

חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות

מאת

פרופ' יצחק אנגלרד

פקודת הנזיקין האזרחיים נכנסה אמנם לתוקף מספר חודשים לפני הקמת המדינה¹, אך מבחינה מעשית מותר לראות את תקופת הפעלתה כחופפת את שנות המדינה. דומה, כי חצי יובל שנים הן משך זמן מספיק, כדי לסקור את דיני הנזיקין בישראל תוך ראייה מקיפה. מבטנו לא יהיה מופנה לפרטי הדינים, על אף חשיבותם המעשית והעיונית; תשומת לבנו תהיה נתונה לבעיות היסוד ולמגמות הכלליות, כפי שהן עולות מן המציאות, תוך כדי נסיון להתוות דרך לקראת העתיד. כיוון זה של עבודתנו עלול לדחוק, במידה מסוימת, לקרן זווית את מלאכתם החשובה של בתי המשפט, אך בדרך הסבע, רוב עיסוקם של בתי המשפט הוא בפרטי הדינים, ורק לעתים רחוקות נקראים הם לעמוד על בעיות יסוד. פקודת הנזיקין יצרה עבורם מסגרת מחייבת והעיון הביקורתי במבנה שלה ובתכנה הכללי אינו נמנה על התפקיד השיפוטי הרגיל. מפעם לפעם משמיעים אמנם שופטים יחידים את דעותיהם על הכיוון הרצוי של חקיקה עתידית², אך גם כאן נוגעים לרוב בסוגיות ספציפיות.

במאמרו נבחן את דיני הנזיקין משלושה היבטים שונים והם: פקודת הנזיקין כנסיון קודיפיקציה של המשפט המקובל האנגלי; פקודת הנזיקין על רקע המגמות והשינויים במשפט הישראלי; דיני הנזיקין על רקע ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות בישראל.

- 1 הפקודה על תיקוניה משנת 1947 נכנסה לתוקף ביום 15.7.47, מכוח הודעה שפורסמה ביום 3.7.1947. ראה ג' כדסקי וא' רוזנטל, פקודת הנזיקין לאור תילדות התהוותה ותיקוניה, תל-אביב, עמ' 7.
- 2 ראה, למשל, ע"א 154/70 בידה נ' רובין, פד"י כ"ה (2) 43, 51-52. השופט ברנזון עוסק בשאלת הניכוי של קיצבת פנסיה מפיצויי נזיקין: "מצער הדבר, שחסר כנראה אצלנו מעקב מספיק אחרי התפתחות הפסיקה והחקיקה באנגליה בענינים שירשנו מהם והתיקונים הנעשים שם כדי להתאים את המצב למציאות המשתנה ולרגשות הצדק שהם נחלת חברה מודרנית בזמננו. לדעתי, הענין הנדון קורא לתיקון מהיר של החוק כדי להבטיח לגפגע, ובמותו – לתלויים בו, את פרי דאגתם המוקדמת לעצמם, בכל צורה שהיא, למקרה של חבלה או מוות". אך ראה את דעתו החולקת של השופט י' כהן, שם, עמ' 52 ואילך. השופט י' כהן מסתייג מהמלצת התיקון ברוח השופט ברנזון. נוכח חילוקי דעות גלויים אלה בשאלת מדיניות החקיקה, האם לא עדיף היה לוותר כליל על ההמלצות השיפוטיות לתיקון החוק?

1. פקודת הנוזיקין כנסיון קודיפיקציה של המשפט המקובל האנגלי

(א) עצמאות הפקודה

מתוך תולדות הפקודה נראה, כי המטרה העיקרית אצל מחוקקיה היתה קליטת המשפט האנגלי בתחום דיני הנוזיקין. הם סברו, על יסוד נימוקים שונים³, כי אין לקלוט את דיני הנוזיקין של אנגליה בדרך של הפנייה כללית⁴, אלא יש לעבדם בצורה של חוק מקיף. מבחינה זו, לפנינו נסיון קודיפיקטורי, אם כי לא עריכת קודיפיקציה לשמה לפי המתכונת של יבשת אירופה.

מטרת מעשה החקיקה היא העברת המשפט האנגלי לארץ מושבת. המחוקק הארצי-ישראלי הסתמך בנסיונו זה, כידוע, על הדוגמה של חוק קפריסאי משנת 1933⁵. אם נסתכל על מעשה החקיקה מתוך מבט לאחור ועל רקע נסיון הפעלתו, הרי אפשר לקבוע, באופן פרדוכסלי-מעט, כי הפקודה כמפעל קודיפיקטורי במובן הטכני היא כשלון חרוץ – אך ככלי לקליטת המשפט האנגלי הצלחתה היא מפליגה, תרתי משמע. אם ניטיב להתבונן בשורשי העניין, ניווכח לדעת, כי לא זו בלבד שאין בכך משום סתירה, אלא מסקנתנו היא מהוייבת המציאות.

הבסיס של דיני הנוזיקין באנגליה מצוי במשפט המקובל. משפט שיפוטי זה מעצם מהותו מנוגד לרעיון הקודיפיקציה במובן המודרני המצומצם. אחת התכונות המרכזיות של קודיפיקציה היא ביטול מקורות המשפט הקודמים⁶. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם שיטה המבוססת על מסורת שיפוטית, מתוכה יש לדלות את הכלל המשפטי⁷. נמצא, כי ברעיון של קליטת המשפט המקובל באמצעות מעשה קודיפיקציה יש משום סתירה מניה וביה: אם תצלח הקודיפיקציה, אין לפנינו עוד קליטה של משפט מקובל אנגלי אלא יצירה משפטית חדשה. לדעתנו, היסוד המאפיין שיטה משפטית נתונה, והמבדילה משיטה אחרת, אינו דווקא בפתרון מהותי השונה לבעייה מסויימת.

3 טדסקי ורוונטל, שם, עמ' 6 בדברי המבוא: "יש לציין שכבר נתגבשה אז (בשנת 1940) העמדה בזכות העדפת חקיקה מקומית על פני קליטת המשפט האנגלי בצינור סעיף 46 – דבר שלפי דעת האדמיניסטרציה הבריטית היה בבחינת מתן יתרון ליישוב היהודי, שלפי ההנחה התמצא יותר בסבך תקדימי המשפט האנגלי".

4 דיני הנוזיקין האנגליים הספיקו עוד, סמוך לכניסת הפקודה לתוקפה, להיקלט באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922. ראה: C.A. 29/47 *The London Society, etc.* v. Orr 1947 A.L.R. 364; 14 P.L.R. 218. וכן ראה: טדסקי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנוזיקין, תורת הנוזיקין הכללית, חש"ל, ירושלים, 258 (להלן: דיני הנוזיקין).

5 טדסקי ורוונטל, שם.

6 Cf. J. Mailliet, "The Historical Significance of French Codifications," 44 (1969–1970) *Tul.L.Rev.* 681.

7 על הניגוד בין שתי הגישות על רקע התנגשותם בפועל במדינת לואיזיאנה בארה"ב, ראה: C. Morrow, "Louisiana Blueprint: Civilian Codification and Legal Method for State and Nation," 17 (1943) *Tul.L.Rev.* 351, 357; Id., "An Approach to the Revision of the Louisiana Civil Code," 23 (1949) *Tul.L.Rev.* 478; 10 (1949) *La.L.Rev.* 59; Id., "The Future of Codification in Louisiana," 29 (1954–55) *Tul.L.Rev.* 249; cf. A. Tate, "Civilian Methodology in Louisiana," 44 (1969–70) *Tul.L.Rev.* 673. השווה גם ג' טדסקי, "נוקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הודונית", הפרקליט, כ"ג (1967), עמ' 168, 170 סמוך להערה 49.

לעתים עיקר השוני הוא במבנה השיטה ובכלים המושגיים בעזרתם מגיעים לפתרון המהותי.⁸ הפתרון המהותי לבעיה עשוי להיות זהה בשיטות משפט שונות, במיוחד כאשר הן דומות ברקע התברתי שלהן.⁹

המשפט המקובל האנגלי מצטיין בטכניקה של "הגמקה פתוחה" מתוך גישה פרגמטית וקוואיטטית.¹⁰ לפי מינוחו של אסר (Esser), שיטות הקודיפיקציה מתאפיינות על-ידי חשיבה אקסיומטית, העומדת בניגוד לגישה השמה במרכז את המקרה הקונקרטי על בעיותיו הממשיות (legal reasoning from case to case).¹¹ רעיון הקודיפיקציה יוצר איפוא "שיטה סגורה" לעומת המשפט השיפוטי, שהוא ביטוי ל"שיטה פתוחה".¹²

מחשבות עיוניות כאלה היו רחוקות מלב מחוקקי הפקודה. האמת הפשוטה היא, כי לא התכוונו ליצור קודיפיקציה לפי המתכונת של יבשת אירופה; כל חפצם היה לגבש את כללי המשפט המקובל בנוסח של חוק, כעין *restatement*, שאינו מתיימר לבטל כליל את המקורות הקודמים. כוונתם לא היתה ליצור יצירה אורייגלית, אלא לעבד חוק, שנחשב ככלי מתאים ונוח להעברת המשפט האנגלי לארץ-ישראל. מובן, שנסחי הפקודה היו מודעים לאופי הסטטוטורי של יצירתם מבחינת סמכותם הנורמטיבית והם ראו בה אמצעי לפישוט המשפט המקובל ולהתאמתו לתנאי הארץ.¹³ אך, בשום פנים ואופן לא רצו לנתק את הפקודה מכור מחצבתה.

ביטוי מורמלי לתפיסתם זו ניתן בסעיף 1 לפקודה, שהפנה את בתי המשפט, בבואם לפרש את מושגי הפקודה, אל המשפט האנגלי. לפי לשון הסעיף, חזקה היא, כי הביטויים המשמשים בפקודה משמעותם כמשמעות הנודעת להם במשפט האנגלי. הפנייה זו פתחה פתח רחב לקליטה ישירה של המשפט המקובל האנגלי בכל תחומי הנוזקין.¹⁴ המציאות הראתה, כי בתי המשפט עשו שימוש מפליג במשפט האנגלי עד כדי כך, שבמקרים אחדים אפשר היה לתהות על מידת הצידוק בקיום העצמי של הפקודה. לעתים התעלמו בתי המשפט כליל מקיום ההוראות המקומיות, בהניחם כמובן מאליו, שיש להחיל את המשפט האנגלי העכשווי. התוצאה היתה, כי בתי המשפט העבירו למשפט הישראלי בעיות ומחלוקות, שהעסיקו את המשפט האנגלי, על אף שהיה ברור,

8 ראה על ההבחנה בין טכניקה משפטית (דוגמטקה) לבין פתרונות מהותיים בענין קליטת משפט: G. Tedeschi, "On Reception and on the Legislative Policy of Israel," *Studies in Israel Legislative Problems, Scripta Hierosolymitana*, XVI, pp. 1f, 23 et seq.

9 Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, Tübingen, pp. 354 et seq. על חשיבות הדוגמטיקה גם במשפט ההשוואתי ראה H. Döle, "Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung," 34 (1970) *Summary in English* at p. 409. *Rabels* 403.

10 Esser, *op. cit.*, pp. 183 et seq.

11 *Op. cit.*, pp. 141 et seq., 183 et seq., 218 et seq.

12 על ההבחנה בין שיטה סגורה לבין שיטה פתוחה ראה אסר, שם, עמ' 44, הערה 140. המחבר אימץ לפי דבריו את המינוח של F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1946. Esser עצמו מראה במחקרו המזהיר את המגמות המשותפות בשתי השיטות. ראה: שם, עמ' 218 ואילך.

13 ראה סדסקי, רוזנטל, שם; סדסקי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנוזקין, 44§.

14 דיני הנוזקין, 38§§ ואילך.

כי המחוקק המנדטורי ניסה להכריע בהן הכרעה עצמאית. נביא מספר דוגמאות, שמתוכן עולה השאיפה להצמד להלכות האנגליות, תוך רתיעה מלהתעמק במשמעותן העצמית של הוראות הפקודה.

כך קרה, למשל, בסוגיית הסיבתיות. בתי המשפט ניגשו לבירור מסכת סבוכה זו בעקבות העמדות והורמים השונים הרווחים באנגליה, על אף העובדה שהמחוקק המנדטורי טרח להסדיר את הסוגיה באמצעות הוראות מפורשות.¹⁵

כדוגמה נוספת עשויה לשמש העוולה "הפרת חובה חקוקה", אשר היקף תחולתה צומצם באופן ניכר.¹⁶ בהסתמך על אמרתו של השופט McCardie בפרשת *Phillips v. Britannia Hygienic Laundry Co. Ltd.*¹⁷ והנה, בפקודה סט, כנראה במכוון, מנוסח שופט זה, באמצע הגדרה רחבה יותר של "חיקוק הנועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר".¹⁸ כאשר העמידו לאחר מכן את בית המשפט על הקושי ליישב את הלכתו הפסוקה עם נוסח הסעיף, הוא דחק לפרשו במטרה לקיים את ההלכה האנגלית.¹⁹

במקרים אחרים נתלה בית המשפט באופן מלאכותי במונחים דינוניים של הפקודה, כגון "תובע", במטרה לייבא באמצעות "פרשנותו" הלכות מהותיות מן המשפט המקובל האנגלי.²⁰ בדרך דומה נהגו לגבי המושג "נוק", המופיע בהוראות הפקודה. בתי המשפט בדקו וקבעו לפי המשפט האנגלי, מהם הנוקים הניתנים לפיצוי במסגרת עוולת מסויימת, והחילו הלכות אלה תחת האיצטלה של שאלה פרשנית של המושג נוק.²¹ העובדה, כי נוק מוגדר בפקודה במפורש, לא מנעה היוקקות להלכות האנגליות.²²

15 ס' 64, 76 לפקודה. לגבי ניתוח מפורט יותר, ראה: דיני הנויקין, 1225, 125, 127, 130 ואילך.
16 ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פד"י ז' 674, 687-690, אליבא דשופט זילברג. בית המשפט החליט, כי אין לתבוע בנויקין על הפרת תקנות התעבורה. אופיינית מאוד היא הנמקתו של השופט זילברג (שם, עמ' 689): "לא אכניס את ראשי בין שני ההרים הגדולים הללו, השופטים מקיפדי ואסקין, ולא אנסה ליישב כאן את המחלוקת שביניהם. לגבי המקרה שלפנינו אין כל צורך וכל נפקא מינה בדבר. כי בין אם נלך לשיטתו של השופט מקיפדי, בין אם נלך לשיטתו של השופט אסקין, נגיע לידי אותה מסקנה ממש". בית המשפט אינו יוצא מנוסח הפקודה, אלא נוק להלכה המקובלת באנגליה. על גישה זוהי בענין ריחוק הנזק, ראה: ע"א 22/49 לוי נ' מוסף, פד"י ד' 558, 570. בית המשפט מאמץ את עקרון "הגולגולת הדקה" בנימוק, שהוא מוכר עליידי כל הזרמים באנגליה. ראה את ביקורתנו "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנויקין", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנפלד, עמ' 55, 67-68, וכן ג' טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שנייה, תשי"ט, ירושלים, עמ' 160, הערה 73.

17 1 K.B. 539, 547 et seq. [1923].

18 כנראה, על יסוד אמרתו של לורד אסקין בערעור: 842-841 K.B. 832, 2 [1923].

19 ע"א 270/53 קאפס נ' ועדת עיריית נצרת, פד"י י' 243, 252, אליבא דשופט זילברג. אך ראה את ספקותיו של השופט ג'ודי בד"נ 6/66 שחארה נ' חילו, פד"י כ' (4) 617, 621 וכן את המקורות המובאים שם.

20 המ' 261/53 בת"א 88/53 משרד הכסחות נ' קנטרוביץ, פ"מ י"א 377, 380-381, וראה את ביקורתו של חשין, דיני הנויקין, 465.

21 ע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ, פד"י י"א 1464, וראה את ביקורתנו דיני הנויקין, 1095, סמוך להערה 8.

22 ראה: דיני הנויקין, שם, הערה 12.

הדוגמאות המובאות הן אמנם קיצוניות, אך הן מצביעות על המגמה הכללית של ירידת הערך העצמי של הפקודה.²³

אולם, אבדן העצמאות של הפקודה כלפי המשפט האנגלי הנוהג הביא, לפחות במקרה אחד, לידי מבוכה את שופטי בית המשפט העליון. כוונתנו לפרשת כוכבי נ' בקר²⁴, בה נקרא בית המשפט לסטות מתקדים שלו, בגלל שינוי של ההלכה האנגלית הקודמת, כתוצאה מפסק-דין חדש של בית הלורדים.²⁵ בית המשפט העליון לא היה מוכן לזוז מתקדימו, אך הנימוק לא היה שמירת כבודה ועצמאותה של הפקודה, אלא ערך בעלה יותר: "אין זה מתקבל על הדעת, שמדינה ריבונית, שיש לה מערכת חוקים ושיטת משפט משלה, תמשיך להיות כפופה למרותה של מערכת משפט שבארץ זרה ולחידושי הלכה שעתידים להתחדש בבת-משפט, רק משום שבעבר, עת היה קשר הדוק בין שתי הארצות ינקו הראשונה מתחומי משפט של השנייה".²⁶ מלים אלה מבטאות אמנם חוסר נחת ברור מן התלות הרבה במשפט האנגלי, אך נוכח המסגרת הקיימת דומה, כי אין בכוחם של בתי המשפט להשתחרר מן ההשפעה המכרעת של משפט זה.²⁷

המחוקק, לעומת זאת, חותר זה מספר שנים (על-פי יזמת משרד המשפטים) לקראת ניתוק מן ההשפעה של השיטה האנגלית בתחום המשפט הפרטי. מגמה זו מצאה את ביטוייה המובהקים בשורה של חוקים, שסאבו השראה ממקורות יבשת אירופה.²⁸ בהעדר

23 דוגמאות נוספות לגבי פקודתנו וחוקים אחרים ראה אצל ג' סדסקי, "משפט פרטי ותחוקה, בזמננו", מחקרים במשפט ארצנו, תשי"ט, ירושלים-תל-אביב, עמ' 22, 50, הערות 55-57.

24 ע"א 81/55 וכו', פד"י י"א 225.

25 המדובר היה בשאלת ניכוי מס הכנסה בחישוב הפיצויים על אובדן השתכרות. ההלכה האנגלית הקודמת שאין לגבותו שינתה בפרשת *British Transport Commission v. Gourley* [1955] 3 All E.R. 796.

26 שם, עמ' 244, מפי השופט חשין ז"ל. ראה עוד ד"נ 23/58 מנהל רכבת ישראל נ' רובין, פד"י י"ג 237, בו מנסה השופט אגרנט להראות שאין סטייה מן הפרשנות האנגלית, משום שעדיין ספרשים את המונח "ניזק" לפי הרעיון של השבת הניזוק לקדמותו. ההבדל הוא, לדעתו, רק בתוצאה המעשית של עקרון זה. ראה דיני הניזוק, § 339, סמוך להערה 15, אך איננו משוכנעים, כי המקרה הנידון מראה דווקא על מידת העצמאות של השופטים בישראל ביצירת כללי הערכת הנזק, כדעתו של ברק, שם, הערה 15. על הסוגיה כולה ראה גם, שם, § 362, הערה 88; וכן השווה § 55.

27 אך ראה את החלטתו של השופט ח' כהן בד"נ 12/63 ליאון נ' דינגר, פד"י י"ח (4) 701, 710-706. השופט, קצה גופו מריבוי המקורות בשאלה של עקרון "הגולגולת הדקה", והוא אומר: "מחשש להיסחף בנחל שוטף שכזה ולהיטבע בים פסקי הדין והאמרות למיניהן, הורדתי מעל שולחני את כל הספרים... וניגשתי למלאכת הכתיבה כשאך פקודת הניזוקין האזרחיים, 1944, ופסק-דין הנדון של בית-משפט זה... כוונתי לפני" (שם, עמ' 706). אך בסוף דבריו הוא מצדיק את מסקנתו: "השתדלתי להראות, וניכחתי לדעת, שההוראות המפורשות של הפקודה אמנם מחייבת מסקנות שאינן עולות בקנה אחד עם הפסיקה האנגלית, אך אשר מביאות לידי תוצאות הנראות בעיני יעילות וצודקות—ועל כל פנים פשוטות וברורות בהרבה מאלה שאפשר לדלותן מן האנדרלמוסיה של הפסיקה האנגלית". מקרה זה הוא חריג ואינו מצביע על גישת עקרונית לכתן עצמאות להוראות הפקודה. ראה גישתו של שופט זה בע"א 515/63 נגר נ' דהרי, פד"י י"ח (2) 169, 175-182. כאן הוא עושה שימוש רחב ביותר במקורות המשפט האנגלי אגב דיון בעולות השגת גבול.

28 ראה במיוחד את החוקים בהם מצוי סעיף המבטל את היראת סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, בדבר השלמת לאקונה באמצעות המשפט האנגלי: חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 160; חוק החוזים (חלק כללי), השל"ג-1973, סעיף 63.

אפשרות ממשית ליצירה לאומית עצמאית דומה, כי כוונת המחוקק היא להחליש את ההשפעה של השיטה האנגלו-אמריקאית על-ידי אימוץ טכניקה תחקית שונת דרך זו מעוררת בעיות חריפות.²⁹ מהן הנוגעות לדיני הניקין, ובהן נעסוק בהמשך מאמרנו. השאיפה להינתק מן המשפט האנגלי הביאה בשנת תשל"ב לשינוי סעיף הפרשנות בפקודתנו. בהוראה כללית, ששולבה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948,³⁰ נאמר: "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי הפרשנות המקובלים באנגליה לא תהיה עוד הוראה מחייבת". לא כאן המקום להתעמק בנוסח המשווה של הסעיף (ביטול בלב ולב), אך אין ספק, כי חשיבותו המעשית היא מוערית. ראשית, הסוגיות העיקריות של דיני הניקין נידונו כבר על-ידי בתי המשפט תוך הסתמכות על המשפט האנגלי, ואת הנעשה אין להשיב.³¹ שנית, גם ללא הוראת פרשנות, בתי המשפט היו בדרך הטבע נזקקים לתקדימים האנגליים, ששימשו יסוד לנוסח הפקודה.³² מה עוד, שההוראה החדשה אינה אוסרת את עצם ההסתמכות על המשפט האנגלי.³³ לביטול חובת הפנייה למשפט האנגלי עשויה להיות חשיבות מעשית, במקרה הנדיר, בו נאלץ בית המשפט לאמץ הלכה אנגלית שאינה לרוחו.³⁴ דומה, כי לשינוי סעיף הפרשנות נודעת משמעות סמלית בעיקר: ביטוי גלוי ונוסף לרצון המחוקק להתיר את כבלי מסורת המשפט האנגלי. על רקע זה יש להבין אף את פירסום הנוסח החדש של הפקודה, שקדם במספר שנים לשינוי סעיף הפרשנות.³⁵ האמת ניתנת להאמר: ניתוק ממש מן המשפט האנגלי לא יושג אלא על-ידי עיבוד חוק ניקין ישראלי חדש.

ברם, אם הדגשנו עד כאן את התלות הגדולה של הפקודה במקור מחצבתה – המשפט האנגלי – הרי אין להכחיש, כי אף בתור restatement בלבד נודעת למעשה החקיקה המנדטורית חשיבות ניכרת; בעצם הניסוח התחקיתי של הלכות פסקאות יש משום שינוי וחדידה. החקיקה מקפידה את המשפט הייפוטטי ברגע היסטורי מסוים, ובכך היא מביאה בהכרח לידי יצירה של מערכת נורמות שיטתית יותר. היסודות של העוולות השונות מתקשרים כתוצאה משיבוץ במסגרת אחידה, ובחלקם הם מוחלפים על-ידי מושגי

29 ראה ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג' (תשל"ג), עמ' 5.

30 חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972, פ"ח תשל"ב, 51.

31 כך אנו מבינים את המלים "לא תהיה עוד", דהיינו, מכאן ולהבא ההוראה אינה מחייבת, אך עד עתה היתה מחייבת. התיקון נראה משונה בעינינו, משום שהוא בא לשנות הוראה פרשנית מבלי לשנות את לשון החוק. לשון החוק מבטאת את כוונת המחוקק והלה הסביר כי התכוון למשמעות האנגלית של הביטויים. כיצד יוכל בית המשפט לסטות מפירוש זה, מבלי לפגוע באופן מודע בכוונה המקורית?

32 ראה: דיני הניקין, §43, הערה 2.

33 ואמנם זוהי המגמה המצטיירת בתקופה הקצרה של תחולת התיקון החדש; ראה ע"א 202/72 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' החברה הא"י לקירור ואספקה, פד"י כ"ז (1) 661, 665-666; השווה גם ע"א 368/72 קוניכר נ' יעקובי-שווילי, פד"י כ"ז (1) 302, 308; ראה גם פרוקציה, "עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי ובמיוחד של דיני החוזים לאור המשפט האנגלי", עיוני משפט, ג' (תשל"ג), עמ' 112.

34 ראה, למשל, ע"א 42/57 עידה נ' ששון, פד"י י"א 1100, 1104 וראה דיני הניקין, §101, סמוך להערה 22 וכן השווה שם, §42, הערה 2.

35 השווה דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"א-1971, ה"ח תשל"א, 316.

משפט כלליים. כך הוכנס לפקודה המושג האחד "אשם" (fault), החל על כל העוולות. כמו-כן ניסח המחוקק שורה של עקרונות כלליים; החשובים ביניהם נוגעים לסיבתיות (סעיף 64), לריחוק הנזק (סעיף 76), לאחריות הקטין ועוד. בכך יש משום שינוי לעומת המשפט המקובל האנגלי, בו קיימת עדיין הנטייה לבחון שאלות אלה במסגרת כל עוולה ועוולה לחוד. יתרה מזו: הפקודה כמעשה חקיקה קבעה רשימה פחות או יותר סגורה³⁶ של עוולות מוגדרות ונבדלות, שכל אחת מהן מהווה משבצת עצמאית לביסוס האחריות בנויקין. התוצאה הבלתי נמנעת של החקיקה היא, כי באופן פורמלי נפסק התהליך ההיסטורי של שינויים ב־actions האנגליות השונות, שינויים שהתבצעו לעתים תוך התמוגגות הדדית והדרגתית. המסגרת התהיקתית והנוסח הפורמלי מחייבים גישה שיטתית יותר לנושא בכללותו³⁷. במובן זה מעשה החקיקה הוא פעולה אנטי-היסטורית. כידוע, התפתחו העוולות היחידות מתוך צורות התביעה ההיסטוריות ויש להן אופי פרגמטי מובהק. קליטתן בלבוש של חקיקה מפורטת יצרה בעיות של מבנה ושל תפקיד. בעיות אלה הן בראש ובראשונה תולדה של כינוס העוולות במסגרת אחידה, וניתן לכנותן כבעיות פנימיות של הפקודה. השאלה העיקרית נוגעת ליחסן ההדדי של העוולות היחידות, ולה נקדיש את הסעיף הבא.

(ב) היחס בין עקרון אחריות כללי לבין העוולות המיוחדות כבעיית מבנה

המחוקק המנדטורי הצהיר אמנם במפורש, בדברי ההסבר שלו לפקודה, כי אין בה עקרון כללי לאחריות הנויקית, אלא שורה של מעשי נויקין מוגדרים³⁸. אולם, אחד החדושים החשובים של הפקודה הא"י היה ההכרה בחובת זהירות כללית במסגרת עוולת הרשלנות³⁹. לשון עוולה זו משיגה דרגת הפשטה כה גבוהה, עד שאפשר לראות בה עקרון אחריות כללי⁴⁰. הניסוח המופשט של חובת הזהירות גלקה, כידוע, מן

36 על שאלה זו באופן כללי ראה: דיני הנויקין, 85§§ ואילך.

37 Cf. Esser, *op. cit.*, pp. 223 et seq.

38 ע"ד 1944, מס' 1380, עמ' 1252 וראה דיני הנויקין, 86§, הערה 7.

39 בחוק הקפריסאי הופיעה אמנם הרשלנות כעוולה נפרדת, אך חובת הזהירות לא היתה כללית. ראה טרסקי, רוזנטל, שם, עמ' 100, 101.

40 חשין, דיני הנויקין, 63§ יצר את המושג עוולת מסגרת, לעומת עוולות פרטיקולריות. בין עוולות המסגרת הוא מונה את הרשלנות ואת הפרת החובה החקוקה. לדעתנו, מתאים הכינוי "מסגרת" לאחרונה דווקא ולא לעוולת הרשלנות. הפרת חובה חקוקה אינה עוולה מושלמת, משום שבלעדי חיקוק חיצוני אין אחריות. הפקודה מפנה לחובות חיצוניות לה והיא משמשת כמסגרת, או כעין כלי קיבול, המתמלא ממקורות חיצוניים. כלומר, אין לקבוע אחריות על סמך הפקודה בלבד, כי אין בה כל היסודות לקיומה. שונה היא עוולת הרשלנות: כל היסודות שלה מצויים בהוראות הפקודה. ההבדל בינה לבין העוולות האחרות מצוי בדרגת הפשטה של ניסוח היסודות. עוולת הרשלנות לפי לשונה עשויה להשתרע על מעשים שונים ומגוונים – העוולות האחרות מבוססות על תיאור קונקרטי יותר של העובדות היוצרות את האחריות. אולם, מלבד דרגת הפשטה של מסכת העובדות, מאופיינת עוולת הרשלנות על-ידי השימוש במושגי סטנדרד (כגון סבירות), המשאירים לשופט שיקול דעת בהפנותו להשקפות ערכיות בדבר רמת ההתנהגות. אך השימוש במושגי סטנדרד אינו מיוחד לעוולת הרשלנות, והם עשויים להופיע גם בעוולות הפרטיקולריות (כגון, המושגים תום לב, ללא צידוק). על כל פנים בהבדל מהפרת חובה

האמרה המפורסמת של לורד אטקין בפרשת *Donoghue v. Stevenson*⁴¹. אך במשפט האנגלי עצמו לא נתקבלה האמרה במלוא משמעותה המופשטת, אלא היא השתלבה על רקע עובדות המקרה, לתוך רשת התקדימים, כדרכו של המשפט המקובל⁴². המצב שונה בנוסח התחיקתי המופיע בפקודתנו: האמרה נותקה כליל מן הפרשה העובדתית שיצרה אותה. הלבוש התחיקתי מחייב אותנו להתייחס לתוכנה כאל הוראה העומדת בפני עצמה⁴³. בתי המשפט התלבטו לא במעט בתחימת הגבולות של עוולת הרשלנות נוכח לשונה המופשטת, המאפשרת תחולה רחבה מאוד. גישתם אינה אחידה. יש וגטייתם היתה לפרוץ מעבר לתחומים שנתחמו בפסיקה האנגלית ולהרחיב את האחריות הנויקית בהסתמך על העקרון הכללי⁴⁴, ויש ונרתעו מלעשות כן, בהפעילם פרישנות מצמצמת⁴⁵. האמת היא, כי סעיף הפרשנות הכללי משאיר לביית המשפט מרחב תמרון ניכר בבואו להציב גבולות לעקרון האחריות הכללי הטמון בעוולת הרשלנות. המציאות היא, כי בתי המשפט לא הרחיבו עוז להרחיב באופן משמעותי את גבולות האחריות בהשוואה למשפט האנגלי. נטייתם הכללית היא להתאים את תחום האחריות לגישות ולזרמים הרווחים באנגליה, פרט לסייגים של האחריות, שהם, לכל הדעות, שרידים היסטוריים ללא הצדקה עניינית⁴⁶.

אולם, יתא היקפו המדויק של עקרון האחריות הכללי אשר יהא, שילובה של עוולת הרשלנות בין העוולות היחידות בפקודה מעורר את בעיית היחס הפנימי ביניהן. כאמור, העוולות היחידות מתאפיינות על-ידי תוכנן הקונקרטי יותר ובכך – על-ידי תחום תחולתן המצומצם יותר. נוכח הפער ברמת ההפשטה בין היסודות של עוולת הרשלנות לבין אלה של רוב העוולות האחרות, הבעיה הניצבת מולנו היא, כיצד לתאם ביניהן. במלים אחרות, השאלה היא: כיצד לתחום את גבולות האחריות של העוולות היחידות נוכח מגמת ההתפשטות של עוולת הרשלנות? בעייה זו קיימת באופן עקרוני אף במשפט האנגלי עצמו כתוצאה מן ההתפתחות שם של עוולת הרשלנות⁴⁷. אולם, במשפטנו השאלה מקבלת משנה חריפות לאור המסגרת התחיקתית הפורמלית והאחידה.

תקוקה, השופט יכול לדלות מתוך הוראת הפקודה את כל יסודות האחריות של הרשלנות. על התפקיד של מושגי סטנדרד ראה: *Esser, op. cit.*, pp. 96 et seq., 224, וכן המקורות המובאים שם.

41 A.C. 562, 580 [1932], וראה טדסקי, רוונטל, שם, עמ' 105, 107.
42 Cf. Street, *Torts*, 1972, London, pp. 103 et seq.; Winfield, *Tort*, 9th ed., 1971, London, pp. 49 et seq.

43 נקודת המוצא חייבת להיות לשון הסעיף. על סייגים אפשריים לפי הלשון המיוחדת של ההוראה, ראה: טדסקי, "נוקי גוף ללא שימוש בכוח", שם, עמ' 184–185. אולם גירסתו המגבילה של פרופ' טדסקי אינה מקובלת. ראה: המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פד"י ח' 1317; ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פד"י כ"א (1) 310; השווה: דיני הנויקין, § 505, הערה 6; חשין, מיטלבלין בדין הנויקין, תשל"א, ירושלים, עמ' 149–151.

44 ע"א 451/66, שם; דיני הנויקין, § 54.

45 ע"א 110/65 שהאדה נ' חילק, פד"י כ' (1) 617 וד"נ 6/66, פד"י כ' (4) 617. דוגמאות נוספות ראה בדיני הנויקין, § 475, הערות 4, 5 ובמיוחד § 54.

46 ע"א 451/66, שם, עמ' 318 ואילך. ברוב המקרים של סטייה מהלכות המשפט האנגלי הסתמכו השופטים על דעת מיעוט חזקה, שהובעה בפסיקה האנגלית או על פסיקה של ארה"ב. ראה: המ' 106/54, שם.

47 Cf. Millner, *Negligence in Modern Law*, 1967, London, *passim*.

להלכה, מבחינת היקף האחריות היחס האפשרי בין עוולת הרשלנות לבין העוולות האחרות הוא בשלושה אופנים: האחריות על-פי הרשלנות היא או רחבה יותר או מצומצמת יותר או זהה בהשוואה לאחריות על-פי העוולה היחידה. יסוד האחריות בעוולת הרשלנות מצוי, כידוע, בהתרשלות שהוא סטייה מרמת ההתנהגות הסבירה הנמדדת לפי מבחן היצוני, דהיינו, באשמת חברתית⁴⁸. אם נצא מנקודת הראות של העוולה היחידה, האחריות הקבועה בה יכולה להיות או חמורה יותר או קלה יותר (לצורך ניתוחנו, אחריות זהה אינה מעוררת בעייה מיוחדת). אחריות חמורה יותר תהיה קיימת, למשל, כאשר העוולה היחידה אינה דורשת לקיזמה אשמה, אלא מסתפקת בהתנהגות מוגדרת כלשהי הגורמת לנזק. סקירת העוולות היחידות תגלה, כי בהשוואה לדיני הנזיקין האנגליים נטיית הפקודה היא לרכז את האחריות בתחום התאונות. מקרים חשובים בהם קבועה במשפט האנגלי אחריות חמורה – כגון, לגבי נזקים שנגרמו על-ידי דברים מסוכנים – הועמדו בפקודה שלנו על הבסיס של התרשלות. ברוח זו הוהלשה האחריות לפי *Rylands v. Fletcher* מאחריות חמורה לאחריות מוגברת, כלומר, המחוקק הסתפק בהפיכת נטל השיכנוע לקיום ההתרשלות⁴⁹.

אולם, במספר עוולות מיוחדות, בפרט אלה שעיקר מטרתן הגנה על זכויות אישיות וקנייניות, אין דרישה ליסוד האשמה. האחריות הקבועה בהן חמורה מזו המוטלת מכוח עוולת הרשלנות. האמת היא, כי הטלת אחריות חמורה יותר, כשלעצמה, אינה חייבת לעורר בעייה עקרונית של תיאום פנימי, כי טבעי הדבר – וכך מקובל ברוב השיטות – שבמקרים מיוחדים יש לוותר על יסוד האשמה מתוך שיקולים שונים של מדיניות משפטית (רעיון הסיכון, פיזור הנזק ועוד)⁵⁰. אך ספק רב, אם המחוקק המנדטורי נתן את דעתו על ההיבט של מדיניות משפטית, שעה שקלט מן המשפט האנגלי את מקרי האחריות החמורה באמצעות העוולות המיוחדות המסורתיות. כי, כאמור, דווקא בסוגיית התאונות, בה מקובלת הטלת אחריות חמורה במקרים מסויימים, החליט המחוקק לרכבה ולהעמידה על בסיס של רשלנות. מה הטעם לקיזמה דווקא בעוולות המיוחדות? התשובה אינה מצויה במדיניות משפטית מכוונת ומודעת של המחוקק, אלא בקווי האופי המיוחדים של המשפט המקובל האנגלי. משפט זה, שהתפתח מבחינה היסטורית מתוך צורות ביעה, גרר עד עצם היום הזה מלהכיר במישרין בקיום זכויות על-ידי הגדרתן החיובית המפורטת. על קיום זכות כלשהי יש להסיק בעקיפין על יסוד ההגנה המוענקת לאדם בגין הפגיעה⁵¹. נמצא, כי הזכות היא בעיקרה פונקציה של התרופה ואין להגדיר את תוכנה אלא מתוך ההגנה. במלים אחרות, גדר הזכות הן גדר תרופתה. התוצאה מנישה זו היא, כי לאחריות בנזיקין תפקיד כפול: פיצוי על נזקים והגנה על הזכות עצמה. על רקע זה יש להבין את העוולות המטילות אחריות חמורה, אף במקרים בהם לא נגרם נזק ממשי, כלומר, העוולות שהן *actionable per se*.

מעניי המחוקק המנדטורי לא נעלם התפקיד הכפול של האחריות בנזיקין, והוא נתן

48 דיני הנזיקין, 95§§, 96. ראה: שם, גם את ההבדל בין אשמה אינדיבידואלית לאשמה חברתית.

49 סעיפים 38–40 לפקודה. השווה טדסקי, רוזנטל, שם, עמ' 102, 108.

50 ראה על כך באופן כללי דיני הנזיקין, 195§–23.

51 השווה דיני הנזיקין, 105§ סמוך להנחה 17; וכן חשין, מיטלטלין בדיון הנזיקין, שם, 198§.

את דעתו עליו לפחות במישור החובה לתשלום פיצויים. כאן הוא הורה לגבי עוולות אחדות (במיוחד הקניניות), כי החובה לתשלום פיצויים מותנית בהתרחשות של נזק ממון.⁵² אולם, לגבי עצם קיום האחריות אין הבחנה ברורה בין שני התפקידים. התוצאה מכך היא, כי בכל מקרה של גרימת נזק ממון החובה לתשלום פיצויים תלויה באותו המבחן התוך אף את שאלת קיום האחריות. מצב משפטי זה יוצר בעיית הריפה, כאשר הפגיעה המזיקה באינטרס המוגן לא היתה כרוכה בהתרשלות כלשהי מצד המעוול. מבחינת התפקיד של שמירה על עצם הזכות, רעיון האחריות החמורה נראה כאן מוצדק לחלוטין, כי מן הראוי הוא שבידי בעל הזכות אמצעי משפטי להפסקת הפגיעה, תהא סיבתה אשר תהא. נוכח העובדה, כי לפי תפיסת המשפט המקובל האנגלי המכשיר לכך היא האחריות בנוזקין, אחריות זו חייבת להתקיים ללא התחשבות בטיב המוסרי של התנהגות הפוגע. כל זה טוב ויפה לגבי עצם אכיפת הזכות המופרת. אולם, מה הטעם לחייב את המעוול בתשלום פיצויים, שעה שאינו אשם בהתרשלות? במלים אחרות, למה להטיל עליו את האחריות המלאה לנזקים, כאשר לא היתה בהתנהגותו משום סטייה כלשהי מרמת הזהירות הנאותה?⁵³ כריכת שני התפקידים הנזכרים של האחריות בנוזקין אינה נראית מוצדקת בנסיבות אלה, כי התוצאה היא, שהשיבוש הטכני של תביעת הנפגע משפיע על היקף זכויותיו ולא על עקרונות יסוד מהותיים.⁵⁴

במשפט האנגלי עצמו נתקלו בחוסר התיאום הזה אגב עוולת הסגת גבול וכתי המשפט נאלצו להכניס הבחנה בין פגיעה כתוצאה מתאונה (accidental trespass) לבין הסגת גבול "מכוונת" (intentional trespass).⁵⁵ האחריות החמורה צומצמת למקרה של הסגת גבול מכוונת, לגביה היא ממלאה את התפקיד של אכיפת הזכות הקנינית. המושג כוונה בהקשר זה אינו נתפס כמצב נפשי בעל דופי בדומה לזדון, אלא כאלמנט רצוני, העשוי להתיישב עם תום לב וזהירות סבירה. משמעות המושג היא, כי עצם מעשה ההתערבות ברכוש בוצע מרצון, להבדיל ממקרה תאונה. למשל, אדם העולה על קרקע מתוך אמונה מוטעית (אך בנסיבות המקרה סבירה), כי היא שייכת לו. הכניסה למקרקע היא רצונית אך ללא כוונה עוולתית.⁵⁶ האחריות הנוזקית קמה בראש ובראשונה כמכשיר לסילוק יד המחזיק שלא כדין.

בענין הסגת הגבול המקרית-התאונתית עבר המשפט האנגלי שלבים אחדים.⁵⁷ תחילה הכירו בתאונה הבלתי נמנעת כהגנה טובה מפני כל תביעת הסגת גבול

52 דיני הניזקין, 1178.

53 לגבי חובת הפיצויים בעוולות הקניניות ראה חשין, שם, 2285 והמקורות המובאים שם. כן השווה ע"א 35/71 חברת ישראל אוסטריה בע"מ ב' מדינת בני דרוז בע"מ, פד"י כ"ו (1) 225 – וכן ראה להלן סמוך להערה 136.

54 אחת התוצאות עלולה להיות, כי ההגנה על רכוש של אדם רחבה מזו החלה על גופו. ראה: א' גולדנברג, "התפתחות אלמנט הרשלנות בעוולת הסגת גבול", הפירקליים, כ' (1964), עמ' 333.

55 Millner, *op. cit.*, pp. 204 et seq.; *Letang v. Cooper* [1965] 1 Q.B. 232, 239; Street, *Torts*, 5th ed., 1972, London, pp. 13 et seq.; Clerk & Lindsell, *Torts*, 13th ed., 1969, London, §1315; Fleming, *Law of Torts*, 4th ed., 1971, Melbourne, pp. 19 et seq.

56 Cf. Street, *op. cit.*, p. 16; Clerk & Lindsell, *op. cit.*, §1315
57 Millner, *op. cit.*, pp. 199 et seq.; וכן ראה גולדנברג, שם, שם.

מקריית⁵⁸. לבסוף הגיעו למזיגה מלאה בין עוולות הרשלנות וצורה זו של הסגת גבול. כלומר, במקרה של גרימת נזק כתוצאה מתאונה על הניזוק להראות, כי הנתבע התרשל, ומבחינה זו אין כל הבדל אם יטבץ את תביעתו במסגרת הסגת הגבול או בזו של הרשלנות⁵⁹. לעומת זאת, רעיון האחריות החמורה המשיך להתקיים במקרה של הסגת גבול מכוונת⁶⁰.

להתפתחות זו של פיצול לשניים של עוולות הסגת הגבול לא נמצא ביטוי מפורש בפקודתנו. העוולות הסגת גבול במקרקעין והסגת גבול במיטלטלין מופיעות כמושג אחיד, הכולל בתוכו הן מעשים מכוונים והן פגיעות מקריות. במבט ראשוני ולפי פשט לשון הסעיף, האחריות לכל מקרה של הסגת גבול היא חמורה⁶¹. אך אין ספק בלבנו, כי בתי המשפט ילכו כאן בעקבות ההלכה האנגלית, המכירה בהגנה של תאונה-בלתי-נמנעת בכל מקרה של הסגת גבול בלתי-מכוונת. הבסיס הפורמלי לאימוץ ההלכה האנגלית מצוי במונח "שלא כדין" המופיע כתואר לוואי למעשים הקונקרטיים המהווים את העוולה. ההיזק למקרקעין או למיטלטלין לא ייחשב "שלא כדין", כאשר הוא נגרם כתוצאה מתאונה בלתי נמנעת⁶². דרך פרשנות זו אינה נקיה מספקות, בהיותה דחוקה למדי, אך דומה, כי הטלת אחריות חמורה על כל פגיעה ברכוש – בהבדל מפגיעה בגוף של אדם – אינה מתקבלת על הדעת.

נמצא, כי פירוש הביטוי "שלא כדין", תוך היצמדות להלכות האנגליות, מעביר אלינו את ההבחנה בין הסגת גבול מכוונת לבלתי מכוונת, כולל השוני בדרגת האחריות. אולם, גם אם הצלחנו בדרך זו להתאים את היקף העוולה המקומית להיקפה במשפט האנגלי, עדיין יישאר הבדל חשוב בנטל ההוכחה. כאמור, לפי ההתפתחות האחרונה של הפסיקה האנגלית נוצרה זהות מלאה בין הרשלנות לבין הסגת גבול בלתי-מכוונת.

⁵⁸ Stanley v. Powell [1891] 1 Q.B. 86.

⁵⁹ Letang v. Cooper, cit.; Fowler v. Lanning [1959] 1 Q.B. 426.

⁶⁰ Cf. Fleming, *op. cit.*, pp. 37 et seq.; Winfield, *Tort*, 9th ed., 1971, London, 306-307. דומה, כי גולדנברג, שם, לא היה ער במידה מספקת להיבט זה של הבעיה. הוא מעלה אמנם את בעיית היחס בין מעשה בתום לב לבין מעשה התרשלנות (שם, עמ' 353), אך מסקנתו אינה נראית נכונה. גולדנברג יוצא מן ההנחה הכוללת, כי הסגת הגבול כולה מבוססת כיום על רעיון האשמה, שהוא מתבטא או בכוונה או בהתרשלנות. גולדנברג מתעלם מכך, כי מושג הכוונה בהקשר זה אינו מוזהה עם זדון, אלא עם רצייה, כמוסבר לעיל (סמוך להערה 56). כמו כן נעלמת מעיניו העובדה, כי הסגת גבול ממלאת תפקיד קנייני לשמירת הזכות עצמה. אין איפוא להסכים למסקנתו, כי "הדין האנגלי אינו רואה כל אי-התישבות בין דחיית טענת הטעות או המניע ההוגן לבין התפיסה החדשה של האלמנטים המרכיבים בתביעת הסגת גבול (כוונה או רשלנות)...". (שם, שם). האמת היא, כי קיים גיגוד בין יסוד האשמה – הדרוש בהסגת גבול בלתי מכוונת – לבין האחריות החמורה החלה בהסגת גבול מכוונת. כי, כאמור, יכול אדם לבצע הסגת גבול מכוונת בתום לב וללא אשמה כלשהי. עם זאת ברור, כי ניתן לתבוע את סילוק ידו על יסוד האחריות הנוקטית, כמוסבר לעיל, ראה במיוחד: Fleming, *op. cit.*, pp. 74 et seq.

⁶¹ סעיפים 29, 31, 33 לפקודה.

⁶² ברור, כי ראה גם גולדנברג, שם, עמ' 352 ואילך. וראה במיוחד את הערתו לגבי חלופה אחת, בה המושג "שלא כדין" אינו מופיע. הכוונה היא ל"הפרעה אלימה" בהסגת גבול במיטלטלין (סעיף 31). אנו מסכימים, כי הביטוי הפרעה אלימה בהקשר זה מניח את היסוד "שלא כדין", בדומה ליתר התלופות.

במיוחד זהה הדין לגבי נטל השיכנוע לקיום הרשלנות: בשתי התביעות הוא מוטל על התובע.⁶³ מיוזג מלא זה של שתי העולות אינו אפשרי במשפט שלנו, בגלל הוראה מפורשת בפקודה. לפי סעיפים 30 ו-31 לפקודה, הראיה שהמעשה שעליו מתלוננים לא היה שלא כדין מוטלת על הנתבע. הנובע מכך, כי גם אם נקבל עקרונית את טענת העדר רשלנות כהגנה טובה בתביעה של הסגת גבול בלתי-מכוונת, הרי הנטל להוכחת קיומה מוטל על הנתבע.⁶⁴ מכאן, כי במשפט המקומי חלה עדיין ההלכה שנקבעה בזמנו בפרשת *Stanley v. Powell*.⁶⁵ כתוצאה מכך יש יתרון לנפגע לשבץ את תביעתו במשבצת של הסגת גבול, במקום בזו של הרשלנות. נוכח הפיכת נטל השיכנוע, האחריות בהסגת גבול היא מוגברת,⁶⁶ כי כל ספק פועל לטובת הנפגע. מבחינה מעשית עשויה להיות חשיבות להבדל זה במקרה השכיח של תאונת דרכים. נישול לדוגמה מקרה של התנגשות, בו נגרם נזק למכונית או לרכוש אחר (כידוע, אין בפקודתנו עוולת הסגת גבול לגופו של אדם; במקומה באה עוולת התקיפה, המבוססת על מעשה מכוון). במקרה זה די לניזוק, אם יראה את עצם הפגיעה ברכושו. הנתבע יחוייב, אם לא ישכנע את בית המשפט בחפותו המלאה. פלא הוא בעינינו, שדרך קלה זו לא קנתה לה שביחה בפרקטיקה המשפטית, בה מרבית, לעומת זאת, בנסיגות להסתמך על העקרון "הדבר מעיד על עצמו", על אף תחום תחולתו המוגבל יותר.

האמת היא, כמובן, שלהבחנה עצמה אין צידוק ענייני, משום שכל כולה אינה אלא שריד ותולדה של צורות התביעה ההיסטוריות והיא חסרה בסיס עיוני.

עד עתה עסקנו בעולות מיוחדות, הקובעות אחריות חמורה יותר מזו הנובעת מעולות הרשלנות. והנה, בשורה של עולות אחרות האחריות היא קלה יותר בהשוואה לעקרון האחריות הרחב שברשלנות. זה המצב בכל אותם מעשי נזיקין הדורשים לקיומם מצב נפשי מיוחד, כגון, זדון או כוונה או ידיעה מיוחדת. מצבים נפשיים אלה אינם חיוניים בעולות הרשלנות, כי במסגרתה נמדדת התנהגות המזיק לפי רמת ההתנהגות של האדם הסביר. עולות אלה, הדורשות מצב נפשי מיוחד או תנאים מיוחדים אחרים,⁶⁷ מעוררות את הבעיה העקרונית, אם אין הן, על הגבלותיהן, נבלעות לקרבה של הרשלנות. נדגים את הבעיה באמצעות עולות ה ת ר מ י ת .⁶⁸

63 ראה את פסקי הדין המובאים בהערה 59.

64 גולדנברג, שם, העומד על נקודה זו מנסה לצמצם את ההבדל על-ידי פירוש מושג נטל ההוכחה. הוא מציע לפרשו כמתכוון לנטל הבאת הראיות, בהבדל מנטל השיכנוע. פירוש מלאכותי זה אין לקבלו. גולדנברג מסתמך על דעתו של השופט זוסמן בפרשת הפנר נ' ברכה ("ע"א 387-9/61, פד"י ס"ז 813) בענין הכלל הדבר מעיד על עצמו (סעיף 41). השוואה זו אין יסודה איתן. ראשית, הסתמך השופט זוסמן בפירושו על תנאיו המיוחדים של סעיף 41 ועל רקעו השונה. שנית, דעתו של השופט נדחתה בסופו של דבר בד"נ 4/69 נרימן נ' בהן, פד"י כ"ד (2) 229. ראה גם, דיני הנזיקין, 107§, הערה 14.

65 ראה הערה 58. ראוי לציין, כי באוסטרליה סירבו לקבל את הלכת *Letang v. Cooper* וכתוצאה מכך דומה המצב המשפטי שם לזה שבמשפטנו: נטל השיכנוע, לקיום תאונה בלתי נמנעת, מוטל על הנתבע. ראה: *McHale v. Watson* (1964) 111 C.L.R. 384, 388; *Tsonvalla v. Bini* [1966] S.A.S.R. 157.

66 על מושג זה ראה: דיני הנזיקין, 96§§, 107.

67 פירוש העולות לפי היסוד הנפשי, ראה, דיני הנזיקין, 96§.

68 סעיפים 56 ו-57 לפקודה.

עוולה זו דורשת לשם קיומה, כי ההיצג הכוזב ייעשה במצב גפשי של כוונה להטעות. לגבי היצג כוזב, הנעשה כדי להשיג אישורי כסף או טובין לאדם, הפקודה דורשת כתנאי נוסף מסמך חתום בידי הנתבע. השאלה הראשונה, הנוגעת ליחס בין עוולה זו לבין הרשלנות, היא: מה דינו של היצג כוזב, שנעשה ללא כוונה להטעות, אך מתוך התרשלות? האם תוטל אחריות במסגרת עוולת הרשלנות? הפסיקה הישראלית לא הססה להשיב בחיוב על שאלה זו. היא לא ראתה מניעה בלשון הפקודה להטלת אחריות בנוזקין על הצהרה רשלנית, אף לגבי נזקים כלכליים שהתרחשו ללא פגיעה פיזית בגוף או ברכוש.⁶⁹

תחולה זו של עוולת הרשלנות מערערת את קיומה העצמי והנבדל של עוולת התרמית, בתור משבצת מוגדרת של אחריות בנוזקין. כי אם נסתכל במבט מקיף על קיום האחריות לגבי מעשים של היצג כוזב, הרי ניווכח לדעת, כי גדריה של התרמית אינם גדרים משמעותיים. עוולת הרשלנות מקיפה אותה מכל צדדיה, כך שתחומיה של עוולת התרמית, כפי שהם מבוטאים בפרטי דיניה, מאבדים את חשיבותם הפונקציונלית. כל מה שעל הנפגע לעשות הוא לשבץ את תביעתו במשבצת אחרת. אחת התוצאות היא, כי לשווא טרח המחוקק בהגדרתו המפורטת של מצב הידיעה של מציג העובדה הכוזבת ("בידיעה שהוא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כוזב..."). ההסתמכות על הרשלנות מייטרת את הבדיקה של מצב הידיעות מצד המטעה, כי הדגש מושם על מבחן חיצוני, דהיינו, אין זה חשוב מה ידע או האמין בפועל, אלא מה צריך היה לדעת.

אולם, מלבד תופעת ההשקפה בין שתי העוולות, שאלה נוספת היא, האם אין הרשלנות חודרת ממש לתוך תחומה של התרמית, ביצרה חפיפה שלמה ביניהן. התשובה לשאלה זו תלויה בבעייה כללית יותר והיא: האם עוולת הרשלנות בפקודתנו מכסה מעשי זדון אם לאו. שאלה זו של "רשלנות זדונית" העסיקה מספר מחברים⁷⁰ ולא כאן המקום להתעמק בה. נסתפק בהערה, כי דעתנו נוטה להרחבת עוולת הרשלנות, כך שהיא כוללת אף מעשי זדון, וכי לגירסה זו יש סימוכין בפסיקה הישראלית.⁷¹ תפיסה רחבה זו של עוולת הרשלנות מערערת את כל הגבולות של עוולת התרמית. כך, למשל, הדרישה למסמך כתוב וחתום מאבדת את חשיבותה המעשית, כי אפשר לעקפה באמצעות עוולת הרשלנות.⁷²

אין ספק, כי קיימות אפשרויות שונות ליישוב הקושי באמצעות פרשנות, כך שיושג תיאום מסוים בין העוולות השונות. דרך משל, אפשר לגרוס, כי לגבי היצג כוזב מכוון רצון המחוקק היה, כי הסוגיה תוסדר באופן בלעדי על-ידי העוולה המיוחדת ולא על-ידי העקרון הרחב יותר הטמון ברשלנות, ולכן יש לתת תוקף להגבלות המיוחדות. דרך זו היא אמנם אפשרית, אך אין בה כדי לפתור את כל הבעיות. גם אם

69 המ' 106/54 וינשטיין נ' קריבה, פד"י ח' 1317; ע"א 451/66 קורנפלד נ' שימאלוב, פד"י כ"א (1) 310; וראה במיוחד לעיל, הערה 43.

70 טדסקי, "נוזקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הזדונית", הפרקליט, כ"ג (1967), עמ' 170; דיני הנוזקין, 6688 ואילך, וראה המקורות המובאים, שם (חשין), וכן, שם, 9558, 96 (אנגלרד); 16755, 183 (ברק).

71 ראה את המקורות בהערה הקודמת.

72 על בעיה זו ואחרות במסגרת התרמית ראה טדסקי, שם, עמ' 176, 183.

נצמצם את היקף האחריות בהיצג כוזב ודוני, באמצעות הדרישה למסמך כתוב ותחום, עדיין נשארת השאלה, מהו הדין של היצג כוזב רשלני בלתי מכוון שנעשה בעל פה?⁷³ סוגיה זו מוסדרת מלכתחילה על-ידי עוולת הרשלנות. האם נגרוס, כי בהיצג רשלני אין צורך במסמך חתום ונגיע לתוצאה הבלתי מתקבלת על הדעת, שהאחריות למעשה רשלני חמורה מן האחריות למעשה ודוני? או שמא נאמר כי בדרך אנלוגיה למעשה ודון יש לדרוש מסמך כתוב גם לגבי היצג רשלני? או שמא נשלול בכלל את האחריות לגבי היצגים רשלניים?⁷⁴

בעיית אלה מראות בעליל את חוסר התיאום בין עקרון האחריות הרחב לבין העוולות המיוחדות. הקשיים האלה אינם נוגעים רק לעוולת התרמית, אלא לכל העוולות המיוחדות הדורשות מצב נפשי ספציפי, כגון: שקר מפגיע ונגישה.⁷⁵

בעיית מעשית נוספת, שטרשה נעוץ בקיום יחידיו של עקרון הרשלנות והעוולות המיוחדות, נוגעת להגבלות האחריות לעוולות הוולות. במספר עוולות ספציפיות, והן: תקיפה, כליאה ונגישה, אין המעביד או השולח אחראי לעוולת עובדו או שלוחו, בלתי אם אישר את המעשה.⁷⁶ שאלה היא: האם יוכל הנפגע לעקוף הגבלה זו, שבבצו את המעשה לתוך מסגרת עוולת הרשלנות, לגביה חלה אחריות זו לעוולות הוולות במלואה? בעיית זו דומה ביותר לזו הנוגעת לעוולות המיוחדות בכללותן; גם סוגיה זו אפשר ליישבה באמצעות פרשנות. יש רגליים לסברה כי נוכח הצימצום המפורש של האחריות לעוולות הוולות בעוולות הנזכרות, כל מסכת עובדות החופפת את הגדרתן כפופה להוראות האלה, בבחינת הסדר שלילי.

יתרה מזו, בצדק העיר, כי יש אף הגיון ענייני במדיניות הצימצום הפוטרת את המעביד, שעה שמדובר במעשים מכוונים וודוניים המבוצעים על-ידי עובדים.⁷⁷ אולם, אף כאן פטור המעביד לא תמיד נראה מבוסס מבחינת עניינית. כך, למשל, מה הטעם לשלול את אחריותו לכליאה, כאשר מעשה העובד שהביא לידי כך היה בלתי מכוון ורשלני? בהבדל מתקיפה ונגישה, הכליאה אינה דורשת מצב נפשי לשם קיומה. בנסיבות אלה שוב יתגלה חוסר התיאום בין העוולות השונות, והפעם ללא אפשרות להצדיקו על יסוד מדיניות משפטית סבירה. ההבדל במסקנה המשפטית תלוי כל כולו בדרך שיבוץ המעשה למסגרת האחריות הפורמלית.

מן האמור עולה, כי הופעת עוולת הרשלנות בניסוחה המופשט במסגרת תחיקתית אחידה, ביחד עם העוולות המיוחדות התיסטוריות, יצרה בעיית סטרוקטורלית חריפה. המחוקק לא השכיל להדור לעומק בעיית זו והתוצאה היתה חוסר תיאום בין העוולות השונות.

73 ראה את העמדת הבעיה אצל טדסקי, 'שם', עמ' 183; וכן דיני הניקיון, 775 (חשין).

74 ראה טדסקי, 'שם', עמ' 183 ואילך; וכן השווה דיני הניקיון, שם.

75 סעיפים 58 ו-60 לפקודה. על היחס בין עוולת הרשלנות לבין הנגישה ראה ש' גנוסר, "מסרד ליריב – נגישה, קינטור וטרדנות בהליכי משפט", *משפטים*, ב' (השל), עמ' 221, 236 ואילך. על השאלה באופן כללי ראה: K. Hopt, *Schadenersatz aus unberechtigt*

Verfahrenseinführung, 1968, München.

76 סעיפים 25, 28, 61 לפקודה.

77 טדסקי, 'שם', שם.

בהנחה שעוולת הרשלנות מכילה בתוכה גם מעשים זדוניים, הרי שורה של עוולות מיוחדות מאבדות את משמעותן המעשית. ואמנם הנסיון הוכיח, כי נוכח התרחבות עוולת הרשלנות, השימוש במעשי הנזיקין המיוחדים הוא מועט ביותר. גם מי שחולק על ההנחה הנזכרת אינו גורס, שצורת החלוקה הקיימת בין רשלנות לעוולות המיוחדות היא כזו המציאות ואין מקום לשנותה.⁷⁸

לדעתנו, יש לשקול רפורמה בדיני הנזיקין, שתהיה מבוססת על תיאום בין עקרון אחריות כללי, אשר יקיף הן מעשים זדוניים והן מעשים רשלניים, לבין מקרי אחריות מיוחדים. כל עוולת מיוחדת אשר תצמצם את האחריות חייבת להיות מושתתת על מדיניות משפטית ברורה של המחוקק, אשר ינהיג את ההקלה באחריות על יסוד שיקולים מודעים. בהעדר שיקולים ענייניים כאלה, אין לקבוע אחריות מופחתת בהשוואה לעקרון האחריות הכללי המבוסס על רמת ההתנהגות הממוצעת. לפי מבחן עקרוני זה דומה, כי לרוב העוולות הדורשות מצב נפשי מיוחד או תנאים מגבילים אחרים אין מקום בדיני הנזיקין המודרניים. אין, כמובן, כל מניעה, שעוולות מיוחדות כשלעצמן תיקבענה בחוק העתיד, בתור המחשה של העקרון הכללי לגבי מעשים שכחים ואופייניים.⁷⁹ מן הצד האחר, אף לגבי כל אותן העוולות הקובעות אחריות חמורה יותר יש לבדוק, אם ההחמרה מושתתת על שיקולים של מדיניות משפטית ברורה, להבדיל מן המקריות ההיסטורית של צורות התביעה. לשאלה אחרונה זו נשוב עוד בהמשך דברינו.

II. פקודת הנזיקין על רקע המגמות והשינויים של החקיקה הישראלית

פעילותו של המחוקק הישראלי חשובה לנו משתי בחינות; קודם כל מעניינים אותנו התיקונים וההוספות, הנוגעים במישרין לפקודה או לדיני הנזיקין בכללותם. אולם, לא פחות חשובים הם מעשי-חקיקה, שנושאים אמנם בסוגיות אחרות, אך המשפיעים בעקיפין על תוכן הפקודה ועל המבנה שלה.

נסקור תחילה את החקיקות הנוגעים במישרין לסוגיית הנזיקין. אין בכוונתנו לנתח במסגרת מאמרנו זה את פרטי הדינים החדשים. ברצוננו להדגיש את המגמות העיקריות, תוך ראייה רחבה ומקיפה ככל האפשר.

בדרך הכללה אפשר לקבוע, כי עד כה המחוקק הישראלי לא הביא לידי רפורמה עצמאית מהותית. ברוב התיקונים הוא הלך בעקבותיו של המחוקק האנגלי. קביעה זו נכונה במיוחד לגבי החוקים שבאו להסיר חסינויות מפני האחריות בנזיקין, שאינן עוד לפי רוח הזמן. כך הוסרה בשנת תשי"ב החסינות המלאה של המדינה.⁸⁰ המחוקק הישראלי שאב את השראתו מחוק אנגלי משנת 1947.⁸¹ החוק להסדר התדיינות בין

78 ראה את דבריו של טדסקי, שם, שם: "... הכל יסכימו כי, כאשר המדובר הוא בפרשנות המבקשת ליישב את סתירות ההגיון שבדינים, לא הגיונו הביקורתי של הפרשן יכריע אלא הגיונו של המחוקק, אפילו ייראה הגיון זה לקוי בעיני המבקר".

79 השווה את דבריו של חשין בדיני הנזיקין, 76§.

80 חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, ט"ח תשי"ב, 339.

81 Crown Proceedings Act, 1947; לגבי ההבדלים ראה: דיני הנזיקין, 232§§ ואילך.

בני זוג, תשכ"ט-1969⁸², הסיר את החסינות הדינית שהיתה קיימת בין בני זוג. גם כאן קיבל המחוקק שלנו את השראתו מחוק אנגלי⁸³.
בחוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 4), תש"ל-1970⁸⁴, בוטלה חלקית חסינותו ההיסטורית של בעל מקרקעין לנזקים שנגרמו כתוצאה ממצב הקרקע. גם כאן הלך המחוקק שלנו בעקבות דוגמאות של ארצות המשפט המקובל האנגלי. בין החוקים שקדמו בסוגיה זו לחוק הישראלי הם חוק אנגלי משנת 1957⁸⁵ (שביטל את ההבחנה בין מוזמן לבין בר-רשות) וחוק סקוטי משנת 1960⁸⁶ (שביטל כליל את ההבחנה בין סוגי האנשים העולים על מקרקע). החוק הישראלי החדש מקיים עדיין חסינות מיוחדת לגבי מסיג-גבול עבריין ולגבי מסיג גבול בשטח צבאי⁸⁷.
על קבוצה של תיקונים ניתן למנות גם את החוקים להארכת תקופת ההתיישנות, אשר מן השנתיים המקוריות הוארכה בסופו של דבר לשבע שנים במסגרת חוק ההתיישנות הכללי משנת תשי"ח⁸⁸.
על אף יומרתם של מציעי החוק לחידושים על יסוד מקורות המשפט העברי⁸⁹, הרי גם חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965⁹⁰, בנוי בעיקרו לפי המתכונת האנגלית. המחוקק הוציא אמנם את העוולה ממסגרת הפקודה, בצרפו אותה לעבירה הפלילית בחוק נפרד, אך הוא שמר על דפוסייה המסורתית של העוולה. כך, אף לפי החוק החדש האחריות האזרחית היא חמורה, אך רוב ההוראות עוסקות בסייגים לפי הטכניקה האנגלית: פרסומים מותרים (absolute privileges)⁹¹, הגנת אמת דברתי⁹², והגנות תום לב (conditional privileges)⁹³. כמו-כן מוכרות נסיבות להקלת הסנקציה, כלומר להפחתת סכום הפיצויים⁹⁴. המחוקק הכניס מספר שינויים בפרטים, כגון צימצום הגנת האמת, בדומה למצב שהיה במשפט הפלילי, על-ידי הוספת הדרישה שבפירסום היה "ענין ציבורי"⁹⁵. על-כל-פנים לא היתה כאן רפורמה מהותית בתחום הנוזיקין. במיוחד ראוי

- 82 ס"ח תשכ"ט, 151.
- 83 Law Reform (Husband & Wife) Act, 1962.
- 84 ס"ח תש"ל, 124.
- 85 Occupiers Liability Act, 1957.
- 86 Occupiers Liability Scot. Act, 1960.
- 87 סעיפים 37 ו-37א' לפקודה. ראה את ביקורתו של ברק, "הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין", משפטים, ב', עמ' 129.
- 88 על השתלשלות הדינים ופרטיהם ראה: דיני הנוזיקין, §442 ואילך, ובמיוחד, שם, הערות 3, 5. כמו-כן ראה את סעיף 89 לפקודה העוסק במקרה של גילוי נזק באיחור; דיני הנוזיקין, §447.
- 89 ראה את ראשית דברי ההסבר וסיומם בהצעת החוק משנת תשכ"ב, ה"ח תשכ"ב, 142, 147, 145.
- 90 ס"ח תשכ"ה, 240, כפי שתוקן בחוק לשון הרע (תיקון), תשכ"ז-1967, ס"ח תשכ"ז, 133.
- 91 סעיף 13 לחוק; השווה סעיף 19 לפקודה המקורית.
- 92 סעיף 14 לחוק; השווה סעיף 18 לפקודה המקורית.
- 93 סעיף 15 לחוק; השווה סעיף 20 לפקודה המקורית.
- 94 סעיף 19 לחוק; השווה סעיף 21 לפקודה המקורית.
- 95 ראה סעיף 205 המקורי בפקודת החוק הפלילי, 1936; וכן השווה לגבי המצב בשיטות המשפט המקובל האנגלי §351 n. 2, 1967, London, Gatley, Libel and Slander, 6th ed.

לציון העובדה, כי המחוקק לא ניצל את ההודמנות להרחבת ההגנה על שמו של אדם כחלק מזכות הפרטיות⁹⁶. על ענין זה נחזור עוד בהמשך דברינו.

היצירה האוריגנלית ביותר של המחוקק הישראלי בתחום דיני הנוזקין מצויה בהסדר המקיף של זכות השיפוי שהוענקה למיטיב הנזק על-ידי החוק לתיקון דיני הנוזקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964⁹⁷. חוק זה מציע פתרון כולל לבעייה הסבוכה של ריבוי מקורות פיצוי. הוא מעניק למיטיב – כהגדרתו בחוק – זכות שיפוי נגד המזיק ומבטחו, ועל-ידי כך הוא מונע צבירת פיצויים מצד הניזוק או שיחרור המזיק בגובה סכום ההטבה. בדרך זו של שיפוי נקט המחוקק בשורה של חוקים סוציאליים, לפיהם יש לניזוק זכויות לגימלאות מן המדינה⁹⁸, וכן במסגרת הזכויות לפי החוק לביטוח לאומי (נוסח משולב), תשכ"ח-1968⁹⁹, להוציא את המקרה של מעביד, כלפינו אין למוסד לביטוח לאומי תביעת שיפוי מכוח סעיף 82(ג) לפקודה¹⁰⁰.

הנוסח של חוק להטבת נזקי גוף מעורר בעיות רבות לגבי היקף תחולתו¹⁰¹, ואף הפסיקה התקשתה לעמוד על כוונת המחוקק בפרטים מסויימים¹⁰². אולם, גם אם נתעלם מקשיי הנוסח, עצם מגמת החוק, בדומה לזו של החוקים הסוציאליים הנזכרים, אינה נעלה מספקות רציניים. יש לזכור, כי משמעות שיטת השיפוי היא גלגול העומס הכספי של הנזק מן המיטיב אל המזיק. השיטה הזאת נראית מוצדקת, שעה שהמדובר במיטיב אינדיבידואלי, כגון קרוב משפחה הנחלץ לעזרת הנפגע מתוך רגש של סולידריות. אך היא נראית בעייתית ביותר כאשר המיטיב האמיתי הוא קיבוץ אנשים בעל עוצמה כלכלית, וכאשר בנוסף לכך עומד מאחורי המזיק גם מבטח. כאן גלגול הכספים הוא יקר מאוד בגלל ההוצאות הכרוכות בו ואין הוא ממלא את התפקיד שהמחוקק שיווה לנגד עיניו, והוא: עשיית צדק בין אנשים יחידים. נוכח עובדות אלה קיימת נטייה בארצות אחדות¹⁰³ לפתור בדרך אחרת את שאלת הריבוי של מקורות הפיצוי, דהיינו, על-ידי שיחרור המזיק, בדומה למצב המשפטי הנזכר הקיים היום לגבי מעביד האתראי לתאונת עבודה.

חידוש אחר שנחתש בחוק להטבת נזקי גוף מעורר תמיהה רבה. הוראת מפורשת

96 להלכה, על-ידי צימצום הגנת האמת, כוענקת כעת הגנה מסויימת על פרטיותו של אדם, בתנאי שלא היה בפירסום ענין ציבורי. אך למעשה הסיכוי להצליח בתביעת לשון הרע, כאשר הפירסום הוא אמת, קלוש ביותר. ועכ"פ הנפגע יהסס, בצדק, ללכת בדרך הקשה הזאת.

97 ס"ח תשכ"ד, 77.

98 חוק שירות המדינה (גימלאות) (נוסח משולב), תש"ל-1970, סעיף 60; חוק משפחות שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"א-1950, סעיף 21; חוק הנכים (תגמולים ושיקום) (נוסח משולב), תשי"ט-1959, סעיפים 36, א' 36, ב' 36; חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970.

99 סעיפים 150-155 לחוק.

100 כפי שתוקן בחוק לתיקון פקודת הנוזקין האזרחיים, תשס"ז-1956, ס"ח תשס"ז, 51.

101 טרסקי, "הטבת נזקי-גוף על-ידי הלא-אתראי לנוזקין", הפרקליט, כ"א (תשכ"ה), עמ' 237; דיני הנוזקין, 396§§ ואילך.

102 השווה ע"א 599/68 לנקרי ב' מדינת ישראל, פד"י כ"ג (2) 113; והערותו של בן-דוד על פרשה זו, מניפולציה, ב', עמ' 83.

103 על המגמות נגד שיטת השיפוי והגשמת השיטה של שיחרור המזיק במיוחד בארצות סקנדינביה ראה: J. Fleming, "Collateral Benefits," *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts, ch. 11, secs. 63 et seq.

באה להעניק למיטיב זכות השבה כלפי המוטב הרשלן עצמו.¹⁰⁴ קשה לעמוד על הבסיס הרעיוני של זכות זו, החורגת מעבר לבעיית ריבוי מקורות הפיצוי. לפי הנוראת החוק זכאי להשבה גם "מיטיב", שחייב היה לפי הסכם להטיב לנפגע, מבלי שהנפגע קיבל או זכאי לקבל פיצוי ממקור אחר כלשהו (כגון, במקרה של תאונה עצמית). הרעיון העומד מאחורי חידוש זה, כי הניזוק הרשלן חייב להשבת ההטבה כלפי כל מיטיב, אינו עומד בפני הביקורת.¹⁰⁵ לדעתנו, יש להעמיד את פתרון בעיית זו לא על מושג האשם העצמי, כפי שעשה זאת המחוקק במסגרת ההוראה הנזכרת, אלא על היסוד הרעיוני של מעין-חווה.¹⁰⁶ לשם שלמות הסקירה נזכיר בקצרה עוד שני חוקים, הנוגעים לתיקונים קלים בנוסח הפקודה. מטרת התיקונים האלה היתה להתאים את הנוסח למציאות הישראלית. החוק לתיקון פקודת הנוזקין האזרחיים (תיקון מס' 3), תש"ך-1960,¹⁰⁷ ביטל את ההבחנה בין שופטים מדרגות שונות בדבר חסינותם. החוק המתקן העמיד את כל האנשים המבצעים פעולות שיפוט על מישור אחד והעניק להם חסינות שווה על כל עוולה שעשו במילוי תפקידם השיפוטי.¹⁰⁸ החוק לתיקון פקודת הנוזקין האזרחיים (מס' 6), תשכ"ג-1963,¹⁰⁹ בא להרחיב את ההגנה על שביחה והשבתה במסגרת העוולה גרם הפרת חוזה. המחוקק ביטל את ההבחנה בין ייזום שביחה והשבתה לבין עידודו.¹¹⁰ הבחנה שעלתה מלשון ההוראה המקורית של הפקודה ואשר פגעה בחופש השביתה.¹¹¹

עד כאן עסקנו בחוקים ישראליים, המכוונים במישרין לתיקון הפקודה או לפחות לתיקון דיני הנוזקין במובן הרחב יותר. אולם, השפעה גדולה על הפקודה, על מבנה ועל תפקידיה, נודעת למספר חוקים חדשים בתחום האזרחי, על אף שלפי לשונם אינם מתיימרים לגעת בפקודה. על חוקים אלה נמנים בראש ובראשונה חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969,¹¹² וחוק המיסלטליז, תשל"א-1971.¹¹³ בחוקים אלה אימץ המחוקק הישראלי את התפיסה הקונטיננטלית, בנסחו במישרין באופן מהותי את זכות הבעלות ובהגינו במישרין עליה ועל ההחזקה לפי דפוסי התביעות הפטיטוריות והפוסטוריות.¹¹⁴

104 סעיף 3 לחוק להטבת נזקי גוף.

105 ראה טדסקי, "המיטיב נזקי גוף שבאו בגלל רשלנות הניזוק", הפרקליט, כ"א (תשכ"ה), עמ' 371; דיני הנוזקין, 405§. וראה גם את ביקורתו של טדסקי, שם, עמ' 371-372 המצביע על כך, שההוראות לזכות בחסר ואינן כוללות מקרים שלפי ההגיון הפנימי של החוק היו צריכים להיות מוסדרים בצורה זאת.

106 כלומר, נקודת המוצא היתה צריכה להיות "התעשרותו" של המוטב, שבאה לו ללא חיוב מוקדם מצד המיטיב. כהתעשרות אפשר לראות כל עזרה שגרמה למיטיב הוצאות, בדומה להגדרת "הטבת נזק" בחוק הנזכר. השווה גם טדסקי, שם, עמ' 375.

107 ס"ח תש"ך, 46.

108 סעיף 8 לפקודה; דיני הנוזקין, 221§ ואילך.

109 ס"ח תשכ"ג, 76.

110 סעיף 62(ב) לפקודה.

111 ע"א 167/62 בית פסר ליאו באק בע"מ נ' ארגון מזרי כתי הכפר התיכונים, פד"י ט"ז 2205.

112 ס"ח תשכ"ט, 259.

113 ס"ח תשל"א, 184.

114 סעיפים 2, 11-20 לחוק המקרקעין, וסעיף 8 לחוק המיסלטליז. אין בכוונתנו כאן לערוך תקירה מדוקדקת בדבר אופיין של תביעות אלה בהשוואה עם המשפט הרומי או שיטה רומניסטית אחרת כלשהי. ניהוח מענין ובסוב טעם נערך עליידי חשין בספרו, מיסלטליז

גישה זו עומדת בסתירה גלויה לתפיסת המשפט המקובל האנגלי, כפי שבאה לידי ביטוי באמון בעוולות הקנייניות המצויות בפקודת הנוזיקין. המשפט האנגלי גרס, כפי שהוכרנו כבר, מלהגדיר זכויות כלשהן במישרין ובאופן חיובי¹¹⁵. דרכו היא להגדיר באופן קונקרטי את ההתנהגויות הגוררות אחריות משפטית. אם ברצונך ללמוד על קיום הזכות ועל היקפה, צא וקבע את גודל ההגנה המוכרות¹¹⁶. על רקע זה יש להבין את תפקידם של דיני הנוזיקין כמכשיר עיקרי לקיום הזכויות הקנייניות השונות. האחריות בנוזיקין היא האמצעי לגיבוש הזכויות הקנייניות ולמימושן, ומכאן הבסיס הרעיוני לאחריות החמורה המלווה את העוולות הקנייניות¹¹⁷.

ההכרה המפורשת והישירה בזכות הבעלות ומתן ההגנה עליה ועל החזקה, מעמידים בספק את קיומן של העוולות הקנייניות. נכון אמנם, כי כבר לפני חקיקת החוקים הנוכחיים נצטיירה בפסיקה המגמה להכיר "בתביעת בעלות" על יסוד החוקים העותומניים¹¹⁸. בדרך פרשנות זו הצליחו בתי המשפט לעקוף את החסינות הנוזיקית בין בעל ואשה, חסינות שהביאה לידי תוצאות שהדעת לא סובלתן, במקרה בו בן הזוג פגע בזכות קניינית של רעהו¹¹⁹. אולם, הפסיקה, שהסתמכה על תפיסה ערטילאית למדי של הדין

כדין הנוזיקין, תשל"א, ירושלים, 1528§ ואילך; המחבר, המקדיש את דבריו למצב לפני חוק המיסטלין, כראה את קיום השוני במיון התביעות לתביעות נוזיקין ולתביעות קניין, שם, 155§-157, אגב ביקורת על דעתו של לבונטין, "על המחזיק שלא כדין במשפטנו האזרחי", הפרקליט, ט' (תשי"ג), עמ' 353.

115 ראה לעיל סמוך להערה 51, וראה במיוחד דיני הנוזיקין, 82§ (חשין).
116 כוונתנו היא, כמובן, למושג הזכות במובן הצר, דהיינו, זכות לעומתה יש יחס משלים של חובה. הזכות במובן הרחב יותר של חירות והיתר עשויה להתקיים ללא הגנה חיצונית, משום שמטרתה להדגיש את תחום הפעילות המותר. ראה על כך חשין, שם, 166§. כמובן אין קיום הזכות המשפטית, כשלעצמה, תלוי בהגנה בתחום משפטי ספציפי. ההגנה יכולה להיות נוזיקית, קניינית, פלילית, מנהלית או קונסטитуציונית. כמובן, שנושאנו נוגע לתחום המשפט האזרחי ולכן מעניינות אותנו ההגנות בתחום זה. השווה עוד ד' פרידמן, "הרופות בשל הפרת חתה", עייני מנעם, ג' (תשל"ג), עמ' 134, 137-138; אך השווה את המקורות, בהם יש התבטאויות ברוח שונה, המובאים אצל חשין, שם, 155§, הערה 3 והערותיו של המתבר. מבחינה השוואתית מעניינת בעייה, במובן מסוים הפוכה, במשפט הגרמני. במשפט זה, הנוהג להגדיר זכויות, התעוררה הבעייה, באיזו מידה עשויה הגנה נוזיקית קיומה של אינטרס מסוים ליצור זכות סובייקטיבית, על כל תוצאותיה, (אפשרות העברה, ויתור וכו'). ראה על כך E. v. Caemmerer, "Wandlungen des Deliktrechts," *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968, Tübingen, pp. 452, 459-460, 498-500. המתבר שולל את ההכרח להכיר בכל אינטרס הזוכה להכרה בנוזיקין כבעל אופי של זכות סובייקטיבית.

117 ראה לעיל (בעמ' 573), וראה במיוחד דברינו, שם, סמוך להערה 52, מקום בו הצבענו על כך כי המחוקק נתן את דעתו על התפקיד המיוחד של דיני הנוזיקין בשמירה על הזכות הקניינית עצמה. הוא התנה במקרים אחדים, כגון הסגת גבול (סעיפים 29, 31 לפקודה), את הזכות לפיצויים בקיום נזק ממון. ללא נזק ממון, הגפגע וכאי לצו מניעה בלבד. דין זה מקרב במידת-מה את שיטתנו לשיטה הקונטיננטלית. ההבדל גשאר, כמובן, כאשר גרם נזק ממון, והמוזיק אחראי לו על בסיס האחריות החמורה. לגבי המשפט האנגלי במקרה של מטרד ללא אשמה ראה: Winfield & Jolowicz, *Tort*, 9th ed., 1971, London, pp. 328 et seq.
118 ע"א 257/57 ברנס נ' ברנז, פד"י י"ב 565, 578 ואילך; ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פד"י י"א 1085, ובמיוחד חשין, שם, עמ' 152 ואילך, והמקורות המובאים, שם.

119 לדעתו של חשין ניתן היה להגיע למסקנה הרצויה של השבת הרפוש מיד בן-הזוג הגולן

העותומני, נהגה זהירות והגבילה את הלכתה למקרי גבול¹²⁰. בסיסה המשפטי הרעוע של תביעת בעלות זו, יציר כפיה של הפסיקה, זיכה אותה בביקורת חריפה, נוכח קיומן של ההוראות המפורטות המקבילות בפקודת הנוזיקין¹²¹.

כיום, כל הספקות בדבר הקיום העצמאי של תביעות קניין – להבדיל מן העוללות בנוזיקין – הותרו על-ידי המחוקק הישראלי שהכיר בהן ביד רחבה. ההנחה, הסבירה כשלעצמה, כי כוונת המחוקק לא היתה "ששתי סדרות מקבילות של דין תיתנה זכויות החופפות בחיי המעשה, כמעט לחלוטין, אלו את אלו"¹²² – הגחה זו נסתרה סופית במעשה ידיו של המחוקק. קיום בצוותא של שתי השיטות מעורר בעיות חריפות. אין אלא להשוות את הנוסח המסובך ומלא הסייגים של העוללות הקנייניות (במיוחד לגבי הזכויות במיטלטלין¹²³) עם ההוראות המקיפות והפשטניות של סעיפים 16 ו-17 לחוק המקרקעין (שהוחלו אף על חוק המיטלטלין), כדי להיווכח במלוא הבעייתיות שנוצרה על-ידי החקיקה החדשה. השאלה כעת היא מהו היחס המדויק בין שתי מערכות ההוראות? ובאופן עקרוני יותר: מה הטעם לקיים שיטה מסובכת של ריבוי עוללות קנייניות, המשאירות בחלקן שיקול דעת חופשי לבית המשפט אם לצוות על השבת הנכס או על תשלום תמורתו? תביעות הבעלות וההחזקה רחבות הרבה יותר ודומה, כי פשוט יותר להפעילן¹²⁴. אך, כמובן, בעיית היחס המדויק בין שתי הסדרות, בעלות התפיסה המשפטית השונה, היא קשה ומסובכת לא במעט דווקא כתוצאה מן הנוסח הקצר של ההוראות החדשות ואופיין הכוללני¹²⁵. לא כאן המקום להתעמקות בסוגיה זו¹²⁶. נסתפק בהערה, כי ההוראות החדשות בחוקי המקרקעין והמיטלטלין מעמידות בספק את עצם קיומן, או לפחות את תחום תחולתן, של שורה שלמה של עוללות והן:

אף במסגרת פקודת הנוזיקין, על יסוד ההבחנה בין "פיצויי קניין" (השבה או תשלום ערך הנכס) לבין "פיצויי נוזיקין", שהם סכומים מעל ומעבר לשווי של הנכס. ראה חשין, שם, 170§-172. נוכח ביטול החסינות בין בני הווג בחוק הנזכר (לעיל הערה 82) הבעייתיות היא כיום עיונית בעיקרה.

120 ראה: ע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פד"י י"ג 1085, 1089-1090. בית המשפט, מפי השופט זילברג, מסרב להחיל את תביעת הבעלות כנגד תקנת השוק בצורתה הדיונית בסעיף 38 לפקודה בנוסחה המקורי. ראה חשין, שם, 160§. בינתיים תוקנה הסוגיה של קנייה בשוק החופשי באמצעות חוק המכר, תשכ"ח-1968, ראה על כך להלן סמוך להערה 143, ובמיוחד חשין, שם, הערה 9 רשם, 247§§ ואילך.

121 חשין, שם, 152§§ ואילך.

122 כדברי חשין, שם, 162§, וכן דיני הנוזיקין, 37§.

123 על דין המיטלטלין בנוזיקין בישראל ראה את חיבורו המקיף של חשין, שם.

124 הערה זו נוגעת לקשיי הפרשנות של העוללות הקנייניות, הנובעים מן הקשר ההדוק בין נוסחם המודרני בפקודה לבין רקען ההיסטורי. "המבקש לדעת דין הנוזיקין ביחס למיטלטלין במשפט האנגלי, חייב לצלול אל מעמקי ההיסטוריה ולבחון את דרכי יצירתן ואת התפתחותן של עוללות הקונברסיה, הרטיניו והטרנספס" (חשין, שם, 1§). העובדה, כי פטורים אנו מחקירות היסטוריות כאלה במסגרת החוקים החדשים אינה אומרת, כי אין קשיים אחרים. ראה את ההערה הבאה.

125 על בעיית קיצור הלשון בחקיקה החדשה באופן כללי ראה ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג' (תשל"ג), עמ' 5, 13 ואילך, וראה את המקורות המובאים, שם.

126 על מספר שאלות בנוגע ליחס בין חוק המקרקעין לבין הפקודה, ראה י' ויסמן, חוק המקרקעין, תשנ"ב-1969, מגמות והישגים, תש"ל, ירושלים, עמ' 53 ואילך.

הסגת גבול במקרקעין והסגת גבול במוטלטלין¹²⁷, עיכוב נכס שלא כדין¹²⁸, גזל¹²⁹, מטרד ליחיד¹³⁰ והפרעה לאור השמש¹³¹.

באופן כללי ופורמלי אפשר לגרוס – ולכך, כנראה, נסתה דעת המחוקק¹³² – כי ההגנה על הקניין עצמו תיעשה מעתה במסגרת הרחבה של חוקי הקניין החדשים, הדואגים לאכיפתן של הזכויות. לעומת זאת, תביעות על נזקים שיש לפצותם בכסף תמשכנה גם להבא להתבסס על פקודת הנזיקין. פתרון זה משמעותו ביטול התפקיד הקנייני של האחריות בנוזיקין תוך כדי צימצומה להיבט הנזיקי-הפיצויי.

מדיניות חקיקתית זו, כשלעצמה, נראית לנו נכונה ורצויה, אך, דא עקא, אין להשיגה בדרך העקיפין בה הלך המחוקק הישראלי. הצימצום של ייעוד העוולות הקנייניות מערער לחלוטין את הבסיס הרעיוני של האחריות הקבועה בהן. אם התפקיד הבלעדי שלהן הוא קביעת האחריות לתשלום פיצויים על התוצאות המזיקות של הפגיעה בזכות, הרי האחריות החמורה הקבועה בהן אינה נראית עוד מוצדקת בוכת המבנה הכללי של הפקודה. על חוסר הצידוק שבאחריות חמורה במקרים של פגיעה מתוך תאוונה הרחבנו את הדיבור בפרק הקודם, וראינו, כיצד המשפט האנגלי ניסה להתגבר על הבעיה באמצעות הפיצול של עוולות הסגת גבול¹³³. אולם, גם במקרה של פגיעה המכונה "מכוונת" בזכות הקניין, ספק רב, אם יש יסוד לרעיון האחריות החמורה. כאמור, הצידוק של האחריות החמורה מצוי היה בתפקיד הקנייני של דיני הנזיקין, כלומר, בשמירה על הזכות עצמה. עם העברת פונקציה זו לחוקי הקניין גרירת האחריות החמורה לתחום הפיצויים אינה נראית עוד מבוססת על יסוד רעיוני איתן. נמחיש את הדבר בדוגמה: אדם מחזיק בתום לב, וללא רשלנות מצדו, בנכס הזולת. ברי, כי עליו להשיב את הנכס לבעלים החוקי. אך מדוע עליו לשלם פיצויים על כל הנזק שגרם ללא אשמה כלשהי מצדו? הטלה של חובה מוחלטת לתשלום פיצויים אינה תואמת את רעיון האחריות הכללי השולט בפקודה, ואשר דורש עקרונית מעשה שיש בו משום אשמה (זדון או התרשלנות). מה הטעם להגן באופן מוחלט כמעט על האינטרס הכלכלי ברכוש, שעה שלגבי גופו של אדם, למשל, זכות הפיצוי כפופה לעקרון האשמה? הכוונה במעשה, כשלעצמה – כאן יותר במובן של רצייה¹³⁴ – אינה יכולה להיות בסיס רעיוני לכך, אם נעדרת היא אשמה (זדון). מבחינה זו מצב הפוגע זהה לזה של הגורם נזק כתוצאה מתאונה בלתי-נמנעת. במלים אחרות, כניסה לקרקע, בתום לב וללא רשלנות, היא בסופו של דבר תאונה, בדיוק כמו פגיעה מקרית. אין בזכות הקניין כשלעצמה כל יסוד העשוי להיות בסיס להעדפה קבועה של בעל הזכות על בעל הנזק¹³⁵.

127 סעיפים 29–34 לפקודה.

128 סעיפים 49–51 לפקודה.

129 סעיפים 52–55 לפקודה.

130 סעיפים 44–47 לפקודה.

131 סעיף 48 לפקודה.

132 השווה סעיף 20 לחוק המקרקעין.

133 לעיל סמוך להערה 55.

134 ראה לעיל הערה 60.

135 השווה: Fleming, *op. cit.*, p. 74, et seq. יש ענין רב, מבחינה השוואתית, בבעיית הקשר בין הזכות הקניינית לאחריות הנזיקית. במשפט הגרמני היסוד המשותף לגבי פגיעות בקניין והאחריות בנוזיקין מצוי במושג ה-Rechtswidrigkeit ("שלא כדין"). אך, בהבדל

נכון, כי לפי המצב המשפטי הקיים אף המחזיק בתום לב אחראי לפיצוי מלא לכל הנזקים, ללא צורך באשמה מצדו¹³⁶. אך, לדעתנו, יש מקום לשוב ולבדוק אחריות זו, נוכח המדיניות המשפטית הכוללת של דיני הניקין בקביעת האחריות לפיצויים. יש לבחון את מידת האחריות הרצויה במקרים של שימוש בתום לב בנכס הזולת. יש מקום לסיווג מיוחד של מקרים אלה לפי הנסיבות. מן הדין, כי המחוקק יפרש את ההסדר הרצוי בחוקי הקניין עצמם, כפי שנהג לגבי בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת^{137, 138}. ראינו, כי המחוקק הישראלי, בהגדירו את זכות הבעלות ואת ההגנה עליה ועל ההחזקה, סטה בידועין מגישת המשפט האנגלו-אמריקאי והעדיף את התפיסה של השיטות היבשתיות. אולם, הצרה היא, כי המחוקק הישראלי לא היה עקבי בגישתו זו. בחוק המקרקעין עצמו הוא סטה ממנה, באמצעו את השיטה האנגלית הקודמת לגבי

מן התגונות הקנייניות לסילוק הפגיעה, החובה להשלום פיצויים במסגרת הניקין צריכה להיות מיתנית ביסוד הנוסף של האשמה. ראה על כך את רשימותי המקיפות והמעמיקות של E. v. Caemmerer, "Wandlungen des Deliktrechts," *Gesammelte Schriften*, Band I, 1968, Tübingen, pp. 452, 484–485, 488, 545 et seq.; Id., "Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 B.G.B.," *op. cit.*, 554, 556, 568–569. המחבר מצביע על המגמות השונות ברקע משפטי שונה. נקודת המוצא של הבעיה במשפט הגרמני שונה. קודם כל יש לתחום את היחס הכללי בין המושגים "שלא כדיון" ו"אשמה" (Rechtswidrigkeit–Schuld), המהווים תנאים לאחריות בניקין. לשאלה זו משמעות מיוחדת במשפט הגרמני, שאינו מכיר בחוק בעקרון אחריות כללי, אלא בסוגי עוולות. אך סוגי העוולות בחוק הגרמני מוגדרים באופן מופשט, שיטתי ומקיף ואין להשוותם לתפיסה האנגלו-אמריקאית, פרס לדמיון מסוים לעוולת הרשלנות, בגלל הופעתה כעקרון אחריות רחב. ראה על כך E. v. Caemmerer, *ibid.* ובמיוחד על המגמה של הפסיקה הגרמנית להרחיב את תחומי האחריות תוך התקרבות לעקרון אחריות כללי. ראה גם להלן הערה 138. לגבי השוואה כללית ראה גם: Zweigert, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band II, 1969, Tübingen, pp. 313 et seq.

136 על הסוגיה כולה ועל האפשרות לנכות מן הפיצויים את הוצאות הייצור, כאשר לא היתה רשלנות מצד המעוול, ראה ע"א 35/71 חברת ישראל אוסטרליה בע"מ נ' מושג בני דרור בע"מ, פד"י כ"ו (1) 225, 231.

137 סעיפים 26–21 לחוק המקרקעין; השווה ויסמן, שם, עמ' 23, הערה 59.

138 על הסדרים משפטיים ברוח דברינו ראה, למשל, בחוק הגרמני סעיפים 987–993, לקובץ החוקים האזרחיים הגרמניים המייחס חשיבות לתום הלב של המחזיק שלא-כדיון. ראה באופן כללי: Wolff, Raiser, *Sachenrecht*, 10. Bearb., 1957, Tübingen, § 85, spec. III: "Der redliche Besitzer haftet überhaupt nicht für eine Beschädigung oder Zerstörung der Sache, die er vor der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs vorgenommen hat, auch nicht für eine vorsätzlich vorgenommene, und ebensowenig für eine Veräußerung oder Belastung der Sache". (המחזיק בתום לב, הגורם נזק לחפץ או משמידו, לפני שהוגשה תביעה למסירת החפץ, אינו נושא כלל באחריות למעשיו, אף אם ביצעם בכוונה תחילה, וכן אינו נושא באחריות להעברת החפץ או לשעבודו); וראה גם: F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 6. Aufl., 1970, München, § 11 את ההסדר של הפירות ושל ההוצאות (סעיף 994 לב.ג.ב.). לגבי ההסדרים הדומים במשפט הצרפתי ראה: A. Weill, *Droit Civil: Les biens*, 1970, Paris, pp. 438 et seq.; p. 440: "Le possesseur de bonne foi ne répond aucunement, du moins jusqu'à la demande en justice, des détériorations survenues à la chose, même si elles proviennent de son fait, a fortiori si elles sont imputables à un cas fortuit"

מניעת התמיכה במקרקעין. סעיף 165 לחוק המקרקעין מתקן את פקודת הנוזיקין על-ידי הוספת עוולה (סעיף 48א' לפקודה): "היה במקרקעין משום תמיכה למקרקעין שכנים, תהא עשיית דבר המונע או שולל תמיכה זו – עוולה". כאן שב המחוקק למתכונת הבעייתית של הגנה בזיקית על זכות קניינית. חוסר העקביות בתפיסת היסוד של המחוקק מזדקרת לעין, נוכח הסדר שונה של סוגיית קרובה ביותר, והיא: צמחים הגדלים סמוך למיצר. מצב זה מצא את הסדרו בסעיף 51 לחוק המקרקעין לפי מיטב המסורת היבשתית¹³⁹, כלומר, הגדרה ישירה של הזכות והענקת הגנה עליה. תערובת השיטות מעוררת את הרושם, כאילו עסקו בחלקים השונים של החוק מחברים בעלי תפיסה שונה. אין איפוא להתפלא כי העוולה החדשה יוצרת מכלול של בעיות-התיאום עם הוראות אחרות. ראשית, מהו היחס המדויק בינה לבין עוולת המטרד ליחיד, באמצעותה הוכרה בעבר (עד לחוק המקרקעין) הזכות לתמיכה במקרקעין?¹⁴⁰ שנית, כיצד יש לתאם בינה לבין ההגנות על הבעלות ועל ההחזקה במסגרת סעיף 17 לחוק המקרקעין, במיוחד נוכח קיומו של סעיף 14 לחוק?¹⁴¹

חוסר האחידות בטכניקת החקיקה ראוי לביקורת¹⁴², אולם, לצערנו, היא מתגלה בתחומים נוספים של דיני הנוזיקין, כפי שיעלה מהמשך דברינו.

בדוגמאות הנוכחות נוצר חוסר-התיאום בין דיני הנוזיקין לחוקים אחרים כתוצאה מהוספת הוראות חדשות ללא ביטול או תיקון הישגות. בסוגייה של תקנת השוק חוסר התיאום נוצר על אף רצונו המפורש של המחוקק למנוע. לפי סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968¹⁴³, מכירה של נכס נד, במהלך הרגיל של עסקי המוכר, מעניקה את הבעלות לקונה בתום לב. פקודת הנוזיקין המקורית הכירה בתקנת השוק בתור "הגנה" בתביעת גזל. הסדר ההגנה מפני תביעת הנוזיקין היה הכרחי נוכח העובדה, כי לפי המשפט העותומני (המגילה) מכר על-ידי מתערב, ללא הסכמת הבעלים, לא חפש לעולם, כך שהבעלות נשארה בידי הבעלים המקורי. חוק המכר שינה איפוא את המצב המשפטי, בכך שתקנת השוק הוכרה כדרך נוספת לרכישת בעלות במיטלטל. לכאורה, לא היה עוד צורך בהגנה מפני תביעת גזל בנוזיקין. אך המחוקק, שנתן את דעתו על היחס בין עוולות הגזל לתקנת השוק החדשה, סבר אחרת; הוא שינה את לשון סעיף 53 לפקודה: "בתובענה שהוגשה על גזל תהא הגנה לנתבע, אם קנה את המיטלטל בתום לב בהתאם לסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968".

מיד הקשו, ובצדק: מה באה הוראה זו להשימיענו? וכי היה מעלה מי על דעתו, שהקונה רוכש בעלות ובעת ובעונה אחת מתחייב בגזל? ומדוע ניתנה "הגנה" בגזל

139 יש בהוראה זו דמיון להוראת סעיף 910 לקובץ החוקים האזרחי הגרמני.

140 ראה ע"א 407/54 בית משפט ג' פתח-תקה בע"מ ג' למפרם, פד"י י' 1104.

141 על בעיות אלה ואחרות המתעוררות כתוצאה מסעיף 48א', וכן על הצעה להסדר רצוי יותר ראה: ש' וויס, העוולה – מניעת תמיכה במקרקעין שכנים, חיבור לשם קבלת התואר "מוסמך למשפטים" שהוגש בירושלים, יוני 1972.

142 לשם השוואה לסדר במשפט הגרמני ראה סעיפים 906 ואילך לקובץ החוקים האזרחי, העוסק ביחסי שכנים, מתוך גקודת ראות של חוכן זכות הבעלות והגבלותיה. השווה: Baur, *op. cit.*, § 25 IV.

143 ס"ח תשכ"ח, 98.

דווקא, וכי אין הקונה פטור מכל עוולה?¹⁴⁴ היה מי שגרס, כי נוכח עמידת המחוקק על "ההגנה" מפני גזל, יש לתת נפקות לרצונו תוך החלשת מעמדו של הקונה בתום לב.¹⁴⁵ גירסה זו נדחתה, ונראה לנו – בצדק, על-ידי יתר המחברים¹⁴⁶. אין כל מקום לצמצם הנפקות המשפטית של רכישת בעלות על המיטלטל¹⁴⁷. מוטב היה אמנם לו המחוקק היה מבטל כליל את סעיף 53 לפקודה, אם כי ניתן אולי לתרץ את הקיום בצוותא של שתי ההוראות בדרך אחרת. האמת היא, כי באופן עקרוני אפשר היה לענות על הקושי הראשונה בחיוב: אין קשר בין רכישת הבעלות לבין יסודות עוולת הגזל¹⁴⁸. אין כל ספק, כי המוכר שלא-כדין, הגורם להעברת הבעלות לקונה, מבצע את עוולת הגזל. תום לבו של הקונה אינו משימש הגנה, כשלעצמה, מפני תביעת גזל. נמצא, כי הקונה על-ידי עצם הקנייה בנסיבות של תקנת שוק מסייע למוכר בביצוע העוולה והוא עשוי להיות בבחינת מעוול-יחד¹⁴⁹. הבעלות אמנם עברה אליו, אך הוא עלול להתחייב בתשלום פיצויים על ערכו ביחד עם המוכר. נמצא, כי מבחינת היסודות של העוולה "גזל" הגנתו של הקונה בתום לב היא בבחינת חריג¹⁵⁰, ומכאן הצידוק בקביעת ההוראה הנזכרת. ספק רב בעניינו, אם המחוקק כה הרחיק חשוב, אך פירוש זה עשוי להתיר את הסבך לתוכו נקלע המחוקק¹⁵¹.

העוולה הפרת חובה חקוקה ראויה לכל הדעות להקרא בשם עוולת מסגרת¹⁵², משום שהיא עצמה אינה קובעת אחריות בניזקין, אלא היא בבחינת כלי-קיבול להוראות חיצוניות. ראינו, כי הפסיקה הישראלית דבקה בנאמנות יתרה לפרשנות האנגלית המצמצמת, ומספר המקרים בהם הוכרה תחולתה אינו רב. והנה, המחוקק הישראלי, ברצונו להעניק סעד אזרחי להפרות על חיקוקים שונים, במקום לשלב את האחריות לתוך עוולת המסגרת, שלכך נוצרה, העדיף לנסח הוראות עצמיות בדבר קיום האחריות

144 כלשונו של חשין שם, 247§; וראה בר-שירה, "תקנת השוק – כפי ששונתה על-ידי חוק המכר, תשכ"ח-1968", הפרקליט, כ"ה (תשל"ל), עמ' 717, 721 ואילך; ר' גורי, "מכר בשוק פתוח", עיוני משפט, ב' (תשל"ב), עמ' 92, 105-106.

145 בר-שירה, שם, שם. לדעת המחברת, אם הגיע החפץ לידי הנגזל, אין הקונה יכול להוציא ממנו. הנגזל, לעומת זאת, יכול לעקוף את תקנת השוק בהסתמכו על עוולת עיכוב נכס שלא כדין.

146 חשין, שם, הערה 7; גורי, שם, שם.

147 במיוחד נוכח ההוראות המפורשות הנזכרות של חוק המיטלטלין.

148 השווה את המקרים של רכישת בעלות על-ידי הנגזל עצמו כמו במקרה של עיבוד וכיוצא בזה. Salmond, *Torts*, 15th ed., 1969, London, p. 148 et seq.

Fleming, *op. cit.*, p. 56: "As a general rule, both transferor and transferee are joint wrongdoers, since the giving and taking are but different facets of the same unlawful disposition"

150 ראה את המשך דבריו של פלמינג, שם, שם: "This means that even a bona fide purchaser becomes a converter as soon as he takes delivery, without any prior demand and refusal save in those exceptional situations when a good title vests in him under the commercial law, like Factors Act"

151 בדרך זו מתורצת אף הקושיא השנייה. רכישת הבעלות מצד הקונה היא, כשלעצמה, הגנה טובה מפני תביעת עיכוב נכס שלא כדין והסגת גבול במיטלטלין.

152 ראה לעיל הערה 40 וכן דיני הניזקין, 61§§, 64 ואילך, 80 (חשין).

בנויקין. הוראות אלה הן ספק עוולות עצמאיות, ספק הפרת חובה חקוקה. כך נהג, למשל, בסעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959¹⁵³, בקבעו, כי דין נזק, שנגרם לאדם על-ידי עבירה על הוראות החוק, כדין נזק, שמוטר לתבוע עליו פיצויים על-פי פקודת הנויקין האזרחיים. בדרך דומה הלך המחוקק במסגרת סעיף 79ב' לפקודת בתי הדאר¹⁵⁴ המורה, כי המעשים המנויים בסעיף 79א' לפקודה היא הם נזיקין אזרחיים והוראות פקודת הנויקין יחולו עליהם.

מן הראוי היה, כי המחוקק יפנה לאכסניה המוכנה לקליטת מעשים כאלה, הלוא היא העוולה הפרת חובה חקוקה. הטכניקה של כינוי המעשה "כנויקין אזרחיים" או של מתן "היתר" לתבוע פיצויים על-פי הפקודה אינה מוצלחת. היא עשויה לעורר את הבעיה בדבר תחולת העקרונות הכלליים של פקודת הנויקין על האחריות הספציפית של החיקוק החיצוני¹⁵⁵. מדוע לא לבחור בדרך הפשוטה והישירה, שהפרת הוראות חוק נתון היא בבחינת הפרת חובה חקוקה במובן סעיף 63 לפקודה?¹⁵⁶

הערתנו זו נוגעת גם לסעיף 13 לחוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961¹⁵⁷, הקובע, כי לענין פקודת הנויקין, דין כל הפרה של הוראות חוק זה כדין מטרד יחיד. מה הטעם לדמות הפרה של חובה חקוקה כאן למטרד יחיד? הפנייה זו לעוולה מיוחדת, אשר יסודותיה עשויים להיות שונים, חייבת לעורר קשיי פרשנות¹⁵⁸. אולם, גם אם סבורים אנו שדרך ההפניה הרצויה היא אל סעיף 63 לפקודה, אל לו למחוקק להתעלם מיסודותיה וממטרותיה של האחריות בנויקין, העשויים להיות שונים מאלה של האחריות הפלילית. כי לרוב, החוק החיצוני עצמו עוסק בהתנהגות אסורה שסנקציה פלילית בצדה, והפיקתה לעוולה בנויקין באה כדי להוסיף זכויות לנפגע בתחום האזרחי.

153 מ"ח תשי"ט, 152.

154 מ"ח תשכ"ה, 234.

155 על בעייה זו באופן כללי ראה: דיני הנויקין, 5658 ואילך (חשין). כאשר החיקוק החיצוני מחיל במפורש את הוראות פקודת הנויקין, כגון, סעיף 79ב' לפקודת בתי הדאר, הבעיה, כמובן, אינה מתעוררת. אך, עצם הדיבור כי המעשה הוא עוולה או "נויקים אזרחיים" אינו פותר את השאלה של תחולת כל הוראות הפקודה. השווה למשל סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (מ"ח תשכ"ה, 240), באמצעותו מחיל המחוקק סעיפים אחדים של פקודת הנויקין. אך השווה חשין, דיני הנויקין, 598, הערה 14. אנו חושבים שבכל מקרה, הגישה צריכה להיות בדיקת העוולה החיצונית על יסודותיה, כהצעתו של חשין בדיני הנויקין, 608.

156 כאמור, גם לפי הטכניקה הקיימת, ספק הוא אם אין לפנינו העוולה של הפרת חובה חקוקה. לגבי הגבלים עסקיים ראה ד' מור, "הגבל עסקי – עוולה בנויקין?" הפרקליט, כ"ה (תשכ"ז), עמ' 78. לדעת מחבר זה אין כאן עוולה עצמאית, אלא מקרה של הפרת חובה חקוקה (שם, עמ' 84, 87). הטכניקה הלוקיית של המחוקק הביאה את בית המשפט למסקנה המשונה, כי לפי נוסח סעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים אין לנפגע זכות לצו מניעה, בהבדל מפיצויים. ראה בג"צ 23/61 איגון ארצי לשיווק צמיגים כע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י י"ז 326, 319.

157 מ"ח תשכ"א, 58.

158 ראה, למשל, ע"א 190/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' אבישר, פד"י כ"ג (1) 314. כאן התלבטו בתי המשפט שלמטה ביחס שבין סעיף 13 לבין מטרד לציבור, והועלו טענות בדבר התרופות העומדות לרשות הנפגע. החוק עצמו איננו עדיין בעל חשיבות מעשית גדולה בגלל העדר הקנות מתאימות מצד השרים הנוגעים בדבר. ראה את תרעומתו של בית המשפט העליון על כחדל זה, בג"צ 372/71 פראניו נ' שר הבריאות, פד"י כ"ו (1) 809.

לעתים מחמיר המחוקק בדרישותיו עד כדי הטלת איסור מוחלט, דהיינו, ללא דרישת יסוד של אשמה. שיקוליו מודרכים כאן על-ידי הרצון למנוע את ההתנהגות במסגרת הדוקטרינה הכללית של איסורים מוחלטים בפלילים, שלא כאן המקום לבחון את נכונותה¹⁶⁰. אך, מקדם עבירה פלילית ועד לאחריות בנזיקין קיים עדיין מרחק רב. חפותו המלאה של העבריין מכל אשמה לא תגן עליו מפני הרשעה, אך היא בעלת משקל מכריע בקביעת העונש¹⁶¹. מחסום כזה מפני גודל האחריות אינו קיים בדיני הנזיקין. אם קבעת פעם את אחריותו, עליך להטיל עליו את כל העומס הכספי של הנזק במסגרת כללי הסיבתיות והיקף האחריות¹⁶².

משגה יהיה איפוא, אם המחוקק יהפוך באופן אוטומטי כל עבירה על הוראות לעוולה בנזיקין. כאמור, יש מקרים בהם הטלת אחריות חמורה בנזיקין היא מוצדקת על-פי שיקול המדיניות המשפטית של ח ל ו ק ת נ ז ק י ם . אך חוקה, כי שיקולים אלה שונים מאלה שהדריכו את המחוקק בהטלת איסור מוחלט בפלילים¹⁶³. לא המחוקק ולא בתי המשפט היו ערים במידה מספקת להיבט זה של הבעיה. התוצאה היתה, כי הוטלה אחריות רחבה¹⁶⁴ בנזיקין במקרי תאונות מיוחדים, מבלי שאלה יהיו שונים במהותם מתאונות אחרות, בהן חל עקרון האשמה הרגיל¹⁶⁵. כאן, כמו בכל המקרים, על המחוקק לשאוף לאחדות רעיונית בהטלת האחריות, שאיפה שתושג רק על-ידי ראיית כל סוגייה וסוגייה בהקשרה הרחב עם כל דיני הנזיקין¹⁶⁶.

אם צודקים אנו בביקורתנו ובמסקנותינו לגבי המצב הקיים, הרי, לצערנו, עלינו לקבוע – אם לשפוט לפי הצעת החוק המקיפה והחשובה של ה ל י כ ו ת ה מ ס ח ר¹⁶⁷ – כי גם בעתיד צפויות לנו אכזבות. ההצעה הכורכת יחד סוגיות של קניין רוחני ושל הגנת צרכן, נוגעת במישורין לדיני הנזיקין. היא אומרת לבטל את העוולות הקיימות שקר מפגיע וגניבת עין¹⁶⁸ והיא משפיעה על העוולות תרמית וגרם הפרת חוזה¹⁶⁹. לא כאן המקום לנתח את פרטי ההצעה רחבת המדים. ברצוננו להצביע על מספר נושאים עקרוניים, המדגימים את חולשת הטכניקה החקיקתית על רקע דברי הביקורת הקודמים שלנו.

159 על הבעיה באופן כללי ראה ד' ביין, "ההגנות העומדות לרשות הנאשם בעבירות מסוג האיסורים המוחלטים", הפרקליט, כ"ב (תשכ"ו), עמ' 464, ובמיוחד את המקורות המובאים שם.

160 ביין, שם, סמוך להערה 8.

Cf. G.I. Williams, "The Effect of Penal Legislation in the Law of Tort," 23 (1960) 161 M.L.Rev. 233, 256.

Cf. Fleming, *op. cit.*, p. 125 162

163 האחריות בנזיקין לא תהיה לעולם "מוחלטת", גם אם כך יהיה המצב בפלילים, כי גם סעיף 63 לפקודה כמוף למבחנים הסיבתיים הקבועים בסעיף 64 והמכירים בהגנות של כוח עליון ושל אשם מכריע מצד אדם אחר לגבי הקשר הסיבתי בין האשם והנזק.

164 השוות סעיף 832, פסקה 2, לקובץ החוקים האזרחי הגרמני, המתנה את האחריות להפרה של הוראת חוק חיצונית בקיום אשמה.

165 ראה גם ע' ברישירה, הפרת חובה הקוקה, נדולה לפי ס' 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לכשפטים, האוניברסיטה העברית, תשל"ב, עמ' 226 ואילך. 166 ה"ח תשל"ב, 202.

167 סעיף 58, 59 לפקודה; ראה סעיף 95(2) להצעה.

168 ראה לגבי ניתוח יותר מפורט ג' קלינג, "הבטים נזיקיים של הצעת חוק הליכות המסחר, תשל"ג-1972", הפרקליט, כ"ח (תשל"ב), עמ' 248.

ההצעה אינה מבדילה בין זכות הקניין (כאן – קניין רוחני) וההגנה הישירה עליה לבין האחריות הנזיקית לתשלום פיצויים על הנזקים שנגרמו כתוצאה מהפרת הקניין. ניקח לדוגמה את סעיף 14 להצעה, המגדיר את צורות הפגיעה בסימן מסחר רשום. הטכניקה הכללית של ההצעה בדבר האחריות בנוזיקין קבועה בסעיף 85 להצעה: "הנפגע בעבירות לפי פרקים ב' עד ט' זכאי לתבוע פיצויים על הנזק שנגרם לו בשל אותו מעשה; ובכפוף להוראות חוק זה דין מעשה כאמור כדין עוולה לפי פקודת הנוזיקין (נוסח חדש) ובנוסף לזכות לתבוע פיצויים יהיה הנפגע זכאי שיינתן צו מניעה למעשה כאמור הגורם לו נזק". מציעי החוק הבינו מחד גיסא, כי לגבי עצם ההגנה על הקניין הרוחני אין צורך באשמה מצד הפוגע. מאידך גיסא, לא ראו צידוק להטיל אחריות פלילית על אדם התף מכל אשמה. הוא הכניס איפוא סעיף הגנה מיוחד מפני אישום¹⁶⁹, כך שרק האחריות בנוזיקין נשארת חמורה¹⁷⁰. מבחינת הגנה על סימן המסחר עצמו לא היה כל צורך בהגנה נזיקית נוכח הוראות פקודת סימני המסחר עצמה, הוראות שלא בוטלו¹⁷¹. באשר לאחריות החמורה בנוזיקין לתשלום פיצויים על נזקים¹⁷², הדבר אינו נראה מוצדק על-פי העקרונות הכלליים של דיני הנוזיקין¹⁷³. דוגמה בולטת עוד יותר מצויה בסעיף 19(א) להצעה, בענין פגיעה בסוד מסחרי: "בכל הליך משפטי בשל פגיעה בסוד מסחרי תהא הגנה טובה לנאשם או לנתבע, אם יוכיח שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהדבר הוא בגדר סוד מסחרי או שהסוד הושג שלא-כדין, אך אין בהגנה זו כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט לפסוק תרופות לוואי שאין בהן עונש או חיוב בפיצויים". כאן פוצלו התפקידים: לגבי עונש ופיצויים יש צורך באשמה – לגבי ההגנה על הסוד המסחרי עצמו האחריות היא חמורה. הטכניקה של המחוקק להשיג את המטרה הרצויה באמצעות אחריות חמורה והגנה מסוייגת בפניה היא מסורבלת ומיותרת¹⁷⁴.

169 סעיף 15 להצעה: "באישום על פגיעה בסימן מסחר לפי סעיף 14 תהא הגנה טובה לנאשם אם יוכיח שלא ידע ולא היה עליו לדעת על קיומו של אותו סימן מסחר".

170 ספק בעינינו, אם הצליח בכונתו זו. הדגש של סעיף 15 על אישום בא אומנם להוציא תביעה אזרחית. השווה בהקשר זה את פתיחתו של סעיף 19 להצעה, המרחיב את ההגנה במפורש על תביעה אזרחית. אולם, לשון סעיף 85 הנזכר, בו יש הפנייה אל "העבירות", מעורר קושי. אם יש הגנה בפלילים, האם אפשר עדיין לדבר על "עבירה"?

171 סעיפים 34–37 לפקודת סימני המסחר, וראה קלינג, שם, עמ' 250.

172 גם לפי התוראות הקיימות בפקודת סימני המסחר, האחריות עשויה להיות חמורה, השווה סעיפים 37, 38 לפקודה ההיא.

173 כוונתנו היא, כי לכאורה אין שום אינטרס מיוחד בסימני מסחר, אשר יצדיק הטלת אחריות חמורה על הפוגע בקניין רוחני זה – בהבדל מפגיעות בזכויות אישיות ובקניינים אחרים. הטלת אחריות חמורה בנוזיקין היא בדרך כלל קשורה לטיב ההתנהגות הפוגעת (מסוכנת במיוחד), ולא בטיב הזכות הנפגעת. כי, כאמור, זכותו של אדם לשלמות הגופנית אינה נושלת בערכה מזכויותיו המסחריות. לגבי האחריות הנזיקית לפגיעות בסימן מסחר השווה: "Draft of a Model Law on Trade Marks, Patents and Models," in Rotondi, *Inchieste di diritto comparato*, 1970, Padova, New York, pp. 97, 105, 120 (art. 18) 279–280, 301, 324. לפי ההצעה הזאת האחריות הנזיקית מצומצמת לפגיעות בודות.

174 על הסוגיה המורכבת של קיום הזכות, הגנתה וחובת הפיצויים על הפרתה בקניינים הרוחניים השונים השווה גם: A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, 1959–1962, Basel-Stuttgart, Band II, pp. 950 et seq.

ההפנייה הכוללת של סעיף 85(א) להצעה אל העבירות הפליליות, תוך יצירת מספר רב של "עולות ללא-שם", אינה נראית לנו, מן הטעמים שצינו לעיל. עדיף היה להפנות אל סעיף 63, תוך בדיקה קפדנית של שאלת חומרת האחריות מבחינת השיקולים הרלבנטיים של דיני הנוזיקין. יתרה מזו, בהצעה הנדונה סטה המחוקק בידעין מדיני הפיצויים הכלליים, מתוך כוונה להתמיר עם המזיק¹⁷⁵. ההחמרות בהיקף האחריות הן קיצוניות, דומה, כי אינן מוצדקות ואינן יעילות¹⁷⁶. לכאורה, אין כל בסיס להעדפה העצומה בהגנה על אינטרסים מסחריים מסויימים על כל יתר האינטרסים של אדם.

III. דיני הנוזיקין על רקע ההתפתחויות החברתיות והטכנולוגיות

עד עתה התרכזנו בבעיות הסטרוקטורליות, שנוצרו כתוצאה מנוסח הפקודה עצמו וכן כתוצאה מן החקיקה הישראלית המאוחרת. כעת נפנה את מבטנו אל עתיד דיני הנוזיקין על רקע המצב החברתי בו הם פועלים. מפאת קוצר היריעה נסתפק בהעלאת מחשבות אחדות בסוגייה נכבדה זו.

בחצי יובל השנים שעברו מאז הקמת המדינה היהודית חלו בה תמורות מפליגות הן מבחינת הרכב האוכלוסיה והן מבחינת משקית. מנקודת ראות זו של שינויים יסודיים בעקבות ההתפתחות הטכנולוגית יש להודות, כי היתה ברכה באפשרות ההסתמכות על הפסיקה האנגלית. בתי המשפט הישראליים, אשר הגישה למשפט האנגלי החי קלה להם, מצאו בתקדימים האנגליים החדשים השתקפות של בעיות חברת תעשייתית מודרנית, שהתעוררו במשק הישראלי הדינמי. השופטים יכלו לקבל מגישת השופטים האנגליים לבעיות מעשיות דומות השראה וכיווני מחשבה לפתרון. לזהות בדוגמטיקה המשפטית נודעת השפעה מכרעת בבחירת מקור ההשראה. הנסיון הישראלי עשוי לשמש אולי, הוכחה לכך, כי ידיעת פתרון מהותי למצב עובדתי נתון בשיטת משפט אחרת, אינו יכול להוות גורם בעל משקל, ללא קירבה ממשית בכלים המושגיים המשמשים מכשיר חיוני להשגת הפתרון¹⁷⁷. בתי המשפט בישראל היו מודעים, כמו עמיתיהם באנגליה, לתפקיד הנורמטיבי היוצר המופקד בידיהם בתחום דיני הנוזיקין, במיוחד במסגרת עוללת הרשלנות¹⁷⁸. אך כאן, כמו שם, השופטים פעלו מתוך והירות רבה ולא יצרו שטחי אחריות חדשים, בהכדל בולט מן המצב במספר מדינות בארה"ב, בהן הכירו, למשל, בהגנה רחבה על הצרכן מפני פגמי ייצור.

175 סעיפים 85, 86 להצעה. לפי לשון הסעיפים המזיק אחראי לנזקים עקיפים ובלתי צפויים. בית המשפט רשאי להטיל עליו בנוסף לכך פיצויים עונשיים במקרה של זדון. הוראה דומה קיימת בסעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים, תשכ"ט-1959.

176 ראה את ביקורתו החריפה והקולעת של קלינג, שם, עמ' 254 ואילך.

177 כוונתנו העיקרית לשפיטה, אך גם לגבי החקיקה יש חשיבות לדוגמטיקה. בין השופטים הישראליים הבכירים יש לא מעטים שהם בעלי גישה טובה לשיטות המשפט של יבשת אירופה. אך גם אלה אינם נוטים להיזקק למקורות אלה.

178 ראה ע"א 451/66 קורנפלד נ' שאולוב, פד"י כ"א (1) 310, 317 (השופט הלוי). המעמד החשוב והמוכר של השופט בשיטה האנגלו-אמריקאית הוא, לדעתנו, אחד הגורמים המכריעים לחדירה העמוקה והמהירה של שיטה זו למשפט המקומי, שביסודו היה מבוסס על המשפט העותומני. דומה, כי זוהי תופעה כלל-עולמית: כאשר שיטת המשפט השיפוטית באה במגע קרוב עד כדי התנגשות עם משפט בעל אופי קודיפיקטורי, יד הראשונה על

המשפט הישראלי לא ניצל מן החולשות האופייניות של דיני הנוקין, המטרידות את השיטה האנגלו-אמריקאית, ובמידה לא מעטה את כל יתר שיטות המשפט. אחד הנושאים המרכזיים הטעון שינוי הוא תחום התאונות, בראש ובראשונה זה של תאונות הדרכים. מבחינת דחיפות הבעיה, אין שום ייחוד למדינת ישראל, אשר גם בה נערך קטל תמידי בכבישים במספרים מדהימים. שיטת הפיצויים הקיימת המבוססת על קיום רשלנות מצד הנהג, הוכיחה את עצמה כבלתי מתאימה, כמו אחיותיה בארצות המשפט המקובל. רעיון האשמה, המונח עדיין ביסוד האחריות אינו מתיישב עוד לא עם הסדרי ביטוח האחריות (שהוא חובה), לא עם ביטוח התאונות האישי ואף לא עם רעיון הביטוח הסוציאלי.¹⁷⁹

גורמי החקיקה בישראל היו ערים לבעיה וזה מספר שנים נידונות הצעות רפורמה. תכנית הרפורמה הראשונה, אשר הוצעה לפני מספר שנים על-ידי ועדה ביגמשרדית¹⁸⁰, נגזרה במשך שנים, בעיקר בגלל התנגדותן של חברות הביטוח, שהוכיחו את עצמן גם בישראל כגורם מעכב בעל עוצמה רבה. לפי תכנית זו היו צריכות תאונות הדרכים להשתלב בהסדר של הביטוח הלאומי, בדומה לתאונות עבודה. ההצעה קמה לתחייה בשנת 1971 ביוזמת משרד המשפטים בצורת הצעת תוכיר להצעת חוק. אך גם היא לא נתגבשה להצעת חוק, כנראה, שוב בגלל הסתייגותן של חברות הביטוח. אולם, ההצעה הזאת שימשה בידי משרד המשפטים כנוף לעיבוד תכנית רפורמה בעלת מגמה שונה, אשר תוך זמן קצר הוגשה לכנסת כהצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ג–1973¹⁸¹, ואושרה בקריאה ראשונה. לפי הצעת החוק החדשה תונג אחריות מוחלטת לתאונות דרכים, אחריות אשר חובה לבטחה אצל חברות הביטוח הפרטיות. נפגע, שאינו יכול לקבל פיצוי בגלל העדר ביטוח או סיבה אחרת, יהיה רשאי לפנות לקרן-לנפגעים סטטוטורית.

ההצעה החדשה נבדלת מן הראשונה הן בגישה הכללית והן בדרכי הביצוע, אך משמעות שתיהן לגבי דיני הנוקין היא אחת: דחיית רעיון האחריות על-ידי רעיון הביטוח. בהצעת החוק מדובר אמנם על "אחריות מוחלטת ומלאה"¹⁸², אך לאמיתו של דבר אחריות זו אינה אלא ביטוח. לפי הצעת החוק אינן עומדות לא

העליונה. השופט, אשר בידי מפקדת הפעלת המשפט, נוטה בדרך הטבע לאמץ שיטת פסיקה המעניקה לו מעמד של יוצר, של מחוקק בועיר אנפיו, בהבדל ממעמד של "פקיד", שמלאכתו מצטמצמת ב"ביצוע" של נורמות. האפשרות של כתיבת פסקדין אישי ומפורט בכל מקרה (דעת רוב או דעת מיעוט) פותחת לו דרך להציג את מסקנתו בהנמקה "פתוחה", דהיינו, על רקע בעיות המציאות ועל רקע המדיניות המשפטית הרצויה בעיניו. שיטה זו היא בעלת השאה גדולה והשופטים נכנעים לה ברצון כפי שמוכיחה המציאות בישראל. אולם, דומה, כי פועל כאן נימוק נוסף, פחות נשגב. סבורים אנו, כי דרך ההנמקה הקוואיטטית, האופיינית למשפט האנגלו-אמריקאי, קלה ונוחה יותר מאשר הסקת מסקנות בדרך הגיונית-מושגית, הדורשת ללא ספק כושר הפשטה ומשמעת רוחנית ניכרות. בכך לא הבענו כל הערכה ערכית על טיבן של שתי הגישות, או על מידת היצירה הממשית של השופטים בישראל.

179 על פרטים נוספים ראה אנגלרד, ההסדר לפיצוי נפגעים בתאונות דרכים – עקרונות להצעת רפורמה בישראל, תשל"ב, ירושלים.

180 ד"ח ועדת כוואב, תשכ"ו, ירושלים.

181 ד"ח תשל"ג, 407.

182 סעיף 2(ב) להצעה.

ההגנות המקובלות של העדר סיבתיות במובן סעיף 64 לפקודה, ולא אלה הגובעות מאשם תורם ומהתנהגות תורמת¹⁸³. האחריות הנוזיקית בהקשר זה אינה אלא האמצעי הפורמלי להפעלת ביטוח החובה כלפי מוסדות הביטוח. הפיצויים עצמם יחושבו, לפי ההצעה האחרונה, על-פי המבחנים של דיני הנוזיקין, פרט לסטיות אחדות, שהחשובה ביניהן היא קביעת תקרה בפיצוי על אבדן כושר השתכרות ועל נזקים בלתי רכושיים¹⁸⁴. אולם, לדעתנו, לב לבם של דיני הנוזיקין הוא מושג האחריות למעשה מסויים במובנו האינדיבידואלי. "אחריות מוחלטת" אינה אחריות למעשה מסויים אלא אחריות לתשלום פיצויים, שאינה אלא ביטוח. מבחינה זו אין הבדל מהותי בין הנהג או בעל המכונית האחראי תמיד לבין המוסד לביטוח לאומי "האחראי" לתשלום גימלאות. השימוש במושג האחריות המוחלטת למעשה הנזק הוא עיוות של רעיון האחריות המשפטית על מטענו המוסרי החיוני. משום כך אנו בדעה, כי טוב היה לו מציעי הצעת החוק החדשה היו נוקטים במישרין בשיטת הביטוח, ללא התיווך של מושג אחריות מלאכותי ומעוות.

שימוש בלתי נכון בדיני הנוזיקין אנו רואים אף בחידוש אחר של המחוקק הישראלי שהוכנס באמצעות חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969¹⁸⁵. ההוראה נוגעת לסוגיה של איכות הסביבה. בישראל, כמו במקומות רבים אחרים בעולם, חלה התעוררות בציבור לנושא של זיהום ושל רעש. היו מספר תנועות מחאה ציבוריות על דבר הקמת מפעלים גדולים הפוגעים באיכות החיים¹⁸⁶.

המחוקק ניסה לאזן את האינטרסים המנוגדים במסגרת פקודת הנוזיקין. סעיף 48 ב' החדש לפקודה מורה מחד גיסא – כי שימוש במקרקעין הדרוש לטובת הציבור לא יהיה בו מטרד¹⁸⁷, ומאידך גיסא – כי בית המשפט רשאי אף במקרה זה לפסוק פיצויים אם נגרם לבעל המקרקעין נזק ממון. לפנינו איפוא חובה לתשלום פיצויים, ללא עוולה בצדה. הרעיון, כשלעצמו, כי אדם עשוי להתחייב בתשלום פיצויים, מבלי שמעשהו המזיק ייחשב שלא-כדין, רעיון זה אינו משולל יסוד. יש ללא ספק מקרים בהם הפגיעה בזכויות הוולת היא מוצדקת מלכתחילה, אך עם זאת יש מקום להכיר בזכותו של הנפגע לקבלת פיצוי. דוגמה מובהקת לכך הוא המקרה של גרימת נזק בנסיבות של צורך¹⁸⁸. אולם, דרך זו של איזון אינטרסים, מקומת אינו בדיני הנוזיקין, העוסקים בהפרה של חובות בדין, דהיינו, בהתנהגות עוולתית. השגתנו על שיטת המחוקק, אשר שילב בפקודת הנוזיקין את ההוראה המטילה חובת פיצויים על פעולה שבוצעה לפי גירסתו

183 להוציא המקרה של גרימת תאונה בכוונה, ראה סעיף (1)5 להצעה.

184 סעיף 4 להצעה. ביקורת מפורטת על הצעת החוק, ר' ברשימתנו, משפטים, ה' (תשל"ד), עמ' 431.

185 סעיף 165 לחוק, המתקן את סעיף 48 לפקודת הנוזיקין על-ידי הוספת סעיף 48 ב'.

186 אחת ההתארגנויות הציבוריות היתה נגד הקמת תחנת חשמל רדינג ד' בתל-אביב.

187 הסעיף מתנה את הדבר: "... ובלבד שהנזק שנגרם אינו חורג מתחום הנסבל והמסתמש נקט אמצעים סבירים כדי להקטין את הנזק ככל האפשר ...".

188 המצב המשפטי כיום הוא כי הצורך, במידה והוא מוכר כהגנה, משמש הגנה מלאה מפני כל אחריות נוזיקית, והמוזיק פטור כתשלום פיצויים. על הבעייה כולה ועל האפשרות למתן סעד מכוח דינים אחרים (כגון במסגרת מעין-תווית), ראה דיני הנוזיקין, 160§§ ואילך, ובמיוחד 164§ והמקורות המובאים שם. כמו-כן השווה סעיף 904 לקובץ החוקים האזרחי הגרמני.

כדין, אינה מבוססת רק על הרצון לשמור על טוהר המסגרת המושגית. לא השאיפה בלבד לשיטתיות מונחת ביסוד ביקורתנו. אנו סבורים כי המסגרת הנזיקית היא בלתי מתאימה אף מבחינה מהותית.

הסעיף החדש בפקודה מניח מצב קיים של שימוש במקרקע, הדרוש לטובת הציבור, וגרימת נזק ממון למקרקעין שכנים. אך, במציאות מצב כזה אינו נוצר בדרך מקרה ולפתע פתאום. לרוב הוא בא לעולם על-פי תכנון מוקדם או באופן הדרגתי. במקרה זה המשמעות האמיתית של תשלום פיצוי על גרימת נזק ממון תמידי במקרקע הזולת, היא הפקעה של זכות קניינית לצרכי הציבור. במלים אחרות, פסיקת הפיצויים על-ידי בית המשפט היא בבחינת אילוץ בעל-המקרקע למכור זיקת הנאה בנכס שלו¹⁸⁹. ובמקרה בל לכך, שלילת פיצוי במקרה זה – הדבר מסור לשיקול דעתו של בית המשפט – משמעותה הענקת זיקת הנאה ללא תמורה ובעל כורחו של הבעלים. הצגת הבעייה כעניין של פיצוי על מעשה מוזיק שאינו מהווה עוולה, דהיינו על פעולה כשרה כשלעצמה, מעוררת את הרושם כי המדובר בפיצוי של חסד. רושם זה מתחזק נוכח שיקול הדעת של בית המשפט "הרשאי" לפסוק פיצויים, ללא הנחיות כלשהן בדבר הבסיס לחישוב פיצויים אלה. כאמור, לפנינו הענקה של זיקת הנאה שאינה אלא הפקעה לצרכי ציבור. בעל המקרקעין צריך להיות זכאי לפיצוי מן הגורם המפקיע, החייב לנקוט בצעדים המתאימים לביצוע ההפקעה. אין כל סיבה להוציא את המקרה שלנו מן הסוגיה הנפרדת של הפקעה. אפשר כי יש לשכלל ולייעל את דיני ההפקעה תוך כדי התייחסות מיוחדת להענקת זיקת הנאה מוגבלות בזמן ובלתי-מוגבלות בזמן. כן יש מקום לקביעת הנחיות לחישוב הפיצויים המגיעים לבעל המקרקעין על יסוד מבחנים כלכליים מתאימים¹⁹⁰.

המסקנה העולה מדברינו היא, כי אין כל מקום לצמצם את עוולת המטרד ואת האפשרות לקבלת צו מניעה. הגוף המעוניין בפעילות הגורמת מטרד צריך לזווג את הליכי ההפקעה לצרכי ציבור המיועדים להעניק פיצויים לבעלים הנפגע.

נשוב לענין התאונות. אין ספק בלבנו, כי עם התרחבות רעיון הביטוח הסוציאלי ושיכלול מקביל של גורמי ההרתעה והמניעה באמצעות המשפט הפלילי והמשפט המינהלי, התפקיד שדיני הנזיקין מסוגלים למלא בתחום התאונות יצטמק בהדרגה. כבר היום חשיבותה של האחריות בנזיקין הצטמצמה – אם נתעלם מן היחסים הפנימיים של גורמי הביטוח השונים – לאותם התחומים בהם אין ביטוח או שהוא אינו שכיח. עם זאת, אין אנו צופים, בעתיד הנראה לעין, דחיקה מלאה של דיני הנזיקין, אף לא בתחום התאונות. אין להניח, כי מדינת ישראל תגשים בשנים הקרובות ביטוח סוציאלי מלא לכל סוגי התאונות והמחלות העלולים להתרגש בעולמנו.

לגבי התאונות הקורות באופן קבוע מבחינה סטטיסטית, כתוצאה מפעילות ידועה,

189 האמת היא כי גם לפי הדין שקדם להוראה החדשה בית המשפט רשאי היה במקרה של מטרד לפסוק פיצויים במקום צו-מניעה. ראה סעיף 74 לפקודה. כן ראה דיני הנזיקין, § 325, במיוחד בעמ' 554. Cf. Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," 70 (1960-61) Y.L.J. 499, 534, 537 et seq.

Cf. Baxter & Altree, "Legal Aspects of Airport Noise," 15 (1972), *The Journal of Law & Economics*, I. כמו-כן השווה באותו ענין את הצעת החוק הפרטית של ה"כ ו' שובל בדבר חוק למניעת מפגעים (הגנה בפני רעש כלי טיס), תשל"ג-1973, ה"ח תשל"ג, 416.

הטלת אחריות חמורה (להבדיל ממוחלטת) עשויה לשמש אמצעי להרחבת ביטוח האחריות. אין אנו רואים פסול בכך, כי המחוקק ישתמש במקרים אלה, המוגדרים יפה (כגון, פגמי ייצור), כדיני הנוזיקין לשם עידוד הביטוח מצד המזיק ובכך לפיזור הנוזק. אולם, לא כאן נראה בעינינו עתידם של דיני הנוזיקין, גם אם עשויים הם לשמש לעת עתה כמכשיר להשגת מטרה כלכלית רצויה, כי סוף סוף מבחינת התפקיד של פיזור הנוזק, למשל, מוסד הביטוח עדיף על המכשיר העקיף של אחריות בנוזיקין המלווה ביטוח אחריות. דומה, כי בתחום התאונות דיני הנוזיקין יהיו לכל היותר כלי-עזר אחד, בין רבים אחרים, להשגת המטרות של מניעת תאונות ופיצוי הקרבן בדרך כלכלית וסוציאלית נאותה.

אנו סבורים כי תפקידם העיקרי של דיני הנוזיקין יישאר בעתיד מצוי בהגנה על זכויות הפרט מפני פגיעות מכוונות בהן. בחברה המודרנית הצפויה, על אמצעי התקשורת ההמוניים שבה, היחיד חשוף לפגיעות חמורות בזכויותיו האישיות. כך, למשל, דיני הנוזיקין הם אמצעי יעיל להגנה על זכות הפרטיות על כל צדדיה, המצפה עדיין אצלנו, כמו במשפט האנגלי, להכרה בזכות עצמאית. אנו מדגישים את יסוד הכוונה מצד המזיק ואת האופי הפרטי של אינטרס הנפגע, אשר אינו חייב להיות בעל אופי רכוש. במצב דברים זה דיני הנוזיקין הם המכשיר העיקרי להשגת המטרה של מניעה ושל פיצוי. המציאות מראה כי אין היום בכוחה של התביעה הכללית להפעיל סנקציות פליליות בעבירות בהן הפגיעה העיקרית היא באינטרס של יחיד, כלומר, מקרה שאין בו פגיעה גלויה באינטרס ציבורי. העומס על התביעה ועל בתי המשפט הוא כנראה כה עצום שאין בידיהם להושיע במקרים אלה. על רקע זה יש להבין את התופעה המצערת שבתאונות הדרכים הרבות, בהן נגרם נזק רכוש בלבד, המשטרה אינה גבונה להתערב ולפעול, בניגוד לבסיס הרעיוני של מדיניות הענישה הרואה את העיקר במעשה העברייני, ולא דווקא בתוצאה. המבחן הרגיל צריך היה להיות חומרת המעשה ולא ההיקף המקרי של תוצאותיו.

דרך הקובלנה הפלילית הפרטית הפתוחה לפני הנפגע, אף היא אינה פתרון משביע רצון. מה ענין לו לנפגע בהליכים הפליליים, אם כל מטרתו היא פיצוי על נזקיו? דומה, כי האפשרות של פסיקת פיצויים עונשיים עשויה לשמש תמריץ נוסף להגשת התביעה האזרחית על מעשה שבמניעתו יש למדינה ענין עקרוני, אך לא האמצעים בפועל. האם מקרה הוא בלבד שאפשרות זו מופיעה בהצעת חוק הליכות המסחר הגזכרת¹⁹¹, בצד ריבוי העבירות והעונשים הפליליים והמינהליים?

המשקף על התפתחות זו של דיני הנוזיקין, על רקע תולדותיהם, יחוש בשחוק הגורל. דיני הנוזיקין מראים סימנים לשוב בחברה המודרנית לתפקיד ההיסטורי העונשי שלהם הנחשב כ"פרימיטיבי" בחברה הריכוזית¹⁹². אך מרוב ריכוזיות, שהביאה לידי ריבוי עצום של תפקידים, השלטון זקוק ליזמת היחיד הבא להגן על עצמו ועל איכות חייו לתועלת החברה כולה.

נסיים את דברינו הקצרים בנושא זה בהערה כללית: כל הגנה נזיקית – כמות ככל

191 לעיל הערה 175.

Cf. Stoll, "Penal Purposes in the Law of Tort," 18 (1970) *A.J.C.L.* 1; Stig Jørgensen, "The Decline and Fall of the Law of Torts," 18 (1970) *A.J.C.L.* 39

הנראה מהותית במשפט – עלולה לאבד את משמעותה אם אין מנגנון שיפוטי יעיל להגשמתה. הדבר נשמע פשוט, אך לצערנו דומה כי אף בישראל הגשמת הזכויות הפכה לבעייה המרכזית, במיוחד במקרים בהם האינטרס הכלכלי אינו עומד במקום הראשון וסכום התביעה קטן יחסית. האם אמנם רק עקשן או עשיר ישכים לפתחי בית המשפט? ! האם מן הדין כי המאמר התלמודי העתיק: "עבד איניש דזבין דיניה"¹⁹³, יהפוך מציאות שכיחה במדינתנו, בגלל יוקר ההליכים המשפטיים וחוסר יעילותם? יש רגליים לסברה כי לכל רפורמה מהותית חייב לקדם תיקון הדינים הפרוצדורליים ברוח הרעיונות הכלולים בדו"ח ועדת ברנזון¹⁹⁴ שיטבה על המדוכה. אך, הבעייה הגדולה היא כיצד להגשים במציאות רעיונית הפישוט והיעול, שאינם נוגעים רק לתביעות הנוזיקין, אלא לדין האזרחי בכללותו.

סיכום ומסקנות

מתוך דיוננו עלה כי יסודותיה של פקודת הנוזיקין נתערערו והיא טעונה רפורמה מהותית, עד שנראה כי יש להתליפה בחוק נוזיקין חדש.

הסיבות להתערערותה הן אחדות. קודם כל, דרגת ההפשטה הגבוהה המאפיינת את עוולת הרשלנות, בנוסחה החקיקתי, הפכה אותה לעקרון כללי של אחריות המאיים לבלוע לקרבו את העוולות המיוחדות שהיקף אחריותן מוגבלת יותר. אמת היא כי בעייה זו מטרידה אף את המשפט המקובל האנגלי עצמו, אך הלבוש התחקיתי המקפא החריפה וגרם לקשיי תיאום חמורים בין העוולות השונות. גורם מערער שני מצוי בהשפעה הקונטיננטלית ההולכת והגוברת בחקיקה הישראלית החדשה. הן בחוק המקרקעין והן בחוק המיטלטלין באה לביטוי התפיסה של הגנה ישירה ועצמאית על זכויות הקניין. תפיסה זו יצרה ניגוד מהותי לגישה המסורתית של המשפט האנגלי-אמריקאי המגנה על זכויות אלה באמצעות דיני הנוזיקין.

המחוקק הישראלי, ההולך בדרך של חקיקה בשלבים ובגורות מצומצמות, לא השכיל לפתור את בעיות ההתנגשות בין התפיסות המנוגדות. הוא הטיל את יהבו על בתי המשפט, אשר יצטרכו למצוא בנחוחות עצמם מוצא מן הסבך. המחוקק הוסיף קושי על קושי, בגלותו חוסר עקביות בתפיסתו שלו עצמו. כך הוסיף באמצעות אותו חוק מקרקעין עוולה חדשה של מניעת תמיכה במקרקעין, הכל כמיטב המסורת האנגלית, ממנה סטה בידועין בחלק הראשון של החוק.

בתחום התאונות – במיוחד בזה של תאונות הדרכים – הרפורמה נראית קרובה ומטרתה – הטלת אחריות מוחלטת, שאינה אלא הגשמת רעיון הביטוח הדחוק את רגלי דיני הנוזיקין. עם זאת, גם בתחום התאונות יוסיפו דיני הנוזיקין למלא תפקיד חשוב, אם כי יותר ככלי עזר להשגת פיצוי הנפגע בשיתוף עם מוסדות משפט אחרים.

עתיד דיני הנוזיקין נראה לנו כקיים בתחום הפגיעות המכוניות בזכויות הפרט. כאן עשויים הם למלא את תפקידם ההיסטורי הכפול של הרתעה ופיצוי. אך, תנאי

193 בבא בתרא, ל. ב.

194 דין וחשבון הוועדה לפישוט העניינים ולשיפור ההליכים בתביעות נוזיקין, משרד המשפטים, תשל"ג, ירושלים.

מוקדם להצלתה הוא תיקון יסודי בסדרי הדיון. כן נחוצה הכרה מפורשת בזכות היחיד לפרטיות.

מלים ספורות על הטכניקה ועל תוכנו של חוק נזיקין חדש. על המחוקק לגבש לעצמו דעה עקבית בדבר הגדרת הזכות וההגנה עליה ובדבר חובת תשלום הפיצויים בגין הפגיעה בה. מבחינה שיטתית עדיפה הדרך הקונטיננטלית, של קביעה חיובית על קיום הזכות ותכנה, כפי שהמחוקק עשה לגבי הזכויות הקנייניות. ברוח זו עליו להגדיר בחוקים המתאימים את הזכויות האישיות, כגון, הזכות לשם¹⁹⁵ וזכויות היחיד האחרות, הנוגעות לצנעתו ולחירותו. בדרך דומה יש לקבוע את הקניינים המסחריים. חוקים אלה חייבים לכלול הוראות מפורשות להגנה ישירה על הזכויות, כלומר, את אכיפתן במקרה של הפרה במישור אחר, אך קשור לסוגיית קביעת הזכויות: על המחוקק להרחיב את האיסור של שימוש לרעה בזכות המופיע כבר היום במספר חוקים מיוחדים, תוך הפיכתו לעקרון כללי.

כל העניינים הנזכרים אינם צריכים להיות עוד כלולים בחוק הנזיקין, שנושא המרכזי הוא חובת הפיצויים על נזקים שנגרמו כתוצאה מהתנהגות שלא-כדונית. האחריות בנוזקין תתבסס על עקרון כללי, בדומה לעולות הרשלנות הקיימת, אלא שתסולקנה מתוך הגדרתה שרידי ההגבלות שמקורן בהתפתחות של המשפט האנגלי. כמו-כן, ייאמר במפורש, כי אחריות בנוזקין תחול על כל מעשי-זדון. פרט למקרים יוצאים מן הכלל, אין לפטור אדם מן החובה להגיע לרמת ההתנהגות הסבירה. העקרון הכללי מיתר במידה רבה את העולות המיוחדות הקיימות ואשר מידת האחריות הקבועה בהן מצומצמת יותר.

לעומת זאת אנו בדעה, כי יש לקיים את עולות המסגרת הפרת חובה חקוקה. אולם, יש לסלק מתוכה את הסייגים הקיימים, בעלי הניסוח המסורבל. באופן עקרוני כל הפרה של חובה חקוקה, הבאה למנוע גרימת נזקים, היא יסוד לאחריות בנוזקין. נוכח השימוש המועט שנעשה בעולה זו בעבר, בגלל התלכטיותיהם של בתי המשפט, מן הדיון, כי המחוקק יבהיר באופן חיובי את תחולתה (גם באמצעות הפניית בחיקוקים החיצוניים) ואת מקומו של יסוד האשמה. מן הצד האחר, המחוקק יגדיר בעולות מיוחדות את המקרים, בהם יש להטיל אחריות חמורה, לפי השיקולים של גודל הסיכון, אפשרות הביטוח וטיב הפעילות המזיקה מבחינה חברתית.

אחד הנושאים הראויים לפירוט מיוחד בחוק נזיקין חדש הוא סוגיית הפיצויים, הזוכה כיום להוראות ספורות בלבד. מן הדיון, כי ייקבעו דרכי ההערכה של ראשי הנזקים השונים ותינתן לבית המשפט הסמכות לפסוק פיצויים זמניים ותקופתיים, תוך מתן הנחיות בדבר השיקולים הנוגעים לענין. כמו-כן מן הראוי, כי פרק מיוחד יעסוק בשאלות דיוניות כולל דיני הראיות, כגון, בשאלה של נטל הסיכנוע לקיום יסוד האשמה, אשר לה השפעה ישירה על מידת האחריות. לבסוף, על המחוקק לתת את דעתו על ריבוי מקורות הפיצוי תוך ראייה מקיפה של הבעייה הסבוכה הזאת על היבטיה הכלכליים והחברתיים.

195 ר' כעת הצעת חוק השימוש בשם אדם למסחר, תשל"ג-1973, ה"ח תשל"ג, 452.