

ארבעים שנה למשפט הישראלי –
דיני הנוזקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי*

א. מברא

מאז הקמת המדינה ועד היום התרחשו שתי "מהפכות" שקטות בתחום המשפט: האחת – בתחום המשפט הציבורי; והשנייה – בתחום המשפט הפרטי. במשפט הציבורי היינו עדים לגיבושה של חוקה מטריאלית – חלקה במסגרת חוקי היסוד¹, פרי עבודתה של הכנסת כרשות מכוננת²; וחלקה במסגרת זכויות האדם, פרי עבודתו של בית המשפט העליון³ כעוסק בחקיקה שיפוטית⁴. במשפט הפרטי היינו עדין לגיבושה של קודיפיקציה אזרחית⁵, בעיקרה פרי עבודתה של הכנסת

- * הרשימה פורסמה במשפטים יט (1990) 631.
- 1 לחוקי היסוד ראה רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שלישית מורחבת, 1980) 279.
 - 2 ראה רובינשטיין (הערה 1 לעיל) עמ' 276; וכן קליין, "הרשות המכוננת במדינת ישראל", משפטים ב (תשל"ל) 51.
 - 3 ראה שפירא וברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", עיוני משפט ב (תשל"ב) 20; שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?", עיוני משפט ג (תשל"ג) 625.
 - 4 על החקיקה השיפוטית ראה ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 147.
 - 5 ראה ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (תשל"ג) 5; ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה – סיכונים וסיכויים", משפטים ז (תשל"ז) 15; ידין, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט ג (תשל"ז) 26; ידין, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו (תשל"ח) 506; ידין, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט כד (תשכ"ח) 493.

שיטת המשפט בישראל

כרשות מחוקקת⁶ וחקיקה שיפוטית "בין הסדקים"⁷ של החקיקה. בעוד שבתחום המשפט הציבורי הפעילות החקיקתית היתה רלה למדי, ועיקר המעמסה החוקתית הוטל על שכם בית המשפט, הרי בתחום המשפט הפרטי היתה הפעילות החקיקתית ניכרת, ועיקר המעמסה הוטל על שכם המחוקק, כאשר בית המשפט מילא את התפקיד הקלאסי של פרשנות, מילוי חסר ופיתוח המשפט לשם גישור בין משפט לחיים, וכל זאת – במסגרות שונות ופתוחות על-ידי המחוקק⁸.

ב. הקודיפיקציה האזרחית החדשה

מאז קום המדינה הוחקו כמה חוקים חדשים, שעניינם המשפט האזרחי⁹. המשפט העות'מני בוטל בעיקרו¹⁰, והלכות המשפט המקובל שנארגו סביב משפט עות'מני זה הוחלפו. תחתם באה מערכת חקוקה מודרנית, המקיפה את המוסדות העיקריים

- 6 לרשימת החוקים שאותם ניתן לכלול במסגרת החקיקה הקודיפיקטורית הישראלית בתחום המשפט האזרחי, ראה הערה 9 להלן.
- 7 כמימרתו של השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. (1917) 205, ראה גם לגדודי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292.
- 8 ראה ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה" (יפורסם בהפרקליט).
- 9 במסגרת זו ניתן לכלול את החוקים הבאים: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; חוק הירושה, תשכ"ה-1965; חוק השליחות, תשכ"ה-1965; חוק הערבות, תשכ"ז-1967; חוק המשכון, תשכ"ז-1967; חוק השומרים, תשכ"ז-1967; חוק המכר, תשכ"ח-1968; חוק המתנה, תשכ"ח-1968; חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; חוק המיטלטלין, תשל"א-1971; חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; חוק השבת אבירה, תשל"ג-1973; חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975; חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979; חוק הנאמנות, תשל"ט-1979; חוק אחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980; חוק חוזה הבטוח, תשמ"א-1981. לחקיקה זו ניתן להוסיף את חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965; חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958; חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973; חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971. חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952; חוק לחיקון דיני הנויקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1963.
- 10 ראה חוק לביטול המגילה, תשמ"ד-1984. ראה גם טדסקי, "ביטול המגילה – רקעו

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנוזקין והקורדיפיקציה של המשפט האזרחי

של המשפט האזרחי. נקבע העיקרון, כי חסר (לאקונה) כמשפט יתמלא על-ידי היקש ועקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל¹¹. הקשר החי עם המשפט האנגלי נותק¹². היוזמה העיקרית באה ממשרד המשפטים. כאן ברצוני להדגיש את מנהיגותו של שר המשפטים, דב יוסף ז"ל, לקידום מפעל החקיקה. כן ברצוני לציין את תרומתו הסגולית של פרופ' אורי ידין ז"ל, אביהם הרוחני של חוקי החקיקה האזרחית החדשה, אשר רבים מהם עוצבו על-ידי, הן במישור התוכן והן במישור הצורה¹³. תהליך החקיקה האזרחית החדשה עומד בפני סיומו. הוא טרם הסתיים: ראשית, עדיין חסרות כמה לבנים חשובות לסיום המבנה האזרחי. בעיקר יודגש חסרוננו של חוק חוזה העבודה¹⁴ וכן חוק בענייני ברירת דין¹⁵. ייתכן שיהא מקום להוסיף גם חוק בענייני סוכנות (להבדיל משליחות). שנית, החקיקה האזרחית טרם אוחדה למסכת אחת של דיני ממון. החל בכך – על-פי בקשתי כיועץ משפטי לממשלה – פרופ' אורי ידין ז"ל, בהכינו הצעה מקיפה המאחדת

ומועדו" עיוני משפט ב (תשל"ב) 458; גביון, "ביטול המגילה – המנהג ועקרונות הפיקה", משפטים יד (תשמ"ד) 325.

11 חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980.

12 ניתוק זה נעשה בשלבים. תחילה נותק הקשר המחייב בענייני פרשנות: ראה סעיף 15(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. ראה גם פרוקציה, "עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי ובמיוחד של דיני החוזים לאור המשפט האנגלי", עיוני משפט ג (תשל"ג) 112. לאחר מכן נקבעה "עצמאות החוק" בחמישה חוקים (חוק הירושה, חוק המקרקעין, חוק החוזים (תרופות), חוק החוזים (חלק כללי) וחוק חוזה קבלנות). לבסוף בוטל הקשר לחלוטין. על הוראות העצמאות, ראה פרידמן, "ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים ג (תשל"א) 91; פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה (תשל"ז) 463; פרידמן, "עוד הערה לעניין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים ד (תשל"ג) 349.

13 לתרומתו של פרופ' ידין למפעל החקיקה ראה ספר ידין א (תש"ן). פרופ' ידין הקדיש רשימות מספר למפעל החקיקה הקורדיפיקטורית. ראה ידין, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט ג (תשל"ג) 26; ידין, "הגשמת הקורדיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו (תשל"ט) 506.

14 ראה הצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה-1985.

15 בהיותי יועץ משפטי לממשלה ביקשתי מפרופ' לבונטין להכין הצעת חוק ודברי הסבר בכרית הדין. פרופ' לבונטין הכין ההצעה. ראה א' לבונטין, ברירת הדין (1987).

את כל החקיקה האזרחית החדשה לדין חקוק אחיד. הוא לא סיים את המלאכה, ועל מדוכת הסיום יושבת עתה ועדה ציבורית¹⁶. יש לקוות, כי בתוך זמן לא רב היא תסיים את מלאכתה, תוך שתגיש למשרד המשפטים – ובאמצעותו, לכנסת – קוד חדש־ישן, מקיף ואחיד, בענייני המשפט האזרחי – בחינת חוק דיני ממונות. לא יהיו בו שינויים מהפכניים. בעיקרו של דבר, יישמר ההסדר הקיים, ועם זאת הוא ישופר. תוכנס בו אחדות רעיונית וסמנטית, יילמדו הלקחים שהצטברו במשך השנים, כמה לאקונות ימולאו והסדרים שנמצאו פגומים – יתוקנו. אפילו תסוים מלאכה זו, היא לא תביא למשפט הישראלי קודיפיקציה מלאה של המשפט האזרחי: ראשית, המשפט המסחרי אינו כלול בקודיפיקציה זו. ייתכן שיש מקום ליזום קודיפיקציה מסחרית מקבילה, שתכלול את הפקודות המנדטוריות השונות העוסקות במשפט מסחרי – חברות, שותפויות, אגודות שיתופיות, פשיטת רגל, שטרות וכן החקיקה העוסקת בקניין הרוחני. שנית, דיני העבודה אינם כלולים במסגרת זו. אף כאן יש מקום לקודיפיקציה מקבילה של דיני העבודה, והתחלות בכיוון זה כבר נעשו¹⁷. לבסוף, הקודיפיקציה אינה כוללת את דיני המשפחה, ואיני רואה שבזמן הקרוב יהא ניתן לפתח עניין זה בהיקף מספיק לשם הכללתם. חרף מגבלות אלה, נהיה עדיין למסכת אורחית מקיפה ומודרנית, המשקפת את הניסיון החקיקתי וההלכתי בארבעים השנים האחרונות.

לא קל להעריך את החקיקה האזרחית החדשה שלנו¹⁸. מהבחינה העיונית חולשותיה רבות. אין לה בסיס רעיוני משותף. היא משקפת גישה אקלקטית, שאין בה בריח תיכון של תפישה אחידה¹⁹. היא נחקה פרקים־פרקים, כמו חוקי היסוד השונים, בלא שייעשה כל ניסיון לתאם בין הפרקים²⁰. כל חוק ביקש ליתן

16 תכריח הם אנגלרד, ארן, ברק (יו"ר), ויסמן, כהן, מאוטנר, פרידמן, ראבילו ושלנו. מרכזת הוועדה היא גב' שפיץ. משתתפים בעבודת הוועדה בן־אוליאל, זמיר, זיסבלט, לרנר, לוסטוויז וסנילביץ.

17 פרופ' ר' בן־ישראל הכינה, על־פי בקשתי כיועץ משפטי לממשלה, הצעה מקיפה בעניין זה.

18 ראה מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת הנרת המשפט של החקיקה", משפטים יז (תשמ"ז) 321.

19 ראה מאוטנר, "יוצרי סיכונים ונקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה" משפטים טז (תשמ"ו) 92.

20 ראה פרוקצ'יה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט א (תשל"ל) 41.

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנוזקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי

פתרונות פרגמטיים טובים, בלא עמידה יתרה על הצד האנליטי. השפעות שונות – אנגלו-סכסיות, קונטיננטליות ומשפט עברי – מורגשות, בלא כל יד מכוונת. מורגש הרצון לתת פתרון מעשי, בלא תשומת לב יתרה לצד העיוני. חרף כל זאת נראה לי, שהחקיקה החדשה היא בעיקרה טובה. היא החליפה דין מיושן בדין מודרני, שקבע את אורחות חייהם האזרחיים של תושבי המדינה. בעיקרו של דבר, הדין החדש קבע הסדרים חדשים, אשר כיוונו את חיי המעשה ונתנו תשובות לבעיות המתעוררות. במהותו היה זה דין חדש, שאימץ את המוסדות המודרניים – תום לב²¹, חוזה לטובת צד שלישי²², סמכות נחזית²³, שוק פתוח²⁴, נאמנות²⁵ ועוד. עינן בפסיקה מצביע – לדעתי – כי לא נתגלו פגמים קריטיים, שהפכו את המפעל כולו למפעל כושל. נהפוך הוא: החקיקה היתה זהירה למדי, ובעיקרו של דבר, מולאו יעדיה. הקומנטרים השונים שנכתבו על חקיקה חדשה זי²⁶ שיבחו,

- 21 ראה, בעיקר, סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המוחל על כלל הפעולות המשפטיות ועל כלל החיובים: סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי). ראה גם הערה 41 להלן.
- 22 ראה סעיפים 34-38 לחוק החוזים (חלק כללי). ראה גם שלו, חוזה לטובת אדם שלישי (תשל"ז) (במסגרת סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי).
- 23 ראה סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965. ראה גם ג' פרוקציה, דיני השליחות בישראל (1986) 269; ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (תשל"ה) 323 (במסגרת סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי).
- 24 ראה, בעיקר, סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968. ראה גם זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשמ"ז) 679 (במסגרת סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי).
- 25 ראה סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי (הערה 26 להלן); פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב); כהן, התערבות ביחסים חוזיים (1982).
- 26 מבין אלה ניתן להזכיר את צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל; אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (תשל"ב); בן-פורת, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (תשל"ה); ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (תשל"ה); ידין, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (תשמ"ד); ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (מהדורה שנייה, תשל"ט); כרם, חוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (תשמ"ז); צלטנר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשל"ב); זמיר, חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשמ"ז); ראבילר, חוק המתנה, תשכ"ח-1968 (תשל"ט); שלו, כריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (תשל"ח); שלו, פגמים בכריתת חוזה – חוק החוזים (חלק כללי); שלו, חוזה לטובת אדם שלישי (תשל"ז); שלו, תוכן החוזה (תשמ"ט).

בעיקרו של דבר, את הסדריה, תוך שעמדו על ליקויים אלה או אחרים, שאינם קרדינליים. עם זאת, אין להתכחש לקיומם של כמה פגמים רציניים: קיצור הניסוח – חוק המתנה וחוק עשיית עושר ולא במשפט יעידו – מלמד לעתים על קוצר החוק²⁷; ערפולה של מהות ההסדרים – חוק הנאמנות יוכיח²⁸; חסר בהסדרים מסוימים – כשירותם של לקויי נפש שאינם פסולי דין²⁹; התנגשות בין זכויות³⁰, הגנה על צד שלישי³¹, תמורה³² – סעיפים הכוללים הסדר חלקי בלבד; ובעיקר – העדר תשתית אינטלקטואלית ותפישות יסוד משותפות לכל חלקי החקיקה³³. תרומה חשובה להבנת המשפט האזרחי תרמו חכמי המשפט הישראלי. בראשם יש לציין את פרופ' טרסקי – אבי המשפט האזרחי שלנו – אשר בכתיבתו המקיפה והיסודית הניח בסיס ויסוד לניתוח אנליטי ותפישת תיאורטית של המשפט האזרחי תוך הדגשת חשיבותם של הצד המעשי והנוהגים המקובלים הלכה למעשה³⁴. כן

- 27 ראה טרסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", משפטים א (תשכ"ח) 639, 644: "קיצור החוק הוא קוצר החוק".
- 28 ראה ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז (תש"ם) 282.
- 29 ראה אנגלרד ובס, "פעולותיו המשפטיות של לקוי הדעת בטרם יוכרו פסול דין", משפטים ט (תשל"ח) 335.
- 30 ראה כהן (הערה 25 לעיל), עמ' 42.
- 31 פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד ג' לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד (תשל"ה) 245.
- 32 פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 153; פרידמן, "מושג התמורה בחקיקה הישראלית", קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים, תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה (תשל"ו) 38.
- 33 ראה צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) 12. ראה גם ברק, "פרשנות ושפיטה – יסודות לתורת פרשנות ישראלית", עיוני משפט י (תשמ"א) 467.
- 34 ראה טרסקי, מחקרים במשפט ארצנו (תשי"ב); טרסקי, מחקרים במשפט הפרטי (תשי"ט); טרסקי, מסות במשפט (1958). בצד ספריו אלה מצויים עשרות מאמריו בכל תחומי המשפט האזרחי, ואף מחוצה להם. ראה בעיקר "הצעת חוק החוזים (חלק כללי) וגבולותיה", משפטים ג (תשל"א) 105; "חובות העובון", עיוני משפט ה (תשל"ו) 14; "בעלות ושיתוף בבית משותף", הפרקליט ל (תשל"ו) 3; "זיקת הנאה שלא לטובת מקרקעין", משפטים ז (תשל"ז) 456; "השומר על פי דין", משפטים ח (תשל"ח) 430; "העתיקות בדיני הקניין", משפטים ט (תשל"ט) 363; "המקיים את חייב הזולת וזכותו להשבה", משפטים י (תש"ם) 17; "צוואה משוחפת", עיוני משפט ו (תשל"ט) 662; "היבטים לעשיית עושר", משפטים יא (תשמ"א) 385; "סודות עסקיים", הפרקליט לה (תשמ"ט) 5; "שליחות לאחר המוות", עיוני משפט י (תשמ"ד) 257; "על מהותו של קיום החיוב", משפטים טו (תשמ"ה) 21;

יש להזכיר את השופט פרופ' צלטנר המנוח, שתרם רבות, כשופט, כמסייע לחקיקה, ובעיקר בכתיבתו להכנת המשפט האזרחי ולהבנת תשתיתו האינטלקטואלית³⁵. מקום חשוב תופס פרופ' פרידמן, אשר בכתיבתו המעמיקה תרם רבות להבנת החקיקה החדשה וקשרי הגומלין שבין חלקיה³⁶. כן יש להזכיר את הספרות האזרחית הרבה – חלקה חיבורים מקיפים או דברי הסבר לחקיקה החדשה, מהם בעריכתו של פרופ' טרסקי ובסיועו של המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, שבמסגרתו פורסמו רובם של החיבורים; חלקה מאמרים³⁷ מפרי

"דיוור קבע במלון-דירות ובכתיב-אבות", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 181; "הנטל ובעיית האונס והסיכול", משפטים טז (תשמ"ו) 335; "חיובים מקבילים", הפרקליט לו (תשמ"ה) 293.

35 ראה בעיקר צלטנר, דיני חוזים; צלטנר, דיני החוזים של מדינת ישראל; צלטנר, "המצאות במשפט", הפרקליט יט (תשכ"ז) 122; צלטנר, "הסימן 46 לדבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין-שכתי", הפרקליט טז (תש"ך) 300; צלטנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה", הפרקליט כט (תשל"ה) 56; צלטנר, "עקרונות מגחים בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973", קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו) 69.

36 ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ו); מבין מאמריו החשובים ניתן להזכיר את אלה: "תרופות בשל הפרת חוזה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 134; "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 153; "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד ג' לאור התקנה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד (תשל"ה) 245; "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)", עיוני משפט ה (תשל"ז) 618; עיוני משפט ו (תשל"ח) 172; "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה", הפרקליט לג (תשמ"ם) 4; "שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר", הפרקליט לב (תשמ"ב) 88; "הערה למשמעות המושג 'חוזה על תנאי' שבסעיף 27 לחוק החוזים", עיוני משפט ח (תשמ"ב) 578; "ביצוע חוזה נוכרי חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית", עיוני משפט י (תשמ"ד) 165; "סוגיות בדיני ריבוי חייבים", ספר לזכרון (תשמ"ה) 51 (יחד עם נ' כהן); "הסיכון החוזי וטעות והטעה בכראיות", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 459.

37 רשימתם של חיבורים אלה רחבה ומקיפה. מבין החשובים שבהם יש לציין: אבן, "משמעותה של הזכות לתרופות בגין הפרת חוזה", עיוני משפט ו (תשל"ו) 121; דויטש, "הוראת העושה בחוק החוזים", מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 1; דויטש, "גמירת הדעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים בדיני חוזים במשפט העברי, האנגלי והישראלי", שנתון המשפט העברי ו-1 (תשל"ט-תשמ"ם) 73; ויסמן, "מרשגי יסוד בדיני קנין – סקירה ביקורתית", משפטים יא (תשמ"א) 41; ויסמן, "אברים כנכסים", משפטים טז (תשמ"ו)

שיטת המשפט בישראל

עטם של אנשי האקדמיה, אשר עיצבו את התשתית האינטלקטואלית להבנתה של החקיקה החדשה, תוך שהצביעו על כיווני התפתחותה. יש לקוות, כי באותם תחומים שבהם עדיין חסרים ספרי יסוד נזכה בזמן הקרוב למילוי החלל, וכך נזכה למהדורות חדשות של ספרים שנכתבו אך בתחילת תוקפם של החוקים. אכן, במסגרת פרשנות הקודיפיקציה נועד תפקיד חשוב לאיש התיאוריה, הרואה את התמונה האזרחית הכוללת והמבין את יחסי הגומלין שבין הוראותיה, אשר בכתיבתו עשוי להדריך את המחוקק, השופט והאזרח גם יחד. שותף זוטר למחוקק במלאכת העשייה כתחום המשפט האזרחי היתה הרשות השופטת³⁸. המחוקק הותיר לה תפקידים חשובים, בעיקר במסגרתם של אותם תחומים שבהם הושאר העניין במפורש לשיקול דעת השפיטה – ותחומים אלה רבים הם ומגוונים – כגון שיקול דעתו של השופט בענייני חוזה אסור³⁹, בענייני

500; תש"ן, "שמירה ושומרים – לפירוש ס' 1 לחוק השומרים", משפטים ג (תשל"א) 137; כהן, "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן – בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק", הפרקליט לז (תשמ"ו) 13; כהן, "דין חוזים ודין ערבות", עיוני משפט ז (תשל"ט) 225; כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים", הפרקליט לה (תשמ"ג) 215; כהן, "צורת החוזה", הפרקליט לה (תשמ"ח) 383; לרנר, "מהותו של המכר המתנה", משפטים יג (תשמ"ג) 305; לרנר, "קיצוץ נגד נמחה", משפטים טו (תשמ"ה) 81; לרנר, "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת הבעלות במכר מיטלטלין", מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 77; מזוז, "נסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת – סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979", משפטים י (תשמ"ם) 487; פרוקצ'יה, "חקיקה ישראלית בשלבים – הערות וביקורת", עיוני משפט א (תשל"א) 41; רייכמן, "הערות להגדרת זיקת הנאה", עיוני משפט א (תשל"א) 345; רייכמן, "השפעת זיקת הנאה על הלכות שכנים", עיוני משפט ד (תשל"ד) 121, 368; רייכמן, "הערת אזהרה – מהות, יצירה והגנה כנגד עיסקאות נוגדות", עיוני משפט י (תשמ"ד) 297; שלו, "הבטחה, השתק ותום-לב", משפטים טז (תשמ"ו) 295; שלו, "האם חלה תורת הפרה היסודית במשפט הישראלי", משפטים ח (תשל"ח) 466; שלו, "חוזה נספח", משפטים ב (תשכ"ט) 577; שלו, "צדק ודין חוזים", משפטים ו (תשל"ה) 544; שלח, "פירוק שיתוף במקרקעין", משפטים יז (תשמ"ז) 3.

38 על תרומתה הכללית של הרשות השופטת למפעל החקיקה ראה אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י (תשמ"ד) 233.

39 ראה סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראה גם פרידמן, "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)", עיוני

השבה⁴⁰ ובעניינים רבים אחרים. כן הוענק שיקול דעת נרחב לשפיטה במשתמע, תוך שימוש במושגי השסתום של תום לב⁴¹, צדק⁴² וסבירות⁴³. כמו כן הוטל תפקיד של חקיקה שיפוטית על השפיטה באותם מקרים – והם אינם מעטים – שבהם נוצרו בעיות חדשות שהקודיפיקציה לא חזתה אותן ואשר הצורך להסדירן התגלה במשך השנים. אכן, החקיקה החדשה מבוססת על אמון רחב של המחוקק בשופט. שיקול דעת רחב ניתן על-ידי המחוקק לשופט⁴⁴. בהפעלת שיקול הדעת הוטל תפקיד קשה על בית המשפט. הטקסט עצמו הוא, כאמור, לעתים קרובות

משפט ה (תשל"ז) 618; עיוני משפט ו (תשל"ח) 172; בן-פורת, "החזרה הפסול", ספר זוסמן (התש"ם) 171.

40 ראה, למשל, סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראה ד' פרידמן (הערה 25 לעיל).

41 ראה, למשל, סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. על תורת תום הלב ראה פרוקצ'יה, "קווים לתורת תום הלב", עיוני משפט יג (תשמ"ח) 41. לעניין סעיף 12 לחוק החוזים ראה ראבילו, "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: 'Culpa in Contrahendo', קובץ הרצאות כימי עיון לשופטים, תשל"ה (תשל"ו) 57; א' ראבילו, פרקים בדיני חיובים – מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש (תשל"ז) 182; אבן, "Culpa in Contrahendo", עיוני משפט א (תשל"א) 328; פלפל, "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה", עיוני משפט ה (1977) 608; שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים – תום לב במשא ומתן", משפטים ז (תשל"ח) 118; דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים – האומנם תרופה לכל מכאוב", מחקרי משפט ד (תשמ"ה) 39; פלפל, "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 307; כהן, "דפוסי החוזים ותום-לב במשא ומתן – בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק", הפרקליט לו (תשל"ו) 13; לעניין סעיף 39 לחוק החוזים ראה יריק, "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה", קובץ הרצאות כימי העיון לשופטים תשל"ה (תשל"ו) 50; הופר, "תום לב בחוזים ואשם ביצירת חוזה", משפטים ו (תשל"ו) 397; זוסמן, "תום לב בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו (תשל"ח) 485; פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור", עיוני משפט ז (תשל"ט) 431; פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט לו (תשמ"ד) 53; פלפל, "תום-לב חוזי ודיני הנזיקין", הפרקליט לח (תשמ"ט) 454.

42 ראה, למשל, סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי); סעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972.

43 ראה, למשל, סעיפים 7, 8(א), 20, 21, 41, 51 ו-65 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

44 ראה מאוטגר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז (תשמ"ז) 321.

"פתוח", בלא הכוונה מספקת באשר לדרכי הפתרון; המקורות ההיסטוריים שבהם ניתן להיעזר רבים ומגוונים, ואל רובם אין גישה לשופט ולמשפטן בשל מגבלות הלשון (צרפתית, גרמנית ואיטלקית). לחקיקה עצמה אין מבנה אחיד וקווי יסוד שניתן להיעזר בהם בפירוש ההוראות, ומעל לכל – חסרה תורת משפט כללית, המשמשת תשתית לכל בחינה פרשנית⁴⁵. בצדק ציין פרופסור צלטנר⁴⁶, כי אצלנו לא האדמה היוריספרודנטלית היא שהצמיחה את הצמח החקיקתי, אלא הצמח החקיקתי הוא שיצר את האדמה היוריספרודנטלית. כל אלה מערימים קשיים רבים על דרכה של הפסיקה. האם עמדה השפיטה במשימה שהוטלה עליה? אף שאלה זו – כמו שאלת הערכתה של החקיקה – אינה פשוטה כלל ועיקר. דומה, שהגישה השיפוטית הראשונית היתה לנסות למצוא תשובה לכל שאלה בקודיפיקציה עצמה – "בתוכה ובה"⁴⁷. בכך הובלטה העצמאות של החקיקה החדשה, אך גם הסתמנה גישה פורמלית למדי לדרכי פרשנותה. נרמה לי שגישה פורמלית זו לא האריכה ימים. דומה שכתי המשפט עמדו במשימה שניצבה בפניהם. שעת מבחן קשה היתה שעה שהפסיקה התמודדה עם בעיית האינפלציה, ודומה שהפתרונות השיפוטיים הם בעיקרם מניחים את הדעת⁴⁸. הפיתוח ההלכתי של דיני עשיית עושר ולא במשפט⁴⁹, כשרות משפטית⁵⁰, תרופות⁵¹, שיתוף נכסים⁵² וכיוצא באלה בעיות קשות שניצבו בפני הפסיקה – דומה שהוא, בעיקרו של דבר, מניח את הדעת. כך, למשל, האופן שבו התמודדה הפסיקה עם

45 ראה ברק (הערה 33 לעיל), עמ' 468.

46 ראה צלטנר (הערה 33 לעיל).

47 ראה, למשל, ע"א 83/68 עזבון המנוח פינקלשטיין נ' פינקלשטיין, פ"ד כב(1) 618, 619.

48 הפסיקה היא מרובה. לניתוח הפסיקה וביקורת עליה ראה גרוס, "הלם האינפלציה – הצמדת מערכת החישובים בישראל", הפרקליט כג (תש"ס) 53; פרוקציה, "הצמדה, שערור וריבית: עבר, הווה ועתיד", משפטים י (תש"ס) 262; הורק, "שערור המחיר בחוזה", עיוני משפט ח (תשמ"א) 88.

49 ראה, למשל, ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221.

50 ראה ע"א 217/75 לוי נ' נחול, פ"ד כט(2) 309; ד"ג 17/75 נחול נ' לוי, פ"ד ל(3) 113.

51 ראה ידין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), השל"א-א-1970 (מהדורה שנייה, תשל"ט) (במסגרת סדרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי): קציר, פיצויים בשל נזקי גוף (תשמ"ג); ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 243.

52 לניתוח ההלכה והערכתה ראה רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב).

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הניזקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי

עקרון תום הלב הוא בעיקרו חיובי⁵³. לחקיקה השיפוטית יש, כמוכן, מחיר. לעתים התקיימה תחושה של חוסר ודאות בהסדרים, ועניינים חשובים טרם הוכרעו. בעניינים אחרים נפלו בוודאי טעויות, שיש לקוות כי יתוקנו. עם זאת, כאשר אני משקיף על המבנה הנורמטיבי של החקיקה האזרחית, מזה, ועל הפעילות השיפוטית, מזה, נראה לי כי הפער בין החיים לבין המשפט אינו רב; נראה לי כי בעיקרו של דבר קיימת ודאות וקיים ביטחון בהסדרים של הפרטים; נראה לי כי המוסדות העיקריים של המשפט האזרחי – החוזה, הקניין, הבטחה והאחריות הנזיקית – מתפקדים כראוי וכי הרשות השופטת מעניקה למסגרת כוללת זו את שראוי לצפות ממנה: הכרעה בסכסוך האינדיבידואלי – הכרעה שבעייתה המרכזית הוא הזמן הארוך הלוקח עד שהדין יוכרע – והכוונת השיטה כולה באותם עניינים שבהם נדרשת התאמת המשפט למציאות⁵⁴. יש לקוות, כי גם בעתיד תכוון התפתחות המשפט האזרחי על-ידי שיתוף פעולה פורה בין מחוקק לשופט. יש לקוות שהכנסת תחוקק את קובץ דיני הממונות⁵⁵ ותכניס בו שינויים ותיקונים כפי שצורכי הזמן יחייבו. במקביל יש לקוות, כי הפסיקה בפרשנותה היוצרת ובדרכי מילוי הליקויים העומדים לרשותה תקרב את החקיקה לצורכי החיים המשתנים. בעשותה כן, מן הראוי הוא שהפסיקה תשמור על עצמאותה של החקיקה⁵⁶. אל לנו לעשות אנגליקניזציה או אמריקניזציה של החקיקה שלנו. ניתקנו מהמקורות האנגליים, ודומה שאין דרך חזרה. כמו כן אל לנו לעשות קונטיננטליזציה של החקיקה שלנו. אלה מערכות משפט זרות, אין לנו גישה אליהן. הדרך הראויה היא דרך העצמאות, תוך לימוד והשוואה, עיון ובחינה. גלמד ממקורות שמחוץ לשיטתנו – לרבות

53 ראה הערה 41 לעיל.

54 ראה ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית – הזיקה אל עקרונות היסוד", ספר יוסמן (התש"ם) 71.

55 ראה הצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, תש"ם-1980 (ה"ח 1448, תש"ם, עמ' 184). על-פי הצעה זו, יוסמך שר המשפטים להביא בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצעת נוסח של חוק, שיקבץ לחוק אחד חוקים המפורטים בתוספת. דרך החקיקה של הקובץ תהא רומה, אך לא זהה, לדרך הנהגה על-פי סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ז-1948 לגבי "נוסח חדש" ולגבי "נוסח משולב".

56 ראה ברק (הערה 5 לעיל).

שיטת המשפט בישראל

המשפט העברי – אך נגבש את משפטנו האזרחי על-פי דרכנו שלנו⁵⁷. תהיה בכך לא רק תרומה למשפטנו שלנו, אלא גם תרומה לתורת המשפט הכללית ולפיתוחן של שיטות המשפט ה"מעורבות", אשר ישראל נמנית עמך⁵⁸ עלינו למצוא לעצמנו את שביל הזהב שלנו. בקביעתו של שביל זה יש לשאוף לפתרונות מעשיים ראויים, שישתלכו במרקם הנורמטיבי הכללי. לשם כך יש צורך להכיר בתפקידו היוצר של בית המשפט, תוך הכרת בית המשפט במגבלותיו המוסדיות⁵⁹ ותוך שמירה על עקרונות של הפרדת רשויות, דמוקרטיה ואמון הציבור כשפיטה⁶⁰.

ג. פקודת הנזיקין

ארכעים שנות המדינה הן גם ארכעים שנות פקודת הנזיקין⁶¹. כיצד עמדה הפקודה בתלאות הזמן, מה היה מקומה של ההלכה בפיתוחה ומה ניתן לצפות בעתיד? כידוע, פקודת הנזיקין מהווה מעין restatement של המשפט המקובל דיני הנזיקין, כפי מצבו בשנות השלושים והארבעים של מאה זו. ביסודה עומדות שתי עוולות מסגרת⁶² – הפר חובה חקוקה⁶³ ורשלנות⁶⁴ – ואולי אף

- 57 ראה ר"ג 13/80 הנדלס נ' קופת עם, פ"ד לה (2) 785.
- 58 על שיטת המשפט המעורבת (mixed jurisdiction), ראה Smith, "The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdictions", in: A.N. Yiannopoulos (ed.), *Civil Law in the Modern World* (1965) 3.
- 59 ראה ברק (הערה 4 לעיל), עמ' 241.
- 60 ראה ברק (הערה 4 לעיל), עמ' 265.
- 61 להיסטוריה של פקודת הנזיקין ראה טדסקי ורוזנטל, פקודת הנזיקין לאור תולדות התהוותה ותיקונה. להערכת הפקודה במלאת חצי יובל לחיקתה ראה אנגלרד, "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות", משפטים ה (תשל"ה) 564.
- 62 לדיבור "עוולת מסגרת", שה"זכות" לו נתונה לד"ר מ' חשין, ראה אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנזיקין (בעריכת ג' טדסקי, תשל"ז) 85.
- 63 סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לניתוח העוולה ראה בר-שירה, הפרת חובה חקוקה (מהדורה שנייה, מאת ד' לוינסון-זמיר, בעריכת ג' טדסקי, תשמ"ט).
- 64 סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. לניתוח העוולה ראה גלעד, "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 319.

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנוזיקין והקורדיפיקציה של המשפט האזרחי

שתי עוולות מסגרת נוספות – מטרד ליחיד⁶⁵ ומטרד לרבים⁶⁶ – ולצידן עוולות פרטיקולריות רבות. הפקודה קובעת כמה עקרונות כלליים – סיבתיות⁶⁷, אחריות שילוחית⁶⁸, הגנות בפני אחריות⁶⁹ – ויש בה הסדר מסוים בעניין תרופות⁷⁰ הפיצויים⁷¹ והציווי⁷².

עיקר המעמסה של דיני הנוזיקין הוטלה על שכמה של עוולת הרשלנות. נדמה לי, שהיא עמדה יפה בלחצים שהופעלו עליה⁷³. למעט בעניין אחריות תופס המקרקעין⁷⁴ – סוגיה שבה היו קשיים מהותיים במשפט האנגלי עצמו ואשר בה ירשנו טקסט מגביל⁷⁵ אשר חייב התערבות חקיקתית⁷⁶ – אצרה עוולת הרשלנות כוח להתמודד עם הבעיות שמציאות החיים יצרה. הוכרו חובות זהירות חדשות, כפי צורכי הזמן והמקום, כגון חובת הזהירות של רשויות השלטון לעניין השימוש

- 65 סעיף 44 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש). לניתוח העוולה ראה קרצמר, מיטרדים (בעריכת ג' טדסקי, תש"ם).
- 66 סעיף 42 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. לניתוח העוולה ראה קרצמר (הערה 65 לעיל).
- 67 סעיף 64 לפקודת הנוזיקין. לניתוח הסעיף ראה אנגלרד, ברק, חשין (הערה 62 לעיל), עמ' 178. ראה גם גלעד, "הסיבתיות במשפט הנוזיקין הישראלי – בחינה מחודשת", משפטים יד (תשמ"ד) 15; אנגלרד, "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנוזיקין", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (תשכ"ד) 55; קלינג, "לפרושו של סעיף 60 לפקודת הנוזיקין", הפרקליט כ (תשכ"ג) 241.
- 68 סעיף 13(א)(2) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. ראה גם ברק, אחריות שילוחית בדיני הנוזיקין (תשכ"ד).
- 69 מעשה של מה בכך (סעיף 4); הסתכנות מרצון (סעיף 5); מעשה לפי חיקוק (סעיף 6); עובר ציבור (סעיף 7); רשות שופטת (סעיף 8); קטין (סעיף 9).
- 70 ראה המקורות בהערה 51 לעיל.
- 71 סעיפים 76-83 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].
- 72 סעיפים 72-74 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].
- 73 ראה אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נוזיקין", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 67.
- 74 ראה ברק, "אחריות בנוזיקין של המחזיק במקרקעין", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (תשכ"ד) 104; ברק, "הסדר חקיקתי לאחריות התופס מקרקעין", משפטים ב (תשל"ל) 129.
- 75 סעיף 37 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. לפי ניסוחו בטרם תוקן.
- 76 סעיף 37 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. כפי שהוסף בחוק לתיקון פקודת הנוזיקין (מס' 4), תשל"ל-1970.

שיטת המשפט בישראל

בסמכותן השלטונית⁷⁷, חובת זהירות של רופאים לעניין "ההולדה בעוולה"⁷⁸ וחובת הזהירות של שובתים⁷⁹. הדוגמא המובהקת ביותר היא ללא ספק פסק דינו של השופט אגרנט בפרשת ויינשטיין נ' קדימה⁸⁰. שפיתת את דיני העצה הרשלנית זמן ניכר לפני ההתפתחות המקבילה באנגליה⁸¹.

לעומת זאת, העוולה בדבר הפר חובה חקוקה⁸² לא קיבלה את מקומה הראוי במבנה של דיני הנזיקין⁸³. בשל ניסוחה הלקוי, מזה, ובשל צמידות יתר לגישה האנגלית, מזה, צומצמה תחולתה⁸⁴, ורק בשנים האחרונות היא מתחילה לצאת לדרך המלך⁸⁵. העוולות האחרות מילאו תפקיד מוגבל ביותר במסגרת דיני הנזיקין. תביעות מועטות הוגשו על-פיהן, והדין בהן לא פותח בעיקרו⁸⁶. לעומת זאת, זכו

- 77 ראה ע"א 343/74 גרובני נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141; ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757; ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גוררון, פ"ד לט(1) 113; ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סיהן, פ"ד מב(3) 733. מאמר חשוב בתחום זה, שהיתה לו השפעה ניכרת על הפסיקה, הוא מאמרם של רובינשטיין ופרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנוזיקין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 61. ראה גם דותן, "האחריות הנזיקית של עובד הציבור המפעיל סמכויות של שיקול-דעת", משפטים טו (תשמ"ה) 245.
- 78 ראה ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85. הסוגיה כולה נותחה על-ידי פרופ' טרסקי. ראה טרסקי, מסות במשפט (תשל"ב) 269. למאמר זה היתה השפעה בארצות רבות, שבהן התעוררה בעיה דומה.
- 79 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשרוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169. לביקורת ההלכה ראה בן-ישראל, "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 149.
- 80 ראה המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317.
- 81 בפרשת *Hedley Byrne Co. Ltd. v. Heller* [1964] A.C. 465.
- 82 סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].
- 83 ראה בר-שירה (הערה 63 לעיל), עמ' 11.
- 84 ראה ע"א 247/55 סרג עדין בע"מ נ' ראש העיר תל-אביב-יפו, פ"ד יא 1110; ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ(4) 617.
- 85 ראה ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113; ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169; ע"א 558/84 כרמלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 757.
- 86 עוולה חשובה היא עוולת המטרד ליחיד, העשויה לשמש מכשיר להסדר בעיות זיהום הסביבה. ראה קרצמר (הערה 65 לעיל), עמ' 9. פסק דין חשוב לעניין זה הוא ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785.

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנזיקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי

לפיתוח ניכר דיני הפיצויים⁸⁷, וזאת על רקע הרשאה סטטוטורית מוגבלת ביותר⁸⁸. נדמה לי, שתרומתה של הרשות השופטת בעניין זה היא מיוחדת במינה⁸⁹. היעדרה של מסגרת סטטוטורית, מזה, והיעדרו של חבר מושבעים, מזה, אפשרו לבית המשפט לפתח מערכת מסועפת של דיני פיצויים שיש בה כדי להתמודד עם הבעיות העיקריות שהחיים יוצרים וליתן פתרונות שבאופן כללי מניחים את הדעת. עם קום המדינה בלטה נטייתם של השופטים לפנות למשפט האנגלי ולשאוב את דיניו לתוך המסגרות של הפקודה⁹⁰. מגמה זו הלכה ופחתה⁹¹, וכיום הפנייה למשפט האנגלי היא לצורכי השוואה בלבד, בלא כל העדפה לדין זה. התפתחות זו רצויה היא. דיני הנזיקין הם מכשיר ל-"social engineering"⁹². הם ביטוי למדיניות משפטית המאזנת בין צורכי הפרט והכלל, מזה, לבין צרכיהם של פרטים שונים, מזה⁹³. האיזון האמור צריך לשקף את צרכיה של חברתנו, ולא את צרכיה של אנגליה. נלמד מהמשפט ההשוואתי ונלמד מהמשפט האנגלי, אך נעצב לפי צרכינו שלנו את דינינו⁹⁴.

נראה לי איפוא, כי בעיקרו של דבר, דיני הנזיקין מילאו את הציפיות הסבירות שהיה ניתן לצפות מהם, וכי התפתחויות במסגרת יחסי הגומלין בין חקיקה לבין שפיטה, יצרו איזון יפה בין השתיים, כאשר הפסיקה אורגת את חידושיה ההלכתיים סביב המבנה הסטטוטורי, תוך שהיא מבטיחה ביטחון והתפתחות גם יחד. הערתו של פרופסור רוסקו פאונד, שלפיה *Law must be stable, but it can not stand still*⁹⁵, קיבלה ביטוי יפה בדיני הנזיקין. דומה שקיימת תחושה של יציבות, חרף העובדה

87 ראה קציר (הערה 51 לעיל).

88 סעיפים 71 ו-76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

89 ראה ברק (הערה 51 לעיל).

90 תרמו לכך השורשים ההיסטוריים של הפקודה והוראותיה בעניין פירושה, לאור המשפט האנגלי וההשפעה האנגלית הכללית על משפט ארצנו. ראה אנגלרד, ברק, חשין (הערה 62 לעיל) עמ' 112.

91 על הקשר בין משפטנו לבין המשפט האנגלי ראה D. Friedmann, *The Effect of Foreign Law on the Law of Israel* (1975).

92 ראה אנגלרד, ברק, חשין (הערה 62 לעיל), עמ' 26.

93 ראה ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

94 השווה ע"א 546/78 בנק קופת עם נ' הנדלס, פ"ד לד(3) 57.

95 ראה R. Pound, *Interpretation of Legal History* (1923).

שעניין לנו ביציבות שהושגה תוך כדי תנועה. תנועה זו היתה משולבת, בחלקה חקיקתית ובחלקה הלכתית. בתחום החקיקה ניתן להזכיר את:

(1) הטלת האחריות המוחלטת על נהג ובעל רכב בגין גרימת נזק גוף עקב השימוש ברכב מנועי, וזאת על-פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975⁹⁶.
(2) הטלת אחריות מוגברת על יצרנים, על-פי חוק אחריות למוצרים פגומים, תשמ"ם-1980⁹⁷.

(3) ביטול החסינות המיוחדת למחזיק במקרקעין⁹⁸, לבני זוג⁹⁹ ולמדינה¹⁰⁰.
(4) הסדר סטטוטורי מיוחד להטבת נזקי גוף בחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964¹⁰¹.

(5) יצירת עוללות חדשות, מחוץ לפקודת הנזיקין, כגון בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ועוד¹⁰².

בצידם של שינויים חקיקתיים אלה עמד הפיתוח ההלכתי, שעליו עמדתי. אכן, לא ניתן היה להנהיג בדרך ההלכה הפסוקה את ההסדרים החקיקתיים החדשים שהמחוקק הסדירם. הפסיקה בישראל לא יכלה לזנוח את רעיון הרשלנות ולעבור לאחריות מוחלטת בשימוש ברכב מנועי ולאחריות מוגברת ליצרנים. כן לא יכלה הפסיקה לכטל חסינות סטטוטורית שנקבעה בפקודה למדינה, לבני זוג או למחזיק

- 96 סעיף 2(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. לניתוח החוק ומגמותיו ראה י' אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשל"ט).
- 97 סעיף 2(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים, תשמ"ם-1980; ראה גם מור, "אחריות יצרנים בנזיקין למוצרים פגומים", עיוני משפט ה (תשל"ו) 303, 581; מור, "אחריות למוצרים פגומים, שיקולי מדיניות", עיוני משפט ו (תשל"ח) 78.
- 98 ראה הערה 76 לעיל.
- 99 ראה חוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט-1969.
- 100 ראה חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952.
- 101 ראה טדסקי, "הטבת נזקי-גוף ע"י הלא-אחראי לנזיקין", הפרקליט כא (תשכ"ד) 237; טדסקי, "ה'מיטיב' נזקי גוף שבאו בגלל 'רשלנות' הניזוק", הפרקליט כא (תשכ"ד) 371.
- 102 ראה, למשל, סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965; סעיף 38 לחוק הבזק, התשמ"ב-1982; סעיף 45 לחוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט-1959; סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; סעיף 13 לחוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961; סעיף 34 לחוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968; סעיף 108 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981; סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנזיקין והקורדיפיקציה של המשפט האזרחי

במקרקעין. לעומת זאת, הפסיקה יכלה ליצור חובות זהירות חדשות, במסגרת עולת הנזיקין, והיא עשתה כן¹⁰³; הפסיקה יכלה לפרוץ את המסגרת הנוקשה של הפקודה ולהחיל את הוראותיה על עולות המצויות מחוצה לה – והיא עשתה כן¹⁰⁴; הפסיקה יכלה להגמיש את המבנה הסכימטי של העולות בפקודה, תוך מתן עומק והיקף לעולות המסגרת – והיא עשתה כן¹⁰⁵; בכל אלה נלקחו בחשבון, כצד שיקולים של מבנה גם שיקולים של מדיניות משפטית, כפי שמתבקש מבית המשפט העליון, המעצב אורחות חיים¹⁰⁶. עם זאת, שיקולי המדיניות לא הוטלו כתורה מסיני על הפקודה ועל השיטה. בכל מקרה טרח בית המשפט להצביע על הערכים והאינטרסים המעצבים את מדיניותו¹⁰⁷. האיזונים שנעשו במסגרת המדיניות המשפטית היו איזונים עקרוניים ולא אד-הוקיים.

מה ניתן לצפות, בתחום דיני הנזיקין, בעתיד? על הסטטוס-קוו אין אפשרות לשמור. המצב הקיים לא יהיה יכול להימשך זמן רב. נדרשים שינויים. חלקם של השינויים נובעים מניסוח לקוי של הפקודה עצמה: חלקם של הליקויים מקורם בחקיקה האזרחית החדשה ובחוסר הסינכרוניזציה שבינה לבין דיני הנזיקין, כגון לעניין היחס בין חוק המקרקעין, וההגנה שהוא נותן לבעלות ולחזקה, לבין פקודת הנזיקין, המגינה אף היא על אינטרסים אלה; חלקם של הליקויים מקורם בחוסר האפשרות לשלב את הפקודה, בצורתה הקיימת, למערך הקורדיפיקציה החדשה, והצורך לבנותה מחדש, כדי שתתאים לחוק דיני הממונות החדש. עם זאת, איני צופה מהפכה בזמן הקרוב. אכן, לדעתי, יש להבחין בין טווח הקצר – נאמר עשר או עשרים השנים הבאות – לבין הטווח הארוך. בטווח הארוך יש מקום לבחינה מחודשת של מעמד דיני הנזיקין הקלאסיים. האם יש מקום לעולות הרשלנות והאם יש מקום לתורת פיצויים, המבוססת על אינדיבידואליזציה של הנזק ושל הפיצוי. ייתכן שבטווח הארוך יש מקום לבטל את דיני הנזיקין הקלאסיים ולהעמיד תחתם הסדר רומה לזה של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תוך בחינת השאלה אם הפיצוי יבוא מביטוח פרטי – כפי שהדבר כיום – או מקרן ממלכתית.

103 ראה הערות 77-79 לעיל.

104 ראה ע"א 804/80 סידר טאנקר קורפוריישן נ' חברת קו צינור אילת אשקלון, פ"ד לט(1) 393.

105 ראה ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

106 על תפקידו של בית משפט עליון בחברה דמוקרטית ראה ברק (הערה 4 לעיל), עמ' 310.

107 והוא אף זכה לביקורת בשל כך: ראה אנגלרד (הערה 73 לעיל).

שיטת המשפט בישראל

שיטה דומה נקטו בניו-זילנד, שם קיים פיצוי על מרבית התאונות, תוך שהפיצוי בא ממוסד ממלכתי¹⁰⁸, וייתכן שיש מקום להנהיגה, בטווח הארוך, גם בישראל. שאלות אלה מחייבות דיון מיוחד וטיפול מיוחד. הבעיה נראית בעיני בעיקר כבעיה כספית. מי ישא בנטל ביטוח תאונות כמעט כללי? ייתכן שהיה רצוי לפתח חשיבה בעניין זה, אך איני סבור כי עניין לנו בפתרונות שניתן לאמצם בטווח הקצר.

בטווח הקצר עלינו להניח המשך המצב הקיים על-פיו, בתאונות מיוחדות – כגון תאונות דרכים, עבודה וייצור – יחולו דינים מיוחדים, הסוטים מעקרון הרשלנות (לעניין האחריות) ומעקרון הפיצוי האינדיבידואלי (לעניין הפיצויים). בדינים אלה עצמם יש מקום להכניס שינויים, לאור הלקחים שנלמדו במשך שנות הפעלתם. כך, למשל, הגיע הזמן לעיין מחדש, לאור הניסיון, בתפקודם של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים¹⁰⁹ וחוק האחריות למוצרים פגומים. לעומת זאת, בתאונות אחרות יתול עקרון האשמה ויחולו דיני הפיצויים הרגילים. במסגרת הנחות יסוד אלה יש מקום ל"רפורמת ביניים" בתחום דיני הנזיקין.

על הצורך להכין חוק נזיקין חדש עמדתי בהיותי יועץ משפטי לממשלה. על-פי הצעתי, מינה שר המשפטים, מר ח' צדוק, ועדה ציבורית – בהרכב השופט יצחק כהן (יו"ר), פרופ' ג' טרסקי, פרופ' א' ידן וד"ר ד' קרצמר – אשר תפקידה היה לברר אם ובאיזו מידה מסוגלת פקודת הנזיקין להשתלב בקודיפיקציה הישראלית. הוועדה הציעה תיקונים יסודיים. על בסיס הצעה זו¹¹⁰, ותוך סטיות ניכרות ממנה, הציע פרופ' ידן הצעה לחוק נזיקין חדש. הצעה זו לא קודמה בתהליך החקיקה. שר המשפטים, מר מ' נסים, ביקש מפרופ' אנגלרד וממני להכין הצעה חדשה, אשר תתבסס על עקרונות היסוד של הדין הקיים, תוך פישוט ההוראות, שילוב ראוי בקודיפיקציה, ביטול הסדרים שאבד עליהם הכלח וקביעת הסדרים ראויים חדשים. עיקריה של רפורמה זו – המצויה עדיין בשלבי ההכנה – הם אלה:

(א) יש מקום להעמיד את דיני הנזיקין על שתי עולות כלליות – רשלנות והפר

108 Accident Compensation Act, 1972. החוק מעניק פיצוי, באמצעות מוסד סטטוטורי, לכל תאונה הגורמת נזק גוף (למעט התקף לב, שאינו קשור במאמץ, ונזק הנגרם בשל מחלה גרידא או תהליך הזקנה).

109 ראה מלך, "עשור לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים". ספר יצחק כהן (תשמ"ט) 348. שר המשפטים מינה ועדה ציבורית, בראשותו של השופט ברנזון, לבחון את העניין.

110 להצעה ולרעיונות העומדים ביסודה, וכן לצורך ברפורמה מקיפה בדיני הנזיקין, ראה טרסקי, מסות במשפט (תשל"ח) 315.

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנוזיקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי

חובה חקוקה. שאר העוולות לא יבואו אלא כרשימה פרטנית במסגרת עוולות הרשלנות, ומבלי לפגוע בכלליותה. את מספרן של העוולות הספציפיות ניתן להקטין. כך, למשל, ניתן לבטל הסגות גבול במיטלטלין ומקרקעין תוך קביעה, כי פתרון ימצא בדין הרשלנות, שיחול הן על התנהגות ללא כוונה להזיק והן על התנהגות מתוך כוונה להזיק.

(ב) יש לשנות את הגדרת המעביד ולהתאימה למקובל בדיני העבודה; יש להחיל את הפקודה על כל העוולות שמחוצה לה, תוך הכנסתן של עוולות אלה למסגרת הפקודה; יש מקום לשקול הוראה מיוחדת בעניין אחריות תאגיד לפעולות אורגן, בעניין אחריות שילוחית של הורים לעוולות ילדים ובעניין ביטול האיסור על המחאה בנוזיקין. יש לבטל איסור אחריות שילוחית בעוולות מסוימות. יש לבטל את ההגנה של תקנת השוק, לאור ההסדר של חוק המכר.

(ג) יש לשלב בתוך דין הנוזיקין את חוק הנוזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) וחוק לתיקון דיני הנוזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף).

בשיטה זו נמצא איזון בין הגישה הקונטיננטלית לדיני הנוזיקין, המתאפיינת במספר קטן של סעיפים הקובעים עקרונות כלליים בלבד, לבין המצב הקיים, שהוא מפורט ביותר. מחד גיסא, ניתן יהיה לתקן פגמים שנפלו בעבר בחקיקה ובפסיקה, ומאידך גיסא תישמר מסגרת ידועה ומקובלת שיש בה עקרונות יסוד של רשלנות והפר חובה חקוקה בצד פירוט של עוולות והסדרי אחריות. בכך גם מושג – לדעתי – איזון ראוי בין התפקיד החקיקתי של המחוקק לבין התפקיד השיפוטי של השופט. אין כל טעם בחקיקת דין נוזיקין מפורט, המביא רשימה סגורה של עוולות. חקיקה מסוג זה מתיישנת עם חקיקתה. דווקא בתחום דיני הנוזיקין, שבהם החיים המודרניים מוצאים את ביטויים החריף והפאטאלוגי, נדרשת גמישות רבה. עם זאת, אין להשאיר הכול פתוח לפיתוח שיפוטי, ויש צורך לקיים ביטחון ויציבות ההסדר המוצע שיגשים מטרת אלה¹¹¹.

111 בצד הרפורמה בדיני העוולות, יש מקום לרפורמה בדין הפיצויים. במשך ארבעים שנות הפקודה הצטבר ניסיון שיפוטי רב באשר לתרופה זו. יש מקום לגבש את הדין הקיים בהוראות חקוקות, תוך שינוי באותם עניינים שבהם ההלכה הביאה לפתרונות שראוי לסטות מהם. השופט קציר נתבקש והכין הצעה מקיפה בעניין זה. ההצעה נדונה בוועדה ציבורית. עבודתה עומדת לפני סיום. יש לקוות כי הצעה זו – אשר יהא מקום להרחיבה ולכלול בה גם תרופות נוספות, מעבר לפיצויים – תשתלב בקודיפיקציה הכללית, באופן שהפרק על "תרופות" יוחל על כל הפרת חיוב, ולא דווקא על הפרת חיוב בנוזיקין.

חמישים שנות משפט בישראל

רבים נוספים. מכוחה של השפעה קונטיננטלית נקבע כי השופט הישראלי – שלא כאחיו השופט האנגלי – מוסמך להשלים חסר בחקיקה. איננו חלק ממשפחת המשפט המקובל; איננו חלק מהמשפחה האזרחית. מי אנו, אפוא? אכן, הננו דבר מיוחד במינו. הננו שיטה מעורבת (mixed jurisdiction). אנחנו שיטה בעלת סגנון משלה בגדרי התרבות המשפטית המערבית. יש בנו השפעות חשובות של המשפט העברי, שהוא מקור מורשתנו. ערכיו של המשפט העברי הם חלק מערכינו. תרבותו המשפטית היא חלק מתרבותנו. הננו לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית. זהו ייחודנו, וזו תרומתנו לתרבות המשפטית.

ד. תרומתו של המשפט הישראלי למשפט העמים

הננו עם קטן ושיטת משפט חדשה. עם זאת, הננו עם עתיק עם שורשים עמוקים של חשיבה משפטית. כמשך חמישים שנות מדינה תרמנו תרומה חשובה לתרבות המשפטית והשיפוטית. אציין מספר עניינים:

ראשית, בתחום החקיקה, יצרנו מספר חוקים שהם אות ומופת בתחומם: כך היא חקיקת העבודה שלנו, הנותנת הגנה ראויה לעובד בישראל; כך הוא החלק הכללי של המשפט הפלילי שלנו, המגיש בסיס דוגמאטי איתן למשפט הפלילי שלנו; כך הם דיני המעצר שלנו, המאזנים כראוי בין אינטרס הנאשם ואינטרס החברה; כך היא הקודיפיקציה שלנו – שתוך זמן קצר תעבור רכיזה חדשה ותאוחד במסמך אחד ("דיני ממונות") – הנותנת מענה מודרני וראוי למשפט האזרחי שלנו;

שנית, ההלכה הפסוקה הישראלית – פרי רותה של השפיטה הישראלית כולה, ובראשה בית המשפט העליון – תרמה תרומה חשובה לפיתוח מוסדות וענפי משפט שונים, שיש בהם קידום החשיבה בגדרי התרבות המשפטית המערבית. די אם אזכיר את פיתוח עיקרון תום הלב במשפט הפרטי בכלל וכדיני החוזים בפרט; את פיתוח עולות הרשלנות כמכשיר עיקרי של המשפט הפרטי למתן סעד לפגיעה בזכות; את דיני התרופות הנותנים פתרון לסוגים החדשים של נזקים המתרחשים בעולמנו המודרני; את פיתוח רעיון הסבירות והמידתיות בגדרי המשפט המינהלי, עליו מתבססת עיקר הביקורת השיפוטית על חוקיות המינהל.

שלישית, כשיטת משפט מעורבת פיתחנו טכניקות ורעיונות לשילוב בין המשפט המקומי למשפט המשווה. אין כמונו לעשות שימוש מושכל ומתוחכם במשפט

ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנזיקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי

יותר. רוב רובן של ה"תאונות" מטופלות מחוץ לדיני הנזיקין. חלקן הגדול מוסדר באמצעות דיני הביטוח הלאומי, חקיקת הנכים המורכבת¹¹⁶ וחקיקת "נזיקין" מחוץ לפקודת הנזיקין, כגון חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. רבות מה"תאונות" אינן מטופלות כלל או מטופלות באופן שולי, כגון נכות מלידה, נכות בשל תאונה שאין בגינה גורם אחראי או שהגורם האחראי לא נמצא.

כפי שציינתי, איני מציע בשלכ זה שינוי בבסיס האחריות, אם כי יהיה בוודאי מקום, משיקולים מיוחדים, להרחיב את האחריות המוחלטת בנוזיקין כסוגיות שונות, ואף ייתכן שבטווח הארוך נגיע לשינוי יסודי בגישה כולה. דאגתי עתה היא לטווח הקצר, ולטווח הביניים, נאמר לעשרים השנים הבאות. בטווח זה יתקיימו זה לצד זה הסדרים מיוחדים וההסדר הכללי של דיני הנזיקין. בטווח זה יש להם לדיני הנזיקין חיות רבה. אין לומר כלל כי הם שבקו חיים לכל חי¹¹⁷. לדיני הנזיקין יש תפקיד חברתי חשוב¹¹⁸. הם השיקול במקבילית של כוחות, אשר חופש הפעולה, מזה, ושלמות הגוף והרכוש, מזה, הם הפרמטרים שלו. עניין לנו איפוא בשיקולים בעלי ממד קונסטרוציוני. השיקול נקבע על-פי עקרונות של מדיניות משפטית¹¹⁹. יש להתחשב באינטרס של השלמות הפיזית של הגוף והרכוש; יש להתחשב באינטרס של חופש התנועה; יש להתחשב באינטרס של קניין, חוזה ויחסי משפחה; יש להתחשב בכבוד האישי; יש להתחשב בחופש הביטוי, בחופש הפעילות הכלכלית וכיוצא בהם אינטרסים שאנו רגילים להתחשב בהם בתחום המשפט הקונסטרוציוני¹²⁰. אינטרסים אלה נוגדים לעתים זה את זה. דיני הנזיקין משקפים את האיזון הראוי שהחברה קובעת בהתנהגות זו. זהו ה"social engineering" שדיני הנזיקין מבצעים בחברה. זהו הצד האזרחי של המשפט

116 ראה פרוקציה ומילר, זכויות הנכים בישראל: בעיות יסוד (תשל"ד).

117 ראה 28 A. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed., 1988).

118 על תפקידם של דיני הנזיקין ראה אנגלרד, ברק, חשין (הערה 62 לעיל) עמ' 25. ראה גם Fleming, *The Law of Torts* (7th ed.); Prosser and Keeton, *The Law of Torts* (5th ed., 1984) 1; Williams, "The Aims of the Law of Tort", [1951] C. L. R. 137.

119 ראה ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

120 בתחום המשפט הציבורי בג"צ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 מהווה את הביטוי הקלאסי לאיזון זה. על הלכה זו – פרי עטו של השופט אגרנט – ראה ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129; להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון", משפטים ז (תשל"ז) 375.

שיטת המשפט בישראל

הקונסטרוקציוני והמנהלי. האיזון בין האינטרסים אינו מיוחד, כמובן, לדיני הנזיקין, אך דיני הנזיקין הם ביטוי מובהק שלו. מלאכת האיזון נעשית בראש ובראשונה על-ידי המחוקק. מקום שהמחוקק נזקק לנוסחה כללית, מלאכת האיזון צריכה להיעשות על-ידי בית המשפט, במסגרת שנקבעה על-ידי המחוקק. בעשותו כן, יתחשב בית המשפט באינטרסים השונים. הוא יעמיד לנגד עיניו מטרות שונות שיש להשיגן – פיצוי, הרתעה ופיזור נזק. כל אלה יש לקחת בחשבון. אין תיאוריה אחת המסבירה את הכול. יש מערכת מורכבת של שיקולים, שיש לקחתם בחשבון בכל מקרה ומקרה. הנה כי כן, בגיבושם של דיני הנזיקין משתפים פעולה המחוקק והשופט. למחוקק מוצע לחוקק פקודת נזיקין חדשה ומודרנית, אשר תפתח פתח לפוטנציאל חדש של אפשרויות. לשופט מוצע לנצל פוטנציאל זה בצורה מאוזנת. לא כל נזק צריך לזכות לפיצוי. תפישת חוק הנזיקין לטווח הקצר אינה מבוססת על ביטוח תאונות כללי. יחד עם זאת, אשמה מטילה אחריות. מסגרות האשמה ייקבעו על-ידי המחוקק, והתוכן יוצק לתוכה על-ידי השופט. "גאוניותו של המשפט" – אמר שופט אנגלי¹²¹ – "מונחת בפיתוח כללים חדשים מעקרונות ישנים". דיני הנזיקין הם דוגמא קלאסית לכך¹²².

121 דברי השופט סימונד (Viscount Simonds) בפרשת *Scruttons v. Midland Silicones* [1962] 1 All E.R. 1, 7.

122 ראה ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית" – הזיקה אל עקרונות היסוד, ספר זוסמן (תש"ם) 71.