

## האחריות כלפי ילדים נסיגי גבול – התקדמות ונסיגה

(ע"א 146/64 ברשטלינגר נ. רובינשטיין, פד"י י"ח, חלק שלישי, עמ' 215;  
ע"א 69/64 גבאי נ. חדינת ישראל, פד"י י"ח, חלק רביעי, עמ' 582)

### 1. הרקע

עד לעת האחרונה מקובלת היתה בישראל הלכת רוטנשטרייך<sup>1</sup> – שמקורה במשפט האנגלי<sup>2</sup> – כי המחזיק במקרקעין<sup>3</sup> אינו חב חובת זהירות כלפי ילדים מסיגי גבול, אם הנזק שנגרם להם נובע ממצבם הפגום של המקרקעין<sup>4</sup>. הלכה זו סוייגה בשני חריגים שמקורם ברעיון „הפיתוי”<sup>5</sup>. החריג הראשון קובע כי הימצאות גורם מפתה על המקרקעין, כמותה כהזמנה מכללא לילדים לעלות על מקרקעין אלה. הילדים הופכים, עקב הפתיון, לבני רשות<sup>6</sup>. חריג זה פועל בתחום מצומצם, שכן התנגדות מפורשת ועקבית מצד המחזיק במקרקעין לנוכחות

1. שאומצה בארץ בע"פ 35/52 רוטנשטרייך נ. י.מ. (פד"י ז', 58). ראה סקירת ההלכה במאמרנו על „אחריות בנוזקין של המחזיק במקרקעין”, מהקרי משפט לוכר אברהם רוזנטל, עמ' 104.
2. באנגליה יצא ה- Occupiers Liability Act, 1957 שגילגל את ההבחנה בין מוזמנים לבין בני-רשות, אך לא שינה מהלכות המשפט המקובל לגבי מסיגי גבול. הפסיקה, לעומת זאת, צעדה צעד קדימה ב-  
*Videan v. British Transport Commission* [1963] 2 All E. R. 860  
אך נסוגה בצורה ניכרת ב-  
*Commissioner for Railways v. Quinlan* [1964] All E. R. 897
3. ההלכה האמורה הוחלה גם על המחזיק במטלטלין: ע"א 59/55 צלאח נ. סירני (פד"י י', 1317), אם כי לאחרונה יש יסוד להטלת ספק בתוקף הלכה זו: ראה ע"א 63/62 קלפאור נ. המוסד לביטוח לאומי (פד"י ט"ז, 1429).
4. מצבו של הקטין טוב יותר אם הנזק נובע מפעילות על הקרקע: ראה „האחריות בנוזקין של המחזיק במקרקעין”, שם, עמ' 145.
5. „פתיון” משמעותו חפץ (כגון, מכונית, נדנדה, בריכה) המושך את הזולת אליו, מבלי שאפשר יהא לצפות כי הנמשך יעמד כנגד המשיכה, ומבלי שאפשר יהא לצפות כי יזהר מפניה.
6. ראה *Phipps v. Rochester Corporation* [1955] IQ. B. 450. לבקורת תורת „הרשיון מכללא” ראה  
*Commissioner for Railways v. Cardy* (1960) 34 A. L. J. 134
7. לאמיתו של דבר אין זה חריג אמיתי, שכן אין הוא מטיל אחריות כלפי מסיגי גבול, אלא מסיגי גבול הופך מכוהו לבן רשות.

ילדים יש בה כדי לשלול את ההזמנה הקונסטרוקטיבית.<sup>8</sup> החריג השני קובע כי משנמצא ילד ברשות בקרבת דבר מפתה, מוטלת על בעל החפץ החובה לנהוג כלפיו זהירות סבירה, למרות שאותו ילד הינו מסיג גבול בחפץ המפתה.<sup>9</sup> תואם פעולתו של חריג זה מצומצם גם הוא, שכן תנאי להפעלתו הוא שנוכחות הילד בקרבת החפץ המפתה הינה ברשות.<sup>10</sup> התוצאה המצטברת של הכלל וחריגיו היתה שהמחזיק במקרקעין אינו חב כל חובת זהירות כלפי ילד, שנוכחותו במקרקעין ידועה אך אסורה במפורש ובאופן עקבי, למרות שעל הקרקע מצוי סיכון המושך את הילד ופוגע בו, ובלבד שנוכחותו ליד הדבר המפתה אסורה. הלכה זו נראתה כבלתי צודקת<sup>11</sup> ובלתי הומניטרית<sup>12</sup>. בע"א 460/61 פרקש נ. אונ'י<sup>13</sup> נעשה על ידי השופט כהן נסיון חשוב לשיפור מצבו של הקטין מסיג הגבול. על ידי אימוץ כללי ה־Restatement האמריקני, אך נסיון זה לא התקבל על דעת שני השופטים האחרים שישבו עמו בדין, ואף לא היה נחוץ להכרעת הדין באותו מקרה. למרות זאת לא נשאר דבריו של השופט כהן ללא השפעה, ובע"א 146/64 ברשטינגר נ. רובינשטיין<sup>14</sup> (להלן – משפט ברשטינגר) נעשה נסיון שני, והפעם נשא תוצאות חיוביות, להטלת אחריות על המחזיק במקרקעין כלפי ילדים מסיגי גבול, מעבר למקובל עד אז.

## 2. ההתקדמות

עובדות המקרה שנדונו במשפט ברשטינגר היו, בקיצור, כלהלן: במרכזו של עושה נמצאה בריכה שסביבתה שיחקו ילדי המושב והשיטו בה קרשים. הבריכה היתה עמוקה, והוושש הרציני כי הילדים יפלו לבריכה וייפגעו הניע כמה מחברי המושב לאסור על הילדים לבוא לבריכה, ולגרשם מהמקום משראום שם. למרות זאת, נמשכו הילדים לבריכה והתעלמו מאסורי המבוגרים. אחד הילדים שעמד בקרבת הבריכה מעד ונפל לתוכה ומת בטביעה. בהתאם להלכת רוטנשטרייך לא היה מקום להטיל אחריות על המושב המחזיק<sup>15</sup>, אך בית המשפט המחוזי (השופט גוברניק)<sup>16</sup> פסק כי המושב אחראי

8. ע"פ 80/55 פורת נ. י.מ. (פד"י ט', 1013).

9. ע"פ 131/56 לחם נ. י.מ. (פד"י י"ב, 320).

10. בין שהוא מוזמן שם, ובין שהוא בן רשות; בין שהמקום הוא רשות הרבים (רחוב) ובין שהמקום הוא רשות היחיד; ע"פ 131/56 הנ"ל.

11. לבקורת ההלכה ראה מאמרנו על „האחריות בנויקין של המחזיק במקרקעין“, שם, בעמ' 111.

12. ראה *Liddle v. Yorkshire (North Riding) County Council* [1934] 2. K. B. 101, 110.

13. פד"י ט"ז, 1933. ראה הערתנו על פסק הדין ב„הפרקליטי“, כרך כ', עמ' 17.

14. פד"י י"ח, חלק שלישי, עמ' 215.

15. בית המשפט העליון שחרר מאחריות את הסוכנות היהודית, אפילו היה מקום לראותה כבעלת הבריכה, וזאת על יסוד ע"א 387/52 רשות הפיתוח נ. קואן

(פד"י י"ז, 1098). כבר הצבענו על כך כי אחריות המחזיק מתוספת לאחריות

הבעל, ואינה באה במקומה: ראה הערתנו ב„הפרקליטי“, כרך י"ט, עמ' 213.

16. ת.א. ח"י 1582/62 רובינשטיין נ. זרמוט ואח' (מ' פ(מ), 316).

שכן לדעתו נמצאו הילדים בקרבת הבריכה בזכות, מהיותם ילדים של חברי המושב. המושב חב לילדים אלה חובת זהירות כללית מכח יחסי „הרעות” שבין המושב לבין הילדים, הקבועים בסעיף 50 לפקודת הנזיקין.<sup>17</sup> בית המשפט סבר כנראה כי לא היה בכח האסורים שהוטלו על ידי מספר חברי מושב להפוך את הילדים למסיגי גבול, שכן זכותם להימצא במקום התאונה יכולה להשלל רק על ידי החלטת ועד המושב, והחלטה כזו לא נתקבלה.<sup>18</sup>

בערעור שנדון בבית המשפט העליון הצטרף השופט לנדוי לדעת בית המשפט המחוזי.<sup>19</sup> יחד עם זאת קבע השופט לנדוי כי גם אם נראה בילד מסיג גבול על שפת הבריכה יש מקום להטיל אחריות על המושב-המחזיק, וזאת לפי החריג השני להלכת רוטנשטרייך<sup>20</sup>: הבריכה היוותה פתיון לילדים; נוכחות הילדים בקרבת הפתיון היתה מותרת, למרות שנוכחותם על ההפץ המפתה (שפת הבריכה) היתה אסורה.<sup>21</sup> השופט לנדוי הטיל, איפוא, אחריות על המושב-המחזיק בהתאם להלכות המקובלות.

בדרך שונה הלך השופט זילברג.<sup>22</sup> לדעתו היו הילדים מסיגי גבול. אף על פי כן הטיל אחריות על המושב-המחזיק. בהטילו אחריות זו קבע השופט זילברג הלכה חדשה, לפיה חב המחזיק במקרקעין חובה כלפי ילדים מסיגי גבול אם מתקיימים שלשה תנאים אלה<sup>23</sup>: „(1) העצם המחזיק הוא בחינת 'מסית ומדיח', לאמור: בעל תכונות מפתות שאין הילד יכול לעמוד בפניהן; (2) הילד שניזוק, מפאת גילו הרך, אינו מסוגל לתפוס את הסכנה שבדבר; (3) המחזיק, או שאינו

17. בית המשפט המחוזי קבע כי מעמדם של חברי המושב וילדיהם במושב נעלה ממעמדו של מוזמן, וביחסים בין המושב לבין חבריו הלים יחסי „הרעות” הקבועים בסעיף 50(2) לפקודת הנזיקין. נסיון זה ליצור מעמד נוסף של מבקרים בקרקע הינו מיותר כיום, שכן האחריות כלפי מוזמן נקבעת כיום בהתאם ליחסי „הרעות” הקבועים בסעיף 50(2) רישא לפקודת הנזיקין: ראה ע"א 98/62 מרינת ישראל נ. גיפסר (פד"י י"ז, עמ' 2073). ראה הערה על פסק הדין ב„הפרקליט”, כרך י"ט, עמ' 209.

18. אך כלום לא אישר ועד המושב כדיעבד את האיסורים שהטילו חברי המושב הבודדים?

19. משפט ברשטלינגר, בעמ' 223.

20. שם, בעמ' 224.

21. עובדות המקרה אינן מגלות בברור את היקף האיסור שהפך את הילדים למסיגי גבול. האם התיחס רק לנוכחות על שפת הבריכה, או גם לנוכחות בשטח הבריכה כולה. הבחנה זו חשובה לענין תחולת החריג השני להלכת רוטנשטרייך. נראה שהשופט לנדוי סבר כי האיסור התייחס רק לנוכחות על שפת הבריכה.

22. לדעתנו, לא הצטרף השופט לנדוי להידושו של השופט זילברג. השופט ברנזון הסכים לתוצאה, אך לא פירש לאיזה פסק דין הסכים. בע"א 69/64 נבאי נ. מרינת ישראל (פד"י י"ח, חלק רביעי, עמ' 582) חזר השופט זילברג על הלכתו, ואף ציין כי כל השופטים במשפט ברשטלינגר הסכימו לה. השופט לנדוי, שישב בדיון גם בע"א 69/64 הנ"ל הסכים עם פסק דינו של השופט זילברג.

23. משפט ברשטלינגר, בעמ' 223.

מזהיר כלל, או שהוא יודע כי, על אף אזהרותיו, הילדים אינם כובשים את יצרם, אלא באים ונמשכים אל מקום הסכנה".

הלכת השופט זילברג אינה מזדהה עם החריג השני להלכת רוטנשטרייך, שכן אין היא דורשת כתנאי להחלתה את המצאות הילדים ברשות ליד הגורם המפתה.<sup>24</sup> ההלכה שקבעה השופט זילברג מתקדמת יותר מהלכת ה-Restatement שאומצה על ידי השופט כהן בע"א 460/61.<sup>25</sup> בפנינו אם כן הלכה חדשה, מרחיקת לכת, העומדת בסתירה להלכת רוטנשטרייך<sup>26</sup>, ומרחיבה בהרבה את האחריות כלפי ילדי-מסיג-גבול.<sup>27</sup>

### 3. הנסיגה

הלכת השופט זילברג אינה נזכרת, כמובן, במפורש בפקודת הנוזיקין, אף על פי כן ניתן היה להצדיקה על ידי עקרון "הרעות" הכללי<sup>28</sup>. הצדקה זו אינה אפשרית עוד, שכן השופט זילברג עצמו פרש במשפט גבאי<sup>29</sup> את הלכתו, כאופן העומד בניגוד לעקרון "הרעות", והביע במפורש במשפט ברשטלינגר את דעתו נגד גזירת הלכתו מעקרון "הרעות". כנגד מבחן "הרעות" הציע השופט זילברג בסיס חדש להלכתו. נדון בקצרה בפירוש שנתן השופט זילברג להלכתו, בהתנגדותו לעקרון "הרעות" ובבסיס המוצע על ידו.

א. הפירוש שניתן למשפט ברשטלינגר במשפט גבאי שתיים הן ההגבלות אותן קבע השופט זילברג להלכתו, ובשתיים אלה נופלת האחריות המוטלת על המחזיק במקרקעין לפי משפט ברשטלינגר, מהאחריות

24. אין השופט זילברג מזכיר כלל את ע"פ 131/56 לחם נ. י.מ. (פד"י י"ב, 320), שקבע את החריג השני להלכת רוטנשטרייך.

25. פד"י ט"ז, 1933. ההבדל מתבטא בארבעה אלה: (1) אין הלכת השופט זילברג מוגבלת למבנים מלאכותיים; (2) אין היא מוגבלת למקרים של פגיעה גופנית קשה או מוות; (3) אין היא מוגבלת למקרים בהם הילד אינו יודע על קיום הסכנה; (4) אין היא לוקחת בחשבון את תועלת המחזיק.

26. השופט זילברג מציין במפורש, ובנילוו לכ ראוי להערכה, כי "לא שכחתי את פסק הדין שכתבתי בערעור רוטנשטרייך. אותו פסק דין אין להעלותו בקנה אחד עם פסק-דיני זה; הוזה אומר: חזרתי ב" (שם, עמ' 223).

27. השופט זילברג אף הציע לבטל את ההבחנה בין מוזמן לבין בן רשות, וזו היתה גם השקפתו של השופט דנינג (Denning L. J.) ב-Slater v. Clay Cross.

Co. [1956] 2 Q. B. 264. בצדק העיר השופט לנדוי, כי הוראת סעיף 50(2) סיפא לפקודת הנוזיקין עומדת למכשול על דרך הצעה זו. בעוד שאזהרה אינה מועילה תמיד כלפי מוזמן (ראה ע"א 98/62 מדינת ישראל נ. גיטר, פד"י י"ז, 2073), הרי יש בה תמיד כדי לשחרר את המחזיק מאחריותו כלפי בן רשות (סעיף 50(2) סיפא לפקודת הנוזיקין).

28. זהו גם הבסיס שנתן השופט ויתקון בע"א 360/59 י.מ. נ. כרקופיץ (פד"י י"ד, 206) להעדר אחריות כלפי מסיג גבול.

29. ע"א 69/61 גבאי נ. מדינת ישראל (פד"י י"ח, חלק רביעי, עמ' 582) (להלן – משפט גבאי).

המוטלת עליו לפי עקרון „הרעות“ הכללי. שתי ההגבלות האמורות הן: (א) הדרישה להפץ המהווה „פתיון“, בעוד שיחסי „רעות“ קיימים גם בעדור „פתיון“. לפי משפט ברשטלינגר, אין חובה כלפי ילד מסיג גבול שנוכחותו צפויה, אם בקרקע אין „פתיון“; (ב) גילו הרך של הילד כתנאי נוסף להחלת ההלכה, בעוד שיחסי „רעות“ קיימים בין בני אדם בכל הגילים. לפי משפט ברשטלינגר אין חובה כלפי ילד שאינו „בגיל רך“, למרות שהמחזיק צריך לצפות לכך כי הילד לא יוכל לשמור על בטחונו הוא. ניתן להצדיק הגבלות אלה בכך, שהעובדות המטריאליות במשפט ברשטלינגר לא דרשו קביעת עקרון רחב יותר. אפשר היה להשתעשע בתקוה כי פסיקה מאוחרת יותר תתאים את הלכת השופט זילברג למבחני „הרעות“ הכלליים: את מושג „הפתיון“ ניתן היה להרחיב על ידי הגדרתו ככל עצם שהמחזיק צריך היה לצפות כי יגרום נזק למתקרב אליו; ואת המושג „ילד בגיל רך“ ניתן היה להרחיב ככולל כל ילד שצריך לצפות כי יבוא במגע עם עצם מוזיק מבלי שיוכל לשמור על בטחונו.

ציפיות אלה להתאמה של הלכת השופט זילברג לעקרון „הרעות“ הכללי נתכדו עם צאת פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 69/64 גבאי נ. מדינת ישראל<sup>29</sup>. בענין זה נפגע ילד בן 14 מפגז שנמצא בשדה מטווחים שבחוקת מדינת ישראל. הוטל איסור מפורש על הכניסה למטווח, אך למרות האיסור נמשכו הילדים למקום הסכנה, ואחד מהם הרים פגז ונפגע. בית המשפט העליון מפי השופט זילברג, קבע כי המחזיק במטווח אינו אחראי.

העובדות המטריאליות במשפט גבאי דומות לאלו שבמשפט ברשטלינגר בשני המקרים היווה העצם המוזיק „פתיון“. בשניהם ידע המחזיק כי על אף אוהרותיו אין הילדים כובשים את יצרם ונמשכים אל מקום הסכנה, ובשניהם לא נקט המחזיק באמצעים סבירים למניעת הפגיעה. ההבדל בין שני המקרים היה שבראשון היה הילד הנפגע בן 8 ובשני בן 14. הבדל זה הוא שהכריע את הכף, שכן<sup>30</sup> „ילדים בגיל זה (14) אינם ילדים לגבי הלכת ע"א 146/64 המוגבלת לילדים עד גיל 12 בלבד“<sup>31</sup>.

צמצום הלכת ברשטלינגר לילדים עד גיל 12 מנתקת הלכה זו מהעקרון הגמיש של „הרעות“<sup>32</sup> שאינו סובל קטגוריות נוקשות<sup>33</sup>. הגיל הוא יסוד משתנה לקביעת „הרעות“, אך אינו משמש מבחן נוקשה<sup>34</sup>. המציאות מלמדת שככל שהילד רך יותר בשנים כך יש לצפות שיימשך אל הסכנה ולא יוכל להזהר מפניה.

29. פד"י י"ח, חלק רביעי, 582. הערתנו על פסק הדין המחוזי, ראה ב„הפרקליט“, כרך כ', עמ' 303.

30. שם, עמ' 585.

31. ראה גם ע"א 460/61 פרקש נ. אוני (פד"י ט"ז, 1933).

32. ראה הערתנו על פסק הדין ע"א 460/61 ב„הפרקליט“, כרך כ', עמ' 17.

33. ראה London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton [1951] A.C. 737, 776 per Lord Reid.

34. ראה Fleming James Jr.: "Tort Liability of Occupier of Land: Duties Owed to Trespassers," (1953) Yale L. J. 144, 447.

וככל שהוא מבוגר יותר, כן צריך לצפות שישלוט בעצמו, ויזהר בפני הסכנה. אך מציאות זו עשויה להשתנות ובמסיבות מסוימות עשוי ילד בן 8 לשלוט בעצמו ולהזהר ואילו ילד בן 14 עלול לשמוט כל רסן ולהפגע. הלכת ברשטלינגר, כפי שפורשה במשפט גבאי אינה לוקחת בחשבון שיקולי "צפיות" אלה, אלא קובעת עקרון נוקשה, הלא הוא עקרון הגיל. אפילו ידע המחזיק כי ילדים מעל גיל 12 נמשכים בכבלי ילדות אל מקור הסכנה, ואינם יכולים לשמור על בטחונם, אין הוא חב להם כל חובת זהירות.<sup>35</sup>

גיל 12 נקבע כ"גיל גג" על יסוד לימוד גזירה שווה והקש מסעיף 8 לפקודת הנוזיקין.<sup>36</sup> סעיף זה קובע כי ילד עד גיל 12 אינו ניתן לתביעה בנוזיקין. מכאן שילד מעל גיל 12 אחראי למעשיו, ואין לראותו עוד כ"ילד רך" לענין הלכת ברשטלינגר. האנאלוגיה מהוראת סעיף 8 לפקודת הנוזיקין מעוררת ספק. הוראת סעיף 8 נועדה להגן על הקטין ולא לעמוד לו לרועץ. אין פקודת הנוזיקין קובעת כי ילד מתחת לגיל 12 נעדר כל כושר להעריך מראש סכנה. אילו היתה זו הגישה, לא היה מקום לייחס לילד מתחת לגיל 12 רשלנות תורמת.<sup>37</sup> היות הילד מעל גיל 12 אינו צריך לשחרר תמיד את המחזיק מאחריות כלפיו, כשם שהיות הילד מתחת לגיל 12 אינו צריך להטיל תמיד אחריות על המחזיק. פקודת הנוזיקין אינה קובעת קשר כלשהו בין העדר או קיום אחריות הקטין למעשיו לבין קיומה או העדרה של אחריות כלפי קטין. מההוראה המלאכותית הקבועה בסעיף 8 לפקודת הנוזיקין — שמקורה כנראה בטעמי יעילות — אין מקום לגזור הוראה מלאכותית נוספת, שאינה מתיישבת עם עקרון "הרעות".

ב. התנגדות השופט זילברג להחלת מבחן "הרעות".  
השופט זילברג נתן דעתו לשאלה, אם יש מקום לגזור את הלכתו מעקרון "הרעות", והשיב על כך בשלילה. אומר השופט זילברג:<sup>38</sup> "כל עוד לא נקבעו מסמרות בדבר... המגדירים בדיוק את יחסי הקירבה והרעות שבין המזיק והעתיד להזיק, תהא זאת משענת קנה רצוף לקבוע על פיה את הזהירות והאחריות. קל היה לקבוע את הריחוק וה"העדר הרעות" בין מזיק לניזוק במקרים של דוננו נ."

35. אפילו במשפט האמריקאי, בו מורגשת נטיה להגביל את התובה כלפי ילדים קטנים בלבד, ניתן למצוא מקרים — הגם שהם נדירים — בהם נקבעה תובה כלפי ילדים בגיל 16. אומר Prosser, *Law of Torts*, 3rd ed (1964), p. 382:  
"With the increasing development of conditions, such as high tension wires, which a boy of high school age may reasonably be expected not to appreciate, there are now a considerable numbers of cases in which such children have been allowed to recover, at the age of thirteen, and fourteen, with a few instances of even older children."

36. משפט גבאי, בעמ' 585.

37. ע"א 361/59 צוקרמן נ. שנברגר (פד"י י"ד, 479); ע"א 355/60 מובשוביץ נ. גרי (פד"י ט"ו, 32).

38. משפט ברשטלינגר, בעמ' 222.

39. A.C. 562 (1932) באיזכור פסק דין זה נפלה כנראה טעות. דוקא בפסק דין זה נקבע כי קיימים יחסי "רעות".

סטיבנסון<sup>39</sup> ובורהיל נ. יונג<sup>40</sup> ופרצקר נ. פרידמן<sup>41</sup>, כי שם הריחוק היה ממש, פיזי או פסיכולוגי. הרבה יותר קשה יהיה לקבוע את הריחוק ההוא כאשר יסודו הוא בשיקולים מוסריים-חברתיים. להפוך את המצווה המוסרית של 'ואהבת לרעך כמוך' לכלל משפטי של 'שמירת לרעך כמוך' ולומר: רע הוא האדם שאתה חש מבהינה חברתית חובת שמירה עליו, יביא בסופו של דבר לידי צירקולוס ויציוזוס שאין כל מוצא הימנו. שלילה זו של הפעלת עקרון 'הרעות' אינה אלא שלילת העקרון עצמו. השקפתו של השופט זילברג מעוררת ספיקות. הן מבהינת יחסה לעקרון 'הרעות' בכלל, והן מבהינת יחסה לאחריות המחזיק במקרקעין בפרט:

(1) השופט זילברג גורס, כי אין להזקק לעקרון 'הרעות' כל עוד לא נקבעו 'מסמרות בדבר'. אך דווקא בתחומי עולות הרשלנות המגמה הרווחת היא להמנע מקביעת מסמרות<sup>42</sup>. חסינות המחזיק, ממנה רוצה השופט זילברג לסטות, נוצרה דווקא משום שניסו לקבוע 'מסמרות בדבר'. אם עקרון 'הרעות' ייתפתח בצורה טבעית ורציונלית, לא ייקבעו לעולם מסמרות נוקשות. לפיכך, אם נלך בעקבות דבריו הנזכרים של השופט זילברג, לא ייקבעו לעולם יחסי מחזיק ומסיג גבול לפי עקרון 'הרעות'.

(2) השופט זילברג קובע כי קשה לקבוע יחסי 'רעות' בהעדר קירבה ממשית, פיזית או פסיכולוגית, אך חשיבותו של עקרון 'הרעות' הוא דווקא בכך שהוא קובע יחסי קירבה בהעדר קירבה ממשית. היה זה השופט זילברג עצמו שקבע כי<sup>43</sup>, 'השכנות' אינה לא שכנות שבמקום ולא שכנות שבזמן, אלא שכנות או קירבה מבהינת חוליות הקשר של השרשרת הסיבתית המובילה מן המעשה אל התאונה. במשפט דוניו נ. סטיבנסון<sup>44</sup>, בו גובש רעיון 'הרעות' לא היתה כל קירבה, ממשית, פיזית או פסיכולוגית. כל חשיבותו של עקרון 'הרעות' הינה בכך שהוא יוצר קירבה משפטית במקום בו אין קירבה פיזית.

(3) השופט זילברג דוחה את הגישה לפיה 'רע' הוא אדם, שאתה חש מבהינה חברתית חובת שמירה עליו, שכן לדעתו גישה זו תביא למעגל שוטה, אך כל כולה של חובת הזהירות מבוססת על שיקולים חברתיים-מוסריים<sup>45</sup>. השאלה אינה מה יכול אדם לצפות, אלא מה צריך אדם לצפות<sup>46</sup>, ושאלה אחרונה זו זוכה לתשובה הנשאבת מתחומי המוסר, החברה והמדיניות המשפטית<sup>47</sup>.

40. [1943] A. C. 92.

41. מד"י ז', 674.

42. ראה הערת שוליים 33 לעיל.

43. ע"א 53/57 ממרני נ. אוצר מפעלי ית בע"מ (פד"י י"ב, 722, 724).

44. [1932] A. C. 562.

45. ראה Fleming, *The Law of Torts*, 2nd ed. (1961), p. 140.

46. דברי השופט ויתקון בע"א 360/59 י.מ. נ. ברקוביץ (פד"י י"ד, 206).

47. ב- Nova Mink Ltd. v. J. C. A. [1951] 2 D.L.R. 241, 256. השופט מקדונלד:

"There is always a large element of judicial policy and social expediency involved in the determination of the duty problem, however it may be obscured by the use of traditional formula."

תחושה חברתית המביאה לחובה משפטית אינה דבר זר למשפט, אלא נתקלים בה בכל תחומי המשפט. בלעדי גישה זו לא היו נוצרים המנהגים ולמרבית פסקי הדין לא היה כל בסיס.

(4) אפילו נכונה בקורתו של השופט זילברג על מבחן „הרעות“, אין הוא בן חורין להתעלם ממנו. המחוקק קבע כי חובתו של כל אדם כלפי זולתו תקבע לפי מבחן „הרעות“. כיצד אפשר, איפוא, לגרום — על פי נימוקיו של השופט זילברג<sup>46</sup> — כי קביעת כללית זו אינה חלה כלפי ילדים מסיגי גבול?

### ג. הבסיס המוצע על ידי השופט זילברג

משדחה השופט זילברג את עקרון „הרעות“ כבסיס להלכתה, היה עליו למצוא לה בסיס חדש. בסיס זה נמצא בהלכות המשפט המקובל, כפי שנתחדשו בשנים האחרונות.<sup>47</sup> על דרך מחשבה זו יש להעיר שתי הערות: ראשית, הפניה למשפט האנגלי מותרת רק לצורך פירוש „בטויים“<sup>48</sup>. הביטוי „מסיגי גבול“ אינו מופיע בסעיף הראוי בפקודת הנוזיקין ואינו דורש פניה למשפט האנגלי<sup>49</sup>. העובדה שהפקודה מגדירה את היקף החובה כלפי בן רשות, אינה מחייבת פניה למשפט האנגלי בענין חובת הזהירות כלפי מסיגי גבול; שנית, המשפט האנגלי אינו מכיר בעקרון לפיו קיימת חובת זהירות כלפי ילד מסיגי גבול בכל מקרה בו גרם הנזק על ידי עצם מפתה. לענין מצבם הסטטי של המקרקעין עדיין שולטת הגישה „הדרקונית“, השוללת כל אחריות בהעדר זדון<sup>50</sup>. גם המשפט האוסטרלי<sup>50</sup>, בו היטיבו השופטים את מצבו של מסיגי הגבול, אינו מכיר בהלכת „הפיתוי“ כפי שנוסחה על ידי השופט זילברג. לבסוף, כבר ראינו<sup>51</sup> כי הלכת ה-*Restatement* האמריקני שונה אף היא מגישתו של השופט זילברג. התוצאה

46. ניתן, כמו כן, לשלול את החלת עקרון „הרעות“ על יחסי מחזיק-מסיגי גבול מטעמים שונים: ראה, „האחריות בנוזיקין של המחזיק במקרקעין“, שם, עמ' 127, 154, אך השופט זילברג אינו נוקט בדרכים אלה.

47. היה זה השופט זילברג שנקט בדעה כי אין הלכות אנגליות שנתחדשו באנגליה אחרי קום המדינה מחייבות בישראל (ראה ע"פ 53/54 אש"ד נ. י.ג., פד"י ה', 785, בעמ' 828). היש לראות בפסק דינו במשפט ברשטלינגר נסיגה מעמדה זו? 48. סעיף 1(2) לפקודת הנוזיקין. על כן הוחלט בע"א 144/60 פרינת ישראל נ. הואמי (פד"י ט"ז, 209) כי קיימת חובת זהירות גם בגין „מחדל“, למרות שחובה כזו אינה קיימת באנגליה. אילו הפניה למשפט האנגלי היתה מביאה לקליטת הלכות, מן הדין היה לקלוט משם את הכללים שהטילו חסינות על „רשויות דרכים“.

49. ראה, „אחריות בנוזיקין של המחזיק במקרקעין“, שם, עמ' 154.

50. ההתקדמות הרבה שהושגה במשפט האנגלי על ידי *Videan v. British Tarnsport* Commission [1963] 2 All E. R. 860 מוגבלת לפעילות על הקרקע, ואינה חלה על נזקים בגין מצבם הסטטי של המקרקעין. גם על התקדמות זו קמו לאחרונה עוררים: ראה *Commissioner for Railways v. Quinlan* [1963] 1 All E. R. 897.

50. בעיקר *Commissioner for Railways v. Cardy* (1960) 34 A. L. J. 134.

51. ראה הערת שוליים 25 לעיל.



היא, שדחיית עקרון "הרעות" וביסוס ההלכה החדשה על המשפט המקובל הותירה הלכה זו ללא בסיס מוצק בחוק הישראלי.

#### 4. הסכום

משימה כבידה נוטל על עצמו שופט בישראל הרוצה לקדם מעמדם של ילדים מסיגי גבול. עליו להתגבר לא רק על השקפות חברתיות-סוציאליות מיושנות, אלא גם על הלכות פסוקות של בתי המשפט באנגליה ובישראל, ולעיתים אף על הלכות שהוא עצמו קבע. הדרך היחידה לעמוד במשימה זו היא להעמיד את סוגיית המחזיק במקרקעין על פסי הרשלנות הכללית. דרך זו לא רק שהיא עשויה להביא לתוצאות רצויות<sup>52</sup>, אלא היא גם מספקת ביסוס חוקי לאותן תוצאות. כל דרך אחרת, המנסה להיטיב עם ילדים מסיגי גבול על ידי יצירת קטגוריות אחריות חדשות ומתקדמות, עשויה אולי לתת פתרון צודק למקרה קונקרטי, אך אין ביכולתה לתת פתרון לבעיה כולה. יצירת קטגוריות אחריות חדשות מחליפה שיטה נוקשה אחת בשיטה נוקשה אחרת, ויוצרת קונסטרוקציה משפטית שאין לה בסיס בחוק.

במשפט ברשטלינגר נטל על עצמו השופט זילברג את המשימה הקשה של קידום מעמדם של ילדים מסיגי גבול. ביסוח ההלכה על ידו שם, אף שאינו מודהת עם עקרון "הרעות" הכללי, עשוי היה להגזיר ממנו על ידי פיתוח הלכתי נוסף, בכך חשיבותו של פסק הדין. במשפט גבאי התרחקה ההלכה מעקרון "הרעות" הכללי, ונהגבשה קטגוריה מיוחדת ונוספת של אחריות. הרצון להמלט מקטגוריות נוקשות הוליד קטגוריה נוקשה חדשה, אף בקטגוריה משפטית זו, כבכל קטגוריה נוקשה של אחריות אנו מוצאים תוצאות קשות לגופו של ענין – ומקרהו של הילד במשפט גבאי יוכיח<sup>53</sup>; התחשבות בשיקולים שאינם רלבנטיים מבחינת האינטרסים המוגנים – היות הילד הניזק מעל או מתחת לגיל 12; והעדר בסיס בחוק לקיומה.

משפט ברשטלינגר כפי שפורש במשפט גבאי הצביע אמנם על קיום מגמה בשפיטה לקדם את מעמדם של ילדים מסיגי גבול, אך חשף את קוצר ידה של הרשות השופטת לפתח את הדין בסוגיה זו בכוון החיובי הרצוי. קוצר יד זה מודגש על ידי השופטים עצמם<sup>54</sup>. הפתרון יכול אפוא לבוא רק מידינו של המחוקק.

ד"ר אהרן ברק

52. ראה, אחריות בנוזיקין של המחזיק במקרקעין, "שם, בעמ' 149.

53. ראה הערה ב, הפרקליט", כרך כ', עמ' 304. במשפט גבאי המליץ בית המשפט

על מתן מענק חסד להורי הילד שנפטר. ראה בעמ' 588.

54. ראה דברי השופטים לנדוי וברנוון במשפט גבאי.