

על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט*

מאת

יצחק עמית**

סדר גלוי הוא שהמשפט מושפע מדיסציפלינות אחרות. כלכלה, פסיכולוגיה, פילוסופיה ולשון, ולצדן דיסציפלינות רבות אחרות, מחלחלות אל המאטריה המשפטית ומעשירות אותה, וככל שנוקפים הימים הולך המשפט והופך יותר ויותר "בין-תחומי".
בד בבד עם תופעה זו אנו עדים לתהליך של טשטוש הגבולות בין תחומי המשפט פנימה ולפריצת המסגרות והמשבצות המקובלות של תחומי המשפט השונים. למשל, דיני הנזיקין מתערבבים עם המשפט המנהלי והחוקתי, ודיני עשיית עושר מתערבבים עם דיני החוזים, הקניין והנזיקין. נוסף על כך אנו מזהים עוד מגמות של טשטוש גבולות כמו שימוש בדוקטרינות כלליות (כגון נורמות חוקתיות) חלף שימוש בדוקטרינות מקומיות (כגון דיני החוזים או הנזיקין); טשטוש בין דעת רוב לדעת מיעוט; בין רציו לבין אוביטר; בין הדין המהותי לדין הראייתי.

מטרתה של רשימה זו להצביע על טשטוש התחומים בין המשפט לבין תחומים חיצוניים לו ועל תופעת טשטוש הגבולות בין תחומי המשפט פנימה. במאמר אעלה את הסברה שמא תופעה זו משתלבת עם רוחות הספקנות, העמימות והיחסיות שחדרו גם למשפט, כפי שבא לידי ביטוי בין היתר בספקנות בדבר יכולתו של בית המשפט להכריע ולקבוע מהי האמת העובדתית ובמגמה המסתמנת בענפים רבים של המשפט להימנע מתוצאה בינרית.

לבסוף, ומתוך הכרה בחשיבות קיומה של הפריה הדדית בין תחומי המשפט השונים לבין עצמם ובין המשפט לבין דיסציפלינות אחרות, אראה טשטוש הגבולות במשפט גורע מעקרון הודאות המשפטית – עיקרון בעל ערך בפני עצמו אשר להשקפתי יש לשאוף לצמצום הפגיעה בו.

א. מבוא; ב. משפט בין-תחומי; ג. טשטוש גבולות בתוך המשפט; 1. בין דיני נזיקין לבין המשפט המנהלי; 2. בין דיני הנזיקין למשפט החוקתי; 3. בין דיני החוזים לדיני התאגידים ובין דיני החוזים לדיני הנזיקין; 4. בין דיני עשיית עושר לבין ענפי משפט אחרים; א. בין דיני עשיית עושר לבין דיני החוזים; ב. בין דיני עשיית עושר לבין דיני הקניין והנזיקין; 5. בין דיני החוזים לבין המשפט החוקתי; 6. שימוש בדוקטרינות כלליות במקום דוקטרינות מקומיות; 7. טשטוש בין רציו לבין אוביטר ובין דעת מיעוט

* הרצאה שנישאה בפתחת שנת המשפט באוניברסיטת חיפה ביום 7.10.2010.
** שופט בית המשפט העליון.

לדעת רוב; 8. בין הדין הראייתי לבין הדין המהותי ובין קבילות לבין משקל; ד. טשטוש גבולות כחלק מתופעה כללית; ה. אי־ודאות

א. מבוא

כשעיינתי בתכנית הכינוס נוכחתי לדעת כי היא מקיפה נושאים רבים ומגוונים בתחומי המשפט, מה שהעלה בי את הרעיון לבחור נושא שיש בו קצת מכל הנושאים, מעין סקירה פנורמית של הדברים. הנושא המרכזי שבו בחרתי לדון הוא טשטוש תחומים וטשטוש גבולות במשפט.

אתחיל בתיאור קצר של תופעת טשטוש התחומים בין המשפט לבין דיסציפלינות אחרות, ואת עיקר הדברים בהמשך אקדיש לדיון על אודות טשטוש הגבולות בין תחומי המשפט פנימה: בין דיני הנזיקין לבין המשפט הציבורי – החוקתי והמנהלי; בין דיני החוזים לבין דיני התאגידים והנזיקין; בין דיני עשיית עושר לבין תחומי משפט אחרים; בין דיני החוזים לבין המשפט החוקתי.

משם אמשך לטשטוש הגבולות בין דוקטרינות כלליות לבין דוקטרינות מקומיות; בין רציו לאוביטר ובין דעת רוב לדעת מיעוט; בין הדין המהותי לדין הראייתי, ובתוך הדין הראייתי עצמו – בין קבילות לבין משקל.

לפני סיום אנסה להראות כי התופעה של טשטוש תחומים וגבולות מתיישבת עם תופעה כללית יותר של ספקנות ונטייה להימנע מתוצאה בינרית, ברוח הגישה הרלטיביסטית. לבסוף אצביע על תוצאות אפשריות של התופעה האמורה, אשר לצד יתרונותיה וחיבותה יש בה כדי לכרסם בעקרון הודאות המשפטית – עיקרון בעל ערך בפני עצמו.

ב. משפט בין־תחומי

סוד גלוי וידוע הוא שהמשפט מושפע גם מדיסציפלינות אחרות. אנו מדברים על משפט אינטרדיסציפלינרי, על משפט בין־תחומי, והתחומים הם רבים ומגוונים. לדוגמה: משפט וכלכלה – קראתי באחד המאמרים כי אנשי האקדמיה בישראל מובילים בעולם בניתוח כלכלי של המשפט!¹ הדברים חדרו לפסיקת בתי המשפט, ואנו מוצאים שימוש הולך וגובר במינוחים כלכליים, בעיקר בתחום הנזיקין (תוחלת הנזק לעומת הוצאות מניעה), אך גם בתחומי משפט אחרים כמו המשפט החוקתי. לדוגמה הטיעון כי ניתוח המדיניות היעילה מבחינת כלכלית, זו שאמורה להביא לרווחה מצרפית, מביא

1 אורן גול-איל, "הערות על העבר והעתיד של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל", מחקרי משפט כג (תשס"ח) 661.

למסקנה כי יש לחייב גם את המגזר הפרטי להימנע מהפליה, כאשר השגת התוצאה היעילה מחייבת איסור להפלות גם במגזר הפרטי.²

משפט ופסיכולוגיה³ – כל מי שעוסק בתחום הפלילי בעברות מין מכיר את השימוש הרב שבתי המשפט עושים בספרות מתחום הטיפול הנפשי והפסיכולוגיה כדי להסביר תופעות שונות הקשורות לקרבן עברות מין, ובהן מצבו הנפשי, הפרעות אכילה ועוד; הסיבות לכך שהקרבן כובש את עדותו חודשים ושנים; הסיבות לכך שעדותו של הקרבן איננה קוהרנטית. מונחים כמו דיסוציאציה ופוסט-טראומה משמשים את בתי המשפט כעניין שבשגרה, ועל שולחנו של בית המשפט העליון עומד כעת הנושא של זיכרונות מודחקים של נפגעת עברות מין במשפחה, נושא המעלה סוגיות בתחום הפסיכולוגיה והזיכרון.⁴

משפט, מוסר ופילוסופיה – משפט ומוסר לא חד הם, אך הכול יודעים כי המשפט שואף להיות מוסרי. המשפט אימץ לחיקו הנמקות מוסריות ומונחים מתחום הפילוסופיה כמו "צדק חלוקתי" ו"צדק מתקן", שנעשו שגורים מאוד בפינו בשנים האחרונות. מונחים אלה הכריעו את הכף בבג"ץ הקשת המזרחית,⁵ נעשה בהם שימוש תדיר בעתירות שעניינן שוויון והפליה, והם משמשים תדיר בדיני הקניין וההפקעה.⁶ בתחום הניזקין הצדק המתקן שימש הנמקה עיקרית של חלק מהשופטים בדיון הנוסף בפרשת **עדן מלול**⁷ תוך הבאת ציטוטים מכתבי אריסטו.

משפט ולשון – אי אפשר להימנע מאזכור הלכת אפרופים,⁸ וזאת כדי להזכיר את מהלך הפרשנות של הנשיא ברק, שבכינוס האחרון של לשכת עורכי הדין באילת הסביר מדוע אין דבר כזה טקסט ברור, בהסתמכו על תורת ההרמנויטיקה, ולפיו כאשר אנו קוראים טקסט אנו עוברים מניה וביה תהליך של פרשנות. גם בספרו על פרשנות חוזים עומד ברק על "המעגל ההרמנויטי", על התפיסה הראשונית שלנו את תוכנו של החוזה, שהיא תפיסה ראשונית בלבד.⁹

- 2 ברק מדינה, "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית", **עלי משפט ג** (תשס"ג) 37.
- 3 ראו לדוגמה: אבישי אנטונובסקי, "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)", **שערי משפט ה** (תש"ע) 11; יובל פלדמן, "היבטים פסיכולוגיים של סודות מסחריים: מוחשיות, יצירה, מוסר ויעילות", **משפט ועסקים ג** (תשס"ה) 189.
- 4 ביני לביני ניתן פסק הדין: ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).
- 5 בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25.
- 6 חנוך דגן, "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי", **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר – עורך, תשס"א) 97.
- 7 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו) (להלן – עניין עדן מלול).
- 8 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265.
- 9 אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ד: החוזה, תשס"א) בעמ' 441, 445.

מונחים השאובים מהסתברות ומתמטיקה חודרים לדיני הראיות,¹⁰ אנו מדברים יותר ויותר על משפט וספרות;¹¹ משפט וקולנוע;¹² משפט, מגדר ופמיניזם;¹³ משפט, תרבות ואתיקה;¹⁴ משפט ואהבה;¹⁵ ואפילו משפט ויוגה.¹⁶ האקדמיה מובילה בכך, אך הדברים מתחילים לחלחל גם לפסיקה.

קיצורו של דבר, הולכת וגוברת ההכרה כי המשפט לא לבדד ישכון, המשפט נפתח להשפעות של תחומים אחרים. אפשר לדבר על המשפט כרב-תחומי או ליתר דיוק בין-תחומי, וכבר לפני שנים רבות היו שאמרו שהמשפט אינו דיסציפלינה עצמאית כלל אלא בועת סבון, פרדס ללא עץ אחד משל עצמו, יער ריק הנשקף לכל הכיוונים שממנו אפשר להשקיף לכל התחומים האחרים, "מקום שכל הדרכים מובילות אליו והוא מוביל אל כל המחוזות", בבחינת פריזמה שדרכה משתקפות דיסציפלינות אחרות.¹⁷

ג. טשטוש גבולות בתוך המשפט

המשפט נתון אפוא להשפעה של דיסציפלינות שונות. גבולותיו מיטשטשים כלפי חוץ, וזהו טשטוש התחומים שהזכרנו לעיל. אך אני מבקש להתמקד בטשטוש הגבולות בתוך המשפט. בשורות הבאות אציע את התזה שלפיה אנו עדים לפריצת המסגרות והמשבצות המקובלות של תחומי המשפט השונים. גבולות דיני החיובים מיטשטשים, והוא הדין בקו הגבול בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי: למשל, דיני החוזים

- 10 רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק א – ביקורות מסורתיות", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 205; רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק ב – הלוגיקה ההכרתית", עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 141.
- 11 שולמית אלמוג, "ספרות לצד משפט – הודאה, תודעה, אמת", מחקרי משפט יז (תשס"ב) 297; שולמית אלמוג, "טראומה, נרטיב ומשפט", ספר דורנר (תשס"ט) 143.
- 12 שולמית אלמוג, "משפט בסרטי צבא ישראליים – כרונולוגיה של העדר", משפט ועסקים י (תשס"ט) 233.
- 13 קתרין מקינון, פמיניזם משפטי בתיאוריה ובפרקטיקה (עידית שורר מתרגמת, 2005); אורית קמיר, כבוד אדם וחווה – פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי (תשס"ז); אורית קמיר, פמיניזם, זכויות ומשפט (תשס"ב); דלית שמחאי, "בין הפרטי לציבורי, בין העיוני למעשי, בין המשפטי לפוליטי: פמיניזם משפטי בישראל – בעקבות אסופת המאמרים: עיונים במשפט מגדר ופמיניזם (2007)", משפט וממשל יב (תש"ע) 445.
- 14 ניגוד עניינים במרחב הציבורי – משפט, תרבות, אתיקה, פוליטיקה (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר – עורכים, תשס"ט).
- 15 משפטים על אהבה (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה – עורכות, תשס"ה).
- 16 מיכל טמיר, "המשפט לאור הפילוסופיה של היוגה: תובנות ראשוניות על מפגש בינתחומי", עלי משפט ח (תש"ע) 279.
- 17 אוריאל פרוקצ'יה, "בועות-משפט – הרצאה לפתיחת שנת הלימודים", משפטים כ (תש"ן-תשנ"א) 9.

מתערבבים עם דיני עשיית עושר, דיני החוזים מתערבבים עם דיני הנזיקין, ודיני הנזיקין מתערבבים עם המשפט המנהלי ואפילו עם המשפט החוקתי. אציג להלן כמה דוגמאות שיש בהן כדי להדגים לדעתי את התופעה של טשטוש הגבולות בין תחומי המשפט השונים, ואפתח בדיני הנזיקין.

1. בין דיני הנזיקין לבין המשפט המנהלי

גלוי וידוע כי הפסיקה הלכה והרחיבה את אחריותן של רשויות ציבור בנוזיקין, ואילולא קוצר היריעה הייתי מרחיב בנושא. הרחבת אחריות רשויות ציבור בנוזיקין נעשית בעיקר באמצעות עוולת הרשלנות, ובתי המשפט קובעים את רף ההתנהגות הסבירה על פי האדם הסביר. משך שנים היה ברור כי יש להבחין בין הסבירות במשמעות הנזיקית שלה לבין עילת הסבירות במשפט המנהלי. כדי להטיל אחריות בנוזיקין די לנו בסטייה מסטנדרט ההתנהגות הסבירה, ולעומת זאת כדי להתערב בפעולה של רשות שלטונית בעילה של סבירות עלינו להראות אי־סבירות קיצונית.

משך שנים נשמרה בקפידה ההבחנה בין דיני הנזיקין לדין המנהלי, אך בכמה פסקי דין הלכה וניטשטשה הבחנה זו. פסק דין מרכזי במגמה זו הוא פסק הדין בעניין **אבנעל**¹⁸.

אקדים ואפנה תשומת לבכם כי פסק הדין מושתת על עוולת הרשלנות, והנשיא ברק מכריז שהוא לא דן בנושא של עוולה מנהלית, אף על פי שלמעשה תוצאת פסק הדין יוצרת מעין עוולה מנהלית. באותו מקרה נדונה השאלה אם המערערת זכאית לפיצויים בגין התנהלות פגומה של הרשות המנהלית. מדובר בחברה שעסקה ביבוא נעליים מהמזרח הרחוק. היבוא נעשה על פי רישיונות יבוא לפי מכסות יבוא שהוקצו על ידי המדינה. בעקבות כתבה בעיתון כי המערערים הונו את רשויות המכס, טענה המערערת כי הופלתה לעומת יבואנים אחרים, החל מפיקוח־יתר עליה דרך פשיטות על משרדיה וכלה בעיכובים ובהפליה בקבלת מכסת היבוא.

העניין העיקרי שנדון בפסק הדין היה הסירוב ליתן לאבנעל רישיון יבוא. בית המשפט הגיע למסקנה כי היה מוצדק שלא ליתן לאבנעל רישיון נוכח החשדות כלפיה לגבי ניפוח מחיר הנעליים ונוכח הכוונה להגיש נגדה כתבי אישום. נקבע כי הסירוב ליתן רישיון יבוא נעשה ללא מתן זכות טיעון ותוך מתן הנמקה מוטעית למערערת. הדבר נעשה במודע כדי למנוע מהמערערת להיערך לתוצאת החקירות שנוהלו נגדה ונגד מנהליה. אף על פי שנקבע כי עצם הסירוב ליתן רישיון יבוא למערערת היה מוצדק, וכי אין מתקיים קשר סיבתי בין אי־מתן זכות טיעון וההנמקה המוטעית לבין הנזק הרכושי של המערערים, פסק הנשיא ברק פיצויים לטובתם בגין נזק לא רכושי. וכך נאמר בפסק הדין:

18 ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193.

דינה של הרשלנות הפקידותית או הכירוקרטית... צריכה להיבחן על-פי אותן אמות מידה כמו הרשלנות הרפואית, או ההנדסית או האחרת [...] מתן הנמקה שגויה ושליילת זכות הטיעון מן האזרח אינה עולה בקנה אחד עם סטנדרט ההתנהגות הראוי של הרשות [...] התנהלות סבירה של המשיבים כרשות מינהלית חייבה בנסיבות המקרה מתן זכות טיעון למערערים העלולים להיפגע מהחלטתם. נמצא כי במתן ההנמקה השגויה ובשליילת זכות הטיעון פעלו המשיבים כפי שרשות סבירה לא היתה פועלת באותן נסיבות. התנהלותם היא בבחינת התרשלנות. אכן, פעולה בלתי סבירה במישור המינהלי עשויה להוות פעולה רשלנית במשפט הפרטי. לעיתים אלה שני צדדיו של אותו מטבע. כך הוא המצב במקרה שלפנינו. מתן נימוקים לא נכונים ואי-מתן זכות טיעון בנסיבות העניין אינם תואמים את כללי המשפט המינהלי. בד בבד הם מהווים – ביחסים בין עובד הציבור לבין האזרח הבא עמו במגע – פעולה רשלנית במסגרת דיני הנזיקין. בגין הפרת הדין המינהלי יחולו התרופות המינהליות. בגין הפרת חובת הזהירות בנזיקין יחולו התרופות האזרחיות... (ההדרגשות שלי – י"ע).¹⁹

קשה להפריז בחשיבותו של פסק הדין. הנה כי כן, אף על פי שהסירוב לתת רישיון יבוא היה מוצדק לגופו של עניין, ולמרות היעדר קשר סיבתי בין הפרת זכות הטיעון לבין הנזק, הפיצוי ניתן בשל עצם ההנמקה המוטעית ובגין הפרת זכות הטיעון. המשמעות לטעמי היא אדירה. בכך מצמצם הנשיא ברק באחת את הפער בין המשפט המנהלי למשפט הנזיקי. אם בעבר שנינו ולמדנו כי אי-סבירות מנהלית אינה בהכרח אי-סבירות נזיקית, עולה לכאורה מפרשת אבנעל כי פעולה בניגוד לדין המנהלי עשויה לחייב בפיצוי בנזיקין, וכלשונו של הנשיא ברק: "פעולה בלתי סבירה במישור המנהלי עשויה להוות פעולה רשלנית במשפט הפרטי". מעניין להעמיד דברים אלו מול דברים שאמר הנשיא ברק בפסק הדין בעניין עיריית חדרה:²⁰ "ניתן לחשוב על מצבים, בהם אין זהות בין חוסר סבירות מינהלית לבין רשלנות אזרחית". לא אכחד כי לטעמי פסק הדין בעניין אבנעל הוא בעייתי. ראשית, גם אם במישור העקרוני אנו נכונים לזהות אי-סבירות מנהלית עם אי-סבירות נזיקית, הרי שבמשפט המנהלי אנו מבחינים בין עילה של אי-סבירות לבין אי-מתן זכות טיעון או היעדר הנמקה. מדוע אפוא אי-מתן זכות שימוע ומתן הנמקה לא נכונה נחשבים לאי-סבירות נזיקית?

19 שם, בפסקה 17 לפסק הדין.

20 ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, בעמ' 770.

ועיקרו של דבר: משמעות פסק הדין היא שדי בכך שהאקט פגום מבחינת המשפט המנהלי כדי שתיווצר עילה של רשלנות, או כפי שהציעו מלומדי משפט באקדמיה עוד לפני **אבנעל**, אפילו עוולה של הפרת חובה חקוקה. האם כל אימת שבית המשפט לעניינים מנהליים או בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ יקבל עתירה בגין חוסר סבירות או פגיעה בעיקרי צדק טבעי, ייפתח הפתח להגשת תביעה נזיקית? נניח לדוגמה שפלוגי עתר לבית המשפט לעניינים מנהליים על שלא קיבל רישיון כלשהו, ובעקבות העתירה ניתן פסק דין הקובע כי סירובה של הרשות להעניק לפלוגי רישיון הוא בלתי סביר, או שלא ניתנה זכות שימוע לפלוגי, ולכן יש לקבל את העתירה. האם יוכל פלוגי להצטייד בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים ולהגיש כעת תביעה בנזיקין נגד הרשות? מכאן המשמעות מרחיקת הלכת של פסק דין **אבנעל**.

פסק דין אחר המתייחס למשפט המנהלי ולדיני הנזיקין בצוותא חדא הוא עניין **שתיל**.²¹ באותו מקרה נדונה תביעה של מגדל פרחים שהיבול שלו לא צלח מאחר שהמים שסופקו לו היו בעלי מליחות גבוהה. נטען כי המדינה הייתה צריכה לפקח על פעילותה של מקורות. בית המשפט הטיל אחריות על המדינה תוך צמצום רבתי של ההבחנה בין פעולה סבירה במסגרת דיני הרשלנות לבין סבירות מנהלית. השופט לוי מסתמך על דברי הנשיא ברק ב**אבנעל** ואומר את הדברים האלה:²²

אך מהו סטנדרט ההתנהגות הראוי לרשות מנהלית, הצופה כי נזק עלול להיגרם? מה תחשב, לענין דיני הנזיקין, התנהגות בלתי־סבירה מצדה? שאלות אלו מתחדדות נוכח מהותה הדואלית של הסוגיה, הכורכת בתוכה, לצד השאלה הנזיקית, גם היבטים מתחום המשפט המנהלי. שני תחומי משפט אלה – המנהלי והנזיקי – משיקים זה לזה [...] התוצאה הנזיקית אינה בת חורגת לעקרון, המגביל את כוח המדינה לדל"ת אמותיה של ההסמכה שבדין. היא בשר מבשרו של עקרון זה, בבחינת רובד משלים לסעדיו של המשפט המנהלי... ואף אם מן הבחינה הדיונית, מקומם של שני סוגי הסעדים – המנהלי והנזיקי – בערכאות או בהליכים נפרדים, הרי בהיבט המהותי יש בזה גם בזה משום ביטוי לתפקידה הקוהרנטי והמלא של הביקורת השיפוטית על פעילותן של רשויות המנהל (ההדגשות שלי – י"ע).

ראיית המשפט המנהלי והמשפט הנזיקי כתחומים משיקים ומשלימים זה את זה מטשטשת עד מאוד את הגבולות בין שני התחומים. פסקי הדין בעניין **אבנעל** ו**שתיל** מקרבים עד מאוד את המשפט המנהלי למשפט הנזיקי תוך ראיית הסעד הנזיקי כמשלים

21 ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו) (להלן – עניין שתיל).
22 שם, בפסקאות 20-21 לפסק דינו של השופט לוי.

את הסעד המנהלי. מכאן סלולה הדרך, לכאורה, להגשת תביעת נזיקין כל אימת שהעותר המנהלי זוכה בריבו עם הרשות.

לדעתי יש למתוח קו גבול ברור בין דיני הנזיקין לבין המשפט המנהלי. את ה"אני מאמין" שלי בנושא פרסתי בשעתי בפסק דיני בעניין יעקובי, בבית המשפט המחוזי בחיפה: 23.

...קביעה לפיה הרשות פעלה שלא כדין, אין משמעה מיניה וביה, קביעה שהרשות פעלה גם ברשלנות. סמכות סטטוטורית שניתנה לרשות, אינה מקימה מאליה חובת זהירות ברשלנות (אם כי קיומה של הסמכות מהווה שיקול להטלת חובת זהירות) [...] לא כל אימת שרשות ציבורית פועלת שלא כדין, צומחת לפרט עילת תביעה בנזיקין. שאם נאמר כך, נמצאנו מטשטשים את ההבחנה בין המשפט המינהלי-ציבורי לדיני הנזיקין במשפט הפרטי, עד כדי זהות בין השניים [...] המונח 'שלא כדין' אינו מגלם בהכרח אשם, והוא מונח סל אליו אנו משליכים את כל המריעין בישין של המשפט המנהלי: אי סבירות, העדר מידתיות, הפרה של כללי הצדק הטבעי, הפליה, שרירות, חריגה מסמכות וכיו"ב. כאשר בית המשפט מתערב במעשה או במחדל המינהלי בשל אחת מעילות אלו, הוא מכריז בכך שהרשות המינהלית פעלה 'שלא כדין'. אך מונח זה אינו מושג נרדף ל'רשלנות'. 'רשלנות' לחוד ו'שלא כדין' לחוד...

בזהירות הראויה אומר כי ספק בעיניי אם ועד כמה הדברים שנאמרו בעניין אבנעל ושחיל כמצוטט לעיל אכן הצמיחו שורשים בפסיקת בית המשפט העליון.²⁴ מכל מקום, יש בדברים אלה כדי להעיד על טשטוש הגבולות בין הדין הנזיקי לבין הדין המנהלי ועל הנפקות הגדולה שעשויה להיות לכך.

2. בין דיני הנזיקין למשפט החוקתי

התפיסה שלפיה דיני הנזיקין והמשפט הציבורי יונקים זה מזה ומקרינים אהדדי באה לידי ביטוי גם בתופעת טשטוש הגבולות בין דיני הנזיקין לבין המשפט החוקתי, אם

23 ת"א (מחוזי חי') 653/02 ח. יעקבי בניה והשקעות נ' עיריית חדרה (פורסם בנבו), פסקה 30 לפסק הדין. פסק הדין אושר בבית המשפט העליון – ע"א 11662/05 יעקבי יוניברסל יזום והשקעות בע"מ נ' עיריית חדרה (פורסם בנבו).

24 ראו: ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ (פורסם בנבו): שם נדחתה תביעת נזיקין נגד הבורסה, שהוקתה בהחלטה של הבורסה שלא לאשר את נוסח התשקיף של המעוררת, החלטה שלגביה נקבע כי נעשתה ללא תשתית עובדתית. התביעה נדחתה ונקבע כי ראוי ש"מתחם הסבירות הנזיקי" של החלטה יהיה רחב יותר.

ביבוא מבחנים מהספּרה החוקתית למטריה הנזיקית ואם בעצם ההכרה במוסד העוולה החוקתית.

בפסק דין שתיל למשל השופט לוי מטמיע את הדין החוקתי אל תוך דיני הנזיקין בהחילו את שלושת מבחני המשנה של יסוד המידתיות שבפסקת ההגבלה על עוולת הרשלנות, ונביא מקצת הדברים:

להשקפתי, כמו במישור המנהלי, גם מנקודת המבט הנזיקית אין הולם מאימוצם לענין זה, בהשאלה, של הכלים החוקתיים בהם דובר לעיל. סבורני, כי בכוחם של כלים אלה לשמש אכסניה ראויה אף לדוקטרינות מתחום דיני הנזיקין [...] במישור של דיני הנזיקין, מגלם כל אחד משלושה מבחנים מצטברים אלה – מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן היחסיות – את אחד מפניו של היחס בין הנזק לעלות מניעתו.

מבחן הקשר הרציונלי [...] בתרגום לשפת הנזיקין [...] אם ממילא לא היה בכוחו של האמצעי שננקט – ואגב כך גרם נזק – להשיג תכלית זו, מה צידוק יש בנקיטתו, ואגב כך בגרימתו של נזק? המבחן השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בודק כלום יכלה הרשות להשיג את התכלית באמצעי חלופי, שנזקו קטן מן הנזק שנגרם [...] אמור אפוא, כי מקום בו יכלה הרשות לנקוט, בעלות דומה, אמצעי שיש בו כדי להשיג את התכלית המקווה אך נזקו פחות, הרי אם לא עשתה כן, אין לראות את פעולתה כסבירה מבחינה נזיקית. תנאי שלישי ואחרון להכשרתה של פעולה שלטונית, לאמור – לאי חיובה של הרשות בנזק שנגרם בעטייה, ניתן לעגן במבחן היחסיות. מבחן זה דורש קיומו של יחס סביר בין התועלת שבפעולה לבין הנזק הנגרם בעטייה. פעולה המסבה נזק רב מחד, ומשיגה תועלת מצומצמת מאידך, היא פעולה שעלולת ההימנעות ממנה היא קטנה מתוחלתו של סך הנזק הצפון בנקיטתה.

הנה כי כן, צירופם יחד של שלושת מבחני המידתיות עשוי להתאים לבחינת סבירותה "הנזיקית" של פעולה שלטונית, אשר כרוכה בשימוש בשיקול דעת רחב (ההדגשות שלי – י"ע).²⁵

(במאמר מוסגר: לא למותר לציין כי המשנה לנשיאה השופט ריבלין והשופטת פרוקצ'יה הצטרפו לתוצאה שאליה הגיע השופט לוי, אך הוסיפו הערת הסתייגות באשר לקשר שבין מבחני פסקת ההגבלה למבחני הסבירות בעוולת הרשלנות).

25 עניין שתיל (לעיל, הערה 21) בפסקאות 25-28.

על טשטוש התחומים בין דיני הנזיקין למשפט החוקתי אנו למדים גם מההצעה לראות בפגיעה בזכות אדם חוקתית עוולה של הפרת חובה חקוקה בנזיקין. הצעה ברוח זו העלה הנשיא ברק בתחילת דרכה של המהפכה החוקתית במאמר שפרסם ובו הציע את התזה כי חוקי היסוד הם בגדר "דבר חקיקה אשר נועד לטובתו של הפרט, ועל כן פגיעה בזכות אדם חוקתית גוררת אחריה אחריות בנזיקין בעוולה של הפרת חובה חקוקה"²⁶. ושוב, קשה להפריז בחשיבותה של הצעה זו. לדוגמה, אם בית המשפט קיבל עתירה המושתתת על עילה של הפליה, האם זכאי העותר לתבוע בנזיקין בעוולה של הפרת חובה חקוקה של פגיעה בכבוד האדם? האם הפרה של "הליך הוגן" בהליך הפלילי, הנגזר מהזכות לחירות או מהזכות לכבוד, גוררת חבות גם בנזיקין? האם משמעות הדבר היא שאם החוקר לא אמר לנחקר כי יש לו זכות לשמור על זכות השתיקה, או שהופרה זכות הנחקר להיוועץ עם עורך דין²⁷ – יש בכך להקים מניה וביה תביעת נזיקין? ההצעה להכיר בזכויות החוקתיות שבחוקי היסוד כבסיס לתביעת נזיקין זכתה לתמיכה במאמרי מלומדים²⁸ גם כמקור לסעד לנשים שסבלו מאלימות מילולית ונפשית מצד בן זוגן או לנשים שהגישו תביעה בגין סרבנות גט.²⁹ מכל מקום, הרעיון כי הזכויות המנויות בחוקי היסוד יהוו בסיס לעוולה של הפרת חובה חקוקה נדחה בשלב זה בפסק דין קצר של בית המשפט העליון בעניין דור זהב.³⁰ שם נקבע כי אין לראות בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חובה חקוקה במובן סעיף 63 לפקודת הנזיקין, באשר זכות הקניין הקבועה בסעיף זה היא "חובה כללית ועקרונית המקנה לאזרח זכות יסוד, אך אין עסקינן בחובה ספציפית על פי דין"³¹.

- 26 אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, תשנ"ג) 163, בעמ' 197 (להלן – ברק, "זכויות אדם מוגנות").
- 27 בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461) יצא בית המשפט מנקודת מוצא כי מדובר בזכויות חוקתיות של החשוד. עוד על כך שסדרי הדין בפלילי "עלו כיתה" והפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית ראו: בעז אוקון ועודד שחם, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי", המשפט ג (תשנ"ו) 265.
- 28 יפעת ביטון, "כאבים באזור הכבוד – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות", משפט וממשל ט (תשס"ו) 137; יפעת ביטון, "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח", משפטים לח (תשס"ח-תשס"ט) 145. עוד בהקשר זה ראו: יחיאל קפלן ורון פרי, "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט", עיוני משפט כח (תשס"ו-תשס"ז) 773; יפעת ביטון, "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המוסכן ביניהם – מענה ליחיאל קפלן ורון פרי", עיוני משפט כח (תשס"ו-תשס"ז) 871, בעמ' 871-902; בנימין שמואלי, "פיצוי נזיקי למסורבות גט", המשפט יב, ספר עדי אזור ז"ל (תשס"ז) 285, בעמ' 285-343.
- 29 ראו: תמ"ש (י-ם) 6743/02 כ' נ' כ' (פורסם בנבו); לדעה נוגדת ראו: תמ"ש (י-ם) 19270/03 כ.ש נ' כ.פ (פורסם בנבו).
- 30 ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בנין והשקעות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה הרצליה (פורסם בנבו).
- 31 עוד על כך שהוראות חוקי היסוד אינן יוצרות חובה חקוקה ספציפית ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1332/08 איתי נ' אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו).

לצד הרעיון שלפיו הפרה של זכות חוקתית תהיה גם הפרת חובה חקוקה אנו מוצאים גם את המונח עוולה חוקתית, מונח שנעשה בו שימוש נרחב, ויש בו כשלעצמו לשקף את טשטוש התחומים בין דיני הנזיקין לבין המשפט החוקתי. בנושא זה אפשר להרחיב עוד ועוד ואומר בקצרה כי המונח נזכר פעמים לא מעטות בפסיקה ובספרות המשפטית.³² פרופ' דפנה ברק־ארו למשל מציעה להכיר באפשרות של תביעת פיצויים בגין פיזור בלתי חוקי של הפגנה או עקב סירוב להעניק רישיון עסק לאדם מטעמים מפלים.³³ הרבה יותר מרמז להכרה בעוולה חוקתית אנו מוצאים בדברי הנשיא ברק בפסק הדין בעניין ההינתקות,³⁴ שם הוא בוחן את הדרכים שבהן אפשר לעגן הגנה על זכות הפרט נגד התרשלות שלטונית, בין היתר מכוח הכלל שלפיו מקום שבו הזכות שם גם התרופה (*ubi ius ibi remedium*): "לפי תפיסה זו, משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה. [...] אין סיבה שלא להכיר בדין דומה בישראל".³⁵ עם זאת הותיר הנשיא ברק את הדברים בצריך עיון באמרו כי המסגרת המשפטית הכללית טרם הגיעה לגיבוש מלא.

אחזור ואצביע שוב על הנפקות הנכבדה שיש להכרה בסעד חוקתי־נזיקי. נניח, לשם הדוגמה, כי בית המשפט העליון היה מקבל בדעת רוב את העתירה בעניין חוק האזרחות בקבעו כי הופרה הזכות לשוויון ולחיי משפחה. האם משמעות הדבר כי לעותרים ולכל חברי הקבוצה שבקשתם לאיחוד משפחות נדחתה עקב הוראת השעה הייתה עומדת זכות תביעה בעוולה חוקתית־נזיקית? האם כל אימת שבית המשפט קובע כי הרשות נהגה בהפליה יש בכך לסלול את הדרך לתביעת נזיקין?³⁶ בשורה התחתונה אציין כי בשלב זה בית המשפט העליון טרם הכיר בעוולה חוקתית גם במקרים שבהם התבקשה לכאורה פנייה לזכויות חוקתיות.³⁷ הצבעתי על טשטוש תחומים בין דיני הנזיקין לבין המשפט המנהלי והחוקתי. אעמוד להלן על תחומים אחרים המדגימים, לטעמי, את התופעה של טשטוש גבולות בתוך המשפט.

32 דפנה ברק־ארו, עוללות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (תשנ"ד).
 33 דפנה ברק־ארו, "עוללות חוקתיות בעידן חוקי היסוד", משפט וממשל ט (תשס"ו) 103, בעמ' 109.
 34 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פסקאות 130-137 לפסק הדין.
 35 שם, בפסקה 136 לפסק הדין.
 36 כפי שנפסק בת"א (שלום כ"ס) 5244/02 בוגלה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו).
 37 ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), בעניין פגיעה בקניין עקב סגירת שטחי אש ושטחי אימונים.

3. בין דיני החוזים לדיני התאגידים ובין דיני החוזים לדיני הנזיקין

דיני החוזים הולכים ומתערבבים עם דיני התאגידים ועם דיני הנזיקין. ההבחנה בין הטלת אחריות אישית על אורגן בחברה מכוח דיני החברות או מכוח דיני החוזים או מכוח עוולה נזיקית אינו תמיד חד וברור.³⁸ גם אם אין מדובר בטשטוש תחומים, ברי כי הדין האזרחי, לצד עקרונות המשפט החוקתי, משפיע על דיני התאגידים. וכפי שנאמר בעניין אפרוחי הצפון:³⁹

בעשורים האחרונים, עברו דיני התאגידים שינויים מרחיקי לכת, שהושפעו, בין היתר, מהתפתחויות עמוקות שחלו במשפט האזרחי והחוקתי. אחת ממטרותיו של חוק החברות החדש היא להביא לאינטגרציה מירבית של דיני החברות עם עקרונות המשפט האזרחי בנושאים המשותפים לשתי מערכות דינים אלה [...] במקביל לאינטגרציה של דיני החברות עם עקרונות המשפט האזרחי, הושפעו דינים אלה גם מההתפתחות שחלה במשפט החוקתי הישראלי, שלא פסחה גם על תחום זה. כתוצאה מכך, עקרונות המשפט החוקתי חדרו גם לעקרונות המשפט התאגידי, כשם שחלחלו לתחומי משפט אחרים.⁴⁰

וכך במקום אחר:

...בעשורים האחרונים, עברו דיני התאגידים שינויים מרחיקי-לכת שהושפעו מתורות תום-הלב וחובות ההגנות שהתפתחו במשפט האזרחי, אשר חדרו לתחומם [...] כיום, שיקולי הוגנות ביחסים מסחריים שוב אינם נדחקים לקרן זווית. הם שזורים לאורכה ולרוחבה של כל מערכת הפעילות העסקית, ומשפיעים על עיצובן של אמות מידה חדשות ביחס לראוי ושאינו ראוי בהתנהלותן העסקית של חברות...⁴¹

בכל החוזים שיש בהם יחסי אמון כמו בנק-לקוח, עורך-דין-לקוח, ולמעשה כמעט בכל חוזה שירות – כאשר החיוב הוא של השתדלות להבדיל מהשגת תוצאה – אנו בוחנים את הפרת החוזה במשקפיים נזיקיים של סטייה מהסטנדרט המקצועי.⁴² כמו

38 אך לעניין זה ראו: ע"א 313/08 נשאיבי נ' רינראוי (פורסם בנבו).

39 ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ (פורסם בנבו).

40 שם, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

41 ע"א 7414/08 תרו תעשיה רוקחית בע"מ נ' Sun Pharmaceutical Industries Ltd (פורסם בנבו), פסקה 48 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (כולל ציטוט בהסכמה מפרשת אפרוחי הצפון).

42 ככלל, חוזה למתן שירות הוא חוזה קבלנות. בהצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי) זכה חוק חוזה קבלנות ל"מתיחת פנים" של ממש והחוק הורחב ופוצל לשני פרקים, האחד חוזה קבלנות (מלאכה) והשני חוזה שירות.

עקרון תום הלב, המשמש את בית המשפט לאכוף דרכו סטנדרטים של התנהגות, כך גם דיני הנזיקין – דרכם אוכף בית המשפט סטנדרטים של התנהגות על בנקים, עורכי דין, רופאים, אדריכלים, מהנדסים וכיו"ב אף על פי שבמקור היחסים בין הצדדים הם יחסים חוזיים של נותני שירות. גם הגבול בין ההטעיה החוזית למצג השווא הנזיקי הולך ומיטשטש. למשל, ההטעיה החוזית הופכת על פי חוק גם לעוולה, לדוגמה הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן היא עוולה אזרחית, עובדה שגררה פסק דין סבוך ומורכב בפרשת ברזני⁴³ בהקשר של תובענה ייצוגית בשאלת הקשר הסיבתי. אני נכון להסתכן ו"להמר" כי לא ירחק היום שבו תועלה הטענה כי יש להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי בנזיקין גם על חוזים. בפסיקה נעשה שימוש נרחב בדוקטרינה זו כדי "לעקוף" את שאלת הקשר הסיבתי, ובית המשפט מסתפק בהוכחת רכיב ההתרשלות, ומכאן ואילך מועבר הנטל אל הנתבע להראות מה היה מצב הדברים ההיפותטי אילו לא ההתרשלות, ומכאן קצרה הדרך להטיל אחריות.⁴⁴ יכול הטוען לטעון כי יש להחיל דוקטרינה זו גם בדיני חוזים במקרה שבו הטעו את התובע באי־גילוי, אך התובע מתקשה להוכיח כי התקשר "עקב" ההטעיה. נניח לדוגמה כי התובע טוען כי הבנק לא גילה את אוזנו כי ההלוואה תהא חייבת בעמלת פירעון מוקדם. כדי להוכיח הטעיה חוזית, על התובע להוכיח כי לא היה נוטל את ההלוואה אילו ידע שיש עמלת פירעון מוקדם. מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי, שמא יוכל התובע לטעון כי משהוכחה ההטעיה, על הנתבע להוכיח את מצב הדברים ההיפותטי אילו לא ההטעיה, דהיינו כי התובע היה מתקשר בחוזה בכל מקרה.⁴⁵

אין צורך להרחיק את עדותנו על טשטוש התחומים. הקודקס האזרחי איחד את התרופות הנזיקיות עם התרופות החוזיות. התכליות משותפות כיום לכל דיני הממונות, כמפורט בסעיף 1 לקודקס, הקובע כלהלן:

התכליות המנויות להלן הן מתכליות חוק זה:

(א) הבטחת צדק, הגינות וסבירות;

(ב) קידום בטחון, ודאות ויעילות במשפט;

(ג) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי;

(ד) שמירה על זכויות מוקנות;

(ה) הגנה על ציפיות והסתמכות ראיות של הצדדים.

43 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, פ"ד נז(6) 385 (להלן – עניין ברזני).

44 ראו לדוגמה: ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו); ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו); ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54.

45 השוו להצעת השופטת שטרסברג-כהן בעניין ברזני (לעיל, הערה 43) בעמ' 441, כי הייתה רואה "לאמץ חזקה שלפיה מקום שבו יצר העוסק מצג העלול להטעות צרכן, נראה בצרכן שרכש את המצרך או השירות כמי שנחשף למצג ופעל על-פיו".

גם הסעדים משותפים לדיני החוזים והנזיקין, כביכול דיני החוזים הופכים לעוולה נזיקית. סעיף 365 לקודקס, בפרק של אחריות בנזיקין, קובע במפורש כי "מי שנפגע בשל עוולה (בפרק זה – הזכאי) זכאי כלפי האחראי בנזיקין לאותה העוולה לתרופה לפי הוראות חלק משנה שישי: תרופות בשל הפרת חיוב". וסעיף 445 הדן בתרופות עקב הפרת חיוב משלים זאת בקבעו: "לענין חלק משנה זה דין חובה להימנע מביצוע עוולה כדין חיוב". התרופות מאוחדות למרות ההבחנה הבסיסית בין הגנה על אינטרס ההסתמכות בנזיקין, קרי השבת המצב לקדמותו אילולא העוולה, לבין אינטרס הקיום בחוזים, קרי העמדת הנפגע במצב שהיה בו אילו היה החוזה מקיים. ולא רק הסעדים אוחדו, גם הפרק שדן בריבוי חייבים ונושים הוחל גם על נזיקין (אם כי יש סעיף מיוחד למעוולים החייבים בחיוב אחד – סעיף 371 לקודקס).

4. בין דיני עשיית עושר לבין ענפי משפט אחרים

דיני עשיית עושר ולא במשפט הם ענף נפרד בדיני חיובים המושתתים על שלילת התעשרות אדם על חשבון זולתו, ואפשר לאפיינם כדינים החלים על חיובים לא רצוניים בדומה לדיני הנזיקין. ככלל, אנו מחילים את דיני עשיית עושר כאשר אין חלים דינים אזרחיים אחרים – חוזים, נזיקין או קניין. עם זאת יישומם של דיני עשיית עושר אינו פשוט וגבולות הגזרה שלהם אינם ברורים.⁴⁶ כדי לחייב מכוון דיני עשיית עושר יש להראות כי ההתעשרות באה לזוכה "שלא על פי זכות שבדין", ולצורך כך בוחן בית המשפט אם ההתעשרות נוגדת את תפיסות היושר, המצפון והצדק,⁴⁷ מונחים שהם כשלעצמם מעורפלים משהו ומערבים שיקולי מדיניות.

א. בין דיני עשיית עושר לבין דיני החוזים

כולנו מכירים את פסק דין אדרס⁴⁸ בשל דחיית תורת ההפרה היעילה שבו, אך ספק אם משמעותו של פסק דין זה אכן חלחלה לציבור עורכי הדין והמשפטנים. לאור פסק דין אדרס בכל הפרת חוזה יכול הנפגע לתבוע לא רק את הרווח שנמנע ממנו כפיצוי

46 עופר גרוסקופף, "התעשרות מנטילת רכוש הזולת", ספר דניאל (נילי כהן ועופר גרוסקופף – עורכים, תשס"ח) 761, בעמ' 770.

47 רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309; ע"א 4437/99 א.ד.י. מערכות סטריאו ואזעקות לרכב בע"מ נ' אפריל טקליין בע"מ, פ"ד נה(2) 232, בעמ' 237-238 (2000); ע"א 3760/03 עמרן נ' הנאמן על נכסי אייפרמן פ"ד נט(5) 735; דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (כרך א, תשנ"ח) בעמ' 84.

48 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221.

קיום אלא גם את הרווח שהפיק המפר מההפרה. כלומר, נוצר מצב שבו מצבו של הנפגע בעקבות הפרת חוזה יכול להיות טוב ממצבו אילו היה החוזה מקיים.⁴⁹ ומזווית אחרת: אם בעבר היה ברור כי השבה לפי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 היא השבה מלאה, הרי שכיום כל השבה עקב הפרה כפופה גם לסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, המעניק לבית המשפט סמכות לפטור מהשבה, כולה או חלקה, אם מצא כי ההשבה בלתי צודקת. עיקרון זה, המכפיף את ההשבה החוזית לעקרונות עשיית עושר, בא לידי ביטוי בסעיף 495 לקודקס שכותרתו "תחולת פרק עשיית עושר על ההשבה", הקובע "פרק שני: עשיית עושר ולא במשפט בחלק משנה רביעי יחול על הזכות להשבה, בכפוף להוראות פרק זה".

האמור לעיל ממחיש, לטעמי, כי דיני החוזים ודיני עשיית עושר הולכים ונטמעים זה בזה, בניגוד לגישה ששררה בעבר – המעוגנת בסעיף 6 לחוק עשיית עושר ולא במשפט – שלפיה אין להידרש לדינים אלה אם "אין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון".

ב. בין דיני עשיית עושר לבין דיני הקניין והנזיקין

יש קשר בין דיני עשיית עושר לדיני הקניין, שהרי דיני עשיית עושר משמשים גם להגנת הקניין. וכך אם אדם מקבל נכס השייך לאחר, אפילו בתום לב, עומדת נגדו תביעה בדיני עשיית עושר שעילתה היא זכות הקניין של התובע. גם בין דיני הנזיקין לדיני הקניין יש קשר, שהרי יש עוולות שמטרתן להגן על הקניין, כמו הסגת גבול במקרקעין ובמיטלטלין. לכך מצטרפים דיני עשיית עושר, שמכוחם יכול הבעלים לתבוע דמי שימוש ראויים בגין הסגת גבול. עם זאת יש להבחין בין הדינים השונים.

פסק הדין המפורסם בעניין א.ש.י.ר.⁵⁰ תרם ללא ספק לטשטוש התחומים בין דיני הקניין הרוחני – דיני הנזיקין – לדיני עשיית עושר. עד לפסק הדין היה ברור כי פעולה שאינה נופלת בתבניות המוכרות בדיני קניין רוחני, כמו הפרת סימן מסחרי, מדגם או זכויות יוצרים או העוולה של גנבת עין, לא יכול לזכות להגנה. באה הלכת א.ש.י.ר. וטשטשה את התחומים בכך שדיני עשיית עושר חלחו אל בין החרכים שהותירו דיני הקניין הרוחני ועוולת גנבת העין, בכך שעילת עשיית עושר יכולה לקום גם כאשר לא הוכחה עילה מדיני הקניין הרוחני. עם זאת ראוי לציין כי בפסיקה המאוחרת לעניין א.ש.י.ר. ניכרת מגמה של צמצום ההלכה ואי־יישומה.⁵¹ נקבע למשל כי בית המשפט לא

49 ראו: יצחק אנגלרד, "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט", ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו – עורכים, תשנ"ו) 37.

50 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (להלן – עניין א.ש.י.ר.).

51 ע"א 2154/07 בריח נ' אבגנים (פורסם בנבו) וההפניות שם.

ייתן סעד מכוח דיני עשיית עושר בגין חיקוי של מוצר לפני שבחן באופן כללי את השוק שבו נמכר המוצר, ורק במקרים חריגים, שבהם ייחודו של המוצר והמשאבים שהושקעו בפיתוחו מצדיקים החלת דיני עשיית עושר, להבדיל מהאכסניה הטבעית והמקובלת של דיני הקניין הרוחני ודיני הנזיקין.⁵²

5. בין דיני החוזים לבין המשפט החוקתי

אי שם בראשיתה של המהפכה החוקתית עוד התחבטו בשאלת תחולת הזכויות שבחוקי היסוד על המשפט הפרטי. בעניין קסטנבאום⁵³ ובמאמרו שנזכר לעיל⁵⁴ עמד הנשיא ברק על כמה מודלים אפשריים: תחולה מלאה, היעדר תחולה והמודל המועדף של תחולה עקיפה שלפיו זכויות אדם מוגנות חודרות למשפט הפרטי דרך מושגי סתום כמו תום לב, סבירות, רשלנות ותקנת הציבור. באופן זה נעשים האיזונים במסגרת המשפט הפרטי תוך התחשבות בערכי היסוד וזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד, בבחינת "פסקת הגבלה" שיפוטית במסגרת המשפט הפרטי.

כזכור, פרשת קסטנבאום עסקה בשאלה אם פלוני זכאי לחרוט על מצבת קברה של רעייתו המנוחה את התאריך הלועזי. השופט אלון, שהיה בדעת מיעוט, אחז בעקרון חופש החוזים וחופש ההתקשרות. הנשיא שמגר, שעמד על כך שחברת קדישא היא גוף דו-מהותי, השתית את עיקר פסק הדין על תנאי מקפח בחוזה אחיד והביע דעתו כי אפשר להגיע לאותה תוצאה גם דרך תקנת הציבור בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. השופט ברק הגיע לאותה תוצאה, אך מלבד ההנמקה של תנאי מקפח בחוזה אחיד, השתית הנמקתו על כבוד האדם המחלחל למשפט הפרטי דרך מושג השסתום של תקנת הציבור, ובאותה הזדמנות הכיר גם בחופש החוזים כזכות חוקתית. בפסק דין זה מניח ברק את התשתית לחדירת המשפט החוקתי אל תוך המשפט הפרטי:

דומה כי מובן וברור הוא, שעקרונות היסוד של השיטה בכלל וזכויות היסוד של האדם בפרט אינם מוגבלים אך למשפט הציבורי. ההבחנה בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט [...] אכן, השאלה האמיתית אינה, אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי. התשובה על שאלה זו פשוטה היא וברורה – כן. השאלות האמיתיות הינן כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט

52 ע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ (פורסם בנבו).

53 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן – עניין קסטנבאום).

54 ברק, "זכויות אדם מוגנות" (לעיל, הערה 26); ראו גם: אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) בעמ' 649, 655-663.

הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי, ומהם הצינורות דרכם מועברים עקרונות אלה אל ההתנהגות של הפרט ביחסיו עם פרטים אחרים. (ההדגשות שלי – י"ע) 55

עניין קסטנבאום מדגים אפוא את טשטוש התחומים בין משפט פרטי למשפט חוקתי, ופסק דין זה מוביל אותנו לביטוי נוסף של תופעת טשטוש התחומים.

6. שימוש בדוקטרינות כלליות במקום דוקטרינות מקומיות

אף על פי שהנשיא ברק צידד במודל התחולה העקיפה, דומה שאף הוא לא חזה את היקף השימוש בזכויות היסוד במסגרת המשפט הפרטי. מאז קסטנבאום זרמו הרבה מים בקישון, ודומה כי עברנו מזמן למודל של תחולה ישירה, אמנם לא להלכה אך למעשה. כך בפסיקה וכך בהתנהלות עורכי דין בהתדיינות המשפטית. בפסיקה אנו מוצאים פעמים רבות כי בית המשפט בוחן סוגיות שונות בפריזמה של זכויות חוקתיות. לדוגמה, בפסק הדין הידוע בעניין מיסטר מאני⁵⁶ פותח השופט ריבלין את דבריו בשיח החוקתי באמרו כי חוק ההוצאה לפועל מאזן בין התכליות השונות של ההגנה על קניינו של הנושה לבין השמירה על כבודו ועל חירותו של החייב, ואיזון זה נשאב מהמישור החוקתי. בהמשך, בדונו בחובת הגילוי ביני החוזים, הוא מציין כי לצד חובת הגילוי הספציפית הקבועה בחוק הלוואות חוץ־בנקאיות, עומדות חובות הגילוי המעוגנות בדין הכללי, כי "תוכנן של חובות אלה מושפע מן העקרונות המנחים את שיטתנו המשפטית, ובכלל זה זכויות האדם", וכן כי קבלת המידע החיוני על ידי הלווה היא זכות יסוד של הפרט.

דוגמה אחרת: בפסק הדין בעניין וייס⁵⁷ הוטלה אחריות בנוזיקין על המשטרה בשל טיפול רשלני בתלונות בני משפחה שסבלו מהתנכלויות של שכנים. אף על פי שהתביעה הושתתה על עוולת הרשלנות, מציינת השופטת דורנר כי הופרה הזכות של כל אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו לפי סעיף 4 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומפנה לסעיף 11 לחוק היסוד, הקובע את חובתן של רשויות השלטון לכבד זכויות אלו. לא ייפלא כי היו שפירשו את פסק הדין של דורנר כרומז לעוולה חוקתית.

השימוש בדוקטרינות ובמושגים כלליים של זכויות יסוד במקום העמדת טיעון על בסיס צנוע של עוולת הרשלנות או של הפרת חוזה או פגם בכריתתו מחלחל לציבור עורכי הדין. מניסיוני נמצאתי למד כי יש מי שכבר מדלגים על טענות "זניחות" כמו הפרת הסכם או הטעיה ומשליכים יהבם על הפרה של זכות חוקתית. אפשר לשים את האצבע על התפתחות "אבולוציונית" בהתנהלות זו. בראשית היו טוענים להטעיה, ואם היה חוסר בחוזה היו טוענים לתנאי מכללא. לאחר מכן זנחו טענות אלה והחלו לטעון

55 עניין קסטנבאום (לעיל, הערה 53) בעמ' 532.

56 ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934.

57 ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167.

חוסר תום לב, בין היתר מאחר שכך אפשר לקבל מגוון של סעדים ומאחר שדוקטרינת תום הלב החליפה את תורת התנאי מכללא.⁵⁸ השלב האבולוציוני השלישי הוא ההידרשות לעקרונות חוקתיים כמו זכות הקניין, כבוד האדם או הזכות לפרטיות. בדיני חוזים יש כמה כלים שבהם בית המשפט מתערב בתוכן החוזה. פרשנות ותום לב הם שני אמצעים שבאמצעותם בית המשפט מתערב לעתים, בעדינות, בתוכן החוזה מבלי להצהיר על כך במפורש. לצד אמצעים אלה אנו מוצאים שני פטישים: פטיש של 5 ק"ג בדמותו של ביטול תנאי מקפח בחוזה אחיד ופטיש של 10 ק"ג בדמות תקנת הציבור. דומה כי ציבור המשפטנים כבר אינו מסתפק באמצעים ובפטישים וכיום עוברים מיד ל"קונגו" המסיבי של הזכויות החוקתיות. במקום להשתמש בדוקטרינות מקומיות וממוקדות בענף המשפט הרלוונטי, הצדדים מביאים את לחמם ממקומות מרוחקים ומעורפלים כמו הזכויות החוקתיות.

היו שיטענו כי אין מדובר בטשטוש תחומים אלא בחלחול המשפט החוקתי אל תחומי המשפט השונים, או בהשפעתו עליהם. דעתי שונה. אני סבור כי לפנינו תופעה כללית של אי-זיהוי המשבצת המשפטית הנכונה שעליה "משחקים". במקום טענות חוזיות או נזיקיות או קנייניות מועלות טענות כלליות של זכויות יסוד, וכך הולכת ומיטשטשת ההבחנה בין דוקטרינות מקומיות לדוקטרינות כלליות.⁵⁹ זאת גם במקרים שבהם אין כל צורך להעיר מרבצם נפילי ארץ כמו הזכויות החוקתיות ואף על פי שהמשפט הפרטי נותן כלים טובים וממוקדים יותר. לטעמי, ראוי למצות את הדוקטרינות המקומיות לפני שנדרשים לזכויות חוקתיות, וכפי שאמר השופט חשין בשעתו בעניין גנימאת: "חוקי-היסוד החדשים אינם חוקים-של-יומיום; חוקים של חג ומועד הם".⁶⁰

7. טשטוש בין רציו לבין אוביטר ובין דעת מיעוט לדעת רוב

בחינוך המשפטי שה"קשישים" שבנינו קיבלו הייתה ההבחנה בין רציו לבין אוביטר יסוד מוסד. כיום בכל תחומי המשפט קשה להבחין בין רציו לבין אוביטר. פסק דין המזרחי הוא פסק הדין החוקתי הארוך ביותר בתולדות בית המשפט העליון והחשוב ביותר בעידן המהפכה החוקתית. היה מי שטרח ובדק ומצא כי פסק הדין אוחד 519

58 מנחם מאוטנר, "כיצד הודחה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בדיני החוזים של ישראל?", ספר ויסמן - מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן (שלום לרנר ודפנה לוינסון-זמיר - עורכים, תשס"ב) 429.

59 לשימוש בעקרונות-על חלף דוקטרינות מקומיות בתחום סדר הדין האזרחי ראו: דודי שוורץ, סדר דין אזרחי - חידושים, תהליכים ומגמות (תשס"ז) בעמ' 50-52. על התופעה הכללית של שימוש בעקרונות-על וטשטוש תחומים במשפט ראו: דודי שוורץ, "עידן הטשטוש", הפרקליטים 5 (2001) 29.

60 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, בעמ' 388.

עמודים, ורק 62 מהם עוסקים בשאלה שבית המשפט היה צריך לתת דעתו עליה כדי להגיע להכרעה בערעור.⁶¹

דומה כי ההבחנה בין רציו לבין אוביטר הולכת ומיטשטשת. יש הגורסים כי בעבר חשיבותה של ההבחנה הייתה ברורה, אך כיום גבר הקושי להבחין בין השניים, ואף יש ספק אם יש טעם בכך, שהרי אם מוקדש בפסיקה מאמץ ומקום רב כל כך לדיון באמרות אגב, מן הסתם שיש לכך חשיבות.⁶² היו אף שהציעו לבטל כליל את ההבחנה בין אוביטר לרציו ו"לתת קבורה נאותה לאיסור המיושן של האוביטר, שלפי כל הסימנים שבק חיים לכל חי, ולשאת עליו הספד קצר".⁶³

לצד טשטוש ההבחנה בין רציו לאוביטר דומה כי הולכת ומיטשטשת גם ההבחנה בין דעת רוב לדעת מיעוט, ולעתים מתקשה הקורא לזהות את דעת הרוב.⁶⁴ אך גם כאשר אין ספק מהי דעת הרוב, אנו רואים חדשות לבקרים עורכי דין המסתמכים על פסקי דין מבלי לציין כי מדובר בדעת מיעוט. הדבר נעשה לא רק מתוך אי־ידיעה או חלילה ניסיון להטעות את בית המשפט, אלא גם מהטעם שחשיבות ההבחנה בין דעת רוב לדעת מיעוט הולכת ומיטשטשת בקרב ציבור המשפטנים.

אפילו תורת התקדים המחייב הולכת ומתכרסמת בקרב ציבור המשפטנים. בהלכת אפרופים, שבשעתה הכתה גלים כה רבים, היה הנשיא ברק רק אחד מתוך שלושה שופטים; השופט מצא גרס אחרת והשופט לויץ הצטרף לתוצאה אך לאו דווקא לדרכו של הנשיא ברק. אך אף על פי שרק הנשיא ברק צידד במפורש בביטול תורת השלבים בפרשנות חוזה, השתרשה דעתו בפסיקה ובקרב מלומדי המשפט כהלכה המחייבת וכדעת הרוב, כדי כך שבהלכת מגדלי ירקות⁶⁵ כבר התייחסו לכך כאל דבר מובן מאליה. משהזכרנו את הלכת מגדלי ירקות, אצביע על כך שפסק הדין שם ניתן בהרכב של תשעה שופטים, וברור כי לפנינו תקדים מחייב לכל דבר ועניין. תמיהה אפוא בעיניי מדוע כל אימת שמי משופטי בית המשפט העליון מהרהר ומערער אחר הלכת אפרופים, דבר לגיטימי כשלעצמו, כבר נכתבים מאמרים – ולא רק בעיתונות הפופולרית –

61 עלי זלצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש", משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 679.

62 גדעון ספיר, המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד (2010) בעמ' 88, 91.

63 חיים ה' כהן, "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט", משפטים לא (תשס"א) 415, בעמ' 417.

64 האם מבחן ההטיה הנשנית זכה לרוב בדיון הנוסף בעניין עדן מלול (לעיל, הערה 7)? מה המשקל של ה"דבר מה נוסף" הנדרש בהלכת א.ש.י.ר. (לעיל, הערה 50), מעבר לחיקוי והעתקה כשלעצמם? האם זכות העקיבה על כוח ביטול חוזה עקב הטעיה זכתה לרוב בדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2) 632? כן ראו משרעת הדעות לעניין נפקות אי־רישום הערת אזהרה על ידי הראשון בזמן בעסקאות נוגדות בע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385.

65 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1.

הבוחנים אם הלכת אפרופים עדיין בתוקפה.⁶⁶ נוכח הלכת מגדלי ירקות שניתנה בהרכב מורחב ומהווה תקדים מחייב, ברי כי דעתו של הנשיא ברק בעניין אפרופים היא כיום הלכה מחייבת.

8. בין הדין הראייתי לבין הדין המהותי ובין קבילות לבין משקל

גם קו הגבול בין הדין הראייתי לדין המהותי הולך ומיטשטש. בעניין עדן מלול⁶⁷ השופט נאור רואה בסיבתיות העמומה כלל של דין מהותי, אך השופט ג'ובראן, המצטרף לתוצאה שאליה הגיעה, רואה בה כלל דיוני. ואילו השופטת פרוקצ'יה גורסת כי כלל מאזן ההסתברויות במשפט האזרחי הוא כלל ראייתי "אך פועלו משתרע הרחק מעבר לתחום הדיוני, והשפעתו על הדין המהותי היא קרובה וישירה".⁶⁸

גם קו הגבול בין קבילות למשקל היטשטש ברבות השנים. לאחרונה למשל התבטא השופט רובינשטיין ואמר כי מורכבותם של החיים בעולם הגלובלי-טכנולוגי-וירטואלי מחזקת את הנטייה לעבור בדיני ראיות מקבילות למשקל. המשנה לנשיאה השופט ריבלין הסתייג מהדברים באמרו כי "התנערות מכללי הקבילות מגמישה את שיקול הדעת של השופט עד למחוזות רחוקים. יש להישמר מכך".⁶⁹

משעמדנו על התופעה של טשטוש תחומים בין המשפט לבין דיסציפלינות אחרות ועל טשטוש הגבולות בין ענפי המשפט לבין עצמם, נאמר מילים מספר על ה"מחיר" הכרוך בה, אך קודם לכן אשתף אתכם בהרהורים שעלו בי נוכח התופעה.

ד. טשטוש גבולות כחלק מתופעה כללית

אפשר להביט על תופעת טשטוש הגבולות באספקלריה רחבה יותר, החורגת מדל"ת אמותיו של הדיון על אודות השפעתו של ענף משפטי זה או אחר על משנהו, ושמה צריך לראות בה חלק מתופעה חברתית רחבה, תולדה של הגישה הרלטביסטית הטבועה בזרם הפוסט-מודרניסטי. אך לאחרונה נזדמן לי להשתתף בכינוס שנערך באוניברסיטת חיפה בנושא של קביעת האמת העובדתית בהליכי בית משפט. נושא זה מעסיק רבים לא רק בתחומי המשפט אלא גם בתחומים רבים אחרים כמו פילוסופיה, פסיכולוגיה, ספרות וקולנוע. עמדתי על כך כי האמת העובדתית הורדה מעל הדוכן ובמקומה הוצב ה"נרטיב", והחלה לחלחל גישה של ספקנות, לאו דווקא בריאה, לגבי ה"ימרה" של בית

66 "מגמות חדשות בפרשנות חוזים?", משפט ועסקים יא (תשס"ט) 431; נילי כהן, "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי", עיוני משפט לג (תש"ע) 241, בעמ' 255, ה"ש 52, שם גורסת המחברת כי הלכת אפרופים צומצמה אם לא בוטלה.

67 עניין עדן מלול (לעיל, הערה 7).

68 שם, בפסקה 2 לפסק דינה.

69 ע"א 8423/06 שדה נ' לוינזון (פורסם בנבו).

המשפט לחשוף ולבודד אמת תקפה אחת מתוך סבך של עובדות וראיות המובאות בפניו. הבעתי דעתי כי רבים הם הקשיים שעומדים בפני בית המשפט בבואו לקבוע ממצאי מהימנות, אך יש להישמר מרווחות הספקנות שהחלו לנשב גם לכיוונו של בית המשפט. בית המשפט אינו עוסק בהיסטוריה או בנרטיבים ואינו בית ועד לחכמי משפט. האמת העובדתית היא אחת, ועל בית המשפט המשימה הכבדה לרדת לחקרה, ואין בית המשפט רשאי להתנצל מחובתו זו.

ברשותכם אלך צעד נוסף, וכחומר למחשבה אציע את הרעיון שמאחורי הגישה הטוענת כי לבית המשפט אין כלים של ממש להכריע ולקבוע את האמת העובדתית עומדת המגמה המסתמנת בענפים רבים של המשפט, של הימנעות מתוצאה בינרית. אם לבית המשפט אין הכלים לדעת מה האמת הרפואית־מדעית, נחלק את הנזק בדרך כלשהי תוך שימוש בדוקטרינת הסיבתיות העמומה (שהורדה לכאורה מעל הפרק בדיון הנוסף בעניין עזן מלול). אם אנו מתקשים בזיהוי האמת העובדתית או בשאלה מי מהצדדים הפר את החוזה, הרי שעומדת לרשותנו הדוקטרינה של אשם תורם. גם במשפט המנהלי התוצאה כבר מזמן אינה בינרית נוכח השימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית.

אפילו בתחום ההתיישנות, שמאז ומתמיד היה "חד כתער" הן בדין הפלילי והן בדין האזרחי, אנו מוצאים קריאות מהאקדמיה לתקופת התיישנות גמישה על פי שיקול דעתו של בית המשפט. כך הוצע לגבי התיישנות אזרחית⁷⁰ וכך הוצע לגבי תקופת התיישנות בעברות מין במשפחה.⁷¹ עינינו הרואות כי אפילו במתחמים ובמוסדות כמו מוסד ההתיישנות, שהיו מאז ומתמיד "מוגנים" בחומה ברורה של מועדים, ניכרת מגמה של העדפת תוצאה לא בינרית.

ואכן, מעת לעת עולות הצעות לפסיקה לא בינרית⁷² ולשימוש בכלים שיאפשרו לבית המשפט להפעיל שיקול דעת ולחלק את הנזק באופן הנראה לו צודק בניסבות העניין במקום השיטה של "הכול או לא כלום".⁷³ בפסק דינה בדיון הנוסף בעניין עזן מלול עומדת השופטת נאור על כך שאפשר לראות בחריג האחריות היחסית חלק מהמגמה הכללית הקיימת במשפט האזרחי לעבור מכללים דואליים לכללים יחסיים. עם זאת מבהירה השופטת נאור כי האחריות היחסית שבה היא דוגלת מצטמצמת לדיני הנזיקין בלבד, לנזקי גוף בלבד ולטובת הניזוק בלבד. השופט רובינשטיין מביע דעתו כי "עשיית

70 אהוד גוטל, "הסדר חדש לדין ההתיישנות?", משפטים לו (תשס"ו-תשס"ז) 829.
 71 לימור עציוני, "האם פסיכולוגיה יכולה לשמש כ"מקדם הגנה"? נשים בגירות קורבנות גילוי עריות בילדות כמקרה מבחן לבירור הקשר בין הפסיכולוגיה למציאות הפלילית-נזיקית", **שערי משפט** ה (תש"ע) 71.
 72 שלמה לבנוני, "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם "הכל או לא כלום"?", **עלי משפט** ג (תשס"ג-תשס"ד) 531.
 73 יהודה אדר, "הקטנת נזק ואשם תורם – הילכו שניים יחדיו?", **משפט ועסקים** י (תשס"ט) 381, שם מציע המחבר לעשות שימוש בדוקטרינת האשם התורם במקום דוקטרינת הקטנת הנזק.

צדק מחייבת לעתים גמישות שאינה אפשרית בדגם הבינארי.⁷⁴ השופט גרוניס מסתייג מהדברים ומציין שלגישתו של השופט רובינשטיין "יש להחיל את מה שהוא מכנה 'מיצוע', היינו הכרעה יחסית או פיתרון יחסי, אף בכל תחומיו של המשפט האזרחי".⁷⁵ הנטייה לנטוש את התוצאה הבינרית נדמית בעיני חלק מהשופטים מדרון חלקלק. בעניין עדן מלול, גם השופטים רובינשטיין וארבל, שגרסו כי יש להכיר בסיבתיות עמומה, מביעים חשש מפני מדרון חלקלק. הנשיאה ביניש, שהצטרפה לדעת הרוב נגד הטלת אחריות יחסית, עומדת על כך שבהיעדר קווים תוחמים ברורים יש חשש ממשי מפני מדרון חלקלק. השופטת פרוקצ'יה מביעה חשש להשפעה ניכרת על מתחם הוודאות המשפטית, והשופט גרוניס מציב נימוק זה במרכז באמרו כי התוצאה של אחריות יחסית אינה רצויה מאחר שהיא מובילה בהכרח להקטנת הוודאות במשפט. הנה כי כן, התופעה של טשטוש תחומי המשפט כלפי חוץ וטשטוש הגבולות כלפי פנים משתלבת עם רוחות הספקנות, העמימות והיחסיות. בנקודה זו נחזור לדרך הראשית ונעמוד על ה"מחיר" של טשטוש הגבולות שעליו עמדנו לעיל.

ה. אי־ודאות

אחת התוצאות של טשטוש גבולות במשפט היא יחסיות, היעדר ודאות, היעדר יציבות ושמא אף כרסום במקצוענות המשפטית. לא רק המשפטן יכול אלא גם הפילוסוף, הכלכלן, חוקר הספרות והקולנוע, הפסיכולוג והסוציולוג. לצד השיח המשפטי דהיום, שיח של זכויות, של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, תורם טשטוש הגבולות במשפט את חלקו ל"מבוכת המשפטנים". יש לזכור כי גם ליציבות המשפטית ערך משל עצמה, ויכול הטוען לטעון כי יציבות משפטית היא חלק מזכות הקניין במובן הרחב. ודאות היא כלי עבודה לצדדים המתדיינים,⁷⁶ הוודאות מביאה ליציבות, וכאשר יש יציבות הפרט יכול לכלכל מעשיו בהתאם. פגיעה ביציבות פוגעת בערכים החשובים לחיי מסחר תקינים כמו יציבות וודאות כשלעצמה, דינמיות מסחרית, יכולת תכנון ואינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפיות. כל אלו זכו להכרה בסעיף 1(ה) לקודקס דיני ממונות, שם נאמר כי "ההגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים" הן מהתכליות של הקודקס. הגדלת אי־הוודאות מביאה לעידוד התדיינות ולחשש, או למראית עין של חשש, לשרירות בהכרעה המשפטית.

⁷⁴ עניין עדן מלול (לעיל הערה 7), בפסקה א' לפסק דינו.

⁷⁵ שם, בפסקה 17 לפסק דינו.

⁷⁶ על חשיבות הוודאות בהקשר של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים ראו: ע"א 10157/09 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' פטקין (פורסם בנבו) בפסקה 1: "כוחה וחשיבותה של הפסיקה גם בוודאות – אמנם יחסית – שביקשה לגבש על-מנת להציע כלי עבודה שימושיים לצדדים המתדיינים ולבתי המשפט. טול לבנה אחת מן הקיר שנבנה כך כדי עמל ושמטת את המבנה המשפטי כולו".

מנגד יכול הטוען לטעון כי השאיפה ל"משבצות" ברורות עם קווי תיחום ברורים היא פורמליזם משפטי שאבד עליו הכלח, פורמליזם ריק מתוכן המתיימר להתייחס למשפט כאל מערכת סדורה אופקית ואנכית שבמסגרתה אפשר למיין כל מצב עובדתי לקטגוריה מוכרת המפיקה פתרון "נכון". קלסיפיקציה כשלעצמה אינה תורמת דבר, וכלשונו של השופט חשין: "תחת אשר נדבר באינטרסים האמיתיים הניצים ביניהם, הולכים אנו שְׂבִי – מרצוננו – אחרי קלסיפיקציות מעשה־ידנו; תחת אשר נהיה גבירה לקלסיפיקציה, הופכים אנו, מבלי־משים, לשפחתה. וכדבר הנביא (ישעיהו י', ט"ו): 'הִי־תִפְאֵר הַגִּרְוֹן עַל הַחֶצֶב בּוֹ אִם־יִתְגַּדֵּל הַמִּשׁוֹר עַל־מְנִיפוֹ'".⁷⁷

ובכלל, יש הטוענים כי השאיפה להשגת ודאות במשפט היא אשליה. פרופ' מאוטנר טוען כי העושר והמורכבות של הדוקטרינה המשפטית ושל השכל הישר בהפעלת המשפט מחייבים חשיבה חדשה על מהות ההליך השיפוטי, והוא מציע לנו להתייחס מנושא הוודאות במשפט. וכלשונו:⁷⁸

נדמה אפוא כי טוב היה אם במקום לעסוק בשאלה באיזו מידה מתקיימת ודאות במשפט ובשאלת הדרכים להשיג ודאות במשפט יקבלו המשפטנים, במאה העשרים ואחת, כנתונה את העובדה שהמשפט הנוצר ומוחל בבתי המשפט מתאפיין במידה ניכרת של חוסר ודאות: חוסר הוודאות הוא אינהרנטי למשפט ולא ניתן לפעול לצמצום משמעותי שלו...

ובסיכום דבריו:⁷⁹

עלינו לקבל אפוא את אי־הוודאות כאינהרנטית למשפט. עלינו להשקיע מחשבה באשר לדרכים שבאמצעותן נוכל לגרום לצמצום האקראיות שבתרומה הייחודית של השופט לקביעת התוכן של ההכרעה השיפוטית.

אם כך, שמא בכלל לא צריך להתאמץ כדי להשיג ודאות משפטית? איני סבור כך. גם אם אי־הוודאות היא אינהרנטית למשפט, אין חולק כי יש לה חסרונות ויש לשאוף לצמצם אותה.⁸⁰ מערכת המשפט יכולה לתרום לכך אם נהיה ברורים יותר, חדים יותר, מעורפלים פחות, ועם "שורה תחתונה" ככל שניתן. יש להבחין בין אי־ודאות הנובעת

77 ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, בעמ' 38. מנחם מאוטנר, "על אי־הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", משפט וממשל ט (תשס"ו) 223, בעמ' 246-247.

79 שם, בעמ' 259.
80 מאיר שמגר, "על התקדים ועל ודאות הדין", משפטים יז (תשמ"ז-תשמ"ח) 433, בעמ' 438: "שאיפתו של בית המשפט חייבת להיות לעולם, שבכל תחום משפטי יתמעט מספרן של הדילמות המשפטיות וכי לגבי סוגיות רבות ככל האפשר תהיה נוסחה ברורה, יחידה ואחידה שישוּמה נותן את הפתרון על אתר" (הדגשה במקור – מ"ש).

ממקרים קשים לאי־ודאות הנובעת מכך שהסטנדרט, הכלל ופסק הדין הם כשלעצמם בעלי תוכן היוצר אי־ודאות. ככל שאנו בוחרים בהכרעות ובכללים לא בינריים, הדבר מכרסם בוודאות המשפטית, ולכל הפחות עלינו להיות מודעים לכך.

דוק: אין להסיק מדבריי כי אני תומך קנאי ברעיון של גבולות ברורים, של משבצות "טהורות" של התחומים השונים במשפט, של כל תחום לבדד ישכון ובתחומים האחרים לא יתחשב. אפשר ורצוי להקיש מתחומים אחרים, אפשר ורצוי שתחום אחד יושפע ממשנהו, אך חשוב להיות מודעים לכך. חשוב שגבולות התחומים לא ייפרצו מבלי דעת ובהיעדר מודעות. על המשפטן לרשום לעצמו הערת אזהרה שעה שהוא מערב בין תחומים שונים. אך לא סגי רק במודעות. אכן, רצוי שתחום משפטי אחד יפרה את האחר, רצוי שדיסציפלינות אחרות ישקו את הפרדס המשפטי, אבל בחלק מהדברים יש לחזור למושכלות ראשונים. יש לשאוף כי בסוף פסק הדין ידע הקורא מה הרציו. את הטיעון המשפטי יש להעמיד, ככל האפשר, על בסיס צנוע של דוקטרינה מקומית כמו הפרה של הסכם או עוולה נזיקית, מבלי להידרש לכלים כלליים ועמומים כמו זכויות חוקתיות. עבודת היום־יום של המשפט היא ברובה אפורה, עבודה של חול, ובפרפרזה על דברי השופט חשין שצוטטו לעיל, במרבית המקרים אין צורך להידרש לכלים של חג ומועד.