

שתלטנות הרשלנות

מאת

אסף יעקב*

המאמר דן בתופעה שבחתי לכנותה "שתלטנות הרשלנות". הטענה המרכזית במאמר היא כי במשפט הישראלי עוללת הרשלנות לא רק מהווה עוולה מרכזית בדיני הנוזיקין אלא אף הפכה, במידה רבה, תחליף לדיני הנוזיקין כולם. המאמר בוחן את התופעה מבעד לאספקלריה של תאוריות נזיקיות שונות בעמדו על תוצאותיה בהיבטים של השטחת הזכויות הנזיקיות של נפגעים. הטענה היא כי במשפט הישראלי ניכרת מגמה שמובילה להתעלמות מחלק ניכר וחשוב מהאינטרסים המקוריים שעליהם דיני הנוזיקין נועדו להגן. המאמר בוחן מבחינה היסטורית את התופעה של צמצום דיני הנוזיקין, על רובדיהם השונים, לדיני הרשלנות ומאתר את הסיבות שהביאו להעצמתה של התופעה. במסגרת זו נבחנים פסקי הדין המובילים שיצרו את המגמה של "שתלטנות הרשלנות" והטעמים שבעטיים נטו בתי המשפט להרחיב את עוללת הרשלנות על חשבון העוללות האחרות. המאמר גם מצביע על תופעה חדשה יחסית, מן השנים אחרונות, ולפיה עוללת הרשלנות לא רק משתלטת על העוללות האחרות מבחינת נפח הפסיקה ותחומי מחייתה, אלא גם מעצבת מחדש את העוללות הפרטיקולריות בדמותה אגב שינוי אופיין המסורתי. ואולם, המאמר מראה גם כיצד לצד מגמה זו מתגבשת במערכת המשפט ההבנה כי במקרים רבים עוללת הרשלנות אינה מספקת תחליף ראוי לאינטרסים הנזיקיים המוגנים, והשימוש הגובר בה יוצר בפסיקה ריק. ריק זה מתמלא בחלקו באמצעות ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה – יצירה מקורית ישראלית, שבמידה מסוימת הוא תחליף להגנה שהעניקו העוללות הפרטיקולריות לאותם אינטרסים שמוגנים כיום בחסר.

מבוא. א. מקומן של העוללות הפרטיקולריות במשפט המקובל. 1. על תקלות, תאונות ומעשים מכוונים – עוללות כוונה ורשלנות במשפט המקובל. ב. ניתוח תאורטי, צדק מתקן ושיקולי יעילות. 1. שיקולי צדק מתקן; 2. ניתוח כלכלי. ג. פיתוח דיני הנוזיקין במשפט הישראלי והיעלמותן של העוללות הפרטיקולריות. 1. שורשי המגמה – שתלטנות הרשלנות במשפט הישראלי; 2. פרשנות הפקודה – באקדמיה ובבתי המשפט; 3. מתיחת עוללת הרשלנות לאורך השנים – הרחבת נפח הפסיקה; 4. מגמות של השנים האחרונות. ד. הרחבת הזכויות אגב השטחתן – הערכה ביקורתית. ה. חזרה מדיני התקלה לדיני הפגיעה או חזרת העוללות הפרטיקולריות דרך הדלת האחורית. ו. סיכום.

* פרופסור-חבר, בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לרייב וויל, יוני לבני, אריאל פורת, אוריאל פרוקצ'יה ויורם שחר על שיחות והערות חשובות ומועילות לטיסה קודמת של מאמר זה. ברצוני להודות גם לעוזרת המחקר גילי פרהדיאן על עזרה מצוינת במחקר. כמו כן ברצוני להודות לחברי כתב העת דפני בנבניסטי, רוני פלדשטיין וגבי פריאל, וכן לעורך אלעד שפיגלמן על עבודת עריכה מעולה.

מבוא

כמרצה לדיני נזיקין זה שנים רבות חיפשתי לא פעם ספר עזר מקצועי שאליו אוכל להפנות את תלמידיי. למרבה הפלא, ובשונה מתחומי משפט אחרים, במשך שנים לא רק שלא היה בנמצא ספר לימוד עדכני בדיני נזיקין בשפה העברית, אלא שגם מרבית המאמרים המשפטיים בתחום הייתה בשפה האנגלית, והסטודנטים לא חסכו טרוניותיהם על כך. והנה בשנים האחרונות התברכנו בשני ספרים חדשים בתחום הנזיקי, האחד של פרופסור ישראל גלעד¹ והאחר של פרופסור אריאל פורת.² ספרים אלו יסייעו, ולמעשה כבר מסייעים רבות, להנגיש את הרעיונות התאורטיים של דיני הנזיקין ומשמים בין היתר חומר עזר להוראת הקורסים בתחום זה. הם יכולים לשמש כלי העשרה עבור סטודנטים ומשפטנים המבקשים להיחשף לתחום הנזיקי ולהקל עד מאוד בהעברת הרעיונות והדוקטרינות הנזיקיות – הלכה ולמעשה.

ואולם משנתבקשתי להשתתף בערב עיון על אחד הספרים,³ דבר שחייבני בקריאה נוספת בהם, התחוויר לי כי אף שהדיון שבספרים אלו הוא חשוב, ראוי ומעמיק,⁴ ואף ששמים מרמזו כי הם מתיימרים להקיף את כלל היבטיו של תחום דיני הנזיקין, או למצער חלקים נרחבים ממנו,⁵ למעשה חסרים הם ניתוח מלא של דיני הנזיקין, במובן הזה: שלא כספרים דומים להם בחו"ל, הם מתרכזים בשאלות הממוקדות במטרות דיני הנזיקין, בעולות הרשלנות ובקשר הסיבתי ומתעלמים כמעט לחלוטין מהעולות הפרטיקולריות המסורתיות.⁶ אין חולק שהנושאים שבהם עוסקים ספרים אלו חשובים עד מאוד, שהדיון

1 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות (2012).

2 אריאל פורת נזיקין כרך א (2013).

3 דיון בהשתתפות השופט יצחק עמית, אהוד גוטל, אביחי דורפמן, אריאל פורת והח"מ, בעקבות ספרו החדש של אריאל פורת נזיקין – כרך א (נערך בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן באוניברסיטת תל אביב, 1.4.2014).

4 הקורא את הספר בעיון יכול ללמוד ממנו רבות לא רק על דיני נזיקין אלא גם על פרופ' פורת עצמו. הספר שונה מכל ספר אחר העוסק בדיני נזיקין – בארץ ובחו"ל. ניכר בו סגנונו המיוחד של פרופ' פורת בעיצובן של ויניטות – דוגמאות מבהירות – שאותן הוא מעצב בקפדנות לצורך העברה פשוטה של רעיונות מסובכים. הוא עוזר ברתמתם של הרעיונות האקדמיים לדיון המשפטי ולשילובם בפרקטיקה המשפטית הרווחת. סגנון כתיבה זה הפך כבר מזמן למעין חותם – סימן היכר לעבודתו האקדמית.

5 יש לציין כי שני המחברים מסתייגים מקביעה זו בספריהם. פרופ' פורת מסביר בהקדמה לספרו כי הספר אינו בבחינת Textbook במובן המקובל, שכן הוא אינו מקיף את השאלות הנזיקיות כולן ואף לא את החשובות שבהן, אלא מתרכז בנושאים אשר עניינו אותו במיוחד, ועל כן הקורא לא ימצא בספר פתרון לכל שאלה נזיקית (פורת נזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18). פרופ' גלעד מסביר גם הוא בהקדמה לספרו כי הספר אינו אמור להיות משנה כוללת בתחום דיני הנזיקין, אלא מטרתו צנועה מזה ומסתכמת בהצגת תמונה עכשווית של הסדרי אחריות מרכזיים בנזיקין (גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29). ניתן לראות בדבריו כמציעים לקורא מעין תפריט מצומצם במסעדה איכותית, שאולי יתרחב בעתיד. למרות הקדמות אלה בחרו שניהם לקרוא לספריהם בשמות רחבים ומכך בכל זאת ניכרת מטרת ההתייחסות לדיני הנזיקין בכללותם.

6 מובן שבאלה אין מתמצה תוכן הספרים כולו. לדוגמה, ספרו של פרופ' פורת נזיקין, לעיל ה"ש 2, מחולק לשלושה חלקים: הראשון עוסק בבסיס העיוני של דיני הנזיקין, החלק השני עוסק ברשלנות והחלק השלישי עוסק בסיבתיות. בתוך אלה ניתן למצוא התייחסות לעולות המבוססות-פעולות-מכוונות, אך

בהם מקיף ומקורי, ושעולת הרשלנות תופסת מקום חשוב ורחב היקף כשיח המשפטי – הן מבחינת נפח ההתיינות בבתי המשפט והן מבחינת פיתוחים תאורטיים בתחום – ועל כן מצדיקה דיון רחב ומעמיק, אך רבות וחשובות הן השאלות שנתרות מחוץ לדיון.⁷ טענתי, שאותה אפתח במאמר זה, היא כי שתי דוגמאות של ספרים אלו אינן בבחינת מקרה. הן מתחברות למגמה רחבה הרבה יותר במשפט הישראלי, אשר מתבטאת בצמצום דיני הנוזיקין על רובדיהם השונים ל"דיני רשלנות", עד כדי יצירת זהות בין השניים. לטענתי, מדובר במגמה שמובילה להתעלמות מחלק ניכר וחשוב מהאינטרסים המקוריים שעליהם נועדו דיני הנוזיקין להגן.⁸ למגמה זו אקרא "שתלטנות הרשלנות". מעניין כי תופעה זו היא במידה רבה ייחודית לישראל. אמנם אין מחלוקת כי במקומות רבים בעולם דיני התקלה והרשלנות תופסים נפח פסיקתי רב מזה שתופסות העוללות הפרטיקולריות, אך עדיין שמור לעוללות הפרטיקולריות מקום מכובד במסגרת הזירה המשפטית כמגנות על זכויות ועל אינטרסים שונים ומגוונים.

זאת בעיקר במסגרת הדיון בעוללת הרשלנות ולא בנושא בפני עצמו. ראו למשל בעניין זה את הדיון שם, בעמ' 118–122.

7 לשם השוואה מעניינת אפשר לפנות לספרו של ריצ'רד אפשטיין RICHARD A. EPSTEIN, TORTS (1999), הנפתח בפרק על עוללות כוונה, כאשר תת-הפרק הראשון בספר מציב את השאלה המתבקשת: "מדוע להתחיל כאן?" (שם, בעמ' 1). ויודגש, הוא אינו שואל אם יש מקום לדון בעוללות הכוונה בספר העוסק בדיני נזיקין (שכן בעניין זה אין מחלוקת כלל), אלא רק אם יש מקום להתחיל את הדיון בספר דווקא בעוללות אלו. (לעניין זה אפשטיין הוא בבחינת דוגמה בלבד וקיימים ספרים רבים שעוסקים בדיני נזיקין שפותחים את הדיון שבהם בעוללות המכוונות). למרות התהיות מחילט אפשטיין לפתוח את הספר בפרק על עוללות כוונה, והוא מנמק זאת בתשובה שתמציתה היא כי עוללות הכוונה מוגדרות טוב יחסית להגדרתה של עוללת הרשלנות וניתנות לתחימה טובה יותר (שם, בעמ' 2). לגישתו, הבנה מעמיקה של עוללות הכוונה יכולה לשפוך אור על דוקטרינות נזיקיות מודרניות, כמו למשל האחריות של בעל מקרקעין לנזק שנגרם בגין פעולה עבריינית של צד שלישי. ואולם, הסיבה המשכנעת ביותר לפתיחת הספר בדיון בעוללות הכוונה היא, לדעת אפשטיין, כי הן מציגות שאלות קונספטואליות ושאלות מדיניות קשות. ליבתן של העוללות הפרטיקולריות אמנם ברורה, אך הן כוללות גם "עוללות טכניות" אשר מתרחקות מליבתו של המעשה העוללתי העיקרי. במקרים אלו מתעוררות שאלות כיצד להתמודד עם המעשים ולעצב את ההגנות הפרטיות והציבוריות שתעמודנה לטובת המזיק כשמדובר בנזקים שנגרמו במתכוון. לדעתו של אפשטיין, קל להציע הסברים להגנות מסוג פטור באשר לנזקים שנגרמו מתאונה, אך תהיה זו סתירה לנסות ולהצדיק נזקים שכאלה במונחים של הגנות מסוג צידוק. איזו משמעות יש בהצעת מוטיבציות לתוצאות אשר המזיק לא התכוון לגרום אותן? רק כאשר העוולה מכוונת, יהיה נכון לשאול כיצד ניתן להצדיקה, למשל באמצעות הגנה עצמית, אשר ממחישה את היתרונות והחסרונות שבארגון האחריות הנזיקית סביב מונחים של אוטונומיה ושל הסכמה. רק לאחר שהחוק בחר להעניק הגנה לאינטרסים מסוימים כנגד עוללות מכוונות, הוא מכין את הבמה להצגת הגנתם של אינטרסים דומים, או אפילו זהים, נגד אופנים שונים של גרימת נזק בשל תאונה, על דרך של "דע מאין באת ולאן אתה הולך". בדומה לזה, גם ספרו של דובס וספרם של פרוסר וקייטון פותחים את הדיון בזה הסדר: DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS (2000); PROSSER & KEETON ON THE LAW OF TORTS (W. Page Keeton et al. eds., 5th ed. 1984).

8 במידה מסיימת התייחס לכך פרופ' גלעד בספרו בפרק הדין בשיקולים להגבלת היקפה של האחריות ברשלנות באמצעות מרכיב החובה, שם ציין כי פוטנציאל ההתערבות של עוללת הרשלנות ב"משבצות נזיקיות אחרות" הוא גדול, וכי יש אפוא להפעיל בקרה על היקף ההתערבות (גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 661–666).

דומה כי המקור לתופעה זו של שתלטנות הרשלנות הוא הרצון, בעיקר של בתי המשפט, להרחיב את עוולת הרשלנות כדי לספק הגנה לניזוקים במקום שהמחוקק המקומי לא יצר עוולות פרטיקולריות מתאימות, ובית המשפט היה מנוע מליצור אותן. זאת, על דרך של מתיחת כנפי עוולת הרשלנות כמטרייה נורמטיבית שמשתרעת על כל דיני הניזוקין ומכסה גם את תחומן של העוולות הפרטיקולריות. זה היה מהלך הדברים: עוולת הרשלנות פורשה פירוש שלפיו היא משתרעת גם על מעשים מכוונים, ובכלל זה חלה גם על מעשים שאינם בגדר תקלה. אולם מתיחה זו של גבולות הרשלנות גרמה לכך שדיני הניזוקין אינם מספקים לניזוק אותה הגנה שסופקה לו במשפט המקובל, ועדיין עומדת לו במדינות כגון ארצות הברית ואנגליה. ה"סחורה" שנוצרה במהלך פרשני זה היא שונה. לעומת רבות מהעוולות הפרטיקולריות, המכסות תחומים צרים באחריות חמורה, עוולת הרשלנות מכסה תחומים רחבים באחריות בשל סטייה מסטנדרט של סבירות. הדגשת המטרייה הנורמטיבית של עוולת הרשלנות כ"עוולת-על" והעדפתה על פני יצירת עוולות פרטיקולריות הביאה לידי כך שדיני הניזוקין מציעים הגנה רחבה יותר אך עמוקה פחות.

אין זו מגמה של השנים האחרונות ושורשיה נעוצים בעבר. השימוש הנרחב בעוולת הרשלנות החל אפוא לפני שנים, והפסיקה הרבתה להשתמש בה בשל שיקול הדעת הרחב שהיא מקנה לבית המשפט. אולם דומה שבשנים האחרונות מגמת ההתפשטות של עוולת הרשלנות מקבלת משנה תאוצה. במאמר זה אעמוד על המגמה האמורה ועל מאפייני השיטה בארץ שקידמו את עוולת הרשלנות בפסיקה וגם באקדמיה. טענתי היא כי למעשה זמן קצר אחרי קבלת הפקודה, ומהרגע שנקבע שרשימת העוולות שבה סגורה, החלו בתי המשפט והמלומדים להרחיב את השימוש בעוולת הרשלנות כדי לאפשר לבית המשפט לייצר "עוולות חדשות" שנמנע ממנו לייצרן על דרך של משפט מקובל והתפתחות פסיקתית. הכוונה הייתה להעניק לבית המשפט שיקול דעת ולהקנות לניזוקים סעדים גם במצבים שבהם העוולות הפרטיקולריות לא סיפקו זאת. מנגד, אמות המידה המגבילות של עוולה זו גרמו להשטחת מערכת הזכויות הניזוקית בהתעלמן מאינטרסים מוגנים שעלו במשפט המקובל לדרגת זכות. בהרחבת גבולותיה של עוולת הרשלנות היה גם כדי לטשטש את ההבחנות שבין תאונות או תקלות, שהן תוצאה של פעילות חברתית, פעמים רבות לגיטימית, שמייצרת נזקים שהם תוצאה לוואי, לבין מצבים שבהם הפגיעה בזכויות נעשתה בשל פעילות מודעת ואולי אף מכוונת. מגמה זו מתעצמת בשנים האחרונות, שכן כיום דיני הרשלנות לא רק מתרחבים ותופסים את מקומן של עוולות פרטיקולריות שלא נוצרו, אלא אף חודרים אל תוך העוולות הפרטיקולריות הקיימות ומשנים את אופיין. במאמר אתן שתי דוגמאות לביטוי מובהק של מגמה זו – התיקון להגנה העצמית במסגרת סעיף 24(1) לפקודת הניזוקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הניזוקין" או "הפקודה") והתיקונים המוצעים בקודקס החקיקה האזרחית,⁹ שנותנים ביטוי נרחב יותר למופעי הרשלנות על חשבון מתחם החיות של העוולות הספציפיות.

טענתי היא כי במשפט הישראלי היחסים שבין העוולות הפרטיקולריות לעוולות הכלליות לא נבחנו שנים רבות, ולמעשה העוולות הפרטיקולריות כמעט נעלמו מהשיח

9 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 712.

המשפטי, ובמקומן ניצבת עוולת הרשלנות כחזות הכול. לכן לדעתי אין זה מקרה כי לא מוקדש בספרות החדשה בדיני נזיקין, ולו פרק אחד, לעוולות הפרטיקולריות ולא דיון ממצה במקורותיהן, בהצדקות להן מבחינת שיקולי יעילות וצדק ועוד.¹⁰ כיום סטודנטים למשפטים ואף עורכי דין אינם מכירים בחשיבותן של עוולות אלו ומחמיצים חלק גדול ממורכבות הפסיפס הנזיקי. הדבר מביא לעיוותים בפסיקה ובחקיקה. קשה לספק רקע תאורטי כולל לדיני הנזיקין ללא התייחסות למצבים הטיפוסיים שאליהם מתייחסות העוולות הפרטיקולריות. למשל העובדה שעל פי המשפט המקובל אי אפשר להשתמש באשם תורם כהגנה מפני עוולות אלו, או שדיני הסיבתיות ייבחנו בהן באופן שונה, הופכת עוולות אלו לחשובות מהפך של השיח האקדמי והפרקטי כאחד. חלק מן העוולות הפרטיקולריות גם מסביר בצורה הטובה ביותר את השיקולים של צדק מתקן ואת היריבות הנורמטיבית בין המזיק לניזוק. התעלמות מהן משאירה את הניתוח התאורטי חסר. אולם לא רק בצדק מתקן התמונה היא חלקית. גם לניתוח הכלכלי יש מה לומר בהקשר של העוולות הפרטיקולריות.

מעניין שבכך לא נסתם הגולל על המקרים והאינטרסים שהוגנו על ידי העוולות הפרטיקולריות. טענתי היא כי למרות כל הנאמר נוצרת בקרב חלק מן השופטים "תחושת הבטן" המעידה שמהלך זה של הרחבת עוולת הרשלנות אינו כולל את כלל האינטרסים של הנפגע, ושיש מקום להבחין בין דיני תקלה לבין מעשים שנעשים במודע וגורמים נזק, גם אם נזק זה אינו בהכרח תוצאה של פעולה בעלת מניע שלילי. בשל כך התפתח ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, אשר מעניק פיצוי נוסף על זה הנהוג ב"מקרים רגילים" של רשלנות. ראש נזק זה משקף, לפחות בחלקו, את הפיצוי על פגיעה באינטרסים המוגנים של הניזוק באותם מקרים שבהם אין די בעוולת הרשלנות. במידה רבה הוא יוצר למעשה איזון חדש במשפט הישראלי ומכניס את העוולות הפרטיקולריות דרך "הדלת האחורית" כאשר הוא יוצר הבחנה בין מקרים רגילים של תקלה לבין "רשלנות פלוס". האם הסדר זה טוב מן ההסדר הנוהג במשפט המקובל, המשתמש יותר בעוולות הפרטיקולריות? ייתכן שכן וייתכן שלא. מכל מקום, נראה כי הוא מחדד את ההבנה שאין די בעוולת הרשלנות כדי למצות את פועלם של דיני הנזיקין.

א. מקומן של העוולות הפרטיקולריות במשפט המקובל

על מנת שנוכל לבחון את התהליכים העוברים על דיני הנזיקין בישראל יש לבחון תחילה, בקצרה, את אופן התפתחותן של העוולות הנזיקיות במשפט המקובל ואת השימושים שיועדו להן שם. עוולות אלו הן ערש הציוויליזציה של דיני הנזיקין בישראל, ומהן שאבו המחוקק וגם בתי המשפט את המודל לפיתוח הדין המקומי. כמו כן וכדי לקבל פרספקטיבה רחבה יש לבחון בהקשר זה גם מושגי מפתח ודוקטרינות בעלות חשיבות שהתהוו אגב פיתוחן. בכך אעסוק להלן.

10 לא במקרה במסגרת ההוראה של תחומים אלו בישראל, אם בכלל, פסקי הדין שאנו נזקקים להם הם בני עשרות שנים.

1. על תקלות, תאונות ומעשים מכוונים – עוולות כוונה ורשלנות במשפט המקובל

במשפט המקובל עוולות המסגרת והעוולות הפרטיקולריות שונות אלו מאלו. מן המפורסמות הוא כי מבחינת הרצף ההיסטורי קדמו העוולות הפרטיקולריות לעוולות המסגרת, ובכללן עולות הרשלנות. המשפט המקובל הנזיקי של המאה הארבע-עשרה היה בעיקרו משפט של עוולות הסגת גבול.¹¹ על פי תפיסה מסורתית זו, אחריות חמורה הייתה מוטלת על המזיק בכל המקרים שבהם מעשיו נפלו בגדר ה-writ המתאים שבו השתמש התובע. אחריות חמורה זו השתרעה על מצבים שבהם הנזק שנגרם נבע ישירות ומיד מהמעשה הבלתי מורשה של המזיק. דיני הרשלנות התפתחו רק בשלב מאוחר יותר, במסגרת תביעה שכונתה action on the case, ועסקו במקרים שבהם הנזק שנגרם לא היה מידי או ישיר. התובע שפסע באפיק תביעה זה נדרש להוכיח, לשם זכייה בתביעה, לא רק את אשמו של המזיק אלא גם את הנזק שנגרם לו מאשם זה. דרישה זו קיימת גם היום בבסיס עולות הרשלנות.¹²

מלבד ההתפתחות ההיסטורית השונה של העוולות הפרטיקולריות העוסקות בהסגת גבול לעומת עולות הרשלנות, הגישה הרווחת במשפט המקובל היא כי בין העוולות הללו קיים שוני מהותי ואיכותי. ההבחנה ביניהן עוסקת במקרים הפרדיגמטיים השונים שאותם הן מבקשות להסדיר ובאינטרסים השונים שעליהם הן מגנות.¹³

במובן הקונספטואלי של החבות הנזיקית, הגישה שרווחה במשפט המקובל היא כי מונחים של כוונה ורשלנות שוללים זה את זה, וכי עולות הרשלנות ועוולות הכוונה אינן יכולות לדור יחדיו כמקור להטלת אחריות. מעשה יכול להיות מכוון או רשלני אך אינו יכול להיות שניהם גם יחד.¹⁴ אמנם במציאות ייתכנו מקרי גבול שיהיה קשה לשבצם במסגרת ברורה של רשלנות או של כוונה,¹⁵ ברם מבחינה פרדיגמטית עוולות אלו שונות זו מזו בתכלית – רשלנות עוסקת במקרים שבהם נגרם סיכון לא סביר כתוצאה מפעילות מסוימת, והדגש מושם במהותו של הסיכון כפי שהוא נתפס בעיני האדם הסביר ולא בכוונתו של

11 Dobbs, לעיל ה"ש 7, בעמ' 259.

12 שם, בעמ' 259–260.

13 כך למשל מציין המלומד החשוב דובס בספרו, שם, בפרק הדין בהסגות גבול, כי עוולות אלו, כקבוצה, שונות מהותית מעולות הרשלנות, שכן במסגרתן ביצוע העוולה, גם ללא התרחשות הנזק, וגם אם נעשה בסבירות, נתפס כפוגעני כשלעצמו. על כן, לדוגמה, בהקשר של עולות התקיפה זכותו של התובע להימנע ממוגע מכוון לא רצוי אינה תלויה בשאלה אם כוונתו של הנתבע הייתה עוינת ואף אינה תלויה בשאלה אם רצונותיו של התובע סבירים. דובס מבהיר כי על פי המשפט המקובל, "Although liability may be imposed for harmful attacks, liability does not depend upon harm or even upon emotional distress to the plaintiff; it depends upon violating the plaintiff's right to herself" (שם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 55).

14 כך למשל מסרטט דובס בספרו הבחנה ברורה בין תקיפה לבין רשלנות: "there is no such thing as a negligent battery, since battery is defined as an intentional touching, not as a negligent one" (שם, לעיל ה"ש 7, בעמ' 51–52).

15 מקרים שנופלים על קו התפר אפשר למצוא לא אחת בהקשר טיפול רפואי.

המזיק או ברמת הוודאות הנדרשת על מנת להראות כוונה.¹⁶ במילים אחרות, עוולת הרשלנות באה להסדיר מצבים של תאונה או תקלה. לפי גישה זו, המזיק יכול ליצור סיכונים לנזק מבלי שיהיו לו רצון או, ומבלי שידע בוודאות, שנוק זה אכן יתממש.¹⁷ לעומת זאת

16 בעניין זה ראו למשל את גישת הריסטייטמנט RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 8A cmt. b (Am. Law Inst. 1965) (להלן: RST), לפיה: "Intent is not, however, limited to consequences which are desired. If the actor knows that the consequences are certain, or substantially certain, to result from his act, and still goes ahead, he is treated by the law as if he had in fact desired to produce the result. As the probability that the consequences will follow decreases, and becomes less than substantial certainty, the actor's conduct loses the character of intent, and becomes mere recklessness [...] As the probability decreases further, and amounts only to a risk that the result will follow, it becomes ordinary negligence [...] All three have their important place in the law of torts, but the liability attached to them will differ". יש לציין כי ההפניות במאמר זה מתייחסות ל-RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS אף כי כבר פורסמו כמה חלקים מתוך ה-RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, משום שמרבית הקטעים הרלוונטיים למאמר זה טרם קיבלו התייחסות בגרסה המעודכנת.

17 אריאל פורת במאמרו Ariel Porat, *The Future of Law and Economics and the Calabresian External Moral Costs*, JRSLM. REV. LEGAL STUD. (Forthcoming), מציין כי לא יכול היה למצוא ולו קיים אחד בארצות הברית ומחוצה לה שבו בית משפט פטר מאחריות מזיק בשל גרימת נזק גוף, כאשר הסיכון להתממשות הנזק היה גבוה מאוד, למשל סיכון של 50% למוות, ובר ברוד הוצאות מניעת הנזק היו גבוהות גם כן (מה שמחייב, לכאורה, אי-הטלת אחריות לפי נוסחת LH). לגישתו מקרים אלו כמעט ואינם מתבררים בבית המשפט. הוא מוסיף כי גם במקרים של סיכון גבוה לנזק רכוש בתי המשפט נוטים לפסוק פיצוי אם התממש הנזק, ללא קשר לשאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה סבירה או לא במונחים אלו. ייתכן שניתן להסביר תופעה זו בכך שמעבר להסתברות לסיכון מסוים, המקרה מפסיק להיות "תקלה" והופך להיות אירוע שונה שמצדיק טיפול בכלים אחרים. במובן זה עוולת הרשלנות אינה מתאימה יותר לטיפול בהתרחשויות ונוסחת LH, באשר לאופן בחינת הרשלנות, הופכת ללא רלוונטית. בסוג זה של מצבים נועדו לטפל עוולות הכוונה ובמיוחד הסגות הגבול למיניהן – הן אלו שבהן יעשה שימוש להגנה נאותה על זכויות הנפגע.

זאת ועוד, פרופסור פורת במאמרו מציב זה ליד זה מקרים של יצירת סיכון גבוה לאדם בודד כאשר עלות מניעת הנזק גבוהה אף היא, אשר לטענתו אינם מתבררים בבית המשפט ולכך אין לו הסבר מניח את הדעת ומקרים שבהם הסיכון הוא לקבוצה, אשר חלק מחבריה יפגעו לאורך תקופת זמן מסויימת, אשר כן מתבררים בבית המשפט. בהקשר לאחרונים, הוא מבקר את גישת בתי המשפט שמסרבים להיכנס לחישובי עלות תועלת ביחס ליצירת סיכון גבוה לקבוצה. לגישתו במצבים אלו מחוייב לעיתים בית המשפט לעשות מאזן עלות תועלת כזה, הגם שמדובר בסיכון גבוה, שכן הוצאות המניעה תהינה פעמים גבוהות אף הן, ולעיתים הן תבואנה על חשבון פעילות רצויות אחרות דוגמת טיפול בחולים נוספים. ייתכן שגישתו של בית המשפט, אשר מסרבת לערוך מאזן עלות תועלת ביחס לקבוצה נבנית מאותה חשיבה שהוא מיישם ביחס לפרט, שלפיה מעל הסתברות מסויימת אין מדובר יותר בתקלה. עם זאת נראה שניתן לערוך הבחנה בין שני המקרים ולקבוע ביחס לכל אחד מהם, על אף הדימיון, טיפול משפטי שונה. ההבדל הוא שכאשר מדובר בקבוצה, עדיין הפגיעה בפרט לא מאבדת את אופייה התקלתי – גם אם יודעים שיהיה מספר נפגעים ודאי בשנה אין אנו מסוגלים לדעת מי מקבוצת הסיכון ייפגע ולכן בבחינת הנזק הפרטני לכל אחד מחברי הקבוצה, עדיין מדובר בתקלה עליה יחולו פעמים רבות דיני הרשלנות (למרות שייתכן שלפעמים גם כאן, במקרים הקיצוניים בית המשפט יחליט שרשלנות אינה מתאימה), בעוד שבמקרה של סיכון גבוה של פרט מסוים, המשפט לא רואה יותר את המקרה בגדר תקלה ולכן יפעיל לגביו את העוולות הקנייניות.

בעולות הכוונה די בהתנהגות העוולתית כדי להקים לניזוק זכות תביעה גם אם לא נגרם לו נזק.¹⁸

למשל, מוסכם על הכול כי הנתבע יהיה חייב בתקיפה כאשר הוא יצר במכוון מגע גופני עם התובע אם המגע אינו מוצדק ברצונותיו הנגלים של המותקף ובהיעדר זכות משפטית שמאפשרת לתוקף לעשות כן (למשל סמכות מעצר), וכשהמותקף לא נתן את הסכמתו לכך. זאת להבדיל ממצבים שבהם המגע נגרם בשל תקלה או תאונה, שאז הוא יכול להיכנס לגדר עולת הרשלנות או ליפול מחוצה לה, אך לא להיחשב לתקיפה.

דיני הנזיקין מסדירים פיצוי הן בגין תקלות והן בגין מעשים מכוונים. המתח שבין תקלות לבין מעשים מכוונים מייצר קשיי קלסיפיקציה. מתח זה נובע גם מהאופן שבו התפתח המשפט המקובל ועבר משיטה של אחריות חמורה לשיטה שמדגישה אשם, אך מותירה מקום לאיים של אחריות חמורה. בעיות אלו מתעצמות משום שבעולות הסגת הגבול נופל סט שלם של מצבים מגוונים, ובכלל זאת מקרים שבהם המזיק פעל במכוון על מנת לגרום לנזק, אך גם מקרים שבהם המזיק לא התכוון לעשות (במובן היום-יומי) מעשה מסיג גבול, אך המעשה התברר ככזה בדיעבד, וכן מקרים שבהם המזיק התכוון להסיג את הגבול אך עשה כן מתוך טעמים שאינם ראויים לגינוי, ואולי אפילו ראויים להערכה חברתית, כגון במסגרת פעולת הצלה. במובן זה כל אדם סביר היה פועל כך, ובכל זאת הכלל הנזיקי הוא כי על מסיג הגבול לפצות את הניזוק בגין הנזקים שהוא גרם לו.

הדואליות שבעולות הסגת הגבול הפרטיקולריות מבלבלת ומקשה את הניתוח המשפטי. מצד אחד אנו נדרשים למונח "כוונה", אך באופן שונה לחלוטין מזה המוכר במשפט הפלילי. מצד אחר, מהרגע שנמצא כי קיימת כוונה, האחריות בשל עולות אלו היא כמעט מוחלטת. גם אם פעולה מסוימת נתפסת כמעשה שאינו חורג מסטנדרט סביר כלשהו, עדיין יש בה כדי לזכות את הנפגע בפיצוי אפילו אם הוא עצמו לא התנהג בסבירות. באותם מקרים של הסגת גבול לא התיר המשפט המקובל למזיק לזקוף לטובתו אפילו הגנה של אשם תורם, מוחלטת או יחסית, וסט ההגנות שעמד לרשות המזיק היה מוגבל עד מאוד.

18 למשל בהקשר של הסגת גבול גורם המלומד פלמינג כי "Intentional invasions are actionable whether resulting in harm or not. Neither the intruder's motive is material nor the fact that his entry actually benefited the occupier" (JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS 40 (8th ed. 1992)).

גישת הריסטייטמנט בעניין זה היא כי "The interest in freedom from either form of contact or from the apprehension of it is so far a part of the other's interest in his bodily security that the intention to inflict an offensive contact or to create an apprehension of either a harmful or offensive contact is sufficient to make the actor liable for a harmful contact resulting therefrom, even though such harmful contact was not intended" (RST § 16 cmt. a) "The interest which one has in the inviolability of his person and, therefore, : RST § 18 cmt. g in freedom from unpermitted contacts which, while offensive to a reasonable sense of personal dignity cause no substantial or tangible bodily harm, is an interest of dignitary rather than of material value. As such, it is protected only against intentional invasion. The actor is not liable for an act which involves a risk, no matter how great and unreasonable, that it will cause only an offensive contact, although his conduct if it involved a similar risk of invading a materially valuable interest would be actionable negligence or even recklessness"

(א) אפיון ה"כוונה" ואפיון האחריות ב"עוולות כוונה" כאחריות חמורה

מכיוון שמושג ה"כוונה" יורד לשורש ההבחנה בין עוולות הסגות הגבול (על סוגיהן השונים) לבין עוולות הרשלנות, ועם זאת יש לו חלק גדול בבלבול הקונספטואלי שביניהן, ברצוני לומר כמה מילים על תפיסתו של מושג זה במסגרת דיני הנזיקין של המשפט המקובל, ועל משמעותה הנורמטיבית של אותה כוונה חממה.

אפשטיין מיטיב לאפיין דרישה זו של כוונה בעוולות הפרטיקולריות בתיאור ממעוף הציפור, מבלי להיכנס לפרטי העוולות השונות. לדבריו, במקרה הפרדיגמטי, בין זרים, בהיעדרה של מערכת יחסים חוזית או מערכת יחסים מיוחדת, אלמנט הכוונה פירושו שדי בכך שהנתבע עשה מעשה כלשהו – לא חשוב איזה, ואפילו לא חשוב אם נתקיים בו רצון לפגוע או לא. במילים אחרות, די כי הנתבע ביצע פעולה (acted at all).¹⁹ מטרת הגדרה זו היא לשלול את האפשרות שהעוולה נגרמה מתנועת גוף בלתי נשלטת. רצון לגרום לנזק או אפילו ליצור מגע גוף בשלב זה של גיבוש העוולה אינו רלוונטי לכינונה של כוונה נזיקית.

גם ברמת רזולוציה גבוהה יותר, בהתייחס לעוולות ספציפיות, מאפייניה של הגדרה כללית זו נשמרים. למשל, פלמינג בספרו את רכיב הכוונה בעוולה של הסגת גבול במקרקעין ככזה שמתקיים כאשר הנתבע חפץ להיכנס למקום מסוים גם אם אינו מודע לפגיעתו/התערבותו (interfering) בזכויותיו של אחר. דהיינו, לצורך ביסוס יסודות העוולה לא חשוב אם מסיג הגבול ידע שכניסתו למתחם כלשהו אינה מותרת, ואף לא חשוב אם האמין בתום לב ובסבירות כי הסגת הגבול המכוונת היא עניין של מה בכך (trifling matter).²⁰ כשהדברים אמורים בתקיפה גופנית, אומר פלמינג כי יש צורך שהמזיק יחפוץ במגע האופנסיבי²¹ – אופנסיבי מוגדר כמשהו שנופל מחוץ למוסכמות של חיי היום-יום בחברה נתונה, דוגמת נגיעה בכתף על מנת להסב את תשומת לבו של אדם – או לפחות ידע

19 בעניין זה ראו גם גישת הריסטייטמנט שלפיה על מנת לחייב בתקיפה יש צורך במעשה מכוון, וכי אם אדם שלישי נוטל את ידו של הנתבע ומכה באמצעותה בפרצופו של אחר, המעשה היחיד שנעשה הוא בידי אותו צד שלישי ולא בידי הנתבע. ידו של הנתבע היא מכשיר בלבד להגשתו מטרותיו של הצד השלישי, ועל כן רק הצד השלישי יהיה חייב בגין המגע המכוון באמצעות ידו של הנתבע (RST § 18 (cmt. b)).

20 FLEMING, לעיל ה"ש 18, בעמ' 40. פלמינג כמובן מציין כי במקרים של טעות, כאשר לא נגרם נזק, יינתנו פיצויים נומינליים בלבד, ועם זאת עדיין יש חשיבות להכרה הנזיקית של הפגיעה בזכות על מנת למנוע תביעה לזכות נוגדת במקרקעין מצד מסיג הגבול או אחרים.

21 על פי הריסטייטמנט, אין הכרח שיהיה מגע ישיר עם הגוף. ראו בעניין זה RST § 18 cmt. c: "Since the essence of the plaintiff's grievance consists in the offense to the dignity involved in the unpermitted and intentional invasion of the inviolability of his person and not in any physical harm done to his body, it is not necessary that the plaintiff's actual body be disturbed. Unpermitted and intentional contacts with anything so connected with the body as to be customarily regarded as part of the other's person and therefore as partaking of its inviolability is actionable as an offensive contact with his person"

שהוא יתרחש בוודאות גבוהה.²² גם לדבריו אין צורך שבכוונה של התוקף לגרום נזק גוף או אחר, שכן יסודות העוולה מתקיימים אף ללא נזק.²³ אף דובס סבור שדי בכוונתו של נתבע ליצור מגע גופני אשר אינו מקובל על התובע ואשר אינו מותר בחוק. כל מגע שחורג מגדר *ordinarily social usage* עלול להוות תקיפה, אלא אם כן התובע נתן סימנים שהוא מקובל עליו. גם בהקשר של הסגת גבול במקרקעין דעתו היא כי די בכוונה לכניסה למקרקעין כדי לקיים את יסוד הכוונה. כך, אם אדם מתכוון להיכנס לשטח הנתון בבעלות אחר על סמך הנחה שגויה ששטח זה שייך לו, או שיש לו זכות להיות במקום, הוא מבצע הסגת גבול ויהיה חייב בפיצוי נומינלי שיתווסף לכל נזק אחר שיוכח. בסבירות הכניסה אין כדי להשפיע על אפיונו של הנתבע כמסיג גבול.²⁴ גם אם הנתבע פעל בסבירות, עדיין יהיה חייב לשלם בגין הסגת הגבול. למרות זאת דובס מתחבט רבות בניסוח הגדרת הכוונה במסגרת עוולות הסגת הגבול. האם ראוי לאמץ את מבחן המטרה (purpose), הבוחן אם מטרתו של מסיג הגבול הייתה להיכנס לשטח (בניגוד לשאלה אם מטרתו הייתה להיכנס לשטחו של אדם אחר), או את מבחן הוודאות (certainty), הבוחן אם היה מודע לאפשרות שפעולותיו יביאו בסבירות גבוהה לכניסתו לשטח?²⁵ לגישתו של דובס, האחת יכולה לשמש תחליף לאחרת, אך יש צורך לבסס לפחות אחת מהן.²⁶ גם הוא סבור שלעוולות הסגת הגבול אפיון בינארי: "כן או לא", ובמקרים אלו לא נהוג לחלק את האחריות בין המזיק לניזוק. למרות כל הקשיים שבהגדרת מושג ה"כוונה" סבור דובס כי

- 22 לדוגמה, כאשר אני זורק אבן לכיוונה של קבוצת אנשים ביודעי שסביר כי תפגע באחד מהם.
 23 "[...] it is immaterial that the actor is not inspired by any personal hostility to the other, or a desire to injure him [...] One who plays dangerous practical jokes on others takes the risk that his victims may not appreciate the humor of his conduct and may not take it in good part. So too, a surgeon who performs an operation upon a patient who has refused to submit to it is not relieved from liability by the fact that he honestly and, indeed, justifiably believes that the operation is necessary to save the patient's life" (RST § 13 cmt. c) "לא מכוונת" ראו EPSTEIN, לעיל ה"ש 7, בעמ' 7-8, המתייחס בספרו לפרשת *White v. Univ. of Idaho*, 797 P.2d 108 (Idaho 1990). באותו מקרה הנתבע היה מורה לפסנתר שלימד תלמידה בביתה. בעודה יושבת ליד השולחן הגיח הנתבע מאחוריה ונגע בגבה בשתי ידיו בתנועת נגינה על פסנתר. בעקבות זאת נגרם לתובעת נזק קשה אך לא צפוי. מאוחר יותר התברר שכוונתו של המורה לא הייתה לגרום נזק. עם זאת התלמידה העידה כי גם ללא הנזק היא לא הייתה מסכימה למגע מסוג זה לו הייתה נשאלת. בית המשפט פסק כי בוצעה תקיפה, שכן די היה במעשהו המכוון של המורה על מנת לגבש את יסודות העוולה למרות תום לבו. באשר להסגת גבול מובאת הדוגמה של פרשת *Cleveland Park Club v. Perry*, 165 A.2d 485 (D.C. Cir. 1960). במקרה זה שחה ילד בן 9 בברכה של התובע, הכניס כדור גומי לפתח משאבת היניקה של הברכה ובכך גרם נזק גדול ולא צפוי. גם במקרה זה פסק בית המשפט כי נתקיימה העוולה, שכן הייתה כוונה להשלים את המעשה הגם שלא הייתה כל כוונה לגרום נזק.
 24 לביקורת על תפיסה זו ראו Avihay Dorfman & Assaf Jacob, *The Fault of Trespass*, 65 U. TORONTO L.J. 48 (2015).
 25 DOBBS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 100-101.
 26 "The term intent in trespass to land cases means what it means in other torts. The defendant intends an entry if it is his purpose to enter. He also intends an entry if he knows that his actions make entry substantially or virtually certain to follow"

לעוולות הכוונה שמורים תחומי חלות מוגדרים, וכי במצבים שבהם לא נתמלא יסוד הכוונה לא תיתכן אחריות בעוולות אלו.²⁷

נקודה נוספת שכדאי להבהיר בהקשר זה היא משמעות השילוב של האחריות החמורה במסגרת עוולת הכוונה. לכאורה יש סתירה בין השתיים – אם מדובר בעוולת כוונה, הרי שלכאורה אין מדובר באחריות חמורה, שכן מעצם הגדרתה אחריות חמורה אינה כרוכה באשם, ואילו כוונה מצביעה על קיומו של אשם, ואם האחריות חמורה, הכיצד נדרשת כוונה? לעניין זה יש לזכור כי מדובר בכוונה במשמעותה הייחודית שהוצגה קודם, וכי מספיק שהמזיק ביצע פעולה אף אם לא התכוון, או לא היה מודע לאפשרות, לפגוע בזכותו של אחר במסגרתה. לפיכך הגישה המקובלת היא כי “Viewed realistically [...], trespass as a remedy against dispossession is a tort of strict liability, vindicating a proprietary interest rather than a tort obligation”²⁸.

דובס מפנה בספרו למקורות המשפט המקובל, שהטיל אחריות חמורה במצבים שנכנסו בגדרן של הסגת גבול ושל תקיפה ומציין כי אף שגישה זו עדיין ניכרת בפסיקה, הוא נוטה לעמדה שכיום המשפט בארצות הברית מאמץ גישה מסויגת קצת יותר באשר לעוולת התקיפה, ולפיה –

“The gist of the battery is that the plaintiff has been touched, intentionally, in a way that she has not even apparently consented to and that is not justified by some generally recognized privilege”²⁹

27 שם, בעמ' 100: “the defendant is not liable for trespass when he enters by negligence, by accident, or without an act of his own. For example, if he is carried onto the land against his will, if his car goes out of control and runs onto the land, or if his golf game is bad and he slices a ball into the plaintiff's house, the defendant is no trespasser. In such cases, the defendant will be liable only if he is shown to have been negligent in causing the harm”

28 FLEMING, לעיל ה"ש 18, בעמ' 40. במקום אחר בספר הוא מסביר כי “every voluntary trespassory contact used to expose the actor to prima facie liability even though it happen accidentally or by misfortune” (שם, בעמ' 20).

29 DOBBS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 55. באותו הקשר הוא מציין כי “Battery today vindicates the plaintiff's rights of autonomy and self-determination, her right to decide for herself how her body will be treated by others, and to exclude their invasions as a matter of personal preference, whether physical harm is done or not” (שם, בעמ' 54). אני קורא את הניסוח המעורפל משהו של דובס כנובע מכך שהוא, כמו אחרים, דוגל בעמדה שלפיה התוקף ניזון מן ההתנהגות של המותקף, ועל כן במקרים שבהם ניתן להבין כי הייתה הסכמה לנגיעה, וכל אדם סביר היה סבור כן, אין להטיל את הסיכון כולו על התוקף, וראו Dorfman & Jacob, לעיל ה"ש 24. עם זאת על פי הכללים של המשפט המקובל, הסיכון לטעות באשר לרצון המותקף מוטל לפתחו של הנתבע. דברים אלו קיבלו ביטוי רב אף יותר במקרה של הסגת גבול במקרקעין או במיטלטלין. בעניין זה הגישה היא כי “Since the intent required to show a trespass is only an intent to enter land, and since that intent might be wholly innocent, the rules may sometimes impose a limited kind of strict liability [...] One possible case of theoretical strict liability is that of the innocent trespasser who enters the land in the reasonable belief that he has a right to be there [...] A second possible case of theoretical strict liability occurs if the

(ב) סיבתיות, היקף האחריות ומהות הפיצוי

בהבחנה שבין עוולת הרשלנות לעוולות האחרות במשפט המקובל כדאי לייחד כמה מילים גם לעניין אופן בחינת הקשר הסיבתי, היקף האחריות ומהותו של הפיצוי. הנטייה במשפט המקובל הייתה לבחון את הקשר הסיבתי ואת היקף האחריות במסגרת עוולות הכוונה בחינה רחבה מזו המקובלת בעוולת הרשלנות. למשל, פלמינג מציין כי מסיג גבול מכוון יהיה חייב באחריות חמורה בגין כל הנזקים המידיים והישירים שגרם בנוכחותו על הקרקע, גם אם הם נגרמו מהתנהגות אשר ברגיל לא הייתה יוצרת בסיס לאחריות.³⁰ בהקשר זה האחריות משתרעת הן על מעשים שגרמו לנזק הלכה למעשה והן על יצירת מצבים בעלי פוטנציאל סיכון, הגם שהמזיק לא היה מחויב בהם אלמלא הוגדר מסיג גבול. זאת ועוד, מסיג הגבול יהיה אחראי גם לנזק גוף שנגרם שלא ברשלנות. הדוגמה שמובאת להמחשת נקודה זו היא של אדם שנתקל בלילה בבעלים של הקרקע שמגיח לקראתו, מבלי שיש בהתנהגותו של מסיג הגבול אשם כלשהו בהיתקלות זו.³¹

המשפט המקובל הגביל בתחילת הדרך את האחריות בעוולות הכוונה למצבים שבהם נזק ישירות, אך במשך השנים הורחבה האחריות גם למצבים שבהם הנזק לא היה תוצאה ישירה של פעילות המזיק.³² זאת, מתוך מחשבה כי עצם המעשה אינו רצוי וראוי להרתעה. כמו כן הגישה הרווחת היא כי האחריות במקרה כזה אינה מוגבלת לנזקים צפויים בלבד, בדומה להגבלתה במסגרת עוולת הרשלנות, שכן "deliberate aggression should be deterred by carrying the risk of even accidental injury in the affray".³³ הרעיון מאחורי גישה זו הוא כי אם מדובר במעשה מכוון, ניתן להקל בדרישות הקשר הסיבתי, שכן הרצון הוא למנוע התנהגויות מסוג זה לחלוטין.³⁴ הקושי כמובן בטענה זו הוא כי לצד מקרים שבהם מסיג הגבול פעל במכוון כפי תפיסת המונח במשפט הפלילי, יש מקרים שבהם הוא ייחשב למסיג גבול גם אם עשה כן בטעות, שאז לכאורה אין בפסול שבהסגת הגבול כשלעצמה כדי להצדיק את הטלת האחריות למעשים שאינם נגועים ברשלנות.

trespasser exploits the land or its resources in the innocent and reasonable belief that he is
entitled to do so" (DOBBS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 101).

FLEMING, לעיל ה"ש 18, בעמ' 40.

ש.ם.

"Under the rule stated in this Section, the actor's liability includes liability for offensive contacts which are intentionally caused, irrespective of whether they result directly or indirectly from the other's conduct, while the common law action of trespass for battery required the offensive contact to result directly from the actor's conduct" (RST § 18 cmt. a)

FLEMING, לעיל ה"ש 18, בעמ' 25. מובן שהאחריות אף אינה מוגבלת למצבים שבהם התרחשה פעולה אגרסיבית.

מעניינת בעניין זה היא הדוגמה המובאת בריסטייטמנט: "A is playing golf. B, his caddie, is inattentive and A becomes angry. Intending to frighten but not to harm B, A aims a blow at him with a golf club which he stops some eight inches from B's head. Owing to the negligence of the club maker from whom A has just bought the club, the rivet which should have secured the head is defective, though A could not have discovered the defect without removing the head. The head of the club flies off and strikes B in the eye, putting it out. A is subject to liability to B for the loss of his eye" (RST § 16 cmt. a)

ומה באשר לפיצוי? במקרים שבהם יוכח נזק בפועל, הרי שבדומה לעולות הרשלנות, גם במסגרת עולות הכוונה יינתן פיצוי. זאת ועוד, במקרים רבים נטה המשפט המקובל לפסוק בסיטואציות כגון אלו גם פיצוי עונשי מתוך שיקולים של הרתעה הדומים לאלו שצוינו לעיל, ועוד ארחיב בהם בהמשך. ואולם, בהקשר זה נוצרה בעיה פרקטית במקרים שבהם לא נגרם כלל נזק, שכן בהיעדר נזק, כיצד יינתן פיצוי? על הפתרון התאורטי של נקודה זו ארחיב בפרק הבא, אולם כאן ברצוני להתייחס להיבט הדוקטרינרי. המשפט המקובל מצא דרכים להעניק פיצוי בגין עולות אלו גם בהיעדרו של נזק פיזי. שתי דוגמאות מובילות בהקשר זה הן תקיפה והסגת גבול. למשל, דובס מייחד בספרו דיון לפיצוי שאותו התובע יכול לקבל בשל תקיפה גם כאשר לא נגרם לו נזק גוף. הוא מכנה פיצוי זה בשם המוכר לנו במסגרת המשפט הרווח – "נזק דיגניטרי"³⁵. במצבים שבהם עולות הסגת הגבול אינה גורמת נזק פיזי, הכלל המסורתי היה שהתובע יכול לקבל פיצוי נכבד ולא רק נומינלי. דובס רואה זיקה רעיונית בין נזק זה לבין התפיסה של נזק נפשי (mental distress) בהבדל אחד – בעניינו של נזק דיגניטרי אין נדרשת הוכחה. בעניין זה הוא אומר כי "The invasion of the plaintiff's rights is regarded as a harm in itself and subject to an award of damages"³⁶. נזק דיגניטרי זה, לדבריו, מצטרף לנזקים אחרים – פיזיים או נפשיים. זאת ועוד, המשפט המקובל הכיר לא אחת במקרים אלה גם בפיצוי על דרך של שלילת רווחי המזיק והעברתם לידי הניזוק. פיצוי מסוג זה, הלקוח מהעולם הרעיוני של דיני עשיית עושר, לא רק יכול לשפר את מצבו של הניזוק אלא אף מחזק מאוד את ממד ההרתעה, שכן בכל מקרה המזיק יפסיד את תועלתו מהפעולה העולתית, דבר שאמור לעקר כל מוטיבציה מצדו לעשותה מלכתחילה.³⁷ נוסף על כך, במקרי תקיפה גם נגיעה מיטיבה יכולה לזכות את הנפגע בפיצוי, אך בקביעת סכומו יש להתחשב כמובן בעצם ההטבה.³⁸

(ג) הגנות

נקודה אחרונה בהשוואה בין עולות הרשלנות לעולות הפרטיקולריות במשפט המקובל היא בעניין ההגנות. להבחנה בין עולות כוונה לעולות שאינן כאלה הייתה חשיבות לא רק לעניין משטר האחריות שחל על המזיק אלא גם לעניין ארסנל ההגנות שהמזיק היה יכול לזקוף לזכותו אם הוטלה עליו אחריות, ובמיוחד הגנת אשם תורם והסתכנות מרצון. בעניין זה הגישה האורתודוקסית הייתה כי במקרה של הסגת גבול אי אפשר היה לייחס לחובת הניזוק הגנה של אשם תורם.³⁹ גישה דומה הייתה נהוגה גם בהקשר של הסתכנות מרצון.⁴⁰

35 Dobbs, לעיל ה"ש 7, בעמ' 79–80.

36 שם, בעמ' 79.

37 להרחבה ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 Nw. U. L. Rev. 1823, 1845–1849 (2009). יש לציין כי השימוש בשלילת רווחי המזיק כפיצוי אינה עניין של מה בכך משום שייחנן שבניגוד לרציונלים המקובלים של דיני הנזיקין, שהניזוק יקבל פיצוי העולה על הנזק שנגרם לו ולמעשה ירוויח מהפגיעה. לכן ייעשה בו שימוש רק במקרים שבהם המשפט יבקש להעניק הגנה מוגברת לזכות מסוימת.

38 אריאל פורת "אחריות מופרזת, קיוו סוכונים ורפואה מגנתית" עיוני משפט ל 9 (2006).

39 ראו RST § 481, שם מצוין כי בעולות כוונה לא תשמש רשלנותו התורמת של הנפגע הגנה לפוגע: "The plaintiff's contributory negligence does not bar recovery against a defendant for a harm

למשל, אם אדם יצעד בגפו בשעת לילה בסמטה חשוכה ויותקף לא יראה בכך המשפט המקובל מעשה של הסתכנות מרצון או אף כזה שיש בו אשם תורם. עם זאת לרשות המזיק מסיג הגבול עמדו במשפט המקובל הגנות ייחודיות שפטרו אותו מאחריות בשל ביצוען של עוולות מכוונות במקרים שבהם נתמלאו יסודות ההגנות.⁴¹ אם כן, התפיסה המסורתית של העוולות הפרטיקולריות ועוולות המסגרת במסגרת המשפט המקובל הייתה שונה, הן מבחינת המקרים הפרדיגמטיים שאותם הן נועדו להסדיר והן מבחינת אופן ההסדרה השונה שהן מציעות. לפי שורש ההבחנה ביניהן, השואב ממושג ה"כוונה" שהוסבר לעיל, הוצע במסגרתן טיפול דוקטרינרי הנבדל מבחינת הקשר הסיבתי, באופי והיקף האחריות ואף בסט ההגנות המוצע למזיק. הבחנות אלה מקורן בהתפתחות ההיסטורית השונה של כל אחת מן העוולות, אך יש להן גם עוגן תאורטי מוצק, כפי שאראה בפרק הבא.

ב. ניתוח תאורטי, צדק מתקן ושיקולי יעילות

לאחר שבפרק הקודם עמדתי בקצרה על האופן שבו התפתחו עוולות הכוונה ועוולות הרשלנות, על הטיפול הדוקטרינרי השונה שהיה שמור לכל אחת מהן ועל התנאים השונים שנדרשו במסגרתן לשם ביסוס האחריות הנזיקית, בפרק זה אעמוד על ההיגיון התאורטי שמסביר את ההבחנות הנהוגות במשפט המקובל.

1. שיקולי צדק מתקן

אפתח בהבחנה שבין עוולות הכוונה לעוולות הרשלנות כפי שהיא באה לידי ביטוי במסגרת שיקולי צדק מתקן. שיקולי צדק מתקן עשויים לסייע בהבחנת שוני מהותי בין עוולות הכוונה לעוולות הרשלנות. כפי שאראה להלן, הוויתור על השימוש בעוולות הפרטיקולריות גורם לאבדן חלק ניכר מאופי ההגנה הנזיקית בהיבט של צדק מתקן. דומה שאת אחד הטיעונים המעניינים בהקשר זה מעלה המלומד ג'ולס קולמן.⁴² קולמן מבחין בין אינטרסים, אינטרסים לגיטימיים וזכויות. הוא שומר את הקטגוריה המוסרית של נזק (harm) למקרים שבהם נפגע אינטרס לגיטימי של הנזוק לעומת "סתם" אינטרס. אולם לגישתו, לאנשים יכולים להיות אינטרסים לגיטימיים רבים ומגוונים, אך אלו אינם מגיעים בהכרח לכלל זכויות, ועל כן לא תמיד יהיו מוגנים במערכת המשפט. לדוגמה, אם מבקר ספרותי מבקר את ספרי ביקורת לא אוהדת, הוא פוגע באינטרס לגיטימי שלי, אך ברוב המקרים לא אהיה, מסיבה זו בלבד, זכאי לפיצוי. בדומה לזה לא אהיה זכאי לפיצוי אם אקדמאי אחר יוציא ספר מתחרה, הגם שבכך הוא יפחית את המכירות של ספרי ויפגע בצפי

caused by conduct of the defendant which is wrongful because it is intended to cause harm to some legally protected interest of the plaintiff or a third person"

40 ראו JBG/Twinbrook Metro Ltd. v. Wheeler, 697 A.2d 898, 908 (Md. Ct. App. 1997), שם נקבע כי הסתכנות מרצון אינה הגנה מפני עוולת הכוונה של הסגת גבול.

41 להרחבה ראו EPSTEIN, לעיל ה"ש 7, פרק 2, בעמ' 39-67.

42 JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS (1992).

לרווחי העתידיים.⁴³ קולמן סבור כי פגיעה באינטרס כשלעצמה, ואפילו מדובר באינטרס לגיטימי, עדיין אינה מנביעה פיצוי נזיקי, וודאי שלא פיצוי משיקולים של צדק, אם אינטרסים אלו אינם עולים לדרגת זכות.⁴⁴ עם זאת מכך לדעתו אי אפשר לגזור שתמיד יש לשלול פיצוי בגין פגיעה באינטרס לגיטימי. הוא סבור שלפגיעה באינטרס שכזה צריך להצטרף רכיב נוסף על מנת שיהפוך את התנהגות המזיק לעוולתית. במקרה שהפגיעה היא עוולתית, תינתן הגנה. למשל, אם הביקורת פוגעת באינטרס שלי בהציגה במודע את הדברים שכתבתי בצורה מעוותת או מעניקה אינטרפרטציה לא נכונה של הטקסט, היא יכולה להפוך את הנזק לעוולתי, שכן מצטרף אליה אותו רכיב נוסף נדרש.⁴⁵

קולמן מנגיד בין אינטרסים לגיטימיים לזכויות לפי התייחסותה של המערכת הנזיקית לכל אחד מהם.⁴⁶ לגישתו, לעתים אינטרסים לגיטימיים הם כה חשובים, עד כי הם מועלים לדרגה של זכות. משמעות קידומם לדרגת זכות היא בין היתר כי נזקים שנגרמים ממעשים שמנוגדים למגבלות שנובעות מהזכות ובמסגרת מרחב המחיה שלה, יש לתקנם בשל שיקולי צדק מתקן ללא צורך בכל רכיב נוסף.⁴⁷ על כן זכויות נבדלות מאינטרסים לגיטימיים, בין היתר בסוג ההגנה הניתנת להם ובטיבה.⁴⁸ מדבריו של קולמן ניתן להבין כי החלוקה לאינטרסים, לאינטרסים לגיטימיים ולזכויות איננה תוצר פנימי של הגיונות דיני הנזיקין דווקא כי אם נגזרת של תפיסות חברתיות חיצוניות בדבר ערכים הראויים להגנה, התלויות בזמן ובמקום. דיני הנזיקין אמורים לשקף תפיסות אלה, ועל פיהן ליצור מעטפת הגנה המותאמת לכל סט של ערכים מוגנים.⁴⁹

אם כן, לגישתו של קולמן פגיעה באינטרסים "סתם", שלא כבאינטרסים לגיטימיים, אינה מקנה לנפגע זכות תביעה מטעמים של צדק מתקן (לדבריו, ייתכן כי כן תינתן לו עילת תביעה מטעמים אחרים, כגון אכיפה פרטית). לעומת זאת פגיעה באינטרסים לגיטימיים יכולה להנביע זכות תביעה שכזו, אך לא חייבת לעשות כן. כך, על פי הטיעון, תחרות הוגנת שפוגעת באינטרסים של הגורם שבו מתחרים לא תיחשב בהכרח לפגיעה עוולתית. רק פגיעה העומדת בקריטריון של פגיעה לא מוצדקת באינטרס לגיטימי תזכה את הנפגע בזכות לתבוע משיקולים של צדק מתקן. זכויות נבדלות מאינטרסים לגיטימיים בכך שפגיעה בהן

43 שם, בעמ' 330–331.

44 שם.

45 שם.

46 שם.

47 רכיב נוסף כדוגמת חוסר סבירות, כוונה לפגוע וכדומה, כפי שיוסבר בהמשך.

48 COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 330–331.

49 שם, בעמ' 199–211, 299–301. דוגמה לכך ניתן לראות בשינוי שחל בפקודת הנזיקין בהגנה הנזיקית שקיבלו בעבר הורים ומחנכים אשר הכו את ילדיהם כאמצעי חינוכי, שבאה לידי ביטוי בס' 24(7) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 (להלן: הפקודה בנוסחה המקורי), שעסק בהגנה עובר לחוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 9) התש"ס–2000 (להלן: תיקון מס' 9). ניתן לומר כי הגנה זו שיקפה את העובדה שהאינטרס של ילדים בהגנה מפני תקיפה גופנית היה בעבר "רק" אינטרס לגיטימי. עם חלוף הזמנים ושינוי התפיסה החברתית בעניין גדל משקלו והלך עד כי קיבל מעמד של זכות, דבר שבא לידי ביטוי בהסרת ההגנה האמורה מהפקודה.

מקנה לנפגע זכות תביעה משיקולי צדק מתקן, בין שהתנהגות הפוגע ניתנת להצדקה (Justifiable) ובין שלא.⁵⁰

על פי ההבחנה לעיל עורך קולמן בכתביו הבחנה בין wrong ל-wrongdoing⁵¹. או אשר יקנה זכות לניזוק במקרים שהפגיעה באינטרס שלו הייתה לא מוצדקת או אסורה באופן אחר – הוא מעשה שראוי לגינוי, ואילו wrong משמעותו פגיעה בזכות. פגיעה זו יכולה לנבוע ממעשה שראוי לגינוי חברתי, אך גם מהתנהגות שאינה ראויה לגינוי. קולמן מכנה אותה במקרה זה "הפרה"⁵². דהיינו, המעוול יכול לעשות את הדבר הסביר, אך עדיין להיות חייב בפיצוי משיקולי צדק מתקן משום שמעשיו גרמו להפרת זכותו של הניזוק. הדוגמה שהוא נותן היא של א', חולה סוכרת, אשר לוקח את האינסולין שבבעלותו של ב' על מנת למנוע מעצמו להיכנס למצב של עילפון. מעשהו זה של א' הוא אולי ברה-הצדקה, אינו ראוי לגינוי מוסרי, וייתכן אפילו שכל אדם סביר היה פועל כך, אך מדובר במעשה שפוגע בזכותו של ב', ועל כן קמה לו זכות לפיצוי. אין מדובר כאן בתקלה אלא בפגיעה מכוונת בזכות, הגם שניתן להצדיקה.⁵³ קולמן מבקש להדגיש, כפי שהובא בפרק הקודם, כי יש להיזהר בהגדרתה של הכוונה. הוא מציין כי ההגדרה של התנהגות עוולתית מכוונת במסגרת דיני הנזיקין היא מטעה, שכן המזיק מבצע עוולה אם הוא מתכוון לבצע מעשה, אשר לפי תיאורו הנכון בעולם המציאות הוא עוולתי, בין שהאמין שהמעשה הוא עוולתי ובין שלא, בין שהיה מבצע אותו לו ידע שמדובר במעשה עוולתי ובין שלא.⁵⁴ דהיינו, הגדרת הכוונה במקרים אלו אינה ההגדרה המוכרת מן המשפט הפלילי. לגישתו של קולמן, עקרונות של צדק מתקן מחייבים הטלת חובה בגין נזקים עוולתיים, ואלו יכולים לנבוע ממעשה שהוא wrong או wrongdoing, כלומר ממעשה של פגיעה בזכות או ממעשה של פגיעה לא מוצדקת באינטרס לגיטימי.⁵⁵

לפי קולמן, מרבית הנזקים נגרמים כתוצאה מתאונות ונבחנים לפי כלל הרשלנות, אשר בוחן באופן אובייקטיבי אם המזיק כשל מלעמוד בקריטריונים של המזיק הסביר.⁵⁶ במצבים אלו ההתנהגות תזכה בפיצוי רק אם יוכח כי מלבד הפגיעה באינטרס הלגיטימי יש רכיב

50 COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 331.

51 שם.

52 שם, בעמ' 334 : "Some wrongs are infringements, that is, permissible or justifiable invasions of rights"

53 שם, בעמ' 332.

54 שם, בעמ' 333 : "Intentional misconduct in torts is somewhat of a misnomer in that an injurer is said to have committed an intentional tort if she intends to commit an action that is, under some true description of it, wrongful, whether or not the actor herself believed the act to be wrongful or would have desired to perform it had she has known or believed it to be" (ההדגשה – א").

55 שם, בעמ' 335 : "Wronging [and not wrongdoing] can sometimes create wrongful losses even in cases of justifiable conduct. In cases of wronging, neither the absence of blame nor the presence of praiseworthiness is sufficient to defeat a claim that a loss is wrongful. The wrongfulness of the loss derives from the fact that the conduct is a wrong, and the conduct is a wrong just because it is invasive of a right"

56 שם, בעמ' 218.

נוסף והוא חוסר סבירות ההתנהגות. לגישתו, כשהדברים קשורים לעולות הרשלנות ולתאונות, הכשל מלעמוד בקריטריונים של האדם הסביר הוא שהופך את ההתנהגות לעולתית.⁵⁷ לעומת זאת במקרים של פגיעה בזכות משטר האחריות הוא כזה של אחריות חמורה, שכן משיקולי צדק לא חשוב מדוע הדברים נעשו, ובלבד שנעשו. משטר זה של אחריות מוגברת נותן הגנה רבה יותר לנפגע. התעלמות מעוולות הכוונה משטיחה את הזכויות או מצמצמת אותן במובן זה שמעבירים אותן לפרדיגמה של wrongdoing, שדורשת אלמנטים נוספים לשם הצדקת הפיצוי. זכויות, שהן בעלות אופי קנייני, מעניקות לבעליהן את הזכות להדיר או להחריג אחרים. במקרים אלו הרצון החברתי שואף לאישור מראש ולא בדיעבד. הפיצוי בדיעבד אינו מכשיר את הפעולה ex ante.⁵⁸

אם לסכם, לגישתו של קולמן התנאים להטלת האחריות הנזיקית תלויים במקור העולות של הנזק שנגרם לניזוק. קיימות שתי דרכים שבהן התנהגותו של אדם יכולה לגרום לנזקים עולתיים (wrongful losses) – האחת בביצוע wrong והשנייה בביצוע wrongdoing. Wrongdoing דורשת אשם (fault) כתנאי להטלת אחריות, אך לא כן wrong. רעיון מרכזי בקונספט של wrongdoing בניתוח של צדק מתקן הוא כי המעשה נגרם בגין סטייה מנורמת התנהגות הולמת, כזו שאמורה לשקף את ערכי המקום והתקופה ולהיות מקובלת על הצדדים. כאשר אחריות הפוגע נגזרת מ-wrongdoing, חבותו תלויה בהתקיימות כל הפרמטרים האלה: בנתבע נתקיים אשם; האלמנט שהופך את התנהגותו של הנתבע לעולתית קשור סיבתי "בדרך הנכונה" לנזק;⁵⁹ והנזק שנגרם לניזוק הוא בתחום הסיכונים אשר הפכו את התנהגותו של הפוגע לעולתית.⁶⁰ תנאים אלו אמנם נדרשים לשם הטלת אחריות, אך לדעת קולמן אינם בהכרח מספיקים. למשל, הוא מוסיף כי לעתים יידרש אלמנט של צפיות או צפיות סבירה כתנאי נוסף להטלת האחריות.⁶¹ כל הנאמר עד כאן לא רלוונטי למקרים של wrongs שנובעים מהפרת זכויות ושבהם אין צורך באשם. במקרים אלו

57 שם, בעמ' 333–334.

58 שם, בעמ' 343: "in the theory of strict liability, rights are to be understood as protected spheres of autonomy or control. Property rules empower right holders to exclude and to alienate. These are ways of expressing individual autonomy. Legitimate transfer within rights must respect individual autonomy." בעזרת היגיון זה ניתן אף להסביר את ההבחנה שנעשתה בס' 10 לפקודת הנזיקין, הקובעת כי בניגוד לאדם, תאגיד אינו יכול לקבל פיצויים בגין עוולה שנגרמה לו אלא אם גרמה לו נזק. כפי שמסביר אהרן ברק במאמרו "מעמד התאגיד בנוזיקין" הפרקליט כב 198 (1966), הוראה זו מיותרת כאשר הדבר נוגע לעולות אשר קיומו של נזק הוא אחד מהיסודות להתגבשותן, ומכאן שהיא מתייחסת לאותן עולות שבהן ההתנהגות כשלעצמה היא עוולה, ללא ההזדקקות לקיומו של רכיב נוסף כדוגמת נזק, כפי שהדבר בא לידי ביטוי ברבות מהעולות הפרטיקולריות. ניתן לומר כי ההבחנה בין תאגיד לאדם בהקשר זה נובעת מתפיסה חברתית המתייחסת אחרת לכל אחד מהם – לאדם כיצור אוטונומי וכנשא של זכויות הראויות להגנה קניינית ואפשרות להדרה של הזולת לעומת תאגיד חסר את אותם המאפיינים (פורסם גם באהרן ברק מבחר כתבים כרך ב 1189 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)).

59 COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 346: "In order for the loss to be his fault, the loss must be connected in the appropriate way with that aspect of his conduct that is at fault"

60 שם.

61 שם, בעמ' 347.

די בכך שהנזק נגרם כתוצאה מאותם אספקטים שהופכים את התנהגות המזיק לכוזר שפולשת למתחם הזכות. במובן זה עוולת הרשלנות והנזק שנגרם בגין ההתרשלות הם בגדר מעשה שהוא wrongdoing, ועל כן החיוב בפיצוי משיקולי צדק מתקן נגזר בין היתר מהתשובה לשאלה אם הפעולה הייתה סבירה או לא. מנגד, העוולות הפרטיקולריות ה"קלאסיות" (אם תרצו – הקנייניות) מתייחסות לפגיעה כאל פגיעה בזכות, ועל כן גם אם זו מוצדקת מבחינה מוסרית או ראויה להערכה משיקולים חברתיים רחבים יותר, עדיין קמה לניזוק זכות לפיצוי.⁶²

הבחנה זו מסבירה גם את הפער שבין תקלה לבין מעשה מכוון. עוולת הרשלנות נועדה לחול על מקרים של תקלה, תאונה אשר בעקבותיה יש צורך להקצות את המשאבים בצורה הנכונה. לעומת זאת עוולות הכוונה מתייחסות למונחים של נטילה פרטית ומניחות בדרך כלל קיומו של שוק חלופי. במצבים אלו החברה רוצה שהצדדים יגיעו לעסקה בשוק שמשקפת את רצונותיהם הסובייקטיביים לסחור בטובין הניטלים, בלא שיהיה צורך להעריך בדיעבד מהם רצונות אלו, ובייחוד כאשר פעמים רבות קיים קושי אובייקטיבי לשקול אותם זה מול זה.⁶³

דוגמה קלאסית בהקשר זה היא פסק הדין המפורסם בעניין Vincent.⁶⁴ באותו מקרה, בעל ספינה עגן סמוך למזח פרטי בידעו כי אם לא יעשה כן יהיה הנזק שייגרם לספינתו גדול מאוד אך ידע גם כי עגינת הספינה תביא קרוב לוודאי לנזק למזח, הגם שיהיה קטן מן הנזק לספינה. ניתוח על פי עוולת הרשלנות בלבד וקריטריונים של סבירות היה מוביל למסקנה כי

62 שם, בעמ' 191, 300.

63 ניתן להסביר הבחנה זו באמצעות הטענה שיש ערכים, מערכות יחסים וטובין אנושיים שאינם בני-השוואה, שכן אנשים שונים נבדלים בהערכתם אותם (incommensurability). עם אלה ניתן למנות זכויות מסוימות שאינן בנות-השוואה, שכן אם נאפשר הצמדה שלהן למדד השוואתי כלשהו נקבע להן "תג מחיר", הן יאבדו חלק ממשמעותן. היגיון זה יכול להסביר מדוע עוולות הכוונה ועוולות התקלה מנביעות תוצאות שונות: עוולת הרשלנות היא כלי המשמש למצבים שבהם מבחינה חברתית אנו מוכנים מראש לכמת פגיעה בכסף, שכן מדובר בתקלה שנגרמה אגב פעילות רצויה שבה משתתף הציבור, ופעמים רבות אף הנפגע עצמו, בהיחשפו לסיכונים שונים. השאלה אם הפגיעה הייתה "מוצדקת" (אם נגרמה ברשלנות או לא) ומה גודלה תיקבע באופן שישקף בדיעבד את "מחיר השוק" של הפגיעה, בהבאה בחשבון אינטרסים חברתיים חיצוניים לצדדים; זאת לעומת עוולות הכוונה המשמשות מבחינה חברתית להגנה על זכויות שמבחינה מהותית ואקספרסיבית איננו מעוניינים להציבן במדד השוואתי זה משום שלפחות בזה הן אינן בנות-השוואה. מכיוון שפיצוי כספי הוא האמצעי המרכזי העומד לרשות דיני הנזיקין בבואם לטפל בנזק שנגרם מהתנהגות פוגענית, כאשר מדובר בעוולות כוונה ההתייחסות לפיצוי תהיה כמשקף את המחיר הסובייקטיבי של הפגיעה עבור הניזוק, לאחר שסבל מנטילה פרטית מצד המזיק ולעתים אף את הרווח שנגרם למזיק, והוא לא ישווה למחיר השוק הנגזר ממדדים חיצוניים לניזוק (Cass R. Sunstein, *Incommensurability and Valuation in Law*, 92 MICH. L. REV. 779, (1994) 843–845). מסיבה זו אף יוטל במקרים הראויים במסגרת זאת פיצוי עונשי בשל עצם הפגיעה בזכות (ואולי אף תגובה העולה ב"אחות תאומה" – עבירה פלילית). זאת ועוד, במקרים המתאימים כאשר העוולה בהתהוות או נמשכת, אף יינתן צו מניעה. הבחנה זו בין האופן שבו מנותחת עוולת הרשלנות לאופן שבו מנותחות העוולות הפרטיקולריות נובעת אף היא מהעובדה שדיני הנזיקין מטרתם לשקף הבנות חברתיות חיצוניות ולהציע דרך להביאן לידי ביטוי, וראו COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 211–199, 299–301.

64 Vincent v. Lake Erie Transp. Co., 124 N.W. 221 (Minn. 1910).

התנהגות המזיק הייתה סבירה וכי פעל כראוי ביישום העיקרון המצוי בנוסחת LH. ואולם, בית המשפט חייב בכל זאת את המזיק על הנזקים שגרם למזח בעגינת ספינתו. בית המשפט בחר במקרה זה במשטר של אחריות מוגברת. בחינת הסיטואציה לפי עוולת הרשלנות הייתה משטיחה את זכותו של בעל המזח, שכן הייתה מאפשרת את הפגיעה אשר נעשתה בסבירות. אנשי הצדק המתקן מסבירים כי פסיקתו של בית המשפט מוצדקת, בין היתר משום שסיטואציה זו מאפיינת את הליבה של מערכת היחסים ה"סגורה" בין המזיק לניזוק, וכי במקרים כאלו על המזיק לפצות את הניזוק בשל הפגיעה המכוונת בזכות. פרשת Vincent היא נקודה טובה לעבור לבחון את הסיטואציה גם באספקלריה של הניתוח הכלכלי.⁶⁵

2. ניתוח כלכלי

פרשת Vincent זכתה להתייחסות במאות ואולי באלפי מאמרים, ואין ברצוני ואף לא ביכולתי לסקור את כולם במאמר זה. אין ברצוני אלא לקחת את הדוגמה העובדתית שעליה מושתת פסק הדין ולהראות כי הניתוח של העוולות הפרטיקולריות מבחינה כלכלית יניב תוצאה שונה משיניב הניתוח ה"רגיל" של עוולת הרשלנות או של משטר אחריות מוחלטת מסוג No fault, דוגמת זה הנוהג בישראל בהקשר של תאונות דרכים. לכאורה, פרשת Vincent מעמידה את זרם הניתוח הכלכלי של המשפט בפני דילמה. אם בעל הספינה פעל בסבירות, מדוע יש לחייבו באחריות? אם סבורים שתפקידם של דיני הנזיקין הוא להכווין התנהגויות ולגרום שאנשים יפעלו ביתר זהירות כאשר ראוי לכלית לעשות כן, הרי שבהתנהגות המזיק במקרה זה לא נפל פגם. האם אלו הם המקרים שבהם ירצו דיני הנזיקין להטיל אחריות או לשנות את ההתנהגות? האם יש רצון או צורך לתמרץ את המזיק לפעול אחרת? ניתן להעלות טענה שלפיה דווקא הטלת אחריות במקרים דוגמת Vincent, שם התנהג המזיק בסבירות, עלולה לגרום למזיק לעשות את הדבר הלא נכון מבחינת חברתית, להגדיל את מספר הנזקים ולהקטין את עוגת הרווחה המצרפית. על כך יענו אנשי הניתוח הכלכלי כי משטר של אחריות שאינה תלוית-אשם אינו גורם דווקא להתנהגות שאינה יעילה. הטלת אחריות מסוג No fault במקרים של תאונות תייצר תוצאות טובות גם אם המזיק יצטרך לשלם תמיד, שכן הוא שיחליט אם תוחלת הנזק שצפויה מן התאונה תהיה גדולה מעלות אמצעי הזהירות. גם אם המזיק ידע שהוא משלם על הנזק שנגרם בכל מקרה, היינו גם כשהוא נוהג בסבירות, עדיין יהיו בידיו התמריצים הנכונים, שכן אם הוא יעריך שתוחלת הנזק גדולה מעלות אמצעי הזהירות, הוא ינקוט אותם.⁶⁶ למשל, אם המזיק סבור כי הוא יכול למנוע נזק של 100 לספינתו בקשירתה לרציף

65 במיוחד משום שבגין מרכזיותו של פסק הדין הוא זכה לבחינה מעמיקה מצד מלומדים נויקיים "משני עברי המתרס" האינסטרומנטלי וזה שאינו אינסטרומנטלי. ראו לדוגמה, Oren Bar-Gill & Ariel Porat, *Harm-Benefit Interactions*, 16 AM. L. & ECON. REV. 86 (2014); Robert E. Keeton, *Conditional Fault in the Law of Torts*, 72 HARV. L. REV. 401 (1959).

66 ניתן לקשר זאת לרעיון "ההרתעה הכללית" שאותו מפתח קלברוזי בחיבורו GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 68-94 (1970). הרתעה זו מבוססת על הרעיון שהמזיק תמיד יישא בסך כל נזקי פעילותו ובעלויות מניעתם. במצב זה המזיק ינסה תמיד

ולשלם נזק של 30 לבעל הרציף כאשר ייגרם נזק, הוא יפעל כך גם במשטר של אחריות שאינה תלוית-אשם, שכן כך ימזער את נזקיו. משטר אחריות זה, במיוחד אם הוא משולב בהגנה של אשם תורם מצד הניזוק – שישקף את יכולתו היחסית של הניזוק להקטין את הנזק ויפחית את הפיצוי שהניזוק יקבל אם לא מימש את יכולתו זו – יהיה יעיל, ויש שיאמרו אף זול יותר לתפעול. הוא גם יביא את המזיק לצמצם את פעילותו לרמה האופטימלית, ואף בכך להפחית את סך העלויות והתאונות החברתי.⁶⁷

ובכן, מדוע ניתוח זה בעייתי בהינתן העובדות של פרשת *Vincent*? הסיבה היא שניתוח זה נכון לתאונות, שם משטר האחריות המוגברת משמש תחליף ראוי למשטר של רשלנות. הרעיון שמאחורי הסדרת נזקים אגב תאונות הוא כי בעיקרון הפעילות ראויה מבחינה חברתית, ואפשר להמשיך בה כל עוד נעשים מאמצים לצמצום הנזקים הנגרמים, ותועלתה של הפעילות גדולה מנזקה.⁶⁸ עוולות הכוונה משתייכות לזן אחר של מצבים, המכוסים בחלקם גם במשפט הפלילי. בסוגה זו הרצון הוא להגן על הניזוק מפני פגיעה מכוונת וחד-צדדית בזכויותיו – יהיו אלו קשורות לגוף (תקיפה וכליאת שווא) או לרכוש (גזל), הסגת גבול עיכוב מיטלטלין וכו').⁶⁹ הניתוח הכלכלי מסביר כי במקרים אלו, בשל חשיבותן של זכויות הניזוק ואופן הפגיעה בהן, קיים רצון לפעולה ב"מסגרת השוק". המקרים הפרדיגמטיים המוסדרים בקטגוריה זו הם אלו שבהם יש לצדדים יכולת לתקשר לפני התרחשות הנזק. הגישה היא כי יש לתת לניזוק להביע את רצונו הסובייקטיבי בנוגע לפעילות תחת קביעת סטנדרטים חיצוניים שאינם בהכרח משקפים את רצונו של הניזוק, ובמקרים רבים הם אך ורק ניחוש בדיעבד.⁷⁰

כך, הסדרת הסיטואציה שבה מישוהו מחליט להסיג את גבולי (ללא קשר לשאלת הרצון להזיק או לפגוע ב) שונה מהסדרת מצב שבו אדם מעד עם אופניו ונפל לתוך החלקה שבבעלותו. בדומה לזה, ניתוח שביצע רופא בגופי הוא מצב שונה מזה שבו נפל סכין המנתחים מידי של הרופא וחתך אותי באיבר שבו לא היה צורך בטיפוּל. ההבדל הוא בין תאונה לבין מצבים שבהם הצדדים יכולים להגיע לעסקה או להסדרה מוקדמת של הפעילות. הוא טמון ביכולתם של המזיק ושל הניזוק להגיע להסכמה שתשקף את ההעדפות הסובייקטיביות שלהם, שבהגדרה אינן סבירות, שכן הן אינן משקפות ממוצע כלשהו.

לצמצם למינימום האפשרי את הנזקים, שכן הוא צפוי להפנים אותם במלואם. הרתעה מסוג זה תביא אותו לשקלל את סך התועלות הצפויות לו מהפעילות לעומת סך הנזקים שבהם הוא צפוי לשאת ולמצוא את נקודת האופטימום הראויה עבורו. וראו גם פורת נזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28–29.

RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 178–182 (7th ed. 2007) 67

Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) 68

בהמשך לרעיון ההרתעה הכללית המופיע בה"ש 66 לעיל, בסוג מקרים זה שבהם נרצה להגן על הניזוק מפני פגיעה מכוונת, נרצה להשתמש דווקא ב"הרתעה ספציפית", שבמסגרתה גורם קולקטיבי כלשהו כדוגמת המחוקק קובע מבעוד מועד מהי נקודת האופטימום הרצויה ומחייב את המזיקים בכוח לפעול לפי כללים שהגדיר לשם השגתה. הרתעה מסוג זה אינה מבקשת להגיע לנקודת האופטימום האישית של כל מזיק, אלא משקפת החלטות חברתיות רחבות יותר בדבר זכויות של נפגעים, התנהגויות רצויות ושאין רצויות ועוד. אלו יכולות להסתמך על שיקולי יעילות אך גם על שיקולים אחרים (CALABRESI, לעיל ה"ש 66, בעמ' 95–129). ראו גם פורת נזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27–28.

70 ראו שם, בעמ' 118–122.

במקרים אלו דיני הנזיקין חפצים לקדם עסקה במסגרת השוק שתשקף את רצונו האמתי של הסובייקט ולא את רצונו המוערך כפי שהדבר נעשה במסגרת דיני התקלה. ההגנה על הזכות היא אינדיווידואלית ואינה משקפת, או אמורה לשקף, ממוצע כלשהו של סיכונים או נזקים חברתיים. במובן זה הפיצוי המאוחר אינו מאיין את הפגיעה.⁷¹

בעולות הכוונה הרצון להרתיע משחק תפקיד נכבד יותר, וכך גם הנטייה להשתמש במסגרתן שימוש נכבד יותר בפיצוי עונשי. השימוש בפיצוי העונשי אינו נמדד רק במונחים של סכום הפיצוי שנפסק אלא, כפי שדנתי לעיל, גם בהיבט של שימוש מתירני יותר בכלים של סיבתיות ושל היקף הנזק. בתי המשפט הסכימו לראות תוצאות שלא היו בהכרח צפויות או ישירות כחלק מן הפעילות המזיקה, וזאת בשל הרצון למנוע אותה באמצעות הרתעת המזיק. בנוסף, במסגרת המגמה העונשית הנהוגה בעולות הכוונה ניתן לזהות בפסיקה נטייה להכרה רחבה יותר בסוגי נזק הנוספים על ההכרה שניתנת להם במסגרת עולות הרשלנות, גם זאת מתוך טעמים דומים לאלו שצוינו לעיל.⁷² זאת ועוד, במקרים אלו הייתה גם נכונות גדולה יותר מצד בתי המשפט להעריך את הנזק דרך העיניים של התועלת שנגרמה למזיק מן הפעולה המזיקה, ולא דווקא באמצעות אומדן הנזק שנגרם לניזוק. היינו, במקרים המתאימים הייתה נכונות לאמוד את הנזק במונחים של עשיית עושר, גם זאת מתוך מחשבה שיהיה בכך כדי לקדם עסקאות שוק שאלמלא כן היו עלולות שלא לצאת אל הפועל. נטילה פרטית שתשקף רק את הנזק בצורה הצרה תעודד את המזיק לפעול שלא במסגרת השוק במקרים שהנזק לניזוק קטן מהרווח שהמזיק מפיק מן הפעילות.⁷³ מובן שדרך פיצוי זו אינה מתאימה לכל המקרים, ואין בה די למשל במצבים שבהם המזיק גורם נזק שאינו משקף תועלת שהוא עצמו מפיק מהפעילות.

ההסבר הכלכלי השונה שניתן לעולות הכוונה נובע מהרצון להגיע לכלל חוזה מסדיר, או מערכת יחסים מסדירה, אשר מוציאה את הפוגע והנפגע מגדר ההגדרה של זרים ומחילה עליהם הסדר שונה שמתייחס למערכת היחסים הספציפית שמאפיינת אותם. לאורה, למשל, נגיעה יכולה להתפרש ככזו שנעשתה בהסכמה, ועל כן ככזו שאינה נחשבת תקיפה, אך בין זרים היא הייתה מאופיינת אחרת. ניתוח דומה נעשה באשר לעולות השונות של הסוגת הגבול והגזל. החשש הוא שבלא הגנת המשפט, העברה כפויה של עושר באמצעות נטילה

71 גם במסגרת זו ייתכנו כמובן מצבים שבהם עלויות יצירת העסקה תהינה גבוהות עד כדי כך שלמרות הרצון החברתי לא יהיה אפשר לצפות מהצדדים להגיע לעסקה במסגרת השוק. אלה הם מצבים שאי אפשר להביא בהם לידי ביטוי מלכתחילה את רצונותיו הסובייקטיביים של הניזוק, ועל כן מציעים דיני הנזיקין שני פתרונות בדמות חריגים המתיישבים עם ההגיונות שהוצגו לעיל. ראשית, קיימות הגנות מצומצמות בחוק שנועדו לפטור את המזיק מחיוב מקום שבו החברה מבכרת את הצורך שלו בנטילה הפרטית על פני השמירה על זכותו של הניזוק. הגנות אלו "תפורות" בקפידה ומשקפות מקרים שבהם למרות הפרדיגמה הרחבה שמגנה על זכויותיו הניזוק הוא לא יזכה בפיצוי; שנית, ובהיעדר הגנה קונקרטיית, במצבים שבהם למרות קיומה של זכות הייתה נטילה פרטית שפגעה בה, יודקק המזיק לפצות את הניזוק בדיעבד, אף שמלכתחילה לא יכלו השניים ליצור ביניהם עסקה במסגרת השוק. כלומר, וכפי שצוין לעיל, במצבים אלה הפגיעה בזכות, אף אם הייתה מוצדקת, אינה מאיינת את הצורך לפצות בעבור החסר הסובייקטיבי שנגרם לניזוק, וראו COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 330-331. עם זאת בדרך כלל במצבים אלו לא יטיל המשפט פיצוי עונשי.

72 ראו POSNER, לעיל ה"ש 67, בעמ' 206.

73 ראו דיון בשלילת רווחים כפיצוי, לעיל תת-פרק א.1(ב), וכן Parchomovsky & Stein, לעיל ה"ש 37.

פרטית תחייב את הצדדים להשקעה גדולה באמצעי זהירות רק על מנת למנוע את אבדן הרכוש.⁷⁴ אבדן אישי זה כמובן אינו נחשב לנזק אמתי אלא רק חלוקה מחדש של העושר, אך הוא יביא להשקעה מיותרת באמצעי זהירות שכל תפקידם יהיה להגן על הבעלים מפני נטילה של רכושו וכן להשקעה נגדית מצד הנוטל שמטרתה להתגבר על הגנה זו.⁷⁵ גם מכך נובע כי הרצון לתעל את הצדדים לשוק הוא שעומד מאחורי הגישה האגרסיבית יותר של דיני הנזיקין לעוולות הכוונה.

נקודה נוספת שמעלה הניתוח הכלכלי בנוגע להבדלים שבין עוולת הרשלנות לעוולות הכוונה היא התמריצים שפועלים על המזיק ועל הניזוק לנהוג בזהירות. הניתוח המקובל לפי עוולת הרשלנות הוא כי אדם התרשל אם לא השקיע דיו באמצעי זהירות יעילים למניעת הנזק, ואילו לפי עוולות הכוונה המזיק פעמים רבות לא רק שאינו משקיע באמצעי זהירות כדי למנוע אותו, אלא אף משקיע אקטיבית באמצעים כדי להביא להתרחשותו. השקעה שכזו ממצבת אותו, כמעט מכוח ההגדרה, כמונע הנזק הטוב ביותר, שכן די בכך שלא ישקיע משאבים כדי לקדם את התממשות הנזק כדי למנוע את התרחשותו.⁷⁶

מיצוב זה כמונע נזק טוב יותר מכוון את עיקר חצי ההרתעה אל המזיק. הוא אף משפיע על האופן שבו יתפרשו דיני הסיבתיות ופותר פתח לפירוש ליברלי שחל גם על נזקים מרוחקים יותר, הגם שלא בהכרח ניתן לצפותם.⁷⁷ זאת ועוד, למיצוב זה גם השפעה ישירה על יכולתו של המזיק לטעון להגנת אשם תורם מצד הניזוק. המשפט המקובל, כפי שתואר לעיל, סירב להכיר, במקרים הקלאסיים של עוולות הכוונה, בהגנת אשם תורם, ופעמים רבות אף שלל את האפשרות להזדקק להגנת ההסתכנות מרצון. שלילה זו הגיונה בצדה. כאשר המזיק נוקט באמצעים להביא להתרחשות הנזק, הוא שצריך לדרבנו להפסיק פעילות זו. השתתף חלק מן הנזקים על הניזוק תגרום לאחרון להשקיע באמצעי זהירות מיותרים, ומשכך אין בה צורך.⁷⁸ היא גם תוריד את רמת ההרתעה שחלה על המזיק, ועל כן תוביל לתוצאות שאינן יעילות כלכלית.

הסבר נוסף שנתן פוזנר לשוני שבין ניתוח עוולות הכוונה, ככל שאלו חופפות מעשים פליליים, לבין ניתוח עוולות הרשלנות ופרדיגמת התאונה הוא שתפקידן של עוולות הכוונה

74 Posner, לעיל ה"ש 67, בעמ' 205.

75 שם, בעמ' 205–206.

76 יש לציין כי הניתוח יהיה ככל הנראה שונה כאשר מתרחשת תאונה, במשמעותה היום-יומית, במסגרת העוולות הפרטיקולריות, ואולם דיון זה חורג ממסגרת המאמר. להרחבה, ראו Dorfman & Jacob, לעיל ה"ש 24.

77 ראו את הדוגמה המוזכרת בה"ש 34, שבה התנתק ראש מחבט הגולף ללא כוונתו של המזיק, וזה בכל זאת חויב בנזיקין.

78 זאת, אגב, להבדיל מהאפשרות של צד שלישי שהתרשל באותה סיטואציה לטעון להגנה שכזו. כך ייווצר מצב שלפיו המזיק הפועל כך בכוונה לא יוכל להעלות טענת הגנה של אשם תורם, ואילו מזיקים רשלנים כן יוכלו לעשות זאת. לדוגמה ראו ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826 (2001), שם נתבעה חברת אגד בידי לקוח שהותקף בשטח תחנתה וטען כי היה עליה להציב שומרים כדי למנוע מצבים מסוג זה לעומת המזיקים אשר פעלו במכוון, שלהם אין עומדת האפשרות להשתמש בהגנת הסיכון העצמי, וזאת לעומת אגד כמוזיקה רשלנית ועקיפה. ראו פורת נזיקין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 106.

הוא לספק מנגנון אכיפה נזיקי נוח ויעיל שיגבה את המשפט הפלילי.⁷⁹ מנגנון זה בא לכלל ביטוי באמצעות הקניית העילה האזרחית אשר "מחזקת" ברצון להגדיל את סכום הפיצוי על מנת לעודד הגשת תביעות. עידוד זה נעשה בין היתר באמצעות המכשיר של פיצוי עונשי אך גם בהקלת הדרישות שמוטלות על התובע. שיקול זה אינו נוהג כשמדובר בעוולת הרשלנות, שם הרתעת יתר אגב הגדלת הפיצוי היא בבחינת אבדן תועלת חברתי שמונע פעילות רצויה.⁸⁰

ג. פיתוח דיני הנזיקין במשפט הישראלי והיעלמותן של העוולות הפרטיקולריות

ראינו אפוא כי לא רק שההבחנה בין עוולות הכוונה לעוולת הרשלנות וההזדקקות לשתיים במקרים שונים נעשתה במסגרת המשפט המקובל כעניין נורמטיבי והיסטורי, אלא שגם יש בצדה רציונל תאורטי שנתמך בשיקולי צדק מתקן ובשיקולי קידום יעילות כלכלית. כיצד אפוא אפשר להסביר את היעלמותן של העוולות הפרטיקולריות מנוף דיני הנזיקין במשפט הישראלי? בשאלה זו אעבור לדון עתה.

1. שורשי המגמה – שתלטנות הרשלנות במשפט הישראלי

שורשי מגמה זו של שתלטנות הרשלנות אינם נעוצים בתקופה האחרונה אלא שנים רבות לפנייה, בעת שבה נכתבה המסה החשובה הראשונה בישראל על פקודת הנזיקין,⁸¹ היא ספרם של אנגלרד, ברק וחשין בעריכתו של גד טרסקי.⁸² כבר מאותה תקופה ניתן לזהות את מגמת ההרחבה של עוולת הרשלנות, ולו מעצם ההחלטה לכתוב ספר מקיף על דיני הנזיקין ולפתוח אותו במסגרת תורת הנזיקין הכללית בדחיית הדיון הממצה בעוולות הפרטיקולריות לשלב מאוחר יותר.⁸³ מלאכה זו הושארה לבאים אחריהם, במסגרת ספרונים נפרדים

79 ראו POSNER, לעיל ה"ש 67, בעמ' 207. לתפקיד זה של עוולות הכוונה גם תימוכין היסטוריים במובן שקדמו למשפט הפלילי אך נתנו בידי החברה כלי לריסון התנהגותו העבריינית של המזיק, וראו FLEMING, לעיל ה"ש 18, בעמ' 35–36.

80 אומנם תחת משטר אחריות של רשלנות, ובעולם אידיאלי שבו סטנדרט הזהירות נקבע על ידי בתי המשפט באופן אופטימלי, המזיק יכול להימנע מתשלום הפיצוי המוגדל בכך שיפעל באופן סביר וינקוט אמצעי זהירות ראויים. ואולם, קיימת הסכמה כללית כי במציאות לא זה המצב וכי הטלת פיצוי עונשי תביא להרתעת יתר. סייג זה גם לא יהיה מדויק במקום שבו לא כולם תובעים בשל סיבות שונות (נרתעים מעלויות משפט, לא מזהים את המזיק וכו').

81 פקודת הנזיקין.

82 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, גד טרסקי עורך, 1976).

83 במשפט הישראלי מקובל למנות עם העוולות הפרטיקולריות המרכזיות את עוולת התקיפה, ההטעיה, הגזל, הסגת הגבול במקרקעין ובמיטלטלין, המטרד, ולמעשה את כל העוולות חוץ מעוולות המסגרת, וראו שם, בעמ' 85–86, שם מוסבר כי בהגדרת עוולות אלה מנה המחוקק יסודות שבעובדה פלונים כתנאי-בלעדי-אין להיווצרותן, ומשנתמלאו אותם יסודות – שלמה העוולה, לכאורה ללא צורך בדבר מה נוסף כפי שנדרש בעוולת הרשלנות. גם במשפט המקובל הפרשנות שניתנה לעוולות כוונה אלו היא כי האחריות שתוטל מכוון תהיה אחריות קפידה, או במילים אחרות תוטל בלא צורך להוכיח סטייה

שיצטרפו למסה המרכזית.⁸⁴ בחירה זו מעידה על החשיבות שייחסו המחברים לעוולות אלה.⁸⁵

מהלך זה של "החלפת" דיני הנוזיקין בעוולת הרשלנות נגזר מאילוצים שנבעו מדרך אימוץ הפקודה המנדטורית. אף שהיה רצון לשמר את המסורת האנגלית,⁸⁶ אימוץ הפקודה נתפס כ"רזה" – כשולל מבית המשפט את האפשרות ליצור עוולות נזיקיות חדשות מלבד הקבועות בפקודה, אפילו לא על דרך של אימוצן מן המשפט האנגלי.⁸⁷ נוצר אפוא מצב עובדתי שבו בתי המשפט הועמדו בפני רשימה סגורה של עוולות שאי אפשר להוסיף עליה אלא באמצעות חקיקה חדשה. מכיוון שזו לא נוצרה באופן מניח את הדעת, ומכיוון שבתי המשפט חוו סיטואציות משפטיות חדשות שבהן חפצו בהענקת סעד לנפגעים, נותרה בפניהם דרך הפרשנות, וכידוע "שאלת 'פירוש' החוק [...] נתונה בידי בתי המשפט".⁸⁸ הנחת העבודה הייתה כי "ככל שירחבו וילכו תחומי העוולות המוכרות, כן יגבר כוחם של בתי המשפט ליצור דין",⁸⁹ וכן כי פרקטיקה זו תקרב את מערכת המשפט "ליצירת דוקטרינה

מסטנדרט התנהגות סביר, ואף ללא הוכחת נזק. Trespass was actionable per se, that is, without proof of actual damage [...] trespassory harm was prima facie wrongful and it was for the defendant to raise any issue of justification or excuse, such as self-defence or unavoidable necessity (FLEMING, לעיל ה"ש 18, בעמ' 17).

84 הספר דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, כשמו כן הוא – עוסק בתורת הנוזיקין הכללית. לאחר מכן התפרסמו כמה ספרי המשך אשר אוגרו בסדרת "דיני הנוזיקין – העוולות השונות" בעריכת ג' טדסקי. ראו לדוגמה נילי כהן גרם הפרת חוזה (דיני הנוזיקין – העוולות השונות בעריכת גד טדסקי, 1986); דוד קרצמר תקיפה וכליאת שוא (דיני הנוזיקין – העוולות השונות בעריכת גד טדסקי, 1981); דוד קרצמר מיטרדים (דיני הנוזיקין – העוולות השונות בעריכת גד טדסקי, 1980); גדעון גינת גניבת עין (דיני הנוזיקין – העוולות השונות בעריכת גד טדסקי, 1982).

85 יש לציין כי בספר דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, התמקדות הדיון בעוולת הרשלנות אינה ניכרת בהכרח ממבנהו, שכן לא יוחד לה חלק העוסק בה לבררה. הדיון המהותי ברשלנות, נעשה לצד הדיון בעוולות הפרטיקולריות, תחת הכותרת "הלכות השופטים כמקור לדיני הנוזיקין – עקרון יסוד לחיוב בנוזיקין במשפט הארץ". עם זאת, וכפי שיוסבר בהמשך, הספר מתמקד במשקל הרב שקיבלה עוולת הרשלנות בהלכות השופטים, וכפועל יוצא מכך היא מקבלת מעמד בכורה בספר כולו.

86 ראו למשל יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות עיוני משפט יא 67, 67–68 (1986) (להלן: אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין"): "[...] כל ההלכות החדשות נפסקו במסגרת נתונה של מסורת משפטית אנגלו-אמריקאית המצויה ביסודם של דיני הנוזיקין בישראל. לא נוצר שבר ברציפותה של מסורת זו על דפוסי המחשבה האופייניים לה; השינויים נערכו בטכניקה המקובלת על השיטה". עוד הוא מוסיף כי "אם נתעלם מפרטים אחדים המיוחדים למשפט הישראלי, ההתפתחויות אצלנו דומות ביסודן למגמות מקבילות בארצות אחרות בהן שיטת המשפט האנגלו-אמריקאית היא השלטת" (שם, בעמ' 68).

87 בעניין זה, ראו דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 84, שם מצוין כי "הדעה שאין בתהמ"ש רשאים ליצור עוולות נזיקין מקובלת על הכל, לפחות מבחינה תיאורטית. תומכים בה, מכללא, כל אותם פס"ד שקבעו כי חסומה דרכנו לייבא מהמשפט האנגלי אבות נזיקין שלא באו בכתובים בפקודה, וכן הפסיקה שסירבה להכיר בנוק פלוני כיוצר זכות בתביעה, אם אין המעשה גורם הנזק, נופל בגדר אחת העוולות המנויות בפקודה [...]". גם כיום, אף שבית המשפט נחשב לאקטיביסט הרבה יותר מבעבר, הדעה הרווחת היא כי אין לו הסמכות ליצור תקדימית עוולות חדשות, וראו בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס" 25 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.4.2015).

88 דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 85.

89 שם.

שתחלוש על פני משפט הנזיקין כולו.⁹⁰ בעניין זה השליכו המחברים את יהבם על עוולות המסגרת, שכן לגישתם מרכז הכובד שבהן לא היה בקיום יסודות מסוימים שבעובדה שקבעם המחוקק אלא, במיוחד בעוולת הרשלנות, בתפיסה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין. התפיסה שפותחה הייתה כי אשר לעוולות המסגרת השאיר המחוקק "את עיקר המלאכה בידי בתהמ"ש, לעשות צדק על-פי ההנחיות הכלליות שהורה אותם".⁹¹ חובת הזהירות, שהייתה חלק מרכזי בעוולת הרשלנות, נתפסה כמכשיר עיקרי להרחבת האחריות בנזיקין.⁹² כבר באותה תקופה הייתה המגמה לנתק את הקשר שבין עוולת הרשלנות למשפט האנגלי ולהעניק לה חיים משל עצמה בהסתמך על מאפייניה של שיטת המשפט המקומית.⁹³ המגמה שאליה דחפו המפרשים הייתה כי פירושה של עוולת הרשלנות ראוי שיהיה נדיב ולא קמוץ יד,⁹⁴ וכי בכוחה של עוולת הרשלנות "לספוג אל קירבה [...] אותם אבות-נזיקין [...] אשר מטעמים היסטוריים זכו במשפט האנגלי לטיפול מיוחד",⁹⁵ כלומר עוולות אשר הוכרו כעוולות פרטיקולריות במסגרת המשפט האנגלי, אך הן לא זכו להיכלל בפקודת הנזיקין ככאלו. לפי גישה זו, "בפירוש ובקלסיפיקציה כהילכתם עשויים לבוא בתחומה של עוולת מסגרת בפקודה [...], ראשי-נזיקים שלא נתייחד להם מקום משלהם בפקודה, אפילו מכיר בהם המשפט האנגלי כעוולות פרטיקולריות עצמאיות ששם פלוני או אלמוני קורא עליהם".⁹⁶

אם כן, בתי המשפט תפסו את העוולה הנזיקית אינסטרומנטלית כמכשיר להענקת הפיצוי כאשר קמה חבות נזיקית, ומכיוון ששיעור הפיצוי נקבע ממילא לפי שיעור הנזק, נראה לבית המשפט כי השאלה באיזו עוולה ישתמש הייתה חשובה פחות. לפחות לא חשובה מספיק ביחס ליתרונות של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי באמצעות מתיחת עוולת הרשלנות והקניית סעדים במצבים חדשים, שאם לא כן לא היה בסמכותו של בית המשפט לתתם.

2. פרשנות הפקודה – באקדמיה ובבתי המשפט

דרך זו להרחבת דיני הנזיקין עוררה בעיות כבר בנקודת המוצא. אחת החשובות שבהן הייתה באשר לפרשנות הלגיטימית שאפשר לתת לעוולת הרשלנות. כפי שראינו עוולת הרשלנות, מטבעה, עסקה בדיני תקלה, וככזו תחולתה במשפט האנגלי הייתה מוגבלת.

90 שם. ראו גם מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 557–556 (1993).

91 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 86.

92 אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין", לעיל ה"ש 86, בעמ' 72.

93 "[...] קביעת גבוליה של עוולת הרשלנות חייבת להיעשות תוך זיקה קלושה בלבד למשפט האנגלי [...]"] (מישאל חשין "דין נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראל" משפטים א 346 (1969)).

94 ראו למשל אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין", לעיל ה"ש 86, בעמ' 76: "אנו מצויים בעיצומה של פעילות שיפוטית שמטרתה להרחיב, תוך שימוש בעוולת הרשלנות, את האחריות בנזיקין על מצבי-נוק נוספים. הליך שיפוטי זה מתבצע תוך מודעות מודגשת של השופטים לכוחם היוצר [...] והמחדש קבל עם ועדה בפסקי הדין שלהם".

95 חשין, לעיל ה"ש 93, בעמ' 349.

96 שם, בעמ' 349–350.

לנקודה זו הייתה חשיבות רבה באשר למרחב המחיה של עוולת הרשלנות, שכן חלק מן העוולות הפרטיקולריות שלא נכללו בפקודה עסקו במקרים של פגיעה מכוונת או שאינם בגדר תקלה, ולכן נוצרה בעניינם לאקונה. על כן התעוררה שאלה, במשפט המקומי, אם ניתן להרחיב את עוולת הרשלנות למקרים שאינם בגדר תקלה. בעניין זה גרסת מחברי הספר בעריכת טדסקי הייתה כי "בדרך-פירוש וקלסיפיקציה אחת אפשר שנגיע למסקנה כי העוולה 'בלעה' ראש נזיקין פרטיקולרי פלוני במשפט האנגלי [...] ככל שנעמיק בקלסיפיקציה כן ירחב היקף תחולתה של העוולה [...] נלמד כי עשויה היא להשתלט, למעשה, על כל דין הנזיקין, וכי כל עוולות הנזיקין תבואנה בה. ניתן לטעון כי העוולה – שניסוחה בתפישה משפטית מובהקת, והאלמנטים העובדתיים בה אך טפלים ליסוד החיוב המשפטי – עניינה בחריגה מרמת-התנהגות ראויה הנקבעת מעת לעת ע"י בתהמ"ש; שאין זה תנאי לביצועה כי המעשה, יסוד-הקובלנה, ייעשה ב'רשלנות' [...], ויש שתכסה העוולה אף מעשים הנעשים ב'כוונה' או ב'זדון'".⁹⁷ אמנם המחברים מודים כי גישה זו אינה מקובלת על הכול (ונראה כי בעיקר אינה מקובלת על טדסקי), אך מהצגת הדברים נראה שרובם תומכים בה.⁹⁸

על פי אותה גישה פרשנית שמקודמת בספר, הנחת היסוד היא "שבמערכת נסיבות מסויימות חייב מזיק בעוולת הרשלנות, הואיל ולא עשה את ש'האדם הסביר' היה עושה באותן נסיבות. אמת-המידה לבדיקה היא, אם מבחינה אובייקטיבית לא הגיע המזיק לרמת-התנהגות נדרשת".⁹⁹ לפיכך גורסים הכותבים "מה נשתנה לענין זה, ומבחינת המבחן הקובע בעוולה, אם המעשה שהביא לנזק נעשה ב'רשלנות', במובנה המקובל, או ב'כוונה'? שהרי בשני המקרים נפלה רמת-התנהגותו של פלוני מאותה רמה נדרשת, והלא מבחינה מושגית ומוסרית, הדברים הם קל וחומר".¹⁰⁰

פרשנות יצירתית זו של עוולת הרשלנות בישראל לא עלתה בקנה אחד עם הפרשנות האופיינית במשפט המקובל.¹⁰¹ היא נבעה מהקשיים שהיו כרוכים בעצם קבלתו של קודקס סגור מובנה וחסר, אשר ללא קריאה זו של עוולת הרשלנות מנע פרשנות משפטית רחבה ודינמיות לאורך זמן וחייב קריאה חיצונית למחוקק לצורך עדכונו.

מטרתה של הגישה הייתה בין היתר לבטל את ההבחנה שבין "כוונה" ל"רשלנות" מבלי לייחס חשיבות מספיקה לאופי ה"תקלתי" של עוולת הרשלנות. המחברים אף מייחסים לנזק שנגרם ברשלנות ממד של רציה שחסר בה פעמים רבות. בעניין זה נאמרים הדברים הבאים:

"מה פירוש המלה 'כוונה' [...] בוודאי אין המדובר ברציה לעשיית מעשה [...]. שהרי גם מעשה רשלנות, ככל מעשה עוולה אחרת, נעשה ב'רציה' [...]. המדובר הוא, איפוא, במעשה המלווה 'כוונה' להשיג תוצאה מסויימת [...]. ואולם, אם המדובר הוא, לפחות, במעשה שהיה גורר אחריו חיוב, לו היה

97 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 88–89 (ההדגשה הוספה – א").

98 שם, בעמ' 89.

99 שם, בעמ' 90.

100 שם.

101 מובן שהסטייה מהפרשנות המקובלת במשפט המקובל אינה בהכרח בעייתית כשלעצמה, אלא שבעייתית הסטייה מן הטעמים והרציונלים שהובאו לעיל. לביקורת על סטייה זו ראו להלן בהמשך המאמר.

נעשה ברשלנות, נפלא מעמנו מדוע אותו 'סרח עודף' של 'כוונה' יש בו כדי לפגום. מובן הדבר שלענין עוולות פרטיקולריות מסויימות, מעמיד המחוקק תנאי שהמעשה ייעשה ב'כוונה' דווקא, ומעשה 'רשלנות', בהוראתו הרגילה, לא די יהא בו. אולם קשה להסכים להיפוכו של דבר".¹⁰²

על מנת להעצים את כוחו של בית המשפט ואת יכולתו לייצר סעדים חדשים במקרים מגוונים שהובאו לפתחו חדשות לבקרים יוצרים המחברים "שיח משפטי" בין עוולת הרשלנות לעוולות הפרטיקולריות בדבר האופן שבו מובנה החיוב המשפטי הנזיקי. בעניין זה גורסים המחברים כי אכן השלב הראשון בחיוב הנזיקי הוא בכינונה של עוולה. קיומה של עוולה מעיד שבמערכת נסיבות פלונית "מן הראוי הוא שבידי שמעון תהא 'זכות' כלפי ראובן, שפגיעה בה תהא בגדר נזיקין. המוטיבציה המפעילה בקביעתה של אותה מערכת כעוולת נזיקין עשויה להיות שונה מעוולה לעוולה; בעוולה אחת תהיה – הרצון לשמור על זכות הקנין מפני כל התערבות בה, אפילו לא נגרם נזק לבעל הזכות [...], ובעוולה אחרת – הרצון לפצות אדם על נזק שנגרם לו [...]. תוצאת הדברים היא קביעתה של עוולה במשפט הנוהג (בין על ספר החוקים ובין בפסיקה, מקום שהפסיקה מותרת, הלכה למעשה, בייצורן של עוולות נזיקין), בהתקיים תנאים אלה ואלה, ברובם תנאים שבעובדה".¹⁰³ רק שבמקום העוולות הפרטיקולריות מועמדת ומועצמת עוולת הרשלנות. נקודת המוצא לשיח המשפטי הוא הנזק שנגרם לפלוני, הן באשר ליצירתה של עילת התביעה והן באשר להחלתה על מקרה נתון. רק עם קיומו של נזק יפנו בתי המשפט לבדיקה אם ראוי אותו נזק שיפצו בגינו. אולם פתרונה של שאלה זו, מדגישים המחברים, "מפי בתהמ"ש יבוא [...] והרשאה זו ניתנה להם מראש ע"י המחוקק".¹⁰⁴

באשר למערכת היחסים שבין עוולת הרשלנות לעוולות הפרטיקולריות ולשיח שביניהן אומרים המחברים כי "ניתן לומר שבכל החלה והחלה של עוולת הרשלנות, יוצר ביהמ"ש, על-פי אותה הרשאה שניתנה לו, עוולה פרטיקולרית [...]. השאלה הקובעת בעוולה היא ה'חובה' [...] 'חובה' זו מצויה מקום שאדם סביר היה צופה, בנסיבות הענין, שמעשה או מחדל פלוניים היו עלולים לגרום נזק".¹⁰⁵ להמחשת הדברים מפנה הספר לדוגמה שהובאה במאמרם של רובינשטיין ופרידמן¹⁰⁶ שלפיה "לו בענין 'השבלול בבקבוק' היו היצרנים מכניסים את השבלול לבקבוק, לא בחוסר תשומת-לב ראוייה אלא בכוונת זדון להזיק לתובעת, האם דין הוא שהיו נפטרים מאחריות?"¹⁰⁷ ועל כך הם משיבים כמובן בשלילה כהוכחה לדבריהם.¹⁰⁸

102 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 91. שם. 103

104 שם, בעמ' 92. שם.

105 שם.

106 אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנוזיקין" הפרקליט כא 61, 66 (1964).

107 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 92. הכוונה לפסק הדין המפורסם Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 (H.L.).

108 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 92.

יצוין כי הדברים לא נעשו במסווה. עוד בתחילת הדרך לא התכחשו הכותבים לכך שגישתם סוטה מהגישה הרווחת במשפט המקובל, אשר במסגרתו התשובה על השאלה דלעיל הייתה בשלילה. אך הם מסבירים את השוני בציינם שבמשפט המקובל עוולת הרשלנות צמצמה עצמה למערכות שבהן כוונה וזדון לא מילאו תפקיד, ולפי העוולות שנעשו בכוונה ובזדון היו בידי הניזוק עילות תובענה פרטיקולריות.¹⁰⁹ על כן בעניין השבולת ה"זדוני" שבבבוק, הגם שאין מדובר במעשה רשלנות, מן הסתם היה בידי בית המשפט הכוח לפצות את הניזוק באמצעות עוולה פרטיקולרית קיימת או באמצעות יצירתה של עוולה חדשה.

בעניין זה הם מוסיפים:

"השאלה אם המשפט האנגלי מכיר בעוולת ה-negligence כמעלה ברישתה אף מערכות בהן נעשה נזק בזדון ובכוונה – והתשובה לשאלה זו היא בשלילה – אינה מצביעה בהכרח על כך, שתחומי תחולתה של עוולת הרשלנות במשפטנו אף הם מצומצמים למעשים או למחדלים שיסודם בחוסר שימת-לב דווקא. [...] המטרה הרשונית ליצירת העוולה [...] היא – מתן שילומים ראויים בנסיבות מסוימות, ורק בשל נסיבות היסטוריות נצטמצם שטח תחולתה והוצאו ממנה מערכים מסוימים".¹¹⁰

מסיבה זו הם מביעים דעתם כי אין סיבה אמיתית לפסוע בדרך המשפט האנגלי, וכי במסגרת פרשנות עוולת הרשלנות ופריסתה על עוולות חדשות [...] נמצאו עושים בתוך שלנו, או כמעט בתוך שלנו בלבד.¹¹¹ גם בלשון הפקודה הם אינם מוצאים תמיכה לגרסה המצרה את פרשנות העוולה או סתירה לסברה בדבר התפרסותה הרחבה של עוולת הרשלנות. הם אינם סבורים שנורמת "האדם הסביר" מנותקת עקרונית ממעשים או ממחדלים הנעשים או נחדלים "בכוונה" או "בזדון". לגישתם, אם ביקש המחוקק להעביר את העיקרון של עוולת הרשלנות למשפט הישראלי, "אך טבעי היה שיקרא עליה אותו שם בו קרויה היא במשפט האנגלי. ואולם במשפט הארץ, שלא כמשפט האנגלי, רב-לו כוחו של עקרון היסוד, והתפתחותו הטבעית עשויה להיות מרובה מאשר במשפט האנגלי. ניתן, איפוא, 'לפרש' את המונח 'רשלנות' כניזון מעקרון היסוד שנתן לו חיות מעיקרו. 'רשלנות', הינה, במשפט האנגלי, רעיון לחיוב [...], וכן נפרש דיבור זה בפקודה".¹¹²

109 שם, בעמ' 95–96.

110 שם, בעמ' 96–97 (ההדגשה הוספה – א").

111 שם, בעמ' 97.

112 שם, בעמ' 99. עם זאת ולמרות הנאמר המחברים מוסיפים לטקסט קורטוב של מלח שבא לידי ביטוי באזהרה חשובה המופיעה בעמ' 97: "כמובן, אין להתכחש לשיקול הנוגד לאמור: כי המדובר אינו באירוע היסטורי גרידא במשפט האנגלי, שממנו רשאים אנו להעלים את עינינו, אלא בהיסטוריה שיצרה דין. לשון אחר: אמת נכון הדבר, טעמים היסטוריים מסוימים הביאו להגבלת עוולת ה-negligence בדרך שבה הוגבלה, ואולם כך היתה הורתה, לידתה וצמיחתה של העוולה, והרחבתה אל מעבר לגדריה המוכרים תהא בה כדי לעוות את פרצופה האמיתי. ביחוד כן הדבר, מקום שהמדובר אינו בתחולה רגילה אלא ביסוד עיקרי בעוולה".

גישה פרשנית זו עוררה בעיה נוספת. היא לא התיישרה עם קיומן של עוולות פרטיקולריות במסגרת הפקודה שאומצה. אם, כך על פי הטענה, עוולת הרשלנות משתרעת גם על מעשים מכוונים, מדוע היה צורך לציין במפורש בפקודה עוולות פרטיקולריות, ואי אפשר היה להסתפק בעוולת הרשלנות? כיצד אפוא התמודדו עם הטענה כי הרחבת עוולת הרשלנות גם למקרים של כוונה תייתר ותייתר את העוולות שבפקודה? לכך נמצאה תשובה חיש מהר. העוולות הפרטיקולריות כולן אמנם נכללות תחת המטרייה של עוולת הרשלנות וזו משתרעת עליהן,¹¹³ אולם ללא פירוטן בידי המחוקק לא היה כל ביטחון כי אכן יוכרו בבית המשפט. לפיכך "הניף, המחוקק, איפוא, שרביטו, ויצר עוולות פרטיקולריות אלו ואלו, ומאותו יום ואילך שוב נשלל שיקול-דעתו של ביהמ"ש באותם תחומים, וידיו נכבלו לאותן עוולות שנקבעו ולא אותם יסודות שנימנו בהן [...] אותן עוולות שזכו לתואר משלהן, קיומן הוא עצמאי, ואין הן נתונות בידי בתהמ"ש לצימצום או להרחבה".¹¹⁴ יש שאף סברו כי אין לעצור בנקודה זו, וכי יש לנקוט גישה פרשנית קיצונית יותר. כך למשל סבר אנגלרד בנוגע למקרים שבהם "קיימת סתירה בין האחריות במסגרת עוולת הרשלנות לבין כוונתו הקונקרטיה השלילית של המחוקק במסגרת עוולת הנגישה".¹¹⁵ לדעתו, יש לפתור סתירה זו ב"העדפתה של העוולה הרשלנית, המופשטת יותר והמבטאת – על רקע תולדות הפקודה – את כוונתו האחרונה והעיקרית של המחוקק".¹¹⁶ הוא מוסיף כי כל פתרון אחר יביא לידי מסקנות לא סבירות.¹¹⁷

3. מתיחת עוולת הרשלנות לאורך השנים – הרחבת נפח הפסיקה

פרשנות זו נתנה למעשה אור ירוק להשתלטותה של עוולת הרשלנות, וזו קיבלה חיזוק בפסיקה, בעיקר בתקופת כהונתו של השופט ברק. שני פסקי דין מכוונים בעניין זה, בהובלתו של השופט (כתוארו אז) ברק, עוסקים בפרשת ועקנין ובפרשת גורדון.¹¹⁸ פסקי דין אלו מצויים במקום גבוה ברשימת פסקי הדין המצוטטים בפסיקה, והם נמנים עם המשפיעים ביותר במשפט הישראלי.¹¹⁹ ככאלו, הם תרמו רבות לעיצוב פרדיגמת הרשלנות ולהשתלטותה על יתר העוולות.

113 "כל העוולות הפרטיקולריות נכללות, בכוח, בתחומי עוולת הרשלנות, ואולם לולא פירוטן של העוולות בחוק לא היה כל בטחון שאכן יוכרו בהלכה" (שם, בעמ' 100).

114 שם. אמנם בספר מועלית ההסתייגות שלפיה קביעת עוולות אלו כעוולות ספציפיות עדיין מחייבת "שבכל ענין וענין חייבים אנו לשאול עצמנו אם אי-קביעתה של עוולה פרטיקולרית לתקנתו של הנוק שנגרם במערכת פלונית שקולה כנגד הסדר שלילי" (שם, בעמ' 101). אך גישה זו רוככה עד מאוד כמה שנים לאחר מכן עת נקבעה הלכת גורדון, ונקבע העיקרון שלפיו העוולות הפרטיקולריות אינן מוקפות במעטפת של הסדרים שליליים (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985)).

115 אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין", לעיל ה"ש 86, בעמ' 71.

116 שם.

117 שם.

118 ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982); פרשת גורדון, לעיל ה"ש 114.

119 לעניין זה ראו יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243 (2004). פרשת ועקנין ופרשת גורדון ממוקמות במקומות

(א) פרשת ועקנין

בפרשת ועקנין מתווה ברק את יסודות עוולת הרשלנות כפי שהוא רואה אותם בהסתמך על קביעותיו בפרשת יערי, ביצרו הבחנה בין חובת זהירות מושגית לקונקרטיה.¹²⁰ קביעה זו הרחיבה בהינף קולמוס את היקף טביעת כף הרגל של כל פסק דין נזיקי העוסק בעוולת הרשלנות.¹²¹ אם עד פרשת ועקנין הוגבל הרציו של פסק הדין לקטגוריית מקרים מצומצמת, שאלה הנכללים בה דומים לאלו שהובאו בפני בית המשפט, הרחבת חובת הזהירות המושגית אפשרה לבית המשפט לקבוע קטגוריות רחבות יותר של מצבים שאליהם משתייך מקרה נתון, ועל כן למתוח את הרציו של ההחלטה לאותן קטגוריות רחבות, שכן כעת חובת הזהירות המושגית היא חלק מן ההכרעה השיפוטית. אמנם לצורך החיוב הנזיקי במקרה נתון נדרש גם ביסוסה של חובת זהירות קונקרטית, אך לאמירה הכללית באשר לחובת הזהירות המושגית הייתה השפעה מרחיקת לכת על פריסתה של עוולת הרשלנות במקרים השונים. לגישת בית המשפט בפרשת ועקנין, השאלה שנשאלה במסגרת חובת הזהירות המושגית היא אבסטרקטית: "היא עוסקת בקטיגוריות שלמות של מזיקים (יצרנים, מעבידים, נהגים, מורים) ושל ניזוקים (צרכנים, עובדים, הולכי רגל, תלמידים) של נזקים (פיסי, כספי) ושל פעולות (מעשה, מחדל). הבחינה מנותקת מעובדותיו הקונקרטיות של אירוע ספציפי".¹²² המעבר מבחינה נקודתית לבחינה במברשת רחבה אשר מותחת את תחולתה של העוולה לקטגוריות חדשות אגב קביעה עקרונית שבמסגרתן תקום חובת זהירות, אפשרה לבית המשפט להאיץ את פיתוח השימוש ברשלנות בתוך כדי התוויית גבולותיה החיצוניים. מובן שבית המשפט הוא שאמון בסופו של דבר על קביעת היקף החובה המושגית וגבולותיה, ודבר זה נעשה, כך לפי בית המשפט, לפי צורכי החברה המשתנים.¹²³ ההנחיה שעולה מפסק הדין היא כי המחוקק קבע את המסגרת, וכי בית המשפט, באמצעות "חקיקה שיפוטית בדרגתה הטהורה ביותר", ייצוק לתוכה תוכן על פי הבנתו של השופט את צורכי החברה.¹²⁴ להמחשת דבריו ציין בית המשפט כי אשר

ה-10 וה-56, בהתאמה, ברשימת מאה התקדימים הישראליים המאוזכרים ביותר בפסיקת בית המשפט העליון (סדרור ראשוני) בשנים 1948–2000. מיקומן הגבוה מעיד על השפעתן הגבוהה יחסית על פסיקה עתידית, ואף ניתן לראות בכך התוויית הדרך להרחבת השימוש בעוולת הרשלנות.

120 ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769 (1980).

121 פרשת ועקנין, לעיל ה"ש 118, בעמ' 122.

122 שם, בעמ' 125.

123 שם, בעמ' 123.

124 שם, בעמ' 123–124. שנים לאחר מכן, בע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי (פורסם בנבו, 22.6.2014), אומר השופט הנדל על הבחנה זו בין החובה המושגית לקונקרטית כי "החלוקה לחובה מושגית ולחובה קונקרטית תרמה תרומה היסטורית לפיתוח עוולת הרשלנות במשפט הישראלי. מושג עקרוני זה איפשר לגשר בין הדין לבין המציאות החברתית המשתנה. הפקודה המנדטורית, שאומצה לפקודת הנזיקין האזרחיים הישראלית, נקטה בניסוח כוללני של עוולת הרשלנות. לצידה, ניצבו עוולות פרטיקולאריות, שלא תמיד סיפקו מענה ראוי. יתרונה של חלוקת חובת הזהירות למבחן דו-שלבי היה בחשיבה עקרונית לגבי סוגי יחסים בין מזיק לניזוק ופעילויות מסוימות, במנותק מהתיק הנידון. בשלב חובת הזהירות המושגית, כפי שהוגדרה, עמד השופט על היחס המשפטי הראוי בין המזיק לניזוק על יסוד מבחן הצפיות, תוך התחשבות בשיקולי מדיניות משפטית [...] באמצעותה, הוכרו חובות זהירות חדשות לפי צורכי הזמן והמקום, כגון חובת הזהירות של רשויות שלטוניות וחובות זהירות לעניין הולדה בעוולה

לאחריותו של תופס מקרקעין נעשה בעבר ניסיון עקר להבחין בין סכנות רגילות ללא רגילות, אך עתה, משבוטלו הקטגוריות הישנות, אין עוד מקום ללשון טכנית, ויש לבכר לשון כללית של עוולת הרשלנות.¹²⁵

זאת ועוד, מלבד קביעת החובה המושגית טובע השופט ברק בפסק הדין את חזקת החובה,¹²⁶ אשר מקלה עד מאוד על התובע בביסוס חובת הזהירות משיקולים נורמטיביים. אם עד פרשת ועקנין התובע הוא שהיה צריך להראות כי יש להכיר בחובת הזהירות מושגית, במיוחד כשזו לא הוכרה בעבר, בדרך של שכנוע בית המשפט בצורך בהכרה בה, אגב הדגמת שיקולים נורמטיביים שתומכים בהטלת האחריות, הרי שבעקבות פרשת ועקנין די היה שהתובע יראה כי מבחינה טכנית ניתן לצפות התרחשותו של נזק. בצפיות זו, לדעת בית המשפט, די כדי להקים חובת הזהירות מושגית, אלא אם יצליח המזיק להראות כי קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה.¹²⁷ גישה זו פרסה למעשה "שטיח אדום" לפני נפגעים, אשר לשם הוכחת יריבות או שכנות נזיקית לא היה עליהם אלא לבסס קיומה של צפיות טכנית, היינו יכולת צפייה פיזית של הנזק, רף שלרוב אינו גבוה במיוחד.

(ב) פרשת גורדון

משהונחה התשתית להרחבת התחולה של עוולת הרשלנות בפרשת ועקנין, היה צורך להגדיר את תחומי התפרסותה. נקודה זו הוסדרה בפרשת גורדון. באותו מקרה עלה לדין היחס שבין עוולת הרשלנות לעוולות הפרטיקולריות מבחינת תחומי תחולתן. התביעה הוגשה נגד עירייה בשל מאסר שבוצע בטעות בגין חוב שלא נוצר בידי התובע. התובע לא הצליח להוכיח כי ההליך נפתח "בזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת" – יסודות הנדרשים לביסוס עוולת הנגישה.¹²⁸ לפיכך הוא פנה לעוולת הרשלנות בטענה כי הגם שאי אפשר להוכיח שהיה במעשים זדון, יש בהם חוסר סבירות שדי בו לביסוסה של עוולת הרשלנות. בית המשפט, מתוך רצון לסייע לתובע ולתובעים עתידיים, הרחיב את גבולותיה של עוולת הרשלנות על חשבון הטריטוריה של העוולות הפרטיקולריות בכלל ושל עוולת הנגישה בפרט. השופט ברק אימץ, בהמשך למשנתו האקדמית, פרשנות שלפיה העוולות הפרטיקולריות אינן משתלטות על תחומי מחיה מסוימים בלעדית באופן שתחומים אלו

[...] החובה המושגית תרמה לעיצוב דיני הנזיקין במיוחד בתקופת שנות ה-80, שאופיינה בריבוי תביעות שדרשו להרחיב את האחריות ברשלנות" (שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל).
 125 פרשת ועקנין, לעיל ה"ש 118, בעמ' 130: "עתה, משבוטלו הקטגוריות הישנות, וחובת התופס יצאה לדרך המלך של עקרון הרשלנות הכללי, מן הראוי הוא שנגקוט אותן אמות מידה, המתבקשות מעיקרון כללי זה. אמות מידה אלה מעוגנות בסבירותו של הסיכון".
 126 אמנם בפסק הדין חזקת החובה אינה מכונה בשם זה, אך במבט לאחור זו השם שניתן לה. ראו ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 802 (1993); ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (1995); ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.7.2013).
 127 בית המשפט חוזר על נקודה זו בפרשת גורדון, לעיל ה"ש 114, בעמ' 129, שם קובע השופט (כתוארו אז) ברק כי "הכלל הוא, שבמקום שהנזק הוא צפוי (כעניין פיסי) חובה לצפותו (כעניין נורמטיבי), אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים, המצדיקים צמצום החובה או שלילתה חרף יכולת הצפייה".
 128 ס' 60 לפקודת הנזיקין.

מוסדרים על ידיהן בלבד.¹²⁹ לדידו, עוולת הרשלנות כעוולת מסגרת ניחנה בתכונות שונות מהעוולות הפרטיקולריות, שכן העוולות הפרטיקולריות הן עוולות סגורות ומתנות במערכת נסיבתית מסוימת מוגדרת מראש, ואילו עוולת הרשלנות היא עוולה פתוחה, ורשימת המצבים שעליה היא משתרעת לעולם אינה סגורה. לפי ברק, לא פעם עשוי אינטרס מסוים לקבל הגנה הן בעוולה פרטיקולרית או בכמה עוולות פרטיקולריות והן בעוולת הרשלנות. הדוגמה שניתנת להמחשת הדברים היא של מקרים שבהם יש תחולה של עוולת הסגת הגבול או מטרה ועוולת הרשלנות בד בבד. לגישת בית המשפט, אין בקיומן של העוולות הפרטיקולריות כדי לשלול את תחולת הרשלנות. לדבריו, "עוולת הרשלנות באה להטיל אחריות בגין נזק הנגרם בשל סיכון בלתי סביר. אך טבעי הוא, שאחריות זו משתרעת על תחומים משתנים של פעילות אנושית, מהם 'המכוסים' כבר על-ידי עוולות פארטיקולריות, ומהם קרקע בתולה".¹³⁰ עוד מוסיף בית המשפט כי העוולות הפרטיקולריות אינן כורכות סביבן חגורות של הסדרים שליליים אשר שוללות תחולתן של עוולות אחרות. האנלוגיה האפקטיבית שבה בית המשפט משתמש היא של רשתות הפרוסות זו על גבי זו באופן שמערכת עובדתית נתונה יכולה להיתפס בכמה מהן. אנלוגיה אחרונה זו הפכה שגורה בשפה הנזיקית וצוטטה חדשות לבקרים בפסיקה מאוחרת יותר בהנגדתה לאנלוגיה של "מגנטים של אחריות", שבה כל הנמצא בתחום המשיכה של עוולה אחת מוצא אוטומטית מתחום המשיכה של העוולה האחרת, שאותה בית המשפט דוחה.¹³¹

עוד מוסיף בית המשפט בפרשת גורדון כי גישה שכזו היא חיונית "אם מבקשים לשמור על חיוניותה של הפקודה".¹³² באימוץ של גישה פורמלית של תחומי מחיה נפרדים לא יהיה כדי "להתמודד עם הבעיות החדשות, אשר המציאות יוצרת".¹³³ לדבריו, "דיני הנזיקין צריכים לפתור לא רק את בעיות העבר אלא גם את בעיות ההווה והעתיד. הם צריכים להיות גמישים ומתאמים לצורכי החיים המשתנים. לא מבצרים סגורים אלא ערים פתוחות, הקולטות סיכונים חדשים ואירועים שלא ניתן היה להעלות על הדעת את קיומם [...]".¹³⁴ בית המשפט גם מזהיר כי "אל לנו ליתן לצורות התביעה האנגליות הישנות להשתלט על מחשבתנו. אל לנו לאפשר להן לשלוט בנו, לא מהקבר [...] ולא מהמילון [...]".¹³⁵ בהקשר הספציפי של פסק הדין אומר בית המשפט כי "אפשרויות השינוי וההתפתחות במסגרת עוולת הנגישה עצמה מצומצמות הן למדי. לעומת זאת, המכשיר העיקרי לגיבוש יסודות חדשים של אחריות מצוי בעוולת הרשלנות, העשויה ליתן פתרון ראוי למציאות המודרנית, השונה במידה רבה מזו שעמדה ביסוד עוולת הנגישה".¹³⁶

בית המשפט מודע היטב להיות דרישותיה של כל אחת מן העוולות שונות מאלה של האחרות, אך הוא רוצה לייצר "מעבר קל" של התובע ממסגרת אחת לרעותה. בית המשפט

129 פרשת גורדון, לעיל ה"ש 114, בעמ' 122.

130 שם, בעמ' 123.

131 שם, בעמ' 125.

132 שם.

133 שם.

134 שם.

135 שם, בעמ' 125–126.

136 שם, בעמ' 127.

נותן למשל את הדוגמה של תקיפה ורשלנות: "בתקיפה מכוונת, במסגרת עוולת התקיפה, יש צורך להוכיח כוונה, אך אין צורך להוכיח סטייה מרמת התנהגות של אדם סביר. לעומת זאת, בתקיפה הרשלנית אין צורך להוכיח כוונה, אך יש צורך להוכיח התנהגות, הסוטה מזו של האדם הסביר. הגישה הפונקציונאלית הגמישה אין בה כדי לעקוף את החוק. יש בה כדי לאפשר מעבר קל ממסגרת למסגרת כדי ליתן את מלוא ההגנה לאינטרסים, המוגנים על ידי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]".¹³⁷ כמו כן מבהיר בית המשפט כי במשפט הישראלי הודגשה בתחילה חשיבותן של העוולות הפרטיקולריות כגון מטרה והסגת גבול, אך "לימים הלך חלקה של הרשלנות והתגבר, עד כי כיום מרבית התביעות במסגרת פקודת הנזיקין [נוסח חדש] הן בגין רשלנות, אשר שולטת כיפת הפקודה".¹³⁸

מהלך מעניין נוסף שנראה לכאורה כאילו אינו קשור למגמת שתלטנות הרשלנות הוא הדיון ברכיב הנזק והטיפול בו. לכאורה, רכיב הנזק אינו רלוונטי רק בעוולת הרשלנות, ועל כן אין בו כדי להרחיב את השימוש בה לעומת עוולות אחרות, ברם עלינו לזכור כי בעוולות הפרטיקולריות רכיב הנזק אינו משמש בהכרח יסוד בגדר העוולה, אך לא כן בעוולת הרשלנות. על כן לשם שימוש בעוולת הרשלנות יש להראות כי נגרם נזק כמשמעותו בפקודה.¹³⁹ אמנם ללא נזק יכול להתקיים רכיב ההתרשלות אך לא העוולה כולה, אשר מחייבת נזק כאחד מיסודותיה. על כן הרחבת הנזקים שנכנסים בגדר הפקודה אפשרה אף היא את הרחבת השימוש בעוולת הרשלנות. ואכן בנתיב זה פסע בית המשפט בפרשת גורדון. בפסק הדין נדרש בית המשפט לשאלת הפיצוי בגין נזק שאינו רכוש. הוא מצייין שקביעת פיצוי בגין נזק שאינו רכוש היא משימה קשה, וחרף זאת מבהיר כי הגישה המקובלת היא כי יש להעריך את הנזק ולקבוע פיצוי אף בגין נזקים אלו.¹⁴⁰ במהלך הניתוח מבהיר בית המשפט כי "הטרדה גרידא" יכולה להיחשב נזק בר-פיצוי. בכך הוא מרחיב למעשה את יכולותיו של הנפגע להגיש תביעה ברשלנות גם ללא ביסוס נזק רכוש. הוא קובע כי שלא כבעבר, אז לא הוכרה חובת זהירות מושגית לעניין נזק לא רכוש גרידא, עתה אין עוד צידוק להבחין בין קיום חובה או היעדרה על בסיס הבחנות בין סוגי הנזק. לגישתו, "עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על האינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו. אין לראות בנזק הלא-רכושי כדבר 'פאראזיטי', הנסבל רק אם הוא טפל לנזק רכוש. יש להכיר בו כנזק בר-פיצוי, העומד ברשות עצמו".¹⁴¹ הוא מסכם בעניין זה ואומר כי "נזק לא-רכושי גרידא אף הוא נזק לעניין עוולת הרשלנות, והוא בר-פיצוי, אם על אדם סביר מוטלת החובה (המושגית והקונקרטי) לצפות את התרחשותו בשל התרשלות".¹⁴² על כל אלו ניתן להוסיף, כמובן, שחיוב הרשות בניזיקין והכפפתה לתנאים של נתבע פרטי אף הם סייעו בהרחבת השימוש ברשלנות.

137 שם, בעמ' 126.

138 שם, בעמ' 124 (ההדגשה הוספה – א"י).

139 ס' 2 לפקודת הנזיקין.

140 פרשת גורדון, לעיל ה"ש 114, בעמ' 139.

141 שם, בעמ' 141.

142 שם, בעמ' 142.

שני פסקי דין אלו שימשו קטליזטור להרחבת השימוש בעוולת הרשלנות, וההפניות הרבות אליהם בפסיקה מאוחרת מעידות כשלעצמן על עצמת התופעה. שנים רבות לאחר מכן, עת נדרש לסכם 40 שנה למשפט הישראלי ולדיני הנזיקין¹⁴³ ולפרוס את ה"אני מאמין" שלו על רקע הפסיקה בישראל, סיפר הנשיא ברק כי הוא רואה בפקודה מעין ריסטייטמנט של המשפט המקובל בשנות השלושים והארבעים, ובה שתי עוולות מסגרת ולצדן עוולות פרטיקולריות רבות.¹⁴⁴ במבט לאחור הוא מציין כי העוולות האחרות, לבד מעוולת הרשלנות, "מילאו תפקיד מוגבל ביותר במסגרת דיני הנזיקין", וכי "תביעות מועטות הוגשו על-פיהן, והדין בהן לא פותח בעיקרו".¹⁴⁵ לדבריו, "עיקר המעמסה של דיני הנזיקין הוטלה על שכמה של עוולת הרשלנות", וכי היא עמדה יפה בלחצים שהופעלו עליה ואצרה כח להתמודד עם מציאות דינאמית ומשתנה.¹⁴⁶ עוד הוא מוסיף כי הפסיקה בישראל לא יכלה לזנוח את רעיון הרשלנות ולעבור להסדרים של אחריות מוחלטת על פי רצונה. פריבילגיה זו הייתה נתונה למחוקק. לעומת זאת הפסיקה יכלה ליצור חובות זהירות במסגרת עוולת הנזיקין (כך במקור. צ"ל רשלנות), והיא עשתה כן,¹⁴⁷ במתן עומק והיקף לעוולות המסגרת.¹⁴⁸ לפליטת קולמוס פרוידיאנית זו, שאף נראתה סבירה לעורכי כתב העת, נראה שיש משמעות משל עצמה. בהתייחסו לרפורמה בחקיקה הנזיקית שעמדה (ועדיין עומדת) על הפרק¹⁴⁹ אומר ברק כי "יש מקום להעמיד את דיני-הנזיקין על שתי עוולות כלליות – רשלנות והקפד חובה חקוקה. שאר העוולות לא יבואו אלא ברשימה פרטנית במסגרת עוולת הרשלנות, ומבלי לפגוע בכלליותה".¹⁵⁰ הוא גם מוסיף כי "את מספרן של העוולות הספציפיות ניתן להקטין. כך, למשל, ניתן לבטל השגות-גבול במיטלטלין ומקרקעין תוך קביעה, כי פתרון ימצא בדין הרשלנות, שיחול הן על התנהגות ללא כוונה להזיק והן על התנהגות מתוך כוונה להזיק".¹⁵¹ הוא זוקף לזכות המשפט הישראלי בין היתר את פיתוח עוולת הרשלנות כמכשיר עיקרי של המשפט הפרטי למתן סעד לפגיעה בזכות ורואה בכך את תרומת המשפט הישראלי למשפט העמים. ברק מציין גם כי הוא אינו מציע "בשלב זה שינוי בבסיס האחריות, אם כי יהיה בוודאי מקום, משיקולים מיוחדים, להרחיב את האחריות המוחלטת בנזיקין בסוגיות שונות, ואף ייתכן שבטווח הארוך נגיע לשינוי יסודי

143 אהרן ברק "ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנזיקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי" משפטים 631 (1990) (להלן: ברק "ארבעים שנה למשפט הישראלי") (פורסם גם באהרן ברק מבחר כתבים כרך א, 215 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)) (להלן: ברק מבחר כתבים כרך א).

144 שם, בעמ' 639.

145 שם, בעמ' 640.

146 שם, בעמ' 639.

147 שם, בעמ' 642. טעות זו לא אותרה לא בכתב העת משפטים ולא בספר שנערך מאוחר יותר ושבו שולב המאמר מחדש.

148 שם.

149 הצעת חוק דיני ממונות.

150 ברק "ארבעים שנה למשפט הישראלי", לעיל ה"ש 143, בעמ' 643.

151 שם.

בגישה כולה".¹⁵² את זאת, כאמור, הוא אומר בשנות התשעים, אך אמירות אלו חוזרות ומפורסמות בספר שנכתב לקראת פרישתו בשנת 2000.¹⁵³

(ג) ויתור על דרישת ה"שכנות"

דומה שבשנים האחרונות הבשילו התנאים בפסיקה לשקילתו של מהלך נוסף להרחבת השימוש ברשלנות. מהלך זה יוצא מנקודת הנחה כי כבר קיימת במשפט הישראלי חובה כללית שלא להתרשל, ועל כן אין צורך לדון בכל פעם מחדש בשאלות בדבר קיומה של חובה טרם בחינתו של אקט ההתרשלות והתקיימותו של הקשר הסיבתי. הדיון בחובה יירחקה אפוא לסוף ההכרעה השיפוטית בעולת הרשלנות, ותפקידו ישתנה – מביסוס יחסי "שכנות" לצורך חיוב נזיקי וכתנאי לו, למסננת שעל פיה יוחלט אם למרות ההתרשלות יש לפטור מאחריות.¹⁵⁴ במילים אחרות, הרצון בעיקרו הוא לוותר על הדיון בחובה או לדחוק אותה לקרן זווית, ובכך להעצים את עולת הרשלנות באמצעות כיוון הזרקור לחוסר הסבירות שבהתנהגות. אם ההתנהגות היא בלתי סבירה, הרי שברוב המקרים די בכך כדי לחייב את המזיק באחריות, ודיון בחובת הזהירות, אם בכלל, נדחק לשוליים, שכן במרבית המקרים אין בו צורך.¹⁵⁵

מהלך זה שונה והפוך באופיו מהמהלך שעשה השופט ברק בפרשות ועקנין וגורדון,¹⁵⁶ אך הוא נבנה עליו. אם בעבר היה ברור שלשם חיוב נזיקי ברשלנות יש צורך בחובה, הרי שהמהלך של ברק בועקנין ובגורדון הרחיב את המצבים שבהם זו קיימת. לשם כך גם נוצרה חזקת החובה. משהוטמעה גישתו של ברק והושלם המהלך, והחובה הפכה לחובקת כול, כיום סוברים רבים כי אין עוד טעם בדיון בה בכל מקרה כדרישה מקדמית לחיוב אלא רק כמסננת בסופו של הליך. כלומר, ברירת המחדל השתנתה, ואין עוד צורך בביסוס החובה כדי לחייב, אלא יש צורך בשלילתה כדי לפטור. דוגמה לגישה זו ניתן למצוא למשל בדבריו של השופט עמית בפרשת פלוני,¹⁵⁷ שם הוא מסביר כי על פי הגישה החדשה, "את מיקומה של חובת הזהירות אנו מעתיקים אפוא מתחילת הדרך אל סופה, ואף זאת, תוך שינוי פניה מ'חובת זהירות' לשיקולי מדיניות השוללים את הטלת האחריות מקום בו זו אינה רצויה. הקדמת ההתרשלות לחובה משמעה כי החובה הופכת למסננת של סוף הדרך, בעוד שעל פי המודל המסורתי, החובה היא שער הכניסה אל עולת הרשלנות", וכן כי "על פי המודל המוצע, הצפיות משמשת אך במסגרת בחינת ההתרשלות והקשר הסיבתי המשפטי, במובן של צפיות טכנית/פיסית בלבד, כאשר שאלת 'הצורך' לצפות עוברת אל סוף הדרך, על מנת לבחון אם מתקיימים שיקולי מדיניות משפטית בגינם רצוי לשלול הטלת אחריות".¹⁵⁸ על

152 שם, בעמ' 645.

153 ברק מבחר כתבים כרך א, לעיל ה"ש 143.

154 ראו בעניין זה את דבריו של השופט עמית בפרשת פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 126, פס' 13 לפסק דינו: "כיום, גוברת הנטייה לבחון תחילה את ההתנהגות שגרמה לנזק, קרי, את ההתרשלות עצמה, במסגרתה להפעיל את מבחן הצפיות, ורק לאחר מכן לבחון את קיומה של חובת הזהירות במובן של מסננת של שיקולי מדיניות השוללים את האחריות חרף קיומה של התרשלות".

155 לעניין זה ראו הביקורת המוצעת במאמר של אביחי דורפמן "זהירות! חובה" משפטים מב 87 (2012).

156 פרשת ועקנין, לעיל ה"ש 118; פרשת גורדון, לעיל ה"ש 114.

157 פרשת פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 126, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

158 שם.

פי מודל חדש זה של התרשלות תחילה, בית המשפט מכיר בקיומה של חובת זהירות כללית, ובחובה הכללית שיש לכל אדם שלא להתנהג התנהגות עוולתית על ידי יצירת סיכון כלפי הזולת.¹⁵⁹

השופט עמית מסביר בפרשת פלוני כי על פי המודל המוצע, היתרון של "התרשלות תחילה" הוא בין השאר בפשטותו. "נקודת המוצא היא כי במקרים הרגילים של נזקי גוף, אותם מקרים שנופלים בליבת דיני הנזיקין, קיימת חובת זהירות, כך שניתן לעבור לבחון את ההתרשלות תחילה, כאשר במקרים לא שכיחים, טעמים של מדיניות משפטית ישללו את הטלת האחריות".¹⁶⁰ אולם השופט עמית גם מודע לכך שהעתקת חובת הזהירות אל סוף תהליך הבחינה והמרתה בשיקולי מדיניות השוללים הטלת אחריות (שיקולים נגטיביים), משנות את דמותה של חובת הזהירות. על כך הוא אומר כי "במקום חובה היוצרת בסיס נורמטיבי להטלת אחריות, אנו בוחנים אם קיימים שיקולי מדיניות השוללים את האחריות הנובעת מקיומה של התרשלות".¹⁶¹ בכך, אומר בית המשפט, יש מעבר מצורה של חובה-כחובה לחובה-כהגנת פטור.¹⁶²

חשוב להדגיש כי גם אלו שתומכים ברפורמה ה"אוונגרדית" של השופט עמית מודעים לכך שמודל זה של התרשלות תחילה לא יוכל לשמש בכל מקרה ומקרה בדיני נזיקין, אולם לגישתם הוא יחול "במרבית המקרים הנידונים באופן שכיח בבתי המשפט והמשתייכים ל'ליבת דיני הנזיקין'".¹⁶³ לעומת זאת במקרים המצויים באזור הגבול או הדמדומים של דיני הנזיקין יישמר המודל הקודם.

נכון למועד כתיבת מאמר זה, גישה זו שמייצגת את האונגרד של עוולת הרשלנות עדיין אינה בגדר תחליף להסדר המסורתי. אמנם היא נובעת מהביקורת על התפיסה המסורתית ויונקת ממנה, מצד הספרות המשפטית ואף מצד הפסיקה, אך גם היא עצמה זוכה לביקורת.¹⁶⁴ אם תתקבל, תהפוך גישה זו את השימוש בעוולת הרשלנות לנפוץ וישים עוד יותר.

4. מגמות של השנים האחרונות

(א) עיצובן מחדש של העוולות הפרטיקולריות בדמות עוולת הרשלנות

עם השנים מגמה זו של שתלטנות הרשלנות, שהפכה להיות חלק מן המשפט הנוהג, השתרשה עד כדי כך שלא רק שעוולת הרשלנות ניצבה בחזית, ונזנחו השימושים בעוולות

159 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

160 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.

161 שם.

162 אגב כך מפנה השופט עמית למאמרו של דורפמן, לעיל ה"ש 155.

163 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית, המתבסס בהקשר זה על ספרו של גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 649.

164 ראו למשל עניין וגנר, לעיל ה"ש 124, שם מבקר השופט הנדל את הגישה החדשה, ובמיוחד בפס' 10-18 לפסק דינו. נימוקיו בעד הותרת סדר בחינתם של רכיבי עוולת הרשלנות על כנו עוסקים ביעילות ההליך המשפטי, ביצירת הרתעה יעילה עבור מזיקים, ובחשש כי הרחבה זו של חובת הזהירות הכללית תעקר את יכולתה להשפיע על בדיקת המקרה הפרטני ולמעשה תביא להחלפתה המוחלטת במסגרת שיקולי מדיניות.

הפרטיקולריות, אלא שהיא שלחה גרורותיה גם לעיצובן מחדש של העוולות הפרטיקולריות עצמן. מכיוון שהפרדיגמה הדומיננטית הרווחת היא שעולת הרשלנות היא עולת-על, שחולשת למעשה גם על העוולות הפרטיקולריות, נראה כי נוצר צורך, במודע או בתת-מודע, לתת לכך ביטוי באמצעות עיצובן מחדש של העוולות הפרטיקולריות בדמותה של עולת הרשלנות. עיצוב זה נעשה באמצעות שימוש בתפיסת הסבירות, שהיא ליבתה של עולת הרשלנות ו"הזרקתה" אל תוך העוולות הפרטיקולריות וההגנות שלהן, אשר לא היה נהוג לבנותן לפי תפיסה זו.¹⁶⁵ עיצוב מחדש זה אינו עולה בקנה אחד עם הדין הנוהג במשפט המקובל, שבשונה מהמשפט הישראלי, אינו רואה בעולת הרשלנות מי שחולשת על כל דיני הנזיקין. מלבד זאת, עיצוב מחדש זה לא היה יכול להיעשות בבית המשפט, אשר לא היה לו כאמור מנדט לשנות את יסודות העוולות כפי שקבע המחוקק. המחוקק, בתורו, תיקן את החוק לפי שינוי הפרדיגמה.

אציג עתה שתי דוגמאות לעיצובן מחדש של העוולות הפרטיקולריות בראי עולת הרשלנות. האחת, תיקון סעיף 24(1) לפקודת הנזיקין בנוגע להגנה עצמית, כבר קרמה עור וגידים לפני עשור והייתה לחלק מן מהמשפט הקיים.¹⁶⁶ השנייה עודנה בהתהוות. מדובר בהצעה לשינוי מקיף ורחב הרבה יותר של העוולות הפרטיקולריות עד כדי עיצובן מחדש במסגרת פרויקט הקודיפיקציה של הדין האזרחי בכלל ודיני הנזיקין בפרט, כפי שבא לידי ביטוי בגרסה האחרונה של הצעת החוק בדבר הקודקס האזרחי, שעדיין עומדת על הפרק.¹⁶⁷

(ב) עולת התקיפה וההגנה העצמית

כידוע, עולת התקיפה מנויה במשפט הישראלי כעולה פרטיקולרית, והיא קבועה בסעיף 23 לפקודה.¹⁶⁸ לזו הסעיף הוא כי כאשר נעשה שימוש בכוח, או כאשר קיים איום ממשי לשימוש בכוח שכזה, מכל סוג שהוא, במתכוון נגד גופו של אדם ושלא בהסכמתו, הרי שמבוצעת נגדו עולת תקיפה. יסוד הכוונה התפרש, בדומה למשפט המקובל, בצמצום, ולכן אין צורך להוכיח רצון לפגוע או לגרום לנזק, אלא די ברצון לגעת באדם או בדיעה שכך יהיה, בלא הסכמתו.¹⁶⁹ הסעיף אינו דורש גם נזק כאחד מיסודותיו. כפי שראינו, חלק מהוויית הסעיף היא ההגנה על האוטונומיה של האדם והתפיסה כי לנגיעה בגופו נדרשת הסכמתו. ההסכמה אינה חייבת להיות סבירה. היא אמורה לשקף את העדפותיו

165 להרחבה על התפתחות זו ראו מאמרו המכונן של מאוטנר, לעיל ה"ש 90, בייחוד בעמ' 556–557, העוסקים בתהליך שבו הוקנה לעולת הרשלנות מעמד של נורמת-על בדיני הנזיקין. מאוטנר מסביר, בין היתר, כי יש בכך משום הכפפה של נורמות ספציפיות לעיקרון מופשט ובלתי מוגדר (במקרה זה הסבירות), וכי ניתן למתוח קו בין ההתפתחויות שעליהן הוא מצביע במאמר של עליית תפיסת העולם הלא-פורמליסטית בפסיקת בית המשפט העליון לבין התחזקותן של נורמות כדוגמת עקרון תום הלב ועולת הרשלנות.

166 תיקון מס' 9.

167 הצעת חוק דיני ממונות. נכון לעת כתיבת המאמר, ההצעה עברה קריאה ראשונה בלבד.

168 ס' 23 לפקודת הנזיקין.

169 Epstein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4–5.

האינדוידואליות של הפרט, שעליהן המשפט מגן.¹⁷⁰ סעיף זה מצוי בפקודה מעת קבלתה ומשקף כמעט במדויק את גישת המשפט המקובל בהקשרים אלו.¹⁷¹ למעשה, האחריות בסעיף זה היא חמורה במובן זה שהסיכון מוטל על הנוגע. גם אם השימוש בכוח נעשה בסבירות, ואפילו לטובתו של הנפגע, עדיין מדובר במעשה שעולה כדי תקיפה. דוגמאות למצבים שכאלו ניתן למצוא למכביר בתחום הרפואה, במקרים שבהם בוצעו טיפולים רפואיים בניגוד לרצונו של החולה או ללא הסכמתו, אף שנעשו לטובתו.¹⁷² בדומה למשפט המקובל, גם בישראל ההגנות הכלליות של אשם תורם והסתכנות מרצון בדרך כלל אינן ישימות במקרים של תקיפה.¹⁷³ לעומת זאת כן יכולות לעמוד לנתבע ההגנות הספציפיות המנויות בסעיף 24 לפקודה. סעיף 24 המקורי מנה שמונה סעיפי משנה – הגנות אשר הוכתרו בכותרת "הגנה מיוחדת" ואשר עמדו בתוקפן עד שנת 2000.¹⁷⁴ ברצוני להתייחס להגנה הראשונה שאינה נושאת כותרת עצמאית אך ידועה בשם "הגנה עצמית". הגנה זו אינה ייחודית למשפט הישראלי ואף לא לדיני הנזיקין. כעיקרון, מדובר בהגנה אוניברסלית אשר משתרעת הן על הדין הנזיקי והן על הפלילי.¹⁷⁵ על כן גם בארץ, עם קבלת הפקודה ועולת התקיפה, הוקנתה לתוקף הגנה מפני חבות בגינה אם עשה את המעשה לשם הגנה עצמית. נוסח הסעיף במקור קבע כי הגנה תינתן, אם הנתבע:

"עשה את המעשה כדי להגן על עצמו או על אדם אחר מפני שימוש בכוח שלא כדין מצד התובע, ובמעשהו זה לא חרג ממידת הנחיצות הסבירה לאותה מטרה, והיחס בין הנזק שגרם לתובע בתקיפה זו לבין הנזק שרצה למנוע לא היה בלתי סביר"¹⁷⁶

הרעיון שמאחורי הגנה זו הוא עתיק ומשותף גם למשפט הפלילי. אדם שהותקף זכאי להגן על עצמו, ובאיוון שבינו לבין התוקף תהיה ידו על העליונה בהתקיים פרמטרים מסוימים.¹⁷⁷ מדובר באיוון נקודתי אשר עושה צדק בין הצדדים הנוגעים בדבר. מהם אותם פרמטרים? שההגנה הייתה כנגד שימוש בכוח, ששימוש זה היה שלא כדין מצד מפעיל הכוח, שהמעשה נעשה כדי להגן על הנתבע או אחר, וכן שהנתבע לא חרג במעשהו מהנחיצות הסבירה, ושהיחס בין הנזק שנגרם לבין זה שהנתבע רצה למנוע לא היה בלתי סביר. תנאים אלו הגבילו את השימוש בהגנה וצמצמו מאוד את המקרים שבהם היה התוקף יכול להשתמש בה. הגישה הרווחת בעניין זה הייתה כי תקיפה של אדם היא מעשה חמור

170 ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609, 629–631 (2009).

171 ראו לעיל ה"ש 16. יש לציין כי המשפט המקובל עבר כמה שינויים בהקשר זה. כך למשל בעבר לא נדרשה כלל כוונה, אפילו במובנה המצומצם, בדומה לדין הנוהג באשר להסגת גבול, וראו Epstein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4–5.

172 ראו לדוגמה ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993).

173 ראו דניאל מור "האם מעילה בת עוולה לא תצמצם זכות תביעה בנזיקין?" הפרקליט כו 254, 257–266 (1970).

174 עד לכניסתו לתוקף של תיקון מס' 9.

175 השימוש בהגנה העצמית בדיני העונשין מופיע בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

176 ס' 1(24) לפקודה בנוסחה המקורי.

177 כך לפי גישת המשפט המקובל, וראו Dobbs, לעיל ה"ש 7, בעמ' 159.

אשר פוגע בליבת האוטונומיה, ועל כן ההגנה צריכה להינתן במשורה, רק באותם מקרים שבהם הפוגע או אדם אחר נמצא מאוים בגין השימוש בכוח באופן שבו אם לא יפעל, ייפגעו הוא או אחרים. מלבד "ההגנה העצמית" עמדו לנתבע, מכוח סעיף 24, הגנות נוספות, אשר אף הן עוצבו בקפידה, ואשר מטרתן הייתה לפטור מאחריות, בצמצום, במקרים אחרים.¹⁷⁸

האיזון שנוצר במסגרת עוולת התקיפה ביקש להגביל את תחולתה לבחינת הצדק היחסי בין התוקף למותקף מבלי לערב שיקולים חברתיים רבים חיצוניים לצדדים, בהבנה שבמקרה של סיכון חמור לחיים או לגוף, ממילא נדחק ממד ההרתעה לקרן זווית. מעניין להשוות בעניין זה אף את הוראות המשפט הפלילי, אשר בהקשר זה, ובניגוד לאינטואיציה, מצמצמות עוד יותר את המקרים שבהם תחול ההגנה. כך קובע סעיף 34 לחוק העונשין כי אדם לא יישא באחריות פלילית בשל תקיפה אם המעשה היה דרוש באותו רגע כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו שלו או של זולתו.¹⁷⁹ הסעיף הפלילי מדגיש את הקשר הייחודי שבין המתקיף למותקף אף שהוא מאפשר גם הגנה על הזולת ומצמצם את ההגנה רק למקרים של איום מידי למטרת הדיפה של התקיפה. הסעיף אף מוסיף סייג והוא שההגנה לא תחול אם המותקף הביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה בצפנתו מראש את אפשרות התפתחות הדברים.¹⁸⁰

כאמור, גישה מצמצמת זו של ההגנה מפני תקיפה (נזיקית או פלילית) לא הייתה נחלתו הבלעדית של המשפט בישראל, ואף היא יובאה מן המשפט המקובל. עם זאת במשפט המקובל הדיון בהגנה העצמית מפורט ומורכב הרבה יותר ומבקש להנחות את השופטים בקפדנות איך לאזן בין זכות המתקיף לזו של המותקף. ההגנה העצמית מצומצמת ונגזרת מכך שאין להרשות במסגרתה פגיעה באחר מבלי שיש הצדקה טובה לכך. הדיון נעשה בקפידה, בתוך התייחסות מדוקדקת למצבים השונים על מנת שלא לפרוץ את גבולות ההגנה יתר על המידה. למשל, בריסטייטמנט האמריקני מוקדשים סעיפים רבים לשאלת גבולות ההגנה העצמית.¹⁸¹ סעיף אחד מוקדש למקרים שבהם ההגנה העצמית ננקטת נגד כוח שמופעל במכוון אך אינו מסכן בהכרח את חיי המתגונן או מאיים עליו בפגיעה חמורה.¹⁸² באותם מצבים הדגש הוא במניעת האחר מ-inflicting a harmful or offensive contact, אך

178 לדוגמה, אם עשה את מעשהו בתוך כדי ביצוע, או סיוע כדין לבצע, צו מעצר או חיפוש, צו מסירה לדין, צו מאסר או צו עיכוב שנתנו בית משפט או רשות אחרת המוסמכת לכך. דוגמה נוספת היא אם עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו, או שבידי האדם הממונה עליו כדין לא היה להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה (ס' 24(4) ו-24(8) לפקודת הנוזיקין, בהתאמה).

179 ס' 34 לחוק העונשין.

180 ואולם יצוין כי לצד הצמצום הזה, במשפט הפלילי מצויות הגנות נוספות אשר מאפשרות פטור מאחריות, ובהן הגנת הכורח והצורך אשר אינן מצויות בפקודת הנוזיקין (ס' 34 ו-34יא לחוק העונשין, בהתאמה). כמו כן הסעיף חל על הגנה עצמית מדומה, בשונה מתחולתו בתחום הנוזיקי.

181 RST § 63-76.

182 שם, § 63.

האמצעים שמותר למתגונן להשתמש בהם במסגרת ההגנה העצמית הם כאלו שאינם עלולים או מכוונים לגרום מוות או פגיעה גופנית קשה לצד האחר.¹⁸³ הדגש הוא בהגנה מפני presently threatened aggression.¹⁸⁴ סעיף אחר עוסק במקרים שבהם הכוח שמפעיל המתקיף מסכן חיים ופוחח בפני המתגונן אפשרויות נוספות של שימוש להגנתו בכח מסכן חיים.¹⁸⁵ סעיף שלישי עוסק במצבים שבהם הסיכון נגרם כתוצאה מפעולה רשלנית שאינה מכוונת.¹⁸⁶ סעיף רביעי מדבר על התמודדות עם פעילות רשלנית אשר מסכנת חיים.¹⁸⁷ בכל הסעיפים נשמרת הזיקה בין מפעיל הכוח למתגונן, והאמצעים שהאחרון רשאי לנקוט בחסות ההגנה נגזרים מהשוני בסוג האיום שמופעל עליו ומיירותו. בהקשר זה מתעוררת שאלות רבות באשר לאפשרות של נסיגה כדרך להימנע מתקיפה – אם המתגונן צריך לסגת אם אפשרות זו עומדת לו כאופצייה ממשית, מתי עליו לעשות כן וכיוצא באלה. כאמור, מספר הסעיפים שעוסק במהות ההגנה העצמית ויכולת המתגונן להיזקק לה הוא רב ומשקף ניואנסים רבים שנגזרים מההשוואה שבין זכויותיו של המתקיף לזכויותיו של המותקף ועשיית צדק בין השניים. סעיף מיוחד מוקדש למצבים שבהם ההגנה מפני התקפה היא על צד שלישי.¹⁸⁸

כפי שפורט לעיל, בישראל הדיון הסטטוטורי בנושא זה קצר, וגרסת ההגנה העצמית שאומצה מלכתחילה הייתה מתירנית מזו הנהוגה במשפט האנגלו-אמריקני ולא דרשה מן המותקף את אותם תנאי סף לצורך שימוש בהגנה (בניגוד לגישה שאומצה במשפט הפלילי), אם כי התעקשה על חלק מתנאי הסף, ובהם הדרישה שההגנה תופעל נגד שימוש בכוח שלא כדין בידי התובע, אי-חריגה מהנחיצות הסבירה ומידתיות.

והנה בשנת 2000 הוכנס תיקון לפקודה.¹⁸⁹ דומה שמטרת התיקון העיקרית הייתה להשמיט את ההגנה המיוחדת שקמה להורים מפני תקיפה במסגרת חינוך ילדיהם¹⁹⁰ לאחר שפסק הדין המנחה בעניין פלונית קבע כי אין להורים זכות במסגרת המשפט הפלילי להכות את ילדיהם לצרכים חינוכיים, וכי בעניין זה אין סובלנות כלל.¹⁹¹ חלק זה של התיקון זכה לסיקור נרחב, לדיון בכינוסים ואף לכתביה אקדמית, אולם לא בו ברצוני להתמקד כעת.¹⁹² בד בבד עם תיקון זה הוכנס תיקון נוסף בסעיף 24(1), אשר חרף תשומת הלב המועטה שניתנה לו הייתה לו חשיבות רבה. לפי הנוסח המתוקן תהיה זאת הגנה לתוקף אם –

183 שם, cmt. e.

184 שם, cmt. g.

185 שם, § 65. אפשרויות אלו תלויות בהתקיימותם של תנאים נוספים שנקבעו בסעיף.

186 שם, § 64.

187 שם, § 66.

188 שם, § 76.

189 תיקון מס' 9.

190 זאת, בשל ס' 24(7) לפקודה בנוסחה המקורי, אשר הוסר מהפקודה בעקבות תיקון מס' 9, ונוסחו: "24. בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם – [...] (7) הנתבע הוא הורו או אפוטרופסו או מורהו של התובע, או שהיחס שלו אל התובע דומה לשל הורו או אפוטרופסו או מורהו, והוא ייסר את התובע במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו".

191 ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000).

192 ראו למשל בנימין שמואלי "מהפך בעקבות מהפכה: מהפך בסוגיית הכאת ילדים ותלמידים לשם חינוכם בעקבות המהפכה החוקתית" קרית המשפט ח 289 (2009).

"(1) עשה את המעשה בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתו מפני פגיעה בחיים, בגוף, ברכוש, בחירות או ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו, היה סביר";

חלק זה של תיקון מס' 9 עבר כמעט בלא דיון ציבורי, ואף כיום, שנים לאחר קבלתו, נראה שהוא חומק מתחת לרדאר של בתי המשפט, שכן לבד מכמה חריגים,¹⁹³ בפרשנותם אותו השופטים נצמדים למקורות ההגנה העצמית וליסודותיה כפי שנקבעו בעניין שהלא, שהוכרע על סמך הדין שקדם לתיקון.¹⁹⁴

מה הייתה מטרת התיקון? המטרה המוצהרת, לפחות כפי שבאה לידי ביטוי בעת שהובאה בפני חברי הכנסת בקריאה השנייה והשלישית, הייתה "להוסיף לפסקת ההגנה העצמית הקיימת בחוק את התנאי, שאותה הגנה עצמית נעשתה בצורה סבירה, על מנת להגן על עצמו או על זולתו".¹⁹⁵ דברי ההסבר שאליהם מפנה הצעת החוק מצויים בהצעת חוק קודמת בעניין זה, אשר מתייחסת רק לביטול ההגנה שהייתה נתונה להורים (שהייתה כאמור קבועה בסעיף 24(7)), ואילו בנוגע לתיקון סעיף ההגנה העצמית אין מופיעים דברי הסבר כלל.

השוואה בין הסעיף במתכונתו הנוכחית לסעיף במתכונתו הקודמת מלמדת עד כמה דרמטי הוא השינוי, ועד כמה הוא חלק מאותה מגמה כוללת של שתלטנות עוולת הרשלנות ורכיב הסבירות שמצוי בה. למעשה, תיקון זה משנה את אופי ההגנה כמעט לחלוטין ונותן בידי התוקף חופש פעולה נרחב, ובלבד שהדבר יעלה בקנה אחד עם אינטרסים ציבוריים רחבים יותר.¹⁹⁶ אמנם רכיבי הסבירות והפרופורציונליות היו מנת חלקו של סעיף ההגנה גם בנוסחו הקודם, שכן גם שם נדרש כי מעשה ההגנה לא חרג ממידת הנחיצות הסבירה, אולם מן הסעיף במתכונתו הנוכחית הוסר הרכיב של "שימוש בכוח שלא כדין מצד התובע", ובמקומו נקבע כי די בכך שהמעשה נעשה בסבירות כדי להגן על הנתבע מפני פגיעה בחיים, בחירות או ברכוש. שני רכיבים אלה של חירות ורכוש לא נכללו כמושאי ההגנה בנוסח הקודם. בצד זה הסעיף אינו דורש אפילו כי פגיעה שכזו תעלה כדי סכנה מוחשית, בדומה למשפט הפלילי, או שיהיה במעשה כדי להדוף סיכון מידי. הפרמטרים כולם נכנסים כיום למסגרת הסבירות, ללא קביעת תנאי סף.

אם כן, אף שהמטרה העיקרית הייתה לתקן את סעיף 24(7) ולצמצם את תוקף החריג בנוגע לתקיפת הורים, למעשה נוצר בתיקון מס' 9 חריג חדש, רחב הרבה יותר, שתחומי חלותו משתרעים על מקרים רבים, ואשר מזכה את התוקף בפטור אם עמד בפרמטרים של

193 ראו לדוגמה ע"א 11172/05 זיו אלון נ' חדר, פס' 17–20 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 21.10.2009).

194 ע"א 347/72 שהלא נ' בן שבת, פ"ד כז(1) 815 (1973).

195 ד"כ י"ב 2483 (התש"ס).

196 אמנם ניתן לפרש את מונח ה"סבירות" המופיע בסעיף כמתקיים במערכת היחסים הסגורה שבין מוזיק לניזוק, אך ניסוחו הרחב של הסעיף מותיר פתח, וייתכן אף רומז, לפרשנות החורגת ממערכת יחסים זו ומסוגלת להכיל גם שיקולים ציבוריים, ובעיקר בהינתן ההשוואה לנוסחה הקודם של ההגנה. נראה שזו גם תהיה הפרשנות לאור הקונטקסט שבו המונח מתפרש במסגרת עוולת הרשלנות.

סבירות, ללא עמידה בתנאי סף נוקשים, ובלבד שהיה במעשיו כדי להגן על עצמו או על אחר, אפילו מנוק רכוש.

לכאורה גם בעבר, טרם התיקון, וגם היום – לאחריו – על המתגונן להוכיח סבירות. אז מה השוני הגדול? ובכן, אפשר לדמות את ההגנה העצמית לבצל. תנאי הסף מסירים מן הבצל גלדים רבים אשר מעצבים את מהות ההגנה על פי מערכת היחסים שבין המזיק לניזוק ומאפייניה המיוחדים הקשורים בתקיפה. אלו הן דרישות הסף לתחולתה. בגלדים שנתרו מיושמת הסבירות שמצמצמת אותם עוד יותר. לעומת זאת המצב לאחר תיקון מס' 9 הוא שאין עוד תנאי סף, והסבירות מיושמת בבצל בשלמותו. לפיכך מקרים רבים שבעבר לא היו יכולים להיכנס בגדר ההגנה, שכן נפלו קודם להחלת סטנדרט הסבירות, כיום יכולים להיכנס במסגרתה. הדבר שינה עד מאוד את אופי ההגנה, ולמעשה הפך במקרים רבים את עוולת התקיפה לכזו שכפופה לדיני ההתרחקות עם היפוך נטל.¹⁹⁷ היינו, לעומת עוולת התקיפה המסורתית, שהתייחסה לרצונו הסובייקטיבי של המותקף וכיבדה אותו אפילו זה לא תאם שיקולים חברתיים רחבים יותר, שכן זוהי מהות התקיפה, כיום מדובר למעשה בהיפוך נטל – אם קיים אלמנט של הגנה במובן הרחב, הרי התוקף יוכל להראות כי פעל בסבירות, ועל כן רצונו של המותקף ייסוג. במובן זה, בעוד שבעבר עצם הפגיעה בזכות הצדיקה כשלעצמה פיצוי – כמונחים של קולמן כ-wrong להבדיל מ-wrongdoing,¹⁹⁸ התיקון מוריד אותה מדרגה של "זכות" לדרגה של "אינטרס מוגן", היינו הפגיעה מותרת, ובלבד שמעשה המתגונן היה סביר. אמנם הורדת הדרגה אינה מלאה, שכן עדיין הנטל הוא על התוקף להראות כי פעל בסבירות, אבל משעשה זאת, לא יהיה חייב בפיצוי.

אם הקורא סבור שמדובר במעשה של מה בכך, הריני שוב להפנותו לאחד מפסקי הדין המעצבים של המשפט המקובל – פרשת *Vincent*, שבה דנתי לעיל.¹⁹⁹ אמנם שם דובר בהסגת גבול במקרקעין, אך הדמיון לענייננו ברור. כזכור, באותו מקרה אדם קשר את ספינתו למזח. היה ברור שאם לא יעשה כן ייגרם לספינתו נזק גדול מאוד. היה ברור גם שקשירה למזח תגרום למזח נזק מסוים. אף שנמצא שמעשיו של המזיק היו סבירים, פסק בית המשפט שעליו לשלם לבעל המזח וכפה עליו משטר של אחריות חמורה. כיצד יש להכריע במקרה כגון זה לאחר התיקון?²⁰⁰ עצם הפגיעה באחר מותרת, ובלבד שנעשתה בסבירות כדי להגן על הפוגע או על אחר. למעשה, ההגנה הופכת מהגנה עצמית למעין הגנת צורך, אבל לא סתם הגנת צורך אלא הגנת צורך רחבה עד מאוד, שאינה כפופה לתנאי סף כלשהם של מידתיות, סכנה מוחשית לפגיעה חמורה או של היעדר חלופות להימנעות מפגיעה, כפי שאלו נדרשות במשפט הפלילי.

197 יש לציין כי למרות שינוי אופי ההגנה, וכפי שיוצג בהמשך המאמר, טרם אימצה הפרקטיקה את השינוי. אם כן, ובהתחשב בתנאים הקבועים בחוק, היישום הרווח כיום של ההגנה מוטעה.

198 COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 331–332. וראו יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת", לעיל ה"ש 170, והביקורת המוצעת שם על מהות הזכות כ-wrong.

199 פרשת *Vincent*, לעיל ה"ש 64.

200 הדמיון בין מקרה זה לעוולת התקיפה מתבקש. יש הסוברים גם שיש להגנה זו תחולה רחבה יותר, ועל כן היא תשתרע ממילא גם על העוולה של הסגת גבול במתכונתה הנוכחית. מכל מקום, זו גם הכוונה בקודקס האזרחי כפי שאפרט בהמשך.

האם תוצאה זו מרחיקת לכת והמחוקק לא נתכוון לה? ייתכן, אך דווקא ניתן למצוא לפרשנות זו עדויות בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, המלמדים גם על הקשר שבין ביטול סעיף 7(24) לתיקון סעיף 24(1). באחד מן הפרוטוקולים של הוועדה עלו תהיות והשגות בדבר הביטול הגורף של ההגנה המיוחדת בגין תקיפה באשר להורים ולמורים.²⁰¹ מה יהיה הדין כאשר מחזיקים את הילד בחזקה כדי לרסנו בשעה שהוא משתולל, או במקרה של ילד שמעשן סמים לנגד עיני הוריו והם עוצרים אותו בכוח. באותם מצבים היה החשש כי ההחזקה המרסנת עולה כדי תקיפה ובשל ביטול הגנת סעיף 24(7) לא תהיה להורה או למחנך הגנה. החשש נבע בין היתר מכך שהנזקים שייגרמו יכולים להיות כבדים, ולכן אין די בהגנת "זוטי דברים" הקבועה בסעיף 4 לפקודה.²⁰² חשש זה התעצם שכן שלא כבמשפט הפלילי, שבו שמור לתביעה שיקול דעת אם להגיש אישום פלילי, בדין האזרחי ניתן להגיש תביעה בגין כל נזק שהוא. כאן הופנו הזרקורים להגנת סעיף 24(1) אשר אופיינה בדיונים בוועדות, בניגוד לדעה הרווחת, כהגנת צורך ולא כהגנה עצמית, ונטען בעניינה שהיא מגבילה מדי. הדוגמה שניתנה עסקה במקרים שבהם רוצים למשל למנוע מילד – או, מוסף אחד החברים בוועדה, גם ממבוגר – נגיעה בחוט חשמל חשוף, או כאשר רוצים לרסן ילד שתוקף ילד אחר.²⁰³ כך, בשל מוטיבציה לתקן את ההגנה בסעיף 24(7) כדי להגן על שלום הילד, ובשל מחיקתה מספר החוקים וכדי שהדין הנזיקי ישקף את הוויית פסק הדין בעניין פלונית,²⁰⁴ הושטו הדרישות המגבילות מההגנה העצמית, ואומצו קריטריונים רחבים של סבירות ושינוי אופי ההגנה. אם כן, כדי לפתור בעיה נקודתית נקבע הסדר גורף בנוגע למקרים רחבים הרבה יותר מבלי לבחון את השלכותיו מרחיקות הלכת של התיקון אך כחלק מאותה מגמה שלפיה הסבירות היא חזות הכול.

כעת, לאחר תיקון הסעיף, נותרה רק השאלה עד כמה בתי המשפט מחויבים לעקרון הסבירות, ועד כמה האלמנטים הבסיסיים של המשפט המקובל יישארו בזיכרון הקולקטיבי המשפטי. טלו למשל את הדוגמה הבאה, אשר נבחרה למרות קיצוניותה, שכן היא מדגימה את גבולות המשחק האפשריים. רופא מנתח רואה במהלך ניתוח כי לחולה מסוים שתי כליות שאינן מתפקדות, ולכן הוא מצוי בסיכון לגוף ואף לחיים. לצדו שוכב חולה אחר בעל שתי כליות תקינות. הרופא נוטל כליה מהאחד ומשתיל אותה באחר. עכשיו הסיכון של החולה שכליותיו אינן מתפקדות יקטן במידה ניכרת, והסיכון של החולה שממנו נלקחה הכליה לא גדל הרבה. לכאורה, ואף שמדובר בתרחיש קיצוני, על פי לשונה של ההגנה כיום ניתן לטעון כי מעשה זה הוא ראוי. מערך השיקולים על פי הנוסח החדש חורג ממערך היחסים המסורתי שבין המזיק לניזוק וכפוף לשיקולים חברתיים רחבים הרבה יותר. אמנם קשה לנו לחשוב על מעשה שכזה כלגיטימי, אך למצער פרדיגמטית ניתן לחשוב עליו כעל

201 פרוטוקול ישיבה מס' 30 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (10.11.1999).

202 ס' 4 לפקודת הנויקין.

203 מתוך פרוטוקול מס' 30 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 201. נציגי משרד העבודה והרווחה, אף שהיו שותפים לעמדה כי אין להכות ילדים לצרכים חינוכיים, ביקשו לספק הגנה במקרים שבהם הורה, מחנך או מטפל נוקטים ריסון פיזי על מנת להגן על קטין מפני פגיעה בעצמו או בסביבתו. המונח המקצועי שבו השתמשו לעניין זה היה "holding". ואולם, בתגובה לכך נענו נציגי המשרד כי לעניין זה אין שוני בין ילד למבוגר, וכי אם יוכנס סעיף כזה, עליו להיות כללי.

204 עניין פלונית, לעיל ה"ש 191.

מעשה "סביר", שכן שיפרנו את מצב החולה האחד ללא פגיעה ניכרת באחר.²⁰⁵ הסיבה שהמשפט אינו מאפשר לנו לעשות מעשים שכאלו היא כי יש בבסיסו גישה שלפיה במצבים כאלו אי אפשר לשקול שיקולים מסוג זה. עוולת התקיפה וההגנה מפניה אינן בוחנות את מערכת היחסים מתקיף-מותקף באמצעות השוואה ביניהם וביחס לחברה אלא בתוך אותה מערכת סגורה שבין המזיק לניזוק, וכדי לעשות צדק בין השניים. ייתכן שמעשה מסוים ראוי להערכה חברתית, אך לא ראוי שהדבר יבוא על חשבון הניזוק שזכותו נפגעה. בשל פגיעה זו בזכות הוא זכאי לפיצוי, שכן היא בגדר wrong. המשפט המקובל הרחיב בשלב מאוחר יותר גם את האפשרויות להגן על צדדים שלישיים, אך גם זאת הוא עשה בצמצום ובמסגרת אותה זירה של תקיפה והתגוננות מפניה. זאת ועוד, אם יטען הטוען כי ייתכן שהרחבת ההגנה אינה מוצדקת מטעמים קאנטיאניים אך כן מטעמים תועלתניים, הרי שטעות בידו. בעניין זה קיימת כתיבה ענפה מתחום הניתוח הכלכלי אשר קובעת אף היא כי הרחבת ההגנה אינה מוצדקת משיקולים תועלתניים רבים שלא כאן המקום לפרטם.²⁰⁶ על כן גם משיקולים של יעילות כלכלית ניתן לגנות את הרחבת ההגנה שניתנה למזיק. ויובהר, אינני טוען שבקרוב מאוד יגיעו מקרים דוגמת מקרה זה לבית המשפט, ושינסו להשתמש בהם בהגנה כהצדקה להתנהגות זו, אך לא ירחק היום שינסו למתוח את גבולות ההגנה. לבית המשפט כבר הגיעו מקרים שניסו ללכת בדרך זו.²⁰⁷

לסיכום נקודה זו, במסגרת ההגנה העצמית קיימים טיעונים רבים שלפיהם הכרעת הזכויות והחבויות צריכה להיעשות במסגרת המצומצמת שבין שני הצדדים, במערכת יחסים שאמורה לשקף את הצדק היחסי בין שניהם, ובמקרים הראויים לפטור את המותקף שתוקף מאחריות. המעבר מהגנה עצמית להגנת צורך רחבת היקף שבגינה התוקף פטור מאחריות אינו טריוויאלי כלל. שתלטנות הרשלנות הביאה לעיצוב מחדש של ההגנה בדמותה, תוך היתלות בשאלת הסבירות ומתן שיקול דעת רחב לבתי המשפט.

(ג) השינוי המוצע במסגרת הקודקס האזרחי

מכאן ברצוני לעבור לדוגמה השנייה שממחישה לדעתי אפילו טוב יותר את טענת השתלטנות. זהו המקרה של הקודקס האזרחי הישן-חדש שעומד על הפרק והשינויים

205 ניתן לטעון כי אם נאפשר מעשים מסוג זה ייפגע האמון שמטופלים רוכשים לרופאים, ובטווח הארוך ייווצר נזק חברתי. במצב זה נראה כי מעשיו של הרופא לא ייחשבו לסבירים משום שתועלתם תהיה קטנה מהנזק שהם ייצרו, אך מכל מקום תהיה זו שקילה שתיעשה מחוץ למערכת היחסים הסגורה שבין המזיק לניזוק.

206 לדוגמה 1, *An Economic Theory of Intentional Torts*, William M. Landes & Richard A. Posner, INT'L REV. L. & ECON. 127 (1981).

207 וראו לדוגמה ת"א (שלום ב"ש) 6354/02 וישנבסקי נ' רוזנר (פורסם בנוב, 28.9.2004), שם הואשם וטרינר בתקיפת מזכירתו הרפואית וטען כהגנה, לפי ס' 1(24), כי התובעת הפריעה לו במהלך ניתוח, וכי תקף אותה על מנת להציל את חיי הכלב שבו טיפל באותה שעה (לענייננו, הגנה על "רכוש" של אחר). בית המשפט דחה את טענת ההגנה, שכן לגישתו הנתבע לא הצביע על נזק שהיה עלול להיגרם מלבד הפגיעה בחיי הכלב המדובר, וכן היו לו דרכים סבירות יותר לפתור את העניין, אך המקרה ממחיש את האפשרויות העומדות כעת ביישום ההגנה.

הנזיקיים המוצעים בו.²⁰⁸ עוד קודם שאגיע לניתוח הקודקס גופו, ניתן ללמוד על המגמה מהתקוות שתלו בו אף לפני שעוצב לכלל הצעת חוק. יפים לעניין זה דברי הנשיא ברק שפורסמו לכבוד ארבעים שנות משפט בישראל על אודות תהליך הקודיפיקציה, וכיצד הוא ראה בחזונו את המוצר המוגמר, שאותם כבר הזכרתי לעיל: "יש מקום להעמיד את דיני-הנזיקין על שתי עוולות כלליות – רשלנות והפך חובה חקוקה. שאר העוולות לא יבואו אלא כרשימה פרטנית במסגרת עוולת הרשלנות, ומבלי לפגוע בכלליותה. את מספרן של העוולות הספציפיות ניתן להקטין. כך, למשל, ניתן לבטל השגות-גבול במיטלטלין ומקרקעין תוך קביעה, כי פתרון ימצא בדין הרשלנות, שיחול הן על התנהגות ללא כוונה להזיק והן על התנהגות מתוך כוונה להזיק".²⁰⁹

גם אם דברים אלו היו בבחינת הצהרת כוונות כללית בלבד ולא באו לכלל ביטוי במלואם בקודקס, היה בהם כדי להשפיע, ובמידה ניכרת, על האופן שבו הוא התהווה, ואולי על דרך פרשנותו בעתיד, אם יתקבל. במסגרת הקודקס, שהבשיל לכדי הצעת חוק קונקרטית, הושמטו חלק מן העוולות הפרטיקולריות, ואילו עוולת הרשלנות קודמה למעמד בכורה.²¹⁰ דברים שבעבר היו בגדר פרשנות שיפוטית או דעות מלומדים הועלו באמצעותו לדרגה של חוק אשר מחייב את הפוסקים בדיני הנזיקין. כך למשל קובע הקודקס במפורש כי התרשלות היא מעשה שאדם סביר לא היה עושה בניסיון, לרבות מעשה שנעשה במתכוון, ועל כן גם גרימת נזק מכוונת שיש בה סטייה מסבירות עולה כדי התרשלות.²¹¹ הפרק הנזיקי בהצעת החוק מעלה על נס את עוולת הרשלנות ואת הסטייה מעקרונות הסבירות. הוא נפתח באמירה ש"עוולת הרשלנות משמשת כ'עוולת סל', אשר באמצעותה ניתן לחייב את מבצע המעשה, אם התנהגותו היא בלתי ראויה [...] רוב העוולות המיוחדות, אשר היו קבועות בפקודת הנזיקין וכללו יסוד של אשמה, הושמטו, אלא אם כן הן עיגנו עולה שלא נכללה בתחומן של עוולות המסגרת או שקיימות לגביהן טענות הגנה מיוחדות".²¹²

מכיוון שבמאמר זה איני מבקש לנתח את הקודקס כולו מבחינה משפטית,²¹³ אסתפק בכמה נקודות משפטיות אשר ממחישות את מגמת השתלטנות שאליה אני מכוון.

הגנה עצמית

נקודה חשובה אחת בקודקס היא הרחבת ההגנה הקבועה כיום בסעיף 24(1) לפקודה הרבה מעבר להרחבה שנעשתה בתיקון מס' 9.²¹⁴ הקודקס אמנם מסתמך בעניין זה על נוסח

208 הצעת חוק דיני ממונות.

209 ברק "ארבעים שנה למשפט הישראלי", לעיל ה"ש 143, בעמ' 643.

210 לדוגמה, עוולת הנגישה הושמטה בקודקס, והוסבר כי עוולת הרשלנות, שתחול לפי השינוי המוצע גם על מעשים מכוונים, תייתר את קיומה העצמאי (נספח ב' לדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, בעמ' 1158).

211 ס' 386 להצעת חוק דיני ממונות.

212 דברי ההסבר לפרק הראשון בחלק המשנה הרביעי להצעת חוק דיני ממונות, העוסק בנוזיקין, בעמ' 846.

213 קיימים כמה מאמרים העוסקים בניתוחו של הקודקס, על היתרונות והחסרונות שבו. ראו לדוגמה מאמרו של דניאל מור "מבט ביקורתי על עקרונותיה של הרפורמה המוצעת בדיני הנזיקין" משפטים לו 703 (2006).

ההגנה מפני תקיפה כפי שתוקן בתיקון מס' 9, שבו עסקתי לעיל, אף שזה הוכנס לפקודה ללא דיון ציבורי רציני, ואולם הוא מרחיב אותה אף יותר באופן שהגנה זו תחול כחסם מפני אחריות נזיקית באשר היא. היינו, תחולת הסעיף המפורשת לא תוגבל עוד לעולות התקיפה בלבד, והיא תשתרע על פקודת הנזיקין כולה.²¹⁵ כמו כן הסעיף מופיע תחת הכותרת "מעשה הצלה" ונקבע כסייג לאחריות ולא כהגנה פרטנית. בעניין זה חשוב להביא את דברי ההסבר לסעיף בשלמותם:

"בכל הנוגע להגנה עצמית, דהיינו לפעולה שנעשתה על ידי הנתבע לשם הגנה על האינטרס העצמי שלו מפני תקיפה על ידי התובע, הכלל העקרוני איננו מעורר קושי מיוחד. אדם זכאי להגן על עצמו מפני תקיפה מצד התובע, ונראה שכך גם לגבי הגנה על אדם אחר מפני תקיפה כזו. כאשר ההגנה היא על אדם זר לנתבע, דהיינו צד שלנתבע אין כלפיו חובה, ההגנה העצמית אמנם אינה מובנת מאליה, אך נראה שיש לסייג את אחריותו גם במקרה זה; כך הוא המצב בפקודת הנזיקין הקיימת לגבי עולות התקיפה, וכך גם בחוק העונשין".²¹⁶

נקודה זו אינה ברורה מאליה, שכן חוק העונשין אינו משתמש ב"מברשת רחבה" ואינו יוצר הגנה כללית אחת שחלה גם במצבים של הגנה עצמית וגם במצבים אחרים. הוא מייחד לכל אחד מן המצבים הגנה התפורה לפי נסיבותיו. ההיגיון שמאחורי הדברים הוא כי מערך האינטרסים והאיוזונים בכל אחד מן המקרים שונה ממקרה למקרה, ולכן משתנים גם אופי ההגנה, תנאי תכולתה ופרשנותם.²¹⁷ כפי שהראיתי לעיל, להגנה רחבה שכזו אין אח ורע במסגרת דיני הנזיקין של המשפט המקובל. המנסחים מסבירים את ההרחבה הנוספת של ההגנה בעניין דיני הנזיקין כולם ולא רק בעניין עולות התקיפה כדלקמן:

"סבוך יותר הוא המצב שבו מדובר במעשה הצלה הנעשה לטובת אינטרס של אדם זר לנתבע והמעשה פוגע בתובע שהוא אדם תמים. כך למשל, כאשר כדי להציל מכונית של א' מפני שריפה, ב' פוגע בנכס של ג', אשר איננו אחראי לשריפה.

214 ס' 374 להצעת חוק דיני ממונות, אשר לשונו: "לא יישא אדם באחריות בנזיקין בשל מעשה סביר שעשה כדי להגן על עצמו או על אדם אחר מפני פגיעה בגוף, בבריאות, בחירות או ברכוש, ובלבד שהיחס שבין הנזק שהיה סביר כי ייגרם מהמעשה לבין הנזק שהיה סביר כי יימנע על ידי המעשה, היה סביר".

215 קריאה רחבה של עניין חדד, לעיל ה"ש 193, יכולה להתפרש כזו שבה כבר כיום, ההגנה העצמית הרחבה מגנה לא רק מפני עולות התקיפה אלא גם מפני הרשלנות.

216 דברי ההסבר לס' 374 להצעת חוק דיני ממונות, בעמ' 853.

217 ס' 34 ר-34 לחוק העונשין מגדירים כל אחד סייג לאחריות פלילית בעל מאפיינים שונים. להרחבה בנושא מאפיינים אלה, ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, פרק ד (1987).

מוצע ליצור קו רחב של הגנה. הטעם לכך הוא העניין החברתי במניעת נזק גדול, כאשר ניתן למנעו על ידי גרימת נזק קטן יותר. עקרון הסבירות, כקבוע בסעיף, עתיד ליצור איזון ראוי בין האינטרסים של הצדדים".

אם תתקבל גישה זו, הרי שיש בה כדי להכפיף מעשים רבים לכלל של סבירות, ולמעשה לבטל כמעט לחלוטין את כללי המשפט המקובל באשר לעוולות הפרטיקולריות, לשלול כמעט לחלוטין את המקרים של אחריות חמורה ולטשטש עוד יותר את ההבחנה המסורתית בדיני הנזיקין בין תקלות והכללים המסדירים אותן לבין מעשים מכוונים שבאים לגרום נזק ועולים כדי נטילה פרטית. במסגרת ההגנה העצמית ההגנה יוצרת איזון בין שני צדדים ומגשימה צדק פרטיקולרי על סמך איזון פנימי ביניהם, אך הרחבת ההגנה לכולי עלמא מייצרת למעשה איזון מסוג חדש, המאפשר למזיק לפגוע בניזוק לצורך קידום אינטרסים חברתיים של צדדים אחרים. יש בכך משום שינוי האיזון הפנימי של העוולות הפרטיקולריות ופגיעה באופי הקנייני שטמון בחלקן. בשל צביון מיוחד זה, סוג ואופי השיקולים החברתיים שניתן להביא בחשבון במסגרתן צריך להיות מצומצם, מוגבל, ויש לתת ביטוי לכך שמעשה הגרימה המכוון שונה בחומרתו ובאופיו מפגיעה ברשלנות.²¹⁸

הסגת גבול

נקודה חשובה נוספת היא בדבר עוולות הסגת הגבול.²¹⁹ כאן הוחלט בסופו של דבר שלא להשמיט את העוולות הפרטיקולריות שעסקו בתחומי הסגת הגבול השונים כגון הסגת גבול במיטלטלין, במקרקעין, גזל ועיכוב נכס שלא כדין, אלא לאחד אותן תחת מטרייה אחת כוללת של הסגת גבול. ואכן, על פני הדברים נשמרת זכות הנפגע במוכן החזק, וזו מוכרת בסעיף 503 לקודקס.²²⁰ עם זאת, בעניין ההפרה ננקטת גישה שסוטה במידה ניכרת מעקרונות המשפט המקובל. אמנם נקבע כי הסגת גבול היא פגיעה בזכות, אך מיד לאחר מכן נקבע כי הפיצוי בהסגת גבול כפוף להתרשלות מצדו של המזיק, ובלעדו, בהיעדר טעמים מיוחדים לחיוב בפיצויים, הוא לא יחוב בפיצוי על הנזק שגרם.²²¹ אם תתקבל גישה מוצעת זו, ההופכת את הסגת הגבול למעין מקרה פרטי של רשלנות, יהיה בכך משום שינוי ניכר ביחס לדין הנוהג וסטייה מעקרונות המשפט המקובל, אשר במקרים כגון אלו מטיל על המזיק אחריות חמורה. הדבר יקדם את עוללת הרשלנות שלב נוסף בדרך להשתלטות על

218 בעניין זה מציע הקודקס הרחבה נוספת ביחס להגנה הפרטית. "ההגנה הפרטית היא פעולה הבאה לשם מניעת פגיעה, היינו, שמירה על המצב הקיים, כאשר הפעולה מכוונת נגד הגורם הפוגע" (דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 281). הגישה שרווחה הייתה כי פריסתה של ההגנה רחבה מזו של עוללת התקיפה בלבד, וכי "אם המחוקק הסכים לפטור אדם שהגן על עצמו מפני התקפה באמצעות פגיעה מכוונת בגופו של המתקיף, עד כדי פציעתו ואף עד כדי הריגתו במקרה קיצוני – הרי הסכים בוודאי לפטור אותו מאחריות לנקיטת אמצעי הגנה פחות חריף, כגון כליאתו של המתקיף. כל מסקנה אחרת אינה מתקבלת על הדעת [...]" (שם, בעמ' 282).

219 ס' 392 להצעת חוק דיני ממונות.

220 ס' 503 להצעת חוק דיני ממונות, הקובע כי "בעלים של נכס, מחזיק בנכס ומי שזכאי להחזיק בו, זכאים לכך שאדם אחר לא יתפוס את הנכס ולא יחזיק בו שלא כדין, וכן שלא יגרום נזק לנכס שלא כדין".

221 ס' 393 להצעת חוק דיני ממונות.

דיני הנזיקין.²²² דה פקטו היא הופכת את הזכות לאינטרס מוגן בלבד על אף הנאמר בסעיף 503.

מטרד

זאת ועוד, גם עוולת המטרד מקבלת בהליכי הקודיפיקציה טיפול דומה. כידוע, עוולת המטרד זכתה לבחינה דקדקנית במסגרת התאוריה הנזיקית, בעיקר בקרב הזרם של הניתוח הכלכלי של המשפט.²²³ הדיון סביב העוולה נבע מהצורך באיזון בין שני שימושים נוגדים ובהחלטה כיצד להכריע ביניהם ברמת המותר והאסור. הליכה של העוולה הייתה "הפרעה של ממש [ולא הפרעה לא סבירה – א"י] לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם",²²⁴ אך התובנה שהתפתחה לאורך זמן הייתה כי הפרעה פסיכית אינה בהכרח מוצדקת מהפרעה אקטיבית. כך בדוגמה של נגן תופים שרוצה להתאמן בביתו בעוד שכנו מעוניין לקרוא ספר, והתיפוף מפריע לקריאת הספר, אך באותה מידה קריאת הספר מפריעה לתיפוף. גדר הספק היה מה אפשר להביא בחשבון במסגרת הניתוח המשפטי, ומהי מערכת התרופות האידאלית שתביא ליישוב בין הפעולות המתנגשות. על פי גישה זו, לפחות בהיעדר הוצאות עסקה גבוהות עוולת המטרד אמורה לתת ביטוי גם לערכים סובייקטיביים של הצדדים, שאינם עולים בהכרח בקנה אחד עם קריטריונים של סבירות.²²⁵ על כן היה די בהפרעה של ממש כדי לחייב במטרד אף אם היא סבירה. והנה, גם כאן הקודקס קובע, בסעיף 398, כי אדם לא יחוב בפיצויים בשל עוולת המטרד, אלא אם כן הייתה מצדו התרשלות.²²⁶ התרשלות זו היא למעשה סטנדרט חיצוני לצדדים, שנקבע בבית המשפט, הקובע קריטריונים אובייקטיביים שאינם משקפים את העדפות הצדדים עצמם. כלומר, על פי התיקון המוצע, גם אם מדובר בהפרעה של ממש, אם תהיה זו הפרעה סבירה לא יינתן בגינה פיצוי.²²⁷ אמנם לבית המשפט יש אפשרות לחייב את המטריד גם ללא התרשלות, אך הוא חייב להצביע בנסיבות כגון אלה על טעמים מיוחדים לחיוב. חשוב להבין כי אין מדובר כאן בשינוי סמנטי אלא בשינוי האופי של העוולה, ובחינתה הלכה למעשה בחינה שאינה קניינית כבעבר. גם כאן פנייה לסטנדרט של סבירות משטחה את הזכות של הניזוק כדי שתתאים לסטנדרט חברתי מסוים. רעש מסוים מטריד

222 המנסחים עצמם מעידים, בדברי ההסבר לס' 392 ו-393 להצעת חוק דיני ממונות, בעמ' 863, כי יש בהצעת החוק משום "שינוי אופי האחריות לעניין תביעת סעד של פיצויים: בעוד הדין הקיים מטיל אחריות מוחלטת, הסעיף המוצע קובע, כי תנאי להטלת חובה לפצות את הניזוק היא [כך] התרשלות מצד המזיק". הטעם העיקרי שהניע את המנסחים היה כי "אין זה ראוי שהגנת הרכוש תעלה בעוצמתה על זו של הגנת הגוף". לגישתם "האחריות היום בגין פגיעה בגוף היא על בסיס אשמה. לפיכך נקבע כי הזכות לפיצויים מותנית בקיומה של התרשלות [...] (שם).

223 לדוגמה ראו Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 68.

224 ס' 44(א) לפקודת הנזיקין (ההדגשה הוספה – א"י).

225 R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

226 ס' 398 להצעת חוק דיני ממונות.

227 זאת על אף ההפניה לס' 504 להצעת חוק דיני ממונות, הקובע כי "בעלים של נכס, המחזיק בנכס והמשתמש בו, זכאים לכך שאדם אחר שאין לו זכות לכך, לא יפריע הפרעה של ממש לשימוש הסביר בנכס או להנאה הסבירה ממנו, בהתחשב במיקומו ובטיבו".

אדם אחד מאוד, ואילו את האחר הוא אינו מטריד כלל. מטריד אמנם משלב לעתים מקרים אחרים מהסגת גבול – כאלו שבהם עלויות העסקה יכולות להיות גבוהות יותר, ולכן אולי מתפשרים על זכותו של הנפגע בשם אותם אינטרסים כלליים,²²⁸ אולם ההכפפה הגורפת של המטרד לסטנדרט הסבירות למעשה משנה את האיזון, שכן על פי כללי המשפט המקובל היכולת להכפיף את המטרד לרצון הסובייקטיבי של המוטריד הייתה גבוהה הרבה יותר. בהקשר זה ניתן לתהות מדוע הכפילות – האם אכן יש צורך, במסגרת הקודקס המוצע, לדון בסבירות הן במסגרת עוולת המטרד והן במסגרת עוולת הרשלנות? לדעתי, התשובה היא שכאשר עוסקים במטרד – טיב הפעולה ואופייה מוציאים אותה מדיני תקלה, ולכן עוולת הרשלנות בעיקרון אינה חלה, ומכאן הצורך בהסדר מיוחד. במקרה הפרדיגמטי של מטרד אין מדובר בתקלה, והרצון הוא לייצר כלל קנייני (לבד ממצבים חריגים שבהם הוצאות העסקה גבוהות, כאשר הדוגמה הטיפוסית היא של מטרד שמערב גורמים רבים). גם הלשון הנוכחית של עוולת המטרד בפקודת הנזיקין מדברת על הפרעה של ממש לשימוש הסביר. במקרה שיש הפרעה של ממש, גם אם יש בה צורך חברתי, היא הופכת את המפריע למעוול האחראי באחריות חמורה. לעומת זאת כאשר מדובר בסבירות במסגרת עוולת הרשלנות, ועסקינן בתקלה או תאונה, אי אפשר לדבר במקרה הפרדיגמטי על שיח בין הצדדים, ולכן הזדקקות לסבירות לבחינת ההתנהגות בדיעבד היא מחויבת המציאות.²²⁹ זאת ועוד, שוני בסיסי זה בין העוולות אולי מחייב לבחון את הסבירות בחינה שונה. עוולת המטרד מתייחסת לסבירות במסגרת היחסים שבין הצדדים, ואילו עוולת הרשלנות מתייחסת לסבירות כללית יותר של ההתנהגות המערבת שיקולים חיצוניים לצדדים עצמם.

נגישה

עוולה שהוחלט להשמיטה מהקודקס היא עוולת הנגישה. הטעם לכך, כפי שמסבירים המנסחים, הוא כי אין בה עוד צורך היות שעוולת הרשלנות חלה גם על מעשים מכוונים.²³⁰ כלומר באותם מקרים שאדם התכוון לגרום נזק בדרך של נגישה, יש בכך ממילא משום

228 למשל אם במצב שבו מפעל חיוני הפועל בסביבה הסמוכה לבתי מגורים ייאלץ בעל המפעל להגיע לעסקה עם כל אחד מדיירי האזור בנוגע למידת הרעש האופטימלית שהוא מייצר, עלויות העסקה עלולות להיות גבוהות מאוד. במצב זה ייתכן כי מאזן הנוחות יכריע לטובת המפעל, וכך זכותם של הדיירים תיפגע לטובת האינטרס החברתי הכללי.

229 "Nuisance cases differ from most other tort cases in a potentially important respect: in a typical tort suit the damage has been done, leaving the plaintiff with nothing to do but seek money; since the amount of money that will change hands is the only question in the case, some of the obstacles to bargaining [...] will not arise. The reluctance to enter into a transaction is not at issue. A transaction has been forced, and the stage is set for bargaining over a dollar amount. That is not true in a nuisance case. The plaintiff has hope of winning an injunction and avoiding a forced transaction altogether. This may result in fewer cash bargains in nuisance suits than we see elsewhere, since parties disinclined to trade their rights for cash are not obliged to do so" (Ward Farnsworth, *Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral*, 66 U. CHI. L. REV. 373, 415 (1999))

230 נספח ב' לדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, בעמ' 1158.

סטייה מסטנדרט התנהגות סביר, ועל כן יהיה ניתן לחייבו בעוולת הרשלנות. האם רעיון זה נכון ותופס את המהות שמאחורי עוולת הנגישה? לכאורה, ובהסתמך על פרשת גורדון, עוולת הרשלנות מרחיבה את גבולות הנגישה.²³¹ אף על פי כן אינני בטוח כלל שהתשובה חיובית. יש מקום לטענה²³² כי במקרים של נגישה העיצוב הראשוני של יסודות העוולה היה דווקא של כוונה ולא של רשלנות, מסיבות מוצדקות: הרחבת לוו העוולה לכלל המקרים לרבות רשלנות עלולה להביא להרתעת יתר לא רצויה. למשל, בשל החשש מתביעות משפטיות אנשים עלולים לעבור לקווי פעולה חלופיים, כגון נקיטת סעדים עצמאיים, שימוש באלימות או פנייה למנגנונים פרטיים של יישוב סכסוכים ולא בחסות המדינה, כדי להימלט מאימת התביעה האזרחית, ועל כן מערכת המשפט עלולה לצאת נפסדת. ייתכן שהרעיון היה כי המשפט מוכן לקבל תביעות שווא או סרק כחלק מן ה"מחיר" שהמדינה מוכנה לשלם בהפחתת האלימות, ובשל האמצעים החלופיים שעומדים לרשות המדינה כדי לדכא תביעות שכאלו, ועל כן רק במקרים המיוחדים שבהם ניתן להראות כוונה לגרום נזק, יש להפעיל עוולה זו. שוב, שתלטנות הרשלנות משנה את האיזון שנהג במשפט המקובל ועלולה אגב כך להביא להרתעת יתר שאיננה רצויה.²³³

ד. הרחבת הזכויות אגב השטחון – הערכה ביקורתית

אם לסכם את המשפט הישראלי הנזיקי והתפתחותו, המגמה הברורה הייתה למתוח את עוולת הרשלנות עד שתכסה את כל תחומי החלות של דיני הנזיקין, בין שמדובר בתקלה או תאונה ובין שמדובר במעשים שאינם בגדר תאונה, ואשר נעשו ברצייה, בצירוף אלמנט כזה או אחר של כוונה. שתלטנות הרשלנות הביאה לטשטוש גבולות. היא הרחיבה את המקרים שבהם יכול עקרונית שיינתן סעד – היינו את רוחב ההגנה הנזיקית שמתאפשרת לנפגעים מתוך רצון של בתי המשפט שלא להשאיר אותם לא מוגנים בסיטואציות חדשות שלא כוסו על ידי העוולות הפרטיקולריות בפקודה המנדטורית שאומצה – אך עשתה זאת על חשבון עומק ההגנה: אבדן אלמנטים ייחודיים לעוולות הפרטיקולריות ושינוי האיזונים שבבסיס כל אחת מהן. דומה כי ההנחה הייתה שפיצוי הוא פיצוי, ולא חשוב מכוח איזון עוולה הוא ניתן. בשליטתה של עוולת הרשלנות הפך חוסר הסבירות להיות חזות הכול – אלמנט נדרש כמעט בכל תביעה נזיקית. כבר כיום, עוד לפני קבלתו של התיקון הנרחב בקודקס, הסבירות

231 פרשת גורדון, לעיל ה"ש 114. ניתן כמובן למנות היבטים חיוביים לשינוי שיצרה הלכת גורדון של הרעתת מזיקים פוטנציאליים מהגשת תביעות סרק, כשייתכן כי בעבר לקתה העוולה בהרתעת חסר.

232 אני מודה לאביחי דורפמן על תרומתה של דוגמה זו בשיחה שניהלנו בעניין.

233 דוגמה נוספת לשינוי במסגרת הקודקס הוא ביטול ס' 10 לפקודת הנזיקין, העוסק בהבחנה בין תאגיד לאדם כניזוקים, וראו לעיל ה"ש 58. דברי ההסבר לביטולו של הסעיף קובעים כי "ההוראה מיותרת, מאחר שככלל אין פיצוי ללא נזק" (נספח ב' לדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, בעמ' 1154). ביטול זה מייצג גם הוא את הרידוד בהבחנות שעשו בעבר דיני הנזיקין כאשר סיפקו הגנה שונה לאינטרסים מוגנים שונים. בפקודת הנזיקין הקיימת יש כאמור נתיבים שבהם ניתן לתבוע ולקבל פיצוי אף אם לא נגרם נזק ממשי, ואלה שמורים לבני אנוש התובעים תוך שימוש בעוולות הפרטיקולריות. בקודקס המוצע הבחנות אלה מיטשטשות, והשתלטותה של עוולת הרשלנות על רכיביה, כולל הוכחת הנזק, מביאה לכך שההבחנה האיכותית בין אדם לתאגיד על זכויותיהם השונות היטשטשה.

מקובעת כנורמת-על חברתית, המייתרת במידה רבה את משטרי האחריות השונים לפי עוולות הכוונה. אמנם עוולות הכוונה עדיין לא נמחקו מספר החוקים, אך השימוש בהן נדחק לקרן זווית – בפסיקה, בחקיקה ואף בחינוך המשפטי. במקום לדחוק במחוקק לייצר משטרי אחריות התואמים מצבים שונים ולהעניק סוגי הגנה מגוונים לניזוקים בסיטואציות שונות אגב הבחנה בין תאונות ותקלות למעשים מכוונים ובתוך עיצוב ההגנות העומדות למזיקים בכפוף למשטרים אלו, הגישה היום היא של "one size fits all", כאשר שם המשחק הוא סבירות.²³⁴ וכאמור, אין מדובר רק בתדירות השימוש בעוולת הרשלנות אל מול יתר העוולות אלא אף בעיצובן של העוולות האחרות מחדש, צמצומן ושינוי היקף ההגנות המוענקות בגינן ותנאיהן, תוך הענקת משקל רב לשיקולים של סבירות והעדפתם על פני שיקולים סובייקטיביים של הנפגע. אם וכאשר יסתיים תהליך הקודיפיקציה, חוסר הסבירות יהפוך לשליט דה יורה, ויושלם התהליך של עיצובן מחדש של העוולות הפרטיקולריות וכניעתן לעוולת הרשלנות.

אכן, בית המשפט, עת רצה להרחיב את תחומי העוולה בתחילת הדרך, בין היתר גם למעשים מכוונים, עשה זאת מתוך רצון לשפר את מצבם של הניזוקים במקרים שבהם העוולות הפרטיקולריות לא יכלו לסייע. עם זאת ובגלל האופן שבו הדברים נעשו, הרחבה זו גבתה מחיר כבד של אבדן אלמנטים חשובים בעוולות הפרטיקולריות. כך בעניין רכיב האחריות המוגברת וכך גם באשר לרכיב הפגיעה ללא צורך בנזק. רכיבים אלו סיפקו להגנה הנזיקית רבדים שאינם קיימים בעוולת הרשלנות בתצורתה המקורית. לעומת הטלת אחריות בעוולת הרשלנות, המחייבת אלמנט של סטייה מסטנדרט סבירות חברתית כלשהי, ובהיעדר סטייה שכזו ונזק בצדה אי אפשר להטיל אחריות, רבות מן העוולות הפרטיקולריות אינן מחייבות סטייה שכזו מסטנדרט של סבירות, ואף לא נזק, שכן משטר האחריות בהן הוא של אחריות חמורה, והדגש הוא בפגיעה בזכות.

זאת ועוד, לשימוש המסיבי בעוולת הרשלנות חשיבות גם לעניין האופן שבו נבחנים הקשר הסיבתי, גבולות האחריות הנזיקית ואף ההגנות שיכולות לעמוד לזכות המזיק. כך, בעולם שבו עומדת לזכות הניזוק הגנה באמצעות עולה קניינית פרטיקולרית, הוא מוגן לא

234 יש לציין כי לאורך השנים יצר המחוקק כמה עוולות שניתן לראות בהן פרטיקולריות, הנגזרות מחוקים חיצוניים לפקודת הניזוקין כדוגמת ס' 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ס' 31 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; ס' 5 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; ס' 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. אף שעל פני הדברים ניתן לחשוב כי את מקומן של העוולות הפרטיקולריות בפקודת הניזוקין תפסו כעת העוולות הפרטיקולריות החיצוניות לפקודה, כמדומני שלא כך הדבר. ראשית, מספר העוולות הפרטיקולריות הנוצרות בדרך זו אינו רב, ולעומתו מספר המצבים הנזיקיים שנתרו ללא מענה עודנו גדול. שנית, כלי זה של יצירת עוולות פרטיקולריות חדשות נתון בידי המחוקק ולא בידי בתי המשפט, ולכן אך סביר הוא שבתי המשפט יסיפו וייטו להעדיף את השימוש הרחב בעוולת הרשלנות המותרת את שיקול הדעת בידם. שלישית, חלק מהעוולות הפרטיקולריות החיצוניות לפקודה, הנוצרות בדרך זו, מכפיות גם הן את הזכויות המוגנות לסטנדרטים של סבירות, ובכך מתרחקות מהגיונות עוולות הכוונה כפי שהוצגו לעיל ומתקרבות דווקא להגיונות המסבירים את עוולת הרשלנות ושימושיה, וראו הצעת חוק פינוי ובינוי (פיצויים) (תיקון מס' 4) (פינוי בשל סירוב בלתי-סביר), התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 568, שעברה בקריאה ראשונה בכנסת ה-20 נכון לזמן כתיבת מאמר זה; ס' 3 להצעת חוק אחריות אזרחית בשל זיהום סביבתי, התשע"ה-2015, פ/593/20.

רק בשל עצם קיומה של העוולה אלא גם בשל העובדה שעל פי המשפט המקובל, ברוב המקרים המזיק אינו יכול לייחס לו אשם תורם בגרימת הנזק או הסתכנות מרצון.²³⁵ כפי שהראיתי, גם במדינות המשפט המקובל הייתה הנטייה במקרים כגון אלו להרחיב פעמים רבות את מבחני הקשר הסיבתי ואת היקף האחריות והנזק, וכך החיוב יהיה לא רק בשל נזקים צפויים או ישירים. במקרים המתאימים קיימת במשפט המקובל מגמה להעניק במקרים שכאלו פיצוי עונשי. לא היה זה המצב באשר לעולות הרשלנות במשפט המקובל.

בחינת שתלטנות הרשלנות מבחינה נורמטיבית מעלה כי הטעמים המשפטיים שביסוס את ההרחבה בתחילת הדרך לוקים בחוסר עקביות. אין עקביות בין החלתה הֶרְחָבָה של עולות הרשלנות, הדורשת סטייה מסטנדרט סבירות וקימו של נזק, לבין תחולתה על העולות הספציפיות כמעין מטריית-על. ההנחה שנגזרת מהתזה שהוצעה בספר דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית בעריכת טדסקי – היא כי העולות הספציפיות אינן יכולות להיגזר ממטריית-העל אלא אם הן מכילות את מרכיביה. עולה מכך כי שופט אינו יכול ליצור אותן אם הבסיס להן אינו קיים במסגרת עולות הרשלנות. והנה, במקום אחר בספר מכירים הכותבים בכך שבחלק מן העולות הפרטיקולריות אין נדרש נזק,²³⁶ ובחלקן אשם או מצב נפשי אחר איננו תנאי כלשהו לתחולה של העוולה, דהיינו ייתכן שהאחריות בגינן היא חמורה ואינה תלויה-אשם מצד המזיק.²³⁷ מכאן שעולות אלו חסרות יסודות מהותיים הנדרשים במסגרת עולות הרשלנות, ועל כן גם לגישת מחברי הספר, הן אינן יכולות להיגזר ממנה.²³⁸

זאת ועוד, בספר "דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית" בעריכת טדסקי מכירים הכותבים, לפחות במקום אחד, גם בעובדה שלעולות הפרטיקולריות, או לפחות לחלקן, תפקיד שונה מזה של עולות הרשלנות. לדבריהם:

"ההכרה באחריות בנזיקין ללא נזק היא אופיינית לשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, שבה דיני הנזיקין אינם מיועדים רק למתן פיצוי על נזקים. הם ממלאים, כאמור, תפקיד חיוני בהגנה על זכויות קניניות ואישיות מפני הפרה כלשהי. גישה זו נתקבלה גם על ידי המחוקק המקומי. הוא יצר

235 "Fraud is an intentional tort, and the common law does not require victims of intentional torts to take precautions. See *Restatement (2d) of Torts* § 481 (1965). Telling the truth is cheap, while nosing out deceit is expensive. Requiring all lenders, investors, and so on to investigate every representation made to them would be extravagantly wasteful, compared with a legal regime that unconditionally requires speakers to tell the truth on every material topic if they speak at all" (United States v. Rosby, 454 F.3d 670, 675 (7th Cir. 2006)).

236 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 173, שם מפורט כי "נזק אינו נדרש בעולות הבאות: תקיפה, כליאה, גניבת עין, עיכוב נכס שלא כדין, גול, הסגת גבול לשון הרע וכנראה גם השקר המפניע וגרם הפרת חוזה".

237 "במספר לא קטן של עולות הסתפק המחוקק בתיאור ההתנהגות הפיזית, בלי להזכיר במפורש מצב נפשי כלשהו. עולות אלה מעוררות את הבעייה אם האחריות הקבועה בהן היא חמורה ואינה דורשת אשמה סובייקטיבית או אשמה חברתית. הנטייה במשפטנו היא לפתור בעייה זו בהתאם לגישת המשפט האנגלי לגבי העולה הנדונה" (שם, בעמ' 130–131).

238 וראו הדיון לעיל בתת-פרק ג.2.

לשם כך ביטוי מיוחד, 'פגיעה', הבא לציין כל הפרה של זכות. וברוח זו קובע סעיף 3 כי כל אדם הסובל פגיעה או נזק על ידי עוולה שנעשתה בישראל, יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה.²³⁹

ואילו בכל הנוגע לעוולת הרשלנות, אין חולק כי קיומו של נזק הוא תנאי בל יעבור לתחולת העוולה. בהמשך נכתב כי –

"במשפט המקובל ניתנו הסברים דוגמטיים שונים לאחריות ללא נזק [...] יש אומרים שעצם הפגיעה בזכות מהווה נזק, ויש אומרים כי קיום הנזק משוער על ידי הדין השערה בלתי-ניתנת-לסתירה. אחרים מתייחסים לזכות הנפגעת, בקבעם כי הזכות היא מוחלטת – להבדיל מיחסית – ולכן כל פגיעה בה היא עוולה."²⁴⁰

נראה כי עצם הדיון מלמד על השוני האיכותי שבין העוולות הפרטיקולריות לעוולת הרשלנות, שוני שלא נעלם מעיני הכותבים.²⁴¹

אכן, מתכונת זו – של מתיחת עוולת הרשלנות והרחבת תחולתה למעשים מכוונים ויזירת "עוולות פרטיקולריות שיפוטיות" המתאימות למקרה מסוים – שיחקה תפקיד נכבד בפיתוחם של דיני הנזיקין בישראל. על כך עמדתי בפרקים הקודמים. עם זאת מתכונת זו כבלה למעשה את ידי בית המשפט בפיתוחים אלו, כאשר בכל מקרה נתון הודגשו סטייה מסטנדרט זהירות סביר וקיומו של נזק, שני אלמנטים שנדרשים על ידי עוולת הרשלנות. שיח זה תרם להשתלטות הרשלנות על דיני הנזיקין לא רק מבחינת נפח הפסיקה אלא אף מבחינת אופי הדיון. בהיעדר אפשרות שיפוטית אחרת, פיתוח דיני הנזיקין התאפשר דרך אפיק אחד או שניים (הפרת חובה חקוקה) ושלל מבית המשפט עיצובן של עוולות חדשות שחורגות מאותה תבנית.

פעמים רבות דיני הנזיקין מקבלים בכרכה פעילויות סבירות. אולם לעתים לא. אבדן השימוש בעוולות הפרטיקולריות, אשר מביאות עמן טעמים אחרים להגנה הנזיקית, משטיח

239 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 82, בעמ' 173–174 (ההדגשה של המילים "פגיעה" ו"נזק" במקור. שאר ההדגשות הוספו – א"י). בעניין זה הם כותבים כי הפקודה עצמה מבדילה בין המושג "פגיעה", המוגדר: "פגיעה שלא כדין בזכות משפטית", ובין המושג "נזק". "המחוקק מזכיר את שני המושגים בנשימה אחת: בסעיף 3 בו הוא מורה כי כל אדם הסובל פגיעה או נזק על ידי עוולה שנעשתה בישראל, יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה". במקום אחר הם כותבים כי "תכליתם המיידית העיקרית של דיני הנזיקין היא חלוקת הנטל הכספי של הנזק. אמנם ממלאים הם בשיטה האנגלו-אמריקאית תפקיד נוסף; והוא: ההגנה על הזכויות הקניניות; הגנה זו אינה מותנית דווקא בגרימת נזק ממשי. אולם ברוב רובם של המקרים גוררת האחריות בנוזיקין עמה את החובה לתשלום פיצויים ממשיים, אשר משמעותה האמיתית היא העברת העומס הכספי של הנזק משכם הניזק לשכמו של אדם אחר" (שם, בעמ' 128).

240 שם, בעמ' 174.

241 וראו לעיל ה"ש 58, שם מוסבר כי ההבדל האיכותי הזה בין העוולות הפרטיקולריות לעוולת הרשלנות יכול להסביר אף את ההבדל בהתייחסות לתאגיד כניזוק לעומת אדם כניזוק. פגיעה ביכולת להגן על זכויות אנושיות באופן קנייני תפגע גם בהבחנה החברתית שבין אדם לתאגיד ותשווה את מעמדם באופן שייכתן כי אינו משקף את התפיסה החברתית בנוגע להגנות הראויות עליהם.

את זכויות הנפגעים. הוא גורם לנו להמעיט בערכן. במילים אחרות, עלינו להפנים כי לצד דיני התקלה עומדים דינים אחרים שאינם מאופיינים כתקלה, ואליהם מתייחס המשפט אחרת. כך יהיה הדין אם ראובן מסיג את גבולו של שמעון. אפילו עשה כן בטעות, הנטל עליו לפצותו. כך יהיה הדין גם אם ראובן נוגע נגיעה רצונית בשמעון, ללא הסכמתו. במצבים אלו המשפט דוחף להעלאת האינטרס הלגיטימי לדרגת זכות. קביעה כי במצבים דומים לאלו אין אחריות מוגברת מתערבת התערבות בוטה במערך הזכויות הבסיסי ואינה רגישה מספיק לרצון הצדדים המעורבים.

מבחינה תאורטית היצמדות לעוולת הרשלנות מאבדת במידה רבה חלק משיקולי הצדק המתקן התומכים בהטלת האחריות הנזיקית ככל שהעוולות הפרטיקולריות מייצגות שיקולים אלו ונבנות מהם, בין היתר משום שהן מבנות מערכות יחסים "סגורות" בין תובע לנתבע, ופעמים רבות עושות כן בהתעלם משיקולים חברתיים רחבים יותר. בדומה לזה, ההגנות בגין אותן עוולות מעוצבות כהגנות ספציפיות. ניתוח שמתעלם מאלמנטים אלו תורם להחפצת הנזק והפגיעה. אבדן הניואנסים שהיו מצויים במשפט המקובל, ועדיין מצויים בישראל במשפט הפלילי, מוביל אפוא להשטחתן של הזכויות. ייתכן שבשל השטחה זו המשפט הישראלי, שלא כמשפט האנגלו-אמריקני, נזקק פעמים רבות יותר למשפט הפלילי לשם "גיבוי" הפן הנזיקי בתחומים השונים שהוא מסדיר, ואילו במקומות אחרים בעולם מסתפקים לשם כך בדיני הנזיקין.²⁴² מנגד דווקא המשפט הפלילי לא נועד לתקן את מצבו של הקרבן אלא בעיקר לקדם ערכים חברתיים.

החלת הרשלנות על מעשים מכוונים מחמיצה את העיקר, שכן היא מטשטשת את ההבחנה בין פגיעה בזכות לבין פגיעה עוולתית. כמו כן המשפט מוכן לאפשר פעילות ובה תקלות אך אינו רוצה לקדם פגיעה מכוונת. כאשר עוברים לכלל של רשלנות, מאבדים את ה"צדק" לפחות במובן של הגדרה מחדש של הזכות. דבר שבעבר היה בגדר right של הניזוק, ועל כן הפרתו עלתה לכדי wrong, ומשכך לא נדרשה הוכחה של רשלנות במונחים של wrongdoing – כיום איננו עוד כזה. במשטר הרשלנות הפגיעה בניזוק מאופיינת אחרת ולמעשה הופכת מפגיעה בזכות לפגיעה באינטרס מוגן. יש בכך משום המעטה בערך הזכות, שכן בהגדרה ייתכנו מצבים שבהם אין רשלנות, ואז הפגיעה כשלעצמה לא תזכה את הנפגע בפיצוי.

בישראל נעשה בעבר שימוש מסיבי יותר בתקיפה, בהסגת גבול ובעוולות דומות ששקלו בצורה ממוקדת את מערכת היחסים שבין המזיק לניזוק.²⁴³ במסגרת תהליך שתלטנות הרשלנות נבחנים כיום גם שיקולים מתחרים חיצוניים לצדדים, וכתוצאה מכך מעשה הפגיעה עצמו יכול להיפתס כלגיטימי מבחינה חברתית, במנותק מזכות הניזוק. במקרה כזה

242 להרחבה, ראו דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983) (פורסם גם בספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 913 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008)), שם מתוארת התרחבות דיני העונשין והריבוי ה"בלתי מבוקר" של האיסורים המוחלטים המוגדרים במשפט הישראלי. ייתכן כי אחת הסיבות לכך היא כי ניטל עוקצן של העוולות הנזיקיות, אשר המדרג בין הזכויות והאינטרסים שעליהם הן מגנות התערער, ועל כן הזדקק המחוקק לדין הפלילי על מנת להעביר את המסר בנוגע להתנהגויות לא רצויות בחברה.

243 יצחק אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות" משפטים ה 564 (1974).

הוא לא יזכה לפיצוי. ככל שנרחיב את התופעה, הפגיעה בניזוקים עלולה להיות גדולה יותר. אם בעבר העניקה העוולה הקניינית הפרטיקולרית פיצוי בגין הפגיעה, אף שלא היה אשם במונחים של חוסר סבירות (אלא רק אשם במונחים של פעילות מכוונת גם אם ללא זדון, כגון הצלת אדם תוך שבירת חלון ראווה) כיום פעולה שכזו יכולה להתפס כסבירה, ועל כן הניזוק לא יזכה בגינה לפיצוי.

ה. חזרה מדיני התקלה לדיני הפגיעה או חזרת העוולות הפרטיקולריות דרך הדלת האחורית

הכיסוי הרחב של עוולת הרשלנות אמנם "סיפק את הסחורה" במקרים רבים, ואולם במצבים מסוימים לא היה בו די, ודומה כי בתי המשפט הרגישו כי חסר ממד ה"עומק" של הפגיעה בזכות. כך, בדרך אבולוציונית, נוצר לחץ לייצר "ממד עומק" במקרים הראויים בתוך המסגרת של עוולת הרשלנות. פתרון אחד לכך הוא בריאתו של ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה.

אין זה המקום להרחיב בפיתוחו של ראש נזק זה, ועסקתי בכך ארוכות בעבר.²⁴⁴ ואולם, מבחינה היסטורית ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה נוצר לאחר שבהקשר של הטיפול הרפואי השימוש בעוולת התקיפה נדחק לקרן זווית והוחלף כמעט לחלוטין בעוולת הרשלנות.²⁴⁵ בית המשפט, שחש שלא בנוח להשתמש בעוולת התקיפה במקרים של טיפול רפואי, "המיר אותה" בחובת זהירות עצמאית, שעניינה קבלת הסכמה מדעת של המטופל.²⁴⁶ הבעיה שנוצרה ב"המרה" הייתה כי פעמים רבות הפרת חובת הזהירות ואי-קבלת הסכמה מדעת לא גררו אחריהן נזק במונח המקובל, במיוחד במצבים שבהם הוכח כי החולה היה מקבל בדיוק את אותה ההחלטה גם אם היה נדרש לקבלה טרם הטיפול, והיה מקבל לשם כך את מלוא האינפורמציה הרלוונטית. ובכל זאת השופטים הרגישו כי יש מקום לתת ביטוי לפגיעה בזכותו של המטופל אשר נמנעה ממנו היכולת להחליט בעצמו בנוגע לטיפול בו על בסיס מלוא המידע הרלוונטי. יצירת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ופיתוח עילת תביעה בגין היעדר גילוי נאות וקבלת הסכמה מדעת אפשרה לתת ביטוי לחומרה שבמעשה ולפגיעה בזכות. הפגיעה הוגדרה ככזו שגורמת לשינוי בסיפור החיים. היא נובעת מכך שלרופא הייתה האפשרות למסור לחולה את המידע הרלוונטי והוא לא עשה כן.²⁴⁷ בית המשפט אף העצים ראש נזק זה של פגיעה באוטונומיה בקביעתו כי בניגוד לראשי נזק אחרים, בעניינו אין צורך לבסס קשר סיבתי בין המעשה

244 אסף יעקב "רא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012).

245 ראו פסק דינה של השופטת ביניש בע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999), ובפרט בפס' 6, שם היא מפרטת על המעבר משימוש בעוולת התקיפה לשימוש ברשלנות בהתייחס לטיפול רפואי נטול הסכמה.

246 בבסיס השינוי היו כמה סיבות: חלקן התקיימו ברמה ההסברית – לא יאה לראות ברופא תוקף כאשר מטרתו היא בבירור לסייע לחולה – וחלקן ברמה הפרקטית – עוולת התקיפה, שלא כעוולת הרשלנות, נותרה פעמים רבות מחוץ לפוליסת הביטוח שכיסתה את האירוע הנוזקי.

247 ממערכת יחסים חזוית המאפשרת שיח, ועל כן מחייבת כלל קנייני בדמות עוולת התקיפה, לכלל של רשלנות שהוא כלל תקלה שמביא בחשבון שיקולי סבירות חיצוניים לצדדים.

העולתי לנזק, שכן המעשה עצמו קשור אינהרנטית לפגיעה.²⁴⁸ דומה שמהלך זה בא לשקף את חומרת הפגיעה בזכות תוך החזרת עוולות הכוונה דרך הדלת האחורית. ואמנם, מאז יצירת ראש הנזק, לא הוגבלה הפגיעה באוטונומיה רק למצבים של טיפולים רפואיים, והיא גשגה בתחומים רבים.²⁴⁹ אם כן, ניתן להבחין כי הפגיעה באוטונומיה היא תחליף, ולו חלקי, לעולת הכוונה, כאשר מטרתה היא להגן על זכותו של המטופל לאוטונומיה.

במהלך זה יש גם כדי להסביר "תעלומה" שלמיטב ידיעתי נותרה עד היום ללא מענה והיא מדוע במקרים שבהם ראובן פוגע בשמעון פגיעה רשלנית "רגילה", לפגיעה באוטונומיה אין מקום וביטוי בפסיקה, ואילו במקרים של פגיעה מכוונת או רצונית, יש לה ביטוי, אף שלכאורה אין סיבה להבחנה ביניהם. למעשה, ההבחנה כאן היא בין מצבים שמאופיינים כמכוונים לבין תקלות. לעומת תקלות, המתרחשות ונבחנות על פי סטנדרטים כלליים של אחריות בשל רשלנות, בדומה למשפט המקובל, הפגיעה המכוונת מצריכה טיפול שונה. הסיווג השונה הופך למעשה את הפגיעה עצמה ל-wrong בשונה מ-wrongdoing, שכן המשפט מכיר בכך שנעשתה עוולה אף אם לא נגרם נזק, בשל עצם הפגיעה בזכות.²⁵⁰ פיצוי בדיעבד אינו מכשיר את הפעילות מלכתחילה, שלא כמצבים של תקלה.²⁵¹ ניקח לדוגמה מקרה של רשלנות רפואית. ייתכן שבהגשת הטיפול לא בוצע wrongdoing, שכן הטיפול לא היה רשלני, אולם השופטים מוסיפים רמה נוספת של חובת זהירות עצמאית שעניינה פגיעה באוטונומיה, שמאירה את המקרה באור שלילי ולמעשה "יוצרת" זכות שתביא לקטלוג המקרה כ-wrong. בכך מחזיר בית המשפט לתמונה את עוולות הכוונה בדלת האחורית. לשם המחשה, אם הרופא הפיל בטעות את סכין המנתחים ופצע את המטופל, ייבחן המקרה לאור דיני הרשלנות הרגילים, ולא תוכר פגיעה באוטונומיה, אך אם הרופא לא סיפר למטופל על סיכון מסוים, גם אם סיכון זה לא יתממש, אפשר שתוכר פגיעה באוטונומיה ושהיא תהיה בת-פיצוי.

גם אם לא נרחיק לכת, במובן של החזרת עוולות הכוונה דרך הדלת האחורית, ניתן לחשוב על מקרים אלו כעל קטגוריות ביניים – מצבים שבהם אין רוצים "להעניש" את המזיק משום שלא "פעל במסגרת השוק", ועם זאת רוצים להציב מחיר לכך שנמנע מהנפגע לקבל החלטה בעצמו. מזיק לא יישאר אדיש אם ידע שאם יפעל בדרך מסוימת ולא יקבל הסכמתו המודעת של הניזוק, הוא ישלם "פרמיה" של פגיעה באוטונומיה.

248 ראו פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010).

249 לדוגמה, בתחום הטעיית צרכנים. ראו ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003).

250 והשוו ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פ"ד סה(2) 797, 860 (2012), שם מסביר המשנה לנשיאה ריבלין כי: "תפישה זו נגזרת מן ההכרה שלפיה הפגיעה באוטונומיה (ככל שהיא בליבת הזכות ובעניין מהותי) משקפת נזק ממשי ואמיתי. נזק זה עשוי לבוא בנפרד ובמובחן מנזקים אחרים – ממוניים ובלתי ממוניים – שאז הימנעות מפסיקת פיצוי בגינו תחטא לעיקרון של השבת המצב לקדמותו".

251 ראו דוגמה המופיעה בספרו של COLEMAN, לעיל ה"ש 42, בעמ' 341, אשר הוזכרה מוקדם יותר במאמר, בה אדם חולה סוכרת נוטל אינסולין שבבעלותו של אחר משום שהוא נמצא במצב קריטי. מעשה זה מקים לבעל המזרק זכות לפיצוי, הגם שניתן להצדיקו ואף לצפות כי כל אדם סביר ינהג באופן דומה, וזאת משום שהפגיעה הייתה בזכות.

לסיכום פרק זה ניתן לומר כי במעבר המסיבי לרשלנות במשפט הישראלי יש משום הגדרה מחדש של זכויות רבות ו"הורדתן בדרגה". במצבים רבים הגדרה חדשה זו, תחת כנפי הרשלנות, לא סיפקה את בתי המשפט ועל כן פסקו פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. הפגיעה באוטונומיה נוצרה במרבית המקרים במצבים שבהם נדרש תחליף לעוולות הכוונה – היינו מקום שהמשפט הכיר בהיות הפגיעה עצמה בת ערך אף על פי שלא בהכרח נגרם נזק במובנו היום-יומי. הפגיעה באוטונומיה היא מעין "פרמיה" שבתי המשפט דורשים שתשולם בגין המעבר מכלל קנייני של עוולת כוונה לכלל של פיצוי לפי עוולת הרשלנות, וזאת בשל הפגיעה בזכות. ככל שהפגיעה באוטונומיה נוגעת יותר לליבה של הזכויות, כך הפרמיה בגין הפגיעה תהיה גדולה יותר. על כן הפגיעה באוטונומיה התפתחה בתחומים מסוימים אך לא בתחומים אחרים. בכך יש גם כדי להסביר מדוע איננו רואים שימוש בפגיעה באוטונומיה בכל מקרי התקלה או מוצרים פגומים. ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה התפתח מתחום הרשלנות הרפואית, על קו התפר שבין תקיפה שהיא עוולת כוונה לבין רשלנות ותקלה, ומכאן אפיוניו. נקודה זו מעניינת, שכן אולי יש בה כדי להסביר מדוע ראש הנזק נפוץ כל כך בישראל, להבדיל ממדינות אחרות שבהן נוהג המשפט המקובל. שימוש רב יותר בעוולות כוונה ייעודיות מקטין את הצורך בשימוש בראש נזק זה. עם זאת חשוב להדגיש כי הפגיעה באוטונומיה אינה בגדר תחליף "מושלם" לעוולת הכוונה, שכן לפי עוולת הרשלנות על התובע להראות כי הפוגע סטה מסטנדרט סביר כלשהו, שכן ללא סטייה שכזו לא תיתכן אחריות.²⁵²

ו. סיכום

במאמר זה ביקשתי לעמוד על התופעה של שתלטנות הרשלנות – תופעה אשר אינה חדשה במשפט הישראלי ופועלת בכמה רמות: במישור הפסיקה, שבו נעשה שימוש נרחב בעוולת הרשלנות בידי השופטים בבתי המשפט; במישור הכתיבה האקדמית והחינוך האקדמי למשפטנים; אף ברמת המחוקק, אשר מושפע בין היתר מן הפסיקה, מן החינוך המשפטי ומן הכתיבה באקדמיה ומגיב במישור החקיקתי בכיוון של הרחבת השימוש ברשלנות ובנורמת הסבירות. פתחתי בהראותי כי העוולות הפרטיקולריות נפקדות כמעט לחלוטין מספרי הלימוד, ובמידה רבה אף מן הקורסים בתחום דיני הנזיקין, וכן מהשיח המשפטי באקדמיה, וזאת לעומת האופן שבו הן נבחנות במשפט המקובל. לאחר מכן עמדתי על השיקולים התאורטיים השונים שבבסיס עוולות הכוונה, הן מן הפן של צדק מתקן והן מנקודת ראותו של הניתוח הכלכלי, ועל השוני שבין מעשים מכוונים, תהא הגדרתם אשר תהא, לבין תקלות שמוסדרות במסגרת עוולת הרשלנות. מיד אחרי כן סקרתי את התהליכים שאפשרו את פיתוחה והרחבתה של עוולת הרשלנות – הן במסגרת הפרשנות הראשונית והתקדימית שניתנה לעולה באקדמיה בישראל והן בשל הצורך הפרקטי בהרחבתה, כפי שזה בא לכלל ביטוי בשימוש שנעשה בה בבתי המשפט. המשכתי בבחינת האופן שבו שינוי

252 ואולם יושם אל לב כי הסבירות הנבחנת אינה באשר לפעולה העיקרית אלא באשר לחובה נפרדת העוסקת בגילוי הנדרש.

התפיסה המשפטית וראייה ברשלנות חזות הכול נתן את אותותיו בדברי חקיקה חדשים באמצעות עיצוב מחדש של העוולות הפרטיקולריות וההגנות שבצדן. לבסוף בחנתי את המגמה בחינה ביקורתית ואף הראיתי כיצד הוואקום שנוצר ממיעוט השימוש בעוולות הפרטיקולריות התמלא, לפחות חלקית, באמצעות ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה. נמצאנו למדים כי ההרחבה בשימוש בעוולת הרשלנות מביאה לכרסום בזכויות קיימות: בעקיפין – בשל שימוש היתר שנעשה בה כתחליף אחד לעוולות הפרטיקולריות,²⁵³ ובמישרין – באמצעות עיצובן מחדש של העוולות הפרטיקולריות. השימוש ברשלנות כתחליף גם מונע במידה רבה את פיתוחן של עוולות חדשות שמעלות את הפגיעה הנזיקית לדרגת זכות משום שהוא מספק פתרון חלקי לפגיעות שאלמלא כן היו נותרות ללא מענה. על כן למעשה הוא שולל יצירתן ופיתוחן של "זכויות" חדשות ומשטח את הפגיעה הנזיקית לרמה של אינטרסים מוגנים בלבד.

שימוש היתר בעוולת הרשלנות גם מעצב מחדש את התפיסה הקונספטואלית של דיני הנזיקין כדיני תקלה, תוך אבדן ההתייחסות למקרים של פגיעות ונזקים "מכוונים". אמנם פקודת הנזיקין עצמה מבחינה בין פגיעה לבין נזק,²⁵⁴ אך הבחנה זו נדחקה לקרן זווית עם השתלטות השימוש בעוולת הרשלנות. במתחם עוולות הכוונה הרצון היה לקיים בסטואציות מסוימות משטר של אחריות חמורה, אולם מתיחת עולת הרשלנות השיגה תוצאה הפוכה. היא השיגה כיסוי שטח נרחב על חשבון עומק. עומק זה חסר כיום. ההרגשה היא כי פעמים רבות מקורו של הנזק אינו בתאונה, ולכך לא ניתן ביטוי מספיק.

להיעלמות העוולות הפרטיקולריות יש חשיבות גדולה גם לעניין אופן יישומה של הגנת האשם התורם כמו גם לפיתוחים בתחום הקשר הסיבתי. ככל שהדברים אמורים באשם התורם, המשפט המקובל סירב ליישם הגנה זו בעוולות הפרטיקולריות. האחריות בגינן נתפסה מאז ומעולם ככזו שאינה מחייבת את הנפגע לנקוט צעדי מניעה כלשהם. בשל השימוש הרחב בעוולת הרשלנות, על הניזוק, כמעט בהגדרה, לעשות הרבה יותר על מנת לזכות בפיצוי מלא. כאשר לקשר הסיבתי – מכיוון שבחינתו של הקשר הסיבתי במסגרתן של העוולות הפרטיקולריות נעשתה בהרחבה וללא קשר הכרחי לצפיות הנדרשת מכוח עוולת הרשלנות, היה צורך לעצב מנגנונים לתחמת האחריות באופן שונה. מנגנונים שונים אלו לא פותחו בישראל, שכן לא היה בהם צורך ממשי בשל יישומה הדומיננטי של עוולת הרשלנות.

היבט נוסף של שתלטנות הרשלנות ניתן למצוא אולי במסגרת הסעדים הנזיקיים בישראל. נקודה זו אמנם דורשת מחקר מעמיק, אך הרושם הראשוני המסתמן הוא כי במסגרת דיני הנזיקין במשפט הישראלי יש התמקדות בסעדים מסוימים ולא באחרים. הטשטוש בין מעשי תקלה לבין מעשים שאינם בגדר תקלה הביא לדעתי את בתי המשפט להתמקד דווקא בסעד של פיצויים. לעומת זאת במקרים של עוולות כוונה היינו מצפים למצוא שימוש נרחב יותר, ומוצדק, הן בצווי מניעה או בצווי עשה והן בפיצויים עונשיים. כך, סעד הפיצויים הפך לסעד חשוב, ואילו צווי מניעה וצווי עשה נדחקו במידת מה מן

253 ניתן לראות זאת בצורה המוחלטת כמעט שבה השתלטה עוולת הרשלנות על תחום הטיפול הרפואי.
254 בס' 2 לפקודת הנזיקין מוגדר "נזק": "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיצאיים באלה", ואילו "פגיעה" מוגדרת "נגיעה שלא כדין בזכות משפטית".

התמונה וקיבלו נפח קטן יותר בפיתוח הסעדים הנזיקיים. בנוסף, ניתן לראות כי גם הפיצוי העונשי לא זכה לנפח רב בפסיקה בישראל.²⁵⁵ במסגרת עוולת הרשלנות מגמה זו של התמקדות בפיצויים ברורה: אפיון המקרה כתאונה ממילא אינו מאפשר את מניעתה בצו. פיצוי עונשי בגין תאונה בעייתי אף הוא, שכן הוא מייקר את עצם הפעילות הרצויה מבחינה חברתית, ועל כן עלול להביא להרתעת יתר. לשניים אלו יש מקום נכבד הרבה יותר במסגרת העולות הפרטיקולריות והמעשים המכוונים.

לאור כל הנאמר ניתן להעלות את הסברה כי עם חלוף הזמנים ושינוי המציאות החברתית אכן חלה ירידה בערכן של זכויות נפגעים שזכו בעבר למעטפת הגנה הדוקה באמצעות העולות הפרטיקולריות, וכי כיום אכן מדובר באינטרסים מוגנים גרידא שעליהם לקבל הגנה ככאלה. במקרה כזה ייתכן כי ההגנה השטחית יותר שמציעה כיום הפסיקה אכן מתאימה לסוג האינטרס שעליו היא מבקשת להגן. הגם שאני רואה בכך קשיים לא מעטים, במאמר זה אינני מבקש לגבש דעה סופית באשר לטיבו המהותי של ההליך. גיבוש עמדה שכזו דורש עבודת מחקר ומחשבה נוספים. עם זאת טענתי בהקשר זה היא כי אם אכן מדובר בתהליך מהותי של שינוי הזכויות, על התהליך, תוצאתו והמשמעויות הנגזרות ממנו להיות גלויים ולהיעשות במודע, וכי עלינו להכיר בזכויות שאנו "מקריבים" בדרך. בינתיים ניתן לזהות בפסיקת מגמה הפוכה. נראה כי האופי השונה של העולות הפרטיקולריות דווקא חסר בדיון בעולות הרשלנות, והשופטים מרגישים "מהבטן" כי תפיסת ההסכמה הסובייקטיבית או הפגיעה בזכות במידה רבה אבדה. לפיכך קיימים מקרים שבהם למרות היעדר רשלנות "רגילה", התנהגות המזיק פוגעת בזכויות ולעתים אף ראויה לגינוי – דרך מקרים אלו חודר לפסיקה ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. עצמת הגינוי משתנה ממקרה למקרה ולמעשה משקפת את עצמת הפגיעה באוטונומיה ומאפשרת לגנות את פעולת המזיק גם ללא נזק בצדה.

255 לכך התייחס אליקים רובינשטיין במאמרו "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 97 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים, 2013).