

בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי

תמר גדרון*

- א. מבוא
- ב. רקע: נזק כלכלי בעוולת הרשלנות. מהו ומה ייחודו
1. קשיי הגדרה
 2. שיקולי מדיניות ייחודיים לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור
 - 2.1 שיקולי תוצאה
 - 2.2 אלטרנטיבה ביטוחית או אפשרות ביסוסה של עילת תביעה חלופית
 - 2.3 חפיפה/עקיפה/השלמה – יחסי אהבה-שנאה בין חוזים לנדיקין
 - 2.4 שיקולי חינוך, הגינות וצדק
- ג. הגישות השונות לשאלת החבות לנזק כלכלי בעוולת הרשלנות
1. הגישה המרחיבה
 2. הגישה המצמצמת
 3. גישת הביניים
- ד. הקטגוריזציה של מקרי הנזק הכלכלי הטהור
1. החלוקה הקלאסית
 2. ביקורת החלוקה הקלאסית – קטגוריזציה בלתי ממצה וחסרת בסיס לוגי מספק
 3. החלוקה המודרנית
 4. ביקורת החלוקה המודרנית – קטגוריזציה בלתי ממצה וחסרת בסיס לוגי מספק
 5. סיכום גישת הביניים – הקטגוריזציה הקלאסית והקטגוריזציה המודרנית
- ה. משפחות משפט והנזק הכלכלי הטהור
1. המשפט הישראלי והמשפט האנגלי – דמיון אמיתי או מדומה?
 1. אחריות המדינה למעשה הגורר נזק כלכלי – פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין פז

* דיקן בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל. אני מבקשת להודות לפרופ' ישראל גלעד ולד"ר בועז שנור על הערות והארות מועילות ולעוזר המחקר שלי, אורי וולובלסקי, על עזרתו הבלתי נלאית באיסוף החומר, בעריכתו ובהבאתו לדפוס. המאמר נכתב בסיוע קרן המחקר של בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי, המכללה למנהל.

2. אחריות בנק למעשה רשלני הגורם לנזק כלכלי – פסק הדין של בית הלורדים בעניין *Barclays*
3. על הזהות ועל השוני בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי בסוגיית הנזק הכלכלי הטהור
 - 3.1 הדיון והשפה – מישור ה"איך"
 - 3.1.1 הגישה הישראלית
 - 3.1.2 הגישה האנגלית
 - 3.2 המישור האידאולוגי/ערכי/תאורטי
 - 3.2.1 הגישה האנגלית
 - 3.2.2 הגישה הישראלית
 - 3.3 ומה בפסיקה – המישור היישומי
 - 3.3.1 הגישה האנגלית
 - 3.3.2 הגישה הישראלית
- ז. הערכת המשפט המצוי
 1. המשפט האנגלי
 2. המשפט הישראלי
 3. הבדלי יישום או הבדלים ערכיים – דוגמאות מהפסיקה
 4. מסקנות
- ח. הראוי והרצוי
 1. המחשת הקושי – ריבוי מצבי הנזק הכלכלי הטהור
 2. הגדרה
 3. מגוון נסיבות אירועו של הנזק הכלכלי הטהור – קטגוריות מקרים?
 4. חולשתם של מבחני החבות "הרגילים" – האומנם?
 5. מבחן אחיד – כן, מבחן מיוחד – לא
 6. המבחן הנכון לקביעת חובת זהירות במקרים של נזק כלכלי טהור בעולות הרשלנות
- ט. יישום הדגמה וסיכום

א. מבוא

שני פסקי דין חשובים עסקו לאחרונה בשאלות עד כמה ועד מתי קיימת חובת זהירות בעולות הרשלנות כשהנזק הצפוי¹ והנזק שנגרם בפועל הוא נזק כלכלי טהור.² בתי

¹ מקום שהנזק הצפוי הוא נזק פיזי והנזק הכלכלי נגרם במהלך מניעה או מזעור הנזק הפיזי – הדעות בפסיקה חלוקות: David Gruning, *Pure Economic Loss in American Tort Law: An Unstable Consensus*, 54 AM. J. COMP. LAW. SUPP. 187 (2006); בעניין *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute*, [1965] 3 All E.R. 560 (Q.B.) (להלן: עניין *Weller*) נקבע כי כשהיה צפוי נזק פיזי לתובע, יש כלפי חובת זהירות אפילו אם בסופו של דבר

המשפט הגיעו למסקנה שונה בכל אחד מהמקרים. פסק הדין הראשון עסק באחריות המדינה ורשויותיה לפעולה רשלנית שגרמה נזק כלכלי. פסק הדין הכיר עקרונית באפשרות קיומה של חובת זהירות מצד המדינה. פסק הדין השני עסק באחריות בנק לנזק מסוג דומה, נזק כלכלי טהור, ובו דווקא נשלל קיומה של חובת זהירות מצד הבנק. פסק הדין הראשון ניתן על ידי בית המשפט העליון הישראלי,³ ואילו פסק הדין השני ניתן על ידי בית הלורדים באנגליה.⁴

שני פסקי דין אלו, ואחרים שבאו בעקבותיהם, מהווים הזדמנות מתאימה לחזור

גדרם לו רק נזק כלכלי. באותו מקרה, בשל רשלנותו של הנתבע פגעה באזור מחלת הפה והטלפיים, ועקב זאת התבטלה מכירה פומבית של בקר. נפסק שבעל הבקר שהיה צפוי להיפגע פיזית יפוצה, ואילו מנהל המכירות הפומביות שהנזק שנגרם לו היה "רק" לאינטרס חוזי ולא היה צפוי לו מלכתחילה כל נזק פיזי – לא יזכה בפיצוי; Restatement (Third) of Torts: Economic Torts and Related Wrongs §8 (Proposed Council Draft No. 1 Oct 2, 2006, Illustration 12) (להלן: "הריסטייטמנט"). השוו: Murphy v. Brentwood District Council, [1990] 2 All E.R. 908 (שעוסק, בין השאר, בהוצאות שהוצאו למניעת נזק פיזי. ע"א 344/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא(1) 310 (1967). לסקירה השוואתית במבט ביקורתי ראו: Matthew W. Gissendanner, *Tort Law, Tort Recovery for Defective Products Posing a Threat of Bodily Harm: An Exception to the Economic Loss Rule?*, 57 S. C. L. REV. 619 (2006) על ניסיונות הגדרת הנזק הכלכלי הטהור ראו בהמשך. ראו: Israel Gilead, *The Limits of Tort Liability in Negligence and Pure Economic Loss*, in DEVELOPMENTS IN AUSTRIAN AND ISRAELI PRIVATE LAW 197, 203 (Herbert Hausmaninger, Helmut Koziol, Alfredo M. Rabello & Israel Gilead eds., 1999) (המאמר להלן: "The Limits of Tort Liability in Negligence and Pure Economic Loss" DEVELOPMENTS IN AUSTRIAN AND ISRAELI PRIVATE LAW" Israel Gilead, *Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss in Israel*, in Israel Reports to the XV International Congress of Comparative Law "Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss" 79 (Alfrado M. Rabello ed., 1999) Willem H. Van Boom, *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective*, in 9 TORT AND INSURANCE LAW 1 (Willem H. Van Boom, Helmut Koziol V. PALMER & MAURO (& Christian A. Witting eds., 2004) BUSSANI, GENERAL REPORT: PURE ECONOMIC LOSS – THE WAY TO RECOVERY 14 Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer & Francesco; (Utrecht, Working Paper, 2006) Parisi, *Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement*, 51 AM. J. COMP. LAW 113 (2003) (להלן: "An Economic Restatement"); דויד רונן "נזק כלכלי טהור במבט השוואתי" הפרקליט מד 504 (1999); אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר – מאמרים כרך ג 21, 21–23, והטקסט הנלווה לה"ש 2, ה"ש 7 (אהרן ברק עורך, 2003); תמר גדרון "חובת הזהירות בעולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126, 128 (1995); רונן פרי ריקושטים כלכליים: נזקים כלכליים טהורים, הנובעים מפגיעה רשלנית בגופו או ברכושו של צד שלישי או ברכושו שאין לו בעלים 14–11 (2002) (להלן: "ריקושטים כלכליים"). לאסמכתאות נוספות ראו עוד להלן בה"ש 7. ע"א 3464/05 פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, מחלקת עבודות ציבוריות, תק-על 06(3) 430 (2006).

3

4 Custom and Excise Commissionaires v. Barclays Bank [2007] 1 AC 181 (2006) (להלן: עניין בנק Barclays).

ולהתעמק בקשיים המיוחדים שמעוררת סוגיית הנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות, בשיקולים המיוחדים שבתי המשפט נזקקים להם כדי להתגבר על קשיים אלו ובדמיון ובשוני בדרך ההתמודדות עמם כפי שהם משתקפים בשתי שיטות המשפט, הישראלית והאנגלית, המסווגות בדרך כלל כמייצגות תפיסה ראשונית ערכית דומה לנושא זה. ברשימה זו אעסוק בסוגיות אלו, שחלקן תתמקדנה גם בשאלה אם בפנינו יישום שונה של עקרונות ומבחנים דומים או שמא תפיסה משפטית ערכית שונה מעיקרה שבעקבותיה נדחתה התביעה נגד הבנק (באנגליה) והתקבלה התביעה נגד המדינה (בישראל). הפסיקה הישראלית אינה מרבה לדון מפורשות בנושא הנזק הכלכלי ונוטה, כפי שנראה, להכיר באחריות בנוגע אליו או לדחותה, בדרך אגבית בלבד. לצד סקירת החידושים בפסיקה אנסה לבחון הן את הרקע לבעייתיות הנושא והן את הדרכים האפשריות לפתרונה כפי שאומצו בשיטות משפט אחרות. בסופה של משימה מורכבת זו, ולאחר ביקורת הפתרונות המקובלים, אציע מבחני חבות שיסייעו לא רק בהאחדת הבסיס התאורטי של הדיון בנזק הכלכלי הטהור כשלעצמו, אלא בשילובו עם המבחנים המקובלים עלינו במקרים שבהם הנזק שנגרם ברשלנות אינו בעייתי במהותו. את מבחני החבות המוצעים ויישומם בפועל אבקש לבחון, בהמשך לכך, באמצעות "case study" שיבהיר שגם אם אין מדובר ב"פתרון קסם" הרי שיש בו כדי להוות צעד חשוב קדימה בגיבוש קולו של המשפט הישראלי בנושא זה שהיה עד כה בן חורג הן בדרך ההתייחסות אליו והן בעומק הניתוח התאורטי שזכה לו.

ב. רקע: נזק כלכלי בעוולת הרשלנות – מהו ומה ייחודו

על הסיבות לבעייתיות שמעוררת סוגיית הנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות נכתב כבר רבות. בעייתיות זו אינה מתעוררת בדרך כלל כשמדובר בטענה לאחריות המבוססת על עוולות פרטיקולריות, כמו עוולות מסחריות, שקר מפגיע, לשון הרע,⁵ ואינה מתעוררת כלל כשמדובר בנזק פיזי או בנזק כלכלי הנובע מנזק פיזי או מבוסס עליו. עוולת הרשלנות רחבת הגבולות, שמבחינה מופשטים ועמומים,⁶ מאפשרת את הרחבת

⁵ במקרים כאלו יכולות להתעורר שאלות באשר לנכונותה של השיטה לאפשר שימוש בעוולת הרשלנות כתחליף או השלמה ובאשר לשיקולי המדיניות הנכונים ליישום במקרה כזה.

⁶ ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (לט) 113 (1) (1985); ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994); Israel Gilead, "Tort Law" – A 250 pages commentary on Israeli tort law, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAWS part 1, ch.1, 45, 45–62 (Roger Gilead, *The Limits of Tort Liability in Negligence and Pure Economic Loss*, in *Economic Loss*, לעיל ה"ש 2. גלעד מבסס את הבחנותיו בין המקרים השונים, המסווגים במסגרת "הנזקים הריקושטיים", ואת הצעותיו לפתרונם, בין השאר על ההבחנות על בסיס נזק חברתי/פרטי. על ההפשטה והעמימות שבמבחני החבות עומד גם בית הלורדים בעניין Caparo Industries Plc. v. Dickman [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.) שבו צומצם המבחן הרחב יתר על המידה שנקבע בעניין Anns v. London Borough of Merton, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). המבחן שאומץ בעניין Caparo מנחה גם את מרבית שופטי בית הלורדים בעניין Barclays, לעיל

בסיס האחריות הרבה מעבר לאפשרויות שיוצרות העוולות הנקודתיות, הסיפוריות, שגבולותיהן צרים ומצומצמים. הבעייתיות שבעטייה הגיעו חלק לא מבוטל משיטות המשפט בעולם המודרני לצמצום, ולעתים אף לשלילת ההכרה באפשרות קיומה של אחריות ברשלנות לנזק כלכלי טהור, נעוצה דווקא, ובאופן לא מפתיע, במגמת ההרחבה שאימץ חלקן הגדול בכל הנוגע לאחריות בשל התרשלנות הגורמת לנזק פיזי ולנזקים נלווים אליו.

לצד נטייה זו להרחבת האחריות בכל הנוגע לנזק פיזי, בעיקר לגוף, ולנזקים נלווים, כאמור, בולט ההיסוס בכל הנוגע להכרה באחריות לנזק כלכלי טהור. היסוס זה מתבטא בגיבוש "כלל שלילה" או "כלל החרגה" (Exclusionary Rule) או בפשטות "כלל הנזק הכלכלי הטהור" (Economic Loss Rule). מדובר בנושא שעומד מזה שנים רבות במרכז השיח הנזיקי, והוא מעסיק את מרבית שיטות המשפט ומייצר כתיבה אקדמית, פסיקה – שכמותה מתרבה והולכת, ואף חקיקה נקודתית בסוגיות מרכזיות, והדעות לכאן ולכאן מספקות כר נרחב לדיון פורה ומעמיק בשאלות שבבסיסם של דיני הנזיקין: מקומם של דיני הנזיקין במשפט הפרטי; מטרות דיני הנזיקין והגישה הכלכלית למשפט; נזיקין מול חוזים ומול עשיית עושר; נזיקין וביטוח ועוד.⁷ כך,

ה"ש 4, בעיקר את הלורד Hoffmann והלורד Rodger. בהקשר דומה של עמימות וירטואלית מדברים שופטי בית הלורדים גם על המבחן המשולש של "נכון, סביר והוגן". עוד בשאלה זו ראו בהמשך במסגרת הנימוקים לצמצום האחריות לנזק כלכלי טהור, האסמכתאות שם.

7 לסקירה כללית ראו: BRUCE FELDTHUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS (4th ed. 2000); Fleming James, *Limitations on Liability for Economic Loss Caused By Negligence: A Pragmatic Appraisal*, 25 VAND L. REV. 43 (1972); K.M. STANTON, THE MODERN LAW OF TORT, 307-369 (1994); ANDREW BURROWS, UNDERSTANDING THE LAW OF OBLIGATIONS: ESSAYS ON CONTRACT, TORT AND RESTITUTION 213-216 (1998); Tort Law (Simon Deakin, Angus Johnston & Basil Markesinis eds., 5th. Ed., 2003); Ursula cheer, *New Zealand Court of Appeal Rejects the "Murphy" Approach to Tort Liability for Defective Buildings*, 3 THE TORT LAW REVIEW 90 (1995); DAN B. DOBBS, ROBERT K. KEETON & DAVID G. OWEN, PROSSER AND KEETON: ON THE LAW OF TORTS 655 (5th ed., 1984); Bruce Feldthusen, *The Recovery of Pure Economic Loss in Canada: Proximity, Justice, Rationality, and Chaos*, 24 MANITOBA L.J. 1 (1996); C.S.C Sheller, *Pride and Precedent: Economic Loss – The Search for a New Bright Line*, 1995 LLOYD'S MAR. & COM. L.Q. 203; John J. Fleming, *Comment: Economic Loss in Canada*, 1 THE TORT LAW REVIEW 68 (1993); S. M. Waddams, *Further Reflections on Economic Loss: A Canadian Perspective*, 2 THE TORT LAW REVIEW 116 (1994); I. N. Duncan Wallace, *Notes: The Murphy Saga in Australia: Bryan in Difficulties?*, 113 L.Q. REV. 355 (1997); Norman A. Katter, *Duty of Care in Australia: Is the Fog Lifting?*, 72 AUST. L.J. 871 (1998); IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW 211-219 (1993); Bruce Feldthusen, *Liability for Pure Economic Loss: Yes, but Why?*, 28 UNIV. OF WEST. AUSTRALIA L. REV. 84 (1999); Benjamin England, *Fraud, Freedom, and Fundamental Fairness: Getting Beyond the Economic Loss Rule*, 53 U. MIAMI L. REV. 505 (1999); Eileen Silverstein, *On Recovery in Tort for Pure Economic Loss*, 32 U. MICH. J. LAW REFORM 403 (1999); Reeder R.

למשל, הריסטייטמנט קובע נחרצות: "Economic negligence is the most

Fox & Patric J. Loftus, *Riding the Choppy Waters of East River: Economic Loss Doctrine Ten Years Later*, 64 DEF. COUNC. J. 260 (1997); PETER CANE, THE ANATOMY OF TORT LAW 150–166 (1997); PETER CANE, TORT LAW AND ECONOMIC INTERESTS 106–268 (2nd ed. 1996); ROBBY BERNSTEIN, ECONOMIC LOSS (1998); Mervyn Dendy, *Reflections on Reading Bernstein's Economic Loss*, 111 S. AFRICAN L. J. 592 (1994).; Dale Hutchison & Belinda Van Heerden, *The Tort/Contract Divide Seen from the South African Perspective*, 1997 ACTA JUR. 97; Paula Giliker, *Revisiting Pure Economic Loss: Lessons to be learnt from the Supreme Court of Canada?*, 25 LEGAL STUD. 49 (2005); Van Boom, *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective* 2 FREDERICH במסגרת דיני החוזים ראו בנוסף: המשפט הגרמני בהתמודדות עם הסוגיה ומיקומה במסגרת דיני החוזים ראו בנוסף: H. LAWSON & BASIL MARKESINIS, TORTIOUS LIABILITY FOR UNINTENTIONAL HARM IN THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW 81–83 (1982); Basil S. Markesinis, *Caparo and Murphy: How Two Recent Decisions of the House of Lords Look From the Other Side of the Channel*, 1 *European Rev. of Private Law* 201–214 (1993); Bas Kortmann & Dennis Faber, *Contract and Third Parties*, in TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 230–237 (A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius, C.E. du Perron & J.B.M. Vranken eds., 1994); BASIL S. MARKESINIS & HANNES UNBERATH, THE GERMAN LAW OF TORTS: A COMPARATIVE TREATISE 203–359 (4th ed., 2002); השוו רונן, "נזק כלכלי טהור במבט השוואתי", לעיל ה"ש 2; השוו למשפט הצרפתי השולל פיצוי נזיקי בהתקיים מערכת יחסים חוזית: Simon Whittaker, *Privity of Contract and the Law of Tort: The French Experience*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 327, 328 (1995); לסיכום העמדה המובילה בארצות-הברית שדוגלת בכלל השליה בעיקר במקרים של מוצרים פגומים ומכירה, בכפוף למבחנים המגבילים את האחריות במקרים של חיוי דעה רשלני, ראו David Gruning, *Pure Economic Loss in American Tort Law: An Unstable Consensus*, לעיל ה"ש 1; לסקירה כללית משווה של שיטות המשפט המובילות ראו: 16 CIVIL LIABILITY FOR PURE ECONOMIC LOSS (Efstathios K. Banakas ed., 1996); Pure Economic Loss in Europe (Mauro Bussani & Vernon V. Palmer eds., 2003); Bussani & Palmer, *An Economic Restatement*, לעיל ה"ש 2; Philosophical Foundations of Tort Law (David G. Owen ed., 1997); VERNON V. PALMER & MAURO BUSSANI, GENERAL REPORT: PURE ECONOMIC LOSS – THE WAY TO RECOVERY (Utrecht, Working Paper, 2006) (להלן: "הדו"ח של פלמר ובוסאני" או "הדו"ח"). ראו גם Tamar Gidron & Boaz Shnoor, *Pure Economic Loss the Ways to Recover* המדינתיים שעליהם מתבסס הדו"ח של פלמר ובוסאני (להלן: "דו"חות הכנס" או "אתר הכנס"). לסקירת הדין באירופה במבט השוואתי והמלצות לאחידה ראו: Christian von Bar & Ulrich Drobing Study on Property Law and Non Contractual Liability Law as they relate to Contract Law, available at http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf (להלן: "Study on Property Law"). ראו אסמכתאות נוספות בדו"ח של פלמר ובוסאני, ה"ש 7 ו-8; לתקציר נימוקי הנגד, המנוסחים בתמציתיות בהירה במיוחד, ראו ריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1; למבט תאורטי ומעשי על המשפט הישראלי ראו Gilead, *The Limits of Tort Liability in Negligence and Pure Economic Loss*, לעיל ה"ש 2; ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה", לעיל ה"ש 2; גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור", לעיל ה"ש 2.

”Law Commission-⁸ unsettled field in America tort law today” ומטעם
 “Over the last twenty-five years, no area of civil liability has proved more troublesome than pure economic loss”⁹ ועדת
 מומחים שמונתה בשווייץ לצורך בחינת שינויים ביני הנזיקין שם, כינתה את סוגיית
 הנזק הכלכלי הטהור: “The Gordian Knot of the Tort system”¹⁰. וכל כך על מה
 ולמה?

1. קשיי הגדרה

”נזק כלכלי טהור” (“Pure Economic Loss”, “Financial Loss”, “Commercial Loss”, “Pecuniary Loss”, “Free Standing Economic Loss”, “Stand-Alone” או “Loss”) הוא בעיקרו של דבר נזק שאינו תולדה של נזק פיזי לגופו או לרכושו של התובע ואינו נובע ממנו. בנזק כלכלי טהור, ישיר ובלתי ישיר,¹² אין פגיעה באינטרסים קנייניים טהורים,¹³ ובמרבית המקרים מדובר בפגיעה באינטרסים פיננסיים עתידיים ובשלילת סיכויי ההפקת רווח – בדרך כלל חוזי.¹⁴ ריבוי המצבים העובדתיים שבהם

⁸ ראו גם: Mark P. Gergem, *What Renders Enrichment Unjust*, 79 TEX L. REV. 1972 (2001).

⁹ BURROWS, UNDERSTANDING THE LAW OF OBLIGATIONS: ESSAYS ON CONTRACT, TORT AND RESTITUTION, לעיל ה"ש 7.

¹⁰ 16 Franz Werro, *Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law*, in CIVIL LIABILITY FOR PURE ECONOMIC LOSS 181,188 (Comparative Law Series No.6 Vol 18, Efstathios K. Banakas eds., 1996).

¹¹ ראו David Gruning, *Pure Economic Loss in American Tort Law: An Unstable Consensus*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 188; בה"ש 2, לעניין מגוון השמות והשימושים הרווחים בהם.

¹² מבחינת שרשרת הסיבתיות, בעיקר במקרים של חיזוי דעה רשלני, אך לא רק בהם.

¹³ על השאלה מהו אינטרס קנייני ועל חוסר הבהירות בתשובה ראו הערה 8 לטיטת הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1.

¹⁴ קשיים בהגדרה זו נוצרים בעקבות מקרים כמו בעניין *Goodwill v. Pregnancy Service*, [1996] 2 All E.R. 161 (C.A.); ת"א (מחוזי י"ם) 131/97 **אסיג נ' קופת חולים של ההסתדרות** ובעניין

ת.א. 733/94 (שלום י"ם) **דונין נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית**; *Cattanach v. Melchior*, 199 A.L.R. 131 (2003). בכולם לידת ילד בריא, שהוריו לא רצו בו, תוארה כ"נזק כלכלי טהור"

ואף על פי כן זיכתה את ההורים בפיצוי. לעומת זאת, בעניין *McFarlane v. Tayside Health Board*, [2000] 2 A.C. 59 (H.L.), שלל בית הלורדים אחריות בנימוק שמדובר ב"נזק כלכלי טהור". גישה זו נדחתה, כאמור, באוסטרליה. מן הראוי להדגיש כי סיווג הולדתו של הילד הבריא והלא רצוי כנזק כלכלי טהור להוריו אינה נקייה מספקות, הואיל ובכל מקרה זהו "נזק תוצאתי"

או "פרזיטי", דהיינו נזק הצמוד לנזק שאינו כלכלי טהור ולפיכך אינו אמור לעורר את הקושי שמעורר הנזק הכלכלי הטהור. עוד על גישת הפסיקה במבט פופולרי ראו: Penny Booth, *A child is a Blessing Heavily in Disguise, Right?*, 151 NEW LAW JOURNAL 1738 (2001)

גם לעניין פגיעה בשמו הטוב של התובע, הדעות אינן חד-משמעיות. פרט לשאלה אם בכלל אפשר להגיש תביעה ברשלנות על פגיעה בזכות לשם טוב במסגרת עוולת הרשלנות (בדרך כלל כאשר ישנה בעייתיות בהתנהלות במסגרת חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 464 (להלן: "חוק

נגרם, בדרך כלל, נזק כלכלי טהור, לצד מגוון אופני הפגיעה הנכנסים למסגרת זו, מקשים במיוחד על ניסוח הגדרה מוסכמת על הכול לסוג נזק בעייתי זה על מגוון פניו והיבטיו,¹⁵ ונראה כי חלק לא מבוטל מהכותבים¹⁶ כבר ויתרו על ניסיונות ההגדרה שלא צלחו, והם מסתפקים בתיאור קבוצות מקרים אופייניות¹⁷ תוך שהם מתייחסים ל"נזק כלכלי טהור" (PEL) כאל מושג שאינו טעון עוד הגדרה. וטוב שכך.¹⁸ כפי שנראה בהמשך, אכן אין כל אפשרות, מעשית או תאורטית, למפות מראש את כלל המקרים העובדתיים שבהם נזק כלכלי טהור ובוודאי לא לכלול את כולם בהגדרה גורפת ומדויקת. עדיף, לפיכך, לזנוח מראש ניסיונות עקרים אלו ולהודות בקוצר ידן של

- איסור לשון הרע") מתעוררת גם שאלת אופי וסוג הנזק. על הסוגיה הראשונה ראו: Daniel More, *The Boundaries of Negligence*, 4 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 339 (2003); תמר גדרון "לשון הרע – עוולת רשלנות?" **המשפט** ד' 219 (1998); אורי צור "לשון הרע – עוולת רשלנות? – תגובה" **המשפט** ד' 239 (1998). לשאלה השנייה ראו: Spring v. Guardian Assurance Plc., [1994] 3 All E.R. (H.L.) שבו זכה התובע, באופן די מפתיע, בפיצוי בעוולת הרשלנות; ראו גישה דומה גם אצל David Gruning, *Pure Economic Loss in American Tort Law: An Unstable Consensus*, לעיל ה"ש 1; ראו **אתר הכנס**, לעיל ה"ש 7; בהקשר זה ראוי לציין כי טיוטת הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1, מבהירה שפגיעה בשם הטוב הנה פגיעה באישיותו של הנפגע ואינה מהווה, לפיכך, נזק כלכלי. ראו שם גם את הדוגמה לניסוי שגורר נזק למי שעליו נערך הניסוי. אין לו עילת תביעה ברשלנות (כאן דווקא מפני שמדובר בנזק כלכלי) אולם ייתכן שתהיה לו עילה בלשון הרע. **הריסטייטמנט**, לעיל ה"ש 1, Sec. 13 illustration 21 and Comment f. השוו: פרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9–15 וה"ש שלו בעמ' אלו המגדירות, בין השאר "נזק תוצאתי", "נזק נגזר" ובעיקר ה"ש 8 המדברת על נזק שנגרם עקב פגיעה בשמו הטוב של אדם.
- על ההבחנה בין "נזק פיזי" לבין "נזק כלכלי" לעניין כיסוי ביטוחי ראו: Shell UK. v. CLM, [2000] 1 LLOYD'S L. REP. 612 (Q.B); Cementation Piling and Foundations Ltd. v. Aegon Insurance Co. Ltd. [1995] 1 LLOYD'S L. REP. 97. והשוו: ע"א 5775/02 **נווה גן (א.כ.) בניה פיתוח והשקעות בע"מ נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נח(2) 307 (2004) (להלן: **עניין נווה גן**). כאן פוסק השופט ריבלין כי הזזת מבנה ממקומו עקב הצורך לעמוד בתכנית מתאר, כשהמקום המקורי נקבע בעקבות רשלנות המתכנן, אינה מהווה "נזק פיזי" ולכן אינה מכוסה על ידי פוליסת הביטוח.
- על רקע זה בולט ניסיון ההגדרה של Van Boom המציג שתי גישות אפשריות להגדרה כזו, הגישה הבודקת את הנזק והגישה הבודקת את האינטרס. Van Boom, *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 2, עמ' 3 ה"ש 9. עוד ראו אסמכתאות בה"ש 2 לעיל.
- הקטגוריות המקובלות הן מבית מדרשו של FELDTUSEN, *ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS*, לעיל ה"ש 7. ראו חלוקה דומה אצל Gilead, *Limits of Tort Liability in Negligence and Pure Economic Loss*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89–124. בדו"ח של **פאלמר ובוסאני**, לעיל ה"ש 2, מוצע קטלוג שונה. חלוקות דומות יש גם אצל פרי **ריקושיים כלכליים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16 ואילך, ואצל Van Boom, *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 102–140.
- פלמר ובוסאני מבססים טיעון מקביל שגם לפיו אי-אפשר ואין צורך בהגדרה מדויקת למושג הואיל וכל שיטת משפט – גם כזו ששוללת וגם כזו שמרחיבה – משתמשת בהגדרה שהיא פועל יוצא של גישתה הערכית של אותה שיטה לנושא – ראו: פרק המבוא של הדו"ח. זוהי גם המסקנה הנובעת מקלישותה של ההגדרה **בריסטייטמנט**, לעיל ה"ש 1, שלאור הדוגמאות הרבות ומגוון המצבים המתוארים בה, מייטרת את הצורך בהגדרה מדויקת ומורכבת יותר.

הגדרות משפטיות בהתמודדות עם המציאות המפתיעה המייצרת חדשות לבקרים מקרים חדשים של גרימת נזק כלכלי טהור, ומחייבת החלטה אופרטיבית משכנעת וישימה למקרי הנזק הכלכלי הטהור המתרבים והולכים.

אמנם הנזק הכלכלי הטהור "מגדיר את עצמו" מתוך נסיבות אירועו והגדרת האינטרסים הפגועים שמהם הוא נובע מקלה את זיהויו, אולם לא ניתן להבין את המהומה הרבה שהוא מעורר בלי למפות, ולו גם בקצרה, לאור הכתיבה הענפה הקיימת בנושא זה, את השיקולים העיקריים המכתיבים את הפתרונות האפשריים לקשיים שהוא מעורר, כפי שאומצו בשנים האחרונות בשיטות המשפט השונות.¹⁹ כשנתוודע לאלו נוכל לחזור לדיון המרכזי בשאלת יישומם של שיקולים אלו על המקרים העובדתיים המגוונים שבהם נזק כלכלי טהור. זאת, גם ללא הגדרה מדויקת של משמעותו של זה ותוך הכרה בסיוע המוגבל שמספקת חלוקת מקרי הנזק הכלכלי הטהור לקטגוריות של מקרים עובדתיים למציאת פתרון לסוגיה זו בכלל ולהגדרת המקרים הנופלים לתחומה בפרט.

2. שיקולי מדיניות ייחודיים לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור

2.1 שיקולי תוצאה

אופיו המיוחד של הנזק הכלכלי, הבא לידי ביטוי הן מבחינת היקף השפעתו ועומקו והן מבחינת מגוון היבטיו ומורכבותם, יגרור הכרה "בלתי מבוקרת" בו. דהיינו, הכרה על פי המבחנים המקובלים בדרך כלל בעוולת הרשלנות במקרים של נזק שאינו נזק כלכלי טהור תביא להרחבת האחריות ברשלנות מעבר לרצוי מבחינה כלכלית, מוסרית וחברתית.²⁰ זאת, הואיל ואחד המאפיינים הבולטים של הנזק הכלכלי הטהור הוא אפקט השרשרת שלו – נזק כלכלי ל-א' עלול בחלק גדול של המקרים לפגוע בצפיפות הלגיטימיות של ב', ג' ו-ד' וכן הלאה. למשל, רשלנותו של נתבע, שגרמה להפסקת אספקת החשמל למפעל של א' עלולה לגרום נזקים כלכליים טהורים (בנוסף לנזקים

¹⁹ השיקולים ברו"ח של פלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 7 אינם שונים בהרבה מאלה שלעיל פרט להקבצתם השונה ולעובדה שהם "מכווני קטגוריזציה". שיקוליהם הנם כדלקמן: 1. קשיים ערכיים ותאורטיים ביישום מבחני הצפיות הרגילים על נזק כלכלי. הואיל ומבחן הצפיות המקובל נבנה עבור נזק פיזי, יישומו על מקרים של נזק כלכלי טהור עלול להביא לתוצאות הרסניות מבחינת כמות והיקף התביעות (אין ספק שמדובר כאן במבחן ההצפה או המדרון החלקלק, המבוסס כאן על צפיות ובהמשך גם על נימוקים נוספים); 2. השוני באינטרס המוגן – זכות מוחלטת מול זכות יחסית; 3. הצפה – נימוקים מערכתיים מבססים את הבחנותיו בין המקרים השונים המסתווגים למסגרת הנזקים הריקושיטיים והצעותיו לפתרונם בין השאר על ההבחנות על בסיס נזק חברתי/פרטי עם חזרה על נימוק 1; 4. נזק פרטי מול נזק חברתי; 5. מדרג זכויות האדם כנימוק "תאונה" היסטורי; ראו גם התייחסות המקורות המופיעים בה"ש 7 לסוגיה זו.

²⁰ ההתייחסות היא בעיקר למבחני הצפיות שיש הטוענים שמלכתחילה אין הם מתאימים לסוג נזק מיוחד זה. ראו תשובה לנימוק זה אצל Busanni & Palmer *An Economic Restatement*, לעיל ה"ש 2.

פיזיים אפשריים) לא רק לבעל המפעל עצמו אלא גם לעובדיו, לצרכניו ולבעלי עסקים אחרים הקשורים אליו כלכלית בדרך זו או אחרת. נזקים אלו הם בדרך כלל לא רק צפויים, אלא אפילו יודעים, לפחות כלכלית, מראש. דו"ח פיננסי שנערך ברשלנות עלול לגרור שיתוק פעילות ונזקים כספיים גדולים לא רק למי שעבורו הוא נערך אלא לשרשרת ארוכה של מסתמכים נוספים. מוצר שיוצר ברשלנות ואינו מתאים ליעדו עלול לגרור נזקים כלכליים – הפסדים ומניעת רווחים – בהיקף נרחב לכל מי שפעילותו הכלכלית תלויה בהפעלתו התקינה של אותו מוצר. פרט לחשש הראשוני מפני הרחבה כזו של האחריות כלפי ניזוקים רבים נוספים ולנזקים בהיקפים גדולים,²¹ עלולה להיווצר עקב כך הרתעת יתר, שלצדה בולט בחלק די ניכר של המקרים האופייניים, היעדרו של נזק חברתי כלכלי,²² הואיל ומסכת העובדות מורה לא אחת על כך שהתנהגותו הרשלנית של 'א' שגרמה נזק לב' דווקא העשירה בסופו של חשבון את קופתו של ג' באופן המקבע את מטולטלת הנזק החברתי על אפס ואולי אף על רווח מצטבר אפשרי. בנוסף לכך ובעקבות זאת, עלולה להיגרם הצפה של בתי המשפט בתביעות הן של נפגעי מעגל הפגיעה הראשון והן של נפגעים ממעגלי פגיעה רחוקים יותר שנזקם הוא אמנם, כאמור, אולי רחוק אבל בהחלט צפוי.²³ תוצאות מרחיבות אלו עלולות לחבל גם בתפקודה התקין ובהיקף היעיל של הוצאותיה של המערכת המשפטית.²⁴

21 וידועה היטב אמרתו של השופט Cardozo שהיטיב לנסח את החשש האמור בעניין Ultramares Corporation v. Touche, Niven & Comp., 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), 179 אחריות על רואה חשבון כלפי צד ג' תחשוף את הנתבע לאחריות: "in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class"

22 בעמ' 80; Ronen Perry, *Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification*; 56 RUTGERS L. REV. 711 (2003–2004) *for the Exclusionary Rule*, המחבר מבסס את הבחנותיו בין המקרים השונים המסווגים במסגרת הנזקים הריקושיטיים, ואת הצעותיו לפתרון בין השאר על הבחנות על בסיס קיומו או היעדרו של נזק חברתי/פרטי; Busanni & Palmer *An Economic Restatement*, לעיל ה"ש 2, מבססים את מיפוי המקרים האופייניים שבהם בתי המשפט במרבית שיטות המשפט יפסקו פיצויים על פי קיומו או היעדרו של נזק חברתי כשהשיקול הכלכלי הוא המוביל מבין השיקולים להטלת אחריות. לאור קביעתם זו הם מנסחים מחדש את כלל הנזק הכלכלי באמירה כי "נזק כלכלי שאין לו מחיר חברתי לא יפוצה"; ראו גם הדו"ח של פלמר ובוטסאני, לעיל ה"ש 7, בעמ' 37.

23 בחלק משיטות המשפט מונים את הריחוק הזה בצפיות כסיבה נפרדת לצמצום האחריות – ראו הדו"ח של בוטסאני ופלמר, לעיל ה"ש 7. סעיף 6 נימוק ראשון.

24 על מגוון שיקולי התוצאה, שבדרך כלל מונים כל אחד מהם בנפרד, ראו האסמכתאות בה"ש 7 ובה"ש 20; ראו גם Van Boom, *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15–29; הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1 חלק שני בהערת המבוא.

2.2 אלטרנטיבה ביטוחית או אפשרות ביסוסה של עילת תביעה חלופית²⁵

בתי המשפט נוטים "לחנך" את התובעים שהנזק שנגרם להם הוא נזק כלכלי טהור ולשלול מהם את עילת התביעה או לצמצם את גבולותיה של חובת הזהירות בנימוק שתובעים אלו, בחלק גדול מן המקרים, יכלו לכלכל צעדיהם בחכמה מסחרית-כלכלית ראויה וסבירה יותר ולדאוג שהסיכון הכלכלי, שבסופו של דבר התממש בדמותו של הנזק הכלכלי הטהור, דווקא מהיותו צפוי מראש, יהיה מבוטח כיאות.²⁶ לחלופין היה באפשרותם – לעמדתם של בתי המשפט שאלו שיקוליהם – לדאוג, בראשיתה של פעילותם הכלכלית של תובעים מסוג זה, ליצור מערכת יחסים חוזית שעל הפרתה ניתן יהיה לתבוע בגינו של הנזק האמור. כך, למשל, יכולה פוליסת ביטוח בית המלון של התובע, שאת חופו זיהמה ספינתו של הנתבע, לכסות באופן נכון ורצוי יותר כלכלית על נזקי אבדן ההכנסות של אותו מלון. כך גם, למשל, במקרה של תובע שרכש נכס בהסתמכו על שוויו כפי שנקבע על ידי מעריך מטעם המלווה שמימן עבורו את הרכישה, וניזוק מאחר שההערכה הייתה רשלנית ומוטעית.²⁷ אילו "טרח" הרוכש לשלם בעוד מועד עבור חוות דעת מטעמו, הייתה לו בעת צרה עילת תביעה חוזית כלפי

²⁵ אפשר כמובן לחשוב על עוולות חלופיות אחרות דוגמת לשון הרע, שקר מפגיע, עוולות מסחריות וכיוצא באלה, אך טווח פעולתן של אלו מצומצם בהרבה. ראו התייחסות בעניין *Spring*, לעיל ה"ש 14; כמו כן ראו בס' 13 דוגמה 21 ואילך בריסטייטמנט דוגמאות דומות כגון המבחן הפסיכולוגי שנערך ברשלנות וגרר נזק לשמו הטוב ולעתידו הכלכלי של העובד ובדיקת סמים רשלנית.

²⁶ כדאי לזכור כי אף שביטוח אחריות של הנתבע יכול להיות בעייתי בהקשר זה, הרי ביטוח שיעשה על ידי התובע – הנפגע הפוטנציאלי – הוא הרבה יותר נכון וכלכלי. Christian Lahnstein, *Pure Economic Loss and Liability Insurance*, ב"INSURANCE", לעיל ה"ש 2, בעמ' 162. מאידך גיסא אפשר לטעון כי שכחבת הביטוח עצמה תבקש לתבוע את נזקיה מגורם הנזק הכלכלי, עילת התביעה שלה תהיה בעייתית מאותה סיבה בדיוק, דהיינו, היותו של הנזק שנגרם לה כמו גם הנזק שעליו פיצתה את המבוטח – נזק כלכלי טהור. ראו בשאלה זו ונגזרותיה של סוגיית הביטוח, פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 395–401. שאלה שהועלתה ולא נדונה בעניין ע"א 2906/01 ורעור שנגד **עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ**, פדאור 06(11) 298 (2006) היא מה דינם של נזקיה של חברת הביטוח, שהם מעצם טיבם וטבעם נזקים כלכליים במהותם, במקרה שבו נזקיו של המבוטח הם נזקים פיזיים. אני, כאמור, דנה כאן בביטוח נזקים כלכליים טהורים שנגרמו למבוטח עצמו והם "צובעים" גם את נזקו של המבטח כנזק כלכלי טהור. לגופה של שאלה נראה כי מי שירצה לשלול את זכאותה של חברת הביטוח לסוברוגציה מקום שבו למבוטח הייתה עילת תביעה נגד המזיק בנימוק שהנזק שמכוחו היא תובעת הוא נזק כלכלי, יצטרך לעשות כן על סמך נימוקים נוספים, אם בכלל. ולכן היסוסו של בית המשפט בעניין מנורה אינו מובן כשלעצמו, שהרי אם מדובר בסוברוגציה הרי גם נזקי חברת הביטוח הם נזקים פיזיים – היא נכנסת בנעלי המבוטח הניזוק, ואם נזקי המבוטח הם נזקים כלכליים טהורים כך יהיו גם נזקי חברת הביטוח ממילא.

²⁷ מן הראוי לזכור עוד לעניין הכיסוי הביטוחי, כי הפיצוי שמשלמת חברת הביטוח, הוא פיצוי שעבורו שילם כבר המבוטח עצמו. עוד יש לזכור כי השאלה אם חברת הביטוח תישא בנזק בעצמה או שמה תוכל לתבוע שיפוי מהמזיק, תשפיע על עלות השירות לציבור המבוטחים בעתיד.

מחווה הדעה. אם הערכתו של זה הייתה שגויה ורשלנית, יכול היה הרוכש לקבל פיצוי מתאים לנזקו ללא היזקקות לעוללת הרשלנות, שאולי אינה מתאימה לכאן מלכתחילה, להשקפת עולמן של חלק משיטות המשפט הנוקטות בגישה השלילית כלפי הנזק הכלכלי הטהור.²⁸

2.3 חפיפה/עקיפה/השלמה – יחסי אהבה-שנאה בין חוזים לנזיקין

חלק גדול ממערכות היחסים המייצרות נזק כלכלי טהור פועלות על רקע קיומה של מערכת חוזית אחת לפחות. כמה דוגמאות תמחשנה את הבעייתיות הנובעת מכך לענייננו: (א) **קיום חוזה או מו"מ לקראת כריתת חוזה**²⁹ בין התובע לבין הנתבע: כך במקרה של עורך דין שגורם נזק כלכלי טהור ללקוחו עקב ייעוץ פגום שהוא נותן לו;³⁰ או במקרה של המוכר שמכר לקונה סחורה שאינה מתאימה ליעדה אצל הקונה.³¹

28 Jane Stapleton, *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, 107 LQR 249 (1991) המצוטט בהסכמה על ידי בית הלורדים בעניין בנק *Barclays*, לעיל ה"ש 4. ראו גם פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 507. בפסק הדין בעניין *Woolcock Street Investment Pty Ltd. v. CDG Pty Ltd.*, (2004) 205 A.L.R. 522 שבו נמכר מבנה שישודותיו רעועים לרוכש שני שלא "טרח" בלשונו של בית המשפט, לקבל הבטחה חוזית מהמוכר שהיה הרוכש הראשון של המקרקעין ולא ביקש לעצמו חוות דעת מקצועית, התביעה נדחתה, כפי שנדחתה גם התביעה בעניין *Actew Corporation Ltd. v. Mihaljevic*, ACTSC 59 (2004) כשהנימוק הבסיסי היה היעדר Vulnerability מבחינתו של התובע. מובן שמול נימוקים אלו אפשר לטעון, בין השאר, שאמצעים חלופיים אלו – בעיקר יצירת מערכות חוזיות חלופיות – עלולות לייקר את הפעילות הרלוונטית שלא בטובתו של האינטרס החברתי הכללי.

29 ע"א 783/83 **קפלן נ' נובורוצקי**, פ"ד לח(3) 477 (1984); השוו: Paula Giliker, *A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French and Canadian Law*, 52 I. & C. L.Q. 969 (2003). יש מקרים שבהם אין מערכת חוזית אמיתית בין התובע לנתבע, אולם המערכת הקיימת הנה דמוית חוזה או שהיא דמוית חוזה שהגיע לקצו והתוצאה מבחינת הרציונל ומבחינת התוצאה זהה לזו המתקבלת ביחסי חוזה "של ממש" ראו: *Lennon v. Metropolitan Police Commissioner*, [2004] 2 All E.R. 266 (C.A.). במקרה זה הוגדרה המערכת כ-"The Parties were in a non-contractual relationship akin to that of employment". השוו לעניין *Spring*, לעיל ה"ש 14, שבו דובר על מערכת העסקה החוזית שבאה לקצה ועדיין היה בה כדי לייצר דיון ביחסים חוזיים לכאורה.

30 ע"א 2625/02 **עו"ד נחום נ' דורנבאום**, פ"ד נח(3) 385 (2004); ע"א 153/04 **רובינוביץ נ' עו"ד רובנובים**, תק-על 1549 (1)06 (2006). השוו באנגליה *Al-Kandari v. J. R. Brown & Co.*, [1988] 1 Q.B. 665 (C.A.); אסף יעקב "רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי" **עיוני משפט** כו 5 (2002).

31 ע"א American Microsystems Inc. 790/81 **נ' אלביט מחשבים בע"מ**, פ"ד לט(2) 785 (1985). השוו למערכת החוזית בעניין: *QC Construction Products, LLC v. Cohill's Building Specialties, Inc.*, 423 F.Supp.2d 1008 (2006) Landmark American **עיוני משפט** בעניין הברית בארצות-הברית בעניין *Insurance Company v. Moulton Properties* (Landmark Am. Ins. Co. v. Moulton Props.) 2007 U.S. Dist. Lexis 35310.

(ב) **קיום חוזה בין אחד הצדדים לאירוע המזיק לבין צד ג'**: כמו במקרה של המוריש המבקש לערוך צוואה ופונה לצורך כך לעורך דין, וזה, בשל התרשלנותו, גורם נזק כלכלי טהור ל"נהנה המיועד" שלא נהנה מהצוואה לאחר פטירתו של המוריש בגלל פסלותה.³² עורך הדין שמתרשל כלפי יריבו של לקוחו³³ או הבנק שהתרשל כלפי מי שעושה עסקה עם לקוחו³⁴ או במקרה של החוכר על בסיס זמן (Time charterer) שחכר זמן הפעלה של גוררת ימית כשהוא חייב בתשלום חדשי קבוע עבור חכירתו בין שירותי מהפעלתה ובין שלא, ועקב רשלנותו של הנתבע, שפגע פיזית בגוררת, נשללה מהחוכר האפשרות להפעיל אותה ולממן באמצעות הרווחים ממנה את דמי השכירות.³⁵

א. **קיום חוזה בין צד ג' לבין כל אחד מהצדדים לאירוע המזיק בנפרד**. כמו במקרה של מוכר שערך שני הסכמים, הראשון הסכם המכר בינו לבין הקונה ולפיו הבעלות בממכר הייתה אמורה לעבור לאחרון עם הגיע הסחורה ליעדה, והשני הסכם שערך אותו הבעלים, הפעם עם המוביל הימי שהיה אמור לבצע את ההובלה של הממכר מהמוכר לקונה. משתתרשל המוביל בהובלתו נגרם לקונה, שבידו רק הזכות האובליגטורית, נזק כלכלי טהור.³⁶ התלבטות לא מעטה גרם גם המקרה העובדתי שבו בעל הבית, שנוזק לשיפוצים, התקשר במערכת חוזית עם קבלן שהיה אמור לבצע את עבודת השיפוץ. הקבלן התקשר עם קבלן משנה, ובשל התרשלנותו של קבלן המשנה, לא יכול היה בעל הבית לממש את ציפיותיו הכלכליות מהמבנה.³⁷

³² White v. Jones, [1995] 2 A.C. 207 (H.L.)

³³ ע"א 1170/91 בכור נ' עו"ד יחיאל, פ"ד מח(3) 207 (1994); ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990); ע"א 751/89 מוסהפור נ' עו"ד שוחט, פ"ד מו(4) 529 (1992); ע"א 2725/91 היינבוין נ' עו"ד גלעדי, פ"ד מח(3) 92 (1994); ע"א 229/85 בן נון נ' הרצוג, פ"ד מב(1) 785 (1988); השוו לאחריות דומה של רואי חשבון – Hans-Bernd Schafer, *Efficient Third Party Liability of Auditors in Tort Law and in Contract Law*, 12 SUP. CT. ECON. REV. 181 (2004); Ross v. Caunters, [1979] 3 W.L.R. 605 (C.D.); Continental Casualty Company v. Pullman, Comley, Bradley & Reeves, 929 F.2d 103 (1991); John L. Dwyer, *Solicitors' Duties in Tort to Persons Other than Their Clients*, 2 THE TORT LAW REVIEW 29 (1994)

³⁴ ע"א 168/86 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' לה כודיאר בע"מ, פ"ד מב(3) 77 (1988); Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui Osk Lines, [1985] 2 All E.R. 935 (להלן: עניין Candlewood); השוו לפסיקה זהה בבית המשפט העליון בארצות הברית: Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint, 275 U.S. 303 (1927), ואולם השוו להחלטה שונה, חלקית: Venore Transp. Co. v. M/V Struma, 583 F.2d 708 (1978) שם זכה התובע בהוצאות תיקון שהוציא אך לא זכה לכיסוי אבדן רווחיו.

³⁵ Candlewood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui OSK Lines Ltd (1985) 1 AC 1
³⁶ Leigh & Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd., [1985] 2 All E.R. 44 (C.A.)
 שמצוטט בהסכמה על ידי בית הלורדים – אף כי החוק שונה בנקודה זו – גם בעניין בנק Barclays, לעיל ה"ש 4. ראו גם את עניין ת"א (מחוזי ת"א) 1860/90 דפוס מעלה אפרים בע"מ נ' Ellerman Lines PLC, פ"מ התשנ"ה(2) 17 (1994).

³⁷ Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd., [1983] 1 AC 520 (H.L. 1982) (U.K.)

ב. קיום חוזה בין שרשרת צדדים שמייצרים שרשרת חוזים: כמו במקרה של המוכר שמכר לב' נכס, מוצר או אפילו מבנה פגום, ולאחר מכן ב', שלא ידע דבר על הפגם, מכר אותו לג'.³⁸ מהיותו של הממכר פגום מראשיתו, נזקו של ג' הוא נזק כלכלי טהור. אפשר, כמובן, לחשוב גם על דוגמאות נוספות שבהן מעורבותו של האלמנט החוזי מרוחקת יותר,³⁹ אולם דומה שדי לנו בדוגמאות האמורות כדי לבסס את הטיעון שעל פיו למרות ההבדל בין קבוצות המקרים והדוגמאות שלעיל מבחינת תחומי פעילותן של המערכות החוזיות הרלוונטיות, והשפעתן על מערכות היחסים שבין משתתפי הסיטואציה העובדתית הנתונה, ברור, לפחות למרבית הטוענים לקיומו של שיקול זה,⁴⁰ כי לא בהכרח צריכים דווקא דיני הנזיקין, שהם במהותם דינים כופים, לפתור את בעיית הנזק הכלכלי הטהור במקרים שלעיל. בהחלט ראוי, לפחות בחלקם המכריע של

³⁸ עניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1; עניין *Actew Corporation Ltd.*, לעיל ה"ש 28; עניין *Woolcock Street Investment Pty Ltd.*, לעיל ה"ש 28. השוו עניין **קורנפלד**, לעיל ה"ש 1; ע"א 725/78 **בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן**, פ"ד לה(4) 253 (1981); ע"א 867/86 **שרון נ' שכון עובדים בע"מ**, פ"ד מה(3) 617 (1991). והשוו: *East River Steanship Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 476 U.S. 858, 866 (1986). על אחריות לנזק כלכלי טהור במקרים של יצרני מוצרים פגומים או קבלני מבנים פגומים השוו למצב בארצות-הברית: *Gennady A. Gorel, The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-Eating Monster*, 37 RUTGERS L.J. 517 (2006). השוו על היחס בין העילה הנזיקית לחוזית ולשרשרת חוזים, רנה סנילביץ ודוד רונן "תחרות בין העילה החוזית לעילה הנזיקית בתביעה לפיצויים מבט משווה" **ספר שמגר**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 119–143.

³⁹ מקרי הכבל החשמלי, שבהם נפגעה אספקת החשמל על ידי ג' למפעלו של א', מעסיקו של ב'. המפעל נסגר לתקופת מה. לב' נגרם נזק כלכלי (עובד לפי שעות או בקבלנות). או מקרה שבו א' הוא שחקן בקבוצת כדורגל שב' הוא הכוכב המרכזי בה. ג' פוגע בב' ועקב כך מתדרדרת הקבוצה לליגה נמוכה והכנסותיו של א'/ב' נפגעות. בדוגמאות אלו נפגעת צפייה לגיטימית חוזית שנוצרה בין הנפגע לצד ג' – בעל המפעל או בעל הקבוצה, על ידי מי שהוא זר למערכת היחסים. כאן הלגיטימיות הלכאורית של ההסתייגות מפיצוי בדיני נזיקין וההפניה לדיני חוזים משכנעת פחות.

⁴⁰ הרחבה של נושא זה, ראו אצל *Gorel, The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-Eating Monster*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 518; Israel Gilead, *Non-Consensual Liability of a Contracting Party – Contract, Negligence, Both, or In-Between?*, in CLASSIFICATION OF PRIVATE LAW: BASES OF LIABILITY AND REMEDIES 35 (Celia Wasserstein Fassberg & Israel Gilead eds. 2003); Victor P. Goldberg, *Surveyors on the Tort-Contract Boundary*, in (CLASSIFICATION CLASSIFICATION 87; Christopher Scott D'Angelo, *The Economic Loss Doctrine: Saving Contract Warranty Law from Drowning in a Sea of Tort*, 26 UNIV. TOLEDO L. REV. 591, 593–596 (1995); Charles R. Walker, *Moransais v. Heathman and the Florida Economic Loss Rule: Attempting to Leash the Tort-Eating Monster*, 52 FLA. L. REV. 769 (2000); Paul J. Schwiep, *The Economic Loss Rule Outbreak: The Monster That Ate Commercial Torts*, 69 Fla. B. J. 34 (1995); R. Joseph Barton, *Drowning in a Sea of Contract: Application of the Economic Loss Rule to Fraud and Negligent Misrepresentation*, 41 WM. & MARY L. REV. 1789 (2000); פרי ריקושטים כלכליים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 187–263.

המקרים, להשאיר את התשובה למערכת הוולונטרית של דיני החוזים בלבד. שאלות של תקופת התיישנות שונה, שאלות של סעיפי פטור ובעיות נוספות⁴¹ מסבכות, ללא צורך את סוגיית האחריות הנזיקית, במקרה של יישום מקביל של דיני הנזיקין לצד דיני החוזים.⁴²

2.3 שיקולי חינוך, הגינות וצדק

מורכבותו של הנזק הכלכלי ועצמתו, רוחב האחריות הנטענת והיקפם האדיר של הנזקים הצפויים, כל אלו מייצרים גישה אמביוולנטית. מחד גיסא אי-אפשר להתעלם מהצורך למצוא פתרון הולם להתרחשותו של נזק כזה שנגרם כתוצאה מרשלנות.⁴³ מאידך גיסא, נוצרת כמובן גם רתיעה, לפחות חלקית, מהטלת אחריות בהיקפים כאלו ובסכומים כאלו. אם נזכור שהבסיס לאחריות ברשלנות הוא סטייה אובייקטיבית מרמת התנהגות סבירה, שלעתים יכולה להיות פעוטה ביותר, ולעתים בתום לב, נוכל להבין ביתר קלות את ההסתייגויות החוזרות ונשנות מהטלת אחריות לנזקים עצומים בהיקפם,⁴⁴ שהקושי להעריכם לצורך ביטוח אחריות הוא ניכר, נזקים שיכולים לנבוע

41 ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב(37) 337 (1978). לסקירה מעניינת של הפסיקה העוסקת בכלל השלילה בהקשר זה ראו פסק הדין שניתן בעניין *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, [1994] 3 ALL E.R. 506; השוו עניין **אלביט מחשבים בע"מ**, לעיל ה"ש 31, בו היה סעיף פטור חוזי וכן *Giles v. General Motors Acceptance Corp.* 494 F.3d 865 (2002).

42 בנקודה זו ראוי לציין את גישתו של המשפט הגרמני המעדיף את הפתרונות החוזיים ושולל את הפתרון הנזיקי ואת גישת האמצע של המשפט הצרפתי, הקובע שבהינתן עילה חוזית לא תתאפשר תביעה נזיקית (non-cumul). על ההשוואה ביניהן ראו אסמכתאות בה"ש 6 לעיל. עוד על הבעייתיות בחפיפה האפשרית בין חוזים לנזיקין ראו אצל BURROWS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 8–33, 217–213. המחבר ממליץ על הצורך במשנה זהירות בהרחבתה של האחריות הנזיקית על חשבון ההסדר החוזי (המאמר נכתב קודם לקבלת המלצות ה-Law Commission בנושא הרחבת האחריות החוזית שהכותב היה שותף לאימוצה) לדיון כללי ראו עוד: סנילביץ ורוגן "תחרות בין העילה החוזית לעילה הנזיקית בתביעה לפיצויים מבט משווה", לעיל ה"ש 38.

43 השוו לאנלוגיה המפורסמת בין הנזק הזניח לכאורה, שנפנוף בלתי זהיר ביד המחזיקה עט יכול לגרום לפניו של האחר, לבין הנזק העצום שאותו עט, המוחזק בידי אותה יד, יכול לגרום לאותו אחר שיסתמך על הכתוב, שיפעל על פיו ויפסיד את כל הונו אם ברשלנותו של הכותב ייכתבו דברים מזיקים. *Jeremiah Smith, Liability for Negligent Language*, 14 Harv. L. Rev. 184, (1900) 190.

44 השוו לדברי השופט קרוזו בעניין *Ultramares Corporation*, לעיל ה"ש 21. רק לאחרונה עלה שוב לדיון והתקבל ערעורה של חברת Exxon Mobile Corp. שחויבה בפיצוי של 5 מיליארד דולר ל-34 אלף דייגים לאורך רצועת החוף שנפגעה מדליפה של 11 מיליון גלונים של נפט גולמי לים על ידי המיכלית של חברת Valdez בשנת 1989. ערכאת הערעור קיבלה, בצורה חלקית, את ערעור הנתבעת והפחיתה את סך הפיצויים ל-2.5 מיליארד דולר (בהשוואה לסכום של 4.5 מיליארד דולר) (*Baker v. Exxon Shipping Company*, 472 F.3d 600 (2006)). כדאי לזכור בנקודה זו כי מקרה זה אפילו אינו נכנס לרשימת 50 מקרי דליפת הנפט הגדולים מבחינת היקף הנזק שנגרם כאן. לאחרונה נפתח בפריס משפט נוסף בנושא דומה העולה בעצמת הנזק שגרם האירוע הרשלני

לעתים מסטייה קלה בלבד מכללי התנהגות מקובלים או רצויים מצדו של הנתבע. העובדה שבחלק די ניכר של המקרים רצוי להרתיע דווקא את הנפגע הפוטנציאלי או אפילו את צד ג' ולא את המזיק; ההכרה שהמשפט הפרטי בכלל ודיני הנזיקין בפרט אינם יכולים לתת מענה הולם למכלול האינטרסים טעוני ההגנה המשפטית, ולפיכך יש לייצר מדרג אינטרסים שחלקם יהיה מכוסה יותר וחלקם פחות, כשהאינטרס שעליו מגנה תביעה בגין נזק כלכלי טהור הוא בגדר ה"פחות"⁴⁵; והשיקול שבחלק לא קטן מהמקרים שבהם נזק כלכלי טהור מדובר למעשה באירוע עובדתי שגורר התממשות סיכוני רקע שיכלו להיגרם גם ללא רשלנות של גורם אנושי כלשהו – כל אלו מהווים חיזוק לקודמיהם ומטילים ספק בנכונות השימוש במבחנים המקובלים בעולת הרשלנות ובהתאמתם ליישום על מקרים שבהם מדובר בנזק שהוא נזק כלכלי טהור "בלבד"⁴⁶.

קבוצות שיקולים אלו – כל אחת לחוד, לחילופין או ביחד – הביאו כאמור, לכך שבחלק לא מבוטל משיטות המשפט המודרניות הועלו פעם אחר פעם תהיות בנוגע ל"לגיטימיות" של הנזק הכלכלי הטהור כבסיס להכרה בקיומה של אחריות בעולת הרשלנות.

ג. הגישות השונות לשאלת החבות לנזק כלכלי בעולת הרשלנות

שלוש גישות עיקריות מסתמנות לפתרון סוגיית הנזק הכלכלי הטהור: 1. **הגישה המרחיבה**⁴⁷. גישה זו מתייחסת באהדה לפיצוי על נזק כלכלי, ועמדתה כלפיו זהה לעמדתה כלפי פיצוי בשל כל אחד מהנזקים המוכרים האחרים הגוררים חבות נזיקית – נזק פיזי, נזק נפשי ("טהור") ונזק שבהטרדה גרידא.⁴⁸ ביישומה של גישה זו אין נפקות רבה לשאלת הגדרתו של הנזק הכלכלי ואין גם חשיבות מיוחדת לתחרות בין ענפי

אפילו על נזקי Exxon Valdez. ענקית הנפט הצרפתית טוטאל (TOTF. PA) נתבעת בגין התבקעות מיכלית נפט שבבעלותה ב-12.12.1999 מול חופי בריטניה. 20,000 טון נפט שנשפכו לאוקיינוס האטלנטי גרמו לזיהום קשה של רצועת חוף בת 400 קילומטר ולמותן של 6 מיליון ציפורי ים. נמרוד הלפרן "ענף הספנות עומד למשפט" 15.2.2007 The Marker Online www.themarker.com/tmc/article.jhtml?log=tag&ElementId=nh20070215_781112.

45 **בדו"ח של פאלמר ובוסאני**, לעיל ה"ש 2. בעקרונות דיני הנזיקין האירופיים יש דירוג של ערכים והנזק הכלכלי אכן מדורג בהם "נמוך". ראו ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" **משפטים** לו 761 (2007).

46 עוד על מכלול השיקולים במבט תאורטי וביקורתי ראו **פרי ריקושטיים כלכליים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 447–607.

47 במכוון אני נמנעת מהשימוש בתוויות ערכיות ואינני מגדירה את הגישות הללו כ"ליברליות" או "שמרניות". ראו הקבוצות דומות אצל Busanni & Palmer *An Economic Restatement*, לעיל ה"ש 2. עצם הצמדת תוויות מסוג זה לכל אחת מהגישות הופכת את תיאורן לערכי במהותו, ואילו מטרתן כאן היא תיאורית גרידא. על ההמלצות בנוגע לגישה הראויה – ראו בהמשך.

48 ראו **עניין גורדון**, לעיל ה"ש 6. *A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities*, 12.1 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 134 sec. 162 (2008), available at www.ecjl.org

המשפט הפרטי בכיסוי שהם נותנים לנזק הכלכלי הטהור.⁴⁹ 2. **גגישה המצמצמת.** גישה זו מצויה בקצה השני של הסקאלה, והיא שוללת פיצוי בעוולת הרשלנות בגין נזק כלכלי טהור כמעט מכול וכול. שלילה זו מושגת או בדרך של אי-הכרה בקיומה של חובת זהירות או באמצעות הקביעה כי מדובר בנזק "רחוק מדי". כאן יכולות להתעורר שאלות של גבולות החבות החוזית לעומת החבות הנזיקית, ולעתים גם שאלת היררכיית השיקולים החלים בכל אחד מענפי משפט אלו. בשיטות משפט הדוגלות בגישה זו נמצא את בתי המשפט עוסקים בעיקר בשאלת גבולות האחריות החוזית, תוך שהם מנסים להרחיב גבולות אלו ככל הניתן ולאפשר למרב המקרים למצוא פתרון במסגרתם, בעיקר תוך עשיית שימוש בקונסטרוקציה של חוזה לטובת צד ג' על נגזרותיו ועל היבטיו השונים. מובן שבשיטות הנמנות עם משפחה זו הגדרת הנזק הכלכלי היא משמעותית ביותר.⁵⁰ 3. **גגישת הביניים.** גישה זו היא המעניינת והמאתגרת ביותר. נקודת המוצא כאן היא שראוי ונכון, מהשיקולים שנמנו לעיל, להגביל עקרונית את האחריות הנזיקית בעוולת הרשלנות בגין נזק כלכלי טהור. עם זאת, מתלבטים הנוקטים בגישה זו בין הרתיעה מהתוצאות של הכרה גורפת באפשרות מתן הפיצוי מחד גיסא לבין התחושה ששלילה מוחלטת של האחריות גם היא אינה מאוזנת, כאמור, בעיקר משיקולים שעיקרם במטרות העיקריות והעקרוניות של דיני הנזיקין, הצורך בהרתעה, חשיבות הצורך בהפנמת סיכונים כלכליים במסגרת עלותה של הפעילות המזיקה וחוסר הסכמה בסיסי עם הצורך בהבחנה העקרונית לכאורה בין "נזק פיזי" לבין "נזק כלכלי טהור", מאידך גיסא. הדוגלים בגישה זו מאמצים לפיכך הכרה חלקית בלבד בקיומה של חובת זהירות לנזק כלכלי טהור בכפוף למגבלות מיוחדות, והם עושים זאת צעד אחר צעד, חריג אחר חריג, תוך שמירת רשת ביטחון שתאפשר נסיגה מהירה בהתעורר נסיבות שיש בהן כדי להרים תמרוך "עצור" שיתריע בפני הרחבת יתר של האחריות.⁵¹

גגישת ביניים זו מייחסת חשיבות רבה לסוגיית הגדרתו הבעייתית של הנזק הכלכלי הטהור, וגם הגדרת תחומי התפרשותם של דיני החוזים ודיני הנזיקין היא בעלת חשיבות רבה במסגרתה. באותה מידה היא מייחסת גם חשיבות מיוחדת לקריטריונים החלופיים שיש לאמץ לצורך הכרעה בשאלת האחריות מעיקרה. שהרי על פי גישה זו, אם אין זה נכון לעשות שימוש בקריטריונים הרחבים המקובלים במקרים של נזקים "רגילים", כפי שעושות שיטות המשפט הדוגלות בגישה המרחיבה, ואם אין זה נכון, מאידך גיסא, לשלול כל פיצוי על נזק כלכלי בכל מקרה שהוא, כפי שעושות שיטות המשפט הדוגלות בגישה המצמצמת, כיצד ייגזר דינם של תובעי הנזק הכלכלי הטהור? מי לשבט ומי לחסד? מתי ועל פי מה נפצה או נשלול פיצוי בגינו. מתי נזק כזה אכן צריך להיות צפוי ומתי אינו צריך להיות צפוי. מתי הוא "רחוק מדי", מתי "נכון, ראוי

49 בלגיה, קרוואטיה, צרפת, יוון, יפן, קוויבק, איטליה וספרד נמנות על הדוגלות בגישה המרחיבה.
50 גרמניה, פולין, פורטוגל, רומניה, פינלנד, שבדיה, אוסטריה, הן חלק מהדוגלות בגישה זו.
51 הנציגות הבולטות ביותר של גישה זו הן אנגליה, ישראל, ארצות-הברית, קנדה (דוברת האנגלית), אוסטרליה ודנמרק.

והוגן" להכיר באחריות בגינו ומה הם הקריטריונים שעל פיהם תוכרענה שאלות אלו.⁵² כדי להשיב על שאלות אלו הוצעו כמה דרכים חלופיות שבעזרתן אפשר יהיה לבחון את שאלת האחריות לנזק כלכלי. מקור כולן נעוץ בקושי שבהתאמתם של המבחנים המקובלים – צפיות, סיבתיות, סבירות – ביישומם הרגיל לתחולה במקרים של נזק כלכלי טהור. התחושה שאין די במבחנים אלו הולידה את ההכרה בחוסר האפשרות לנסח כלל אחיד לכל המקרים, לכל האירועים ולכל מגוון צורות הפגיעה המאפיינות נזק זה, שבהבדל מסוגי נזק אחרים הבנויים מקשה אחת, כמו הנזק הנפשי הטהור, לובש צורות רבות ויכול להתרחש באופנים רבים של אירועים עובדתיים.⁵³ המשותף לניסיונות אלו הוא בתפיסה כי בהיעדר מבחן אחיד המתאים לכלל סוגי האירועים יש לחפש מבחנים חלופיים, ואלו יתאימו, מטבעו של הנושא, רק לאחד או לאחדים מבין סוגי המקרים בהם מתרחש נזק כלכלי. לצורך זה יש לחלק את המקרים שבהם נגרם נזק כלכלי טהור לקבוצות עובדתיות/נסיבתיות.

הספרות המשפטית הציעה לפיכך לחלק את המקרים שבהם נזק כלכלי טהור לחמש קבוצות של סיפורים עובדתיים. חלוקה זו אומצה בפסיקה האנגלית כמו גם בארצות-הברית, בקנדה ובאוסטרליה אף כי תוצאותיה לא תמיד היו זהות, כפי שיובהר להלן, והבזקים שלה ניכרים גם בפסיקה הישראלית. לאור הניסיון המצטבר הוצעה לאחרונה חלוקה שונה במקצת שתפיסת היסוד שלה מנסה לשלב בקטגוריזציה העובדתית הקלאסית שיקולים המביאים בחשבון גורמים נוספים.

⁵² ראו אצל השופט שמגר בעניין לוי, לעיל ה"ש 6 המחלק את הקריטריונים הרלוונטיים לקריטריונים כלליים שבדיני נזיקין ולקריטריונים שמחוץ לדיני הנזיקין. ראו דיון בניתוחו זה של הנשיא שמגר אצל תמר גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח" **המשפט** ג 133 (1996) (להלן: גדרון "אחריותו של המפקח"); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ב 339 (1995) (להלן: גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ב); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ג 55 (1995) (להלן: גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" **משפט וממשל** ג); אריאל פורת "דיני הנזיקין" **ספר השנה של המשפט בישראל** 221, 256 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1991). השוו: Christian von. Bar and U Drobniq, Study on Property Law and Non-Contractual Liability Law as they relate to Contract Law, 162, 164 (2004), available at http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf (להלן: "הדו"ח האירופי").

⁵³ ליתור על הניסיון לנסח כלל אחיד ראו גדרון "חובת הזהירות בעולות הרשלנות ונזק כלכלי טהור", לעיל ה"ש 2, בעמ' 133–136; ה"ש 16 והאסמכתאות המצוינות בה. השוו Kit Barker, *Wielding Occam's Razor Pruning Strategies for Economic Loss*, 26 OXFORD J. LEGAL STUDIES 289 (2006); FELDTHEUSEN ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 15–21.

ד. הקטגוריזציה של מקרי הנזק הכלכלי הטהור

1. החלוקה הקלאסית⁵⁴

א. חיויי דעה רשלני (Negligent Misrepresentation)⁵⁵. במרבית שיטות המשפט, רבות אלו הנוקטות גישה ראשונית שלילית כלפי עצם הרעיון של הכרה בחובת זהירות לנזק כלכלי טהור, קיימת נכונות להכיר במתן חיויי דעה רשלני – בד"כ במסגרת מקצועית אך לא רק מקצועית – כבסיס להטלת אחריות על נותן חוות הדעת בגין נזק כלכלי טהור שנגרם עקב כך. ההכרה אינה אוטומטית וכפופה למגבלות והיא נעשית הן כאשר מדובר במערכת חוזית, הן כשמדובר במערכת יחסים שהרקע לה חוזי והן במערכת נטולת גוון חוזי. אולם, גם מקום שבו קיימת מערכת חוזית האחריות אינה נובעת ישירות מקיומה של זו.⁵⁶ למעשה, קטגוריית מקרים זו היא ששימשה בסיס להתפתחות הדיון בנושא האחריות הנזיקית לנזק הכלכלי הטהור מראשיתו, בעיקר הואיל ונסיבותיהם העובדתיות של המקרים מן הסוג הזה פתחו פתח לדיון בשתי שאלות שבאותה עת נראו עקרוניות באותה מידה: הראשונה היא השאלה אם יש מקום להבחין בין "דיבור" (במובן הרחב) מחד גיסא, לבין "מעשה" מאידך גיסא, והשנייה היא אם יש הבדל אמיתי המצריך יצירת נפקות משפטית בין נזק פיזי, מחד גיסא, לבין נזק כלכלי טהור, מאידך גיסא.⁵⁷ המאפיין העובדתי החזק ביותר של קבוצת מקרים זו הוא

54 מבית מדרשו FELDTUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC Loss, לעיל ה"ש 7; Gilead, *The Limits of Tort Liability in Negligence and Pure Economic Loss*, לעיל ה"ש 2; גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור", לעיל ה"ש 2; Giliker, *Revisiting Pure Economic Loss: Lessons to be learnt from the Supreme Court Common Law of Canada?*, לעיל ה"ש 7. לסקירה עדכנית של הנושא במדינות ה-Edward P. Ballinger & Samuel A Thumma, *The Continuing Evolution of Arizona's Economic Loss Rule*, 39 ARIZONA STATE L.J. 535 (2007).

55 FELDTUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 118–121.

56 להשוואה מעניינת ראו עניין *Henderson*, לעיל ה"ש 41, שם מערכת היחסים עם חלק מהתובעים הייתה מערכת חוזית ועם חלקם האחר הייתה בלתי חוזית. כמו כן ראו: BP Plc. v. AON Ltd., [2006] EWHC 424 (Comm) (Q.B.D.) שעניינו באחריות ברוקרים במסגרת יחסים חוזיים ושאינם חוזיים. וכן ראו ניתוח פסק הדין אצל: Amanda Allen, *Duty of Care Owed by Sub-Brokers*, 18(9) ILM 1 (2007).

57 *Smith, Liability for Negligent Language*, לעיל ה"ש 44. שלושת פסקי הדין המנחים בנושא הנזק הכלכלי הטהור בשלוש שיטות המשפט: האנגלית, הישראלית והאמריקאנית (שלושתן סווגו, כזכור, כמשקפות גישה זהה אצל Busanni & Palmer, *An Economic Restatement*, לעיל ה"ש 2) עוסקים שלושם בחיויי דעה רשלני. גם עניין *Ultramres Corporation* האמריקאני, לעיל ה"ש 21, שאחד המשפטים שכתב השופט Cardozo בפסק דינו שם, הוא אולי המצוטט ביותר בנושא הנזק הכלכלי הטהור היה הראשון מבין השלושה. בהקשר זה ראוי להזכיר כי

שבדרך כלל מדובר בסיטואציות שבמסגרתן לא נגרם לאיש נזק פיזי כלל. מדובר באירוע בעל אופי מסחרי, ובחלק ניכר מהמקרים הנזק מתבטא באבדן סיכוי לעשיית רווח או בהשקעה המסתברת בדיעבד ככושלת ומזיקה. בחלק גדול מהמקרים מדובר על אחריות בעלי מקצוע כגון עורכי דין, רואי חשבון, מעריכים ועוד, שהשפעתם על השוק רבה,⁵⁸ היקף הנזק הצפוי גדול, מספר הנפגעים הצפויים רב, והתוצאות ההרסניות העלולות להיגרם למחווה הדעה הרשלן, שבמקרים אלו גם לא קיבל תמורה ישירה בגין השקעתו המקצועית, הן בעלות השפעה מצטברת הן על הרווחה החברתית והן על עלות השירותים המקצועיים שבעלי מקצוע מסוג זה מספקים לציבור.

מאפיין נוסף נעוץ בקשר ההדוק, בחלק מהמקרים המשקפים סיטואציה זו, בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין, בעיקר בכל מה שכוון בשאלת הקשר חפיפה-עקיפה ביניהם, כמו במקרים של סעיפי התיישנות או סעיפי פטור חוזיים.⁵⁹ כאמור, רוב שיטות המשפט בנו מערכת שיקולים המאפשרת מתן פיצוי במקרים אלו באופן המצמצם את תחולתם של מבחני הצפויות הרחבים המקובלים, ויצרו מעין תת-עוולה של חיווי דעה רשלני במסגרת עוולת הרשלנות הרחבה והגורפת.⁶⁰

ב. שירות רשלני (Negligent Performance of a Service).⁶¹ טעות או מחדל ברישום זכויות; עבודת בנייה רשלנית של קבלן משנה המוזמנת על ידי הקבלן הראשי שגורמת לעיכוב בכניסת הקונה למבנה; עריכת צוואה רשלנית על ידי עורך דין או אי-עריכתה בכלל; מחדל או טעות בעריכת פוליסת ביטוח; בדיקה רשלנית לגילוי סמים

במסגרת המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, בכפר קדימה, פ"ד ח 1317 (1954) הסתמך הנשיא אגרנט על פסק דינו של Cardozo יותר משהוא מסתמך על הוראות פקודת הנזיקין המקומית. פסק הדין של בית הלורדים בעניין Hedley Byrne Co. v. Heller & Partners Ltd., [1964] A.C. 465 (1963) היה השלישי ביניהם. על אף השנים הרבות שחלפו מאז פסיקה זו, כל השלושה עדיין מהווים בסיס איתן להלכות בנושא חיווי דעה רשלני ולא רק בארצות מוצאם של פסקי דין אלו.

קבוצה מיוחדת של מקרים הם המקרים שבהם מחווה הדעה עושה כן מכוח החובה המוטלת עליו בחוק או בתקנות או בהוראות מחייבות אחרות. ראו עניין Spring, לעיל ה"ש 14.

לדוגמה, בעניין Henderson, לעיל ה"ש 41; בעניין Spring, לעיל ה"ש 14 התעוררה סיטואציה שונה. בעניין אלביט מחשבים בע"מ, לעיל ה"ש 31, התעוררה בעיית סעיף פטור חוזי. כך גם בעניין ע"א 465/80 ש' סולונץ בע"מ נ' "התכוף" חרושת ברזל בע"מ, פ"ד לח(3) 630, 638 (1984) שבו, בניגוד להחלטה בעניין אלביט מחשבים בע"מ, הוחלט שדיני הנזיקין אינם יכולים לאפשר עקיפה של מגבלת תקופת התיישנות שנקבעה בחוזה מכר לפי חוק המכר. ראו לעיל את תיאור מגוון הנסיבות העובדתיות היוצרות את הקשר של נזיקין-חוזים. על השאלה מתי מתחיל מירוץ התיישנות בנזק כלכלי שנובע מאבדן רווחים ראו: Christie v. Purves & 2 Ors [2007] NSWCA 182.

בעיקר ראו את עניין Caparo Industries Plc., לעיל ה"ש 6, המשמש כיום כפסק הדין המנחה באנגליה בכל הנוגע לעוולת הרשלנות, גם במקרים של נזקים שאינם כלכליים טהורים. ראו עוד: Christian Witting, *Justifying Liability to Third Parties for Negligent Misstatements*, 20 OXFORD J. LEGAL STUD. 615 (2000).

61 Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 119-159.

המוזמנת על ידי מעביד וגוררת תוצאות שליליות לגבי אחד מעובדיו;⁶² ואפילו ניתוח עיקור רשלני שגורר לידתו של ילד בריא;⁶³ כל אלו הן דוגמאות של פעולה שאינה בגדר "דיבור", שגוררת נזק כלכלי טהור בחלק גדול מהמקרים בלא שנגרם נזק פיזי לאיש. ההבחנה בין קבוצת מקרים אלו לבין קודמתה היא כפולה. ראשית, יש הבדל במהות הפעולות יוצרות הנזק. דהיינו שחוות דעת רשלנית היא "דיבור" ואילו שירות רשלני הוא "מעשה". שנית, יש הבדל בחוליות הקשר הסיבתי שמתבטא בכך שבחיווי דעה רשלני ישנה הסתמכות ופעולה אקטיבית כלשהי מצדו של הניזוק על חוות הדעת הרשלנית, ואילו במקרה של שירות רשלני הנזק הכלכלי הוא הפועל היוצא המידי והישיר מהפעילות הרשלנית גופה. הפסיקה המודרנית ממעיטה בערכם של הבדלים אלו ובצדק. אין אפשרות לסווג באופן מובהק "דיבור" בנפרד מ"מעשה" וההבדל בחוליות הקשר הסיבתי הוא רק שיקול אחד מבין רבים שאין לו, כשלעצמו, נפקות מיוחדת. בחלק מהמקרים בקטגוריה זו, ימצא הנפגע תרופה בדיני החוזים עבור הנזק הכלכלי שנגרם לו. ככל שתחולתם של אלו על המקרה תהיה רחבה יותר – באמצעות הכרה בחוזה לטובת צד ג' או כל הסדר דומה – כן תקטן חשיבות ההסדר הנזיקי.⁶⁴

סקירת הפתרונות המקובלים לסוג מקרים זה מעלה, שככל שהסיטואציה העובדתית ועיסוקו של נותן השירות דומה יותר לקטגוריות המקרים שבהם כבר הוכרה אחריות במקרים של חיווי דעה רשלני, כן יהיה סיכוי רב יותר להכרה באחריות גם כאן. ולכן במרבית המקרים שבהם היו מעורבים עורכי דין, רואי חשבון ורופאים כמעט שלא הוקדשה תשומת לב לבניית קריטריונים שונים, והמבחנים שהתקבלו במקרים של חיווי דעה: מבחני הצפיות הקרובה, קבלת האחריות, ההסתמכות הסבירה ודומיהם ייושמו, בצדק, גם כאן. לעומת זאת, במקרים של מתן שירות רשלני על ידי קבלן בנייה, למשל, השיקולים נוטים לחזור לכלל השלילה.⁶⁵ להבחנה זו בין שני סוגי "השירות" האמורים

⁶² ראו דוגמאות נוספות ברוח זו לגבי מקרים שבהם יש בין הצדדים חוזה ומקרים שבהם השירות נעשה בלא שיהיו יחסים חוזיים בין התובע לנתבע – סעיפים 12–13 לריסטייטמנט והדוגמאות המוזכרות בו.

⁶³ לעניין פסיקה ברוח דומה ראו: בישראל – עניין דונין, לעיל ה"ש 14; באנגליה, ראו פסקי הדין המוזכרים בה"ש 14 לעיל.

⁶⁴ השוו להסדר במשפט הגרמני מחד גיסא שמאפשר פיצוי אך ורק במסגרת המערכת החוזית המורחבת ובמשפט הצרפתי מאידך גיסא שמעבר לכלל ה-*non-commul* מאפשר פיצוי כמעט ללא סייגים הנובעים מאופי הנזק. השוו לגישת הפסיקה האנגלית לעליבותם של הפתרונות החוזיים שם בעטיו של הצורך בדרישה לקיום ה-*Privity* ודרישת התמורה (דרישה שהוגמשה בשנים האחרונות). השוו את המקרה המעניין שבעניין *In Re: Educational Testing Service* *Praxis Principles of Learning and Teaching: Grades 7-12 Litigation*, 517 F. Supp. 2d (2007), 832, שם מתבססת ההחלטה על הקביעה שאין מדובר בחוזה שהושג מרצון בין צדדים שווים ולכן האפשרות להסתמך על סעיף 552 לריסטייטמנט העוסק בחיווי דעה רשלני (כאן דובר יותר על שירות מאשר על חיווי דעה) אינה פוגמת בתחום מחייתם של דיני החוזים. האחריות הוטלה כאן על חברה שערכה מבחני סיווג מקצועיים שבגלל טעות בהכנתם נגרם נזק לחלק מהנבחנים – נזק כלכלי ונזק רגשי.

⁶⁵ עניין *Junior Books Ltd.*, לעיל ה"ש 37 ממנו מסתייגת כל הפסיקה האנגלית החדשה יותר – ראו 115

– רופא, רואה חשבון ועורך דין מחד גיסא, מול הקבלן מאידך גיסא, אין, כמובן, כל הצדקה לוגית, ערכית או משפטית, והיא מבטאת, שוב, את הרנדומליות של הקטגוריזציה עצמה ושל יישומה בפועל. גם העובדה שמקרי הבנייה הרשלנית ושאלת אחריותו של הקבלן לנזק הכלכלי שגרם, מסווגת לעתים כדוגמה למקרים של "שירות רשלני" ולעתים כמקרים של "ייצור מוצר ברשלנות" (הקטגוריה הבאה), תורמת לביסוס חוסר ההיגיון שבסיווג, ועוד נחזור לכך מאוחר יותר.

ג. ייצור מוצר/מבנה ברשלנות (Defective Products /Structures).⁶⁶ מי שקונה מוצר שלא בדרך של רכישה ישירה מהיצרן ומי שרוכש מבנה "יד שנייה" עלול למצוא את עצמו עם מוצר לקוי, לעתים חסר ערך, לעתים בעל פוטנציאל לגרימת נזק נוסף,⁶⁷ פיזי או אחר. אם המוכר לא היה מודע ולא יכול או לא צריך היה להיות מודע לפגם האינהרנטי המצוי בממכר שמכר, דיני הנזיקין הם ישועתו האחרונה (לצד הסדרים חוקיים המאפיינים חלק משיטות המשפט בעיקר במקרים של מבנים פגומים, אך גם במקרים של מוצרים אחרים). הדוגמה הקלאסית החוזרת על עצמה בגרסה כזו או אחרת היא הדוגמה של המבנה שנבנה על יסודות רעועים ושתקרתו מגלה סדקים וקירותיו מטים ליפול, בהיותו כבר רכושו של מי שאינו הקונה הראשון ואין לו כבר עילה חוזית נגד הקבלן הרשלי.⁶⁸ דוגמה פחות מובהקת לקבוצת מקרים זו, הנופלת גם,

לדוגמה: *J'aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal. 3d 799; על טיפול רפואי רשלני – ניתוח עיקור שלא צלח וגרר לידה של ילד בריא, ראו ה"ש 14 לעיל. השוו: *Farraj v. King's Healthcare NHS Trust* [2006] EWHC 1228 (Q.B.), שעסק אמנם, בנזק פיזי – לידת ילד פגום, אולם בית המשפט עושה שימוש במבחנים שנקבעו במקרים של חייוי דעה רשלני ושירות רשלני שגרמו נזק כלכלי.

⁶⁶ ה"ש 7, בעמ' 119–159. *FELDTHUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS* לעיל

⁶⁷ לדוגמה הבולטת ביותר של מבנה מסוכן שיצר חשש לנזק פיזי אימננטי ובכל זאת לא רק שסווג כנזק כלכלי טהור, אלא גם נשללה בו חובת הזהירות, ראו עניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1. יש לשים לב שבעניין זה נתבעו הן הקבלן והן הרשות הציבורית שהייתה אמורה לפקח על יסודות המבנה וכשלה בכך. השוו לתוצאה שונה המבחינה בין שיקול דעת לבין ביצוע: *Nielsen v. Kamloops* (City), [1984] 2 S.C.R. 2. *Gorel, The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-Eating Monster*, לעיל ה"ש 38. לדיון מקיף בסוגיה סבוכה של נזק המכונה: "Benefit of the Bargain", שהוא נזק כלכלי באופיו אבל שונה במהותו מזה בו אנו עוסקים כאן, ראו: *A. Yahya, Why the Benefit of the Bargain Theory for Product Liability is Bad Law and Bad Economics?*, 3 *GEORGETOWN J. L. & PUB. POLICY* 83 (2005)

⁶⁸ עניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1. לדיון מעניין מנקודת ראות פרקטית של עורך דין, ראו: *Cristopher W. Arledge, When Does a Contract Breach Also Give Rise to a Tort Claim? A Primer for Practitioners*, 48 *ORANGE COUNTY LAW*. 42 (2006) המחבר מציג תמונה משפטית המראה כיצד מעשה דומה שגורר תוצאות דומות ונזקים זהים ייתקל בנסיבות מסוימות בכלל השלילה ובמקרה אחר תוכר בו אחריות לנזק – *Ales-Peratis Foods International Inc. v. American Can Comp.*, 164 Cal.App.3d 277 (1985); עניין *J'aire Corp.*, לעיל ה"ש 65; לדיון במקרה שבו שיקולים בדבר החובה הנזיקית מתנגשים בשיקולים בדבר החובה החוזית ראו: *Aas*

חלקית ולא תמיד, לקבוצת המקרים הבאה של נזק כלכלי יחסי ("ריקושטי"), וייתכן שבשל חוסר מובהקותה היא בכלל שייכת למקרי ה"שונות" שיידונו בהמשך, היא המקרה של המוצר המסוכן הגורם נזק לאינטרסים מסחריים של צד זר לשרשרת רוכשי המוצר. כך, בעלי בקר שהמסחר בו הופסק בשל סגירת גבולות המדינה מחשש להתפרצות מחלת "הפרה המשוגעת" שמקורה במזון שהיה מיועד לאותו בקר, מצאו עצמם ניזוקים כלכלית בעקבות רשלנות יצרן המזון ורשלנות המדינה שלא פיקחה כראוי על יבוא מזון זה למדינה. גם כאן מדובר במוצר שיוצר ברשלנות וגרר נזק כלכלי טהור והיה קיים בו חשש לאירועו של נזק פיזי אמיתי, גם אם עדיין לא נגרם נזק כזה. אלא שכאן, בהבדל מהדוגמאות הקודמות, מספר הנפגעים הפוטנציאליים הוא גדול, היקף הנזקים עצום⁶⁹ ואחד הנתבעים הוא המדינה.⁷⁰

בין המדינות השונות – קנדה, אוסטרליה, ארצות-הברית ואנגליה – קיימת מחלוקת בנוגע לשאלה מתי מדובר במוצר פגום כשלעצמו, שאז בדרך כלל לא יהיה פיצוי, או במוצר שגורם פגם למוצר אחר, שאז אפשר לקבל פיצוי. לבד ממחלוקת זו בולטת כאן גם ההתלבטות בסוגיית "המבנה המורכב" (complex structure), שבאמצעותה אפשר, לעתים, לראות בפגם במוצר ה"כללי" – פגם היוצר נזק כלכלי טהור, נזק פיזי שיוצר אחד מרכיבי המוצר הכללי לרכיב אחר שבו.⁷¹ מחלוקת נוספת

v. Superior Cort, 24 Cal. 4th 627 (2000)

⁶⁹ Sauer v. Canada (attorney General), [2006] 79 O.R.3d 19. במקרה זה נסגרו הגבולות עקב העובדה שפרה במחוז אלברטה התגלתה כנושאת את נגיף המחלה. הבקשה למחיקה על הסף של התביעה הייצוגית לא התקבלה כאן לא נגד יצרנית המזון האוסטרלית, חברת האם של היצרן הקנדי, ולא נגד המדינה. עובדות המקרה ממקמות אותו בגדר קבוצת מקרי הנזק הריקושטי, אולם בית המשפט הקנדי מבהיר שגם אלמלא כן – גם אילו היה קיים רק חשש מהתפרצות המחלה – הייתה ההחלטה זהה. בית המשפט גם מדגיש שחלוקה לקטגוריות אינה עומדת בראש מעייניו, והוא מוכן להכיר באחריות גם אם מדובר במקרה חדש מסוגו שאינו נופל באף אחת מהקטגוריות המוכרות של המקרים. גישה זו תומכת בדעה שקבוצת המקרים הללו אינה בכלל עניין לקטגוריית מקרים זו של מוצרים פגומים הגורמים נזק כלכלי. בדרך כלל במקרים אלו מדובר בנזק של ירידת ערך, עלות תיקון או החלפה, ואילו בדוגמה זו מדובר בנזק כלכלי אחר. לעמדתו, הגדרת קבוצת המקרים האמורה רחבה דיה כדי לכלול גם נזקים כאלו שהם נזקים כלכליים שמקורם במוצר פגום אף שהם אינם מתבטאים לא בהפחתת ערכו, לא בעלות תיקונו ולא בעלות החלפתו. השוו: עניין Weller, לעיל ה"ש 1, במסגרתו הגיע בית המשפט לתוצאה שונה מזו שבעניין Sauer, בנוגע למנהל המכירות הפומביות ולתוצאה זהה לגבי בעלי הבקר הנגוע. להמשך השתלשלות הפסיקה בנושא בקנדה ראו החלטת השופט Wagner בעניין Sauer, לעיל ה"ש 69.

⁷⁰ מקרה זה מדגים את הביקורת על שיטת הקטגוריות. כאן מדובר בסיווג מקרה אפשרי לשלוש קטגוריות של מקרים טיפוסיים – יצרן מוצר ברשלנות, נזק ריקושטי ומקרים שהנזק נגרם על ידי רשות ציבורית. ייתכן שהמקרה אינו נכנס אף לא באחת מהן ואז מקומו בקטגוריית ה"שונות".

⁷¹ ראו הבחנה בעניין Murphy, לעיל ה"ש 1; Gilead, *The Limits of Tort Liability in Negligence*; and Pure Economic Loss, לעיל ה"ש 2; השוו: Goret, *The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-Eating Monster*, 38 בעמ' 522–524. בעניין Weller, לעיל ה"ש 1 עצמו, שם דנו בשאלה אם זרע פרים נגוע הוא חלק מהמוצר הפגום – הפר גופו – או שהוא "מוצר אחר".

קיימת בשאלה מה דינו של מבנה/מוצר שאם לא יתוקן ("נזק כלכלי טהור") עלול לגרום סיכון לחיים או לבריאות. מרבית שיטות המשפט מוכנות להכיר באחריות במקרה כזה מן הטעם שנקיטת הגישה של "שב ואל תעשה" עלולה לעתים לגרום נזק חמור בהרבה. פרט לאלו אפשר לראות בבירור שהנטייה השלטת בחלק די ניכר של המקרים ובמרבית שיטות המשפט הפחות נוקשות, היא לנסות למצוא פתרון הולם, ככל שניתן, במסגרת הסדרים וכללים משפטיים המסדירים את תחום דיני החוזים – בין שמדובר בהסדרים מקוריים שמספקת אותה שיטת משפט ובין שמדובר בהסדרים מורחבים ומוגמשים שמטרתם להימנע מפתרונות מתחום דיני הנזיקין – על מנת לשמר את תחום חיותם של דיני החוזים. השיקול העיקרי במקרים כאלו מתמקד בשאלה אם מדובר במימוש אחריות ראשונית שהייתה מוטלת ממילא בראשיתה של שרשרת האירועים על היצרן/הקבלן או שמדובר בהרחבת מעגלי האחריות לניזוקים נוספים ולנזקים נוספים. אין ספק שהסדרים שאינם נזיקיים עדיפים במקרים כאלו בכל המובנים ואפשר באמצעותם להביא בחשבון בדרך הטובה ביותר שיקולים של יעילות כלכלית והקצאת סיכונים אופטימלית.⁷² במקרים שבהם אין באפשרותו של הדין החוזי לסייע, כמו במקרה של מחלת "הפרה המשוגעת", החורגים כאמור מהסיווג ומהתיאור הקלאסי של קבוצת מקרים זו, גישת הפסיקה משקפת מחלוקת ערכית. כך, במקרה של ביטול מכירות פומביות של בקר עקב הדבקתו במחלה, לא זכה עורך המכירות הפומביות בפיצוי, אף שתביעתם של יתר מגדלי הבקר נתקבלה, ואילו במקרה של "הפרה המשוגעת" סירב בית המשפט העליון בקנדה לדחות את התביעה על הסף.⁷³

ד. נזק כלכלי יחסי ("ריקושטי") (Relational Economic Loss).⁷⁴ קטגוריה זו היא מהבעייתיות ביותר מבחינת עצמת שיקולי הנגד להכרה באחריות לנזק כלכלי טהור בעוללת הרשלנות. במסגרתה מתעצם במיוחד החשש לתוצאות רבות משמעות מבחינת מספר התובעים הפוטנציאליים והיקפי הנזקים הפוטנציאליים. מערכת היחסים הבסיסית כאן פשוטה, אף כי היא יכולה ללבוש צורות מרובות של סיפורים עובדתיים. מדובר במצב שבו א' סובל מנזק פיזי בעקבות מעשה רשלני של ב', ו-ג' – בגלל קשר מיוחד שיש לו עם ב' או עם נכס של ב' – סובל בעקבות זאת מנזק כלכלי. זהו המקרה של שחקן הכדורסל שבגלל הפגיעה בו התדרדרה קבוצתו לתחתית הליגה, וחבריו השחקנים איבדו את ההכנסות שציפו להן;⁷⁵ וזהו המקרה של ניתוק אספקת

⁷² ראו *Non-Consensual Liability of a Contracting Party – Contract, Negligence, Both, or In-Between?*, לעיל ה"ש 40, הבוחן מנקודת ראות אחרת את השאלה באיזו מסגרת ותחת איזה ענף מסווגים מקרי הנזק הכלכלי השונים.

⁷³ לעיל ה"ש 69 וה"ש 71.

⁷⁴ FELDTHEUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 193–258. פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 683–684; Perry, *Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 781. השוו: נילי כהן **התערבות ביחסים חוזיים** 299–338 (1982); נילי כהן **גרם הפרת חוזה** 169–204 (1986).

⁷⁵ האירוע השני **ברו"ח של פאלמר ובוסאני**, לעיל ה"ש 2. אלו ה-*Star Cases* המפורסמים

החשמל למפעל שפועליו, עובדי שעות, פוטרו מעבודתם;⁷⁶ זהו גם המקרה של הגוררת שנפגעה ושהחוכר שלה ממשיך לשלם עבור חכירתה אף כי רווחיו פסקו;⁷⁷ וזהו המקרה של בעל המלון שהכנסותיו מהמלון שבבעלותו פחתו משמעותית בעטייה של פגיעה פיזית שהוציאה את הגשר, המחבר בין המלון לבין היבשת שממנה מגיעים אורחי המלון אליו, מכלל שימוש;⁷⁸ זהו המקרה של הנתבע שגרם להתפשטות מחלת הפה והטלפיים שהשביתה את אתר המכירות הפומביות של הבקר השייך לתובע;⁷⁹ אלו מקרי זיהום הים – אקסון ואלדז, טוטאל⁸⁰ ודומי; ומקרי חסימת הכביש המוביל למקום שבו נקבעה לתובע פגישה שהייתה אמורה להסדיר עבורו את "עסקת חייו".⁸¹ והדוגמאות רבות ומגוונות. המאפיין העיקרי כאן הוא קיומו של נזק פיזי שמי שנפגע ממנו אינו התובע עצמו. האחרון סבל "רק" נזק כלכלי טהור. שיקולי רווחה חברתית, שיקולי עלות ניהול תביעות, חשש מפני הרתעת יתר, נכונות להתעלמות מפגיעה באינטרסים פרטיים, גם אם לגיטימיים, שאינם משקפים פגיעה חברתית, רצון להרתיע דווקא את הנפגע הפוטנציאלי, קיומה של אלטרנטיבה משפטית – כל אלו הובילו לשלילה כמעט מוחלטת של האחריות במקרים אלו.

עם זאת, חשוב לזכור שהמקרים בקטגוריה זו, אולי יותר מאשר בקטגוריות המקרים הקודמות, הם פחות הומוגניים בסיפוריהם העובדתיים, וכך נוצרות תת-קבוצות עובדתיות בתוך אותה "קבוצת האם" המוגדרת כ"נזק כלכלי ריקושוטי יחסי". בעקבות ההבדלים העובדתיים בין הקבוצות מצריכה כל קבוצה עובדתית שימוש בשיקולים שאינם בהכרח זהים לאלו החלים על יתר תת-הקבוצות. המשותף לכל תת-הקבוצות הללו הוא שבכולן נגרם נזק פיזי למי שאינו התובע עצמו, אולם יתר הנסיבות הן שונות אלו מאלו וחלקן אף נופלות לגדרה של קטגוריית מקרים נוספת אחת לפחות, מבין הקטגוריות המקובלות האחרות. בין תת-הקבוצות הללו ניתן למנות כמה בולטות

שדוגמאות מהפסיקה המתייחסת אליהם ניתן לראות באתר הכנס, לעיל ה"ש 7. וראו לאחרונה West Bronswick Albion Football Club Ltd. v. El-Safy (2006) EWCA Civ. 1299 וביקורת על ההחלטה שנתנה בו על ידי בית המשפט לערעורים *Negligent Janet O'Sullivan, Medical Advice and Financial Loss: "Sick as a Parrot"?*, 66 CAMBRIDGE L. J. 14 (2007).

Spartan Steel and Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd., [1973] 1 Qb 27 (1972) 76

עניין *Candlewood*, לעיל ה"ש 34. 77

הדוגמה הידועה המוזכרת, בין השאר, גם בעניין Canadian National Railway v. Norsk Pacific Steamship Co., [1992] 1 S.C.R. 1021 (להלן: עניין *National Railway*). 78

עניין *Weller*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 569; אולם השוו לעניין *Sauer*, לעיל ה"ש 69, הקנדי שבו נפסק לאחרונה שאין למחוק מחוסר עילה כתב תביעה שהתבסס על סיפור די דומה. 79

המשפט נפתח בפברואר 2007 וטרם ניתן פסק דין. ראו נמרוד הלפרן "ענף הספנות עומד למשפט" *Marker Online* 15.2.2007 http://world.themarker.com/tmc/archive/arcSimplePrint.jhtml?ElementId=nh20070215_781112&ElementId=nh20070215_781112 80

השוו והבחינו: ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169 (1987) שם הוטלה אחריות על השותפים שגרמו נזק כלכלי לבעלי המטענים הואיל והמעשה נעשה ככוונה ובמטרה לגרום נזק שלא רק שהיה צפוי אלא שהיה ידוע בוודאות. 81

במיוחד שבחלקן, לעתים, חופפות זו לזו.

קבוצת המקרים הראשונה מאגדת את מקרי "הנזק המועבר". זהו נזק שזכות התביעה המקורית בגינו הייתה נתונה בידי א', בעל האינטרס הקנייני,⁸² אלא שבגלל סיבות משתנות – בעיקר חוזיות או כאלו הנובעות מחוק – ל-א', בשלב הגשת התביעה, אין עוד עילה שתשקף את הנזק הפיזי שנגרם לו, ואילו ג', התובע, יכול להלין רק על נזק כלכלי טהור שממנו סבל ומשכך, הוא מתקשה מאוד לגבש עילת תביעה. הדוגמה הידועה שממחישה נזק זה מקורה במקרה כדלקמן: א' מכר נכס ל-ב'. החוזה ביניהם העביר את הבעלות ל-ב' רק עם הגעתו הפיזית של הנכס לרוכש. ג', המוביל הימי, מתרשל בביצוע החוזה שלו עם א', והנכס נפגם בדרך בהיותו עדיין בבעלותו של א'. תביעתו של ב' נגד ג' תיתקל כאמור בקושי בשל היותו של הנזק נזק כלכלי גרידא. הנזק במקרה זה הוא "נזק מועבר" הואיל ו-ב' מבקש לתבוע מ-ג' בדיוק את אותו נזק ש-א' יכול היה לתבוע ממנו אילו מערכת הנסיבות הייתה שונה, או אילו היו היחסים החוזיים שונים בפרטיהם. הסיכון המשפטי הצפוי ל-ג' במקרה זה אינו גדול בהשוואה לסיכון שהיה מוטל עליו מלכתחילה כלפי א'. כל שיקרה הוא שהסיכון "יחליף כתובת". לכאורה נראה כי במקרה זה ל-א' לא נגרם כל נזק, ולכן, אולי, אין כאן לא "נזק מועבר" ולא "נזק פיזי" כלל. אולם זהו טבעו של המאפיין של קבוצת מקרים זו, שמדובר בה בנזק שאילו התגבש אצל א' היה נכנס להגדרת "נזק פיזי", אולם התגבשותו אצל ג' הופכת אותו ל"נזק כלכלי טהור" שהוא אותו נזק בשינוי אדרת. דוגמה נוספת היא מצג רשלני כלפי בעלים של נכס שעליו הסתמך בסופו של דבר הקונה של אותו נכס. בחלק ניכר מהמקרים הנופלים לדוגמה קיבוצית זו, מדובר במצג שווא רשלני שנעשה על ידי רשות ציבורית, אך הדוגמה עצמה והקבוצה בכלל אינה מוגבלת להיותו של המזיק מזיק "ציבורי". גם כאן השוני הוא בכתובת בלבד. ברור שמהיותו של הנזק "מועבר" בלבד, ולמעשה נזק שבמקורו היה נזק פיזי "אמיתי", חלק גדול משיקולי הנגד לקיום האחריות אינם תופסים כאן.

קבוצת המקרים השנייה שונה בעובדותיה ולפיכך שונה בשיקולים המתאימים לה. קבוצה זו מדגימה מצב שבו הנזק הכלכלי הטהור של ג' הוא נזק "מקורי" שלו. הוא לא נוצר אצל אחר ועבר אל ג' והוא אינו נובע מחבות כלפי אחר. עם זאת, הולדתו אצל ג' מקורה, כאמור, בנזקו הפיזי של א'. כך, פגיעה פיזית בעובד מרכזי של חברה גוררת נזק כלכלי טהור לבעליה. וכך גם החוכר בזמן (ב') שחכר גוררת ימית מ-א' (בעליה) ו-ג' פגע בה והשבית אותה מפעולה. הפסדיו של ב' הם כלכליים גרידא הואיל והאינטרס שלו בנכס אינו קנייני. ואלו רק שתיים מתוך דוגמאות רבות אחרות. במקרים הנמנים

⁸² FELDTHTUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS לעיל ה"ש 7, בעמ' 210. השוו: עניין *National Railway*, לעיל ה"ש 78; לחלוקה שונה במידת מה ראו הדו"ח של **פלמר ובסאני**, לעיל ה"ש 7, המקטלגים את המקרים לפי מספר הנפגעים הפוטנציאלי בכל אחת מהקבוצות. הקבוצה השנייה מסמלת מקרים שבהם מספר הנפגעים אינו מרובה "במיוחד", ואילו בקבוצה השלישית מספרם רב מאוד. נראה כי חלוקה זו אינה משכנעת, הואיל וקשה לקבוע כלל לפי מספר נפגעים פוטנציאלי ללא אמצעי עזר הגדרתיים נוספים.

עם קבוצת מצבים זו ייתכנו סיפורים עובדתיים שבהם היקף האחריות שתייצר הכרה בחובת הזהירות בגין הנזק הכלכלי יהיה מוגבל, ומאידך גיסא ייתכנו סיפורים עובדתיים אחרים, העונים על אותן הגדרות משפטיות, שמספר הנפגעים הפוטנציאליים בהם יהיה רב והיקף הנזקים גדול במיוחד.

קבוצת המקרים השלישית, לעומת זאת, מאגדת מצבים שבהם מדובר במעשה רשלני שגרר פגיעה רבת היקף ורבת נפגעים כלכליים שנפגעו כולם בעקבות פגיעה פיזית באחרים, אולם אלו האחרונים, בעלי האינטרס הפיזי שנפגע, אינם צפויים להגיש תביעה בגין נזקם זה. כך קורה באירוע רשלני שגרר פגיעה באיכות הסביבה. פגיעה כזו, כמו זיהום חוף ים, שגרמה לרבים נזק כלכלי ומגוון נזקים אחרים, שונה, כמובן, מקודמותיה הן עובדתית ומשפטית, הן מבחינת מספר הנפגעים כלכלית, הן מבחינת זהותו של בעל האינטרס הראשוני שנפגע פיזית (בדרך כלל המדינה) והן מבחינת פוטנציאל מימוש התביעה בגין הנזק הפיזי עצמו. השיקולים החלים על תת-קבוצה זו שונים, כמובן, מאלו שחלים על מקרים השייכים לקבוצה הראשונה שלעיל, שבה מספר הנפגעים הפוטנציאליים אינו גדל כלל בעקבות תוספת האחריות בגין הנזק הכלכלי – תוספת שבאה "תחת" הפיזי בגין הנזק הפיזי. הם גם שונים מהשיקולים החלים על הקבוצה השנייה שכן כאן, בקבוצה השלישית, בעל הרכוש שנגרם לו הנזק הפיזי, אינו צפוי למעשה לממש את "זכותו" לתבוע בגין נזקו, מהיותו גוף או רשות ציבורית או הציבור בכלל. לדעת בעלי הקטגוריזציה הפנימית הזו של מקרי "הנזק הריקושיטי", פוטנציאל האחריות השונה שמייצרת כל אחת מהקבוצות הללו מחייב התייחסות שונה. כאמור, ברוב המקרים הנופלים לגדר קבוצה זו⁸³ ובכפוף לחריגים מועטים בחלק מתתי-הקבוצות האמורות, ובעיקר אלו המוסדרים בחיקוק,⁸⁴ פועל כלל השלילה במלוא עצמתו.⁸⁵

אחריות רשויות ציבוריות (Statutory Public Authorities)⁸⁶ ככל שתפקידיה של המדינה ותפקיד רשויותיה ו"זרועותיה הארוכות" מתרבים, כן לה עצמה, וכמוה גם לגופים ציבוריים נוספים, יותר התנהגויות – דיבור, עשייה אקטיבית ובעיקר מחדל (בדרך כלל במקרי פיקוח) – הגורמות נזק כלכלי טהור הן כשמדובר בתפקידיה

⁸³ מבין החריגים, הידוע ביותר הוא חריג ה-"Joint Venture". ראו: FELDTHTUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 240–243; גדרון, "חובת הזהירות בעולות הרשלנות ונזק כלכלי טהור", לעיל ה"ש 2, בעמ' 161–163.

⁸⁴ ראו ס' 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 (להלן: "פקודת הנזיקין") המקנה "זכות פיצוי בגין נזק כלכלי" לתלוי של נפטר עקב מעשה עוולה. כמו כן ראו עניין *National Railway*, לעיל ה"ש 78.

⁸⁵ ראו חריגים והגמשות בדו"ח של **בוסאני ופלמר**, לעיל ה"ש 7, פרק 5 "General Conclusions", בעמ' 103–106.

⁸⁶ FELDTHTUSEN, ECONOMIC NEGLIGENCE: THE RECOVERY OF PURE ECONOMIC LOSS, לעיל ה"ש 7, בעמ' 261–309. אולם ראו: Perry, *Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 22, שמציע לחלק את המקרים השונים על פי שיקולי יעילות כלכלית – חלק מהמקרים יפוצה וחלקם הגדול ייוותר ללא פיצוי.

סטטוטוריים שאין להם מקבילה בעשייה הפרטית⁸⁷ והן כשמדובר בעשייה שיש לה מקבילה ב"יומיום הפרטי": חוזית, קניינית וכדומה. במקרים אלו, שבהם הנתבע שגרם את הנזק הכלכלי הוא רשות או גוף ציבורי, יש לאזן בין שיקולים, שמחד גיסא מחייבים הטלת אחריות על המדינה ועל רשויותיה, ומאידך גיסא שוללים הטלת אחריות כזו. בעד הטלת האחריות, עומדים השיקולים שמקורם ברצון להפנים סיכונים, הצורך להתרעע, וההבנה שיש לתקן את העוול שנגרם לתובע, שמבחינתו העובדה שהוא ניזוק על ידי המדינה או רשויותיה אינה מהווה "נחמה" כלל. מנגד, עומדים החשש מהרתעת יתר, וההבנה שהמדינה ורשויותיה הן בעיקרו של דבר שליחות הציבור המממן את פעילותן, ולכן הציבור הוא גם זה שצריך בסופו של דבר להפנים את הנזקים שהן גורמות.⁸⁸ הן השיקולים "מחד גיסא" והן השיקולים "מאידך גיסא" נובעים, כמובן, ממעמדה המיוחד של המדינה ורשויותיה, שהביא, בין השאר, גם לשלילת האפשרות להגיש תביעה ייצוגית נגד המדינה ורשויותיה במקרים של התרשלות בתפקידי פיקוח ללא קשר לסוג הנזק שנגרם על ידי התרשלות כזו.⁸⁹

עיקרם של שיקולים אלו, אינו בהכרח מהות הנזק שגרמה המדינה, אלא השאלה אם בכלל ראוי, נכון וצודק להטיל עליה אחריות. לאור שיקולים מיוחדים אלו קוטלגו המקרים שבהם הנזק הכלכלי הטהור נגרם על ידי המדינה כקטגוריית מקרים נפרדת. לא מפני שיש בהכרח הבדל במעשים יוצרי הנזק, אלא בגלל השוני בזהותו של גורם הסיכון. המדינה נותנת חוות דעת ומתווה דרכי פעולה מקצועיות; המדינה מעניקה שירותים שאם הם רשלניים הם עלולים לגרום נזק כלכלי טהור. המדינה אמנם אינה מייצרת ובדרך כלל אינה בונה בעצמה, אולם היא מפקחת על ייצור ועל בנייה, ומחדלי הפיקוח שלה עלולים להסתיים בגרימת נזק כלכלי עצום בהיקפו. מרבית המעשים הללו הם, כאמור, מעשים שיש להם מקבילה בעולם העשייה הפרטי. לא פחות מורכבים הם המקרים שבהם המדינה מבצעת פעולות שלטוניות במהותן או מפקחת על ביצוע פעולות פרטיות שיש להן השלכה ציבורית. המדינה מפקחת על היוצאים והנכנסים לארץ;⁹⁰ היא מפקחת על יבוא ועל יצוא;⁹¹ היא אחראית על סלילת כבישים;⁹² היא

⁸⁷ ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 6; ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהאן, פ"ד מב(3) 733 (1988). השווה לניתוח המעניין בע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, תק-על 404 (4) 3519 (2007). השווה: ת"א (שלום ת"א) 24969/03 שעשוע נ' מכון התקנים הישראלי, דינים שלום ה 902 (2007) שבו נגרם לתובעים, בעלי מבנה, נזק כלכלי בשל חוסר היכולת להפיק רווחים מהמקרקעין שלהם עקב אישור מוטעה שנתן הנתבע להפעלת מעלית פגומה שהותקנה במבנה. עוד השווה: Fillippo Rossi, Tort Liability of Financial Regulators, A Comparative Study of Italian and English Law in European Context, EBLR 643 (2003). המחבר ממליץ על גישת ביניים שבין חסינות מוחלטת לבין אחריות גורפת.

⁸⁸ גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב, לעיל ה"ש 52; גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ג, לעיל ה"ש 52, המצוטטים בהסכמה גם בעניין שתיל, לעיל ה"ש 87.

⁸⁹ ס' 3 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ס"ח 2054.

⁹⁰ עניין סוהן, לעיל ה"ש 87.

⁹¹ ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בעמ' נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005); השווה:

פועלת כרשות תמרוך; היא אחראית על פעולות הבנקים והביטוח;⁹³ היא אחראית על התכנון ועל הבנייה ברחבי הרשויות המקומיות שבתחומה;⁹⁴ היא אחראית על רישוי עסקים בתחומה;⁹⁵ היא אחראית על משק המים⁹⁶ ועוד.⁹⁷ השאלה תהיה אפוא אם דינם של המדינה ורשויותיה כדין כל נתבע אחר הגורם נזק כלכלי טהור ברשלנות, ואם השיקולים המגבילים את ההכרה בקיומה של אחריות במקרים של נזק כלכלי טהור גוברים על הצורך בהתייחסות מיוחדת לזהותה כמזיקה במקרים מיוחדים אלו. שוב, מרבית שיטות המשפט מפגינות גם כאן היסוס מתמשך, ופרט למשפט הישראלי, המצוי עדיין בחיתוליו, בכל מה שנוגע לקביעת כללים ברורים בנושא האחריות ברשלנות לנזק כלכלי טהור, אפשר למצוא בפסיקתן של המדינות הדוגלות בשיטת הביניים – זו שאינה מרחיבה אבל גם אינה מצמצמת כעיקרון התחלתי – אסמכתאות לכאן ולכאן.⁹⁸

עניין *Sauer*, לעיל ה"ש 69, שם נתבעה המדינה בגין אי-חקיקת חוק ואי פיקוח על רישיון יבוא מזון בקר שהוכח כבעל פוטנציאל מזיק.

92 עניין *פז חברת נפט בע"מ*, לעיל ה"ש 3.

93 עניין *לוי*, לעיל ה"ש 6.

94 ע"א 209/85 *עיריית קרית-אטא נ' אילנקו בע"מ*, פ"ד מב(1) 190 (1988); ע"א 80/87 *זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון*, פ"ד מה(4) 604 (1991) (להלן: עניין *זלסקי הראשון*); ע"א 5610/93 *זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון*, פ"ד נא(1) 69 (1997) (להלן: עניין *זלסקי השני*); ע"א 196/90 *עיני, חברה לביטוח בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריות*, פ"ד מז(2) 111 (1993); ע"א 653/97 *חברת מרכז ברוך וצפורה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו*, פ"ד נג(5) 817 (1999). השוו לעניין: *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, בו נתבעו מעריכים והמדינה שפקחה עליהם.

95 עניין *גורדון*, לעיל ה"ש 6.

96 עניין *שתיל*, לעיל ה"ש 87.

97 השוו למקבץ המקרים שאוחדו בעניין *X v. Bedfordshire County Council* [1995] 2 A.C. 633, שם נדרש בית הלורדים לזון במגוון ניכר של מקרים שבהם נפגעו קטינים וחוסים מהתרשלות בחייו דעה, בטיפול ובביצוע תפקידים שלטוניים אחרים של פקדי המדינה. בפסק הדין מדגיש בית הלורדים, תוך שהוא עושה שימוש בפסיקה מתחום המקרים שבהם נזק כלכלי טהור שיכריע, אלא מגוון שיקולי מדיניות שמנחה השיקול העיקרי של טובת הציבור, אופי הפעילות ומעמדה הציבורי של הרשויות שנתבעו שם לדין. השוו לאחת הדוגמאות שלא הגיעו אצלנו לבית המשפט לפסיקה סופית: דורית גבאי "האזוניים האטומות של משרד הבריאות" *מעריב*, 22.12.06, עמ' 4. תביעת הורים שאימצו ילד שלפי מצג עובדי משרד הבריאות היה בריא והסתבר בדיעבד שהוא חירש. משרד הבריאות שילם להורים, עוד טרם החלו דיוני המשפט, סך של 225,000 ₪ בגין המידע השגוי שמסר להם.

98 לסקירה ערכנית ראו *Bruce Feldthusen, Pure Economic Loss and Statutory Public Authority liability after Cooper v. Hobart (2005)*, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702081. השוו לעניין *Nielsen*, לעיל ה"ש 67, שעובדותיו דומות לעניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1, ומנתח אחריות לפיקוח על הקמת בית שנבנה על יסודות רועים. אחת הדוגמאות האחרונות למגמת ההרחבה הרווחת יותר ויותר בקנדה הוא עניין *Sauer*, לעיל ה"ש 69, המזכיר בנסיבותיו במידת מה את עניין *Weller*, לעיל ה"ש 1. במקרה הקנדי שבו נטען שחברת אם אוסטרלית לא פיקחה, והרשויות בקנדה לא הוציאו תקנות מתאימות, במקרה של מזון שיובא מחו"ל והיה מיועד לבקר המקומי, ונטען

החלוקה הקלאסית אינה מכסה, כמובן, את כלל המקרים המייצרים עובדתית נזק כלכלי טהור. מקרים של נזק ראייתי; נזק שבאבדן עילת תביעה; נזק כלכלי שנגרם עקב זיוף המחאות שנגנבו בגלל רשלנות עובדי הבנק;⁹⁹ נזק כלכלי טהור שנגרם במכוון; נזק כלכלי שנגרם עקב חוסר היכולת ליהנות מרכוש בעטייה של תביעה שהגיש הנתבע;¹⁰⁰ נזק שנגרם עקב הוצאת צו ארעי בחוסר תום לב;¹⁰¹ ונזקים שנגרמים בנסיבות מורכבות אחרות – כל אלה אינם נופלים לאף אחת מהקטגוריות האמורות. במקרים אלו חייבת שיטת המשפט הדוגלת בגישת הביניים של אי-שלילה גורפת מחד גיסא, וחוסר נכונות להכרה גורפת מאידך גיסא, ליצור מבחנים מיוחדים שבעזרתם אפשר יהיה להגיע להכרעה בדבר קיומה או היעדרה של חובת זהירות. ריבוי מספרם ההולך וגדל של מקרים אלו מהווה אתגר משפטי שיכול לקעקע את התפיסה של יעילות קטגוריזציה כזו או אחרת מלכתחילה, אך גם להציע תפיסה חדשה להתמודדות עם הנושא בכללותו.¹⁰²

2. ביקורת החלוקה הקלאסית – קטגוריזציה בלתי ממצה וחסרת בסיס לוגי מספק

בסיום סקירת דרכי הקטגוריזציה השונות, אחזור ביתר הרחבה לביקורת על עצם התפיסה המבססת את פתרון סוגיית הנזק הכלכלי על חלוקת המקרים שבהם הוא נוצר, לקבוצות סיפוריים עובדתיים מקוטלגים מראש, שעבור כל אחד מהם מיוצרת מראש רשימת שיקולים רלוונטיים.

בשלב זה אני מבקשת להניח לשאלה אם אמנם אי-אפשר למצוא כלל אחד או לנסח מבחן אחיד לכל המקרים שבהם נגרם נזק כלכלי טהור, ולטעון שגם אם הצורך בתתי-מבחנים או הצורך ביצירת הקבוצות כלשהן אכן מוכתב ממורכבות הנושא, כך

שהיה מזוהם, עובדה שגרמה לסגירת הגבול והפסקת המסחר בבקר. זו הייתה תביעה ייצוגית, והוגשה בקשה למחיקתה על הסף. בית המשפט הקנדי דחה את בקשת המחיקה. תחת זאת הוא מצהיר שאינו נבהל מהכרה בקטגוריזציה חדשות של "נזק כלכלי טהור". אולם ראו: Exploits Vally Air Services Ltd. v. Board of Governors .of the Collage of the North Atlantic, 258 D.L.R 4th (2005).

⁹⁹ ע"א 542/87 קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד, פ"ד מד(1) 422 (1990).

¹⁰⁰ ת"א (שלום י"ם) 11125/05 מלון דירות לב ירושלים בע"מ נ' ב.ה בניני המרכז ירושלים בע"מ, תק-של 2007(3) 3430 (2007) עוסק בנסיבות שבהן התובע הפעיל מכון כושר לאורחי מלון שבבעלותו וכן לקהל הרחב. הנתבע הגיש תביעה, שנדחתה בסופו של דבר, למניעת פתיחת המכון לקהל הרחב. עקב כך נאלץ התובע לסגור את המכון אף לאורחי המלון ובהמשך נגרמו לו נזקים עקב חוסר היכולת להשכיר את המקום לאחרים.

¹⁰¹ ת"א (שלום ת"א) 185116/02 גארד מכשירי כתיבה 1995 בע"מ נ' האן מכשירי כתיבה בע"מ, תק-של 2007(3) 20925 (2007), השופטת אבניאלי.

¹⁰² בעניין בנק Barclays, לעיל ה"ש 4, בו מתמודד בית הלורדים עם מבחן שלהערכתו אינו נופל באף אחת מהקטגוריזציות הקיימות ודרכו הוא קובע את המבחן התלת-שלבי שבמרכזו הגישה האינקרמנטאלית. עוד ראו בהמשך על גישת המשפט הישראלי לפתרון סיטואציות "חריגות" אלו ודומותיהן.

שיש צורך ליצור חלוקה לקטגוריות כדי לקדם מציאת פתרונות משפטיים נכונים, עדיין ברור שהקטגוריזציה הקלאסית, שסקרתי לעיל, משקפת חוסר היגיון בסיסי עובדתי ומשפטי כאחד. כך, למשל, לא ברור מה ההבדל האמיתי, לבד מהשוני בחוליות הקשר הסיבתי וכן באלמנט ההסתמכות (אשר לא ברור מה נפקותם לעניין התוצאה המשפטית הנוגעת להכרה בקיומה של חובת זהירות), בין חיווי דעה רשלני (קטגוריה 1) לבין שירות רשלני שלא במסגרת מתן חוות דעת (קטגוריה 2) או בין חוות דעת רשלנית (קטגוריה 1) לבין מוצר שיוצר ברשלנות (קטגוריה 3), לבד מהעובדה שהמעשה הרשלני "מסוכן", אולי, פחות הואיל והיקף השפעתו מצומצם יותר מזה של חיווי הדעה הרשלני, וגם הבדל לכאורי זה אינו מובהק כשלעצמו. ייתכנו בהחלט מקרים של סיכון הפוך. לגופו של חוסר הבדל זה ברור כי בין שמדובר בשיפוצניק רשלן ובין שמדובר ברואה חשבון רשלן או בין שמדובר בעורך דין שהתרשל בעשייה אקטיבית או ברואה חשבון שהתרשל בחיווי דעה ובייעוץ למי שאינו לקוחו, המבחנים המשפטיים כמשקפי נורמה ושיקולי מדיניות צריכים להיות אותם מבחנים, לפחות ברמה העקרונית. יתר על כן, תהיות נוספות, כמו אלו המשתקפות בשאלות שלהלן, גם הן אינן מקבלות תשובות מספקות על פי החלוקה לקטגוריות המוצעת לנו על ידי תומכיה של הקטגוריזציה הקלאסית. היש באמת הבדל ממשי בין השירות הרשלני שנתן המוביל במקרה של הממכר שניזוק בדרכו מהמוכר לקונה, ובו לאחרון יש רק אינטרס אובליגטורי בממכר במהלך הובלתו בגלל הוראות ההסכם שבין המוכר לקונה¹⁰³ (קטגוריה 4) לבין השירות הרשלני של הקבלן שגרם לשוכר המבנה נזק שבשליטת אפשרות להפיק ממנו רווחים בגלל האיחור בסיום השיפוצים (קטגוריה 2)? ומה באמת ההבדל בין נזק שגורם קבלן משנה לקבלן העיקרי המעסיק אותו בפגעו פיזית במבנה של בעל הבית ששכר את הקבלן כדי לשפצו (קטגוריות 2 ו-4) לבין הנזק שגרם מי שפגע פיזית בגוררת ימית. במצב בו לחוכר הגוררת (time charter) אינטרס אובליגטורי בלבד (ללא חזקה פיזית), נבצר ממנו, מהיות הנזק שנגרם לו כלכלי טהור, לתבוע את המזיק הרשלן בגין חוסר היכולת להפיק רווחים מחד גיסא וחובתו להתמיד בתשלום קבוע עבור החכירה מאידך גיסא¹⁰⁴ (קטגוריה 4); האם נפקות קיומה של שרשרת חוזים במקרים של מוצר/מבנה שנבנה ברשלנות שונה אמיתית מנפקותה של הסיטואציה החוזית בסיפור ההובלה הימית שלעיל או מסיפור הגוררת הימית; האם חוות דעת רשלנית אינה בעצם "מוצר פגום"; ומדוע מסווג מקרה ההובלה הימית באופן זהה למקרה הגוררת הפגועה (שניהם שויכו לקטגוריה 4) רק בשל העובדה שבשניהם נגרם לצד ג' נזק פיזי כלשהו. מדוע המקרה של הפגיעה באיכות הסביבה זהה גם הוא? הרי מאליו ברור שלפחות מבחינה כלכלית השיקולים שונים¹⁰⁵ והיכן נמקם את הנזק

¹⁰³ עניין *Leigh & Silavan Ltd.*, לעיל ה"ש 36.

¹⁰⁴ עניין *Candlewood*, לעיל ה"ש 34.

¹⁰⁵ ראו **הדו"ח של פלמר ובוסאני**, לעיל ה"ש 7 המסווגים את מקרי הפגיעה באיכות הסביבה ודומיהם כקטגוריית מקרים נפרדת בגלל שיקולים כלכליים הנובעים מהעובדה שהנזק הפיזי במקרים אלו נגרם לציבור בכללותו ואין לו השלכה כלכלית כלל חברתית. אפשר להקשות ולשאול מה באמת

הראיית¹⁰⁶ ואת השירות הרשלני שנתן בנק *Barclays* במקרה שנדון בבית הלורדים,¹⁰⁷ ומה סיווגו הנכון של המעשה שבעניין תחנת הדלק שרווחה פחתו עקב רשלנות (טענה שנדחתה) בסלילת כביש עוקף.

אם כן, דומני שברור שגם אם אכן יש תועלת ביצירת הקבוצות של מקרים עובדתיים שונים ובהחלת כללים שווים על מקרים הנופלים בגדר כל אחת מהקטגוריות הללו, הרי שמבחינה משפטית ומההיבט של שיקולי מדיניות כלכליים/מסחריים/ערכיים אי-אפשר לתמוך בחלוקה הקלאסית שסקרתי לעיל או אפילו להיעזר בה לצורך מציאת פתרון משפטי הולם, אם פתרון אחד ואם פתרון קטגוריאלי כלשהו.

3. החלוקה המודרנית¹⁰⁸

ניסיון לתקן את עיוותיה של החלוקה המסורתית הקלאסית נעשה לא מכבר על ידי Palmer ו-Bussani. אלה מציעים נקודת מוצא המתמקדת בתיקון העיוותים שבחלוקה הקלאסית. כך, קטגוריית המקרים שבהם מדובר ב"נזק ריקושטי יחסי" מתחלקת לתת-קבוצות משנה, ואילו שתי הקטגוריות הראשונות, חיווי דעה ושירות מקצועי, מתמזגות לקבוצה אחת.

"**נזק ריקושטי (Ricochet Loss)**"¹⁰⁹ בדומה לקטגוריית המקרים הרביעית בסיווג הקלאסי, גם כאן מדובר בנזק כלכלי טהור שנגרם לב' בעקבות מעשה עוולה שביצע א' ושגרם נזק פיזי לג'. ב' הוא ניזוק משני, והנזק שנגרם לו נובע מכך שאין לו אינטרס קנייני בנשוא הנזק הפיזי. המקרה של הנגררת שניזוקה בעת שהייתה חכורה (ללא זכות קניינית כלשהי) על ידי ב' שהמשיך לשלם דמי חכירה עבורה לא', בעליה, שייך

ההבדל בין פגיעה באיכות הסביבה כשהנזק הפיזי נגרם "לציבור בכללותו" לבין פגיעה באיכות הסביבה הנובעת מפגיעה פיזית ברכושו של אדם או גוף שאינו ציבורי (להלן: "החלוקה החדשנית").

¹⁰⁶ אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-וודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא 191 (1998); ביקורת על התיאוריה של פורת ושטיין נמתחה על ידי ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" **משפטים** ל 317 (2000); Richard D. Friedman, *Dealing with Evidentiary Deficiency*, 18; CARDOZO L. REV. 1961 (1997) וראו תגובה לביקורת – אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל 349 (2000); השוו ע"א 258/86 נגר נ' ד"ר וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989); ע"א 248/86 עזבון חננשוילי נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (1991); ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב ומדינת ישראל, פ"ד נט(4) 310 (2005) (להלן: "עניין ד'אהר הראשון"); דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר, תק-על (2) 144 (2005) (להלן: "עניין ד'אהר השני").

¹⁰⁷ והשאלה למי ניתן השירות ומי הסתמך עליו, אם בכלל.

¹⁰⁸ ראו הדו"ח של פאלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 7.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 118, Van Boom, *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective*; לעיל ה"ש 2; Perry, *Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the Exclusionary Rule*, לעיל ה"ש 22.

לכאן, וכן גם המקרה של כוכב הכדורסל שנפגע פיזית ואילו חברי קבוצתו ומנהליה נפגעו כלכלית בלבד. עם זאת, בהבדל מהחלוקה הקלאסית המקובלת, שיוצרת כאן קבוצה גדולה יותר, לא כל המקרים שבהם נגרם נזק פיזי לא' ונזק כלכלי לב' נכנסים לקטגוריה זו, כפי שאראה בהמשך בשתי קבוצות המקרים הבאות.

נזק מועבר (Transferred Loss).¹¹⁰ כפי שהוסבר כבר לעיל, גם כאן מדובר בנזק כלכלי שגרם ג' ל-ב'. גם כאן נזקו הכלכלי של ב' נובע מנזק פיזי שנגרם על ידי ג' ל-א' בעל הקניין.¹¹¹ גם כאן ב' הוא ניזוק משני והסיטואציה היא סיטואציה משולשת. אלא שבהבדל מקבוצת המקרים הקודמת כאן מדובר במצב עובדתי שבו, בגלל הוראות הדין או הוראות חוזה, או בגלל הנסיבות העובדתיות המיוחדות של המקרה, הנזק ש-ב' סובל הוא נזק שאלמלא אותן הוראות דין או חוזה היה נחשב כנזקו של א'. במילים אחרות, נזקו של א' מועבר ל-ב', ונזקו של א' אינו קיים עוד. אלא שכאן הוא משנה פניו מנזק פיזי לנזק כלכלי טהור. זהו, בין השאר, המקרה של רוכש שני של מוצר או נכס פגום, שקנהו ממי שרכשו במקור מהיצרן או מהקבלן הרשלי. נזקו של הרוכש הראשון "מועבר" לשני שלו אין עוד כל קשר חוזי עם גורם הנזק הראשוני.¹¹² ההבדל בין שתי קבוצות המקרים, פרט לעובדה שבקבוצה הראשונה יש נפקות אמיתית למערכות חוזיות מקבילות/חופפות, ובקבוצה השנייה לא, הוא בנטל הכלכלי-חברתי שהכרה בחובת הזהירות של המזיק כלפי מי שנגרם לו נזק כלכלי טהור תייצר. במקרה הראשון מדובר בנזק של ב' שמתווסף לנזקו של בעל הקניין, א', ואילו במקרה השני מדובר בנזק שבסך הכול שינה את מיקומו – במקום לשקף אינטרס של א' הוא משקף אינטרס של ב' שהוא חלק מזכותו לשעבר של א'.

סגירה/מניעה של שירותים ותשתיות ציבוריים Closures of Public Services

(and) Transportation.¹¹³ גם כאן, מדובר בדרך כלל, אף כי לא תמיד, על סיטואציה משולשת, אלא שלאחת מצלעותיה אין, לטענת הדוגלים בקטגוריזציה חדשנית זו, כתובת אנושית. מדובר במצבים שבהם נגרם או יש חשש שייגרם נזק פיזי כלשהו, ועקב כך מושבת שירות ציבורי או נסגר מקום או אתר ציבורי, ובשל כך נפגעים אינטרסים כלכליים מסחריים של התובע. סגירתו של חוף ציבורי השייך למדינה עקב זיהום הים שנגרם על ידי ספינה שנווטה ברשלנות, והנזק שנגרם לבתי המלון ולאתרי התיירות באזור, הם הדוגמה השכיחה. כך, גם המקרים הידועים של ביטול קיומן של מכירות פומביות של בקר על ידי המדינה עקב החשש להתפשטות מחלת הפה והטלפיים

¹¹⁰ הדו"ח של פלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 7, בעמ' 118–119.

¹¹¹ יש הטוענים כי במקרה זה לא' לא נגרם נזק כלל. לאמתו של דבר טענה זו מתעלמת מהעובדה שזה טבעו וטיבו של הנזק המועבר – הוא עובר מא' לאחר ולכן לא' לא נגרם נזק מפני שניזק זה עבר לאחר. על הצעה לגרוע מזכויות בעל הקניין לטובתו של בעל הזכות האובליגטורית ראו: Andrew Tettenborn, *Property Damage and Economic Loss: should by Property Owners Themselves be Limited*, 34.2 COMMON L. WORLD REVIEW 128 (2005).

¹¹² עניין קורנפלד, לעיל ה"ש 1; עניין Murphy, לעיל ה"ש 1; עניין Nielsen, לעיל ה"ש 67.

¹¹³ הדו"ח של פלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 7, בעמ' 119–120.

שנגרם בגלל רשלנות הנתבע, ¹¹⁴ או סגירת אתר נופש מבודד בעקבות הרס שנגרם לגשר (השייך למדינה) שהוביל אליו. ¹¹⁵ לטענת Palmer ו-Bussani, מקרים אלו שונים מקודמיהם בכך שבהם אין תובע שיתבע בגין הנזק הפיזי, אם נגרם בפועל נזק כזה, או שאין תובע פוטנציאלי משקיים רק חשש לנזק כזה שעוד לא התגשם מחד גיסא, ובעובדה שכאן מדובר על היקף רב במיוחד של תביעות על נזקים מסוגים רבים ומעגלי פגיעה נרחבים, שכולם צפויים בדרגה זו או אחרת מאידך גיסא; העומס הכלכלי שיוטל על הנתבע, אם תוכר אחריותו, הוא אדיר ובדרך כלל לא יהיה מגובה בביטוח מלא, וחוסר הצדק האפשרי בכל הנוגע ליחס בין עצמת הפגיעה בנתבע לבין הנזק שנגרם לכל אחד מיחיד התובעים שיכלו – כל אחד בנפרד – לבטח את נזקם הפרטי כחלק מסיכוני הרקע המבוטחים ממילא במסגרת הפוליסה העסקית שלהם, הוא בולט במיוחד. ¹¹⁶

אינפורמציה ושירות מקצועי (Reliance upon Flawed Information or Professional Services). ¹¹⁷ בהבדל מהחלוקה הקלאסית, החלוקה החדשנית מסווגת, בהיגיון רב, גם שירותים פיזיים וגם שירותים מקצועיים "אינטלקטואליים" באותה קבוצת מקרים. על שירותים אלו מסתמך צד ב', בעל חוזהו של מחווה הדעה או נותן השירות, או ג', שהוא צד רחוק יותר, ונגרם לו נזק כלכלי טהור צפוי. בדרך כלל אין בנסיבות אלו כל חשש לאירועו של נזק פיזי, ונזקו של התובע הוא נזק ישיר שאינו נגזר ואינו נסמך על נזק לאדם אחר. בחלק מהמקרים ישנה, כאמור, לתובע גם עילה חוזית. ^{118, 119} במקרים אחרים ישנה סיטואציה מקבילה לחוזה לטובת צד ג', אמיתית או

¹¹⁴ Weller, לעיל ה"ש 1; Sauer, לעיל ה"ש 69.

¹¹⁵ 1340232 Ontario Inc. v. St. Lawrence Seaway Management Corp., 2004 FC 209, כאן פגע הנתבע בגשר שהוביל למרכז קניות שהיה בבעלותו של התובע. תנועת הקונים פחתה למשך 3 חודשים. התביעה נדחתה על הסף. השוו: עניין National Railway, לעיל ה"ש 78.

¹¹⁶ שאלת הביטוח במקרה כזה תהיה חמורה הואיל והנזק יתמקד – כך יש להניח – בחברה או בקבוצת חברות שעיסוקן בביטוח מהסוג הרלוונטי.

¹¹⁷ הרו"ח של פלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 7, בעמ' 12; Pure Economic Loss in Europe, לעיל ה"ש 7, בעמ' 13; Busanni & Palmer, An Economic Restatement, לעיל ה"ש 2. המחברים מדברים על "הסתמכות". דווקא הצורך בקיום הסתמכות הוגדר כתנאי חלקי בלבד בפסק דינו של בית הלורדים בעניין בנק Barclays, לעיל ה"ש 4.

¹¹⁸ עניין Henderson, לעיל ה"ש 41, שעסק בחתמי חברת לויס. וכן עניין BP Plc., לעיל ה"ש 56, שעסק באחריות סוכני ביטוח לסוגיהם השונים, מדגימים היטב את היעדר ההבחנה – לפחות במשפט האנגלי – בין מצבים שבהם קיים חוזה לבין מצבים נטולי חוזה. גם הריסטייטמנט שדווקא כן עומד על הבחנה זו – קובע דין דומה. ראו: הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1, ס' 12–13 לריסטייטמנט.

¹¹⁹ בחלק מהמקרים קיימת גם עילה על פי חוקי החוזים למיניהם – ראו המקרה החשוב שבע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (2004), שנדון, בין השאר, על פי הוראות חוק הבנקאות (שירות ללקוח) התשמ"א–1981. ככלל, כל מקרי אי-הגילוי למיניהם יכולים ליפול גם לגדר ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: "חוק החוזים"). השוו: ע"א 230/80 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713 (1981); קפלן, לעיל ה"ש 29. עוד על הוראות ס' 12 לחוק החוזים ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך

בגרסה מורחבת, ובסוג המקרים האחרון העילה הנזיקית היא היחידה הבאה בחשבון. כאמור, כלל השלילה מוגמש במיוחד בקטגוריה זו כל עוד מדובר ביעוץ, בהעברת נתונים ובשירותים נוספים דומים, כל זמן שיש "יחסים מיוחדים" הנובעים מהסתמכות או קבלת אחריות מצדו של נותן השירות או מחווה הדעה, וכל עוד פוטנציאל האחריות והנזק אינם מחייבים שיקולי נגד שבמדיניות משפטית כללית.¹²⁰

4. ביקורת החלוקה המודרנית – קטגוריזציה בלתי ממצה וחסרת בסיס לוגי מספק

אין ספק שהקטגוריזציה החדשנית הגיונית יותר מקודמתה, והיא מספקת בסיס לחשיבה מסודרת יותר, בעיקר בכל הנוגע לשיקולים הכלכליים שעליהם מושתתת ההכרה בקשיים שמעורר הנזק הכלכלי הטהור במסגרת עוולת הרשלנות. לאמיתו של דבר מפתחיה טוענים שהשיקול העיקרי שצריך להנחות את בתי המשפט הוא אכן שיקול כלכלי הנותן ביטוי לשאלה אם הסיטואציה שבה הם עוסקים ייצרה נזק חברתי (Social Loss) או שהולידה רק נזק פרטי (Private Loss) לתובע, שאין לו השלכה על טובת החברה בכללותה.¹²¹

עם זאת, גם כאן יש כמה קשיים שאי-אפשר להתעלם מהם. עיקרם בכך שגם רשימת הקטגוריות המוצעת כאן, שגישתה המודרנית מביאה בחשבון את בעייתיה של הגישה הקלאסית, אינה כוללת את כל הסיטואציות העובדתיות המוכרות, ולא כל מקרי הנזק הכלכלי נופלים לאחת מארבע הקבוצות שנמנו לעיל. כך, שוב, לא נופלים לקבוצות אלה מקרים של נזק ראייתי (לפחות אלו שלא נגרם בהם נזק פיזי כלל); מקרים של הגשת תביעה רשלנית במערכת שאינה חוזית, כשחובת הזהירות נובעת. כך נראה, מפעולתו של הדין;¹²² מקרים של גרימה מכוונת של נזק כלכלי טהור;¹²³ מקרי

¹²⁰ א 511–648 (1991); השוו: 1 All E.R. 203 [1975] Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon. ראו את ההבחנה של השופט שמגר בעניין לוי, לעיל ה"ש 6, בין שיקולים מתחום דיני הנזיקין, שיקולים מתוך עוולת הרשלנות ושיקולים משפטיים כלליים. עוד על החלטה זו המדברת על אחריותו של המפקח על הביטוח בנזיקין ראו גדרון "אחריותו של המפקח", לעיל ה"ש 52; גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב, לעיל ה"ש 52; גלעד "רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ג, לעיל ה"ש 52.

¹²¹ Perry, *Relational*, ואולם ראו: Busanni & Palmer, *An Economic Restatement*, לעיל ה"ש 22, שמנתח את מקרי הנזק הריקושטי לתת קבוצות – תוך גילוי דעתו שאין גישה אחת ואין סיבה אחת, לכללים ולדוקטרינות של דיני הנזיקין וברוח משנתו של ENGLAND, לעיל ה"ש 7, יש לנתח את דיני הנזיקין ברוח פלורליסטית.

¹²² ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004). השוו גם לעניין של נסיבות שונות ועיקרון דומה שבעניין סוהן, לעיל ה"ש 86, העוסק באחריות המדינה לאי ביצוע צו עיכוב יציאה מהארץ.

¹²³ עניין ציזיק, לעיל ה"ש 81.

הצוואה הרשלנית שבעקבותיה ניזוק היורש שאינו יורש;¹²⁴ המקרים הקלאסיים של ניתוק הכבל החשמלי שהשביית את עבודת המפעל המנותק;¹²⁵ ואפילו שני המקרים שבהם פתחתי את הדיון ובהם אתמקד בהמשך – המקרה הישראלי של סלילת הכביש העוקף את תחנת הדלק שיועד לאפשר סיום עבודות הסלילה בכביש הראשי, והמקרה האנגלי שבו כשל בנק *Barclays* בביצוע צו ההקפאה שהוצא לו. שניהם מהווים דוגמה טובה לקוצר היריעה שמציעים לנו חסידי תורת הקטגוריזציה בכלל וזו המודרנית בפרט. בשני המקרים הללו לא נגרם נזק פיזי. מאידך גיסא, בשני המקרים לא הייתה הסתמכות, לא הייתה קבלת מחויבות, והנזק נגרם באופן ישיר על ידי הפעילות המזיקה ולא על ידי פעולה נוספת של התובע או מישהו מטעמו.

ייתכן שאפשר לראות בשני המקרים מצבים עובדתיים העונים להגדרה של שירות. אלא שלפחות השאלות למי ניתן השירות, אם בכלל, והאם למקרים מסוג זה התכוון מי שכינה מצבים קלאסיים של שירות בשם "מצבי מתן שירות", הן בעייתיות.

ואם לא די לנו בדוגמאות אלו אפשר להביא כדוגמה את הסיטואציה העובדתית הבאה:¹²⁶ לפני כמה שנים הורה משרד הבריאות, בעקבות כתבת תחקיר בערוץ 2, להסיר ממדפי החנויות את כל דגי הברכות במדינה, מתוצרת כל החברות. המשרד הדגיש שיש חשש שחלק מהדגים מכילים חומר מסוכן ושיש חשש להשפעה מצטברת על בריאותו של מי שיצרוך אותו, וכן, שהוא מעודד התפתחות גידולים סרטניים בגוף. נקל לשער את זעמם של מגדלי הדגים כשהסתבר זמן מאוד קצר לאחר מכן שההודעה הוצאה ברשלנות ובלא שמי מן המעורבים בפרסום בדק את העובדות לאשורן. האיסור צומצם כמעט באופן מידי ולאחר מכן הוסר לחלוטין, אלא שבינתיים נגרמו למגדלי הדגים נזקים כלכליים נכבדים. כך יש להניח כי לא נגרם להם נזק פיזי, פרט לאבדן הדגה, וגם אם נגרם, אין כל ספק שנגרם להם בנוסף אליו גם נזק כלכלי טהור. מדובר בעיקרו של דבר בנזק שמתבטא במניעת רווחים שיכלו מגדלי הדגים להפיק אלמלא נעצרה – בהוראה רשלנית – מכירת הדגים במדינה, והוא אינו נובע ואינו מבוסס על הנזק הפיזי של אבדן הדגה עצמה, שגם בעקבותיו סבלו, כמוכן, בעלי הדגים נזק כלכלי, אולם זה אינו מהווה נזק כלכלי טהור.¹²⁷

¹²⁴ מהיעדר הסתמכות של הניזוק.

¹²⁵ עניין *Spartan Steel*, לעיל ה"ש 76.

¹²⁶ ת.א. (מחוזי ת"א) 2474/06 **ארגון מגדלי הדגים נגד משרד הבריאות** (טרם ניתנה החלטה, הוגש ביום 16.11.06). כמה שנים קודם לכן אירע מקרה דומה – משרד הבריאות הזהיר בפני סכנה צפויה בבקבוקי קוקה קולה ולאחר שנגרם נזק רב לחברת קוקה קולה חזר בו מאזהרותיו. ראו: הודעה מטעם ועדת הבדיקה של משרד הבריאות "אפשר לשתות קוקה-קולה בביטחון מלא" (עותק שמור בידי הכותבת).

¹²⁷ עניין *Spartan Steel*, לעיל ה"ש 76. זהו נזק תוצאתי בעיקרו, אלא שחלק מההסתייגות מפיצוי על נזק כלכלי טהור שאינו תוצאתי, חלות גם עליו הואיל ולניזוק עומדת ממילא עילת תביעה בגין הנזק הפיזי שנגרם לו, ולפיכך שיקולי הצפת מערכת ודומיהם אינם רלוונטיים כאן. אין ספק שאחת השאלות החשובות במקרה זה תהיה מה דינו של מקרה שבו צפוי, לכאורה, נזק פיזי והנזק הכלכלי בא על מנת למנוע נזק זה. מאידך גיסא, במקרה הנידון לעיל לא היה צפוי, כנראה, נזק

לאילו קטגוריה נשייך מקרה זה? כיצד ינהגו בו בתי המשפט אם או כאשר גישת הקטגוריזציה תתקבל בארץ? האם מדובר בשירות? בחייווי דעה? ב"מעשה שלטוני"¹²⁸ ברור שלפי הקטגוריזציה הקלאסית ימצא מקרה זה את מקומו בקבוצת המקרים המיוחדת העוסקת ב"מעשי מדינה". אולם ראינו כבר את הקשיים שיוצרת גם הקטגוריזציה ההיא, הן בכללותה והן בפרטיה.

אפשר לאתר בעיה נוספת גם בקטגוריזציה המודרנית, והיא נעוצה בחלוקה הפנימית שנעשתה בקבוצת המקרים הקרויה "נזק ריקושטי". ההבחנה הפנימית בין סוגים שונים של "נזק ריקושטי" אינה נקייה מספקות. כך, למשל, לא ברור מדוע המדינה או רשות ציבורית אינה יכולה לתבוע בשל פגיעה בגשר או בחוף השייך לה? והאם ישתנה במשהו סיווגה של התביעה במקרה שבו הגשר או הדרך שייכים לרשות פרטית, כמו כביש 6, למשל, בהשוואה למקרה שבו הדרך שייכת למדינה עצמה. יש כאן עירוב של אלמנט רוחב הנזק והיקפו עם אלמנט הציבוריות, שמודדים המחברים על פי השאלה אם יש תובע פוטנציאלי אם לאו, והדברים לא בהכרח תמיד מתמזגים.

גם בהקשר של קבוצת המקרים המאוחדת של חייווי דעה ושירות רשלניים, Palmer ו-Bussani אינם מסתפקים באיחודן של שתי הקבוצות. הם מוסיפים כנדבך נוסף לתיאור העובדתי/משפטי את אלמנט ההסתמכות. למותר לציין, ואני אעמוד על הדברים בהרחבה במסגרת ניתוחו של פסק הדין בעניין בנק *Barclays* בהמשך, שלא מעטים הם המקרים שבהם מדובר בחייווי דעה רשלני או בשירות רשלני שהם נעדרים הסתמכות כלל ועיקר, ודוגמת היורש המאוכזב תוכיח זאת.¹²⁹

5. סיכום גישת הביניים – הקטגוריזציה הקלאסית והקטגוריזציה המודרנית

דומני שאין צורך להכביר במילים כדי לשכנע עד כמה רופף "תחליף הפתרון" המוצע לנו על ידי תומכי גישת הביניים (שאינה "מרחיבה" ואינה "מצמצמת") מבחינת ההכרה באחריות לנזק כלכלי טהור. מדובר כאן בהצעת פתרון, שבהיעדר אמת מידה ערכית-משפטית ברורה, המגובה בשיקולים חברתיים/כלכליים/מוסריים/כלל חברתיים, היא מסתפקת בסיווג עובדתי, כאמור, של מקרי הנזק הכלכלי הטהור לקטגוריות עובדתיות, בין אלו המוצעות על ידי החלוקה הקלאסית ובין אלו המוצעות על ידי בעלי הגישה המודרנית המשופרת, ובונה עבור כל אחת מהן כללים והלכות שלאורן יימדד כל מקרה עובדתי עתידי הנופל בתחומן, בלא שיהיה בהכרח קו אחיד משפטי שיקשר באופן

פיזי כלל. במקרה דוגמת זה יש להניח, שלניזוק נגרם גם נזק של פגיעה או אבדן מוניטין, שניתן, כמובן, לתביעה גם על פי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (תנאי "הפרסום" עלול להיות קושי מסוים מבחינת משרד הבריאות) ובנסיבות מסוימות גם על פי חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. אלו, שוב, דוגמאות של נזק בעל אופי מיוחד שחוסה, אף כי לא במידה מספקת, תחת כנפיהן של העוולות הנקודתיות, שאינן מעוררות את הבעיות שמייצרת עולות הרשלנות. ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 6, בנושא חריג שיקול הדעת והאסמכתאות בה"ש 52 לעיל.

¹²⁹ עניין *Norsk*, לעיל ה"ש 78.

הגיוני בין הפתרונות המוצעים בכל אחת מהקטגוריות הללו לבין אלו הנקוטים באחרות.

כהצעה יישומית לפתרון הבעייתיות האמיתית שמעוררים מקרי הנזק הכלכלי הטהור, אפשר לומר שגישת הביניים, שמטרתה, כזכור, צמצום האחריות לנזק כלכלי מחד גיסא, אך לא שלילתו הגורפת מאידך גיסא, לא השכילה לייצר מבחני חבות "תחליפיים" תחת מבחני החבות ה"רגילים" הנהוגים בעוולת הרשלנות במקרים של נזק פיזי לגוף או לרכוש. גם הניסיון להימנע מהצורך לייצר מבחנים חלופיים אחידים ובעלי היגיון פנימי, כולל באמצעות שימוש בקטגוריות של מקרים טיפוסיים וקביעת הלכה נפרדת בנוגע לכל אחת מהן, אינו מייצר את התוצאה המיוחלת, שכן כל ניסיון, מוצלח ככל שיהיה, לא יוכל לתאר ולהגדיר מגוון סיטואציות שיהיה רחב דיו מחד גיסא, אך גם לא רחב מדי כרשימה סגורה מאידך גיסא, שיכסה את כלל הסיפורים העובדתיים וגוונים ההתנהגות האנושית, ואת שלל הנסיבות ומערכות החוזים המורכבות, המייצרות בסופן פוטנציאל נזק כלכלי טהור. ואכן, ההתלבטות הנמשכת והולכת בכל שיטות המשפט המאמצות את גישת הביניים על המשך דרכן וההתחבטות האמיתית שלהן בנושא זה, מלמדת כי "שיטת מערך הקטגוריות" של מקרי הנזק הכלכלי הטהור לא השיגה את מטרתה.

על השאלה אם בכלל דרוש מערך כזה אנסה להשיב בהמשך.

ה. משפחות משפט והנזק הכלכלי הטהור

קשה מאוד לסווג את הגישות השונות שנסקרו לעיל – הגישה המצמצמת, הגישה המרחיבה וגישת הביניים – על פי מקורה של שיטת המשפט שבמסגרתה הן פועלות או על פי המשפחה שבה נולדו. לא בהכרח כל מדינות המשפט המקובל מפגינות גישה זהה, וגם אלו שמקור שיטתן הוא המשפט האזרחי מדגימות גישות שונות ולעתים אף מנוגדות לשאלת הנזק הכלכלי הטהור. בכל אחת ממשפחות המשפט אנו מוצאים הן את מי שדוגל בגישה המצמצמת, הן את מי שמאמץ בחום את השיטה המרחיבה והן את מי שמתלבט במסגרת גישת הביניים – בשאלת מבחני תחליף ראויים שיאפשרו מחד גיסא, הטלת אחריות אולם מאידך גיסא, לא יפעלו בהיקף וברוחב המקובלים במקרים של נזק פיזי.¹³⁰

במחקר משווה שנערך זה לא מכבר סווגה גישתו של המשפט הישראלי לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור כגישה פרגמטית (pragmatic regime).¹³¹ זהו מונח מקביל

¹³⁰ הדו"ח של פלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 2; Von Bar & Drobing, *Study on Property Law*, לעיל ה"ש 7.

¹³¹ השיטה הישראלית סווגה כך באופן "מחמיא" ולא סווגה כשמרנית, הואיל ואין בשיטתנו כלל שלילה אחיד, ונקודת המוצא שלה אינה נגטיבית גורפת מעיקרה. הדו"ח הישראלי הוצג באתר הכנס, כאמור לעיל ויופיע במהלך 2008 כפרק בספרם של המחברים שלעיל.

למונח "גישת הביניים" שלעיל.¹³² עם ישראל סווגו כך גם אנגליה, קנדה, סקוטלנד, דנמרק, הולנד, אוסטרליה וארצות-הברית.¹³³ מאפייניה של גישה זו הם ראשית, זהירות חשדנית המייצרת נכונות להכרה באחריות תוך התפתחות איטית ומחושבת ממקרה למקרה, ושנית, התכנסות ל"כיסוי אחריות" מוגדרים מראש הדומים בעובדותיהם ובהיגיון שבהם, זה לזה. עם זאת, מציינים בעלי המחקר, כי מספר המקרים שיזכו לפיצוי במדינות הנוקטות קו זה לא יהיה בהכרח שונה באופן דרסטי מהמדינות הנוקטות את הגישה הליברלית.

ההבחנה שעושים מחברי המחקר בין השיטות השונות מנסה לשלב תאוריה עם פרקטיקה. המחקר בדק הן את התפיסה המשפטית והן את יישומה; את קיומם או היעדרם של כללים משפטיים עקרוניים וגורפים; את הרטוריקה שבה משתמשים בתי המשפט; ואת רוחב התפיסה הערכית המופגנת על ידם. לשם השוואה אזכיר כי רשימת המדינות המפגינות גישה רחבה לנזק הכלכלי (liberal regime) הן בלגיה, קרואטיה, צרפת, איטליה, יוון, יפן וספרד. גם מחוז קוויבק אשר בקנדה מפגין גישה זו.¹³⁴ המאפיין הבולט של גישה זו הוא קיומה של הוראה אחידה כללית קודיפיקטיבית שאינה פוסלת אפרוירית אחריות לנזק כלכלי טהור בדין הנזקי. אף על פי כן, בעיית הנזק הכלכלי הטהור מתחילה לחלחל לאטה גם למדינות אלו – בעיקר בנוגע למקרים עובדתיים נקודתיים כמו מקרי חיווי דעה מקצועי. ההתמודדות עם סכנת ההרחבה הבלתי מבוקרת של גבולות האחריות, נעשית במדינות אלה באמצעות הגבלת הגדרת המונח "נזק" – הגבלת מבחני הסיבתיות וצמצום מבחני ריחוק הנזק.¹³⁵

מהצד האחר של הסקאלה נזהה את המדינות בעלות הגישה המצמצמת, הקונסרבטיבית (conservative regime): אוסטרליה, שבדיה, פינלנד, גרמניה, פורטוגל, רומניה ופולין.¹³⁶ לגישתן, הנזק הכלכלי הטהור אינו נמנה עם הזכויות האבסולוטיות הזוכות להגנה באמצעות דיני הנזיקין, וכאשר בסופו של דבר מוכנה השיטה לפצות בגין פגיעה בהן, מדובר על מקרה חריג, שאינו מכוסה על ידי דיני הנזיקין, אלא בעיקר על ידי דיני החוזים או הרחבתם.¹³⁷

132 בדו"ח של פאלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 2; ראו גם אתר הכנס, לעיל ה"ש 7.

133 שם, בעמ' 48, בס' 4.

134 שם, שם. השוו: Miquel Martin-Casals & Jordi Ribot, *Compensation for pure Economic*

Loss Under Spanish Law, in INSURANCE, לעיל ה"ש 2, בעמ' 72.

135 עניין Murphy, לעיל ה"ש 1. המחברים מתייחסים לדין הספרדי והאיטלקי באופן מיוחד.

136 בדו"ח של פאלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 2, בעמ' 49; ראו גם אתר הכנס, לעיל ה"ש 7.

137 Burgeliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code] Aug. 18, 1896, Reichsgesetzblatt [RGL],

§ 823.1; רונן "נזק כלכלי טהור במבט השוואתי", לעיל ה"ש 2; & FREDERICH H. LAWSON &

Von Bar & Drobing, *Study on Property Law*, לעיל ה"ש 7; BASIL MARKESINIS,

בעמ' 161–200 הסוקר לצורך השוואה שיטות משפט נוספות דוגמת: שבדיה, הולנד, אוסטרליה.

ו. המשפט הישראלי והמשפט האנגלי – דמיון אמיתי או מדומה?

כאמור, על פי הסיווג שלעיל, שגם הוא אינו נקי מספקות של המסווגים עצמם, המודים כי חלק לא מבוטל מן השיטות משדרות דיכוטומיה בין השפה למעשה, יש לנסות לבחון את השאלה שבה פתחתי, האם הפטור העקרוני מאחריות שניתן לבנק האנגלי על ידי בית הלורדים מחד גיסא, וההכרה המפורשת בחובת הזהירות המוטלת על המדינה במקרה שנדון בבית המשפט העליון שלנו מאידך גיסא, תומכים במסקנה האומרת ששתי שיטות המשפט משקפות גישה עקרונית דומה? האם השוני בתוצאות נובע רק ממורכבות הנושא והיותו תלוי נסיבות, או שמא השוואה זו בין פסקי הדין משקפת הבדל עמוק יותר. ואם כך הדבר, מה משמעותו של הבדל זה. בהמשך לכך אשאל גם מה עדיף ואיזו היא הדרך. אך, בטרם אעשה כן, עליי לבחון מקרוב את שתי ההחלטות לעומק ובעיקר את נימוקי השופטים לגופם.

1. אחריות המדינה למעשה רשלני הגורר נזק כלכלי – פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין פז

בעניין פז¹³⁸ עסק בית המשפט העליון בסיפור עובדתי נפוץ שדרך התנהלותו אינה מעוררת הפתעה כלל. מדובר בשיפוץ כביש שבשוליו הייתה ממוקמת תחנת הדלק של חברת "פז", היא התובעת-המערערת. הואיל וביצוע העבודות על ידי הנתבעות-המשיבות, מנע את הגישה הישירה לתחנת הדלק, נסלל כביש עוקף שהוביל אל התחנה תוך הארכת הדרך אליה בכמה מאות מטרים. העבודות התארכו הרבה מעל למצופה. עם סיומן הוגש למדינה חשבון המפרט את ההפחתה המשמעותית בהכנסות שנגרמה לתובעת במהלך השיפוץ וההרחבה. עילות התביעה היו הפרת חובה חקוקה של חוק התכנון והבנייה,¹³⁹ מטרד ליחיד,¹⁴⁰ הפרת התחייבות מנהלית ורשלנות.¹⁴¹ לעניין ביסוס האחריות בעוולת הרשלנות התמקדה טענתה של חברת "פז" בשני ראשי התרשלות: סלילת הכביש העוקף הייתה פתרון שאינו מניח את הדעת ולכן רשלני; ובנוסף, התארכות העבודות הרבה מעל למצופה היוותה גם היא התנהגות רשלנית. בעטיין של אלו נדרשה המדינה לפצות את התובעת בגובה הפסד הכנסותיה בתקופת ביצוע עבודות הסלילה.

בית המשפט העליון, מפי השופט ריבלין ובהסכמת השופטות ארבל וחיות, דחה את ערעורה של חברת "פז" על החלטת בית המשפט המחוזי שדחה את תביעתה על מכלול ראשיה וטענותיה. לגופה של שאלת התנהגותה של המדינה ורשויותיה קבע בית המשפט כי לא הוכחה התרשלות בהתנהלות הגורמים המעורבים בסלילת הכביש.

¹³⁸ עניין פז חברת נפט בע"מ, לעיל ה"ש 3.

¹³⁹ חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, ס"ח 467.

¹⁴⁰ ס' 44 לפקודת הנזיקין.

¹⁴¹ ס' 35 לפקודת הנזיקין.

משכך, ובהיעדר התרשלות, הופכת החלטתו זו של בית המשפט העליון את הדיון הקצצר שנעשה בפסק הדין בשאלת החבות לנזק כלכלי טהור למשני בחשיבותו. אולם לענייננו אנו לדיון זה דווקא יש משמעות חשובה. במסגרת דיון זה, שנעשה, כאמור אגב אורחא ובקצרה, השיב בית המשפט בחיוב על השאלה העומדת במרכז המאמר – האם בנסיבות כאלה, שבהן לא נגרם נזק פיזי כלשהו וגם לא היה צפוי נזק פיזי, יכולה בכלל לקום חובת זהירות מצדן של רשויות המדינה כלפי חברת "פז", שהכנסות התחנה שבבעלותה נפגעו, מהיותו של נזק זה נזק כלכלי טהור, וככזה, נזק בעייתי מבחינת ההכרה בחובת הזהירות כלפיו.

בית המשפט אינו מפתיע בתשובתו החיובית והנכונה לשאלה זו. אף שהפגיעה בהכנסות תחנת הדלק נגרמה תוך כדי פעולה שנועדה לקידום אינטרס ציבורי, שבסופו של דבר ישרת גם את הנפגעת עצמה, אין בכך כדי להכשיר התעלמות מנזקה המיוחד והייחודי שלה כתובעת. והואיל ונזק זה היה צפוי, יש מקום לטענה כי המדינה חבה לתובעת חובת זהירות (שוב, יש לזכור כי ההחלטה הסופית היא של היעדר התרשלות). את שני הקשיים הלכאוריים, שמקורם בשיקולי מדיניות מצמצמים – השיקול שבמהות הפעילות המזיקה והשיקול שבמהות הנזק שנגרם, דוחה בית המשפט בקיצור נמרץ. בכל הנוגע לעובדה שמדובר בפעילות שלטונית של רשות ציבורית שיש בה לעתים כדי ליצור סייג לאחריות בדמות "חריג שיקול הדעת"¹⁴² הוא מסיר מדרכו תוך קביעה כי מדובר בפעילויות הבאות בגדר "ביצוע" ולא פעילויות שבשיקול דעת המבוססות על שיקולי מדיניות רחבים, ואילו את הקושי הלכאורי שבסוג הנזק פוטר בית המשפט בקביעה כפולה: ראשית, ספק בכלל אם טיבו של הנזק יש בו כדי לשלול את חובת הזהירות בענייננו,¹⁴³ ומכל מקום מדובר ברשות ציבורית שלגביה השיקול בדבר סוג הנזק הוא משני בהשפעתו.¹⁴⁴

סיכומו של דבר, אמנם אין כאן התרשלות, אבל פוטנציאל לקיומה של חובה יכול היה להיות בנסיבות אלו על אף היות הנזק כלכלי טהור ועל אף (ואולי בגלל) העובדה שמדובר בחבות רשות ציבורית שפעלה במקרה זה במסגרת סמכויותיה וכשירותיה הציבוריות.

¹⁴² עניין לוי, לעיל ה"ש 6.

¹⁴³ עניין גורדון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 139; עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 57. יש לשים לב שעניין גורדון עסק בנזק מסוג שונה – "הטרדה" – ועניין הנזק הכלכלי הוזכר רק בעקיפין ובאופן שאינו חד-משמעי, ובעניין וינשטיין נדון מקרה של חיווי דעה רשלני כפי שמזכיר השופט ריבלין בעניין פז חברת נפט בע"מ, לעיל ה"ש 3. עם זאת, השופט ריבלין מתעלם מכך שהעניין שלפניו אינו עוסק בחיווי דעה, אלא במעשה רשלני. הפסיקה קבעה את חיווי הדעה כחריג למגבלת קיום החובה אפילו בשיטות משפט השוללות אחריות בגין נזק כלכלי.

¹⁴⁴ גדרון, "חובת הזהירות בעולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור", לעיל ה"ש 2.

2. אחריות בנק למעשה רשלני הגורם נזק כלכלי – פסק הדין של בית הלורדים באנגליה בעניין *Barclays*¹⁴⁵

בתביעה שהוגשה על ידי Her Majesty's Commissioners of Customs and Excise נתבע בנק *Barclays* לשלם למדינה סכומי כסף שחבו שניים מלקוחותיו למדינה כמס ערך מוסף. חבותו הנטענת של הבנק בוססה על התרשלותו שהתבטאה בכך שלא הקפיד כראוי על ביצועו של צו הקפאה (freezing injunction או Mareva Injunction) שהוצא על ידי המדינה. הצו נמסר פורמלית לבנק והיה אמור למנוע ביצוע פעולות בחשבונותיהם המוקפאים של לקוחות הבנק. רשלנות הבנק אפשרה ללקוחותיו לעקוף את הצו, לרוקן את החשבונות ולהותיר את החוב לשלטונות המס על כנו. כל חמשת השופטים קובעים, פה אחד וכמעט בהסכמה מלאה,¹⁴⁶ כי הבנק לא חב חובת זהירות כלפי המדינה ורשויות המס שלה.

פסק דינו של בית הלורדים מונה פעם נוספת את שלושת המבחנים האלטרנטיביים המכתיבים את תשובתם של דיני הנזיקין לשאלת קיומה של חובת זהירות במקרה של נזק כלכלי טהור: **המבחן הראשון**, מבחן נטילת האחריות (Assumption of responsibility), שלפיו נבחנת הסיטואציה העובדתית בדרך אובייקטיבית במטרה לבחון אם המזיק קיבל על עצמו, מפורשות או מכללא, אחריות למה שעשה או אמר לתובע. אם אפשר להסיק מהנסיבות העובדתיות עצמן או מהפרשנות המרחיבה שבת המשפט נותנים למסקנות המשפטיות הנובעות מהן, שהנתבע נחזה כמי שהסכים לקבל על עצמו את התוצאות המשפטיות הנובעות מהתנהגותו כלפי התובע, אז ניתן להכיר בקיומה של חובת זהירות. סיטואציה המייצרת מערכת יחסים כזו, דומה לעתים למערכת חוזית אף אם אינה חופפת לה בהכרח בהיעדרו של אחד ממרכיבי העילה החוזית.¹⁴⁷ מבחן נטילת האחריות, שבעבר נחשב כמבחן כמעט בלעדי, מוגדר בפסק הדין כמבחן מספיק אבל לא הכרחי. אם הנסיבות אינן מנביעות מסקנה של קבלת אחריות, בוחן בית המשפט את המבחן הבא.¹⁴⁸

¹⁴⁵ עניין בנק *Barclays*, לעיל ה"ש 4.

¹⁴⁶ שם, הלורד Walker (פסקה 68 ואילך) מבטא כמה היסוסים בנוגע לעקרונות וישומם, אך בסופו של דבר מצטרף לדעת הרוב בעיקר בהתחשב בעובדה שמדובר בהחלטה שתחול לא רק על בנקים. אילו היה מדובר רק על תחולה מצומצמת כזו הייתה החלטתו של הלורד Walker משתנה בהתאם.

¹⁴⁷ יש לזכור את מגבלות דיני החוזים באנגליה המאפשרים חידרה מסיבית יותר של דיני הנזיקין בסיטואציות שבשיטת המשפט הישראלי היו נענות במסגרת דיני החוזים. לעניין הרציונל שעומד בבסיסה של החובה הנובעת מקבלת האחריות ראו: Michael B. Kelly, *The Phantom Reliance Interest in Tort Damages*, 38 SAN DIEGO L. REV. 169 (2001); Michael B. Kelly, *The Phantom Reliance Interest in Contract Damages*, (1992) WIS. L. REV. 1755.

¹⁴⁸ עניין בנק *Barclays*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 188, בפסק דינו של הלורד Bingham, בעמ' 197, 199 בפסק דינו של הלורד Hoffmann, שם הוא מדגיש שעצם העובדה שהבנק הפר את חובתו על פי החוק גם היא אינה מספקת לצורך הסקת מסקנה בדבר קבלת אחריות. ראו גם את פסק דינו של

המבחן השני בודק אם יהיה זה "נכון, צודק וסביר" (fair, just and reasonable) להכיר בקיומה של חובת זהירות. זהו מבחן רחב, המשמש כמסגרת, ובמסגרתו באים לידי ביטוי שיקולי המדיניות המוכרים לנו בהקשריה האחרים של עוולת הרשלנות כמו גם השימוש במבחני הצפיות, הסבירות, השכנות והקרבה מתחום דיני הנזיקין, לצד שיקולים כלליים החורגים מהתחום הנזיקי ובוחנים את החששות מפני הצפת בתי המשפט, חריגה בלתי רצויה ממטרותיהם המקובלות של דיני הנזיקין, שיקולים כלכליים חברתיים כלליים ועוד.

המבחן השלישי, המשמש כתחליף וכהשלמה, הוא ה-Incremental Test מבחן "ההיסק השלבי הזהיר" (או "הגידול ההדרגתי"). במסגרת מבחן זה, מתקדם בית המשפט באטיות בפיתוח הכרה בנסיבות חדשות כבסיס ליצירת חובה ומסיק את קיומה של חובת זהירות או את היעדרה במקרה שבפניו, לפי התאמת נסיבות המקרה לנסיבות דומות שבהן כבר הוכרה או נשללה החובה, במקרים דומים או שונים בעבר. מבחן זה משמש את בתי המשפט כתמרון אזהרה: שלא ייסחפו להכרה נרחבת מדי במצבים חדשים כמייצרי חובת זהירות בעוולת הרשלנות.¹⁵⁰ רק מקרה שמהווה התקדמות מתונה, וכמובן מידת המתינות תלויה בשיקול דעתו של כל שופט ושופט, יששיר הכרה באחריות בסיטואציה עובדתית שאין לה מקבילה מוקדמת במשפט האנגלי. הדוגמה החוזרת ונשנית להתקדמות כזו היא המקרה המפורסם של *White*,¹⁵¹ שבו לא ענו העובדות על מבחן קבלת האחריות ולא הייתה סיטואציה קודמת דומה שבה הוכרה אחריות, אך צירוף שיקולי ה"נכון וצודק" בצירוף הנכונות לצעוד צעד קדימה, שבעיני בית הלורדים לא נראה גדול מדי, ייצרו את המסקנה של הטלת אחריות.

בית הלורדים מסכם ברוח ביקורתית את התפתחות המשפט האנגלי בנושא עוולת הרשלנות כלל והנזק הכלכלי בפרט, ושב ושולל הכרה גורפת באחריות לנזק כלכלי טהור,¹⁵² ומנסה באמצעות מינון נכון של שלושת המבחנים האמורים להתוות את שלבי ההתקדמות הזהירים שהשופט היושב לדין צריך לעבור בדרכו להחלטה בנושא סבוך זה. בסיום פסק דינו מיישם בית הלורדים את המבחנים האמורים על שאלת אחריות הבנק, ושולל קיומה של חובת זהירות מצד הבנק כלפי רשויות המס בגין סכום החוב שחבו לקוחות הבנק למדינה התובעת. את מסקנתו זו מחזק בית הלורדים על ידי שלילת קבלת אחריות מצד הבנק כלפי רשויות המס ("nothing crossed the line")

הלורד Rodgers בעמ' 201, הלורד Walker בעמ' 208, הלורד Mance בעמ' 211; כמו כן ראו Paul Mitchell & Charles Mitchell, *Negligence Liability for Pure Economic Loss*, 121 L.Q. Rev. 194, 199 (2005); הדוגמה החוזרת בפסק הדין שבו הוטלה אחריות ללא שהנתבע קיבל על עצמו אחריות הוא *Ministry of Housing v. Sharp* [1970] 2 Q.B. 233.

¹⁴⁹ עניין בנק *Barclays*, לעיל ה"ש 4, בפסק דינו של הלורד Bingham בעמ' 188 לפסק הדין המתאר מבחן זה כ"כותרת" בלבד. השוו לפסק דינו של הלורד Rodgers, בעמ' 201.

¹⁵⁰ שם, בעמ' 211 פסק דינו של הלורד Mance.

¹⁵¹ עניין *White*, לעיל ה"ש 32; ראו גם שם, פסק דינו של הלורד Mance, בעמ' 211.

¹⁵² ראו הצהרה מפורשת במיוחד בדברי הלורד Hoffmann, שם, בעמ' 197.

שליטת אופייה הציבורי של ¹⁵³;between the commissioners and the bank") פעילותו השוטפת של הבנק, בהשוואה למחויבות הציבורית העמוקה של רשויות החינוך, למשל, או רשויות רישום או תכנון מקרקעין, ששם אופיו הציבורי של השירות הציבורי יחייב, כנראה, מסקנה שונה; העובדה שהמקרה שבפניו שונה מכל אלו שבהם הוכרה כבר אחריות בעבר על ידי בתי המשפט באנגליה;¹⁵⁴ והמסקנה החד-משמעית, שלא יהיה זה "צודק נכון וסביר" להטיל אחריות על הבנק בנסיבות אלו.¹⁵⁵

הקו המנחה את פסיקתו של בית הלורדים מעלה על נס את הצורך בזהירות; את הרצון להימנע מקביעת כלל אחריות אחיד וגורף; את החזרה לקטגוריות מוסכמות של יחסים¹⁵⁶ המולידים חובת זהירות (אולי לא רק במקרים של נזק כלכלי טהור); ואת הסכנה שבמבחנים גורפים שאפיינו לפני כמה עשורים את דיני הנזיקין האנגליים, ואף מצאו דרכם לפסיקה הישראלית שבה, כך נראה, הם עדיין זוכים לפופולריות לא מעטה.¹⁵⁷

3. על הזהות ועל השוני בין המשפט הישראלי למשפט האנגלי בסוגיית הנזק הכלכלי הטהור

שני פסקי הדין שלעיל אמורים לייצג את "גישת הביניים" לנזק הכלכלי הטהור. זוהי, כאמור, הגישה השמרנית, שאינה ליברלית/מרחיבה ואינה נגטיבית/קונסרבטיבית/מצמצמת. גישת הביניים אינה חיובית ואינה שלילית.

בניתוח ההשוואתי שאערוך להלן אנסה להראות כי גם אם אכן סיווגן המשותף של שתי שיטות המשפט משקף דמיון עקרוני-תאורטי בדרך התייחסותן לנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות, בכל זאת מדובר במיקום שונה לחלוטין של כל אחת מהן, על הסקאלה הרחבה שמייצגת גישת הביניים. כל אחת מהן מצויה בנקודה אחרת שבין השלילה לבין החיוב, בין הרתיעה מפיצוי לבין ההכרה בקיומה של חבות, אפילו מוגבלת. מיקום שונה זה, גם אם יחסית קשה לעגנו בניתוח התאורטי ובהתייחסות הערכית לסוגיה זו, הרי לפחות ברמת היישום המעשי-הפסיקתי הוא בהחלט בא לידי ביטוי.

את הניתוח ההשוואתי אערוך באמצעות שני פסקי הדין האמורים, ודרכם אנסה לשפוך אור על עיקרה של גישת המשפט הישראלי לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור למול

¹⁵³ שם, בעמ' 8 לפסק הדין; כמו כן ראו [1998] 1 Williams v. Natural Life Health Foods Ltd., W.L.R. 830, 835.

¹⁵⁴ עניין בנק Barclays, לעיל ה"ש 4, סיכום הסוגייה על ידי הלורד Mance בעמ' 211.

¹⁵⁵ שם, בעמ' 188, בפסק דינו של הלורד Bingham.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 208, בפסק דינו של הלורד Walker.

¹⁵⁷ על פסק הדין של בית הלורדים מנקודת ראות פרקטית ראו: Jason Chuah, *Briefings: Freezing*, *Injunction and Bank's Duty of Care*, 3 FINANCIAL AND CREDIT LAW, 89 (2006). המחבר מכנה את ההחלטה "שמרנית וזהירה" ומדגיש שאופיים הבלתי צפוי של דיני הנזיקין גורם לכך שההסתמכות על דינים אלו, בכל הנוגע לקבלת פיצוי על נזק כלכלי טהור, מהווה הימור רציני.

גישת המשפט האנגלי לאותה סוגיה. הדיון יתמקד בהשוואה בשלושה מישורים: (א) מישור הרטוריקה, אופן הטיפול וצורת ההתייחסות לנושא בפסיקת בתי המשפט; (ב) המישור האידאולוגי, העקרוני-ערכי, שיתמקד בשאלות עד כמה הטלת האחריות רצויה ומהם המבחנים וההגדרות של הכלל המשפטי הרצוי שיש בו להוציא מהכוח אל הפועל את ההעדפות האידאולוגיות של השיטה; (ג) המישור היישומי, שבנוגע אליו לא אחדש דבר אם אקדים ואומר שלעתים לא נדירות בתי המשפט מצהירים על כיוון אחד והולכים בסופו של דבר לכיוון האחר, בהשאירם לבאים אחריהם את ההתמודדות האמיתית עם הצורך ליישב בין פרקטיקה לתאוריה.¹⁵⁸

3.1 הדיון והשפה – מישור ה"איך"

כאן נשאל את עצמנו מהי הרטוריקה שבה משתמשים בתי המשפט. מה הם אומרים, מה משדרת (אי) אמירה זו ומהי הדרך שבה הם מטפלים בסוגיה זו.

3.1.1 הגישה הישראלית

דומה, כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שבית המשפט העליון הישראלי אינו רואה לנכון לנתח לעומק את עמדתו בסוגיה מורכבת זו, תוך סקירת הנימוקים השונים בעד ונגד הכרה באחריות לנזק כלכלי בעוולת הרשלנות במבט כללי. "שתיקתו המתעלמת" של בית המשפט בולטת, בעיקר, לאור העובדה כי בתי המשפט מעבר לים מביעים שוב ושוב עמדה לפיה מדובר באחת הסוגיות הסבוכות והחשובות בדיני הנזיקין המודרניים.¹⁵⁹ ניתן לאפיין את הפסיקה הישראלית ככזו הנוקטת בגישת "הכול מובן מאליו". לשון פסקי הדין לקונית ומרמזת. אימוץ תשובות חשובות לשאלות מורכבות נעשה כלאחר יד. אין בנמצא ניתוח מפורט של הבעד והנגד. די אם נבחן את המקרים הבולטים שבהם החליט בית המשפט העליון בסוגיה זו עד כה. פרט למקרה אחד בולט, שסימן את ראשית הדרך,¹⁶⁰ ופרט למקרים העוסקים בנסיבות של חווי דעה רשלני, שהם מסוג המקרים הזוכה לתשומת לב מרובה בכל שיטות המשפט – על רקע זה יש לזכור פסק דין חשוב שניתן לא מכבר בעניין מחדל רשלני (בחיווי דעה)¹⁶¹ – בכל יתר המקרים פסק בית המשפט העליון כמעט בלא שישאל עצמו, ולו בחטף, שמא בכל זאת מן הראוי להקדיש תשומת לב, אפילו מעטה, לנושא שבמקומות אחרים זוכה לכבוד משפטי גדול ולהכרה בצורך להתמודד עמו בכלים משפטיים-חברתיים-כלכליים, תוך

¹⁵⁸ ראו ההתייחסות של פלמר ובוסאני לעניין זה ודבריהם במבוא לדו"ח שלהם, שם הם מצדיקים את הצגת השאלות המפורטות בסקר שערכו. על פי המחברים, בכוונתם להימנע מהצהרות משפטיות "עקרוניות" ורצונם לבדוק בפועל מה התוצאות "בשטח" בכל אחת משיטות המשפט שהשתתפו בסקר, בכל אחד מהמקרים העובדתיים שנבחנו במסגרתו. **הדו"ח של פלמר ובוסאני**, לעיל ה"ש 7.

¹⁵⁹ ראו לעיל ה"ש 8–10.

¹⁶⁰ עניין **וינשטיין**, לעיל ה"ש 57.

¹⁶¹ ע"א 4493/05 **ירושלמי נ' פולריס יבוא כלים בע"מ**, תק-על (1)07 2964 (2007).

השוואה לשיטות משפט אחרות ובניסיון לשקף תפיסת עולם משפטית הולמת. דרך עיסוק זו מבהירה, כי אכן השיטה המקומית, על מרבית משתתפיה ויוצריה, מפגינה חוסר התייחסות בולט לצורך לנתח, ללמוד וללמד, לחקור ולבסס את נושא הנזק הכלכלי בעוולת הרשלנות.

כאמור, פרט לעניין אחריותן של רשויות ציבוריות, בעיקר במקרים של חיווי דעה רשלני,¹⁶² ואחריותם של בעלי מקצועות מסוימים, שלחשיבות פעילותם המקצועית יש השלכה חברתית כוללת (רואי חשבון, עורכי דין ובנקים),¹⁶³ אין בפסיקה המקומית דיון שממנו ניתן יהיה להסיק שמדובר בנושא שחשיבותו חדרה לתודעת מעצבי דיני הנזיקין במשפט הישראלי. כך, במקרה שבו חייבו את המדינה בפיצוי על אי-ביצוע צו עיכוב יציאה מהארץ,¹⁶⁴ במקרה שבו חייבו שובתים בנמל בנזקי בעלי סחורות שעוככו בשל כך,¹⁶⁵ כך, בעניין הפוך של אי-פסיקת פיצוי בגין "נזק ריקושיטי" שמקורו בביטוח כפול של אותו אינטרס ביטוחי,¹⁶⁶ ובמקרה שבו חויב קבלן בנזקו הכלכלי (אף כי היה צפוי גם נזק פיזי) של רוכש שני של דירה שהקים ברשלנות,¹⁶⁷ וכך גם, במידת מה, בעניין פז עצמו שבו קובע בית המשפט, בלא להיכנס לעובי הקורה של הטענה ושלוחותיה, כי גם אילו סיווגו של הנזק ככלכלי טהור היה גורם לספקות לגבי קיום האחריות, הרי מכל מקום, הואיל והמקרה עוסק באחריות רשות ציבורית, והואיל וזו נתפסת ממילא כחריג לכלל השלילה גם מקום שבו הוא קיים,¹⁶⁸ ניתן להכיר בקיומה של חובת זהירות במקרים מסוג זה. באף אחד מהמקרים הללו לא השתמש בית המשפט העליון בהזדמנות שנקרתה על דרכו להיכנס לעובי הקורה ולייצר מערכת שיקולים מושכלת להסדר האחריות בגין נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות.¹⁶⁹ אפשר לסכם ולומר כי על אף אותם כמה ציוני דרך, בעיקר בבית המשפט המחוזי

¹⁶² ע"א 119/86 קני בתים בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נתניה, פ"ד מו(5) 727 (1992); עניין עיריית קרית-אטא, לעיל ה"ש 94; עניין זלסקי, לעיל ה"ש 94.

¹⁶³ עניין מוסהפור, לעיל ה"ש 33, ראו שם אסמכתאות נוספות בנושא אחריות רואי חשבון. ראו עוד ה"ש 182 והטקסט הנלווה לה; השוו עניין *Ultramares Corporation*, לעיל ה"ש 21 ועניין *וינשטיין*, לעיל ה"ש 57.

¹⁶⁴ עניין סוהן, לעיל ה"ש 87. אפשר אולי לטעון שמדובר בנזק שאינו כלכלי טהור ושייתכן שהנזק כאן הוא פרזיטי ונלווה לנזק בר פיצוי מסוג "מוכר" יותר. ספק אם טיעון זה מבוסס.

¹⁶⁵ עניין ציזיק, לעיל ה"ש 81. אף כי במקרה זה מדובר בנזק מכון שבאשר אליו ישנה הסכמה כללית שהוא יוצר אחריות.

¹⁶⁶ עניין קורנפלד, לעיל ה"ש 1. השווה ע"א 98/67 ליבהר נ' "גזית ושחם" חברה לבנין בע"מ, פ"ד כא(2) 243 (1967); ע"א 725/78 בריטיש קנדיאן בילדרס בע"מ נ' אורן, פ"ד לה(4) 253 (1981).

¹⁶⁷ ע"א 1077/96 ש. בן אברהם מהנדסים בע"מ נ' א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, פדאור (1) 244 (2000).

¹⁶⁸ אולם השווה דיון וסקירת משפט משווה בעניין דפוס מעלה אפרים בע"מ, לעיל ה"ש 36.

¹⁶⁹ השוו דווקא לעניין נווה גן, לעיל ה"ש 15, שבו עסק השופט ריבלין בנושא לצורך דיון בשאלה מהו נזק פיזי לצורך כיסוי של פוליסת ביטוח. עם זאת, באותו מקרה אכן לא היה צורך להיכנס לדיון מפורט בסוגיה זו. השופט ריבלין עצמו עסק בניתוח סוגיה זו ואחרות הקרובות לה במאמרו. ראו: ריבלין, לעיל ה"ש 2; עניין דפוס מעלה אפרים בע"מ, לעיל ה"ש 36.

בתל-אביב, שעסקו בסוגיה המורכבת של "נזק כלכלי ריקושוטי"¹⁷⁰ ולמרות ניצני התעוררות בנושא בעניין ירושלמי (שיסקר בהמשך כשאעסוק ביישומי הפסיקה הישראלית) שהוא אחד המקרים המעניינים ויוצאי הדופן שנדונו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון בסוגיה זו,¹⁷¹ עדיין דרך ההתייחסות הכללית לנושא, והרטוריקה הלקונית של מרבית בתי המשפט בארץ, משקפת את רנדומליות החשיבה והעיון בסוגיה זו ואת אי-ראיית הבעיה כמחייבת דיון והכרעה שישקפו מכלול תאורטי ערכי שניתן ליישמו על פי הצורך על מגוון פניו ועובדותיו המורכבות של נושא חשוב זה.

3.1.2 הגישה האנגלית

לעומת גישה זו בולט עומק הדיון ורוחב ההתייחסות ורצינותה כפי שהוא מופיע בפסיקה האנגלית. ניצני ההתמודדות עם הסוגיה בחיתוליה נעשה בעניין *Hedley Byrne Co.* האנגלי¹⁷² – המבוסס על רעיון דומה לזה שבעניין *Ultramares* האמריקני המצוטט עד היום כמקור האחריות לנזק כלכלי של אנשי מקצוע כלפי מי שאינו לקוחם.¹⁷³ מעמדו של פסק דין זה לענייננו הוא מעמד של אמרת אגב (*obiter*), ועם זאת יש בו אוצר בדמות ניסיון אמיתי ללמד את הדורות הבאים למה ומדוע יש להגביל את האחריות ברשלנות במקרה שהנזק הוא כלכלי טהור גרידא; אחד השלבים החשובים בהמשך נעשה בעניין *Caparo*¹⁷⁴ המונומנטלי, שעסק באחריות מי שמחווה דעה על סוגיה שבתחום התמחותו וקבע שמי שבעת היותו בעל מניות הסתמך על תשקיף החברה לצורך רכישת מניות נוספות יוכל לתבוע את מחווה הדעה הרשולן על נזקיו הכלכליים, ואילו מי שלא היה לו קשר קודם עם החברה לא יוכל לעשות כן. פסק דין זה הפך להיות האורים והתומים של עוולת הרשלנות האנגלית גם במקרים של נזק שאינו כלכלי. הגישה הערכית המעמיקה בולטת גם ביתר המקרים שבהם נולד, גדל ולבלב כלל השלילה במלוא תפארתו, בעיקר במקרים של נזק ריקושוטי, נזקי בנייה ומוצרים פגומים,¹⁷⁵ כפי שיפורט להלן, וממשיכה לייצג קו זה גם בפסק הדין בעניין בנק *Barclays*, שאף הוא, בניתוח המעמיק, הארוך, המורכב – כל אחד מהלורדים שישבו לדין מציג נקודת מבט שונה ותפיסת עולם שלמה ומשנתם מובאת לקורא דבר דבור על אופניו – כבר אומץ בפסיקה מאוחרת ונלמד לעומק על ידי כלל השותפים לעשייה

¹⁷⁰ ת"א (מחוזית ת"א) 1586/63 בריקמן נ' "עתיד" קווי משא בע"מ, פ"מ עח 76 (1972); עניין דפוס מעלה אפרים בע"מ, לעיל ה"ש 36.

¹⁷¹ עניין ירושלמי, לעיל ה"ש 161.

¹⁷² עניין *Hedley Byrne Co.*, לעיל ה"ש 57.

¹⁷³ עניין *Ultramares Corporation*, לעיל ה"ש 21.

¹⁷⁴ עניין *Caparo Industries Plc.*, לעיל ה"ש 6.

¹⁷⁵ עניין *Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, לעיל ה"ש 36; עניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1; לניתוח ההתפתחויות במשפט האנגלי ראו גם Peter H. Goldsmith, *The Retreat from the Retreat from Anns?: Recent Developments of the Law of Torts in the United Kingdom*, 8 SINGAPORE ACADEMY OF LAW JOURNAL 384 (1996).

המשפטית של פיתוח דיני הנזיקין האנגליים.¹⁷⁶ כאן – רצינות ההתייחסות והרטוריקה הברורה יצרו פרק שלם, מובנה ומנומק, של תורת כלל השלילה על הריגיו.

3.2 המישור האידיאולוגי/ערכי/תאורטי

גם כאשר באים לבחון את המישור האידיאולוגי, את השיקולים בעד ונגד; גם כשמבקשים לתהות על מהותן של תפיסות היסוד המשפטיות שמפעילה כל אחת משיטת המשפט שאנו משווים זו לזו ואת דרך פתרון בעיית הנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות שמאמצת כל אחת מהן, גם כאן ניכרים הבדלים עקרוניים בין שתי השיטות.

3.2.1 הגישה האנגלית

מראשית דרכו סיווג המשפט האנגלי – כמו גם האמריקני ובמידת מה גם הקנדי והאוסטרלי¹⁷⁷ – את סוגיית הנזק הכלכלי הטהור כסוגיה ערכית בעלת מאפיינים כלכליים, חברתיים, מוסריים, המהווה קבוצת התייחסות נפרדת בתוך המסה הגדלה והולכת של פסיקה בנושא חובת הזהירות בעוולת הרשלנות. במשך שנים רבות של כתיבה אקדמית מורכבת וסבוכה, המסתמכת בחלקה על פסיקה של הערכאות העליונות במדינה, התבססה התפיסה האידיאולוגית המאזנת בין שיקולי הנגד לשיקולי הבעד בנושא האחריות לנזק כלכלי טהור. במהלך הדרך – ולאחר שנים של תנודות מטוטלת בין שיקולים ערכיים מנוגדים ומבחני חבות עמומים יותר ועמומים פחות, שהביאו למסקנה שהגישה הרצויה לנושא מורכב זה היא גישת ביניים/פשרנית/מאזנת – עבר המשפט האנגלי מחיפוש אחר כלל אחיד שיפתור את מגוון המצבים העובדתיים המולידים נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות להכרה שכלל אחיד כזה אינו ניתן לגיבוש ולא יהיה ישים גם אם ינוסח בהרחבה. לפיכך בחר המשפט האנגלי בדרך של סיווג כלל מקרי הנזק הכלכלי הטהור לחמישה מצבים עובדתיים¹⁷⁸ שכל אחד מהם מצריך

¹⁷⁶ עניין *BP Plc.*, לעיל ה"ש 56; ראו גם עניין *Farrar*, לעיל ה"ש 65 שעסק בנזק פיזי (נסיבות לידה של ילד פגום גנטית). פסק הדין עוסק בחייווי דעה רשלני, והוא צוטט בעניין *Barclays*, לעיל ה"ש 4 – ההשפעה ההרדית בולטת כפי שנראה להלן.

¹⁷⁷ אף שהפתרונות הנקוטם כיום בקנדה ובאוסטרליה אינם זהים במלואם לאלו הנקוטם על ידי בתי המשפט באנגליה. למצב בקנדה ראו: *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537 המאמץ את המבחן הרחב שנקבע בעניין *Anns*, לעיל ה"ש 6, וקובע שבמקרים שבעניינם אין אסמכתאות שנסכיבותיהם דומות, יש לבחון את האחריות לפי מהמבחנים הרחבים שנקבעו שם. השוו עניין *Childs v. Desormeaux* [2006] 1 S.C.R. 643 – בכלל – לעניין נזק כלכלי נהוגה בקנדה, כמו גם באנגליה, החלוקה הקלאסית לקטגוריות השמרניות – *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860; לאחרונה ראו סיכום עמדת הפסיקה הקנדית לנושא בעניין *Carrier v. Bell Canada* (2006) Official Journal No. 2360.

¹⁷⁸ ראו הדין בפרק ד (1, בעמ' 14 לעיל). לניתוח השוואתי של עמדת המשפט האנגלי ראו *Christian Witting, Compensation for Pure Economic Loss from a Common Lawyer's, in Pure*

התייחסות שונה, שיקולים שונים ואיזונים שונים. כך, אף שלאחר שלב היסוס קצר לא הפגינה עוד הפסיקה האנגלית התלבטות בכל הנוגע למקרים של חיווי דעה רשלני,¹⁷⁹ ופיצתה עליהם בנסיבות ובתנאים מסוימים, הרי לגבי מקרים של בניית מבנה ברשלנות (אפילו כשהנזק הכלכלי מתגלה ממש רגע לפני התמוטטות התקרה ואירועו של נזק פיזי חמור)¹⁸⁰ ובמקרים של מוצרים פגומים,¹⁸¹ נשלל קיומה של חובת זהירות הן של הקבלן הבונה והן של הרשות המפקחת. פרט למקרה אחד שבו הורחבו באופן קיצוני מבחני החבות ברשלנות והעמידו את הפסיקה האנגלית כולה על רגליה האחוריות בהתנגדות מוחצת,¹⁸² נעמדו בתי המשפט באנגליה כחומה בצורה נגד ניסיון להגיע לתוצאה דומה של הטלת אחריות במקרים של נזק ריקושטי¹⁸³ ודחו בשיטתיות את כל התביעות מהסוג הזה, גם כשהיה מדובר בנזק מועבר.¹⁸⁴ ואילו במקרים שבהם הרשלנות – בדרך כלל במחדל בפיקוח או בחיווי דעה רשלני – הייתה של גוף או רשות ציבורית, הפגינה הפסיקה התלבטות ערכית כשהנטייה היא לכיוון חיובי של הטלת אחריות בכל מקרה שהמצב העובדתי בו היה דומה נסיבתית לחיווי דעה של נתבע "פרטי".

רק לאחרונה מסתמנת בפסיקה האנגלית גישה מעט שונה מהגישה ה"מקטלגת" הקלאסית האמורה. דומה שלצד המחויבות לסיווג הקלאסי של קטגוריות המקרים האמורה – סיווג שהוא, כאמור, פרי גישה אידאולוגית שהולידה מבחני אחריות רחבים – מפגינה הפסיקה האנגלית התייחסות כוללת ורחבה יותר ונכונות לנסח כללים ומבחני חבות (אלטרנטיביים למבחני החבות החלים במקרי הנזק הפיזי ומדרגיים בינם לבין עצמם) בעלי תחולה פוטנציאלית רחבה יותר, שיהיה בהם כדי לתת מענה לכלל – או לפחות למרבית – המצבים העובדתיים שבהם נגרם נזק כלכלי טהור. פסק הדין

Economic Loss: A Comparative Perspective, in 9 TORT AND INSURANCE LAW 102 (Willem H. Van Boom, Helmut Koziol & Christian A. Witting eds., 2004).

¹⁷⁹ עניין *Hedley Byrne co.*, לעיל ה"ש 57; בעניין *Candler v. Crance* [1951] 2 KB 164 שלל בית הלורדים את אחריותו של רואה חשבון בגין חיווי דעה רשלני. דעת המיעוט של הלורד דנינג שם אומצה והפכה לדעת הרוב אצלנו בפסק דינו של הנשיא אגרנט בעניין **וינשטיין**, לעיל ה"ש 57. ההחלטה בעניין *Candler* נהפכה על ידי בית הלורדים בעניין *Hedley*, ומאז לא השתנתה הגישה לנושא זה, והוא משמש מבחן אפקטיבי גם במקרים של חוות דעת הגורמות נזק פיזי וגם במקרים של נזק פיזי הנובע ממעשה אקטיבי. השוו עניין *Spring*, לעיל ה"ש 14. וכן עניין *Caparo Industries Plc.*, לעיל ה"ש 6; *Smith v. Eric S. ; White v. Jones* [1995] 2 A.C 207 (H.L.); *Bush* [1990] 1 AC 831 (1989).

¹⁸⁰ עניין *Murphy* לעיל ה"ש 1.
¹⁸¹ כדוגמה, ראו עניין *Muirhead v. Industrial Tank* (1986) 1 QB 507 שעסק במוצר פגום שגרם מכלול נזקים לבעליו והאחריות בו נדחתה.

¹⁸² עניין *Anns*, לעיל ה"ש 6. המבחנים הרחבים שנקבעו בפסק דין זה מיושמים כיום בקנדה באופן רחב הן בנושאי נזק כלכלי והן במקרים של נזק פיזי ואילו הפסיקה האנגלית, החל מפסק הדין בעניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1 מסתייגת מהם בעצמה רבה.

¹⁸³ השוו לעניין *National Railway* לעיל ה"ש 78. והשוו לעניין *1340232 Ontario Inc.*, לעיל ה"ש 115; עניין *Weller*, לעיל ה"ש 1.

¹⁸⁴ עניין *Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, לעיל ה"ש 36.

בעניין בנק *Barclays* מהווה דוגמה טובה לגישה זו דווקא בגלל הקושי בסיווג המקרה שנדון בו למסגרת אחת הקטגוריות המקובלות. בית הלורדים – עם שהוא מבסס את נימוקיו על פסיקה שנסיבותיה דומות – אינו עוסק בקטלוג מקרים כלל, כאמור דווקא מפני שסיווגן של העובדות במקרה זה שלפניו אינו חד-משמעי. אין לנו בעניין בנק *Barclays* מצב קלאסי של חיווי דעה רשלני. אין לנו מצב של הסתמכות עובדתית (ללא קשר לשאלת היותה של הסתמכות כזו – אילו הוכחה – סבירה או בלתי סבירה). אין בפנינו גם נסיבות המצביעות בבירור על סיווגו של המקרה כ"מתן שירות".¹⁸⁵ מה שיש לנו זו מערכת חוזית בין הבנק לבין החייבים, ומערכת כפוית חוק בין רשויות המס לבין הבנק. ומהיעדר קטגוריה מוגדרת לחסות בצלה מדבר בית הלורדים במבחנים כלליים שלתפישתו יש בהם מענה לכלל המקרים של נזק כלכלי טהור.

המשפט האנגלי מתחיל להסתמן כאן כבשל להפסיק לדבר בקטגוריות עובדתיות במסווה של קטגוריות משפטיות. את המבחן האינקרמנטלי ואת שאלות ה"נכון, צודק והגייוני" הוא מאפשר – כך נדמה לפחות בשלב זה – ליישם על כלל המקרים ועל מגוון הקטגוריות העובדתיות, ועצם היעדרו של ניסיון לקטלג את המקרה שבפניו בעניין בנק *Barclays* עצמו מעיד על כך באופן ברור ומודגש.

פסיקה אנגלית שניתנה לאחר פסק הדין בעניין *Barclays* משרדרת אף היא תפיסה שאינה קטגוריאלית אף שנסיבות המקרים הנדונים בה היו יחסית דומות במהותן.¹⁸⁶ אף על פי שקשה להניח שיש לפנינו ניסיון לחזור לתקופת המבחנים הרחבים שאימצה בעבר הפסיקה האנגלית בנושא חובת הזהירות בעוולת הרשלנות,¹⁸⁷ ייתכן שניתן לצפות שהמבחנים שאומצו ונוסחו על ידי בית הלורדים בעניין בנק *Barclays* יהיו אכן כלי עבודה טובים גם למקרים נוספים ויאפשרו החלה על מרבית הקטגוריות העובדתיות של מקרי הנזק הכלכלי הטהור.

במצבה הנוכחי של הפסיקה האנגלית דומה כי היא כמעט בשלה להתמודד בכלים "מושגיים" יותר ו"קונקרטיים" פחות עם סוגיית הנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות, כמובן בעזרת המבחן האינקרמנטלי השומר עליה מפני הרחבה גורפת

¹⁸⁵ אמרנו "לא מפתיע" הואיל ואחת הטענות החזקות ביותר נגד הסיווגים המקובלים כולם – קלאסיים ומודרניים כאחד – היא שלא ניתן לקטלג את כל המצבים האפשריים שנסיבות החיים המודרניים, בעיקר בתחומים שאינם "פיזיים" קלאסיים, מזמנות לבתי המשפט. במקרים אחרים יש חפיפה בין מצבים, כפי שנראה בהמשך.

¹⁸⁶ עניין *BP Plc.* לעיל ה"ש 56. השוו לעניין *Henderson*, לעיל ה"ש 41 שבו סטה בית הלורדים מפסיקה קודמת וקבע את אחריותה של כל שרשרת "סוכני" וחברות הביטוח (גם *placing brokers* וגם *producing brokers*) כלפי הנפגעים שמצאו עצמם ללא ביטוח, בניגוד למה שהובטח להם, בין כשמערכת יחסים חוזית הייתה קיימת ביניהם ובין כשמערכת כזו לא הייתה בנמצא. בכך התקבעה סופית ההחלטה שעילה חוזית ועילה נזיקית יכולות לדור בכפיפה אחת זו עם זו לגבי אותה מערכת מקצועית שמייצרת נזק כלכלי טהור.

¹⁸⁷ הרתיעה מההחלטה שנתקבלה בפסק דין *Anns*, לעיל ה"ש 6 כל כך עמוקה בפסיקה האנגלית שספק אם מישהו בעתיד הנראה לעין ינסה עוד לדבר במונחי אחריות כה רחבים.

מדי¹⁸⁸ בהינתן הפסיקה הענפה והניתוחים המעמיקים בכל אחת מקבוצות המקרים בהן – ובשכמותן – קורה הנזק הכלכלי, דומה שהכול כבר נאמר ונמדד. הן שיקולים כלכליים של פרט וחברה, הן שיקולים כלל-חברתיים והן שיקולים מוסריים, כל אחד מהם יש בו כדי לייצר תשובות שונות במקרים שונים, אבל הכול תחת מטרייה כללית אחת ומבחן כפול – או משולש – אחד.

יתרה מזו, לא רק שניתן לאבחן בדין הרשלנות במשפט האנגלי נטיית האחדה של המבחנים במקרים של נזק כלכלי טהור, אלא שגם ההפך הוא הנכון. מבחני החבות שאומצו לצורך פתרון מקרים של נזק כלכלי טהור, בעיקר נזק שמקורו בחייווי דעה רשלני או שירות רשלני, הופכים להיות מבחנים מנחים גם במקרים שבהם מדובר בחוות דעת מקצועית או קבלת החלטה רפואית או אפילו בדיקה גנטית רשלנית – כשהנזק שנגרם בסופו של דבר הוא נזק פיזי ולא נזק כלכלי. השימוש ההדדי שעושים כאן בתי המשפט במבחני קביעת האחריות, ללא הבחנה בין מקרי נזק פיזי לבין מקרים של נזק כלכלי טהור, בולט. התובעים בעניין בנק *Barclays*, שתבעו בגין נזק כלכלי שנבע מחוסר אפשרות לגבות מס שהגיע להם מלקוחות הבנק הרשלן, הסתמכו על אסמכתאות שנולדו, בין השאר, במקרה של זוג הורים מירדן, ששלחו לבריטניה בדיקת DNA, וכשהמעבדה התרשלה בביצוע בדיקה זו וילדתם נולדה כשהיא סובלת ממחלת דם נדירה, תבעו את נזקם הפיזי הן מבית החולים שקיבל את הבדיקה (ועליו נטען שהיה צריך לדרוש דגימה טובה יותר) והן מהמעבדה שבדקה את הדגימה והתרשלה בעשותה כן.¹⁸⁹ הפסיקה המובילה במקרה זה הייתה לקוחה במובהק ממקרים של נזק כלכלי טהור.¹⁹⁰

ייתכן, לכן, שבפנינו תופעה חדשה חיובית במהותה. "כללי הנזק הכלכלי הטהור" מיושמים על מקרים נסיבתיים דומים של נזק פיזי מחד, אך גם מאידך, "מבחנים של נזק פיזי" נמצאים ישימים למקרים של נזק כלכלי טהור.¹⁹¹ נראה שבתי המשפט מתחילים להפנים שלא הבעייתיות בסוג הנזק או בסוג ההתנהגות היא שתייצר את המבחן הנכון אלא להפך. המבחן הנכון יהיה נכון דיו כדי לפתור הן מצבים של נזק כלכלי טהור והן מצבים של נזק פיזי, הן מצבים של נזק שמקורו ב"דיבור" והן נזק

¹⁸⁸ לניתוח מצבה של הפסיקה האנגלית בשנים האחרונות ראו: Kit Barker, *Wielding Occam's Razor Pruning Strategies for Economic Loss*, 26 OXFORD J. LEGAL STUDIES 289 (2006). המאמר נכתב לאחר שניתן פסק הדין בעניין בנק *Barclays* בבית המשפט לערעורים וטרם החלטת בית הלורדים שאימצה חלק גדול מביקורתו של המחבר. המחבר מודגיש את קיבועם של שלושת המבחנים הקבועים בפסיקה האנגלית, יוצא חוצץ נגד מבחן קבלת האחריות על שני מובניו וממליץ לאמץ מבחן אחד ויחיד כקבוע בעניין *Caparo Industries Plc*, לעיל ה"ש 6.

¹⁸⁹ עניין *Farraj*, לעיל ה"ש 65.

¹⁹⁰ בעיקר עניין *Hedley Byrne Co.*, לעיל ה"ש 57; *Caparo Industries Plc*, לעיל ה"ש 6; עניין *Henderson*, לעיל ה"ש 41 שכולם עוסקים בחייווי דעה או שירות רשלני – בין במערכת יחסים חוזית ובין מחוצה לה.

¹⁹¹ ודוגמה לחוסר ההבחנה בחלק מהמקרים – ניתן לראות במקרים שבהם נתבע נזק שבהולדתו של ילד בריא עקב כישלונו של ניתוח עיקור. ראו אסמכתאות בה"ש 14 לעיל.

שמקורו בכל צורת התנהגות אנושית אחרת. ודוק – לא שהמשפט האנגלי חדל לדבר ב"פניז" ו"שילינגז" ועבר לדבר ב"פאונדים"; לא שיש בפנינו חזרה אמיצה ו"בלתי אינקרמנטאלית בעליל" להכללות ולרוחב הכלל ולמסגרת העוטפת את הסיפור העובדתי כולו בהבדל מהתייחסות לפרטיו. הפירוש האמיתי לנימה החדשה המתנגנת בין שורות פסקי הדין החדשים הוא, כנראה, שלבתי המשפט באנגליה חלחלה סוף סוף ההבנה שהפאונדים מורכבים מפניז ושילינגז וכי ניתן לגזור כללים מנחים על אף ריבוי הקטגוריות הספציפיות. ועם זאת, ועל אף כל שנאמר כאן על מגמת ההאחדה המתגבשת, במידה זו או אחרת במשפט האנגלי, מתחייבת בנקודה זו הערת הבהרה מעשית אחת: יישום משולש המבחנים שבעניין בנק *Barclays* על מכלול הסיטואציות שבהן נגרם נזק כלכלי יכול לייצר אולי גישה נכונה יותר משפטית, ערכית והגיונית, אולם לא יהיה בכך בהכרח כדי להביא לפתרונות שונים של כל אחד מהמקרים שיידונו על פי המגמה החדשה, לא במקרים שעל נסיבותיהם ניתן לומר שהתמלאו בהן דרישות המבחן הראשון (במובנו הרחב) שבעניין בנק *Barclays*, מבחן ה-*Assumption of responsibility* ובוודאי לא במקרים שעובדותיהם שונות באופן ממשי מנסיבות המקרה של בנק *Barclays* ודומיו. ניתן לצפות, להערכתי, לדין נזיקין מובנה, הגיוני ואחיד יותר, אך לא לדין נזיקין המרחיב באמת – או מצמצם באמת – את גבולות האחריות לנזק כלכלי טהור בהשוואה לגבולות אלו במצבו הקודם של דין זה.

בלא להיכנס בשלב זה לשאלה הערכית אם הרחבת האחריות לנזק כלכלי רצויה או לא, ניתן לומר על המגמה החדשה המסתמנת בדין האנגלי רק כי אם יתרחש שינוי כלשהו בהיקף האחריות שיטילו בתי המשפט, נראה שההרחבה האפשרית היחידה שניתן לצפותה היא, אולי, הרחבה שתנבע מפרשנותו המתרחבת של מבחן נטילת האחריות האמור (אף כי במקרה של בנק *Barclays* לא היה בו כדי "להציל" את התובעת). מאידך גיסא, אין ספק כי המבחן האינקרמנטלי והמבחן הכללי של "נכון, צודק והגון" לא יאפשרו שינוי דרסטי בהיקפי האחריות, אלא אם כן ההשקפה של בתי המשפט לגבי מהו ה"נכון, צודק והגון" תשתנה מעיקרה. בהבדל מהנעשה בקנדה, למשל, לא צפוי כי כך יקרה באנגליה ובוודאי לא בקרוב.

3.2.2 הגישה הישראלית

על המשפט הישראלי, שפרטי התפתחותו הפסיקתית ייסקרו להלן, ניתן לומר שלפחות כיום לא ניתן לחלץ ממנו אמירה חד-משמעית לגבי גישת היסוד או כיווני החשיבה הנכונים בעינינו בסוגיה חשובה זו, לפחות בכל מה שנוגע לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור כסוגיה המשקפת בעיות ערכיות, אידאולוגיות – של רצוי ולא רצוי ועד כמה וכיצד – ויישומיות.

לא ברור מה עמדתו של המשפט הישראלי בשאלות המטרידות את מרבית שיטות המשפט בעולם בנושאי חברה, מוסר וכלכלה ויישומן על התפיסה המשפטית הנכונה

בסוגיית הנזק הכלכלי הטהור.

הגישה הישראלית לנושא היא גישה "משימתית" – פרט לניתוח תאורטי של מבחני העזר לקביעת אחריות במקרים של חיווי דעה רשלני ובמקרים של אחריות רשויות ציבוריות – כשבחלק מן המקרים יש חפיפה בין סוגי הסיטואציות הללו, דהיינו, מדובר במקרים של חיווי דעה או מתן שירות מקצועי על ידי גוף ציבורי – אין, כאמור, כל ניסיון אמיתי להתמודד במישור התאורטי עם השאלות: האם, מתי ומדוע יש להכיר באחריות לנזק כלכלי טהור. כפי שנראה מיד, הפסיקה דווקא מפגינה רוחב לב (או רוחב יד). אבל היא מלווה את החלטותיה בהתעלמות כמעט תמוהה מהצורך לנמק או מהרצון לפתח את הנושא בכללותו מעבר לסוגיה הספציפית המונחת לפניה וטעונה פתרון מעשי.

3.3 ומה בפסיקה – המישור היישומי

3.3.1 הגישה האנגלית

ברור לחלוטין מכל מה שנאמר לעיל כי בפסיקה האנגלית התאוריה והמעשה פועלים בהתאמה. בעניין בנק *Barclays* יוצא בית הלורדים מתוך המקרה העובדתי שלפניו אל התאוריה וממנה הוא חוזר ליישום מדויק שלה. כך הוא עושה לאורך כל דרכו הנפתלת בנבכי הסוגיה הקשה של נזק כלכלי טהור. צעד אחר צעד הוא מתמודד עם מקרים קשים יותר וקשים פחות, ובכל נדבך התקדמות מלווה התאוריה את ההחלטה "בשטח". ניתן, לכן, לאתר היגיון פנימי בהחלטות של בתי המשפט באנגליה. יש שם קשר בין "הכוח" ו"הפועל" ויש גם רצף הגיוני, שגם אם אין מסכימים לו, הוא משדר בסיס ערכי איתן להחלטות הלא קלות שמציב נושא הנזק הכלכלי הטהור בפני בתי המשפט. וכאמור, הבסיס איתן דיו ומעוגן דיו בתאוריה כדי שישא על גבו את ההתפתחות של עוולת הרשלנות בכלל וחובת הזהירות – ולא רק לנזק כלכלי – בפרט. כך, ברור לחלוטין כיום שהמבחנים המקובלים של "קבלת אחריות" במובנם הרחב, שמסיקים אחריות גם מקום שבפועל הנתבע כלל לא באמת התכוון לקבל על עצמו אחריות, ושפותחו בגלל התרבות המקרים שבהם "מבחן ההסתמכות", שהיה מקובל קודם לכן, לא הניב תשובה מתאימה,¹⁹² מרחיבים כיום את האפשרות לקבל סעד במקרים של חיווי דעה רשלני ושל שירות רשלני. זאת, בין שמדובר בשירות "אינטלקטואלי" ובין שמדובר ב"שירות פיזי". מאידך ברור גם שבכל מקרי הבנייה והייצור הרשלני, הבסיס התאורטי ושיקולי המדיניות אינם משאירים סיכוי רב לניזוק שסבל נזק כלכלי טהור, אלא בחריגים שפורטו לעיל במקרים של מבנה או מוצר מורכב שבו ניתן להפריד בין המרכיבים ולהשיג תוצאה של הכרה באחריות. בכל הנוגע לאחריות רשויות ציבוריות,

¹⁹² השוו בין *Ministry of Housing*, לעיל ה"ש 148 לבין עניין *White*, לעיל ה"ש 32 שבו התלבט בית הלורדים בשאלת הבסיס לאחריות מהיעדר הסתמכות מצדו של היורש המאוכזב על מעשיו הרשלניים של עורך הדין.

הכף נוטה לכיוון הכרה בקיומה של אחריות, אולם עדיין מדובר בהכרה מצומצמת בהרבה מזו המקובלת בארץ. כפי שעולה מהפסיקה החדשה, המשפט האנגלי עשה דרך ניכרת ממצב של החלטות נקודתיות בראשיתו, למצב של הסדר כמעט שלם הנותן כלים תאורטיים ליישום, שברובו ניתן לצפייה מראש אפילו של מצבים עובדתיים חדשים ובכך חשיבותו.

3.3.2 הגישה הישראלית

במשפט הישראלי הוכרעו כל המקרים שבהם התעוררה סוגיית הנזק הכלכלי בלי שניתן לעתים לדעת מדוע הוכרעו כך ולא אחרת ומה המסקנה שניתן להסיק וליישם על מקרים שבהם תתעורר סוגיה זו בעתיד.

סקירה מרפרפת של הפסיקה הישראלית מגלה כי המקום היחיד שבו ניתן לומר שהתאוריה גיבתה את הפרקטיקה ושבנו ניתן להבין במדויק מה היו השיקולים שהובילו את בתי המשפט למסקנות שהגיעו אליהן ובו ניתן גם לחזות את כיווני ההתפתחות העתידיים הוא בקבוצת המקרים שניתן לכנותם חיווי דעה רשלני.

עוד בשנת 1954 הכירה הפסיקה הישראלית בקיומה העקרוני של חובת הזהירות בעולות הרשלנות מקום שהנזק הצפוי והנזק שאירע בפועל הוא נזק כלכלי טהור. היה זה בפסק דין שעד היום מהווה בסיס לכל החלטה בנושא זה, עניין וינשטיין,¹⁹³ במסגרתו נידון מקרה בו ניתן חיווי דעה מקצועי רשלני שיצא תחת ידי מהנדס שתכנן ברשלנות מיכל מים עבור מועצה מקומית לפי הזמנתה. ביצוע הבנייה נעשה בסופו של דבר על ידי קבלן שהסתמך על התכניות הללו, שכאמור לא לו יועדו. גם כאן, כמו במקרה של תחנת הדלק של חברת "פז" שהכנסותיה נפגעו – לא הוטלה בסופו של דבר אחריות על הנתבע המזיק, הואיל ובית המשפט פסק שלא ניתן היה לצפות הסתמכותו של הקבלן ללא בדיקת ביניים, ולכן מחווה הדעה יצא פטור על אף התרשלותו.¹⁹⁴ אולם גם כאן, שוב כמו בעניין תחנת הדלק של חברת פז, קובע בית המשפט במפורש כי אלמלא נשלל הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה המזיקה ואלמלא קיומן של נסיבות מיוחדות עובדתיות¹⁹⁵ כי אז חובת הזהירות אכן הייתה מוכרת והצורך במתן הגנה נאותה לתובע הניזוק היה גובר על שיקולי המדיניות השוללים/המצמצמים, והאחריות לפיכך בגין הנזק הכלכלי שנגרם לתובע הייתה מוטלת על המזיק הרשלן על אף אופיו המיוחד והבעייתי של הנזק שגרם.

¹⁹³ עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 57.

¹⁹⁴ גם בעניין *Hedley Byrne Co.*, לעיל ה"ש 57. למרות דחיית התביעה לגופה, נוצרה כאן הלכת אחריות שמהווה עדיין בסיס איתן לחריג לכלל השלילה באנגליה.

¹⁹⁵ בעניין *פז חברת נפט בע"מ*, לעיל ה"ש 3 נדחתה התביעה בשל קביעה בדבר היעדר התרשלות; בעניין *Hedley Byrne Co.*, לעיל ה"ש 57 נדחתה התביעה בגין הוכחת פטור; בעניין וינשטיין, לעיל ה"ש 57, נדחתה התביעה בגין הוכחת נוהג השולל אחריות.

מאז ועד היום, ופרט, כאמור, למקרים כגון זה של חייוי דעה או שירות רשלני – כמעט לא ערך בית המשפט העליון דיון מעמיק ומקיף במכלול היבטיה של סוגיה סבוכה זו של הנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות על כל מגוון נסיבותיה. במספר מועט של פסקי דין יש ניצני דיון בעל אופי כללי, אולם בדרך כלל הסוגיה מושאת בצריך עיון עקרוני מובלע לצד הפתרון הנקודתי שניתן לשאלה העובדתית שבמחלוקת. במרבית המקרים נוטה הפסיקה להרחיב ולהסביר דווקא בסיטואציות שבהן הוכרה כבר בעבר חובת זהירות בסיסית, כמו במקרים של חייוי דעה של רשויות ציבוריות או במקרים של אחריות בנקים או עורכי דין. באחריותם של אלה נוטה בית המשפט העליון לפרט, אולי בשל חשיבותה הציבורית של פעילותם המקצועית. כך בעניין **בנק מסד**¹⁹⁶ מתעמק השופט ד"ר שלמה לוי בננושא חייוי הדעה בכלל ומעמדו של בנק בפרט תוך שהוא מבסס את החלטתו הן על הפסיקה האנגלית – שממנה סטה המשפט המקומי לא אחת – והן על שיקולי מדיניות "תוצרת הארץ", ומייצר בהחלטתו זו נדבך חשוב בבסיס התאורטי של קטגוריית מקרים כפולה זו. במקרים עובדתיים חדשים הדיון הוא בדרך כלל לקוני ונקודתי בלבד.

נקודת אור בלתי צפויה – בגלל נסיבותיו יוצאות הדופן של המקרה – מהווה החלטה שניתנה לאחרונה בבית המשפט העליון מפי השופטת חיות בעניין **ירושלמי**¹⁹⁷ במקרה זה נפגע התובע, חבר קיבוץ, במרוץ אופנועים במצרים שם רכב על אופנוע שייבאה הנתבעת. התובע לא בוטח על ידי הנתבעת, והיא גם לא ייעצה לו לבטח את עצמו, ולפיכך לא היה מי שיפצהו על נזקו הפיזי החמור. את נזקו הכלכלי ניסה התובע לתבוע – ללא הצלחה – מיבואנית האופנועים, כאמור, שחברה אליו בהכנות להשתתפות במרוץ. טענת התובע שנסמכה על קיומם של יחסי עובד-מעביד נדחתה על ידי הערכאה הראשונה. העילה החוזית נדחתה גם היא, והדיון של השופטת חיות מתמקד בעילה הנזיקית הגורסת שיבואנית האופנוע הנתבעת חבה זהירות – מושגית וקונקרטית – לתובע, הואיל והנזק שאירע לו היה צפוי טכנית, ולכן הוא גם "צריך היה" להיות צפוי על ידה (המבחן בן ארבעת השלבים של השופט ברק בעניין **ירושלים**)¹⁹⁸.

המקרה יוצא הדופן וחסר התקדים¹⁹⁹ יכול היה לפתוח פתח לדיון כללי בסוגיית הנזק הכלכלי הטהור. כל שיקולי הבעד והנגד שעדיין לא הועלו על הכתב בפסיקת בית המשפט העליון באופן כללי ומובנה יכלו להיחשף כאן ולחייב את בית המשפט העליון

¹⁹⁶ ע"א 5302/93 **בנק מסד בע"מ נ' לויט**, פ"ד נ"א (1) 591 (1997).

¹⁹⁷ עניין **ירושלמי**, לעיל ה"ש 161.

¹⁹⁸ עניין **עיריית ירושלים**, לעיל ה"ש 6.

¹⁹⁹ השוו לעניין ת"א (מחוזי ת"א) 2474/86 **נצר נ' כנפונית חברה למטוסים זעירים בע"מ**, פ"מ התשנ"ד (2) 441 (1994) (להלן: עניין **כנפונית**) שבו נתבעה המדינה על ידי צעיר שנפגע בהתרסקות מזל"ט הן בגין הנזק הפיזי שנגרם לו – בעטיו של אי-הפיקוח של המדינה – והן בגין הנזק הכלכלי שנגרם לו בהיעדרו של ביטוח מספיק. התביעה נדחתה על ידי השופט קלינג משיקולי מדיניות שפירט בהרחבה והעמקה ראויים לציון.

לגלות את עמדתו האידאולוגית והערכית בנושא סבוך וטעון איזון זה. דיון כזה יכול היה לסייע גם בהדגמת הקושי שבשיטות הקטגוריזציה השונות בגלל ייחוד הנסיבות העובדתיות. תחת זאת בוחר בית המשפט לעסוק אך ורק בנסיבות הספציפיות שלפניו תוך עריכת מחקר השוואתי ראוי לציון שעליו מתבססת בסופו של דבר ההכרעה הסופית בדבר שלילת קיומה של חובת זהירות מצד הנתבעת. הבסיס העיקרי לדחיית התביעה הוא חוסר הרצון לאפשר הטלת חובת ביטוח באמצעות עוולת הרשלנות והרתיעה מפני יצירת אפשרות של "זליגה" של הרשלנות אל עבר האחריות החמורה או המוחלטת.²⁰⁰

עם זאת, בית המשפט אינו שולל מכול וכול את האפשרות לקיומה של חובה במקרים אחרים, ואפילו דומים. לא הקושי הכרוך בגישה שלפיה הטלת אחריות ברשלנות תקרב אותנו למצב של אחריות חמורה שרצוי להשיגה באמצעות חקיקה ולא בדרך הפסיקה, ואף לא היותו של הנזק "נזק כלכלי טהור". שני אלו ואפילו במאוחד, אינם מונעים מבית המשפט לפסוק כי בהחלט ייתכנו נסיבות שבהן אכן ניתן יהיה לקבוע כי אי-עריכת ביטוח יגרור קיומה של חובת זהירות כשהנזק הוא נזק כלכלי טהור.

ודוק, אף כי בית המשפט מתייחס בהחלטתו ובנימוקיו אך ורק לנסיבות המקרה שבפניו ודומותיהן, והדיון אינו נערך ברמה העקרונית אידאולוגית בשאלות השלילה והחיוב שבפיצוי על נזק כלכלי טהור בכלל, יש להתברך בו ובדברים הברורים שנאמרו בו. ועל אף התוצאה הקשה מבחינת התובע שנשאר חסר מקורות לכיסוי נזקו הפיזי, נראה כי שיקוליה של השופטת חיות בהחלט עומדים במבחני ההיגיון, המוסר והתאוריה המשפטית העומדת בבסיסם נכונה.

אשר למגמה הכללית העולה מהפסיקה הישראלית בנושא הנזק הכלכלי הטהור, הרי ניתן בהחלט לאתר בה גישה מרחיבה וכמעט נטולת היסוסים. בחינת התוצאות שאליהן הגיעו בתי המשפט בארץ במקרים של נזק כלכלי טהור מראה שבמרבית פסקי הדין הכירו בתי המשפט בקיומה של חובת זהירות. הם הטילו בפועל אחריות נזיקית וקבעו כי לצורך קיומה של חובת הזהירות הנזק הכלכלי הטהור בכל אחד מהמקרים שבהם הוטלה האחריות היה חייב בצפייה על ידי הנתבע ועבר אף את מבחני המשנה המצמצמים המסייגים את רוחב והיקף מבחני האחריות ברשלנות הנוהגים במקרים של נזק פיזי. אולם, להוותנו, הכרה זו של בתי המשפט בקיומה של חובת זהירות במקרים של נזק כלכלי טהור לא נעשתה על בסיס תאורטי משפטי מבוסס ומוסכם שיש בו כדי להוות התחלה של יצירת כלל אחיד או שורה של כללים שיסדירו את הנושא בעתיד. והסקירה שלהלן תוכיח זאת.

את המקרים שבהם הוכרה חובת זהירות בפסיקה הישראלית ניתן לחלק לקבוצות עובדתיות מאפיינות:

אחריות בעלי מקצוע – בכל תחומי פעילותם, חיווי דעה ושירות כאחד. זוהי

²⁰⁰ עניין ירושלמי, לעיל ה"ש 161, פס' 18 לפסק הדין.

הקטגוריה המכילה בתוכה את המספר והמגוון הגדול ביותר של המקרים הזוכים לפיצוי, והיא הקטגוריה היחידה שבה אנו גם יודעים מדוע מוטלת האחריות ובדרך כלל גם מהו גדר תחולתה. כאן אנו פוגשים את המהנדס והארכיטקט הרשלנים,²⁰¹ את עורכי הדין שרשלנותם כלפי לקוחותיהם וכלפי מי שאינם לקוחותיהם חושפת אותם לאחריות בהיקף הולך ומתרחב²⁰², את הבנקים, שחובת הזהירות שלהם בעוולת הרשלנות מתעצמת לאור חובת הנאמנות והאחריות החברתית והציבורית המוטלת עליהם,²⁰³ את המלווים בריבית²⁰⁴ ואת רואי החשבון, הרופאים,²⁰⁵ חברת התעופה המכרססת כרטוס יתר הגורר נזק כלכלי לנוסע שלא נסע,²⁰⁶ חברת החשמל שבגלל התרשלנותה נגרם נזק לבעל חממת פרחים ליצוא,²⁰⁷ ואפילו את השוכתים בנמל אשדוד שבגלל שביתתם נגרם נזק כלכלי לבעלי מטענים ולבעלי עסקים שהמתינו לשווא לסחורה שהייתה אמורה להגיע לנמל אשדוד המושבת;²⁰⁸ לכאן ייכנס גם מקרה של

201 עניין ויינשטיין, לעיל ה"ש 57.

202 עניין מוסהפור, לעיל ה"ש 33; עניין שרמן, לעיל ה"ש 33; ת"א (מחוזי ת"א) 2189/85 אילין נ' רוטנברג, פ"מ התשנ"ה(3) 23 (1995); עניין נחום, לעיל ה"ש 30 והשוו שם את פסק דינו של השופט ריבלין מחלוצי העוסקים בנושא, המבקש לצמצם את אחריותו של עורך הדין למקרים מיוחדים בגלל מהות וסוג הנזק. ראו במיוחד את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רובינוביץ, לעיל ה"ש 30, שבו פיצו את התובעת בגין הערכה לא נכונה של מס שבח, אף כי היה ברור שלא הייתה לה אלטרנטיבה למכירת הנכס שאליו התייחסה חוות הדעת המוטעית. השוו עניין נווה גן, לעיל ה"ש 15 שבו נידונה אחריותה של חברת ביטוח להוצאות העברת מבנה שתוכנן והוקם ברשלנות במקום לא מתאים והיה צורך להעתיקו ממקומו. השאלה הייתה אם מדובר בנזק פיזי, שאז יש כיסוי, או בנזק כלכלי שאינו מזכה בפיצוי. לסקירת אחריותם של עורכי דין בנזיקין ראו אסף יעקב "רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדין המשפטי" עיוני משפט כו 5 (2002).

203 ע"א 168/86 בנק איגוד לישראל נ' לה כודיאר בע"מ, מ"ב(3) 77 (1988); עניין בנק מסד, לעיל ה"ש 196; ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון אופלגר, פ"ד נט(2) 349 (2004) (לעיל: "עניין אופלגר הראשון"); דנ"א 10512/04 בנק פועלי ישראל בע"מ נ' עזבון אופלגר, תק-על 105(1) 2271 (2005) (לעיל: "עניין אופלגר השני").

204 עניין מיסטר מאני ישראל בע"מ, לעיל ה"ש 119. מקרה זה חורג במידת מה מתחום עיסוקנו כאן, הואיל והתביעה הוגשה במסגרת חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 ס"ח 1023, והעתירה הייתה לבטל הליך למימוש משכנתה, אך הרציונל יפה גם לענייננו ויידון עוד בהמשך. עניין דונין, לעיל ה"ש 14.

206 ת"ק 3600/05 אסיא נ. איבריה נתיבי אויר ספרדיים בע"מ (טרם פורסם, 29.1.2006), שם הדגיש בית המשפט שכשהנתבע מונע משיקולי רווח לא ניתן לעבור על כך לסדר היום.

207 ת"א (שלום י-ם) 004538/02 ברבר נ' חברת חשמל לישראל בע"מ מחוז ירושלים (2004). מקרה זה עסק בנזקים פיזיים וכלכליים. מכל מקום פסיקה זו אינה תואמת – לפחות מבחינת התוצאה, הניתוח והנימוקים – לעניין Spartan Steel האנגלי. גם אם מבחינת התוצאה עדיפה גישתו של בית המשפט הישראלי, עדיף היה לו הובהרה לעומקה הנקודה הקשורה בסוג הנזק המיוחד ולו גם כדי להוות בסיס תאורטי לניתוח מקרה מיוחד זה.

208 עניין ציזיק, לעיל ה"ש 81. מקרה זה מסווג באנגליה, בארצות-הברית ובקנדה כמקרה של פגיעה בגישה למקום ציבורי או דרך ציבורית. בעיני דומה הדבר לא פחות למתן שירות רשלני.

ביצוע חוזה לאספקת מוצר שתואר באופן מטעה ומזיק על ידי המוכר,²⁰⁹ ואפילו מצב בו אדם ב' הרוכש מבנה מאדם א' נותר ללא עילת תביעה חוזית כנגד שני "קבלנים", שכתוצאה ממלאכת הבניה הרשלנית שלהם, גרמו לו לנזק כלכלי טהור.²¹⁰ לכאן יכול להיכנס גם המקרה של תאונת אופנוע המרוץ במצרים. הבסיס התאורטי להטלת האחריות במקרים אלו זהה לבסיס שהונח על ידי הנשיא אגרנט בעניין **ווינשטין** עצמו, וכפי שהורחב בהמשך ויושם על נסיבות דומות. כללה של אחריות נובע ראשית מקיומם של יחסים מיוחדים בין התובע לנתבע. אלו יכול שינבעו מקרבה מיוחדת ביניהם שמקורה – לעתים אך לא תמיד – בנטילת אחריות, מפורשת או מסתברת, מצד הנתבע, מחווה הדעה הרשלן כלפי התובע שלו נגרם נזק כלכלי טהור. שנית, האחריות מסתייעת בהיעדרם של חששות מיוחדים מהטלת אחריות על מספר רב מדי של מזיקים כלפי מספר רב מדי של ניזוקים לגבי נזקים בני היקף רחב יתר על המידה.²¹¹ היעדר החשש מהרחבת האחריות נובע, כמוכן, מהדרישה הקודמת והנוספת של יחסים מיוחדים, כאמור.

לצד הנכונות העקרונית של בתי המשפט להטיל אחריות על מחווי דעה ונותני שירות אלו ודומיהם, אנו עדים לקו הזהיר הנלווה להכרה זו בקיומה של חובת הזהירות – בעיקר בכל הנוגע לבנקים, לרואי חשבון ולעורכי דין המציבים בפני בתי המשפט דילמה מיוחדת. מדובר בעיסוקים מקצועיים שההשלכות שיש להם על הציבור בכללותו משמעותיות ביותר, ולכן, לכאורה יש להקפיד הקפדת יתר עם העוסקים בהם. עם זאת, בתי המשפט שבים ומזהירים את עצמם שלא להגן יתר על המידה ולא להפגין גישה פטרנליסטית מדי כלפי קהל לקוחותיהם של אנשי המקצוע הללו על מנת לא לפגוע בזכותם לאוטונומיה,²¹² לא ליצור הרתעת יתר בלתי כלכלית²¹³ ובאופן כללי להיזהר מהרחבות בלתי רצויות של החבות בגין נזק כלכלי טהור. כל זאת ברוח המבחן האינקרמנטלי הזכור לטוב מהפסיקה האנגלית החדשה שאזכרה לעיל.

אחריות רשויות ציבוריות. גם כאן, כמו בקבוצת המקרים הקודמת, מדובר במעשים של רשלנות מקצועית או חיווי דעה רשלני. אלו מתבטאים במעשה, במחדל, בפיקוח או ביעוץ. אלא שכאן מבצע המעשה הרשלני הוא גוף ציבורי. מעמדו זה של הנתבע, בגלל ההיבטים כבדי המשקל שהוא אוצר בתוכו, מצריך דיון בשיקולי מדיניות בעלי גוון מורכב הרבה יותר. אולם גם כאן – ועל אף ההבדל בנקודת ההתחלה ובשיקולי הבסיס – הלכה הפסיקה הישראלית ברוב המקרים לכיוון הטלת אחריות והכרה בקיומה של חובת זהירות מצד המזיק הציבורי כלפי הנפגע, אף שהפגיעה כאמור הייתה פגיעה כלכלית טהורה. למען הדיוק ניתן להרחיק לכת ולומר שבאופן כללי הפסיקה אינה

209 עניין **אלביט מחשבים בע"מ**, לעיל ה"ש 31; עניין **פנידר**, לעיל ה"ש 119.

210 השוו עניין **קורנפלד**, לעיל ה"ש 1.

211 בציטוט חופשי של השופט Cardozo. ראו את הציטוט באנגלית בעניין *Ultramares Corporation*, לעיל ה"ש 21.

212 פסק דינה של השופטת חיות בעניין **אופלגר הראשון**, לעיל ה"ש 203.

213 השופט ריבלין בדעת מיעוט בעניין **נחום**, לעיל ה"ש 30.

עושה כלל הבחנה בין סוגי הנזקים השונים, נזק פיזי ונזק כלכלי טהור, והיא מוכנה – לאחר שנפטרה מהחשש הראשוני מפני חיוב גוף ציבורי באחריות בניזקין – להחיל אמות מידה מרחיבות גם כשהנזק הוא כלכלי טהור. קריאת הפסיקה מלמדת שהעובדה שמדובר בנזק כלכלי כלל לא עמדה לנגד עיניו של בית המשפט כגורם בעל משמעות ולא היוותה שיקול – לכאן או לכאן. בעיית זהותו המיוחדת של המזיק – משנפתרה בחיוב – הכשירה, כך נראה, את הפיזי על מכלול הנזקים שעליהם נקרא בית המשפט לפצות.²¹⁴ כך רשויות התכנון והבנייה,²¹⁵ המעריכות באופן לא נכון את אחוזי הבנייה האפשריים בקרקע, אחראיות הן כלפי הבעלים והן כלפי הרוכשים לנזק הכלכלי שגרמו; זה גם דינו של מי שמוציא רישיון בלתי נכון או מספק נתונים אחרים בלתי נכונים ומי שמעכב באופן בלתי סביר הוצאת רישיון או מסמכים חשובים אחרים. כך גם מי שאינו ממלא חובתו ואינו מבצע צו עיכוב יציאה מהארץ;²¹⁶ ומי שברשלנות מונע מידע חיוני מחברה המבקשת לייבא לארץ מוצרים הטעונים רישיון וגורם לה הפסדים עקב התמשכות התהליכים;²¹⁷ ואותו הדין גם במקרה שבו פתחנו, המקרה של תחנת הדלק של חברת "פז", שם נטען שהמדינה התרשלה בתכנון ובסלילה של כביש עוקף לתחנת דלק במהלך סלילת כביש ראשי חדש בשכונתה. אף כי ביצוע עבודות הסלילה כאן היה במסגרת תפקידיה השלטוניים של המדינה והיווה חלק מחובותיה הציבוריות החליט בית המשפט שאילו הנתונים העובדתיים היו שונים (אילו הייתה התרשלות מצד המדינה בתוואי הכביש העוקף או במשך סלילת הכביש הראשי) הוא היה מוכן להכיר בחובת הזהירות של המדינה ולהטיל עליה אחריות בגין אבדן רווחיה של תחנת הדלק, על אף היותם של אלו נזקים כלכליים טהורים במובהק.

הטלת אחריות על המדינה ועל רשויותיה בגין נזק כלכלי טהור הנובע מחיובי דעה או שירות רשלני – מובנת כאן גם על רקע היותה מבוססת על פעולה אקטיבית שמחזקת את הנטייה להטיל אחריות. כך גם בהקשר לנזקים כלכליים שגורמת המדינה, כמו, למשל, במקרי הפקעה. להבדיל, למשל, ממקרי פיקוח בעלמא, נטייה זו עולה בקנה אחד עם הנטייה הרווחת במשפט הישראלי להרחיב את אחריותה של המדינה בכלל – גם במישורים אחרים של פעילויותיה – ולהטיל עליה אחריות במצבי חבות חדשים. כך נפסק שהמדינה אחראית לנזק שנגרם עקב טיפול רשלני בתלונות על

²¹⁴ מעניין יהיה לבחון – בהינתן המקרה המתאים – אם בתי המשפט יפגינו נכונות כזו גם במקרים של נזקים "בעייתיים" אחרים כמו הנזק הנפשי הטהור.

²¹⁵ עניין **עירית קרית אתא**, לעיל ה"ש 94; עניין **זלסקי הראשון**, לעיל ה"ש 94; עניין **זלסקי השני**, לעיל ה"ש 94; ע"א 324/82 **עירית בני ברק נ' רוטברד**, פ"ד מה(4) 102 (1991); ע"א 196/90 **עניני נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה קריות פ"ד מ"ז (2) 111 (1993)**; עניין **חברת מרכז ברוך וצפורה בע"מ**, לעיל ה"ש 94.

²¹⁶ עניין **סוהאן**, לעיל ה"ש 87.

²¹⁷ ע"א 1081/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 193 (2005). במקרה זה היוותה עוולת הרשלנות תחליף נאות לשימוש בעוולת לשון הרע. בנוסף להתנהגות העוולתית שבהסתרת המידע או עיוותו, עסק אותו מקרה בפגיעה באוטונומיה של התובע. ראו להלן בגוף הטקסט.

סכסוכי שכנים שהלכו מדחי לדחי והביאו בסופו של דבר לכך שהמשפחה הנדרפת נאלצה לעבור למקום דיור אחר (נזק מורכב שחלקו גם כלכלי);²¹⁸ והיא אחראית בגין רשלנות בהפקעת מקרקעין,²¹⁹ רשלנות בניהול חקירה פלילית;²²⁰ היא אחראית בגין נזקי שיטפונות שנגרמו עקב פיקוח לקוי על רשויות הניקוז,²²¹ בגין הגשת כתב אישום לא נכון,²²² בגין רשלנות בהוצאה לפועל שגררה עיקול רכב שלא כדין,²²³ ובגין רשלנות באספקת מים מלוחים מדי לשדות גידול פרחי הציפורן של התובע.²²⁴

ורק הערת אזהרה אחת לסיכום ולתזכורת נדרשת כאן: ככל שמדובר בהרחבת האחריות המוטלת על המדינה ועל גופים ציבוריים בכלל, הרי אחריות זו אינה חסרת גבולות. וגבולותיה אלו אינם בהכרח הגבולות המוכרים לנו ממבחני החבות שבעוולת הרשלנות דווקא. ברוח "חריג שיקול הדעת", שנולד במקרה הידוע של **מדינת ישראל נ' לוי**,²²⁵ ייתכנו מקרים שבהם למדינה תהיה חסינות מאחריות נזיקית, הן בעוולת הרשלנות והן בהפרת חובה חקוקה.²²⁶ כשיתקיימו התנאים שקבע הנשיא (כתוארו אז) שמגר בעניין זה, לא הנזק הכלכלי יהיה הגורם לדחיית התביעה, אם בכלל, ולא היותו של גורם הנזק אירוע שבמחדל טהור, אלא שיקולים אחרים – רחבים וכלליים יותר – יתניבו את דחיית התביעה. במרכזם יעמוד קרוב לוודאי השיקול המעוגן בצורך בהפרדת רשויות ושמירה על הכבוד ההדדי ביניהן. שוב, כמו שאמרנו לעיל, מדובר בחריג שנובע מזהותו של הגוף הרשלין שהדיון בתנאי קיומו חורג מנושא דיונו כאן על אף השלכתו הישירה עליו. עם זאת, ועל אף חשיבותו התאורטית והערכית של חריג שיקול הדעת בפרט וההחלטה בעניין לוי בכלל, דומה כי בתקופה האחרונה הועם מאוד זוהרו של חריג זה. דוגמה לשימוש שנעשה בחריג ניתן למצוא הן בעניין **שתיל**²²⁷ שעסק באספקת מי השקיה בלתי ראויים והן בעניין **עיריית חיפה**,²²⁸ שעסק בנזקי שיטפונות שהרשות הציבורית לא עשתה די על מנת למנוע את תוצאותיהם. עם זאת,

218 ע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס**, פ"ד נח(5) 167 (2004); ע"א 3510/99 **ולעס נ' אגד** – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826 (2001).

219 ע"א 8858/02 **מדינת ישראל נ' זהווה**, תק-על 2)04 (2) 2588 (2004).

220 עניין **ד'אהר הראשון**, לעיל ה"ש 106; עניין **ד'אהר השני**, לעיל ה"ש 106.

221 עניין **מנורה**, לעיל ה"ש 26.

222 ת"א (שלום ת"א) 11583/04 **סידס נ' עיריית גבעתיים**, פדאור 20)05 (2005) 574.

223 ת"א (שלום ת"א) 199207/02 **יאיר.ש. שיווק בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ**, פדאור 21)05 (2005) 312.

224 עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 87.

225 עניין **לוי**, לעיל ה"ש 6.

226 על חריג שיקול הדעת ראו אסמכתאות בה"ש 52. חריג שיקול הדעת הוחזר לממדיו המקוריים בפסיקה בעיקר בעניין **מרכז ברוך וצפורה בע"מ**, לעיל ה"ש 94; על אחריות המדינה ורשויותיה באופן כללי וגם בהתייחס לנזק כלכלי טהור ראו גלעד "אחריות בנזיקין של עובדי צבור" ה"ש 52 לעיל. חריג שקול הדעת זוכה להסתייגות מנומקת ומבוססת משפטית של השופט לוי – שנשאר בדעת מיעוט בעניין **שתיל**, לעיל ה"ש 87.

227 עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 87.

228 עניין **מנורה**, לעיל ה"ש 26.

חריג זה מהווה שיקול אחד בלבד – ולא בהכרח מהחשובים ביותר – מבין השיקולים המופעלים על ידי בית המשפט בסוגיית הטלת האחריות על רשות ציבורית. אף כי שני המקרים המצוינים לעיל עסקו בפעילות שלטונית שהיקף שיקול הדעת שניתן במסגרתה לרשות רחב, התעלמות מן החריג תוך הכרה בקיומה של האחריות לנזק הכלכלי, יכולה לנבא את ירידתם בסולם החשיבות של השיקולים המופעלים בנושא האחריות ברשלנות ולא רק לעניין נזק כלכלי טהור.

נזק ריקושטי. זוהי הקבוצה הבעייתית ביותר, מבחינת הפתרון המשפטי הראוי, בשיטת המשפט שלנו כמו גם בשיטות משפט אחרות הנמנות עם הדוגלות ב"גישת הביניים". זהו גם סוג המקרים שזכה להתייחסות הלקונית ביותר בפסיקה המקומית.²²⁹ והדבר תמוה בעיניי, שכן מדובר בקבוצת מקרים רחבה ומגוונת במיוחד שיש בה פוטנציאל אדיר של תביעות עתידיות – לפחות בחלק מן המקרים הנכנסים לגדרה. ובכל זאת, כמעט שאין בפנינו תביעות כאלו בכלל. ייתכן שזו בדיוק הסיבה למיעוט ההתייחסות הפסיקתית לסוגיה מרתקת זו: שהנפגעים נמנעים מלתבוע מחשש שתביעותיהם תידחנה. מאידך הרי עמדתו של בית המשפט לגבי קבוצת מקרים זו עדיין לא הובהרה כאמור, ולכן לא בהכרח נובע שמיעוט הפסיקה מקורו בהנחת היסוד שגישתו של המשפט הישראלי זהה לזו של האנגלו-אמריקני, שם אומץ כלל השלילה שעליו עמדנו לעיל – ולכן מלכתחילה אין טעם בהגשת התביעה שתידחה ממילא.

סקירת הפסיקה הקיימת מלמדת שהמקום היחיד שבו נסקרו באומץ חלק ניכר משיקולי המדיניות הרלוונטיים עוד טרם ידע מישהו שמדובר ב"שיקולי מדיניות בנושא הנזק הכלכלי הטהור" היה דווקא פסק דין מחוזי, המזדקן אתנו בנחת כבר עשורים רבים ומעולם לא בוטל מחד, אבל לא זכה לכבוד הראוי לו מאידך. באותו מקרה נחסם נמל אשדוד – אין יוצא ואין בא במשך חמישה ימים – עקב התרשלנות בניווט ספינה שעלתה על שרטון בעיצומה של סערה בים. בית המשפט המחוזי בתל-אביב דחה את תביעתו של כל מי שנזקו התבטא בהפסד רווחים צפויים בלבד.²³⁰ קריאת פסק הדין מלמדת שאף כי באותה עת לא רווחו בפסיקה המקומית – וגם לא בזו האנגלית – מבחנים של "נכון, צודק וראוי" והמושג "שיקולי מדיניות" במובנו העכשווי לא היה שגור בפי השופטים – הנימוקים שבעטיים נדחתה שם התביעה כמעט זהים לאלו שעל בסיסם המשיכו בתי המשפט לדחות תביעות מסוג זה והם ממשיכים בכך עד היום. נימוקים דומים עולים גם מדוגמה שהביא השופט לוין בפסק דין ידוע שבו נידונה שביתה בנמל שגרמה נזק כלכלי לבעלי המטענים שהגעתם עוכבה.²³¹ השופט הביע דעתו שאילו עסק המקרה שבפניו לא בשביתה מכוונת שחסמה נמל, אלא בתאונה רשלנית שגרמה לחסימת דרך ציבורית, היה הנתבע הרשלן יוצא נקי מאחריות. באותו מקרה שבו דן השופט לוין לגופו הוטלה בסופו של דבר אחריות, בלא שנושא הנזק

²²⁹ לסקירת הנושא וניתוחו ראו פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2; וכן Perry, *Relational*

Economic Loss, לעיל ה"ש 22.

²³⁰ עניין **בריקמן**, לעיל ה"ש 170.

²³¹ עניין **ציזיק**, לעיל ה"ש 81.

הכלכלי הטהור והבעייתיות שבו נדונו לגופם. האחריות הוטלה הואיל ומעשיהם של השובתים נעשו ככוונה, ובמקרה כזה מקובל על הכול²³² כי יש להטיל אחריות. שנים לא מעטות לאחר מכן, שבהן לא הגיעו מקרים מסוג זה לדיון, ובעניין שונה לחלוטין,²³³ הופגנה פעם נוספת בבית המשפט העליון, בפסק דין שלא פורסם, גישה השוללת אחריות – שנזקה לחלל הפסיקה דווקא מפי מי שמומחיותו בנושא יכולה הייתה להאיר את עינינו לא רק בקבלת ההחלטה הנכונה במקרה המיוחד שנדון בפניו אלא גם – ואולי בעיקר – בדיון התאורטי הכללי החסר כל כך בפסיקה הישראלית. כאן עסק השופט אנגלרד במקרה של פוליסת ביטוח שבגלל מורכבותה ומספרם הרב של המעורבים בה יצרה מצב חוזי שבו הנזק הכלכלי שנגרם לקבלן – שנפגע מהפגם בתכנון המבנה שהקים – היה אמור להיות מכוסה על ידי המזמין דווקא. ואף על פי כן ניסה הקבלן לתבוע נזק זה מהמתכנן הרשלין. באמירה שמכוונת גבוה ורחוק מעבר לעובדות המקרה²³⁴ קובע השופט אנגלרד כי "על פי העקרונות המסורתיים אין לחייב [...] במסגרת עוולת הרשלנות [...] בנזק כלכלי זה של הקבלן, שהוא נזק שנגרם לו par ricochet".

הואיל ובתי המשפט לא דנו בקטגוריית מקרים זו של נזק ריקושטי – שלפי החלוקה הקלאסית חובקת בתוכה את כלל המצבים שבהם נפגע א' כלכלית עקב רשלנות ב' שגרמה נזק פיזי לרכושו של ג', ואילו לפי החלוקה המודרנית היא מסתווה לקבוצות משנה בעלות מאפיינים ייחודיים ומיוחדים ושונים זו מזו – לא ברור כלל מה עמדתו של המשפט הישראלי לא לעצם תכנה של קטגוריית המקרים הקרויה "נזק ריקושטי" ולא לעמדה הערכית שעל פיה יש לבחון את המקרים הנופלים בתחומה. כך, לדוגמה, בעניין שנסיבותיו היו נסיבות של "נזק מועבר" דווקא – שלפי החלוקה המודרנית הוא שייך לקטגוריה נפרדת – מצא בית המשפט המחוזי בתל-אביב לסטות מההלכה המושרשת עמוק מאוד בפסיקה האנגלית והכריע לטובתו של קונה סחורה שניזוקה בעת שהאינטרס שלו בה היה אובליגטורי גרידא. עם שניתן להתווכח על הבסיס המשפטי של פסק הדין ונימוקיו יש בפנינו הלכה עקרונית, ששוב – תמוה מדוע נשארה בגדר פסיקתו של בית המשפט המחוזי בלבד ומדוע לא עוררה סנוניות נוספות לבוא בעקבות התובע המנצח כאן.²³⁵

במאמר מוסגר נעיר כי גם מקרים שבהם תובעים התלויים בניזוק שנפטר עקב רשלנותו של התובע הם מקרים של נזק כלכלי טהור הנכנס לגדר הגדרת הנזק

²³² שם; נילי כהן "נזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה" עיוני משפט יד 173 (1989); "הדו"ח של פלמר ובוסאני, לעיל ה"ש 7, פרק 2 ס' 3 הערות המבוא ל: "Unintentional Injury" ובעיקר פרק 3 ס' 8(3).

²³³ עניין ש. בן אברהם מהנדסים, לעיל ה"ש 167; ת"א (מחוזי נצ') א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' ש. בן אברהם מהנדסים בע"מ, תק-מח 95(4) 420 (1995).

²³⁴ עניין א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ, לעיל ה"ש 233, פס' 10 לפסק הדין.

²³⁵ דפוס מעלה אפרים בע"מ, לעיל ה"ש 36.

הריקושטי. סוג מקרים זה הוסדר בחקיקה המקומית באופן מפורש.²³⁶ אלמלא כן יש להניח שתביעתם של התלויים כמו, למשל, תביעתו של מי שפרנסתו וכלכלתו תלויים במי שנפגע פיזית בעקבות רשלנות הנתבע – הייתה נדחית על הסף. הדוגמה של שחקן הכדורסל האגדי שהוביל את קבוצתו לצמרת הליגה, ולאחר מכן נשלל ממנו כושר המשחק עקב תאונה שלה אחראי הנתבע,²³⁷ ידועה ומשמשת היטב לצורך המחשת התוצאה העגומה שלפיה אין לשחקני קבוצתו, שנשארו ללא "כוכב" ואולי גם ללא פרנסה בכלל, עילת תביעה נגד המזיק הרשון.

סיכום הפסיקה המקומית מעלה,²³⁸ לפיכך, שבעניין הנזק הריקושטי לא ברור אם הריק הערכי המשתקף בה הוא תוצאת האין העובדתי או להפך.

שונות. כפי שנאמר כבר לעיל ויובהר עוד בהמשך, לא ניתן לקטלג את כלל המקרים שבהם מתרחש נזק כלכלי לתוך מסגרת נתונה מראש של קטגוריות עובדתיות שתהיינה מחד מצומצמות דיין ומאיך תכלולנה את כלל המקרים האפשריים שבעקבותיהם נגרם נזק כלכלי טהור. בשלב זה אסתפק, לכן, באזכור אותם המקרים שבהם נדרשה הפסיקה הישראלית לדיון בסוגיית הנזק הכלכלי במקרים שנסייבותיהם לא ניתנות לקטלוג במסגרת אמיתית של אחת הקטגוריות המקובלות. לפיכך נניח לקטגוריזציה בשלב זה ונדון במקרים בלתי מקוטלגים אלו לגופם.

הקבוצה הראשונה כוללת את המקרים שבהם נגרם לתובע "נזק ראייתי"²³⁹ (מקום שעקב התנהגות הנתבע מצבו הראיתי גרוע מהמצב שבו היה נמצא אלמלא התרשלנות (זו או "נזק עילתי" (מקום שבו אבדה לתובע עילת תביעה אפשרית עקב התנהלותו הרשלנית של הנתבע).²⁴⁰ לעניין המקרה הראשון יש לזכור כי במשפט המקומי נקלט אירועו של "הנזק הראייתי" כמחולל שינוי בנטל הראיה בלבד, ונראה שעדיין חסרה אצלנו הנכונות להכיר בו כמייצר עילה עצמאית של רשלנות. במקרים שבהם שיקפו העובדות נזק ראייתי הוטלה על המדינה אחריות, בין השאר, בגין התרשלנות בביצוע חקירה, ניהול תיק פלילי וכיו"ב,²⁴¹ ובחלקם הגדול של המקרים בית המשפט מקפיד להדגיש כי החלטתו מתייחסת רק למוכן השני, המקורי והמקובל של הנזק הראייתי, דהיינו העברת נטל הראיה אל המדינה באופן שיחייב אותה לשלול את רשלנותה הנטענת על ידי התובע ולא לכלל חדש של יצירת חובת זהירות מקורית.

במקרה אחר שבו נטען קיומו של "נזק עילתי", הוא המקרה הידוע של עיזבון לילי

²³⁶ ס' 78 לפקודת הנזיקין.

²³⁷ ראו בדו"ח של פלמור ובוסאני, לעיל ה"ש 7, מקרה 2; הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1 Sec. 19

Illustration 1

²³⁸ Gilead Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss in Israel, לעיל ה"ש 2 חלק 7,

בעמ' 120–121 וה"ש 142–146.

²³⁹ ראו אסמכתאות בנושא הנזק הראייתי בה"ש 105. ראו גם שם, בעמ' 122–123 והאסמכתאות

בעמודים אלה.

²⁴⁰ עניין עזבון חנשוילי, לעיל ה"ש 106.

²⁴¹ ע"א 5754/04 פלדמן נ' משטרת ישראל, פדאור 05(3) 560 (2005); עניין ד'אהר הראשון, לעיל

ה"ש 106; עניין ד'אהר השני, לעיל ה"ש 106.

חננשוילי,²⁴² קיבל בית המשפט העליון את תביעתו של מי שניזוק כלכלית מקום שרשלנות הנתבע ביטלה את סיכוייו לזכות בתביעה משפטית, בלא שהתייחס כלל לסוג הנזק שנגרם לתובעים ומבלי שהסביר באופן נכון מה הבסיס לקבלת התביעה ולהכרה בקיומה של חובת זהירות.

לקבוצת מקרים ייחודית זו אין התייחסות משמעותית בפסיקה הזרה העוסקת בנזק כלכלי טהור, ולכן קשה למצוא כאן בסיס לדיון השוואתי מספק. אשר לפיתוח עתידי של ההכרה באחריות לנזק כלכלי בעוולת הרשלנות, ניתן רק להניח שהמשך ההתפתחות לכיוון הכרה בנזק הראייתי כמקור לחובת זהירות תיתקל בקשיים לא מבוטלים בשל שיקולי מדיניות דומים לאלו שערכו את ההכרה באחריות לנזק כלכלי טהור בסיטואציות אחרות.

הרחבה נוספת של מגוון המקרים שאינם מסווגים במובן הקלאסי באף אחת מקטגוריות המקרים הרגילות שבהן נזק כלכלי טהור סיפקה לנו לא מכבר הפסיקה באמצעות דוגמה מעניינת וחדשה בנסיבותיה שהגיעה מכיוון צפוי, אבל מזווית חדשנית. בעניין **וינברג** עסק בית המשפט העליון בעסקאות נוגדות במקרקעין, שההכרעה ביניהן נעשית, כידוע, על פי ס' 9 לחוק המקרקעין,²⁴³ הקובע את עדיפותו של הקונה הראשון מבין שניים שרכשו אותו נכס. בהמשך לפסיקה קודמת קבע בית המשפט כי לקונה השני, שזכותו כשלה מול זכותו של הקונה הראשון²⁴⁴, יש עילת תביעה ברשלנות נגד הקונה הראשון שלא רשם את זכותו כנדרש ובכך הכשיר את הקרקע לפגיעה הכלכלית שנגרמה בעטייה לקונה השני.²⁴⁵ חידוש מקורי זה מדגים – מכיוון אחר – את חששם של מתנגדי הפיצוי על נזק כלכלי טהור, מפני "עירוב תחומין" בין ענפי המשפט הפרטי השונים. הדוגמה שבעניין **אריאן** יוצרת מצב שבו התרופה הנזיקית (פיצוי בגובה ערך האינטרס שנפגע) שהוענקה כאן ברוחב לב לתובע שנפגע עקב דיני התחרות שבחוק המקרקעין, פוגמת באיזון שיצר חוק זה ובהסדרים שנקבעו בו משיקולים שדיני הנזיקין אינם חלק בהם, ומפצה אותו על אבדן זכות הקניין שלו, שנשללה ממנו בעקבות הוראת סעיף 9 לחוק. זוהי התממשות החשש המקביל של התערבות דיני הנזיקין בהסדרים הנהוגים בדיני חוזים, חשש התומך, כאמור, בהתנגדות למתן פיצוי נזיקי בגין נזק כלכלי טהור.²⁴⁷

²⁴² עניין **עזבון חננשוילי**, לעיל ה"ש 106.

²⁴³ חוק המקרקעין, התשכ"ט–1969, ס"ח 575.

²⁴⁴ ע"א 2643/97 **שלמה נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נז(2) 385 (2003).

²⁴⁵ פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **וינברג**, לעיל ה"ש 122. במקרה זה הרוכש השני היה דווקא מי שהחזיק בפועל במקרקעין, אלא שהוא לא יכול היה לרשום אותם על שמו הואיל ולצורך זה היה צורך לשחרר את המשכנתה שהייתה מוטלת על המקרקעין.

²⁴⁶ לאור ההלכה שנקבעה בע"א 790/97 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' אברהם**, פ"ד נט(3) 697 (2004) לא כל אי-רישום מלווה בחוסר תום לב, ולכן כנראה לא בכל מקרה ניתן יהיה לתבוע ברשלנות

²⁴⁷ ראו אצל Gorel, *The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-Eating Monster*, לעיל ה"ש 38; Kelly, *The Phantom Reliance Interest in*

רשלנות כתחליף לעוולות נקודתיות – לשון הרע, שקר מפגיע, עוולות מסחריות. במסגרת זו ניתן לכלול את המקרים שבהם מסיבה כזו או אחרת, בעיקר אי-קיום אחד ממרכיבי עילת התביעה או קיומה של הגנה מפורשת בעוולה הנקודתית, נעשה ניסיון לשימוש בעוולת הרשלנות. כמו במקרים שבהם נחוצה החלטה עקרונית בעניין יחסי הכוחות ותיחום הגבולות בין עוולת התקיפה לעוולת הרשלנות כשהנזק שנגרם לנפגע הוא נזק פיזי, כך במקרה של נזק כלכלי טהור – יש מקרים שבהם תהיה עדיפות לשימוש בעוולת הרשלנות. כך, בהיעדר אלמנט הפרסום, שהוא אחד מיסודות עילת התביעה לפי חוק איסור לשון הרע, ניתן לנסות להגן על האינטרס של האדם בשמו הטוב על ידי שימוש חלופי בעוולת הרשלנות, בהנחה שזו מגנה על אינטרס שונה מזה המוגן על ידי חוק איסור לשון הרע,²⁴⁸ ושוב, בהנחה שזו נזק לשם הטוב יכול – לפחות חלקית – להיחשב כנזק כלכלי טהור.²⁴⁹ על אף התבטאויות חלקיות של בית המשפט העליון שלא ממש צידדו בכיוון זה,²⁵⁰ אין ספק שאפקט הפינג-פונג בין עוולת הרשלנות לבין עוולת איסור לשון הרע עדיין לא הוכרע סופית.²⁵¹ כך גם לגבי העוולות שבחוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999;²⁵² כך גם עוולת השקר המפגיע שבסעיף 58

Contract Damages לעיל ה"ש 147.

²⁴⁸ ראו עניין *Spring*, לעיל ה"ש 14; Daniel More, *The Boundries of Negligence*, 4 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 339 (2003) בנוגע לאפשרות להגיש תביעה בעוולת הרשלנות במקרים של "חפיפה" עם עוולות פרטיקולריות. השוו גדרון "לשון הרע – עוולת הרשלנות?", לעיל ה"ש 14; צור "לשון הרע – עוולת רשלנות? – תגובה", לעיל ה"ש 14, בעמ' 239.

²⁴⁹ בעיקר נכון הדבר במקרה של נזק לתאגיד. ראו סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965.
²⁵⁰ ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843 (1995); ד"נ 7325/95 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, תק"ע 1352 (2)98 (1998) פסק דינו של השופט זמיר והשופט אור.
²⁵¹ ראו למשל ב- Restatement s. 8. לדין ראו דניאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 314 (1990); האלד גנאים, מרדכי קרמיניצר ובוועז שנור לשון הרע – עבייה פלילית ועוולה אזרחית: הדין המצוי והדין הרצוי 211–212, 236 (2005); יצחק אנגלרד "ארבעים שנה לפקודת הנזיקין"; גדרון "לשון הרע – עוולת רשלנות?", לעיל ה"ש 14; צור "לשון הרע – עוולת רשלנות? – תגובה", לעיל ה"ש 14.

²⁵² השווו לדבריו של הנשיא (בדימוס) ברק בעניין ע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזורים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998), שבו הכשיר בית המשפט "סיוע" של דיני עשיית עושר לדיני הנזיקין. בפסק דינו התייחס הנשיא ברק לעוולת המסגרת שהייתה קיימת בהצעת החוק למניעת תחרות בלתי הוגנת, שהפכה לאחר מכן לחוק העוולות המסחריות, וסעיף המסגרת נמחק ממנה בהותירו בחוק רק הסדרים נקודתיים בלתי מספקים – באמרו שלעולת המסגרת הזו יהיה שימוש כל אימת שהעוולות הנקודתיות לא תכסינה את המעשה העוולתי הספציפי. בהינתן נוסחו הסופי של החוק – נעדר עוולת המסגרת – כאמור, ברור שהשימוש בעוולת הרשלנות יכול לבוא במקום עוולת המסגרת כהשלמה לעוולות הנקודתיות שבחוק, ובעיקר בכל הנוגע לעוולה של תיאור כוזב. השווו עוד ע"א 2972/95 וולף נ' דפוס בארי שותפות מוגבלת, פ"ד נג (3) 472, 480 (1999) שם קבע השופט אנגלרד כי העתקה מושלמת ("מעשה קוף") של מוצרי התובע היא התנהגות פגומה, העולה כדי מעשה בלתי סביר במובן עוולת הרשלנות. ת"א (מחוזי ת"א) 016109/06 שלומוביץ נ' אריבי תק-של (3)07 4003 (2007) מאמץ גם הוא גישה דומה.

לפקודת הנזיקין²⁵³ וכך, אולי, אפילו לגבי חוק עשיית עושר ולא במשפט,²⁵⁴ שלגביו הוחלט בעבר שיש בו כדי להוות השלמה לסעיפי ההגנה על התחרות המסחרית שבפקודת הנזיקין. ומהיבט זה ניתן לטעון כי עוולת הרשלנות יכולה להוות השלמה ראויה יותר מאשר דיני עשיית עושר להגנה הנזיקית החסרה, לעתים, בפקודה עצמה.²⁵⁵ מקרים כגון אלו מעוררים פחות חשש להרחבת יתר של גבולות והיקף האחריות ממקרים אופייניים אחרים של נזק כלכלי טהור מחד, ומאידיך הם מעוררים סוגיות חשובות במישורים אחרים, כמו בעיית היחס בין עוולות המסגרת לבין עוולות פרטיקולריות, בעיקר בעידן של התפתחות מואצת של הראשונות מחד ומאידיך מוגבלות כשירותן של האחרונות לתת מענה הולם בהינתן המרווח הצר של שיקולי המדיניות שהן מאפשרות וקשיחות התנאים לחלותן.

סיכום

ניתן לסכם ולומר שדרכה של הפסיקה הישראלית וכיווני התפתחותה עדיין אינם נהירים גם למי שמצוי בכל המקרים שבהם התעוררה סוגיית הנזק הכלכלי הטהור בארץ. מספר המקרים שבהם נדחתה תביעה לפיצוי בגין נזק כלכלי טהור על בסיס שלילת ההכרה בקיומה של חובת זהירות בגלל סוג ומהות הנזק – מועט. בשורת החלטות שלא השאירו רישום מיוחד על הפסיקה המקומית ולא עסקו לעומק בסוגיה סבוכה זו – פרט לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין **בריקמן**²⁵⁶ שבו נערך דיון מעניין ומעמיק – דחה בית המשפט העליון את כל התביעות שהוגשו לו במקרים של נזק ריקושטי, בלי, כזכור, להתעמק ולייצר תורה מסודרת ומעוגנת בשיקולי אידאולוגיה, מוסר וחברה בשאלת הנזק הכלכלי הטהור.²⁵⁷ רק בעניין **דפוס מעלה אפרים**²⁵⁸ – מקרה של נזק ריקושטי "מועבר" – הוכרה האחריות, ואפילו בניגוד

²⁵³ השוו לשורת פסקי הדין בעניין: Food Lion Inc. v. Capital Cities ABC, Inc., 984 F. Supp. (1997); 923 (1996); Food Lion Inc. v. Capital; Food Lion v. Capital Cities ABC, Inc., (1996); 951 F.Supp 1224 (1996); Food Lion Inc. v. Capital Cities, ABC Inc.; Cities ABC Inc., 887 F. Supp. 811 (1995).

²⁵⁴ חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ה"ח 1353.

²⁵⁵ עניין **א.ש.י.ר.**, לעיל ה"ש 252, פסק דינו של הנשיא ברק.

²⁵⁶ עניין **בריקמן**, לעיל ה"ש 170.

²⁵⁷ בעניין **לוי**, לעיל ה"ש 6, נדחתה התביעה מנימוקים אחרים; בעניין ע"א 9183/99 **פניגשטיין נ' חברת חברי המהפך ומחצבות הר-טוב**, פ"ד נח(4) 693 (2004) נדחתה תביעה ברשלנות נגד מנהל חברה ונגד הגזבר מנימוקים אחרים וחובת הזהירות נשללה משיקולי מדיניות המחייבים הבחנה בין האורגן למנהליו והצורך לגבש את כלל יסודות האחריות אצל המנהל עצמו כדי להטיל עליו חובה אישית. זאת, אף כי נפסק שהתנהגותו של המנהל סתה מסטנדרט הזהירות הנדרש. עוד ראו סיכום אצל פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2 בעמ' 166-172. עוד ראו ע"א 38/74 **זבדה נ' זמיר**, פ"ד כט(1) 785 (1975); ע"א 206/87 **קופת חולים נ' עיזבון אדיסון**, פ"ד מה(3) 72 (1991).

²⁵⁸ עניין **דפוס מעלה אפרים בע"מ**, לעיל ה"ש 36.

לפסיקה אנגלית מנומקת ומבוססת.²⁵⁹ מאידך, בשורה ארוכה של מקרים, בעיקר אלו שעסקו בחייו דעה רשלני, שירות רשלני, אחריות רשויות ציבוריות וקבוצת מקרים חסרי מאפיינים עובדתיים, כמו עניין הנזק הראייתי, כבר ראינו לעיל שגישה של הפסיקה הייתה נדיבה בהרבה מזו המופגנת באנגליה ובארצות-הברית. סטייה מקו כמעט "נקי" זה ניתן למצוא בעניין **ירושלמי** שנסקר לעיל.²⁶⁰ כאן נשללה חבותה של יבואנית אופנועים לנזק כלכלי שנגרם לתובע בגין אי-קיומו של ביטוח שיכסה את נזקי התאונה הקשה שאירעה לו בעת מרוץ אופנועים. מחדלה הרשלני של היבואנית באי-עריכת ביטוח ובאי-מתן המלצה לתובע שיערוך בעצמו ביטוח לא עלה בעיני בית המשפט העליון – בנסיבות המקרה – לכדי מעשה שיש בו כדי ליצור חובת זהירות. הואיל ולא ניתן לאתר בפסיקה המקומית קו מנחה תאורטי והנחיה אידאולוגית מוסכמת בכל הנוגע ליחס לנזק כלכלי טהור, קשה להעריך מה משדרת לנו החלטה כמו זו שבעניין **ירושלמי** בעיקר הואיל ובית המשפט חזר והדגיש כי הוא מגביל את ההחלטה לדל"ת אמות המקרה העובדתי ולנסיבותיו העובדתיות המיוחדות וחזר והעביר מסר שבהחלט ייתכן שבנסיבות שונות – ולו גם במעט – ההחלטה יכולה להיות אחרת.

פרט למקרה המיוחד שבעניין **ירושלמי**, ואולי דווקא לאורו, יש להודות שהפסיקה הישראלית דלה בדוגמאות בעייתיות שיכולות היו להציב בפני בתי המשפט דילמות ערכיות מורכבות. אין לנו מקרים מאתגרים דוגמת סגירת שוק המכירות הפומביות של הבקר מחשש למחלה שתפגע בבקר;²⁶¹ אין לנו מקרים של תביעות בגין היעדר נגישות למקומות או לשירותים ציבוריים או פגיעה באיכות הסביבה שגורמת נזק כלכלי לבעלי עסקים בסביבה;²⁶² ומקרים בעלי פוטנציאל דיון מעמיק וניתוח מסודר של הסוגיה בכללותה אינם מגיעים לבית המשפט העליון²⁶³ או, במקרה שהם כן מגיעים לדיון שם, הם זוכים להתייחסות קצרה בנוסח של "מובן מאליו"²⁶⁴ שהיא בבחינת "סתם ולא

²⁵⁹ בעניין **ציזיק**, לעיל ה"ש 81 התקבלה התביעה, כך עולה בבירור מדבריו של השופט לוין, בגלל קיומה של כוונה מובהקת לגרימת נזק. ראו פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2 בעמ' 170–171; השווו כהן "נזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה", להלן ה"ש 232.

²⁶⁰ עניין **ירושלמי**, לעיל ה"ש 161.

²⁶¹ עניין *Weller*, לעיל ה"ש 1.

²⁶² עניין *Baker*, לעיל ה"ש 44; עניין *1340232 Ontario Inc.*, לעיל ה"ש 115; *Norsk Pacific Steamship Co. v. CNR* [1992] 1 S.C.R. 1021; *Landcatch Ltd. v. IOPCF* [1998] 2 Lloyd's Rep 522; בעניין **ציזיק**, לעיל ה"ש 81, לא התייחס השופט לוין לעניין זה אך בדוגמה שנתן לעניין חסימת דרך יבשתית ניתן להבין שלדיו התביעה הייתה נדחית.

²⁶³ שניים מבין פסקי הדין שבהם התעוררה הסוגיה באופן ישיר והיה בהם פוטנציאל ניתוח מעמיק בבית המשפט העליון – לא הגיעו אליו, ופסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים נותרו על כנם בלי שיהיה בהם ניתוח מספק מבחינת עמקו להבנת הנושא על כל היבטיו באופן שיאפשר החלת פסיקה זו גם על מקרים שנסיבותיהם פחות דומות עובדתית. ראו עניין **בריקמן**, לעיל ה"ש 170; עניין **דפוס מעלה אפרים בע"מ**, לעיל ה"ש 36.

²⁶⁴ עניין **ש. בן אברהם מהנדסים**, לעיל ה"ש 167, פסק דינו של השופט אנגלרד לעניין הנזק הריקושטי.

פירש" מאכזב. וזאת, דווקא במקרים היותר מאתגרים ויותר קשים. והשאלה החשובה, לפיכך בשלב זה היא: אילו הגיע המקרה המתאים לבית המשפט העליון, היכן – על הסקאלה שבין שלילה לחיוב – הייתה ממוקמת עמדתו של הדין הישראלי בנוגע לחובת זהירות לנזק כלכלי בעוולת הרשלנות. כדי להגיע לתשובה על שאלה עקרונית זו יש לסכם תחילה את תחלואיה של השיטה הנוהגת – הן בדין האנגלי והן בדין המקומי.

ז. הערכת המשפט המצוי

המשפט האנגלי

את התפתחות המשפט האנגלי בסוגיית הנזק הכלכלי הטהור יש לבחון על רקע ההתפתחויות שחלו בו בנושא חובת הזהירות בעוולת הרשלנות באופן כללי. שנים ארוכות אימץ המשפט האנגלי תפיסה המכירה באחריות ברשלנות במשורה – יחסית – באופן שחובת הזהירות הוכרה על פי קטגוריות מקרים מוגדרות והגישה האינקרמנטלית שלטה בכיפה. ואז החל לאמץ כלל אחריות רחב, ²⁶⁵ מקיף וכמעט חסר סייגים, שקבע קיומה של חובת הזהירות בעוולת הרשלנות (בלא התייחסות לסוג הנזק) על בסיס קיומה של צפיות מחד והיעדר שיקולי מדיניות שוללי חובה מאידך, באופן שאפשר הרחבת גבולות האחריות ברשלנות במידה רבה במיוחד. בכך פתח פתח – לפחות פוטנציאלי – להרחבה יתרה של האחריות ברשלנות לנזקים שאינם פיזיים טיפוסיים. ²⁶⁶ בשלב זה, כשמנגנוני הבקרה על היקף האחריות נחלשו, ניכרה גם נכונות להכיר ביותר מקרים של נזק כלכלי כמקומיים חובת זהירות. ²⁶⁷ ממקום זה, של חשש מהרחבה, נסוג המשפט האנגלי לחיקו החמים והבטוח של "כלל השלילה", ונעזר בשיטת הקטגוריות העובדתיות כדי לחזק את מנגנוני בקרת האחריות, ואף כפועל יוצא של מנגנונים אלה. לצד כלל התקדים המחייב הבטיחה שיטה זו שההכרה בחובת הזהירות לנזק כלכלי טהור תיעשה במשורה, רק במקרים שכבר הוכרו בעבר, שקטגוריות יחסים חדשות לא תבואנה לעולם בקלות ושמבחני המדיניות של "נכון צודק והוגן" תפורשנה בצמצום מרבי. דרישות לקיום "יחסים מיוחדים", "יחסים דמויי חוזה", "הסתמכות" ו"נטילת אחריות ומחויבות", במובנן המצומצם והמקורי, הבטיחו

²⁶⁵ ראו בעיקר עניין *Anns*, לעיל ה"ש 6, שממנו ניסתה ומנסה עד היום הפסיקה האנגלית לברוח ומאידך, השוו את ה"טיפוס לצמרת" של המבחן בפסק הדין בקנדה, שם עד היום הוא מהווה בסיס – בכפוף למבחני משנה נקודתיים נסיבתיים – לקביעתה או לשלילתה של חובת הזהירות, ואיש אנו נרתע מכלליות המבחנים הנהוגים בו.

²⁶⁶ כפי שקרה גם בסוגיית הנזק הנפשי הטהור.

²⁶⁷ לדוגמה עניין *Junior Books Ltd*, לעיל ה"ש 37 שסימן, לדעת רבים, גישה חדשה של המשפט האנגלי לסוגיה בכללותה; כהן *התערבות ביחסים חוזיים* לעיל ה"ש 74 בעמ' 14–28.

שבמרבית המקרים לא יינתן פיצוי בגין נזק כלכלי טהור.²⁶⁸ תקופה זו של התפתחות המשפט האנגלי מזכירה את תקופת טרום ההחלטה

שניתנה בעניין *Anns*.²⁶⁹

על רקע זה סביר להניח שכיום מבשר פסק דינו של בית הלורדים בעניין בנק *Barclays*, המשקף גם פסיקה קודמת,²⁷⁰ על הגמשת קריטריונים, ריכוך מסגרות מבחני החבות וחזרה לשיקולים כלליים יותר של "סביר, נכון וצודק" כלשונו של פסק דין *Caparo* הידוע, תוך אימוץ ראייה כוללת יותר ויותר על שיטות הקטגוריזציה השונות והמורכבות. כאמור, פסיקה שבאה לאחר פסק דין בנק *Barclays* כבר מעידה על אימוצה של ההלכה שבו גם במקרים של נזק פיזי.²⁷¹ התפתחות זו אינה מפתיעה הואיל וגם קודם לכן כבר עשתה הפסיקה האנגלית שימוש בהלכות שנולדו בעניין *Caparo*²⁷² הידוע לטוב, שעסק באחריות לנזק כלכלי טהור, במקרי רשלנות אחרים שבהם לא היה מדובר בנזק כלכלי טהור ולא בסיטואציות אופייניות לחייו דעה מקצועי.

יש לקוות שהפסיקה האנגלית מצויה אכן כעת בנקודת מפנה בכל הנוגע למבחני החבות במקרים של נזק כלכלי טהור, ולא רק בהם. אמנם המפנה אינו מוביל להולדתו של מבחן אחיד – *bright line rule*, אולם יש בו כדי להחזיר את סוגיית הנזק הכלכלי למסגרת החשיבה הכללית של עוולת הרשלנות לא כרשימת תתי-עוולות פרטיקולריות, אלא כשאלה משפטית ערכית כללית שמגוון שיקוליה רחב ומקיף ויש בו כדי להשיב על כל סיטואציה עובדתית בהתאם לנסיבותיה. שהרי המבחן המשולש והמבחן האינקרמנטלי – שניים מהמבחנים שאומצו לאחרונה שם – אינם מבחנים שמעצם טיבם וטבעם מתאימים אך ורק למצבים או לסוגיות שבנזק כלכלי טהור. הם אינם זרים לפסיקה האנגלית הנזיקית בכלל ואינם ייחודיים, כאמור, רק לעניין הנזק הכלכלי. ומשכך – וכשגם הגבולות בין מעשה לחייו דעה, ובין מעשה למחדל, ובין פיזי לשאינו פיזי, ובין אינטרסים ראשוניים ואינטרסים פחותים בחשיבותם – כשכל ה"הבדלים" הללו מתערערים ונצבעים באפור – תחת גוני השחור/לבן שבהם התגאתה הפסיקה עד כה – נראה שבפנינו צורת חשיבה אחרת, פחות דומה לשיטה הקטגוריאלית המובהקת שקדמה לה. וגם אם צורת חשיבה זו לא תביא להבדל אמיתי בתוצאות האופרטיביות שבפסקי הדין בנושא הנזק הכלכלי הטהור בעתיד, לפחות מבחינת הבסיס התאורטי וקוהרנטיות הניתוח והנימוקים יהיה בכך משום שינוי

²⁶⁸ *D & F Estates Ltd. v. Church*; 1 *Murphy* לעיל ה"ש 1; ראקציה זו למגמת ההרחבה החלה בעניין *Murphy* לעיל ה"ש 1;

Commissioners for England, [1989] 1 AC 177 (1988) *Caparo*

Industries Plc., לעיל ה"ש 6.

²⁶⁹ עניין *Anns*, לעיל ה"ש 6.

²⁷⁰ ראו עניין *BP Plc.*, לעיל ה"ש 56.

²⁷¹ עניין *Farraj* לעיל ה"ש 65. עם זאת, יש להודות ששם נגרם הנזק בעטייה של חוות דעת מוטעית,

ולכן השימוש בעניין בנק *Barclays* מובן ומתאים.

²⁷² עניין *Caparo Industries Plc.*, לעיל ה"ש 6.

משמעותי לטובה.²⁷³

המשפט הישראלי

דומה שתיאור הפסיקה הישראלית בנושא הנזק הכלכלי הטהור לעיל אינו משאיר ספק בכך שהנושא טעון חשיבה יסודית וכללית. יש להביא בחשבון את המורכבות שיוצר מגוון האירועים העובדתיים שבסופם גרימת נזק כלכלי טהור ואת מספרן העצום של הצורות שנזק כזה יכול ללבוש. נכון, המקרים ה"קלים" של חיזוי דעה ומעשה שלטוני של גוף ציבורי נדונו ואולי קיבלו תשובה מתאימה. חובת הזהירות של עורך הדין, רואה החשבון, הבנק, הארכיטקט ובעלי מקצוע אחרים – מחווי דעה ונותני שירותים דומים – התקבעה כבר בתודעה המשפטית, והנימוקים, הכללים ושיקולי המדיניות מוכרים וידועים, אף כי לא תמיד יישומם והיקפם ברור. אולם לא די בכך.

הפסיקה חייבת לגבש עמדה כללית והומוגנית – לא נקודתית ולא פרטיקולרית – בשאלת המבחן הנכון שבאמצעותו ניתן יהיה להתמודד עם נזק בעייתי זה שאירועו הופך להיות תדיר יותר ויותר בחיים המודרניים ובדיני הנזיקין המודרניים. אלה כבר מזמן זנחו את ייעודם כמגיניהם של אינטרסים פיזיים וקנייניים בלבד וקיבלו על עצמם הגנה רחבה יותר הן על אינטרסים שנולדו בחוקים אחרים והן על אינטרסים שפותחו בתוכם, בתוך דיני הנזיקין עצמם, במסגרת תהליכי השינוי שעברו עליהם בעשורים האחרונים.²⁷⁴

בשלב התפתחותו הנוכחי, המשפט הישראלי אינו מספק תשובה אחידה ומספקת לשאלת מיקומו על הסקאלה שבין הגישה השוללת חבות לגישה המצדדת בהכרה בה. לא ברור מה נקודת המוצא שלו. לא ברור מה עמדתו הבסיסית בעניין נזק כלכלי טהור בכלל. ידוע רק שבמקרים מסוימים יש פיצוי ומספרם של מקרים אלו מתרבה והולך. האם זו מגמה? האם יש קו מנחה שסופו יתגלה לעינינו במהרה? סבורני שלא. וחבל שכן.

הבדלי יישום או הבדלים ערכיים? דוגמאות מן הפסיקה

כשמשווים בין בסיסה התאורטי של הפסיקה האנגלית לזה של הפסיקה הישראלית, ואפילו אם מסתפקים רק בכמה דוגמאות של התוצאות האופרטיביות של השוואה זו,

²⁷³ השווה לביקורת על דרך החשיבה וההתפתחות של המשפט האנגלי בנושא הנזק הכלכלי אצל Joanne Conaghan & Wade Mansell, *The Wrongs of Tort* Pluto Press 21-34 (2nd ed., 1999). המחברים, המהללים את הלכת Hedley Byrne מביעים חשש – שבחלקו התאמת לאחר מכן – ששיקולי המדיניות ירימו שוב את ראשם המכוער ויעכירו את המים הצלולים והכחולים של הלכה זו (תרגום חפשי שלי – ת.ג.). השוו עוד BURROWS. UNDERSTANDING THE LAW OF OBLIGATIONS, לעיל ה"ש 7 שלפני כמעט שני עשורים סבר שהמצב במשפט האנגלי מתבהר והולך ושחלק מהשיפורים שיוכנסו לדיני החוזים יפתרו חלק גדול מהבעייתיות בנושא זה.

²⁷⁴ Daniel Friedman, *The Performance interest in Contract Damages*, 111 LQR 628 (1995).

כי אז ההבדל מתבהר. למשל, ההשוואה בין ההחלטה האנגלית בעניין בנק *Barclays*, שבה פתחנו, לבין ההחלטה של בית המשפט העליון הישראלי שהתקבלה בעניין **סוהאן**:²⁷⁵ בעניין הבנק סירב בית הלורדים להכיר בחובת זהירות של הבנק כלפי נציגי המס שהוציאו צו הקפאה על פעילותן של שתי חברות – שהיו לקוחותיו של בנק *Barclays* – שחבו כספים לרשויות המס, כשהבנק הפר את חובתו והתרשל באפשרו לחייבות להבריא נכסיהן. בעניין **סוהאן** עסק בית המשפט העליון שלנו במקרה שבו הוצא צו עיכוב יציאה מהארץ נגד בעל לבקשת אשתו, ובית המשפט הכיר בחובת זהירות מצד המדינה כלפי האישה מאחר שרשויות המדינה התרשלו ואפשרו לבעל לברוח מהארץ בהותירו את אשתו לא רק עגונה אלא גם במצב שבו נשללה ממנה האפשרות לגבות מזונות וכספים אחרים מבעלה החמקמק.

את ההחלטה שפטרה את בנק *Barclays* מאחריות ניתן להסביר – כפי שעשה בית הלורדים – על רקע פסיקה קודמת ועל סמך החשיבות הרבה שבית הלורדים מייחס לסוג הנזק בהשוואה לשיקולי מדיניות אחרים.

לצורך כך, עושה בית המשפט שימוש ברצף של מבחנים מובנים ומסכת שיקולים מפורטת – הרלוונטית לא רק לאחריות בנקים – ובכך מייצר מנגנוני בקרה ישימים והגיוניים. בעקבות פסק הדין, קל יותר להתמודד עם מקרים עובדתיים חדשים בהם נגרם נזק כלכלי טהור. לעומת זאת, עניין **סוהאן** מציב קושי. לא קושי בתוצאה אלא בדרך. לפחות בכל מה שנוגע לסוגיה המעסיקה אותנו כאן: מה עמדתו של בית המשפט העליון בשאלת קיומה של חובת זהירות לנזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות.

בית המשפט העליון ממקד את החלטתו בעניין זה בסוגיה של אחריות המשטרה לביצוע צווים שיפטיים. זו הגדרתה של השאלה העובדתית העומדת למבחן לצורך בחינת קיומה של החובה המושגית (שנוסחה כאן בצמצום במכוון) והקונקרטי. הדין עוסק באחריות גופים ציבוריים ככלל; בשלילת הגישה הרואה את החובה המוטלת עליהם כחובה הקיימת במישור הציבורי בלבד; בתפיסת העולם של המשפט הישראלי המקדים; בסוגיות רבות שבעוולת הרשלנות; במשפט האנגלי; בחשיבות הערך "ואהבת לרעך כמוך"; ובחוסר החשש משיקולי הצפה ומדרון חלקלק בכל הנוגע להרחבת אחריות המשטרה. בכל אלו יש לבית המשפט משנה סדורה ומשכנעת.

עם זאת – נותרה עדיין על כנה השאלה המעניינת והיא: (היעדר) נפקותו של סוג הנזק שגרמה המשטרה במקרה זה. אמנם בית המשפט העליון מציין בהחלטתו כי: "אכן, זו דרכה של ההלכה הפסוקה, שאין היא קובעת עקרונות החורגים ממהותה של הסוגיה הניצבת בפניה",²⁷⁶ אולם עדיין אין בכך תשובה מספקת: האם סוג הנזק אינו משמש כגורם בר חשיבות כלל? ואולי רק במקרה של אחריות משטרה? או רק במקרה של צווים שיפטיים? בין אם כך או כך, מדוע ההתעלמות מהבעייתיות שבסוג הנזק במקרה כמו זה של השביתה בנמל,²⁷⁷ שגם שם נעדרת הסוגיה שעוסקת בסוג הנזק

²⁷⁵ עניין **סוהאן**, לעיל ה"ש 87.

²⁷⁶ שם, בעמ' 737.

²⁷⁷ עניין **ציזיק**, לעיל ה"ש 81.

שנגרם על ידי השובתים לבעלי המטענים מרשימת הסוגיות שמונה בית המשפט העליון בפתח דבריו²⁷⁸ ובהן הוא מעמיק חקר בהמשך פסק דינו? ואם אכן שתי שיטות המשפט שייכות לאותה "משפחת ביניים" בכל הנוגע לנזק הכלכלי הטהור, ואם פסק דינו של בית הלורדים משקף חשיבה שיסודותיה בגישה בסיסית אידאולוגית דומה לזו שאמורה לייצג את המשפט הישראלי, אזי מניין ההבדל בתוצאות פסקי הדין? ניסיון להבין את השוני בתוצאה גורם לנו לתהות: האם ההבדל נעוץ בעובדה שעניין בנק *Barclays* עסק בנתבע פרטי, ואילו המקרה הישראלי עסק במדינה? ייתכן. האם ההבדל נעוץ בעובדה שעניין **סוהאן** עסק בפעילות שלטונית מובהקת שאין לה מקבילה במשפט הפרטי? בשני המקרים מונע הנזק העדיף היה הנתבע, שניהם עסקו בפעולה שיש בה אלמנט של שירות שאינו בבחירה חופשית, שניהם עסקו בעשיית מעשה שהיה מנוגד לצו שהוצא בסמכות והופר ברשלנות, ובשני המקרים שיקולי הרתעת יתר ומדרון חלקלק אינם ישימים באופן מובהק.

תהיות דומות מעלה גם ההשוואה בין עניין *Aliakmon* באנגליה²⁷⁹ לבין עניין **דפוס מעלה אפרים**²⁸⁰. בעניין *Aliakmon*, דחה בית הלורדים תביעה של רוכש שביקש פיצוי בגין נזק שנגרם לנכס אותו הזמין כתוצאה מרשלנות המוביל הימי. בית הלורדים ביסס את קביעתו על העובדה כי ההסכם שנערך בין המוכר לבין המוביל הימי, העניק לרוכש זכות אובליגטורית בלבד. נסיבותיו של עניין **דפוס מעלה אפרים** דומות בעיקרון, אך ההחלטה בו שונה בתכלית. כאן, אמנם, בחן בית המשפט המחוזי את סוגיית הנזק הכלכלי במשפט האנגלי בסיטואציה דומה וסטה ממנה במכוון, אולם עדיין לא הובהר – לא באותו עניין ולא באחרים שבאו בעקבותיו – האם השוני נובע מתפיסה ערכית כוללת שונה של הנזק הכלכלי במשפט הישראלי? האם מדובר בהחלטה נקודתית? ובכלל, כיצד מתיישבת החלטה זו עם ההחלטה הלקונית – הנכונה כשלעצמה – של השופט אנגלרד בעניין אי-ההכרה בנזק כלכלי ריקושיטי במשפט הישראלי בעניין **בן אברהם מהנדסים**²⁸¹.

אין כנראה מנוס מלהסיק, לפיכך, שהבדלי התוצאה שאליה הגיעו שתי הערכאות הגבוהות ביותר באנגליה ובישראל במקרים יחסית דומים עובדתית, נובעים אולי, בראש ובראשונה מהבדלי גישה להיקף האחריות בעוולת הרשלנות בכלל – שבארץ היא ללא ספק משקפת נכונות רבה יותר להכרה בחובת זהירות²⁸² – אולם הם ניתנים להסבר גם על רקע ההבדלים בבסיס התאורטי, השוני במודעות לצורך לייצר קוהרנטיות מחשבתית והיעדר התמודדות פסיקתית עם הנושא בכללותו – למעט סוגיות ספציפיות בתוכו – באופן שיפתח פתח לדיון בסיסי רחב בנושא ויאפשר גיבוש השקפת עולם כוללת, תאורטית ויישומית. היעדרם של אלה משאיר את בתי המשפט

²⁷⁸ שם, ס' 9 לפסק דינו של השופט לוין.

²⁷⁹ עניין *Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, לעיל ה"ש 36.

²⁸⁰ עניין **דפוס מעלה אפרים בע"מ**, לעיל ה"ש 36.

²⁸¹ עניין **ש. בן אברהם מהנדסים בע"מ**, לעיל ה"ש 167.

²⁸² ראו עניין **סוהאן**, ס' 11 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק, לעיל ה"ש 87.

שלנו ללא כלי עזר משפטיים ראויים, פרט לאלו הכלליים והעמומים שב"צורך וביכולת לצפות" את קיומה של חובת הזהירות במקרים של נזק כלכלי טהור כמו גם ביתר סוגי הנזקים – ה"בעייתיים" ושאינם כאלה.

מסקנות

המסקנה הטבעית, כך נראה, מהשוואה קצרצרה זו שבין הדרך שבה מתמודד המשפט האנגלי עם הנזק הכלכלי הטהור לבין זו שנוקט המשפט הישראלי היא שאף כי יש, אכן, דמיון בקווי היסוד הראשוניים של שתי השיטות מבחינת התפיסה הראשונית, עדיין מבחינה ערכית ויישומית ההבדל ביניהן רב מאוד, בעיקר מבחינת ה"איך", שלא בהכרח תמיד משפיע על התוצאה המתקבלת בסופו, שיכולה בהחלט להיות נכונה או מוטעית בכל אחת משתי דרכי ה"איך". אין ספק, עם זאת, שכשהדרך מסודרת, מובנית, סלולה ובהירה כי אז היישום מחד והמכלול המתקבל ממנו מאידך הם בעלי סיכוי סביר יותר להיות "נכונים" ותואמים את הרצף המחשבתי הפסיקתי.

שתי השיטות אינן מוכנות להכיר באופן גורף בנזק הכלכלי כמייצר חובת זהירות ומזכה בפיצוי מחד, וגם אין בהן מאידך, שלילה אולטימטיבית של פיצוי בגין נזק כזה בעולת הרשלנות. עם זאת, יש ביניהן שוני רב הן בנקודת המוצא התאורטית – שבישראל היא עדיין עמומה, לפחות מההיבט הכללי של הנושא – והן בתשובות המעשיות שכל אחת מהשיטות נותנת לשאלות דומות כמו: מתי בדיוק ניתן להסיק שהייתה קבלת מחויבות מצד הנתבע, מתי בדיוק יש "יחסים מיוחדים", מתי בדיוק "נכון, צודק וסביר" להכיר בקיומה של חובה, מתי הרתיעה מהמדרון החלקלק היא בשיאה ומתי היא מתקזזת מול שיקולים אחרים וכד'.

אין ספק שהעובדה שמדובר בשתי שיטות משפט שמקורן זהה ומבחני הרשלנות בהן זהים במקורם תורמת לדמיון, והעובדה שהפסיקה המנחה במשפט הישראלי מבוססת בחלקה הגדול על הפסיקה האנגלית מייצרת באופן מידי גישות שבבסיסן הן דומות. מבחינה זו ההבדל בין התשובה האנגלית/ישראלית לנושא הנזק הכלכלי לבין הגישה הגרמנית, למשל, מובן וצפוי. אולם כבר ראינו שזו תשובה חלקית בלבד. יש בה כדי להסביר את המשותף בין הגישה הישראלית לאנגלית. אין בה כדי להסביר את השוני.²⁸³

דומה שהשוני נובע ראשית, כאמור, מגישתו הגמישה יותר של המשפט הישראלי לקיומה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות בכלל, ושנית, מגישתו ההוליסטית והמובנית – לפחות לאחרונה – של המשפט האנגלי בהשוואה לקונקרטיות ולנקודתיות המחקר והדיון, של השיטה הישראלית, ושלישית מכך שבמשפט האנגלי – בהבדל מהמשפט הישראלי – לפחות נקודת המוצא של הדיון ידועה, הגישה האידיאולוגית ואיזון השיקולים מתבהרים והולכים, ורשימת המבחנים הנובעים מכך

²⁸³ והשוו לתשובות השונות הניתנות כיום לשאלות דומות במשפט האנגלי ובמשפט הקנדי ששתיהן התחילו באותה נקודת מוצא שלילית קטגוריאלי.

תורמת, באופן טבעי, להיגיון הפנימי של רצף ההחלטות השיפוטיות. במשפט הישראלי לא התבהרה עדיין נקודת המוצא, הגישה הבסיסית, הערכים המנחים או היררכיית השיקולים הרלוונטיים. מהי אפוא נקודת המוצא הנכונה, מהי הגישה הבסיסית הראויה, מהם הערכים המנחים הרצויים ומהם השיקולים הרלוונטיים למבחני האחריות לקיומה של חובת זהירות לנזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות.

ח. הראוי והרצוי

1. המחשת הקושי – ריבוי מצבי הנזק הכלכלי הטהור

כתזכורת לנרטיב המלווה אותנו לכל אורכה של סקירת הדין המצוי בסוגיית הנזק הכלכלי הטהור, מן הראוי שנבהיר את הקושי העיקרי שבפניו ניצב כל ניסיון להסיק מסקנות קוהרנטיות ולהתוות את הראוי והרצוי בתחום מסובך זה. וכוונתי בעיקר לקושי הנובע ממגוונם העצום של סוגי המקרים העובדתיים שיש בהם פוטנציאל יצירת נזק כלכלי טהור. להלן כמה דוגמאות נבחרות שכל אחת מאירה פן אחר של הנושא כך שאורכה מעיד על מורכבותו ועל ריבוי פניו:

1. א', רופא, מייעץ לב', שלאור מצבו הרפואי הירוד עליו לוותר על עבודתו ולהימנע מנסיעות לחו"ל למשך חצי שנה. ב' מתפטר מעבודתו ומפסיד הכנסות גבוהות עקב הצורך להסתפק בעבודה "רגועה" בחצי משרה בלבד. לימים מסתבר לו שהוא "בריא כשור" וכי יכול היה להמשיך לעבוד במלוא המרץ בעבודתו הקודמת. את ההפרש בהכנסות הוא תובע מא'.
2. א', בעל מכון אבחון מקצועי, מוזמן על ידי ב' לבחון כישוריהם של חברי ההנהלה הבכירה של החברה שבבעלותו. בשל רשלנותו של א' תוצאות מבחנו של ג' הנם מוטעים לרעה. ב' אינו מקדם את ג'. ג' תובע את הפסד הכנסתו הצפויה מא'.
3. א' עומד לרכוש קרקע מב'. ב' פונה אל ג' ומבקשו לתת הערכת שווי של המקרקעין. ג' מתרשל ומעריך את הקרקע הערכת יתר. בעקבות זאת מסכים א' לשלם מחיר גבוה יותר עבור הקרקע. א' תובע את ב' לפיצוי בגין התשלום המופרז.
4. א' מבקש הלוואה מב'. ב' פונה אל ג' – הבנק שא' עובד אתו – ומבקש הערכה בנוגע למצבו הכלכלי של א'. ג' מוסר מידע לא נכון. ב' מלווה לא' את הסכום המבוקש ומפסיד את כולו. את הפסדו הוא תובע מג'.
5. א' מוכר טרקטור לב'. בשל פגם שמקורו במפעלו של ג', היצרן, הטרקטור אינו פועל, ומפעלו של ב' מושבת לשבוע ימים. ב' תובע מג' את הפסדיו.
6. אותן עובדות כמו במקרה הקודם אלא שבנוסף להשבתת העבודה גורם הטרקטור הפגום להרס תשתית החשמל במפעלו של ב'. ב' תובע מג' את הפסדיו.
7. א' מוכר טרקטור לב'. בשל פגם בייצור המנוע על ידי ג', הטרקטור פגום. בעת

- הפעלתו עולה הטרקטור באש ולא ניתן לתקנו. ב' תובע את מחיר עלות הטרקטור מג'.
8. א' פוגע בב' שהוא עובד חיוני – בעל ידע ייחודי בהפעלת מתקן מרכזי – במפעלו של ג'. עקב העובדה שב' מושבת מעבודה מושבתת גם הפעלת המתקן לשבוע ימים. את עלות ההשבתה תובע א' מג'.
9. בשל זיהום חוף ים המשמש כאתר נופש מרכזי נסגרים בתי המלון, מסעדות ובתי עסקים באזור כולו. כל הנפגעים תובעים את א' שגרם לזיהום ברשלנותו.
10. המדינה מתרשלת בסלילת כביש עוקף שמטרתו להעביר את התנועה מהכביש הראשי שהיא משפצת בדרך חלופית אל תחנת הדלק של ב'. ב' תובע את הפסדיו מהמדינה.
11. משרד הבריאות מוציא בטעות הודעה לציבור שלפיה אין לצרוך את מוצריו של א' בגלל חשש להרעלה. משמסתברת הטעות מבקש א' לתבוע את הפסדיו מהמדינה.
12. המדינה מתרשלת בפיקוח על יבוא מזל"טים. תאונה במזל"ט גורמת לפגיעתו הקטלנית של ב'. בעקבות זאת מתבטלת תחרות מזל"טים שנוהג ג' לארגן מדי שנה. ג' תובע את הפסד רווחיו מהמדינה.
13. א', בעל אולם שמחות, משכיר את זכות השימוש בו לב' – המתחייב לשלם לו סכום קבוע מדי חודש. ב' משכיר את האולם – בהסכמתו של א' – לג', וזה מפעיל את אולם השמחות ועורך בו חתונות מדי יום ביומו. ג' משלם לב' אחוז קבוע מההכנסות. ד' גורם ברשלנותו לשרפה במקום. ב' נאלץ להמשיך לשלם מדי חודש תשלום קבוע לא' אף כי המקום מושבת מפעילות. ב' תובע את סך תשלומיו אלה מד'.
14. א', עו"ד, מחתים את ב', לווה, על הסכם הלוואה מג'. א' אינו מודיע לב' שבאפשרותה לדרוש דיור חלופי במצב שבו לא תעמוד בהתחייבותה כלפי ג'. את נזקיה תובעת ב' מא'.
15. ב' נשלח על ידי א', מעבידו, לעבוד בחו"ל. ב' נפגע בתאונת דרכים במקום מושבו החדש. ליורשיו של ב' אין ביטוח המכסה את נזקם. הם מבקשים לתבוע את א' על כך שלא יעץ לב' לערוך ביטוח מתאים טרם נסיעתו.
- ניתן היה להכביר בדוגמאות נוספות ללא כל קושי, אולם אין בכך צורך – המסקנה ברורה. המשותף לכל המקרים שלעיל הוא אירועו של נזק כלכלי טהור. בכולם מדובר בנזק שאינו נזק פיזי לגוף ולרכוש, והוא אינו פוגע בזכותו הקניינית של התובע ברכושו או בזכותו לשלמות גופנית.²⁸⁴ במקצת מן המקרים יש פוטנציאל תביעה אזרחית חלופית ובמקצתם לא. במקצת מהמקרים נגרם גם נזק נוסף שאינו מאופיין בנזק כלכלי טהור. במקצת מהמקרים הנזק הנוסף הזה הוא נזקו של התובע עצמו ובמקצתם לא.
- לגבי כל אחת מהדוגמאות הפעילו שיטות המשפט שמקורן ב-Common Law

²⁸⁴ הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1, s. 8 Illustration 19; עניין *Spring*, לעיל ה"ש 14. גם פגיעה באוטונומיה יכולה לעורר שאלה מורכבת בנוגע לסוג הנזק שהיא מייצרת.

מבחינים שונים והגיעו לתוצאות שונות, גם בתוך אותה שיטה עצמה וגם בין השיטות השונות. חלק מהן שינו את עמדתן ואת פתרונותיהן לאורך הדרך. המשפט הישראלי נמצא עדיין, כאמור, בחיפוש דרך. הפתרון שיאומץ בסופה של דרך זו יצטרך להתמודד באופן אמיתי, קוהרנטי, מובנה וכללי עם מכלול סוגיה ופניה של שאלת הנזק הכלכלי הטהור בעוולת הרשלנות. הבעיות העיקריות המקשות על מתן פתרון קוהרנטי לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור הן בעיית הגדרתו, בעיית מגוון האינטרסים המוגנים ומגוון הנסיבות העובדתיות המייצרות נזק כלכלי טהור, שבעקבותיו מגוון שיקולי המדיניות, שילובם אלו באלו ואיזונם הסופי מקשה על המשימה אף יותר.

2. הגדרה

על הקושי העקרוני למצוא הגדרה גורפת, מקיפה וממצה כבר עמדנו, חלקית, לעיל. עוד בירכנו על כך שבמרבית המקרים מוותרות הן שיטת הביניים והן השיטה השלילית (שרק בהן, כאמור, להגדרה יש נפקות) על הגדרה מדויקת של המושג "נזק כלכלי טהור" בין בכלל ובין תוך התמקדות בסוג אחד בלבד של נזק כזה, בעיקר, "הנזק הריקושיטי" שהוא קל יחסית להגדרה על אף מגוון נסיבותיו.²⁸⁵ אבל גם מקום שישנה הגדרה,²⁸⁶ אין היא יכולה לכלול את כלל האירועים, כלל האינטרסים המוגנים וכלל מרכיביה האחרים של התוצאה הנזיקית.²⁸⁷ הדוגמה של הטרקטור לעיל תוכיח: נזק לרווחיו של המפעל שהושבת הוא נזק כלכלי. נזק שבהפחתת ערך הטרקטור שנגרם בשל הפגם המקורי במנוע הוא נזק כלכלי טהור. נזק שנגרם לתשתיות המפעל הוא נזק פיזי. נזק שנגרם לטרקטור כולו, שעלה באש, כזכור, עקב הפגם במנוע – האם הוא נזק כלכלי או נזק פיזי? האם ה"טרקטור הוא רכוש אחר" מנקודת מבטו של יצרן המנוע?²⁸⁸

ועוד – נזק שבלידת ילד בריא הוא נזק כלכלי טהור? ורשלנות שתוצאתה היא פיטוריו של אדם בשל הצגתו כלא כשיר מייצרת נזק כלכלי טהור? ברור שלא תמונת הנזק עצמה היא שתקבע באיזה נזק מדובר. אותה תמונה יכולה לייצר פעם הגדרה של נזק כלכלי ופעם אחרת הגדרה של נזק פיזי. הכול מותנה בהגדרתו של האינטרס שנפגע. ועם זאת, גם תשובה זו, הבוחנת את האינטרס שנפגע אינה מדויקת דיה ואינה מספקת. פגיעה באוטונומיה של הפרט על ידי שלילת חופש

²⁸⁵ פרי ריקושיטים כלכליים, לעיל ה"ש 2.

²⁸⁶ אימוץ ההגדרה של ישראל גלעד ב-*Insurance*, לעיל ה"ש 2; הריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1.

²⁸⁷ השוו בין עניין *Spring*, לעיל ה"ש 14 לבין דוגמאות 12–13 המופיעות בריסטייטמנט, לעיל ה"ש

1.

²⁸⁸ השוו עניין *Murphy*, לעיל ה"ש 1; וכן הניתוח אצל Gennady A. Gorel, *The Economic Loss Doctrine: Arguing for the Intermediate Rule and Taming the Tort-Eating Monster*, 37 *Gilead Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss*; RUTGERS L.J. 517 (2006)

in Israel, לעיל ה"ש 2.

הבחירה שלו והאפשרות הפתוחה בפניו לבחור בין אלטרנטיבות שונות של התנהגות – כלכלית מסחרית או אישית – האם היא הופכת את הנזקים שיבואו בעקבותיה לנזקים שאינם כלכליים טהורים?²⁸⁹ ואם נזכור שדיני הנזיקין עצמם, במהותם, לא נועדו לייצר זכויות או אינטרסים אלא להקנות להם תרופה בלבד,²⁹⁰ ניווכח שהתשובה אינה קלה כלל. אמת, במרבית המקרים בעיית הגדרת הנזק הכלכלי אינה מעוררת קושי אמיתי. פרט למקרים שבהם נובעת האחריות הנטענת מפגם במוצר, והבעייתיות בנושא ה-

complex structure,²⁹¹ מעטים המקרים שבהם יש ספקות בעניין היותו של הנזק נזק כלכלי טהור. עם זאת, ההתלבטות של בתי המשפט במקרים הידועים של פגיעה באינטרסים כלכליים עקב לידת ילד בריא אך לא רצוי או פגיעה במוניטין עסקי של אדם,²⁹² ואפילו במקרי האוטונומיה המתפתחים והולכים מוכיחה שלא תמיד הקשיים במציאת הגדרה מתאימה הם אכן כה זניחים.

3. מגוון נסיבות אירועו של הנזק הכלכלי הטהור – קטגוריות מקרים?

מגוון זה איננו מאפשר מציאת מבחן אחד ואחיד לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור. לא הרי חוות דעת רשלנית שגרמה להשקעה כושלת כהרי חסימת כביש ברשלנות שגרמה לפגיעה ברווחיו של מי שבית המלון שלו ממוקם בסופה של אותה דרך. ולא הרי הסדקים בתקרת המבנה המט ליפול שתוקנו על ידי בעל הבית רגע לפני שהתקרה התמוטטה על ראש בני משפחתו כהרי רשלנות יצרן האקוואריום התעשייתי שיוצר בארצות-הברית ששכח להורות לרוכשי המוצר האנגלים לשנות את הוולטאג' האמריקני לוולטאג' האנגלי לצורך חימום "דיירי" האקוואריום כשבסופו של תהליך טוגנו למוות השרצים המסכנים והאקוואריום עצמו היה זקוק לתיקון ארוך שהשבית את עסקו של הרוכש האנגלי לכמה ימים.²⁹³

מסיבה זו, של היקף ומגוון הנסיבות, וגם כתוצאה טבעית של שיטת התקדים, נקטו מרבית שיטות הביניים דרך של חלוקת המקרים לקטגוריות שבכל אחת מהן הופעלו – בצדק – שיקולים אחרים. הבעיה, כפי שראינו, היא שהקטגוריות האמורות אינן יכולות לכסות באופן מקיף את מכלול הנסיבות האפשריות שבהן מתרחש נזק כלכלי טהור מחד, ומאידך גם ההבחנות וגם הדמיון בין המקרים העובדתיים אינם מאפשרים חלוקה אמיתית שנקודות החפיפה בה אינן עולות במספרן על נקודות השוני. וגם לו מצאנו חלוקה כזו, תמיד יהיו מקרים – שמספרם מתרבה והולך עקב שיקולי מדיניות שונים – שלא יכלו בסופו של דבר באף אחת מהקטגוריות, כאמור.

²⁸⁹ עניין מיסטר מאני ישראל בע"מ, לעיל ה"ש 119; עניין נחום, לעיל ה"ש 30.

²⁹⁰ Friedman "The Performance interest in Contract Damages", לעיל ה"ש 274.

²⁹¹ לעיל ה"ש 2, Gilead Tort Liability in Negligence for Pure Economic Loss in Israel.

²⁹² עניין McFarlane, לעיל ה"ש 14 שם נידון המקרה של הילד הבריא והלא רצוי.

²⁹³ עניין Muirhead, לעיל ה"ש 181.

המאפיין את הקטיגוריות המקובלות הוא המוטיב העובדתי. דהיינו המקרים שבהם נזק כלכלי טהור מחולקים לפי נסיבות אירועם. לא שיקולי תוצאה ולא שיקולי מדיניות מדריכים את הוגי הקטגוריות הללו. מדובר בסיפורים עובדתיים בלבד. בהנחה – שתסתר בהמשך – שיש צורך משפטי אמיתי בדה-מסיפיקציה, חלקית לפחות, של אירועי הנזק הכלכלי הטהור, ניתן כמובן להציע דרך חשיבה אחרת המוצעת להלן:

סיווג על פי קיומם או היעדרם של יחסים חוזיים לצד המאורע יוצר הנזק

כפי שראינו לעיל חלק גדול מהאירועים שבהם נזק כלכלי טהור הם אירועים שבהם היה קיים ברקע האירוע יחס חוזי כלשהו.²⁹⁴ סיווג שייקח בחשבון יחסי רקע כאלו יציע את הקטגוריות העובדתית הבאה:

- א. בין הצדדים לאירוע קיים חוזה – במקרה כזה יש בדרך כלל לתובע אלטרנטיבה לתביעתו הנזיקית.
- ב. אין יחס חוזי ישיר בין התובע לבין הנתבע, אולם תחולתו של החוזה מורחבת, והוא מתפרש על צדדים שלישיים במצב מקביל להסדר של חוזה לטובת צד ג'.
- ג. שרשרת חוזים = בין א' לב', ובין ב' לג'.
- ד. קיים חוזה ברקע. אחד הצדדים נמצא באירוע עקב קשר חוזי עם אחר.²⁹⁵
- ה. התובע יכול היה – לו נהג בשיקול דעת מסחרי נכון – לייצר לעצמו עילת תביעה חוזית לכיסוי נזקיו (לרבות ביטוח).
- ו. אין חוזה רלוונטי לאירוע.

אף שגם קטגוריות אלו אינן נקיייה מבעיות, בעיקר לאור העובדה ששאלת נפקותם של יחסים חוזיים היא רק אחת מהבעיות שסוגיית הנזק הכלכלי הטהור מתמודדת עמן, אין ספק שהיא משקפת נכונה את העובדה ששיקולים חוזיים ומעין חוזיים צריכים להילקח בחשבון באופן מובהק בכל אחת מהקטגוריות הללו, פרט כמובן לאחרונה ביניהן, שגם בה להיעדרו של יחס חוזי ניתן לייחס נפקות משפטית.

²⁹⁴ ראו לעיל ה"ש 38–41. השוו עוד אמרתו של הלורד Goff בעניין *Henderson*, לעיל ה"ש 41, הקובע שיש לנהוג בדני הנזיקין "As the general law, out of which the parties can, if they wish, contract." בעניין *Simms Jones Ltd. v. Protochem* לורד Tipping בעניין *Trading New Zealand Ltd. [1993] 3 NZLR 369, 381* בשפה ציורית כי: "If the parties have chosen a contractual bed they should ordinarily be expected to lie in it alone without the seductive company of tort". השוו לדיון המקיף, המלווה דוגמאות מהפסיקה של מדינת קליפורניה המדגימה את הבעייתיות של מפגש חוזים ונזיקין מההיבט הפרקטי; Arledge, *When Does a Contract Breach Also Give Rise to a Tort Claim? A Primer for Practitioners*, לעיל ה"ש 68.

²⁹⁵ בעיקר במקרים של נזק ריקושוטי, אך לא רק. לדוגמה, א', מאמן כדורגל, מזמין את ב', אורטופד, לטפל בג', כוכב הקבוצה, ולד', בעל הקבוצה, או יתר השחקנים או כל בעל עניין אחר, נגרם נזק כלכלי.

סיווג על פי קיומו או היעדרו של נזק פיזי מהרקע העובדתי

עצם ההגדרה "נזק כלכלי טהור" יוצאת מההנחה שאנו דנים בנזק מסוג זה במנותק מהנזק הפיזי ה"רגיל", אולם יש מקרים שבהם ישנה או צריכה להיות חשיבות לגרימתו או להיעדרו של נזק פיזי מזירת ההתרחשות עצמה או מ"סביבתה הסיבתית". קטגוריזציה המביאה בחשבון סוגיה זו תיראה כך:

- א. לתובע נגרם גם נזק פיזי וגם נזק כלכלי שאינו מבוסס ואינו נובע מהנזק הפיזי, וניתן לערוך הפרדה בין הנזקים הללו.²⁹⁶
- ב. הייתה צפויות לנזק פיזי ולנזק כלכלי ונגרם "רק" נזק כלכלי טהור.
- ג. הנזק הכלכלי בא למנוע נזק פיזי.
- ד. נגרם נזק פיזי ל-א' כנזק כלכלי ל-ב' (ושב' כולל גם בעלים וירטואלי/ציבורי).
- ה. לא נגרם נזק פיזי ולא היה צפוי נזק פיזי.

גם כאן לא ניוושע מכל הבעיות אולם אין ספק שדרך חלוקה זו תשפוך אור נוסף על שיקולי החובה. עצם העובדה שכל שיטות המשפט המטילות מגבלות על הפיזיו על נזק כלכלי טהור מפצות לפי מבחנים רחבים מאוד על נזקים פיזיים לגוף ולרכוש, יש לה, לכאורה, השפעה על הקשר בין האירוע העומד לדיון לבין קיומו או היעדרו של נזק כזה. ולכן אולי לא יהיה דין אחד למקרה שבו מטרת הוצאה המהווה את הנזק הכלכלי הייתה למנוע נזק פיזי לגוף או לרכוש (למשל הוצאות שהוצאו לחיזוקו של מבנה מט ליפול) ולמקרה שמראש לא היה צפוי בו כל נזק פיזי מסוג כלשהו (כמו במצבים של חיזוי דעה מקצועי רגיל). מכל מקום, זהו שיקול רלוונטי שיש לו השפעה על שיקולי המדיניות המקובלים.

4. חולשתם של מבחני החבות "הרגילים" – האומנם?

מקובל לומר כי צמצום מבחני החבות לנזק כלכלי טהור מקורם בעיקר בעובדה שהמבחנים הנקוטים על ידי בתי המשפט במקרים "רגילים" של נזק פיזי יומיומי הם רחבים מדי, והחלתם על מקרים שבהם הנזק הוא מסוג מיוחד – הנזק הכלכלי הטהור כמו גם הנזק הנפשי הטהור – תביא להרחבת יתר של האחריות, להרתעת יתר, להצפת בתי המשפט, לעומס על המערכת ועוד תוצאות שיש להימנע מהן על ידי אימוץ מבחני תחליף מצמצמים יותר.

ואולם בחינת המבחנים שנוקטת הפסיקה הישראלית בדרך כלל בעניין קיומה של חובת זהירות בעוולת הרשלנות מקרוב מלמדת שהם נותנים בידי בית המשפט כלים ראויים ומתאימים לא רק למקרים של נזק "פיזי רגיל", כמו זה שנגרם בעטיו של

²⁹⁶ כשהנזק הפיזי נובע מהנזק הכלכלי או מבוסס עליו אין מדובר בנזק כלכלי טהור. הכוונה כאן היא לנזק כלכלי טהור שנגרם למי שממילא יש לו עילת תביעה בגין הנזק הפיזי שנגרם לו, ולכן החשש מהצפה קטן יותר. על נזק פרזיטי ונזק תוצאתי ראו אצל פרי **ריקושטים כלכליים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9–14.

החילוץ בבקבוק הג'ינג'ר אייל הידוע,²⁹⁷ אלא גם למקרים שבהם על בית המשפט להתמודד עם סוגיית הנזק הכלכלי הטהור כמו גם עם יתר הנזקים ה"מיוחדים" האחרים.²⁹⁸

הטכניקה הנקוטה בבתי המשפט בארץ לקביעת קיומה של חובת זהירות, מקורה ברצף פסיקתי ישראלי שנוגד בעקבות התפתחויות שחלו במשפט האנגלי ותוך הפקת לקחים מהמתרחש שם.²⁹⁹ ניתן לסכם טכניקה זו כשילוב של כמה פסקי דין מובילים – שבראשם פסק הדין בעניין **עירית ירושלים**,³⁰⁰ כמובן, ופסק הדין בעניין **לוי**,³⁰¹ ולצדם פסק הדין בעניין **מרצלי**,³⁰² המכניס ממד חדש לדיון, ופסק הדין בעניין **מגדל**³⁰³ המנתח לעומק את המטרות והשיקולים שבבסיסם של דיני הנזיקין, אף כי למטרה שונה – שהרציונל שבכל אחד מהם תרם משהו לגיבוש המבחנים המקובלים, כללית, כיום. על אף ההבדלים המשמעותיים בין הגישות שאומצו בפסיקה זו, ועל אף הביקורת, המשכנעת יחסית, שהושמעה עליה, גם לאחרונה,³⁰⁴ סקירת הפרקטיקה המקובלת מראה כי בתי המשפט נוטים לערוב את מבחניו של הנשיא שמגר בעניין **לוי** (שכנות, שיקולי מדיניות שבדיני נזיקין – "נכון, צודק והוגן" ושיקולי מדיניות כלליים)³⁰⁵ עם מבחניו של הנשיא ברק בעניין **עירית ירושלים**³⁰⁶ (מבחני הצפיות בשתי רמות חובת הזהירות) ללא הבחנה אמיתית בגבולותיהם ובמגבלות התמהיל ביניהם. מבחני ה"פירמידה" של השופט חשין בעניין **מרצלי**,³⁰⁷ שיכלו לרכך את הבעייתיות של הצורך בהבחנות אלו, נקלטו פחות, אף כי בפועל הם מיושמים ממילא ובמובלע במרבית פסקי הדין.

על פי טכניקה זו, מקורה של חובת הזהירות בקיומה של צפיות טכנית לנזק ובהיעדר שיקולי מדיניות השוללים את הצורך לצפות את הנזק. על פרטיה של

²⁹⁷ Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562 (H.L.)

²⁹⁸ בעיית הנזק הנפשי הטהור פרובלמטית פחות בגלל העובדה שמדובר במצב עובדתי אחיד בכל המקרים – בהבדל מריבוי סוגי האירועים שגוררים נזק כלכלי טהור. ולכן לעניין הנזק הנפשי – אף שלעמדתו גם היא יכולה להיפתר במסגרת המבחנים המקובלים – הבעייתיות שבקיום מבחן מיוחד, שהופך את האחריות לנזק כזה לעוולה פרטיקולארית נקודתית גרידא, היא פחותה.

²⁹⁹ בעיקר בעניין *Anns*, לעיל ה"ש 6.

³⁰⁰ עניין **עירית ירושלים**, לעיל ה"ש 6; ראו גם ע"א 145/80 **ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**, פ"ד לז(1) 113 (1982); ע"פ 186/80 **יערי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(1) 769 (1980).

³⁰¹ עניין **לוי**, לעיל ה"ש 6.

³⁰² ע"א 2061/90 **מרצלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 802 (1993).

³⁰³ ע"א 10064/92 **"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, תק-על 05(3) 3932 (2005).

³⁰⁴ השופט א. לוי בעניין **שתיל**, לעיל ה"ש 87 על הצורך במבחן החובה המושגית ומקבל בכך את עמדתו של גלעד, עליה חזר לאחרונה במאמרו גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות", לעיל ה"ש 45 וראו שם ביקורות קודמות בה"ש 24 ו-26.

³⁰⁵ אלו המבחנים שאומצו בפסיקה האנגלית ובסיסם בעניין *Caparo Industries Plc*, לעיל ה"ש 6.

³⁰⁶ ראו עניין **גורדון**, לעיל ה"ש 6.

³⁰⁷ עניין **מרצלי**, לעיל ה"ש 302.

הטכניקה יש דעות מדעות שונות: האם מדובר במבחן בעל שני שלבים כפולים;³⁰⁸ או האם מדובר במדרג שיקולים הבנויים כפירמידה;³⁰⁹ או שמדובר במבחן משולש;³¹⁰ האם הצורך לצפות נגזר מקיומה של הצפיות הטכנית, והוא נשלל רק אם קיימים שיקולי מדיניות נוגדים³¹¹ או ששיקולי המדיניות פועלים כהשלמה שוות ערך לצפיות הטכנית;³¹² האם שיקולי המדיניות הם בעלי אופי נזיקי בלבד או שהם פתוחים גם – לפחות כהשלמה – לשיקולים כלליים יותר;³¹³

גם אם אין תשובה חד-משמעית לשאלות אלו בדבר הטכניקה ופרטיה, ברור שבפנינו מסגרת דיון המאפשרת מבחנים גמישים ויעילים יחסית שמטרתם היא לתת לבית המשפט שיקול דעת להחליט אם ברצונו להכפיף את הסיטואציה העובדתית שבפניו – סיטואציה שמשקפת התרשלות – לאחריות המשפטית הנזיקית.³¹⁴ בדרך כלל השימוש בטכניקה האמורה – לפחות במצבים עובדתיים מוכרים ולא בעייתיים במיוחד – מאפשר פתרון של מרבית המקרים, אף כי חלק מיישומם של המבחנים המקובלים – כמו ההבחנה בין החובה המושגית לחובה הקונקרטית – אינו קל. הן מכוח ההיגיון, הן על בסיס התפיסה התקדימית והן בגלל הגישה האינקרמנטלית הטבועה חלקית במשפט המקומי, מיישמים בתי המשפט באופן מתבקש וטבעי שיקולים דומים על מצבים עובדתיים דומים ונותנים טיפול דומה לבעיות דומות. הקושי מתחיל במצבים עובדתיים חדשים, המעוררים סוגיות משפטיות מורכבות של כלכלה, מוסר, תאוריה של דיני הנזיקין, תאוריה של משפט פרטי ושיקולים של תורת המשפט בכלל. כך במקרים של "חובת הצלה",³¹⁵ במקרים של אחריות למחדל טהור, במקרים של "טוב מותי מחייו" ועוד. עם זאת, אף אחד מאלה אינו קל יותר או קשה יותר מהמקרים של נזק כלכלי טהור, והכול תלוי בתוכן התשובות שבתי המשפט משיבים על השאלות שבמדיניות – האם נכון, צודק וסביר (Fair, Just and Reasonable) להכיר בקיומה של חובת זהירות. הבעייתיות שנוצרה לגבי הנזק הכלכלי הטהור והנזק הנפשי הטהור נולדה מסיבות שהן היסטוריות בעיקרן ומתוך רצון

308 עניין גורדון, לעיל ה"ש 6.

309 עניין מרצלי, לעיל ה"ש 302.

310 עניין לוי, לעיל ה"ש 6.

311 עניין גורדון, לעיל ה"ש 6. השוו לניסיון הרחבה בע"א 3124/90 סגן נ' אמטלם, פ"ד מט(1) 102 (1995) של דעת המיעוט של השופט דורנר שביקשה לקבוע שהצפיות מולידה, כשלעצמה חבות. גישה זו נדחתה על המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) ובצדק.

312 עניין מרצלי, לעיל ה"ש 302; עניין לוי, לעיל ה"ש 6.

313 ראו ההבחנה של הנשיא שמגר בעניין לוי, לעיל ה"ש 6. ראו ניתוח פסק הדין וביקורת עליו באסמכתאות שבה"ש 52 לעיל.

314 על ביקורת המבחנים המקובלים ועל הצעות לשיפורם ראו גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות", לעיל ה"ש 45, בעמ' 760–763. המחבר עומד הן על מורכבות מוסד החובה ועל הקושי לגזור ממנו מבחנים אופרטיביים, הן על ההבדלים בין מודלים שונים בפסיקה הישראלית לבחינת קיומה של חובת הזהירות והן על אפשרויות להתמודד עם עמימות המבחנים המוצעים בקודקס.

315 חובה הבאה לידי ביטוי במסגרת חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח–1998, ס"ח 245.

לתת מענה אחיד – "רשימת מכולת של שיקולים" – שיבטיחו אחידות בתוצאה ודמיון בנימוקים בכולם, בלי שעצם ההחלטה להוציא סוגי נזקים בעייתיים אלו מתחום תחולתם של המבחנים הרגילים נבדקה ואומתה. ומי שסבור שאין באלו האחרונים תשובה הולמת למצבים שבהם צמצום האחריות הוא רצוי, די אם יעיין בפסיקה שבה לא היססו בתי המשפט לשלול קיומה של חובת זהירות בלא שנזקקו לכלים שונים מאלו שהוכרזו לא אחת כ"רחבים מדי".³¹⁶

5. מבחן אחיד – כן, מבחן מיוחד – לא

חלוקת המקרים שבהם נגרם נזק כלכלי טהור לקטגוריות של מקרים עובדתיים נבעה מהתפיסה שלפיה לא ניתן להחיל על כלל מצבי הנזק הכלכלי כלל אחד אחיד, ולכן מן הראוי לקטלג את מכלול המקרים לקטגוריות עובדתיות שונות ולייצר כללים מיוחדים לכל אחת מהן בהתאמה.

החלוקה האמורה נתמכה – מן ההיבט המשפטי-מעשי – גם בכלל התקדים המחייב שכתוצאה ממנו הלכה שנפסקה בקטגוריית מקרים עובדתית אחת טובה, בשינויים מחויבים, לכל יתר הקטגוריות הנופלות בגדר הרציו המתאים של ההחלטה הראשונה. ובאופן הגיוני לחלוטין השיקולים שנשקלו בקטגוריית מקרים זו יהיו ישימים גם

³¹⁶ עניין **כנפונית**, לעיל ה"ש 199 – שבו נשלל קיומה של חובת זהירות במקרה של נזק פיזי רציני משיקולים של טובת הציבור; עניין **בריקמן**, לעיל ה"ש 170 – שם נשלל קיומה של חובת זהירות לנזק כלכלי בלי להיזקק למבחנים מיוחדים; עניין **פניגשטיין**, לעיל ה"ש 257 בו נשללה חובת הזהירות האישית של מנהל וגזבר בחברה. בעניין *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Co Ltd.* [1995] 3 All E.R. 307 (H.L.) נשללה חובת הזהירות היות והוסכם על ידי הצדדים שלצורך דיון בשאלה המקדמית של קיום עילה, הנזק ייחשב כנזק פיזי (אף כי הנקודה אינה נקייה מספק, כפי שעולה גם מפסק הדין של בית הלורדים עצמו). אף על פי כן נפסק שם שמשיקולי מדיניות כלליים שיישמו במסגרת המבחן של *fair, just and reasonable* יהיה זה נכון להכיר בקיומה של חובה, על אף קיומה של צפיות, בגלל ההשלכה שיכולה להיות להכרה בחובה כזו על המסחר הימי העולמי, בעיקר מבחינת העלויות והבטיחות של כלי השיט. בעניין *Childs*, לעיל ה"ש 177 שלל בית המשפט העליון בקנדה חובת זהירות במקרה של תאונת דרכים שגרמה נזק פיזי רציני לשני נוסעיו של הנהג. תביעה נגד בני זוג שאירחו את הנהג ושכביתם הוא צרך 12 בקבוקי בירה במהלך שעתים וחצי קודם לתחילת הנהיגה נדחתה על פי מבחני הרשלנות המקובלים. השוו עור *Edwards v. Law Society of Upper Canada* [2001] 3 S.C.R. 562 שגם בו נשלל קיומה של חובה מצד רשות ציבורית שתפקידה היה לפקח על עורכי הדין בקנדה. התובעים נפגעו מתרמיית ("עוקץ") וטענו שאילו נעשה פיקוח כנדרש הם לא היו משקיעים את הסכומים הגדולים שהשקיעו בעסקה הצפויה. פסיקה קנדית זו מתבססת על פסק הדין האנגלי בעניין *Anns*, לעיל ה"ש 6, שקבע מבחן כללי לכלל מקרי הרשלנות. אמנם באנגליה סר חינו של מבחן זה, אולם הוא עדיין מהווה בסיס לכל הפסיקה הקנדית החדשה; ראו גם עניין **ירושלמי**, לעיל ה"ש 161 המהווה דוגמה טובה לדיונים של המבחנים ה"רגילים". השופטת חיות, דחתה תביעה לפיצוי שעניינה נזק כלכלי הנובע ממחדל רשלני בחייו דעה, בהסתמכה על מקרים של חייו דעה רשלני שגרר נזק כלכלי ובעיקר, מהפסיקה האנגלית וכן מפסיקה שעסקה בנזק פיזי, למשל עניין **כנפונית**, לעיל ה"ש 199.

למקרים שיבואו שם לאחר מכן.

לכן כל עוד מדובר בכלי פרקטי, הגיוני, משפטי, משני, לא מחייב ולא גורף בתחולתו – אין פסול בחלוקה לקטגוריות מקרים שמטרתם ושימושם כנ"ל. כשמדובר בחיווי דעה רשלני היוצר חבות כלפי צד ג', או כשמדובר בזיהום חוף ים באזור תיירותי, או כשמדובר במוצר פגום שגרם נזק לעסקו של המשתמש בו, ברור שמדובר בקטגוריות שונות ובשיקולים שונים (או במסקנות שונות לשיקולים זהים). קטגוריזציה כזו מקובלת עלינו גם בהקשרים של נזק שאינו בעייתי במובהק – רשלנות רפואית ורשלנות בפיקוח על בנייה הם שני תחומים שאף כי שניהם נמדדים באותם מדדי חובה וצפיות, ברור שהשיקולים לגביהם כמו גם המסקנות משיקולים אלו שונים באופן ברור. מאידך, הקטגוריזציה אינה חזות הכול, ואין בה כדי להוות תחליף לחשיבה משפטית הגיונית ומסודרת בעלת בסיס ערכי נכון. זאת, בעיקר כשהכלים לחשיבה כזו מצויים תחת ידינו, ובניגוד לדעה המקובלת, יש בהם גם כדי לתמוך בכל תוצאה שינביעו שיקולי המדיניות שבית המשפט יבחר – בין שלהרחבה, כנראה כמו במקרי חיווי הדעה, ובין שלצמצום כמו כנראה במקרי הנזק הכלכלי הריקושי העצמאי (שאינו "מועבר"). לגישתי, כך נובע, בהחלט ניתן להחיל על כלל מקרי הנזק הכלכלי הטהור "כלל אחיד". וכלל זה הוא הכלל הרגיל החל גם ביתר המקרים שבהם נשקלת חובת הזהירות בעולת הרשלנות.

עם זאת, עצם כינויו של כלל זה "כלל אחיד" הוא מטעה ומוטעה. ה"אחידות" היחידה בכלל האחריות היא במסגרת. ומסגרת זו היא רחבה וכוללנית, והיא שואלת, כאמור, שאלות של צפיות ומדיניות. תוכן המסגרת – התמונה הממוסגרת – משתנה מקבוצת מקרים אחת לאחרת כפי שמחייב ההיגיון, שיטת התקדים, הגישה האינקרמנטאלית – שבלא שתאומץ רשמית מככבת בכל שיטות המשפט שמקורן בגישה האנגלו-אמריקנית – והשכל הישר. כך, השאלה אם הטלת החובה תגרור הצפת המערכת בתביעות תישאל במקרים של נזק כלכלי טהור בדיוק כשם שהיא נשאלת בסוגיות אחרות. והשאלה אם תהיה הרתעת יתר עקב הכרה בקיומה של חובה במקרה זה או אחר תהיה רלוונטית במקרים של נזק כלכלי כמו גם במקרים של נזק פיזי לגוף או לרכוש. במובן זה תהיה "אחידות" ויישור קו בין מבחני החובה בכלל מקרי הרשלנות למיניהם לבין כלל סוגי הנזקים האפשריים המזכים בפיצוי. מאידך, ובתוך אותו כלל אחיד מסגרותי, תהיינה שאלות מיוחדות שתישאלנה באשר למקרים של נזק כלכלי טהור, כמו שאלות בדבר היותו של הנזק כלכלי "חברתי" או נזק "פרטי בלבד", ושאלות שבקשר בין חוזים לנזיקין, שאלות שלא תישאלנה במקרים של נזק פיזי לגוף או לרכוש. לא מפני שהמבחן "שונה" ואינו "אחיד", אלא מפני שהקונסטלציה העובדתית מחייבת התמקדות בסוגיות אחרות.

באותה מידה תהיינה שאלות שתישאלנה במקרה של נזק כלכלי טהור בסיטואציה עובדתית אחת והן לא תהיינה רלוונטיות בסיטואציה עובדתית אחרת שגם בה נגרם נזק כלכלי טהור. כך, למשל ברור לחלוטין שהשאלה אם מי שגרם לנזק כלכלי במתן חוות דעת "קיבל על עצמו אחריות" תהיה רלוונטית רק בסוג מסוים של סיטואציות

עובדתיות, ואילו במקרים של גרימת נזק על ידי פגיעה בככל חשמלי המספק חשמל למפעלו של התובע שאלה זו לא תהיה רלוונטית כלל. והרי עסקינן בשני המקרים בנזק כלכלי טהור. עוד ברור לחלוטין – והפעם בכיוון ההפוך – שהשאלה אם עיריית חיפה חבה חובת זהירות לנזקי הצפות מים הגורמות נזק פיזי לרכוש והשאלה אם רופא קופת חולים צריך ליידיע את המטופלת ההרה המתכוננת לסקירת מערכות כי יש שתי שיטות לבדיקה מסוג זה כשהנזק הצפוי הוא נזק פיזי לגוף – על שתיהן ישיב גם כאן בית המשפט על פי אותו מבחן "אחיד" והוא המבחן שנקבע בעניין **עיריית ירושלים** ובאלו שבאו אחריו. העובדה שמדובר בנזק פיזי או בנזק כלכלי אינה מחייבת מעצם טיבה וטבעה התייחסות שונה. להפך, כפי שניתן לראות בפסיקה, במקרים רבים דווקא יש חפיפה בין השאלות שבתו המשפט שואלים במקרים של נזק פיזי לבין השאלות שנשאלו ונענו במקרים של נזק כלכלי טהור. מוכרת וידועה לעניין זה הדוגמה של החלת מבחני ³¹⁷Caparo, שעסק, כזכור, ברכישת מניות – שהוא מקרה טהור של נזק כלכלי טהור – על המקרה של ההתרשלות בדגימת ה-DNA של המטופלת הירדנית שבסופו של דבר ילדה ילד פגום גנטית.

מן האמור לעיל ניתן להסיק כי האחידות מתחילה ומסתיימת בכך שמדובר במבחן שבמהותו הוא תמיד אותו מבחן. השאלה הערכית שהוא משדר היא תמיד אותה שאלה, והיקף שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט הוא תמיד רחב במיוחד. אולם בכך מתחילה ומסתיימת האחידות. כל יתר השאלות שתישאלנה והנימוקים בעד ונגד שיועלו יהיו מיוחדים לסוג המקרים הספציפי העומד לדיון. ובכך הרי גדולתו של מבחן זה³¹⁸ וגדולתה של עוולת הרשלנות בכלל. ומבחינה זו שאלת הנזק הכלכלי הטהור אינה יוצאת דופן. המסגרת צריכה להיות אחידה. התוכן, השאלות המפורטות, מגוון השיקולים, נקודת המבט המיוחדת, כולם יהיו ממוקדים באופי המיוחד של המקרה, שאגב, לא תמיד יודגש לגביו דווקא סוג הנזק. ראינו כבר שכשמדובר ברשויות ציבוריות, סוג הנזק "נבלע" בשיקולים אחרים, חשובים יותר.

לכן: מבחן אחיד לכלל מקרי הנזק הכלכלי – כן. מבחן אחיד למקרי הנזק הכלכלי ולמקרי הנזק האחר – כן. מבחן מיוחד למקרים של נזק כלכלי טהור – לא. שיקולים מיוחדים – כן. שיקולים אחידים – לא.

³¹⁷ עניין *Caparo Industries Plc.*, לעיל ה"ש 6. השוו ע"א 1068/05 **עיריית ירושלים נ' מימוני**, תק-על 406(4) 4084 (2006) שבו עושה הנשיא ברק שימוש בעניין. בפסק הדין נידונה אחריותה של עיריית ירושלים (ואחרים) לנזק פיזי מובהק שנבע מנפילה מסוס תוך כדי רכיבה; עניין **חברת מרכז ברוך וצפורה בע"מ**, לעיל ה"ש 94 בו נידונה תביעת נזק כלכלי טהור.

³¹⁸ ויש אומרים הבעייתיות שבו – ראו גלעד, "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות", לעיל ה"ש 45.

המבחן הנכון לקביעת חובת הזהירות במקרים של נזק כלכלי טהור במסגרת עוולת הרשלנות

הואיל ואין כל סיבה משכנעת לבחון את האחריות לנזק כלכלי טהור בדרך אחרת מזו הנוהגת במקרים של נזק אחר ודיני הרשלנות הרגילים צריכים לחול גם עליו; והואיל ומאידך נימוקים שמשקלם אינו מבוטל מראים כי הטלת אחריות בלתי מבוקרת עלולה לגרום תוצאות בלתי רצויות; והואיל וברור ששיטת הקטגוריות אינה יכולה לספק פתרון מתאים לבעייתיות זו – יש למצוא את הפתרון הנכון במסגרת השיקולים המקובלים הנוהגים בעוולת הרשלנות תוך התאמתם לאופיו, למורכבותו ולמגוון פניו של הנזק הכלכלי.

כך, ברוח תפיסתו המוכרת של Wilburg בדבר הצורך ב-³¹⁹flexible system ויישומה "בקירוב" על הסוגיה שבה אנו עוסקים, ותוך הבנה שכלל האחריות לנזק כלכלי אינו שונה במהותו מכלל האחריות לכל נזק אחר וכולם כפופים למערכת מורכבת ובלתי אחידה, מגוונת ורבת פנים של שיקולי מדיניות³²⁰ שהם רחבים דיים – לטוב ולרע – על מנת לכלול את כל השיקולים והאיזונים הצריכים לעניין הנזק הכלכלי הטהור, יש לקבוע שהאחריות לנזק כלכלי כזה תהיה כפופה לאותם מבחני אחריות כמו האחריות לנזק פיזי לגוף ולרכוש. אין צורך בכללים מיוחדים. לא כלל שלילה ולא כלל חיוב. לא החרגה ולא רשימת יוצאים מהכלל.

האחריות לנזק כלכלי טהור תהיה מותנית מעיקרה – שוב, כבמקרים אחרים – בקיומה של צפיות לנזק. בהתקיימה של זו,³²¹ יפעיל בית המשפט את מערך שיקולי המדיניות המקובלים, ולאחריה, לצדה ובמשולב אתה יפעיל שיקולים מיוחדים התואמים למקרי הנזק הכלכלי הטהור ומסייעים לאיזון האינטרסים הנובע מהבעייתיות שבהם.

שיקולי מדיניות מקובלים בדיני נזיקין בכלל ובעוולת הרשלנות בפרט הם, בין

319 DEVELOPMENTS in AUSTRIAN AND ISRAELI PRIVATE LAW (Herbert Hausmainger, Helmut Koziol, Alfredo M. Rabello & Israel Gilead eds., 1999); Alexander K. Bernhard, Wilburg's Flexible System in a Nutshell, in *European Tort Law 2001* 545 (Tort and Insurance Law Yearbook 2002, Helmut Koziol & Barbara C. Steininger eds, 2002); השווה לניתוח הפרקטי של "Mystery" of Negligence and *Economic Loss: When is a duty of care Owed?*, 19 AUSTRALIAN BAR REVIEW 167 (2000). Izhak England, The "Perry, Relational Economic Loss", לעיל ה"ש 22, בעמ' 713–712; Helmut Koziol, *Compensation for Pure Economic Loss from a Continental Lawyer's Perspective*, in *Pure Economic Loss* 141, 152–161, (Williem H. van Boom., Helmut Koziol, Christian A. Witting eds., 2004). Willem H. Van Book, Helut Koziol & Christian Witting, *Outlook in Pure Economic Loss* 191 (Williem H. van Boom., Helmut Koziol, Christian A. Witting eds., 2004). ראו פרי ריקושים כלכליים, לעיל ה"ש 2 בעמ' 459–456.

321 הכוונה כאן לצפיות "טכנית" וצפיות במבן הרחב והמקובל – ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 6.

השאר: 322

הרתעה, הרתעת יתר, הצפת בתי המשפט, עלויות מערכת, חינוך, הפנמת סיכונים, זהותו של השוקל הטוב ביותר, זהותו של מונע הנזק הטוב ביותר, סוגיות של כיס עמוק ופיזור סיכונים, שאלות של ביטוח, שאלות מוסריות וחברתיות כלליות – צדק מתקן, צדק מחלק, שוויון, העצמת אוכלוסיות חלשות, פגיעה באיזונים הנוצרים על ידי הסדרים משפטיים אחרים או על ידי ענפי משפט אחרים ועוד שיקולים שאינם מיוחדים דווקא למקרים של נזק כלכלי טהור. התאמתם של שיקולים אלו למקרים של נזק כלכלי טהור הוסברה לעיל.

שיקולים מיוחדים למקרים שבהם נזק כלכלי טהור

א. שיקולים מיוחדים לעניין קיומה של חובת זהירות:

1. **קיומו או אי-קיומו של נזק חברתי כולל וחשיבותו של גורם זה מההיבט הכללי של האחריות.** בהקשר זה יש לבחון לא רק את הנזק הכלכלי, אלא גם את הרווח שהופק עקב האירוע. לשיקול זה שני פנים. מחד, שיקולים כלכליים יכתיבו שלילת אחריות במקרה של היעדר נזק חברתי (מקרי הגשר), ומאידך שיקולים חלוקתיים לא יסכנו לשלילת אחריות מסיבות אלו בלבד.
2. **יכולתו של התובע לדאוג להגנת האינטרס הכלכלי שלו באמצעים אחרים – חוזה ביטוח/אחר ויעילותם הכלכלית/חברתית של אמצעים אלו.** גם כאן יש שיקולים ערכיים בעד ונגד. לא בהכרח ניתן לומר שעצם היכולת לערוך ביטוח תשלול אחריות – זה אינו תמיד מצב רצוי כלכלית או הוגן מוסרית.
3. **פגיעה או שינוי איזונים שנקבעו במערכת דינים אחרת.** קיומו או אי-קיומו של אלמנט חוזי במערכת העובדתית יוצרת הנזק והשלכת קיומה של אחריות נזיקית על כללי חלוקת הסיכון בדיני קניין ובדיני חוזים, לרבות חוזה לטובת צד ג'. בהקשר זה יביא בית המשפט בחשבון סוגיות של תקופות התיישנות שונות, סעיפי פטור, שיקולים מהותיים של דיני חוזים, היחס בין ההגנה החוזית להגנה הנזיקית בראייה כוללת של המשפט הפרטי, דיני התרופות ואופן חישוב הפיצוי.
4. **מידת הקרבה/שכנות בין הצדדים.**
5. **זהותם של הצדדים – גוף ציבורי/מדינה/אדם פרטי/תאגיד.**
6. **היסק בדבר קבלת אחריות (אובייקטיבית) מצד המזיק.**
7. **קיומו או היעדרו של נזק פיזי, לתובע, לאדם אחר שהתובע קשור עמו בקשר חוזי או לציבור.**
8. **סביבה עסקית/פרטית.**

³²² גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור", לעיל ה"ש 52; פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל, לעיל ה"ש 52.

- ב. שיקולים המערבים שאלות של חובת זהירות (האם רצוי להטיל אחריות) עם שאלות של התרשלנות (האם ההתנהגות המזיקה רצויה):³²³
9. הסתמכות מוצדקת וסבירה מצד הניזוק.
 10. האם המזיק הפיק רווחים מהפעולה יוצרת הסיכון.
 11. קיומו של אינטרס ציבורי בפעילות יוצרת הסיכון.
 12. עצמת האינטרס שנפגע ומקרים של אינטרסים מעורבים.
 13. היקף הנזק הצפוי – מספר הנפגעים, גודל הפגיעה ומשכה.
 14. תמריצי מניעה נוספים לפוגע/נפגע.

מאליו מובן שרשימת שיקולים זו אינה ממצה. ווודאי שהשיקולים המנויים בה אינם ייחודיים ברובם למקרים של נזק כלכלי טהור. עם זאת, רשימה זו מהווה דוגמה מצוינת לדיות של המבחן המקובל "האחיד" שיש בו כדי להכיל את כלל השאלות/שיקולים הללו מחד, ומאידך לייצר שיקולים נוספים שיהיו רלוונטיים לכל אחד מסוגי המקרים החדשים שיגיעו לבית המשפט.

עיון שטחי בלבד בשיקולים אלו מייצר חיזוק נוסף לטענה שאין צורך בכללים מיוחדים לסוגיית הנזק הכלכלי הטהור. השיקולים שמנינו לעיל מצויים כבר בתוך שיקולי ה"נכון, צודק וסביר" – שאומצו גם בשיטות משפט אחרות כפתרון כוללני לסוגיה זו. הם מהווים "תוכן עניינים" יעיל לשאלה מה יהיו שיקוליו של בית המשפט בבואו ליישם את המבחן המשולש של ה"נכון, צודק וסביר". כמו באנגליה, כך גם בארץ, תימצא השיטה המשפטית ויימצא ההיגיון המובנה נשכרים מביטול החשיבה הקטגוריאלית והחזרה למקורותיה הנכונים של עולת הרשלנות כפי שהתגבשה קודם חלוקתה לכיסי אחריות בלתי מובנים וסוגי נזק שהבחנות ביניהם ובין השיקולים החלים על כל אחד מהם בלתי מוצדקים מעיקרם לפחות מבחינת הניתוח המשפטי וההיגיון הצרוך.

ג. הקבצת השיקולים שלעיל למבחני חבות

הדוגמה שהציג בפנינו המשפט האנגלי מלמדת כי בלא שהשיקולים המיוחדים יבשילו לכלל מבחנים כלליים ושימושיים לא תושג המטרה השואפת לאזן נכון בין מגוון האפשרויות והמסקנות, ותחיימת גבולותיה של האחריות לנזק כלכלי באופן היעיל והנכון ביותר לא תצלח. כך מבהיר לנו הדיון בעניין בנק *Barclays* כי שלושת המבחנים שבהם נעזר בית הלורדים כוללים בתוכם את כל השיקולים הרלוונטיים למקרים של נזק כלכלי, ומהם בוחר בית המשפט את הרלוונטיים למקרה שלפניו, וכך הוא מצליח לא להיזקק לקטגוריזציה מחד, ולא להיסחף לאחריות רחבה מדי מאידך.

ניסיון לנסח מבחנים שיטילו חבות ואשר יתאימו למבחני הבסיס הנהוגים בשיטת המשפט הישראלי וישקפו נכונה את שיקולי המדיניות המיוחדים שיש להם השלכה על

³²³ על אף הצורך להפריד בין שיקולי חובה לשיקולי התרשלנות, לעתים הם כרוכים אלו באלו גם כשההבדל ביניהם ידוע. לעניין ביקורת על חוסר ההבחנה בפסיקה בין שיקולי חובה לשיקולי התרשלנות ראו: פורת "דיני הנזיקין" **ספר השנה של המשפט בישראל**, לעיל ה"ש 52. כיום בתי המשפט ערים יותר להבדל זה אף כי, כאמור, במקרים רבים ההבחנה לגבי חלק מהשיקולים כמעט בלתי אפשרית.

קיום החבות במקרה של נזק כלכלי ושילובם יחד, יולידו, בסופו של דבר, את רשימת המבחנים הבאה:

א. צפיות/שכנות/מערכת יחסים:

1. יחסים מיוחדים: שכנות או קרבה מיוחדת בין הצדדים לאירוע (לא בהכרח בין התובע לנתבע).
2. צפיות מיוחדת. האם נסיבות פגיעתו של התובע היו מיוחדות או שונות מאלו של נפגעים אחרים. האם היה צפוי נזק פיזי שנמנע על ידי הנזק הכלכלי.
3. הסתמכות סבירה מצד התובע
4. נטילת אחריות על ידי הנתבע³²⁴

ב. האם נכון צודק וסביר להכיר בקיומה של חובה:

- כאן יאוזנו היבטי הבעד והנגד של חלק גדול מהשיקולים המיוחדים שמניתי לעיל, בייחוד מההיבט של "שיקולי מדיניות ציבורית"³²⁵, וכאן גם יבואו לידי ביטוי ההבדלים בין קבוצות המקרים השונות שבהן נוצר נזק כלכלי.
- ג. יחס והתאמה לפסיקה קודמת:

לצד מחויבותה של השיטה להייררכיה התקדימית ישמש מבחן זה כלי משפטי לפיתוח חשיבה מובנית ומסודרת ויבסס את תפקידו הדומיננטי של בית המשפט ביצירת חובות חדשות בעולת הרשלנות.

ברשימת המבחנים המוצעת ייעשה שימוש – בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה – במשולב ובנפרד. כל מבחן כזה מכיל בחובו, כאמור, מגוון שיקולי מדיניות שבסופו של דבר יסייעו לבית המשפט לגבש תשובה לשאלה אם הדין הנזיקי יספק הגנה לאינטרס לגיטימי של תובע שפגיעה בו הולידה נזק כלכלי, ויטיל אחריות על יוצר סיכון מסוים (על רקע קבוצת יוצרי הסיכון שאליה הוא משתייך), כלפי מי שנפגע מהתממשות הסיכון (על רקע קבוצת הנפגעים שאליה משתייך הנפגע), במסגרת פעילות מסוימת (מסוג מסוים) ולגבי נזק מסוים (מסוג מסוים).

ברור שתרגום מגוון שיקולי המדיניות שהובאו לעיל למבחנים משפטיים בהירים בעלי פוטנציאל התמודדות עם מכלול המצבים העובדתיים המייצגים את מקרי הנזק הכלכלי הטהור, אינו ממצה ואינו פשוט להחלה. זאת, בעיקר הואיל ולא תמיד קל להכריע היכן מסתיים מבחן ה"שכנות" וה"רעות" (proximity) בין הצדדים והיכן מתחילים שיקולי המדיניות הציבורית המבטאים את ה"נכון, צודק והוגן" (fair just and reasonable). לא תמיד ברור מה היחס הנכון בין הסתמכות סבירה לבין נטילת אחריות, שלשניהם גם משמעות אובייקטיבית משפטית, ולא תמיד ברור מהו האיזון – הנכון לנסיבותיו של מקרה נתון – בין המבחנים העוסקים במערכת היחסים בין התובע

³²⁴ יש לזכור שמבחן זה הוא בעל תוכן עובדתי-סובייקטיבי ולצדו גם תוכן אובייקטיבי המהווה מסקנה שבית המשפט מסיק מנסיבות המקרה.

³²⁵ עניין לוי, לעיל ה"ש 6, פסק דינו של הנשיא שמגר.

לנתבע לבין המבחנים הבודקים את האינטרס הציבורי ומידת השפעתו על שיקולי הטלת אחריות במקרה נתון. כזכור, חלק מהשיקולים הללו וכן אף חלק מהמבחנים המוצעים המבוססים עליהם, משקפים נסיבות שיש בהן כדי להשליך גם על ההחלטה בדבר ההתרשלות עצמה.

על אף כל ההסתייגויות הללו נראה כי רשימת המבחנים המוצעים עמומה פחות מחד ורחבה דיה מאידך בהשוואה למבחנים הנוהגים כיום בפרקטיקה המקומית. אימוצם של מבחנים אלה – תוך יישום שיקולי המדיניות הרלוונטיים, הן אלו המיוחדים לנושא הנזק הכלכלי הטהור והן אלו הכלליים יותר – יוכל לסייע ביצירת גבולות סבירים שבתחומם תוכר האחריות לנזק כלכלי טהור, ללא תנאים מוקדמים וללא "לאווים" ראשוניים, בכל אחת מהקטגוריות המוכרות והבלתי מוכרות של נסיבות אירועו של נזק מיוחד זה.

ט. יישום, הדגמה וסיכום

לשם הדגמת יישומם של המבחנים המוצעים ניתן לבחון את נסיבותיו של פסק הדין בעניין שתיל³²⁶ בשינויי עובדות שיקל את הדיון בו: אותו המקרה עסק, כזכור, במי השקיית שדות גידול פרחי ציפורן שסופקו על ידי רשות המים "מקורות". מדינת ישראל נתבעה כמי שהייתה אחראית על אספקת המים. סיווג הנזק במקרה זה אינו נקי מספקות. יש מי שיטען כי מדובר בנזק פיזי.³²⁷ ניתן בהחלט לטעון שהיה כאן גם נזק כלכלי טהור, הואיל וניתן לדמות את מצבו של אורי שתיל – ששדות הגידול שהיו בבעלותו הניבו פרחים בכמות קטנה בהרבה מזו שיכלה לגדול שם אילו המים היו באיכות טובה יותר – למצבו של בעל בית חרושת שכמות החשמל המסופק לו צומצמה, ולפיכך צומצמה כמות המוצרים שייצר במשך תקופת הצמצום. הקרקע עצמה לא נפגעה באופן קבוע וערכה – בהנחה שהפגם בהשקיה יתוקן – לא נפגם.

מכל מקום, על מנת לעקוף את הוויכוח האפשרי בשאלת סוג הנזק בעניין שתיל, הבה נשנה מעט את העובדות הנתונות ונניח לרגע, לצורך הדיון ההיפותטי, שאורי שתיל, התובע, א' לענייננו, אינו בעל הקרקע. נניח שהוא התקשר בחוזה עם בעל הקרקע האמורה, הוא ב', רכש בה את זכות השימוש (ללא חזקה) לתקופת מה, ותמורתה הוא אמור לשלם לבעליה סכום קבוע מדי חודש בחודשו ללא קשר לכמות או לאיכות פרחי הציפורן הגדלים עליה.

עוד נניח שאורי שתיל יעביר בחוזה את הזכות לגדל ציפורנים על הקרקע האמורה לג', שיקבל גם את החזקה בה, והוא יתחייב לשלם לשתיל אחוז מסוים מרווחי מדי

³²⁶ עניין שתיל, לעיל ה"ש 87.

³²⁷ ריסטייטמנט, לעיל ה"ש 1.

חודש בחודשו. בסופו של תהליך, ובגלל צחיחותה ומליחותה של הקרקע, גידוליו של מגדל הציפורנים, ג', יהיו בהיקף קטן ולכן גם התשלומים שישלם לשתיל יהיו נמוכים, מחד, אולם מאידך שתיל עצמו יצטרך לשלם כל חודש את הסכום הקבוע שהסכים לשלם לבעל הקרקע, א', ובכך ייגרם לו נזק כלכלי. זהו נזק ריקושטי שאינו רק "נזק מועבר".

בעניין שתיל ה"אמיתי" הכיר בית המשפט בקיומה של חובת זהירות ולא עמד כלל על שאלת סוג הנזק שממילא נפקותה, כנראה, הייתה שולית הואיל ואחת הנתבעות הייתה המדינה.

לעמדתי גם במקרה ההיפותטי שלנו כאן, שבו הנזק שנגרם לשתיל הוא כלכלי גרידא, זכאי אורי שתיל לפיצוי מהמדינה.

על פי המבחנים שהוצעו לעיל, אין מנוס מקביעה שלפיה בין המדינה ומקורות לבין שתיל היו יחסים קרובים. הנזק שנגרם לו היה צפוי וכן גם הייתה צפיות לגבי היקף האירוע ומשכו. היחס בין האינטרס הפרטי הפגוע והשיקולים ה"ציבוריים" גם הוא מייצר, לדעתי, מסקנה חיובית.

אולם זהו המקרה הקל. שהרי בתי המשפט בארץ נוטים להכיר, כדבר שבשגרה, באחריות לנזק כלכלי כשמדובר במזיק ציבורי, כפי שמדגים לנו היטב עניין פז³²⁸ שבו פתחנו.

ומה היה דינו של בנק *Barclays* לשיטתנו?

גם כאן נראה לי שהתוצאה כמעט ברורה מאליה. יחסים קרובים, מיוחדים, המולידים צפיות קרובה לוודאי, כשהיקף הנזק הצפוי ברור ומסוים – יש כאן. כך שגם אם נטילת אחריות (אובייקטיבית) תהיה שנויה במחלוקת, וגם אם ההסתמכות תישלל, כפי שנשללה על ידי בית הלורדים, נראה שהמבחן האינקרמנטאלי ושיקולי "נכון, הגון וצודק" יחייבו הכרה בקיומה של חובת זהירות. הנטייה הבולטת בפסיקה המקומית, המחמירה עם הבנקים, מחזקת את המסקנה שכך יהיה. ונכון שכך יהיה.

בעניין **ירושלמי**³²⁹ נתמכת מסקנתה של השופטת חיות – שלפיה נדחתה אחריות יצרנית האופנוע – במבחנים המוצעים לעיל שבחלקם אמנם נעשה שימוש בפסק הדין. נסיבות המקרה לא שיקפו נטילת אחריות, הסתמכות או יחסים מיוחדים במובן המשפטי, ואילו שיקולי המדיניות הציבוריים לא חייבו – גם הם מצדם – הכרה בחובת זהירות בנסיבות מיוחדות אלה.

אשר ל-*Star Cases* למיניהם: בין שזהו המקרה של כוכב הכדורסל שנפצע ונבצר ממנו לשחק עוד עם קבוצתו באותה עונה וחברי קבוצתו מפסידים את "עסקת חייהם", ובין שזהו המקרה של העובד המרכזי שאין לו תחליף ואשר בגללו סובל מעבידו – ואולי גם יתר חבריו לעבודה שהפסידו בונוסים שמנים וסבלו נזק כלכלי של עצירת פעילות והפסד רווחים – נראה שהכיוון שיכתיבו המבחנים המוצעים יהיה כיוון שלילי

328 עניין פז חברת נפט בע"מ, לעיל ה"ש 3.

329 עניין ירושלמי, לעיל ה"ש 161.

במובהק כפי שנעשה במרבית שיטות המשפט הנוהגות על פי מבחנים דומים. ולא נותר לנו אלא לצפות שכשיגיע מקרה כמו "שתיקת הדגים"³³⁰ או אף מסובך ממנו אל ספו של בית המשפט העליון, ותוצג שם סיטואציה מורכבת של סוגים שונים של נזק כלכלי שעל בית המשפט העליון יהיה להתמודד עמה, הוא יעשה כן תוך ראייה כוללת של סוגיה מורכבת זו, תוך מודעות לחשיבותה, תוך בניית תזה רחבה המביאה בחשבון את מכלול רכיבי הבעייתיות שיוצר הנזק הכלכלי הטהור ותוך העמדת קריטריונים ברורים ואחידים לפתרונה.

³³⁰ אורי בינדר "שתיקת הדגים" מעריב 28.1.05.