

על היחס בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות

(ע"א 243/83 קרית ירושלים נ' גורדון) *

מאת

ד"ר ישראל גלעד **

א. חובת זהירות – ההיבט הכפול

בידוע שהיווצרותה של אחריות ברשלנות מותנה בקיומם של שני תנאים מצטברים¹: יכולתו של האדם הסביר לצפות את הסיכון הנובע מהתנהגותו של המזיק המסוים, ואי-סבירותו של אותו סיכון. בתנאי הראשון גלום ההיבט הפיסי של עוולת הרשלנות. השאלה היא, האם היה ניתן לצפות את הסיכון, וזוהי שאלה עובדתית במהותה². התנאי השני מבטא אמת-מידה נורמטיבית: לא כל סיכון צפוי מקיים אחריות, אלא רק סיכון צפוי שהוא גם בלתי-סביר³. אי-סבירותו של הסיכון (הידועה גם כ"צורך", להבדיל מ"יכולת", לצפות את הסיכון) נקבעת על-פי שיקולי מדיניות: בית-המשפט מאזן בין האינטרסים החברתיים התומכים בעמדת התובע, הטוען לאי-סבירות הסיכון, ובין האינטרסים התומכים בעמדת הנחבע, הטוען לסבירות הסיכון⁴. האינטרסים המת-

* פ"ד לט (1) 113 (להלן: גורדון).

** מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לפרופ' דוד קרצ'מר על הערותיו המועילות.

1 גורדון, בעמ' 128–130.

2 בתנאי הראשון מצוי גם היבט נורמטיבי והוא קביעת תכונותיו של האדם הסביר. בית-המשפט הוא הקובע מיהו האדם הסביר שאת יכולת הצפייה שלו בוחנים (גורדון, בעמ' 137). בדרך-כלל יהיו כישוריו של האדם הסביר שונים מאלה של המזיק המסוים או של האדם הממוצע המייצג את הקבוצה שאליה המזיק משתייך (ע"פ 196/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' מרדכי בש, פ"ד יח (4) 568, 572). עם זאת, משנקבעו תכונותיו של האדם הסביר, מובא זה בנעליו של המזיק המסוים אל תוך הנסיבות המיוחדות של המקרה (ע"א 186/80 יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 769, 782 – להלן: יערי). יכולת הצפייה שלו באותו מצב כרוכה בהערכה עובדתית.

3 יערי (לעיל, הערה 2), בעמ' 126–127.

4 גורדון, בעמ' 130–131. ראה גם ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו (1) 113, 123–124 (להלן: ועקנין).

משפטים טו, תשמ"ו על היחס בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות

נגשים מושמים על כפות-המאזניים, וההכרעה נופלת לטובת אותו צד שאליו נטתה הכף.⁵

מהו היחס בין ההיבט העובדתי של צפיית הסיכון לבין ההיבט הנורמטיבי של סבירותו? האם תנאי אחד משליך על קיומו של התנאי האחר? לשאלה זו התייחס בית-המשפט בפרשת גורדון.

ב. הכלל בגורדון

"... הכלל הוא, שבמקום שהנזק צפוי (כענין פיסי) חובת לצפותו (כענין נורמטיבי), אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים, המצדיקים צמצום החובה או שלילתה חרף יכולת הצפיה".⁶ "... הכלל הוא שאם הנזק צפוי (במישור הטכני) ... הוא מקים גם חובת זהירות מושגית. ה'נטל' מוטל איפוא על הטוענים להעדרה של חובה" (ההד-גשה שלי – ר"ג).

משמעות הכלל הנ"ל היא, שההיבט הפיסי משליך במישרין על ההיבט הנורמטיבי. עובדת יצירתו של סיכון הגיתן לצפיה, כשלעצמה, מטביעה בסיכון זה חותם של אי-סבירות.⁷ כיצד, ועד כמה, סיכון צפוי הופך סיכון בלתי-סביר רק בשל עצם יצירתו? מניסוח הכלל עולות שלש אפשרויות: (א) העברת ה'נטל' במקרה של ספק שקול – אם בתום תהליך האיוון, המתנהל לצורך הערכת סבירותו של הסיכון, נותרו כפות-המאזניים מעוינות, כי אז יש להכריע לטובת גירסת אי-הסבירות שהתובע מעלה, ונגד הטוען להעדר החובה. (ב) מתן יתרון כמותי לגירסת אי-הסבירות – הנתבע, יוצר הסיכון הצפוי, צריך לגייס לצורך טענת הסבירות אינטרסים חברתיים שמשקלם גדול יותר ממשקל האינטרסים שהתובע צריך לגייס לשם טענת אי-הסבירות. על הנתבע להתגבר על היתרון הראשוני שהעניקה עובדת הגרימה לתובע. (ג) מתן

5 לצד ההבחנה בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות, קיימות שתי הבחנות נוספות המשמשות בתיאור העוולה ובניתוחה. האחת היא ההבחנה בין "התרש" לות" לבין "חובת זהירות" המצויה בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין; והאחרת היא ההבחנה בין חובת הזהירות המושגית וחובת הזהירות הקונקרטית (גורדון, בעמ' 128). מאחר ששתי ההבחנות האחרונות אינן מקבילות או תחליפיות להבחנה בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי, אלא מייצגות מיון באתר שונה, לא אודקק להן במסגרת רשימה זו (בחריג של הערה 15, להלן).

6 גורדון, בעמ' 129.

7 שם, בעמ' 131.

8 גיבוש ראשוני של הכלל הנ"ל מצוי בדקקנין: "נקודת המוצא העקרונית היא, כי מקום שניתן לצפות נזק, כענין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה" (עמ' 123). אלא ששם לא דובר עדיין כמפורש על נימוקים מיוחדים הנדרשים לשלילת החובה ולא על "העברת נטל". זאת ועוד: הודגש שם, כי "לא כל נזק צפוי (מבחינה פיסי) הוא נזק שיש לצפותו (במישור הנורמטיבי)" (שם, בעמ' 126).

יתרון איכותי לגירסת אי-הסבירות — הנתבע מוגבל בסוג האינטרסים שביכולתו לגייס לטובת טענת הסבירות. רק שיקולים מיוחדים נלקחים בחשבון. נפקותו של הכלל שנקבע בגורדון תלויה אפוא בפרשנותו. אימוץ האפשרות הראויה ישפיע רק במקרים שבהם בית-המשפט אינו מצליח לגבש עמדה בשאלת סבירותו של הסיכון. אימוץ הפרשנות השנייה או השלישית, או שתיהן גם יחד, יכול להביא להרחבה משמעותית של חובת הזהירות ברשלנות: חלק נכבד של הסיכונים הצפויים ייחשבו לבלתי-סבירים אם לא יצליח הנתבע לעמוד במטלה הכמותית או במיגבלה האיכותית, שמקורן בכלל הנ"ל. המכנה המשותף לכל הפרשנויות הנ"ל הוא ביצירת חוקה, שסיכון צפוי הוא סיכון בלתי-סביר. הפרשנויות השונות נבדלות זו מזו במשקל הניתן לחוקה זו ובדרכי סתירתה.

האם אכן ראוי להקנות משקל גורמטיבי לעצם הגרימה של סיכון צפוי? היש טעם ענייני להעדיף את התובע על-פני הנתבע רק משום שהאחרון יצר סיכון צפוי? לפני שנשיב לשאלות אלה מן הראוי לבחון את הרקע והמקור של ההיבט העובדתי וההיבט הנורמטיבי שבעולת הרשלנות.

ג. ההיבט הכפול של חובת הזהירות ודרישת האשמה

על-פי התפישה המסורתית, נבדלת שיטת הרשלנות משיטת האחריות שקדמה לה ביחסן להיבט הגרימה. קודם לרשלנות הוטלה אחריות על בסיס של גרימה; גרימת הנזק כשלעצמה הקימה את האחריות בנוזקין באותם תחומים שבהם הוכרה אחריות שכזו.⁹ שיטת הרשלנות התפתחה כאנטי-תיזה לתפישה זו. המוטו הבסיסי של שיטה זו הוא, שהטלת אחריות על יוצר סיכון מוצדקת אך ורק כאשר התנהגותו של יוצר הסיכון היא התנהגות פגומה, התנהגות שיש בה דופי ערכי, ובמינוח המקובל — התנהגות בת-אשם. בהעדר אשם (fault), מן הראוי שהנזק יישאר היכן שנפל, אצל הנפגע.¹⁰ יצירת הסיכון, כשלעצמה, אינה מצדיקה את הטלת האחריות.

9 ראה C. O. Gregory, "Trespass to Negligence to Absolute Liability" 37 *Va. L. Rev.* (1951) 359, 361—365; J. G. Fleming, "The Role of Negligence" 53 *Va. L. Rev.* (1967) 815, 816; P. H. Winfield, "The Myth of Absolute Liability" 42 *L. Q. Rev.* (1946) 37; D. Kretzmer, "Transformation of Tort, Liability in the Nineteenth Century — The Visible Hand" 4 *Oxford J. Legal Studies* (1984) 46. לא כאן המקום לדון בשאלה נכבדה זו. על קצה המזלג ייאמר כי יש ממש בטענה שלא רק הגרימה עובדתית, אלא גם שיקולים נורמטיביים עמדו מאחורי הטלת האחריות בנוזקין. בכך אין — לדעתי — כדי לשלול את הטיעון המסורתי בדבר הדומיננטיות, להבדיל מהבלעדיות, של שיקול הגרימה.

10 "The general principle of our law is that loss from accident must lie where it falls . . . No case or principle can be found, or if found can be maintained, subjecting an individual to liability for an act done without fault on his part . . ." (O.W. Holmes, Jr. *The Common Law* (1881) 9406). ראה גם Flemming (לעיל, הערה 9), 816—817.

מה הופך התנהגות יוצרת סיכון להתנהגות בת-אשם? התשובה לכך, קודם-כול, היא אי-סבירותו של הסיכון. כאשר בחינה מקפת של כל היבטיו החיוביים והשליליים של הסיכון מלמדת כי בסך-הכול הסיכון, או מידתו, אינם רצויים מבחינה חברתית, או-אז לפנינו סיכון בלתי-סביר. אלא שבכך לא סגי: האחריות מוטלת, בשיטת הרש"לנות, לא על סיכון בלתי-סביר אלא על התנהגות בלתי-סבירה, בת-אשם. כדי שהפ-סול שבסיכון ידבק גם בהתנהגות, צריך להתקיים תנאי נוסף והוא שיוצר הסיכון היה יכול להתנהג באורח אחר, היה יכול להימנע מיצירת הסיכון, כפי שאכן היה פועל אדם סביר תחתיו, ולמרות יכולת זו בחר ליצור את הסיכון הבלתי-סביר. אלמנט הבחירה הוא אלמנט הכרחי בהיווצרותו של אשם. תנאי לקיומה של בחירה אמיתית הוא היכולת לצפות את התוצאות של אלטרנטיבות התנהגות שונות.¹¹ דרישת היכולת לצפות, ההיבט הפיסי של עוולת הרשלנות, מבטאת אפוא את אלמנט הבחירה – אלמנט הכרחי של רעיון האחריות האישית המונח בבסיסה של עוולת הרשלנות.¹² נסכם: התנהגות היא בת-אשם כאשר יוצר הסיכון בחר (יכולת לצפות) בהתנהגות בלתי-נאותה (יצירת סיכון בלתי-סביר). ההיבט הכפול של חובת הזהירות מבטא שני רכיבים משלימים של דרישת האשם שעליה מושתתת עוולת הרשלנות.

ד. ביקורת כלל גורדון

המסקנה המתבקשת מניתוח ההיבט הכפול של חובת הזהירות, על רקע דרישת האשם, היא שאין קשר בין היכולת לצפות סיכון (עובדת הבחירה) לבין סבירותו. אדם יכול לבחור ביצירת סיכון בלתי-סביר כשם שהוא יכול לבחור ביצירת סיכון או באי-יצירת סיכון. הבחירה כשלעצמה אינה משליכה על סבירות הסיכון. היכולת לצפות את הסיכון רלבנטית להערכתה הנורמטיבית של ההתנהגות במובן המוגבל של יכולת בחירה. היא בלתי-רלבנטית להערכתה הנורמטיבית של סבירות הסיכון שיצרה ההתנהגות.¹³ נהג המחליט להסיע את מכוניתו

11 "The requirement of an act is the requirement that the defendant *should have made a choice*. But the only possible purpose of introducing this moral element is to make the power of avoiding the evil complained of a condition of liability. There is no such power where the evil cannot be foreseen" (Holmes, שם) (ההדגשה שלי – י"ג).

12 "Ideologically the fault doctrine is inseparably linked with the philosophy of individual responsibility..." (Flemming, [לעיל, הערה 8], בעמ' 816). יישום דווקני של רעיון האחריות האישית מחייב קיומה של בחירה בפועל אצל יוצר הסיכון המסרים ולא יכולת בחירה אובייקטיבית של האדם הסביר. לא ניכנס כאן לפירוט ההסברים לסטיה זו של הרשלנות מעקרון האחריות האישית. נעיר רק, כי למרות סטיה זו נשמרה הויקה הבסיסית בין השניים. ראה A. A. Ehrenzweig, "Negligence without Fault" 54 Cal. L. Rev. (1966) 1422, 1449, 1459; W. L. Prosser, *The Law of Torts* (4th ed., 1971) 145–146; Fleming; שם, בעמ' 817–818; G. Calabresi & P. C. Robbit, *Tragic Choices* (1978) 77.

13 בין היכולת לצפות את הסיכון לבין סבירותו קיים קשר עקיף. היכולת לצפות סיכון תלויה, בין השאר, בהסתברות התרחשותו. הסתברות הסיכון היא, כמובן, מרכיב חשוב

במהירות של 89 קמ"ש בכביש מהיר יכול לצפות כי תקר, כתם שמן על הכביש, סיגור וכדו' עלולים לגרום לתאונה שבה ייזקו נוסעי הרכב. העובדה שבכל זאת בחר לנהוג במצב זה איננה צריכה ליצור "חזקת אי-סבירות". סבירות הסיכון שיצר צריכה להיבחן במנותק משאלת בחירתו בדרך זו. כך גם לגבי יצרן תרופות שהחליט לייצר תרופה חיונית שלה תופעות לוואי שליליות.¹⁴

מסקנה זו מתנגשת עם הכלל שנקבע בגורדון הקושר את סבירות הסיכון לצפיותו. מדוע היכולת לצפות את הסיכון יוצרת חזקה של אי-סבירות? לשאלה זו לא מצאנו תשובה בגורדון.¹⁵ בהעדר קשר נראה לעין בין צפיות הסיכון לבין סבירותו, אנו נותרים עם התוצאה שלפיה עצם יצירתו של הסיכון היא המקימה את חזקת אי-הסבירות. אפשר שלא לכך היתה הכוונה בפסק-הדין, אך זוהי ללא ספק התוצאה המעשית של הכלל המקים חזקת אי-סבירות כנגד יוצר סיכון צפוי.

בנקודה זו טמונה חולשתו של כלל גורדון – מתן נפקות נורמטיבית לעצם יצירת הסיכון, להבדיל מטיב ההתנהגות שמאחוריו, היא בדיוק התפילה שעליה קראה שיטת הרשלנות תיגר. בא כלל גורדון ומחזיר את הגלגל לאחור – הגרימה שבה להיות שיקול חשוב בהטלת אחריות. הבעייתיות שבשיבה לגרימה כבסיס לאחריות

בהערכת סבירותו של הנזק, שכן היא קובעת, יחד עם גורמים אחרים, את גודלה של תוחלת הנזק. עם זאת, מאחר שלא ניתן, ככלל, להניח התאמה בין יכולת צפיה לבין הסתברות (ייתכן שילוב של יכולת צפיה והסתברות נמוכה), אין קשר ישיר וכללי בין יכולת הצפיה לבין סבירות הסיכון.

14 בספרו *The Place of Negligence in the Law of Torts* (Australia, 1962), המחבר A. Harary טוען, כי "... foreseeability is utterly irrelevant to liability in negligence... it is not, and can not logically be the determinant of duty and thus of liability". הררי פוסל אפוא את הרלבנטיות של הצפיות לא רק בהקשר של סבירות הסיכון, אלא גם בהקשר של הבחירה. נימוקיו לפסילה זו שונים מאלו שהוצגו כאן ולא זה המקום לפרטם ולהעריכם.

15 האסמכתא המובאת בגורדון לכלל ה"ל", לבד מפסק-הדין ועקנין, היא בדבריו של השופט Wilberforce ב-*Ann's & Merton London Borough* (1978) A. C. 728, 751-752. לפי הבנתנו, אין לראות בדברים שנאמרו שם אסמכתא לכלל גורדון. אמנם נקבע שם מבחן דו-שלבי לרשלנות, שלפיו סיפוק תנאי השלב הראשון יוצר חזקת רשלנות (*Prima Facie duty of care*), אך נראה לנו שמבחן זה אינו זהה למבחן הדו-שלבי של גורדון. בשלב הראשון נדרש ב-*Ann's* קיומה של קירבה, של שכנות. מונחים אלו לקוחים מפסק-הדין *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562 ושם משמעותם היא נורמטיבית. השכן הוא מי שצריך (*ought*) לצפות כי ייזק (שם, בעמ' 580). ההבחנה ב-*Ann's* איננה אפוא בין השלב הפיסי לשלב הנורמטיבי, בין "יכול" לבין "צריך", אלא הבחנה בין שני שלבים נורמטיביים. אנו מוצאים קירבה בין ההבחנה שם וההבחנה בין חובה קונקרטית לחובה מושגית. לפי האחרונה, יש לבחון את שיקולי המדיניות קודם-כול במישור העקרתי, תוך התייחסות לשוני האינטרסים המתנגשים (סוג הפעילות, סוג הנזק והקבוצות שאליהן משתייכים התובע והנתבע). רק בשלב שני, לאחר שהוחלט כי אין מניעה עקרונית להטלת אחריות, תבוא הבחינה הנורמטיבית של האירוע הקונקרטי. הכיוון ב-*Ann's*, כך נראה, הוא הפוך: בוחנים קודם-כול את קיומה של "שכנות" במישור הקונקרטי. אם זו קיימת, קמה חזקת רשלנות אלא אם תישלל האחריות על-סמך שיקולים עקרוניים ברמה המושגית.

בנויקין¹⁶ מתבלטת שבעתיים על רקע התעצמותה של המגמה המודרנית להמעט את משמעותו הנורמטיבית של גורם זה ואף לשוללו. התפישה המסורתית, שייחסה משמעות נורמטיבית לעצם יצירת הסיכון, הטביעה חותם ערכי במושגים ששימשו את הדיון הנויקי. יצירת הסיכון תוארה כ"גרימה", יוצר הסיכון תואר בהסתייגות כ"מוזיק", והחשוף לסיכון — כ"ניזוק" או כ"קורבן". עם התבססותה של שיטת הרש" לבות שונתה הגישה, ועמה גם התיאור המושגי. ההסתייגות ממתן משמעות נורמטיבית לאקט של יצירת הסיכון נבעה מן ההבנה, כי הפעילות העומדת מאחורי יצירת הסיכון היא לרוב פעילות רצויה מבחינה חברתית.¹⁷ הסיטואציה הנויקית שוב אינה נתפשת כהתנגשות בין פעילות לגיטימית של הניזוק לפעילות בלתי-לגיטימית של המוזיק, אלא כהתנגשות בין שתי פעילויות לגיטימיות שאינן מתיישבות זו עם זו. ההכרעה בין הפעילות יוצרת הסיכון, לבין זו החשופה לסיכון, צריכה להתקבל לא על בסיס של הפליית יוצר הסיכון לרעה, אלא על בסיס ההערכה איזו פעילות רצויה יותר מבחינה חברתית. במקביל הוסר הגוון הנורמטיבי מהמושגים המשמשים בתיאור הצדדים לסיטואציה הנויקית על-ידי התייחסות ערכית שווה לפעילות יוצרת הסיכון ולפעילות החשופה לסיכון. שתי הפעילויות תוארו כמונחים של עלויות — עלות הגזק מול עלות מניעתו¹⁸, או כמונחים של תועלת — התועלת מן הפעילות יוצרת הסיכון מול התועלת שבפעילות החשופה לסיכון.¹⁹ פיתוח מתוחכם של התפישה הרואה את הסיטואציה הנויקית כהתנגשות בין פעילויות רצויות מבחינה חברתית מצוי במאמרו של Coase²⁰. המחבר תוקף שם את מושג הגרימה במובנו המסורתי כחסר-משמעות. על-ידי מתן סעד ל"ניזוק" אנו גורמים נזק ל"מוזיק" בדיוק באותו אופן שבו איימתו סעד, כאמור, יגרום נזק ל"ניזוק". "הניזוק" הפסיבי גורם נזק כמו "המוזיק" האקטיבי²¹ — תחימת הגבול בין הפעילויות צריכה להתקבל על-די ניתוח עלות-תועלת חברתי שאינו מפלה על בסיס כלל שרירותי של גרימה.

16 התפישה המטילה אחריות נויקית על בסיס של גרימה זכתה לא מכבר לעדנה מחודשת גם בספרות המשפטית. ראה R. A. Epstein, "A Theory of Strict Liability" 2 J. Legal Studies (1973) 151; R.A. Epstein, "Defences and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability" 3 J. Legal Studies (1979) 165; J. Borgo, "Casual Paradigms in Tort Law" 8 J. Legal Studies (1979) 419. לביקורת הגישה ראה I. England, "The System Builders — A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 J. Legal Studies (1980) 27, 57—63.

17 "...The public generally profits by individual activity..." (Holmes [לעיל, הערה 9], 94).

18 זוהי נוסחת Hand המפורסמת, הלקוחה מפסק-הדין *United States v. Carol Towing Co.* (1947) 159 F. 2d 169, 173. לפי נוסחה זו, קיימת רשלנות כאשר תוחלת הנזק (PL) גדולה מעלות מניעתו (B).

19 סעיפים 291—293 לריסטיימנט השני על דיני הנויקין מ-1965, העוסקים בקביעת הסבי-רות במסגרת הרשלנות, מצביעים, בין השאר, על השוואת הקרף החברתי של האינטרס המקודם על-ידי הפעילות יוצרת הסיכון [§292(a)] לערך החברתי של האינטרס החשוף לסיכון [§293(a)].

20 R. H. Coase, "The Problem of Social Cost" 3 J. L. & Econ. (1960) 20.
21 אחת הדוגמאות המובאות בהקשר זה (שם, עמ' 8—10) היא של בעל-מלאכה ורופא. בעל-מלאכה יושב שנים רבות בבית-מלאכתו ומפעיל ציוד יוצר רעש שאינו מפריע

האם ניתן להסביר ולהצדיק את הכלל שנקבע בגורדון על רקע המגמה הקיימת כיום בתחומים מספר להחליף את הסדר הרשלנות בהסדרי אחריות תמורה? האם חוקת אי-הסבירות איננה צעד ראשון בכיוון החמרת האחריות? נראה שהתשובה על כך שלילית. השיקולים העומדים מאחורי החמרת האחריות בתחומים שונים של דיני הנזיקין אינם שיקולי גרימה. החמרת האחריות בתחום תאונות-הדרכים והמורצרים הפגומים, למשל, באה להשיג מטרות של פיזור הנוק, פישוט הליכי משפט וכדו', ולא להטיל אחריות על יוצר הסיכון בבוא.

סיכומו של דבר: חוקת אי-הסבירות, שעל-פי פסק-דין גורדון קמה עם יצירתו של כל סיכון צפוי, איננה מתיישבת עם הבסיס שעליו הושתתה עוולת הרשלנות ועם כיוון ההתפתחות הנוכחי של דיני הנזיקין. סבירותו של סיכון צפוי בשיטת הרשלנות, ואף סבירותו של סיכון בלתי-צפוי בשיטת האחריות החמורה, צריכות להיבצע על-פי שיקולי המדיניות הרלבנטיים לאותו סיכון. יצירת הסיכון, כשלעצמה, אינה צריכה לבוא במניין שיקולים אלה.

ד. על מיגבלותיה של הערת פסיקה ומטרותיה

הקטעים שעליהם מיקדנו את זרקורי הביקורת מצויים בשוליו של פסק-דין גורדון. הלכת גורדון (להבדיל מכלל גורדון) מהווה נדבך חשוב גוסף בשרשרת פסקי-הדין שבהם ניטל מרשויות-הציבור המפעילות סמכות שלטונית מעמדן המיוחד והמועדף בהקשר האחריות בנזיקין²². הן התוצאה במקרה המסוים (הטלת אחריות על העיריה בשל הוצאה רשלנית של דוחות תנועה), והן המגמה בכללותה ראויים לברכה. יתירה מזאת: גם את כלל גורדון, שאותו ביקרנו, ניתן לראות על רקע זה; חוקת אי-הסבירות באה, אולי, כמשקל-נגד הבא לאזן את הגטיה הלא-ראויה הקיימת עדיין בפסיקה לטובת רשויות-ציבור.

בחנו בכל-זאת בזכוכית מגדלת דברים שנאמרו בשולי העניין, על-אף שבדרך-כלל אין ראוי לנהוג כך—ראשית, משום החשיבות היתירה והמיוחדת הנודעת להם; ושנית, משום שנאמרו במסגרת של ניתוח עיוני של עוולת הרשלנות בכללותה, ובנפרד מן ההקשר הספציפי של חובות רשויות ציבוריות. משקלה הסגולי הגדול ומעמדה המיוחד של הרשלנות, כמכשיר המרכזי לפיתוח דיני הנזיקין והתאמתם למציאות המשתנה, מחייבים הקפדה יתירה על שמירת ההתאמה בין מכשיר זה לבין המטרות שאותן נועד לשרת.

לאיש. לאיזור מגיע רופא הפותח מרפאה ליד בית-המלאכה וטוען כי הרעש מפריע לו. האם נכון לומר כי בעל-המלאכה גורם נזק לרופא? האם החלטתו של הרופא להתיישב לצד בית-המלאכה איננה אקט של גרימה כמו יצירת הרעש?
22 ראה ע"א 343/74 גריבנר נ' עיריית חיפה, פ"ד (1) 141; ע"א 697/76, 692, 684 אייל נ' פוקסמן, פ"ד לא (3) 349; ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו (3) 757. ת"א (ת"א) 164/81 סידן נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ג (א) 192. ראה גם י' דותן, "האחריות הנזיקית של עובדי-הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת" משפטים טו (תשמ"ו) 245.