

"אין הרוצה – נפגע" * (טענת "וולנטי")

מאת

השופטת מרים בן-פורת

1. מה בין "וולנטי" לבין סעיף פטור בחוזה?

אין לך דוגמא בולטת לקנקן שהחליף את כל שהיה בו מן המכסימה עתיקת היומין "volenti non fit injuria". לפנים בא הביטוי להבהיר שפלוני הביא את הרעה על ראשו, או להצדיק מתן צו לביצוע בעין של הסכם.¹ רק לקראת המאה ה-19 קבלה המכסימה לראשונה את משמעותה כהגנה מפני תביעה בנוזיקין, אם כי תוך ערבוב שני מושגים כמובנם היזם: של "אין הרוצה – נפגע" מזה ושל "רשלנות תורמת" מזה. למשל, ב-1798² דן בית המשפט באנגליה במקרה בו חסם הנתבע את חלק הארי של מעבר הרבים; התובע נסה לעקפו וכתוצאה מכך נמחץ סוסו למוות. לורד קניון הבהיר לחבר המושבעים שהתובע הסתכן מרצון וכי אין לו להלין אלא על עצמו. ניתן לשער במידה רבה של בטחון כי בימינו אנו היו רואים בהתנהגותו משום רשלנות תורמת גרידא.³

ערבוב מושגים זה היווה כנראה אחד הגורמים להחלפתה הנרחבת של המכסימה הרבה מעבר לגבולות המוכרים לנו.⁴ הגישה האמה את רוח התקופה בה שלטה בכיפה תורת ה-"Laissez faire". הגישה האינדיבידואליסטית, שהטביעה חותמה על כל שטחי החיים דאו מצאה ממילא את ביטוייה גם במחשבה המשפטית; בשם השוויון והחופש של הפרט, נקרא כל אדם לכלכל מעשיו על סיכנו בלבד. לעובד סבבל מתנאי בטיחות גרועים ניתנה "הברירה" להחליט, כביכול מתוך רצון טוב וחפשי, אם לעזוב את מקום העבודה או להסתכן. ההסבר שניתן לשיטה זו היה, כהיא שומרת על העובד מפני קלות ראש ומעודדת אותו לערנות יתר בביצוע תפקידיו. מאחורי פילוסופיה זו הסתתר, בלי ספק, טעמים שהיו נעוצים במציאות הכלכלית והמדינית כאחת. הן בארה"ב והן באנגליה הסבירו בתי המשפט כי גישה אחרת:

"would not only subject employers to unreasonable and often ruinous responsibilities, thereby embarrassing all branches of business (but would also) encourage carelessness on the part of the employee."⁵

* הרצאה של השופטת מ. בן-פורת שהתקיימה ב-23.10.69 מטעם לשכת צורכי-הדין, מחוז חיפה.
1 *Grendon v. Bishop of Lincoln* (1576) 75 E. R. 734, 745; *Hargraves v. Rogers* 1 (1604) 80 E. R. 37, 38.

2 *Cruden v. Fentham* (1798), 170 E. R. 496

3 השווה עם ע"א 23/61; 26/61 וילנדר ג. בנשיה, י"ז פד"י, 453, 465, 470.

4 *G. Williams, Joint Torts & Contributory Negligence*, (1951), p. 297

5 *J. Bradley in Tuttle v. Detroit, Grand Haven & Milwaukee Ry.*, 122 U.S. 189; 7 Sup. Ct. 1166, 30 L.Ed. 1114 (1887)

בסקוטלאנד⁶, תבע פועל בשנת 1863 פיצויים מאת מעבידו לאחר שנפגע על-ידי סוסי-עבודה מועד. הפועל השגיח בגטייתו של הסוס להתפרע ולהזיק והתריע על כך, אולם המעביד לא שעה לתלונתו, והוא המשיך בעבודה חרף הסיכון. בית המשפט דחה את תביעתו כטרדנית וראה בעצם הגשת התביעה משום עלבון להישגי החברה המתקדמת. ואלה דבריו:

“This is a country of free labour. We have no such thing as *travaux forcés*, still less have we anything approaching slavery. . . . Now, if a servant, in the face of manifest danger, chooses to go on with his work, he does so at his own risk and not at the risk of his master.”⁶

אחד המקרים הבולטים בקיצוניותם נדון בשנת 1877⁷. מעשה בקבלן עצמאי שהועסק על-ידי חברת רכבות (הנתבעת). עובדו של הקבלן ביצע עבודתו במנהרה חשוכה ללא מדרס רגל בטוח. מתחתיו היתה חולפת מדי פעם רכבת, אשר את בואה לא ניתן היה לראות וגם לא היה במקום שומר שיוכל להזהירו בעוד מועד. באחד הימים הוא מעד ונדרס על-ידי הרכבת החולפת. בית המשפט קבע שהוא סיכן עצמו מרצון⁸.

בענין Yarmouth⁹ נפסק לראשונה כעקרון כללי, שידיעת הסכנה גרידא והמשך העבודה חרף הידיעה — אין לראותם כשלעצמם כהסכמה להסתכן תוך שחרור המעביד מחובת הזהירות. מישנה תוקף ניתן לרעיון זה, שהחל מכה שרשים, בענין Smith¹⁰. שם נדון מקרה בו עבד התובע בקידוח חורים בסלעים. עובדי מחלקה אחרת הובילו בקומה שמעליו מריצות עמוסות אבנים אשר בחלקן הידרדרו למטה והיוו סכנה מתמדת. התובע התריע על כך, אך ללא תוצאות. הפעם, בניגוד לענין קריצ'טון⁹, זכה התובע בדיון. הלורד Watson מדגיש בפסק-דינו את העובדה שהסכנה נבעה במקרה מסויים זה

6 Crichton v. Keir, 1 Sess. 3rd, Series, 407, 410-11

7 Woodley v. Metropolitan District Ry. Co. (1877) 2 Ex. D., 384

8 בפסק-דין חזיש 1003, 999, 2 All E.R., [1964] J. C. J. v. Shatwell

9 “Today one can hardly read the robust judgment of Cockburn C.J. in Woodley...”

10 ברם, רצוי להשוות את פסה"ד Woodley עם London Graving Dock Co. Ltd. v. Horton

1 [1952] 2 All E.R., שדן גם הוא בקבלן עצמאי אשר הועסק על-ידי החברה הנתבעת. גם כאן כמו שם עבד התובע (עובדו של הקבלן) כתנאי עבודה גרועים ללא מדרס רגל בטוח, וללא כל רשלנות מצדו מעד ונפגע. בית הלורדים החליט שדין התביעה להידחות, מאחר שבין הנתבעת לתובע היו רק יחסי מומין ומומן, ולא יחסי מעביד ועובד. לפיכך יצאה זו ידי חובתה כלפיו משידע על הסכנה והמשיך בעבודתו חרף הידיעה.

בית המשפט 'מעליון בישראל נקט גישה אחרת, שהיא בלי ספק יותר צודקת ומתקדמת: בע"א 98/62 מדינת ישראל נ. גיטר ואח', י"ז פד"י, 2074; בע"א 249/64 אבן וסיר בק"מ ואח' נ. קריספיץ ואח', י"ט פד"י (2), 274 ועוד, הותלט שחובת הזהירות של מומין כלפי מוזמן באה אל קצה רק אם ידיעת המוזמן היא אפקטיבית, דהיינו שיש בה כדי להפוך סכנה בלתי רגילה לסכנה רגילה ולאפשר למוזמן להיזהר מפניה ביעילות.

כדאי אולי לציין שבענין הורטון הג"ל ישב גם הלורד רייד, אך דעתו היתה דעת מיעוט. נראה הדבר שבהביעו בפס"ד ששהייל את סלידתו מהתוצאה בענין Woodley נשכח מכנו שאותה תוצאה מרתיעה הושגה גם בימיו הוא, במקרה שעובדותיו דומות ביסודן. מובן מאליו שהעקרון ביטוד התוצאה היה שונה בשני המקרים הג"ל.

9 Yarmouth v. France (1887) 19 Q.B.D. 647

10 Smith v. Baker & Sons (1891) 18 Q.B.D. 685, 696

מהתנהגותם של עובדים אחרים אשר לתיבע לא היתה כל שליטה עליהם. מקרה כזה (הוא מסביר) שונה ממקרה בו ממשיך העובד להפעיל מכונה חרף ידיעתו שקיים בה ליקוי מסוכן. גישה זו היא שריד מהלך מחשבה מיושן, ובפסיקה יותר מאוחרת נאמר שגם ידיעה כזאת אינה בגדר הסתכנות מרצון.¹¹

בענין Thrussel הוחלט באשר להסכמה שניתנת מתוך חוסר ברירה (כגון: מחשש פיטורין):

"...his poverty and not his will consented to running the risk."¹²

דברים אלה הפכו נכס צאן ברזל למשפטנים ולשופטים.

יצויין שאפילו לא נתון רצונו של האדם ללהק חיצות, בהכרח אין פירוש הדבר שהוא הסתכן במובן המשפטי. אדם הנוסע בדרך הרבים חרף ידיעתו שהכביש משוכש, אמנם מסתכן פיסי, אך אין זו הסתכנות משפטית המשתחררת את הרשות המקומית מחובתה לדאוג לתקינות הכביש (אלא אם נסגר הכביש לתנועה). אכן, אם הנוסע לא ינהג ברכבו תוך התחשבות סבירה במצב הכביש הידוע לו יוכלו להעלות נגדו טענה של "רשלנות תורכת", אולם זוהי, כאמור, טענה יזונה כגהותה כן ההגנה הידועה כ"volenti". האבחנה בין הסתכנות פיסיית למשפטית בולטת, למשל, ב"מיטרד היחיד". העובדה שהתיבע בא אל המיטרד אינה כשלעצמה הגנה,¹³ אעפ"י שהסעיף הדן בהגנת "volenti" לשונו כללית¹⁴ והנאמר בו חל גם על "מיטרד היחיד".

את ההבדל בין הסתכנות פיסיית לבין נטילת הסיכון המשפטי מבהיר בצורה משכנעת, כדרכו, המלומד הדגול גלנוויל ויליאמס¹⁵. הוא מסביר שלהגנת וולנטי דרושה הידברות¹⁶, מפורשת או מיכללא, בין המסתכן לבין בעל ההזכאה, לפיה משתחרר האחרון מחובת הזהירות כלפי הראיון. הידברות זו יכולה, אך אינה חייבת, ליצור חוזה. למשל, אין צורך בתמורה, אם כי במקרים רבים היא קיימת למעשה. אין גם צורך שהמסתכן יהא בגיר הכסיר להתקשר בהזנה ברי-תוקף¹⁷, אלא די אם גילו כעל¹², בתנאי שהערוך כראוי את הסכנה והסכים לשתרר את בעל הזכאה מתובתו מתוך רצון טוב וחפשי.

בכך הגעתי לרעיון המרכזי והוא שקיים חוסר תיאום בולט בין התנאים המקימים את הגנת "וולנטי" לבין ההכרה הרחבה בסעיפי-פטור מתביעות בנויקין הכלולים בהסכם. הפער בין השניים בולט במיוחד באנגליה, שם העמידו את עקרון הופש ההתקשרות בהזנה אפילו מעל לעקרון קדושת החיים. בענין Adler¹⁸ נדון הוזה אשר הביל סעיף פטור מאחריות לא רק בגין רשלנות גרידא אלא אפילו כתוצאה מהתנהגות רצונית (wilful misconduct). הלורד דנינג, הידוע בדרך כלל כמתקדם וכחדשן, ראה עצמו אנוס עפ"י

Baker v. James [1921]; *Williams v. Birmingham Battery* (1889) 2 Q. B. 338 11
2 K. B. 674

(1887) A.E.Rep. 830 12

13 ראה ס' 44-46 לפקידת הנויקין (נוכח הדש), השכ"ח-1968.

14 ראה ס' 5 לפקידת הנויקין (נוכח דדס).

Williams, op. cit., pp. 96-315 15

agreement 16

17 במובן ס' 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסית, חשכ"ב-1962. *Buckpitt v. Oates* [1968].

1 All E.R. 1145

Adler v. Dickson [1954] 3 All E.R. 397 18

הפסיקה העקבית ועתיקת היומין לתת לסעיף תוקף מלא, הרף הזדעזעותו האישית מהיקפו של הפטור; אכן, כל אימת שהנוסח משתמע לכמה פנים, הנטייה היא לתת לסעיף הפטור פירוש מצמצם, ואף לפסלו – אם יש בו כדי להתור מתחת לעצם היסוד של החוזה.¹⁹ ברם, כפיף לחריגים אלה שולט בכיפה הכלל שיש לסעיף הפטור תוקף מלא, גישה עומדת בניגוד בולט לתנאים המצטברים בהם מז'גית הגנת ה"וולנטי". נדמה כאילו גין לנו בשתי שיטות חוק ללא קשר ביניהן ולא בשני ענפים של דיני החיובים, יעשי ידיו של אותו מחוקק. בפסקי-הדין הדנים בסעיפי פטור מאחריות בנוזיקין לא מצאתי כל הפנייה לתנאי ה"וולנטי", ולו רק ברמז או דרך היקש. חוסר ברירה, אי ידיעת הסכנה או הערכתה כראוי מאבדים את חשיבותם, כאשר שאלת תקפו של סעיף-פטור עומדת על הפרק.

בישראל נדון תקפו של סעיף-פטור מאחריות בנוזיקין בשני פסקי-דין חשובים, אשר מן הראוי לעמוד עליהם:

בענין "שהם" שירות הים בע"מ נ. פינר²⁰ אבדה לתובעים מזוודה כתוצאה מרשלנותה של החברה הנתבעת. כנגד תביעתם התגוננה הנתבעת בסעיף פטור מאחריות לנוזיקים או לרכושם. בית המשפט העליון קובע:

"אמת נכון הדבר שחווה נסיעה זה הוא מסוג החווים בעלי אותיות ועירות, אשר אדם מן השוק שקונה אותו אינו רגיל לקרוא בו, ואשר בסופה של התדיינות ממור-שכת הוא עלול להיתפס בציפורניו ולהילכד במלכודתו. כרוב החווים המודפסים האותיות ועירות, גם חווה נסיעה זה מראה תניות קשות ובלתי סבירות, ואין להשתחרר מן הרושם ששני בעלי חווה שדעתם מיושבת עליהם, מעולם לא היו יזימים מרצונם הטוב על תניות אלה אילו ידעו תוצאותיהן מראש. אך... ענין הוא למחוקק לענות בו, שיסמך את בתי המשפט לבוא בצורה זו או אחרת לעזרת אנשים אשר נכנסו לחווים שכאלה, אם בהיסח הדעת ואם בחוסר ברירה".

ברור, איפוא, שהסעיף לא היה מובן "לאדם מן השוק", שהיה בו משום טמינת מלכו-דת, שאדם אשר עיניו בראשו ודעתו מיושבת עליו לא היה מסכים לתניות כאלה וכי ההסכמה נבעה או מהיסח הדעת או מחוסר ברירה. לפנינו, איפוא, שלילה מפורשת של התנאים המקימים את הגנת ה"וולנטי", מלבד "ההידברות" שלבשה כאן צורה של חוזה על-גבי כרטיס-נסיעה.

חרף כל אלה הגיע בית המשפט העליון למסקנה שדין התביעה להידחות, לאור העקרון של חופש ההתקשרות בחווים. פסקי-הדין אינו דן בכלל בהגנת ה"וולנטי", אלא שוקל את תוכנו של סעיף הפטור לאור ס' 64 לחוק הפרוצדורה העותומני, כדי לקבוע אם הוא נוגד את טובת הציבור. מסקנתו לגבי שאלה זו היא בשלילה.

בענין "צים" חברת השיט הישראלית בע"מ נ. מוזאר²¹ נדון (כידוע) מקרה של הרעלת-קיבה, בה לקחה התובעת כתוצאה מאכילת מזון מקולקל, שהוגש לה בידי

Sze Hai Tong Bank v. Rambler Cycle Co. [1959] Privy Council, 3, All E.R. 182; 19
Spurling v. Bradshaw [1956] 2 All E.R. 121, 124-5
בפרשת "צים", הערת שוליים 21 להלן, שם בעמ' 1327-8.

20 ע"א 99/59, י"א פד"י, 1451.

21 ע"א 461/62, י"ז פד"י, 1319.

עובדיה של החברה הנתבעת, תוך הפלגתה באניה. גם כאן היה סעיף הפטור דומה בהיקפו למקרה "שוהם". הפעם קבע בית המשפט העליון²² שהסעיף נוגד את טובת הציבור, מאחר שהוא פוגע בקדושת החיים, עקרון שיש להעדיפו בנסיבות המקרה על פני חופש ההתקשרות בחוזים. כפי השופט ויהקון מדגיש שפסילת סעיף-פטור תיתכן רק כאשר נתקיימו שני תנאים: הסעיף נוגד בתכנון את טובת הציבור והפער בין הצדדים לחוזה נוטל מן הצד הפגיע את חופש הברירה.

לי נראה, בכל הענווה, שסעיף אשר תכנו מנוגד לטובת הציבור אין לו זכות קיום, יהיה מעמד הצדדים אשר יהיה. לפיכך אין מקום, למיטב הבנתי, לצרף לשיקול זה תנאי נוסף. לעומת זאת, אפילו אין בסעיף פגם מבחינת טובת הציבור, עדיין שאלה היא אם ניתן למחוק מכוחו עילת תביעה בגזיקין כאשר אחד הצדדים התם על ההסכם מחוסר ברירה. למשל, ברור מס' 5 לפקודת הגזיקין (נוסח חדש) שניתן לשחרר אדם מחובת הזהירות או מאחריות לכל עוולה אזרחית אחרת, כל עוד אין המעשה שמשכימים לו בגדר עבירה על הוראת חוק. מכאן שהעובדה לבדה, שפלוגי שחרר את פלמוני מאחריותו ועל-ידי כך חשף את גופו או רכושו לסכנה, אין בה כדי להטיל דופי בהסכם מבחינת טובתו של הציבור. ברם, במה דברים אמורים? כאשר ההסכמה ניתנת מרצון טוב ותוך ידיעת הסכנה והערכתה. ברם, אם אדם עושה כן מחוסר הברירה, כי אז ספק בלבי אם אין בפטור משום פגיעה בטובת הציבור, אפילו הוא נכלל במסגרתו של חוזה.

כפי השופט לגדוי מיישב בין החלטה ב"שוהם" לבין החלטה ב"צים" בהסבירו ששם ניזק רק רכוש ואילו כאן נפגע עקרון קדושת החיים או הבריאות. ברם אל לנו לשכוח שסעיף הפטור גופו היה בשני המקרים שווה בתכנון ובהיקפו. שנית אין ס' 5 לפקודת הגזיקין מבדיל בין פגיעה בגוף לבין פגיעה ברכוש, מבחינת תנאיה של הגנת "וולנטטי". כלישית, ספק בעיני אם אבדן רכוש נכבד אינו שקול לעתים כנגד סבל פיסי משך תקופת-מה.

הקטע מהוך פס"ד "שוהם" שצוטט לעיל מלמד שבית המשפט העליון ראה צורך בקיומה של הוראת חוק, אשר תסמך את בתיהמ"ש לעזור לאדם שנלכד בפח "האותיות הזעירות". תמהני אם לא ניתן היה למצוא הוראה כזאת בתנאי ה"וולנטטי", אם במישרין ואם על דרך לימוד גזירה שווה²³. דיני החוזים והגזיקין הם אמנם שני ענפים גפרדים, אך אין, כאמור, לשכוח שיהדיו הם מהווים את "דיני החיובים" וכי שניהם נשענים על גזע משותף, הוא המשפט הישראלי. כידוע שואמת כל שיטת משפט נאורה להשיג תיאום מירבי בין שטחי חוק הדנים בבעיות דומות.

בינתיים נכנס לתקפו חוק החוזים האהידים, תשכ"ד—1964, המאפשר, במקרים מתאימים, אינוה של התחייבות חוזית שיש בה משום קיפוחו של הלקוח²⁴. אין ספק שלקוח הנזקק לשירות חיוני מידיו של גוף הנהנת ממעמד של כוח, זקוק לעתים להגנתו של

22 חלק משופטיו — לא בלי היסוסים.

23 מענין שבפס"ד ישן *Ailey v. Horne* (1828), Bo. E.R. 1044 מעיר השופט Best כי על המוביל להוכיח שהתובע ידע על הגבלת האחריות.

בארצות-הברית הגישה יותר מתקדמת — ר' סקירתו של מ"מ הנשיא זילברג בפרשת "צים" וכן *37 Col. L. Rev.*, p. 248 (1937).

24 ר' המר' י"ם 545/67, ס"פ מ"מ, 284.

אין הרוצה – נפגע (טענת וולנטי)

בית המשפט מפני התחייבות הונית מקפחת, הרף התיימה על ההוזה. ברם, אינני סבורה שהחוק נועד להסדיר עניני פטור מאחריות בנוזיקין. התנאים הטוללים מאדם את עילתו בגין עוולה אזרחית כלולים בפקודת הנוזיקין ולא בדיני החוזים, וכבר ראינו שהסכמתו לשחרר את הנתבע מאחריותו היא רק אחד התנאים המצטברים. יתרה מזו, על התובע המבקש איונו של סעיף בהוזה אחיד לשאת בנטל ההוכחה שהנסיבות והעובדות מצדיקות היענות לבקשתו. מצבו הונה בתכלית ממצבו של תובע בנוזיקין. במקרה כזה חייב הנתבע להוכיח את הגנת "וולנטי". כמו כן מלמדנו פס"ד "שהם" שבכל הנוגע לפגיעה ברכוש נותנים תוקף לפטור, אפילו הוא כלול ב"כרטיס-נסיעה" שהכינה חברת הנסיעות, מבלי לאפשר לגוסע להביע דעתו, או אף להבין את הסיכונים שהוא נוטל על עצמו.

2. היפר חובה שבחוק

כידוע אין הגנת וולנטי תופסת כלפי תובענה בגין עוולה "הנובעת מאי-מילוי חובה שהיתה מוטלת על הנתבע מכוח חיקוק"²⁵. הוראה כזאת היא אבסולוטית ואין בעל החובה יכול להשתחרר ממנה על-ידי העברתה לאחר. נניח שמעביד הטיל על עובד בכיר הבקי במלאכתו את ביצוע החובה במקומו. העובד, מתוך "לא איכפתיות", לא קיים את המוטל עליו, כולו או בחלקו, וכתוצאה מזה נפגע. האם יראו בהתנהגות העובד משום ניתוק הקשר הסיבתי בין היפר החובה מצד המעביד לבין הפגיעה? לאור התנהגותו המתוארת של העובד? ההלכה השיבה על שאלה זו בשלילה. רק אם העובד רצה בפועל כמש בתוצאה המזיקה – להבדיל מ"לא איכפתיות" גרידא – יראו את התנהגותו כגורם הבלעדי. עקרונות אלה אושרו לאחרונה מפי כבי הנשיא אגרט בענין אמבלם ג. בין²⁶. מלשינו הכללית של החוק גם ברור שעקרונות אלה כוחם יפה לא רק ביחסי מעביד ועובד. התגיון המונח ביסוד ההוראה הוא ברור למדי: אין אדם מסוגל לתת לזולת הרשאה בת נפקות משפטית להפר הוראה שבחיקוק, אפילו הוא משחררו בכך מחובת הזהירות כלפי עצמו. בהיות הנפגע צד מוגן גם לא תיפגם, עקב מתן ההרשאה הפסולה, עילתו בנוזיקין וזו תישאר שרירה וקיימת; ואחת היא אם ההרשאה ניתנת על דרך של ויתור גרידא או במסגרת של הסכם. כדבריו של המלומד ויליאמס²⁷:

"...it would be against public policy to allow an employee to waive the protection of the Statute just as much as it would be to allow him to contract out of the Statute."

וכדברי השופט Toft בפס"ד אמריקאי²⁸:

"It would entirely defeat (the) purpose to permit the servant to contract the master out of the Statute. It would certainly be novel for a court to recognize as valid an agreement between two persons that one should violate a criminal Statute."

25 ס' 5 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש); מקודם המס' ט' 56 לפקודת הנוזיקין, 1944.
26 ע"א 227/67, המר' 113/68, כ"ב פד"י (2), 316, 320.
27 Williams, *op. cit.*, pp. 306-315
28 *Narramore v. R.R.C.O.*, 37 C.C.A. 499

וכדברי השופט Swift בענין *R. v. Donovan*:²⁹

"No person can license another to commit a crime."

לאור תכנו של ס' 5 והעקרון המונח ביסודו רווחה זמן רב הדעה שהסכמת הנפגע להפר החובה שבחוק כלפיו לעולם לא תפגע בזכותו לתבוע את המזיק בנויקין, (להוציא, כמבואר, מקרה בו הוא עצמו חפץ בתוצאה המזיקה). שורה ארוכה ועקבית של פסקי דין חוזרו ונתנו תוקף לעקרון זה. בפסק הדין המנחה *Baddeley v. Earl Granville*³⁰ נקבע מפורשות שאין תוקף להסכם בין א' ל-ב' המשחרר את ב' מראש מחובתו שבחוק, כאשר אותה חובה תכליתה להגן על א'. יחד עם זאת הוסבר כי לא חר מעשה יכולים הם לעשות הסכם אי-תביעה, אם רצונם בכך. פסק-דין זה נתקבל כאסמכתא ששוב אין מהרהרין אחריה.

על רקע זה אפנה לפסק-דין שיש בו, למיטב הבנתי, הרבה מן החדוש, אולם חרף העובדה שהוא ניתן פה אחד עליידי 5 שופטי בית הלורדים התעורר בלי ספק באשר ליסוד המשפטי עליו הוא מושחת. כוונתי לפסה"ד *I. C. I. v. Shatwell*.³¹ שגי אחים (גימס וג'ורג' שטויל) הועסקו כפצצים אצל החברה הנתבעת (המעביד). הוראת הבטיחות שבחוק חייבה את מבצע הפיצוצים לנקוט בצעדים מסויימים כדי להרחיק סכנה מעצמו ומוולתו. האחים גדרו ביניהם לבצע את הפיצוץ במקום פתוח, בניגוד לחיבתם; אירעה התפוצצות והם נפגעו. ג'ורג' תבע את המעביד בנויקין על סמך אחריותו השלוחית למעשהו של גימס. בית המשפט לערעורים סבר שתביעתו מבוססת³², אולם בית הלורדים הפך את ההחלטה על פיה. יצויין שארבעה מבין חמשת הלורדים גרסו — חלקם לא בלי היסוסים — שעצם ההידברות בין שני האחים ושיתוף הפעולה ביניהם לא ניתק את הקשר הסיבתי בין היפר החובה מצד גימס לבין פגיעתו של התובע ג'ורג'. ברור איפוא שאין להסביר את מסקנתם כניתוק הקשר הסיבתי.

רוב השופטים הדגישו שדחיית התביעה היא מהידיבת הצדק וההגיון. המעביד עש.. במקרה זה כל טביכולתו כדי להגיא את הפצצים מביצוע פיצוצים תוך סטיה מהוראות החוק. המעביד אף יום ועודד את החקיקה, בהצביעו על חשיבותם של אמצעי הזהיר רות. חלק מהשופטים הסבירו ששובד יחיד המבצע פיצוצים בניגוד להוראות החוק ורצון המעביד אינו יכול לתבוע את המעביד, שכן חלה החובה שבחוק על יו א י ש י ת. תוצאה זו לא צריכה לדעתם להשתנות, רק משום ששניים חברו יחדיו להשגת אותה מטרה. עצם הקשר ושיתוף הפעולה גורמים לכך שפעולת האחד היא ממילא גם מעשהו של השני, כך שבסופו של דבר גורם כל אחד את התבלה לעצמו. מאחר שהחובה שבחוק חלה ישירות עליהם — ולא על המעביד — מן הדין, איפוא, שתביעתו של ג'ורג' תידחה. הנמקה זו של המיעוט עומדת לדעתי בסתירה למסקנת הרוב ששיתוף הפעולה ל א ניתק את הקשר הסיבתי בין היפר החובה מצד גימס לבין התאונה בה נפגע ג'ורג'. אם כך הדבר — מדוע לא יחוייב המעביד, בתוקף אחריותו השלוחית, עבור מעשהו של גימס? יתרה מזו, רוב הלורדים הדגישו במפורש שהמבחן לשאלת אחריותו של המעביד

[1934] 2 K.B., 498, 507 29

(1887) 19 Q.B.D. 423 30

[1964] 2 All E.R. 999 31

32 על יסוד פס"ד *Baddeley* ופסקי דין שצערו בעקבותיו.

נעוץ בשאלה אם יש לאחים תביעה זה נגד זה. ברם, הרף הקשר הסיבתי כמבואר היתה תשובתם בשלילה.

אופיי שהמסקנה בדבר המשך קיומו של הקשר הסיבתי מתיישבת יפה עם הנאמר בפסק דין אחר, אף הוא של בית הלורדים: *Stapley v. Gypsum Mines Ltd.*³³ עובדות היסוד שנדונו שם דומות לטויל, אלא שהתוצאה הסופית הפוכה. אומר הלורד אוקסי:

“I think the matter may be tested by considering a case of conspiracy. If an agreement to commit an unlawful act is sufficiently causally connected with the unlawful act to be criminal, how can it be said that an agreement to commit a breach of duty is not causally connected with the consequences to either party of that breach of duty?”

את מסקנתו הסופית מנמק, למשל, הלורד Pearce בוו הלשון³⁴:
“It was an implied term (to the benefit of which the employers are vicariously entitled) that George would not sue James for any injury that he might suffer if an accident occurred.”

כבר הבהרתי לעיל את עקרון טובת הציבור – שמצא ביטוי גם בסעיף 5 לפקודת הנויקין (נוסח חדש) – שאין תחולה להגנת וולנטי נגד תובענה בגין היפר הובה שבחוק. אם כך הדבר – כיצד יתכן שהיא נפקות להסכם (מיכללא) מצד גורג' שלא יתבע את ג'ימס, אם יפגע? המחבר Dias³⁵ מחייב הנמקה זו כבסיס האיתן ביותר למסקנת בית הלורדים בענין טויל. הוא מצביע על כך שמדובר בהסכם-איי-תביעה בין שני האחים לפני המעשה. הסכם כזה אין בו, כידוע, כדי להסיר מהמעשה את כחם העולה. יחד עם זאת הוא מקים מחסום בפני הגשת תביעה. ברם, אם כך הדבר, תמהתני כיצד יכול המעביד להתגונן מפני תביעה נגדו, שהרי כידוע אין – לפי הגישה הקיימת – מניעה לתבוע את המעביד על יסוד אחריותו השילוחית כאשר התביעה נגד המזיק הישיר חסומה מחמת immunity from suit³⁶. יתרה מזו, הקו האופייני המבדיל בין כתרור-מראש (שאינו אלא “וולנטי”) לבין הסכם-איי-תביעה מתבטא, למיטב הבנתי, בכך שהסכם-איי-תביעה יתכן רק לאחר מעשה, דהיינו כאשר העולה כבר קיימת. ברם הרשאת המעשה מראש – במקרים בהם היא אפקטיבית – והיות המעשה עולה אורחית הם, למיטב תפיסתי, תרתי דסתרי. הקונסטרוקציה שביסוד גישתו של הלורד Pearce נראית לי, איפוא, כוולנטי במסווה של הסכם-איי-תביעה, דווקא כדי לעקוף את העקרון המשורש היטב, שהגנת וולנטי בחור שכזאת כלל לא תיתכן כנגד תובענה בגין היפר הובה שבחוק. לי אישית נראית הגישה בענין Baddeley, לפיה לא תיתכן כגון דא הסכמה מראש בת-תוקף משפטית. לעומת זאת אין טעם לפגם בהסכם לאחר מעשה. אם אחרי שנפגע

National Coal Board v. England [1954] 2 All E.R. 478, 484, 486 33
1 All E.R. 546. אף הוא דומה בעובדותיו אך שונה בתוצאה.

34 פרשת טויל, שם, בעמ' 1013 מול האות “G”.

35 Dias, “Consent of parties and voluntas legis”, (1966), *C.L.J.* 75, 87

36 על ההבדל בין שחרור (release) והסכם-איי-תביעה (Covenant not to sue) וכן ריכז אסמכתאות ראה מאמרי “Extinction of Cause of Action” 4, *Is. L.R.* 201, 203

מחליט הניזק למחול למזיק, או להבטיח לו בהבטחה מחייבת לא לתבוע אותו לדין. הרי זה ענינו. ברם שונה המצב כאשר אדם "מרשה" לזולת מראש להפר חובה שבחוק שתכליתה להגן עליו. לא זו בלבד שהכרה בהסכמה כזאת חותרת תחת מגמתו של המחוקק לפרוש עליו הגנה, אלא שהיא עומדת בסתירה לעקרון טובת הציבור לפיו אין נפקות משפטית למעשה או לפעולה המהווה עבירה על החוק. זהו עקרון אשר למיטב הבנתי אינו סובל חריגים.

מטעם זה מסתייגת אני, בכל הכבוד, מהדעה שהובעה במשפט שטוויל כאילו אין תחולה להגנת וולנטי רק כאשר החובה שבחוק מוטלת במישרין על המעביד, או לפחות על עובד בכיר אשר עקב היותו ממונה על התובע כפה עליו את רצונו. לי נראה שהסכמה להיפר חובה שבחוק משוללת נפקות משפטית, יהיה האדם עליו חלה החובה אשר יהיה. סימוכין לדעתי מוצאת אני בנוסח של ס' 5 לפק' הניזקין.

יחד עם זאת אין בהוראות החוק המהותי דבר וחצי דבר המונע דחיית התביעה, במקרה מתאים על סמך העקרונות של טובת הציבור. עקרונות אלה בדרך כלל אינם כתובים בחוק, אלא מקורם בפסיקה, לאור המקובל על הציבור שבקרבו אנו יושבים. אסביר את הלך מחשבותי: לעתים נתקלים בפסיקה בהערה שהכלל *ex turpi causa* אינו חל על תובע שהסכים להיפר חובה שבחוק מצד הנתבע. בדרך כלל זה נכון. ההוראה שאין תחולה להגנת וולנטי כתובענה בגין היפר חובה שבחוק תכליתה לפרוש הגנה על התובע חרף הסכמתו זו. בהיותו צד מוגן אין הוא מקפח עילתו בניזקין, חרף ההסכמה. במלים אחרות: הוא אינו *in pari delicto* עם הנתבע המיפר. זה המצב כאשר החובה שבחוק היתה מוטלת רק על הנתבע. ברם, אם גם התובע היפר אותה חובה ואף עשה יד אחת עם הנתבע, מתוך רצון חפשי, בביצוע המעשה הפסול — יש ויראו את שניהם כ"חוטאים כאחד". במקרה כזה, אעפ"י שההסכמה בטלה ומבוטלת ולפיכך עילת התביעה קיימת — תישלל ממנו "זכות התביעה", בגלל היותה "בח-עוולה".

על דרך זו ניתן היה לדעתי להגיע בענין שטוויל לאותה מסקנה סופית, אשר כשלעצמה היתה צודקת והגיונית. השקול שיסודו בעקרונות טובת הציבור, יכול, כאמור, לעמוד בצד הוראות החוק והפסיקה הקודמת ללא כל סתירה ביניהם. התביעה נדחת, על סמך עקרון כזה, חרף קיומה של עילה לפי החוק המהותי.

לסיכום: 1. רצוי לחתור ליתר תיאום בין הגנת הוולנטי בדניני ניזקין לבין תקפותם ופירושם של סעיפי-פטור מניזקין בחוזים.

2. הסכמה להיפר חובה שבחוק היא תמיד בטלה. דווקא מטעם זה יכול, בדרך כלל, צד מוגן לתבוע את מיפר החובה בניזקין, חרף הסכמתו. זכות זו מבוססת הן על הוראות ס' 5 לפקודת הניזקין (נוסח חדש) והן על עקרונות "טובת-הציבור". יחד עם זאת סבורתני שהתביעה צריכה להידחות כאשר התובע והנתבע "חטאו כאחד". מסקנה זו מתבקשת מעקרונות "טובת הציבור" שאין להפישם בחוק המהותי גופו.