלכו בעקבות תקדים הורטון²³. בפסקי דין מקיפים, דנו השופטים בן-זאב וברגוזן בהלכת Horton ולא הססו להגיע לתוצאה, כי משפט זה, "מגלה פנים שלא כהלכה" במשפט האנגלי עצמו, הופך ענין של עובדה לענין של חוק, מרחיב את הסיבות המחזיק כלפי בן רשות גם כלפי מוזמן, ומערב את שאלת הידיעה עם שאלת ההסכמה לנזק. בצורה ברורה והד משמעית קובע השופט ברגוזן:

"בעקבות ההגדרה הכללית של החובה שכל אדם חייב ל"שכנו" לפי סעיף 50 (2) לפקודת הנוזיקין האזרחיים, נראה הדבר כי הובחו הראשונית של המחזיק בנכס דלא נודי היא לנקוט זהירות סבירה שהנכסים יהיו במצב של בטיחות סבירה לגבי כל אדם הבא אליהם כדין לנטרה שלמענה הוא נמצא שם";

עובדות המקרה הן אלה: התובע, עובד הסוכנות, מוזמן של מדינת ישראל, המחזיקה, ניסה לשחרר סוסה מסיבון אליו נקלעה. היה זה מתפקידו לפקח על הסוסים במקום. הוא ידע על הסיכון שבמעשיו, שנבע מהמבנה הפגום של המקום. למרות ידיעתו זו התקרבה לסוסה, ונפגע. בית המשפט העליון קבע כי הסכנה היתה בלתי רגילה ביחס לסוג האנשים אליהם השתייך הניזוק, דהיינו, מטפלים בסוסים, כי פעולת הניזוק אשר נעשתה במהירות ותחת לחץ שעת הרום, היתה לכל היותר טעות בשיקול דעת, ולא הגיעה לכדי רשלנות בשמירה על בטחונו הוא. הטענה, כי המדינה יכלה לצפות לכך כי הסוכנות תתקן את המעוות, ועקב כך תצא המדינה ידי חובתה, נדחתה על ידי השופט ברגוזן, שכן בפועל ידעה המדינה כי המקום ממשיך להיות מסוכן.

פסק הדין של השופט ברגוזן במקרה זה מהווה ציון דרך בהתפתחות הלכת אחריות המחזיק כלפי מוזמניו בישראל. בתחילה אמצנו את הלכת השופט Willes J. במשפט *Indermouer v. Dames* כלשונו, וראינו במוזמנים קטגוריה מיוחדת של מבקרים, שכלפיהם יש כללי אחריות מיוחדים. במשך הזמן הגענו למסקנה כי אין כל הצדקה, לא מבחינת ההגיון המשפטי ולא מבחינת לשונו של סעיף 50 (2) לפקודה, לראות במוזמנים קטגוריה נפרדת. סעיף 50 (2) הנ"ל מטיל חובת זהירות כללית כלפי כל "שכן" לרבות מוזמן, והסייג לאותו סעיף הל כלפי בני רשות בלבד. אין המוזמנים קטגוריה עצמאית. הם אינם בני רשות, ועל כן הל כלפיהם עקרון הרשלנות הכללי. לפי עקרון כללי זה אין כל קדושה במונה, "סכנה בלתי רגילה", ואכן בתי המשפט נתנו לנוסחה זו את משמעותה לפי עקרון הרשלנות הכללי. עתה נסגר המעגל: המקרה היחיד בו עדיין היתה סטיה מעקרון הרשלנות הכללי בוטל. דין מוזמן כדין כל "שכן".

22. הבעיה התעוררה מספר פעמים בדרך אגב, אך הושארה בצד עיון. ראה האסמכתאות בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בענין שלנו, ת.א. 638/60 גיטר נ. הכוכבות היהודית ואח, ל"פ (2) 180, 189. בע.א. 335/59 ריחני נ. צוקי, ט"ו פד"י 1599. הסתמך השופט כהן על פסק הדין של בית המשפט לצרעורים במשפט Horton. כידוע בוטל פסק דין זה על ידי בית הלורדים.

23. הלכת הורטון לא נתקבלה באירלנד, והובעו ספיקות קליטה בסקוטלנד, אוסטרליה ואמריקה: ראה Fleming, Torts, 1961 (Australia) 2nd ed. p. 414.

לבסוף, שלש הערות נוספות לפסק דינו של בית המשפט העליון:

א. בקטע שצוטט לעיל מדברי השופט ברנזון, מוגדרת חובת הזהירות לפי סעיף 50 (2) לפקודה כחלה כלפי כל אדם הבא לקרקע כדיון. עם כל הכבוד, אין בסעיף הנ"ל הגבלה כזו. המונח כדיון אינו מופיע בו, ולדעתנו אין גם הצדקה לקרוא אותו שם. אמת הדבר, לפי פסק הדין של השופט ויתקון בע"א 360/59²⁴ אין חובת זהירות לפי סעיף 50 (2) לפקודה כלפי מסיג גבול, אך נראה לנו כי יש להגביל הלכה זו למסיגי גבול שהם גנבים או מבצעים עבירה חמורה אחרת כלפי המחזיק.

ב. השופט ברנזון מציין כי חובת הזהירות של המחזיק באה לקיצה בעקבות ידיעת המוזמן על דבר הסכנה בשני מקרים: 1. כאשר יש בסיס להלכה *Volenti*; 2. כאשר, בהיותו חפשי לפעול על מגת למנוע את הסכנה הוא נמנע מכך וכתוצאה מזה הוא נפגע". עם כל הכבוד, נראה לנו כי האלטרנטיבה השניה היא רחבה מדי. "חופש פעולה" מהו? לפי אלו קני-מידה יקבע? בדוגמא שהבאנו לעיל בענין החנות, כלום אין לומר כי לעקרת הבית היה חופש פעולה? המבחן אינו צריך להיות מבחן של חופש פעולה, אלא: האם בעקבות הידיעה יש לצפות לכך, כי המוזמן, שישמור באופן סביר על בטחונו הוא, ינוק? במסגרת מבחן אחרון זה יש כמובן מקום להתחשב בעקרון חופש הפעולה. אך אין זה עקרון יחיד. כשם שיש להזהיר ולא להפוך את הידיעה משאלה עובדתית לעקרון משפטי, כך אין להפוך את העקרון של חופש הפעולה לעקרון משפטי.

ג. השופט זילברג, שהצטרף יחד עם השופט ויתקון לפסק דינו של השופט ברנזון, הוסיף כי, רק כאשר לידיעה מצטרף חוסר אפשרות למנוע את הסכנה, רק אז לא תפטור הידיעה את המוזמן מאחריות". משמע, אם לידיעה מצטרפת האפשרות למנוע את הסכנה, המחזיק משוחרר מאחריות. עם כל הכבוד, לעיתים יש אפשרות למנוע סכנה אך אין לצפות לכך כי אפשרות זו תקויים במסיבות המקרה. זהו המקרה בכל אחת הדוגמאות שהבאנו. המבחן לשחרור המחזיק אינו באפשרות למנוע נזק, אלא בציפית המחזיק, כי יפעילו אפשרות זו הלכה למעשה. הלכה פסוקה היא במסגרת העקרון של *Donoghue v. Stevenson* כי יוצר הסיכון אינו משתחרר מחובתו אם יש אפשרות לבדיקת ביניים של המוצר. כדי שהוא ישתחרר יש להוכיח כי בדיקת ביניים היא צפויה. הוא הדין במקרה שלפנינו. האפשרות הפיזית למנוע את הסכנה אינה מספיקה כדי לשחרר את המחזיק. יש להוכיח כי אפשרות זו היא צפויה.

ב. אחריות בנזיקין של בעלים שאינו מחזיק כלפי בן רשות של המחזיק

(ע.א. 387/62 רשות הפיתוח ג. קואן, י"ז פד"י 1098)

המערערת הינה בעלים של בית, שהושכר על ידה. המשיבים, אורחי השוכר, ישבו על מרפסת הבית וניזוקו שעה שהמרפסת התמוטטה. סיבת ההתמוטטות היתה

24. י.מ. ג. ברקוביץ, י"ז פד"י 206.

כיפוף פתאומי של פסי הברזל, עליהם נסמכה המרפסת, במקום תחילת בליטתם מקיר הבית, כתוצאה מתהליך החלדה בן שנים רבות. המערערת לא ידעה על תהליך ההחלדה, אם כי יכלה לדעת זאת אילו ערכה בדיקה סבירה. השאלה שעמדה להכרעת בית המשפט היתה: מהי מידת האחריות של המערערת, בעלת הבית, כלפי המשיבים, אורחי השוכר?

בית המשפט המחוזי (השופט ב. כהן) פסק כי המערערת מחזיקה בפסי הברזל החלודים, ועל כן מוטלות עליה החובות הרגילות של המחזיק במקרקעין כלפי מבקריה. חובות אלה הופרו על ידי המערערת, שכן למרות ידיעתה את העובדות הפיזיות שגרמו לתאונה, היא לא עשתה דבר למנועה. חובה זו הופרה, בין אם נראה במשיבים בני רשות, ובין אם נראה בהם מזומנים, של המערערת. בית המשפט העליון קיבל את ערעורה של המערערת ופסק כי אין היא אחראית, במסיבות המקרה, כלפי המשיבים.

השופט מני פסק, כי אין לראות במערערת מחזיקה של מוטות הברזל. מוטות אלה, כמו המרפסת כולה, הם חלק מהמבנה שהושכר לשוכר, והנמצא בחוקתו בלבד. לאור מסקנה זו, עבר השופט לדון באחריות הבעלים שאינו מחזיק כשיש מחזיק אחר. בהסתמכו על המשפט המקובל האנגלי, שאומץ בארץ בע"פ 305/58 עמידר נ. י. מ. 1, קבע כי הבעלים שאינו מחזיק אינו חב כל חובת זהירות, בגין מצבו הפגום של הנכס המושכר, כלפי השוכר-המחזיק או כלפי אורחיו.

השופט לנדוי סבר אף הוא כי אין לראות במערערת מחזיקה במוטות הברזל. אשר לאחריות הבעלים שאינו מחזיק כשיש מחזיק אחר, הרי התשובה לשאלה זו מצויה במסגרת סעיף 50 (2) לפקודת הנוזיקין האזרחיים 1947—1944.² לדעת השופט לנדוי, ספק הוא אם שחרור מוחלט של הבעלים מאחריות עולה בקנה אחד עם לשון הסעיף 50 (2) רישא לפקודה, המעמיד את חובת הזהירות של כל אדם, ובכלל זה בעל הבית, על הבסיס הרחב והכללי של הלכת *Donoghue v. Stevenson [1932]*.³ עם זאת סובר השופט, כי אין להטיל אחריות על המערערת, וזאת משני טעמים. ראשית, בשל פסק הדין בע"פ 305/58 הנ"ל, הקובע העדר אחריות של בעל שאינו מחזיק כשיש מחזיק אחר; שנית, אין כל הגיון בסברה שהמחזיק עצמו יהא פטור בתוקף הסייג לסעיף 50 (2) לפקודה, ואילו בעל הבית יהא חייב על פי אותן העובדות, כשלשניהם היתה אותה הזדמנות לגלות את מצבה המסוכן של המרפסת.

מ"מ הנשיא, השופט אגרוט, הצטרף לפסקי הדין של חבריו השופטים. אף לדעתו, יתכן כי הדין בדבר שחרור בעל הבית מאחריות בנסיבות המקרה אינו מתישב עם העקרון הרחב שנקבע ברישא של סעיף 50 (2) לפקודה. ברם, אותו דין הנהו מחוייב על ידי הסייג הנוכח בסיפא של סעיף זה.

נצא מתוך ההנחה כי המערערת אינה מחזיקה במוטות הברזל, וכי המחזיקה בהם היא השוכרת. הנחה זו נראית לנו כמכרעת לפתרון אחריות המערערת בנסיבות המקרה, אם כי היא אינה רלבנטית כלל לפי פסיקת בית המשפט העליון. השופט

1. י"ד פד"י 1685.

2. להלן — הפקודה.

3. [1932] A.C. 562.

לנדוי פסק, כי אפילו נראה במערערת מחזיקה במוטות הברזל החלודים, אינה מוטלת עליה החובה לחפש את העובדות הפיזיות שגרמו לתאונה⁴, שכן חובה זו קיימת כלפי מוזמן, ולא כלפי בן רשות. לדעת השופט יש לראות במשיבים בני רשות בלבד. עם כל הכבוד, המשיבים הם אמנם בני רשות של השוכרים, אך הם מוזמנים של הבעל-המחזיק. המשיבים הם בני רשות של השוכרים, שכן זו התוצאה הנובעת מהוראות הסיפא לסעיף 50 (2) לפקודה, לפיה אורחי המחזיק הם בני רשות. אך המשיבים לא היו אורחי הבעל-המחזיק. כלפי זה האחרון הם היו מוזמנים. „לא רק הדייר אלא גם כל אותם האנשים אשר זה האחרון מרשה להם את השימוש במעבר המוליך לדירתו — כלומר, המוזמנים ובני הרשות של הדייר — ייראו, שעה שהם עוברים שם כדי להגיע לדירתו, כמוזמנים של בעל הבית”⁵. אמנם, עד כה הוגבלה פסיקת בית המשפט העליון לכך כי ילדיו⁶ ואשתו⁷ של השוכר הם מוזמנים של המשכיר, אך לדעתנו אין כל יסוד הגיוני להבדיל בינם לבין אורחים. פיצול זה באישיותו של הניזוק קיים בכל אותן שיטות המשפט המגדירות את המזמין כאדם שיש לו אינטרס בנוכחות הניזוק, ואינן עומדות על קיום אינטרס הדדי. כדברי השופט Heher J. במשפט *Taneian v. Meghrijian*⁸ א:

“One may be an invitee of the landlord and a mere licensee of the tenant; the landlord may be liable as such to a gratuitous licensee of the tenant, though the tenant would be under no liability.”

כאמור, בית המשפט העליון ראה במערערת בעלים שאינו-מחזיק. אף אנו ננתח, איפוא, את פסק הדין של בית המשפט העליון על בסיס הנחה זו.

מ"מ הנשיא, השופט אגרנט, והשופט לנדוי מסכימים שניהם, כי לפי הרישא לסעיף 50 (2) לפקודה תתכן כנראה חובת זהירות של הבעל שאינו מחזיק כלפי מבקריו של המחזיק. ספק אם זו השקפתו של השופט מני, המאמץ את ההלכה האנגלית, לפיה אינה מוטלת כל חובת זהירות על הבעל. על כן, אליבא דמ"מ הנשיא, והשופט לנדוי, אילו לא כלל סעיף 50 (2) לפקודה את הסייג שבו, נראה כי הם היו מוכנים לסטות מהלכת המשפט המקובל האנגלי. קבלת ההלכה האנגלית באה, איפוא, בעקבות השפעת הסיפא לסעיף 50 (2) לפקודה — המשחררת „בעל — owner” או „מחזיק — occupier” מהחובה לחפש פגמים חבויים להגנה על בטחון בן הרשות — על הרישא לאותו סעיף. השפעתה של הסיפא על הרישא יכולה ללבוש שתי צורות: השפעה ישירה או השפעה עקיפה.

4. בכך נתן השופט לנדוי פירוש שונה לעובדות המקרה מאשר השופט המחזיק. בעוד השופט כהן סבר כי העובדות הפיזיות שגרמו לתאונה היו ידועות למערערת, הרי השופט לנדוי פסק כי עובדות אלה לא היו ידועות למערערת. בנקודה זו יש להניח כי מ"מ הנשיא,

השופט אגרנט, הצטרף לדעתו של השופט לנדוי.

5. ע.א. 294/54 שטרן נ. שמיר, י"ב פד"י 421, 433.

6. ע.א. 294/54 הנ"ל.

7. ע.א. 229/57 פסצין נ. שטרן, י"ב פד"י 927.

8. 15 N.J. 267, 104 A. 2d689; Smith & Prosser, Cases and Materials on Torts, 843, 846.

ההשפעה הישירה של הסייג לסעיף 50 (2) לפקודה על אחריות הבעל שאיגו מחזיק כשיש מחזיק אחר מתבטאת בכך, שהסייג פוטר את „הבעל — owner” או „המחזיק — occupier” מהחובה לחפש את העובדות הפיזיות שגרמו לקיום הסיכון החבוי כלפי בן הרשות. השפעה ישירה זו קיימת אם המונח „בעל — owner” בסייג הג”ל כולל בעל שאיגו מחזיק כשיש מחזיק אחר. הנחה זו נשללה על ידי השופט מני, עמו הסכימו מ”מ הנשיא⁸ והשופט לגדוי⁹. לדעת השופט מני, המונח „בעל — owner” בסייג לא בא אלא „מתוך זהירות יתר”. לפי הגדרת המונח „מחזיק — occupier” בסעיף 2 (2) לפקודה נכלל בו בעל, בהעדר מחזיק, בא המחוקק של סעיף 50 (2) לפקודה וחזר על המונח „בעל” כדי להזכיר, כי בהעדר מחזיק, בא במקומו הבעל. פירושו של השופט מני גורם לכך כי המלה „בעל — owner” בסייג היא מיותרת, שכן אם מונח זה מתייחס לבעל כשאיגו מחזיק אחר, הרי „בעל” כזה כלול במונח „מחזיק”. הלכה פסוקה היא, כי¹⁰ „פירוש ההוק, העושה מלים שבו למיותרות איגו רצוי, ויש למנוע אותו במידת האפשר”.

היסוד ההגיוני לשלילת העצמאות מהמונח „בעל — owner” הוא לדעת השופט מני, כי בכך נכיר בקיום חובה של הבעל לפי הרישא, שכן רק אם יש חובה לפי הרישא יש טעם בשלילתה על ידי הסיפא. יסוד הגיוני זה גופל, לאחר שמ”מ הנשיא והשופט לגדוי היו מוכנים להכיר בקיום חובת זהירות של הבעל לפי הרישא לאור ניסוחה הכללי. זאת ועוד: עיון בהוראותיה של הפקודה מורה, כי המחוקק השתמש במונח „בעל — owner” שימוש זהיר וענייני. לא נמצא שימוש מיותר במונח זה. נהפוך הוא: שעה שהמחוקק רצה להגן על החזקה בתור שכזו, הוא לא מזכיר את הבעל¹¹, וכאשר המחוקק רצה להגן על זכות הבעלות, בנוסף לזכות החזקה, הוא הזכיר במפורש את הבעל¹². אף במסגרת הרישא לסעיף 50 (2) לפקודה, בה נזכר המונח „בעל”, מצא בית המשפט משמעות מיוחדת למונח זה¹³. אין כל סיבה להניח שדוקא בסעיף 50 (2) לפקודה עשה המחוקק שימוש מיותר במונח זה. אם נכונה השקפתנו, לפיה כולל המונח „בעל — owner” גם בעל ללא חזקה כשיש מחזיק אחר, הרי שבדין נדהתה תביעת המשיבים. הסייג לסעיף 50 (2) לפקודה קובע כי הבעל שאיגו מחזיק איגו חייב לחפש את העובדות הפיזיות שיצרו את הסיכון החבוי כדי לשמור על בן הרשות. „בן רשות” משמעו אדם הנמצא כדין בקרקע, למעט אנשים שלמחזיק יש אינטרס במציאותם בקרקע, ולרבות אורחי המחזיק. המשיבים נמצאו כדין בקרקע, אין למחזיק אינטרס במציאותם, והם אורחי

8. מ”מ הנשיא פותח את פסק דינו באומר: „מסכים אני לפסקי הדין של חברי הנכבדים, השופטים מני ולגדוי”. בהמשך פסק הדין, בנתחו את השפעת הסיפא על הרישא, אימר מ”מ הנשיא: „ברם, אותו דין הגהו מחוייב על ידי הסייג הנזכר בסיפא של סעיף זה, דבר שהובהר היטב הן בהנמקתו של השופט מני, והן בוו של השופט לגדוי”.

9. אילו לא הסכים השופט לגדוי לפירושו של השופט מני למונח „בעל” בסיפא, היה עליו לדחות את תביעת המשיבים בלא לדון כלל בהשפעתו העקיפה של הסייג על הרישא.

10. ע.פ. 19/53 בריל ג. י.מ., ז’ פד”י 561, 565.

11. השהו סעיף 25 (b) ו (c) לפקודה.

12. השהו סעיפים 45 ו 47 לפקודה. ראה גם סעיף 49 לפקודה.

13. ראה המ’ 106/54 וינושטיין ג. קדימה אגודה שיתופית בע”מ, ח’ פד”י 1317, 1333.

המחזיק. המשיבים הם על כן בני רשות של המחזיק. אין גם לומר כי המשיבים הם בני רשות של המחזיק-השוכר, ומוזמנים של הבעל שאינו מחזיק. מוזמן מוגדר כאדם שלמחזיק אינטרס במציאותו על הקרקע. אין משמעות למונח „מחזיק” כלפי מי שאינו מחזיק. ההבחנה בין סוגי המבקרים רלבנטית מטבעה כלפי מחזיק בלבד. הפיצול באישיותו של הניזוק, עליו עמדנו לעיל, אפשרי רק כלפי מחזיקים שונים, ולא כלפי מחזיק ומי שאינו מחזיק. בסיכום: המחוקק, שפטר את המחזיק מהחובה לחפש פגמים לשמירה על בטחון בן רשות שלו, פטר גם במקביל את הבעל שאינו מחזיק מהחובה האמורה כלפי אותו אדם, כלומר, בן הרשות של המחזיק.

כאמור, דחה בית המשפט העליון את ההשקפה, המסייגת את חובת הזהירות שברישא לסעיף 50 (2) לפקודה באמצעות התורה המפורשת שבסייג לאותו סעיף. לדעת השופט לגדוי השפעת הסייג אינה ישירה, אלא עקיפה. ההשפעה העקיפה מתבטאת בכך, שתהיה זו תוצאה אבסורדית אם המחזיק יצא פטור מאחריות, ואילו באותן נסיבות עצמן יימצא הבעל שאינו מחזיק אחראי. אין הצדקה להפליה לרעה של הבעל שאינו מחזיק לעומת המחזיק. אם זוהי ההצדקה היחידה לחסינות הבעל שאינו מחזיק כשיש מחזיק אחר, הרי היא מעוררת את הספיקות הבאים:

א. הלכה פסוקה היא, הן במשפט המקובל האנגלי¹⁴ והן במשפט הישראלי¹⁵, כי הסייג לסעיף 50 (2) לפקודה אינו חל לטובת מי שאינו מחזיק, אפילו היתה למי שאינו מחזיק אותה ההזדמנות כמו למחזיק לגלות את המצב המסוכן של הקרקע. אדם המצוי על הקרקע, והמבצע עבודות למען המחזיק, ושבידו אותם אמצעי ידיעה ומניעה כמו למחזיק, אינו נהנה מהחסינות שהמשפט מעניק למחזיק. אמת הדבר, בקורת קשה נמתחה על הבחנה זו שבין המחזיק לבין שאינו מחזיק¹⁶. אך חרף

14. Billings v. Reed [1958] A.C. 240; Miller v. South Scotland Electricity Board 1958 S.C. 20; Canter v. Gardner & Co. Ltd. [1940] 1 All E.R. 325; Hartwell v. Grayson [1947] K.B. 901; Buckland v. Guildford Gas Light & Cake Co. [1948] 2 All E.R. 1086; Davis v. St. Mary's Demolition Co. Ltd. [1954] 1 All E.R. 578; Mooney v. Lanarkshire County Council 1954 S.C. 254; Creed v. McGeoch & Sons Ltd. [1955] 3 All E.R. 123; Perry v. Thomas Wrigley Ltd. [1955] 1 W.L.R. 1164; Nixon v. Wanit [1959] 21 D.L.R. 2d 68.

15. ע.פ. 54/57 דרבסקי נ. י.מ., י"ב פד"י 655; ע.א. 455/60 מדינה ישראל נ. רבינוביץ, ס"ז פד"י 2381; ת.א. 372/50 פילמוט נ. דסקי, ר"פ (מ) 186; ת.א. 649/59 ענבר נ. גובאור, כ"ו פ (מ) 186; ת.א. 897/61 צימבלין נ. מולק, ל"ט (מ) 269; ת.א. 976/59 כהן נ. סמארה, ל"ג פ (מ) 363.

16. ראה פסק דינו של השופט צלטנר בע.פ. 76/51 י.מ. נ. רוטנשטרייך, ה"פ (מ) 193, 197. פסק הדין בוטל בערעור: ע.פ. 35/52 רוטנשטרייך נ. י.מ., ז' פד"י 58. ראה גם Kenny v. Electricity Supply Board [1932] I.R. 73, 93; Davis v. St. Mary's Demolition Co. Ltd. [1954] 1 All E.R. 578; Creed v. McGeoch & Sons Ltd. [1955] 3 All E.R. 123; Perry v. Thomas Wrigley Ltd. [1955] 1 W.L.R. 1164.

הבקורת הזו, המשיכו שופטים להכיר בה ולקימה¹⁶. כמה שונה מצבו של הבעל שאינו מחזיק ממצבו של כל אדם אחר שאינו מחזיק? פסק דינו של בית המשפט העליון ביטל אמנם את ההפליה של הבעל שאינו מחזיק ביחס למחזיק, אך יצר בד בבד הפליה חדשה לטובת הבעל שאינו מחזיק ביחס לכל אדם אחר שאינו מחזיק.

ב. אמת הדבר, דין שונה לבעל שאינו מחזיק ולמחזיק, עשוי להביא לתוצאות אבסורדיות. אך האבסורד אינו בכך שהבעל שאינו מחזיק אחראי, אלא בכך שהמחזיק אינו אחראי. מקור האבסורד הוא בחסינות המחזיק. יצירת דין אחד למחזיק ולבעל שאינו מחזיק מגדיל את הסטייה מעקרון הרשלנות הכללי. אין הבעל שאינו מחזיק רשאי לדרוש כי ההפליה הבלתי מוצדקת תחלה לטובת המחזיק תחול גם עליו. את ההפליה יש לצמצם ככל האפשר¹⁶, ולא להצדיק הפליה אחת על ידי הפליה אחרת. בהעדר הוראה יש להחיל על הבעל שאינו מחזיק את עקרונות הרשלנות הכללית החלים על כל אדם. רק הוראה מפורשת, בסייג לס' 50 (2) לפקודה עשויה להוציא אדם ממסגרת הרשלנות הכללית. הוראה מפורשת זו, היא מקור האבסורדים, לה יש לתת פירוש מצמצם, ואין להחילה מעבר להכרח הלשוני. סטנדרט ההשוואה חייב להיות הכלל שברישא ולא הסייג שבסיפא. גישה אחרת תביא בהכרח לתוצאה כי נרחיב את חסינות בעל המחזיק לא רק על הבעל, אלא גם על הקבלן העצמאי שבנה הבית לבעל, שכן זהו היסוד ההגיוני הפלות בין השנים? גישתנו לא רק שהיא מתישבת עם האסמכתאות שציטטנו לעיל¹⁷, אלא היא אף מתישבת עם גישתו הכללית של בית המשפט העליון, שהמליץ על ביטול חסינות המחזיק בדרך זו או אחרת¹⁸. גישה זו תביא גם תוצאה רצויה במקרה הנוכחי. האין זה בלתי רצוי, כי מתוך רצון כי הן המחזיק והן הבעל שאינו מחזיק יהיו אחראים, מגיע בית המשפט לתוצאה כי אף אחד מהם אינו אחראי?

נראה לנו, על כן, כי אין להצדיק שחרור הבעל שאינו מחזיק מתחולת עקרון הרשלנות הכללי בהסתמך על השחרור הניתן באותן הנסיבות למחזיק בלבד. שחרור המערערת בנסיבות המקרה שלפנינו אפשרי, על כן, על סמך אחת משתי ההנחות הבאות בלבד: 1. המערערת היא המחזיקה בפסי הברזל החלודים שגרמו לתאונה; או 2. המונח „בעל — owner” בסייג מתייחס לבעל שאינו מחזיק כשיש מחזיק אחר.

עם זאת, בין אם נקבל את השקפת בית המשפט העליון בדבר ההשפעה העקיפה של הסייג על הרישא, ובין אם נקבל את השקפתנו בדבר ההשפעה הישירה של הסייג על הרישא, ברור הדבר כי סוטים אנו, בסוגיית הבעל שאינו מחזיק, מהלכות המשפט המקובל. סטייה זו גובעת מתוך כך, שאליבא דכולם, צמצום אחריות הבעל שאינו מחזיק נעשה בהשפעתו של הסייג לסעיף 50 (2) לפקודה. השפעת הסייג אינה יכולה לחול מעבר לפטור שהוא מעניק לבעל (לפי השקפתנו) או למחזיק (לפי השקפת בית המשפט העליון). סטייה זו חייבת להתבטא בשני המקרים הבאים:

16. *Sharpe v. Sweeting & Sons, Ltd.* [1963] 2 All E.R. 455, 462.

17. ראה הערות שוליים 14 ו-15 לעיל.

18. השה פסק דינו של השופט לנדוי בע. א. 390/60 אלפרסי נ. חברת המלח באיי בע"מ,

ט"ו פד"י 538, 541.

א. אם הבעל שאינו מחזיק והמחזיק ידעו על הסיכון התבוי, אין הסייג פוטר את המחזיק, ואין הצדקה לפטור את הבעל שאינו מחזיק. הצדקה כזו אינה קיימת לפי השקפת מ"מ הנשיא השופט אגרנט והשופט לגדוי, שכן בגסיבות אלה אינו מתקיים כל אבסורד. נהפוך הוא: יש התאמה בין אחריות המחזיק לבין אחריות הבעל שאינו מחזיק. הצדקה זו אינה קיימת לפי השקפתנו, שכן הסייג אינו חל אז על הבעל כשם שאינו חל על המחזיק. דין אחד לשניהם.

ב. אם הגיווק הוא מוזמן של המחזיק, אין הסייג חל על אחריות המחזיק. דינו של המחזיק נקבע לפי עקרון הרשלנות הכללי¹⁹. מן הדין שגם אחריות הבעל שאינו מחזיק תידון לפי עקרון הרשלנות הכללי.

ד"ר אהרן ברק