דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראל*

מאת

ד"ר מישאל חשין

הסוגיה

דיוננו כאן ייסוב על חלקה של הפסיקה ביצירת משפט הנזיקין בארץ. מלאכתם של בתהמ"ש היא ב"פירוש"; השאלה היא, אם כן, עד כמה יכולה להביא אותם דרכם בפירוש הפקודה ושאר מעשי חקיקה ליצירתו של דין נזיקין הלכה למעשה.

המחוקק הא"י ראה לאחוז בפקודת הנזיקין (להלן — הפקודה) ב"Pigeon-Hole Theory"[1], בהעדיפו תיאוריה זו על פני קביעת עקרון־יסוד לאחריות בנזיקין (Law of Torts v. Law of Tort), והדברים ידועים. אין פלא בדבר, איפוא, שבתהמ"ש שללו כוח מעצמם ליצור אבות נזיקין שלא באו בפקודה, למרות שראו בדבר הקפאה בלתי נאותה להתפתחותו של משפט הנזיקין. דוגמה לדבר: הסירוב להכיר בזכות היחיד (right of privacy)[2] כזכות המוגנת במשפט הנזיקין[3]. זכות היחיד הינה קובץ של אינטרסים (העשוי להשתנות מעת לעת), אולם מוכרות רק אותן שלוחות בה היכולות לשמש נושא לגיטימי בהחלתן של עילות התובענה שהדין הכיר בהן, כגון הוצאת שם רע, קופריים, עשיית עושר ולא במשפט וכיו"ב, אולם לא רב מכך[4].

הדעה שאין בתהמ"ש רשאים ליצור עוולות נזיקין מקובלת על הכל, מכל מקום מבחינה תיאורטית[5]. תומכים בה מכללא כל אותם פס"ד שקבעו כי חסומה דרכנו למשפט האנגלי ליבוא אבות נזיקין שלא באו בכתובים בפקודה[6], וכן הפסיקה שסירבה להכיר בנזק פלוני כיוצר זכות בתביעה אם אין המעשה גורם הנזק נופל בגידרה של

* פרק מתוך ספר על תורת הנזיקין הכללית שעתיד לראות אור בזמן הקרוב. עורך הספר הוא גד טדסקי ומשתתפים בו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין.

1 ראה, למשל: ת"א 144/55 ידין נ. צ.ד. בע"מ, י"א פ"מ, 202, 204. ראה אף ע"א 358/56 דגני נ. סולל בונה בע"מ, י"א פד"י, 871, 875, בו מדבר ביהמ"ש ב"... יתד משפטית... לתלות בה פסק פיצויים" ("...[a] legal peg on which to hang an award of damages").

2 וביתר דיוק: אינטרס היחיד.

3 וביתר דיוק: כזכות המוגנת לאורכה ולרוחבה. ראה ע"א 68/56 רבינוביץ נ. מירלין, י"א פד"י, 1224; ת"א 144/55 ידין נ. צ.ד. בע"מ, י"א פ"מ, 202.

4 ניתן היה לומר שהדין "הכיר בזכות", לו חלקן המירבי של שלוחותיה היה זוכה בהגנה. במקרה זה יכולים היינו, אולי, לדבר בזכות שאינה עוד תלויה באוסף ההגנות שיצר הדין מסביבה. מכל מקום, במקרה כגון זה היתה הקרקע כשרה לייצורה של דוקטרינה.

5 בע"א 312/63 אלון נ. פלד (י"ז פד"י, 2572, 2575—2576), מציג השופט לנדוי בעיה בתחום זה אך אינו מבקש להשיב עליה.

6 ראה, למשל: ע"א 153/54 וידר נ. היהמ"ש, י' פד"י 1246.

אחת העוולות המנויות בפקודה (כפירושה ע"י בתהמ"ש), וזאת אף אם "קרוב" הוא אל התחום שהפקודה מכסה, ואפילו הוכר האינטרס של הניזוק לזכות בפיצוי [7].

לכאורה, איפוא, יכולים היינו לחתום דברינו במקום זה; אלא שלא נעשה כן, ומשני טעמים. ראשית לכל, נכון הדבר שהמחוקק מנה בפקודה "עוולות" אלו ואלו ולא עוד יסף, אולם שאלת "פירוש" החוק, קרי: קביעת היקף תחולתן של העוולות הלכה־למעשה, נתונה בידיהם של בתהמ"ש. אפשר שנגלה כי בהחלתה של עוולה פלונית או בפירושה בדרך פלמונית, נוצר, אם בכוונה ואם מבלי־משים, עקרון יסוד לחיוב בנזיקין, או עקרון המתקרב לכך. אם כך הדבר, נימצא למדים שהפקודה עצמה קבעה עקרון יסוד לחיוב, אף שהתחזה כעוולה מן השורה גרידא. ומה־לי עקרון שנקבע באורח עצמאי ע"י הפסיקה מה־לי עקרון המתבקש כשלוחה מהפקודה? חייבים אנו, איפוא, ללמוד את עוולות הפקודה ולנסות ולגלות מה מבקשות הן לומר לנו. עד כאן הסוגיה הראשונה. הסוגיה השניה עניינה בשאלה אם מצאו בתהמ"ש בפסיקתם דרך אחרת לקביעתו של חיוב יסוד למעשים הגורמים נזק, בבקשם לסמוך לדברי חוק אחרים מחוץ לפקודה, ובמקרה שאכן מצאו — אם מתאים הפתרון להוראות הפקודה. אלו הן השאלות בהן נדון להלן.

עוולות פרטיקולריות ועוולות־מסגרת

גבוליהם של אבות הנזיקין המנויים בפקודה — מהם? לשאלה זו, כאמור, השיבות ראשונית באשר ככל שירחבו וילכו תחומיהן של העוולות המוכרות, כן יגבר כוחם של בתהמ"ש ליצור דין ובה במידה נתקרב ליצירתה של דוקטרינה שתחלוש על פני משפט הנזיקין כולו. סוגיה זו קשורה קשר אמיץ לשאלה בדבר הכללים ההלים בפירושה של הפקודה, אולם במקום זה נדון בענין מנקודת־מבט יכולתם של בתהמ"ש ליצור דין, אף שהתחומים מסיגים בחלקם של הדברים זה את גבולו של זה.

ניתן לחלק את העוולות הבאות בפקודה לשני סוגים עיקריים: האחד — ה ע ו ו ל ו ת ה פ ר ט י ק ו ל ר י ו ת, האחר — ע ו ו ל ו ת ה מ ס ג ר ת [8].

העוולות ה פ ר ט י ק ו ל ר י ו ת הן אותן עוולות שתחום תחולתן מצומצם יחסית, ובהן עוולות התקיפה, התרמית, הגזל, הסגת גבול במקרקעים ובמטלטלים, המיטרד ועוד, ולמעשה: כל העוולות חוץ מעוולות המסגרת. בהגדרתן של עוולות אלו מנה המחוקק י ס ו ד ו ת ש ב ע ו ב ד ה פלונים כתנאי־בלעדיו־אין להיווצרותן [9], ומשנתמלאו אותם יסודות — שלמה העוולה. בדיון בעוולה פלונית מהעוולות הפרטיקולריות עשויה להישאל השאלה אם מכסה היא, ואם לאו, אירוע פלוני ה"קרוב" לתחומיה. למשל: אדם המטלטל שלא־כדין נכס של הזולת מרחק חמישה מטרים, אפשר שיחוייב בעוולת הגזל (סעיף 52 לפקודה), ואפשר שיצא זכאי בדין, הכל כבניינה של עוולה זו בפקודה וכפירושה

7 השווה, למשל: ת"א 96/48 אלקלעי נ. בלנגה, ג' פ"מ 93.

8 ההבחנה המוצעת הינה, ביסודה, הבחנה שבדרגה בלבד, אם עוולה פלונית "צרה" בהיקפה, "רחבה", "רחבה מאד", וכו'.

9 כמובן אין מדובר בעובדות בלבד, שיסוד ה"עובדות" ויסוד ה"חוק" משמשים תמיד בערבוביה, ועיקר הן "עובדות" שהדין רואה אותן מהותיות. כוונתנו ל"עובדות" בניגוד ל"עקרון של דין", לשון אחר: לעוולות שהיסוד העובדתי בהן רב על יסוד החוק; וראה להלן.

nevo.co.il

והחלתה ע"י בתהמ"ש. או: אדם תובע חברו לדין ביודעו שאין יסוד לתביעתו, ותוך ההליכים זוכה הוא בצו עיקול זמני הגורם נזק לנתבע; בסופו של דבר נדחית התביעה. הנכנס מערך עובדתי זה במסגרת עוולת הנגישה (סע' 60), או במסגרת כל עוולה פרטיקולרית אחרת, אם לאו?[10] שאלות אלו ואחרות כיוצא בהן מתעוררות ברגיל בדיון בעוולות הפרטיקולריות, ולא יחלוק איש על־כך שעוולות אלו לא באו לקבוע עקרון יסוד לחיוב בנזיקין.

שונה דינן של עוולות המסגרת, והן: עוולת הרשלנות (סע' 35 לפקודה) והפרת חובה חקוקה (סע' 63 לפקודה). מרכז הכובד בעוולות אלו אינו בקיום יסודות־שבעובדה פלונים שהמחוקק ראה לקובעם מלכתחילה על ספר, אלא, יותר בעוולה הראשונה מאשר בחברתה, בתפישה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין. ניתן לומר כי ההבדל בין העוולות הפרטיקולריות לבין עוולות המסגרת הוא שלענין העוולות מהסוג הראשון נטל המחוקק על עצמו לעשות מראש החלה של עקרון־יסוד לאחריות בנזיקין כפי שאותו עקרון נראה לו, והדבר בא בדרך מניינן של קביעות פלוניות כתנאי לחיוב בנזיקין[11]. לעניין עוולות המסגרת, מאידך גיסא, השאיר המחוקק עיקרה של המלאכה בידי בתהמ"ש כנראה להם לעשיית הצדק ועל־פי הנחיות כלליות בלבד שהורה אותם לנהוג לפיהן[12]. וזה ליבה של הבעייתיות: מהו גדר תחולתן הלגיטימי של עוולות המסגרת, אלה אירועים מכסות הן, ומכאן: אלו זכויות מעניקה הפקודה.

לשאלה זו שתי פנים: הפן האחד קשור בשאלה אם נראה בעוולות המסגרת השתקפות בלבד לפירוש שניתן לעוולות המקבילות להן במשפט האנגלי הפנימי, או אם נהיה נכונים לראות בהן עוולות העומדות ברשות עצמן והקובעות מסגרת עצמאית לחיוב, שאינה יונקת מהמשפט האנגלי. פן זה של הבעיה מעוגן לשאלה בדבר מידת כבילותנו בפירוש למשפט האנגלי. אם נגיע למסקנה שעוולות המסגרת בפקודה זכו בקיום עצמאי משלהן, או־אז תישאל השאלה הנוספת, והיא: עד היכן רשאים אנו להרחיק לכת ואם נהיה מותרים לומר כי יש באותן עוולות כדי לקבוע יסוד כללי לחיוב בנזיקין. אף פן זה של השאלה קשור בפירושה של הפקודה, אלא שזו הפעם נעשה בשלנו.

עצמאותן של עוולות המיסגרת

אשר לחלקה הראשון של השאלה: איזו שיטת משפט (והברירה היא בין משפט ישראל לבין המשפט האנגלי) תשמש נקודת מוצא לבירור מהותן ולניתוחן של עוולות המסגרת בפקודה? הנה־כי־כן פסק ביהמ"ש בענין המאבי נ. סולל בתה בע"מ[13] כי עוולת הרשלנות בפקודה אינה מכילה בחובה היזבו־בנזיקין של מעביד כלפי עובדו (כגון אחריות בגין נזק שאירע לעובד בשל רשלנות המעביד, ואשר יסודו בשיטת עבודה בלתי בטוחה). הטעם לדבר: במשפט האנגלי נוהגים להבחין בין עוולת הרשלנות

10 השווה: ת"א 96/48 אלקלעי נ. כלנגה, ג' פ"מ 93.

11 אין צריך לומר שההבחנה בין עקרון יסוד לבין תחולה הינה במישור האינטלקטואלי בלבד. במשפט הפוזיטיבי אותה "תחולה" הינו דין מחייב, לאמור: "עוולה" פלונית.

12 וראה ד"נ 6/66 שחארה נ. חילו, פד"י כ' (4). 617 (השופט לנדוי).

13 ת"א 1225/53, י' פ"מ 404; השווה: המ' 296/50 ריזברג נ. רדז'בילובסקי, ד' פ"מ 60.

nevo.co.il

ה"רגילה" מזה לבין חיוביו של מעביד כלפי עובדו מזה, ומסווגים חיובים אחרונים אלה במסגרתו של אב־נזיקין עצמאי ונפרד מעוולת הרשלנות ה"רגילה"; ומהמשפט האנגלי למד ביהמ"ש למשפט ישראל. בענין וידר נ. היוהמ"ש[14] קבע ביהמ"ש העליון כי ראש הנזיקין בגין איבוד שירותיו של משמש (per quod servitium amisit) לא בא במשפט הארץ, וזאת משום שבמשפט האנגלי מוכרת עוולה זו כאב־נזיקין עצמאי, בעוד אשר בפקודה נפקד מקומה.

שתי ההלכות המובאות יסודן בקביעת גדר תחולתה של עוולת הרשלנות בפקודה על־פי הקריטריונים לקלסיפיקציה המקובלים במשפט האנגלי הפנימי, דהיינו: המשפט האנגלי הפנימי משמש לנו לתחימתה של עוולת הרשלנות, ובו תימצא התשובה לשאלה אם אירוע פלוני נכנס במסגרתה, ואם לאו[15].

נראה לנו שלא זה הדרך. לדעתנו, קביעת גבוליה של עוולת הרשלנות חייבת להיעשות תוך זיקה קלושה בלבד למשפט האנגלי, ודומה כי עשוי המשפט האנגלי לשמש לנו אך זרק במסגרתו ה"רציונאלית" הכללית, כמקובל בקלסיפיקציה במשפט הבינלאומי הפרטי[16]. והנה, נקיטתה של אמת־מידה זו והתבוננות בהגדרתה של עוולת הרשלנות בסע' 35 לפקודה (ו"פירושה" של העוולה, מן הראוי לו שיהא נדיב ולא קמוץ־יד) ילמדו אותנו לדעת כי רחב המצע, ובכוחה של העוולה לספוג אל קירבה (במסגרת חובת הזהירות וכהחלה של עקרון הרשלנות) אותם אבות־נזיקין שהזכרנו למעלה, ואשר מטעמים היסטוריים זכו במשפט האנגלי לטיפול מיוחד. מובן שהאפשרות בכוח להחיל את העוולה על אירוע פלוני (ביצירת הקונסטרוקציה של חובת זהירות) אינה מחייבת החלתה כך הלכה־למעשה[17] (ובנקודה זו טמון אחד ההבדלים בין עוולת־מסגרת לבין עוולה פרטיקולרית). ב"פירושה" של הפקודה נתונה השאלה, להלכה ולמעשה, להכרעתם של בתהמ"ש, על־פי המדיניות שהם אוחזים בה ובמיסגרות המקובלות בהן הם נתונים.

עיקר הדבר הוא שלא נבוא לדרוש בעצתו של המשפט האנגלי הפנימי ולא ניזקק לו כלל, כמקור משפט מחייב, מקום שעוולה פלונית במשפטנו מעלה ברישתה מערכים פלונים (וגם שהדברים אמורים בכל עוולה, ניתן ליבנו עתה לעוולות המסגרת), אף אם העוולה המקבילה לה במשפט האנגלי צרה הימנה. בפירוש ובקלסיפיקציה כהילכתם

14 ע"א 153/54, י' פד"י 1216. לענין אבדן שירותים ראה עוד, למשל: ע"א 134/56 הסוכנות היהודית לא"י נ. שכטר, י"א פד"י 1329 (בבימ"ש קמא: ת"א 1102/55 ט"ו פ"מ (ת') 90); ד"נ 13/62 קונה נ. וקסלר, י"ז פד"י 1800, 1805. השווה: ע"א 187/57 קרס ו"אגר" ("אש"ר") בע"מ נ. צדיק, י"ב פד"י 171; ע"א 524/60 ולנסי נ. בכר, ט"ו פד"י 2017.

15 בפרשת וידר (לעיל, הע' 14) נשאלה השאלה מה פירוש יש ליתן לאמירה: "כל אדם הגורם ברשלנותו נזק לאדם כל שהוא מבצע נזיקין אזרחיים", שבאה בסע' 50(3) לפקודה (כיום — סע' 35 סיפא). אמר השופט גויטיין (בעמ' 1252 לפסה"ד): "דעתנו היא שבמלים אלה לא התכוון המחוקק המנדטורי להרחיב את חוג האנשים הזכאים לתבוע על־פי עילת רשלנות מעבר לתחומי ההלכה האנגלית".

16 וראה בד"נ 1/49 רוזנבאום נ. רוזנבאום, ז' פד"י 1037, 1042 ואילך (מפי השופט אגרנט), שעניינו פירושם של מונחים הבאים בדבר המלך במועצתו, 1922. השווה: ע"א 547/65 המוסד לביטוח לאומי נ. רוזיצקי, כ' פד"י (3), 29, ביחוד 38.

17 ואמנם, ההלכה שנתקבלה היא, שלענין יחסי מעביד־עובד חיוביו של המעביד באים בעוולת הרשלנות. הפסק העיקרי הראשון בסוגיה הוא ע"א 147/54 נואמה נ. ריבקינד, ח' פד"י 1603 (השופט אגרנט). לענין עוולת per quod servitiun amisit, אין אנו מביעים דעתנו בשאלה אם אמנם באה היא, הלכה למעשה, בגדר עוולת הרשלנות בפקודה.

nevo.co.il

עשויים לבוא בתחומה של עוולת מסגרת בפקודה (ולהלכה ולמעשה, אף בתחומה של עוולה פרטיקולרית), ראשי־נזיקים שלא נתייחד להם מקום משלהם בפקודה, אפילו מכיר בהם המשפט האנגלי כעוולות פרטיקולריות עצמאיות שמם פלוני או אלמוני קורא עליהם.

עוולת הרשלנות: תיאורית הכוונה

חלקה השני של הבעיה שהצגנו למעלה הוא זה: האם יש בעוולות המסגרת (ונדון לראשונה בעוולת הרשלנות) כדי לקבוע עקרון־יסוד לחיוב בנזיקין? עצם סיווגן של עוולות כעוולות מ ס ג ר ת מלמד עליהן שיותר משבאות הן לתת נפקות לקביעתם של היובים פרטיקולריים, משמשות הן יסוד רעיוני לחיוב בנזיקין. השאלה היא, עד היכן משתרע גבולו של עקרון החיוב שנקבע.

פירושה וסיווגה של עוולת הרשלנות לא נקבעו חד וחלק; בדרך פירוש וקלסיפיקציה אחת אפשר שנגיע למסקנה כי העוולה "בלעה" ראש נזיקין פרטיקולרי פלוני במשפט האנגלי (או אף משתרעת היא אל־מעבר לראשי הנזיקין המוכרים במשפט האנגלי), בעוד אשר בדרך פירוש אחרת יישאר אותו ראש נזיקין מחוץ לה. ככל שנעמיק בקלסיפיקציה כן ירחב וילך היקף תחולתה של העוולה, ובחשיפת הפרודה הראשונית בה נלמד כי עשויה היא להשתלט, למעשה, על כל דין הנזיקין וכי כל עוולות הנזיקין תבואנה בה[19]. ניתן לטעון כי העוולה — שניסוחה בקונצפציה משפטית מובהקת, והאלמנטים העובדתיים בה אך טפלים ליסוד החיוב המשפטי — עניינה בחריגה מרמת־התנהגות ראויה הנקבעת מעת לעת ע"י בתהמ"ש; שאין זה תנאי לביצועה כי המעשה־יסוד־הקובלנה ייעשה ב"רשלנות" (במשמעות המקובלת של דיבור זה, כשהוא בא בסולם המושגים של "כוונה" ו"פזיזות"), וכי העוולה עשויה לכסות אף מעשים הנעשים ב"כוונה" או ב"זדון"[20]. כל אימת שפלוני עושה מעשה כלשהו הגורם נזק לאלמוני, וביהמ"ש מוצא כי אותו מעשה חורג מרמת־התנהגות שמן הראוי לה כי תישמר ע"י החברה (קרי: התנהגות "בלתי סבירה"), יתחייב פלוני בעוולת הרשלנות. בהתאם להשקפה זו, אין דינה של עוולת הרשלנות כדינה של כל עוולה אחרת, שלהלכה אין גבוליה מותחמים ולמעשה נקבעות מיגבלותיה ע"י פסיקת בתהמ"ש. לשון אחר: עוולת הרשלנות באה, להלכה ולמעשה, לקבוע עקרון־יסוד לאחריות בנזיקין, והריהי כאומרת: מזיק חייב בפיצוי מקום שפעל "שלא כהלכה", וכאשר מן הצדק שכך יחוייב; "מן הצדק" — בנתון למיגבלות המקובלות להן כפופים בתהמ"ש, לרבות מדיניות הפקודה עצמה, סיווגי־דין "לגיטימיים"[20], אורח־החיים של החברה בה מצויים אנו, תקדימי־

18 מיגבלה אחת היא, לפחות, המוצבת ע"י שיטת המשפט: שלא יהא בכוחה של עוולת הרשלנות לפלוש אל תחומיהם המוכרים של ענפי משפט אחרים. כך, למשל, לא נראה בהפרת חוזה, כשהיא לעצמה, עוולת רשלנות כמשמעה בפקודה.

19 השווה: רובינשטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנזיקין", הפרקליט, כרך כ"א עמ' 61, ביחוד בעמ' 66—67, 74—75. ע"א 413/64 אברהמי נ. עיריית ת"א־יפו, י"ט פד"י (1), 114, 119; ע"א 312/63 אלון נ. פלד, י"ז פד"י 2572, 2574 (שניהם מפי השופט לנדוי). אבל ראה: סדסקי "נזקי גוף ללא שימוש בכוח ו'הרשלנות הזדונית'", הפרקליט, כרך כ"ג עמ' 170, 180 ואילך.

20 כגון שה"חובה" בה מדבר המחוקק יש לשואבה מתחומי המשפט הפרטי אך לא מתחומי

nevo.co.il

הלכה שקבעו מיסגרות־חיים, היסטוריה משפטית, "חוש המומחיות" של המשפטן, וכיו"ב [21].

קונסטרוקציה נדיבה זו לעוולת הרשלנות אינה מקובלת על הכל [22] (אף שליבו של כותב שורות אלה נוטה אחריה). נעמוד להלן על כמה טיעונים שניתן להעלות כנגד הגירסה שעוולת הרשלנות כוללת אף מעשים הנעשים ב"כוונה". אגב כך נברר היקפו של עקרון־היסוד שנקבע בעוולת הרשלנות, אפילו תידחה הסברה שהעוולה כוללת מעשים הנעשים ב"כוונה".

שני סוגי טיעונים כנגד תיאורית־הכוונה: האחד עניינו בשיקולים שמעוולת הרשלנות גופה: יסודיה של העוולה ככלל, תחולתה של העוולה במשפט האנגלי וניסוחה של העוולה בפקודה. סוג טיעונים אחר קשור בבריאתה של פקודת הנזיקין בארצנו. נעמוד על טיעונים אלה כסידרם.

שיקולים כלליים

יאמר האומר: עוולת הרשלנות בפקודה, כהגדרתה, במקורה וכרוחה, אין עניינה במעשים ובמחדלים גרידא, אפילו נופלים הם מרמת־התנהגות מסויימת, אלא אם עשה העושה וחדל החדל ב"רשלנות" דווקא, רשלנות — להבדילה מזדון. מכאן: מעשה (או מחדל) הנעשה (או נחדל) בכוונה, אינו יכול כלל לבוא בעוולת הרשלנות. טיעון זה סתמי וכללי יתר־על־המידה.

ראשית לכל, קשה לראות, כעקרון, מדוע נמנה את המוטיבציה המפעילה את המזיק כגורם קובע בעוולה. הנחת־היסוד לענייננו היא, שבמערכת נסיבות מסויימת חייב מזיק בעוולת הרשלנות, הואיל ולא עשה את ש"האדם הסביר" היה עושה באותן נסיבות. אמת־המידה לבחינה היא, אם מבחינה אובייקטיבית לא הגיע המזיק לרמת־התנהגות נדרשת. פלוני, המזיק, עשה מעשה מסויים, בעוד אלמוני, "האדם הסביר", לא היה עושה כן. מה נשתנה לענין זה, ומבחינת המבחן הקובע בעוולה, אם המעשה שהביא לנזק נעשה ב"רשלנות", במובנה המקובל, או ב"כוונה"? [23] והרי בשני המקרים נפלה רמת־התנהגותו של פלוני מאותה רמה נדרשת? והלא מבחינה מושגית ומוסרית, הדברים הם קל וחומר.

כך, למשל, הוחלט במשפט הארץ, לאחר שקלא וטריא, שעוולת הרשלנות משתלטת, בנסיבות מסויימות, אף על אירועים בהם נגרם נזק כספי גרידא (להבדילו מנזק לגוף או לרכוש) [24]. איננו רואים קושי להטיל חיוב, באותה מסגרת, אם המעשה גורם הנזק

המשפט הציבורי. ראה: ד"נ 6/66 שחארה נ. חילו, כ' פד"י (4), 617, והאסמכתאות הנזכרות בו, לרבות פסה"ד שהיה נושא לדיון נוסף. ראה עוד: *Hedley Byrne* v. *Heller* [1964] A.C. 465. השווה: ע"א 317/67 המועצה המקומית טמרה נ. חיימוביץ, כ"א פד"י (2), 320, 322—323.

21 ובלבד שנגרם לניזוק "נזק" כמשמעו בפקודה: סע' 35 סיפא וסע' 2.

22 ראה ביחוד, סדסקי, שם.

23 רוביגשטיין ופרידמן, שם.

24 המ' 106/54 רינשטיין נ. קדימה, ח' פד"י 1317 (השופט אגרנט). בעקבותיו: ע"א 451/66 קורנפלד נ. שמואלוב, כ"א פד"י (1), 310; ע"א 487/66 שמשון נ. מרדכי, כ"א פד"י (1),

nevo.co.il

נעשה ב"כוונה" דוקא. הטעם לדבר הוא, כאמור, שמצויים אנו בתחום של קריטריונים אוביקטיביים גרידא והם המנחים אותנו הדרך. פלוני סיפק לאלמוני מידע מסויים; אלמוני פעל על סמך מידע זה וסבל נזקי־ממון, בנסיבות בהן נכונה ההלכה להכיר בחיובו של פלוני בעוולת הרשלנות, מהטעם שפעל ב"רשלנות". ניתן לטעון ש"כוונתו" של פלוני בהשגת התוצאה אינה מעלה ואינה מורידה. פלוני סיפק לאלמוני חמישה נתונים בעוד חייב היה לספק שבעה נתונים; למאי נפקא מינה מ ד ו ע לא סיפק את שני הנתונים החסרים, אם הקריטריון לחשיבה הוא אוביקטיבי: מי שמספק בנסיבות אלו ואלו חמישה נתונים בלבד חייב בפיצוי?

ולענין החסינות הניתנת לפקידי ציבור — סע' 6 ו־7 לפקודה — האמנם דין הוא שלא יהיו חסינים אם עשו מעשיהם ב"רשלנות", כמקובל, אולם החסינות תעמוד לדם אם פעלו ב"כוונה"?[25] מבחינה זו של רמת־התנהגות ראויה, יש מקום לדעה שהשאלה אם נעשה המעשה ב"כוונה" דווקא, בלתי רלבנטית היא מעיקרה.

ועוד זאת: מה פירוש המלה "כוונה" בהקשר הענין? בוודאי אין המדובר ברציה לעשייתו של מעשה (Volition), דהיינו: שהמעשה שגרם נזק נעשה, הוא־גופו, מ"רצון", להבדילו, למשל, מכפיה (בין חיצונית ובין פנימית, כגון כחלת נפש)[26], שהרי גם מעשה רשלנות ככל מעשה עוולה אחרת נעשה ב"רציה", והשאלה אם "רציה" משמשת יסוד לחיוב בנזיקין היגה שאלה כללית שמדין הנזיקין ואינה שייכת לענייננו דווקא. המדובר הוא, איפוא, במעשה המלווה "כוונה" להשיג תוצאה מסויימת (או במעשה המלווה בחזות התוצאה מראש), להבדילו ממעשה שאינו מלווה ב"כוונה" כאמור. ואולם, אם המדובר הוא, לפחות, במעשה שהיה גורר אחריו חיוב לו היה נעשה ב"רשלנות", נפלא מעמנו מדוע אותו "סרח עודף" של"כוונה" יש בו כדי לפגום. מובן הדבר שלענין עוולות פרטיקולריות מסויימות, מעמיד המחוקק תנאי שהמעשה ייעשה ב"כוונה" דווקא, ו"מעשה רשלנות", בהוראתו הרגילה, לא די יהא בו. קשה להסכים להיפוכו של דבר.

שני שלבים עוקבים בדין הנזיקין (ובכל דין אחר). השלב הראשון הוא בכינונה של העוולה. למדים האנשים לדעת כי במערכת נסיבות פלונית מן הראוי הוא שבידי שמעון תהא "זכות" כלפי ראובן, שפגיעה בה תהא בגדר נזיקין. המוטיבציה המפעילה בקביעתה של אותה מערכת כעוולת נזיקין יכולה להיות שונה מעוולה לעוולה; בעוולה אחת — הרצון לשמור על זכות הקנין כפני כל התערבות בה, אפילו לא נגרם נזק לבעל הזכות (כגון trespass למקרקעין), בעוולה אחרת — הרצון לפצות אדם על נזק שנגרם לו (כגון עוולת התרמית). תוצאת הדברים היא קביעתה של עוולה במשפט

590; ע"א 98/67 ליבהר נ. "נגית השחם", כ"א פד"י (2), 243, 248. ראה עוד פסה"ד בענין הדלי נ. בירן, לעיל, הע' 20, אבל ראה: סדסקי, שם, בעמ' 185.

25 ראה: ע"א 508/59 תיק נ. מתיין, כ"ה פ"מ 89 (השיפט בנימין כהן); רובינשטיין ופרידמן, שם. וראה האסמכתאות הנזכרות בהערה האחרונה. לענין כוונתו של מחוקק הפקודה — אולי נעשה הדבר במתכוון, מטעמים פוליטיים? סדסקי, שם, 183. הדבר מצוי בתחום הספקולציה גרידא.

26 לשאלת ה"רציה" ראה, למשל: ד"נ 11/65 גדיסי נ. היוהמ"ש, כ' פד"י (1), 57, 62 ואילך; ע"פ 76/65 גדיסי נ. היוהמ"ש, י"ט פד"י (1), 668, 672 ואילך; ע"פ 17/59 מאור־מזרחי נ. היוהמ"ש, י"ד פד"י, 1882, 1888, והאסמכתאות הנזכרות באותם מקומות.

nevo.co.il

הנוהג (בין על ספר החוקים ובין בפסיקה, מקום שהפסיקה מותרת, הלכה למעשה, בייצורן של עוולות נזיקין), בהתקיים תנאים אלה ואלה, ברובם תנאים־שבעובדה. עד כאן — בריאתה של עוולה.

מאותו מקום ואילך, אין מהרהרים עוד אחרי מידותיה של העוולה, אלא מחילים את קביעות הדין או ההלכה על נסיבות החיים השונות (הדברים אמורים, כמובן, מבחינה מושגית; שכן ב"החלה" שוב ניתן לצמצם או להרחיב, בהתאם לענין, את תנאי־היסוד לקיומה של העוולה, באשר אותם תנאים, ככלל, יהיו גמישים במידה זו או אחרת). במה דברים אמורים, **בעוולות הפרטיקולריות** ואולי אף בעוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה.

מיוחד דרכה של עוולת הרשלנות (ולא נתנגד אם יעירו לנו שאף כאן ההבדל הוא הבדל־שבדרגה בלבד). נקודת המוצא, הן ביצירתה של העוולה והן בהחלתה הלכה־למעשה, הינו "נזק" שנגרם לפלוני (סע' 35 סיפא לפקודה)[27], ובהתמלא תנאי זה עוברים אנו לבדיקת השאלה אם "ראוי" אותו נזק שיפצו עליו[28]. ואולם פתרונה של שאלה זו, כפי בתהמ"ש יבוא (כשהם נעזרים ע"י חכמי־המשפט), **והרשאה זו ניתנה להם מראש ע"י המחוקק**. ניתן לומר שבכל החלה והחלה של עוולת הרשלנות יוצר ביהמ"ש, על־פי אותה הרשאה שניתנה לו, עוולה פרטיקולרית (לעתים פרטיקולרית־ביותר, לעתים רחבה בהיקף תחולתה). השאלה הקובעת בעוולה היא ה"חובה", וסע' 36 לפקודה מלמד אותנו ש"חובה" זו מצויה מקום שאדם סביר היה צופה, בנסיבות הענין, שמעשה או מחדל פלונים היו עלולים לגרום נזק. לענין חובה זו, וקביעתה היא בלשון אובייקטיבית, דומה שהמוטיבציה בעשיה ובמחדל אינה עולה כלל על שולחן הדיונים. וידוע הדבר, שיצירתה של "חובה", חדשות לבקרים, יסודה ברמת־התנהגות ראויה לנו ובמקומנו, עד כמה שהזולת נוגע בדבר[29], ולרבות השיקול־שכנגד — אם יוכלו בני־החברה (או סוג אנשים ספציפי, כגון יצרנים) לעמוד באותה חובה (מבחינה כלכלית ואחרת), כאשר שוקלים את "נסיבות הענין בכללן"[30].

וכמו שנאמר:[31] לו בענין "השבלול בבקבוק" היו היצרנים מכניסים את השבלול לבקבוק, לא מחמת חוסר שימת־לב ראויה אלא בכוונת זדון להזיק לתובעת, האם דין הוא שהיו נפטרים מאחריות? ודוגמא: בקרקס מצוי חדר־זוועות והכניסה לבני 16 ומטה אסורה, מחמת ההשפעה הקשה שעלול להיות לדבר על נפשו הרכה של הילד. שומר החדר, הממונה על ביצועה של ההוראה, מבקש רעתו של בן־שכנו הקטין, ומתיר לו להיכנס לחדר (ונתעלם מבעיית האשם התורם). יחד עם בן השכן מתגנב לחדר, מחמת חוסר שימת־לב מצד השומר, גם חברו, אף הוא קטין. בהנחה שהשומר חייב בעוולת רשלנות כלפי החבר, הדין הוא שיהא פטור כלפי בן השכן?[32] [33]

27 והשווה: ע"א 49/63 צוקר נ. ליבוביץ, י"ח פד"י (1), 337, 343. ראה עוד להלן.

28 כך דינו של ה־"case" במשפט האנגלי.

29 ראה, למשל: ע"א 300/59 ברקוביץ נ. היוהמ"ש, י"ד פד"י 206; ע"פ 196/64 היוהמ"ש נ. בש, י"ח פד"י (4), 568, והאסמכתאות הנזכרות בהע' 24 לעיל.

30 **וראה במיוחד ד"נ 6/66 שהארה נ. חילו, כ' פד"י (4), 617, ביחוד 623—624 (הדיון בעילת הרשלנות); משפט קורנפלד (הע' 24 לעיל).** *Donoghue* v. *Stevenson* [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne* v. *Heller* [1964] A.C. 465.

31 **רובינשטיין ופרידמן, שם, בעמ' 66.**

32 **ונניח שעוולת התקיפה (סע' 23) לא תעמוד לניזוק, ויש יסוד לסברה זו.**

nevo.co.il

אמרנו, שהואיל ומבחנה של העוולה הוא "אובייקטיבי", שוב אין להבדיל בין מעשה הנעשה ב"רשלנות" לבין מעשה הנעשה ב"כוונה". ואולם הדברים אינם בהכרח כך. מקום שהמדובר הוא במעשה שהיה גורר אחריו חיוב לו היה נעשה ב"רשלנות", אין, אמנם, קושי יתר להכיר בחיוב אם אותו מעשה נעשה ב"כוונה". ואולם מה הדין באותם מקרים בהם לא נוכל ללמוד אנלוגיה ממעשה "רשלנות" "מקביל"? ראובן עשה מעשה שהביא נזק על שמעון. לו היה אותו מעשה נעשה ב"רשלנות", לא היה ראובן מתחייב בדבר באשר התנהג, בנסיבות הענין, כ"אדם סביר". מה הדין אם נעשה המעשה ב"כוונה"?

יכולים היינו לומר שבסוג המקרים האחרון לא תהא עוולת הרשלנות לעזר לניזוק, שאין היא שולחת שורשיה לשדות כה רחוקים. אכן, אף אם מכירים בעוולת הרשלנות כמשתרעת על מעשים הנעשים ב"כוונה", ניתן להגבילה, עקרונית, רק לאותם סוגי מעשים שלו היו נעשים ב"רשלנות", היו גוררים אחריהם חיוב בנזיקין. ואולם ניתן לטעון שאין הצדקה להגבלה כגון זו. אם נניח, איפוא, שלא תחול הגבלה כאמור, מה יהא הדין בדוגמה שהבאנו?

במקרים מסוג זה לא יוכל המבחן האובייקטיבי ה"רגיל" להיות לנו לעזר, שהשאלה שתידון תיסוב את יותרת ה"כוונה" על ה"רשלנות" דווקא[33]. בנסיבות אלו רב יהיה הפיתוי, ומכאן הסכנה, להצמיד סנקציה־שבנזיקין להפרתן של חובות־שבמוסר, כי לפתע נמצא עצמנו דנים ב מו ט י ב צ י ה שהפעילה אדם בעשיה; והגבולות בין חובות־שבמוסר גרידא לבין חובות־שבמוסר שסנקציה־בנזיקין הוצמדו להן, עלולים להיפרץ ולהיעלם. מבחן "האדם הסביר", במובנו הצר, לא יוכל לשמש לנו; שאם הצפיות הינה המבחן, בוודאי שהיתה צפיות. ואולם לא יעלה על הדעת לומר שבכל מקרה כאמור יחוייב המזיק בעוולה. בוודאי לא יהיה זה אף מבחן האדם התם והישר. ראובן עשה מעשה שלכל הדעות "מכוער" הוא, ולא נוכל לומר ש"אדם סביר" היה עושהו. המטעם זה בלבד יחוייב בנזיקין? ומה יהיה הגבול? והאין טישטוש התחומים מצביע על חולשתו של העקרון?

אין להעלים עין מקושי זה ואין להקל בו ראש. ניתן, אולי, להשיב, שחוד החנית מופנה להחלה אפשרית של העקרון ולא לעקרון גופו. אל נשכח שאף בתחומיה המקובלים של עוולת הרשלנות רב לו לביהמ"ש ידו בקביעתו של "המבחן האובייקטיבי", ולא אחת שומעים אנו שחובה מסויימת שביהמ"ש ראה "להכיר" בה, אין רוב הציבור יכול לעמוד בה. השאלות המתעוררות אינן פשוטות, ואין פלא שנמצא חילוקי דעות בין השופטים, בין גלויים ובין סמויים[34]. נכון הדבר, סוגייתנו־אנו קשה יותר, אך נזכור זאת שאף

33 ואם ישיבו לנו שבמקרה זה נפנה למשפט האנגלי מחמת לקונה (שדסקי, שם, 180 ואילך. ביחוד 185 ואילך), נשיב: ראשית, ההלכה כיום היא שחסומה דרכנו למשפט האנגלי. שנית, תשובה זו אינה ממין השאלה. שכן, ה י ש ל ה נ י ח שהמחוקק לא נתן ליבו כלל לשאלה זו (שאם נתן דעתו, שוב אין לקונה). שלישית, והוא עיקר: מבחינת ה"מדיניות בפרשנות", באיזו משתי הדרכים נבחר: בעשיה בשלנו או ברעיה בשדות זרים? מדוע נכיר בכוחו של ביהמ"ש באנגליה ליצור אבות נזיקין מעת לעת ולתחום גבוליהם, ואחריו נלך, ולא נתיר לעצמנו זאת?

34 ואמנם, לעתים עשויה להיות הבחנה בין "רשלנות" לבין "כוונה", כגון לענין ריחוק הנזק.

35 והשווה: ד"נ 15/64 בש נ. היוהמ"ש, י"ט פד"י (1), 309, והאסמכתאות הנזכרות בהע' 29 לעיל.

nevo.co.il

בתקופתו הפורמטיבית של המשפט האנגלי יצרה ההלכה עוולות חדשים לבקרים, ובכל־זאת מילא הכלל של damnum sine injuria תפקיד חשוב. העקרון המנחה חייב להיות זה, שהואיל והמדובר הוא בפגיעה בסטנדרט חברתי שהמשפט מבקש להצמיד סנקציה בצידה, לא כל סטיה מן השורה תיכנס במסגרת, ולא כל פגיעה ב"מוסר החברתי" יראו בה עוולה. ודומים הדברים להבחנה הידועה במשפט החוזים בין "הסכם ג'נטלמני", לאמור: הסכם נעדר סנקציה משפטית, לבין חוזה המחייב את עושיו אף בתחום המשפט.

עד כאן — מבחינת "מדיניותה" של העוולה.

שיקולים השאובים מתחום המשפט האנגלי

בהמשך לאמור יטענו עוד כנגד תיאורית־הכוונה: אפילו נניח שמבחינת ה"מדיניות" הכללית אין מצבו הנפשי של מזיק משמש גורם קובע, לא בא הדבר לידי ביטוי בסע' 35 ו־36 לפקודה, ולשונו של החוק מצמצמת גדרי העוולה למעשים או למחדלים שבחוסר שימת־לב דווקא.

דומה שיסודו של טיעון זה הוא בכך, שהטוען רואה ברקע הדברים את המשפט האנגלי, בו מצומצמת, אמנם, עוולת ה־negligence למעשים ולמחדלים שבחוסר שימת־לב גרידא, ואינה משתרעת על מעשים ומחדלים שב"כוונה"[36]. השאלה היא, איפוא, מה תפקיד ממלא המשפט האנגלי ב"פירושה" של עוולת הרשלנות בפקודה, והאם דין הוא שנלך בדרכי המשפט האנגלי לצימצום העוולה כך. שאלה זו קשה ונדון בה בקצרה.

במקום אחר בספר עומדים אנו על הזיקה למשפט האנגלי לענין "פירושה" של עוולת הרשלנות. מסקנתנו היא כי זיקה זו קלושה ביותר, הלכה למעשה עושים אנו בתוך שלנו, ואילו המשפט האנגלי יכול אך להנחותנו הדרך. דברים אלה ספק אם יפתרו את קשיינו כאן, באשר השאלה העומדת עתה לדיון היא מ י ס ו ד י ה ע ו ו ל ה, ועניינו בקביעתו של העקרון עצמו, להבדילו מהיקף תחולתו גרידא (עד כמה שניתן בכלל להבחין בין השניים). יחד עם זאת דומה שנוכל להיעזר בניתוחו של המשפט האנגלי מגופו־הוא, ובמקומה של עוולת הרשלנות על מפת הנזיקין בו.

עוולת הרשלנות, כעקרון כללי לחיוב בנזיקין, הינה רכה בשנים, ומאחוריה עשרות שנים מועטות. ואולם דומה שלא יחלוק איש על־כך שהיקף תחולתה כיום, רב הוא לאין ערוך על היקף תחולתן של העוולות הפרטיקולריות. כיצד זה, איפוא, שעוולה חשובה זו כה צעירה היא? כיצד זה שהעוולה נוצרה רק עתה, ומה סעד ניתן, קודם לבריאתה, לניזוקים שכיום גודרים עצמם בתחומיה? האמנם לא עשה המשפט האנגלי צדק (כפי שהדבר נראה לנו כיום) עד להולדתה של הרשלנות כעוולה עצמאית? התשובה לשאלה זו הסתעפויותיה רבות ונעמוד רק על מיקצת הדברים.

ראשית לכל, יש להבחין בין מקרים בהם גרם פלוני לאלמוני נזק בזדון ובכוונה, לבין מקרים בהם נגרם נזק מחמת חוסר שימת לב גרידא. לענין סוג המקרים הראשון, נתגבשו עילות התובענה, בעיקרן, עוד בתקופות קודמות. יצרו של האדם רע מנעוריו, ואולם אף לכושר ההמצאה של גרם־נזק בזדון ובכוונה יש גבול, ביחוד אם המדובר הוא בחברה בה דפוסי החיים פשוטים וקבועים מראש, יחסית לזמננו־אנו. מכאן העוולה בגין פגיעה בכוונה ובזדון בגופו של אדם או ברכושו, שהורתה ולידתה בשחר

36 ראה סדסקי, שם, 180.

nevo.co.il

ההיסטוריה (אף אם בתחילתה עיקר בה היה האספקט הפלילי דווקא), ובתקופה מאוחרת יותר — עוולות אחרות (כגון תרמית). מכאן עשוי גם להתברר לנו מדוע צימצמה עצמה עוולת הרשלנות למערכות בהן כוונה וזדון אינם ממלאים תפקיד, שגבי עוולות שנעשו בכוונה ובזדון היו עילות תובענה פרטיקולריות בידיו של הניזק.

בתחומי המערכות בהן נגרם נזק מחמת חוסר שימת־לב גרידא, שוב יש להבחין בין שני סוגי מערכות. בתחומי המערכת האחת, לא היו ניזקים נטולי סעד אף קודם קביעתו של העקרון הכללי, אלא נהנו מזכויות בתביעה, כל אחד בתחומו, בגדירותיהן של עוולות פרטיקולריות (אף שיסודן היה בן־בלי־שם, "case") [37]. כך, למשל, דינו של הניזק עקב מצבם הלקוי של מקרקעים (מאז נמצאה השעה כשרה לקבוע חיובים החלים על מחזיק במקרקעים כלפי הבאים עליהם), וה"ה בפגיעה בגופו של אדם, כגון דריסתו ע"י כרכרה מהלכת בדרך. עוולות פרטיקולריות אלו, יסודן הרעיוני מצוי בעוולת הרשלנות הכללית, וניתן לראותן כהחלה, בתחומי־חיים מסויימים, של העקרון הכללי. לגבי סוג מערכות זה לא היה, איפוא, שינוי דרסטי בהלכה (לאמור: עוולת הרשלנות לא באה למלא חלל ריק). כוחה ואונה של עוולת הרשלנות הוא דווקא באותם תחומי־חיים בהם לא הכיר הדין, קודם לכן, בעוולה, והשאלה היא — אם כוחה עמה למלא את החלל. כך, למשל, הסוגיה אם בתחומי עוולת הרשלנות ניתן לסעוד לפלוני שנגרם לו נזק כספי גרידא, שמקורו אינו בפגיעה במישרין בגוף או ברכוש [38]. ואמנם, עיקר המאבק נטוש כיום כך: בתחום סוג המערכות השני (נזק כספי וכיו"ב) — בשאלה אם מן הדין להכיר בתחולה מסויימת של עוולת הרשלנות, ובתחום סוג המערכות הראשון (כגון, פגיעה בשל מצב לקוי של מקרקעים) — אם עקרון הרשלנות הכללי, והוא בלבד, שליט, או אם ה"אפליקציה" הספציפית שלו, לרבות כללים שמקורם בהיסטוריה של העוולה הפרטיקולרית, נשארת כשהיתה (למשל: אם החלוקה לקטיגוריות של "מוזמן", "בן רשות" ו"מסיג גבול" הינה נוקשה, בהתאם לקריטריונים שנקבעו, או אם אין לראות בחלוקה זו אלא כלי־עזר גמיש בהחלתו, הלכה למעשה, של עקרון היסוד) [39]. לשון אחר: האם עוולת הרשלנות עקרון־יסוד אחד בה — האדם הסביר וכו' — והוא הקובע לאורך כל הדרך, או אם מהווה היא: (א) קובץ של עוולות שיש להן, אמנם, מכנה משותף, אולם בהחלה הספציפית ישלטו, בצידו של אותו עקרון, אף עקרונות נוספים ששלטו בעוולות הפרטיקולריות, כל אחת בתחומיה, לפני שנוצרה עוולת הרשלנות ולפני שנמצא להביא אותן עוולות פרטיקולריות אל תחת חופה אחת; (ב) ובצידו של אותו קובץ, לאמור: באותם תחומים שלא נשלטו ע"י עוולות פרטיקולריות קודם בריאתה של הרשלנות כעוולה, ישלוט עקרון היסוד כאמור.

נראה כי עוולת הרשלנות נוצרה אך לאחרונה, הואיל ודפוסי־החיים נשתנו באורח בולט, ועילות התובענה שהכירו בהן עד לאותה עת לא היה די בהן. יחד־עם־זאת, עשויה בכל עת להישאל השאלה אם בהחלה מסויימת של עקרון הרשלנות יש משום

37 וראה, למשל: ע"א 22/49 לוי נ. מוסף, ד' פד"י 558.

38 ראה האסמכתאות בהע' 24, לעיל.

39 ראה, למשל, במשפט הארץ ובמשפט האנגלי: ע"א 5+7/65 המיסר למיטוח לאימי נ. שירותי נמל מאוחדים, י"ט פד"י (3), 205; ע"א 146/64 ברשטלינגר נ. רובינשטיין, י"ח פד"י (3), 215; בהק, "אחריות בנזיקין של המחזיק במקרקעין", מחקרי משפט לזכר אברהם ריזנטל, עמ' 104.

nevo.co.il

חידוש, באשר אבותינו לא עמדו כלל על הסוגיה ועל השלכותיה הרבות והחשובות, מהטעם שדפוסי־החיים שלהם לא עוררוה כלל, או עוררו אותה בדרך שולית בלבד — ובמקרה זה הקושי הוא מועט, יחסית — או אם אבותינו עמדו על השאלה ופתרוה לשלילה דווקא, לאמור, שלא רצו להכיר בעילת תובענה בנסיבות פלוניות [40] [41]. במקרה האחרון עשויה, כמובן, להישאל השאלה, אם אותה עילת תובענה נדחתה משום שהיתה כה איזוטרית, לרקע החיים אותה עת — ובמקרה זה ייקל עלינו להכיר בה כיום, במסגרתה של עוולת הרשלנות, מהטעם שהרקע נשתנה כה רבות — או אם נדחתה מטעמים שבמדיניות הדין, היפים אף לזמננו ולמקומנו. אם יחול דיבור אחרון, תהא השאלה קשה, אם בתהמ"ש ישנו מן ההלכה, או אם ישאירו את המלאכה למחוקק [42].

אחת השאלות בתחום זה, היא, אם אותן עוולות פרטיקולריות שהכוונה משמשת בהן יסוד, ניתן לבצען אף ברשלנות. לשון אחר: האם קביעתה של הכוונה כיסוד באותן עוולות, שקול כנגד הסדר שלילי לגבי רשלנות בביצוען (ובמקרה זה לא יכירו במערכת־עובדות פלונית כיוצרת עוולה אלא אם נתלוותה למעשה כוונה ממש, והתקנה לניזוק תבוא בתחומיה של אותה עוולה פרטיקולרית), או שמא לא נתנו אבותינו דעתם על עשיית היזק, באותן נסיבות, ברשלנות גרידא, מהטעם שהשאלה לא התעוררה כלל. שאלה זו עשויה להתעורר אף בפירושו של חוק חדש, לאמור: מה היתה הקלסיפיקציה אותה חזה המחוקק ואשר לה ביקש לתת גושפנקא, לרוב מכללא, באותו חוק.

מסקנתנו לענייננו: השאלה אם המשפט האנגלי מכיר בעוולת ה־negligence כמעלה ברישתה אף מערכות בהן נעשה נזק בזדון ובכוונה — והתשובה לשאלה זו היא בשלילה — אינה מצביעה בהכרח על כך שתחומי תחולתה של עוולת הרשלנות במשפטנו אף הם מצומצמים למעשים או למחדלים שיסודם בחוסר שימת־לב דווקא. חייבים אנו להבחין הבחן־היטב בין התפישה (עקרון־היסוד) המונחת ביסודה של העוולה — הטבת נזק שראוי להיטיבו — לבין אותם שטחי־חיים אותם מכסה העוולה (תחולה). מטרתה הראשונית של יצירת העוולה, ככל עוולה אחרת, היא מתן שילומים ראויים בנסיבות אלו ואלו, ורק בשל נסיבות היסטוריות נצטמצם שטח תחולתה והוצאו ממנה מערכים מסויימים. לשון אחר: אותה תפישה עצמה הנותנת חיות ל"רשלנות" באנגליה, נותנת חיות גם, ובעיקר, למעשים הנעשים ב"כוונה", אלא שהעוולה לא שלחה פארותיה להצל אף את קרקע ה"כוונה", שאותה קרקע מוצלת היתה דיה בענפיה־היא.

מטעמים אלה אין כל כורח שנלך בדרכיו של המשפט האנגלי דווקא. צרף לכך עיקרי הפירוש החלים על עוולת הרשלנות, והרי אנו עושים בתוך שלנו, כמעט בתוך שלנו בלבד.

אין, כמובן, להתכחש לשיקול הנוגד, לאמור: שהמדובר אינו באירוע היסטורי גרידא במשפט האנגלי, ממנו רשאים אנו להעלים עין, אלא בהיסטוריה שיצרה דין. לשון אחר: נכון הדבר שטעמים היסטוריים אלה ואלה הביאו להגבלתה של עוולת

40 לענין היחס בין עוולת הרשלנות, כעוולה צעירה, לבין אחיותיה הבכירות, ראה: ע"א 81/53 זינרייך נ. כהן, ס' פד"י 810, 812 ואילך (השופט זוסמן).

41 וראה ויינשטיין נ. קרימה, הע' 24 לעיל, ודברי בית הלורדים בפרשת הדלי בירן, הע' 20 לעיל.

42 וראה טדסקי, שם, 185 ואילך.

nevo.co.il

ה־negligence בדרך שבה הוגבלה, ואולם כך היתה הורתה, לידתה וצמיחתה של העוולה, והרחבתה אל מעבר לגדריה המוכרים תהא בה כדי לעוות את פרצופה האמיתי. ביחוד כן הדבר, מקום שהמדובר אינו ב"תחולה" רגילה אלא ביסוד עיקרי בעוולה. דומה ששיקולים ראשונים גוברים על שיקול אחרון; וקשה.

ניתוח סע' 35 ו־36 לפקודה

הטענה הבאה היא, שאפילו אין ללמוד ראיה מכרעת מהמשפט האנגלי, גם אז, ובעיון בסע' 35 ו־36 לפקודה, חייבים אנו להגיע למסקנה שעוולת הרשלנות עניינה במעשים או במחדלים הנעשים או הנחדלים בחוסר שימת לב דווקא. טענה זו, הסומכת ללשונה של הפקודה, מעגנת עצמה למשפטנו־אנו, ואם אמנם נמצא שכן דברו של החוק, חייבים נהא לדחות את הסברה המרחיבה, אף אם מי מאתנו יצטער על כך. ואולם דומה שאף לשונו של החוק אינה מחייבת את הסברה המצרה דווקא.

קובעים סע' 35 ו־36 לפקודה שעוולת הרשלנות הינה:

(1) עשיית מעשה וגו' שאדם סביר ונבון לא היה עושה וגו', ביחס לאדם אחר, שלגביו מוטלת באותן נסיבות חובה על העושה שלא לעשות כאשר עשה (סע' 35);

(2) החובה האמורה לעיל הינה כלפי כל אדם וגו', בנסיבות בהן אדם סביר חייב היה (ought) לראות מראש שעלול הוא (likely), במהלכם הרגיל של דברים, להיפגע, מעשייתו של המעשה וגו', כאמור (סע' 36);

(3) גרימת "נזק" (סע' 35 סיפא).

איננו מוצאים בלשון החוק תמיכה בסברה המצרה דווקא, או סתירה לגירסה הרחבה. בפיסקאות (2) ו־(3) לעיל בוודאי אין כל רמז לדבר. ניתן, אולי, לטעון שלשון פיסקה (1), המדברת באדם הסביר והנבון, מתיישבת עם חוסר שימת לב דווקא; ואולם דומה שלא בהכרח כן הדבר.

ראשית לכל, איננו סוברים ש"האדם הסביר" מנותק, עקרונית, ממעשים או ממחדלים הנעשים או נחדלים "בכוונה" או "בזדון", וכי כל כוחו הוא בתחום הרשלנות במשמעה המקובל. פלוני קיפח נפש, ובהיאשמו ברצח טוען להגנתו שהמנוח קינטר אותו. אם יוכח כי מעשיו של המנוח היה בהם כדי לקנטר "אדם סביר" — יורשע פלוני בהריגה (אם יוכחו שאר יסודות העבירה), אך לא ברצח[43]. אם במקום זה, שהמדובר בו הוא במעשה הנעשה מרצון, תופש מבחנו של "האדם הסביר", מדוע לא יוכל המבחן לשמש, עקרונית, אף בעוולת הרשלנות?

שנית, אותו אדם סביר מופיע אף בסע' 36 לפקודה, ומסעיף זה יכולים אנו ללמוד שאדם סביר, בהקשר הדברים, הוא אדם שהיה צופה לגרם־נזק, כתוצאה מעשיית המעשה וגו', בו מדובר, בהנחה הסמויה אך הברורה ש"אדם סביר" אינו גורם נזק המחייב בשילומים. לשון אחר: האדם הסביר לא היה עושה את המעשה (פיסקה (1)), הואיל והיה צופה מראש לנזק שאותו מעשה עלול להביא (פיסקה (2)). זאת ועוד: עיקר בהגדרת העוולה הינה פיסקה (2) דווקא; פיסקה (1), בעיקרה, אינה

43 ראה, למשל: ע"פ 46/54 היוהמ"ש נ. סנל, ס' פד"י 393.

nevo.co.il

אלא חזרה, בשלילה, על פיסקה (2). הן מבחינה כרונולוגית (אם גם הקונסטרוקציה הינה ריטרוספקטיבית) והן מבחינה מושגית ומתודית, קודמת פיסקה (2) לפיסקה (1) (חובה; אי קיום החובה; נזק). פיסקה (2) עניינה בצפיות, ומכאן שאין לקשרה למעשה או למחדל שיסודם בחוסר שימת לב דווקא. לא זו בלבד, אלא שפיסקה (2) אין עניינה בצפיות סתם אלא בצפיות ראויה, וצפיות מסוג זה, היוצרת חובה ראויה, אינה מבחינה בין שני סוגי המעשים או המחדלים (ואולי אף מעלה ברישתה, בראש ובראשונה, מעשים או מחדלים, "בכוונה" דווקא). השאלה היא, איפוא, אם מן הראוי לפצות בגין הנזק, ובתוכה (על פי תורת הברירה): אם יכול היה המזיק למנוע את הנזק (או: אם ראוי הדבר שנראה אותו כמי שחייב היה למנוע היווצרותו של הנזק). אם ננסה להתאים דברים אלה ל"כוונה" מזה ול"רשלנות" מזה, דומה ש"כוונה" תבוא ראשונה במנין. על־כל־פנים, הדיגוש המצטבר של שתי הפיסקאות הוא בצפיות (הראויה), ולא ב"רשלנות" או ב"כוונה" המלוות את המעשה או את המחדל.

טיעון־שכנגד אחרון (ואולי ראשון) לענין זה: השימוש בדיבור "רשלנות", אינו מתיישב עם מעשה הנעשה ב"כוונה"[44]. אין ספק שאונס הוא לשפה באומרנו ש"מעשה רשלנות" כולל "מעשה הנעשה בכוונה תחילה". ואולם אף לכך ניתן להשיב.

מקורו של הדיבור הוא במשפט האנגלי, בו לכל הדיעות עוולת ה־negligence הינה "רשלנות", פשוטה כמשמעה. עמדנו על הטעם לצימצומה של העוולה במשפט האנגלי, ואמרנו שניתן להבחין בין העקרון ביסודה של העוולה לבין תחולתה הלכה־למעשה[45]. והנה, אף אם ביקש המחוקק להעביר את העקרון למשפט הארץ, אך טבעי היה שיקרא עליו אותו שם בו קרוי הוא במשפט האנגלי. ואולם במשפט הארץ, שלא כבמשפט האנגלי, רב־לו כוחו של עקרון היסוד, והתפתחותו הטבעית עשויה להיות מרובה מאשר במשפט האנגלי. ניתן, איפוא, "לפרש" את המונח "רשלנות" כניזון מעקרון־היסוד שנתן לו חיות מעיקרו. "רשלנות", הינה, במשפט האנגלי, רעיון לחיוב (חובה; הפרתה; נזק). וכן נפרש דיבור זה בפקודה. ואמנם, קשה להשלים עם הדעה שהדיבור "רשלנות" או "התרשלות", הבא כתיאור כללי וסתמי של העוולה ובה, כוחו עמו להשתלט על הרעיון המוסרי, החברתי והמשפטי הגלום בעוולה, בין אם נעשה מעשה ב"רשלנות" ובין אם נעשה ב"כוונה".

קביעתן של העוולות הפרטיקולריות

עד כה עמדנו על סוג טיעונים אחד המכוון עצמו כנגד הקונסטרוקציה הכוללת "כוונה", ואשר יסודו בעוולת הרשלנות מתוכה־ובה. נעבור עתה לסוג טיעונים אחר, שפירוש רחב לעוולת הרשלנות אינו עולה בקנה אחד עם קביעתן עלי־חוק של העוולות הפרטי־קולריות האחרות[46]. הנחת־היסוד של הטיעון הבא להלן הוא, שיסוד בעוולות הפרטיקולריות הינה "כוונה" (בדרך זו או אחרת), ו"רשלנות" במובנה המקובל אינה משמשת בהן. יטען הטוען: בפירוש עוולת הרשלנות ככוללת "כוונה", תתייתרנה

44 ראה סדסקי, שם, 181.
45 וראה אף דברי השופט אגרנט בע"א 294/54 שטרן נ. שמיר, י"ב פד"י, 421.
46 ראה סדסקי, שם, 182.

nevo.co.il

ותתייתמנה שאר העוולות בפקודה, שתיבלענה בעוולת הרשלנות. האמנם יש להניח שמחוקק שטרח ויגע לפרש ולפרט עוולות פרטיקולריות הרבה, קבע בצידן עוולת־מסגרת אחת הנתונה כחומר ביד היוצר, ברצותו מרחיב וברצותו מיצר? ואילו אם נבקש לייחס משמעות למנייתן של העוולות הפרטיקולריות בפקודה, שוב יהא עלינו לצוות על עוולת הרשלנות לסלק ידיה מאירועים בהם מזיק פלוני ב"כוונה". מכאן, איפוא, ראיה, שבדרך־לא־דרך מבקשים אנו לילך וטוב לנו שנחזור בנו. לטיעון זה כמה הסתעפויות־משנה עליהן נעמוד בהמשך הדברים. כדי להגדיר גבולי הדברים נאמר, שהטוען אינו מתריס כאן על הרחבה בלתי־נאותה של עוולת הרשלנות. ואמנם, עוולת הרשלנות, אף בפירושה המקובל, חובקת זרועות עולם, ובאים בה נזקים לגופו של אדם, לרכושו או לכיסו. יסוד הטיעון הוא בפירוש כוונתו של המחוקק בעשיית הפקודה, וההנחה היא, כאמור, שבעוולות הפרטיקולריות בפקודה ממלא יסוד ה"כוונה" תפקיד זה או אחר. לטיעון המובא ניתן להשיב כלהלן.

הנחת הטוען היא שעוולת הרשלנות, בהחלתה על־ידי בתהמ"ש, היתה יוצרת בהלכה אותן עוולות פרטיקולריות המנויות עתה בפקודה; ואולם הנחה זו בסעות יסודה, הואיל וקביעתן של העוולות האחרות על ספר החוקים אין לראותה בחינת פירוט גרידא להנחיית ם של בתהמ"ש, אלא לחיובם ללכת בדרך מסויימת. אכן, כל העוולות הפרטיקולריות נכללות, בכוח, בתחומי עוולת הרשלנות, ואולם לולא פירוטן של העוולות בחוק לא היה כל בטחון שאכן יוכרו בהלכה. יכולה היתה, למשל, להיקבע הלכה כי בהחלתו של עקרון הרשלנות, ובשים לב לגורמים הקובעים, אין להכיר באירוע פלוני כמקנה זכות בתובענה, שלא מן הראוי, באותן נסיבות, ומטעמים אלה ואלה, להכיר ב"חובה" המוטלת על אדם. ואולם במקרה זה — בו היתה עוולת הרשלנות העוולה היחידה — לא היתה כל מניעה, שאותו אירוע שנקבע כחסר נפקות משפטית, יחפוף עוולה פרטיקולרית הקבועה כיום בפקודה. בדרך זו היתה נעלמת מכפת הנזיקין בארץ (וביתר דיוק: לא היתה נבראת מלכתחילה) תחולה פלונית של עוולת הרשלנות, שכיום מוכרת היא כעוולה פרטיקולרית. ואולם זאת לא רצה המחוקק להשאיר לבתהמ"ש. הניף, המחוקק, איפוא, שרביטו, ויצר עוולות פרטיקולריות אלו ואלו, ומאותו יום ואילך שוב נשלל שיקול־דעתו של ביהמ"ש באותם תחומים, וידיו נכבלו לאיתן עוולות שנקבעו ולאותם יסודות שנימנו בהן ("שלילתו" של שיקול־הדעת הינה, כמובן, שאלה של דרגה, ובמידה זו או אחרת קיימת היא אף בעוולת הרשלנות). המחוקק בכבודו ובעצמו ראה "לתעל" את עקרון היסוד לאפיקי משפט פורמליים, בדרך עיצובן ובנייתן של עוולות פלוניות ואלמוניות. מכאן: אותן עוולות שזכו לתואר משלהן, קיומן הוא עצמאי, ואין הן נתונות בידי בתהמ"ש לצימצום או להרחבה (אלא בגדר פירוש לגיטימי). ואם כך הדבר באורח עקרוני, לא־כל־שכן בשים לב לקביעתם המפורטת של יסודות אלה ואלה בעוולות הפרטיקולריות בפקודה ובהגנות ספציפיות העומדות לנתבעים. הנחתנו חייבת להיות שהמחוקק חפץ ביקרן של אותן עוולות בהתמלא אותם תנאים דווקא, שכך קבע מפורשות; והאם יכול היה המחוקק להניח שבתהמ"ש יכירו באותן עוולות ממש ובאותם יסודות דווקא — הכל כפי שמצא הוא לנכון לקבוע? תשובה אפשרית נוספת נביא בסמוך.

nevo.co.il

הסדרים שליליים

ואולם בר־הפלוגתא לא יניח לנו ויקשה: עד כאן — יאמר לנו — במה דברים אמורים? במקרה בו חייב אותנו המחוקק להכיר בצירופם של גורמים אלה ואלה כעוולה, שלולא חיוב זה אפשר שלא היינו מגיעים לאותה מסקנה בהחלתה של עוולת הרשלנות. ואולם מה הדין באשר למערכות שאינן באות כלל בתחומי העוולות המוכרות? הגם על מקרים אלה תשתלט עוולת הרשלנות?

המדובר הוא בשני סוגי מקרים. הסוג האחד כולל עוולות המוכרות במשפט האנגלי ואשר לא נתגבשו בפקודה כעוולה פרטיקולרית. למשל: פיתויה של אשת־איש והרחקתה מבית אישה, מעשה הגורר אחריו חבות בנזיקין כלפי האיש שנשאר מאחור. הנכיר במערכת זו בתחומי עוולת הרשלנות? הסוג האחר עניינו במערכת ה"קרובה" לתחומיה של עוולה אך אינה באה בה: העוולה הפרטיקולרית הבאה במנין אין בכוחה לסעוד לנפגע, באשר חסר במערכת יסוד שהמחוקק קבע על ספר להתעוררותה של העוולה[47]. הבכוחה של עוולת הרשלנות להשתלט על המערכת ולהטיל חיוב על המזיק שפעל ב"כוונה"? למשל: המדובר הוא במערך מסויים הכורך תרמית בגדר סע' 57 לפקודה, אלא שההיצג לא נעשה "בכתב חתום בידי הנתבע עצמו" (אחד התנאים הנדרשים להתעוררותה של העוולה). אם נכיר בכוחה של עוולת הרשלנות להשתלט אף על מעשים הנעשים ב"כוונה", ובהם המקרה האמור, הלא משולים נהא למי שטופח לו, למחוקק, על פניו, שנכניס בדלת האחורית את שסירב הוא להכניס בדלת הקדמית? ה"ה, כאמור, באשר לעוולות מוכרות במשפט האנגלי שהמחוקק לא מצא לנכון להביאן בפקודה.

טיעונים אלה אין להם יסוד, על שום שמערבים הם זה בזה, ללא כל הצדקה, את עקרון היסוד בתחולותיו למיניהן. ואמנם, אין בכוונתנו לומר שמותרים אנו למרוד במחוקק. כל שהטיעונים האמורים מלמדים אותנו, ולכך מסכימים אנו, שבכל ענין וענין חייבים אנו לשאול עצמנו אם אי־קביעתה של עוולה פרטיקולרית לתקנתו של הנזק שנגרם במערכת פלונית שקולה כנגד הסדר שלילי; וזאת, בין שהמדובר הוא במערכת שלא הוסדרה כלל, אף לא בקירוב — כגון פיתויה של אשת־איש וכיו"ב — ובין שהמדובר במקרה ה"קרוב" לגידרה של עוולה פרטיקולרית שנקבעה.

ואולם שאלה זו, שאלת היקפה של עוולת הרשלנות היא, ואין היא מעוגנת לסוגיית ה"כוונה" דווקא. להלכה מתעוררת היא בכל החלה והחלה של העוולה, לרבות במעשי רשלנות רגילים. אדם מתרשל ופוגע במכוניתו במשמשו של הזולת; המשמש מאושפז בבית־חולים ואינו בא לעבודה חודשים רבים, דבר המחייב אותו בהפרת הוזהו עם המעביד. למעביד נגרמים נזקים, שתלה עצמו במשמשו. הזכאי המעביד לפיצוי מאת המזיק, בעוולת רשלנות, אם לאו? דוגמה זו עניינה ברשלנות "רגילה" ומעוררת היא אותה שאלה גופה בה אנו דנים. שאם אמנם נכיר בזכותו של הניזק, בתחומיה של עוולת הרשלנות, נעשה שני אלה: (1) נכיר, בעקיפין, בעוולה של per quod servitium amisit (או בעילת־תובענה דומה לאותה עוולה), וזאת אף שהמחוקק לא קבעה על ספר החוקים; (2) ניצור עוולה בסמוך לעוולה של גרם־הפרת־חוזה שלא־כדין (סע' 62 לפקודה). ניתן לסעון כי בעוולה הפרטיקולרית של גרם־הפרת־חוזה ביקש המחוקק

47 השווה: ת"א 96/48 אלקלעי נ. כלנגה, ג' ס"מ 93.

nevo.co.il

להשתלט על כל השטח הכולל את מערכת היחסים מהסוג הנדון, ואולם תנאי קבע לדבר (בסע׳ 62), שהמעשה המביא להפרת החוזה ייעשה ״ביודעין״ דווקא. והנה, הכרנו במערך כיוצר עילת־תובענה אף שנעשה ברשלנות. מכאן, עשויה שאלתנו להתעורר בכל מקרה בו מבקשים להכיר בתחולתה ה״רגילה״ של עוולת הרשלנות, בנסיבות בהן נקבעה עוולה פרטיקולרית לתיקונו של אותו מערך גופו, ובלבד שייעשה המעשה ב״כוונה״.

בכל המקרים השאלה היא אותה שאלה, ואף הטכניקה לפתרונה זהה. כך, לענין סע׳ 62 לפקודה, אם לאחר שקלא וטריא נגיע למסקנה, שמדיניות המחוקק היא לתת לזכות־אישית־שבחוזה הגנה erga omnes אך ורק לענין התערבות בה ״ביודעין״ על־ידי צד שלישי, שוב לא נכיר בזכותו של ניזק אלא אם המזיק גרם להפרת החוזה ״ביודעין״, ולא די יהא ברשלנות[48]. ואשר לדוגמת התרמית שהבאנו, נשאל עצמנו: האם אותה דרישה שההיצג ייעשה בכתב דווקא, משקפת מדיניות מסויימת הגוררת אחריה הסדר שלילי לגבי מערכים בהם נעשה ההיצג בע״פ בלבד, אם לאו?[49] ודומים הדברים לשאלה אם בכוחה של עוולת הרשלנות להשתלט אף על מערכים המוכרים כעוולות פרטיקולריות במשפט האנגלי, מסיבות של היסטוריה משפטית או אחרת[50].

השאלה בכל ענין וענין הינה, איפוא, מה תחומו והיקפו של ההסדר השלילי המלווה כל עוולה ועוולה פרטיקולרית (ותחום־מה של הסדר שלילי יש לכל עוולה), והאם בכוונה וביודעין לא קבע המחוקק עוולה פרטיקולרית לענין מערכת יחסים מסויימת (כגון פיתוי אשת־איש). הטיעון המובא אינו מכוון, איפוא, לעצם הקונסטרוקציה אלא לתחולה זו או אחרת; הקונסטרוקציה המרחיבה נשארת בלתי נפגעת.

משקנות וסיכום

הסברה הרחבה — השלכותיה רבות ועניפות. עשויה היא, למשל, לייתר את השאלה אם יש מקום לתור במשפט האנגלי אחרי עוולות שלא נזכרו בפקודה. המשפט האנגלי רואה עוולה כלפי בעל, בפיתויה של אשתו והרחקתה מביתו; בפקודה, מאידך גיסא,

48 אין נראית לנו הטענה שקביעתו של סע׳ 62 לפקודה, כי מעשה העוולה צ״ל נעשה ״ביודעין״, מעלה, כשהיא לעצמה, הסדר שלילי ביחס למעשה הנעשה ב״רשלנות״ בלבד.

49 ואל יאמרו לנו שבכל מקרים אלה, אם נגיע למסקנה שיש מקום הן לעוולה הפרטיקולרית והן לתחולה של עוולת הרשלנות, תימצא ממילא לקונה ונהיה חייבים לפנות למשפט האנגלי דווקא. שהלקונה היא בתחום העוולות הפרטיקולריות, ועל־כן ex hypothesi (בבחינתו של טיעון זה) מתמלאת עוולת הרשלנות בתוכן. ועוולת הרשלנות קודמת, לכל הדיעות, למשפט האנגלי.

50 והאמור למעלה משמש אף תשובה לטיעוניו של פרופ׳ טדסקי, שם, 181—182. טיעונו הנוסף של טדסקי (שם, 182—183) הוא, שבדרך זו אנו ״מודים שקביעת הרשלנות על פי רמה אובייקטיבית אינה מונעת מלהתחשב בכוונה הזדונית ומלהוציא את פעולת הזדון מגדר סע׳ 50 [כיום — סע׳ 35 ו־36]. אם אפשרי הדבר כאן — ובכל מקרה דומה — אות הוא כי התורה האובייקטיבית אינה נוגדת את ההבחנה״. ואולם הדבר אינו נראה לנו, בכל הכבוד של תלמיד לרבו. מבחינה משגית מיוסדת עוולת הרשלנות על אמת־מידה אובייקטיבית להגהגה, ועל־כן כוללת היא הן מעשים הנעשים ב״רשלנות״ והן מעשים הנעשים ב״זדון״. ואולם מקום שהמחוקק מביע דעתו, בין מפורשות בין מכללא, שגבי מערך פלוני יחולו כללים ספציפיים, שוב כללים אלה, ורק הם, יקבעו.

nevo.co.il

לא נמצא לעוולה זו שם וזכר. יכולים אנו לאמור כי בהתאם להשקפות החברה בה אנו חיים, סוטה המעשה האמור משורת ההתנהגות הראויה לנו (קרי: הסבירה) לענין נזיקין, וחייב המפתה בהפרת חובה המוטלת עליו כלפי הבעל; ואם אך נגרם נזק לבעל — הושלמה עוולת הרשלנות. בפסיקת הדין בדרך זו "היכרנו" בעוולת הפיתוי אף שזיכרה לא בא בפקודה, וממילא נתייתר השימוש בסימן 46 לדבה"מ[51]. מאידך גיסא, אם מעשה פיתוי אינו חורג משורת ההתנהגות הסבירה בחברתנו לענין נזיקין, לא יבוא הוא בגדרי עוולת הרשלנות[52]. פירוש הדברים הוא: אין החברה בישראל רואה בפיתוי מעשה המחייב, עקרונית, בפיצוי. אולם אותו טעם גופו יביא לחסימתו של סימן 46 לדבה"מ; שאם כך הם פני הדברים, ממילא אין אנו יכולים "לייבא" את העוולה הפרטיקולרית מהמשפט האנגלי, שאין היא עומדת בתנאי של התאמה לתנאי הארץ ותושביה, כאמור בסימן 46. אם כך ואם כך — חד יהא הדין[53].

שאלת היבוא מהמשפט האנגלי אינה אלא אספקט אחד בתיאוריה שלמעלה. בעוולת הפיתוי שהבאנו, למשל, יכולים אנו להכיר, בהתאם לסברה הרחבה, זכות בתובענה לא רק לבעל אלא אף לילדיה של האשה, ואולי אף לקרובי משפחה אחרים, אפילו אין המשפט האנגלי מכיר בעילות אלו, שבשלנו אנו עושים. תחומיו של דין הנזיקין ייקבעו על־ידי בתהמ"ש, במיגבלות המקובלות, ומצפונם של השופטים, כוחם בכיבוש היצר והשכל הישר ינחו אותם הדרך.

בהחלתו של עקרון הרשלנות בפקודה יש לתת את הדעת, בין היתר, לשאלות אלו:

(1) בגדרי עוולת הרשלנות, כשהיא לעצמה, האם חב המזיק חובה לניזוק והאם הפר חובה זו?

(2) העובדה שהמזיק היסב נזק לניזוק בכוונה אינה מוציאה את האירוע, מיניה וביה, מתחומיה של עוולת הרשלנות[?]

(3) אם התשובה לשאלה (1) היא בחיוב, חייבים אנו להוסיף ולשאול את עצמנו אם הכרה בחובה, בנסיבות המערכת הנתונה, אינה פוגעת במדיניות המחוקק שנקבעה בפקודה, אם בהסדר כפורש ואם בהסדר שלילי מסתבר.

(4) תחולת עקרון הרשלנות שיש בה, הלכה למעשה, כדי להכיר במערך המוכר במשפט האנגלי כעוולה פרטיקולרית, ואותה עוולה לא באה במנין העוולות הפרטי־

51 הואיל ובדרך חשיבה זו יסודו של החיוב הוא בעוולת הרשלנות, ממילא אין הכרח שגבוליו יחפפו את גבולי העוולה במשפט האנגלי. נעיר, בדרך אגב, כי יש רמזים לכך שהמחוקק לא חפץ בעוולה ספציפית זו. ראה: סדסקי ורוזנטל, פקודת הנזיקין לאור תולדות התהוותה ותיקוניה, עמ' 41.

52 או: בחלקו נופל הוא בעוולת הרשלנות ובחלקו אינו נופל.

53 והשווה: ע"א 416/58 נ'דעון נ. פלימאן, י"ג פד"י 916, 924 (השופט ברנזון). הדוגמה של עוולת הפיתוי הינה קיצונית, שכן אין מורגלים אנו לסווג יחסי המשפחה בגדירת דיני הנזיקין. ואולם דומה שאותה "הרגשה" חייבת ניתוח, לבירור אם יסודה בכך שיחסי משפחה בהסדר הדין הכולל בארץ מוצאים פתרונם המלא והשלם בשטחי משפט אחרים (כגון הדין הדתי החל, על הסדריו החיוביים והשליליים: חובת המזונות ופטור מחובה זו, וכיו"ב, או בסדרים אקסטרה־משפטיים). ונזכור, למשל, שהפרת הבטחה לנישואים מוכרת כעילה בדין החוזים. יחד־עם־זאת נודה שהכרה בעוולה מעין זו הינה דוגמה מובהקת ל"תקיקה בדרך שפיטה".

nevo.co.il

קולריות בפקודה, מעלה את השאלה אם אי־הכרה מפורשת בפקודה באותה עוולה אינה שקולה כנגד הסדר שלילי. הטעם לדבר הוא, שהמשפט האנגלי היה לנגד עיניו של מחוקק הפקודה. והשאלה היא מדוע לא ראה לנכון לקבוע אותה עוולה על ספר החוקים.

(5) העובדה שמערך מסוים הוכר בפקודה בתחומיה של עוולה פרטיקולרית, אינה מחייבת, כשהיא לעצמה, את המסקנה שבכל מקרה "דומה", שאינו ממלא אחרי כל היסודות של העוולה הפרטיקולרית בה מדובר, אין לנפגע סעד בעוולת הרשלנות. השאלה הנשאלת היא מה תחומו והיקפו של ההסדר השלילי הסובב אותה עוולה.

(6) הדברים אמורים הן ביסודות עובדתיים רגילים בעוולה (למשל: העובדה שאחד היסודות בעוולה בגין גרם הפרת חוזה שלא־כדין הוא הפרתו של חוזה, אינה מלמדת, כשהיא לעצמה, שההתערבות בזכות־אישית־שבחוזה, שאינה עולה כדי הפרתו, אינה מהווה עוולת רשלנות) והן ביסוד הנפשי (למשל: העובדה שעוולת התקיפה — סע' 23 לפקודה — דורשת "כוונה" להשלמתה, אינה מלמדת, כשהיא לעצמה, שפגיעה בגופו של אדם ב"רשלנות" גרידא, אינה נופלת בגדרי עוולת הרשלנות).

(7) כשם שדרישה מפורשת לקיום "כוונה" בעוולה פרטיקולרית פלונית אינה שוללת, כשהיא לעצמה, החלתה של עוולת הרשלנות על ביצועו של אותו מעשה ב"רשלנות" בלבד, להבדילו מ"בכוונה" (כגון תקיפה בכוונה ופגיעה בגופו של אדם ברשלנות), כן גם הצבתו של תנאי פלוני אחר בעוולה פרטיקולרית אלמונית אינה שוללת, כשהיא לעצמה, החלתה של עוולת הרשלנות על מערך זהה, חסר אותו יסוד, או חלקים בו.

(8) שאלה: מעשה גורם נזק שנעשה ברשלנות אין מכירים בו כיוצר עוולה (אי קיומה של חובה); הנסיק מכאן, בהכרח, שאם אותו מעשה ייעשה ב"כוונה" לא תיווצר עוולה, או שמא נאמר שבנסיבות מסויימות, לפחות, אף שלא נוצרה עוולה במקרה הראשון ("רשלנות"), נוצרה עוולה במקרה האחרון ("כוונה")?

הפרת חובה חקוקה כעוולת־מסגרת

כאמור לעיל, אף עוולת הפרת חובה חקוקה שייכת לעוולות המסגרת. יסוד החיוב בעוולה זו הוא ב"פירוש כוונתו של המחוקק" בחיקוק פלוני, חוץ לפקודה, ונראה בעליל כי רב לו ידו של ביהמ"ש ביצירת חבויות [54]. ניתן לראות בעוולה זו יסוד פורה ליצירת דוקטרינה של "case", שניתן לכנותה כ"action on the statute" (בעוד עוולת הרשלנות הינה "case" סתם) [55]. ההבדל בין עוולת הפרת חובה חקוקה לבין עוולת הרשלנות הוא זה: בעוד שבעוולת הרשלנות מתמלאת המסגרת תוכן בקונסטרוקציות שעושים בתהמ"ש בתחומם־הם ו"בשים לב לנסיבות הענין", גרעין החיוב בעוולה האחרת הוא בפירוש

54 ראה במיוחד: ד"נ 6/66 שראדה נ. חילו, כ' פד"י (4), 617 (השופט לנדוי). ראה עוד: ע"א 672/66 דג'ני נ. רשות הפיתוח, כ"א פד"י (1), 365; ע"א 594/66 אהרוני נ. בנק צייכטונגר, כ"א פד"י (1), 160, 164; ע"א 457/61 כנמל נ. עירית פ"ת, י"ם פד"י (1), 540, 545.

55 וראה: Fricke, "The Juridical Nature of the Action Upon the Statute", (1960) 76 *L. Q. R.*, 240.

nevo.co.il

כוונת המחוקק בדבר־חוק פלוני. תוכנה העניינית של העוולה הנדונה הוא, איפוא, מגוון ביותר, ואין בהכרח קשר בין תחולה אחת להברתה (חוץ, כמובן, מהקונסטרוקציה לחיוב, קרי: המסגרת הפורמלית). כך, למשל, אפשר שבגדר העוולה יבואו אירועים שרואים בהם במשפט המקובל האנגלי מסגרות נפרדות לעוולות, ואשר לולא סע' 63 לפקודה[56], לא היינו מכירים בהם כבאים במשפט הארץ דרך סימן 46 לדבה"מ[57]. ואולם, כאמור, אין כל קשר בין הפעלתו של סע' 63 לפקודה לבין עוולות פרטיקולריות פלוניות במשפט האנגלי, ויכולים להיווצר דרכו חיובים שאינם מוכרים כלל בשיטת משפט זו. בעוולה זו עוד ידובר להלן.

נחזור לראשית דברינו ונסכם: אימוץ דעה זו או אחרת בשאלת המבנה של עוולות־המסגרת, בכוחו לשנות, מן הקצה אל הקצה, שטח תחולתה של הפקודה ותרומתם המקורית של בתהמ"ש לעיצובו של דין הנזיקין.

עקרון־יסוד לחיוב בנזיקין מחוץ לפקודה?

בצד החלת קביעות הפקודה נמצא בפסיקה רמז, אם לא יותר מכך, ליצירתו של עקרון כללי לחיוב בנזיקין (או ב"מעין נזיקין"), וזאת מחוץ לגדר הפקודה. לו היתה מתקבלת אותה דעה — כפי שנראה להלן לא נתברר הענין עד תום — יכול היה הדבר לשמש מקור נכבד ליצירת הלכה ע"י בתהמ"ש בתחומי דין הנזיקין. בהתאם לסברה שהביע השופט ברנזון במשפט **ארמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ. לידיה לוי**[58], נוצרת עילת תובענה ואדם זכאי לסעד בהתמלא שלושה אלה: "(1) **הנתבע עשה מעשה** בלתי־חוקי. (2) המעשה גרם נזק כספי לתובע או פגע בנוחיותו או בהנאתו מרכושו. (3) הנזק או הפגיעה הם תוצאה ישירה וטבעית של מעשהו הבלתי חוקי של הנתבע". במקרה בו הסעד המבוקש הינו צו מניעה גרידא, הוסיף השופט ברנזון, "מספיק להוכיח כי הנתבע עשה או מתכוון לעשות מעשה בלתי־חוקי, וכי כתוצאה ישירה וטבעית ממנו ניזוק או נפגע התובע, או שהוא עלול להיזק או להיפגע".

יסודו הרעיוני של החיוב נעוץ, כמובן, בהיקף תחולתו של היסוד הראשון, והשאלה היא: מהו מעשה "בלתי־חוקי" ואיזוהי אמת־המידה שתשמש לנו בקביעה? והנה, נמצא שסוג המקרים היחיד שנדון בסוגיה זו היה לענין בניה שלא כהתאם לתכנית בינוי־עיר, ומכאן שהדיבור "בלתי־חוקי" באותו הקשר פירושו היה: בניגוד לדין החרות. אין פלא בדבר, איפוא, שנמצאו שופטים — והראשון בהם השופט לנדוי במשפט

56 לשאלה אם סע' 63 לפקודה מיסוד, אמנם, מסגרת לחיוב, ראה להלן.

57 כל זאת, בהנחה שסימן 46 ניתן לשמוש. לא־כל־שכן, אם נלך במסלול ההלכה המחייבת כיום, לפיה הוגף השסתום על סימן 46 עד כמה שהמדובר בדין הנזיקין.

58 ע"א 140/53, ט' פד"י 1666, 1672. השופט ברנזון הסתמך על דברים קודמים של השופט אגרנט בבג"צ 16/50 **אינגראם־רבא בע"מ נ. עירית ת"א**, ה' פד"י 229. ראה עוד: בג"צ 286/66 **כהן נ. הוועדה המקומית וכו'**, כ"א פד"י (1), 81; ע"א 55/66 **ראש המועצה המקומית אשדוד נ. אורן**, כ' פד"י (4), 841, 854—855; ע"א 25/66 **תחנת שירות גדרה נ. כן שך**, כ' פד"י (2), 209, 212—213; ע"א 398/63 **ליבוביץ נ. כץ**, י"ח פד"י (4), 384, והאסמכתאות המובאות בו; ע"א 10/63 **אחוות ראובן וכו' נ. חברת מלונות וכו'**, י"ז פד"י 1258; ע"א 4+5/62 **בורמן נ. ברנר**, ט"ז פד"י 2460; ע"א 133+4/60 **קלקה נ. חבשוש**, י"ד פד"י 1037. השווה: ע"א 188/64 **קלוגר נ. קלסמר**, י"ח פד"י (4), 686, 690.

nevo.co.il

ג׳דעון נ. סלימאן [59] — שראו לצמצם את העקרון ההיולי שנקבע, ולדוחסו למסגרתה של עוולת הפרת חובה חקוקה (סע׳ 63 לפקודה) [60]. ואולם, בין אם יש במשפטנו גרעין עצמאי לחיובים בהסתמך על חוק חרות פלוני — כדעתו של השופט ברגזון — ובין אם החיוב ימצא לעצמו מסגרת פורמלית בסע׳ 63 לפקודה — כדעתו של השופט לנדוי — דומה שנפרץ פרץ רב להרחבתו של דין הנזיקין, כפי שנסביר להלן. די לנו אם נאמר שהחיוב הנדון הביא, למשל, להכרה בזכותו של אדם לאי־חסימת הנוף או למשב הרוח החפשי [61], אף שהפעולות שנעשו לא עלו כדי מטרד (סע׳ 44 לפקודה) והנפגע לא יכול היה לייסד עליהן כל תובענה שהיא על־פי הפקודה (חוץ, כמובן, מסע׳ 63). נעבור לדון ביסודות העיונים עליהם ניתן לייסד את התיאוריה של השופט ברגזון.

זכויות וסעדים

נוהגים לראות את המשפט האנגלי כמערכת המשקיפה על דין הנזיקין (ועל ענפי משפט אחרים) מבעד למעטה הפרוצדורה, ונקודת מוצא בו משמשים הסעד וזכות התובענה: ubi remedium ibi ius — מקום שם הסעד שם הזכות. אף התפתחותו של ענף הנזיקין במשפט האנגלי בא לידי ביטוי בשקידה על ייצורן של עילות תובענה, מבעד לחרכיהן הציצו הזכויות המהותיות. להשקפה זו הד בפקודה, בה מדבר המחוקק לא אחת ב״תובע״, ב״נתבע״ וב״עילת תובענה״, ולא ב״ניזוק״, ב״מזיק״ או ב״זכות״ (המשמשת יסוד לתובענה). הזכויות אותן חפץ המחוקק להעניק לפלוני תילמדנה מעילות התובענה הניתנות לו, ומיגבלותיה של עילת־תובענה — מיגבלותיה של הזכות גופה הן (כל זאת בתחום המשפט המהותי; נזכור עוד את המיגבלות הדיוניות שכוחן להן להשתיק תובענה אך לא לפגוע בזכות גופה).

המחוקק לא חייב היה ללכת בדרך בה הלך, ויכול היה לנקוט בהלך־חשיבה של ״מן הזכות אל הסעד״: ubi ius ibi remedium — מקום שם הזכות שם הסעד. לפי גישה זו, הגישה המהותית, עיקר היא הזכות ואילו עילת התובענה לאכיפתה או לפיצוי (ולמתן סעד אחר) על פגיעה בה, אינה אלא טפלה לזכות עצמה. במשפט העתמאני, למשל, נמצא דוגמאות למכביר לייצורן של זכויות שהסעד הניתן בגין הפרתן הוא אך טפל להן. כך, למשל, זכות הבעלות הינה עיקר, וממנה למדים אנו על הסעדים להם זכאי ״בעלים״ של נכס [62].

59 ע״א 416/58, י״ג פד״י 916, 921 ואילך. השופט לנדוי המשיך להחזיק בדעה שהעילה חיה בתחומי סע׳ 63 לפקודה בלבד (ראה, למשל, משפטי בירמן נ. ברנר וקלינר נ. קלכמר, הע׳ 58 לעיל). באותה דרך הלך השופט הלוי בענין אשדוד (הע׳ 58 לעיל), וכנראה אף השופט זוסמן בפרשת כהן (הערה 58 לעיל). על ההלכה המקורית, כמות שהיא, עומד השופט זוסמן בענין תהנת שירות נדרה (לעיל), והשופט הלוי בענין אחוזת ראובן (לעיל). בע״א 416/58 ג׳דעון נ. סלימאן (לעיל, שם, בעמ׳ 924), הביא אף השופט ברגזון דברו, אולם לא נתברר אם מסכים הוא לדעתו של השופט לנדוי. בפרשת קלקה נ. הכשרים (לעיל), חוזר השופט ברגזון על הילכת אדמה וכו׳ נ. לוי (לעיל), ובמשפט ליבוביץ נ. כץ (לעיל), מעמיד הוא את שתי ההלכות זו־בצד־זו.

60 להסבר הדברים ראה פרשת ג׳דעון נ. סלימאן (הע׳ 59 לעיל).

61 אדמה נ. לוי, הע׳ 58 לעיל, בעמ׳ 1671 לפסה״ד. וראה עוד: ת״א 174/64 אנגלשטיין נ. זנני, נ״ד ס״מ 276.

62 ראה, למשל: ע״א 257/57 ברנט נ. ברנט, י״ב פד״י 565, 578 ואילך (השופט זוסמן); ע״א

nevo.co.il

שוני בגישה מביא לשוני בהלך־החשיבה[63], והדבר יכול אף לאצול על הפתרונות המתקבלים במשפט הפוזיטיבי[64]. נעמוד עתה על ענין אחד בלבד. הגישה הדיונית, באפיקה הצר, תעמוד על קיומו של מקור־דין המעניק מפורשות עילת־תובענה וסעד בצידה, ובאין מקור כזה — לא תגרור הפרת הדין זכות בתביעה. לענין הגישה המהותית, מאידך גיסא, עיקר הוא ייצורה של זכות בחוק. זכות זו אפשר שתיקבע מפורשות[65] אולם אין הדבר מחוייב המציאות. התשובה לשאלה אם אמנם יצר הדין זכות, אם לאו — ובמקום בו נוצרה זכות — מהם תחומיה ומיגבלותיה, תהא תלויה בסוף כל הסופות בקונסטרוקציה שיבנה ביהמ"ש ובפירוש שיתן לחוק (המדובר הוא, כמובן, בקונסטרוקציה ובפירוש "נכונים"). הסעדים שיינתנו ועילת התובענה שתיווצר לא יהיו אלא טפלים לזכות גופה[66]. עיקר הוא שהגישה המהותית יכולה לפתוח פתח לבתהמ"ש "ליצור" זכויות תוך מלאכת פירוש החוק.

עוולת הפרת חובה חקוקה הינה, כך נראה לנו, החוליה המקשרת את הגישה הדיונית לגישה המהותית. עיון בסע' 63 לפקודה (סע' 55א לפקודה המקורית) ובפסיקה שביקשה לסמוך עליו מלמד אותנו שהמדובר הוא באכיפתו של חוק פלוני, חוץ לפקודה, שבפירושו הנכון נתכוון, הוא־גופו, להטיל חובה על פלוני כלפי אלמוני בשל נזק מסויים שאותו

8/59 גולדמן נ. גולדמן, י"ג פד"י 1085, 1092 (השופט לנדוי). בכוונתנו אך להצביע על העקרון, ואין אני מביעים דעתנו באשר להחלתו של העקרון במקרים ספצ־פיים אלה. ראה עוד: ע"א 416/62 לוי נ. לוי, י"ז פד"י 861. וראה להלן.

63 לגישה מהותית מזה ופרוצדורלית מזה, בתחומה של אותה המאטריה, מעניין להשוות את פסה"ד הבאים: ע"א 354/61 פישר נ. סופר, ט"ז פד"י 410 (השופט ברנזון — גישה פרוצדו־רלית); ע"א 416/62 לוי נ. לוי, י"ז פד"י 861, 865 (השופט לנדוי — גישה מהותית). ראה עוד האסמכתאות המובאות בהע' 73 להלן, בסופה.

64 המדובר הוא, כמובן, בגישה כעקרון. בגישה הסובסטנטיבית, כאמור, נקבעת הזכות בחוק גופו. אם בצד הגדרתה של הזכות עוסק החוק אף בעילות תובענה לאכיפתה (למשל: המג'לה עוסקת ב"בעלים" של נכס, ובצד הגדרת הבעלות מביאה היא את תביעת הגזילה), דומה שיש לראות אותן עילות תובענה לא כגורם יוצר זכות אלא כגורם הבא, בעיקרו של דבר, להגביל היקף תחולתה. המג'לה צימצמה, כעיקרו של דבר, את גבוליה של זכות הבעלות, בכך שראתה לתוחכה בגדירת תביעת הגזילה. מכל מקום, אין להתעלם משיקול זה. אחרת סבר השופט זוסמן בע"א 257/57 ברנט נ. ברנט, י"ב פד"י 565; אבל ראה דברי השופט לנדוי, שם.

65 ראה, למשל, סע' 88 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א—1961 (סה"ח, עמ' 178, המעניק לעורך־דין, בנסיבות מסוימות, זכות עכבון על כספי לקוחו, נכסיו ומסמכיו. ראה עוד סע' 12 לחוק השליחות, תשכ"ה—1965 (סה"ח, עמ' 220).

66 כשם ששאלת הצבתה של זכות ע"י המחוקק נתינה לביהמ"ש ב"פירושו" של החוק, כן הדבר באשר לסעדים שיינתנו. הנחה היא שהמחוקק התכוון לתת סעד לבעל הזכות באמצעות התרופות המקובלות בבתהמ"ש, אלא אם משתמעת כוונה אחרת מהחוק בו מדובר. כיום, אפשר שיכנס למגין אף סע' 34 לחוק בתי־המשפט, תשי"ז—1957 (סה"ח, עמ' 148), הקובע: "כל בית משפט הדן בענין אזרחי מוסמך לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא־תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה נכון בנסיבות שלפניו" (ניתן לטעון, מאידך גיסא, שענייננו של סע' 34 הוא בסמכות בתהמ"ש בלבד, והשאלה אם תובע זכאי לסעד אלמוני או פלמוני הינה שאלה ממהותה של הזכות, ויש לחותכה עפ"י החוק מעניק הזכות. כל שסע' 34 אומר, הוא, שאם פלוני זכאי לסעד פלמוני, תהא לכל בימ"ש סמכות לתיתו; והערת השוליים לסע' 34 היא "סמכות כללית לתת סעד". ואולם אפילו כך, ראשית דברינו תעמוד. ראה בשאלה זו: ע"א 63/48 נבעוני נ. רוזנברג, ד' פד"י 344, 347 ואילך.

nevo.co.il

חוק ביקש למונעו (אם כך הדבר, יכולה להישאל השאלה, מה בא סע' 63 להשמיענו, שפלוני היה חייב כלפי אלמוני אף לולא האמור בסע' 63? לקושיה זו עשויות להיות מספר תשובות, אלא שהדבר אינו מעניינו כאן [67]).

מכאן נחזור לעקרון־החיוב שקבע השופט ברנזון בענין אדמה נ. לידיה לוי [68]. דומה שביסודם של דברים מצויה הגישה המהותית בה דיברנו, ובשורשו של החיוב באה זכות קנין שיצר הדין. לשון אחר וספציפי: תוכנית בינוי עיר כוחה עמה לא רק בתחום הימנהלי — קרי: במשפט הציבורי — ואינה באה אך להסדר כללי של הבניה [69], אלא קובעת היא במישרין בתחום דיני הקנין ומשפיעה על אופיין והיקפן של זכויות הקנין (בעלות, חזקה וכיו"ב), כפי שנקבעו בדינים שיוחדו לדבר [70]. תוכנית בינוי עיר האומרת שעל כיברת אדמה פלונית ניתן לבנות, למשל, בית בן 3 קומות בלבד, וכי

67 תשובות אפשריות הן אלו. (1) סע' 63 נחקק ע"י מחוקק הדוגל, בעיקרו של דבר, בשיטה הפרוצדורלית, ונתגנב החשש שמא לא יכירו בתהמ"ש בעילה זו אם לא ייאמר הדבר מפורשות בחוק. ביחוד כן היה הדבר בשים לב לכך שמהותה של העוולה לא נתבררה לחלוטין במשפט האנגלי (וראה ד"נ 6/66 שראדה נ. חילו, כ' פד"י (4), 617). נעיר כי העוולה הוספה לפקודה ע"י פקודה מתקנת משנת 1947 (ע"ר לשנת 1947, מס' 1563 מיום 15.3.47, תוס' 1, עמ' 40; פקודה מס' 5/1947). (2) הואיל והמחוקק עשה קודקס בדין הנזיקין, ראה לכלול בו אף עילת־תובענה זו, שנוהגים לדון בה במשפט האנגלי בתחומי משפט הנזיקין. (3) לולא בא סע' 63 בכתובים יכולים היו בתהמ"ש לפרש אי־הכללה זו כהסדר שלילי, ולא היו רואים עצמם מוסמכים לתת נפקות לעילת התובענה המקבילה שנתפתחה במשפט האנגלי. (4) בכוללו עוולה זו בפקודה, עשאה המחוקק, לכל הדעות, "עוולה אזרחית", וממילא כפפה לכל הדוקטרינות הכלליות האמורות בפקודה והמשתרעות על "עוולות". לולא עשה כן, ואף לו היו מכירים בתהמ"ש בהפרת חובה חקוקה כעילת־תובענה במשפט הארץ, יכולה היתה לעלות השאלה אם המדובר הוא ב"עוולה" ואם אותה עילת־תובענה כפופה לדוקטרינות האמורות. עתה נפתרה הבעיה. (5) סע' 63 מפנה לחוקים פלונים המטילים חובות על פלוני כלפי אלמוני, בלא שיקבעו סעד להפרת החובות, ועלולה היתה להישאל השאלה אם זכאי אלמוני הניזק לסעד כלשהו כלפי פלוני, שהחוק לא ראה לנקוב בסעדים שהוא זכאי להם, אם בכלל. יכול היה מי ש־טען שהסעד הינו חלק ביכית, ומשלא נקב המחוקק בסעד כלשהו, משמע ניצרה חובות שאין ניתן סעד בגין הפרתה. בא המחוקק בסע' 63, קבע הפרת חובה חקוקה כ"עוולה" ובכך ויכח את הניזק, מיניה וביה, בסעדים שמעניקה הפקודה. לשון אחר: הפקודה כנו השלימה זכות־חלקית שנוצרה בחוק אחר. טעם זה הינו, למעשה, המשכו של הטעם הראשון (והשנות: ד"נ 6/66 שראדה נ. חילו, כ' פד"י (4), 617). נעיר שלענינים אחדים יש, כנראה, הבדל במקורו של החיוב, כגון לענין הסעד הניתן. ראה האסמכתאות המובאות בהע' 63 לעיל ובהע' 73 להלן, בסופה.

68 לעיל, הע' 58.

69 בשאלה זו ראה: ע"א 247/55 סרג עדין בע"מ נ. עירית ת"א־יפו, י"א פד"י 1110; ע"א 544/49 פוזנר נ. נרימן, ט"ו פד"י 502, 504.

70 וראה בג"צ 335/62 אבו גרש נ. הועדה המחוזית יפו, י"ז פד"י 526. בענין זה טען בא־כוח המבקש "כי לפי חוק הקרקעות העתמאני רשאי כל אדם לנהוג ברכושו כאוות נפשו והועדה המחוזית, במנעה מהמבקש בניית ביתו על אדמתו, פועלת בניגוד לחוק". אמר השופט ברנזון (בעמ' 527): "חושבני כי בשנת 1963 מאוחר מדי לבוא בטענה שבעל קרקע יכול לעשות ברכושו כעולה על רוחו. חוקי התכנון והמסתעף מהם, שלא לדבר על חוקים רבים אחרים, הגבילו בצורות שונות את זכות הבעלים במקרקעין שלהם וקיצצו בהם והוראות החוק העתמאני אין להן כל עדיפות על הוראות חוקים אלה, או על הוראות התוכניות שנערכו על־פיהם". וראה המשך הדברים, שם.

nevo.co.il

קווי הנסיגה באותו מקום חייבים שיהיו כך־וכך מטרים, והוראות אחרות כיו"ב, השלכותיה הן משני סוגים: ראשית לכל, מגבילה היא את זכות הבעלות (וזכויות קנין אחרות) באותה כיברת אדמה, ושנית, מוסיפה היא על זכויותיהם של אלמונים במקרקעים אחרים (בעלים, מחזיקים, וכיו"ב), או אף גורעת מהן [71]. ואם בהפרתה של אותה תוכנית נפגעו אלמונים בדרך כלשהי — זכאים הם לסעד (הטפל לזכות הקנין שנוצרה)[72].

תוצאת הדברים היא, שאין לראות עילות תובענה לאכיפת זכויות, שקנו להם פלונים על־פי דין, אך ורק במסגרת העוולות הפרטיקולריות בפקודה, ולא רק בתחומיהן של עוולות המסגרת בלבד (וזאת אף שהמדובר בהפרת זכות ה"משתייכת" לדין הנזיקין).

האין בגישה זו כדי ליצור דין נזיקין או דין של מעין־נזיקין בצידן של העוולות המנויות בפקודה? המדובר הוא, לכאורה, בזכות בת־בלי־שם (innominate) שקנה לו אדם ex lege, שאינה "משתייכת" לענף ה"נזיקין" דווקא. אולם יהא־אשר־יהא שמה של הזכות — ושל עילת התובענה בצידה — האין בדבר כדי להרחיב תחומיהם של דיני הנזיקין? [73]

השופט לנדוי סבר, כאמור, שיש לתחום את החבות בגדירת עוולת הפרת חובה חקוקה [74]. דומה שבדבריו באה לידי ביטוי, בין השאר, הגישה הפרוצדורלית, המבקשת למצוא לה דבר־חוק המעניק מפורשות עילת תובענה וסעד בצידה [75].

71 וראה דברי השופט לנדוי בע"א 416/58 גידעון נ. סליבאן, י"ג פד"י 916, 923: "הוראות בחיקוק הבאות להסדיר יחסי שכנים, כגון הוראות הכופות על בעל אדמה חובה להסיג את בנינו מצדי חלקתו, מיועדות ללא ספק לטיבתו או להגנתו של השכן. הייתי מרחיק לכת ואומר — אם כי לפי לשון הסעיף 55א אין צורך בכך — שהן יוצרות זכויות במלוא מובן המלה לטובת השכן" (ההדגשה שלנו).

72 בפסיקה היו אלמונים־התובעים שכנים של הנתבע, מפר החוק. עם זאת, איננו מוצאים טעם להגבלת הזכויות לשכנים המיידיים של הנתבע דווקא. דומה שאף שכנים שאינם שכנים מיידיים עשויים ליהנות מזכויות. וראה דברי השופט לנדוי המובאים בהע' 74, להלן. ברגיל, ככל שירחקו ה"שכנים" כן יתקשו להצביע על הפגיעה בה נפגעו.

73 מן הענין לציין את היסוד השני במשנתו של השופט ברנזון, הוא הנזק שנגרם (או העלול להיגרם) לתובע. אם המדובר הוא בזכויות קנין, מה נפקותו של אותו נזק, שהרי עצם הפגיעה בזכות הקנין הוא הנזק? האמנם בא הדבר למניעתן של תובענות מטרידות, בחינת "de minimis non curat praetor" (וראה סע' 4 לפקודה). אפשר שהפתרון לשאלה נעוץ בפסה"ד האנגלי שציטט השופט בענין אדמה נ. לוי (הע' 58 לעיל, בעמ' 1673—1674 לפסה"ד), בו מדובר היה בעילת "case". כידוע, אחד האלמנטים בעילת תובענה זו הוא נזק שנגרם לתובע. בשאלת שיקול דעתו של בי"המ"ש בנתינת סעד להגנת זכות הקנין, ראה במיוחד: ע"א 416/62 לוי נ. לוי, י"ז פד"י 861, ביחוד 865 (השופט לנדוי). ראה עוד: ע"א 153/67 "שלב" נ. ניה הררי מואב, כ"א פד"י (1), 617, 620; ע"א 524/63 גולדמן נ. אלגרבלי, י"ח פד"י (3), 74; ע"א 389/64 קרוינסקי נ. גולדשטיין, י"ט פד"י (1), 225, ביחוד 229; ע"א 4+5/62 בורמן נ. ברנר, ט"ז פד"י 2460, ביחוד 2466. וראה האסמכתאות בהע' 63, לעיל.

74 לשון אחר: תוכנית בינוי עיר הינה דבר־חוק במסגרתו של סע' 63 לפקודה. במשפט פריצקר נ. סרידמן, ע"א 224/51, ז' פד"י 674 (בעמ' 687 ואילך), קבע השופט זילברג כי תקנה פלונית מתקנות התעבורה "מטיבה וטבעה אינה אלא רגלמנטציה משטרתית, סטטוטורית, של חובת הזהירות הכללית" (בעמ' 688), ועל־כן אינה באה בסע' 63. בענין גידעון נ. סליבאן (לעיל הע' 59), קבע השופט לנדוי כי תוכנית בינוי עיר מיועדת לטובת הציבור וכו'. עם זאת הוסיף וקבע כי יש בתוכנית כאמור "גם הנאות יותר ספציפיות לטובת אדם מסויים או סוג של בני־אדם, כל אימת שאפשר לייחס הגבלת זכותו של אדם

nevo.co.il

בין אם יסודן של החבויות בהן דברנו, בזכות (כגון זכות קנין) שיצר הדין, ובין אם מקורן הפורמלי בסע' 63 לפקודה, אין עילת התובענה שהעניק החוק עיקר, אלא החובה והזכות שנקבעו בו (אם במפורש ואם מכללא). עילת התובענה — הפרת חובה חקוקה — אינה אלא כלי לאכיפתה של זכות, וכלי זה יתמלא תוכן בהוראותיהם של דברי־חוק אחרים. בענין אדמה נ. לוי[75] דן ביהמ"ש בזכות קנין, אולם הגבלה זו אינה מחוייבת המציאות, ויכול חוק ליצור זכויות מכל סוג שהוא. השאלה אם אמנם נוצרו זכות וחובה, אם לאו, תיפתר בהתאם לקונסטרוקציה שייצור ביהמ"ש בפירושו של החוק בו הוא דן, הכל בהתאם להלכה, לכללי הפרשנות וכיו"ב. לענייננו ניתן לומר שסע' 63 לפקודה הינו, למעשה, פורמולציה־שבפרשנות לבדיקת השאלה אם אמנם יצר חוק פלוני זכות בת־פועל. בנקודה זו נפגשות דעותיהם של השופטים לנדוי וברנזון.

אם כך ואם כך, יש בנאמר כדי לשמש תמריץ חשוב ליצירתו של דין (בדרך פרשנות), כאשר ביסוד הדברים משמשת הגישה המהותית. נעיר עוד כי פירושו של הדיבור "שלא כדין" במשנתו של השופט ברנזון הוא: "בניגוד לחוק החרות", שאחרת יעמדו הדברים בסתירה להלכה שאין בימ"ש מוסמך ליצור עוולות בנזיקין. ולבסוף: הצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד—1964, קובעת מפורשות, כי חבויות שמקורן בתוכנית בינוי עיר

לבנות על אדמתו כאוות נפשו, לכוונת המחוקק להיטיב בזה עם שכניו של אותו בעל אדמה ולהגן עליהם" (ש ם, בעמ' 922). קשה להשתחרר מן ההרגשה שהילכת פריצקר נ. פרידמן נשתנתה, וגבוליו של סע' 63 הורחבו. וראה עוד: ד"נ 6/66 שהאדה נ. חילו, כ' פד"י (4), 617, ופרשת ברג עדין, לעיל הע' 69. אפשר שהטעם לדחיקתה של החכות למסגרתו של סע' 63 לפקודה היה מחשש שמא איתו יצור שנברא יגדל פרע ויהפוך גולם, ותוצאות הדבר — מי ישורן?

75 הן בענין אדמה נ. לוי (ט' פד"י, 1666, 1671 ואילך, מפי השופט ברנזון) והן בענין ג'דעון נ. פלימאן (י"ב פד"י 916, 920, מפי השופט לנדוי). נפסק שמעשי הנתבעים לא עלו כדי עוולת המיטרד (סע' 44 בפקודה), ועל־כן ראה השופט ברנזון לקבוע את הדוקטרינה שקבע, ואילו השופט לנדוי סמך לסע' 63 לפקודה (וראה עוד: ע"א 4+5/62 בורמן נ. בדנר בע"מ, ט"ז פד"י 2460, 2466). אפשר שניתן לטעון כנגד קביעה זו כדלקמן: עוולת המיטרד שעניינה ב"הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין . . . בהתחשב עם מקומם וטיבם [של המקרקעין]" — שני סוגים בה. האחד, הפרעה וכו' בלשון בני־אדם, מיטרד במשמעותו המקובלת, כגון, עשן, ריחות רעים וכיו"ב. האחר, והוא עיקר לענייננו: "מיטרד מכוח הדין". פירוש הדברים הוא, התנהגות הנופלת מסטנדרט פלוני שנקבע בחקיקה ואשר אצילה לו במישרין על שימוש במקרקע, כגון קביעה בתוכנית בינוי עיר (וראה לענין זה סע' 13 לחוק למניעת מפגעים, תשכ"א—1961, סה"ת, עמ' 58: "לענין פקודת הנזיקין האזרחיים, 1944, דין כל הפרה של הוראות חוק זה כדין מיטרד היחיד". ראה עוד סע' 66 להצעת חוק המקרקעין, תשכ"ד—1964, להלן). במקרה זה נוצר הסטנדרט בחקיקה ולא עוד נתונה השאלה אם נוצר מיטרד, ואם לאו, לשיקולו של ביהמ"ש, שהחוק יצר רמה פלונית להתנהגות. ודומה הדבר לנורמות שנקבעו בחקיקה לענין עוולת הרשלנות (וביתר דיוק: הפרת חובה חקוקה), שקביעת סטנדרט ההתנהגות הראוי נבדק כבר ונקבע ע"י המחוקק. אם יתקבלו דברים אלה, תהפוך עוולת המיטרד (בתחולה השניה שלה, "המיטרד מכוח הדין"), למסגרת פורמלית לאכיפתה של זכות מהותית שנוצרה בחיקוק אחר, והיחס בין שתי התחולות של עוולת המיטרד יהא כיחס בין עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה. לשון אחר: עוולת המיטרד תהפוך, בחלקה, לעוולת־מסגרת.

76 לעיל, הע' 58.

nevo.co.il

יהא דינן כעוולה [77]. הילכת השופט ברנזון תהפוך, איפוא, אם תתקבל הצעה זו, לקביעה־שבדין. ואולם לא יהא בדבר כדי לצמצם את עקרון־ההלכה שנקבע, ואשר תחום־תחולתו משתרע אל־מעבר לגידרן של זכויות הקנין במקרקעין.

סוף דבר

דין נזיקין או דין אבות נזיקין במשפט ישראל הקיים? ימים יגידו. כותב שורות אלו מצביע בעד דין נזיקין.

77 הצעות חוק, תשכ"ב, 178, סע' 66(ב): "הקים אדם מבנה במקרקעין בניגוד להוראת כל דין החל על הבניה באותו מקום או בניגוד לתנאי שבהיתר הבנייה שניתן על־ידי רשות מוסמכת לכך, והדבר עשוי לגרום נזק למקרקעין שכנים, יהא דין הבניה לענין פקודת הנזיקין האזרחיים, 1944, כדין עוולה". וראה עוד לציל, הע' 75, וההפניות שם.

nevo.co.il