

אריאל פורת / נזיקין

כרך א



אריאל פורת

# נזיקין

כרך א

**נבו**

המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר  
הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים



ARIEL PORAT

TORTS  
Volume I

הפקה: טלי פלד  
עריכה לשונית: יהודית ידלין

מסח"ב 978-965-442-111-9 ISBN



זכויות היוצרים שמורות למחבר  
התשע"ג-2013

נבו הוצאה לאור בע"מ  
ת"ד 108 שריגים-ליאון 99835  
טל' 02-9992099 ; פקס' 02-9992088  
nevo@nevo.co.il

לתמונע



## תוכן עניינים

17.....הקדמה ותודות.....

### חלק ראשון: הבסיס העיוני של דיני הנזיקין

23.....מבוא.....

25.....פרק 1: הרתעה אופטימלית.....

1. הרתעה אופטימלית לעומת הרתעה מקסימלית..... 25
2. נקודת האופטימום שאליה יש לחתור..... 26
3. חתירה לנקודת האופטימום בהסדרה חקיקתית..... 27
4. הרתעת שוק..... 28
5. הרתעה, מידע וביטוח..... 29
6. יותר מגורם נזק אחד והתאורמה של קואס..... 31
7. מזיק וניזוק שיש יחסים חוזיים ביניהם..... 33
8. רשלנות לעומת אחריות מוגברת ומונע הנזק הזול..... 34
9. רמת פעילות..... 36
10. בעיות נוספות של מידע וחסרונותיו של מבחן מונע הנזק הזול..... 39
11. מבחן השוקל הטוב..... 41
12. אמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים..... 43
13. פיצויים לעומת ציווי..... 45
14. מהלכה למעשה: האם דיני הנזיקין מרתיעים?..... 49
15. הערה על פיזור נזק ועלויות מנהליות..... 51

55.....פרק 2: צדק מתקן.....

1. כללי..... 55
2. ארנסט וינריב: קורלטיביות ואישיות..... 59
- א. קורלטיביות..... 59
- ב. אישיות..... 60
- ג. תפיסת הרשלנות של וינריב והביקורת עליה..... 61
3. ג'ורג' פלטשר: סיכונים לא הדדיים..... 63
- א. סיכונים לא הדדיים מהם?..... 63

## נזיקין

- ב. הפרדת החבות מן הזכאות: הצדקות לעומת פטורים..... 65
- ג. ביקורות..... 66
- פרק 3: צדק חלוקתי..... 69
1. מקומם של שיקולי צדק חלוקתי בדיני נזיקין..... 69
2. רשלנות לעומת אחריות מוגברת..... 73
- א. הסטנדרט האובייקטיבי..... 73
- ב. העדר היחס בין האשם לבין היקף האחריות..... 75
- ג. פטור מאחריות למזיקים חסרי אשם שזכו בטובות הנאה..... 77
3. קביעת סטנדרט הזהירות..... 78
- א. עשיר מול עני..... 78
- ב. גברים מול נשים..... 79
4. פיצויים והערכת הנזק..... 80
- א. הפסד השתכרות..... 81
- ב. ניזוקים משניים..... 83
- ג. פיצויים בגין רכישת שירותי ליווי..... 84
- סיכום: הרתעה, צדק מתקן וצדק חלוקתי בישראל..... 85

## חלק שני: רשלנות

- מבוא..... 89
- פרק 1: התרשלנות..... 91
1. דרכים שונות לבחינת סבירות התנהגותו של המזיק..... 91
2. נוסחת הרשלנות הכלכלית: נוסחת לרנד הנד..... 94
3. עלויות מניעה של צדדים שלישיים ושל הניזוק והסיכון לעיוות תמריצים..... 98
4. סיכנון העצמי של המזיק..... 101
- א. חשיבותו של הסיכון העצמי..... 101
- ב. סיכון עצמי הניתן להפחתה בנקיטת אמצעי זהירות עצמאיים..... 104
- ג. עמדת הפסיקה..... 104
- ד. היקף תחולה..... 106
- ה. צדק מתקן..... 108
- ו. ביקורת: פטרנליזם ואנטי-ליברליזם..... 109



תוכן עניינים

111	5. התנהגויות היוצרות סיכון ודאי לנזק
111	א. התנהגויות רשלניות
114	ב. התנהגויות סבירות: משפט נוהג וצדק חלוקתי
118	ג. התנהגויות סבירות: יעילות
122	6. חוסר תשומת לב רגעי
122	א. הדילמה
124	ב. יעילות
127	ג. הגנה אפשרית
128	7. התחשבות בתכונותיו וביכולותיו של המזיק
128	א. סטנדרט אובייקטיבי מול סובייקטיבי
130	ב. מקרים מיוחדים
134	ג. יכולות סובייקטיביות של הניזוק
135	8. השפעתו של המנהג על הגדרת סטנדרט הזהירות
135	א. המנהג כהגנה למזיק
137	ב. הפרת מנהג כעילת תביעה
139	ג. פרקטיקה רפואית נוהגת
145	9. הרתעת חסר והרתעת יתר
145	א. העדר טעויות
146	ב. טעויות של המזיק או של בית המשפט
149	פרק 2: חובת זהירות
149	1. חובת זהירות: צפיות טכנית ו"גולגולת דקה"
154	2. חובת זהירות: צפיות נורמטיבית
155	א. השפעה שלילית על הפעילות
158	ב. שיקולים מנהליים
159	ג. הניזוק הוא שוקל טוב יותר או מפזר נזק טוב יותר
160	ד. "דחייה על הסף"
163	פרק 3: רשלנות ואינטרסים
164	1. אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק
165	2. אינטרסים שונים של הניזוק
171	3. אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי
176	4. אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי
181	5. אינטרסים שונים של המזיק
183	6. סיכום

נויקין

185	פרק 4 : אחריות בגין מחדל טהור וחובת הצלה
186	1. הצדקות אפשריות לאי־הכרה בחובת הצלה
186	א. הגבלת חופש פעולה
187	ב. גורם ראשוני לעומת גורם משני
187	ג. קווי גבול
189	ד. מתן הזדמנות להתנהגות מוסרית
189	ה. בעיות יישום
190	ו. הרתעת מצילים בכוח מלהיכנס למצב שבו הם נדרשים להציל
191	ז. מוגבלות השפעתה של חובת הצלה על תמריצי התנהגות
191	2. המשפט הנוהג ועידוד עקיף להצלה
191	א. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח–1998 וחקיקים נוספים
193	ב. עידוד הצלה ותגמולה
195	3. חריגים לכלל של העדר חובת הצלה
201	פרק 5 : רשויות ציבוריות
201	1. מסגרת הדין
204	2. מגמות כלליות בפסיקה
207	3. שיקולי מדיניות מול סמכויות ביצוע
212	4. עניין לוי ומבחן "שיקול הדעת הרחב"
217	5. פסק דין שתיל – ביטול הלכת לוי?
220	6. משפט חוקתי ומנהלי לעומת דיני הנויקין
223	פרק 6 : אחריות בגין נזק כלכלי טהור
224	1. שיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות
224	א. הרחבת חוג התובעים
227	ב. הניזוק מונע נזק זול יותר או שוקל טוב יותר
228	ג. נזק כלכלי כהעברה
230	2. חיווי דעה ומצגי שווא
231	א. שיקולי מדיניות
232	ב. עילות תביעה חלופיות
233	ג. תנאים להטלת אחריות
240	ד. פיצוי בגין חווי דעה רשלני
241	3. אחריות מקצועית : בנקים
241	א. שיקולי מדיניות

תוכן עניינים

244	ב. חיווי דעה וייעוץ: בנק-לקוח
245	ג. חיווי דעה וייעוץ: צדדים שלישיים
247	ד. מעשי מרמה וזיופים: בנק-לקוח
249	ה. מעשי מרמה וזיופים: צדדים שלישיים
251	4. הפרה רשלנית של חוזה הגורמת נזק לצדדים שלישיים
251	א. הפרה רשלנית של חוזה הגורמת הפרת חוזה אחר
255	ב. הפרה רשלנית של חוזה הפוגעת בציפייה לגיטימית של אחר
259	פרק 7: אחריות בגין נזק לא ממוני טהור
260	1. שיקולי מדיניות בעד צמצום האחריות
260	א. הרחבת חוג התובעים
261	ב. קשיי הוכחה
261	ג. שיקול הביטוח
264	ד. ברירה שלילית (adverse selection)
265	2. הניזוק המשני
268	3. פגיעה באוטונומיה
268	א. בתחום הרפואי
271	ב. מחוץ לתחום הרפואי
273	ג. הערכה
275	פרק 8: העברת נטל השכנוע וחזקת הרשלנות
276	1. הדבר מעיד על עצמו
276	א. התרשלות מסתברת
280	ב. אי-ידיעה
281	ג. שליטה מלאה בנכס
285	ד. היקף תחולתו של סעיף 41
286	2. דברים מסוכנים
287	א. דבר מסוכן
289	ב. דבר נמלט
290	3. אש
292	4. חיה
297	פרק 9: נזק ראייתי
298	1. היקף תחולה
301	2. תנאי תחולה

## נזיקין

- 301 ..... א. אשם
- 302 ..... ב. מחדל
- 302 ..... ג. נזק כלכלי
- 303 ..... ד. צפיות
- 304 ..... ה. נזק ראייתי מול כלל הדבר מעיד על עצמו
- 305 ..... 3. הצדקות
- 305 ..... א. הפן הראייתי
- 305 ..... ב. אחריות נזיקית
- 307 ..... 4. עמדת הפסיקה
- 311 ..... 5. נקודת מבט ביקורתית

## חלק שלישי: סיבתיות

- 317 ..... מבוא
- 321 ..... פרק 1: סיבתיות עובדתית: כללי
- 321 ..... 1. גורמים חלופיים והיפותטיים לנזק
- 329 ..... 2. נטייה סיבתית
- 331 ..... פרק 2: יצירת סיכון גרידא
- 333 ..... 1. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא במקום אחריות נזיקית בגין גרם נזק
- 334 ..... א. צדק גמולי ומזל
- 336 ..... ב. צדק מתקן
- 337 ..... ג. הרתעה
- 338 ..... ד. פיזור נזק
- 338 ..... ה. אכיפה
- 340 ..... ו. קשיי הערכה
- 340 ..... ז. סיכום יתרונות וחסרונות
- 341 ..... 2. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא נוסף על אחריות נזיקית בגין גרם נזק
- 341 ..... א. הרתעה
- 342 ..... ב. צדק גמולי
- 343 ..... ג. צדק מתקן
- 343 ..... ד. סיכון כנוק?

349	פרק 3 : אחריות הסתברותית: פגיעה בסיכוי והגברת סיכון .....
350	1. אי־ודאות בגודל הנזק .....
350	א. הרתעה .....
351	ב. צדק מתקן .....
353	2. אי־ודאות בגרם נזק: נזק בהווה .....
355	א. הרתעה .....
359	ב. צדק מתקן .....
359	ג. הלכת פאתח .....
360	ד. הלכת מלול .....
365	ה. חישוב הפיצוי: סיכוי שאבד לעומת סיכוי שפחת .....
366	3. אי־ודאות בגרם נזק: סיכון לנזק עתידי .....
368	א. צדק מתקן .....
369	ב. הרתעה .....
371	ג. בעיית הפעולה המשותפת .....
371	4. ביקורת על רעיון האחריות ההסתברותית ותגובה לה .....
372	א. דרכים להעריך הסתברויות ותמריצים לשכלולן .....
373	ב. אומדן הסתברויות "גס" .....
374	ג. אומדנים "גסים" במשפטי נזיקין .....
377	פרק 4 : מצבים נוספים של אי־ודאות בגרם נזקים .....
377	1. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה .....
377	א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה .....
379	ב. פתרונות משפטיים אפשריים .....
385	ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים .....
390	2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה .....
390	א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה .....
392	ב. פתרונות משפטיים אפשריים .....
393	ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים .....
394	3. מקרים של גרם נזק בעוולה על ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול .....
394	א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה .....
395	ב. פתרונות משפטיים אפשריים .....
399	ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים .....

נויקין

4. מקרים של גרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו לא בעוולה, כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם המעוול..... 400
- א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה ..... 400
- ב. פתרונות משפטיים אפשריים ..... 401
- ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים ..... 403
- פרק 5 : תביעות בגין נזקי עישון כמקרה מבחן ..... 405
1. פתרונות ישירים ..... 407
2. פתרונות עקיפים..... 410
- א. נזק ראייתי ..... 411
- ב. נזק כלכלי של מיטיבים ..... 412
3. תביעות בגין נזקי עישון ושאלת התנהגותם של המזיק והניזוק ..... 416
- א. בעיות של מידע..... 418
- ב. האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון..... 420
- ג. האופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון ..... 422
- פרק 6 : שקלול טענות..... 423
1. שקלול עובדתי..... 424
2. שקלול נורמטיבי ושקלול מעורב ..... 431
3. שקלול בין-אישי ..... 436
4. שקלול טענות בתחומי משפט אחרים..... 437
5. בעד ונגד שקלול טענות..... 439
- א. שקלול עובדתי..... 439
- ב. שקלול נורמטיבי ..... 441
- ג. שקלול בין-אישי ..... 442
- ד. סיכום ..... 442
- פרק 7 : סיבתיות משפטית : כללי ..... 443
1. סיבתיות משפטית וריחוק הנזק..... 445
2. ניתוק קשר סיבתי וגורם מתערב זר..... 448
- א. אשמו של אדם אחר : עיקרי הדין ..... 448
- ב. הצדקות ..... 451
- ג. שיקולים מפורשים או משתמעם בפסיקה..... 453
- ד. מקרה טבעי בלתי רגיל ..... 456
- ה. ניזוק ילד ..... 457

459	פרק 8 : תנאי הסיכונים העולתיים
461	1. מקרה הרשלנות
462	2. פסק דין פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה
464	3. מקרה של הפרת חובה חקוקה
466	4. בעיה ביישום ולא בתאוריה
469	5. סיכונים שאינם עומדים במבחן "הנטייה הסיבתית"
470	6. סיכונים בלתי צפויים
471	7. צדק מתקן
472	8. ביקורת על טיעון הסיכונים העולתיים ומענה לה
473	9. הפסיקה בראי התאוריה
473	א. פסיקה המתיישבת עם טיעון הסיכונים העולתיים
474	ב. פסיקה שאינה מתיישבת עם טיעון הסיכונים העולתיים
	ג. פסק דין בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס. – נטייה לאימוץ טיעון הסיכונים העולתיים
477	477
479	פרק 9 : רשלנות לפני מעשה – התנהגות סבירה לאחר מעשה
480	1. מקרה היילוד
483	2. פגם בדגם
486	3. הטיעון הכללי
487	4. המקרה ההפוך וכלל האחריות החלופית
488	א. תמריצי התנהגות בעת ביצוע ההתנהגות המזיקה
491	ב. תמריצי התנהגות לאחר ביצוע ההתנהגות המזיקה וכלל האחריות החלופית
493	5. מזל מוסרי
495	פרק 10 : קיזוז סיכונים
495	1. הצגת טיעון קיזוז הסיכונים : רשלנות רפואית
498	2. הרחבת הטיעון למקרים אחרים
500	3. קיזוז סיכונים ואחריות הסתברותית
501	4. מחירה של אחריות כבדה (מעבר לנוק החברתי)
502	א. רפואה מגננתית
504	ב. השקעת יתר במניעת טעויות
505	ג. פגיעה בפעילות
506	5. מחירה של אחריות מופחתת
507	א. העדפת הניזוק : פיצוי מלא

נויקין

508	ב. צדק מתקן .....
509	ג. חשש להרתעת חסר? .....
511	פרק 11 : ההתאמה בין סטנדרט הזהירות לבין היקף האחריות .....
511	1. עקרון ההתאמה.....
515	2. הפסד השתכרות.....
519	3. הוכחת קשר סיבתי .....
520	4. קיזוז סיכונים .....
521	5. סיכונים עולתיים .....
522	6. סיכונן העצמי של המזיק .....
523	7. הערכתן של אי-התאמות .....
527	מפתחות.....
529	מפתח חקיקה .....
535	שונות.....
537	מפתח פסיקה.....
553	מפתח ספרים .....
557	מפתח מאמרים .....
571	מפתח עניינים .....



## הקדמה ותודות

אני מלמד דיני נזיקין וכותב בתחום זה למעלה מעשרים שנה. אף שתמיד עסקתי גם בדיני חוזים ובתחומים נוספים, את דיני הנזיקין אני אוהב במיוחד. דיני הנזיקין עוסקים בפעולות הבסיסיות של חיינו, אך גם באלו המורכבות יותר. תכליתם היא להפחית נזקים, בעיקר לגוף ולרכוש, מן הצד האחד, וליתן סעד הולם לניזוקים שנפגעו ממעשי עוולה, מן הצד האחר. מנקודת מבט שונה במקצת, דיני הנזיקין עוסקים בהסדרת מערכות היחסים של הפרטים בחברה בינם לבין עצמם (ולעתים עם הרשויות) בהגדרם מה מותר ומה אסור לאדם לעשות לשם קידום ענייניו כאשר אגב כך הוא עלול לפגוע בזולת, ובקבעם את תוצאות הפגיעה בזולת.

ספר זה עוסק בבסיס העיוני של דיני הנזיקין, ברשלנות וביביות. הספר כתוב באופן שבו אני מלמד דיני נזיקין: תחילה מוצגת התשתית הרעיונית, וכל השאר בא לאחר מכן. הבנת התשתית הרעיונית היא תנאי הכרחי להבנתם של דיני הנזיקין. הכרתה של תשתית זו חשובה לא רק לאיש האקדמיה או לסטודנט למשפטים; היא חיונית גם למשפטן הפרקטי – השופט כעורך הדין – אשר מפרש את הדין ונותן לו משמעות. לפיכך החלק הראשון של הספר מציג גישות אחדות להבנתם של דיני הנזיקין, שישמשו בספר כולו. מן הגישות השונות חביבה עליי במיוחד הגישה הכלכלית למשפט. בבסיסה הרעיון שראוי שדיני הנזיקין ישמשו כלי להפחתת נזקים בחברה ולא רק לפיצוי ניזוקים לאחר מעשה. הגישה הכלכלית קנתה לה אחיזה איתנה בדיני הנזיקין האמריקאיים כמו גם בדיני הנזיקין שלנו.

החלק השני של הספר עוסק ברשלנות. בפקודת הנזיקין עוולות רבות, אך אין אחת שתשווה לעוולת הרשלנות במידת העניין שהיא מעוררת. חלק ניכר מן הפסיקה העוסקת בחבות הנזיקית (להבדיל משיעור הפיצויים) נסב על עוולת הרשלנות. המיוחד בעוולה זו הוא שכמעט כל פעולה אנושית עשויה להישלט על ידיה. בד בבד, לבתי המשפט מוקנית סמכות רחבה להוציא פעולות אנושיות, ניזוקים או נזקים מסוימים מתחום חלוחה של העוולה, משיקולים של מדיניות משפטית. מאחר ששיקולי מדיניות הם לב לבם של דיני הרשלנות, לפרשן נותרה מלאכה רבה. שיקולי המדיניות משתנים מפעילות אחת לאחרת, ממזיק אחד למשנהו, ובעניינם של ניזוקים ונזקים שונים. דיני הרשלנות חולשים על פעילויות של בנקים ורואי חשבון, של רופאים ומורים, של הורים ורשויות, ולמעשה של כל אדם. שיקולי המדיניות המשפטית הם מגוונים, ומי שמיישם את דיני הרשלנות בפעילות כזו או אחרת, צריך להיות ער למורכבות של אותה פעילות, שאם לא כן, יזיקו דיני הרשלנות במקום שיועילו.

החלק השלישי של הספר עניינו סיבתיות. מעוול מחויב לפצות ניזוק רק אם גרם לו נזק, אך מושג הגרימה אינו פשוט כלל ועיקר. לעתים מבחני הסיבתיות המסורתיים יביאו

לתוצאות בלתי רצויות: לפיכך חסר והרתעת חסר, ולעתים גם לפיכך יתר והרתעת יתר. דוגמאות אחדות לשאלות של סיביות שנדונות בספר הן אלו: האם ניזוקים שנחשפו על ידי מעוול לחומרים מסוכנים, לקרינה או לזיהום סביבתי, ואשר סיכוייהם ללקות במחלות עקב כך הוגברו, זכאים לפיכך אם הם סובלים ממחלה אשר יכול שנגרמה עקב החשיפה, אך יכול גם שלא נגרמה עקב כך? כיצד יש לנהוג במקרה של אדם שנגרם לו נזק בשל התנהגות עוולתית אשר אף הפחיתה סיכונים אחרים שלו, וכך הועילה לו? האם מעורבות של גורמים שונים שתרמו להתרחשות הנזק צריכה להשפיע על חבותו של מעוול אשר מן הבחינה העובדתית גרם לנזק?

ספר זה אינו "טקסט בוק" (Textbook) במובן המקובל. טקסט בוק רגיל דן ברמת עומק בסיסית כמעט בכל שאלה אפשרית. כאן השיטה שונה. לא הקפתי את השאלות כולן, אך בנושאים שונים ניסיתי להעמיק במיוחד. בחירת הנושאים שבהם הספר מעמיק היא סובייקטיבית באופן טבעי. יש נושאים שאני מוצא אותם מעניינים יותר מאחרים, ומידת העניין שלי השפיעה על מבנה הספר ואופיו. כמה מנושאי הספר מבוססים על כתיבתי בעבר, בארץ ובעולם, שאותה עיבדתי למתכונת של פרקים בספר. אינני בטוח שהקוראים ימצאו בספר פתרון לכל שאלה, אך אני מקווה שלפחות ייהנו מן החיפוש.

אני חב תודה לרבים. עם אלכס שטיין כתבתי את הספר TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY, וכן כמה מאמרים. אלכס הוא אף שותפי לפיתוח דוקטרינת הנזק הראייתי, שמוקדש לה פרק בספר. אלכס הוא חוקר מעולה, אך לא פחות מכך חבר נפלא, ואני בר מזל שחלק אתי פעמים רבות מתבוננתו ומן הידע הרחב שלו. בוב קוטר, מחלוצי הניתוח הכלכלי של המשפט, כתב אתי כמה וכמה מאמרים, חלקם בתחום הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין. ספר משותף שלנו, GETTING INCENTIVES RIGHT – IMPROVING TORTS, CONTRACTS AND RESTITUTION, עומד לראות אור בקרוב. בוב הפך עם השנים לחבר יקר, שלמדתי ממנו רבות. עמיתים אחרים שלי קראו פרקים מן הספר, כמו גם מאמרים שפרסמתי במשך השנים ואשר היוו טיטות לאחדים מן הפרקים בספר. כמה מהם אף כתבו אתי מאמרים משותפים. תקצר היריעה מלהזכיר את שמות כל מי שאי פעם קרא את מאמריי והעיר עליהם, ועל כן אזכיר רק אחדים: עמרי בן-שחר, איל בנבנשתי, אורן בר-גיל, אהוד גוטל, זוהר גושן, חנוך דגן, אביחי דורפמן, אלון הראל, ארנסט וינריב, אירית חביב-סגל ז"ל, שרון חנס, רון חריס, אבי טבח, עמרי ידלין, אסף יעקב, סול לבמור, אריק פוזנר, בוב קוטר, רועי קרייטנר, צחי קרן-פז, סטיב שוגרמן ואלכס שטיין.

אני מודה מאוד לעוזרי המחקר שלי טל ארדינסט, דניאל וינקלר, הדס יוגב, ירון קובו וליאור קוטלר, אשר סייעו לי בכישרון רב בעבודה על הספר. עומר יחזקאל, תלמידי ועוזר המחקר המעולה שלי זה כמה שנים, הכין את מפתח העניינים, ואני מודה לו מאוד. תודתי אף ליהודית ידלין העורכת הלשונית ולטלי פלד המפיקה על עבודתן המקצועית והמסורה, וכן למרכז-על ע"ש צגלה למחקר בינתחומי של המשפט על תמיכתו הכספית.

#### הקדמה ותודות

עיקר הספר נכתב בעת שבני חגי החל את לימודי המשפטים. הוא העיר לי הערות נבונות על אחדים מפרקי הספר, ואני מודה לו על כך. אמי עדינה קראה בעיון שאין מעמיק ממנו את החלק הראשון של הספר. הערותיה המצוינות עזרו לי במקומות שונים לשפר חלק זה ולהבהירו. תמנע, אשתי, היא היחידה שקראה את הספר כולו, כולל הערות השוליים, והעירה הערות מצוינות למכביר. לבי עליה. לא ההנאה מן הספר היא שגרמה לה להשקיע בו שעות עבודה כה רבות, ואני אסיר תודה לה. אם אחרי כל זאת נותרו שגיאות בספר, נדמה לי שהאחריות לכך היא... שלה.

אריאל פורת, אפריל 2013

חלק ראשון

# הבסיס העיוני של דיני הנזיקין



## מבוא

בכתיבה האקדמית על דיני הנזיקין, כמו גם בפסיקתם של בתי המשפט, מסתמנות שתי גישות עיוניות מרכזיות: על פי הגישה האחת דיני הנזיקין מיועדים להגשמת עקרונות הצדק המתקן. על פי עקרונות הצדק המתקן המזיק אשר גרם לניזוק נזק במעשה עוולה הפר את השוויון שבין השניים, ועל כן חייב להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. על פי גישה זו דיני הנזיקין מיועדים לעשות צדק בין המזיק לבין הניזוק, בהתעלם מהשלכותיה של עשיית הצדק על צדדים שלישיים או על החברה בכללותה. גישת הצדק המתקן אף מחייבת שהצדק ייעשה בין המזיק לבין הניזוק תוך התמקדות באינטראקציה שביניהם, שהובילה לגרם הנזק, ובהתעלם מעושרם של הצדדים או מתכונותיהם.<sup>1</sup> על פי הגישה האחרת, דיני הנזיקין מיועדים ליצור הרתעה אופטימלית כדי להשיג יעילות כלכלית, או באופן ספציפי יותר – כדי להפחית את העלויות החברתיות הכרוכות בתאונות ובכך להגדיל את הרווחה החברתית. על פי גישה זו דיני הנזיקין אינם מתמקדים ביחסים שבין המזיק לבין הניזוק אלא בהשלכותיו של הכלל המשפטי על צדדים שלישיים, בעיקר על מזיקים וניזוקים בכוח.

שתי הגישות – צדק מתקן והרתעה – הן תיאוריות ונורמטיביות בעת ובעונה אחת: שתיהן מתיימרות לתאר את דיני הנזיקין כפי שהם, אך גם לתת להם הצדקה. מטבע הדברים, הגישות השונות עשויות להוביל לפתרונות שונים במקרים קונקרטיים. למשל, גישת הצדק המתקן עשויה להצדיק הטלת אחריות על הרשלן שגרם לנזק מכיוון שכך צודק ביחסים שבין המזיק לבין הניזוק. לעומת זאת גישת ההרתעה עשויה במקרים מסוימים לצדד באי-הטלת אחריות על המזיק הרשלן. במקרים אחרים דווקא גישת הצדק המתקן תתמוך באי-הטלתה של אחריות, למשל במקרים שבהם אין כל אשם בהתנהגותו של המזיק, ואילו גישת ההרתעה עשויה לחייב הטלתה של אחריות כזו.

תאורטיקנים הדוגלים בגישת ההרתעה יסכימו בדרך כלל שעל דיני הנזיקין לשאוף, בצד חתירה להרתעה אופטימלית, לפיזור הנזק ואף להפחתת העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתם של דיני הנזיקין. אחרים סבורים שדיני הנזיקין תורמים, וצריכים לתרום, לעיצוב ערכים בחברה. למשל, כלל משפטי המטיל אחריות על הורה שהתנכר לילדו עשוי לשדר מסר חינוכי-ערכי לציבור, נוסף על הרתעתם של הורים המתנכרים לילדיהם.<sup>2</sup> יש אף הרואים בדיני הנזיקין כלי להגשמת שיקולים של צדק חלוקתי. שיקולי צדק חלוקתי מתייחסים לאופן חלוקתם הצודקת של טובים ונטלים שונים בין פרטים בחברה. על פי גישה כזו, כלל

1 Ernest J. Weinrib, THE IDEA OF PRIVATE LAW (1995)

2 ע"א 2034/98 אמ"נ נ' אמ"ן, פ"ד נג (5) 69 (1999).

חלק ראשון: הבסיס העיוני של דיני הנזיקין

משפטי הפועל בשיטתיות לטובת עניים או לטובת קבוצת מיעוט מקופחת עדיף על כלל משפטי ניטרלי.<sup>3</sup> לבסוף, אפשר למצוא בדיני הנזיקין אף יסודות של צדק גמולי. שיקולי צדק גמולי מתמקדים בחומרתה המוסרית של התנהגותו של המזיק. גישה של צדק גמולי תתמוך למשל בפסיקת פיצוי עונשי כאשר ההתנהגות העוולתית היא זדונית.<sup>4</sup> הפרק הראשון בחלק זה בוחן את כוחם של דיני הנזיקין להשיג הרתעה אופטימלית ובכך להפחית את העלויות החברתיות הכרוכות בתאונות; בסופו של פרק זה תובא התייחסות קצרה לפיזור הנזק ולשיקול הפחתת העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתם של דיני הנזיקין. הפרק השני מציג את תפיסת הצדק המתקן לדיני הנזיקין, והפרק השלישי בוחן כיצד תפיסות של צדק חלוקתי עשויות לפעול במסגרת דיני הנזיקין.

3 .TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007)  
4 לדיון מקיף ביסודות הגמוליים של דיני הנזיקין, ראו Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, 73 TENN. L. REV. 177 (2006).

## הרתעה אופטימלית

1. הרתעה אופטימלית לעומת הרתעה מקסימלית. 2. נקודת האופטימום שאליה יש לחתור. 3. חתירה לנקודת האופטימום בהסדרה חקיקתית. 4. הרתעת שוק. 5. הרתעה, מידע וביטוח. 6. יותר מגורם נזק אחד והתאורמה של קואס. 7. מזיק וניזוק שיש יחסים חוזיים ביניהם. 8. רשלנות לעומת אחריות מוגברת ומונע הנזק הזול. 9. רמת פעילות. 10. בעיות נוספות של מידע וחסרונותיו של מבחן מונע הנזק הזול. 11. מבחן השוקל הטוב. 12. אמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים. 13. פיצויים לעומת ציווי. 14. מהלכה למעשה: האם דיני הנזיקין מרתיעים? 15. הערה על פיזור נזק ועלויות מנהליות.

### 1. הרתעה אופטימלית לעומת הרתעה מקסימלית

דיני הנזיקין מבקשים ליצור הרתעה אופטימלית ולא הרתעה מקסימלית. הרתעה מקסימלית מיועדת למנוע נזקים לחלוטין. הרתעה אופטימלית, לעומתה, מיועדת להביא את הפעילות יוצרת הנזקים לנקודת האופטימום, שבה מניעה נוספת של שהנזק אינה כדאית מבחינה חברתית.

אילו היו דיני הנזיקין חותרים להרתעה מקסימלית, האחריות בגין גרם נזקים הייתה צריכה להיות גבוהה בהרבה מזו הנוהגת היום. למשל, אפשר לדמיין משטר משפטי שבו נוהגים ברכב חייבים לפצות את הניזוקים בשיעור הגבוה פי עשרה מן הנזק שלו הם גורמים. במשטר משפטי כזה אין חובה שהפיצוי יינתן לניזוק במלואו; אפשר היה לגבות את פיצוי היתר כמס שישמש את המדינה למטרות חברתיות שונות. אלא שבמשטר משפטי כזה תושג תוצאה בלתי רצויה, של הרתעת יתר. פיצוי בשיעור כה גבוה ייקר במידה רבה את פעילות הנהיגה. פרמיות הביטוח שייאלצו נהגים לשלם יהפכו את פעילות הנהיגה בשביל נהגים רבים בבלתי כדאית. מטבע הדברים יהיו אלו הנהגים המבוססים פחות מבחינה כלכלית. אלו שיחליטו לנהוג למרות פרמיות הביטוח הגבוהות ישקיעו ממון רב באמצעים למניעת נזקים, שכן הרווח שיפיקו מהשקעה כזו – בדרך של הפחתת סיכון האחריות הנזיקית, ומכאן הפחתת פרמיות הביטוח – יהיה רב בהרבה מכפי שהוא כיום. אף השקעה זו עלולה להיות השקעת יתר, שאינה רצויה מבחינה חברתית.



הרתעה מקסימלית אינה מטרה ראויה כאשר מדובר בפעילויות אשר בסך הכול תועלתן גדולה מעלותן. מטרה זו אינה ראויה אפילו כאשר הסיכון בפעילות שבה מדובר הוא לחיי אדם ולבריאותם. לא אחת נשמעות אמירות כי "יש למנוע תאונות דרכים בכל מחיר". אך אמירה כזו אינה משקפת את המציאות. מניעת תאונות באופן מוחלט אפשרית, אך מחיר המניעה יהיה יקר מדי. למשל, אפשר שהמדינה תאסור בחוק את פעילות הנהיגה. בהנחה שחוק זה ייאכף במלואו, לא תהיינה עוד תאונות דרכים. אלא שאיש אינו חושב שהמדינה צריכה לחתור למניעה מוחלטת של תאונות דרכים אם המחיר שיש לשלם הוא ויתור מוחלט על פעילות הנהיגה. איש אף אינו חושב שהמדינה צריכה להשקיע את כל המשאבים העומדים לרשותה במניעת תאונות דרכים או תאונות אחרות. איש אינו מעוניין שהמדינה תשקיע את כל הונה בתשתיות דרכים לשם הפחתת סיכוני התאונות ולא תשקיע דבר בחינוך, בתרבות ובבריאות. אף בחיינו הפרטיים איננו נוהגים באופן העולה בקנה אחד עם חתירה למניעה מוחלטת של סיכוני התאונות. אילו נהגנו כך, לא היינו יוצאים לטיולים, היינו נמנעים מלנהוג במכוניותינו, והיינו מעדיפים לבלות את כל ימינו ולילותינו בסביבה הביתית המוגנת באופן יחסי (אם כי תאונות בבית אף הן סכנה נפוצה).

מאחר שהרתעה מקסימלית אינה מטרה ראויה, נשאלת השאלה מהי נקודת האופטימום שאליה יש לחתור.

## 2. נקודת האופטימום שאליה יש לחתור

באחד הספרים החשובים שנכתבו במאה העשרים על דיני הנזיקין הוציע גוידו קלברזי את הנוסחה הזאת לשם הגדרת נקודת האופטימום החברתית שאליה יש לחתור: נקודת האופטימום היא הנקודה שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן הוא הנמוך ביותר.<sup>5</sup> החשוב בהגדרה זו שהיא משקללת בתוכה לא רק את עלויות התאונות אלא אף את העלויות שהחברה נושאת בהן לשם מניעתן של תאונות. שני סוגי העלויות הם עלויותיה של הפעילות יוצרת הנזקים, וככל שסך עלויות זה יקטן, כן תגדל הרווחה החברתית מן הפעילות שבה מדובר.

עלויות התאונות מבטאות את העלות החברתית של נזקי התאונות, לגוף ולרכוש. הן כוללות אף נזקים לחברה בכללותה, כגון נזקים סביבתיים. עלויות המניעה מבטאות את העלות החברתית שבמניעת תאונות ובהפחתת חומרת פגיעתן. למשל, המשאבים המושקעים באמצעי בטיחות הם חלק מעלויות המניעה. הימנעות מפעילות או צמצום

5 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 26-31 (1970).

היקפה אף הם מבטאים עלות של מניעת תאונות. דוגמה פשוטה תסייע בהבהרת הדברים: נניח שבנקודת ההתחלה פעילות מסוימת גובה מחיר של 100 לשנה כנזקים שנגרמים בתאונות. עוד נניח שאפשר להפחית נזקים אלו ל-50 באחת משתי דרכים: הפחתת הפעילות או נקיטת אמצעי זהירות. עלותה של הפחתת הפעילות היא 30, ואילו עלותם של אמצעי הזהירות היא 20. אם הפחתת הפעילות ונקיטת אמצעי הזהירות הן פעולות חלופיות, נקיטת אמצעי הזהירות עדיפה על הפחתת הפעילות. זאת מכיוון שהפחתת פעילות תוריד את סך עלויות התאונות ועלויות המניעה ל-80 (30+50), ואילו נקיטת אמצעי זהירות תוריד סך זה ל-70 (20+50). מאחר ש-70 קטן מ-80, ואלו קטנים מ-100 (נקודת ההתחלה), השקעה של 20 באמצעי זהירות תביא את הפעילות שבה מדובר לנקודת האופטימום. יש להבהיר שעלויות התאונות ועלויות מניעתן כוללות לא רק ערכים ממוניים. הן כוללות כל עלות שהיא, כולל סבל אנושי, כאב ופגיעה ברגשות. עלויות התאונות ועלויות מניעתן נמדדות באופן סובייקטיבי, לפי העלות למי שנושא בהן. למשל, אם בדוגמה הנדונה הפחתת הפעילות לאדם הממוצע הייתה מתבטאת בעלות של 10, אך למזיק בכוח המסוים הייתה מתבטאת בעלות של 30, האחרונה היא הרלוונטית לקביעת נקודת האופטימום ולא הראשונה.

### 3. חתירה לנקודת האופטימום בהסדרה חקיקתית

דרך אחת להגיע לנקודת האופטימום היא באמצעות הסדרה חקיקתית ריכוזית של פעילויות יוצרות נזקים. על פי דרך זו המחוקק קובע מהי נקודת האופטימום ומנסה להשיג אותה באמצעות חיוב המזיקים בכוח לעמוד בסטנדרטים של זהירות שהוא קובע.<sup>6</sup> למשל, אפשר שהמחוקק יחליט שנקודת האופטימום באשר למהירות הנסיעה במקום מסוים היא 80 קמ"ש ולאסור נסיעה במהירות גבוהה יותר. על פי גישת המחוקק, מהירות נסיעה של 80 קמ"ש לא תפחית למינימום את עלויות התאונות – לו זו הייתה המטרה, נסיעה במהירות של 10 קמ"ש למשל הייתה עדיפה – אלא את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן. עלויות התאונות כוללות את הנזקים שנגרמים בתאונות דרכים, ואילו עלויות המניעה מבטאות בעיקר את בזבוז הזמן הנובע מנסיעה אטית, לרבות אבדן הרווחים שהיה אפשר להפיק אלמלא בזבוז הזמן (ואף את בזבוז הדלק).

אלא שהסדרה חקיקתית לוקה בחסרונות אחדים. יוקר החקיקה והעלות הגבוהה של אכיפתה הם חיסרון אחד. אך לענייננו חסרונה המרכזי הוא שהיא אינה מביאה כל אחד

6 .CALABRESI, *id.*, at 95–129

מהמזיקים בכוח לנקודת האופטימום אלא את כל המזיקים בכוח כקבוצה. לפיכך ייתכן שאם יש לקבוע מהירות נסיעה אחידה לכל הנהגים, מהירות של 80 קמ"ש היא נקודת האופטימום. אך למעשה יש נהגים שנקודת האופטימום שלהם היא 90 קמ"ש (למשל, אלו הנהגים ברכבים חדשים ומשוכללים, או אלו שזמנם יקר יותר), ואילו לאחרים נקודת האופטימום היא רק 70 קמ"ש. המחוקק אינו יכול לקבוע סטנדרטים שונים של התנהגות לכל נהג ונהג מסיבות מובנות, ועל כן אין לו יכולת להביא כל אחד מהם לנקודת האופטימום המיוחדת לו. הרתעת שוק, לא ריכוזית, שתידון להלן יש בה כדי להתגבר על חיסרון מרכזי זה של ההסדרה החקיקתית.

#### 4. הרתעת שוק

דרך חלופית לחתירה לנקודת האופטימום היא הרתעת השוק, או כפי שכינה אותה קלברזי – ההרתעה הכללית (להבדיל מההרתעה הריכוזית, המכונה בפיו הרתעה ספציפית).<sup>7</sup> הרתעת השוק מבוססת על כך שכל מזיק יישא בסך כל נזקי פעילותו ובעלויות המניעה שלהם.<sup>8</sup> כשכך הדבר, כל מזיק ינסה כמיטב יכולתו להפחית סך זה למינימום, שכן הוא שנושא בו במלואו. למשל, אם המזיק יכול להפחית את נזקיו מ-100 ל-50 בשתי דרכים חלופיות, אחת שעלותה 20 והאחרת שעלותה 30, והוא נושא במלוא העלויות והנזקים, הוא יבחר בזו הראשונה, שכן יעדיף לשאת בסך של נזקים ועלויות מניעה של 70 על פני 100 או 80. חשוב לשים לב שבדרך זו יביא המזיק בחשבון את עלויות המניעה המיוחדות לו ולא את העלויות הממוצעות. לכל מזיק יכול שתהיה נקודת אופטימום אחרת, ואם מדובר בהפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, טוב מצב שבו כל מזיק מוצא את נקודת האופטימום שלו ממצב שבו נקודת האופטימום נקבעת באופן אחיד לכל המזיקים.

בשלב זה יש להבהיר שהמונח "נזק" כאן, ואף בהמשך, משמש הן לתיאור נזק במובן המקובל של המילה והן לתיאור תוחלת נזק. בדרך כלל התנהגותו יוצרת הסיכון של המזיק אינה גורמת לנזק בוודאות, אלא שבגלל קיומה קיימת הסתברות מסוימת שייגרם נזק. מכפלת ההסתברות לגרם הנזק בשיעור הנזק שאפשר שייגרם היא תוחלת הנזק. למשל, אם בגלל התנהגותו של המזיק קיימת הסתברות של 10% שייגרם נזק של 1,000, תוחלת הנזק של התנהגותו היא 100. אם את תוחלת הנזק אפשר להפחית לאפס בעלות הפחותה מ-100, חיובו של המזיק לשאת במלוא הנזק שייגרם יביא לידי הפחתת תוחלת הנזק לאפס. כך יהיה

<sup>7</sup> CALABRESI, *id.*, at 68–94.

<sup>8</sup> במינוח המשפטי המקובל מדובר אפוא באחריות מוגברת, או מוחלטת, שאינה תלויה באשם ואף שאינה מופחתת עקב הגנות כאלו או אחרות העומדות לניזוק. על אחריות מוגברת, והשוואתה לאחריות בגין רשלנות, ראו להלן סעיף 8.

משום שהמזיק יראה לנגד עיניו סיכון של אחריות משפטית ששיעורה יהיה כשיעור תוחלת הנזק (100), ישווה אותה לעלויות המניעה (הפחותות מ-100) ויבין שמוטב לו להשקיע את עלויות המניעה ולא להסתכן באחריות המשפטית.<sup>9</sup>

הרתעת שוק מתייחסת לפעילות יוצרת הנזקים כאל מוצר, והיא מיועדת לתת לפועל במסגרתה תמריצי התנהגות יעילים למניעת נזקים. כדי שהבחירה בפעילות, ברמתה ובאמצעי הזהירות להפחתת נזקיה תהיה אופטימלית, צריך "צרכן" הפעילות לשאת בעלות החברתית המלאה שלה. אם נוהג ברכב נושא במלוא נזקי נהיגתו, החלטתו אם לנהוג או לא לנהוג תהיה אופטימלית, שכן אם יחליט לנהוג אות וסימן הוא שהתועלת שלו בנהיגה רבה מעלותה החברתית. הנהג שנושא במלוא נזקי פעילותו אף יחליט על רמת נהיגה אופטימלית, כלומר כמה לנהוג. לבסוף, הנהג שנושא במלוא נזקי נהיגתו אף ישקיע באופן אופטימלי באמצעי זהירות. למשל, אם בלמים חדשים שעלותם 10 יפחיתו את נזקיו מ-100 ל-80, הוא ירכוש את הבלמים ויתקנם במכוניתו, אך אם עלות הבלמים היא 30 הוא לא יעשה כן. בשני המקרים החלטתו תהיה יעילה ותקרב אותו לנקודת האופטימום.

תנאי להרתעת שוק יעילה הוא העדר החצנות. הרתעת השוק מבוססת על ההנחה שהמזיק נושא במלוא נזקי פעילותו. זוהי הנחת ההפנמה. כאשר חלק מנזקי התאונות, או חלק מעלויות המניעה, אינם מופנמים במלואם על ידי המזיק, ומי שנושא בהם הוא צד שלישי, מתקיימת החצנה. בהתקיים החצנה לא מובטח שתמריציו של המזיק יהיו יעילים וכי תושג הרתעה אופטימלית. למשל, אם בדוגמה האחרונה יישא המזיק רק ב-20% מנזקי נהיגתו, הוא לא ישקיע 10 במניעת נזקים, שכן אף שהשקעה זו יעילה מבחינה חברתית בהפחיתה את עלויות התאונות ב-20, היא מועילה למזיק ב-4 בלבד (20% x 20). אם לעומת זאת חלק מעלויות המניעה מוחצנות, כגון שהמדינה מסבסדת אמצעי זהירות מסוימים, קיים חשש הפוך והוא שהמזיק ישקיע השקעת יתר, לא יעילה, במניעת נזקים. בדוגמה דלעיל, אם המזיק נושא רק ב-50% מעלות הבלמים, הוא לא יהסס לרכושם אף אם עלותם היא 30, שכן הוא יישא בגינם בעלות של 15 בלבד ויחסוך לעצמו אחריות לנזקים ששיעורם 20.

## 5. הרתעה, מידע וביטוח

כדי שנשיאה במלוא עלויות התאונות ועלויות מניעתן תספק למזיק תמריצי התנהגות יעילים, צריך שיהיה לו מידע על נזקי פעילותו, על עלויות אמצעי הזהירות וכן על השפעתם של אמצעים אלו על הנזקים. לעתים יהיה למזיק מידע כזה, אם הוא למשל מתווכח דיו,

<sup>9</sup> בדרך כלל יצירת סיכון כרוכה בסיכונים לנזקים בגדלים שונים ובהסתברויות שונות. במקרים אלו תוחלת הנזק של ההתנהגות היא סך המכפלות של הנזקים השונים שאפשר שייגרמו בהסתברות גרימתם. הדיון כאן מניח ניטרליות לסיכון. על ההבחנה בין ניטרליות לסיכון לבין שנאת סיכון ואהבת סיכון ראו להלן סעיף 15.

ולעתים לא יהיה לו מידע כזה. למשל, בדרך כלל נוהג ברכב יתקשה לדעת אם רכישת הבלמים החדשים המוצעים למכירה כדאית לו או לא, שכן לא יהיה ברור לו אם רכישתם תקינה את סך עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן או תגדילו. בסוג זה של מקרים סיכון האחריות שיושג על המזיק וכן הסיכון לשאת בנזקיו העצמיים או בנזקי בני משפחתו הקרובים יתמרץ אותו לאסוף מידע. אך לקיומו של ביטוח תפקיד חשוב בהספקת המידע החסר לנוהג ברכב.

ממבט ראשון נדמה שקיים מתח טבוע בין הרתעה לבין ביטוח: אם אדם מבוטח מפני אחריותו הנזיקית ("ביטוח אחריות") או מפני נזקיו העצמיים ("ביטוח צד א"), לכאורה לא יהיו לו די תמריצים להפחית סיכונים ולהקטין את פוטנציאל הנזק של פעילותו.<sup>10</sup> אמנם לעתים חברת הביטוח תספק לו תמריצים חלקיים כאלה, במתן "הנחת העדר תביעות" או בחיובו ב"השתתפות עצמית" – שני מנגנונים המיועדים למנוע אדישות של המבוטח לגרם נזקים – אולם מנגנונים אלו אינם מסירים את החשש שלמבוטח לא יהיו די תמריצים להפחית את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, שכן מרבית הנזקים שיגרורם, גם אם לא כולם, מוחצנים לחברת הביטוח המבטחת אותו.

אלא שלעתים קרובות מתח זה מדומה. אדרבה, במקרים רבים דווקא קיומו של ביטוח משפר את ההרתעה ואיננו מחבל בה מכיוון שהוא פותר למבוטח את בעיית המידע שהייתה לו לולא הביטוח. הביטוח משפר את ההרתעה של המזיק, אם פרמיות הביטוח מגיבות כראוי לאמצעי הזהירות שנוקט המזיק או להפחתת רמת פעילותו המזיקה. נניח למשל שהמבוטח בדוגמה הקודמת אכן יכול לרכוש בלמים חדשים בעלות של 10 ולהפחית את עלויות התאונות ב-20. רכישת הבלמים רצויה, שכן היא מפחיתה את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. בלעדי ביטוח היה חשש רב שהמבוטח לא היה רוכש את הבלמים, שכן לא היה יודע שבכך יפחית את סיכון אחריותו הנזיקית ב-20. אם לעומת זאת הנוהג ברכב מבוטח, ושוק הביטוח תחרותי דיו, הוא יזכה בהנחה של 20 בפרמיית הביטוח אם ירכוש את הבלמים, יתקנים במכוניתו ויוכיח לחברת הביטוח שאכן כך עשה. חברת הביטוח תהא חייבת ליתן לו את ההנחה האמורה, שאם לא תעשה כן, יעבור המבוטח לחברת הביטוח המתחרה שתציע לו הנחה כזו.

אמת, פרמיות הביטוח אינן מגיבות לכל אמצעי הזהירות הננקטים אלא רק לאלו הניתנים להוכחה לחברת הביטוח. בנוסף, שוק הביטוח אינו תמיד תחרותי, ולכן לא תמיד מופחתת פרמיית הביטוח בהתאמה להפחתת נזקי הפעילות המבוטחת. לבסוף, חברות ביטוח ממיינות את המבוטחים לפי מידת הסיכון הגלומה בהם עד לנקודה שבה עלותו של מיון מדוקדק יותר לא תצדיק את הרווח שינבע מכך לחברת הביטוח. לפיכך במקרים מסוימים הביטוח אינו מסייע להרתעה ולעתים אף מחבל בה. אך במקרים רבים אחרים

10 אם כי במקרים מסוימים המשפט הפלילי והסיכון של אבדן חיים או של פגיעות פיזיות קשות, למבוטח או למשפחתו, ישמשו להרתעה אף בלעדי הסיכון של נשיאה בעלויות כספיות.

הביטוח מחזק את ההרתעה בספקו מידע למבוטח על השפעתם של האמצעים שהוא יכול לנקוט למניעת נזקים, על נזקי פעילותו.

## 6. יותר מגורם נזק אחד והתאורמה של קואס

הדיון עד כה הניח במשתמע שקיים גורם אנושי אחד לנזק אשר עשוי להיות בעל יכולת להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן. אלא שברגיל גרם נזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין שתי פעילויות אנושיות או יותר. לעתים קרובות תאונות דרכים הן תוצאה של אינטראקציה בין פעילות הנהיגה לבין פעילות ההליכה או בין שתי פעילויות של נהיגה. בדומה לכך, נזקים הנגרמים משימוש במוצרים פגומים הם תוצאה האינטראקציה שבין פעילות הייצור לבין פעילות הצריכה. למעשה, בכל מקרה שבו קיימים מזיק וניזוק, הנזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין פעילות המזיק מצד אחד לבין פעילות הניזוק מן הצד האחר. השאלה המתעוררת במקרים אלו היא מתי תקודם המטרה של הפחתת עלויות התאונות ועלויות מניעתן יותר – כאשר המזיק נושא בנזק? כאשר הניזוק נושא בו? או אולי כאשר הם מתחלקים בו בדרך כלשהי? התשובה שנתן קלברזי לשאלה זו היא שמונע הנזק הזול ביותר הוא שצריך לשאת בנזק. מונע הנזק הזול ביותר לדברי קלברזי הוא "השוקל הטוב ביותר", כלומר זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו. אך לפני שנדון בכללי האחריות השונים ובהשפעתם האפשרית על העלות החברתית של תאונות, תוצג בקצרה התאורמה (האמיתה) של קואס, שהכרתה חיונית להמשך הדיון.

בשנת 1960 פרסם רונלד קואס (Coase), שלימים זכה בפרס נובל לכלכלה, מאמר פורץ דרך שבו הוצגה האמיתה הידועה כ־Coase Theorem, ואשר מהווה את התשתית לפרקים שונים של הניתוח הכלכלי של המשפט.<sup>11</sup> על פי התאורמה, "כאשר עלויות עסקה הן אפס, תושג התוצאה היעילה כלכלית בלי תלות בחלוקת הזכויות ההתחלתית בחברה". משמעות הדבר לעניינינו היא שבהעדר עלויות עסקה – דהיינו, התקשרויות חוזיות הן נטולות עלויות – הכלל המשפטי לא ישפיע על השגתה של המטרה להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות המניעה: זו תושג כך או אחרת. כדי להמחיש את תוקפה של התאורמה נניח שעדרי הבקר של הבוקר גורמים נזקים בשיעור של 100 לחוואי. קיימות שתי דרכים למנוע את הנזק: גידור החווה על ידי החוואי בעלות של 40 או גידור העדרים על ידי הבוקר בעלות של 20. נקל לראות שדרך המניעה היעילה כלכלית, דהיינו זו שתביא להפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, היא שהבוקר ימנע את הנזק. אם אין לצדדים כל עלויות עסקה, ימנע הבוקר

11 Ronald Coase, *The Problem of Social Costs*, 3 J. L. ECON 1 (1960)

את הנזק בלא כל תלות בשאלה אם הכלל המשפטי הוא כזה המטיל אחריות נזיקית על הבוקר או שאינו מטיל עליו אחריות כלשהי ומותיר את הנזק על כתפיו של החוואי. ההסבר לכך הוא פשוט: אם תוטל אחריות על הבוקר הוא יעדיף כמובן למנוע את הנזק בעלות של 20 ולא לשאת באחריות ששיעורה 100. אך המעניין הוא שגם אם לא תוטל אחריות על הבוקר, והנזק ייוותר על כתפיו של החוואי, לא ישקיע החוואי 40 במניעת הנזק כפי שאפשר לסבור ממבט ראשון, אלא יכרות חוזה עם הבוקר שעל פיו ישקיע הבוקר 20 במניעת הנזק, החוואי ישלם לבוקר סכום כלשהו ששיעורו נע בין 20 ל-40 כדי לממן את הקמת הגדר ואף להותיר רווח כלשהו בידי הבוקר, וכך לשני הצדדים יהיה אינטרס ברור שהנזק יימנע בדרך הזוהי ביותר האפשרית. מכאן, שבלי תלות בכלל המשפטי תושג התוצאה היעילה כלכלית, וזאת כאמור בהנחה שאין לצדדים כל עלויות עסקה.

לכלל המשפטי יש כמובן השלכות חלוקתיות ברורות גם אם עלויות העסקה הן אפס. בדוגמת הבוקר והחוואי כלל של העדר אחריות הוא כלל המעדיף בוקרים על פני חוואים, ואילו כלל של אחריות יוצר העדפה הפוכה. וכך, אם האחריות מוטלת על הבוקר, הוא שיישא בעלות של 20 לשם מניעת הנזק, ולעומת זאת אם הנזק נותר על כתפי החוואי, הוא שיוציא 20 לפחות לשם הקמת הגדר, אף אם בפועל תוקם על ידי הבוקר. אלא שהבדל זה בין שני הכללים אינו נוגע לייעילות הכלכלית. הבדל זה נוגע לחלוקת העושר בחברה, ועניין זה הוא נושא אחר לחלוטין.

בעולם המציאות יש תמיד עלויות עסקה. התקשרות חוזית בין מזיק בכוח לבין ניזוק בכוח היא יקרה בדרך כלל, ולעתים קרובות אין כל סיכוי שתתממש. לכן אם במקום הבוקר והחוואי נציב בדוגמה נהג והולך רגל, בהתאמה, עלויות העסקה בין הצדדים יהיו גבוהות מאוד. קשה לדמיין כריתת חוזה בין הנהג לבין הולך הרגל טרם גרם הנזק, שכן הנהג אינו יכול לדעת מי יהיה הולך הרגל שיינזק על ידיו, כפי שהולך הרגל אינו יכול לדעת מי יהיה הנהג שיפגע בו. אף חוזה בין הנהגים, כקבוצה, לבין הולכי הרגל, כקבוצה, הוא יקר וקשה להשגה. לפיכך הנחה סבירה היא שלא ייכרת חוזה כלשהו בין הצדדים, והשאלה מי מהם ימנע את הנזק, בעלות של 20 או 40, תלויה בתוכנו של הכלל המשפטי. הטלת אחריות על הנהג תגרום לו למנוע את הנזק בעלות של 20, ואילו הותרת הנזק על כתפי הולך הרגל תגרום לו למנוע את הנזק בעלות של 40. בנסיבות אלו כלל של אחריות – ולא כלל של העדר אחריות – הוא הכלל היעיל שיביא להרתעה אופטימלית, וודאי שאין עוד לומר שהיעילות הכלכלית תושג בלא תלות בכלל המשפטי.<sup>12</sup> לפיכך בעולם שבו יש עלויות

12 לניתוח תורת-משחקי של מצבים שבהם גם המזיק וגם הניזוק יכולים למנוע את הנזק ולשאלה איזה כלל משפטי יביא לשיווי משקל יציב, או אף לשיווי משקל יעיל, ראו Massimo D'Antoni & Avraham Tabbach, *Least-Cost Avoidance and Partial Compensation* (unpublished manuscript).

עסקה, וקיימות אינטראקציות בין שני שחקנים או יותר אשר גורמות לנזקים, השגתה של יעילות כלכלית תלויה בקיומו של כלל אחריות יעיל.

## 7. מזיק וניזוק שיש יחסים חוזיים ביניהם

כל מקרה שבו המזיק יכול לגלגל את עלויות אחריותו המשפטית ואת עלויות המניעה שלו לניזוק, עשוי להחזיר אותנו לתאורמה של קואס ולמסקנה שהצדדים יגיעו לתוצאה היעילה בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי. מסקנה זו תלויה במקרים רבים בשאלה אם לצדדים מידע מלא. העדר מידע אצל הצדדים ובעיקר קיום פערי מידע ביניהם ירחיקו אותנו ממסקנה זו, שכן השגת מידע כרוכה בעלויות עסקה. הדוגמה הבאה תמחיש את הדברים.

נניח שמוצר שמייצר היצרן גורם נזק שתוחלתו 100, וכי עלות מניעתו ליצרן היא 20. עוד נניח כי עלות המניעה לצרכן היא 40. במקרה זה, בהנחה של מידע מלא לשני הצדדים, הן כלל של אחריות והן כלל של העדר אחריות יביאו את היצרן להשקיע 20 במניעת הנזקים. אם תוטל אחריות על היצרן, התמריץ שלו להשקיע 20 ברור ונדמה שאינו דורש הסבר. אך גם אם לא תוטל אחריות על היצרן הוא יפעל באותו האופן ממש. היצרן יעדיף לשפר את המוצר בהשקעה של 20 ולגלגל עלות זו לצרכן ולא לייצר מוצר אשר יעלה לצרכן ב-20 פחות מן המוצר המשופר, אך שיאלץ אותו להשקיע 40 בעלויות מניעה בהמשך הדרך. מנקודת מבטו של היצרן השקעת 20 במניעת הנזק והעלאת המחיר ב-20 אינן משנות את רווחיו פר יחידה, ובה בעת מגדילות את רווחיו של הצרכן מן העסקה. יש להניח שהיצרן, בעקבות מניעת הנזקים, יוכל להרוויח יותר פר יחידה (אם השוק אינו תחרותי<sup>13</sup>) או למכור מוצרים רבים יותר, ובכל מקרה להגדיל את רווחיו.

המסקנה משתנה אם יש פערי מידע בין הצדדים באופן שבו הצרכן אינו יודע להעריך כראוי את התועלת שיפיק מן המוצר המשופר. לכן אם הצרכן חושב שהמוצר המשופר שווה לו רק ב-10 יותר מן המוצר המקורי (ולא ב-40), במשטר משפטי של העדר אחריות יעדיף היצרן שלא להשקיע 20 במניעה. הוא יעדיף להותיר את המוצר במצבו המקורי ולמכור אותו במחיר הנמוך ב-10 עד 20 (לפי מידת התחרותיות בשוק) מן המחיר שבו היה מוכר את המוצר המשופר. הצרכן יהיה משוכנע שמבחינתו עסקה זו טובה מרכישת המוצר המשופר. דרך אפשרית למנוע התנהגות לא יעילה זו של היצרן היא להטיל עליו אחריות. מאחר שהיצרן במקרה זה יהיה צפוי לשאת בנזקי המוצר במלואם, הוא יפעל ביעילות למניעתם.

13 אם השוק אינו תחרותי יוכל היצרן להשקיע 20 במניעה, ומאחר שהשקעה זו מגדילה את שווי המוצר בשביל הצרכן ב-40, הוא יוכל לגבות פר יחידה סכום נוסף, הגבוה מ-20 (אך הקטן מ-40).



## 8. רשלנות לעומת אחריות מוגברת ומונע הנזק הזול

מן האמור עד כה עולה כי כאשר יש עלויות עסקה, הטלת אחריות על מונע הנזק הזול ביותר היא שתיצור הרתעה אופטימלית, שכן היא שתביא להפחתת עלויות התאונות ועלויות מניעתן. התפיסה הכלכלית של הרשלנות מבוססת על רעיון זה ממש: אם המזיק הוא מונע הנזק הזול, כישלוננו למנוע את הנזק יוגדר "רשלנות" ויביא להטלת אחריות עליו. התפיסה הכלכלית של הרשלנות מתמצית בנוסחת הרשלנות הכלכלית, הקרויה על שמו של השופט האמריקאי לרנד הנד, שטבע אותה בפסק דין.<sup>14</sup> על פי הנוסחה, המזיק מוגדר רשלן אם עלות אמצעי הזהירות (או עלויות המניעה) שלו (B) נמוכה מן ההפחתה בתוחלת הנזק שתיגרם עקב נקיטתם של אמצעי הזהירות. תוחלת הנזק מוגדרת כך: מכפלה של הנזק (L) בהסתברות התרחשותו (P). נניח למשל שאפשר לנקוט אמצעי זהירות אחד שעלותו B ולהפחית את תוחלת הנזק לאפס. אם  $B < PL$  יוגדר המזיק רשלן ותוטל עליו אחריות נזיקית. אם לעומת זאת עלויות המניעה גדולות מתוחלת הנזק, כלומר  $B > PL$ , לא יוגדר המזיק רשלן ולא תוטל עליו אחריות נזיקית.<sup>15</sup> איום האחריות הנזיקית על פי נוסחת לרנד הנד מתמרץ את המזיק להקטין את תוחלת נזקיו כאשר עלויות המניעה הנדרשות לשם כך נמוכות מתוחלת הנזק שתופחת עקב השקעתן של עלויות המניעה. המזיק יעדיף לשאת בעלויות המניעה ולא להסתכן באחריות משפטית שתוחלתה כתוחלת הנזק האמורה. ריצ'רד פוזנר, מהאבות המייסדים של הניתוח הכלכלי של המשפט, הציג בכתביו משנות השבעים את נוסחת לרנד הנד כמשקפת את דיני הרשלנות הנוהגים.<sup>16</sup> עם זאת הוא הציג

14 U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (1947)

15 הניסוח הכלכלי המדויק יותר הוא שהמזיק יוגדר רשלן אם עלות המניעה השולית שלו גבוהה מהפחתת הנזק השולית. לפיכך המזיק יוגדר רשלן אם השקל הנוסף שהיה משקיע במניעת הנזק היה מקטין את תוחלת הנזק ביותר משקל. עניין זה יורחב ויובהר להלן בחלק ב, פרק 1, סעיף 2.

16 Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29, 29–34 (1972) אכן, נוסחת לרנד הנד נקלטה הן בפסיקה האמריקאית והן בישראלית. ראו למשל ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1976); ע"א 5604/94 חמד נ' מ.י., פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (1995); דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נו(4) 721 (2003); ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); דנ"א 4693/05 בייח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא (פורסם בנבו, 20.5.2010). לניתוח מעמיק של מקומה של נוסחת לרנד הנד, ושל הגישה הכלכלית בכלל, בפסיקתו של בית המשפט העליון הישראלי, לביקורת על הגישה הכלכלית

להכניס בה שיפור חשוב. השיפור חל במקרים שבהם גם לניזוק, ולא רק למזיק, הייתה יכולת למנוע את הנזק בעלות הנמוכה מתוחלתו. במקרים אלו, טען פוזנר, יש לבחון מי מן השניים – המזיק או הניזוק – היה יכול למנוע את הנזק בדרך הזולה יותר, ולהטיל עליו את מלוא נטל הנשיאה בנזק. כך יתומרץ מונע הנזק הזול יותר לפעול למניעת הנזק.<sup>17</sup> כלל אחריות זה הוא כלל אחריות של רשלנות עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה. היותו של הניזוק מונע הנזק הזול יותר מגדיר אותו בעל אשם תורם ומותיר את הנזק על כתפיו.

אל מול כלל של רשלנות ניצב כלל של אחריות מוגברת. כלל של אחריות מוגברת משמעו שעל המזיק מוטלת אחריות בלא תלות באשמו. על פי כלל של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה, האחריות תוטל על המזיק אלא אם הניזוק הוא מונע הנזק הזול יותר. אף כאן יכולתו העדיפה של הניזוק למנוע את הנזק תגדיר אותו בעל אשם תורם ותביא להותרת הנזק על כתפיו.

הן כלל משפטי של רשלנות עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה והן כלל של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה מספקים לכאורה תמריצי התנהגות יעילים. על פי שני הכללים, האחריות תוטל על מי שמניעתו את הנזק זולה יותר, וכך יהיה למונע הנזק הזול תמריץ למנוע את הנזק. ההבדל בתוצאה בין שני הכללים יתבטא במצב שבו שני הצדדים אינם יכולים למנוע את הנזק בעלות נמוכה ממנו. במקרה זה, לפי כלל הרשלנות, הנזק ייוותר על כתפיו של הניזוק, ואילו לפי כלל האחריות המוגברת יישא המזיק בנזק. למרות תוצאות שונות אלו של החלת הכללים שניהם מספקים תמריצי התנהגות יעילים. זאת מכיוון שכך או אחרת, הן המזיק והן הניזוק לא יפעלו במקרה זה למניעת הנזק בין שהם עתידים לשאת בו ובין שלא, שכן עלות המניעה גדולה מן הנזק. זו אף התוצאה היעילה כלכלית. יש לשים לב שאף ששני הכללים יעילים, הם מביאים לתוצאות חלוקתיות שונות:

כלל של רשלנות עדיף למזיקים, וכלל של אחריות מוגברת עדיף לניזוקים.<sup>18</sup>

אלא שניתוח זה הוא פשוטי מדי בכמה מובנים: ראשית, הוא מתעלם מן החשיבות שיש להשפעתו של הכלל המשפטי על רמת פעילותם של הצדדים; שנית, הוא מתעלם מבעיות המידע שיש לבתי המשפט באשר ליכולת המניעה של הצדדים ואף לבעיות המידע שיש

ולהצעת חלופה ראו רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351 (2008).

17 Posner, *supra* note 16, at 33

18 ראו על ההשוואה בין הכללים השונים, Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972); Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. LEGAL STUD. 205, 210 (1973)

חלק ראשון: הבסיס העיוני של דיני הניזקין

לצדדים עצמם על יכולות אלו; שלישית, הניתוח מניח קיומם של אמצעי זהירות חלופיים ובינריים, אולם במקרים רבים אמצעי הזהירות הם בלתי תלויים ורציפים (ולעתים משלימים<sup>19</sup>). בסעיפים הבאים ייבחנו עניינים אלו ביתר פירוט.

## 9. רמת פעילות

כלל של רשלנות אינו נותן למזיק תמריצים נאותים לפעול ברמת פעילות אופטימלית. במשטר משפטי של רשלנות רמת הפעילות של המזיק תהיה גבוהה מן האופטימום, והנזקים שיגרום יהיו רבים מדי. כלל של אחריות מוגברת פותר בעיה זו.<sup>20</sup> כדי להמחיש את הטיעון אשתמש בדוגמה דומה לזו ששימשה את קלברזי, הירשוף ופוזנר.<sup>21</sup> נניח שרכבת הנוסעת מנקודה אחת לאחרת מתיזה גצים אשר גורמים פה ושם לשרפות בשדותיהם של החקלאים הממוקמים סמוך למסילת הברזל. הנזקים שנגרמים לחקלאים הם 100, והדרך היחידה למנעם בנקיטת אמצעי זהירות היא להתקין על הקטר מכשיר המונע את פליטת הגצים. עלות התקנת המכשיר גבוהה מ-100, ועל כן אינה מוצדקת מבחינה כלכלית. ממילא הן במשטר משפטי של רשלנות והן במשטר משפטי של אחריות מוגברת לא תמנע חברת הרכבות את הנזק. דוגמה זו היא המחשה למקרה שנדון בסעיף

19 אמצעי זהירות משלימים הם כאלו אשר האפקטיביות שלהם תלויה ברמת הזהירות שנוקט הצד השני. לדיון באמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים ראו להלן סעיף 12.

20 המאמר הקלסי אשר מנתח את בעיית רמת הפעילות במשטר משפטי של רשלנות הוא Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980). לניתוח נוסף של הנושא ראו Stephen G. Gilles, *Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels*, 21 J. LEGAL STUD. 319 (1992). דייוויד גילה ואהוד גוטל הראו כי במצבים מסוימים כלל של רשלנות עלול לגרום למזיק לנקוט רמת פעילות נמוכה מן האופטימום: כאשר המזיק יודע שברמת פעילות מסוימת יהיה עליו לנקוט אמצעי זהירות למניעת הנזק, הוא עלול להיוותר ברמת פעילות נמוכה מן האופטימום רק כדי שלא יחויב בנקיטת אמצעי הזהירות. David Gilo & Ehud Guttel, *Negligence and Insufficient Activity: The Missing Paradigm in Torts*, 108 MICH. L. REV. 277 (2009). אברהם טבח ויעקב נוסים הראו כי במצבים רבים אי אפשר לקבוע את רמת הזהירות האופטימלית במנותק מרמת הפעילות האופטימלית. כן הם הראו כי טעויות בפסיקת הפיצויים עלולות להביא לתוצאות הפוכות מאלו שאפשר לכאורה לצפות; למשל, פיצוי גבוה מדי עלול להביא לעתים לרמת פעילות גבוהה מדי. ראו Avraham Tabbach & Jacob Nussim, *A Revised Model of Unilateral Accidents*, 29 INT'L REV. L. ECON. 169 (2009); Avraham Tabbach, *Causation and Incentives to Choose Levels of Care and Activity under the Negligence Rule*, 4 REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 1, 45 (2008).

21 Calabresi & Hirschhoff, *supra* note 18, at 1073, note 66; Posner, *supra* note 18

הקודם,<sup>22</sup> שבו הן המזיק והן הניזוק אינם יכולים למנוע את הנזק בעלות הקטנה ממנו. אולם ייתכן שחברת הרכבות יכולה להקטין את רמת פעילותה אם תפעיל את הרכבת לארבע נסיעות ביום במקום חמש נסיעות ביום. הורדת רמת הפעילות של הרכבת תפחית את הנזקים ב-20%, כלומר ב-20. הורדת רמת הפעילות אינה נטולת עלויות, אך למרות זאת ייתכן שהיא כדאית מבחינה כלכלית. למשל, נניח שעלותה של הורדת רמת הפעילות היא 10,<sup>23</sup> והיא תתבטא מנקודת מבטה של חברת הרכבות בירידה ברווחיה. בהנחה שירידת הרווחים משקפת את העלות החברתית של הורדת רמת הפעילות, יעילות כלכלית מחייבת שהרכבת תיסע ארבע פעמים ביום במקום חמש. במשטר משפטי של רשלנות אין לצפות שחברת הרכבות תעשה כן מכיוון שבין שתוריד את רמת פעילותה ובין שלא תוריד אותה, בהתקיים כלל של רשלנות היא איננה צפויה לשאת באחריות כלשהי לנזקי החקלאים. כזכור, אמצעי הזהירות שיכלה הרכבת לנקוט – התקנת מכשיר למניעת גצים – היה יקר מדי, ועל כן אי-נקיטתו אינה בבחינת רשלנות.

לכאורה, לו יכלה חברת הרכבות להפחית נזקים ב-20 בהוצאה של 10 והיא לא עשתה כן, היא התרשלה. הטלת אחריות עליה בגין רשלנות הייתה מתמרצת אותה להוריד את רמת פעילותה. למרות זאת ברגיל לא תוטל עליה אחריות במשטר משפטי של רשלנות. בתי המשפט אינם רואים בדרך כלל באי-הורדת רמת פעילות – להבדיל מאי-נקיטת אמצעי זהירות – משום רשלנות.<sup>24</sup> הסיבה העיקרית לכך היא בעיות מידע: קשה מאוד לדעת אם הורדתה של רמת פעילות במקרה נתון הייתה מפחיתה נזקים בשיעור גבוה מזה של עלותה. קל הרבה יותר לדעת אם נקיטת אמצעי זהירות מוגדר, שאפשר להעריך את עלותו ואפשר לדעת כיצד היה משפיע על רמת הנזקים, הייתה מוצדקת מבחינה כלכלית.<sup>25</sup> סיבה אחרת לאי-הטלת האחריות בשל אי-הורדה יעילה של רמת פעילות עניינה בקושי להוכיח את הקשר הסיבתי שבין אי-הורדת רמת הפעילות לבין הנזק שנגרם. אם חברת הרכבות הייתה מוגדרת רשלנית על שלא הורידה את רמת פעילותה, הייתה נשאלת השאלה, בכל מקרה ומקרה שבו נגרמה שרפה, אם הייתה השרפה נמנעת אם חברת הרכבות הייתה מקיימת רמת פעילות אופטימלית. ההסתברות לכך, בכל מקרה ומקרה, הייתה 20% בלבד (שכן 80% מן השרפות היו נגרמות גם אם הרכבת הייתה נוסעת ארבע פעמים ביום במקום

22 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 18.

23 למשל, כי רבים מן הנוסעים בנסיעה שבוטלה יוכלו לנסוע באחת מארבע הנסיעות האחרות.

24 לדיון ראו Gilles, *supra* note 20.

25 לטענה שלעתיים אי אפשר לקבוע רמת זהירות במנותק מרמת הפעילות ראו Tabbach & Nussim, *supra* note 20.

חמש). בהנחה שבתי המשפט אינם מטילים במקרים מעין אלו אחריות הסתברותית,<sup>26</sup> לא הייתה מוטלת בדוגמת הרכבת אחריות נזיקית, שכן אי אפשר היה להוכיח על פי עודף הסתברויות את הקשר הסיבתי העוברתי שבין הרשלנות לבין הנזק.

במשטר משפטי של אחריות מוגברת בעיות אלו נפתרות. במשטר משפטי כזה בית המשפט אינו נזקק למידע כלשהו לשם הטלת אחריות על המזיק, להוציא מידע הנדרש לשם הוכחתו של הקשר הסיבתי העוברתי שבין התנהגותו של המזיק לבין הנזק. במשטר משפטי של אחריות מוגברת תישא חברת הרכבות במלוא נזקי השרפות בלא כל תלות בשאלה אם התרשלה או לא, ובלא תלות בשאלה אם הנזק המסוים היה נגרם אילו קיימה חברת הרכבות רמת פעילות אופטימלית. אם לא תוריד חברת הרכבות את רמת פעילותה, היא תישא באחריות לנזקים של 100, ואם תוריד את רמת פעילותה לארבע נסיעות ביום, היא תישא באחריות לנזקים של 80. לפיכך חברת הרכבות תוריד את רמת פעילותה לארבע נסיעות ביום, שכן הורדה כזו ברמת הפעילות תניב לה רווח של 10 (הפחתת אחריות בשיעור של 20 ונשיאה בעלות הורדתה של רמת הפעילות בשיעור של 10).

אך אליה וקוץ בה. אחריות מוגברת לא תמרוץ את הניזוק לשנות את פעילותו שלו כאשר שינוי זה יעיל כלכלית.<sup>27</sup> נניח למשל שהדרך היעילה למנוע את נזקי השרפות אינה הורדת רמת הפעילות של הרכבת אלא שינוי בפעילותם של החקלאים. למשל, ייתכן שהחקלאים יכולים לשנות את סוג הגידולים בשדותיהם באופן שיפחית את מידת חשיפתם לנזקי שרפות. שינוי זה אינו נטול עלויות, אך אפשר שיהיה מוצדק מבחינה כלכלית בשל סיכוני השרפות. הימנעותם של החקלאים משינוי סוג הגידולים לא יוגדר אשם תורם מסיבות דומות לאלו שבגינן אי-הורדת רמת הפעילות של הרכבת לא תוגדר רשלנות. על כן במשטר משפטי של אחריות מוגברת יזכו החקלאים בפיצוי מלא על נזקיהם, ולא יהיה להם כל תמריץ לשנות את סוג הגידולים בשדותיהם. לעומת זאת במשטר משפטי של רשלנות תמריצי החקלאים יהיו שונים. במשטר כזה, בהעדר רשלנות של הרכבת במניעת הנזקים, יושת נטל הנשיאה בנזקים על כתפיהם של החקלאים. בשל כך יהיה להם תמריץ לשנות את אופי הגידולים אם שינוי זה יפחית את נזקיהם בשיעור גבוה מן העלות הכרוכה בשינוי. בדרך זו תושג התוצאה היעילה כלכלית.

לשאלה אם בסופו של דבר משטר משפטי של רשלנות עדיף על משטר משפטי של אחריות מוגברת מנקודת מבט של יעילות כלכלית, אין תשובה החלטית. ייתכן שאם יש לבחור בין השפעה על רמת פעילותו של המזיק (אחריות מוגברת) לבין השפעה על רמת

<sup>26</sup> ראו להלן חלק ג, פרק 3.  
<sup>27</sup> Posner, *supra* note 18, at 207.

פעילותו של הניזוק (רשלנות), עדיפה ההשפעה הראשונה. כך יהיה אם יש מקום לסברה שהמקרים שבהם המזיק הוא בעל יכולת מניעה טובה יותר, רבים מן המקרים שבהם הניזוק הוא בעל יכולת טובה יותר. דרך אחרת היא לבחור בין משטר משפטי של אחריות מוגברת לבין משטר משפטי של רשלנות, על פי השוואת היתרון שיש להשפעתו של כלל האחריות המוגברת על רמת פעילותו של המזיק מצד אחד, ליתרון שיש להשפעתו של כלל הרשלנות על רמת פעילותו של הניזוק מצד אחר, בסוג הפעילות המסוימת שבה מדובר.

## 10. בעיות נוספות של מידע וחסרונותיו של מבחן מונע הנזק הזול

במקרים רבים המטרה של הפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן תקודם אם האחריות לא תוטל דווקא על מונע הנזק הזול.

מן הדיון שבפרק הקודם אפשר ללמוד על סוג מיוחד כזה של מקרים: לעתים התועלת שתצמח ממתן תמריצים לצד אחד להוריד את רמת פעילותו תעלה על התועלת שתצמח ממתן תמריצים לצד השני לנקוט אמצעי זהירות רבים יותר. כשכך הדבר, הטלת אחריות על הצד הראשון בלא תלות בהיותו מונע הנזק הזול עשויה לקדם טוב יותר את המטרה של הפחתת העלויות הכרוכות בתאונות. בשורות הבאות יוצגו מקרים נוספים שבהם מבחן מונע הנזק הזול אינו המבחן הראוי.

בסוג אחד של מקרים קיימת אפשרות ממשית שמונע הנזק הזול מבין שני הצדדים לא יפעל להפחתת הנזקים בגלל בעיות של מידע וכשלים קוגניטיביים, ואילו הצד השני עשוי לפעול לשם כך. תאונות הנגרמות ממוצרים פגומים מדגימות סוג זה של מקרים. גם אם הצרכן שמתרשל בשימוש – ועל כן הוא מונע הנזק הזול – לא יזכה בפיצוי בגין נזקיו, יש להניח שלא אחת יתרשל ויגרם נזק לעצמו. היצרן, לעומתו, אפילו אם אינו מונע הנזק הזול, נהנה מיתרון ברור על פני הצרכן במידע, ואם תוטל האחריות עליו יפעל למניעת נזקים, ובכלל זה למניעת אותם הנזקים שאפשר שייגרמו לצרכנים רשלנים.<sup>28</sup> לא במקרה שיטות משפט רבות, ובכללן שיטת המשפט הישראלית, אינן מכירות בהגנת אשם תורם ליצרן של מוצר פגום (אלא במצבים של הסתכנות מרצון או רשלנות רבתי).<sup>29</sup>

בסוג שני של מקרים אף לא אחד מן הצדדים הוא מונע נזק זול בהווה, אך קיימת אפשרות שאחד מהם, אם יישא בנזקים, יהיה מונע הנזק הזול בעתיד. אף כאן תאונות

28 Calabresi & Hirschhoff, *supra* note 18, at 1062.

29 סעיף 4 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980. אפשר לטעון שעלויות מידע גם הן חלק מעלויות המניעה, ולכן אם לצד אחד יש עלויות מידע גבוהות, עשוי הוא לא להיות מוגדר מונע הנזק הזול בשל כך בלבד. השימוש שלי בביטוי "מונע נזק זול" הוא אפוא צר יחסית, ואפשר כמובן להרחיבו.

הנגרמות ממוצרים, לאו דווקא מוצרים פגומים, עשויות להמחיש סוג זה של מקרים. ניקח לדוגמה יצרן תרופות המייצר תרופה אשר יש בה סיכונים שאינם ניתנים למניעה בהווה. התרופה אינה בגדר מוצר פגום, שכן תועלתה עולה על נזקה. יכול שיהיה טעם בהטלת אחריות על היצרן, מכיוון שאף על פי שאינו מונע הנזק הזול בהווה – לא הוא ואף לא הצרכן – הוא עשוי לשפר בעתיד את התרופה ולהקטין את נזקה. הטלת אחריות עליו תספק לו תמריצים להשקיע במחקר ופיתוח מתוך תקווה להפחית את סיכוני התרופה בעתיד. אמת, אף בלעדי אחריות יהיו ליצרן תמריצים לשפר את התרופה. התחרות עם יצרנים אחרים למשל עשויה לתרום לכך. אך עקב פערי המידע שבין היצרן לבין הצרכנים, הפוגעים באפקטיביות של התחרות כאמצעי לשיפור התרופה, הטלת אחריות נזיקית עליו עשויה להועיל.<sup>30</sup>

בסוג המקרים השלישי פעילות אחד הצדדים מאורגנת, ואפשר לבטח מפני נזקה, ואילו פעילות הצד השני אינה מאורגנת, ולכן קשה לבטח מפני נזקה.<sup>31</sup> יכולת הביטוח נותנת לצד שפעילותו מאורגנת עדיפות בהשגת מידע והופכת אותו למועמד טוב לנשיאה בנזק.<sup>32</sup> תאונות דרכים שבהן הולכי רגל נפגעים ממחישות סוג זה של מקרים. האם עדיף להטיל אחריות לנזקי תאונות אלו על הולכי הרגל או על הנוהגים ברכב? בלא תלות בשאלה מי עשוי למנוע את הנזקים בדרך זולה יותר, הטלת אחריות על הנהגים עשויה לשרת טוב יותר את המטרה של הפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. הטעם לכך הוא שנהיגה, להבדיל מהליכה, היא פעילות מאורגנת הניתנת לביטוח. אם האחריות תוטל על הנוהגים ברכב, יש להניח שירכשו ביטוח.<sup>33</sup> בשוק תחרותי תשקף פרמיית הביטוח את הסיכון שיוצר הנוהג ברכב כלפי הולכי רגל. נקיטת אמצעי זהירות הניתנים להוכחה לחברת הביטוח ואשר מפחיתים את סיכוני הפגיעה בהולכי הרגל תביא לידי הפחתת פרמיית הביטוח שתיגבה מן הנהג. הפחתת הפרמיה תספק לנהג מידע ותיתן לו תמריצים יעילים להפחתת נזקים. לעומת זאת הליכה אינה פעילות מאורגנת, וגם אם אפשר לבטח מפני נזקה, אין להניח שפרמיית הביטוח תגיב להתנהגויות של הולכי רגל המפחיתות נזקים. קשה לדמיין מצב שבו הולכי

30 Calabresi & Hirschhoff, *supra* note 18, at 1063. עם זאת טעמים אחרים עשויים לשכנע שלא להטיל אחריות על יצרנים במקרים מעין אלו. אכן, בשנות השמונים אותר בארצות הברית מה שכונה "משבר הביטוח", שהביא להפסקת ייצורם של מוצרים רבים ושנבע לדעת אחדים מהרחבת יתר של אחריות היצרנים. ראו George Priest, *The Current Insurance Crisis*, 96 YALE L. J. 1521 (1987). לקריאה מן הזמן האחרון לצמצום מאוד את אחריותם הנזיקית של היצרנים ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Uneasy Case for Product Liability*, 123 HARV. L. REV. 1437 (2010).

31 פעילות היא מאורגנת כאשר המשתתפים בה פועלים על פי אמות מידה אשר אף מי שנמצא מחוץ לפעילות יכול להבחין בהן.

32 CALABRESI, *supra* note 5, at 247–8, 252–3.

33 CALABRESI, *id.*

רגל זהירים יישאו בפרמיה נמוכה יותר, מכיוון שקשה לוודא את מידת הזהירות שבהתנהגותם אלא בעלות גבוהה מאוד.<sup>34</sup> ההבחנה בין פעילות מאורגת לפעילות שאינה מאורגנת אינה אפוא אלא כלי עזר לקביעה למי מבין שני הצדדים עדיפות על פני הצד האחר בהשגת מידע על הנזקים שיגרם, כשקיים ביטוח, וביכולתו להפחית עקב כך את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן.<sup>35</sup>

לבסוף, גם אם במקרים רבים טוב שיישא בנזק מונע הנזק הזול, לעתים קרובות יהיו יתרונות בהגדרת מונע הנזק הזול על פי קטגוריות של מקרים ולא בכל מקרה ומקרה בנפרד. יתרון אחד הוא החיסכון בעלויות התדיינות: כאשר אחריות מוטלת על מי שמאופייין כמונע הנזק הזול, אין בית המשפט הדין במקרה נדרש לבחון בכל מקרה ומקרה מי הוא מונע הנזק הזול. יתרון נוסף הוא יצירת ודאות לצדדים לפני מעשה. הגדרת מונע הנזק הזול על פי קטגוריות תגרום שמזיק או ניזוק בכוח ידעו מראש ובכירור מי יישא בנזק בלא תלות בשאלה כיצד תוגדר התנהגותם, או התנהגות הצד השני, לאחר מעשה. יתרון זה מתחזק ככל שרבים המקרים שבהם מי שמוגדר מונע הנזק הזול על פי קטגוריה הוא אף מונע הנזק הזול במקרה הקונקרטי.

## 11. מבחן השוקל הטוב

קלברזי והירשוף הציעו את מבחן השוקל הטוב כאמת המידה להטלת אחריות נזיקת.<sup>36</sup> מבחן השוקל הטוב בא להתגבר על הבעיות הטבועות ביישומו של מבחן הרשלנות או ביישומו של מבחן מונע הנזק הזול, אשר נדונו בשני הסעיפים הקודמים. אפשר לראות בו וריאציה משוכללת למבחן מונע הנזק הזול, ונראה שזאת אף ראו בו קלברזי והירשוף. השוקל הטוב הוא מי אשר נמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו. הטלת אחריות על השוקל

34 מעקב אחרי הולכי הרגל הוא יקר ואף גורם לפגיעה בפרטיות. מיון הולכי רגל לפי מידת הסיכון שבהליכתם עלול אף להביא לתוצאות בעייתיות מבחינת צדק חלוקתי, כגון שקשישים ונכים יאלצו לשאת בפרמיות גבוהות יותר מצעירים ובריאים, שכן אפשר שהקשישים והנכים יוגדרו על ידי חברות הביטוח בעלי פוטנציאל סיכון גבוה. אמנם, חשש אחרון זה קיים אף אם נהגים ימוינו לפי מידת הסיכון שבנהיגתם בלא כל מגבלות. אלא שההליכה היא פעולה בסיסית יותר מנהיגה, וגביית פרמיות גבוהות בגינה מקשישים ומנכים היא בעייתית יותר מגביית פרמיות גבוהות כאלו בגין נהיגה. כן אפשר לאסור בחוק על חברות ביטוח למיין מבוטחים לפי אמות מידה מעין אלו, אלא שלגבי הליכה יהיה לחברות הביטוח קשה למצוא אמות מידה חלופיות יותר מאשר לגבי נהיגה.

35 היכולת לבטח מפני נזקים היא שיקול עצמאי, הנפרד משיקול ההרתעה, ויש בו כדי להצדיק הטלת אחריות על המבטח הזול יותר. עניין זה יידון להלן סעיף 15.

36 Calabresi & Hirschhoff, *supra* note 18, at 1060.



הטוב תמרץ אותו להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן. לעתים השוקל הטוב יגיע למסקנה שהוא שיכול למנוע את הנזק בדרך זולה, אך לעתים יגיע למסקנה שאחר יכול לעשות זאת טוב ממנו. במקרה כזה עשוי השוקל הטוב, אם יתמרץ כראוי, לגרום שמונע הנזק הזול ימנע את הנזק. השוקל הטוב יעביר למשל מידע למונע הנזק הזול כדי שזה האחרון יפעל למניעת הנזק או "ישחד" אותו לעשות כן. דוגמה למקרה מעין זה היא יצרן שבכוחו לספק אזהרות על סיכוני המוצר לצרכן, ובכך להנחות אותו כיצד להיזהר כראוי. "השוקל הטוב" יוגדר ככזה על פי תכונותיו כשוקל טוב ולא על פי השאלה אם היה שוקל טוב במקרה הקונקרטי. מבחן השוקל הטוב פועל אפוא לפי קטגוריות של מקרים. על פיו האחריות לנזק יכול שתוטל על יצרן התרופות למשל, אם הוא בדרך כלל השוקל הטוב יותר, גם אם במקרה הקונקרטי היה הצרכן השוקל הטוב יותר. אמנם אין מניעה להכיר בחריגים לכלל, אך גם אלו יוגדרו בקטגוריות של מקרים ולא על סמך המקרה הבודד. למשל, ייתכן שייקבע שהצרכן הוא שוקל טוב יותר כאשר מדובר בסוג מסוים של תרופות, אך לא כן כאשר מדובר בסוגי תרופות אחרים.

כאמור, יכולת השקילה הטובה יותר והיכולת לפעול על סמך תוצאות השקילה הן אמות המידה להטלת האחריות לפי מבחן השוקל הטוב. לעתים לצד הראשון תהיה עדיפות על הצד האחר באשר ליכולת השקילה, ולצד האחר תהיה עדיפות באשר ליכולת לפעול על סמך תוצאות השקילה. במקרים אלו יש לשקלל את יכולת השקילה ואת היכולת לפעול על פי תוצאותיה ולקבוע מי מבין שני הצדדים הוא בסופו של דבר השוקל הטוב יותר. במקרה הקיצוני, שבו לצד הראשון יכולת שקילה טובה אך מסקנתו ההכרחית תהיה שהצד האחר, ורק הוא, יכול לפעול למניעת נזקים אלא שאין לו דרך לגרום לו לעשות כן, הטלת האחריות על הצד הראשון לא תועיל.<sup>37</sup> לעומת זאת הטלת האחריות על הצד האחר אולי תועיל, שכן על אף יכולתו המוגבלת לשקול ייתכן שאיום האחריות הנוזיקית יתמרץ אותו לפעולה.

מבחן השוקל הטוב מקדם יעילות כלכלית למרות בעיות המידע שתוארו בשני הסעיפים הקודמים. ראשית, בבחירת השוקל הטוב תובא בחשבון האפשרות שהורדת רמת הפעילות של המזיק או הניזוק תפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן. לפיכך אין מניעה שהשוקל הטוב יוגדר ככזה אף אם אין ביכולתו לנקוט אמצעי זהירות יעילים (להבדיל משינוי רמת פעילות). שנית, הבחירה בשוקל הטוב תושפע מפערי המידע שבין הצדדים, שהרי אך טבעי שבעל המידע הרב יותר יהיה לעתים קרובות בעל יכולת שקילה טובה מזו של האחר, גם אם האחר הוא מונע הנזק הזול יותר. אף החשש שאחד מן הצדדים יהיה חשוף לכשלים קוגניטיביים יותר מהאחר ועלול אפוא לנהוג בחוסר רציונליות, יש בו כדי

37 למשל, היצרן יודע שבמקרה נתון הדרך היחידה להקטין את הנזקים היא על ידי הצרכן, אך הוא כבר עשה כל שיכול לעשות כדי לגרום לצרכן לנהוג כך.

להשפיע על הגדרת השוקל הטוב. שלישית, גם אם השוקל הטוב יחליט שלא לעשות דבר כי הגיע למסקנה שכך יעיל, יהיה לו תמריץ לפתח דרכי מניעה עתידיות, ואפשר למשל שישקיע במחקר ופיתוח. על כן בבחירת השוקל הטוב יובא בחשבון מי שיכול לפתח דרכי מניעה בעתיד ולא רק מי שיש לו דרכי מניעה בהווה. רביעית, הצד שפעילותו מאורגנת ויכול אפוא לבטח מפני נזקיה באופן שפרמיות הביטוח שלו יושפעו מאמצעי הזהירות שינקוט או מהורדת רמת פעילותו, יוגדר לעתים קרובות שוקל טוב יותר בשל כך בלבד. מן המקובץ עולה שמבחן השוקל הטוב בוחן בכל קבוצת מקרים כיצד תושג במסגרתה ההפחתה המרבית של סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן מבלי להיות מחויב לכללים המסורתיים של אחריות מוגברת, של העדר אחריות או של רשלנות. כל אחד מן הכללים המסורתיים לוקה באי-יעילות במצבים מסוימים. מבחן השוקל הטוב מבקש להימנע מאי-יעילות זו ובוחן ישירות, בקטגוריות של מקרים, מי מן הצדדים יבצע טוב יותר, על סמך תכונותיו, את התפקיד של הפחתת עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ומשית עליו את נטל הנשיאה בנוק.

מבחן השוקל הטוב לא אומץ בפסיקה במפורש. עם זאת אפשר להסביר באמצעותו דוקטרינות משפטיות שונות כמו גם הסדרים חקיקתיים. אפשר שהחקיקה הקיימת במדינות שונות, ובכלל זה בישראל, המסדירה את אחריותם של יצרנים בגין תאונות ממוצרים פגומים, תהיה מוצדקת על פי מבחן השוקל הטוב. אפשר שגם העדר חובת זהירות יהיה מוצדק במצבים מסוימים על פי מבחן השוקל הטוב.<sup>38</sup>

## 12. אמצעי זהירות בלתי תלויים ורציפים

משטר משפטי של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה, משטר משפטי של רשלנות עם הגנת אשם תורם כהגנה מלאה ואף מבחן השוקל הטוב מניחים כולם שיש לבחור בצד אחד בלבד – מזיק או ניזוק – ועליו להטיל את מלוא האחריות לנזק כדי לתמרץ אותו לפעולה. אלא שבמקרים רבים הפתרון האופטימלי הוא לספק תמריצי התנהגות לשני הצדדים בעת ובעונה אחת. הטעם לכך הוא שלא אחת אמצעי הזהירות של המזיק ושל הניזוק אינם חלופיים. בדרך כלל הן המזיק והן הניזוק יכולים להשפיע על סיכון גרם הנזקים, ואף יעיל ששניהם יפעלו לשם כך בעת ובעונה אחת ללא תלות באופן התנהגותו של הצד השני.<sup>39</sup> למשל, נראה שיש לחתור לכך שהן הנוהגים ברכב והן הולכי הרגל ינקטו

38 להלן חלק ב, פרק 2, סעיף 2.ג.

39 ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS 341–2 (5<sup>th</sup> ed., 2008); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 182–9 (2004); RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 240–4 (§§ 6.8–6.11) (8<sup>th</sup> ed., 2011).

אמצעי זהירות ויפחיתו את סיכוני הנזק. בדומה לכך, טוב שהיצרן ינקוט אמצעים להפחית את סיכוני המוצר, אך טוב גם שהצרכן ינקוט אמצעי זהירות מצדו. השוואת כלל של רשלנות לכלל של אחריות מוגברת הניחה שאמצעי הזהירות הם בינריים: הבחירה היא בין נקיטת אמצעי זהירות מסוים לבין אי-נקיטתו. בפועל במקרים רבים אמצעי הזהירות הם רציפים (או לפחות קיימות כמה רמות אפשריות של זהירות), במובן זה שכל שקל המושקע במניעה מפחית את הנזק, והשקעה במניעה מוצדקת עד לנקודה שבה השקל הבא שיושקע במניעה יפחית את הנזק בשקל. למשל, נוהג ברכב מפחית בדרך כלל את תוחלת הנזק של נהיגתו באופן רציף: ככל שיפחית ממהירותו, כך תקטן תוחלת הנזק.

איזה משטר משפטי יספק תמריצי התנהגות יעילים למזיק ולניזוק במקרים שבהם שני הצדדים יכולים לפעול להפחתת הנזק, וכאשר אמצעי הזהירות שלהם הם בלתי תלויים זה בזה ורציפים? נניח שקיים משטר משפטי שלפיו במקרה של נזק כל צד נושא במחציתו. במשטר משפטי כזה תמריצי הצדדים לא יהיו יעילים. במשטר כזה כל צד המשקיע במניעת נזקים מפיק מכך תועלת שהיא מחצית התועלת של השקעתו. למשל, אם המזיק יכול למנוע נזק של שקל וחצי בהשקעה של שקל, הוא לא יעשה כן, שכן השקעה כזו תפחית את אחריותו בשיעור של 75 אגורות בלבד. שיקול דומה יפעל על הניזוק, ולכן שני הצדדים לא ישקיעו השקעה יעילה במניעת נזקים.

דרך אפשרית לפתור את בעיית תמריצי הצדדים במצבים אלו היא הטלת מס פיגוביאני. מס פיגוביאני, הקרוי על שם הכלכלן פיגו,<sup>40</sup> מושת על כל מי שפעילותו גורמת לנזקים, ואחת היא אם מזיק הוא או ניזוק, וכולל את מלוא נזקי הפעילות. תוצאה זו תושג אם במקום לפצות את הניזוק ישלם המזיק למדינה את דמי הנזק שגרם כמס שייגבה ממנו. במצב כזה הן המזיק והן הניזוק ישקיעו השקעה יעילה במניעת נזקים, שכן כל אחד מהם יזכה במלוא התועלת של השקעתו. המזיק ישקיע עתה שקל במניעת נזק של שקל וחצי, שכן הוא ייחנה במלואה מהפחתת הנזקים שלה יגרום. מערכת תמריצים זהה תפעל אף על הניזוק.<sup>41</sup> בעולם המציאות אין מוטל מס פיגוביאני. מהו אפוא המשטר המשפטי אשר יספק תמריצי התנהגות אופטימליים כאשר שני הצדדים יכולים לפעול למניעת נזקים בעת ובעונה אחת? מתברר שכלל של רשלנות – עם או בלי הגנת אשם תורם (כהגנה מלאה או חלקית)<sup>42</sup>

40 ARTHUR C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE (4<sup>th</sup> ed., 1932).  
41 זהו רעיון ה-double liability: ראו Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property*: *The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV. 1 (1985).  
42 לטיעון בעד עדיפות להגנת אשם תורם מלאה במקום זו החלקית הנוהגת במרבית המדינות ראו Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Uneasy Case for Comparative Negligence*, 5 AM. L. ECON. REV. 433 (2003).

– וכלל של אחריות מוגברת עם הגנת אשם תורם עשויים לספק תמריצי התנהגות יעילים לשני הצדדים לחוזה, לפחות ככל שמדובר בנקיטת אמצעי זהירות (להבדיל מהורדת רמת פעילות), ובהנחה שאין בעיות מידע לצדדים או לבית המשפט.<sup>43</sup> למשל, כאשר חל כלל של רשלנות בלי הגנת אשם תורם, תמריציו של המזיק להיזהר הם יעילים: בהנחה שהניזוק אינו מתרשל, יישא המזיק במלוא הנזקים שהיה יכול למנוע בעלות הנמוכה משיעור תוחלתם. בשל כך יהיה למזיק תמריץ להשקיע במניעת נזקים עד לנקודה שבה השקל הנוסף שישקיע יפחית את הנזקים בשקל אחד. אשר לניזוק, תמריציו לפעול למניעת הנזק יהיו יעילים מכיוון שהוא ידע שכאשר התנהגותו של המזיק יעילה, הוא יישא בכל הנזקים שייגרמו לו על ידי המזיק שלא ברשלנות. נשיאה שיוצרת זו בנזקים תגרום לו להשקיע במניעתם עד לנקודה שבה השקל הנוסף שישקיע יפחית נזקים אלו בשקל, וכך שני הצדדים יפעלו ביעילות להפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן.<sup>44</sup>

### 13. פיצויים לעומת ציווי

שתי תרופות עיקריות עומדות לרשותם של בתי המשפט בדונם בתביעות נזיקיות: פיצויים וציוויים. פיצויים הם צופי פני עבר,<sup>45</sup> ואילו ציוויים הם צופי פני עתיד.<sup>46</sup> במרבית התביעות הנזיקיות ציוויים אינם רלוונטיים, שכן הנזק כבר אירע, ותרופת הפיצויים היא היחידה הבאה בחשבון. אולם קיימים מקרים – ודיני המטרידים הם הדוגמה הטובה ביותר לכך – שלבית המשפט יש אפשרות לשקול אם ליתן צו ולמנוע נזקים עתידיים או שמא לאפשר למעוול לגרום את הנזק אך לחייבו בפיצויים לאחר שיארע. הבחירה בין צו לבין פיצויים נדונה באחד המאמרים הקלסיים בניתוח הכלכלי של המשפט, מאמרם של גוידו קלברזי ואברהם מלמד.<sup>47</sup> קלברזי ומלמד מציעים ארבעה כללים

43 Cooter & Ulen, *supra* note 39, at 342–7; Shavell, *supra* note 39, at 182–9

44 Cooter & Ulen, *supra* note 39, at 342–4; Shavell, *supra* note 39, at 185–6

45 אם כי לעתים תיתכן פסיקת פיצויים בגין נזקים עתידיים. ראו להלן חלק ג, פרק 3, סעיף 3.

46 אם כי אפשר שיינתנו אף צווים לתיקון נזקים שאירעו בעבר. ראו למשל סעיף 2 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב–1992.

47 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) מאמרים מאוחרים מזה הוסיפו ושכללו את הכללים שהציעו קלברזי ומלמד. ראו למשל, Lucian Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, 100 MICH. L. REV. 601 (2001); Ian Ayres, *Protecting Property with Puts*, 32 VAL. U. L. REV. 793 (1998); Ronen Avraham, *Modular Liability Rules*, 24 INT'L REV. L. ECON. 269 (2004); Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Pliability Rules*, 101 MICH. L. REV. 1 (2002); Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 NW. U.

חלק ראשון: הבסיס העיוני של דיני הנויקין

עיקריים שבאמצעותם אפשר להסדיר את התחום של דיני המטרדים (המקרה המרכזי שבאמצעותו הם מדגימים את טענתם הוא של גרם זיהום). שני הכללים הראשונים (כלל 1 וכלל 2) מתייחסים למצב שבו הזכאות ניתנת לקרבן, דהיינו לקרבן זכאות מהותית לחיות ללא זיהום, ושני הכללים האחרונים (כלל 3 וכלל 4) מתייחסים למצב שבו הזכאות ניתנת למזהם, דהיינו למזהם זכאות מהותית לזהם. כל אחת מן הזכאויות ניתנת להגנה באחת משתי דרכים: באמצעות כלל קנייני (כלל 1 וכלל 3) או באמצעות כלל אחריות (כלל 2 וכלל 4). הגנה של כלל קנייני משמעה שאיש אינו רשאי ליטול את הזכאות מבעליה בלא הסכמתו, ועל כן אם היא תופר הוא יהיה זכאי לקבל צו מבית המשפט שיגן על זכאותו מפני המפר. הגנה של כלל אחריות משמעה שאפשר ליטול את הזכאות מן הזכאי אף בלא הסכמתו, אך יש לפצות אותו בגין הפגיעה שנגרמה לו. הטבלה שלהלן מציגה בתמצית את ארבעת כללי האחריות:

אופי ההגנה	בעל הזכאות	
כלל קנייני	קרובן	1
כלל אחריות	קרובן	2
כלל קנייני	מזהם	3
כלל אחריות	מזהם	4

נקודת המוצא היא שכאשר עלויות עסקה הן נמוכות, כדי להשיג יעילות כלכלית לא משנה למי ניתנת הזכאות מלכתחילה, למזהם או לקרבן (אם כי יש לכך השלכות חלוקתיות כמוכונן). הטעם לכך הוא, כפי שעולה מן התאורמה של קואס, שכך או אחרת הצדדים יסדירו את יחסיהם באופן שהנזק יימנע בדרך הזולה ביותר האפשרית, אם אכן ראוי למנוע אותו.<sup>48</sup> למשל, אם הכלל יקבע כי לקרבן זכאות לחיות בלא זיהום, אך יתברר במקרה נתון שעלויות המניעה של המזהם גבוהות מן הנזק של הקרבן, יסכימו הצדדים ביניהם שהקרבן ירשה למזהם להמשיך לזהם, ובתמורה ישלם לו המזהם סכום כסף אשר יכסה לפחות את נזקיו. לפיכך כאשר עלויות עסקה הן נמוכות, אפשר להסתפק בהגנה של כללי קניין ואין צורך בכללי אחריות, ואף לא משנה, מנקודת מבט של יעילות כלכלית, למי ניתנה הזכאות.

L. REV. 1823 (2009); Saul Levmore, *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules*, 106 YALE L. J. 2149 (1997). ליישום כללים אלו במקרים של יצירת טובות הנאה, להבדיל מגרם נזק, ראו Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189 (2009).

לעיל סעיף 6. 48

המצב משתנה כאשר מניחים עלויות עסקה גבוהות אשר עלולות למנוע עסקה בין המזהם לקרבן. למשל, אם קיים מזהם אחד אך מאות קרבנות, עלויות העסקה הן גבוהות, והסיכוי שהצדדים יצליחו להגיע לעסקה ביניהם קטן. במקרה זה נקודת המוצא היא שיש לקבוע זכאות לטובת מי שאינו מונע הנזק הזול ולהגן על זכאותו באמצעות כלל קנייני, ובכך לתמרץ את מונע הנזק הזול למנוע את הנזק. אם ברור שאין ראוי למנוע את הנזק, שכן עלויות המניעה גבוהות מתוחלתו, או אם ברור שהקרבן הוא מונע הנזק הזול, יש להקנות את הזכאות, המוגנת על ידי כלל קנייני, למזהם (כלל 3). אם לעומת זאת ברור שהמזהם הוא שיכול למנוע את הנזק בדרך זולה, יש להקנות את הזכאות, המוגנת על ידי כלל קנייני, לקרבן (כלל 1). כאשר חל כלל 3, איש לא יוכל למנוע מן המזהם לזהם בלא הסכמתו, ואילו כאשר חל כלל 1, איש לא יוכל לאלץ את הקרבן לחיות עם הזיהום. כל ניסיון להפר את הזכאות יקנה לבעל הזכאות את הכוח לפנות לבית המשפט ולבקש צו מניעה שיפסיק את ההפרה (לבחירה בין כלל 1 וכלל 3 קיימות כמובן אף השלכות חלוקתיות).

אולם לעתים לא ברור מה הפתרון היעיל: לא ברור מי מונע הנזק הזול, ואף לא ברור אם יש בכלל מונע נזק זול. כאן נכנסים כללי האחריות לתמונה. אם הזכאות היא לקרבן, הגנה של כלל אחריות (כלל 2) משמעה שהמזהם רשאי לזהם אך עליו לפצות את הקרבן בגין נזקיו. אם המזהם יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה מגודל הנזק שבו הוא נושא, הוא ימנע אותו, ואם עלות המניעה גבוהה מנזק זה, הוא ימשיך בזיהום ויפצה את הקרבן בגין נזקיו.<sup>49</sup> הפנמת המזהם את נזקיו של הקרבן מבטיחה אפוא שהזיהום יתקיים רק אם הוא יעיל. אם לעומת זאת הזכאות היא למזהם, הגנה של כלל אחריות (כלל 4) משמעה שהקרבן רשאי להורות למזהם להפסיק לזהם (ואף לפנות לבית המשפט, אם המזהם מסרב, כדי שיחייב אותו לעשות כן), אך עליו לפצות את המזהם בגין הנזק שנגרם לו מהפסקת הזיהום. נזק זה יכול להיות עלויות מניעה שהמזהם נאלץ להוציא כדי להפסיק את הזיהום, ובמקרה הקיצוני – העלות הכרוכה בהפסקת פעילותו כליל. אם העלויות של המזהם במניעת הנזק שתיכפה עליו על ידי הקרבן – שבהן יישא הקרבן – קטנות מן הנזק שנגרם לקרבן, יפעיל הקרבן את כוחו להפסיק את הזיהום וישלם בגין עלויות הפסקת הזיהום, אך אם עלויות אלו של המזהם גבוהות מן הנזק שנגרם לקרבן, לא יעשה הקרבן דבר והנזק יוסיף וייגרם. הפנמת עלויותיו של המזהם במניעת הנזק על ידי הקרבן מבטיחה אפוא שהזיהום יתקיים רק אם הוא יעיל,

49 אם הניזוק מצדו היה יכול להקטין את הנזק באמצעות השקעת עלויות סבירות אך נמנע מלעשות כן, הוא יפוצה אך בגין אותו חלק מן הנזק שאותו לא היה יכול להקטין כאמור.

ממש כמו בהתקיים כלל 2.50 מכאן אף עולה שכאשר לא ברור אם ראוי למנוע את הנזק, או לא ברור מי מונע הנזק הזול, הן כלל 2 והן כלל 4 עשויים להיות פתרון הולם.<sup>51</sup> כדי להמחיש את אופן פעולתם של כללי האחריות 2 ו-4 ואת הדרך לבחור ביניהם כדי להשיג יעילות כלכלית, נניח שהנזק הוא 100, אך לא ברור אם עלות מניעתו קטנה מ-100, שאז מניעתו יעילה, או גבוהה מ-100 – שאז מניעתו אינה יעילה. על פי כלל 2 המזהם ימנע את הנזק אם עלות המניעה קטנה מ-100, למשל 50 (שאם לא כן הוא יישא באחריות לנזקים שתוחלתם 100), ולא ימנע אותו אם עלותו גדולה מ-100, למשל 150. כך או אחרת תושג התוצאה היעילה, כאשר ההחלטה כיצד לנהוג היא בידי המזהם. לעומת זאת כלל 4 נותן את ההחלטה לקרבן, אך בדיוק לפי אותם פרמטרים שהנחו את המזהם לפי כלל 2. הפעם הקרבן, ולא המזהם, הוא שיצטרך להחליט אם להפסיק את הזיהום או לא, כאשר הוא נושא בעלויותיו של המזהם במניעת הנזק. לכן לפי כלל 4, הקרבן הוא שישווה את נזקיו לעלויות המניעה של המזהם ויחליט את אותן החלטות שהחליט המזהם לפי כלל 2: אם עלות המניעה היא 50, הוא יעדיף לשלם למזהם 50 ולחייב אותו למנוע את הנזק של 100, אך אם עלות המניעה היא 150, הוא לא יעשה דבר ויאפשר את המשך גרם הנזק. ממילא תושגנה אף כאן התוצאות היעילות כלכלית.

הבחירה בין כלל 2 לבין כלל 4 תיעשה לפי קשיי הפעלתם בבית המשפט ולפי סיכוני הטעות הכרוכים בהפעלתם (לבחירה בין הכללים יש אף השלכות חלוקתיות). אם החשש שבית המשפט ישגה בהערכת נזקיהם של הקרבנות גדול מן החשש שישגה בהערכת עלויות המניעה של המזהמים, כלל 4 עדיף על כלל 2, ואם החשש הוא הפוך, כלל 2 עדיף על כלל 4. הטעם לכך הוא שכלל 4 מחייב את בית המשפט להעריך את עלויות המניעה של המזהמים (שכן לפי כלל זה הקרבן רשאי לחייב את המזהם למנוע את הנזק, אך הוא חייב לפצות אותו בגין עלויות המניעה), ואילו כלל 2 מחייבו להעריך את נזקיהם של הקרבנות (שכן לפי כלל זה המזהם רשאי לזהם, אך הוא חייב לפצות את הקרבן בגין נזקיו). הטעויות האפשריות בהפעלתם של כללי האחריות 2 ו-4 אף מלמדות על יתרון חשוב שיש לכלל קנייני על פני כלל אחריות. כלל אחריות, כלל 2 למשל, עלול להביא לידי אי-

50 הפיצוי למזהם יהיה רק בגין אותו נזק שנגרם לו ושלא היה יכול להקטינו בעלויות סבירות: לעיל ה"ש 49.

51 במקרה של מטרד ליחיד עומד לעתים קרובות מזהם אחד מול קרבן אחד, ואז עלויות העסקה הן בדרך כלל נמוכות, ואילו במקרה של מטרד לציבור עומד בדרך כלל מזהם אחד מול מספר רב של קרבנות, ואז עלויות העסקה הן גבוהות. הבדל זה יכול להצדיק הגנה באמצעות כללים קנייניים במקרה הראשון (קרי: אם בעל הזכאות הוא הקרבן, הוא יוכל לזכות בצו מניעה לשם הפסקת המטרד), וכללי אחריות במקרה השני (קרי: אם בעלי הזכאות הם הקרבנות, תרופתם תהיה בדרך כלל פיצויים). אולם גם במקרה של מטרד ליחיד יכול שעלויות העסקה תהיינה גבוהות בגלל ריבוי צדדים, בדרך כלל ריבוי קרבנות. ראו דיון להלן בהמשך הפרק.

מניעת הזיהום גם אם יעיל למנעו, שכן כאשר כלל זה חל, המזהם מפצה את הקרבן בגין נזקיו כפי הערך האובייקטיבי הניתן להם בבית המשפט, שעה שלא אחת הקרבן מייחס לנזקים אלו ערך רב יותר. חשש זה להרתעת חסר נעלם אם זכאותו של הקרבן מוגנת בכלל קנייני: הקרבן לא יסכים להרשות את הזיהום אלא אם יפוצה באופן מלא בגין נזקיו, לפי הערכים שהוא נותן להם.

שאלת הסעדים שבית המשפט רשאי ליתן בתחום דיני המטרדים נדונה לפני כמה עשרות שנים בבית המשפט העליון בעניין אתא נ' שוורץ.<sup>52</sup> באותו מקרה שלל בית המשפט העליון את האפשרות ליתן פיצויים (כלל 2) במקום צו מניעה (כלל 1) שעה שמדובר במטרד אשר גורם נזק ממשי אף שלשון פקודת הנזיקין אינה מחייבת מסקנה כזו.<sup>53</sup> הגישה הכלכלית, כולל מאמרים של קלברוי ומלמד, אוזכרה בפסק הדין כתמיכה אפשרית למתן סעד של פיצויים במקום צו, אך נדחתה בלא דיון ממשי. תיקון מאוחר יותר של פקודת הנזיקין מאפשר לבית המשפט ליתן פיצויים במקום צו במקרים מסוימים של שימוש במקרקעין הדרוש לטובת הציבור.<sup>54</sup> פסיקה מאוחרת יותר, לאחר פסק דין אתא, מרמזת שבית המשפט יהיה מוכן אולי במקרים מסוימים לשקול מתן פיצויים במקום צו.<sup>55</sup> לבסוף, בעת שניתן פסק דין אתא כמעט לא הייתה מוכרת בישראל הגישה הכלכלית למשפט, וניכר אף שהשופטים שישבו לדין בעניין אתא לא באמת הכירו אותה. המצב השתנה מאז, ולא מן הנמנע שבמקרה עתידי שיגיע לבית המשפט העליון גישה זו תיבחן ביתר תשומת לב בהקשר של דיני מטרדים. אין פירושו של דבר שבמקרה אתא היה נכון, על פי הגישה הכלכלית, להפעיל את כלל 2 (פיצויים) במקום את כלל 1 (צו מניעה). הדבר תלוי בעיקר בשאלה אם עלויות העסקה בעניין אתא היו גבוהות, ואם כן, עד כמה ברור היה מיהו מונע הנזק הזול. בין שהעלויות היו נמוכות ובין שהיה ברור שיוצרת המטרד הייתה מונעת הנזק הזולה, צו מניעה היה מוצדק על פי הגישה הכלכלית.

#### 14. מהלכה למעשה: האם דיני הנזיקין מרתיעים?

האם דיני הנזיקין ממלאים את תפקידם ההרתעתי? יש המטילים ספק בכך, מכמה סיבות: ראשית, השגת הרתעה באמצעות דיני הנזיקין מותנית בהיותם של מזיקים וניזוקים בכוח

52 ע"א 44/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד (3) 785 (1976).  
 53 סעיף 74 לפקודת הנזיקין קובע מתי לא יינתן צו, ובית המשפט פירש כי מכך יש ללמוד שאם אין מתקיימים התנאים לאי-מתן הצו, יש ליתן אותו. עניין אתא, שם.  
 54 סעיף 48ב לפקודת הנזיקין.  
 55 המר' 468/81 נוצר חברה לנאמנות בע"מ נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, פ"ד לה (4) 736 (1981); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 853-856 (1989).



מסוגלים להעריך את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן ולפעול על סמך הערכה זו. לשם כך הם נזקקים למידע, אך בפועל לא תמיד המידע נגיש להם. במקרים אחרים, אפילו אם יש בידיהם מידע כזה, התנהגויותיהם אינן בהכרח רציונליות, ולפיכך אין ודאות שיפעלו כנדרש לשם קידומה של ההרתעה האופטימלית. שנית, כדי להפעיל את דיני הנזיקין באופן שישגו הרתעה, צריך שלבתי משפט יהיה המידע הנדרש כדי לקבוע מי מן הצדדים יישא בנזק ומה גודל הנזק שנגרם במקרה הקונקרטי. אף מידע זה אינו ניתן תמיד להשגה.<sup>56</sup> שלישית, בעולם המודרני יותר ויותר פעילויות מבוטחות. במקרים אלו הצדדים אינם עומדים ממילא לשאת בנזק, ועל כן הם נעדרים תמריצים למנעו או להקטינו.<sup>57</sup> רביעית, כדי להשיג הרתעה צריך שניזוקים יגישו תביעות נגד מזיקים כאשר אלו האחרונים אחראים לנזק, וכי המזיקים אכן יהיו מסוגלים לשאת בנזק. בפועל ניזוקים רבים אינם תובעים הן בגלל עלויות ההתדיינות אשר הופכות תביעות רבות לבלתי כדאיות לניזוק, הן משום שניזוקים אינם תמיד יודעים שניזוקו, והן משום שלעתים הנזקים אינם נגרמים לניזוק ספציפי אלא לחברה בכללותה (כגון נזקים לסביבה). במקרים אחרים, במיוחד כאשר הנזק הצפוי גבוה במיוחד, המזיקים אינם מסוגלים לשאת במלוא הנזק שגרמו בשל מיעוט המשאבים העומדים לרשותם, ועקב כך הרתעתם נמצאת נפגעת.

אף על פי שבמקרים רבים סיבות אלו אינן חסרות בסיס, אין בכוחן לשלול את כוחם ההרתעתי של דיני הנזיקין. עם זאת הן עשויות ללמד שבמקרים מסוימים המטרה ההרתעית קשה להשגה, וכי נדרשים אמצעי הרתעה נוספים שיפעלו בצד דיני הנזיקין, ולעתים אף במקומם.

שתי הסיבות הראשונות עוסקות בבעיות מידע, לצדדים ולבתי המשפט, וכן בהנחת הרציונליות של הצדדים. הסיבה השלישית עוסקת בביטוח. כפי שהוסבר בסעיפים הקודמים של חלק זה, במקרים רבים למזיקים ולניזוקים יש מידע הן בשל היותם מתווכמים והן בשל קיומו של ביטוח. קיומו של ביטוח אינו פוגע בהכרח בהרתעה, ובמקרים רבים מחזק אותה. אמת, המידע של הצדדים כאשר לעלויות התאונות ועלויות מניעתן בדרך כלל אינו מלא, אך גם בהעדר מידע מלא, ואפילו אם הצדדים אינם פועלים תמיד באופן רציונלי – לדיני הנזיקין תהיה השפעה על התנהגויותיהם. מאחר שכך, רצוי שהכללים הנזיקיים יביאו השפעה זו בחשבון וישאפו לקדם את ההרתעה בצורה הטובה ביותר האפשרית, בהתחשב בבעיות המידע – לצדדים ולבית המשפט – ובהתחשב בחשש להתנהגויות לא רציונליות. כפי שראינו, מבחן השוקל הטוב עושה זאת באופן מפורש וישיר, והטלת האחריות על פיו נעשית בין היתר תוך התחשבות בבעיות המידע של הצדדים ואף בכשלים הקוגניטיביים שלהם וכן במגבלות המוטלות על בתי המשפט.

56 ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב 421, 446–485 (1993);

STEPHEN D. SUGARMAN, DOING AWAY WITH PERSONAL INJURY LAW 7–8 (1989).

57 גלעד, לעיל ה"ש 56, בעמ' 491–485; SUGARMAN, *supra* note 56, at 12–18.

גם בבעיות האכיפה – הסיבה הרביעית – אין כדי לשכנע שאין בכוחם של דיני הנזיקין להשיג הרתעה. במשפט קיימים כלים שונים שבכוחם לצמצם את הרתעת החסר הנובעת מתת-האכיפה של דיני הנזיקין. בראש ובראשונה בצד דיני הנזיקין פועלים לא אחת דינים אחרים לשם הרתעה מגרם תאונות – המשפט הפלילי והסדרים חקיקתיים אחרים – אשר עשויים להשלים את שדיני הנזיקין מתקשים להשיג. במקרים מסוימים תובענות ייצוגיות ומנגנונים אחרים המאפשרים איחוד תביעות עשויים להפחית את עלויות ההתדיינות ולעודד הגשת תביעות על ידי תובעים אשר לולא כן לא היו עושים זאת. לבסוף, בשיטות משפט שונות, בעיקר בארצות הברית, יש סמכות למושבעים או לבתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים ובכך להפחית את הרתעת החסר. אף בישראל יש לבתי המשפט באופן עקרוני סמכות כזו אלא שהיא כמעט אינה מופעלת.<sup>58</sup>

בתחומים רבים דיני הנזיקין הם כלי הרתעה העיקרי, כמעט היחיד, מפני תאונות. המשפט הפלילי אינו רלוונטי בחלק ניכר מן המקרים, ועל כן אינו משמש בהם כלי הרתעה אפקטיבי. תאונות רפואיות, תאונות ממוצרים פגומים, תאונות עבודה ותאונות דרכים רבות הן דוגמאות אחדות לכך.

דיני הנזיקין אפוא מרתיעים אף אם אינם עושים זאת באופן מושלם.

## 15. הערה על פיזור נזק ועלויות מנהליות

קלברזי טען בספרו *The Costs of Accidents* כי נוסף על המטרה של הפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן על דיני הנזיקין לחתור להשגתן של שתי מטרות משנה: פיזור הנזק והפחתת העלויות המנהליות הכרוכות בהפעלתם של דיני הנזיקין.<sup>59</sup>

הרעיון העומד מאחורי פיזור הנזק הוא שמוטב שאותם נזקים שנגרמים בתאונות יינשאו על כתפיים רבות ולא על כתפיו של המזיק או הניזוק הבודד. למשל, מוטב שנוק של מיליון שקלים ייפול על מיליון בני אדם – שקל על כל אדם – ולא על אדם אחד, בהנחה שאין הבדל רלוונטי בין בני האדם השונים (כגון שהאדם האחד הוא עשיר מאוד ואילו המיליון האחרים הם עניים מרודים). אפשר להסביר את רעיון פיזור הנזק באמצעות רעיון התועלת השולית הפוחתת בכסף: לשקל האחרון של אדם (דהיינו, האחרון שזכה בו, והראשון שיוציא) יש ערך נמוך מזה של השקל האחד לפני האחרון, ונמוך עוד יותר מהשקל המיליון שלפני האחרון. לכן אבדן התועלת למיליון בני אדם, שמכל אחד מהם ניטל שקל אחד, קטן לאין שיעור מאבדן התועלת לאדם אחד שניטלו ממנו מיליון שקלים (שוב, בהנחה שאין הבדלים רלוונטיים בין בני האדם). רעיון התועלת השולית הפוחתת בכסף מזוהה עם

58 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 562–567.  
59 Calabresi, *supra* note 5, at 39–67, 225–6, 258–9.

התופעה המכונה שנאת סיכון: עקב התועלת השולית הפוחתת בכסף יעדיפו בני אדם רבים – שונאי סיכון – לשלם 1,000 שקלים ואף יותר (כפרמיית ביטוח למשל) כדי להתגונן מפני סיכון של 1/1000 להפסיד מיליון שקלים; את אלף השקלים הם משלמים בשקלים האחרונים שלהם, ואילו מיליון השקלים שהם עלולים להפסיד יכללו אף את השקלים הראשונים שלהם. מי שאחת היא לו האפשרות הראשונה או האחרונה הוא ניטרלי לסיכון, ומי שמעדיף דווקא את האפשרות השנייה – הוא אוהב סיכון.

פיזור נזק יכול להיעשות בדרך של רכישת פוליסת ביטוח או בדרך של פיזור עצמי. חברת הביטוח היא המנגנון אשר מאפשר את פיזור הנזק על בני אדם רבים. למשל, כל נוהג ברכב הרוכש פוליסת ביטוח נושא בפרמיית ביטוח, ובתמורה מובטח לו שאם ייפגע או יפגע באחרים, חברת הביטוח, ובעקיפין כל ציבור הנוהגים ברכב הרוכשים ביטוח אצל חברת הביטוח, יישאו בנזקיו. לעומת זאת פיזור עצמי מתקיים כאשר פירמה אשר עלולה לגרום לנזקים שיהיה עליה לשאת בהם, במקום לרכוש ביטוח מפזרת את עלות הנזק בין ציבור הלוקחות שלה דרך מחיר המוצר או השירות שהיא מוכרת.

בדיני הנזיקין יש כדי לקדם את המטרה של פיזור הנזק. למשל, אפשר שתישאל השאלה אם להטיל אחריות על המעביד לנזקיו של עובדיו הנפגעים במקום העבודה. טיעון אפשרי בעד הטלת אחריות כזו הוא שהיא תעודד את המעביד לרכוש ביטוח צד ג או לפזר את הנזק באופן עצמי על לקוחותיו דרך מחיר המוצר או השירות. אמנם גם העובדים יכולים לכאורה לרכוש ביטוח אם הנזקים ייוותרו על כתפיהם, אלא שיש להניח שאם כל עובד ירכוש ביטוח לעצמו, יהיה הביטוח יקר מרכישה מרוכזת על ידי המעביד. בנוסף, למעביד מידע רב מזה של העובדים על גורמי הנזק ותוחלת הנזק, ואף בכך יש כדי להזיל את רכישת הביטוח בשבילו. לבסוף עובדים רבים עלולים להימנע מלרכוש ביטוח אם הנזקים ייוותרו על כתפיהם לא רק בשל העדר מידע אלא אף בשל כשלים קוגניטיביים או משום שיחשבו שאם ייפגעו תישא החברה (דרך תשלומי סעד למשל) בנזקיהם. המעביד ממילא אינו שוקל שיקולים כאלה, וברור למדי שירכוש ביטוח. מכל הטעמים האלה המעביד הוא מפזר נזק טוב מן העובד.

פעמים רבות תהיה חפיפה בין השוקל הטוב למפזר הנזק הטוב, שכן פרמטרים דומים מגדירים הן את זה והן את זה. אך לעתים יכול שהשוקל הטוב פחות הוא מפזר הנזק הטוב יותר ולהפך, ואז על שיטת המשפט יהיה לבחור בין קידום הרתעה על חשבון פיזור נזק או קידום פיזור נזק על חשבון הרתעה.

גם לשיקולים של עלויות מנהליות יש מקום בדיני הנזיקין. לעתים כלל משפטי אחד עשוי להיות קל ליישום יותר מכלל משפטי אחר. למשל, אחת ההצדקות האפשריות למשטר משפטי של אחריות מוגברת על פני משטר משפטי של רשלנות הוא שהראשון זול יותר להפעלה: הוא מייתר את הצורך לנהל משפטים ארוכים באשר לשאלה אם הנזק נגרם עקב

התרשלותו של המזיק. זו כנראה אחת הסיבות שבגינן עבר המחוקק הישראלי בשנת 1975 בתחום נזקי הגוף הנגרמים בתאונות דרכים ממשטר משפטי של רשלנות למשטר משפטי של אחריות ללא אשם.<sup>60</sup> שיקולים מנהליים משמשים לעתים אף בתחום דיני הרשלנות, ועשויים במקרים מסוימים לפעול נגד הכרה בקיומה של חובת זהירות. למשל, החשש להטיל אחריות רחבה בגין נזקים לא ממוניים שנגרמו ברשלנות מנומק לא אחת בחשש שאחריות כזו כרוכה בעלויות מנהליות רבות בשל האופי הסובייקטיבי של הנזקים הלא ממוניים, דבר שעלול אף לגרום שתוגשנה תביעות סרק, ומזיקים ישלמו פיצוי יתר.<sup>61</sup>

60 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. אחריות ללא אשם מייתרת את הצורך להיזקק לאשם בכלל, הן של המזיק והן של הניזוק. לעומת זאת אחריות מוגברת היא אחריות שאינה תלויה באשמו של המזיק אך עשויה להיות תלויה באשמו של הניזוק. למשל, באשמו של הניזוק יש כדי להיות עילה להפחתת שיעור הפיצויים שבו יזכה הניזוק עקב אשמו התורם אף במשטר משפטי של אחריות מוגברת.

61 להלן חלק ב, פרק 7.



## פרק 2

### צדק מתקן

1. כללי. 2. ארנסט וינריב: קורלטיביות ואישיות; א. קורלטיביות; ב. אישיות; ג. תפיסת הרשלנות של וינריב והביקורת עליה. 3. ג'ורג' פלטר: סיכונים לא הדדיים; א. סיכונים לא הדדיים מהם? ב. הפרדת החבות מן הזכאות: הצדקות לעומת פטורים; ג. ביקורות.

#### 1. כללי

על מקומו של הצדק המתקן במשפט הפרטי בכלל ובדיני הנזיקין בפרט עמד לראשונה אריסטו. הוא אף שטבע את ההבחנה בין "צדק חלוקתי" לבין "צדק מתקן".<sup>62</sup> על פי הבחנה זו, שיקולי צדק חלוקתי מתייחסים לאופן חלוקתם הצודקת של טובים ונטלים שונים בין פרטים בחברה. אלא שדיני הנזיקין על פי אריסטו אינם מבוססים על צדק חלוקתי אלא על צדק מתקן. על פי עקרון הצדק המתקן, יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עולתית של אדם בחברו כדי שישוּב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה זו. אריסטו ביסס עיקרון זה של צדק על היותה של פגיעה עולתית הפרה של השוויון הקיים בין בני אדם בעסקיהם זה עם זה. השבת מצב העניינים לקדמותו מתקנת אפוא הפרה זו של שוויון.<sup>63</sup> שאלת המפתח היא אימתי אפשר לומר על פגיעה של אדם בחברו שהיא פגיעה עולתית, ואשר על כן מחייבת את השבת המצב לקדמותו. אריסטו הדגיש בכתביו שלעניין זה אישיותו של המזיק או הנזוק אינה מעלה או מורידה. "אין זה משנה כלל", אומר אריסטו, "אם איש הגון קיפח נבל או נבל – איש הגון... החוק אינו משווה לנגד עיניו אלא את הנזק שנגרם, לפי סימני ההיכר המייחדים אותו בתור שכזה, והוא מתייחס לשני הצדדים כאילו הם שווים כשיש להכריע בשאלה אם אחד עשה ואחד נעשה לו עוול, ואם אחד גרם ואחד נגרם לו נזק".<sup>64</sup>

62 אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס 116–120 (תרגם י.ג. ליבס, 1985).

63 אריסטו, שם, בעמ' 118.

64 אריסטו, שם, בעמ' 118.

תאורטיקנים אשר מדגישים את מרכזיותו של עקרון הצדק המתקן בדיני הנזיקין חלוקים בשאלה מה הם מאפייניה של אותה פגיעה עוולתית, אשר עקרון הצדק המתקן מחייב את תיקונה. חלקם מוצאים תימוכין לתאוריית הצדק המתקן שבה הם מחזיקים בדבריו של אריסטו המצוטטים לעיל.<sup>65</sup> המייחד את כולם הוא ההתבוננות במאפיינים השונים של אירוע הנזק והניסיון ללמוד מהם, ומהם בלבד, אם הפגיעה הייתה עוולתית. אין הם בוחנים אלא את מעשיו של המזיק, ולעתים אף את אלו של הנזוק. מכאן ששיקולי קידום טובתה של החברה בכללותה או אופן חלוקת המשאבים בה אינם עומדים לנגד עיניהם ואף לא שיקולים הנוגעים למזיק ולניזוק שאינם קשורים באירוע הנזק, כגון עושרו של האחד או דלותו של האחר. לדידם, לדיני הנזיקין יש מטרה, כפי שניסח זאת אחד מחשובי התאורטיקנים בתחום, "להיות דיני נזיקין"<sup>66</sup> ולא לשמש כלי להשגת מטרות אחרות שאינן עשיית צדק – מסוג של צדק מתקן – בין המזיק לניזוק הקונקרטיים.<sup>67</sup> אף על פי שרוב המשותף בין אלו הסבורים שדיני הנזיקין נועדו להגשים את עקרון הצדק המתקן, רבה אף המחלוקת. זו נוגעת לשתי שאלות חיוניות להבנת עקרון הצדק המתקן: השאלה הראשונה היא אימתי פגיעתו של המזיק בניזוק תיחשב לפגיעה עוולתית; השאלה השנייה היא כיצד יתוקן מצב העניינים לאחר שנקבע כי הפגיעה אכן הייתה עוולתית.

65 ראו George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 547, n. 40 (1972). נראה כי אף ארנסט וינריב וארתור ריפשטיין מבססים את התאוריות שלהם על אריסטו, או לפחות נעזרים בו: ARTHUR: RESPONSIBILITY, AND THE LAW 270 (§ 9.1.1) (1999). John Ripstein, *What is Tort Law for? Part 1: The Place of Corrective Justice*, 30 L. & PHIL. 1 (2011). יש המבססים תאוריות של צדק מתקן בדיני נזיקין אף על רולס וקאנט, נוסף על אריסטו. להסתמכות על רולס ראו Fletcher, *id.*, at 550. להסתמכות על קאנט ראו WEINRIB, *supra* note 1, at 80–3 (§ 3.9).

66 WEINRIB, *id.*, at 6–8 (§ 1.3).

67 בשנים האחרונות נטען בספרות המשפטית, בעיקר על ידי בן זיפורסקי וג'ון גולדברג, כי תפקידם של דיני הנזיקין הוא לשמש מכשיר בידי המדינה ליתן סעד בגין הנזק העוולתי שגרם אדם אחד לאחר, ולא דווקא להגשים את הצדק המתקן על ידי השבת המצב לקדמותו; לטענת זיפורסקי וגולדברג, השבת המצב לקדמותו אינה אפשרית במקרים רבים, בראש ובראשונה במקרים של נזקי גוף, וממילא דיני הנזיקין אינם מבקשים להשיג מטרה זו. תאוריה זו מכונה *civil recourse*. ראו Benjamin C. Zipursky, *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Civil Recourse*, 51 VAND. L. REV. 1, 82–90 (1998); John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Unrealized Torts*, 88 VA. L. REV. 1625, 1643 (2002); Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*, 91 GEO. L.J. 695 (2003); John C.P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*, 115 YALE L.J. 524 (2005). לטיעון כי תאוריית ה-*civil recourse* אינה אלא תאוריה של צדק מתקן ראו Scott Herschovitz, *Corrective Justice for Civil Recourse Theories*, FLORIDA STATE UNIVERSITY L. REV. 107 (2011).

נפתח בשאלה הראשונה: יש מי שטען (ריצ'רד אפשטיין) שבכל מקרה שהמזיק גרם לניזוק נזק, מחייב עקרון הצדק המתקן את השבת המצב לקדמותו. "גרימה" לעניין זה אינה מוגדרת על פי "מבחן האלמלא". הכוונה היא לגרימה במובן החזק של המילה; גרימה בלשון בני אדם ולא בשפת המשפטן.<sup>68</sup> על כן כאשר א מכה את ב הריהו גורם לו נזק; כך גם כאשר א מפחיד את ב; כאשר א מכריח את ג להכות את ב; כאשר א יוצר תנאים מסוכנים אשר הסיכון בהם מתממש ומזיק ל-ב. על פי תפיסה זו של צדק מתקן שאלת הרשלנות אינה רלוונטית כלל.<sup>69</sup>

אחרים גורסים (ארנסט וינריב<sup>70</sup> וסטיבן פרי<sup>71</sup>) כי עקרון הצדק המתקן מחייב את תיקון המצב רק כאשר התנהגותו של המזיק הייתה רשלנית או בת אשם. פגיעה באדם שאינה תוצאת אשמו של אחר אינה מקנה זכות לפיצוי ואף איננה יוצרת חובה לפצות.

בין שני הקצוות יש הסבורים כי היות התנהגותו של המזיק רשלנית עשוי להיות רלוונטי לעניין הגדרת הפגיעה כעוולתית, אם כי במקרים מסוימים בלבד. תאורטיקן אחד כזה הוא ג'ורג פלטר, הטוען כי הבסיס להטלת אחריות נזיקית הוא יצירת סיכון לא הדדי, וסיכון לא הדדי עלול להיווצר עקב רשלנות אך גם בלא רשלנות. לתאוריה של פלטר אתייחס בהרחבה להלן.<sup>72</sup> תאורטיקן אחר, ג'ולס קולמן, טוען שעקרון הצדק המתקן מחייב תיקונם של נזקים עוולתיים על ידי המזיק. נזקים עוולתיים נוצרים עקב פגיעה עוולתית של המזיק באינטרסים לגיטימיים של הניזוק או עקב פגיעה, אפילו לא עוולתית, בזכויותיו. פגיעה

68 בשפת המשפטן כל גורם עובדתי שבלעדיו לא היה נגרם הנזק אפשר לכנותו גורם לנזק. לא כן בשפתו של מי שאינו משפטן. זה האחרון יחפש קשר חזק יותר של גרימה. אפשטיין מציע ארבע פרדיגמות של מקרים שבהם מתקיים תנאי הגרימה במובנה החזק, ואלו מפורטות בטקסט שלהלן. Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151, 160-89 (1973).

69 Epstein, *id.*, at 168. למעשה, בהתקיים יסוד הגרימה קיימת הנחה *prima facie* לקיומה של אחריות. הנחה זו אפשר לסתור אם הנתבע מוכיח שעומדת לו הגנה סיבתית, במובן החזק של סיבתיות שעליו עומד אפשטיין כתנאי לאחריות. ראו Richard A. Epstein, *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 J. LEGAL STUD. 165, 174-85 (1974). להתפתחות מאוחרת יותר בתאוריה של אפשטיין ראו Richard A. Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. LEGAL STUD. 391 (1975); Richard Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, 8 J. LEGAL STUD. 49 (1979). על התפתחות חשיבתו של אפשטיין באשר לבסיס האחריות הנזיקית, ועל עמדתו העכשווית, ראו Richard Epstein, *Toward a General Theory of Tort Law: Strict Liability in Context*, 3 J. TORT LAW, Iss. 1, Art. 6 (2010).

70 WEINRIB, *supra* note 1, at 145-52 (§§ 6.1-6.3).

71 Stephen R. Perry, *The Impossibility of General Strict Liability*, 1 CAN. J. L. & JUR. 147 (1988).

72 להלן פרק 3.



אחרונה זו מתאפיינת בהיותה נטילה של דבר השייך לאחר. שיטת המשפט היא שקובעת מתי מדובר בפגיעה בזכויות ומתי בפגיעה באינטרסים לגיטימיים. פגיעה עוולתית באינטרסים לעניין זה היא פגיעה מכוונת או כזו הנגועה בפזיזות או ברשלנות.<sup>73</sup>

שאלה שנייה, אשר אף בעניינה אין תמימות דעים, היא השאלה כיצד לתקן את מצב העניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית. אריסטו סבר שהניזוק זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו, ואילו המעוול צריך להשיב את הרווח שהפיק ממעשה העוולה. אולם אריסטו מבאר כי "משמש השם 'רווח' במקרים כאלה בדרך כלל, גם כשלגבי כמה מהם אין זה השם המתאים, למשל מי שפצע אדם..."<sup>74</sup> כלומר, אריסטו גורס כי המעוול ישיב את רווחיו, אך אלו תמיד יהיו כפי שיעור נזקיו של הניזוק.<sup>75</sup>

אכן, גם בקרב התאורטיקנים בני זמננו ניכרת הסכמה בדרך כלל שהמזיק חב בנזקים שגרם כמו גם ברווחים שהפיק ממעשה העוולה על חשבון הניזוק.<sup>76</sup> קולמן טען בשעתו שעקרון הצדק המתקן מחייב פיצוי בגין נזקים עוולתיים רק כאשר יש בידי המעוול רווחים שהושגו עקב גרם הנזקים. על פי שיטה זו, עקרון הצדק המתקן אינו מחייב את המזיק לשאת בפצויים מעבר לרווחיו. קולמן טען שבטעמים אחרים, שאינם מבוססים על עקרונות הצדק המתקן, יש כדי להצדיק פיצוי אף בהעדר רווחים למזיק.<sup>77</sup> אך קולמן שינה בכתיבתו המאוחרת את התאוריה שלו, ובין היתר אימץ את הגישה שעל פיה עקרון הצדק המתקן מחייב את המזיק לפצות את הניזוק אף בהעדר רווחים אצל הראשון.<sup>78</sup> תאורטיקן אחר (פלטר) טען שהזכות לפיצוי והחובה לפצות אינן כרוכות בהכרח זו בזו. על פי טענתו, במצבים מסוימים עקרון הצדק המתקן עשוי להכיר בזכותו של הניזוק לפיצוי מבלי להכיר בחובה קורלטיבית של המזיק לפצות. במקרה זה הפיצוי לניזוק יכול לבוא ממקור אחר, כגון קרן ציבורית המיועדת לפיצוי נפגעים.<sup>79</sup>

73 ראו (1992) (§§ 16.4–17.10) JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS 324–60. תאוריה זו של קולמן חייבת לסמוך על תאוריה של זכויות, ואכן הוא מפתח תאוריה כזו בספרו. COLEMAN, *id.*, 329–60 (§§ 17–17.10).

74 אריסטו, לעיל ה"ש 62, בעמ' 118.

75 וינריב מסביר טענה זו כך: לאחר הפגיעה העוולתית, מאחר שהמעוול מחויב לפצות בגין הנזק, הוא מחזיק בסכום כסף שהוא רווח עוולתי, ושיעורו מטבע הדברים כשיעור הנזק שבגינו עליו לפצות את הניזוק. Ernest J. Weinrib, *The Gains and Losses of Corrective Justice*, 44 DUKE L.J. 277, 283 (1994) מעגלי ראו 67 *Hershovitz, supra note*.

76 Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 107 (2001).

77 JULES L. COLEMAN, MARKETS, MORALS AND THE LAW 185–6 (1987).

78 COLEMAN, *supra note* 73, at 369–70 (§ 18.4).

79 Fletcher, *supra note* 65, at 543–56.

בשורות הבאות יוצגו ביתר פירוט שתי תאוריות של צדק מתקן, האחת של וינריב והאחרת של פלטשר.

## 2. ארנסט וינריב: קורלטיביות ואישיות<sup>80</sup>

ארנסט וינריב, מגדולי התאורטיקנים בני זמננו של דיני הנזיקין, מגדיר את דיני הנזיקין כפרקטיקה אשר באמצעותה מגיב המשפט על גרם אי-צדק על ידי אחד כלפי אחר. פרקטיקה זו ניתנת להסבר ולהצדקה על ידי עקרונות הצדק המתקן, ועל ידיהם בלבד. תאוריית הצדק המתקן של וינריב מציגה את הדוקטרינות והעקרונות השונים של דיני הנזיקין כקשורים באופן פנימי זה לזה, וכפועלים באופן קוהרנטי בתוך מערכת היחסים הדו-צדדית שבין המזיק לבין הניזוק. הכוח הנורמטיבי של דיני הנזיקין נמצא כולו בתוכם. המטרה של דיני הנזיקין היא להיות דיני נזיקין ותו לא. אין הם באים לשרת מטרת חיצונית, כמו מקסום תועלת. עקרונות הצדק המתקן הם שמלמדים מתי גרם נזק על ידי המזיק כלפי הניזוק הוא אי-צדק, והם אף שמביאים להטלת חובת הפיצוי על המזיק כלפי הניזוק כדי לתקן את אי-הצדק שנגרם. חובת הפיצוי והזכות לפיצוי קשורות בטבורן זו לזו, ואין לך במשפט הפרטי מקרה שבו חובת פיצוי מוצדקת בלי זכות של הניזוק לקבלו, או להפך.

בפרקטיקה של דיני הנזיקין, כך טוען וינריב, גלומים שני רעיונות המשלימים זה את זה, ואשר באמצעותם אפשר להסביר את דיני הנזיקין ולהצדיקם. רעיונות אלו הם התגלמותו של הצדק המתקן. האחד הוא רעיון האישיות והשני הוא רעיון הקורלטיביות. רעיון האישיות, שתחילתו בתורתו של קאנט והמשכו בתורתו של הגל, נותן תוכן להצדקות של המשפט הפרטי. רעיון הקורלטיביות, המופיע לראשונה אצל אריסטו, מבנה הצדקות אלו באופן מסוים. רעיון האישיות נותן תשובה לשאלה מה טבעם של הפרטים אשר המשפט מקנה להם זכויות וחובות. רעיון הקורלטיביות נותן תשובה לשאלה מה אופי היחסים של הצדדים, אשר מצדיק להבדיל אותם מכל בני האדם האחרים בעולם ולהפוך אותם לתובע ולנתבע.

### א. קורלטיביות

על פי רעיון הקורלטיביות, הקשר בין המזיק האחראי בנזיקין לבין הניזוק הזכאי לפיצוי ממנו הוא קשר בין מי שגורם לאי-צדק לבין מי שנגרם לו אי-הצדק. אי-הצדק שגורם המזיק ואי-הצדק שנגרם לניזוק הם אותו אי-הצדק בדיוק. גרם אי-הצדק מהווה הפרת חובה על ידי המזיק והפרת זכותו הקורלטיבית של הניזוק. זכותו של הניזוק היא הבסיס לחובתו של

80 התיאור שלהלן מבוסס על 76 *Weinrib, supra note 1*; *Weinrib, supra note 1*.

המזיק. הסיבות אשר מצדיקות את הגנת זכותו של הנזוק הן אותן הסיבות אשר מצדיקות את קיום חובתו של המזיק. השיקולים שעל פיהם נקבע אם מתקיים אי-הצדק הם רק אותם השיקולים אשר חלים בשווה על שני הצדדים ואשר נובעים ממערכת היחסית הדו-צדדית שביניהם. בדרך זו מובטח ששיקולים אלה יהיו הוגנים לשני הצדדים גם יחד. בדומה לכך, ומאותם טעמים, יסודות האחריות הנזיקית יכולים להיות מוסכרים ומוצדקים רק באמצעות שיקולים אשר חלים בו-זמנית על שני הצדדים.

לפיכך "כיסו העמוק" של הנתבע או היותו בעל יכולת טובה לפזר את הנזק או למנעו אינם שיקולים רלוונטיים להטלת אחריות נזיקית, שכן הם חלים על כל צד בנפרד ואינם נובעים ממערכת היחסים הדו-צדדית שבין הצדדים. הם אינם מקיימים את תנאי הקורלטיביות. שיקולים אלה יכולים להיות בעלי כוח מוסרי בהקשרים אחרים ולהצדיק למשל אופן חלוקה של טובות הנאה ונטלים בחברה בצורה כזו או אחרת. אך הקשרים אלו אינם כוללים את המשפט הפרטי.

בדומה לכך, עקרון הקורלטיביות, לפי וינריב, שולל ממזיק את היכולת לטעון כי אין להטיל עליו אחריות נזיקית, שכן מניעת הנזק הייתה מטילה עליו נטל כבד מדי. מאחר שנטל זה הוא שיקול הרלוונטי למזיק בלבד, אין בכוחו של נטל זה להשפיע על סרטוט קווי המותר והאסור ביחסים שבין המזיק לבין הנזוק. כמו כן אם המזיק הפר חובה, אך לחובה זו אין זכות קורלטיבית של הנזוק, לא תוטל על המזיק אחריות נזיקית. אף כאן אין מתקיים תנאי הקורלטיביות, שעל פיו על הזכות והחובה להתבסס בדיוק על אותן הנמקות.

## ב. אישיות

רעיון האישיות עוסק בצדדים הפועלים במשפט הפרטי, בזכויות המוקנות להם ובחובות המוטלות עליהם. להבדיל מרעיון הקורלטיביות אשר נותן צורה לזכויות ולחובות של הצדדים, רעיון האישיות נותן להן תוכן.

על פי רעיון האישיות, כל בני האדם ניחנים בכשירות שווה לזכויות וחובות, לכולם יש מטרות שאותן הם שואפים להשיג, ואין הם חייבים לפעול באופן כזה או אחר לשם השגת מטרה מסוימת כלשהי. פועל יוצא מרעיון האישיות הוא שהמשפט הפרטי מטיל על בני אדם חובות שליליות הקורלטיביות לזכויות של אחרים, אך אין הוא מטיל עליהם חובות חיוביות. חובתו של המזיק היא לא להתנהג באופן המפר את זכויות הנזוק, אך אין מוטלת עליו חובה לפעול באופן מסוים כלפי הנזוק. זו הסיבה שבגינה אין מוכרת בדיני הנזיקין של המשפט המקובל חובת הצלה. אילו הוטלה חובה כזו, היה אדם מחויב לבצע פעולה מסוימת לטובת אחר, ורעיון האישיות היה מופר.

מרעיון האישיות ומן הרעיון הנלמד ממנו באשר לכשירותם של כל בני האדם לפעול להשגת מטרותיהם, נגזרות זכויות ספציפיות. הזכות לשלמות הגוף היא הראשונה שבהן. הגוף הוא האורגן שבאמצעותו פועל אדם להשגת מטרותיו, ולכן מוצדקת ההגנה עליו.

בדומה לכך, הזכות לקניין והזכות לביצוע חוזה מוצדקות גם הן בכך שבני אדם כשירים לפעול להשגת מטרותיהם. מזכויות אלו נגזרות החובות השליליות הקורלטיביות להן, אשר תוכנן נקבע לפי אופייה של הזכות המוגנת.

מכאן עולה המסקנה שלא כל גרם נזק הוא אי־צדק על פי עקרונות הצדק המתקן. אי־צדק על פי עקרונות הצדק המתקן הוא אותו אי־צדק המהווה הפרה של זכות. רעיון האישיות נותן תוכן לאי־הצדק בכך שהוא מהווה את הבסיס להכרה בזכויות כמו גם בחובות השליליות הקורלטיביות להן.

### ג. תפיסת הרשלנות של וינריב והביקורת עליה

וינריב רואה ברשלנות משטר אחריות המקיים את דרישות הצדק המתקן. למשל, לאדם מוקנית זכות לשלמות הגוף. לבני אדם אחרים יש חובה שלילית קורלטיבית שלא להפר זכות זו על ידי יצירת סיכונים בלתי סבירים וגרם נזק. אם למרות זאת נגרם נזק, תוטל על המזיק חובה לתקן את אי־הצדק שגרם לניזוק בדרך של תשלום פיצוי. על פי וינריב, אין צורך להטיל אחריות ברשלנות בגין מחדלים גרידא אלא רק בגין מעשים, מכיוון שעקרונות הצדק המתקן אינם עולים בקנה אחד עם חובתו של אדם לפעול למטרה מסוימת, חשובה ככל שתהיה. החובות המוטלות על פי דיני הנזיקין הן אפוא חובות שליליות בלבד. וינריב אף טוען שלא מוצדק להכיר באחריות ברשלנות לנזקים כלכליים טהורים, כגון אחריות כלפי בעל עסק אשר בגלל התנהגות בלתי סבירה של אחר פחתו הכנסותיו. הטעם לכך הוא שלבעל העסק אין זכות להרוויח כסף אשר כנגדה יש חובה קורלטיבית של אחרים.

מעניינת במיוחד – אך גם בעייתית – היא עמדתו של וינריב באשר להגדרתה של התנהגות רשלנית. התנהגות רשלנית לדידו היא התנהגות היוצרת סיכונים בלתי סבירים. אלו נמדדים לפי גודל הנזק שייגרם אם יתמש הסיכון ולפי הסתברות התממשותו. בניגוד לתפיסת הרשלנות הנוהגת במשפט האמריקאי והישראלי, שעל פיה הגדרת ההתנהגות הרשלנית מושפעת לא רק מתוחלת הנזק (גודל נזק מוכפל בהסתברות התממשותו) אלא אף מגודל הנטל שבו על המזיק לשאת כדי למנוע את הנזק,<sup>81</sup> תפיסת הרשלנות של וינריב נזקקת לתוחלת הנזק בלבד. בעבר מתחתי ביקורת על תפיסה זו ואף טענתי שאין היא מתחייבת מרעיון הקורלטיביות כפי שוינריב עצמו מפרש אותו. אף טענתי שאין היא עולה בקנה אחד עם תפיסה אפשרית כלשהי של רעיון הרשלנות.<sup>82</sup>

81 לעיל פרק 1, סעיף 8.

82 Ariel Porat, *Questioning the Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 161 (2001).

כדי להמחיש בעייתיות זו בתפיסת הרשלנות של וינריב הנה דוגמה: נניח שאדם נוהג במכוניתו במהירות רבה הנחשבת ברגיל לבלתי סבירה ועקב כך גורם לתאונה שבה נפגע אדם אחר. אלא שהסיבה לנהיגה המהירה היא הצלת חייו או בריאותו של הנהג, של אדם שלישי (כגון פצוע שהנהג מחיש לבית החולים) או של הניזוק עצמו (אדם שהנהג מחיש לבית החולים ובסופו של דבר ניזוק בתאונה). האם אפשר להגדיר את הנהג רשלן מבלי לבחון את הנטל שהיה כרוך בנסיעה אטית יותר? טענתי היא שהתשובה לשאלה זו היא שלילית. איש לא יגדיר, בוודאי לא בלשון המקובלת, את הנהג רשלן אם יתברר למשל שנהג אך מעט מעל למהירות, הנחשבת בתנאים רגילים לסבירה, אך שהפחית במידה ניכרת את הסיכון לפצוע שהסיע במכוניתו. הנטל הוא חלק בלתי נפרד מהגדרת התנהגות כרשלנית. התנהגות בלתי סבירה אינה יכולה להיות מוגדרת ככזו מבלי להביא בחשבון את הנטל שבו היה על המזיק לשאת כדי למנוע את הנזק.

יתרה מזו, התחשבות בנטל אינה סותרת לדעתי את רעיון הקורלטיביות. אי אפשר לתת מענה שלם לא על השאלה אם המזיק גרם אי-צדק ולא על השאלה אם לניזוק נגרם אי-צדק מבלי לבחון גם את הנטל ולא רק את תוחלת הנזק. מי שנהג במהירות גבוהה מן המהירות הנחשבת לסבירה בתנאים רגילים, אך עשה זאת כדי להציל חיים, ועקב כך גרם לנזק, לא בהכרח גרם לאי-צדק. בדומה לכך, ניזוק שנפגע בנסיבות כאלה לא בהכרח סבל אי-צדק. זאת אפילו אם בנסיבות אחרות היה המזיק גורם לאי-צדק, ולניזוק היה נגרם אי-צדק בגלל פגיעה דומה. ההתחשבות בנטל אינה מפרה את עקרון הקורלטיביות מכיוון שהנטל רלוונטי הן לשם הערכת אי-הצדק מן הזווית של הצד הפוגע והן לשם הערכת אי-הצדק מן הזווית של הצד הנפגע. טיעון זה משכנע במיוחד, בווריאציה השלישית לדוגמה שנדונה, שבה הניזוק הוא אותו האדם שלשם הגנתו (החשתו לבית החולים) נהג המזיק במהירות רבה. קשה לראות מדוע אדם שפעל לטובת הניזוק ואשר מנקודת מבט של "לפני מעשה" הקטין את סיכוניו (אפילו אם מנקודת מבט "לאחר מעשה" גרם לו נזק) ייחשב לרשלן. קשה אף לראות מדוע התחשבות כזו אינה עולה בקנה אחד עם רעיון הקורלטיביות.

וינריב מסביר אף את מושגי חובת הזהירות והסיבתיות המשפטית של דיני הרשלנות מנקודת מבט של צדק מתקן (במשפט הישראלי קיים טשטוש בין חובת הזהירות והסיבתיות המשפטית, וההתייחסות למושגים אלו בפרק זה היא ברוח המסורת של המשפט המקובל האנגלו-אמריקאי<sup>83</sup>). תנאי להטלת אחריות בגין רשלנות הוא שהמזיק הפר בהתנהגותו הרשלנית את חובת הזהירות שבה הוא חב כלפי הניזוק. אלא שהאחריות הנוזיקית תוטל, כך מסביר וינריב, רק לטובת מי שבגינם הוגדרה התנהגותו של המזיק רשלנית, והם אף מי שהמזיק חב להם את חובת הזהירות. מטעם זה, אם נפגע ניזוק שאי אפשר היה לצפות

שיינוק עקב התרשלותו של המזיק, לא תוטל אחריות נזיקית, מכיוון שניזוק זה אינו הסיבה להגדרת התנהגותו של המזיק רשלנית.

הסבר דומה יש ליתן אף לעקרון הסיבתיות המשפטית. על פי עיקרון זה אחריות נזיקית תוטל רק בגין נזק אשר בשל הסיכון שייגרם הוגדרה התנהגותו של המזיק רשלנית. על כן אם גרם המזיק נזק בלתי צפוי לא תוטל עליו אחריות בגינו, שכן נזק זה לא היה גורם בהגדרת התנהגותו רשלנית.

עקרונות אלו, כך טוען וינריב, מתחייבים מרעיון הקורלטיביות. כזכור, בבסיס רעיון הקורלטיביות עומדת התפיסה שחובתו השלילית של המזיק נוצרה מלכתחילה לשם הגנה על זכותו של ניזוק מסוים (או ניזוקים מסוימים), ואין היא בגדר חובה כלפי כולי עלמא. האחריות הנזיקית היא תגובה על הפרת הזכות, או ליתר דיוק על אי-הצדק שנגרם לניזוק עקב הפרה. אם מלכתחילה לא הוטלה כל חובה על המזיק כלפי הניזוק המסוים התובע את נזקיו, לא נגרם לניזוק זה כל אי-צדק שאותו יש לתקן. אי-הצדק יכול להיווצר רק בתוך מערכת יחסים שבה על האחד מוטלת חובה ולאחר מוקנית זכות. כאשר קיומו של הניזוק או הנזק שאירע לו לא היו שיקול להטלת חובה על המזיק – דהיינו, לא גרמו שהתנהגותו יוצרת הסיכון תיחשב לעוולתית – אין לומר שהניזוק סבל אי-צדק מן הסוג שאותו האחריות הנזיקית באה לתקן. במילים אחרות, כך מסביר וינריב, כדי שיוגשם רעיון הקורלטיביות, צריכה להתקיים אינטגרציה של הנזק ושל ההתנהגות העוולתית. הנזק בר הפיצוי הוא אשר הפך את ההתנהגות העוולתית לכזו. העוולתיות צריכה להתקיים לא רק בהתנהגותו של המזיק אלא גם בנזק שאירע לניזוק, שאם לא כן אין בין הצדדים אותו קשר פנימי אשר מצדיק להבדיל אותם משאר העולם, כתובע וכנתבע.<sup>84</sup>

### 3. ג'ורג' פלטשר: סיכונים לא הודיים<sup>85</sup>

#### א. סיכונים לא הודיים מהם?

תאוריית הסיכונים הלא הודיים של ג'ורג' פלטשר באה לתאר חלקים נרחבים של דיני הנזיקין הנוהגים ובה בעת להציע להם בסיס נורמטיבי. על פי התאוריה, שפותחה במאמר אחד בלבד,<sup>86</sup> אחריות בנזיקין צריכה לקום – ובדרך כלל אף קמה – כאשר הניזוק נפגע

84 השוו לדיון בטיעון הסיכונים העוולתיים, להלן חלק ג, פרק 8.

85 התיאור שלהלן מבוסס על 65 *supra* Fletcher.

86 Fletcher, *id.* כתיבתו של פלטשר היא בדרך כלל בתחום המשפט הפילי. הוא חזר לתאוריה הנזיקית שנים רבות לאחר מכן, והציע גישה פלורליסטית לדיני הנזיקין. ראו, George Fletcher, *The Search for Synthesis in Tort Theory*, 2 L. & PHIL. 63 (1983).

מסיכון חריג ולא הדדי שיצר כלפיו המזיק. תנאי זה מתקיים כאשר הסיכון שיצר המזיק כלפי הניזוק גדול מהותית מן הסיכון שיצר הניזוק כלפי המזיק (להלן: "סיכון לא הדדי"). כפי שנראה מיד, יצירת סיכון לא הדדי לעתים מלווה ברשלנות ולעתים היא נטולת אשם כלשהו. בשני המקרים הטלת אחריות תהיה מוצדקת. אכן, אחד מייחודיה העיקריים של התאוריה של פלטשר, שהיא מציעה בסיס נורמטיבי למשטר משפטי שבו חלים כלל של רשלנות וכלל של אחריות מוגברת זה בצד זה.

סיכון לא הדדי נוצר באחת משתי דרכים: על פי הדרך הראשונה, הסיכון שיוצר המזיק כלפי הניזוק הוא מלכתחילה גדול מהותית מן הסיכון שיוצר הניזוק כלפי המזיק. לדוגמה, טייס המטיס את מטוסו מעל אזור מיושב ואדם המגדל בביתו חיה טורפת יוצרים סיכונים, ואילו החשופים להם אינם יוצרים סיכונים דומים כלפיהם. סיכונים הנוצרים בדרך זו אינם תוצאה של רשלנות דווקא. אדרבה, לעתים קרובות הסיכון הלא הדדי הוא סביר ואף מועיל מבחינה חברתית. על כן כלל האחריות החל על סיכונים הנוצרים על פי הדרך הראשונה הוא כלל של אחריות מוגברת.

על פי הדרך השנייה, הסיכון שיוצר המזיק כלפי הניזוק הוא מלכתחילה סיכון הדדי, אלא שרשלנותו של המזיק מעלה אותו בדרגה והופכת אותו לסיכון לא הדדי. כלל האחריות החל על מקרים אלו הוא אפוא כלל של רשלנות. לדוגמה, נוהגים ברכב יוצרים מלכתחילה זה כלפי זה סיכונים הדדיים. אולם כאשר אחד הנוהגים נוהג נהיגה לא סבירה, התרשלותו הופכת את הסיכון שהוא יוצר כלפי נוהגים אחרים לסיכון לא הדדי. אם אחד מן הנוהגים החשופים לסיכון ייפגע עקב כך, תוטל על הנוהג הרשלן אחריות נזיקית. לעומת זאת אם הנוהג הניזוק היה רשלן אף הוא ורשלנותו הגבירה את הסיכון לנוהג שפגע בו, ייחשבו הסיכונים להדדיים, ולא תוטל על המזיק אחריות כלשהי.

סיכונים רבים בחברה הם סיכונים רקע, במובן זה שהם מתקיימים בחברה כדבר שבשגרה. כל אחד יוצר כלפי האחר סיכונים רקע, ואף שאין זהות בין סיכונים הרקע שיוצרים בני האדם השונים זה כלפי זה, הם מתקזזים האחד כנגד האחר. אפשר לומר שסיכונים רקע נחשבים סיכונים הדדיים בעצם הגדרתם, ועל כן לא קמה, ואף לא צריכה לקום, כל אחריות בגינם. למשל, מי שמגדל כלב יוצר סיכון רקע כלפי שכניו, ועל כן לא יהיה אחראי בנזיקין בגין פגיעת כלבו גם אם הניזוק אינו מגדל כלב. הניזוק, יש להניח, עוסק בפעילויות אחרות (כגון גידול ילדים, להבדיל) ויוצר אגב כך סיכונים רקע כלפי המזיק. עם זאת סיכון רקע עלול להפוך לסיכון לא הדדי עקב רשלנותו של יוצר הסיכון. לפיכך מי שמגדל כלב ומתרחל בשמירתו אפשר שיימצא אחראי בנזיקין כלפי מי שניזוק מכלבו, שכן הסיכון שיצר כלפיו היה סיכון לא הדדי.

את עקרון ההדדיות לומד פלטשר מעקרון הצדק הראשון של רולס, שלפיו "לכל הפרטים בחברה יש זכות שווה לחירות הרבה ביותר האפשרית התואמת חירויות דומות של האחרים".<sup>87</sup> מעיקרון זה הוא גוזר את העיקרון ש"לכל הפרטים בחברה יש הזכות, באופן גס, לאותה רמה של ביטחון מפני סיכון".<sup>88</sup> מכאן שיש הצדקה שבני אדם יהיו חשופים לפגיעה מסיכונים רקע אך לא מסיכונים חריגים. אם נחשפו לסיכון חריג וניזוקו עקב כך, יהיו זכאים לפיצוי כספי שישמש תחליף לזכאות שנשללה מהם. גם כאשר הצדדים יוצרים זה כלפי זה סיכונים חריגים הדדיים, אין מוטלת אחריות נזיקית, מכיוון שהטלת אחריות כזו הייתה מחליפה סיכון להיפגע בלי פיצוי באחריות מוגברת, ובכך, לדברי פלטשר, אין כל טעם.<sup>89</sup>

פלטשר מדגים את עקרון ההדדיות באמצעות שני פסקי דין ידועים, האחד אנגלי והאחר אמריקאי. בשניהם הוטלה אחריות על המזיק אף שלא הוכחה רשלנותו. את שני פסקי הדין מצדיק פלטשר באמצעות עקרון ההדדיות. בעניין *Rylands v. Fletcher*<sup>90</sup> הוטלה אחריות נזיקית על בעלים של מאגר מים כלפי בעל מכרה מאחר שהמכרה הוצף במים שבאו ממאגר המים. פלטשר מסביר שבעל מאגר המים יצר כלפי בעל המכרה סיכון לא הדדי. לדבריו, לו פרצו המים מצינור מים רגיל, לא היה מקום להטיל אחריות, שכן סיכון המים היה אז בגדר סיכון הדדי. במקרה השני, *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*<sup>91</sup>, קשר אדם את ספינתו לרציף בעת סופה, ועקב כך נגרם נזק לרציף. בית המשפט הטיל אחריות נזיקית על בעל הספינה אף על פי שהתנהגותו לא הייתה רשלנית.<sup>92</sup> פלטשר מסביר שבעל הספינה יצר סיכון לא הדדי כלפי בעל הרציף. אילו נקשרה הספינה למצוף שאליו הייתה קשורה ספינה אחרת, ונזק היה נגרם לספינה האחרת, לא היה מקום להטיל אחריות נזיקית, שכן הסיכון שהיה יוצר בעל הספינה הראשונה כלפי בעל הספינה האחרת במקרה זה היה סיכון הדדי.

## ב. הפרדת החבות מן הזכאות: הצדקות לעומת פטורים

פלטשר עומד על הבחנה רבת חשיבות, שאותה הרחיב בכתיבה מאוחרת יותר למשפט הפלילי, בין שני סוגים של הגנות הקיימות בדיני הנזיקין: הגנה אחת היא מסוג של הצדקה

87 Fletcher, *supra* note 65, at 550

88 Fletcher, *id.*

89 כשאין אחריות על איש, כל אחד חשוף לפגיעה בלי פיצוי אך אינו חשוף להטלת אחריות; כשיש אחריות, כל אחד חשוף להטלת אחריות אך אינו חשוף לפגיעה בלי פיצוי. הסבר אפשרי נוסף לאי-הטלת אחריות על יוצרי סיכונים חריגים הדדיים הוא שיוצרי סיכונים אלה מהווים קהילה, שבמסגרתה הסיכון הגבוה הוא סיכון רקע.

90 Rylands v. Fletcher, L.R. 3H.L. 330 (1868)

91 Vincent v. Lake Erie Transportation Co., 124 N.W. 221 (Minn. 1910)

92 לדיון בפסק דין זה ראו להלן חלק ב, פרק 1, סעיף 5.ב.



(justification) והגנה אחרת היא מסוג של פטור (excuse). הגנה מסוג של הצדקה מיועדת להצדיק את פעולתו של המזיק. למשל, אם אדם פגע באחר בגלל נהיגה במהירות גבוהה, והמשפט מתיר לו להתגונן בטענה שהיו לו סיבות טובות לנהוג כה מהר (למשל, לשם הצלת חיים), הרי שהמשפט מכיר בהגנה מסוג של הצדקה. אם יצליח המזיק לשכנע את בית המשפט שמתקיימים תנאי ההגנה, לא תוטל עליו אחריות נזיקית, ואף יינתן הכשר לפעולתו. לעומת זאת הגנה מסוג של פטור באה לפטור את המזיק מאחריות מבלי להצדיק את פעולתו. בבסיס הגנת הפטור עומדת מחילה למזיק על שפעל בנסיבות שבהן לא יהיה מוסרי לבוא אתו חשבון. דוגמה שמביא פלטר להגנה מסוג של פטור מבוססת על פסק דין שעניינו בנהג מונית אשר קפץ ממכוניתו הנוסעת מאימת שודר שאיים על חייו. אגב כך פגע בכמה בני אדם.<sup>93</sup> אף על פי שאי אפשר לומר שפעולתו של נהג המונית הייתה מוצדקת – שהרי לא מוצדק שאדם ייצור סיכון חמור למספר רב של בני אדם כדי להפחית את סיכונו שלו – לא מוסרי להטיל עליו אחריות, שכן רבים היו פועלים כמוהו אילו נמצאו בנסיבות דומות. הגנה זו היא הגנת כורח (compulsion), ולטענת פלטר היא צריכה להקנות למזיק פטור מאחריות.

אלא שהגנה מסוג של פטור בדיני הנזיקין צריכה לפעול, לטענת פלטר, באופן מיוחד במינו: היא צריכה לפטור את המזיק מאחריות אך לא לפגוע בזכאותו של הנפגע לפיצויים. בדוגמה של נהג המונית למשל יש לפטור את המזיק מאחריות אך בה בעת להכיר בזכאותם של הניזוקים לפיצויים. אלו נפגעו מסיכון לא הדדי שיצר כלפיהם המזיק, ואין זה צודק שזכאותם תתקפח בשל הגנת הפטור העומדת למזיק. הפיצוי לניזוקים עשוי לבוא אפוא מקרן ציבורית אך לא מכיסו של המזיק.

אם כן, התאוריה של פלטר, בשונה מזו של וינריב, מוותרת על התנאי שהחובה לפצות והזכות לפיצוי הן קורלטיביות זו לזו. לטענתו של פלטר אין קשר הכרחי בין השתיים, והצדקות לכל אחת מהן עומדות בפני עצמן.<sup>94</sup>

### ג. ביקורות

ביקורת אחת שנמתחה על תאוריית הסיכונים הלא הדדיים של פלטר היא שעל פיה תינתן עדיפות ליוצרי סיכונים ישנים על פני יוצרי סיכונים חדשים. זאת מכיוון שסיכונים ישנים, מעצם טבעם, ייחשבו לסיכונים רקע, ועל כן לא תוטל אחריות בגינם, ואילו סיכונים חדשים, מעצם טבעם, ייחשבו לסיכונים לא הדדיים, ועל כן תוטל אחריות בגינם. אין הצדקה – כך ממשיכה הביקורת – ליתן עדיפות ליוצרי סיכונים ישנים על פני יוצרי סיכונים חדשים אף

<sup>93</sup> Cordas v. Peerless Transportation Co., 27 N.Y.S. 2d 198 (1941).

<sup>94</sup> אף קולמן החזיק בעמדה דומה: Jules L. Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, 67 IND. L. REV. 349, 365 (1992).

כאשר הסיכונים הישנים גדולים מן החדשים.<sup>95</sup> ביקורת אחרת שנמתחה על התאוריה היא ששחרור המזיק מאחריות כאשר עומדת לו הגנה מסוג של פטור נוגד את עקרון ההדדיות עצמו: מדוע לפטור את המזיק מאחריות אפילו אם אין לגנות אותו מבחינה מוסרית על מעשיו, אם הסיכון שיצר כלפי הניזוק היה סיכון לא הדדי? מדוע שדינו של מזיק כזה יהיה שונה מדינו של כל מזיק אחר שלא היה רשלן אך שאינו זכאי להגנה מסוג של פטור?<sup>96</sup> אולם הקושי העיקרי בתאוריה של פלטשר נעוץ ביומרה שלה להתבסס על צדק מתקן ולא על צדק חלוקתי.<sup>97</sup> לכאורה, שאלת האחריות נענית על פי עקרון ההדדיות תוך התמקדות באינטראקציה שבין המזיק לבין הניזוק, ובכך בלבד. אלא שקיימים מקרים שבהם שימוש כזה בעקרון ההדדיות לא יהיה מוצדק על ידי עקרון ההדדיות עצמו, ואילו שימוש שונה שנחזה כמוצדק על ידי עיקרון זה יהיה בלתי מעשי. שימוש אחרון זה אף לא יעלה בקנה אחד עם עקרון היסוד של הצדק המתקן, ונדמה שהוא מבוסס על רעיונות של צדק חלוקתי. הדברים יובהרו להלן.

במאמר שבו מפתח פלטשר את עקרון ההדדיות הוא מעלה את השאלה הזאת: נניח שמכונת דורסת הולך רגל בדרכו למכונת שבה הוא נוהג. האם עקרון ההדדיות מחייב הטלת אחריות על הנהג הדורס?<sup>98</sup> הקושי במתן תשובה לשאלה זו הוא שהחלת עקרון ההדדיות תוך התמקדות בנקודת הזמן שבה אירעה הפגיעה תחייב להטיל אחריות נזיקת על הנהג הדורס. אם לעומת זאת תורחב נקודת המבט, התשובה תהיה שונה, שכן הנהגים יצרו זה כלפי זה סיכונים הדדיים. פלטשר מותיר את השאלה כיצד יש לנהוג במקרה זה ללא מענה.

במקרה אחר שבו דן פלטשר מתעוררת בעיית יישום דומה של עקרון ההדדיות: אמבולנס, בנסיעתו למקום תאונה שבה נפגע הולך רגל, פגע בהולך רגל אחר וגרם לו נזק. האם על פי עקרון ההדדיות יש להטיל אחריות על נהג האמבולנס?<sup>99</sup> בדומה למקרה הקודם, אף במקרה זה התמקדות בנקודת הזמן שבה אירעה התאונה תביא למתן תשובה חיובית לשאלה, ואילו הרחבת נקודת המבט תביא למתן תשובה שלילית לה. נקודת המבט הרחבה יותר תגלה שלאורך זמן הקטין נהג האמבולנס סיכונים להולכי רגל (בפעולותיו להצלת הולכי רגל שנפגעו בתאונות) יותר מאשר הגדיל אותם. שני המקרים שנדונו אינם מעוררים שאלות אך באשר לרלוונטיות של ממד הזמן ביישומו של עקרון ההדדיות אלא מעלים

95 Calabresi & Hirschhoff, *supra* note 18, at 1081, note 84

96 COLEMAN, *supra* note 73, at 259 (§13.4)

97 אין זו כנראה יד המקרה שגרורי קיטינג מצד אחד ויפעת ביטון מצד שני מפתחים תאוריות צדק חלוקתי לדיני הניזוקין תוך התבססות מסוימת על תורת הסיכונים הלא הדדיים של

פלטשר. ראו דיון להלן פרק 3, סעיף 1.

98 Fletcher, *supra* note 65, at 549, n. 46

99 Fletcher, *id.*

ספקות אף באשר לתחולתו הפרסונלית של עיקרון זה. למשל, התמקדות בפרטים המעורבים בתאונה, ובהם בלבד, תביא במקרה של נהג האמבולנס לידי הטלת אחריות נזיקית, ואילו התמקדות בקבוצות שאליהן המזיק והניזוק משתייכים – נהגי אמבולנס לעומת הולכי רגל, למשל – תביא כנראה לתוצאה שונה. שאלות אלו כולן אינן מקבלות מענה אצל פלטשר. הקושי להציע פתרון לשני המקרים אינו קל. אם מתמקדים בנקודת המבט הרחבה יותר, עקרון ההדדיות אינו משמש עוד כעיקרון של צדק מתקן. למעשה, הוא הופך להיות עיקרון של צדק חלוקתי, שעל פיו אחריות נזיקית מוטלת על אלו שיוצרים סיכונים חריגים בחברה. אלא שאם כך הדבר, בצדק ייטען שיש ליישם עיקרון זה באופן הרחב ביותר שאפשר לחשוב עליו, למשל תוך התייחסות לרקורד יצירת הסיכונים של המזיק והניזוק על פני כל תקופת חייהם, ולא רק על פני תקופת זמן קצרה יחסית, ולהטיל – או לא להטיל – אחריות בהתאם. כך אפשר לטעון שיש לבחון אם במקרה הראשון הולך הרגל שנפגע בדרך למכוניתו והנהג הדורס נוהגים בדרך כלל בזהירות, ואף אם הם נוהגים הרבה או מעט. בדומה לכך, יש לבחון במקרה השני אם נהג האמבולנס יוצר סיכונים רבים כאשר אינו נוהג באמבולנס, ואף כיצד מתנהג בדרך כלל הולך הרגל שנפגע על ידיו. למותר לציין שבחינות מעין אלו הן זרות לחלוטין לדיני הנזיקין הנוהגים, ואף לו רצינו לקיימן היינו נתקלים בקשיי יישום שכנראה אי אפשר היה להתגבר עליהם.

מכאן עולה לכאורה המסקנה שיש ליישם את עקרון ההדדיות בשני המקרים שנדונו תוך התמקדות בתאונה הספציפית, ובה בלבד. אכן, בדרך זו עקרון ההדדיות ניתן ליישום, ואף יש לו מאפיינים של צדק מתקן, בהיותו ממוקד במזיק ובניזוק במסגרת האינטראקציה שביניהם. אלא שמידת השכנוע בצדקתו של עיקרון זה, אם מצטמצמת נקודת המבט, פוחתת עקב כך. התמקדות ביצירת סיכונים לא הדדיים בנקודת זמן צרה עלולה להביא לא אחת לידי הטלת אחריות על מי שהסיכונים שהוא יוצר כלפי הניזוק מועטים יותר מאלה שהניזוק יוצר כלפיו. תוצאה כזו אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל של עקרון ההדדיות.

## צדק חלוקתי

1. מקומם של שיקולי צדק חלוקתי בדיני נזיקין. 2. רשלנות לעומת אחריות מוגברת;  
 א. הסטנדרט האובייקטיבי; ב. העדר היחס בין האשם לבין היקף האחריות;  
 ג. פטור מאחריות למזיקים חסרי אשם שזכו בטובות הנאה. 3. קביעת סטנדרט  
 הזהירות; א. עשיר מול עני; ב. גברים מול נשים. 4. פיצויים והערכת הנזק; א. הפסד  
 השתכרות; ב. ניזוקים משניים; ג. פיצויים בגין רכישת שירותי ליווי.

### 1. מקומם של שיקולי צדק חלוקתי בדיני נזיקין

שיקולי צדק חלוקתי מתייחסים לאופן חלוקתם הצודקת של טובות הנאה ונטלים שונים בין פרטים בחברה.<sup>100</sup> להבדיל משיקולים של צדק מתקן, אשר מתמקדים באינטראקציה שבין המזיק לבין הניזוק אשר הובילה לנזק, שיקולי הצדק החלוקתי מתייחסים לתמונה הרחבה יותר, אשר בה האינטראקציה שבין המזיק לבין הניזוק אינה אלא שיקול אחד מני שיקולים שונים המשמשים לשם מתן תשובה לשאלה אם יש להטיל אחריות נזיקית וכיצד יש להטיל אותה. למשל, השיקול להטיל אחריות על בעל "הכיס העמוק" מן הטעם שלעשיר קל יותר לשאת בנזק מאשר לעני, הוא בעיקרו של דבר שיקול של צדק חלוקתי.<sup>101</sup> אף טיעון פיזור הנזק, שלפיו מוטב שיישאו בנזק רבים ולא מעטים, נוסף על היותו טיעון כלכלי<sup>102</sup> יש לו פן של צדק חלוקתי: לפחות כאשר איש אינו אשם בגרם הנזק, חלוקת הנזק בין רבים עדיפה על הטלתו על מעטים.

עמדה קיצונית התומכת בהכרה רחבה בשיקולי צדק חלוקתי במסגרת דיני הנזיקין תגרוס שעל הקצאת הנזק בין המזיק לבין הניזוק תמיד להביא בחשבון שיקולים של צדק

100 לדיון מפורט ראו 5–8, *KEREN-PAZ, supra note 3*.

101 אם כי הוא יכול להיות גם שיקול הרתעתי: אם קיים חשש אמתי שהעני לא יוכל לשאת בנזק בשל משאביו הדלים, הרתעתו עלולה להיות הרתעת חסר, ומטעם זה יכול שיהיה טעם בהטלת אחריות על אחר, שיוכל לשאת בנזק. כך אפשר להבין למשל את הכלל הקבוע בסעיף 13 לפקודת הנזיקין, שעל פיו מעביד אחראי לנזקים שגרם עובד במעשה עוולה אם פעל העובד במסגרת עבודתו.

102 לעיל פרק 1, סעיף 15.

חלוקתי. אך על גישה כזו לענות על השאלה המקדמית והיא מהו תוכנם של שיקולי הצדק החלוקתי שיש להביאם בחשבון. צחי קרן-פז טוען בספר חשוב ובכמה מאמרים שכתב על צדק חלוקתי בדיני הנזיקין, שעל דיני הנזיקין, בצד חתירה להשגת מטרות אחרות כגון הרתעה, לשמש כלי להשגת שוויון בין בני אדם, וככאלה לפעול לטובת קבוצות חלשות בחברה: עניים, נשים ומיעוטים. לדידו, למשל, בשעה שבית המשפט קובע אם המזיק היה רשלן (או הניזוק היה בעל רשלנות תורמת), עליו להביא בחשבון את זהותו של המזיק והניזוק כעשיר או כעני, שכן נטל מניעת הנזק ונטל הנשיאה בו משתנים מן העשיר לעני.<sup>103</sup> קרן-פז אף דוגל בהטלת חובת זהירות על בני אדם הנוקטים אפליה של בני קבוצות חלשות בחברה וטוען שלדיני הנזיקין יתרונות חשובים בטיפול בבעיה זו לעומת תחומי משפט אחרים אשר באופן מסורתי מופקדים עליהם.<sup>104</sup> בדומה לכך, יפעת ביטון טוענת, בהשראת תאוריות של יחסי כוח ותאוריות פמיניסטיות, שעל דיני הנזיקין לקדם שוויון. לשם כך עליהם להיות קשובים לקיומם של אפליה וניצול יחסי כוח בחברה. היא קוראת להרחבה ניכרת של דיני הרשלנות בפרט ושל דיני הנזיקין בכלל, כדי שיביאו להטלתה של אחריות משפטית בגין התנהגויות מפלות כלפי בני קבוצות חלשות בחברה; בגין התנהגויות המנצלות יחסי כוח בתוך המשפחה או המופנות על ידי גברים כלפי נשים באופן רחב יותר (כגון התנהגויות של הטרדה מינית); בגין התנהגויות פוגעניות במיעוטים אחרים.<sup>105</sup> גרגורי קיטינג, אף הוא תאורטיקן של דיני הנזיקין, יוצק תוכן אחר בשיקולי הצדק החלוקתי הפועלים במסגרת דיני הנזיקין. בשונה מקרן-פז וביטון, קיטינג מצמצם את שיקולי הצדק החלוקתי אשר ראוי שיפעלו במסגרת דיני הנזיקין לכאלה המיוחדים ליצירת סיכונים וגרם נזק. אפשר לומר ששיקוליו הם פנימיים לדיני הנזיקין. על פי טענתו, על דיני הנזיקין למצוא את נקודת האיזון הראויה שבין חופש הפעולה של המזיק בכוח לבין בטיחותו של הניזוק בכוח. על בחירת נקודת האיזון לעלות בקנה אחד עם עיקרון של צדק חלוקתי, שאותו הוא מכנה "הגינות" (fairness).<sup>106</sup> לשם איתור נקודת האיזון המגשימה את עקרון ההגינות נזקק קיטינג לרעיון של הדדיות יצירת הסיכונים בהשראתו של פלטשר<sup>107</sup>

103 ראו 91–2, *KEREN-PAZ, supra note 3*, ודיון להלן סעיף 3.א. לשיטתו של קרן-פז התחשבות במצבו הכלכלי של המזיק מוצדקת אף משיקולי צדק מתקן, שכן חיוב כספי זהה מכביד יותר על העני מאשר על העשיר.

104 *KEREN-PAZ, supra note 3*, at 161–80.

105 יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" **משפטים** לח 145 (2008).

106 Gregory Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000).

107 לעיל פרק 2, סעיף 3.

בד בבד עם היזקקות לרעיון החוזה החברתי בהשראת תורתו של רולס.<sup>108</sup> לטענתו של קיטינג, משטר משפטי של רשלנות מתאים בעיקרו של דבר למקרים שבהם בני אדם יוצרים סיכונים הדדיים איש כלפי רעהו, ולעומת זאת כאשר הסיכונים אינם הדדיים, מוצדק משטר משפטי של אחריות מוגברת. סיכונים הם הדדיים כאשר הסיכון שיוצר המזיק כלפי הניזוק דומה, הן בהסתברותו והן בגודל הנזק שיכול להתממש ממנו, לסיכון שיוצר הניזוק כלפיו.<sup>109</sup> במקרים אלו, בהעדר רשלנות בגרם הנזק, עקרון ההגינות מאפשר, לפחות במקרים רבים, להותיר את הנזק על כתפיו של הניזוק.<sup>110</sup> המקרים הטיפוסיים שבהם הסיכונים הם הדדיים, ושהמשטר המתאים להם הוא משטר משפטי של רשלנות, הם המקרים שבהם הנזק נגרם בשל סיכון רקע, דהיינו סיכון מן הסוג שכל אדם יוצר כלפי חברו.<sup>111</sup> אם לעומת זאת הסיכונים אינם הדדיים, מוצדק לטענת קיטינג להטיל אחריות על המזיק, אף אם אינו רשולן, אפילו יצירת הסיכונים הייתה סבירה. הטעם לכך הוא שכאשר יצירת הסיכונים אינה הדדית, אי-הטלת אחריות על המזיק תגרום שהוא יזכה בעיקר טובת ההנאה הנובעת מיצירת הסיכונים, ואילו הניזוק יישא בעיקר העלויות הנובעות ממנה מבלי לזכות בטובת הנאה בעלת שיעור דומה. תוצאה כזו תפר את עקרון ההגינות שבו דוגל קיטינג.<sup>112</sup>

קיטינג אף מציע הבנה שונה של דיני הרשלנות מזו העולה מן הגישה הכלכלית של המשפט. הוא דוחה את הטענה הכלכלית, הגלום בנוסחת לרנד הנד, שלפיו מזיקים נדרשים לנקוט אמצעי זהירות אם, ורק אם, עלות אמצעי הזהירות נמוכה מתוחלת הנזק. לדבריו, כאשר הנזק הצפוי הוא רב, צריך שתוטל על מזיקים חובה לנקוט את אמצעי הזהירות אפילו אם עלויותיהם גבוהות מתוחלת הנזק.<sup>113</sup> קיטינג דוחה אפוא את ההנחה המובלעת בנוסחת לרנד הנד ולמעשה בניתוח הכלכלי כולו, שקיים שוויון נורמטיבי בין העלות החברתית הנובעת מגרם הנזק לבין העלות החברתית הנובעת ממניעתו.

108 .Keating, *supra* note 106, at 196

109 .Keating, *id.*, at 202–7

110 אך לא תמיד. סיכון הדדי יכול לגרום לנזק כבד לניזוק, ואף על פי שהסיכון היה מלכתחילה הדדי, יכול שעקרון ההגינות יחייב פיצוי. אך עניין זה תלוי בעיקרו של דבר בשאלה אם פיצוי זה לא יגרום שהמזיק הלא רשולן יישא בנזק לבדו. לפיכך חשוב אף לבחון את שאלת קיומו האפשרי של ביטוח או יכולת פיזור עצמית, למזיק ולניזוק. Keating, *id.*, at 207–19

111 .Keating, *id.*, at 211

112 קיטינג מבחין בין יצירת סיכונים לא הדדיים סבירה לבלתי סבירה. יצירת סיכונים סבירה מועילה לניזוקים לפחות בטווח הארוך. עם זאת אי-הטלת אחריות בגינה תגרום שניזוק מסוים יישא בעיקר העלויות, ואת זאת יש למנוע. Keating, *id.*, at 202–7

113 Gregory C. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, 48 STAN. L. REV. 311 (1996)

הטיעון הכלכלי הרווח נגד התחשבות בשיקולים של צדק חלוקתי בדיני הנזיקין הוא שעל דיני הנזיקין להתמקד בהפחתת עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ולהותיר למדינה להשיג צדק חלוקתי באמצעות גביית מסים והענקת סובסידיות.<sup>114</sup> כך דיני הנזיקין יתרמו להיווצרותה של "עוגה" חברתית גדולה ככל האפשר, והמדינה, באמצעות מערכת מיסוי פרוגרסיבי וסיבסוד, תדאג שהקבוצות החלשות בחברה תתחזקנה על חשבון הקבוצות המבוססות יותר. לפיכך אם הן העשיר והן העני יכולים למנוע נזק, והעני הוא מונע הנזק הזול, אין כל טעם בחיובו של העשיר למנוע את הנזק רק משום שהנטל שמוטל עליו קטן, באופן יחסי, מזה המוטל על העני. במקום זאת יש להשית את נטל המניעה על העני, ואם המדינה חפצה בכך, תוכל תמיד לגבות מס מן העשיר ולהעביר את הכספים שתגבה לעני. האינטרס של כולם הוא שמניעת נזק, כאשר היא מוצדקת, תיעשה בעלות הנמוכה ביותר האפשרית, שכן כך ייוותר בסופו של דבר עושר רב יותר לחלק בין כולם.

טיעון כלכלי זה זכה לתגובות ולביקורות רבות, ולא אכנס כאן לפרטיהן. אציין רק שתיים: ראשית, לעתים מגבלות פוליטיות מונעות מן המדינה להגשים את הצדק החלוקתי באמצעות מס וסיבסוד. בתי המשפט במקרים מעין אלו עשויים להיות מוסד מתאים לקדם צדק חלוקתי יותר מאשר הממשלה או המחוקק.<sup>115</sup> שנית, קיימים מקרים שבהם אין לתקן את מצבן של הקבוצות החלשות בחברה באמצעות העברת ממון אליהן, אלא בדרכים אחרות, אפקטיביות יותר, וכאלו אשר מכבדות אותן יותר. דיני הנזיקין, על פי טענה זו, עשויים לשמש כלי העצמה של קבוצות חלשות בחברה מקום שבו כסף "אינו עושה את העבודה".<sup>116</sup>

אל מול התפיסה הקיצונית שעל פיה לצדק חלוקתי תפקיד מרכזי בדיני הנזיקין ככלי להשגת שוויון, כזו של קרן־פז, עומדת תפיסה מתונה יותר הנותנת מקום לשיקולי צדק חלוקתי כשיקולי וטו. על פי התפיסה המתונה, יש להביא שיקולי צדק חלוקתי בחשבון במסגרת דיני הנזיקין באותם המקרים שבהם דיני הנזיקין עצמם הם שיוצרים הטיות הפועלות לרעת קבוצות חלשות בחברה: עניים, נשים או מיעוטים. אם מאותרת הטיה כזו, שיקולי צדק חלוקתי יחייבו את איון ההטייה או הפחתת נזקה, ובמקרים אלו יש להביאם בחשבון. על פי הגישה המתונה לא ראוי שדיני הנזיקין עצמם ייצרו הטיות לרעת קבוצות חלשות, אם כי אין זה מתפקידם לעסוק בתיקון הטיות שנוצרות מחוץ לדיני הנזיקין.

Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994) 114

.KEREN-PAZ, *supra* note 3, at 55–8 115

לפיתוח הטיעון שהמשפט הפרטי עשוי במקרים רבים להיות כלי 116

המתאים לחלוקת עושר בחברה יותר משמתאימים מיסוי וסובסידיות, ראו Daphna

Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV.

326 (2006).

כך למשל נטען שפיצוי בגין הפסד השתכרות גורם שמזיקים ינקטו כלפי קבוצות שהשתכרותן נמוכה אמצעי זהירות פחותים מאלה שינקטו כלפי קבוצות שהשתכרותן גבוהה יותר.<sup>117</sup> אם טענה זו נכונה, על דיני הנזיקין, על פי הגישה המתונה, להיות קשובים לטענה זו, שכן על פיה דיני הנזיקין עצמם יוצרים הטיה לרעת החלשים ולטובת החזקים. בדומה לכך נטען שהעדר פיצויים בגין נזקים לא ממוניים אשר אופייניים לנשים יותר מאשר לגברים, גורם לפגיעה לא ראויה בנשים. למשל, הגבלת הפיצוי הנפסק לניזוקים משניים אשר חוו סבל נפשי רב עם מות יקירם פועלת לרעת נשים-ניזוקות יותר מאשר לרעת גברים-ניזוקים. הגבלת הפיצוי הניטרלית כביכול אינה ניטרלית כלל, ויש לפחות להביא את ההטיה שהיא יוצרת בחשבון בעת שנקבע אם יש לדבוק בה, לשנותה או לבטלה כליל.<sup>118</sup>

## 2. רשלנות לעומת אחריות מוגברת

בפרקים קודמים נערכה השוואה של כלל הרשלנות לכלל של אחריות מוגברת מנקודת מבט כלכלית ומנקודת מבט של צדק מתקן.<sup>119</sup> שיקולי צדק חלוקתי ושיקולי צדק גמולי אף הם מצביעים על הבדלים חשובים בתוצאות החלתם של שני כללים אלו, ועל כן אף בכוחם להשפיע על החלטתו של המחוקק – בהנחה שהוא מושפע משיקולים של צדק חלוקתי וצדק גמולי – באיזה כלל לבחור.

כלל של רשלנות נתפס, לפחות ממבט ראשון, ככלל צודק לא רק במובן של צדק מתקן, אלא אף מנקודת מבט של צדק חלוקתי וצדק גמולי: ה"רע", הוא הרשלן שגרם לנזק, נושא באחריות לנזקיו של מי שאינו ה"רע", הוא הניזוק החף מאשם. אלא שבחינה מדוקדקת יותר מלמדת שלכלל הרשלנות כמה מאפיינים שיש בהם כדי להציג אותו כבעייתי, הן מנקודת מבט של צדק חלוקתי והן מנקודת מבט של צדק גמולי.

### א. הסטנדרט האובייקטיבי

השאלה אם אדם התרשל או לא תלויה בשאלה אם עמד בסטנדרט הזהירות של האדם הסביר. דיני הרשלנות, על פי המשפט הנוהג, אינם מאפשרים בדרך כלל התחשבות בחולשותיו האנושיות, המנטליות, הפיזיות, הנפשיות והאחרות של המזיק, אלא במקרים נדירים.<sup>120</sup> לכן דיני הרשלנות עלולים להציב בפני אדם סטנדרט זהירות שבו אינו יכול

117 ראו דיון להלן סעיף 4.א.

118 ראו דיון להלן סעיף 4.ב.

119 לעיל פרק 1, סעיפים 8-10, ופרק 2, סעיפים 1, 2.ג. ו-3.א.

120 החריג העיקרי נוגע לקטינים: הקטין נדרש לעמוד בסטנדרט זהירות המותאם לגילו הצעיר. עם זאת הנטייה היא שלא להתחשב בתכונותיו המיוחדות, באינטליגנציה שלו או ברמת



לעמוד אפילו ינסה לעשות כן כמיטב יכולתו. זאת ועוד, גם אם יש בכוחו לעמוד בסטנדרט זה, ייתכן שיידרש ממנו לשם כך מאמץ רב בהרבה מזה הנדרש מכל אדם אחר. נניח למשל שסיבתה של תאונת דרכים היא התגובות הרפלקסיביות האטיות של הנהג, לעומת אלה המצופות מן האדם הסביר. בית המשפט לא ייאות בדרך כלל להתחשב בחולשתו זו של המזיק, ועל פי דיני הרשלנות יטיל עליו אחריות לנזקים שגרם. הקושי מתעצם כאשר מדובר בנזק שגורם אדם אגב פעילות בסיסית יותר מפעילות הנהיגה, כגון פעילות ההליכה. למשל, נניח שאדם בעל מוגבלות מנטלית או החולה בנפשו גורם נזק לאחר תוך כדי הליכתו ברחוב, בהתנהגות המוגדרת על פי מבחן האדם הסביר התרשלנות. עוד נניח שהמזיק לא היה יכול להימנע מהתנהגות זו אלא אם היה מסתגר בביתו ולא יוצא אל הרחוב. התעלמותם של דיני הרשלנות מחולשותיו וממגבלותיו של המזיק הופכת אותם לבעייתיים מאוד מנקודת מבט של צדק חלוקתי. דיני רשלנות הרגישים יותר לצדק חלוקתי היו מרכיבים את סטנדרט הזהירות הנדרש מחולה הנפש או ממזיקים אחרים בעלי מוגבלויות. הימנעותם מעשות כן מלמדת כנראה שאינם מייחסים משקל רב לשיקולי צדק חלוקתי.<sup>121</sup>

חיסרון זה של דיני הרשלנות, מנקודת מבט של צדק חלוקתי, אינו מקבל מענה מספק במשטר משפטי של אחריות מוגברת. במשטר משפטי של אחריות מוגברת המזיק נושא באחריות לנזק בלי תלות באשמו. לפיכך מי שיכולת הפעולה ושיקול הדעת שלו פחותים משל האדם הסביר יישא בנטל נזק כבד יותר, ממש כפי שיקרה במשטר משפטי של רשלנות.

התפתחותו המיוחדת של הקטין שבו מדובר. ראו יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנוזיקין" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 141–142, 148–149 (מהדורה 2, ג' טרסקי עורך, 1977). כן ראו ע"א 69/64 גבאי נ' מ.י., פ"ד יח(4) 582 (1964), כדוגמה לאי-נכונות להתחשב במצבו המיוחד של קטין עם מוגבלות מנטלית. ברע"א 1272/05 כרמי נ' סבג, פ"ד סב(3) 396 (2007), סירב בית המשפט להכיר בהגנת אי-שפיות למזיק. לעמדה שעל פיה ראוי אולי להתחשב באינטליגנציה של הקטין, לקולה ואף לחומרה, ראו ע"א 61/89 מ.י. נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580, 589 (1990). בארצות הברית מתחשבים בגילו של הקטין, אך הנטייה היא לא להתחשב במוגבלות מנטלית או במחלת נפש אלא במקרים קיצוניים. על הסברים אפשריים לכך ראו David E. Seidelson, *Reasonable Expectations and Subjective Standard in Negligence Laws: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent*, 50 WINFIELD & JOLOWICZ, ON TORT: באנגליה המצב דומה: GEO. WASH. L. REV. 17 (1981–2) (18<sup>th</sup> ed., W.V.H. Rogers, 2010). על התחשבות בתכונות סובייקטיביות של המזיק ראו ביתר פירוט דיון להלן חלק ב, פרק 1, סעיף 7.

121 אם כי במקרים מסוימים הגנה על החלש לאחר מעשה פוגעת באינטרסים שלו לפני מעשה. למשל, מתן חסינות נזיקית למזיקים בעלי מוגבלויות מנטליות עלולה לגרום שהם יודרו מפעילויות שונות עקב הסיכון שיגרמו נזק מבלי לשאת בו. לטיעון שלפיו דווקא אי-התחשבות במצב נפשי ומנטלי של אדם עשויה לעלות בקנה אחד עם יחס של כבוד כלפיו וכך לקדם שוויון ראו Avihay Dorfman, *Reasonable Care: Equality as Objectivity*, 31 L. & PHIL. 369 (2012).

עם זאת קיים בכל זאת הבדל אחד בין משטר משפטי של רשלנות לבין משטר משפטי של אחריות מוגברת הרלוונטי לענייננו: במשטר משפטי של אחריות מוגברת אין צורך להגדיר את המזיק רשלן, או בעל אשם, ועל כן דיני הנזיקין אינם מטביעים במזיק את הסטיגמה המוסרית, או החברתית, אשר הם מטביעים בו במשטר משפטי של רשלנות. המזיק בעל היכולת המוגבלות נושא באחריות לנזק לא בגלל התנהגות ראויה לגינוי מוסרי או חברתי אלא פשוט מן הטעם שהוא, ככל אחד אחר, אחראי לנזקים אשר נגרמו מהתנהגותו, בלא כל תלות באשמו.<sup>122</sup>

### ב. העדר היחס בין האשם לבין היקף האחריות

דיני הנזיקין מופעלים בדרך כלל כאשר נגרם נזק;<sup>123</sup> האחריות הנזיקית מוטלת לפי תוצאה, והיקפה כשיעור הנזק שנגרם (בכפוף למגבלות אחדות, כגון היות אירוע הנזק צפוי<sup>124</sup>). על כן מצד אחד אין די בהתנהגות, רעה ככל שתהיה, כדי להביא להטלתה של אחריות נזיקית. מצד אחר גם התנהגות שאינה רעה במיוחד, אך היא התנהגות עוולתית, יש בה כדי להביא להטלת אחריות בהיקף רחב, כשיעור הנזק שנגרם. אחריות לפי תוצאה עשויה להיראות בעייתית משיקולים של צדק גמולי. היא מביאה להעדר יחס בין חומרת ההתנהגות לבין ה"עונש" (בדמות האחריות הנזיקית) שמוטל על מי שהתנהגותו הייתה רעה. כך הדבר במשטר משפטי של אחריות מוגברת, אך כך גם במשטר משפטי של רשלנות.<sup>125</sup> על פי דיני הרשלנות, לשם הטלתה של אחריות נזיקית נדרש אשם של המזיק, ומידתו של אשם זה בדרך כלל אינה מעלה ואינה מורידה.<sup>126</sup> חוסר תשומת לב רגעית או טעות של הרף עין יביאו להטלת אחריות נזיקית אם גרמו לנזק. כשכך הדבר, נוצרת תחושה קשה, שחוסר מזלו של המזיק הוא שהביא להטלת נטל פיצויי כבד עליו, ולא חטאו הבלתי נסלח.

122 לדיון ביתרונות נוספים של משטר של אחריות מוגברת על פני משטר משפטי של רשלנות מנקודת מבט של צדק חלוקתי ראו 2–71, *supra* note 3, KEREN-PAZ.

123 לעתים יוצא צו מניעה נגד מזיק אף בטרם נגרם נזק, ולעתים אף בטרם נעשתה הפעולה המזיקה. לאפשרות לפסוק פיצויים כאשר אי אפשר להוכיח לפי עודף הסתברויות שהנזק נגרם על ידי הנתבע ראו להלן חלק ג, פרקים 4–5. לאפשרות לפסוק פיצויים בגין נזקים עתידיים, אף שלא ברור אם יתרחשו, ראו להלן חלק ג, פרק 3, סעיף 3.

124 ראו להלן חלק ב, פרק 2.

125 לדיון בבעיה זו ראו Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 387, 405 (David G. Owen ed., 1995). טענתו של וולדרן היא שאחריות נזיקית לפי תוצאה אינה אלא הגשמת הרעיון הגמולי של "עין תחת עין", מנקודת מבט של לפני מעשה: כפי שהמזיק חשף מלכתחילה את הניזוק לסיכון לנזק, כך המשפט חושף מלכתחילה את המזיק לסיכון לשלם פיצוי שגודלו כגודל הנזק.

126 מידת האשם עשויה להיות בעלת רלוונטיות כאשר קיים אשם תורם בניזוק, או כאשר קיימים מעורלים נוספים אשר תרמו לנזק.

תחושה זו מתחזקת כאשר חטאו של המזיק הוא מסוג החטאים שבהם חוטאים כולם מבלי לשלם את המחיר, מעין הפרת "גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה".<sup>127</sup> נניח למשל שהנוהג ברכב משוחח עם היושב לצדו, ובהסיטו את מבטו מן הכביש לרגע, ודווקא אז, בא הצורך לבלום את הרכב מיד ולמנוע תאונה. בגלל אי-הבלימה במועד מתרחשת תאונה ונגרם נזק. יש להניח שהסרת עיניו של הנוהג ברכב מן הכביש תשכנע את בית המשפט שידון בעניין כי הנהג התרשל, והוא יטיל עליו אחריות בגין הנזק שגרם אף על פי שכל מי שנוהג ברכב, יש להניח, מסיר את עיניו מן הכביש מדי פעם. יתרה מזו, אף אם נשפוט את הנהג לחומרה ונסבור כי האדם הסביר אינו מסיר את עיניו מן הכביש בעת נהיגה, יהא קשה להסכים עם הטלת "עונש" כבד על הנהג בדרך של חיובו בפיצוי כספי גבוה אך בשל טעות אנושית שלכל הדעות אינה חמורה במיוחד.

טיעון זה תקף אף כאשר למשטר משפטי של אחריות מוגברת: אדרבה, במשטר משפטי כזה יישאו מזיקים בנזקים שגרמו אף אם לא היה בהם אשם כלשהו, ולו גם הקל שבקלים. אכן, כאמור, אחריות לפי תוצאה עלולה להיחשב בעייתית הן במשטר משפטי של רשלנות והן במשטר משפטי של אחריות מוגברת. אך במשטר משפטי של אחריות מוגברת לפחות אין כל יומרה להטיל אחריות עקב אשמו המוסרי או החברתי של המזיק, אך יומרה כזו קיימת במשטר משפטי של רשלנות.

הטיעון נגד הטלת אחריות לפי תוצאה כאשר האשם הוא קל, נתפס בדרך כלל כטיעון של צדק גמולי ולא דווקא צדק חלוקתי, שכן בבסיסו הרעיון שענישת המזיק קשה מדי, במובן זה שעונשו אינו עומד ביחס סביר למידת אשמו. לעומת זאת מנקודת מבט של צדק חלוקתי ייתכן שאין כאן כל קושי: בהנחה שיש לבחור בין השתת הנזק על כתפי המזיק לבין השתתו על כתפי הניזוק, יש טעם בהטלת האחריות על המזיק דווקא, שכן אף שאשמו קטן, הוא רב מזה של הניזוק החף מאשם לחלוטין. על כן יש טעם של צדק חלוקתי בהעדפתו של החף מאשם על פני האשם.

אלא שהבנה כזו של צדק חלוקתי ממזגת במידה רבה צדק חלוקתי עם צדק מתקן:<sup>128</sup> הן גם עקרונות הצדק המתקן מבוססים על רעיון דומה, שלפיו המזיק בעל האשם שגרם לנזק ראוי לשאת בו כדי לתקן את העוול שגרם לניזוק. טיעון של צדק חלוקתי שאינו מתמזג עם צדק מתקן עשוי להיות שלא צודק שהנטל ייפול כולו על כתפי המזיק ולא על המדינה למשל או על מזיקים אחרים שיוצרים סיכונים דומים. במילים אחרות, טיעון כזה של צדק חלוקתי יהיה מבוסס על דחייתה של ההנחה שנטל הפיצוי חייב להיות מושת על המזיק או על הניזוק, והוא עשוי לתמוך בהרחבתם של מעגלי החבות מעבר לשנים אלו.

127 ראו דניאל מור "גורם ההרתעה במלחמה בתאונות דרכים" ספר לובנברג 257, 269 (1987).  
128 לתפיסת עקרונות הצדק המתקן כמבוססים גם על אשם היחסי של הצדדים ראו Steven R. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, 77 IOWA L. REV. 449, 461-7 (1992).

## ג. פטור מאחריות למזיקים חסרי אשם שזכו בטובות הנאה

קיטינג, כזכור, מצדד בהטלת אחריות מוגברת על מזיקים אשר פעילותם המזיקה הניבה להם טובות הנאה ניכרות, ואילו הניזוקים לא זכו בטובות הנאה דומות אך נשאו בעלויות.<sup>129</sup> משטר משפטי של רשלנות, המותיר במקרים רבים את הניזוק לא מפוצה, עשוי אפוא להיות בעייתי אם נאמץ את השקפת הצדק החלוקתי של קיטינג.<sup>130</sup>

יהיו מקרים שבהם אי-הענקת פיצוי עקב העדר רשלנות לא תהיה בעייתית אף אם היינו מאמצים את השקפת הצדק החלוקתי המוצעת על ידי קיטינג. למשל, אם אגב נהיגה ברכב מתפוצץ צמיג מסיבות שהנוהג לא היה יכול להעלותן בדעתו, ועקב כך נגרם נזק לנוהג ברכב אחר, לא יהא קשה לקבל תוצאה משפטית שלפיה אין מוטלת על הראשון אחריות כלפי האחרון. הטעם לכך הוא שהן הניזוק והן המזיק משתתפים בפעילות המועילה לשניהם תוך יצירת סיכונים הדדיים זה כלפי זה, וגם אם לא תוטל אחריות על המזיק הלא רשלן, לא תיווצר התופעה שעליה מתריע קיטינג, שעל פיה קבוצה אחת (המזיקים) זוכה בטובת ההנאה של הפעילות, ואילו קבוצה אחרת (הניזוקים) נושאת בעלויותיה. בדומה לכך, עקרונות הצדק החלוקתי שמציע קיטינג אינם מחייבים להטיל אחריות על רופא שגרם נזק לחולה הנתון לטיפולו עקב טעות לא רשלנית. אף כאן לא נכון לומר שקבוצה אחת (הרופאים) נהנית מן הפעילות וקבוצה אחרת (החולים) נושאת בעלויותיה: פעילות הרופאים אמנם מביאה טובת הנאה כלכלית לרופאים, אך בראש ובראשונה היא מועילה לחולים.

אולם יהיו מקרים אחרים שבהם שחרורו מאחריות של המזיק הלא רשלן עשוי להיתפס כבלתי צודק, מכיוון שהמזיק זוכה במלוא טובת ההנאה הנובעת מן הפעילות יוצרת הסיכונים, ואילו הניזוק נושא בעלויותיה. נניח למשל שבמפעל מסוים מתרחשת התפוצצות באחת ממכונות הייצור, ונגרם נזק לאדם העובר בסמוך למפעל באופן אקראי. עוד נניח כי לא הייתה כל התרשלות בבעל המפעל (או במי מעובדיו) בגרם התאונה: הפיצוץ נבע מסיבות שבעל מפעל סביר לא היה יכול למנען. על פי דיני הרשלנות, עובר האורח יוותר בלא כל פיצוי אף שהנזק נגרם במהלך פעילות המביאה תועלת רבה ורווחים ניכרים לבעל המפעל, ואשר מגדילה בד בבד את רמת הסיכון של עוברים ושבים סמוך למפעל.<sup>131</sup>

בין המקרים שבהם קיימת תועלת ברורה למזיק מן הפעילות יוצרת הסיכונים שעה שהניזוק נושא בעלויותיה (דוגמת המפעל), לבין המקרים שבהם המזיק והניזוק נהנים מן

129 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 112.

130 לטיעון דומה ראו אריאל פורת "עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו 373, 379–381 ((אריאל רוזן-צבי עורך, 1996).

131 זהו אף המקרה הטיפוסי שבו קיטינג טוען שאחריות מוגברת היא הכרחית. Keating, *supra*. note 106, at 219–221.

הפעילות יוצרת הסיכונים (דוגמת פיצוץ הצמיג ודוגמת הטעות הלא רשלנית של הרופא), מצויים המקרים שבהם פעילותו של המזיק מועילה לחברה או לצדדים שלישיים אך מסכנת את הניזוק. השאלה אם במקרים אלה שיקולים של צדק חלוקתי עשויים לתמוך בשחרורו של המזיק מאחריות כל אימת שגרם לנזק בהעדר רשלנות – אינה פשוטה. הדוגמה הבאה תמחיש סוג זה של מקרים. נניח כי נוהג ברכב הסיט את רכבו ונכנס היישר אל תוך חלון הראווה של חנותו של הניזוק. מתברר כי עשה זאת כדי להציל את חייו של ילד שקפץ אל מתחת לגלגלי המכונית בפתאומיות, ואלמלא היה מסיט את הרכב היה פוגע בילד והורגו. אין כל ספק שהנהג ראוי לשבח על תגובתו המהירה והמוצלחת, ואיש לא יטען שרשלן הוא. עם זאת לא ברור אם ראוי לשחרר אותו מאחריות לנזקיו של בעל החנות ולהותיר את זה האחרון לשאת במחיר התנהגותו הראויה לשבח של הנהג (בהנחה שאי אפשר לגבות פיצוי מהילד או מהוריו). ייתכן שטוב היה לו היה בעל החנות מפוצה במקרה זה על חשבון הציבור בכללותו, אשר יש לו תועלת ועניין בכך שמזיקים בכוח יימנעו מפגיעה באדם אחד גם במחיר פגיעה קלה יותר באדם אחר.<sup>132</sup>

### 3. קביעת סטנדרט הזהירות

על פי דיני הרשלנות, מזיקים בכוח נדרשים לעמוד בסטנדרט הזהירות של האדם הסביר. בסעיף הקודם הובהר שמנקודת מבט של צדק חלוקתי קיימת בעייתיות בכך שדיני הרשלנות אינם מתחשבים במגבלות ובחולשות אנושיות אשר לפרט אין (או כמעט אין) שליטה עליהן. בסעיף זה תיבחנה שתי טענות של צדק חלוקתי הנוגעות לקביעת סטנדרט הזהירות: האחת, הטענה שיש להביא בחשבון את אמצעיהם הכספיים של המזיק והניזוק בעת קביעת סטנדרט הזהירות, והשנייה, שעל סטנדרט הזהירות לשקף את השונות שבין נשים וגברים.

#### א. עשיר מול עני

נניח שעני מסכן עשיר בגרם נזק שתוחלתו 100, ושאותו הוא יכול למנוע בנקיטת אמצעי זהירות שעלותם 50. העשיר מצדו אינו יכול למנוע את הנזק בנקיטת אמצעי זהירות שעלותם נמוכה מ-100. על פי התפיסה הכלכלית של דיני הנזיקין, כעולה מיישומה של נוסחת לרנד הנד, אי-נקיטת אמצעי הזהירות על ידי העני צריכה לגרום להטלת אחריות משפטית עליו אם עקב כך סבל העשיר נזק. תפיסה של צדק חלוקתי, כפי שטוען קרן-פו, עשויה לצדד בתוצאה שונה. על פי תפיסה זו, יש להביא בחשבון לא רק את עלות מניעת הנזק ואת עלות הנזק בערכים מוחלטים, אלא גם את עצמת הנזק המוטלת על המזיק

132 לדין בסוג זה של מקרים ראו להלן חלק ב, פרק 3, סעיף 3.

והניזוק מן הנשיאה בנוזק או מן הנשיאה בעלויות המניעה, בהתאמה.<sup>133</sup> למשל, אם הכנסתו החודשית של העני היא 50, ואילו הכנסתו החודשית של העשיר היא 5,000, יש מקום לטעון שנכון יותר, מנקודת מבט חברתית המייחסת משקל רב לשיקולים של צדק חלוקתי, שהנזק לא יימנע, ושהעשיר יישא בו. אפשר להלביש טיעון זה אף במחלצות של טיעון יעילות כלכלית: מאחר שהתועלת השולית של הכסף של העני גבוהה מזו של העשיר, מניעת הנזק תקטין בסופו של דבר את הרווחה החברתית, ולא תגדילה. זאת מכיוון שאבדן התועלת לעני מהוצאה של 50 רבה מאבדן התועלת של העשיר מהפסד של 100.

דרך אפשרית לענות לטיעון זה היא שאם מערכת המס והסובסידיות עובדת כראוי, לא נכון שהרווחה החברתית תגדל אם העני יימנע מלנקוט אמצעי זהירות בדוגמה שלנו. כפי שהוסבר לעיל, התגובה הכלכלית הכללית לטיעוני צדק חלוקתי היא שהרווחה החברתית תגדל אם סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן יופחת למינימום בלא כל תלות בשאלה מי נושא בעלויות ההפחתה. אם נטל ההפחתה ייפול על קבוצות חלשות בחברה – כך ממשיכה התגובה – תוכל המדינה להעביר אליהן סובסידיות שאותן תממן מגביית מס מן הקבוצות החזקות בחברה.<sup>134</sup>

## ב. גברים מול נשים

כתיבה פמיניסטית מבססת את הטיעון שסטנדרט הזהירות בדיני הרשלנות מותאם לגברים, ועל כן דינים אלו מוטלים לרעת נשים. זאת, טוענת לסלי בנדר, משום שבתקופות שבהן עוצבו דיני הנזיקין, השופטים, המושבעים ואף הפרקליטים היו כולם גברים, ולכך סימנים ברורים בפסיקתם של בתי המשפט.<sup>135</sup> דוגמה מרכזית שמביאה בנדר להמחשת טענתה היא העדר קיומה של חובת הצלה במשפט המקובל האנגלו-אמריקאי. כידוע, במשפט המקובל

<sup>133</sup> Keren-Paz, *supra* note 3, at 91–2.

<sup>134</sup> לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 114–116. חשוב להדגיש שסכומי הסובסידיה לעני אסור שיהיו תלויים בשיעור עלות המניעה בפועל, שכן אז עלול העני להשקיע יותר מדי באמצעי זהירות לשם מניעת הנזק: הוא ידע שאם ייצא רשלן יישא בנוזקים, אך אם ישקיע במניעה יפוצה באופן מלא. לכן כדי להגן על עצמו, וכל עוד קיימת אצלו אי-ודאות כלשהי באשר למידת ההשקעה היעילה או באשר לסטנדרט הזהירות שבית המשפט יקבע כסביר לאחר מעשה, הוא ישקיע במניעת נזקים יתר על המידה. לטיעונים אפשריים נגד התגובה הכלכלית לטיעוני הצדק החלוקתי ראו Keren-Paz, *supra* note 3, at 46–9.

<sup>135</sup> Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEG. EDUCATION 3, 20–5 (1988). לטענה ברוח דומה, הנסבה בעיקר על סטנדרט הסבירות במשפט הפלילי לצורך הפעלתה של הגנת הקנטור, ראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה; חום דמם של 'האדם הסביר' וה'ישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137, 184–176 (1997).

אחריות נזיקית בכלל ואחריות נזיקית על פי עוולת הרשלנות בפרט מוטלת בדרך כלל על מעשים ולא על מחדלים טהורים.<sup>136</sup> לפיכך מי שאינו מציל אדם אחר אף אם היה יכול לעשות זאת בנקל לא יהיה חייב בנזיקין בגין הנזק שהיה יכול למנוע. בנדר טוענת שהעדר חובת הצלה תואם נורמות גבריות של אינדיווידואליזם, ואילו הכרה בקיומה של חובה כזו עולה בקנה אחד עם נורמות של שיתוף ועזרה לזולת, שהן נורמות נשיות. לפיכך אילו נשים היו מעצבות את דיני הרשלנות, יש להניח, לטענתה של בנדר, שהייתה מוטלת אחריות נזיקית בגין אי-הצלה.<sup>137</sup>

טענות נוספות באשר לקביעת סטנדרט הזהירות בדיני הרשלנות יכולות להיטען אף באשר להבדלים אחרים בין גברים לבין נשים. נניח למשל שתגובתן של נשים להתנהגות של הטרדה מינית כלפיהן קשה מזו של גברים.<sup>138</sup> בהתחשב בכך יש להתאים את החלת הגנת האשם התורם לקרבן להטרדה המינית – גבר לעומת אישה. יתרה מזו, בעת שנבחנת סבירות התנהגותו של מי שנתבע בגין הטרדה מינית, יש לתת משקל להיות הקרבן גבר או אישה.<sup>139</sup> אם לא ייעשה כן, ויוחלו נורמות התנהגות המתעלמות מזהות הקרבן כאישה, עלולים דיני הנזיקין להיות מוטים לרעת נשים.

#### 4. פיצויים והערכת הנזק

פיצויים בדיני נזיקין מיועדים להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. בשל כך הם לכאורה ניטרליים: כל שיש לעשות הוא להעריך את הנזק ולהטיל על המעוול חובת פיצוי בגינו. אך למעשה לא כך הדבר. הגדרת הנזק בר הפיצוי, הערכת גובהו ופסיקת הפיצויים בגינו

136 פעמים רבות המזיק גורם לנזק במעשה כאשר מחדל או מחדלים שלו הופכים את המעשה למסוכן ואף גורמים לנזק. מחדל זה אינו "מחדל טהור". מחדל טהור מתאפיין בכך שאין נלווית לו כל פעולה אקטיבית של המזיק אשר גרמה לנזק. ראו להלן חלק ב, פרק 4.

137 Bender, *supra* note 135, at 33–6. לביקורת על הביקורת הפמיניסטית על דיני נזיקין ראו Gary T. Schwartz, *Feminist Approaches to Tort Law*, 2 THEORETICAL INQ. L. 175 (2001). לתגובה לגרי שוורץ ראו Assaf Jacob, *Feminist Approaches to Tort Law – A Reply to Professor Schwartz*, 2 THEORETICAL INQ. L. 211 (2001).

138 לטענה שונה במקצת, שעל פיה הטרדה מינית היא פגיעה שנטלה על נשים כבד הרבה יותר מאשר על גברים ראו ביטון, לעיל ה"ש 105, בעמ' 210–211; Ifat Biton, *Reclaiming Power? Women Victims of Sexual Violence and the Civil Legal System*, in TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY 130–40 (Natti Ronel, K. Jaishankar, Moshe Benshimon eds., 2008).

139 לטענה שעל בית המשפט להיות ער לחווייה הנשית בעת שהוא מחיל את מבחן הצפיות בנזיקין על נשים ראו יפעת ביטון "חוריית חיים נשית וצפיות של נזק" משפטים לג 585 (2003).

עלולות ליצור הטיות לרעתן של קבוצות חלשות בחברה. מי שסבור שעל דיני הנזיקין להיות קשובים לשיקולי צדק חלוקתי, אולי ישתכנע שהטיות אלו דורשות תיקון.

### א. הפסד השתכרות

מרכיב מרכזי בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף הוא הפסד ההשתכרות שנגרם לניזוק עקב מעשה העוולה. תוצאה בלתי נמנעת מכך היא שהפיצוי שיזכה לו מי שהכנסתו גבוהה (עשיר) יהיה גבוה מן הפיצוי שיזכה לו מי שהכנסתו נמוכה (עני) אף אם הנזק הפיזי שנגרם הן לעשיר והן לעני הוא אותו נזק. ממבט ראשון שיעור הפיצוי השונה לעשיר ולעני אינו צריך לעורר קושי מיוחד: הן הפיצוי בסך הכול מעמיד את הניזוק במצב שבו היה עובר לתאונה, ולפיכך אין לו השלכות חלוקתיות כלשהן.

אלא שרושם זה מוטעה אם משקיפים על העניין מנקודת מבט של "לפני מעשה". הפיצוי הגבוה לעשיר יגרום שמזיקים ייזהרו שלא לפגוע בו יותר משייזהרו בעני, שכן פגיעה בעשיר תעלה להם יותר מפגיעה בעני. כך, ההגנה שמקנים דיני הנזיקין לעשיר מפני פגיעות גוף חזקה מזו המוקנית לעני. אמת, במקרים רבים אין הדבר כך, שכן המזיק אינו יכול לזהות מראש אם הוא עתיד לפגוע בעשיר או בעני. אך במקרים רבים זיהוי כזה אפשרי. טול אדם אשר מקיים פעילות שעלולה לגרום לנזקים בשכונה עשירה ובשכונה ענייה. נקל להבין שיש לאדם זה סיבות טובות להיזהר יותר בשכונה העשירה לעומת הענייה (גם אם נזק הרכוש הצפוי בשתי השכונות הוא זהה). בדומה לכך, רופא המטפל בחולה עשיר אולי ינקוט אמצעי זהירות רבים יותר לשמירת בריאותו לעומת אלה שהיה נוקט אילו עמד בפניו חולה עני. היכולת לזהות מראש את הניזוק או את סוג הניזוקים לפי עושרם היא שגורמת שהגנתם של עשירים על ידי דיני הנזיקין טובה מזו של עניים.<sup>140</sup>

מעניין שבתי משפט, אף שהם פוסקים פיצוי שונה לעשירים מחד ולעניים מאידך, אינם קובעים סטנדרט זהירות שונה ביחס אליהם. לכאורה, אם המשפט מאפשר שהפיצוי לעשיר יהיה לאחר מעשה גבוה מזה של העני, אות וסימן הוא שחייבו ובריאותו של העשיר "שווים" בעיני המשפט יותר מאלו של העני. אם כך הדבר, כדי להיות עקביים, היה על דיני הנזיקין לקבוע סטנדרט זהירות למזיקים שיהיה אחד כאשר הניזוק העומד מולם הוא עשיר ואחר כאשר הוא עני. היות שדיני הנזיקין אינם עושים זאת, מוחלש במקצת התמרוץ שהם נותנים למזיקים לסכן עניים יותר מאשר עשירים, אך ודאי שאינו נעלם.<sup>141</sup>

140 לדין מפורט יותר ראו להלן חלק ג, פרק 11, סעיף 2. לטיעון מסוג דומה כאשר הסיכונים שיוצר המזיק הם לנזקי רכוש ולא נזקי גוף ראו 14-107, *supra* note 3, KEREN-PAZ.

141 ראו להלן חלק ג, פרק 11, סעיף 2.



היות עושרו של הניזוק בכוח גורם מרכזי במידת ההגנה שהמשפט מקנה לו משמעו שבממוצע יוגנו נשים על ידי דיני הניזוקין פחות מאשר גברים, ערבים פחות מאשר יהודים, וקשישים פחות מאשר צעירים: לנשים, לערבים ולקשישים יש בממוצע פוטנציאל השתכרות נמוך מאשר לגברים, ליהודים ולצעירים, בהתאמה, ולכן מחיר הפגיעה בראשונים קטן מזה שבאחרונים.<sup>142</sup> על כן יש לצפות שבמפעלים המעסיקים בעיקר נשים אמצעי הזהירות הננקטים על ידי בעל המפעל להגנת עובדיו יהיו פחותים מאשר במפעלים דומים, המעסיקים בעיקר גברים. בדומה לכך, מי שמקיים פעילות יוצרת סיכונים בקרבת יישוב ערבי עלול להיזהר פחות מאשר היה נזהר לו פעל בקרבת יישוב יהודי. לבסוף, מנהל בית אבות ינקוט כנראה פחות אמצעי זהירות להגנת הקשישים מאלו שהיה נוקט, לו היה מנהל בית ספר, להגנת הילדים (בהנחה שסיכוני הפגיעה בשני המקומות הם זהים).

במקום אחר טענתי שביסוסו של הפיצוי הניזוקי בגין נזקי גוף בעיקר על הפסד השתכרות הוא בעייתי מאוד לא רק מנקודת מבט של צדק חלוקתי אלא גם מנקודת מבט כלכלית. טענתי הייתה שלא נכון שערך חייהם של בני אדם, מנקודת מבט חברתית, נמדד בעיקר לפי שיעור הכנסתם; אבדן חיים או פגיעה בבריאות הן פגיעות לא ממוניות בעיקרן, ואין למדדן לפי הפסד ההשתכרות שלו גרמו.<sup>143</sup>

בית המשפט העליון הישראלי קבע בפסק דין חלוצי, שכאשר מדובר בניזוק קטין השייך למגזר באוכלוסייה שבו ההכנסה הממוצעת נמוכה מן ההכנסה הממוצעת בישראל, אין להיזקק לשם חישוב הפסד ההשתכרות שנגרם לו להכנסה הממוצעת (הנמוכה) במגזר שממנו הוא בא אלא לשכר הממוצע במשק.<sup>144</sup> בפסק דין נוסף פסק בית המשפט העליון שהשימוש בשכר הממוצע במשק ייעשה אף כאשר הניזוק הקטין בא ממגזר שבו ההכנסה הממוצעת גבוהה מן ההכנסה הממוצעת בישראל.<sup>145</sup> בכך קידם בית המשפט העליון את הערך שלפיו חייהם ובריאותם של בני אדם אינם תלויים בעושרם, אם כי החלטתו נגעה אך

142 ראו Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998). לביקורת על שבתי משפט קנדיים מסתמכים על טבלות אקטואריות שונות לפסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות לגברים ולנשים ראו Elain Gibson, *The Gender Wage Dilemma in Personal Injury Damages*, TORT THEORY 185 (Ken Cooper-Stephenson ed., 1993).

143 אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר **מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006), וראו דיון להלן חלק ג, סעיף 11.

144 עניין **אבו חנא**, לעיל ה"ש 16.

145 ע"א 9980/06 **עוזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' עיריית ירושלים** (פורסם בנבו, 26.1.2009). לפסיקה ברוח זו ראו אף ע"א 354/12 **פלונית נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 18.7.2012).

למקרים שבהם לא היה מידע קונקרטי (להבדיל מסטטיסטי) באשר להפסד ההשתכרות שנגרם לניזוק.

## ב. ניזוקים משניים

בכל שיטות המשפט, ובכלל זה בישראל, דיני הנזיקין אינם ממהרים להעניק פיצויים לניזוקים משניים, דהיינו לקרובי משפחתו של הניזוק הישיר אשר סבלו סבל נפשי בשל מות יקירם או בשל פציעתו הקשה. בארץ הפיצוי לניזוקים משניים מוגבל בדרך כלל למקרי מוות, לקרובי משפחה מדרגה ראשונה, ולפגיעות נפשיות חמורות.<sup>146</sup> הגבלת הפיצוי מוסברת בצורך להפחית את עלויות ההתדיינות ולהקטין את החשש מתביעות סרק על כל הרע שיש בהן. על כך אפשר להוסיף את הרתיעה של שיטות המשפט כולן, ובכלל זה שיטת המשפט הישראלית, מלפצות פיצוי ניכר בגין נזקים לא ממוניים. אכן, עד שנות השמונים הייתה ההלכה בישראל שניזוק אינו זכאי לפיצוי בגין נזק לא ממוני כל עוד לא סבל בה בעת מנזק פיזי לגוף או לרכוש.<sup>147</sup>

תהיינה הסיבות לרתיעה מפסיקת פיצויים לניזוקים משניים אשר תהיינה, יש לרתיעה זו השלכות חלוקתיות. כפי שטוענת עמית ארדינסט-רון, נשים סובלות בממוצע נזקים קשירים כבדים מאלה שסובלים גברים.<sup>148</sup> נזקים קשירים הם הנזקים הנובעים מאבדן הקשר הנפשי עם אחרים שנהרגו בתאונה. עניין זה בולט במיוחד במקרים שבהם הניזוק הישיר הוא ילד. מאחר שבמרבית המקרים ההורה המטפל יותר בילד הוא האם, אימהות – על פי טענתה של ארדינסט-רון – נפגעות מאבדן ילד קשה יותר מן האבות. בהתחשב בכך ההגבלה הניטרלית כביכול המוטלת על פסיקת פיצויים לניזוקים משניים פועלת לרעת נשים-ניזוקות-משניות יותר מאשר לרעת גברים-ניזוקים-משניים.<sup>149</sup>

146 למגבלות על פסיקת הפיצויים לניזוקים משניים ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007); ע"א 9466/05 שויקי נ' מ.י., פ"ד סב(3) 806 (2008). לדיון מפורט, ראו להלן חלק ב, פרק 7, סעיף 2.

147 ההלכה נקבעה בע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ, פ"ד יא 1464 (1957), ובוטלה בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

148 עמית ארדינסט-רון המעבר מ"נזקים משניים" ל"פגיעות קשירות" – סוגיית הפיצויים לנזקים נפשיים הנובעים מפגיעה בזולת – קריאה מחודשת וניתוח פמיניסטי 50–53 (עבודת תזה, 2002).

149 ארדינסט-רון, שם, בעמ' 53–59. לדיון במקרים נוספים שבהם הפיצוי הנזיקי, הניטרלי כביכול, פועל לרעת נשים או לרעת מיעוטים כגון שחורים ראו Chamallas, *supra* note 142, at 470–89.

### ג. פיצויים בגין רכישת שירותי ליווי

במשך שנים התלבטו בתי המשפט המחוזיים בישראל אם ראוי לפצות ניזוק בגין הוצאות שהוציא לרכישת שירותי ליווי, שירותים שנוזקק להם לטענתו בגלל הפגיעה הנזיקית.<sup>150</sup> בסופו של דבר הגיעה שאלה זו לבית המשפט העליון, וזה השיב בשלילה. בית המשפט קבע כי הניזוק זכאי לפיצוי בגין הנזק הלא ממוני, המתבטא באבדן היכולת לקשור קשר אינטימי עם בן או בת זוג, אך אין לתרגם נזק לא ממוני זה להוצאות רכישתם של שירותי ליווי.<sup>151</sup> לשאלת הפיצוי בגין רכישת שירותי ליווי היבט חלוקתי ברור: הכרה באב נזק כזה עלולה לפגוע בתדמיתן של נשים (ברוב המוחלט של המקרים שבהם עלתה השאלה, היה מדובר בניזוק שרכש שירותי ליווי שסופקו על ידי אישה) בהצגתן כחפצים הניתנים לרכישה בשוק. שיקול זה מסביר כנראה את פסיקתו של בית המשפט העליון.

יש להדגיש כי השיקול החלוקתי הרלוונטי לענייננו אינו החשש לעודד ישירות זנות או סחר בנשים על ידי הכרה באב נזק של רכישת שירותי ליווי. אין סיבה להניח שהחלטתו של ניזוק אם לרכוש שירותי ליווי תלויה תלות רבה בשאלה אם הפיצויים שיקבל יכללו שיפוי בגין עלויות הרכישה. יש להניח שניזוק החפץ בשירותי ליווי לא יבדוק את רשימת אבות הנזק שהוכרו לו בפסק דינו של בית המשפט, ואם ייווכח שאב הנזק של רכישת שירותי ליווי נעדר מן הרשימה ימנע מלרכוש. אמנם אי-ההכרה באב נזק זה מפחיתה אולי<sup>152</sup> את סך הפיצויים הכולל שייפסק לניזוק, אך אין מקום לסברה שהוויתור הראשון שיעשה הניזוק בגלל הפחתת סך פיצוייו הוא על שירותי ליווי. אין להניח אפוא שפסיקתו של בית המשפט העליון הקטינה (ישירות<sup>153</sup>) את רמת הביקוש לשירותי ליווי.

150 למקרה שבו נפסק פיצוי בגין צריכת שירותי ליווי ראו ת"א (ת"א) 11/97 מקסים נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב "הפול" (פורסם בנבו, 6.5.2003). למקרה שבו סירב בית המשפט לפסוק פיצוי כזה ראו ת"א (ת"א) 1102/94 דיין נ' קרנית – קרן פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (פורסם בנבו, 1.8.1999).

151 ע"א 11152/04 פלוני נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310 (2006).

152 בית המשפט קבע שאפשר, עקרונית, לפסוק פיצוי בגין הנזק הלא ממוני של אבדן היכולת ליצור קשר אינטימי עם בן או בת זוג (וכן שאפשר שלנזק זה יהיה אף פן ממוני שבגיננו אפשר לפצות את הניזוק, אך שירותי ליווי אינם נכללים בפן ממוני זה). אך במקרים של תאונות דרכים אין לקביעה זו משמעות רבה, שכן פיצויים בגין נזק לא ממוני נפסקים לפי נוסחה קבועה, שבה המשתנים העיקריים הם ימי האשפוז ואחוזי הנכות לצמיתות. ראו תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממוני), תשל"ו-1976, ק"ת 2706. במקרים אחרים עשוי הפיצוי הלא ממוני להחליף את הפיצוי הממוני.

153 מן הבחינה התאורטית קיימת אפשרות שבעקיפין הושגה תוצאה זו, שהרי אם פסק הדין תרם לדה-לגיטימציה של ההיזקקות לשירותי ליווי, הוא תרם, עם גורמים אחרים יחד, לרתיעה מלהיזקק לשירותים אלו, ובכך להקטנת הביקוש להם.

## סיכום: הרתעה, צדק מתקן וצדק חלוקתי בישראל

פסקי הדין של בית המשפט העליון הישראלי עוסקים בכל שלושת סוגי השיקולים שנדונו בחלק זה. נדמה ששיקולי הרתעה תפסו בהם מקום של כבוד, לפחות בעשור האחרון.<sup>154</sup> עם זאת לא נפקד מקומם של שיקולי צדק מתקן וצדק חלוקתי. אם היה צריך להגדיר את התאוריה הנזיקית המנחה את בית המשפט העליון, הייתה ההגדרה הנכונה כנראה, שבית המשפט מחזיק בתפיסה פלורליסטית באשר לדיני הנזיקין.<sup>155</sup> מצד אחד קשה לראות כיצד אפשר להפעיל את דיני הנזיקין מבלי להביא בחשבון את תמריצי ההתנהגות שהם נותנים ומבלי לבחון כיצד הם עשויים להביא להפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. נדמה שפסיקתו של בית המשפט העליון אכן עולה פעמים רבות בקנה אחד עם הבנה כזו של דיני הנזיקין. מצד אחר קיימת הבנה אצל שופטים רבים שדיני הנזיקין אף באים לתקן נזקים שאדם אחד גרם לחברו בהתנהגות "רעה". גם אם בית המשפט העליון אינו מתעמק בדרך כלל בפרטי התאוריות השונות של צדק מתקן, ואולי אף אינו צריך לעשות זאת, ניכר שהיחסים מזיק-ניזוק ורעיון תיקון העוול שגרם המזיק לניזוק, על ידי המזיק, אינו זר לו. לבסוף, לא אחת שיקולי צדק חלוקתי זוכים להכרה בדרכים שונות בפסיקתו של בית המשפט העליון. בעידן שיש המכנים אותו עידן "המהפכה החוקתית", קשה לדמיין ששיקולים של קידום שוויון וערכים של הגנת קבוצות חלשות בחברה יפסחו על דיני הנזיקין.

בחלקיו הבאים של הספר יודגם כיצד סוגי השיקולים השונים משפיעים על פרשנותם של דיני הנזיקין, ועל פיתוחם.

154 השוו פרי, לעיל ה"ש 16, ה"מתלונן" על ששיקולים כלכליים תופסים מקום מרכזי בפסיקתו של בית המשפט העליון בתחום דיני הנזיקין. לטענתו, טוב היה לו תפיסת צדק קנטיאנית, קרי תפיסה של צדק מתקן, הייתה זוכה למעמד מרכזי יותר בפסיקה.

155 ראו למשל עניין חמד, לעיל ה"ש 16, שבו מציין השופט (כתוארו אז) ריבלין כי נוסחת לרנד הנד יכולה לשקלל בתוכה לא רק שיקולים של יעילות. גישה ברוח דומה מביע באותו פסק דין הנשיא ברק. מי שגישתו פלורליסטית במוצהר הוא יצחק אנגלרד, שופט בית המשפט העליון בדימוס. ראו (1993) 85-92 Izhak Englard, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW. לתמיכה בגישה פלורליסטית לדיני הנזיקין ראו בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233 (2010).

חלק שני

**רשלנות**



## מבוא

דיני הרשלנות הם לב לבם של דיני הנזיקין, והם חולשים על מרבית פעילויות חיינו. בישראל תחילתם של דיני הרשלנות בפקודת הנזיקין,<sup>1</sup> אך עיקרם בפסיקתם של בתי המשפט אשר יוצקת בהם תוכן ונותנת להם משמעות. מכל העוולות שבפקודת הנזיקין עוולת הרשלנות זוכה לתשומת הלב הרבה ביותר מצד בתי המשפט.

באנגליה ובארצות הברית, עד המאה התשע-עשרה, היה המשטר המשפטי במהותו משטר של אחריות מוגברת. הרעיון שלפיו על המזיק לפצות את הניזוק אם, ורק אם, הוא רשלן, החל להתפתח במאה התשע-עשרה והשלים את התבססותו בתחילת המאה העשרים.<sup>2</sup> כפי שהראיתי בחלק א של הספר, משטר משפטי של רשלנות נתמך בדרך כלל על ידי תאורטיקנים של צדק מתקן,<sup>3</sup> לפחות בהיבטים מסוימים שלו הוא עולה בקנה אחד עם תפיסות של צדק חלוקתי,<sup>4</sup> והוא אף מקדם יעילות כלכלית.<sup>5</sup> עם זאת קיימות תפיסות של צדק מתקן אשר מעדיפות משטר משפטי של אחריות מוגברת<sup>6</sup> או משטר משפטי מעורב – של אחריות מוגברת ורשלנות יחדיו.<sup>7</sup> אף מנקודת מבט של צדק חלוקתי (וצדק גמולי) משטר משפטי של רשלנות מעורר קשיים: הוא אינו מתחשב בדרך כלל בחולשותיו האנושיות של המזיק; הוא בא חשבון עם המזיק אף אם התנהגותו אינה חמורה מבחינה מוסרית או חברתית ומשית עליו "עונש" ללא כל יחס לאשמו; הוא פוטר מאחריות מזיקים שלא התרשלו אף שהפיקו תועלת רבה מפעילותם המזיקה.<sup>8</sup> לפחות הבעיה האחרונה מצדיקה לכאורה, משיקולים של צדק חלוקתי, העדפת משטר משפטי של אחריות מוגברת על משטר משפטי של רשלנות. לבסוף, מנקודת מבט של יעילות, אף שמשטר משפטי של רשלנות יכול לקדם את המטרה של הפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, משטר משפטי של אחריות מוגברת עושה זאת לעתים טוב ממנו.<sup>9</sup>

אך למרות כל אלה דיני הרשלנות עומדים במרכזם של דיני הנזיקין בארץ ובעולם.

- 1 סעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין).
- 2 LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 350–3 (3<sup>rd</sup> ed., 2005); MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870–1960 13–14 (1992).
- 3 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1.
- 4 לעיל חלק א, פרק 3.
- 5 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 8.
- 6 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1.
- 7 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3.
- 8 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.
- 9 לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–10.

הדיון בדיני הרשלנות – או בלשון פקודת הנזיקין, בעוולת הרשלנות – מתחלק לשני חלקים עיקריים: דיון בשאלת ההתרשלות ודיון בשאלת חובת הזהירות. שאלת חובת הזהירות עוסקת בשאלה אם ראוי, כעניין של מדיניות, להטיל אחריות נזיקית על המזיק בהתחשב בכך שהוא התרשל. אפתח בדיון ביסוד ההתרשלות ואעבור לאחר מכן לחובת הזהירות. בחירת סדר הדיון היא לצורך נוחות מתודולוגית גרידא: בעת דיון משפטי אפשר לבחון תחילה את דבר קיומה של חובת הזהירות ולאחר מכן את שאלת ההתרשלות, או להפך.<sup>10</sup>

10 ראו על כך, למשל, ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מ.י. (פורסם בנבו, 27.8.2012), פסק דינו של השופט מלצר, פסקה 38. לדעה שונה שעל פיה יש להתחיל את הדיון בחובת הזהירות דווקא, ראו אביחי דורפמן "זהירות! חובה" משפטים מב 87 (2012). לדעה דומה, ראו עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 41 (§ 5.3) (2006). לשיקולים מתי להתחיל את הדיון בהתרשלות ומתי בחובת הזהירות ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 468–469 (§ 6.36) (2012).



## פרק 1

### התרשלות

1. דרכים שונות לבחינת סבירות התנהגותו של המזיק. 2. נוסחת הרשלנות הכלכלית: נוסחת לרנד הנד. 3. עלויות מניעה של צדדים שלישיים ושל הניזוק והסיכון לעיוות תמריצים. 4. סיכנון העצמי של המזיק; א. חשיבותו של הסיכון העצמי; ב. סיכון עצמי הניתן להפחתה בנקיטת אמצעי זהירות עצמאיים; ג. עמדת הפסיקה; ד. היקף תחולה; ה. צדק מתקן; ו. ביקורת: פטרנליזם ואנטי-ליברליזם. 5. התנהגויות היוצרות סיכון ודאי לנוזק; א. התנהגויות רשלניות; ב. התנהגויות סבירות: משפט נוהג וצדק חלוקתי; ג. התנהגויות סבירות: יעילות. 6. חוסר תשומת לב רגעי; א. הדילמה; ב. יעילות; ג. הגנה אפשרית. 7. התחשבות בתכונותיו וביכולותיו של המזיק; א. סטנדרט אובייקטיבי מול סובייקטיבי; ב. מקרים מיוחדים; ג. יכולות סובייקטיביות של הניזוק. 8. השפעתו של המנהג על הגדרת סטנדרט הזהירות; א. המנהג כהגנה למזיק; ב. הפרת מנהג כעילת תביעה; ג. פרקטיקה רפואית נוהגת. 9. הרתעת חסר והרתעת יתר; א. העדר טעויות; ב. טעויות של המזיק או של בית המשפט.

### 1. דרכים שונות לבחינת סבירות התנהגותו של המזיק

כדי שתקום אחריות נזיקית על פי עוללת הרשלנות, צריך שהתנהגותו של המזיק תהיה בלתי סבירה, או רשלנית.<sup>11</sup> כיצד אפשר לקבוע אם התנהגותו של המזיק הייתה סבירה או בלתי סבירה? דרך אחת היא להשוות את התנהגותו של המזיק להתנהגויות אחרות, של יוצרי סיכונים כמוהו. למשל, אם מחזיק בברכת שחייה נתבע משום שלא הציב שלטי אזהרה מפני קפיצה למים רדודים, יבחן בית המשפט כיצד נוהגים מחזיקים בברכות שחייה במצבים דומים, ואם יתברר לו שאינם מציבים בדרך כלל שלטי אזהרה, יפטור את המחזיק הנתבע

11 על פי סעיף 35 לפקודת הניזיקין, "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה".

מאחריות, שכן התנהגותו הייתה סבירה.<sup>12</sup> גישה זו אינה ננקטת על ידי בתי המשפט, שכן התפיסה היא שעל שאלת ההתרשלות יש לענות על פי שיקולים נורמטיביים ולא רק פוזיטיביים.<sup>13</sup> עם זאת אופן התנהגותם של יוצרי סיכונים אחרים עשוי לשמש ראייה חשובה לבית המשפט לשם הערכת סבירות התנהגותו של המזיק.<sup>14</sup>

בהנחה ששאלת ההתרשלות היא בעיקרה נורמטיבית ולא פוזיטיבית עולה השאלה אילו שיקולים יש לשקול כדי לתת לה מענה. תשובה אפשרית אחת היא שיש לבחון את התנהגותו של המזיק על פי עקרונות של צדק מתקן. על פי תפיסה מרכזית של צדק מתקן, הניזוק זכאי לפיצוי אם נזקו נגרם מחשיפה לסיכון בלתי סביר מצד המזיק. סבירות הסיכון נבחנת על פי תפיסה זו תוך התעלמות מן הנטל שהיה על המזיק לשאת בו כדי להפחית את הסיכונים ובכך למנוע את הנזק שאירע.<sup>15</sup> ההיגיון הפנימי בהבנה זו של עקרונות הצדק המתקן הוא שלא ראוי ליתן למזיק לסרטט באופן חד-צדדי את הקו המגדיר את זכויותיו של הניזוק לביטחון: לא ראוי שהמזיק יהיה רשאי לטעון להגנתו שהיות שמניעת הנזק הכבידה עליו מאוד, התנהגותו המסוכנת היא למעשה סבירה, וכי לכן הניזוק אינו זכאי לפיצוי בגין נזקיו.

הבעייתיות בעמדה זו נובעת מהקושי לראות כיצד אפשר להעריך אם התנהגותו של המזיק סבירה או בלתי סבירה מבלי לבחון את הנטל שבו היה עליו לשאת כדי להפחית את סיכוני התנהגותו. בביקורת שמתחתי על תפיסת הרשלנות שמציע ארנסט וינריב טענתי שאי אפשר להגדיר נהיגה במהירות של 130 קמ"ש סבירה או בלתי סבירה בתוך תפיסה מוסרית או משפטית של רשלנות, מבלי לבחון באיזה נטל היה על המזיק לשאת כדי להפחית את מהירות הנהיגה ולמנוע את הנזק שאירע. למשל, יהיה הבדל רב מנקודת מבט מוסרית בין מזיק שנהג במכוניתו במהירות כה רבה כדי להגיע לביתו מוקדם ולצפות בתכנית הטלוויזיה החביבה עליו, לבין מזיק אחר שנהג במהירות דומה כדי להחיש פצוץ לבית חולים בניסיון להציל את חייו. הקביעה כי המזיק הראשון התרשל אין משמעה שאף המזיק השני התרשל – מסקנה הכרחית לכאורה על פי תפיסת הצדק המתקן, המעריכה את סבירות התנהגותו של

12 ההשראה לדוגמה זו באה מע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982).

13 עניין ועקנין, שם. לטיעון שמבחן האדם הסביר הוא נורמטיבי ולא פוזיטיבי, לסיבות לכך ולבחינת האפשרויות השונות להגדיר את האדם הסביר ראו Alan Miller & Ronen Perry, *The Reasonable Person*, 87 NYUL Rev. 323 (2012). מילר ופרי טוענים בין היתר שאין כל דרך להעריך כיצד האדם הסביר נוהג בפועל.

14 למקומו של מנהג בהגדרת סטנדרט הזהירות ראו להלן סעיף 8.

15 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.ג.

המזיק על פי סיכוייה בלבד.<sup>16</sup> אין פירוש הדבר שלא יכולה להתקיים תפיסה של צדק (או תפיסה משפטית) שעל פיה אחריות נזיקית ראוי שתוטל בגין גרם נזק שהתממש מסיכונים חריגים שיצר המזיק כלפי הניזוק בלא תלות בגודל הנטל שבו היה על המזיק לשאת לשם הפחתתם. ג'ורג' פלטשר ביסס בתאוריית הסיכונים הלא הדדיים שלו תפיסת צדק מעין זו.<sup>17</sup> אלא שתפיסת צדק כזו אינה תפיסה של רשלנות בשום צורה ואופן.

סוג אחר של שיקולי צדק אשר עשויים לשמש אמת מידה לבחינת סבירות התנהגותו של המזיק הם שיקולי צדק חלוקתי. כך, גרגורי קיטינג, הסבור שדיני הניזיקין באים למצוא את נקודת האיזון הראויה שבין בטיחותו של הניזוק לבין חופש הפעולה של המזיק, טוען ששני אלה אינם ערכים שווים זה לזה מבחינה נורמטיבית: לבטיחות הניזוק יש עדיפות א-פריורית על חופש הפעולה של המזיק. לפיכך התנהגות יוצרת סיכונים לא תיחשב לסבירה אם היא יוצרת סיכונים גבוהים מאוד לניזוק, וזאת בלא תלות בגודל הנטל שבו היה על המזיק לשאת כדי להפחית את הסיכונים ולמנוע את הנזק. לעומת זאת אם הסיכונים אינם גבוהים מאוד, נטל מניעת הנזק הופך להיות גורם נכבד בקביעת סבירותה של ההתנהגות יוצרת הסיכונים, אלא שגם אז לבטיחות הניזוק יינתן משקל רב מזה שיינתן לנטל מניעת הנזק. גישתו של קיטינג דוחה את הגישה הכלכלית שלפיה הנזק ועלויות מניעתו הם שני גורמים הניתנים להשוואה זה לזה לפי סקלה אחת מבלי שלגורם האחד יש עדיפות כלשהי על האחר.<sup>18</sup>

אלא שקשה לראות כיצד אפשר לקבוע שתמיד יצירת סיכון גבוה היא בלתי סבירה. ודאי שיצירת סיכון גבוה עשויה להיות סבירה אם למשל עומד כנגדה סיכון לבני אדם אחרים או למזיק עצמו. מנהל בית חולים בעל תקציב מוגבל המחליט כי אינו יכול להפחית במידה ניכרת סיכון גבוה לחולה אחד, שכן מחיר ההפחתה הוא כבד ויבוא בסופו של דבר על חשבונם של חולים אחרים, אינו פועל בהכרח ברשלנות. בדומה לכך, עירייה שאינה משקיעה את מרב המשאבים העומדים לרשותה בבטיחות בדרכים ומעדיפה להשקיע בחינוך ובתרבות, וזאת בידיעה שהשקעה רבה יותר בבטיחות בדרכים הייתה מפחיתה כנראה את מספר הנפגעים בתאונות דרכים, אינה בהכרח רשלנית. לכן קשה לקבל את טיעונו של קיטינג כפשוטם. עם זאת לא מופרך לטעון שסיכונים גבוהים עשויים להיתפס בחברה נתונה ככאלה שעלותם החברתית גבוהה במיוחד, מעבר לתוחלת הנזק המתקבלת מהכפלת הסתברות הנזק בגודלו. אם כך הם פני הדברים, אף הגישה הכלכלית של המשפט, ולא רק תפיסה של צדק חלוקתי, עשויה להצדיק השקעה גבוהה במיוחד באמצעי זהירות לשם

Ariel Porat, *Questioning the Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Corrective* 16  
*Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 161 (2001), ודיון לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.ג.  
 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3. 17  
 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1. 18

הפחתתם של סיכונים גדולים מעבר למה שהיה נדרש לו הייתה עלות הסיכונים מוגבלת בשיעור תוחלת הנזק המבטאת סיכונים אלה.<sup>19</sup> הגישה הכלכלית למשפט מציעה גם היא דרך להעריך את סבירות התנהגותו של המזיק. על פי גישה זו, על דיני הנזיקין בכלל ועל דיני הרשלנות בפרט לחתור להפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. הגישה הכלכלית מאמצת את נוסחת לרנד הנד לשם הערכת סבירות התנהגותו של המזיק, והיא נושאו של הסעיף הבא.

## 2. נוסחת הרשלנות הכלכלית: נוסחת לרנד הנד

על פי הגישה הכלכלית, דיני הרשלנות מיועדים לתמרץ את המזיק לנקוט אמצעי זהירות כאשר עלותם נמוכה מתוחלת הנזק שתופחת עקב נקיטתם.<sup>20</sup> נוסחת לרנד הנד – נוסחת הרשלנות הכלכלית הקרויה על שמו של השופט האמריקאי שהגה אותה – מבטאת רעיון זה בדרך אלגברית. על פי נוסחה זו, אם  $B < PL$ , יוגדר המזיק שלא נקט אמצעי הזהירות רשלן, אך אם  $B > PL$  הוא לא יוגדר רשלן;  $B$  היא עלות אמצעי הזהירות (או עלויות המניעה),  $P$  היא ההסתברות שייגרם נזק, ו- $L$  היא הנזק שעלול להיגרם – כל זאת מנקודת מבט של "לפני מעשה".<sup>21</sup> המזיק הרציונלי ובעל המידע יעדיף להשקיע  $B$  כאשר  $B < PL$ , שכן הוא יודע שאם לא יעשה כן יישא בסיכון אחריות שתוחלתה  $PL$ , וסיכון זה כאמור גדול מ- $B$ . בדומה לכך, המזיק הרציונלי ובעל המידע יעדיף לא להשקיע  $B$  כאשר  $B > PL$ , שכן הוא יודע שאם לא יעשה כן לא יוגדר רשלן ולא יישא באחריות כלשהי. כך נוסחת לרנד הנד מגדירה את סטנדרט הזהירות שבו על המזיק לעמוד כדי שלא להיחשב רשלן.<sup>22</sup> הנוסחה

19 גישה זו אינה פשוטה. נראה שכדי להצדיק אותה מנקודת מבט כלכלית יש להצביע למשל על פחדים בחברה מסיכונים גדולים, אשר מצטרפים לתוחלת הנזק של הנזקים הישירים ומצדיקים השקעה גבוהה במיוחד באמצעי זהירות להפחתה או למניעה של סיכונים אלו. לדיון באופן ההתייחסות הראוי לסיכונים גדולים מנקודות מבט שונות ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 89–91 (2010); Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-To-Be-Met Challenges for Law and Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749, 751–5 (2011); Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AMERICAN L. ECON. REV. 45 (2011); אריאל פורת "איל זמיר וברק מדינה, משפט, כלכלה ומוסר" משפטים מא 415, 427–429 (2011).

20 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 8.

21 U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (1947).

22 אהוד גוטל הצביע על התנהגויות אופורטיוניסטיות של ניזוקים אשר עלולות לאלץ מזיקים לנקוט אמצעי זהירות כמתחייב מנוסחת לרנד הנד אף כאשר אין הדבר יעיל. למשל, ניזוק עלול להגדיל באופן אסטרטגי את פוטנציאל הנזק שלו כדי שיעבור את  $B$  ויחייב בדרך זו את המזיק להוציא עלויות מניעה שלולא כן לא היה חייב להוציאן. Ehud Guttel, *The (Hidden)*

מופעלת בדרך כלל לפי ערכים אובייקטיביים מבלי להתחשב ביכולותיו ובתכונותיו המיוחדות של המזיק – יכולות ותכונות אשר עשויות לכאורה להשפיע על עלויות המניעה שלו – כדי לחסוך עלויות מנהליות.<sup>23</sup>

המכפלה PL היא תוחלת הנזק או הסיכון שיוצרת פעילותו של המזיק. בדרך כלל התנהגותו של המזיק עלולה לגרום לנזקים שונים שהסתברויותיהם שונות. תוחלת הנזק היא סך המכפלות של הנזקים השונים שעלולים להיגרם בהסתברות גרימתם. למשל, אי-גידור מכונה על ידי מעביד עלול לגרום פגיעת גוף חמורה ואולי אף מוות למי מן העובדים, אך עלול גם לגרום נזקי רכוש, קלים או כבדים. תוחלת הנזק של אי-גידור המכונה תכלול אפוא את סך המכפלות של כל הנזקים האפשריים מאי-הגידור בהסתברות התרחשותם.

נניח למשל שעולה השאלה אם עובד שנפגע במפעל עקב אי-גידור המכונה שעליה עבד זכאי לפיצוי מן המעביד על פי עוולת הרשלנות. בית המשפט המחיל על המקרה את נוסחת לרנד הנד יעריך את עלויות הגידור וישווה אותן לתוחלת הנזק שהייתה מופחתת אילו גודרה המכונה. אם למשל תוחלת הנזק האמורה תוערך כ-100 ועלויות הגידור יוערכו כ-90, יוגדר המעביד רשלן ויחויב לשאת בנזק. אם לעומת זאת עלויות הגידור יוערכו כ-110, לא יוגדר המעביד רשלן וימצא פטור מאחריות נזיקית. כך, במקרה הראשון איום האחריות המשפטית שתוחלתה 100 יתמרץ את המעביד להשקיע 90 בגידור המכונה, ואילו במקרה השני, בהעדר כל איום של אחריות משפטית, לא ישקיע המעביד בגידור המכונה 110 (למעשה, גם אם הייתה מוטלת עליו אחריות מוגברת, היה מעדיף לשאת באחריות שתוחלתה 100 על נשיאה בעלות של 110). כך או אחרת, התנהגותו של המעביד תהיה יעילה: הוא ישקיע במניעת הנזק אם, ורק אם, עלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק שתופחת עקב השקעה זו.

אפשר שמנוסחת לרנד הנד ייווצר הרושם שאמצעי הזהירות הם בינריים: או שהמזיק נוקט אמצעי זהירות מסוים או שאינו נוקטו, אך במציאות אין הכרח שכך יהיה. אמנם לעתים אמצעי הזהירות הם בינריים: רכישת בלמים חדשים לרכב או גידור המכונה המסוכנת במפעל הם דוגמות אפשרויות לכך. אולם לעתים קרובות אמצעי הזהירות הם

גילה, אהוד גוטל וארז יובל בקשר שבין רמת פעילותם של ניזוקים לבין אמצעי הזהירות שבהם מחויב המזיק. במאמר זה הם מראים שעלולים להיווצר מצבים שבהם רמת הפעילות של הניזוקים נמוכה מדי עקב בעיה של "פעולה משותפת": אילו יכלו הניזוקים לשתף פעולה ביניהם, היו מגבירים את רמת הפעילות שלהם. בדרך זו היו מגדילים את תוחלת הנזק של פעילותם, ובכך מביאים לידי הטלת חובה על המזיק לפעול למניעת הנזק; במקרים מסוימים כך הייתה מושגת תוצאה יעילה. David Gilo, Ehud Guttel & Erez Yuval, *Negligence, Strict Liability and Collective Action*, 42 J. LEGAL STUD. (forthcoming 2013).

להלן סעיף 7.

רציפים (או שיש כמה רמות זהירות אפשריות), ואז מדויק יותר להגדיר את סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד במונחים שוליים.<sup>24</sup> לפיכך לפי ההגדרה השולית, כדי שהמזיק לא ייחשב לרשלן עליו לנקוט אמצעי זהירות עד לנקודה שבה התוספת השולית לעלות אמצעי הזהירות שווה להפחתה השולית בתוחלת הנזק שתנבע מתוספת זו. וכך אם המזיק היה יכול להשקיע 99 אגורות כדי להפחית את תוחלת הנזק בשקל אחד ולא עשה כן, הוא יוגדר רשלן, אך אם היה עליו להשקיע שקל או יותר כדי להפחית את תוחלת הנזק בשקל, הוא לא יוגדר רשלן. אמצעי זהירות רציפים הם נפוצים. הנוהג ברכב יכול להפחית את מהירות נסיעתו באופן רציף אם כל הפחתה במהירות הנסיעה תפחית במידת מה את תוחלת הנזק ממנה. בדומה לכך, המעביד המשקיע בבטיחות עובדיו יכול לעתים לרכוש אביזרי בטיחות במחירים שונים ובאיכויות שונות, ואף אז תהיה רציפות, ולו גם חלקית, של אמצעי הזהירות שלו.

נוסחת לרנד הנד אינה נוסחה מתמטית אשר על השופט המיישם אותה להציב בה מספרים אלא היא דרך להביע את רעיון הרשלנות.<sup>25</sup> הרעיון האינטואיטיבי הפשוט של הנוסחה הוא שהתשובה לשאלה אם המזיק היה רשלן תלויה בסיכון שיצר ובנטל שכרוך במניעתו או בהפחתתו. אם הסיכון היה רב והנטל במניעתו היה קל, הרי שהמזיק התרשל, ואם הסיכון היה קטן והנטל במניעתו היה רב, הרי שהמזיק לא התרשל. נוסחה זו משקפת אפוא את הצורך להשוות סיכון לנטל כדי להסיק אם המזיק התרשל אם לאו. היא מספקת מסגרת חשיבתית בלבד, והשופט הוא שממלא אותה בתוכן בנתנו ערכים לאמצעי הזהירות מצד אחד ולתוחלת הנזק מצד אחר. נוסחה זו משקפת רעיון נוסף: אפשר וראוי להשוות ערכים חומריים, כגון כסף, לערכים של הגנה על הבריאות והחיים. הרעיון שכל דבר ניתן להשוואה לכל דבר אחר (commensurability) הוא מוטיב חוזר בניתוח הכלכלי של המשפט בכלל ושל דיני הרשלנות בפרט.<sup>26</sup>

לעתים קרובות אמצעי הזהירות ניתנים להמרה מידית לכסף: בלמים חדשים עולים סכום כסף מוגדר, וכך גם שלטים שאפשר להציב ליד ברכת שחייה לשם אוזרת המתרחצים מפני הסכנה שבקפיצה למים רדודים,<sup>27</sup> אך לא תמיד הדבר אפשרי. במקרה שבו נהג פגע בהולך רגל משום שנסע מהר, בית המשפט המחיל על המקרה את נוסחת לרנד הנד יצטרך לתת את דעתו על העלות הכרוכה בבזבוז הזמן עקב נסיעה אטית.<sup>28</sup> כאשר מדובר בתוחלת הנזק,

24 ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS 349–53 (5<sup>th</sup> ed., 2008); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 182–9 (2004).

25 SHAVELL, *id.*, at 190–1.

26 לדיון ברעיון ה-commensurability ולמגבלותיו ראו Harel & Porat, *supra* note 19.

27 ראו למקרה כזה עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12.

28 בארץ כידוע נוהג משטר אחריות משפטית מיוחד לפיצוי בגין נזקי גוף הנגרמים כתאונות דרכים: חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

המרתה לערכים כספיים בעייתית הרבה יותר, שכן מדובר בסיכונים לגוף ולבריאות. אמנם כלכלנים הציעו דרכים שונות ליתן ערכים כספיים אף לסיכונים כאלה,<sup>29</sup> אך בתי המשפט בדרך כלל אינם מציבים אותם בנוסחת לרנד הנד. יתרה מזו, פעמים רבות הנזק אינו רק זה הנגרם ישירות מאי-נקיטת אמצעי הזהירות, אלא הוא מתייחס גם לניזוקים עקיפים רבים שמטבע הדברים אינם עומדים בפני בית המשפט, ועל כן קשה מאוד למדוד ולכלול בנוסחת לרנד הנד. למשל, ייתכן שהחלטה לא להשקיע כספים במניעת נזקי שיטפונות בנתיבי איילון תיראה ממבט ראשון החלטה סבירה לחלוטין, שכן עלות אמצעי הזהירות גבוהה מן הנזק שעתידי להיגרם מאי-נקיטתם. אולם אפילו אם בגדר נזק זה נכלל מחיר הפגיעה בחיי אדם, בשלמות הגוף ובבריאות, לא בהכרח יהא בכך כדי למצות את הנזק שאפשר שייגרם אם לא יינקטו אמצעים מתאימים למניעת נזקי השיטפונות. הנזק הנוסף, שאף אותו יש להביא בחשבון, הוא הנזק המתבטא בפגיעה בתחושת הביטחון של רבים מבני הציבור אשר משתמשים בנתיבי איילון בימות החורף, או שמצויים בסביבתו הקרובה, ואף בגרם אי-נוחות ממשיית להם. הכללתם של נזקים בלתי מוחשיים אלה בנוסחת לרנד הנד הופכת נוסחה זו למעין כור היתוך של אינטרסים, והמשתמש בה חייב לאתרם וליתן להם משקל ראוי. המחשבה כאילו נוסחת הרשלנות הכלכלית מקלה את המלאכה על הפוסק בהצביה אמת מידה קלה ליישום אינה אלא חזיון תעתועים.<sup>30</sup>

הרעיון הגלום בנוסחת לרנד הנד נקלט בפסיקה הישראלית, אם תוך אזכורה המפורש<sup>31</sup> ואם בשימוש בה מבלי לאזכר אותה.<sup>32</sup> פסק דין ועקנין עשוי להמחיש שימוש אופייני של

RICHARD L. REVEZ & MICHAEL A. LIVERMORE, RETAKING RATIONALITY 80 (2008); 29  
John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser, *Willingness to Pay and the Distribution of Risk and Wealth*, 104 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 747 (1996); Porat & Tabbach, *supra*  
note 19.

למקרה שבו הטיל בית המשפט העליון אחריות על המדינה ועל רשויות ציבוריות אחרות בגין 30  
נזקי שיטפונות לרכוש, ראו ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ (פורסם  
בנבו, 25.5.2006).

ראו למשל ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975); ע"א 5604/94 חמד נ' 31  
מ.י., פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (1995); דנ"א  
7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003); ע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר  
ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486  
(2004); דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010); ע"א 10064/02  
"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); רע"א 1700/10 דוביצקי נ'  
שפירא (פורסם בנבו, 20.5.2010). לכך שבית המשפט העליון מעדיף בבירור את הגישה  
הכלכלית לדיני הרשלנות על פני החלופות האחרות ראו רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעוולת  
הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351 (2008). פרי מצר על  
העדפתו זו של בית המשפט, טוען שהמטרות הכלכליות של דיני הרשלנות קשים להשגה  
ומציע לשקול לאמץ גישה קנטיאנית תחת הגישה הכלכלית.

בית המשפט בנוסחת לרנד הנד מבלי לנקוב בשמה. באותו מקרה נפגע נער שקפץ לברכת שחייה שהמים בה היו רדודים ונפגע בראשו. אחת השאלות שנדונו בפסק הדין הייתה אם מפעילת הברכה התרשלה באי-הצבתם של שלטי אזהרה באשר לסכנה שיש בקפיצה לברכה למים רדודים. בית המשפט העליון קבע שמפעילת הברכה התרשלה. למסקנה זו הגיע בית המשפט בהשתמשו במשתנים המופיעים בנוסחת לרנד הנד: מצד אחד עלות הצבתם של השלטים (דהיינו עלות אמצעי הזהירות) נמוכה, ומצד אחר הסכנה שבקפיצה לברכה שמימיה רדודים (דהיינו, תוחלת הנוק) היא גבוהה. בית המשפט ציין כי בעבר קפצו מתרחצים למים, וכי אי-מודעות לסכנה המיוחדת בקפיצה מגדילה את הסיכון (דהיינו, את תוחלת הנוק) ממנה.<sup>33</sup>

### 3. עלויות מניעה של צדדים שלישיים ושל הניזוק והסיכון לעיוות תמריצים

המקרה הפשוט ביותר לניתוחו של כלל הרשלנות הוא זה שבו המזיק יוצר סיכון כלפי הניזוק ואחרים, והפחתת הסיכון או הסרתו המלאה אפשרית בנקיטת אמצעי זהירות שבעלויותיהם יישא המזיק. אלא שלעתים הפחתת סיכונים כלפי הניזוק ואחרים תהיה על חשבונם של צדדים שלישיים או של הניזוק עצמו, וכדי שסטנדרט הזהירות שייקבע יהיה יעיל, על בית המשפט להביא בחשבון אף את העלויות של צדדים אלו.<sup>34</sup> למשל, רשויות ציבוריות הגורמות נזק לאדם אחד היו יכולות במקרים מסוימים למנעו לו יצרו סיכונים כלפי בני אדם אחרים. עלויות המניעה אינן אפוא רק העלויות שבהן הייתה נושאת הרשות הציבורית ישירות אלא אף העלויות שבהן היו נושאים בני האדם האחרים שהיו חשופים לסיכון אילו הופחת הסיכון כלפי הניזוק. למשל, בעניין קיבוץ מלכיה נ' מ.י. עלתה השאלה

32 היא אף אומצה בבירור ב- RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 3 (2010). יש מחלוקת בין מלומדים אמריקאים עד כמה בתי המשפט נזקקים לנוסחה זו בפועל. ראו Ronald J. Allen & Ross M. Rosenberg, *Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: A Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes*, 77 CHI.-KENT L. REV. 683, 700-19 (2002); Richard W. Wright, *Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"*, 4 THEORETICAL INQ. L. 145, 151-2 (2003); Patrick J. Kelley & Laurel A. Wendt, *What Judges Tell Juries about Negligence: A Review of Pattern Jury Instructions*, 77 CHI.-KENT L. REV. 587, 618-20 (2002). עם זאת גם כאשר הנוסחה אינה מוזכרת בשמה, בתי משפט אמריקאיים מביאים לעתים קרובות בחשבון, בעת קביעת סטנדרט הזהירות, את הפרמטרים המופיעים בה.

33 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12.

34 לדיון מפורט ראו להלן פרק 3.



אם צה"ל התרשל בכך שאגב תחזוקתו של "שביל טשטוש" לאיתור מסתננים בגבול הצפון הקים ענני אבק שהזיקו למטעיו של התובע. בית המשפט העליון פסק שצה"ל לא התרשל, בין היתר משום שהפחתת פעילות הטשטוש הייתה פוגעת בביטחונם של תושבי מדינת ישראל.<sup>35</sup> אפשר להשיקף במקרה זה על תושבי מדינת ישראל כצדדים שלישיים שיישאו בעלויות המניעה אם יופחת הסיכון למטעיו של התובע. עם זאת אפשר אף לומר שהנתבעת, מדינת ישראל, זהה בהקשר זה לתושבי המדינה, ולפיכך עלויות המניעה של המדינה, הכרוכות בהפחתת פעילות הטשטוש, כוללות את הסיכון המוגבר לביטחונם של תושבי מדינת ישראל. בדומה לכך, בעניין גרובנר נ' עיריית חיפה נקבע כי הרשות המקומית לא התרשלה באי-הצבתם של פקחים בגן ציבורי שהיו מונעים פגיעה של רוכב אופניים בתובעת, שכן יש להביא בחשבון את העובדה שלו היו מוצבים שם פקחים, היה הדבר נעשה על חשבון בטיחותם של תושבים אחרים אשר פקחים אלו היו אחראים לה.<sup>36</sup> לבסוף, נהג אשר פגע בהולך רגל משום שנסע מהר כי היה ברכבו פצוע שאותו החיש לבית החולים, היה יכול לנסוע לאט יותר ובכך להפחית את הסיכונים להולכי רגל, אך הדבר היה נעשה על חשבוננו של הפצוע שברכבו, שאפשר שהיה מגיע לבית החולים מאוחר מדי, וייתכן שבשל כך לא התרשל.

עלויות המניעה עשויות לבטא גם פגיעה בערכים חברתיים הנגרמת ממניעת הנזק, גם אם אי אפשר להצביע על צדדים שלישיים מוגדרים שעלולים להיפגע ממנה. כך, כאשר עולה השאלה אם מדריכים שיצאו לטיול עם קבוצת מטיילים בתנאי מזג אוויר קשים, ובכך גרמו נזק למטיילים, התרשלו או נהגו באופן סביר, אפשר עקרונית להביא בחשבון כי ביטול הטיול היה עלול לפגוע בערכים כגון חינוך לאהבת הארץ ולשקלל זאת עם יתר השיקולים המשפיעים על עלותה של מניעת הנזק.<sup>37</sup> המשקל שיש לייחס לשיקול החינוך לאהבת הארץ אינו מידה שאפשר לתרגמה בנקל למטבע עובר לסוחר, ויש להניח ששופטים שונים ייחסו לו משקל שונה, על פי ערכיהם.

בכל המקרים הללו בית המשפט נדרש להביא את כל העלויות, הסיכונים והסיכויים בחשבון ולקבוע את סטנדרט הזהירות בהתחשב בכלם. השאלה הקשה יותר היא אם כלל משפטי של רשלנות יתמרץ את המזיק לנקוט אמצעי זהירות יעילים כאשר חלק מאמצעי הזהירות אינם על חשבוננו אלא על חשבון צדדים שלישיים. לכאורה ימהר המזיק לסכן את הצדדים השלישיים, דהיינו להחצין להם עלויות – שכן הוא אינו נושא בהן – כדי להפחית

35 ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מ.י., פ"ד נט(1) 16 (2004).  
 36 עניין גרובנר, לעיל ה"ש 31. לדיון מפורט בסוג זה של מקרים ראו להלן פרק 3, סעיפים 3–4.  
 37 ע"פ 364/78 צור נ' מ.י., פ"ד לג(3) 626, 631–632 (1979). לדיון מפורט בסוג זה של מקרים ראו להלן פרק 3, סעיף 4.

את סיכון האחריות שלו כלפי הניזוק. חשש זה הופך ממשי במיוחד כאשר קיימת אי-ודאות אצל המזיק באשר לסטנדרט הזהירות שיוחל עליו בבית המשפט אם ייתבע על ידי הניזוק.<sup>38</sup> אפשר להעלות על הדעת כמה דרכי פתרון לכך. דרך פתרון אחת היא להטיל על המזיק אחריות מופחתת המשקפת את הסיכון נטו שיצר כלפי החברה. כך מזיק שיימצא רשלן יישא באחריות שתוחלתה משקפת את ההפרש שבין תוחלת הנוק שיצר בהתנהגותו הרשלנית לבין עלויות המניעה שחסך מצדדים שלישיים. דרך פתרון זו תידון בהרחבה בהמשך.<sup>39</sup> פתרון אחר הוא לא להטיל על המזיק אחריות כלל במקרים שבהם החצנת עלויות מניעה לצדדים שלישיים היא סיכון ממשי. אף פתרון זה יידון בהמשך.<sup>40</sup> פתרון נוסף הוא ליצור סימטריה באחריות המשפטית, דהיינו לאפשר לצדדים השלישיים לתבוע את המזיק אם החצין להם עלויות מניעה באופן בלתי סביר בהתחשב בסיכונים, בסיכויים ובעלויות לכולם. הבעיה היא שהעדר מידע וקשיים באכיפה עושים פתרון אחרון זה במקרים רבים לבלתי אפשרי. הצדדים השלישיים לא יתבעו בדרך כלל את המזיק גם אם יישאו בעלויות, אם משום שהנוק שנגרם להם קשה להוכחה, אם משום שיקשה עליהם להוכיח רשלנות בהחצנת העלויות אליהם, ואם משום שאף שהנוק לכל הצדדים השלישיים יחדיו הוא גדול, הנוק לכל אחד מהם הוא קטן ואינו מצדיק, מן הבחינה הכלכלית, תביעה פרטית.<sup>41</sup> בנסיבות אלו עלול המזיק להתפתות ולהחצין עלויות מניעה אל הצדדים השלישיים כדי להפחית את סיכוני האחריות המשפטית שלו.

בעיה דומה היא כאשר המזיק יכול להחצין את עלויות המניעה, או את חלקן, לניזוק עצמו. מקרה טיפוסי הוא שהמזיק צריך לבחור כיצד לנהוג אל מול הניזוק: ליצור כלפיו סיכון א או סיכון ב. למשל, רופא צריך לא אחת לבחור בין שתי דרכי טיפול, אשר בכל אחת מהן גלומים סיכונים וסיכויים. סטנדרט הזהירות ייקבע בהתחשב בכל הסיכונים והסיכויים, אלא שאף כאן עלולה להיווצר תופעה דומה לזו שתוארה לעיל, שתגרום לרופא לנקוט "רפואה מגננתית" ולהעדיף את דרך הטיפול המסוכנת פחות מבחינתו במקום את דרך הטיפול הטובה יותר לחולה. למשל, אפשר שרופא יבחר ליילד בלידה קיסרית במקום בלידה טבעית, שכן הוא חושש שאם ישתבש דבר מה בלידה הטבעית הסיכוי שייטבע ברשלנות גבוה, אך אם יילד בלידה קיסרית, הנוקים שייגרמו ליולדת לא ייתבעו הן בשל

38 על השפעת טעויות בקביעת סטנדרט הזהירות ראו דיון להלן סעיף 9.ב.

39 להלן חלק ג, פרק 10.

40 להלן פרק 2, סעיף 2.א. ופרק 3.

41 לעתים אפשר לפתור בעיה אחרונה זו באמצעות מנגנון התובענות הייצוגיות. ראו אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387, 393-398 (2004); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוללות המוניות" משפטים לד 301, 317-319 (2004).

קשיי הוכחתם, הן בשל קשיים להוכיח רשלנות, והן משום שבחלק ניכר מן המקרים הנזקים יהיו קטנים למדי, ולא יהא כדאי ליולדת, מבחינה כלכלית, לתבוע בגינם. לכן הרופא עלול להתפתות ולהחציץ ליולדת את עלויות המניעה של נזקי הלידה הטבעית (עלויות המתבטאות בנזקי הלידה הקיסרית) ולפעול פעולה לא יעילה (ליילד בלידה קיסרית), דהיינו שלא על פי טובתה של היולדת, הנקבעת על פי הסיכויים והסיכונים שלה (ושל היילוד), ולא על פי סיכנון המשפטי של הרופא. גם כאן פתרון אפשרי לבעיה הוא לפטור את הרופא מאחריות או להפחית את אחריותו אם ימצא רשולן בבחירתו ליילד בלידה טבעית, עניינים שיידונו בהמשך.<sup>42</sup>

#### 4. סיכנון העצמי של המזיק

##### א. חשיבותו של הסיכון העצמי

במקרים רבים באי־נקיטתו אמצעי זהירות מגביר המזיק סיכון לא רק כלפי ניוזקים בכוח אלא גם כלפי עצמו. השאלה היא אם על בית המשפט להביא בחשבון את הסיכון העצמי של

42 להלן פרק 2, סעיף 2.א., פרק 3, סעיף 2, וחלק ג, פרק 10. בעיה מיוחדת של החצנת עלויות על ידי רופאים מעורר המקרה של "הולדה בעוולה". קורה לעתים שרופא נדרש ליעץ לאישה בהיריון אם להפיל את ולדה בשל חשש לנכות או מחלה שממנה יסבול הוולד לאחר שייוולד. במשטר משפטי שבו מוטלת אחריות על הרופא בגין ייעוץ רשלני בעניין זה, עלולים להיווצר תמריצים לרופאים ולבתי חולים להמליץ לעתים תכופות מדי על הפלות: הפלה כמעט אינה מסכנת את הרופא בחביעה משפטית, ואילו המלצה לא להפיל עלולה להביא להולדתו של ילד עם נכות ולתביעה משפטית. מובן שתקוותו היא שסיכון האחריות המשפטית אינו משפיע על שיקול דעתם של רופאים או בתי החולים למעשה, כאן ואף במקרים אחרים, אך אי אפשר להתעלם מכך שהרופא נדרש להחליט בין טובתו שלו לבין טובת האישה ההרה (וטובת הוולד שטרם נולד), ובכך בלבד יש קושי. עם זאת כמו בכל מקרה אחר של רשלנות רפואית קיימים גם יתרונות בהטלת אחריות משפטית על רופאים רשלנים שנתנו ייעוץ רשלני. עד לפני זמן לא רב נהגה בארץ ההלכה שעל פיה במקרה של הולדה בעוולה שנגרמה עקב רשלנות הרופא, זכאים הן ההורים והן הילד שנולד נכה לפיצויים (אם כי הייתה אי־בהירות מסוימת באשר לתחולתה של הלכה זו על מקרים שבהם נכותו של הילד אינה קשה): ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986). לאחרונה פסק בית המשפט העליון בהרכב מורחב כי במקרי הולדה בעוולה הילד שסובל מנכות אינו זכאי לפיצוי, אך הוריו זכאים לפיצוי. הפיצויים שלהם זכאים ההורים, כך קבע בית המשפט, יכללו אף את עיקר הוצאות גידולו של הילד ומילוי צרכיו למשך כל ימי חייו. הנמקתו העיקרית של בית המשפט הייתה שאי אפשר לומר שלילד, שאלמלא העוולה לא היה נולד כלל, נגרם נזק. נראה שההלכה החדשה מיתנה במקצת את סיכון הרפואה המגננתית, שכן הפחתת שיעור הפיצויים צפויה להפחית מן התמריץ של רופאים ובתי חולים להמליץ לעתים תכופות מדי על ביצוע הפלות. ראו ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 28.5.2012). לניתוח פסק דין זה, ראו רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר לא השאלה" מחקרי משפט כט (יתפרסם ב-2013).

המזיק במקרים אלו בבואו לקבוע את סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד. במשך שנים רבות היה נהוג להניח, כמובן מאליו ומבלי שנערך כל דיון בעניין, שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, אולי מתוך מחשבה שדי בהפנמת המזיק את נזקיו העצמיים כדי שתמריצי ההתנהגות שלו יהיו יעילים; או מתוך מחשבה שהסיכון שיוצר המזיק כלפי עצמו הוא עניינו שלו בלבד, וכי הטלת הגבלות על פעילותו בשל קיומו של סיכון זה תהיה פגיעה לא ראויה באוטונומיה, או בחופש הפעולה שלו. בקצרה, ההנחה המובלעת כנראה הייתה שהסיכון שיוצר המזיק כלפי עצמו אינו צריך להשפיע על התשובה לשאלה אם הוא יצר סיכון בלתי סביר.

אולם הנחה זו מוטעית. יש להביא בחשבון את סיכונו העצמי של המזיק, שאם לא כן יהיו מצבים שבהם יעדיף המזיק שלא למנוע נזקים אף שתוחלתם גבוהה מעלות המניעה שלו. נניח שנוהג ברכב פוגע בהולך רגל תוך שהוא נוהג במהירות של 70 קמ"ש, וכי היה יכול להימנע מן הפגיעה לו נהג במהירות של 50 קמ"ש או למטה מזה. עלות המניעה, שהיא במקרה זה בזבוז זמן בשל נסיעה אטית יותר, היא 100, ואילו נהג המזיק במהירות של 50 קמ"ש היה מפחית את הסיכונים למשתמשים אחרים בדרך ב-75. עוד נניח שהנסיעה האטית יותר הייתה מפחיתה אף את סיכוניו של המזיק להיפגע בתאונה ב-75. ניכר כי מנקודת מבט כלכלית נסיעה במהירות של 50 קמ"ש הייתה מקטינה את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן: נזקים שתוחלתם 150 היו נמנעים בעלות של 100. אלא שאם בית משפט, המחיל על המקרה את דיני הרשלנות,<sup>43</sup> יתעלם מן הסיכון העצמי של המזיק, הוא יקבע שבמקרה הנדון המזיק לא התרשל, שכן  $75 > 100$ . עקב כך ידע המזיק שאם לא ינקוט את אמצעי הזהירות (נסיעה אטית יותר), הוא לא יישא באחריות כלשהי אלא בנזקיו העצמיים שתוחלתם 75. המזיק יעדיף אפוא לשאת בעלות זו של 75 על נקיטת אמצעי זהירות שעלותם 100. תוצאה בלתי יעילה זו תימנע אם המזיק יוגדר על ידי בית המשפט רשלן, שכן  $100 < 150$ . אם כך ייעשה, יעדיף המזיק לשאת בעלות מניעה של 100 על נשיאה באחריות של 75 ובנזקים עצמיים שתוחלתם 75.

דרך אחרת לניסוח טיעון הסיכון העצמי היא שכאשר מחשבים את עלות המניעה של המזיק, יש לחשב את עלות המניעה נטו ולא ברוטו. למשל, המזיק בדוגמה שלנו היה צריך לשאת לכאורה בעלות מניעה של 100 (בזבוז הזמן שהיה נגרם לו בנסיעה אטית), אך בה בעת היה זוכה בטובת הנאה של 75 (שהיא הפחתת הסיכון העצמי שלו). לפיכך עלות המניעה של המזיק נטו היא 25 ולא 100, ומאחר שהסיכון לאחרים שהיה מופחת אילו ננקטו אמצעי הזהירות גדול יותר (75), יש להגדיר את המזיק רשלן. מבחינה מתמטית אין כמובן

43 למשטר המיוחד הנוהג בארץ לפיצוי בגין נזקי גוף הנגרמים בתאונות דרכים ראו לעיל ה"ש 28.

הבדל בין דרך ניסוח זו (עלות מניעה נטו) לבין דרך הניסוח הקודמת (צירוף הסיכון העצמי ליתר הסיכונים). מדובר בלא יותר מאשר "העברת אגף" בנוסחת לרנד הנד: במקום להוסיף את הסיכון העצמי לסיכונים לאחרים שיצר המזיק, הוא מופחת מעלות המניעה שלו.<sup>44</sup> אי-התחשבותם של בתי המשפט בסיכוננו העצמי של המזיק גורמת במקרים רבים לעיוות ניכר בתמריצי ההתנהגות של מזיקים בכוח. למשל, על פי הדוגמה המספרית שנדונה לעיל, מוצדק, מבחינה כלכלית, לדרוש מן המזיק לנקוט אמצעי זהירות שעלותם מגעת עד כדי 150. לעומת זאת התעלמות מסיכוננו העצמי של המזיק מביאה לכך שהמזיק ידרש לנקוט אמצעי זהירות שעלותם אינה עולה על 75. במקרה זה אפוא אפשר שרמת הזהירות שינקוט המזיק בפועל תהיה נמוכה ב-50% (!) מרמת הזהירות היעילה.

טיעון הסיכון העצמי עוסק במצבים שבהם נקיטת אמצעי זהירות על ידי המזיק (למשל, האטת מהירות הנסיעה) מפחיתה את הסיכון העצמי ואת הסיכון לאחרים. במקרים אלו קיומו של סיכון עצמי צריך להביא להחמרת סטנדרט הזהירות הנדרש מן המזיק. מקרה הפוך הוא כאשר נקיטת אמצעי זהירות על ידי המזיק מגדילה את הסיכון העצמי ומפחיתה את הסיכון לאחרים, שאז קיומו של הסיכון העצמי מביא להקלת סטנדרט הזהירות הנדרש מן המזיק. מקרה אחרון זה, להבדיל מן הראשון, אינו חדש, ובתי משפט אכן פוסקים בו תוך שהם מתחשבים בסיכון העצמי של המזיק בעת שהם מגדירים את סטנדרט הזהירות שבו היה עליו לעמוד. למשל, אם המזיק הוא שוטר אשר ירה בעברייני נמלט תוך כדי מרדף ופגע בו, בחינת סבירות התנהגותו של השוטר תיבחן תוך מתן תשומת לב לכך שאילו נמנע מלירות בעברייני היה מסכן את עצמו. הסיכון העצמי לשוטר הוא למעשה עלות המניעה, ובית המשפט ישקול עלות זו לעומת הסיכון שיצר השוטר כלפי העברייני בכך שבחר לירות בו ולא נקט אמצעים דרסטיים פחות כדי לעצרו.<sup>45</sup>

44 טיעון הסיכון העצמי הועלה במאמר שכתבתי עם רוברט קוטר: Robert Cooter & Ariel Porat, *Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict*, 29 J. LEGAL STUD. 19 (2000); אריאל פורת "רשלנות וסיכוננו העצמי של המזיק" **עיוני משפט** כו 321 (2002).

45 למקרה שבו נקיטת אמצעי זהירות על ידי שוטר – כדי להפחית סיכון כלפי מפרי סדר – מתבטאת בין היתר בהגברת הסיכון העצמי של השוטר ראו עניין חמד, לעיל ה"ש 31, בעמ' 510–512. אך ראו Johnson v. City of Milwaukee, 41 F. Supp. 2d 917 (1999). באותו מקרה עלתה השאלה אם שוטר שירה בחשוד במקום לחכות לתגבורת פגע בזכותו של החשוד על פי התיקון הרביעי לחוקה האמריקאית שלא להיעצר באופן בלתי סביר. בית המשפט האמריקאי בחן את סבירות התנהגותו של השוטר בשקלו הן את הסיכונים לחשוד ולעוברים ושבים והן את הסיכון לשוטר, שהיה מופחת דווקא אם היה מחכה לתגבורת. במקרה זה אפוא נקיטת אמצעי זהירות על ידי השוטר, דהיינו היעזרות בתגבורת, הייתה מפחיתה את הסיכונים לחשוד, אולי לעוברים ושבים, וגם לשוטר עצמו.

## ב. סיכון עצמי הניתן להפחתה בנקיטת אמצעי זהירות עצמאיים

ההנחה המובלעת בדיון עד כה הייתה שאמצעי הזהירות שבכוחו של המזיק לנקוט מפחיתים בעת ובעונה אחת את הסיכון העצמי ואת הסיכון לאחרים. במצב דברים זה, כפי שהוסבר, יש להביא את כל הסיכונים בחשבון בעת קביעת סטנדרט הזהירות שבו על המזיק לעמוד. הדיון מסתבך במקצת כאשר אחת מדרכי הפעולה העומדות בפני המזיק היא נקיטת אמצעי זהירות המפחיתים את הסיכון העצמי בלבד, ודרך זו דווקא היא דרך הפעולה היעילה. נניח למשל כי בדוגמת הנוהג ברכב והולך הרגל היה הנוהג ברכב יכול להפעיל את כריות האוויר המותקנות ברכבו ואשר לא הופעלו עובר לתאונה. נניח שלו עשה כן היה מפחית את הסיכון העצמי מ-75 ל-10. עוד נניח שעלות הפעלת כריות האוויר היא 5. האם במקרה זה ראוי להטיל אחריות על הנוהג ברכב על שלא האט את מהירות נסיעתו מ-70 קמ"ש ל-50 קמ"ש? לכאורה התשובה היא חיובית: ללא הפעלת כריות האוויר האטת מהירות שעלותה 100 מפחיתה את הסיכון הכולל ב-150, והטלת אחריות תמרוץ את הנוהג לעשות כן.

אלא שעיון מדוקדק יותר מלמד שלא נכון להטיל אחריות על הנוהג במקרה אחרון זה. הנוהג הסביר היה צריך להשקיע 5 (להפעיל את כריות האוויר), להפחית בכך את סיכונו העצמי ל-10 ובכך את הסיכון הכולל ל-85 (75 לאחרים, ו-10 לעצמו), ובהינתן סיכון כולל זה לא להאט את מהירות נסיעתו. זאת מכיוון שלאחר הפחתת הסיכון העצמי עלות המניעה (100) גבוהה מתוחלת הנזק שתופחת בשל האטת המהירות (85), ולכן האטת המהירות אינה יעילה. אלא שכדי לתמרץ את הנוהג ברכב לפעול בדרך יעילה זו, אין צורך בהטלת אחריות נזיקת עליו: גם בהעדר אחריות יש לו די תמריצים להפחית את סיכונו העצמי מ-75 ל-10 ולנהוג במהירות של 70 קמ"ש.<sup>46</sup> זאת ועוד, אין לומר שהנזק שגרם הנהג להולך הרגל נגרם בשל נהיגתו הרשלנית: אילו פעל הנהג בסבירות, הוא היה מפעיל את כריות האוויר, נוהג במהירות של 70 קמ"ש וגורם בדיוק את אותו הנזק שגרם בפועל. לפיכך אין קשר סיבתי בין רשלנותו של הנהג לבין הנזק שנגרם, וממילא אין להטיל עליו אחריות בגינו.

## ג. עמדת הפסיקה

טיעון הסיכון העצמי נעלם במשך שנים רבות מעיניהם של בתי המשפט בארץ ובעולם. על פי לשונה נוסחת לרנד הנד יכולה להכיל אותו ללא צורך להכניס בה כל שינוי: כל שיש

46 אמנם אפשר לטעון שהטלת אחריות על הנוהג ברכב תמרוץ אותו להאט את מהירות נסיעתו, אם אכן התרשל כלפי עצמו ולא הפעיל את כריות האוויר. טענה זו נכונה עקרונית אם כי היא גורמת שהמזיק יישא באחריות ליותר מן הנזק החברתי שגרם לו ברשלנותו. הדבר יכול לגרום להתעת יתר: ראו להלן סעיף 9.ב.

לפרש הוא שתוחלת הנזק, PL, היא תוחלת נזק כוללת המתייחסת הן לאחרים והן למזיק, או לחלופין שנטל מניעת הנזק, B, הוא נטל מניעה נטו ולא ברוטו, ולכן יש לחשב אותו בהתחשב בסיכונו העצמי של המזיק.

אולם מתברר שאביה מולידה של נוסחת לרנד הנד, השופט לרנד הנד עצמו, החמיץ את טיעון הסיכון העצמי. במקרה אחד שנדון בפניו עלתה השאלה אם נוהג ברכב שהתהפך עם רכבו וגרם נזק לנוסע ברכב נהג במהירות המהווה רשלנות רבתי.<sup>47</sup> השופט לרנד הנד, ביטבו בערכאת הערעור, הנחה את הערכאה הראשונה לענות על השאלה תוך שימוש בנוסחה שלימים נקראה על שמו.<sup>48</sup> לדבריו, יש לקבוע אם התנהגותו של הנוהג ברכב לקתה ברשלנות רבתי באמצעות השוואת תוחלת הנזק של הנסיעה המהירה לנוסע לעלויות המניעה, המתבטאות במקרה זה בבזבוז הזמן הכרוך בנסיעה אטית יותר. השופט לרנד הנד לא שם לב שיישום יעיל של הנוסחה דורש התחשבות אף בתוחלת הנזק של הנסיעה המהירה לנוהג עצמו. יש להניח שהתחשבות בתוחלת הנזק לנוהג הייתה מגדילה את סך תוחלת הנזק שהיה בית המשפט משווה לעלויות המניעה בערך פי שניים, ולמותר לציין כי התחשבות כזו יש בה כדי להשפיע על התוצאה שאליה יגיע בסופו של דבר בית המשפט של הערכאה הראשונה.

ריצ'רד פוזנר, ממייסדי אסכולת הניתוח הכלכלי של המשפט, המכהן כיום כשופט, התעלם בפסק דין שנתן, בעת שהחיל על המקרה שלפניו את נוסחת לרנד הנד, מסיכונו העצמי של המזיק. באותו עניין התנגשה ספינה ברציף ונגרם לה נזק רב. השאלה שעלתה הייתה אם הרשות המקומית התרשלה בתחזוקת הרציף, ובכך גרמה לנזק. השופט פוזנר הנחה את הערכאה הראשונה להיעזר בנוסחת לרנד הנד כדי לענות על שאלה זו. לשם כך יש לשקול את סיכוני ההתנגשות ברציף לספינות שעגנו בסמוך לו ואת עלויות התחזוקה שהיו מפחיתות סיכונים אלו.<sup>49</sup> אלא שהשופט פוזנר התעלם מכך שהתנגשות ברציף אינה גורמת נזק רק לספינות אלא אף לרציף שהוא בבעלותה של הרשות המקומית, המזיקה. לפי עובדות המקרה נראה שאכן לרציף נגרם נזק רב, ולכן הסיכון העצמי של המזיקה לא היה סיכון של מה בכך. אף במקרה זה לו החיל בית המשפט של הערכאה הראשונה את נוסחת לרנד הנד כפי שהורה לו השופט פוזנר, הוא היה עלול להגיע לתוצאה לא יעילה. כך, אם עלות אמצעי תחזוקת הרציף הייתה 100, והסיכון שהיה מופחת לאחר נקיטת אמצעים אלו לספינות היה

47 Conway v. O'Brien, 111 F. 2d 611 (1940). לפי החיקוק הרלוונטי באותה עת, אחריות הנהג כלפי אורח ברכב הותנתה ברשלנות רבתי של הנהג.

48 השימוש הראשון בנוסחה האלגברית נעשה על ידי השופט לרנד הנד כמה שנים לאחר מכן, בעניין U.S. v. Carroll Towing Co., supra note 21. בעניין Conway v. O'Brien, supra note 21.

49 47, at 612 השתמש השופט לרנד הנד בנוסחה, אך בלעדי הניסוח האלגברי שלה. Brotherhood Shipping Co. v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co., 985 F. 2d 323 (1993).

75, היה בית המשפט של הערכאה הראשונה מגיע לממצא של העדר התרשלות אף אם הסיכון לרציף היה למשל 75. החלטה כזו הייתה מספקת למזיקים בכוח תמריצי התנהגות לא יעילים.<sup>50</sup>

טיעון הסיכון העצמי התקבל לאחרונה ב־RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM, באופן שהובהר בהערות העורך שבעת קביעת סטנדרט הזהירות יש להביא בחשבון אף את הסיכון העצמי של המזיק.<sup>51</sup> עדיין מוקדם לומר אם בתי המשפט האמריקאיים ילכו בעקבות הריסטייטמנט בעניין זה.

בישראל טיעון הסיכון העצמי התקבל בבית המשפט העליון בעניין ולעס נ' אגד.<sup>52</sup> באותו מקרה נתבעה חברת אגד על ידי לקוח שלה שנפגע מבריונים, בטענה שעל חברת אגד היה להציב שומרים בתחנה כדי להגן מפני בריונות, ובכך הייתה נמנעת התקיפה. בית המשפט העליון, בהחזירו את התיק לבית המשפט המחוזי להמשך דיון, קבע בין היתר שכאשר בית המשפט המחוזי יידרש לשאלה אם חברת אגד התרשלה, עליו לתת את הדעת על כך שהצבת שומרים בתחנה הייתה מפחיתה לא רק את הסיכון של לקוחות להיפגע מבריונים אלא אף את הסיכון של חברת אגד שייגרם נזק לרכושה אם לא יוצבו שומרים.

#### ד. היקף תחולה

הכשל הכלכלי ביישום המסורתי של נוסחת לרנד הנד, הנובע מההתעלמות מן הסיכון העצמי של המזיק, בא לידי ביטוי בכל המקרים המקיימים במצטבר את התנאים האלה:

- א. אמצעי הזהירות היו מפחיתים ב־זמנית הן את הסיכון לאחרים והן את הסיכון העצמי.
- ב. עלויות אמצעי הזהירות גבוהות משיעור ההפחתה בתוחלת הנזק למזיק שהייתה מושגת אילו ננקטו אמצעי הזהירות.
- ג. עלויות אמצעי הזהירות גבוהות משיעור ההפחתה בתוחלת הנזק לאחרים שהייתה מושגת אילו ננקטו אמצעי הזהירות.
- ד. עלויות אמצעי הזהירות נמוכות משיעור ההפחתה בתוחלת הנזק הכוללת, של אחרים ושל המזיק, שהייתה מושגת אילו ננקטו אמצעי הזהירות.

50 לאחר זמן אימץ פוזנר את טיעון הסיכון העצמי בספרו: RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 217 (§ 6.1) (8<sup>th</sup> ed. 2011).

51 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 3, Cooter & Porat, cmt. b (and Reporter's Note, cmt. b) (2010).  
*supra* note 44.

52 ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד, פ"ד נה(5) 826, 844 (2001).



כך אם למשל בדוגמת הנהג היו עלויות אמצעי הזהירות 50 (לא מתקיימים תנאים ב ר-ג), או לחלופין 200 (לא מתקיים תנאי ד), הייתה מושגת התוצאה היעילה גם אם בית המשפט היה מתעלם מן הסיכון העצמי. במקרה הראשון היה בית המשפט קובע כי הנהג התרשל ומטיל עליו אחריות, ובמקרה השני היה מסיק שלא התרשל ופטר אותו מאחריות. לתוצאה זו היה מגיע בין שהסיכון העצמי היה מובא בחשבון ובין שלא.<sup>53</sup>

בדומה לכך, אם עלויות אמצעי הזהירות היו 100, הפחתת תוחלת הנזק העצמי הייתה 110 (לא מתקיים תנאי ב) והפחתת תוחלת הנזק לאחרים הייתה 75, הייתה מושגת התוצאה היעילה כלכלית בלא תלות בנכונותו של בית המשפט להתחשב בסיכון העצמי. אמנם אם הסיכון העצמי לא היה מובא בחשבון היה הנהג פטור מאחריות לנזקיו של הולך הרגל (שכן עלויות המניעה שלו היו גבוהות מההפחתה בתוחלת הנזק לאחרים), ואילו אם הסיכון העצמי היה מובא בחשבון, הוא היה אחראי לנזקיו (שכן עלויות המניעה שלו היו נמוכות מההפחתה בתוחלת הנזק הכוללת, לאחרים ולו עצמו). אך כך או אחרת, תמריציו של הנהג היו יעילים מכיוון שדי היה במקרה זה באיום שהסיכון העצמי שלו יוותר על כתפיו אם לא ישקיע את עלויות המניעה, כדי לשכנעו להשקיען.

בתי המשפט אינם אמורים לבחון בכל מקרה אם מתקיימים ארבעת התנאים המפורטים לעיל. בתי המשפט מצופים, בכל מקרה שבו מוחלת נוסחת לרנד הנד, להביא בחשבון את כל הסיכונים, ובכלל זה את סיכונו העצמי של המזיק, להשוותם לעלויות המניעה, לקבוע אם המזיק התרשל, ואם ימצא שהתרשל להטיל עליו אחריות בגין הנזק שנגרם בשל רשלנותו. העובדה שבמקרים מסוימים, כפי שהודגם לעיל, התעלמות מן הסיכון העצמי של המזיק לא תפגע בתמריציו (כגון שעלויות אמצעי הזהירות שלו נמוכות מן הסיכון העצמי שלו), לא צריכה לשנות את דרך פועלו של בית המשפט: קביעת סטנדרט הזהירות והטלת האחריות עקב הפרתו נעשות על פי דיני הרשלנות באופן אחיד כדי שיביאו לתוצאה יעילה בכל המקרים.<sup>54</sup>

טיעון הסיכון העצמי רלוונטי אפוא בכל אותם המקרים שבהם המזיק היה יכול לנקוט אמצעי זהירות ובכך להפחית בעת ובעונה אחת את הסיכון לאחרים ואת הסיכון העצמי. מקרי התנגשויות, כמו דוגמת הנהג שפתחה סעיף זה, הם מקרים טיפוסיים שעליהם חל טיעון הסיכון העצמי. כך אף המקרים, דוגמת ולעס,<sup>55</sup> שבהם אדם נדרש לנקוט אמצעי

53 למעשה בשני המקרים לא היה כלל האחריות משנה את תמריצי התנהגותו של הנהג: אם במקרה הראשון לא הייתה מוטלת אחריות על הנהג, היה לו תמריץ להשקיע 50 בשל סיכונו העצמי ששיעורו 75: אם במקרה השני הייתה מוטלת אחריות על הנהג, היה לו תמריץ שלא להשקיע 200 אלא לשאת בסיכון העצמי ובסיכון האחריות לאחרים, ששיעורם הכולל הוא 150 בלבד.

54 ראו דיון להלן חלק ג, פרק 11, סעיף 1.

55 עניין ולעס, לעיל ה"ש 52.

זהירות סבירים כדי להגן על אחרים מפני פגיעה של צד שלישי, אך אמצעי הזהירות מגנים גם עליו. לבסוף במקרים שבהם נתבע בנוזיקין אדם המחזיק מקרקעין בגין נזק שנגרם לתובע עקב אי-תחזוקה סבירה שלהם, טיעון הסיכון העצמי עשוי להיות בעל משקל רב. לעתים קרובות אי-תחזוקה תקינה של מקרקעין מסכנת את המחזיק עצמו יותר מכל אחד אחר. התחשבות בסיכון העצמי עשויה אפוא להביא במקרים רבים למסקנה שהמחזיק התרשל שעה שהתעלמות מן הסיכון העצמי הייתה מביאה אולי למסקנה שונה.

### ה. צדק מתקן

האם הגדרת התנהגות רשלנית, על פי תפיסת הצדק המתקן, תלויה בסיכונו העצמי של המזיק? באופן קונקרטי יותר השאלה היא אם העובדה שנקיטת אמצעי זהירות הייתה מפחיתה את הסיכון העצמי של המזיק רלוונטית לשיפוט התנהגותו כבלתי סבירה.

ממבט ראשון נראה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית: רשלנות, על פי תפיסת הצדק המתקן, נבחנת על פי סיכונים שיצר אדם כלפי זולתו ולא על פי סיכונים שיצר כלפי עצמו; יצירת סיכון עצמי היא אולי התרשלות עצמית, אך אין היא התנהגות בלתי סבירה מן הסוג המצדיק הטלת אחריות משפטית בגינה. מבט שני מעמיק יותר מלמד שאי אפשר לענות על השאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה סבירה אם לאו מבלי להביא בחשבון את סיכונו העצמי שהיה מופחת אילו נקט אמצעי זהירות כלפי הזולת.

נקודת המוצא של טיעון זה היא כי אי אפשר להגדיר התנהגות סבירה או בלתי סבירה מבלי לבחון את הנטל שבו היה על המזיק לשאת לשם מניעת הנזק לזולת.<sup>56</sup> על פי נקודת מוצא זו, כל הגדרה של רשלנות, על פי כל תאוריה של צדק, ובכלל זה תאוריה של צדק מתקן, נזקקת בין יתר שיקוליה להשוואת המאמץ שנדרש מן המזיק לשם מניעת הנזק לגודל הסיכון לזולת שהיה נמנע (או מופחת) אילו אכן השקיע את המאמץ האמור. כך, אדם הוא רשלן כאשר היה יכול למנוע במאמץ קל סיכון גדול מן הזולת, ואדם אינו רשלן כאשר נדרש ממנו מאמץ רב לשם מניעת סיכון קטן מן הזולת.

מנקודת מוצא זו אפשר להגיע למסקנה כי הפחתת סיכונו העצמי של המזיק שהייתה נגרמת אילו נקט אמצעי זהירות רלוונטית לשאלת רשלנותו. כפי שהובהר לעיל, את טיעון הסיכון העצמי אפשר להציג כ"טיעון עלות המניעה נטו".<sup>57</sup> טיעון עלות המניעה נטו ניתן מצדו להסבה ל"טיעון הנטל נטו". טיעון הנטל נטו משמעו שאם שאלת הרשלנות נענית בהשוואת נטל לסיכון, יש להשוות את הסיכון לנטל נטו. כך, אם נדרש מלוי מאמץ x לשם

56 ראו בעניין זה ביקורתי על טיעונו של ארנסט וינריב, שעל פיו די בבחינת הסיכונים שיוצרת התנהגותו של המזיק כדי להגדירה רשלנית או לא רשלנית. לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.ג.

57 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 44.

מניעת סיכון מסוים מן הזולת, ומיהודה נדרש מאמץ  $x$  לשם מניעת אותו הסיכון ממש, מחדלי שניהם מלהשקיע מאמץ  $x$  יוערכו באותו אופן. שניהם יוגדרו רשלנים או לא רשלנים, לפי תוצאות ההשוואה שתיערך בין המאמץ  $x$  לבין הסיכון שהיה נמנע (או מופחת) אילו הושקע המאמץ האמור. אולם אם נשנה את הדוגמה, ונניח שמיהודה נדרש מאמץ  $x$  לשם מניעת הסיכון, אך לו השקיע מאמץ זה היה מפחית את סיכונו העצמי ב- $y$ , דהיינו היה זוכה בטובת הנאה  $y$ , מחדלו מלהשקיע מאמץ  $x$  עשוי להיראות חמור בעינינו ממחדלו של לוי מלהשקיע מאמץ  $x$ . הטעם לכך הוא שיהודה נדרש לשאת בנטל קטן משל לוי לשם מניעת הסיכון, נטל שגודלו "רק"  $x-y$ . לפיכך יכול שלוי, שלא השקיע מאמץ  $x$ , לא יוגדר רשלן, מכיוון שהנטל  $x$  כבד מדי, ואי-עמידה בו אינה מצדיקה את הגדרתו רשלן, ואילו יהודה, שלא השקיע מאמץ  $x$ , יוגדר רשלן מכיוון שהנטל  $x-y$  קל דיו, ואי-עמידה בו מצדיקה את הגדרתו רשלן.

### ו. ביקורת: פטרנליזם ואנטי-ליברליזם

התחשבות בסיכונו העצמי של המזיק תביא להרחבת האחריות הנזיקית. הסיבה להטלת אחריות נזיקית תהיה במקרים רבים סיכונו העצמי של המזיק, שהיה מופחת לו נקט אמצעי זהירות. הטיעון הביקורתי הוא שהטלת אחריות על אדם מכיוון שלא הפחית את סיכונו שלו מונעת ממטרות פטרנליסטיות. זאת מכיוון שהטלת האחריות מגבירה את תמריציו של המזיק להיות זהיר כלפי עצמו, ומענישה אותו כאשר אינו עושה כן. מאחר שפטרנליזם זר לדיני הנזיקין, כך ממשיך הטיעון הביקורתי, יש לדחות את טיעון הסיכון העצמי. מזווית אחרת אפשר לטעון שזקיפת הסיכון העצמי של המזיק לחובתו היא אנטי-ליברלית, מכיוון שהיא אינה מתיישבת עם חירותו של אדם לחשוף עצמו לסיכונים כרצונו, ועל כן פוגעת באוטונומיה שלו.

טיעון הסיכון העצמי אינו נוגע לפטרנליזם כלל ועיקר. הטלת אחריות תיחשב פטרנליסטית כאשר מטרתה היא לגרום לאדם לייחס חשיבות רבה יותר לאינטרס העצמי שלו. למשל, הטלת אחריות פלילית על נוהג ברכב שאינו חוגר חגורת בטיחות ניתנת בראש ובראשונה להצדקה פטרנליסטית.<sup>58</sup> אך לא כן בענייננו. טיעון הסיכון העצמי נתמך בכך שאם הסיכון העצמי לא יישקל על ידי בית המשפט בעת שנבחנת התנהגותו של המזיק, יינתן מלכתחילה תמריץ למזיק להתעלם מן הסיכון לזולת. הפחתת הסיכון העצמי אינה

58 את החובה לחגור חגורת בטיחות אפשר להצדיק גם בנימוקים לא פטרנליסטיים, כגון הנזק שנגרם לחברה בכלל ולמשפחתו של הנהג בפרט בגלל מוות או פציעה קשה של הנהג, או הנזק שעלול להיגרם לנוסעים ברכב במקרה של תאונה עקב פגיעת גופו של הנהג בהם, אם אינו חגור.

אפוא מטרה בפני עצמה אלא היא נתון רקע שלאורו נבחנת השאלה מהו המאמץ, או מהו הנטל האמתי שבו נדרש המזיק לשאת כדי להפחית סיכונים לזולת. הגדרת הנטל האמתי, או הנטל נטו, חיונית הן כדי לקדם את המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין והן כדי להגשים צדק מתקן בין המזיק לבין הניזוק.

טול את דוגמת הנוהג ברכב שבה נפתח סעיף זה. הטלת אחריות על הנוהג לא באה לתמרץ אותו מלכתחילה לשמור על בטיחותו שלו או להקטין את סיכוניו. הטלת אחריות על הנוהג באה למנוע מצב שבו הוא יוכל להתעלם מאינטרס הזולת ולנהוג מהר במכוניתו, מכיוון שהתועלת שלו בנסיעה מהירה גדולה מן הסיכון שלו בנסיעה מהירה. טובת הנאה של הנוהג מנסיעה אטית המתבטאת בהפחתת הסיכון העצמי שלו אך מלמדת שלא היה על הנוהג לשאת בנטל כבד מדי לו האט את מהירות נסיעתו, מכיוון שבצד בזבוז הזמן שהיה נגרם לו מנסיעה אטית הייתה צומחת לו טובת הנאה של הפחתת סיכון עצמי. עובדה זו חיונית לא רק לשם השגת הרתעה אלא גם לשם הגשמת הצדק המתקן בין הנוהג לבין הולך הרגל שניזוק על ידיו.

דחיית הטיעון הפטרנליסטי מביאה אף לדחיית הטיעון כי התחשבות בסיכון העצמי היא אנטי-ליברלית. לכאורה יכול הנוהג ברכב בדוגמה שלנו לטעון שעניינו הפרטי הוא אם ובכמה מוגבר סיכנו עקב נסיעה מהירה, ושהטלת אחריות עליו עקב סיכון זה פוגעת באוטונומיה שלו ועל כן אינה מוצדקת. אלא שטיעון זה אינו משכנע כאשר הוא נטען בקונטקסט של דיני הרשלנות. הטלת אחריות על המזיק הרשלן תמיד מהווה פגיעה מסוימת באוטונומיה שלו, שכן היא מגבילה את חירויותיו. למרות זאת היא מוצדקת, מכיוון שאינטרס הניזוק מוטל על הכף, ואינטרס זה ראוי להגנה הולמת. איתור נקודת האיזון הראויה בין חירותו של המזיק לבין האינטרס של הניזוק בשלמות גופו ורכושו נעשה תוך התמקדות בסיכונים שיוצרת התנהגותו של המזיק כלפי אחרים מחד גיסא ובנטל שבו עליו לשאת לשם הפחתת סיכונים אלו מאידך גיסא. המזיק אינו רשאי לטעון כי גודל הנטל שבו היה עליו לשאת לשם הפחתת הסיכונים לאחרים הוא עניינו הפרטי, שכן נטל זה הוא שקובע את קו הגבול בין האינטרסים שלו לבין האינטרסים של הזולת וכך אף את המותר והאסור ביחסים שביניהם. מכיוון שכך, המשפט נדרש להגדיר את הנטל של המזיק ואף עושה בדרך כלל שימוש במבחנים אובייקטיביים לשם הערכת נטל זה.<sup>59</sup>

מכאן שסיכנו העצמי של המזיק אינו עניינו הפרטי בלבד, מן הטעם שהנטל שבו היה עליו לשאת לשם הפחתת סיכונים אינו עניינו הפרטי בלבד. הנטל שבו היה עליו לשאת הוא כאמור הנטל נטו, וגודלו נקבע גם, אם כי לא רק, על פי הסיכון העצמי. הערכתו של הסיכון העצמי, כמו גם הערכת גודל הנטל כולו, צריכה להיעשות לפי מדדים אובייקטיביים, בלא

59 ראו דיון להלן סעיף 7.

תלות בשאלה אם המזיק מייחס חשיבות לסיכונו העצמי. לפיכך התחשבות בסיכון העצמי של המזיק אינה פגיעה באוטונומיה השונה באופייה מן הפגיעה באוטונומיה הנגרמת למזיק עקב השימוש הרווח בדיני הרשלנות במבחנים אובייקטיביים, לשם הערכת הנטל שבו עליו לשאת לשם הפחתת סיכונים לזולת.<sup>60</sup>

## 5. התנהגויות היוצרות סיכון ודאי לנזק

במקרי רשלנות המזיק מתנהג באופן בלתי סביר כלפי הניזוק ומגדיל את תוחלת הנזק שלו. במקרה הטיפוסי שעליו חלה עוולת הרשלנות, גם בהינתן התנהגותו הבלתי סבירה של המזיק, הסתברות גרם הנזק היא קטנה. למשל, אדם הנוהג ברכבו במהירות גבוהה ובלתי סבירה מגדיל את הסתברות הפגיעה במשתמשים בדרך, והיא למשל 1:50,000, ואילו נהג במהירות סבירה, ההסתברות הייתה רק 1:500,000. אלא שקיימים מקרים שבהם התנהגותו של המזיק יוצרת כלפי הניזוק סיכון ודאי, או קרוב לוודאי, של גרם נזק (להלן: סיכון ודאי), שאז אפשר לכנות התנהגות זו, בהנחה שאינה סבירה, "רשלנות מכוונת". שאלה אחת היא אם דיני הרשלנות חלים על "רשלנות מכוונת". שאלה שנייה, קשה יותר, היא אם דיני הרשלנות עשויים לשמש בסיס לשחרורו מאחריות של מזיק אשר יצר סיכון ודאי של גרם נזק, ויצירת הסיכון הייתה סבירה.

### א. התנהגויות רשלניות

פקודת הנזיקין עוסקת במפורש במצבים שבהם אדם אחד יוצר סיכון ודאי לנזק גוף כלפי אדם אחר, במתכוון. ככלל, התנהגות כזו של המזיק תיחשב לעוולת נזיקין של "תקיפה" והתוקף יישא בנזקיו של המותקף.<sup>61</sup> עם זאת פקודת הנזיקין קובעת הגנות שונות העומדות

60 גם מי שסבור שטיעון הסיכון העצמי בעייתי בגלל הפגיעה האפשרית באוטונומיה של המזיק עשוי להשתכנע בצדקתו בעניין ולעס, לעיל ה"ש 52. עניין ולעס מתאפיין בשניים: ראשית, המזיק שם היה גוף מאוגד – חברת אגד – ולא אדם פרטי; שנית, הפחתת הסיכון העצמי שהייתה נגרמת אילו הוצבו שומרים באותו מקרה ניתנת לתרגום פשוט לכסף: שיעור הפחתת הסיכון וזהו לשיעור הפחתתה של פרמיית הביטוח של חברת אגד עקב הצבת השומרים. טיעון הפגיעה באוטונומיה חלש במיוחד כאשר המזיק הוא גוף מאוגד, קל וחומר כאשר הפחתת הסיכון העצמי ועלות המניעה ניתנים שניהם לביטוי מידי וישיר בכסף.

61 סעיף 23 לפקודת הנזיקין. סעיף 23(א) מגדיר תקיפה כך: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או

לתוקף, שאם יבסס לפחות אחת מהן ימצא פטור מאחריות נזיקית.<sup>62</sup> הגנות אלו, ברובן, הן הגנות שלפיהן נהג התוקף בסבירות: הגן על עצמו, הגן על אחרים או פעל להגנת המותקף עצמו שהיה בלתי שפוי, לקוי בשכלו או בגופו, או שאי אפשר היה לקבל את הסכמתו לפעולה יוצרת הסיכון (כגון שהיה חסר הכרה). שאלה היא אם עקרונית אפשר לתבוע אדם ברשלנות אם אחת מן ההגנות הקבועות בפקודת הנזיקין מפני תקיפה עומדות לו. שאלה דומה עלתה בבית המשפט העליון בעניין כרמלי<sup>63</sup> בנוגע לעולה של כליאת שווא.<sup>64</sup> באותו מקרה קבע בית המשפט שקיומה של הגנה לנתבע מפני העולה של כליאת שווא אינה מונעת מן התובע לבסס את תביעתו על אחת מעולות המסגרת – רשלנות או הפרת חובה חקוקה. עוד קבע בית המשפט בעניין כרמלי, ואף בהזדמנויות אחרות, שככלל, העדר תחולה של עולה פרטיקולרית על מקרה נתון הקרוב לתחום חלולתה של העולה הפרטיקולרית אינו מונע מן התובע מלנסות ולבסס את עילת תביעתו על עולות המסגרת.<sup>65</sup> הלכה זו לכאורה תומכת בעמדה שאין למנוע ממי שהותקף לנסות ולבסס עילת תביעה על פי עולות הרשלנות נגד התוקף בגין פעולה שהיא תקיפה במהותה אף שלתוקף עומדת הגנה מפני עולות התקיפה. אלא שקצת קשה לחשוב על מקרים שבהם תביעה כזו תתאפשר למעשה, שהרי בכל המקרים שבהם קמה הגנה לתוקף מכוח פקודת הנזיקין פעולת התקיפה שלו היא למעשה סבירה.<sup>66</sup>

מקרים אחרים שבהם יכולה לחול עולות הרשלנות הם אלו שעולות התקיפה "כמעט" חלה עליהם. מקרה אחד הוא זה שבו המזיק יצר סיכון ודאי לנזק כלפי הנתבע, אך לא עשה זאת במתכוון (ואף לא בידיעה שהסיכון הוא ודאי). בהעדר כוונה (או ידיעה) לא תחול עולות התקיפה. עם זאת יכול שיצירת הסיכון הודאי הייתה בלתי סבירה, שאז אף בלעדי כוונה (או ידיעה) תיתכן הטלת אחריות על המזיק, על פי עולות הרשלנות.<sup>67</sup> מקרה שני הוא זה שבו המזיק השיג את הסכמתו של הניזוק לשימוש בכוח על גופו בפעולה רשלנית שאינה מגעת לכדי מעשה תרמית. אף כאן לא תחול עולות התקיפה, שכן על פי לשון פקודת

המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו".

62 סעיף 24 לפקודת הנזיקין.

63 ע"א 558/84 כרמלי נ' מ.י., פ"ד מא(3) 757 (1987).

64 סעיף 26 לפקודת הנזיקין.

65 עניין כרמלי, לעיל ה"ש 63; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

66 עם זאת אין מניעה שמי שאפשר את התקיפה, או לא מנע אותה, ייתבע ברשלנות (אם כי במקרים המתאימים אפשר לתבוע אותו אף בגין אחריות שילוחית למעשה התקיפה). ראו למשל עניין ולעס, לעיל ה"ש 52; ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1 (1984).

67 למשל, אדם מתחיל לנסוע ברכבו ודורס ילד השוכב מתחת לגלגלי הרכב. הסיכון היה ודאי, אך אין מדובר בתקיפה (על פי הדין בארץ חל על מקרה כזה חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים).

הנזיקין, כדי שפעולה תהווה תקיפה, עליה להיות בלי הסכמתו של אדם "או בהסכמתו שהושגה בתרמית".<sup>68</sup> בנסיבות אלו יש להניח שיהיה אפשר לבסס עילת תביעה בגין רשלנות.<sup>69</sup>

מן הדיון עד כה עולה שבמקרה של יצירת סיכון ודאי של נזק גוף שאין חלה בו עוולת התקיפה,<sup>70</sup> אפשר עקרונית לבסס נגד המזיק עילת תביעה בגין רשלנות. העובדה שהמזיק חשף את הניזוק לסיכון גבוה במיוחד לנזק גוף אינה סיבה לשלול את תחולתה של עוולת הרשלנות: אדרבה, אם מוטלת אחריות על אדם שיצר סיכון קטן בלתי סביר, קל וחומר שמוצדק להטיל עליו אחריות נזיקית אם יצר סיכון גדול בלתי סביר.

דברים דומים אפשר לומר אף על יצירת סיכון ודאי לנזקי רכוש. עוולה של "תקיפת" רכוש אינה קיימת. העוולות הקרובות לה ביותר הן עוולות הסגת הגבול. עוולת הסגת הגבול במיטלטלין קבועה בסעיף 31 לפקודת הנזיקין, אשר על פיו "הסגת גבול במיטלטלין היא

68 סעיף 23 לפקודת הנזיקין. אילו סעיף 23 לפקודת הנזיקין פורש כפשוטו, מקרי העדר הסכמה מדעת, דהיינו מקרים שבהם הרופא אינו מיידע את החולה בדבר סיכוני הטיפול הרפואי שהוא נותן לו, לא היו צריכים מלכתחילה להיחשב "תקיפה" לצורך פקודת הנזיקין (כמו למשל בע"א 67/66 בר חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230 (1966)), שהרי הרופא אינו משיג במקרים אלו את הסכמתו של החולה בתרמית. אכן, באנגליה, בארצות הברית, וזה שנים גם בישראל, ניכרת נטייה ברורה להתייחס למקרים אלו כמעשי רשלנות בלבד. ראו למשל ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012). לאחר חקיקת חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, המטיל חובות גילוי על רופאים, אף העולה של הפרת חובה חקוקה עשויה לשמש בסיס לעילת תביעה בגין העדר הסכמה מדעת. עניין קדוש, שם. לטענה שהמטרה של הגנת האוטונומיה של החולה תושג באמצעות עוולת התקיפה יותר מאשר באמצעות עוולת הרשלנות, ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609, 628-632 (2009). לדיון בעילת התביעה בגין פגיעה באוטונומיה ראו להלן פרק 7, סעיף 3.

69 מקרה מעניין הוא זה שבו חולה מורה לרופא לטפל בו בדרך מסוימת ולא בדרך אחרת, הרופא מקיים במדויק את מצוות החולה (לאחר שהוא מסביר לו את סיכוני הטיפול ומזהיר אותו כראוי), ולחולה נגרם נזק. האם תוטל אחריות על הרופא אם הטיפול שנתן לא היה סביר לפי אמות מידה אובייקטיביות? לכאורה אם הרופא לא היה מקיים את מצוות החולה, הוא היה מבצע בו תקיפה. אך מכך אין עולה בהכרח שביצוע הוראות החולה פוטר את הרופא מאחריות בגין רשלנות. השאלה מתי תוטל אחריות בגין רשלנות ומתי לא דורשת ליבון ודיון שלא כאן המקום לערכם.

70 גם אם עוולת התקיפה חלה, אין מניעה עקרונית שתחול בצדה גם עוולת הרשלנות, אך נראה שהיא לא תוסיף דבר. בעבר, על פי סעיף 25 לפקודת הנזיקין (שבוטל בחוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10), התשס"ה-2005), אי אפשר היה להטיל אחריות שילוחית בגין תקיפה. במצב משפטי זה היה מקום לכאורה לדון בשאלה אם יש להטיל אחריות שילוחית על מעשה תקיפה שהוא גם רשלנות. נראה שהתשובה לשאלה זו הייתה צריכה להיות שלילית, שאם לא כן סעיף 25 היה נמצא מיותר.

לקיחת טובין שלא כדין מהחזקתו של אדם אחר, או הפרעה אלימה בהם בהיותם בהחזקתו של אדם אחר; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במיטלטלין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון<sup>71</sup>. ספק אם העוולה של הסגת גבול במיטלטלין חלה על מקרה שבו המזיק יצר שלא במתכוון סיכון בלתי ודאי, אך גבוה, למיטלטלין של הניזוק, שהסתיים בגרם נזק<sup>72</sup>. עם זאת לא יכול להיות ספק שאם סיכון זה היה בלתי סביר, יש להטיל על המזיק אחריות משפטית, ועוולת הרשלנות יש בה כדי להיות מסגרת הולמת לכך (כמו גם, במקרים המתאימים, העוולה של הפרת חובה חקוקה<sup>73</sup>).

בקצרה, אין כל מגיעה להטיל אחריות נזיקית לנזק שנגרם עקב מעשה מכוון בלתי סביר או עקב יצירת סיכון ודאי בלתי סבירה אף בלעדי כוונה או ידיעה גם אם לא חלה על המקרה עוולה פריטיקולרית כלשהי. עוולת הרשלנות היא הבסיס הטבעי להטלת אחריות כזו.<sup>74</sup>

### ב. התנהגויות סבירות: משפט נוהג וצדק חלוקתי

האם עוולת הרשלנות יכולה להיות בסיס למתן פטור מאחריות למזיק שיוצר במתכוון או שלא במתכוון, אך בסבירות, סיכון ודאי לנזקי גוף או רכוש? הדיון שלהלן יתמקד במקרים של נזקי רכוש, אך הוא חל, בשינויים המחויבים, גם על מקרים של נזקי גוף. כדי להמחיש את הבעיה שבמתן פטור מאחריות בגין יצירת סיכון ודאי אפתח במקרה הקשה מכול למתן פטור כזה, ובו המזיק פועל בידיעה ברורה שהוא גורם נזק לרכושו של הזולת, עושה זאת לתועלתו שלו, אך התנהגותו סבירה, במובן זה שתועלתה רבה מנזקה. נניח למשל שלקראת סערה ראובן קושר את ספינתו לרציף של שמעון ומותיר אותה במצבה זה בידיעה ברורה כי קיימת הסתברות גבוהה, אולי אף ודאית, שהדבר יגרום נזק לרציף. הסערה אכן באה, ובשל קשירת הספינה לרציף נגרם לו נזק, ועולה השאלה אם על ראובן לפצות את שמעון בגין נזקיו. עוולת הרשלנות לא תביא להטלת אחריות במקרה זה: קשירת הספינה לרציף הייתה התנהגות סבירה שכל בר דעת היה נוקט, שכן תועלתה רבה עשרת

71 גם הסגת גבול במקרקעין היא עוולה, על פי סעיף 29 לפקודת הנזיקין: "הסגת גבול במקרקעין היא כניסה למקרקעין שלא כדין, או היזק או הפרעה בידי אדם למקרקעין שלא כדין; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון".

72 אם כי בית המשפט העליון קבע שעוולת הסגת הגבול במקרקעין חלה על מקרה שבו סוסו של הנתבע נכנס למקרקעין שלא כדין וגרם נזק לתובעת, בתם של בעלי המקרקעין. מעובדות המקרה ניכר בעליל כי לא היה מדובר ביצירה מכוונת של סיכון ודאי לנזק. ע"א 515/63 נגר נ' דהרי, פ"ד יח(2) 169 (1964).

73 סעיף 63 לפקודת הנזיקין.

74 ראו דניאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 344, 386-388 (1990); נילי כהן "נזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה" עיוני משפט יד 173 (1989).



מונים מנזקה. מכאן שראובן לכאורה יהיה פטור מאחריות כלפי שמעון: התנהגותו לא הייתה רשלנית. אלא שתוצאה זו עלולה לקומם: מדוע שמעון צריך לשאת בעלות הצלת רכושו של ראובן? ! אכן, כאשר שאלה זו ממש עלתה בפסק דין אמריקאי מראשית המאה העשרים, *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*,<sup>75</sup> לא אפשר בית המשפט האמריקאי לנתבע להתחמק מאחריות,<sup>76</sup> ואף בישראל נראה שמקרה מעין זה ימצא את פתורו המשביע רצון בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. סעיף 5 לחוק זה קובע שאם אדם ניזוק ברכושו או בכיסו אגב פעולה סבירה שעשה למען הצלת חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של הזולת, זכאי הוא – בהתקיים תנאים מסוימים – לשיפוי בגין הוצאותיו הסבירות, ובית המשפט אף רשאי לפסוק לו פיצויים בגין נזק הרכוש שנגרם לו.<sup>77</sup> אף שסעיף 5 מניח שהניזוק הוא שעשה את הפעולה למען הניצול, נראה שסעיף זה יחול גם במקרה שבו הניצול השתמש ביזמתו ברכושו של הניזוק כדי להציל את רכושו שלו, כבעניין *Vincent*.<sup>78</sup>

הבנה נכונה של דיני הרשלנות אינה צריכה להביא למסקנה שונה. לא נכון לפרש את דיני הרשלנות כקובעים הסדר שלילי שעל פיו יש פטור מאחריות למזיק שפעל בסבירות אף שדינים אחרים עשויים להצדיק הטלת אחריות עליו. לפיכך לא יכולה להיות מחלוקת שאפילו אם התנהגותו של המזיק הייתה סבירה, אפשר להטיל עליו אחריות בהתבסס על עולה כלשהי הקבועה בפקודת הנזיקין, אשר אינה מתנה את תחולתה באי-סבירות התנהגותו של המזיק.<sup>79</sup> גם אין מקום לסבור שדיני הרשלנות פוטרים בדרך של הסדר שלילי

<sup>75</sup> *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910).

<sup>76</sup> בפסק הדין לא מובהר הבסיס המשפטי לפסיקתו של בית המשפט.

<sup>77</sup> סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. לדיון בסעיף זה ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 140–187 (מהדורה שנייה, 1998); חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד 463 (1995), וכן להלן פרק 4, סעיף 2.ב. להצדקות שונות לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט בעניין *Vincent* ראו Richard. A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151, 157–8 (1973).

<sup>78</sup> לכאורה, כך הוא מקל וחומר: אם הניזוק זכאי לפיצוי מן הניצול כאשר הוא פעל לטובתו של הניצול ובלא הסכמתו, יהיה זכאי לפיצוי על אחת כמה וכמה אם הניצול השתמש ברכושו מבלי לקבל רשות לכך. עם זאת אפשר לטעון שסעיף 5 מיועד לתמרץ הצלה ותו לא; גרם נזק לרכושו של המציל על ידי הניצול הוא עניין אחר. אך טיעון זה אינו משכנע: מתן פיצוי למציל שרכושו ניזוק עקב שימוש שעשה בו הניצול חיוני בדרך כלל כדי לתמרץ את המציל שלא לפעול למניעת השימוש ברכושו על ידי הניצול. ראו דיון להלן תת סעיף ג.

<sup>79</sup> האם אפשר לטעון כי על מקרה כמו *Vincent*, לו נדון בישראל, הייתה חלה העוולה של הסגת גבול במקרקעין, הקבועה בסעיף 29 לפקודת הנזיקין (לעיל ה"ש 71)? לפי לשון סעיף 29, צריך שגרם הנזק למקרקעין יהיה "שלא כדין". אם בעל הספינה קשר את ספינתו לרציף כדי להציל אותה מפני טביעה, יש מקום לטעון שהתנהגות זו לא הייתה "שלא כדין". כך, לפי פרשנותו של מישאל חשין, צירוף המילים "שלא כדין" בפקודת הנזיקין משמעו "בלא שיימצא

את המזיק שהתנהג התנהגות סבירה – אף שלמעשה נטל את רכושו של הזולת כדי להציל את רכושו שלו – מתחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט או מדיני ההפקעה הפרטית (private taking), שלפיהם מי שנוטל את רכושו של הזולת, אפילו היה רשאי לעשות כן, חייב לפצות בגין נזקיו, ממש כמו הרשות, אשר רשאית במקרים מסוימים להפקיע רכוש אך חייבת לשלם פיצוי.<sup>80</sup>

בעניין קיבוץ מלכיה נ' מ.י.<sup>81</sup> נקט בית המשפט העליון גישה שונה. באותו מקרה עלתה השאלה אם יצירת ענני אבק על ידי צה"ל תוך כדי תחזוקתו של "שביל טשטוש" לאיתור מסתננים בגבול הצפון היא רשלנות, ולכן מקימה עילת תביעה למי שמטעיו ניזוקו מענני האבק. בית המשפט העליון פסק שצה"ל לא התרשל, מכיוון שפעולותיו היו סבירות בהתחשב במטרה להגן על ביטחון תושבי המדינה. בית המשפט היה ער לכך שעל אף העדר רשלנות מצדו של צה"ל תיתכן טענה שראוי להכיר בקיומה של עוולה חוקתית אשר תצדיק פיצוי לתובע אף בלעדי רשלנות, אך מאחר שהעניין לא נטען בפניו, בחר שלא לדון בו.<sup>82</sup> בעניין קיבוץ מלכיה, כמו בעניין Vincent, פעל המזיק בסבירות, אך התנהגותו לא הייתה שונה במהותה מנטילת רכוש של התובע (ודאי אם פעילות זו חוזרת ונשנית על פני תקופת זמן ארוכה, באותו המקום). היות פעילותו סבירה אינו צריך לכאורה להקנות לו חסינות מפני עילת תביעה בגין הנזק שגרם. כמו בעל הספינה שקשר את ספינתו לרציף, אף צה"ל,

כדין הצדק למעשה שנעשה". חשין מבחין בין שני סוגי הצדקים: הצדק כללי מן הדין, החל על כל העולות (כגון קטינות), והצדק מיוחד שבדין לעוולה פלונית (כגון סדרת ההגנות לעולות התקיפה הקבועות בסעיף 24 לפקודת הנזיקין). ראו מישאל חשין מיטלטלין בדיני הנזיקין 84 (80 §) (1971). לכאורה, בית המשפט עשוי לפרש את סעיף 29 באופן שפעולה של קשירת ספינה לרציף כדי למנוע את טביעתה היא פעולה מוצדקת (בלשונו של חשין, קיים הצדק כללי לקשירת הספינה), ועל כן "כדין". ראו דברי בית המשפט העליון באשר לפרשנות הביטוי "שלא כדין" בפקודת הנזיקין בע"פ 2/73 סלע נ' מדינת ישראל פ"ד כח(2) 371, 374–375 (1974), שעל פיהם יש לחפש הצדקים להתנהגויות עוולתיות לכאורה מחוץ לפקודת הנזיקין. במשפט האנגלו-אמריקאי, במצבים של "צורך" (דהיינו מצבים שבהם אדם גורם נזק לאחר באופן סביר בגלל חשש רב לנזק חמור ומידי לעצמו או לאחרים), תעמוד למסיג הגבול הגנת הצורך, התנהגותו תיחשב כשרה, אך תוטל עליו אחריות בגין הנזק שגרם. בהעדר נזק לא תוטל עליו אחריות כלשהי (כגון בדרך של פסיקת פיצוי עונשי). עם זאת אם נסיבות הצורך נגרמו מרשלנותו של מסיג הגבול, לא תעמוד לו הגנת הצורך (ואף אם לא יסולק מן המקרקעין, עשויה להיות מוטלת עליו אחריות נזיקית). ראו DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 248–50 (§ 107) (2000). במילים אחרות, בנסיבות של צורך חל "כלל אחריות", שלפיו מותר לאדם לגרום נזק למקרקעין, אך עליו לשאת בו. ראו דיון בכללי אחריות וכללי קניין, לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 13.

80 לניתוח מקיף של שאלת ההפקעה הפרטית בהקשר של דיני הנזיקין ראו, RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS 35–56 (1985). בארץ לא אומצו, לפחות לא במפורש, דיני הפקעה פרטית.

81 עניין קיבוץ מלכיה, לעיל ה"ש 35.

82 עניין קיבוץ מלכיה, שם.

ש"נטל" חלק מפרוטנציאל השימוש של התובע במטעו, היה צריך לכאורה לשאת בנזק גם אם כל שעשה היה סביר. אמנם במקרה קיבוץ מלכיה תחולתו של סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט עשויה להיראות טבעית פחות מבמקרה דוגמת Vincent, ואולי אף מלאכותית. אך לא מופרך לטעון שכאשר פעולת המדינה נעשית לטובת הכלל, והיא משיטה נזקים כבדים על אדם מסוים בשיטתיות, לפחות ההיגיון שבבסיסו של סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט מחייב מתן פיצוי לניזוק.<sup>83</sup> איני חושב שזהות המזיק, דהיינו מדינת ישראל, להבדיל מישות פרטית כמו בעניין Vincent, צריכה להשפיע על התוצאה: אדרבה, שיקולי צדק חלוקתי מחייבים הטלת אחריות על המדינה במקום שהיא מקדמת את האינטרס החברתי על גבו של אדם מסוים.<sup>84</sup>

שאלה אחרת היא מדוע אותו היגיון בדיוק אינו מחייב מסקנה דומה אף כאשר הסיכונים שיוצר המזיק כלפי הניזוקים השונים הם סיכונים קטנים אשר התממשו בסופו של דבר לכדי נזקים. האם אף כאן אין זה מקרה שבו מזיק שפועל לטובת עצמו "נטל" את רכושו של הזולת, ואף אם הוא רשאי לעשות זאת, ראוי לפחות שיפצה את הניזוק בגין הנזקים שגרם לו? אכן, טענה זו אינה חסרת היגיון, ואם היא משכנעת הרי שהמשטר המשפטי הראוי צריך שיהיה משטר משפטי של אחריות מוגברת ולא משטר משפטי של רשלנות, לפחות באותם מקרים שבהם המזיק זוכה בטובת הנאה ניכרת מפעילותו, ואילו הניזוק נושא בעלויותיה. זו למעשה טענתו המרכזית של גרגורי קיטינג, התומך בתחולתו של משטר משפטי של אחריות מוגברת על מקרים מעין אלו.<sup>85</sup> אך מאחר שבמשפט הנוהג חלים דיני הרשלנות על סיכונים קטנים ופוטרים את יוצריהם מאחריות אם אלו היו סבירים, עולה השאלה מדוע דין אחר צריך להיות לסיכונים ודאיים, דהיינו לסיכונים גדולים. במילים אחרות, השאלה היא זו: אם יוצרי סיכונים קטנים וסבירים פטורים מאחריות נזיקית, מדוע לא יהיה זה אף דינם של יוצרי סיכונים גדולים וסבירים?

תשובה אחת לשאלה זו אפשר למצוא בתאוריית הסיכונים ההדדיים שהציע ג'ורג' פלטר. לשיטתו, יש להטיל אחריות נזיקית על סיכונים לא הדדיים. סיכונים קטנים וסבירים הם סיכונים הדדיים, או סיכוני רקע, ומן הטעמים שהביא פלטר לא צריכה לקום אחריות בגינם.<sup>86</sup> לא כן כאשר מדובר בסיכונים גדולים, בין שהם סבירים, וודאי אם אינם סבירים: אלו סיכונים לא הדדיים, וצריכה לקום אחריות בגינם. תשובה אחרת היא זו הכלכלית, ובה עוסק תת-הסעיף הבא.

83 ראו גם לעיל ה"ש 78, והטקסט הנלווה לה.

84 ראו דיון להלן פרק 3, סעיף 4, ופרק 5.

85 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1.

86 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3.

### ג. התנהגויות סבירות: יעילות

מנקודת מבט של יעילות מוצדק לאפשר למזיקים לפעול פעולה חד-צדדית וליצור סיכונים כלפי ניזוקים שמבחינה מהותית זכאים לא להיפגע רק כאשר עלויות העסקה בינם לבין הניזוקים הן גבוהות.<sup>87</sup> כאשר עלויות העסקה הן נמוכות, עליהם להשיג את הסכמתם של הניזוקים לפני יצירת סיכון כלפיהם בלא תלות בשאלה אם יצירת הסיכון סבירה או בלתי סבירה.<sup>88</sup> במקרה הטיפוסי של יצירת סיכון גבוה כלפי ניזוק ספציפי שיש לו זכאות לא להיפגע עלויות העסקה הן נמוכות, שכן המזיק יודע מי הניזוק שייפגע על ידיו, ומנקודת מבט כלכלית ראוי שיקבל את הסכמתו לפני יצירת הסיכון כלפיו. אם לא יעשה כן, הכרחי שישא בנזק, ואולי אף ביותר מכך,<sup>89</sup> כדי לתמרץ אותו להשיג את ההסכמה מלכתחילה. לעומת זאת כאשר הסיכונים הם קטנים, הם מפורזים בדרך כלל על פני בני אדם רבים, ועלויות העסקה בין המזיק לבין הניזוקים השונים הן גבוהות.<sup>90</sup> במקרים אלו יש היגיון כלכלי בכך שמזיקים יוכלו ליצור סיכונים באופן חד-צדדי אף מבלי להשיג את הסכמתם של הניזוקים השונים, שאם לא כן ישותקו פעילויותיהם.<sup>91</sup> זאת אפשר לעשות באחת משתי דרכים: ראשית, אפשר לחייב אותם לשאת בכל הנזקים שגרמו, דהיינו לכפוף אותם למשטר משפטי של אחריות מוגברת. שנית, אפשר לחייב אותם לשאת רק בנזקים שגרמו באופן בלתי סביר, דהיינו לכפוף אותם למשטר משפטי של רשלנות. כפי שראינו, לכל אחד משני משטרים משפטיים אלו יתרונות וחסרונות מנקודת מבט כלכלית, ואי אפשר לומר שהאחד

87 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 13.

88 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 13. ככלל, כאשר עלויות עסקה הן נמוכות, עדיפה עסקה בין הצדדים על פעולה חד-צדדית של המזיק, שכן פעולה חד-צדדית עלולה להיות לא יעילה, מכיוון שהמזיק הפועל באופן חד-צדדי מפצה את הניזוק לפי השווי האובייקטיבי של הנזק שנגרם, אולם תמיד קיימת האפשרות שהניזוק ייחס לנזק זה שווי רב יותר. עם זאת כאשר הוצאות העסקה הן גבוהות, החשש מפיצוי חסר ומא-היעילות שעלולה להיגרם עקב כך ייסוג לא אחת מפני החשש שבלעדי מתן אפשרות למזיק לפעול באופן חד-צדדי תיגרם אי-יעילות רבה עוד יותר.

89 נשיאה בנזק בלבד עלולה שלא להספיק במקרים רבים. לטעון בעד פיצוי גבוה מן המקובל במקרים של הסגת גבול, עקב היותה פגיעה בכלל קנייני, להבדיל מכלל אחריות (במושגים של קלברזי ומלמד, לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 13) ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 Nw. U. L. Rev. 1823 (2009).

90 אך בוודאי לא תמיד: במקרים רבים מזיקים יוצרים סיכונים קטנים כלפי בני אדם מעטים. במקרה כזה הוצאות העסקה עשויות להיות נמוכות.

91 אריאל פורת "בעד הרחבתה של חובת ההשבה" עיוני משפט לא 521 (2006); Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189 (2009).

תמיד טוב ממשנהו.<sup>92</sup> כאמור, לא כך הדבר כאשר עלויות העסקה הן נמוכות, כפי שקורה במקרים רבים של יצירת סיכון גבוה: יצירת הסיכון הגבוה באופן חד-צדדי אינה רצויה בדרך כלל, ואם היא נעשית, הכרחי פיצוי בצדה, אולי אף פיצוי גבוה דיו שיש בכוחו לתמרץ את המזיק לנהל משא ומתן עם הניזוק בטרם נקיטת פעולה חד-צדדית.

הסבר זה, כך נראה, יביא למסקנה שהטלת אחריות נזיקית לא הייתה הכרחית בשני המקרים, *Vincent* וקבוץ מלכיה. במקרה *Vincent* הוצאות העסקה היו גבוהות, אף על פי שהסיכון היה ודאי, ואף על פי שמול המזיק עמד ניזוק אחד בלבד. אכן, לא היה מעשי מצדו של בעל הספינה לנהל משא ומתן עם בעל הרציף לשם קבלת הסכמתו לקשור את הספינה לרציף זמן קצר לפני פרוץ הסערה. לכן פעולה חד-צדדית הייתה פתרון הכרחי מנקודת מבט כלכלית, והטלת אחריות על המזיק, אם פעל בסבירות, מיותרת. גם בעניין קיבוץ מלכיה הוצאות העסקה היו כנראה גבוהות. אמנם לכאורה מול המזיק עמד ניזוק אחד בלבד, אך ייתכן שברקע היו ניזוקים נוספים, וניהול משא ומתן עם כולם בטרם גרם נזק היה כרוך בהוצאות עסקה גבוהות. לכן לכאורה כל עוד צה"ל לא התרשל, הטלת אחריות על המדינה הייתה מיותרת מנקודת מבט כלכלית.

אם כן, הן בעניין *Vincent* והן בעניין קיבוץ מלכיה, עקב קיומן של עלויות עסקה גבוהות, פעולה חד-צדדית הייתה מוצדקת אף על פי שבשני המקרים מדובר ביצירת סיכונים ודאיים. אחריות נזיקית במקרים אלו אינה הכרחית כל עוד המזיקים פעלו בסבירות.<sup>93</sup> אלא שקיים טיעון אחר שבאמצעותו אפשר להצדיק את הטלתה של האחריות הנזיקית במקרה *Vincent*, ואת אי-הטלתה של אחריות כזו במקרה קיבוץ מלכיה.

על פי טיעון זה, מאחר שבמקרה *Vincent* גרם הנזק הוא תוצאה של שימוש מועיל מבחינה חברתית שעושה המזיק ברכושו של הניזוק, העדר פיצוי עלול לגרום שרכושו של הניזוק לא יעמוד לרשותו של המזיק ולא יתאפשר השימוש המועיל בו. כך, בעניין *Vincent* הועיל הרציף לנתבע בעל הספינה ולבעלי ספינות אחרים אשר קושרים את ספינותיהם אליו. אם בעלי הספינות יהיו רשאים לזכות בטובת ההנאה מן הרציף, המתבטאת במניעת נזק לספינותיהם בעת סערה או במקרי חירום אחרים מבלי לשלם לפחות בגין הנזקים שגרמו, בעל הרציף עלול לנקוט מלכתחילה צעדים כדי להקשות את השימוש ברציף בעת חירום או למנועו.<sup>94</sup> במקרה הקיצוני שבו שימושים כאלו יהיו תכופים ושיעור נזקיו הבלתי מופצים של

92 לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–10.

93 למעשה, לאי-הטלת אחריות יש יתרון מנקודת מבט כלכלית, שכן העדר אחריות עשוי לתמרץ את הניזוק לנקוט אמצעי זהירות שלא היה נוקט אילו היה מפוצה בגין נזקיו. ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–10 ודיון להלן.

94 התנהגות כזו תהיה מותרת לו כמובן. כל עוד אין איסור מפורש, אין עליו כל חובה בדין לפעול כדי לעשות את הרציף שלו נוח במיוחד בעת סערה, או בכלל.

בעל הרציף יעלו על התועלת שיש לו בהפעלת הרציף, הוא יפסיק את פעילותו של הרציף לחלוטין. תוצאה זו עלולה להיות בלתי יעילה מנקודת מבט חברתית: הרציף עשוי להועיל לרבים, וסך התועלת מהפעלתו עשוי לעלות על עלויות הפעלתו עשרת מונים. אלא שמאחר שבעלי הספינות מורשים להפיק תועלת מן הרציף ואף לגרום לו נזק מבלי לשלם על כך דבר, התועלת בהפעלת הרציף במקרי חירום אינה אלא נזק מנקודת מבטו של בעל הרציף. הטיעון הכללי יותר הוא אפוא שמוצר אשר צרכניו רשאים להפיק ממנו תועלת, קל וחומר לגרום לו נזק מבלי לשלם על כך מחיר כלשהו, עלול שלא להיות מיוצר בסופו של דבר גם אם ייצורו רצוי מבחינה חברתית. טיעון זה אינו חל על מקרה דוגמת קיבוץ מלכיה, שכן באותו מקרה צה"ל לא הפיק טובת הנאה כלשהי מפעילותו או ממקרקעיו של התובע, בעל המטעים (למעשה, צה"ל היה מעדיף שבעל המטעים לא יהיה במקום מלכתחילה, שאז אולי היה מגביר עוד יותר את פעילותו הביטחונית). לפיכך העדר פיצוי לבעל המטעים אינו מביא לאי-יעילות אם הנחתנו היא שפעילותו של צה"ל הייתה סבירה: אם בשל פעילות סבירה זו של צה"ל יפסיק התובע את פעילותו החקלאית (או ישנה את אופייה), הרי אות וסימן הוא שכך יעיל לעשות; דווקא הענקת פיצוי נושאת בחובה את הסיכון שהתובע ימשיך בפעילותו החקלאית אף אם אין זה יעיל מבחינה חברתית, רק משום שהוא מפוצה בגין נזקיו.<sup>95</sup> יש לשים לב שהטיעון שפיצוי הוא חיוני מנקודת מבט כלכלית כאשר גרם הנזק הוא תוצאה של שימוש מועיל מבחינה חברתית שעושה המזיק ברכושו של הניזוק, תקף אף כאשר הסיכון שיוצר המזיק כלפי הניזוק הוא קטן. אלא שסיכון קטן להינזק בלא פיצוי הוא בעל חשיבות פחותה, והשפעתו על פעילותו של הניזוק פחותה מזו של סיכון גדול, כמו בעניין Vincent. מסקנה זו משתנה כמובן אם קיימים מזיקים רבים אשר כל אחד מהם יוצר סיכון קטן, אך הסיכונים כולם מצטברים בסופו של דבר לכדי סיכון גדול (כגון שבעלי ספינות גורמים לרציף לעתים קרובות נזקים קטנים יום אחר יום מבלי שהם נושאים בנזק בדרך כלשהי).

טיעון נוסף אשר יכול להסביר את הטלת האחריות הנזיקית בעניין Vincent ואף הצדיק הטלת אחריות דומה בעניין קיבוץ מלכיה הוא שכאשר יש בכוחו של המזיק ליצור סיכונים גבוהים דווקא כלפי ניזוקים מסוימים ולגרום בדרך זו לפגיעה ניכרת בעושרם, קיים חשש שבלעדי אחריות נזיקית ינצלו מזיקים את כוחם לרעה וייצרו סיכונים באופן בלתי יעיל כלפי

95 ראו דיון בהשפעת כללי האחריות השונים על רמת הפעילות של המזיק והניזוק, לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 9. הטיעון המוצג בטקסט פותח במאמר משותף שכתבתי עם אורן בר-גיל: Oren Bar-Gill & Ariel Porat, *Harm-Benefit Interactions*, AM. L. ECON. REV. (forthcoming 2014). במאמר אנחנו מראים שכאשר המזיק שמפיק הנאה מן הפגיעה בניזוק אינו מתרשל (כמו במקרה Vincent), ההצדקה להטלת אחריות עליו היא חד-משמעית, ואילו דווקא כאשר הוא מתרשל, ההצדקה להטלת אחריות עליו היא לעתים חד-משמעית פחות.

ניזוקים מסוימים שאינם חשובים בעיניהם אך לא כלפי ניזוקים אחרים שהם חפצים ביקרם. כך, אם במקרה דוגמת קיבוץ מלכיה לא יינתן כל פיצוי לניזוק, קיים חשש שצה"ל יבחר במקרים מסוימים באופן בלתי סביר במי לפגוע ובמי לא לפגוע אגב פעילותו. אמנם אילו היה אפשר להוכיח את אי־סבירות התנהגותו של המזיק ב"בחירת" הניזוקים היה אפשר להטיל עליו אחריות אם בחירתו הייתה בלתי סבירה, וכך לפתור את הבעיה, או לפחות להפחית ממנה. אלא שנראה שהוכחה כזו – במיוחד בתוך המשטר המשפטי הנוהג של רשלנות, המתמקד באמצעי הזהירות שהיה המזיק יכול לנקוט ולא בהיקף או באופי פעילותו<sup>96</sup> – תהיה קשה מאוד. לכן הטלת אחריות על המזיק היוצר סיכון ודאי לנזק כלפי ניזוק מסוים היא חיונית.

לעומת זאת הטלת אחריות אינה חיונית במקרה שבו המזיק יוצר סיכון סביר אך ודאי לנזק, אך הסיכון נפרס על בני אדם רבים, ולכן אף שיש ודאות שייגרם נזק למישהו, הסיכון המושט על כל ניזוק בנפרד הוא קטן. אכן תופעה של יום ביומו היא שגופים שונים, ובראשם גופים ציבוריים, יוצרים סיכונים סבירים כלפי אוכלוסייה גדולה, ואין ספק שעל פני תקופה נתונה יהיו פרטים שישבלו נזקים.<sup>97</sup> אלא שמקרים אלו שונים מן המקרים שבהם הסיכון הוא ודאי כלפי ניזוק מסוים. בראש ובראשונה כאשר הסיכונים המושטים על כל ניזוק בכוח הם קטנים, אין עוד סיכונים לא הדדיים שיוצר המזיק כלפי ניזוק מסוים, ועל כן תאוריות דוגמת אלו של פלטשר וקיטינג לא יצדיקו, או לפחות לא יחייבו, הטלת אחריות על המזיק שפעל בסבירות.<sup>98</sup> אך אף מנקודת מבט כלכלית קיים שוני רב בין המקרה שבו הסיכון הוודאי מופנה כלפי ניזוק ספציפי לבין מקרה שבו הוא מופנה כלפי ניזוקים רבים וכל ניזוק נושא בסיכון קטן. ראשית כאמור נימוק עלויות העסקה הנמוכות אינו חל על המקרה האחרון: מספר הניזוקים הוא רב, פעולה חד־צדדית היא הכרחית כדי לא לשתק את פעילותו של המזיק, והטלת אחריות על המזיק אשר לא התרשל ביצירת הסיכונים אף שהיא אפשרית, אינה חיונית.<sup>99</sup> שנית, החשש שהמזיק ינצל לרעה את כוחו ויסיט את פעילותו יוצרת הסיכונים אל עבר ניזוק מסוים אינו רב, שהרי הסיכון כלפי כל ניזוק הוא מלכתחילה קטן. יצירת סיכונים ודאיים כלפי אוכלוסייה גדולה, כאשר כל פרט נושא בסיכון קטן, אינה שונה

96 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 9.

97 לדיון בסיכונים מסוג זה ולאופן שבו ראוי לעסוק בהם ראו Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293 (2003).

98 במקרה של קיטינג כך יהיה כל עוד הפעילות של הרשות הציבורית מועילה לכלל הציבור. ראו הדיון בטיעוניו של קיטינג, לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1, ובאלו של פלטשר, לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3.

99 כזכור, טענתי היא שכאשר עלויות העסקה גבוהות והמזיק פעל בסבירות, אין הכרח, מנקודת מבט כלכלית, להטיל עליו אחריות נזיקית. ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 87–92.

אפוא עקרונית מיצירת הסיכון האופיינית לדיני הרשלנות, שבה המזיק יוצר סיכון קטן לגרם נזק כלשהו.<sup>100</sup>

## 6. חוסר תשומת לב רגעי

### א. הדילמה

קיימים מקרים רבים שבהם תאונה נגרמת בשל חוסר תשומת לב רגעי של המזיק. במקרים אלו טוטל עליו אחריות מן הטעם שהתנהגותו לא עמדה בסטנדרט הזהירות של האדם הסביר.<sup>101</sup> יישום פשוט של נוסחת לרנד הנד יביא להטלת אחריות, שכן לכאורה חוסר

100 בעיני רבים השוני הוא רב, ואפשר להמחישו באמצעות פסק הדין *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981). באותו מקרה ייצרה חברת פורד את דגם המכונית "פינטו". מכל הדלק של המכונית הותקן במקום שבו הסיכון להתלקחות המכונית בעת תאונה היה רב מן הסיכון שהיה נוצר אילו הותקן המכל במקום אחר. במסגרת תביעת נזיקין שהוגשה נגד חברת פורד על ידי מי שניזוקו עקב התלקחות המכונית התפרסם מסמך שהוכן על ידי החברה, ובו נכתב כי העלות הכרוכה בשינוי מיקום המכל היא 11 דולר לכל מכונית, ואילו מספר ההרוגים בשנה בשל אי-שינוי המיקום הוא "רק" 180. לפי נתונים אלה, במושגים של עלות-תועלת, פורד לא התרשלה. המושבעים לא התרשמו מהנתונים ואף הביעו את מורת רוחם מן הטיעון בפסיקת פיצוי עונשי גבוה מאוד (הפיצוי הופחת לאחר מכן בערעור). לדין בפסק הדין ראו Gary T. Schwartz, *The Myth of the Ford Pinto Case*, 43 RUTGERS L. REV. 1013, 1020 (1991).

101 אין פירוש הדבר שבעת קביעת סטנדרט הזהירות לא יתחשבו בתי המשפט לעתים בנסיבות שבהן פעל המזיק כמו לחץ זמן או לחץ נפשי מיוחד. ראו למשל ע"א 7995/02 המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.9.2007), פסקה 5, שם קובע בית המשפט העליון כי קצין צה"ל שירה למוות בפלסטיני לא התרשל, בהסתמכו על דברי בית המשפט העליון בע"א 3684/98 מ.י. נ' אחלייל (פורסם בנבו, 7.3.1999), פסקה 5, כדלקמן: "ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע". גישה דומה אף עולה מן ה-RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 9 (2010). סעיף 65 לפקודת הנזיקין מאפשר גם הוא התחשבות בלחץ נפשי מיוחד שבו עמד המזיק בשל התנהגותו של הניזוק. לפי סעיף זה, "נתבע שגרם לנזק באשמו, אלא שהתנהגותו של התובע היא שהביאה לידי האשם, רשאי בית המשפט לפטור אותו מחבותו לפצות את התובע או להקטין את הפיצויים ככל שבית המשפט יראה לצודק". למשל, על פי סעיף זה, בנסיבות שבהן הניזוק יצר מצב שבו היה על המזיק לפעול במצב של לחץ נפשי, הפיצויים שייפסקו נגד המזיק, אף אם התרשל, יכול שיופחתו עקב כך (לכאורה עד כדי אפס). יש לשים לב שסעיף 65 אינו מעמיד כתנאי לתחולתו התנהגות בת אשם של הניזוק. לפי סעיף 66 לפקודה, "מקום שגם התובע גם הנתבע גרמו לנזק באשם, אלא שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע, רשאי בית המשפט להגדיל את הפיצויים שהנתבע היה חייב לשלם, אילולא



תשומת הלב הרגעי היה ניתן למניעה בעלות אפסית. לפיכך נוהג ברכב שהסיט את עיניו מן הכביש לרגע, או לא היה מרוכז בנהיגה לשבריר שנייה, ייחשב לרשלן ויימצא אחראי לנזק.<sup>102</sup> בדומה לכך, רופא שעקב אבדן ריכוז של הרף עין במהלך ניתוח גרם לחולה נזק יהיה חייב בניזיקין בגין הנזק שגרם.<sup>103</sup> לא במקרה תוצאה קשה זו זכתה לביקורת: ראשית, חוסר תשומת לב רגעי אינו פשע בלתי נסלח, אלא לכל היותר רשלנות קלה שאינה מצדיקה הטלת אחריות, לעתים אחריות כבדה, על המזיק; שנית, והעיקר, חוסר תשומת לב רגעי הוא חטא שבו חוטאים כולם, ועל כן הטלת אחריות בגינו יוצרת תחושה קשה שחוסר מזלו של המזיק הוא שהביא להטלת האחריות הכבדה עליו.<sup>104</sup> לעומת טעם הביקורת הראשון, המבוסס על רעיון של צדק גמולי (ענישה כבדה למזיק בלא כל יחס לחומרת התנהגותו), הרי הטעם השני מבוסס על רעיון של צדק חלוקתי (אי-צדק הנובע מחלוקה לא שוויונית של נטלים בין יוצרי סיכונים זהים). אפשר לענות לביקורות אלו בכמה אופנים: ראשית, מנקודת מבט של צדק חלוקתי, גם אם מדובר ברשלנות קלה, כל עוד הניזוק חף מאשם לא צריך להתעורר קושי בהטלת אחריות נזיקית: בין המזיק האשם לניזוק החף מאשם ראוי יותר שהמזיק יישא בנזק ולא הניזוק. שנית, עקרונות הצדק המתקן מחייבים שהמזיק-המעוול יתקן את הנזק שגרם לניזוק גם אם אשמו של המזיק קל.<sup>105</sup> לבסוף, בעיית הצדק הגמולי אינה כה חריפה אם בוחנים את ה"עונש" של המזיק לפני מעשה (ex ante) ולא לאחר מעשה (ex post): ממש כפי שהמזיק חשף מלכתחילה את הניזוק, ברשלנותו הקלה, לסיכון לנזק רב שהסתברות אירועו קטנה, כך המשפט חושף מלכתחילה את המזיק לסיכון לאחריות

הוראות סעיף 64 [הסעיף המגדיר 'אשם'], ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו". על פי סעיף 66, נדרש בית המשפט להביא בחשבון את השפעת התנהגותו של הנתבע על זו של התובע, אך בניגוד לסעיף 65, סעיף 66 חל במצבים שבהם שני הצדדים אשמים בגרם הנזק (אכן מדובר במקרה מיוחד שעליו חלה הגנת האשם התורם, וסעיף 66 קובע דין מיוחד בעניינו). עם זאת לפי לשון הסעיף, "התנהגותו" של הנתבע (המזיק) ולא דווקא אשמו, היא שצריכה להביא לאשמו של הניזוק. סעיף זה יכול לחול למשל על מקרה שבו המזיק מפחיד את הניזוק ובכך גורם לו לאבד את העשתונות ולהתנהג התנהגות רשלנית הגורמת לנזקיו. גם אם התנהגות הניזוק הייתה רשלנית, ועל כן בת אשם תורם, עצם העובדה שהתנהגותו של המזיק גרמה לה עשויה להיות סיבה להגדיל את סך הפיצויים שייפסקו לטובת הניזוק. למותר לציין שעניין זה כולו הופך רלוונטי רק אם המזיק גרם לנזק בעוולה, שאם לא כן לא ייפסקו לניזוק פיצויים כלשהם.

102 ראו למשל רע"פ 4732/02 סורפין נ' מ.י. (פורסם בנבו, 25.11.2002); רע"פ 4261/04 פארין נ' מ.י., פ"ד נט (3) 440 (2004).

103 ראו למשל ת"א (ב"ש) 1320/00 תובעת נ' פלדברג (פורסם בנבו, 5.7.2005), פסקאות 57–58; ת"א (י-ם) 7074/05 עזבון המנוח עובדיה אליהו ז"ל נ' קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 7.8.2008).

104 לדיון מפורט בשאלות אלו, ראו לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.ב.

105 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.ב.

משפטית כבדה שהסתברות התממשותה קטנה. המשפט נוקט אפוא שיטה של "עין תחת עין": מה שהמזיק עשה לניזוק עושה המשפט למזיק.<sup>106</sup> תשובות אלו יכולות להיות משכנעות בעיני אחדים ובלתי משכנעות בעיני אחרים. אך נדמה שמנקודת מבט של הרתעה אופטימלית, או יעילות, הטלת אחריות בגין חוסר תשומת לב רגעי אינה מעוררת קושי מיוחד: האחריות הנזיקית מתמרצת מזיקים לעשות כל שלא ידם לעשות כדי להימנע מחוסר תשומת לב רגעי, וכך בסופו של דבר היא מועילה או לפחות אינה מזיקה. אלא שמסקנה זו נחפזת מדי, כפי שנראה להלן.

## ב. יעילות

התנהגות יעילה, או סבירה, אין משמעה בהכרח תשומת לב מלאה כל הזמן. גם אם יוצר סיכונים יכול להימנע מהתנהגויות של חוסר תשומת לב רגעי באופן מוחלט, לא יהיה זה בדרך כלל יעיל לעשות כן. גם אם היה אפשר למנוע התנהגות נתונה של חוסר תשומת לב רגעי בעלות אפסית אם המזיק היה ער לה או לתוצאותיה האפשריות ברגע אירועה, אין ללמוד מכך שאם לא עשה כן, התנהגותו הייתה רשלנית במובן האמתי של המילה: נראה שאין במציאות אדם החסין מפני התנהגויות של חוסר תשומת לב רגעי באופן מוחלט.<sup>107</sup> לפיכך במקום להתמקד בהתנהגות המתבטאת בחוסר תשומת לב רגעי ראוי לבחון את תדירותן של התנהגויות אלו, ורק כאשר התדירות עברה סף מסוים, לקבוע כי המזיק התרשל. סף זה ייקבע לפי השוואת תוחלת הנזק של ההתנהגויות שהן חוסר תשומת לב רגעי לעלות של הפחתת תדירותן.

כדי להמחיש את הדברים נניח שנוהג ברכב גורם לתאונה בשל איבוד ריכוז בן שבריר שנייה. על פי המשפט הנוהג, בית המשפט יקבע שהתרשל ויטיל עליו אחריות לנזק שגרם, שכן האדם הסביר מצופה להיות מרוכז בנהיגתו. אולם דרך הסתכלות זו היא מלאכותית, שכן היא מניחה מציאות שאינה קיימת. בפועל כל נוהג ברכב מאבד ריכוז מדי פעם. מניעה מוחלטת של אבדן ריכוז אינה אפשרית, וגם אם היא אפשרית בדרך כלשהי (כגון על ידי עצירת הרכב כל קילומטר לשם מנוחה וריענון), כנראה היא אינה יעילה בשל עלויותיה הגבוהות. לכן אם בית המשפט היה מחיל על המקרה משטר אמתי של רשלנות, היה עליו לבדוק אם תדירות אבדן הריכוז של הנוהג סבירה, בהתחשב בתוחלת הנזק ובעלויות המניעה. אם התשובה הייתה חיובית, היה בית המשפט צריך לקבוע כי המזיק לא התרשל

Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 387 (David G. Owen ed., 1995).  
ROBERT COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT – IMPROVING TORTS, 107 CONTRACTS AND RESTITUTION, Chapter 4 (forthcoming 2014, Princeton University Press)

ולפטור אותו מאחריות. לעומת זאת אם הייתה התשובה שלילית, הטלת אחריות הייתה מוצדקת.

בפועל בתי המשפט אינם נוהגים לבחון בדרך זו את התנהגותו של המזיק, ואף לו רצו לעשות זאת היו חסרים את המידע הנחוץ לשם כך: ראשית, כיצד היו קובעים את תדירות חוסר תשומת הלב הרגעי של המזיק? שנית, כיצד היו קובעים אם תדירות זו הייתה סבירה? שלישית, גם אם היו יכולים לקבוע כי במקרים מסוימים תדירות זו הייתה בלתי סבירה, כיצד היו קובעים אם חוסר תשומת הלב הרגעי המסוים שגרם לנזק היה נמנע לו הייתה התדירות סבירה? אך לפני מתן תשובות לשאלות אלו עולה שאלה מקדמית: גם אם היה אפשר להחיל את המשטר המשפטי האמתי של רשלנות במקום זה הנוהג, שעל פיו אחריות מוטלת בגין כל חוסר תשומת לב רגעי הגורם נזק, האם היה בכך כדי לקדם יעילות?

במשטר המשפטי הנוהג מוטלת אחריות נזיקית בגין התנהגויות של חוסר תשומת לב רגעי שאינן רשלנות אמיתית. אך בכך לכאורה אין רע: בסך הכול עולה מכך שמשטר האחריות המשפטי הנוהג קרוב למשטר משפטי של אחריות מוגברת יותר ממה שנהוג לחשוב, ומשטר משפטי של אחריות מוגברת אינו בלתי יעיל. אדרבה, כפי שראינו, לעתים הוא אף יעיל ממשטר משפטי של רשלנות, למשל בשל היותו מתמרץ את המזיק להפחית ביעילות את רמת הפעילות שלו, ובאופן כללי יותר, לנקוט אמצעים יעילים למניעת נזקים אף כאשר אמצעים אלו אינם ניתנים לוודוא על ידי בית המשפט.<sup>108</sup> לפיכך, כך ממשיך הטיעון, לפחות אין כל רע, מנקודת מבט של יעילות כלכלית, במשטר משפטי הרואה בכל התנהגות של חוסר תשומת לב רגעי רשלנות, והמוביל אפוא להטלת אחריות נזיקית בגינה. אולם ניתוח זה מחמיץ נקודה אחת חשובה: אם המשטר המשפטי הוא כזה שמוטלת בו אחריות בגין רשלנות על כל התנהגות של חוסר תשומת לב רגעי, מזיקים עלולים להעדיף פעילות או אמצעי זהירות שבהם הסיכון להתנהגות כזו הוא קטן על פעילות או אמצעי זהירות שבהם הסיכון להתנהגות כזו הוא גדול, וזאת גם אם המטרה של הפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן מצדיקה בחירה בפעילות השנייה ולא בראשונה.<sup>109</sup> שתי דוגמות יסייעו להמחשת הטיעון: נניח שנוהג ברכב צריך להחליט אם לרכוש מכשיר בקרת שיוט (cruise control) למכוניתו. יתרונו של מכשיר זה שהוא מבטיח נהיגה במהירות קבועה, אך חסרונו שהוא פוגע ב"גמישות" הנהיגה: הנוהג ברכב נוטה פחות להתאים עצמו לתנאי הדרך. לפיכך לנהגים רבים נהיגה בלי מכשיר בקרת שיוט עשויה להיות יעילה ובטוחה יותר מנהיגה על פיו. אולם במשטר משפטי שבו מוטלת אחריות נזיקית בגין העדר תשומת לב

108 לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–10.  
109 COOTER & PORAT, *supra* note 107.

רגעי, יודע הנוהג ברכב שעם מכשיר בקרת שיוט אין חשש שיסטה ממהירות הנהיגה המותרת, ובלעדיו קיים סיכון שבשל חוסר תשומת לב רגעי יעבור מדי פעם את מהירות הנהיגה המותרת, ואם תיגרם תאונה עקב כך, יישא בנזק. כך, סיכון האחריות המשפטית של הנהג עלול להיות קטן יותר עם מכשיר בקרת השיוט מאשר בלעדיו, מה שעלול לגרום לו לרכוש מכשיר זה אף אם נהיגתו תהיה מסוכנת פחות (או באופן כללי, יעילה יותר) בלעדיו. לשם המחשה, נניח שנהיגה סבירה ברכב מבחינת נהג מסוים בלי מכשיר בקרת השיוט יוצרת סיכונים של 100, ואילו נהיגה סבירה ברכב עם מכשיר זה יוצרת סיכונים של 110. עוד נניח שעם סיכוני הנהיגה בלי מכשיר בקרת השיוט נמנים סיכונים הנובעים מחוסר תשומת לב רגעי (שתיירותם סבירה) בשיעור של 30, ואילו עם סיכוני הנהיגה עם מכשיר זה נמנים רק סיכונים שאינם נובעים מחוסר תשומת לב רגעי (אלא מהתנהגויות הנחשבות סבירות בעיני בית המשפט). לבסוף, נניח שעלות התקנת המכשיר היא זניחה. נקל להבין שהנהג יעדיף להתקין מכשיר בקרת שיוט במכוניתו: עם מכשיר זה סיכון האחריות שלו הוא 0, ובלעדיו סיכון האחריות שלו הוא 30 (ההנחה היא שעצם הבחירה במכשיר בקרת השיוט לא תיחשב להתרשלות, שכן בית המשפט לא יוכל להעריך אם לנוהג המסוים היה יעיל להשתמש בו). לפיכך, בנתוני הדוגמה, יעדיף הנהג את הפעילות המסוכנת יותר ב-10, שכן בגינה אינו נושא באחריות כלשהי, על הפעילות המסוכנת פחות, שבגינה הוא נושא באחריות משפטית בשיעור 30.

דוגמה שנייה לבעייתיות שבהטלת אחריות בגין חוסר תשומת לב רגעי אף שתיירותו סבירה לקוחה מן התחום הרפואי: נניח שרופא (או בית חולים) נדרש לבחור בין יילוד בלידה קיסרית לבין יילוד בלידה טבעית. עוד נניח שביילוד בלידה טבעית הסיכון שהרופא יגרום נזקים ליולדת וליילוד בשל חוסר תשומת רגעי, גם אם הוא פועל בסבירות להקטין סיכון זה, אינו זניח, ואילו ביילוד בלידה קיסרית סיכון זה כמעט אינו קיים. אם כך, אף במקרים שבהם לידה טבעית עדיפה ליולדת על לידה קיסרית, עלול הרופא (או בית החולים) להעדיף את הלידה הקיסרית על הלידה הטבעית רק מן הטעם שסיכון האחריות במקרה האחרון גדול מבמקרה הראשון.<sup>110</sup> סיכון האחריות גדול יותר במקרה של לידה טבעית, מכיוון שגם רופאים שחוסר תשומת הלב שלהם היה חד-פעמי ולמעשה לא רשלני נושאים בחלק מנזקיה, שעה שבלידה קיסרית רופאים לא רשלנים אינם נושאים באחריות נזיקת כלשהי.

110 אכן, מחקרים מלמדים שרופאים ובתי חולים בארצות הברית מעדיפים לעתים תכופות מדי לידה קיסרית על לידה טבעית, ואחד מן ההסברים לכך הוא החשש שלהם מאחריות משפטית. ראו למשל A. Dale Tussing & Martha A. Wojtowycz, *Malpractice, Defensive Medicine and Obstetric Behavior*, 35 MED. CARE 172 (1997).

## ג. הגנה אפשרית

המסקנה העולה היא שבמסטר משפטי של רשלנות אפשר שתיווצר אי-יעילות כאשר מוטלת אחריות על מזיקים בגין התנהגות שלמעשה אינה רשלנית. פתרון אפשרי לכך הוא להטיל אחריות נזיקית בגין חוסר תשומת לב רגעי רק אם תדירותו עולה על התדירות הסבירה. אמנם לשם כך נדרש מידע לבית המשפט שבדרך כלל אינו עומד לרשותו, אלא שאם תתאפשר למזיקים שגרמו לנזק מחוסר תשומת לב רגעי הגנה של "העדר רשלנות", יש להניח שמזיקים יאספו מידע המלמד כי תדירות התנהגויותיהם המתבטאות בחוסר תשומת לב רגעי הייתה סבירה. למשל, נוהגים ברכב ישתמשו במכשירים אלקטרוניים המתעדים את מהירות נהיגתם ואת אופן נהיגתם, בכוונה להשתמש במידע זה כדי להגן על עצמם מפני תביעה נזיקית בגין נזק שגרמו בחוסר תשומת לב רגעי. אף רופאים יתומצו להעדר את התנהגויותיהם (כמידת האפשר והמותר) ויורשו להוכיח שהתנהגות הנחזית כרשלנות למעשה אינה כזו, שכן תדירות התנהגויות אלו סבירה בהתחשב בעלויות מניעתן.<sup>111</sup> ייתכן שבמקרים מסוימים יהיה ראוי לאפשר למזיקים להביא ראיות לא רק על תדירות ההתנהגויות של חוסר תשומת הלב הרגעי אלא אף על האמצעים שנקטו כדי להפחית תדירות זו ביעילות.<sup>112</sup>

אם בית המשפט ישתכנע שהמזיק התרשל באמת, מכיוון שתדירות התנהגויותיו המתבטאות בחוסר תשומת לב רגעי גבוהה מן הסביר, יטיל עליו אחריות. אלא שכאן עלולה להתעורר בעיה בהוכחת הקשר הסיבתי. נניח שנוהג ברכב גורם לתאונה בשל אבדן ריכוז רגעי. עוד נניח שמתברר שתדירות אבדן הריכוז של הנוהג היא שלוש פעמים בשעה, ואילו תדירות סבירה היא שתי פעמים בלבד. האם בנסיבות אלו יטיל בית המשפט אחריות על הנוהג? לכאורה ההסתברות שהתרשלות הנוהג גרמה לתאונה היא רק 33%: גם אם היה

111 על פי סעיפים 17–18 לחוק זכויות החולה, מוטלת על רופאים (וכן על מטפלים אחרים שאינם רופאים) ועל מוסדות רפואיים חובת תיעוד, ואימוץ דוקטרינת הנזק הראייתי (להלן פרק 9) תורמת כנראה גם היא לתיעוד נרחב יותר. לכן במקרים רבים התיעוד כבר קיים, ורופאים יוכלו להשתמש בו כדי להעלות את ההגנה של העדר רשלנות. עם זאת הכרה בהגנה כזו עלולה לתמרץ תיעוד רב מדי, שאף הוא אינו נטול עלויות.

112 למשל, נהג מקצועי יוכל להראות כי הקפיד לנוח לפני נהיגה ממושכת ובמהלכה, וכי לא נהג יותר ממספר מסוים של שעות באותו יום; רופא יוכל להראות כי שעות עבודתו אינן רבות מדי, כי לא קיבל עליו משימות רבות מדי בו-זמנית, וכי נקט אמצעי זהירות קונקרטיים כדי להפחית כמידת האפשר את הסיכון שייגרמו לחולה נזקים עקב היסחי דעת נפוצים (כגון הותרת ספוגית בבטן החולה בעת ניתוח או מתן תרופה במינון לא מדויק). על סיבות נפוצות לרשלנות של רופאים, שרבות מהן נובעות מחוסר תשומת לב רגעי, ראו Robert James Cimasi, *Medical Malpractice and Tort Reform Risk*, INSURANCE AND RISK MANAGEMENT STRATEGIES 186-8 (2005, Jones and Bartlett eds.); ALEXANDER MCCALL SMITH & ALAN MERRY, *ERRORS, MEDICINE AND THE LAW* 72-97, 127-51 (2006).

נוהג באופן סביר, היה מאבד ריכוז פעמיים בשעה, וההסתברות שהנזק היה נגרם גם אז היא 66%. פתרון אפשרי הוא להטיל בסוג כזה של מקרים אחריות הסתברותית. עניין זה יידון בהרחבה בהמשך הספר.<sup>113</sup> אפשרות אחרת היא להטיל אחריות על הנוהג בכל מקרה שבו תדירות אבדן הריכוז היא בלתי סבירה. אמנם פתרון זה יביא להטלת אחריות על הנוהג, שתוחלתה גבוהה מתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית, אך יהיה בו שיפור לעומת המצב הקיים.

## 7. התחשבות בתכונותיו וביכולותיו של המזיק

### א. סטנדרט אובייקטיבי מול סובייקטיבי

סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד מוגדר ונבחן על פי אמות מידה אובייקטיביות. אפשר לדמיין משטר משפטי של רשלנות שבו נבחנות יכולותיו המיוחדות של כל מזיק ומזיק, ולפיהן נקבע אם רשלן הוא אם לאו. לכאורה, נוסחת לרנד הנד, כפשוטה, מחייבת השוואת עלויות המניעה של המזיק המסוים לתוחלת הנזק, שהרי עלויות אלו משתנות לפי יכולותיו של כל מזיק ומזיק. בפועל בתי המשפט בארץ ובעולם אינם נוהגים כך: יכולותיו המיוחדות של המזיק, בעיקר אם הן למטה מן הממוצע, אינן מובאות בדרך כלל בחשבון. חריג מרכזי ידוע לכלל זה הוא המקרה של הקטין, אשר עליו מחילים בתי המשפט סטנדרט זהירות המותאם לגילו. עניין זה יידון להלן.<sup>114</sup> אף קיימים סימנים אחדים בפסיקה לכך שכאשר יכולותיו של המזיק הן למעלה מן הממוצע, ייתכן שחל עליו סטנדרט זהירות גבוה יותר, המביא יכולות אלו בחשבון. למשל, בעניין שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא עלתה השאלה אם אפשר להטיל אחריות על בית חולים על שלא נקטה בו במקרה מסוים פרוצדורה רפואית מסוימת, שלימים הסתברה כפרוצדורה הראויה, ואשר לא נהגה בארץ באותה עת אלא בבית החולים האמור. בית המשפט העליון הטיל אחריות על בית החולים, ואחד השופטים נימק זאת בכך שיש להחיל על המזיק, אשר יכולותיו גבוהות מן הממוצע, סטנדרט זהירות גבוה מזה המוחל על אחרים.<sup>115</sup> בארצות הברית, ב-*RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM*, נקבע במפורש שיש להביא את

113 להלן חלק ג, פרק 3.

114 להלן סעיף 7.ב.

115 ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936, 959–960 (2002). לדין מפורט יותר בפסק הדין, בעניין תוקפו של מנהג כהגנה למזיק, ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 156. במקרה אחר חיווה בית המשפט העליון את דעתו, באמרת אגב, שאולי יש מקום להתאים את סטנדרט הזהירות הנדרש מקטין למידת התפתחותו, בין שהיא למעלה מן הממוצע ובין שהיא למטה מן הממוצע. ע"א 61/89 מ.י. נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580, 589 (1990).

יכולותיו של המזיק, שהן למעלה מן הממוצע, בחשבון בקביעת סטנדרט הזהירות החל עליו, אך לא כן את יכולותיו שהן למטה מן הממוצע.<sup>116</sup> ההסבר הכלכלי לאי-התחשבות – בדרך כלל – ביכולותיו הסובייקטיביות של המזיק הוא שהעלויות המנהליות הכרוכות בכך גבוהות מדי.<sup>117</sup> בנוסף, התחשבות ביכולות סובייקטיביות של המזיק תקשה על ניזוקים בכוח לדעת לאיזו רמת התנהגות לצפות ממזיק מסוים כזה או אחר ומה הפיצוי שיקבלו ממנו אם יינזקו. אי-ודאות זו עלולה לשבש את תמריצי ההתנהגות שלהם. עם זאת לאי-התחשבות ביכולות סובייקטיביות יש מחיר: מזיקים בעלי יכולות גבוהות מן הממוצע יידרשו לעשות פחות ממה שיעיל שיעשו, ומזיקים בעלי יכולות נמוכות מן הממוצע יידרשו לעשות יותר ממה שיעיל שיעשו. מנקודת מבט כלכלית הבעיה הראשונה חריפה יותר. נניח למשל שהעלות הממוצעת של אמצעי הזהירות למניעת נזק מסוים שתוחלתו 8 היא 10, אך בשל יכולותיו הגבוהות של המזיק עלות זו בשבילו היא 5 בלבד. בית משפט ישחרר אותו מאחריות בגין הנזק (8 < 10), ועל כן המזיק, בידעו זאת מראש, לא ימנע אותו. מנקודת מבט כלכלית מניעת הנזק מוצדקת, שכן עלות המניעה של המזיק קטנה מתוחלת הנזק (8 < 5), ועל כן העדר אחריות גורם הרעתת חסר.<sup>118</sup> לעומת זאת אם המזיק בעל יכולות נמוכות מן הממוצע, הבעיה חריפה פחות. נניח למשל עתה שהעלות הממוצעת של אמצעי הזהירות למניעת נזק מסוים שתוחלתו 8 היא 5, אך בשל יכולותיו הנמוכות של המזיק עלות זו בשבילו היא 10. בית המשפט יטיל עליו אחריות (8 < 5) אף על פי שמנקודת מבט כלכלית מניעת הנזק אינה מוצדקת, שכן עלות המניעה של המזיק גדולה מתוחלת הנזק (8 > 10). אלא שאף על פי שהמזיק יודע מלכתחילה שתוטל עליו אחריות אם לא ימנע את הנזק, הוא לא ינקוט את אמצעי הזהירות של 10 אלא יעדיף לשאת במקום זאת בנזק של 8. כך התנהגותו תהיה יעילה.<sup>119</sup>

116 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 12, cmt. a (2010).

117 POSNER, *supra* note 50, at 218 (§ 6.2).

118 עם זאת התחשבות ביכולות של המזיק כאשר הן למעלה מן הממוצע כדי להגביר את סטנדרט הזהירות החל עליו, יש בה לכאורה כדי לפגוע בתמריצים של מזיקים בכוח לרכוש יכולות מעבר לממוצע, שכן הדבר יביא להגברת סטנדרט הזהירות החל עליהם. אך ספק אם שיקול זה הוא בעל משקל. ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 12, cmt. a (2010).

119 מסקנה זו נכונה בהנחה שהן המזיק והן בתי המשפט אינם טועים באשר לסטנדרט הזהירות או באשר לסכום הפיצויים. כאשר הנחה זו אינה מתקיימת, הטלת אחריות על המזיק בעל היכולות הנמוכות עלולה להביא להרתעת יתר. לדיון בבעיית הרעתת היתר עקב טעויות של המזיק או של בתי המשפט ראו להלן סעיף 9.

מנקודת מבט של צדק מתקן יכולותיו המיוחדות של המזיק אינן מעלות או מורידות, לפחות על פי התפיסה שסבירות התנהגותו של המזיק נבחנת רק לפי הסיכון שהוא יוצר תוך התעלמות מן הנטל הכרוך בהפחתת הסיכון או בהסרתו.<sup>120</sup> לעומת זאת מנקודת מבט של צדק חלוקתי העניין מורכב יותר. מצד אחד התחשבות ביכולותיו הסובייקטיביות הנמוכות של המזיק תביא לכך שהניזוקים ישלמו על כך מחיר, ובכך יש בעייתיות מובנת. מצד אחר אי-התחשבות ביכולות הסובייקטיביות הנמוכות של המזיק תכביד על מזיקים בעלי יכולות נמוכות לעומת מזיקים בעלי יכולות גבוהות, ואף בכך יש אי-צדק.<sup>121</sup> אך נראה שלפחות בעניין אחד שיקולי צדק חלוקתי יהיו חד-משמעיים: כאשר מדובר במזיקים בעלי יכולות גבוהות מן הממוצע, ראוי לדרוש מהם רמת התנהגות גבוהה מן הממוצע, לפי יכולותיהם. כך הן שיקולים של צדק חלוקתי והן שיקולי יעילות (בהנחה שהעלויות המנהליות אינן גבוהות מדי) מצדיקים התחשבות ביכולותיו המיוחדות של המזיק לפחות כאשר אלו למעלה מן הממוצע.

יכולותיו המיוחדות של המזיק אינן רק יכולות פיזיות, קוגניטיביות או מנטליות אלא גם יכולות כספיות. למשל, אפשר שתיטען הטענה שמזיקים עשירים צריכים להידרש ליותר מאמצים במניעת הנזק מאשר מזיקים עניים. עניין זה נדון, מנקודת מבט של צדק חלוקתי, בחלקו הראשון של הספר.<sup>122</sup>

## ב. מקרים מיוחדים

קיימים מקרים מיוחדים שבהם יכולותיו המנטליות או הנפשיות של המזיק נמוכות במיוחד, ולמעשה לא הוא מחליט בענייניו אלא אחר מחליט בשבילו. כך הוא המקרה של הקטין, של הסובל ממחלת נפש ושל בעל המוגבלות המנטלית (שלושה אלו ייקראו להלן, לשם נוחות הדיון, "החסוי"). במקרים אלו הטיעון הכלכלי בעד הטלת אחריות על החסוי, אם הוא רשולן לפי אמת מידה אובייקטיבית, הוא שהאפוטרופוס הוא מונע נזק זול, שוקל טוב, ואף מבטח

120 ראו הדיון בטיעוניו של ארנסט וינריב, לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.ג. כן ראו ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 182-3 (1995), שם מתייחס וינריב ישירות לבעיית קביעת סטנדרט הזהירות לפי יכולותיו הסובייקטיביות של המזיק, ומסביר כי התחשבות ביכולות אלו גורמת שזכויותיו של הניזוק מוכפפות ליכולותיו המוסריות של המזיק.

121 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.א. יש לשים לב אף לכך שאי-התחשבות ביכולות סובייקטיביות נמוכות מן הממוצע בעת קביעת סטנדרט הזהירות עלולה להביא להדרתם של בעלי יכולות נמוכות מפעילויות אשר במסגרתן הם עלולים לגרום נזק. עניין זה עשוי להיות רב חשיבות כאשר מדובר בסובלים מנכות פיזית או בבעלי מוגבלויות נפשיות ומנטליות, אשר אפשר לזהות מראש את יכולותיהם המופחתות. ראו דיון להלן סעיף 7.ב.

122 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 3.א.



זול יותר<sup>123</sup> מן הצד השלישי שעלול להיפגע מן החסוי, ועל כן הטלת אחריות על החסוי תביא להפחתת סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. נקודת המוצא של טיעון זה היא שהאפורטרופוס פועל למקסום רווחתו של החסוי, בין משום שהוא בנושא בעלויות התאונות ובעלויות מניעתן בעצמו, ובין משום שהוא מתייחס אליהן כעלויות שלו אף אם החסוי נושא בהן.

מנקודת מבט של צדק חלוקתי הדילמה בסוג כזה של מקרים גדולה במיוחד: מצד אחד אפשר לטעון שלא מוצדק להטיל על הניזוק המקרי לשאת כבד רק משום שהמזיק שפגע בו הוא חסוי. מצד אחר הכבדה על החסוי בשל נכותו או מחלתו היא בעייתית מאוד, במיוחד כאשר הוא משתייך לקבוצה חברתית-כלכלית חלשה. למשל, אם אדם הלוקה בפיגור קשה וגורם עקב כך נזקים יימצא לעתים קרובות אחראי בניזיקין, עלול הדבר למנוע ממנו חופש תנועה ולהחמיר את מצבו הקשה ממילא. טיעון נגדי הוא שברגיל החסוי – או אפורטרופוסו – נושא בנטל הכלכלי הכרוך במצבו מבלי שאיש משפה אותו בגין ההוצאות הכרוכות בעמידה בנטל זה. יש להיות עקביים ולנהוג כך גם כאשר החסוי גורם נזק לאחרים. למשל, אם קטין גורם נזק בהתנהגותו הפרועה בביתו, איש לא ישפה אותו או את הוריו בגין הנזקים שגרם; מדוע – כך ממשיך הטיעון הנגדי – צריך הדין להיות שונה כאשר הנזק נגרם לא בביתו של הקטין אלא למשל בביתו של השכן, או בכל מקום אחר? טיעון נגדי נוסף הוא שדווקא מתן פטור מאחריות לחסוי עלול לפעול מלכתחילה לרעתו: ניזוקים פוטנציאליים שיש להם יכולת לעשות זאת – כגון בעלי חנויות – עלולים להדיר את החסוי מפעילויות שונות שבהן הוא עלול לגרום נזקים, מחשש שלא יפוצו בגין הנזקים שיגרם.<sup>124</sup>

המקרה היחיד שבו בתי משפט בארץ ובעולם מתחשבים בבירור בתכונותיו המיוחדות של המזיק הוא מקרה הקטין:<sup>125</sup> גיל הוא נתון שבתו המשפט מביאים אותו בחשבון בעת קביעת סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד. בפקודת הניזיקין, בסעיף 9, קיים הסדר משפטי מיוחד שעל פיו קטין מתחת לגיל 12 חסין מפני תביעה נזיקית, ואילו קטין בן 12

123 למשמעותם של מושגים אלו ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8, 11, 15.

124 לטיעון שלפיו אי-התחשבות במצב נפשי ומנטלי של מזיק בעת קביעת סטנדרט הזהירות החל עליו עשויה לכבד אותו ולקדם שוויון ראו Avihay Dorfman, *Reasonable Care: Equality as Objectivity*, 31 L. & PHIL. 369 (2012).

125 ע"א 361/59 צוקרמן נ' שנברגר, פ"ד יד 479 (1960). שם דובר בשאלת אשמו התורם של הקטין, אך בית המשפט התייחס גם לשאלת סטנדרט הזהירות הנדרש מקטין מזיק. כן ראו עניין אייגר, לעיל ה"ש 115. ראו גם RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 10 (2010), שם נקבע כי במקרה של ילד, גיל, אינטליגנציה וניסיון יובאו בחשבון בעת קביעת סטנדרט הזהירות. עוד נקבע שם ששיקולים אלו לא יובאו בחשבון במקרה של ילד העוסק בפעילות מסוכנת אשר ברגיל עוסקים בה מבוגרים, וכן שילד בן פחות מ-5 אינו יכול להיחשב רשלן.

ועד 18 נהנה מחסינות במקרים מיוחדים.<sup>126</sup> אלא שפקודת הנזיקין אינה עונה לשאלה אם סטנדרט הזהירות שבו על המזיק הקטין לעמוד – כאשר אינו נהנה מחסינות – צריך להיקבע לפי גילו. בתי המשפט כאמור השיבו לשאלה זו בחיוב.

מזיקים הסובלים ממחלת נפש אינם זוכים להתחשבות מיוחדת על פי הדין בישראל כמו גם בארצות הברית.<sup>127</sup> פקודת הנזיקין אמנם שותקת בעניין זה, אך שאלת אחריותם עלתה לדיון בבית המשפט העליון בעניין כרמי נ' סבג.<sup>128</sup> באותו מקרה אדם הלוקה בנפשו נתקף באמוק ופצע אנושות תינוקת בגן ציבורי. בית המשפט העליון נדרש לשאלה אם יש לפטור את המזיק מאחריות בגין עוולת התקיפה עקב מחלת הנפש שלו, וקבע, ברוב דעות, כי על הסובל ממחלת נפש חל סטנדרט ההתנהגות החל על כל מזיק אחר.<sup>129</sup> בכמה ממדינות ארצות הברית במקרה של התקפת אמוק בלתי צפויה, כגון זו שנדונה בעניין סבג, תעמוד ללקוי בנפשו הגנה.<sup>130</sup>

שאלת אחריותו של מזיק בעל מוגבלות מנטלית לא נדונה בבית המשפט העליון, אם כי מפסק דין משנות השישים עולה כי בית המשפט העליון לא היה מוכן כנראה להחיל סטנדרט זהירות מיוחד על בעל מוגבלות מנטלית. באותו עניין, גבאי, נ' מ.י.,<sup>131</sup> עלתה שאלת אחריותה של המדינה כלפי הוריו-יורשיו של נער בן 14 אשר אסף תרמיל פגז באזור מטווחים של צה"ל ונהרג בהתפוצץ הפגז. הנער היה מסיג גבול, ולכן לכאורה הייתה המדינה, מחזיקת המקרקעין, חסינה מפני אחריות נזיקית. אלא שנטען על ידי התובעים כי תרמיל הפגז היה עצם "מסית ומדיח" (דהיינו מושך ילדים לעסוק בו), ועל כן אף על פי

126 על פי סעיף 9 לפקודת הנזיקין, "א) לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים. (ב) מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים יכול לתבוע על עוולה, ובכפוף לסעיף קטן (א) – להיתבע עליה אולם אין להגיש נגדו תובענה על עוולה הנובעת, במישרין או בעקיפין, מחוזה שעשה".

127 ראו § 11 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM (2010); DOBBS, *supra* note 79, at 284–5 (§ 120); David E. Seidelson, *Reasonable Expectations and Subjective Standard in Negligence Laws: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent*, 50 GEO. WASH. L. REV. 17 (1981) WINFIELD & JOLOWICZ, ON TORT 1127–9 (§ 24-26) (18<sup>th</sup> ed., W.V.H. : Rogers, 2010). על פי הריסטייטמנט, מצב מנטלי או נפשי של ילד מובא בחשבון בקביעת סטנדרט הזהירות. RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 11 (c) (2010).

128 רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג, פ"ד סבג (3) 396 (2007).

129 מדברי בית המשפט, באמרת אגב, עולה כי הגנה של מחלת נפש לא הייתה עומדת לנתבע גם אילו נתבע על פי עוולת הרשלנות. עניין כרמי, שם, בעמ' 16–17.

130 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 11(b) (2010). DOBBS, *supra* note 79, at 284–5 (§ 120). ראו גם

131 ע"א 69/64 גבאי נ' מ.י., פ"ד יח(4) 582, 585–584 (1964).

שהנער היה מסיג גבול, יש להטיל אחריות על המדינה. על פי ההלכה באותה עת, כדי שיהיה אפשר להטיל אחריות על מחזיק מקרקעין כלפי מסיג גבול בגין עצם "מסית ומדיח" צריך שהניזוק יהיה בן פחות מ-12. אלא שהתובעים טענו כי הקטין, אף על פי שהיה בן 14, היה בעל מוגבלות מנטלית, ורמת האינטליגנציה שלו הייתה פחותה מזו של ילד בן 12. לפיכך, טענו, הלכת העצם ה"מסית ומדיח" חלה עליו. בית המשפט דחה את הטענה בקבעו שהגיל הביולוגי הוא הקובע לעניין תחולת הלכת העצם ה"מסית ומדיח", ועל כן המדינה פטורה מאחריות.<sup>132</sup>

אף שאלת סטנדרט הזהירות החל על הסובל מנכות פיזית לא זכתה לליבון בפסיקה בארץ. למשל, יכולה להישאל השאלה אם יש להחיל סטנדרט זהירות מיוחד לגידם, לקיטע או למי שראייתו פגומה אשר נוהג ברכב, ובשל מגבלותיו הפיזיות פוגע באחר. בשונה מקטינים וחסויים אחרים, הסובל מנכות פיזית ניחן בשיקול דעת ככל אדם, והשאלה היא אך אם יש לרכך את סטנדרט הזהירות החל עליו בשל הקשיים הפיזיים העומדים בפניו.

בעניין זה נראה שיש להבחין בין שני מצבים: האחד, שבו התנהגות סבירה של בעל הנכות הפיזית, בהתחשב בנכותו, הייתה מונעת את התאונה; השני, שבו התנהגות סבירה של בעל הנכות הפיזית, בהתחשב בנכותו, לא הייתה מונעת את התאונה. למשל, אדם לקוי ראייה שנהג ברכב וגרם נזק לא יישמע בטענה שראוי לבחון את נהיגתו בהתחשב בליקוי הראייה. זאת מכיוון שלו התנהג התנהגות סבירה היה נמנע מלכתחילה מלנהוג ברכב, והתאונה הייתה נמנעת. לעומת זאת אם אותו אדם לקוי ראייה הלך ברחוב לתומו ופגע בעצם שהונח לפניו בלא שהיה יכול – בשל ליקוי הראייה – להימנע מלפגוע בו, ועקב כך גרם לנזק, התשובה עשויה להיות שונה.<sup>133</sup> במקרה זה היה יכול לקוי הראייה להימנע מן התאונה רק לו היה מסתגר בביתו, אך הסתגרות בבית הייתה גובה ממנו מחיר כבד מדי, ועל כן היא אינה פעולה סבירה. מכאן שאין בנמצא התנהגות סבירה של לקוי הראייה שהייתה מונעת את הנזק, ועל כן אין לומר שהתירשול.

ההבחנה בין שני המצבים אינה מלמדת שרק במצב הראשון יש להטיל אחריות על המחזיק אך לא במצב השני. כפי שנטען בעניין בעלי מגבלות אחרות של גיל, נפש ומצב מנטלי, אף כאשר אין בפני המחזיק בעל היכולות הפיזיות המופחתות דרך פעולה סבירה להימנע מגרם נזק – קיימים טעמים אשר עשויים לחייב הטלת אחריות עליו. עם זאת יש הבדל בין שני המצבים שתוארו לעיל, ואף שבסופו של דבר שיטת המשפט יכולה לספק פתרון אחיד לשניהם – דהיינו להטיל אחריות – פתרון אחיד זה אינו הכרחי.

132 על פי ה"RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM" § 11(c) (2010), מצב מנטלי ונפשי של קטין מובא בחשבון בקביעת סטנדרט הזהירות.

133 אם לקוי הראייה הוא הניזוק ועולה שאלת אשמו התורם, מערכת השיקולים שונה לחלוטין, והטעמים להתחשב במגבלותיו חזקים במיוחד. ראו להלן סעיף 7.ג.

בפסיקה האמריקאית ניכרת מגמה מסוימת להתחשב בנכויות פיזיות בקביעת סטנדרט הזהירות, במצב העניינים השני שתואר לעיל, דהיינו כאשר בעל הנכות הפיזית אינו יכול לנקוט פעולות סבירות, בשל נכותו, למנוע תאונות.<sup>134</sup> אחד ההסברים שהוצעו בספרות המשפטית האמריקאית להתחשבות בפסיקה בבעלי נכות פיזית ואף בקטינים, אך בדרך כלל לא בסובלים ממחלת נפש או בבעלי מוגבלויות מנטליות, הוא העלויות המנהליות השונות של בתי המשפט הכרוכות בהבחנה ביכולותיהם המופחתות של המזיקים השונים. כך, נכות פיזית וגיל ניתנים לבירור בנקל, ועל כן העלויות המנהליות הכרוכות בהחלת סטנדרט זהירות מיוחד על בעלי נכות פיזית וקטינים הן נמוכות יחסית. לעומת זאת קשה יותר להחיל סטנדרט זהירות מיוחד על הסובלים ממחלת נפש ועל בעלי מוגבלויות מנטליות גבוהות יותר.<sup>135</sup> דרך אחרת לנסח את הטעון היא ששופטים ומושבעים יכולים בקלות רבה יותר להעריך כיצד היה צריך להתנהג גידם, קיטע או להבדיל קטין, במצב נתון, אך קשה להם יותר לשער כיצד היה צריך להתנהג בנסיבות המקרה הסובל ממחלת נפש או בעל המוגבלות המנטלית.

### ג. יכולות סובייקטיביות של הניזוק

השאלה אם סטנדרט הזהירות צריך להיות אובייקטיבי או סובייקטיבי אינה מתייחסת רק למזיק אלא גם לניזוק: האם בעת שנבחנת השאלה אם הניזוק היה בעל אשם תורם יש להתחשב ביכולותיו המיוחדות.

ממבט ראשון נדמה שהשאלה אינה שונה במהותה מזו הנשאלת בעניינו של מזיק, ולא היא. לפחות מנקודת מבט של צדק חלוקתי השאלות הן שונות: לעומת התחשבות ביכולותיו המיוחדות של המזיק, המשפיעה בדרך כלל על האינטרסים של ניזוק חף מאשם, הרי התחשבות ביכולותיו המיוחדות של הניזוק משפיעה על האינטרסים של מזיק בעל אשם. לפיכך יהיה קל לקבל כלל משפטי המתחשב ביכולות המופחתות של הניזוק, ואשר על-פיו יקבל הניזוק מן המזיק האשם פיצוי גבוה מזה שהיה מקבל אלמלא יכולותיו המופחתות – יותר משקל לקבל כלל משפטי המתחשב ביכולות המופחתות של המזיק, ואשר על-פיו הניזוק החף מאשם לא יקבל פיצוי כלל.<sup>136</sup>

RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 11 134  
:גישה דומה ניכרת אף במשפט האנגלי: (a) (2010); DOBBS, *supra* note 79, at 281–4 (§ 118)  
WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 284 (§ 5-78)

Seidelson, *supra* note 127 135

ראו גם יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנזיקין" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 125–136  
138 (§§ 99–94) (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1977). לטיעון שעל פי דיני הרשלנות המזיק צריך לכלכל את צעדיו תוך התחשבות ברצונותיו של הניזוק, בהתחשב ביכולותיו

## 8. השפעתו של המנהג על הגדרת סטנדרט הזהירות

### א. המנהג כהגנה למזיק

לא אחת התנהגותו של המזיק עולה בקנה אחד עם ההתנהגות הרווחת אצל יוצרי סיכונים דומים, והשאלה העולה היא אם בשל כך בלבד ראוי לפטור אותו מאחריות נזיקית. בעניין ועקנין<sup>137</sup> קפץ נער לברכה שמימיה היו רדודים ונפגע בראשו, ומפעילת הברכה נמצאה אחראית ברשלנות, משום שלא הציבה במקום שלטי אזהרה מפני הסכנה בקפיצה למים רדודים. נניח שהיה נטען ומוכח על ידי מפעילת הברכה ששום מפעיל של ברכה אינו מציב בברכה שלטי אזהרה כאלה: האם היה בכך כדי לשכנע את בית המשפט שיש לפטור את מפעילת הברכה מאחריות, בהנחה שהצבת השלטים היא זולה, וכי הסיכון בקפיצה לברכה הוא רב? נראה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית.

שאלת נפקותו של המנהג להערכת התנהגותו של המזיק עלתה בעניין קופת אשראי וחיסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד.<sup>138</sup> באותו מקרה נגנבו צ'קים בנקאיים מן הבנק הנתבע. התובע מכר מטבע חוץ וקיבל תמורתו תשלום באחד מן הצ'קים שנגנבו ואשר לא היה שווה דבר. השאלה שעלתה בבית המשפט העליון הייתה אם יש להטיל אחריות על הבנק הנתבע אשר לפי הנטען התרשל בכך שלא דיווח על דבר הגנבה למשטרה אלא רק לאיגוד הבנקים, ואף לא הזהיר את הציבור מפני הסכנה. לפי הנטען, הדיווח למשטרה ואזהרת הציבור עשויים היו למנוע את הנזק שנגרם לתובע. הבנק טען להגנתו כי על פי הנוהל המקובל במקרה של גנבת צ'קים, דבר הגנבה מדווח לאיגוד הבנקים אך לא יותר מכך. בית המשפט דחה את טענת הבנק והטיל עליו אחריות נזיקית. הנוהל הנוהג, כך קבע בית המשפט, הוא שיקול המשפיע על קביעתה של רמת הזהירות הנדרשת, אך בסופו של דבר השאלה היא מהו "נוהל נורמטיבי סביר". במקרה שנדון בפניו סבר בית המשפט שפעולת הבנק לפי הנוהל לא הייתה סבירה, ועל כן הבנק התרשל.<sup>139</sup>

המופחתות, ראו אביחי דורפמן "יחסי זהירות א-סימטריים בעולת הרשלנות" מחקרי משפט כט (יתפרסם ב-2013). דורפמן מצדיק ומסביר בדרך זו את היחס השונה, לטענתו, של דיני הרשלנות למזיק ולניזוק בעלי היכולות המופחתות.

137 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12.

138 ע"א 542/87 קופת אשראי וחיסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד, פ"ד מד(1) 422, 436 (1990).

139 לגישה דומה ראו ע"א 3862/04 עיריית פתח תקווה נ' נקר (פורסם בנבו, 13.2.2008), פסקה 18. באותו עניין נקבע כי העירייה הנתבעת התרשלה באי-מסירת מידע לתובעים שקיימות מגבלות בנייה על חלקת מקרקעין שרכשו. העירייה טענה בין היתר להגנתה, שגם עיריות אחרות אינן מוסרות מידע מסוג זה לרוכשי מקרקעין. בית המשפט דחה טענה זו בקבעו כי העובדה שכך נוהגות עיריות אחרות היא בעלת משקל, אך אינה מכריעה את הכף.

אף בשיטות משפט אחרות מנהג אינו בבחינת הגנה למזיק; לכל היותר הוא ראייה לסבירות ההתנהגות על פיו, אך ראייה זו ניתנת לסתירה.<sup>140</sup> החריג הבולט לכלל זה עניינו במנהג הרפואי, שבו נדון בהמשך הסעיף.<sup>141</sup>

מהם הטיעונים בעד ונגד היותו של המנהג הגנה למזיק? הטיעון העיקרי בעד הגנה כזו הוא פשוט: שמירה על שוויון בין יוצרי סיכונים. אפשר שהטלת אחריות על מזיק אשר מתנהג כמו יוצרי סיכונים אחרים תיחשב בלתי צודקת: כולם נוהגים בדיוק באותו אופן מבלי לתת את הדין, ואילו המזיק הנתבע משלם את המחיר. יתרה מזו, לפחות כאשר אין מדובר במזיקים מתוחכמים חלק ניכר מן המידע באשר לאופן הפעילות הסבירה מגיע למזיק אגב התבוננות על אופן פעולתם של יוצרי סיכונים אחרים ולמידה מהם. לעתים המזיק אף חשוף לתופעת ה"עדר" – הוא עושה מה שכולם עושים, ובמידה מסוימת לפחות התרשלותו אינה שלו אלא של כל הקבוצה שאליה הוא משתייך. לבסוף, להיותו של המנהג הגנה למזיק יש אף יתרון כלכלי: חיסכון בהוצאות התדיינות. בית המשפט אינו צריך לברר כיצד על המזיק לנהוג, שכן המנהג מגדיר זאת בשבילו.<sup>142</sup>

אלא שהטיעונים נגד היותו של המנהג הגנה למזיק הם חזקים ומשכנעים יותר. אם המנהג היה הגנה למזיק, היה נוצר תמריץ חזק אצל מזיקים להיצמד למנהג ולא לנקוט אמצעי זהירות לבד מאלו הנוהגים. הדבר היה גורם לקיפאון בפיתוח אמצעי זהירות ולהרתעת חסר.

טיעון זה דורש הבהרה במצבים שבהם יש קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק. כפי שראינו בחלק הקודם של הספר, כאשר עלויות העסקה בין הצדדים נמוכות – כלומר, כאשר חוזה ביניהם הוא אפשרי – תושג התוצאה היעילה כלכלית בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי (התאורמה של קואס).<sup>143</sup> על כן לכאורה בין שתוכר הגנת המנהג ובין שלא, מפעילי ברכה יציבו שלטי אזהרה כאשר כך יעיל לעשות, בלא תלות בשאלה כיצד נוהגים האחרים. הטעם לכך הוא שמשמשים בברכה יאותו לשלם מחיר גבוה יותר על שימוש בברכה אם הסיכון בה יקטן ביותר מתוספת המחיר, כלומר אם מחזיק הברכה יפעל ביעילות להפחתת סיכונים. למשל, אם הצבת שלט עולה (פר לקוח) 10 ש"ח, והיא מפחיתה את הסיכון (שוב, פר לקוח)

DOBBS, *supra* note 79, at 393–5 (§ 163); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 287–140  
8 (§ 5'80); RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 135–40 (§ 6.1) (1999); RESTATEMENT (THIRD)  
OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 13(a) (2010).

141 להלן סעיף 8.ג.

142 השוו Kenneth S. Abraham, *Custom, Noncustomary Practice, and Negligence*, 109  
COLUM. L. REV. 1784, 1802–3 (2009). במאמר זה טוען אברהם בין היתר שמידע על אודות  
המנהג חיוני לבית המשפט (בארצות הברית, למושבעים בדרך כלל), שכן הוא מעיד על  
ההתנהגות הקיימת בשטח ובדרך זו תורם לקביעה מדויקת יותר של סטנדרט הזהירות.

143 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 6.

ב-15 ש"ח, כל לקוח ייאות לשלם כל סכום עד 15 ש"ח שיתווסף למחיר בתמורה להפחתת הסיכון. עקב כך יהיו למפעיל הברכה תמריצים להציב את השלט, שאם לא יעשה כן יאבד את לקוחותיו לטובת מתחריו שיעשו כן. למעשה, אף באין תחרות כדאי למפעיל הברכה, כלכלית, לנקוט אמצעי זהירות שעלותם 10, להפחית את הסיכון ב-15 ולחלוק בדרך כזו או אחרת עם הלקוח את הרווח של 5 שינבע מנקיטת אמצעי הזהירות.<sup>144</sup>

האם המסקנה העולה מכך היא שאין הכרח שתוכר למחזיק הברכה הגנת המנהג כדי שתושג התוצאה היעילה? התשובה לכך היא שלילית אם מניחים, באופן סביר, שקיימים פערי מידע בין מפעיל הברכה לבין הלקוח. למשל, ייתכן שאף שהצבת שלטי אזהרה מפחיתה את הסיכונים במידה ניכרת, הלקוח אינו יודע זאת, או שהוא מעריך הפחתה זו נמוך מדי. כאשר כך הדבר, לפי כלל משפטי שבו המנהג הוא הגנה, עלול מפעיל הברכה לא להציב שלטי אזהרה. נניח שבדוגמה המספרית דלעיל הלקוח מאמין ששלטי אזהרה יפחיתו סיכונים ב-1 בלבד. במקרה כזה הוא לא יסכים לשלם יותר מ-1, כתוספת במחיר, בשביל הצבת השלטים, ומחזיק הברכה יעדיף לא להציב את השלטים. במילים אחרות, הלקוח יעדיף שימוש בברכה בלי שלטי אזהרה במחיר  $x$  על שימוש בברכה עם שלטי אזהרה במחיר הגדול מ- $x+1$ . הצבת שלטי אזהרה תחייב את מפעיל הברכה להעלות את מחיר השימוש לפחות לכדי  $x+10$  (בהנחה שהמחיר מלכתחילה הוא תחרותי), ובשל ההערכה הנמוכה של הלקוח לשלטי האזהרה הוא יבחר שלא להציב אותם.

הדרך לתקן כשל שוק זה, הנובע מהעדר מידע ללקוח, היא לקבוע כי המנהג אינו בבחינת הגנה אף שקיים קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק. לפי כלל משפטי כזה לא תעמוד בפני מפעיל הברכה בררה: הוא יציב את שלטי האזהרה כדי להימנע מאחריות נזיקת שתוטל עליו אם לא יציב אותם, בין שהלקוח מעריך השקעה כזו כיעילה ובין שלא.

## ב. הפרת מנהג כעילת תביעה

הדיון עד כה עסק בשאלה אם פעולה של המזיק על פי המנהג עשויה לשמש הגנה למזיק. שאלה אחרת היא אם פעולה בניגוד למנהג עשויה לשמש בסיס לעילת תביעה. בדומה לתשובה לשאלה הראשונה, שלפיה פעולה על פי המנהג עשויה לשמש ראייה – אך ראייה בלבד – להעדר רשלנות, התשובה לשאלה השנייה היא שהפרת המנהג עשויה לשמש ראייה – אך ראייה בלבד – לרשלנות.<sup>145</sup> עם זאת נראה שמשקלו של מנהג כבסיס לעילת תביעה צריך בדרך כלל להיות כבד ממשקלו כבסיס להגנה.

144 להסבר מפורט יותר ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 7.  
 145 DOBBS, *supra* note 79, at 395–9 (§ 164); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, 288–9 (§ 5.80); EPSTEIN, *supra* note 140, at 135–40 (§ 6.1) (1999); RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 13(b) (2010).

נניח למשל שבעניין ועקנין<sup>146</sup> היה התובע טוען שמפעילת הברכה התרשלה באי-הצבתה שומר שתפקידו להשגיח שאיש לא יקפוץ למים הרדודים שבברכה, ואף היה מוכח שמרבית ברכות השחייה בישראל נוהגות בדרך זו. אם כך היה הדבר, היה במנהג משום ראייה חזקה שמפעילת הברכה התרשלה באי-הצבתה שומר. נראה שראייה זו תהיה בעלת משקל רב מזה שבמקרה ההפוך, שבו המנהג הוא בסיס להגנה. הטעם לכך הוא שאמנם קיימות סיבות טובות למזיקים להיצמד למנהג הקובע סטנדרט זהירות נמוך מדי (למשל, לא יציבו שלטי אזהרה בברכה אף על פי שכך יעיל לעשות), אולם בדרך כלל אין סיבה שייצמדו לסטנדרט זהירות גבוה מדי (למשל, יציבו שומר בברכה אף על פי שכך לא יעיל לעשות). לפיכך אם כל מפעילי הברכות מציבים שומר, נראה שכך יעיל לעשות, ומפעילת הברכה שלא עשתה כן התרשלה.

עם זאת לא מן הנמנע שיהיו מקרים שבהם המנהג יקבע סטנדרט זהירות גבוה מדי, שאז מזיק שחרג מגבולותיו לא בהכרח התרשל. נניח למשל שמסיבות כאלו או אחרות קיימת תחושה בציבור שהסיכון שילדים יקפצו למים רדודים בברכה וייפגעו רב מכפי שהוא בפועל. נניח למשל שהסיכון הוא 10, אך הציבור ברובו סבור שהסיכון הוא 20. בנסיבות אלו מפעילי ברכות עשויים להציב שומר גם אם עלות הצבתו היא 15, ולגבות את העלות הנוספת במחיר הכרטיס. הלקוחות יעדיפו לשלם תוספת במחיר של 15 כדי להפחית סיכון שלידם הוא 20 גם אם בפועל גובהו הוא 10 בלבד. כאשר אלו הם פני הדברים, מפעילת ברכה אשר לא הציבה שומר רשאית לטעון שאף על פי שכל מפעילי הברכה מציבים שומר, אין הדבר יעיל, או סביר, ועל כן אין להטיל עליה אחריות בשל אי-הצבתו של שומר.<sup>147</sup> האפשרות שמנהג יקבע סטנדרט זהירות גבוה מדי ממשית בעיקר במצבים שבהם קיימים יחסים חוזיים בין המזיק לבין הניזוק, כמו בדוגמה דלעיל. בהעדר יחסים חוזיים, כאשר למזיק אין דרך לגבות מחיר מן הניזוק בגין התנהגותו הזוהרה מדי של המזיק, לכאורה אין סיבה מיוחדת להניח שינהג כך. עם זאת אין מניעה שמנהג יקבע סטנדרט זהירות גבוה מדי גם בהעדר יחסים חוזיים בין המזיק לבין הניזוק. למשל, ייתכן שבתי משפט נוהגים להטיל בתחום מסוים אחריות נזיקית בגין רשלנות לעתים תכופות מדי, או

146 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12.

147 ייתכן שאפשר לטעון שאם הציבור סבור שהסיכון גבוה מכפי שהוא למעשה, הרי אי-הצבת שומר ליד הברכה יוצרת חרדה אצל לקוחות הברכה, וגם אם אינה רציונלית או שהיא מבוססת על מידע מוטעה, היא עדיין בגדר נזק – שהוא נפרד מן הסיכון שבקפיצה למים רדודים – ויש להביאו בחשבון. כן ייתכן שאפשר לטעון, במקרים המתאימים, שאפילו אם הצבת שומר אינה יעילה, הרי מאחר שכל מפעילי הברכות בארץ מציבים שומר, ציבור הלקוחות רגיל לכך ומסתמך על כך, ועל כן יעיל שגם מפעילת הברכה הנוכחית לא תחרוג מן המנהג.



שקיים חשש ממשי שכך יעשו, ולכן מזיקים נוקטים אמצעי זהירות מופרזים.<sup>148</sup> כשכך הם פני הדברים, אין למנוע ממזיק שלא קיים את המנהג להראות שהמנהג אינו יעיל, וכי התנהגותו, אף שהפרה את המנהג, הייתה סבירה.

לבסוף, יש לשים לב לסיכון מסוים שיש בייחוס משקל רב מדי לסטייה ממנהג כראיה להתרשלותו של המזיק (ואף בייחוס משקל רב מדי לפעולה על פי מנהג כראיה להעדר התרשלותו של המזיק). בתחומים שבהם חדשנות ופיתוח הם בעלי חשיבות מיוחדת, אפשר שייחוס משקל רב מדי למנהג יעודר יזמים להעדיף דרכי פעולה מוכרות ושגרתיות שיחשפו אותם לסיכון משפטי נמוך, על דרכי פעולה בלתי מוכרות ובלתי שגרתיות שיחשפו אותם לסיכון משפטי גבוה גם כאשר מבחינה חברתית דרכי הפעולה האחרונות עדיפות על הראשונות.<sup>149</sup>

### ג. פרקטיקה רפואית נוהגת

באנגליה ובארצות הברית רופא אשר פועל לפי מנהג או לפי אסכולה רפואית רווחת, אפילו אסכולת מיעוט, לא ייחשב לרשלן. בתי המשפט אינם בוחנים את סבירות המנהג או האסכולה שלאורה פעל הרופא, ומניחים שהתנהגות שנעשתה לפיהם היא סבירה.<sup>150</sup> עמדתו של בית המשפט העליון בישראל באשר למנהג הרפואי אינה ברורה לגמרי. בפסקי דין אחדים הדגיש בית המשפט שפעולה לפי המנהג הרפואי תיחשב סבירה, אך חזקה זו ניתנת לסתירה.<sup>151</sup> באחד המקרים שנדונו בהרכב מורחב של בית המשפט העליון, רביד נ' קליפורד,<sup>152</sup> הוטלה אחריות נזיקית על רופא אף שפעל לפי המנהג הרווח. הנתבע היה רופא שיניים מתנדב שהשתמש במרפאה שלו במזרק לא-שואב.<sup>153</sup> אילו עשה שימוש

148 לריון בטעויות של בתי משפט בקביעת סטנדרט הזהירות ולהרתעת יתר של מזיקים שעלולה להיגרם עקב כך ראו להלן סעיף 9.

149 ראו Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Torts and Innovation*, 107 MICH. L. REV. 285 (2008). במאמר זה מפתחים פרחומובסקי ושטיין את הטיעון שהסתמכות יתר של בתי משפט על מנהג, הן כהגנה למזיק אשר פעל על פיו והן כעילת תביעה לניזוק כאשר המזיק סטה מן המנהג, מספקת תמריצים שליליים, בעיקר ליצרנים ולרופאים, שלא לפתח מוצרים חדשים או שלא ליתן טיפולים חדשניים, מחשש לאחריות נזיקית.

150 DOBBS, *supra* note 79, at 633 (§ 242); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 289 (§ 6.2) (1981); EPSTEIN, *supra* note 140, at 140-4.

151 וכך גם אם קיים יותר ממנהג אחד או יותר מאסכולה אחת: ע"א 828/07 מהדני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (פורסם בנבו, 7.10.2008), פסקה 16; ע"א 5787/08 קפאח נ' מ.י. (פורסם בנבו, 10.8.2010), פסקה 5.

152 עניין רביד, לעיל ה"ש 31.

153 כפי שהוסבר בפסק הדין, מזרק "שואב" הוא "מזרק המאפשר שאיבה מוקדמת, אשר בעזרתה אפשר להיווכח אם חדרה המחט לכלי דם". עניין רביד, שם, בעמ' 726. שימוש במזרק לא

במזרק שואב, היה מאתר זרימה של נוזל ההרדמה למוחה של התובעת שלה הזריק את הנוזל, והיה מונע את הנזק הבלתי הפיך שנגרם לה עקב כך. הרופא טען שלא התרשל, בין היתר מכיוון ששימוש במזרקים לא-שואבים היה נפוץ מאוד בישראל באותה העת. בית המשפט העליון דחה את טענתו של הנתבע והטיל עליו אחריות נזיקית. בית המשפט הדגיש שפעולה לפי הפרקטיקה הנוהגת תיחשב בדרך כלל לסבירה, אך "יתכנו מקרים, אם כי לא שכיחים, שבהם הפרקטיקה הנוהגת עלולה שלא לענות על סטנדרד ההתנהגות הנדרש".<sup>154</sup> שאלת המנהג הרפואי עלתה במקרים נוספים. למשל, בעניין שטרן<sup>155</sup> יולד התובע בלידה טבעית אף שהיה במצג עכוז ולכן נגרם לו נזק. נזק זה היה נמנע לו יולד בלידה קיסרית. בעת שיוולד היה נהוג בכתי החולים בארץ ליילד במקרה כזה בלידה טבעית ולא בלידה קיסרית. פרקטיקה זו השתנתה לאחר שהתברר שאינה סבירה. בעת שיוולד התובע נהגה בבית החולים שבו יולד – ורק בו – הפרקטיקה החדשה, המתקדמת יותר, כלומר במקרה של מצג עכוז יילוד בלידה קיסרית. בית המשפט העליון קבע כי הרופא התרשל. אמנם אם רופא נהג לפי הפרקטיקה הנוהגת – כך קבע בית המשפט – התנהגותו תיחשב לסבירה. אלא שהפרקטיקה הרלוונטית לבחינת סבירות התנהגותו של הרופא היא הפרקטיקה המתקדמת יותר שנהגה בבית החולים שבו פעל ולא הפרקטיקה הכללית שנהגה אותה עת בארץ.<sup>156</sup>

בעניין פולר נ' בית החולים "העמק" חזר בית המשפט העליון על עמדת בית המשפט בעניין רביד נ' קליפורד, שלפיו הפרקטיקה הרפואית הנוהגת היא חזקה להעדר רשלנות אשר אפשר לסתור אותה אך במקרים נדירים.<sup>157</sup> באותו עניין לקה התובע בשיתוק מוחין מאחר שלא אותרה מצוקה עוברית במהלך הלידה ואף נגרם נזק במהלך הלידה לאמו, התובעת. בין היתר נטען על ידי התובעים כי אילו נעשה שימוש במוניטור בעת הלידה לשם מעקב, היו הנזקים נמנעים. מתברר שבמחלקת היולדות היה אותה עת מוניטור אחד בלבד,

שואב עלול לגרום לחדירת חומר ההרדמה למחזור הדם העובר בעורק ולסכן את המטופל. שם, בעמ' 747.

154 עניין רביד, שם, בעמ' 744. לדברים ברוח דומה ראו עניין מהדי, לעיל ה"ש 151, פסקה 16.

155 עניין שטרן, לעיל ה"ש 115.

156 אפשר אפוא לפרש את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין שטרן, שם, אף ככזה המטיל אחריות על בית החולים משום שסטה מן המנהג – הוא המנהג שהחל מתפתח אצלו. כלומר, לא רק שטענת המנהג (הישן) כהגנה לבית החולים נדחתה באותו פסק דין (ראו לעיל סעיף 8.א.), אלא במשמע, הפרת המנהג (החדש) ביססה את עילת התביעה נגדו (ראו לעיל סעיף 8.ב.). על הלכה זו חזר בית המשפט העליון בע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים של ההסדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נו(5) 502, 509 (2002). בפסק הדין בעניין שטרן הוסיף הנשיא ברק נימוק להחלטת בית המשפט, שלפיו למזיק בעל יכולות למעלה מן הממוצע יש לקבוע סטנדרט זהירות למעלה מן הממוצע. ראו לעיל ה"ש 115, והטקסט הנלווה לה.

157 ע"א 1918/08 פולר נ' בית החולים "העמק" (פורסם בנבו, 28.3.2010).

ונטען כי החזקת מוניטור אחד בלבד הייתה רשלנות. בית המשפט דחה את הטענה בקבעו שבאותה עת הייתה הפרקטיקה הנהגת בבית החולים להחזיק מוניטור אחד בלבד במחלקת היולדות. בית המשפט ציטט את פסק דין שטרן כאסמכתה לכך שהנהוג בבית החולים המסוים שבו מדובר הוא שקובע – זאת כנראה משום שבכמה ממחלקות היולדות בבתי חולים אחרים היה נהוג אותה עת להחזיק יותר ממוניטור אחד.

אפשר לחלוק על ההיקש שעשה בית המשפט העליון מפסק דין שטרן: בעניין שטרן הביאה הפניה למנהג של בית החולים להגברת סטנדרט הזהירות הנדרש מרופאי בית החולים, ואילו בעניין פולר הפניה למנהג של בית החולים הביאה כנראה להפחתת סטנדרט הזהירות הנדרש מבית החולים. לעומת סטנדרט זהירות גבוה הנהוג אצל המזיק היכול לשמש ראיה אמינה בדרך כלל למה שראוי לעשות, סטנדרט זהירות נמוך אצל המזיק אינו בבחינת ראיה אמינה באותה מידה. עם זאת אפשר לפרש את פסק דין פולר כמבוסס בעיקר על כך שלא רק בבית החולים הנתבע היה נהוג במועדים הרלוונטיים להחזיק במחלקת היולדות רק מוניטור אחד, אלא גם בבתי חולים אחרים – גם אם לא בכלום.<sup>158</sup> פרשנות זו טובה יותר, שכן בלעדיה עלולה המסקנה מפסק דין פולר להיות שדי בנוהג שהיה בבית החולים הנתבע להחזיק ציוד מועט כדי שהדבר ייחשב לסביר, בלא תלות בשאלה כיצד נוהגים בתי חולים אחרים ובלא תלות בשאלה מה העלות הכרוכה בהוספת הציוד.<sup>159</sup>

פסק דין פולר מעלה בעיה כללית יותר והיא מה הדין כאשר קיימים כמה מנהגים רפואיים בד בבד, וכאשר האחד "נחות" מן האחר במובן זה שהוא קובע סטנדרט זהירות נמוך יותר: האם פעולה על פיו תיחשב לרשלנות?<sup>160</sup> בעניין אחד נראה שהפסיקה בארץ ברורה, והוא שבבחינת סבירות התנהגותו של רופא או של מוסד רפואי במגזר הציבורי אין להזיק, בוודאי לא כראיה חזקה, למנהגי המגזר הפרטי. לכן רופא או מוסד רפואי במגזר הציבורי שנמנע מלעשות בדיקה שנהוג לעשותה במגזר הפרטי אך לא בציבורי, לא התרשל בשל כך, ואין הוא אחראי לנזק שהייתה הבדיקה מונעת.<sup>161</sup>

158 עניין פולר, שם, בעמ' 5, 14–15.

159 דרך פרשנות אחרת של פסק הדין יכולה להיות שהוא מבוסס גם על כך שהמקרה המסוים הנדון לא היה מסוג המקרים שבאותה עת חשבוהו כמצריך מעקב של מוניטור. כלומר, גם אם היה בבית החולים יותר ממוניטור אחד, לא היו מפעילים אותו במקרה כזה. לדברים אלו יש ביסוס בפסק הדין, עניין פולר, שם, בעמ' 5.

160 אין זה המקרה שבו קיימות שתי אסכולות רפואיות, שאז פעולה על פי אחת מהן, אפילו היא אסכולת מיעוט, לא תיחשב בדרך כלל לרשלנות. ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 150, ולעיל ה"ש 151.

161 ע"א 434/94 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 211–212 (1997); ע"א 1535/09 הספר נ' יגל (פורסם בנבו, 22.11.2010), בעמ' 10. ראו דיון אצל אסף יעקב "רפואה ציבורית ופרטית – הפער בין המצוי לרצוי" מחקרי משפט כט (יתפרסם ב-2013).

בארצות הברית עלתה פעמים רבות השאלה באשר למעמדו של מנהג מקומי (למשל, בעיירה נידחת) הקובע סטנדרט זהירות נמוך מן המנהג במקומות אחרים במדינה (למשל, בערים הגדולות). כיום הנטייה היא להחיל סטנדרט זהירות לאומי ולהטיל אחריות על רופא או על בית חולים הפועל על פי המנהג המקומי ה"נחות".<sup>162</sup> לכאורה שאלה זו אינה בעלת רלוונטיות רבה במדינה קטנה כישׂראל. אולם מן הדיון שבפסקי הדין שטרן<sup>163</sup> ופולר<sup>164</sup> עולה שגם בבתי חולים שונים בארץ מתקיימים לעתים מנהגים שונים בד בבד, ואף ראינו כי פסק דין פולר עלול להתפרש כאילו הוא מאפשר לבית חולים לטעון כי המנהג הרווח אצלו, ולא המנהג הארצי הכללי, הוא שצריך לשמש אמת מידה לבחינת סבירותה של התנהגותו.<sup>165</sup> כאמור, אפילו במדינה גדולה כארצות הברית הנטייה הרווחת היא שלא לאפשר טענה מעין זו, ועל כן לא רצוי לפרש כך את פסק דין פולר.<sup>166</sup> מה הטעם אם המנהג הרפואי הוא בדרך כלל – ובשיטות משפט רבות, תמיד – הגנה לרופא שפעל לפיו? במה מותר הרופא על מפעיל הברכה או כל יוצר סיכונים אחר הטוען שנהג כמו שנוהגים כולם? אפשר להעלות על הדעת כמה סיבות אשר עשויות להצדיק את "היחס המיוחד" שהמנהג הרפואי זוכה לו בבתי המשפט.

ראשית, בניגוד אולי למזיקים רבים אחרים, יש לרופאים תמריצים לא כלכליים חזקים לפיתוח אמצעי זהירות. התמריצים נובעים מההערכה המקצועית של עמיתים למקצוע, החשובה לרופאים, מן הצד האחד ומן הרצון שלהם לפעול לטובת החולה, מן הצד האחר.<sup>167</sup> על כן החשש שרופאים לא יינקטו אמצעי זהירות רק בגלל ה"חסינות" מאחריות משפטית שיש להם בהיצמדותם לפרקטיקות קיימות אינו כה רב.<sup>168</sup>

162 EPSTEIN, *supra* note 140, at 141–2 (§ 6.2).

163 לעיל ה"ש 115.

164 לעיל ה"ש 157.

165 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 157–159.

166 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 159.

167 נימוק זה אינו משכנע כאשר מדובר במנהג המתייחס להתנהגות מוסדית של בית החולים או של קופת החולים. בסוג זה של מקרים החשש שהמוסד (או הרשות הציבורית המתקצבת אותו) ישאף לעתים לחסוך משאבים על חשבון בטיחות החולה בחוסר יעילות אינו חשש שווא. ראו עניין פולר, לעיל ה"ש 157, והטקסט הנלווה לה"ש 157–159, כדוגמה אפשרית. לקביעה כי הנוהל ששרר בבית החולים, ולפיו הרופאים אינם יוצרים קשר ישיר עם היולדות, הוא פסול, ופעולה על פיו היא רשלנות, ראו ע"א 410/93 יגר נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 97 (1994).

168 מנגד, היותו של המנהג הגנה לרופא עלול להרתיע אותו מפני מתן טיפולים חדשניים ופיתוח כאלה, שכן אם יעשה כן לא ייחנה מהגנת המנהג, ואולי אף יקל לטעון נגדו שמשום שסטה מן הטיפול הנוהג, כנראה התרשל. ראו על קו טיעון זה, Parchomovsky & Stein, *supra* note 149. קיומם של תמריצים חוץ-משפטיים לרופאים לפתח טיפולים חדשניים מפיג חשש זה חלקית.

שנית, בתי המשפט חשים כנראה שאינם יכולים להעריך את סבירותה של הפרקטיקה הרפואית הנוהגת, או את זו שנהגה בעת שנגרמו נזקיו של התובע, ולא בכדי. מדובר לא אחת בעניינים מקצועיים ומדעיים סבוכים; קשה לראות איך בתי המשפט יבחנו בכלים העומדים לרשותם אם פרקטיקה רפואית שנהגה לפי אסכולה רפואית כזו או אחרת, סבירה היא אם לאו. הקושי לבחון את סבירותה של הפרקטיקה הרפואית, או של האסכולה הרפואית, נובע מכך שעל בחינה כזו להיזקק לא רק לסיכונים של הפרקטיקה או האסכולה הנבחנת אלא אף לתועלתה – לטווח קצר ולטווח ארוך – לחולה התובע ולחולים בכלל. שלישית, הטלת אחריות על רופאים גם כאשר הם פועלים במסגרת פרקטיקה נהגת עלולה להביא לידי הרחבה ניכרת של אחריותם מכפי שהיא קיימת היום. הרחבת אחריות כזו עלולה להגדיל את תופעת הרפואה המגננתית, שהיא אחת הרעות החולות הנלוות לאחריותם הנויקית של רופאים אף היום. כללית, אחריות רבה יותר משמעה רפואה מגננתית רבה יותר, שכן ככל שהאחריות גדלה, כך גדל הפיתוי של הרופא להגן על עורו גם כאשר הדבר אינו עולה בקנה אחד עם האינטרס של החולה.<sup>169</sup>

רביעית, רופאים מביאים תועלת רבה לחברה שאינה באה לידי ביטוי מלא במחיר שהם גובים מן החולים בגין השירות הרפואי.<sup>170</sup> במילים אחרות, רופאים יוצרים חצצנות חיוביות. עקב כך יכולה להיות הצדקה להקל את נטל הפיצוי עליהם, במקרה שהתרשלו. זאת אפשר לעשות בחיובם בפיצוי מופחת, אך גם בריכוך סטנדרט הזהירות החל עליהם.<sup>171</sup> ייחוס משקל למנהג כהגנה לרופא מרכך למעשה את סטנדרט הזהירות החל על רופאים, ובכך משרת מטרה זו של הקלת נטל הפיצוי עליהם.

חמישית, הרחבת האחריות של הרופאים – כל הרחבת אחריות – מייקרת אף את השירות הרפואי (בראש ובראשונה בתחום הרפואה הפרטית). תופעה זו כשלעצמה אינה בהכרח בעייתית, שכן אם החולה משלם יותר אך גם זוכה לפיצוי בגין נזקיו במקרים רבים יותר, אין בהרחבת האחריות כל נזק. אלא שהרחבת האחריות של רופאים באופן שתוטל עליהם אחריות גם אם פעלו על פי פרקטיקה נהגת עלולה להביא לייקור יתר של השירות הרפואי. הטעם הראשון לכך הוא שהיקף אחריותם של רופאים הופך לבלתי צפוי: גם פרקטיקה שנחזית כסבירה בעיני כול אפשר שתיחשב בעתיד בלתי סבירה ותביא לאחריות נזיקית בהיקף גדול. אי-צפיפות היקף האחריות עלולה לייקר מאוד את מחיר הביטוח הרפואי,

169 ראו דיון להלן חלק ג, פרק 10.

170 במגזר הפרטי הדברים נכונים כפשוטם. במגזר הציבורי התשלום לרופא אינו עובר ישירות מן החולה לרופא, אך באופן כללי החולים מממנים, דרך תשלומי ביטוח הבריאות, את מתן השירות הרפואי להם. מובן שאמירה זו אינה מדויקת, שכן התשלומים של החולים (המבוטחים, ליתר דיוק) תלויים בעיקר ברמת הכנסתם ולא במידת היזקקותם לשירות רפואי.

171 לדיון מפורט ראו Robert Cooter & Ariel Porat, *Liability Externalities and Mandatory* .Choices: Should Doctors Pay Less?, 1 JOURNAL OF TORT LAW, Issue 1, Article 2 (2006)

וכך גם את מחיר השירות הרפואי בכלל.<sup>172</sup> הטעם השני לייקור השירות הרפואי, אף הוא עקב ייקור צפוי של הביטוח, נוגע לבעיית הסיכונים התלויים. סיכונים תלויים הם סיכונים אשר עלולים להתממש בעת ובעונה אחת.<sup>173</sup> סיכונים של נזקי מלחמה או רעידות אדמה שיש לניזוקים שונים הם דוגמה טיפוסית לסיכונים תלויים: קיימת סבירות גבוהה שאם סיכון אחד לניזוק אחד יתממש, יתממשו עמו סיכונים דומים לניזוקים רבים אחרים. לעומת זאת כאשר הסיכונים אינם תלויים, אין כל סיבה להניח שהם יתממשו בעת ובעונה אחת (אלא באופן מקרי לחלוטין). למשל, סיכונים של שני נוהגים בכלי רכב שונים להיפגע בתאונת דרכים אינם סיכונים תלויים, שכן אין סיבה להניח שאם הסיכון לנוהג הראשון יתממש, יתממש עמו הסיכון לנוהג השני, ובוודאי לא הסיכון לנוהג השלישי, הרביעי והחמישי. ביטוח סיכונים תלויים הוא יקר במיוחד, שכן המבטח עומד בפני סיכון שיהיה עליו לשאת בעת ובעונה אחת בתגמולי ביטוח גבוהים מאוד עקב התממשותם של סיכונים רבים לניזוקים שונים. חברות ביטוח הנאלצות להתמודד עם סיכונים תלויים נזקקות בדרך כלל לביטוחי משנה, ובכל מקרה פרמיות הביטוח עלולות במידה ניכרת, הרבה יותר מהפרמיות שהיו נגבות אילו לא היו הסיכונים תלויים. במצב משפטי שבו המנהג אינו משמש הגנה לרופאים קיים חשש שפרקטיקה רפואית נוהגת תוכרז יום אחד על ידי בית המשפט כבלתי סבירה, שאז אלפי חולים אשר סבלו נזק במשך השנים מן הפרקטיקה הנוהגת יגישו בעת ובעונה אחת תביעות בגין נזקיהם. סיכוני הנזק לחולים הופכים בדרך זו לסיכונים תלויים, ביטוחם הופך ליקר מאוד, וכך גם מחיר השירות הרפואי הכולל.<sup>174</sup>

172 ראו הדיון אצל George Priest, *The Current Insurance Crisis*, 96 YALE L. J. 1521, 1550–70 (1987), הנסב על אותה הבעיה, כאשר אחריות יצרנים רחבה מדי.

173 Priest, *id.*, at 1540; שחר ולר ביטוח כרך ראשון 47 (2005).

174 ייקור השירות הרפואי יכול להחריף אף את בעיית הברירה השלילית (adverse selection) בתחום הרפואה הפרטית. הדבר תלוי במידה רבה בדרך שבה השירות הרפואי מתומחר. בעיית הברירה השלילית נוצרת כאשר מבוטחים בעלי סיכונים שונים משלמים פרמיות ביטוח אחידות שאינן משקפות את הסיכון האמתי שלהם. הדבר גורם שעם הזמן מבוטחים בעלי סיכונים קטנים יוצאים ממאגר המבוטחים, פרמיות הביטוח עלולות, בעקבות זאת מבוטחים נוספים יוצאים מן המאגר, פרמיות הביטוח עלולות עוד, ובסופו של דבר, במקרה הקיצוני, הביטוח הופך להיות יקר מדי ונעלם מן השוק. תופעה זו עשויה להתרחש בכל מקרה שבו מחירו של מוצר או שירות מכיל בקרבו מרכיב של פרמיית ביטוח – כמו במקרה של השירות הרפואי. על בעיית הברירה השלילית ועל השפעתה ההרסנית על ייצורם של מוצרים בארצות הברית בשנות השמונים בשל הרחבה מסיבית של אחריות היצרנים ראו Priest, *supra* note 172, at 1563–70. לתיאור תופעת הברירה השלילית ראו ולר, לעיל ה"ש 173, בעמ' 48–52, וכן להלן פרק 7, סעיף 1.ד.

סיבה נוספת ליתן לרופא הגנה אם פעל לפי הפרקטיקה הנוהגת היא שפעולת הרופא לפי מנהג היא רצון החולה. אך לא ברור אם סיבה זו כשלעצמה משכנעת: החולה רוצה טיפול טוב, ואחת היא לו אם מדובר בפרקטיקה נוהגת או אחרת. סיבה זו ודאי שאינה משכנעת כאשר

## 9. הרתעת חסר והרתעת יתר

הרתעת חסר אפשר שתיווצר הן במצב שבו המזיק אינו טועה בצפיית סטנדרט הזהירות שיוחל עליו ושיעור הפיצויים שבהם יחויב, ובתי המשפט אינם טועים בקביעת סטנדרט הזהירות ובפסיקת הפיצויים (להלן מצב של העדר טעויות), והן במצב שבו אפשריות טעויות כאלה. הרתעת יתר אפשר שתיווצר רק במצב האחרון, אך לא במצב הראשון. הרתעת חסר תיווצר אף אם רבים מן הניזוקים לא יתבעו פיצוי בגין נזקייהם, למשל עקב עלויות התדיינות כבדות. עניין אחרון זה אינו מיוחד דווקא לדיני הרשלנות (או לדיני הנזיקין) ולא יידון כאן.

### א. העדר טעויות

בהעדר טעויות של המזיק או של בית המשפט אפשר שכלל משפטי של רשלנות ייצור הרתעת חסר אך לא הרתעת יתר. הרתעת חסר תיווצר ברגיל כאשר הפיצוי לניזוקים אינו מלא. למשל, בתאונת דרכים שבה נפגע הניזוק הישיר, נגרמים נזקים רבים – נפשיים ולעתים אף חומריים – לניזוקים משניים, דהיינו לקרובי משפחתו של הניזוק הישיר אשר חווים את סבלו. קרובי המשפחה, בכפוף לחריגים אחדים, אינם זכאים לפיצוי בגין סבלם, ולכן המזיק אינו נושא במלוא הנזק החברתי שגרם בהתנהגותו העוולתית.<sup>175</sup> לכן תוחלת האחריות שלו,<sup>176</sup> אם התרשל, נמוכה מתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית, והרתעתו היא הרתעת חסר.

החשש להרתעת יתר אינו קיים. גם אם מסיבה כזו או אחרת האחריות המוטלת על המזיק תהיה גבוהה מכפי הנזקים שגרם, כגון שיוטל עליו פיצוי עונשי, הוא לא ינקוט אמצעי זהירות מעבר לרמה האופטימלית. הטעם לכך הוא שהמזיק יעמוד בסטנדרט הזהירות היעיל, ועל כן לא יחויב לשאת באחריות כלשהי. למשל, אם תוחלת הנזק היא 10 אך מוטלת על המזיק אחריות בשיעור כפול מנזקו, הוא לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם גבוהה מ-10, שכן די בכך שינקוט אמצעי זהירות שעלותם לכל היותר 10 כדי שלא ייחשב לרשלן ויימצא פטור מאחריות.

הפרקטיקה שבה מדובר היא הנוהגת במגזר הציבורי והיא מספקת לחולה רמת טיפול תת-אופטימלית, למשל עקב בעיות תקציב.

<sup>175</sup> למגבלות על פסיקת הפיצויים לניזוקים משניים ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007); ע"א 9466/05 שויקי נ' מ.י., פ"ד סב(3) 806 (2008).

<sup>176</sup> דהיינו, המכפלה של ההסתברות שתוטל עליו חובה לפצות את הניזוק בסכום הפיצוי שבו יישא אם חובה זו תוטל עליו.

### ב. טעויות של המזיק או של בית המשפט

חששו של המזיק מפני טעויות שלו או של בית המשפט הן באשר לסטנדרט הזהירות הנדרש ממנו והן באשר לשיעור הפיצויים שבהם יחויב, אפשר שיביא לעתים לידי הרתעת חסר של המזיק ולעתים לידי הרתעת יתר שלו.

הרתעת חסר תיווצר אם המזיק סבור – בין בשל טעות שלו ובין בשל צפיית טעויות של בית המשפט – שסטנדרט הזהירות שיוחל עליו יהיה נמוך מכפי הסטנדרט היעיל, או כי יחויב בפיצויים נמוכים מכפי הנזקים שיגרום. בנסיבות אלו הוא עלול לנקוט אמצעי זהירות נמוכים מדי.

הרתעת יתר תיווצר אם המזיק סבור – בין בשל טעות שלו ובין בשל צפיית טעויות של בית המשפט – שסטנדרט הזהירות שיוחל עליו יהיה גבוה מכפי הסטנדרט היעיל ואף שיחויב בפיצויים גבוהים מכפי הנזקים שיגרום.<sup>177</sup> למשל, אם תוחלת הנזק היא 10 אך המזיק סבור שתוחלת הנזק שתיוחס להתנהגותו היא 15 ואף כי תוטל עליו אחריות שתוחלתה 15, הוא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם אפשר שתגיע עד ל-15.<sup>178</sup>

בספרות המשפטית-כלכלית הועלתה הטענה שתיווצר תופעה של הרתעת יתר בכל מקרה שבו המזיק אינו יודע היכן בדיוק ניצב סטנדרט הזהירות או שאינו בטוח שבית המשפט יקבע את סטנדרט הזהירות בנקודה האופטימלית. זאת מכיוון שהמזיק המצוי בקרבת סטנדרט הזהירות יעדיף לנקוט אמצעי זהירות רבים מדי ולא לנקוט אמצעי זהירות מעטים מדי. הטעם הוא שהמזיק יודע שאם יימצא שלא עמד בסטנדרט הזהירות יישא בכל נזק שיגרום, ואילו אם יימצא שעמד בסטנדרט הזהירות לא יישא בנזק כלשהו. זוהי תופעת אירציפותה של האחריות הנזיקית האופיינית לכלל הרשלנות, שלפיו אם המזיק עמד בסטנדרט הזהירות הוא אינו נושא באחריות כלשהי, ואילו אם לא עמד בסטנדרט הזהירות הוא נושא במלוא האחריות. קיימת אפוא נקודה שבה עובר המזיק ממצב של "הכול" למצב של "לא כלום". תופעה זו אינה קיימת בהתקיים כלל משפטי של אחריות מוגברת, שכן

177 לדיון מפורט בטעויות של המזיק ושל בית המשפט ראו COOTER & ULEN, *supra* note 24, at 353–9.

178 יש לשים לב שאם הטעות של המזיק, או הטעות שהוא צופה לבית המשפט, מתייחסת רק לסטנדרט הזהירות אך לא לפיצויים, הוא לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם גבוהה מ-10, שכן הוא מבין שלא ישלם פיצויים שתוחלתם גבוהה מ-10. בדומה לכך, אם הטעות מתייחסת רק לפיצויים אך לא לסטנדרט הזהירות, לא ינקוט המזיק אמצעי זהירות שעלותם גבוהה מ-10, שכן די שינקוט אמצעי זהירות שעלותם לכל היותר 10 כדי שלא ייחשב לרשלן ויימצא פטור מאחריות.



המזיק אחראי לנזקים שגרום, ואין כל נקודה שבה יימצא פטור מאחריות אף על פי שגרום לנזקים. אחריותו אפוא רציפה.<sup>179</sup>

נניח למשל שהמזיק צופה שתוחלת הנזק הכוללת של התנהגותו היא 20, ובכוחו להפחית אותה ב-10, בעלות של 9. כל השקעה נוספת באמצעי זהירות תהיה לא יעילה, שכן היא תביא לידי הפחתה של תוחלת הנזק בשיעור קטן מן ההשקעה באמצעי הזהירות. לכאורה בנסיבות אלו היה המזיק אמור להשקיע 9 ולא יותר. אלא שהמזיק יודע שאם בית המשפט יקבע, ולו גם בטעות, שהיה עליו להשקיע 10 או אולי אף 11, בהשקעה של 9 לא יהיה די כדי לשחרר אותו מאחריות נזיקית. לפיכך המזיק עלול להשקיע 11 אפילו אם תוחלת הנזק תפחת עקב כך בפחות מ-11, רק כדי שלא ימצא עצמו אחראי בסופו של דבר לנזקים שתוחלתם 10, דבר שהיה עלול לקרות אילו הסתפק בהשקעה של 9 בלבד.

כנגד טיעון זה הובא בספרות המשפטית-כלכלית הטיעון שלפיו תופעת הרתעת היתר שתוארה לעיל לא תיווצר אם עקרונות הסיבתיות יופעלו על ידי בית המשפט כדבעי.<sup>180</sup> למשל, גם אם בית המשפט קובע בטעות, בדוגמה דלעיל, שעל המזיק היה להשקיע 11 ולא 9, לא תוטל על המזיק אחריות לכל הנזקים שייגרמו (שתוחלתם 10) אלא רק לאותם נזקים שהיו נמנעים אילו השקיע המזיק אמצעי זהירות נוספים של 2. אם יודע המזיק שכך יופעלו דיני הסיבתיות הוא אף ידע שאם ישקיע 9, אך בית המשפט יקבע (ולו גם בטעות) שהיה עליו להשקיע 11, הוא יישא באחריות לנזקים שהיו נמנעים אילו השקיע 2 נוספים על ה-9 שהשקיע בפועל. מאחר ש-2 אלו היו מונעים נזקים שתוחלתם קטנה מ-2 (שאלמלא כן השקעת ה-2 הנוספים הייתה יעילה, בניגוד להנחתנו בדוגמה זו), ישקיע המזיק 9 בלבד ויעדיף לשאת בסיכון אחריות נזיקית הקטנה מ-2.<sup>181</sup>

מאחר שסיכוני טעויות קיימים כמעט תמיד, השאלה אם דיני הרשלנות יוצרים הרתעת יתר תלויה בשאלה כיצד מופעלים דיני הסיבתיות בפועל. קשה לתת תשובה חד-משמעית לשאלה זו. קיימים מקרים שבהם בשל דינים אלו המזיק נושא רק בנזקים השוליים, דהיינו

179 Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 79, 80-9 (1982).

180 Mark F. Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92 YALE L.J. 799, 812-3 (1983); Marcel Kahan, *Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule*, 18 J. LEGAL STUD. 427, 427-29 (1989); Avraham Tabbach, *Causation and Incentives to Choose Levels of Care and Activity under the Negligence Rule*, 4 REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 1, 45 (2008).

181 אם כי אפילו בית המשפט מבקש להחיל את דיני הסיבתיות כדבעי, הוא עלול לשגות בהחלה זו, ובדוגמה הנדונה – להטיל על המזיק אחריות לנזקים רבים מכפי שהיה צריך לעשות, למשל נזקים שתוחלתם 3. אפשרות זו של טעות יש בה כדי לגרום להרתעת יתר, אך לא באותה מידה כמו זו שהייתה נגרמת אילו היה בית המשפט מטיל אחריות בגין כל הנזקים שייגרמו שתוחלתם 10.

חלק שני : רשלנות

בנזקים שהיו נמנעים אילו נקט את אמצעי הזהירות הנוספים שאותם היה עליו לנקוט אליבא דבית המשפט. כשכך הם פני הדברים, אין סיבה לחשוב שתיווצר הרתעה לא יעילה. לעומת זאת קיימים מקרים שבהם המזיק יישא ביותר מן הנזקים השוליים, שאז הרתעתו תהיה הרתעת יתר. לבסוף יהיו מקרים שבהם המזיק יישא בפחות מן הנזקים השוליים, שאז הרתעתו עלולה להיות הרתעת חסר.<sup>182</sup>

182 כך יהיה כאשר בתי המשפט יימנעו לעתים קרובות מלהטיל אחריות, מכיוון שקיימת הסתברות גבוהה שאמצעי הזהירות הנוספים שהיה על המזיק לנקוט, ושלא נקט, לא היו מונעים את הנזק. ראו COOTER & PORAT, *supra* note 107, Chapter 1.

## פרק 2

### חובת זהירות

1. חובת זהירות: צפיות טכנית ו"גולגולת דקה". 2. חובת זהירות: צפיות נורמטיבית; א. השפעה שלילית על הפעילות; ב. שיקולים מנהליים; ג. הניזוק הוא שוקל טוב יותר או מפור נזק טוב יותר; ד. "דחייה על הסף".

לשם הטלת אחריות בגין רשלנות נדרשת צפיות של אירוע הנזק, של הניזוק ושל הנזק. בלעדי צפיות אין קמה חובת זהירות, וממילא אין מוטלת אחריות נזיקית. שאלת הצפיות נתפסת לעתים אף כנוגעת לשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. כך או אחרת, הדרישה היא אותה דרישה: כדי שתקום אחריות נזיקית בגין רשלנות צריכה להתקיים דרישת הצפיות.<sup>183</sup> לדרישת הצפיות יש במשפט הישראלי שני פנים, אחד טכני והשני נורמטיבי, ושניהם יחדיו מרכיבים את חובת הזהירות.<sup>184</sup> צפיות טכנית מתקיימת כאשר המזיק היה יכול לצפות את אירוע הנזק, את הניזוק ואת הנזק, וצפיות נורמטיבית מתקיימת כאשר הוא היה צריך לצפות את כל אלו.<sup>185</sup> הסעיף הבא עוסק בצפיות טכנית, והסעיף שלאחריו עוסק בצפיות נורמטיבית.

#### 1. חובת זהירות: צפיות טכנית ו"גולגולת דקה"

בהעדר צפיות טכנית אין קמה חובת זהירות. ממבט ראשון הדבר עשוי להיראות תמוה: מדוע לפטור את המזיק הרשלן מאחריות נזיקית ולהותיר את הנזק על כתפיו של הניזוק החף מאשם רק משום שאירוע הנזק, הניזוק או הנזק לא היו צפויים? האין זאת שבין מזיק אשם

183 לדין בחלוקת התפקידים בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית במשפט הישראלי, לעומת המשפט האנגלו-אמריקאי, ראו להלן חלק ג, פרק 7, סעיף 1.

184 מקורו האנגלי של מבחן הצפיות, כמגדיר את חובת הזהירות של המזיק כלפי הניזוק, הוא פסק הדין האנגלי הידוע – *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. ניסוח מבחן הצפיות בפקודת הנזיקין שלנו, בסעיף 36, דומה מאוד לניסוח מבחן זה בפסק דין *Donoghue*. פסק דין אנגלי חשוב נוסף אשר קובע את מבחן צפיות הנזק (ונתפס במשפט האנגלי כעוסק בסיבתיות משפטית ולא בחובת הזהירות) הוא *The Wagon Mound*, [1961] A.C. 388. לדין בסיבתיות משפטית ראו להלן חלק ג, פרק 7.

185 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12.

לניזוק חף מאשם ראוי שדווקא המזיק יישא בנזקים, צפויים או בלתי צפויים, ולא הניזוק? אפשר להעלות כמה הסברים להיותה של הצפיות הטכנית תנאי להטלת אחריות. על פי ההסבר הראשון, בהעדר צפיות אין התרשלות. הסבר זה מתאים למצבים שבהם מהעדר הצפיות נובע שהסתברות הנזק הייתה קטנה מאוד, ועל כן המזיק לא התרשל. לפי נוסחת לרנד הנד, היות שה-P (הסתברות הנזק) קטנה, אף המכפלה PL (תוחלת הנזק) קטנה, ועל כן עלויות המניעה B גדולים ממנה. נניח למשל שהמשטרה נתבעת בנזיקין על שלא מנעה מאדם החשוד בהכאת אשתו מלרצוח את בנו התינוק. טענת המשטרה היא שהאירוע של רצח התינוק היה בלתי צפוי לחלוטין, ועל כן אין להטיל עליה אחריות נזיקית. טענה זו חופפת את הטענה שהמשטרה לא התרשלה: מאחר שסכנת הרצח הייתה כה קטנה, לא הייתה התרשלות מצדה של המשטרה כשלא שלחה למקום שוטרים רבים מאלו ששלחה בפועל, ולא עצרה את הרוצח מבעוד מועד;<sup>186</sup> עלויות המניעה היו במקרה זה גבוהות מתוחלת הנזק.<sup>187</sup>

אולם הסבר זה אינו מתאים למצבים שבהם היה צפוי נזק, ואף נזק רב, אלא שהנזק המסוים שנגרם או הניזוק המסוים שנפגע היו בלתי צפויים. להעדר אחריות נזיקית במקרים אלו יש הסברים אחרים. על פי ההסבר המתאים למקרים כאלו – הוא ההסבר השני להיותה של הצפיות הטכנית תנאי להטלת אחריות – מאחר שהמזיק לא צפה את סוג הנזק שאירע, או את הניזוק שנפגע, אין טעם בהטלת אחריות עליו, שכן ממילא אין הוא מביא אותם בחשבון שעה שהוא מכלכל את צעדיו.<sup>188</sup> הסבר זה אפוא אינו מראה מדוע צריך לפטור

186 השוו רע"א 5277/08 עזבון המנוח אמיר אליקשווילי נ' מ.י. (פורסם בנבו, 28.7.2009)

187 בעניין אליקשווילי, שם, קבע בית המשפט העליון שבשלב מסוים של התפתחות האירוע חבה המשטרה חובת זהירות מצומצמת כלפי התינוק, אך בשל ההסתברות הנמוכה כל כך שיקרה אשר קרה, אין לומר שהתרשלה בהגנתו. פסק דין אנגלי ידוע הממחיש את סוג המצבים הנדון בטקסט הוא Bolton v. Stone, [1951] A.C. 850. באותו מקרה נפגעה התובעת, שהתגוררה בסמוך למועדון קריקט, מכדור קריקט אשר חלף מעל גדר המועדון ופגע בה כשעמדה מחוץ לביתה. בית הלורדים פסק כי בעלי מועדון הקריקט לא היו יכולים לצפות את אירוע הנזק ועל כן אף לא התרשלו כשלא נקטו אמצעי זהירות נוספים (כגון הגבהת הגדר), ולכן פטר אותם מאחריות נזיקית. זהו מסוג המקרים שיש בהם כדי לקומם את תחושת הצדק נגד פטור מאחריות למזיק אשר יוצר סיכון לעוברי אורח בהפעלת עסקיו (ראו דיון לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.2), מה גם שאפשר לחלוק על כך שאירוע הנזק הוא כה בלתי צפוי: יש להניח שלעתים קורה שכדור קריקט עובר את הגדר (עובדה שבית הלורדים היה ער לה), וממילא יכול שיפגע בעובר אורח תמים. בעלי מועדון הקריקט הם אף המפזרים הטובים יותר של הנזק (ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15).

188 ראו גיא שני ואמיר שמואלי "משרתם של שני אדונים? מבחן הצפיות בעוללת הרשלנות: בין עלויות מידע לבין שיקולי מדיניות" עיוני משפט לד' 141 (2011). שני ושמואלי עומדים על הקשר שבין עלויות בהשגת מידע על סיכונים לבין קביעת רף הצפיות הנדרש מן המזיק לשם

מאחריות את המזיק בגין נזקים או כלפי ניזוקים בלתי צפויים, אלא מדוע אין תועלת בהטלת אחריות עליו בגין נזקים אלו או כלפי ניזוקים אלו. אם בדוגמה של רצח התינוק היה הרוצח פוגע אף באשתו וגורם לה נזק, ייתכן שהמשטרה הייתה חבה ברשלנות כלפי האישה בגין נזקה. אך מזה אין נובע שהמשטרה תחוב אף בגין רצח התינוק, שכן אף על פי שהתרשלה, לא צפתה אפשרות כה רחוקה – שהבעל המכה ירצח את תינוקו. בין שתוטל אחריות על המשטרה בגין רצח התינוק ובין שלא, יש להניח שתנהג במקרים עתידיים באותו אופן, שכן נקודת המוצא היא שרצח התינוק הוא אפשרות כה רחוקה, עד שאי אפשר לצפותה.<sup>189</sup>

הסבר שלישי הוא שהטלת אחריות על המזיק בגין נזקים בלתי צפויים או כלפי ניזוקים בלתי צפויים יש בה כדי ליצור הרתעת יתר: מזיקים יחששו מאוד מהבלתי צפוי וישקיעו יותר מן הנחוץ בניסיונות לצפות נזקים וניזוקים שסיכויי הפגיעה בהם נמוכים מאוד. במקרים אחרים חשש מאחריות בגין הבלתי צפוי עלול להרתיע מזיקים מלהשתתף בפעילות שבה מדובר, או יביא אותם לידי נקיטת אמצעי זהירות מופרזים. אמת, כדי שהסבר זה יהיה תקף, יש להניח שנאת סיכון של המזיק, שכן בלעדיה אין סיבה לחשוב שישקיע יותר מדי בניסיונות לצפות נזקים, או שיירתע מלהשתתף בפעילות, או שינקוט אמצעי זהירות מופרזים.<sup>190</sup>

הטלת אחריות; הם אף מעלים יתרונות שיש בבחינת שאלת הצפיות הטכנית בגדרה של חובת הזהירות ולא בגדרה של ההתרשלות.

189 פסק דין אמריקאי ידוע הממחיש סוג כזה של מצבים הוא *Palsgraph v. Long Island R.R.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928). באותו מקרה אדם שנשא חבילה המכילה חומר נפץ (אך לא הייתה מסומנת ככזו) קפץ על רכבת שהחלה בנסיעתה. שני שומרים, עובדי הרכבת, גרמו ברשלנות למעידתו ולנפילת החבילה לקרקע, אירעה התפוצצות, ומן ההדף נפלו מאזנים שבקצה קרון הרכבת אשר נפלו על התובעת, נוסעת ברכבת, וגרמו לה נזק. חברת הרכבות נתבעה על ידי הנוסעת כמי שאחראית, שילוחית, לרשלנות השומרים. בית המשפט האמריקאי דחה את התביעה בקבעו שאי אפשר היה לצפות שהתובעת תיפגע. יש להניח שאם היה נפגע נוסע אחר, שעמד בסמוך לנוסע שמעד, ונפגע מעצם המעידה, התוצאה הייתה שונה. הסיכון המסוים שהתמש, באשר לתובעת המסוימת, הוא שהיה בלתי צפוי. בשונה מפסק דין *Bolton*, המתואר לעיל בה"ש 187, כאן אי אפשר לומר שהמזיק יצר סיכון לעובר אורח תמים תוך כדי הפעלת עסקיו, שכן נוסעי הרכבת אינם "עוברי אורח" אלא מי שנהנים משירותי הרכבת. לכן תאוריות מסוימות של צדק חלוקתי כדוגמת זו של גרגורי קיטינג (לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1) עשויות לראות בהעדר פיצוי במקרה דוגמת *Bolton* בעיה קשה יותר מזו שבהעדר פיצוי במקרה דוגמת *Palsgraph*. ובכל זאת אפשר לטעון שתוצאת פסק הדין בעייתית, במיוחד בשל עדיפותה הברורה של חברת הרכבות כמפוזרת נזק טובה יותר (ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15).

190 יש לשים לב שאם הנזק הוא בלתי צפוי לא רק בעבור המזיק אלא גם בעבור הניזוק, חשש הרתעת היתר חל על שני הצדדים, ועל כן הטיעון נגד הטלת אחריות על המזיק נחלש. עוד יש לשים לב ששנאת סיכון תגדיל את הנכונות של המזיק להשקיע במניעת נזקים גם כאשר אלו בגדר הצפוי. אלא שבמקרה של נזקים בלתי צפויים ההסתברויות של גרם נזק הן עצמן לזכות

הסבר רביעי ואחרון, ואולי המשכנע מכולם, הוא שבמקרים רבים שבהם אין המזיק צופה את הניזוק או הנזק, הניזוק הוא מונע הנזק הזול יותר של הנזק, ועל כן ראוי להותיר אותו על כתפיו.<sup>191</sup> למשל, אפשר להסביר את העדר האחריות של בעלים ומחזיקים של מקרקעין כלפי מסיגי גבול שנכנסו למקרקעין בחוסר תום לב בגין הנזק שנגרם להם,<sup>192</sup> בין היתר בכך שהבעלים או המחזיק של המקרקעין פעמים רבות אינו צופה את הסגת הגבול, ולכן מונע הנזק הזול יותר הוא מסיג הגבול, שהיה יכול להימנע מהסגת הגבול מלכתחילה, או למצער לעשות זאת בזהירות רבה יותר.<sup>193</sup>

אולם לדרישת הצפיות קיים חריג ידוע הנוגע להיקף הנזק, לפחות כאשר מדובר בנזקי גוף. חריג זה הוא עקרון הגולגולת הדקה, שלפיו אם סוג הנזק היה צפוי, תוטל אחריות בגינו אף אם היקפו לא היה צפוי.

נניח שפגיעת גוף מסיכון שיוצר המזיק גורמת לניזוק באופן ממוצע נזק של 100. אולם קיימים ניזוקים בעלי "גולגולת עבה", כלומר כאלו הפגיעים פחות מן הממוצע, ונזקם הוא 150, ואחרים בעלי "גולגולת דקה", כלומר כאלו הפגיעים יותר מן הממוצע, ונזקם הוא 150.

בערפל, ולכן נכונותו של המזיק בכוח שונא הסיכון להשקיע במניעת נזקים תגדל עוד יותר. על שנאת סיכון ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15.

191 השוו Bourhill v. Young, [1943] A.C. 92. באותו מקרה אירעה תאונה שבה נהרג רוכב אופנוע. עוברת אורח שחלפה בסמוך למקום התאונה שמעה את רעש התאונה ואף ראתה את הדם על הכביש מיד לאחר שאירעה. לאחר כחודש, בעודה בחודש השמיני להריונה, ילדה האישה תינוק מת בשל ההלם שחוותה. בית הלורדים קבע כי מי שגרם ברשלנות לתאונה אינו אחראי לנזקה, שכן אלו היו בלתי צפויים. אפשר להסביר פסק דין זה בכך שעוברת האורח שנפגעה אמורה לדעת יותר מכל אחד אחר את דבר רגישותה המיוחדת ולהתגונן מפניה; לפיכך היא השוקלת הטובה ביותר (אם לא מונעת הנזק הזולה – ראו על ההבחנה לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 8-11). אלא שהכלל שנקבע בעניין Bourhill בעייתי מנקודת מבט של צדק חלוקתי: הוא גורם לכך שנשים הרות נושאות בנזקים הנובעים מפגיעותן במהלך הריונן אף שהם נגרמו בגלל רשלנותו של מזיק (השוו לדיון לעיל חלק א, פרק 3, סעיפים 3.ב. ו-4.ב.). יתרה מזו, אפשר להטיל ספק בכך שהנזק שנגרם לתובעת היה כה בלתי צפוי: נשים הרות ההולכות לתומן ברחוב אינן, כידוע, תופעה נדירה, ואף רגישותן המיוחדת אינה צריכה להפתיע איש. את מקרה Bourhill אפשר היה לכאורה לסווג כמקרה של "גולגולת דקה", שאז אף אם היקף הנזק (להבדיל מסוגו) אינו צפוי, תוטל על המזיק אחריות בגינו. אך כאמור, כדי שיחול עקרון הגולגולת הדקה צריך שלפחות נזק גוף כלשהו לתובעת היה בגדר הצפוי. אם סוג הנזק לא היה צפוי, עקרון הגולגולת הדקה אינו חל. ראו הדיון להלן בהמשך הסעיף.

192 סעיף 37 לפקודת הנזיקין.  
193 אביחי דורפמן מציע לראות בדרישת הצפיות הטכנית ככזו המשקפת סוג של אינטראקציה חברתית בין יוצר הסיכון לבין מי שחשוף לסיכון. לדבריו, כאשר מתקיימת דרישת הצפיות הטכנית, יכול יוצר הסיכון להביא בחשבון בעת תכנון מעשיו את פגיעותו של החשוף לסיכון ולפעול בזהירות הראויה. ראו Avihay Dorfman, *The Doctrine of Plaintiff Foreseeability: A Sympathetic Reconstruction*, SSRN <http://ssrn.com/abstract=2103551>

עקרון הגולגולת הדקה מחייב שכל ניזוק יקבל פיצוי כפי נזקו גם אם הוא רגיש – אפילו בהרבה – מן הממוצע. ההסבר הכלכלי לעיקרון זה הוצע על ידי ריצ'רד פוזנר: אם בעלי גולגולת דקה יקבלו פיצוי לפי הנזק הממוצע, ואילו בעלי גולגולת עבה יקבלו כפי נזקם, בפועל יראה המזיק לנגד עיניו, לפני מעשה, ניזוק שגולגולתו עבה מן הממוצע ועל כן הרתעתו תהיה הרתעת חסר.<sup>194</sup> למשל, אם לחצי מן הניזוקים הפוטנציאליים הנזק הוא 100, לרבע 50 ולרבע אחר 150, ובעלי גולגולת דקה יפוצו לפי הממוצע (100 במקום 150), יראה המזיק לנגד עיניו ניזוק עם תוחלת נזק של  $19587.5$  במקום את הניזוק הממוצע שתוחלת הנזק שלו היא 100. אמת, אם כל הניזוקים היו מקבלים פיצוי לפי הממוצע, בעיה זו הייתה נפתרת, אך כל עוד בעלי גולגולת עבה מקבלים כפי נזקם, אי אפשר שבעלי גולגולת דקה יקבלו פחות מכפי נזקם.

טיעון זה, ככל שהוא משכנע, אינו מסביר את האופן הקיצוני שבו מופעל עקרון הגולגולת הדקה בדיני הנזיקין. אחרי הכול בדוגמה שלמעלה אין מדובר בנזקים בלתי צפויים בהיקפם: כל מזיק אמור לצפות שהוא עלול לפגוע בניזוק פגיע יותר או פגיע פחות. השאלה היא אפוא אם יש מקום לעקרון הגולגולת הדקה במקרים הקיצוניים, שבהם פגיעות הניזוק נדירה במיוחד, למשל פגיעות ששכיחותה באוכלוסייה היא אחד למיליון. במקרים אלו לפחות אפשר לטעון שאם הניזוק יודע על דבר פגיעותו, הוא מונע הנזק הזול יותר, וראוי לתמרץ אותו לנקוט אמצעי זהירות שיפחיתו את נזקו באי-פיצויו בגינם.<sup>196</sup> אפשר שטיעון זה יהיה שנוי במחלוקת מסיבות חלוקתיות: יכול ששיטת המשפט לא תחפוץ להטיל נטל כבד על קבוצות אוכלוסייה פגיעות מבחינה פיזית, שלא אחת הן חלשות אף מבחינה כלכלית וחברתית. בנוסף, לעתים הניזוקים הפגיעים במיוחד אינם ערים לפגיעותם עד לשעה שבה הם נפגעים בתאונה, ולפיכך לא ברור כלל אם יש להגדירם מונעי הנזק הזולים. במקרים אלו הטיעון הכללי של פוזנר באשר לצורך לפצות את בעלי הגולגולת הדקה כפי נזקם ישים גם במקרה של הניזוק שפגיעותו נדירה במיוחד, אפילו אם כוח השכנוע שלו קטן מבמקרה שבו פגיעותו של הניזוק אינה כה נדירה.<sup>197</sup>

194 POSNER, *supra* note 50, at 238-9 (§ 6.7)

195  $50\% * 100 + 25\% * 50 + 25\% * 100 = 87.5$

196 אמנם טעון זה יכול להיטען אף אם שכיחותה של "הגולגולת הדקה" באוכלוסייה רבה. אלא שבמקרה זה המזיק יכול לצפות את קיומם של בעלי "הגולגולת הדקה", ולכן גדלה יכולתו למנוע את הנזק, ועדיפותו היחסית של הניזוק במניעת הנזק ברורה פחות.

197 בית המשפט העליון פירש את עקרון הגולגולת הדקה באופן קיצוני למדי, ולכן אפילו היה צפוי נזק גוף קל, אחריותו של המזיק תשתרע על הנזק הכבד מאוד שהסתברות התרחשותו היא אפסית. ראו עניין רביד, לעיל ה"ש 31. לביקורת על פסיקתו זו של בית המשפט העליון ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בניזיקין בהיבט הסיכתי – מבט ביקורתי" משפטים לד 385 (2004).

## 2. חובת זהירות : צפיות נורמטיבית

כדי שתקום אחריות נזיקית בגין רשלנות אין די בצפיות טכנית : צריכה להתקיים אף צפיות נורמטיבית. בהתקיים צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית ייקבע כי על המזיק הייתה מוטלת חובת זהירות, ואם הפר חובה זו בהתרשלותו וגרם נזק, תוטל עליו אחריות בגין נזק זה. כמו הצפיות הטכנית אף הצפיות הנורמטיבית מתייחסת לאירוע הנזק, לניזוק ולסוג הנזק : רק אם המזיק היה צריך לצפות את כל אלו, תוטל עליו אחריות. אך למעשה שאלת הצפיות הנורמטיבית אינה נוגעת לצפיות במובן הפשוט של המילה. שאלת הצפיות הנורמטיבית היא אם טוב הדבר שתוטל אחריות על המזיק הרשלן או רע, והיא נענית על פי "שיקולי המדיניות" הפועלים בעד ונגד הטלת אחריות עליו. שיקולי המדיניות יכולים להתייחס לאירוע הנזק, לזהות הניזוק ולסוג הנזק.<sup>198</sup>

198 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12 ; אריאל פורת "עולות הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373, 386-415 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996) ; ישראל גלעד "על יסודותיה של עולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319, 330-336 (1989). זוהי אף הגישה העולה מה- RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 7 (2010). אביחי דורפמן חולק על דרך ההבנה המוצגת בטקסט באשר לתפקידה של חובת הזהירות. לדבריו, בתי המשפט אימצו דרך הבנה זו רק בשנים האחרונות. דורפמן טוען שחובת הזהירות מבטאת את הכבוד שבו חב יוצר הסיכונים כלפי נקלע הסיכונים. היא מחייבת את יוצר הסיכונים להביא בחשבון את כוונותיו של נקלע הסיכונים ולא דווקא את רווחתו. לדבריו, חיינו החברתיים המשותפים הם שקובעים את היקף החובה ותוכנה. לשיטתו של דורפמן, יש לבחון תחילה אם מוטלת חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק, ורק אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, יש לבחון אם המזיק הפר חובה זו בכך שהתרשל. לדבריו, דיון בסדר הפוך הוא חסר היגיון ומוטעה. ראו דורפמן, לעיל ה"ש 10. כפי שעולה מן הטקסט, ומהמשך הפרק, דעתי שונה מזו של דורפמן.

בחלק מן הפסיקה (למשל, עניין ועקנין, שם) נעשית הבחנה בין חובת זהירות קונקרטית למושגית : שאלת חובת הזהירות המושגית היא אם שיקולי מדיניות מצדיקים הטלת אחריות נזיקית על סוג המזיקים שאליהם משתייך המזיק, כלפי סוג הניזוקים שאליהם משתייך הניזוק, על סוג הנזק שאליהם משתייך הנזק שנגרם, ובמסגרת הפעילות שבה מדובר, ולעומת זאת שאלת חובת הזהירות הקונקרטית נסבה על שיקולי מדיניות הנוגעים למזיק הקונקרטי, לניזוק הקונקרטי, לנזק הקונקרטי ולאירוע הנזק הקונקרטי. הבחנה זו בין חובת זהירות מושגית לחובת זהירות קונקרטית מיותרת, וטוב שכמעט אינה מופיעה עוד בפסקי הדין של בית המשפט העליון. הטעם לכך הוא ששיקולי מדיניות הם תמיד בעלי אופי כללי החורג ממערכת היחסים של המזיק והניזוק הקונקרטיים, ולמעשה אין בנמצא – בהגדרה – שיקולי מדיניות המתייחסות רק למזיק, לניזוק ולנזק הקונקרטיים. לדיון ולביקורת על האופן שבו מיישמים בתי המשפט את דיני הרשלנות בהקשרים שונים ראו פורת, שם. לביקורות נוספות על ההבחנה בין החובה המושגית לקונקרטית ראו גלעד, לעיל ה"ש 10, בעמ' 441 (§ 6.16).



מהם אפוא אותם שיקולים אשר פועלים בעד ונגד הטלת אחריות על המזיק הרשלן? השיקולים בעד הם מובנים מאליהם, ובראשם הצורך להרתיע כראוי את המזיק. מעניינים יותר הם טיעוני הנגד, ועליהם ארחיב את הדיבור בפסקות הבאות. אך לפני זאת יש להבהיר שזה שנים רבות כמעט אין מקרים שבהם בית המשפט העליון פסק שעל המזיק אין מוטלת חובת זהירות.<sup>199</sup> בית המשפט העליון מעדיף כמעט תמיד לקבוע שמוטלת חובת זהירות על המזיק אם כי לעתים אינו מטיל עליו אחריות, בהעדר התרשלות.<sup>200</sup> השיקולים השונים שיפורטו להלן עשויים לפעול לא רק לשלילתה של חובת זהירות אלא אף לריכוכו של סטנדרט הזהירות שבו יידרש המזיק לעמוד. ריכוך סטנדרט הזהירות משמעו שרק התרשלות חמורה (רשלנות רבתי) תספיק לשם הטלתה של אחריות נזיקית.

### א. השפעה שלילית על הפעילות

לעתים אחריות נזיקית על מזיק רשלן מזיקה יותר משהיא מועילה. המקרים הטיפוסיים שבהם כך יהיה הם אלו שבהם האחריות הנזיקית יוצרת הרתעת יתר. בעקבות זאת ינקוט המזיק אמצעי זהירות רבים מדי, ולעתים יפחית את רמת פעילותו.<sup>201</sup> תופעה זו מכונה לעתים אפקט הצינון (chilling effect). הרתעת יתר תיווצר בדרך כלל בשל החצנות לצדדים שלישיים או לניזוק, כפי שתואר לעיל.<sup>202</sup> למשל, רופא שמוטלת עליו אחריות נזיקית לעתים תכופות בגין רשלנות ביילוד בלידה טבעית עלול להעדיף ליילד בלידה קיסרית לעתים קרובות מדי, שכן הוא יודע שנוקי הלידה הקיסרית יוחצנו בדרך כלל ליולדת, ואילו נזקי הלידה הטבעית יופנמו לעיתים קרובות על ידיו.<sup>203</sup> בדומה לכך, הטלת אחריות על מורה על שלא השגיח כראוי על תלמידיו בעת טיול עלולה לגרום שמורים יעדיפו לצאת פחות לטיולים עם הילדים ולהותירם בחצרי בתי הספר.<sup>204</sup> איש לא יתבע אותם על שיצאו פחות

199 לפסק דין חריג שבו נקבע שאין חובת זהירות על עירייה כלפי ילד שנפגע בחצר בית הספר בתקופת החופש ראו ע"א 1786/10 חנוכייב נ' בית ספר אורים (פורסם בנבו, 27.2.2012), פסקה 13.

200 בית המשפט העליון קבע בעבר בכמה פסקי דין, שכאשר קיימת צפיות טכנית, חזקה היא שקיימת צפיות נורמטיבית אם כי חזקה זו ניתנת לסתירה. ראו למשל עניין גורדון, לעיל ה"ש 65; עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12. גישה זו ננקטה בזמנה אף באנגליה: *Ann v. Merton*, [1978] A.C. 728, 751-2; *London Borough Council*; אם כי הפסיקה האנגלית המאוחרת יותר נסוגה מגישה זו: ראו §§ 5-6-5 *WINFIELD & JOLOWICZ, supra* note 127, at 159-61 (1993).

201 לעיל פרק 1, סעיף 9.

202 לעיל פרק 1, סעיף 3.

203 לעיל פרק 1, סעיף 3.

204 למצב שבו טיעון מעין זה יכול לעלות ראו ע"א 2061/90 מרצלי נ' מ.י., פ"ד מז(1) 802 (1993).

מדי טיולים, ועל כן נזק זה (או אבדן תועלת), הנובע מהפחתה במספר הטיולים, יוחצן לילדים. לבסוף עורך דין אשר מוטלת עליו אחריות בגין ניהול רשלני של משפט עלול להחצין עלויות לבית המשפט ולצד השני להתדיינות, כגון שיחקור עדים יתר על המידה וירבה בהליכים מיותרים בידיעה שלא ייתבע על חקירת יתר או על ריבוי הליכים, ואילו חקירת חסר או אי-נקיטת כל ההליכים הדרושים עלולות להביא להטלת אחריות נזיקת עליו.<sup>205</sup>

בכל המקרים הללו היה אפשר לטעון שאחריות נזיקת מזיקה, ואם הנזק רב מן התועלת, מוטב שלא להטילה. הדרך המשפטית להשגת תוצאה של העדר אחריות היא הקביעה שאין מוטלת חובת זהירות על המזיק.<sup>206</sup> ודוק: הנזק מעצם הטלתה של אחריות נזיקת אינו משתקלל לנוסחת לרנד הנד (כחלק מהוצאות המניעה) והופך את ההתנהגות הבלתי סבירה, לסבירה. אדרבה, ההנחה היא שההתנהגות היא רשלנית, אלא שאם תוטל אחריות בגינה, ינקטו מזיקים בכוח פעולות מגננתיות בלתי יעילות. בכך אין כמובן כדי להפוך את ההתנהגות הרשלנית לסבירה. למשל, עורך הדין שהתרשל בחקירת עדים ולכן הפסיד לקוחו את המשפט ראוי לכל גינוי, ואין לומר שלא התרשל. אלא שאם תוטל אחריות עליו ועל שכמותו, עלולים עורכי דין אחרים לחקור עדים יתר על המידה, על חשבון זמנו של בית המשפט ושל מתדיינים אחרים, וכל זאת כדי להגן על עורם. קביעה שעל עורך הדין אין חובת זהירות מיועדת למנוע תופעה כזו, אך בינה לבין הקביעה שעורך הדין לא התרשל אין ולא כלום.

בפועל בכל שלושת המקרים שתוארו לעיל, לרבות מקרה עורך הדין, מוטלת חובת זהירות על המזיק, שכן נקודת המוצא של שיטת המשפט שלנו היא כנראה שהתועלת באחריות רבה מנזיקה. דרך ביניים להתמודד עם החשש של הרתעת יתר היא הקביעה

205 לדיון בשיקולים בעד ונגד הטלת אחריות נזיקת על עורכי דין בשל ניהול רשלני של המשפט ראו אסף יעקב "רשלנות בין כתלי בית המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי" עיוני משפט כו 5 (2002). לקשיים המיוחדים בהטלת אחריות על עורך דין בשל התרשלנות בניהול המשפט ראו ע"א 9022/08 מגורי-כהן נ' קמר (פורסם בנבו, 3.5.2010).

206 קביעת העדר אחריות של מי שהתרשל יכולה להיעשות כמובן אף בדרך חקיקתית. למשל, שופטים חסינים מפני אחריות נזיקת בגין מילוי תפקידם השיפוטי, לפחות מפני אחריות בגין רשלנות. ראו סעיף 8 לפקודת הנזיקין. הסבר אפשרי לכך הוא החשש שבלעדי חסינות עלולים שופטים מסוימים להטות את פסיקתם באופן שיקטין את סיכונם להיתבע בגין רשלנות על ידי הצד המפסיד.

שמוטלת על המזיק חובת זהירות, אך הטלת אחריות עליו מותנית בהיות התרשלותו רבה (רשלנות רבתי).<sup>207</sup>

לחשש להשפעה שלילית על פעילותו של המזיק יש יישום מיוחד בתחום אחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות. כפי שהוסבר לעיל, הטלת אחריות על רשויות ציבוריות עלולה להביא להחצנות לצדדים שלישיים.<sup>208</sup> דוגמה למקרה שבו עלתה שאלת חובת הזהירות של רשות ציבורית היא עניין לוי נ' מ.י. באותו מקרה קרסה חברת ביטוח. אחד ממבוטחיה תבע את המפקח על הביטוח בטענה שהתרשל באי־הזהרתו את הציבור מבעוד מועד מפני קריסתה האפשרית של חברת הביטוח. בית המשפט פטר את המפקח מאחריות נזיקית אם כי ביסס את החלטתו לא על העדרה של חובת זהירות אלא על קיומו של "שיקול דעת רחב" לרשות הציבורית בסוג כזה של מקרים, וכל עוד פעלה בתוכו לא תחוב בנזיקין. המפקח, אליבא דבית המשפט, פעל בתוך שיקול דעת רחב זה.<sup>209</sup> ניכר מפסק הדין שבית המשפט היה ער לאפשרות שהטלת אחריות על המפקח על הביטוח בסוג כזה של מקרים תגרום לו לנקוט אמצעים שיצמצמו את חשיפתו לסיכון של תביעה משפטית, אפילו אם אמצעים אלו אינם טובים מנקודת מבט חברתית כוללת.<sup>210</sup> אכן, הטלת אחריות על המפקח על הביטוח עלולה לגרום לו להתריע מהר מדי על קשייה הכלכליים של חברת ביטוח, וההתרעה תתרום לקריסתה ותזיק הן לה והן למבוטחיה.<sup>211</sup>

הטלת אחריות נזיקית על הרשות הציבורית עלולה להשפיע לרעה על פעילותה אף בכך שתגרום לה להסיט משאבים שנועדו לפעילות מועילה אחת לציבור לטובת מניעת נזקים בפעילות אחרת גם אם הדבר אינו יעיל. למשל, הטלת אחריות על המדינה, או על הרשות המקומית, בגין אי־מניעת עברות עקב מחסור בשוטרים או בפקחים עלולה לגרום לה להסיט משאבים לטובת הגדלת כוחות השיטור, אף על חשבון פעילויות אחרות מועילות יותר, אשר צמצום היקפן לא יסכן אותה בנשיאה באחריות נזיקית. היות תקציבן של הרשויות מוגבל הוא שיוצר חששות מעין אלו. דרך קיצונית לפתור את הבעיה היא לקבוע כי לרשות הציבורית אין חובת זהירות כלפי התושבים ככל שמדובר בהחלטות שבהן יש לרשות

207 בעניין ע"א 915/91 מ.י. נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 81–82 (1994) קבע בית המשפט העליון כי במקרים של שיקול דעת רחב לא תוטל אחריות נזיקית על הרשות אלא במקרים קיצוניים. ראו דיון להלן בהמשך סעיף זה.

208 לעיל פרק 1, סעיף 3.

209 עניין לוי, לעיל ה"ש 207, וראו הדיון להלן פרק 5, סעיף 4.

210 עניין לוי, שם, בעמ' 79–80.

211 אמנם ייתכן שבמקרים מסוימים ייתבע המפקח על הביטוח גם על שפעל ברשלנות כאשר יצא באזהרה לציבור מוקדם מדי, אך ייתכן שאזהרה כזו תחשוף אותו לסיכון קטן יותר של אחריות, או במילים אחרות: ייתכן שאזהרה מוקדמת מדי תאפשר למפקח להחזין עלויות לחברת הביטוח ולציבור בקלות רבה יותר מאזהרה מאוחרת מדי.

"שיקול דעת רחב" או הנוגעות לאופן הקצאת התקציב המוגבל שלה בין פעילויותיה השונות. דרך מתונה יותר היא לנקוט משנה זהירות טרם קביעה כי הרשות התרשלה בקבלת החלטות אלו. דרך זו מועדפת ככל הנראה על ידי בית המשפט העליון.<sup>212</sup>

## ב. שיקולים מנהליים

שיקול נוסף נגד קיומה של חובת זהירות על המזיק הוא העלויות המנהליות הכרוכות בהטלת אחריות על המזיק הרשלן. לא אחת מזכירים בתי משפט את החשש של "הצפת בתי המשפט בתביעות" כשיקול נגד הטלת אחריות, אם כי בפועל מייחסים לו משקל מוגבל למדי.<sup>213</sup> מהותו של שיקול זה היא שהעלות הכרוכה בכירור התביעות נגד המזיק אינה שקולה לתועלת שבהטלת האחריות הנזיקית עליו. הכלל הקיים בשיטות משפט רבות, ובכלל זה בשיטת המשפט שלנו, שלפיו אין זכאות לפיצוי על נזקים של מה בכך, מבטא חשש מריבוי תביעות שעלותן רבה מתועלתן.<sup>214</sup> אולם שיקול העלויות המנהליות אינו מוגבל רק למקרים אלו. שיקול זה פועל נגד הטלת אחריות נזיקית מקום שבו יש חשש שתוגשנה תביעות סרק, ושיקשה לבור את המוץ מן הבר, או שיקשה להעריך את הנזק הנתבע. עלויות אלו אינן מתבטאות רק בזבזו זמן שיפוטי או בעלויות התדיינות לצדדים אלא אף בהרתעת יתר שעלולה להיגרם אם בית המשפט יכיר לעתים תכופות בתביעות סרק או שיפסוק פיצוי גבוה מכפי הנזק שנגרם למעשה.

בעבר נהג בישראל הכלל שאין לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני טהור, היינו נזק לא ממוני שאין נלווית לו פגיעה פיזית כלשהי.<sup>215</sup> נראה ששיקול העלויות המנהליות היה

212 עניין לוי, לעיל ה"ש 207, בעמ' 80–82; עניין גרובנר, לעיל ה"ש 31; אריאל פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 222, 256–264 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1992), וראו הדיון להלן פרק 5.

213 עניין גורדון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 136. עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 175, בעמ' 432; ע"א 429/82 מ.י. נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733, 741 (1988).

214 על פי סעיף 4 לפקודת הנזיקין, "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזק כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". על כך שנזק של מה בכך (המכונה לעתים "זוטי דברים") אינו מקים עילת תביעה נזיקית ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, (פורסם בנבו, 4.12.2011), פסקה 30 לפסק דינה של השופטת חיות. מנגד, החשש מאי-היכולת לתבוע בגין נזקים קטנים הוא יצירתה של הרתעת חסר של מזיקים הגורמים נזקים קטנים לבני אדם רבים. חשש זה קיים גם כאשר הנזק אינו של מה בכך, ועל כן סעיף 4 לפקודה אינו מונע תביעה בגינו, אך קטן דיו כדי שלא תוגשנה תביעות בגינו עקב עלויות ההתדיינות. מנגנון התובענה הייצוגית יש בו כדי לפתור, ולו חלקית, סוג כזה של חששות. שם, פסקה 28 לפסק דינה של השופטת חיות.

215 ע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ, פ"ד יא 1464 (1957).

ההצדקה העיקרית לכלל זה. החיסרון בכלל גורף של העדר פיצוי בגין נזק לא ממוני טהור הוא שנזקים לא ממוניים עלולים להיות נזקים כבדים ומשמעותיים, ובשל אי-פיצוי בגינם המזיק אינו נושא בחלק ניכר מנזקי התנהגותו העוולתית, ולכן הרתעתו היא הרתעת חסר. בית המשפט העליון ביטל בעניין עיריית ירושלים נ' גורדון כלל גורף זה ופסק פיצוי בגין נזק לא ממוני לאדם אשר נעצר על ידי המשטרה על לא עוול בכפו בשל מחדל רשלני של עיריית ירושלים.<sup>216</sup>

שיקולי עלויות מנהליות מסבירים טוב מכול את רתיעתם של בתי המשפט לפסוק פיצויים לא ממוניים לניזוקים משניים – דהיינו לקרובי משפחה של הניזוקים הישירים שנפגעו בגופם בתאונה או שנהרגו – שחוו סבל נפשי רב בעקבות הפגיעה ביקירם. הענקת פיצוי כספי לכל מי שחווה סבל בשל הפגיעה בניזוק הישיר עלולה לגרום שרבים שלא חוו סבל יגישו תביעות, ואף אלו שחוו סבל יפריזו בתיאור סבלם, והדבר יקשה על בית המשפט לפסוק פיצויים אשר משקפים סבל זה. דרך אחת לפתור את בעיית העלויות המנהליות היא לקבוע כי אין חובת זהירות של המזיק כלפי ניזוקים משניים. החיסרון בדרך זו הוא שהסבל לקרובי משפחה, שבאמת ובתמים חוו סבל בשל הפגיעה ביקירם, הוא חלק מהנזק החברתי שנגרם על ידי המזיק, ואי-פיצוי בגיננו יוביל להרתעת חסר. פתרון ביניים, שאומץ על ידי בית המשפט העליון, הוא לפסוק פיצויים רק במקרים שבהם אין ספק, או כמעט אין ספק, שהניזוק המשני אכן חווה סבל רב. לפיכך נקבע כי פיצוי בגין נזק לא ממוני לניזוקים משניים ייפסק במקרי מוות בלבד, ואף אז רק אם מדובר בניזוק משני שהוא בדרגת קרבה ראשונה לניזוק הישיר, ורק אם הפגיעה בו היא חמורה ממש (פסיכוזה או נירוזה חמורה).<sup>217</sup>

### ג. הניזוק הוא שוקל טוב יותר או מפזר נזק טוב יותר

מקרים אחרים שבהם אי-הטלתה של חובת זהירות על המזיק עשויה להיות מוצדקת מנקודת מבט כלכלית הם המקרים שבהם הניזוק הוא השוקל הטוב יותר,<sup>218</sup> ואף אם המזיק התרשל, יש טעם בהותרת הנזקים על כתפיו של הניזוק כדי לתמרץ אותו לפעול למניעתם או להפחתתם. לעתים היותו של הניזוק מפזר הנזק הטוב יותר<sup>219</sup> עשוי גם הוא להצדיק אי-הטלת חובת זהירות על המזיק.

216 עניין גורדון, לעיל ה"ש 65, וראו הדיון להלן פרק 7.

217 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 175. תנאי אחרון זה רוכך בפסיקה מאוחרת יותר: ראו עניין לוי,

לעיל ה"ש 175. ראו הדיון להלן פרק 7, סעיף 2.

218 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 11.

219 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15.

נזקים בלתי צפויים מבחינה טכנית עשויים לשמש דוגמה מיוחדת של מקרים שבהם מוטב שהניזוק יישא בנזק, אם משום שהוא מונע הנזק הזול שלו, ואם משום שהוא שוקל טוב יותר ביחס אליו. כפי שהצעת לעיל, זהו אחד ההסברים האפשריים לדרישת הצפיות הטכנית.<sup>220</sup>

דוגמה נוספת היא העדר אחריותו של בעלים או מחזיק של מקרקעין כלפי מסיג גבול שפעל שלא בתום לב.<sup>221</sup> מסיג הגבול הוא שיכול להימנע מהסגת הגבול מלכתחילה ואף לשקול את התועלת המיוחדת שיש לו בה אל מול הנזק. היה והחליט לבצע את הסגת הגבול, אפילו אם המזיק יכול לצפותה, יש לו בדרך כלל יכולת טובה לשקול איך להישמר מפני פגיעה שעלולה להיגרם לו תוך כדי הסגת הגבול.

הרתיעה הניכרת במרבית שיטות המשפט מלהטיל אחריות בגין גרם נזק כלכלי טהור (דהיינו הפסד כספי שאין נלווית לו פגיעה פיזית) על פי עולות הרשלנות ניתנת גם היא להסבר, בין היתר בכך שהניזוק שנגרם לו נזק כלכלי טהור הוא פעמים רבות השוקל הטוב יותר ביחס אליו.<sup>222</sup>

יכולים להיות מקרים שבהם עדיפותו של הניזוק בפיזור הנזק יהיה שיקול נוסף להותיר את הנזק על כתפיו. למשל, מעביד יכול לבטח מפני נזקים שגורמים עובדיו או לפזר את הנזק באופן עצמי דרך מחיר המוצר.<sup>223</sup> לפיכך אין למהר ולהטיל אחריות על עובד הגורם נזק לרכוש המעביד במהלך עבודתו.

#### ד. "דחייה על הסף"

מקרי דחייה על הסף, הנדירים יחסית, הם אלו אשר מאפייניהם מלמדים בבירור שקיימת הסתברות גבוהה מאוד שאין במזיק התרשלנות, ועל כן אין טעם להיכנס בעובי הקורה ולברוק אם למרות זאת הייתה בו התרשלנות. המכשיר המשפטי שבאמצעותו אפשר "לדחות על הסף" את תביעתו של הניזוק בשל ההסתברות הגבוהה מאוד להעדר התרשלנות, הוא חובת הזהירות, או ליתר דיוק – הקביעה שאין מוטלת על המזיק חובת זהירות. קביעה זו תורמת ליצירתה של בהירות משפטית וחוסכת את העלויות המנהליות הכרוכות בבחינה פרטנית של התנהגות המזיק בכל מקרה ומקרה.

את דרישת הצפיות הטכנית, ככל שהיא נוגעת למצבים אשר בהם אירוע נזק כלשהו היה בלתי צפוי, אפשר להסביר באמצעות רעיון הדחייה על הסף: אם הסתברות גרם נזק כלשהו

220 לעיל סעיף 1.

221 סעיף 37 לפקודת הנוזיקין. ראו גם הטקסט הנלווה לה"ש 192–193.

222 להלן פרק 6.

223 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15.

נמוכה מאוד, יש להניח שלא הייתה התרשלות, שכן אם תוחלת הנזק – ה-PL בנוסחת לרנד הנד – קטנה מאוד, יש להניח שעלויות המניעה – ה-B בנוסחת לרנד הנד – גדולות ממנה.<sup>224</sup>

דוגמה אפשרית נוספת ליישום רעיון הדחייה על הסף נוגעת לאחריותם הנזיקית של בעלים של מקרקעין כלפי מי שעלול להיפגע מהם כאשר המקרקעין היו תקופה ארוכה בידי מחזיק, וכאשר לבעלים לא הייתה יכולת פיקוח ממשית עליהם. כאשר אלו הם פני הדברים, יש להניח שאם אדם נפגע ממצבם הירוד של המקרקעין, הרשלן הוא כנראה המחזיק ולא הבעלים. קביעה שעל הבעלים אין חובת זהירות תיצור בהירות משפטית ותחסוך את הצורך לדון בשאלת התרשלותו אם אירע נזק.<sup>225</sup>

תחום חשוב שבו קבע בית המשפט העליון שאין מוטלת חובת זהירות על המזיק הוא תחום הסיכונים הרגילים והטבעיים של הפעילות שבמסגרתה נגרם הנזק.<sup>226</sup> סיכונים אלו, כך מסביר בית המשפט, הם סיכונים סבירים, ואין מוטלת בגינם אחריות משפטית.<sup>227</sup> הסבר אפשרי לדברים אלו, שנקבעו באמרת אגב בעניין ועקנין, הוא "דחייה על הסף": יצירתם של הסיכונים הרגילים והטבעיים אינה רשלנית, וממילא לא תקום אחריות בגינם. אך דברים אלו מעוררים קושי, ואיני סבור ששיקול הדחייה על הסף מסביר אותם כראוי: במקרים רבים סיכונים רגילים וטבעיים ניתנים למניעה על ידי המזיק בעלויות נמוכות, ואין סיבה להניח שלא תיתכן התרשלות בגינם. כדי להבין מדוע, אפשר להסתייע בדוגמות שמביא בית המשפט לסיכונים רגילים וטבעיים:

"ההולך בדרך או יורד במדרגות עשוי למעוד ולהחליק... ההולך לבית מרחץ אינו יכול להתלונן על שהריצפה חלקה והמתנדנד בנדנדה אינו יכול להתלונן על נזק, הנובע מסיכונים, שהם טבעיים לאותה נדנדה, המשחק עם

224 לעיל סעיף 1.

225 ראו עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12. באותו עניין הוטלה חובת זהירות על הבעלים של ברכת שחייה כלפי המתרחצים למרות קיומו של מחזיק, שכן לבעלים הייתה יכולת פיקוח ממשית על מצבה הבטיחותי של הברכה.

226 לדיון מפורט ראו פורת, לעיל ה"ש 198, בעמ' 401–404.

227 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12, בעמ' 126–127: "חיי היום יום מלאים סיכונים, אשר לעיתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנוזקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים רגילים וטבעיים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינם נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטית אינה מתגבשת. סיכונים אלה סבירים הם, וחיי חברה מתוקנים לוקחים את קיומם בחשבון".

כלב עשוי להישרט, והרוכב על סוס עשוי ליפול ממנו. אין הדין מטיל חובת זהירות קונקרטית בגין סיכונים סבירים".<sup>228</sup>

אלא שבכל הדוגמות שמביא בית המשפט הסיכון הרגיל והטבעי עלול להיווצר ברשלנות. למשל, פגיעה מנדנדה עלולה להיגרם מהתקנה רשלנית של הנדנדה על ידי העירייה, ונזק מנפילה מגבו של סוס עלול להיגרם בגלל התקנה רשלנית של האוכף על ידי בעל מועדון הרכיבה. קשה לראות מדוע במקרים אלו ראוי לחסן את העירייה או את בעל מועדון הרכיבה מפני אחריות נזיקית. היות הסיכונים רגילים וטבעיים אינו משנה מסקנה זו במאום.

אמנם, אפשר שתיטען הטענה שבית המשפט התכוון (אף שלא אמר זאת) שאם המזיק יתרושל, הסיכונים לא ייחשבו עוד לסיכונים רגילים וטבעיים, וממילא תוטל אחריות נזיקית בגינם. כך, אם העירייה תתרושל או בעל מועדון הרכיבה יתרושל בדוגמות הנדנדה והרכיבה, סיכוני הנדנדה וסיכוני הרכיבה לא ייחשבו עוד לסיכונים רגילים וטבעיים, על המזיק תוטל חובת זהירות, והוא יימצא אחראי לנזק שיארע. אלא שפרשנות כזו של דברי בית המשפט הופכת את קביעתו שלא קמה חובת זהירות בגין סיכונים רגילים וטבעיים לחסרת משמעות: אין כל פשר לאמירה שאין חובת זהירות בתנאי שהמזיק לא יתרושל. הן אם המזיק לא יתרושל, ממילא לא תוטל עליו אחריות נזיקית, עם או בלי חובת זהירות. כל משמעותה של הקביעה כי במקרה נתון אין מוטלת על המזיק חובת זהירות היא שגם אם יתרושל, לא ראוי להטיל עליו אחריות נזיקית.

מכל הטעמים הללו ראוי להימנע מקביעה קטגורית וכוללנית כי אין קמה חובת זהירות בגין סיכונים רגילים וטבעיים.<sup>229</sup>

228 עניין ועקנין, שם.

229 ל"תיקון" דברי בית המשפט בעניין ועקנין, שם, ראו עניין ולעס, לעיל ה"ש 52, בעמ' 842, שם קובע בית המשפט העליון, פסקאות אחדות לאחר ציטוט דברי בית המשפט בעניין ועקנין באשר לסיכונים הרגילים והטבעיים, כדלקמן: "ואין הכוונה כי לא קמה לעולם חובת זהירות במקרה של סיכון רגיל, או כי יש לפטור, מניה וביה ובכל מקרה, את המזיק, אלא יש לומר כי עתים לא קמה התרשלות במקרה קונקרטי משום שננקטו אמצעי זהירות סבירים בהתחשב בסיכון". במקרה אחר צוטטו דברי בית המשפט בעניין ועקנין באשר לסיכונים הרגילים והטבעיים כדי לנמק מדוע אין התרשלות במזיק אשר לא מנע סיכונים אלו. ראו ע"א 5379/90 מתתיהו נ' מ.י., פ"ד מז(1) 167, 170 (1993).



## רשלנות ואינטרסים

1. אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק. 2. אינטרסים שונים של הניזוק. 3. אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי. 4. אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי.
5. אינטרסים שונים של המזיק. 6. סיכום.

בניתוח המסורתי של דיני הרשלנות מונח לעתים קרובות כמובן מאליו כי עלויות המניעה מתייחסות למזיק, ואילו תוחלת הנזק מתייחסת לאחרים, ובכללם לניזוק הספציפי. לפיכך נוסחת לרנד הנד נתפסת כמתמרצת איזון יעיל בין האינטרסים של המזיק לבין אלו של הניזוק: המזיק בכוח ישווה בין עלויות המניעה הנדרשות לשם הפחתת תוחלת הנזק לבין תוחלת הנזק שתופחת עקב השקעת עלויות המניעה. אם עלויות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק שתופחת הוא לא ישקיען ואף לא ימצא אחראי לנזקים שייגרמו. אם לעומת זאת עלויות המניעה נמוכות מתוחלת הנזק שתופחת הוא ישקיען בידיעה שאם לא יעשה כן ימצא אחראי לנזקים שייגרמו עקב הימנעותו מהשקעה זו.<sup>230</sup>

בדומה לכך, בתפיסת הצדק המתקן של דיני הרשלנות ההנחה דומה: הרשלן נכשל בהעדיפו באופן בלתי סביר את האינטרסים שלו על אלו של הזולת. לכן עליו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו ולתקן בדרך זו את אי-הצדק שגרם לו. אינטרסים החורגים ממערכת היחסים של המזיק והניזוק אינם רלוונטיים לקביעת האחריות הנוזיקית, שהרי לא ראוי שהמזיק או הניזוק יהיו כלי לשם השגת מטרות חברתיות, תהיינה אלה חשובות ככל שתהיינה.<sup>231</sup>

הסתכלות זו על דיני הרשלנות אינה שלמה. במצבים רבים האיזון שבו נכשל המזיק הרשלן אינו דווקא בין האינטרס שלו לבין האינטרס של הזולת. לעתים הוא נכשל באיזון בין האינטרסים השונים של הניזוק עצמו, לעתים הוא נכשל באיזון בין האינטרסים של הניזוק לבין האינטרסים של צד שלישי, לעתים הוא נכשל באיזון בין האינטרסים של הניזוק לבין אלו של הציבור או של החברה ולעיתים הוא נכשל באיזון בין האינטרסים שלו עצמו.

230 לעיל פרק 1, סעיף 2.

231 לעיל פרק 1, סעיף 1, וכן לעיל חלק א, פרק 2, סעיפים 1-2.

במצבים אחרים האינטרסים שבאיוונם נכשל המזיק הם תערובת של אינטרסים, שאפשר, אך לא בהכרח, שיכללו גם את האינטרס של המזיק.<sup>232</sup> טענתי בפרק זה היא כי אל למשפט להתייחס באופן שווה לכל אחד מכישלונותיו השונים של המזיק באיוונם ובפעולה לפיו. שיקולי הרתעה וצדק גם יחד מחייבים יחס שונה למקרים שונים, על פי סוג האינטרסים שבאיוונם נכשל המזיק.<sup>233</sup> בסעיפים הבאים אשתמש במושגים "צדק למזיק", "צדק לניזוק לאחר מעשה" ו"צדק לניזוק לפני מעשה" כדי להעריך את חיוניותה של הטלת אחריות נזיקית. צדק למזיק הוא צדק גמולי;<sup>234</sup> צדק לניזוק לאחר מעשה מתמקד בעול שנגרם לניזוק; צדק לניזוק לפני מעשה מתמקד באינטרס של הניזוק לפיצוי לפני שנפגע. צדק לניזוק לפני מעשה הוא במובנים רבים צדק חוזי: לעתים לניזוק אינטרס שלא תוטל אחריות על המזיק, שכן איום האחריות המשפטית עלול לפעול כבומרנג. למשל, אפשר שחולה יעדיף שעל הרופא המטפל בו לא יהיה איום של אחריות משפטית אפילו אם יתרושל, שכן רק בדרך זו יובטח לו שהרופא לא ינקוט כלפיו רפואה מגננתית. שיקולי הצדק הנדונים בפרק זה אינם שיקולי צדק מתקן. שיקולי הצדק המתקן לא יבחינו כנראה בין האיוונם השונים שבין אינטרסים, הנדונים בפרק זה.<sup>235</sup>

## 1. אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק

הקטגוריה הפרדיגמטית שדיני הרשלנות בנויים עליה כוללת את המקרים שבהם נכשל המזיק באיוונם שלו ושל הזולת, או ליתר דיוק כאשר פעל באופן המעדיף שלא כראוי את האינטרסים שלו על האינטרסים של הזולת.

232 לעיל פרק 1, סעיף 3. קיימות סיבות שונות שבגינן נכשל המזיק באיוונם האינטרסים. לעתים הכישלון נעוץ בהערכת יתר של האינטרסים שלו, לעתים בהערכה מופחתת של האינטרסים של הזולת ולעתים בהעדפה מודעת של האינטרסים שלו על אלו של הזולת, הנובעת מזלזול בזולת. לעתים הכישלון לפעול על פי איוונם האינטרסים נובע מחוסר תשומת לב רגעית: ראו הדיון לעיל פרק 1, סעיף 6.

233 ולעתים אף לפי הסיבות שהובילו לכישלון זה. ראו אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275, 283–288 (2000). טענה זו אפשר להסב לבחינת אשמו התורם של הניזוק שעה שעולה השאלה אם הוא נכשל באיוונם האינטרסים ובכך תרם לנזקיו.

234 למקומם של שיקולי צדק גמולי בדיני נזיקין ראו Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, 73 TENN. L. REV. 177 (2006).

235 ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיפים 1–2.

דוגמה 1 : הנהג. ראובן נוהג במכוניתו במהירות של 90 קמ"ש. הוא פוגע בשמעון וגורם לו נזק. אילו נהג במהירות פחותה היה הנזק נמנע.<sup>236</sup>

אחריותו של ראובן בגין רשלנות תהא תלויה בשאלה אם ראובן, בבחרו לנהוג במהירות שבה נהג, ייחס משקל ראוי לאינטרסים של בני אדם שונים המשתמשים בדרך לשלמות גופם ורכושם שעה שעימת אותם עם האינטרסים שלו להגיע למחוז חפצו במהירות. מנקודת מבט כלכלית, אחריותו של ראובן תהא תלויה בשאלה אם עלויות המניעה של ראובן (בזבוז זמן הכרוך בנסיעה אטית יותר, שהייתה מונעת את התאונה) נמוכות מההפחתה בתוחלת הנזק של נהיגתו שהייתה נגרמת אילו הוציא את עלויות המניעה. הן שיקולי הרתעה והן שיקולי צדק יתמכו בעצמה רבה בהטלת אחריות על המזיק כאשר רשלנותו נבעה מאיזון כושל בין האינטרסים שלו לבין אלו של הזולת.

מנקודת מבטו של המשפט הנוהג, המקרים הנכללים בקטגוריה הראשונה הם בדרך כלל מועמדים טובים מאוד להטלת אחריות על המזיק הרשלן. תאונות דרכים ותאונות עבודה נכללות בדרך כלל בקטגוריית מקרים זו. נדיר מאוד שבמסגרת קבוצת מקרים זו ייקבע שאין חובת זהירות על המזיק או שבית המשפט "ירכך" את סטנדרט הזהירות המוחל עליו.

## 2. אינטרסים שונים של הניזוק

במקרים רבים של רשלנות נכשל המזיק באיזון בין אינטרסים שונים של הניזוק עצמו, והאינטרס העצמי שלו אינו מובא כלל בחשבון.

דוגמה 2 : הרופא והחולה. לוי הוא רופא הצריך להחליט כיצד לטפל בחולה שלו, יהודה. לפניו שתי דרכי טיפול חלופיות, והוא בוחר באחת מהן. לוי אין אינטרס עצמי בדרך טיפול זו או אחרת. יהודה ניזוק עקב כך. אילו נבחרה דרך הטיפול האחרת היה הנזק נמנע.<sup>237</sup>

בית משפט הבא להחליט אם לוי התרשל יצטרך לבחון את הסיכויים והסיכונים של כל אחת מדרכי הטיפול, כפי שרופא סביר במצבו של לוי היה מעריכם במועד שבו החליט על דרך הטיפול. איזון בין האינטרסים השונים של יהודה הוא העומד אפוא על הפרק. אם יוגדר לוי רשלן לא יהא זה משום שהעדיף אינטרס של עצמו על זה של יהודה. אין כל סתירה בין

<sup>236</sup> לצורך הפשטות נניח כי האטת מהירות הנסיעה לא הייתה משפיעה על סיכונו העצמי של ראובן. אם הנחה זו ננטשת, ייתכן שכישלונו של ראובן נובע מאיזון רשלני של האינטרסים שלו עצמו. ראו להלן סעיף 5.

<sup>237</sup> ראו למשל את ע"א 323/89 קוהרי נ' מ.י., פ"ד מה(2) 142 (1991).

הקביעה כי לוי התאמץ כמיטב יכולתו לפעול באופן העולה בקנה אחד עם האינטרס של יהודה לבין הקביעה כי התרשל.

נניח עתה שלוי התרשל. הצורך להטיל עליו אחריות משפטית חיוני פחות מהצורך להטיל אחריות משפטית על ראובן בדוגמה 1 (הנוהג). ראשית, בהתנהגותו של אדם שהעדיף שלא כראוי את אינטרס עצמו על אינטרס הזולת דבק בדרך כלל פגם מוסרי חמור מהפגם שדבק בהתנהגותו של מי שנכשל באיזון האינטרסים השונים של הניזוק (דוגמה 2). לכן השיקול של צדק למזיק תומך בהטלת אחריות בדוגמה 1 בעצמה רבה יותר מאשר בדוגמה 2. שנית, שיקולי הרתעה מובילים למסקנה דומה. הסנקצייה המשפטית חיונית בדוגמה 1 יותר מאשר בדוגמה 2. בדוגמה 1 המזיק בכוח מצוי בניגוד אינטרסים בולט עם הניזוק, ובלעדי אחריות משפטית קיימת סכנה מוחשית שהוא יתעלם מאינטרס הזולת ויפעל על פי האינטרס העצמי שלו בלבד, ואילו בדוגמה 2 חשש זה אינו קיים. יש סיבות טובות להניח שלוי הרופא ינסה לפעול לטובת החולה אף אם אין מוטלת עליו אחריות משפטית בגין רשלנות: חובתו המוסרית כלפי החולה, דאגתו למוניטין המקצועי שלו, החשש שיאבד את משרתו וכדומה יהיו בדרך כלל תמריצים נאותים להתנהגות ראויה, במיוחד כאשר אין לו כל אינטרס הנוגד את האינטרס של החולה.

אמת, יהא מופרז לטעון כי בדוגמה 2 הטלת אחריות בגין רשלנות לעולם אינה מוצדקת משיקולי הרתעה. אחרי ככלות הכול, הנחתנו היא שרופא סביר היה בוחר בדרך הטיפול האחרת והנזק היה נמנע. קיים סיכוי שהסנקצייה המשפטית שתוטל על לוי במקרה של רשלנות תתמרץ אותו מלכתחילה להקטין את סיכויי רשלנותו. בידעו כי תוטל עליו אחריות משפטית אולי ישקול ביתר תשומת לב באיזה דרך טיפול לבחור. אולי ייוועץ באחרים, אולי יעיין בספרות המקצועית, ואולי מלכתחילה ירכוש ידע רב יותר בטרם יקבל עליו משימות שאינן אמון על ביצוען. במילים אחרות, אולי בכל זאת קיים ניגוד אינטרסים מסוים בין לוי לבין יהודה: בהעדר אחריות משפטית הרופא עלול לחסוך זמן ומאמץ הנדרשים לקבלת החלטה נכונה על דרך הטיפול, ובכך להעדיף את האינטרס העצמי שלו על זה של החולה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר בית החולים אחראי שילוחית למעשיו של לוי. הטלת אחריות על בית החולים תגרום לו להשקיע מאמצים ומשאבים בבחירת רופאים מתאימים שהסיכוי שיתרשלו בהפעלת שיקול דעתם קטן יחסית. בלעדי אחריות מאמציו עלולים להיות פחותים מדי.

למרות האמור לעיל ואף שקיים ניגוד אינטרסים מסוים בין המזיק (לוי או בית החולים) לניזוק (יהודה), הוא חריף פחות בהרבה מזה המשתקף בדוגמה 1, שבו ניגוד זה הוא חזיתי וחד-משמעי. יש לשים לב שלא כל מקרה של רופא-חולה נכלל בקטגוריה השנייה. אפשר להעלות על הדעת מקרים שבהם לרופא או לבית החולים שבו פועל הרופא יש אינטרס כלכלי חזק שלא ליתן טיפול סביר לחולה, שאז המקרה ייכלל בקטגוריה הראשונה, או לעתים בקטגוריית ביניים שבין הראשונה לשנייה.

כנגד היתרונות, מתחום ההרתעה, הקיימים בעד הטלת אחריות בדוגמה 2 (שמשקלם פחות מבדוגמה 1, אך שאין להתעלם מהם כליל) קיים חשש ממשי להשפעה שלילית של האחריות המשפטית על התנהגותו של המזיק בכוח. אמנם חשש זה אינו מיוחד לדוגמה 2 ודומותיה, אך נראה כי הוא בולט במיוחד במקרים שבהם למזיק אין מלכתחילה אינטרס עצמי חזק בדרך הפעולה אשר בכוחו לבחור. לוי, היודע כי סכנת תביעה משפטית מרחפת מעל ראשו, עלול לנקוט רפואה מגננתית. הוא עלול להעדיף את טובת עצמו על פני טובת החולה ולנקוט את דרך הטיפול המקטינה את מידת היחשפותו לתביעה משפטית ולא את דרך הטיפול הטובה יותר לחולה.<sup>238</sup> על שום מה ינקוט לוי דרך טיפול אחת – אפילו הוא מאמין שהיא טובה יותר לחולה – אם דרך זו מסכנת אותו בתביעה משפטית, ולא בדרך טיפול אחרת שסיכוני התביעה המשפטית הכרוכים בה קטנים יותר, אם אין הוא מפיך כל טובת הנאה אישית אף לא מאחת מדרכי הטיפול? במילים אחרות, לוי עלול להעדיף דרך טיפול אחת המחצינה נזקים לחולה על דרך טיפול אחרת אשר את נזקיה הוא מפנים. אמנם, כפי שנאמר כבר, לוי מונע לא אחת משיקולים לבר-משפטיים: חובתו המוסרית לחולה, המוניטין שלו (שלעתים קרובות מתורגם לערכים כלכליים) וכיוצא באלה. אולם אף על פי שכל אלו תמריצים כבדי משקל, לעתים אין די בהם להפגת החששות האמורים מהטלת אחריות.

הטלת אחריות משפטית על לוי בדוגמה 2 חיונית אפוא פחות מהטלת אחריות משפטית על ראובן בדוגמה 1, הן מזווית ההרתעה והן מזווית הצדק למזיק. התמקדות בצדק לניזוק מחזקת מסקנה זו. ראשית, עצמת תביעתו של ניזוק שנפגע בגלל העדפה בלתי ראויה של אינטרס המזיק על האינטרס שלו (דוגמה 1), חזקה מזו של ניזוק שנפגע תוך כדי מאמץ

238 ראו דיון לעיל פרק 1, סעיף 3. ראו את ע"א 552/66 לויטל נ' קופת חולים, פ"ד כב(2) 480, 483 (1968), שבו סירב בית המשפט להטיל אחריות על הרופא: "הסיבה לצמצום האחריות של הרופא היא 'מפני תיקון העולם'... אכן במידה ורופא מצווה לפעול ולהציל את החולה אין זה רצוי שיצטרך לחשוש שמא לא יצליח, אם במקרה ואם על ידי שגגה, ויחדל מפעולות הנראות לו לפי המצב כפי שיתברר לו".

ראו גם את ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720, 727 (1980), שעסק במקרה שבו הניתוח שעבר החולה הביא לקטיעת רגלו. מתברר שאילו בדק הרופא אם החולה סובל ממום נדיר של הצרת עורקים מלידה, היה מתגלה שהוא סובל ממום זה והנזק היה נמנע. בית המשפט הטיל אחריות על הרופא, ובין היתר ציין: "השאלה, מהי החובה המוטלת על רופא כלפי חולו, סוגה בשיקולים רבים ומגוונים. מחד גיסא לא כל טעות שבשיקול דעת להפדת חובה תיחשב, שאם לא כן עשויים אנו להביא את הרופאים לדאוג יותר מאשר לחולה להכנת הגנה פרוספקטיבית מפני תביעה משפטית אפשרית על ידו. מאידך גיסא, מפקיד החולה את גופו בידי הרופא, שבידו הידע המקצועי, והוא המצוייד בכלים המתאימים כדי לבדוק את דרך הטיפול בחולה, ובידו ציפייה מוצדקת, שהרופא יעשה כל אשר לאל ידו כדי למנוע תקלה בטיפול. השאלה היא בכל מקרה שאלה של איזון בין אינטרסים מנוגדים".

להיטיב עמו או לשפר את מצבו (דוגמה 2), שכן אופי הפגיעה בו במקרה הראשון חמור יותר מבחינה מוסרית. לכן מנקודת מבט של צדק לאחר מעשה הטלת אחריות חיונית בדוגמה 1 יותר מאשר בדוגמה 2. שנית, ספק אם האינטרס לפני מעשה של יהודה בדוגמה 2 עולה בקנה אחד עם הטלת אחריות על הרופא. יהודה הוא הצפוי להינזק מרפואה מגנתית, והיתרונות האפשריים שיצמחו לו מהטלת אחריות לא תמיד עולים על החסרונות הנובעים מהטלת אחריות כזו (כך במיוחד כאשר הטלת אחריות אף מעלה את מחיר השירות הרפואי – חיסרון נוסף מבחינתו של יהודה – תופעה שבלי ספק תרחש במקרה שמדובר ברפואה פרטית).<sup>239</sup> לא כן בדוגמה 1. האינטרס המובהק, לפני מעשה, של שמעון הניזוק הוא שתוטל אחריות על ראובן אם זה יתרושל ויגרום לו לנזק. האינטרס שלו לא יקודם בשום צורה ואופן אם ראובן יהיה פטור מאחריות במקרה של פגיעה רשלנית בו. מכאן שמנקודת מבט של צדק לניזוק לפני מעשה הטלת אחריות חיונית בדוגמה 1, אך לא חיונית – ואולי אף מזיקה – בדוגמה 2.

מקרי רשלנות רפואית נמנים לא אחת עם קטגוריית המקרים השנייה. המקרים שבהם נטיית בתי המשפט להטיל אחריות היא פחותה יחסית, הם המקרים שבהם נכשל הרופא בהפעלת שיקול דעת ובחר דרך טיפול שהתבררה כלא טובה (דוגמה 2, הרופא והחולה). אמנם בתי משפט לעולם לא יאמרו כי הרופא לא חב חובת זהירות לחולה, אך נראה כי עם זאת ייטו לא אחת להגיע לממצא של העדר התרשלות.<sup>240</sup> גישתם שונה בהרבה כאשר הרשלנות הנטענת היא אימתן טיפול או תרופה, ובנסיבות שבהן קיים חשש שלבית החולים שבו פועל הרופא, או לרופא עצמו, היה אינטרס עצמי שלא לתת את הטיפול או התרופה.<sup>241</sup>

239 אפשר לטעון כי אם לחולה יש אינטרס שלא תוטל אחריות על הרופא, היה יכול להשיג זאת בדרך של התקשרות חוזית עם הרופא שתקבע את רמת האחריות הנדרשת לפיו. מאחר שלא עשה כן אות וסימן הוא שהאינטרס שלו אינו עולה בקנה אחד עם שחרור הרופא מאחריות. התשובה לכך היא שהסדר חוזי המפחית את אחריות הרופא כנראה ייחשב לבלתי חוקי או נוגד את תקנת הציבור, בין היתר בשל פערי המידע שבין הצדדים. ראו על נושא זה, Richard A. Epstein, *Contractual Principle Versus Legislative Fixes: Coming to Closure on the Unending Travails of Medical Malpractice*, 54 DEPAUL L. REV. 503 (2005). כדוגמה לגישתו הבלתי אוהדת של בית המשפט העליון לתניית פטור מאחריות נזיקית בגין גרם נזקי גוף ראו ע"א 285/73 לגיל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (1974).

240 ראו לדוגמה עניין קוהרי, לעיל ה"ש 237.

241 בע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 262–263 (1985) עומד בית המשפט על שלושה שלבים של התהליך הטיפולי: האבחון, ההחלטה על דרך הטיפול והטיפול עצמו. בית המשפט מטיל אחריות על הרופא, ובין היתר קובע כדלקמן: "רשלנותו של המשיב אינה דווקא בכך שלא קיבל עד ליום 26.4.78 את ההחלטה הנדרשת המתבקשת לשנות את דרך הטיפול ולבצע ניתוח דחוף של המערער. היא טמונה בדרך הטיפול ובטיב המעקב עד לאותו שלב וגם נובעת מהם, שכן, אילו נעשו כל הבדיקות הנאותות והיה מקוים המעקב הראוי, כי אז אותות האזהרה היו מהבהבים בתודעתו של המשיב בעוד מועד, והייתה מתקבלת על ידו ההחלטה

סוג זה של מקרים קרוב לקטגוריית המקרים הראשונה, ובה הטלת אחריות על הרשלן חיונית מאוד. נטיית בתי המשפט להטיל אחריות על רופאים ובתי חולים גוברת כאשר בגלל כשל ברישום ובתייעוד,<sup>242</sup> ולעתים בגלל "קשר של שתיקה",<sup>243</sup> אי אפשר לדעת כיצד אירע נזקו של החולה. גם כאן קיים ניגוד אינטרסים ברור בין בית החולים, המעוניין לעתים להצניע את הסיבה לתאונה הרפואית, לבין החולה, המעוניין לדעת כיצד נפגע, ומידע זה עשוי לאפשר לו תביעה נגד מי שגרם ברשלנות לנזקיו.

הקטגוריה השנייה אינה כוללת רק מקרים של רשלנות רפואית. מקרים הנמנים בבירור עם קטגוריה זו הם כל אלה שבהם פועל אדם למען הזולת, אם בהעדר חובה משפטית קודמת לפעול ואם על פי חובה משפטית, שעה שהוא נעדר אינטרס אישי מובהק באשר לדרך הפעולה שבה יבחר. אפשר לכלול בגדר אלו את מקרה המציל שנכשל בפעולת ההצלה.<sup>244</sup> בפסיקה בארץ התעוררה השאלה במצבים שהמציל עצמו נפגע אגב ניסיון ההצלה, ולכן תבע פיצויים בגין נזקיו מיוצר הסיכון. בשני המקרים שנדונו בפסיקה נדחתה הטענה של הנתבע כי המציל תרם ברשלנותו לנזקיו.<sup>245</sup> בארצות הברית, במקרים של הצלה, ניכרת נטייה לרכך את סטנדרט הזהירות הנדרש מן המציל שפעל לטובת הניזוק מבלי

הנאותה במועד". למקרים שבהם הוטלה אחריות על הרופא (או על בית החולים) בגלל רשלנות בעצם מתן הטיפול, ראו למשל ע"א 705/78 רמון נ' מאוטנר, פ"ד לד(1) 550 (1979); ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית חולים מאיר, פ"ד נא(4) 687 (1997) (פסק דינה של השופטת דורנר, שנותרה בדעת מיעוט).

242 ראו למשל ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, פ"ד נב(1) 145, 154–159 (1998). כיום נהוג במקרים של כשל בתייעוד להעביר לרופאים את נטל הראיה שלא התרשלו כדבר שבשגרה מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי. על דוקטרינה זו ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998), וכן ראו להלן פרק 9. חובת תיעוד מוטלת אף על רופאים (ועל מטפלים אחרים שאינם רופאים) ועל מוסדות רפואיים, מכוח סעיף 17 לחוק זכויות החולה.

243 למקרה שבו החשש לקשר של שתיקה הביא את בית המשפט להטלת אחריות על חברי הצוות הרפואי כולו, משום שאחד מהם גרם לחולה נזק ברשלנות, ראו Ybarra v. Spangard, 154 P.2d 687 (1944). לדיון בפסק דין זה ראו אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג 311, 327–328, 342, 360–361 (1994); וכן להלן חלק ג, פרק 4, סעיף 1.ב.

244 על הצלה ראו להלן פרק 4.

245 בע"א 380/74 אכרס נ' קלמן, פ"ד ל(1) 611 (1975) התובע נמחץ על ידי מכונית שהתדרדרה באשמת הנתבע, שעה שהתובע ניסה להציל את הנתבע מפגיעת המכונית. בבית המשפט המחוזי נקבעה רשלנותו התורמת של התובע בשיעור של 50%. בבית המשפט העליון הוטלה מלוא האחריות על הנתבע. בית המשפט נימק זאת בכך שתגובתו של התובע הייתה אינסטינקטיבית, טבעית וסבירה. ראו גם ע"א 290/63 נחום נ' ישראלי, פ"ד יז 2657 (2002). לדיון בו ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 321–322.

שהייתה לו חובה לכך מלכתחילה.<sup>246</sup> במרבית המדינות בארצות הברית רופא המגיש עזרה ראשונה בלא קבלת תמורה פטור מאחריות נזיקית.<sup>247</sup> מקרה של הורה שנכשל באיזון נאות בין האינטרסים השונים של ילדו וגרם לו נזק נמנה גם הוא עם קטגוריית המקרים השנייה. לא בכדי פטור הורה מאחריות כל עוד פעל בתום לב לטובת הילד.<sup>248</sup> נדמה כי זהו מקרה הרשלנות המובהק ביותר שבו המזיק נכשל באיזון האינטרסים של הניזוק מבלי שלאינטרס העצמי שלו יש משקל רב. אף המורה שאפשר חופש פעולה לתלמידו על חשבון ביטחונו הפיזי<sup>249</sup> נכנס בגדר קבוצת המקרים השנייה אם כי במקרים אלו תוטל לעתים אחריות על המורה.<sup>250</sup> מקרים אחרים שבהם נדרש המזיק לאזן בין אינטרסים שונים של הניזוק בכוח הם מקרים שונים של רשלנות מקצועית, מלבד הרשלנות הרפואית שנדונה לעיל. עורכי דין, רואי חשבון, בנקאיים ויועצים אחרים, נדרשים לא אחת לאזן בין האינטרסים השונים של לקוחותיהם.<sup>251</sup> בחלק ניכר מן המקרים הטלת אחריות עליהם בגין רשלנות תהיה חיונית נוכח החשש שבלעדיה האינטרס העצמי של איש המקצוע לחסוך זמן ומשאבים יגרום לו להזניח את האינטרס של לקוחו. על כן מקרים אחרונים אלו ייכנסו לקטגוריית המקרים הראשונה – אם כי לא אחת הם יהיו תערובת של שתי הקטגוריות גם יחד – ובדרך כלל לא יחסס בית המשפט להטיל אחריות על בעלי המקצוע אם התרשלו. לסיכום, בקטגוריה השנייה של המקרים, הן שיקולי הרתעה והן שיקולי צדק, למזיק ולניזוק כאחד, מלמדים כי הטלת אחריות בגין רשלנות שנגרמה מאיזון כושל של המזיק בין אינטרסים שונים של הניזוק אינה חיונית כלל ועיקר, ולעתים אף מזיקה. בכך היא שונה

246 PROSSER & KEETON, ON THE LAW OF TORTS 378–82 (W. Page Keeton ed., 5<sup>th</sup> ed. 1984).

247 PROSSER & KEETON, *id.*, at 378. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח–1998, המחייב הצלה במקרים מסוימים, אינו עוסק בשאלת סטנדרט הזהירות הנדרש מן המציל אשר פעל מכוח חובתו שבחוק (להוציא הקביעה בסעיף 1(ב) של החוק, כי "המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה..."). נראה שיש טעם בכך שסטנדרט הזהירות לא יהיה מחמיר, שכן כאמור בקטגוריה השנייה של המקרים שעמה נמנים מקרי ההצלה הנדונים, הטלת אחריות אינה חיונית בדרך כלל. לדיון בחובת הצלה ראו להלן פרק 4.

248 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962, סעיף 22. ראו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999), שם הוטלה, באופן חריג, אחריות על אב בגין נזקים נפשיים שגרם לילדיו בהתנכרו להם. כן ראו ע"א 326/88 צימרמן נ' גבריאלו, פ"ד מו(1) 353 (1991), שבו ייחס בית המשפט אחריות נזיקית לאמו של ילד על הנזק שנגרם לו מנשיכת כלב משום שלא שמרה עליו כראוי, אך זאת לצורך חלוקת האחריות בינה לבין הבעלים של הכלב.

249 עניין מרצלי, לעיל ה"ש 204.

250 עניין מרצלי, שם.

251 ראו להלן פרק 6, סעיף 3.



לחלוטין מן הקטגוריה הראשונה שבה האיזון שבו נכשל המזיק הוא בין האינטרסים שלו לבין האינטרסים של הזולת. בפסיקה ניכרת לעתים זהירות רבה יותר בהטלת אחריות על מזיקים הנכללים בקטגוריה השנייה של המקרים מאשר על מזיקים הנכללים בקטגוריה הראשונה של המקרים.

### 3. אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי

לעתים התרשלנותו של המזיק מתבטאת בכך שלא איזן כראוי בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס של אדם שלישי. אף כאן אינטרס המזיק אינו גורם בעל חשיבות (אם בכלל) במסכת הגורמים המשפיעים על התנהגותו. למרות זאת, כפי שנידון מיד, הטעמים להטיל אחריות על המזיק חזקים במסגרת הקטגוריה השלישית יותר מבמסגרת הקטגוריה השנייה.

**דוגמה 3 : הפצוע.** משה הוא נהג האוסף למכוניתו את אברהם הפצוע ומחיש אותה לבית החולים. בשל מצבו הקשה של אברהם והצורך החיוני להביאו מהר ככל האפשר לבית החולים נוהג משה את מכוניתו במהירות רבה. בדרכו הוא פוגע ביצחק, הולך רגל, וגורם לו נזק.

בית המשפט אשר יתבקש להכריע בשאלת רשלנותו של משה יבחן אם משה איזן כראוי בין האינטרסים של אברהם לבין האינטרסים של משתמשים בדרך, דוגמת יצחק. בדומה לדוגמה 2 (הרופא והחולה), אף כאן האינטרס העצמי של משה אינו רלוונטי (אלא באופן רחוק ועקיף). מבחינת הצדק למזיק, הצורך להטיל על לוי אחריות אינו חיוני ביותר. הטעמים לכך דומים לטעמים שהובאו בהקשר של דוגמה 2. אשר לשיקולי הרתעה, גם כאן, בהעדר אינטרס עצמי הנוגד את אינטרס הניזוק, הטלת אחריות על המזיק חיונית פחות מאשר במקרה שבו יש ניגוד כזה (כבדוגמה 1, הנהג). אמנם, כפי שראינו בדיון בדוגמה 2, אפשר שיהיו יתרונות מסוימים בכך, אך לעתים קרובות אלו מתקזזים כנגד החסרונות שבהטלת אחריות.

דוגמות 2 ו-3 שונות אפוא במהותן מדוגמה 1. ברם גם ביניהן קיימים הבדלים, שהעיקרי שבהם נוגע בצדק לניזוק לפני מעשה, אך גם בהרתעה. כפי שהוסבר לעיל, אינטרס הניזוק בדוגמה 2 עשוי להיות, מלכתחילה, שלא תוטל אחריות על הרופא. לעומת זאת בדוגמה 3 אינטרס הניזוק שונה. לא עוד באיזון בין האינטרסים השונים של הניזוק עלול המזיק להיכשל, אלא באיזון בין האינטרס של הניזוק לבין האינטרס של אדם אחר. החשש של הניזוק בכוח לפני מעשה – שהמזיק בכוח יעדיף את האינטרס של האחר על האינטרס שלו

– עשוי ליצור אצלו אינטרס שתוטל על המזיק אחריות אם יתרשל באיזון האינטרסים האמור.<sup>252</sup>

החיוניות בהטלת אחריות בשלוש הדוגמות שנדונו עד כה, מזווית ההרתעה ומזווית הצדק לניזוק לפני מעשה, ניתנת לדירוג אפוא לפי סדר יורד, כדלקמן: דוגמה 1 (הנהג), דוגמה 3 (הפצוע) ודוגמה 2 (הרופא והחולה). בדוגמות 1 ו-3 קיים חשש שהמזיק בכוח יפלה בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס אחר: שלו עצמו או של אדם שלישי. מטבע הדברים חשש זה בדוגמה 1 כבד יותר, שכן אינטרס המזיק עצמו עומד על הפרק, ובדוגמה 3 פחות, שם אינטרסים של אחרים משחקים בזירה. לעומת זאת בדוגמה 2 היות שאיזון האינטרסים של הניזוק בלבד עומד לעיני המזיק, חשש האפליה אינו קיים. ממילא האינטרס החברתי (הרתעה יעילה), כמו גם אינטרס הניזוק לפני מעשה, שתוטל אחריות, חלש יותר. הניזוק אינו חושש עוד מלכתחילה שהוא יופלה לרעה לעומת אדם אחר. חששו היחיד הוא שהרופא ישגה בתום לב בדרך הטיפול שיבחר בשבילו. בשל החשש להרתעת יתר (המתקיים בעיקר בדוגמה 2 אך לעתים גם במקרים שמיוצגים על ידי דוגמה 3) עשוי להיות מלכתחילה לניזוק בדוגמה 2 אינטרס לפטור את המזיק מאחריות בשל חשש זה, ואילו לניזוק בדוגמה 3 – להטיל עליו אחריות, למרות החשש האמור.

עד כאן התמקדנו בהרתעה ובאינטרס הניזוק לפני מעשה. אולם גם שיקולי צדק הנוגעים למזיק עשויים להביאנו למסקנות דומות באשר לחיוניותה של הטלת האחריות. אדם המעדיף את עצמו על הזולת העדפה בלתי ראויה ואגב כך גורם לו נזק, פגום מבחינה מוסרית, בעיקר אם הדבר נעשה אגב זלזול באינטרס הזולת או באי-אכפתיות כלפיו. אדם המעדיף אדם אחד על אחר העדפה בלתי ראויה ואגב כך גורם נזק לאחר, עשוי אף הוא להיחשב פגום מבחינה מוסרית אם העדפה זו נעשית מסיבות הנחשבות בעינינו לבלתי כשרות.<sup>253</sup> לעומת זאת כאשר רשלנות המזיק מתבטאת באיזון רשלני של האינטרסים של הניזוק, הפגם המוסרי הדבק בהתנהגותו פחות במידה ניכרת. שיקולי הצדק לניזוק לאחר מעשה, כך נראה, תואמים את שיקולי הצדק למזיק, שכן אופי הפגיעה בניזוק נגזר במקרים אלו מאופי התנהגותו של המזיק.

הקטגוריה השלישית שנדונה לעיל כוללת את כל אותם המקרים שבהם גרם המזיק נזק ברשלנות לאדם אחד, ומניעת הנזק הייתה כרוכה ביצירת סיכון לאדם אחר.

252 יהיו מקרים שבהם אולי יעדיף הניזוק שהמזיק יפלה בין האינטרס שלו לבין אדם אחר, וזאת כאשר האפליה תפעל לטובתו. אך העדפה כזו אינה לגיטימית, ועל כן אינה ראויה להתחשבות של המשפט.

253 לא כל מקרה של רשלנות הנובעת מאיזון אינטרסים בלתי נאות של הניזוק ושל אדם שלישי ניתן להסבר על יסוד העדפה מודעת ובלתי כשרה. אך כאשר זו הסיבה, הפגם בהתנהגותו של המזיק הוא ברור.

בסוג אחד של מקרים מדובר בנוק הנגרם על ידי רשות ציבורית בשל איזון רשלני של אינטרסים. המקרה הבולט ביותר הוא מקרה השופט, הדיין או הבורר הצריך להכריע בין הצדדים המופיעים לפניו. לאלה עומדת חסינות מוחלטת מפני אחריות נזיקית, המשתרעת לא רק על התנהגויות רשלניות.<sup>254</sup> במקרים אחרים הרשות הציבורית מפעילה שיקול דעת ומעדיפה אינטרסים של אחרים על אלו של הניזוק התובע, ועולה השאלה אם יש להטיל עליה אחריות בגין רשלנות. בעניין אחד למשל נטען כי המפקח על הביטוח התרשל בהימנעותו מלהזהיר את התובעים, כחלק מן הציבור, מפני סכנת התמוטטותה של חברת ביטוח, וכי אילו עשה כן היה נמנע הנזק שנגרם להם מקריסתה. המפקח על הביטוח נכשל, לפי הנטען, באיזון שבין אינטרס התובעים ושכמותם מצד אחד לבין האינטרס של חברת הביטוח ושל מבוטחים אחרים בה מצד אחר. בית המשפט העליון דחה את התביעה וקבע כי במקרים שבהם ניתן לרשות שיקול דעת רחב, לא במהרה ייקבע כי התרשלה בהפעלת שיקול דעת זה.<sup>255</sup> במקרה אחר נטען נגד רשות ציבורית כי לא הציבה פקחים בגן ציבורי, ושאלו הוצבו שם היו מונעים פגיעה עבריינית של רוכב אופניים בתובעת. בית המשפט העליון סירב להטיל אחריות על הרשות, בין היתר בנימוק כי הטלת אחריות משמעה כי היה על הרשות להסיר את הגנת הפקחים ממקום אחר לטובת המבקרים בגן הציבורי.<sup>256</sup> במקרה שלישי, שנפסק על ידי בית הלורדים באנגליה, לא הוטלה אחריות על המשטרה, אשר נמנעה מלהחזיק במעצר אדם אשר לאחר ששוחרר רצח את בת משפחתם של התובעים. נקבע כי על המשטרה אין חובת זהירות בנסיבות העניין.<sup>257</sup> עם זאת בעניין אחר קבע בית הלורדים כי רשות אשר מפעילה מחנה לשיקום אסירים עשויה להיות אחראית כלפי בני אדם שנפגעו

254 סעיף 8 לפקודת הנזיקין.

255 עניין לוי, לעיל ה"ש 207, וראו דיון להלן פרק 5, סעיף 4.

256 עניין גרובנר, לעיל ה"ש 31.

257 Hill v. Chief Constable for West Yorkshire, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.) לפסקי דין נוספים שניתנו באנגליה באותה רוח ראו Hughes v. National Union of Mineworkers, [1991] 4 All E.R. 278; Ancell v. McDermott, [1993] 137 S.J.L.B. 36. למקרה שבו הוטלה אחריות על המשטרה בשל אי-מניעת התנהגויות עברייניות מתמשכות כלפי התובע ראו ע"א 1678/01 מ.י. נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004). בדומה לכך, משטרה שעוצרת אדם שלא כדיון הייתה יכולה אולי למנוע את הנזק באופן סביר לאותו אדם במחיר סיכון ביטחוני האישי או רכושו של אדם אחר אשר העצור עלול היה לסכן אותו אלמלא נעצר. ראו ע"א 337/81 בוסקילה נ' מ.י., פ"ד לח(3) 337 (1984), שעובדותיו מתוארות להלן ה"ש 260. למקרה שבו הכיר בית המשפט באופן עקרוני בקיומה של חובת זהירות של המשטרה כלפי חשוד שמעצרו הוארך יתר על המידה, ראו ע"א 4584/10 מ.י. נ' שובר (פורסם בנבו, 4.12.2012). עם זאת באותו מקרה קבע בית המשפט שלא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות המשטרה לבין הארכת המעצר.

על ידי אסירים שנמלטו ממשמורתה, מכיוון שהאסירים הם בפיקוחה ובשליטתה של הרשות.<sup>258</sup>

במקרים שבהם אין מדובר באיזון רשלני בין אינטרסים של קבוצות שונות או של בני אדם שונים, כגון במקרים שבהם מתבטאת רשלנות הרשות בהפעלה כושלת של סמכויות הביצוע שלה, נטיית בתי המשפט להטיל אחריות גדלה.<sup>259</sup> נראה שמקרים אלו קרובים לקטגוריה הראשונה, ומכל מקום מתרחקים במידת מה מן הקטגוריה השלישית. נראה שאף החשש למשוא פנים בהפעלת הרשות שיקול דעת עשוי להגביר את הנטייה להטיל עליה אחריות, אם התרשלה.<sup>260</sup>

בסוג אחר של מקרים נדרש אדם שאינו רשות לאזן בין אינטרסים של שניים שלהם הוא חב חובת זהירות, וקיום החובה לאחד בא על חשבון האחר. במקרה אחד למשל נפסק בבית המשפט העליון כי בנק אחראי בניזיקין כלפי לקוח על שגרם לו נזק אגב העדפת ענייניו של לקוח אחר בסיטואציה שלבנק עצמו היה אף אינטרס עצמי ברור בהעדפת הלקוח האחר.<sup>261</sup> מקרים אחרים שנדונו בארץ עניינם בעורך דין הפועל לטובת לקוחו, ובכך גורם נזק לצד שלישי באופן הנטען להיות בלתי ראוי. עקב החשש הטבעי למשוא פנים המתבטא בהעדפה מוחלטת של אינטרס הלקוח על אינטרס הצד השלישי, הטלת אחריות על עורך הדין תהא חיונית כדי להגן על האינטרס של הצד השלישי. עם זאת החשש שהטלת האחריות תפגע יתר על המידה באינטרס הלקוח, אשר לשם הגנת ענייניו נשכר עורך הדין מלכתחילה, אף הוא שיקול כבד משקל, ועל כן קיימת בפסיקת בתי המשפט נטייה להטיל אחריות על עורך דין כלפי צד שלישי במקרים מיוחדים בלבד.<sup>262</sup> מקרה נוסף המשתייך לקטגוריה השלישית

258 Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd., [1970] 2 All E.R. 294 (H.L.)  
 259 פורת, לעיל ה"ש 212, בעמ' 256. אכן, בדרך זו אפשר להסביר את עניין De Long v. County of Erie, 457 N.E. 2d 717 (N.Y. 1983), שבו הוטלה אחריות על המשטרה על שלא הגיעה בעוד מועד למקום פשע ולא מנעה רצח. הנרצחת ניסתה להזעיק את המשטרה, אך זו בוששה לבוא בגלל טעות שנפלה בקליטת כתובתה של הנרצחת. הנרצחת, כך התברר, השתמשה במספר טלפון חירום שפרסמה המשטרה, ואשר היה אפשר להבין ששימוש בו יבטיח את הגעתה המהירה של המשטרה. לפסק דין שניתן בארץ, ואשר הוטלה בו אחריות על המשטרה בשל אי-מניעת שוד, ראו ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט נ' מ.י., פ"ד מד(4) 272 (1990). כן ראו עניין וייס, לעיל ה"ש 257, שבו הוטלה אחריות על המשטרה בשל אי-מניעת התנהגויות עברייניות מתמשכות כלפי התובע. כן ראו דיון להלן פרק 5, סעיף 3.  
 260 ראו את עניין בוסקילה, לעיל ה"ש 257. באותו מקרה היה תלוי ועומד צו מניעה זמני נגד אביו של המערער להימנע מלשווק עגבניות שלא דרך המושב שבו גר. המערער עבד בחלקתו, ואף שהצו לא חל עליו בנסיבות אלו, הוא נעצר בשל תלונתו של המושב. בית המשפט העליון הטיל אחריות נזיקית על המושב ועל המשטרה.  
 261 ע"א 5893/91 טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (1994).  
 262 למקרה שבו הוטלה אחריות על עורך הדין כלפי הצד השלישי ראו ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990). במקרים שבהם לא הוטלה אחריות כזו, אם כי הוכר עקרונית

נדון בארצות הברית, ועניינו בפסיכולוג אשר לא הזהיר את חברתו לשעבר של מטופל שלו מפני כוונותיו לרצחה. בית המשפט הטיל על המטפל אחריות נזיקית לרצח החברה וקבע כי היה עליו להזהיר אף במחיר פגיעה בסודיות הרפואית של המטופל.<sup>263</sup> ייתכן שאף פסק דין זה ניתן להסבר על רקע נטייתו הטבעית של הפסיכולוג, ואף על רקע האינטרס שלו, להעדיף מלכתחילה שלא לחשוף את סודות מטופליו תוך המעטת משקל האינטרסים של צדדים שלישיים. מקרה שנדון בבית המשפט העליון בארץ, והנמנה גם הוא עם הקטגוריה השלישית, עניינו במעביד שהורה לעובד אחד שלו לסייע לעובד אחר שנפגע, ואגב כך ניזוק העובד הראשון. בית המשפט קבע כי המעביד לא התרשל כלפי העובד הראשון במתן ההוראה לסייע לעובד שנפגע, ופטר אותו מאחריות.<sup>264</sup> אכן, במקרה מעין זה, שבו חשש משוא הפנים כמעט אינו קיים, חיוניות הטלתה של האחריות קטנה במידה ניכרת מזו הקיימת במסגרת קטגוריית המקרים הראשונה.

**לסיכום**, בכל המצבים שנדונו לעיל הטלת אחריות נזיקית חיונית יותר מבקטגוריה השנייה אך פחות מבקטגוריה הראשונה. עם זאת כאשר מלכתחילה החשש שהמזיק בכוח יעדיף את האינטרס האחר על זה של הניזוק מוחשי יותר, מכיוון שלמזיק אינטרס משלו לעשות כן – חיוניותה של הטלת אחריות גדלה, ולעתים יהיה נכון למיין את המקרה לקטגוריה הראשונה. בפסיקה יש סימנים שאכן כך נוהגים בתי המשפט. מקרה עורך הדין הגורם ברשלנות נזק לצד שכנגד הוא דוגמה לדילמה שביסודה של הקטגוריה השלישית: אם התנהגותו של עורך הדין כלפי הצד שכנגד בלתי רצויה מבחינה חברתית, אי-הטלת אחריות עליו תגרום לו להעדיף באופן מוחלט את אינטרס הלקוח – שהוא במידה רבה האינטרס שלו עצמו – ולהתעלם לחלוטין מפגיעות בלתי לגיטימיות בצד שכנגד. עם זאת בהטלת אחריות לעתים תכופות יש כדי לפגוע באינטרס של הלקוח, ויש להביא אף שיקול זה בחשבון.

שהטלתה אפשרית, ראו ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529 (1992); ע"א 2725/91 היינוביץ נ' גלעדי, פ"ד מח(3) 92 (1994). דילמה דומה מתעוררת כאשר לרציונה של הטלת אחריות על רואי חשבון שהתרשלו ברוח הביקורת שלהם כלפי משקיעים: הטלת אחריות כזו עלולה לגרום שרואי החשבון "יזניחו" את אינטרס החברה כדי להגן על עורם מפני תביעות אפשריות של משקיעים. ראו דיון להלן הטקסט הנלווה להערות 469–471. במקרה אחר, שאף בו היה על המזיק לאזן בין האינטרסים של לקוחותיו לבין אלו של אחרים, ראו (1930) 289 P. 188 *Lucchese v. San Francisco-Sacramento R. Co.*. באותו מקרה התנגש קרון רכבת במשאית. נטען כי נהג הקטר התרשל, מכיוון שהיה יכול לבלום את הרכבת מהר מכפי שעשה בפועל. בית המשפט מצא כי לו אכן כך פעל נהג הקטר, היה מסכן את נוסעי הרכבת. לפיכך הסיק בית המשפט כי נהג הקטר לא התרשל, והדגיש כי חובת נהג הקטר כלפי נוסעיו קודמת לחובתו כלפי המשאית.

263 *Tarasoff v. Regents of University of California*, 551 P. 2d 334 (1976)  
 264 ע"א 660/80 לכדר נ' מ.י., פ"ד לו(2) 836 (1982). לדיון מפורט בפסק דין זה ראו להלן חלק ג, פרק 8, סעיף 9.ב.

#### 4. אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי

הסוג הרביעי של מקרי רשלנות כולל את כל אותם המקרים שבהם רשלנותו של המזיק היא תוצאה של איזון בלתי נאות בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס חברתי. בשונה מהמקרים שנדונו בסעיף הקודם, אין מדובר באדם שלישי (או בקבוצה מוגדרת של בני אדם) אלא בחברה ככזו.

**דוגמה 4: חופש הביטוי.** המשטרה נמנעת מלעצור את לאה אשר נוקטת צעדי מחאה פוליטיים הכוללים אף הסתה נגד קבוצה מסוימת בחברה. דברי ההסתה מניעים את משה לגרום נזק לרכושו של לוי.

שאלת אחריותם המשפטית של לאה או משה כלפי לוי אינה בתחום דיונונו. השאלה המעניינת אותנו כאן היא אם ראוי להטיל אחריות על המשטרה בגין רשלנות המתבטאת במחדל מלהגן על ביטחונו של לוי. נראה כי בית המשפט יבחן אם המשטרה איזנה כראוי בין האינטרס של לוי ובני הקבוצה שכלפיה הופנתה ההסתה לבין האינטרס החברתי בחופש הביטוי. אמנם אינטרס אחרון זה אינו רק אינטרס חברתי אלא אף אינטרס אישי של לאה, אולם יש להניח שעיקר המשקל יוחס על ידי המשטרה, בעת שהחליטה כיצד לנהוג, להיבט החברתי של חופש הביטוי, ופחות לזה האישי.

נניח עתה כי המשטרה התרשלה באיזון האינטרסים. מה מידת החיוניות בהטלת אחריות נזיקית עליה כלפי לוי? בדומה לדוגמות 2 (הרופא והחולה) ו-3 (הפצוע), אף בדוגמה 4 אינטרס המזיק אינו מעורב, לפחות לא ישירות.<sup>265</sup> ככל שהדבר נוגע להרתעה, הטלת אחריות אינה חיונית. אדרבה, הטלת אחריות יש בה כדי לגרום להרתעת יתר, ועל כן לא-יעילות. אם המשטרה תיאלץ לפצות ניזוקים ממעשי אלימות שנגרמו מהסתה, התמריצים שלה להגביל את חופש הביטוי יגברו: הסיכון לשאת באחריות משפטית בשל מעשי אלימות שהם תוצאה של ביטוי חופשי יהיה מוחשי יותר למשטרה מן הסיכון לשאת באחריות משפטית בשל הגבלת חופש הביטוי. במילים אחרות, המשטרה מחצינה את הנזק אם היא בוחרת בפעולה אחת (הגבלת חופש הביטוי), אך נושאת בנזק אם היא בוחרת בפעולה אחרת (אי-הגבלת חופש הביטוי).<sup>266</sup> ממילא התמריץ שלה להגביל את חופש הביטוי

265 המזיק הוא המשטרה, ואני מניח העדר זהות בין המשטרה לבין החברה אשר בשמה ולמענה היא פועלת. הנחת הדיון היא שלמשטרה, כגוף, אין אינטרס. לחברה, בהגדרה, יש אינטרס שהמשטרה תנהג באופן הטוב ביותר לחברה.

266 אם אינטרס המשטרה מזוהה באופן מוחלט עם האינטרס החברתי, אזי החצנה כזו אינה קיימת. הנחת הדיון היא כאמור העדר זהות כזו. ראו לעיל ה"ש 265. כן מניח הדיון שלמשטרה יש עניין לחסוך כספים מתקציבה, שאם לא כן היא לא תהיה מוטרדת כלל מהגשת תביעות משפטיות. במקרים מסוימים סנקציות שמחוץ לדיני הנוזיקין, כגון אלו שמתחום המשפט

יתעצם. בעיה זו, כך נראה, חריפה יותר בדוגמה 4 (חופש הביטוי) מאשר בדוגמה 3 (הפצוע), שבה איזון האינטרסים הוא בין אינטרסים של הניזוק לבין אלו של אדם שלישי. הטלת אחריות משפטית בדוגמה 3 מעמידה מלכתחילה את הנוהג ברכב בסיכון, בין שהוא בוחר לנסוע מהר (ומתורשל ביצירת סיכון להולכי רגל) ובין שהוא בוחר לנסוע לאט (ומתורשל ביצירת סיכון לפצוע במכוניתו). על כן קיים איזון מסוים, אשר עשוי להביא את הנוהג ברכב לנהוג במהירות סבירה. לא כן בדוגמה 4 (חופש הביטוי), שבה קיימת אי-סימטריה בולטת בסיכון האחריות המשפטית של המזיק: הפגיעה באינטרס החברתי לא ילווה בדרך כלל בסנקצייה משפטית כמו הפגיעה באינטרס הפרטי. אם כן, הדרך הבטוחה ביותר לגרום למשטרה בדוגמה זו שלא להזניח את האינטרס החברתי בחופש הביטוי היא שלא להטיל עליה אחריות אם תימצא מגנה על אינטרס זה הגנת יתר, על חשבון הפרט שנפגע. מובן שקיימים מצבים שבהם מסקנה זו אינה מתבקשת כלל ועיקר. לעתים הטלת אחריות על הרשות הציבורית כלפי הניזוק היא הדרך הבדוקה ביותר לתמרץ אותה שלא להתעלם מסיכון הפגיעה בניזוק, שלא להעדיף העדפה בלתי ראויה את האינטרס לסדר או לחיסכון בתקציב על אינטרס הניזוק, או שלא להפלותו לרעה מאחרים. במקרים אלו הטלת אחריות על הרשות חיונית ביותר, שכן הם קרובים לקטגוריה הראשונה של מקרים יותר מאשר לזו הרביעית.

היבט הצדק מורכב הרבה יותר. מצד אחד מזיק החוטא בהגנת יתר על אינטרס חברתי אינו פגום בדרך כלל מוסרית כמו מזיק המעדיף לקדם אינטרסים שלו, ודאי אם הדבר נעשה תוך כדי זלזול באינטרס הזולת או אי-אכפתיות כלפיו (דוגמה 1 – הנוהג). לעתים הוא אף ראוי ליחס מקל לעומת מזיק אשר העדיף אינטרס של אדם שלישי על האינטרס של הניזוק, מסיבות בלתי ראויות, כפי שיכול שיקרה בדוגמה 3 (הפצוע). מצד אחר האינטרס של הניזוק בהטלת אחריות חזק כאן במיוחד. אפשר לטעון שאדם שנפגע משום שאדם אחר קידם אינטרסים שלחברה יש עניין בהם, ראוי שיפוצה בגין נזקיו אף בלעדי רשלנות, שאם לא כן יימצא מוקרב על מזבח החברה.<sup>267</sup> ממילא כאשר המזיק התרשל בייחסו לאינטרס החברתי משקל יתר ובכך פגע בניזוק, ההצדקה להטלת אחריות, ככל שהדבר נוגע לאינטרס הניזוק, חזקה במיוחד. דברים אלה יפים בראש ובראשונה מהיבט אינטרס הניזוק לאחר מעשה אך גם מהיבט האינטרס שלו לפני מעשה: האינטרס של הניזוק לפני מעשה הוא שתוטל אחריות על המזיק כדי שלא ייזנח האינטרס שלו למען קידומו של האינטרס החברתי.

כיצד מאזנים בין שיקולי הצדק הנוגעים למזיק לבין אלו הנוגעים לניזוק? נראה שכאשר המזיק הוא גוף ציבורי, כדוגמה 4 (חופש הביטוי), הטלת אחריות היא פתרון מועדף מהיבט הצדק. הטעם לכך הוא שהפיצוי לניזוק ממומן על ידי החברה, אשר במהלך קידום

המנהלי, עשויות למתן את נטייתה של המשטרה להגביל את חופש הביטוי יתר על המידה, כמתואר בטקסט. בדוגמה 4, כך נראה, סנקציות אלו אינן בעלות משקל רב.

267 ראו הדין בתפיסת הצדק החלוקתי של גרגורי קיטינג, לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1.

האינטרסים שלה נגרם הנזק. כפי שאדם נושא בסיכון שאם יתרחש ויפריז בהגנת האינטרסים שלו על חשבון הזולת יישא בנזקי הזולת, כך ראוי, ואף יותר, כאשר המזיק הוא החברה או גוף הפועל מטעמה והממומן מכספי ציבור.<sup>268</sup> אפילו אם שיקולי הרתעה מערערים במידה מסוימת את הצורך בהטלת אחריות, נראה שבאיזון הכולל של צדק והרתעה הטלת אחריות חיונית.<sup>269</sup>

אם לעומת זאת מזיק פרטי הוא שביקש לקדם אינטרס חברתי ואגב מתן משקל יתר לאינטרס זה גרם נזק לאחר, הטלת אחריות עליו, מהבט הצדק, חיונית פחות. שיקולי הרתעה אך מחזקים מסקנה זו. הדוגמה הבאה ממחישה סוג זה של מקרים.

**דוגמה 5 : הטיול.** דן הוא מדריך בחברה להגנת הטבע. הוא מוביל קבוצת מטיילים במדבר יהודה, ובשלב מסוים נדרש לבחור אחד משני צירי תנועה: האחד עובר בשטח שבו מעבר בני אדם עלול לפגוע בנוף ובטבע, והשני עובר בשטח שבו פגיעה כזו אינה סיכון ממשי, אולם מעבר בו כרוך בסיכון גבוה יותר למטיילים. דן בוחר בציר השני. ג, אחד המטיילים, נופל מצוק ונפגע בגופו אגב הצעידה בציר שנבחר.

השאלה אם דן התרשל תלויה בשאלה אם בחר באיזון ראוי בין הערך החברתי של שימור הנוף והטבע לבין הסיכון שיצר כלפי המטיילים. ייתכן שלא התרשל כלל. עצם העובדה שציר התנועה שבו בחר טמן בחובו סיכונים רבים יותר למטיילים מאשר ציר תנועה אחר אינה מלמדת על רשלנותו. אולם אפילו אם התרשל, הטלת אחריות עליו חיונית מהיבט ההרתעה פחות מהטלת אחריות על המשטרה, בדוגמה 4 (חופש הביטוי). החשש שהטלת אחריות תמנע התחשבות מצדו מלכתחילה בשיקול של שימור הנוף והטבע גדול מאוד, ואולי אף יותר מהחשש המקביל בדוגמה 4. אף מהיבט הצדק למזיק חיוניות הטלתה של אחריות בדוגמה 5 אינה רבה. דן, זאת יש לזכור, פעל למען אינטרס חברתי, ועתה הוא נדרש לשלם את מחיר הגנתו של אינטרס זה. המקרה אינו דומה למקרה שבדוגמה 4, שבו מימון הפיצוי נעשה על ידי החברה אשר להגנת האינטרס שלה נחלץ המזיק.<sup>270</sup> מנגד, בצדק יטען ג, כי אין הוא צריך לשלם את מחיר הגנת האינטרס החברתי האמור, ודאי כאשר הגנה זו כרוכה ברשלנות (צדק לניזוק אחרי מעשה). אף האינטרס של ג, מלכתחילה הוא שבנסיונותיה של דוגמה 5 (צדק לניזוק לפני מעשה) תוטל אחריות על דן.

268 לדיון באחריות של רשויות ציבוריות ראו להלן פרק 5.

269 לסיטואציות מן הסוג המיוצג על ידי דוגמה 4 (חופש הביטוי) ראו ע"א 796/80 אוחנה נ' אברהם, פ"ד לז(4) 337, 343 (1983); ע"א 559/77 למפרט נ' מ.י., פ"ד לג(3) 649, 651 (1979).

270 אם דן חשוף לסנקצייה פלילית במקרה שיפגע בנוף ובטבע, החשש שהטלת אחריות נזיקית עליו בדוגמה 5 תביא לפגיעה רבה מדי בנוף ובטבע, יפחת.



שיקולי הצדק במקרה זה אינם אפוא כה חדים כבדוגמה 4, ושיקולי ההרתעה מעוררים ספק רב אם הטלת אחריות על המזיק מועילה או מזיקה.<sup>271</sup> במקרים שבהם רשלנותו הנטענת של הנתבע מתבטאת באיזון כושל בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס חברתי, הנטייה של בתי המשפט להטיל אחריות בגין רשלנות קטנה יותר מאשר בקטגוריית המקרים הראשונה. פסק דין אמריקאי ידוע שנפסק במאה התשע-עשרה ממחיש זאת היטב: בניסיונו של הנתבע להפריד בין כלבים ניצים הוא פגע במקלו בתובע שעמד בסמוך. בית המשפט האמריקאי דחה את תביעתו של הניזוק בהדגישו את האינטרס החברתי שבהפרדה בין הכלבים.<sup>272</sup> דוגמה אחרת הממחישה גם היא רתיעה של בתי משפט מלהטיל אחריות על מזיק השוקל את אינטרס הניזוק אל מול האינטרס החברתי, מצויה בהלכה שנהגה שנים רבות באנגליה ושעל פיה אין מוטלת אחריות על עורך דין כלפי לקוחו בגין ניהול רשלני של התדיינות בבית המשפט. אחת הסיבות שהובילו לקביעתה של הלכה זו היא החשש שסיכון האחריות המשפטית יעמיד את עורך הדין במצב של ניגוד אינטרסים, בין זה של לקוחו מצד אחד לבין זה החברתי, המתבטא בהיותו של עורך הדין Officer of the Court מצד אחר.<sup>273</sup>

פסקי דין רבים שניתנו בארץ המדגימים את הקטגוריה הרביעית עוסקים הן במקרים שבהם הרשות היא הנתבעת והן במקרים שבהם נתבע אדם שאינו הרשות. במקרה אחד עלתה השאלה אם המדינה התרשלה במתן חיסון משולש (נגד שעלת, צפדת וקרמת) אשר גרם נזק כבד לניזוק. בית המשפט דחה את התביעה בהדגישו את התועלת שיש לציבור במתן החיסון.<sup>274</sup> במקרה אחר נדונה תביעה של עובד משרד הביטחון אשר הותקף על ידי מחבלים ונפגע. לטענתו, שנדחתה בסופו של דבר, התרשלה המדינה בכך שלא הנהיגה שיטת עבודה בטוחה ולא נקטה אמצעי זהירות מיוחדים לשם מניעת הפיגוע, ואילו הייתה עושה כן יכול שהנזק היה נמנע. בין היתר התייחס בית המשפט העליון לטענה היפותטית (שהתובע לא העלה) שעל פיה היה אפשר להימנע מן העבודות הביטחוניות שבהן הועסק התובע ובכך למנוע את הנזק, ודחה אותה על הסף. אופן האיזון על ידי המדינה בין צורכי הביטחון לבין ביטחונם של התובע לא נראה לבית המשפט עניין שראוי לבחון.<sup>275</sup> במקרה שלישי עלתה השאלה אם המדינה התרשלה בגייסה לצבא אדם בעל פלילי אשר לימים השתמש בנשק שהגיע לידיו בשירותו הצבאי לשם ביצוע רצח. גם תביעה זו נדחתה, ונראה

271 דוגמה 5 מזכירה במידת מה את הסיטואציה שנדונה בעניין צור, לעיל ה"ש 37, ותיאור עובדותיו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 278.  
 272 Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850).  
 273 Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co., [1978] 3 All E.R. 1033 (H.L.). לסיבות אפשריות נוספות, ראו פורת, לעיל ה"ש 198, בעמ' 388; יעקב, לעיל ה"ש 205.  
 274 ע"א 470/87 אלטורי נ' מ.י., פ"ד מז(4) 146, 153 (1993).  
 275 עניין למפרט, לעיל ה"ש 269, בעמ' 651.

שהערך החברתי שבגיוס מרב האזרחים לצבא, הנשקל אל מול הסכנה שנוצרת כלפי בני הציבור בשל גיוס אדם בעל עבר פלילי, היה סיבה מרכזית לפסיקתו של בית המשפט.<sup>276</sup> גישה זו, העולה משני פסקי הדין האחרונים, השוללת כמעט על הסף כל אפשרות שאדם התרשל באיזון שבין אינטרס לאומי ביטחוני לבין האינטרס של הניזוק לביטחונו האישי, ניכרת בפסק דין נוסף שבו לא הייתה הנתבעת רשות ציבורית. באותו מקרה שלחה מעבידה עובד שלה לעבד אדמה על הגבול הסורי, וזה נפגע מיריות שנורו לעברו. תביעתו נגד המעבידה נדחתה, ובית המשפט העליון קבע:

“כאשר סכנה ציבורית נשקפת לציבור כולו או לחלק ניכר מהציבור, והציבור – מטעמים הידועים לכולנו – מקיים את אורח חייו הרגיל על אף הסכנה, נראה לי שלא בנקל נמצא עילה להאשים מעבידים בחוסר דאגה לשלום עובדיהם או את אלה בחוסר דאגה לשלום עצמם. מונחים כגון רשלנות והפרת חובת זהירות מקבלים משמעות שונה ממשמעותם הרגילה כשמדובר בדפוסי התנהגות שציבור הנתון בסכנה מסגל לעצמו כדרך יחידה לקדם את פני הרע.”<sup>277</sup>

עניין אחר עלתה במשפט פלילי שאלת רשלנותם של מדריכים אשר הוציאו קבוצת מטיילים לטיול, ואחדים מהם נספו בו בגלל שיטפונות. בית המשפט העליון זיכה את המדריכים מעברת גרם מוות ברשלנות, בהדגישו את הערך של החינוך לאהבת הארץ, העומד לעתים אל מול הערך של ביטחונם האישי של המטיילים.<sup>278</sup> היות שעל פי פסיקת

276 עניין אוחנה, לעיל ה"ש 269, בעמ' 343.  
277 ע"א 491/73 גדולי החולה בע"מ נ' מחרוז, פ"ד כט(2) 32, 38 (1975).  
278 עניין צור, לעיל ה"ש 37. וכך קובע בית המשפט: "כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסוימת יש להביא בחשבון, בין היתר, גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע, אם סביר היה לדרוש הימנעות מהפעולה, מקום שאין דרך לבצע את הפעולה ללא סכנה. במקרה דנן אין ספק בחשיבות הפעולה. עריכת טיולים לשם הכרת הארץ... כל מחנך יכיר בחשיבות המשימה. היא יוצרת קשרי אהבה ושייכות ויחס של כבוד לטבע וסודותיו. כך נגדל דור המתמצא בארצו והמעורה בה. ואני מרהיב עוז בנפשי ומוסיף שדווקא הקושי הפיסי ודווקא הסיכון הכרוכים לעיתים בטיולים אלה, מהווים אתגר לבני נוער... סבורני שערך חינוכי ולאומי זה צריך לשמור עליו מכל משמר, וחלילה שיעלה מפסיקתנו כי שומר נפשו מוטב לו להימנע מעריכת טיולים כאלה, שיש בהם סיכון כלשהו. ולא באתי לעודד קלות דעת או הרפתקנות חסרת רסן. אך עד שאדרוש מהמערערים לתת ל-17 חיילים צעירים וחסונים שבחסותם את הפקודה להפסיק את הטיול ולחזור כלעומת שבאו – ולא, יתחייבו בנפשם – ברצוני לתת דעתי גם על רגש התסכול והרושם החינוכי השלילי העלולים להיווצר בלב המשתתפים מגישה הססנית מופרזת כזאת." אפשר לפרש דברים אלו של בית המשפט אף כאיזון בין האינטרסים השונים של הניזוקים, בינם לבין עצמם (הקטגוריה השנייה).  
לגישה שונה מזו העולה מעניין צור ראו את ע"א 702/87 מ.י. נ' כהן, פ"ד מח(2) 705 (1994). באותו עניין נתבעה החברה להגנת הטבע על ידי מטייל שנפל לתהום בטיול שארגנה החברה.

בתי המשפט סטנדרט הזהירות הנדרש על פי עברת גרם המוות ברשלנות זהה לסטנדרט הזהירות הנדרש על פי עוולת הרשלנות, יש להניח שתביעת פיצויים של משפחות המטיילים שנספו נגד המדריכים הייתה נדחית מאותו נימוק ששימש את בית המשפט לזיכויים בהליך הפלילי.

לא קל להסכים עם כל פסיקותיו אלו של בית המשפט העליון (שלושה מתוך ארבעת פסקי הדין האחרונים ניתנו על ידי השופט ויתקון). חלקן ניתנו לפני שנים רבות, שעה שהשיקול הביטחוני הילך קסמים על בתי המשפט. מכל מקום פסקי הדין מבליטים את המתח הקיים לא אחת שעה שהאיזון הנטען להיות רשלני הוא בין אינטרס של הניזוק לבין אינטרס חברתי: קיים טיעון חזק מאוד של צדק שעל פיו לא ראוי שהפרט ישלם את מחיר קידומו של האינטרס החברתי, יהא חשוב ככל שיהא, ודאי כאשר מי שקידם אינטרס זה נהג ברשלנות. טיעון זה חזק במיוחד כאשר רשות ציבורית היא המזיקה. מנגד, כאשר בהרתעה עסקינן, הטלת אחריות על המזיק אשר העדיף ברשלנותו אינטרס חברתי על אינטרס הניזוק אינה חיונית במיוחד, בוודאי לא כבקטגוריית המקרים הראשונה. המתח אפוא בין הרתעה לבין צדק לניזוק חריף כאן במיוחד.

## 5. אינטרסים שונים של המזיק

כפי שראינו לעיל, לעתים נקיטת אמצעי זהירות על ידי המזיק מפחיתה לא רק את הסיכון לאחרים אלא גם את הסיכון לו עצמו.<sup>279</sup> במקרים אלו על המזיק לאזן לא רק בין האינטרסים שלו לבין אלו של הניזוק אלא אף בין האינטרסים שלו עצמו המושכים לכיוונים מנוגדים. הדוגמה הבאה תמחיש סוג כזה של מקרים.

**דוגמה 6 :** המדרגות. דינה, אורחת של משה, מחליקה במדרגות התלולות בביתו, וניזוקה בגופה. משה היה יכול להקטין את סיכון ההחלקה במדרגות

התברר שקבוצת מטיילים שעמה נמנה התובע הובלה על ידי מדריך של החברה בשביל מסוכן ברמת הגולן שהיה אסור להליכה, וכך התובע ניזוק. בית המשפט העליון הטיל אחריות על החברה למרות מודעותו לדברי בית המשפט בעניין צור, שעל פיהם אין להחמיר יתר על המידה עם מארגני טיולים. לדברי בית המשפט (שם, בעמ' 713): "גם דברי האזהרה של השופט ויתקון ז"ל ב... צור נ' מדינת ישראל... , שבקביעת רמת ההתנהגות הראויה המוטלת על מארגני טיולים אין להחמיר יתר על המידה עד כדי שהללו עלולים להימנע מעריכתם ולכן לפגוע בערך הלאומי של הכרת הארץ, אתריה ונופיה, אינם יכולים לשמש היתר להפקרות". חשוב להדגיש כי בעניין כהן היה מדובר בהתנהגות אשר הגורמים המוסמכים החליטו מלכתחילה לאסרה (כאמור היה מדובר בשביל אסור להליכה): הטלת אחריות על מדריך שאינו מציינת לאיסור מפורש אינה יוצרת סיכון ניכר להרתעת יתר, כהטלת אחריות במקרים שבהם המדריך נדרש להפעיל שיקול דעת ולהחליט כיצד לנהוג.  
279 לעיל פרק 1, סעיף 4.

לו התקין מעקה בטיחות, אך הוא נמנע מלעשות כן. אילו היה מעקה, היה הנזק נמנע.

המקרה המוצג בדוגמה 6 מייצג לכאורה את סוג איזון האינטרסים המומחש בדוגמה 1 (הנהג): אינטרסים של המזיק מצד אחד, ואינטרסים של הניזוק מצד שני. אם משה התרשל, אין זאת אלא שהעדיף את האינטרסים שלו על אלו של אורחיו, וממילא, מהסיבות שפורטו, הטלת אחריות עליו תהא בדרך כלל חיונית. אמת, אפשרות זו אכן קיימת. אולם קיימת אפשרות נוספת, ועל פיה משה נכשל באיזון האינטרסים שלו עצמו: התקנת מעקה בטיחות עולה למשה כסף, אך בה בעת מפחיתה את סיכוניו שלו להחליק במדרגות. הנטל נטו של משה במניעת הנזק הוא ההפרש שבין עלות התקנת מעקה הבטיחות לבין ההפחתה בסיכון למשה אם יותקן מעקה הבטיחות.<sup>280</sup>

מכאן שרשלנותו של משה תלויה בשאלה אם בעת שלא התקין את מעקה הבטיחות איזן כראוי בין שלושה אינטרסים: האינטרס שלו שלא לבזבז את משאביו הכספיים (התקנת מעקה בטיחות); האינטרס שלו לבטיחות; האינטרס של אורחיו לבטיחות. ייתכן שרשלנותו היא תוצאה של אי-התחשבות ראויה באינטרס האחר, שאז הטלת אחריות עליו חיונית ביותר (הקטגוריה הראשונה). אך ייתכן גם שרשלנותו היא תוצאה של איזון לא ראוי בין האינטרסים שלו, בינם לבין עצמם. למשל, ייתכן שמשה סבר בטעות שהתקנת המעקה תפחית את הסיכון שלו במידה פחותה מכפי שהיה מופחת הסיכון למעשה, ובשל הערכתו הנמוכה של האינטרס העצמי שלו, ובשל כך בלבד, נגרמה רשלנותו. הטלת אחריות עליו במקרה מעין זה לא הייתה גורמת לו בהכרח להתקין מעקה בטיחות. אם באמת סבר שטובת ההנאה שתיגרום לו מן המעקה נמוכה מאוד, ייתכן שהיה מעדיף שלא להשקיע במעקה הבטיחות אף באיום של אחריות משפטית.<sup>281</sup> יתרה מזו, התנהגותו אינה פגומה מוסרית, שכן לכל היותר את ביטחונו שלו לא שקל כראוי, אך לא את זה של האחר. שיקולי צדק הנוגעים למזיק אינם מחייבים אפוא הטלת אחריות עליו.

הקושי העיקרי הוא כמובן השאלה מהי הסיבה שבגינה משה לא התקין מעקה בטיחות. הטלת אחריות עליו תפחית את הסיכויים שיעדיף העדפה בלתי ראויה את האינטרס שלו על

280 ראו הסבר מפורט יותר על ה"נטל נטו", לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 44 ו-57.  
281 נניח שעלות התקנת מעקה הבטיחות היא 100, הסיכון לאחרים 75 והסיכון העצמי 75, אלא ש משה חושב בטעות שהסיכון העצמי שלו הוא 5 בלבד, אך את הסיכון לאחרים הוא מעריך כראוי. הטלת אחריות עליו (100 < 150) לא תגרום לו להתקין מעקה בטיחות, שכן הוא סבור (בטעות) שהסיכון הכולל שהתקנת המעקה תפחית הוא 80 בלבד. לאור זה אפילו אם היה יודע שתוטל עליו אחריות, לא היה מתקין את המעקה (80 > 100). הוא אף היה חושב שלא תוטל עליו אחריות, שכן מנקודת מבטו המוטעית עלות אמצעי הזהירות (100) גבוהה מהסיכון שיופחת בשל נקיטתם (80), ועל כן אינו רשלין.

זה של הזולת. החשש אפוא שמשל נכשל באיזון בין אינטרס עצמי שלו לבין אינטרס הזולת, וכי המקרה נופל למעשה בגדרה של הקטגוריה הראשונה של המקרים, עשוי בכל זאת לחייב הטלת אחריות עליו, מכל הסיבות שבגינן ראוי להטיל אחריות על אדם שהעדיף שלא כראוי את אינטרס עצמו על אינטרס הזולת.<sup>282</sup>

## 6. סיכום

הטבלה דלהלן מסכמת את מידת החיוניות שבהטלתה של אחריות נזיקית בחמשת המצבים שנדונו בפרק זה, על פי סוגי השיקולים שלאורם נבחנה חיוניות זו:

סוג השיקולים/ קטגוריה	הרתעה	צדק למזיק	צדק לניזוק "לאחר מעשה"	צדק לניזוק "לפני מעשה"
1. אינטרס מזיק- אינטרס ניזוק	חיוני מאוד	חיוני מאוד	חיוני מאוד	חיוני מאוד
2. אינטרס ניזוק-אינטרס ניזוק	לא חיוני, לעתים מזיק	לא חיוני	לא חיוני	לא חיוני, לעתים מזיק
3. אינטרס ניזוק-אינטרס אדם שלישי	חיוני	חיוני	חיוני	חיוני
4. אינטרס ניזוק-אינטרס חברתי	לעתים חיוני, לעתים לא חיוני, לעתים מזיק	החברה ממנת – חיוני; פרט מממן – לא חיוני	חיוני מאוד	חיוני
5. אינטרס מזיק- אינטרס מזיק	חיוני	חיוני	חיוני	חיוני

עיון בפסיקת בתי המשפט מלמד ששיקול סוג איזון האינטרסים שבו נכשל המזיק אינו מוזכר בשמו. עם זאת פסיקת בתי המשפט עולה לא אחת בקנה אחד עם שיקול זה, ונראה

282 לעיל סעיף 1.

שהוא משפיע על שיקול דעתם של השופטים אפילו אין הם מגדירים אותו במדויק. השפעתו על שיקול דעתם של השופטים אפשרית בשני מישורים: מישור חובת הזהירות ומישור סטנדרט הזהירות. כך, במקרים מסוימים בית המשפט עשוי לפסוק שלא קמה חובת זהירות בסוג מסוים של מקרים כאשר סוג איזון האינטרסים שבו מדובר מביאו למסקנה זו. במקרים אחרים בית המשפט עשוי להתחשב בשיקול סוג איזון האינטרסים בעת שהוא קובע את סטנדרט הזהירות הנדרש מן המזיק כשקיימת חובת זהירות.

בחינת פסיקתם של בתי המשפט במקרים הנמנים עם ארבע קטגוריות המקרים הראשונות שנדונו לעיל מלמדת שבתי המשפט נוטים להטיל אחריות בגין רשלנות ביתר קלות כאשר איזון האינטרסים שבו נכשל המזיק הוא בין האינטרס שלו לבין זה של הניזוק, והם הססניים יותר בהטלת אחריות כאשר כישלוננו של המזיק נוגע לאיזון האינטרסים השונים של הניזוק עצמו, של הניזוק ואדם שלישי או של הניזוק והחברה. הקטגוריה החמישית מוכרת בפסיקה פחות, ועל כן קשה להגיע למסקנות בעניינה.<sup>283</sup> עם זאת אפשר למצוא פסקי דין אשר אינם עולים בקנה אחד עם התאוריה המוצעת בפרק זה. במקרים אחרים קשה לדעת אם לשיקול של סוג איזון האינטרסים שבו נכשל המזיק היה משקל כלשהו בהחלטתו של בית המשפט. לבסוף, לעתים קשה לדעת מהו סוג איזון האינטרסים שבאיזונם נכשל המזיק, שאז ממילא אין לצפות להשפעתו של שיקול זה על החלטתו של בית המשפט.<sup>284</sup>

283 אם כי היא הוכרה בעניין ולעס, לעיל ה"ש 52, והדיון לעיל פרק 1, סעיף 4.ג.  
284 לדיון בתרופת הפיצויים הראויה במקרים שבהם המזיק הרשלן נכשל באיזון האינטרסים השונים של הניזוק, באינטרסים של הניזוק וצדדים שלישיים או באינטרסים של הניזוק והחברה בכללותה, ראו להלן חלק ג, פרק 10.

## אחריות בגין מחדל טהור וחובת הצלה

1. הצדקות אפשריות לאי־הכרה בחובת הצלה; א. הגבלת חופש פעולה; ב. גורם ראשוני לעומת גורם משני; ג. קווי גבול; ד. מתן הזדמנות להתנהגות מוסרית; ה. בעיות יישום; ו. הרתעת מצילים בכוח מלהיכנס למצב שבו הם נדרשים להציל; ז. מוגבלות השפעתה של חובת הצלה על תמריצי התנהגות. 2. המשפט הנוהג ועידוד עקיף להצלה; א. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח–1998 וחיקוקים נוספים; ב. עידוד הצלה ותגמולה. 3. חריגים לכלל של העדר חובת הצלה.

מחדל טהור של אדם הוא מחדל שלא נלווה לו מעשה כלשהו של אותו אדם. אדם גורם נזק במחדל טהור באי־מניעת נזק אשר התממש מסיכון שלא הוא יצר אותו. למשל, אדם שלא הציל אדם אחר שנפל לברכה וטבע, אף שהיה יכול לעשות זאת, גרם למותו של הטובע במחדל טהור. מחדלים רבים נלווים למעשים ומשפיעים על הערכת המעשה כעולתי. אלו אינם מחדלים טהורים. למשל, נהג שפגע בהולך רגל בגלל מחדלו מלבול את הרכב גרם נזק במחדל שאינו מחדל טהור. למעשה, הפגיעה בניזוק נגרמה ממעשה הנהיגה, ואם המחדל מלבול את הרכב היה בלתי סביר, הפגיעה תיחשב לרשלנית. שיטות המשפט השונות זהירות מאוד בהטלת אחריות על מחדלים טהורים, בתחום דיני הנזיקין כבתחום דיני העונשין. במילים אחרות, קיימת רתיעה מלהטיל חובת עשייה למען הזולת או חובת הצלה אלא בקטגוריות מוגדרות של מקרים (משמעות הביטויים "הצלה", "מציל" ו"ניצול" בפרק זה היא פעולה להגנת הזולת, הפועל להגנת הזולת, ומי שפועלים להגנתו, בהתאמה). המשפט המקובל האנגלו־אמריקאי אינו מטיל בדרך כלל חובת הצלה – הנקראת לא אחת "חובת השומר ה טוב" – ואילו מרבית שיטות המשפט האירופיות מטילות חובה הצלה מצומצמת במצבים קיצוניים של הצלה "קלה", דהיינו הצלה שאינה כרוכה בסיכון של המציל ואינה דורשת ממנו השקעת משאבים רבים.<sup>285</sup> בארצות הברית

285 לסקירה השוואתית ראו אליעזר בן שלמה "החובה להציל נפשות" הפרקליט לט 414 (1990); Saul Levmore, *Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations*, 72 VA. L. REV. 879, 913–28 (1986).

שלוש מדינות (בלבד) חוקקו חוקים המחייבים הצלה "קלה".<sup>286</sup> בשנת 1998 נחקק בארץ חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ההולך בעקבות שיטות המשפט האירופיות. תחולתו של החוק מצומצמת, כפי שניווכח להלן.

השאלה אם ומתי ראוי להכיר בחובת הצלה באמצעות דיני הרשלנות נוגעת לחובת הזהירות ולא ליסוד ההתרשלות. במקרים רבים אילו היה נבחן אם המזיק שמחדלו הטהור גרם לנזק התרשל, התשובה החד-משמעית הייתה חיובית, שכן במקרים רבים ראוי – בין על פי נוסחת לרנד הנד ובין על פי תאוריה מוסרית אחרת – שאדם יפעל להצלת הזולת. שאלה אחרת היא אם רצוי להטיל עליו אחריות נזיקית אם לא עשה כן. התשובה לשאלה זו קשה יותר – האינטואיציה הראשונית היא שיש הבדל רב בין הטלת אחריות על אדם שגרם לנזק באופן אקטיבי, במעשה, לבין מי שגרם לנזק בהתנהגותו הפסיבית. הסעיף הבא עוסק בהצדקות האפשריות לכך שאין להכיר בחובת הצלה כללית, או לפחות לכך שהמשפט צריך להיות זהיר בהטלת אחריות נזיקית בגין מחדל טהור יותר מאשר בגין מעשה.

## 1. הצדקות אפשריות לאי-הכרה בחובת הצלה

### א. הגבלת חופש פעולה

אחריות על מעשה כמו גם אחריות על מחדל מגבילה את חופש הפעולה של אדם כדי להגן על בטיחותו של הזולת. אלא שמידת ההגבלה על חופש הפעולה משתנה ממעשה למחדל: אחריות בגין מעשה מחייבת אדם שלא לנהוג בדרך מסוימת (או בדרכים מסוימות) אך מותרת לו מגוון רחב של דרכי פעולה אחרות. לעומת זאת אחריות בגין מחדל מחייבת אדם לנהוג בדרך מסוימת ואינה מותרת לו דרכי פעולה אחרות. אחריות בגין מחדל היא אפוא הגבלה רבה יותר על חופש הפעולה מההגבלה של אחריות בגין מעשה,<sup>287</sup> ומכאן הטיעון שהאחריות הראשונה צריכה להיות נדירה מהאחרונה.

טיעון זה אינו משכנע במיוחד כאשר ההצלה היא קלה, ואף קצרה בזמן. קשה לראות מדוע ההתערבות בחופש הפעולה של אדם הנדרש להשליך חבל לאדם אחר הטובע בברכה רבה מהתערבות אחרות בחופש הפעולה של יוצרי סיכונים בדרך של מעשה.

286 נכון לשנת 2006: David Hayman, *Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the* (2006) 84 TEX. L. REV. 653, 663-8. כפי שמראה היימן, בשלוש המדינות שחוקקו חוקי הצלה (מינסוטה, ורמונט ורוד איילנד) לא נרשם לפני חקיקת החוק ולו מקרה אחד של אי-הצלה "קלה". בסך הכול, על פי הנתונים שבידי היימן, קיימים במוצע רק 1.6 מקרים של אי-הצלה "קלה" בשנה בכל רחבי ארצות הברית.

287 Epstein, *supra* note 77, at 203-4.



### ב. גורם ראשוני לעומת גורם משני

מחדל טהור הוא לעולם גורם משני לנזק: מישהו אחר (או הניזוק עצמו) הכניס את הניזוק למצב שבו הוא זקוק להצלה, והמציל בכוח "רק" כשל במניעת הנזק. למשל, במקרה של האדם הטובע בברכה, מישהו אחר (או הניזוק עצמו) גרם לטביעה במעשה, ואילו המציל בכוח, הגם שבמובן מסוים גרם לנזק, לא גרם לו במובן החזק של המילה.<sup>288</sup> תורות מוסר דאונטולוגיות (דהיינו, תורות מוסר הבוחנות את מוסריות הפעולה בנפרד מתוצאותיה) מבחינות בדרך כלל בין גרם נזק במעשה לבין גרם נזק במחדל,<sup>289</sup> וההבחנה בין גורם ראשוני לבין גורם משני היא הנמקה אפשרית להבחנה זו.

מה מבדיל את הגורם הראשוני לנזק (המעשה) מן הגורם המשני לנזק (המחדל), אשר מצדיק הבחנה כה חדה ביניהם בכל שיטות המשפט? הברדל אחד בין גורם ראשוני לבין גורם משני הוא שברגיל גורם ראשוני עולתי לנזק יש רק אחד, אולם גורמים משניים יכולים להיות רבים. הגורם המשני אפוא יהיה לעתים קרובות שותף לאחריות עם גורמים אחרים, ושותפות זו יכולה לעתים – אך לא תמיד – להפחית מן האשם המוסרי שבו. כך, אם אדם נמנע מלהציל את הטובע בברכה, ייתכן שהזדמנות ההצלה עמדה גם בפני אחרים שנכחו בסביבה. אם כך, ייתכן שכל אחד מן הנוכחים שנמנע מלהציל העריך שקיימת הסתברות מסוימת שאחרים יצילו, ולכן בין היתר נמנע מלהציל. האפשרות הממשית שאחרים יצילו את הטובע מפחיתה, או כך לפחות אפשר לטעון, מן האשם המוסרי של כל אלו שלא הצילו.<sup>290</sup> אשם מוסרי זה קטן מן האשם המוסרי שיש לייחס לאחד והיחיד אשר גרם לטובע לטבוע מלכתחילה, כגון זה שדחף אותו לברכה בידעו שאינו יודע לשחות. מובן שלא תמיד מאפיין זה של מקרי הצלה מתקיים, שהרי לא אחת המציל בכוח הוא אחד ויחיד ובלתו אין. אך המשפט כידוע קובע לא אחת כללי התנהגות לקבוצת מקרים על פי מאפייניו של המקרה הטיפוסי, ואלו חלים לעתים גם על המקרה הלא טיפוסי.

### ג. קווי גבול

גם אם תוטל חובת הצלה רחבה, די ברור שהיקפה לא יהיה דומה להיקף החובה שמוטלת על מי שגורם נזק במעשה. לפיכך חובת הצלה דורשת התוויית קווי גבול, אלו קשים

Epstein, *id.*, at 189–94 288

ZAMIR & MEDINA, *supra* note 19, at 41–48, 60–70 289

290 כאשר להצלה יש עלות וקיימים כמה מצילים אפשריים, אפילו אם מוטלת אחריות משפטית על כולם אם לא פעלו, לעתים לכל אחד מהם לא יהיה כדאי לפעול אלא לשאת בחלק מן הנזק. לדין בסוג זה של מצבים ראו Alon Harel & Assaf Jacob, *An Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law: The Principle of Salience*, 3 THEORETICAL INQ. L. 413, 422 (2002).

לסרטוט, ומכאן שרתיעת המשפט להטיל חובה כזו מלכתחילה מוצדקת. נוסחת לרנד הנד, אשר מתווה לכאורה קווי פעולה לפי אמות מידה חדות וברורות, אינה מתאימה למחדלים: על פיה אדם היכול להציל אדם אחר ממוות ודאי במחיר של סיכון ממשי לחייו שלו חייב לעשות כן, ואך ברור הוא שאף שיטת משפט אינה צפויה לאמץ עמדה כזו.

הקושי בסרטוט קווי הגבול ניתן להמחשה באמצעות דוגמה שריצ'רד אפשטיין משתמש בה:<sup>291</sup> נניח שאדם בא לביתו של אחר ומבקש ממנו תרומה של עשרה דולר. הוא מסביר לו שהכסף ישמש להצלת חייו – או לפחות להארכת חייו – של ילד גווע ברעב במדינה מוכת מלחמה. נניח שהמתרים דוברי אמת. האם סירוב לתרום עשרה דולר יכול להוות בסיס לתביעת נזיקין של גרם מוות ברשלנות (או אולי אף לכתב אישום פלילי)? נדמה שלא יכול להיות ספק בהיות התשובה לשאלה זו שלילית. אך אם כך הדבר, במה שונה מקרה זה מן המקרה שבו אדם נדרש להשליך חבל למים כדי להציל אדם הטובע בכרכה? אם במקרה הראשון אחריות נזיקית אינה מוטלת, כך צריך להיות אף במקרה האחרון.

אפשר כמובן להצביע על הבדלים חשובים בין המקרים: ראשית, רבים אחרים יכולים לתרום את עשרת הדולרים – כולל מדינות וארגונים – ועל כן אין סיבה מיוחדת להניח שאף על פי שהאדם שאליו פנה המתרים לא ניא את לתרום, הילד שבשבילו נדרשה התרומה לא יינצל על ידי אחרים. לעומת המקרה בכרכה שבו השותפים לאחריות הם מעטים, ולעתים אינם קיימים כלל, במקרה של תרומת עשרת הדולרים השותפים רבים מאוד ובעלי יכולות פעולה עדיפות על האדם שסירב לתרום. שנית, אם יחויב האדם שאליו פנה המתרים לתרום את עשרת הדולרים, לא יהיה לכך סוף: למרבה הצער מיליונים רבים של בני אדם בעולם זקוקים נואשות לתרומות, ותוך זמן קצר ימצא עצמו אותו אדם (כמעט) חסר כול. למעשה, שיטת משפט שתאמץ כלל של חובה לתרום במקרה מעין זה תביא לביטולו בפועל של מוסד הקניין הפרטי ותפחית מן התמריצים של בני אדם לצבור ממון, לעבוד ולחסוך, על כל המשמעויות השליליות שיש לכך. חשש זה אינו קיים בדוגמת הכרכה בשל חד-הפעמיות המאפיינת אותה.

דוגמה נוספת שנדונה פעמים רבות בספרות המשפטית היא המקרה של רופא החי במקום כלשהו בהודו ונדרש לנסוע לקצה האחר של הודו כדי לבצע ניתוח מסוג שהוא, ושרק הוא יודע לבצעו, והניתוח חיוני להצלת חייו של החולה.<sup>292</sup> גם אם כל הוצאותיו של הרופא, ובכלל זה עלות ביטול הזמן הכרוך בנסיעה, יכוסו במלואן על ידי המזמין, ברור שסירובו של הרופא לנסוע מרחק כה רב אינו מצדיק הטלת אחריות משפטית (או מוסרית) עליו. גם מקרה הרופא שונה ממקרה הכרכה: הטלת חובה על הרופא לנסוע מרחק רב כדי

<sup>291</sup> Epstein, *supra* note 77, at 198–200.

<sup>292</sup> James Bar Ames, *Law and Morals*, 22 HARV. L. REV. 97, 112 (1908); Epstein, *supra* note 77, at 199.

לטפל בחולה תהיה פגיעה קשה בחופש הפעולה שלו, ולעומת זאת הטלת אחריות על המציל בכוח בברכה תהיה פגיעה זניחה בחופש הפעולה שלו. אכן, הטלת חובה על הרופא לנסוע מרחק כה רב בהודו משמעה כנראה שהרופא ייאלץ לבלות את שארית ימיו בנסיעות למקומות שונים בעולם כדי להציל חיים, ובכך ישועבד לטובת הכלל.<sup>293</sup>

#### ד. מתן הזדמנות להתנהגות מוסרית

הטלת אחריות משפטית על המציל בכוח שנמנע מלהציל מונעת מבני אדם הזדמנויות לנהוג התנהגות מוסרית, בנדיבות ובחסד עם הזולת, שכן המניע שלהם לפעולה יהיה החשש מן הסנקצייה המשפטית. לפיכך – כך הטיעון – יש יתרון בלתת להם את אפשרות הבחירה כיצד לפעול.<sup>294</sup>

אפשר לפקפק בכוחו של טיעון זה, במיוחד כאשר חובת הצלה עשויה להציל חיים. אך היות שמקרי הצלה רבים אינם כרוכים בהשקעת משאבים ניכרת, ועל כן יקרו כמעט תמיד גם בלי איום של הסנקצייה המשפטית,<sup>295</sup> טיעון זה נגד הכרה בחובת הצלה הוא אפשרי.<sup>296</sup>

#### ה. בעיות יישום<sup>297</sup>

גם אם תוגדר חובת הצלה בדרך כזו או אחרת, אכיפתה תעורר בעיות שונות של יישום שאין להתעלם מהן. נקודת המוצא היא שאם תוכר חובת הצלה, קיומה יהיה תלוי לא רק בבחינה

293 להצעה להגביל את חובת ההצלה למקרי חירום בלבד, שאינם משעבדים את המציל אלא "נוחים" בשבילו ראו Ernest Weinrib, *The Case for a Duty to Rescue*, 90 YALE L.J. 247 (1980). ראו גם William Landes & Richard Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. LEGAL STUD. 83, 127 (1978). לטענתם של לנדס ופוזנר, בדוגמת הרופא לא צריכה להיות חובת הצלה מן הסיבה שהוצאות העסקה בין הרופא לבין מזמיניו הן נמוכות, ועל כן אם הצדדים לא הצליחו להגיע להסכמה חוזית שהרופא ייסע לקצה השני של הודו לטפל בחולה כנראה הנסיעה אינה יעילה, ובכל מקרה המשפט אינו צריך לאכוף חליפין בין שני צדדים כאשר אחד הצדדים אינו חפץ בו.

294 Landes & Posner, *id.*, at 124.

295 מחקר שנעשה מראה שגם בלעדי חובת הצלה נדירים מאוד המקרים שבהם מצילים "עומדים על הדם" ונמנעים מהצלות "קלות". ראו לעיל ה"ש 286.

296 דרך להתגבר על הבעיה היא להציע פרסים על הצלה במקום להטיל עונש על אי-הצלה, שאז המציל, אם יחפוץ בכך, יוכל לוותר על הפרס, ובכך יתאפשר לו לעשות מעשה של חסד עם הזולת לא מחשש הסנקצייה ואף לא מציפייה לפרס. ראו – Levmore, *supra* note 285, at 885.

297 טיעון קשיי היישום שונה מטיעון הקושי בהתוויית קווי גבול שנדון לעיל: הטיעון הראשון עוסק בקשיים ראייתיים באכיפתה של חובת הצלה, ואילו הטיעון האחרון עוסק בקשיים נורמטיביים בהגדרתה של חובה זו.

אובייקטיבית של המחדל מלהציל – כפי שנעשה בעת הערכתם של מעשים שגרמו נזק – אלא גם בנתונים סובייקטיביים. לעתים הנתונים הסובייקטיביים יהיו קשים לוודוא, ולכן במקרים רבים מי שראוי שתושט עליו אחריות משפטית ימצא פטור מאחריות, ומי שראוי להיות פטור מאחריות משפטית ימצא אחראי. למשל, יהיה צורך לקבוע בכל מקרה שיגיע לבית המשפט אם המציל בכוח היה ער לכך שהניצול בכוח היה זקוק לעזרתו, אם הוא הבין את הנסיבות המיוחדות שנוצרו, ואם הוא לא נמנע מלפעול מחמת פחד מיוחד שתקף אותו. בירורן של נסיבות אלו לא יהיה פשוט כלל ועיקר, ועל כן – כפי הטיעון – כדאי לוותר על קביעתה של חובת ההצלה מלכתחילה.

### ו. הרתעת מצילים בכוח מלהיכנס למצב שבו הם נדרשים להציל

אם תוטל אחריות משפטית בגין אי-הצלה, אפשר שהדבר יגרום שמצילים בכוח ידירו עצמם ממקומות שבהם הצלה נדרשת.<sup>298</sup> טיעון כללי יותר הוא שגם אם אין חובת הצלה, אך מוטלת אחריות משפטית בגין הצלה רשלנית, מצילים בכוח עלולים להימנע מלהציל. בסך הכול אפוא חובת הצלה עלולה להקטין את היקף פעילות ההצלה במקום להגדיל אותה, או במילים אחרות, יש בה כדי לגרום להרתעת יתר. מטעם זה, בארצות הברית, רופא שהגיש עזרה ראשונה בהתנדבות, וברשלנותו גרם לנזק, ייחנה מחסינות משפטית מפני תביעה נזיקית.<sup>299</sup>

דרך אפשרית למשפט לעודד הצלה בלעדי חובת הצלה היא הענקת פרסים למצילים.<sup>300</sup> אלא שדרך זו אינה חפה מפגמים. אם הפרסים יהיו גבוהים הם עלולים לגרום להשקעת יתר בהצלה, הם עלולים לגרום לניצולים בכוח להשקיע משאבים כדי להימנע מן החובה לשלם למצילים שייחלצו לעזרתם (בהנחה שהם שיישאו בעלות הפרסים),<sup>301</sup> ובמקרים קיצוניים הם עלולים לגרום שמצילים בכוח יעמידו בני אדם בסיכון (מבלי שיהיה אפשר לדעת זאת) כדי להציל אותם לאחר מכן ולזכות בפרס.<sup>302</sup>

298 Landes & Posner, *supra* note 293, at 119–24; Levmore, *supra* note 285, at 889–90

299 PROSSER & KEETON, *supra* note 246, at 378

300 Levmore, *supra* note 285, at 886–94

301 Landes & Posner, *supra* note 293, at 91–3; Levmore, *supra* note 285, at 884–5

אדם "חושש" שיבואו להציל את רכושו לשם זכייה בפרס עלול להוציא סכומי כסף גבוהים כדי להציל את רכושו בכוחות עצמו – אף אם לולא ההצלה למען הזכייה לא היה עושה זאת – רק כדי להימנע מחובת תשלום הפרס.

302 Levmore, *supra* note 285, at 886–9

## ז. מוגבלות השפעתה של חובת הצלה על תמריצי התנהגות

אסף יעקב טען, בהסתמכו על מחקרים פסיכולוגיים, שבדרך כלל חובת הצלה לא תתמרץ בני אדם לפעולה ממילא.<sup>303</sup> במקרים רבים המציל בכוח נמצא בלחץ נפשי רב, והחובה המשפטית להציל לא תעלה או תוריד מבחינתו; במקרים אחרים המציל בכוח אינו ער כלל לקיומה של חובה משפטית להציל, גם אם זו קיימת, ועל כן המקרים שבהם חובת הצלה תעודד הצלה יהיו שוליים ונדירים.

טיעונו של יעקב הפוך לטיעון הרתעת היתר שהוצג לעיל: טיעון הרתעת היתר מניח שמצילים בכוח יושפעו מן החובה המשפטית – אם כי באופן שלילי – ואילו יעקב מניח שמצילים בכוח לא יושפעו מן החובה המשפטית – לפחות לא באופן חיובי. טיעון הרתעת היתר הוא שהטלת אחריות תזיק, ואילו טיעונו של יעקב הוא שהטלת אחריות לא תועיל. שני טיעונים אלו אינם סותרים בהכרח זה את זה: הם חלים על מקרים שונים, והשאלה היא מהם המקרים הנפוצים יותר?<sup>304</sup> היא שאלה אמפירית. כך או אחרת שני הטיעונים מושכים לאותו כיוון: הטלת אחריות על אי-הצלה עלולה להזיק, ולפחות היא מיותרת.

## 2. המשפט הנוהג ועידוד עקיף להצלה

### א. חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 וחיקוקים נוספים

בשנת 1998 נחקק בישראל חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. לפני כן הייתה אי-בהירות אם במשפט הישראלי קיימת חובה הצלה.<sup>305</sup> חוק זה קובע, בסעיף 1 שלו, כדלקמן:

"(א) חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד בעיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לא-יידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.

(ב) המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה; בסעיף זה, 'רשויות' – משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות".

303 אסף יעקב "אפקטיביות החובה להציל – ניתוח פסיכולוגי" עיוני משפט כד 605 (2001).  
304 המילה "נפוצים" עשויה להטעות: מקרים של הימנעות מהצלה "קלה", אף בלעדי חוק המחייב זאת, הם כנראה נדירים מאוד מלכתחילה. ראו לעיל ה"ש 286.  
305 ראו ע"פ 119/93 לורנס נ' מ.י., פ"ד מח(4) 1 (1994), ודיון להלן הטקסט ליד ה"ש 328-329. לדעה כי חובה כזו אינה קיימת, אך צריכה להתקיים, ראו מרים בן פורת "עזרה לזולת" עיוני משפט ז 269 (1980). כן ראו בן שלמה, לעיל ה"ש 285, שעל פיו מקור אפשרי לאימוץ חובת הצלה במשפט הישראלי הוא ההלכה ומסורת ישראל, וזאת מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

החוק קובע בסעיף 4 כי "העובר על הוראות סעיף 1 לחוק זה, דינו – קנס", ויש להניח שהעובר על הוראת החוק אף מבצע עוולה של הפרת חובה חקוקה, הקבועה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין.

כפי שנראה ממבט ראשון, החוק חל רק על סכנה לשלמות הגוף והבריאות אך לא על סכנה לרכוש; על האירוע שבו מוטלת חובת ההצלה להיות פתאומי; על הסכנה להיות חמורה – סכנה "גרדא" לא תספיק; לבסוף, די להודיע לרשויות כדי להיות פטור מחובת הצלה. פטור אחרון זה יש לפרש כחל רק כאשר לרשויות יש אפשרות לפעול, שאם לא כן נראה שכוונת המחוקק תיעשה פלסטר: אדם הרואה אדם אחר טובע בברכה וכל שעליו לעשות הוא להשליך לו חבל כדי להצילו, לא יימצא כנראה פטור מאחריות אם הודיע על כך לרשויות, מתוך הבנה שאלו לא יספיקו לעשות דבר מבעוד מועד.<sup>306</sup>

חובת ההצלה הקבועה בחוק, לפי לשון החוק, אינה מוגבלת למקרי הצלה "זולים". לכאורה, עלות ההצלה אינה שיקול לגיטימי למציל בכוח כל עוד אינה מתבטאת בסיכון לגופו (ואולי גם לרכושו) או בסיכון לבני אדם אחרים.<sup>307</sup> נראה שהמחוקק הניח שהמציל שהוציא כסף, ואף כסף רב, לשם ביצוע ההצלה, כל עוד פעל בסבירות יוכל לזכות בשיפוי מן הניצול בגין הוצאותיו לפי סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט–1979.<sup>308</sup> אך זכות זו לשיפוי, יש לזכור, ניתנת למימוש רק אם לניצול משאבים שדי בהם לכסות את עלות ההצלה. לכן על פי החוק אם אדם מאבד את דרכו במדבר יהודה, והדרך היחידה להצילו היא לשלוח מסוק חילוץ שהפעלתו עולה בממון רב, כנראה מוטלת חובה על המדינה לעשות זאת אף אם ודאי שלא תוכל לזכות בשיפוי מן הניצול בגין הוצאות החילוץ. החוק, כך נראה, חל גם על המדינה ועובדיה.<sup>309</sup>

החוק אינו מתנה את חובת ההצלה בסבירותה הכלכלית. אך נראה שקריאת מגבלה של סבירות אל תוך החוק הכרחית, ועל כן הצלה שעלותה גבוהה מאוד, גם אם היא עשויה להציל חיים, אינה חובה מכוח החוק. בלעדי מגבלה של סבירות תוטל חובה על המדינה (ולעתים אף על אחרים) להציל בני אדם גם אם עלות ההצלה היא עצומה.<sup>310</sup>

306 החוק אינו עוסק בקביעת סטנדרט הזהירות, להוציא האמור בסעיף 1(ב) לו. ראו על כך לעיל ה"ש 247, והטקסט הנלווה לה"ש 246–247.

307 פירוש דחוק הוא שהוצאה כספית גבוהה היא בגדר "הסתכנות", כמשמעותה בחוק.

308 להלן תת סעיף ב.

309 החוק חל על "אדם", ולפי חוק הפרשנות, התשמ"א–1981, סעיף 4: "מקום שמדובר באדם – אף חבר בני אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד". אך גם אם המדינה אינה "אדם", עובדי המדינה הם בוודאי (בני) אדם והחוק חל עליהם. המדינה, ברגיל, אחראית שילוחית למעשיהם ולמחדליהם אם בוצעו במסגרת עבודתם בשירותה.

310 יהיו מקרים שבהם תוכל המדינה להימנע מהצלה בנימוק שבכך היא מסכנת אחרים. נימוק זה יכול לשמש למשל את המדינה כדי להצדיק סירוב שלה לשחרר אסירים כדי לפדות שבו.

חובת הצלה קיימת אף מחוץ לחוק לא תעמוד על דם רעך, אם כי באופן מצומצם מאוד. למשל: סעיף 64א לפקודת התעבורה מטיל חובה על נוהג ברכב המעורב בתאונה להגיש עזרה לנפגע בתאונה; <sup>311</sup> תקנה 146 לתקנות התעבורה מטילה חובת עזרה על כל נוהג ברכב כלפי כל נפגע בתאונת דרכים; <sup>312</sup> חובות הצלה מוטלות על כוחות הביטחון והבטיחות; <sup>313</sup> לבסוף, הורים ואפוטרופסים חייבים מכוח החוק לפעול לטובת ילדיהם או לטובת החסויים שבמשמורתם. <sup>314</sup>

## ב. עידוד הצלה ותגמולה

במשפט קיימים הסדרים שונים המעודדים, או מתגמלים, <sup>315</sup> הצלה. על פי סעיף 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט:

- 311 בדומה לכך, אפשר לנמק אי-הוצאת כספים רבים כדי להציל חייו של חולה נוטה למות המאושפז בבית חולים ציבורי ולומר שבמגבלות התקציב יבוא הדבר על חשבון חולים אחרים, ולכן ההצלה של החולה הנוטה למות תסכן אותם. מכל מקום, אי-קריאת מגבלה של סבירות לתוך החוק תביא למצבים אבסורדיים, כגון שעל המדינה יהיה להוציא מיליארדי שקלים להצלתו של אדם בודד המצוי בסכנה, ואין ספק שלא זו הייתה כוונת המחוקק. אף יש לשים לב שחובת ההצלה קמה רק כאשר האירוע הוא פתאומי. לכן במקרה של החולה הנוטה למות למשל אין מדובר בדרך כלל באירוע הפתאומי שבו עוסק החוק.
- 312 סעיף 64א(א) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] קובע: "נוהג רכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם, אשר היה עליו לדעת כי בתאונה נפגע אדם או עשוי היה להיפגע אדם, ולא עצר במקום התאונה, או קרוב לו ככל האפשר, כדי לעמוד על תוצאות התאונה ולהזעיק עזרה, דינו – מאסר שלוש שנים". סעיף 64א(ה) מגדיר "הזעקת עזרה" כהושטת עזרה מתאימה לפי הנסיבות, ובכלל זה הזעקת גופי הצלה, מניעת כל נזק נוסף והגשת עזרה ראשונה לנפגע. סעיף 64א לפקודת התעבורה מרחיב את החובה גם לנוסעים ברכב המעורב בתאונה, וקובע כי "נוסע ברכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם חייב להתקשר לגופי הצלה הנחוצים ולהזעיקם למקום התאונה, בהקדם האפשרי בנסיבות העניין..."
- 312 תקנה 146 לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961 קובעת כי "נוהג רכב העובר במקום תאונת דרכים שבו נמצא נפגע, ייעצר ולא ימשיך בנסיעתו עד שעשה כל שביכולתו כדי להגיש כל עזרה הדרושה לנפגע או כדי לבוא לעזרתו בהתאם לתקנה 144(א)(2)".
- 313 ראו למשל את סעיף 4(א) לחוק הרשות הארצית לכבאות והצלה, התשע"ב–2012, המגדיר את תפקידיה של רשות הכבאות וההצלה, ובהם החובה לפעול "לחילוץ והצלת לכודים" ו"לבצע פעולות נוספות לשם הצלת הנפש והרכוש". כבאי שאינו מציל, עובר אפוא על החוק.
- 314 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, סעיפים 14 ואילך. סעיף 22 לחוק פוטר מאחריות הורה רשלין, אשר פעל בתום לב לטובת הקטין. למקרה שבו הוטלה אחריות על אב כלפי ילדיו בגלל התנכרותו אליהם ראו עניין אמין, לעיל ה"ש 248.
- 315 קו הגבול בין עידוד לתגמול אינו תמיד ברור. למשל, מתן זכות לשיפוי על הצלה יכול להתפרש כתגמול, שכן אינו הופך את ההצלה לכדאית למציל, ולכן לכאורה אינו מעודד הצלה. אך בהנחה שיש רבים אשר היו מוכנים להציל אם הדבר לא יהיה כרוך בעלויות ניכרות מבחינתם, הזכות לשיפוי יכולה לעודד אותם לעשות כן.

”מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין”.

סעיף זה אינו מעודד הצלה על ידי מי שאינו מעוניין להציל מלכתחילה, בלא תלות בעלויות הכרוכות בכך. ייחודו בכך שהוא מאפשר למציל לקבל שיפוי בגין הוצאותיו, ובכך מסיר תמריץ שלילי אפשרי שלו להציל (להבדיל מיצירת תמריץ חיובי, שהיה נוצר לו היה ניתן למציל פרס על מעשה ההצלה). יש לשים לב שהסעיף אינו מקנה זכות לפיצוי בגין נזקי גוף שנגרמו למציל אגב ההצלה, ואף זכותו לשיפוי בגין נזקי רכוש מותנית בכך שבית המשפט ”ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין”.<sup>316</sup>

תמריצים דומים לפעולה למען הזולת יוצר סעיף 2 לחוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ”ד–1964, הקובע:

”גם אדם לזולתו נזק גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב”.<sup>317</sup>

אף כאן אין הסעיף מספק תמריץ חיובי לאדם להיטיב את נזקו של הזולת אלא אך מנטרל תמריץ שלילי שלו לעשות זאת. למשל, אם אדם נפגע בתאונת דרכים, אפשר שהמעביד שלו ימשיך לשלם את שכרו אף אם אינו יכול לעבוד זמנית בגלל הפציעה. חוק הטבת נזקי גוף מבטיח למעביד שיוכל לגבות מן המזיק את הסכומים ששילם, ובכך להפחית את הסיכון שלו לשאת בהם בעצמו.

תגמול על הצלה אפשר למצוא אף בסעיפים 280(2) ו-287–295 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ”ה–1995. סעיפים אלו מקנים עילות תביעה נגד המוסד לביטוח לאומי למי שפועל להצלת הזולת. סעיף 280(2) לחוק מכיר בתאונה כתאונת עבודה המזכה בתגמולי ביטוח לאומי אם התאונה ”אירעה תוך כדי עבודתו של המבוטח, במקום העבודה או בסביבתו הקרובה ביותר, בעשותו להצלת גוף או רכוש או למניעת נזק או סכנה לגוף או לרכוש”. סעיף 289 לחוק קובע זכאות לתגמולים למתנדב – אף אם אינו בגדר ”מבוטח” –

316 דגן, לעיל ה”ש 77 ; פרידמן, לעיל ה”ש 77.

317 לניתוח חוק זה ראו נינה זלצמן ”הטבת נזק גוף לפי חוק הטבת נזקי גוף : יחסי מזיק-מיטיב-מוטב” עיוני משפט ד 621 (1975).



אשר נפגע תוך כדי פעולת ההתנדבות ועקב פעולה זו. סעיף 287 מגדיר מתנדב בהרחבה רבה. מתנדב הוא בין היתר "מי שפעל בהתנדבות, שלא בשכר, למען זולתו, על פי הפניה מאת משרד ממשלתי, המוסד [לביטוח לאומי], רשות מקומית...; מי שהושיט עזרה לזולתו לפי חובתו על פי דין; ... מי שעשה בהתנדבות, שלא בשכר, פעולה להצלת חייו או רכושו של הזולת, לפי כללים שנקבעו באישור ועדת העבודה והרווחה, והמוסד הכיר בפעולתו לאחר מעשה"<sup>318</sup>.

בדומה לכך, חוק תגמול לחייל הנפגע בהצלת חיי הזולת, התשכ"ה-1965 קובע בסעיף 2 שלו כי "חייל שהקריב חייו או נעשה נכה עקב הצלת אדם מסכנת קיפוח חייו, דינו לכל דבר כדין נכה צה"ל או חייל שנספה במערכה, לפי העניין".

עמדה אזהרת של דיני הנזיקין להצלה יכולה גם היא לעודד, או לפחות לתגמל הצלה. דיני הנזיקין יכולים למשל לפטור מאחריות, או לפחות להפחית מאחריותו של מציל בגין נזק שהוא עלול לגרום ברשלנות אגב פעולת ההצלה. אכן, בארצות הברית רופא המגיש עזרה ראשונה בהתנדבות חסין מפני אחריות נזיקית.<sup>319</sup> כן דיני הנזיקין עשויים להקנות עילת תביעה למציל שניזוק נגד מי שיצר בהתנהגותו העוולתית את הסיכון כלפי הניצול. דרך זו ננקטה על ידי בית המשפט העליון בעניין נחום נ' ישראלי.<sup>320</sup> באותו מקרה כרטיסן באוטובוס של חברת "דן" סגר, ברשלנות, את דלת האוטובוס על נוסעת. התובע נחלץ לעזרתה ואגב כך נפגע בפניו מן הדלת. בית המשפט קבע שעל חברת "דן" מוטלת חובת זהירות לא רק כלפי הנוסעת שנפגעה אלא גם כלפי מי שנחלץ לעזרתה. מפסק הדין עולה בבירור שלא ידקדקו בדרך כלל בבחינת סבירות התנהגותו של המציל, מכיוון שהוא פועל במקרים מעין אלו אינסטינקטיבית ולעתים בתנאים של לחץ נפשי.<sup>321</sup>

### 3. חריגים לכלל של העדר חובת הצלה

גם בשיטות משפט שאינן מכירות בחובה כללית של הצלה יש כמה חריגים ידועים אשר בהתקיימם אי-פעולה למען הזולת תביא להטלת אחריות על המציל בכוח. בכלום המחדל של המציל בכוח אינו מחדל טהור, או שקיימים יחסים מיוחדים בינו לבין הניצול.

318 ס"ק 1, 3 ו-5 של סעיף 287 לחוק הביטוח הלאומי.

319 PROSSER & KEETON, *supra* note 246, at 378.

320 עניין נחום, לעיל ה"ש 245. לדוגמה נוספת ראו עניין אכרס, לעיל ה"ש 245 והדיון לעיל בטקסט הנלווה לה"ש 245-247. גם במשפט האנגלו-אמריקאי עומדת למציל עילת תביעה נגד המעוול אשר יצר את המצב המסוכן לניזוק אשר לעזרתו נחלץ המציל. ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 32 (2010); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 1150 (§ 25-14).

321 עניין נחום, לעיל ה"ש 245, בעמ' 2660, 2662.

בקטגוריה אחת של מקרים המציל בכוח הוא שיוצר את הסיכון כלפי הניזוק אשר ממנו הוא נמנע מלהצילו.<sup>322</sup> המקרה האחד הוא שהמציל בכוח פוגע בניזוק בהתנהגות בת אשם, ובשלב מאוחר יותר הוא נמנע מלהציל אותו אף שבכוחו לעשות זאת. למשל, המציל בכוח דוחף ברשלנות את הניזוק לברכה ולאחר מכן נמנע מלהצילו. מקרה זה הוא קל לפתרון, שהרי עם או בלי חובת הצלה אחריותו של המזיק ברורה מאליה: הוא שגרם לנזק במעשה עוולתי – הדחיפה לברכה – ועל כן הוא אחראי לנזק שנגרם.

במקרה השני המציל בכוח פוגע בניזוק בלא כל אשם, ואף כאן נמנע בשלב מאוחר יותר מלהצילו אף שהוא יכול לעשות זאת בנקל. למשל, המציל בכוח יורה ברובה ביער במקום שבו הציד מותר ופוגע בניזוק, שלא היה אמור להיות במקום, והניזוק נופל פצוע לברכה. בשלב זה המציל בכוח מבחין בו, אך נמנע מלהצילו.<sup>323</sup> בדוגמה דומה נוספת המציל בכוח יוצר סיכון בלא אשם אך אינו פועל להפחתת הסיכון בשלב מאוחר יותר אף על פי שהוא יכול לעשות זאת בלא כל מאמץ מיוחד, ואז נפגע הניזוק. למשל, נהג שרכבו נתקע על אם הדרך בלא אשם של איש מתרשל לאחר מכן באי-הציבו סימן אזהרה מתאים להזהרתם של נוהגים אחרים.<sup>324</sup> בגלל מחדל זה נגרמת תאונה.<sup>325</sup> לכאורה בשיטה משפטית שבה אין מוכרת חובת הצלה, ואשר בה אשם הוא תנאי הכרחי להטלת אחריות נזיקית בגין מעשה, לא צריכה להיות מוטלת אחריות נזיקית או אחרת בשתי הדוגמות האחרונות: הן גרם נזק או יצירת הסיכון כשלעצמם אינם מביאים לאחריות משפטית, וכך אף אי-ההצלה. לפיכך לכאורה אפס ועוד אפס נותר אפס, ולא ברור מדוע למרות זאת מוטלת אחריות משפטית על המציל בכוח.<sup>326</sup>

פתרון אפשרי לקושיה זו הוא שגרם הנזק הראשוני או יצירת הסיכון, גם אם אינם באשם, יש להם משקל נורמטיבי, כפי שלא-הצלה יש משקל נורמטיבי. אמנם המשקל הנורמטיבי של גרם נזק או יצירת סיכון בעמדם לבדם או של אי-הצלה בעמדה לבדה אין

322 Epstein, *supra* note 77, at 191–2; DOBBS, *supra* note 79, at 856–7 (§ 316)  
 323 הדוגמה מושאלת מן המאמר Ames, *supra* note 292, at 112, ונדונה אצל Epstein, *supra* note 77, at 191–4.  
 324 על פי הדין בארץ, מכוח תקנה 70 לתקנות התעבורה, חובה במקרה מעין זה על הנוהג ברכב להציב משולש אזהרה בקרבת הרכב.  
 325 ראו פסק דין, *Montgomery v. National C & T*, שבו אכן כך נפסק במקרה דומה. פסק הדין מוצג אצל Epstein, *supra* note 77, at 191–2. השוו ע"א 704/71 אנבריה נ' המאירי, פ"ד כו(1) 743 (1972). באותו מקרה נהג של טרקטור השאיר את מפתחות ההצתה של הטרקטור תקועים בחריץ המפתח. אדם אחר, שאינו מורשה לנהוג בטרקטור, נטל אותו ופגע בתובע. בית המשפט הטיל אחריות על נהג הטרקטור.  
 326 לטיעון ברוח זו ראו Epstein, *supra* note 77, at 191–4. אפשטיין טוען שההסבר לכך שבשתי הדוגמות המתוארות בטקסט מוטלת אחריות נזיקית הוא שבשתייהן המזיק גרם לנזק במובן החזק. ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1 (תיאור תאוריית הצדק המתקן של אפשטיין).

בהם די כדי להצדיק את התערבותו של המשפט. אולם כאשר אותו אדם גורם לנזק או יוצר סיכון בלא אשם, ולאחר מכן נמנע הימנעות לא סבירה מלהציל או מלהפחית את הסיכון, התערבות המשפט הופכת להיות מוצדקת, והטלת אחריות היא תוצאה של התערבות זו. במילים אחרות, לא מן הנמנע ששתי התנהגויות בעמדתן לברן אינן עוברות סף מסוים המצדיק הטלת אחריות, אך הצטברותן יחד עוברת את הסף הנדרש, והצטברות זו היא שמצדיקה את הטלתה של האחריות המשפטית.<sup>327</sup> לפיכך המציל בכוח שגרם לניצול להיות במצב שבו הוא זקוק להצלה ונמנע מלהצילו אינו זהה מבחינה נורמטיבית למציל בכוח שגם הוא נמנע מלהציל אך שאין לו כל קשר למצבו של הניצול.

הקטגוריה הנדונה של מקרים שבהם מוטלת חובת הצלה גם בהעדר חובה כללית כזו זכתה לעיגון מסוים בתחום המשפט הפלילי, בעניין לורנס נ' מ.י., שנפסק על ידי בית המשפט העליון.<sup>328</sup> באותו מקרה שיחקו כמה צעירים "רולטה רוסית". לנאשם, בן 21, היה ניסיון במשחק. אחד המשתתפים היה נער בן 17. הנער כיוון את האקדח (שהיה של אביו) לרקתו, לחץ על ההדק, ובכך הביא למותו. השאלה שעלתה בבית המשפט הייתה אם יש להרשיע את הנאשם בעברה של גרם מוות ברשלנות. אחת מן הטענות נגד הנאשם הייתה שהוא לא מנע מן המנוח לירות באקדח. בית המשפט העליון הרשיע את הנאשם ונדרש לשאלה אם בנסיבות העניין הייתה מוטלת על הנאשם חובת פעולה (או חובת הצלה). בית המשפט מציין כי אין בישראל חובת הצלה כללית (פסק הדין נפסק לפני שנחקק חוק לא תעמוד על דם רעך). במקרה הנדון, קובע בית המשפט, יצר הנאשם סיכון, ויצירת סיכון מקימה חובת הצלה. אמנם אמירתו של בית המשפט הייתה כללית, מבלי להבחין בין יצירת סיכון באשם ובלא אשם, אך אין להתעלם משתיים: ראשית, יצירת הסיכון הייתה שם כפי הנראה באשם; שנית, לא היה ספק שהנאשם אף עשה מעשים אקטיביים אשר עודדו את המנוח לירות באקדח.<sup>329</sup>

בקטגוריה שנייה של מקרים, בין המציל בכוח לבין הניזוק יחסים מיוחדים. למשל, מעביד חייב לפעול בסבירות להגנת עובדיו, בעלי מקצוע שונים להגנת לקוחותיהם, ומחזיקים של מקרקעין להגנת מוזמנים ובני רשות.<sup>330</sup> במקרים מיוחדים חייבים מחזיקי

327 צירוף זה של שתי טענות, שכל אחת מהן לבדה אינה מקימה עילת תביעה, אך שתיהן יחדיו מקימות עילת תביעה, אפשר לכנותו אגרגציה נורמטיבית של טענות. ראו להלן חלק ג, פרק 6, וכן Ariel Porat & Eric Posner, *Aggregation and Law*, 122 YALE L.J. 2 (2012).

328 עניין לורנס, לעיל ה"ש 305.

329 עניין לורנס, שם. אחד משופטי ההרכב, השופט בך, לא רק שהסכים לדעת חבריו במקרה הנדון, אלא אף העלה את הסברה שייתכן שראוי שתהיה במשפט הישראלי חובת הצלה רחבה יותר.

330 ראו למשל עניין ולעס, לעיל ה"ש 52, ודיון בו לעיל, הטקסט הנלווה לה"ש 52. כן ראו DOBBS, *supra* note 79, at 857–9 (§ 317).

מקרקעין לפעול במקרקעין אף להגנתם של מסיגי גבול.<sup>331</sup> יחסים מיוחדים מתאפיינים בכך שהמציל בכוח הוא אחד ואין אחרים מלבדו אשר יכולים לפעול לטובת הניזוק. הניזוק אף נוטה לסמוך על המציל בכוח שיפעל למען ביטחונו ואינו נוקט די אמצעי זהירות משל עצמו. לבסוף, למציל בכוח יש בדרך כלל יכולת שליטה מיוחדת על הסיכון אשר אליו חשוף הניזוק: במובנים מסוימים אפשר לראות במציל בכוח – לפחות בחלק מן המקרים – מי שיוצר סיכון בלא אשם (דוגמת המציל בכוח בקטגוריית המקרים הראשונה), ומי שצריך אפוא להקטין את הסיכון בסבירות.<sup>332</sup>

**במקרים הנמנים עם הקטגוריה השלישית יש למציל בכוח יכולת פיקוח או שליטה על המזיק הישיר אשר גרם לנזק. למשל, על פי המשפט האמריקאי, שירות בתי הסוהר עשוי להיות אחראי בגין נזק שגרם אסיר אחד לאסיר אחר;<sup>333</sup> פסיכולוג שלא הזהיר את מי שנפגע ממטופל שלו עלול להיות אחראי כלפי הניזוק עקב מחדל זה.<sup>334</sup> דוגמה נוספת הנמנית עם קטגוריית המקרים השלישית היא פסק דין של בית הלורדים באנגליה, *Home Office v. Dorest Yacht Co. Ltd.*<sup>335</sup> באותו עניין ברחו חוסים במחנה שיקום מן המחנה וגרמו אגב בריחתם נזק לסירות של התובעת. בית הלורדים הטיל אחריות על הרשויות שהיו אחראיות לסידורי השמירה, בהנמקה שיש להן שליטה ופיקוח על החוסים במחנה.<sup>336</sup> בדומה לקטגוריה השנייה, אף בקטגוריה השלישית למציל בכוח יש יכולת שליטה מיוחדת על גורם הנזק, ואפשר לראות בו לעתים מי שיצר מלכתחילה את הסיכון שאותו עליו להקטין בסבירות.**

בקטגוריה רביעית של מקרים מזיק משתמש במקרקעיו או ברכושו של אדם אחר כדי לפגוע בניזוק. אף כאן מוטלת על מחזיק המקרקעין או הרכוש האחר החובה לפעול לשם הגנתם של ניזוקים בכוח. דוגמה למקרה כזה היא של אדם אשר אינו נועל את חנותו אף

331 על פי סעיף 37 לפקודת הנזיקין, במקרים מסוימים על מחזיק מקרקעין "לדאוג" אף לבטיחותו של מסיגי גבול. על פי הסעיף "האחריות לפי סעיפים 35 ו-36 של בעל מקרקעין או של תופשם, בשל מצבם של המקרקעין, תחזוקתם או תיקונם, לא תחול כלפי מי שנכנס למקרקעין כמסיגי גבול, אלא אם הוכיח התובע שנכנס בתום לב ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה". לדיון בסעיף זה ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 192–193, 221.

332 בארצות הברית הורחבה קטגוריית היחסים המיוחדים גם למקרים שבהם יש למציל יכולת שליטה על צד שלישי אשר עלול לגרום לנזק. סוג זה של מקרים נכללים בקטגוריה השלישית, שתידון להלן.

333 DOBBS, *supra* note 79, at 875 (§ 322).

334 Tarasoff, *supra* note 263. לדיון בפסק דין זה ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 263.

335 Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd, *supra* note 258. לעמדה שונה של המשפט

האמריקאי ראו DOBBS, *supra* note 79, at 891–2 (§ 329).

336 עם זאת בפסק דין זה הייתה הנתבעת הרשות הציבורית, ואחריותן של רשויות ציבוריות מעוררת שאלות מיוחדות שיידונו להלן פרק 5.

שעליו לדעת שבכך הוא חושף את בעל החנות השכנה לסיכון גבוה של פריצה וגנבה.<sup>337</sup> בסוג נוסף של מקרים הנמנים עם קטגוריה זו משאיר אדם את רכבו לא נעול כאשר מפתחות הרכב במתג ההצתה, ואדם בלתי מיומן בנהיגה גונב את הרכב וגורם נזק לצד שלישי.<sup>338</sup> במקרה זה, אך למעשה בכל המקרים הנמנים עם הקטגוריה הרביעית, אפשר לראות במציל בכוח מי שיצר סיכון כלפי הזולת בעצם ההחזקה והשימוש ברכושו, ומטעם זה מוטלת עליו חובה להקטין סיכון זה בסבירות.

הקטגוריה החמישית והאחרונה כוללת את המקרים של תחילת הצלה. כלל הוא בשיטות המשפט המקובל שגם אם אין על המציל בכוח חובת הצלה מלכתחילה, אם החל בהצלה עליו לסיימה.<sup>339</sup> למשל, המציל שמשליך חבל לניצול הטובע בברכה ומושך את החבל בטרם הניצול אחז בו ימצא אחראי בניזיקין. מה ההצדקה לחריג זה? מצד אחד אפשר לומר שתחילת הצלה יצרה ציפייה אצל הניצול, אולי אף יצרה מעין מחויבות חוזית של המציל כלפיו, אך נראה שהסבר זה אינו משכנע: ציפייה כשלעצמה אינה אינטרס שהמשפט מגן עליו בדרך כלל מחוץ לדיני החוזים, וקשה לראות כיצד תחילת הצלה יצרה כשלעצמה מחויבות חוזית.<sup>340</sup> הסבר משכנע יותר הוא שתחילת ההצלה יוצרת לעתים הסתמכות שלילית של אחרים, כלומר: ייתכן שאם המציל התחיל בהצלה, מצילים בכוח אחרים נמנעו מלהציל בסכרם שההצלה תיעשה בלעדיהם.<sup>341</sup> לעתים הסבר זה נראה דחוק, שכן לא אחת ברור שתחילתה של פעולת ההצלה לא יצרה הסתמכות שלילית כזו. אך לעתים הסבר זה עשוי לשכנע. למשל, בעניין ר.ג.מ. מרט נ' מ.י.<sup>342</sup> חוברת מערכת האזעקה של מפעל יהלומים למוקד המשטרה, היומנאי במשטרה התרשל וגרם לניתוק מערכת האזעקה, ולכן

337 Smith v. Littlewood Organization Ltd., [1987] A.C. 241. באותו מקרה גרמו בני נוער לשרפה בבית הקולנוע שבבעלות הנתבע, שלא נשמר כראוי. השרפה הרסה כליל את בית הקולנוע והסבה נזק רב לעסקים הצמודים. בית המשפט פטר את הנתבע מאחריות אך קבע שאם היה מודע לסיכון שיצרו בני הנוער בכניסתם לשטח ולא עשה דבר, הייתה מוטלת עליו אחריות נזיקית. למשפט האמריקאי במקרים דומים ראו DOBBS, *supra* note 79, at 876-883. (§ 324).

338 עניין אגבריה, לעיל ה"ש 325, ותיאורו לעיל ה"ש 325.

339 דרך פרשנות אפשרית של חובה זו היא שהמציל שהפסיק הצלה באמצע ימצא אחראי רק כאשר קיים לפחות סיכוי קל שבתחילת ההצלה ובהפסקתה באמצע הרע את מצבו של הניזוק לעומת המצב שבו היה לו לא הצילו. ראו על אפשרות זו DOBBS, *supra* note 79, at 859-60. (§ 318) וכן להלן הטקסט הנלווה לה"ש 341.

340 מובן שאין זו הצעה מזכה, כלומר "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע", אשר לפי סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 השתכללותה לחוזה אינה דורשת קיבול, שכן במקרה הרגיל אין כל סיבה ללמוד מתחילת הצלה כוונה של המציל להתחייב שימשיך בה. הסבר אפשרי אחר לקיומה של חובת הצלה במקרה של תחילת הצלה הוא שכאשר אדם התחיל הצלה, אין עוד קשיי היישום המתוארים לעיל סעיף 1.ה. בכפייתה של חובת הצלה עליו.

341 DOBBS, *supra* note 79, at 860 (§ 318).

342 עניין ר.ג.מ. מרט, לעיל ה"ש 259.

כשהייתה פריצה למפעל לא קיבלה המשטרה כל התרעה, וממילא לא מנעה את הנזק. בית המשפט העליון הטיל אחריות על המשטרה בקבעו כי החיבור למפעל היה לומים יצר אשליה של ביטחון.<sup>343</sup> זאת בניגוד לגישה המשפטית הרווחת שלא להטיל אחריות על המשטרה בגין מניעת פשיעה.<sup>344</sup> הסבר אפשרי לפסיקת בית המשפט הוא שמקרה זה אנלוגי לתחילת הצלה היוצרת הסתמכות שלילית: אלמלא היו מחוברים למוקד המשטרה היו בעלי המפעל דואגים כנראה לאמצעי ביטחון חלופיים, והנזק היה נמנע. במקרה אחר, שנפסק בארצות הברית, התקשרה אישה למשטרה בעת שפורץ שהה בביתה בחיגיה 911, מספר החירום בארצות הברית. ניידת משטרה הגיעה בטעות לכתובת אחרת בשל רשלנות ברישום הכתובת, וחזרה כלעומת שבאה. לרוע המזל נרצחה האישה על ידי הפורץ. בית המשפט האמריקאי הטיל אחריות על המשטרה.<sup>345</sup> אף כאן פרסום המספר 911 בקרב התושבים כשירות חירום המביא לתגובה מהירה של המשטרה הוא אנלוגי לתחילת הצלה. בדרך כלל אין חובה כללית על המשטרה למנוע פשע, ובכלל זה רצח, אך לא כן הדבר אם יצרה תחושה אצל התושבים שתגיע במהירות ולא עשתה כן עקב רשלנותה. אף במקרה זה, בדומה למקרה ר.ג.מ. מרט, יצרה המשטרה אשליה של ביטחון, וזו הטילה עליה חובת הצלה שלא הייתה מוטלת עליה אלמלא כן.<sup>346</sup>

קטגוריה מיוחדת של מקרים שבה מוטלת על המציל בכוח חובת עשייה רחבה למען הזולת, עניינה במחדליהן של רשויות ציבוריות. הרשות הציבורית קיימת כדי לפעול למען התושבים, ואם אינה עושה זאת ונגרם נזק, יכול שתוטל עליה אחריות נזיקית. הפרק הבא עוסק באחריותן הנזיקית של רשויות ציבוריות, ובכלל זה במקרים שבהם גרמה הרשות נזק בדרך של מחדל.

343 עניין ר.ג.מ. מרט, שם, בעמ' 279.

344 ראו להלן פרק 5.

345 De Long, *supra* note 259.

346 טיעון ההסתמכות השלילית משכנע במקרה ר.ג.מ. מרט מעט יותר מאשר במקרה De Long, שכן במקרה הראשון אופציות הפעולה החלופיות של הניזוק אלמלא "תחילת הצלה" ברורות יותר מאשר במקרה השני.

## רשויות ציבוריות

1. מסגרת הדיון. 2. מגמות כלליות בפסיקה. 3. שיקולי מדיניות מול סמכויות ביצוע.
4. עניין לוי ומבחן "שיקול הדעת הרחב". 5. פסק דין שתיל – ביטול הלכת לוי?
6. משפט חוקתי ומנהלי לעומת דיני הנזיקין.

### 1. מסגרת הדיון

אחריותן של רשויות ציבוריות, ובכללן רשויות המדינה, מוסדרת בפקודת הנזיקין ובחוק לתיקון דיני הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.<sup>347</sup> סעיף 7א(א) לפקודת הנזיקין, שהוסף לפקודה בשנת 2005, קובע כי "לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה בידעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".<sup>348</sup> בהמשך קובע סעיף 7א(ב) כי "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של רשות ציבורית לפי סעיף 13 ו-14 ולפי כל דין", הווה אומר, הרשות הציבורית<sup>349</sup> תהא אחראית בנזיקין למעשה עולה של

347 להלן: חוק אחריות המדינה. לסקירה השוואתית מקיפה של אחריותן של רשויות ציבוריות בארצות הברית ובאנגליה ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1065–1074 §§ 11.33–11.37 (2012).

348 "עובד ציבור" מוגדר בסעיף 7 לפקודה: "עובד המדינה או עובד רשות ציבורית, לפי הענין"; "עובד המדינה" מוגדר: "לרבות אורגן של המדינה וכל אדם הממלא מטעם המדינה תפקיד ציבורי על פי חיקוק, לרבות המשרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ולמעט בעל חוזה כמשמעותו בסעיף 15"; "עובד רשות ציבורית" מוגדר: "לרבות אורגן של רשות ציבורית וכל אדם הממלא מטעם הרשות הציבורית תפקיד ציבורי על פי חיקוק, ולמעט בעל חוזה כמשמעותו בסעיף 15".

349 הביטוי "רשות ציבורית" בספר זה מתייחס הן לרשויות המדינה והן לרשויות ציבוריות שאינן המדינה. לעומת זאת הביטוי רשות ציבורית מוגדר בסעיף 7 לפקודת הנזיקין, במובחן מרשויות המדינה: "רשות מקומית, וכל תאגיד שהוקם בחוק המנוי בתוספת".

עובד הציבור כמעבידתו (לפי סעיף 13 לפקודת הנוזיקין) או כשולחתו (לפי סעיף 14 לפקודת הנוזיקין).<sup>350</sup>

חוק אחריות המדינה, כשמו, עוסק באחריות המדינה, או ליתר דיוק בחסינויות המדינה. החוק קובע, בסעיף 2 שלו, כי "דין המדינה, לענין אחריות בנוזיקים, כדין כל גוף מאוגד, פרט לאמור להלן בחוק זה". בהמשך קובע החוק חסינויות שמהן המדינה נהנית. בולטת בחוק המגמה הכללית לא לפטור את המדינה מאחריות בגין רשלנות. למשל, סעיף 3 קובע כי "אין המדינה אחראית בנוזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה"<sup>351</sup> (ההדגשה אינה במקור). עם זאת למדינה עומדות כמה חסינויות גם אם התרשלה או התרשלו עובדיה. כך, סעיף 5 לחוק מקנה למדינה חסינות מפני תביעה בגין נזקים שנגרמו מ"פעולה מלחמתית" של צה"ל. בעקבות גל של תביעות של פלסטינים, נפגעי האינתיפאדה, והיות שהמושג "פעולה מלחמתית" פורש בעבר בצמצום על ידי בית המשפט העליון,<sup>352</sup> תוקן החוק ו"פעולה מלחמתית" הוגדרה בהרחבה. על פי ההגדרה, "פעולה מלחמתית" היא "בין היתר כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור מעשי איבה או התקוממות שנעשתה בנסיבות של סיכון לחיים או לגוף". בשנת 2012 הרחיב המחוקק את ההגדרה עוד יותר, תוך ויתור על התנאי של "סיכון לחיים או לגוף".<sup>353</sup> כן נקבעו דינים מיוחדים המרחיבים את חסינות המדינה לפעולות שאינן

350 יש לשים לב שהחסינות על פי סעיף 7א(א) לפקודת הנוזיקין מוקנית לעובד ציבור "על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור", ואף ההגדרות של "עובד המדינה" ו"עובד רשות ציבורית" נסבות על אורגן של הרשות, או על אדם הממלא מטעמה תפקיד ציבורי על פי חיקוק: לעיל ה"ש 348. מכאן שרופא בבית חולים, אף אם הוא עובד ציבור במובן המקובל של המילה, אינו נהנה מהחסינות הקבועה בפקודה, שכן תפקידו אינו שלטוני, הוא אינו אורגן של הרשות ואף אינו ממלא תפקיד ציבורי על פי חיקוק.

בהמשך קובעת הפקודה בפירוט יתר את סדרי הדין שיש לנקוט כדי להביא לדחיית התביעה נגד עובד המדינה ועובד הרשות הציבורית, אם נתבע: סעיפים 7ב–7ד לפקודה.

351 גם כאשר העוולה שעל פיה המדינה נתבעת אינה עוולת הרשלנות אלא עוולה אחרת (כגון תקיפה שבוצעה על ידי אחד מעובדיה), אך בהתנהגות שבגינה מוגשת התביעה הייתה רשלנות, לא תקום למדינה חסינות לפי החוק. ראו ע"א 667/77 דדון נ' אטיאס, פ"ד לב(2) 169, 175–174 (1978).

352 ראו למשל ע"א 623/83 לוי נ' מ.י., פ"ד מ(1) 477 (1986); ע"א 345/85 מ.י. נ' אוחנה, פ"ד מב(3) 11 (1988).

353 לתיקון הגדרתה של "פעולה מלחמתית" ראו חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב–2002. קיימת פסיקה רבה העוסקת בפרשנות המושג "פעולה מלחמתית", הן לפני התיקון משנת 2002 לחוק והן לאחריו, העוסקת ברובה בהבחנה בין פעולה מלחמתית ולחימה בטרור מן הצד האחד לבין פעולה משטרתית מן הצד האחר. ראו למשל ע"א 8384/05 סאלם נ' מ.י. (פורסם בנבו, 7.10.2008); ע"א 9561/05 חטיב נ' מ.י. (פורסם בנבו,



פעולות מלחמתיות על פי ההגדרה שבחוק,<sup>354</sup> ונקבעו סדרי דין מקלים למדינה להתמודד עם תביעות בגין נזקים שנגרמו ביהודה, שומרון וחיבל עזה על ידי כוחות הביטחון.<sup>355</sup> סעיפים 6–7 לחוק אחריות המדינה מקנים למדינה חסינות מפני תביעה בגין נזקי גוף או מוות שנגרמו לאדם בתקופת שירותו הצבאי ועקב שירות זה. הגיונם של סעיפים אחרונים אלו הוא בכך שחיילים שנפגעו בשירות זכאים במקרה של פציעה, וזכאיות משפחותיהם במקרה של מוות, לתגמולים מן המדינה לפי חוקי התגמולים המיוחדים לנפגעי וחללי צה"ל.<sup>356</sup> הפטור מאחריות נזיקית למדינה נועד למנוע מן החייל – שנפגע עקב שירותו הצבאי – וממשפחתו, אם נהרג, לתבוע את המדינה בנוזיקין ולהפנותם למסלול תביעת תגמולים לפי חוקי התגמולים.

סעיף 7 לחוק אחריות המדינה, אשר הוסף לחוק בשנת 1989,<sup>357</sup> מבהיר שכאשר עומדת למדינה חסינות מכוח סעיפים 5–7 לחוק, יהא פטור מאחריות גם מי "שבגללו היתה המדינה אחראית בנוזיקים אילולא הסעיפים האמורים". סעיף 7 בא למנוע מצב משפטי אבסורדי, ששרר לפני שהוסף סעיף 7 לחוק, ולפיו היו מקרים שבהם המדינה הייתה חסינה מפני אחריות נזיקית, אך עובדיה וחייליה היו אחראים בנוזיקין, לעתים גם אם לא התרשלו.<sup>358</sup>

- 4.11.2008; רע"א 10482/07 עלאונה נ' מ.י. (פורסם בנבו, 17.3.2010); ע"א 4471/08 סעדה נ' מ.י. (פורסם בנבו, 7.11.2010); ע"א 4112/09 זגיר נ' המפקד הצבאי באיזור יהודה ושומרון (פורסם בנבו, 3.1.2012); רע"א 3866/07 מ.י. נ' אלמקוסי (פורסם בנבו, 21.3.2012). ההגדרה הנוכחית לפעולה מלחמתית, כפי שתוקנה בחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב–2012, הינה: "פעולה מלחמתית" – לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות, שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה, במיקומה הגאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה".
- 354 ראו סעיף 5 וסעיף 7ג, שהוספו לחוק, בחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005. סעיף 7ג, שהרחיב את חסינות המדינה במידה ניכרת, נקבע על ידי בג"ץ כבלתי חוקית: בג"ץ 8276/05 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006).
- 355 סעיף 5א, שהוסף לחוק, בחוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4). לדיון מקיף ראו אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית' משפטים לג 107 (2003).
- 356 חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט–1959 [נוסח משולב] וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"ט–1950.
- 357 חוק הנוזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 3), התשמ"ט–1989.
- 358 סעיפים 5–7 מקנים חסינות למדינה גם כאשר מדובר בתאונות דרכים שבהן נפגעו חיילים (ראו סעיף 22 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים). לפיכך לפני שהוסף לחוק סעיף 7ב, חייל נוהג ברכב שגרם לתאונה בלא רשלנות ופגע בחייל אחר היה מוצא עצמו אחראי לנזק לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ואילו המדינה הייתה פטורה מאחריות. זאת להבדיל מכל נוהג

לבסוף, לפי סעיף 8 לחוק אחריות המדינה, "אין המדינה אחראית בנזיקים בתורת בעלת נכס שהוקנה לה מכוח החוק בלבד, כל עוד לא קנתה אחיזה בנכס". סעיף זה פוטר את המדינה מאחריות בגין נזקים שנגרמו מנכסים שבבעלותה אך שאין לה שליטה ממשית עליהם.<sup>359</sup>

סקירת הוראות החוק השונות המסדירות את אחריות הנזיקית של רשויות ציבוריות, ובכלל זה המדינה, מלמדת שדיני הרשלנות חלים על הרשויות לכאורה כמו על כל גוף אחר (בכפוף לכך שלמדינה מוקנית חסינות בכמה מקרים מיוחדים). לעומת זאת עובדי ציבור, ובכלל זה עובדי מדינה, פטורים מאחריות נזיקית במרבית המקרים – חידוש משפטי שנכנס לתוקף בשנת 2005 עם תיקון פקודת הנזיקין. אלא שחידוש משפטי זה משקף את הפרקטיקה שנהגה מאז ומעולם שלפיה עובדי ציבור שנתבעו בגין רשלנות יוצגו על ידי הרשות הציבורית, ואם נמצאו אחראים בנזיקין, שולמו הפיצויים על ידי הרשות מבלי שחזרה בתביעת שיפוי לעובד.

## 2. מגמות כלליות בפסיקה

המגמה השלטת בפסיקה הישראלית לפחות משנות השמונים היא הרחבת אחריותן של רשויות ציבוריות. לרשות הציבורית קל לשאת בנזק יותר מאשר לפרט שנפגע: היא מפזרת הנזק הטובה יותר;<sup>360</sup> פעמים רבות היא מונעת הנזק הזולה יותר והשוקלת הטובה יותר;<sup>361</sup> שיקולי צדק חלוקתי תומכים אף הם לכאורה בכך שהרשות הציבורית, ובאמצעותה הציבור בכללותו, תישא בנזקים הנגרמים לפרט מפעילויות הנעשות בסופו של דבר לטובת הציבור כולו, במיוחד אם פעילויות אלו נעשו ברשלנות.<sup>362</sup> ההלכה שנקבעה לפני למעלה מארבעים שנה, שחאדה נ' חילו, שלפיה "אין להעלות על הדעת שהמדינה תהיה אחראית בנזיקין על

אחר ברכב, אשר מאחוריו עומדת ברגיל חברת ביטוח, בין שהתרשל בגרם התאונה ובין שלא. ראו ע"א 507/79 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757 (1982).

359 בעניין ת"א (ת"א) 11757/07 גל נ' קרן קיימת לישראל (פורסם בנבו, 19.6.2012) נפצע התובע ביער בן שמן כאשר נפל לתוך בור. בית המשפט דן בחסינותה של המדינה לפי סעיף 8 לחוק אחריות המדינה. מאחר שהמדינה ידעה על הסיכון והתעלמה ממנו, נקבע כי היא חבה בנזיקין, מכיוון שהידיעה על הסיכון אינה מתיישבת עם תכליתו של סעיף 8. עם זאת בית המשפט ייחס את עיקר האחריות לנזק לרשות המקומית.

360 ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757, 766–767 (1983).

361 לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–11.

362 לעיל פרק 3, סעיף 4. לדיון בשיקולים השונים בעד ונגד הטלת אחריות נזיקית על רשויות ציבוריות ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" משפט וממשל ב 339 (1995); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג 55 (1995). (להלן: גלעד "רשויות ציבור חלק שני").

כל מעשה רשלנות או הזנחה של אחד מפקידיה... אוצר המדינה לא יוכל לעמוד בחובת ביטוח כולל כזאת של יעילות עובדי המדינה,<sup>363</sup> אינה משקפת זה שנים רבות את המשפט הנוהג. בפסקי דין רבים חזר והדגיש בית המשפט העליון כי דווקא על הרשות הציבורית, שבידיה מופקד שיקול דעת בהפעלת סמכויותיה, מוטלת חובה מיוחדת להפעיל סמכויות אלה בזהירות רבה.<sup>364</sup> הגישה שעל פיה במקרים רבים חובותיה של הרשות אינן חובות במישור הפרטי אלא חובות ציבוריות שאינן מקימות עילות תביעה בנוזיקין,<sup>365</sup> פינתה מקומה לגישה שונה לחלוטין, שעל פיה חבה הרשות בדרך כלל חובת זהירות לאזרח, ועל כן אם לא תנהג כפי שנוהגת רשות סבירה, תתחייב בדין.<sup>366</sup>

בשל גישה זו כמעט אי אפשר למצוא פסקי דין של בית המשפט העליון שבהם נקבע שהרשות או עובד שלה אינם חבים חובת זהירות לאזרח שנפגע.<sup>367</sup> לשון אחר: כל אימת שרשות ציבורית (או מי שפועל מטעמה) יכולה לצפות (מן הבחינה הטכנית) שמישהו יפגע מהפעלת סמכויותיה, צריכה אף היא לצפות זאת (מן הבחינה הנורמטיבית), ומכאן שחבה היא חובת זהירות כלפיו.<sup>368</sup>

אולם כידוע קיומה של חובת זהירות לבד אינה מנביעה אחריות על פי עוולת הרשלנות. כדי שתקום עילת תביעה לאדם שנפגע מהפעלת סמכויותיה של הרשות, צריך שהרשות או הפועל מטעמה יפרו את חובת הזהירות, כלומר יתרשלו. כדי להוכיח התרשלנות יש להראות שהרשות או הפועל מטעמה לא פעלו בסבירות. אם הרשות התרשלה, אחריותה כלפי האדם שנפגע תהא אחריות ישירה, ואם הפועל מטעמה התרשל, אחריותה תהא אחריות שילוחית. הפועל מטעמה, כפי שהוסבר, לא יהא אחראי בנוזיקין גם אם התרשל.<sup>369</sup>

- 363 ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ(4) 617, 625 (1966).
- 364 עניין עיריית חדרה, לעיל ה"ש 360. עוד לפני שנים נטען כי כך צריך שיהא הדין: אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנוזיקין" הפרקליט כא 61, 76-77 (1964).
- 365 ראו למשל עניין שחאדה, לעיל ה"ש 363, בעמ' 624.
- 366 ראו למשל עניין גורדון, לעיל ה"ש 65; עניין סוהן, לעיל ה"ש 213; עניין עיריית חדרה, לעיל ה"ש 360; ע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190 (1988). כן ראו יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67, 82-86 (1986).
- 367 אך ראו ע"א 190/81 פלג נ' מ.י., פ"ד לח(2) 57 (1984); עניין חנוכייב, לעיל ה"ש 199, פסקה 13.
- 368 ראו למשל עניין גורדון, לעיל ה"ש 65; עניין ועקנין, לעיל ה"ש 12. הדברים נאמרו על ידי בית המשפט העליון באופן כללי, כמתייחסים לדיני הרשלנות בכלל ולא דווקא לדיני הרשלנות החלים על רשויות ציבוריות. גישה זו ננקטה בזמנה אף באנגליה: *Ann's v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, 751-2. פסיקה מאוחרת יותר נסוגה מגישה זו: *WINFIELD & JOLOWICZ, supra note 127, at 159-61 (§§ 5'6-5'7)*.
- 369 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 347-348.

לעתים קרובות נתבעת הרשות על אחריותה השילוחית למעשי עובדיה ושלוחיה. במקרים אלה לא קיים בדרך כלל קושי מושגי לקבוע שעובד הרשות או שלוחה לא נהג כפי שנוהג עובד מדינה סביר בתפקידו. למשל, אין קושי מושגי לקבוע כי שוטר במשטרת הגבולות, אשר אפשר לאדם שתלוי ועומד נגדו צו עיכוב יציאה מהארץ לצאת את הארץ – התרשל,<sup>370</sup> וכי יומנאי בתחנת משטרה אשר לא הפעיל את מערכת האזעקה שחיברה מפעל יהלומים למוקד המשטרה – התרשל אף הוא.<sup>371</sup>

שונה המצב כאשר הרשות נתבעת ישירות. כאן עשויה שאלת ההתרשלות לעורר קושי מיוחד, באותם מקרים שבהם נטען שהרשות שקלה שיקולי מדיניות שלא באופן סביר, להבדיל מהפעלת סמכויות ביצוע.<sup>372</sup> "שיקולי מדיניות" הם בראש ובראשונה השיקולים הנשקלים על ידי הרשות לשם הקצאת משאביה המוגבלים לפעילויות השונות אשר בתחום אחריותה. כן כוללים הם את השיקולים ששוקלת הרשות כאשר היא צריכה לאזן בין אינטרסים שונים התובעים הגנה. לעומת זאת "סמכויות ביצוע" הן אותן סמכויות שמפעילה הרשות כדי להוציא לפועל את ההחלטות שאליהן הגיעה תוך שקילת שיקולי מדיניות או כדי לקיים את החובות המוטלות עליה מכוח החוק. קושי זה להטיל אחריות על הרשות בגין שקילה רשלנית של שיקולי מדיניות, שסיבותיו תתבהרנה בהמשך, עשוי לגרום לבית המשפט שלא לבדוק כלל אם הרשות התרשלה, ולפיכך לא להטיל עליה אחריות על פי עולת הרשלנות.<sup>373</sup> אכן, בתי משפט באנגליה הבחינו לא אחת בין מקרים שבהם הרשות הציבורית נתבעת בגין הפעלה רשלנית של סמכויות ביצוע, לבין מקרים שבהם היא נתבעת בשל שקילה רשלנית של שיקולי מדיניות: בסוג המקרים הראשון נבדקת סבירות פעולתה

370 עניין סוהן, לעיל ה"ש 213.

371 עניין ר.ג.מ. מרט, לעיל ה"ש 259.

372 פורת, לעיל ה"ש 212, בעמ' 256–264. ראו גם יואב דותן "האחריות הנוזקית של עובד הציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" משפטים טו 245, 258, 274 (1986). על הבחנה זו במשפט האנגלי ולביקורת עליה ראו §§ 237–43 (WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 237–43 (1986) 5-49–5-51); S. H. Bailey & M. J. Bowman, *The Policy/Operational Dichotomy - A DOBBS, supra*, 45 CAMBRIDGE L.J. 430 (1986). *Cuckoo in the Nest*, 111 HARV. L. REV. note 127, at 720–2 (§ 270) 2009, 2022–24 (1998); Mark C. Niles, "Nothing But Mischief": *The Federal Tort Claims Act and the Scope of Discretionary Immunity*, 54 ADMIN. L. REV. 1275 (2002).

373 נראה שאם הרשות חרגה מסמכויותיה בשקילת שיקולי מדיניות, הטלת אחריות עליה לא תהיה בעייתית: WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 237 (§5-49). עם זאת יישומו של מבחן החריגה מסמכות אינו תמיד קל. ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 109 (§ 4.13), 123–122 (4.25 §) (2010).

של הרשות, ואפשר למצאה אחראית ברשלנות, אך לא כן בסוג המקרים השני.<sup>374</sup> שנים רבות לא אומצה הבחנה זו בישראל, ולפחות בשני מקרים היא נדחתה באמרות אגב של בית המשפט העליון.<sup>375</sup> על אף זאת אפשר לומר שפסיקתו של בית המשפט העליון תואמת אותה, אם לא להלכה לפחות למעשה.<sup>376</sup> פסק דין לוי<sup>377</sup> אימץ לראשונה, במפורש, גרסה מסוימת של הבחנה זו, אך פסק דין מאוחר ממנו, שתיל נ' מקורות,<sup>378</sup> הדגיש כי להבחנה זו אין מקום. בשורות הבאות נברר מה עומד מאחורי ההבחנה ולאחר מכן נראה כיצד הפסיקה תואמת אותה בדרך כלל.

### 3. שיקולי מדיניות מול סמכויות ביצוע

פסק דין שטרנברג נ' עיריית בני ברק<sup>379</sup> ישמש אותי כדי להדגים את הקושי שבפניו ניצב בית המשפט כאשר עליו לבחון אם הרשות התרשלה בשקילת שיקולי המדיניות, קושי שאינו קיים כאשר על בית המשפט לבחון אם הרשות התרשלה בהפעלת סמכויות ביצוע. בעניין שטרנברג מדובר באדם אשר נפגע ברגלו בעת נסיון כושל לחצות את רחוב רש"י

374 Anns, *supra* note 368, at 754; Rigby v. Chief Constable of Northamptonshire, [1985] 2 All E.R. 985.

375 עניין עיריית חדרה, לעיל ה"ש 360, בעמ' 770; עיריית ירושלים, לעיל ה"ש 65, בעמ' 135.

376 ראו פורת, לעיל ה"ש 212, בעמ' 256–264. כדוגמות למקרים של שקילת שיקולי מדיניות, ראו עניין שבהם לא הוטלה אחריות על הרשות, לעתים תוך הדגשה שמדובר בענייני מדיניות, ראו עניין גרובנר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 161; עניין למפרט, לעיל ה"ש 269. אך ראו ע"א 20/80 פליישר נ' לקטוש, פ"ד לו(3) 617, 624 (1982), שממנו עשויה לעלות גישה שונה (אם כי באמרת אגב).

לעתים קו הגבול בין שקילת שיקולי מדיניות לבין הפעלת סמכויות ביצוע אינו כה חד וברור. למשל, במקרה שנטען כי הרשות התרשלה בקביעת סדר העדיפויות בהפעלתן של סמכויות הביצוע שלה, אפשר שקביעת סדר העדיפויות תיחשב לשקילת שיקולי מדיניות אך גם להפעלת סמכויות ביצוע. ראו למשל עניין עיריית חדרה, לעיל ה"ש 360, בעמ' 768. במקרה זה, שעסק באחריותה של העירייה לנזק שנגרם למכוניתו של התובע מחלק שנפל מסככה שעל חוף הים, מציין בית המשפט שאילו הוצגה בפניו תכנית עבודה וסדרי עדיפויות היה אפשר לבחון אם העירייה התרשלה או לא. אך מאחר שהדבר לא נעשה, ההנחה היא שהעירייה, אשר הייתה יכולה מלכתחילה לצפות את הנזק שנגרם לתובע בשל מצבה הרעוע של הסככה, אכן התרשלה.

שאלה אחרת היא אם אי-הפעלת שיקול דעת כלשהו היא בגדר שקילת שיקולי מדיניות, הפעלת סמכויות ביצוע או דבר מה אחר. לכך שאי-הפעלת שיקול דעת יש בו כדי להקים אחריות נזיקית ראו עניין מנורה חברה לביטוח בע"מ, לעיל ה"ש 30, פסקה 41.

377 עניין לוי, לעיל ה"ש 207.

378 ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פ"ד סב(1) 803 (2007).

379 ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק, פ"ד מג(3) 343 (1989).

בבני ברק אגב דילוג מעל שלולית גדולה של מי שופכין שנקוותה במקום. הניזוק הגיש תביעה בגין נזקיו נגד עיריית בני ברק וביסס אותה בעיקרו של דבר על עוולת הרשלנות. מתברר שהצפת רחוב רש"י במי שופכין הייתה חזון נפרץ במשך שנים רבות. העירייה, שהכירה היטב את המצב, הסתפקה בפתרונות זמניים: כל עת שהוגשה תלונה לעירייה על הצפת הרחוב, דאגה לשחרר את סתימת הביוב שגרמה להצפה ואף נתנה לכך עדיפות מיוחדת. השאלה שלה נדרש בית המשפט העליון הייתה אם למרות מאמציה המתוארים לעיל של העירייה אפשר להסיק שהתרשלה.

בית המשפט קבע כי "מחובתה של העירייה לדאוג, במסגרת הסביר, לתקינותה של מערכת הביוב אשר בתחום שיפוטה ואחריותה. מסגרת סבירה לעניין זה נמדדת, בין השאר, במבחנים של סוגי הנזקים הצפויים מאי־הסרת התקלות, חומרתם והסתברות התרחשותם; משך הזמן בו לא טופלו התקלות והפתרונות החלופיים להסרתם העומדים לרשות העירייה במסגרת אילוּציה התקציביים".<sup>380</sup> לגופו של עניין הדגיש בית המשפט כי בשל ההצפות החוזרות ונשנות זה שנים, "על העירייה היה לצפות, כי העדר טיפול יסודי במערכת הביוב או בקו הביוב הרלוואנטי... עלול להביא לפגיעה בגוף או ברכוש".<sup>381</sup> הנסיבות אפוא מעידות לכאורה על רשלנות העירייה, והנטל עובר אליה להראות שלא התרשלה. בנטל זה לא עמדה. בית המשפט הוסיף וקבע: "המשיבה לא הראתה כי נקטה צעדים, במסגרת התקציבית שלה, לסילוק הבעיה באופן יסודי, כגון באמצעות טיפול בצנרת או בדרכי הניקוז..."<sup>382</sup> (ההדגשות כולן אינן במקור). מסקנתו הסופית של בית המשפט היא שהעירייה התרשלה, ועל כן אחראית בניזקין כלפי התובע.

בפסק דין זה חרג בית המשפט מן המקובל והטיל על עיריית בני ברק אחריות נזיקית בגין רשלנות בשקילת שיקולי מדיניות. לפני ניתוח פסק הדין יש להבהיר תחילה את הסיבות להבחנה זו בין שקילת שיקולי מדיניות לבין הפעלת סמכויות ביצוע.

סיבה אחת היא שהתערבותו העקיפה של בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות תהיה חריפה אם ייקבע שהרשות התרשלה בשקילת שיקולי מדיניות יותר מאשר אם ייקבע שהתרשלה בהפעלת סמכויות ביצוע: כאשר בית המשפט בוחן כיצד הופעלו סמכויות הרשות, בודק הוא לעתים קרובות את הדבר לאור נורמות התנהגות המקובלות על הרשות עצמה,<sup>383</sup> ואילו שעה שמבקר הוא את אופן שקילתם של שיקולי המדיניות על ידי הרשות,

380 עניין שטרנברג, שם, בעמ' 347.

381 עניין שטרנברג, שם.

382 עניין שטרנברג, שם, בעמ' 349.

383 שאז השאלה המרכזית היא אם נסיבות המקרה מצדיקות מסקנה שהרשות התרשלה. ראו למשל עניין ר.ג.מ. מרט, לעיל ה"ש 259; עניין אילנקו, לעיל ה"ש 366; ע"א 158/84 צביח נ' מ.י., פ"ד מא(1) 406 (2005); עניין בוסקילה, לעיל ה"ש 257; עניין אליקשולי, לעיל ה"ש

קובע בדרך כלל בית המשפט נורמות התנהגות חרף סברתה של הרשות שראוי לנהוג אחרת.<sup>384</sup> מטעם זה, כך אפשר לסבור, ייזהר בית המשפט, כעניין של מדיניות, מלקבוע קיומה של התרשלות בשקילת שיקולי מדיניות.<sup>385</sup>

סיבה שנייה עניינה קושי יישומי. כזכור, על פי נוסחת לרנד הנד נדרש בית המשפט להשוות את עלויות מניעת הנזק לתוחלת הנזק שתופחת אם יושקעו עלויות אלו. כאשר מדובר ברשות ציבורית שנטען שהתרשלה בשקילת שיקולי מדיניות, קיים קושי מיוחד ביישומה של נוסחה זו בעניינה. קושי זה נובע מהיותם של משאבי הרשות מוגבלים, ועל כן בגדר עלויות המניעה של הרשות יש לכלול את מחיר הוויתור על פעולות מועילות לציבור שלא ייעשו אם המשאבים הדרושים לביצוען יופנו למניעת הנזק שבגיננו נתבעת הרשות.<sup>386</sup> מחיר זה, באופן טבעי, קשה להערכה.<sup>387</sup>

טול לדוגמה את המקרה שנדון בעניין גרובנר נ' עיריית חיפה:<sup>388</sup> אישה שטיילה בגן ציבורי נפגעה מרוכב אופניים. הרכיבה על אופניים בגן אמנם אסורה, אולם העירייה לא טרחה להציב פקחים שיאכפו את האיסור החוקי. האפשר להיבט של כך את העירייה בנזקי האישה על פי עוללת הרשלנות? כדי לענות על השאלה אם העירייה התרשלה, חייב בית המשפט לבדוק אילו טובים היו נשללים מהציבור לו הייתה העירייה מעבירה משאבים ממקומות אחרים, שם יש להם שימוש, כדי להגן על מבקרי הגן הציבורי מפני רוכבי אופניים. יש לכלול ויתור על טובים אלה בגדרן של עלויות המניעה, ובלעדי הערכתם אי אפשר לענות על שאלת ההתרשלות. אולם הערכתם של טובים אלה והשוואתם לתועלת שבהצבת פקחים בגן כמעט אינה אפשרית, לפחות לא בבית המשפט: כלום הצבתם בגן הציבורי עדיפה על הצבתם במקום אחר מוכה פשע? האם השקעת כספים לשם העסקתם של

186; עניין וייס, לעיל ה"ש 257. בחלק מן המקרים לא ברור לחלוטין אם הרשות נתבעה על פי אחריותה השילוחית, הישירה או שתיהן.

384 ראו הדיון בעניין שטרנברג בהמשך סעיף זה וכן הדיון בעניין לוי ובעניין שתיל, להלן סעיפים 4-5.

385 יש לשים לב שלעתים הפעלה סבירה של סמכויות ביצוע עולה לרשות בממון רב, כפי שלעתים שינוי מדיניות או איזון אינטרסים כזה או אחר אינו כרוך בעלויות ניכרות. לפיכך לעתים הטלת אחריות על הרשות בגין הפעלה רשלנית של סמכויות ביצוע תדרוש מן הרשות יותר (מבחינה כלכלית) משתדרוש הטלת אחריות בגין שקילה רשלנית של שיקולי מדיניות.

386 אם כי לעתים קל לקבוע ששקילת שיקולי המדיניות הייתה בלתי סבירה, שאז הסיבה השנייה אינה משכנעת. ראו להלן הפסקה האחרונה של סעיף זה.

387 טענה שהרשות התרשלה בשקילת שיקולי מדיניות היא אנלוגית לטענה שהפרט התרשל בכך שרמת פעילותו אינה אופטימלית. רמת פעילות כזו אינה נבחנת על ידי בית המשפט על פי דיני הרשלנות. לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 9.

388 עניין גרובנר, לעיל ה"ש 31.

פקחים או שומרים בגן הציבורי עדיפה על פני השקעתם במערכת החינוך, התחבורה או התברואה? בית המשפט העליון היה ער לקושי זה ולא הטיל אחריות על עיריית חיפה.<sup>389</sup> סיבה שלישית ואחרונה עניינה בהתנהגות מגננתית אפשרית של הרשות הציבורית. כזכור, הטלת אחריות נזיקת יכולה במקרים מסוימים לגרום למזיק לנקוט אמצעים להגן על עורו (או כיסו) על חשבון אינטרסים של אחרים, במיוחד באותם המקרים שבהם המזיק בכוח נדרש לאזן אינטרסים של הניזוק בינם לבין עצמם או בין אינטרסים של הניזוק לבין אינטרסים של צדדים שלישיים או של החברה בכללותה. עניין זה נותח בהרחבה לעיל.<sup>390</sup> חשש זה קיים כמובן גם במקרים שהרשות הציבורית היא המזיק בכוח.<sup>391</sup> למשל, אפשר שהרשות תעדיף פעילות שאין בה תועלת רבה לציבור בעלת סיכון קטן של אחריות נזיקת על פעילות בעלת תועלת רבה יותר לציבור בעלת סיכון גדול של אחריות נזיקת. חשש זה ממשי בעיקר כאשר מדובר בשקילת שיקולי מדיניות, אך הוא קיים גם כאשר מדובר בהפעלת סמכויות ביצוע.<sup>392</sup>

נשוב עתה לעניין שטרנברג. נראה שבעניין זה חרג בית המשפט מן המסורת הרווחת שלא להעביר תחת שבט ביקורתו שקילת שיקולי מדיניות על ידי הרשות. קביעתו של בית המשפט שהעירייה התרשלה לא נבעה מיישומן של נורמות התנהגות המקובלות על הרשות כפי שנעשה הדבר בדרך כלל כאשר אופן הפעלתן של סמכויות ביצוע נבחן. קביעה זו נבעה מהערכתו של בית המשפט, בניגוד להערכתה של הרשות, שעירייה סבירה הייתה מקצה משאבים ניכרים כדי לפתור אחת ולתמיד את בעיית מי השופכין שברחוב רש"י, ועירייה שאינה עושה כן מתרשלת בשקילת שיקולי מדיניות. קביעת בית המשפט שהעירייה התרשלה הייתה התערבות חריפה, הגם שעקיפה, בעניין המסור ברגיל לרשות – הקצאת משאביה (ראו הסיבה הראשונה להבחנה בין הפעלת סמכויות ביצוע לבין שקילת שיקולי מדיניות), ובחינת שיקולי הרשות על פי נוסחת לרנד הנדר מחייבת להיכבד ולברוק על חשבון

389 בעניין Hill, *supra* note 257, שנפסק באנגליה, סירב בית הלורדים להטיל אחריות על המשטרה על ששחררה ממעצר אדם שהתברר לאחר מכן שהוא רוצח סדרתי ואשר שב לרצוח. בארץ הוטלה אחריות על המשטרה אך רק כאשר היה מדובר בבירור בהפעלת סמכויות ביצוע. ראו למשל עניין מרט ר.ג.מ., לעיל ה"ש 259; עניין וייס, לעיל ה"ש 257.

390 לעיל פרק 3.

391 לעיל פרק 3, סעיף 4.

392 עם זאת יש לציין ששחרור הרשות מאחריות בגין שקילת שיקולי מדיניות והטלת אחריות עליה בגין הפעלה רשלנית של סמכויות ביצוע עלולה לפעול גם בכיוון אחר: הרשות עלולה להעדיף אי-עשייה על עשייה. למשל, אם לא תעשה, ייחשב הדבר לשקילת שיקולי מדיניות, ולא תוטל עליה אחריות נזיקת. לעומת זאת אם תעשה, ייתכן שתיכשל, ואז יכול שתוטל עליה אחריות בגין הפעלה רשלנית של סמכויות ביצוע. עם זאת יש לזכור כי בית המשפט העליון קבע שאפשר להטיל אחריות על הרשות בגין אי-הפעלת שיקול דעת כלשהו. ראו עניין מגורה חברה לביטוח בע"מ, לעיל ה"ש 30, פסקה 41, וכן לעיל ה"ש 376.



אילו פעילויות מועילות אחרות צריך שיושקעו משאבים במערכת הביוב, כמו גם לאמוד אם ערכן רב מהתועלת שבהשקעת משאבים כזו או פחות (ראו הסיבה השנייה להבחנה). לבסוף, הטלת אחריות על העירייה עלולה לתמרץ אותה להגן על כיסה על ידי השקעת משאבים רבים יותר באותם מקומות שבהם אי-השקעתם עלולה לעודד תביעות – למשל בתחום הביוב – ופחותים במקומות שבהם אי-השקעתם לא תעודד תביעות – למשל בתחום החינוך והתרבות (ראו הסיבה השלישית להבחנה).

למרות קשיים אלו קבע בית המשפט שהעירייה התרשלה. הדרך שבה התמודד בית המשפט עם הקשיים הייתה בהדגשת העובדה שהעירייה לא הוכיחה כי נקטה צעדים לפתרון הבעיה במסגרת התקציבית שלה.<sup>393</sup> נראה שהדגשה זו (החוזרת כמה פעמים בפסק הדין) באה לרמוז שלא בית המשפט קובע לרשות כיצד להקצות את משאביה. הרשות היא שעושה כן, ובית המשפט בוחן את התנהגותה של הרשות בתוך המסגרת הכללית שהיא קובעת לעצמה. דברים אלה באים לענות בראש ובראשונה לבעיית התערבות היתר בענייני הרשות אך גם פותרים לכאורה את בעיית היישום. זאת, מכיוון שלשיתתו של בית המשפט די בהערכה כללית שהרשות לא נהגה בסבירות כדי להעביר אליה את הנטל להראות שלא התרשלה. הרשות אפוא היא שצריכה להביא במקרה כזה ראיות ולהוכיח לבית המשפט שנהגה כראוי במסגרת אילוציה התקציביים. אם לא תעשה כן, יונח כי התרשלה.

האם דרך הנמקה זו עשויה לשכנע שבית המשפט בעניין שטרנברג לא העביר תחת שבט ביקורתו שיקולי מדיניות של הרשות? ספק רב. טיפול יסודי במערכת הביוב עולה בדרך כלל בממון רב. ייתכן למשל שהבעיה הייתה באה על פתרונה רק אם הייתה מוחלפת כל מערכת הביוב והניקוז שבאזור. מכאן שכאשר בית המשפט קבע כי העירייה התרשלה, הוא הציג עמדה ברורה, שהעירייה הייתה צריכה להשקיע כספים רבים במערכת הביוב. עמדה כזו אינה מתיישבת עם מדיניות של הימנעות מהתערבות יתר בענייני הרשות. החלטה על שיפורים יסודיים במערכת הביוב היא החלטת מדיניות מובהקת הנוגעת ישירות ליצירת מסגרת התקציב ואינה פועלת בתוכה. כשבית המשפט קובע שהרשות הייתה צריכה להשקיע כספים רבים בביוב, "משתתף" הוא בעקיפין בתהליך הקצאת משאביה של הרשות.<sup>394</sup>

חשיבות ההבחנה בין שקילת שיקולי מדיניות להפעלת סמכויות ביצוע לא נעלמה בעקבות פסק דין שטרנברג והפסיקה המאוחרת לו, בעיקר פסק דין לוי (שנפסק אגב על ידי

393 עניין שטרנברג, לעיל ה"ש 379, בעמ' 347–349.

394 גם הדברים שמהם עולה שהרשות רשאית להוכיח במקרה נתון שלא התרשלה, עניין שטרנברג, שם, בעמ' 349, אינם משנים את ההערכה שבית המשפט העביר תחת שבט ביקורתו שקילת שיקולי מדיניות. הן כל מי שנתבע על פי עוולת הרשלנות רשאי להביא ראיות המיועדות לשכנע את בית המשפט שלא התרשלה.

הנשיא שמגר, אותו שופט שפסק בעניין שטרנברג), מראה זאת היטב.<sup>395</sup> בפסק דין שטרנברג, כך נוכחנו, מדגיש בית המשפט שמעשי הרשות נבחנים במסגרת אילוץ התקציביים. אמנם בכך אין כדי לשנות מההערכה שבית המשפט העביר תחת שבט ביקורתו שקילת שיקולי מדיניות. עם זאת יש בדברים אלו עדות לזהירות שיש לנקוט במקרים כאלה. לבית המשפט אין בדרך כלל הכלים הדרושים להשוות עלויות מניעה לתוחלת נזק בכל מקרה שבו מדובר בשקילת שיקולי מדיניות, והשוואה כזו יכולה להתאפשר רק במקרים קיצוניים, כשהתרשלות הרשות ברורה לחלוטין. נראה כי המקרה שנדון בפסק דין שטרנברג עצמו הצטייר בעיני בית המשפט כמקרה קיצוני למדי, המאפשר להסיק התרשלות אף מבלי לבדוק לעומק את המשמעות המעשית של העברת ממון רב לטובת מערכת הביטחון על חשבון פעילויות מועילות אחרות. על קיצוניתו של המקרה אפשר אולי לחלוק, אך גם אז תהא המחלוקת ברובה עובדתית ולא ברובה עקרונית.

אפשר להעלות על הדעת מקרים מובהקים שבהם שקילת שיקולי מדיניות מגלה התרשלות על פני הדברים. טול דוגמה של מפגע הגורם למקרה אחד של מוות במוצק במפגע יום. היעלה על הדעת לפטור מאחריות את הרשות המקומית שבתחום שיפוטה מצוי המפגע גם אם מדובר בשקילת שיקולי מדיניות? ! פסק דין שטרנברג מעתיק את הדגש משאלת חובת הזהירות לשאלת ההתרשלות. קביעה שעל פיה הרשות אינה חבה חובת זהירות למי שעלול להיפגע בשל החלטותיה בענייני מדיניות משמעה למעשה שהרשות אינה אחראית לעולם ברשלנות בגין שקילת שיקולי מדיניות. לעומת זאת מפסק דין שטרנברג עולה בבירור שמוטלת על הרשות חובת זהירות גם כשמדובר בשקילת שיקולי מדיניות, וגורל התביעה נגדה לשבט או לחסד ייחרץ במישור ההתרשלות ולא במישור חובת הזהירות. העתקת מרכז הכובד משאלת קיומה של חובת זהירות לשאלת קיומה של התרשלות מאפיינת את דיני הרשלנות המודרניים בכלל ואת אלה העוסקים ברשויות ציבוריות בפרט.

#### 4. עניין לוי ומבחן "שיקול הדעת הרחב"

בפסק דין מ.י. נ' לוי,<sup>396</sup> שנפסק בשנת 1994, הבהיר בית המשפט העליון כי לא ימרה להטיל אחריות על הרשות המפעילה שיקול דעת רחב. לפי הגדרתו של בית המשפט, שיקול דעת רחב מחייב הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים כאשר אין קבועות בחוק אמות מידה לאופן הפעלת שיקול הדעת.<sup>397</sup> "שיקול דעת רחב" הוא כפי הנראה מה שכונה בסעיף הקודם "שקילת שיקולי מדיניות". לאחר מתן פסק הדין עלתה

395 ראו דיון להלן סעיף 4.

396 עניין לוי, לעיל ה"ש 207.

397 עניין לוי, שם, בעמ' 82.

השאלה אם פסק דין זה מסמן תחילתה של תקופה חדשה שבה תצומצם שוב אחריותן של רשויות ציבוריות כפי שהיה עשרים שנה קודם לכן, או שמא מדובר בפסק דין, אחד מני רבים, שבו בית המשפט אינו ממהר להסיק כי הרשות התרשלה כאשר נטען נגדה כי התרשלה בשקילת שיקולי מדיניות.<sup>398</sup> היום נראה שההסבר האחרון משקף טוב יותר את המציאות.

בעניין לוי מדובר באדם שנהרג בתאונת דרכים. כשבאו תלוייו, הם המשיבים, לתבוע את נזיקהם מחברת הביטוח שביטחה את הנהג הפוגע התברר כי זו נמצאת בהליכי פירוק. ניסיונותיהם של המשיבים לגבות את תגמולי הביטוח מן החברה בפירוק עלו בתוהו.<sup>399</sup> לפיכך תבעו המשיבים את נזיקהם ממדינת ישראל בטענה שלו שלל המפקח על הביטוח את רישיונה של חברת הביטוח או לפחות הזהיר את הציבור מפניה, לא היו הם נותרים עתה בלא פיצוי. אי-שליטת הרישיון ואי-הזהרת הציבור היו לטענתם רשלנות והפרת חובה חקוקה נוכח המידע שהיה בפני המפקח על הביטוח באשר למצבה הכלכלי של חברת הביטוח זמן רב לפני קריסתה הסופית.

בית המשפט העליון דחה את התביעה. מקריאת חלקו הראשון של פסק הדין נוצר הרושם כי השאלה העיקרית שבה עוסק בית המשפט היא אם מוטלת על המפקח על הביטוח, כאורגן של המדינה, חובת זהירות כלפי המשיבים. בית המשפט מבחין בין מקרים שבהם הרשות ממלאת תפקיד של פיקוח כאשר צד שלישי הוא שמפעיל במישרין את תחום הפעולה נושא הפיקוח, לבין מקרים שבהם אין מדובר רק בפיקוח, והשליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הדרושים נתונה אף היא בידי הרשות. המקרה הנדון בפסק הדין הוא מהסוג הראשון, ובו קיים קושי רב להכיר בחובת זהירות אם כי לדברי בית המשפט הדבר אינו בלתי אפשרי.<sup>400</sup> מכאן עובר בית המשפט לדון ב"שיקולי מדיניות ציבורית" אשר משמשים נימוקים בעד צמצום אחריותה של הרשות כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת רחב. בין יתר השיקולים המנחים את בית המשפט בהחלטתו מוזכר החשש מריבוי תביעות אם תוכר אחריות ברשלנות; החשש להתדיינות יתר בשאלה אם הרשות התרשלה בשל קושי לאתר את הקריטריון שלאורו יש לבחון את התנהגות הרשות המפעילה

398 ראו גלעד "רשויות ציבור צחק שני", לעיל ה"ש 362. ישראל גלעד תומך בצמצום אחריותן של רשויות ציבוריות על פי עוולת הרשלנות. כפי שיובהר להלן, אני חולק עליו בעניין זה. על עניין לוי ראו גם תמר גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח" המשפט ג 133 (1996).

399 התאונה אירעה לפני שנכנס לתוקף חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ותביעה נגד קרנית, לפי סעיף 12 לחוק זה, הייתה בלתי אפשרית. למעשה, האפשרות לתבוע את קרנית כאשר המבטח נמצא בהליכי פירוק נקבעה בחוק שנים רבות לאחר חקיקתו, עת הוסף לסעיף 12, ס"ק 2א בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 9), התשנ"ג-1993.

400 עניין לוי, לעיל ה"ש 207, בעמ' 69.

שיקול דעת; החשש שהרשויות ישקיעו משאבים רבים מדי בבדיקת החלטותיהן הן לפני מעשה והן לאחר מכן לצורך ההתדיינות המשפטית; החשש מהססנות יתר של עובדי ציבור בשל איום התביעה האזרחית, דבר שיש בו כדי להשפיע לרעה על שיקול דעתם. בית המשפט מנמק אף מדוע אי-הטלת אחריות במקרים שבהם הרשות מפעילה שיקול דעת רחב, לא זיק: ראשית, לא ייגרם הפסד הרתעה, שכן החלטה שיפוטית שעל פיה מדיניות מסוימת של הרשות היא פסולה אינה אומרת הרבה על מדיניות עתידית שונה; שנית, הפעלת שיקול דעת רחב יוצרת סיכוני רקע המוטלים על כולם בשווה, להבדיל מסיכון מיוחד. מסקנתו של בית המשפט היא שבמקרים שבהם הרשות מפעילה שיקול דעת רחב לא תוטל עליה אחריות אלא במקרים קיצוניים. בהמשך קובע בית המשפט כי במקרה הנדון מדובר בשיקול דעת רחב מן הסוג שעליו יש להחיל אמות מידה זהירות של ביקורת שיפוטית, אך מדגיש כי אין מדובר בשלילת חובת זהירות. מסקנתו היא כי דין התביעה להידחות:

”לטעמי, אין לשלול במקרים אלו חובת זהירות. אך מקרים אלו מצביעים על כך שהחלטת המפקח על הביטוח מצויה בגדר חריג שיקול הדעת, על ההשלכות המתלוות למסקנה זו, במשפט הישראלי... סיכומו של דבר, דעתי היא כי הנימוקים שמקורם במדיניות ציבורית כללית מוליכים למסקנה שהחלטת המפקח על הביטוח נופלת בגדר החריג המצדיק החלת אמת מידה מגבילה באשר להכרה באחריות המדינה בגין נזקים שגרמו החלטותיה... החלת אמת המידה הנ”ל על המקרה שלפנינו מובילה למסקנה שאין המפקח על הביטוח, ובאמצעותו המדינה, אחראים בגין הנזקים שנגרמו למשיבים. טענת המשיבים מופנית כנגד החלטתו של המפקח על הביטוח שלא לסגור את החברה המבטחת או להודיע למבוטחים בה על הצורך בהחלפת חברת ביטוח. החלטה זו נמצאת בגדר האלטרנטיבות המצויות לפני המפקח על הביטוח לפי שיקול דעתו, ועל כן אינה מקימה אחריות בנוזיקין, אם כי יתכן שהחלטה אחרת לא הייתה מותירה את המשיבים ללא פיצוי, כפי שהדבר קרה.”<sup>401</sup>

401 עניין לוי, שם, בעמ' 89–90. בהמשך בית המשפט דוחה אף את התביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה וקובע כי לא קמה עילה בגין עוולה זו כאשר החיקוק אינו מטיל חובה אלא מקנה סמכות, וכן כי חובות המשפט המנהלי אינן חובות חקוקות לצורך העוולה של הפרת חובה חקוקה.

בסוף פסק הדין מדגיש בית המשפט כי התוצאה שאליה הגיע אינה נוחה לפרט, אך כל תוצאה אחרת הייתה הופכת את המדינה למעין מבטחת משנה של כל התחומים שבהם מוטלת על המדינה חובת פיקוח.<sup>402</sup>

פסק דין לוי מעורר כמה שאלות חשובות אשר חלקן אינו זוכה לתשובות מספקות בפסק הדין.

ראשית, בחלקו הראשון של פסק הדין בית המשפט מפרט את מגוון השיקולים שמהם עולה שאין להכיר בחובת זהירות כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת רחב. לאחר מכן נראה כאילו חלה תפנית מחשבתית, ובית המשפט מניח קיומה של חובת זהירות, ולמעשה "מסב" את שיקולי המדיניות שהביא לעניין חובת הזהירות לשיקולים התומכים בריכוך סטנדרט הזהירות הנדרש מהרשות המפעילה שיקול דעת רחב. אכן, לגופו של עניין הוא קובע שהרשות לא התרשלה במקרה הנדון. ריכוך סטנדרט הזהירות משמעו שהרשות תמצא אחראית על פי עוולת הרשלנות רק כאשר התרשלותה רבה וחד-משמעית. גישה זו של הטלת אחריות על הרשות בגין שקילה רשלנית של שיקולי מדיניות רק במקרים ברורים וחד-משמעיים של התרשלות היא אפשרית ומעניינת.<sup>403</sup> היא ניתנת להצדקה בשלש הסיבות שפורטו לעיל להבחנה הנעשית במשפט בין שקילת שיקולי מדיניות לבין הפעלת סמכויות ביצוע: החשש להתערבות יתר בענייני הרשות מצומצם מן הטעם הפשוט שההתערבות נעשית במקרים מעטים בלבד; קשיי היישום קטנים, שכן רק במקרים קיצוניים שבהם לא יכול להיות ספק שהרשות התרשלה, היא תוגדר כרשלנית; החשש שסיכון האחריות המשפטית יגרום לרשות לפעול באופן מגננתי גם הוא קטן, שכן התחום שבו הרשות יכולה לפעול מבלי שתוגדר רשלנית הוא רחב למדי.<sup>404</sup>

שנית, הטיעון שאין להטיל אחריות על הרשות ברשלנות מן הנימוק של העומס הכספי שיוטל עליה בשל הצורך לבדוק את החלטותיה לפני מעשה ואחריו, שהוזכר על ידי בית המשפט,<sup>405</sup> אינו שיקול משכנע, ובצדק נדחה טיעון דומה בפסקי דין קודמים של בית המשפט העליון. מדוע יישא האזרח שנפגע ממעשה הרשלנות בנזק? הן שחרורה של הרשות מאחריות מותר את הנזק על כתפיו, וזאת כאשר הרשות היא אף מפזרת הנזק הטובה יותר בבירור ובדרך כלל אף השוקלת הטובה יותר.<sup>406</sup> מדוע יהא דינו שונה מדינו של כל נפגע אחר שנפגע מהתנהגות רשלנית של אדם פרטי? סיכוני פעילותה של הרשות – בוודאי

402 עניין לוי, שם, בעמ' 90. עם זאת בית המשפט מפנה את תשומת לבה של קרנית למקרה ורומז לה שטוב תעשה אם תמצא לו פתרון. שם, בעמ' 90.

403 פורת, לעיל ה"ש 212, בעמ' 263.

404 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 383–392.

405 לעיל הטקסט לאחר ה"ש 400.

406 ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 11 ו-15.

סיכונים שהם תוצאה של רשלנות – נוצרים לתועלת הציבור ולרווחתו, ולכן צודק שהציבור הוא שיישא בנזקי רשלנותה ולא הפרט שנפגע באופן מקרי.<sup>407</sup> שלישית, אחת ההצדקות שמעלה בית המשפט לשחרורה של הרשות מאחריות היא שמדובר בסיכוני רקע.<sup>408</sup> הצדקה זו אינה תואמת את התפיסה שבבסיסם של דיני הרשלנות, שעל פיה סיכון שנוצר בגלל התרשלות ראוי להטיל אחריות בגינו. הטיעון שמנקודת מבט של לפני מעשה כל בני הציבור חשופים לסיכון זהה כביכול ממעשיה של הרשות, ועל כן יש לפטור מאחריות, הוא בעייתי, שכן הוא מצדיק לכאורה שחרור מוחלט של הרשות מאחריות, ויותר מכך, אף שחרורם של מזיקים רשלניים פרטיים באותה הנמקה. רביעית, אחד השיקולים שמעלה בית המשפט נגד הטלת חובת זהירות על הרשות הוא השיקול שהטלת אחריות תהפוך את עובדי המדינה להססנים ותפגע ביכולת תפקודם. נימוק זה עלה בעבר בפסיקה, וזה שנים שאין עוד שומעין לו. היום לאחר תיקון פקודת הנוזיקין בשנת 2005 (שנחקק לאחר מתן פסק דין לוי), כאשר עובדי ציבור פטורים מאחריות אישית בגין רשלנותם,<sup>409</sup> שיקול זה נחלש במיוחד.

חמישית, בית המשפט מדגיש כי אין להפוך את המדינה למעין מבטח משנה של כל תחום שבו יש לה חובת פיקוח. בכלל, מקרה הפיקוח נראה לבית המשפט מקרה שבו תיטה הכף לשחרר את הרשות מאחריות, שכן הנזק למעשה לא נגרם על ידיה ישירות אלא על ידי צד שלישי שהרשות הייתה צריכה לפקח עליו.<sup>410</sup> טיעון זה אינו משכנע. הדרך הראויה להשקיף על מקרה דוגמת לוי היא זו: לכל תושב במדינה מוקנית בחוק זכות שלא להיות חשוף לפגיעה בתאונת דרכים בהעדר כיסוי ביטוחי: כך עולה מחובת הביטוח המוטלת, ושהוטלה אף לפני חקיקת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, על כל נוהג ברכב (או בעלים של רכב). המדינה, באמצעות המפקח על הביטוח, חייבת על פי החוק לפעול לשמירת זכות זו של האזרח. התרשלותו של המפקח בעניין זה, הגורמת נזק, היא פגיעה רשלנית בזכות

407 ראו לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1. כוונתי למקרים שבהם נגרמו נזקים ניכרים. כאשר הנזק הוא קל, כגון אי-נוחות כזו או אחרת, אפשר לטעון כי הן משיקולים של חיסכון בעלויות מנהליות והן מהשיקול כי נזקים כאלה בסופו של דבר מתפזרים על כל בני הציבור באופן שווה פחות או יותר, ראוי לפטור את הרשות מאחריות בגינם.

408 לעיל הטקסט לאחר ה"ש 400. השוו לתאוריית הסיכונים הלא הדדיים של ג'ורג' פלטר, לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3. פלטר טוען שנוק שנגרם בגלל סיכוני רקע אינו צריך להקים אחריות, שכן אין מתקיים התנאי שהנזק נגרם על ידי יוצר סיכון לא הדדי. אולם לדידו של פלטר, כאשר סיכון הרקע התממש בגלל רשלנות, המצב שונה, תנאי אי-ההדדיות מתקיים, והטלת אחריות תהיה מוצדקת (בהנחה שהניזוק לא יצר כלפי המזיק ברשלנות סיכון דומה לזה שהמזיק יצר כלפיו).

409 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 347–348.

410 עניין לוי, לעיל ה"ש 207, בעמ' 69.

ככל פגיעה רשלנית אחרת בזכות. על כן אין מדובר במעין פיקוח וולונטרי, שהניזוק סמך או לא סמך על קיומו.

## 5. פסק דין שתיל – ביטול הלכת לוי?

פסק דין שתיל נ' מקורות,<sup>411</sup> שניתן בשנת 2007, מטיל ספק בדבר תוקפה של הלכת לוי. באותו מקרה תבע אדם שעסק בגידול ציפורן בעמק יזרעאל את חברת מקורות ואת מדינת ישראל בגין נזקים שנגרמו לגידוליו ממליחות רבה מדי, לטענתו, של מי ההשקיה שסופקו לו על ידי מקורות. מתברר שמקורות הציגה מצג, ואף הבטיחה לתובע ולחלקאים אחרים, שתפחית את מליחות מי ההשקיה. התובע הסתמך על מצגים והבטחות אלו, ולפי הנטען סבל נזקים עקב כך. המדינה מצדה, כך נטען, הייתה שותפה להבטחות ולמצגים של מקורות, והן היא והן מקורות התרשלו בכך שלא עשו את שהיה סביר לעשות, כלומר להפחית את מליחות המים.

בית המשפט העליון נדרש לשאלה אם חריג שיקול הדעת הרחב שנקבע בעניין לוי חל על המקרה הנדון, ואם כן מהן תוצאות החלתו. השופט לוי, שנתן את פסק הדין העיקרי, קבע:

“המציאות המשפטית בת זמננו אינה מצדיקה עוד להידרש לכלל גורף בדמותו של חריג שיקול הדעת. קשה היא בעיני המחשבה, כי בה בשעה שבמישור המנהלי פותחו ואף הוקשחו הכללים, בהם חייבת רשות מנהלית להתחשב בהפעילה את שיקול דעתה, הרי במישור הנזיקי, ועל אף הוכחתו של נזק ממשי שנגרם בגין פעולותיה, קונה היא לעצמה חופש פעולה רחב למדי.”<sup>412</sup>

בהמשך קובע השופט לוי כי יש להיזקק לכלים החוקתיים כדי לבחון את סבירות פעילותה של הרשות הציבורית על פי דיני הנזיקין, ובראש ובראשונה לעקרון המידתיות. לדבריו:

“תחילה יש לבחון כלום נעשו פעולות אלו [של הרשות הציבורית] מכוח הסמכה שבחוק ואם הן נועדו, כאמור, לשרת תכלית ראויה... רכיב התכלית עשוי להיבחן במספר רמות הפשטה... ולענייננו רלוונטית זו המשקללת את מכלול המטרות שביקשה הרשות המנהלית להשיג בפעולתה. עם אלו נמנים

411 עניין שתיל, לעיל ה"ש 378.

412 עניין שתיל, שם, פסקה 25 לפסק דינו של השופט לוי.

חלק שני : רשלנות

היעדר הישיר של הפעולה – המטרה הנקודתית שלשמה בוצעה, כמו גם יעדי המשנה שלה... למשל, לעמידה בתנאים תקציביים, ברמת ביצוע או בלוח זמנים, וכן לשקלולה של הפעולה אל מול מטלות אחרות שעל הרשות לבצע".<sup>413</sup>

לאחר מכן יש לעבור לבחינת המידתיות, דהיינו יש לבחון את היחס שבין עלות מניעת הנזק לבין הנזק, וכדברי בית המשפט:

"במישור של דיני הנזיקין, מגלם כל אחד משלושה מבחנים מצטברים אלה – מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן היחסיות – את אחד מפניו של היחס בין הנזק לעלות מניעתו".

בית המשפט מפרט למה כוונתו בשלושה מבחנים אלו:

"מבחן הקשר הרציונלי ענינו... בשאלה אם האמצעי שננקט (לרבות מחדל) ואשר הסב את הנזק שנגרם, התאים להשגתה של התכלית המקווה. היה ולא, בתרגום לשפת הנזיקין, קטנה במידה ניכרת עלות מניעתו של הנזק, שהרי מחיר המניעה – הוויתור על השימוש באמצעי זה – כלל לא היה עולה לרשות בויתור על התכלית הרצויה... מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, בודק כלום יכולה הרשות להשיג את התכלית באמצעי חלופי, שנוזקו קטן מן הנזק שנגרם. היה ושאלה זו נענית בחיוב, לכאורה אין הפעולה מידתית. מדוע לכאורה? שכן עשויה להתעורר שאלת עלותו של אמצעי חלופי זה. יטען הטוען כי אמצעי, שבכוחו להשיג את התכלית המקווה תוך פגיעה מצומצמת יחסית בזכויות, אך עלות נקיטתו – בזמן, בכסף או בכל היבט אחר – מרקיעה שחקים, אינו יכול ליפול לגדר המונח 'אמצעי חלופי'... במלים פשוטות, הטענה עשויה להיות כי רק אמצעי המגשים את התכלית בעלות דומה הוא רלוונטי למבחן המידתיות השני... תנאי שלישי ואחרון להכשרתה של פעולה שלטונית, לאמור – לאי חיובה של הרשות בנזק שנגרם בעטייה, ניתן לעגן במבחן היחסיות. מבחן זה דורש קיומו של יחס סביר בין התועלת שבפעולה לבין הנזק הנגרם בעטייה. פעולה המסבה נזק רב מחד, ומשיגה תועלת מצומצמת מאידך, היא פעולה שעלותה ההימנעות

413 עניין שתיל, שם, פסקה 26 לפסק דינו של השופט לוי.



ממנה היא קטנה מתוחלתו של סך הנזק הצפון בנקיטתה<sup>414</sup> (ההדגשות אינן במקור).

על סמך שיקולים אלו קובע בית המשפט שגם המדינה וגם מקורות התרשלו. הוא קובע שמוטלת עליהן חובת זהירות כלפי התובע, וכי השיקולים הפועלים לעתים נגד הכרה בחובת זהירות אינם חלים על המקרה הנדון. בית המשפט מכיר בכך שהעובדה שמדובר בשיקול דעת רחב יכולה להצדיק במקרים מסוימים, משיקולי מדיניות, אי-הכרה באחריותה של המדינה, אך מדגיש כי אין לגזור מקיומו של שיקול דעת רחב מסקנה גורפת: כל מקרה צריך להיבחן לנסיבותיו המיוחדות.<sup>415</sup>

חשוב להדגיש כי שני השופטים האחרים שישבו לדין עם השופט לוי, אף שהסכימו לפסק דינו בעניינים הרלוונטיים לדיונו,<sup>416</sup> הסתייגו מן ההיקש שעשה השופט לוי מן המשפט החוקתי לדיני נזיקין. השופט ריבלין אמנם ציין במפורש כי "כפי שמציין חברי השופט לוי, ראוי להתאים את הלכת לוי למציאות המתחדשת", אך הוסיף כי אינו "נדרש היום לסוגיות הנוגעות לדרך בחינתה של עוולת הרשלנות, לרבות הקשר שבין מבחני פסקת ההגבלה לבין מבחני הסבירות שבעוולה זו". השופטת פרוקצ'יה הוסיפה כי אינה "רואה צורך לנקוט עמדה ... [ב]שאלת הקורלציה הנטענת בין המבחנים החוקתיים של 'פיסקת ההגבלה' בחוקי היסוד, לבין יסודות עוולת הרשלנות בנזיקין כשהם מוחלים על הרשות הציבורית". כך, הכרסום בהלכת לוי, אם לא ביטולה ממש, לא עורר מחלוקת בין השופטים, אולם ההיזקקות של השופט לוי להיקש מן המשפט החוקתי נותרה דעת יחיד.<sup>417</sup>

האם פסק דין שתיל הוא שינוי מן המגמה שהסתמנה בפסיקה בבטלו לכאורה את ההבחנה בין שקילת שיקולי מדיניות לבין הפעלת סמכויות ביצוע על ידי הרשות הציבורית – הבחנה שעמדה ביסוד מרבית פסקי הדין של בית המשפט העליון אף לפני פסק דין לוי? לכאורה לא. פסק הדין מכיר בכך ששיקול הדעת הרחב הוא שיקול לבית המשפט אם להטיל אחריות על הרשות הציבורית. מנגד בית המשפט קובע בפועל שהרשות התרשלה – הן המדינה והן מקורות – בנושאים שקשה להגדירם אחרת משקילת שיקולי מדיניות. אמנם, חשוב להדגיש, בנסיבות המיוחדות של המקרה הוצגו מצגי שווא והובטחו הבטחות לתובע, ואלו יוחסו למקורות ולמדינה גם יחד. מצג שווא והבטחות אלו היוו שיקול לבית המשפט בקביעה כי במקרה הנדון הייתה קרבה בין התובע לבין הנתבעות. עם זאת האחריות לא

414 עניין שתיל, שם, פסקה 27 לפסק דינו של השופט לוי.

415 עניין שתיל, שם, פסקה 32 לפסק דינו של השופט לוי.

416 השופטת פרוקצ'יה חלקה על השופט לוי באשר לאשמו התורם של התובע ובאשר לשומת הנזק, בסברה שבעניינים אלו יש להותיר על כנו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. עניין שתיל, שם, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

417 להסתייגות נוספת מדעתו של השופט לוי בעניין זה ראו להלן ה"ש 419.

הוטלה על המדינה ועל מקורות בגין הפרת הבטחה, או בגין מצג שווא רשלני, אלא בגלל התרשלות שהתבטאה באי־הפחתת מליחות המים. כפי שעולה מפסק הדין, הפחתת מליחות המים כרוכה בהשקעה של כסף רב, דהיינו בהחלטות תקציביות ניכרות, ולמרות זאת כאמור בית המשפט לא היסס לקבוע כי המדינה ומקורות התרשלו. פסק דין זה מצטרף אפוא לכמה חריגים בפסיקה, כמו פסק דין שטרנברג, שבו הוטלה אחריות על הרשות הציבורית בגין שקילת שיקולי מדיניות. אולם אין להסיק שפסק דין זה מבטל את ההבחנה בין שקילת שיקולי מדיניות להפעלת סמכויות ביצוע. כאמור, בית המשפט רואה בכך שיקול רוולנטי אם כי אולי ממעיט מערכו במקרה הנדון בפניו.<sup>418</sup>

## 6. משפט חוקתי ומנהלי לעומת דיני הנזיקין

ההיזקקות של בית המשפט העליון בעניין שחיל להיקש מן המשפט החוקתי הייתה כאמור דעת יחיד. אלא שלמעשה המבחנים שנוטל השופט לוי מן התחום החוקתי – שלושת מבחני המידתיות – אינם מחדשים דבר. הם עולים לחלוטין בקנה אחד עם נוסחת לרנד הנד.<sup>419</sup> מבחן הקשר הרציונלי הוא "אם האמצעי שנגקט (לרבות מחדל) ואשר הסב את הנזק שנגרם, התאים להשגתה של התכלית המקווה". אכן, אם מזיק גרם לנזק, והוא טוען שעלות המניעה שלו הייתה גבוהה, שכן יצירת הסיכון הייתה חיונית לקידום מטרה חשובה לו או לאחרים, טענתו תידחה אם התברר שהיה אפשר לקדם את אותה מטרה חשובה גם בלעדי יצירת הסיכון. במילים אחרות, הטענה תידחה, שכן מתברר שעלות המניעה לא הייתה למעשה גבוהה, כפי שטען המזיק.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה "בודק כלום יכלה הרשות להשיג את התכלית באמצעי חלופי, שנוזק קטן מן הנזק שנגרם". גם כאן מזיק אשר טוען שעלות המניעה שלו הייתה גבוהה, שכן יצירת הסיכון הייתה חיונית לקידום מטרה חשובה לו או לאחרים, טענתו תידחה אם התברר שהיה אפשר לקדם את אותה מטרה חשובה ביצירת סיכון קטן מכפי שהיה הסיכון למעשה. אף כאן הטענה תידחה מן הטעם הפשוט שהיה אפשר להקטין את הסיכון ובכך למנוע את הנזק, בלא עלות נוספת (או בעלות נוספת נמוכה).

מבחן היחסיות "דורש קיומו של יחס סביר בין התועלת שבפעולה לבין הנזק הנגרם בעטייה". מבחן זה אינו אלא חזרה על נוסחת לרנד הנד: מבחן זה דורש במפורש לערוך השוואת עלות-תועלת, ולפיה לקבוע אם המזיק התרשל. כך, אם עלות המניעה (ובכלל זה

418 לפסק דין שהולך בעקבות הלכת שתיל, ראו עניין חוות צברי, לעיל ה"ש 10.  
419 ראו לעיל פרק 1, סעיף 2. ראו ע"א 2127/10 פריג' נ' מ.י. (פורסם בנבו, 5.12.2011), פסקה 7 לפסק הדין, שם מביע המשנה לנשיאה ריבלין ספק באשר לנכונות השימוש במבחן המידתיות העולה מפסקות ההגבלה שבחוקי היסוד לצורך יישומם של דיני הרשלנות.

ויתור על תועלת) מועטה, אך תוחלת הנזק שתופחת מהשקעת עלות זו גדולה, ההתנהגות תיחשב רשלנית, ואילו אם ההפך הוא הנכון, היא תיחשב לסבירה.

השימוש במבחני המידתיות בא כנראה על רקע קביעתו של בית המשפט כי שקילת שיקולי מדיניות בדיני הנזיקין חשובה לביקורת שיפוטית, ומאחר שהיא חשובה לביקורת שיפוטית בתחום המשפט החוקתי (והמנהלי), ראוי לייבא את המבחנים שלפיהם נעשית הביקורת מן המשפט החוקתי אל דיני הנזיקין. אך כאמור אין הבדל ממשי בין מבחני המידתיות לבין מבחני הרשלנות הנוהגים בדיני הנזיקין. יבוא מבחני המידתיות לדיני הנזיקין אינו פותר את הקשיים – הישומיים והאחרים – בהחלת דיני הרשלנות על רשות ציבורית השוקלת שיקולי מדיניות. למשל, הקושי לקבוע אם החלטה להשקיע כספים במקום אחד ולא במקום אחר או אם לקדם אינטרס חברתי או כלכלי אחד על חשבון אינטרס אחר הייתה סבירה, נותר קושי ניכר, בין שהרטוריקה היא זו המקובלת בדיני הרשלנות או זו המוכרת מתחום המשפט החוקתי.

האם לגופו של עניין אמות המידה המשמשות את בתי המשפט לבחינת פעולותיה של הרשות הציבורית בתחום המשפט החוקתי או המנהלי הן, או ראוי שתהיינה, זהות לאלו המשמשות אותם לבחינת פעולותיה של הרשות הציבורית בתחום דיני הרשלנות? האם אפשר למשל להניח שבעניין שטרנברג לו עתר תושב הגר ברחוב רש"י לבית הדין הגבוה לצדק ומבקש שיוצא צו אשר יחייב את עיריית בני ברק להסיר את מפגע מי השופכין אחת ולתמיד, היה מבוקשו ניתן לו?

נראה כי התשובה לשאלה זו היא שלילית.<sup>420</sup> אף שהן במסגרת דיני הרשלנות והן במסגרת המשפט המנהלי מבחן הסבירות משמש אמת מידה לבחון את כשרות פעולותיה של הרשות, יש מקום לטעון שבית המשפט צריך להיות זהיר בקביעת אי-הסבירות בתחום המשפט המנהלי יותר מאשר בתחום דיני הרשלנות. הטעם לכך נוגע לשוני בטיב הסעדים בין שני תחומי המשפט: על פי דיני הנזיקין קביעת התרשלותה של הרשות מחייבת את הרשות לפצות את הניזוק בכסף אך מאפשרת לה להמשיך בפעילותה הבלתי סבירה ולשאת ב"הוצאותיה", ואילו על פי המשפט המנהלי קביעת אי-סבירות פעולתה של הרשות גוררת הוצאת צו אשר ימנע מהרשות מלהמשיך ולפעול באי-סבירות. הסעד אפוא דרסטי בתחום המשפט המנהלי יותר מאשר בתחום דיני הרשלנות. לפיכך התערבות בית המשפט חריפה

420 בעניין עיריית חדרה, לעיל ה"ש 360, בעמ' 770, עומד בית המשפט על כך שאין זהות בין מבחני הסבירות של המשפט המנהלי לבין מבחני הרשלנות הנזיקיים. כן ראו פורת, לעיל ה"ש 212, בעמ' 264; דותן, לעיל ה"ש 372, בעמ' 261, 265–267, 280. לתמיכה בהיותם של מבחני הסבירות של המשפט המנהלי ומבחני הסבירות של דיני הנזיקין תלויים בתכליות השונות של שני תחומי המשפט, ולכן בקביעתו שהרשות נהגה בחוסר סבירות יהיה בית המשפט מרוסן בתחום המנהלי יותר מאשר בתחום הנזיקי, ראו עניין מנורה חברה לביטוח בע"מ, לעיל ה"ש 30, פסקה 42.

הרבה יותר. יתרה מזו, גם אם יש לצפות מן הרשות שתכבד את פסיקתו של בית המשפט באשר לסבירות פעולותיה גם כאשר זו נעשית בתחום דיני הרשלנות, ותשנה את התנהגותה, הרי פעמים רבות הביקורת השיפוטית על פי דיני הרשלנות צופה פני עבר ועל כן אינה דורשת שינוי התנהגות, ואילו הביקורת השיפוטית בתחום המשפט המנהלי צופה פני עתיד ודורשת שינוי כזה. בשל כל זאת יש לצפות שבתחום המשפט המנהלי ינהג בית המשפט באיפוק רב יותר מאשר בתחום דיני הרשלנות. חששו מלהתערב התערבות ישירה בשקילת שיקולי מדיניות יחייבו ליתר זהירות. על כן ייתכן מאוד שעתירתו של העותר ההיפותטי, תושב רחוב רש"י בבני ברק, לבית הדין הגבוה לצדק שיורה לעיריית בני ברק להסדיר באופן יסודי את בעיית מי השופכין – הייתה נדחית. בדומה לכך, בעניין שתיל, אילו פנה התובע לבית הדין הגבוה לצדק בעת שמליחות המים הייתה גבוהה ומבקש לחייב את מקורות ואת מדינת ישראל לפעול לשם הפחתת מליחות זו – ייתכן מאוד שלא היה זוכה לצו.

## אחריות בגין נזק כלכלי טהור

1. שיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות; א. הרחבת חוג התובעים; ב. הניזוק מונע נזק זול יותר או שוקל טוב יותר; ג. נזק כלכלי כהעברה. 2. חיווי דעה ומצגי שווא; א. שיקולי מדיניות; ב. עילות תביעה חלופיות; ג. תנאים להטלת אחריות; ד. פיצוי בגין חווי דעה רשלני. 3. אחריות מקצועית: בנקים; א. שיקולי מדיניות; ב. חיווי דעה וייעוץ: בנק-לקוח; ג. חיווי דעה וייעוץ: צדדים שלישיים; ד. מעשי מרמה וזיופים: בנק-לקוח; ה. מעשי מרמה וזיופים: צדדים שלישיים. 4. הפרה רשלנית של חוזה הגורמת נזק לצדדים שלישיים; א. הפרה רשלנית של חוזה הגורמת הפרת חוזה אחר; ב. הפרה רשלנית של חוזה הפוגעת בציפייה לגיטימית של אחר.

נזק כלכלי טהור הוא נזק המתבטא בהפסד ממון בלא שנלווה לו כל נזק פיזי, לגוף או לרכוש. דיני הנזיקין המסורתיים הגנו בעיקר על אינטרסים לגוף ולרכוש, ועל אינטרסים כלכליים טהורים הגנו פחות.<sup>421</sup> עד היום בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית ניכרת זהירות רבה בהטלת אחריות בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור.<sup>422</sup> לעומת זאת שיטת המשפט הישראלית זהירה פחות בעניין זה, ולעתים נדמה שבתי המשפט אינם מבחינים בין נזק כלכלי טהור לבין נזק פיזי.<sup>423</sup> ממבט ראשון נראה שכך צריך להיות: הן נזק כלכלי טהור יכול לפגוע ברווחתו של הניזוק לא פחות מנזק גוף או רכוש. זאת ועוד, נזק גוף מתבטא אף הוא בנזקים כלכליים, בראש ובראשונה הפסד השתכרות, ונזקים אלו מפוצים כדבר

421 הסבר אפשרי לכך הוא שדיני הנזיקין המסורתיים ראו באינטרסים כלכליים נחותים לעומת אינטרס לגוף או לרכוש. לדיון על כך ראו רונן פרי ריקושטים כלכליים 513–516 (2002). עוולות המגנות בבירור על הניזוק מפני גרם נזק כלכלי טהור הן עוולת התרמית (סעיף 56 לפקודת הנזיקין) ועוולת גרם הפרת חוזה (סעיף 62 לפקודת הנזיקין). תחולתן של עוולות אלו מוגבלת בעיקר למקרים של התנהגויות מכוונות. עוולות נוספות קבועות בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999. לדיון בעוולת גרם הפרת חוזה ראו נילי כהן גרם הפרת חוזה (גד טדסקי עורך, 1986). לדיון בחוק עוולות מסחריות ראו מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (2002). לדיון בנזק כלכלי טהור, ראו הרמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 101–79 § 6.1.1–(6.1.22).

422 DOBBS, *supra* note 79, at 1115; WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 218–21 (§ 5' 39). לדיון השוואתי מקיף, ראו פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 31–173.

423 תמר גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (1995).

שבשגרה. לבסוף גם בשיטות המשפט שבהן לא נהוג לפסוק פיצוי בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור לא יימנעו בתי המשפט מלפסוק פיצוי בגין נזק כלכלי כאשר הוא נלווה לנזק פיזי,<sup>424</sup> והשאלה מדוע הדין צריך להיות שונה בשני המקרים אינה ברורה מאליה. שאלת האחריות בגין נזק כלכלי טהור נוגעת לחובת הזהירות ולא להתרשלות. השאלה היא אם קיימים שיקולים של מדיניות המצדיקים את צמצומה של האחריות הנזיקית בגין נזק זה.<sup>425</sup> הסעיף הבא יעסוק בשיקולי מדיניות כאלו, והסעיפים שיבואו אחריו יבחנו קטגוריות של מקרים שבהם הטלת אחריות בגין נזק כלכלי טהור מעוררת שאלות מיוחדות.

## 1. שיקולי מדיניות בעד צמצום אחריות

### א. הרחבת חוג התובעים

טיעון המוזכר לא אחת בעד צמצום האחריות הנזיקית בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור הוא החשש מהרחבת חוג התובעים.<sup>426</sup> אם בגין כל תאונה יוכל כל מי שנגרם לו נזק כלכלי טהור לתבוע את המזיק, כל תאונה תגרור מספר רב של תביעות, ייווצר עומס רב על מערכת בתי המשפט, ותוכבד מאוד פעילותו של המזיק. טול לדוגמה תאונת דרכים שבה נפגע אדם. אחריות בלתי מוגבלת על נזקים כלכליים טהורים תגרום שלא רק הניזוק הישיר יוכל לתבוע בגין נזקיו אלא גם המעביד שלו אשר עסקו נפגעו מהיעדרות הניזוק מן העבודה,<sup>427</sup> הבנק שנתן לניזוק הישיר הלוואה ובגלל פציעתו הוא אינו יכול לפרוע

424 DOBBS, *supra* ראו Spartan Steel and Alloys Ltd v. Martin Ltd., [1972] 3 All E.R. 557 note 79, at 1048 (§ 377); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 218 (§ 5'39).

425 רונן פרי דן בספרו בהרחבה בטיעונים השונים נגד הטלת אחריות נזיקית בגין "ריקושט כלכלי של נזק פיזי" ומציע שתוטל אחריות נזיקית בגינו רק באותם המקרים שבהם טיעוני הנגד שבהם הוא דן אינם משכנעים. ראו פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 673-681. "ריקושט כלכלי של נזק פיזי", לפי פרי, הוא "נזק כלכלי טהור, אשר נגרם לתובע... עקב פגיעה רשלנית בגופו או ברכושו של צד שלישי... או ברכושו שאין לו בעלים". שם, בעמ' 9.

426 טיעון הרחבת חוג התובעים נטען בע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169, 189-192 (1987), אך לא שכנע את בית המשפט שלא להטיל אחריות בגין נזק כלכלי טהור. לדיון מקיף בטיעון זה ולתשובות אפשריות לו ראו פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 480-496.

427 תביעה של מעביד על אבדן שירותי העובד נתקלת בשיטות המשפט השונות בהתנגדות מסיבות ברורות: המעביד אינו אדונו של העובד, ופגיעה בו אינה שקולה לפגיעה ברכושו. עוד בשנות החמישים נדחתה תביעה שהגישה המדינה נגד מי שפגע בחייל ברשלנות בתאונת דרכים על הנזק הכלכלי שנגרם לה בשל אבדן שירותיו של החייל. ע"א 153/54 וידר נ' היועמ"ש, פ"ד י 1246 (1956). ראו דיון אצל פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 321-350. עם זאת תלויים זכאים לפיצוי על הנזק הכלכלי שנגרם להם ממות המנוח (סעיפים 78-80 לפקודת

אותה,<sup>428</sup> ואולי אף אלפי הנוהגים ברכב שסבלו מעומס התנועה שהתהווה בגלל התאונה והפסידו שעות עבודה ובזבוז דלק.

פסק דין *Pruitt v. Allied Chemical Corp.*,<sup>429</sup> שנפסק בארצות הברית, עשוי לשמש דוגמה טובה להמחשת החשש מהרחבת חוג התובעים אם תוטל אחריות בגין נזק כלכלי טהור ללא מגבלות. באותו מקרה זיהמה הנתבעת את נהר ג'יימס ומפרץ צ'ספיק בחומר כימי מסוים אשר גרם להשמדת הדגה. התובעים היו דייגים, בעלי חנויות לסירות ולציוד דיג, בעלי מרינות, סיטונאים וקמעונאים של דגים ומאכלי ים אחרים, בעלי מסעדות למאכלי ים ועוד. כל התובעים טענו שבעקבות זיהום הנהר והמפרץ פחתו רווחיהם ונפגעה פרנסתם. בית המשפט הטיל על הנתבעת אחריות רק כלפי אלו אשר פעלו "על המים או על גדות המים", אך לא כלפי אחרים: דייגים המתפרנסים מדיג, בעלי חנויות לסירות ולציוד דיג ובעלי מרינות זכו בפיצוי, ואילו תביעותיהם של יתר התובעים נדחו.<sup>430</sup> בית המשפט הדגיש את החשש להרחבה רבה מדי של חוג התובעים, ולכן קבע אמת מידה אשר לפיה פוצו רק הניזוקים הישירים, דהיינו אלו שהשפעת הזיהום עליהם הייתה מידית וברורה.<sup>431</sup>

האם החשש להרחבת חוג התובעים הוא נימוק משכנע כשלעצמו לצמצום האחריות הניזוקית? לכאורה אם בני אדם רבים סבלו נזק מרשלנות המזיק, ונזק זה היה צפוי מבחינה טכנית, ראוי שיפוצו בגין נזקיהם הן מטעמים של צדק מתקן והן מן הטעם שהפנמת הנזקים על ידי המזיק תבטיח את הרתעתו היעילה. לפיכך אם בתאונת הדרכים ניזוקו גם המעביד והנושה של הניזוק הישיר, ראוי שגם הם יפוצו בגין נזקיהם. אם המטרה היא להפחית עומס על מערכת בתי המשפט, לא ברור מדוע יש להפחית את העומס "על חשבון" ניזוקים שנגרם להם נזק כלכלי טהור – נזק אשר כאמור עלול להכביד על ניזוקים לא פחות מנזק פיזי לרכוש, ולעתים אף לגוף.

דרך אחרת, טובה יותר, להציג את טיעון החשש להרחבת חוג התובעים היא כדלקמן: הטלת אחריות בהיקף רחב בגין נזקים כלכליים טהורים עלולה להכביד על המזיק הכבדה

הניזוקין), ובכלל זה הפסד ההשתכרות שנגרם לבן הזוג הנותר בשל צמצום היקף עבודתו לשם הקדשת זמן רב יותר לטיפול בילדים. הפסד אחרון זה קרוב מאוד לפיצוי בגין אבדן שירותים של בן הזוג שנהרג. ראו ע"א 64/89 גבאי נ' לוזון, פ"ד מח(4) 673, 677–688 (1994).

428 ראו דיון אצל פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 351.

429 *Pruitt v. Allied Chemical Corp.*, 523 F. supp. 975 (1981).

430 בין היתר נדחו תביעותיהם של אלו שעסקו בדיג לשם ספורט ולא לפרנסה, מן הטעם שניזוקיהם קטנים מדי ואינם ניתנים להוכחה: *Pruitt, id.*

431 לדיון בטענה שבמקרה של גרם נזקים סביבתיים אפשר לפסוק פיצוי עונשי לטובת תובעים מסוימים מחד גיסא אך לא לפסוק פיצויים בגין נזק כלכלי טהור לתובעים רבים אחרים מאידך גיסא, ולדחייתה של טענה זו, ראו *Ronen Perry, The Deepwater Horizon Oil Spill and the Limits of Civil Liability*, 86 WASH. L. REV. 1 (2011).

בלתי מוצדקת ואף להעמיס על מערכת בתי המשפט עומס בלתי מוצדק, מכיוון שפעמים רבות אין לדעת אם הנזק הכלכלי הטהור קשור סיבתית להתנהגות העוולתית של המזיק. במקרים אחרים הנזק הכלכלי קטן מאוד, אולי קטן מדי, ואף לכן לא מוצדק להטריח את בתי המשפט כדי שיפסקו פיצוי בגינו.

הטיעון שהנזק הכלכלי קטן מאוד משכנע במקרים מסוימים בלבד. למשל, בדוגמת תאונת הדרכים הוא יכול לשמש נימוק לאי-הטלת אחריות על הנוהג הרשלן שגרם לתאונת הדרכים כלפי נוהגים אחרים ברכב, אשר בגלל עומס התנועה שנוצר בעטייה של התאונה הפסידו שעות עבודה ודלק. מכיוון שנוזקים אלו, לפחות אם הם נבחנים באשר לכל נוהג בנפרד, הם קטנים בדרך כלל, לא מוצדק להטריח את בתי המשפט בגינם. בדומה לכן, בעניין *Pruitt* בני אדם העוסקים בדיג לשם ספורט ניזוקו מזיהום הנהר והמפרץ, אך נזקיהם היו קלים למדי. אכן, זה היה הנימוק שבגינו סירב בית המשפט האמריקאי להטיל על הנתבעת אחריות כלפיהם.<sup>432</sup>

אלא שבמקרים אחרים הנזק הכלכלי יכול להיות רב, שאז נותר רק טיעון הקשר הסיבתי: קיים קושי אינהרנטי – במקרים רבים – לדעת אם מתקיים קשר סיבתי בין התנהגותו העוולתית של המזיק לבין גרם הנזק הכלכלי הטהור. אם תוטל אחריות רחבה מדי בגין נזק זה, עלולים בתי המשפט להטיל אחריות גם כאשר הנזק הכלכלי הטהור לא נגרם מההתנהגות העוולתית של המזיק ולפסוק פיצוי יתר, על כל המשמעויות השליליות שיש לכן. למשל, בדוגמת תאונת הדרכים ייתכן שמעבידו של הניזוק לא סבל באמת נזק ממעשה העוולה, ושהפסד הרווחים נגרם לו עקב גורמים שבינם לבין תאונת הדרכים אין ולא כלום. נזק כלכלי, מעצם טבעו, אינו נגרם רק מהתנהגות עוולתית, אלא כדבר שבשגרה. נזק זה הוא מעין סיכון רקע, ופעמים רבות למרות קיומה של התנהגות עוולתית ברקע קשה לדעת אם יש לקשור אותו להתנהגות זו אם לאו. אמת, גם נזק פיזי, לגוף ולרכוש, אינו נגרם רק מהתנהגות עוולתית, אך הסיכון שבתי משפט יפסקו פיצוי בגין נזקים אלו גם כאשר הם אינם קשורים סיבתית להתנהגות העוולתית, בדרך כלל אינו רב. זאת מכיוון שנוזק פיזי (בניגוד לנזק כלכלי טהור) אינו נגרם כדבר שבשגרה, הוא אירוע חריג, ובמרבית המקרים לבתי המשפט יש כלים לבחון אם הוא נגרם מהתנהגות עוולתית או מגורם לא עוולתי (כגון מחלה).

אמנם בשל הקושי לקשור בין הנזק הכלכלי לבין ההתנהגות העוולתית של המזיק עלולים בתי המשפט לפסוק פיצוי חסר ולא רק פיצוי יתר, אך אם מסיבה כזו או אחרת הסכנה של פיצוי יתר רבה מזו של פיצוי חסר, פתרון אפשרי של שיטת המשפט הוא להטיל מגבלות על כוחם של בתי המשפט לפסוק פיצוי בגין נזק כלכלי טהור.

*.Pruitt, supra note 429* 432



אלא שטיעון זה אינו יכול להסביר את הרתיעה לפסוק פיצוי בגין נזק כלכלי טהור באותם המקרים שבהם אין קושי מיוחד לקבוע מתי הנזק הכלכלי הנתבע קשור סיבתית להתנהגות העוולתית ומתי אינו קשור אליה. תת-הסעיפים הבאים ידונו בסיבות נוספות לרתיעה זו.

### **ב. הניזוק מונע נזק זול יותר או שוקל טוב יותר**

לנזק כלכלי טהור שני מאפיינים אשר הופכים באופן טבעי את הניזוק למונע נזק זול או לשוקל טוב ביחס אליו. כאשר שני מאפיינים אלו מתקיימים, השארת הנזק הכלכלי הטהור על כתפי הניזוק עשויה להיות הדרך היעילה לתמרץ את מניעתו, או הקטנתו, של נזק זה. המאפיין הראשון הוא שנוק כלכלי טהור מתרחש בדרך כלל על פני תקופה ולא ברגע אחד, ולכן יש לניזוק די זמן לפעול למניעתו ולהקטנתו. המאפיין השני של נזק זה הוא שבני אדם חווים אותו במהלך העניינים הרגיל כדבר שבשגרה, כמעין סיכון רקע שקיים תמיד, אף בלעדי פגיעה עוולתית כלשהי, ולכן הם מנוסים ומיומנים בהתמודדות אתו.<sup>433</sup>

נשוב לדוגמת תאונת הדרכים ולנזק שנגרם למעביד בגלל היעדרות הניזוק מן העבודה. הנזק למעביד מצטבר על פני תקופת זמן: כל יום נגרם נזק קטן נוסף בגלל היעדרות העובד, ונזק זה מצטבר על פני חודשים. למעביד יש אפוא די זמן להקטין אותו. זאת ועוד, היעדרות עובדים מן העבודה היא עניין של יום ביומו, מעין סיכון רקע, וכל מעביד יודע להתמודד אתו. צירוף זה של די זמן לפעולה מצד אחד עם מיומנות וניסיון בדרכי הפעולה מצד אחר מבטיח שבמקרים רבים המעביד, אשר נושא בנזק הכלכלי שנגרם לו בגלל תאונת הדרכים, ימצא את הדרכים המתאימות להפחית אותו למינימום. המעביד יוכל למשל להפחית את היקף העבודה, לשכור עובד חלופי, לעתים הוא ידחה עבודות מסוימות עד שיחזור העובד הנעדר לעבודה, ולעתים יעביר תפקידים שלו לעובדים אחרים. פעולות אלו לא היו נעשות אולי אם המעביד היה זכאי לפיצוי בגין נזקיו הכלכליים מן המעוול שגרם לתאונת הדרכים, במיוחד אם הן היו גובות ממנו מחיר. אמת, המעביד, גם אם היה זכאי לפיצוי, היה חשוף לטענה שלא פעל בסבירות להקטין את הנזק, ולכאורה אפוא היה פועל בסבירות למניעה ולהפחתה של נזקיו הכלכליים. אלא שאפשר שיהיה קשה להוכיח בבית המשפט מה היה על המעביד לעשות להקטנת הנזק שלא עשה. למשל, יש להניח שאם היה שוכר עובד חלופי במקום זה החסר ותובע מן המעוול שגרם לתאונה את עלות העסקתו, היה קשה לבסס נגדו את הטענה שהיה סביר יותר לצמצם את היקף העבודה, לדחות עבודות מסוימות או להעביר

433 מאפיין זה שימש אותי אף לביסוס הטיעון המופיע בטקסט לעיל לאחר ה"ש 432.

תפקידים לעובדים אחרים. מדובר בהתנהגויות שקשורות לרמת פעילותו של המעביד – ואלו בדרך כלל אינן עומדות לביקורת שיפוטית.<sup>434</sup>

### ג. נזק כלכלי כהעברה

טיעון כלכלי מקובל הוא שבמקרים רבים נזק כלכלי טהור אינו משקף נזק חברתי אלא נזק פרטי, מכיוון שלעתים הפסדיו של הניזוק הם רווחיו של צד שלישי ואלו מתקזזים זה כנגד זה.<sup>435</sup> במילים אחרות, גרם נזק כלכלי גורם להעברה של עושר מן הניזוק לצד שלישי, ולחברה לא נגרם נזק עקב כך. לפיכך לא צריך להיות פיצוי בגין נזק כלכלי טהור, לפחות ככל שמדובר במטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין: אם אין מדובר בנזק חברתי לא רצוי לתמרץ את המזיק לנקוט אמצעי זהירות למניעתו. הדוגמה הבאה ממחישה באילו מקרים טיעון ההעברה ישים. נניח שמזיק יוצר מטרד וגורם שמסעדה בעיירה מסוימת תושבת למשך שבוע. לבעל המסעדה נגרמים באופן טבעי הפסדים, ברם הלקוחות שבדרך כלל היו סועדים במסעדה המושבת עושים זאת עתה במסעדה אחרת, ובעל המסעדה האחרת מרוויח את מה שהפסיד בעל המסעדה הראשון. התוצאה היא שבסך הכול לא נגרם נזק חברתי: בעל מסעדה אחד מרוויח יותר, בעל מסעדה אחרת מרוויח פחות, והלקוחות נהנים ממש כמו קודם.<sup>436</sup>

טיעון ההעברה ישים במקרים מסוימים בלבד. הטיעון אינו ישים למשל במקרה שבו הנזק הכלכלי משקף נזק פיזי שבגינו לא נפסק פיצוי כלשהו. דוגמה למקרה כזה הוא פסק דין *Pruitt*. באותו עניין נגרם לתובעים השונים נזק כלכלי טהור. אפשר אף לסבור שכנגד הנזק הכלכלי שנגרם לחלקם היו אחרים שצברו רווחים, ועל כן נזק זה היה פרטי אך לא חברתי. למשל, אם בעלי מסעדות דגים באזור הפסידו, ייתכן שבעלי מסעדות אחרות, המציעות בשר ולא דגים, הרוויחו. אך במקרה *Pruitt* לא יכולה להיות מחלוקת שהנתבעת גרמה לנזק חברתי עצום: הנזק לדגה (ונזקים סביבתיים נוספים). נזק זה הוא פיזי אלא שאין

434 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 9.

435 William Bishop, *Economic Loss in Tort*, 2 OXFORD J. LEGAL STUD. 1 (1982). לדיון בטיעון זה ובביקורות עליו ראו פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 556–568.

436 ניתוח זה אינו מדויק, שכן ייתכן שסועדים מסוימים היו מעדיפים לסעוד במסעדה הראשונה דווקא, למשל משום שהם מעדיפים את האוכל המוגש בה או משום שמיקומה נוח להם יותר. אך אפשר להניח לצורך הטיעון שזוהי אינו רב (הנחה זו סבירה במקרים רבים). אף יש לשים לב שאפשר לטעון שאין מדובר בנזק כלכלי טהור אלא בנזק המתבטא בראש ובראשונה בפגיעה בשימוש במקרקעין אשר יש לו ערך חברתי. עם זאת הנחתי בדוגמה זו היא שכל משמעות הפגיעה בשימוש במקרקעין היא אבדן רווחים לבעל המסעדה הראשון, אשר כאמור "עוברים" לבעל המסעדה האחרת.

מי שזכאי לפיצוי בגינו ישירות, שכן הדגה אינה שייכת לאיש. אפשר אפוא לטעון שהפיצוי בגין הנזק הכלכלי היה במקרה זה תחליף לפיצוי בגין נזק פיזי, ולמעשה שיקף אותו.<sup>437</sup> במקרה אחר שבו הנזק הכלכלי משקף נזק פיזי נדרש הניזוק להוציא כסף כדי למנוע נזק פיזי. בעניין קורנפלד נ' שמואלוב בנו הנתבעים בניין ומכרו דירה לקונים אשר מצדם מכרו אותה לתובעים.<sup>438</sup> בקירות הדירה נוצרו סדקים והתגלו בה פגמים נוספים שנבעו מבנייה לקויה. התובעים הוציאו כספים לתיקון הפגמים ותבעו מן הנתבעים – הקבלנים שבנו את הבניין – שישפו אותם בגין הוצאות אלה. בית המשפט העליון דחה את הטענה כי מאחר שמדובר בנזקים כלכליים טהורים לא צריך להיות פיצוי בגינם. בין היתר קובע בית המשפט כי "אין לראות הבדל הגיוני בין נזק גופני, שנגרם, למשל, לבעל הדירה עקב דלקת ריאות בה לקה, מפני שרוח קרה נשבה אל תוך דירתו דרך הסדקים שבקירות... ובין הנזק הכספי שנגרם לו, מפני שהקדים רפואה למכה והוציא את ההוצאות הדרושות כדי לסתום את הסדקים מראש".<sup>439</sup>

אולם גם באותם המקרים שעליהם טיעון ההעברה לכאורה חל, שכן המזיק לא גרם נזק פיזי, אין הוא תמיד משכנע שלא נגרם נזק חברתי, ולפיכך אין להטיל על המזיק אחריות לנזק הכלכלי הטהור שנגרם לניזוק. ראשית, קיימים מקרים שבהם אם לא תוטל אחריות על המזיק, ינקוט הניזוק אמצעי זהירות כדי להתגונן מפני הנזק הכלכלי שייגרם לו. אמצעי זהירות אלו הם בזכו משאבים שיש להם ערך חברתי ולא רק פרטי.<sup>440</sup> למשל, אם יוצרי מטרדים לעולם לא יהיו אחראים כלפי בעלי המסעדות שייפגעו מן המטרד, בעלי מסעדות ירכשו אביזרים שונים להתגונן מפני מטרדים גם במקרים שבהם היה זול יותר, מבחינה כלכלית, אם יוצר המטרד דווקא היה נמנע מליצור אותו מלכתחילה. שנית, אם נזקים כלכליים נגרמים בשיטתיות לניזוקים מסוימים, עלול הדבר לגרום להם להפחתה לא יעילה

437 טענה דומה אפשר אולי לטעון אם תוגשנה תביעות של בעלי עסקים שניזוקו בכיסם מאסון הכרמל שאירע בדצמבר 2010, כאשר שרפת ענק כילתה שטחי יער רבים ואף גרמה נזק רב לגוף ולרכוש. בהנחה שיימצא מעוול בר פירעון האחראי לנזקי השרפה, ובהנחה נוספת שלא יהיה מי שיוכל לתבוע בגין הנזקים הסביבתיים שנגרמו מהשרפה, פיצוי לבעלי העסקים יגרום שהמעוול יפנים ולו חלק מן הנזק החברתי שגרם.

438 ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא(1) 310 (1967).

439 עניין קורנפלד, שם, בעמ' 322. אפשר לראות בהוצאות שמוציא הניזוק לשם מניעת נזק בטרם יארע הוצאות של הקטנת נזק שבגינן הוא זכאי לפיצוי (כל עוד הן סבירות). עם זאת במקרה הרגיל נטל הקטנת הנזק מוטל על הניזוק מן הרגע שנגרם לו נזק ראשוני (כך בוודאי במקרי רשלנות, שכן בהעדר נזק אין מתגבשת עוולה זו). לפיכך אם רק נזק פיזי נחשב לנזק ראשוני, הוצאות שמוציא הניזוק למניעתו בטרם יארע אינן הוצאות טיפוסיות של הקטנת נזק.

440 Giuseppe Dari-Mattiacci & Hans Bernd Schaefer, *The Core of Pure Economic Loss*, 27 INT'L REV. L. ECON. 8, 19-21 (2007); פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 568-575.

בפעילותם ולהגברה לא יעילה בפעילותם של מי שמרוויחים מן ההתנהגות העוולתית בשל העברת רווחים מן הניזוקים אליהם.<sup>441</sup> כך למשל יקרה, בדוגמת המסעדה, אם תמיד אותן מסעדות הן שנפגעות מן המטרד, ואילו מסעדות אחרות תמיד מרוויחות ממנו. המצב יהיה שונה אם המפסידים והמרוויחים לא יהיו קבועים והנזקים שייגרמו יהיו קטנים. במקרה כזה אף מנקודת מבט של צדק חלוקתי העדר פיצוי עשוי להיות פתרון ראוי.<sup>442</sup>

שיקולי מדיניות מצדיקים אפוא זהירות בפסיקת פיצוי בגין נזק כלכלי טהור. זהירות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בשני אופנים עיקריים: אי-הכרה בחובת זהירות בקטגוריות מסוימות של מקרים; הטלת אחריות בגין נזק כלכלי טהור, גם כאן בקטגוריות מסוימות של מקרים – רק אם התנהגותו של המזיק הייתה לפחות בגדר רשלנות רבתי. דרך נוספת אפשרית היא להטיל אחריות בגין נזק כלכלי טהור רק במקרים שבהם לא יכול להיות ספק שנזק זה אכן נגרם מהתנהגותו העוולתית של המזיק, ולא להסתפק ברמת ההוכחה הרגילה הנדרשת בדיני הנזיקין.<sup>443</sup>

בסעיפים הבאים יידונו כמה קטגוריות של מקרים שבהם נפסקים פיצויים בגין נזק כלכלי טהור כדבר שבשגרה.

## 2. חיווי דעה ומצגי שווא

אפשר שחיווי דעה לא ילווה במצג עובדתי, אך במקרים רבים הוא כולל, במפורש או במשתמע, מצג עובדתי. קיימים אף מצגים עובדתיים שאין בצדם חיווי דעה אם כי למצג עובדתי מתלווה בדרך כלל חיווי דעה, מפורש או משתמע, שהמצג העובדתי נכון. כל עוד לא נאמר אחרת, הביטוי "חיווי דעה" מתייחס הן לחיווי דעה שאין בצדו מצג עובדתי, הן לכזה שיש בצדו מצג כאמור והן ליצירת מצג עובדתי שמשתמע ממנו כי המציג מאמין בנכונותו.

441 Bishop, *supra* note 435, at 7–14

442 הסיכונים במקרה כזה ייחשבו אולי סיכוני רקע או סיכונים הרדיים. על חשיבות אפיון הסיכונים ככאלה ראו אצל ג'ורג' פלטשר, לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3, ואצל גרגורי קיטינג, לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1.

443 אפשרות נוספת שתימך בשיקולי יעילות היא לפסוק פיצוי חלקי בגין נזק כלכלי טהור באותם המקרים שבהם נזק זה הוא בעיקרו של דבר העברת ממון מכיס אחד לכיס אחר (ראו לעיל הדיון בטיעון ההעברה, בתת-סעיף ג). במקרים אלו אין סיבה להניח שהנזק הכלכלי שנגרם לניזוק משקף את הנזק החברתי, ולפיכך מנקודת מבט של יעילות מוטב היה להטיל אחריות על המזיק בגין הנזק החברתי בלבד. נזק חברתי זה קשה לאומדן, אך בדרך כלל שיעורו יהיה נמוך מן הנזק הכלכלי הפרטי שנגרם לניזוק.

## א. שיקולי מדיניות

חיווי דעה עלול לגרום נזק פיזי או כלכלי. רופא שמחווה דעה עלול לגרום נזק פיזי לחולה שהסתמך על חוות הדעת, ואין ספק שאם התרשל בחיווי דעתו וגרם לנזק, יימצא אחראי לו. המקרה הקשה יותר, ובו עוסק סעיף זה, הוא חיווי דעה רשלני שגורם נזק כלכלי טהור. למשל, בעלי מקצוע, כגון עורכי דין, רואי חשבון או בנקאיים עלולים לגרום בחיווי דעתם לנזק כלכלי ללקוח. במקרים רבים תעמוד ללקוח עילת תביעה חוזית. אך אם יתרשלו יחובו גם בנוזיקין, הן כלפי הלקוח והן כלפי מי שאינו לקוח – כל זאת בהתקיים תנאים מסוימים, שנקבעו בשנות החמישים בעניין וינשטיין נ' קדימה.<sup>444</sup> טרם בחינת תנאים אלו יש לעמוד על שלושה שיקולים המיוחדים למקרי חיווי דעה, ואשר מצדיקים זהירות מסוימת בהטלת אחריות בגינם. שיקולים אלו מצטרפים לשיקולים שנדונו בסעיף הקודם אשר מחייבים זהירות בפסיקת פיצוי בגין נזק כלכלי טהור.

**ראשית**, הטלת אחריות רחבה בגין חיווי דעה עלולה ליצור אפקט צינון על מחווי דעה, דהיינו לגרום להרתעת יתר. התוצאה עלולה להיות שפחות מדי דעות ומידע יועברו מאדם לחברו. חשש זה מתעצם כאשר מדובר בחיווי דעה אשר צפוי להגיע לאוזניהם של רבים אשר אינם משלמים למחווה הדעה בגין חוות דעתו אך מפיקים הנאה מכך.<sup>445</sup> המקרה הקיצוני ביותר הוא חיווי דעה באמצעי התקשורת: אם אדם מחווה דעה בעניין מקצועי או אחר בתכנית טלוויזיה, וכל מי שיפעל על פי חוות דעתו ויפסיד ממון עקב כך יזכה בפיצוי אם יוכיח את רשלנותו של מחווה הדעה, רבים ממחווה הדעה לא יסתכנו מלכתחילה בחיווי דעה. הנחת המוצא היא שפעילות זו של חיווי דעה בפני הציבור מועילה ורצויה, ויש להיזהר שלא תצטמצם יתר על המידה עקב הטלתה של אחריות נזיקית.<sup>446</sup>

**שנית**, במקרים רבים, אם כי לא תמיד, למקבל חוות הדעת יש יכולת להתגונן מפני הסיכון שחיווי הדעה רשלני ושגוי, בטרם הסתמך עליו. הוא יכול לבחון את חוות הדעת בעצמו או בעזרת אחרים, ובמקרים מסוימים לבקש ממחווה הדעה שיתחייב בפניו חוזית – תמורת תשלום – על איכותה של חוות הדעת. על כן הוא מונע זול, או שוקל טוב, של הנזק.<sup>447</sup>

**שלישית**, כאשר אדם מסתמך על חוות דעת, במיוחד על חוות דעת מקצועית, בלא תשלום, יש בכך לעתים משום "גנבת דעת" או ניסיון להפיק תועלת בחינם מ"נכס" של אחר,

444 המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317 (1954).

445 שאז חיווי הדעה יוצר, במינוח הכלכלי, "החצנות חיוביות".

446 השוו לטיעון מקביל שהצגתי התומך בצמצום אחריותם הנזיקית של רופאים, לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 170–171.

447 למושגים אלו ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 11.

ועל כן לא ראוי, מטעמים של צדק חלוקתי (או גמולי), לבטח אותו מפני סיכוייה של חוות הדעת.

## ב. עילות תביעה חלופיות

חיווי דעה רשלני עשוי להקים עילות תביעה נוספות למי שהסתמך עליהן וניזוק מלבד עילת התביעה על פי עוולת הרשלנות. חיווי דעה רשלני עשוי להוות הפרת חוזה. במקרים מסוימים מחווה הדעה יכול להתחייב על נכונות חוות דעתו, שאז אחריותו תהיה מוחלטת ולא תלויה ברשלנותו. למשל, כאשר רופא מחווה דעה על טיפול רפואי, ולחולה נגרם נזק – כלכלי או אחר – בשל הסתמכו על חוות הדעת, אפשר שתעמוד לו עילת תביעה נגד הרופא. אמנם בדרך כלל רופא יהיה אחראי כלפי החולה רק אם התרשל בחיווי הדעה, שכן נדיר הוא שרופא יקבל עליו אחריות מוחלטת באשר לתוצאותיו של הטיפול הרפואי. אך בארצות הברית אפשר למצוא מקרים שבהם הוטלה אחריות על מנתחים פלסטיים אשר התחייבו שישגו את התוצאה המקווה ולא קיימו את התחייבותם.<sup>448</sup>

במקרים מסוימים חיווי דעה יקנה עילת תביעה לניזוק על פי עוולת התרמית. על פי סעיף 56 לפקודת הנזיקין, "תרמית היא הצג כוזב של עובדה בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כוזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממוין." עוולת התרמית חלה על מצגים עובדתיים. לפיכך רק חיווי דעה מן הסוג שיש בו יסוד עובדתי יכול באופן עקרוני להיכנס למסגרתה של עוולת התרמית. בנוסף, עוולת התרמית דורשת ידיעה של הנתבע שהמצג הוא שקרי, או לפחות שהוא אדיש לאמתותו. לא אחת קשה יהיה לתובע להוכיח יסודות אלו, ועל כן יפנה תמיד לעוולת הרשלנות אשר קלה יותר לביסוס.<sup>449</sup>

במקרים שבהם מצגי שווא נעשים בשלב המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, עילת התביעה של המסתמך על המצג יכולה להתבסס גם על סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) אשר על פיו "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב".<sup>450</sup>

448 Sullivan v. O'Connor, 296 N.E. 2d 183 (1973).

449 כפי שראינו, גם אם מדובר בהתנהגות מכוונת, עוולת הרשלנות חלה: לעיל פרק 1, סעיף 5.

450 סעיף 12(א) לחוק החוזים. סעיף 12(ב) לחוק קובע את הזכות לפיצויים. ראו לדוגמה ע"א 783/83 קפלן נ' נובוגורוצקי, פ"ד לח(3) 477 (1984). לדיון בעילות התביעה האפשריות בגין מצגי שווא בשלב המשא ומתן ולניתוחן ראו נינה ולצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב המו"מ

### ג. תנאים להטלת אחריות

בעניין וינשטיין נ' קדימה<sup>451</sup> בנה קבלן מכל מים בשביל המזמין לפי תכניות של המהנדס, הנתבע. המכל נמצא פגום, ומשום כך לא קיבל הקבלן את מלוא שכרו. את ההפרש בין מה שהיה אמור לקבל לו היה המכל תקין לבין מה שקיבל בפועל תבע מן המהנדס בגין חיווי דעה רשלני. בית המשפט העליון הכיר עקרונית בעילת תביעה בגין נזק כלכלי טהור שנגרם בשל הסתמכות על חיווי דעה רשלני, וזאת למרות העדר קשר חוזי בין המהנדס לבין הקבלן.<sup>452</sup> בכך הקדים בית המשפט העליון את בית הלורדים באנגליה, אשר הכיר בעילה דומה תשע שנים לאחר מכן.<sup>453</sup> עם זאת מאחר שאחד מן התנאים שקבע בית המשפט להתגבשותה של עילה כזו לא התקיים במקרה הנדון, דחה בית המשפט את תביעת הקבלן. בשורות הבאות ייבחנו התנאים השונים להטלת אחריות כפי שנקבעו על ידי בית המשפט. תנאים אלו נועדו לצמצם את האחריות בגין חיווי דעה רשלני, למעשה לצמצם את קבוצת המקרים שבהם מוטלת חובת זהירות על מחווה הדעה, בראש ובראשונה כדי למנוע הרתעת יתר.

**תנאי א: מקצועיות ומיומנות מיוחדת.** אחריות בגין חיווי דעה אינה מוטלת על הדיוט אשר חיווה את דעתו אלא על בעלי מקצוע או בעלי מיומנות מיוחדת בלבד.<sup>454</sup> את תנאי המקצועיות אפשר להצדיק בכמה טעמים: ראשית, איש המקצוע הוא באופן טבעי מונע נזק זול יותר ממקבל חוות הדעת: הוא שביכולתו לאתר בקלות רבה יותר פגמים בחוות דעת. שנית, כאשר חוות הדעת ניתנה על ידי איש מקצוע, הנטייה הטבעית של מקבל חוות הדעת להסתמך עליה רבה יותר. שלישית, הטלת אחריות בגין חיווי דעה רשלני של בעלי מקצוע מביאה להגברת מקצועיותם, אך אין יתרון דומה כאשר מדובר בחיווי דעה על ידי הדיוטות. רביעית, בעל המקצוע הנותן חוות דעת מקבל בדרך כלל תמורה בעבורה: אם ישירות (שאו חיווי דעה רשלני יכול להקים עילת תביעה חוזית בצד זו הנזיקית) ואם בעקיפין (כגון תרומה למוניטין המקצועי של מחווה הדעה). על כן צריכה להיות מוטלת עליו חובה מוגברת יותר מאשר על מי שאינו מקבל תמורה כלשהי בעבור חוות דעתו. תנאי המקצועיות מתקיים גם כאשר נותן חוות הדעת אינו בעל מקצוע במובן הפשוט של המילה אך יש לו מיומנות מיוחדת בנושא חוות הדעת. יתרה מכך, אם אדם מציג את עצמו

לכריתת חוזה" עיוני משפט ח 55 (1981). ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 576 (1991).

451 עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 444.

452 אם כי יחסיהם היו קרובים: הן המהנדס והן הקבלן היו קשורים בחוזה עם המזמין בעניין אותה עבודה.

453 Hedley Byrne v. Heller, [1964] AC 465.

454 עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 444, בעמ' 1336–1338.

כבעל מקצוע או כבעל מיומנות מיוחדת ואינו כזה, תוטל עליו אחריות כאילו היה בעל מקצוע או בעל מיומנות מיוחדת, מדרך של קל וחומר: בהציגו עצמו כמי שיש לו מיומנות מיוחדת הוסיף חטא על פשע, והטלת אחריות עליו תהיה מוצדקת. נקודה אחרונה זו הודגשה בעניין עמידר נ' אהרון.<sup>455</sup> באותו מקרה רכש התובע, עולה חדש, חנות מעמידר שתשמש לו מסגרייה. התברר כי על פי תכנית המתאר אי אפשר להפעיל באזור מסגרייה, ועל כן הוצא נגדו צו האוסר עליו לעשות זאת. הוא תבע את עמידר בגין הנזק הכלכלי שנגרם לו. בית המשפט העליון קיבל את תביעתו ודחה את טענתה של עמידר כי אינה בעלת מקצוע או בעלת מיומנות מיוחדת וכי על כן אין להטיל עליה אחריות. בית המשפט קבע כי עמידר, כמי שעוסקת בשיכון עולים, היא בעלת מיומנות מיוחדת, אך גם אם אינה כזו, עצם העובדה שהציגה עצמה ככזו מצדיקה הטלת אחריות עליה.<sup>456</sup>

מה דינו של סטודנט למשפטים בשנה א הנותן חוות דעת משפטית לאדם אשר סבור לתומו שנותן חוות הדעת הוא עורך דין (מבלי שיש קשר חוזי בין השנים)? כעולה מהלכת עמידר, אין זה מעלה או מוריד אם נותן חוות הדעת הוא בעל מקצוע או בעל מיומנות מיוחדת כל עוד הציג את עצמו ככזה. לכן נראה שהסטודנט למשפטים יימצא אחראי בנזיקין אם חוות דעתו הייתה רשלנית וגרמה לנזק (בהנחה שיתקיימו יתר התנאים שיידונו להלן).

בפסיקה מאוחרת לפסק דין עמידר נדון תנאי המקצועיות בהקשר של אחריותן של רשויות מקומיות בגין העברת מידע מוטעה לרוכשי מקרקעין באשר לייעוד המקרקעין שהם מבקשים לרכוש או באשר לאפשרויות הבנייה עליהם. בעניין עיריית קריית אתא נ' אילנקו

455 ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון, פ"ד לב(2) 337 (1978).

456 בפסיקה האנגלית פורש תנאי המקצועיות בצמצום. בפסק הדין המנחה בעניין Hedley Byrne *supra* note 453, היו התובעים סוכני פרסום אשר ביקשו להשקיע כסף בחברה מסוימת. הם פנו אל הבנקאי שלהם, הבנקאי פנה לבנקאי של החברה שבה ביקשו להשקיע, וזה האחרון נתן חוות דעת חיובית באשר למצבה הפיננסי של החברה. עם זאת הוסיף הבנקאי כי חוות הדעת שלו ניתנת "בסודיות ובלי אחריות". התובעים השקיעו בחברה, מצבה הכלכלי של זו היה רע, ולכן נגרם להם הפסד כספי. בית הלורדים פסק כי עקרונית עומדת לתובעים עילת תביעה נזיקית נגד הבנק שנתן את חוות הדעת אלא שבמקרה הנדון אין להטיל עליו אחריות בשל הסייג שקבע לאחריותו מלכתחילה. בפסק דין מאוחר יותר, Mutual Life Insurance & Citizens Ass. Co. v. Evatt, [1971] AC 793, פנה משקיע לחברת ביטוח ובירר אצלה את מצבה הפיננסי של חברה אחרת שבה רצה להשקיע ואשר הייתה חברה אחות של חברת הביטוח. חוות הדעת הייתה חיובית, הוא השקיע כספים על סמך חוות הדעת והפסיד אותם לאחר מכן. התברר שמצבה של החברה היה רעוע מלכתחילה. התביעה של המשקיע נדחתה. בית הלורדים פירש את הלכת Hedley Byrne כחלה רק על ייעוץ בתחום המקצועי, ומאחר שחברת הביטוח אינה עוסקת בייעוץ פיננסי, היא אינה אחראית לנזק שנגרם.



בע"מ, 457 רכש התובע חלקת קרקע, לטענתו על סמך המצג שהוצג בפניו על ידי פקידי העירייה, ולפיו אפשר לבנות עליה. התברר לאחר מכן שהחלקה הוכרזה קודם לכן קרקע חקלאית, והכרזה זו הפחיתה מאוד מערכה. התובע תבע את העירייה בגין נזקיו הכלכליים. בית המשפט העליון קבע כי על העירייה מוטלת חובת זהירות כלפי התובע בנוגע למידע שמסרה לו, בהדגישו את השליטה הבלעדית שיש לה על מידע זה.<sup>458</sup> בפסיקה מאוחרת יותר נתבעו עיריות בגין מצגי שווא רשלניים שנעשו על ידי ועדות תכנון מקומיות, ולא אחת הוטלה עליהן אחריות נזיקית עקב כך.<sup>459</sup>

מפסק דין אילנקו עולה כי די בכך שגוף ציבורי, או פרטי, הוא כזה אשר יש לו שליטה על מידע, ואשר אוסף אותו לתועלת הציבור, כדי שתוטל עליו חובת זהירות כלפי מי שמקבל את המידע ומסתמך עליו. בכך יש משום הרחבה ניכרת, ומוצדקת, של הלכת וינשטיין נ' קדימה. הרציונל המרכזי שבבסיסו של תנאי המקצועיות – היותו של בעל המקצוע מונע נזק זול יותר ממי שמסתמך על חוות דעתו – חל גם על מי שיש ברשותו מידע המוחזק בלעדית, או כמעט בלעדית, על ידיו.

האם תנאי המקצועיות מתקיים בעורך דין העוסק בתחום דיני המשפחה והנותן כבודך אגב ייעוץ בתחום דיני המסים? אם עורך הדין הציג את עצמו, במפורש או מכללא, כמי שמומחיותו משתרעת אף על דיני המסים, התשובה לשאלה זו מובנת מאליה ותוטל עליו אחריות נזיקית אם גרם נזק ברשלנותו. אך אם הלקוח ידע שתחום המומחיות של עורך הדין אינו מסים, ועורך הדין אף הדגיש זאת בפניו – ייתכן שלא תוטל אחריות נזיקית על עורך הדין לא רק משום שהתקיימותו של תנאי המקצועיות מוטל בספק אלא גם משום שאין מתקיימים בהכרח התנאים הנוספים להטלת אחריות בגין חיווי דעה, שיידונו להלן.<sup>460</sup> **תנאי ב: חיווי דעה במהלך העסקים הרגיל.**<sup>461</sup> עורך דין המחווה דעה בפני אדם באירוע חברתי לא יהיה אחראי כלפיו – לפחות לפי הלכת וינשטיין נ' קדימה – גם אם חיווי הדעה היה רשלני. כדי שתקום אחריות נזיקית, חיווי הדעה צריך להיעשות במהלך העסקים הרגיל

457 עניין אילנקו, לעיל ה"ש 366.

458 במקרה הנדון לא הוטלה אחריות על העירייה, שכן לפי דעת אחד משופטי הרוב (הנשיא שמגר) לא הוכח שההכרזה על הקרקע – חקלאית – לא הובאה לידיעתו של התובע. שופט אחר משופטי הרוב (השופט בייסקי) סבר שלא הוכח נזק, ואילו שופט המיעוט (השופט גולדברג) סבר שיש להטיל אחריות על העירייה.

459 ע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' רוטברד, פ"ד מה(4) 102 (1991); ע"א 80/87 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון, פ"ד מה(4) 604 (1991).

460 למשל, תנאי השיידון להלן. מובן שהרבה תלוי בנסיבות המקרה. כך, אפילו אם הלקוח הוזהר על ידי עורך הדין שאינו מומחה בדיני מסים, ייתכן שלא הבין אזהרה זו לעומקה, שאז הטלת אחריות על עורך הדין עשויה להיות מוצדקת.

461 עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 444, בעמ' 1340–1341.

ולא בשיחת אקראי. הטעם לתנאי זה הוא שנותן חוות דעת בשיחת אקראי אינו נותן לה את אותה תשומת הלב שהיה נותן לה כאשר הוא עושה זאת במהלך עסקיו, ואף מקבל חוות הדעת אינו אמור לייחס לה אותה מידה של רצינות שהיה מייחס לה לו קיבל אותה בנסיבות אחרות. בבסיס תנאי זה עומד אולי גם הרעיון שבגין חיווי דעה בשיחת אקראי לא ניתנה תמורה לנותן חוות הדעת, וקבלתה היא מעין "גנבת דעת".

יהיו מקרים אשר בהם יהיה מוצדק להטיל אחריות בגין חיווי דעה רשלני בשיחת אקראי. כך יהיה כאשר לחיווי הדעה נלווית התנהגות רשלנית נוספת. נניח שעורך דין המומחה בדיני מסים נשאל באירוע חברתי אם מכירה מסוימת של מקרקעין תחויב במס שבח. הוא נותן תשובה שלילית ומדגיש בפני השואל כי אין לו כל ספק בנכונות תשובתו, וכי אין כל צורך לבדוק את הדברים אצל עורך דין אחר או אצל יועץ מס. אם מתברר שחיווי הדעה היה רשלני ומקבל חוות הדעת סבל מכך נזק, הטלת אחריות על עורך הדין עשויה להיות מוצדקת.

**תנאי ג: כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת.**<sup>462</sup> אחריות על מחווה דעה תוטל רק כלפי מי שמחווה הדעה התכוון<sup>463</sup> שיסתמך עליה. לפיכך אם עורך דין חיווה דעתו בפני לקוח אגב ייעוץ שנתן לו, וזה העביר את הדברים לצד שלישי בלא ידיעתו של עורך הדין, לא תוטל אחריות על עורך הדין לנזקים שנגרמו לצד השלישי עקב חיווי הדעה אף אם חיווי הדעה היה רשלני. ההיגיון בתנאי זה ברור: יש בו כדי לצמצם את אחריותו של מחווה הדעה רק כלפי אלו שביקשו את חוות הדעת (ובדרך כלל אף שילמו עליה), או כלפי אלו שהיה ברור לעורך הדין מלכתחילה שיסתמכו עליה, ולא כלפי אחרים. אלו האחרונים לא שילמו בעבורה של חוות הדעת, ומחווה הדעה לא היה יכול להעריך את גודל הסיכון שבו יעמדו אם חוות הדעת תתברר כשגויה. בלעדי הגבלה כזו על אחריותו של עורך הדין כלפי צדדים שלישיים מחירה של חוות דעת בעבור הלקוח היה גבוה בהרבה מכפי שהוא כיום.<sup>464</sup>

**תנאי ד: יכולת להגביל את היקף האחריות.**<sup>465</sup> היות שהחשש מהטלת אחריות בגין חיווי דעה הוא בראש ובראשונה שתיווצר הרתעת יתר של מחווי דעה, חשוב שאחריותם תהיה ניתנת להגבלה בדרך סבירה ושיטתית. תנאי זה עשוי להצדיק למשל אי-הטלת אחריות כלשהי על מי שמחווה את דעתו באמצעי התקשורת, מכיוון שאם תוטל אחריות נזיקית בגין חיווי דעה רשלני באמצעי התקשורת, אי אפשר יהיה להגביל את היקפה באופן מתקבל על

462 עניין וינשטיין, שם, בעמ' 1342–1343.

463 יש להניח שידיעה תספיק לעניין זה. כן יש להניח שתנאי זה יתקיים כאשר מחווה דעה סביר היה מתכוון, או יודע, שהניזוק יסתמך על חוות הדעת גם אם מחווה הדעה המסוים לא התכוון ולא ידע.

464 בעיה זו יכולה להחריף עקב בעיית הברירה השלילית. ראו להלן ה"ש 466.

465 עניין וינשטיין, שם, בעמ' 1340–1343.

הדעת, וכל מי שהסתמך על חיווי הדעה וניזוק מכך, יוכל לתבוע את מחוזה הדעה. כך תיווצר הרתעת יתר: אף שיש ערך חברתי בעידוד חיווי דעה בפני הציבור, רבים יירתעו מלחוות דעה בדרך זו. אמת, חיווי דעה מתוך ידיעה שיתכן שרבים יסמכו עליו מצדיק נקיטת זהירות מיוחדת מצד מחוזה הדעה. אך החשש מהטלת אחריות נזיקית – חשש שקיים גם אצל מי שעשה כל שלא ידו כדי להבטיח את סבירותה של חוות דעתו – עלול לגרום שמחויי דעה רבים, לא רשלניים, יימנעו מחיווי הדעה מלכתחילה. חשש דומה קיים גם אם חיווי הדעה נעשה כלפי מעטים, או אפילו כלפי אדם אחד בלבד, אך הנזק שעלול להיגרם לו מהסתמכות על חיווי הדעה עלול להיות גדול במיוחד. למשל, לא ברור אם רצוי שחברה גדולה, הנוקטת פעולה עסקית בהסתמך על חוות דעת של איש מקצוע, ובעקבות זאת נגרם לה נזק עצום, תזכה בפיצוי מלא ממחווה הדעה הרשלן (כל עוד לא הותנה אחרת בחוזה שבין הצדדים). גם אם הנזק צפוי, אחריות מלאה אולי תיצור הרתעת יתר, ובמקרים קיצוניים לא תאפשר את מתן חוות הדעת מלכתחילה.<sup>466</sup> הטיעון נגד הטלת אחריות מתחזק אם לחברה, מקבלת חוות הדעת, יש די דרכים משל עצמה להתגונן מפני הסיכון, שאז היא עשויה להיות מונעת נזק זולה יותר, או שוקלת טובה יותר, ממחווה הדעה.<sup>467</sup>

דוגמה לרצונם של בתי משפט לקבוע גבולות לאחריות מחוזה דעה בגין נזק כלכלי טהור אפשר למצוא בעניין *Caparo Industries Plc v. Dickman*.<sup>468</sup> במקרה זה עלתה השאלה מה דינם של רואי חשבון אשר ברוח הביקורת שלהם העריכו את החברה, ברשלנות, ביתר וגרמו למשקיעים לרכוש את מניות החברה בהפסד? בית הלורדים פסק כי חובת הזהירות של רואי החשבון היא כלפי החברה בלבד ולא כלפי משקיעים פוטנציאליים – בכלל זה בעלי מניות בחברה אשר שוקלים לרכוש מניות נוספות שלה. המצב המשפטי בארץ בעניין זה אינו ברור: היקף האחריות של רואי חשבון ושל "שומרי סף" אחרים (חתמים ועורכי דין) נקבע בעיקרו של דבר בחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968,<sup>469</sup> וניכרת

466 הרתעת היתר תיווצר בשל בעיית הברירה השלילית (להסבר מהי בעיה זו, ראו לעיל ה"ש 174). למשל, בעל מקצוע המחווה דעה ללקוח והיודע כי יהיה אחראי בנוזיקין אף אם נזקיו של הלקוח יהיו עצומים, כל עוד אינו יודע אם בפניו לקוח בעל סיכון נמוך או גבוה, יגבה פרמיה, במחיר השירות, אשר תשקף את סיכוני הנזק של הלקוח הממוצע. לכן לקוחות שסיכונם פחות מן הממוצע ישלמו מחיר גבוה מדי ויסבסדו את הלקוחות שסיכונם גבוה מן הממוצע, ובמקרים מסוימים יוותרו על חוות הדעת מלכתחילה. בעקבות זאת מחיר חוות הדעת יעלה, לקוחות נוספים יוותרו על חוות הדעת, ובמקרה הקיצוני יהפוך חיווי הדעה לבלתי מעשי למרבית הלקוחות. פתרון אפשרי לבעיה זו הוא שגם אם בררת המחודל היא שבעל המקצוע יהיה אחראי לכל נזקי הלקוח, בעל המקצוע והלקוח יוכלו להגביל את אחריות בעל המקצוע בחוזה שביניהם.

467 למושגים אלו ולהבחנה ביניהם ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 11.

468 *Caparo Industries Plc v. Dickman*, [1990] 2 A.C. 605.

469 סעיפים 31–33 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968.

מגמה בחוק להרחבת אחריות מעבר לזו העולה מן הפסיקה האנגלית. אסף חמדני טען כי מוצדק להטיל אחריות נזיקית על רואי חשבון ועל שומרי סף אחרים כלפי משקיעים, אך זאת רק כאשר לשומרי הסף הייתה מודעות לכך שהתנהגותם עלולה להטעות, ולא במצבי רשלנות רגילים. על פי טענה זו, הטלת אחריות רחבה מדי על רואי חשבון עלולה לגרום להם "להזניח" את טובת החברה אשר את שווייה הם נדרשים להעריך כדי להגן על עורם מפני תביעותיהם האפשריות של משקיעים.<sup>470</sup> לעומת זאת נילי קרקו-אייל הציעה לאמץ משטר משפטי של הגבלת חבות (להבדיל מהגבלת אחריות) של רואה החשבון המבקר. על פי הצעה זו תוטל אחריות על רואי חשבון כלפי משקיעים ובעלי מניות, אך חבותם תצומצם, אם בקביעת תקרה סטטוטורית ואם באימוץ עיקרון של אחריות יחסית, שעל פיו רואה החשבון נושא באחריות רק לחלק מן הנזק על פי חלקו היחסי בגרימתו.<sup>471</sup>

**תנאי ה: צפייה שלא תיעשה בדיקת ביניים (או: דרישת ההסתמכות הסבירה).** תנאי נוסף להטלת אחריות הוא שנותן חוות הדעת היה יכול לצפות באופן סביר שלא תיעשה בדיקה עצמאית על ידי מקבל חוות הדעת או על ידי אחר לפני ההסתמכות עליה.<sup>472</sup> תנאי זה הוא שהכשיל בסופו של דבר את התובע בעניין וינשטיין נ' קדימה. בית המשפט קבע שם שהמהנדס לא היה יכול לצפות שהקבלן שבנה את מכל המים יפעל לפי תכניותיו בלי בדיקה עצמאית נוספת, ולכן דחה את התביעה.<sup>473</sup> יש לשים לב שהשאלה הרלוונטית אינה אם בדיקת ביניים הייתה אפשרית אם לאו, אלא אם הנתבע, נותן חוות הדעת, היה יכול לצפות שזו לא תתקיים בפועל. תנאי בדיקת הביניים הוזכר, ואומץ, אף בפסיקה מאוחרת מזו,<sup>474</sup> אם כי אפשר למצוא פסקי דין שבהם בית המשפט, אף שלא ביטל במפורש תנאי זה, הטיל

470 אסף חמדני "אחריות שומרי-סף בשוק-ההון" משפט ועסקים ה' 11 (2006). זוהי דילמה דומה לזו הכרוכה בהטלת אחריות על עורכי דין כלפי צדדים שלישיים. ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 261–262. להצעה חדשנית, שעל פיה אפשר לשפר את תמריציהם של רואי החשבון שלא להפריז בהערכתה של החברה דרך אופן קביעת שכרם, ראו Sharon Hanes, *Compensating for Executive Compensation: The Case for Gatekeeper Incentive Pay*, 98 CALIF. L. REV. 35 (2010).

471 נילי קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר כלפי צדדים שלישיים" משפטים מא' 517 (2011). קרקו-אייל אף מנתחת בהרחבה את עמדת הפסיקה הישראלית בנושא אחריותם של רואי חשבון כלפי צדדים שלישיים.

472 עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 444, בעמ' 1345–1347.

473 כן נקבע כי בחוזה שבין הקבלן לבין המזמין הייתה תניה כי הקבלן למד את התכניות והכירן. עניין וינשטיין, שם, בעמ' 1347.

474 תנאי זה מוזכר בהסכמה בעניין עמידר, לעיל ה"ש 455, בעמ' 356–357, בעניין קורנפלד, לעיל ה"ש 438, בעמ' 322–324, ובעניין אילנקו, לעיל ה"ש 366, בעמ' 208–209. ישראל גלעד טוען שתנאי זה, ואף התנאים האחרים, רוככו. גלעד, לעיל ה"ש 347, בעמ' 842–843. (§ 10.44).

אחריות על מחווה הדעה אף שבדיקת ביניים הייתה צפויה, אך הפחית את אחריותו בשל אשמו התורם של מקבל חוות הדעת שנמנע מלעשות בדיקה כזו.<sup>475</sup> מה ההצדקה לתנאי בדיקת הביניים? נניח שאדם מבקש מידע מן העירייה באשר לאפשרות בנייה על חלקה שבכוונתו לרכוש. פקידי העירייה מוסרים לו ברשלנות מידע שלפיו אפשר לבנות על החלקה עשר קומות, אך למעשה אי אפשר לבנות עליה יותר מחמש קומות. נניח עתה שפקידי העירייה צפו צפייה סבירה שהרוכש יבדוק בדיקת ביניים לפני שירכוש את החלקה. הרוכש אכן פונה לצד שלישי שאף לו יש מידע, וצד שלישי זה, ברשלנות, מאשר את אמתות המידע שמסרה העירייה. לכאורה אם מוחל תנאי בדיקת הביניים על המקרה, העירייה תהיה פטורה מאחריות נזיקית, ואילו הצד השלישי יהיה אחראי (בהנחה שצד שלישי זה צפה בסבירות שלא תיעשה בדיקת ביניים נוספת). תוצאה זו נראית תמוהה, ואיני מכיר פסק דין אשר הביא לה. אף בעניין וינשטיין העדר בדיקת ביניים אמנם הביא לאי-הטלתה של אחריות על האדריכל, אך אין ללמוד מכך שאילו נזקק הקבלן באותו מקרה לחוות דעת נוספת לפני תחילת העבודה, ואף זו הייתה רשלנית, הייתה נחסמת תביעתו נגד האדריכל. אילו כך היה נוהג, הסתמכותו על שתי חוות הדעת יחדיו הייתה סבירה, ולא היה מקום לפטור את האדריכל מאחריות נזיקית. מכל מקום, נראה שלתנאי בדיקת הביניים אין עוד מקום. לכל היותר העדר בדיקת ביניים עשוי ללמד, במקרים מסוימים, שהסתמכותו של מקבל חוות הדעת על חוות הדעת הייתה בלתי סבירה, ועל כן יש בו אשם תורם אשר מצדיק את הפחתת אחריותו אך לא את שלילתה.<sup>476</sup> יש לזכור שעד שנפסק עניין וינשטיין לא הייתה מוטלת אחריות נזיקית כלשהי על מחווי דעה בגין נזק כלכלי טהור. לא ייפלא אפוא שבית המשפט היה זהיר בקביעת גודל האחריות, זהירות שהיה לה מקום בתחילת הדרך.

קשה במיוחד לראות את הטעם בהתליית אחריותו של מחווה דעה, העירייה בדוגמה האחרונה שנדונה, בשאלה אם מחווה הדעת הוא הראשון או השני בזמן, ולא כך רצוי לפרש את פסק דין וינשטיין. ראוי ששני מחווי הדעה ינקטו זהירות במתן חוות הדעת, והטלת אחריות עליהם אם התרשלו מתמרצת אותם לעשות כן. עם זאת אין פירוש הדבר שהצפייה שמקבל חוות הדעת יקבל חוות דעת נוספת לפני שיסתמך עליה אינה שיקול רלוונטי בהערכת התנהגותו של מחווה הדעה. אם חוות הדעת הנוספת מגדילה את ההסתברות לגילוי טעות בחוות הדעת הראשונה, ייתכן שמותר לנתן חוות הדעת הראשונה לנקוט אמצעי זהירות פחותים מאלו שבהם היה מחויב אילו ידע שהוא נותן חוות הדעת היחיד

475 עניין רוטברד, לעיל ה"ש 459, בעמ' 122.

476 ואכן, כך עולה מעניין רוטברד, שם. לעומת זאת אם מקבל חוות הדעת פנה למחווה דעת שני ובדק בדיקת ביניים, וגם מחווה הדעה השני התרשל בחיווי הדעה, לא יהיה בניזוק בדרך כלל אשם תורם, ומוצדק יהיה להטיל אחריות על שני מחווי הדעה יחד ולחוד, כמעולים במשותף.

(בהעדר חוזה בין הצדדים המחייב אחרת). אך טיעון זה חל גם על נותן חוות הדעת הנוספת, השנייה בזמן: אף לו מותר להביא בחשבון שיקוליו את דבר קיומה של חוות דעת אחרת, ראשונה בזמן, אשר מגדילה את ההסתברות לגילוי טעות בחוות דעתו שלו. ובמילים אחרות: כאשר מחווה הדעה יודע שהוא, ורק הוא, נותן חוות דעת ואין אחר בלתו, עליו להיזהר במתן חוות הדעת יותר מאשר אם ידע שאינו מחווה הדעה היחיד.<sup>477</sup>

#### ד. פיצוי בגין חיווי דעה רשלני

בעניין זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה<sup>478</sup> רכש אדם חלקת מקרקעין על סמך מידע מוטעה שקיבל מוועדת התכנון והבנייה המקומית, ולפיו אחוזי הבנייה על החלקה גבוהים מכפי שהיו למעשה. שנים לאחר מכן עלה שווי החלקה, היא נמכרה, ואף שאחוזי הבנייה נותרו כשהיו, בסך הכול הרוויח הרוכש ולא הפסיד. האם זכאי הוא לפיצוי מן העירייה? כדי להמחיש את הבעיה שעלתה בפסק הדין נניח ששווי החלקה בעת שנרכשה היה 100, אך התובע שילם בעדה 150 מכיוון שסבר בטעות – בגלל מצג השווא הרשלני של ועדת התכנון והבנייה – שאחוזי הבנייה עליה גבוהים מכפי שהיו למעשה. עוד נניח שהחלקה נמכרה בסופו של דבר על ידי התובע לצד שלישי, ב-200. האם זכאי התובע לפיצויים? ואם כן, מה שיעורם? בית המשפט העליון קבע שהתובע זכאי לפיצוי בשיעור ההפרש שבין המחיר ששילם בפועל לבין המחיר שהיה משלם לו היה לו מידע מדויק על אחוזי הבנייה, כלומר בדוגמה המספרית שלנו זכה התובע בפיצוי בשיעור של 50. עיקר פסק הדין עוסק בשאלה אם יש להתחשב באירועים מאוחרים לגרם הנזק, לשם הערכתו. בית המשפט סבר שבמקרה הנדון האירועים המאוחרים מנותקים מאירוע הרכישה, ולפיכך הפיצוי צריך להיות 50.

אפשר להעלות על הדעת שלוש דרכים לחשב את הפיצוי, וכל דרך מתאימה למצב עניינים אחר: א. 50; ב. 100; ג. אפס. כדי לבחור באפשרות הנכונה יש להציג את השאלה: מה היה קורה אלמלא העוולה, דהיינו מה היה קורה אילו הוצג בפני התובע מצג אמת? קיימות שלוש תשובות אפשריות לשאלה זו, אשר קובעות את שיעור הפיצוי שיש לפסוק.

477 הטלת אחריות על שני מחווי הדעה בגין רשלנות וחלוקת נטל הנזק ביניהם עלולות לעיתים לגרום שאיש ממחוי הדעה לא ינהג בסבירות ולא ימנע את הנזק. זוהי בעיה כללית, הקיימת גם במקרים אחרים שבהם מוטלת אחריות נזיקית על כמה מעוולים אשר כל אחד מהם יכול למנוע את הנזק. ראו Harel & Jacob, *supra* note 290. לדיון בבעיה מקבילה, כאשר גם המזיק וגם הניזוק יכולים למנוע את הנזק, ולניתוח תורת-משחקי של בעיה זו ראו Massimo D'Antoni & Avraham Tabbach, *Least-Cost Avoidance and Partial Compensatipon* (unpublished manuscript).

478 עניין זלסקי, לעיל ה"ש 459.

א. היה נרכש אותו נכס אך במחיר של 100 בלבד, ולא 150. על פי תשובה זו, הנזק הוא ההפרש בין 150 ל-100, דהיינו 50. לא משנה כלל ועיקר שהנכס נמכר בסופו של דבר ב-200, שכן גם אם היה נרכש ב-100 במקום ב-150, היה נמכר ב-200.

ב. היה נרכש נכס אחר (מסוג דומה) במחיר של 150. ייתכן ששווי של נכס היפותטי זה היה מגיע בסופו של דבר ל-300 (שהרי ראינו ששווי הנכס שנרכש בפועל עלה ב-100%), שאז הנזק הוא ההפרש בין 300 (שווי הנכס ההיפותטי) ל-200 (שווי הנכס שנרכש בפועל), דהיינו 100.

ג. לא היה נרכש נכס כלל. על פי תשובה זו, הנזק שהתהווה בעת שנרכש הנכס היה 50, שאז עולה השאלה אם המכירה המאוחרת של הנכס לצד השלישי ב-200 הקטינה את הנזק – למעשה הפחיתה אותו לאפס – או שמא יש להתעלם ממנה. אפשרות אחרונה זו, ורק היא, מצדיקה דיון בשאלה אם אירועים מאוחרים לביצוע העולה רלוונטיים להערכת הנזק. שתי האפשרויות הראשונות מייתרות את הדיון בכך לחלוטין.<sup>479</sup>

### 3. אחריות מקצועית: בנקים

על פי הלכת וינשטיין נ' קדימה אחריות בגין נזק כלכלי שנגרם מחיווי דעה רשלני תוטל על מי שפעל בתחום מקצועו או שהוא בעל מיומנות מיוחדת. בעלי מקצוע – עורכי דין, רואי חשבון, כלכלנים, יועצים שונים ובנקאים – עליהם בעיקר אפשר שתוטל אחריות נזיקת בגין חיווי דעה רשלני (ובמקרים רבים אפשר שתוטל עליהם אף אחריות חוזית). בסעיף זה תיבחן אחריותם של בנקים בגין חיווי דעת ואי-מניעת מרמה וזיופים הן כלפי לקוחות והן כלפי צדדים שלישיים.

#### א. שיקולי מדיניות

לבנקים ולמערכת היחסים שלהם עם הציבור בכלל ועם לקוחותיהם בפרט יש מכלול מאפיינים שצירופם יחד מצדיק קביעת כללים מיוחדים להסדרת אחריותם המקצועית. ראשית, לבנקים גישה למידע אשר הציבור הרחב אינו יכול להשיגו במאמצים סבירים ממקורות אחרים. המידע שבידי הבנק חיוני לא אחת ללקוח אשר יתקשה לכלכל את צעדיו בלעדיו. מאפיין זה אמנם מתקיים במידה כזו או אחרת אף במערכות יחסים אחרות בין בעלי מקצוע ולקוחות, אולם הוא בולט בהקשר של בנקים. קיומו של מאפיין זה מצדיק את

479 לדיון בשאלת האחריות הנזיקת בגין מצגי שווא בתחום ניירות הערך ולהצעת פתרונות המותאמים לתחום זה ראו שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק כתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות ערך" עיוני משפט לה (יתפרסם ב-2013).

הרחבת אחריותם הנזיקית של הבנקים כאשר התנהגותם נוגעת לשימוש במידע זה ולגילוי ללקוח.

**שנית**, לבנק כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים משוכללים שלפרט הבא עמו במגע – אין. מכאן שיש בידו אפשרויות בקרה ופיקוח נוחות על ענייניהם של לקוחותיו. אף בכך יש כדי להצדיק את הרחבת אחריותו במקרים המתאימים.

**שלישית**, בנקים ממלאים תפקידים ציבוריים רבים. למשל, לעתים הם משמשים שלוחים לביצוע מדיניות ממשלתית ו"צינור" להעברת הלוואות ממשלתיות לציבור. גם מאפיין זה מצדיק במקרים מסוימים את הרחבת אחריותם הנזיקית כלפי לקוחות ושאנם לקוחות תוך לימוד גזרה שווה מן ההלכות המשפטיות המגדירות את אחריותן הנזיקית של רשויות ציבוריות.<sup>480</sup>

**רביעית**, לקוחות ושאנם לקוחות נוהגים לתת אמון מיוחד בבנקאי שעמו הם באים במגע, כמו גם בכישוריו של הבנק ובאמצעיו הטכניים. במקרים רבים אין הם נדרשים לחוות דעת נוספת לפני שהם נוהגים על פי עצתו, ואף אין הם בודקים בעין בוחנת את פעולותיו. בישראל אמון זה אמנם התערער עם השנים בעקבות אירועים אחדים שזכו לתהודה ציבורית, ובראשם משבר מניות הבנקים בשנת 1983. אולם נראה שחוסר האמון מתייחס בדרך כלל למערכת הבנקאית בכללותה ולא דווקא לפקיד הבנק שעמו בא הפרט במגע יום-יומי. זה האחרון נתפס בעיני רבים כאיש אָמוֹן הבקיא במלאכתו ושעיקר ייעודו ליתן שירות מקצועי הוגן לציבור. התפקידים הציבוריים שממלאים הבנקים מחזקים רושם זה. הבנקים מצדם שוקדים על הגברת אמון הציבור בהם, ואף סביר שיוטלו עליהם חובות הבאות להגשים את הציפיות הסבירות שהם עצמם תורמים להיווצרותן.

**חמישית**, לא אחת עלול הבנקאי המשרת את הלקוח להיקלע למצב של ניגוד עניינים בין טובת הבנק לבין טובת הלקוח. במצבים עדינים אלה יש טעם מיוחד לדרוש מן הבנקים לנקוט אמצעים מיוחדים כדי שמעמדו המיוחד של הבנק בעיני הלקוח לא ינוצל לרעה ולא ישמש כלי להשפעה בלתי הוגנת. אכן, אי־נקיטת אמצעים כאלה בעבר הייתה אחת הסיבות למשבר מניות הבנקים.<sup>481</sup>

**שישית**, הבנקים הם מפזרי נזק טובים. גם מסיבה זו מוצדק לעתים להרחיב את אחריותם הנזיקית. הרחבת אחריותם של הבנקים אמנם תוביל בסופו של דבר לגלגול עלותה של הרחבת האחריות על ציבור הלקוחות (שישלם מחיר גבוה יותר בעבור השירותים שהבנק

480 ראו גם רות פלאטו-שנער דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית 60–65 (§§ 2.21–2.23) (2010).

481 דוח ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים 128–147 (1986).



מספק לו), אלא שזוהי בדיוק המשמעות של טיעון פיזור הנזק: מוטב שהנזק יפוזר על ציבור רחב של בני אדם ולא יוטל על כתפי האדם הבודד שאמצעיו הכספיים מוגבלים.<sup>482</sup> שביעית, ואולי כסיכום הנובע מפירוט המאפיינים המפורטים לעיל, במקרים רבים הבנק נמצא בעמדה טובה מזו של הפרט, לקוח ושאינו לקוח, למנוע מלכתחילה את הנזק. כאמור לעיל, ברשות הבנק יש לא אחת מידע אשר אינו נגיש לציבור הרחב, וכן יש לו כישורים מיוחדים ואמצעים טכניים שאינם נחלתו של הפרט. כל אלה עשויים לאפשר לבנק למנוע נזקים מהלקוח ואף ממי שאינו לקוח, ואילו בידי הניזוק אין יכולת דומה. זאת ועוד, מאחר שהפרט רוחש לא אחת אמון מיוחד לבנק, מאמין בכישוריו ובאמצעיו הטכניים, ואף רואה בו גוף מעין-ציבורי, הוא נוטה לעתים לא לנקוט אמצעי זהירות מצדו להקדים פני נזק אפשרי, אפילו יש בכוחו לעשות כן. מכאן שלא רק שהבנק הוא מונע נזק זול, הפרט הניזוק – הוא מונע נזק לא זול.<sup>483</sup>

מאפיינים מיוחדים אלה הם שמצדיקים קביעת כללי אחריות מיוחדים שיחולו ביחסי הבנק עם לקוחותיו, ולעתים אף ביחסי הבנק עם כאלו שאינם לקוחותיו. במישור החקיקתי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 אוסר על הבנק עשיית פעולות מסוימות שיש בהן כדי להטעות את הלקוח או לנצל את מצוקתו, את חוסר ניסיונו, את בורותו וכד'.<sup>484</sup> חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, החל אף על בנקים, מחייב יועץ השקעות, משווק השקעות ומנהל תיקי השקעות לפעול לטובת לקוחותיהם באמונה ובשקידה, לא להעדיף את ענייניו האישיים או ענייניו של אחר על פני טובת לקוחותיו, ואף לא להעדיף ענייניו של לקוח אחד על פני לקוח אחר.<sup>485</sup> כן מחויב הבנק בחובת גילוי רחבה ללקוח,<sup>486</sup> ואף אין הוא רשאי להתנות שירות

482 לשיקול פיזור הנזק במקרים של זיופי שיקים ראו אהרן ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרחה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" משפטים א 134, 134-135 (1968).

483 שיקולי מדיניות אלו (ראו אריאל פורת "דיני נזיקין, אחריותם של בנקים בגין רשלנות – התפתחויות אחרונות" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג 324 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994)) אומצו בפסקי דין רבים. ראו לדוגמה עניין טפחות, לעיל ה"ש 261; רע"א 5379/95 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נא(4) 464 (1997); ע"א 8068/01 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר ז"ל, פ"ד נט(2) 349, 370-369 (2004); ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש (פורסם בנבו, 7.12.2009); ע"א 7370/06 שני נ' ברדיצבסקי (פורסם בנבו, 10.3.2009).

484 סעיפים 3-4 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

485 סעיף 11 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות.

486 סעיף 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח); כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, ק"ת 1512; כללי הבנקאות (שירות ללקוח) (ייעוץ להשקעות), התשמ"ו-1986, ק"ת 876; סעיף 14 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק בייעוץ

בשירות. 487 אי-קיומן של הוראות אלה עשוי להקים בין היתר עילת תביעה נזיקית של הלקוח נגד הבנק. 488 פסיקת בתי המשפט אף היא תרמה להרחבת אחריותם של בנקים כלפי לקוחותיהם וגם כלפי צדדים שלישיים. הדיון שלהלן יתייחס לשתי קטגוריות של מקרים: חיווי דעה וייעוץ; מעשי מרמה וזיופים על ידי צדדים שלישיים. בנק עשוי להיות אף אחראי בנזיקין בגין ביצוע רשלני של עסקות בשביל לקוחותיו, 489 ולעתים אף יחוב כלפי מי שאינו לקוח, זאת בשל מעמדו המיוחד בחיי המסחר, התפקידים הציבוריים שהוא ממלא והאמון שהציבור בכללותו נותן בו בעניינים מסוימים. קבוצה זו של מקרים לא תידון כאן. 490 הדיון בכל אחת משתי קטגוריות המקרים יתייחס לאחריות הנזיקית של הבנק כלפי הלקוח ולאחריותו הנזיקית כלפי צדדים שלישיים.

### ב. חיווי דעה וייעוץ : בנק-לקוח

בנקים חבים חובת זהירות ללקוחותיהם בחיווי דעה ובייעוץ, ועל כך אין מחלוקת. 491 שאלה קשה יותר היא מתי חיווי הדעה והייעוץ, או העדרם של אלו, הוא בלתי סביר. תשובה חלקית לשאלה זו אפשר למצוא בחקיקה, המחייבת את הבנק בין היתר לגלות ללקוח עניינים מהותיים להשקעה שבכוונתו לבצע; 492 ליידעו על דבר היותו של הבנק "בעל עניין בנייר ערך שלגביו ניתנה עצה להשקעת כספים". 493 הפרת החובות החקוקות וגרם נזק עקב כך תקים עילת תביעה נזיקית נגד הבנק. 494 בצד החקיקה אפשר למצוא פסיקה של בית המשפט העליון העוסקת בשאלת תוכן חובותיו של הבנק כלפי לקוחותיו.

- 835–830 (בשיווק פנסיוני), התשס"ה–2005. כן ראו הניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 830–835 (15.46–15.48) §§ (1993).
- 487 "אלא אם קיים קשר עסקי סביר בין השירות המבוקש לבין קיום התנאי", כאמור בסעיף 7 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). לדיון בשאלת הסבירות ראו ריקרדו בן אוליאל דיני בנקאות, חלק כללי 83–85 (1996).
- 488 סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).
- 489 ע"א 195/85 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי פ"ד מב(4) 811 (1989).
- 490 ע"א 168/86 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' לה כודיאר בע"מ, פ"ד מב(3) 77 (1988).
- 491 לדיון בשאלה מיהו הלקוח ראו בן אוליאל, לעיל ה"ש 487, בעמ' 57–63.
- 492 סעיף 14 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה–1995; כלל 2 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (ייעוץ להשקעות), התשמ"ו–1986.
- 493 סעיף 15 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות; כלל 3 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (ייעוץ להשקעות).
- 494 סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). כדי להקטין את האינטרס של הבנקים בהשקעות לקוחותיהם המליצה ועדת בכר, בשנת 2004, כי הבנקים לא יחזיקו אמצעי שליטה בחברה לניהול קופות גמל או קרנות נאמנות. ראו דוח הצוות הבינ-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון (2004) 38–33. בעקבות המלצות ועדת בכר נחקק החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות

פסק דין בעל חשיבות מיוחדת בקביעת היקף חובת הזהירות שחב בנק ללקוחותיו הוא **טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**.<sup>495</sup> פסק דין זה עסק בשאלה כיצד צריך הבנק לנהוג במצב שבו ייעוץ שיתן ללקוח אחד יפגע בחובת הסודיות שלו כלפי לקוח אחר. באותו עניין נטלו התובעים הלוואה מן הבנק לשם רכישת דירה. כספי הלוואה שנטלו הועברו ישירות לחברה הקבלנית שממנה נרכשה הדירה, ושארף היא הייתה לקוחה של הבנק. מתברר שבאותה עת הייתה החברה בקשיים פיננסיים, ועם נושיה נמנה הבנק. הבנק לא הזהיר את התובעים כי הם שמים את כספם על קרן הצבי. במקום זאת העביר את כספי הלוואה לחברה הקבלנית, וביתר דיוק – כספי הלוואה שימשו להחזר חוב של החברה לבנק. בסופו של דבר פשטה החברה את הרגל. התובעים הגישו תביעה נגד הבנק בגין נזקיהם. תביעתם התבססה על עוולת הרשלנות וכן על סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). טענת ההגנה העיקרית של הבנק הייתה שאם הוא היה מגלה לתובעים את דבר מצבה הכלכלי הקשה של החברה הקבלנית, היה הבנק מפר בכך את חובת הסודיות שלו כלפיה. בית המשפט העליון הטיל אחריות על הבנק וקבע כי הבנק היה חייב לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים. הצהרה כזו הייתה עשויה לגרום לתובעים להיזקק לייעוץ עצמאי ולא לסמוך על כך שהבנק דואג לעניינם.

לא ברור כיצד פסק דין טפחות השפיע – ואם השפיע – על התנהלותם של בנקים במקרים דומים. לכאורה אזהרת הלקוח במקרה כמו טפחות כי הבנק מצוי בניגוד עניינים ועל כן כדאי ללקוח להיוועץ ביועץ עצמאי לפני נטילת הלוואה מן הבנק לרכישת דירה, עלולה "להדליק נורה אדומה" אצל הלקוח, ובכך, בעקיפין, לפגוע בחובת הסודיות של הבנק כלפי החברה הקבלנית. אולם ייתכן שאם אזהרה כזו תינתן כדבר שבשגרה, והלקוח יבין שאין בה כשלעצמה לומר דבר על מצבה של החברה הקבלנית שממנה הוא רוכש דירה, חובת הסודיות של הבנק כלפי החברה הקבלנית לא תופר.<sup>496</sup>

### ג. חייוו דעה וייעוץ: צדדים שלישיים

חייוו דעה של בנק יכול להיעשות גם כלפי צדדים שלישיים שאינם לקוחות של הבנק, כמו באותם המקרים שבהם צד שלישי דורש חוות דעת מן הבנק באשר למצבו הפיננסי של לקוח

וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה–2005, וכן חיקוקים נוספים, אשר יישמו את המלצות הוועדה.

495 עניין טפחות, לעיל ה"ש 261.

496 רות פלאטור-שנער מטילה ספק באפקטיביות של חובת הגילוי. לטענתה, הגילוי מקנה לבנק הכשר לפעול לטובת האינטרסים שלו על חשבון הלקוח. כך הבנק נהנה מפרות העסקה, וההכרזה על ניגוד העניינים פוטרת אותו מאחריות משפטית. ראו פלאטור-שנער, לעיל ה"ש 480, בעמ' 194–195 § (5.31).

שלו.<sup>497</sup> מובן שהלקוח צריך להסכים לכך, שאם לא כן יימצא הבנק מפר את חובת הסודיות שלו כלפי הלקוח. התרשלות של הבנק תביא להטלת אחריות עליו. שאלה אחרת היא אם עומדת לצד שלישי עילת תביעה כלפי הבנק אם פנה אליו וחקר באשר לכוונתו של זה ליתן אשראי ללקוח שעמו יש לאותו צד שלישי קשרים עסקיים, הבנק אישר כי בכוונתו ליתן אשראי כאמור אך לא עשה זאת, ובכך נגרם נזק לצד השלישי.<sup>498</sup> גם אם הבנק צפה, או שהיה יכול לצפות בסבירות שייגרם לצד השלישי נזק מסוג זה שאירע בפועל, נראה שהכרה בעילת תביעה כזו היא מרחיקת לכת. יש בה כדי להביא להטלת אחריות כבדה מדי על בנקים, ואין לה הצדקה לפחות באותם מצבים שבהם היה הצד השלישי יכול – לו חפץ בכך – להיכנס לקשר חוזי עם הבנק ולדרוש ממנו התחייבות מפורשת ליתן את האשראי ללקוח.<sup>499</sup>

האם ראוי שתעמוד עילת תביעה לצדדים שלישיים אשר ניזוקו מפשיטת רגל של חייב – לקוח של הבנק – נגד הבנק, מכיוון שזה המשיך לספק לו אשראי במצב שבו היה עליו לדעת כי אפשר שכך תהיה מפלתו קשה יותר ומזיקה יותר לצדדים השלישיים? לכאורה עילת תביעתם של הצדדים השלישיים עשויה להתבסס על מצג שווא רשלני,<sup>500</sup> אשר נלמד מכללא מהתנהגותו של הבנק, שהמשיך ליתן אשראי ללקוח ובכך העיד כי להערכתו מצבו הפיננסי אינו כפי רע. הכרה בעילת תביעה כזו היא מרחיקת לכת. ראשית, אין הכרח שהמשך מתן האשראי יובן כמצג שלפיו מצבו הפיננסי של הלקוח סביר. שנית, במקרים רבים יקשה להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין המצג האמור לבין הנזק שנגרם לצדדים השלישיים. שלישיית, החשש מהרתעת יתר שעלולה לנבוע מהטלת אחריות רחבה כזו

497 ראו Hedley Byrne, *supra* note 453.

498 טענה דומה עלתה בע"א 4842/05 גרניט הנדסה לתעשייה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 12.8.2007). באותו מקרה נטען שהבנק הציג מצג שווא כלפי התובעים כאילו הוא עומד לסייע בהבראתה של חברה מסוימת, אך בסופו של דבר הפסיק את תהליך ההבראה, ובכך גרם לתובעים נזק. בית המשפט העליון דחה את התביעה בקבעו בין היתר שלא הוכח שהבנק יצר מצג שווא כלפי התובעים. בית המשפט אף ציין כי אין צורך להיכנס לדיון המורכב באשר להיקף חובת הזהירות המוטלת על הבנק. שם, פסקה 11.

499 מובן שגם אם יש נכונות עקרונית להכיר בעילת תביעה כזו, יש לקבוע מתי ייחשב הבנק לרשלן. הצהרתו כי ייתן אשראי אינה אלא הצהרת כוונות שהוא רשאי ברגיל לחזור בו ממנה, והצד השלישי אמור להבין זאת. לדברים ברוח זו ראו עניין גרניט, שם. במקרה הקיצוני ביותר שבו הטלת אחריות אפשרית הבנק לא התכוון ליתן אשראי מלכתחילה, ומתן ההצהרה הונע מן הרצון לעזור ללקוח שלו אל מול הצד השלישי. מקרה כזה יכול אף להגיע לכדי תרמית, על פי סעיף 56 לפקודת הנזיקין. בדיון בעוולת התרמית במקרה דומה, שם נקבע כי יסודות העוולה לא הוכחו, ראו עניין גרניט, שם, פסקה 12.

500 ואולי אף בגין התרומה האקטיבית למפלתו של הלקוח. אך נראה שאפשרות זו מרחיקת לכת. לנטייה להכיר בעילת תביעה כזו במדינות אחדות באירופה, במקרים חריגים, ראו Ross Cranston, *BANKS, LIABILITY AND RISK* 179–216 (2<sup>nd</sup> ed., 1995).

ומהטלת נטל כה כבד על הבנק מצדיק גם הוא להימנע מכך, לפחות כל עוד התנהגות הבנק אינה חמורה יותר מרשלנות.

#### ד. מעשי מרמה וזיופים: בנק-לקוח

פעמים אחדות נדונה בפסיקה בארץ השאלה מי ראוי שיישא בסיכוני מרמה וזיופים המביאים למשיכת כספים מחשבונותיו של הלקוח. השאלה מתעוררת בדרך כלל כאשר הלקוח תובע מהבנק את יתרת הזכות שבחשבונו, והבנק טוען לעומתו כי היתרה נמוכה מזו הנטענת על ידי הלקוח. מתברר שסכומי הכסף החסרים נמשכו על ידי צד שלישי ונגנבו. בעבר ניכרה מגמה בפסיקה להטיל את הסיכון על הלקוח ולא על הבנק, אפילו דבקה התרשלות בשניהם.<sup>501</sup> לא כן בפסיקתו של בית המשפט העליון מאז שנות התשעים ואילך, שבה התהפכה המגמה, בעיקר כאשר הרמאי או הזייפן היה עובד של הבנק.<sup>502</sup> פסק הדין המנחה בעניין זה הוא **בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן**,<sup>503</sup> ובו דווקא הרמאי לא היה עובד של הבנק אלא שלוחו של הלקוח (ולקוח של הבנק בעצמו). השלוח היה עורך דין בעל מוניטין, שפעל בחשבונו של הלקוח (שהיה בן הזוג של אמו) על פי ייפוי כוח כללי שהיה

501 ע"א 550/66 א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ, פ"ד כב(1) 240 (1968); ע"א 618/75 עזבון המנוחה פנינה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לא(3) 141 (1977).

502 ראו למשל ע"א 431/88 ישיבת ישמח משה עיה"ק ירושלים נ' בנק צפון אמריקה בע"מ, פ"ד מד(4) 177 (1990). במקרה זה נמשכו מחשבונות של המערערת ונגנבו שני סכומי כסף על ידי מנהל סניף של הבנק המשיב. כשנתבע הבנק בגין הסכומים האמורים, טען בין היתר כי על פי מסמכי פתיחת החשבון, בהעדר השגה של הלקוח על העתקי החשבונות, יראו בלקוח מאשר את נכונותם. מכיוון שבהעתקי החשבונות היה אפשר להבחין היטב במשיכות החרגות, ומשום שהמערערת לא הגיבה עליהם כלל, מנועה היא עתה מלתבוע בגין הסכומים שנגנבו. בית המשפט העליון קיבל את הערעור. השופט מצא ציין כי יתר ערנות מצד מנהלה של המערערת אמנם היה עשוי להעמידו על מעשי הגנבה, ועל כן יש התרשלות בהתנהגותו. אלא שבכך אין די לביסוס טענת השתק. השופט שלמה לויין, אשר הסכים לדחיית טענת ההשתק, העלה ספק אם מוטלת חובה על הלקוח לבדוק את העתקי החשבונות ולדווח לבנק על משיכות בלתי מורשות מחשבונו. כן ראו ע"א 748/88 בנק צפון אמריקה בע"מ נ' רכטשפר, פ"ד מה(4) 696 (1991). במקרה זה משך מנהל סניף של הבנק סכום כסף מחשבונו של לקוח באמצעות שני צ'קים בנקאיים. הבנק תבע את הלקוח (ואת אביו שפעל בחשבונו) בגין יתרת החוב שנוצרה בחשבון. אף כאן ניסה הבנק לטעון שהמשיבים (האב ובנו) מנועים מלטעון נגד הוצאת הכספים מהחשבון בשל התחייבותם כי הרשום בספרי הבנק יחייב אותם, ומשום שחלפו שלוש שנים ממועד משיכת הכסף מהחשבון ועד שהעלו עניין זה. הנשיא שמגר דחה את טענת ההשתק באמצעו את הלכת ישיבת ישמח משה, שם. בית המשפט הדגיש כי מי שזייף את החתימה ומשך כספים מחשבונם היה מנהל סניף של הבנק ולא אדם זר.

503 דנ"א 1740/91 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן, פ"ד מז(5) 31 (1993). לגולו הקודם של פסק הדין ראו ע"א 636/89 כחולי נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, פ"ד מה(3) 265 (1991).

לו, ותוך חריגה מההרשאה חתם, כביכול בשם אותו הלקוח, על ערבויות לטובתו של עורך הדין. לימים חפץ הבנק לקזז את חובותיו של עורך הדין כנגד יתרת הזכות שבחשבונו של הלקוח, כפי שהתירו לו כתבי הערבויות, אך הלקוח טען שהבנק הפר כלפיו את חובת הזהירות, הנובעת מן החוזה שביניהם, ולכן אין הוא רשאי לבצע את הקיזוז. בית המשפט העליון, בגלגולו הראשון של פסק הדין, קיבל ברוב דעות את עמדתו של הלקוח ודחה את טענות הבנק, ועמדה זו אומצה, גם כן ברוב דעות, בדיון הנוסף על פסק הדין.

שניים משופטי הרוב (גם בגלגולו הראשון של פסק הדין וגם בדיון הנוסף) נימקו את הכרעתם כל אחד מהם בנימוק משלו. השופט אור בחן את השאלה אם הבנק הפר את חובת הזהירות החוזית שהוא חב ללקוח, או במילים אחרות: מה נדרש הבנק לעשות במקרה מעין זה, שבו פעולותיו של הצד השלישי בחשבון הלקוח נחזות על פניהן כפעולות בהרשאה אף על פי שלמעשה אינן כאלה. כדי ליתן תשובה לשאלה זו, סבר השופט אור, יש לערוך איזון אינטרסים: מצד אחד יש חשיבות רבה לביצוע פעולות בחשבונו והוראות תשלום במהירות מרבית. מכאן עולה לכאורה שאין לחקור פעולות הנחזות ככשרות. מצד אחר ניצב השיקול של מניעת תרמית. על כן בנק היודע על תרמית או על ניצול לרעה של ההרשאה לא יוכל להתגונן בטענה שפעל לפי הוראת הלקוח ולפי הוראה כשרה. במקרה הנדון היה הבנק צריך לחשוש שמתרחשים דברים בלתי כשרים בחשבונו של הלקוח, ועל כן היה עליו לחקור ולברוק זאת.<sup>504</sup> הימנעותו מלעשות זאת היא התרשלנות ועל כן הוא אחראי בניזקין. השופט ברק הסכים לתוצאת פסק הדין של השופט אור אך בחר להשתית את הכרעתו על דיני השליחות. לדבריו, הבנק היה צריך לדעת כי עורך הדין פעל ללא הרשאה, ועל כן פעולותיו, כביכול בשם הלקוח, לא חייבו את הלקוח.<sup>505</sup> השופט שכתב את פסק הדין העיקרי בדיון הנוסף היה השופט חשין, והוא אימץ למעשה את שתי דרכי ההנמקה, הן זו של השופט אור והן זו של השופט ברק.<sup>506</sup>

504 העובדות שהביאו את השופט אור למסקנתו זו היו אלה: הבנק ידע שעורך הדין פועל בחשבון לטובתו; התנהגות המערער העידה עליו כי הוא אדם החרד לכל אגורה, ועל הבנק היה להבין שאין הוא נותן בנקל יד חופשית לפעול בחשבונו; במשך השנים שבהן פעל עורך הדין בחשבונו של המערער לא נשלחו לאחורון מסמכים כלשהם של הבנק, ואף כשביקר בסניף לא נאמר לו דבר; לבנק היה אינטרס כספי בפעולותיו של עורך הדין; הברור עם המערער היה פשוט וקל: כל שהיה על הבנק לעשות הוא להעיר את תשומת לבו למתרחש בחשבונו; לבסוף – פקידי הבנק פעלו למען עורך הדין הרבה מעבר למקובל. עניין כחולי, לעיל ה"ש 503, בעמ' 278–280; עניין קוסטמן, לעיל ה"ש 503, בעמ' 62–63.

505 עניין כחולי, לעיל ה"ש 503, בעמ' 285–286; עניין קוסטמן, לעיל ה"ש 503, בעמ' 59–61. שופט המיעוט גולדברג חלק על מסקנת שופטי הרוב כי הבנק היה צריך לדעת כי עורך הדין פועל בלי הרשאה, ועל כן סבר כי הדין עם הבנק. עניין כחולי, לעיל ה"ש 503, בעמ' 283–285; עניין קוסטמן, לעיל ה"ש 503, בעמ' 63–64.

506 עניין קוסטמן, שם, בעמ' 10–38.

הן פסק דינו של השופט אור (בגלגולו הראשון) והן פסק דינו של השופט חשין (בדיון הנוסף) עוסקים בהרחבה באמות המידה שלפיהן ייקבעו גדריה של חובת הזהירות של הבנק כלפי הלקוח במקרים של מרמה. בשני פסקי הדין בולט האיזון בין האינטרס הלגיטימי של הבנק לפעול ביעילות לבין הצורך להגן על לקוחות מפני מעשי מרמה. בפסקי דין קודמים שבהם הרמאי היה עובד של הבנק הטלת אחריות עליו הייתה טבעית לחלוטין: עדיפותו של הבנק כמונע נזק זול ברורה מאליה, והיה אפשר לסבור שאפילו אם הבנק לא התרשל כלל במניעת מעשה המרמה היה טעם לחייב אותו בגין מעשיו של הרמאי. אימוץ תאוריה של שליחות עשוי להביא במקרים מסוימים לתוצאה זו.<sup>507</sup> המקרה של קוסטמן הוא לכאורה קשה יותר להטלת אחריות, שכן מדובר במרמה וגנבה על ידי שלוח של הלקוח, ולכאורה דווקא ללקוח, ולא לבנק, יש יכולת שליטה טובה יותר עליו. אלא שבמקרה קוסטמן אי אפשר להתעלם ממעמדו המיוחד של הרמאי בבנק ומן האמון המופרז שהבנק נתן בו: הבנק חפץ ביקרו, לבנק היה אינטרס ברור בפעולותיו של הרמאי, ויש להניח שעובדות אלה השפיעו לא במעט על תוצאתו של פסק הדין.

#### ה. מעשי מרמה וזיופים: צדדים שלישיים

שאלת אחריותו של בנק כלפי מי שאינו לקוחו, בשל אי-מניעת מעשה מרמה, נדונה בקופת אשראי וחסכון אגודה הודית בע"מ נ' עוואד.<sup>508</sup> באותו עניין נגנבו מהבנק צ'קים בנקאיים ריקים. המשיבים קיבלו כמה מהם במסגרת עסקה מצד שלישי, וכשבאו לפדותם מצאו כי זויפו. בעקבות זאת תבעו את הבנק, בין היתר בהתבסס על עוולת הרשלנות. בית המשפט העליון קבע כי הדין עמם. בית המשפט הדגיש כי רשלנות בטיפול בשטרות וכניסתם לשוק של שטרות "פגומים" או "מסוכנים" יש בהן כדי לשבש את המסחר החופשי בהם ואף לערערו. לכן מוטלת על הבנק חובת זהירות כלפי מי שנפגע מאי-נקיטת אמצעי הזהירות המתחייבים מטיפול בשטרות שיוצאים לשוק. בית המשפט אף ציין כי הבנק הוא בעמדה הטובה ביותר למנוע סיכונים כמו זה שאירע, מה גם שהוא שנהנה מבחינה כלכלית מקיום סחר בצ'קים בנקאיים. לגופו של עניין קבע בית המשפט כי הבנק התרשל בהסתפקו בדיווח דבר הגנבה לאיגוד הבנקים, באי-דיווחו אודותיה למשטרה ואף באי-הזהרתו את הציבור.<sup>509</sup>

507 ראו פסקי הדין של השופט ברק בעניין קוסטמן, שם, בעמ' 58–59, ובעניין כחולי, לעיל ה"ש 503, בעמ' 293.

508 עניין עוואד, לעיל ה"ש 138.

509 את טענת הבנק כי נהג על פי הנוהל המקובל במקרים מעין אלה דחה בית המשפט, שכן נוהל זה אינו סביר. עניין עוואד, שם, בעמ' 436, וראו דיון לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 138–139.

מקרה נוסף שבו עלתה שאלת אחריותו של בנק כלפי מי שאינו לקוח בשל מעשה מרמה שבוצע כלפיו באמצעות הבנק הוא סהר חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ.<sup>510</sup> באותו מקרה הגיע אדם לבנק עם שטר העברת בעלות שאותו גנב עם הרכב שגנב מבעליו (אותה עת היה אפשר להעביר בעלות ברכב בבנקים). הוא זייף את החתימה של הבעלים, הבנק לא וידא שהוא אכן הבעלים, וכך עלה בידו למכור את הרכב לקונה אחר.<sup>511</sup> המבטחת של הבעלים המקורי של הרכב הגישה תביעה נגד הבנק בגין רשלנות.<sup>512</sup> השופטת שטרסברג-כהן, בדעת הרוב, קבעה כי אם יוכח קשר סיבתי בין מחדלי הבנק לבין גנבת הרכב, דין התביעה להתקבל. את קביעתה זו ביססה השופטת שטרסברג-כהן בין היתר על האופי המעין-ציבורי של הבנק, במיוחד כאשר הוא משמש ידו הארוכה של משרד הרישוי, ואף מקבל עמלה תמורת השירות. לפיכך הוחזר התיק לבית משפט השלום לבחינת שאלת הקשר הסיבתי.

בעניין קופת אשראי וחיסכון נראה שההצדקה העיקרית להטלת אחריות על הבנק דומה להצדקה שיש בהטלת אחריות על מי שמתרשל בפיקוחו על "דבר מסוכן", וברוך זו מאפשר לאדם אחד לגרום נזק לאדם אחר באמצעותו.<sup>513</sup> אמנם בכל המקרים שבהם הוטלה אחריות על מי שהתרשל בפיקוחו על דבר מסוכן היה הסיכון לנזק גוף או רכוש של הניזוק, ואילו בעניין קופת אשראי וחיסכון מדובר בנזק כלכלי טהור. אך נזק כלכלי זה שונה מנזקים כלכליים אחרים שאינם אלא העברה מכיס אחד לכיס אחר.<sup>514</sup> בעניין קופת אשראי וחיסכון הכיס שאליו הועבר הכסף היה כיסו של גנב אשר התנהגותו מהווה נזק חברתי ואותה ראוי לנסות למנוע. כך גם בעניין סהר חברה לביטוח בע"מ: הנזק הכלכלי נבע גם שם ממעשה גנבה והיווה אפוא נזק חברתי. בשני המקרים היה הבנק בבירור מונע הנזק הזול, והיותו מעין רשות ציבורית – כפי שהדגיש בית המשפט בעניין סהר – מחזק את הטענה כי הטלת אחריות עליו מוצדקת.<sup>515</sup>

- 510 עניין סהר, לעיל ה"ש 483.
- 511 תקנות מאוחרות יותר מחייבות את הבנק לעשות כן: תקנה 284(א) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961.
- 512 וכן בעילה של הפרת חובה חקוקה, אשר בית המשפט קבע שלא התקיימה במקרה הנדון. עניין סהר, לעיל ה"ש 483, בעמ' 474.
- 513 ראו עניין אגבריה, לעיל ה"ש 325 ותיאורו לעיל ה"ש 325.
- 514 לעיל סעיף 1.ג.
- 515 אך ראו עניין איילון, לעיל ה"ש 483, שם קובע בית המשפט העליון שיש להבחין בין סטנדרט הזהירות הנדרש מבנק כדי להגן על ענייני לקוחותיו לבין זה הנדרש ממנו כדי להגן על עניינם של מי שאינם לקוחותיו. באותו מקרה מדובר היה בעורך דין, מנהל עיזבון, שמעל בכספי העיזבון והעביר כספים מחשבון שפתח בנאמנות לטובת העיזבון לחשבונותיו הפרטיים. בית המשפט קבע שרק בהתקיים נסיבות מחשידות במיוחד חובה על בנק לבדוק את כשרות פעולותיו של עורך דין בחשבונות נאמנות, שם מופקדים כספיהם של צדדים שלישיים שאינם



#### 4. הפרה רשלנית של חוזה הגורמת נזק לצדדים שלישיים

##### א. הפרה רשלנית של חוזה הגורמת הפרת חוזה אחר

לעתים אדם מפר חוזה – ברשלנות – וגורם אגב כך נזק לצד שלישי. האם זכאי הצד השלישי לפיצויים ממפר החוזה על פי עוולת הרשלנות? דוגמה טיפוסית למקרה כזה הוא פסק הדין האנגלי, *Junior Books Ltd. v. Veitchi*. באותו מקרה הפר קבלן משנה את החוזה שלו עם הקבלן הראשי ובנה תקרה מסוימת אצל המזמין, באופן רשלני. המזמין נאלץ להוציא כסף לשם תיקון התקרה הפגומה. הוא תבע בגין נזקיו הכלכליים את קבלן המשנה וזכה בתביעתו. פסק דין זה נראה תמוה. התנהגותו של קבלן המשנה אינה רעה כשלעצמה: מה שהופך אותה ל"רעה" היא היותה הפרת חוזה. אך הפרת החוזה היא כלפי הקבלן הראשי ולא כלפי המזמין: קבלן המשנה אינו חייב דבר למזמין – בוודאי לא לבנות בשבילו תקרה בעלת איכות טובה מכפי שבנה בפועל.<sup>516</sup>

כדי להדגיש את הבעייתיות העולה לכאורה מפסק הדין נניח לרגע שהחוזה בין הקבלן הראשי לבין המזמין אפשר לקבלן הראשי לבנות תקרה מאיכות ירודה, וקבלן המשנה אכן בנה תקרה מאיכות ירודה. נראה שלא יכולה להיות מחלוקת שבמקרה זה המזמין אינו זכאי לפיצוי מקבלן המשנה: הן הוא קיבל בדיוק את התקרה שהובטחה לו ואשר בעבורה שילם. בדומה לכך, אם הקבלן הראשי הזמין אצל קבלן המשנה תקרה באיכות ירודה, וזה אכן בנה בשבילו תקרה כזו, גם אם הפר בכך הקבלן הראשי את החוזה שלו עם המזמין, אין כל היגיון באפשרות שהמזמין יוכל לתבוע את קבלן המשנה: קבלן המשנה סיפק בדיוק את הסחורה שהוזמנה ממנו על ידי הקבלן הראשי; אם למזמין יש טרוניה כלשהי באשר לאיכות התקרה, עליו להפנות אותה לקבלן הראשי ואליו בלבד.

אמנם במקרה *Junior Books* הוזמנה תקרה באיכות גבוהה וסופקה תקרה באיכות ירודה. בכך הפר קבלן המשנה את החוזה שלו, והפרה זו גרמה כנראה שהקבלן הראשי יפר את החוזה שלו עם המזמין. אך אם במקרה כזה מוטלת אחריות נזיקית על קבלן המשנה כלפי המזמין, התוצאה המוזרה תהיה שקיומה של עילת התביעה של המזמין נגד קבלן המשנה תלויה בתוכן החוזה שבין הקבלן הראשי לבין קבלן המשנה, אשר המזמין אינו צד לו, ובתוכן החוזה שבין המזמין לבין הקבלן הראשי, אשר קבלן המשנה אינו צד לו. דרך אחרת לנסח את חריגותה של הלכת *Junior Books* היא שפסק דין זה גרם למעשה שאף שקבלן המשנה התקשר בחוזה עם הקבלן הראשי, שהוא לכאורה הנושה היחיד שלו לפי החוזה,

לקוחות הבנק. לגופו של עניין קבע בית המשפט שנסיונות מחשידות כאלו אכן התקיימו במקרה הנדון, ועל כן הטיל אחריות על הבנקים הנחבעים לנזק שנגרם.  
516 520 I A.C. [1983]. ראו כהן, לעיל ה"ש 421, בעמ' 191–196 (131–132).

הוא מצא את עצמו עם נושה נוסף לפי אותו חוזה.<sup>517</sup> תוצאה זו בעייתית, שהרי ייתכן שלא במקרה לא הצטרף קבלן המשנה כצד לחוזה עם המזמין. הלכת *Junior Books* היא חריגה בפסיקה האנגלית, ופסיקה מאוחרת צמצמה אותה לעובדות המקרה בהדגישה את ה"קרבה" המיוחדת שהייתה שם בין קבלן המשנה לבין המזמין.<sup>518</sup> המזמין היה שותף בבחירת קבלן המשנה, קבלן המשנה היה שותף למשא ומתן שהתנהל בין המזמין לבין הקבלן הראשי, ואף שלא היה צד לחוזה שבין המזמין לבין הקבלן הראשי, הוא היה מודע היטב לתוכנו. בהתנהגותו כלפי המזמין יצר קבלן המשנה מצג כלפיו כאילו בכוונתו לבנות את התקרה שלה התחייב הקבלן הראשי, והמזמין, בחתמו על החוזה עם הקבלן הראשי, הסתמך על כך. אמנם אי-בניית התקרה באיכות שלה התחייב הקבלן הראשי אינה הופכת בהכרח את המצג של קבלן המשנה למזמין למצג שווא: ייתכן שקבלן המשנה התכוון לבנות את התקרה כמובטח, אלא שנכשל בביצוע. אם כך, לכל היותר הבטיח קבלן המשנה למזמין לבנות את התקרה באיכות טובה, אך מאחר שלא הייתה זו הבטחה חוזית, אין המזמין רשאי לתבוע אותו בגין הפרתה. אלא שתאוריה של השתק הבטחה – המוכרת בעיקר במשפט האמריקאי<sup>519</sup> – עשויה להצדיק את התוצאה שאליה הגיע בסופו של דבר בית המשפט האנגלי. על פי דוקטרינת השתק ההבטחה האמריקאית, קיימים מקרים שבהם הסתמכות על הבטחה – גם אם אינה הבטחה חוזית – היא אכיפה אם מקבלה הסתמך עליה בסבירות. המזמין הסתמך על הבטחתו של קבלן המשנה בכך שנכנס לחוזה עם הקבלן הראשי, ואם בסופו של דבר קבלן המשנה לא עמד בהבטחתו רשאי המזמין – לפי דוקטרינת השתק ההבטחה – לתבוע אותו בגין הפרת הבטחה זו.<sup>520</sup> בעניין *Junior Books* עילת התביעה התייחסה לנוק כלכלי טהור: המזמין נאלץ להוציא כסף כדי לתקן את התקרה ובכך סבל נזק. כאמור, פסק *Junior Books* הוא חריג: החובה

517 אולם אם קבלן המשנה היה מפר את החוזה עם הקבלן הראשי בלא רשלנות (למשל, בנסיבות שאינן בשליטתו, אך שאינן מגיעות לכדי סיכול חוזה), המזמין לא היה יכול לתבוע, שהרי עילת תביעתו התבססה על עוולת הרשלנות.

518 Leigh & Silavan v. Aliakon Co. Ltd., [1986] AC 785.

519 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 90 (1979).

520 פסיקה אנגלית קודמת הכירה בכך שבמקרים מסוימים הבטחות לא חוזיות של צד למשא ומתן עשויות לחייב אותו אם נכרת חוזה ביניהם עקב הבטחות אלה, על בסיס דוקטרינה של חוזה נספח. ראו E. Esso Petroleum v. Mardon, [1976] QB 801. בארץ השתמש בית המשפט העליון ברעיון החוזה הנספח במקרי מכרו. נקבע כי החוזה הנספח קובע את תנאי המכרו, והמשתתפים במכרו ובעל המכרו מחויבים לנהוג על פיו. ראו ע"א 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989). לימים העדיף בית המשפט העליון את השימוש בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) לשם הסדרת התנהגויות הצדדים במכרו ואף לשם מתן תרופות כאשר תנאי המכרו מופרים. ראו ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).

המשפטית לספק סחורה באיכות גבוהה ולבנות תקרה באיכות גבוהה אינה נובעת מן הדין הכללי – דיני הנזיקין – אלא רק מן הדין הפרטי – דיני החוזים. על כן ברגיל רק צד לחוזה זכאי לתבוע בגין הפרתה. עם זאת יש חובה – מכוח דיני נזיקין – לבנות תקרה בטוחה שלא תסכן בני אדם בגופם או ברכושם סיכון בלתי סביר. חובה זו אינה תלויה בדרך כלל בחוזה. יתר על כן, ניסיון של הצדדים לחוזה להתנות עליה במרבית המקרים נדון לכישלון.<sup>521</sup> על כן אם בעניין *Junior Books* הייתה התקרה מתמוטטת וגורמת נזק לגוף או לרכוש, למזמין או לצדדים שלישיים, והיה מוכח שהתמוטטות זו אירעה בגלל רשלנותו של קבלן המשנה, הכרה בעילת תביעה נגדו לא הייתה מעוררת קושי מיוחד. אלא שלא זה היה המקרה בעניין *Junior Books*. עילת התביעה לא הייתה בגין נזק גוף או רכוש אלא בגין נזק כלכלי הנובע מן הצורך לתקן את התקרה. בעניין *Junior Books* אף לא היה סיכון בטיחותי כלשהו בתקרה. אם סיכון כזה היה קיים, וההוצאה הכספית של המזמין לתיקון התקרה הייתה מיועדת למנוע את התממשות הסיכון, הכרה בעילת התביעה של המזמין הייתה מובנת הרבה יותר.<sup>522</sup> לאור דברים אלו אפשר לנתח את פסק דין קורנפלד נ' שמואלוב.<sup>523</sup> בפסק דין זה כאמור הוטלה אחריות על קבלנים שבנו בית, מכרו אותו לקונים, ואלה בתורם מכרו אותו לתובעים. התובעים הוציאו כספים בתיקון סדקים בקירות הבית ובתיקון פגמים נוספים במבנה וזכו בתביעתם נגד הקבלנים בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם עקב כך. מקרה קורנפלד דומה ממבט ראשון למקרה *Junior Books*. בשני המקרים א (קבלן המשנה/הקבלנים) הפר חוזה עם ב (הקבלן הראשי/הקונים הראשונים) והנזק נגרם ל-ג (המזמין/הקונים השניים) שהיה קשור בחוזה עם ב אך לא עם א. בשני המקרים הפרת החוזה על ידי א הייתה רשלנית, ובשני המקרים נתבע נזק כלכלי טהור. בשני המקרים קיבל בית המשפט את התביעה, אך ההבדל בין שני המקרים הוא חשוב – ועשוי להצדיק את פסק דין קורנפלד אך לא את הלכת *Junior Books*. בעניין *Junior Books* לא יצרה רשלנות הקבלן כל סיכון לגוף או לרכוש, ואילו בעניין קורנפלד – לפחות לפי דבריו של בית המשפט – הסדקים בקירות יצרו סיכון לבריאות של הגרים בדירה. אמנם לא היה מדובר בסכנת התמוטטות של הקירות, אך בית המשפט הדגיש כי אינו רואה הבדל מנקודת מבט של דיני הנזיקין בין מקרה שבו התובעים היו נמנעים מלתקן את הסדקים, רוח הייתה נושבת פנימה ופוגעת בבריאותם של התובעים

521 תניות פטור מפני גרם נזק גוף ברשלנות תהיינה בדרך כלל בטלות בשל היותן בלתי חוקיות או נוגדות את תקנת הציבור. ראו עניין לגיל טרמפולין, לעיל ה"ש 239.

522 ראו הדיון להלן בהמשך תת-סעיף זה.

523 עניין קורנפלד, לעיל ה"ש 438.

שאו היו זכאים לכאורה לפיצוי, לבין מקרה – כמו זה הנדון בפניו – שבו הקדימו התובעים תרופה למכה ותיקנו את הסדקים בקירות והוציאו כסף לשם כך.<sup>524</sup> אמנם סיכון לבריאות היושבים בדירה בגלל סדקים בקירות אינו משול לסיכון לגוף או לרכוש עקב התמוטטות הקירות. אין למשל כנראה מניעה לרכוש דירה מאדם גם אם יש סדקים בקירות – בהנחה שהקונה יודע על כך – אפילו אם רוח עלולה לנשוב דרך הסדקים ולפגוע בבריאות הדיירים. לא כן כאשר מדובר בדירה שקירותיה עלולים להתמוטט. לכן למרות ההבדל בין קורנפלד מצד אחד לבין *Junior Books* מצד אחר, הכרה בעילת תביעה לתובעים בעניין קורנפלד גם היא אינה ברורה מאליה. אך בדומה לעניין *Junior Books*, אף בעניין קורנפלד אפשר היה לטעון שהקבלנים יצרו מצג לא רק כלפי הקונים מהם אלא גם כלפי הקונים השניים – התובעים – שהדירה בטוחה וכשירה למגורים. למעשה, הקונים הראשונים מכרו את הדירה לקונים השניים עוד בטרם כניסתם לדירה, וכנראה הייתה קרבה – בדומה לזו שהייתה בעניין *Junior Books* – בין התובעים (הקונים השניים) לבין הנתבעים (הקבלנים). השופט הלוי, שהסכים לפסק דינו של השופט לנדוי, אשר נתן את פסק הדין העיקרי בעניין קורנפלד, ביסס את פסק דינו גם על עילה של מצג שווא רשלני: מצגם של הקבלנים כלפי הקונים השניים – ולא רק כלפי הראשונים – שהבניין בטוח למגורים.<sup>525</sup> בעניין קורנפלד מצג זה היה מצג שווא, ואם נעשה ברשלנות, עילת התביעה של הקונים השניים יכולה להתבסס עליו אף בלא צורך להיזקק לדוקטרינה של השתק הבטחה. ניזוקים במקרים דוגמת *Junior Books* וקורנפלד עשויים לנסות ולבסס את עילות תביעותיהם מחוץ לדיני הרשלנות. ראשית, במקרים מסוימים יכול הניזוק (המזמין/הקונים השניים) לתבוע את מי שגרם להפרת החוזה שלו (קבלן המשנה/הקבלנים) על ידי אחר (הקבלן הראשי/הקונים ראשונים) על פי העוולה של גרם הפרת חוזה. לפי עוולה זו, הקבועה בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין, "מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממוין".<sup>526</sup> אלא שעוולה זו דורשת מצב נפשי של ידיעה, ואף שיש שהציעו להרחיב את

524 עניין קורנפלד, שם, בעמ' 324. לטיעון שרצוי שאחריותו של קבלן כלפי קונה שני, שקנה מן הקונה הראשון, תהיה כמו האחריות של המוכר כלפי הקונה הראשון, ראו איל זמיר חוק המכר (דירות) תשל"ג-1973 293-294 (2002).

525 גם השופט לנדוי מציין במפורש קרבה זו, אך אומר שגם בלעדית מוצדקת הטלת אחריות. עניין קורנפלד, שם, בעמ' 321-322.

526 בסעיף 62(ב) נקבע כי "לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושבתיה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה".

תחולתה על דרך של היקש או פרשנות גם על מצבים של גרם הפרת חוזה ברשלנות,<sup>527</sup> לא ברור אם יש לכך הצדקה.

**שנית**, דרך המלך מבחינת התובע, הן במקרה *Junior Books* והן בעניין **קורנפלד**, היא לתבוע בגין נזקיו הכלכליים את מי שאתו התקשר בחוזה: את הקבלן הראשי (בעניין *Junior Books*) ואת הקונים הראשונים (בעניין **קורנפלד**). אלו מצדם יוכלו לתבוע את מי שהפר את החוזה אתם (קבלן המשנה והקבלנים בשני פסק הדין, בהתאמה), בגין הפיצויים שנאלצו לשלם לתובעים מהם. בעניין *Junior Books* לא ברור מדוע לא נתבע הקבלן הראשי על ידי המזמין, ובעניין **קורנפלד** ייתכן שלקונים השניים לא עמדה כלל עילת תביעה חוזית בגין הפגמים בדירה נגד הקונים הראשונים, למשל אם רכשו את הדירה כמות שהיא בלא כל אחריות על פגמים מצד הקונים הראשונים.

**שלישית**, במקרים מסוימים, דומים למקרי *Junior Books* ו**קורנפלד**, אפשר שהניזוק יהיה מוטב בחוזה לטובת אדם שלישי (שבין קבלן המשנה לבין הקבלן הראשי/שבין הקבלנים לבין הקונים הראשונים)<sup>528</sup> או נמחה שאליו המחצה צד אחד לחוזה (הקבלן הראשי/הקונים הראשונים) את הזכויות כלפי הצד האחר לחוזה (קבלן המשנה/הקבלנים).<sup>529</sup> במקרים אלו אפשר שתעמוד לניזוק עילת תביעה חוזית ישירה נגד הצד הרחוק, שעמו לא קשר חוזה ישירות (קבלן המשנה/הקבלנים).<sup>530</sup>

## ב. הפרה רשלנית של חוזה הפוגעת בציפייה לגיטימית של אחר

סוג אחר של מקרים שבהם הפרה רשלנית של חוזה גורמת נזק לצד שלישי מבלי שלצד השלישי יש חוזה כלשהו, מודגם בפסק דין *Ross v. Counters*.<sup>531</sup> באותו עניין ערך עורך דין צוואה בשביל המוריש והתרשל כשלא דאג לנוכחותם של שני עדים בעת החתימה עליה, כמצוות החוק. הצוואה הוכרזה לאחר מות המוריש בלתי תקפה, והעזיבון חולק בין היורשים על פי הדין החל במקרים שבהם אין צוואה. התובעת הייתה יורשת שהייתה זוכה

527 כהן, לעיל ה"ש 421, בעמ' 141–204 (§§ 92–137).  
528 ראו סעיפים 34–38 לחוק החוזים (חלק כללי). עם זאת לא במהרה יכיר בית המשפט בכך שחוזה בין מוכר נכס לקונה הראשון הקנה זכות תביעה לפי החוזה לקונה השני שקנה את הנכס מן הקונה הראשון. ראו ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31, 37 (1981).  
529 סעיף 1 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט–1969. להכרה בכך שחוזה בין הקונה הראשון לבין הקונה השני עשוי להמחות את זכויות המוכר מן הקונה הראשון לקונה השני ראו עניין גולדמן, שם, בעמ' 37–38.  
530 פתרון חוזי נוסף מצוי בסעיף 52 לחוק החוזים (חלק כללי). ראו לדיון בו נילי כהן התערבות ביחסים חוזיים 315 (1986).  
531 *Ross v. Counters*, [1980] Ch. 297.

בנתח מן העיזבון לפי הצוואה וניזוקה מאחר שזו הוכרזה חסרת תוקף. היא תבעה את עורך הדין שערך את הצוואה בגין רשלנות, וזכתה בתביעתה.<sup>532</sup> בשונה מפסקי הדין *Junior Books* וקורנפלד, במקרה *Ross* רשלנותו של עורך הדין אמנם היוותה הפרת חוזה עם המוריש, אך לא גרמה להפרת חוזה בין המוריש לבין התובעת, או להפרת חיוב אחר כלשהו שלו כלפיה. הן מלכתחילה לא היה המוריש חייב להוריש לתובעת דבר. ממילא, בניגוד למקרים דוגמת *Junior Books* וקורנפלד לא הייתה לניזוק כל דרך לתבוע את נזקו מאיש לבד מעורך הדין (כזכור במקרים דוגמת *Junior Books* וקורנפלד, לפחות באופן עקרוני, עומדת לניזוק עילת תביעה כלפי מי שהפר את החוזה עמו – הקבלן הראשי והקונים הראשונים, בהתאמה). אך אולי חשוב מכך, אם במקרים דוגמת *Ross* לא תעמוד ליורש עילת תביעה נגד עורך הדין, איש לא יוכל לתבוע את עורך הדין בגין רשלנותו בעריכת צוואה, והרתעתו תימצא חסרה. עורך הדין אמנם הפר את החוזה שבינו לבין לקוחו, המוריש, אך המוריש, והעיזבון שבא בנעליו, לא סבל כל נזק ממוני בשל רשלנות עורך הדין: זהות היורשים הזכאים לנכסי העיזבון אינה משפיעה על גודלו. לכל היותר יוכל העיזבון במקרה זה לתבוע מעורך הדין את השבת שכר טרחתו, אך אין די בכך כדי ליצור תמריצי פעולה נאותים לעורך הדין.

פסק דין של בית המשפט העליון, מפעלי רכב אשדוד נ' ציזיק ז"ל,<sup>533</sup> עוסק גם הוא בפיצוי בגין נזק כלכלי טהור בשל התנהגות רשלנית המהווה הפרת חוזה אף על פי שהניזוק אינו צד לו. באותו מקרה שבתו קציני הים בצי הסוחר, לא פרקו ספינות, וכך נמנע מן התובעים לעגון בנמל חיפה ולפרוק את מטעניהם. הם נאלצו לעגון בנמל אחר, מחוץ לישראל, ורק לאחר סיום השביתה חזרו לנמל חיפה ופרקו את מטעניהם. בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם תבעו את השובתים. בית המשפט העליון הטיל עליהם אחריות נזיקית. גם כאן לכאורה מדובר בהפרת חוזה שגרמה נזק לצדדים שלישיים. אולם לא זו הדרך הנכונה להשקיף על המקרה. למעשה, קציני הים תפסו את הרציף, ואת זאת לא היו רשאים לעשות בלא כל קשר לחוזה שהפרו או שלא הפרו עם מעסיקיהם.<sup>534</sup> השאלה אם במקרה זה הטלת

532 ראו גם ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446, 469–472 (1990); אנוש בר שלום "לשאלת אחריותם בנוזיקין של עורכי דין" הפרקליט כא 479, 486–493 (1965); יהודה שנהב ורחל לויתן "אחריותו המקצועית של עורך דין, ניהול סיכונים וביטוח חבות" הפרקליט לב 177–181 (1979).

533 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169 (1989).  
534 ראו כהן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 188–189. לפי סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז–1957, "הוראות שבהסכם קיבוצי בדבר תנאי עבודה, סיום עבודה, וחובות אישיות המוטלות לפי אותן הוראות על עובד ומעביד וזכויות המוקנות להם (להלן – הוראות אישיות), יראו אותן כחוזה עבודה בין כל מעביד וכל עובד שעליהם חל ההסכם, ותקפן אף לאחר פקיעת תקפו של ההסכם הקיבוצי, כל עוד לא שונו או לא בוטלו כדין; השתתפות בשביתה לא יראו

האחריות הייתה מוצדקת אם לאו – נוכח החשיבות הרבה המיוחסת במשפט הישראלי לחירות השביתה – היא שאלה אחרת שאינה נוגעת לדיון שלנו כאן.<sup>535</sup>

כהפרת חובה אישית" (ההדגשה אינה במקור). לפי סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין, העוולה של גרם הפרת החוזה מסויגת כדלקמן: "לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה" (ההדגשה אינה במקור). על פי נוסחו של סעיף 62(ב) וכן על פי נוסחו של סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים, שביתה אינה הפרת חוזה, וממילא גרם שביתה אינו גרם הפרת חוזה. עם זאת אין מניעה לכאורה לתבוע את השובת עצמו בגין העוולה של גרם הפרת חוזה אם הוא גורם להפרת חוזה, למשל בין מעבידו לבין צד שלישי (אף אם אינו נחשב מפר חוזה מכוח סעיף 19 לחוק הסכמים קיבוציים). מכל מקום, בין שאפשר לתבוע שובתים בגין גרם הפרת חוזה ובין שלא, נראה כי אין מניעה עקרונית לתבעם על פי עוולת הרשלנות. על תחולתן של עוולות המסגרת בצד העוולות הפרטיקולריות ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 63-66.

535 לדיון במקרים שבהם אדם תופס את הדרך הציבורית וגורם נזק כלכלי למשתמשים בה ראו פרי, לעיל ה"ש 421, בעמ' 267-277.





## אחריות בגין נזק לא ממוני טהור

1. שיקולי מדיניות בעד צמצום האחריות; א. הרחבת חוג התובעים; ב. קשיי הוכחה;
- ג. שיקול הביטוח; ד. ברירה שלילית (adverse selection). 2. הניזוק המשני. 3.
- פגיעה באוטונומיה; א. בתחום הרפואי; ב. מחוץ לתחום הרפואי; ג. הערכה.

נזק לא ממוני טהור הוא נזק לא ממוני שאין נלווה לו נזק פיזי כלשהו. בכל שיטות המשפט, ובכלל זה בשיטת המשפט הישראלית, נקוטה זהירות רבה בפסיקת פיצוי נזיקי בגין נזק זה.<sup>536</sup> עד שנות השמונים נהגה בישראל הלכת נדיר נ' כהנוביץ',<sup>537</sup> אשר על פיה אין לאדם שסבל נזק לא ממוני טהור עילת תביעה נזיקית. הלכה זו בוטלה בעניין עיריית ירושלים נ' גורדון,<sup>538</sup> שם קבע בית המשפט העליון שאדם שנאסר על לא עוול בכפו בגלל רשלנותה של עיריית ירושלים, זכאי לפיצוי בשל הסבל שנגרם לו בעת שהותו במאסר (שממנו שוחרר כעבור זמן קצר). שאלת הפיצוי בגין נזק לא ממוני טהור התעוררה בישראל פעמים רבות בתביעות של הניזוק המשני: קרוב משפחתו של הניזוק הישיר אשר חווה סבל נפשי וצער בגלל הפגיעה ביקירו. אך שאלה זו עלתה גם במקרים אחרים.

גם כאשר הנוק הלא ממוני נלווה לנזק פיזי, לגוף או לרכוש, שיטות המשפט השונות נוהגות זהירות רבה בפסיקת פיצוי בגינו. כך למשל אצלנו בתחום תאונות הדרכים קיימת

536 DOBBS, *supra* note 79, at 821–852 (§§ 302–313); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 259–278 (§§ 5-62–5-74). במשפט האנגלו-אמריקאי אחריות בגין נזק לא ממוני טהור תוטל כאשר מדובר בהתנהגות מכוונת או פזיזה וכן בקטגוריות מוגדרות של מקרים שבהם ברור בעליל שהניזוק סבל נזק לא ממוני כבד. אחת הדוגמות במשפט האמריקאי למקרים שבהם פיצוי כזה אפשרי הוא המקרה שבו המזיק חשף את הניזוק לסיכון רב של נזק פיזי, ולכן נאלץ הניזוק לחיות בצל הפחד. ראו 538 *Norfolk & Western Railway Company v. Ayres*, 135 U.S. 135 (2003). לדיון בפסק דין זה ראו להלן חלק ג, פרק 3, סעיף 2.2. זהירות בפסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני נוהגת אף בתחום דיני החוזים. סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1971 מקנה סמכות לבית המשפט לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני, אך אינו מחייב פסיקת פיצוי כזה. ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 677–683 (1999).

537 עניין נדיר, לעיל ה"ש 215.

538 עניין גורדון, לעיל ה"ש 65.

סטנדרטיזציה של הפיצוי על הנזק הלא ממוני: הוא נפסק על פי נוסחה מסוימת, ולבית המשפט יש שיקול דעת מוגבל בלבד בקביעת שיעורו.<sup>539</sup>

## 1. שיקולי מדיניות בעד צמצום האחריות

### א. הרחבת חוג התובעים

כמו בעניין נזק כלכלי טהור, אף בעניין נזק לא ממוני טהור עולה לעתים קרובות הטיעון שהטלת אחריות בגין נזק זה תרחיב יתר על המידה את חוג התובעים.<sup>540</sup> אם כל אדם שנגרם לו נזק לא ממוני יוכל לתבוע פיצוי בשל נזקיו, כל תאונה תגרור תביעות רבות של ניזוקים משניים אשר סבלו נזק לא ממוני עקב הפגיעה בניזוק הישיר. הדבר עלול להכביד יתר על המידה על פעילותו של המזיק ואף להגדיל את הוצאות ההתדיינות המשפטית.

שיקול הרחבת חוג התובעים אינו נימוק משכנע כשלעצמו. נזק לא ממוני – טהור או כאשר הוא נלווה לנזק פיזי – הוא נזק חברתי, ממש כמו כל נזק פיזי לגוף או לרכוש. מנקודת מבט של צדק מתקן פיצוי בשל נזק זה מוצדק ככל פיצוי אחר. כך גם מנקודת מבט הרתעתית: בלעדי פיצוי בגין נזק לא ממוני הרתעתו של המזיק תהיה הרתעת חסר. לכן גם טיעון הוצאות ההתדיינות המשפטית בעמדו לבד<sup>541</sup> אינו משכנע: אם נזק לא ממוני הוא ככל נזק אחר – ולעתים אף רב במיוחד – אין סיבה שבתי המשפט יסגרו את שעריהם דווקא בפני תובעים שנגרם להם נזק לא ממוני שעה ששערים אלו פתוחים בפני תובעים שנגרמו להם נזקים אחרים. אמת, קיימים מקרים שבהם הנזק הלא ממוני הוא קטן, אפילו זניח, שאז השאיפה לחסוך בהוצאות התדיינות עשויה להיות שיקול משכנע מדוע לא לפסוק פיצוי בגינו. אך כאשר הנזק הוא זניח, נראה שממילא אי אפשר יהיה לתבוע פיצוי, בשל עיקרון משפטי רחב יותר, שעל פיו אין לתבוע פיצוי על נזק של מה בכך, ממוני או לא ממוני.<sup>542</sup>

539 סעיף 4(א)(3) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ותקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), התשל"ו-1976.

540 עניין גורדון, לעיל ה"ש 65, בעמ' 142-143.

541 כפי שנראה מיד, להלן תת-סעיף ב, קשיי ההוכחה המיוחדים בהוכחתו של הנזק הלא ממוני עשויים בכל זאת לייחס לשיקול הוצאות ההתדיינות משקל מסוים.

542 לפי סעיף 4 לפקודת הנזיקין, "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". לפי לשון הסעיף הוא אינו חל על מקרה שבו בוצע מעשה עוולה כלפי אדם אחד שסבל נזק ניכר, אך אדם אחר (למשל, קרוב משפחתו) סבל נזק לא ממוני של מה בכך עקב הצער שנגרם לו בשל הפגיעה בקרוב משפחתו. עם זאת נראה שסעיף זה משקף דוקטרינה רחבה יותר, של de minimis, ולפיו אין לתבוע פיצוי על נזקים של מה בכך. על קיומו של עיקרון זה

מכל מקום, די בכך שבמקרים רבים הנזק הלא ממוני אינו זניח, ולעתים אף גדול ממש, כדי שטיעון הוצאות ההתדיינות יידחה. מכאן שיש לעמוד על סיבות אחרות שבגינן שיטות המשפט השונות נרתעות מפסיקת פיצוי בשל נזק לא ממוני טהור.

## ב. קשיי הוכחה

קושי מובנה בפסיקת פיצוי בשל נזק לא ממוני בכלל ונזק לא ממוני טהור בפרט הוא בהוכחתו. בגלל האופי הסובייקטיבי של נזק זה מפתה מדי – במקרים רבים – להגיש תביעות מופרזות בגינו או אפילו תביעות סרק. לכן על בית המשפט לבור את המוץ מן הבר ולפסוק פיצוי רק במקרים ה"אמתיים". משימה זו אינה קלה, והיא כורכת הוצאות התדיינות רבות במיוחד. אך חשוב מכך: בית המשפט עשוי להגיב לאופי הסובייקטיבי של הנזק הלא ממוני בפסיקת פיצוי גבוה מדי. אם כך יעשה, קיים חשש ממשי להכבדת יתר על פעילותו של המזיק.

קשיי ההוכחה יכולים להסביר מדוע כאשר הנזק הלא ממוני נלווה לנזק פיזי, בעיקר לגוף, בתי משפט פוסקים פיצוי בגינו כדבר שבשגרה. ההסבר לכך הוא שכאשר קיים נזק לגוף, אות וסימן הוא שהניזוק אכן סבל נזק לא ממוני ניכר, וכפי הנראה טענתו שכך הדבר אינה טענת סרק. אמת, אף במקרים אלו קיים חשש שבית המשפט יפסוק פיצוי גבוה מדי בגין הנזק הלא ממוני, ועל כן בשיטות משפט שונות מוטלות מגבלות על שיקול דעתו של בית המשפט בפסיקת פיצוי כזה. אך חשש זה קטן יותר כנראה במקרים שבהם הנזק הלא ממוני הוא טהור.

שיקול הקושי ההוכחתי אינו משכנע באותם המקרים שבהם הנזק הלא ממוני הוא ניכר וקיומו ודאי. לכן ניזוקים משניים זכאים לפיצוי בשיטת המשפט הישראלית בהתקיים תנאים מסוימים, וכך אף ניזוקים אחרים שסבלו נזק לא ממוני טהור. מקרים אלו יידונו בהמשך הפרק.

## ג. שיקול הביטוח

בשוק הביטוח אי אפשר לרכוש כיסוי ביטוחי בגין נזק לא ממוני: שום אדם אינו שוקל לבטח את עצמו מפני הסיכון שבנו ייהרג במלחמה או שקרוב משפחה שלו ימות ממחלה קשה (בהנחה שלאסונות אלו לא נלווה נזק ממוני), ובאין ביקוש אין היצע. תאוריית הביטוח מסבירה זאת היטב: אדם רוכש ביטוח מפני אירועי נזק אשר ישפיעו על הערך השולי של

במשפט הישראלי (המכונה לעתים "זוטי דברים") ראו עניין תנובה, לעיל ה"ש 214, פסקה 30 לפסק דינה של השופטת חיות.

הכסף שלו. למשל, אם אדם מאבד את ביתו, הערך השולי של הכסף שלו גדל, או במילים אחרות, הוא זקוק מאוד לכסף. השקל האחרון שלו, במקרה שבו יאבד את ביתו, ישמש אותו לרכישת צרכים בסיסיים, ואילו טרם גרם הנזק השקל האחרון שלו משמש אותו לרכישת צרכים בסיסיים פחות, או אולי אף למותרות. לפיכך הוא יחפוץ לרכוש ביטוח ובכך "יעביר" שקלים שערכם השולי נמוך בשבילו למצב עולם אפשרי שבו לשקלים אלו יהיה ערך שולי גבוה יותר בשבילו.<sup>543</sup> לעומת זאת כאשר אדם צפוי לסבול נזק לא ממוני – כגון סבל נפשי רב שאינו כרוך בהוצאות ממוניות כלשהן – אין לו סיבה לרכוש ביטוח, שכן אין לו סיבה להניח שהערך השולי של הכסף שלו יגדל אם יארע מקרה הביטוח. אדרבה, לעתים ההפך הוא הנכון: אם לאדם נגרם סבל נפשי רב, לעתים הוא אינו מעוניין לצרוך מותרות שהיה צורך טרם גרם הנזק. אמנם לא תמיד כך הדבר, וברור למדי שקבלת תגמולי ביטוח יכולה להקטין במקרים מסוימים את הנזק הלא ממוני; עצם קבלת ממון רב יכולה להכניס שמחה מסוימת לחיי הניזוק, שיכולה לקזז ולו במעט את הנזק הלא ממוני שנגרם לו, אך בכך אין כדי לשכנע אדם לרכוש ביטוח: האושר המסוים שיהיה מנת חלקו אם יקבל תגמולי ביטוח עומד מול העדר האושר בעת תשלום פרמיות הביטוח. אם בכל זאת ההנאה שלו מקבלת תשלום גדול היא רבה במיוחד ומצדיקה את ההוצאה בהווה, טוב יעשה אותו אדם אם יהמר בכספו, או ירכוש כרטיס הגרלה, במקום לרכוש ביטוח ובכך להתנות את ה"זכייה" דווקא בכך שייגרם לו נזק לא ממוני. יש לזכור אף שפרמיית הביטוח שישלם המבוטח תהיה גבוהה מתוחלת הפיצוי שיקבל אם יארע מקרה הביטוח – שהרי חברות הביטוח אינן מבטחות מפני סיכונים בדיוק במחיר תוחלת הנזק שייגרם למבוטח. הן מפעילות מנגנון שאותו הן צריכות לממן, והן שואפות גם להרוויח.

מכך שבני אדם אינם חפצים לרכוש ביטוח מפני נזק לא ממוני אין להסיק שפיצוי בגין נזק זה אינו נחוץ. כדי להבין מדוע, ארון תחילה במצב שבו אין קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק, ולאחר מכן במצב שבו יש קשר חוזי כזה, שאז עלות ה"ביטוח" מפני נזקים לא ממוניים שבגינם המזיק חב, מגולגלת על הניזוק.

אתחיל במקרה שבו הצדדים זרים זה לזה. אם מטרת הפיצוי בנזיקין הייתה להעביר כסף לניזוק משום שבעקבות אירוע הנזק הערך השולי שלו בכסף גדל, או משום הרצון להחזיר אותו מבחינה כלכלית למצב שבו היה עובר לפגיעה – אזי לא היה כנראה מקום לפצות ניזוקים בגין נזק לא ממוני. אדרבה, אם ניזוקים לעולם אינם מבטחים את עצמם מפני נזק כזה, אות וסימן הוא שלא ניזוקו כלכלית, וכי אינם זקוקים לכסף יותר משהיו זקוקים לו אלמלא הפגיעה. אלא שכפי שראינו, על פי עקרונות הצדק המתקן, דיני הנזיקין באים לפצות את הניזוק על העוול שנגרם לו גם אם עוול זה אינו מתבטא בחסרון כס. יתרה מזו, דיני

543 ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15.

הנזיקין מיועדים להרתיע את המזיק. נזק לא ממוני הוא נזק חברתי, ולשם השגתה של הרתעה אופטימלית ראוי שהמעוול יישא בו. לפיכך גם אם הניזוק אינו מבטח את עצמו מפני נזק לא ממוני, מהסיבות שפורטו לעיל, אחריות בגינו תהיה לכאורה מוצדקת. המצב מורכב יותר כאשר בין המזיק לבין הניזוק יש יחסים חוזיים, ולכן המזיק יכול לגלגל על הניזוק את עלות ה"ביטוח" שלו מפני נזקים לא ממוניים. האם הניזוק ירצה פיצוי כזה כאשר הוא שנושא בפרמיית הביטוח דרך המחיר שישלם למזיק?<sup>544</sup> נניח למשל שעולה השאלה אם רצוי שקבלן הבונה בית בשביל המזמין, יישא בנזק הלא ממוני שייגרם למזמין בשל רשלנותו של הקבלן בביצוע העבודה, רשלנות המהווה הפרת חוזה, ובמקרים מסוימים אף עוולה נזיקית. מצד אחד ראינו שהניזוק, המזמין בדוגמה שלנו, לא היה רוצה לבטח מפני נזקים כאלה. אך מצד אחר חשוב לו שהמזיק, הקבלן בדוגמה שלנו, יורתע כראוי וינקוט אמצעי זהירות הולמים כדי למנוע פגיעה בו. איזה שיקול יגבר? כללית נראה שאם עיקר הנזק שייגרם למזמין הוא ממוני, יסתפק המזמין בפיצוי בגין הנזק הממוני לצורכי הרתעה ויעדיף לוותר על ביטוחם של הנזקים הלא ממוניים אצל הקבלן, אשר היה גובה ממנו דרך מחיר החוזה פרמיה הולמת בגין ביטוח זה.<sup>545</sup> אך לעומת זאת אם עיקר הנזק, או חלק נכבד ממנו, אינו ממוני, העדפתו תשתנה, והרצון שלו להרתיע את הקבלן בדרך של חיובו בפיצוי בגין הנזק הלא ממוני יגבר על העדר הרצון שלו לבטח את עצמו מפני נזק זה.<sup>546</sup> כך אפשר להסביר למשל מדוע המקרים החוזיים הטיפוסיים שבגינם נפסק בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית פיצוי בשל נזק לא ממוני, הם אלו שבהם האינטרס המוגן הוא בעיקרו לא ממוני.<sup>547</sup>

544 רצונו של הניזוק חיוני לקביעת בררת המחדל היעילה: אם הניזוק אינו חפץ בפיצוי בגין נזק לא ממוני, שכן המחיר שהוא משלם על פיצוי זה בעת כריתת החוזה גבוה מדי, אין טעם לכפות זאת עליו. כפייה כזו רק תוסיף עלויות עסקה לצדדים, אשר יתנו על בררת המחדל ויקבעו שלא יהיה פיצוי בגין נזק לא ממוני.

545 הנחת המוצא של טיעון זה היא שגם במשטר משפטי שבו אחריות המזיק מותנית ברשלנותו ייגרמו נזקים במקרים מסוימים והמזיק יחוב בהם, ועל כן תיגבה מן הניזוק פרמיה.

546 Samuel Rea, *Nonpecuniary Loss and Breach of Contract*, 11 J. LEGAL STUD. 35 (1982).

547 דוגמות טיפוסיות למקרים שבהם נפסקים פיצויים בגין נזק לא ממוני טהור בגין הפרת חוזה הם העברתו של העובד למשרה נמוכה יותר: Cox v. Philips Industries, [1976] 1 W.L.R. 638; דב"ע נג 114-3 מ.י. נ' מצגר, פד"ע כו(1) 563 (1994); הפרת חוזה במכירת חבילת טיול ללקוח: Jarvis v. Swan's Tours Ltd., [1973] Q.B. 233 (C.A.); ע"א 430/79 בנישתי נ' ששון, פ"ד לה(2) 400 (1981); הפרת חוזה בין רופא לחולה לביצוע ניתוח פלסטי: Sullivan, *supra* note 448; הפרת הבטחת נישואין: ע"א 58/73 שקד נ' זילברפרב, פ"ד כט(1) 151 (1974). בארץ אפשר למצוא עוד פסקי דין שנפסקו בהם פיצויים בגין נזק שאינו נזק ממוני אף שהאינטרס שהוגן על ידי החוזה שהופר היה בעיקרו ממוני. ראו למשל עניין גולדמן, לעיל ה"ש 528, בעמ' 40-42.

מן המקרה החוזי אפשר ללמוד שקיימים מקרים שבהם תוספת ההרתעה של המזיק אינה מספיקה כדי לשכנע את הניזוק לבטח את עצמו מפני הנזק הלא ממוני. האם אפשר ללמוד מכך משהו למקרה שבו אין קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק? מצד אחד העדר הרצון של הניזוק לבטח את עצמו, בעבור פרמיית ביטוח מלאה, אין משמעו שהנזק הלא ממוני שנגרם לו אינו נזק חברתי, ולכן דווקא משום שהמזיק אינו יכול לגלגל את עלות הנשיאה בו לניזוק, יש טעם להטיל עליו אחריות בגינו. אלא שקיימים שיקולים נגדיים, התקפים הן במקרה החוזי והן במקרה הלא חוזי: פסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני היא יקרה בגלל קשיי ההוכחה שנדונו לעיל.<sup>548</sup> קשיי ההוכחה מייקרים את ההתדיינות ועלולים אף להביא להרתעת יתר של המזיק (בהנחה שבתי משפט מגיבים לקשיי ההוכחה בפסיקת פיצוי יתר). עלויות אלו עשויות להיות נימוק נוסף לניזוק במקרה החוזי לוותר על הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני (בהנחה סבירה שהן מגולגלות עליו, לפחות בחלקן), ולשיטת המשפט לוותר על פיצוי כזה אף במקרה הלא חוזי. לבסוף פסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני עלולה ליצור בעיה של "ברירה שלילית". כפי שיוסבר להלן, זו לבדה יכולה להיות סיבה מרכזית נגד פסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני, במקרה החוזי.

#### ד. ברירה שלילית (adverse selection)

בעיית ה"ברירה השלילית" נוצרת כאשר מבוטחים בעלי סיכונים שונים משלמים פרמיות ביטוח אחידות שאינן משקפות את הסיכון האמתי שלהם. הדבר גורם שעם הזמן מבוטחים בעלי סיכונים קטנים יוצאים ממאגר המבוטחים, פרמיות הביטוח עולות, מבוטחים נוספים יוצאים עקב כך גם הם מן המאגר, פרמיות הביטוח עולות עוד, ובסופו של דבר, במקרה הקיצוני, הביטוח הופך להיות יקר מדי ונעלם מן השוק.<sup>549</sup> פסיקת פיצוי בגין נזק לא ממוני במקרים שבהם יש קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק חשופה לבעיית הברירה השלילית. נניח שיצרן מוכר מוצר, ואם המוצר גורם נזק הוא צריך לפצות את הצרכן שנפגע בגין נזק לא ממוני. היצרן יתמחר את הפרמיה בגין נזק זה, ופרמיה זו תהיה אחידה לכולם. מאחר שלבתי משפט קשה לדעת לאחר מעשה מי סבל נזק לא ממוני, וקשה להם להעריך את שיעור הנזק, יש להניח שרבים מן הניזוקים יקבלו פיצוי גבוה מכפי שמגיע להם, כמו שיהיו כאלו שיקבלו פיצוי נמוך מכפי שמגיע להם. אך החשוב לענייננו הוא "הסיכסוד הצולב" שייגרם: אלו שמצליחים להגזים בתביעותיהם (להלן: "הרמאים") משלמים פרמיות נמוכות מדי, ואילו אלו שאינם מגזימים בתביעותיהם (להלן: "הישרים") משלמים פרמיות גבוהות מדי. מלבד הבעיה החלוקתית שמתעוררת (הישרים מסבסדים את הרמאים) תיווצר "ברירה

548 לעיל תת-סעיף ב.

549 להסבר מהי "ברירה שלילית" ראו לעיל ה"ש 174.

שלילית": רבים מן הישרים יוותרו על המוצר בגלל המחיר הגבוה מדי הנגבה מהם, מחיר המוצר יעלה (שכן היחס בין הרמאים לישרים ישתנה לטובת הרמאים), עוד צרכנים יוותרו עליו וכן הלאה. אם בעיה זו חריפה – והיא יכולה להיות כזו אם הפיצוי בגין הנזק הלא ממוני ניכר ואם הסתברות אירועו גבוהה דייה – יש בה כדי להיות סיבה להימנע מפסקת פיצויים בגין נזק לא ממוני, או לפחות לפסוק פיצויים כאלה באיפוק רב.

## 2. הניזוק המשני

לעתים פגיעה בניזוק הישיר מסכה נזק לא ממוני כבד לקרובי משפחתו. השאלה אם ומתי קרובי המשפחה, הניזוקים המשניים, זכאים לפיצוי, נדונה פעמים רבות בארץ ובמדינות אחרות.<sup>550</sup> בעניין אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל<sup>551</sup> נדונו במאוחד בבית המשפט העליון שתי תביעות נפרדות של קרובי משפחה אשר חזו בגסיסת יקיריהם שנפגעו בתאונות דרכים. תביעה אחת הייתה של הוריו של ילד בן 6 אשר נפגע בתאונת דרכים ונפטר 24 יום לאחר מכן. ההורים לא נכחו במקום התאונה בעת שאירעה, אולם כל אותה תקופה שילדם נאבק על חייו ישבו ליד מיטתו. בעקבות זאת התערער מצבם הנפשי. תביעה שנייה הייתה של אישה שאמה נפגעה בתאונת דרכים ונפטרה שמונה ימים לאחר יום קרות התאונה. גם כאן לא הייתה הבת נוכחת במקום התאונה, אולם בימים שבין הפגיעה למוות ביקרה את האם בבית החולים ואף ראתה את גופת אמה כאשר הובאה לקבורה. כל אלה, כך טענה, גרמו לה ללקות במחלת נפש. בשני המקרים הוגשה התביעה נגד נוהג הרכב אשר פגע ביקירם של התובעים ונגד מבטחו. בשני המקרים הושתתה עילת התביעה על חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ולחלופין אם אין עילה לפי חוק זה – על עוולת הרשלנות שבפקודת הניזוקין.

בית המשפט העליון נדרש לשאלה "האם קיימת אחריות על-פי פקודת הניזוקין לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה, אשר אדם יקר לו נפצע, נהרג או הועמד בסכנת פגיעה כאמור, בגין מעשה או מחדל רשלני של הנתבע, מקום שאותו נזק נפשי נגרם בעטיין של אותה פגיעה או של תוצאותיה".<sup>552</sup> התשובה שניתנה לשאלה זו הייתה חיובית אם כי מסויגת. נקבע, לאחר סקירה מקיפה של המצב המשפטי בשיטות משפט אחרות ולאחר בחינת

550 במשפט האמריקאי אבדן של קרוב משפחה, או פגיעה חמורה בו, יכולה להקים עילת תביעה של loss of consortium, כלומר אבדן חברתו של בן המשפחה שנפגע. ראו DOBBS, *supra* note 79, at 841–3 (§ 310).

551 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 175.

552 עניין אלסוחה, שם, בעמ' 405.

שיקולי המדיניות הרלוונטיים לעניין, שלקרוב משפחה תהיה עילת תביעה על פי עוללת הרשלנות בהתקיים התנאים האלה: (א) מדובר בקרוב משפחה ממדרגה ראשונה: הורים, ילדים ובני זוג; <sup>553</sup> (ב) הנזק הנפשי שנגרם מתבטא בתגובות נפשיות מהותיות, כגון מחלת נפש (פסיכוזיס) או פגיעות נפשיות רציניות (נירוזיס), גם אם אינן עוללות כדי מחלת נפש. <sup>554</sup> בפסק דינו התייחס בית המשפט לשני תנאים נוספים לזכאותו של קרוב המשפחה לפיצויים, אשר גובשו בשיטות משפט זרות: האחד, הצורך בהתרשמות ישירה מהאירוע המזיק; השני, קרבה במקום ובזמן לאירוע המזיק או לתוצאותיו המידיות. בית המשפט דחה שני תנאים אלה כשבאים הם להיות תנאים בלעדיהם אין לזכאותו של קרוב המשפחה לפיצויים. אולם מאחר שתנאי לזכאותו של קרוב המשפחה, לדידו של בית המשפט, הוא צפיות הנזק על ידי המזיק, קיומה של התרשמות ישירה מהאירוע עשוי להיות אינדיקציה להיותו של הנזק הנפשי צפוי. בית המשפט הוסיף וקבע שאין כל הכרח שהנזק הנפשי ייווצר דווקא בשל זעזוע או הלם הנגרם מן ההתעמתות הראשונית עם האירוע המזיק, ונזק נפשי שהוא פרי תהליך מתמשך של חשיפה לתוצאותיו עשוי להקים לקרוב המשפחה עילת תביעה גם כן. <sup>555</sup>

553 עניין אלסוחה, שם, בעמ' 432. אשר לתנאי זה מציין בית המשפט כי כך יהא "בשלב הנוכחי", וכי "מן הראוי להשאיר לבחינה עתידית של בית-משפט זה את השאלה, אם יש הצדקה להוסיף, במקרה יוצא דופן, על קרובי המשפחה ממדרגה ראשונה גם נפגע אחר, אשר זכותו שלא להיפגע מבחינה נפשית תיראה ראויה להגנת הדין".

554 עניין אלסוחה, שם, בעמ' 436.

555 עניין אלסוחה, שם, בעמ' 432-436. לאחר כל זאת עבר בית המשפט לדון בשאלה אם זכאי קרוב המשפחה העומד בתנאים שהציב בית המשפט לעניין עילת הרשלנות, לתבוע את נזקיו על פי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. תשובתו של בית המשפט העליון הייתה חיובית. שיקול המדיניות שהביאו למסקנה זו הוא הצורך למנוע מצב שבו הנפגע הישיר יתבע את נזקיו מהתאונה לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ואילו קרוב המשפחה שנפגע פגיעה נפשית מאותה תאונה ממש יתבע על פי עוללת הרשלנות. זאת כאשר מגמת המחוקק בחוק הפיצויים הייתה שלא יהיה עוד צורך בהתדיינות על שאלות של אשם. שם, בעמ' 437-438. כן הדגיש בית המשפט שהפגיעה בקרוב המשפחה היא בגדר הסיכונים שיצרה התנהגותו של המזיק, ועל כן מתקיים הקשר הסיבתי המשפטי הנדרש על פי חוק הפיצויים בין השימוש ברכב מנועי לבין הנזק שנגרם לנפגע. מכאן שקרוב המשפחה הוא "נפגע" שנגרם לו "נזק גוף" ב"תאונת דרכים", כמשמעותם של מושגים אלה בחוק הפיצויים, והוא זכאי לפיצויים לפי חוק זה. שם, בעמ' 438-439. בפסיקה מאוחרת יותר מתייחס בית המשפט העליון לארבעה תנאים ולא לשניים שנקבעו לכאורה בעניין אלסוחה. ראו למשל עניין לוי, לעיל ה"ש 175, בעמ' 244; עניין שוויקי, לעיל ה"ש 175, בעמ' 831-832.



פסיקה מאוחרת יותר הרחיבה, או אולי הבהירה, את הלכת אלסוחה.<sup>556</sup> ראשית נקבע כי הניזוק המשני זכאי לפיצוי גם בגין הנזק הממוני שנגרם לו.<sup>557</sup> שנית נקבע כי הניזוק המשני זכאי לפיצוי גם בגין נזק פיזי שנגרם לו בגלל תגובתו הנפשית הקשה לפגיעה בניזוק הישיר.<sup>558</sup> שלישית נקבע כי במקרים מסוימים הניזוק המשני יהיה זכאי לפיצוי גם אם הנזק הנפשי שלו אינו חמור כפי שנדרש לכאורה לפי הלכת אלסוחה.<sup>559</sup>

הרתיעה מלפסוק פיצויים לניזוק המשני בגין נזקים לא ממוניים נובעת מן הרתיעה הכללית לפסוק פיצויים בגין נזק לא ממוני: החשש מהרחבת חוג התובעים מקום שיש חשש לתביעות סרק ולתביעות מוגזמות. הלכת אלסוחה מפיגה חששות אלו. על פיה רשאים לתבוע רק אלו אשר ברור על פני הדברים שנגרם להם נזק נפשי (קרובים מהמדרגה הראשונה), ורק כשמדובר בנזק נפשי שקל יחסית להוכיחו בבית המשפט על פי אמות מידה אובייקטיביות (מחלת נפש או הפרעות נפשיות חמורות). בכך השיג בית המשפט תוצאה המביאה לאיזון ראוי בין השיקולים הפועלים נגד פיצוי בגין נזק נפשי לניזוקים משניים לבין השיקולים הפועלים בעדו.<sup>560</sup>

556 ראו אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר מאמרים חלק ג 21 (2003).

557 ע"א 642/89 עיזבון המנוח מאיר שניידר ז"ל נ' עיריית חיפה, פ"ד מו(1) 470, 472, 477 (1992).

558 עניין שוויקי, לעיל ה"ש 175. באותו מקרה נורה אדם על ידי כוחות הביטחון בטעות. התובע, אביו, חזה באירוע וטען בין היתר שהאירוע גרם למחלת הלב שבה הוא לוקה. בית המשפט העליון לא שלל את האפשרות העקרונית לפסוק לו פיצוי אך לא עשה זאת מכיוון שלא הוכח קשר סיבתי בין האירוע לבין מחלת הלב.

559 עניין לוי, לעיל ה"ש 175. באותו מקרה ילדה היולדת עובר מת בשל רשלנות הרופא. היולדת ובעלה, שנכח בעת האירוע, עברו לפני כן טיפולי פוריות ממושכים. הם תבעו פיצויים בגין הנזק הנפשי שנגרם להם. בית המשפט העליון, מפיו של השופט ריבלין, הכיר בתביעתו של התובע בניזוק משני אף שלא נגרם לו נזק נפשי רב. אף האם זכתה לפיצוי, בהיותה במובן מסוים ניזוק עיקרי וניזוק משני גם יחד. השופטת חיות, בדעת מיעוט, הייתה בדעה שיש לראות בשני ההורים ניזוקים עיקריים, ועל כן סברה שיש לפסוק להם פיצוי גבוה מכפי שפסקו שופטי הרוב. מעניין שיקול המדיניות שמזכיר השופט ריבלין: במקרה של מות עובר אין העובר זכאי לפיצוי כלשהו שכן אין לו כשרות משפטית, ולפיכך בלעדי פיצוי ניכר להורים יהיה זול באופן בלתי סביר לגרום למותו של עובר. שם, בעמ' 254.

560 יש לשים לב שהרחבתה או הבהרתה של הלכת אלסוחה נוגעת בעיקרה למצבים שבהם הנזק לניזוק המשני אינו עוד נזק לא ממוני טהור. במקרה לוי, לעיל ה"ש 175, הנזק היה לא ממוני, אך נסיבות המקרה היו מיוחדות במינן. לתיאורן ראו לעיל ה"ש 559. ישראל גלעד סבור שיש להקל את דרישת חומרת הנזק הנפשי שנקבעה בהלכת אלסוחה בד בבד עם הצבת דרישות מחמירות מאלו הנוהגות היום באשר לזכאותו לפיצוי של הניזוק הישיר אשר נגרם לו נזק לא ממוני טהור. ראו גלעד, לעיל ה"ש 347, בעמ' 982 (§ 10.123). הלכת אלסוחה ניתנת לבחינה אף מנקודת מבט פמיניסטית. ראו הדין לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 4.ב.

### 3. פגיעה באוטונומיה

#### א. בתחום הרפואי

נזק לא ממוני מסוג מיוחד הוא פגיעה באוטונומיה. אב נזק זה הוכר בישראל לראשונה בעניין דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה,<sup>561</sup> והוא אינו מוכר בשיטות משפט אחרות.<sup>562</sup> באותו מקרה עברה התובעת ניתוח בכתף לאחר שחתמה על טופס הסכמה בעת שהייתה על שולחן הניתוחים ובמצב של טשטוש חושים, וזאת מבלי שהוסברו לה סיכוני הניתוח. עקב הניתוח נותרה התובעת עם "כתף קפואה", ובגין נזק זה תבעה את בית החולים. בית המשפט העליון קבע, ברוב דעות, כי התובעת לא הוכיחה כי לו היו מוסברים לה כראוי את סיכוני הניתוח לא הייתה עוברת אותו.<sup>563</sup> לפיכך, כך נקבע, אין קשר סיבתי בין רשלנות בית החולים באי-העמדתה של התובעת על דבר סיכוני הניתוח לבין הנזק שנגרם לה. עם זאת בית המשפט פסק לתובעת סכום של 15,000 ש"ח בשל פגיעה באוטונומיה. השופט אור, שנתן את פסק דין הרוב, קבע כי הזכות היסודית לאוטונומיה, שנפגעה במקרה זה, היא הזכות העומדת לכל אדם "להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה". זכות זו, כך נקבע, חובקת את כל ההיבטים המרכזיים בחייו של אדם, וממנה משתמע בין היתר כי "לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו".<sup>564</sup> ההכרה בעניין דעקה באב הנזק של פגיעה באוטונומיה הייתה במסגרת עולת הרשלנות. ההלכה העולה מפסק הדין היא שבמצבים שבהם חולה מטופל על ידי רופאיו מבלי שהושגה "הסכמה מדעת" שלו, גם אם אין קשר סיבתי בין ההתרשלות המתבטאת באי-השגתה של ההסכמה האמורה, לבין הנזק הפיזי שנגרם לחולה עדיין עומדת לו עילת תביעה בגין פגיעה באוטונומיה. ממבט ראשון נראה שפסק דין דעקה חולל מהפכה של ממש, ויש בו כדי לחזק את ההגנה על זכויות החולה. אולם רושם זה מוטעה, או לפחות מוגזם. הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה היה צנוע, כפי שקובע השופט אור:

"המדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל

561 עניין דעקה, לעיל ה"ש 68.

562 לדיון מקיף באב נזק זה ראו אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012); נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה תשנ"ו-1996 (2008); נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" המשפט יא 267 (2007); נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2007).

563 בעיית ההוכחה היא אינהרנטית בסוג זה של מקרים: ראו הסבר לכך, להלן ה"ש 590.

564 עניין דעקה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 571.

מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות הענין, ועל התרשמותו של בית המשפט. על בית המשפט לנקוט, בהקשר זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים...<sup>565</sup>

אך חשוב מכך, ייתכן שבעקבות הכרה באב נזק זה, במצבים של העדר "הסכמה מדעת", ייפסקו לטובת חולים דווקא פיצויים נמוכים מאלו שנפסקו להם לפני הלכת דעקה. הטעם לכך הוא זה: לפני שנפסקה ההלכה ידע השופט היושב בדיון שאם ייקבע שאין קשר סיבתי בין אי-השגתה של הסכמת החולה לבין הנזק לא ייפסק לתובע פיצוי כלשהו. מאחר ששאלת הקשר הסיבתי אינה פשוטה מעצם טיבה, ולשופט יש שיקול דעת רחב במתן מענה לה, לא מן הנמנע ששופטים נטו לא אחת להסיק קיומו של קשר סיבתי במקרי גבול, שכן לא רצו שבית החולים הנתבע יצא פטור מאחריות. היום, כאשר פתוחה בפניהם הדרך של פסיקת פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה, ייטו אולי שופטים, יותר מבעבר, להסיק באותם מקרי גבול שאין מתקיים קשר סיבתי בין אי-השגת הסכמתו של החולה לבין הנזק שנגרם לו. הלכת דעקה הותירה שאלות רבות פתוחות, ואחת המעניינות שבהן היא אם אפשר לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם אם בסופו של דבר הטיפול הרפואי שנעשה בלא הסכמתו "מדעת" של החולה הועיל לתובע. מצד אחד הפגיעה באוטונומיה, לפי הגדרתה, אינה תלויה בתוצאה הסופית של הטיפול הרפואי: עצם שלילת חופש הבחירה מן החולה הסבה לו נזק ובגינתו הוא זכאי לפיצוי. מצד אחר, גם אם כך הדבר, האין לקזז מנזק זה את התועלת שהפיק החולה מן הטיפול, שאפשר שתהיה רבה לאין שיעור מנזק הפגיעה באוטונומיה, ואשר אולי לא הייתה מופקת אילו נדרשה הסכמתו "מדעת"?<sup>566</sup> שאלה נוספת שנתרה פתוחה בפסק דין דעקה היא אם זכאי החולה לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה

565 עניין דעקה, שם, בעמ' 583. בעניין ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011) נפסק לתובעת סכום של 150,000 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה, שהתווסף לסכום דומה שפסק בית המשפט המחוזי בגין עגמת נפש ופגיעה באוטונומיה. בעניין קדוש, לעיל ה"ש 68, סבר השופט עמית (פסקה 75 לפסק דינו), באמרת אגב, שהפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה צריך להיות צנוע, בניגוד לעמדתו של השופט ריבלין (שם, פסקאות 46–49 לפסק דינו).

566 יש לדחות את טענת הקיזוז אם ברור שלו הוסברו לחולה סיכוני הטיפול כדיון, הוא היה מסכים לקבלו. במקרה זה נזקו הוא אכן הפגיעה באוטונומיה ושאלת קיזוז אינה מתעוררת. לא כן המצב אם אפשר להראות שהחולה, לו הוסברו לו סיכוני הטיפול, היה מסרב לקבלו. אז, ורק אז, עולה שאלת הקיזוז.

כאשר אפשר להוכיח קשר סיבתי בין הנזק העיקרי שנגרם לו לבין אי-קבלת הסכמתו "מדעת" לטיפול: האם הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יכול להצטבר לפיצוי בגין הנזק העיקרי או שהוא חלופי לו? שאלה קרובה עלתה בבית המשפט העליון בהקשר של פגיעה באוטונומיה מחוץ לתחום הרפואי, והיא תידון להלן.<sup>567</sup>

שאלה אחרת שלא נדונה בפסק דין דעקה אך זכתה לליבון והכרעה בעניין עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים<sup>568</sup> היא אם במקרה שחולה אינו מוזהר על ידי הרופאים מפני סיכון מסוים שיש בטיפול בו, אך יש לו מידע על סיכון זה ממקורות אחרים, נגרמה פגיעה באוטונומיה שלו. בית המשפט העליון נתן ברוב דעות תשובה חיובית לשאלה זו. בצדק טען אסף יעקב שלא מדויק לראות במקרה זה פגיעה באוטונומיה, שכן הרופאים אינם משנים במקרה זה במאום את סיפור חייו של החולה, אלא לכל היותר פוגעים בכבודו בזלזולם באוטונומיה שלו.<sup>569</sup> השאלה אם פגיעה זו בכבוד די בה כדי להקים עילת תביעה נזיקית היא שאלה נפרדת.<sup>570</sup>

לא אדון כאן בשאלת תוכן חובת הגילוי המוטלת על הרופא כלפי החולה, שהפרתה עשויה להביא להטלת אחריות על הרופא, אם בגין הנזק העיקרי שנגרם לחולה ואם בגין הפגיעה באוטונומיה. אומר רק, בקצרה, ששאלה זו זכתה לאחרונה לליבון מעמיק בבית המשפט העליון בעניין קדוש נ' בית החולים ביקור חולים.<sup>571</sup> דעת הרוב הייתה שמבחן הגילוי הוא מבחן החולה הסביר תוך התחשבות בנתוניו הספציפיים של החולה המסוים.<sup>572</sup> דעת המיעוט הייתה שיש להחיל את מבחן החולה המעורב/המשולב בעיני הרופא הסביר תוך התחשבות בפרקטיקה הנהגת.<sup>573</sup> גישת הרוב, המתמקדת באינטרס החולה המסוים, והמחייבת בדרך כלל גילוי רחב יותר, קרובה לעמדת הפסיקה האמריקאית,<sup>574</sup> ואילו דעת המיעוט, המתחשבת יותר באינטרס הרופא, קרובה לעמדת הפסיקה באנגליה.<sup>575</sup> במקרים רבים לא יהיה שוני בתוצאה על פי שני המבחנים,<sup>576</sup> אך לעתים המבחנים יביאו לתוצאות

567 להלן תת סעיף ב.  
 568 ע"א 8126/07 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010).  
 569 יעקב, לעיל ה"ש 562, בעמ' 42, 69.  
 570 יעקב, שם, בעמ' 69.  
 571 עניין קדוש, לעיל ה"ש 68.  
 572 עניין קדוש, שם, פסק דינו של השופט ריבלין, פסקאות 7-8.  
 573 עניין קדוש, שם, פסק דינו של השופט עמית, פסקה 50.  
 574 250) § 652-656, *supra* note 79, DOBBS. אם כי השופט עמית מראה כי העמדה האמריקאית אינה אחידה. עניין קדוש, לעיל הערה 68, פסק דינו של השופט עמית, פסקה 45.  
 575 25-4) § 1133-5, *supra* note 127, WINFIELD & JOLOWICZ.  
 576 ואכן, בעניין קדוש, לעיל ה"ש 68, כל השופטים היו בדעה שבשל הסתברותו הנמוכה מאוד של הסיכון לא היה על הרופאים למסור פרטים על אודותיו לתובעת.

שונונת.<sup>577</sup> למשל, כאשר מדובר בסיכונים רחוקים, שהסתברות התממשותם קטנה, ומתן הסברים מפורטים לכל חולה וחולה מכביד על המערכת הרפואית, ייתכן שמבחן החולה הסביר (דעת הרוב) יצדיק גילוי, ואילו מבחן החולה המעורב/המשולב בעיני הרופא הסביר (דעת המיעוט) לא יצדיק גילוי.<sup>578</sup>

## ב. מחוץ לתחום הרפואי

שאלה מעניינת היא אם אפשר לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם כאשר אפשר להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין אי-השגת הסכמתו של הניזוק לבין הנזק העיקרי שנגרם לו, ושבגינה הוא זוכה אפוא בפיצוי מלא. שאלה מעין זו עלתה בפסיקה מאוחרת יותר, מחוץ להקשר הרפואי, במקרה שבו הנזק העיקרי היה עגמת נפש. בעניין בן-צבי נ' היס<sup>579</sup> נטען כי הנתבעים, מנהל המכון לפתולוגיה ורופאים שעובדים עמו ניתחו את גופתו של אדם שנפטר ונטלו ממנה רקמות (שאף לא הובאו עמו לקבורה) מבלי שדאגו להשיג קודם לכן את הסכמתה של משפחת הנפטר. בית המשפט העליון קבע כי אי-השגת ההסכמה מהווה הפרה של חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, כי נגרם לתובעים נזק לא ממוני של עגמת נפש עקב כך, וכי בגינה הם זכאים לפיצוי. בנוסף קבע בית המשפט שנגרמה לבני המשפחה פגיעה באוטונומיה, שאף בגינה הם זכאים לפיצוי. דעת הרוב בפסק הדין ניתנה על ידי השופט ריבלין, אך הייתה גם דעת מיעוט: השופט עמית סבר כי אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אם נפסק פיצוי בגין עגמת נפש. לדידו פסיקה כזו תביא לכפל פיצוי.<sup>580</sup> שופטי הרוב כאמור לא קיבלו עמדה זו וסברו שאין מניעה מלפסוק פיצוי בגין שני אבות הנזק במצטבר.

שאלת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה עלתה אף בעניין תנובה – מרכז שיתופי נ' עזובן המנוח תופיק ראבי ז"ל.<sup>581</sup> באותו מקרה הכניסה מחלבה מסוימת של תנובה סיליקון לחלב כדי למנוע תופעה של הקצפת יתר של החלב מבלי לגלות זאת לצרכנים (ואף לא

577 עניין קדוש, שם, פסק דינו של השופט עמית, פסקה 51.

578 לדיון מפורט במבחני גילוי שונים אפשריים ראו קרקו-אייל, דוקטרינת ההסכמה מדעת, לעיל ה"ש 562, בעמ' 359–379, וכן ואת הצעתה לתיקון חוק זכויות החולה, שם, בעמ' 571. קרקו-אייל מציעה לאמץ מבחן "מקצועי מרוכך", ונראה שמבחן זה עמד לנגד עיני השופט עמית בבחירת המבחן שהציע. ראו עניין קדוש, שם, פסק דינו של השופט עמית, פסקה 50.

579 עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 565.

580 השופט עמית אף סבר שאי-קבלת הסכמתם של התובעים לניתוח הגופה אינה הפרה של החוק, שכן החוק אינו מתייחס למקרה של חקירה לאחר מוות במקרה של חשד לפלילים. עם זאת סבר שהנתבעים התרשלו ולכן התובעים זכאים לפיצוי בגין עגמת נפש.

581 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזובן המנוח תופיק ראבי ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011).

להנהלת "תנובה"). לאחר שהתגלה הדבר הוגשה תובענה ייצוגית של צרכנים נגד תנובה בגין עוולת הטעיה מכוח חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981. בית המשפט העליון קיבל את התביעה בקבעו כי הנזק שנגרם לצרכנים הוא פגיעה באוטונומיה. באותו מקרה טענה תנובה שלא הוכח שנגרם נזק כלשהו לצרכנים מן השימוש בסיליקון, ואף נטען שאין בו כדי להזיק לבריאות. למרות זאת, כך קבע בית המשפט העליון, נגרמה לתובעים פגיעה באוטונומיה. לדברי בית המשפט, מפי השופטת חיות:

"בכל מקרה נתונה לכל אדם הזכות לבחור האם הוא מעוניין לחשוף את עצמו ואת בני משפחתו לחומר כימי שטיבו אינו ידוע לו. על כן העובדה שלא הוכח פוזיטיבית כי סיליקון אכן עלול לגרום נזק בריאותי לצרכנים, יש בה כדי להשליך על עוצמת הפגיעה באוטונומיה... אך לא על עצם הפגיעה בה כתוצאה מכך שהצרכן הכניס לגופו חומר כימי שמהותו וטיבו לא ידועה לו, מבלי שניתנה לו הזדמנות להחליט אם הוא מעוניין בכך..."<sup>582</sup>

בית המשפט אמד את הנזק שנגרם לכל אחד מן התובעים בסך של 250 ש"ח. הפיצוי שבו חויבה בסופו של דבר תנובה עמד על סך של כמה עשרות מיליוני שקלים. בית המשפט הסתמך על דבריו של השופט אור בעניין דעקה, שלפיהם יש לנקוט זהירות בפסיקת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. בית המשפט אף ציין כי –

"הערכת שיעורו של נזק זה המתבטא בתחושות שליליות של כעס, תסכול, עלבון וכיוצ"ב תחושות שליליות אותן חווה הניזוק כתוצאה מהתנהגותו המעוולת של המזיק, וקביעת הפיצוי המגיע לו בגין נזק זה, אינה משימה קלה. זאת משום שנזק כזה הוא על פי טיבו נזק סובייקטיבי-אינבידואלי התלוי במידה רבה בברומטר הרגישות האישי של כל אדם..."<sup>583</sup>

ניסוח זה של בית המשפט מלמד – ונראה שכך פירשו אותו שני השופטים שהצטרפו לפסק דינה של השופטת חיות<sup>584</sup> – כי הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא סובייקטיבי באופיו, דהיינו תלוי בתגובתו המיוחדת של הניזוק לאחר שגילה את הפגיעה בו. אם למשל הניזוק אדיש לפגיעה באוטונומיה שלו, נראה כי לשיטתו של בית המשפט העליון, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעניין תנובה, לא נגרם לו כל נזק בר פיצוי.

582 עניין תנובה, שם, פסקה 31 לפסק דינה של השופטת חיות. בית המשפט מעלה את האפשרות שפגיעה באוטונומיה היא עוולה חוקתית, אך אינו מכריע בשאלה זו.  
583 עניין תנובה, שם, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת חיות.  
584 עניין תנובה, שם, פסקי הדין של השופטים עמית ופוגלמן.

### ג. הערכה

אב הנזק של פגיעה באוטונומיה נולד בתחום הרפואי אך עבר עם הזמן לתחומים אחרים. ההכרה באב נזק זה נעשתה במסגרת עוולת הרשלנות, אך המשך פיתוחו – בעניין היס ובעניין תנובה – נעשה מחוץ לדיני הרשלנות. בעניין היס סברו שופטי הרוב שאפשר לפסוק פיצוי של פגיעה באוטונומיה בנוסף, ובנפרד, מן הנזק של עגמת נפש, ונוצר מתח מסוים בין קביעה זו לבין קביעתו של בית המשפט בעניין תנובה, שלפיה נזק זה הוא סובייקטיבי באופיו. היותו של הנזק סובייקטיבי מקרב אותו מאוד לנזק של עגמת נפש ואולי אף ממוג אותו עמו.

שאלה פתוחה היא כיצד יתפתח – וראוי שיתפתח – אב נזק זה בעתיד. נרמז בכמה פסקי דין שלא מן הנמנע שתוכר בעתיד עוולה חוקתית של פגיעה באוטונומיה.<sup>585</sup> היתרון לפתח אב נזק זה במסגרת עוולת הרשלנות דווקא הוא בכך שעוולה זו מציעה כלים מתאימים שבאמצעותם אפשר לבחון בכל סוג של מקרים אם אכן ראוי להטיל אחריות בגין נזק של פגיעה באוטונומיה.<sup>586</sup> בספרות המשפטית הועלתה ביקורת באשר להכרה רחבה באב נזק זה.<sup>587</sup> עולה למשל השאלה אם אין בכל פגיעת גוף או רכוש גם פגיעה באוטונומיה, ואם כן, מדוע אין לפסוק פיצוי בגין אב נזק זה בכל מקרה של פגיעה פיזית.<sup>588</sup> תשובה אפשרית לכך היא שפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה חיוני דווקא כאשר לא נגרמה פגיעה בגוף או ברכוש אלא רק פגיעה באוטונומיה. הטעם לכך הוא שבלעדי פיצוי במקרים אלו אפשר שהרתעת המזיקים תהיה חסרה: הם ידעו שאם יפעלו באופן שלא יאפשר להוכיח לאחר מעשה שפעלו בניגוד לרצון המשוער של הניזוק, לא תוטל עליהם אחריות נזיקית כלשהי כל עוד לא התרשלו בביצוע הפעולה עצמה.<sup>589</sup> כך, במקרים דוגמת דעקה, בלעדי פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יוכלו רופאים לטפל בחולה מבלי לקבל את הסכמתו כדבר שבשגרה, בידיעה

585 אך ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי־ודאות במשפט" דין ודברים ו 17, 24–27 (2011) וכן עניין קדוש, לעיל ה"ש 68, פסקה 72 לפסק דינו של השופט עמית, ופסקה 38 לפסק דינו של השופט ריבלין, שם מועדפת הגישה הנזיקית על זו החוקתית.

586 ראו יעקב, לעיל ה"ש 562, בעמ' 72–81, שם מציע יעקב כמה וכמה שיקולים אשר עשויים לעצב את חובת הזהירות במקרים של פגיעה באוטונומיה.

587 לגישה ביקורתית, שעל פיה יש לצמצם אחריות בגין נזק של פגיעה באוטונומיה, ראו גלעד, לעיל ה"ש 347, בעמ' 950–951 ( § 10.107).

588 שאלה זו מעלה יעקב, לעיל ה"ש 562, בעמ' 60, כדי להראות שלא די בפגיעה עוולתית באוטונומיה כדי שתקום לנפגע זכות לפיצוי.

589 אך ראו לעיל הטקסט שלאחר ה"ש 565.

חלק שני : רשלנות

שכל עוד לא יתרשלו בביצוע הטיפול הרפואי, ייקשה לתבעם בנוזיקין. בהנחה שהתנהגות כזו אינה רצויה מבחינה חברתית, הטלת אחריות עליהם היא חיונית.<sup>590</sup>

590 לכאורה, במקרים של אי-השגת הסכמה רפואית קשה לבסס קשר סיבתי בין אי-קבלת ההסכמה לבין הנזק. זאת מכיוון שאם הטיפול עצמו לא היה רשלני, באין ראיות לסתור יש להניח שחולה סביר היה מסכים לו. סתירת הנחה זו דורשת להראות למשל שהתובע לא היה חולה סביר. ראו דיון בעניין קרוב, בדבר מבחן "ההטיה הנשנית", להלן חלק ג, פרק 3 סעיף 2. אך ראו לעיל הטקסט שלאחר ה"ש 565.



## העברת נטל השכנוע וחזקת הרשלנות

1. הדבר מעיד על עצמו; א. התרשלות מסתברת; ב. אי-ידיעה; ג. שליטה מלאה  
בנכס; ד. היקף תחולתו של סעיף 41. 2. דברים מסוכנים; א. דבר מסוכן; ב. דבר  
נמלט. 3. אש. 4. חיה.

כבכל משפט אזרחי גם בתביעות בגין רשלנות נטל השכנוע רובץ על כתפיו על התובע. לפיכך הכלל הוא שהתובע זוכה בתביעתו אם הצליח להוכיח את הטענות הדרושות לביסוס עילת תביעתו בהסתברות הגבוהה מ-50% (להלן: "כלל עודף ההסתברויות"). אלא שקיימים חריגים אחדים לכלל זה, שבהתקיימם נטל השכנוע רובץ על כתפיו של הנתבע.<sup>591</sup> החשוב שבהם הוא "כלל הדבר מעיד על עצמו" (*res ipsa loquitur*), אך בצדו קיימים חריגים נוספים, אשר מתייחסים לדברים מסוכנים, דברים נמלטים, אש וחיות. חריגים אלו קבועים בפקודת הנזיקין, ובהם עוסק פרק זה. חריג נוסף שפותח בכתיבה משותפת שלי ושל אלכס שטיין, ושנקלט בפסיקה בארץ, הוא מקרה "הנזק הראייתי", ולו יוקדש הפרק הבא. לכל החריגים הקבועים בפקודת הנזיקין מכנה משותף: ראשית, בכולם המזיק נהנה מגישה נוחה יותר לראיות; שנית, בכולם המזיק הוא באופן טבעי המונע הזול יותר, או השוקל הטוב יותר,<sup>592</sup> של הנזק.

השאלה אם מתקיימים החריגים אם לאו נענית על ידי בית המשפט בפסק דינו לאחר תום שמיעת הראיות. כלומר, השופט היושב בדין בוחן את כל הראיות, קובע על מי רובץ נטל השכנוע, ועל פי זה מחליט אם לקבל את התביעה או לדחותה.

591 כאמור, כל החריגים גורמים שנטל השכנוע יעבור לכתפיו של הנתבע ולא רק נטל הבאת הראיות. על ההבחנה בין נטל הבאת הראיות לבין נטל השכנוע ועל כך שכלל הדבר מעיד על עצמו מעביר את נטל השכנוע מכתפי התובע לכתפי הנתבע ראו ד"ר 4/69 יצחק נוימן ובניו חברה לביטוח בע"מ נ' כהן, פ"ד כד(2) 229, 262 (1970); גיא שני חזקות רשלנות 33-40 (2011).

592 על מושגים אלו ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 11.

## 1. הדבר מעיד על עצמו

כלל הדבר מעיד על עצמו קבוע בסעיף 41 לפקודת הנוזקין, שזה לשונו: "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".<sup>593</sup> שלושה תנאים צריכים להתקיים כדי שיחול כלל הדבר מעיד על עצמו: התרשלות מסתברת; שליטה בנכס; אי-ידיעה. עם התקיימותם של שלושת התנאים, "על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה". בית המשפט העליון ביאר כי כאשר מתקיימים תנאי הסעיף, חלה חזקה הן שהנתבע התרשל והן שהתרשלותו גרמה לנזק.<sup>593</sup> הטענה שסעיף 41 רק מעביר את נטל הבאת הראיות, להבדיל מנטל השכנוע, נדחתה על ידי בית המשפט העליון.<sup>594</sup> להלן יידונו שלושה תנאים אלו אחד לאחד. לאחר מכן יובהר היקף תחולתו של הכלל.<sup>595</sup>

### א. התרשלות מסתברת

כדי שיחול סעיף 41 צריך "שאיירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה". תנאי זה מעורר את השאלה מדוע בכלל צריך את סעיף 41: הן אם ההנחה שהנתבע התרשל (לא נקט זהירות סבירה) מההנחה שלא התרשל (נקט זהירות סבירה) – אף בלעדי סעיף 41 תוטל עליו אחריות נזיקית. אפשר לענות לשאלה זו בשני אופנים, שיכולים להתקיים זה בצד זה.<sup>596</sup> ראשית, אפשר שיהיו מקרים שבהם סביר יותר להניח שהנתבע התרשל וגרם לנזק, אלא שסברה זו נתמכת אך ורק בראיות סטטיסטיות או בראיות כלליות, דהיינו בראיות שאינן נוגעות למקרה הקונקרטי של גרם הנזק (כל אלו ייקראו יחדיו: "ראיות כלליות"<sup>597</sup>).

593 ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 556 (2001).

594 עניין נוימן, לעיל ה"ש 591, בעמ' 263.

595 הריסטיטמנט האמריקאי החדש ויתר על שני התנאים האחרונים והותיר את תנאי ההתרשלות המסתברת בלבד. RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 17 (2010).

596 ראו ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 84–100 (2001).

597 המושג "ראיות כלליות" רחב מהמושג "ראיות סטטיסטיות", שכן ראיות סטטיסטיות מבוססות על נתונים סטטיסטיים, ואילו ראיות כלליות עשויות להתייחס אף לניסיון חיים שאינו נלמד מנתונים סטטיסטיים.

במקרה כזה סעיף 41 עשוי להביא להטלת אחריות על סמך ראיות כלליות אלה בלבד, דבר שאי אפשר היה לעשות בלעדיו.

נניח למשל שחולה ניזוק במהלך ניתוח, והשאלה היא אם הנזק נגרם בגלל רשלנות הרופא שניתח אותו. נניח שעל סמך נתונים סטטיסטיים קיימות חמש סיבות חלופיות לגרם הנזק, בהסתברויות זהות, ובהן שלוש שעניינן רשלנות של הרופא, ואילו השתיים האחרות אינן עניינן רשלנות כזו. עוד נניח כי אין כל ראיות קונקרטיות המצביעות על רשלנות או על העדר רשלנות. לכאורה ההסתברות שהרופא התרשל היא 60%, ובשיטת משפט שבה נדרשת ברגיל הסתברות של למעלה מ-50% לשם הטלת אחריות – דהיינו שיטת משפט שבה חל כלל עודף ההסתברויות – מוצדקת לכאורה הטלת אחריות. אלא ששיטת משפט רבות אינן נוטות ברגיל להתיר הטלת אחריות רק על סמך ראיות סטטיסטיות (naked statistics). כאן נכנס לתמונה סעיף 41: אם מתקיימים כל תנאי הסעיף (כלומר, נוסף על התרשלות מסתברת, אף אי-ידיעה של הניזוק על הנסיבות שגרמו לנזק והשליטה המלאה של המזיק בנכס שגרם לנזק), שימוש בראיות כלליות, ובכלל זה ראיות סטטיסטיות, לשם הטלת אחריות יהיה מותר. במילים אחרות, שני התנאים הנוספים לתחולת סעיף 41 מחייבים קיומן של ראיות קונקרטיות מסוימות, שבהתקיימן אפשר להטיל אחריות על המזיק – הרופא בדוגמה שלנו – אם קיימות ראיות כלליות המעידות שסביר יותר להניח שהמזיק התרשל מאשר שלא התרשל.

שנית, סעיף 41 יכול להביא לידי הטלת אחריות על המזיק אף במקרים של תיקו ראייתי, שבהם לאחר בחינתן של כל הראיות הכלליות והקונקרטיות כפות המאזניים מעוינות, וכך ההסתברות שהמזיק גרם לנזק ברשלנותו היא בדיוק 50%. בלעדי סעיף 41 הטלת אחריות במקרה כזה לא תאפשר, שכן באופן רגיל אין די בהסתברות של 50% כדי להביא להטלתה של אחריות נזיקית. לכאורה, סעיף 41 אינו מסייע, שכן אינו חל על המקרה: תנאי ההתרשלות המסתברת אינו מתקיים, שכן אי אפשר לומר שההנחה שהמזיק התרשל סבירה מההנחה שלא התרשל. אולם פרשנות מסוימת של סעיף 41 עשויה להביא למסקנה שונה. על פי פרשנות זו, את תחולתו של תנאי ההתרשלות המסתברת יש לבחון רק לפי הראיות הכלליות תוך התעלמות מן הראיות הקונקרטיות. אם לפי הראיות הכלליות תנאי ההתרשלות המסתברת מתקיים, נטל השכנוע רובץ על כתפיו של הנתבע. אם בנסיבות אלה, לאחר שבוחנים את כל הראיות, הכלליות והקונקרטיות גם יחד, מגיע בית המשפט למסקנה שהנתבע לא הצליח לשכנע, בהסתברות הגבוהה מ-50%, שהוא לא גרם לנזק ברשלנותו, האחריות תוטל עליו. מכאן, שסעיף 41 יכול בנסיבות מסוימות להביא לידי כך שאף שכפות המאזניים מעוינות, יזכה התובע בתביעתו.<sup>598</sup>

598 גיא שני סבור שרק הפרשנות הראשונה לסעיף 41 היא הנכונה. לדעתו, סעיף 41 אינו אלא כלי להכשרת ראיות סטטיסטיות. שני, לעיל ה"ש 591, בעמ' 182.

נניח למשל, כמו בדוגמה הקודמת, שבית המשפט מגיע למסקנה, לפי ראיות סטטיסטיות, שקיימות חמש סיבות חלופיות לגרם הנזק לחולה, כי שלוש מהן עניינן ברשלנותו של הרופא, והשתיים האחרות אין עניינן רשלנות כזו. בהנחה שהסתברות להתקיימותן של כל אחת מן הסיבות זהה (20%), על פי הראיות הסטטיסטיות קיימת הסתברות של 60% שהרופא גרם לנזק ברשלנותו. נניח עתה שהרופא מצליח, באמצעות ראיות קונקרטיות, לשלול את אחת משלוש הסיבות שעניינן רשלנותו, וכך קיימת עתה הסתברות של 50% בלבד שהוא התרשל (25% שכל אחת מארבע הסיבות החלופיות שלא נשללו התקיימו במקרה הנדון). לפי הפרשנות האמורה של סעיף 41, אם מתקיימים תנאי אי-הידיעה והשליטה בנכס, ובהעדר ראיות נוספות, תוטל על הרופא אחריות נזיקית, שכן תנאי ההתרשלות המסתברת מתקיים.

כאמור, השאלה אם מתקיים אחד החריגים לכלל שעל פיו נטל השכנוע רובץ על כתפי התובע נענית על ידי בית המשפט בפסק דינו לאחר תום שמיעת הראיות. ממילא השאלה אם מתקיים תנאי ההתרשלות המסתברת נענית אף היא לאחר תום שמיעת הראיות. אין כמובן שלב של המשפט שבו מובאות בפני בית המשפט רק ראיות כלליות, השופט נדרש לקבוע אם מתקיים תנאי ההתרשלות המסתברת, ורק לאחר מכן מובאות בפניו הראיות הקונקרטיות. לכן לפי הפרשנות השנייה של סעיף 41, בית המשפט אמור לבחון רק את הראיות הכלליות, להתעלם בשלב ראשון מכל הראיות הקונקרטיות שהובאו בפניו, לקבוע אם מתקיים תנאי ההתרשלות המסתברת, ואם תנאי זה, ושני התנאים האחרים לתחולתו של סעיף 41 מתקיימים, לקבוע כי נטל השכנוע רובץ על כתפיו של הנתבע. במקרה שכך ייקבע, אם כפות המאזניים ייוותרו מעוינות (או ייטו לטובת התובע) לאחר שבית המשפט בחן את כל הראיות, יזכה התובע. אם לעומת זאת ייטו כפות המאזניים לטובת הנתבע, יזכה הנתבע. בית המשפט העליון, אימץ בכמה וכמה פסקי דין את הפרשנות השנייה לסעיף 41 (הכרעה במצב של תיקו ראייתי), ובכמה פסקי דין ניכר כי נטה אף להסכים לדרך הפרשנות הראשונה (הכרעה במצב שיש ראיות כלליות בלבד). למשל, בעניין קופת חולים כללית נ' סולן<sup>599</sup> קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי תנאי ההתרשלות המסתברת נבחן על פי הראיות הכלליות ולא הראיות המתייחסות לאירוע הקונקרטי.<sup>600</sup> בעניין שטרנברג נ' צ'צ'יק<sup>601</sup> אימץ השופט ריבלין עמדה זו, אך השאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם יש לבחון את תנאי ההתרשלות המסתברת לפי הראיות הכלליות של התובע בלבד או גם אלו של הנתבע. בעניין סולן דחה השופט אנגלרד, בדעת מיעוט בהנמקה (אך לא בתוצאה), את פרשנותה של השופטת שטרסברג-כהן, בסברו כי יש לבחון את תנאי ההתרשלות המסתברת על פי ראיותיו

599 ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898 (2001).  
 600 עניין סולן, שם.  
 601 עניין שטרנברג, לעיל ה"ש 593.

של התובע בלבד, כלליות וקונקרטיות גם יחד. כאמור, דעתו לא התקבלה על השופטים האחרים, ואף לא בפסקי דין מאוחרים לזה.<sup>602</sup> מה ההיגיון בפרשנות השנייה לסעיף 41, שלפיה גם אם כפות המאזניים נותרו מעוינות זוכה התובע? אפשר להעלות על הדעת שתי הצדקות, אחת מתמקדת בתחום הראייתי והשנייה בתחום המהותי. על פי ההצדקה הראשונה, אידיעת הניזוק מה היו הנסיבות שהובילו לפגיעה בו ושליטתו המלאה של הנתבע בנכס שגרם לפגיעה בניזוק מלמדות שגישתו של הנתבע לראיות כנראה טובה מזו של התובע. אם למרות גישה טובה זו לראיות ואף שמדובר באירוע נזק הקורה בדרך כלל בגלל רשלנותו של הנתבע, לא הצליח הנתבע אלא להשיג תיקו ראייתי, סביר יותר שהנתבע גרם ברשלנותו לנזק מאשר שלא עשה כן. ההנחה בטיעון זה היא שהנתבע אינו מביא בהכרח את כל הראיות שביכולתו להביא אלא נוטה להביא בעיקר ראיות הפועלות לטובתו ולא כאלו הפועלות לרעתו.<sup>603</sup> על פי ההצדקה השנייה, כאשר מתקיימים תנאי אי-הידיעה (של הניזוק) והשליטה המלאה בנכס (של המזיק), כפי הנראה המזיק – על פי מאפייניו הכלליים – הוא מונע זול יותר או שוקל טוב יותר של הנזק. אחרי הכול הניזוק לא ידע דבר, ואילו המזיק, בשל השליטה המלאה בנכס, נהנה באופן טבעי ממידע באשר לאופן התרחשות הנזק. לפיכך מבין

602 עניין סולן, לעיל ה"ש 599, בעמ' 905. למעשה עוד בעניין נוימן, לעיל ה"ש 591, התייחס הנשיא אגרנט לתנאי ההתרשלות המסתברת ואימץ את הפרשנות המתוארת בטקסט. לדבריו, את התקיימות כל תנאי הסעיף יש לבחון בסוף המשפט, אך "לשם עריכת הבדיקה הנ"ל, לא ישעה בית המשפט אל הראיות של הנתבע, המכוונות אך להראות, כי הוא מילא את 'חובת הראיה', עליה דובר בסיפא של סעיף 41" (שם, בעמ' 262). ובהמשך מסביר הנשיא אגרנט כי "נטל זה משמעו הוא, שעל הנתבע להוכיח הסבר המעלה את הסיבה המדוייקת שגרמה לתאונה ושסיבה זו בינה לבין רשלנות מצידו אין ולא כלום, או לפחות להוכיח שנהג בזהירות סבירה". שם, בעמ' 304.

603 טיעון נגדי הוא שבית המשפט מביא שיקול זה של גישה לראיות בחשבון כאשר הוא קובע אם סביר יותר שהנתבע התרשל או לא, ולכן אם במצב של תיקו ראייתי נטל השכנוע עובר לנתבע בשל שיקול זה ממש, הרי שנעשית "ספירה כפולה" (double counting), וממנה יש להימנע. הדוגמה הבאה תסייע בהמחשת הדברים. נניח: (1) שלפי כל הראיות שבפני בית המשפט, כלליות וקונקרטיות, הסתברותה של רשלנות הנתבע היא 45%; (2) מאחר שבית המשפט חושד שהנתבע בעל הגישה העדיפה לראיות לא הביא את כל הראיות הפועלות נגדו, הוא מוסיף להסתברות זו 5%, שאז נוצר תיקו ראייתי. לפיכך אין מתקבל על הדעת לטעון (גם אם כל תנאי סעיף 41 מתקיימים) שיש להטיל אחריות על הנתבע, מכיוון שיש לו גישה טובה יותר לראיות, ועל כן הסתברות התרשלותו גבוהה מ-50%. שיקול הגישה לראיות שימש את בית המשפט, בדוגמה זו, כדי להעלות את הסתברות התרשלותו של הנתבע מ-45% ל-50%, ולכן אין לעשות בו שימוש חוזר כדי לטעון שהסתברות זו גבוהה מ-50%. תקפותו של טיעון "הספירה הכפולה" תלויה בשאלה אם בית המשפט אכן שוקל את שיקול הגישה לראיות בעת שהוא מסיק שקיים תיקו ראייתי.

שניהם המזיק היה יכול – באופן טבעי – לעשות יותר למניעת הנזק מאשר הניזוק.<sup>604</sup> על כן במצב של תיקון ראייתי וכאשר מדובר באירוע נזק הקורה בדרך כלל בגלל רשלנותו של הנתבע (תנאי ההתרשלות המסתברת) – לפחות אז – מוטב שהאחריות תוטל על המזיק. דרך אחרת להצגת הצדקה זו היא שכלל הדבר מעיד על עצמו מביא לידי משטר משפטי של אחריות המתקרב לאחריות מוגברת, שכן כאשר לא ידוע אם המזיק התרשל, האחריות עדיין מוטלת עליו. ממילא ההצדקות הנורמטיביות לכלל זה שואבות מן ההצדקות הכלליות יותר לאחריות מוגברת במקרים שבהם המזיק הוא באופן טבעי מונע זול יותר או שוקל טוב יותר של הנזק.<sup>605</sup>

### ב. אי־ידיעה

תנאי שני לתחולת הכלל של הדבר מעיד על עצמו הוא "כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק". כפי שהוסבר לעיל, תנאי זה מבטיח את עדיפותו של הנתבע בגישה לראיות כמו גם את עדיפותו במניעת הנזק.

בפסיקה עלתה השאלה אם את הידיעה של התובע יש לבחון במועד המשפט או במועד אירוע הנזק. התשובה שניתנה לשאלה זו בפסיקה בעבר הייתה כי המועד הקובע הוא מועד האירוע<sup>606</sup> אם כי הובעה גם דעת מיעוט כי המועד הקובע הוא מועד המשפט, לאחר תום שמיעת ראיותיו של התובע.<sup>607</sup> שנים לאחר מכן, בפסק דין שטרנברג נ' צ'צ'יק, הכולל ניתוח מקיף של סעיף 41, נקבע כי מועד המשפט הוא המועד הקובע לבחון את תנאי הידיעה ולא מועד האירוע.<sup>608</sup> הידיעה צריכה להיות אישית ולא להגיע לתובע ממקור אחר.<sup>609</sup>

על השאלה איזו היא הדעה הראויה יש לענות על פי ההצדקה לקיומו של סעיף 41: אם ההצדקה המשכנעת יותר היא כי העברת נטל השכנוע נובעת מעדיפותו של הנתבע במניעת הנזק, הרי המועד הקובע לבחון את אי־ידיעה הוא מועד האירוע. מידע מאוחר יותר שמגיע לתובע אינו משפיע כמובן על יכולתו למנוע את הנזק. לעומת זאת אם ההצדקה המשכנעת

604 לביקורת על דרך הצדקה זו ראו שני, לעיל ה"ש 591, בעמ' 186–193.  
605 ליתרונות הכלכליים של משטר משפטי של אחריות מוגברת ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–9. לפסק דין אשר נראה מאמץ את שתי ההצדקות שמוצגות בטקסט ראו ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע, פ"ד מז(3) 805 (1993).  
606 עניין נוימן, לעיל ה"ש 591, בעמ' 255, וכן ראו ע"א 377/85 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מב(1) 153, 157 (1988).  
607 עניין נוימן, שם, בעמ' 245.  
608 עניין שטרנברג, לעיל ה"ש 593, בעמ' 558.  
609 עניין נוימן, לעיל ה"ש 591, בעמ' 301.

יותר היא כי העברת נטל השכנוע נובעת מגישה טובה יותר של הנתבע לראיות, הרי אם בעת המשפט יודע התובע את הנסיבות שהביאו לנזק, הרי שגם הוא נהנה מגישה טובה לראיות ולכאורה אין מקום להעברת נטל השכנוע אל הנתבע.<sup>610</sup>

### ג. שליטה מלאה בנכס

על פי תנאי השליטה המלאה בנכס, צריך ש"הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו". יצחק אנגלרד מציין שתנאי זה נועד "לזהות את האדם לו ניתן לייחס את הרשלנות שהוסקה באופן כללי מעצם אירוע התאונה".<sup>611</sup> לפי ההסבר שנדון לעיל,<sup>612</sup> כאשר תנאי זה מתקיים יש לנתבע באופן טבעי גישה טובה יותר לראיות ואף יכולת טובה יותר למנוע את הנזק. הסברו של אנגלרד עשוי להתיישב עם כל אחד משני ההסברים, או עם שניהם. בפסיקה נדונה השאלה אם השליטה בנכס צריכה להיות שליטה פיזית. בית המשפט העליון ענה על שאלה זו בשלילה. למשל, בעניין נעים<sup>613</sup> נפל מדף ספרים בבית הספר על ראשה של מורה וגרם לה נזק. בית המשפט דן בשאלה אם חל על המקרה כלל הדבר מעיד על עצמו, וקבע שכלל זה אינו חל. בעל השליטה המלאה בנכס, לדברי בית המשפט, הוא "האדם אשר – בהתחשב בכל המסיבות – יש לו הסיכויים הממשיים ביותר כי רצונו שלו יכריע בנוגע למצבו של חפץ מסויים".<sup>614</sup> מאחר שהשליטה במדף הייתה למורה ולא לבעלים של הנכס – הוא משרד החינוך – אין מתקיים תנאי השליטה המלאה בנכס.<sup>615</sup> במקרה אחר, מזי נ' קוקה קולה,<sup>616</sup> התקינה חברת קוקה קולה שלט מעל חנותו של התובע. השלט נפל ופגע בתובע. בית המשפט העליון קבע שמתקיים בחברת קוקה קולה, הבעלים של השלט ומי שהתקינה אותו (באמצעות קבלן עצמאי), תנאי השליטה המלאה. העדר נוכחותה של חברת קוקה קולה במקום אינו שולל את התקיימותו של תנאי השליטה המלאה.<sup>617</sup>

610 עם זאת נראה שגם ההצדקה הראייתית יכולה לעלות בקנה אחד עם בחינת הידיעה של התובע במועד אירוע הנזק, במיוחד אם מצרפים לתנאי אי-הידיעה את תנאי השליטה המלאה בנכס שיידון להלן. שני התנאים הללו יחדיו מבטיחים שגישתו של הנתבע לראיות טובה מזו של התובע.

611 יצחק אנגלרד הכלל "הדבר מדבר בעדו" בדיני נזיקין 61 (1965).

612 לעיל תת-סעיף א.

613 עניין נעים, לעיל ה"ש 606, בעמ' 159.

614 עניין נעים, שם, בעמ' 158.

615 עניין נעים, שם, בעמ' 158–159. בית המשפט אף קבע כי אין מתקיים תנאי ההתרשלנות המסתברת. שם, בעמ' 159–160.

616 ע"א 635/74 מזי נ' קוקה קולה, פ"ד לא(1) 242 (1976).

617 עניין מזי, שם, בעמ' 244.

כדי שיתקיים תנאי השליטה המלאה, כך נקבע בעבר בפסיקה, השליטה צריכה להיות בלעדית, דהיינו בידיו של הנתבע בלבד. שליטה מלאה לנתבע משמעה "שאינן לייחס למישהו אחר זולתו התערבות פעילה במצב העניינים, שיכלה לגרום או לתרום למה שארע".<sup>618</sup> פסיקה מאוחרת יותר ריככה את תנאי השליטה המלאה. בעניין **ישראלפוט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי**<sup>619</sup> נהרג אדם כאשר נפל לפיר מעלית בגלל תקלה במעלית. יורשיו ותלוייו של המנוח הגישו תביעה נגד החברה אשר ייצרה את המעלית ותחזקה אותה, בין היתר בהסתמך על עוולת הרשלנות. אחת מן השאלות שעלו הדיון הייתה אם התובעים יכולים לטעון, בהסתמך על סעיף 41, כי על הנתבעת הנטל להוכיח שלא התרשלה, שאם לא תעשה כן תחוייב בדין. שופט המיעוט, השופט כץ, סבר כי תנאי השליטה המלאה לא התקיים. די לדבריו בכך שהייתה אפשרות התערבות של צד שלישי – למשל דיירי הבניין – בגרם הנזק כדי שאי אפשר יהיה לומר שלנתבעת הייתה שליטה מלאה בנכס.<sup>620</sup> השופט מצא, לעומתו, שביטא את דעת הרוב, סבר אחרת. הוא אימץ מבחן גמיש להגדרת השליטה המלאה בנכס. לדבריו:

"תנאי השליטה עשוי, לכאורה, להתקיים, גם כשהנתבע איננו בעל החזקה הבלעדית בנכס. כן עשוי הוא להתקיים גם מקום בו החזיק הנתבע בנכס בעבר... אך חדל מלהחזיק בו לפני התרחשות המאורע שגרם לנזק. המבחן הראוי לקיומה של שליטה איננו איפוא מבחן טכני-פורמאלי המבוסס על חזקה מלאה, רצופה ובלעדית בנכס המזיק, אלא מבחן ענייני-מעשי, הבוחן אם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס המזיק מעידה לכאורה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התרחשות התאונה... אכן, בבואו לקבוע אם הנתבע היה בעל שליטה, יידרש בית המשפט, מטבע הדברים, גם לשאלות הקשורות בחזקה שיש (או שהייתה) לנתבע בנכס: טיב זכותו להחזיק בו, עד כמה הפעיל למעשה את זכותו, כלום חזקתו... היתה רלוואנטית לגרימת הנזק, האם היו מחזיקים (או בעלי גישה) נוספים זולתו, מה המשקל שיש לייחס לאפשרות שהנזק נגרם עקב מעשה של אדם אחר, ועוד. אך מבחן זה איננו תולה את קיומה של שליטה בתנאי סף נוקשים; לא בלעדיות החזקה, ולא קיומה במועד התאונה דווקא, מהווים תנאים כאלה".<sup>621</sup>

618 עניין נעים, לעיל ה"ש 606, בעמ' 159.  
 619 ע"א 241/89 ישראלפוט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי, פ"ד מט(1) 45 (1995).  
 620 עניין ישראלפוט, שם, בעמ' 60-61.  
 621 עניין ישראלפוט, שם, בעמ' 80.



המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק הצטרף לחוות דעתו של השופט מצא בהדגישו כי אף הוא סבור כי לנתבעת הייתה "שליטה אפקטיבית" במעלית.<sup>622</sup> המועד לבדוק אם תנאי השליטה המלאה בנכס התקיים הוא מועד התאונה. אין פירוש הדבר, כפי שהבהיר השופט מצא בעניין ישראלופט, שכדי שתנאי השליטה המלאה יתקיים, חובה שתהיה לנתבע חזקה בנכס במועד התאונה. בעניין ישראלופט התקיים תנאי השליטה המלאה אף שהיה ברור שבעת התאונה לא הייתה חזקה לנתבעת, מתחזקת המעלית, במעלית. כך גם בעניין מזי: השלט שניפל על התובע לא היה בחזקתה של חברת קוקה קולה.<sup>623</sup> עמדה שונה עולה מפסק דין קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד.<sup>624</sup> באותו מקרה נגנבו צ'קים בנקאיים מן הבנק, ובאמצעות אחד מהם שולם לתובע כסף בתמורה למטבע חוץ שמכר למשלם. לאחר שהתברר שלצ'ק אין כל ערך, תבע זה מן הבנק את נזקיו בגין רשלנותו בשמירת הצ'קים ובגין אי-דיווח למשטרה ואי-אזהרת הציבור מפני הסיכון שנוצר בעקבות הגנבה.<sup>625</sup> בין היתר טען התובע כי חל על המקרה כלל הדבר מעיד על עצמו. בית המשפט העליון קבע כי אין מתקיים תנאי השליטה המלאה בנכס, מכיוון שבעת אירוע הנזק לא היו הצ'קים בשליטתו של הבנק הנתבע, שכן גורמים אחרים – הזייפן או מי שפעל מטעמו – שלטו בצ'קים.<sup>626</sup>

נראה שעמדה גמישה באשר לפרשנותו של תנאי השליטה המלאה מוצדקת לאור שני ההסברים לקיומו של תנאי זה. בין שהסבר הראייתי (גישה טובה יותר לראיות) הוא שתקף ובין שהסבר המהותי (יכולת טובה יותר למנוע את הנזק) הוא שתקף, די בכך שאפשר ללמוד שלנתבע הייתה שליטה ניכרת על נסיבות גרם הנזק (וכי מתקיימים שני התנאים האחרים של סעיף 41), כדי שתוצדק העברת נטל השכנוע אליו. הן בסופו של דבר השליטה של הנתבע בנכס אינה אלא ראייה לשליטתו על נסיבות גרם הנזק. שליטה על נסיבות גרם הנזק יכולה להתקיים גם כאשר בעת התאונה לא הייתה בפועל כל חזקה לנתבע בנכס, וגם כאשר גורמים אחרים היו יכולים להיות מעורבים בגרם הנזק. לפיכך עדיפה בעיני עמדתו של השופט מצא, בעניין ישראלופט, על העמדה השמרנית יותר העומדת בדווקנות על קיומה של שליטה מלאה ובלעדית של הנתבע בנכס שגרם לנזק. כך, בעניין עוואד אמנם לא

622 עניין ישראלופט, שם, בעמ' 87.

623 עניין מזי, לעיל ה"ש 616. בעבר בטרם הייתה אחריותם של יצרנים מוגברת נטו בתי משפט בארצות הברית להחיל את כלל הדבר מעיד על עצמו על תביעות של צרכנים בגין הנזק שנגרם להם ממוצרים פגומים. ראו *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d 453 (1944), שם הוחל כלל זה על תביעה של מלצרית במסעדה אשר בקבוק של משקה קוקה קולה התפוצץ בידה וגרם לה נזק.

624 עניין עוואד, לעיל ה"ש 138.

625 ראו ביתר פירוט, לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 138–139, ולה"ש 508–509.

626 עניין עוואד, לעיל ה"ש 138, בעמ' 427.

הייתה לבנק הנתבע שליטה מלאה, במובן הפשוט של המילה, על הנכס או על הנסיבות שהובילו לנזק, שכן בלעדי הזיפן, או מי שפעל מטעמו, לא היה נגרם כל נזק. אך במערכת היחסים שבין הבנק לבין התובע, שנפגע מפעולת הזיוף, הבנק נהנה משליטה ניכרת על הנכס ועל הנסיבות שהובילו לגרם הנזק יותר מהתובע. אמת, בלעדי פעולת הזיוף לא היה נגרם נזק, ועל פעולה מסוימת זו, בעת שאירעה, לא הייתה לבנק שליטה. אך פעולת הזיוף לא הייתה מתאפשרת אלמלא נגנבו הצ'קים, ואולי אף אלמלא נמנע הבנק מלדווח למשטרה על דבר הגנבה ומלהזהיר את הציבור מפני הסיכון שנוצר בעקבותיו. השליטה הראשונית של הבנק בצ'קים – ובחלק ניכר מן הנסיבות שהובילו לגרם הנזק – הייתה יכולה אפוא להצדיק את החלתו של סעיף 41 על המקרה הנדון.<sup>627</sup>

המקרים שבהם ניכרת הגמשה בתנאי השליטה המלאה הם תביעות בגין רשלנות רפואית. במקרי רשלנות רפואית הנזק לחולה אינו נגרם בדרך כלל מנכס, ולכן לכאורה תנאי השליטה המלאה בנכס אינו מתקיים.<sup>628</sup> הפסיקה בעבר נטתה אפוא לפקפק בתחולתו של סעיף 41 על תביעות בגין רשלנות רפואית.<sup>629</sup> במקרים שנפסקו לאחר מכן החילו בתי המשפט את סעיף 41 גם על מקרים שבהם הרשלנות הנובעת של הרופא הייתה בשיקול דעת

627 לגופו של עניין הטיל בית המשפט אחריות על הבנק בלעדי סעיף 41. עניין עוואד, שם.  
 628 אין פירוש הדבר שאין בנמצא תביעות בגין רשלנות רפואית שבהן הנזק נגרם מנכס שלרופא או לבית החולים הייתה שליטה מלאה עליו. למשל, בעניין רוז, לעיל ה"ש 605, לקחה התובעת במחלה זיהומית בשל מגפה שהייתה אותה עת בבית החולים שבו שהתה לאחר לידתה. הנשיא שמגר הטיל אחריות על בית החולים. הוא החיל על המקרה את סעיף 41 בקבעו כי תנאי השליטה המלאה מתקיים. לדבריו, "מיתקני בית החולים, החפצים והשטחים שבתוכו, החל מכפפות הידיים של האחיות וכלה בכלי האוכל ומיתקני הסניטאציה, היו בשליטת בית החולים. מאלו או מדומיהם יצא, לכאורה, הסיכון האפידמי... הוא הדין במקום שבו שכבה התובעת בעריסתה והאם במיטתה. גם שם יכול היה לקנן החיידק; מכל מקום התובעת לא יצאה מתחומי בית החולים עד שיצאה עם החיידק שדבק בה". שם, בעמ' 819. הנשיא שמגר אף מדרגיש, כי אין זה משנה שהנזק לא נגרם במישרין על ידי נכסי בית החולים אלא על ידי החיידק, שכן "רק בידי בית החולים יכול להימצא הסבר מה נעשה או לא נעשה בנכסים שבשליטתו בבית החולים... ומה יכול להיות הקשר בין נכסיו, שבהם שהו התינוקות ואמה, לבין החיידק". השופט מלץ הגיע לאותה תוצאה שאליה הגיע הנשיא שמגר מבלי להיזקק לסעיף 41, ואילו השופט חשין הסכים עם שני השופטים גם יחד.

629 עניין רמון, לעיל ה"ש 241. באותו מקרה נגרם הנזק לחולה, על פי הנטען, בגלל רשלנות הרופא המנתח ורשלנות הרופאה המרדימה. אף שהטיפול היה מלווה בשימוש במכשירים (שהם "נכס" ולרופא הייתה שליטה מלאה בהם), הרשלנות הנובעת לא הייתה באופן השימוש במכשירים אלא בעיקר באופן הטיפול שבו בחרו הרופאים (דהיינו בהפעלת שיקול דעתם). השופט בכור השאיר את השאלה אם מתקיים תנאי השליטה המלאה בנכס ב"צריך עיון", והשופט אשר סבר שתנאי זה אינו מתקיים. כל השופטים היו בדעה שרשלנות הרופאים הוכחה, ועל כן הטילו עליהם אחריות נזיקית.

בלבד, מבלי להתעכב על השאלה אם תנאי השליטה המלאה התקיים.<sup>630</sup> במקרים אחרים העבירו בתי המשפט את נטל השכנוע לרופא או לבית החולים מבלי להסתמך על סעיף 41 ומבלי להסביר את המקור החוקי המרשה העברת נטל כזו.<sup>631</sup> המשותף לכל המקרים שבהם הועבר נטל השכנוע היה העדיפות הברורה לרופא או לבית החולים על פני החולה בהבנת האירועים שהביאו לגרם הנזק. בחלק מן המקרים נתלוה לכך אולי אף החשש שהרופאים או בית החולים הסתירו ראיות או נמנעו מלקיים תיעוד מלא אשר היה בו כדי לשפוך אור על הפרשה. הסתרת ראיות או חסרים בתיעוד שימשו עם השנים סיבה עצמאית, מחוץ לסעיף 41, להעברת נטל השכנוע תוך שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי שתידון בפרק הבא.

#### ד. היקף תחולתו של סעיף 41

סעיף 41 חל רק כאשר קיים חסר עובדתי. אם לאחר שמיעת הראיות כל העובדות ברורות לאשורן, אך בית המשפט מתקשה להחליט אם לאור עובדות אלו הנתבע התרשל, סעיף 41 לא יסייע לתובע.<sup>632</sup> פסק דין קוהרי נ' מ.י.<sup>633</sup> ממחיש כיצד עניין זה יכול לבלבל. באותו מקרה היה על הרופאים (שהנתבעת, מדינת ישראל, הייתה אחראית להם שילוחית) להחליט, תוך כדי ניתוח של התובעת, אם בשל גילוי גידול בכבד לבצע פעולת קשירה של עורק דם ("קשירה") או לכרות את אחת האונות של הכבד ("כריתה"). הרופאים החליטו לבצע קשירה. עשרים וארבע שעות לאחר הניתוח לקתה התובעת בהלם ונכנסה למצב של תרדמת שבו הייתה שרויה אף בעת המשפט. השאלה שנדונה בבית המשפט הייתה אם הרופאים התרשלו כשלא עשו בדיקה מקדימה לפני הניתוח – בדיקה שהייתה עשויה לאבחן את מחלתה המיוחדת של התובעת – שאז היו מבצעים אולי כריתה והנזק היה נמנע. השופט בן יאיר – שהיה בדעת מיעוט בתוצאה<sup>634</sup> – קבע שאכן הייתה התרשלות באי־עשיית הבדיקה המקדימה. אך אז עלתה שאלת הקשר הסיבתי: רק אם לאור אבחון נכון של מצב החולה בעקבות הבדיקה המקדימה היה על הרופאים לבצע כריתה ולא קשירה, מתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות שבאי־עשיית הבדיקה המקדימה לבין הנזק. לפיכך היה על בית המשפט

630 ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד (מו) 712 (1992).  
631 ראו למשל עניין קורניץ, לעיל ה"ש 241, בעמ' 693, פסק דינה של השופטת דורנר, שהייתה בדעת מיעוט.

632 עניין נוימן, לעיל ה"ש 591, בעמ' 244 (פסק דינו של השופט לנדוי שהיה בדעת מיעוט) ובעמ' 251 (פסק דינו של השופט אגרנט, שביטא את דעת הרוב).

633 עניין קוהרי, לעיל ה"ש 237, בעמ' 164–165 (פסק דינו של השופט בן יאיר, שהיה בדעת מיעוט).

634 שני השופטים האחרים השתכנעו שבדיקה מקדימה לא הייתה הכרחית, ובכל מקרה כי פעולת הקשירה הייתה סבירה. על כן הם דחו את התביעה מבלי להיזקק לשאלה על מי נטל השכנוע. שם, בעמ' 169–171, 172–174.

לקבוע אם באבחון נאות של מצב החולה רופא סביר היה צריך לבצע כריתה ולא קשירה. השופט בן יאיר בחן את חוות דעת המומחים והגיע למסקנה שכפות המאזניים מעוינות. השופט בן יאיר קבע, שלא על סמך סעיף 41, כי בנסיבות מעין אלו הנטל על הנתבעת להראות שהרופאים לא התרשלו, ומאחר שלא עמדה בנטל זה יש להטיל עליה אחריות נזיקית.

מסקנתו של השופט בן יאיר שיש להעביר את נטל הראיה לנתבעת במקרה שנדרון על ידיו מוקשית. לאחר שמיצת הראיות בתיק נראה שלא הייתה עוד כל מחלוקת עובדתית: ברור היה מה עשו הרופאים, והשאלות שנותר לענות עליהן היו אלה: ראשית, אם היה על הרופאים לעשות בדיקה מקדימה; שנית, אם על סמך בדיקה כזו ואבחון מחלתה המיוחדת של התובעת היה רופא סביר מבצע קשירה או כריתה. שאלות אלו הן למעשה שאלות משפטיות: מהו סטנדרט הזהירות שבו נדרש לעמוד הרופא (להבדיל מן השאלה אם עמד בסטנדרט זה). העברת נטל הראיה אינה מסירה ספקות משפטיים אלא ספקות עובדתיים בלבד. בהעדר חסר ראייתי העברת הנטל אינה משנה את התוצאה. לפיכך היה על בית המשפט להכריע בין חוות דעת המומחים ולקבוע מה היה עושה רופא סביר בנסיבות העניין מבלי שנטל השכנוע ישפיע על מסקנותיו.<sup>635</sup>

## 2. דברים מסוכנים

סעיף 38 לפקודת הנזיקין קובע: "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על ידי דבר מסוכן, למעט אש או חיה, או על ידי שנמלט דבר העלול לגרום נזק בהימלטו, וכי הנתבע היה בעליו של הדבר או ממונה עליו או תופש הנכס שמתוכו נמלט הדבר – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי הדבר המסוכן או הנמלט התרשלות שיחוב עליה".

סעיף 38 מתייחס לשני סוגי סיכונים: אלו הנובעים מדברים מסוכנים, ואלו הנובעים מדברים נמלטים.<sup>636</sup> הסעיף אינו חל על אש או על חיה, שכן לשני סיכונים אלו נועדו סעיפים מיוחדים בפקודת הנזיקין, שיידונו להלן. מים הם "דבר נמלט", והפסיקה

<sup>635</sup> טענה נגדית היא שהשאלה איך היה נוהג רופא סביר בנסיבות העניין היא שאלה עובדתית ולא משפטית, או לפחות שאלה מעורבת של עובדה ומשפט, ועל כן היה במקרה קוהרי חסר עובדתי למרות הכול. בחינת הצדקות לקיומו של סעיף 41 מלמדת שככל שמדובר בקביעה מהו סטנדרט הזהירות שבו נדרש הרופא לעמוד, אין הצדקה ליתן עדיפות לתובע על פני הנתבע: עדיפותו של הנתבע בגישה לראיות או במניעת הנזק אינה סיבה להטיל אחריות על הנתבע כאשר בית המשפט מתקשה להחליט מהו סטנדרט הזהירות החל על הרופא לאחר שבחן חוות דעת שונות של מומחים.

<sup>636</sup> לטענה שהעיסוק המיוחד בדברים נמלטים, כקטגוריה, הוא אנכרוניסטי, וכי ראוי לשקול הטלת אחריות מוגברת על דברים מסוכנים, ראו שני, לעיל ה"ש 591, בעמ' 276–294.

המתייחסת לחלופה זו בסעיף 38 בדרך כלל עוסקת בנוזקי מים. הרציונל להעברת נטל השכנוע לנתבע מכוח סעיף 38 דומה לזה המצדיק את העברת נטל השכנוע לנתבע במקרים שעליהם חל כלל הדבר מעיד על עצמו: הבעלים של הדבר המסוכן או הממונה עליו (להלן: "הבעלים או המחזיק של הדבר המסוכן") או תופס הנכס שמתוכו נמלט הדבר הנמלט<sup>637</sup> (להלן: "המחזיק של הדבר הנמלט") הוא בעל גישה טובה יותר לראיות, והוא גם אשר באופן טבעי יהיה בעל היכולת הטובה יותר למנוע את הנזק, או לפחות לבטח מפני סיכונים. הטעם השני ראוי להדגשה מיוחדת: בשיטות משפט שונות – ובכלל זה בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית – על בעלים ומחזיקים של דברים מסוכנים מוטלת בדרך כלל אחריות מוגברת,<sup>638</sup> ואפשר לסבור שסעיף 38 הולך כבדת דרך ממשטר משפטי של רשלנות לעבר משטר משפטי של אחריות מוגברת. ההצדקות לכך הן ההצדקות שבבסיסו של משטר משפטי של אחריות מוגברת: הן אלו הכלכליות<sup>639</sup> והן אלו שלהן טוענים פלטשר וקיטינג. פלטשר טוען שיש להטיל אחריות מוגברת על יוצרי סיכונים גבוהים לא הדדיים, מטעמים של צדק מתקן,<sup>640</sup> ואילו קיטינג טוען טענה דומה, על סמך תפיסה של צדק חלוקתי.<sup>641</sup>

#### א. דבר מסוכן

פסק הדין המנחה שפירש מהו דבר מסוכן הוא פישמן נ' היועמ"ש,<sup>642</sup> ערעור פלילי שנפסק בשנות השישים, ואשר לצורך פרשנותו של החוק הפלילי נזקק לפרשנותו של סעיף 38 לפקודת הנזיקין. בית המשפט העליון פסק שם שדבר מסוכן יכול להיות מסוכן לפי טבעו או בשל פגם לא רגיל במוצרו.<sup>643</sup> עוד נפסק כי עצם העמדת חפץ במצב מסוכן אינה הופכת

637 לפי לשונו, נראה שסעיף 38 חל על התופס של הנכס שמתוכו נמלט הדבר הנמלט, ולא על הבעלים. כך גם הבין כנראה את הדברים בית המשפט העליון בע"א 302/67 חברת מפ"י בע"מ נ' אשכנזי, פ"ד כב(1) 211, 214, 223 (1968).

638 באנגליה משטר משפטי של אחריות מוגברת על דברים מסוכנים נוצר על ידי הרחבת הלכת *Rylands v. Fletcher*, שעוסקת במקורה בדברים נמלטים (ראו להלן תת סעיף ב): WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 127, at 763–70 (§§ 15'1–15'4). בארצות הברית קיימת קטגוריית מקרים מוכרת של דברים מסוכנים הכפופה למשטר משפטי של אחריות מוגברת: DOBBS, *supra* note 79, at 950–2 (§ 346); RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 20 (2010). לסקירה השוואתית מקיפה ראו שני, לעיל ה"ש 591, בעמ' 205–222.

639 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 8.

640 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3.

641 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1.

642 ע"פ 74/62 פישמן נ' היועמ"ש, פ"ד יז 1478 (1963).

643 עניין פישמן, שם, בעמ' 1486, 1500.

אותו לדבר מסוכן.<sup>644</sup> פסיקה שבאה לאחר מכן הבהירה שמכונת עשויה להיחשב דבר מסוכן לצורכי סעיף 38.<sup>645</sup> עם זאת בפסיקה חדשה, עזבון המנוח אמין פואד אלעבד נאצר נ' מ.י,<sup>646</sup> הבהיר בית המשפט העליון שכאשר משתמשים בדבר מסוכן שימוש רגיל, לא יחול סעיף 38. כך נקבע השימוש בנשק – אשר קשה לחשוב על דבר מסוכן ממנו לפי טבעו – אינו דבר מסוכן לצורכי סעיף 38 כל עוד נעשה בו שימוש רגיל. בית המשפט סבר כי במקרים אלו ההיגיון של סעיף 38 מחייב שלא להחילו. לאור הלכה חדשה זו, שהצרה מאוד את תחולתו של סעיף 38, נראה שגם מכונת אינה עוד דבר מסוכן כל עוד השימוש בה הוא רגיל. עם זאת על השאלה מהו בדיוק שימוש "לא רגיל" יש לענות בכל מקרה ומקרה לנסיבותיו. מובן שאין לומר שימוש לא רגיל הוא שווה ערך לשימוש רשלני, שכן דרך פרשנות כזו תייתר את סעיף 38 עד כמה שהוא נוגע לדבר מסוכן; סעיף 38 נועד למקרים שבהם השאלה שבמחלוקת היא בדיוק זו: האם הבעלים או המחזיק של הדבר המסוכן התרשל? נראה אפוא שצריך לפרש את התנאי של השימוש הלא רגיל ככזה שעולה בקנה אחד עם ההיגיון שבהעברת נטל השכנוע במקרה של דברים מסוכנים: שימוש לא רגיל הוא שימוש אשר מגדיל את הסיכון בדבר המסוכן לעומת שימוש רגיל בו. לפיכך ייתכן שנסיעה מהירה באופן חריג ברכב הופכת את הרכב לדבר מסוכן אשר חזקת רשלנות חלה עליו. בדומה לכך, שימוש בנשק בנסיבות אשר בהן אין מצופה שימוש כזה, עשוי גם הוא להפוך את הנשק לדבר מסוכן.

בעניין פישמן נקבע תנאי לתחולתו של סעיף 38 – תנאי העזיבה או המסירה<sup>647</sup> – שאין לו זכר בלשון הסעיף, ואשר מקורו בהתפתחות היסטורית מסוימת במשפט האנגלי. על פי תנאי זה סעיף 38 יחול רק אם הדבר המסוכן נעזב או נמסר – כלומר אינו עוד בחזקתו של הבעלים או המחזיק. כך אם בעת שנפסק עניין פישמן נחשבה מכונת לדבר מסוכן, הרי הסעיף יחול רק אם המכונת נמסרה למישהו אחר או נעזבה על ידי בעליה או מחזיקה, ובמצב זה גרמה לנזק. המקור להוספתו של תנאי זה במשפט האנגלי הוא הרצון להתגבר על טענה של ניתוק קשר סיבתי. החשש היה שאם רכב נעזב או נמסר ונגרם נזק, ייטען שנותק הקשר הסיבתי בין רשלנותו של הבעלים או המחזיק שלו לבין הנזק שנגרם. כדי למנוע טענה זו נקבע בפסיקה האנגלית כי במקרה של עזיבה או מסירה מוטלת אחריות מוגברת על הבעלים או המחזיק, וכך נוצר הכלל המוזר שלפיו דווקא במקרה של עזיבה או מסירה,

644 עניין פישמן, שם, בעמ' 1502.

645 ע"א 111/68 "לפידות" חברת מחפשי נפט לישראל בע"מ נ' שליטר, פ"ד כב(2) 379, 387 (1968).

646 ע"א 1071/96 עזבון המנוח אמין פואד אלעבד נאצר נ' מ.י., פ"ד ס(4) 337 (2006).

647 עניין פישמן, לעיל ה"ש 642, בעמ' 1492.

שלכאורה הטלת אחריות בו קשה יותר, תוטל על הבעלים או על המחזיק אחריות מוגברת, ואילו במקרים אחרים יחול כלל האחריות הרגיל, דהיינו כלל של רשלנות.<sup>648</sup> עיוות היסטורי זה נקלט כאמור בפסיקה הישראלית, וקשה לראות את ההיגיון שבו.<sup>649</sup> בעניין נאצר, שבו הצר בית המשפט העליון את תחולתו של סעיף 38 (כאשר קבע כי דבר מסוכן שנעשה בו שימוש רגיל אינו דבר מסוכן לצורכי הסעיף), העיר בית המשפט כי ייתכן שתנאי העזיבה והמסירה אינו מוצדק, אך הותיר שאלה זו ב"צריך עיון".<sup>650</sup> מה דינו של דבר מסוכן אשר הבעלים או המחזיק שלו לא ידע שהוא כזה? האם יחול עליו סעיף 38? שאלה זו עלתה בעניין **ישראליפט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי**,<sup>651</sup> שם כזכור תבעו תלוייו ויורשיו של אדם שנהרג כאשר נפל לפיר מעלית את החברה שייצרה את המעלית ותחזקה אותה. בין היתר דן השופט בך, שהיה בדעת מיעוט, בשאלת תחולתו של סעיף 38 על המקרה. לדבריו, הסעיף אינו חל מכיוון שהנתבעת לא ידעה, ולא יכלה לדעת, על מצבה המסוכן של המעלית. שופטי הרוב השאירו את שאלת תחולתו של סעיף 38 על המקרה הנדון ב"צריך עיון".<sup>652</sup> נראה שההצדקות לקיומו של סעיף 38 – במיוחד ההצדקה המהותית, שעל פיה הבעלים או המחזיק של הדבר המסוכן הוא באופן טבעי מונע או שוקל טוב של הנזק – מחייבות את תחולתו גם על מצבים שבהם הנתבע לא ידע בפועל על מצבו המסוכן של הנכס שגרם לנזק, אך היה בעמדה טובה משל הניזוק לפקח עליו, ובין היתר לדאוג שלא יהפוך למסוכן באופן בלתי סביר.

## ב. דבר נמלט

מקורו ההיסטורי של החלק של סעיף 38 העוסק בדברים נמלטים הוא בפסק הדין האנגלי *Rylands v. Fletcher*.<sup>653</sup> באותו מקרה נבנה מאגר מים על ידי קבלן על אדמתם של הנתבעים. המים הציפו את המכרה של התובע. בית הלורדים קבע כי מוטלת אחריות על הבעלים של מאגר המים, שכן מדובר בדבר הגורם נזק בהימלטו, והשימוש במקרקעין היה

648 עניין פישמן, שם, בעמ' 1499.  
649 לטיעון ברוח זו ראו יצחק אנגלרד "מושג הדברים המסוכנים לפי סעיף 51 לפקודת הנזיקין והמכוננית" הפרקליט כג 434, 437-438 (1967).  
650 עניין נאצר, לעיל ה"ש 646, בעמ' 351.  
651 עניין **ישראליפט**, לעיל ה"ש 619, בעמ' 59.  
652 עניין **ישראליפט**, שם, בעמ' 75. יש לשים לב אף לכך שבעניין פישמן נקבע שמוצר פגום אינו דבר מסוכן לצורך סעיף 38, אלא כאשר הפגם שבו הוא בלתי רגיל. עניין פישמן, לעיל ה"ש 642, בעמ' 1506.  
653 [1866] L.R. 1 Ex. 265, 279-80, affirmed [1868] L.R. 3 H.L. 330, 338-40.

לא טבעי. בפסיקה מאוחרת יותר פורש פסק הדין ככזה שהטיל על הנתבעים אחריות מוגברת.<sup>654</sup>

בארץ, בעניין חברת מפ"י בע"מ נ' אשכנזי,<sup>655</sup> עלתה השאלה אם סעיף 38 חל על מקרה שבו השקו הנתבעים את מטעיהם ואגב כך זרמו מים למטעיו של התובע וגרמו להם נזק. השאלה שבה דן בית המשפט הייתה אם סעיף 38 חל על שימוש רגיל וטבעי במים שאינו חורג משימוש מקובל. השופט זוסמן, בדעת רוב, נתן לשאלה זו תשובה חיובית. השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, סבר ששימוש רגיל וטבעי במים אינו מקים חובת זהירות, וממילא לסעיף 38 אין תחולה במקרה זה.

מהלכת מפ"י עולה כי כל שימוש אקטיבי במים הגורם נזק, בין שהוא שימוש רגיל וטבעי ובין שלא, מביא להעברת נטל השכנוע למחזיק של המקרקעין שמשם יצאו המים. לא כן כאשר מדובר במי גשמים: במקרה זה, כך נקבע, אין מוטלת חובת זהירות על המחזיק של המקרקעין כלפי מי שמי הגשמים עלולים לגרום לו נזק. הלכת מפ"י, כך נראה, אינה עולה בקנה אחד עם הלכת נאצר, שנפסקה שנים רבות לאחר מכן, ושבה פירש בית המשפט העליון בצמצום את חלקו הראשון של סעיף 38 העוסק בדבר מסוכן. כזכור, בעניין אחרון זה קבע בית המשפט שרק שימוש לא רגיל בדבר המסוכן הופך אותו ל"דבר מסוכן" לצורך סעיף 38. באופן אנלוגי אפשר היה לקבוע שאף שימוש במים שאינו חורג ממסגרת של שימוש רגיל אינו נכנס לגדרו של סעיף 38.<sup>656</sup>

### 3. אש

על פי סעיף 39 לפקודת הנזיקין, "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על ידי אש או עקב אש, וכי הנתבע הבעיר את האש או היה אחראי להבער האש, או שהוא תופש המקרקעין או בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי מקורה של האש או התפשטותה, התרשלות שיחוב עליה".

בדומה לכלל הדבר מעיד על עצמו ולכלל המעביר את נטל השכנוע במקרה של דברים מסוכנים ונמלטים, אף הכלל המעביר את נטל השכנוע במקרה של אש מוצדק בכך, שלמי שיש שליטה על האש ומקורותיה, יש באופן טבעי יכולת טובה למנוע את נזקיה (ואף לבטח

654 Winfield & Jolowicz, *supra* note 127, at 765–6 (§ 15'3).

655 עניין חברת מפ"י בע"מ, לעיל ה"ש 637.

656 למעשה, בית המשפט העליון נותן דוגמה של שימוש בצינור כיבוי שרפה, שאף שהוא שימוש שיש בו סיכון, הוא רגיל, ולכן לא ייחשב לדבר מסוכן. בית המשפט בחן את מקרה השימוש בצינור כיבוי שרפה על פי החלופה של דבר מסוכן ולא על פי החלופה של דבר נמלט. עניין נאצר, לעיל ה"ש 646, בעמ' 355.



מפניהם) כמו גם גישה נוחה לראיות.<sup>657</sup> הסעיף מבחין בין שלושה מצבים: א. הנתבע הבעיר את האש או היה אחראי להבערתה; ב. הנתבע הוא תופס המקרקעין שמהם יצאה האש; ג. הנתבע היה בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש. חלופה א ברורה ואינה צריכה הסבר מיוחד. לא כן שתי החלופות האחרות. הפסיקה פירשה כי חלופה ב חלה רק כאשר האש יצאה מן המקרקעין, אך לא כאשר נותרה בתוכם. כך, בעניין כורי נ' קסש<sup>658</sup> התלקח טרפנטין בפחית שעמדה על שולחן בנגרייה של הנתבע, האש אחזה בשולחן ובבגדיו של התובע וגרמה לו לכוויות. בית המשפט נדרש לשאלה אם חל על המקרה סעיף 39 לפקודת הנזיקין. השופט לנדוי, בדעת רוב, ענה בשלילה, אך הגיע למסקנה שרשלנותו של הנתבע הוכחה. הטעם לאי־תחולת הסעיף, לדברי השופט לנדוי, הוא שהאש לא יצאה מן המקרקעין אלא נשארה בתוכם. השופט קיסטר הסכים לתוצאה, אך סבר שסעיף 39 חל על המקרה, משני טעמים: ראשית, פחית הטרפנטין היא מיטלטלין, ועל כן מכוח חלופה ג חל הסעיף. שנית, אין לפרש את חלופה ב כאילו היא מחייבת שהאש תצא מן המקרקעין למקרקעין אחרים.<sup>659</sup>

פרשנות זו של בית המשפט העליון, כפי שבוטאה על ידי השופט לנדוי, בעייתית. קשה לראות כיצד הרציונל של הסעיף עולה בקנה אחד עם ההבחנה בין אש שיצאה מן המקרקעין החוצה לבין אש שיצאה מן המקרקעין אך נותרה בתוכם. הסבר דחוק להבחנה זו יכול אולי להימצא בכך שככל שהתובע רחוק יותר מן המקום שממנו יצאה האש, כך ברורה יותר עדיפותו של הנתבע, הן במניעת הנזק (ובביטוח מפניו) והן בגישה לראיות. אך ספק אם הבדל זה מצדיק את ההבחנה האמורה.

לעומת חלופה ב, העוסקת באש שיצאה מן המקרקעין, חלופה ג עוסקת באש שיצאה ממיטלטלין. כמו כן לעומת חלופה ב החלה על מחזיק מקרקעין (אך לא בעלים), חלופה ג חלה על בעלים של מיטלטלין (אך לא מחזיק). הבדל אחרון זה ניתן להסבר כנראה בכך שכאשר מדובר במקרקעין שיש להם מחזיק שאינו הבעלים, לבעלים יש שליטה מוגבלת ביותר, אם בכלל, על האש שיוצאת מן המקרקעין, ואילו כאשר מדובר במיטלטלין שיש להם מחזיק שאינו הבעלים, לבעלים יש באופן טבעי שליטה רבה יותר על האש שיוצאת מן המיטלטלין. אך ודאי שהסבר זה אינו חל על כל המקרים, ולא אחת שליטתו של מחזיק המיטלטלין, ממש כמו מחזיק המקרקעין, על האש רבה מזו של הבעלים. נראה שנכון היה

657 לאנלוגיה הרעיונית בין כלל הדבר מעיד על עצמו לבין הכלל הקבוע בסעיף 39 ראו ע"א 632/88 אדרי נ' חסקל, פ"ד מז(5) 340, 333 (1993).

658 ע"א 564/66 כורי נ' קסש, פ"ד כא(1) 629 (1976).

659 למקרה שבו בית המשפט החיל את חזקת סעיף 39 והטיל אחריות על הנתבע, בעל נגרייה שיצאה ממנה אש שגרמה נזק לנגרייה שכנה, שלא הצליח להראות שמקור האש בהצתה, ושלא הצליח להוכיח שלא התרשל, ראו עניין אדרי, לעיל ה"ש 657.

עושה המחוקק לו במקום להחיל את החזקה על מחזיקי מקרקעין ועל בעלי מיטלטלין, היה מחיל אותה על מי שבידיו שליטה רבה על האש ומקורותיה. תחולתו של סעיף 39 על אש שיצאה ממיטלטלין נדונה בעניין גנור נ' מ.י. 660 באותו מקרה פרצה אש ממכשיר הטלפון במשרדו של התובע וגרמה נזק למשרד. מכשיר הטלפון היה בבעלות משרד התקשורת, ועל כן הוגשה התביעה נגד מדינת ישראל. נטען על ידי התובע כי מכוח סעיף 39 עובר נטל השכנוע לנתבעת. הנתבעת טענה שלא כך הדבר, שכן האש נותרה במקרקעין, ולפי הלכת כורי, על האש לצאת מן המקרקעין כדי שיחול סעיף 39. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע כי כאשר מדובר במיטלטלין, די בכך שהאש יצאה מן המיטלטלין, אפילו אם לא יצאה מן המקרקעין שעליהם היו מוצבים המיטלטלין. לפיכך נטל השכנוע מוטל על הנתבעת, ומשלא הצליחה להוכיח כי לא הייתה רשלנית, מוטלת עליה אחריות לנזקיו של התובע.

שאלה שעלתה בפסיקה היא אם סעיף 39 חל גם במקרה שבו הוכח כי מקור האש בהצתה מכוונת על ידי צד שלישי. בסוג זה של מקרים אפשר שתועלה טענה נגד מחזיק המקרקעין שמהם יצאה האש כי התרשל בכך שאפשר את ההצתה. בעניין יער זאב בע"מ נ' הסנה – חברה ישראלית לביטוח בע"מ<sup>661</sup> השיב השופט אור, בהסכמתה של השופטת שטרסברג-כהן, על שאלה זו בחיוב. עם זאת מאחר שההצתה במקרה הנדון הייתה בלתי צפויה, היו כל שופטי ההרכב בדעה שדי בכך כדי ללמד שהנתבע, מחזיק המקרקעין, לא התרשל. השופט טירקל השאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם סעיף 39 חל על הצתה מכוונת. זאת מכיוון שלא ברור אם יש טעם בהחלתו של סעיף 39 על מקרה שבו העובדות ברורות לאשורן – דהיינו שהייתה הצתה – שאז אין עוד לנתבע יתרון על פני הנתבע בידיעת הנסיבות שהובילו לשרפה.<sup>662</sup>

#### 4. חיה

על פי סעיף 40 לפקודת הנזיקין, "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה: (1) הנזק נגרם על ידי חית-בר, או על ידי חיה שאינה חית-בר אלא שהנתבע ידע, או חזקה עליו שידע, כי היא מועדת לעשות את המעשה שגרם את הנזק; (2) הנתבע היה בעל אחת החיות האמורות או היה ממונה עליה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגביה התרשלות שיחוב עליה".

660 ע"א 645/77 גנור נ' מ.י., פ"ד לד(1) 766 (1979).

661 ע"א 4473/93 יער זאב בע"מ נ' הסנה – חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד נ(1) 866 (1996).

662 עניין יער זאב, שם.

ברומה לסעיפים הקודמים שנדונו, אף כאן שתי ההצדקות – הראייתית והמהותית<sup>663</sup> – הן הרציונל להעברת נטל השכנוע במקרה של נזקי חיה לבעליה של החיה או לממונה עליה. אלא שסעיף 40 מציב תנאי להעברת נטל השכנוע כאשר הנזק נגרם על ידי חיית בית:<sup>664</sup> צריך שחיית הבית תהיה מועדת, כלומר כזו שבעליה או הממונה עליה "ידע, או חזקה עליו שידע, כי היא מועדת לעשות את המעשה שגרם את הנזק". למשל, בעניין גיאור נ' זנדר פרץ כלבו של הנתבע לכביש, רדף אחר הקטנוע שעליו רכב התובע, פגע בו וגרם לו נזק גוף ונזק רכוש. בית המשפט העליון קבע כי הכלב היה מועד, דהיינו בעליו ידע כי הוא נוהג לפרוץ לכביש, לנכוח ולרדוף אחר אופנועים, ולכן על הנתבע הנטל להוכיח שלא התרשל בשמירת הכלב. מאחר שלא עמד בנטל זה הוטלה עליו אחריות לנזקי התובע.<sup>665</sup>

מאז פסק דין זה שונתה פקודת הנזיקין, ומשטר משפטי מיוחד נקבע באשר לכלבים. בחוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 7), התשנ"ב–1992 הוסף לפקודה סימן 1ד, שכותרתו "היזק על ידי כלב". על פי הסעיף הראשון בסימן זה (סעיף 41 לפקודה), "בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע (להלן: הבעלים) לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם היתה או לא היתה התרשלות מצדו של הבעלים". סעיף 41 לפקודה קובע כי בתובענה לפי הסימן החדש לא תהא הגנה לבעלים אלא אם כן הנזק נגרם "[עקב] התגרות של הניזוק בכלב", "[עקב] תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו"<sup>666</sup> או "[עקב] הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים". סעיף 41 מסיים את סימן 1ד, ולפיו "אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר".

הוספת סימן 1ד לפקודת הנזיקין היא תגובה חקיקתית לריבוי המקרים שבהם תוקפים כלבים עוברי אורח.<sup>667</sup> על פיו מוטלת אחריות מוגברת על בעלים של כלבים (וכן על מחזיקים בהם דרך קבע – שייקראו גם כן "בעלים"). אין כל צורך להוכיח התרשלות של הבעלים כדי לזכות בפיצויים בגין נזק גוף. למעשה אף אין צורך להצביע על התנהגות

663 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 603–605.

664 לפי סעיף 1 לפקודת הנזיקין, חיה מוגדרת: "לרבות צפרים, דגים, חרקים וזחלים"; וחית בר מוגדרת: "כל חיה שכנוהג בישראל אין מחזיקים אותה כלואה או בפיקוחו של אדם".

665 ע"א 733/77 גיאור נ' זנדר, פ"ד לד(3) 533 (1980).

666 סעיף 41ב, לפי לשונו, אינו חל על מקרה שבו תוקף אדם צד שלישי שאינו קרוב משפחה של הבעלים של הכלב, והבעלים של הכלב מורה לכלב לתקוף את התוקף כדי להציל את הצד השלישי. השוו לסעיף 24(1) לפקודת הנזיקין, המכיר בהגנה לאדם אשר הפעיל כוח סביר על אדם אחר כדי להציל צד שלישי מפניו. נראה כי יש מקום שהגנה דומה תחול גם במקרה של תקיפת כלב.

667 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 7), התשנ"ב–1992.

כלשהי של הנתבע הקשורה סיבתית לנזק: אין אלא להראות שהנתבע היה הבעלים של הכלב הפוגע ותו לא.

נראה כי אפשר להצדיק הטלת אחריות שאינה תלויה באשם על בעלים של כלבים בטעמים שונים: ראשית, תאוריית צדק, כגון זו של פלטר, שבמרכזה הרעיון שראוי שיוצרי סיכונים לא הדדיים יישאו באחריות לנזק המתמשש מסיכונים אלו, תתמוך בהטלת אחריות על בעלים של כלבים אם הסיכון הוא ממשי ולא סיכון של מה בכך.<sup>668</sup> שנית, בעלים של כלב יכול להתגונן מפני הסיכון שתוטל עליו אחריות נזיקית על ידי רכישת פוליסת ביטוח מתאימה. שלישיית, הטלת אחריות על הבעלים של כלב מוצדקת משיקולי הרתעה. ההנחה היא שהבעלים הוא שיוודע יותר מכל אחד אחר כיצד לנהוג כדי שמידת הסיכון מכלבו תפחת למינימום. אם הוא שנושא בנזקים יש בסיס לסברה שיעשה את המרב למניעתם.<sup>669</sup> בסימן ד' 17 קבועות הגנות מיוחדות. בבסיסן אשמו החמור של הניזוק מצד אחד ואי-היכולת המעשית של הבעלים למנוע נזקים בסיטואציות מסוימות מצד אחר. הטלת אחריות על הבעלים באותן סיטואציות (התגרות בכלב, תקיפת הבעלים או בני משפחתו הקרובים או הסגת גבולו) אינה מוצדקת משיקולים של הרתעה: אין לצפות שלו הייתה מוטלת אחריות על הבעלים גם במקרים אלו, היו נזקים אלו נמנעים בעלויות סבירות. ספק אף אם תאוריית הסיכונים הלא הדדיים של פלטר תצדיק הטלת אחריות על בעלי כלבים בנסיבות שמי שלמעשה יצר את הסיכון היה בראש ובראשונה הניזוק.<sup>670</sup> מנוסח הסעיף הקובע את ההגנות המיוחדות עולה כי להוציא הגנות אלה, לא תעמודנה הגנות אחרות לבעלים. על כן הגנות אשם תורם או הסתכנות מרצון<sup>671</sup> (כל עוד המקרה אינו בגדר ההגנות המיוחדות הקבועות בסימן ד' 1) אינן רלוונטיות לתביעה על פי סימן זה.<sup>672</sup>

- 668 פלטר נותן את הדוגמה של נזק מחיות מחמד כסיכון רקע. ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3. יש להניח שלא היה אומר כך על סיכון שיוצר כלב רוטוילר. ראו גם אצל קיטינג, לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1.
- 669 עופר דרורי "על אופיה של האחריות הנזיקית – האחריות לנזקי כלב" הפרקליט 398, 384 (2002).
- 670 קל וחומר כאשר הניזוק יצר אף סיכון כלפי המזיק, ועקב כך נפגע. ראו אצל פלטר, לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3.א.
- 671 סעיפים 5 ו-68 לפקודת הנזיקין. בהצעת החוק הייתה אחת ההגנות (שלא אומצה בסופו של דבר בחוק) ידיעה על הסכנה וחשיפה לה מרצון. ראו הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 7), סעיף 40א(ב)(3).
- 672 עניין שאינו מוחוור בחוק הוא אם ההגנות המיוחדות תמיד תהיינה הגנות מלאות או שמא לעתים הגנות חלקיות. נראה לי שיש לפרש את ההגנות כהגנות מלאות. ראשית, המצבים שבהם מתקיימות ההגנות מתאפיינים בהתנהגויות חמורות במיוחד מצדו של הניזוק. אם לא הייתה כל התרשלות מצדו של הבעלים, נראה שאין כל טעם בכך – מנקודת מבט הרתעית, כמו גם על פי תאוריית של צדק כמו זו של פלטר למשל – שהניזוק לא יישא בכל הנזק. מי

אפשר להקשות ולשאול אם לא היה ראוי להטיל אחריות מוגברת על כל בעלי החיות ולא רק על בעלי כלבים. אמנם מובן מה גרם למחוקק להטיל אחריות מוגברת דווקא על בעלי כלבים: שכיחות התקיפות של עוברי אורח שחלקן אף זכה להדים תקשורתיים חייבה פתרון הולם. אך כלום אותן הצדקות להטלת אחריות מוגברת על בעלי כלבים אינן מתקיימות למשל בבעלי חיות בר כאלה או אחרות או בבעלי חיות בית שאינן כלבים? אכן, באנגליה ובארצות הברית מוטלת אחריות מוגברת על בעלים ומחזיקים של חיות בנסיבות שעליהן חל סעיף 673.40

שמתגרה בכלב, תוקף את הבעלים או את בני משפחתו או מסיג את גבולו אינו יכול לבוא בטרוניה על יצירת סיכון כלפיו המתבטא בהחזקת כלב. הטלת אחריות, ולו גם חלקית, על הבעלים במקרים כאלה אף לא תתמרץ אותו למנוע נזקים. לעומת זאת אם הייתה התרשלות כזו או אחרת של הבעלים, למעשה יוכל הניזוק לנסות ולבסס את עילת תביעתו על עוולת הרשלנות (עילה שנותרת על כנה לפי סעיף 141), שאז אולי ההגנה לבעלים לא תהא הגנה מלאה אלא הגנת אשם תורם חלקית. שנית, בפקודת הניזוקין ניכרת מגמה שלא לפצות תוקף או מסיג גבול הנפגע במהלך תקיפתו מהפעלה סבירה של כוח כנגדו. פירוש ההגנות המיוחדות בסימן ד 1 כהגנות מלאות עולה בקנה אחד עם מגמה זו. שלישית, כל ההגנות בפקודת הניזוקין שלא נקבע כי הן הגנות חלקיות, פורשו כמובנות מאליהן, ובצדק, כהגנות מלאות. גם מטעם זה נראה כי פירוש ההגנות המיוחדות בסימן החדש מבלי לציין אם הן חלקיות או מלאות מלמד על היותן הגנות מלאות.

673 לאנגליה, ראו, (Winfield & Jolowicz, *supra* note 127, at 802-10 (§§ 16-3-16-7)). באנגליה אחריות לחיות מוסדרת ב-Animals Act 1971. לארצות הברית ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM §§ 22-23 (2010). על פי סעיף 21 לריסטייטמנט, אף מוטלת אחריות על הבעלים או על המחזיק של חיה, למעט חתול או כלב, אשר נכנסים למקרקעין של אחר וגורמים לנזק לגוף או לרכוש. כללים דומים קיימים אף במשפט האנגלי: (Winfield & Jolowicz, *id.*, at 811-5 (§§ 16-9-16-12)).



## נזק ראייתי

1. היקף תחולה. 2. תנאי תחולה; א. אשם; ב. מחדל; ג. נזק כלכלי; ד. צפיות; ה. נזק ראייתי מול כלל הדבר מעיד על עצמו. 3. הצדקות; א. הפן הראייתי; ב. אחריות נזיקית. 4. עמדת הפסיקה. 5. נקודת מבט ביקורתית.

על פי דוקטרינת הנזק הראייתי, אשר פותחה בכתיבתי המשותפת עם אלכס שטיין,<sup>674</sup> מוטלת אחריות על הנתבע כלפי התובע אם התנהגותו העוולתית שללה מן התובע את היכולת או את הסיכוי להוכיח את מרכיבי עילת תביעתו נגד מי שגרם לו נזק. שלילת היכולת או הסיכוי להוכיח היא "הנזק הראייתי" שנגרם לתובע, והוא נבדל מן הנזק הישיר, שנגרם מן ההתנהגות העוולתית כמשמעותה המוכרת בדיני הנזיקין.<sup>675</sup> בפרק זה תוצג בקצרה הדוקטרינה כפי שהוצעה על ידי ועל ידי שטיין, ולאחר מכן תיבחן עמדת הפסיקה בעניינה, ואף יוצגו טיעוני ביקורת מסוימים שהועלו נגדה בספרות.

PORAT & STEIN, *supra* note 596, at 160-206; Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for* 674  
*Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891 (1997)  
 אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים  
 טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998).

Joseph H. King, *Causation, Valuation, and* 675  
*Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future*  
*Consequences*, 90 YALE L.J. 1353, 1390-1394 (1980-1981). למיטב ידיעתי, במושג "נזק  
 ראייתי" השתמש לראשונה בארץ השופט אליעזר גולדברג, בע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד  
 מג(3) 284 (1989).

יש להבחין בין גרם נזק ראייתי, שבו עוסק פרק זה, לבין שלילת עילת תביעה במישור המהותי  
 בשל מעשה עוולה מבלי שהנתבע יצר אי-ודאות עובדתית כלשהי. במקרה השני מעשה  
 העוולה יוצר מצב חדש, שבו אין עומדת לתובע עילת תביעה שהייתה עומדת לו אלמלא  
 מעשה העוולה. מקרה אחרון זה נדון בע"א 248/86 עיזבון לילי חננשוילי נ' "רותם" חברה  
 לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (1991), שידון להלן בחלק ג, פרק 1 סעיף 1. כן ראו פורת,  
 לעיל ה"ש 212, בעמ' 245-256; ע"א 597/89 טויטו נ' כמאל, פ"ד מז(2) 874 (1993).

## 1. היקף תחולה

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה להביא לידי העברת נטל השכנוע לנתבע, יוצר הנזק הראייתי, ואף להקנות למי שסבל נזק ראייתי עילת תביעה נזיקית על פי דיני הרשלנות. בפסיקה בארץ נקלט הפן הראייתי של הדוקטרינה, ואילו הפן הנזיקי לא נקלט אם כי גם לא נדחה.

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לחול על מצבים שונים שבהם קיימת אי־ודאות באשר לגרימת נזקים.<sup>676</sup> מצד אחד הדוקטרינה עשויה לחול על מצבים שבהם מעוול מסוים או מעוולים מסוימים גרמו לניזוק נזק, אך לא ידוע חלקו של המעוול או של כל אחד מהמעוולים בגרימתו. דוגמה לכך היא המקרה שבו הותקף התובע בזמן שני כליבים; כל כלב שייך למעוול אחר; אי אפשר לדעת לאיזה חלק מנזקיו של התובע גרם כל כלב. כל אחד מהמעוולים גרם לחלק מהנזק הישיר, אך נוסף על כך לנזק ראייתי שבעטיו אין התובע יכול לדעת איזה נזק בדיוק גרם לו כל מעוול. בשל גרם הנזק הראייתי אין הוא יכול לתבוע איש בגין נזקו הישיר.<sup>677</sup>

מצד אחר עשויה הדוקטרינה לחול במצבים שבהם לא ידוע כלל מי המעוול שגרם לנזקו של התובע, ולעתים אף לא ידוע אם בכלל נגרם הנזק במעשה עוולה. פסק דין אמריקאי עשוי לספק דוגמה אחת לכך: שלושה אנשים יצאו יחדיו לציד שלווים. התובע, אחד מן השלושה, צעד לפני חבריו הנתבעים ונפגע בעינו מכדור תועה שנורה מרובהו של אחד מהם. מתברר ששני הנתבעים ירו בכלי נשקם בעת ובעונה אחת, ואי אפשר לדעת מי מהם פגע בעינו של התובע. שניהם התרשלו בעצם ביצוע הירי: אחד גרם לנזק ישיר, ואילו השני גרם לנזק ראייתי, שכן בשל ירייתו הרשלנית אין התובע יכול להצביע על המעוול אשר גרם לנזק הישיר. ירייה רשלנית זו איינה את ערכה ההוכחתי של הראיה שבכוחה היה לזהות את המעוול הישיר. אף בדוגמה זו, בגלל גרם הנזק הראייתי, אין הניזוק יכול לתבוע איש בגין נזקו הישיר.<sup>678</sup>

דוגמה נוספת ממחישה כיצד גרם נזק ראייתי יש בו כדי למנוע מהתובע לדעת אם נזקו הם תוצאה של מעשה עוולה אם לאו. דוגמה זו מבוססת על פרשת הגזות. עולים ממדינות

676 עיקר יישומה של הדוקטרינה בסיטואציות נזיקיות, אך יכולה להיות לה תחולה אף בסיטואציות אחרות שבהן נשלל מאדם הסיכוי לזכות בתביעתו בגלל גרם נזק ראייתי. למקרים מתחום דיני החוזים, שבהם אפשר להסביר דוקטרינות משפטיות קיימות תוך שימוש ברעיון הנזק הראייתי ראו *PORAT & STEIN, supra note 674, at 1896–7, n. 11*.

677 דוגמה זו מבוססת על ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990). לדיון מפורט ראו להלן חלק ג פרק 4 סעיף 3.

678 דוגמה זו מבוססת על *Summers v. Tice, 33 Cal. 2d 80 (1948)*. לדיון מפורט ראו להלן חלק ג פרק 4 סעיף 1.א.



צפון אפריקה עברו בארץ בשנות החמישים טיפולים שונים נגד מחלת הגזות, והקרנות בכללם. לימים התברר כי טיפולים אלה גרמו לרבים מהם מחלות שונות. עם זאת במקרים רבים אי אפשר היה לדעת אם מחלה שלקה בה אדם שעבר את הטיפולים נגד גזות נגרמה מן הטיפולים או בלא קשר אליהם. אף כאן, אם נניח לצורך הדוגמה שמתן הטיפולים היווה עוולה נזיקית שלה אחראית המדינה, אי-יכולתו של תובע במקרה מסוים לדעת כיצד נגרמו נזקיו, וממילא שלילת סיכוי תביעה בגין נזקים אלה, הן תוצאה של גרם נזק ראייתי על ידי המדינה.<sup>679</sup>

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לפעול במקרים שבהם ההתנהגות העוללתית שגרמה לנזק הישיר – או זו העשויה להיות גורם לו – מתמזגת עם ההתנהגות שגרמה לנזק הראייתי ומתרחשת עמה בו-זמנית.<sup>680</sup> במקרים אלה – כבדוגמות שהובאו זה עתה – ההתנהגות העוללתית היא אחת, אך תוצאותיה הן נזק ראייתי מחד גיסא ונזק ישיר (או סיכון לנזק ישיר) מאידך גיסא. ממילא המזיק הישיר (או מי שעשוי להיות המזיק הישיר, אם מדובר בסיכון בלבד) והמזיק שיצר את הנזק הראייתי הם אותו אדם. אולם דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לפעול אף במקרים שבהם קיימת הפרדה ברורה בין ההתנהגות העוללתית שיצרה את הנזק הישיר לבין ההתנהגות שיצרה את הנזק הראייתי. במקרים אלה אין הכרח שיוצר הנזק הישיר – או מי שעשוי להיות יוצרו – ויוצר הנזק הראייתי יהיו אותו אדם. יתרה מזו, במקרים אלה אף יכול שיהא פער זמנים בין גרם הנזק הישיר לבין גרם הנזק הראייתי: לעתים הראשון יקדם בזמן לאחרון, ולעתים האחרון יקדים את הראשון. טול מקרה של רופא הגורם באורח רשלני נזק לחולה שבטיפולו, אך זאת באופן שאינו מאפשר לדעת איזה חלק מהנזק הוא תוצאת המחלה אשר בה לקה החולה לפני שטופל, ואיזה חלק מהנזק הוא תוצאת עוולתו של הרופא. אי-יכולת לדעת את חלקו של הרופא בגרם הנזק נובע, כך נניח, מאי-ניהול רישומים נאותים על ידי עובדי בית החולים שבו טופל החולה. אי-ניהול רישומים כאמור עשוי להיות גרם נזק ראייתי בעוולה.<sup>681</sup>

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה להביא לידי כך שנטל השכנוע יועתק מכתפיו של התובע לכתפיו של הנתבע, וכך אם כפות המאזניים ייוותרו בסוף המשפט מעויינות, דהיינו יושג תיקו ראייתי, יזכה התובע בתביעתו בגין הנזק הישיר. זהו הפן הראייתי של דוקטרינת

679 חוק לפיצוי נפגעי גזות, התשנ"ד–1994 פותר את הבעיה המוצגת בטקסט פתרון חלקי. על פי החוק, מי שעבר הקרנות נגד גזות ולקה באחת המחלות המנויות בתוספת לחוק זכאי לפיצוי בשיעור הנקוב בחוק.

680 למקרה כזה שנדון בארץ ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 713–714.

681 במקרה שנדון בטקסט, אף הרופא גרם לנזק ראייתי נוסף על הנזק הישיר. זאת ועוד: אם בית החולים אחראי שילוחית לעוללת הרופא, הוא אחראי הן לנזק הישיר והן לנזק הראייתי. בית המשפט העליון קבע בהודמנויות רבות שאי-ניהול רישומים רפואיים סבירים הוא גרם נזק ראייתי. ראו להלן סעיף 4.

הנזק הראייתי, והוא אומץ על ידי בית המשפט העליון.<sup>682</sup> אולם לעתים קרובות העברת נטל השכנוע לא תהיה פתרון ראוי. ראשית, טכניקה זו מתאפשרת רק במקרים שבהם מי שגרם לנזק הראייתי הוא גם הנתבע בגין הנזק הישיר; כאשר גורם הנזק הראייתי וגורם הנזק הישיר אינם זהים, העברת נטל השכנוע לגורם הנזק הישיר לא תהא מוצדקת. שנית, יהיו מקרים רבים שבהם העברת נטל השכנוע לא תסייע כלל לתובע: גרם נזק ראייתי ישלול, לעתים, מהתובע את הסיכוי להצליח בתביעתו בגין הנזק הישיר, אפילו כאשר נטל השכנוע רובץ על כתפיו של הנתבע. למשל, יכול שבסוף המשפט במקרה הגזות יתברר כי הסיכוי שמחלתו של התובע נגרמה מן הטיפולים שעבר נופל מ-50%. שלישית, העברת נטל השכנוע תביא, לעתים, לידי פיצוי יתר של התובע: זאת למשל כאשר ברור לחלוטין שחלק מנזקו אינו תוצאה של מעשה עוולה, אולם הנתבע אינו יכול לבודד חלק זה מתוך הנזק הכולל.<sup>683</sup> במקרה כזה העברת נטל השכנוע תעמיד את התובע במצב טוב מהמצב שבו היה עומד אלמלא היה נגרם לו הנזק הראייתי. ייתכן שאלמלא נזק זה היה התובע זוכה לפיצוי חלקי בגין נזקו הישיר, או לא היה זוכה לפיצוי כלל, אך הוא יזכה לפיצוי מלא בשל העברת נטל השכנוע מכוחה של דוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>684</sup>

בכל המקרים שבהם העברת נטל השכנוע אינה פתרון הולם, תעמוד לתובע, על פי דוקטרינת הנזק הראייתי, עילת תביעה נזיקית בגין הנזק הראייתי נגד מי שגרמו במעשה עוולה. זהו הפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי, והוא טרם אומץ על ידי בתי המשפט בארץ.<sup>685</sup> עילת התביעה תתבסס במקרים אלה, בדרך כלל, על עוולת הרשלנות, ותהא כפופה למגבלות החלות על עוולה זו אם כי אין מניעה עקרונית להכיר באחריות בגין גרם נזק ראייתי אף במסגרתן של עוולות אחרות, כגון העוולה של הפרת חובה חקוקה או עוולת המטרד.<sup>686</sup>

מהותה הנזיקית של דוקטרינת הנזק הראייתי מעוררת שאלות שונות באשר לאופן הערכתו של נזק זה. לעתים אין מתעורר בכגון דא כל קושי: זאת כאשר שיעור הנזק הראייתי זהה לשיעור הנזק הישיר, מכיוון שפיצוי בגין אותו נזק ישיר היה התובע יכול לתבוע במלואו, ובוודאות, מן המעוול הישיר אלמלא נגרם לו הנזק הראייתי. זהו למשל המצב בדוגמת הכלבים ובדוגמת הציידים. אולם במקרים אחרים יהא שיעורו של הנזק הראייתי קטן משיעורו של הנזק הישיר, שכן ייתכן שהתובע איבד רק סיכוי לתבוע פיצוי בגינו. זהו

682 להלן סעיף 4.

683 עניין נגר, לעיל ה"ש 675.

684 ראו פורת, לעיל ה"ש 212, בעמ' 250.

685 להלן סעיף 4.

686 סעיפים 63 ו-44 לפקודת הנזיקין בהתאמה. מקרה טיפוסי של גרם נזק ראייתי שעשוי להוות הפרת חובה חקוקה הוא העדר תיעוד רפואי או פגם בו תוך הפרת סעיף 17 לחוק זכויות החולה.

למשל המצב בדוגמת מחלת הגזות ובדוגמת אי-ניהול הרישומים על ידי בית החולים. במקרים אלה מוצדקת הטלת אחריות על גורם הנזק הראייתי לפי תוחלתו של הנזק הישיר שנגרם בעוולה. בדוגמת הגזות למשל הפיצוי שהתובע יהיה זכאי לו יהיה שווה למכפלה של שווי הנזק הקיים, בסיכוי ההסתברותי שנזק זה נגרם מן הטיפולים העולתיים שעבר התובע בשעתו.

## 2. תנאי תחולה

### א. אשם

תנאי לתחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי הוא שהנזק הראייתי נגרם באשמו של הנתבע. לפיכך אם הנתבע גרם ברשלנות נזק ישיר לניזוק, ובאותה התנהגות עצמה גרם אף לטשטוש קווי הגבול שבין נזק זה לבין נזק אחר אשר נגרם על ידי מעוול אחר (כגון בדוגמת הכלבים), הרי שהנזק הראייתי, ממש כמו הנזק הישיר, נגרם מהתנהגות רשלנית. כך גם כאשר יכול שהתנהגותו הרשלנית של הנתבע גרמה לנזק הישיר ויכול שלא גרמה לו, אולם בלי ספק יצרה את הנזק הראייתי. דוגמת הציידים ממחישה מצב עניינים מעין זה.

תנאי האשם מתקיים אף במקרים שבהם אין התמזגות בין ההתנהגות אשר יצרה את הסיכון לנזק הישיר לבין ההתנהגות אשר יצרה את הנזק הראייתי, אם התנהגות אחרונה זו היא בת אשם. לכך יש חשיבות מיוחדת במקרים שבהם אי אפשר לומר בוודאות שהתנהגות הנתבע אשר יצרה את הסיכון לנזק הישיר היא בת אשם. אם נניח למשל שבדוגמת הציידים לא הוכחה רשלנותו של אף אחד מהציידים בביצוע הירי, אך הוכח ששניהם נקטו פעולות בלתי סבירות אשר שללו את אפשרות זיהויו של המעוול הרשלן (להלן: "הווריאציה לדוגמת הציידים"), שניהם ייחשבו מי שגרמו באשם לנזק ראייתי.

ממילא ברור שבהעדר אשם בגרם הנזק הראייתי לא תוצדק הטלת אחריות<sup>687</sup> – ראייתית או נזיקית – בגינו. לפיכך אם בווריאציה לדוגמת הציידים נעשו פעולות מסוימות על ידי הציידים שמנעו בדיעבד את אפשרות זיהויו של המעוול הישיר, אולם פעולות אלה אינן בנות אשם, לא תוצדק הטלת אחריות בגין הנזק הראייתי אף שנזק כזה אכן נגרם, מן הבחינה העובדתית, על ידי כל אחד משני הציידים. כך הוא למשל אם אחד הציידים, שזהותו אינה ידועה, לא ירה את הירייה שפגעה בתובע אלא פשוט נכח בזירת האירוע ונוכחותו שללה מהתובע את היכולת להוכיח את זהותו של המעוול.

687 הביטוי "אחריות בגין גרם נזק ראייתי" ודומיו, בפרק זה, מתייחס הן לאחריות הנזיקית והן לאחריות הראייתית, המתבטאת בהעברת נטל השכנוע לנתבע.

## ב. מחדל

גרימת נזק ראייתי אף במחדל – כל עוד מדובר במחדל רשלני<sup>688</sup> – עשויה במקרים מסוימים להצדיק הטלת אחריות בגין נזק ראייתי. אמנם במקרה שבו הנזק הראייתי נגרם על ידי מחדל באשם, אך גורם הנזק הראייתי אינו קשור כלל לנזק הישיר (או ליצירת הסיכון לנזק הישיר), לא תקום אחריות בגינו. הטעם לכך הוא שמחדל טהור אינו מצדיק בסוג זה של מקרים הטלת אחריות.<sup>689</sup> אולם במקרי מחדל לא טהור אפשר שהמסקנה תהיה שונה. נניח למשל שהנזק הראייתי נוצר בגלל התנהגות אקטיבית לא רשלנית של הנתבע, אך לאחריה היה ביכולתו של הנתבע למנוע את הנזק הראייתי בהתנהגות סבירה, אך הוא לא עשה כן. במקרה זה המחדל הרשלני של הנתבע מלמנוע את הנזק הראייתי עשוי להצדיק הטלת אחריות עליו בגין נזק ראייתי. הווריאציה לדוגמת הציידים ממחישה נקודה זו: אילו הייתה פתוחה בפני הציידים דרך כלשהי לברר לאחר מעשה מי מהם פגע בניזוק והם לא עשו דבר, מחדלם – בהנחה שנוצר באשם – יצדיק הטלת אחריות בגין גרימת הנזק הראייתי. במקרה זה אף שיצירת הסיכון (קרי הירי) לא הוכחה כבת אשם, וההתנהגות בת האשם בעמדה לבדה (קרי המחדל) אינה בגדר יצירת סיכון, ההתנהגות כולה, במובנה הרחב, היא יצירת סיכון באשם והיא שגרמה לנזק הראייתי.<sup>690</sup>

## ג. נזק כלכלי

קושי לכאורי נוסף בהחלטה של דוקטרינת הנזק הראייתי מתעורר בגלל היותו של הנזק הראייתי כלכלי במהותו.<sup>691</sup> כפי שראינו, הנטייה בשיטות משפט רבות היא שלא למהר ולהטיל אחריות נזיקית בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור.<sup>692</sup> האם יש בכך כדי למנוע הטלת אחריות נזיקית בגין גרם נזק ראייתי? התשובה לכך היא שלילית, מן הטעם שנזק ראייתי קרוב במהותו לנזק פיזי יותר מאשר לנזק כלכלי, ולכן טעות היא לראות בו נזק כלכלי טהור. אכן, מבחינה מסוימת נזק ראייתי הוא כלכלי, כיוון שגרימתו אינה מלווה בדרך כלל בפגיעה פיזית כלשהי אלא רק בשלילת סיכוי התביעה בגין הנזק הישיר. אולם במרבית המקרים שבהם מוצע להטיל אחריות בגין נזק ראייתי (אם לא בכולם), הנזק הראייתי מתבטא בפגיעה בסיכויי של הניזוק הישיר לזכות בפיצוי בגין נזק פיזי, לגוף או לרכוש. הטלת אחריות בגין נזק ראייתי תורמת אפוא לתיקון מצבו של מי שניזוק פיזית,

688 מחדל רשלני בהקשר הנדון כאן הוא מחדל שאדם סביר לא היה חדלו.

689 לעיל פרק 4.

690 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 324–328.

691 גלעד, לעיל ה"ש 347, בעמ' 908 (§ 10.87).

692 לעיל פרק 6.

אפילו אם הפיצוי ניתן לסיווג כפיצוי בגין נזק כלכלי טהור. ממילא הטעמים השונים להגבלת הפיצוי בגין נזק כלכלי טהור אינם מתקיימים במקרה של נזק ראייתי כל אימת שמדובר בשלילת יכולתו של הניזוק הפיזי לבוא על תיקונו המלא.<sup>693</sup>

#### ד. צפיות

ככל נזק אף על הנזק הראייתי להיות צפוי (מבחינה טכנית<sup>694</sup>) מנקודת מבטו של מי שגרמו, כדי שתוצדק הטלת אחריות בגינו.<sup>695</sup> במקרים הטיפוסיים שנגרם בהם נזק ראייתי נזק זה עומד במבחן הצפיות.

לעתים נזק מסוים עשוי להיות בלתי צפוי במובן זה שהמזיק סבר שהנזק הראייתי אינו נזק או אינו נזק בר פיצוי. למשל, בדוגמת הגזות יכולה להיטען לכאורה טענה על ידי המדינה, אם תיתבע בנוזיקין, שבעת שנתנה לחולי הגזות טיפולי הקרנות למיניהן לא צפתה שתגרם לנזק ראייתי, שכן אז טרם הוגדר הנזק הראייתי נזק, וממילא טרם הוטלה אחריות כלשהי בגין גרימתו. בטענה זו אין ממש. אם אכן הנזק הישיר היה בר צפייה (ובשאלה זו איני עוסק כאן), כך הוא גם באשר לנזק הראייתי: הא בהא תליה. אם המדינה צפתה (או יכלה לצפות) שטיפולי הגזות יש בהם כדי לגרום למחלות שונות, היא צפתה (או יכלה לצפות) כי לעתים אי אפשר יהיה לדעת אם אדם שלקה במחלה לקה בה בגלל הטיפולים או בלא כל קשר אליהם.<sup>696</sup> צפייתה התייחסה אפוא לא לנזק ישיר גרידא אלא לנזק ישיר ללא

693 השוו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 437–439.

694 לעיל פרק 2, סעיף 1.

695 מובן צריך שתקיים אף צפיות נורמטיבית. אך צפיות נורמטיבית מתקיימת כאשר הטלת אחריות היא רצויה. ראו לעיל פרק 2, סעיף 2. הטיעונים שלהלן מלמדים שהטלת אחריות בגין נזק ראייתי רצויה בדרך כלל, ועל כן מתקיימת בדרך כלל דרישת הצפיות הנורמטיבית. מובן שיהיו מקרים שבהם הטלת אחריות בגין נזק ראייתי לא תהיה רצויה בגלל שיקולי מדיניות הנוגעים לסוג המקרים המסוים שבו מדובר, ממש כמו שקורה לעתים בסוגי נזקים אחרים (כמו נזק לא ממוני טהור, לעיל פרק 7). ראו להלן הטקסט שבין ה"ש 726–728.

696 אם כי לעתים רמת הצפיות של הנזק הראייתי תהא שונה מרמת הצפיות של הנזק הישיר. טול את דוגמת הציידים: אף שכל אחד מהנתבעים היה יכול לצפות שירייה עלולה לגרום לנזק גוף לתובע, ספק אם כל אחד מהם היה יכול לצפות שיארע אותו אירוע נדיר במיוחד, שבו הוא וחברו יירו בעת ובעונה אחת ותיווצר בעיית זיהוי נדירה למדי, כמו זו שאירעה בפועל. אך מקרה זה חריג, ובמקרים אחרים אין כל ספק שהנזק הראייתי היה צפוי. ראו למשל את *Haft v. Lone Palm Hotel*, 478 P. 2d 465 (1970). באותו מקרה טבעו אב ובנו בכרכה במלון. נטען שבעל המלון הנתבע היה צריך להציב מציל (או לפחות שלטי אוהרה המזהירים מפני רחצה בכרכה באין מציל). לעומת זאת הנתבע טען שלא הוכח שאילו היה מוצב מציל (או שלט אוהרה) היה הנזק נמנע. בית המשפט הטיל אחריות על הנתבע וקבע בין היתר שהחובה להציב מציל בכרכה שחייה נועדה בין היתר למנוע בעיות ראייתיות אם יארע מקרה טביעה, ולא רק כדי להציל את מי שטובע. שם אף מובחן המקרה הנדון ממקרה הציידים, שבו שאלת הצפיות

כתובת. אייכולתה של המדינה לצפות בשנות החמישים שתוטל עליה אחריות בגין נזק ראייתי אינה מעלה או מורידה.

עוד יש לומר כי הצפיות הטכנית מיועדת להגן על הנתבע, שלא יחויב לשאת ביותר נזקים ממה שהיה יכול לצפות בעת שביצע את מעשה העוולה. אם כך הדבר – לפחות במקרים שבהם גורם הסיכון לנזק הישיר וגורם הנזק הראייתי הם אותו אדם – אין חשש ממשי של פגיעה בלתי ראויה בעקרון הצפיות: אם צפה הנתבע את האפשרות שמעשהו העוולתי יסב לתובע נזק פיזי, חיוב הנתבע בפיצוי שאינו עולה בשיעורו על הפיצוי שהיה נפסק בגין הנזק הפיזי, אפילו העילה לכך היא גרם נזק ראייתי, אינו צריך לעורר קושי.<sup>697</sup>

### ה. נזק ראייתי מול כלל הדבר מעיד על עצמו

דוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הראייתי שלה, וכלל הדבר מעיד על עצמו הן דוקטרינות שונות אף שלעיתים תחולנה שתיהן גם יחד על מקרה נתון.

ראשית, דוקטרינת הנזק הראייתי מותנית באשם של הנתבע בגרם אי-הוודאות: על התובע לשכנע את בית המשפט כי הנתבע גרם באשמו לנזק הראייתי. לעומת זאת כלל הדבר מעיד על עצמו אינו דורש הוכחה כזו או כל הוכחה אחרת באשר לאשמו של הנתבע (את תנאי ההתרשלות המסתברת יש להוכיח בראיות כלליות בלבד<sup>698</sup>).

שנית, דוקטרינת הנזק הראייתי אינה מעמידה תנאים של אי-ידיעת התובע או של שליטה מלאה בנכס של הנתבע ואף לא התרשלות מסתברת. עם זאת נזק ראייתי מתקיים רק כאשר קיימת אי-ידיעה כלשהי באשר לנסיבות גרם הנזק, שכן בלעדי אי-ידיעה זו אין נזק ראייתי.<sup>699</sup>

שלישית, כאשר חל כלל הדבר מעיד על עצמו, הוא יוצר חזקה ניתנת לסתירה שהנתבע גרם ברשלנותו לנזק. לעומת זאת דוקטרינת הנזק הראייתי מעבירה את נטל השכנוע לנתבע רק באשר לאותם יסודות של העוולה שלגביהם נגרם הנזק הראייתי.<sup>700</sup> למשל, אם הנזק הראייתי מקשה בהוכחת הקשר הסיבתי אך לא בהוכחת הרשלנות, יועבר נטל השכנוע לנתבע רק באשר להוכחת הקשר הסיבתי אך לא באשר להוכחת הרשלנות. בעניין אחרון זה נטל השכנוע יוותר על כתפיו של התובע.

הייתה קשה יותר: *id.*, at 772–4. לדיון באירוע דומה ובפתרון דומה שנתן לו בית המשפט העליון בישראל ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 713–714.

697 במקרה הציידים, גם אם לא הייתה צפיות של הנזק הראייתי (לעיל ה"ש 696), עדיין כל אחד מן הציידים שירה אינו יכול לומר שהופתע מכך שעליו לשאת בנזק.

698 לעיל פרק 8, סעיף 1.א.

699 ראו להלן ה"ש 709.

700 עניין שטרנברג, לעיל ה"ש 593, בעמ' 551–552.

### 3. הצדקות

#### א. הפן הראייתי

כפי שהוסבר, אחריות לגרם נזק ראייתי יכולה להתבטא באחת משתי דרכים: העברת נטל השכנוע מן התובע לנתבע והטלת אחריות נזיקית על הנתבע. העברת נטל השכנוע אפשרית כמובן רק באותם המקרים שבהם גורם הנזק הראייתי הוא צד למשפט, באופן טבעי הנתבע אשר נטען נגדו שגרם לנזק הישיר, או לפחות לחלקו, וכן לנזק הראייתי. כאשר כפות המאזניים מעוינות, וכאשר הנתבע גרם לנזק ראייתי, עשוי הדבר ללמד שכפות המאזניים אינן מעוינות למעשה, וכי מאזן ההסתברויות נוטה לטובת התובע. זאת מכיוון שלעתים הנזק הראייתי נגרם שלא במקרה: יכול שהנתבע ביקש למנוע הבאת ראיות מסוימות למשפט ופעל במכוון. מובן שאם היה אפשר להוכיח גרם נזק ראייתי מכוון, ייתכן שהנתבע יפסיד במשפט אף אם כפות המאזניים – בהתעלם מגרם הנזק הראייתי – נוטות לכאורה לטובתו, ובמקרים מסוימים אף היה אפשר לתבוע אותו על כך בפלילים. אך גם כאשר אי אפשר להוכיח גרם נזק ראייתי מכוון קיים סיכון מסוים שכך אירע, וסיכון זה יש בו כדי להטות את כפות המאזניים לטובת התובע.

אולם לעתים ברור שאין מדובר בהתנהגות מכוונת מצדו של הנתבע, ואף יש מקום לטעון שכל עוד לא הוכחה התנהגות מכוונת, בית המשפט אינו רשאי להניח שקיים סיכוי שגרם הנזק הראייתי נגרם במכוון. גם אז גרם נזק ראייתי באשם ראוי שיפעל לרעת הנתבע. טעם אחד לכך הוא שהנתבע שלל מן התובע את האפשרות להביא ראיות, והדרך לתקן את העוול שנגרם לתובע היא להניח שהראיות החסרות היו פועלות לטובתו. טיעון זה יכול להיתמך בעקרונות של צדק מתקן.<sup>701</sup> טעם נוסף הוא הטעם ההרתעתי. הטלת סנקציה על הנתבע שגרם לנזק הראייתי תמריץ אותו לנקוט אמצעי זהירות כדי שלא ייגרם לתובע נזק ראייתי, ובכך הכרעת בית המשפט תהיה מדויקת ככל האפשר ותאפשר את השגת מטרותיו של הדין המהותי (יהיה זה צדק, הרתעה או כל מטרה אחרת אשר המשפט מקדם).

#### ב. אחריות נזיקית

אולם כפי שהוסבר לעיל, לעתים העברת נטל השכנוע אינה פתרון מעשי, או רצוי, שאז מוצע להטיל אחריות נזיקית בגין גרם נזק ראייתי בשיעור שהוא המכפלה של הנזק הקיים, בהסתברות שאלמלא הנזק הראייתי היה התובע זוכה לפיצוי בגינו. מנקודת מבט של צדק מתקן, הפיצוי משקף את שווי הזכות של הנפגע לדעת ממה נפגע כאשר יש אפשרות שנפגע

701 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1.

מהתנהגות עוולתית – זכות שנשללה ממנו בהתנהגות עוולתית של הנתבע. הטיעון ההרתעתי מורכב קצת יותר.

מן הצד האחד הטלת אחריות בגין נזק ראייתי מיועדת להביא להפחתת סך הנזקים הישירים והוצאות מניעתם בהינתן הנזק הראייתי. בהעדר יכולת, עקב הנזק הראייתי, להקצות למונע הזול ביותר של הנזקים הישירים את הנזקים שגרם בפועל כדי שיפעל ביעילות להפחתתם, על דוקטרינת הנזק הראייתי להקצות לו נזקים כדי שתמריצו יהיו קרובים ככל האפשר לתמריצים שהיו מנת חלקו אלמלא הנזק הראייתי. הטלת אחריות על המונע הזול ביותר של הנזקים הישירים בשיעור תוחלת נזקיו מכוחה של דוקטרינת הנזק הראייתי מגשימה מטרה זו ומאפשרת הרתעה יעילה בהינתן נזק ראייתי.

מן הצד האחר, על דוקטרינת הנזק הראייתי להביא לידי צמצום בעיות הזיהוי של גורמי הנזק. על דוקטרינה זו להביא להפחתת סך הנזקים הנגרמים מקיומם של נזקים ראייתיים על אף קיומה של דוקטרינת הנזק הראייתי (להלן: "נזקי הנזקים הראייתיים") והוצאות מניעתם. נזקי הנזקים הראייתיים נגרמים כאשר במקרים שבהם קיים נזק ראייתי, ועל אף תחולת דוקטרינת הנזק הראייתי, הנזקים הישירים אינם מוקצים במדויק למונעי הנזק הזולים ביותר שלהם. מכאן שנזקי הנזקים הראייתיים הם הרתעה לא יעילה לגבי הנזקים הישירים, לעומת זו שהייתה מתאפשרת אלמלא הנזקים הראייתיים.

שתי מטרות משנה אלה מכוונות בסופו של דבר להשגתה של אותה מטרה: הרתעה יעילה לגבי הנזקים הישירים. עם זאת קיים ביניהן מתח פנימי. אילו הייתה מטרת המשנה הראשונה עומדת לבדה, היה ראוי לחייב בגין הנזק הראייתי את מונע הנזק הזול ביותר של הנזקים הישירים. לעומת זאת אם מטרת המשנה השנייה הייתה עומדת לבדה, היה ראוי להטיל אחריות בגין הנזק הראייתי על מונע הנזק הזול ביותר של הנזק הראייתי.<sup>702</sup> במקרים שבהם קיימת זהות בין שני סוגים אלה של מונעי הנזק הזולים ביותר אין מתעורר כל קושי, ושתי המטרות תקודמנה יחדיו. אולם כאשר זהות זו אינה מתקיימת, יידרשו כללי עדיפות שיקדמו מטרת משנה אחת, אפילו על חשבון מטרת המשנה האחרת.

טול דוגמה של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית בדרך עוולתית, ובגלל הקרינה עולה מספר חולי הסרטן בסביבה הקרובה למפעל מ-100 ל-125, ואי אפשר לדעת מי מן החולים נפגע מהקרינה ומי בלא כל קשר אליה. בהמשך הספר תידון דוגמה זו בהרחבה, ומוצע להטיל אחריות הסתברותית במקרה זה בלא היוזקות לדוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>703</sup> אולם אפשר להגיע לתוצאה זו גם אם אין מאמצים אחריות הסתברותית במישורין, וזאת על פי דוקטרינת הנזק הראייתי. על פי דוקטרינה זו, כל חולה יזכה בפיצוי בשיעור 20% מנזקיו,

702 אם כי אם המונע הזול של הנזק הראייתי הוא המזיק, הוא לא יפעל בהכרח למניעתו גם אם תוטל עליו אחריות בגינו. ראו להלן ה"ש 704.

703 להלן חלק ג, פרק 4, סעיף 2.א.



שכן זוהי המכפלה של הנזק שסבל בהסתברות שהיה זוכה בפיצוי בגינו אילו לא נגרם נזק ראייתי, דהיינו לו היה יכול לדעת ממה נפגע. התוצאה תהא שהמפעל יישא הלכה למעשה בנזקים הישירים שגרם. בהנחה שהמפעל הוא המונע הזול ביותר של הנזקים הישירים, הטלת אחריות עליו תגרום לו שיכלכל צעדיו מלכתחילה כשלנגד עיניו תעמוד תוחלת נזקיו הישירים ולא שיעור נזק הקטן ממנה בהרבה, כפי שהיה קורה אם בשל בעיות ההוכחה הניצבות בפני התובעים השונים היו תביעותיהם נדחות במלואן. דוקטרינת הנזק הראייתי תגרום אפוא להרתעה יעילה, אך זאת בהינתן קיומם של נזקים ראייתיים. העולם היה טוב יותר אילו לא היו בו בעיות ראייתיות, והיה אפשר לזהות במדויק את כל מי שנפגע מהקרינה ולחייב את המפעל בהתאם. כדי לקדם מטרה זו של הפחתת בעיות הזיהוי יש להטיל אחריות על המונע הזול ביותר של הנזק הראייתי. בדוגמת המפעל, המפעל עומד בבירור באמת מידה זו, ועל כן אין מתעורר כל קושי.<sup>704</sup> המתח בין שתי מטרות המשנה של ההרתעה ייווצר אם דווקא התובעים השונים יהיו המונעים הזולים ביותר של הנזקים הראייתיים. כך הוא המצב אם היה בכוחם לנקוט אמצעים פשוטים יחסית שהיו מאפשרים לדעת אם מחלתם נבעה מן הקרינה אם לאו, והם בחרו שלא לעשות כן. אם כך הם פני הדברים, תעלה השאלה איזה פתרון עדיף: הקצאת הנזקים הישירים למונע הנזק הזול ביותר שלהם, בהינתן קיומם של נזקים ראייתיים, או הקצאת נזקים אלו למונעי הנזק הזולים ביותר של הנזקים הראייתיים כדי למזער נזקים אלה ולהביא לידי הרתעה יעילה לגבי הנזקים הישירים לטווח הארוך.

#### 4. עמדת הפסיקה

מאז פרסומו בארץ של המאמר על דוקטרינת הנזק הראייתי<sup>705</sup> יישמו בתי המשפט את עיקרי הדוקטרינה בהרחבה, וכיום ההזדקקות לה נעשית כדבר שבשגרה. אמנם רק הפן הראייתי שלה אומץ בפסיקה, והפן הנזיקי טרם אומץ, אך הוא גם לא נדחה. בכמה פסקי דין בתי

<sup>704</sup> הטלת אחריות על המפעל לא בהכרח תתמרץ אותו לפתור את הבעיה הראייתית. ייתכן שהמפעל יעדיף לשאת באחריות על פי דוקטרינת הנזק הראייתי בהינתן הנזקים הראייתיים, על פני נשיאה באחריות לנזקים הישירים בהעדר הנזקים הראייתיים: האחריות הראשונה עשויה להיות קלה יותר מן האחריות האחרונה. יתרה מזו, אף אם המפעל נושא באחריות זהה בגובהה לנזקים הישירים, אך אין באפשרותו להפחית את הנזקים הישירים בעלות סבירה, הוא לא ישקיע משאבים בפתרון הבעיה הראייתית, שכן לא ירוויח מכך דבר. לבסוף, גם אם ירוויח מפתרון הבעיה הראייתית, הוא לא יפתור אותה אם עלויותיה אינן מצדיקות מבחינתו את ההשקעה במניעה.

<sup>705</sup> פורת ושטיין, לעיל ה"ש 674.

המשפט גילו אהדה מסוימת לפן הנוזקי של הדוקטרינה,<sup>706</sup> ובמקרים אחרים שאירו את שאלת אימוצו ב"צריך עיון".<sup>707</sup>

המקרים שבהם נעשה שימוש נרחב בדוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הראייתי שלה, הם מקרי רשלנות רפואית, ובראש ובראשונה מקרים של העדר תיעוד רפואי או חסר בו. עם השנים מצאה חובת התיעוד הרפואי את מקומה בחוק זכויות החולה,<sup>708</sup> ולכן אי-קיום תיעוד רפואי ראוי אינו רק בבחינת רשלנות אלא אף בבחינת הפרת חובה חקוקה. במקרים אלו העבירו בתי המשפט בפסקי דין רבים את נטל השכנוע לנתבע, בית החולים, שיוכיח שלא התרשל כלפי החולה, ואם זה לא עמד בנטל, הוטלה עליו אחריות נזיקית. הדוקטרינה יושמה גם במקרים שבהם בית החולים נתבע באחריות שילוחית לרשלנותו המקצועית של רופא, והרשלנות בתיעוד הרפואי הייתה של עובד אחר של בית החולים.<sup>709</sup>

בפסקי דין אחרים, שעסקו גם הם ברשלנות רפואית, הכיר בית המשפט העליון בכך שנזק ראייתי יכול להיווצר באותה הפעולה ממש הנטענת להיות הגורם העולתי לנזק הישיר, הפיזי. זאת בשונה ממקרי התיעוד הרפואי, שבהם הפעולה שגרמה לנזק הראייתי נפרדת מן הפעולה הנטענת להיות הגורם לנזק הישיר.<sup>710</sup> כך, אם נקבע שהרופא התרשל כי לא הורה על בדיקות רפואיות מסוימות, שאילו נעשו היה הנזק לחולה נמנע, המחדל

- 706 ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 704, 680, 708 (1999). ראו גם להלן ה"ש 719, הדיון ברע"א 7953/99 פילבר נ' המרכז הרפואי שערי צדק, פ"ד נד(2) 529 (2000).
- 707 ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח דר מנחם אלברט ז"ל, פ"ד סב(1) 330, 367-368 (2006); ע"א 6768/01 רגב נ' מ.י., פ"ד נט(4) 625, 634 (2004). ישראל גלעד סבור שהפן הנוזקי של דוקטרינת הנזק הראייתי נדחה בעניין מלול, לעיל ה"ש 31. ראו גלעד, לעיל ה"ש 347, בעמ' 908 (§ 10.87), אולם לא ברור על מה נסמכת דעה זו.
- 708 חוק זכויות החולה, סעיפים 17-18.
- 709 לדוגמאות להעברת נטל השכנוע לבית החולים בגלל תיעוד חסר בהסתמך על דוקטרינת הנזק הראייתי ראו למשל ע"א 7705/98 המרכז הרפואי סורוקה נ' כהן, פ"ד נה(5) 913 (2001); ע"א 8549/00 בית החולים הכללי משגב לדרך ירושלים (בפירוק זמני) נ' דבאש, פ"ד נו(3) 844 (2002); ע"א 5373/02 נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נו(5) 35 (2003); ע"א 2809/03 פלוני נ' הסתדרות מדיציניית הדסה (פורסם בנבו, 7.2.2005). עם זאת יש להראות קשר סיבתי בין העדר התיעוד לבין הקושי של התובע לתבוע בגין נזקיו, שאם לא יוכח קשר סיבתי כזה, לא יועבר נטל השכנוע לנתבע. ראו ע"א 2055/99 פלוני נ' זאב, פ"ד נה(5) 241, 272-273 (2001); ע"א 4744/05 פלונית נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 9.8.2006); ע"א 916/05 כדר נ' הרישנו (פורסם בנבו, 28.11.2007).
- 710 ראו על הבחנה זו, לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 680-681.

מלעשות את הבדיקות עשוי להיות גרם נזק ראייתי, שאז נטל השכנוע על הרופא או בית החולים כי גם אם היו הבדיקות נעשות, לא היה הנזק נמנע.<sup>711</sup> דוקטרינת הנזק הראייתי הופעלה לא רק בתחום הרפואי. כך למשל בעניין ד'אהרן נ' סרן יואב<sup>712</sup> השתמשו חיילי צה"ל בכדורי פלסטיק לפיזור הפגנה. נטען כי קצין צה"ל ירה לעבר המפגינים ופגע בראשו של התובע, וכי על כן מוטלת על הקצין ועל המדינה אחריות נזיקית כלפי התובע. מתברר שלא נעשתה בדיקת מז"פ על ידי המשטרה מיד לאחר הפגיעה, שלו נעשתה היה בה כדי לשפוך אור על נסיבות גרם הנזק. בית המשפט העליון החיל על המקרה את דוקטרינת הנזק הראייתי וקבע שרשלנות המשטרה, באי-בדיקת מז"פ, הסבה לתובע נזק ראייתי, ועל כן הנטל על המדינה להראות שהנזק הפיזי של התובע לא נגרם בגלל רשלנות. מאחר שלא עמדה בנטל זה הוטלה על המדינה אחריות נזיקית. מעניין שבית המשפט העליון סירב להטיל אחריות על הקצין, שנתבע גם הוא, שכן אף לו נגרם נזק ראייתי בגלל מחדלי המשטרה: אילו נעשתה בדיקת המז"פ היה אולי מצליח להראות שלא גרם לנזקיו של התובע. לפיכך אין להחיל על התביעה נגד הקצין, כך קבע בית המשפט, את דוקטרינת הנזק הראייתי, וממילא אין להטיל עליו אחריות נזיקית.

בעניין ד'האר, כמו גם במקרי העדר התייעוד הרפואי או החסר בו, גרם הנזק הראייתי היה נפרד מן הפעולה אשר על פי הנטען גרמה לנזק הישיר. לא כן בעניין עיריית הרצליה נ' כץ, שם התמזגו השניים לכדי פעולה אחת.<sup>713</sup> באותו מקרה נפגע התובע מפגיעת סלע בראשו כאשר שחה בים בחוף בלתי מוכרז. בית המשפט העליון קבע שעיריית הרצליה והמדינה התרשלו בכך שלא דאגו להצבת שלטי אזהרה המכריזים שהחוף אינו חוף מוכרז, ואף המתריעים מפני הסכנה הספציפית של קיומם של סלעים במקום. עם זאת נותרה השאלה אם קיים קשר סיבתי בין רשלנות זו של העירייה ושל המדינה לבין הנזק, שכן לא היה ברור אם שלטי האזהרה היו מונעים מן התובע לשחות או לפחות את הפגיעה מן הסלעים. בית המשפט קבע שההתנהגות הרשלנית של אי-הצבת שלטי האזהרה גרמה אף לנזק ראייתי, שבעטיו אין מתאפשר לתובע להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. מכאן שנטל השכנוע רובץ לפתחן של העירייה ושל המדינה להוכיח שאין קשר סיבתי בין התרשלותן לבין הנזק, ומאחר שלא עמדו בו, מוטלת עליהן אחריות נזיקית. לדברי בית המשפט, "נפסק כבר כי התרשלות הפוגעת ביכולתו של התובע להוכיח את הקשר הסיבתי,

711 ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 61-66 (2004); ע"א 2886/05 אשכנזי נ' קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 8.11.2010); עניין כדר, לעיל ה"ש 709.  
712 ע"א 361/00 ד'אהרן נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005).  
713 ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כץ (פורסם בנבו, 14.1.2009).

כיוון שהיא עצמה מונעת את התממשות סדר הדברים הלא-רשלני, עשויה להביא להעברת הנטל לנתבע לשלול את קיומו של קשר סיבתי<sup>714</sup>. במקרה אחר, **עזבון המנוח מוסא אבו צבחה נ' מ.י.**<sup>715</sup> נרצח עצור פלסטיני כפות על ידי תושב התנחלות. המדינה נתבעה בטענה שהחיילים במקום התרשלו בהגנתם הכושלת על המנוח. בית המשפט קבע כי החיילים לא התרשלו. עם זאת התייחס בית המשפט לאפשרות שהיה מגיע למסקנה הפוכה, אך הייתה אי־ודאות באשר לשאלה אם רשלנותם של החיילים גרמה לרצח. על כך אומר בית המשפט:

“לשאלות אלה ואחרות לא ניתן להשיב כיוון שמדובר בתרחיש היפותטי שלא התממש במציאות בשל העובדה שלא ננקטו על-ידי הכוח אמצעי הזהירות האמורים. בנסיבות שבהן התנהגות רשלנית, היא עצמה, שומטת את הקרקע מתחת ליכולת להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי, עשוי בית המשפט להורות על העברת נטל השכנוע לנתבע<sup>716</sup>.” (בהמשך מזכיר בית המשפט בהקשר זה את דוקטרינת הנזק הראייתי<sup>717</sup>).

מפסקי הדין כץ ואבו צבחה – כמו גם מפסקי הדין שבהם הוטלה אחריות על רופאים ועל בתי חולים בשל מחדל מלעשות בדיקה שאילו נעשתה ייתכן שהנזק היה נמנע<sup>718</sup> – עולה שבמקרים רבים די להוכיח את רשלנותו של הנתבע ביצירת הסיכון אשר לפי הנטען התממש לכדי הנזק לתובע, כדי שנטל השכנוע לעניין הקשר הסיבתי יעבור לנתבע. מובן שלעתים יעמוד הנתבע בנטל זה, שאז לא תוטל עליו אחריות נזיקית. אך במקרים רבים יקשה עליו לעמוד בנטל, שאז הוא ימצא אחראי לנזק.<sup>719</sup>

- 714 עניין כץ, שם, פסקה 16. לדיון במקרה אמריקאי דומה ראו לעיל ה"ש 696.
- 715 ע"א 6279/04 **עזבון המנוח מוסא אבו צבחה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.5.2007).
- 716 עניין אבו צבחה, שם, פסקה 7.
- 717 עניין אבו צבחה, שם.
- 718 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 710–711.
- 719 שאלת הנזק הראייתי עלתה אף בסוגי מקרים אחרים. במקרה אחד מדובר באישה שתבעה בגין נזקים שלטענתה נגרמו לה בגלל רשלנות רפואית. במסגרת ההליך המשפטי הגישה האישה תצהיר לבית המשפט, אך בטרם נחקרה בעניינו נהרגה בתאונת דרכים. בית המשפט העליון העלה את השאלה, מבלי להכריע בה, אם הנוהג ברכב שגרם למותה של האישה פגע בסיכויי הזכייה של עיזבונה ותלוייה במשפט הרשלנות הרפואית, שבו כאמור טרם נחקרה על התצהיר שנתנה, ועל כן הוא אחראי לנזק הראייתי שגרם להם. ראו עניין פילבר, לעיל ה"ש 706. יש לשים לב שבמקרה זה הכרה באחריות בגין נזק ראייתי משמעה הכרה בפן הנזיקי של הדוקטרינה ולא בפן הראייתי, שהרי הנוהג ברכב שנתבע בגין הנזק הראייתי לא היה כמובן צד למשפט הרשלנות הרפואית שבו היה הנזק הראייתי יכול לבוא לידי ביטוי, וממילא העברת נטל השכנוע (הפן הראייתי של הדוקטרינה) לא הייתה אפשרות רלוונטית. בעניין אחר נעשה

**5. נקודת מבט ביקורתית**

במשך השנים נכתבו כמה מאמרי ביקורת על דוקטרינת הנזק הראייתי, הן על הפן המהותי שלה<sup>720</sup> והן על הפן הראייתי.<sup>721</sup> בזמננו השבנו אלכס שטיין ואני למבקרים,<sup>722</sup> ולא אחזור על תשובותינו כאן. במקום זאת אתמקד במאמר ביקורת שפרסם לאחרונה גיא שני אשר אני מוצא בו טעם ועניין מיוחדים.<sup>723</sup> לא אציג כאן את כל נקודות הביקורת של שני אלא אתייחס לחלקן בלבד. הביקורת מתייחסת הן לדוקטרינה כפי שהוצעה על ידי שטיין ועל ידיי, אך לא פחות מכך – לאופן שבו יושם הפן הראייתי של הדוקטרינה בבתי המשפט. שני מתריע שהפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי מביא בפועל להטלת אחריות על נתבעים לעתים תכופות מדי, ובכך עלול להביא להרתעת יתר. הרתעת היתר תתבטא בין היתר בכך שבשל התוצאות הקיצוניות של הדוקטרינה – הנתבע שגרם ברשלנות לנזק ראייתי מפסיד את כל תביעתו – ישקיעו מזיקים בכוח, כמו בתי חולים, השקעת יתר בתייעוד כדי לצמצם את הסיכון העצום שבפניו הם עומדים אם ייצאו אחראים לנזק ראייתי. שני טוען שבתי משפט ממהרים להחיל את הדוקטרינה אף במצבים שבהם אין ודאות שנוצר תיקן ראייתי. זאת ועוד, במקרים רבים, כך טוען שני, קושי הוכחתו של הקשר הסיבתי הוא מובנה, ועל כן בשל דוקטרינת הנזק הראייתי תמיד זוכה במשפט התובע, שכן לנתבע אין סיכוי אמתי להוכיח כי לא הוא שגרם לנזק.

שני מבחין בין מצבים שבהם גרם הנזק הראייתי הוא אינדיקטיבי – דהיינו מצביע על אפשרות שהנתבע התרשל (למשל, העדר רישום רפואי באשר לבדיקה שהיה צריך לעשות לחולה יכול לעתים להגדיל את ההסתברות שהבדיקה לא נעשתה על ידי הרופאים) – לבין

שימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי בתביעת אבהות: בר"ע (ב"ש) 615/02 פלוני נ' פלונית, תשס"ב (2) 108, 132 (2003). לשימוש ברעיון הנזק הראייתי בדיני חוזים ראו ע"א 7905/08 Aerocon c.c נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה (4) 387, 398–400 (2001); במשפט הפלילי ראו ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מ.י. (פורסם בנבו, 18.5.2006), פסקאות ז–ח, שם בפועל לא נעשה שימוש בדוקטרינה אך בוטאה נכונות עקרונית להחילה במקרים חריגים; במשפט המנהלי ראו ע"א 5110/05 מ.י. נ' שטיינברג (פורסם בנבו, 18.1.2007).

720 ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל 317 (1999).  
721 Richard D. Friedman, *Dealing with Evidentiary Deficiency*, 18 CARDOZO L. REV. 1961 (1997).

722 אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל 349 (1999).

723 גיא שני "הנזק הראייתי ועונשו": בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315 (2011). כן ראו שני, לעיל ה"ש 591, בעמ' 297–407.

מצבים שבהם אינו אינדיקטיבי (למשל בגלל רשלנות לא תועד דבר על הטיפול שקיבל החולה, אך בכך אין כדי להגדיל את ההסתברות שביצוע הטיפול היה רשלני). החלתו של הפן הראייתי של הדוקטרינה בסוג המצבים השני מטרידה את שני במיוחד, והוא אף מעלה את האפשרות שכאשר הנזק הראייתי אינו אינדיקטיבי, עדיפה אחריות חלקית על העברת נטל השכנוע, בדומה למתבקש מהחלתו של הפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>724</sup> את בעיית הרתעת היתר שנוצרת בשל החלתה של דוקטרינת הנזק הראייתי אפשר לפתור, או למתן, לטענתו של שני, אף בכך שתוחל על הדוקטרינה מגבלה של מידתיות כמו זו המוכרת מתחום המשפט המנהלי והחוקתי. לשיטתו, לא בכל מקרה שבו גרם נתבע ברשלנותו לנזק ראייתי יועבר אליו נטל השכנוע. השאלה אימתי יועבר נטל השכנוע ואימתי לא תיענה בין היתר תוך התחשבות בהשפעות שליליות אפשריות של דוקטרינת הנזק הראייתי, בעיקר החשש של הרתעת היתר, כמתואר לעיל.<sup>725</sup> לבסוף, שני נוטה לדעה שאין להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי במצבים שבהם גרם הנזק הראייתי והפעולה שיצרה את הסיכון לנזק הישיר מתמזגים לכדי פעולה אחת. במצבים אלו, לטענתו, גרם הנזק הראייתי אינו אינדיקטיבי, דהיינו אינו מגדיל את ההסתברות שהמזיק התרשל, והעיקר – בסוג זה של מקרים, הכוללים את כל מקרי הסיבתיות העמומה (דהיינו המצבים שבהם קושי הוכחת הקשר הסיבתי הוא מובנה), יש לטפל לפי שיקולי המדיניות הפועלים בעד ונגד הטלת אחריות במצבים של סיבתיות עמומה. אני חושב שביקורתו של שני ראויה לתשומת לב רבה, ואני מסכים לחלקים ניכרים ממנה.

ראשית, ייתכן שבתי המשפט מחילים את הפן הראייתי של הדוקטרינה בקלות רבה מדי, כפי שטוען שני. דוקטרינה זו לא יועדה, ואף אין צורך לייעדה, להיות מזוור לכל מכאוב, לא בתחום הרפואי ולא מחוצה לו. אכן, הפן הראייתי של הדוקטרינה נועד למצבים של תיקו ראייתי, ולא לשמש כלל הכרעה במצבים שבהם אין תיקו כזה. אמת, קיימים מקרים שבהם בית המשפט נעדר מידע קונקרטי באשר לשאלות הרשלנות והקשר הסיבתי, וכל שיש בפניו הן ראיות כלליות<sup>726</sup> (כך למשל במקרים שבהם קושי הוכחת הקשר הסיבתי הוא מובנה, דהיינו במקרים של סיבתיות עמומה). אך אין סיבה לראות במצבים אלו מצבי תיקו ראייתי, ואין סיבה לצפות שדוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הראייתי שלה, תפתור אותם לטובת התובע. ראשית, העדר מידע קונקרטי אין משמעו שלפי הראיות הכלליות יש תיקו ראייתי.

724 אם כי שני מראה במאמרו שאין זהות בין ההצעה של שטיין ושלי לבין ההצעה שלו. שני, שם, בעמ' 376–382.

725 שני, שם, בעמ' 366–371.

726 ראיות כלליות כוללות ראיות סטטיסטיות וכן ראיות אחרות שאינן מתייחסות למקרה הקונקרטי. ראו לעיל ה"ש 597.

שנית, והעיקר, דוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הראייתי שלה, אינה צריכה לאפשר הטלת אחריות על פי ראיות כלליות בלבד. כזכור, על פי כלל הדבר מעיד על עצמו אפשר להשתמש בראיות כלליות לשם הטלת אחריות נזיקית, אך זאת רק כאשר מתקיימים תנאים נוספים הקבועים בסעיף 41 לפקודת הנזיקין.<sup>727</sup> שיטת המשפט שלנו, כמו גם שיטות משפט אחרות, אינה ממהרת להטיל אחריות נזיקית, או אחרת, על פי ראיות כלליות בלבד, וכלל הדבר מעיד על עצמו הוא חריג המלמד על הכלל. אכן, במקרה שאין בפני בית המשפט אלא ראיות כלליות, וכן גרם נזק ראייתי ברשלנות, אין הצדקה להטיל את מלוא האחריות על הנתבע. אם בכלל, החלת הפן הנזיקי של הדוקטרינה, שמביאה לידי פיצוי נמוך מזה שבהחלת הפן הראייתי שלה, היא הפתרון הטוב יותר.

שנית, אם יוקפד שהפן הראייתי של הדוקטרינה יוחל רק במקרים של תיקו ראייתי אמתי, ולא יוחל במקרים שבהם יש בפני בית המשפט רק ראיות כלליות, החשש להרתעת יתר יקטן. אך אני מסכים עם שני שאפילו אם כך יוקפד, לא כל גרם נזק ראייתי ברשלנות צריך לאפשר אוטומטית את זכייתו של התובע במלוא תביעתו. ממש כפי שבתחום דיני הרשלנות חובת הזהירות היא "מסננת" המאפשרת לבתי המשפט לצמצם את מעגלי האחריות הנזיקית כאשר נזקה רב מתועלתה, אין סיבה שלא תתקיים "מסננת" דומה אף לדוקטרינת הנזק הראייתי. לכן במקרים קיצוניים, שבהם יש חשש רב להרתעת יתר עקב החלתה של הדוקטרינה, יהיה מוצדק להציב לה גבולות ברורים. עם זאת חשוב להדגיש כי אין למהר ולהסיק חשש להרתעת יתר כל עוד תוחל הדוקטרינה רק במצבי תיקו ראייתי (ואף לא תוחל במצבים שבהם יש בפני בית המשפט ראיות כלליות בלבד). יש לזכור שמצבי תיקו ראייתי אמתיים אינם כה שכיחים, וכאשר הם מתקיימים, ובשל רשלנותו של המזיק – בית החולים, למשל – אין ביכולתו של הניזוק לדעת כיצד נפגע, הטלת אחריות על המזיק אינה תוצאה שצריכה לקומם. אדרבה, כאשר כפות המאזניים מעוינות, ההחלטה מי יישא בנזק היא "כמעט" שרירותית, ועל כן די ש"מעט" אשם של גרם נזק ראייתי יתווסף לנתבע כדי שהטלת אחריות עליו תהיה מוצדקת.

את החשש שמעורר שני, שלפיו התייעוד, בעיקר בבתי חולים, יהיה תיעוד יתר בגלל מוראה של דוקטרינת הנזק הראייתי, אפשר למתן בעת שבית המשפט מגדיר תיעוד סביר מהו. זאת יש לזכור: דוקטרינת הנזק הראייתי חלה רק כאשר הנזק הראייתי נגרם באשם. בלעדי אשם – רשלנות בדרך כלל – לא תחול הדוקטרינה. לפיכך מומלץ לבית המשפט לא להגדיר כל העדר תיעוד רשלנות. ככל שבתי המשפט, או המחוקק, יגדירו בבירור רב יותר מה נדרש לעשות כדי שהתייעוד ייחשב לסביר ולא יפריזו בדרישות תיעוד, כך תקטן בעיית

727 לעיל פרק 8, סעיף 1.

הרתעת היתר : מזיקים יתעדו כראוי ולא יעשו (הרבה) מעבר לכך, שכן לא יחששו שבית המשפט יקבע שגרמו לנזק ראייתי ברשלנות.

**שלישית**, יש לי אהדה, לפחות חלקית, לטענתו של שני כי דוקטרינת הנזק הראייתי ככזו מתאימה פחות למצבים שבהם (א) הקשיים להוכיח קשר סיבתי מובנים ; (ב) גרם הנזק הראייתי והפעולה שיצרה את הסיכון לנזק הישיר מתמזגים לכדי פעולה אחת. אכן, בכתיבתי שלי, ואף בזו המשותפת לשטיין ולי, עסקתי בהרחבה בשאלה אם ראוי להטיל אחריות הסתברותית בסוג זה של מקרים,<sup>728</sup> ואני מסכים עם שני שבסופו של דבר שיקולי מדיניות הם שצריכים להכריע את הכף. עם זאת רעיון גרם הנזק הראייתי יכול לשמש בסיס עיוני נוסף להטלתה של אחריות הסתברותית. בסיס עיוני זה עשוי לשכנע תאורטיקנים של צדק מתקן למשל בצדקת הטלתה של אחריות הסתברותית במצבים מסוימים יותר מששיקולי מדיניות או שיקולים אחרים כלשהם עשויים לשכנע.<sup>729</sup> אמת, למי שמשקיף על דיני הנזיקין באופן אינסטרומנטלי וסבור שייעודם הוא להפחית למינימום את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן, התוצאה בלבד היא החשובה (יש אחריות/אין אחריות) ולא הדוקטרינה המשפטית שבאמצעותה מושגת התוצאה (דוקטרינת הנזק הראייתי/עקרון אחריות הסתברותית עצמאי).

728 להלן חלק ג, פרק 3.

729 להלן חלק ג, פרק 3.



חלק שלישי

**סיבתיות**



## מבוא

תנאי להטלת אחריות נזיקית הוא קיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק. נהוג להבחין בין שני סוגים של קשר סיבתי: עובדתי ומשפטי. מבחן הקשר הסיבתי העובדתי שאותו בתי המשפט מחילים במרבית המקרים הוא מבחן האלמלא, או מבחן ה"גורם-בלעדיו-אין". על פי מבחן זה מתקיים קשר סיבתי עובדתי אם הנזק לא היה נגרם אלמלא ההתנהגות העוולתית. קיימים מקרים שמבחן האלמלא אינו מתאים להם, שאז אפשר להמירו במבחנים אחרים, בראש ובראשונה במבחן הדיות. לפי מבחן הדיות מוטלת אחריות נזיקית אם די היה בהתנהגות העוולתית כדי להביא לגרם הנזק, גם אם הנזק היה נגרם אלמלא ההתנהגות העוולתית.<sup>1</sup>

מבחן הקשר הסיבתי המשפטי העיקרי בשיטת משפטנו הוא מבחן הצפיות. על פי מבחן זה מתקיים קשר סיבתי משפטי אם הנזק שאירע, והאופן שבו אירע, היו צפויים. כפי שעולה מן הפסיקה, הצפיות הנדרשת לקיומו של קשר סיבתי אינה שונה מן הצפיות הנדרשת לקיומה של חובת זהירות: בשני המקרים נדרשת צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית כתנאי להטלת אחריות.<sup>2</sup> לפיכך אי אפשר למצוא פסקי דין בארץ שבהם קבע בית המשפט כי קיימת חובת זהירות אך אין מתקיים קשר סיבתי משפטי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק, או להפך. נדמה שמדובר באותו המבחן ממש. עם זאת כאשר גורם מתערב זר פועל בד בבד עם הגורם העוולתי שבגיניו מוגשת התביעה או לפניו, ונטען כי בשל כך אין להטיל אחריות על הנתבע, מסווגת הטענה בדרך כלל כטענה של "ניתוק קשר סיבתי", דהיינו טענה של העדר קשר סיבתי משפטי, ולא כטענה של העדר חובת זהירות.<sup>3</sup> כמו כן קיימים מקרים שבהם מן הנזק הראשוני של הניזוק מתפתחים נזקים נוספים, ועולה השאלה אם המזיק אחראי אף להם. כאן מחילים בתי המשפט מבחן של "ריחוק הנזק", שלפיו אין נדרשת צפיות של היקף הנזק אלא רק של סוגו.<sup>4</sup>

בין מבחן האלמלא לבין מבחן הצפיות – מבחני הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי – קיים מבחן הנטייה הסיבתי, אשר בדומה למבחן האלמלא אף הוא עובדתי.<sup>5</sup> מבחן זה

- 1 להלן פרק 1, סעיף 1.
- 2 לעיל חלק ב, פרק 2.
- 3 להלן פרק 7, סעיף 2.
- 4 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1, ולהלן פרק 7, סעיף 1.
- 5 להלן פרק 1, סעיף 2.

מוצנע בדרך כלל, ולמיטב ידיעתי לא הוזכר במפורש בפסיקה,<sup>6</sup> אך הפסיקה עולה עמו בקנה אחד. לפי מבחן זה, קשר סיבתי מתקיים רק אם הגורם העוולתי הגביר מלכתחילה את הסיכון שיארע אירוע הנזק שאירע בפועל. לפיכך אדם הנוהג במהירות מופרזת במכוניתו, ובנקודת זמן מסוימת חולף תחת עץ, העץ קורס על המכונית וגורם נזק רכוש לנוסע היושב לצדו, לא יהיה אחראי לנזקיו של הנוסע על פי עוולת הרשלנות, מכיוון שהנהיגה במהירות מופרזת לא הגבירה את הסיכון שהעץ ייפול על המכונית. מסקנה זו תקפה גם אם יש קשר סיבתי עובדתי על פי מבחן האלמלא בין הנסיעה במהירות מופרזת לבין פגיעתו של העץ במכונית, וגם אם נפילת העץ וגרם הנזק לנוסע היו בגדר הצפוי (למשל שהנסיעה ברכב התקיימה בעת סופה, עת נפילת עצים הייתה בגדר הצפוי<sup>7</sup>).

לעתים קיים קושי ראייתי להוכיח את קיומו של הקשר הסיבתי העובדתי, שאז עולה השאלה אם קושי זה תמיד צריך להוביל לדחיית התביעה, או אולי לפסיקת פיצוי חלקי שייקבע לפי ההסתברות שהנתבע גרם באשמו לנזק. קיימים מצבים שונים של אי־ודאות בגרימת נזקים: לעתים אי־הוודאות נוגעת להוכחת קשר סיבתי,<sup>8</sup> לעתים להוכחת ההתנהגות העוולתית,<sup>9</sup> לעתים קיימים מזיקים אפשריים רבים או ניזוקים אפשריים רבים, ולא ברור מי המזיק המסוים אשר גרם לנזק באשמו<sup>10</sup> או מי הניזוק המסוים אשר ניזוק עקב אשמו של המזיק.<sup>11</sup> במצבים אחרים אי־הוודאות נוגעת להגדרת חלקו של מזיק ידוע בגרם נזק משום שפעלו עמו יחד מזיקים נוספים,<sup>12</sup> או גורם טבעי לא עוולתי,<sup>13</sup> אשר גרמו לחלק מן הנזק. המשפט הישראלי פיתח כלים אחדים לטיפול במצבים אלו של אי־ודאות, ובראשם אחריות הסתברותית<sup>14</sup> ודוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>15</sup> לאחרונה דן בית המשפט העליון בהיקף תחולתו של עקרון האחריות ההסתברותית במצבי אי־ודאות בהרכב של תשעה שופטים, אך עדיין

6 אך ראו להלן ה"ש 381. "מבחן הסיכון" המוזכר לעתים בפסיקה אינו זהה למבחן הנטייה הסיבתית, ומכל מקום הוא נתפס כמבחן חלופי למבחן הצפיות ולא כתנאי הכרחי להטלת אחריות נזיקית. ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 376–377.

7 הנחת הדוגמה היא שעצם הנסיעה במכונית בעת סופה לא הייתה רשלנית כשלעצמה בשל סכנות שאינן קשורות במהירות הנסיעה.

8 להלן פרק 3.

9 להלן פרק 4, סעיף 1.

10 להלן פרק 4, סעיף 1.

11 להלן פרק 4, סעיף 2.

12 להלן פרק 4, סעיף 3.

13 להלן פרק 4, סעיף 4.

14 להלן פרק 3.

15 לעיל חלק ב, פרק 9.

רב הנסתר על הנגלה.<sup>16</sup> בין היתר נותרה פתוחה השאלה אם במקרים מסוימים תובע זכאי לפיצוי בגין הסיכוי שייגרם לו נזק בעתיד עקב מעשה העוולה.<sup>17</sup> פרקי חלק זה של הספר יעסקו במבחני הסיבתיות השונים,<sup>18</sup> בתחולתם במצבים של אי-ודאות<sup>19</sup> וכן בשאלות נוספות הנוגעות ליחס שבין סטנדרט הזהירות שבו נדרש המזיק לעמוד לבין מבחני הסיבתיות. בין היתר תיבחן האפשרות להטיל אחריות על יצירת סיכון גרידא;<sup>20</sup> תידון שאלת האחריות בגין נזקי עישון;<sup>21</sup> יוצג טיעון שלפיו יש לשקלל טענות חלופיות בגין אחריותו של הנתבע לנזק שנגרם ולא להסתפק בבחינתן אחת לאחת כנפרד;<sup>22</sup> תידון מגבלה מוכרת בפסיקה האנגלו-אמריקאית שלפיה צריך שתוטל אחריות רק בגין נזקים אשר הסיכון שייגרמו הוא שהפך את ההתנהגות לעוולתית;<sup>23</sup> תידון השאלה אם יש להטיל אחריות נזיקית במצבים שבהם על פי המידע בעת המשפט התנהגותו של המזיק הייתה סבירה, אך על פי המידע בעת ביצועה היא הייתה בלתי סבירה;<sup>24</sup> יוצג טיעון קיזוז הסיכונים, שלפיו יש להפחית את הפיצויים כאשר פעילותו של המזיק אמנם הגבירה סיכונים אך גם הפחיתה סיכונים;<sup>25</sup> תוצג הטענה שעל פיה קיימת, וצריך שתתקיים, התאמה בין השיקולים שלפיהם נקבע סטנדרט הזהירות החל על המזיק לבין השיקולים שלפיהם נקבע היקף אחריותו.<sup>26</sup>

להלן פרק 3, סעיף 7.2.	16
להלן פרק 3, סעיף 3.	17
להלן פרקים 1, 7.	18
להלן פרקים 3-4.	19
להלן פרק 2.	20
להלן פרק 5.	21
להלן פרק 6.	22
להלן פרק 8.	23
להלן פרק 9.	24
להלן פרק 10.	25
להלן פרק 11.	26

חלק שלישי : סיבתיות

## פרק 1

### סיבתיות עובדתית: כללי

1. גורמים חלופיים והיפותטיים לנזק. 2. נטייה סיבתית.

על פי סעיף 64 לפקודת הנזיקין, "רואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה, או אחת הסיבות לנזק". הפסיקה ראתה בסעיף זה את הבסיס לדרישת הקשר הסיבתי העובדתי והניחה כמובן מאליו שקשר סיבתי עובדתי נקבע לפי מבחן האלמלא. את מבחן האלמלא צריך להוכיח התובע אלא אם נטל הראיה עובר לנתבע, כפי שקורה לעתים מכוח הוראות סעיפים 38–41 לפקודת הנזיקין,<sup>27</sup> או מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>28</sup> אלא שמבחן האלמלא אינו מביא לתוצאות מספקות במצבים מסוימים: לעתים לא תוטל אחריות על פיו שעה שראוי שתוטל אחריות, ולעתים תוטל אחריות על פיו שעה שראוי שלא תוטל אחריות. סוג המקרים הראשון עניינו בגורמים חלופיים או היפותטיים לנזק, וסוג המקרים השני עניינו במצבים שאין מתקיים בהם תנאי הנטייה הסיבתית.

#### 1. גורמים חלופיים והיפותטיים לנזק

במקרה של גורמים חלופיים לנזק, כל אחד מן הגורמים היה גורם לנזק לו פעל לבדו.<sup>29</sup> למשל, אם שני מזיקים ירו בניזוק בו־זמנית והרגוהו, וכל אחד מהם לבדו היה משיג את אותה התוצאה אף בלעדי השני, הרי כל אחד מן היורים הוא גורם חלופי לנזק.<sup>30</sup> כך גם אם שני מזהמים זיהמו את גן השושנים של התובע, וכל אחד מהם, לו פעל לבד, היה גורם בדיוק לאותו הנזק, כל אחד מן המזהמים הוא גורם חלופי לנזק.<sup>31</sup> במקרים אלו מבחן

27 לעיל חלק ב, פרק 8.

28 לעיל חלק ב, פרק 9.

29 H.L.A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW 235–6 (2<sup>nd</sup> ed., 1985)

30 בתחום המשפט הפלילי ראו דוגמה למקרה כזה, ע"פ 418/77 ברדריאן נ' מ.י., פ"ד לב(3) 3 (1978).

31 במקרים דומים שבהם הוטלה אחריות על כל המזהמים, שכן כל אחד מהם נתפס כגורם מספיק לנזק, ראו Town of Sentinel v. Riley, 43 P.2d 742, 746 (1935); Landers v. East Texas Salt Water Disposal Co., 248 S.W.2d 731 (1952); Velsicol Chemical Corp. v. Rowe, 543 S.W.2d 337 (1976).

האלמלא נכשל, שהרי בשל יישומו הדווקני איש מן המזיקים לא יישא באחריות לנזק וממילא לא יורתע מלגרום נזקים, והניזוק ייותר בלא כל פיצוי.

בשיטות משפט שונות ננטש במקרים מעין אלו מבחן האלמלא ובא במקומו מבחן סיבתי אחר, כגון מבחן הדיות (The sufficiency test).<sup>32</sup> על פי מבחן הדיות, די בכך שהגורם, לו פעל לבדו, היה גורם לנזק כדי שייקבע שיש קשר סיבתי בינו לבין הנזק. על פי מבחן הדיות, כל אחד מן היורים וכל אחד מן המזהמים בדוגמות דלעיל ייחשבו גורמים לנזק, ותוטל עליהם אחריות נזיקית. מבחן חלופי אחר הוא מבחן הגורם המהותי. לפי מבחן זה, די בכך שכל אחד מן הגורמים החלופיים תרם תרומה רבה לנזק, אפילו אם כל אחד מהם, לו פעל לבדו, לא היה גורם לכל הנזק. למשל, אם בדוגמת הזיהום כל מזהם, לו פעל לבדו, היה גורם למרבית הנזק גם אם לא לכולו, הוא ייחשב לגורם לנזק, ותוטל עליו אחריות בגינו.<sup>33</sup>

מקרה דומה הוא של גורם ממשי וגורם היפותטי לנזק, החלופיים זה לזה. נניח למשל ששמעון מנסה להרעיל את ראובן ומשקה אותו, ללא ידיעתו, ברעל אשר יפעל בתוך חצי שעה. בטרם מתחיל הרעל לפעול את פעולתו הקטלנית יורה לוי בראובן וגורם למותו. האם עומדת עלת תביעה נזיקית לעיזבונו של ראובן נגד שמעון או נגד לוי?<sup>34</sup> נראה כי אין עומדת לעיזבונו עלת תביעה נגד שמעון, שכן שמעון לא גרם בפועל לנזק כלשהו: הוא היה גורם היפותטי, במובן זה שהיה גורם למותו של ראובן אלמלא נורה קודם לכן על ידי לוי, אך בפועל לא גרם למותו בשום צורה ואופן. ומה באשר ללוי? אם חל על המקרה מבחן

32 HART & HONORÉ, *supra* note 29, at 237–8; RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 27 (2010). ראו לעניין זה אף יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנוזיקין" דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 194 (§ 123) (מהדורה שנייה, ג' טרסקי עורך, 1977) (להלן: תורת הנוזיקין הכללית). כן ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 144 (1982), שם העלה בית המשפט את השאלה אם לא ראוי, בנסיבות המתאימות, להחליף את מבחן האלמלא במבחן אחר, שלפיו יש לשאול אם הגורם שבו מדובר היה גורם יסודי ומהותי לנזק. לווריאציות שונות של מבחן הדיות ראו Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 IOWA L. REV. 1001 (1988).

33 מבחן זה הוחל בר"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990), והוא מוחל לעתים קרובות בפסיקה האנגלו-אמריקאית. באנגליה ראו למשל McGhee v. National Coal Bd., [1972] 3 All E.R. 1008 (HL); Bonnington Castings Ltd v. Wardlaw, [1956] 1 All E.R. 615 (HL). בארצות הברית, ראו למשל Anderson v. Minneapolis, S. P. & S. S. M. R. Co., 179 N.W. 45 (1920); Vincent v. Fairbanks Memorial Hosp., 862 P.2d 847 (Alaska, 1993).

34 דוגמאות דומות אפשר למצוא אצל Robert J. Peaslee, *Multiple Causation and Damage*, 47 HARV. L. REV. 1127 (1934).



האלמלא, יוכל לוי לטעון להגנתו, בדומה לטענה שהייתה יכולה להיטען על ידי היורים או המזהמים בדוגמות שנדונו לעיל, שאותו נזק שנגרם לראובן היה נגרם לו אף אלמלא התנהגותו העוולתית של לוי, שכן כך או אחרת היה מסיים את חייו בזמן קצר. לפי קו טיעון זה, לכל היותר אפשר להטיל על לוי אחריות על שקיצר את חייו של ראובן בדקות אחדות, נזק שלא יניב לעיזבון של ראובן פיצוי ניכר.

בדומה למקרה של גורמים חלופיים לנזק, אף מקרה זה של גורם ממשי וגורם היפותטי לנזק יכול להיפתר לעתים תוך שימוש במבחן הדיות או במבחן הגורם המהותי. מבחנים אלו יביאו כנראה להטלת אחריות על לוי, אך ספק רב אם יש בכוחם להביא להטלת אחריות כלשהי על שמעון, אשר למעשה רק יצר סיכון כלפי ראובן (מוות מרעל), סיכון אשר מעולם לא התממש לכדי נזק. במקרה אנלוגי לענייננו, מזיק פוגע בניזוק פגיעה חמורה ומקצר לכאורה את תוחלת חייו במידה ניכרת. אלא שלימים מתברר שתוחלת חייו של הניזוק קצרה ממה שהיה אפשר לשער בגלל מחלה ממארת שבה לקה, שאינה קשורה לפגיעה העוולתית, ואשר ממנה כנראה ימות. במקרה מעין זה לא יהיה הניזוק זכאי לפיצוי בגין קיצור תוחלת חייו, שכן המעוול לא קיצר את חייו.<sup>35</sup> תוחלת חיים ממוצעת אינה אלא השערה שאפשר לסתור אותה בראיות, ובמקרה הנדון תוחלת החיים של הניזוק ידועה, והיא קצרה במיוחד. המזיק אפוא לא גרם לניזוק כל נזק של קיצור תוחלת חיים אלא יצר כלפיו סיכון של קיצור תוחלת חיים אשר למעשה לא התממש.

שאלת הגורם הממשי והגורם ההיפותטי החלופיים לנזק עלתה בפסק דין אמריקאי, *Dillon*.<sup>36</sup> באותו מקרה איבד נער את שיווי משקלו ונפל מגשר לתהום. תוך כדי נפילה פגע גופו בקווי מתח גבוה אשר לא היו מבודדים כראוי ואשר גרמו להתחשמלותו ולמותו. כאשר תבע עיזבונו של הנער את חברת החשמל בגין מחדלה מלבודד כראוי את קווי המתח הגבוה, נטען על ידי הנתבעת כי אילו לא היה הנער מתחשמל, היה מת שניות ספורות לאחר מכן מן הנפילה. בית המשפט קיבל את הטענה והטיל אחריות על חברת החשמל בגין קיצור תוחלת חייו של הנער בשניות אחדות. מבחן הדיות, או מבחן הגורם המהותי, היה יכול להביא במקרה זה לתוצאה שונה, אך בית המשפט האמריקאי דבק במבחן האלמלא אשר הותיר את התובעים בלא פיצוי.

פתרון נוסף למקרים דוגמת ההרעלה והירי, אשר הוצע בזמנו בספרות המשפטית, הוא שימוש ברעיון של שלילת עילת תביעה.<sup>37</sup> על פי פתרון זה אפשר להטיל אחריות על היורה לא משום הנזק הפיזי שגרם (הריגת המנוח) אלא משום שבהריגת המנוח שלל מן העיזבון עילת תביעה שהייתה עומדת לו נגד המרעיל אלמלא פעולת היורה. אכן, אלמלא פעולת

35 ע"א 110/86 גברעם נ' יורשי המנוח שלום מנג'ם, פ"ד מב(2) 193 (1988).

36 *Dillon v. Twin State Gas & Electric Co.*, 163 A. 111 (1932).

37 *Peaslee*, *supra* note 34.

היורה היה המרעיל הורג את המנוח, אך לעיזבון הייתה עומדת עילת תביעה נגד המרעיל בגין הנזק הפיזי שנגרם למנוח (מוות). לכן הפיצוי שלו זכאי העיזבון מן היורה עקב שלילת עילת תביעה הוא אותו פיצוי הנפסק בגין גרם מוות. פתרון זה, שאולי ייראה מלאכותי בעיני רבים, אינו מוותר על מבחן האלמלא מן הצד האחד, אך מנסה להביא להטלת אחריות נזיקית, במסגרת מבחן זה, מן הצד האחר.

שאלת הגורם הממשי והגורם ההיפותטי החלופיים עלתה לדיון בבית המשפט העליון בעניין עיזבון לילי חנשוילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ<sup>38</sup> אם כי לא סווגה שם ככזו. כפי שנראה להלן, בית המשפט העליון אימץ שם את הפתרון שעל פיו מוטלת אחריות על הגורם הממשי בגין שלילת עילת תביעה. באותו מקרה נפגע אדם בתאונת דרכים ונגרמה לו עקב כך נכות צמיתה של 28% (להלן: "התאונה הראשונה"). עקב כך נפגע כושר השתכרותו בשיעור של 28%. למעלה משנה לאחר מכן נהרג בתאונת דרכים שנייה (להלן: "התאונה השנייה"), וזאת עוד לפני שהספיק להגיש לבית המשפט תביעה בגין נזקיו בתאונה הראשונה. אלמנתו וילדיו הגישו תביעה, כיורשים וכתלויים, נגד חברת הביטוח האחראית לנזקי התאונה הראשונה ונגד זו האחראית לנזקי התאונה השנייה. לא הייתה מחלוקת שהמזיק הראשון אחראי כלפי העיזבון על הפסד השתכרות בשיעור של 28% שנגרם למנוח בתקופת הזמן שבין התאונה הראשונה לשנייה. אף לא הייתה מחלוקת שהמזיק השני אחראי כלפי התלויים על הפסד שנגרם להם משום שהמנוח אינו מכניס עוד לקופה המשפחתית הכנסה בשיעור של 72% מן ההכנסה שהייתה לו עובר לתאונה הראשונה.<sup>39</sup> השאלה המרכזית שעמדה בפני בית המשפט העליון הייתה מי אחראי לאבדן 28% מכושר השתכרותו של המנוח בתקופת הזמן שבין התאונה השנייה לבין תום תוחלת חיי העבודה של המנוח אלמלא נהרג בתאונה השנייה (להלן: "תקופת הביניים").

בית המשפט העליון דן תחילה במקרה השונה מזה שנדון בפניו, שבו שני מזיקים בני חבות פגעו בתובע בזה אחר זה, וכל אחד מהם גרם לו לנכות ולפגיעה בכושר השתכרות: "האפשרות האחת היא, שהמזיק הראשון הוא לבדו ימשיך להיות אחראי לנזק זה שהוא גרם לו, כשם שהוא אחראי לו בתקופה שמיום הפגיעה הראשונה ועד הפגיעה השנייה. האפשרות השנייה רואה את שני המזיקים כאילו גרמו לנזק זה במשותף... והם אחראים לו הודנית. האפשרות השלישית היא שהמזיק השני לבדו אחראי לנזק. רואים את הפגיעה השנייה כ-

38 ע"א 248/86 עיזבון חנשוילי נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (1991).

39 ראו ביתר פירוט להלן ה"ש 44.

overtaking cause [גורם משתלט] – היא בולעת ומוחקת את תוצאות הפגיעה הראשונה ומסלקת אותה כגורם לנזק שיש להתחשב בו.<sup>40</sup>

לאחר סקירת הפסיקה האנגלית בעניין הציע בית המשפט לאמץ את הפתרון השלישי שהוא "הפתרון הנקי והנכון".<sup>41</sup> עם זאת העלה בדבריו ספק מסוים אם אין להעדיף למרות זאת את הפתרון השני, אשר מטיל את האחריות על שני המזיקים ונותן הגנה טובה יותר לניזוק, ובכך הוא פרגמטי יותר מהפתרון השלישי.<sup>42</sup>

מכאן עבר בית המשפט לדון במקרה המיוחד שנדון בפניו שבו המזיק השני גרם למוות. במקרה כזה, קבע בית המשפט, אין המזיק הראשון חייב בפיצוי העיזבון בעבור אבדן כושר השתכרותו של הניזוק, ככל שמתייחס הוא לתקופה שלאחר המוות. לעניין זה אחת היא אם המוות נגרם מאירוע בר חבות או מאירוע שאינו בר חבות. ההסבר לכך, על פי האמור בעניין חנשוילי, הוא כדלקמן: "את נזקיו של הניזוק לעתיד מחשבים על בסיס ההנחה שימשיך לחיות ולעבוד עד תום תוחלת החיים וחיי העבודה הרגילים שלו... משנפטור הניזוק לפני מתן פסק דין בתביעתו, מתברר שההנחה הזו לא התממשה וכי הנזק התרחש במשך תקופה קצרה מהצפוי ונפסק עם המוות... מסיבה זו העיזבון אינו זכאי לפיצוי נגד המזיק הראשון בגין הנזק העתידי מיום התאונה השנייה ואילך (אפשרות הפיצוי עבור השנים האבודות' נדחתה אצלנו...)".<sup>43</sup>

40 עניין חנשוילי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 542. לעתים שני מזיקים בני חבות גורמים במועדים שונים לנזקים נפרדים, שאז כל מזיק אחראי לחלק מן הנזק שלו הוא גרם. למקרה כזה ראו ע"א 8852/04 קל בניין בע"מ נ' עסאלה (פורסם בנבו, 5.12.2005).

41 עניין חנשוילי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 550.

42 עניין חנשוילי, שם. לתמיכה בפתרון זה ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1350 (2012).

43 עניין חנשוילי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 551. במצב המשפטי שהיה קיים בעת שניתן פסק הדין עמדה בתוקפה הלכת ע"א 295/81 עזבון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533 (1982), שהייתה מוכרת כהלכת "השנים האבודות". על פי הלכה זו, במקרה של ניזוק שנהרג או שקוצרו חייו בשל ההתנהגות העוולתית לא זכאי העיזבון או הניזוק, בהתאמה, לפיצוי בגין הפסד ההשתכרות בשנות אי-החיים (שהן "השנים האבודות"). הלכה זו בוטלה בע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004). לפי ההלכה החדשה זכאי העיזבון והניזוק, לפי העניין, לפיצוי בגין הפסד ההשתכרות בשנים האבודות, אך מסכום הפיצוי יש לנכות את צריכתו של המנוח ש"נחסכה" עקב מותו בטרם עת. לתיאור ההלכה החדשה ולביקורת על ניכוי הצריכה של המנוח מהפסד ההשתכרות ראו אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006). דברי בית המשפט שבטקסט – "אפשרות הפיצוי עבור השנים האבודות' נדחתה אצלנו..." – למעשה אינם צריכים לעניין, שכן בלי קשר לשאלה אם יש לעזבון זכאות לפיצוי בגין השנים האבודות או לא, המזיק הראשון אינו צריך לפצות את הניזוק בגין הפסד השתכרות מעבר למועד המוות,

עם זאת קבע בית המשפט שאין כל מניעה לחייב את המזיק השני, שגרם למוות, לפצות את העיזבון בגין נזק של אבדן כושר ההשתכרות, שהיה הניזוק זכאי לתבוע מהמזיק הראשון לו נותר בחיים. הטעם לכך הוא שהמזיק השני לא רק שהרג את הניזוק אלא גם שלל ממנו עילת תביעה שהייתה עומדת לו נגד המזיק הראשון אלמלא המוות. התוצאה שאליה הגיע בית המשפט הייתה שהעיזבון זכאי לפיצויים מהמזיק השני בשיעור של 28% מתוך ההכנסה הצפויה של המנוח בתקופת הביניים אלמלא נפגע בשתי התאונות.<sup>44</sup>

בית המשפט התייחס בדבריו באגב אורחא לשאלה אם התשובה שנתן למקרה של מוות נכונה גם "למקרה הכללי, של שני מזיקים בני חבות, כשתוצאות האירוע השני, נכות ואבדן כושר השתכרות, הן כאלה שניתן לומר שהן בולעות ומוחקות את תוצאות האירוע הראשון".<sup>45</sup> תשובתו לכך הייתה חיובית. האירוע השני גורם ש"מצב הדברים תוצאת התאונה הראשונה... חדל להתקיים ואינו מהווה עוד גורם הממשיך 'לייצר' אותו הנוק".<sup>46</sup> האירוע הראשון אינו עוד בבחינת "גורם". על כן המזיק השני יהא חייב לפצות את הניזוק בגין תוספת הנזק שגרם לו ובגין אבדן התביעה שהייתה לו עובר לפגיעה נגד המזיק הראשון. התוצאה היא שהניזוק יפוצה בעבור כל נזקיו, תוצאת שני האירועים בני החבות; המזיק הראשון יישא בנזקים שגרם ולא באלו שנבלעו במעשה העוולה השני, ואילו המזיק השני יישא בנזקים שגרם (ובכלל זה אבדן עילת תביעה) ולא באלו שנגרמו במעשה העוולה הראשון ושהתגבשו עד לאירוע השני. עם זאת הותיר בית המשפט ב"צריך עיון" את השאלה "אם טוב הדבר מבחינת המדיניות הרצויה לאמץ פתרון זה למקרה הכללי או לסטות ממבחן הסיבתיות העובדתית ולאמץ פתרון המטיל את האחריות על שני המזיקים".<sup>47</sup>

שכן לניזוק, כך מסתבר, היתה תוחלת חיים קצרה עקב כך שנהרג על ידי המזיק השני. השוו עניין גברעם, לעיל ה"ש 35.

44 לעומת זאת התלויים, כפי שקבע בית המשפט, זכאים לפיצויים מהמזיק השני בגין הפסד התמיכה שנגרם להם בתאונה השנייה. הפסד זה יש לחשב על בסיס אבדן הכנסה ששיעורה 72% מתוך ההכנסה הצפויה של המנוח בתקופת הביניים אלמלא נפגע בשתי התאונות. זאת מכיוון ש"המזיק השני מוצא את הניזוק כמות שהוא, לטוב ולרע. הוא מצא ניזוק שנפגע בתאונה הראשונה וכושר עבודתו פחת (במקרה שלנו ב-28%). הוא הביא את הניזוק למצב של הפסד כושר השתכרות של 100%. הוא אינו אחראי לפצות את התלויים בגין הפסד התמיכה במידה שהוא נגרם על ידי התאונה הראשונה. לכן חיובו לא יהיה בשיעור של 100% אלא רק בשיעור של 72%". עניין חננשוילי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 551. יש לשים לב שהמזיק הראשון אינו אחראי כלל כלפי התלויים, מכיוון שלתלויים עומדת עילת תביעה רק נגד המזיק אשר גרם למותו של המנוח, וכאמור בענייננו המזיק הראשון לא גרם למותו. ראו סעיף 78 לפקודת הניזוקין.

45 עניין חננשוילי, שם, בעמ' 556-557.

46 עניין חננשוילי, שם, בעמ' 557.

47 עניין חננשוילי, שם, בעמ' 558.

נראה ש"המקרה הכללי" שאליו התייחס בית המשפט העליון בעניין חנשוילי באגב אורחא, והעוסק ב"שני מזיקים בני חבות, כשתוצאות האירוע השני, נכות ואבדן כושר השתכרות, הן כאלה שניתן לומר שהן בולעות ומוחקות את תוצאות האירוע הראשון",<sup>48</sup> הוא מקרה של גורם ממשי וגורם היפותטי. דברים אלה עולים בקנה אחד עם דברי בית המשפט בהמשך הדברים, שהגורם הראשון "חדל להתקיים ואינו מהווה עוד גורם הממשיך 'לייצר' אותו הנזק".<sup>49</sup> אכן, אפשר לומר שכאשר אדם נפגע פגיעה קלה יחסית, הפוגעת בכושר השתכרותו, ולאחר מכן פגיעה השוללת את כושר השתכרותו כליל, הגורם לפגיעה הראשונה אינו עוד גורם פעיל לנזקים אשר נוצרים לאחר הפגיעה השנייה. יש לראות בו גורם היפותטי, שאלמלא הפגיעה השנייה היה פועל וממשיך לגרום לנזקים, אך הפגיעה השנייה נטרלה את פעולתו לחלוטין.<sup>50</sup> דברים אלה תואמים את הגישה שעל פיה הנזקים מפגיעה בכושר השתכרות אינם נוצרים מיד עם הפגיעה בניזוק, אלא מצטברים כל עת שהניזוק אינו משתכר כפי שהיה יכול להשתכר אלמלא הפגיעה. ראייה כזו של הדברים מסבירה מדוע המזיק הראשון אינו אחראי לנזק כלשהו שנגרם לאחר הפגיעה השנייה, ואילו המזיק השני אחראי לכולו: המזיק הראשון לא גרם לנזק בשום מובן שהוא, ואילו המזיק השני גרם לכולו, או לפי שיטתו של בית המשפט העליון בעניין חנשוילי, גרם לתוספת נזק על הנזק שהיה נגרם אלמלא הפגיעה השנייה, וכן שלל מהניזוק את עילת התביעה שהייתה לו נגד ה"מזיק" ההיפותטי בעבור הנזק שהיה נגרם אלמלא הפגיעה השנייה.

עם זאת הנמקתו של בית המשפט העליון בעניין חנשוילי, ככל שהיא נוגעת למקרה הקונקרטי שנדון שם, ניתנת לביקורת. כזכור, בית המשפט נימק את זכאותו של העיזבון כלפי המזיק השני לפיצויים בשיעור של 28% מתוך ההכנסה הצפויה של המנוח בתקופת הביניים אלמלא נפגע בשתי התאונות בכך שהמזיק השני, בפגעו בניזוק, שלל את עילת התביעה שהייתה עומדת לו כלפי המזיק הראשון אלמלא נהרג. אולם כאן מתעורר קושי. אי-יכולתו של אדם לתבוע פיצוי בגין "השנים האבודות" לא מהמזיק הראשון ולא מהמזיק השני נבעה מהלכתו של בית המשפט העליון (שבוטלה בינתיים) אשר בבסיסה התפיסה

48 עניין חנשוילי, שם, בעמ' 556-557. אפשר לומר שהגורם השני המשתלט (ה-overtaking cause) הופך את הגורם הראשון לגורם היפותטי, שאינו פועל עוד. לדין (נפרד) בגורם משתלט ובגורם היפותטי ראו HART & HONORÉ, *supra* note 29, at 237, 249-53.

49 עניין חנשוילי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 557.

50 ואכן, כך רואה את הדברים בית המשפט בעניין חנשוילי, שם. עם זאת אפשר להשקיף של שני הגורמים כחלופיים לחלק מן הנזק הכולל (הנזק שנגרם בתקופת הביניים), ואשר פעלו זה לאחר זה. לפי דרך השקפה זו, יש לומר שאותו חלק מן הנזק הכולל נגרם בעת הפגיעה הראשונה, ועל כן המזיק השני אינו אחראי לו. השור HART & HONORÉ, *supra* note 29, at 246-8.

שב"השנים האבודות" לא נגרם לניזוק כל נזק של פגיעה בכושר השתכרותו) 51 ובהעדר נזק – אין פיצוי. אכן בעניין חננשוילי נזקק בית המשפט העליון לתפיסה זו ממש כדי לנמק מדוע אין העיזבון זכאי לפיצויים מן המזיק הראשון בגין פגיעה בכושר השתכרות המתייחסת לתקופת הביניים (שאינה אלא תקופת "השנים האבודות") 52. אם כך הדבר, אזי הניזוק בעניין חננשוילי איבד את עילת תביעתו נגד המזיק הראשון, בראש ובראשונה מהטעם שלאחר המוות אין עוד נזק עקב פגיעה בכושר ההשתכרות. הענקת פיצוי כלשהו לניזוק בעבור פגיעה בכושר ההשתכרות המתייחסת ל"השנים האבודות" תקנה לו פיצוי יתר, מעבר לנזקו. כך על כל פנים עולה מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין "השנים האבודות", שהייתה אז בתוקף. במילים אחרות, המוות הקטין את נזקו הכלכליים של הניזוק ככל שהם מתייחסים לפגיעה בכושר ההשתכרות, ומטעם זה נשללה עילת תביעתו (או ליתר דיוק זו של העיזבון) נגד המזיק הראשון.

הלכת "השנים האבודות" בוטלה בינתיים, וכיום זכאי העיזבון לפיצוי בגין הפסד השתכרות בשנות אי-החיים. 53 לפיכך הנמקת בית המשפט העליון בעניין חננשוילי יכולה לעמוד במצב המשפטי של היום: אם העיזבון אינו זכאי לפיצוי מן המזיק הראשון בגין הפסד השתכרות בשיעור של 28% בשנות אי-החיים בתקופת הביניים בשל העדר קשר סיבתי, הוא זכאי לפיצוי זה מן המזיק השני כנזק כלכלי שנגרם לו בשל שלילת עילת התביעה שלו נגד המזיק הראשון.

אך האם הפתרון עצמו, של הכרה בעילת תביעה בגין שלילת עילת תביעה, משכנע? אפשר להטיל ספק בכך. התנהגות של נתבע הגורמת שהמשפט שולל עילת תביעה מסיבות מהותיות (להבדיל מסיבות ראייתיות) – שאז קיימות הצדקות להטלת אחריות על הנתבע בגין גרם נזק ראייתי) – אינה צריכה להקים עילת תביעה נגד אותו נתבע. אחרי הכול המשפט הוא שקובע שאין עילת תביעה, ואם יש לכך סיבות מהותיות, לא ברור מדוע הנתבע צריך לשלם על כך מחיר. אין פירוש הדבר שבמקרה של גורם ממשי וגורם היפותטי לנזק לא ראוי שתוטל אחריות נזיקית על הגורם הממשי: אדרבה, יש לעשות זאת בדרך ישירה, בהחלפת מבחן האלמלא במבחן סיבתי אחר המתאים לסוג כזה של מצבים, כמו מבחן הדיות. 54 הפתרון של שלילת עילת תביעה הוא מלאכותי ובלתי מוצדק.

51 עניין גבריאלי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 572. ראו גם אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 259–262 (1983). לתיאור קצר של השתלשלות ההלכות ראו לעיל ה"ש 43.

52 עניין חננשוילי, לעיל ה"ש 38, בעמ' 551. אך ראו הסיפה לה"ש 43.

53 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 43.

54 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 35.

## 2. נטייה סיבתית

ראובן נוהג במכוניתו במהירות של 120 קמ"ש מתל אביב לירושלים. בעת שהוא מגיע לאחד המחלפים קורס הגשר שעליו הוא עובר ונגרם נזק כבד לו ואף לנוסע היושב לצדו. הניחו כי על המקרה חלים דיני הרשלנות. האם ראוי להטיל אחריות על הנוהג ברכב בגין רשלנותו אשר התבטאה בנהיגה במהירות מופרזת?

על פי מבחן האלמלא, מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות – נסיעה במהירות מופרזת – לבין הנזק: אילו נהג ראובן במהירות סבירה, היה הנזק לראובן ולנוסע נמנע, שכן ראובן לא היה מגיע למחלף בעת שהתמוטט הגשר. אך תוצאה זו מוזרה: גם אם ראובן היה נוסע מהר יותר, למשל 140 קמ"ש, היה הנזק נמנע, והתחושה הראשונית היא ש"אין קשר" בין ההתרשלות לבין הנזק.

ליתר דיוק, הסיבה לאי-ההצדקה בהטלת אחריות על ראובן היא שבמקרה הנדון אין מתקיים מבחן הנטייה הסיבתית. על פי מבחן הנטייה הסיבתית, כדי שיימצא קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק, צריך שההתנהגות העוולתית תגביר את הסיכון שיארע אירוע הנזק שאירע בפועל.<sup>55</sup> השאלה אם ההתנהגות העוולתית הגבירה את הסיכון או לא היא שאלה עובדתית, ולכן מבחן הנטייה הסיבתית הוא מבחן של קשר סיבתי עובדתי ולא של קשר סיבתי משפטי. מבחן של קשר סיבתי משפטי נזקק לשיקולים של מדיניות כמו גם לקיומה של צפיות טכנית, ולפיהם נקבע אם מתקיים קשר סיבתי אם לאו. מבחן הנטייה הסיבתית אינו תלוי בשיקולי מדיניות, ויותר מכך, אף אינו תלוי בצפיות טכנית. מבחן הנטייה הסיבתית יכול להתקיים אף אם אירוע הנזק היה בלתי צפוי (מן הבחינה הטכנית), והוא יכול שלא להתקיים אף אם אירוע הנזק היה צפוי.

כך, אם בדוגמה דלעיל התברר לאחר התאונה שהנסיעה המהירה של ראובן במכונית גרמה לרעידות בגשר וגרמה לנפילתו – תופעה שהייתה בלתי צפויה לחלוטין ובלתי ידועה למדענים עובר לתאונה – מתקיים מבחן הנטייה הסיבתית. יש להניח שבמקרה כזה לא תוטל אחריות נזיקית על ראובן בשל העדר צפיות, אך כאמור אין לכך ולא כלום עם העובדה שמבחן הנטייה הסיבתית מתקיים.

55 ראו: RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 260–2 (§ 10.7) (1999); HART & HONORÉ, *supra* note 29, at 121–2; Guido Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, 43 U. CHI. L. REV. 69, 71 (1975). עיקרון זה בא לידי ביטוי אף ב-RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 30 (2010). להבדל בין מבחן הנטייה הסיבתית למבחן הסיכון, שהפסיקה בארץ משתמשת בו לעתים, ראו להלן ה"ש 379. לקרבה אפשרית בין מבחן הנטייה הסיבתית למבחן המכונה בפסיקה "מבחן השכל הישר" ראו להלן ה"ש 381.

ברומה לכך, היות הנזק צפוי אין משמעו שמתקיים מבחן הנטייה הסיבתית. נניח למשל שהתמוטטות גשרים היא דבר של יום ביומו, וכל נהג יכול לצפות שתוך כדי מעבר על גשר אפשר שהגשר יתמוטט. גם אז אין מתקיים בדוגמה שלנו מבחן הנטייה הסיבתית. אמת, אם נפילת גשרים היא חזון נפרץ, ייתכן שרשלנותו של ראובן מתבטאת בבחירתו לעבור על גשר. אך בהנחה שעצם המעבר על הגשר אינו בבחינת רשלנות, נסיעה במהירות מופרזת עליו אינה צריכה להביא להטלת אחריות על ראובן.

את מבחן הנטייה הסיבתית אפשר להצדיק בראש ובראשונה בשיקולי יעילות. בלעדיו תוטל אחריות רחבה מדי על מזיקים ותיגרם הרתעת יתר. נניח למשל שנהיגתו של ראובן במהירות של 110 קמ"ש הייתה סבירה, ובהגבירו את מהירותו ל-120 קמ"ש הגביר את תוחלת הנזק ב-10%, ואילו התועלת שלו מכך הייתה 9 בלבד. בנסיבות אלו, על פי נוסחת לרנד הנד, ייחשב ראובן לרשלן (9 < 10). אחריות שתוחלתה 10 היא האחריות שבה עליו לשאת כדי שנהגים במצבו יימנעו מנהיגה במהירות מופרזת. נניח עתה שעל ראובן מוטלת אחריות לא רק לנזקים שתוחלתם 10, תוצאת הגברת הסיכון, אלא גם לנזקים נוספים שתוחלתם 10 הנגרמים (לפי מבחן האלמלא) מנסיעתו המהירה של ראובן אך מבלי שמתקיים בהם מבחן הנטייה הסיבתית. נניח למשל שכאשר ראובן נוהג במכוניתו, הוא עובר מדי פעם על גשר אשר עלול לקרוס ולגרור לו ולאחרים המצויים ברכבו נזקים שתוחלתם 10. בלעדי מבחן הנטייה הסיבתית יישא ראובן הרשלן בנזקים שתוחלתם 20 במקום בנזקים שתוחלתם 10. כאמור, תוחלת הנזק שראובן מגדיל בנהיגתו במהירות של 120 קמ"ש במקום 110 קמ"ש היא 10 ולא 20, שכן תוחלת נזק של 10 נוצרת בשל סיכון קריסת גשרים, ולסיכון זה כפופים ראובן והנוסעים ברכבו בלא כל תלות במהירות הנסיעה. יש שיאמרו שבאחריות שתוחלתה 20 בדוגמה דלעיל אין כל רע: הן אם ראובן לא יתרשל הוא לא יישא בנזק כלשהו, ואחריות מעבר לנזק שאת דבר התרחשותו הגביר רק תחזק את תמריציו לא להתרשל. אולם כפי שראינו, בעולם לא מושלם, שבו טעויות של המזיק ושל בתי המשפט – הן בקביעת סטנדרט הזהירות והן בקביעת שיעור הפיצוי – הן נפוצות, אחריות יתר תביא להרתעת יתר.<sup>56</sup> מטעם זה דיני הרשלנות מחייבים את הרשלן לשאת בנזקי רשלנותו, לא פחות אך גם לא יותר.



## יצירת סיכון גרידא

1. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא במקום אחריות נזיקית בגין גרם נזק;  
א. צדק גמולי ומזל; ב. צדק מתקן; ג. הרתעה; ד. פיזור נזק; ה. אכיפה; ו. קשיי הערכה; ז. סיכום יתרונות וחסרונות. 2. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא נוסף על אחריות נזיקית בגין גרם נזק; א. הרתעה; ב. צדק גמולי; ג. צדק מתקן; ד. סיכון כנזק?

כל עוולה נזיקית תחילתה ביצירת סיכון. אולם דיני הנזיקין הנוהגים אינם מטילים אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא, שכן סיכון כשלעצמו אינו נתפס כנזק. למשל, אם אדם נוהג ברכבו במהירות גבוהה מדי וחושף אגב כך הולך רגל לסיכון גבוה של פגיעה שחולף בלא כלום, לא יהא הנהג אחראי בנזיקין כלפי הולך הרגל (בהנחה שלא גרם לו לפחד, שאז אפשר שהתוצאה תהיה שונה). עם זאת לא נכון לומר שאופן יצירת הסיכון אינו רלוונטי לשאלת האחריות הנזיקית. נהפוך הוא: לעתים קרובות יצירת הסיכון נבחנת מכל היבטיה כדי ללמוד אם התנהגותו של המזיק הייתה עוולתית. למשל, אם בדוגמה דלעיל נפגע הולך הרגל בגופו, אזי אם המשטר המשפטי הוא של רשלנות, מידת הסיכון שיצר הנוהג ברכב כלפי הולך הרגל תהא רלוונטית, בצד גורמים אחרים, לשאלת אחריותו הנזיקית.<sup>57</sup> יצירת הסיכון נבחנת לא אחת אף לשם קביעת היקף אחריותו של המזיק לאחר שנקבע כי התנהגותו הייתה עוולתית. למשל, אם הולך הרגל שנפגע בגופו התרשל אף הוא, ובהנחה שחלה הגנת אשם תורם, מידת הסיכון שיצר הנהג תהיה רלוונטית לאופן חלוקת האחריות בין הצדדים.

אופן יצירת סיכון עשוי להיות בעל חשיבות אף כאשר יצירת הסיכון לא הסתיימה בנזק, אך קיים חשש שהיא תסתיים כך בעתיד. אם ניזוק בכוח עותר לבית המשפט ומבקש למנוע מאחר פעילות אשר עלולה ליצור מטרד, מהות הסיכון שיש בפעילות האמורה כלפי העותר

57 מידת הסיכון היא למעשה תוחלת הנזק על פי נוסחת לרנד הנד. ברגיל, ככל שתוחלת הנזק גבוהה יותר, כך יידרשו מן המזיק יותר אמצעי זהירות להפחתתה. על נוסחת לרנד הנד ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 2.

ומידתו יהיו שיקולים רלוונטיים לבית המשפט אם ליתן צו מניעה או להימנע מלתתו.<sup>58</sup> שאלה קשה יותר היא אם אפשר וראוי לחייב בתשלום פיצויים מי שיצר סיכון לנזק עתידי כלפי אחר כאשר קיים ספק רב אם סיכון זה יתממש אי פעם בעתיד לכדי נזק. למשל, רופא עלול לטפל בחולה באורח רשלני ולהפחית את סיכויי החלמתו: קיימת אפשרות שהחולה יחלים למרות הטיפול הרשלני, קיימת אפשרות שלא יחלים, בלא כל קשר לטיפול הרשלני, וקיימת אפשרות שלא יחלים בשל הטיפול הרשלני. שיטה משפטית עשויה לאמץ פתרון שלפיו התובע יפוצה לפי ההסתברות שלא יחלים בגלל רשלנות הרופא.<sup>59</sup> בשיטה כזו ליצירת הסיכון יש משמעות אף אם לא נגרם כל נזק, ואף כאשר קיימת אי־ודאות באשר להתגבשות הסיכון לכדי נזק ממשי בעתיד.

מקרה שונה במקצת הוא זה שבו נגרם לתובע נזק אך אי אפשר לדעת אם הוא תוצאת עוולתו של הנתבע. נניח שלאחר הטיפול הרשלני של הרופא בדוגמה הקודמת החולה לא החלים, וברור כי לא יחלים בעתיד. עם זאת קיימת אפשרות ממשית, שהסתברותה גבוהה מ־50%, שלא היה מחלים ממחלתו אף בלעדי הטיפול הרשלני. אף כאן, בדומה לדוגמה הקודמת, השיטה המשפטית עשויה להכיר בזכותו של התובע לפיצוי בגין פגיעה בסיכוי. כפי שניזכר בהמשך, על אף הדמיון בין דוגמה זו לקודמתה, הפתרונות שהמשפט הנוהג מספק להן אינם זהים בהכרח.

אופן יצירת הסיכון עשוי אפוא להיות רלוונטי לדיני הנזיקין הנוהגים בדרכים שונות. בכל הדוגמות קיימת לפחות אפשרות שיצירת הסיכון הסתיימה או תסתיים בגרם נזק. העדר אפשרות של גרם נזק, בעבר או בעתיד, שולל בסיס משפטי כלשהו להטלת אחריות נזיקית. על כן הדוגמה הראשונה שבה פתחתי את הדיון אינה מעוררת כל קושי משפטי: הולך הרגל שנחשף לסיכון רשלני שחלף עבר בלא להותיר עקבות אינו זכאי לפיצוי מן הנהג שחשף אותו לסיכון.

58 צו הניתן בטרם ביצוע העוולה הוא צו מסוג quia timet. בארץ הוכרה תרופה זו כאפשרית, ונראה שהיא רלוונטית בעיקר בתחום דיני המטרדים ודיני לשון הרע: ע"א 190/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' אבישר, פ"ד כג(2) 314, 320 (1969); ע"א 49/69 קונשטוק נ' שותפות בתי קולנוע בית הפועלים "חוף", פ"ד כד(1) 492 (1970); ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 851–852 (1989). עם זאת השימוש בה אינו נפוץ, ובעניין אבנרי, שם, סירב בית המשפט ליתן ציווי למניעת לשון הרע והדגיש את חריגות השימוש בו בסוג זה של מקרים.

59 הצורך בפיצוי יתעורר בדרך כלל כאשר צפוי לחלוף זמן רב בטרם יתברר אם החולה החלים מן המחלה. שאם לא כן אפשר להמתין ולראות מה יעלה בגורלו: אם יחלים, לא נגרם לו נזק (אני מניח לצורך פשטות הדיון העדר נזקים בתקופת ההחלמה, כגון הוצאות טיפול והפסד השתכרות); אם לא יחלים, תעלה השאלה מי גרם לנזק. עניין זה ידון להלן פרק 3, סעיף 3.

בפרק זה תיבחן השאלה אם רצוי להטיל אחריות משפטית בגין יצירת סיכון גרידא. ב"יצירת סיכון גרידא" כוונתי למקרה שבו הנתבע חשף את התובע לסיכון שחלף ועבר בלא כל פגע. תחילה תידון השאלה אם יש טעמים טובים להשתית את האחריות הנזיקית על יצירת סיכונים במקום על גרימת נזקים. טעמים כאלה אמנם קיימים, אך כפי שנראה הם נסוגים מפני טעמים אחרים, חזקים מהם, להותיר את שיטת האחריות הנוהגת כמות שהיא.<sup>60</sup> לאחר מכן תידון השאלה אם במשטר משפטי שעל פיו אחריות מוטלת על גרם נזק יש מקום להטילה גם במקרים מסוימים של יצירת סיכון גרידא. אף כאן התשובה תהא כי הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא אינה מוצדקת.

## 1. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא במקום אחריות נזיקית בגין גרם נזק

אחריות נזיקית לפיצויים קמה על פי המשפט הנוהג רק כאשר נגרם לאדם נזק. מבחינה עיונית תלות הפיצוי בגרם נזק אינה כה מובנת מאליה. יכולנו לתאר לעצמנו שיטת משפט שבה חובת פיצוי מוטלת על אדם בגין יצירת סיכון, בשיעור תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית,<sup>61</sup> בלא כל תלות בשאלה אם בפועל נגרם (או ייגרם) נזק. בשיטה משפטית כזו נוהג ברכב אשר נהג במהירות גבוהה מן הסביר יחויב לשאת בפיצוי בשיעור תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית, דהיינו סכום שהוא מכפלה של גודל הנזק שאפשר שהיה נגרם מהתנהגותו העוולתית בהסתברות שיארע – כל זאת מנקודת מבט של "לפני מעשה" ובלא כל תלות בשאלה של גרם נזק בפועל. הפיצויים שישלם יופקדו, עם פיצויים שישלמו אחרים כמותו, בקרן מיוחדת, וזו תפצה את כל אלו שניזוקו בפועל עקב התנהגויות עוולתיות.<sup>62</sup>

60 לדעה שראוי להטיל אחריות בגין יצירת סיכון גרידא על יוצרי סיכונים סביבתיים ראו בועז שנור *תביעות נזיקין סביבתיות* 377–387 (2011).

61 בכיטוי "תוחלת הנזק של ההתנהגות העוולתית" כוונתי לתוחלת הנזק הנוצרת מן הסיבה שהתנהגות היא עוולתית. למשל, אם סביר לנהוג ברכב במהירות של 100 קמ"ש, שאז תוחלת הנזק היא 100, אך הנוהג ברכב נהג במהירות מופרזת של 110 קמ"ש, שאז תוחלת הנזק היא 120, תוחלת הנזק של ההתנהגות העוולתית היא 20 (ולא 120).

62 Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice & Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. REV. 439 (1990); Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law*, 38 UCLA L. REV. 143 (1990). לדיון בתאוריה זו ולביקורת עליה ראו IZHAK ENGLAND, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* 221–3 (1993); Kenneth W. Simons, *Corrective Justice and Liability for Risk-Creation: A Comment*, 38 UCLA L. REV. 113 (1990).

משיטה כזו, לו הייתה מיושמת, היו נחסכים כמה מן החסרונות ששיטת המשפט הנוהג לוקה בהם, אך היא הייתה לוקה בחסרונות שהשיטה הנוכחית חסינה בפניהם.

#### א. צדק גמולי ומזל

במשפט הנוהג קיומה של אחריות נזיקית והיקפה תלויים במידה רבה ביד המקרה. אין מדובר במקריות מושלמת, שהרי תנאי לקיומה של אחריות נזיקית הוא קשר סיבתי בין ההתנהגות העוללתית לנזק. אולם ברגיל כאשר התנהגות של אדם היא עוללתית, הסיכוי מלכתחילה שיגרם לנזק אינו גדול במיוחד. גרם הנזק תלוי בגורמים רבים אשר למזיק אין שליטה עליהם. לפיכך מעוולים שלמזלם הטוב לא גרמו נזק אינם נושאים בפיצוי, ואילו מעוולים אחרים, שאיתרע מזלם וגרמו נזק, נושאים בפיצוי בגין הנזק שגרמו. עיקרון זה של המשפט הנוהג גורם לא אחת שבני אדם שהתנהגותם הייתה חמורה מאוד אינם נושאים בפיצוי כלשהו, ואילו בני אדם אחרים, שחומרת התנהגותם הייתה פחותה, נושאים בפיצוי. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק הגמולי, המחייבים שהעונש יעמוד ביחס ישר לחומרת ההתנהגות.<sup>63</sup>

אף היקף האחריות הנזיקית במשפט הנוהג, ולא רק עצם קיומה, אינו עומד ביחס ישר לחומרת התנהגותו של המזיק. כאן האפליה שיוצר המשפט הנוהג אינה בין יוצרי סיכונים שגרמו נזק למי שלא גרמו, אלא בין גורמי נזק שונים אשר גרמו נזקים בדרגות חומרה שונות. היקף האחריות ייקבע לפי חומרת התוצאה ולא לפי חומרת ההתנהגות, דבר שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק הגמולי. למשל, אם ראובן גורם בהתנהגותו המסוכנת מאוד והחמורה מאוד נזק של מאה ש"ח, אחריותו תהא בגין מאה ש"ח בלבד, ואילו שמעון, שהתנהגותו הייתה מסוכנת פחות וחמורה פחות, אך במעט מעל לרמה המותרת, ושגרם נזק של מיליון ש"ח, אחריותו תהא בגין מיליון ש"ח.<sup>64</sup>

מקריות זו במשפט, הנוגעת הן לאחריות הנזיקית עצמה והן להיקפה, המנוגדת לעקרונות הצדק הגמולי והסותרת לדעת אחדים את עקרונות האחריות המוסרית של אדם למעשיו,<sup>65</sup> מנוטרלת לכאורה בשיטת משפט שבה אחריות מוטלת בגין יצירת סיכון ועל פי

63 ראו לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.ב.

64 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 2.ב.

65 ראו 62 *Schroeder, Corrective Justice & Liability for Increasing Risks, supra note* זה טוען שעקרונות האחריות המוסרית של אדם למעשיו מחייבים הטלת אחריות לא לפי תוצאה אלא לפי חומרת ההתנהגות. לדבריו, כך עולה הן מתורות מוסר דאונטולוגיות במסורתו של קאנט והן מתורות תועלתניות. אלו כאלו, כך טוען המחבר, אינן מתעניינות בתוצאות אלא באופי ההתנהגות שיצרה מלכתחילה את הסיכון. לטעון כי האופי המוסרי של פעולה נקבע בעת עשייתה ולא לפי תוצאותיה, תוך התבססות על קאנט, ראו גם Glen O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 14 J. LEGAL

תוחלת הנזק. בשיטה מעין זו לא התוצאה חשובה אלא הסיכון שיצר הנתבע בהתנהגותו העוולתית. התממשות הסיכון לכדי נזק בפועל, שאינה תלויה כלל בנתבע, אינה רלוונטית לאחריותו. בשיטה שבה מוטלת אחריות על יצירת סיכונים, ועל כך בלבד, המעוול נושא לכאורה באחריות שהיקפה עומד ביחס ישר לחומרת התנהגותו. שיטה כזו עדיפה אפוא לכאורה, על פי עקרונות הצדק הגמולי, על השיטה הנוהגת.

אולם בחינה מדוקדקת מלמדת שהטלת אחריות על מעוול לפי גודל הסיכון שיצר אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם צדק גמולי. למעשה, אין קשר הכרחי בין הסיכון שיש בהתנהגות עוולתית לבין חומרתה מבחינה מוסרית. לפיכך הטלת אחריות לפי גודל הסיכון, דהיינו בהיקף של תוחלת הנזק, יש בה כדי לגרום עוול למי שהתנהגותו העוולתית מסוכנת מאוד אך אינה לוקה מאוד מוסרית, ולהיות נוחה מדי למי שהתנהגותו העוולתית מסוכנת פחות אך סוטה מנורמת התנהגות מוסרית במידה ניכרת. למשל, אפשר שאדם הנוהג ברכבו במהירות גבוהה על מנת להגיע בדחיפות לבית החולים כדי להציל את חייו יוגדר רשלן. לפי שיטה המטילה אחריות בגין יצירת סיכון ובשיעור תוחלת הנזק, תוטל על הנוהג ברכב אחריות בהיקף רב, שכן יצר סיכון גדול. לעומתו, אדם אחר שנהג במהירות מופרזת אך פחותה מזו של הראשון, מכיוון שנהיגה מהירה גורמת לו נחת והנאה, יישא באחריות בהיקף צר מזה שבה יישא הראשון, שכן הסיכון שיצר כלפי המשתמשים בדרך היה קטן יותר. אכן, לו הייתה המטרה להטיל אחריות על הנתבע באופן שיעלה בקנה אחד עם חומרת התנהגותו העוולתית, שיעור הסיכון שיצר היה צריך להיות גורם אחד, אך לא יחיד, בקביעת היקף אחריותו.<sup>66</sup> הדבר היה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק הגמולי, אך כפי שישתברר בהמשך, היה בעייתי מהיבט ההרתעה. עם זאת אין לכחד ששיטה המטילה אחריות על

Stud. 779, 789–90 (1985). עם זאת קיימים הסברים שונים אשר הועלו בספרות המשפטית לשיטה הנוהגת אשר עשויים אולי להצדיקה אף מהיבט הצדק הגמולי. ראה בעיקר Tony Honoré, *Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability*, 104 L. Q. REV. 530 (1988); Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 387 (David G. Owen ed., 1995).

66 אפשר להמחיש את הדברים באמצעות נוסחת לרנד הנד. על פי נוסחה זו מזיק יוגדר רשלן כאשר עלויות מניעת הנזק שלא השקיע נמוכות מן ההפחתה בתוחלת הנזק שהייתה נגרמת אילו הושקעו העלויות האמורות. לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 2. את מידת הרשלנות אפשר אפוא להגדיר כיחס או כהפרש שבין עלויות מניעת הנזק לבין ההפחתה האמורה בתוחלת הנזק, אך בשום אופן לא כתלויה בשיעור ההפחתה בלבד. לפיכך אם בדוגמה שבטקסט ההפחתה בתוחלת הנזק שהייתה נגרמת מהשקעת עלויות המניעה על ידי הנהג שניסה להגיע במהירות לבית החולים הייתה גדולה, אך אף עלויות המניעה שלו היו גבוהות (סיכון ניכר לחייו), אפשר היה להגדיר את הנהג רשלן פחות מן הנהג האחר, אשר הפחתת תוחלת הנזק של התנהגותו בשל השקעת עלויות המניעה אמנם הייתה קטנה יותר, אך עלויות המניעה שלו היו נמוכות מאוד (ויתור על ההנאה שבנסיעה מהירה).

יצירת סיכונים ובשיעור תוחלת הנזק עדיפה על השיטה הקיימת מהיבט הצדק הגמולי, אפילו אם לעתים אין היא מושלמת.

## ב. צדק מתקן

היש הבדל בין הטלת אחריות בגין גרם נזקים והטלת אחריות בגין יצירת סיכונים מהיבט הצדק המתקן?

מצבו של הניזוק אינו משתנה בין שהוא מפוצה לפי השיטה האחת ובין שהוא מפוצה לפי השיטה האחרת. זאת מכיוון שעל פי שתי השיטות הוא זוכה לפיצוי רק כאשר נגרם לו נזק מהתנהגות עוולתית. ההבדל בין שתי השיטות נוגע למעשה למזיק בלבד: לפי המשפט הנוהג המזיק לבדו מפצה את הניזוק בגין כל נזקיו, ואילו בשיטה שבה יצירת סיכון היא הבסיס להטלת אחריות, המזיק משתתף במימון הפיצוי – שהרי הוא משלם לקרן מיוחדת המפצה את הניזוקים בסכום כסף בשיעורה של תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית – אך אין הוא נושא במלוא הנזק.

יש שיטענו כי שיטת אחריות בגין יצירת הסיכון אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן בדיוק בשל הבדל זה בין שתי השיטות. ארנסט וינריב למשל סבור כי עקרונות אלו מחייבים שהניזוק יפוצה על ידי המזיק שפגע בו במעשה עוולה, ועל ידיו בלבד.<sup>67</sup> על פי שיטתו, משטר משפטי שבו לא המזיק הוא המפצה את הניזוק (אלא באופן חלקי ועקיף) אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן.

אך אפשר להבין את עקרונות הצדק המתקן באופן שונה. על פי הבנה אחרת זו, די שהמזיק נושא באחריות לנזקים שגרם, שהניזוק מפוצה בגין נזקיו העוולתיים, ושהמזיק משתתף במימון המנגנון שמביא לפיצויו של הניזוק, כדי שיוגשמו עקרונות הצדק המתקן.<sup>68</sup> תפיסה זו קרובה, אם כי אינה זהה, לתפיסתו של ג'ורג' פלטר, שעל פיה החבות לפיצוי והזכאות לפיצוי צריכות להיבחן בנפרד, ועל כן אין מניעה שלעתים יהיה הניזוק זכאי לפיצוי מטעמים של צדק מתקן, אך המזיק שגרם לנזקיו לא יהיה חייב לפצותו.<sup>69</sup> על פי תפיסתי, חבות המזיק בגין הנזק שגרם וזכאות הניזוק לפיצוי בגין נזקיו העוולתיים מתקיימות תמיד בו-זמנית. אולם אין הכרח שהפיצוי יעבור ישירות מכיסו של המזיק לכיסו של הניזוק. תפיסה זו ממילא אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתו של כריסטופר שרודר, הסבור שעקרונות הצדק המתקן מחייבים שהמזיק יישא באחריות בגין הסיכון שגרם בלא כל

67 ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.

68 אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (2) 191, 220–221 (1998).

69 ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 3.

תלות בגרם נזק. תפיסה זו, שהיא התפיסה הטהורה ביותר של הטלת אחריות בגין יצירת סיכונים, אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן, אם כי יש לה יתרונות אחרים, בעיקר מהיבט הצדק הגמולי, כפי שהוסבר לעיל (ובכפוף להסתייגות שהצגתי). התפיסה המשקפת את עקרונות הצדק המתקן מחייבת גרם נזק, ואירוע הנזק הוא שמקום הן את חבותו של המזיק והן את זכאותו של הניזוק.

תפיסת הצדק המתקן המוצעת כאן, שבבסיסה גרם נזק כתנאי הכרחי לחבות המזיק ולזכאות הניזוק, מבלי לחייב מעבר ישיר של הפיצוי מן המזיק לניזוק, אך תוך שמירת קשר מסוים בין החבות לזכאות (קרי: המזיק תורם לפיצוי הניזוק), אינה מצדיקה הענקת פיצוי במקרים של יצירת סיכון גרידא. עם זאת היא מצדיקה הענקת פיצוי במקרים מסוימים הנתפסים לעתים בטעות כמקרים של יצירת סיכון גרידא, והמקיימים את התנאים האלה: א. קיימת קבוצה מזוהה של מזיקים וקבוצה מזוהה של ניזוקים, וברור כי חברי קבוצת הניזוקים ניזוקו על ידי חברי קבוצת המזיקים; ב. אי אפשר לדעת איזה מזיק גרם נזק לאיזה ניזוק; ג. אפשר להעריך הן את הנזקים שגרמו חברי קבוצת המזיקים והן את הנזק שסבלו חברי קבוצת הניזוקים. מקרים המקיימים את שלושת התנאים הם למשל מקרי ה-DES, אשר יידונו, לצד מקרים אחרים, בהמשך הספר.<sup>70</sup>

### ג. הרתעה

אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא כתחליף למשטר האחריות הנוכחי עשויה, לפחות ממבט ראשון, לעלות בקנה אחד עם עקרונות ההרתעה של דיני הנזיקין. במשטר של רשלנות, אחריות מוטלת על המזיק כאשר עלויות מניעת הנזק שלא הושקעו נמוכות מן ההפחתה בתוחלת הנזק שהייתה נגרמת אילו הושקעו עלויות המניעה.<sup>71</sup> האיום לשאת באחריות שתוחלתה כשיעור ההפחתה הצפויה בתוחלת הנזק הוא שעשוי לגרום למזיק להשקיע במניעה אם, ורק אם, עלויותיה נמוכות מן ההפחתה האמורה.<sup>72</sup> במשפט הנוהג איום זה על המזיק נוצר על ידי חשיפתו לסיכון של נשיאה באחריות לנזקים אשר היו נמנעים אילו הושקעו עלויות המניעה הנדרשות. לעומת זאת בשיטה המבוססת על אחריות בגין יצירת סיכון איום זה נוצר על ידי הטלת אחריות על המזיק בשיעור זהה לתוחלת הנזק אשר הייתה מופחתת אילו הושקעו עלויות המניעה הנדרשות.

אפשר להמחיש דברים אלו בדוגמה פשוטה: נניח שמזיק בכוח מתלבט אם לנקוט פעולה שעלותה 10 ואשר בכוחה להפחית לאפס את הסיכון שהתנהגותו תגרום לנזק

70 לתיאור מקרים אלו ראו להלן פרק 4, סעיפים 1–2.

71 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 2.

72 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 2; חלק א, פרק 1, סעיף 8.

בשיעור של 150. ההסתברות שאי-נקיטת הפעולה תגרום לנזק האמור היא 10%. במשפט הנוהג אם ייגרם נזק בגלל אי-נקיטת הפעולה, יפצה המזיק את הניזוק ב־150. מאחר שההסתברות שכך יקרה היא 10%, יתרגם המזיק בכוח את סיכונו ל-15 (בהנחת ניטרליות לסיכון), ישווה אותו לעלות המניעה וימנע את הסיכון. כך אף תושג הרתעה אופטימלית. אולם כך יקרה גם במשטר משפטי שלפיו מוטלת אחריות בגין יצירת סיכון ובלא כל תלות בשאלת גרם הנזק. המזיק ידע שאם לא ימנע את הסיכון יתחייב בפיצוי בשיעור של 15, בדרגת ודאות של 100%. סיכונו מאי-מניעת הסיכון יהיה 15, והוא ימנע את הסיכון. ניתוח זה אף מלמד מדוע שיטה שבה אחריות מוטלת על פי חומרת ההתנהגות ולא על פי רמת הסיכון שיצר המזיק בהתנהגותו העולתית – שהיה אפשר להצדיקה על יסוד עקרונות הצדק הגמולי<sup>73</sup> – אינה מביאה לידי הרתעה אופטימלית. הטעם לכך הוא שלשם השגת הרתעה כזו צריך המזיק לראות לנגד עיניו את ההפחתה בתוחלת הנזק שהשקעה במניעה תגרום, לא פחות ואף לא יותר. אם יראה לנגד עיניו גודל אחר, תיווצר תופעה של הרתעת חסר או הרתעת יתר, לפי העניין.<sup>74</sup>

#### ד. פיזור נזק

יתרון מסוים, כלכלי באופיו, הקיים בשיטה שבה אחריות מוטלת על פי סיכון ולא על פי נזק, נוגע לסיכוניו של המזיק. בשיטה הנוהגת, עקב החשש להתחייב בפיצויים גבוהים בשל התנהגות רשלנית, רבים מן המזיקים, בגלל היותם שונאי סיכון, מנסים לפזר את הנזק, בראש ובראשונה ברכישת פוליסות ביטוח.<sup>75</sup> עלויות פיזור הנזק נחסכות בשיטה שעל פיה מוטלת אחריות בגין יצירת סיכון. זאת מכיוון ששיטה זו, מעצם טבעה, מביאה לפיזור נזק ומייתרת את הצורך בקיומם של מנגנונים מיוחדים, ויקרים, כגון חברות ביטוח. מזיקים רבים, בידעם שיייתחייבו לשאת בתוחלת נזקיהם ולא יותר, ימצאו את מנגנון הביטוח מיותר לחלוטין מבחינתם.

#### ה. אכיפה

אף שמשטר של אחריות בשל יצירת סיכון מספק לכאורה תמריצי התנהגות יעילים, מביא לפיזור נזקים, מגשים צדק גמולי באופן טוב יותר מהמשטר המשפטי הנוהג, ומביא לפיצוי הניזוקים על חשבון יוצרי סיכונים עולתיים, אין המשפט הנוהג בוחר בדרך של הטלת אחריות בגין יצירת סיכון, והוא מעדיף להטיל אחריות בגין גרם נזק. נראה כי הסיבה

73 לעיל תת-סעיף א.

74 בעיית הרתעת החסר חריפה יותר: ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.

75 על פיזור וביטוח ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15.



העיקרית לכך אינה קשורה דווקא לאי-התאמתה של שיטת יצירת הסיכונים לעקרונות הצדק המתקן כפי שנהוג להבינם, אלא היא פרקטית בעיקרה. אכן, קשה לראות כיצד אפשר לאכוף משטר של אחריות משפטית בגין יצירת סיכון גרידא. במשטר כזה, כדי שיאפשר הרתעה סבירה מצד אחד ויגרום שניזוקים יפוצו מכספי יוצרי הסיכונים העוולתיים מצד אחר, צריך שרוב יוצרי הסיכונים העוולתיים (גם אם לא כולם) יישאו באחריות לפי מידת הסיכון שהם יוצרים. כדי להגשים מטרה זו יש הכרח לעקוב אחר כל מי שעלול ליצור סיכון עוולתי, לאתר את יצירת הסיכון על ידיו ולגבות ממנו סכום כסף שישקף את מידת הסיכון שיצר. האפשר לדמיין משטר משפטי שבו מאותר כל נוהג ברכב שנהג במהירות שאינה סבירה, אפילו במשך חמש דקות, ונאכף עליו תשלום בשיעור תוחלת הנוזק של התנהגותו העוולתית?<sup>76</sup> מאחר שהעלויות המנהליות הכרוכות באכיפת משטר כזה הן עצומות (שלא לדבר על הפגיעה בזכויות הפרט הנגרמת ממעקב צמוד אחר פעילותם השגרתית של בני אדם), אפשר לחשוב על תחליפים אשר יתבססו על רעיון האחריות בשל יצירת סיכון מצד אחד, אך שאפשר לאכפם, מצד אחר.

דרך חלופית אחת היא להטיל אחריות רק על יוצרי סיכונים גדולים במיוחד. בדרך זו יהיו עלויות האכיפה נמוכות יותר, אך ספק אם התוצאות יהיו משביעות רצון. זאת בראש ובראשונה משום שאין ודאות שסך כל הסיכונים הגדולים (אך המועטים יחסית) רב מסך כל הסיכונים הקטנים (והרבים מאוד). מכל מקום ברור שהסיכונים הקטנים, אך הרבים, הם חלק נכבד מסך הסיכונים הנוצרים בחברה. על כן עלול להיווצר לפי שיטה זו מצב שבו כלל יוצרי סיכונים ישלמו בסך הכול סכומי כסף הקטנים בהרבה מתוחלת הנוזק של התנהגותם העוולתית, ההרתעה תהא הרתעת חסר, ואף סכומי הכסף שישלמו יוצרי הסיכונים לא יספיקו לכיסוי נזקיהם של הניזוקים השונים.

דרך חלופית אחרת היא להטיל אחריות על יוצרי סיכונים בסכומי כסף המשקללים את בעיית האכיפה הטבועה במשטר משפטי שבו מוטלת אחריות בגין יצירת סיכון. לפי שיטה זו, ישלם כל יוצר סיכון הנתפס על ידי רשויות האכיפה סכום כסף הגדול פי כמה מהסיכון שיצר, לפי הסיכוי מלכתחילה לתפסו. הסיכון הגדול למדי שלו יהא חשוף יוצר הסיכון, אם ייתפס, ינטרל את הסיכוי הנמוך להיתפס. למשל, אם נוהג ברכב יוצר מדי פעם סיכון עוולתי של 10, אך הוא נתפס אחת ל-10 פעמים, חיובו בפיצוי של 100 כאשר הוא נתפס יגרום שהוא יראה מלכתחילה לנגד עיניו סיכון של 10 בכל פעם שהוא יוצר סיכון עוולתי של 10 (אם ייתפס ישלם 100, והסיכוי להיתפס הוא 10%). חסרונותיה של שיטה כזו גלויים לעין. ראשית, בעיית האכיפה בשיטה זו עדיין משמעותית ביותר. שנית, שיטה כזו מספקת תמריץ

76 בעיה זו של אכיפה היא כנראה אקוטית פחות בתחום העולות ההמוניות ואף במקרים של גרם סיכון לנזקים סביבתיים. ראו שנור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 382–383.

ליוצרי סיכונים רבים לשכלל שיטות שימנעו את תפיסתם במקום להפחית את סיכוני פעילותם. שלישית, בעיית המקריות ואי-הצדק הגמולי כלפי נתבעים, שבה לוקה השיטה הקיימת, ואשר שיטה טהורה של אחריות בגין יצירת סיכונים פותרת, קיימת (גם אם במידה פחותה) אף בשיטה שבה יוצר סיכונים נושא בפיצוי בסכום גבוה בהרבה מהסיכון שיצר.

### ו. קשיי הערכה

לעומת השיטה הנוהגת, שבה שיעור הנזק בדרך כלל מגדיר את מידת האחריות המשפטית (אם כי לעתים האחריות מצומצמת יותר בגין הגנות העומדות למזיק), הרי בשיטה המבוססת על אחריות בגין יצירת סיכונים, מידת האחריות תלויה בסיכון המסוים שיצר המזיק במקרה הקונקרטי. הגם שיש להניח שבשיטה של יצירת סיכונים ישתכללו עם הזמן שיטות להעריך את שיעור הסיכונים במקרים קונקרטיים, עדיין נראה כי קשיי ההערכה יהיו רבים ביותר. קשיי הערכה אלה עלולים אף להחריף את הספקולטיביות בפסיקת הפיצויים, על כל התוצאות השליליות הנובעות מכך.

### ז. סיכום יתרונות וחסרונות

השיטה הנוהגת של הטלת אחריות בגין גרם נזק מסתמנת אפוא כשיטה אשר על אף חסרונותיה היא טובה מכל שיטה חלופית המבוססת על הטלת אחריות בגין יצירת סיכונים גרידא. מהיבט ההרתעה אין הבדל ניכר בין השיטות השונות, בהנחה שאפשר לאכפף. מהיבט האכיפה שיטת יצירת הסיכונים היא בעייתית ביותר, שכן קיימת סכנה של ממש כי במקרים רבים יוצרי סיכונים גרידא לא יאותרו ולא יישאו באחריות, ולכן ניזוקים בפועל לא יפוצו באופן מלא ומזיקים לא יורתעו כראוי. לעומת זאת השיטה הנוהגת קלה יחסית לאכיפה, שכן אחריות מוטלת כאשר יש נזק, וקיומו של נזק מאפשר את איתורו של המזיק בקלות יחסית. מהיבט הצדק המתקן, על פי התפיסה המקובלת, הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא אינה מוצדקת, שכן באין נזק אין על מה לפצות. מהיבט הצדק הגמולי, על אף הקשיים בשיטה הקיימת, שעליהם עמדתי קודם, אפשר להניח כי בסך הכול גרם נזק הוא אינדיקציה די טובה בדרך כלל למידת הסיכון שיש בהתנהגות שגרמה לנזק. במילים אחרות, מרבית הנזקים העולתיים הם תוצאה של התנהגויות מסוכנות יחסית המהוות אף סטייה חמורה מסטנדרט הזהירות הנדרש, ורק מיעוטם הוא תוצאה של התנהגויות מסוכנות פחות. גרם נזק אפוא הוא פרוקסי כללי לא רע לאיתור התנהגויות מסוכנות וחמורות.<sup>77</sup> לפיכך אפילו נגרם אי-צדק במקרה כזה או אחר למזיק מסוים, אי-צדק זה מתרחש לעתים רחוקות.

77 השו' Calabresi, *supra* note 55, at 80-1; Glen O. Robinson, *Multiple Causation in Tort Law – Reflection on the DES Cases*, 68 VA. L. REV. 713, 737-8 (1982).

לבסוף, העלויות המנהליות הכרוכות בהערכת תוחלת הנזק בשיטת יצירת הסיכונים גבוהות מן העלויות הכרוכות בהערכת הנזק בשיטה הנוהגת.

## 2. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא נוסף על אחריות נזיקית בגין גרם נזק

עד כאן ראינו כי משטר משפטי שמוטלת בו אחריות בגין יצירת סיכון גרידא כתחליף לשיטה הקיימת, שבה מוטלת אחריות בגין גרם נזק, אינו מעשי. עתה נותר לבחון אם ראוי ואפשר להטיל אחריות בגין יצירת סיכון כחלק מן השיטה הקיימת.

### א. הרתעה

הקושי הראשוני בהטלת אחריות בגין יצירת סיכון, בצד הטלת אחריות על מזיקים שגרמו לנזק בפועל, הוא שהיא עלולה להביא להרתעת יתר ולכפל פיצוי. נניח שאדם יוצר סיכון שייגרם נזק של 150 בהסתברות של 10%. תוחלת הנזק אפוא היא 15. אם עלות אמצעי הזהירות שיפחיתו את הסיכון לאפס קטנים מ-15, דיני הנזיקין הנוהגים יספקו לו תמריץ לנקוט את אמצעי הזהירות, בהכפיפם אותו לסיכון של 10% לשאת בנזק של 150, דהיינו לסיכון של 15 אם לא ינקוט את אמצעי הזהירות. בשיטה שבה אדם נושא באחריות הן לנזק בפועל והן ליצירת הסיכון, המזיק בכוח בדוגמה שלנו חשוף לסיכון של 30: סיכון של 10% לשאת בפיצוי של 150 (סיכון המתייחס לנזק שעלול להגרם בפועל), ובנוסף – סיכון של 100% לשאת בפיצוי של 15.<sup>78</sup> אפשר שהיותו בסיכון גבוה מן הסיכון שבו הוא מעמיד את החברה בהתנהגותו העוולתית יגרום לו לנקוט אמצעי זהירות מופרזים. לכאורה, אחריות גבוהה מן הנזק בעולם אידאלי שבו אין טעויות של המזיק או של בית המשפט בקביעת סטנדרט הזהירות, רק תחזק את התמריצים של המזיק לנקוט אמצעי זהירות יעילים, אך כפי שהראיתי, בעולמנו הלא אידאלי פיצוי יתר גורם בדרך כלל להרתעת יתר.<sup>79</sup>

מכאן שכדי ששיקולי הרתעה יצדיקו הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא בשיטה משפטית שבה אחריות מוטלת בראש ובראשונה על נזקים שבפועל, יש להראות שהסיכון כשלעצמו, לפחות במקרים מסוימים, מהווה נזק לחברה, שיש לו אופי עצמאי ושאינו רק פוטנציאל לנזק בפועל. שאם לא כן, נושא המזיק בסיכון גדול מהסיכון החברתי של התנהגותו ונוצרת הרתעת יתר. דרך אפשרית אחרת להצדיק הטלת אחריות בגין יצירת סיכון

78 אם הפיצוי בגין הסיכון מופחת מן הפיצוי בגין הנזק שנגרם בפועל, אזי הסיכון של המזיק יהיה קטן במקצת מ-30:  $10\% \times 150 + 90\% \times 15 = 28.5$ .  
79 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.

גרידא על פי שיקולי הרתעה היא להראות שקיימים סוגי מקרים שבהם מסיבה כזו או אחרת המזיק אינו חשוף לסיכון ממשי לשאת בנזק בפועל, אם יתרחש. במקרה כזה הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא לא תהא חשופה לטיעון של כפל פיצוי.<sup>80</sup>

## ב. צדק גמולי

האם האופי העצמאי של הסיכון כנזק חברתי העומד בפני עצמו הוא תנאי הכרחי להטלת אחריות בגינו, על פי עקרונות של צדק גמולי? נראה שלא. שיקולי צדק גמולי עשויים להצדיק הטלת אחריות על מזיק בכוח אשר חשף את התובע לסיכון שהסתיים בלא כלום. למשל, אם ראובן נהג במכוניתו במהירות רבה וברשלנות וסיכן את שמעון, אך לא גרם לו כל נזק בפועל, אפשר לסבור כי מוצדק, מטעמי צדק, להענישו. אם לוי, רופא, טיפל ברשלנות ביהודה, ולמרות זאת יהודה החלים ונותר בלא כל פגע, יש שיטענו שלוי ראוי לעונש, שהרי יד המקרה היא שהושיעה את יהודה, ואשמתו של לוי נותרה בעינה.

אכן, כפי שכבר הוסבר, שיקולי צדק גמולי תומכים בהטלת אחריות בגין יצירת סיכונים כתחליף לשיטה הקיימת, שבה אחריות תלויה בגרם נזק. לתמיכה זו שתי הנמקות: חיובית ושלילית. ההנמקה החיובית היא שהטלת אחריות בגין יצירת סיכונים מביאה לידי חיובו בפיצויים של יוצר סיכון עוולתי, שלמרבה מזלו לא גרם נזק; ההנמקה השלילית היא שהטלת אחריות בגין יצירת סיכונים מונעת את חיובו בפיצויים גבוהים של מי שלרוע מזלו גרם נזק בעוולה, אך שאשמתו המוסרית אינה מצדיקה את חיובו בפיצויים האמורים. שיטה משפטית שבה מוטלת אחריות בגין יצירת סיכון עוולתי בצד הטלת אחריות בגין גרם נזק בפועל נתמכת בהנמקה החיובית. זאת מכיוון שבשיטה כזו, בדומה לשיטה שבה מוטלת אחריות בגין יצירת סיכון עוולתי בלבד, ולהבדיל מהשיטה המשפטית הנוהגת, אין חשש שמי שיצר סיכון שלא התממש רק בשל מזלו הטוב יתחמק מעונש. לעומת זאת אין השיטה הנידונה נתמכת בהנמקה השלילית: כמו בשיטה המשפטית הנוהגת, יישא המזיק במלוא הנזקים שגרם אפילו אם אשמתו המוסרית מועטה.<sup>81</sup>

80 אם כי עדיין תעלה השאלה, שתידון בהמשך הפרק, אם מבחינות אחרות אכן הסיכון הוא הנזק שלו גרמה התנהגותו של יוצרו.

81 מידת השכנוע בדרך טיעון זו תלויה בנקודת המבט שממנה משקיפים על הצדק הגמולי. אם נקודת המבט היא לאחר מעשה, נראה שהטיעון דלעיל משכנע. אם נקודת המבט היא לפני מעשה – נקודת מבט שהרלוונטיות שלה מוטלת בספק כאשר הדבר נוגע לצדק גמולי – הטיעון עשוי להיות בעייתי. זאת מכיוון שמנקודת מבט לפני מעשה הטלת אחריות בגין יצירת סיכון מכפיפה את המזיק בכוח לסיכון כפול, או לעונש כפול: כפי שהוסבר, לעיל תת-סעיף א, בראשית הפרק, מזיק המסכן את החברה ב-15 נושא בסיכון של 30. אם הנחתנו היא כי שיקולי צדק גמולי מחייבים את הכפפת המזיק בכוח לעונש שווה ערך לסיכון שהוא יוצר לחברה

### ג. צדק מתקן

שיקולי צדק מתקן, על פי התפיסה הרווחת, יאפשרו הענקת פיצוי בגין יצירת סיכון רק אם לסיכון יש אופי עצמאי, המנותק מן הנזק בפועל, אך הוא בכל זאת מהווה נזק לניזוק. תיקון מצבו של הניזוק הוא כזכור רעיון היסוד המונח בבסיסם של עקרונות הצדק המתקן, ובאין נזק אין צורך בתיקון.

מכאן שתנאי האופי העצמאי של הסיכון כנזק העומד בפני עצמו נקבע הן על ידי שיקולי הרתעה והן על ידי שיקולי צדק מתקן (אך לא על ידי שיקולי צדק גמולי). אלא ששיקולי ההרתעה מסתפקים בכך שהסיכון יהווה נזק כלשהו (לניזוק, לצדדים שלישיים או לחברה בכללותה), ואילו שיקולי צדק מתקן מחייבים שנזק זה ייוחס לניזוק, התובע. בהמשך יומחש הבדל זה בין נקודת המבט של ההרתעה לנקודת המבט של הצדק המתקן.

### ד. סיכון כנזק?

האם קיימים מקרים שבהם לסיכון יש אופי עצמאי, כנזק העומד בפני עצמו ואשר אינו בבחינת פוטנציאל לנזק בפועל בלבד?

יצירת סיכון יש בה כדי לעורר בבני אדם פחד. למשל, מזיק היוצר זיהום סביבתי שעלול לגרום נזק לגוף ולבריאות, אינו מזיק רק לאלו שנפגעים פיזית בגופם אלא גם לרבים אחרים החיים בצל הפחד שמא ניזוקו או יינזקו בעתיד. גם אם מתברר לחיים בצל הפחד, כחלוף פרק זמן, שלא ניזוקו ואף לא יינזקו בעתיד, לא יהא מופרך לטעון שחשיפתם לסיכון היא כשלעצמה גרמה להם לנזק. אכן נזק זה מנותק לחלוטין מן הנזק לגוף ולבריאות, ותנאי העצמאות מתקיים בו. חיוב בפיצוי בגין הפחד שנגרם מיצירת הסיכון העוולתית עשוי להיות מוצדק הן על פי שיקולי הרתעה והן על פי שיקולי צדק, גמולי ומתקן כאחד. שיקולי הרתעה מבוססים כזכור על כך שהמעוול נושא בנזקים שהתנהגותו העוולתית גורמת לחברה. הפחד הוא נזק העומד בקריטריון זה (אם כי משיקולים של עלויות מנהליות, הקיימות בעיקר בשל קשיי הוכחה, ייתכן שבסופו של דבר טוב שלא לפצות בגינו<sup>82</sup>). בדומה לכך, היות הפחד נזק שנגרם לניזוק ספציפי מזוהה הופך אותו לנזק שראוי לפצות בגינו לפי עקרונות הצדק המתקן. שיקולי צדק גמולי אף הם פועלים באותו כיוון: הגורם פחד בעוולה ראוי לעונש, לעתים לא פחות ממי שגרם לנזק פיזי. אכן, בארצות הברית פסק בית המשפט העליון פיצוי בגין הפחד שנגרם לעובדים שעבדו במשך שנים עם מוצרי

(בבחינת "עין תחת עין"), הרי מטרה זו מסוכלת אם אכן נקודת המבט שממנה ראוי להשקיף על הצדק הגמולי היא לפני מעשה.

82 ראו הדיון לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 1.ב.

אסבסט, ועקב כך היו בסיכון גבוה ללקות בסרטן קטלני.<sup>83</sup> בית הלורדים באנגליה סירב לפסוק פיצוי במקרה דומה.<sup>84</sup> אולם גם כאשר נפסק פיצוי בגין הפחד, לא היה הפיצוי בגין יצירת סיכון גרידא אלא בגין נזק קיים בהווה. אם המשפט מגן על שלמות נפשו של אדם ולא רק על שלמות גופו, הרי מי שגורם פחד לאחר הוא מזיק הגורם נזק ממשי ככל מזיק אחר הגורם נזק פיזי – לגוף או לרכוש. התגובה הנפשית של הניזוק לסיכון היא שמפעילה את המשפט ולא יצירת הסיכון לנזק הפיזי כשלעצמה. אכן, אילו לא היה האדם החשוף לזיהום הסביבתי או למוצרי האסבסט מודע להיותו חשוף לסיכון של פגיעה, ועל כן לא היה חש כל פחד, הקושי לזכותו בפיצוי בגין היחשפותו לסיכון היה נותר בעינו.

קיימים מקרים אחרים שבהם הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא לא תביא לחיובו של המזיק בכפל פיצוי ותהא מוצדקת מהיבט ההרתעה. כוונתי למצבים שבהם חלק מן הנזק שנגרם לחברה מהתנהגותו העוולתית של המזיק אינו נתבע ממנו. הבה נשוב לדוגמת המזיק הגורם לזיהום סביבתי. חלק מן הנזק הוא פיזי מוחשי, הנגרם לבני אדם המקבלים פיצוי מן המזיק. עם זאת הזיהום גורם לא אחת לנזקים נוספים, אשר שיטת המשפט הנוהג מתקשה לפצות בגינם. למשל, אפשר שהזיהום יגרום פגיעות לבני אדם שאינם יודעים כלל שנפגעו וממילא לא יתבעו פיצוי; הזיהום עלול לגרום נזקים לבני אדם שנים רבות לאחר היחשפותם לו ובאופן שיקשה עליהם לזהות את גורם הנזק; והזיהום עלול לפגוע בדורות הבאים או באיכות הסביבה. חיובו של המזיק בפיצויים גבוהים מאלו הנדרשים לכיסוי הנזקים המוכחים במקרים מעין אלו, אם בדרך של הטלת אחריות בגין יצירת סיכון ואם בכל דרך אחרת,<sup>85</sup> לא תוביל בהכרח לחיובו של המזיק בכפל פיצוי ולא תיצור הרתעת יתר. אדרבה, חיוב כזה בפיצויים עשוי למנוע הרתעת חסר, אשר נוצרת משום שהפיצויים שבהם מחויב המזיק אינם מכסים את סך כל הנזקים החברתיים שלהם גרם בהתנהגותו העוולתית. חיובו של המזיק בפיצויים גבוהים כאמור לעיל עולה בקנה אחד אף עם עקרונות הצדק הגמולי, אם כי אינו מתיישב עם עקרונות הצדק המתקן.<sup>86</sup>

האם בסוג זה של מקרים יצירת הסיכון היא נזק בפני עצמו, המנותק מן הנזק המוחשי שנגרם בפועל? נראה כי התשובה לכך היא שלילית. אפילו נשתכנע שהענקת פיצוי למי

83 Norfolk & Western Railway Company v. Ayres, 538 U.S. 135 (2003).

84 Johnston v. NEI International Combustion Ltd, [2007] UKHL 39. המקרה האנגלי והאמריקאי לא היו זהים זה לזה. במקרה האמריקאי התובעים לקו במחלות בגלל החשיפה לאסבסט, והיה להם סיכוי של 10% לפתח סרטן קטלני. לעומת זאת במקרה האנגלי התובעים טרם לקו במחלה כלשהי.

85 לטיעון דומה, המצדיק הטלת אחריות בגין נזק כלכלי טהור, ראו לעיל חלק ב, פרק 6, סעיף ג.1.

86 שכן לפי עקרונות הצדק המתקן חובתו של המזיק כלפי הניזוק היא לפצותו בגין נזקיו, ולא יותר.

שחשוף לסיכון מעבר לנזקיו המוכחים מועילה מבחינה כזו או אחרת להרתעתו של המזיק, ואף מוצדקת בטעמי צדק גמולי, הצדקות אלו אינן נובעות מכך שיצירת הסיכון כשלעצמה היא נזק. הצדקות אלו מבוססות על כך שיצירת הסיכון גורמת לנזקים ממשיים המתווספים לאלו המוכחים, אלא שאי אפשר לתבעם בבית המשפט מסיבות פרקטיות. אמת, בלעדי חיובו של המזיק בפיצוי נוסף על זה הנדרש לכיסוי הנזקים המוכחים, אפשר שתיווצר תופעה של הרתעת חסר: המזיק אינו מפנים את כל נזקי התנהגותו העוולתית כנדרש לשם השגתה של הרתעה אופטימלית. אפשר לפתור בעיה זו, בשיטת משפט המתירה זאת, בחיובו של המזיק בפיצויים עונשיים. אולם אם פיצויים עונשיים מוצדקים במקרים אלו, הרי זה לא בשל היות הסיכון נזק אלא בשל הנזקים שנוולדו ממנו.<sup>87</sup>

סיכון עשוי להיתפס כנזק כאשר הוא פוגע בשווי נכסיו של אדם. אם ראובן גר במקום החשוף לסיכון מוגבר של רעידת אדמה, יש להניח ששווי רכושו יושפע מסיכון רעידת אדמה. בדומה לכך, אם במשך תקופה מסוימת היה רכושו חשוף לסיכון עוולתי שהיה עלול להסתיים בפגיעה, ועקב קיומו של הסיכון פחתו דמי השכירות שגבה מהשכרת הנכס, או שעקב כך מכר את הנכס בסכום כסף נמוך משווי בלעדי הסיכון, הוא ניזוק מן הסיכון גם אם הסיכון חלף עבר לו מן העולם.<sup>88</sup> למשל, יכול שבתקופת החשיפה לסיכון ביטח ראובן את הנכס מפני הסיכון. בדומה לכך ייתכן שראובן הוציא הוצאות אחרות לשם מניעת הנזק העתידי או הקטנתו נוכח קיומו של הסיכון, כגון הוצאות לחיזוק המבנה או הוצאות לשם

87 לרציונלים הכלכליים לפסיקת פיצויים עונשיים ראו, A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998); Robert D. Cooter, *Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis*, 60 L. & CONTEMP. PROB. 73 (1997). בית המשפט העליון של ארצות הברית סטה מן הגישה הכלכלית בפסיקת פיצויים עונשיים וקבע שהשיקול המרכזי בפסיקתם הוא מידת החומרה המוסרית שבהתנהגותו של המזיק. עם זאת הוסיף כי גרם נזקים לצדדים שלישיים עשוי להיות שיקול להערכת מידת חומרה זו. ראו Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346, 354–5 (2007). לדעה שכאשר נפסקים פיצויים עונשיים בשל גרם נזק לצדדים שלישיים או לאינטרס החברתי, לא הניזוק הוא שצריך לקבלם, ראו Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE L.J. 347 (2003).

88 לנטייה להסכים שיצירת סיכון המורידה את שווי של נכס היא נזק, ראו ע"א 81/68 זנגי נ' אנגלשטיין, פ"ד כב(2) 24 (1968). כן השוו ע"א 711/82 י. בלומנטל ב"ח בע"מ נ' תיכון, Christopher E. Miller, *Radiological Risk and Civil Liability: A Review of Recent Developments in the United Kingdom*, LAW AND UNCERTAINTY – RISKS AND LEGAL PROCESSES 273, 277–8 (Robert Baldwin ed., 1997). המחבר מתאר שם פסק דין אנגלי – 2 [1990] Merlin v. British Nuclear Fuels (1991) Plc. – שבו תבעה משפחה בגין ירידת ערך הבית שבו גרו עקב חשיפתו לקרינה מכור גרעיני סמוך. התביעה נדחתה, שכן נקבע שהחיקוק שהופר על ידי הנתבעים ושעליו התבססה התביעה אינו מקנה עילת תביעה בגין נזק כלכלי הנובע מירידת שווי נכסים.

העתקת מקום מגוריו למקום אחר שאינו חשוף לסיכון. הוצאות אלו כולן מהוות נזקים, ולא יהא מופרז להטיל על יוצר הסיכון העוולתי חובת פיצוי בגינן. אפשר להשקיף על חשיפה עוולתית של גופו של אדם לסיכון באופן דומה. על פי השקפה זו, אדם שנחשף לסיכון בגופו "שווה" פחות משהיה "שווה" קודם לחשיפה לסיכון. הוא נעשה פגיע יותר עקב החשיפה משהיה בעבר.<sup>89</sup> אכן, אם ירצה לבטח את חייו או את בריאותו שעה שהוא חשוף לסיכון, יידרש ממנו לשאת בפרמיה גבוהה מן הפרמיה שבה היה נדרש לשאת אלמלא החשיפה. תוספת פרמיה זו היא נזק ממשי שנגרם מן החשיפה לסיכון<sup>90</sup> אפילו חלף הסיכון לאחר מכן. בדומה לכך, אם במהלך חשיפתו לסיכון ייהרג בתאונת דרכים, תלויו יזכו לפיצוי מופחת מן המזיק, אם בית המשפט יסבור כי תוחלת חייו או תוחלת שנות עבודתו קצרות מכפי שהיו עובר לחשיפה.<sup>91</sup> העובדה שיתברר בדיעבד כי הסיכון לא היה מתממש אינה משנה מן המסקנה שהחשיפה לסיכון גרמה לנזק ממשי. זאת ועוד, לא אחת יהא מוצדק מבחינתו של אדם שנחשף בגופו לסיכון לנזק אמצעים למניעת נזק עתידי כגון קבלת טיפולים רפואיים, בדיקות תקופתיות, רכישת אביזרים המקטינים את סיכונים, ולעתים אף העתקת מקום מגוריו.<sup>92</sup> אמצעים אלו כרוכים כמובן בהוצאות כספיות ניכרות שאינן נעלמות אף אם מתברר אחר כך שהסיכון לא התממש לכדי נזק גוף.<sup>93</sup>

- 89 בפסיקה האמריקאית נעשה שימוש בהנמקה זו לפסיקת פיצוי בנסיבות שאדם נחשף לסיכון ואי אפשר לדעת אם ייפגע בעתיד. ראו JACK B. WEINSTEIN, INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION: THE EFFECT OF CLASS ACTIONS, CONSOLIDATIONS, AND OTHER MULTIPARTY DEVICES 152-4 (1995).
- 90 לטיעון ברוח זו ראו Robinson, *supra* note 65, at 787-8; David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 851, 885-7 (1984).
- 91 לשימוש בטיעון זה כדי להצדיק פיצוי לניזוקים במצבים שבהם לא ברור אם קוצרה תוחלת חייהם עקב החשיפה לסיכון ראו Rosenberg, *id.*, at 885-6.
- 92 ראו Rosenberg, *id.*; Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 U. TORONTO L. J. 247, 267-9 (1992); Mark Geistfeld, *The Analytics of Duty: Medical Monitoring and Related Forms of Economic Loss*, 88 VA. L. REV. 1921, 1940-9 (2002); Kenneth S. Abraham, *Liability for Medical Monitoring and the Problem of Limits*, 88 VA. L. REV. 1975 (2002); John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Unrealized Torts*, 88 VA. L. REV. 1625 (2002).
- 93 אף דרך זו ננקטת בפסיקה האמריקאית לפסיקת פיצוי לטובת בני אדם שנחשפו לסיכונים: WEINSTEIN, *supra* note 89, at 152-4. בתחום דיני החוזים, אם כמצב של הפרה צפויה (מקרה המקביל ליצירת סיכון בנזיקין) פועל המזיק להקטנת נזקיו, הוא זכאי לשיפוי בגין הוצאותיו הסבירות מן המפר אפילו אם בסופו של דבר החוזה לא הופר: אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 204-205 (1997).



מן האמור לעיל עולה אפוא כי כל הנזקים הנובעים מחשיפת נכסיו או גופו של אדם לסיכון הם נזקים ממשיים כל עוד נגרמו בפועל.<sup>94</sup> הם נותרים ככאלה אף אם הסיכון שגרם להם חלף בלא להותיר כל פגע ממשי על הנכס או על הגוף. חיובו של המזיק בפיצוי בגינם מוצדק משיקולי הרתעה ומשיקולי צדק מתקן וגמולי כאחד. אופיים העצמאי אינו מוטל בספק, והם מתקיימים בנפרד מן הסיכון. ברם בשל כך ממש לא יהא נכון להגדיר את הפיצוי שייפסק בגינם פיצוי בגין יצירת סיכון גרידא. גרם הנזק, ולא יצירת הסיכון, הוא שעשוי להצדיק את הטלתה של האחריות הנזיקית.<sup>95</sup>

94 האם יהיה ראובן זכאי לפיצוי גם אם הסיכון העולתי חלף בלא להותיר כל עקבות על נפשו, גופו או רכושו? נראה שכדי להשיב לשאלה זו יש לבחון כיצד נוהג המשפט בפגיעות עולתיות שחלפו בלא להותיר נזק ממשי. למשל, יכול שאדם נכלא כליאת שווא, אך בטרם היה מודע לכך – שוחרר. האם הוא ניזוק מכליאת השווא בתקופת הזמן שבה היה כלוא באופן המצדיק פיצוי? יכול שאדם הוציא לשון הרע על חברו, אך בטרם זה ידע על כך תיקן את המעוות, ועתה ברור שבסופו של דבר לא נגרם לו כל נזק. האם אפשר לטעון שלמרות זאת במשך תקופת הזמן שבין הוצאת לשון הרע לבין תיקון המעוות נגרם לו נזק ושהמזיק חייב לשאת בו? התשובה הכללית של המשפט היא שבאין נזק אין פיצוי; נזק שחלף אינו נזק בר פיצוי (אם כי סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצוי בסכום מסוים, גם אם לא הוכח כל נזק). ראו עניין זנגי, לעיל ה"ש 88. באנלוגיה לדוגמה הנדונה כאן, אם הסיכון לראובן חלף בלא להותיר סימן, ראובן אינו זכאי לפיצוי לא משום שהיה חשוף לסיכון גרידא אלא משום שפגיעתו הייתה פגיעה חולפת והותירה אותו בלא כל פגע. אך ראו להלן ה"ש 95.

95 האם ראוי לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה עקב חשיפה עולתית לסיכון שהסתיים בלא נזק? או במילים אחרות, האין לומר שכל חשיפה עולתית לסיכון היא נזק של פגיעה באוטונומיה? לכאורה, נטייתו של בית המשפט העליון לפסוק פיצוי בגין אב נזק זה באופן רחב למדי עשויה ליתן תשובה חיובית לשאלות אלו. ראו לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 3. אך איני סביר שכך ראוי, או מעשי, לעשות. פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מתאים למקרים שבהם בלעדי פיצוי כזה קיים חשש רב שמזיקים ינהגו באופן בלתי רצוי מבחינה חברתית. ראו לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 3.ג. חשש זה אינו קיים בדרך כלל במקרים של יצירת סיכון אשר בוודאות חלף מן העולם: כל עוד אין קשיים מיוחדים בהוכחת הנזק המוחשי אם היה נגרם, די לצורכי הרתעה בהטלת אחריות בגין הנזק המוחשי בלבד, ואין צורך בפסיקת פיצוי נוסף בגין פגיעה באוטונומיה אם לא נגרם נזק מוחשי. כל גישה אחרת תביא לתוצאה בלתי אפשרית, שעל פיה כל חשיפה עולתית לסיכון, בין שהסתיימה בנזק ובין שלא, תביא להטלת אחריות.

חלק שלישי : סיבתיות

## אחריות הסתברותית: פגיעה בסיכוי והגברת סיכון

1. אי־ודאות בגודל הנזק; א. הרתעה; ב. צדק מתקן. 2. אי־ודאות בגרם נזק: נזק בהווה; א. הרתעה; ב. צדק מתקן; ג. הלכת פאתח; ד. הלכת מלול; ה. חישוב הפיצוי: סיכוי שאבד לעומת סיכוי שפחת. 3. אי־ודאות בגרם נזק: סיכון לנזק עתידי; א. צדק מתקן; ב. הרתעה; ג. בעיית הפעולה המשותפת. 4. ביקורת על רעיון האחריות ההסתברותית ותגובה לה; א. דרכים להעריך הסתברויות ותמריצים לשכלולן; ב. אומדן הסתברויות "גס"; ג. אומדנים "גסים" במשפטי נזיקין

אפשר לתאר שלושה מצבים עיקריים שבהם קיימת אי־ודאות באשר לנזקיו של התובע מן הסיכון העולתי שיצר הנתבע, ואשר בהם שאלת האחריות ההסתברותית עשויה להתעורר. במצב הראשון הנתבע גרם לתובע נזק על ידי התנהגותו העולתית, אך קיימת אי־ודאות באשר לגודל הנזק. למשל, המעוול פגע בגופו של הניזוק, אך קיימת אי־ודאות אם נגרם לו עקב כך נזק של הפסד השתכרות. במצב השני הנתבע פגע בזכות או באינטרס של התובע בהתנהגות עולתית, אך קיימת אי־ודאות באשר לגרם נזק. למשל, רופא התרשל בטיפול בחולה, לחולה נגרם נזק, אך קיימת הסתברות גבוהה שזנזק זה היה נגרם גם אם הרופא לא היה מתרשל. במצב השלישי הנתבע יצר סיכון עולתי, אך קיימת אי־ודאות באשר לפגיעתו בזכות או באינטרס של התובע. למשל, כמה יצרנים שיווקו תרופה זהה שיש בה סיכון לא סביר למשתמשים בה, התובע ניזוק עקב שימוש בתרופה, אך לא ידוע מי היצרן אשר את תרופתו צרך התובע.

בכל שלושת המצבים אי־הודאות עשויה להתייחס לעבר או לעתיד: יכול ששאלת גודל הנזק, גרם הנזק או הפגיעה באינטרס לפי העניין, מתייחסת להתרחשויות עתידיות, ויכול שהיא מתייחסת לארועים בעבר שאין לנו מידע לגביהם.

בכל המצבים המתוארים לעיל עולה השאלה אם ראוי לסטות בהם מכלל עודף ההסתברויות (דהיינו, משיטת "הכול או לא כלום") ולאמץ תחתיו כלל של אחריות הסתברותית. פרק זה יעסוק בשני המצבים הראשונים. המצב השלישי יידון בפרק הבא, בצד מצבים נוספים של אי־ודאות בגרם נזקים.

## 1. אי־ודאות בגודל הנזק

הדוגמה הבאה ממחישה מקרה טיפוסי של אי־ודאות הנוגעת לגודל הנזק כאשר גרימתו העוולתית של נזק על ידי הנתבע לתובע אינה מוטלת בספק.

דוגמה 1: הפסד ההשתכרות. ראובן נפגע בתאונה שנגרמה עקב רשלנותו של שמעון. הוא סובל מנכות המפחיתה את יכולת השתכרותו. בפועל הוא עובד כפקיד, ושכרו נמוך למדי. בעת שבית המשפט בא לאמוד את הפסד השתכרותו העתידי, עולה השאלה במה היה עוסק ראובן אלמלא נפגע בתאונה. קיימת הסתברות של 30%, שאלמלא הפגיעה היה עובד כימאי בצי הסוחר – שאז הכנסתו הייתה גבוהה במידה ניכרת מהכנסתו הנוכחית. הפגיעה אינה מאפשרת לו לעבוד בעבודה זו. קיימת הסתברות של 70% שראובן היה בוחר לעבוד כפקיד אף אלמלא נפגע בתאונה. אם האפשרות הראשונה משקפת את המציאות, נגרם לראובן נזק רב. אם האפשרות השנייה משקפת את המציאות, נזקיו של ראובן פחותים מכיוון שאינם מכילים מרכיב של הפסד השתכרות.<sup>96</sup>

אפשר להעלות על הדעת שתי דרכים שאותן יכול לנקוט בית משפט הנדרש לשאלת הפיצוי בדוגמת הפסד ההשתכרות. על פי הדרך האחת לא ייפסק לראובן כל פיצוי בגין הפסד השתכרות מכיוון שלא הצליח להרים את נטל השכנוע באשר לגודל הנזק שבגינו הוא תובע (שיטת הכול או לא כלום). על פי הדרך השנייה ייפסק לראובן פיצוי בגין פגיעה בסיכוייו להשתכר. בדוגמה הנדונה סכום הפיצוי יהיה 30% מן ההפרש שבין השתכרותו של ימאי לבין השתכרותו הנוכחית של ראובן כפקיד (כלל אחריות הסתברותית). בדרך שנייה זו בחר ללכת בית המשפט העליון.<sup>97</sup>

### א. הרתעה

הטלת אחריות הסתברותית על שמעון תביא להרתעה יעילה אם כי במקרים רבים לא יהיה הבדל לעניין זה בין כלל של אחריות הסתברותית לבין שיטת הכול או לא כלום. זאת מכיוון שכפי שקיימים מקרים שבהם ההסתברות לקיומו של הפסד השתכרות פחותה מ־50% (כמו

96 דוגמה זו מבוססת על ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393 (1984), בשינויים מסוימים.  
97 עניין חיו, שם. לתמיכה בדרך של פיצוי על פי סיכוי כאשר מתעוררות שאלות הנוגעות להערכת הנזק, ראו אף ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281 (1981); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982). לפסיקת פיצוי תוך התחשבות בסיכוי, הגם שלא בדרך של אומדן אריתמטי שלו, ראו ע"א 702/87 מ.י. נ' כהן, פ"ד מח(2) 705, 731 (1994).

בדוגמה 1), קיימים גם מקרים שבהם הסתברות זו גבוהה מ-50%. לפי שיטת הכול או לא כלום, במקרים מן הסוג הראשון לא יזכה הניזוק לפיצוי בגין הפסד השתכרות אף שקיימת הסתברות גבוהה מאפס שנגרם לו הפסד השתכרות, אך במקרים מן הסוג השני יזכה הניזוק לפיצוי מלא אף שקיימת הסתברות גבוהה מאפס שלא נגרם לו הפסד השתכרות. בהנחה שהמזיק אינו יכול לדעת מלכתחילה אם הניזוק בכוח הוא מי שהסתברות הפסד ההשתכרות שלו תהיה גבוהה או נמוכה מ-50%, בעיית פיצוי החסר במקרים שבהם הסתברות זו פחותה מ-50% עשויה להיפתר בפיצוי היתר במקרים שבהם הסתברות זו גבוהה מ-50%. כאשר בעיה זו נפתרת, הרעתו של המזיק תהיה יעילה.

אלא שבעיה זו לא תמיד נפתרת. הטלת אחריות הסתברותית במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 1 תהיה עדיפה בבירור על פני שיטת הכול או לא כלום כאשר יש חשש שבמקרים רבים מדי ההסתברות לקיומו של הפסד השתכרות נמוכה מ-50%, דהיינו כאשר יש הטיה נשנית כלפי מטה בהוכחתו של הפסד השתכרות. במקרה הקיצוני, שבו ההסתברות לקיומו של הפסד השתכרות נמוכה תמיד מ-50%, על פי שיטת הכול או לא כלום, לא יחויב המזיק לעולם בפיצוי בגין הפסד השתכרות אף שבחלק מן המקרים נגרם לניזוק הפסד כזה. עקב כך תיווצר הרעתת חסר. הטלת אחריות הסתברותית עשויה להיות פתרון הולם ולהביא לידי הרתעה יעילה.

סעיף 2 עוסק בהרחבה בגורם ההטיה הנשנית כלפי מטה וכלפי מעלה במצבים שבהם לא ברור אם הניזוק נפגע מהתנהגותו העוולתית של הנתבע. הניתוח שם יפה לענייננו, בשינויים המחויבים.

### ב. צדק מתקן

הקושי העיקרי בהטלת אחריות הסתברותית בדוגמת הפסד ההשתכרות נובע מאי-התאמה לכאורית בין פסיקה כזו לבין עקרונות הצדק המתקן. עקרונות הצדק המתקן מחייבים את המזיק להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, לא פחות אך גם לא יותר. פסיקת פיצוי הסתברותי בדוגמה של הפסד ההשתכרות אינה משיבה את מצבו של הניזוק לקדמותו: אלמלא התאונה היה ראובן פקיד או ימאי ולא 70% פקיד ו-30% ימאי. ממילא הפיצוי ההסתברותי הוא פיצוי חסר או פיצוי יתר, אך ודאי שאין הוא משקף את הנזק בפועל ועל כן אינו תואם את רעיון השבת המצב לקדמותו. אמת, אף פיצוי בשיטת הכול או לא כלום אינו בהכרח משיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, שהרי בדוגמה הנדונה יישומה של שיטה זו מותיר סיכוי של 30% לפיצוי חסר. ברם בשיטת הכול או לא כלום יומרתו של המשפט היא לפצות בגין נזק שנגרם או שייגרם בפועל כאשר הכללים הראייתיים עניינם בביצוע המטרה ולא בהגדרתה, ואילו לפי כלל של אחריות הסתברותית המטרה מוגדרת באופן שונה: אין עוד כל ימרה להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.

למרות כל זאת אפשר ליישב הטלת אחריות הסתברותית בדוגמה של הפסד ההשתכרות עם רעיון השבת המצב לקדמותו ועם עקרונות הצדק המתקן. זאת אפשר לעשות בהגדרה מחודשת של מושג הנזק.

על פי התפיסה המוצעת, הנתמכת היטב בפסיקתו של בית המשפט העליון, הפגיעה בניזוק שללה ממנו נכס, שהוא כושר השתכרותו.<sup>98</sup> למעשה אין בית משפט, ואף לא גורם אחר כלשהו, היודע באמת ובתמים מה היה עושה הניזוק בנכס זה אמלא הפגיעה. הדבר היה תלוי בגורמים רבים, חלקם אובייקטיביים, מנותקים מרצונו של הניזוק; חלקם סובייקטיביים, תלויים ברצונו, בהחלטתו ובאופן שבו היה פועל להגשמת רצונותיו. אי-היכולת לדעת כיצד היו הגורמים השונים פועלים היא שיוצרת לכאורה את אי-הוודאות באשר לגודל הנזק. אולם בצד אי-ודאות זו קיימת ודאות בעניין אחד חשוב: נכס כושר ההשתכרות של הניזוק אכן נפגע ממעשה העוולה. לפיכך יש להעריך את הפיחות שחל בשוויו ולהטיל אחריות בגינו על המזיק. פיחות השווי הוא ההפרש בין שוויו לפני הפגיעה לשוויו לאחר שאירעה. הערכת השווי לפני הפגיעה נעשית לפי האופציות של השתכרות שעמדו לניזוק לפני הפגיעה, והערכת השווי לאחר הפגיעה נעשית לפי האופציות של השתכרות שעומדות לניזוק לאחר הפגיעה. לפי נתוני הדוגמה, אופציית ההשתכרות כימאי, שהייתה קיימת בידיו של ראובן לפני הפגיעה, אינה קיימת לו עוד. שווי האופציה הוא אפוא הנזק שנגרם לנכס "כושר ההשתכרות" שלו ושבגינו הוא זכאי לפיצוי. שווי זה יש לאמוד לפי ההסתברות שאלמלא הפגיעה היה ראובן מממש את האופציה ונעשה ימאי.

פסיקת פיצוי הסתברותי בדוגמת הפסד ההשתכרות עשויה להיות מנומקת אף בהגנת האוטונומיה של ראובן. אוטונומיה משמעה זכותו של אדם לבחור את מטרותיו ולהגשימן. הפגיעה העוולתית פגעה באוטונומיה של ראובן, שכן היא שללה ממנו דרך בחירה שהייתה פתוחה לפניו עובר לפגיעה, ושעתה אינה עומדת לו עוד. בין נזקיו של ראובן אפוא נכלל הנזק לאוטונומיה שלו. הפיצוי ההסתברותי משקף את הערך הכלכלי של דרך הבחירה שאבדה לו, ויש בו כדי לתקן את הנזק לאוטונומיה.<sup>99</sup>

דוגמת הפסד ההשתכרות מייצגת מקרים שבהם אי-הוודאות בגודל הנזק ובהיקפו נובעת מאי-היכולת לצפות בוודאות אירועים עתידיים. אי-ודאות בגודל הנזק ובהיקפו עשויה לנבוע אף מאי-היכולת לדעת בוודאות מה אירע בעבר. למשל, ייתכן שהפסד ההשתכרות

98 ראו עניין ברששת, לעיל ה"ש 97. ראו גם ברק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 257–258; אריה ל' מילר "אבדן כושר השתכרות כמבחן להערכת נזקי גוף" הפרקליט לב 251 (1978); אריה ל' מילר "ועוד פעם על הערכת הנזק שבאובדן כושר ההשתכרות" הפרקליט לה 253 (1983).

99 ראו לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 3. אך ראו לעיל ה"ש 95, שם אני מזהיר מפני הכרה בעילת תביעה של פגיעה באוטונומיה בגין חשיפה עוולתית לסיכון שהסתיימה בלא נזק. המקרה של הפסד ההשתכרות שונה: אין ספק שהמזיק שלל יכולת בחירה מסוימת שעמדה בפני ראובן לפני הפגיעה העוולתית, ועתה אינה עומדת עוד בפניו.

מתייחס לא רק לעתיד אלא גם לעבר, דהיינו להפסד ההשתכרות שנגרם לתובע בין מועד התאונה לבין מועד המשפט. במקרה אחרון זה או שנגרם נזק של הפסד השתכרות או שלא נגרם, ודרך ביניים אין. שיקולי ההרתעה עשויים לתמוך בהטלת אחריות הסתברותית ממש כמו במקרה של הפסד השתכרות עתידי, אך שיקולים של צדק מתקן עלולים להקשות על הטלת אחריות כזו. הטעם לכך הוא שבמקרה של נזק בעבר המשגה מחודשת של הנזק היא מלאכותית: אין לומר עוד שראובן איבד אופצייה לעבוד בעבודה כזו או אחרת. למעשה קרה בעבר אחת משתיים: לראובן נגרם הפסד השתכרות או לראובן לא נגרם הפסד השתכרות. הבחנה זו בין נזק עתידי לבין נזק בעבר תפוחת ביתר הרחבה בסעיפים הבאים.

## 2. אי־ודאות בגרם נזק: נזק בהווה

המקרים הנפוצים ביותר שבהם עולה שאלת האחריות ההסתברותית הם המקרים של פגיעה בסיכויי החלמה והמקרים של הגברת סיכון רפואי כאשר התובע סובל נזק בהווה. דוגמה 2 ממחישה מקרה של פגיעה בסיכויי החלמה. דוגמה 3 ממחישה מקרה של הגברת סיכון רפואי.<sup>100</sup>

**דוגמה 2: פגיעה בסיכויי החלמה.** משה הוא רופא אשר טיפל באהרון ברשלנות. עובר לטיפול היו סיכויי החלמתו של אהרון 20%. לאחר הטיפול הרשלני ובעטיו ירדו סיכויי החלמה לאפס, ואהרון לא החלים. אי אפשר לדעת אם אי־החלמתו נגרמה מרשלנותו של משה או בלא כל קשר לכך.

**דוגמה 3: הגברת סיכון רפואי.** משה הוא רופא אשר טיפל באהרון ברשלנות. לאחר הטיפול סבל אהרון נזק. ההסתברות שנזק זה נגרם

100 בועז שנור טוען שאימוץ הדוקטרינה של פגיעה בסיכוי משנה את הדין המהותי, שכן היא מכירה באב נזק חדש, ואילו עקרון האחריות ההסתברותית (או כלל ההכרעה היחסי, כפי שהוא מעדיף לכנות אותו) משנה את דיני הראיות בלבד. הבדל זה, לדעת שנור, אינו תאורטי גרידא. מטענתו, אם מדובר בדוקטרינת הפגיעה בסיכוי, לא מוצדק לפסוק פיצוי הסתברותי כאשר הסיכוי שאבד גבוה מ-50%, אלא יש לפסוק פיצוי מלא. לא כן אם מדובר בכלל האחריות ההסתברותית, שאז יש לפסוק פיצוי חלקי. כן, אם הסיכון חלף ולא נגרם כל נזק פיזי, דוקטרינת הפגיעה בסיכוי תביא לדעת שנור לפסיקת פיצוי (חלקי), ואילו כלל של אחריות הסתברותית יביא להעדר פיצוי כלשהו. ראו שנור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 412–414; בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים 177, 186–191 (2007). כפי שיובהר להלן, לדעתי, אין הבדל אמתי בין שתי הדוקטרינות, ומדובר בעיקרו של דבר בעניין סמנטי.

מרשלנותו של משה היא 20%. קיימת הסתברות של 80% שהנזק נגרם בגלל מצבו הבריאותי של משה, בלא כל קשר לרשלנות הרפואית.

הפסיקה בארץ ובעולם עסקה במקרים אשר דוגמות 2 ו-3 מייצגות אותם. הפסיקה בישראל ובחלק ניכר ממדינות ארצות הברית<sup>101</sup> נוטה להטיל אחריות הסתברותית במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 2. פסק הדין הישראלי המנחה בעניין זה הוא קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח.<sup>102</sup> בישראל פסק לאחרונה בית המשפט העליון, בעניין ביי"ח כרמל-חיפה נ' מלול,<sup>103</sup> בהרכב של תשעה שופטים, כי גם במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 3, בהתקיים תנאים מסוימים, אפשר להטיל אחריות הסתברותית. באנגליה טרם הוטלה אחריות הסתברותית לא במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 2 ולא במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 3.<sup>104</sup> פסיקה הסתברותית במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 2 זוכה לתמיכה רחבה בקרב מלומדים.<sup>105</sup> קיימת אי-בהירות משפטית בשאלה אם – בהנחה שמוטלת אחריות הסתברותית – על הפיצוי להיות חלקי גם כאשר הסתברות גרם הנזק, בכל אחת משתי הדוגמות, גבוהה מ-50% אך קטנה מ-100%.<sup>106</sup> לאחר ניתוח המקרים המיוצגים על ידי דוגמות 2 ו-3 אעבור לדון בפסקי הדין פאתח ומלול.<sup>107</sup>

- DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 434–8 (§ 178) (2000); *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*, 664 P. 2d 474 (Wash. 1983) 101
- ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988). 102
- דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010). 103
- Hotson v. East Berkshire HA*, [1987] 2 All E.R. 909 (H.L.); *Gregg v. Scott*, [2005] 2 AC 104 (H.L.). 176 (H.L.) 104
- Joseph H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L.J. 1353 (1980–1981); Robinson, *supra* note 65; Rosenberg, *supra* note 90; Marc Stauch, *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 205 (1997) 105
- Saul Levmore, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 J. LEGAL STUD. 691 (1990). לבמור מציג פתרונות שונים למקרים של אירועי נזק חוזרים ונשנים כאשר ההסתברות הטיפוסית של הקשר הסיבתי נמוכה מ-50%. 106
- שנור, לעיל ה"ש 100, בעמ' 195–196. ראו גם להלן הטקסט הנלווה לה"ש 132. למקרים שבהם נפסק פיצוי הסתברותי כאשר הסתברות גרם הנזק עקב הרשלנות הרפואית הייתה גבוהה מ-50% אך נמוכה מ-100%, ראו ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709 (1995); ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (1995). למקרה שבו נפסק פיצוי מלא בסוג זה של מקרים, אך מבלי להכריע במפורש בשאלה העקרונית, ראו ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן (פורסם בנבו, 17.4.2005). 107
- לדיון באפשרות אימוצו של כלל אחריות אשר משלב כלל אחריות הסתברותית עם כלל של "הכול או לא כלום" באופן שהכלל האחרון יחול במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי או



## א. הרתעה

מנקודת מבט הרתעתית שתי הדוגמות מעוררות את אותה הדילמה : האם הטלת אחריות לפי כלל עודף ההסתברויות (שיטת הכול או לא כלום) תביא להרתעה אופטימלית ? שאם לא כן, אחריות הסתברותית עשויה לעשות זאת. נקודת המוצא היא אפוא שכל עוד הדבר אפשרי, יש לדבוק בכלל עודף ההסתברויות, ולו בגלל העלות המנהלית הנמוכה יותר הכרוכה בהחלתו.

במקרים המיוצגים על ידי שתי הדוגמות הטלת אחריות הסתברותית מוצדקת כאשר קיימת הטיה נשנית כלפי מטה, או כלפי מעלה, של ההסתברות שהנתבע גרם לנזקיו של התובע. הטלת אחריות הסתברותית מוצדקת גם כאשר המזיק יכול לזהות לפני הפגיעה בו אם לפניו ניזוק אשר לאחר מעשה תהיה ההסתברות שנוקיו נגרמו עקב רשלנות המזיק נמוכה או גבוהה מ-50% (להלן : מקרי הזיהוי מראש). כפי שנראה בהמשך, מבחן ההטיה הנשנית אומץ בבית המשפט העליון, אך טרם נדונה בפסיקה הטענה שהטלת אחריות הסתברותית מוצדקת אף במקרים של זיהוי מראש.

מבחן ההטיה הנשנית מביא להטלת אחריות על מזיק במקרים שבהם הוא חושף קבוצת ניזוקים לסיכון, אם בהתנהגות עוולתית אחת ואם בכמה וכמה התנהגויות עוולתיות, וברגיל ההסתברות שגרם נזק לכל ניזוק ספציפי גדולה מ-50%, או לחלופין קטנה מ-50%.

כדי להבין את ההיגיון הכלכלי של מבחן זה נניח מזיק אשר חושף כמה ניזוקים בכוח לסיכון של נזק. עוד נניח שעל כל מקרה שמגיע לבית המשפט שבו הסתברות הקשר הסיבתי היא 20%, קיים מקרה מקביל שבו הסתברות הקשר הסיבתי היא 80%; על כל מקרה של 30% קיים מקרה של 70% וכן הלאה. נניח אף כי הנזק הממוצע שעלול להיגרם לכל הניזוקים הוא זהה (להלן : "המצב הסימטרי"). במקרה זה, מנקודת מבט הרתעתית, לא יהיה הבדל בין שיטת הכול או לא כלום לבין שיטה הסתברותית. כדי להבין מדוע, ניקח לדוגמה רופא היודע שאם יתרשל וייגרם לחולה נזק, ההסתברות שרשלנותו גרמה לו תהיה של 20% או של 80%; ההסתברות לכל אחד משני המצבים היא זהה; הנזק הסופי, אם ייגרם, הוא 10. לפי שיטת הכול או לא כלום הרופא יודע שאם יתרשל יישא בנזק שתוחלתו 5 : בהסתברות של 50% שיישא במלוא הנזק של 10 (אם המקרה יתברר להיות מן הסוג של 80%), ובהסתברות של 50% שלא יישא בנזק כלשהו (אם המקרה יתברר להיות מן הסוג של 20%). גם אם השיטה היא של אחריות הסתברותית, איום האחריות המשפטית על הרופא יהיה 5 : 50% שיישא בנזק בשיעור של 8, ו-50% שיישא בנזק בשיעור של 2. במצב עניינים זה, לפי

העדרו קרובה ל-100%, ואילו הראשון יחול במקרים אחרים, ראו שנו, לעיל ה"ש 60, בעמ' 402-404.

כלל של רשלנות ישקיע הרופא באמצעי זהירות עד כדי 5, וזו אף ההתנהגות היעילה (שכן תוחלת הנזק בדוגמה זו היא 5).<sup>108</sup>

העניינים מסתבכים כאשר המזיק חושף ניזוקים לסיכון של נזק אך אין מתקיים המצב הסימטרי שתואר לעיל. אפתח במצבים שבהם כמעט בכל המקרים שמגיעים לבית המשפט הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50% (להלן: "הטיה נשנית כלפי מטה"). לאחר מכן אבחן את המקרים שבהם הסתברות זו גבוהה מ-50% (להלן: "הטיה נשנית כלפי מעלה"). במקרה של הטיה נשנית כלפי מטה יהיה הברור ברור בין שיטת הכול או לא כלום לבין שיטה הסתברותית. במצב הקיצוני, שבו בכל המקרים הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50%, לא יישא המזיק באחריות כלל, והוא לא יורתע כלל (בהנחה שאין מנגנונים אחרים המרתיעים אותו, כגון העונש הפלילי). לעומת זאת אחריות הסתברותית תביא להרתעה יעילה, שכן היא תגרום שהמזיק יאזן מלכתחילה באחריות משפטית שתוחלתה כתוחלת הנזק של התנהגותו העולתית. למשל, אם בדוגמה 2 (או 3) כל החולים הם מן הסוג של 20% ונזקם הסופי הוא 10, בשיטה של הכול או לא כלום לא יישא הרופא הרשלן בנזק כלשהו, ואילו בשיטה של אחריות הסתברותית הוא יישא בנזק שתוחלתו 2. במצב עניינים זה, לפי כלל של רשלנות ישקיע הרופא באמצעי זהירות עד כדי 2, וזו אף ההתנהגות היעילה (שכן תוחלת הנזק בדוגמה זו היא 2).

טיעון זה של הרתעת חסר תקף אף במקרים שבהם אין הטיה נשנית, אך למזיק יש לעתים אפשרות לדעת בעת שעליו לנקוט אמצעי זהירות, כי במקרה המסוים שלפניו יקשה על הניזוק להוכיח קשר סיבתי. זה המקרה שכינתי "מקרה הזיהוי מראש". אם נשוב לדוגמה 2 (או 3) ונניח שהמצב הוא סימטרי, במובן זה שקיימים גם מקרים של 80% וגם מקרים של 20% ושכיחותם זהה, הרי שלפי מבחן ההטיה הנשנית לא תוטל אחריות הסתברותית. אולם אם נניח שהרופא יכול לדעת, ולו רק במקרים מסוימים, אם לפניו מקרה של 20% או של

108 המצב הסימטרי מתקיים למעשה בכל מקרה שבו העיוות מאי-הטלת אחריות כאשר ההסתברות מתבררת לאחר מעשה להיות 50% או פחות, מתקוז כנגד העיוות מהטלת אחריות כאשר ההסתברות מתבררת לאחר מעשה להיות למעלה מ-50%. למשל, אם מבין כל שלושה מקרים במקרה אחד ההסתברות היא 30%, במקרה אחר 10%, ובמקרה שלישי 60%, ולכל אחד מן המקרים הסתברות התרחשות זהה, תוחלת האחריות של הרופא תהיה זהה הן לפי כלל של הכול או לא כלום והן לפי כלל של אחריות הסתברותית, ותתקיים הרתעה אופטימלית. מכאן אף אפשר ללמוד שעקרונות יכולים להיות מצבים שבהם במרבית המקרים ההסתברות לאחר מעשה תהיה גבוהה מ-50% אך לפי כלל של הכול או לא כלום תתקיים הרתעת חסר. למשל, אם מבין כל שלושה מקרים בשני מקרים ההסתברות היא 90%, ובמקרה השלישי 40%, תוחלת האחריות של הרופא לפי כלל של אחריות הסתברותית תהיה גבוהה מזו שלפי כלל של הכול או לא כלום, ותתקיים הרתעה אופטימלית. בדומה לכך יכולים להיות מצבים הפוכים, שבהם במרבית המקרים ההסתברות לאחר מעשה תהיה נמוכה מ-50% אך למרות זאת לפי הכלל של הכול או לא כלום תהיה הרתעת יתר.

80%, לפי כלל של הכול או לא כלום הוא עלול להימנע מנקיטת אמצעי זהירות כאשר יזהה שהמקרה שלפניו הוא של 20%. הרתעת חסר זו תימנע כמובן אם תוטל על הרופא הרשלן אחריות הסתברותית.

האם יש להטיל אחריות הסתברותית לא רק במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי נמוכה באופן שיטתי מ-50%, אלא גם במקרים שבהם היא גבוהה באופן שיטתי מ-50%? האם ראוי להטיל אחריות הסתברותית כאשר הרופא יכול לזהות מראש שבמקרה שלפניו, לאחר מעשה, הסתברות הקשר הסיבתי תהיה גבוהה מ-50%?<sup>109</sup>

לכאורה, כדי למנוע הרתעת יתר, אם בית המשפט פוסק פיצוי חלקי במקרים של הסתברויות פחותות מ-50%, עליו לנקוט דרך דומה במקרים של הסתברויות גבוהות מ-50%, שאם לא כן יימצא המזיק נושא ביותר מכפי הנזק שגרם. הדבר יגרום לו לנקוט אמצעי זהירות מעבר לרמה האופטימלית, ותוצאה זו אינה רצויה מנקודת מבט כלכלית.

אף על פי שטיעון זה של הרתעת יתר אינו מופרך, חשוב להדגיש שאין הוא שווה ערך בעצמתו לטיעון הרתעת החסר במקרים של הסתברויות הפחותות מ-50%. נשוב לדוגמה 2 (או 3) ולמצב הסימטרי. כפי שהוסבר לעיל, בסוג זה של מקרים אחריות הסתברותית ושיטה של הכול או לא כלום יצרו אותה רמת הרתעה, שהיא אף רמת ההרתעה האופטימלית. נניח עתה שבית המשפט מחליט אף במצב הסימטרי להטיל אחריות הסתברותית, אך רק במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50%. למשל, הרופא יודע שאם יסבול החולה נזק, תהיה הסתברות הקשר הסיבתי במחצית המקרים 20%, ובמחצית המקרים היא תהיה 80%, והנזק יהיה של 10. הוא אף יודע שבמקרה הראשון יישא בפיצוי של 2 (אחריות הסתברותית) ובמקרה השני בפיצוי של 10 (שיטת הכול או לא כלום). לפיכך הוא יהיה מאוים באחריות שתוחלתה 6 אם יתרשל (50% שיישא באחריות של 2, ו-50% שיישא באחריות של 10) אף על פי שתוחלת הנזק שרשלנותו גורמת היא 5 בלבד. אך האם הרתעתו תהיה אפוא הרתעת יתר? לא בהכרח.

הטעם לכך הוא כדלקמן: כל עוד סטנדרט הזהירות שבו יידרש הרופא לעמוד ייקבע לפי תוחלת הנזק האמתית שלו – דהיינו 5 – גם אחריות שתוחלתה יותר מ-5 במקרה שיתרשל

109 בדיון שלהלן אניח שאכן הסתברות של יותר מ-50% לקיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות העולתית לבין הנזק תביא בשיטת הכול או לא כלום להטלת אחריות מלאה. הנחה זו ללא ספק נכונה במקרים שבהם קיימות ראיות קונקרטיות המלמדות על קיומו של קשר סיבתי, כפי שקורה במקרים רבים. הנחה זו עלולה להיות מוקשית במקרים שבהם כל שיש לפני בית המשפט הוא ראיות סטטיסטיות. אכן, בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 103, הביע השופט ג'ובראן חשש מסוים מהטלת אחריות על פי ראיות סטטיסטיות בלבד. שם, פסקה 27 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. עם זאת לפחות במקרים של רשלנות רפואית מחילים בתי המשפט לעתים תכופות את כלל הדבר מעיד על עצמו, ואם שלושת תנאיו של כלל זה מתקיימים, והנתבע אינו מצליח להרים את נטל השכנוע העובר אליו עקב החלת הכלל, תוטל על הנתבע אחריות לנזקי התובע גם אם כל הראיות נגדו הן סטטיסטיות. לעיל חלק ב, פרק 8, סעיף 1.א.

לא תגרום לו, בהתקיים תנאים מסוימים, לנקוט אמצעי זהירות של יותר מ-5, שזו אף רמת הזהירות האופטימלית. התנאים שצריכים להתקיים כדי שמסקנה זו תהיה חד-משמעית הם שבית המשפט אינו טועה בקביעת סטנדרט הזהירות שבו על הרופא לעמוד, ואף שהרופא אינו טועה בהבנת סטנדרט הזהירות החל עליו. בהנחות אלה, רופא – למעשה כל מזיק – יקיים את סטנדרט הזהירות בכך שישקיע עד כדי 5, ויימצא פטור מאחריות כלשהי אם ייגרם נזק, שכן לא ייחשב רשלן.<sup>110</sup> לכן יהא היקף אחריותו של הרופא בדוגמה שלנו אשר יהא אם התרשל – 6, 60 או 600 – כל עוד די בהשקעה של 5 (או פחות מכך) כדי לעמוד בסטנדרט הזהירות, הוא לא ישקיע יותר מ-5, והרתעתו תהיה אופטימלית.

ניתוח זה מלמד על שוני בין המקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50% לבין אלה שבהם היא גבוהה מ-50%, ושוני זה נותר בעינו גם כאשר עוברים מן המצב הסימטרי למצבים של הטיות נשנות. כפי שהובהר לעיל, הטיה נשנית כלפי מטה מחייבת הטלת אחריות הסתברותית, שאם לא כן תיווצר תופעה של הרתעת חסר. אך במקרה של הטיה נשנית כלפי מעלה, בהתקיים תנאי היעדר הטעויות של בית המשפט ושל המזיק, לא תיווצר הרתעת יתר אף בשיטה של הכול או לא כלום. כך, אם בכל המקרים הבאים לפני הרופא בדוגמות 2 ו-3 הסתברות הקשר הסיבתי היא 80% והנזק הוא 10, תוחלת הנזק המתייחסת לכל חולה תהיה 8, ותוחלת האחריות של הרופא, אם יימצא רשלן, בשיטה של הכול או לא כלום, תהיה 10. אך כפי שהוסבר לעיל, לא תיגרם עקב כך כל הרתעת יתר, שכן כדי לעמוד בסטנדרט הזהירות יהיה על הרופא להשקיע באמצעי זהירות לא יותר מ-8 – שהיא רמת הזהירות האופטימלית – ולאחר שינקוט אמצעי זהירות אלה לא יישא באחריות כלשהי. דברים דומים אפשר לומר גם על המקרה של זיהוי מראש: רופא שמזהה שלפניו חולה שסיכויי החלמתו 80%, והיודע שבמקרה של נזק יהיה עליו לשאת במלואו ולא בחלקו, בהיעדר טעויות של בית המשפט ושלו באשר לסטנדרט הזהירות, הרתעתו תהיה אופטימלית.

אולם במציאות טעויות – הן של בית המשפט והן של המזיק – בקביעת סטנדרט הזהירות ובהבנתו הן חזון נפרץ. בהינתן טעויות אלה יש יתרון בכך שהרופא יאזן באחריות הזוהי לתוחלת נזקי רשלנותו. אחריות הסתברותית תשיג מטרה זו ולא אחריות מלאה, גם כאשר הסתברות הקשר הסיבתי גבוהה מ-50% ולא רק כאשר היא פחותה מ-50%. אולם כפי שציינתי בתחילת הדברים, עצמתו של הטיעון באשר למקרים הראשונים אינה שווה לעצמת הטיעון בעד הטלת אחריות במקרים האחרונים – בין שמתקיימת הטיה נשנית ובין במקרים של זיהוי מראש.

110 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.

## ב. צדק מתקן

הטענה העיקרית נגד הטלת אחריות הסתברותית בשתי הדוגמות 2 ו-3 היא שהטלת אחריות כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. במציאות, בשתי הדוגמות, הנזק כולו נגרם או לא נגרם עקב רשלנות הרופא, והטלת אחריות הסתברותית בוודאות אינה משיבה את מצבו של הניזוק לקדמותו. יתרה מזו, סביר שהנזק לא נגרם עקב רשלנות הרופא יותר משסביר שהוא כן נגרם עקב רשלנותו, ועל כן הטלת אחריות על הרופא אינה מוצדקת. זאת בשונה מן המצב שבו ההסתברות של הקשר הסיבתי גבוהה מ-50%, שאז הטלת אחריות על כל הנזק תהיה מוצדקת.

מסקנות אלו עשויות להשתנות במצבים שבהם קיימת הטיה נשנית, כלפי מטה וכלפי מעלה, אך זאת בתנאי שאירועי הנזק נשנים אצל המזיק. למשל, במקרה שבו 100 בני אדם שנחשפו לסיכון על ידי מעוול אחד סובלים נזק, וכאשר ההסתברות שזקו של כל אחד מהם נגרם עקב החשיפה לסיכון היא 20%, הטלת אחריות הסתברותית תגרום שהמזיק ישלם, לאחר שיתבררו כל התביעות נגדו, בדיוק בעבור הנזקים שגרם. אמת, חלק מן הניזוקים יזכו בפיצוי יתר (אלה שלא ניזוקו על ידי המזיק) וחלק אחר יזכו בפיצוי חסר (אלו שניזוקו על ידי המזיק), אך הסטייה מעקרונות הצדק המתקן – או לפחות כך אפשר לטעון – תהיה חריפה יותר אם לא תוטל אחריות נזיקית כלל. לעומת זאת אם ההסתברות שזקו של כל אחד מן הניזוקים נגרם בגלל החשיפה לסיכון היא 80%, נראה שעקרונות הצדק המתקן יחייבו פיצוי בשיעור מלא, שכן בכל אחד מן המקרים ההנחה שזקו של הניזוק נגרמו על ידי המעוול סבירה מזו שלא נגרמו על ידיו.

אם נחזור לדוגמות 2 ו-3, ונניח שבית החולים הוא שנושא בסופו של דבר בפיצויים שבהם יחויב הרופא, אפשר להצדיק הטלת אחריות הסתברותית בשיקולי צדק מתקן גם אם קיימת הטיה נשנית כלפי מטה, אך גם אם אין הטיה נשנית כלשהי, אך קיימים מקרים רבים שבהם יכול הרופא לזהות מראש שהחולה העומד מולו הוא מקרה שבו לאחר מעשה תהיה הסתברות הקשר הסיבתי 50% או פחות. כאמור, המסקנה עשויה להיות שונה אם מדובר במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי גבוהה מ-50%, בין שמדובר במקרים של הטיה נשנית כלפי מעלה ובין שלא.

## ג. הלכת פאתח

במקרה של פגיעה בסיכויי החלמה פסק בית המשפט העליון, בעניין פאתח,<sup>111</sup> כי עומדת לחולה, שסיכויי החלמה שלו נפגעו, זכות לפיצוי הסתברותי. באותו מקרה עבר התובע

111 עניין פאתח, לעיל ה"ש 102.

ניתוח באוזנו, ואגב כך שותק עצב הפנים הימני שלו. הניתוח אמנם לא בוצע ברשלנות, אך חלפו עשרים וארבע שעות עד שאובחנה הבעיה, ועוד עשרה ימים עד שבוצע ניתוח נוסף לשם תיקון הנזק. ניתוח זה בא בשלב מאוחר מדי והתובע נותר עם נכותו. מסתבר שלאחר הניתוח הראשון היו לתובע סיכויי החלמה בשיעור של 30%, אשר אבדו בשל הרשלנות שבאה לאחר מכן. על פי הגישה המסורתית של דיני הנזיקין, דין התביעה היה להידחות, שכן ההסתברות שהרופא גרם לנזק היא רק 30%, ובכך אין די לשם ביסוס עילת התביעה. אלא שבית המשפט העליון, לראשונה בישראל, הכיר באב נזק חדש של פגיעה בסיכויי החלמה. לפיכך פסק לתובע פיצוי בגין 30% מן הנזק, שכן כפי שקבע בית המשפט, זה סיכויי החלמה שאבד לתובע בגלל רשלנותו של הנתבע.

#### ד. הלכת מלול

מקרה הגברת הסיכון נדון על ידי בית המשפט העליון, בדיון נוסף, בהרכב של תשעה שופטים, בעניין מלול.<sup>112</sup> באותו עניין דובר במקרה של נזק חמור שנגרם לתובעת במהלך לידתה. הרופאים התרשלו בכך שהתמהמהו בביצוע ניתוח קיסרי במשך 45 דקות קריטיות. אלא שאי אפשר היה להוכיח לפי עורף הסתברויות שעקב כך נגרם הנזק. פגותה של התובעת והמחלות הנלוות לפגות יכולות אף הן להיות הסיבה לנזק.

בגלגולו הראשון של פסק הדין בבית המשפט העליון נפסקו פיצויים הסתברותיים בשיעור של 20%.<sup>113</sup> השופטת נאור, שנתנה את פסק הדין העיקרי, קבעה כי במקרים שבהם מדובר באי-יכולת מובנית להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין הגורם העולתי לנזק, אך קיימת אפשרות ממשית שקיים קשר כזה, יש להטיל אחריות הסתברותית, אם תוך שימוש בראיות סטטיסטיות ואם בדרך של אומדנה. לשיטתה של השופטת נאור, יש לנהוג לפי שיטה זו כאשר גישת הכול או לא כלום מביאה לאי-צדק.<sup>114</sup>

בדיון הנוסף הייתה דעת הרוב שבמקרה הנדון אין לפסוק פיצויים הסתברותיים.<sup>115</sup> את חוות דעת הרוב העיקרית נתן המשנה לנשיאה ריבלין. לשיטתו של השופט ריבלין יש לפסוק פיצויים הסתברותיים "כאשר המקרה הנדון משתייך למחלקה של מקרים המאופיינת ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים, ובקיומה של הטיה שיטתית הפועלת לרעת אחד הצדדים המתדיינים אם כלל עורף ההסתברויות מוחל על כל אחד מן

112 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 103.

113 ע"א 7375/02 בית חולים כרמל חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005).

114 ע"א מלול, שם, פסקות 25–26 לפסק דינה של השופטת נאור.

115 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 103. אם כי מסיבות פרקטיות הוחלט כי יש להותיר בידי התובעים את הפיצויים שקיבלו ולא להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי. ראו דיון להלן.

המקרים".<sup>116</sup> למבחן זה הוא קורא "מבחן ההטיה הנשנית".<sup>117</sup> יש לשים לב שמבחן ההטיה הנשנית שקובע השופט ריבלין שונה ממבחן ההטיה הנשנית שנותר קודם לכן, ושעל פיו לא נדרש תנאי "הסיכון החוזר והמשותף". לעניין זה עוד אחזור.

השופט ריבלין מביא דוגמות אחדות למקרים שבהם מתקיים מבחן ההטיה הנשנית: "גורם המפיץ זיהום סביבתי עלול ליצור סיכונים בריאותיים כלפי ציבור רחב. כך גם, גורם רפואי עלול לפגוע בסיכויי הריפוי של קבוצת חולים על-ידי כך שינקוט במדיניות טיפול רשלנית. ובדומה, יצרן של מוצר עשוי להגביר סיכון שחשופים לו הצרכנים ממקורות נוספים".<sup>118</sup> השופט ריבלין מבהיר ש"מבחן ההטיה הנשנית מתגבש אפוא בהתקיים ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות".<sup>119</sup> הוא מוסיף כי "המונח סיכון חוזר ומשותף כולל שני מצבים אפשריים: הראשון, מצב שבו מעשה עוולתי יחיד חושף את קבוצת הניזוקים כולה לסיכון. כך הדבר למשל בדוגמת הזיהום הסביבתי; והשני, מצב שבו המזיק מבצע מספר מעשים עוולתיים החושפים כל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון ובמצטבר את הקבוצה כולה. כך הדבר למשל בדוגמת המדיניות הרפואית הרשלנית. הנה כי כן, הגדרתו של הסיכון כ'חוזר ומשותף' עשויה להישען על היקף פריסתו הרחב של המעשה העוולתי או על הישנותו".<sup>120</sup> השופט ריבלין אף מבהיר כי "כדי לקיים את המבחן יש צורך בהטיה עקבית המתקבלת מיישומו של כלל עודף ההסתברויות על המקרים המשתייכים לקבוצה... הטיה זו, המובנית בדרך כלל בסוג הסיכונים הנדון, עשויה לפעול לטובתו של המזיק או לטובתה של קבוצת הניזוקים".<sup>121</sup> השופט ריבלין מבהיר אפוא שההטיה הנשנית יכולה להיות כלפי מטה (הסתברות טיפוסית של גרם נזק פחותה מ-50%), שאז לפי הכלל הראייתי הרגיל של עודף ההסתברויות תובעים ייכשלו באופן שיטתי בתביעותיהם, אך גם כלפי מעלה (הסתברות טיפוסית של גרם נזק גבוהה מ-50%), שאז תובעים יצליחו לפי כלל זה בתביעותיהם יותר מהראוי.

השופט ריבלין מתייחס בפסק דינו לתביעות שבהן זהות המזיק אינה ידועה (למשל תביעות נגד יצרנים שייצרו תרופה זהה ומזיקה, ושהניזוק המסוים התובע בגין נזקיו אינו יכול לזהות מיהו היצרן שייצר את התרופה המסוימת שגרמה לו נזק<sup>122</sup>), ולתביעות שבהן

116 דנ"א מלול, שם, פסקה 21 לפסק דינו של השופט ריבלין.  
 117 על כך שקושי שיטתי בהוכחת קשר סיבתי מצדיק פסיקת פיצוי הסתברותי ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג(3) 605, 635 (2000).  
 118 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 103, פסקה 21 לפסק דינו של השופט ריבלין.  
 119 דנ"א מלול, שם, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.  
 120 דנ"א מלול, שם, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.  
 121 דנ"א מלול, שם, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.  
 122 להלן פרק 4, סעיף 1.

זהות הניזוק אינה ידועה (למשל תביעות של ניזוקים שהיו חשופים לחומרים מסוכנים וסבלו נזק, אך לא ברור אם הנזק לכל תובע מסוים הוא תוצאה של החשיפה לחומרים המסוכנים או חסר כל קשר לכך<sup>123</sup>). לדברי השופט ריבלין, במקרים אלה מתקיים מבחן ההטיה הנשנית, ולכאורה ראוי להטיל אחריות נזיקת הסתברותית. הוא אף קובע שאף על פי שהלכת פאתח אינה עולה בקנה אחד עם מבחן ההטיה הנשנית, יש להשאירה על כנה.<sup>124</sup> מכאן עובר השופט ריבלין למקרה הנדון לפניו. לדבריו, קיימת אפשרות שהמבחן מתקיים במקרה הנדון, אלא שלדבריו לא הונחה התשתית הראייתית לכך לפני בית המשפט. מסיבות פרקטיות מחליט השופט ריבלין לא להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לשם בירור קיומם של התנאים של מבחן ההטיה הנשנית, והוא מצטרף להצעתה של הנשיאה ביניש – להתיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה ולא לחייב את העותרים בתשלום כספים נוספים להם.<sup>125</sup>

את חוות הדעת העיקרית של דעת המיעוט נתנה השופטת נאור. השופטת נאור דוחה את מבחן ההטיה הנשנית של השופט ריבלין בנוגע למקרים דוגמת מלול. לדבריה יש לבחון את המקרה הבודד ולא את קבוצת המקרים שאליה הוא משתייך. השופטת נאור סבורה שמבחן ההטיה הנשנית יכול להתאים למקרים שבהם זהות הניזוק אינה ידועה, והיא נוטה להסכים עם השופט ריבלין שבמקרים מעין אלה ראוי להטיל אחריות הסתברותית אם כי בסופו של דבר היא משאירה שאלה זו בצריך עיון.<sup>126</sup>

השופטת נאור מסווגת את המקרה שלפניה כמקרה של סיבתיות עמומה מובנית באשר לגרם הנזק, להבדיל מעמימות באשר לגודלו של הנזק או באשר לזהות הניזוק. היא חוזרת על התנאים להטלת אחריות הסתברותית שעליהם עמדה בגלגולו הראשון של פסק הדין ושפורטו לעיל. לדעתה המבחן שמציע השופט ריבלין הוא אפוא צר מדי. מנגד מבחנו של השופט ריבלין לדידה הוא גם רחב מדי, שכן הוא מביא להטלת אחריות הסתברותית לא רק במקרים שבהם ההסתברות הטיפוסית פחותה מ-50% אלא גם במקרים שבהם היא גבוהה

123 להלן פרק 4, סעיף 2.

124 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 103, פסקאות 36–39 לפסק דינו של השופט ריבלין.

125 דנ"א מלול, שם, פסקה 45 לפסק דינו של השופט ריבלין. השופט לוי והנשיאה ביניש הצטרפו בעיקרו של דבר לחוות דעתו של השופט ריבלין, הן בתוצאה והן בהנמקות. עוד שני שופטים, השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס, הצטרפו לשופט ריבלין במסקנה שמקרה מלול אינו מתאים להטלת אחריות הסתברותית. השופטת פרוקצ'יה הלכה כברת דרך ארוכה ממנו: דעתה הייתה שאין להטיל אחריות הסתברותית בדרך של חקיקה שיפוטית, וכי עניין הוא למחוקק לענות בו. השופט גרוניס סבר שהמקרה שלפני בית המשפט אינו מקרה של סיבתיות עמומה, ולכן אין בו מקום להטלת אחריות הסתברותית. למרות מסקנתו זו התייחס אף לשאלה אם יש להטיל אחריות הסתברותית במקרים אחרים של סיבתיות עמומה, ונראה שלא הכריע בה.

126 דנ"א מלול, שם, פסקה 37 לפסק דינה של השופטת נאור.



מ-50%. לדבריה, אחריות הסתברותית מיועדת לטובת הניזוקים ולא לטובת המזיקים. לכן אם הוכח שהסתברות גרם הנוזק גבוהה מ-50%, יש להטיל על המזיק אחריות מלאה ולא חלקית.<sup>127</sup> היא סבורה שהפתרון שהיא מציעה מוצדק משיקולי צדק מתקן, משיקולי הרתעה ומ"שיקולים מערכתיים". היא מדגישה שהאחריות ההסתברותית שהיא מחילה מוגבלת לנזקי גוף בלבד, או כך לפחות "לעת הזו", אם כי אין היא מוגבלת לתביעות בגין רשלנות רפואית, ותחול גם על תביעות בגין זיהום סביבתי למשל. השופטת נאור מדגישה שהעמימות הסיבתית חייבת להיות מובנית, ומקורה לרוב במגבלות מדעיות באיתור גורמי סיכון לנזקי גוף. היא מציעה דוקטרינה של "אחריות יחסית" לשם הטלת אחריות הסתברותית, והיא מעדיפה אותה על פני דוקטרינות אחרות, כגון דוקטרינת הנוזק הראייתי ודוקטרינת הגברת הסיכון.<sup>128</sup>

נראה כי זו ההלכה העולה מעניין מלול :

- א. יש רוב ברור לכך שעקרונית קיים חריג לכלל הראייתי הרגיל של עודף הסתברויות, בדמותה של אחריות הסתברותית. שבעה שופטים תמכו בעמדה זו.<sup>129</sup>
- ב. יש רוב לכך שאין די בתנאים שהציבה השופטת נאור להטלת אחריות הסתברותית.<sup>130</sup>
- ג. יש רוב לכך שבמקרים של הטיה נשנית שבהם ההסתברות הטיפוסית לגרם נזק היא פחותה מ-50% דהיינו הטיה כלפי מטה, יש להטיל אחריות הסתברותית.<sup>131</sup>
- ד. לא ברור אם עולה דעת רוב מפסק הדין (בוודאי לא הלכה מחייבת, שכן מדובר באמרות אגב) בנוגע לאופן שיש לנהוג במקרים של הטיה נשנית שבהם ההסתברות

127 לקראת סוף פסק דינה מביעה השופטת נאור עמדה שונה, לכאורה: דנ"א מלול, שם, פסקה 135 לפסק דינה של השופטת נאור.

128 דנ"א מלול, שם, פסקה 107 לפסק דינה של השופטת נאור. עם עיקרי הדברים של השופטת נאור הסכימו השופטים ג'ובראן, רובינשטיין וארבל. השופט ג'ובראן ביקש להצר את מבחנה של השופטת נאור בכך שלדידו מוגבל "יישום דוקטרינת הפיצוי-לפי-הסתברות למקרים של עמימות מדעית בלבד, תוך ביסוסה של דוקטרינה זו על שינוי ראייתי-דיוני בנטל השכנוע באשר להוכחת הקשר הסיבתי". שם, פסקה 27 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. הוא אף מבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה "באיזו מידה הוכחה זו ניתנת שתיעשה באמצעות ראיות סטטיסטיות 'עירומות'?" שם, בסברו ש"ברובם של המקרים יש לדרוש את הבאתן של ראיות המבססות רמה מסוימת של אמונה שיפוטית באשר להוכחת המקרה הפרטי, כאשר מידתה של אמונה זו תלויה במידה בה מתבקשת הוכחת הקשר עצמו". שם.

129 כל השופטים, להוציא השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס.

130 השופטים ריבלין, לוי, ביניש, פרוקצ'יה וגרוניס.

131 לכך מסכימים כמובן השופטים ריבלין, לוי וביניש, אך שופטי המיעוט מסכימים לכך מקל וחומר, שכן עמדתם מכילה את עמדת שלושת השופטים הראשונים ומוסיפה עליה. עם זאת יש לציין שהשופטת נאור השאירה בצריך עיון את השאלה אם במקרים שבהם זהות הניזוק אינה ידועה יש להטיל אחריות הסתברותית, כפי שנוטה להציע השופט ריבלין.

הטיפוסית לגרם נזק גבוהה מ-50%, דהיינו הטיה כלפי מעלה.<sup>132</sup> נראה שלפחות חלק משופטי המיעוט לא יסכימו להטלת אחריות הסתברותית במקרים אלה, ואילו השופטים שסברו שאין להטיל כלל אחריות הסתברותית<sup>133</sup> מן הסתם יתנגדו לכך, מן הטעם שהם מתנגדים לאחריות הסתברותית כלשהי. לא ברור מה הייתה עמדתם של שופטים אלה בעניין זה אילו "נגזר" עליהם כלל אחריות הסתברותית במקרים שבהם ההטיה הנשנית היא כלפי מטה: האם היו תומכים אז בהטלת אחריות הסתברותית כאשר ההטיה הנשנית היא כלפי מעלה?<sup>134</sup>

ה. יש רוב ברור לכך – אולי אפילו תמימות דעים – שהלכת פאתח, שעניינה באחריות נזיקית בגין פגיעה בסיכויי החלמה, נותרה על כנה.<sup>135</sup> חשוב להבהיר שמבחן ההטיה הנשנית שנקבע בעניין מלול מוגדר היטב, וכדי שיחול, צריך שיתקיימו ארבעה יסודות: "מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל עורף ההסתברותיות". כפי שמציין השופט ריבלין, לא מן הנמנע שתנאים אלו התקיימו במקרה שנדון בפניו, אלא שלא הונחה תשתית ראייתית מספקת לקבוע זאת. מכאן שעל פי הלכת מלול יש מקום להטלת אחריות הסתברותית בגין הגברת סיכון במקרים של רשלנות רפואית, כאשר קיימת הטיה נשנית בהסתברות הקשר הסיבתי (לפחות כלפי מטה), כאשר מוטלת על בית החולים אחריות שילוחית להתנהגויותיהם העוללתיות של הרופאים (הנחתי היא שדי בקיומה של אחריות שילוחית של בית החולים כדי שתנאי זה יתקיים), וכאשר אפשר לקבוע שהסיכון שאליו נחשפו הניזוקים הוא חוזר ומשותף. סיכון חוזר ומשותף "כולל שני מצבים אפשריים: הראשון, מצב שבו מעשה עוללתי יחיד חושף את קבוצת הניזוקים כולה לסיכון. כך הדבר למשל בדוגמת הזיהום הסביבתי; והשני, מצב שבו המזיק מבצע מספר מעשים עוללתיים החושפים כל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון ובמצטבר את הקבוצה כולה. כך הדבר למשל בדוגמת המדיניות הרפואית

132 ראו גם לעיל ה"ש 109 והטקסט הנלווה לה.

133 השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס. למעשה, רק השופטת פרוקצ'יה הביעה דעה נחרצת כוללת נגד אחריות הסתברותית על דרך של חקיקה שיפוטית. השופט גרוניס הסתייג בסך הכול מהטלת אחריות הסתברותית ודחה את עמדת שופטי המיעוט, אך לא קבע אם הוא מצטרף לדעתו של השופט ריבלין או לא.

134 סיבוך נוסף בחילוף הלכה מדנ"א מלול הוא שתאורטית לפחות היה אחד משופטי הרוב שתמכו באחריות הסתברותית לפי מבחן ההטיה הנשנית (השופטים ריבלין ולוי והנשיאה ביניש) יכול לסגת מעמדתו בעד הטלת אחריות הסתברותית בכלל לו היה ברור לו שאין להטיל אחריות הסתברותית כאשר ההטיה הנשנית היא כלפי מעלה. אך מקריאת פסקי הדין של שופטים אלה נדמה שאין כך הדבר.

135 עניין זה הודגש גם על ידי השופט ריבלין וגם על ידי השופטות ביניש ונאור. איש מן השופטים האחרים לא הביע דעה אחרת.

הרשלנית...<sup>136</sup> לפיכך נראה שלפי הלכת מלול יהיה אפשר להטיל אחריות הסתברותית רק אם, למשל, נקוטה בבית החולים מדיניות מסוימת המוגדרת "רשלנית", אשר הופעלה על חולים רבים, אך לא כן אם ההתנהגות הרשלנית כלפי כל חולה הייתה מיוחדת למקרה המסוים.

מן הדיון הנורמטיבי שנערך לעיל עולה כי מנקודת מבט הרתעתית היה רצוי להרחיב את הלכת מלול בשניים: ראשית, היה אפשר לוותר על התנאי של "סיכון חוזר ומשותף"; ההצדקות להטלת אחריות הסתברותית בעינין עומדות גם אם מתקיים תנאי ההטיה הנשנית בסוג מסוים של מקרים מבלי שמתקיים תנאי הסיכון החוזר והמשותף. למשל, אם בסוג מסוים של תאונות רפואיות קשה באופן שיטתי להוכיח קשר סיבתי בין התנהגויות רשלניות של רופאים לבין הנוזק, מוצדקת הטלת אחריות הסתברותית על בית החולים גם אם הסיכון אינו חוזר ומשותף. אפשר שטיעון זה ייתמך אף בשיקולים של צדק מתקן, כפי שהוסבר לעיל.

שנית, מהיבט ההרתעה מוצדק להטיל אחריות הסתברותית גם בהעדר הטיה נשנית, ובלבד שהרופא יכול לזהות מראש אם הסתברות הקשר הסיבתי לאחר מעשה תהיה נמוכה או גבוהה מ-50%. סוג זה של מקרים טרם נדון בפסיקתם של בתי המשפט. שיקולי צדק מתקן יתמכו בטענה זו, כפי שהוסבר לעיל, לפחות כאשר מדובר בהטיה נשנית כלפי מטה, המזיק הוא אחד והניזוקים הם רבים.

#### ה. חישוב הפיצוי: סיכוי שאבד לעומת סיכוי שפחת

דוגמה 2 עוסקת בסיכוי שאבד: סיכוי ההחלמה של אהרון היה 20%, והוא ירד לאפס בגלל רשלנותו של משה. במקרים אחרים הסיכוי מופחת אך אינו אובד. אם למשל בדוגמה 2 סיכויי ההחלמה היו 80% והם היו יורדים ל-60% בגלל רשלנות הרופא, אך בסופו של דבר החולה לא החלים, היה הפיצוי צריך להיות 50% מן הנוזק ולא 20%. הטעם לכך הוא כדלקמן: מתוך 100 חולים שעוברים אירוע דומה לזה שעבר אהרון ההתפלגות תהא כזאת: א. 20 לא יחלימו בשל רשלנות הרופא; ב. 20 לא יחלימו בלא קשר לרשלנות הרופא (אלה אותם 20 שלא היו מחלימים גם אם הרופא לא היה מתרשל); ג. 60 יחלימו (אלה אותם 60 שיחלימו על אף רשלנות הרופא). מאחר שבמקרה הנדון החולה לא החלים, הוא משתייך לקבוצה א או לקבוצה ב (אך לא לקבוצה ג), ורק השתייכות לקבוצה א מזכה בפיצוי (השתייכות לקבוצה ב אינה מזכה בפיצוי, שכן הנוזק לחולים שנמנים עליה אינו קשור סיבתית לרשלנות הרופא). הסיכוי שמשה שייך לקבוצה א הוא 20/40, כלומר 50% ולא 20%.

<sup>136</sup> דנ"א מלול, לעיל ה"ש 103, פסקה 22 לפסק דינו של השופט ריבלין.

בתי משפט בארצות הברית החמיצו נקודה זו פעמים רבות.<sup>137</sup> לאחרונה הציעו עורכי הדין הניזקין בארצות הברית את דרך החישוב דלעיל.<sup>138</sup> בית המשפט העליון בישראל, כאשר נקרתה לו ההזדמנות, בחר בדרך החישוב הנכונה.<sup>139</sup> בעניין פאתח לא נזקק בית המשפט העליון לשאלה זו, שכן במקרה שנדרן לפניו ירדו סיכויי ההחלמה מ-30% לאפס, שאז פסיקת פיצוי בגין הסיכוי שאבד היא אכן נכונה (קבוצה א מונה 30 חולים, קבוצה ב מונה 70 חולים, ואילו קבוצה ג ריקה; ההסתברות שהתובע השתייך לקבוצה א הייתה אפוא 30/100, דהיינו 30%).

### 3. אי־ודאות בגרם נזק: סיכון לנזק עתידי

בעוד בתי משפט בארץ ובארצות הברית הכירו בעילת תביעה בגין פגיעה בסיכוי והגברת סיכון במקרים מסוימים שבהם התובע סובל נזק בהווה אך אי אפשר לדעת אם הנזק נגרם מהתנהגותו העוולתית של הנתבע, טרם הוכרה עילת תביעה בגין הסיכון שייגרמו לתובע נזקים בעתיד. לכלל אחרון זה חריג חשוב: אם התובע סובל נזקים בהווה, אפשר שיזכה בפיצוי לא רק בגין נזקים אלו אלא אף בגין הסיכון לנזקים עתידיים.<sup>140</sup> לבית המשפט העליון בארץ נקרתה הזדמנות לדון בשאלת הפיצוי בגין נזק עתידי שיתכן מאוד שלא יתממש כלל.<sup>141</sup> באותו מקרה הייתה התובעת ילדה אשר הנתבע ביצע בה מעשים מגונים. טענת בא כוחה הייתה שאף שבהווה אין מאובחנים נזקים פסיכולוגיים כלשהם אצל הילדה, אלה עלולים להתגבש בעתיד. בית המשפט העליון דחה טענה זו בנוגע למקרה הנדון, אך לא פסל את האפשרות העקרונית לפסוק פיצוי בגין סיכון לנזק עתידי במקרים אחרים.

- 137 ראו למשל Hershkovits, *supra* note 101; *Alberts v. Schultz*, 975 P.2d 1279, 1287 (N.M. 1999); *Jorgenson v. Vener*, 616 N.W.2d 366, 372 (S.D. 2000); *Smith v. Washington*, 734 N.E.2d 548, 551 (Ind. 2000).
- 138 הצעתם נסמכה על הטענה של אלכס שטיין ושלי בספרנו, ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 123–4 (2001). ראו, RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 26 cmt. n (2010).
- 139 ע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר (פורסם בנבו, 19.5.2009), פסקות 19–20; ע"א 4975/05 לוי נ' מור (פורסם בנבו, 30.3.2008), פסקה 11.
- 140 אין לבלבל בין השאלה שנדונה בסעיף זה, אם ראוי לפסוק פיצוי בגין סיכון לנזק עתידי שעלול להתממש, לבין השאלה שנדונה לעיל פרק 2, אם ראוי לפסוק פיצוי בגין יצירת סיכון גרידא, דהיינו סיכון שחלף עבר בלא נזק. להלן הטקסט הנלווה לה"ש 144–146.
- 141 ע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.7.2009).

השאלה של פיצוי במקרה של סיכון לנזק עתידי עלתה אף בבית המשפט העליון בארצות הברית<sup>142</sup> ובבית הלורדים באנגליה.<sup>143</sup> בשני המקרים, זה האמריקאי וזה האנגלי, הגישו את התביעה עובדים אשר המעביד שלהם חשף אותם באופן עוולתי לאסבסט, ואשר היו בסיכון ממשי לחלות במחלת סרטן קטלנית בעתיד. במקרה האמריקאי כבר לקו התובעים במחלה, אשר כשלעצמה אינה מסוכנת, אך עלולה להתפתח בעתיד למחלה קטלנית. במקרה האנגלי טרם לקו התובעים במחלה כלשהי, אך נמצאו בריאותיהם סיבי אסבסט שעלולים להתפתח בעתיד למחלה האמורה. במקרה האמריקאי הכיר בית המשפט העליון באחריות נזיקית כלפי התובעים בגין הנזקים הנפשיים שנגרמו להם עקב החיים בצל הפחד. במקרה האנגלי דחה בית הלורדים את התביעות, ובין היתר קבע שבאין כל נזק בהווה סיכון לנזק עתידי אינו יכול להיות בסיס לתביעה נזיקית. לכאורה פסקי הדין אינם מתיישבים זה עם זה, אך ייתכן שבכל זאת אפשר ליישב ביניהם, מכיוון שכפי שהוסבר, במקרה האמריקאי כבר היה נזק בהווה, שלא כמו במקרה האנגלי. אף יש לשים לב לכך שהפיצוי שנפסק במקרה האמריקאי לא היה בגין הסיכון לנזק עתידי כלשעצמו אלא בשל נזק בהווה, המתבטא בחיים בצל הפחד ללקות במחלה קטלנית בעתיד. אפשר אפוא לומר שהן באנגליה והן בארצות הברית טרם הוכרה עילת תביעה בגין הסיכון לנזק עתידי כשלעצמו.

בסעיף זה אטען שמוצדק במקרים מסוימים להכיר בעילת תביעה בגין נזקים עתידיים, גם בהעדר כל נזק בהווה. שתי הדוגמות הבאות ישמשו אותי לפיתוח הטיעון.

**דוגמה 4 : הגברת סיכון רפואי – העדר נזק בהווה.** משה הוא רופא אשר טיפל באהרון ברשלנות. לאחר הטיפול אהרון לא סבל נזק כלשהו אך קיימת אפשרות, שהסתברותה 20%, כי בעתיד יסבול נזק עקב הרשלנות הרפואית.

**דוגמה 5 : חשיפה לחומרים מסוכנים – העדר נזק בהווה.** מעביד חשף ברשלנות את אחד מעובדיו לחומרים מסוכנים. העובד אינו לוקה במחלה כלשהי, אך קיימת אפשרות, שהסתברותה 20%, כי בעתיד ילקה במחלה קשה עקב החשיפה הרשלנית לסיכון.

בפרק קודם טענתי שיצירת סיכון גרידא שחלף ועבר מן העולם אינה מזכה, ואף אינה צריכה לזכות, בפיצוי.<sup>144</sup> אלא שבענייננו מדובר במקרה שונה: בדוגמות 4 ו-5 מדובר בסיכון שריר וקיים, שאפשר שיתפתח בעתיד לכדי נזק. טענתי – שאותה פיתחתי בעבר

<sup>142</sup> Norfolk, *supra* note 83.

<sup>143</sup> Johnston, *supra* note 84.

<sup>144</sup> לעיל פרק 2.

במאמר משותף עם אלכס שטיין<sup>145</sup> – היא שבמקרים שדוגמות 4 ו-5 מייצגות ראוי ליתן לתובע את הבחירה: ירצה, יתבע פיצוי בגין סיכון לנזק עתידי; ירצה, יחכה ויראה אם יתממש הנזק העתידי, שאם כן יזכה בפיצוי מלא בגינו. מובן שאין לאפשר לתובע ליהנות משני העולמות: היה ובחר בדרך הפיצוי בגין הסיכון לנזק עתידי, תיחסם בפניו הדרך לתבוע פיצוי בגין נזקיו, אם יתממשו בעתיד. שאם לא כן יזכו ניזוקים בפיצוי יתר, ומזיקים יישאו בפיצוי גבוה מכפי הנזק שגרמו.<sup>146</sup>

חשוב להדגיש שיש להפריד את השאלה של פיצוי בגין סיכון לנזק עתידי מן השאלה אם ניזוקים שחשופים לסיכון כזה זכאים לפיצוי בגין נזק שהם חווים בהווה. תובעים כאלו עשויים למשל לסבול מפחד. הם עשויים אף להוציא הוצאות רפואיות כדי להפחית את הסתברות התממשותו של הסיכון. נזקים אלו הם נזקים ממשיים בהווה, ופסיקת פיצוי בגינם תהיה מוצדקת, במנותק משאלת הפיצוי בגין הסיכון לנזק עתידי או הפיצוי לנזק בפועל, אם יתממש.<sup>147</sup>

ניזוקים החשופים לסיכון לנזק עתידי עשויים למצוא עצמם נאלצים לשלם פרמיות ביטוח בריאות וחיים גבוהות מבעבר. אפשר אפוא לטעון שהחשיפה לסיכון הסבה להם נזק כלכלי המתבטא בהגדלת פרמיות הביטוח.<sup>148</sup> אלא שפיצוי בגין פרמיות הביטוח המוגברות אינו אלא פיצוי בגין הסיכון לנזק עתידי, ועל כן אין לאפשר לתובע לקבל פיצוי בגין הגדלת פרמיות הביטוח, ובנוסף פיצוי בגין סיכון לנזק עתידי או פיצוי בגין הנזק בפועל אם יתממש.

מהם אפוא הטעמים בעד פיצוי בגין סיכון לנזק עתידי?

## א. צדק מתקן

אדם אשר נמצא בסיכון לנזק עתידי, כגון סיכון מוגבר ללקות במחלה קשה, מצבו טוב פחות משל אדם שאינו בסיכון דומה. האפשרויות העומדות לפניו לעשות בחייו כרצונו מעטות

Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Future Harm*, PERSPECTIVES ON CAUSATION 221 145 (Richard Goldberg ed., 2011).

146 נניח שקיימים עשרה ניזוקים, ולכל אחד 10% סיכוי לסבול בעתיד נזק של מיליון ש"ח. הנזק שגרם אפוא המזיק (בתוחלת) הוא מיליון ש"ח, וראוי שיישא באחריות בגינו. אם כל ניזוק יוכל לתבוע פיצוי של מאה אלף ש"ח בהווה, ופיצוי נוסף של תשע מאות אלף ש"ח אם ייגרם לו נזק בעתיד, יישא המזיק בדוגמה זו בפיצוי כולל ששיעורו 1.9 מיליון ש"ח (הוא ישלם בהווה מאה אלף ש"ח לכל ניזוק, ובסך הכול מיליון ש"ח לעשרת הניזוקים, ועוד תשע מאות אלף ש"ח לאותו ניזוק שבסופו של דבר יסבול נזק של מיליון ש"ח). ראו גם לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 78–80.

147 ראו לעיל פרק 2, סעיף ד.2.

148 ראו לעיל פרק 2, סעיף ד.2, ובעיקר הטקסט הנלווה לה"ש 88–90.

מאלו שהיו עומדות לפניו אלמלא החשיפה לסיכון, ולפיכך הרווחה שלו קטנה.<sup>149</sup> דרך אפשרית להעריך את "ירידת השווי" של חייו היא שיעור ההגדלה בפרמיית ביטוח החיים שלו שנגרמה מהחשיפה לסיכון (אם הסיכון הוא לחייו). דרך אחרת שיש בה, בדרך כלל, כדי להביא לתוצאה דומה היא להכפיל את גודל הפיצוי הניתן לאדם על פי דיני הניזוקין בשל התממשות הסיכון בהסתברות התרחשותו. כך או אחרת, הפיצוי בגין סיכון לנזק עתידי, כך אפשר לטעון, מפצה למעשה בגין נזק שקיים בהווה: אדם הכפוף לסיכון לנזק פיזי קשה אינו אותו אדם שהיה קודם לכן בטרם נחשף לסיכון העולתי. הפיצוי הכספי מוצדק אפוא בשיקולי צדק מתקן.

### ב. הרתעה

מנקודת מבט הרתעתית חשוב שהמזיק יהיה חשוף לסיכון אחריות הוזהה לתוחלת הנזק החברתי שגרם בהתנהגותו העוולתית. נניח למשל שהמזיק חשף עשרה בני אדם לסיכון של 10% ללקות במחלה קשה שנוקיה נאמדים במיליון ש"ח. סיכון האחריות של המזיק צריך להיות בדיוק מיליון ש"ח. זאת אפשר להשיג בשתי דרכים חלופיות: אחריות בגין נזק בפועל או אחריות בגין סיכון לנזק עתידי. בדרך הראשונה יזכה ניזוק אחד (בממוצע) בפיצוי של מיליון ש"ח, ובדרך השנייה יזכו עשרה ניזוקים בפיצוי של מאה אלף ש"ח כל אחד. למזיק אין לכאורה כל אינטרס להעדיף את הדרך האחת על פני האחרת, שכן הסיכון שבו יעמוד על פי שתיהן יהיה אותו סיכון. היות שכך, נדמה שראוי לתת לכל אחד מן הניזוקים את הבררה: ירצה, יתבע מאה אלף ש"ח בהווה, שאז לא יוכל לתבוע פיצוי בגין נזקיו בפועל אם יתממשו; ירצה, יחכה ויראה אם יינזק, ואם כן יתבע מיליון ש"ח בגין נזקיו. אמת, שיטה המציבה בררה לניזוק עלולה להביא לכך שהמזיק ישלם יותר ממיליון ש"ח. נניח למשל שאחד מעשרת הניזוקים בחר לחכות ולראות אם יינזק, ואילו תשעת האחרים העדיפו לקבל פיצוי מידי. ייתכן שבפועל דווקא הניזוק שלא תבע סבל בסופו של דבר נזק, ולכן ישלם המזיק בסך הכול 1.9 מיליון ש"ח ולא מיליון ש"ח. מנקודת מבט הרתעתית אין בכך כל קושי: הן מה שחשוב הוא שסיכון האחריות של המזיק מלכתחילה יהיה מיליון ש"ח, ולא משנה כלל ועיקר כמה ישלם בפועל. אם המזיק שונא סיכון ואינו מעוניין להסתכן בנשיאה בפיצוי כולל של יותר ממיליון ש"ח, הוא יוכל לרכוש ביטוח מפני סיכון זה, שלמעשה אינו שונה במאום מן הסיכון שבו הוא עומד גם בשיטה הקיימת שבה ניזוקים זכאים לפיצוי רק אם סבלו נזק בפועל. הן גם בשיטה הקיימת אפשר שהמזיק בדוגמה שלנו ישלם בסופו של דבר לא מיליון ש"ח אלא הרבה יותר מזה: במקרה הקיצוני, והנדיר, לכל עשרת הניזוקים יתממש הנזק העתידי, שאז אחריותו בפועל תעמוד על עשרה מיליון ש"ח (!)

149 אפשר לראות בפגיעה בו פגיעה באוטונומיה שלו. השוו לדיון לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 99.

אלא שנראה שלמזיק יש אינטרס חזק שהניזוקים לא יוכלו לתבוע בהווה אלא רק עם התהוות הנזק, ולכן כנראה לו היה נשאל, היה מעדיף את השיטה הקיימת על זו המוצעת. לכך סיבות אחדות, וכולן מחזקות את הטענה שהשיטה המוצעת עדיפה מבחינה הרתעתית על הקיימת; השיטה המוצעת אף תפעל לטובת ניזוקים מן הסיבות הנכונות, כפי שנראה להלן.

סיבה אחת שבגינה אפשר שהמזיק יעדיף את השיטה הקיימת היא שתביעות בגין חשיפה לסיכון לנזק בעתיד מתבררות בדרך כלל שנים רבות לאחר החשיפה לסיכון. בשיטות משפט שונות דיני ההתיישנות אינם מאפשרים תביעות כחלוף מספר רב של שנים (גם אם הנזק יתהווה אחרי זמן רב), וכאשר כך הדבר, האינטרס של המזיק בדחיית התביעות אינו צריך הסבר. אך גם בהנחה שהתביעות הללו אפשריות, חלוף הזמן עלול להקשות מאוד על הניזוק להוכיח את עילת תביעתו, דהיינו את התנהגותו העוולתית של המזיק ואת הקשר הסיבתי שבינה לבין הנזק שנגרם. מכאן שאפשר שניזוקים רבים אשר תביעותיהם מוצדקות לא יקבלו פיצוי. פיצוי החסר מביא אף להרתעת חסר. סיבה שנייה למזיק להעדיף תביעות רחוקות בעתיד היא שכאשר הנזק יתממש, ונזק זה משמעו מחלה קשה שסופה מוות, עלול הניזוק להיות מותש וחסר מוטיבציה<sup>150</sup> לעמוד על זכותו לפיצוי מלא. הוא עלול להתפשר עם המזיק על סכומי פיצוי נמוכים יחסית, מה שיביא, בצד פיצוי חסר, גם להרתעת חסר. מתן אפשרות לניזוק, אם יחפוץ בכך, לתבוע פיצוי בגין הסיכון לנזק עתידי עשוי להקל עליו לבסס את עילת תביעתו סמוך למועד החשיפה לסיכון (הסיבה הראשונה לעיל) ויגביר את המוטיבציה שלו לעמוד על מלוא זכויותיו (הסיבה השנייה לעיל). בנוסף, הניזוק יוכל ליהנות מן הכסף שיקבל בחייו לעומת תשלום בגין נזק פיזי חמור בפועל, שסופו מוות, שאינו מותיר לו די זמן ליהנות מן הכסף. בין היתר יוכל הניזוק להשתמש בפיצוי שיקבל להפחתת הסיכון עצמו, כגון רכישת טיפולים רפואיים שלא היה יכול להרשות לעצמו בלעדי הפיצוי, או אף שינוי מקום מגוריו (אם בכך יש כדי להפחית את הסיכון). בנוסף, יהיו ניזוקים שימצאו שביטוח החיים שלהם, או ביטוח הבריאות שרכשו בעבר, התייקר בשל היחשפותם לסיכון העוולתי, והפיצוי שיקבלו יקל עליהם לשאת בנטל כספי זה. אמת, יהיו ניזוקים שיעדיפו לקבל פיצוי רק אם יינזקו בעתיד, מתוך מחשבה שאז יזדקקו לכסף יותר מאשר בהווה. אלא שדי בכך שלפחות חלק מן הניזוקים יעדיפו לקבל פיצוי בשלב מוקדם יותר כדי להצדיק את מתן זכות הבחירה להם בין פיצוי בעתיד בגין נזק בפועל לבין פיצוי בהווה בגין סיכון לנזק.

150 במקרים מסוימים חוסר המוטיבציה נובע גם מכך שהוא יודע שלא הוא יינה מן הפיצוי שיקבל אלא יורשיו. ראו Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AM. L. ECON. REV. 45 (2011).



### ג. בעיית הפעולה המשותפת

הקושי המרכזי בהצעה להותיר לניזוק את הבחירה בין תביעה בהווה בגין הסיכון לנזק לבין תביעה בעתיד אם ייגרם נזק היא שיישומה עלול לגרום שכל הניזוקים, גם אלו שהיו מעדיפים לחכות ולראות אם יינזקו, ייאלצו לתבוע בהווה. הסיבה לכך היא החשש שמשאביו של המזיק יידלדלו, ומי שיתמהמה בתביעתו עלול למצוא את עצמו בלא כל פיצוי. כדי להבין קושי זה הניחו שקיימות שתי קבוצות של ניזוקים: קבוצה א כוללת ניזוקים שמעדיפים לתבוע בהווה, וקבוצה ב כוללת ניזוקים שמעדיפים לתבוע בעתיד, אם יינזקו. ייתכן שאם כל חברי קבוצה א היו תובעים בהווה, וכל חברי קבוצה ב היו תובעים בעתיד, כל הניזוקים היו זוכים לפיצוי. אלא שחברי קבוצה ב מבינים שקיים חשש, ולו גם קטן, שבעתיד לא יהיו למזיק די משאבים לפצות את כולם. לכן כמה מחברי קבוצה ב, אלו שהעדפה שלהם לתבוע בעתיד אינה חזקה במיוחד, יחליטו שבהתחשב בסיכון של דלדול משאביו של המזיק, אף אם אינו גדול, מוטב להם לתבוע בהווה. לאחר שאלו יעברו לקבוצה א, הסיכון של הנותרים בקבוצה ב שלא לקבל פיצוי בעתיד אם יינזקו, יגדל. עקב כך יעברו עוד מחברי קבוצה ב לקבוצה א, וחוזר חלילה. התוצאה הסופית עלולה להיות שכל (או כמעט כל) חברי קבוצה ב, שהיו מעדיפים לתבוע בעתיד אם יינזקו, ימצאו את עצמם על כורחם תובעים את המזיק בהווה.

בעיה זו עשויה להתעורר, מטבע הדברים, באותם המקרים שבהם מספר הניזוקים הוא רב. כשכך הדבר, הבעיה ניתנת לפתרון בכמה דרכים: ראשית, אפשר להסמיך את בתי משפט המבררים תובענות של ניזוקים רבים נגד מזיק אחד, להביא את הבעיה המתוארת לעיל בחשבון, וכאשר היא חמורה, לא להתיר תביעות בגין סיכון לנזק עתידי, או לחייב את המזיק להפקיד כספים אשר יבטיחו פיצוי לא רק לתובעים בהווה אלא גם לתובעים עתידיים; שנית, אפשר להקים קרן סטטוטורית אשר תמומן על ידי מעוולים המוניים לפי תוחלת נזקיהם העולתיים.

### 4. ביקורת על רעיון האחריות ההסתברותית ותגובה לה

קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא מתחו ביקורת במאמר שפרסמו על ההצעה שפותחה במאמר שפרסמתי<sup>151</sup> – להטיל אחריות הסתברותית.<sup>152</sup> ביקורתם בתמצית היא

151 פורת, לעיל ה"ש 117.

152 קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2003). עמדתם של המחברים באשר לאחריות הסתברותית בוטאה אף במאמר המשך: קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, עודף הסתברויות והערכה כללית

כדלקמן: קיימים מקרים שבהם מבחינה מדעית אין דרך לאמוד הסתברויות באופן משביע רצון.<sup>153</sup> במקרים אלו הטלת אחריות הסתברותית אינה מוצדקת. תשובתי לטענה זו היא משולשת: ראשית, כמעט תמיד יש דרכים להגדיר הסתברויות, וכאשר מוטלת אחריות הסתברותית, גדל התמריץ לפתח ולשכלל אותן; שנית, עדיפה דרך "גסה" ובלתי מדויקת של הערכת הסתברויות מדרך אחרת הדוחה כל פסיקה לפי הסתברויות; שלישית, המשפט פועל על פי אומדן "גס" של הסתברויות, של סיכונים ושל נזקים בתחומים רבים באופן משביע רצון, והתנאת השימוש בהסתברויות ביכולת להגדירן במדויק מתאימה (אולי) לעולם המדעים המדויקים, אך לא לעולם המשפט.

### א. דרכים להעריך הסתברויות ותמריצים לשכלולן

לו היו בתי המשפט מטילים בתחומים מסוימים אחריות לפי הסתברויות לעתים תכופות, היה תמריץ לפתח ולשכלל את דרכי הערכת ההסתברויות הקיימות בתחומים אלה.<sup>154</sup> ניקח לדוגמה את השאלה אם ראוי לפסוק לאדם פיצוי הסתברותי אם נחשף לרשלנות רפואית שפגעה בסיכויי החלמתו, אך כשאי אפשר להוכיח בהסתברות של למעלה מ-50% שהיא שגרמה לאי-החלמתו (דוגמה 2).<sup>155</sup> כדי לפסוק לו פיצוי כזה יש לאמוד את ההסתברות שהיה מחלים מן המחלה אלמלא נחשף לרשלנות הרפואית, ואת ההסתברות שהיה מחלים ממנה למרות חשיפתו לרשלנות האמורה. בשיטה משפטית שאין פוסקים בה פיצויים בגין פגיעה בסיכוי (בשיטה האנגלית למשל), תביעה כזו תידחה. ממילא במדינה

המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 855 (2007). לתגובתי לביקורת ראו אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז 357 (2003).  
153 ראו ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004). באותו מקרה דעת הרוב הייתה שכדי להוכיח קשר סיבתי בין חשיפה לסיכון לבין הנזק הנתבע באמצעות ראיות מדעיות, אין לעמוד על אמות המידה המחמירות אשר נהוגות בעולם המדע לשם קביעת עובדות, ואפשר להסתפק בפחות מכך. דעת המיעוט של השופטת נאור הייתה, בעקבות פסיקה אמריקאית מסוימת (שנסקרת בפסק דינה של השופטת נאור בהרחבה), שיש לאמץ אמות מידה מחמירות מכפי שסברה דעת הרוב בהוכחת עובדות מדעיות, ונראה שעמדתה קרובה יותר לזו של פוקס, שמואלי ושמפירא, לעיל ה"ש 152. עם זאת השופטת נאור גילתה נכונות רבה יותר מרובית השופטים, להטיל אחריות הסתברותית. ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 103, פסקה 78 לפסק דינה של השופטת נאור, והדיון לעיל פרק 3, סעיף ד.2. ראו גם להלן ה"ש 213. מעניין שעמדת הריסטייטמנט, עולה בקנה אחד עם דעת הרוב בעניין קיבוץ מעיין צבי: RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 28 .cmt. c (2010).  
154 איני עוסק כאן בשאלה אם השקעת משאבים אלו כדאית מבחינה כלכלית. אני מניח שבמקרים רבים השקעה זו תהיה כדאית.  
155 לעיל סעיף 2.

שבה נוהג כלל משפטי כזה אין תמיד ערך רב בהשקעת משאבים לשם איסוף מידע על סיכויי החלמה במצבים השונים.<sup>156</sup> לעומת זאת במדינה שבה הכלל המשפטי הוא שאפשר לזכות בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי, גדל התמריץ של גורמים שונים לאסוף מידע על סיכונים ועל שיעורם, ובכך לסייע לתובעים לזכות בפיצויים. שוק המידע, יש לזכור, תלוי במידת הביקוש למידע, ושוק המידע בגין סיכונים אינו יוצא מן הכלל. לפני קיומו של שוק הביטוח לא היו סיבות רבות לאסוף מידע על סיכונים ושיעורם, וספקנים היו יכולים לטעון אז שלשוק זה אפוא אין סיכוי לפרוח ולשגשג. אולם היוקקות למידע על סיכונים מחזקת את התמריצים לאסוף את המידע ולפתח שוק למידע, וקיומו של המידע מחזק את השוק הנזקק לו.

בתחום הרפואי קיימים נתונים רבים על הסתברויות וסיכונים המאפשרים פסיקת פיצויים בגין פגיעה בסיכוי בקלות רבה יחסית.<sup>157</sup> ככל שהתכיפות שבה בתי משפט יזקקו לנתונים מעין אלה תהיה רבה יותר, כך יגבר התמריץ לשפר את מאגרי המידע ולשכלל את דרכי ההערכה. כך בתחום הרפואי וכך גם בתחומים אחרים.

### ב. אומדן הסתברויות "גס"

גם אם במקרים מסוימים אי אפשר לאמוד הסתברויות במדויק, וגם אם אין להניח ששוק מידע יפתור לגמרי את בעיית האומדן, עדיין עולה השאלה מה צריך להיות הפתרון המשפטי במקרים שבהם שיטת הכול או לא כלום מביאה להרתעה לא יעילה – בעיקר להרתעת חסר. טענתי היא שיש להסתפק באומדן גס של הסתברויות, אשר עשוי להיות טוב מלא כלום. אומדן גס של הסתברויות יכול להיות מוצדק אפילו במצבים שבהם אפשר, לאחר מאמצים רבים, לקבוע את ההסתברויות המדויקות, אך קביעה זו יקרה וכרוכה בעלויות מנהליות (כגון עלויות התדיינות) גבוהות.

לפיכך מוצע שבתי המשפט יסתפקו במקרים הקשים בבחירה בין "מדרגות הסתברות", שמתוכן יוכלו לבחור את המדרגה הקרובה ביותר להסתברות האמתית של גרם הנזק. למשל, על בית המשפט יהיה לבחור אם לפסוק את כל הנזק, 75%, 50%, או 25% ממנו, או לא לפסוק פיצוי כלל. בשיטת הכול או לא כלום, שבה הבחירה היא בין שני הקצוות – פסיקת פיצוי מלא או אי-פסיקת פיצוי כלל – העיוות בהרתעה יהיה במקרים רבים גדול

156 אמירה זו מוגזמת כמובן: איסוף מידע כזה יכול להועיל מאוד מחוץ למערכת המשפט, כגון לפיתוח מדע הרפואה.

157 ראו לדוגמה ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997). לדיון בפסק דין זה ולביקורת ראו אלכס שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית? הכרעה לפי 'עודף הסתברויות', אחריות בשל 'פגיעה בסיכויי החלמה' ודוקטרינת הנזק הראייתי" עיוני משפט כג 755 (2000).

מאשר בשיטה מקורבת של "מדרגות הסתברות". העלויות המנהליות הכרוכות בבחירה בין המדרגות השונות לא יהיו בדרך כלל רבות, והוצאתן תוצדק בשל השיפור שיושג בהרתעתו של המזיק.<sup>158</sup>

### ג. אומדנים "גסים" במשפטי נזיקין

השוואה לדיוק בקביעת הסתברויות, סיכונים ונזקים במשפטי נזיקין ינחל אכזבה קשה כאשר יבחן את הכללים המשפטיים הנוהגים בתחום זה בבתי המשפט. דוגמות אחדות עשויות להמחיש לקורא כמה דברים אמורים.

1. פסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות. פסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות כרוכה לא אחת בשאלה מה צופן בחובו העתיד לתובע, ומה היה מצבו ההיפותטי אלמלא הפגיעה. אי-הוודאות במקרים אלו רבה. בתי המשפט פוסקים לעתים סכומים גלובליים, המושפעים, כך נראה, מהערכה גסה של סיכונים וסיכויים באשר לעתידו של התובע ובאשר למצבו אלמלא הפגיעה.<sup>159</sup> לעתים הם מניחים שהשתכרותו של התובע אלמלא הפגיעה הייתה בשיעור השכר הממוצע במשק אף שאין כל אינדיקציה שהנחה זו מבוססת על אדני המציאות. לעתים הם מחשבים את הפסד השתכרות של התובע תוך שימוש בהסתברויות ממש, כגון שהם מעריכים שקיימת הסתברות של 70% שאלמלא הפגיעה היה עובד במקצוע אחד שבו הייתה השתכרותו x, והסתברות של 30% שאלמלא הפגיעה היה עובד במקצוע שני שבו הייתה השתכרותו y. הנתונים שבהם משתמשים בתי המשפט הם מקורבים בלבד.<sup>160</sup> במקרים אחרים הם משתמשים באחוז הנכות הפונקציונלית לצמיתות כמדד להערכת הנזק אף שאין הכרח שאחוז נכות זה משקף באמת ובתמים את ירידת יכולת ההשתכרות של התובע בפועל.<sup>161</sup>

2. פסיקת פיצויים בגין הוצאות רפואיות. לעומת אומדן הוצאות רפואיות שהוצאו בעבר שהוא קל יחסית, אומדן הוצאות רפואיות עתידיות, ופסיקת פיצוי בגינן, הוא לא אחת קשה וספקולטיבי. בתי המשפט מגלים נכונות אף כאן להשתמש בהסתברויות לשם אומדן הנזק. אפשר לשקול למשל שבשל הפגיעה העוללתית קיימת הסתברות של 15% שהתובע ילקה בעתיד באפילפסיה, שאז הוצאותיו הרפואיות יהיו מוגברות. לפיכך ייפסק לו פיצוי בשיעור של 15% מסך ההוצאות המוגברות.<sup>162</sup>

158 השוו לדיון בטקסט הנלווה לה"ש 498–499.

159 ראו עניין ברששת, לעיל ה"ש 97.

160 עניין חיו, לעיל ה"ש 96, והדיון בדוגמה 1, לעיל סעיף 1.

161 ראו ע"א 30/80 מ. י. נ' אשר, פ"ד לה(4) 788, 792 (1981).

162 כך דעתו של השופט ברק: עניין נעים, לעיל ה"ש 97, בעמ' 789.

3. הגנת אשם תורם וריבוי מעוולים. ההגנה הנפוצה ביותר בתחום דיני הנזיקין היא הגנת האשם התורם. על פיה ישווה בית המשפט את האשם ואת התרומה הסיבתית של התובע לאלו של הנתבע, ויפחית את פיצוייו של התובע בהתאם להשוואה זו.<sup>163</sup> כיצד משווים אשם ותרומה סיבתית של נהג שדרס עובר אורח לאשם ותרומה סיבתית של עובר האורח שחצה את הכביש בחוסר זהירות? האם מזמינים מומחים שיעריכו את הסיכון שכל אחד יצר בהתנהגותו בת האשם ואת הסתברויות גרם הנזק מהתנהגויותיהם של הצדדים? למותר לציין שלא כך נוהגים בתי המשפט. במקום זאת בתי המשפט בוחנים את התנהגויות הצדדים וקובעים חלוקה מסוימת של אחריות, המביאה בחשבון אשם ותרומה סיבתית בלא יומרה לדייק בהערכת סיכונים והסתברויות לגרם נזק. ואם ייטען שיש בכך אי־דיוק, תהא התשובה שדרך אחרת אין. שיטת הכול או לא כלום נהגה בארץ בתחום האשם התורם לפני קום המדינה, ופסה מן העולם זה מכבר.<sup>164</sup> גישה דומה ננקטת אף באשר לחלוקת אחריות בין מעוולים שונים שגרמו לנזק,<sup>165</sup> ובכלל זה במקרים שבהם עלתה השאלה כיצד לאמוד את חלקו של המעוול הנתבע בנוק שסבל התובע, כאשר גורמי נזק נוספים פעלו עם הנתבע בעת ובעונה אחת. בתי המשפט החילו במקרים אלו דרכי אומדן הסתברותיות, אשר התבססו על נתונים חסרים.<sup>166</sup>

אכן, עיון בפסיקתם של בתי המשפט שהטילו אחריות הסתברותית מלמד שבפועל לא אחת ננקטת השיטה המקורבת. למשל, בעניין מלול, בגלגולו הראשון של פסק הדין בבית המשפט העליון, נפסק פיצוי בשיעור של 20%.<sup>167</sup> בדומה לכך, בעניין פאתח נפסק פיצוי בשיעור של 30%.<sup>168</sup> נראה שלא הייתה זו הערכה מדויקת של הסתברויות, אך בכך אין פגם כל עוד קביעה מדויקת של ההסתברות הייתה קשה, וכל עוד 20%, או 30%, לפי העניין, היה אומדן שאינו רחוק מן המציאות.<sup>169</sup>

163 סעיף 68 לפקודת הנזיקין.

164 אנגלרד, לעיל ה"ש 32, בעמ' 234–235 (§ 138).

165 סעיף 83 לפקודת הנזיקין.

166 ראו להלן פרק 4, סעיפים 3 ו-4.

167 ע"א מלול, לעיל ה"ש 113.

168 עניין פאתח, לעיל ה"ש 102.

169 כן ראו ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, 697–704

(1999); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 600–607

(1999); ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית פ"ד נד(2) 38, 46–47

(2000).

חלק שלישי : סיבתיות

## מצבים נוספים של אי-ודאות בגרם נזקים

1. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה; א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה; ב. פתרונות משפטיים אפשריים; ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים. 2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה; א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה; ב. פתרונות משפטיים אפשריים; ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים. 3. מקרים של גרם נזק בעוולה על ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול; א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה; ב. פתרונות משפטיים אפשריים; ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים. 4. מקרים של גרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו לא בעוולה, כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם המעוול; א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה; ב. פתרונות משפטיים אפשריים; ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים.

בפרק זה ייבחנו ארבע קבוצות מקרים נוספות על אלו שנדונו בפרק הקודם שבהן מתעוררת בעיית אי-הוודאות בגרימת נזקים. בכל המקרים הנדונים בפרק זה עולות בעיות הוכחה: של הקשר הסיבתי, של עוולתיות התנהגותו של הנתבע ושל הנזק. בכל המקרים הטלת אחריות הסתברותית עשויה להיות פתרון הולם.

### 1. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה<sup>170</sup>

#### א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה

בקבוצה זו נכללים מקרים שבהם אי אפשר להוכיח כי הנתבע גרם במעשה עוולה לנזקו של התובע, אם כי אפשר להוכיח כי הנתבע נמנה עם קבוצה מוגדרת של בני אדם אשר אחד או יותר מתוכם, שאינם מזוהים, גרמו במעשה עוולה לנזקו של התובע. קיימת אפוא הסתברות כלשהי כי הנתבע גרם במעשה עוולתו לנזקו של התובע. קבוצה זו אפשר לחלק לשתי תת-קבוצות:

170 ראו אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג 311 (1994).

תת־קבוצה א כוללת מקרים שבהם הוכח אשמו של הנתבע, אך לא הוכח כי הוא שגרם לנזק. עם זאת ידועה קבוצת אנשים שעמה הוא נמנה, ואשר מישהו מתוכה גרם לנזק באשמו. שתי הדוגמות הבאות תמחשנה תת־קבוצה זו:

דוגמה 1: הציידים. התובע ושני הנתבעים יצאו יחדיו לציד שלווים. הנתבעים ירו ברוביהם בר־זמנית, והתובע, שצעד לפניהם, נפגע בעינו. אי אפשר לדעת מי משני הנתבעים גרם לנזק אם כי אין מחלוקת ששניהם התרשלו כשירו ברוביהם בחוסר זהירות.<sup>171</sup>

דוגמה 2: יצרני התרופות. מאתיים יצרנים יצרו (כל אחד בנפרד) תרופה למניעת הפלות טבעיות הנקראת DES. מיליוני נשים צרכו את התרופה. לימים לקו בנותיהן של אלפים מהן בסרטן מסוג מסוים. המחלה נגרמה בגלל שימוש אמותיהן בתרופה, ועתה הן תובעות את היצרנים בגין נזקיהן. אין מחלוקת שהיצרנים כולם התרשלו בשיווק התרופה בלא בדיקות מספיקות ועל אף חשדות בדבר השפעתה הרעה. במרבית המקרים אין ביכולתה של התובעת להוכיח מי היה היצרן אשר בתרופה שלו השתמשה אמה.<sup>172</sup>

תת־קבוצה ב כוללת מקרים שבהם לא הוכח אשמו של הנתבע ולא הוכח כי הוא שגרם לנזק. עם זאת ידועה קבוצת אנשים שעמה הוא נמנה, וידוע שמישהו מתוכה גרם לנזק באשמו. אף כאן שתי דוגמות תסייענה להמחשת המקרים הנכללים בתת־קבוצה זו:

דוגמה 3: כריתת תוספתן. התובע נכנס לבית חולים כדי לעבור ניתוח לכריתת תוספתן. במהלך הטיפול הוא ניזוק בכתפו בגלל רשלנות של אחד משמונת חברי הצוות הרפואי שטיפל בו. אי אפשר לדעת את זהותו של המזיק.<sup>173</sup>

דוגמה 4: נזק למטען. התובע מייבא מטענים דרך הים. באחת הפעמים התברר לו שהמטען שקיבל ניזוק. אף שאין כל אפשרות לזהות את המעוול

171 דוגמה זו מבוססת על Summers v. Tice, 199 P.2d 1 (Cal. 1948).  
172 דוגמה זו מבוססת על Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).  
173 דוגמה זו מבוססת על Ybarra v. Spangard, 154 P.2d 687 (Cal. 1944). במקרים רבים אפשר לפתור את הבעיה בהטלת אחריות שילוחית על מי שאחראי למעשיהם של כל חברי הצוות הרפואי. ראו למשל, Collins v. Hertfordshire County Council, [1947] 1 All E.R. 633; Cassidy v. Ministry of Health, [1951] 1 All E.R. 574 (C.A.); Roe v. Minister of Health, [1954] 2 All E.R. 131 (C.A.).



שגרם באשמו לנזק, ברור שהוא אחד משניים (בהסתברויות זהות): חברת הספנות שהובילה את המטען או הרשות הממשלתית אשר קיבלה את המטען מחברת הספנות והעבירה אותו בשלב מאוחר יותר לבעליו. אירועי נזק מעין אלו מתרחשים לעתים קרובות, ובחלק ניכר מהמקרים זהות המעוול אינה ידועה.<sup>174</sup>

## ב. פתרונות משפטיים אפשריים

### תת-קבוצה א

פתרון אחד למקרים הנכללים בתת-קבוצה א עשוי להימצא בעיקרון שלפיו מעוולים במשותף – ומי שסייע למעשה העוולה בכלל זה – אחראים יחד ולחוד לנזק שגרמו.<sup>175</sup> אלא שפתרון זה אינו מתאים כפי הנראה לדוגמה 1 (הציידים), שכן ההנחה היא ששני הנתבעים – אף שיצאו לציד יחד – לא ביצעו את העוולה במשותף ואף לא סייעו זה לזה בביצועה.<sup>176</sup> פתרון אפשרי אחר הוא להחיל על המקרה את דוקטרינת הנזק הראייתי. על פי פתרון זה, אמנם רק אחד מן הנתבעים פגע בעינו של התובע, אך שניהם גם יחד, בירייתם הרשלנית, יצרו את בעיית הזיהוי לאחר מעשה. על פי הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי, הנטל יעבור לכל אחד מן הציידים להוכיח שלא הוא שגרם לנזק, שאם לא כן יישא במלואו. על פי הפן הנזיקי של הדוקטרינה, שטרם נקלט בארץ, כל אחד מן הנתבעים יהיה

174 דוגמה זו מבוססת על ע"א 83/82 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לט(1) 640 (1985). למקרים נוספים הנכללים בגדר תת-קבוצה ב, ראו ע"א 496/72 ארוגי נ' פינק ובניו בע"מ, פ"ד כז(2) 547 (1973); ע"א 600/86 עמיר נ' קונפנינו, פ"ד מו(3) 233. לדיון בהם ראו פורת, לעיל ה"ש 170, בעמ' 316–321. למעשה, אפשר להגדיר תת-קבוצה נוספת, ובה מקרים שבהם הוכח כי הנתבע גרם לנזק אך לא הוכח אשמו. עם זאת ידועה קבוצת אנשים שעמה הוא נמנה, ואשר מישהו מתוכה גרם לנזק באשמו. לדוגמה, אירעה תאונת דרכים שבה היו מעורבים שלושה כלי רכב וניזוק רכשו של צד שלישי, הוא התובע במשפט. אחד משלושת הנהגים היה רשולן אם כי לא ידוע מי הוא מן השלושה. לתת-קבוצה זו יש מקום אם מניחים כי לעצם הגרימה, אפילו בלעדי אשם, יש משמעות נורמטיבית כלשהי. לדיון בתת-קבוצה זו ראו פורת, שם, בעמ' 326, 340–341, 357–360.

175 סעיף 11 לפקודת הנזיקין; אהרן ברק "מעוולים יחד" תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 31, בעמ' 479–480 (282§); ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזיאן, פ"ד ל(1) 701 (1976).

176 Summers, *supra* note 171

אחראי למלוא הנזק שנגרם לתובע, שכן אחד מהם גרם ברשלנות לנזק הפיזי, והשני לנזק הראייתי, שגודלו כגודל הנזק הפיזי.<sup>177</sup> אשר לדוגמה 2 (יצרני התרופות), פתרון המעוולים במשותף עשוי להתאים אם נניח שבמקרה המתואר בדוגמה זו הסיכון לניזוקות השונות נוצר בין היתר משום שהיצרנים לא גילו מידע, בשל עצימת עינים או לפחות בשל רשלנות. אפשר לסבור שבאי-גילוי המידע אשמים כל היצרנים שעמם נמנה היצרן הספציפי שמוצרו גרם לנזק באופן ישיר. כולם היו שותפים ליצירת אווירה של ביטחון במוצר המיוצר על ידיהם, ואיש מהם אינו יכול לרחוץ בניקיון כפיו. אפשר אפוא לראות בהם, אפילו אם בדוחק-מה, מעוולים שביצעו יחדיו מעשה עוולה (אפילו לא נדברו ממש ביניהם) או מעוולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד.<sup>178</sup> כן אפשר לסבור שהם סייעו זה לזה בשתיקה, מטעמים אינטרסנטיים ברורים. מכאן שלפי דרך זו כל אחד מהם אחראי כלפי כל אחד מהניזוקים למלוא הנזק.<sup>179</sup> פתרון זה לוקה במלאכותיות רבה, ובארצות הברית לא אחת נדחה במפורש על ידי בתי המשפט.<sup>180</sup>

177 לדיון בדוקטרינת הנזק הראייתי, הן בפן הראייתי שלה והן בפן הנזיקי, ראו לעיל חלק ב, פרק 9. הפן הראייתי לא היה מסייע לתובע אילו במקום שני יורים היו שלושה או יותר, שכן לא היה מדובר אז במקרה של תיקו ראייתי. לא כן הפן הנזיקי: אם היו שלושה ציידים, כל אחד מהם היה אחראי על פי דוקטרינת הנזק הראייתי לשלילת מידע מן התובע באשר לחלקו שלו בגרם הנזק, ושווי של מידע זה הוא גודל הנזק שנגרם לתובע מוכפל בהסתברות שהנתבע המסוים הוא שגרם לנזק. ראו ביתר פירוט, לעיל חלק ב, פרק 9, סעיף 1. מרק גייסטפלד מציע בסיס נורמטיבי להטלת אחריות במקרה הציידים, במקרה יצרני התרופות (דוגמה 2) ואף במקרה כריתת התוספתן (דוגמה 3), המבוסס על הרעיון של evidential grouping. לשיטתו, כאשר: א. כל אחד מן הנתבעים היה יכול לגרום לנזק; ב. אחד או יותר מן הנתבעים גרם לנזק; ג. כל אחד מן הנתבעים היה אחראי לנזק לו גרם לו – אזי אף אחד מן הנתבעים אינו יכול לפטור את עצמו מאחריות בהראותו שסביר יותר (מבחינה סטטיסטית) שאחד או יותר מבין הנתבעים האחרים גרם לנזק, כאשר טענה כזו, לו התקבלה, הייתה מביאה לכך שאף אחד מן הנתבעים לא היה מפצה את הניזוק. ראו Mark A. Geistfeld, *The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share Liability*, 155 U. Pa. L. Rev. 447 (2006).

178 א. כי עשויה לעלות השאלה אם כל אחד מהם הוא גורם-בלעדיו-אין לנזק. ראו לעיל פרק 1.  
179 בעניין Collins v. Eli Lilly Co., 342 N.W.2d 37 (Wis. 1984), cert. denied 469 U.S. 826 (1984), ביסס בית המשפט העליון של מדינת ויסקונסין את הטלת האחריות על יצרניות ה-DES על כך שכולן תרמו ליצירת סיכון שממנו ניזוקו התובעות השונות. התוצאה הייתה שכל היצרניות נמצאו אחראיות למלוא הנזק, יחד ולחוד. עם זאת נקבע שיצרנית שתוכיח כי במקרה נתון לא המוצר שלה גרם לנזק, תפטור עצמה מאחריות. ליצירת סיכון כבסיס נורמטיבי להטלת אחריות במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 2 ראו Robinson, *supra* note 65. לביסוס דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק (שמהותה תוסבר להלן) על כך שכל היצרניות היו גורם עובדתי לנזק בהיותן שותפות ליצירת סיכון ראו Nancy L. Firak, *Alternative Forms of Liability: Developing Policy Aspects of the Cause-in-Fact Requirement of Tort Law*, 20 ARIZ. ST. L.J. 1041 (1988).  
180 *Sindell, supra* note 172.

פתרון אחר הוא להכיר באחריות נזיקית בגין גרם נזק ראייתי, על פי הפן הנזיקי שלה.<sup>181</sup> על פי דרך זו כל אחד מן היצרנים, אם משום שלא ניהל רישומים ואם משום שפעל בו בזמן עם יצרנים אחרים ברשלנות, שלל מכל אחת מן התובעות את היכולת לדעת מי גרם לנזקה. כדי לתרגם את ערך המידע שנשלל מן התובעת על ידי יצרן מסוים לכסף יש לשאול כמה הייתה מוכנה התובעת לשלם לאותו יצרן כדי לדעת אם הוא גרם לנזקה, שכן אם יסתבר שהוא שגרם לנזקה תזכה בפיצוי מלא. הסכום שהתובעת מוכנה לשלם אפוא הוא כשיעור נזקה מוכפל בהסתברות שהיצרן המסוים גרם לנזקה, ונתח השוק יכול להיות אמת מידה טובה להערכת הסתברות זו.<sup>182</sup>

בארצות הברית מוטלת אחריות במקרים המיוצגים על ידי דוגמות 1 ו-2, אך זאת באמצעותן של שתי דוקטרינות מיוחדות, אשר הוכרו שם. דוגמה 1 (הציידיים) נפתרה בהעברת נטל הראיה לכל אחד מהנתבעים, ועליהם להראות שלא גרמו לנזק, שאם לא יעשו כן יחויבו כלפי הניזוק לשאת במלואו. פתרון זה אומץ לראשונה בפסיקה בקליפורניה,<sup>183</sup> ונקלט מאוחר יותר בריסטייטמנט האמריקאי.<sup>184</sup> לימים אומץ פתרון דומה אף על ידי בית הלורדים באנגליה ב-*Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* באותו מקרה עובד לקה במחלה בגלל חשיפה לאסבסט במקום העבודה, אך אי אפשר היה לדעת מי ממעבידיו השונים שאצלם עבד במשך השנים אחראי לחשיפה שגרמה למחלה. בית הלורדים הטיל אחריות על כל המעבידים לנזקיו של התובע.<sup>185</sup> דוגמת היצרנים (דוגמה 2) נפתרה בחלק ממדינותיה של ארצות הברית באמצעות דוקטרינה שאומצה אף היא לראשונה בקליפורניה: Market Share Liability Doctrine, דהיינו דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק. על פי

- 181 לעיל חלק ב, פרק 9.  
 182 השוו לעיל ה"ש 177.  
 183 Summers, *supra* note 171. פתרון זה אומץ אף בקנדה, במקרה הדומה להפליא לזה שנדון בקליפורניה: *Cook v. Lewis*, (1952) 1 D.L.R. 1.  
 184 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS 2d § 433B & Ill. 9 (1965). אף הריסטייטמנט החדש אימץ את הדוקטרינה: RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 28(b) (2010).  
 185 *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] 3 W.L.R. 89 (H.L.). לדין ראו Ariel Porat & Alex Stein, *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 667 (2003) בפסיקה אנגלית מאוחרת יותר נקבע כי בעניין *Fairchild* לא קבע בית הלורדים אם אחריות הנתבעים היא נפרדת, או יחד ולחוד, וכי יש להעדיף את הפתרון הראשון. ראו *Barker v. Corus UK Ltd.*, [2006] 2 A.C. 572 (H.L.). לאחר מתן פסק דין זה התערב המחוקק האנגלי, ובסעיף 3 ל-Compensation Act 2006 (c. 29) ביטל את הלכת *Barker* וקבע כי במקרי חשיפה לאסבסט (שבה עסק פסק דין *Barker*) יחובו כל אחד מן המעוולים שחשפו את התובעים לאסבסט יחד ולחוד למלוא הנזק שנגרם ולא רק לחלקו.

דוקטרינה זו, כל יצרן יהא אחראי לחלק מהנזק, על פי נתח השוק שהיה לו במועד שבו צרכה אמה של התובעת את תרופתו. נתח השוק משקף באופן כללי את הסיכון שיצר כל יצרן כלפי התובעת. לאורך זמן הטלת אחריות זו אמורה לגרום שכל יצרן ישלם, פחות או יותר, בעבור הנזקים שאותם הוא גרם בפועל.<sup>186</sup>

בארצות הברית נעשו ניסיונות על ידי תובעים שונים לשכנע את בתי המשפט להחיל את דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק אף במקרים שאינם DES. אך מקרה ה-DES, כך מסתבר, הוא חריג המלמד על הכלל. במרבית המקרים הנחזים כדומים למקרי ה-DES סירבו בתי המשפט להטיל אחריות לפי נתח שוק. הם חזרו והדגישו כי אחד המאפיינים של מקרי ה-DES הוא היותו של המוצר זהה אצל כל היצרנים. במקרים שבהם מאפיין זה לא התקיים, נשמט הבסיס להטלת אחריות לפי נתח שוק.<sup>187</sup> כן הודגש, שכדי שתביעה המושתתת על אחריות לפי נתח שוק תצליח, נדרש שלא תהיה כל אפשרות ממשית לתובעים לזהות את המעוול המסוים שגרם לנזקהם. לפיכך, כאשר אירוע הנזק התרחש בסמוך להתנהגות העוולתית שהולידה אותו – ולא שנים רבות אחר כך, ועל כן הסיכויים של התובע להוכיח

186 Sindell, *supra* note 172; Collins, *supra* note 179; Martin v. Abbott Laboratories, 689 P.2d 368 (Wash. 1984); Hymovitz v. Eli Lilly Co., 539 N.E.2d 1069 (N.Y. 1989). פסקי דין שנפסקו במדינות שונות בארצות הברית ושאימצו, עקרונית, את דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק, נבדלים זה מזה בעניינים שונים: יש שאפשרו לתובעת לתבוע מכל אחת מהנתבעות את מלוא הנזק, וכך עול הגבייה והאיתור של היצרניות השונות של התרופה הוטל על הנתבעות, ויש שהגבילו את התובעת והרשו לה לתבוע מכל נתבעת פיזיו לפי חלקה בשוק ולא יותר; יש שהכירו בזכותה של כל נתבעת לנסות ולהוכיח כי במקרה הנדון לא היא שגרמה לנזק, שאז תפתור עצמה מאחריות, ויש ששללו זכות כזו ממנה; יש שבדקו את החלק בשוק של כל אחת מהנתבעות לפי השוק הלאומי, ויש שעשו כן על פי שוק בעל היקף מצומצם יותר; יש שהתנו את קיום עילת תביעתה של התובעת בכך שתבע יצרניות שהיה להן יחד חלק מהותי בשוק, ויש שלא התנו תנאי כזה. לאסמכתאות בעניין ראו פורת, לעיל ה"ש 170, בעמ' 325-324. עוד על דוקטרינת ה-Market Share Liability ראו James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski, *Intuition and Technology in Product Design Litigation: An Essay on Proximate Causation*, 88 GEO. L.J. 659, 659 (2000); Aaron D. Twerski, *Market Share — A Tale of Two Centuries*, 55 BROOK. L. REV. 869 (1989).

187 בהנמקה זו נדחו תביעות בגין נזקים שנגרמו מחשיפה למוצרי אסבסט, שבהן אי אפשר היה לזהות את היצרן שמוצרו גרמו לנזק: ראו Goldman v. Johns Manville Sales Corp., 514 N.E.2d 691 (Ohio 1987); Case v. Fibreboard Corp., 743 P.2d 1062 (Okla. 1987); White v. Celotex Corp., 907 F.2d 104 (9th Cir. 1990). כן שימשה הנמקה זו לדחיית תביעה בגין נזקי השתלת סיליקון בחזה כשאי אפשר היה לזהות את יצרן הסיליקון שגרם לנזק: ראו In re New York State Silicone Breast Implant Litigation, 631 N.Y.S.2d 491 (1995), ואף לדחייתה של תביעה בגין נזקי עישון שבה התובעים לא יכלו לזהות את יצרן הסיגריות שגרם לנזק: ראו Rose v. The American Tobacco Co., 1997 N.Y. Misc. Lexis 662 (1997).

את תביעתו בדרך המסורתית לא היו תאורטיים גרידא – נדחו התביעות.<sup>188</sup> מקרה שבו הוטלה אחריות לפי נתח שוק בערכאה ראשונה – נוסף על מקרי ה-DES – היה בתביעה של נפגעים משימוש בלתי חוקי בנשק נגד יצרני נשק בטענה שאלו תורמים להתפתחותו של שוק שחור בסחר בנשק שהביא לפגיעות בתובעים.<sup>189</sup> אלא שבית המשפט לערעורים קיבל את הערעור על פסק הדין בקבעו שיצרני הנשק לא חבו חובת זהירות לתובעים וממילא אינם אחראים לנזקיהם.<sup>190</sup> אחריות לפי נתח שוק הוטלה גם במקרים מסוימים של חשיפה לצבע<sup>191</sup> ובמקרים מסוימים של נזק משימוש במנות דם פגומות.<sup>192</sup>

במקרים אחרים, הנחזים כדומים למקרי ה-DES אך שונים מהם בהיבט אחד חשוב, נדחו התביעות בזו אחר זו. במקרים אלו היה התובע יכול להצביע על קבוצה של בני אדם (בדרך כלל מדובר בחברות) שאחד מהם גרם לנזקיו בהתנהגות עוולתית, אך הוא לא היה יכול להוכיח התנהגות עוולתית של איש מחברי הקבוצה, וממילא גם לא קשר סיבתי בין התנהגותו של איש מהם לבין נזקיו. במקרים אלה שללו בתי המשפט האמריקאיים מכול

188 הנמקה זו שימשה לתמיכה בדחייתה של התביעה בגין נזקי השתלת הסיליקון והתביעה בגין נזקי העישון, לעיל ה"ש 187.

189 Hamilton v. Accu-Tek, 62 F. Supp. 2d 802 (1999).

190 ראו Hamilton, *id.* פסק הדין ניתן על ידי בית משפט פדרלי מחוזי. בבית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השני נקבע כי יש להפנות את השאלות המשפטיות שהמקרה מעורר לבית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק: (2000) 222 F.3d 36 (2nd Cir.). בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק קבע כי הנתבעים לא חבו חובת זהירות לתובעים, וכך קבע כי במקרה מעין זה אין תחולה לדוקטרינת האחריות הנזיקית לפי נתח שוק. בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השני, בהסתמך על החלטתו של בית המשפט לערעורים של מדינת ניו יורק, דחה את התביעות בשל העדר חובת זהירות: Hamilton v. Beretta U.S.A. Corp. 264 F.3d 21 (2001) Frank J. Vandall, *O.K. Corral II: Policy Issues in Municipal Suits Against Gun Manufacturers*, 44 VILL. L. REV. 547 (1999); Timothy D. Lytton, *Tort Claims Against Gun Manufacturers for Crime-Related Injuries: Defining a Suitable Role for the Tort System in Regulating the Firearms Industry*, 65 MO. L. REV. 1 (2000) להצעה להטיל אחריות נזיקית לפי נתח שוק על סוחרי סמים כלפי נפגעים מהסחר בסמים ראו Kevin G. Meeks, *From Sindell to Street Pushers: Imposing Market Share Liability on Illegal Drug Dealers*, 33 GA. L. REV. 315 (1998); Joel W. Baar, *Let the Drug Dealer Beware: Market-Share Liability in Michigan for Injuries Caused by the Illegal Drug Market*, 32 VAL.U. L. REV. 139 (1997).

191 ראו Jackson v. Glidden Co., 647 N.E.2d 879 (1994). במקרה אחר הוכרה אחריות לפי נתח שוק בערכאה הראשונה, אך ערכאת הערעור סברה אחרת: ראו Brenner v. American Cyanamid Co., 1999 N.Y. Misc. Lexis 440 (1999) [decision on appeal: Brenner v. American Cyanamid Co., 699 N.Y.S.2d 848 (1999)].

192 ראו Doe v. Cutter Biological, Inc., 971 F.2d 375 (9th Cir. 1992); Ray v. Cutter Laboratories, Div. of Miles, Inc., 754 F. Supp. 193 (Fla. 1991); Smith v. Cutter Biological, 823 P.2d 717 (Haw. 1991).

וכול הטלת אחריות לפי נתח שוק. באותה מידה סירבו בתי המשפט להטיל אחריות לפי נתח שוק כשנגרם לאדם נזק משימוש בתרכיב חיסון פגום, והפגם היה בתהליך הייצור אצל היצרן המסוים הבלתי מזוהה שגרם לנזק.<sup>193</sup> סוגים אלו של מקרים נכללים בגדר תת-קבוצה ב, שתידון להלן. לעומת זאת כשהתרכיב היה פגום בדגם, והדגם יוצר ונמכר על ידי כמה יצרנים, הוטלה אחריות לפי נתח שוק; במקרה זה הקרבה והדמיון למקרי ה-DES ברורים מאליהם.<sup>194</sup>

פסק דין מלול, שנדון בהרחבה לעיל, פתח את הדרך להכיר באחריות הסתברותית בדוגמת היצרנים, שכן בדוגמה זו מתקיים מבחן ההטיה הנשנית שקבע השופט ריבלין.<sup>195</sup>

### תת-קבוצה ב

בשיטה משפטית המתנה הטלת אחריות באשם ובסיבתיות אי אפשר לכאורה להטיל אחריות על איש במקרים שבדוגמה 3 (כריתת תוספתן) או 4 (נזק למטען). אמנם דוגמה 3 נפתרה בקליפורניה בדרך של הטלת אחריות על כל חברי הצוות הרפואי שטיפלו בתובע, אך זאת בדרך של פיתוח דוקטרינה מיוחדת לשם כך.<sup>196</sup> הפתרון הקליפורני אף זכה לביקורת, ואפשר לומר שאינו מייצג את הפסיקה בארצות הברית.<sup>197</sup> אף באנגליה לא אוטל אחריות נזיקית במקרים המיוצגים על ידי דוגמות 3 ו-4.<sup>198</sup> דוגמה 4 נידונה בבית המשפט העליון

- 193 ראו Sheffield v. Eli Lilly & Co., 192 Cal. Rptr. 870 (1983); Shackil v. Lederle Laboratories, Div. of American Cynamid, Co., 561 A.2d 511 (N.J. 1989).
- 194 ראו Morris v. Parke, Davis & Co., 667 F. Supp. 1332 (Cal. 1987).
- 195 לעיל פרק 3, סעיף 2.ד. גלעד, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1403–1404, קורא לזהירות בהחלת הלכת מלול על קבוצת המקרים הנדונה.
- 196 Ybarra, *supra* note 173. בית המשפט נימק את החלטתו בהישענו על כלל הדבר מעיד על עצמו. אמנם תחולתו של כלל זה מותנית בכך שסביר יותר להניח שהתרשלות הנתבע גרמה לנזק מאשר שלא גרמה לה (לעיל חלק ב, פרק 8, סעיף 1.א.), אך בית המשפט התעלם מכך.
- 197 DOBBS, *supra* note 101, at 427–8 (§ 175); RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 28 cmt. i (2010). לביקורת על פסק הדין ועל השימוש שנעשה בו בכלל הדבר מעיד על עצמו ראו Waren A. Seavy, *Res Ipsa Loquitor: Tabula in Naufragio*, 63 HARV. L. REV. 643 (1950) הברית לא הלכה בדרך כלל בעקבות Ybarra אם כי קיימים גם פסקי דין שאימצו הלכה זו: Stephen A. Spitz, *From Res Ipsa Loquitor to Diethylstilbestrol: The Unidentifiable Tortfeasor in California*, 65 IND. L.J. 591, 606 & n. 100 (1990) ה"ש 170, בעמ' 327–328, 342, 360–361.
- 198 לדחיית תביעה מכיוון שלא היה ברור מי מחברי הצוות הרפואי גרם לנזק, ולא היה מישהו האחראי שילוחית לכולם, ראו Mahon v. Osborne, [1939] 1 All E.R. 535 (C.A.).

בישראל, אשר שלל, באמרת אגב, את האפשרות להטיל אחריות על הנתבעים.<sup>199</sup> בפסק דין אחר שעסק במקרה נוסף הנמנה עם תת־קבוצה ב קבע בית המשפט העליון במפורש שדין התביעה להידחות.<sup>200</sup>

במקרים המשתייכים לתת־קבוצה ב הטלת אחריות נזיקית בגין נזק ראייתי לא תתאפשר בדרך כלל, שכן אי אפשר להגדיר איש מן הצדדים רשלן בגרם הנזק הראייתי. יכול שתוצאה זו תשתנה אם יוכח שהנתבעים התרשלו באי־מניעתם את הנזק הראייתי על אף הסיכון שיצרו כלפי התובע, או שגרמו את הנזק הראייתי בפעולה אקטיבית. למשל, אם בדוגמה 3 (כריתת התוספתן) לא ניהל הרופא האחראי רישומים, ואילו ניהל היה אפשר כנראה לזהות את הרשלן שגרם לנזק, או אם עולה מן הנסיבות שאחדים מן הנתבעים ידעו מי גרם לנזק אך סירבו לגלות מידע זה, הטלת אחריות עליהם בגין הנזק הראייתי, שגודלו עשוי להגיע לכדי גודלו של הנזק הפיזי, תהיה מוצדקת. בדומה לכך, אם בדוגמה 4 (נזק למטען) מי מהנתבעים היה יכול לקיים בעלות נמוכה דייה רישום שהיה פותר את בעיית הזיהוי, הטלת אחריות נזיקית עליו, בגין הנזק הראייתי, הייתה מוצדקת. לעומת זאת אם דווקא התובע היה יכול לנקוט אמצעים זולים דיים שהיו מאפשרים את זיהויו של הרשלן שגרם לנזקיו, והוא נמנע מלעשות כן, הוא ייחשב לזה שיצר את הנזק הראייתי, וממילא לא יוכל לתבוע איש בגינו.

### ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים

#### תת־קבוצה א

במסגרת תת־קבוצה א מוצדקת הטלת אחריות משפטית על כל הנתבעים, הן מהיבט ההרתעה והן מהיבט הצדק המתקן.

מהיבט ההרתעה הטלת אחריות על כל הנתבעים בדוגמות 1 ו־2 באופן שבסופו של דבר כל נתבע יישא בחלק מהנזק – מביאה פחות או יותר לכך שכל מעוול בכוח יכלכל את צעדיו כאשר תוחלת נזקיו עומדת לנגד עיניו. פתרון זה ניתן להשגה אם בהטלת אחריות על כל המזיקים כלפי הניזוקים יחד ולחוד, תוך מתן זכות השתתפות לנתבעים השונים זה כנגד זה, לפי ההסתברות שגרמו באשם לנזק, ואם בהטלת אחריות הסתברותית עליהם. לעומת זאת אם ישוחררו הנתבעים מאחריות במקרים שבהם אי אפשר לזהות את גורם הנזק, יכלכל

199 עניין צים, לעיל ה"ש 174.

200 עניין ארוגי, לעיל ה"ש 174. בפסק דין שלישי הביעה השופטת נתניהו דעה אוהדת, אם כי באמרת אגב ובדעת יחיד, באשר לאפשרות הטלתה של אחריות קיבוצית במצבים מסוימים המשתייכים לתת־קבוצה ב: עניין עמיר, לעיל ה"ש 174. לדין ראו פורת, לעיל ה"ש 170, בעמ' 319–321.

המעוול בכוח את צעדיו בהניחו שיישא בנזקים פחותים מכפי שיגרום למעשה (ואולי אף יפעל לטשטוש זהותו כמזיק עקב כך). הדבר מביא להרתעת חסר: לא תוחלת נזקיו עומדת לנגד עיניו אלא תוחלת נזק קטנה ממנה. המעוול בכוח יהיה נכון להשקיע במניעת נזקים פחות משהיה נכון להשקיע אילו עמד לנגד עיניו מלוא תוחלת נזקיו. דברים אלה בולטים בדוגמת היצרנים, שם אירועי נזק שבהם אין ידועה זהות המעוול הם אירועים חוזרים ונשנים. הם בולטים פחות בדוגמת הציידים ובמקרים אחרים שבהם אירועי נזק כאלה נדירים וחד-פעמיים.

אך מסקנה זו יש לסייג בשניים: ראשית, ייתכן שלעתים יש לניזוק אמצעים שעלותם נמוכה למנוע, או להקטין, את בעיית הזיהוי אשר בעטייה אי אפשר לדעת מי המזיק אשר גרם לנזקיו. בדוגמת היצרנים למשל ייתכן – אם כי לא סביר – שאמותיהן של הניזוקות היו יכולות לנהל רישום, בעלות נמוכה, אשר אילו היה נעשה היה מאפשר לבנותיהן לזהות את היצרן שגרם לנזקהן. כאמור, אפשרות זו אינה סבירה בדוגמת היצרנים או בדוגמת הציידים, אך היא יכולה להיות סבירה במצבים אחרים, דומים, ולהצדיק במקרים קיצוניים את שחרורם של הנתבעים מאחריות נזיקית כלשהי. הנחת המוצא של טיעון זה היא שהייתה מושגת הרתעה יעילה יותר אם לא הייתה קיימת בעיית זיהוי מלכתחילה, וכל מזיק היה מפצה את ניזוקיו שלו, להבדיל ממצב שבו כל מזיק נושא בחלק מן הנזק של כל הניזוקים לפי ההסתברות שהוא שגרם לו בהתנהגותו העולתית. כפי שנראה מיד, הנחה זו מתקיימת במקרים רבים.

שנית, הציפייה שהטלת אחריות על כל המזיקים תתמרץ אותם לנקוט אמצעי זהירות יעילים לא תמיד מתגשמת. מזיקים עלולים להשקיע פחות מדי באמצעי זהירות מתוך חשש שלא הם ייחננו מהשקעתם אלא המזיקים האחרים.

כדי להמחיש בעיה זו נניח שמוצריהם הזהים של חמישה יצרנים גורמים נזקים בסך כולל של 100, וכי נתחי השוק של היצרנים זהים. לפיכך סך הנזקים שגורם כל אחד מן היצרנים הוא 20. עוד נניח שכל יצרן היה יכול למנוע את הנזקים שהמוצר שלו גורם בעלות של 10. מניעה זו יעילה, שכן בהשקעה של 10 נחסכים נזקים של 20. אלא שאם כל אחד מן היצרנים יודע שלא יוכל להוכיח לאחר מעשה שנקט את אמצעי הזהירות של 10 והפחית את נזקיו לאפס, יימנע מהשקעה זו מלכתחילה. הטעם לכך הוא שאם ישקיע 10, ייחסכו לו נזקים של 4, לא של 20: טרם ההשקעה במניעה הנזק הכולל הוא 100 והוא נושא ב-20 מתוכו, ולאחר ההשקעה במניעה הנזק הכולל הוא 80 והוא נושא ב-16 מתוכו. כאמור, השקעה של 10 הניבה ליצרן טובת הנאה של 4 בלבד, וממילא הוא יעדיף שלא להשקיע דבר.

בעיה זו עשויה להיפתר אם היצרנים ימצאו דרך להוכיח שנקטו אמצעי זהירות ובכך הקטינו את הנזק. כן תיפתר הבעיה אם בעיית הזיהוי תיפתר על ידי היצרנים, לפני מעשה או אחריו. כך, אם היו היצרנים של ה-DES יכולים לפתור את בעיית הזיהוי בעלות נמוכה דייה, כגון לנהל רישום מדויק של לקוחותיהם, ולאחר מכן לפעול למניעת הנזק, הם היו עושים



זאת במשטר של אחריות לפי נתח שוק. כך היה קורה אף אם הייתה להם דרך להוכיח, לאחר מעשה, גם בעלות נמוכה דייה, שהנזק שנגרם לניזוק לא נגרם מהמוצר שלהם. למשל, בדוגמה המספרית לעיל אם כל אחד מחמשת היצרנים היה יכול לפתור את בעיית הזיהוי, לפני מעשה או אחריו, בהשקעה של 1, הוא היה עושה זאת, ואף משקיע במניעת הנזק. אם בעיית הזיהוי אינה פתירה בעלות נמוכה דייה, הטלת אחריות לפי נתח שוק לא תביא לפתרון האידאלי, אך למרות זאת היא תהיה עדיפה על אי-הטלת אחריות כלל. הטלת אחריות תגרום להשקעה מסוימת של היצרנים באמצעי זהירות ואף תמרוץ אותם לנסות ולפתור בעתיד את בעיית הזיהוי, שאם תיפתר, השקעתם באמצעי זהירות תהא יעילה (עם זאת עלולים להיות יצרנים שינסו להחמיר את בעיית הזיהוי, שכן בלעדיה יישאו בעלויות גבוהות מן העלויות שבהן הם נושאים בהינתן בעיית הזיהוי).

אפשר להעלות על הדעת פתרונות חלופיים שיש בהם כדי לתמרץ יצרנים בנסיבות דומות לדוגמת היצרנים, לנקוט אמצעים יעילים למניעת הנזק אף אם בעיית הזיהוי אינה פתירה. פתרון אחד כזה הוא להטיל אחריות על כל אחד מן היצרנים בגין ההפרש שבין כל הנזקים הנגרמים על ידי כל היצרנים לבין כל הנזקים שהיו נגרמים על ידי כל היצרנים אילו נקטו אמצעי זהירות יעילים.<sup>201</sup> כך, בדוגמה המספרית שלנו, כל יצרן יחויב לשאת באחריות בשיעור של 100. בדרך זו ידע כל יצרן שאם ישקיע 10, יחסוך מעצמו אחריות בשיעור של 20 בלי תלות במה שעשו או לא עשו היצרנים האחרים. התוצאה תהיה שכל אחד מן היצרנים ישקיע 10, ואחריות כל היצרנים תרד לאפס. מובן שפתרון זה מניח מכללא הנחות שונות של רציונליות ומידע מלא.<sup>202</sup> פתרון זה, אם יאומץ, צריך להיות מיושם כנראה שלא באמצעות דיני הנזיקין אלא באמצעות דיני המס, שאם לא כן ניזוקים יזכו לעתים בפיצוי שמעבר לנזק שנגרם להם, דבר שעלול לשבש את התמריצים שלהם לנקוט זהירות סבירה. מנקודת מבט של צדק מתקן המקרים הנכללים בתת-קבוצה א קשים יותר להטלת אחריות. בדוגמת הציידים יצרו שני הנתבעים סיכון כלפי התובע. עם זאת הנזק נגרם בגלל הסיכון שיצר אחד מהשניים שזהותו לא הייתה ידועה. השני אמנם יצר סיכון, אך סיכון זה לא התמשש לכדי נזק כלשהו. יצירת סיכון לבדה אינה מצדיקה הטלת אחריות על פי עקרונות הצדק המתקן, ואכן דיני הנזיקין הנוהגים אינם מכירים באב נזק כזה. האפשרות היחידה להצדיק הטלת אחריות בדוגמת הציידים בעקרונות הצדק המתקן היא הכרה בנזק הראייתי, להבדיל מהנזק הפיזי, כנזק בר חבות.<sup>203</sup>

201 Robert Cooter & Ariel Porat, *Total Liability for Excessive Harm*, 36 J. LEGAL STUD. 63 (2007).

202 Cooter & Porat, *id.*

203 על דוקטרינת הנזק הראייתי והפן הנזיקי שלה ראו לעיל חלק ב, פרק 9. עם זאת אף בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי אפשר לטעון כי אף שהטלת אחריות בדוגמת הציידים אינה תואמת

שונה המצב בדוגמת היצרנים. המאפיין דוגמה זו, בשונה מדוגמת הציידים, הוא היותם של אירועי הנזק שבהם זהות המעוול אינה ידועה אירועים חוזרים ונשנים אצל קבוצה מוגדרת של מזיקים בכוח. במקרים אלו יצרו הנתבעים סיכון באשם, ואילו התובעות נפגעו מהתממשות סיכון שנוצר באשם. אילו היה אפשר לזהות את הסיכון שיצר נתבע מסוים עם הסיכון שבגיניו נפגעה תובעת מסוימת, לא היה מתעורר כל קושי: החבות לפצות והזכות לפיצוי לא היו מוטלות בספק. לכן אם נראה בכל הנתבעים שותפים ליצירת הסיכון אשר בגלל התממשותו ניזוקו התובעות השונות, עקרונות הצדק המתקן יצדיקו הטלת אחריות על כולם. לעומת זאת אם יש לראות בכל נתבע ונתבע כאילו יצר סיכון באופן עצמאי, כפי שראו את הדברים מרבית בתי המשפט האמריקאיים שעסקו בבעיה, לכאורה על פי עקרונות הצדק המתקן, לא מוצדק להטיל אחריות על הנתבעים ולהכיר בזכאותן של התובעות לפיצויים. אך לדעתי לא כך הדבר. אפשר לפרש את עקרונות הצדק המתקן כלא מחייבים שכל מזיק יפצה את הניזוק שלו. לפי פרשנות זו, כל עוד כל מזיק נושא בנזק שגרם בהתנהגותו העוולתית, כל ניזוק זוכה בפיצוי בגין הנזק שנגרם לו מהתנהגות עוולתית, וכל מזיק משתתף במנגנון אשר סופו לפצות את הניזוק שלו – הטלת אחריות נזיקת תעלה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן.<sup>204</sup> באמצעות דוגמת היצרנים אבהיר דברים אלה ביתר פירוט. בדוגמת היצרנים הנתבע יצר באשמו סיכון, ובדרך זו גרם לנזק (אם כי לאו דווקא לתובעת הספציפית). מכאן שעל פי עקרונות הצדק המתקן, מוצדק לחייבו בפיצוי בשיעור הנזק שגרם. אשר לתובעת, לה נגרם נזק בשל התממשותו של סיכון שנוצר באשם (אם כי לאו דווקא על ידי הנתבע). זכאותה לפיצוי בגין נזקה מוצדקת בשל כך על פי עקרונות הצדק המתקן. אמת, לו היה אפשר לזהות את הסיכון שממנו נפגעה התובעת, היה הפיצוי ניתן לה על ידי יוצר הסיכון. אך אין כל הכרח בכך. במקרה של בעיית זיהוי, הטלת אחריות על כל אחד מהנתבעים לפי נתחי השוק תביא לכך שמי שגרם באשמו, על ידי יצירת סיכון, לנזק, ישלם בגינו, ומי שניזוקה עקב התממשותו של סיכון שנוצר באשם תפוצה על נזקה. הטלת אחריות על כל היצרנים יוצרת מצב שכל מי שיצר באשמו סיכון שגורם לנזק תורם לכך שהניזוקה שנפגעה מהסיכון שהוא יצר תפוצה בגין נזקה. אכן, תרומה זו אינה מתבטאת בפיצוי ישיר המועבר מהמזיק אל הניזוקה שנפגעה בגלל אשמו. תרומה זו מתבטאת בכך שכל המעוולים מאפשרים, בתשלומי הפיצויים שבהם יחויבו, הענקת פיצוי

את עקרונות הצדק המתקן, היא עדיפה, בשל עקרונות אלו ממש, על אי-הטלתה של אחריות כלל. על פי טיעון זה, עדיף מצב שבו הניזוק יקבל פיצוי מלא ואחד הנתבעים שלא גרם לנזק יחויב לפצותו בגין מחצית נזקיו, על מצב שבו הניזוק ייוותר בלא כל פיצוי, ואיש מן הנתבעים לא יחויב לפצותו. טיעון זה, שאפשר לכנותו "טיעון הרע במיעוטו", מבוסס אפוא על הרעיון שעדיפה סטייה קלה יחסית מעקרונות הצדק המתקן על סטייה בוטה יותר.

204 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 68–70. על ההכרח בשמירת הקשר מזיק–ניזוק על פי עקרונות הצדק המתקן ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיפים 1 ו-2.

לכל ניזוקה וניזוקה. אמנם במקרה בודד שיידון בבית משפט נמצא נתבע אחד משלם פיצויים למי שנפגעה על ידי נתבע אחר, ברם במקרה שני שיידון בבית משפט תפוצה מי שניזוקה בשל אשמו של הנתבע הראשון, על ידי הנתבע האחר. דרך זו של החלפת חבויות הפיצוי בין המעוולים לבין עצמם היא שמאפשרת למעשה הענקת פיצוי לכל ניזוקה, ומטעם זה היא מוצדקת על פי עקרונות הצדק המתקן. למעשה, אפשר לומר שהטלת אחריות בדוגמת היצרנים מביאה בסופו של דבר לאותו מצב, פחות או יותר, שאליו היו מגיעים המזיקים והניזוקות לו כל העובדות היו ברורות לאשורן, וכל ניזוקה הייתה יכולה להצביע על מי שגרם לה נזק.

### תת־קבוצה ב

במסגרת תת־קבוצה ב הטלת אחריות על כל מי שקיים סיכוי שגרם באשמו לנזק הישיר, ואירועי הנזק הם חוזרים ונשנים, מוצדקת מטעמי הרתעה, אך ספק רב אם אף מטעמי צדק מתקן. אם אירוע הנזק הוא חד־פעמי, הטלת אחריות אינה מוצדקת לא מטעמי הרתעה ולא מטעמי צדק מתקן.

**מיהבט ההרתעה, במצבים שבהם אירועי הנזק חוזרים ונשנים אצל אותם מזיקים, כבדוגמת הנזק למטען (דוגמה 4), הטלת אחריות על כל מי שקיימת אפשרות שגרם באשמו לנזק לפי הסתברות זו, או הטלת אחריות על אלו יחד ולחוד למלוא הנזק תוך חלוקת נטל הנזק ביניהם על פי שיעור ההסתברות האמור – מקרבת לכך שכל מעוול בכוח יראה לנגד עיניו, שעה שהוא מכלכל את צעדיו עובר לאירועי הנזק, את תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית. כאמור, טענה זו תקפה באשר לאירועים חוזרים ונשנים: בדוגמת המטען הטלת אחריות הסתברותית תגרום שלאורך זמן יישאו חברת הספנות שהובילה את המטען והרשות הממשלתית אשר קיבלה אותו ממנה באחריות לנזקים שגרמו ברשלנותם. זאת כמובן בהנחה שקיים מידע טוב דיו באשר להסתברות, בכל מקרה נתון, שהנזק נגרם בשל רשלנותו של אחד משני הגורמים (למשל, בבחינת האירועים שבהם אפשר לזהות מי גרם לנזק באשמו<sup>205</sup>).**

אמת, פתרון זה אינו אידאלי. בדומה לבעייתיות שיש בהטלת אחריות לפי נתח שוק בדוגמת היצרנים (דוגמה 2), אף כאן קיים החשש שכל אחד משני הנתבעים יימנע מנקיטת אמצעי זהירות שיעיל לנקטם, שכן התועלת בהפחתת הנזק תתחלק ביניהם. אולם אף כאן, בדומה לדוגמת היצרנים, קיימת אפשרות שאחד הנתבעים, או שניהם, ינקטו אמצעי זיהוי שעלותם נמוכה דייה, לפני מעשה או אחריו, כדי למנוע (או לצמצם) את בעיית הזיהוי. כשאלה הם פני הדברים, ייתכן שמי מהם, או שניהם, ינקטו אמצעים אלו, ונוסף על כך

205 ובהנחה שזה מדגם טוב אף באשר למקרים שבהם אי אפשר לזהות את המזיק הרשלן.

ינקטו אמצעי זהירות יעילים למניעת הנזקים. עם זאת לעתים דווקא הניזוק הוא המונע הזול יותר של בעיית הזיהוי, שאז עשוי הפתרון היעיל להיות שחרורם של שני הנתבעים מאחריות, מתוך כוונה לתמרץ את הניזוק לפעול למניעת (או צמצום) בעיית הזיהוי.

במקרה שמדובר באירוע נזק אחד, כבדוגמת כריתת התוספתן (דוגמה 3), כל עוד אין חשש שהנתבעים כולם או חלקם רשלניים באי-מניעתה, או ביצירתה, של בעיית הזיהוי, הטלת אחריות עליהם אינה מוצדקת, ממש מאותו הטעם שאין היגיון להטיל אחריות על מזיק חד-פעמי בגין נזק, כאשר ההסתברות שהתרשל אינה עולה על 50%.

מהיבט הצדק המתקן מתעורר קושי בעניין תת-קבוצה ב, שאינו מתעורר בעניינה של תת-קבוצה א: הטלת אחריות על המעוולים השונים בכוח עלולה להביא להטלת אחריות על מי שלא יצר כלפי הניזוק כל סיכון שהוא, בוודאי לא סיכון באשם. עם זאת אף כאן אפשר לטעון כי במקרים של אירועי נזק חוזרים ונשנים אצל אותם מזיקים (דוגמה 4, הנזק למטען), הטלת אחריות על כל המזיקים לפי ההסתברות שגרמו לנזק באשם עשויה לעלות בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן, שכן לאורך זמן יביא הדבר לידי כך שמזיקים יישאו בנזקים שגרמו באשם, ניזוקים יזכו לפיצוי שנגרם להם באשם, והמזיקים יתרמו למנגנון המביא לפיצוי הניזוקים שלהם.<sup>206</sup>

אם מי מן המזיקים אף גרם לנזק ראייתי ברשלנות (כגון אי-ניהול רישומים שהיו מונעים את בעיית הזיהוי), הטלת אחריות נזיקית עליו בגין הנזק הראייתי שגרם עשויה להיות מוצדקת על פי עקרונות הצדק המתקן.<sup>207</sup>

## 2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה

### א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה

במסגרת קבוצה זו נכללים מקרים שבהם אי אפשר להוכיח כי הנתבע גרם במעשה עוולה לנזקו של התובע, שכן קיימת אפשרות שהנזק נגרם על ידי גורם לא עוולתי, אם כי אפשר להוכיח כי הנתבע גרם במעשה עוולה נזק לבני אדם בלתי מזוהים אשר מרכיבים קבוצה מוגדרת שעמה נמנה התובע. קיימת אפוא הסתברות כלשהי כי הנתבע גרם במעשה עוולתו לנזקו של התובע.<sup>208</sup> הדוגמות הבאות ימחישו קבוצה זו של מקרים:

206 ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 68–70.

207 לעיל חלק ב, פרק 9, ובייחוד סעיף 3.ב.

208 במקרים הנמנים עם קבוצה זו אפשר להוכיח שהמזיק גרם לנזק אלא שזהות הניזוקים אינה ידועה. לעומת זאת במקרים של פגיעה בסיכויי החלמה והגברת סיכון שנדונו לעיל, פרק 3, סעיף 2, לא ברור אם המזיק גרם לנזק כלשהו. למרות הבדל זה בין המצבים קיים אף דמיון

פרק 4: מצבים נוספים של אי־ודאות בגרם נוקים

**דוגמה 5: המפעל.** יצחק הוא הבעלים והמפעיל של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית. פליטת הקרינה היא התנהגות עוולתית. מסתבר כי בשל החשיפה לקרינה עלה מספר חולי הסרטן בסביבה הסמוכה למפעל (והמונה 100,000 בני אדם), מ-100 ל-125 (בממוצע שנתי). יעקב, אשר גר בסמוך למפעל, לוקה במחלה שאפשר, בהסתברות של 20%, שהיא תוצאה של הקרינה.

**דוגמה 6: העישון.** יצחק הוא יצרן סיגריות, יחיד בארץ. הוא נוקט אמצעים עוולתיים לשכנע בני אדם רבים להשתמש בסיגריות בעולם שבו מרבית בני האדם אינם מודעים לסיכונים העישון. שנים רבות לאחר מכן מתברר כי רבים מאלו שעישנו את הסיגריות שיצר לקו בסרטן הריאה. יעקב לקה בסרטן הריאה. כל חייו עישן את הסיגריות שיצר יצחק ואותן בלבד, והוא יכול להוכיח שהוא מאלו ששוכנעו לעשן מאמצעי השכנוע הפסולים שנקט יצחק. ההסתברות שיעקב לקה במחלה עקב העישון היא 20%.

קיים דמיון בין קבוצת המקרים השנייה לבין קבוצת המקרים הראשונה (מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה): במקרים הנכללים במסגרת שתי הקבוצות קיימת אי־ודאות באשר לזהותו של הגורם היחיד לנזקו של התובע. עם זאת קיים שוני חשוב: בקבוצת המקרים הראשונה אין כל ספק שהנזק לתובע נגרם במעשה עוולה, ואילו בקבוצת המקרים השנייה קיימת אפשרות סבירה מאוד שהנזק נגרם שלא במעשה עוולה.<sup>209</sup> אולם על אף שוני זה גם במסגרת קבוצת המקרים השנייה וגם במסגרת חלק מהמקרים הנמנים עם קבוצת המקרים הראשונה קיימת דרך להטיל אחריות על הנתבעים באופן שישאו פחות או יותר בנזקים שגרמו בפועל.<sup>210</sup>

בקבוצת המקרים השנייה נכללים אף מקרה הגזות ומקרה לוחמי השייטת שצוללו בקישון. במקרה הראשון עולים מצפון אפריקה הוקרנו בשנות החמישים על ידי רשויות המדינה כאשר עלו ארצה כדי לרפא את מחלת הגזות שממנה סבלו. לימים, רבים מהם לקו

ביניהם: בכולם קיימת הסתברות כלשהי, בדרך כלל נמוכה מ-50%, שהמזיק שהתנהג התנהגות עוולתית גרם נזק לתובע.

209 לעתים יתקיימו מאפייניהם של שתי הקבוצות בו־זמנית. למשל, ייתכן שהנזק נגרם על ידי גורם לא עוולתי או על ידי אחד מכמה גורמים עוולתיים מוזהים. כך היה, לו בדוגמה 5, היו קיימים באזור מספר מפעלים שיוצרים קרינה רדיו אקטיבית. דוגמה 5 יכולה להסתבך עוד יותר, אם נוסף על האפשרויות שצוינו אפשר גם שהנזק נגרם בשל כוחם המצטבר של שני גורמים או יותר.

210 אלו הם המקרים שבהם אירועי הנזק שאין זהות המעוול ידועה בהם חוזרים ונשנים אצל כל אחד מהנתבעים.

במחלות שונות שאפשר שהן קשורות בהקרנות שעברו. השאלה שעולה היא אם הם זכאים לפיצוי מן המדינה – בהנחה שהתנהגותה כלפיהם הייתה עוולתית – גם כאשר ההסתברות שכל אחד מהם בנפרד ניזוק מן הקרינה פחותה מ-50%. המחוקק פתר שאלה זו חלקית בחוקקו את חוק לפיצוי נפגעי גזזת, התשנ"ד-1994.<sup>211</sup> במקרה השני צללו לוחמי השיטת בקישון, שהיה מזוהם. לימים, רבים מהם לקו במחלות שאפשר שהן קשורות בזיהום המים. בהנחה שזיהום הקישון הוא עוולה נזיקית, עולה השאלה אם הם זכאים לתבוע את המעוול בגין הנזק שממנו הם סובלים גם אם ההסתברות שיש קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק נמוכה מ-50%. ועדה מיוחדת שמונתה לרונן בשאלת זכאותם של לוחמי השיטת (או בני משפחותיהם) לתגמולים מן המדינה לפי חוקי התגמולים השונים<sup>212</sup> פסקה שאין להם זכאות כזו בגלל אי-היכולת לקשור סיבתית בין זיהום המים לבין הנזקים שמהם סבלו הלוחמים.<sup>213</sup> לימים נקט משרד הביטחון מדיניות של מתן תגמולים לפנים משורת הדין.<sup>214</sup>

### ב. פתרונות משפטיים אפשריים

פתרון אפשרי אחד הוא לדחות את התביעה בכל אותם המקרים שבהם ההסתברות שהתובע נפגע על ידי הנתבע אינה עולה על 50%. זאת מכיוון שהתובע אינו יכול להוכיח את תביעתו על פי כלל עודף ההסתברויות. על פי פתרון זה יידחו התביעות במקרים שבדוגמות 5 ו-6.

- 211 על פי החוק, מי שעבר הקרנות נגד גזזת ולקה באחת המחלות המנויות בתוספת לחוק זכאי לפיצוי בשיעור הנקוב בחוק.
- 212 חוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב] וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"ו-1950. גם אם המדינה היא מעוולת, מכוח סעיפים 6-7ב לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, חיילים שנפגעו בתקופת השירות ועקב השירות, אינם יכולים לתבוע אותה בנזיקין, וזכאותם לפיצוי נקבעת לפי חוקי התגמולים בלבד. ראו לעיל חלק ב, פרק 5, סעיף 1.
- 213 ועדת החקירה בעניין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום דין וחשבון (2003) (להלן: ועדת שמגר). הנשיא לשעבר שמגר סבר, בדעת מיעוט, שדי בממצאים הקיימים כדי להצדיק קביעתו של קשר סיבתי כזה. אך הוא נותר בדעת מיעוט, שכן שני החברים הלא-משפטנים בוועדה (בהחלטה של שורות אחדות) סברו שלא הוכחה מובהקות סטטיסטית באשר לקיומו של קשר סיבתי כזה. הביקורת שאפשר למתוח על דעת הרוב היא שכדי לקבוע קשר סיבתי בתחום המשפט או כדי להטיל אחריות הסתברותית, אין נדרשת הוכחת מובהקות סטטיסטית באשר לקיומו של קשר בין הגורם הנטען להיות גורם הנזק לבין גורם הנזק. די בהרבה פחות מכך. אכן, זו העמדה של דעת הרוב בעניין קיבוץ מעיין צבי, לעיל ה"ש 153.
- 214 ועדת שמגר, לעיל ה"ש 213, פרק י"ג. הוועדה מציינת כי משרד הביטחון קיבל את המלצתם לזכות לפנים משורת הדין את אותם חיילים שצללו בקישון בזכויות המוקנות לחיילים ומשפחותיהם לפי חוקי התגמולים.

פתרון אפשרי שני הוא להטיל על הנתבעים בשתי הדוגמות אחריות הסתברותית. פסק דין מלול, כך נראה, פותח את הדרך לפתרון זה, שכן בשתי הדוגמות מתקיים מבחן ההטיה הנשנית שנקבע שם.<sup>215</sup>

אף דוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הנזיקי שלה, עשויה להביא להטלת אחריות על כל אחד מן הנתבעים בשיעור הנזק שגרם. למשל, בדוגמת המפעל גרם הנזק הראייתי מתבטא בכך שבעליו של המפעל לא רק גרם נזק פיזי או יצר סיכון לנזק פיזי אלא גם שלל מן התובע את היכולת לדעת כיצד אירעו נזקיו. הפיצוי שלו יהיה זכאי כל ניזוק וניזוק יהא אפוא כשווי הזכות לדעת מה פגע בו. בנתוני דוגמה 5 שווי זכות זו יהא 20% מהנזק שנגרם לתובע, נזק אשר היה יכול להיגרם מגורם לא עוולתי, אך גם מן הקרינה שפלט המפעל.<sup>216</sup>

מקרה אנלוגי לדוגמה 5 אשר הגיע לערכאות בארצות הברית הוא מקרה ה-Agent Orange. במלחמת וייטנאם השתמש הצבא האמריקאי בחומר כימי הנקרא Agent Orange לשם השמדת צמחייה. החיילים האמריקאים שנחשפו לחומר זה נחשפו גם לסיכון ניכר ללקות במחלות שונות, וחיילים רבים אכן לקו בהן. יצרני החומר התרשלו בייצורו ובאי-אזהרה מפני הסיכון. רוב החיילים שלקו במחלות התקשו להוכיח שמחלתם נגרמה מהחשיפה לחומר המסוכן ולא מסיבות אחרות שאינן קשורות בחשיפה זו.<sup>217</sup> שאלת אחריותם של היצרנים לא הוכרעה בבית המשפט משום שהצדדים הגיעו לפשרה. מקרים אנלוגיים לדוגמה זו נתפסים כנראה בארצות הברית כבלתי מתאימים להטלת אחריות משפטית, ומכל מקום לא ידוע לי על מקרה שבו הוטלה אחריות כזו.<sup>218</sup>

### ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים

מהיבט ההרתעה, הטלת אחריות על המפעל בדוגמה 5 (ובדומה לכך, על יצרן הסיגריות בדוגמה 6) תגרום שהמפעל יישא בסופו של דבר בנזקים שהוא גורם לסביבתו בהתנהגותו העוולתית. הרתעתו תהיה אופטימלית. בלעדי אחריות הוא יחסר מלכתחילה תמריצים לצמצם את הנזקים או למנעם כליל אף כאשר יעיל לעשות זאת. נקודת המוצא של הדיון

215 לעיל פרק 3, סעיף 2. ד. גלעד, לעיל ה"ש 42, בעמ' 1407–1408, קורא לזהירות בהחלת הלכת מלול על קבוצת המקרים הנדונה. שנור, לעיל ה"ש 60, בעמ' 371–372, תומך בדעה שיש להטיל אחריות הסתברותית בקבוצת המקרים הנדונה, במקרים של תביעות סביבתיות.

216 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 181–182.

In re "Agent Orange" Product Liability Litigation, 597 F. Supp. 740 (N.Y. 1984), aff'd, 217 F.2d 145 (2d Cir. 1987).

218 Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 CAL. L. REV. 881 (1982).

היא שלניזוק אין דרך לפתור את בעיית הזיהוי בעלות נמוכה, לפני המעשה או אחריו, שכן אילו הייתה פתוחה בפניו דרך כזו, אולי אי-הטלת אחריות הייתה עדיפה על הטלת אחריות. **עקרונות הצדק המתקן מצדיקים הטלת אחריות על המפעל בדוגמה 5** (ובדומה לכך, על יצרן הסיגריות בדוגמה 6). חיובו של המפעל לשאת ב-20% מנזקיו של כל ניזוק וניזוק מבטיח כי המפעל יישא בנזק שגרם, לא פחות ואף לא יותר. אמנם אף אחד מהתובעים השונים שניזוקו לא יזכה בפיצוי מדויק על הנזק שנגרם לו מפעילותו העוולתית של המפעל. אחדים מהניזוקים יקבלו פיצוי נמוך מכפי הנדרש על פי עקרונות הצדק המתקן, ולמעשה רובם יזכו בפיצוי שהם אינם זכאים לו כלל. אולם הפגיעה בעקרונות הצדק המתקן תהא פחותה מזו שהייתה נגרמת לו לא פיצה המפעל את הניזוקים השונים כלל.

### **3. מקרים של גרם נזק בעוולה על ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול**

#### **א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה**

קבוצה זו כוללת מקרים שבהם ברור שהנתבע גרם במעשה עוולה לחלק מסוים מנזקו של התובע, אולם את גודלו של חלק זה אי אפשר להוכיח. יתרת נזקו של התובע נגרמה על ידי מעוול אחר.

**דוגמה 7: הכלבים.** התובע הותקף בו זמנית על ידי שני כלבים. כל כלב שייך למעוול אחר. אי אפשר לדעת לאיזה חלק מנזקיו של התובע גרם כל כלב.<sup>219</sup>

**דוגמה 8: נזק ליבול.** ליבוליו של התובע נגרם נזק על ידי עדרים שפלשו לשדותיו במשך שלושה ימים. עדריו של הנתבע פלשו לשדות באחד משלושת הימים בלבד, ואילו העדרים האחרים, השייכים לאחר, פלשו לשדות בשני הימים האחרים בלבד. אי אפשר לדעת לאיזה חלק מנזקיו של התובע גרמו עדריו של הנתבע.<sup>220</sup>

קיים דמיון מסוים בין קבוצה זו לבין הקבוצה הראשונה. במקרים הנכללים בשתי הקבוצות אין ספק שכל נזקו של התובע נגרם מהתנהגות עוולתית. אמנם במקרים הנכללים בקבוצה הראשונה הנזק נגרם על ידי גורם אחד בדרך כלל, שזהותו אינה ידועה, אך ידועה

219 דוגמה זו מבוססת על ד"נ מלך, לעיל ה"ש 33.

220 דוגמה זו מבוססת על ע"א 304/68 גינוסר נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (1969).



קבוצה מוגדרת של בני אדם אשר המעוול שגרם לנזק באשמו נמנה עמה, ואילו במקרים הנכללים בקבוצה השלישית ידועה זהות המעוולים כולם, אלא שלא ידוע חלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק. אולם מזווית מבט אחרת השוני האמור בין שתי הקבוצות אינו שוני ממשי: אם נגדיר את נזקיו של הניזוק כמורכבים ממצבור רב של חלקי נזק מסוימים, הרי במקרים הנכללים בקבוצה השלישית, באשר לכל חלק מסוים של נזק קיים אותו קושי הקיים במקרים הנכללים בקבוצה הראשונה באשר לנזק כולו. במילים אחרות: במקרה הנכלל בקבוצה השלישית אפשר לומר באשר לכל אחד מחלקי הנזק כי ידועה קבוצה מוגדרת של בני אדם (קרי: המעוולים שגרמו בנפרד לחלקיו השונים של הנזק) אשר המעוול שגרם לחלק נזק זה באשמו נמנה עמה, ממש כאמור על הנזק כולו במקרה הנכלל בקבוצה הראשונה.<sup>221</sup>

## ב. פתרונות משפטיים אפשריים

את הבעיות המתעוררות במקרים אשר נכללים בקבוצה השלישית אפשר לפתור בכמה דרכים: על פי דרך אחת יקפיד בית המשפט על הכלל כי התובע צריך להוכיח את תביעתו על פי עודף ההסתברויות. לפי דרך זו עשויה תביעתו של הניזוק להידחות כליל או להתקבל רק באשר לאותו חלק מהנזק שלגביו אין מתעורר כל ספק כי נגרם על ידי הנתבע. כמה פסקי דין אמריקאיים תומכים בדרך זו, אך רק במקרים שבהם גורם אחד גרם לכל הנזק, ואילו חלקו המדויק של גורם שני אינו ידוע.<sup>222</sup> בפסקי דין אמריקאיים אחרים ננקטות דרכים אחרות שתפורטנה להלן.

221 נראה שקבוצה 3 קרובה לתת-קבוצה א של קבוצה 1 יותר משהיא קרובה לתת-קבוצה ב שלה. זאת מכיוון שבמקרים הנמנים עם תת-קבוצה א של קבוצה 1 כל הנתבעים התנהגו התנהגות עולתית (כמו בקבוצה 3), שלא כמו במקרים הנמנים עם תת-קבוצה ב, אשר בהם כל הנתבעים, להוציא זה שגרם באשמו לנזק, לא התנהגו התנהגות עולתית (אלא לעתים יצרו בעוולה נזק ראייתי). להדגמת הקרבה המתוארת בטקסט בין שתי הקבוצות ראו מקרה שאפשר לשייכו לשתי הקבוצות כאחת: *Fitzgerald v. Lane*, [1987] 2 All E.R. 455 (C.A.). באותו מקרה נפגע התובע משני כלי רכב בזה אחר זה. נשאלה השאלה מי אחראי לנזק העיקרי שנגרם לו. בסופו של הדיון בבית המשפט התברר שקיימות שלוש אפשרויות להסביר את גרם הנזק, שתיים קשורות לפגיעה של הרכב הראשון ואחת לפגיעה של הרכב השני. השאלה הייתה אם ניתן להטיל אחריות לנזק עיקרי זה על הנהג ברכב השני, שכאמור גרם לו, רק אם אפשרות מסוימת אחת מבין שלוש האפשרויות התקיימה בפועל. בית המשפט לערעורים נתן תשובה חיובית לשאלה זו. מצד אחד אפשר לשייך מקרה זה לקבוצת המקרים השלישית: שני מעוולים שפגעו בתובע וגרמו לו נזק, ולא ברור מי גרם לאיזה חלק מהנזק. מצד אחר אפשר להשקיף על הנזק העיקרי במבודד ובנפרד משאר הנזק. אשר לנזק עיקרי זה עולה לכאורה שאלה המשייכת את המקרה דווקא לקבוצה הראשונה: מי מבין שני המזיקים גרם בעולתו לנזק העיקרי.

222 ראו *Huddel v. Levin*, 537 F.2d 726, 737-9 (1976). באותו מקרה היה מדובר באדם שנהרג בתאונת דרכים. עיזבונו תבע הן את הנהג הרשלן שפגע ברכבו של המנוח והן את יצרנית

על פי דרך שנייה יחיל בית המשפט חזקה הניתנת לסתירה, כי הנתבע אחראי לחלק מהנזק. חלקו של הנתבע בגרם הנזק ייקבע לפי דרך זו, על פי היחס שבין מידת הסיכון שיצר כלפי התובע לבין מידת הסיכון שיצר המעוול השני כלפי התובע, ובהעדר מידע לעניין זה – שווה בשווה. בדוגמה 7 אפשר להשתמש בעצמתם היחסית של הכלבים כאינדיקציה למידת הסיכון שהייתה בכל אחד מהם עובר לאירוע הנזק.<sup>223</sup> בדוגמה 8 אפשר להשתמש בגודל העדרים שפלוש בימים השונים, בסוגם ובמספר השעות ששהו בשדותיו של התובע.<sup>224</sup> ככל שירבו הנתונים שיש בהם כדי להצביע על מידתם של הסיכונים שלהם חשף הנתבע את התובע, כך תהא קביעת חלקו של הנתבע בגרם הנזק מדויקת יותר.

לדרך זו יש בסיס מסוים בפסיקה הישראלית, אם כי כנראה רק במקרים של נזקי רכוש.<sup>225</sup> בפסיקה אמריקאית ננקטת דרך זו כאשר התובע ניזוק כמה פעמים על ידי מזיקים שונים בטווחי זמן ארוכים יחסית בין פגיעה לפגיעה.<sup>226</sup>

דרך שלישית לפתרון היא חיובם של שני המעוולים בכל נזקו של התובע. ההנמקה הנפוצה ביותר לדרך זו היא שכאשר הנזק שנגרם אינו ניתן להפרדה, ראוי שהנתבעים יישאו בנזק כולו, אפילו אם משמעות הדבר היא שכל מעוול נושא בנזקים רבים מכפי שגרם

הרכב, אשר לפי הנטען ייצרה משענת ראש פגומה, שאילו לא הייתה פגומה לא היה המנוח נהרג. נקבע כי הנטל על התובע להראות מהו הנזק הנוסף שנגרם למנוח עקב ייצור המוצר הפגום, שאם לא יעלה בידו לעשות כן, תידחה תביעתו נגד יצרן הרכב. לא כן תביעתו נגד הנהג הרשולן שפגע בו, שהרי ממנו, כך או אחרת הוא זכאי לפיצוי מלא. באותו פסק דין הייתה אף דעה חולקת לעניין זה: *id.*, at 744–7. כן ננקטה דרך זו בעניין *Ryan v. Mackolin*, 237 N.E.2d 377, 382–383 (1968), שם היה מדובר בשתי תאונות שאירעו במרווח זמן של חמישה חודשים ביניהן.

223 בדרך זו הלך בית המשפט העליון בע"א 448/83 קורנהויזר נ' מלך, פ"ד מב(2) 573 (1988). בד"נ מלך, לעיל ה"ש 33, נהפכה הקערה על פיה, ולפי דעת הרוב, כל אחד מהמעוולים-הבעלים של הכלבים אחראי למלוא נזקיו של התובע. דעת המיעוט בדיון הנוסף הייתה כדעת הרוב בערעור האזרחי.

224 בעניין גינוסר, לעיל ה"ש 220, אשר עליו מבוססת דוגמה 8, אחריותו של הנתבע נקבעה לפי מספר הימים שבהם שהו עדריו בשדותיו של התובע, לעומת מספר הימים שבהם שהו בו עדרים אחרים. נראה שלבית המשפט לא היו נתונים מפורטים יותר.

225 אריאל פורת "דיני נזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 222, 247 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1992).

226 ראו את *Loui v. Oakley*, 438 P. 2d 393 (Haw. 1968). בית המשפט מדגיש כי מדובר בשאלה של מדיניות, אם להטיל את מלוא האחריות על הנתבע שגרם לתאונה הראשונה שבה נפגעה התובעת, לפטור אותו מאחריות כליל או להטיל עליו אחריות חלקית. בית המשפט מעדיף את הפתרון של הטלת אחריות חלקית על פי הערכה "גסה" של חלקו של הנתבע בגרם הנזק ואף מציין שאם אי אפשר לקבוע חלק זה, יש לחלק את האחריות בין המעוולים לנזק שווה בשווה. השוו: *Ryan, supra note 222*, ותיאורו לעיל ה"ש 222.

למעשה, ובלבד שלא תקופחנה זכויותיו של הניזוק החף מאשם. במילים אחרות, הניזוק החף מאשם נהנה במקרה זה מן הספק.<sup>227</sup>

הנמקה אפשרית אחרת לדרך השלישית, שאינה נזקקת לשיקול של העדפת ניזוק חף מאשם על פני מזיק אשם, היא שאלמלא כל אחד מהגורמים העולתיים לא היה נגרם סוג הנזק שנגרם בפועל, אפילו אם במובן הפשוט של המילה כל גורם אינו גורם-בלעדיו-אין למלוא הנזק. על פי דרך הנמקה זו, לו פעל כל אחד מהמעוולים לבד, היה נגרם לתובע נזק, אך נזק זה היה שונה במהותו, ולא רק בכמותו, מזה שאירע לו בפועל, מכיוון שלפעולתם הבר-זמנית של שני הגורמים העולתיים היה משקל סגולי מיוחד בגרם הנזק.<sup>228</sup>

ההנמקה האחרונה לדרך השלישית לא תביא להטלת מלוא האחריות לנזק על הנתבע בכל המקרים הנמנים עם הקבוצה השלישית אלא רק בחלקם. בדוגמה 7 אפשר לטעון כי נזק הנובע מתקיפתם הבר-זמנית של שני כלבים אינו סך הנזק שהיה נגרם על ידי כל אחד מהכלבים לו פעל לבדו (תקיפה על ידי שני כלבים בר-זמנית היא יותר משתי תקיפות המבוצעות על ידי כלב בנפרד), אך אי אפשר לטעון כן בדוגמה 8. בדוגמה זו, העוסקת בנזק רכוש גרידא, הנזק הכולל שנגרם לתובע אינו אלא סך הנזקים העולתיים אשר היו נגרמים לו אילו כל אחד מהמעוולים פעל לבדו. הנזק של התובע הוא הנזק הרכושי שנגרם לו ביום הראשון, הנזק הרכושי שנגרם לו ביום השני והנזק הרכושי שנגרם לו ביום השלישי. אין כאן כל "תוספת נזק" בשל פועלם הסמוך בזמן ובמקום של שני המעוולים. לעומת זאת אם תאומץ ההנמקה הראשונה, הרי בשתי הדוגמות עשויה האחריות כולה להיות מוטלת על הנתבעים השונים.<sup>229</sup>

במשפט הנוהג בישראל רווח השימוש בדרך השלישית, אולם רק כאשר מדובר בגרם נזק גוף. בכך אפשר למצוא רמז מסוים לנטייה של הפסיקה לאימוץ ההנמקה השנייה לדרך

227 לפתרונות השונים ולתמיכה שהם זוכים לה בפסיקה האנגלית ראו HART & HONORÉ, *supra* note 29, at 227–9.

228 פורת, לעיל ה"ש 225, בעמ' 251.

229 ראוי להדגיש כי גם מי שמסכים שבקבוצת המקרים השלישית נכללים מקרים שבהם פועלם המצטבר של שני הגורמים העולתיים גרם לנזק שונה במהותו מן הנזק שהיה נגרם על ידי כל מעוול לבד – דהיינו גם מי שמאמץ את ההנמקה השנייה לדרך השלישית – אינו חייב להסכים שיש להטיל על כל מעוול אחריות למלוא הנזק. הן קיים הבדל ברור בין מקרה שבו אלמלא הגורם העולתי לא היה נגרם נזק כלל לבין מקרה, כזה הנדון כאן, שבו אלמלא הגורם העולתי היה נגרם נזק, ואולי אף נזק רב, אלא שמהותו הייתה שונה. לפיכך הדרך השלישית עשויה להיראות מחמירה מדי עם הנתבע – ותהא ההנמקה לדרך זו כאשר תהא – בה במידה שהדרך הראשונה עשויה להיראות מחמירה מדי עם התובע. הדרך השנייה היא המוצאת את האיזון הנאות, כך אפשר לטעון, בין ניזוק לבין מזיק, ובכך יתרונה.

230. זו גם במשפט האמריקאי ניכרת נטייה לאימוץ הדרך השלישית, אם כי תוך שימוש בהנמקה הראשונה. כך, נעשה בפסיקה האמריקאית שימוש בדרך השלישית, הן במקרים של שתי תאונות דרכים המתרחשות זו לאחר זו והנזק שנגרם אינו ניתן לייחוס למזיק זה או אחר, הן במקרים של כמה מטרדים הגורמים נזק שאינו ניתן לחלוקה בין גורמיו והן במקרים אחרים.<sup>231</sup>

פתרון אחרון אפשרי לדוגמות 7 ו-8 הוא הטלת אחריות נזיקית בגין הנזק הראייתי.<sup>232</sup> גרם הנזק הראייתי בדוגמות אלו מתבטא בכך שכל אחד מן המעוולים שגרם לחלק מנזקו הישירים של התובע אף שלל ממנו את היכולת לבודד חלק זה של הנזק מסך הנזק הכולל

230 שהרי לפי דרך ההנמקה השנייה מוצדק דין שונה לנזקי גוף ולנזקי רכוש: בדרך כלל רק במקרה של נזקי גוף אפשר לומר שהנזק שנגרם על ידי שני גורמים עוולתיים שפעלו בו זמנית שונה במהותו מסך הנזקים שהיו נגרמים על ידי הגורמים העוולתיים לו פעלו בנפרד. השוו ד"נ מלך, לעיל ה"ש 33, לעומת עניין גינסור, לעיל ה"ש 220. כן ראו עניין אדרי, לעיל ה"ש 175.

231 ראו Chrysler Corp. v. Todorovich, 580 P.2d 1123 (1978), שעבודותיו דומות לעובדות פסק דין Huddel, *supra* note 222, שתואר לעיל ה"ש 222, אלא שבית המשפט הגיע שם לתוצאה שונה. כן ראו הרעה החולקת: *id.*, at 744-7. למקרים שנדונו בארצות הברית, מהסוג שנדון בעניין Fitzgerald, *supra* note 221, ושבהם הגיעו בתי המשפט לאותה תוצאה, ראו Micelli v. Hirsch, 83 N.E.2d 240 (1948); Maddox v. Donaldson, 108 N.W.2d 33 (1961). את Town of Sentinel, *supra* note 31. באותו מקרה הוטלה אחריות על גורם מטרד למלוא נזקיו של התובע אף שפעלו באזור גורמי מטרד נוספים שתרמו את חלקם לנזק הכולל. בית המשפט ראה בגורמים השונים גורמים מספיקים לנזק כולו (אף שניתן לומר שלמעשה כל גורם גרם לחלק מהנזק, שאינו ניתן לזיהוי), ועל כן ייתכן שיש להבין הלכה זו כחלה על מקרים שבהם כל הנזק נגרם, על פי מבחן הדיות, על ידי כל אחד מהגורמים הרלוונטיים. ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 31-33. למקרים נוספים של מטרדים שבהם הגיעו בתי משפט לאותה תוצאה ראו לעיל ה"ש 31. למקרה שבו הוטלה אחריות יחד ולחוד על שני רופאים בשל רשלנות רפואית שאירעה על ידי כל אחד מהם לחוד, בהפרש של כמה ימים, ואי אפשר היה לדעת למה בדיוק לייחס את הנזק, ראו Gilson v. Mitchell, 205 S.E.2d 421 (1974). ראו אף את Azure v. The City of Billings, 596 P.2d 460 (1979). באותו עניין הותקף אדם על ידי אחר, ונזקיו הוחמרו בשל מחדל שלא כדין של המשטרה לאפשר לו לקבל טיפול רפואי מיד לאחר שעצרה אותו. כאשר תבע פיצויים בגין נזקיו, אי אפשר היה לדעת איזה חלק מהנזק הוא תוצאה של התקיפה ואיזה חלק מהנזק הוא תוצאה של המחדל הרשלני. בית המשפט הטיל על העירייה שבשירותה פעלה המשטרה אחריות לכל הנזק, והנימוק העיקרי לכך היה שמוטב שמזיק ישלם יותר מכפי הנזקים שגרם, מאשר שניזוק יקבל פיצוי על פחות מהנזק שנגרם לו על ידי המעוול הנתבע. גישת ה-RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 28 cmt.d(1) (2010) היא שבמקרים אלו ראוי שנטל ההוכחה יעבור לנתבעים להוכיח לאיזה חלק מן הנזק לא הם גרמו, ואם לא יצליחו לעמוד בנטל זה, יהיו אחראים לכל הנזק. השוו ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005), ולדיון בו לעיל חלק ב, פרק 9, סעיף 4.

232 לעיל חלק ב, פרק 9.

ולתבוע פיצויים בגינו. בעקבות החלת דוקטרינת הנזק הראייתי תוטל בשתי הדוגמות, 7 ו-8, אחריות על כל אחד מהנתבעים בשיעור זהה לשיעור נזקיו הישירים של התובע, וביניהם יחולק נטל הפיצויים לפי האשם או מידת הסיכון שיצרו בהתנהגותם כלפי התובע. למעשה, בשתי דוגמות אלה החלת דוקטרינת הנזק הראייתי היא אולי הטבעית והפשוטה ביותר: אלמלא הנזק הראייתי שגרם כל אחד מהנתבעים לתובע היה זה יכול לתבוע מכל נתבע בדיוק את הנזק שגרם לו, והיה זוכה לפיצוי מלא בגין נזקיו.

העניינים מסתבכים במקצת כאשר מספר המעוולים גדול משניים. נניח שבדוגמה 7 הנזק נגרם על ידי שלושה כלבים, וכל כלב היה שייך למעוול אחר. במקרה זה שיעור הנזק הראייתי שגרם כל מעוול הוא שלישי משיעור הנזק הפיזי שנגרם לתובע. הטעם לאי-יכולתו של התובע לתבוע את מלוא שיעור הנזק הפיזי מכל מעוול נובע מכך שאף בלעדי גרם הנזק הראייתי על ידי מעוול אחד מסוים לא היה התובע יכול להוכיח את הנזק הפיזי שגרם לו כל מעוול. לפיכך יש להעריך את הנזק הראייתי שגרם כל מעוול לפי שווי המידע ששלל מן התובע בהתנהגותו העוולתית. מידע זה מתייחס לחלק הנזק שכל מעוול גרם לתובע. מאחר שהתובע הותקף על ידי שלושה כלבים שווי עצמה השייכים למעוולים השונים, שווי המידע המתייחס לחלקו של כל מעוול בגרם הנזק הוא שלישי מסך הנזק, וזה אף שיעור הפיצוי שלו זכאי התובע מכל מעוול.<sup>233</sup>

### ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים

מהיבט ההרתעה ראוי שכל מעוול יישא בממוצע הנזקים שהתנהגותו העוולתית היא גורם-בלעדיו-אין לגרימתם. כך, כל מעוול יראה לנגד עיניו, עובר לאירוע הנזק, את תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית. דרך זו עדיפה אפוא על הדרך שלפיה נדחות התביעות נגד הנתבעים השונים אם התובע אינו מצליח להוכיח את חלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק, שכן דרך זו מביאה להרתעת חסר. הרתעת חסר זו מורגשת בעיקר כאשר אירועי נזק שבהם אי אפשר לדעת לאיזה חלק מהנזק גרם כל מעוול, אינם נדירים. למשל, בתחום תאונות הדרכים לא נדיר שאדם נפגע משני כלי רכב בזה אחר זה, ונגרמים לו נזקים שונים באופן שאי אפשר להפריד ביניהם. שחרור גורמי הנזק מאחריות במקרים כאלו יפגום בהרתעתם. עם זאת יש לשים לב שלעתים הניזוק דווקא הוא המונע הזול יותר של בעיית זיהוי חלקי הנזק שנגרמו על ידי המעוולים השונים, שאז עשוי להתקיים טעם לשחרר את המעוולים

<sup>233</sup> השוו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 181–182, ולעיל ה"ש 177. דרך אחרת היא לחייב את כל שלושת המעוולים במלוא שיעור הנזק הפיזי, מן הטעם שכל אחד מהם הוא גורם מספיק לנזק הראייתי. אפילו אפשר לאמץ פתרון זה במקרה של שלושה מעוולים אשר לא ידוע חלקו המדויק של כל אחד מהם בגרם הנזק הפיזי, פתרון זה הופך לבעייתי ככל שמספר המעוולים גדל.

מאחריות. נניח מקרה של אדם שנפגע בתאונה אחת ושנה לאחר מכן נפגע בתאונה אחרת. אי אפשר לדעת לאיזה נזק גרמה כל תאונה. הבעיה הייתה נמנעת אילו טרח הנפגע להיבדק אצל רופא בשנה שחלפה בין שתי התאונות. אי-הטלת אחריות עשויה לעודד, לטווח ארוך, התפתחות של נוהג להיבדק תוך זמן קצר לאחר כל תאונה. היזמה להיווצרות נוהג כזה יכול שתבוא מחברות ביטוח המבטחות ביטוחי מחלה ונכות והנושאות בפועל לפחות בחלק מהנזקים הנגרמים לאדם. אלה יתנו את תשלום התגמולים בכך שהמבוטח ייבדק זמן קצר לאחר תאונה שאירעה לו, וזאת כדי להפחית את חבותם. במקרים מעין אלו יש לפתור את הדילמה אם להטיל אחריות על המעוולים או לא באמצעות השוואת התועלת בתמרוץ מעוולים בכוח למנוע נזקים ביעילות כשקיים הקושי הראייתי, לבין התועלת בתמרוץ הניזוק למנוע את הקושי הראייתי מלכתחילה. כאשר המעוולים הם גם אלו שבכוחם למנוע את הקושי הראייתי, הדילמה אינה קיימת.

**מהיבט הצדק המתקן** הטלת אחריות מלאה תהא מוצדקת רק אם אפשר לראות בכל אחד מהנתבעים מי שגרם בעוולה לנזק כולו. כך יהיה כאשר הנזק שנגרם מפעולתם הבר-זמנית של שני המעוולים שונה בטיבו ובמהותו מהנזק שהיה נגרם על ידי כל אחד מהמעוולים אילו פעל לבדו.<sup>234</sup> ככל שהגורמים העוולתיים מתרבים, הנמקה זו תהיה משכנעת פחות. במקרים אלו דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לספק הצדקה אפשרית, על פי עקרונות הצדק המתקן, להטלת אחריות חלקית.

#### **4. מקרים של גרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו לא בעוולה, כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם המעוול**

##### **א. הצגת המקרים הנכללים בקבוצה**

במקרים הנכללים בקבוצה זו אפשר להוכיח כי הנתבע גרם במעשה עוולה לחלק מסוים מנזקו של התובע אם כי אי אפשר להוכיח לאיזה חלק מתוך הנזק הכולל שנגרם. יתרת נזקו של התובע נגרמה על ידי גורם לא עוולתי.

דוגמה 9: שני ניתוחים. התובע נכנס לבית חולים כדי לעבור ניתוח לכריתת תוספתן. במהלך הטיפול לפני הניתוח הוא ניזוק עקב התנהגות רשלנית של אחד הרופאים. בשל רשלנות זו נזקק התובע לניתוח נוסף על זה שהיה עליו לעבור מלכתחילה. זמן קצר לאחר שעבר את שני הניתוחים לקה התובע בנכות נפשית. אי אפשר לדעת אם הנזק, כולו או חלקו, נגרם מן הניתוח

234 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 228.

הראשון (שאותו היה עליו לעבור בגלל המחלה שממנה סבל מלכתחילה) או מן השני (שאותו נאלץ לעבור בגלל התנהגותם העוולתית של הרופאים).<sup>235</sup>

**דוגמה 10: שרפה.** שרפה פרצה בספרייתו של התובע מסיבה לא ידועה. שירותי הכבאות שהוזעקו למקום לא פעלו כראוי. עד שכובתה האש, נשרפו ספרים רבים. חלקם נשרפו עוד לפני הזמן הצפוי להגעתם של מכבי האש, וחלקם – לאחר מכן, בגלל רשלנותם. אי אפשר לדעת איזה חלק מהנזק נגרם בגלל רשלנות שירותי הכבאות, ואיזה חלק נגרם בלא כל קשר לרשלנות זו.<sup>236</sup>

הקבוצה הרביעית נחזית כדומה לקבוצה השלישית (מקרים של גרם נזק בעוולה על ידי מעוולים שפעלו בנפרד, ולא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול). אולם קיים ביניהן הבדל חשוב, אשר עשוי להשליך על הפתרונות המשפטיים הראויים למקרים הנכללים בגדרן. הבדל זה נעוץ בכך שבמקרים הנכללים בקבוצה הרביעית, בשונה מהמקרים הנכללים בקבוצה השלישית, חלק מהנזק נגרם על ידי גורם לא עוולתי.

לקבוצה הרביעית יש קרבה מסויימת לקבוצה השנייה (מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה):<sup>237</sup> במקרים הנכללים בשתי הקבוצות אין לומר שניזוק, או כל נזק, של התובע נגרם ממעשה עוולה, והטלת אחריות מלאה על הנתבע או על הנתבעים השונים עלולה לפצות את הניזוק יותר מכפי נזקו ה"עוולתי". אך למעשה הדמיון רב עוד יותר: אפשר לומר שלו חילקנו, רעיונית, את הנזק שנגרם במקרה הנמנה עם הקבוצה הרביעית לחלקים רבים ומסויימים של הנזק (דבר הניתן לביצוע באופן מוחשי מאוד בדוגמה 10), הרי שהיה אפשר לומר שבאשר לכל אחד מחלקי הנזק עולה השאלה אם הוא נגרם רק על ידי הנתבע או שמא רק על ידי הגורם הלא עוולתי, ממש כפי ששאלת השאלה במקרים הנכללים בקבוצה השנייה באשר לנזק כולו.

## ב. פתרונות משפטיים אפשריים

הפתרונות המשפטיים למקרים הנכללים בקבוצה הרביעית דומים לאלו הנכללים בקבוצה השלישית. ראוי להוסיף אך זאת: פתרון המביא לכך שהנתבע יישא במלוא הנזק (הדרך השלישית, בקבוצה השלישית) יהיה בעייתי במסגרת הקבוצה הרביעית יותר מאשר במסגרת

235 דוגמה זו מבוססת על ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989).

236 דוגמה זו מבוססת על City of Oakland v. Pacific Gas & Electric Co., 118 P.2d 328 (1941). האחריות לכל הנזק הוטלה על שירותי הכבאות.

237 מסוג דומה לקרבה הקיימת בין הקבוצות השלישית והראשונה: לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 221.

הקבוצה השלישית. מן הצד האחד פתרון כזה מחמיר במיוחד עם המעוול הנתבע: לזה האחרון אין למי לחזור לאחר ששילם את מלוא הנזק, שלא כמו במקרה הנמנה עם הקבוצה השלישית שבו הוא יכול לחזור על המעוול השני. מן הצד האחר, פתרון זה נוח במיוחד לניזוק התובע: הוא זוכה לפיצוי על מלוא נזקיו אף שחלקם נגרמו על ידי גורם לא עוולתי, שלא כמו במקרה הנמנה עם הקבוצה השלישית, שבו כל נזקיו נגרמו ממעשי עוולה שבוצעו כלפיו.

למרות כל זאת נראה שבדין הנוהג בארץ אין הבחנה בין הקבוצות השלישית והרביעית.<sup>238</sup> הנטייה להטיל את מלוא האחריות לנזק על כל המעוולים במקרים הנמנים עם הקבוצה השלישית, כאשר התובע סבל נזק גוף, דבקה אף במקרים הנכללים בקבוצה הרביעית.<sup>239</sup> בדומה לכך כאשר מדובר בנזקי רכוש, מסתמנת נטייה להטיל אחריות על המעוול רק לחלק מן הנזק שאפשר לייחס לו, אפילו בדרך של אומדן.<sup>240</sup>

בדומה למקרים הנכללים בקבוצה השלישית, אף על המקרים הנכללים בקבוצה הרביעית אפשר להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי (בפן הנזקי שלה). גרם הנזק הראייתי בדוגמות 9 ו-10 מתבטא בכך שהמעוול שגרם לחלק מנזקיו הישירים של התובע אף שלל ממנו את היכולת לבודד חלק זה של הנזק מסך הנזק הכולל ולתבוע פיצויים בגינו. הפיצוי שלו זכאי הניזוק יהיה שווי הזכות לדעת מה בדיוק גרם לנזקיו. אילו ידע זאת, היה הניזוק מקבל פיצוי חלקי. על כן יש לנסות ולהעריך, במידת האפשר, את שיעור הפיצוי שלו היה זוכה אילו ידע מה גרם לנזקיו. מידת הסיכון שיצר המעוול לעומת הגורמים הלא עוולתיים עשויה לשמש אמת מידה מתאימה להערכת שווי הזכות לדעת מה גרם לנזקיו. יש לציין שבמקרה שבדוגמה 9 ייתכן שהנזק הראייתי נגרם לא על ידי המעוול הישיר אלא על ידי צד

238 ה- § RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM d(2) (2010), 28 cmt. במכוון, אינו קובע עמדה נחרצת בשאלה אם המעוול יהיה אחראי למלוא הנזק, אלא אם יוכיח לאיזה חלק מן הנזק לא הוא גרם, שאז לא יישא בחלק זה; או אם המעוול לא יהיה אחראי לנזק כלשהו אלא אם הניזוק יוכיח לאיזה חלק מן הנזק גרם המעוול, שאז הוא יישא בו, ובו בלבד. הריסטייטמנט מציע כמה וכמה שיקולים שעשויים להנחות את בתי המשפט לעניין זה. זאת בשונה מעמדתו הברורה של הריסטייטמנט באשר למקרה שבו כמה מעוולים גרמו לנזק, אך לא ידוע חלקו של כל אחד מהם בסך הנזק הכולל. במקרה אחרון זה כל אחד מן המעוולים יהיה אחראי למלוא הנזק אלא אם יוכיח לאיזה חלק מן הנזק לא הוא גרם, שאז לא יישא בחלק זה. ראו לעיל ה"ש 231.

239 בארץ ראו עניין נגר, לעיל ה"ש 235; ד"נ מלך, לעיל ה"ש 33; פורת, לעיל ה"ש 225, בעמ' 243–251. כן ראו HART & HONORÉ, *supra* note 29, at 231. אם הגורם הלא עוולתי שגרם לחלק מהנזק הוא התנהגותו הרשלנית של התובע עצמו, הוא יישא בחלק מן הנזק בשל אשמו התורם. ראו Deutsch v. Connecticut Co., 119 A. 891 (1923).

240 ראו רע"א 11419/04 אסור נ' רשות הניקוז קישון (פורסם בנבו, 13.3.2008); אך ראו City of Oakland, *supra* note 236.



שלישי, כגון בית החולים אשר לא ניהל רישומים כראוי, ושאלו היה עושה זאת היה הנזק הראייתי נמנע. במקרה כזה שיעור הפיצויים שבהם יחויב בית החולים ייגזר משיעור הנזק שבו יחויב הרופא שרשלנותו גרמה לחלק מנזקי התובע.

### ג. ניתוח נורמטיבי ופתרונות מומלצים

הניתוח הנורמטיבי של קבוצת המקרים הרביעית נגזר מן הניתוח הנורמטיבי של קבוצת המקרים השלישית, ועל כן אקצר בו.

מהיבט ההרתעה ראוי שכל מעוול יישא בממוצע הנזקים שהתנהגותו העולתית היא גורם-בלעדיו-אין לגרימתם. לפיכך רצוי שהמעוולים בדוגמות 9 ו-10 לא יישאו בכל הנזק שנגרם אלא רק בחלקו, אלא אם הגורם העולתי, אף שפעל בד בבד עם גורם לא עולתי, הוא גורם-בלעדיו-אין לסוג הנזק שנגרם מפעולתם המצטברת של שני הגורמים.<sup>241</sup> מהיבט הצדק המתקן הטלת אחריות בגדרה של קבוצה זו תהא בעייתית כל עוד אין הגורם העולתי גורם-בלעדיו-אין לסוג הנזק המיוחד שנגרם עקב הצטברותו של הגורם העולתי לגורם הלא עולתי. עם זאת טיעון גרם הנזק הראייתי יכול ליישב את הטלתה של אחריות חלקית על המעוול עם עקרונות הצדק המתקן.

241 ראו, בשינויים המחויבים, את הניתוח הנורמטיבי המקביל של קבוצת המקרים השלישית, לעיל סעיף 3.ג.

חלק שלישי : סיבתיות

## תביעות בגין נזקי עישון כמקרה מבחן

1. פתרונות ישירים. 2. פתרונות עקיפים; א. נזק ראייתי; ב. נזק כלכלי של מיטיבים.
3. תביעות בגין נזקי עישון ושאלת התנהגותם של המזיק והניזוק; א. בעיות של מידע; ב. האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון; ג. האופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון.

תביעות בגין נזקי עישון מציבות אתגרים שונים בפני דיני הנזיקין המסורתיים הן בתחום הסיבתיות, הן בנוגע להגדרת אופייה של ההתנהגות שבגינה ראוי שתוטל אחריות נזיקית, והן באשר להגנות העומדות למזיק. למיטב ידיעתי, בארצות הברית לא נתקבלה עד כה בערכאה גבוהה תביעה של מעשנים או קרובי משפחותיהם נגד יצרני הסיגריות. עם זאת במקרים רבים הוחזר התיק להמשך דיון בבית המשפט דלמטה, והאפשרות להכיר בעילת התביעה לא נשללה באופן עקרוני.<sup>242</sup> במקרים אחרים נדחתה התביעה לגופה. דחיית התביעה התבססה בדרך כלל על כך שהתובע לא הצליח להוכיח התנהגות עוולתית מצד יצרני הסיגריות, ועל כך שבעת שהתובע החל לעשן, מן המפורסמות (common knowledge) היה שעישון מזיק לבריאות ואף עלול למכר.<sup>243</sup> גורלן של תביעות שהוגשו על ידי ביטוחי

242 *Insolia v. Philip Morris, Inc.*, 216 F.3d 596 (7th Cir. 2000); *Tompkin v. American Brands*, 219 F.3d 566 (6th Cir. 2000). לדיון מקיף בתביעות נגד יצרני הסיגריות ולהצעת פתרונות משפטיים שונים ראו: Jon D. Hanson & Kyle D. Logue, *The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation*, 107 YALE L.J. 1163 (1998). בעניין *Engle v. Liggett Group, Inc.*, 945 So.2d 1246 (2006), לא אפשר בית המשפט העליון של פלורידה ניהול תובענה ייצוגית נגד יצרני הסיגריות. עם זאת הוא התיר הגשת תביעות אישיות של חברים בקבוצה שהוגדרה על ידיו, וקבע כי חלק מן הממצאים שנקבעו בהליך שבפניו יהיו מעשה בית דין כלפי יצרני הסיגריות בתביעות האישיות שיוגשו. בעקבות פסק דין *Engle* הוגשו תביעות אישיות רבות שחלקן התקבלו. על הגשת התובענה הייצוגית בעניין *Engle* ראו *Engle v. R.J. Reynolds: The Improper Assessment of Punitive Damages for an Entire Class of Injured Smokers*, 28 FLA. ST. U. L. REV. 787 (2001).

243 *Allgood v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 80 F.3d 168 (5th Cir. 1996); *Kirksey v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 168 F.3d 1039 (7th Cir. 1999); *Glassner v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 223 F.3d 343 (6th Cir. 2000); *Sanchez v. Liggett & Myers, Inc.*, 187 F.3d

בריאות ושירותי בריאות נגד יצרני סיגריות בגין נזק כלכלי שנגרם להם עקב עישון לא שפר אף הוא, והן נדחו בשל העדר עילה – כך בארצות הברית<sup>244</sup> וכך בישראל.<sup>245</sup> זאת, בשונה מתביעות של מדינות ארצות הברית נגד חברות הטבק, שהסתיימו בשנת 1998 בהסדר פשרה שלפיו ישלמו יצרני הסיגריות למדינות השונות מאות מיליארדי דולרים.<sup>246</sup>

תחילה אציג את הבעיות מתחום הסיבתיות העשויות לעלות בתביעות נגד יצרני הסיגריות. לאחר מכן אבחן את הקשיים העשויים להתעורר הן בנוגע לאופייה העוללתי של ההתנהגות שבגינה ראוי שתוטל אחריות נזיקית והן באשר להגנות העומדות למזיק. לצורך הדיון בבעיות הסיבתיות אניח כי הוכחה התנהגות עוללתית של יצרני הסיגריות וכי אין עומדת להם הגנה עקב התנהגות הניזוק. כן אניח, כל עוד לא נאמר אחרת, כי ההתנהגות העוללתית היא שגרמה שהתובע הפך למעשן. ההתנהגות העוללתית של כל יצרן ויצרן יכול שהתבטאה בעצם ייצורן של הסיגריות, בהסתרת מידע מן הציבור, בפרסומת מטעה, בגרם התמכרות, באי־אזהרה או בכל דרך עוללתית אחרת. הנחתה היא שהתנהגויות עוללתיות אלה הן אינדיווידואליות, במובן זה שאין לראות בכל היצרנים מי שיצרו סיכון אחד שלתוצאותיו אחרים כולם כמעולים במשותף.<sup>247</sup>

הדיון שלהלן אינו עוסק בעילות תביעה אפשריות של מעשנים פסיביים, המעוררות בעיות מיוחדות.<sup>248</sup> כן לא יידונו שאלות של התיישנות, שלא אחת יש בהן כדי להכריע

486 (5th Cir. 1999); Alvarez v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 405 F.3d 36 (1st Cir. 2005); Valle-Ortiz v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 385 F. Supp. 2d 126 (2005); Grills v. Philip Morris USA, Inc., 645 F. Supp. 2d 1107 (Fla. 2009).  
International Brotherhood of Teamsters, Local 734 Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc., 196 F.3d 818 (7th Cir. 1999); Oregon Laborers-Employers Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc., 185 F.3d 957 (9th Cir. 1999); United Food & Commercial Workers Union v. Philip Morris, Inc., 223 F.3d 1271 (11th Cir. 2000); Laborers Local 17 Health & Benefit Fund v. Philip Morris, Inc., 191 F.3d 229 (2nd Cir. 1999); Steamfitters Local Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris, Inc., 171 F.3d 912 (3rd Cir. 1999); Allegheny General Hospital v. Philip Morris, Inc., 228 F.3d 429 (3rd Cir. 2000).

ראו דיון להלן סעיף 2.ב. 245

Eric A. Posner, *Tobacco Regulation or Litigation?*, 70 U. CHI. L. REV. 1141, 1143–5 (2003); CRS Report for Congress, *Tobacco Master Settlement Agreement* (1998): Overview, Implementation by States, and Congressional Issues (1999).  
<http://www.law.umaryland.edu/marshall/crsreports/crsdocuments/RL30058.pdf>

טענה זו נדחתה במקרי ה-DES. לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 178–180. 247

למקרה שבו נדחתה תביעה של מעשן פסיבי שטען כי בעת שישב בכלא נחשף שלא מרצונו לעשן סיגריות של חבריו, ראו Smith v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 1997 U.S. App. Lexis 2263 (7th Cir. 1997).  
הן מוצרים פגומים. לתביעות דומות של אסירים ראו Abdul-Ahad v. Top Tobacco Co., 1999

תביעות נגד יצרני הסיגריות, ולא יידונו הכלים הפרוצדורליים לניהול תביעות אפשריות נגד חברות הטבק כגון תובענות ייצוגיות. יידון המשפט המהותי בלבד.

## 1. פתרונות ישירים

טול מקרה של אדם שבמשך שנים רבות עישן סיגריות של יצרן מסוים אחד. הוא לקה בסרטן הריאה, ועתה הוא תובע בנזיקין את היצרן. נניח שההסתברות שהתובע אכן לקה במחלה מהעישון דווקא – ולא מסיבות אחרות שבינן לבין עישון אין ולא כלום – הוא 30%. על פי כללי הסיבתיות של דיני הנזיקין המסורתיים, תביעתו תידחה. התוצאה תהיה שיצרני סיגריות, גם אם איש אינו חולק שהם גרמו נזקים עוולתיים עצומים בעצם ייצורן ושיווקן של הסיגריות, לא יישאו במרבית המקרים באחריות נזיקית. על הבעייתיות שבכך – הן מהיבט של צדק מתקן והן מהיבט ההרתעה – עמדתי בפרק הקודם.<sup>249</sup> הפתרון ההולם לכך הוא הטלת אחריות על יצרן הסיגריות על פי ההסתברות שהתובע לקה במחלה בגלל העישון.

מקרי העישון מעוררים לעתים בעיות דומות לאלה המודגמות בסוגיית ה-DES. נשנה את הדוגמה הקודמת ונניח כי המעשן נפטר, כי עיזבונו ותלוייו הם התובעים, וכי אי אפשר לדעת אילו סיגריות עישן. חוסר היכולת לזהות את יצרן הסיגריות נובע מכך שהמנוח הפסיק לעשן שנים אחדות לפני מותו, ובני משפחתו מעולם לא ידעו איזה סוג סיגריות צרך. אפילו אם אפשר לקבוע כי סרטן הריאה שהביא למותו של המנוח נגרם בלי כל ספק מעישון, אי אפשר להצביע על היצרן המסוים שהתנהגותו העוולתית גרמה למוות. מקרה זה מקיים אפוא דמיון רב למקרה ה-DES: הטלת אחריות נזיקית על כל יצרני הסיגריות לפי נתח השוק שלהם עשויה להיות פתרון הולם, התואם את עקרונות הצדק המתקן ומגשים את המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין.<sup>250</sup> חשוב להדגיש כי הנחתי היא שכל יצרני הסיגריות הם

U.S. Dist. LEXIS 16288 (1999); Wilson v. American Tobacco Co., 1990 U.S. App. Broin v. Philip Morris Co., 641 So. 2d 888 (1994). ראו גם LEXIS 3940 (6th Cir. 1990). במקרה אחרון זה מדובר בתובענה ייצוגית של דיילים שעבדו במקצועם בעת שעישון במטוס היה מותר. התובעים הגיעו בסופו של דבר להסדר עם יצרני הסיגריות שעל פיו הוקמה קרן שתעסוק במחקר לגילוי מקדים של מחלות הנגרמות עקב החשיפה לעשן הסיגריות אצל הדיילים, ולטיפול בדיילים שלקו בהן. בידי הדיילים נותרה האפשרות לתבוע באופן אישי, ואכן רבים עשו זאת. השנה (2012) עלה הנושא לדיון נוסף בבית המשפט בשל טענות של חלק מן הדיילים שהקרן אינה פועלת כראוי ואינה מקיימת את ההסדר שאליו הגיעו. ראו Borin v. Philip Morris Co., 84 So. 3d 1107 (2012).

249 לעיל פרק 4, סעיף 2, וכן לעיל פרק 3.

250 לעיל פרק 4, סעיף ג.1.

מעוללים, ועל כן אין חשש שתוטל אחריות על יצרן שהתנהגותו הייתה ללא דופי. דחיית תביעתם של העיזבון והתלויים תגרום שבמקרים שבהם קרובים של בני אדם שנפטרו עקב עישון אינם יכולים לזהות את סוג הסיגריות שעישנו הנפטרים, תידחה תביעתם. פתרון זה בעייתי ביותר, כפי שכבר נאמר, הן מהיבט הצדק המתקן והן מהיבט ההרתעה.

נראה שהטלת אחריות נזיקית במקרה הנדון צריכה להיעשות בדרך שונה במקצת מזו שננקטה במקרי ה-DES. במקרי ה-DES היו מוצריהם של היצרנים השונים זהים, ועל כן בעלי סיכון זהה. לא כן במקרי יצרני הסיגריות. כידוע, לא כל הסיגריות זהות: יש מסוכנות יותר ויש מסוכנות פחות. לכן בעת הטלת האחריות הנזיקית יש להתחשב לא רק בנתח השוק של כל יצרן אלא אף במידת הסיכון שיש בכל סוג של סיגריות. כך ייתכן למשל שאפילו אם נתח השוק של יצרן אחד גדול יחסית ליצרן אחר, הסיגריות של הראשון מסוכנות פחות משל האחר. נתון זה צריך שישפיע על הקצאת הנזקים בין היצרנים.

הפתרון המוצע, של חבות בפיצוי לפי נתח שוק תוך התחשבות במידת הסיכון שיש בכל סוג של סיגריות, ניתן ליישום אף במקרה שבו ההסתברות שהמוות נגרם מהעישון היא 50% או פחות.<sup>251</sup> אם נניח למשל, כמקודם, שההסתברות שהמנוח נפטר בגלל עישון היא 30% בלבד, ואף נניח שאין אפשרות לזהות את יצרן הסיגריות שאותן צרך המנוח, הטלת אחריות לפי נתח שוק על כל יצרני הסיגריות באופן שכל אחד מהם יישא בפיצוי בשיעור 30% מנזקי המוות, מוכפל בנתח השוק שלו – תביא לתוצאה ראויה מהיבט הצדק המתקן ומהיבט ההרתעה כאחד. כך, על כל פנים, אם נניח שהסיכון מהסיגריות של כל יצרן הוא זהה; אם לא כן, יש להתחשב אף בנתון זה.

נשנה עתה את הדוגמה בדרך אחרת, ונניח כי התובע עישן סיגריות של חמישה יצרנים, וכי אלה ניתנים לזיהוי.<sup>252</sup> כן נניח שהוא עישן כמויות שוות, פחות או יותר, מכל סוגי הסיגריות, ושהסיכון שבסיגריות של כל יצרן היה זהה. לשם הפשטות נניח כי אין ספק שהתובע לקה במחלה בגלל עישון. האם על פי כללי הסיבתיות בדיני הנזיקין הנוהגים תוטל אחריות על היצרנים? ואם כן – כיצד? טיעון אחד של התובע יכול להתבסס על כך שכל אחד מיצרני הסיגריות הוא גורם בלעדיו-אין לכל הנזק שאירע. כדי להצליח בטיעון זה יצטרך התובע להוכיח שלולא הסיגריות של היצרן האחד הנזק היה נמנע. נראה שהתובע יתקשה לעמוד בנטל הוכחה זה. טיעון שני יתבסס על כך שכל אחד מהיצרנים הוא גורם מספיק לנזק שאירע. הפעם יהיה על התובע להוכיח שכל אחד מהיצרנים היה גורם את הנזק

251 אם אכן תאומץ שיטה של פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרים שבהם הראיות באשר לגרם הנזק הן סטטיסטיות בעיקרן, נראה שיהיה מקום לנקוט דרך זו אף כשההסתברות גבוהה מ-50%, שאם לא כן קיים חשש רב ליצירת אפקט של הרתעת יתר. אך ראו לעיל פרק 3, סעיף א.2.

252 כך היה בעניין *Sanchez, supra note 243*. התביעה נדחתה מסיבות שאינן מענייננו כאן.

שנגרם אפילו אם היה יחיד. אף בנטל הוכחה זה יתקשה התובע לעמוד. אם יצליח בכך, יהא עליו לשכנע את בית המשפט שבמקרה כזה של גורמים חלופיים לנזק יש להמיר את מבחן הגורם-בלעדיו-אין – שהוא המבחן הנפוץ ביותר לבחינת סיבתיות עובדתית – במבחן הדיות, שלפיו די להראות שהנזק היה נגרם על ידי גורם עוללתי מסוים לו פעל לבדו כדי שתוטל עליו אחריות, אפילו אם אין הוא גורם-בלעדיו-אין לנזק.<sup>253</sup>

בית משפט שמרן עשוי לדחות את התביעות אם ייכשל התובע בדרכי הטיעון שהוצגו לעיל. אם כך יעשה, תסוכל הרתעה יעילה ואף לא יוגשמו עקרונות הצדק המתקן. זאת, מכיוון שמעוולים הגורמים נזקים לחברה לא יישאו בנזקים במלואם, וניזוקים שנפגעו מהתנהגות עוולתית לא יזכו בפיצוי.

אם התובע ייכשל בשתי דרכי הטיעון הראשונות, יהיה אפשר בכל זאת להטיל אחריות על יצרני הסיגריות בדוגמה הנדונה אם בית המשפט יגלה גמישות מסוימת ביישומם של כללי הסיבתיות המסורתיים של דיני הנזיקין, כפי שנעשה בהזדמנויות שונות בעבר. כך, טיעון שלישי של התובע יהיה שכל יצרן גרם לכל הנזק גם אם על פי הפרשנות הדווקנית של מבחן הגורם-בלעדיו-אין לא כך הדבר. טיעון זה יתבסס על היות הנזק אחד ואינו ניתן להפרדה, ועל כן כל היצרנים אחראים לגרימתו.<sup>254</sup> אפשר לבסס טיעון זה אף על קיומו של אפקט מצטבר לפעולתם הבר-זמנית של חמשת הגורמים, שאז יש לראות בכל אחד מהם גורם-בלעדיו-אין לכל הנזק אפילו אם ברור שנזק כלשהו היה נגרם אף בלעדי כל אחד מהם.<sup>255</sup> טיעון רביעי ואחרון יתבסס על "חזקת שוויון הגורמים".<sup>256</sup> על פי טיעון זה, באין ראיה לסתור, כל מעוול ייחשב מי שגרם לחלק שווה של הנזק. מכאן שכל אחד מהיצרנים יישא בחמישית מנזקיו של התובע.<sup>257</sup> קיים סיכוי טוב שבית המשפט – שמצד אחד ער

253 לעיל פרק 1, סעיף 1.

254 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 227–231.

255 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 228–231.

256 הנטייה היא לנקוט דרך זו במקרים של נזקי רכוש ולא במקרים של נזקי גוף. היא ננקטה בעניין גינוסר, לעיל ה"ש 220, שעסק בנזקי רכוש, אך נדחתה על ידי שופטי הרוב בד"נ מלך, לעיל ה"ש 33, שעסק בנזקי גוף. שופט המיעוט בעניין אחרון זה העדיף לפסוק פיצוי חלקי תוך שימוש ברעיון שוויון הגורמים, ובכך אימץ את דעת הרוב בגלגולו הראשון של פסק הדין בבית המשפט העליון, בע"א מלך, לעיל ה"ש 223. ראו גם לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 227–231. השימוש בחזקת שוויון הגורמים בהקשר של המקרה הנדון בטקסט עלול להיתקל בהתנגדות, מכיוון שחזקה זו משמשת בדרך כלל לשם חלוקת אחריות בין נתבעים שהוכח כי גרמו בעוולתם נזק כלשהו לתובע.

257 ברגיל, בשל קיומן של תביעות השתתפות בין מעוולים, בסופו של דבר יישא כל יצרן בחמישית מהנזק, בין שתוטל על כל יצרן אחריות כלפי התובע לחמישית מן הנזק ובין שתוטל עליו אחריות למלוא הנזק. עם זאת בשתי השיטות יש כדי להביא לתוצאות שונות כשקיימים קשיי גבייה מאחד או יותר מהיצרנים. שתי השיטות אף יביאו לתוצאות שונות אם אחד

לקשיי ההוכחה השיטתיים הקיימים בתביעות בגין עוולות המוניות ומצד אחר אינו נכון לסטות מכללי הסיבתיות המסורתיים – לפחות יטה אוזן קשבת לטיעון השלישי או לזה הרביעי, ויטיל אחריות על יצרני הסיגריות.

הקושי בהטלת אחריות עלול להתעורר אף אצל בית משפט כזה, אם נניח כי ההסתברות שהתובע חלה במחלה בגלל עישון היא 30%. במקרה זה מוצדק להטיל אחריות על היצרנים השונים כאשר סך הנזק שבו יזכה התובע יעמוד על 30% מנזקיו. ספק אם בית משפט השומר אמונים לכללי הסיבתיות המסורתיים יאות לפסוק כאמור.

אפשר לסכם עד כאן ולומר שהטלת אחריות על יצרני הסיגריות לפי ההסתברות שהם שגרמו לנזקיו של התובע תגשים בצורה הטובה ביותר את עקרונות הצדק המתקן של דיני הניזקין, ואף תעלה בקנה אחד עם המטרה ההרתעתית שלהם. דבקות יתר בכללי הסיבתיות של דיני הניזקין המסורתיים אינה משרתת כראוי את המטרות שלשמן נועדו. אמת, אף בארצות הברית קיימת רתיעה מהטלת אחריות לפי נתח שוק כשאינן מדובר במוצרים זהים<sup>258</sup> – הסיגריות אינן מוצרים זהים – אך אין לראות בכך מכשול להטלת אחריות לפי נתח שוק תוך התחשבות במידת הסיכון השונה בסיגריות, ואין לראות בכך מכשול להטלת אחריות לפי ההסתברות שהתובע ניזוק מהיצרן הנתבע. החלופה להטלת אחריות במקרים אלה היא העדר אחריות, וזו אינה ניתנת להצדקה משכנעת.

הטלת אחריות הסתברותית על יצרני הסיגריות עשויה לעלות בקנה אחד עם מבחן ההטיה הנשנית שנקבע בד"ג מלול.<sup>259</sup> השופט ריבלין "רמז" בפסק דין מאוחר לד"ג מלול בכיוון זה.<sup>260</sup>

## 2. פתרונות עקיפים

בסעיף הקודם טענתי כי יש לוותר על הצורך בהוכחת סיבתיות על פי עודף הסתברויות בתביעות נגד יצרני הסיגריות. נקודת המוצא של סעיף זה היא שטענה זו נדחת. ברצוני להציע עתה כמה כלים משפטיים שאפשר להשתמש בהם תוך שמירה על כללי הסיבתיות המסורתיים ולהגיע באמצעותם לתוצאות דומות לאלה שהוצעו בסעיף הקודם.

מהגורמים לנזק אינו עולתי. כך יהיה למשל אם התובע לקה במחלה בגלל הצטברות של עישון ושל חשיפה לסיכון אחר, שאינו עולתי. במקרה זה הטלת אחריות על כל גורם לחלק מהנזק תגרום שהניזוק לא יזכה בפיצוי שיכסה את מלוא נזקיו.

258 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 187.

259 לעיל פרק 3, סעיף 2.ד.

260 דנ"א 6181/11 שירותי בריאות כללית נ' Brown and Williamson Tobacco Corp (פורסם בנבו, 26.1.2012).



## א. נזק ראייתי

דוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הנזיקי שלה, מבוססת על כך שבמקרים מסוימים ראוי להטיל אחריות בנזיקין על מי שגרם בהתנהגותו העוולתית (הרשלנית, בדרך כלל) נזק ראייתי. הנזק הראייתי נאמד על פי השווי של המידע שנשלל מהתובע. שווי המידע תלוי בשני גורמים: ראשית, ההסתברות שהתובע היה מצליח בתביעה העיקרית אילו עמד לרשותו המידע; שנית, סכום הכסף שבו היה זוכה אילו הצליח בתביעתו העיקרית.<sup>261</sup>

דוקטרינת הנזק הראייתי ניתנת ליישום פשוט וקל בתביעות נגד יצרני הסיגריות. נשוב לדוגמת המעשן התובע את יצרן הסיגריות שצרף, ושההסתברות שמחלתו נגרמה מהעישון היא 30%. תובע זה יוכל לטעון כי היצרן גרם לו נזק ראייתי. נזק ראייתי זה מתבטא בכך שנשלל ממנו מידע באשר לגורם המחלה. קיימת הסתברות של 30% שהמידע היה מביא למסקנה חד-משמעית שהנזק נגרם מהתנהגותו העוולתית של היצרן, וקיימת הסתברות של 70% שהיה מביא למסקנה הפוכה. לפיכך שוויו של המידע שנשלל מהתובע הוא 30% מהנזק הסופי: זה הסכום שהיה מוכן התובע לשלם כדי לזכות במידע ולדעת כיצד אירעו נזקיו (בהנחת ניטרליות לסיכון), אם אין הוא יכול לדעת מלכתחילה מה יהיה תוכנו של המידע.<sup>262</sup>

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לשמש כלי משפטי אפשרי להטלת אחריות על יצרני סיגריות אף בדוגמה קודמת שנדונה, שעל פיה אי אפשר לדעת מי מבין כמה יצרנים יצר את הסיגריות הקטלניות ששמו קץ לחייו של המנוח. כאן המידע ששלל כל אחד מהיצרנים מהתובעים הוא דבר מעורבותו שלו בגרם הנזק. התובעים היו מוכנים לשלם סכום כסף לכל יצרן כדי לדעת בוודאות אם הוא שגרם לנזקי המנוח. כך, אם ההסתברות שיצרן מסוים (נניח, מבין חמישה יצרנים) גרם לנזקיו של המנוח היא 20%, התובעים היו מוכנים לשלם לו 20% מהנזק הסופי עבור המידע אם אכן הוא הגורם לנזק. זאת, מכיוון שקיימת הסתברות של 20% שמידע זה יביא להם פיצוי מלא על הנזק מאותו יצרן, והסתברות של 80% שלא יביא להם פיצוי כלל. טענה דומה אפשר לטעון נגד כל אחד מהיצרנים. בסופו של דבר, הפיצוי שיקבלו התובעים יכסה את מלוא הנזק, והתוצאה תהא זהה לזו המושגת בהטלת אחריות לפי נתח שוק.

יתרונה של דוקטרינת הנזק הראייתי הוא בספקה בסיס משפטי לפסיקת פיצוי הסתברותי, הנתמך היטב לא רק בשיקולי הרתעה אלא אף בעקרונות של צדק מתקן. הכרה בעילת תביעה בגין נזק ראייתי אינה מחייבת נטישה של כללי הסיבתיות הקיימים בדיני הנזיקין המסורתיים. נהפוך הוא: דוקטרינת הנזק הראייתי נזקקת לכללי הסיבתיות המסורתיים,

261 לעיל חלק ב, פרק 9.

262 לעיל חלק ב, פרק 9.

ואפשר לעגן אותה בדיני הרשלנות. הכרה בה מחייבת רק הכרה באב נזק חדש, הוא הנזק הראיתי.<sup>263</sup>

## ב. נזק כלכלי של מיטיבים

דרך נוספת להטלת אחריות נזיקית על יצרני סיגריות היא חיובם בפיצוי כלפי מיטיבים שסבלו נזק בגלל התנהגותם העוולתית. בעניין מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, פסל בית המשפט העליון דרך זו, שכן אין מוטלת חובת זהירות על הנתבעים, יצרני הסיגריות, כלפי המיטיבים, שירותי בריאות כללית ומכבי שירותי בריאות.<sup>264</sup> עוד נקבע כי הדרך היחידה הפתוחה בפני התובעים היא לתבוע את יצרני הסיגריות כמיטיבים לפי חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד–1964, או לפי סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד–1994, אך זאת רק אם יצליחו להוכיח את אחריותם של הנתבעים כלפי המעשן עצמו, אשר את הטבת נזקיו הם תובעים.<sup>265</sup> בית המשפט העליון הביע אי-שביעות רצון מן המצב המשפטי הקיים, אך סבר שעניין הוא למחוקק לענות בו.<sup>266</sup>

תביעה ישירה של המיטיבים נגד יצרני הסיגריות מבוססת על הנזק הכלכלי שנגרם להם בגלל עוולותיהם של יצרני הסיגריות: מאחר שבשל העישון בני אדם רבים יותר לוקים במחלות שונות, ההוצאות הרפואיות של גופים אלו גדלו בהרבה. מדינות שונות בארצות הברית נקטו טיעון מסוג זה, וכפי שצוין לעיל, נסתיים הדיון בפשרה שלפיה שילמו יצרני הסיגריות למדינות – ועוד ישלמו – מאות מיליארדי דולרים.<sup>267</sup> השגת הפשרה עוררה

263 הפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראיתי טרם אומץ על ידי בתי המשפט: לעיל חלק ב, פרק 9, סעיף 4.

264 ע"א 7547/99 מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ (פורסם בנבו, 13.7.2011), פסקה 54 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בקשה לדיון נוסף נדחתה: דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 260.

265 עניין מכבי שירות בריאות, לעיל ה"ש 264. עם זאת בדיון בבקשה לדיון נוסף שנדחתה, דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 260, פסקה 10, ציין השופט ריבלין כי הסיבה העיקרית למחיקת התביעה על ידי בית המשפט העליון הייתה העדר תשתית ראיתית מינימלית לביסוס תביעתם של המיטיבים. השופט ריבלין הוסיף וקבע שאין מניעה שהניזוקים, דהיינו המעשנים, יתבעו את יצרני הסיגריות בנפרד או בתביעות מאוחדות. הוא אף מעלה את האפשרות, מבלי להכריע בה, שייטכן שעומדת למעשנים עילה על פי חוק תובענות ייצוגיות. שם, פסקה 12. אם יוכרו עילות תביעה לניזוקים, קובע השופט ריבלין, תיפתח דרך התביעה גם למיטיבים. שם.

266 עניין מכבי שירות בריאות, לעיל ה"ש 264, פסקה 85 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

267 דיון באפשרות של רשויות מקומיות לתבוע יצרני נשק בגין הנזק שנגרם עקב שימוש לא חוקי בנשק ראו Vandall, *supra* note 190. להצעה לאפשר תביעות תחלוף (סוכרוגציה) של מיטיבים נגד יצרני הסיגריות ולדרכים להבטחת זכותם של נפגעי העישון לפיצוי בנתון תביעות

בארצות הברית גל של תביעות מצד שירותי בריאות ובריאות נגד יצרני הסיגריות, שתבעו בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם, לטענתם, מן העישון. תביעות אלה, שכונו באחד מפסקי הדין *me-too suits*,<sup>268</sup> נדחו בזו אחר זו בגלל העדר עילה. בתי המשפט נימקו זאת בכך שעילת התביעה של המיטיבים השונים יכולה להתבסס על תביעת סוברוגציה (תחלוף) בלבד, ומכל מקום – ההתנהגויות העולליות של יצרני הסיגריות, גם אם היו כאלה, אינן "סיבה קרובה" לנזקיהם.<sup>269</sup>

עילת התביעה בגין נזקים כלכליים למיטיבים השונים באה להתגבר על בעיות בהוכחת הקשר הסיבתי.<sup>270</sup> בשונה מהתובע הבודד, שבמקרים רבים אינו יכול להוכיח את תביעתו על פי עודף הסתברויות, המיטיבים השונים יכולים להוכיח את נזקיהם. למשל, אם גוף גדול המעניק שירותי בריאות לבני אדם הלוקים בסרטן הריאה מוכיח כי 30% מחוליו ניזוקו מעישון, הוא אמור לזכות בתביעתו מכיוון שהוכיח שעישון סיגריות גרם לו נזק כלכלי בשיעור של 30% מהעלות של הענקת טיפול רפואי לכל חולי סרטן הריאה. העובדה שאין ביכולתו להוכיח מי מחוליו הוא נפגע עישון אינה מעלה ואינה מורידה. זאת ועוד: תביעתו של גוף כזה אמורה להצליח אף כשקיים יותר מיצרן סיגריות אחד, מכיוון שאף מבלי להזדקק לדוקטרינה כדוגמת אחריות לפי נתח שוק יטען הגוף התובע שכל יצרן ויצרן גרם לו לנזק כלכלי ממשי, ששיעורו נקבע לפי נתח השוק של כל יצרן ויצרן ולפי מידת הסיון הכרוכה בעישון הסיגריות שאותן ייצר.

הכרה בעילת תביעה בגין נזקים כלכליים למיטיבים היא טובה מלא כלום. יש בה כדי ליצור הרתעה כלשהי ליצרני הסיגריות כמו גם למעוולים המוניים אחרים, גם אם ברור שדרך זו אינה דרך המלך. יש שיטענו כי יש בה מלאכותיות רבה, וכי מיטיבים אינם זכאים לתבוע כניזוקים עצמאיים, ולכן עליהם לתבוע כמיטיבי נזקי גוף ולהראות מכוחו של מי בדיוק הם תובעים בכל מקרה ומקרה. מכאן שעליהם להוכיח מי מן החולים שטופלו על ידיהם לקו במחלה בגלל עישון, ואף להראות מי היצרן שגרם למחלתו של כל חולה וחולה.<sup>271</sup> לפי קו טיעון זה, צפות ועולות שאלות הסיבתיים שנדונו לעיל,<sup>272</sup> ותביעות

התחלוף ראו Hanoch Dagan & James J. White, *Governments, Citizens, and Injurious Industries*, 75 N.Y.U.L. REV. 354 (2000).

268 כך כינה זאת השופט Easterbrook בעניין *International Brotherhood of Teamsters*, *supra* note 244, at 820.

269 ראו פסקי הדין המצוטטים לעיל ה"ש 244.

270 לבעייתיות לכאורה בהיות הנזק הנתבע נזק כלכלי טהור ראו לעיל חלק ב, פרק 6. אפשר לטעון שאין זה נזק כלכלי טהור, שכן הוא בגדר תחליף לנזקים פיזיים שנגרמו למעשנים אשר מסיבות פרקטיות אינם זוכים בפיצוי על נזקיהם. שם, סעיף 1.ג.

271 כך אכן קבע בית המשפט העליון, בעניין *מכבי שירותי בריאות*, לעיל ה"ש 264. ברוח זו פסק אף השופט ד"ר עדי אור, בת"א (ת"א) 2281/98 *מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ* (פורסם

המיטיבים אינן פותרות דבר.<sup>273</sup> תשובה אפשרית לטיעון זה היא שגם אם תביעותיהם של המיטיבים נגזרות מתביעותיהם של הניזוקים הישירים, יש לקבל את תביעותיהם אם יוכיחו את סך ההטבות שסיפקו לקבוצת החולים נפגעי העישון, וזאת אף אם לא יעלה בידם להוכיח כל הטבה והטבה בנפרד. תביעה כזו, לו הייתה מוכרת, הייתה תביעת הטבות קיבוצית. בית המשפט העליון – בסרבו להכיר בעילת תביעה למיטיבים – דחה אף דרך הנמקה זו.<sup>274</sup>

בנבו, 15.9.1999). זו אף המגמה העולה מן הפסיקה האמריקאית בעניין; ראו פסקי דין International Brotherhood of Teamsters, *supra* note 244; Laborer Local 17 Health & Benefit Fund, *supra* note 244.

272 לעיל סעיף 1.

273 להוציא היתרון שיש לתובעים מוסדיים גדולים בניהולת התביעה על פני תובע בודד. תביעות רבות בגין נזקי עישון נכשלו בין היתר בשל היתרון הכלכלי העצום שיש לנתבעים על פני התובעים: Robert L. Rabin, *A Sociological History of the Tobacco Tort Litigation*, 44 (1992) STAN. L. REV. 853.

274 מכבי שירות בריאות, לעיל ה"ש 264, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. לשונם של חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי-גוף), התשכ"ד-1964 (להלן: "חוק הטבת נזקי-גוף") ושל סעיף 22 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, אינה שוללת אפשרות זו. קיים דמיון מסוים בין עילת תביעה בגין הטבה קיבוצית לבין תביעה של כל חולי סרטן הריאה קבוצה היכולה להוכיח את סך הנזק שנגרם לה, אך אינה יכולה להוכיח את הנזק שנגרם לכל אחד מיחידיה. לכאורה, אם כל חולי סרטן הריאה היו ממחים את עילות התביעה האינדיווידואליות האפשריות שלהם לגוף הקונה מהם את עילות התביעה, היה הגוף הנמחה זכאי לקבל מיצרני הסיגריות פיצויים בשיעור הנזקים שנגרמו לכל חולי סרטן הריאה. התוצאה הייתה שיצרני הסיגריות היו משלמים פיצויים בשיעור הנזקים שגרמו, ואילו חולי סרטן הריאה, בעת שהיו ממחים את עילות תביעותיהם האפשריות, היו מקבלים פיצוי על פי ההסתברות שלקו במחלה בגלל עישון. הבעיה היא שקיים מחסום חוקי מפני אימוץ פתרון זה – סעיף 22 לפקודת הנזיקין. אף אם היה אפשר להמחות את עילות התביעה הייתה מתעוררת השאלה אם הגוף הנמחה פטור מלהוכיח כל עילה ועילה שהומחתה לו בנפרד. לדעה כי ראוי לאפשר קיומו של שוק שבו ניזוקים פוטנציאליים ממחים עילות תביעה נזיקיות אף בטרם התגבשו ראו Robert Cooter, *Towards a Market in Unmatured Tort Claims*, 75 VA. L. REV. 383 (1989). לתוצאה דומה אפשר להגיע באמצעות הכלי המשפטי הפרודורלי של תובענה ייצוגית. למגבלותיה של התובענה הייצוגית בענייננו ראו סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416, 434 (1979); פורת, לעיל ה"ש 170, בעמ' 384-385; אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים לד 301 (2004); סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד 21 (2004); מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א 449 (2005). לאפשרויות בשימוש מנגנון התבענות ייצוגיות בתחום העוולות המוניות ראו גם George L. Priest, *Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, 26 J. LEGAL STUD. 521 (1997).

אם הייתה מוכרת עילת תביעה עצמאית של המיטיבים בגין הנזק הכלכלי שגרמו להם יצרני הסיגריות, היו עולות שאלות עובדתיות שיש בהן כדי להערים מכשולים קשים בפני תביעותיהם. ראשית, ייתכן שהמיטיבים קיבלו תשלום עבור השירותים הרפואיים שסיפקו. אם כך הדבר, תביעתם עלולה להידחות, ומכל מקום הסכום שקיבלו יקוזז מהוצאותיהם.<sup>275</sup> שנית, אפשר שהייתה עולה הטענה שגם אם המיטיבים השונים לא קיבלו תשלום, בסופו של דבר לא נגרם להם נזק כלכלי, מכיוון שאותם חולים שהגיעו אליהם עם מחלות שנגרמו מעישון – כגון סרטן הריאה – ונזקקו לשירותיהם, היו מגיעים אליהם במקום או במאוחר אף בלעדי מחלות אלה. העדר עישון מאריך כידוע את החיים, אך אינו מקנה בריאות עולם וחיי נצח.<sup>276</sup>

לעומת זאת אם הייתה מוכרת עילת תביעה קיבוצית בגין הטבות, אולי היו מכשולים אלו נעלמים. ראשית, קבלת תשלום בגין הטבה שניתנה אינה מונעת תביעה של המיטיב נגד המעוול, ועל כן בכך לבד לא היה כדי לחסום את התביעה הקיבוצית.<sup>277</sup> שנית, הטענה שהמיטיב היה צפוי להוציא כספים לטיפול בחולי העישון אף אלמלא חלו במחלות אלה לא הייתה כנראה טובה נגד מיטיב התובע בגין הטבות שנתן בפועל.<sup>278</sup> עם זאת עילת תביעה בגין הטבות, קיבוצית או לא קיבוצית, בשל היותה בסופו של דבר תביעת תחלוף, תיתקל

275 להנמקה ברוח זו לדחיית תביעה של מיטיבים בגין נזק כלכלי ראו International Brotherhood of Teamsters, *supra* note 244, at 823–4. בית המשפט מסביר שם, בין היתר, כי גופים המספקים ביטוחי בריאות ושירותי בריאות טובים פרמיות גבוהות ממעשנים, ואם יזכו בתביעותיהם נגד יצרני הסיגריות בגין נזקיהם הכלכליים, יפוצו פעמיים בגין אותו נזק.

276 להנמקה ברוח זו ראו International Brotherhood of Teamsters, *id.*

277 על פי סעיף 4 לחוק הטבת נזקי גוף, "לעניין חוק זה אין נפקא מינה אם המיטיב פעל לפי חובה שבדין או שבהסכם או שפעל בהתנדבות...". חובה מכוח הסכם מלווה ברגיל בתשלום של הניזוק למיטיב, ובכל זאת הנחתו של חוק הטבת נזקי גוף היא שלמיטיב עומדת עילת תביעה במקרה זה נגד המזיק. עם זאת תיתכן טענה שכאשר הניזוק שילם למיטיב עבור הטיפול הרפואי, הומחתה לו עילת התביעה של המיטיב, ולפיכך רק הוא זכאי לתבוע בגין הוצאות הטיפול. במקרים מסוימים אכן הכירו בתי המשפט בהמחאה מכללא של זכויות המיטיב לניזוק. ראו ע"א 370/79 פרפלוצ'יק נ' מוטס, פ"ד לד(3) 551 (1980); ד"נ 24/81 חונוביץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413 (1984); ע"א 92/83 שמש נ' בר דוד, פ"ד מ(1) 225 (1986).

278 נראה שהדבר עולה מלשונו של סעיף 2 לחוק הטבת נזקי גוף: "גרם אדם לזולתו נזק גוף, רשאי מי שהיטיב את הנזק להיפרע את הטבת הנזק מן המזיק עד כדי סכום שהמזיק היה חייב למוטב על פי כל דין בשל גרימת נזק הגוף אלמלא הוטב הנזק על ידי המיטיב". נראה שטענה כנגד מיטיב, שלפיה יש לקזז מסכום הפיצויים הוצאות שהיו נגרמות למיטיב בעתיד אף אלמלא מחלות העישון, תיתקל באותה התנגדות שבה תיתקל טענה של מזיק נגד ניזוק כי הפיצויים שבהם הוא חייב בגין ההוצאות הרפואיות שנגרמו לניזוק בטרם נפטר מהפגיעה צריכים להיות מופחתים, מכיוון שקיימת הסתברות גבוהה שגם אלמלא הפגיעה היה הניזוק מגיע ביום מן הימים לגיל בו היה נאלץ להוציא הוצאות של ריפוי וסיעוד.

בטענה כי בעת פסיקת הפיצויים על בית המשפט להתחשב באשם התורם של הניזוקים.<sup>279</sup> תביעה ישירה של המיטיבים מכוח עצמם (דהיינו שלא מכוח תביעת תחלוף) בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם יש בה כדי לעקוף מכשול זה.<sup>280</sup> אולם גם אילו הוכרה עילת תביעה בגין הטבה קיבוצית, אפשר היה להעריך בדרך סטטיסטית את מספר החולים שכלפיהם עומדת ליצרני הסיגריות הגנת אשם תורם, ולהפחית את הפיצויים שייפסקו למיטיבים. כאמור בראשית הדברים, בית המשפט העליון סגר בעניין מכבי שירות בריאות לכאורה את הדלת בפני תביעות של שירותי הבריאות, אם כניזוקים ואם כמיטיבים, ככל שתביעותיהם הן קיבוציות. לפחות ממבט ראשון הלכת מכבי שירות בריאות עומדת במתח מסוים עם הלכת מלול ועם מבחן ההטיה הנשנית שנקבע בה.<sup>281</sup> לכאורה, ייתכן שתביעות המיטיבים קיימו את מבחן ההטיה הנשנית, ואף שהלכת מלול עסקה בתביעות של ניזוקים ולא של מיטיבים, ההיגיון שבה חל גם על תביעות של מיטיבים. אך מתח זה ניתן ליישוב: מן הדיון בבקשה לדיון הנוסף,<sup>282</sup> כמו גם מפרשנות אפשרית של מכבי שירות בריאות,<sup>283</sup> עולה כי אחת מן הסיבות לכישלון התביעות הייתה העדר תשתית ראייתית מספקת. קשה אפוא לדעת כיצד היה נפסק עניין מכבי שירות בריאות אילו הייתה בנמצא תשתית ראייתית טובה יותר.

### 3. תביעות בגין נזקי עישון ושאלת התנהגותם של המזיק והניזוק

מרבית הכתיבה בתחום העוולות ההמוניות מתמקדת בשאלות של סיבתיות. ההנחה המובלעת היא שככל שהדבר נוגע לאופי ההתנהגות העוולתית הנדרשת לשם הטלת אחריות, דיני הנזיקין המסורתיים מספקים פתרונות הולמים. לפיכך התשובה לשאלה אם נתבע שגרם נזקים המוניים התנהג התנהגות עוולתית צריכה להיות חיובית אם הוא למשל

279 בעניין מכבי שירות בריאות, לעיל ה"ש 264, פסקות 46–47 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה, קבע בית המשפט שתביעת מיטיב נגד יצרן סיגריות בגין הטבה שנתן כפופה להגנת אשם תורם.

280 ראו על כך *International Brotherhood of Teamsters, supra note 244*. עם זאת יכולה לכאורה לעלות טענה כי מיטיבים מסוימים זכאים במקרים מסוימים לתבוע את המעשנים כמי שאחראים באשםם לנזק שנגרם למיטיבים. אם טענה זו תקפה, יוכלו יצרני הסיגריות ששילמו למיטיבים לחזור למעשנים שלא שילמו למיטיבים ולתבוע מהם דמי השתתפות כמעוולים האחראים לנזק יחד ולחוד. טענה זו אינה סבירה בעיניי, במיוחד כשהמיטיבים הם מבטחים, או מעין-מבטחים, של הניזוקים.

281 ראו לעיל פרק 3, סעיף 2.ד.

282 דנ"א שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 260.

283 עניין מכבי שירות בריאות, לעיל ה"ש 264, פסקה 5 לפסק הדין של השופטת חיות.

התרשל, יצר מוצר פגום, הפר חובה חקוקה או יצר מטרה. השאלה אם התנהגותו הייתה עוולתית נבחנת במנותק מההקשר המיוחד שבו מתבצעות העוולות ההמוניות, כאילו היה מזיק "רגיל" הפועל אל מול ניזוק יחיד או ניזוקים אחדים.

אמנם פה ושם נעשו ניסיונות ליתן משמעות להקשר המיוחד שבו המעוול ההמוני פועל בעת הגדרת ההתנהגות העוולתית הנדרשת לשם הטלת אחריות. למשל, בעבר בטרם הוכרה דוקטרינת האחריות לפי נתח שוק גילו בתי משפט בארצות הברית נכונות להכיר באפשרות שהתנהגות של יצרנים המרכיבים יחדיו תעשייה מסוימת תקים אחריות משפטית של כל יצרן ויצרן כלפי מי שניזוק מהמוצר כל עוד לא עולה בידו להוכיח שלא המוצר שלו הוא שגרם לנזק. לשם הטלת האחריות שימשה דוקטרינה משפטית שנקראה Enterprise Liability, וההנמקה להטלת האחריות על פיה הייתה שכל היצרנים הנתבעים דבקו בסטנדרטים לקויים של בטיחות שרווחו בתעשייה הרלוונטית ושיתפו פעולה בתכנון המוצר ובייצורו. על כן יש לראות ככולם מי שיצרו את הסיכון והיו בעלי יכולת פיקוח עליו.<sup>284</sup> אחד התנאים לתחולת הדוקטרינה היה שמספר היצרנים המרכיבים את התעשייה אינו רב, ומטעם זה נקבע כי אין לה תחולה במקרי ה-DES.<sup>285</sup> במובן מסוים דוקטרינת ה-Enterprise Liability מהווה מעין הרחבה של רעיון האחריות המשותפת של מעוולים שפעלו יחדיו; נראה שהיא באה להתגבר על בעיות של סיבתיות ולא להגדיר מחדש את ההתנהגות העוולתית שבגינה ראוי להטיל אחריות על מזיק המוני.

התביעות נגד יצרני הסיגריות מעוררות שאלות רבות, משפטיות ועובדתיות, הן בנוגע להתנהגות המזיק והן בנוגע להתנהגות הניזוקים. שאלות אלה נסבות בין היתר על האזהרות שניתנו, או שלא ניתנו, מפני סכנות העישון וההתמכרות, על הסתרת העובדות מפני הציבור במשך שנים רבות, על מסעי הפרסומת שניהלו יצרני הסיגריות כדי לעודד עישון, על השפעת הפרסומות על המעשנים, על אופן השימוש בחומרים ממכרים בעת ייצור הסיגריות, על הידע שרווח, או לא רווח, בציבור בעת שניזוקים החלו לעשן ועוד.

אין בכוונתי לעסוק כאן בשאלות אלה. בשורות הבאות אדון רק בשתי בעיות הנוגעות להתנהגותו של המזיק וכן בבעיה שלישית הנוגעת להתנהגות הניזוק. המשותף לשלושתן הוא שאופיו של התחום המשפטי שבמסגרתו הן נדונות – קרי: תחום העוולות ההמוניות – הוא שצריך לעצב את הפתרונות שיינתנו להן. הבעיה הראשונה נוגעת למידע באשר לעוולתיות של ההתנהגות שבה מדובר; הבעיה השנייה עניינה האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון העוולתי; הבעיה השלישית עוסקת באופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון העוולתי.

284 Hall v. E.I. Du Pont De Nemours & Co., Inc., 345 F. Supp. 353 (N.Y. 1972).  
285 Sindell, *supra* note 172, וכן הטקסט הנלווה לה"ש 175–180.

הדיון שלהלן הוא ראשוני בלבד, בבחינת ראשי פרקים לדיון מעמיק יותר שראוי שיתקיים בנושא חשוב זה.

### א. בעיות של מידע

התביעות נגד יצרני הסיגריות מעוררות שאלות עובדתיות שהתשובות להן דורשות מידע המצוי באופן טבעי בידי היצרנים. למשל, נשאלת השאלה אם יצרני הסיגריות ידעו על סיכוני העישון בתקופה שבה ידע זה לא היה נחלת הכלל, אם הם פעלו לשם הסתרת המידע מן הציבור או לשם סילופו, או אם הם נקטו טכניקות שהביאו לידי התמכרות הצרכנים לעישון. מתן מענה לשאלות אלה ודומות להן חיוני לשם הערכת התנהגותם של היצרנים כעולתית או כבלתי עולתית – בעיקר בנוגע לתקופה שבה טרם הזהירו במפורש את הציבור מפני סיכוני העישון.

על פי דיני הנזיקין המסורתיים, על התובע הנטל להוכיח את עילת תביעתו. לפיכך התובע הוא שצריך להוכיח שיצרני הסיגריות ידעו על סכנות העישון והסתירו אותן מהציבור, או שהם נקטו דרכים שונות להגברת ההתמכרות לעישון. מטבע הדברים יתקשה תובע יחיד לעמוד בנטל זה של הוכחה. המידע מצוי כולו בידי יצרני הסיגריות, וקיים חשש כבד שהם לא ימהרו לנדב אותו לתובעים. אמנם סדרי הדין מספקים כלים אחדים שייעודם לאפשר את גילוי המידע, כגון פרוצדורות של גילוי מסמכים ועיון בהם, אולם כשמדובר בהתרחשויות שאירעו לפני שנים רבות, וכשקיים פער עצום בין עצמתם הכלכלית של היצרנים-הנתבעים מצד אחד לבין זו של התובעים האינדיווידואליים מצד אחר, כמעט לא קיים סיכוי שתובע יחיד יצליח במלחמתו נגד יצרני הסיגריות.<sup>286</sup> תמריציהם של יצרני הסיגריות להסתיר מידע חזקים במיוחד – הרבה מעבר לתמריץ של נתבע מוסדי אחר המנהל תביעה נגד "האדם הקטן" – מכיוון שעל הכף עומדת לא הצלחת תביעתו של תובע בודד אלא הצלחת תביעותיהם של רבים, העלולה לעלות ליצרני הסיגריות מאות מיליארדי דולרים ואף למוטט אותם כלכלית. אכן, ההיסטוריה של התביעות בגין נזקי עישון היא הראיה הטובה ביותר שכך הוא הדבר: במשך שלושה עשורים ניסו תובעים את כוחם בהגשת תביעות נגד יצרני הסיגריות, וכולם נכשלו.<sup>287</sup>

אמצעי משפטי העשוי להקל את נטל ההוכחה של התובעים נגד יצרני הסיגריות הוא להשית על הנתבע את נטל הראיה שהתנהגותו לא הייתה עוללתית. העברת נטל הראיה תהא

286 ראו למשל Allgood, *supra* note 243, שם נכשלה התביעה, בין היתר בגלל אי-יכולתו של התובע להוכיח שפרסומיהם של יצרני הסיגריות גרמו לו לעשן. כן ראו *Insolia*, *supra* note 242, שם הדגיש בית המשפט את הקושי העצום לדעת מה היה המידע שהיה נחלת הכלל לפני יותר מ-50 שנה.

287 ראו Rabin, *supra* note 273.



מוצדקת במקרים שבהם מדובר במוצר של אור הידע הקיים בהווה ברור שהיה רצוי לייצרו ולפתחו מלכתחילה באופן שונה, או להזהיר מלכתחילה מפני סיכונים. אם יאומץ אמצעי משפטי זה, יהא על יצרני הסיגריות להוכיח שבשלבם השונים של ייצור הסיגריות ושיווקן הם לא התנהגו התנהגות עוולתית כלשהי. אם לא יעשו כן יונח כי התנהגותם הייתה עוולתית, ותוטל עליהם אחריות משפטית לנזקי העישון.<sup>288</sup>

אפשר להשתית את העברת נטל הראיה על חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם—1980, או למצער ללמוד מחוק זה אנלוגיה לענייננו. על פי חוק האחריות למוצרים פגומים, אם מוצר הוא פגום בדגם (או בתכנון) על פי הידע הטכנולוגי הקיים בהווה, עובר הנטל ליצרן הנתבע להוכיח שבעת שיצא המוצר משליטתו לא היה יכול, לאור הידע הטכנולוגי שהיה קיים באותה עת, לדעת שהמוצר אינו עומד ברמת בטיחות סבירה.<sup>289</sup> סיגריה, כפי שהיא מיוצרת היום, אינה מוצר פגום כמשמעותו בחוק האחריות למוצרים פגומים,<sup>290</sup> אך אם תביעתו של מעשן נסמכת על הטענה כי התמכר לעישון לפני שנים רבות, בטרם הוזהר הציבור מפני סיכוני העישון, אפשר לסבור כי הסיגריות שיוצרו אז, בלא כל אזהרות, הן מוצר פגום לפי הידע הקיים היום. מכאן, שעל היצרן הנטל להוכיח שעל פי הידע שהיה קיים בזמנים הרלוונטיים לתביעה הוא לא היה יכול לדעת שהסיגריות אינן עומדות ברמת הבטיחות הסבירה.<sup>291</sup> זאת יעשה אם יראה למשל שבעת שיצר את הסיגריות (שאו התובע התמכר להן), לא ידע – ולא היה יכול לדעת – על סיכוני העישון או על סיכוני ההתמכרות, ולחלופין אם יראה שבאותה עת סיכוני העישון וההתמכרות היו ידועים לכול ועל כן כל

288 כלל הדבר מעיד על עצמו אינו חל בענייננו, מכיוון שכדי שיחול צריך בית המשפט להשתכנע שהסיבות שהנתבע התרשל גבוהה מזו שלא התרשל. את זאת יתקשה התובע להוכיח. קיים אף ספק אם מתמלאים שני התנאים האחרים לתחולתו של הכלל. ראו לעיל חלק ב, פרק 8, סעיף 1. דוקטרינת הנזק הראייתי אף היא אינה חלה, מכיוון שכדי שתחול חייב התובע להוכיח התנהגות עוולתית של הנתבע ביצירתו של הנזק הראייתי. לעיל חלק ב, פרק 9, סעיף 2.א. בנסיבות הנדונות יקשה עליו להוכיח זאת.

289 סעיף 4(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם—1980.  
290 הטעם לכך הוא כדלקמן: אם בוחנים את הסיגריה היום, הרי כשלעצמה אין בה ליקוי: רבים יגידו שלמרות סיכוניה הנאתם ממנה גדולה דייה כדי להצדיק את הסתכנותם. כך גם באשר לאזהרות מפניה: נכון להיום ניתנות כנראה די אזהרות מפני סיכוני העישון, ואף ניתן להניח שהכול מודעים להם. לפיכך אני אף סבור שלא ניתן לתבוע יצרן סיגריות בגין נזק שנגרם למעשן "חדש", שבעת שהחל לעשן ידע בדיוק מה הוא מעשן ובאילו סיכונים הוא מסתכן. גישה זו עולה בקנה אחד עם עמדת בתי המשפט האמריקאיים שדנו בעניין. ראו *Insolia, supra*, note 242; *Smith, supra* note 248. ראו גם את *Kirksey, supra* note 243, שם קבע השופט פוזנר כי היותו של מוצר ממכר אינו הופך אותו למוצר פגום כל עוד תכונה זו לא הוסתרה מהצרכנים.

291 לפי סעיף 3(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים, העדר אזהרה מתאימה הופך את המוצר לפגום כמשמעותו בחוק.

אזהרה הייתה מיותרת. באותו אופן, אם התובע יוכיח למשל שרמת הניקוטין בסיגריות שצרך בתקופה שבה התמכר לעישון הייתה גבוהה מהנהוג היום, יידרש היצרן להוכיח שבעת הייצור לא היה יכול לדעת שרמת הניקוטין משפיעה על הסיכון למעשן, או שהייתה לו סיבה טובה אחרת לייצר את הסיגריה באופן שבו אכן ייצרה.<sup>292</sup> אמנם קיים ספק אם חוק האחריות למוצרים פגומים חל על מוצרים שיוצרו שנים רבות לפני שחוק זה נכנס לתוקף,<sup>293</sup> אך אפשר לפרשו כברת-חולה על נזקים שנגרמו לאחר שנכנס לתוקפו גם אם המוצר יוצר קודם לכן. גם תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק קצרה יחסית, והחוק שולל אפשרות להגיש תובענה לאחר חלוף "עשר שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן".<sup>294</sup> אולם גם בהנחה שחוק האחריות למוצרים פגומים אינו חל על סיגריות שיוצרו בעבר הרחוק, אפשר להקיש ממנו לענייננו, שכן הרציונל שבהעברת נטל הראיה בסוג המקרים הנדון כאן בעינו עומד.<sup>295</sup>

### ב. האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון

השאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה עוולתית אם לאו נבחנת על פי דיני הניזקין המסורתיים באופן אינדיווידואלי. כך, כאשר עולה השאלה אם המזיק התרשל, ייבחנו אמצעי הזהירות שהיה יכול לנקוט לשם הפחתת הסיכונים מפעילותו אל מול הסיכונים שהיו נמנעים אילו נקט את אמצעי הזהירות האמורים. על כן אם יצרן סיגריות היה יכול להפחית את הסיכון מהסיגריות בשיעור של 100, ולשם כך היה עליו לנקוט אמצעי זהירות שעלותם 50 והוא לא עשה כן, יוסק כי התרשל. לעומת זאת אם נדרשו ממנו אמצעי זהירות שעלותם 150 והוא לא עשה כן, יוסק שלא התרשל. על פי התפיסה הכלכלית של דיני הרשלנות, במקרה הראשון תוטל עליו אחריות נזיקית, ואילו במקרה השני הוא יהיה פטור ממנה. נקל

292 להצעה להטיל אחריות על יצרנים של חומרים מסוכנים משום שלא סיפקו מידע לציבור על סיכונים המוצר, אלא אם יוכיחו כי נזקי התובע, כולם או חלקם, לא נגרמו מן המוצר שיצרו, ראו Margaret A. Berger, *Eliminating General Causation: Notes towards a New Theory of Justice and Toxic Torts*, 97 COLUM. L. REV. 2117 (1997).

293 ראו ע"א 241/89 ישראלפט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי, פ"ד מט(1) 45, 66–75 (1995).

294 סעיף 6(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

295 במקרים מסוימים הטילו בתי משפט בארצות הברית אחריות נזיקית על יצרן של מוצר שלפי הידע הקיים בהווה נחשב לפגום בתכנון, מבלי שהוא הורשה לטעון להגנתו שבעת שייצר את המוצר אי אפשר היה לדעת את מידת הסיכון הטמונה בו. לא במקרה הוחלה גישה זו על מעוול המוני, יצרן של מוצרי אסבסט; ראו Beshada v. Johns-Manville Products Corp., 447 A.2d 539 (N.J. 1982). עם זאת אפשר לטעון שאין למהר בלימוד היקש מחוק הקובע אחריות מוגברת – כחוק האחריות למוצרים פגומים – לדיני הרשלנות, שהם הבסיס לתביעות נגד יצרני הסיגריות.

לראות שהטלת האחריות תמריץ אותו מלכתחילה למנוע נזקים כאשר יעיל כלכלית לעשות כן, ולא למנעם כאשר מניעה אינה כדאית מבחינה כלכלית. בדרך זו יוצרים דיני הרשלנות, מבחינת יצרן זה, הרתעה יעילה.<sup>296</sup>

נניח עתה שפועלים בשוק חמישה יצרני סיגריות. במאמץ משותף, שעלותו 10 לכל אחד מהם, יש ביכולתם למנוע נזקי עישון של 100. מבחינה כלכלית היה רצוי שימנעו את הנזק וישקיעו יחדיו 50 במניעה של 100. עם זאת לכל אחד בנפרד המניעה אינה אפשרית או שעלותה גבוהה מאוד, למשל: 150. שיתוף פעולה הוא אפוא קו הפעולה היעיל, שבחירה בו תביא למניעה אופטימלית של נזקי עישון. כלל משפטי של רשלנות, כדרך יישומו בדיני הנזיקין הנוהגים, עלול להביא לשחרורם מאחריות של יצרני הסיגריות שלא שיתפו פעולה, מכיוון שהתנהגותם של כל יצרן ויצרן תיבחן בנפרד. מלכתחילה לא יהיה ליצרנים תמריץ כלשהו לשותף פעולה, ועל כן לא תתבצע כל מניעה של נזקים. ההרתעה תהיה הרתעת חסר. מודעות של בית המשפט לאופי הקיבוצי של הסיכון יכולה להביאו להתאים את דיני הרשלנות לתביעות בגין נזקים המוניים, הנוצרים על ידי כמה מעוולים. לפיכך, אם שיתוף פעולה היה קו הפעולה היעיל והוא לא ננקט, יטיל בית המשפט אחריות על כל חמשת היצרנים בגין נזקי העישון, ואלה יחולקו ביניהם, למשל שווה בשווה (בהנחה שיש להם נתחי שוק זהים, והסיכון בסיגריות שהם מייצרים זהה אצל כולם). איום האחריות המשפטית יתמרץ אותם לנסות ולשותף פעולה. אמנם אפשר ששיתוף הפעולה ייכשל גם אם יתקיים איום האחריות המשפטית, בשל בעיות של טפילות (freeriding) ועלויות עסקה אחרות, אך הסיכוי שיושג בסופו של דבר שיתוף פעולה בין היצרנים לשם מניעת נזקים יגדל בלא כל ספק.<sup>297</sup>

את הדברים שנאמרו עד כה אפשר לתרגם להמלצה ברורה: אין לקבל טענה של יצרן אחד שפעל בשוק כי לא היה יכול לעשות דבר לבדו ועל כן אין בו אשם. טענה כזו יכולה להישמע רק מפיו של מזיק "רגיל", אך לא מפיו של מזיק המוני, שעם מזיקים אחרים שפעלו בשוק גרם נזקים כבדים. רק אם ישתכנע בית המשפט שאף בהתקיים שיתוף פעולה לא היה אפשר למנוע באופן סביר את הנזק, יהיה ראוי לפטור את המזיק מאחריות נזיקית בגין רשלנות.<sup>298</sup>

296 זוהי נוסחת הרשלנות הכלכלית. ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 2.  
297 ראו עוד על בעיות של שיתוף פעולה בסוג זה של מקרים, לעיל פרק 4, סעיף 1.ג. קושי אפשרי בטיעון זה הוא שדיני ההגבלים העסקיים עלולים לאסור שיתוף פעולה מהסוג שעל פי טענתי ראוי לעודד.

298 שאלה אחרת היא אם מוצדק להטיל אחריות מלאה על כל יצרן, אף כלפי כאלה שניזוקו לא מהמוצר שלו. מתן תשובה חיובית לשאלה זו יביא להטלת עומס פיצויים כבד מאוד על היצרן היחיד, במיוחד כשיש לו קושי לחזור אל היצרנים האחרים. לפיכך הייתי מציע להטיל על כל יצרן במקרה כזה אחריות נזיקית לפי נתח שוק ובהתחשב בסיכון בסוג הסיגריות שיצר, אך לא מעבר לכך. ראו לעיל סעיף 1.

### ג. האופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון

לא רק יצירת הסיכון העוולתי נושאת לעתים אופי קיבוצי אלא אף ההיחשפות לו. כפי שיש להביא בחשבון את האופי הקיבוצי של יצירת הסיכון כך יש להביא בחשבון את האופי הקיבוצי של ההיחשפות לו. אם נשקיף על תביעה נגד יצרני סיגריות כתביעה נזיקית "רגילה", יש לטענת אשם תורם של הנתבעים סיכוי טוב להצליח במקרים רבים.<sup>299</sup> השאלה שישאל בית המשפט במקרים אלה תהיה אם אדם סביר היה מתחיל לעשן סיגריות כשהוא יודע על אופיין הממכר ועל הסיכון הרב שהעישון טומן בחובו לבריאותם של בני אדם. האשם התורם, ממש כמו ההתנהגות העוולתית המקורית, נבחן על פי דיני הנזיקין המסורתיים באופן אינדיווידואלי. על כן ייתכן מאוד שלא אחת התשובה שתינתן לשאלת האשם התורם תהיה כי אכן דבק במעשן-התובע אשם תורם.

בית המשפט אף עלול לדחות את התביעה במלואה בשל מודעותו של המעשן לסיכונים העישון בעת שהחל לעשן, מכיוון שמודעות כזו עלולה לשלול לכאורה את העוולתיות בהתנהגותו של הנתבע או את הקשר הסיבתי בין עוולתיות זו לבין הנזק. כך, אם התובע טוען שהחל לעשן בשל הסתמכותו על פרסומות של יצרני הסיגריות שעודדו עישון, תביעתו עלולה להידחות אם יתברר שהוא היה מודע לסיכונים העישון על אף הפרסומות המטעות. זאת מכיוון שייטען נגדו כי בנסיבות אלה לא בוצעה כלפיו כל עוולה או כי אין קשר סיבתי בינה לבין נזקיו.<sup>300</sup>

מודעות של בית המשפט לאופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון עשויה להניב תוצאה שונה. לכן, על בית משפט הדין בשאלת האשם התורם לשאול את עצמו כיצד השפיעה נורמת העישון בחברה על המעשן-התובע, וחשוב מכך – כיצד נוצרה נורמה זו ומי תרם להיווצרותה. אם יתברר שיצרני הסיגריות תרמו בדרך בלתי ראויה להיווצרותה של הנורמה החברתית, וכי התובע הושפע ממנה, בית משפט המייחס חשיבות לאופי הקיבוצי של ההיחשפות לסיכון, כמו גם ליצירתו, עשוי לדחות את טענת האשם התורם.<sup>301</sup>

299 לא כן להגנת ההסתכנות מרצון, שעל פי הפרשנות שניתנה לה בפסיקה בארץ כמעט אין לה תחולה. ראו למשל ע"א 897/75 ווסטצ'סטר פייר אינשורנס קומפני נ' קורן, פ"ד לא(1) 660 (1976); ע"א 753/75 בלגה נ' עזבון טפט, פ"ד לב(1) 757 (1978).

300 בחי משפט רבים בארצות הברית שדנו בתביעות נגד יצרני סיגריות ראו בשאלה אם הידע על סיכונים העישון היה נחלת הכלל בעת שהתובע החל לעשן קריטית עד כדי הכרעת גורל התביעה. ראו: Glassner, *supra* note 243; Allgood, *supra* note 242; Insolia, *supra* note 242; Tompkin, *supra* note 242; Sanchez, *supra* note 243.

301 רציונל דומה יש לסעיף 66 לפקודת הנזיקין, שלפיו "מקום שגם התובע וגם הנתבע גרמו לנזק באשם, אלא שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע, רשאי בית המשפט להגדיל את הפיצויים שהנתבע היה חייב לשלם, אילולא הוראות סעיף 64, ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו".

## שקלול טענות

1. שקלול עובדתי. 2. שקלול נורמטיבי ושקלול מעורב. 3. שקלול בין-אישי.
4. שקלול טענות בתחומי משפט אחרים. 5. בעד ונגד שקלול טענות; א. שקלול עובדתי; ב. שקלול נורמטיבי; ג. שקלול בין-אישי; ד. סיכום.

נניח שחבר מזמין אותך בהתראה קצרה לארוחת ערב. אתה קצת עייף, אך זו אינה סיבה מספקת לדחות את ההזמנה. בנוסף, יש לך עבודה מסוימת להכין למחר בבוקר, אך אף זו אינה סיבה חזקה דייה כדי לוותר על ההזמנה. לבסוף אתה מעדיף לבלות את הערב בחיק משפחתך, אך גם סיבה זו כשלעצמה אינה די חזקה בעמדה לבדה. עם זאת כל שלוש הסיבות במצטבר משכנעות אותך לדחות את ההזמנה. למרות זאת נראה שתבחר סיבה אחת מהשלוש, תפריז מעט בערכה, ותנמק בה את אי-יכולתך לקבל את ההזמנה.

נניח עתה שחברך מזמין אותך לארוחת ערב בעוד שבוע. אתה מעריך שקיימת הסתברות נמוכה שבעוד שבוע תהיה עייף מאוד, הסתברות נמוכה שתהיה לך עבודה רבה והסתברות נמוכה שיהיה לך חשוב במיוחד לבלות את הערב בחיק משפחתך. אתה מבין שאף שהסתברות התממשותן של כל אחת מן הסיבות נמוכה, ההסתברות שלפחות אחת מהן תתממש היא גבוהה, ולכן אתה מחליט לדחות את ההזמנה. אלא שאף כאן יש להניח שלא תנמק בפני חברך את דחיית ההזמנה בכך שקיימת הסתברות נמוכה שתהיה עייף מאוד, הסתברות נמוכה שתהיה לך עבודה רבה והסתברות נמוכה שיהיה לך חשוב במיוחד לבלות את הערב בחיק משפחתך, אלא במקום זאת תבחר סיבה אחת מהשלוש ותנמק בה את דחיית ההזמנה.

בשתי הדוגמות אדם משקלל סיבות ומקבל החלטה לפי המצבור ולא לפי כל סיבה בנפרד. שאלות דומות של שקלול עולות אף במשפט, אך המשפט אינו עקבי באופן שהוא עוסק בהן. כללית, נדמה שבמקרים רבים המשפט נמנע משקלול טענות באופן בלתי מוצדק. טענה זו היא כללית למשפט, ועסקתי בה בהרחבה במקום אחר, במשותף עם אריק פוזנר.<sup>302</sup> כאן אתמקד בשקלול טענות בדיני הנזיקין בלבד (אם כי אומר מילים אחדות בסוף

302 Ariel Porat & Eric Posner, *Aggregation and Law*, 122 YALE L.J. 2 (2012).

הפרק על שקלול טענות אף בתחומי משפט אחרים). ארון בשלושה סוגים של שקלולים: עובדתי, נורמטיבי וביין-אישי.<sup>303</sup>

## 1. שקלול עובדתי

לעתים התובע מבקש להוכיח את רשלנותו של הנתבע תוך שהוא מבקש לבסס את טענתו על עובדות מסוימות, ואף שאי אפשר לדעת איזו מהן משקפת את המציאות, די במצבור שלהן לשם הוכחת הרשלנות. כך למשל אם נהג גורם נזק רכוש בתאונת דרכים, גם אם אין לדעת אם הדבר קרה משום שהסיט את מבטו מן הכביש, שלא הגיב מהר מספיק בעת שהבחין בסכנה, או שסובב בטעות את ההגה לכיוון הלא נכון – תוטל עליו אחריות בגין רשלנות לנזקים שגרם. שקלול עובדתי בתוך טענה אינו מעורר אפוא קושי מיוחד בעיני בתי המשפט.<sup>304</sup>

אלא שבתי משפט אינם עוסקים בדרך כלל בשקלול עובדתי של טענות שונות אלא דנים בהן בנפרד לחלוטין. הדוגמה הבאה תמחיש את הדברים.

דוגמה 1. הפרת חובה חקוקה ורשלנות. בעת נהיגה ברכב פוגע הנתבע בתובע וגורם לו נזק רכוש. התובע טוען שהנתבע נהג במהירות העולה על זו המותרת בחוק, ובכך הפר חובה חקוקה, וכן כי התרשל בכך שבלם את הרכב לאט מדי. הסתברות הטענה הראשונה (הפרת חובה חקוקה) היא 40%, והסתברות הטענה השנייה (רשלנות) גם היא 40%. האם על בית המשפט לקבל את התביעה?<sup>305</sup>

303 שקלול טענות כמעט לא נדון בספרות המשפטית. חריג אחד הוא *Saul Levmore, Conjunction and Aggregation*, 99 MICH. L. REV. 723 (2001). לבמור דן בשקלול טענות בדיני נזיקין בלבד, ובאופן ספציפי במה שפוזנר ואני כינינו שקלול עובדתי בין יסודות עילת התביעה. ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 331–332. אלון הראל ואני דנו בשקלול טענות עובדתי במשפט הפלילי: Alon Harel & Ariel Porat, *Aggregating Probabilities Across Cases: Criminal Responsibility for Unspecified Offenses*, 94 MINN. L. REV. 261 (2009). במאמר נוסף נדונה האפשרות של שקלול טענות עובדתי מחוץ להקשר המשפטי: Frederick Schauer & Richard Zeckhauser, *On the Degree of Confidence for Adverse Decisions*, 25 J. LEGAL STUD. 27, 41–51 (1996). להתנגדות לשקלול טענות עובדתי, אשר הוצע על ידי אריק פוזנר ועל ידי, ראו Kevin M. Clermont, *Aggregation of Probabilities and Illogic*, 47 GA. L. REV. 165 (2012).

304 DOBBS, *supra* note 101, at 370 (§ 154).

305 למקרים שבהם ביסס התובע את תביעתו באופן חלופי על עוולת הרשלנות ועל עוולת הפרת חובה חקוקה, ושתי התביעות נדחו, שעה ששקלול טענות היה עשוי להביא לתוצאה שונה,

בהעדר שקלול טענות התביעה תידחה, שכן התובע נכשל להוכיח את טענותיו לפי עודף הסתברויות: הסתברותה של כל אחת מהן היא 40% בלבד. בהנחה שאין תלות בין הטענות,<sup>306</sup> שקלולן יביא לתוצאה שונה: ההסתברות שהנתבע פגע בתובע בהתנהגות עוולתית, אם ברשלנות ואם תוך הפרת חובה חקוקה, היא 307.64%<sup>307</sup> הימנעות משקלול טענות בדוגמה 1 תביא לכך שאף שההסתברות שהנתבע גרם בעוולה לנזקיו של התובע גבוהה מ-50%, תביעתו תידחה. תוצאה זו – לפחות לכאורה – אינה מוצדקת הן מנקודת מבט הרתעתית והן מנקודת מבט של צדק מתקן.

שתי הדוגמות הבאות ממחישות שקלול עובדתי של טענות המתייחסות לאירועים שונים.

דוגמה 2. פגיעה בבית חולים. שני אירועים. נזק אחד. התובע מגיע לחדר מיון עם מיחוישים בחזה. הוא נשלח הביתה על ידי הרופא, ולאחר ימים מספר חוזר לבית החולים עם התקף לב. הוא מטופל במחלקה הקרדיולוגית באותו בית החולים על ידי רופא אחר, אך אינו מחלים באופן מלא. הוא תובע את בית החולים כמי שאחראי שילוחית לרופאים, בטענה שרשלנותו של כל אחד מהם היא גורם-בלעדיו-אין לאי-החלמתו. הסתברותה של כל אחת מן הטענות היא 40%. האם על בית המשפט לקבל את התביעה?<sup>308</sup>

אם בית המשפט יבחן כל טענה בנפרד, התביעה תידחה. אם לעומת זאת שתי הטענות ישוקללו, התביעה תתקבל, שכן בהנחה שאין תלות בין התנהגויות הרופאים<sup>309</sup> ההסתברות

ראו ע"א 3464/05 פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.7.2006); ע"א 1661/09 שינברגר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקוה (פורסם בנבו, 27.10.2011).  
 306 אין תלות בין שתי טענות אם ההסתברות לאמתותה של כל אחת מן הטענות היא עצמאית. הסתברות זו עצמאית אם אמתותה של טענה אחת אינה משפיעה על ההסתברות לאמתותה של הטענה האחרת. כל עוד שתי הטענות אינן תלויות זו בזו באופן מלא, שקלול טענות הוא אפשרי. ראו ביתר הרחבה, להלן בסוף סעיף זה.

307 ההסתברות שהטענה הראשונה אינה נכונה היא 60%, וההסתברות שהטענה השנייה אינה נכונה היא 60%. לכן ההסתברות ששתי הטענות גם יחד אינן נכונות היא:  $60\% \times 60\% = 36\%$ . מכאן שההסתברות שלפחות טענה אחת מן השתיים נכונה היא  $100\% - 36\% = 64\%$ .

308 ראו ע"א 10344/05 אבו שארב נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 18.1.2009). באותו מקרה נולד תינוק עם שיתוק מוחין. אמו של התינוק אושפזה פעמיים בטרם הלידה. התינוק והוריו תבעו את משרד הבריאות בטענה שהרופאים שמשרד הבריאות אחראי להם שילוחית התרשלו בשני האשפוזים, וכך גרמו לנזק. התביעה נדחתה בין היתר מכיוון שלא הוכחה התרשלות של הרופאים אשר גרמה לנזק. ייתכן ששקלול טענות היה מביא לתוצאה שונה.

309 לעיל ה"ש 306. ראו ביתר הרחבה, להלן בסוף סעיף זה.

שלפחות אחד מן הרופאים גרם ברשלנותו לנזק היא 64%.<sup>310</sup> בדומה לדוגמה 1 אף בדוגמה 2 דחיית התביעה תביא לכך שאף שההסתברות שבית החולים אחראי לנזק גבוהה מ־50%, התביעה תידחה. בתי המשפט אינם מבצעים כנראה שקלול טענות במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 2 אם כי קיימת אי־בהירות באשר לכך. על פי כמה פסקי דין שנפסקו באנגליה ובארצות הברית, אם ניזוק חולה ומוכח שהנזק נגרם בגלל רשלנותו של עובד בית החולים שזהותו אינה ידועה, תוטל אחריות שילוחית על בית החולים.<sup>311</sup> תוצאה דומה אפשר שתושג בארצות הברית במקרים דומים (אך לא זהים) לדוגמה שלנו, על פי דוקטרינת האחריות החלופית. על פי דוקטרינת האחריות החלופית, אם שני נתבעים יוצרים סיכון רשלני כלפי התובע, אחד מהם גורם לנזק, אך אי אפשר לדעת מי מן השניים, נטל ההוכחה עובר אל הנתבעים להראות שלא התרשלו, ואם לא יצליחו לעמוד בנטל זה, תוטל עליהם אחריות יחד ולחוד לנזקיו של התובע.<sup>312</sup> למשל, שני ציידים שירו בו זמנית ברשלנות לכיוון התובע שנפגע בעינו נמצאו אחראים יחד ולחוד לנזק אף על פי שאי אפשר היה לדעת מי מהם גרם לו.<sup>313</sup> דוקטרינת האחריות החלופית עשויה לחול על דוגמה 2, באותם מקרים שבהם אי־הוודאות אינה נוגעת לרשלנותם של הרופאים אלא לקשר הסיבתי בין רשלנות זו לבין הנזק שנגרם. למשל, אם בדוגמה 2 הוכחה רשלנותו של כל אחד מן הרופאים, אך הסתברות הקשר הסיבתי היא 40% בלבד, יכול שדוקטרינת האחריות החלופית תאפשר הטלת אחריות על בית החולים. למעשה, דוקטרינה זו, אם תחול, תאפשר להטיל אחריות יחד ולחוד אף על שני הרופאים באופן אישי. עם זאת יש לומר שדוקטרינת האחריות החלופית הוחלה בעבר בבתי משפט בארצות הברית כמעט רק במקרים של יצירת סיכון בר־זמנית על ידי שני הנתבעים, ולא במקרים שבהם הסיכונים נוצרו בזמנים שונים, כבדוגמה שלנו.<sup>314</sup>

בדוגמה הבאה ברור למדי שבתי המשפט לא ישקללו טענות.

**דוגמה 3. פגיעה בבית חולים. שני אירועים. שני נזקים. כמו דוגמה 2, רק שכל אחת מן ההתנהגויות גרמה, לפי הנתען, לנזק נפרד: רשלנות הרופא**

- 310 ראו ההסבר לעיל ה"ש 307.
- 311 לפסיקה אנגלית, ראו לעיל ה"ש 173. לפסיקה אמריקאית ראו למשל *Fieux v. Cardiovascular & Thoracic Clinic, P.C.*, 978 P.2d 429 (Or. 1999).
- 312 לדיון בדוקטרינה זו ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 185–183.
- 313 Summers, *supra* note 171, ודיון לעיל פרק 4, סעיף 1.
- 314 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 28(b), cmt. k (2010). עם זאת עורכי הריסטייטמנט מביאים כמה אסמכתאות לתמיכה בדעה שהבר־זמניות של יצירת הסיכונים על ידי הנתבעים אינה תנאי הכרחי לתחולתה של דוקטרינת האחריות החלופית.



בחדר המיון גרמה לתובע נמק ברגל, ורשלנות הרופא במחלקה הקרדיולוגית גרמה לתובע נזק ללב. ההסתברות של כל אחת משתי הטענות היא 40%. האם על בית המשפט לקבל אילו מן הטענות?

אף בדוגמה 3, אם כל טענה תיבחן לבד היא תידחה, שכן ההסתברות שכל אחד משני הנזקים של התובע נגרם מרשלנות של אחד מן הרופאים נמוכה מ-50%. עם זאת שקלול הטענות (בהנחה של העדר תלות ביניהן<sup>315</sup>) מלמד שההסתברות שלפחות אחת מן הטענות תקפה היא 64.64%<sup>316</sup>

באנלוגיה מן הפסיקה האנגלו-אמריקאית המטילה אחריות שילוחית על בית החולים כאשר זהות עובד בית החולים אשר גרם לנזק אינה ידועה, ומדוקטרינת האחריות החלופית, אפשר לטעון שלפחות אם הוכחה רשלנותם של שני הרופאים, ולכן אי-הוודאות נוגעת לקשר הסיבתי בלבד, יש להטיל אחריות על בית החולים. עם זאת לא ידוע לי על מקרה שבו אכן שוקללו טענות במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 3. שקלול כזה לכאורה עשוי להיות מוצדק, שכן ההסתברות שבית החולים אחראי לפחות לאחד מאירועי הנזק גבוהה מ-50%. אם שקלול טענות ייעשה בדוגמה 3, תעלה השאלה מה צריך להיות שיעור הפיצוי, בהנחה שהנזקים השונים שנגרמו לתובע אינם זהים. כמינימום, ראוי שהתובע יפוצה בגין הנזק החמור פחות מבין השניים.<sup>317</sup>

עד כאן עשוי להיווצר הרושם ששקלול טענות מביא להטלת אחריות במקרים רבים יותר מאשר אי-שקלול. כך אכן המצב במקרים המיוצגים על ידי דוגמות 1 ו-2, אך לא במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 3. נניח למשל שבדוגמה 3 הסתברות כל אחת משתי הטענות נגד הרופאים היא 60%. בלעדי שקלול יהיה בית החולים אחראי כלפי התובע בגין שני הנזקים שנגרמו לו. עם שקלול תהיה אחריות בית החולים בגין אחד מן הנזקים בלבד, שכן ההסתברות ששני הנזקים נגרמו מרשלנות של רופא היא 36% בלבד.<sup>318</sup> מכאן אף עולה כי במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 3, שקלול הטענות לא בהכרח ישנה את תוחלת האחריות של בית החולים, וממילא לא ישפר את תמריצי ההתנהגות שלו. כדי להבין מדוע, נניח כי

315 לעיל ה"ש 306. ראו ביתר הרחבה, להלן בסוף סעיף זה.

316 ראו ההסבר לעיל ה"ש 307.

317 נאמנות לכלל עורף ההסתברויות מחייב כנראה שהפיצוי אכן יהיה הנמוך שבשניים. ראו Alon Cohen, *Implementing Aggregation in Law: The Median Outcome Rule*, 122 YALE L.J. ON LINE 359 (2013). אפשרות נוספת היא לפסוק לתובע פיצוי הסתברותי. גם שיטה משפטית שאינה מכירה עקרונית בפיצוי הסתברותי עשויה להכיר בו כאשר ההסתברות שנוק כלשהו נגרם לתובע מרשלנות הנתבע גבוהה מ-50%, כמו במקרה שבדוגמה 3. על פיצוי הסתברותי כחלופה לשקלול טענות ראו להלן הטקסט הנלווה לה"ש 325–328.

318  $60\% \times 60\% = 36\%$

בית החולים צופה שיכולים להיגרם שני נזקים של 100, וכי ההסתברות לאחר מעשה שכל אחד מן הנזקים נגרמו מרשלנות הרופא תהיה 40%, או 60% בהסתברויות זהות. בלעדי שקלול תהיה תוחלת אחריותו של בית החולים כאשר החולה תובע בגין נזקיו 100: 50% שההסתברויות יהיו 40%, ואז בית החולים לא ישלם כלום, <sup>319</sup> ו-50% שההסתברויות יהיו 60%, שאז בית החולים ישלם 200. <sup>320</sup> אך גם עם שקלול תהיה תוחלת האחריות של בית החולים 100: 50% שההסתברויות יהיו 40%, ואז בית החולים ישלם 100, <sup>321</sup> ו-50% שההסתברויות יהיו 60%, וגם אז בית החולים ישלם 100. <sup>322</sup>

שקלול יהיה חשוב במיוחד לשם שיפור ההרתעה של מזיקים כאשר המזיק יודע מראש שההסתברויות הטיפוסיות יהיו נמוכות מ-50%. במקרה הקיצוני, שבו ההסתברויות הן תמיד נמוכות מ-50%, בלעדי שקלול לעולם לא ישלם המזיק פיצוי ותיווצר הרתעת חסר, ואילו עם שקלול הוא ישלם פיצוי מדי פעם וההרתעה תשופר. לעומת זאת במקרה ההפוך, שבו ההסתברויות הטיפוסיות גבוהות מ-50%, בלעדי שקלול ישלם המזיק פיצוי הגבוה מן הנזקים שגרם ועלולה להיווצר הרתעת יתר, <sup>323</sup> ואילו עם שקלול הוא ישלם פיצוי הקרוב יותר לנזקים שגרם והרתעתו תשופר. <sup>324</sup>

שקלול טענות עובדתיות יהיה לכאורה מיותר בכלל הדוגמות שנדונו עד כה, לו הייתה שיטת המשפט מחילה באופן רחב כלל של אחריות הסתברותית. <sup>325</sup> בדוגמה 3 למשל אחריות הסתברותית הייתה מביאה לכך שבגין כל נזק היה בית החולים משלם 40% ממנו. אחריות הסתברותית פועלת לכאורה בצורה שיטתית יותר משקלול טענות, מכיוון שהיא פועלת על כל טענה בנפרד בלא תלות בשאלה אם היא ניתנת לשקלול עם טענות נוספות אם לאו. אלא שאחריות הסתברותית במשפט מוחלת – כאשר היא מוחלת – רק כשאי-הוודאות נוגעת

319 שכן ההסתברות של כל אחת מן הטענות אינה עוברת את הסף של 50%.

320 שכן ההסתברות של כל אחת מן הטענות עוברת את הסף של 50%.

321 להסבר ראו לעיל ה"ש 307.

322 להסבר ראו לעיל ה"ש 318.

323 על הרתעת יתר ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.

324 עם זאת בהתקיים הנחות מסוימות, שקלול טענות עלול ליצור הרתעת יתר. נניח שבדוגמות 2 ו-3 יודע הרופא השני שקיימת הסתברות גדולה, אך פחותה מ-50%, שהרופא הראשון התרשל. בהנחה שהרופא השני חרד לאחריותו הנזיקית של בית החולים, הוא ייזהר זהירות יתר בידעו שגם אם לאחר מעשה תהיה הסתברות קטנה מאוד שהוא גרם נזק לתובע ברשלנות (למשל, 20%), שקלול הטענות עלול להביא להטלת אחריות על בית החולים. לפיכך הוא יעשה ככל יכולתו שהתנהגותו לא תיחשב רשלנות שגרמה לנזק, אפילו בהסתברות קטנה מאוד (אם ההסתברות הטענה שהרופא הראשון גרם נזק ברשלנות היא 40%, והסתברות הטענה שהרופא השני גרם נזק ברשלנות היא 20%, ההסתברות שלפחות אחד משני הרופאים גרם נזק ברשלנות היא 52%  $(80 \times 60\% - 100\%)$ ).

325 לעיל פרק 3.

ליסוד הקשר הסיבתי (או גודל הנזק<sup>326</sup>), אך לא כאשר אי-הוודאות נוגעת ליסוד העולתי בהתנהגותו של הנתבע. במקרה אחרון זה ספק רב אם הטלת אחריות הסתברותית מוצדקת.<sup>327</sup> לעומת זאת כאשר קיימות שתי טענות או יותר המתייחסות ליסוד העולתי שבהתנהגות הנתבע, וההסתברות של כל אחת מהן אינה עוברת את סף ה-50% אך שקלולן עובר סף זה, אפשר לשקול הטלתה של אחריות הסתברותית במקום לשקלל טענות. בדוגמה 3 למשל אם כל אחד מן הנזקים הוא 100, וההסתברות שכל אחד מהם נגרם בעוולה היא 40%, שיטה של אחריות הסתברותית תביא להטלת אחריות בשיעור של 80, ואילו שקלול טענות יביא להטלת אחריות של 100.<sup>328</sup>

מכל מקום, לשקלול טענות יתרונות אחדים על פני אחריות הסתברותית:  
 א. קיימים מקרים שבהם הסעד קשה לחלוקה, כגון במקרה של צו מניעה, שאז שיטת שקלול ישימה, ואילו שיטת אחריות הסתברותית אינה ישימה.  
 ב. לשם הפעלתה של שיטת אחריות הסתברותית נדרש מידע מדויק יחסית<sup>329</sup> על שיעור הסתברות טענותיו של התובע. לשם הפעלת שיטת שקלול אין על בית המשפט אלא לקבוע אם בהינתן שתי הטענות (או יותר) שהעלה התובע סביר יותר להניח שהנתבע גרם בעולתו נזק לתובע מאשר שלא גרם לו, ממש כפי שעליו לעשות בכל משפט נזיקין אף בלעדי שקלול טענות.

ג. שיטה של אחריות הסתברותית מביאה לכך שהנתבע אחראי לנזקי התובע אף כאשר ההסתברות שהוא גרם לו נזק בעוולה פחותה מ-50%. לעומת זאת שיטת השקלול מביאה להטלת אחריות על הנתבע רק כאשר ההסתברות שהוא גרם לתובע נזק בעוולה גבוהה מ-50%. הבדל זה עשוי לגרום לכך שתאורטיקנים של צדק מתקן יעדיפו, לפחות במקרים מסוימים, שקלול טענות על שיטה של אחריות הסתברותית.<sup>330</sup>  
 הדוגמה האחרונה עוסקת בשקלול טענות באותה עילת תביעה.

**דוגמה 4 : יסודות אחדים של אותה עילת תביעה (א). התובע טוען שהנתבע התרשל כלפיו וגרם לנזקיו. קיימת אי-וודאות באשר להתרשלות ובאשר**

- 326 לעיל פרק 3, סעיף 1.  
 327 למקרים מיוחדים שבהם אחריות כזו יכולה להיות מוצדקת ראו דיון לעיל פרק 4, סעיף 1, הדיון בתת-קבוצה ב, ובמיוחד לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 207-205.  
 328 העניינים עלולים להסתבך במקרה השכיח שהנזקים אינם באותו גודל. שקלול טענות יצדיק לפחות הטלת אחריות על הנזק הקטן יותר, וייתכן שזה הפתרון שיש לדבוק בו. ראו לעיל הערה 317.  
 329 אם כי אפשר להחיל כלל של אחריות הסתברותית לפי ערכים לא מדויקים. ראו לעיל פרק 3, סעיף 4.ב.  
 330 לעיל פרק 3, סעיף 2.ב.

לקיומו של קשר סיבתי, בהנחה שמוכחת התרשלות. הסתברות ההתרשלות היא 60%, והסתברות הקשר הסיבתי היא 60%. האם ראוי להטיל אחריות על הנתבע?

במקרה זה אם יבחן בית המשפט כל טענה בנפרד ולא יעשה כל שקלול, הוא יטיל אחריות על הנתבע. אם לעומת זאת יעשה שקלול, ובהנחה של העדר תלות בין טענת הרשלנות לטענת הסיבתיות,<sup>331</sup> הוא לא יטיל אחריות, שכן ההסתברות שהנתבע גרם ברשלנותו לנזק היא רק 36.3%<sup>332</sup>.

הדיון בפרק כולו הניח העדר תלות בין הטענות השונות ששוקללו, דהיינו הונח שנכונותה של טענה אחת אינה משפיעה על הסתברות נכונותה של הטענה האחרת. במציאות קיימת לעתים תלות בין טענות. למשל, יכול שבדוגמה 2 ו-3 יש תלות מסוימת בין הטענה שהרופא הראשון התרשל לטענה שהרופא השני התרשל. תלות כזו תתקיים אם למשל רשלנות הרופאים הנתענת נבעה ממחסור בכוח אדם בבית החולים ומעומס עבודה

331 לעיל הערה 306. ראו ביתר הרחבה להלן בסוף סעיף זה.  
332 שאלה זו, של שקלול טענות באותה עילת תביעה, נדונה לראשונה אצל Levmore, *supra* note 303. בארץ נדון שקלול זה אצל שטיין, לעיל ה"ש 157, ובו מצביע המחבר על העדר שקלול טענות בפסק דינה של השופטת דורנר בע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית חולים מאיר, פ"ד נא(4) 687 (1997). בעניין קורנץ מדובר בתביעה של רשלנות רפואית, ונטען כי הרופאים התרשלו באי-מתן תרופה מסוימת לחולה, ובכך גרמו לנזקה. השופטת דורנר הגיעה למסקנה שהוכחה התרשלות הרופאים. כן הניחה שמשוכחה התרשלותם, ההסתברות שעקב כך נגרם הנזק היא 50%. בשל כך סברה שנטל השכנוע רובץ על כתפי בית החולים הנתבע להוכיח שלא התרשלות הרופאים גרמה לנזק, אך מאחר שלא עמד בנטל זה קיבלה את התביעה (השופטת דורנר הייתה בדעת מיעוט בתוצאה, שכן שני השופטים האחרים בהרכב סברו שלא הוכחה התרשלות הרופאים; ממילא לא נזקקו לשאלת הוכחתו של הקשר הסיבתי בין ההתרשלות, שלדידם לא הוכחה, לבין הנזק). אמנם בתחום הרשלנות הרפואית בתי המשפט מעבירים את נטל השכנוע לנתבעים אף אם אין מתקיימים כל תנאי כלל הדבר מעיד על עצמו. לעתים הם "מתעלמים" מתנאי השליטה המלאה בנכס, שאם אינו מתקיים לכאורה לא חל הכלל. ראו לעיל חלק ב, פרק 8, סעיף 1.ג. לעומת זאת מתנאי ההתרשלות המסתברת (שם, סעיף 1.א.) הם בדרך כלל אינם מתעלמים. אכן, השופטת דורנר ציינה שהעברת נטל כלל הדבר מעיד על עצמו. עניין קורנץ, שם, בעמ' 693. אולם הנקודה הרלוונטית לענייננו כאן היא אחרת: לו שקללה השופטת דורנר את טענת ההתרשלות עם טענת הסיבתיות, הייתה מגיעה כנראה למסקנה שההסתברות שהרופאים גרמו ברשלנותם לנזק פחותה מ-50%, שאז הטלת אחריות אינה מוצדקת. למסקנה זו הייתה מגיעה כל עוד ההסתברות שהרופאים התרשלו נמוכה מ-100% (שכן כל הסתברות הנמוכה מ-100%, אם תוכפל בהסתברות של 50% – שהייתה הסתברות הקשר הסיבתי בעניין קורנץ – תביא לתוצאה של הסתברות משוקללת הנמוכה מ-50%).

מופרזו המוטל על הרופאים. במקרה זה אם רופא אחד נמצא רשלן, ייתכן שגדל במשהו הסיכוי שאף הרופא השני היה רשלן, ולהפך. אלא שחשוב להדגיש שגם אם יש תלות בין שתי טענות, שקלולן אפשרי – הגם שנהיה מסובך יותר – כל עוד התלות בין שתי הטענות אינה מלאה. תלות בין שתי טענות היא מלאה אם נכונותה של טענה אחת מנביעה בהכרח את נכונותה של הטענה השנייה, ולהפך. מצב אחרון זה הוא נדיר, ולכן בדרך כלל תלות בין טענות אינה שוללת את שקלולן. נניח למשל שהסתברות טענה א בעמדה לבדה היא 40%, והסתברות טענה ב בעמדה לבדה היא 40%. נניח עכשיו שאם טענה א אינה נכונה, ההסתברות שטענה ב נכונה היא רק 20%, ולכן יש תלות בין שתי הטענות. בחינת כל טענה בנפרד תביא לדחיית התביעה, שכן אף אחת מן הטענות לא עברה את סף ה-50%. אלא שלמרות התלות בין הטענות שקלולן יוביל למסקנה שההסתברות שלפחות אחת מהן נכונה גבוהה מ-50%. לו נעשה שקלול הטענות בהתעלם מן התלות שביניהן, הייתה המסקנה (המוטעית) שההסתברות שלפחות אחת מן הטענות נכונה היא 64%. למעשה, ההסתברות שלפחות אחת מן הטענות נכונה נמוכה מ-64%, אך עדיין גבוהה מ-50%, ולכן קבלת התביעה תהיה מוצדקת גם במקרה זה.<sup>333</sup>

## 2. שקלול נורמטיבי ושקלול מעורב

לעומת שקלול עובדתי הבוחן את ההסתברויות של טענות שונות במצב של אי-ודאות ומבקש לקבוע את ההסתברות שלפחות אחת מהן (או שתיהן יחד, במקרים המתאימים) נכונה, שקלול נורמטיבי אין עניינו באי-ודאות. עניינו במצב שבו שתי טענות או יותר אינן מגיעות לסף הנדרש כדי להצדיק את קבלת התביעה (או ההגנה), אך צירוף המשקל הנורמטיבי של הטענות, אף שכל אחת מהן בנפרד לא הגיעה לסף הנדרש, יכול לשכנע את בית המשפט לקבל את התביעה (או ההגנה). בדומה לטענה שאם אחריות הסתברותית הייתה הכלל הנוהג תמיד, היה שקלול עובדתי מיותר,<sup>334</sup> אף באשר לשקלול נורמטיבי עשויה לעלות הטענה שאם תמיד היה אפשר להטיל אחריות חלקית (או להכיר בהגנה חלקית), שקלול נורמטיבי היה מיותר.<sup>335</sup>

333 ליתר דיוק, ההסתברות שלפחות אחת מן הטענות נכונה היא 52%. ההסבר הוא כדלקמן: ההסתברות שטענה א אינה נכונה היא 60%, וההסתברות שטענה ב אינה נכונה, בהתחשב באי-נכונותה של טענה א, היא 80%. לכן ההסתברות ששתי הטענות אינן נכונות היא  $60\% \times 80\% = 48\%$ , ולפיכך ההסתברות שלפחות טענה אחת מן השתיים נכונה היא  $100\% - 48\% = 52\%$ .

334 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 325–328.

335 השו" John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason*, 58 Nw. U. L. Rev. 750, 751, 753 (1964), שבו מציע המחבר שבתי משפט

דוגמה 5. הגנת אי-שפיות והגנת הקטנת הנזק: שתי "כמעט הגנות". התובע נפגע בתאונה עקב התנהגות בלתי סבירה של הנתבע. הנתבע מעלה שתי הגנות: אי-שפיות ואי-הקטנת הנזק. בית המשפט קובע שאף שהנתבע היה במצב של אי-יציבות נפשית חמורה בעת שגרם את הנזק, אין עומדת לו הגנת אי-שפיות (אם משום שהגנה כזו אינה קיימת כלל בשיטה המשפטית, ואם משום שאינה חלה במקרה הנדון).<sup>336</sup> בנוסף, בית המשפט קובע שהתובע נמנע מלעבור ניתוח שהיה מקטין את נזקו, ואשר אדם סביר במצבו היה עובר, אך יש לנהוג בסבלנות עם תובע אשר סירב לעבור ניתוח מפחד.<sup>337</sup> האם ראוי להטיל אחריות על הנתבע?

בדוגמה 5 מעלה הנתבע שתי הגנות אשר כל אחת מהן בעמדה לבדה אינה מסייעת לו, שכן אינה מגיעה לסף הנדרש בדין: הנתבע לא היה בלתי שפוי "מספיק" כדי שתחול הגנת אי-שפיות (או שאי-השפיות שלו אין בה די כדי להקים לו הגנה), והתובע לא התרשל "מספיק" בהקטנת נזקיו כדי שתחול הגנת הקטנת הנזק. עם זאת אפשר לטעון שמאחר שמדובר בשתי "כמעט הגנות", הצירוף של שתי הטענות יחדיו צריך להספיק לשם שחרורו של הנתבע מאחריות בגין הנזקים שהיו נמנעים לו עבר התובע את הניתוח. באופן מטפורי אפשר לתאר שקלול נורמטיבי כך: כדי לקבל טענה מסוימת נדרש משקל נורמטיבי A. לעתים קיימות שתי טענות לאדם אשר משקל כל אחת מהן הוא בין A/2 לבין A, אך לא מגיע עד לכדי A. הצירוף של שתי הטענות יעבור את הסף הנורמטיבי A, שאז ראוי להכיר

יוכלו לכפות על הצדדים פשרות המכירות בקיומו של ספקטרום של פתרונות משפטיים אפשריים המשתרעים בין הקצה האחד שבו מוכרת במלואה זכותו של התובע לבין הקצה האחר שבו אין מוכרת לתובע זכות כלשהי.

<sup>336</sup> כפי שנפסק ברע"א 1272/05 כרמי נ' סבג, פ"ד סב(3) 396 (2007), הגנת אי-שפיות אינה עומדת לנתבע בנוזקין. דין דומה חל בארצות הברית, אם כי יכול שבמקרים קיצוניים במיוחד תתאפשר הגנה כזו שם. ראו הדיון לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 7.ב. השאלה שיכולה להתעורר היא, כפי שעולה מן הדוגמה, אם צירוף של טענת אי-שפיות, שאינה מקנה הגנה כשלעצמה, עם "כמעט הגנה" נוספת כגון הקטנת הנזק, יש בו כדי לאפשר הגנה לנתבע.

<sup>337</sup> לגישה סובלנית כלפי מי שמסרב לעבור ניתוח ראו למשל ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 50-57 (1991), אם כי לגופו של עניין קבע שם בית המשפט כי במקרה הקונקרטי שנדון בפניו אין עומדת לתובע הגנת הקטנת הנזק ועל כן הפיצויים הופחתו. לרעיון הכללי שלתובע יש טווח פעולה רחב יחסית שבמסגרתו יוכל לבחור איך להקטין את נזקו, ראו ע"א 2394/93 סורוקה נ' הבאבו, פ"ד נ(1) 675 (1996). לדיון בדילמה אם ראוי להכיר בהגנת הקטנת הנזק לתובע המסרב סירוב בלתי סביר, לפי אמת מידה אובייקטיבית, לעבור טיפול רפואי, וכך מגדיל את נזקו, ראו (Epstein, *supra* note 55, at 448 (§ 17.7)).

בתביעה או בהגנה, לפי העניין. בדוגמה 5 למשל שתי "כמעט הגנות" עשויות לעבור את הסף הנורמטיבי כדי לשכנע את בית המשפט שלא מוצדק להטיל אחריות על הנתבע.<sup>338</sup> נראה שבתמיכת משפט לא יעשו שקלול בדוגמה 5, אם כי אולי יהיה להם קל יותר לעשות זאת כאשר קיימת קרבה רעיונית רבה יותר בין שתי ההגנות. למשל, אם הנתבע מעלה טענה של הגנה עצמית וכן הגנה של אי-שפיות, וכל אחת מההגנות "כמעט" חלה, ייתכן שהנטייה לשקלל אותן תגדל.<sup>339</sup>

שקלול נורמטיבי צריך להיעשות בזהירות רבה. לעתים שקלול של שתי "כמעט טענות" משול לצירוף אפס לאפס. נניח למשל שהנתבע היה פעמיים "כמעט רשלן" כלפי התובע וגרם לו נזק. האם צירוף שתי טענות של "כמעט רשלנות" ראוי שיספיק להטלת אחריות? התשובה היא שלילית: לפחות על פי הגישה הכלכלית, אדם שהיה "כמעט רשלן", אך לא באמת רשלן, הוא אדם שהתנהג באופן סביר, ויש לשבח אותו על כך ולא לזקוף זאת לחובתו. במילים אחרות, כאשר משקללים את שתי ההתנהגויות ה"כמעט רשלניות" יש לסכם לא רק את שני הסיכונים שיצר המזיק כלפי הניזוק אלא גם את עלויות מניעתם של שני הסיכונים. אם כך עושים, המסקנה תהיה שכמו שאין מקום להטלת אחריות על המזיק ה"כמעט רשלן" בגין כל נזק בנפרד, אין לעשות זאת אף כאשר שתי הטענות של "כמעט רשלנות" משוקללות.

ייתכן שתאוריה אחרת של רשלנות הייתה מביאה לתוצאה שונה. אם למשל היינו מאמצים תאוריה של צדק חלוקתי מן הסוג שהציע גרגורי קיטינג,<sup>340</sup> ייתכן שהיינו משתכנעים שאם תובע נחשף כמה פעמים להתנהגויות יוצרות סיכונים, שכל אחת בפני

338 אם ננתח את דוגמה 5 מנקודת מבט כלכלית, יהיה הטיעון כדלקמן: כאשר אדם "כמעט בלתי שפוי" (ולפי ההשקפה הרווחת בשיטות משפט שאינן מאפשרות הגנת אי-שפיות כלל: גם כאשר הוא בלתי שפוי ממש), הטלת אחריות עשויה לתמרץ אותו להתנהגות זהירה, אם כי אך במעט. כאשר אדם נמנע מלהקטין את נזקיו מסיבות של פחד מניחוח, אי-מתן פיצוי עשוי לתמרץ אותו להקטין את הנזק, אם כי אך במעט. כאשר המזיק "כמעט בלתי שפוי" והניזוק "כמעט" לא הקטין את הנזק כראוי, אי-הטלת אחריות עדיפה על הטלת אחריות, שכן התועלת באי-הטלת אחריות (תמרוץ הניזוק להקטין את הנזק) גדולה מן התועלת בהטלת אחריות (תמרוץ המזיק להיזהר).

339 ראו למשל פסק דין פלילי שנפסק בארצות הברית: State v. Peterson, 857 A.2d 1132 (Md. App. 2004). באותו מקרה הורשעה הנאשמת בערכאה הראשונה ברצח מדרגה ראשונה של בעלה. בערכאת הערעור טענה הנאשמת שבית המשפט דלמטה טעה כשדחה את טענת ההגנה העצמית ואת טענת אי-השפיות שהעלתה. טענתה הייתה שמאחר שהייתה אישה מוכה, היא הפעילה כוח מופרז כדי להגן על עצמה, אך הכוח המופרז היה תוצאה של אי-שפיות, שכן סבלה מ"סינדרום האישה המוכה". בית המשפט של ערעור קיבל את טענתה העקרונית והורה על משפט חוזר. בדרך זו נתן אולי גושפנקה לשקלול נורמטיבי של שתי "כמעט הגנות" לכדי הגנה תקפה.

340 לעיל חלק א, פרק 3, סעיף 1.

עצמה אינה מצדיקה הטלת אחריות, וניזוק עקב כך, צירוף ההתנהגויות השונות יכול להצדיק הטלת אחריות. תאוריה זו של צדק חלוקתי, תוך הסתייעות ברעיון השקלול, יכולה להוות בסיס להצדקתה של הטלת אחריות מוגברת על פעילויות היוצרות סיכונים גבוהים באופן חוזר ונשנה, אפילו אם פעילויות אלו סבירות מנקודת מבט חברתית.<sup>341</sup> שקלול נורמטיבי עשוי לשמש בסיס להצדקתו של כלל משפטי שעורר מחלוקות בספרות המשפטית, שעל פיו אף בהעדר חובת הצלה, אם המציל הוא שהכניס את הניזוק למצב שבו הוא נזקק להצלה – אפילו בלעדי רשלנות – אי-הצלתו הרשלנית תהיה עוולה נזיקית.<sup>342</sup> כלל זה נראה מוזר משהו, שכן אם גרימה לא רשלנית של נזק אינה עוולה, ואף אין חובת הצלה בדיון, לכאורה לא ראוי שתוטל אחריות על אדם אם גרם נזק בלא רשלנות ולא הציל את הניזוק לאחר מכן. אחד ההסברים האפשריים לאי-עקביות לכאורית זו הוא שהמשפט, בהטילו אחריות במקרה זה, עושה שקלול נורמטיבי: לגרימת נזק יש משקל נורמטיבי אף אם משקל זה אין בו די להטלת אחריות, ולא-הצלה יש משקל נורמטיבי אף אם משקל זה אין בו די להטלת אחריות; צירוף סיבתיות ואי-הצלה יחדיו מביא לכך שהמשקל הנורמטיבי המצטבר של שתי הטענות גדול מספיק כדי להצדיק הטלת אחריות. דוגמה נוספת לשקלול נורמטיבי היא העוולה (ואף העברה) של הטרדה מינית. לפי סעיף 3 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, הטרדה מינית כוללת בין היתר "3) הצעות חוזרות בעלות אופי מיני, המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות האמורות; 4) התייחסויות חוזרות המופנות לאדם, המתמקדות במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסויות האמורות". אפשר להקשות מדוע אין די בהצעה חד-פעמית בעלת אופי מיני, המופנית לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעה האמורה, או מדוע אין די בהתייחסות חד-פעמית המופנית לאדם, המתמקדת במיניותו, כאשר אותו אדם הראה למטריד כי אינו מעוניין בהתייחסות האמורה? במילים אחרות, אף הצעה אחת בעלת אופי מיני, או התייחסות אחת המתמקדת במיניותו, היא פסולה כל עוד המוטריד הראה למטריד כי אינו מעוניין בכך. מדוע אפוא אין די בכך כדי להביא להטלתה של אחריות נזיקית, ונדרשות כמה התנהגויות חוזרות כדי שתוטל אחריות כזו? התשובה לכך כנראה היא שאף שהתנהגות חד-פעמית כזו אינה רצויה, ופסולה, אין די בה כדי להצדיק את התערבות המשפט, אם בגלל העלויות בהתערבות כזו (ובכלל זה החשש

341 אכן, במשפט האנגלו-אמריקאי מוטלת אחריות מוגברת על פעילויות מסוכנות. ראו לעיל חלק ב, פרק 8, סעיף 2.

342 לדיון בחריג זה לכלל שאין חובת הצלה במשפט האנגלו-אמריקאי ראו לעיל חלק ב, פרק 4, סעיף 3.



להרתעת יתר שהטלת אחריות כזו תגרום) ואם בגלל הסברה שהתנהגות חד-פעמית אינה גורמת במקרים רבים לנזק ממשי.<sup>343</sup> הדוגמה הבאה ממחישה כיצד שקלול נורמטיבי ושקלול עובדתי יכולים להיעשות יחדיו.

**דוגמה 6. אי-שפיות והקטנת נזק: הגנה לא ודאית עם "כמעט הגנה" ודאית.**  
כמו דוגמה 5, אלא שיש אי-ודאות עובדתית אם הגנת הקטנת הנזק חלה: ההסתברות לכך היא 40%<sup>344</sup>. האם ראוי להטיל אחריות על הנתבע?

במקרה זה נראה שבית המשפט ידחה את שתי ההגנות: הגנת אי-הקטנת הנזק לא הוכחה עובדתית, ואילו הגנת אי-השפיות רק "כמעט" חלה. לעומת זאת שקלול טענות יכול לשכנע את בית המשפט לצרף את הטענה שלא הוכחה עובדתית על פי עודף הסתברויות (אי-הקטנת הנזק) עם "כמעט טענה" אחרת (אי-שפיות) ולשחרר את הנתבע מאחריות נזיקית לנזקים שהיו נמנעים אילו עבר התובע את הניתוח. לבסוף, כמו בדבר שקלול עובדתי, אף שקלול נורמטיבי יכול להיעשות בתוך אותה עילת תביעה. הדוגמה הבאה ממחישה מקרה אפשרי כזה.

**דוגמה 7: יסודות אחדים של אותה עילת תביעה (ב). התובע טוען שהנתבע התרשל וגרם לו נזק לא ממוני שאינו מלווה בנזק פיזי כלשהו, דהיינו נזק לא ממוני טהור. האם ראוי להטיל אחריות על הנתבע?**

כל שיטות המשפט נוהגות זהירות רבה בהטלת אחריות נזיקית בגין נזק לא ממוני טהור.<sup>345</sup> נניח שבמקרה של דוגמה 7, שיטת המשפט אינה נוהגת לפצות בגין נזק לא ממוני

343 השוו סעיף 4 לפקודת הנזיקין, שלפיו "לא ייראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". אילו היה החוק למניעת הטרדה מינית מגדיר הטרדה מינית חד-פעמית "עוולה", סעיף 4, לפחות לפי לשונו, לא היה מונע תביעה, שכן במקרה של הטרדה מינית חד-פעמית, אילו "היה חוזר ונשנה", "אדם בר דעת ומזג כרגיל" היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". אך יכולה להיות אף פרשנות אחרת לסעיף 4, ולפיה אין לתבוע פיצויים בגין נזק של מה בכך. על כך שנוק של מה בכך (המכונה לעתים "זוטי דברים") אינו מקים עילת תביעה נזיקית ראו ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011), פסקה 30 לפסק דינה של השופטת חיות.

344 למשל, התובע סירב לעבור ניתוח והנזק גדל, ולפי טענת הנתבע בנסיבות העובדתיות של המקרה התובע נכשל בהקטנת הנזק. אולם אף שאין מחלוקת בין הצדדים שאם הנסיבות העובדתיות הנטענות התקיימו, הגנת הקטנת הנזק הייתה חלה, יש מחלוקת ביניהם אם נסיבות עובדתיות אלו אכן התקיימו. מסתבר שהסתברות התקיימותן של נסיבות אלו היא 40% בלבד.

345 לעיל חלק ב, פרק 7.

טהור. עם זאת אפשר שתיטען הטענה שאם רשלנות הנתבע הייתה חמורה, ייתכן שהתקיימות מוצקה במיוחד של יסוד אחד של עילת התביעה (רשלנות) יהיה בה כדי לפצות על כך שיסוד אחר של עילת התביעה (נזק) הוא גבולי בעצמתו. אכן, בדרך זו אפשר להסביר מדוע בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות פיצוי בגין נזק לא ממוני טהור ייפסק בעיקר אם התנהגות הנתבע הייתה בעלת אשם גבוה במיוחד.<sup>346</sup> ההסבר יכול להיות זה: אי-הטלת אחריות על גרם נזק לא ממוני טהור ברשלנות אינה מוצדקת משום החשש להרתעת יתר של מזיקים ומשום עלויות התדיינות גבוהות (קשיי הוכחה וחשש לתרמית).<sup>347</sup> לעומת זאת אם הנזק הלא ממוני הטהור נגרם בגלל אשם חמור של הנתבע, סיבות אלו נעשות משכנעות פחות שלא להטיל אחריות על הנתבע, והסיבות בעד הטלת אחריות גוברות עליהן.

### 3. שקלול בין-אישי

לעתים בחינת מצבור של טענות של תובעים שונים באשר לנזקים שנגרמו להם עשוי לשכנע להטיל, או לא להטיל, אחריות, ואילו בחינת טענותיו של כל תובע בנפרד תביא למסקנה שונה. כאשר כך הם פני הדברים, לעתים שקלול בין-אישי עשוי להיות מוצדק. דוגמה טיפוסית לשקלול בין-אישי הוא מקרה ה-DES, שנדון בהרחבה בפרק קודם.<sup>348</sup> במקרה זה בחינת התביעות כולן יחדיו מלמדת שיש טעם בהטלת אחריות על הנתבעים השונים אף שבחינה נקודתית של כל מקרה ומקרה בנפרד עשויה להביא לתוצאה שונה. במקרה ה-DES הטלת אחריות לפי נתח שוק הביאה לתוצאה שהייתה מושגת אילו לא הייתה אי-ודאות כלל באשר לגרם הנזק, והיה אפשר לזהות את המזיק שגרם נזק לכל ניזוק וניזוק. הטלת אחריות לפי נתח שוק נובעת מהסתכלות על המקרים כולם, להבדיל מן המקרה הבודד, תוך ניסיון למצוא פתרון "נכון" לכל המקרים. לפיכך, במובן מסוים אחריות לפי נתח שוק היא תוצאה של שקלול כל התביעות יחדיו לכדי תביעה אחת, המוגשת על ידי כל הניזוקים כקבוצה נגד כל המזיקים כקבוצה. בדומה לכך, במקרים שבהם מזיק גורם נזק לניזוקים רבים, אך אי אפשר לדעת מי הם מתוך קבוצה גדולה של תובעים – כמו דוגמת הקרינה הרדיואקטיבית, מקרה לוחמי השייטת שצוללו בקישון או מקרה הגזות<sup>349</sup> – הסתכלות כוללת על קבוצת הניזוקים ושקלול טענותיהם (או תביעותיהם) גם בהם יש כדי להביא לתוצאה שונה מזו של הסתכלות על כל

346 לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 1.

347 לעיל חלק ב, פרק 7, סעיפים 1.א. ו-1.ב.

348 לעיל פרק 4, סעיף 1.

349 לעיל פרק 4, סעיף 2.א.

מקרה ומקרה בנפרד.<sup>350</sup> הטלת אחריות הסתברותית במקרים אלו אמנם אינה מביאה בדיוק למצב שבו היו עומדים המזיק והניזוקים השונים אלמלא אי-הוודאות, אך היא מקרבת אותנו למצב זה: המזיק נמצא במצב שבו היה עומד אילו לא הייתה אי-הוודאות (כלומר הוא נושא באותו נטל פיצויים שבו היה נושא בלעדי אי-הוודאות), ואילו הניזוקים בחלקם עומדים במצב טוב יותר (אלו שלא ניזוקו על ידי הנתבע מקבלים פיצוי חלקי) ובחלקם במצב טוב פחות (אלו שניזוקו על ידי הנתבע מקבלים פיצוי חלקי). אף כאן אפשר לומר שהטלת אחריות על המזיק – אם אכן תוטל – תהיה תוצאה של שקלול כל התביעות של הניזוקים השונים לכדי תביעה גדולה אחת, ומאוחדת.

שקלול בין-אישי יכול להיות גם נורמטיבי ולא רק עובדתי, כפי שהודגם עד כה. בעניין *U.S. v. Hatahley*,<sup>351</sup> תבעו אמריקאים-ילידים את ממשלת ארצות הברית בגין גזילת סוסיהם וחמוריהם. בית המשפט הפדרלי בערכאה הראשונה קיבל את תביעותיהם ופסק להם בין היתר, על בסיס קולקטיבי, פיצוי בגין נזק לא ממוני. בית המשפט קבע כי הצער מגזילת הסוסים והחמורים נגרם לקהילה כולה. הפיצוי שנפסק חולק בין התובעים השונים שווה בשווה. בית המשפט לערעורים דחה את תאוריית הפיצוי של בית המשפט המחוזי וקבע כי הפיצוי היה צריך להיפסק על בסיס אינדיווידואלי ולא קולקטיבי. דרך אפשרית לפרש את פסק הדין המחוזי היא ככזה שהחיל על המקרה שקלול נורמטיבי בין-אישי. בית המשפט סבר שההסתכלות על מכלול התביעות היא הדרך הראויה, ויש להניח שלכן פסק נגד ממשלת ארצות הברית פיצוי גבוה משהיה פוסק לו הייתה כל תביעה של כל תובע מתבררת בנפרד מן התביעות האחרות. בית המשפט לערעורים סירב לבצע שקלול בין-אישי והנחה את בית המשפט המחוזי לפסוק פיצוי בדרך המסורתית האינדיווידואלית.

#### 4. שקלול טענות בתחומי משפט אחרים

פרק זה מתמקד בשקלול טענות בדיני נזיקין, אך שקלול טענות אפשרי בכל תחומי המשפט.<sup>352</sup> למשל, בתחום דיני החוזים יכולה לעלות השאלה אם ראוי לשקלל טענה שהחוזה הופר עם טענה שהחוזה פגום בכריתה ולאפשר לעתים את ביטולו המידי של החוזה גם אם בחינת כל טענה בנפרד הייתה מביאה לתוצאה שונה. נניח למשל שהסתברותה

350 לדיון בקבוצה זו של מקרים, ראו לעיל פרק 4, סעיף 2.

351 257 F.2d 920 (10th Cir. 1958).

352 Porat & Posner, *supra* note 302; Harel & Porat, *supra* note 303.

של טענת הפרה יסודית<sup>353</sup> היא 40%, הסתברותה של טענת טעות יסודית שגרמה לכריתת החוזה ושהצד השני ידע על אודותיה<sup>354</sup> אף היא 40%, והצד הטוען להפרה וטעות ביטל את החוזה. שקלול טענות עובדתיות יביא למסקנה שביטול החוזה היה מוצדק, שכן ההסתברות שלצד שביטל את החוזה עמדה עלילת ביטול תקפה (בהנחה שאין תלות בין שתי הטענות) היא 64%. נניח עתה שטענת ההפרה וטענת הטעות מוכחות בהסתברות הגבוהה בהרבה מ-50%, אלא שגם ההפרה וגם הטעות אינן יסודיות, והצד הטוען הפרה וטעות ביטל את החוזה מיד. בחינת כל טענה בנפרד תביא למסקנה שהביטול לא היה מוצדק.<sup>355</sup> שקלול נורמטיבי של הטענות עשוי להביא לתוצאה שונה אם תתקבל הטענה שהמצבור של "כמעט הפרה יסודית" ו"כמעט טעות יסודית", שקול להפרה יסודית או לטעות יסודית, או במילים אחרות, שסף האשם החוזי הנדרש לביטול מידי של החוזה מתקיים אם טענת ההפרה וטענת הטעות משוקללות.

בתחום המשפט הפלילי טענות שקלול צפויות כנראה להיתקל בהתנגדות רבה יותר, בעיקר בשל החשש שהן יכבידו הכבדה בלתי ראויה על הנאשם. נניח שמוגש כתב אישום נגד אדם בגין שתי עברות שונות לחלוטין, אשר לפי הנטען בוצעו בזמנים שונים ובמקומות שונים, בלא כל קשר ביניהן, כגון אונס וכייסות. עוד נניח שלשם הרשעה נדרשת הסתברות של 95% לפחות שהנאשם ביצע את העברה המיוחסת לו. לבסוף נניח שכאשר בית המשפט בוחן את שני האישומים בנפרד, הוא משתכנע שההסתברות שהנאשם ביצע את כל אחת מן העברות היא 90%. לכאורה, על בית המשפט לזכות את הנאשם משני האישומים. אלא ששקלול עובדתי עשוי להניב תוצאה שונה: בהעדר תלות בין שני האישומים, ההסתברות שהנאשם ביצע לפחות אחת מן העברות היא 99.99%<sup>356</sup>. מאחר ש-99% היא הסתברות הגבוהה מ-95%, שהיא ההסתברות המינימלית הנדרשת על פי הדוגמה לשם הרשעה, נדמה שראוי להרשיע את הנאשם כמי שביצע אונס או כייסות, ולגזור עליו לפחות את העונש שהיה נגזר עליו לו הוכח בהסתברות הגבוהה מ-95% שביצע את עברת הכייסות.

353 הנפגע רשאי לבטל את החוזה בלא כל צורך במתן ארכה כאשר הפרה היא יסודית. לא כן אם הפרת החוזה אינה יסודית. ראו סעיפים 6–7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970.

354 הצד הטוען רשאי לבטל את החוזה בשל טעות, לפי סעיף 14(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, רק אם הטעות הייתה יסודית, דהיינו כזו שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את דבר הטעות (ובנוסף, שהצד הטוען אכן התקשר בחוזה עקב הטעות, ושהצד השני ידע – או היה עליו לדעת – על כך). ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 672–674, 678 (1992).

355 ראו לעיל ה"ש 353–354.

356  $100\% - 10\% \times 10\% = 99\%$ .

טיעון זה צפוי לעורר התנגדויות רבות, ודנתי בו במקום אחר, במאמר משותף עם אלון הראל.<sup>357</sup> חשוב להדגיש כי במקרים מסוימים שקלול עובדתי יכול אף לסייע לנאשם. בראש ובראשונה אם משוקללות הסתברויות האישומים השונים, יש לשקלל אף את ההסתברויות שעומדות לנאשם הגנות שונות, ובמקרים מסוימים אף לבצע שקלול של שתי "כמעט הגנות" או יותר, ולא להסתפק בבחינתה של כל הגנה בנפרד. אך מעניין יותר הוא המקרה ההפוך לזה המתואר למעלה: נניח שבדוגמת האונס והכייסות ההסתברות שהנאשם ביצע את כל אחת מן העברות המיוחסות לו היא 95%. בלעדי שקלול טענות יורשע הנאשם בשתי העברות, ולעומת זאת שקלול טענות יביא להרשעתו בעברה אחת בלבד, מכיוון שההסתברות שביצע את שתי העברות גם יחד היא 90% לערך,<sup>358</sup> וזו נמוכה מן ההסתברות המינימלית של 95%, הנדרשת, לפי הנחתנו, לשם הרשעה.

לבסוף, אפשר להעלות על הדעת שקלול טענות גם בתחום המשפט החוקתי. נניח שנטען שהמדינה פגעה בזכות חוקתית של אדם לחופש הביטוי ובזכותו החוקתית לחופש העיסוק. נניח שלפי המבחנים הנוהגים בשיטה המשפטית פעולתה של המדינה אינה פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי אם זו נבחנת בנפרד, ואף לא פגיעה בלתי מידתית בחופש העיסוק, אף כאן – אם זו נבחנת בנפרד. למשל, ייתכן שאפשר להצדיק את פעולתה של המדינה בצורך ביטחוני אשר די בו לשם הצדקת הפגיעה בחופש הביטוי או בחופש העיסוק. שקלול טענות נורמטיבי עשוי לשנות את המסקנה: ייתכן שפגיעה ב־זמנית בחופש הביטוי ובחופש העיסוק, אף אם כל פגיעה בעמדה לבדה נראית מוצדקת, אינה מוצדקת בשל הפגיעה הכפולה, בשתי זכויות חוקתיות (או ב"כמעט" שתי זכויות חוקתיות).<sup>359</sup>

## 5. בעד ונגד שקלול טענות

### א. שקלול עובדתי

אם שקלול עובדתי היה נטול עלויות, נראה שלפחות מנקודת מבט הרתעתית היה צריך לעשות זאת בכל המקרים שנדונו בפרק זה. למשל, אם בדוגמה 1 (הפרת חובה חקוקה ורשלנות) ההסתברות שהנתבע פגע בתובע בהתנהגות עוולתית גבוהה מ-50%, אי-הטלת אחריות על הנתבע תגרום שהוא לא יורתע כראוי, שכן הוא יוכל לסמוך על כך שגם אם יגרום נזק בעוולה, התובע עלול "ליפול בין הכיסאות" ולא לזכות בפיצוי כלשהו.

357 Harel & Porat, *supra* note 303.

358  $.95\% \times 95\% = 90.25\%$

359 ראו דיון בשקלול טענות בתחום החוקתי 45–54, Porat & Posner, *supra* note 302.

אמנם כפי שראינו קיימים מקרים שבהם שקלול טענות עשוי להיות מיותר מנקודת מבט הרתעתית – למשל, בדוגמה 3 (פגיעה בבית חולים. שני אירועים. שני נזקים), כאשר קיימת סימטרייה בין המקרים שבהם ההסתברות לגרם נזק בעוולה צפויה להיות קטנה מ-50% וגבוהה מ-50%, שאז תוחלת האחריות של בית החולים עם או בלי שקלול טענות עשויה להיות דומה.<sup>360</sup> ייתכן אף שיהיו מקרים נדירים שבהם שקלול טענות יזיק, כמו במקרה שבו המזיק יכול לצפות לאחר ההתנהגות הראשונה שלו שקיימת הסתברות נמוכה במקצת מ-50% שגרם לנזק בעוולה, ושקלול טענות יגרום שההתנהגות השנייה שלו תביא להטלת אחריות גם אם ההסתברות שהיא גרמה לנזק בעוולה תהיה נמוכה מאוד. כשאלה הם פני הדברים, המזיק עלול להיזהר יתר על המידה – באי-יעילות – ביחס להתנהגות השנייה.<sup>361</sup> אך השיקול המרכזי אשר יש בכוחו לעתים לשכנע שלא לעשות שקלול טענות, מנקודת מבט כלכלית, הוא העלויות המנהליות הכרוכות בשקלול כזה. לעתים יקשה על שופטים לבצע את השקלול, במיוחד אם קיימת תלות מסוימת בין הטענות השונות ששקלולן מתבקש.<sup>362</sup> לעתים כשלים קוגניטיביים יוסיפו קשיים משלהם, וחסרונות השקלול יעלו על יתרונותיו.

אף על פי שאין לפסול את האפשרות שעלויות מנהליות יצדיקו הימנעות משקלול טענות במקרים מסוימים, חשוב להדגיש שתי נקודות: ראשית, שקלול טענות אינו דורש מבית המשפט המבצע את השקלול לדייק בקביעת ההסתברויות של כל טענה וטענה. די לו לקבוע אם לפי עודף הסתברויות השתכנע שלפחות אחת משתי הטענות תקפה. לכן על בית המשפט הדן במקרה שבדוגמה 1, והקובע כי לא השתכנע כי טענת הפרת חובה חקוקה וטענת הרשלנות הוכחו לפי עודף הסתברויות, לשאול את עצמו – כאשר הוא משקלל את הטענות – אם השתכנע לפי עודף הסתברויות שלפחות אחת מן הטענות תקפה. שנית, יש לזכור שבתי משפט ממילא מבצעים שקלולים עובדתיים כאשר הם מבררים כל טענה וטענה בנפרד, ולכן שקלול טענות אינו דורש מהם עיסוק שונה מזה שבו הם עוסקים כבר עתה. כך, בתי המשפט משקללים כדבר של יום ביומו את משקלן של הראיות השונות במשפט. אם בפני בית המשפט מובאות חמש ראיות אשר כל אחת בעמדה לבדה מצביעה על הסתברות נמוכה שהנתבע גרם לנזק ברשלנות, בית המשפט ישקלל את כל הראיות ויקבע לפי תוצאות השקלול אם כל הראיות יחדיו מצביעות על הסתברות גבוהה דייה לשם הטלת האחריות. שקלול טענות כאמור אינו שונה במהותו משקלול ראיות.

360 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 318–322.

361 לעיל ה"ש 324.

362 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 333.

תאורטיקנים של צדק חלוקתי, הסבורים שדיני הנזיקין מקצים נזקים, או זכויות וחובות, באופן המוצדק משיקולי צדק חלוקתי,<sup>363</sup> צפויים לתמוך בשקלול טענות עובדתי, שכן שקלול כזה מקדם דיוק בהקצאת הזכויות והחובות על ידי דיני הנזיקין. לעומת זאת תאורטיקנים של צדק מתקן עלולים להתנגד לשקלול טענות עובדתי באותם המקרים שבהם הנתבע, או שלוחיו, גרמו נזקים שונים באירועים שונים (דוגמה 3 : פגיעה בבית חולים. שני אירועים. שני נזקים), ואולי אף במקרים שבהם הנזק הוא אחד, אך אי אפשר להוכיח לפי עודף הסתברויות באיזה משני אירועים או יותר הוא נגרם (דוגמה 2 : פגיעה בבית חולים. שני אירועים. נזק אחד).<sup>364</sup> אך קשה לראות מדוע הם יתנגדו לשקלול טענות המתייחס לאותו מקרה (דוגמה 1 : הפרת חובה חקוקה ורשלנות) או לשקלול טענות בתוך אותה עילת תביעה (דוגמה 4 : יסודות אחדים של אותה עילת תביעה (א)).

## ב. שקלול נורמטיבי

לעומת שקלול עובדתי, העוסק בראיות, שקלול נורמטיבי עוסק במשפט המהותי. אפשר להבחין בין שני סוגים של שקלולים נורמטיביים : האחד, הנעשה כדי לפתח עילת תביעה או הגנה חדשה במשפט ; השני, הנעשה אד הוק, לצורך המקרה הנדון בבית המשפט. בשני המקרים משתמש המשפט באבני בניין הקיימות במשפט, עילות תביעה והגנות מוכרות, ובאמצעותן מכיר בעילת תביעה חדשה, בהגנה חדשה, או נותן סעד שלא היה ניתן בלעדי השקלול.

טענות כי אפשר להסביר את התפתחות הכלל, שלפיו מי שמכניס את הניזוק למצב שבו הוא נזקק להצלה אך לאחר מכן נמנע מלהציל אותו אחראי לנזק, כסוג של שקלול נורמטיבי.<sup>365</sup> זהו שקלול נורמטיבי מן הסוג הראשון. כך אף אפשר להסביר את הכלל שלפיו מוטלת אחריות נזיקית בגין גרם נזק לא ממוני טהור אם התנהגות המזיק הייתה של אשם חמור, אפילו אם אין מוטלת אחריות כזו כאשר האשם אינו חמור (דוגמה 7 : יסודות אחדים של אותה עילת תביעה (ב)). במקרה אחרון זה קיומו החזק של יסוד אחד של עילת התביעה מפצה על קיומו החלש של יסוד אחר. אך במקרים רבים אחרים שקלול נורמטיבי נעשה אד הוק. למשל, במקרה שבו טוען הנתבע לשתי הגנות, שכל אחת לבדה אינה מספיקה לבסס הגנה (דוגמה 5 : הגנת אי־שפיות והגנת הקטנת הנזק : שתי "כמעט הגנות"), מכיר בית המשפט המשקלל טענות בהגנה לנתבע, אך מבלי ליצור במשפט הגנה חדשה.

363 לעיל חלק א, פרק 3.

364 עקרונות הצדק המתקן מחייבים, לפי הדעה הרווחת, התמקדות באינטראקצייה המסוימת שבין המזיק לבין הניזוק וגזירת הפתרון המשפטי הנכון מתוכה. לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1.

365 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 342.

שקלול נורמטיבי אד הוק אמור להיעשות על ידי בתי המשפט, והוא עלול לעורר קשיים. ודאי שהוא אינו אמור להיעשות בצורה מכנית. ביסודו של השקלול הנורמטיבי עומד הרעיון שאף שהמשפט עובד פעמים רבות עם ספים (אם לא הגעת לסף לא תזכה בכלל סעד, אך אם הגעת אליו תזכה בכלל הסעד) – בדרך כלל התנהגויות רעות (או טובות) אפשר למקם על ספקטרום, והן אינן בינריות. כך, גם אם טענה מסוימת אינה מספיקה כדי להצדיק מתן סעד לתובע, אין פירוש הדבר שמתן הסעד לא יוצדק אם לטענה זו מצטרפת טענה נוספת, אשר אף היא לא הייתה מצדיקה את מתן הסעד לו עמדה לבדה.

### ג. שקלול בין-אישי

שקלול בין-אישי עשוי לעיתים להיות מוצדק מנקודת מבט הרתעתית, כמו במקרים של המזיק הלא מזוהה והניזוק הלא מזוהה, שנדונו בהרחבה בפרקים קודמים של הספר.<sup>366</sup> מנקודת מבט של צדק מתקן שקלול בין-אישי צפוי לעורר קשיים רבים, מסיבות שנדונו לעיל, ובעיקר מן הטעם שההצדקה להטלת אחריות כזו נובעת מהסתכלות רחבה על מקרים רבים, שאינה עולה בקנה אחד עם תפיסות הצדק המתקן הרווחות.<sup>367</sup>

### ד. סיכום

שקלול טענות אינו צריך להיעשות תמיד; יש בו גם חסרונות, לא רק יתרונות. עם זאת על בתי המשפט לשקול בכובד ראש הצעה של תובע או נתבע לשקלל טענות ולבחון אם ההצדקות בעד שקלול במקרה הנדון משכנעות אם לאו. סביר להניח שבתי המשפט מבצעים למעשה שקלול טענות מן הסוג שנדון בפרק זה מבלי לומר זאת במפורש, ממש כמו שבני אדם, בחיי היום-יום, משקללים לעתים טענות אפילו אינם מודים בכך תמיד בפה מלא.<sup>368</sup>

366 לעיל פרק 4, סעיפים 1–2.

367 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1. אך ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 204.

368 לעיל שתי הפסקות הראשונות של פרק זה.



## סיבתיות משפטית: כללי

1. סיבתיות משפטית וריחוק הנזק. 2. ניתוק קשר סיבתי וגורם מתערב זר; א. אשמו של אדם אחר: עיקרי הדין; ב. הצדקות; ג. שיקולים מפורשים או משתמעים בפסיקה; ד. מקרה טבעי בלתי רגיל; ה. ניזוק ילד.

מבחן הצפיות הוא מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הנקוט בשיטת המשפט הישראלי כמו גם בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית.<sup>369</sup> מבחן זה אינו שונה ממבחן הצפיות, שלפיו נקבע אם מתקיימת חובת זהירות על פי עולת הרשלנות.<sup>370</sup>

שני סעיפים בפקודת הנזיקין נוגעים לשאלת הסיבתיות המשפטית. לפי סעיף 64 לפקודה, "רואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק". בהמשך מפורטים מקרים שבהם אין מתקיים קשר סיבתי בין האשם לבין הנזק, והחשוב שבהם הוא המקרה הקבוע בסעיף 64(2), שבו "אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק". במקרה זה נהוג לומר שמתנתק הקשר הסיבתי בין האשם של הנתבע לבין הנזק.

סעיף 76(1) לפקודה אף הוא נוגע לשאלת הסיבתיות. על פיו, "פיצויים אפשר שניתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו. אלא שאם – (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעולת הנתבע". על סמך סעיף זה נטען בעבר שמבחן הסיבתיות המשפטית הנוהג בארץ אינו מבחן הצפיות אלא מבחן הישירות.<sup>371</sup> לפי מבחן הישירות, אחריות מוטלת רק בגין אותם נזקים שנבעו ישירות מן העוולה, בין שצפויים הם ובין שלא. מבחן הישירות מבוסס על ההלכה האנגלית *Polemis*.<sup>372</sup> אלא שהלכה זו אינה חלה עוד באנגליה, ובמקומה אומץ

369 DOBBS, *supra* note 101, at 453–4 (§ 184), 463–6 (§§ 187–9); RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 29 cmt. j (2010); WINFIELD & JOLOWICZ, ON TORT 334 (§ 6'16) (18<sup>th</sup> ed., W.V.H. Rogers, 2010).

370 לעיל חלק ב, פרק 2.

371 ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701 (1964); ע"פ 47/56 מלכה נ' היועמ"ש, פ"ד י 1543 (1956).

372 *In re Polemis and Furness Withy & Co., Ltd.*, [1921] 3 K.B. 560.

בעניין *The Wagon Mound* מבחן הצפיות,<sup>373</sup> הנוהג אף בתחום דיני החוזים,<sup>374</sup> לשונו של סעיף 176(1) מתיישבת טוב יותר, כך נדמה, עם מבחן הישירות, אך בית המשפט העליון פירש אותה כמאמצת את מבחן הצפיות.<sup>375</sup> כך או אחרת, אין עוד מחלוקת שמבחן הסיבתיות המשפטית הנוהג בשיטת משפטנו הוא מבחן הצפיות. נוסף על מבחן הצפיות מוזכרים לא אחת בפסיקה מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר. על פי מבחן הסיכון מתקיים קשר סיבתי כאשר הנזק התממש מסיכון אשר הדין המגדיר את ההתנהגות עוללתית ביקש למנוע או להקטין.<sup>376</sup> מבחן הסיכון הוחל במקרים אחדים שבהם אחריותו של המזיק הייתה מוגברת או מוחלטת.<sup>377</sup> לעומת זאת מבחן הצפיות מוחל בראש ובראשונה במקרים שבהם אחריותו של המזיק מבוססת על אשם אם כי אין מניעה עקרונית להחיל אותו גם על מקרים שבהם אחריותו של המזיק אינה מבוססת על אשם. קיימת דעה, שזכתה לגושפנקה בריסטייטמנט של דיני נזיקין<sup>378</sup> כמו גם בפסקי דין אחדים, שבצד דרישת הצפיות תנאי להטלת אחריות הוא שהנזק יתממש מסיכון אשר הגדיר את התנהגותו של המזיק עוללתית. תנאי זה דומה, ואולי זהה, למבחן הסיכון. בתנאי זה אני עוסק בפרק הבא וטוען שהוא בדרך כלל מיותר.<sup>379</sup>

- .The Wagon Mound, [1961] A.C. 388 373  
 .Hadely v. Baxendale, [1854] 9 Ex. 341 374  
 עניין ליאון, לעיל ה"ש 371; עניין מלכה, לעיל ה"ש 371. 375  
 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 146; ע"א 358/83 שולמן נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(2) 844, 866-868 (1988). ראו גם ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מ.י. (פורסם בנבו, 27.8.2012), פסק דינו של השופט ריבלין. 377  
 עניין שולמן, לעיל ה"ש 376; ע"א 8109/95 קרנית, קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' גינת, פ"ד נב(5) 637 (1998). 378  
 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 29 (2010). 379  
 אין לבלבל בין מבחן הסיכון כפי שהוא נתפס בפסיקה בארץ לבין מבחן הנטייה הסיבתית שנדון לעיל פרק 1, סעיף 2. מבחן הנטייה הסיבתית הוא מבחן עובדתי, והשאלה שיש לשאול כדי לבדוק אם הוא מתקיים היא אם ההתנהגות העוללתית של המזיק הגבירה את הסיכון שיארע אירוע הנזק שאירע בפועל. לעומת זאת מבחן הסיכון בוחן אם הסיכון שהתממש הוא מן הסיכונים שאותם ביקש הדין, אשר מגדיר את התנהגותו של המזיק עוללתית, למנוע או להקטין. ממילא מבחן הסיכון הוא משפטי ולא עובדתי, שכן הוא דורש מבית המשפט אשר מחיל אותו, לפרש את הדין ולקבוע אילו סיכונים הוא ביקש למנוע או להקטין. עם זאת לעתים ניסוחו של מבחן הסיכון בפסקי דין אחדים מקרב אותו למבחן הנטייה הסיבתית. ראו למשל ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 7, 1 (1984).

מבחן השכל הישר אינו ברור דיו. הוא מוזכר פעמים רבות בפסיקה ב"נשימה אחת" עם שני מבחני הקשר הסיבתי המשפטי האחרים,<sup>380</sup> וקשה להבין איזו משמעות עצמאית יש לו.<sup>381</sup>

הביטוי "ריחוק הנזק" קשור גם הוא לסיבתיות משפטית, וקו הגבול בין טענה של ריחוק נזק לבין טענה של סיבתיות משפטית אינו חד. על פי הפסיקה בארץ שאלת ריחוק הנזק עוסקת בהיקף האחריות, ואילו שאלת הסיבתיות המשפטית עוסקת בעצם קיומה של אחריות. עניין זה יובהר בהמשך הפרק.

## 1. סיבתיות משפטית וריחוק הנזק

בפסיקה האנגלו-אמריקאית מוכרת ההבחנה בין מבחן של proximate cause (סיבה קרובה) לבין מבחן של duty of care (חובת זהירות). שני המבחנים עניינם בצפיות, טכנית ונורמטיבית (לפי המינוח השגור אצלנו), אלא שהראשון נתפס כמבחן של דיני סיבתיות, ואילו האחר כמבחן של דיני רשלנות. על פי הבחנה זו, מבחן הסיבה הקרובה עניינו בסוג הנזק, ואילו מבחן חובת הזהירות עניינו בניזוק. כך, טענה שסוג מסוים של נזק אינו ראוי להיות בר פיצויי תהא טענה של סיבה קרובה, ואילו טענה שלסוג מסוים של ניזוקים לא ראוי שתהיה זכות לפיצוי בגין נזקיהם, תהא טענה של חובת זהירות.<sup>382</sup>

בדיני הנזיקין בארץ אין הבחנה בין סיבה קרובה לחובת זהירות (אם כי הביטוי "סיבה קרובה" מופיע לעתים בפסיקה). הן סוג הנזק והן הניזוק נדרשים לעבור את מבחן הצפיות הטכנית והנורמטיבית, ואם מדובר בתביעות המבוססות על עוולת הרשלנות, שאלות הצפיות נבחנות במסגרת הדיון בחובת הזהירות. לעתים בתי המשפט דנים בדרישת הצפיות (על שני פניה) גם כחלק משאלת הקשר הסיבתי המשפטי,<sup>383</sup> אך באופן טבעי מגיעים תמיד

380 עניין בן שמעון, שם.

381 בית המשפט מגדיר אותו כך: "המבחן השלישי (מבחן השכל הישר) שואל, אם כל התכונות, המציינות את הרשלנות שבהתנהגות המזיק, תרמו בפועל להתהוות התוצאה המזיקה". עניין בן שמעון, שם. על מבחן זה ראו עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 189–191 (§§ 10.3.9-10.3.10) (2006). ראו עניין חוות צברי, לעיל ה"ש 376, שם מזהה השופט ריבלין את מבחן השכל הישר עם מה שאני מכנה בספר זה "מבחן הנטייה הסיבתית" (לעיל פרק 1, סעיף 2).

382 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM §§ 7, 29 (2010); DOBBS, *supra* note 101, at 447–8 (§ 182); WINFIELD & JOLOWICZ, *supra* note 369, at 150 (§ 5-1), 306-9 (§§ 6-3–6-4) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: "proximate cause" בביטוי "scope of liability": .LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 29, cmt. b (2010).

383 ראו למשל עניין ועקנין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 146.

לאותה תוצאה שאליה הגיעו כאשר עסקו בה במסגרת הדיון בחובת הזהירות. ממילא דיון זה מיותר.<sup>384</sup> עם זאת אפשר גם שאינו מיותר, כאשר מדובר בעוולה שאינה רשלנות. מבחן הסיבתיות המשפטית חל על כל העוולות בפקודת הנזיקין, ולכן אין מניעה עקרונית שבית המשפט יקבע שאף על פי שבוצעה עוולה של הסגת גבול למשל, הנזק שאירע אינו מקיים את מבחן הצפיות (הטכנית או הנורמטיבית), או את מבחן הסיכון, ולכן לא תקום אחריות בגינו.

לעתים מן הנזק הראשוני שנגרם לניזוק עקב עוולת הנפגע מתפתחים נזקים נוספים, אשר היקפם עשוי להיות גדול בהרבה מן הנזק הראשוני. במקרים אלו עולה השאלה אם – בהנחה שמתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק הראשוני – יש להטיל אחריות על המעוול אף לנזקים שהתפתחו ממנו. שאלה זו מכונה לא אחת בספרות ובפסיקה שאלת ריחוק הנזק: האם הנזק שהתפתח מן הנזק הראשוני "רחוק", שאז אין להטיל אחריות בגינו? או שאינו "רחוק", שאז יש להטיל אחריות בגינו? כדי לענות על שאלה זו נעשית הבחנה בפסיקה בין מקרים שבהם הנזקים שהתפתחו מן הנזק הראשוני הם מסוג צפוי (טכנית ונורמטיבית) לבין מקרים שבהם נזקים אלו הם מסוג לא צפוי. במקרים הראשונים תוטל אחריות על המעוול לכל הנזקים מן הסוג הצפוי, אפילו אם היקפם אינו צפוי מבחינה טכנית. במקרים האחרים לא תוטל אחריות כזו.<sup>385</sup> כאשר מדובר בנזקי גוף, כך נקבע בפסיקה, אם נגרם נזק גוף ראשוני צפוי, אפילו קל, כל נזק גוף שהתפתח ממנו ייחשב גם הוא נזק צפוי, ואף אם היקף הנזק אינו צפוי מבחינה טכנית, תוטל אחריות בגינו. זהו עקרון הגולגולת הדקה שנדרש לעיל.<sup>386</sup> לעומת זאת כאשר מדובר בנזקי רכוש, תיתכן הבחנה בין סוגי משנה של נזקי רכוש, ולכן אם נזק רכוש קל וצפוי התפתח לכדי נזק רכוש

384 ראו אריאל פורת "עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373, 396–397 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996); ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319, 347–348 (1989); דניאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 344, 368 (1990); יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67, 78–80 (1986).

385 ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד 15 (1984); עניין גינת, לעיל ה"ש 377, בעמ' 642; רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 30.12.2010), פסקה 5 לפסק דינו של השופט ריבלין: "כללי הקשר הסיבתי וכללי ריחוק הנזק מבטאים יחדיו את שני היבטיה של הסיבתיות המשפטית... כללי הקשר הסיבתי נוגעים לעצם קיומה של אחריות הנתבע כלפי הניזוק בגין תהליך גרימה נתון, ואילו כללי ריחוק הנזק קובעים את היקפה של אחריות זו, לאמור את תחום הנזקים המכוסים על ידי אותה אחריות".

386 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1.

כבד ובלתי צפוי מבחינה טכנית, לא תוטל אחריות בגין הנזק הכבד.<sup>387</sup> יש לשים לב שההבחנה בין צפיות סוג הנזק לבין צפיות היקפו חלה אף במקרים שבהם הנזק הראשוני עצמו נטען להיות בלתי צפוי: אם סוג הנזק היה צפוי, תוטל אחריות על המעוול אף אם היקפו לא היה צפוי, ואם סוג הנזק לא היה צפוי, לא תוטל אחריות עליו.

אפשר להמחיש את הדברים באמצעות פסק דין רביד נ' קליפורד.<sup>388</sup> באותו עניין נתבע רופא שיניים על שבעת שהזריק חומר הרדמה לחולה השתמש במזרק לא שואב במקום במזרק שואב. חומר ההרדמה זרם למוח והביא את החולה למצב של תרדמת. אילו השתמש הרופא במזרק שואב, היה מבחין בזרימת חומר ההרדמה למוח מבעוד מועד, והנזק הכבד היה נמנע. מתברר שלא היה תיעוד למקרים קודמים שבהם אירע נזק כבד כל כך עקב זרימת חומר הרדמה למוח. בעבר קרה שחומר הרדמה זרם למוח, אך בכל הפעמים היה הנזק קל וחולף והתבטא בכאבי ראש וסחרחורות. אחת מן השאלות שנדונו בבית המשפט העליון הייתה אם בהנחה שהרופא התרשל, יש להטיל עליו אחריות לנזק שהיקפו היה בלתי צפוי. דעת הרוב השיבה לשאלה זו בחיוב, שכן סוג הנזק – נזק גוף – היה צפוי, ולכן אף אם היקף הנזק לא היה צפוי, יש להטיל אחריות על הרופא. דעת המיעוט הייתה שמאחר שסוג הנזק שונה מזה שהיה אפשר לצפותו, אין להטיל אחריות על הרופא. דעת המיעוט סירבה אפוא לראות בכל נזקי הגוף סוג נזק אחד.<sup>389</sup>

היותו של היקף הנזק בלתי צפוי יש בו כדי להשליך על השאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה רשלנית. אם היקף הנזק היה בלתי צפוי ברמה כזו שתוחלתו הייתה נמוכה מאוד, אפשר שהמסקנה תהיה בשל כך ממש שהתנהגותו של המזיק לא הייתה רשלנית. אם ההתנהגות לא הייתה רשלנית – קרי לא הייתה עוולתית – ממילא לא יהיה המזיק אחראי לנזק. פסק דין כהן נ' עלי טבק ממחיש את הדברים.<sup>390</sup> באותו מקרה נטען נגד המעביד הנתבע כי חשף את עובדיו לאבק טבק, וכי עקב כך נגרמה מחלת האסתמה שבה לקה התובע. מתברר שנדיר מאוד שחשיפה לאבק טבק גורמת לאסתמה, ונדרשת רגישות מיוחדת של הניזוק כדי שכך יקרה. נטען על ידי התובע שאף שרגישותו לאבק הטבק נדירה, על פי עקרון הגולגולת הדקה יש להטיל אחריות על הנתבע. בית המשפט העליון דחה טענה זו וקבע שמאחר שהסיכון שאחד העובדים ילקה באסתמה היה מלכתחילה קטן מאוד, לא

387 השוו ע"א 7298/10 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' אחד העם מזון והשקעות בע"מ (פורסם בנבו, 9.7.2012), פסקות 1–2 לפסק דינו של השופט ריבלין, שם עומד השופט ריבלין על כך שיש לבחון את צפיות אירועי הנזק אשר התפתחו מאירוע הנזק הראשוני, ואם אינם צפויים, אין להטיל אחריות בגינם.

388 דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003).

389 ההלכה שביססה מלכתחילה את הרעיון שדי בצפיות נזק גוף כלשהו כדי שתקום אחריות להיקף נזק גוף בלתי צפוי היא עניין ליאון, לעיל ה"ש 371.

390 ע"א 630/68 כהן נ' עלי טבק בע"מ, פ"ד כג(1) 707 (1969).

התרשל המעביד כשלא נקט אמצעי זהירות מצדו למנוע את הנזק. מאחר שלא התרשל, לא קמה אחריותו, ועקרון הגולגולת הדקה אינו רלוונטי כלל. בית המשפט מסביר שעקרון הגולגולת הדקה נכנס לפעולה רק אם נקבע שהיה אשם במזיק, שאז הוא אחראי גם לנזק שהיקפו בלתי צפוי, אך אם לא היה בו אשם כלל, ממילא לא תקום אחריותו.<sup>391</sup>

## 2. ניתוק קשר סיבתי וגורם מתערב זר

על פי סעיף 64 לפקודת הנזיקין, גם אם "היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק", לא ייחשב אשם זה קשור סיבתית לנזק בשלושה מצבים חריגים: האחד עניינו בגורם טבעי בלתי רגיל, השני באשם כבד של אדם אחר, והשלישי במקרה מיוחד שבו הניזוק הוא ילד שטרם מלאו לו 12 שנים. שני החריגים הראשונים עניינם בגורם מתערב זר, ועל פיהם נקבע מתי מתנתק הקשר הסיבתי בין אשמו של המזיק (או הניזוק) לבין הנזק שאירע; החריג השלישי קובע שבמקרים מסוימים התנהגות של ילד שתרמה לנזקיו לא תיחשב אשם תורם ולא תפחית מאחריותו של המזיק. עיקר הדיון יעסוק בחריג השני, דהיינו במצבים שבהם נטען שאשמו הכבד של אדם אחר ניתק את הקשר הסיבתי בין אשמו של המזיק לבין הנזק. בהמשך יידונו בקצרה שני החריגים האחרים.

### א. אשמו של אדם אחר: עיקרי הדין

לעתים גורם אנושי בעל אשם פועל בזמנית עם התנהגותו העוולתית של המזיק הנתבע, לפניה או אחריה. גורם אנושי זה יכול להיות הניזוק עצמו, או אדם אחר. לפי סעיף 64(2) לפקודה, אם "אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק" מתנתק הקשר הסיבתי בין האשם של המזיק הנתבע לבין הנזק, וממילא לא תקום אחריותו הניזוקית. טענת ניתוק קשר סיבתי יכולה להיטען אף על ידי ניזוק בעל אשם תורם, אם כי בדרך כלל מעלה אותה המזיק.

לפי לשון הפקודה, המבחן לניתוק הקשר הסיבתי הוא אופי האשם של האדם האחר: צריך הוא להיות הסיבה המכרעת לנזק. מבחן זה הוא יחסי, וכדי לקבוע אם הוא חל יש לבחון מי משני הגורמים – זה שלו אחראי המזיק הנתבע, או זה הנטען לנתק את הקשר הסיבתי – הוא הסיבה המכרעת לנזק. הגדרתה של "סיבה מכרעת" יכולה להתייחס למידת

391 עניין כהן, שם. עם זאת בית המשפט פסק לתובע פיצויים על סמך העילה של הפרת חובה חקוקה.

האשם אך גם לתרומה הסיבתית. ככל שהאשם רב יותר, ותורמתו הסיבתית גדולה יותר,<sup>392</sup> כך ניטה להגדירו אשם שהיה הסיבה המכרעת לנזק.

אלא שבפועל המבחן השולט בפסיקה, שבאמצעותו נקבע אם הקשר הסיבתי מתנתק בשל קיומו של גורם מתערב זר אנושי, הוא מבחן הצפיות: כדי שיוסק ניתוק קשר סיבתי כזה צריך שהאשם של האדם האחר היה בלתי צפוי מנקודת מבטו של המזיק הנתבע. הרושם הנוצר מן הרטוריקה של פסקי הדין הוא שהצפיות הטכנית היא ששימשה בעניין זה ולא הצפיות הנורמטיבית,<sup>393</sup> אם כי כפי שיתברר בהמשך הדיון, לא רק צפיות טכנית משפיעה על החלטותיהם של בתי המשפט אם נותק הקשר הסיבתי אם לאו אלא גם שיקולי מדיניות שמקומם בתחום הצפיות הנורמטיבית. בדרך זו הפכה לכאורה דוקטרינת הגורם המתערב הזר לענף של דרישת הצפיות הכללית: אם הגורם המתערב הזר היה בלתי צפוי, אירוע הנזק, כפי שאירע, היה בלתי צפוי מנקודת מבטו של המעוול הנתבע, ועל כן לא תוטל אחריות בגינו. צפיות, כפי שראינו, היא תנאי הכרחי להטלת אחריות על פי דיני הרשלנות ולקביעת קיומו של קשר סיבתי משפטי, ולכן נדמה שדוקטרינת הגורם המתערב הזר אינה אלא קונקרטיזציה של תנאי זה. אכן, אף על פי שבדרך כלל שאלת ניתוק הקשר הסיבתי בשל קיומו של גורם מתערב זר נבחנת כשאלה של קשר סיבתי, היא נדונה לעתים בפסיקה אף כשאלה של חובת הזהירות,<sup>394</sup> שהרי אם הגורם המתערב הזר היה בלתי צפוי, לכאורה אין מוטלת על המזיק הנתבע חובת זהירות באשר לאירוע הנזק.<sup>395</sup>

שאלת ניתוק הקשר הסיבתי בשל אשמו של אדם אחר נדונה בפסיקה פעמים רבות. בעניין כיתן בע"מ נ' וייס<sup>396</sup> למשל רצח שומר במפעל שעבד בשירותה של הנתבעת את עורך דינו תוך שימוש באקדח שהעמידה לרשותו. בתביעת הנזיקין שהוגשה על ידי תלוייו של הנרצח נגד המעבידה נטען שזו התרשלה בהעמידה אקדח לרשותו של אדם אשר היו סימנים שאינו יציב בנפשו והוא מכור לטיפה המרה. כן, לפי הנטען, התרשלה המעבידה באי-נקיטת אמצעי זהירות להבטיח שנשק שניתן לשומרים לא יצא את תחומי המפעל. בית המשפט העליון דחה את הטענה הראשונה בקבעו שהמעבידה לא הייתה יכולה לדעת על התמכרותו של השומר לשתייה ועל מצבו הנפשי הרעוע. עם זאת קיבל בית המשפט את

392 מידת תרומה סיבתית ומידת אשם אינן היינו הך: משאית הפוגעת ברוכב אופנוע תתרום תרומה גדולה מאוד לנזק גם אם האשם של נהג המשאית קטן בהרבה מזה של רוכב האופנוע.

393 להבחנה ביניהן ראו לעיל חלק ב, פרק 2.

394 ע"א 704/71 אגבריה נ' המאירי, פ"ד כו(1) 743 (1972). כן ראו עניין בן שמעון, לעיל ה"ש 379, שם בוחן בית המשפט את שאלת ניתוק הקשר הסיבתי כשאלה של סיבתיות וחובת זהירות גם יחד.

395 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1.

396 ע"א 350/77 כיתן בע"מ נ' וייס, פ"ד לג(2) 785 (1979).

טענת ההתרשלות השנייה,<sup>397</sup> אך קבע כי דין התביעה להידחות, שכן נותק הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שאירע. בית המשפט הדגיש את אי-יכולתה של המעבידה לצפות ששומר העובד בשירותה ישתמש באקדח לשם רצח.

טענת ניתוק הקשר הסיבתי התקבלה אף בעניין מ.י. נ' אביטן.<sup>398</sup> באותו מקרה נטל חייל משאית מבסיס צבאי ללא רשות, אסף כמה מחבריו ואת אחיו, ותוך כדי הנסיעה ברכב התהפך וגרם נזק לאחד מן הנוסעים ברכב (שהיה אותה עת קטין). זה האחרון הגיש תביעה נגד המדינה על שה-ש"ג במחנה, שלו אחראית המדינה שילוחית, התרשל בכך שלא בדק את מסמכי הרכב ומנע את יציאתו מן המחנה. בית המשפט העליון קבע שלא הוכחה התרשלות של ה-ש"ג, אך הוסיף וקבע שגם לו הייתה מוכחת התרשלות כזו, הרי שהתביעה הייתה נדחית בשל ניתוק קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק.<sup>399</sup> נטילת הרכב בלא רשות והעלאת נוסעים עליו הייתה לדברי בית המשפט התרשלות בדרגה חמורה, ולפיכך בלתי צפויה, ויש בה כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין התרשלות ה-ש"ג, גם לו הייתה כזו, לבין הנזק שנגרם.

במקרה שלישי, בן שמעון נ' ברדה,<sup>400</sup> דחה בית המשפט העליון טענה של ניתוק קשר סיבתי בשל קיומו של גורם מתערב זר אף שבדומה לשני המקרים הראשונים המתוארים לעיל התנהגותו של הגורם המתערב הזר הייתה מכוונת. באותו עניין גנבו נערים נשק ממועדון גדנ"ע, שיחקו משחקי מלחמה, ובמהלכם נפגע אחד מהם. זה הגיש תביעה נגד המדינה כאחראית שילוחית למדריך הגדנ"ע שלפי הנטען התרשל בכך שלא דאג לתיקון סורג בחלון, שדרכו פרצו הנערים לחדר שבו אוחסן הנשק. בית המשפט העליון קבע כי מדריך הגדנ"ע התרשל ואף דחה את הטענה כי גנבת כלי הנשק ניתקה את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שאירע. בית המשפט הדגיש כי על מדריך הגדנ"ע היה לצפות כי בלא שמירה ראויה על הנשק אפשר שנערים יגנבו אותו, וייגרם נזק מסוג זה שאירע בפועל. בית המשפט הדגיש כי הצפיות הנדרשת לשם הטלתה של אחריות אינה של כל פרטי אירוע הנזק אלא של קוויו הכלליים בלבד. לכן די בכך שמדריך הגדנ"ע היה יכול וצריך לצפות כי נערים עלולים לגנוב את כלי הנשק ולירות, כדי להטיל אחריות עליו גם אם לא צפה שישחקו משחקי מלחמה.

397 אם כי אחד השופטים (השופט ויתקון) סבר שאף טענת התרשלות זו לא הוכחה, עניין כיתן, שם.

398 ע"א 557/82 מ.י. נ' אביטן, פ"ד מא(1) 563 (1987).

399 אחד השופטים (השופט ברק) השתית את החלטתו רק על הקביעה כי לא הוכחה התרשלות. עניין אביטן, שם.

400 עניין בן שמעון, לעיל ה"ש 379.



## ב. הצדקות

מה ההצדקות לכך שאשם של אדם אחר מביא לניתוק קשר סיבתי בין אשמו של המזיק הנתבע לבין הנזק, ולהעדר אחריות? אפשר להעלות על הדעת כמה הצדקות אפשריות: הראשונה, עניינה הרתעה; השנייה, עלויות התדיינות; השלישית, תפקידם האקספרסיבי של דיני הניזקין; הרביעית, קשר סיבתי עובדתי; החמישית והאחרונה, חשש לדילול אחריות. הצדקות אלו יפורטו להלן.

ראשית, כפי שעולה מן הדיון לעיל, המבחן שננקט בפסיקה כדי לקבוע אם נותק הקשר הסיבתי על ידי הגורם המתערב הזר הוא מבחן הצפיות (הטכנית). מכאן שהסיבות שבגללן לא מוצדק להטיל אחריות בגין הבלתי צפוי חלות בעיקרן אף על המקרה הקונקרטי של גורם מתערב זר בלתי צפוי. בעיקר מאחר שהגורם המתערב הזר אינו צפוי, הנזק שנגרם עקב התערבותו ממילא אינו מובא בחשבון על ידי המזיק הנתבע בעת שהוא מכלכל את צעדיו, ועל כן הטלת אחריות עליו בגין נזק זה היא לפחות מיותרת מנקודת מבט הרתעתית.<sup>401</sup> שנית, כאשר הגורם המתערב הזר האנושי הוא בעל אשם חמור במיוחד, יש להניח שהמזיק הנתבע, גם לו נמצא אחראי לנזק, היה זכאי לחזור אליו ולזכות בשיפוי מלא ממנו בגין הפיצי ששילם לניזוק. אם כך הדבר, הטלת אחריות על בעל האשם החמור, ועליו בלבד, חוסכת לכאורה את העלויות הכרוכות בתביעת השתתפות של המזיק הנתבע נגדו. אפשר לפקפק בהיותה של הצדקה זו משכנעת: חיובם של שני הגורמים האשמים לשאת בנזק כלפי הניזוק, גם כאשר נטל הנזק הסופי אמור ליפול בסופו של דבר על אחד מהם במלואו, מוצדק בראש ובראשונה בהגנת הניזוק, שלא ייפגע בשל חוסר יכולת הפירעון של אחד הגורמים או בשל קשיי גבייה ממנו.

שלישית, מנקודת מבט אקספרסיבית יכול שיש מקום שלא לדלל את הגינוי המוסרי של האשם העיקרי – הוא הגורם המתערב הזר – על ידי הטלת אחריות לא רק עליו אלא על אחרים שאשמים הרבה פחות ממנו בגרם הנזק. כוחה של הצדקה זו תלוי כמובן במידה שבה תפקידם האקספרסיבי של דיני הניזקין נתפס כמרכזי, במיוחד כאשר קיימות לכאורה סיבות טובות להטיל אחריות על כל מי שגרם באשמו לנזק, יהא זה אשם חמור או קל. רביעית, קיימים מקרים שבהם הגורם המתערב הזר היה פועל וגורם לנזק אף בלעדי ההתערבות של המזיק הנתבע. כשאלה הם פני הדברים, אין קשר סיבתי עובדתי, על פי מבחן האלמלא (מבחן הגורם-בלעדיו-אין), בין האשם של המזיק הנתבע לבין הנזק שאירע. אמנם עם דוקטרינת הגורם המתערב הזר או בלעדיה במצב עניינים כזה אין מוצדקת הטלת אחריות על המזיק הנתבע, אך אפשר לראות בדוקטרינה זו מעין קונקרטיזציה של עקרונות

401 השוו לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1.

הסיבתיות העובדתית במקרים המיוחדים שבהם נוכח גורם מתערב זר. כך, בעניין כיתן,<sup>402</sup> בעניין אביטן<sup>403</sup> ואולי אף בעניין בן שמעון,<sup>404</sup> לא מן הנמנע שגם אם המזיק הנתבע לא היה מתרשל,<sup>405</sup> לא היה הנזק נמנע: השומר בעניין כיתן היה מצליח אולי להשיג אקדח או כלי נשק אחר כך או אחרת ולבצע את הרצח, החייל שנטל רכב בלי רשות בעניין אביטן היה מצליח להוציאו מן הבסיס עם או בלי רשלנות ה-ש"ג, ואולי אף הנערים שגנבו נשק והשתמשו בו למשחקי מלחמה, בעניין בן שמעון, היו עושים זאת אפילו אם החלון שדרכו חדרו לחדר שבו אוחסן הנשק היה מסורג כראוי.

הצדקה זו, ככל שהיא מתיימרת לשמש הצדקה כללית לדוקטרינת הגורם המתערב הזר, אינה משכנעת. עם זאת יש לה כוח משכנע במקרים מסוימים, שבהם הגורם המתערב הזר ניצל הזדמנות שיצר בשבילו המזיק הנתבע, אך היה בעל כוונה ונכונות ברמה גבוהה לבצע את זממו, כך או אחרת. הצדקה זו אינו חלה על מקרה שבו הגורם המתערב הזר לא היה יכול לפעול אלמלא התנהגותו בת האשם של המזיק הנתבע. ייתכן שבעניין בן שמעון, אילו דאג מדריך הגדנ"ע לשמירה ראויה על כלי הנשק, הייתה הגנבה נמנעת, ונראה שכך אף סבר בית המשפט העליון.<sup>406</sup>

חמישית, הטלת אחריות על כמה מזיקים עשויה במקרים מסוימים לדלל את האחריות הנוזיקית, וכך איש מהם לא יורתע כראוי. הסבר זה פותח במאמר חשוב של אלון הראל ואסף יעקב.<sup>407</sup> כפי שמראים המחברים, במקרים מסוימים שבהם כמה מזיקים יכולים למנוע את הנזק, הטלת אחריות על כולם תהיה בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת", כלומר איש מהם לא יורתע והנזק לא יימנע, גם כאשר מניעתו יעילה.<sup>408</sup> מצב עניינים זה עשוי להתקיים כאשר עלות מניעת הנזק על ידי כל מזיק נמוכה מתוחלת הנזק, אך אם נטל הנזק יחולק בין כל המזיקים, תוחלת האחריות של כל אחד מהם תהא נמוכה מעלות המניעה שלו.<sup>409</sup> דרך

402 עניין כיתן, לעיל ה"ש 396.

403 עניין אביטן, לעיל ה"ש 398.

404 עניין בן שמעון, לעיל ה"ש 379.

405 בעניין אביטן, לעיל ה"ש 398, סבר בית המשפט שאכן לא הוכחה התרשלות.

406 עניין בן שמעון, לעיל ה"ש 379, בעמ' 6.

407 Alon Harel & Assaf Jacob, *An Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law: The Principle of Salience*, 3 THEORETICAL INQ. L. 413 (2002).

408 לניתוח תורת-משחקי של בעיה דומה ראו Massimo D'Antoni & Avraham Tabbach, *Least-Cost Avoidance and Partial Compensation* (unpublished manuscript).

409 נניח למשל שהנזק הוא 10, כאשר שני מזיקים יכולים למנועו בנפרד, כל אחד בהשקעה של 6. בהנחה שאי-מניעת הנזק תביא להטלת אחריות על שני המזיקים בחלקים שווים, הם יעדיפו לא לעשות דבר ולשאת באחריות שתוחלתה 5 במקום לשאת בעלויות מניעה בסך 6. כל זאת בהנחה שהמזיקים אינם יכולים לתאם ביניהם, שאילו היו יכולים, היו מסכימים שאחד מהם ישקיע 6, והשני ישפה אותו שיפוי חלקי על הוצאותיו.

פתרון אפשרית היא לבחור מזיק אחד (או מספר קטן של מזיקים) ולהטיל את מלוא האחריות לנזק עליו. אז יובטח שמזיק זה יפעל וימנע את הנזק. לטענת הראל ויעקב, דוקטרינת הגורם המתערב הזר עושה את זה ממש – היא מביאה לכך שהאשם העיקרי יישא בנוק כולו, ואחריותו לא תדולל.

ההצדקה שמציעים הראל ויעקב, כמו ההצדקות הקודמות, טובה למקרים מסוימים, אך אינה יכולה לשמש הצדקה כללית לדוקטרינת הגורם המתערב הזר (והם אף לא טענו זאת). אכן, יהיו מקרים שבהם הרתעה יעילה תושג דווקא אם תוטל אחריות הן על המזיק הנתבע והן על הגורם המתערב הזר, וחשש דילול האחריות לא יצדיק תוצאה שונה. ככלל, טיעון דילול האחריות חל על מקרים שבהם אמצעי הזהירות של המעוולים הם חלופיים, אך לא על מקרים שבהם הם בלתי תלויים (או משלימים זה את זה).<sup>410</sup>

המסקנה העולה מן הדיון היא שרק ההצדקה הראשונה היא ההצדקה הכללית לדוקטרינת הגורם המתערב הזר: ככל שההתערבות של הגורם הזר אינה צפויה אצל המזיק הנתבע, הטלת אחריות עליו, מנקודת מבט הרתעתית, אינה מועילה.

### ג. שיקולים מפורשים או משתמעים בפסיקה

בפסיקתו של בית המשפט העליון מושם דגש חזק במידת צפייתו של הגורם המתערב הזר. במיוחד בולטת המגמה שלא להכיר בניתוק הקשר הסיבתי, כאשר תפקידו של הנתבע היה למנוע את פועלו של הגורם המתערב הזר והוא נכשל בכך.<sup>411</sup> בנוסף, אפשר להצביע על כמה שיקולים אשר ראוי שישפיעו – ואשר לעתים אף משפיעים – על החלטות בית המשפט. חלק מן השיקולים הם שיקולי עזר לבחינת מידת הצפיות, וחלקם שיקולים עצמאיים.

#### מידת אשמו של הגורם המתערב הזר

ככל שמידת אשמו של הגורם המתערב הזר רבה יותר, כך בדרך כלל יכולתו של המזיק הנתבע לצפות אותה קטנה, והסיכוי שיוסק כי נותק הקשר הסיבתי גדל. מידת האשם הגדולה ביותר היא זו שבה הגורם המתערב הזר פעל במכוון לשם גרימת נזק. מקרה כיתן – שבו הגורם המתערב הזר ביצע רצח – מדגים זאת, ולא ייפלא אפוא שבית המשפט קבע

410 להבחנה בין סוגים אלו של אמצעי זהירות ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 12.  
411 כגון רופא שבשל רשלנותו חולה שלו, המעורער בנפשו, מאבד את עצמו לדעת. ראו להלן ה"ש 412.

שנותק הקשר הסיבתי.<sup>412</sup> מידת האשם הבאה בסדר יורד בחומרתה היא זו שבה הגורם המתערב הזר פעל במכוון ובאופן עוולתי אך לא מתוך כוונה לגרום נזק. כך בעניין בן שמעון הייתה גנבת כלי הנשק מעשה עוולתי מכוון, אך בלא כל כוונה לגרום נזק. בדומה לכך, בעניין אביטן נטילת הרכב בלי רשות הייתה מכוונת, אך אף כאן בלא כוונה לגרום נזק. ראינו שבמקרה הראשון קבע בית המשפט שלא נותק הקשר הסיבתי, ואילו במקרה השני קבע שנותק הקשר הסיבתי. כנראה ששיקולים אחרים, מבין אלו שיידונו להלן, שיחקו בזירה.

### מידת אשמו של המזיק הנתבע

מפתיע שמידת אשמו של המזיק הנתבע אינה נזכרת כשיקול רלוונטי לשאלת ניתוקו של הקשר הסיבתי. למעשה, לפי לשון פקודת הנזיקין, נדמה ששיקול זה היה צריך להיות בעל משקל רב, שהרי אי אפשר לקבוע אם הגורם המתערב הזר הוא "סיבה מכרעת לנזק" – כלשון סעיף 64(2) לפקודה – בלעדי השוואת אשמו של הגורם המתערב הזר לאשמו של המזיק הנתבע. יתרה מזו, כמה מן ההצדקות לדוקטרינת הגורם המתערב הזר מבוססות על כך שאשמו של הגורם המתערב הזר רב במיוחד, יותר מאשר זה של המזיק הנתבע (למשל, ההצדקה של עלויות ההתדיינות, ההצדקה האקספרסיבית וההצדקה של דילול האחריות), ועל כן השוואת מידת אשמו, ואף תרומתם הסיבתית לנזק, מתבקשת מאליה.

נדמה ששיקול מידת אשמו של המזיק הנתבע משפיע על פסיקתם של בתי המשפט גם אם אינם דנים בו מפורשות. למשל, בעניין כיתן התרשלותה של המעבידה שאפשרה את נטילת הנשק על ידי העובד ואשר בו ביצע את הרצח, הייתה גבולית (אחד השופטים סבר שלא התרשלה). בדומה לכך, בעניין אביטן סברו השופטים שהש"ג לא התרשל, אך דנו בשאלת ניתוק הקשר הסיבתי מתוך הנחה שאולי התרשל – כנראה התרשלות קלה. בשני מקרים אלו קל היה לקבוע שנותק הקשר הסיבתי: השוואת אשמו של המזיק הנתבע ושל הגורם המתערב הזר לא הותירה מקום לספק אשמו של מי הוא הסיבה המכרעת לנזק.

412 עם זאת בית המשפט העליון סירב לראות בהתאבדותו של חולה שאושפז בבית חולים בעקבות ניסיון התאבדות גורם שניתק את הקשר הסיבתי בין רשלנות הרופאים שלא נקטו אמצעי זהירות למנוע את ההתאבדות לבין הנזק שאירע. ראו ע"א 6649/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529 (1999). במקרה זה חובת הזהירות של הרופאים הייתה להגן על החולה מפני עצמו, וממילא התאבדותו הייתה בגדר הצפוי. במקרה אחר התאבדותו של נער בעקבות הליכים משמעתיים שננקטו כלפיו בבית הספר נמצאה מנתקת את הקשר הסיבתי בין רשלנות מורי בית הספר לבין הנזק שאירע. ראו ע"א 7021/99 עיזבון ויצמן נ' סלע, פ"ד נו(1) 822 (2001). במקרה נוסף שבו ניסיון התאבדות של הניזוק נמצא מנתק את הקשר הסיבתי בין הרשלנות הנטענת של המזיק לבין הנזק, ראו ע"א 3379/01 ידיד נ' מ. י., פ"ד נח(1) 196 (2003).

לעומת זאת בעניין בן שמעון התרשלותו של מדריך הגדנ"ע לא הייתה רבה, ואילו אשמו של הנערים שגנבו את הנשק היה לכאורה רב. מכאן שמסקנה של ניתוק קשר סיבתי הייתה מתבקשת לכאורה. אלא שנראה שקטינותם של הנערים הפחיתה ממידת האשם שיוחס להם, ולפיכך נדחתה טענת ניתוק הקשר הסיבתי.

#### מידת הסיכון בהתנהגותו או בפעילותו של המזיק הנתבע

לא רק אשמו של המזיק הנתבע הוא, או לפחות צריך להיות, שיקול אם לפטור אותו מאחריות בשל התערבותו של גורם זר, אלא אף מידת הסיכון הכרוכה בהתנהגותו או בפעילותו. ככל שסיכון זה רב יותר, יש להניח שהוא השוקל הטוב יותר, שאז הטלת אחריות עליו תהא חיונית מנקודת מבט הרתעתית.<sup>413</sup> למשל, כאשר המזיק הנתבע מפקח על השימוש בכלי נשק או מחזיק בהם – כבמקרי כיתן ובן שמעון – הטעם בהטלת אחריות עליו חזק. בכך יש אולי לשמש הסבר נוסף לפסיקת בית המשפט בעניין האחרון (שלא נותק הקשר הסיבתי), אך לא בעניין הראשון (שנותק הקשר הסיבתי). אף כלי רכב הם מסוכנים, ועובדה זו עשויה להצדיק הטלת אחריות על השומר עליהם גם אם קיים גורם מתערב זר שגרם ישירות לנזק. אך נראה שבעניין אביטן שיקולים אחרים הכריעו את הכף נגד הטלת אחריות על המדינה.

#### מידת ודאות הקשר הסיבתי העובדתי בין התנהגות המזיק הנתבע לבין הנזק

על פי אחת ההצדקות לדוקטרינת הגורם המתערב הזר, קיומו של הגורם המתערב מטיל ספק בדבר קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התנהגותו העוולתית של המזיק הנתבע לבין הנזק שאירע. אף שטענתי כי הצדקה זו אינה חלה על כל המקרים, נדמה שכאשר קיימת אי-ודאות בדבר הקשר הסיבתי העובדתי, תהא נטייתו של בית המשפט לקבוע כי נותק הקשר הסיבתי רבה יותר. למשל, בעניין כיתן ובעניין אביטן אף בלעדי רשלנותו של המזיק הנתבע היה אולי הגורם המתערב הזר גורם לנזק. נימוק זה כנראה היה משכנע פחות בעניין בן שמעון.

#### התנהגות הניזוק

שיקול זה אינו מוזכר בפסיקה, אך אין להתעלם מתפקיד הרקע החשוב שעשוי להיות לו. בעניין אביטן היה הניזוק התובע שותף לדבר עברה של הגורם המתערב הזר. כך גם בעניין

413 למבחן השוקל הטוב ראו לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 11.

בן שמעון. בשני המקרים היה הניזוק קטין, ועובדה זו ריככה כנראה את זהותו כשותף לדבר עברה במקרה האחרון, אך לא במקרה הראשון.

#### שיקולים נוספים

ככלל, ככל שקיימים טעמים חזקים יותר, אם טעמי צדק ואם טעמים הרתעתיים, בעד הטלת אחריות על המזיק הנתבע, כך בתי המשפט ייטו פחות לשחרר אותו מאחריות נזיקית. הדיון עד כאן פירט כמה שיקולים כאלו, אך למעשה כל שיקול הפועל בעד או נגד הטלת אחריות על המזיק הנתבע בעל האשם עשוי להשפיע על אופן הפעלת דוקטרינת הגורם המתערב הזר. למשל, אם מדובר במזיק אשר מלכתחילה הטלת אחריות עליו עלולה להשפיע על פעילותו השפעה שלילית,<sup>414</sup> קיומו של גורם מתערב זר עשוי להיות שיקול נוסף על אלו הקיימים בלעדיו נגד הטלת אחריות עליו.

#### ד. מקרה טבעי בלתי רגיל

על פי סעיף 64(1) לפקודת הניזוקין, הקשר הסיבתי בין אשמו של אדם לבין הנזק מנותק אם "הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה".

על פני הדברים נדמה שס"ק 1 אינו שונה ברצינות שלו מס"ק 2: כל עוד הגורם המתערב הזר אינו צפוי – בין גורם זר אנושי ובין גורם טבעי – אין מקום להטלת אחריות על המזיק הנתבע. לפיכך ההצדקה ההרתעית (הראשונה) שלפיה די בכך שאירוע הנזק הוא בלתי צפוי כדי שלא תוצדק הטלת אחריות בגינו טובה באותה מידה הן למקרה של גורם מתערב זר אנושי בלתי צפוי והן למקרה של גורם טבעי בלתי צפוי.

אך נראה שקיימים הבדלים בין שני המצבים. ראשית, במקרה של גורם מתערב זר אנושי קיומו של אשם של אחר הוא נתון רלוונטי אשר כמה מן ההצדקות לדוקטרינת הגורם המתערב הזר נזקקות לו. הצדקות אלו, ממילא, אינן רלוונטיות למקרה של גורם טבעי בלתי צפוי. כך, הטיעונים שכאשר הגורם המתערב הזר הוא בעל אשם, תביעה שלו בלבד תחסוך הוצאות התדיינות, תיטיב להשיג את המטרה האקספרסיבית של המשפט ותמנע דילול של האחריות הניזיקית,<sup>415</sup> אינם רלוונטיים לשאלת ניתוק הקשר הסיבתי על ידי גורם טבעי בלתי צפוי.

שנית, וזה העיקר, כפי שהבהיר בית המשפט העליון, סעיף 64(1) אינו רלוונטי כלל למקרי רשלנות. זאת מן הטעם שתנאי לתחולתו הוא ש"אדם סביר לא יכול היה לראותו" את

414 ראו לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.א.

415 לעיל הטקסט בין ה"ש 401–409.

המקרה הטבעי הבלתי רגיל] מראש" וש"אי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה", או במילים אחרות, שאי אפשר היה לצפות את המקרה הטבעי הבלתי רגיל, ושלא הייתה כל התרשלות באי-מניעתו. כשאלה הם פני הדברים, עם סעיף 64(1) ובלעדיו, לא תוטל אחריות על המזיק בגין רשלנות, ולכן סעיף זה אינו מעלה או מוריד.<sup>416</sup> לסעיף זה יש לכאורה תחולה במקרים אחרים, שבהם אחריותו של המזיק מלכתחילה אינה תלויה אשם ואף אינה תלויה צפיות. ספק אם קיימים מקרים כאלו בגדרה של פקודת הנוזיקין.<sup>417</sup>

### ה. ניזוק ילד

על פי סעיף 64(3) לפקודת הנוזיקין, אין רואים אשם באדם אם "הוא ילד שלא מלאו לו שנים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להפגע באשמו של אותו אדם". על פי פקודת הנוזיקין, אין לתבוע בנוזיקין ילד שלא מלאו לו שנים עשרה שנה.<sup>418</sup> אולם מכך אין ללמוד שאי אפשר לייחס לילד אשם תורם כאשר הוא הניזוק.<sup>419</sup> אלא שסעיף 64(3) מסייג את היכולת לייחס אשם תורם לילד בנסיבות המפורטות בסעיף. כאשר נסיבות אלו מתקיימות, אי אפשר יהיה להפחית את אחריותו של המזיק בשל אשמו התורם של הניזוק,<sup>420</sup> ובודאי לא לקבוע שאשמו התורם של הילד ניתק את הקשר הסיבתי בין התנהגותו של המזיק לבין הנזק שנגרם לילד, מכוח סעיף 64(2) לפקודה.

- 416 ע"א 2757/93 שרון נ' או. אר. אס. כוח אדם בע"מ, פ"ד מט(2) 781, 788–789 (1995). ראו גם ע"א 750/70 אמזלג נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד כו(1) 7 (1971).
- 417 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975 אינו מתנה אחריות לפי החוק באשם או בצפיות. האם אפשר שתיטען טענת ניתוק קשר סיבתי לפי חוק הפיצויים? לכאורה לא. סעיף 64 לפקודת הנוזיקין, המגדיר אשם, והקובע מתי מתנתק הקשר הסיבתי בין אשמו של המזיק לבין הנזק, אינו חל על חוק הפיצויים: סעיף 4 לחוק מפרט אילו מסעיפי פקודת הנוזיקין חלים על פסיקת פיצויים לפי החוק, וסעיף 64 אינו נמנה עמם. עם זאת יהיו אולי מקרים שבשל גורם מתערב זר יתממש סיכון שאינו מקיים את מבחן הסיכון, הוא מבחן הקשר הסיבתי הנוהג לפי חוק הפיצויים (ראו עניין שולמן, לעיל ה"ש 376, ולעיל הטקסט הנלווה לה"ש 376–379). כך, אם סופה חזקה שלא הייתה כדוגמתה בישראל מטיחה כלי רכב בהולך רגל וגורמת לו נזק, ייתכן שיהיה אפשר לטעון להעדר אחריות של הנהג, שכן הנזק אינו תוצאה של סיכון שחוק הפיצויים התכוון להגן מפניו. אך ספק רב אם טענה כזו תתקבל על ידי המשפט.
- 418 סעיף 9(א) לפקודת הנוזיקין.
- 419 למקרים שבהם ייחס אשם תורם לילד מתחת לגיל 12, ראו ע"א 361/59 צוקרמן נ' שנברגר, פ"ד יד 479 (1960); ע"א 61/89 מ.י. נ' אייגר, פ"ד מה(1) 580 (1990).
- 420 מכוח סעיף 68 לפקודת הנוזיקין.

חלק שלישי : סיבתיות



## תנאי הסיכונים העולתיים

1. מקרה הרשלנות. 2. פסק דין פלוני נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה. 3. מקרה של הפרת חובה חקוקה. 4. בעיה ביישום ולא בתאוריה. 5. סיכונים שאינם עומדים במבחן "הנטייה הסיבתית". 6. סיכונים בלתי צפויים. 7. צדק מתקן. 8. ביקורת על טיעון הסיכונים העולתיים ומענה לה. 9. הפסיקה בראי התאוריה; א. פסיקה המתיישבת עם טיעון הסיכונים העולתיים; ב. פסיקה שאינה מתיישבת עם טיעון הסיכונים העולתיים; ג. פסק דין בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס. – נטייה לאימוץ טיעון הסיכונים העולתיים.

ראובן נוהג ברכבו במהירות 50 קמ"ש בקרבת בית ספר ופוגע בהולך הרגל שמעון. אילו נהג במהירות 30 קמ"ש, היה מספיק לבלום את רכבו בזמן, והנזק היה נמנע. נניח כי על פי דיני הרשלנות החלים על המקרה<sup>421</sup> ועל פי תקנות התעבורה, המהירות הסבירה בדרך כלל היא 50 קמ"ש, אך בקרבת בית ספר היא 30 קמ"ש בלבד. שמעון אינו תלמיד אלא אדם מבוגר שלא ידע כלל על קיומו של בית הספר בסביבה, וממילא לא ידע על הגבלת המהירות המוטלת שם. האם ראובן אחראי כלפי שמעון בגין נזקיו? ייתכן שבית המשפט שידון בעניין לא יטיל אחריות נזיקית על ראובן. טענתו היא שיש להטיל עליו אחריות כזו. תנאי אחד, שחוזר מדי פעם בפסיקה, לעתים תוך כדי דיון בחובת הזהירות, אך בעיקר תוך כדי דיון בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי, שבלעדיו לא תקום אחריות נזיקית, הוא תנאי שיכונה להלן: "תנאי הסיכונים העולתיים". על פי תנאי זה, חובת הזהירות, או הקשר הסיבתי המשפטי, מתקיימים רק כאשר הסיכון שהתממש הוא זה שבגיניו הוגדרה מלכתחילה התנהגותו של המזיק רשלנית.<sup>422</sup> הביטוי "סיכון" משמש כאן במובן הרחב של המילה, והוא נסב על הניזוק, על הנזק ועל האירוע שהביא לידי גרם הנזק. מכאן שאם המזיק התרשל, אך הניזוק, הנזק או אירוע הנזק אינם נמנים עם קבוצת הניזוקים, הנזקים או אירועי

421 אני מתעלם מחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. אם לקורא קשה לקבל דוגמה המתעלמת מחוק זה, אפשר להניח שהנזק שנגרם לשמעון הוא נזק רכוש בלבד.

422 בארצות הברית עיקרון זה קבוע ב- RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 29 (2010). לקרבה בין מבחן הסיכון המוזכר בפסיקה בארץ לבין תנאי הסיכונים העולתיים, ראו לעיל ה"ש 376.

הנזק שבגינם הוגדרה מלכתחילה התנהגותו של המזיק רשלנית, לא תוטל על המזיק אחריות נזיקית בגינם.

תנאי הסיכונים העוולתיים נדרש אף במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה. גם לשם הטלת אחריות בגין עוולה זו אין די בכך שהמזיק הפר חיקוק וגרם נזק; נוסף על כך נדרש שהניזוק נמנה עם קבוצת הניזוקים שעליהם ביקש המחוקק להגן, ושהנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאותו ביקש המחוקק למנוע.<sup>423</sup> הן ברשלנות והן בהפרת חובה חקוקה נדרש אפוא, כתנאי להטלת אחריות, שהניזוק והנזק (ובדיני הרשלנות – אף אירוע הנזק) יהיו אלה שבגינם הוגדרה מלכתחילה התנהגותו של המזיק עוולתית. תנאי הסיכונים העוולתיים עשוי להביא לידי כך שבית המשפט יימנע מלהטיל אחריות נזיקית על ראובן בדוגמת בית הספר שהובאה לעיל.

בתי משפט בארץ ובעולם, כפי שיפורט להלן, מחילים לא אחת את תנאי הסיכונים העוולתיים במצבים שבהם לא נכון להחילו, ובכך מביאים לידי צמצומה של האחריות הנזיקית באופן שפוגע בהרתעה ואף מפר את עקרונות הצדק המתקן. מטרה אחת של פרק זה היא להצביע על יישום שגוי זה של תנאי הסיכונים העוולתיים ולטעון כי יש להחילו בדרך שונה. מטרה שנייה היא להתוות את גבולות יישומו באופן שישורת כראוי את מטרותיהם של דיני הנזיקין.<sup>424</sup> לאחרונה גילה בית המשפט העליון נטייה ברורה לאמץ את טיעון הסיכונים העוולתיים המוצג בפרק זה, ויש לקוות שמהלך זה יושלם בפסיקה בעתיד.<sup>425</sup>

תחילה יוצג טיעון הסיכונים העוולתיים במסגרת דיני הרשלנות, ויבוקר פסק דין שניתן על ידי בית המשפט העליון, אשר היה צריך להיפסק אחרת, על פי הטענה, לנוכח טיעון הסיכונים העוולתיים. לאחר מכן יורחב טיעון הסיכונים העוולתיים לעוולה של הפרת חובה חקוקה, ואף יוסבר כי טיעון הסיכונים העוולתיים אינו מופנה לתאוריה הנזיקית אלא לאופן יישומה הרווח בבתי המשפט. טיעון הסיכונים העוולתיים יעומת עם טיעונים "שכנים": הטענה שלפיו אין להטיל אחריות כאשר אין מתקיים תנאי הנטייה הסיבתית, והטענה שלפיו אין להטיל אחריות בגין נזקים בלתי צפויים. טיעון הסיכונים העוולתיים ייבחן אף מנקודת מבט של צדק מתקן. לבסוף ייבחנו כמה פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון לאור טיעון הסיכונים העוולתיים.

423 סעיף 63 לפקודת הנזיקין. ראו גם עניין ועקנין, לעיל ה"ש 32.  
424 לדיון בשאלות דומות שעלו בפסיקה האמריקאית, בעיקר בהקשר המיוחד של הפרת חובה חקוקה, ראו Ariel Porat, *Expanding Liability for Negligence Per Se*, 44 WAKE FOREST L. REV. 979 (2009). כן ראו דיון בנושא: Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L. J. 82 (2011).  
425 ע"א 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס (פורסם בנבו, 24.11.2010).

## 1. מקרה הרשלנות

מזיק יוצר כלפי ניזוק סיכון "רגיל" של 30. הסיכון הוא לנזק מסוג A. המזיק יכול להפחית את הסיכון ל-0 בנקיטת אמצעי זהירות, אך עלותם של אמצעים אלה היא 80, ועל כן אי-הפחתת הסיכון, על פי נוסחת לרנד הנד, אינה מהווה רשלנות.<sup>426</sup> בנקודת זמן מסוימת מיתוסף על הסיכון הרגיל סיכון נוסף, חריג, של 70. הסיכון החריג הוא לנזק מסוג B. הסיכון הכולל עתה הוא 100, ואותם אמצעי זהירות שעלותם 80 יביאו לידי הפחתת הסיכונים כולם ל-0. המזיק אינו נוקט אמצעי זהירות ולכן נגרם נזק A. האם המזיק אחראי לנזק A על פי דיני הרשלנות? תשובה אפשרית היא שאין להטיל אחריות על המזיק, מכיוון שאין מתקיים תנאי הסיכונים העוולתיים. זאת מכיוון שהסיכון שבגיניו הוטלה על המזיק החובה לפעול – קרי הסיכון שבגיניו הוא נחשב רשלן – הוא סיכון לנזק B. מכאן שאין קשר סיבתי משפטי בין אי-נקיטת אמצעי הזהירות לבין הנזק שאירע, או במילים אחרות, אין חובת זהירות של המזיק באשר לנזק שהתממש.

אולם מנקודת מבט של הרתעה אופטימלית (או יעילות כלכלית) הכרחי להטיל אחריות על המזיק בגין גרם נזק A. הטעם לכך הוא פשוט: אם לא תוטל אחריות כזו, לא ינקוט המזיק את אמצעי הזהירות שעלותם 80 ולא ימנע סיכון של 100. זאת, מכיוון שבלעדי אחריות לנזק A סיכון האחריות של המזיק אם לא ינקוט את אמצעי הזהירות יהיה 70 בלבד (בגין הסיכון שייגרם נזק B), והוא יעדיף לשאת בסיכון זה על השקעה של 80 במניעתו. גישת ההרתעה האופטימלית אינה עומדת בסתירה להבנה נכונה של תנאי הסיכונים העוולתיים. על פני הבנה זו, חובתו של המזיק לנקוט את אמצעי הזהירות שעלותם 80 אינה נובעת מהסיכון לנזק A או מהסיכון לנזק B, אלא משני הסיכונים גם יחד. כל אחד מן הסיכונים הוא גורם בלעדיו-אין להטלת החובה על המזיק לפעול להפחתת הסיכונים ל-0. לכן אם יתממש איזה משני הסיכונים, יהא מוצדק להטיל אחריות על המזיק. לכאורה אי-הטלת אחריות בגין נזק A לא תגרום להרתעת חסר אם הסיכון לנזק B גדול דיו כשלעצמו לתמרץ את המזיק לנקוט את אמצעי הזהירות. למשל, אילו הסיכון לנזק B היה 90 ולא 70, היה המזיק נוקט את אמצעי הזהירות שעלותם 80 אף בלעדי הטלת אחריות עליו בגין נזק A. אולם מאחר שהסיכון לנזק A יכול להיות 70, ומאחר שדיני הרשלנות קובעים סטנדרט שצריך לחול על כל המקרים ולהתאים להם, הטלת אחריות על המזיק לכל הנזקים שנקיטת אמצעי הזהירות הייתה מונעת היא שתבטיח הרתעה יעילה שלו. בעניין פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה<sup>427</sup> אימץ בית המשפט העליון גישה אשר בדוגמה שנידונה לעיל הייתה מביאה להטלת אחריות על המזיק בגין נזק B בלבד. פסק דין זה הוא נושאו של הסעיף הבא.

426 לעיל, חלק ב, פרק 1, סעיף 2.

427 ע"א 2714/02 פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה, פ"ד נח(1) 516 (2003).

## 2. פסק דין פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה

בעניין פלונית מת העובר ברחמה של התובעת. סיבת המוות הייתה חסימת חבל הטבור בגלל קשר שנוצר בו. מתברר שימים מספר קודם לכן התלבטו הרופאים אם לעשות ניתוח קיסרי, והחליטו לא לעשות זאת. הם שלחו את התובעת לביתה מתוך הנחה שבתוך כמה ימים היא תלד לידה טבעית. התלבטותם אם לעשות ניתוח קיסרי נבעה מגודלו של העובר, שהיה על הגבול שמעבר לו נהוג לעשות ניתוח קיסרי. על פי הנטען, הם לא צפו – ולא הייתה להם סיבה לצפות – שעלולה להיווצר חסימה של חבל הטבור, וממילא לא שקלו שיקול זה בעת קבלת ההחלטה לא לעשות ניתוח קיסרי. בית המשפט העליון אימץ את קביעתו של בית המשפט המחוזי שלא הוכחה התרשלות של הרופאים. עם זאת הוא קבע שגם אם הרופאים התרשלו, אין להטיל עליהם אחריות בגין הנזק שאירע. אמנם יש קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין הנזק, מכיוון שאילו עשו הרופאים ניתוח קיסרי הייתה נמנעת חסימתו של חבל הטבור. אולם, כך סבר בית המשפט העליון בעקבות בית המשפט המחוזי, אין קשר סיבתי משפטי בין התרשלות הרופאים, אם הייתה כזו, לבין מות העובר. זאת, מכיוון שההצדקה האפשרית לניתוח הקיסרי לא הייתה הסיכון שהתממש בפועל – קרי חסימת חבל הטבור – אלא סיכון אחר שלא גרם בפועל כל נזק והוא הסיכון של לידת תינוק גדול בלידה טבעית. בית המשפט סירב אפוא להטיל אחריות מכיוון שהוא סבר כי לא התקיים התנאי המכונה כאן "תנאי הסיכונים העולתיים".

בית המשפט המחוזי קבע כי "אין קשר סיבתי בין מות העובר לבין קיום או אי קיום ניתוח קיסרי ביום 3.6.96 [הוא היום שבו הוחלט לא לבצע ניתוח כזה]. גם אין בפני ראייה רפואית הקובעת כי הצורך בניתוח קיסרי הינו בשל חשש למות העובר כתוצאה מהסתבכות חבל הטבור".<sup>428</sup> בית המשפט העליון הסכים כאמור לדברים אלה של בית המשפט המחוזי, והוסיף: "אם נפעיל את מבחן הצפיות נאמר כי איש לא היה יכול לצפות שאם לא יבוצע ניתוח קיסרי תהיה תוצאת מוות עקב קשר אמיתי בחבל הטבור; גם לפי מבחן השכל הישר, אין קשר סיבתי בין אי ביצוע פעולה שנועדה למנוע סכנה אחרת לבין תוצאת המוות. הניתוח הקיסרי גם לא נועד למנוע את הסיכון של קשר אמיתי בחבל הטבור..."<sup>429</sup>

מדוע החלטה זו של בית המשפט יש בה כדי להוביל לתוצאה לא יעילה? נניח שהסיכון לעובר מחסימת חבל הטבור ומסיכונים נוספים אחרים, "רגילים", הוא 30 (סיכון לנזק A), ושהעלות של ניתוח קיסרי היא 80. נניח שניתוח קיסרי מונע את כל הסיכונים הרגילים, כלומר מפחיתם ל-0. במצב העניינים ה"רגיל" אין הצדקה אפוא לניתוח קיסרי. עוד נניח שגודל העובר, שהוא סיכון חריג, מוסיף סיכון של 70 (סיכון לנזק B), ושאיך סיכון זה

428 עניין פלונית, שם, בעמ' 525.

429 עניין פלונית, שם, בעמ' 526.

מופחת ל-0 בניתוח קיסרי. במצב עניינים זה ניתוח קיסרי מוצדק. לפי שיטתו של בית המשפט בעניין פלונית, הרופא אינו מסתכן בנשיאה באחריות כלשהי בגין התממשות הסיכונים הרגילים שתוחלתם 30 (סיכון A), ועל כן הוא לא יבחר בניתוח קיסרי אשר עולה לו (או לבית החולים) 80. כאמור, תוצאה לא רצויה ולא יעילה זו תימנע אם הרופא יהיה אחראי במקרה זה הן בגין התממשות הסיכונים הרגילים (A) והן בגין התממשות הסיכונים החריגים (B).

במציאות מקרה הלידה מורכב יותר. למעשה, סבירות הבחירה של רופא בין לידה קיסרית לבין לידה טבעית תלויה לא רק – ואף לא בעיקר – בעלות הכספית של ניתוח קיסרי, אלא בסך הסיכונים והסיכויים ליולדת ולעובר בכל אחת מדרכי היילוד. הרופא או המוסד הרפואי אינם הנושאים בכל אותם סיכונים וסיכויים, למעט העלות הכספית של דרכי היילוד השונות (בהנחה שמדובר ברפואה ציבורית, שבמסגרתה היולדת אינה נושאת בעלות היילוד). עניין זה מסבך במקצת את ניתוח הדברים.<sup>430</sup> במקום לדון אפוא במקרה המורכב ולהראות כי בסופו של דבר אין הבדל, לענייננו, בינו לבין המקרה הפשוט יותר, אציג דוגמה רפואית אחרת שבה המקרה המציאותי הוא אף המקרה הפשוט.

נניח שרופאים או מוסד רפואי צריכים להחליט אם לעשות בדיקת MRI לחולה אשר מתלונן זה זמן על כאבים שבאים וחולפים בצדו הימני של ראשו. הרופאים מחליטים שאין הצדקה לעשות בדיקת MRI, שכן עלותה 80, ואילו הסיכון המדובר נאמד ב-30 בלבד. בשלב זה החלטתם סבירה. לאחר זמן החולה נתקף בכאבים פתאומיים עזים בצד השמאלי של הראש, ובעקבות זאת הוא מוחש לבית החולים. אף שבשלב זה סך הסיכונים לחולה מצדיק את עשיית בדיקת ה-MRI, הרופאים אינם עושים אותה, ובכך מתרשלים. בסופו של דבר החולה מאבד את הראייה בגלל גידול בחלק הימני של הראש. גידול זה הוא שגרם לו כאבים בצד הימני של הראש, ואין כל קשר בינו לבין הכאבים שתקפו אותו בצד השמאלי של הראש. עם זאת הנזק היה נמנע אילו נעשתה בדיקת ה-MRI כאשר החולה הוחש לבית

430 ראו להלן פרק 10. בפרק 10 אני טוען שכאשר התנהגותו הרשלנית של המזיק אכן הגדילה סיכונים של הניזוק אך הפחיתה סיכונים אחרים שלו, יש להפחית את הפיצויים שבהם יחוב המזיק במידה ניכרת, אף אם הסיכונים שהופחתו היו קטנים מאוד. לפי טיעון זה, אם רופא התרשל כשבחר ליילד בלידה טבעית במקום בלידה קיסרית וגרם נזק, הפיצויים שבהם יחויב יכול שיופחתו, שכן התנהגותו הרשלנית לא רק הגדילה סיכונים (סיכוני הלידה הטבעית) אלא גם הקטינה סיכונים (סיכוני הלידה הקיסרית). ראו גם להלן סעיף 8. סיבוך נוסף נובע מכך שקיימות סיבות שונות המניעות רופאים להעדיף לעתים קרובות מדי לידה קיסרית על לידה טבעית, ושחרור רופאים מאחריות בגין בחירה בלידה טבעית, כפי שעשה בית המשפט העליון בעניין פלונית, לעיל ה"ש 427, עשוי למתן תופעה זו. ראו: Robert D. Cooter & Ariel Porat, *Liability Externalities and Mandatory Choices: Should Doctors Pay Less?*, 1 J. TORT L., Issue 1, Article 1 (2006). כן ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 3.

החולים עם כאבים פתאומיים בצד השמאלי של הראש. האם יש להטיל אחריות על הרופאים בגין הנזק שנגרם? טענת ההגנה של הרופאים עשויה להיות, בהסתמך על עניין פלוניא, שאין קשר סיבתי משפטי בין התרשלותם לבין הנזק שאירע לניזוק: התרשלותם נבעה מכך שהם לא עשו את הבדיקה בגלל הכאבים הפתאומיים בצד שמאל, ואילו הנזק לחולה נגרם מסיבה אחרת.

אלא שקבלת הטענה תהיה טעות, שכן היא עלולה לגרום להרתעת חסר. אם הסיכון הראשון אכן היה 30, והסיכון השני, החרגי, היה 70 למשל, אזי הטלת אחריות על הרופאים בגין נזקי הסיכון השני בלבד ולא בגין נזקיו של הסיכון הראשון עלולה להניא אותם מלכתחילה מעשיית בדיקת ה-MRI, אף כאשר רצוי לעשותה.

### 3. מקרה של הפרת חובה חקוקה

הביקורת על אופן יישומו של תנאי הסיכונים העולתיים חלה אף על העוולה של הפרת חובה חקוקה. הדוגמה הבאה, אשר דומה לדוגמה המובאת בריסטייטמנט האמריקאי על דיני הנזיקין, תמחיש את הדברים.<sup>431</sup>

נניח שקיים חיקוק המחייב מעביד בהתקנת מעקה בטיחות מיוחד בצד המדרגות בבניינים שבהם עובדים עשרה נכים או יותר. מעביד פלוני, שאצלו עובדים עשרה נכים, אינו מתקין את המעקה, ובכך מפר את החיקוק. עובד בבניין שאינו נכה נופל במדרגות ונחבל. אין מחלוקת שאילו הותקן מעקה הבטיחות, היה העובד נאחז בו מבעוד מועד, והתאונה הייתה נמנעת. גם אין מחלוקת שאילו לא היו בבניין עשרה נכים, לא הייתה מוטלת חובה על המעביד להתקין את המעקה. האם הניזוק זכאי לפיצוי בהסתמך על העוולה של הפרת חובה חקוקה?

בארצות הברית ובישראל, כדי שתוטל אחריות בגין הפרת חובה חקוקה, אין די בקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הפרת החיקוק לבין הנזק. צריך שיתקיים גם תנאי הסיכונים העולתיים. נדרש אפוא שהניזוק שנפגע יימנה עם קבוצת הניזוקים שעליהם נועד החיקוק להגן. לפיכך באשר למקרים אנלוגיים לדוגמה הנידונה נקבע בריסטייטמנט כי יש לדחות את התביעה: החובה להתקין מעקה בטיחות הוטלה על המעביד כדי להגן על נכים ולא על בני אדם בריאים, ולכן אדם בריא אינו זכאי לפיצוי בהסתמך על החיקוק, אף אם נפגע מאי-קיומו של מעקה הבטיחות.

Restatement (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM § 14 cmt. 431 .g (2010)

אלא שקביעה זו של הריסטייטמנט עלולה ללקות בליקוי דומה לזה שפסק דין פלונית לוקה בו. נניח שהסיבה שאין חובה להתקין מעקה בטיחות בבניינים שאין בהם נכים היא שהעלות של התקנת מעקה אינה מצדיקה את ההתקנה, הגם שהיא מפחיתה סיכונים. למשל, עלות התקנת המעקה היא 80, אך לבני אדם בריאים יפחית המעקה את הסיכון ב-30 בלבד. סיכון "רגיל" אינו מצדיק אפוא את התקנת המעקה. לעומת זאת כאשר בין העובדים בבניין יש עשרה נכים, מיתוסף סיכון "חריג" בגובה 70, ולכן סך הסיכונים עומד עתה על 100. הסיבה שבגינה חייב המחוקק התקנת מעקה היא אפוא שהתקנת המעקה תפחית סיכונים שעלותם גבוהה מעלות ההתקנה. אם לא תוטל אחריות על המעביד לנזקי הבריאים, סיכון האחריות שיוטל עליו אם לא יתקין את המעקה יהיה 70 בלבד, והוא יעדיף לשאת בסיכון זה במקום להתקין מעקה ולשאת בעלות של 80. תוצאה זו אינה יעילה, ומטרתו של המחוקק תסוכל. יש לשים לב שבדוגמה זו לא רק בני אדם בריאים ימצאו עצמם בלא מעקה אלא גם הנכים, אשר אין כל מחלוקת שהחיקוק נועד להגנתם. הם אמנם יהיו זכאים לפיצוי אם ייפגעו, אך בדרך כלל חיקוק בטיחות מיועד למנוע את גרם הנזק, להבדיל מתשלום פיצוי לאחר שהוא נגרם. כך, פרשנות שלפיה אין החיקוק מיועד להגן על בני אדם בריאים תפגע בסופו של דבר אף בנכים.

ביקורת דומה אפשר למתוח על בית משפט אשר יסרב להטיל אחריות על ראובן בדוגמת התאונה בקרבת בית הספר. הגבלת המהירות ל-30 קמ"ש מפחיתה ללא ספק את הסיכון להולכי הרגל כולם, ילדים ומבוגרים כאחד. אילו לא היו ילדים בסביבה, נראה שהמחיר של הגבלת המהירות היה גדול מן התועלת שצפויה לנבוע מכך. נוכחות הילדים היא שמצדיקה את הטלתה של ההגבלה. אלא שהגבלת המהירות מוצדקת לא רק בגלל הפחתת הסיכון לילדים אלא גם בגלל הפחתת הסיכון למבוגרים. המנעות מהטלתה של אחריות במקרים של פגיעה במבוגרים עלולה לגרום שמזיקים לא יקיימו את הגבלת המהירות, שכן הם יישאו רק בחלק מנזקי אי-קיומה – לפי נתוני הדוגמה הקודמת, בנזקים שתוחלתם 70 ולא 100 (אני מתעלם כמובן מן הסנקצייה הפלילית, שיש בה כדי לשנות את התמונה). אם כן, גם כאן אי-הטלת אחריות כלפי מבוגרים יש בה כדי לפגוע אף בילדים. מעניין שהפסיקה בארצות הברית במקרים דומים לדוגמת בית הספר אינה אחידה: יש פסקי דין שבהם נדחתה תביעה של נפגע תאונה שהגבלת המהירות המיוחדת לא נועדה לכאורה להגנתו,<sup>432</sup> ויש פסקי דין אחרים שבהם התקבלה תביעה כזו.<sup>433</sup>

432 Grant v. McKiernan, 60 S.E.2d 794 (Ga. Ct. App. 1950). במקרה זה התובעת, אישה בת שלושים וחמש, נפגעה בתאונת דרכים ליד בית ספר באזור שבו חלה הגבלת מהירות מיוחדת. בית המשפט דחה את התביעה בקבעו כי התובעת אינה כאלה שהחיקוק שהגביל את המהירות באזור בית הספר נועד להגנתם.

433 Whitley Const. Co. v. Price, 79 S.E.2d 416 (Ga. Ct. App. 1953). במקרה זה התובע, נוסע בכלי רכב שעצר בתחנת אוטובוס כדי לאסוף ילדים מבית ספרם, נפגע מכלי רכב אחר שבו נהג הנתבע, אשר הפר את הגבלת המהירות המיוחדת שחלה באזור בית הספר. בית המשפט קיבל

#### 4. בעיה ביישום ולא בתאוריה

הבעיה בטיעון הסיכונים העולתיים אינה בתאוריה של דיני הנזיקין כי אם ביישומה. בעיית היישום נובעת אולי מהטיה קוגניטיבית שיש לבני אדם, ולשופטים בכלל זה, שבעטייה הם מתמקדים ב"חריג" ולא ב"רגיל" כדי להסביר קשרים סיבתיים.<sup>434</sup> עניין פלוני ממחיש את הדברים. על פי פסק הדין, מה שהיה צריך להניע את הרופאים ליילד בלידה קיסרית היה גודל העובר, שהוא סיכון חריג, ולא הסיכון של חסימת חבל הטבור, אשר נתפס כסיכון רגיל, בהעדר מידע המלמד את ההפך.

אך אפשר – ואף צריך – להשקיף על הדברים בצורה שונה. נניח שרופא או מוסד רפואי צריכים להחליט מתי ראוי ליילד בלידה קיסרית. לשם כך עליהם לשקול את כל הסיכונים בלידה טבעית, רגילים וחריגים כאחד, ולפי זה לגבש את החלטתם. לפיכך נקבע הכלל של לידה טבעית: אף שלידה כזו טומנת בחובה סיכונים, ברגיל אין באלה כדי להצדיק לידה קיסרית; אלא שיש נקודה שבה הסיכונים בלידה טבעית עוברים סף מסוים, שאז לידה קיסרית היא הכרחית. באופן טבעי הופעתו של סיכון שאינו רגיל, חריג, הוא שמעביר את הסיכונים אל מעבר לסף האמור. אולם אין מניעה שהסיכונים הרגילים – או "סיכוני הרקע", כפי שאפשר לכנותם – יהיו גבוהים למדי, ואולי אף גבוהים מן הסיכון החריג. החשוב לצורך קבלת ההחלטה אם לבצע לידה קיסרית הוא סך הסיכונים ולא סיכון זה או אחר בעמדו לבדו. מכאן שהימנעות מלידה קיסרית מקום שהיה צריך לעשותה הופכת להתנהגות

את התביעה וקבע כי הגבלת המהירות נועדה להגנתם של כל בני האדם המשתמשים בדרך באזור שבו הגבלה זו חלה.

434 ייתכן שיש לכך קשר ל-salience bias, אשר ספרות הפסיכולוגיה הקוגניטיבית זיהתה זה מכבר. מהותה של הטיה זו מתומצתת אצל: David A. Dana, *Rethinking the Puzzle of Escalating Penalties for Repeat Offenders*, 110 YALE L.J. 733, 760 (2001) כדלקמן:

"[A]s regards either personal experience or secondhand information... vivid, dramatic, and 'showy' events (sudden death from explosions, hurricanes) are more psychologically available than more subtle, less-easily visualized, less dramatic information events (long-term risks from poor diet, global warming). And, for that reason, at least on some accounts, people respond to (and get politicians to respond to) dramatic threats to well-being aggressively, while essentially ignoring long-term, sometimes much more serious but less vivid threats".

כן ראו: Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, 74 N.Y.U. L. REV. 630, 654-72 (1999). על הטיית קוגניטיביות באופן כללי ראו: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 3 (Daniel Kahneman et al. eds., 1982).



עוולתית לא רק בגלל הסיכון החריג אלא בשל הסיכונים כולם. בדוגמה המספרית שבה נפתח פרק זה הסיכון לנזק A גרם שהתנהגותו של המזיק הייתה עוולתית לא פחות מכפי שהסיכון לנזק B גרם לכך. כל אחד מן הסיכונים הוא גורם-בלעדיו-אין לכך שסך הסיכונים עבר את הסף אשר עד אליו אין מקום לנקיטת אמצעי זהירות, אך ממנו ואילך חובה לנקטם. אלא שבתי המשפט נוטים להתמקד בסיכון החריג. הם עלולים להיות מוטעים מכך שכאשר מתקיימים רק סיכונים רגילים, אין המזיק נדרש לעשות דבר, ולהסיק שהסיכון החריג הוא, ורק הוא, הסיכון העוולתי. בתי המשפט עלולים להתעלם מכך שהחובה לנקוט את אמצעי הזהירות עשויה לקום גם בגלל הסיכונים הרגילים, וכי על כן יש להטיל אחריות על המזיק גם כאשר התממשו סיכונים אלה ולא רק כאשר התממש הסיכון החריג.

אעבור עתה לדוגמה של מעקה הבטיחות לנכים. החובה להתקין מעקה בטיחות קמה לכאורה בגלל הסיכון החריג, הלא רגיל, הוא הסיכון לנכים. אלא שייתכן שהסיכון לבריאים גדול יותר, ובכל מקרה סך הסיכונים כולם הוא שמצדיק את התקנת מעקה הבטיחות. ייתכן אף שאילו היו בבניין רק עשרה נכים, ולא היו בו עובדים אחרים כלל, התקנת מעקה בטיחות לא הייתה מוצדקת. בקצרה, נוכחות הנכים ונוכחות הבריאים במקום העבודה הן שמצדיקות יחדיו את הקמתו של מעקה הבטיחות.

כדי להמחיש את הטיעון ניטול דוגמה אחרת שבה חיקוק מחייב מעביד להציב איש עזרה ראשונה במפעל אם מספר העובדים בו הוא 100 או יותר.<sup>435</sup> נניח שבמפעל מסוים מספר העובדים הוא 99, ולכן אי-הצבת איש עזרה ראשונה היא מותרת. הניחו עתה שבשלב מסוים מצטרף למפעל העובד ה-100. המעביד מפר את החיקוק ואינו מציב איש עזרה ראשונה. בשל הפרת החיקוק נגרם נזק לעובד כי אין מי שיגיש לו עזרה ראשונה שהוא זקוק לה בדחיפות. האם אפשר לטעון שרק העובד ה-100 הוא שיהיה זכאי לתבוע בגין הפרת החיקוק, שכן בהעדרו לא הייתה מוטלת חובה על המעביד להציב איש עזרה ראשונה? איש לא יטען טענה כזו, ובצדק: אמנם העובד ה-100 הוא שגרם, באופן מידי, שתתגבש החובה להציב איש עזרה ראשונה במפעל, אך החובה לעשות זאת נועדה להגן על כל 100 העובדים במפעל ולא רק על העובד ה-100. העובדה שחובה כזו לא הייתה קמה אילו היו במפעל רק 99 עובדים אינה מעלה ואינה מורידה. האנלוגיה לענייננו ברורה: העובדה שהסיכון ה"רגיל" – זה שקיים כעניין שבשגרה – אין בו כשלעצמו כדי להצדיק את חיובו של המזיק לנקוט אמצעי זהירות, אין משמעה שסיכון זה אינו סיבה להטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות כאשר מצטרף אליו סיכון "חריג". כשם שבלעדי הסיכון החריג לא הייתה מוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות, ייתכן אף שבלעדי הסיכון הרגיל לא הייתה מוטלת חובה כזו.

435 לדיון במקרה מעין זה שנפסק בבית המשפט העליון ראו להלן הטקסט הסמוך לה"ש 459 ואילך.

אפשר שהצטברותם של הסיכונים היא שהכריעה את הכף, ואין כל סיבה שהמחוקק, כאשר מדובר בהפרת חובה חקוקה, או בית המשפט, כאשר מדובר בעוולת הרשלנות, יתמקדו בסיכון החריג ויתעלמו מן הסיכון הרגיל.

האם משמעות הדברים היא שיש להטיל אחריות בגין כל נזק שהיה אפשר להפחית את הסיכון לו בנקיטת אמצעי זהירות כל עוד התנהגותו של המזיק היא רשלנית או מהווה הפרת חובה חקוקה? האם המסקנה המתבקשת היא שראוי לבטל את התנאים הקבועים בפקודת הנזיקין, המונעים הטלת אחריות על פי העוולה של הפרת חובה חקוקה בגין נזקים שלא אותם התכוון המחוקק למנוע וכלפי ניזוקים שלא עליהם התכוון המחוקק להגן? התשובה לשאלה זו שלילית. הטיעון שפרק זה מבקש לבסס צנוע יותר: יש להיזהר מפני מסקנה מהירה מדי שהסיכון שהתממש הוא סיכון לא עוולתי אשר אין להטיל אחריות בגין התממשותו. טענתי היא שנקודת המוצא צריכה להיות שכל סיכון שהיה צפוי כי יופחת בשל נקיטת אמצעי הזהירות שלא ננקטו בגלל רשלנות המזיק או בגלל הפרת החיקוק הוא סיכון עוולתי. כל סיכון כזה הוא לכאורה סיכון אשר גם בגללו המזיק מוגדר מעוול במקרה של התממשות הסיכון.

נקודת מוצא אינה סוף הדרך, כמובן. יהיו מקרים שבהם לא יהיה מוצדק להטיל אחריות בגין התממשות סיכונים שהיו פוחתים אילו ננקטו אמצעי זהירות. בתחום דיני הרשלנות למשל ייתכן שיהיו סיכונים שתביעה בגין התממשותם תיצור נזק רב מתועלת, כגון הרעתת יתר, התנהגות מגננתית של המזיק, ריבוי תביעות סרק או הגדלת עלויות מנהליות. בהעדר שיקולים כאלה הטלת אחריות תהיה מוצדקת.

בתחום העוולה של הפרת חובה חקוקה העניין מורכב יותר. חיקוק מטיל לעתים חובת עשה על אדם, להבדיל מדיני הרשלנות, העוסקים בעיקרם בחובות לא-תעשה.<sup>436</sup> לפיכך ייתכן שהמחוקק יהיה מעוניין להטיל על המזיק נטל מוגבל של זהירות ולא דווקא את הנטל הנדרש כדי ליתן לו תמריצים יעילים. דרך אפשרית לעשות זאת היא הגבלת אחריותו בשל אי-קיום החיקוק, דהיינו צמצום קבוצות הניזוקים שיוכלו לתבוע או צמצום סוגי הנזק שיהיה אפשר לתבוע בגינם. בדוגמת מעקה הבטיחות למשל ייתכן שהמחוקק לא יקנה עילת תביעה בגין הפרת החיקוק לאורחים אף שגם הם עלולים להיפגע מהעדר מעקה הבטיחות. בדרך זו יוקל נטל הזהירות על המעביד, אשר ישקיע במעקה פחות ממה שהיה משקיע אילו הוטלה עליו אחריות כלפי כל ניזוק שהוא. אף הסיכון שבו יישא אם לא יתקין את המעקה יהיה קטן יותר. אמת, ייתכן שבשל הפחתת הנטל על המעביד לא יותקן מעקה הבטיחות, דבר שיעמיד בסיכון נכים כמו בריאים, עובדים כמו אורחים, אך קבוצת הנכים (ואולי אף העובדים הבריאים) יהיו מוגנים יותר מקבוצת האורחים, שכן אם הם יינזקו, הם יהיו זכאים

436 ראו לעיל חלק ב, פרק 4.

לפיצוי. המעביד אפוא עלול לא להתקין את המעקה (או אולי להתקין מעקה שעלותו נמוכה מן האופטימום), אך דיני הנזיקין יחייבו אותו במקרה כזה לשמש מבטח של עובדיו (או לפחות של עובדיו הנכים).

מצבים טיפוסיים שבהם יכול להיות טעם משכנע להטיל אחריות על מזיק כלפי קבוצה מסוימת של ניזוקים ולא כלפי אחרים, היא כאשר אמצעי הזהירות שביכולתו של המזיק לנקוט מופנים כלפי כל קבוצה או כלפי כל ניזוק באופן עצמאי ונפרד. במקרים אלה אין תחולה לטיעון שהובא לעיל,<sup>437</sup> שלפיו אי-הגנת הקבוצה האחת יש בה כדי להוביל לפגיעה גם בקבוצה האחרת – זו שחשוב במיוחד להגן עליה – שכן המזיק עלול להימנע מנקיטת אמצעי זהירות כלפי הניזוקים כולם. דוגמה לסוג כזה של מקרים היא חיקוק המחייב מעסיק לספק קסדות מגן לעובדיו. נניח שעולה השאלה אם חובה זו חלה גם כאשר התובע הוא קבלן עצמאי. במקרה זה אמצעי הזהירות שהמעסיק נוקט כלפי האחד אינם תלויים באמצעי הזהירות שהוא נוקט כלפי האחר. לפיכך גם אם יפורש החיקוק כמכוון להגן רק על עובדים – ולא על קבלנים עצמאיים למשל – לא ייפגעו העובדים. מובן שבכך בלבד אין כדי לפטור את הנתבע מאחריות כלפי הקבלן העצמאי, שכן ייתכן שלמרות הכול החיקוק נועד גם להגנתו של זה.<sup>438</sup>

## 5. סיכונים שאינם עומדים במבחן "הנטייה הסיבתית"

אין לבלבל בין הטיעון נגד הטלת אחריות בגין נזקים שנבעו מסיכונים מסוימים שהיו נמנעים בנקיטת אמצעי זהירות, שהוא נושא פרק זה, לבין טיעון אחר שלפיו אין להטיל אחריות בגין נזקים שנבעו מסיכונים אשר ההתנהגות העולותית לא הגבירה מלכתחילה כלל אף אם נזקים אלה לא היו נגרמים אלמלא ההתנהגות העולותית.<sup>439</sup> נניח שבמקרה פלונית היה נגרם נזק שהיה נמנע אילו נעשתה לידה קיסרית, אך הסיכון לנזק זה מלכתחילה לא היה תלוי כלל בשיטת היילוד. נניח למשל שהסיכון של חסימת חבל הטבור היה זהה בגודלו הן בלידה קיסרית והן בלידה טבעית, אלא שבכל אחד מן המקרים סיכון זה נגרם מסיבה אחרת, אשר אי אפשר לדעת מראש אם היא מתקיימת במקרה הקונקרטי. אילו כך היו פני הדברים, אזי גם אילו הסתבר בדיעבד שחיי העובר היו ניצלים אילו נבחרה לידה קיסרית, מכיוון שחסימת חבל הטבור נגרמה מן הסיבה שלידה קיסרית הייתה מנטרלת אותה, לא היה מקום להטלת אחריות נזיקית על הרופאים אף אם הם התרשלו בכך שבחרו בלידה טבעית חרף גודלו של העובר.

437 לעיל סעיף 3.

438 ראו דיון להלן הטקסט הנלווה לה"ש 453–454.

439 לעיל פרק 1, סעיף 2.

בדומה לכך, דוגמת התאונה בקרבת בית הספר הייתה שונה אילו בלימה בעוד מועד הייתה בלתי אפשרית אף במהירות של 30 קמ"ש, אלא שאילו נהג ראובן במהירות זו, הוא לא היה פוגע בהולך הרגל, מכיוון שזה היה מספיק לחצות את הכביש בטרם הגיע ראובן למקום. בעצם קיומו של קשר סיבתי עובדתי – על פי מבחן האלמלא – בין הנהיגה הרשלנית (או מפרת החיקוק) לבין הנזק לא היה כדי להוביל להטלתה של אחריות נזיקית. הסיבה לכך שהן בווריאציה למקרה פלונית והן בווריאציה לדוגמת התאונה בקרבת בית הספר לא הייתה הצדקה להטלת אחריות היא שבשני המקרים אין מתקיים תנאי הנטייה הסיבתית, שבלעדיו לא קמה אחריות נזיקית. על פי תנאי זה, קשר סיבתי בין מעשה העוולה לבין הנזק מתקיים רק אם מעשה העוולה הגביר את הסיכון שיארע אירוע הנזק אשר אירע בסופו של דבר; אין די בקשר סיבתי עובדתי – על פי מבחן האלמלא – בין מעשה העוולה לבין הנזק.<sup>440</sup>

## 6. סיכונים בלתי צפויים

על פי תנאי הצפיות הטכנית, לא תוטל אחריות על מזיק כאשר ההסתברות של גרם הנזק מן הסוג שנגרם, של הפגיעה בקבוצת הניזוקים שהניזוק נמנה עמה או של התרחשות האירוע שבו מדובר – נמוכה מאוד.<sup>441</sup> באין צפיות – אין אחריות. בדרישת הצפיות הטכנית יש טעם והיגיון: בין היתר הטלת אחריות בגין נזקים בלתי צפויים לא תסייע בשיפור ההרתעה, שכן אדם אינו מכלכל את צעדיו אלא על פי מה שהוא יכול לצפות. יתרה מזו, לא אחת הניזוק הוא המונע הזול יותר של הנזקים הבלתי צפויים, והותרתם על כתפיו תספק לו תמריצים יעילים למנעם או להקטיןם.<sup>442</sup>

טיעון אשר מושמע לעתים, בעיקר על ידי תאורטיקנים של צדק מתקן, הוא שאין להטיל על המזיק אחריות בגין התממשות סיכונים בלתי צפויים, שכן הסיכונים הבלתי צפויים אינם אלה שבגינם הוא הוגדר רשלן.<sup>443</sup> הדמיון בין טיעון זה לבין טיעון הסיכונים העוולתיים ניכר לעין: שניהם נובעים מן התפיסה שאחריותו של המזיק משתרעת רק על התממשות של סיכונים שבגינם הוא הוגדר רשלן. אלא שהטיעון המתייחס לסיכונים בלתי צפויים הוא תקף: אכן, לא בגינם הוגדר המזיק רשלן. אולם לא כך הדבר בהקשר של הסיכונים הצפויים: כפי שביקשתי לטעון, יש לנקוט משנה זהירות בטרם מגיעים למסקנה שלא בגינם הוגדר המזיק רשלן (או שלא בגינם נקבעה החובה החקוקה).

440 לעיל פרק 1, סעיף 2.

441 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1.

442 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1.

443 ראו: ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 158–64 (1995).

כך, אם חסימת חבל הטבור הייתה בלתי צפויה, אין מקום להטלת אחריות על הרופאים. מסקנה דומה מתבקשת אם הנוק שנגרם מנפילת התובע במדרגות בלא המעקה הייתה בלתי צפויה, או אם הפגיעה של ראובן בהולך הרגל בקרבת בית הספר הייתה בלתי צפויה. אלא שבכל המקרים הללו הסיכונים היו צפויים. הרטוריקה של בית המשפט העליון בעניין פלונית עלולה להטעות. לפיה, "אם נפעיל את מבחן הצפיות נאמר כי איש לא היה יכול לצפות שאם לא יבוצע ניתוח קיסרי תהיה תוצאת מוות עקב קשר אמיתי בחבל הטבור".<sup>444</sup> ספק רב בעיניי אם בית המשפט התכוון בדבריו להעדר צפיות טכנית, שהרי סיכון של נזק לעובר בשל חסימת חבל הטבור אינו בלתי נצפה. אף אין זה בלתי נצפה שלידה קיסרית מפחיתה את הסיכון לכך. נדמה אפוא שבית המשפט העליון התכוון לומר כי הרופאים לא היו צריכים לצפות – להבדיל מלא היו יכולים לצפות – את תוצאת המוות מחסימת חבל הטבור. כלומר, בית המשפט התכוון שהצפיות הנורמטיבית, להבדיל מזו הטכנית, לא התקיימה במקרה הנידון. אך העדר צפיות נורמטיבית היא מסקנה משפטית הנובעת מכך שקיימים שיקולים של מדיניות שבגינם לא רצוי להטיל אחריות נזיקית.<sup>445</sup> בית המשפט סבר כנראה שלא רצוי להטיל אחריות נזיקית, מכיוון שהסיכון שהתממש אינו הסיכון שבגיניו הוגדר הרופא רשלן. אולם כפי שהראיתי, סברה זו אינה מבוססת.

## 7. צדק מתקן

על פי עקרונות הצדק המתקן, רק אותם סיכונים אשר הגדירו את התנהגותו של המזיק עוולתית הם אלה שהתממשותם לכלל נזק מצדיקה הטלת חובת פיצוי על המעוול. רק כך תהיה זכותו של הניזוק לפיצוי קורלטיבית לחובתו של המזיק לפצותו. דרישה זו לקורלטיביות היא יסוד מוסד של עקרונות הצדק המתקן.<sup>446</sup> הביקורת שנמתחה בפרק זה על האופן שבו בתי המשפט מיישמים את טיעון הסיכונים העוולתיים עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן ועם דרישת הקורלטיביות. איני חולק על שאחריות נזיקית צריכה לקום רק בגין הסיכונים שהגדירו את התנהגותו של המזיק עוולתית. אלא שבניגוד לעמדה הרווחת בפסיקה, טענתי היא שיש להיזהר מלהסיק כי סיכונים רגילים – או סיכוני רקע – אינם ממלאים תפקיד בהגדרת התנהגותו של המזיק עוולתית. מרגע שמתקבלת הטענה כי במקרה כזה או אחר היה גם לסיכונים הרגילים תפקיד

444 עניין פלונית, לעיל ה"ש 427, בעמ' 526.

445 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.

446 Ernest Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 107 (2001). כן ראו לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.א.

בהגדרת התנהגותו של המזיק עולתית, עקרונות הצדק המתקן, ממש כשיקולי ההרתעה, תומכים בהטלת אחריות על המזיק אף אם התממש הסיכון הרגיל.

## 8. ביקורת על טיעון הסיכונים העולתיים ומענה לה

ישראל גלעד טוען בספרו שטיעון הסיכונים העולתיים – שאותו טענתי בעבר במאמרים שפרסמתי בכתבי עת אמריקאיים<sup>447</sup> – אינו משכנע.<sup>448</sup> הוא מסביר שסיכון שהוא סביר בעמדו לבדו ממשיך פעמים רבות להיות סביר גם כאשר הוא מצטרף לסיכונים אחרים, ועל כן הטלת אחריות בגינו לא תהיה מוצדקת.

גלעד, כך נראה, אינו מבחין כראוי בין שני סוגים של סיכונים אשר בעמדם לבד הם סבירים.<sup>449</sup> סוג אחד כולל סיכונים אשר עלות מניעתם למזיק, בעמדם לבד, גבוהה מדי, ועל כן הם סבירים. סוג אחר כולל סיכונים אשר בלא כל קשר לעלות מניעתם למזיק הם מלווים ביצירת טובת הנאה לניזוק (או לצדדים שלישיים), מה שעשוי להפוך אותם, בעמדם לבד, לסבירים. דוגמה לסוג הסיכונים הראשון היא דוגמת ה-MRI:<sup>450</sup> בדוגמה זו עלות בדיקת MRI לא הצדיקה את ביצועה בשל הסיכון הקטן יחסית לניזוק כאשר חש כאבי ראש בצד ימין של ראשו. עלות זו הפכה לסבירה כאשר הצטרף לסיכון זה סיכון נוסף, ויחדיו הם הפכו את בדיקת ה-MRI למוצדקת (או יחדיו הם הפכו לסיכונים לא סבירים). במקרה זה ראוי להטיל אחריות גם בגין התממשות הסיכון הראשון וגם בגין התממשות הסיכון השני, מן הטעמים שפורטו בהרחבה בפרק זה. כל הדוגמות שהובאו בפרק זה עוסקות בסיכונים מן הסוג הראשון, ובהן בלבד. זאת ועוד, מרבית המקרים הנדונים בבתי המשפט עוסקים בסוג זה של סיכונים.<sup>451</sup>

447 לעיל ה"ש 424. כן ראו לגרסה עברית של הטיעון, אריאל פורת "תנאי הסיכונים העולתיים" בדיני נזיקין" ספר אור 119 (2013).

448 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 575–576 (2012), ובמיוחד שם, ה"ש 23. קריאת הטקסט של גלעד אמנם יוצרת את הרושם שהוא דוחה את טענתי כליל, אולם קריאת הערת השוליים מלמדת שהוא מקבל את טענתי בעיקרה, אך מבקש לסייג אותה.

449 העדר ההבחנה אצל גלעד בין שני סוגי הסיכונים ניכר מהערת שוליים ארוכה (גלעד, שם) שבה הוא מנמק את התנגדותו לטענתי. בהערה זו הוא דן בשני סוגי הסיכונים כאחד, מבלי להבחין בשוני הקריטי ביניהם, כפי שיובהר להלן. עם זאת ייתכן שהתכוון להבחנה שאני עורך להלן, ואם כך אני מסכים עמו.

450 לעיל סעיף 2.

451 דוגמת היילוד כפי שהוצגה על ידיי (לעיל סעיף 2) עוסקת גם היא בסיכונים מן הסוג הראשון, שכן כפי שצוין, הנחת הדוגמה היא שבחירה בלידה קיסרית כורכת עלויות לרופא (או למוסד הרפואי) בלבד. עם זאת ציינתי שבמציאות בחירה כזו כורכת גם עלויות ליולדת, ועל כן הדין המלא בה מורכב יותר.

דוגמה לסוג הסיכונים השני היא זו: נניח שמזיק יוצר סיכון "רגיל" של 25 וסיכון "חריג" של 50; נניח עתה, שהפעילות המזיקה יוצרת גם תועלת – לניזוק או לצדדים שלישיים – שתוחלתה 25. במקרה זה, אם תוטל אחריות על המזיק בגין כל הנזקים אך לא יינתן לו כל "קרדיט" בגין התועלת שיצר, יימצא שתוטל עליו אחריות בגין סיכון גבוה יותר (75) מהסיכון נטו שיצר בהתנהגותו (50). כדי למנוע ספקות אומר שאני מסכים לחלוטין עם גלעד, שאם אכן בצד הסיכון של 25 ישנה תועלת של 25, היקף האחריות של המזיק צריך להיות 50 ולא 75. למעשה, עקרון קיזוז הסיכונים הנדון בפרק נפרד של הספר<sup>452</sup> מביא בדיוק לתוצאה זו. אלא שכאמור, במקרים השכיחים יותר המזיק יוצר רק סיכונים לנזק, בלא כל תועלת לניזוק (או לצדדים שלישיים) בצדם, שאז טיעונו של גלעד אינו רלוונטי. זאת ועוד, גם אם המזיק יוצר תועלות בהתנהגותו המזיקה, אין כל סיבה להניח שהן מקזוות את הסיכונים הרגילים: התועלות בדוגמה שלמעלה יכולות להיות 1, 2, 60 או כל מספר אחר; במקרה שהפעילות המזיקה יוצרת תועלות, הפתרון הראוי הוא להפחית את אחריות המזיק על פי התועלות שנוצרו, בצורה מדויקת עד כמה שאפשר.

## 9. הפסיקה בראי התאוריה

### א. פסיקה המתיישבת עם טיעון הסיכונים העולתיים

חלק ניכר מפסקי הדין של בית המשפט העליון בישראל עולה בקנה אחד עם הטענות הניצב במרכזו של פרק זה, אם כי מבלי לדון בו במפורש. בפסקי דין אלה נטו בתי המשפט לפרש את החיקוקים שעל הפרתם התבסס התובע בתביעתו כדי שיחולו על מגוון רחב של סיכונים אשר קיום החיקוק היה מקטין אותם. למשל, במקרים אחדים עלתה השאלה אם חיקוק שעל פני הדברים עיקר ייעודו הוא לחייב מעסיק לדאוג לבטיחות עובדיו נועד להגן גם על קבלנים עצמאיים אשר אינם בגדר עובדים. בית המשפט העליון ענה על שאלה זו בחיוב אף שהיה אפשר לפרש את לשון החוק בדרך שונה.<sup>453</sup> באחד מפסקי הדין שעסקו בשאלה זו הבהיר בית המשפט העליון כי "הרציונל המונח ביסוד פקודת הבטיחות בעבודה ותקנות הבטיחות בעבודה הוא לספק סביבת עבודה בטוחה ולהגן על חייו ושלמות גופו של כל מי שנמצא במקום העבודה לצורך עבודתו, בין אם הוא עובד ובין אם הוא קבלן עצמאי".<sup>454</sup>

452 להלן פרק 10.

453 ראו למשל ע"א 215/68 לוי נ' לאובמילר, פ"ד כג(1) 449 (1969); ע"א 7130/01 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' תנעמי, פ"ד נח(1) 1 (2003).

454 עניין סולל בונה, שם, בעמ' 15.

דוגמה נוספת לגישה שעולה בקנה אחד עם ההבנה הנכונה, לפי הנטען בפרק זה, של תנאי הסיכונים העולתיים באה לידי ביטוי בעניין אגבריה נ' המאירי.<sup>455</sup> באותו מקרה עלתה השאלה אם תקנה שייעודה העיקרי הוא למנוע תנועת רכב מכוח עצמו נועדה אף למנוע שימוש לא מורשה ברכב על ידי אחר, שימוש אשר במקרה הנידון גרם נזק. אף שלשון החוק לא הייתה חד-משמעית, קבע בית המשפט העליון שגם את הסיכון האחרון באה התקנה למנוע.

לבסוף, בעניין לסלאו נ' ג'אמל<sup>456</sup> נידון מקרה שבו הרסה העירייה מבנה בגלל מצבו הירוד. השאלה שעלתה הייתה אם לדיירים מוגנים שגרו במבנה עומדת עילת תביעה בגין הפרת חובה חקוקה נגד בעל הבית שהזניח את המבנה, הפר את חוק הגנת הדייר והביא לידי כך שהדיירים הפסידו את זכות השכירות בדיירות מוגנת. בית המשפט העליון הכיר בעילת תביעתם של הדיירים וקבע כי "ההנחה היא, כי בהיעדר שיקולים מיוחדים כל חובה, שהוטלה מכוח חיקוק במישרין או בעקיפין על אדם פרטי או על גוף ציבורי, נועדה לטובתו או להגנתו של הנפגע מהפרתה, והוא זכאי עקרונית לסעד הנזיקי".<sup>457</sup> פסקי דין אלה עולים כאמור בקנה אחד עם הדרך שבה יש ליישם, על פי הנטען בפרק, את תנאי הסיכונים העולתיים. פסקי דין אחרים אינם עולים בקנה אחד עם גישה זו, ואליהם אנו באים עתה.<sup>458</sup>

## ב. פסיקה שאינה מתיישבת עם טיעון הסיכונים העולתיים

דוגמה לפסק דין שאינו עולה בקנה אחד עם טיעון הסיכונים העולתיים היא לכדר נ' מדינת ישראל.<sup>459</sup> באותו מקרה נזקק עובד במפעל לעזרה ראשונה. בגלל הפרת החיקוק המחייב הצבת איש עזרה ראשונה במפעל נדרש עובד אחר לסייע בפינוי של הנפגע, ואגב כך נפגע בגבו. תביעתו נגד המעבידה בגין הפרת חובה חקוקה נדחתה מן הטעם שהחיקוק שהופר לא נועד להגנתו של מי שמסייע בהגשת עזרה ראשונה אלא אך להגנתם של מי שעלולים להיזקק לעזרה ראשונה. בדומה לכך נדחתה תביעתו בגין רשלנות, שכן נקבע כי מנהל המשמרת שהורה לו לסייע בפינוי הנפגע נהג בסבירות. התוצאה הייתה שאף על פי שהעובד סייע למעבידתו לקיים את חובתה כלפי העובד שנפגע לאחר שזו הפרה את החוק באי-

455 עניין אגבריה, לעיל ה"ש 394.

456 ע"א 2351/90 לסלאו נ' ג'אמל, פ"ד מז(1) 629 (1993).

457 עניין לסלאו, שם, בעמ' 636-637.

458 לדוגמות מן הפסיקה האמריקאית של פסקי דין שעולים בקנה אחד עם טיעון הסיכונים העולתיים ושל כאלה שאינם עולים בקנה אחד עם טיעון זה ראו Porat, *Expanding Liability for Negligence Per Se*, supra note 424.

459 ע"א 660/80 לכדר נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 836 (1982).



הצבתה איש עזרה ראשונה במפעל, הוא נותר בלא כל פיצוי. בית המשפט העליון חש כי נעשה אי-צדק עם התובע והמליץ למעבידה, מדינת ישראל, לפצות אותו לפני משורת הדין.

לדעתי פסק דין זה מוטעה. הטעם האחד לכך, החורג במקצת מתחום דיונו, הוא שאלת רשלנותה של המעבידה היה צריך לבחון מתוך הנחה שהיא קיימה את החוק והציבה במקום איש עזרה ראשונה. בהינתן הנחה זו, הפעלת עובד לא מיומן בפינוי הנפגע היא רשלנות ברורה. אמת, בפועל לא היה איש עזרה ראשונה במקום, ברם נכונותו של בית המשפט לבחון את שאלת הרשלנות מנקודת מוצא שמניחה כנתון את העובדה שהמעבידה לא הציבה במקום איש עזרה ראשונה, וזאת אף על פי שהייתה חייבת לעשות כן על פי החוק, הביאה לידי כך שהמעבידה נהנתה מאי-קיום החוק. מחדל לא חוקי הפך אפוא את מתן ההוראה לתובע לסייע בפינוי הנפגע לסבירה כביכול, ואין זה מוצדק לפטור את המזיק – המדינה במקרה זה – מאחריות נזיקית בגלל מחדלה מלקיים את החוק.<sup>460</sup>

אך היה אפשר להטיל אחריות על הנתבעת גם על פי העילה של הפרת חובה חקוקה. היה אפשר לפרש את החיקוק ככזה שנועד לא רק לאפשר עזרה ראשונה למי שנפגע אלא גם למנוע סיכונים ממי שייאלץ למלא את מקומו של איש עזרה ראשונה כאשר יתעורר הצורך בו. אין סיבה להניח שהמחוקק לא היה ער לסיכונים אלה. כלום לא צפוי שפינוי אדם על ידי אחר שאינו מיומן בנשיאת בני אדם עלול לגרום נזק לאחרון? נקודת המוצא צריכה להיות, לדעתי, שהמחוקק היה ער לכל סיכון צפוי שקיום החיקוק עתיד להפחית, וסיכון לעובדים שסייעו בפינוי נפגעים אינו יוצא מכלל זה.

דוגמה שנייה היא בריגה נ' מוסטפה.<sup>461</sup> באותו עניין ביקש נהג משאית לעקוף טרקטור בכביש מהיר, אך עשה זאת בחוסר זהירות וללא תשומת לב מספקת לנעשה לפניו. בעקבות זאת התנגשה המשאית בטרקטור, והמערער נפגע. נטען בין היתר שנהג הטרקטור הפר חובה חקוקה, שכן בתקנות התעבורה מוטל איסור על טרקטור לנסוע בכביש מהיר. בית המשפט העליון דחה את הטענה וקבע כי האיסור שבתקנות התעבורה מיועד למנוע הפרעה לזרימה המהירה והשוטפת של התנועה ולא למנוע פגיעה בזולת.

פסק דין זה אינו עולה בקנה אחד עם הנטען בפרק זה. גם אם הסיבה העיקרית המצדיקה איסור על טרקטור לנסוע בכביש מהיר היא הפרעתו לזרימת התנועה, סיבה נוספת אפשרית

460 דרך אחרת להציג את הטיעון שבטקסט היא שבגלל אי-קיום החוק על ידי המדינה נהפכו עלויות המניעה לגבוהות (הימנעות מסיוע לנפגע), ולכן לכאורה היא פעלה בסבירות כאשר הורתה לתובע לסייע בפינוי הנפגע. אולם אין לאפשר למזיק לטעון כי עלויות המניעה שלו היו גבוהות שכן הוא הפר את החוק, ממש כשם שאין לאפשר לשיכור שגרם לתאונה לטעון כי בהתחשב בשכרותו הוא נהג בסבירות.

461 ע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפה, פ"ד לו(3) 32 (1982).

היא הסיכון לפגיעה בזולת. לא צריך להיות מומחה תעבורה כדי לשער שכלי רכב אשר מהירות נסיעתו נמוכה בהרבה מזו של שאר כלי הרכב שעל הכביש מגדיל את הסיכון לתאונה, ולא רק מפריע לשטף התנועה. אמת, ייתכן שסיכון זה לבדו לא היה בו כדי להצדיק הטלת איסור על נסיעתו של הרכב האטי בכביש מהיר. אך כפי שנטען בפרק זה, בכך בלבד אין כדי להצדיק אי-הטלת אחריות. ההנחה הפרשנית המומלצת היא שהמחוקק התכוון להפחית את כל הסיכונים שהיה צפוי שיופחתו אם יקום החיקוק, ולפי מבחן זה היה מקום להטלת אחריות על נהג הטרקטור בגין הפרת חובה חקוקה.

פסק דין שלישי הוא מקרינ' נ' נציבות שירות בתי הסוהר.<sup>462</sup> באותו מקרה תקף אסיר את עורך דינו ושותפו שבאו לבקר אותו בכלא כדי לדון בענייני שכר טרחה. בפגישה התנפל האסיר על עורכי הדין וגרם להם לחתכים בפנים באמצעות סכין שהייתה ברשותו. עורכי הדין תבעו את שירות בתי הסוהר בטענה כי עובדיו התרשלו כשלא ערכו בדיקה מספקת בכלי האסיר לפני הפגישה ולא שמרו על האסיר בעת הפגישה. בכך אף ביצעו, על פי הנטען, הפרה של חובה חקוקה – הן זו הקבועה בסעיף ח(5) לפקודת נציבות בתי הסוהר<sup>463</sup> והן זו הקבועה בתקנה 3(ב) לתקנות סדר הדין הפלילי (פגישת עצור עם עורך דין), התשמ"ב–1981.<sup>464</sup> בית המשפט העליון דחה את הטענות בקבעו כי גם אם הייתה הפרה של אחד מן החיקוקים האמורים (דבר שלא התברר די צורכו), לא קמה עילת תביעה בגין הפרת חובה חקוקה. זאת, מכיוון שמטרתם של חיקוקים אלה היא להבטיח את זכותם של עצירים ואסירים להיפגש עם עורכי הדין שלהם בדרך שתספק פרטיות תוך מניעת ניצול לרעה של המפגש (לשם העברת חפצים אסורים בין האסיר לבין עורך הדין למשל), ולא כדי להגן על עורכי דין מפני הסיכון של תקיפה מצד לקוחותיהם. בית המשפט אף הוסיף כי הנזק שנגרם למערערים לא היה מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו התכוון החיקוק.<sup>465</sup>

אף פסק דין זה אינו עולה בקנה אחד עם הגישה המוצעת בפרק זה. לשונם של דברי החקיקה הרלוונטיים מאפשרת על נקלה פרשנות שונה מזו שבה בחר בית המשפט. נקיטת אמצעי הזהירות שבהם חויב שירות בתי הסוהר מכוח דברי החקיקה דלעיל צפויה גם להפחית סיכונים מצד האסירים כלפי מבקריהם, ובכלל זה עורכי הדין שלהם, ולא רק את הסיכונים שמפגשים בין עורכי הדין לבין האסירים ינוצלו לרעה. גם אם הסיכונים מצד האסירים כלפי עורכי הדין אינם מצדיקים כשלעצמם נקיטת אמצעי זהירות כלשהם (ואף

462 ע"א 4704/96 מקרינ' נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד נב(3) 366 (1998).

463 לפי סעיף ח(5) לפקודת נציבות בתי הסוהר, "יש לנקוט בכל אמצעי הבטחון הדרושים לשם מניעת כל מעשה חריג מצד האסיר או עורך הדין בשעת הפגישה ולשם מניעת הכנסת חפצים אסורים והוצאתם".

464 לפי תקנה 3(ב) לתקנות סדר הדין הפלילי (פגישת עצור עם עורך דין), התשמ"ב–1981, ק"ת 326, "הפגישה תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו והתנהגותו של העצור".

465 עניין מקרינ', לעיל ה"ש 462, בעמ' 373.

עניין זה עשוי להיות שנוי במחלוקת), מדובר בסיכונים המצטרפים לסיכונים אחרים, אשר יחדיו מצדיקים את נקיטת אמצעי הזהירות. כאמור, דעתי היא שהפרשן צריך להניח – כל עוד אין ראייה חזקה לסתור – כי המחוקק ביקש למנוע, או להפחית, את כל הסיכונים שקיומם החיקוק צפוי למנוע או להפחית.

### ג. פסק דין בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס. – נטייה לאימוץ טיעון הסיכונים העולתיים

בעניין פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס.<sup>466</sup> נטה בית המשפט העליון לאמץ את טיעון הסיכונים העולתיים. באותו עניין הוגשה תביעה על ידי ילדה והוריה בגין הנזק שנגרם לילדה בעת שיוולדה בבית החולים הנתבע בשל התרחשות תופעה הנקראת "פרע כתפיים". תופעה זו הייתה נמנעת אילו נעשה ניתוח קיסרי, וכנראה אף אילו תוגבר הצוות הרפואי בחדר הלידה. מסתבר שהסיכון של פרע כתפיים עולה ככל שמשקל העובר גדל, אך הוא יכול להתממש אף כאשר משקל העובר אינו גדול. לאחר היילוד התברר כי משקל העובר היה מעט פחות מ-4 ק"ג. אלא שעובר ליילוד, בשל רשלנות של הצוות הרפואי, לא הוערך משקל העובר. בית המשפט הניח כי אילו קוימה הערכה כזו, היה נקבע טווח משקלים בסטייה של עד 10% מן המשקל האמתי (למשל, היה נקבע שמשקל העובר הוא בין 3.7 לבין 4.3 ק"ג), שאז המסקנה הייתה צריכה להיות שיש לבצע ניתוח קיסרי או לפחות לתגבר את הצוות הרפואי בחדר הלידה. עוד התברר כי אילו ידע הצוות הרפואי את משקלו המדויק של העובר – שהיה כאמור מעט פחות מ-4 ק"ג – הייתה ההחלטה לא לעשות ניתוח קיסרי ולא לתגבר את חדר הלידה בגדר החלטה סבירה. אחת השאלות שעלתה בבית המשפט העליון הייתה אם קשר סיבתי משפטי בין רשלנותו של הצוות הרפואי – אשר אילו פעל באופן סביר הוא היה מעריך את משקל העובר ובעקבות זאת עושה ניתוח קיסרי או לפחות מתגבר את הצוות הרפואי בחדר הלידה – לבין הנזק שאירע.

בית המשפט העליון ענה על שאלה זו בחיוב. השופט הנדל הדגיש כי יש לבחון את שאלת הרשלנות במועד ההתנהגות ולא לאחר מעשה. לדבריו, אילו קיימו הרופאים הערכת משקל כפי שהיו צריכים לעשות, ואילו הביאו בחשבון נתונים נוספים באשר למצב היולדת, הם היו חייבים ליילד בלידה קיסרית או לפחות לתגבר את חדר הלידה, ובכך היה הנזק נמנע כנראה.<sup>467</sup> השופט הנדל מדגיש כי הסיכון שהתממש – פרע כתפיים – הוא הסיכון שבגיניו

466 עניין בית החולים האנגלי, לעיל ה"ש 425.

467 עניין בית החולים האנגלי, שם. השופט הנדל מנמק בין היתר את עמדתו בכך שיש להחיל על המקרה את דוקטרינת הנזק הראייתי כדי להסיק את המסקנה הטובה פחות לנתבע והיא שאילו בוצעה שקילה, הסטייה בה הייתה כלפי מעלה ב-10% לעומת המשקל האמתי. שם, פסקות 7–8 לפסק דינו של השופט הנדל. השופט ריבלין נחוש פחות בדעתו בעניין זה: שם, פסקות 5–6 לפסק דינו של השופט ריבלין.

נקבע כי הצוות הרפואי היה רשלן. בכך המקרה שנידון לפניו שונה לדעתו ממקרה פלונית,<sup>468</sup> שבו הסיכון שהתממש לא היה הסיכון שבגיננו נקבע כי הרופא התרשל. השופט הנדל לא הציג אפוא לבטל את הלכת פלונית אלא הבחין בינה לבין המקרה שנידון לפניו. בהמשך דבריו העלה השופט הנדל טיעון נוסף בעד הכרה בקיומו של קשר סיבתי משפטי במקרה שלפניו תוך הסתמכות על טיעון הסיכונים העולתיים. לפי טיעון נוסף זה, גם אם נקיטת פעולה מסוימת מוגדרת חובה רק כלפי חברי קבוצה אחת, ראוי לעתים לאפשר פיצוי לחברי קבוצה אחרת שניזוקו מאי־נקיטת הפעולה, אף שלא בשבילם נקבעה החובה מלכתחילה.<sup>469</sup>

השופט ריבלין התייחס אף הוא לטיעון הסיכונים העולתיים, ולמעשה אימץ אותו, אם כי הותיר חלק חשוב אחד שלו ב"צריך עיון". השופט ריבלין מביא את הטענות המוצגות כאן: לעתים גם סיכונים מיוחדים הם הסיבה להטלת חובה על המזיק לנקוט אמצעי זהירות, ובלעדי סיכונים מיוחדים – ולא רק בלעדי הסיכונים המיוחדים – לא הייתה חובה כזו מוטלת. לדבריו, אלה בדיוק הם פני הדברים במקרה שנידון לפניו: סיכון של פרע כתפיים הוא תוצאה של משקל רב של העובר, אך הוא יכול להתממש גם כאשר המשקל זה אינו רב (למשל, בשל זווית הכתפיים בעת הלידה). כל הסיכונים יחדיו הם שהצדיקו את תגבורו של הצוות הרפואי (השופט ריבלין סבור כי במקרה הנדון לא התחייבה לידה קיסרית), ומכאן שגם אם התממש הסיכון לפרע כתפיים שאינו קשור כלל למשקלו הרב של העובר, ראוי להטיל אחריות בגין הנזק שאירע. השופט ריבלין מתייחס אף הוא לפסק דין פלונית ואינו רואה הבדל עקרוני בין המקרה שנידון לפניו לבין המקרה שנידון שם.<sup>470</sup> עם זאת השופט ריבלין מעלה הסתייגות אחת חשובה לטיעון הסיכונים העולתיים כפי שטענתו: אין הוא בטוח שיש לקבל טיעון זה אם ברור שבסיכונים המיוחדים, החריגים, היה די – אף בלעדי סיכונים מיוחדים – להצדקת נקיטתם של אמצעי הזהירות אשר בגלל אי־נקיטתם המזיק נחשב רשלן. אמנם השופט ריבלין ער לטענה כי יש טעם שדיני הנזיקין יקבעו סטנדרט אחיד לכל המקרים מבלי שיהיה צורך לבחון בכל מקרה ומקרה אם הסיכונים החריגים לבדם הצדיקו את נקיטתם של אמצעי הזהירות, אך הוא בוחר להותיר עניין זה ב"צריך עיון".<sup>471</sup>

468 עניין פלונית, לעיל ה"ש 427 (המנותח לעיל סעיף 2).  
 469 עניין בית החולים האנגלי, לעיל ה"ש 425, פסקה 10. ב. לפסק דינו של השופט הנדל.  
 470 עניין בית החולים האנגלי, שם, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.  
 471 עניין בית החולים האנגלי, שם, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו גם ע"א 8799/08 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני (פורסם בנבו, 21.3.2011), בפסקה 27 לפסק דינו של השופט ריבלין, שבה מצטט השופט ריבלין את פסק דין בית החולים האנגלי, לעיל ה"ש 425, ואת המאמר שבו טענתו לראשונה את טיעון הסיכונים העולתיים כאנטי־תזה לעמדה שהוצגה בעניין פלונית, לעיל ה"ש 427 (המנותח לעיל סעיף 2). לטיעון בעד סטנדרט אחיד לכל המקרים ראו להלן פרק 11, סעיף 1.

## רשלנות לפני מעשה – התנהגות סבירה לאחר מעשה

1. מקרה היילוד. 2. פגם בדגם. 3. הטיעון הכללי. 4. המקרה ההפוך וכלל האחריות החלופית; א. תמריצי התנהגות בעת ביצוע ההתנהגות המזיקה; ב. תמריצי התנהגות לאחר ביצוע ההתנהגות המזיקה וכלל האחריות החלופית. 5. מזל מוסרי.

פעמים רבות מזיקים גורמים נזקים, ומתברר שהשוואה של הסיכון שיצרו והאמצעים שיכלו לנקוט כדי למנוע, או להפחית, אותו מלמדים שהתנהגותם הייתה לכאורה רשלנית. אלא שאז מעלה המזיק את הטענה כי לפי המידע שהיה בידיו בעת שיצר את הסיכון לא הייתה התנהגותו רשלנית.<sup>472</sup> אם ישכנע את בית המשפט שאכן כך הדבר, וכי אדם סביר במצבו לא היה מצליח להשיג מידע טוב יותר, לא תוטל עליו אחריות נזיקית. כך גם בתחום האחריות למוצרים פגומים. יצרן שמוצרו פגום בדגם יוכל לעלות הגנה של state of the art, שעל פיה לא תוטל עליו אחריות לנזק שנגרם בגלל הפגם במוצר אם "לפי רמת ההתפתחות המדעית והטכנולוגית שהיתה בעת שהמוצר יצא משליטתו, לא יכול היה היצרן לדעת שמבחינת התכנון לא עמד המוצר ברמת הבטיחות הסבירה".<sup>473</sup>

בפרק זה ייבחן המקרה ההפוך אשר פסק דין בית החולים האנגלי, שנדון בפרק הקודם,<sup>474</sup> ממחיש אותו היטב. במקרה ההפוך, לפי המידע שהיה בידי המזיק בעת שיצר את הסיכון, השוואה של הסיכון שיצר והאמצעים שהיה יכול לנקוט כדי למנוע, או להפחית, את הסיכון מלמדים כי התנהגותו הייתה לכאורה רשלנית. אלא שלאחר שנגרם הנזק מתברר כי המידע שהיה בידי המזיק לא היה מדויק, וכי על פי מצב העניינים לאשורו, בעת יצירת

472 פרק זה מבוסס בעיקרו על מאמר שיתפרסם בכתב העת מחקרי משפט, בחוברת שהוקדשה למשנה לנשיא בית המשפט העליון השופט ריבלין, עם פרישתו מבית המשפט העליון: אריאל פורת "רשלנות לפני מעשה והתנהגות סבירה לאחר מעשה" מחקרי משפט כט (יתפרסם ב-2013).

ראו למשל ע"א 1918/08 פולר נ' בית החולים "העמק" (פורסם בנבו, 28.3.2010), שבו בחן בית המשפט את הפרקטיקה הרפואית הנוהגת בעת ההתנהגות הנטענת להיות רשלנית ולא את הפרקטיקה הנוהגת בעת המשפט.

473 סעיף 4(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים.

474 לעיל פרק 8, סעיף 9.ג.

הסיכון, אי-נקיטת אמצעי הזהירות הייתה סבירה לחלוטין. האם במקרה זה ראוי להטיל אחריות על המזיק?

האינטואיציה הראשונית היא להשיב לשאלה זו בשלילה, שכן אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. לכאורה – כך האינטואיציה הראשונית – אדם סביר שלו מידע מדויק לא היה נוקט אמצעי זהירות, וכך אף נהג המזיק. לפיכך יש לפטור אותו מאחריות נזיקית. דרך אחרת היא לומר שהמזיק, אף על פי שהיה במובן מסוים רשלן, לא היה רשלן במובן האובייקטיבי: התנהגותו הייתה סבירה.

טענתי היא שאינטואיציה זו מוטעית. השאלה שבה פרק זה עוסק היא אפוא, במונחיה של נוסחת לרנד הנד, כיצד יש לנהוג במקרים שבהם לפי המידע שהיה בידי המזיק בעת שפעל, עלות אמצעי הזהירות שלו הייתה נמוכה מתוחלת הנזק שאמצעי הזהירות היו מפחיתים, אך לאחר מעשה מתברר שעלות זו הייתה גבוהה ממנה. את הכלל שלפיו יש לבחון את שאלת הרשלנות לפי המידע שלפני מעשה, ועל כן להטיל אחריות במקרה הנדון, אכנה "כלל המידע שלפני מעשה", ואותו אציע לאמץ, ואילו את הכלל שלפיו יש לבחון את שאלת הרשלנות לפי המידע שלאחר מעשה, ועל כן לפטור את המזיק מאחריות, אכנה "כלל המידע שלאחר מעשה", ואותו אציע לדחות.

## 1. מקרה היילוד

שאלת הבחירה בין כלל המידע שלפני מעשה לכלל המידע שלאחר מעשה תובהר בדוגמה הבאה, המבוססת על פסק דין בית החולים האנגלי<sup>475</sup> (עם שינויים אחדים, לצורך פישוט) ובדיון שיבוא בעקבותיה.

דוגמה 1. יילוד. אישה מגיעה לבית החולים כדי ללדת. בדיקת אולטרה-סאונד מלמדת שגודל העובר הוא 4–4.5 ק"ג. נניח כי רופא סביר בנסיבות כאלה, בשל הסיכון לעובר, היה צריך ליילד בלידה קיסרית. למרות זאת הרופא מיילד בלידה טבעית, ולעובר נגרם נזק שהיה נמנע לו יילד הרופא בלידה קיסרית. לאחר היילוד התברר שגודל העובר הוא 4 ק"ג. אילו היה אפשר לדעת בעת היילוד שגודל העובר הוא 4 ק"ג, רופא סביר היה מיילד בלידה טבעית, שכן הסיכון ביילוד בלידה טבעית של עובר בגודל כזה אינו רב. האם יש להטיל אחריות על הרופא לנזקי העובר?

475 עניין בית החולים האנגלי, לעיל ה"ש 425.

ממבט ראשון נדמה שאין קשר סיבתי בין התרשלות הרופא לבין הנוק, שכן רופא סביר, שיש לו מידע מלא על גודל העובר, היה מיילד בלידה טבעית, ממש כפי שעשה הרופא במקרה שלנו. אף אפשר לטעון כי למעשה התנהגות הרופא אינה רשלנית: בנסיבות העניין היה נכון ליילד לידה טבעית, וזאת על אף התוצאה המצערת שנגרמה. אלא שטיעון זה מוטעה. הטלת אחריות במקרה זה הכרחית כדי להבטיח שתמריצי ההתנהגות של רופאים בנסיבות כאלה יהיו יעילים, וכך תושג הרתעה אופטימלית. כדי להבין מדוע, אשתמש בדוגמה מספרית פשוטה. כדי לפשט את הדוגמה אניח שגודל העובר יכול להיות אחד משניים, ובהסתברויות זהות: 4 ק"ג או 4.5 ק"ג. אם גודל העובר הוא 4 ק"ג הסיכון בלידה טבעית גדול ב-50 מן הסיכון בלידה קיסרית, ואם גודלו הוא 4.5 ק"ג הסיכון בלידה טבעית גדול ב-100 מן הסיכון בלידה קיסרית. נניח עתה שהעלות של ביצוע לידה קיסרית גבוהה ב-70 מן העלות של ביצוע לידה טבעית וכי הרופא נושא במלוא העלויות של הלידה הקיסרית או הטבעית (כלומר אין עלויות נוספות ליולדת או לאחריה). בנסיבות אלו רופא סביר צריך ליילד בלידה קיסרית, שכן הסיכון הכולל מלידה טבעית גדול מן הסיכון הכולל מלידה קיסרית ב-75 ( $50\% \times 100 + 50\%$ ), ואילו הפרשי העלויות בביצוע שני סוגי היילוד הוא 70 בלבד. במילים אחרות, מאחר ש- $70 < 75$ , רופא סביר היה צריך ליילד בנסיבות המקרה בלידה קיסרית.

נניח עתה שלאחר מעשה מתברר שגודל העובר הוא 4 ק"ג, ושהכלל המשפטי הוא שיש לבחון את סבירות התנהגותו של הרופא לפי המידע המדויק כפי שהתברר לאחר מעשה (בניגוד לטענה שלי). לפי כלל זה, שאותו כיניתי "כלל המידע שלאחר מעשה", אין להטיל אחריות על הרופא, שכן עלות אמצעי הזהירות שהיה יכול לנקוט – ביצוע לידה קיסרית – גבוהה מן הסיכון שיש באי-נקיטת אמצעי הזהירות ( $70 > 50$ ). לפי כלל משפטי זה, הרופא, מלכתחילה, לא ינקוט את אמצעי הזהירות הנדרשים, דהיינו לא יילד בלידה קיסרית, שכן מנקודת מבטו סיכון האחריות המשפטית שלו יהיה 50 בלבד ( $50\% \times 100$ ), וסיכון זה קטן מעלויות אמצעי הזהירות שהיה יכול לנקוט (70). ביתר פירוט: היות שבעת שהרופא צריך להחליט כיצד ליילד הוא יודע שאם גודל העובר יתברר בדיעבד להיות 4 ק"ג (סיכון 50) הוא לא יישא באחריות נזיקית כלשהי (שכן  $70 > 50$ ), הוא עלול להתעלם מסיכון זה לחלוטין. הרופא אמנם יודע שאם גודל העובר יתברר בדיעבד להיות 4.5 ק"ג (סיכון 100) הוא יישא באחריות נזיקית, אך מאחר שההסתברות של אפשרות זו היא רק 50%, ימצא הרופא שעדיף לו לשאת בסיכון של אחריות משפטית של 100 בהסתברות של 50% ולא לנקוט אמצעי זהירות (לידה קיסרית) שעלותם 70 (שכן  $70 > 50$ ).

תוצאה זו אינה יעילה מנקודת מבט חברתית: כאשר בעת המעשה הסיכון נחזה להיות 75, ועלות אמצעי הזהירות למניעתו היא 70, ראוי שיינקטו אמצעי הזהירות, דבר שכאמור לא יקרה לפי כלל המידע שלאחר מעשה. כלל המידע שלפני מעשה, שאותו אני מציע לאמץ, יפתור את הבעיה ויביא להרתעה יעילה. לפי כלל זה תוטל אחריות על הרופא, שכן לפי המידע שהיה ברשותו בעת שהחליט כיצד לנהוג נחזו הסיכונים באופן סביר כ-75

ועלויות מניעתם 70, ומאחר ש-75 < 70 הרופא היה רשלן. כלל זה יאלץ את הרופא להביא בחשבון מלכתחילה את כל הסיכונים שנגרמו בגלל אי-נקיטת אמצעי הזהירות (75) ולא רק את חלקם, וכך יבחר במקרה הנדון ביילוד בלידה קיסרית.

לשם פשטות הדיון הנחתי מצב בינרי, שבו הסיכון יכול להיות 50 או 100. מובן שהטיעון תקף אף במצב הריאלי יותר, שבו יש מגוון אפשרויות באשר לסיכון בפועל, ולכל אפשרות יש הסתברות מסוימת, וסך ההסתברויות הוא 100%. למשל, מנקודת המבט שלפני מעשה אפשר להעלות על הדעת עוברים במשקלים שונים, מ-4 ק"ג עד 4.5 ק"ג, ולכל אפשרות הסתברות מסוימת. למשל, יכול שהמשקלים האפשריים הם 4.0, 4.01, 4.02, עד 4.5 ק"ג, ולכל אפשרות יש הסתברות זהה, והסיכון גדל ככל שהמשקל גדל. כך, בנקודה מסוימת, במשקל מסוים של העובר, הסיכון בלידה טבעית גדול מזה שבלידה קיסרית בדיוק ב-70. נניח שנקודה זו היא משקל עובר 4.2 ק"ג. אם הכלל החל הוא כלל המידע שלאחר מעשה, ידע הרופא שאם יילד בלידה טבעית, ומשקל העובר יהיה 4.2 ק"ג או פחות, לא תוטל עליו אחריות נזיקית. לפיכך הוא יתעלם מן הסיכונים שיש לעובר אם משקלו יהיה 4.2 ק"ג או פחות, ויביא בחשבון רק את הסיכונים שיש לעובר אם משקלו יהיה מעל 4.2 ק"ג. סיכונים אלו יהיו פחותים בהרבה מ-70, והרופא יחליט אפוא שלא ליילד בלידה קיסרית, אשר עלות ביצועה גבוהה כזכור ב-70 מעלות יילוד בלידה טבעית.

דוגמה 1 עוסקת במצבים שבהם אי-הוודאות נוגעת לסיכונים שבפניהם עומד הניזוק. אך קיימים גם מצבים שבהם אי-הוודאות נוגעת דווקא לעלותם של אמצעי הזהירות, ומנקודת מבט שלפני מעשה ההתנהגות של המזיק אינה סבירה, אך מנקודת מבט שלאחר מעשה היא סבירה. אף כאן כלל המידע שלפני מעשה, ורק הוא, יבטיח שתמריצו של המזיק יהיו יעילים. כדי להמחיש את הדברים נניח שבידי רופא היכולת להפחית את סיכוניו של החולה בעת הטיפול בו ב-75 בנקיטת אמצעי הזהירות מסוים, אלא שקיימת אי-ודאות באשר לעלותו (למשל, אי אפשר לדעת אם בעת הטיפול יחול סיכון אשר יגדיל את עלותו של אמצעי הזהירות): בהסתברות של 50% שעלות אמצעי הזהירות תהיה 60, ובהסתברות של 50% שעלותו תהיה 80. תוחלת עלות אמצעי הזהירות במקרה זה היא אפוא 70, ומוצדק שהרופא ינקוט אותו (75 < 70). אלא שהרופא לא ינקוט את אמצעי הזהירות אם יחול על המקרה כלל המידע שלאחר מעשה. לפי כלל זה, הרופא יודע בעת שעליו להחליט אם לנקוט את אמצעי הזהירות, שבהסתברות של 50% עלותו תהיה 80, ואז גם אם ייגרם נזק עקב אי נקיטתו, הוא לא ייחשב לרשלן ולא יישא באחריות נזיקית (75 > 80). אמנם הוא יודע גם שקיימת אפשרות שעלות אמצעי הזהירות תהיה 60, ואז אם ייגרם נזק עקב אי נקיטתו, ייחשב לרשלן ויישא באחריות נזיקית (75 < 60). אלא שמאחר שהסתברותה של אפשרות זו היא 50% בלבד, סיכון האחריות בו יעמוד הרופא אם לא ינקוט באמצעי בזהירות יהיה  $50\% \times 75 = 37.5$ . על כן הרופא עלול לא לנקוט את אמצעי הזהירות ולהעדיף להסתכן באחריות משפטית של 37.5 על נקיטת אמצעי זהירות שתוחלת עלותו היא 70 (70 < 37.5). תוצאה זו כאמור אינה



יעילה: נקיטת אמצעי זהירות שתוחלת עלותו 70 מוצדקת מבחינה כלכלית כאשר אמצעי הזהירות יפחית את הסיכון לחולה ב־75.  
המתח בין כלל המידע שלפני מעשה לכלל המידע שלאחר מעשה אינו מוגבל כמוכח במקרי רשלנות רפואית בלבד. נניח שנהג פוגע בהולך רגל בעת שהוא נוהג במכוניתו במהירות של 50 קמ"ש, וכלל האחריות הוא רשלנות. לו נהג במהירות של 40 קמ"ש היה בולם מבעוד מועד והנזק היה נמנע. על פי המידע שהיה בידי הנהג עובר לתאונה צפיפות התנועה הצדיקה נסיעה במהירות של 40 קמ"ש. אלא שמתברר לאחר מעשה שצפיפות התנועה הייתה פחותה בהרבה מכפי שסבר הנהג (למשל בגלל תאונה, שהנהג לא ידע על אודותיה, חסמה המשטרה כמה רחובות בסביבה, ובכך גרמה להפחתת צפיפות התנועה באזור). נניח עתה כי בהתחשב בצפיפות התנועה כפי שהייתה למעשה, נסיעה במהירות של 50 קמ"ש הייתה סבירה. לפי כלל של המידע שלאחר מעשה ימצא הנהג פטור מאחריות, אך לפי כלל המידע שלפני מעשה תוטל עליו אחריות. כפי שהוסבר לעיל, הטלת אחריות היא הפתרון היעיל, ועל כן רק כלל המידע שלפני מעשה יגרום לנהג לכלכל את צעדיו כאשר הוא רואה לנגד עיניו לא רק את הסיכון לתנועה צפופה<sup>476</sup> אלא גם את הסיכון לתנועה צפופה פחות.

## 2. פגם בדגם

השאלה אם להחיל את כלל המידע שלפני מעשה או את כלל המידע שלאחר מעשה מתעוררת אף בתחום של אחריות יצרנים למוצרים הפגומים כאשר נטען שהנזק לניזוק נגרם מפגם בדגם. השאלה אם מוצר הוא פגום בדגם דומה מאוד לשאלת הרשלנות: מוצר פגום בדגם כאשר הוא אינו סביר מבחינה בטיחותית, ועל פי ההגדרה הכלכלית, כאשר העלות בשיפור בטיחותו קטנה מתוחלת הנזק שתקטן אם תושקע עלות זו.<sup>477</sup> בישראל, ובשיטות משפט אחרות, עומדת ליצרן הגנה של state of the art, שעל פיה אף על פי שהדגם של המוצר התברר להיות פגום בדיעבד, הרי בעת שיוצר, על פי הידע הטכנולוגי שהיה באותה

<sup>476</sup> הוא לא יתעלם באופן מוחלט מן מהסיכון מן התנועה הלא צפופה כאשר הוא קובע את מהירות נסיעתו, שכן גם עם תנועה לא צפופה תהיה נקודה מסוימת שבה מהירות הנסיעה שלו תיחשב בלתי סבירה. בנוסף, הנסיעה ברכב מסכנת את הנהג עצמו (והנוסעים עמו), ואף שיקול זה יגרום לו להביא בחשבון את סיכויי התנועה הלא צפופה.

<sup>477</sup> לשימוש בשיקולי עלות-תועלת בהגדרתו של פגם בדגם ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCT LIABILITY § 2, cmt. d (1998). על פי סעיף 3(א)(1) לחוק האחריות למוצרים פגומים, מוצר ייחשב פגום כאשר "מחמת ליקוי שבו הוא עלול לגרום נזק גוף" (וכן אם אין נלוות לו אזהרות בטיחות מתאימות: ראו סעיף 3(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים).

עת, אי אפשר היה לייצר דגם סביר ממנו.<sup>478</sup> כאמור, פרק זה עוסק במקרה ההפוך: מה הדין אם המוצר התברר בדיעבד כזה שאינו פגום בדגם, אך בעת שיוצר, לפי המידע הטכנולוגי שהיה בידי היצרן, הוא היה לכאורה פגום בדגם. הדוגמה הבאה ממחישה את הדילמה.

**דוגמה 2: טלפונים סלולריים.** יצרן של טלפון סלולרי ער לכך שלפי המידע הקיים בידיו קיימת אפשרות שהטלפון שהוא מייצר עלול לגרום לקרינה ולפיכך לסרטן. יש בידיו להשקיע במניעת הסיכון, אך הדבר כרוך בעלויות גבוהות יחסית, והוא בוחר שלא לעשות זאת. הסיכונים באותה עת נחזים כגבוהים יותר מעלויות המניעה. לימים מתברר שהסיכון היה קטן מכפי שסבר היצרן וסברו אחרים. אדם שלקה בסרטן בגלל הקרינה מן הטלפון הסלולרי מגיש תביעה נגד היצרן בהתבסס על טענה של פגם בדגם. היצרן טוען, ואף מוכיח, שלפי המידע כפי שהתברר לאחר מעשה, הסיכון מן הטלפון קטן בהרבה מכפי שחשבו, ואין בו כדי להצדיק את נקיטת אמצעי הזהירות, שכן עלותם של אלה גבוהה בהרבה מן הסיכון. האם יש להטיל אחריות על היצרן?

התשובה לשאלה היא שאף כאן, כמו בדוגמת היילוד, ראוי להטיל אחריות על היצרן, שכן יש להחיל על המקרה את כלל המידע שלפני מעשה ולא את כלל המידע שלאחר מעשה. נניח אף כאן שבעת שייצר את הטלפון היה ליצרן מידע שהטלפון עלול להיות מסוכן מאוד, בשיעור של 100, אך גם מסוכן פחות, בשיעור של 50. נניח כי ההסתברות של שתי האפשרויות הייתה זהה. עוד נניח שהיה אפשר למנוע את הסיכון בעלות של 70. בדומה לדוגמת היילוד, אף כאן ברור שיעיל היה לייצר את המוצר הבטוח יותר. נניח עתה שהיצרן פועל לפי כלל המידע שלאחר מעשה. לפי כלל זה, אם יתברר בדיעבד שהסיכון היה 50, לא יימצא היצרן אחראי לנזק, שכן המוצר ייחשב לא פגום. לפיכך היצרן יתעלם מסיכון זה וישווה לנגד עיניו רק את הסיכון הגבוה, של 100, שהסתברותו היא 50%. סיכון זה יוצר מבחינת היצרן סיכון אחריות של 50, והוא יעדיף לשאת בו במקום להשקיע באמצעי זהירות שעלויותיהם 70. תוצאה לא יעילה זו תימנע אם יוחל על המקרה כלל המידע שלפני מעשה,

478 סעיף 4(א)(2) לחוק האחריות למוצרים פגומים (מצוטט לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 473).  
למשפט האמריקאי ראו 2 § PRODUCT LIABILITY (THIRD) OF TORTS: RESTATEMENT (1998); MARK A. GEISTFELD, PRINCIPLES OF PRODUCT LIABILITY 102, subsection IV.B (1998); EPSTEIN, *supra* note 55, at 411-2 (§ 16.11.5) (2006); WINFIELD, *supra* note 104, at 513-4 (§ 10'23). & JOLOWICZ, *supra* note 369,

הדגם יוגדר פגום, והיצרן יישא בנזקי הצרכנים, בין שהסיכון הוא בסופו של דבר 100 ובין שהוא 50.

יש לשים לב שגם אם היצרן בדוגמה 2 ימצא אחראי לנזקיו של התובע, אין כל מניעה שהיצרן ימשיך לייצר את המוצר בדיוק כפי שייצר אותו בעבר מבלי להיות אחראי לנזקים שייגרמו. למעשה, מן הרגע שבו התברר שהמוצר הוא סביר, כלומר שתוחלת נזקיו היא 50 ולא 100, אין כל הצדקה להטיל על היצרן אחריות על שלא נקט אמצעי זהירות שעלותם 70, שכן אי-נקיטת אמצעי הזהירות מנקודת זמן זו ואילך היא סבירה. במילים אחרות, מנקודת זמן זו המוצר אינו צריך להיחשב עוד פגום בדגם.

התנגדות אפשרית לשימוש בכלל המידע שלפני מעשה היא שהפעלתו דורשת מידע שקשה לתובע להשיגו ולהוכיחו בבית המשפט (התנגדות זו תקפה לכאורה אף באשר למקרי רשלנות, שבהם עבר פרק זמן ארוך בין מועד ההתנהגות העולתית לגרם הנזק). בדוגמה 2 למשל יקשה על התובע להוכיח שדגם הטלפונים הסלולריים, שבעת המשפט נחשב לסביר, היה צריך להיחשב לבלתי סביר שנים רבות קודם לכן, בעת שיוצרו הטלפונים והופצו לצרכנים. אך טיעון זה אינו משכנע. ראשית, אין כל סיבה למנוע מתובע שמעוניין בכך להביא מידע לבית המשפט ולהוכיח שמוצר הנחשב סביר בהווה לא היה צריך להיחשב סביר בעבר, אף אם הוכחה כזו עלולה להיות קשה במקרים מסוימים. אכן, ניזוקים נסמכים לא אחת על מידע המתייחס למצב העולם שהתקיים שנים רבות לפני מועד המשפט (כגון תביעות של קטינים הטוענים שנפגעו מרשלנות רפואית בעת שיוולדו, ואשר מוגשות לבית המשפט עד 25 שנים לאחר אירוע הנזק<sup>479</sup>). שנית, במצב המשפטי הנפוץ בשיטות משפט רבות, ובכלל זה בישראל, שבו יצרנים זכאים ליהנות מהגנת ה-*state of the art*, נדרשים היצרנים לבסס את הגנתם על מידע המתייחס לאירועים שהתרחשו שנים רבות לפני מועד המשפט. אמנם נטל ההוכחה במקרים אלו הוא על היצרן, ולא על התובע-הניזוק, ובאופן טבעי גישתו של היצרן לראיות נוחה מזו של הניזוק, אך אין פירוש הדבר שאף הניזוק אינו יכול להגיע למידע באמצעות מומחים אשר גישתם למידע טובה לא פחות מזו של היצרן, ולהוכיח כי מוצר שנחשב היום לא פגום היה צריך להיחשב כזה בעת שהופץ לצרכנים. הדיון עד כה התמקד בתמריצי ההתנהגות של היצרן לייצר מוצר בטוח. אלא שתמריצי היצרן עשויים להיות בעלי חשיבות גם אחרי שהמוצר יוצר והופץ לצרכנים. על הערכה מלאה של כללי המידע שלפני מעשה ושלאחר מעשה להביא בחשבון גם תמריצים אלו, וכך אכן ייעשה בהמשך פרק זה.<sup>480</sup>

479 על פי סעיף 10 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, "בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבוא במנין הזמן שבו עדיין לא מלאו לתובע שמונה-עשרה שנה".  
480 להלן סעיף 4.

### 3. הטיעון הכללי

כדי שדיני הרשלנות יספקו תמריצים יעילים למזיקים, צריך שסטנדרט הזהירות ייקבע לפי כל הסיכונים הצפויים שיצר המזיק, ואם המזיק מפר את סטנדרט הזהירות צריך שתוטל עליו אחריות בגין כל הנזקים שהתממשו מהסיכונים האמורים. שיקולים של מדיניות עשויים להצדיק לעתים חריגה מעיקרון זה, למשל בשל החשש להשפעה שלילית על פעילותו הרצויה של המזיק<sup>481</sup> ובשל עלויות מנהליות הכרוכות בהטלת אחריות מלאה עליו בגין כל נזק שהוא.<sup>482</sup> טיעון זה נדון בהרחבה בפרק הקודם, והוא כונה "טיעון הסיכונים העולתיים".

פרק זה אינו אלא יישום של טיעון הסיכונים העולתיים במקרה הפרטי שבו קיימת אי-ודאות אצל המזיק, בעת שעליו לפעול, באשר לגודל הסיכונים שיופחתו עקב נקיטת אמצעי הזהירות (או באשר לעלות אמצעי הזהירות שביכולתו לנקוט). לא במקרה בעניין בית החולים האנגלי,<sup>483</sup> שעסק במקרה של אי-ודאות באשר לגודל הסיכונים, נזקקו השופטים הנדל וריבלין לטיעון הסיכונים העולתיים כדי לנמק את החלטתם להטיל אחריות על בית החולים.<sup>484</sup> אכן, מנקודת מבט כלכלית, בין שהמזיק רואה לנגד עיניו סיכונים ודאיים (למשל, לעובדים נכים ולעובדים בריאים בדוגמת מעקה הבטיחות<sup>485</sup>) ובין שהוא רואה לנגד עיניו סיכונים לא ודאיים (למשל, 50% שהסיכון לעובר הוא גדול ו-50% שהסיכון לעובר הוא קטן), חשוב שיביא את כל הסיכונים – ודאיים ולא ודאיים – בחשבון, ישווה אותם לעלות אמצעי הזהירות שבהם הוא יכול לנקוט ויכלכל את צעדיו לפי תוצאותיה של השוואה זו. אם יהיה המזיק הרשלן פטור מן הנזקים שהתממשו מסיכונים ודאיים מסוימים (למשל, הסיכון לעובדים הבריאים בדוגמת מעקה הבטיחות) או מנזקים שהתממשו מסיכונים לא ודאיים מסוימים (למשל, הסיכון הקטן לעובר), הוא עלול להתעלם מסיכונים אלו, והרתעתו תהיה חסרה.

ההצדקה לטיעון הסיכונים העולתיים מנקודת מבט של צדק מתקן חלה אף היא על המקרה שבו התממשו סיכונים לא ודאיים לכדי נזק. כפי שטענתי בפרק הקודם, עקרונות הצדק המתקן – ובעיקר עקרון הקורלטיביות – מחייבים שאותם סיכונים אשר הגדירו את התנהגותו של המזיק עולתית יהיו אף אלו שבגין התממשותם תוטל אחריות נזיקית.<sup>486</sup>

481 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.א.

482 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.ב.

483 עניין בית החולים האנגלי, לעיל ה"ש 425, ודיון בו לעיל פרק 8, סעיף 9.ג.

484 לעיל פרק 8, סעיף 9.ג.

485 לעיל פרק 8, סעיף 3.

486 לעיל פרק 8, סעיף 7.

דברים אלו יפים אף כאשר הסיכונים אינם ודאיים: הגדרת התנהגותו של המזיק רשלנית נסמכת על סיכונים ודאיים ושאינם ודאיים גם יחד. ממילא התממשותם של סיכונים לא ודאיים לכדי נזק מחייבת הטלת אחריות נזיקית אף לפי עקרונות הצדק המתקן.<sup>487</sup> לסיכום, מאחר שרצוי, מנקודת מבט של יעילות, שהמזיק יפעל לפי המידע שהיה בידיו באופן סביר בעת שיצר את הסיכונים, יש לקבוע הן את סטנדרט הזהירות והן את היקף אחריותו, אם יימצא רשלן, לפי כל הסיכונים האלו, ודאיים ולא ודאיים כאחד (בהעדר שיקולי מדיניות המחייבים אחרת). הפרתו של עיקרון זה תגרום לאי-יעילות ולפגיעה בעיקרי הצדק המתקן. כלל המידע שלאחר מעשה מפר את העיקרון האמור, ואילו כלל המידע שלפני מעשה שומר עליו.

#### 4. המקרה ההפוך וכלל האחריות החלופית

עד כאן דנו במקרים שבהם מנקודת מבט שלפני מעשה ההתנהגות של המזיק נחשבת רשלנית, אך מנקודת מבט שלאחר מעשה היא נחשבת סבירה. ראינו כי כלל המידע שלפני

<sup>487</sup> הקרבה בין שני הטיעונים – שעל המזיק לשאת בכל הסיכונים הודאיים שהתממשו לכדי נזק בשל התנהגותו הרשלנית, ושעל המזיק לשאת בכל הסיכונים הלא ודאיים שהתממשו לכדי נזק בשל התנהגותו זו – יש בה כדי לבלבל לעתים. סכנת בלבול זו ניתנת להמחשה באמצעות פסק דין פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה (לעיל ה"ש 427, ודיון לעיל פרק 8, סעיף 2). במקרה זה היה מדובר לכאורה בסיכונים ודאיים: אי-יילוד בלידה קיסרית יצר סיכון גדול (נזק עקב משקל רב של העובר) וסיכון קטן (נזק בשל חסימת חבל הטבור). הסיכון הקטן התממש, ובית המשפט לא הטיל אחריות בגין הנזק שנגרם. טענתי הייתה שכדי שהרתעתו של הרופא תהיה יעילה, עליו להיות אחראי במקרה מעין זה, במידה שהתרשל, לכל הסיכונים, גדולים וקטנים כאחד. אך אפשר לכאורה להציג את מקרה פלונית כעוסק בסיכונים לא ודאיים: באותו מקרה הייתה לפני מעשה הסתברות מסוימת שהעובר יינזק בשל משקל רב, והסתברות קטנה מאוד שיינזק בשל חסימת חבל הטבור. לאחר מעשה הסתבר לכאורה שסיכון המשקל הרב אינו באמת סיכון. לכן לפי כלל המידע שלאחר מעשה הרופאים לא התרשלו: הסיכון הקטן שהתממש בעמדו לבדו לא הצדיק לידה קיסרית. אך טיעון זה אפשרי רק אם היינו בוחנים את סבירות התנהגותם של הרופאים לאור קיומו של סיכון ערטילאי, ממוצע, של חסימת חבל הטבור מבלי להתחשב בהיותו של סיכון זה, מנקודת מבט שלאחר מעשה, גבוה מאוד (ואולי אף ודאי). אם מאמצים את כלל המידע שלאחר מעשה, יש ללכת אתו עד הסוף: כמו שמתעלמים מן הסיכון שלא התממש (נזק עקב משקל רב של העובר) לצורך הקביעה אם הרופא התרשל, כך יש להתחשב בסיכון שהתממש (נזק בשל חסימת חבל הטבור), לפי המידע שלאחר מעשה. התוצאה תהא הטלת אחריות על הרופאים בגין הסיכון שהתממש, שכן לפי המידע שלאחר מעשה, זהו סיכון גבוה מספיק כדי להצדיק לידה קיסרית. אך כידוע לא בדרך זו פועלים דיני הרשלנות. לו היו פועלים בדרך זו, כמעט כל תאונה רפואית (או תאונת דרכים) הייתה נחשבת רשלנות, שכן לפי המידע שלאחר מעשה מניעתה של כמעט כל תאונה כזו הייתה מוצדקת. דיני הרשלנות מבוססים על בחינת סיכונים בעת שנוצרו (כלל המידע שלפני מעשה) ולא על בחינת סיכונים לאחר שהתממשו לכדי נזקים (כלל המידע שלאחר מעשה).

מעשה הוא היעיל, וכלל המידע שלאחר מעשה אינו יעיל, בהביאו להרתעת חסר. האם עדיפותו של כלל המידע שלפני מעשה ברורה וחד-משמעית אף במקרה ההפוך, דהיינו במקרה שבו מנקודת מבט שלפני מעשה התנהגותו של המזיק נחשבת סבירה, אך מנקודת מבט שלאחר מעשה היא נחשבת רשלנית? לכאורה נדמה שהתשובה לשאלה זו חיובית: אם רצוננו לתמרץ את המזיק לפעול לפי המידע שהיה לפניו בעת שיצר את הסיכונים, יש לעשות זאת הן במקרה שבו המידע המוקדם מלמד שהמזיק התרשל והן במקרה שבו מידע זה מלמד שלא התרשל. בשני המקרים, כך נדמה ממבט ראשון, אין זה משנה מה היה גודל הסיכון לאחר מעשה.

אלא שתשובה זו אינה נכונה. בתת-סעיף א יידונו תמריצי המזיק בעת ביצוע ההתנהגות המזיקה במקרה ההפוך, הן לפי כלל המידע שלפני מעשה והן לפי כלל המידע שלאחר מעשה, ובתת-סעיף ב יידונו תמריצי המזיק לאחר ביצוע ההתנהגות המזיקה במקרה ההפוך, גם כן לפי שני אותם כללים.

#### **א. תמריצי התנהגות בעת ביצוע ההתנהגות המזיקה**

הדוגמה הבאה, שהיא וריאציה של דוגמה 1, תבהיר מדוע גם כלל המידע שלפני מעשה וגם כלל המידע שלאחר מעשה יכולים לספק למזיק תמריצי התנהגות יעילים (המילים המודגשות מרמזות על ההבדל בין הדוגמה הנוכחית לדוגמה הקודמת).

דוגמה 3. יילוד. אישה מגיעה לבית החולים כדי ללדת. בדיקת אולטרה-סאונד מלמדת שגודל העובר הוא 4–4.5 ק"ג. נניח כי רופא סביר בנסיבות כאלה היה צריך לילד בלידה טבעית. הרופא אכן מיילד בלידה טבעית ולעובר נזק שהיה נמנע לו יילד הרופא בלידה קיסרית. לאחר היילוד התברר שגודל העובר הוא 4.5 ק"ג. אילו היה אפשר לדעת בעת היילוד שגודל העובר הוא 4.5 ק"ג, רופא סביר היה מיילד בלידה קיסרית, שכן הסיכון ביילוד בלידה טבעית של עובר בגודל כזה הוא גבוה מספיק כדי להצדיק לידה קיסרית. האם יש להטיל אחריות על הרופא לנזקי העובר?

בדוגמה 3 לפי כלל המידע שלפני מעשה לא תוטל אחריות נזיקית על הרופא, ואילו לפי כלל המידע שלאחר מעשה תוטל עליו אחריות. אך בניגוד לדוגמה 1, בדוגמה 3 כלל המידע שלאחר מעשה לא יגרום לאי-יעילות. נניח למשל שעלות אמצעי הזהירות (כלומר, העלות הנוספת הכרוכה בביצוע לידה קיסרית במקום לידה טבעית) היא 70 (כבדוגמה 1), ששיעור תוספת הסיכון הכרוך בלידה טבעית לעומת קיסרית – אם גודל העובר הוא 4.5 ק"ג – הוא 90, ושיעור תוספת הסיכון הכרוך בלידה טבעית לעומת קיסרית אם גודל העובר הוא 4 ק"ג הוא 40. נניח עתה שבעת היילוד הייתה הסתברות של 50% שמשקל העובר הוא 4 ק"ג ו-50% שמשקל העובר הוא 4.5 ק"ג. בנתונים אלו יעילות מחייבת לידה טבעית, שכן עלות

אמצעי הזהירות (70) גבוהה מתוחלת הנזק ( $50\% \times 90 + 50\% \times 40$ ), דהיינו  $65 > 70$ . לפיכך לפי כלל המידע שלפני מעשה, הרופא שביצע לידה טבעית לא היה רשלן, ואין להטיל עליו אחריות נזיקית. בהעדר אחריות הרופא יילד בלידה טבעית, כפי שיעיל לעשות. אך הרופא היה נוקט אותה דרך יילוד גם לפי כלל המידע שלאחר מעשה. לפי כלל זה, הרופא היה נמצא אחראי בנתונים של דוגמה 3, שכן  $90 < 70$ . אלא שסיכון האחריות הנזיקית לא ישפיע על החלטתו של הרופא ליילד בלידה טבעית: תוחלת אחריותו בדוגמה 3 תהיה 45 בלבד (ההסתברות שמשקל העובר יהיה 4.5 ק"ג הוא 50%, שיעור הסיכון במקרה כזה יהיה 90, ורק אז הרופא יהיה אחראי אם הסיכון יתממש לכדי נזק). מאחר ש- $45 > 70$ , יעדיף הרופא לחסוך אמצעי זהירות שעלותם 70 אפילו במחיר נשיאה באחריות נזיקית שתוחלתה 45. יש לשים לב שגם לפי כלל של אחריות מוגברת הרופא בדוגמה 3 יעדיף ליילד לידה טבעית ולשאת בכל נזק שיחממש, שכן עלות אמצעי הזהירות גבוהים מתוחלת הנזק שעלול להיגרם ( $70 > 65$ ). תוצאה זו אינה מקרית. למעשה, כפי שהוסבר בחלקים קודמים של הספר, גם כלל של רשלנות וגם כלל של אחריות מוגברת מספקים למזיק תמריצים יעילים לנקוט אמצעי זהירות, וכלל של אחריות מוגברת אף מוסיף לו תמריצים להפחית את רמת פעילותו ביעילות.<sup>488</sup> לפיכך כשמדובר בתמריצי ההתנהגות של המזיק, כלל של אחריות מוגברת עדיף על כלל של רשלנות. מכאן עולה לכאורה, שכלל המידע שלאחר מעשה במקרה ההפוך (דהיינו בדוגמה 3) אינו אלא אמצע הדרך בין כלל הרשלנות – שהוא תמיד כלל מידע שלפני מעשה – ובין כלל של אחריות מוגברת.

אלא שמסקנה זו אינה מדויקת. הסיבה העיקרית היא שבנסיבות מסוימות כלל המידע שלאחר מעשה יעוות את תמריצי ההתנהגות של המזיקים ויגרום להם להשקיע השקעת יתר באמצעי זהירות.<sup>489</sup> הדוגמה הבאה, החלה הן על מקרי רשלנות והן על מקרים של פגם בדגם, תמחיש את הדברים. נניח שבעת יצירת הסיכון, קיימות הסתברויות זהות (33%) לשלושה מצבי עולם: סיכון של 90, סיכון של 160 וסיכון של 200, שנכנה אותם מצבי עולם 1, 2, ו-3 בהתאמה, כך שתוחלת הנזק היא 150. נניח שאמצעי זהירות שעלותם 74 תפחית את הסיכון בחצי, דהיינו ב-75, באופן שבשלושת מצבי העולם 1, 2, ו-3, אשר כאמור הסתברויותיהם זהות, יהיה הסיכון 45, 80 ו-100 בהתאמה [ $75 = (45 + 80 + 100) \times 33\%$ ]. עוד נניח שאמצעי זהירות נוספים אינם יעילים. בהינתן הנחות אלו מוצדק כלכלית שהמזיק ינקוט אמצעי הזהירות של 74, ויפחית כאמור את הסיכון ב-75. לפי כלל המידע שלפני מעשה,

488 לעיל חלק א, פרק 1, סעיפים 8–9.

489 Steven Shavell, *Liability and the Incentive to Obtain Information About Risk*, 21 J. LEGAL STUD. 259, 267 (1992). לניתוח בעיה זו בהקשר של אחריות למוצרים פגומים ראו Omri Ben-Shahar, *Should Products Liability Be Based on Hindsight?*, 14 J.L. ECON. ORG. 325, 333–4 (1998).

המזיק ינקוט אמצעי זהירות שעלותם 74, יעמוד בדרך זו בסטנדרט הזהירות, ויימצא פטור מאחריות לנזקים כלשהם שעלולים להיגרם לניזוק. לעומת זאת לפי כלל המידע שלאחר מעשה נקיטת אמצעי זהירות של 74 לא תפטור את המזיק מאחריות. במצב עולם 3, שבו הסיכון היה מלכתחילה 200, נקיטת אמצעי זהירות מעל 74 עשויה להיחשב מוצדקת על פי כלל המידע שלאחר מעשה, ועל כן המזיק אשר נקט אמצעי זהירות של 74 בלבד, אם יתממש מצב עולם 3, ייחשב רשלן וישא באחריות נזיקית שתוחלתה 100 (הסיכון שנותר במצב עולם 3 לאחר נקיטת אמצעי זהירות של 74). בדומה לכך, גם במצב עולם 2, שבו הסיכון היה מלכתחילה 160, נקיטת אמצעי זהירות מעל 74 עשויה להחשב מוצדקת על פי כלל המידע שלאחר מעשה, ואף כאן נקיטת אמצעי זהירות של 74 בלבד עשויה להיחשב לרשלנות. כך, אם יתממש מצב עולם זה, יישא המזיק באחריות נזיקית שתוחלתה 80 (הסיכון שנותר במצב עולם 2 לאחר נקיטת אמצעי זהירות של 74). לפיכך למזיק יהיו תמריצים לנקוט אמצעי זהירות של יותר מ-74, לפחות כדי לפתור את עצמו מאחריות לנזקים שתוחלתם 80 במצב עולם 2.

החשש המתואר לעיל לעיוות תמריצי המזיק הוא אמתי רק אם הנחתנו היא שכאשר המזיק נמצא רשלן מוטלת עליו אחריות לכל הנזק שנגרם על ידיו. זוהי הנחת אי-רציפות האחריות על פי דיני הרשלנות, שנדונה בחלקו הקודם של הספר.<sup>490</sup> אלא שהנחה זו שנויה במחלוקת: אם דיני הסיבתיות מופעלים כראוי, המזיק הרשלן אינו נושא באחריות לכל הנזקים שנגרמו בגלל התנהגותו אלא אך ורק לנזקים שנגרמו בגלל התנהגותו הרשלנית. אם בדוגמה שלנו למשל התממש מצב עולם 3 או מצב עולם 2, לא יהיה המזיק אחראי לנזקים שתוחלתם 100 או 80, בהתאמה, אלא רק לנזקים אשר נגרמו בגלל רשלנותו של המזיק, כפי שזו מוגדרת על פי כלל המידע שלאחר מעשה. לפיכך אם למשל במצב עולם 2 נקט המזיק אמצעי זהירות של 74, ותוחלת הנזק ירדה ל-80, ובהנחה שלפי כלל המידע שלאחר מעשה היה על המזיק לנקוט, במצב עולם 2, אמצעי זהירות שעלותם 79, תהיה אחריותו בגין אותם נזקים אשר היו נמנעים לו נקט אמצעי זהירות נוספים שעלותם 5 (ההפרש בין אמצעי זהירות של 79 שהיה עליו לנקוט לאמצעי זהירות של 74 שנקט בפועל). בידעו מראש שהוא יישא אך בנזקים שאמצעי זהירות נוספים היו מונעים במצבי העולם השונים, לא ינקוט המזיק אמצעי זהירות שעלותם יותר מ-74. מסקנה זו נובעת מכך שבהגדרה כל השקעה נוספת בעלויות המניעה העולה על 74 תוריד את סך הנזקים שייגרמו על ידי המזיק בפחות מעלות המניעה הנוספת (שאם לא כן, לא היה נכון לומר שכלל המידע שלפני מעשה מחייב השקעת 74 ולא יותר מזה).

490 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.ב.



למרות זאת כלל המידע לאחר מעשה יש בו כדי ליצור תמריצי התנהגות לא יעילים מסוג אחר, כולם נובעים מרצונו של המזיק להפחית את סך עלויות המניעה שלו ותוחלת אחריותו שלו במקום את סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן. ראשית, המזיק עלול להשקיע בהגדלת ההסתברות שיתממש מצב העולם שבו לא יימצא אחראי ובהקטנת ההסתברות שיתממש מצב העולם שבו יימצא אחראי, אף כאשר העלות החברתית הכוללת אינה משתנה או אף עולה.<sup>491</sup> שנית, המזיק יעדיף נקיטת אמצעי זהירות אפקטיביים יותר במצב העולם שבו הוא יימצא אחראי ואפקטיביים פחות במצב עולם שבו הוא לא יימצא אחראי.

## **ב. תמריצי התנהגות לאחר ביצוע ההתנהגות המזיקה וכלל האחריות החלופית**

השאלה אם לכלל המידע שלאחר מעשה יש עדיפות כלשהי על כלל המידע שלפני מעשה במקרה ההפוך, נדונה בכתיבה האקדמית בהקשר המיוחד של אחריות יצרנים. כללית, כלל המידע שלאחר מעשה יתמרץ טוב יותר יצרנים לאסוף מידע על אודות הסיכונים השונים של המוצר ולהשקיע במחקר ופיתוח בטרם ייצרו ויפיצו אותו, שכן לא יהיו רשאים להעלות את הגנת *state of the art* אם ייגרם נזק בעתיד והמוצר ייחשב לפגום בדגם. אך חשוב מכך, לפי כלל המידע שלאחר מעשה, יהיו ליצרנים תמריצים לאסוף מידע ולהשקיע במחקר ופיתוח אחרי הפצת המוצר כדי להפחית את הסיכון שאם בעתיד יימצא המוצר פגום בדגם, הם יישאו באחריות בגין הנזקים שנגרמו עקב כך. איסוף מידע והשקעה במחקר ופיתוח יש בהם כדי להפחית את סיכון האחריות של היצרנים, שכן הם עשויים להביא לכך שבשלב מוקדם, בטרם אירע נזק, יגלה היצרן כי המוצר פגום בדגם, הוא יאסוף את פרטי המוצר שמכר מן הצרכנים (*recall*), ובכך יחסוך נזקים לצרכנים ולעצמו.<sup>492</sup> יתרון זה של כלל המידע שלאחר מעשה עשוי להתבטא, לפחות חלקית, אף במקרים מסוימים של רשלנות. כך, כאשר קיים פער זמנים בין ביצוע ההתנהגות הרשלנית לבין גרם הנזק, וקיימת דרך מעשית למזיק למנוע את הנזק או להקטינו כאשר מגיע אליו מידע חדש, כלל המידע שלאחר מעשה עשוי להיות מועיל, מבחינה כלכלית, מכלל המידע שלפני מעשה. אולם אין זה מקרה שהיתרון המסוים של כלל המידע שלאחר מעשה נדון בעיקר בתחום האחריות למוצרים פגומים, ורק לעתים רחוקות בהקשרים אחרים,<sup>493</sup> מכיוון שהתנאים להתממשותו של יתרון זה מתקיימים יותר מכול בתחום המוצרים הפגומים.<sup>494</sup>

491 Ben-Shahar, *supra* note 489, at 338–9.

492 השווה Ben-Shahar, *id.*, at 340.

493 לטיעון שכלל המידע שלפני מעשה בתחום של הגנת הסביבה מתמרץ מזהמים לא להשקיע במחקרים לשם הקטנת הנזק לאחר שיצרו את הסיכון, ראו Wendy E. Wagner, *Commons*

בתחום המוצרים הפגומים אפוא במקרה שבו הייצור היה סביר מלכתחילה, ורק לאחר מכן התברר שהוא פגום (כלומר המקרה ההפוך), יש יתרון ברור לכלל המידע שלאחר מעשה על פני כלל המידע שלפני מעשה, אם מדובר בתמריצי ההתנהגות של היצרן לאחר הפצת המוצר. האם יתרון זה מתקיים גם במקרה שבו הייצור לא היה סביר לפי המידע שהיה נגיש ליצרן בעת הייצור, אך לאחר מכן התברר להיות סביר (המקרה העיקרי)? התשובה לשאלה זו היא שלילית. כדי להבין זאת נחזור לדוגמה 2 (הטלפונים הסלולריים): מצד אחד כלל המידע שלאחר מעשה יתמרץ את היצרן לנקוט אמצעי זהירות לאחר הפצת המוצר: הוא ידע שלפי כלל זה סיכון האחריות שלו הוא 50 (כלומר הסתברות של 50% לשאת באחריות שתוחלתה 100), ויהיה לו תמריץ לנקוט אמצעי זהירות כדי להפחית סיכון זה. אך היות שהסיכון הוא למעשה 75, תמריצו לא יהיו אופטימליים. לעומת זאת לפי כלל המידע שלפני מעשה, ליצרן יהיו תמריצים יעילים לנקוט אמצעי זהירות. ראשית, באופן אידאלי, הוא יפחית סיכונים אלו מראש, לפני ייצור המוצר, בנקיטת אמצעי זהירות של 70 (שהרי  $70 < 75$ ). שנית, אם מסיבה כלשהי היצרן טעה ולא נקט את אמצעי הזהירות האמורים, לפי כלל המידע שלפני מעשה הוא ידע שהוא צפוי לשאת באחריות של 75, ותמריצו להפחית את סיכוני המוצר לאחר שהופץ יהיו יעילים: הוא יראה לנגד עיניו את מלוא סיכוני המוצר (75) ולא את חלקם בלבד (50), כפי שהיה קורה לפי כלל המידע שלאחר מעשה.

מסקנה זו משתנה כאשר היצרן נקט אמצעי זהירות יעילים לפני הפצת המוצר, אך לאחר מכן עדיין קיימים סיכונים אשר אמצעי זהירות שיינקטו אחרי ההפצה עשויים להפחית. לפי כלל המידע שלפני מעשה, היצרן ידע שלא יישא באחריות כלשהי בגין סיכונים אלו ועל כן לא יפחיתם, ואילו לפי כלל המידע שלאחר מעשה הוא ידע שהוא עלול לשאת באחריות לסיכונים אלו, ועל כן ינסה להפחיתם. אך זהו בדיוק המקרה ההפוך, ובעניינו כבר אמרנו שכלל המידע שלאחר מעשה משפר את תמריצי ההתנהגות של היצרן לאחר הפצת המוצר. **מסקנת הדיון היא אפוא זו:** ראשית, במקרה העיקרי (יש פגם בדגם לפי המידע בעת הייצור, אין פגם בדגם לפי המידע בעת המשפט) כלל המידע שלפני מעשה הוא הכלל היעיל יותר, הן באשר לתמריצי ההתנהגות של היצרן לפני ההפצה והן באשר לתמריצי ההתנהגות של היצרן לאחר ההפצה. שנית, במקרה ההפוך כלל המידע שלאחר מעשה עשוי להיות בעל

*Ignorance: The Failure of Environmental Law to Produce Needed Information on Health and Environments*, 53 DUKE L.J. 1619, 1634-9 (2004)

494 יתרון זה קיים בתחום העוולות ההמוניות גם כאשר אין מדובר במוצרים פגומים, כאשר קיים פער זמנים גדול בין יצירת הסיכון לבין התממשותו. ראו למשל, 588 Allen v. United States, F. Supp. 247 (D. Utah 1984).

יתרונות באשר לתמריצי היצרן לאחר הפצת המוצר, אך הוא עלול להביא לאי-יעילות באשר לתמריצי היצרן לפני הפצת המוצר (בעיקר, אך לא רק, בשל אי-רציפות האחריות<sup>495</sup>). מכאן שאם ברצוננו לבחור בפתרון אחד שיחול הן על המקרה העיקרי והן על המקרה ההפוך, אימוץ כלל אחריות חלופית, שעל פיו מוטלת אחריות על היצרן בין שהמוצר פגום מנקודת מבט שלפני מעשה ובין שהוא פגום מנקודת מבט שלאחר מעשה, עשוי במקרים רבים להיות הפתרון האופטימלי. כלל זה אמנם עלול לעוות את תמריצי ההתנהגות של היצרן לפני הפצת המוצר, וכאשר סיכון זה רב, כלל המידע שלפני מעשה יהיה עדיף. אולם כלל האחריות החלופית עדיף בבירור על כלל המידע שלאחר מעשה, שכן הוא מספק תמריצי התנהגות יעילים במקרה העיקרי, מקום שבו כלל האחריות לאחר מעשה נכשל. לפיכך כלל האחריות החלופית יהיה פתרון טוב אם ברצוננו להשיג את יתרונותיו של כלל המידע שלאחר מעשה וליהנות מעיקר יתרונותיו של כלל המידע שלפני מעשה. כלל האחריות החלופית עשוי ללקות בפגמים שלא נדונו בפרק זה. למשל, אפשר שייצור הרתעת יתר ליצרנים, אפשר שיפגע פגיעת יתר בתמריצים של צרכנים להפחית סיכונים, ואפשר שיביא להתדיינות מרובה. הטעוץ שפותח בפרק זה הוא שככל שמדובר בתמריצי היצרן לפני הפצת המוצר ואחריה, לכלל זה יתרונות מסוימים על פני כלל המידע שלפני מעשה ועל פני כלל המידע שלאחר מעשה. טעוץ דומה חל אף על מקרי רשלנות, אך כפי שהוסבר, במקרים אלו נקיטת אמצעי זהירות אחרי ביצוע ההתנהגות המזיקה היא בדרך כלל אפשרות רחוקה, ועל כן כלל המידע שלפני מעשה יהיה בדרך כלל הפתרון האופטימלי, הן במקרה העיקרי והן במקרה ההפוך. כל עוד כלל האחריות החלופית אינו קיים, הבחירה בין כלל המידע שלפני מעשה לכלל המידע שלאחר מעשה תלויה בשקילת היתרונות בתמרוץ יעיל של מזיקים לפני ביצוע ההתנהגות העוולתית ובשקילת היתרונות בתמרוץ היעיל לאחר ביצוע התנהגות זו. במקרי רשלנות, כפי שהוסבר, נדמה שהדילמה אינה קיימת, אך גם בתחום אחריות למוצרים פגומים קשה לראות איך כלל המידע שלאחר מעשה יהיה עדיף על כלל המידע שלפני מעשה.

## 5. מזל מוסרי

פרק זה עוסק בשאלה רחבה מכפי שאפשר לחשוב ממבט ראשון: כיצד צריך המשפט להתייחס למי שעושה את הדבר הנכון מן הסיבות הלא נכונות? כידוע, דיני הנזיקין מטילים אחריות על מזיקים שהתנהגותם אינה רעה במיוחד בגלל חוסר מזלם, ופוטרים אותם

495 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 490.

מאחריות גם אם התנהגותם רעה מאור אך למזלם לא גרמו נזק.<sup>496</sup> נדמה, שהמקרה שלנו אף הוא עניין של מזל וחוסר מזל: הרופא בדוגמה 1 התרשל, אך למזלו התנהגותו הסתברה להיות טובה; יצרן הטלפונים הסלולריים בדוגמה 2 התרשל, אך למזלו המוצר שייצר התברר להיות ללא פגם. מדוע לא לאפשר לרופא וליצרן בשתי דוגמות אלו ליהנות מן המזל ששיחק להם כפי שדיני הנזיקין מאפשרים, כדבר שבשגרה, למזיקים אחרים שהתנהגותם הרעה לא גרמה כל נזק ליהנות ממזלם?

הסיבה לכך היא שכל המקרים שבהם דיני הנזיקין מאפשרים למזיק ליהנות ממזלו הם המקרים שבהם הוא לא גרם כל נזק. כשאלה הם פני הדברים, מנקודת מבט הרתעתית אין כל פגם בכך שלא תוטל עליו אחריות נזיקית. בכל המקרים הללו נשמר הכלל הנתמך במטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין, שעל המזיק הרשלן לשאת בנזקי התנהגותו הרשלנית: כאשר הנזק הוא אפס, אחריות המזיק היא אפס, וההרתעה של המזיק תהיה אופטימלית. מזל מוסרי אפוא אינו בעייתי כלל במקרים שבהם המזיק לא גרם נזק – לפחות מנקודת מבט הרתעתית. לא כן במקרים שנדונו בפרק זה. במקרים שנדונו בפרק זה המזיק גרם נזק, והשאלה העולה היא אם ראוי לפטור אותו מאחריות לנזק זה מכיוון שהתנהגותו, לפי מידע מאוחר לביצועה, הייתה סבירה. כפי שהראיתי בפרק זה, שחרור המזיק "בר המזל" מאחריות במקרים אלו תיצור הרתעת חסר, ועל כן אינה יעילה.

496 לעיל חלק א, פרק 3, סעיפים ב.2 ו-ג.2.

## קיצוז סיכונים

1. הצגת טיעון קיצוז הסיכונים: רשלנות רפואית. 2. הרחבת הטיעון למקרים אחרים.
3. קיצוז סיכונים ואחריות הסתברותית. 4. מחירה של אחריות כבדה (מעבר לנזק החברתי); א. רפואה מגננתית; ב. השקעת יתר במניעת טעויות; ג. פגיעה בפעילות.
5. מחירה של אחריות מופחתת; א. העדפת הניזוק: פיצוי מלא; ב. צדק מתקן; ג. חשש להרתעת חסר?

### 1. הצגת טיעון קיצוז הסיכונים: רשלנות רפואית

נניח שרופא מסוים נדרש להחליט במהלך ניתוח שמתגלה בו גידול על אחת משתי דרכי פעולה: א או ב. בכל אחת מדרכי הפעולה גלומים סיכונים, והרופא נדרש להחליט בזמן קצר איזו משתי דרכי הפעולה היא הטובה יותר, כלומר המסוכנת פחות לחולה. נניח שפעולה א כרוכה בסיכונים שתוחלתם 400 (למשל סיכון של 5% לגרם נזק של 8,000), ופעולה ב כרוכה בסיכונים שתוחלתם 500 (למשל סיכון של 5% לגרם נזק של 10,000). בשלב זה נניח שהסיכונים אינם חופפים, דהיינו כל פעולה כרוכה בסיכונים שונים לחלוטין: פעולה א עלולה לגרום שיתוק ברגל בדרגת חומרה מסוימת, ופעולה ב עלולה לגרום שיתוק ביד בדרגת חומרה שונה.<sup>497</sup> במצב עניינים זה רופא סביר נדרש לבחור בדרך פעולה א, שאם לא יעשה כן, ייחשב רשלן. נניח עתה כי הרופא התרשל ובחר בדרך פעולה ב, וכי הסיכון התממש ולחולה נגרם נזק. מהו שיעור הפיצוי שיפסוק בית המשפט ומהו שיעור הפיצוי שיבטיח שהרופא יישא בנזק החברתי שגרם?

נראה שבית משפט יפסוק לחולה פיצוי מלא, שכן הרופא התרשל, והרשלנות היא שגרמה את הנזק. כלל אחריות זה יביא לידי כך שסיכון האחריות שיושת על הרופא מלכתחילה, אם יבחר בדרך ב, יהיה 500. ברם הקורא חדה-עין יבחין כי למעשה יצר הרופא, בעת שבחר בדרך ב, סיכון כולל שתוחלתו 100 ולא 500, מכיוון שבד בבד עם יצירת סיכונים שתוחלתם 500 הפחית הרופא סיכונים אחרים, אלה הכרוכים בדרך א, שתוחלתם 400. תוחלתו של הסיכון נטו שיצר הרופא הייתה אפוא 100 בלבד. על כן אם רצוי שהרופא

497 להלן בהמשך הסעיף יידונו מקרים אחרים שבהם קיימת חפיפה בין הסיכונים.

יאוים מלכתחילה באחריות נזיקית המשקפת את הנזק החברתי שהוא עלול לגרום ברשלנותו, ראוי להטיל עליו אחריות בשיעור של 20% מנזקי החולה, כלומר אחריות בסך של 2,000. כלל אחריות זה יביא לידי כך שסיכון האחריות שיושת על הרופא מלכתחילה, אם יבחר בדרך ב, יהיה 100 (5% x 2,000), ולא 500. זאת ועוד, אפילו היה המשטר המשפטי משטר של אחריות מוגברת ולא משטר משפטי של רשלנות, לא היה מוצדק במקרה זה להטיל על הרופא אחריות העולה על 20% משיעור הנזק, שכן הסיכונים שתוחלתם 400 (מתוך ה-500 שנוצרו בשל הבחירה בדרך ב) לא נוצרו על ידי הרופא כלל:

סיכונים שתוחלתם 400 היו קיימים אתו או בלעדיו.<sup>498</sup>

כדי להטיל על הרופאים אחריות ששיעורה כשיעור הנזק החברתי שגרמו ברשלנותם במצבים של בחירה בין שתי דרכי פעולה או יותר, יש להחיל אפוא את נוסחת הפיצוי הזאת:

$$L = (A - B) * D / A$$

בנוסחה זו L מסמנת את שיעור האחריות שמוצע להטיל, A מסמנת את תוחלת הנזק של הפעולה הרשלנית שהרופא בחר בה, B מסמנת את תוחלת הנזק של הפעולה הסבירה שבה היה על הרופא לבחור, ו-D מסמנת את שיעור הנזק שנגרם בפועל. יישום הנוסחה בדוגמה שלנו, שעל פיה תוחלת הנזק של הפעולה הרשלנית היא 500, תוחלת הנזק של הפעולה הסבירה היא 400, והנזק שנגרם הוא 10,000, יביא לידי הטלת אחריות על הרופא בסך של 2,000.

בפועל אין לצפות שבתי משפט יחשבו במדויק את הפיצוי על פי הנוסחה המוצעת, שכן הם יתקשו לעתים לאמוד את תוחלות הנזק הדרושות להפעלתה. עם זאת המחוקק יכול לפרוס לפני בתי המשפט אפשרויות אחדות של פיצוי שיהיה עליהם לבחור מתוכן, תוך הנחייתם, בנוסחת הפיצוי המוצעת. למשל, המחוקק יכול לקבוע כי במצבים שבהם רופא (או מזיק אחר) נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה או יותר, והוא בחר בדרך הפעולה הבלתי סבירה, רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי בגין מלוא הנזק, בגין שלושה רבעים ממנו, בגין חצי מהנזק או בגין רבע ממנו.

הבעיה המתוארת לעיל נעלמת כאשר הרופא נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה הכרוכות בנזקים ודאיים (להבדיל מסיכונים). במקרה זה יקוז בית המשפט, על פי המשפט

498 למניעת סרבול הטיעון של קיזוז הסיכונים אני דן אך במקרה שבו ההבדל בין שתי דרכי הפעולה נובע מסיכונים שונים ולא מתועלות שונות. למשל, אם דרך א ודרך ב בדוגמה הנדונה בטקסט כרוכות באותם סיכונים אך בתועלות שונות שההפרש בין תוחלותיהן הוא 100, בחירה של הרופא בדרך שתועלתה פחותה צריכה לכאורה להניב אחריות משפטית בגין רשלנות. אם כך, אחריותו של הרופא, כל עוד היא מבוססת על הרעיון שהרופא חייב להפנים את הנזק החברתי שהוא יוצר ברשלנותו, צריכה לשקף את ההפרש שבין התועלות, ותוצאה זו תושג אם תוחלת אחריותו של הרופא שבחר בדרך המועילה פחות תהיה 100.

הנוהג, את הנזק שהיה נגרם אילו בחר הרופא בדרך א מן הנזק שנגרם בפועל בשל הבחירה בדרך ב, ויפסוק לתובע את ההפרש. פסיקה כזו תביא לידי כך שמלכתחילה תשווה תוחלת האחריות הנזיקית של הרופא לסיכון שגרם ברשלנותו.

אפשר לפתור את הבעיה על פי כללי הסיבתיות הנוהגים אף במקרה שבו הסיכונים הגלומים בדרך ב חופפים את הסיכונים הגלומים בדרך א, אך בדרך ב גלומים גם סיכונים נוספים. נניח למשל שדרך א כוללת סיכונים שנסמנם 1, 2, 3, 4, אשר ההסתברות להתממשותם קטנה יחסית, ודרך ב כרוכה בסיכונים 1, 2, 3, 4, 5. כלומר, רשלנות הרופא שבחר בדרך ב הגדילה את הסיכון של החולה בכך שהוסיפה לו את סיכון 5 ותו לא. לשם המחשה, סיכונים 1, 2, 3, 4 עשויים להיות סיכונים שונים ליד, ואילו סיכון 5 עשוי להיות סיכון מסוים לרגל. נניח עתה שהרופא בחר בדרך ב, והתממש אחד מן הסיכונים 1-4, כלומר אותם סיכונים שהחולה היה חשוף להם אף אילו בחר הרופא בדרך א. האם יטיל בית המשפט אחריות על הרופא (אפילו אם קיימת הסתברות גבוהה מאוד שאילו בחר הרופא בדרך א לא היה מתממש אף אחד מן הסיכונים<sup>499</sup>)? מהסיבות שצינתי, כל עוד המטרה היא שאחריות הרופא תשקף את הנזקים החברתיים שגרם ברשלנותו, הפתרון הראוי הוא שתוטל על הרופא אחריות רק אם התממש סיכון 5, אך לא אם התממש אחד הסיכונים האחרים. כפי שאטען בשורות הבאות, הבנה נכונה של דיני הסיבתיות הנוהגים תביא לידי השגתו של פתרון זה.

כזכור, כדי לבסס קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק לא די להוכיח שהנזק לא היה נגרם אלמלא ההתנהגות העוולתית. צריך להוכיח גם קיומה של "נטייה סיבתית", דהיינו, שההתנהגות העוולתית הגבירה את הסיכון שיארע אירוע הנזק שאירע בסופו של דבר.<sup>500</sup> למשל, אם נסעתי במהירות מופרזת, והגשר שעברתי תחתיו בנקודת זמן מסוימת קרס על מכוניתי וגרם נזק לנוסע שישב לצדי, אין אני אחראי כלפיו ברשלנות אף על פי שנסיעתי המהירה היא גורם-בלעדיו אין לנזק. זאת מכיוון שהנסיעה המהירה אינה מקיימת את תנאי הנטייה הסיבתית שבלעדיו אין מוטלת אחריות נזיקית. מהירות הנסיעה אינה מגבירה את הסיכון שגשר ייפול על מכונית נוסעת.

מכאן לדוגמה שלנו: היש להטיל על הרופא אחריות כאשר התממש אחד מהסיכונים 1-4 על פי דיני הסיבתיות הנוהגים? התשובה לשאלה זו שלילית. סיכונים אלה היו קיימים עם או בלי רשלנותו של הרופא, וגם אם מתקיים קשר סיבתי עובדתי (במובן של מבחן האלמלא) בין התרשלנות זו לבין הנזק שנגרם, אין מתקיים תנאי הנטייה הסיבתית. רק אם

499 על פי הדוגמה, הסתברות התממשותו של כל אחד מן הסיכונים מלכתחילה היא קטנה מאוד. לכן לא מן הנמנע שאילו בחר הרופא בדרך א, אף שהחולה היה נחשף לאותו סיכון שהתממש כאשר נבחרה דרך ב, הוא לא היה מתממש.

500 לעיל פרק 1, סעיף 2.

התממש סיכון 5, מתקיים תנאי הנטייה הסיבתית, ורק אז תוטל אחריות על הרופא על פי כללי הסיבתיות הנוהגים בגין הנזק שהתממש מסיכון זה. מכאן אף עולה שיישום נכון של כללי הסיבתיות הנוהגים יביא לידי כך שהרופא יישא בנזק החברתי שגרם, והרתעתו תהיה אופטימלית.

לסיכום, הדוקטרינה הקיימת אינה קוהרנטית: אם הסיכונים הכרוכים בדרך ב כוללים את הסיכונים הכרוכים בדרך א וחופפים אותם (דוגמת הסיכונים 1, 2, 3, 4, 5), איום האחריות המשפטית על הרופא ישקף את הנזק החברתי שרשלנותו גורמת, אך אם הסיכונים הכרוכים בדרך ב ובדרך א הם סיכונים שונים (דוגמת הסיכונים 400 ו-500), תהיה התוצאה שונה בתכלית.<sup>501</sup>

## 2. הרחבת הטעון למקרים אחרים

הטעון שעל פיו יש להתחשב בעת פסיקת פיצויים בגין רשלנות בסיכונים שנמנעו מן הניזוק אינו מיוחד למקרים של רשלנות רפואית. למעשה, טעון זה חל על כל מקרה שבו המזיק נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה חלופיות או יותר כאשר האחת מסוכנת מן האחרת.

501 במקרה הנופל באמצע, בין מקרה הסיכונים החופפים לבין מקרה הסיכונים הלא חופפים, הסיכונים הכרוכים בדרך הרשלנית מתייחסים לאותו אובייקט שאליו מתייחסים הסיכונים הכרוכים בדרך הלא רשלנית, אך הסיכון הכרוך בדרך הרשלנית רב יותר. הסיכון עשוי להיות רב יותר בין משום שהנזק שעלול להיגרם חמור יותר, ובין משום שההסתברות להתרחשותו גדולה יותר. נניח למשל שהסיכון של 500 הכרוך בדרך ב כמו הסיכון של 400 הכרוך בדרך א מתייחס לידו הימנית של החולה, והנזק שעלול להיגרם אם תיבחר כל אחת משתי הדרכים הוא 10,000. אלא שההסתברות שיתממש הנזק אם תיבחר דרך ב היא 5%, ואילו ההסתברות שיתממש הנזק אם תיבחר דרך א היא רק 4%. הרופא הרשלן, שבחר בדרך ב, הגדיל את הסיכון ב-100, ועל כן אם יתממש הנזק של 10,000 בשל הבחירה בדרך ב, אחריותו צריכה להיות בגין 2,000 בלבד. אחריות בגין 2,000 תשית על הרופא מלכתחילה את סיכון האחריות הרצוי של 100 (2,000 x 5%). כיצד יוכרע מקרה מעין זה על פי המשפט הנוהג? נראה שאם ישתכנע בית המשפט שלו בחר הרופא בדרך הסבירה כנראה לא היה נגרם כל נזק (שכן ההסתברות לגרם נזק לו נבחרה דרך א הייתה רק 4% (ראו הסבר, לעיל ה"ש 499), הוא יטיל על הרופא אחריות למלוא הנזק שנגרם. פסיקת בית המשפט הייתה שונה כנראה לו השתכנע שהעובדה שנגרם בפועל נזק בעקבות הבחירה בדרך ב מלמדת שגם לו נבחרה דרך א, כנראה היה נגרם אותו הנזק, למשל בהסתברות של 80% (כך יסיק בית המשפט אם ישתכנע שדרך א מותרת נזק לארבעה בני אדם מתוך 100, ואילו דרך ב מותרת נזק לחמישה בני אדם מתוך 100, וחמישה אחרונים אלה כוללים בתוכם את הארבעה שהיו נותרים עם נזק גם לו נבחרה דרך א). בנסיבות אלו אפשר שבית המשפט לא יפסוק פיצוי כלל (אם יחיל על המקרה את כלל עודף הסתברויות), או יפסוק פיצוי בשיעור של 20% מן הנזק שנגרם בגין פגיעה בסיכויי החלמה (אם יחיל על המקרה את עקרון האחריות ההסתברותית, לעיל פרק 3).



למשל, עורך דין או יועץ השקעות נדרש לעתים ליתן ייעוץ ללקוח כיצד לכלכל את צעדיו. עצה רשלנית יוצרת סיכונים מוגברים, אך בה בעת חוסכת סיכונים אחרים. פסיקת פיצוי מלא לטובת התובע מביאה לידי כך שעורך הדין או יועץ ההשקעות, לפי העניין, נושא באחריות לנזקים רבים מנזקי רשלנותו, ולמעשה לנזקים רבים מאלה שגרם בכלל. בדומה לכך, מנהל חברה המחליט החלטה רשלנית בניהול ענייני החברה אמנם יוצר סיכונים לחברה אך חוסך לה סיכונים אחרים, והטלת אחריות עליו בגין התממשות הסיכונים שיצר מבלי להתחשב בסיכונים שמנע אינה מוצדקת. לבסוף, רשות ציבורית המונעת ברשלנות מאדם את חופש ההפגנה מן הטעם ששימוש בחופש זה עלול לסכן אותו פיזית אמנם פוגעת בחופש שלו אך גם חוסכת לו סיכונים. פסיקת פיצויים נגד הרשות צריכה להביא בחשבון גם את הסיכונים שנמנעו ולא רק את הנזק שנגרם.

לטיעון של קיזוז הסיכונים יש תחולה אף במקרים שבהם יצירת הסיכון הרשלנית לניזוק חסכה סיכון לצד שלישי, ואילו התנהגות סבירה אמנם הייתה מפחיתה את הסיכון לניזוק, אך בה בעת מגבירה את הסיכון לצד השלישי. למשל, רופא בחדר מיון הנמנע מלטפל בחולה א כדי לטפל בחולה ב וגורם לראשון נזק, היה יכול לטפל בחולה א רק במחיר הגברת סיכונו של חולה ב. החלטתו של הרופא לטפל דווקא בחולה ב תהיה אולי החלטה רשלנית שגרמה נזק לחולה א, אך בכך אין כדי למנוע מתן "קרדיט" הולם לרופא, בעת פסיקת הפיצוי, על שהקטין את הסיכונים של חולה ב. בדומה לכך, נהג המחיש במכוניתו אדם פצוע לבית חולים, ובשל נסיעתו המהירה והרשלנית פוגע בהולך רגל, אמנם גורם נזק להולך הרגל אך מפחית סיכונים לאדם הפצוע שבמכוניתו. קיזוז הסיכונים, כמוצע בפרק זה,

יבטיח שהנהג יפנים מלכתחילה בדיוק את הסיכון החברתי שהוא יוצר בהתנהגותו.<sup>502</sup> ההבדל בין מקרה שבו יצירת הסיכון הרשלנית לניזוק הפחיתה סיכון לאדם אחר לבין מקרה שבו יצירת הסיכון הרשלנית לניזוק הפחיתה סיכון לניזוק עצמו עשוי להיות הבדל רב חשיבות מהיבטים של צדק. בכך אעסוק להלן.<sup>503</sup> אך ככל שמדובר בשיקולי יעילות והרתעה, הטיעון של קיזוז הסיכונים חל באותה עצמה בשני המקרים גם יחד. כפי שנראה בהמשך, עשוי אף להיות הבדל באופן שבו טיעון קיזוז הסיכונים מוחל בסיטואציות חוזיות, קרי במצבים שיש בהם קשר חוזי בין המזיק לבין הניזוק, לבין מקרים שבהם הוא מוחל בין זרים.<sup>504</sup>

502 לדיון מפורט בשאלות של קיזוז סיכונים כאשר הסיכון שהופחת נוגע לצדדים שלישיים או לחברה בכללותה ראו Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007).  
לביקורת על טיעון קיזוז הסיכונים, בעיקר עקב קשיים פרקטיים ביישומה, ראו Benjamin Shmueli, *Offsetting Risks in Tort Law: Theoretical and Practical Difficulties*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 137 (2009).

503 ראו להלן סעיף 5.ב.

504 ראו להלן סעיף 4.ג.

### 3. קיזוז סיכונים ואחריות הסתברותית

העיקרון של קיזוז הסיכונים מקיים קרבה משפחתית עם עקרון האחריות ההסתברותית. על פי העיקרון של האחריות ההסתברותית ייפסקו במצבים מסוימים פיצויים חלקיים ששיעורם ייקבע לפי ההסתברות שהנזק לניזוק נגרם בגלל רשלנותו של המזיק. למשל, אם רופא הגביר ברשלנות את סיכונו של החולה ולחולה נגרם נזק, אך ההסתברות שהנזק נגרם מרשלנות הרופא, ולא מסיבה אחרת, היא למשל 30%, תהיה אחריות הרופא, על פי עקרון האחריות ההסתברותית, בשיעור של 30% מנזקי החולה. זאת להבדיל מהתוצאה הנקבעת על ידי הכלל של עודף ההסתברויות, שלפיו על התובע להוכיח את תביעתו בהסתברות של יותר מ-50%, שאם יעשה כן, יזכה בפיצוי מלא, אך אם לא יעשה כן, תידחה תביעתו כליל. עקרון האחריות ההסתברותית נדון בהרחבה בפרק אחר של הספר.<sup>505</sup> די לענייננו לומר שאחת ההצדקות המרכזיות להחלתו של עקרון האחריות ההסתברותית היא מניעתה של הרתעת חסר: מזיק הגורם נזקים אשר בדרך כלל אי אפשר להוכיח על פי עודף הסתברויות שהם קשורים סיבתית להתנהגותו העוולתית, יחסר תמריצים יעילים להפחתתם כל עוד חל הכלל של עודף ההסתברויות. לעומת זאת עקרון האחריות ההסתברותית יגרום שהמזיק יפנים מלכתחילה את הסיכון שהוא גורם בהתנהגותו, וקיים סיכוי טוב יותר שתמריציו יהיו יעילים.<sup>506</sup>

הצורך בעקרון האחריות ההסתברותית והצורך בעיקרון של קיזוז הסיכונים נובעים לכאורה מבעיות דומות. עקרון האחריות ההסתברותית נועד להתגבר על הקושי להוכיח שהמזיק גרם נזק, והעיקרון של קיזוז הסיכונים נועד להתגבר על הקושי להוכיח שהמזיק מנע נזק. ברם לצד דמיון זה בין שני העקרונות קיימים ביניהם הבדלים חשובים: ראשית, ברגיל, אי-הפעלתו של עקרון האחריות ההסתברותית גורמת הרתעת חסר,<sup>507</sup> ואילו אי-הפעלת העיקרון של קיזוז הסיכונים גורמת הרתעת יתר; שנית, והעיקר: הפעלתו של עקרון האחריות ההסתברותית מחייבת להעריך לאחר מעשה את ההסתברות שההתנהגות העוולתית היא שגרמה לנזק, ואילו עקרון קיזוז הסיכונים מחייב להעריך לפני מעשה הן את תוחלת הנזק שהיה עלול להיגרם והן את תוחלת הנזק שהיה עשוי להימנע.

כדי להמחיש הבדל אחרון זה נשוב לדוגמה הראשונה שנידונה לעיל (תוחלות נזק של 400 ושל 500, המשקפות הסתברות של 5% לגרם נזק של 8,000 ושל 10,000, בהתאמה). על פי עקרון קיזוז הסיכונים, אחריות הרופא שבחר בדרך המסוכנת והנזק התממש לא תהיה 9,600 (ביתר פירוט,  $8,000 \times 5\% - 10,000$ ), כלומר נזק בפועל פחות מכפלת הנזק שהיה

505 לעיל פרק 3.

506 לעיל פרק 3, סעיף 2.א.

507 ראו דיון לעיל פרק 3, סעיף 2.א.

עלול להיגרם לו בחר הרופא בדרך המסוכנת פחות והסתברות שנזק זה אכן היה נגרם), כפי שקובע עקרון האחירות ההסתברותית, אלא 2,000. פיצוי של 2,000 יבטיח שבעת שהרופא יבחר את דרך ב (500) במקום את דרך א (400), הוא יפנים בדיוק את הסיכון החברתי שהתנהגותו הרשלנית יוצרת (ששיעורו 100).<sup>508</sup>

#### 4. מחירה של אחירות כבדה (מעבר לנזק החברתי)

השיטה הנוהגת, שעל פיה רופא נושא באחירות בגין כל הסיכונים שיצר ברשלנות ולא בגין ההפרש בין אלה שיצר לבין אלה שמנע, מביאה לידי כך שרופאים יישאו באחירות בהיקף העולה על הנזקים שגרמו, בין ברשלנות ובין שלא ברשלנות. היש רע בכך? הן רופא שאינו מתרשל אינו נושא באחירות כלשהי לפי השיטה הנוהגת, ועל כן איום האחירות הכבדה בגין רשלנות רק יקטין את הסיכויים שיתרשל מלכתחילה. זאת ועוד, גם אם אחירות כבדה מדי יש בה במקרים מסוימים לדכא את פעילותו (הרצויה) של המזיק, חשש זה אינו ממשי

508 העיקרון של קיזוז הסיכונים נועד להתגבר לא רק על הקושי להוכיח, כאשר נגרם נזק, שבחירה בדרך הפעולה הסבירה הייתה גם היא עלולה לגרום נזק, אלא אף על בעיה נוספת: מזיק שבוחר ברשלנות בדרך המסוכנת יותר ואינו גורם נזק אינו מקבל "קרדיט" כלשהו על שבחירתו הרשלנית עשויה להיטיב דווקא עם הניזוק (או עם אחר) ולא להרע לו. כך, בדוגמה שבטקסט, בתשע-עשרה פעמים מתוך עשרים הרופא שבחר בדרך ב (שתוחלתה 500) לא יגרום לחולה כל נזק, ואילו בפעם אחת מתוך העשרים הוא יגרום לו נזק של 10,000. עם זאת באחת מתוך עשרים הפעמים תמנע הבחירה של הרופא בדרך ב מן החולה נזק של 8,000 (שהיה נגרם לו אילו נבחרה דרך א). העיקרון של קיזוז הסיכונים נותן אפוא לרופא "קרדיט" מלא על פוטנציאל התועלת שיש בבחירתו הרשלנית, ואילו עיקרון הסתברותי המופעל לאחר מעשה אינו נותן לו "קרדיט" כזה. מכאן אף ברור שהטעון של קיזוז הסיכונים אינו דומה לטיעון שלפיו מזיק שמשקיע באמצעי זהירות במידה פחותה מן הרמה הנדרשת על פי דיני הרשלנות אינו צריך להתחייב במלוא הנזק שהתנהגותו גורמת, ויש ליתן לו "קרדיט" כלשהו על שהפחית את תוחלת הנזק. המענה לטיעון אחרון זה הוא שדיני הסיבתיות אמורים לפתור את הבעיה, בוודאי אם הם מוחלים באופן הסתברותי. למשל, אם מזיק נדרש לנקוט אמצעי זהירות שעלותם 50 אך הוא נקט אמצעי זהירות שעלותם 49 בלבד, וגרם נזק, יידרש בית המשפט הדין במקרה לשאלה אם נזק זה היה נגרם גם אילו היה המזיק נוקט אמצעי זהירות שעלותם 50. בהנחה שמדובר באמצעי זהירות רציפים (קרי: כל יחידה של אמצעי זהירות מפחיתה את תוחלת הנזק), ובהנחה של מידע מלא לבית המשפט, תוטל על המזיק אחירות רק בגין אותם נזקים אשר ההשקעה הנוספת של אמצעי זהירות, שעלותם 1, הייתה מונעת, שכן הנזקים האחרים אינם קשורים סיבתית להתנהגות הרשלנית. אם אי אפשר לדעת איזה נזק היה נמנע באמצעי זהירות נוספים אלה, תפתור את הבעיה אחירות הסתברותית המוחלת לאחר מעשה. ראו ביתר פירוט לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.ב. לטיעון של קיזוז הסיכונים אי אפשר לתת מענה דומה.

לכאורה כאשר יש בין המזיק (הרופא) לבין הניזוק (החולה) קשר חוזי המאפשר לראשון לגלגל את עלות אחריותו הכבדה על האחרון.

הבעייתיות הנעוצה בכך שרופאים נושאים באחריות על יותר מהנזקים שגרמו נובעת מכמה סיבות: ראשית, ככל שאחריות הרופאים כבדה יותר, כן תופעת הרפואה המגננתית מחמירה; שנית, מזיק הנושא בנזקים גבוהים מנזקי התרשלותו עלול להשקיע משאבים רבים מדי במניעת טעויות; שלישית, מזיק כזה אף עלול להפחית את פעילותו או להפסיקה כליל אף שאין הדבר רצוי מבחינה חברתית, וזאת אפילו כאשר קיים קשר חוזי בינו לבין הניזוק.

#### א. רפואה מגננתית

אחת התופעות המדאיגות ביותר בתחום הרפואי היא תופעת הרפואה המגננתית.<sup>509</sup> הרפואה המגננתית היא תוצאה של החצנות: אם הרופא נדרש לבחור בין דרך פעולה א לבין דרך פעולה ב, ואין הוא יודע בוודאות איזו היא הדרך הסבירה או אינו בטוח מה יפסוק בית משפט אם המקרה יגיע לאחר מכן לערכאות, הוא יבחר בדרך שבה תוחלת האחריות שלו קטנה יותר; תוחלת האחריות בדרך הרשלנית עשויה להיות קטנה יותר משום שהרופא לא יישא באחריות על מלוא הנזקים שגרם.

דוגמה נפוצה לרפואה מגננתית לקוחה מתחום המיילדות. מחקרים מראים כי שיעור הלידות הקיסריות בארצות הברית גדול בהרבה מהשיעור האופטימלי. הדבר נובע בין היתר מרצונם של רופאים, בתי חולים ומבטחים להפחית את סיכוני האחריות הנזיקית: לידה טבעית שנכשלת וגורמת נזקים עלולה להסתיים בתביעה נגד הרופא, ואילו לידה קיסרית, אפילו היא גורמת נזקים ליולדת, אינה מסתיימת בדרך כלל בתביעה נזיקית.<sup>510</sup> לכן רופאים עלולים לבחור לעתים קרובות מדי ליילד בלידה קיסרית גם כאשר, בהתחשב בסיכונים ובסיכויים ליולדת ולעובר, לידה טבעית עדיפה על לידה קיסרית.

509 לטיעון שרפואה מגננתית מרתיעה רופאים מלבצע טיפולים מועילים שיש בהם סיכונים גבוהים ראו Alec Shelby Bayer, *Looking Beyond the Easy Fix and Delving into the Roots of the Real Medical Malpractice Crisis*, 5 Hous. J. HEALTH L. & POL'Y 111, 119 (2005). לטיעון שרפואה מגננתית מתמרצת מנתחים ורופאים מיילדים לעבור לתחומי רפואה אחרים, ראו Chandler Gregg, Comment, *The Medical Malpractice Crisis: A Problem with No Answer?*, 70 Mo. L. Rev. 307, 328 (2005). ראו גם דיון לעיל חלק ב, פרק 3, סעיף 2.

510 לטיעון שרפואה מגננתית גורמת לריבוי לידות קיסריות ראו A. Dale Tussing & Martha A. Wojtowycz, *Malpractice, Defensive Medicine and Obstetric Behavior*, 35 MED. CARE 172 (1997); Elizabeth Swire Falker, *The Medical Malpractice Crisis in Obstetrics: A Gestalt Approach to Reform*, 4 CARDOZO WOMEN'S L.J. 1, 15 (1997); Michael Daly, *Attacking Defensive Medicine Through the Utilization of Practice Parameters*, 16 J. LEGAL MED. 101, 105 (1995).

ככל שהאחריות הנזיקית כבדה יותר, כן הפיתוי לנקוט רפואה מגננתית גדל, שכן הרופא, בית החולים או המבטח צפויים להרוויח מכך יותר.<sup>511</sup> אילו לא הייתה מוטלת אחריות כלשהי על רופאים, הייתה תופעת הרפואה המגננתית נעלמת כמעט לחלוטין.<sup>512</sup> עם זאת הייתה נוצרת תופעה אחרת, והיא הרתעת חסר: רופאים לא היו נוקטים אמצעי זהירות אופטימליים לשם מניעת נזקים. האחריות שיש בה כדי למנוע את התופעה של הרתעת החסר, ועם זאת להפחית את סיכוני הרפואה המגננתית, היא אחריות בגין הנזק החברתי שהרופא גורם. אחריות גבוהה מן הנזק החברתי אינה נחוצה ויש בה כדי להעצים את תופעת הרפואה המגננתית.<sup>513</sup> קיזוז סיכונים, כמוצע בפרק זה, מביא בדיוק לכך שאחריות המזיק תהיה בשיעור הנזק החברתי שהוא גורם.

נשוב עתה לדוגמת המיילדות. נניח שרופא בוחר במקרה נתון, ברשלנות, ליילד לידה טבעית, ובכך נגרם נזק לעובר. השיטה של קיזוז הסיכונים מחייבת שאחריות הרופא תופחת היות שהחלטתו ליילד לידה טבעית מנעה את סיכוייה של הלידה הקיסרית. קיזוז מעין זה יפחית את תמריצייהם של הרופאים לבחור בלידה קיסרית באותם מקרים שבהם טובת היולדת מחייבת לידה טבעית. זאת מכיוון שידעו שאם יבחרו בלידה טבעית ויימצאו לאחר מעשה אחרים לנזק שאירע בגלל בחירתם ליילד לידה טבעית, תופחת אחריותם משום שמנעו את סיכוייה של הלידה הקיסרית. ה"רווח" שלהם מנקיטת רפואה מגננתית יפחת אפוא במידה ניכרת לעומת המצב הקיים.

תופעת הרפואה המגננתית הייתה פוחתת אילו היו הרופאים כפופים למשטר משפטי של אחריות מוגברת במקום למשטר משפטי של רשלנות, והיו נושאים בכל הנזקים, בין שבחרו בדרך הפעולה הסבירה ובין שבחרו בדרך הפעולה הרשלנית. זאת מכיוון שבמשטר משפטי כזה תוחלת הרווח של הרופא בבחירה בדרך האחת ולא באחרת הייתה מתמצה בהפרש שבין הסיכונים הכרוכים בשתי הדרכים, ממש כפי שיקרה במשטר משפטי של רשלנות שעקרון קיזוז הסיכונים מיושם בו. הבעיה במשטר משפטי של אחריות מוגברת מעין זו היא שהוא יטיל על הרופא אחריות לא רק על נזקים שגרם (ברשלנות או בלא רשלנות) אלא אף על נזקי המחלה שאינם קשורים כלל לפעולותיו (ולכן אין זו אחריות מוגברת במובן המקובל של המושג). לפיכך משטר אחריות כזה יגרום להכבדת יתר על פעילות הרופאים

511 לטיעון נגדי, ולפיו הפחתת פיצויים יש בה כדי לתמרץ רופאים לבצע יותר טיפולים לא נחוצים לחולה אך רווחיים לרופא, ראו Janet Currie & Bentley Macleod, *First Do No Harm? Tort Reform and Birth Outcomes*, 123 Q. J. ECON. 795 (2008).

512 אם כי תופעת הרפואה המגננתית עלולה להיווצר לעתים אף מסיבות שאין בינן לבין אחריות משפטית ולא כלום. למשל, רופא עלול לבחור בדרך טיפול אחת, ולא באחרת, מפני שאם הראשונה תיכשל, יהיה הכישלון בולט פחות כלפי חוץ, והגינוי שישפוג בגינו יהיה קטן יותר.

513 מנגד, קיימת אף תופעה של החצנות שליליות העשויה להצדיק את הגדלתה של האחריות. ראו להלן סעיף 5.ג.

ויגדיל את עלויות ההתדיינות, כפי שיובהר בהמשך סעיף זה. זאת ועוד, משטר כזה עלול להרתיע רופאים מטיפול בחולים שסיכויי החלמתם נמוכים (בהנחה שבפועל אי אפשר לגבות מחולים כאלה מחיר גבוה דיו, שישקף את סיכויי החלמתם הנמוכים ואת סיכון האחריות הגבוה הכרוך בטיפול בהם).<sup>514</sup>

## ב. השקעת יתר במניעת טעויות

השיטה הקיימת, שעל פיה הסיכונים שמנע הרופא הרשלן אינם מקוזזים, גורמת להשקעת יתר במניעת טעויות. אם דרך א כרוכה בסיכונים של 400 ודרך ב כרוכה בסיכונים של 500, ותוחלת האחריות של הרופא מבחירה בדרך א היא אפס ותוחלת האחריות מבחירה בדרך ב היא 500, במצב שבו הרופא אינו יודע מהו הסיכון המדויק בכל אחת מהדרכים, הוא עלול להשקיע יותר מ-50 באמצעי זהירות לשם בחירה בדרך המסוכנת פחות (נראה שאין הצדקה להשקעה רבה מ-50, אם בלעדי השקעה כלשהי תביא בחירה אקראית לידי בחירה בדרך הנכונה ב-50% מן המקרים). כדי לחדר את הטיעון עוד יותר, נניח כי דרך א כרוכה בסיכונים של 499 ודרך ב כרוכה בסיכונים של 500. במצב עניינים זה כמעט אין הבדל, מבחינת התועלת החברתית, בין שתי דרכי הטיפול. עם זאת יהיה הרופא נכון להשקיע השקעה עצומה במניעת הטעות, שכן לדידו, מניעת הטעות תחסוך לו סיכון אחריות שתוחלתה 500.

לכאורה ביישום נכון של דיני הרשלנות (עם או בלי טיעון קיזוז הסיכונים) אין הרופא הצריך לבחור בין שתי דרכי פעולה נדרש להשקיע בקבלת ההחלטה יותר ממחצית הפרש התועלות (או הפרש הסיכונים במקרה שלנו) שבין שתי הפעולות. למשל, בדוגמה האחרונה, אם בחר הרופא בדרך ב וגרם נזק, ובית המשפט ישתכנע שהעלות של קבלת ההחלטה הנכונה הייתה גבוהה מ-0.5 (מחצית ההפרש בין 500 ל-499), ראוי שבית המשפט לא יטיל אחריות על הרופא, שכן זה לא התרשל. לכן לכאורה לא ישקיע הרופא משאבים מופרזים במניעת הטעות בקבלת ההחלטה. ובכל זאת נראה שטיעון זה אינו משכנע. מלכתחילה יקשה על הרופא לסמוך על נכונותו של בית המשפט לייחס ערך מלא לעלות של מניעת הטעות בעת שיקבע אם הרופא התרשל. האסטרטגיה הרציונלית של הרופא תהיה אפוא

514 אם לא יוכלו רופאים להימנע מלטפל בחולים כאלה, ואף לא יוכלו לגבות מהם מחיר גבוה המשקף את סיכון האחריות הכרוך בטיפול בהם, הם ייאלצו לגבות מחיר גבוה יותר מכל החולים כדי לסבסד חולים אלה, וייתכן שהדבר ייצור "כרירה שלילית", שהיא תופעה בעייתית בפני עצמה. ראו על כך לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 7.1.

השקעת יתר במניעת הטעות לא מפני שהדבר מוצדק מנקודת מבט חברתית אלא בשל האינטרס העצמי החזק שלו לעשות כן.<sup>515</sup> אפשר אולי למנוע את התופעה של השקעת יתר במניעת טעויות אם יהיה המשטר המשפטי משטר של אחריות מוגברת מן הסוג המתואר בתת-הסעיף הקודם.<sup>516</sup> ברם כאמור שם, למשטר מעין זה חסרונות משל עצמו.

### ג. פגיעה בפעילות

נשיאה בנוזקים גבוהים מן הנוזקים החברתיים של הפעילות יש בה כדי להפחית את הפעילות ולעתים אף להפסיקה. למשל, אם התועלת בפעילות היא 100 ונזקיה הם 50, אך המזיק נדרש לשאת באחריות שתוחלתה 150, תופסק הפעילות אף שהיא רצויה מבחינה חברתית. אולם בתחום הרפואי, ולמעשה בכל תחום שבו המזיק בכוח יכול לגלגל את עלות האחריות על הניזוק בכוח, העניין מורכב יותר. תוחלת האחריות תגולגל בכל מקרה על כתפי החולה, בין שהיא 150 ובין שהיא 50. החולה מצדו ישלם מחיר גבוה יותר או נמוך יותר, בהתאמה. לכאורה, הן הרופא והן החולה יהיו אדישים למידת האחריות, לפחות אם הם ניטרליים לסיכון, וממילא יהיה היקף הפעילות הרפואית זהה בין שהאחריות גבוהה ובין שהיא נמוכה.

טיעון זה אינו נכון בענייננו משתי סיבות: ראשית, כפי שהוסבר לעיל, אחריות כבדה, על יותר מהנזק החברתי, הנובעת מאי-קיזוז הסיכונים שרשלנות הרופא מנעה, גורמת להשקעת יתר באמצעי זהירות ולהתגברותה של תופעת הרפואה המגננתית. מאחר שעלותם של אמצעי הזהירות מגולגלת על כתפי החולה, ומאחר שהוא אף הנושא בנוזקי הרפואה המגננתית, התועלת הכוללת שלו מן השירות הרפואי (תועלת המורכבת מטיב השירות, מהיקף האחריות המשפטית בגין רשלנות רפואית ומהמחיר שהוא נדרש לשלם בגין השירות) קטנה, וההיזקקות לשירותים רפואיים נעשית תת-אופטימלית.

515 מסיבות דומות אי-קיזוז סיכונים גורם לרופאים להעדיף לעתים את דרך הפעולה המסוכנת פחות אף שמחיר ביצועה גבוה בהרבה מהפרש הסיכונים שבין שתי דרכי הפעולה. למשל, אם הפרש הסיכונים בין שתי דרכי הפעולה הוא 1, כמו בדוגמה בטקסט, רופאים רבים יעדיפו לנקוט את דרך הפעולה שסיכונה 499, אפילו אם מחיר ביצועה הוא הרבה יותר מ-1, מכיוון שהם יודעים שאם יבחרו בדרך הפעולה שסיכונה 500, עלול בית המשפט למצוא אותם בטעות רשלנים על שלא נקטו את דרך הפעולה שסיכונה 499, ולהטיל עליהם אחריות שתוחלתה 500 (בהנחה כמובן שאין מחלוקת שדרך הפעולה הראשונה היא אכן המסוכנת פחות). בחירה בדרך הפעולה שסיכונה 499 תמנע הטלת אחריות עליהם, שכן אין מטילים כידוע אחריות על מזיק על שנקט אמצעי זהירות רבים מדי (גם אם עלות אמצעי הזהירות, כבמקרה שלנו, מגולגלת בסופו של דבר על הניזוק דרך מחיר השירות).  
516 לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 514.

שנית, פעילות רפואית יוצרת תועלת חברתית ששיעורה רב מן התשלומים הנגבים בגינה, או במילים אחרות, הפעילות הרפואית יוצרת החצנות חיוביות. מכאן שאפילו היה הפיצוי שנפסק בגין רשלנות רפואית משקף במדויק את שיעור הנזק החברתי הנגרם מן הפעילות הרפואית, הייתה רמת הפעילות הרפואית תת-אופטימלית, והיה מקום לטעון שיש להפחית את מידת האחריות.<sup>517</sup> קל וחומר שיש מקום לעשות כן כאשר הפיצוי בגין רשלנות רפואית גבוה מן הנזק החברתי הנגרם מן הפעילות הרפואית.

הדיון דלעיל הניח, באופן מציאותי למדי, כי המזיק בכוח והניזוק בכוח, קרי הרופא והחולה, אינם רשאים להתנות ביניהם על כלל האחריות הנזיקית הנוהג, אלא לכל היותר לשנות את מחיר השירות הרפואי לפי היקף האחריות המוטלת על הרופא.<sup>518</sup> אם הנחה זו אינה מתקיימת, והצדדים רשאים לקבוע לעצמם את כללי האחריות הנזיקית כרצונם, ההצעה לקזז סיכונים נהפכת, כל עוד בסיטואציות חוזיות עסקינות, להצעה לברר מחדל יעילה שהצדדים רשאים להתנות עליה.

## 5. מחירה של אחריות מופחתת

אחד החסרונות הבולטים בהפחתת האחריות הנזיקית של רופאים בשל קיזוז הסיכונים שנמנעו הוא שחולים שניזוקו מרשלנות רפואית יזכו במקרים רבים בפיצוי חסר, כלומר בפיצוי שאינו מעמיד אותם במצב שבו היו עומדים אילו נהג הרופא בסבירות. היעדר פיצוי מלא עשוי להיות חיסרון מנקודת מבט כלכלית: החולה שונא הסיכון יעדיף לשלם מחיר גבוה יותר בעד השירות ולקבל פיצוי מלא. היעדר פיצוי מלא סותר לכאורה אף את עקרונות הצדק המתקן, שעל פיהם המעוול חייב בהשבת מצבו של הניזוק לקדמותו. לבסוף, לא אחת קורה שכללי האחריות הנזיקית אינם נאכפים במלואם. כאשר רמת האכיפה פחותה מ-100%, פיצוי בדיוק בגין הנזק החברתי עלול לפגוע בהרתעה היעילה, ודווקא אי-קיזוז הסיכונים עשוי לשפר אותה. כפי שנראה להלן, חששות אלה אינם משכנעים שיש לדחות את הטיעון של קיזוז הסיכונים במיוחד אם משטר של קיזוז סיכונים מלווה בכיטוח צד א או בביטוח סוציאלי המביאים לידי פיצוי הניזוק-החולה בגין כל נזקיו.<sup>519</sup>

517 Cooter & Porat, *supra* note 430

518 Tunkl v. Regents of University of California, 60 Cal. 2d 92 (1963); Health Net of California v. Department of Health Services, 113 Cal. App. 4<sup>th</sup> 224 (2003); Richard A. Epstein, *Contractual Principle Versus Legislative Fixes: Coming to Closure on the Unending Travails of Medical Malpractice*, 54 DEPAUL L. REV. 503, 505-6 (2005).

519 איני מתכוון לדון כאן בכל הבעיות שהעיקרון של קיזוז הסיכונים עשוי לעורר, אלא בבעיות העיקריות בלבד. עם זאת אתייחס להלן בקצרה לעוד שלוש בעיות, נוסף על הנידונות בטקסט,



**א. העדפת הניזוק: פיצוי מלא**

העדפת הניזוק לקבל פיצוי מלא עשויה לנבוע משנאת הסיכון שלו. בניגוד להנחת הדיון בפרק הקודם בדבר ניטרליות לסיכון, הניזוק הוא שונא סיכון,<sup>520</sup> והוא יעדיף לכאורה לשלם לרופא מחיר גבוה יותר בגין השירות הרפואי, ובכך לרכוש ביטוח שיכסה אותו כיסוי מלא אם יינזק. האינטרס שלו בביטוח עשוי להצדיק אפוא את דחיית עקרון קיזוז הסיכונים. הקושי בטיעון זה הוא שקבלתו יוצרת אנומליה: אם האינטרס של החולה הוא בביטוח, על שום מה יהא הפיצוי תלוי בשאלה אם הרופא התרשל? אילו היה האינטרס בביטוח סיבת הטלתה של האחריות הכבדה על הרופא, היה ראוי שאחריות זו תוטל עליו – אף בלעדי רשלנות – לכל נזק באשר הוא שאולי ייגרם לחולה. החולה שונא הסיכון היה נאות לשלם מראש, במחיר השירות הרפואי, בגין אחריות כבדה זו. מכאן שקשה להצדיק משטר משפטי של רשלנות (להבדיל ממשטר משפטי של אחריות מוגברת) בביטוח. ההצדקה בהטלת אחריות על מזיק רק אם התרשל ושחרורו מאחריות אם לא התרשל, נעוצה בצורך ליצור הרתעה יעילה כלפי המזיק. הרתעה יעילה זו תושג אם תמריצו של הרופא יהיו יעילים. משטר משפטי שבו האחריות מופחתת עקב קיזוז הסיכונים שנמנעו יספק לרופא תמריצים יעילים משיספק משטר משפטי, כמו זה הנוהג, שבו האחריות מלאה.<sup>521</sup> לפני החולה פתוחה תמיד הדרך לרכוש ביטוח צד א, שיכסה את מלוא נזקיו, בין שיתרשל הרופא כלפיו ובין שלא.<sup>522</sup> קיימת אף אפשרות להשלים את הפיצוי החסר לחולה

שראויות לעיון ולליבון: ראשית, העיקרון של קיזוז הסיכונים יש בו כדי לתמרץ מזיקים בכוח למצוא דרכים נסתרות להגדיל את פוטנציאל הנזק הלא רשלני של פעולותיהם, שכן ככל שפוטנציאל זה יגדל, כן אחריותם בגין נזקים רשלניים תפחת; שנית, העיקרון של קיזוז הסיכונים יש בו כדי לספק במקרים מסוימים תמריצי חסר למזיקים להפחית את הסיכון לאחר שנבחרה הדרך המסוכנת יותר, שכן הם ידעו שהיקף אחריותם ייקבע על פי הפרש הסיכונים שבין הדרך המסוכנת לזו המסוכנת פחות. בעיה זו תיפתר מאליה אם יוכח לבית המשפט כי בנקודת זמן מאוחרת מנקודת הזמן שבה נבחרה הדרך המסוכנת היה אפשר להפחית את הסיכון בעלות נמוכה מגודל הסיכון שהיה מופחת. בית המשפט יטיל על הרופא במקרה זה אחריות שתשקף את הסיכון שהיה אפשר להפחיתו כאמור; שלישית, ליישום העיקרון של קיזוז הסיכונים נדרש מידע שאינו נדרש לפי השיטה הנוהגת, ובכך יש כדי להגדיל את עלויות ההתדיינות. על קושי אחרון זה אפשר להתגבר בחיוב המחוקק את בית המשפט המיישם את העיקרון של קיזוז הסיכונים לבחור מבין חלופות אחדות של פיצוי, תוך שהוא מונחה על ידי העיקרון של קיזוז הסיכונים. לעניין אחרון זה ראו לעיל הטקסט בין ה"ש 498–499.

520 לעיל חלק א, פרק 1, סעיף 15.

521 פיצוי חסר אף משפר לעתים קרובות את תמריצי הקרבן לנקיטת אמצעי זהירות, ראו: Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV. 1 (1985). נקודה זו אינה רלוונטית בדרך כלל במקרים של רשלנות רפואית.

522 אם כי קיים חשש שמעוטי יכולת ייטו לא לרכוש ביטוח כזה וישלמו בסופו של דבר מחיר כבד על כך.

באמצעות ביטוח סוציאלי. כך או אחרת, להשגת פיצוי מלא לחולה דווקא באמצעות דיני הנזיקין יש מחיר כבד, וראוי לשקול בתשומת לב אם מטרת הפיצוי אינה יכולה להיות מושגת מחוץ לדיני הנזיקין.

## ב. צדק מתקן

האם פיצוי חלקי לחולה הנובע מקיזוז סיכונים עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן? נראה שהתשובה לשאלה זו שלילית. על פי תפיסת הצדק המתקן, על המזיק לתקן באופן מלא את מצבו של הנזוק שנפגע מהתנהגותו העוולתית כדי שישוּב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה זו.<sup>523</sup> עם זאת אפשר להציב סימן שאלה מסוים על עצמת ה"וטו" שעקרונות הצדק המתקן מטילים על הרעיון של קיזוז הסיכונים.<sup>524</sup>

ראשית, במצבים שבהם האינטרס של הנזוק בכוח, *ex ante*, הוא לזכות בפיצוי חלקי בלבד או לא לזכות בפיצוי כלל, הטלת אחריות מלאה על המזיק, *ex post*, אינה עושה צדק עם הנזוק במובן משמעותי כלשהו. למשל, אם אינטרס החולה הוא מלכתחילה לזכות בפיצוי חלקי כדי לשפר את תמריצו של הרופא ליתן לו שירות טוב יותר, כפיית פיצוי מלא על הרופא תעשה עם החולה אי-צדק ולא צדק.<sup>525</sup>

שנית, עקרונות הצדק המתקן מחייבים קיזוזם של נזקים אשר הוכח שהיו נגרמים לנזוק אילו היה המזיק הרשלן נוהג בסבירות. הרציונל לקיזוז סיכונים דומה לרציונל לקיזוז נזקים. שני העקרונות מיועדים להביא לידי כך שהמזיק יישא בנזקים שגרם, ולא יותר. הצורך לקזז סיכונים, ולא רק נזקים, נעוץ בקשיים ראייתיים הטבועים בסוג המצבים שפרק זה עוסק בהם. קיזוז סיכונים מוצדק בשל מוגבלות הידע האנושי באשר להתרחשויות היפותטיות. אין הדבר ודאי שעקרונות הצדק המתקן סותרים גיבוש של כללים המיועדים להתגבר על קשיים ראייתיים והמביאים לידי כך שמזיקים יישאו בסופו של דבר בנזקים החברתיים שגרמו ברשלנותם.<sup>526</sup>

523 WEINRIB, *supra* note 443, at 56–83, וכן לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 1.  
524 המקרים שבהם קיזוז סיכונים אינו ניתן בשום אופן ליישוב עם עקרונות הצדק המתקן, הם אלו שבהם הסיכונים המקוּזזים היו נוצרים על ידי המזיק, אילו נהג בסבירות, כלפי צדדים שלישיים. ראו לעיל סעיף 2.  
525 אני ער לבעייתיות הכרוכה בשילובו של טיעון כזה עם תפיסה טהורה של צדק מתקן. ראו Ariel Porat, *The Many Faces of Negligence*, 4 THEORETICAL INQ. L. 105, 113–5 (2003).  
526 אף טיעון זה אינו צפוי כנראה להתקבל בהתלהבות יתרה על ידי תאורטיקנים של צדק מתקן, שכן הסיכונים המקוּזזים אינם מחושבים לפי ההסתברות שהנזק המקוּזז היה נמנע במקרה הקונקרטי הנדון בבית המשפט אלא לפי תוחלות הנזקים המחושבות, מטבע הדברים, *ex ante*. דרך חישוב המבוססת על ההסתברות המתייחסת למקרה הקונקרטי בדוגמה המספרית שנדונה בפרק זה, תביא לפיצוי בסך של 9,600, ולא של 2,000. ראו לעיל סעיף 3. אך גם אחריות

### ג. חשש להרתעת חסר?

כבכל תחומי האחריות הנזיקית, אף בתחום האחריות הנזיקית של רופאים קיים חשש ממשי להרתעת חסר משום שניזוקים אינם תובעים, ואינם זוכים בפיצוי, על כל נזק שנגרם להם עקב רשלנות.<sup>527</sup> פיצוי גבוה מן הנזק החברתי שהמזיק גורם עשוי לפתור, או לפחות להפחית, את הבעיה של הרתעת החסר. על כן טיעון אפשרי נגד העיקרון של קיזוז הסיכונים הוא שגם אם בעולם אידאלי, שבו מוגשות תביעות נגד הרופא בגין כל נזק שגרם ברשלנות, ראוי לקזז סיכונים, לא כך בעולם שקיימות בו החצנות שליליות אף בהינתן קיומה של אחריות משפטית.

טיעון זה אינו חסר טעם. קשה לדעת מהו היקף ההחצנות השליליות בתחום הרפואי הנובעות מכך שאין מוגשות תביעות נזיקין בגין כל אירוע של נזק רשלני, אך תופעה זו בוודאי אינה נדירה. עם זאת אפילו אם ההחצנות השליליות בתחום הרפואי שכיחות, איני סבור שהדרך הנכונה לתקנן היא להתעלם מהטיעון של קיזוז הסיכונים. אין כל סיבה לחשוב שדווקא במקרים שבהם מנעה הפעולה הרשלנית סיכונים, ולא רק יצרה אותם, תופעת ההחצנות השליליות חמורה מבמקרים אחרים. על הטיפול בבעיית ההחצנות השליליות להיעשות בדרך ישירה ובמקרים שבעיה זו ממשית ומוכחת בהם. פתרון אפשרי לבעיית ההחצנות השליליות הוא הגדלתו של שיעור הפיצוי, אך זאת לאחר שהנזק החברתי שהפעילות גורמת מחושב במדויק ככל האפשר.

הסתברותית בדרך כלל אינה נתפסת כמתיישבת עם עקרונות הצדק המתקן. ראו לעיל פרק 3, סעיף 2.ב.

527 לטיעון זה ראו Tom Baker, The Medical Malpractice Myth 22-4 (2005).

חלק שלישי : סיבתיות

## ההתאמה בין סטנדרט הזהירות לבין היקף האחריות

1. עקרון ההתאמה. 2. הפסד השתכרות. 3. הוכחת קשר סיבתי. 4. קיוויו סיכונים. 5.
- סיכונים עולתיים. 6. סיכנו העצמי של המזיק. 7. הערכתן של אי-התאמות.

חלק מרכזי בספר זה עוסק ברשלנות וחלק מרכזי אחר עוסק בסיבתיות. פרק זה עוסק בקשר שבין רשלנות, לסיבתיות ולפיצויים. הגורם המקשר בין שלושת יסודות האחריות הללו הוא עקרון ההתאמה (alignment). על פי עקרון ההתאמה, אותם סיכונים אשר מגדירים את סטנדרט הזהירות של המזיק הם אף הסיכונים שבגינם מוטלת עליו אחריות נזיקית אם התרשל. עקרון ההתאמה ניתן להמחשה ברורה בפרק העוסק בסיכונים עולתיים.<sup>528</sup> הטיעון שלי באותו פרק היה שאף על פי שבתי המשפט קובעים את סטנדרט הזהירות של המזיק על פי כל הסיכונים הצפויים, סיכונים "רגילים" (או סיכוני רקע) וסיכונים חריגים, לעתים אין הם מטילים אחריות בגין סיכונים רגילים עת הם מתממשים לכדי נזקים. בכך מפרים בתי המשפט את עקרון ההתאמה, שכן הקפדה על עיקרון זה מחייבת להטיל אחריות על המזיק אף בגין התממשותם של סיכונים רגילים.

עקרון ההתאמה מופר לא אחת בדיני הרשלנות הנוהגים, וכאשר הוא מופר נגרמת בדרך כלל אי-יעילות. לעתים, אך לא תמיד, אפשר להסביר, או אף להצדיק, אי-התאמה כזו או אחרת בכך שהיא מונעת משיקולים של צדק מתקן או של צדק חלוקתי. לא אחת אי-התאמה היא פשרה של הדין בין המטרות והערכים העומדים בבסיסם של דיני הנזיקין. מרבית אי-ההתאמות נדונו בספר זה, ופרק זה יעמוד על המכנה המשותף להן.<sup>529</sup>

### 1. עקרון ההתאמה

נוסחת לרנד הנד היא נוסחת הרשלנות הכלכלית, מנחה את בתי המשפט להשוות מצד אחד את עלות המניעה (B) ומצד אחר את הסיכון, או תוחלת הנזק (PL<sup>530</sup>), ולקבוע על פי

528 לעיל פרק 8.

529 לדיון מפורט, ראו Porat, *Misalignments in Tort Law*, supra note 424.

530 P מסמן את הסתברות גרם הנזק ו-L את גודלו.

השוואה זו את סטנדרט הזהירות שבו על המזיק לעמוד. כדי להגשים את המטרה הכלכלית צריך המזיק הרשלן לעמוד בסיכון של אחריות נזיקית שתוחלתה כתוחלת הנזק PL. לשם כך עליו לשאת בנזקים אשר הגדירו את תוחלת הנזק PL, דהיינו הוא צריך להיות אחראי ל-<sup>531</sup>PL.

נניח למשל שהמזיק יוצר סיכון לפגוע ברכושו של שכנו, ותוחלת הנזק היא 10. נניח שביכולתו למנוע נזק זה כליל על ידי נקיטת אמצעי זהירות של 7. על פי נוסחת לרנד הנד, אם לא ינקוט את אמצעי הזהירות הוא ייחשב לרשלן. נניח עתה שעקרון ההתאמה היה מופר, והמזיק היה נדרש לשאת, אם לא נקט את אמצעי הזהירות והתרשל, בחצי מן הנזק שגרם (לשם הפשטות נניח כי אין כל אשם תורם בניזוק). במצב עניינים זה היה המזיק צפוי לשאת באחריות שתוחלתה 5 בלבד, ומאחר שעלות המניעה גבוהה מ-5, הוא היה מעדיף שלא לנקוט את אמצעי הזהירות. תוצאה לא יעילה זו, הנובעת מהרתעת חסר, הייתה נמנעת לו נשמר עקרון ההתאמה, והמזיק היה נושא במלוא הנזק שגרם: במקרה זה תוחלת הנזק של 10 הייתה מגדירה את סטנדרט הזהירות שבו עליו לעמוד, ובה בעת מגדירה את היקף אחריותו במידה שהתרשל.

אמנם לעתים אחריות נזיקית בשיעור קטן ממלוא הנזק תספיק כדי לספק למזיק תמריצי התנהגות יעילים. למשל, אם עלות המניעה נמוכה בהרבה מתוחלת הנזק, למשל, בדוגמה שלנו, 1 במקום 7, אפילו אחריות בשיעור של 20% מן הנזק תספיק לשם יצירת הרתעה יעילה. אחריות בשיעור של 20% מן הנזק תיצור איום אחריות על המזיק שתוחלתה 2, ודי יהיה בכך כדי לתמרץ אותו להשקיע 1 באמצעי זהירות. אלא שדיני הרשלנות שואפים לקביעת כלל אחריות אחיד שיחול על כל המקרים וידרוש מינימום מידע לשם החלתו. לכן כדי ליתן למזיק תמריצים יעילים בכל המצבים, ללא תלות בעלות אמצעי הזהירות שלו, אחריותו צריכה להיות לכל הנזק שנגרם ולא רק לחלקו. דיני הרשלנות אפוא יוצרים התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הנזקים שבגינם מוטלת אחריות.

עקרון ההתאמה ניתן לכאורה לביסוס גם מנקודת מבט של צדק מתקן. על פי עקרונות הצדק המתקן, בעיקר עקרון הקורלטיביות שבבסיסם, יש לפצות את הניזוק בגין הנזקים שהתממשו מן הסיכונים אשר הגדירו את התנהגותו של המזיק כעוללתית, ורק בגינם.<sup>532</sup> כפי שנראה בהמשך הדברים, חלק ממקרי אי-ההתאמה הקיימים בדיני הנזיקין הנוהגים אינם מתיישבים עם עקרונות הצדק המתקן, אך אחרים עשויים להתיישב עמם.

חשוב להדגיש שקיימים מקרים שבהם המזיק פטור מאחריות נזיקית, באופן מלא או חלקי, גם אם היה רשלן, אך במרבית המקרים הללו אין מופר עקרון ההתאמה. נזקים בלתי

531 ראו ביתר הרחבה לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 2.

532 לעיל חלק א, פרק 2, סעיף 2.א.

צפויים אינם מפוצים, וניזוקים בלתי צפויים אינם זכאים לפיצוי,<sup>533</sup> אלא שנזקים וניזוקים בלתי צפויים אף אינם מובאים בחשבון בעת שבתי המשפט קובעים את סטנדרט הזהירות שבו על המזיק לעמוד, ועל כן עקרון ההתאמה נשמר. במקרים אחרים סוגים מסוימים של נזקים אינם מפוצים, וסוגים מסוימים של ניזוקים אינם זוכים בפיצוי משיקולים של מדיניות השוללים קיומה של חובת זהירות (או קשר סיבתי משפטי).<sup>534</sup> לעתים לא ברור אם במקרים אלו נשמר עקרון ההתאמה, דהיינו אם הניזוקים והנזקים האמורים מובאים בחשבון בעת שבית המשפט קובע את סטנדרט הזהירות. ניקח למשל כדוגמה את נטייתם של בתי משפט בארץ ובעולם לא למהר ולפסוק פיצוי לניזוק בגין נזק לא ממוני טהור.<sup>535</sup> הנטייה שלא למהר ולפסוק פיצוי כזה במקרים רבים אינה מלמדת בהכרח כי בתי המשפט אינם שוקלים את הסיכון שנזקים כאלו ייגרמו, בעת שהם קובעים את סטנדרט הזהירות. נניח למשל שהמזיק יכול להפחית נזקים שתוחלתם 10 בנקיטת אמצעי זהירות שעלותם 7, כאשר מחצית מן הנזקים הם ממוניים ומחציתם נזקים לא ממוניים טהורים שבגינם לא נפסק פיצוי. האם בית המשפט יגדיר את המזיק רשלן, שכן  $7 < 10$ , או לא רשלן, שכן  $7 > 5$ ? קשה לדעת מה התשובה לשאלה זו, אך לענייננו חשוב לומר שאם בתי המשפט יבחרו באפשרות הראשונה, הם ישמרו על עקרון ההתאמה, ואילו אם יבחרו באפשרות השנייה, עקרון ההתאמה יופר. גם אם יבחרו באפשרות השנייה, אין בכך כדי ללמד בהכרח שבחירה זו אינה מוצדקת מנקודת מבט כלכלית. הטלת אחריות בגין נזקים לא ממוניים כרוכה בעלויות מנהליות, ובעיקר היא מגדילה את הסיכון שתוגשנה תביעות סרק,<sup>536</sup> ועל כן קביעת סטנדרט הזהירות בהתחשב בכל הנזקים מחד ופסיקת פיצוי בגין נזקים פיזיים בלבד מאידך יש בהן כדי להיות פתרון יעיל.

את עקרון הרשלנות התורמת קשה יותר לנתח. מצד אחד נראה שעיקרון זה יוצר אי-התאמה: סטנדרט הזהירות של המזיק והניזוק נקבעים, כך יש לשער, על פי הסיכון לנזק שאפשר שייגרם בהתחשב בכך שהצד השני עשוי להיות זהיר או לא זהיר. לכן כדי שתהיה התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי, כל צד צריך לראות לנגד עיניו את הסיכון לנזק, וכדי להשיג מטרה זו כל צד צריך לשאת באחריות למלוא הנזק שייגרם.<sup>537</sup> אלא שאי אפשר

533 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 1.

534 לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.

535 לעיל חלק ב, פרק 7.

536 לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 1.

537 נניח שקיימת הסתברות של 90% שהניזוק לא יתנהג ברשלנות ואז הסיכון שלו יהיה 10, והסתברות של 10% שהוא יתנהג ברשלנות ואז הסיכון שלו יהיה 20. עוד נניח שהמזיק יכול להפחית את הסיכון לאפס בנקיטת אמצעי זהירות יעילים. בהנחות אלו, התאמה למזיק תיווצר אם סטנדרט הזהירות ייקבע לפי תוחלת נזק של  $11 = (90\% \times 10 + 10\% \times 20)$ , ואף תוחלת

להציע כלל משפטי במסגרת דיני הנזיקין שעל פיו גם המזיק וגם הניזוק נושאים במלוא הנזק שנגרם.

פיצויים עונשיים אשר פסיקתם רווחת בעיקר בארצות הברית (אם כי גם בישראל יש לבתי המשפט סמכות לפסקם<sup>538</sup>) יוצרים לכאורה סוג מסוים של אי-התאמה: פיצויים עונשיים גבוהים מן הנזק בפועל, ואילו סטנדרט הזהירות נקבע לפי הסיכון לנזקים בפועל. מסקנה זו משתנה אם הנחתנו היא שפיצויים עונשיים נפסקים במקרים רבים כאשר המזיק גרם נזק לצדדים שלישיים אשר אינם מגישים תביעות נגדו או שפגע באינטרסים חברתיים.<sup>539</sup> אם כך הדבר, פסיקת פיצויים עונשיים מצמצמת את אי-ההתאמה שהייתה רבה מאוד בלעדיה: בהעדר פיצויים עונשיים סטנדרט הזהירות נקבע על פי תוחלת כל הנזקים שעלול המזיק לגרום, ואילו הפיצויים מכסים רק חלק מהם.

בית המשפט העליון האמריקאי קבע שיש לפסוק פיצויים עונשיים כאשר התנהגותו של המזיק ראויה לגינוי רב (reprehensible) ולא בגלל פגיעה בצדדים שלישיים.<sup>540</sup> התנהגות ראויה לגינוי רב אינה בהכרח התנהגות הגורמת נזק לצדדים שלישיים או לחברה בכללותה, ולכאורה לפי גישה זו נוצרת אי-התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי. אלא שבית המשפט האמריקאי קבע גם שאחד השיקולים לקבוע אם התנהגות המזיק ראויה לגינוי רב הוא אם היא גרמה נזק לצדדים שלישיים ובכך גרמה לסיכון לחברה בכללותה.<sup>541</sup> ככל ששיקול זה יתפוס מקום מרכזי יותר בשיקוליהם של בתי המשפט הפוסקים פיצויים עונשיים, כך גדל הסיכוי שפסיקת פיצויים עונשיים תצמצם אי-התאמות שהיו קיימות בלעדיה.<sup>542</sup>

המשך הפרק יציג חמישה מקרים, רובם נדונו בהרחבה בספר, שנוצרת בהם אי-התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי.

האחריות של המזיק תהיה 11. מאחר שכל "אחריות" של הניזוק תפחית מתוחלת האחריות של המזיק, השגת התאמה הן למזיק והן לניזוק אינה אפשרית לפי הכלל המשפטי הנוהג של אשם תורם. כדי להשיג התאמה במקרה זה על הניזוק להיות "אחראי" לכל הנזק שנגרם לו, מבלי לגרוע במאום מאחריותו המלאה של המזיק.

538 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 43, בעמ' 562–567.

539 Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE L.J. 347 (2003).

540 Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007).

541 Philip Morris, *id.*, at 355.

542 A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, ראו, פיצויים עונשיים, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869, 939–41 (1998).



## 2. הפסד השתכרות

הדוגמה הבאה והדיון שיבוא אחריה ימחישו את אי-ההתאמה הנוצרת כאשר בתי המשפט פוסקים פיצויים בגין הפסד השתכרות.

דוגמה 1 : רמת אביב ג ושכונת התקווה. ראובן נוהג במכוניתו במהירות של 50 קמ"ש בשכונת התקווה. הוא פוגע בשמעון. הוא ממשיך בנסיעתו באותה מהירות ומגיע לרמת אביב ג. שם הוא פוגע בלוי. הפגיעות בשמעון ובלוי הן באותה עצמה, ונזק הגוף שנגרם לשניהם הוא אותו נזק גוף. צפיפות התנועה, תנאי הדרך וכל שאר הגורמים הסביבתיים אף הם זהים בשני המקומות. המשטר המשפטי הוא רשלנות. בתי המשפט מפעילים את נוסחת לרנד הנד כדי לקבוע אם המזיק התרשל. הפיצויים הנפסקים כוללים מרכיב מרכזי של הפסד השתכרות ומרכיב קטן יחסית של פיצוי בגין נזק לא ממוני. האם תוטל אחריות על ראובן כלפי שמעון או לוי?

יישום פשוט, אולי פשטני, של נוסחת לרנד הנד עלול להביא לתוצאה המוזרה שעל פיה ראובן עשוי להימצא אחראי לנזקיו של לוי ובה בעת פטור מאחריות לנזקיו של שמעון. כך עלול לקרות אם בית משפט המיישם את נוסחת לרנד הנד יגדיר את תוחלת הנזק שיוצר ראובן בנהיגתו, וממילא את תוחלת הנזק שתופחת אם יינקטו אמצעי זהירות על פי הפיצוי שישולם לניזוק הממוצע. הניזוק הממוצע ברמת אביב ג יזכה במקרה של פגיעה לפיצוי בגין הפסד השתכרות הגבוה בהרבה מן הפיצוי שיזכה לו הניזוק הממוצע בשכונת התקווה. מכאן שראובן, על פי דיני הרשלנות, מחויב לכאורה לנקוט ברמת אביב ג אמצעי זהירות קפדניים מאלה שבשכונת התקווה. אם לא יעשה כן ייתכן שתוטל עליו אחריות נזיקית. בניסוח שונה במקצת, ראובן יידרש לכאורה על פי דיני הרשלנות להיזהר ברמת אביב ג יותר מבשכונת התקווה, מן הטעם שהנזק שעלול להיגרם ברמת אביב ג גדול מן הנזק שעלול להיגרם בשכונת התקווה: חיי בני אדם ובריאותם ברמת אביב ג שווים יותר מאלה שבשכונת התקווה.

אולם ברור שאין בית משפט שיאמר דברים כאלה, ואני מניח שאין בית משפט שיחיל סטנדרטים שונים של זהירות בשני המקומות רק משום שבאחד מהם מתגוררים בני אדם המשתכרים יפה, ואילו באחר בני אדם המשתכרים פחות. ברור לכול שחיי בני אדם שווים בשני המקומות בדיוק באותה מידה, בלא כל תלות בהפסד ההשתכרות שייגרם להם, וכי יש לנהוג כלפיהם בדיוק באותה מידה של זהירות.

אך מתברר שדיני הנזיקין מדברים בשני קולות, ובדרך זו אף מפרים את עקרון ההתאמה. זאת מכיוון שבפועל אם ראובן יימצא רשלן ותוטל עליו אחריות הן כלפי שמעון והן כלפי לוי, היקף האחריות שבה יישא כלפי כל אחד מהם יהיה שונה לחלוטין. ראובן צפוי לשלם פיצוי גבוה מאוד לשמעון ופיצוי נמוך ללוי, אף על פי ששניהם סבלו בדיוק אותו נזק גוף.

ראובן ידע זאת מראש, ועל כן גם במשטר משפטי שבו בתי המשפט יקפידו על דרישת סטנדרטים זהים של זהירות בשני המקרים הוא עשוי לנהוג ברמת אביב ג בזהירות רבה מזו שבשכונת התקווה. הוא עשוי להיות נכון להשקיע יותר משאבים באמצעי זהירות, או לוותר על יותר טובים (כגון חיסכון בזמן נהיגה), בנהיגתו ברמת אביב ג, מאשר בנהיגתו בשכונת התקווה.<sup>543</sup>

את דוגמת רמת אביב ג ושכונת התקווה אפשר להסב על נקלה לדוגמת נהיגה ביישוב ערבי, לדוגמת נהיגה באזורים שם רבים יותר הזקנים, לדוגמת נהיגה במקום שם רבות יותר הנשים וכד'. מאחר שערכים, זקנים ונשים צפויים בממוצע להפסד השתכרות נמוך מזה שיהודים, צעירים וגברים, בהתאמה, צפויים לו, "כדאי" פחות להיזהר מפגיעה בהם, שכן מחיר פגיעה כזו הוא זול יחסית. דברים אלו נכונים בין שהמשטר המשפטי הוא של אחריות מוגברת ובין שהוא משטר משפטי של רשלנות.<sup>544</sup>

הקורא שורות אלו אולי יחשוב שמדובר בטיעון תאורטי שאין לו השלכות פרקטיות: ראשית, בני אדם אינם נוהגים ברכבם ומחשבים את המידה המדויקת של האחריות המשפטית שתוטל עליהם אם יגרמו לנזק. שנית, אפילו הם מביאים זאת בחשבון במקרים מסוימים, הם לא יעשו זאת כאשר הם מבוטחים. הדוגמה הבאה תמחיש שהבעיה שדוגמת רמת אביב ג ושכונת התקווה מעוררת אינה בעיה תאורטית גרידא.

543 במצב עולם שבו אין טעויות של המזיק או של בית המשפט בקביעת סטנדרט הזהירות, וכאשר סטנדרט הזהירות זהה לנוהגים ברכבם ברמת אביב ג ולנוהגים ברכבם בשכונת התקווה, והוא אף הסטנדרט היעיל, הנהוג ברמת אביב ג יקיים את סטנדרט הזהירות ולא יישא בפצוי כלשהו (וכך הרתעתו תהיה יעילה), ואילו הנהוג בשכונת התקווה לא יקיים את סטנדרט הזהירות ויעדיף לשאת בנזק (ובכך תיגרם לו הרתעת חסר). טעויות של המזיק ובתי המשפט בקביעת סטנדרט הזהירות יש בהן כדי לגרום לנוהג ברכבו ברמת אביב ג להרתעת יתר. ראו ביתר פירוט לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9. לדיון מפורט יותר בדוגמה אנלוגית לדוגמה של רמת אביב ג ושכונת התקווה ראו Porat, *Misalignments in Tort Law*, supra note 424, at 97–107.

544 כתיבה אקדמית חשובה מצביעה על הבעייתיות המתוארת בטקסט מזווית של צדק חלוקתי. ראו למשל: Richard L. Abel, *A Critique of Torts*, 37 UCLA L. REV. 785 (1990); Tsachi Keren-Paz, *Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?*, 4 THEORETICAL INQ. L. 275 (2003); Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. & JURIS. 91 (2003); Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998). כן ראו צחי קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקבי?)" *עיוני משפט* כח 299 (2004). לעומת זאת אני בוחן בעייתיות זו בעיקר מהיבטים של הרתעה אופטימלית ושל צדק מתקן.

דוגמה 2: מפעל הטקסטיל ומפעל ההיי טק. בבעלותה של אסתר מפעל טקסטיל ומפעל היי טק. בכל אחד מהמפעלים עובד מספר זהה של עובדים. הסיכונים שהעובדים חשופים להם בשני המפעלים זהים. עובד במפעל ההיי טק משתכר, בממוצע, פי חמישה מעובד במפעל הטקסטיל. אסתר מתלבטת אם להשקיע בכל אחד מן המפעלים מיליון שקלים באמצעי זהירות (בחישוב שנתי), אשר יפחיתו במידה ניכרת את הסיכונים שלהם יהיו חשופים העובדים. האם תחליט להשקיע באמצעי זהירות? ואם כן, האם תעשה זאת בשני המפעלים או רק באחד מהם?

קיימת אפשרות שאסתר לא תשקיע כלל באמצעי זהירות, וקיימת אפשרות שתשקיע באמצעי זהירות בשני המפעלים. אך האפשרות המעניינת יותר בהקשר שלנו היא שאסתר תשקיע באופן רציונלי באמצעי זהירות במפעל ההיי טק ולא תשקיע השקעה דומה במפעל הטקסטיל. אף כאן יש להניח שבית משפט לא יקבע שעל פי דיני הרשלנות אסתר מחויבת להשקיע באמצעי זהירות במפעל ההיי טק יותר מאשר במפעל הטקסטיל. עם זאת בין שהמטור המשפטי הוא של רשלנות ובין שהוא של אחריות מוגברת, התמריצים של אסתר להשקיע במניעת נזקים במפעל ההיי טק יהיו חזקים מאלה שבמפעל הטקסטיל. חיי העובדים במפעל ההיי טק ובריאיותם, כך מלמדים אותנו דיני הנזיקין הנוהגים, שווים מאלו של העובדים במפעל הטקסטיל.<sup>545</sup>

את אי-ההתאמה בגין הפסד ההשתכרות אפשר להסיר באחת משתי דרכים: לקבוע סטנדרט זהירות המתחשב בהפסד ההשתכרות של הניזוק (בניגוד למה שנעשה היום) ולפסוק פיצוי בגין הפסד ההשתכרות (כפי שנעשה היום), או לחלופין, לקבוע את סטנדרט הזהירות מבלי להתחשב בהפסד ההשתכרות של הניזוק (כפי שנעשה היום) ולפסוק פיצוי

545 התמריצים של אסתר להשקיע במפעל הטקסטיל עשויים להשתפר אם העובדים יהיו מודעים לגודל הסיכון שאליו הם חשופים בעת העבודה, ואם הם יעמדו על כך שמשכורתם תשקף סיכון זה. עם זאת גם במקרה זה אפשר שהעובדים במפעל הטקסטיל יסתפקו בפרמיית סיכון נמוכה שתתווסף למשכורתם, ואילו העובדים במפעל ההיי טק ידרשו פרמיה גבוהה בהרבה. באמצעות דוגמה 2 אפשר אף להמחיש מדוע הניתוח אינו משתנה אם אסתר ביטחה את אחריותה. בהנחה שיש תחרות בין חברות הביטוח, פרמיית הביטוח שתידרש אסתר לשלם בגין ביטוח האחריות תהיה רגישה להסתברות שתוטל עליה אחריות, ולהיקפה של אחריות זו. לפיכך ייתכן מאוד שחברת הביטוח המבטחת את אסתר תיאותר להפחית את פרמיית הביטוח ביותר ממיליון שקל אם תשקיע אסתר מיליון שקלים באמצעי זהירות במפעל ההיי טק, אך לא תהיה מוכנה להפחית את הפרמיות באופן דומה אם תשקיע אסתר באמצעי זהירות במפעל הטקסטיל בעלות דומה. ייתכן שהחלטתה של אסתר אם להשקיע באמצעי הזהירות תהיה תלויה, במידה רבה, במידה שבה תופחת פרמית הביטוח שאותה תידרש לשלם. אך ראו לעיל הערה 543.

שאינו תלוי בהפסד ההשתכרות (בניגוד למה שנעשה היום). הדרך השנייה היא הראויה, שכן היא מבוססת על ההנחה, הנכונה לדעתי, ששווי חיי בני אדם אינו משתנה לפי כושר השתכרותם.<sup>546</sup>

בפועל, על פי דיני הנזיקין הנוהגים, סטנדרט הזהירות עשוי להיות יעיל,<sup>547</sup> אך הפיצוי הוא כפי הנראה נמוך מדי (במקרה של בעלי השתכרות נמוכה) או גבוה מדי (במקרה של בעלי השתכרות גבוהה). לכן נגרמת התופעה של הרתעת חסר כשמדובר בקבוצה הראשונה, והרתעת יתר כשמדובר בקבוצה השנייה.<sup>548</sup> בנוסף, אי-ההתאמה עשויה להביא לתוצאות בעייתיות מנקודת מבט של צדק חלוקתי: עניים, שהפסד השתכרותם הצפוי ברגיל נמוך (וכן נשים, ערבים וזקנים) מוגנים על ידי דיני הנזיקין פחות מעשירים (וכן גברים, יהודים וצעירים).<sup>549</sup> אי-היעילות, ואף הבעייתיות שעולה מנקודת מבט חלוקתית, ייעלמו במקרה שבו המזיק אינו יכול לצפות מה תהיה רמת השתכרותו של הניזוק שבו הוא יפגע. במקרה כזה הוא יניח רמת השתכרות ממוצעת, ותימנע התופעה של נקיטת אמצעי זהירות שונים כלפי ניזוקים שונים לפי רמת השתכרותם: כל הניזוקים יהיו מוגנים באותה מידה (ואף ביעילות – אם סטנדרט הזהירות והפיצוי לניזוק הממוצע ייקבעו לפי הערך החברתי שיש לחייו ולבריאותו של אדם).

האם אפשר להסביר את אי-ההתאמה במקרה הפסד ההשתכרות, גם אם לא להצדיק אותה? נראה שכן, אך זאת רק אם מאומצת העמדה, שאיני מחזיק בה, ולפיה מנקודת מבט כלכלית שווי חיהם של בני אדם ובריאותם תלוי בשיעור ההשתכרות שלהם. אילו הייתה עמדה זו נכונה, הרי שעל פי הגישה הכלכלית היה צריך לקבוע הן את סטנדרט הזהירות והן

546 על הדרכים לתרגם סיכון לחיי אדם לכסף, ועל הטיעון שעושרו של אדם אינו צריך להשפיע על אופן הערכת השווי של חייו, ראו Porat & Tabbach, *supra* note 150.

547 לפחות במובן זה שסטנדרט הזהירות הוא אחיד ואינו משתנה לפי זהות הניזוקים. מובן שגם כאשר הוא אחיד הוא יכול להיות יעיל או לא יעיל.

548 גם אם סטנדרט הזהירות הוא יעיל, פיצוי חסר גורם להרתעת חסר, ופיצוי יתר עלול לגרום להרתעת יתר. ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9, ולעיל ה"ש 543. גם אם הפיצוי משתנה לפי רמת השתכרותו של הניזוק, לא נכון שהמזיק יתאים תמיד את אופן התנהגותו לרמת השתכרות זו גם אם הוא יודע אותה. למשל, אין לצפות שנהג יתאים את אופן נהיגתו בכל רחוב שבו הוא עובר לרמת ההשתכרות של תושביו, או שכל רופא יתאים את רמת הזהירות שלו להכנסתו של החולה שבו הוא מטפל. עם זאת לעתים התאמות כאלו אינן בלתי אפשריות. דוגמה 2 מציגה מקרה שבו יש להניח שבעלת המפעל, אסתר, תתאים את רמת אמצעי הזהירות שלה לרמת ההכנסה של עובדי המפעל. אף במקרה של הרופא והחולה אמצעי הזהירות נתפרים לעתים במיוחד בשביל החולה המסוים הניצב בפני הרופא, וקיים החשש שהכנסתו של החולה (או ביתר דיוק, הפסד הכנסתו, אם יינזק) תשפיע על התנהגות הרופא (או המוסד הרפואי שבו הוא מטופל).

549 לעיל ה"ש 544.

את הפיצוי לפי שיעור הפסד ההשתכרות. למשל, בדוגמה 1 סטנדרט הזהירות היה מחייב לנהוג רכב ברמת אביב ג בזהירות רבה יותר מאשר בשכונת התקווה, ובדוגמה 2 סטנדרט הזהירות היה מחייב להשקיע במפעל ההיי טק אמצעי זהירות רבים מאלה שבמפעל הטקסטיל. בנוסף, הפיצוי למי שהשתכרותו גבוהה היה בממוצע גבוה ממי שהשתכרותו נמוכה. אלא שעמדה זו הייתה נתקלת בהתנגדות עזה משיקולים של צדק חלוקתי, מכיוון שהיא הייתה צפויה להביא לפגיעות תכופות יותר באלו שהכנסתם נמוכה – בין היתר נשים, ערבים וזקנים – מאשר באלו שהכנסתם גבוהה. פתרון ביניים, מעין פשרה בין העמדה הכלכלית האמורה (שכאמור איני חושב שהיא נכונה) לבין העמדה של הצדק החלוקתי הדוגלת בשוויון בהגנה על כל הניזוקים באשר הם, יכולה להיות שסטנדרט הזהירות שייקבע יהיה אחד לכולם, אך הפיצוי יהיה שונה, לפי הפסד ההשתכרות. בדרך זו, שאומצה כאמור על ידי דיני הניזוקין הנוהגים, אלה שהשתכרותם גבוהה מוגנים יותר מאלו שהשתכרותם נמוכה, אך הפער במידת ההגנה בין שני סוגי הניזוקים האמורים אינו רב כפי שהיה, אם גם סטנדרט הזהירות וגם הפיצוי היו משתנים לפי הפסד ההשתכרות.

### 3. הוכחת קשר סיבתי

במקרים שבהם קיים קושי אינהרנטי בהוכחת הקשר הסיבתי עלולה להיווצר אי-התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי. כפי שראינו בפרקים קודמים של הספר, קיימים מקרים שבהם הניזוק יכול להוכיח שהמזיק התרשל, אך אינו יכול להוכיח על פי עודף הסתברויות שהתרשלות זו גרמה לנזק. אי-יכולת זו עשויה להיות שיטתית ולחזור על עצמה פעמים רבות. כשאלה הם פני הדברים, סטנדרט הזהירות נקבע באופן יעיל, אך הפיצוי עלול להיות נמוך מדי או גבוה מדי. הדוגמה הבאה, שנדונה בפרק קודם של חלק זה,<sup>550</sup> ממחישה סוג כזה של מקרים.

דוגמה 3: פגיעה בסיכויי החלמה. משה הוא רופא אשר טיפל באהרון ברשלנות. עובר לטיפול סיכויי ההחלמה של אהרון היו 20%. לאחר הטיפול הרשלני ובעטיו ירדו סיכויי ההחלמה לאפס, ואהרון לא החלים. אי אפשר לדעת אם אי-החלמתו נגרמה בגלל רשלנותו של משה או בלא כל קשר לכך.

נניח שדוגמה 3 אירעה במחלקה בבית החולים שלחולים המאושפזים בה סיכויי החלמה נמוכים. במקרה הקיצוני סיכויי ההחלמה של כל החולים במחלקה פחותים מ-50%. סטנדרט הזהירות במחלקה כזו ייקבע לפי תוחלת הנזק, אך אם הרופאים יפרו את סטנדרט

550 לעיל פרק 3, סעיף 2.

הזהירות הם לעולם לא יישאו באחריות נזיקת כלשהי. כך, אם אפשר לשער שסיכויי ההחלמה של חולים במצב דומה לשל אהרון הם 20%, והנזק במקרה של אי-החלמה הוא למשל 10, סטנדרט הזהירות ייקבע לפי תוחלת הנזק, דהיינו 2. משמעות הדבר היא שמה, ורופאים אחרים במצבו, יידרשו לנקוט אמצעי זהירות שעלותם עד כדי 2 כדי למנוע את הנזק, אך אם יפרו את סטנדרט הזהירות והחולה לא יחלים, הם לא יישאו באחריות נזיקת כלשהי. דרך לתקן את אי-ההתאמה היא להטיל על רופאים, במצבים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי נמוכה באופן שיטתי, אחריות הסתברותית. אחריות הסתברותית, כפי שראינו, תשפר את הרעתם של רופאים במצבים כאלה אם כי כנראה לא תעלה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן.<sup>551</sup>

אי-ההתאמה בין סטנדרט הזהירות לפיצי תיווצר אף במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי גבוהה באופן שיטתי מ-50%, שאז סטנדרט הזהירות ייקבע גם כאן על פי תוחלת הנזק, אך הפיצי יהיה גבוה מדי. פיצי גבוה מדי, כפי שהסברתי בפרק קודם, אינו חמור במצבים אלו כמו פיצי נמוך מדי, אך קיים סיכון שפיצי גבוה מדי ייצור הרעתת יתר.<sup>552</sup> אחריות הסתברותית יכולה להיות אף כאן פתרון הולם אם כי הניסיון מלמד שבתי המשפט הפוסקים פיצי הסתברותי נוטים לעשות זאת כמעט רק במקרים שבהם הסתברות הקשר הסיבתי נמוכה מ-50%, אך לא גבוהה מ-50%.<sup>553</sup>

#### 4. קיזוז סיכונים

טיעון קיזוז הסיכונים שנדון בהרחבה בפרק קודם חושף גם כן סטייה מעקרון ההתאמה, אשר מביאה להרתעת יתר. הדוגמה הבאה שעליו התבסס הדיון בפרק הקודם היא זו:

**דוגמה 4: בחירה בין שתי דרכי פעולה.** רופא נדרש לבחור בין שתי דרכי פעולה לטיפול בחולה: דרך א או דרך ב. כל ההבדל בין שתי דרכי הפעולה הוא שהראשונה מסוכנת פחות מהשנייה: סיכוייה של דרך א הם 400 (סיכון של 5% לנזק של 8,000), ואילו סיכוייה של דרך ב הם 500 (סיכון של 5% לנזק של 10,000). הרופא בוחר בדרך ב, ולחולה נגרם נזק של 10,000.

בשיטת המשפט הנוהג ייקבע סטנדרט הזהירות בהתחשב בכל הסיכונים והסיכויים של שתי דרכי הפעולה. לפיכך הרופא יידרש לנקוט את דרך א אלא אם עלות ביצועה של דרך א עולה על עלות ביצועה של דרך ב ב-100 לפחות. בדומה לכך, אם עלות דרכי הפעולה זהות,

551 לעיל פרק 3, סעיפים 2.א. ו-2.ב.

552 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 9.

553 לעיל פרק 3, סעיף 2.

הרופא יידרש להשקיע לא יותר מ-50 בבחירה בין שתי דרכי הפעולה.<sup>554</sup> עם זאת אם ימצא בית המשפט שהרופא התרשל בכך שבחר בדרך ב, הוא יטיל על הרופא אחריות של 10,000. לפיכך תוחלת אחריותו של הרופא שבחר ברשלנות בדרך ב תהיה 500 ( $5\% \times 10,000$ ). כך, סטנדרט הזהירות ייקבע באופן יעיל בהתחשב בתוחלת הנזק של בחירתו של הרופא, המורכבת מן ההפרש שבין תוחלות הנזק של שתי דרכי הפעולה (שהוא 100), אך הפיצוי ייקבע לפי הנזק בפועל, מבלי שבית המשפט יביא בחשבון שהבחירה של הרופא, אפילו הייתה רשלנית, לא רק הגדילה סיכונים אלא גם הפחיתה סיכונים. מכאן שתיווצר אי-התאמה בין סטנדרט הזהירות לפיצוי, ותיווצר הרתעת יתר: אמנם סטנדרט הזהירות ייקבע בדיוק על פי הסיכון לנזק החברתי שיצר הרופא בבחירתו הרשלנית, אך הרופא יישא בפיצוי שאינו משקף נזק זה אלא נזק רב הרבה יותר.

קבלת טיעון קיזוז הסיכונים תיצור התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי: סטנדרט הזהירות ייקבע בדוגמה 4 לפי תוחלת נזק של 100, כפי שהדבר נעשה גם היום, והרופא יהיה אחראי לפיצוי על סך 2,000 (ולא 10,000), וכך תוחלת האחריות שלו בשל בחירתו הרשלנית תהיה אף היא בדיוק 100 ( $5\% \times 2,000$ ).<sup>555</sup> עם זאת, דחייתו של טעון קיזוז הסיכונים תעלה כנראה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן.

## 5. סיכונים עוולתיים

טיעון הסיכונים העוולתיים שנדון בפרק נפרד<sup>556</sup> מצביע על הפרה שיטתית של עקרון ההתאמה. הדוגמה הבאה, שנדונה בהרחבה בפרק קודם,<sup>557</sup> תמחיש את הדברים.

דוגמה 5: התממשות סיכון "רגיל". רופא מיילד בלידה טבעית, ולעובר נגרם נזק בשל חסימת חבל הטבור, שהיה נמנע לו יולד בלידה קיסרית. הרופא צריך היה לצפות שמשקל העובר רב, ובשל כך ליילד בלידה קיסרית. הנזק כתוצאה מחסימת חבל הטבור, אינו קשור למשקל העובר, ולא היתה כל אינדיקציה מקדימה שהעובר עומד בפני סיכון מיוחד כזה (אם כי סיכון של חסימת חבל הטבור קיים, כסיכון רגיל, בכל לידה טבעית).

554 50 ולא 100, שכן גם בחירה רנדומלית תביא לבחירה נכונה ב-50% מן המקרים. לעיל פרק 10, סעיף 4.ב.

555 לעיל פרק 10, סעיף 1.

556 לעיל פרק 8.

557 לעיל פרק 8, סעיף 2.

בתי משפט נוטים במקרים מעין אלו לא להטיל אחריות על הרופא, מכיוון שלכאורה אין קשר סיבתי משפטי בין רשלנות הרופא לבין הנזק: הסיכון של חסימת חבל הטבור שהתממש (סיכון רגיל), כך מנמקים לעתים בתי המשפט, אינו הסיכון אשר הגדיר את התנהגותו של הרופא רשלנית, ועל כן לא קמה בגינו אחריות.<sup>558</sup> הנמקה זו של בתי המשפט יוצרת אי-התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי. סטנדרט הזהירות נקבע, או לפחות כך אפשר לשער ולקוות, על פי כל הסיכונים הצפויים לעובר – סיכונים רגילים וסיכונים חריגים כאחד – ואילו פיצוי נפסק רק בגין התממשותו של סיכון חריג. כך סטנדרט הזהירות נקבע בייעילות, ואילו הפיצוי שנפסק נמוך מדי. כפי שהדגמתי, עקב כך עלולה להיווצר הרתעת חסר, שכן המזיק אינו נושא במלוא הנזקים שגרם.<sup>559</sup> זאת ועוד, אף עקרונות הצדק המתקן מחייבים הטלת אחריות על המזיק בגין סיכונים רגילים, שכן גם הסיכונים הרגילים, ולא רק הסיכונים החריגים, הגדירו את התנהגותו של המזיק כעוולתית.<sup>560</sup>

## 6. סיכנון העצמי של המזיק

הדוגמה הבאה, שנדונה גם היא בהרחבה בחלקו הקודם של הספר,<sup>561</sup> ממחישה סוג מיוחד של אי-התאמה, שונה מקודמותיה: המזיק נדרש לשאת בכל הנזקים שהתנהגותו גרמה, ואילו סטנדרט הזהירות נקבע רק לפי חלק מן הסיכונים, אך לא לכולם.

דוגמה 6. הנהג ברכב וסיכנון העצמי. אדם נוהג ברכבו במהירות של 70 קמ"ש ופוגע ברכב אחר. אילו נהג במהירות של 50 קמ"ש היה מספיק לבלום את רכבו מבעוד מועד והנזק היה נמנע. השוואת הסיכון שהיה מופחת לאחרים אילו הייתה המהירות 50 קמ"ש לעלות המניעה (בזבוז זמן בגלל הנסיעה האטית יותר) מלמדת שהנהג לא התרשל. השוואת הסיכון שהיה מופחת לכולם – לאחרים ולנהג גם יחד – אילו הייתה המהירות 50 קמ"ש, עם עלות המניעה, מלמדת שהנהג התרשל.

כדי לספק למזיק תמריצי התנהגות יעילים, יש לקבוע את סטנדרט הזהירות בהתחשב בכל הסיכונים שהתנהגותו יוצרת: לו ולאחרים. למשל, אם הסיכון שהיה מופחת לאחרים הוא 75, הסיכון שהיה מופחת לנהג הוא 75, ועלות הפחתת הסיכון היא 100, הפחתה זו

558 עניין פלונית, לעיל ה"ש 427, ודיון לעיל פרק 8, סעיף 2. לעומת זאת ראו עניין בית החולים האנגלי, לעיל ה"ש 425, ודיון לעיל פרק 8, סעיף 9.ג.  
559 לעיל פרק 8, סעיף 1.  
560 לעיל פרק 8, סעיף 7.  
561 לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף 4.



יעילה. אך אם סטנדרט הזהירות ייקבע רק בהתייחס להפחתת הסיכון לאחרים (75), יקבע בית המשפט שהנהג לא התרשל וישחרר אותו מכל אחריות. הנהג, בצפותו זאת מראש, לא ינקוט אמצעי זהירות שעלותם 100, שכן אם לא ינקוט אותם יהא עליו לשאת בסיכונו העצמי (75) בלבד, וסיכון זה נמוך מעלות המניעה. הסיכון לאחרים (75) לא יעניין את הנהג, שכן בית המשפט כאמור ימצא שהוא לא התרשל, ולא יטיל עליו אחריות נזיקית כלשהי.

בפועל בתי משפט בעולם נוהגים בשיטתיות לקבוע את סטנדרט הזהירות במקרים המיוצגים על ידי דוגמה 6 תוך התעלמות מסיכונו העצמי של המזיק. בכך הם יוצרים אי-התאמה ומביאים לאי-יעילות. כאמור, אי-התאמה זו, הנובעת מהתעלמות מסיכונו העצמי של המזיק, היא מסוג שונה מכל אי-ההתאמות שנדונו עד כה. בכל המקרים האחרים סטנדרט הזהירות נקבע ביעילות, בהתייחס לכל הסיכונים הצפויים, ואילו הפיצוי נקבע נמוך מדי או גבוה מדי. לעומת זאת במקרה הנדון כאן אי-ההתאמה וכן אי-היעילות נוגעות לקביעתו של סטנדרט הזהירות דווקא ולא לגובה הפיצוי. אם המזיק נמצא רשלן, הוא מפצה את הניזוק בגין נזקיו, נושא באחריות לנזקיו שלו, ובכך מפנים במלואם את הנזקים שנגרמו בגלל רשלנותו. אלא שהבעיה היא שסטנדרט הזהירות מוגדר תוך התייחסות לחלק מן הסיכונים בלבד: סיכונים לאחרים ולא סיכונו העצמי של המזיק. אי-ההתאמה תוסר, ותמריצי ההתנהגות של המזיק יהיו יעילים, אם בתי המשפט יקבעו את סטנדרט הזהירות על פי כל הסיכונים, לאחרים ולמזיק כאחד, כפי שעשה בית המשפט העליון שלנו, וכפי שממליץ לעשות הריסטייטמנט האמריקאי של דיני נזיקין.<sup>562</sup>

## 7. הערכתן של אי-התאמות

בכל חמשת המקרים שנדונו – הפסד השתכרות, הוכחת קשר סיבתי, קיזוז סיכונים, סיכונים עולתיים וסיכונו העצמי של המזיק – קיימת במשפט הנוהג אי-התאמה בין סטנדרט הזהירות לפיצוי, ונגרמת אי-יעילות.<sup>563</sup> בארבעת המקרים הראשונים סטנדרט הזהירות נקבע בהתחשב בכל הסיכונים הצפויים, אך הפיצוי שנפסק נמוך מדי (הרתעת חסר) או גבוה מדי (הרתעת יתר). הוא נמוך מדי (הרתעת חסר) בחלק ממקרי הפסד ההשתכרות (פיצוי לכאלו שהשתכרותם נמוכה מן הממוצע), בחלק ממקרי הוכחת הקשר הסיבתי (השתכרות שיטתית של 50% או פחות) ובמקרה הסיכונים העולתיים. הוא גבוה מדי (הרתעת יתר)

562 ראו לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף ג.4.

563 אך בית המשפט העליון בארץ היה ער לכך, לפחות במקרה הסיכון העצמי (לעיל חלק ב, פרק 1, סעיף ג.4) וגם במידה מסוימת במקרה הסיכונים העולתיים (לעיל פרק 8, סעיף ג.9). ובמקרה הוכחת הקשר הסיבתי (לעיל פרק 3, סעיפים ג.2 ו-ד.2).

חלק שלישי : סיבתיות

בחלק ממקרי הפסד ההשתכרות (פיצוי לכאלו שהשתכרותם גבוהה מן הממוצע), בחלק ממקרי הוכחת הקשר הסיבתי (הסתברות שיטתית גבוהה מ־50%) ובמקרה קיזוז סיכונים. במקרה החמישי והאחרון – סיכונן העצמי של המזיק – הפיצוי נקבע בייעילות, אלא שסטנדרט הזהירות דווקא נקבע נמוך מדי, ולכן נגרמת הרתעת חסר. הטבלה הבאה מסכמת את חמשת מקרי אי־ההתאמה.

יעילות	פיצוי	סטנדרט הזהירות	
הרתעת חסר	נמוך מדי	יעיל	הפסד השתכרות – השתכרות נמוכה
הרתעת יתר	גבוה מדי	יעיל	הפסד השתכרות – השתכרות גבוהה
הרתעת חסר	נמוך מדי	יעיל	הוכחת סיבתיות – הסתברות 50% ומטה
הרתעת יתר	גבוה מדי	יעיל	הוכחת סיבתיות – הסתברות למעלה מ־50%
הרתעת יתר	גבוה מדי	יעיל	קיזוז סיכונים
הרתעת חסר	נמוך מדי	יעיל	הסיכונים העוולתיים
הרתעת חסר	יעיל	נמוך מדי	סיכונן העצמי של המזיק

כדי שדיני הרשלנות יספקו תמריצי התנהגות יעילים, יש לקבוע את סטנדרט הזהירות בדרך כלל<sup>564</sup> לפי כל הסיכונים הצפויים שיצר המזיק (תוך מתן משקל ראוי לקיזוז סיכונים), והפיצוי הנזיקי צריך להיפסק בדרך כלל<sup>565</sup> בגין כל הנזקים הצפויים שהתממשו מן הסיכונים האמורים (אני מתעלם, לצורך פשטות הדיון, ממקרים שבהם התנהגות הנזוק יש בה כדי להצדיק את הפחתתו של הפיצוי). שאם לא כן, נוצרת אי־התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי, ואי־התאמה זו צריכה לעורר חשד שדיני הנזיקין אינם יעילים. חשוב להדגיש: קיומה של התאמה אינה אומרת שדיני הנזיקין בהכרח יעילים. אדרבה, המקרה החמור ביותר, מנקודת מבט של יעילות, הוא שבעת קביעת סטנדרט הזהירות מיעוט מן הסיכונים מובא בחשבון, והפיצוי נפסק רק בגין מיעוט סיכונים אלו. במקרה אחרון זה

564 כפוף לשיקולי מדיניות: לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.

565 כפוף לשיקולי מדיניות: לעיל חלק ב, פרק 2, סעיף 2.

פרק 11 : ההתאמה בין סטנדרט הזהירות לבין היקף האחריות

עשויה להתקיים התאמה בין סטנדרט הזהירות לבין הפיצוי, אלא שהתאמה זו תהיה בלתי יעילה. בדומה לכך, ייתכנו מקרים של אי-התאמה, אשר יהיה אפשר להצדיקם משיקולים של יעילות.<sup>566</sup>

בכל מקרי אי-ההתאמה שנדונו בפרק זה, אי-ההתאמה העידה על אי-יעילות בדוקטרינה הנזיקית. אולם, כפי שהראיתי,<sup>567</sup> לעתים אפשר להסביר אי-התאמה בפשרה שהמשפט עושה בין המטרות השונות שבבסיס דיני הנזיקין.

566 למשל, ששיקולי מדיניות מצדיקים אי-פסיקת פיצוי בגין נזק שהוכחתו כרוכה בעלויות התדיינות גבוהות, כגון נזק לא ממוני טהור (לעיל חלק ב, פרק 7, סעיף 1.1.ב.), אך אין סיבה שבית המשפט לא יביא נזק זה בחשבון בעת קביעת סטנדרט הזהירות.

567 מקרה הפסד ההשתכרות, לעיל סעיף 2.

# מפתחות



## מפתח חקיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### חקיקה ישראלית

#### חקיקה ראשית

##### א

419	[חוק ה]אחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980	
(477)483		3(א)(1)
(477)483 ,(291)419		3(א)(2)
(29)39		4
(478)484 ,(473)479 ,(289)419		4(א)(2)
(295)420		6(ב)

[חוק] איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965

(94)347	א7
---------	----

271	חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953
-----	--------------------------------------

##### ב

	[חוק] הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995	
194		80(2)
195		287
(319)195		287(1)
(319)195		287(3)
(319)195		287(5)
194		289
194		287-295

[חוק] ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994

(274)414 ,412	22
---------------	----

243	[חוק ה]בנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981	
(484)243		3-4
(486)243		5
(487)244		7
(494)244 ,(488)244		15

##### ה

(494)244	[חוק ל]הגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005
----------	---

נזיקין

272	[חוק] הגנת הצרכן, התשמ"א-1981	
(529)255	[חוק] המחאת חיובים, התשכ"ט-1969	1
243	[חוק] הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995	11
(485)243		14
(492)244		15
(493)244		
(534)256	[חוק] הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957	19
(479)485	[חוק ה]התיישנות, התשי"ח-1958	10
(68)113	ז [חוק] זכויות החולה, התשנ"ו-1996	17
(686)300		18-17
(708)308 ,(111)127		
(353)438	ח [חוק ה]חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971	7-6
(536)259		13
(340)199	[חוק ה]חוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973	7
(520)252 ,245		12
(450)232		(א)12
(450)232		(ב)12
(354)438		(א)14
(528)255		38-34
(530)255		52
(305)191	י [חוק] יסודות המשפט, התש"ם-1980	
(314)193	כ [חוק ה]כשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962	14
(314)193 ,(248)170		22

מפתח חקיקה

		ל
191,186,(247)170	[חוק] לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998	1
191		1
(247)170		1(ב)
192		4
		מ
	[חוק ל]מניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998	3
434		
	[חוק ל]מניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992	2
(46)45		
(212)392,(356)203	[חוק] משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950	
		נ
202,201	[חוק לתיקון דיני ה]נזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952	
202		2
202		3
202		5
(355)203		א5
(354)203		ב5
(354)203		ג5
(358)203,203		7-5
203		7-6
(358)203,203		ב7
(212)392		ב7-6
(359)204,204		8
(357)203,(355)203	[חוק ה]נזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 3), התשמ"ט-1989	
(353)202	[חוק ה]נזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002	
(354)203	[חוק ה]נזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005	
(353)203	[חוק ה]נזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012	
	[פקודת ה]נזיקין [נוסח חדש]	
(664)293		1
(417)457,(343)435,(214)158		4
(671)294		5
(349)201,(348)201		7
(350)202,201		7א(א)
201		7א(ב)



ניקיון

(350)202	ב7-77
(254)173 ,(206)156	8
(418)457	(א)9
(175)379	11
202 ,(101)69	13
202	14
(68)113 ,(61)111	23
(61)111	(א)23
(79)116 ,(62)112	24
(666)293	(1)24
(70)113	25
(64)112	26
(79)115 ,(71)114	29
113	31
(331)198 ,(11)91	35
(331)198	36
(1)89	36-35
(331)198 ,(221)160 ,(192)152	37
290 ,(652)289 ,289 ,288 ,(637)287 ,287 ,286	38
292 ,(659)291 ,(657)291 ,291 ,290	39
295 ,293 ,292	40
,284-282 ,280 ,(603)279 ,278 ,(598)277 ,277 ,276	41
313 ,(635)286 ,286 ,285 ,(628)284	
293	א41
(666)293 ,293	ב41
(672)295 ,293	ג41
321	41-38
(686)300	44
(54)49	ב48
232	56
254	(א)62
(534)257 ,(526)254	(ב)62
(423)460 ,(686)300 ,192 ,(73)114	63
(417)457 ,448 ,443 ,(301)422 ,321 ,(101)123	64
457 ,456	(1)64
457 ,448 ,443	(2)64
457	(3)64
(101)122	65
(301)422 ,(101)122	66
(420)457 ,(163)375 ,(671)294	68
444 ,443	(1)76
(44)326	78
(427)224	80-78
(165)375	83

מפתח חקיקה

294 ,293	סימן ד' 17
293	[חוק לתיקון פקודת ה[נזיקין (מס' 7), התשנ"ב-1992
(70)113	[חוק לתיקון פקודת ה[נזיקין (מס' 10), התשס"ה-2005
(274)414 ,412 ,194	[חוק לתיקון דיני ה[נזיקין האזרחיים (הטבת נזקי-גוף), התשכ"ד-1964
(278)415	2
(277)415	4
237	[חוק] ניירות ערך, התשכ"ח-1968
(469)237	33-31
(212)392 ,(356)203	[חוק ה[נכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959 [נוסח משולב]
	[פקודת] נציבות בתי הסוהר
(463)476 ,476	ח(5)
	<b>ע</b>
115	[חוק] עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979
192 ,117 ,(77)115 ,115	5
193	(א)5
	<b>פ</b>
392 ,(679)299	[חוק ל]פיצוי נפגעי גזת, התשנ"ד-1994
(417)457 ,265 ,(28)96 ,(60)53	[חוק] פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975
(539)260	4(א)3
(399)213	12
(358)203	22
(399)213	[חוק] פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 9), התשנ"ג-1993
	[חוק ה]פיקוח על שירותים פיננסיים (עיסוק ביעוץ ובשיווק פנסיוני), התשס"ה-2005
(486)243	14
	[חוק ה]פרשנות, התשמ"א-1981
(309)192	4
	<b>ר</b>
	[חוק ה]רשות הארצית לכבאות והצלה, התשע"ב-2012
(313)193	4(א)

נזיקין

		ת
	[חוק] תגמול לחייל הנפגע בהצלת חיי הזולת, התשכ"ה-1965	2
195		
	[פקודת ה]תעבורה [נוסח חדש]	
193		א64
(311)193		(א)א64
(311)193		(ה)א64
<b>חקיקת משנה</b>		
(486)243	[כללי ה]בנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992	
	[כללי ה]בנקאות (שירות ללקוח) (ייעוץ להשקעות), התשמ"ו-1986	
(492)244		2
(493)244		3
	[תקנות] סדר הדין הפלילי (פגישת עצור עם עורך דין), התשמ"ב-1981	
(464)476 ,476		(ב)3
	[תקנות] פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), התשל"ו-	
(539)260 ,(152)84		1976
	[תקנות ה]תעבורה, התשכ"א-1961	
(324)196		70
(312)193 ,193		146
(511)250		(א)285
<b>הצעות חוק</b>		
(671)294 ,(667)293	הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 7), התשנ"ב-1992	
<b>חקיקה זרה</b>		
Animals Act 1971		295(673)
Compensation Act 2006		31(185)
3		

## מפתח שונות

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

(494)244	דוח הצוות הבין-משרדי לעניין רפורמה בשוק ההון (2004)	
(481)242	דוח ועדת החקירה לעניין ויסות מניות הבנקים (1986)	
(214)392, (213)392	ועדת החקירה בעניין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על כריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום דין וחשבון (2003)	
	CRS Report for Congress, Tobacco Master Settlement Agreement (1998): Overview, Implementation by States, and Congressional Issues (1999)	406(246)
	RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS 2D (1965) 433B	381(184)
	RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1979) 90	252(519)
	RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL & EMOTIONAL HARM (2010)	106, 128
	3	98(32), 106(51)
	7	154(198), 445(382)
	9	122(101)
	10	131(125)
	11	132(127)
	11(a)	134(134)
	11(b)	132(130)
	11(c)	133(132)
	12	129(116), 129(118)
	13(a)	136(140)
	13(b)	137(145)
	14	464(431)
	17	276(595)
	20	287(638)
	22–23	295(673)
	26	366(138)
	27	322(32)
	28	372(153), 384(197), 398(231), 402(238)
	28(b)	381(184), 426(314)
	29	443(369), 444(378), 445(382), 445(382), 459(422)

ניקיון

30	329(55)
32	195(320)
RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCT LIABILITY (1998)	
2	483(477), 484(478)

## מפתח פסיקה

(ההפניה היא לעמוד ולהערת השוליים (בסוגריים))

### פסיקה ישראלית

פסקי דין של בית המשפט העליון (לפי שמות הצדדים)

א

א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ, ע"א 550/66, פ"ד כב(1) 240 (1968) (501)247  
אבו שארב נ' משרד הבריאות, ע"א 10344/05 (פורסם בנבו, 18.1.2009) (308)425  
אבנרי נ' שפירא, ע"א 214/89, פ"ד מג(3) 840 (1989) (58)332, (55)49  
אגבריה נ' המאירי, ע"א 704/71, פ"ד כו(1) 743 (1972) (338)199, (325)196  
(455)474, 474, (394)449, (513)250  
אדרי נ' חסקל, ע"א 632/88, פ"ד מז(5) 333 (1993) (659)291, (657)291  
אדרי נ' עזיזיאן, ע"א 22/75, פ"ד ל(1) 701 (1976) (230)398, (175)379  
אוחנה נ' אברהם, ע"א 796/80, פ"ד לז(4) 337 (1983) (276)180, (269)178  
איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מנהל עיזבון המנוחה חיה אופלגר ז"ל,  
ע"א 8068/01, פ"ד נט(2) 349 (2004) (515)250, (483)243  
אכרס נ' קלמן, ע"א 380/74, פ"ד ל(1) 611 (1975) (320)195, (245)169  
אלחורטי נ' מדינת ישראל, ע"פ 5386/05 (פורסם בנבו, 18.5.2006) (719)311  
אלטורי נ' מ.י., ע"א 470/87, פ"ד מז(4) 146 (1993) (274)179  
אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, רע"א 444/87,  
פ"ד מד(3) 397 (1990) (213)158, (175)145, (146)83  
(560)267, 267, (555)266–(551)265, 265, (217)159  
אמזלג נ' סולל בונה בע"מ, ע"א 750/70, פ"ד כו(1) 7 (1971) (416)457  
אמין נ' אמין, ע"א 2034/98, פ"ד נג(5) 69 (1999) (314)193, (248)170, (2)23  
אסור נ' רשות הניקוז קישון, רע"א 11419/04 (פורסם בנבו, 13.3.2008) (240)402  
ארוגי נ' פינק ובניו בע"מ, ע"א 496/72, פ"ד כז(2) 547 (1973) (200)385, (174)379  
אשכנזי נ' קופת חולים כללית, ע"א 2886/05 (פורסם בנבו, 8.11.2010) (711)309  
אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שורץ, ע"א 44/76, פ"ד ל(3) 785 (1976) (53)49, (52)49, 49

ב

בוסקילה נ' מ.י., ע"א 337/81, פ"ד לח(3) 337 (1984) (383)208, (260)174, (257)173  
בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול, דנ"א 4693/05 (פורסם בנבו, 29.8.2010) (31)97, (16)34  
(707)308, 354, (103)354, (109)357, (112)360, (115)360  
(116)360, (118)360–(121)360, (124)362–(128)363  
410, (153)372, (136)365, (134)364  
בית החולים הכללי משגב לדרך ירושלים (בפירוק זמני) נ' דבאש, ע"א 8549/00,  
פ"ד נו(3) 844 (2002) (709)308  
בית חולים כרמל חיפה נ' מלול, ע"א 7375/02, פ"ד ס(1) 11 (2005) (113)360  
(167)375, (114)360  
בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, ע"א 22/82, פ"ד מג(1) 441 (1989) (520)252

נזיקין

בלגה נ' עזבון טפט, ע"א 753/75, פ"ד לב(1) 757 (1978) (299)422  
 בן שמעון נ' ברדה, ע"א 576/81, פ"ד לח(3) 1 (1984) (381)445–(379)444, (66)112  
 456–454, (406)452, (404)452, 452, (400)450, 450, (394)449  
 בנגר נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, ע"א 6330/96, פ"ד נב(1) 145 (1998) (242)169  
 בנישתי נ' ששון, ע"א 430/79, פ"ד לה(2) 400 (1981) (547)263  
 בן-צבי נ' היס, ע"א 4576/08 (פורסם בנבו, 7.7.2011) (565)269, 271, (579)271, 273  
 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' לה כודיאר בע"מ, ע"א 168/86, פ"ד מב(3) 77 (1988) (490)244  
 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' סוראקי, ע"א 195/85, פ"ד מב(4) 811 (1989) (489)244  
 בנק ברקליס דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן, דנ"א 1740/91, פ"ד מז(5) 31 (1993) 247  
 249, (507)249–(503)247  
 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, ע"א 3352/07 (פורסם בנבו, 7.12.2009) (483)243  
 בנק צפון אמריקה בע"מ נ' רכטשפר, ע"א 748/88, פ"ד מה(4) 696 (1991) (502)247  
 בר חי נ' שטיינר, ע"א 67/66, פ"ד כ(3) 230 (1966) (68)113  
 ברדריאן נ' מ.י., ע"פ 418/77, פ"ד לב(3) 3 (1978) (30)321  
 בריגה נ' מוסטפה, ע"א 335/80, פ"ד לו(3) 32 (1982) (461)475, 475  
 ברמן נ' מור – המכון למידע רפואי בע"מ, ע"א 434/94, פ"ד נא(4) 205 (1997) (161)141  
 ברנשטיין נ' עטיה, ע"א 2245/91, פ"ד מט(3) 709 (1995) (106)354  
 ברששת נ' האשאש, ע"א 237/80, פ"ד לו(1) 281 (1981) (159)374, (98)352, (97)350

ג

גבאי נ' מ.י., ע"א 69/64, פ"ד יח(4) 582 (1964) (131)132, 132, (120)74  
 גברעם נ' יורשי המנוח שלום מנג'ם, ע"א 110/86, פ"ד מב(2) 193 (1988) (43)326, (35)323  
 גדולי החולה בע"מ נ' מחרוז, ע"א 491/73, פ"ד כט(2) 32 (1975) (277)180  
 גולדמן נ' מיכאלי, ע"א 348/79, פ"ד לה(4) 31 (1981) (547)263, (529)255, (528)255  
 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, ע"א 252/86, פ"ד מה(4) 45 (1991) (337)432  
 גולן נ' עזבון המנוח דר מנחם אלברט ז"ל, ע"א 8279/02, פ"ד סב(1) 330 (2006) (707)308  
 גיאור נ' זנדר, ע"א 733/77, פ"ד לד(3) 533 (1980) (665)293, 293  
 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, ע"א 2509/98, פ"ד נד(2) 38 (2000) (169)375  
 גינוסר נ' דחאברה, ע"א 304/68, פ"ד כג(1) 366 (1969) (220)394  
 (256)409, (230)398, (224)396  
 גנור נ' מ.י., ע"א 645/77, פ"ד לד(1) 766 (1979) (660)292, 292  
 גרובנר נ' עיריית חיפה, ע"א 343/74, פ"ד לו(1) 141 (1975) (36)99, 99, (31)97, (16)34  
 (388)209, 209, (376)207, (256)173, (212)158  
 גרניט הנדסה לתעשייה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, ע"א 4842/05 (פורסם בנבו, 12.8.2007) (499)246, (498)246

ד

ד'אהר נ' סרן יואב, ע"א 361/00, פ"ד נט(4) 310 (2005) (231)398, (712)309, 309  
 דדון נ' אטיאס, ע"א 667/77, פ"ד לב(2) 169 (1978) (351)202  
 דוביצקי נ' שפירא, רע"א 1700/10 (פורסם בנבו, 20.5.2010) (31)97, (16)34  
 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, ע"א 2781/93, פ"ד נג(4) 526 (1999) (68)113  
 (169)375, 273, 272, 270, (565)269, 269, (564)268, (561)268, 268

מפתח פסיקה

ה  
היינוביץ' נ' גלעד, ע"א 2725/91, פ"ד מה(3) 92 (1994)  
המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון נ' פלוני, ע"א 7995/02  
(פורסם בנבו, 25.9.2007)  
(262)175  
המר נ' עמית, ע"א 1326/07 (פורסם בנבו, 28.5.2012)  
(101)122  
המרכז הרפואי סורוקה נ' כהן, ע"א 7705/98, פ"ד נה(5) 913 (2001)  
(42)101  
המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, ע"א 7469/03 (פורסם בנבו, 17.4.2005)  
(709)308  
הספר נ' יגל, ע"א 1535/09 (פורסם בנבו, 22.11.2010)  
(106)354  
הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד, ע"א 6649/96, פ"ד נג(3) 529 (1999)  
(161)141  
הסתדרות מדיצינית הדסה נ' פלוני, ע"א 8799/08 (פורסם בנבו, 21.3.2011)  
(412)454  
(471)478

ו  
ואתורני נ' בית החולים לניאדו, ע"א 4384/90, פ"ד נא(2) 171 (1997)  
(157)373  
ווסטצ'סטר פייר אינשורנס קומפני נ' קורן, ע"א 897/75, פ"ד לא(1) 660 (1976)  
(299)422  
וידר נ' היועמ"ש, ע"א 153/54, פ"ד י 1246 (1956)  
(427)224  
וינשטיין נ' קדימה, המ' 106/54, פ"ד ח 1317 (1954)  
, (451)233, 233, (444)231  
, (462)236, (461)235, 235, (454)233  
241, 239, (473)238, (472)238, 238, (465)236  
, (52)106, 106 (2001) 844, 826 (5)  
(330)197, (283)184, (229)162, (66)112, (60)111, (55)107, 107  
ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, ע"א 145/80, פ"ד לז(1) 113 (1982)  
, (12)92  
, (146)138, 138, (137)135, 135, (34)98, 97, (27)96, (13)92  
, (228)162, (227)161, (225)161, 161, (200)155, 154, (185)149  
(383)445, (375)444, (32)322, (368)205, (229)162

ז  
זגייר נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון, ע"א 4112/09  
(פורסם בנבו, 3.1.2012)  
(353)203  
זייצוב נ' כץ, ע"א 518/82, פ"ד מ(2) 85 (1986)  
(42)101  
זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ראשון לציון, ע"א 80/87  
(478)240, 240, (459)235 (1991) 604 (4)  
(94)347, (88)345 (1968) 24 (2) כב(2) כב(2) 24 (1968)

ח  
חברת החשמל לישראל בע"מ נ' אבישר, ע"א 190/69, פ"ד כג(2) 314 (1969)  
(58)332  
חברת מפ"י בע"מ נ' אשכנזי, ע"א 302/67, פ"ד כב(1) 211 (1968)  
, (655)290, 290, (637)287  
חוות צברי אורלי בע"מ נ' מ.י., ע"א 8500/06 (פורסם בנבו, 27.8.2012)  
(381)445, (376)444, (418)220, (10)90  
חונוביץ' נ' כהן, ד"נ 24/81, פ"ד לח(1) 413 (1984)  
(277)415  
חטיב נ' מ.י., ע"א 9561/05 (פורסם בנבו, 4.11.2008)  
(353)202  
חיו נ' ונטורה, ע"א 591/80, פ"ד לח(4) 393 (1984)  
(160)374, (97)350, (96)350  
חמד נ' מ.י., ע"א 5604/94, פ"ד נח(2) 498 (2004)  
(45)103, (31)97, (155)85, (16)34  
חנוכיב נ' בית ספר אורים, ע"א 1786/10 (פורסם בנבו, 27.2.2012)  
(367)205, (199)155



ניקין

ט  
טויטו נ' כמאל, ע"א 597/89, פ"ד מז(2) 874 (1993)  
טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, ע"א 5893/91, פ"ד מח(2) 573  
(1994) 245, 245, (483)243, (261)174

י  
י. בלומנטל ביי"ח בע"מ נ' תיכון, ע"א 711/82, פ"ד לט(2) 477 (1985)  
יגר נ' שר הבריאות, ע"א 410/93, פ"ד מח(4) 97 (1994)  
ידיד נ' מ.י., ע"א 3379/01, פ"ד נח(1) 196 (2003)  
יער זאב בע"מ נ' הסנה – חברה ישראלית לביטוח בע"מ, ע"א 4473/93,  
פ"ד נ(1) 866 (1996)  
יצחק גוימן ובניו חברה לביטוח בע"מ נ' כהן, ד"ג 4/69,  
פ"ד כד(2) 229 (1970)  
,(602)279, (594)276, (591)275  
(632)285, (609)280, (607)280, (606)280  
ישיבת ישמח משה עיה"ק ירושלים נ' בנק צפון אמריקה בע"מ, ע"א 431/88,  
פ"ד מד(4) 177 (1990)  
ישראלפט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי, ע"א 241/89,  
פ"ד מט(1) 45 (1995)  
,(622)283, 283, (621)282–(619)282, 282  
(293)420, (652)289, (651)289, 289

כ  
כדר נ' הרישנו, ע"א 916/05 (פורסם בנבו, 28.11.2007)  
כהן נ' עלי טבק בע"מ, ע"א 630/68, פ"ד כג(1) 707 (1969)  
כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, ע"א 6643/95,  
פ"ד נג(2) 680 (1999)  
כורי נ' קסש, ע"א 564/66, פ"ד כא(1) 629 (1976)  
כחולי נ' בנק ברקליס-דיסקונט בע"מ, ע"א 636/89,  
פ"ד מה(3) 265 (1991)  
כיתן בע"מ נ' וייס, ע"א 350/77, פ"ד לג(2) 785 (1979)  
כרמי נ' סבג, רע"א 1272/05, פ"ד סב(3) 396 (2007)  
כרמלי נ' מ.י., ע"א 558/84, פ"ד מא(3) 757 (1987)  
(709)308 (28.11.2007)  
(391)448, (390)447, 447 (1969)  
(169)375, (706)308  
292, (658)291, 291 (1976)  
(505)248–(503)247 (1991)  
,(396)449, 449 (1979)  
455–453, (402)452, 452, (397)450  
,(128)132, 132, (120)74 (2007)  
(336)432, (129)132  
(65)112, (63)112, 112 (1987)

ל  
לגיל טרמפולין בע"מ נ' נחמיאס, ע"א 285/73, פ"ד כט(1) 63 (1974)  
לוי נ' לאובמילר, ע"א 215/68, פ"ד כג(1) 449 (1969)  
לוי נ' מ.י., ע"א 623/83, פ"ד מ(1) 477 (1986)  
לוי נ' מור, ע"א 4975/05 (פורסם בנבו, 30.3.2008)  
לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, ע"א 754/05, פ"ד סב(2) 218 (2007)  
,(175)145, (146)83 (2007)  
(560)267, (559)267, (555)266, (217)159  
לוי נ' שרמן, ע"א 37/86, פ"ד מד(4) 446 (1990)  
לויטל נ' קופת חולים, ע"א 552/66, פ"ד כב(2) 480 (1968)  
לורנס נ' מ.י., ע"פ 119/93, פ"ד מח(4) 1 (1994)  
(329)197, (328)197, 197, (305)191

מפתח פסיקה

(389)447, (375)444, (371)443	ליאון נ' רינגר, ד"נ 12/63, פ"ד יח(4) 701 (1964)
(459)474, 474, (264)175	לכדר נ' מ.י., ע"א 660/80, פ"ד לו(2) 836 (1982)
(376)207, (275)179, (269)178	למפרט נ' מ.י., ע"א 559/77, פ"ד לג(3) 649 (1979)
(385)446	לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ, רע"א 4394/09 (פורסם בנבו, 30.12.2010)
(457)474, (456)474, 474	לסלאו נ' גיאמל, ע"א 2351/90, פ"ד מז(1) 629 (1993)
(645)288	"לפידות" חברת מחפשי נפט לישראל בע"מ נ' שליטר, ע"א 111/68, פ"ד כב(2) 379 (1968)
<b>מ</b>	
, (399)450, (398)450, 450	מ.י. נ' אביטן, ע"א 557/82, פ"ד מא(1) 563 (1987)
455, 454, (405)452, (403)452, 452	מ.י. נ' אחלייל, ע"א 3684/98 (פורסם בנבו, 7.3.1999)
(101)122	מ.י. נ' אשר, ע"א 30/80, פ"ד לה(4) 788 (1981)
(161)374	מ.י. נ' אוחנה, ע"א 345/85, פ"ד מב(3) 11 (1988)
(352)202	מ.י. נ' אייגר, ע"א 61/89, פ"ד מה(1) 580 (1990)
(419)457, (125)131, (115)128, (120)74	מ.י. נ' אלמקוסי, רע"א 3866/07 (פורסם בנבו, 21.3.2012)
(353)203	מ.י. נ' וייס, ע"א 1678/01, פ"ד נח(5) 167 (2004)
(389)210, (383)209, (259)174, (257)173	מ.י. נ' כהן, ע"א 702/87, פ"ד מח(2) 705 (1994)
(97)350, (278)180	מ.י. נ' לוי, ע"א 915/91, פ"ד מח(3) 45 (1994)
, (210)157, (209)157, (207)157, 157	מ.י. נ' סוהן, ע"א 429/82, פ"ד מב(3) 733 (1988)
, 212, 211, (384)209, (377)207, 207, (255)173, (212)158	מ.י. נ' שובר, ע"א 4584/10 (פורסם בנבו, 4.12.2012)
, (401)214, (400)213, (398)213, 213, (397)212, (396)212	מ.י. נ' שטיינברג, ע"א 5110/05 (פורסם בנבו, 18.1.2007)
219, 217, (410)216, 216, (402)215, 215	מאיר נ' לאור, ע"א 9328/02, פ"ד נח(5) 54 (2004)
(370)206, (366)205, (213)158	"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, ע"א 10064/02, פ"ד ס(3) 13 (2005)
(257)173	מגורי-כהן נ' קמר, ע"א 9022/08 (פורסם בנבו, 3.5.2010)
(719)311	מהדי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, ע"א 828/07 (פורסם בנבו, 7.10.2008)
(711)309	מוסהפור נ' שוחט, ע"א 751/89, פ"ד מו(4) 529 (1992)
(31)97, (145)82, (16)34	מזי נ' קוקה קולה, ע"א 635/74, פ"ד לא(1) 242 (1976)
(205)156	מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ, ע"א 7547/99 (פורסם בנבו, 13.7.2011)
(154)140, (151)139	מלך נ' קורנהויזר, ד"נ 15/88, פ"ד מד(2) 89 (1990)
(262)175	מלכה נ' היועמ"ש, ע"פ 47/56, פ"ד י 1543 (1956)
(616)281, 281	מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, ע"א 593/81, פ"ד מא(3) 169 (1989)
, (623)283, 283, (617)281	מקרין נ' נציבות שירות בתי הסוהר, ע"א 4704/96, פ"ד נב(3) 366 (1998)
, 412	
(283)416, (279)416, 416, (274)414, (271)413, (266)412-(264)412	
, (33)322, (677)298	
(256)409, (239)402, (230)398, (223)396, (219)394	
(375)444, (371)443	
, (426)224	
(533)256, 256	
, 476	
(465)476, (462)476	

נזיקין

מרדכי נ' קופת חולים של ההסדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, ע"א 1/01,  
 פ"ד נו(5) 502 (2002)  
 מרצלי נ' מ.י., ע"א 2061/90, פ"ד מז(1) 802 (1993)  
 מתתיהו נ' מ.י., ע"א 5379/90, פ"ד מז(1) 167 (1993)  
 (156)140  
 (250)170, (249)170, (204)155  
 (229)162

נ

נבון נ' קופת חולים כללית, ע"א 5373/02, פ"ד נו(5) 35 (2003)  
 נגר נ' דהרי, ע"א 515/63, פ"ד יח(2) 169 (1964)  
 נגר נ' וילנסקי, ע"א 285/86, פ"ד מג(3) 284 (1989)  
 נדיר נ' כהנוביץ, ע"א 4/57, פ"ד יא 1464 (1957)  
 ראונדנאף נ' חכים, ע"א 507/79, פ"ד לו(2) 757 (1982)  
 נוצר חברה לנאמנות בע"מ נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, המר' 468/81,  
 פ"ד לה(4) 736 (1981)  
 נחום נ' ישראלי, ע"א 290/63, פ"ד יז 2657 (2002)  
 נעים נ' ברדה, ע"א 357/80, פ"ד לו(3) 762 (1982)  
 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, ע"א 377/85, פ"ד מב(1) 153 (1988)  
 (709)308  
 (72)114  
 (239)402, (235)401, (683)300, (675)297  
 (537)259, 259, (215)158, (147)83  
 (358)204  
 (55)49  
 (321)195, (320)195, 195, (245)169  
 (162)374, (97)350  
 ,281, (606)280  
 (618)282, (615)281—(613)281

ס

סאלם נ' מ.י., ע"א 8384/05 (פורסם בנבו, 7.10.2008)  
 סבג נ' אמסלם, ע"א 3124/90, פ"ד מט(1) 102 (1995)  
 סהר חברה לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, רע"א 5379/95,  
 פ"ד נא(4) 464 (1997)  
 סולל בונה בנין ותשתית בע"מ נ' תנעמי, ע"א 7130/01,  
 פ"ד נח(1) 1 (2003)  
 סורוקה נ' הבאבו, ע"א 2394/93, פ"ד נ(1) 675 (1996)  
 סורפין נ' מ.י., רע"פ 4732/02 (פורסם בנבו, 25.11.2002)  
 סלע נ' מדינת ישראל, ע"פ 2/73, פ"ד כח(2) 371 (1974)  
 סעדה נ' מ.י., ע"א 4471/08 (פורסם בנבו, 7.11.2010)  
 (353)202  
 (31)97, (16)34  
 (512)250, (510)250, 250, (483)243  
 (454)473, (453)473  
 (337)432  
 (102)123  
 (79)116  
 (353)203

ע

עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, בג"ץ 8276/05 (פורסם  
 בנבו, 12.12.2006)  
 עזבון גבריאל נ' גבריאל, ע"א 295/81, פ"ד לו(4) 533 (1982)  
 עזבון המנוח אמין פואד אלעבד נאצר נ' מ.י., ע"א 1071/96,  
 פ"ד ס(4) 337 (2006)  
 עזבון המנוח אמיר אליקשוולי נ' מ.י., רע"א 5277/08  
 (פורסם בנבו, 28.7.2009)  
 עזבון המנוח מוסא אבו צבחה נ' מדינת ישראל, ע"א 6279/04  
 (פורסם בנבו, 2.5.2007)  
 עזבון המנוחה ברוריה צבי נ' בית החולים ביקור חולים, ע"א 8126/07  
 (פורסם בנבו, 3.1.2010)  
 עזבון המנוחה פנינה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, ע"א 618/75, פ"ד לא(3) 141  
 (1977)  
 (51)328, (43)325  
 (656)290, 290, (650)289, 289, (646)288, 288  
 (383)208, (187)150, (186)150  
 (717)310—(715)310, 310  
 (568)270, 270  
 (501)247

מפתח פסיקה

- עזובן המנוח מאיר שניידר ז"ל נ' עיריית חיפה, ע"א 642/89, פ"ד מו(1) 470 (1992) 267 (557)  
 עזובן המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה  
 בירושלים בע"מ, ע"א 140/00, פ"ד נח(4) 486 (2004) 51, (16)34, (58)51,  
 (538)514, (53)328, (43)325, (31)97
- עזובן המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' עיריית ירושלים, ע"א 9980/06  
 (פורסם בנבו, 26.1.2009) (145)82
- עזובן ויצמן נ' סלע, ע"א 7021/99, פ"ד נו(1) 822 (2001) (412)454  
 עזובן לילי חנשוילי נ' "רותם" חברה לביטוח בע"מ, ע"א 248/86,  
 פ"ד מה(2) 529 (1991) 325, (38)324, 324, (675)297  
 328, (50)327–(47)327, 327, (46)326–(40)325
- עיריית בני ברק נ' רוטברד, ע"א 324/82, פ"ד מה(4) 102 (1991) (459)235  
 (476)239, (475)239
- עיריית הרצליה נ' כץ, ע"א 1457/07 (פורסם בנבו, 14.1.2009) (714)310, 310, (713)309, 309  
 עיריית חדרה נ' זוהר, ע"א 862/80, פ"ד לז(3) 757 (1983) (364)205, (360)204  
 (420)221, (376)207, (375)207, (366)205  
 עיריית ירושלים נ' גורדון, ע"א 243/83, פ"ד לט(1) 113 (1985) (65)112, (147)83  
 (200)155, (213)158, 159, (216)159, (366)205  
 עיריית פתח תקווה נ' נקר, ע"א 3862/04 (פורסם בנבו, 13.2.2008) (139)135  
 עיריית קרית אתא נ' אילנקו בע"מ, ע"א 209/85, פ"ד מב(1) 190 (1988) (366)205  
 (474)238, (457)235, 235, 234, (383)208
- עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, ע"א 2906/01  
 (פורסם בנבו, 25.5.2006) (420)221, (392)210, (376)207, (30)97
- עלאונה נ' מ.י. רע"א 10482/07 (פורסם בנבו, 17.3.2010) (353)203  
 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, ע"א 86/76,  
 פ"ד לב(2) 337 (1978) (474)238, (455)234, 234
- עמיר נ' קונפינו, ע"א 600/86, פ"ד מו(3) 233 (200)385, (174)379  
 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, ע"א 789/89, פ"ד מו(1) 712 (1992) (630)285
- פ**
- פאר נ' קופר, ע"א 612/78, פ"ד לה(1) 720 (1980) (238)167  
 פארין נ' מ.י. רע"פ 4261/04, פ"ד נט(3) 440 (2004) (102)123  
 פולר נ' בית החולים "העמק", ע"א 1918/08 (פורסם בנבו, 28.3.2010) (157)140, 140  
 (472)479, (167)142, 142, (159)141, (158)141, 141
- פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל, ע"א 3464/05 (פורסם בנבו, 12.7.2006) (305)425  
 פילבר נ' המרכז הרפואי שערי צדק, רע"א 7953/99, פ"ד נד(2) 529 (2000)
- פישמן נ' היועמ"ש, ע"פ 74/62, פ"ד יז 1478 (1963) (719)310, (706)308  
 (642)287, 287 (652)289, (652)289, (648)289, (647)288, (644)288, 288, (643)287
- פלג נ' מ.י. ע"א 190/81, פ"ד לח(2) 57 (1984) (367)205  
 פלוני נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, ע"א 11152/04, פ"ד סא(3) 310 (2006) (151)84  
 פלוני נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, ע"א 2809/03 (פורסם בנבו, 7.2.2005) (709)308  
 פלוני נ' זאב, ע"א 2055/99, פ"ד נה(5) 241 (2001) (709)308  
 פלונית נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, ע"א 354/12 (פורסם בנבו, 18.7.2012) (145)82

נזיקין

פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס, ע"א 10094/07 (פורסם בנבו, 24.11.2010) 478, (467)477, (466)477, 477, (425)460  
 (558)522, (483)486, 486, (475)480, 480, 479, (471)478–(469)478  
 פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה, ע"א 2714/02, פ"ד נח(1) 516 (2003) 461  
 (427)461, (428)462, 462, (429)462, 463, (430)463, (466–464)  
 (558)522, (487)487, (471)478, (468)478, (444)471, 471–469  
 פלונית נ' פלוני, רע"א 9670/07 (פורסם בנבו, 6.7.2009) (141)366  
 פלונית נ' שירותי בריאות כללית, ע"א 4744/05 (פורסם בנבו, 9.8.2006) (709)308  
 פליישר נ' לקטוש, ע"א 20/80, פ"ד לו(3) 617 (1982) (376)207  
 פריג' נ' מ.י., ע"א 2127/10 (פורסם בנבו, 5.12.2011) (419)220  
 פרפלוצ'יק נ' מוטס, ע"א 370/79, פ"ד לד(3) 551 (1980) (277)415

צ

צביח נ' מ.י., ע"א 158/84, פ"ד מא(1) 406 (2005) (383)208  
 צוקרמן נ' שנברגר, ע"א 361/59, פ"ד יד 479 (1960) (419)457, (125)131  
 צור נ' מ.י., ע"פ 364/78, פ"ד לג(3) 626 (1979) (278)180, (271)179, (37)99  
 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, ע"א 83/82  
 פ"ד לט(1) 640 (1985) (199)385, (174)379  
 צימרמן נ' גבריאלוב, ע"א 326/88, פ"ד מו(1) 353 (1991) (248)170

ק

קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, ע"א 1303/09 (פורסם בנבו, 5.3.2012) (68)113  
 (574)270–(571)270, 270, (565)269  
 (585)273, (578)271, (577)271, (576)270  
 קוהרי נ' מ.י., ע"א 323/89, פ"ד מה(2) 142 (1991) (240)168, (237)165  
 (635)286–(633)285, 285  
 קונשטוק נ' שותפות בתי קולנוע בית הפועלים "חוף", ע"א 49/69, פ"ד כד(1) 492 (1970) (58)332  
 קופת אשראי וחיסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד, ע"א 542/87, פ"ד מד(1) 422 (1990) (509)249, (508)249, 249, (138)135, 135  
 (627)284, (626)283, (624)283, 283, 250  
 קופת חולים כללית נ' סולן, ע"א 1146/99, פ"ד נה(4) 898 (2001) (599)278, 278  
 (602)279, (600)278  
 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, ע"א 5049/91, פ"ד מט(2) 369 (1995) (106)354  
 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, ע"א 231/84, פ"ד מב(3) 312 (1988) 354  
 (168)375, 375, 364, (111)359, 359, (102)354  
 קורנהויזר נ' מלך, ע"א 448/83, פ"ד מב(2) 573 (1988) (256)409, (223)396  
 קורנפלד נ' שמואלוב, ע"א 451/66, פ"ד כא(1) 310 (1967) (438)229, 229  
 256, 255, (525)254, (524)254, 254, (523)253, 253, (474)238, (439)229  
 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר – בית חולים מאיר, ע"א 2989/95, פ"ד נא(4) 687 (1997) (332)430, (631)285, (241)169  
 קיבוץ מלכיה נ' מ.י., ע"א 6296/00, פ"ד נט(1) 16 (2004) 116, (35)99, 98  
 121–119, 117, (82)116, (81)116  
 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, ע"א 1639/01, פ"ד נח(5) 215 (2004) (213)392, (153)372

מפתח פסיקה

(40)325 קל בניין בע"מ נ' עסאלה, ע"א 8852/04 (פורסם בנבו, 5.12.2005)  
 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, ע"א 6370/00,  
 פ"ד נו(3) 289 (2002)  
 (520)252 קנטור נ' מוסייב, ע"א 58/82, פ"ד לט(3) 253 (1985)  
 (241)168 קפאח נ' מ.י., ע"א 5787/08 (פורסם בנבו, 10.8.2010)  
 (151)139 קפלן נ' נובוגרוצקי, ע"א 783/83, פ"ד לח(3) 477 (1984)  
 (450)232 קרנית, קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' גינת, ע"א 8109/95,  
 פ"ד נב(5) 637 (1998)  
 (385)446, (377)444

ר

ר.ג.מ. מרט נ' מ.י., ע"א 126/85, פ"ד מד(4) 272 (1990)  
 (342)199, 199, (259)174  
 (389)210, (383)208, (371)206, (346)200, (343)200, 200  
 רביד נ' קליפורד, דנ"א 7794/98, פ"ד נו(4) 721 (2003)  
 (31)97, (16)34  
 (338)447, 447, (197)153, (154)140, 140, (153)139, (152)139, 139  
 רגב נ' מ.י., ע"א 6768/01, פ"ד נט(4) 625 (2004)  
 (707)308  
 רז נ' בית חולים אלישע, ע"א 206/89, פ"ד מז(3) 805 (1993)  
 (628)284, (605)280  
 רייבי נ' וייגל, ע"א 3108/91, פ"ד מז(2) 497 (1993)  
 (68)113  
 רמון נ' מאוטנר, ע"א 705/78, פ"ד לד(1) 550 (1979)  
 (629)284, (241)169

ש

שוויקי נ' מ.י., ע"א 9466/05, פ"ד סב(3) 806 (2008)  
 (175)145, (146)83  
 (558)267, (555)266  
 שולמן נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, ע"א 358/83, פ"ד מב(2) 844 (1988)  
 (376)444  
 (417)457, (377)444  
 שחאדה נ' חילו, ד"נ 6/66, פ"ד כ(4) 617 (1966)  
 (365)205, (363)204, 204  
 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא, ע"א 3056/99, פ"ד נו(2) 936 (2002)  
 ,128  
 (115)128, (155)140, 140, (156)140, 141, 142  
 שטרנברג נ' עיריית בני ברק, ע"א 73/86, פ"ד מג(3) 343 (1989)  
 (382)208–(379)207, 207  
 (700)304, 221, 220, 212, (394)211, (393)211, 211, 210, (384)209  
 שטרנברג נ' צ'צ'יק, ע"א 8151/98, פ"ד נו(1) 539 (2001)  
 ,278, (593)276  
 (608)280, 280, (601)278  
 שינברגר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה פתח תקוה, ע"א 1661/09  
 (פורסם בנבו, 27.10.2011)  
 (305)425  
 שירותי בריאות כללית נ' Brown and Williamson Tobacco Corp, דנ"א 6181/11 (פורסם  
 בנבו, 26.1.2012)  
 (282)416, (265)412, (264)412, (260)410  
 שירותי בריאות כללית נ' קסלר, ע"א 44/08 (פורסם בנבו, 19.5.2009)  
 (139)366  
 שמש נ' בר דוד, ע"א 92/83, פ"ד מ(1) 225 (1986)  
 (277)415  
 שני נ' ברדיצבסקי, ע"א 7370/06 (פורסם בנבו, 10.3.2009)  
 (483)243  
 שקד נ' זילברפרב, ע"א 58/73, פ"ד כט(1) 151 (1974)  
 (547)263  
 שרון נ' או. אר. אס. כוח אדם בע"מ, ע"א 2757/93, פ"ד מט(2) 781 (1995)  
 (416)457  
 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, ע"א 10078/03, פ"ד סב(1) 803 (2007)  
 (378)207, 207  
 222, (218)220, 220, 219, (416)219–(411)217, 217, (384)209

## נזיקין

ת  
תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל, ע"א 10085/08 (פורסם בנבו,  
(4.12.2011) 158(214), 261(542), 271(581),  
(343)435, 273(584), 272(582)–272

### שמות בלועזית

Aerocon c.c נ' הוק תעופה בע"מ, ע"א 7905/08, פ"ד נה (4) 387 (2001) (719)311

### פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים (לפי שמות הצדדים)

גל נ' קרן קיימת לישראל, ת"א (ת"א) 11757/07 (פורסם בנבו, 19.6.2012) (359)204  
דיין נ' קרנית – קרן פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, ת"א (ת"א) 1102/94 (פורסם בנבו,  
(1.8.1999) 84(150)  
מכבי שרות בריאות נ' דובק בע"מ, ת"א (ת"א) 2281/98 (פורסם בנבו, 15.9.1999)  
(271)413  
מקסים נ' המאגר הישראלי לביטוחי רכב "הפול", ת"א (ת"א) 11/97 (פורסם בנבו, 6.5.2003)  
(150)84  
עזבון המנוח עובדיה אליהו ז"ל נ' קופת חולים כללית, ת"א (י-ם) 7074/05 (פורסם בנבו,  
(7.8.2008) 123(103)  
פלוני נ' פלונית, בר"ע (ב"ש) 615/02, תשס"ב(2) 108 (2003) (719)311  
תובעת נ' פלדברג, ת"א (ב"ש) 1320/00 (פורסם בנבו, 5.7.2005) (103)123

### פסקי דין של בתי הדין לעבודה (לפי שמות הצדדים)

מ.י. נ' מצגר, דב"ע נג 114-3, פר"ע כו(1) 563 (1994) (547)263

### פסיקה זרה

### אמריקניים

A  
Abdul-Ahad v. Top Tobacco Co., 1999 U.S. Dist. LEXIS 16288 (1999) 406(248)  
Alberts v. Schultz, 975 P.2d 1279, 1287 (N.M. 1999) 366(137)  
Alleghney General Hospital v. Philip Morris, Inc., 228 F.3d 429 (3rd Cir. 2000) 406(244)  
Allen v. United States, 588 F. Supp. 247 (D. Utah 1984) 492(494)  
Allgood v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 80 F.3d 168 (5th Cir. 1996) 405(243),  
418(286), 422(300)  
Alvarez v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 405 F.3d 36 (1st Cir. 2005) 406(243)  
Anderson v. Minneapolis, S. P. & S. S. M. R. Co., 179 N.W. 45 (1920) 322(33)  
Azure v. The City of Billings, 596 P.2d 460 (1979) 398(231)  
B  
Beshada v. Johns-Manville Products Corp., 447 A.2d 539 (N.J. 1982) 420(295)

מפתח פסיקה

Borin v. Philip Morris Co., 84 So. 3d 1107 (2012)	407(248)
Brenner v. American Cyanamid Co., 1999 N.Y. Misc. Lexis 440 (1999) [decision on appeal: Brenner v. American Cyanamid Co., 699 N.Y.S.2d 848 (1999)]	383(191)
Broin v. Philip Morris Co., 641 So. 2d 888 (1994)	407(248)
Brotherhood Shipping Co. v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co., 985 F. 2d 323 (1993)	105(49)
Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850)	179(272)
C	
Case v. Fibreboard Corp., 743 P.2d 1062 (Okla. 1987)	382(187)
Chrysler Corp. v. Todorovich, 580 P.2d 1123 (1978)	398(231)
City of Oakland v. Pacific Gas & Electric Co., 118 P.2d 328 (1941)	401(236), 402(240)
Collins v. Eli Lilly Co., 342 N.W.2d 37 (Wis. 1984), cert. denied 469 U.S. 826 (1984)	380(179), 382(186)
Conway v. O'Brien, 111 F. 2d 611 (1940)	105(47), 105(48)
Cordas v. Peerless Transportation Co., 27 N.Y.S. 2d 198 (1941)	66(93)
D	
De Long v. County of Erie, 457 N.E. 2d 717 (N.Y. 1983)	174(259), 200(345)
Deutsch v. Connecticut Co., 119 A. 891 (1923)	402(239)
Dillon v. Twin State Gas & Electric Co., 163 A. 111 (1932)	323, 323(36)
Doe v. Cutter Biological, Inc., 971 F.2d 375 (9th Cir. 1992)	383(192)
E	
Engle v. Liggett Group, Inc., 945 So.2d 1246 (2006)	405(242)
Escola v. Coca Cola Bottling Co., 24 Cal. 2d 453 (1944)	283(623)
F	
Fioux v. Cardiovascular & Thoracic Clinic, P.C., 978 P.2d 429 (Or. 1999)	426(311)
G	
Gilson v. Mitchell, 205 S.E.2d 421 (1974)	398(231)
Glassner v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 223 F.3d 343 (6th Cir. 2000)	405(243), 422(300)
Goldman v. Johns Manville Sales Corp., 514 N.E.2d 691 (Ohio 1987)	382(187)
Grant v. McKiernan, 60 S.E.2d 794 (Ga. Ct. App. 1950)	465(432)
Grills v. Philip Morris USA, Inc., 645 F. Supp. 2d 1107 (Fla. 2009)	406(243)
Grimshaw v. Ford Motor Co., 174 Cal. Rptr. 348 (Ct. App. 1981)	122(100)
H	
Haft v. Lone Palm Hotel, 478 P. 2d 465 (1970)	303(696)
Hall v. E.I. Du Pont De Nemours & Co., Inc., 345 F. Supp. 353 (N.Y. 1972)	417(284)
Hamilton v. Accu-Tek, 62 F. Supp. 2d 802 (1999)	383(189), 383(190)
Hamilton v. Beretta U.S.A. Corp. 264 F. 3d 21 (2001)	383(190)



נדיקין

Health Net of California v. Department of Health Services, 113 Cal. App. 4 <sup>th</sup> 224 (2003)	506(518)
Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound, 664 P. 2d 474 (Wash. 1983)	354(101), 366(137)
Huddel v. Levin, 537 F.2d 726 (1976)	395(222), 398(231)
Hymovitz v. Eli Lilly Co., 539 N.E.2d 1069 (N.Y. 1989)	382(186)

I

In re "Agent Orange" Product Liability Litigation, 597 F. Supp. 740 (N.Y. 1984), aff'd, 818 F.2d 145 (2d Cir. 1987)	393(217)
In re New York State Silicone Breast Implant Litigation, 631 N.Y S.2d 491 (1995)	382(187)
Insolia v. Philip Morris, Inc., 216 F.3d 596 (7th Cir. 2000)	405(242), 418(286), 419(290), 422(300)
International Brotherhood of Teamsters, Local 734 Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc., 196 F.3d 818 (7th Cir. 1999)	406(244), 413(268), 414(271), 415(275), 415(276), 416(280)

J

Jackson v. Glidden Co., 647 N.E.2d 879 (1994)	383(191)
Johnson v. City of Milwaukee, 41 F. Supp. 2d 917 (1999)	103(45)
Jorgenson v. Vener, 616 N.W.2d 366 (S.D. 2000)	366(137)

K

Kirksey v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 168 F.3d 1039 (7th Cir. 1999)	405(243), 419(290)
---	--------------------

L

Laborers Local 17 Health & Benefit Fund v. Philip Morris, Inc., 191 F.3d 229 (2nd Cir. 1999)	406(244), 414(271)
Landers v. East Texas Salt Water Disposal Co., 248 S.W.2d 731 (1952)	321(31)
Loui v. Oakley, 438 P. 2d 393 (Haw. 1968)	396(226)
Lucchese v. San Francisco-Sacramento R. Co., 289 P. 188 (1930)	175(262)

M

Maddox v. Donaldson, 108 N.W.2d 33 (1961)	398(231)
Martin v. Abbott Laboratories, 689 P.2d 368 (Wash. 1984)	382(186)
Micelli v. Hirsch, 83 N.E.2d 240 (1948)	398(231)
Morris v. Parke, Davis & Co., 667 F. Supp. 1332 (Cal. 1987)	384(194)

N

Norfolk & Western Railway Company v. Ayres, 538 U.S. 135 (2003)	259(536), 344(83), 367(142)
---	--------------------------------

מפתח פסיקה

O

Oregon Laborers-Employers Health & Welfare Trust Fund v. Philip Morris, Inc.,  
185 F.3d 957 (9th Cir. 1999) 406(244)

P

Palsgraph v. Long Island R.R., 162 N.E. 99 (N.Y. 1928) 151(189)  
Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007) 345(87), 514(540), 514(541)  
Pruitt v. Allied Chemical Corp., 523 F. supp. 975 (1981) 227, 227(429),  
227(430), 226(432)

R

Ray v. Cutter Laboratories, Div. of Miles, Inc., 754 F. Supp. 193 (Fla. 1991) 383(192)  
Rose v. The American Tobacco Co., 1997 N.Y. Misc. Lexis 662 (1997) 382(187)  
Ryan v. Mackolin, 237 N.E.2d 377 (1968) 396(222), 396(226)

S

Sanchez v. Liggett & Myers, Inc., 187 F.3d 486 (5th Cir. 1999) 405(243),  
408(252), 422(300)  
Shackil v. Lederle Laboratories, Div. of American Cynamid, Co., 561 A.2d 511 (N.J.  
1989) 384(193)  
Sheffield v. Eli Lilly & Co., 192 Cal. Rptr. 870 (1983) 384(193)  
Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924 (Cal. 1980) 378(172),  
380(180), 382(186), 417(285)  
Smith v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 1997 U.S. App. Lexis 2263  
(7th Cir. 1997) 406(248), 419(290)  
Smith v. Cutter Biological, 823 P.2d 717 (Haw. 1991) 383(192)  
Smith v. Washington, 734 N.E.2d 548 (Ind. 2000) 366(137)  
State v. Peterson, 857 A.2d 1132 (Md. App. 2004) 433(339)  
Steamfitters Local Union No. 420 Welfare Fund v. Philip Morris, Inc., 171 F.3d 912  
(3rd Cir. 1999) 406(244)  
Sullivan v. O'Connor, 296 N.E. 2d 183 (1973) 232(448), 263(547)  
Summers v. Tice, 199 P.2d 1 (Cal. 1948) 298(678), 378(171),  
379(176), 381(183), 426(313)

T

Tarasoff v. Regents of University of California, 551 P. 2d 334 (1976) 175(263), 198(334)  
Tompkin v. American Brands, 219 F.3d 566 (6th Cir. 2000) 405(242), 422(300)  
Town of Sentinel v. Riley, 43 P.2d 742, 746 (1935) 321(31), 398(231)  
Tunkl v. Regents of University of California, 60 Cal. 2d 92 (1963) 506(518)

U

U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169 (1947) 34(14), 94(21), 105(48)  
U.S. v. Hatahley, 257 F.2d 920 (10th Cir. 1958). 437, 437(351)

ניקין

United Food & Commercial Workers Union v. Philip Morris, Inc., 223 F.3d 1271 (11th Cir. 2000) 406(244)

V

Valle-Ortiz v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 385 F. Supp. 2d 126 (2005) 406(243)  
 Velsicol Chemical Corp. v. Rowe, 543 S.W.2d 337 (1976) 321(31)  
 Vincent v. Fairbanks Memorial Hosp., 862 P.2d 847 (Alaska, 1993) 322(33)  
 Vincent v. Lake Erie Transp. Co., 124 N.W. 221 (Minn. 1910) 65, 65(91),  
 115, 115(75), 116, 117, 119, 120

W

White v. Celotex Corp., 907 F.2d 104 (9th Cir. 1990) 382(187)  
 Whitley Const. Co. v. Price, 79 S.E.2d 416 (Ga. Ct. App. 1953) 465(433)  
 Wilson v. American Tobacco Co., 1990 U.S. App. LEXIS 3940 (6th Cir. 1990) 407(248)  
 Ybarra v. Spangard, 154 P. 2d 687 (1944) 169(243), 378(173), 384(196)

אנגלים

A

Ancell v. McDermott, [1993] 137 S.J.L.B. 36 173(257)  
 Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728 155(200), 205(368), 207(374)

B

Barker v. Corus UK Ltd, [2006] 2 A.C. 572 (H.L.) 381(185)  
 Bolton v. Stone, [1951] A.C. 850 150(187), 151(189)  
 Bonnington Castings Ltd v. Wardlaw, [1956] 1 All E.R. 615 (HL) 322(33)  
 Bourhill v. Young, [1943] A.C. 92 152(191)

C

Caparo Industries Plc v. Dickman, [1990] 2 A.C. 605 237, 237(468)  
 Cassidy v. Ministry of Health, [1951] 1 All E.R. 574 (C.A.) 378(173)  
 Clough v. Bussan, [1990] 1 All E.R. 431 173(257)  
 Collins v. Hertfordshire County Council, [1947] 1 All E.R. 633 378(173)  
 Cox v. Philips Industries, [1976] 1 W.L.R. 638 263(547)

D

Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 149(184)

E

Esso Petroleum v. Mardon, [1976] QB 801 252(520)

F

Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd., [2002] 3 W.L.R. 89 (H.L.) 381, 381(185)  
 Fitzgerald v. Lane, [1987] 2 All E.R. 455 (C.A.) 395(221), 398(231)

מפתח פסיקה

G	
Gregg v. Scott, [2005] 2 AC 176 (H.L.)	354(104)
H	
Hadely v. Baxendale, [1854] 9 Ex. 341	444(374)
Hedley Byrne v. Heller, [1964] AC 465	233(453), 234(456), 246(497)
Hill v. Chief Constable for West Yorkshire, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.)	173(257), 210(389)
Home Office v. Dorset Yacht Co., [1970] 2 All E.R. 294 (H.L.)	174(258), 198, 198(335)
Hotson v. East Berkshire HA, [1987] 2 All E.R. 909 (H.L.)	354(104)
Hughes v. National Union of Mineworkers, [1991] 4 All E.R. 278	173(257)
I	
In re Polemis and Furness Withy & Co., Ltd, [1921] 3 K.B. 560	443, 443(372)
J	
Jarvis v. Swan's Tours Ltd., [1973] Q.B. 233 (C.A.)	263(547)
Johnston v. NEI International Combustion Ltd, [2007] UKHL 39	344(84), 367(143)
Junior Books Ltd. v. Veitchi, [1983] 1 A.C. 520	251–256, 251(516)
L	
Leigh & Silavan v. Aliakon Co. Ltd., [1986] AC 785	252(518)
M	
Mahon v. Osborne, [1939] 1 All E.R. 535 (C.A.)	384(198)
McGhee v. National Coal Bd., [1972] 3 All E.R. 1008 (HL)	322(33)
Merlin v. British Nuclear Fuels (1991) Plc, [1990] 2 Q.B 557	346(88)
Morris v. Winsbury-White, [1937] 4 All E.R. 494	384(198)
Mutual Life Insurance & Citizens Ass. Co. v. Evatt, [1971] AC 793	234(456)
R	
Rigby v. Chief Constable of Northamptonshire, [1985] 2 All E.R. 985	207(374)
Roe v. Minister of Health, [1954] 2 All E.R. 131 (C.A.)	378(173)
Ross v. Counters, [1980] Ch. 297	255, 255(531), 256
Rylands v. Fletcher, L.R. 3H.L. 330 (1868)	65, 65(90), 287(638), 289, 289(653)
S	
Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co., [1978] 3 All E.R. 1033 (H.L.)	179(273)
Smith v. Littlewood Organization Ltd., [1987] A.C. 241	199(337)
Spartan Steel and Alloys Ltd v. Martin Ltd., [1972] 3 All E.R. 557	224(424)
T	
The Wagon Mound, [1961] A.C. 388	149(184), 444, 444(373)

ניקיון

Cook v. Lewis, (1952) 1 D.L.R. 1

קנדיים

381(183)

## מפתח ספרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### ספרים בעברית

- א**  
יצחק אנגלרד הכלל "הדבר מדבר בעדו" בדיני נזיקין (1965) (611)281  
עמית ארדינסט-רון המעבר מ"נזקים משניים" ל"פגיעות קשירות" – סוגיית הפיצויים לנזקים  
נפשיים הנובעים מפגיעה בזולת – קריאה מחודשת וניתוח פמיניסטי  
(עבודת תזה, 2002) (148)83  
אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס (תרגום י.ג. ליבס, 1985) (74)58, (64)55–(62)55
- ב**  
ריקרדו בן אוליאל דיני בנקאות, חלק כללי (1996) (491)244, (487)244  
דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך א (2010) (373)206
- ג**  
ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א (2012) (42)325, (198)154, (10)90  
(449)472, (448)472, (215)393, (195)384  
ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב (2012) (474)238, (347)201  
(707)308, (691)302, (587)273, (560)267
- ד**  
מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (2002) (421)223
- ה**  
עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין (2006) (381)445, (421)223, (10)90
- ו**  
שחר ולר ביטוח (2005) (174)144, (173)144
- ז**  
איל זמיר חוק המכר (דירות) תשל"ג-1973 (2002) (524)254
- ח**  
מישאל חשין מיטלטלין בדיני הנזיקין (1971) (79)116
- כ**  
נילי כהן גרם הפרת חוזה (גד טדסקי עורך, 1986) (527)255, (516)251, (421)223  
נילי כהן התערבות ביחסים חוזיים (1986) (530)255

## נזיקין

### פ

- אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997) (93)347  
רות פלאטו-שנער דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית (2010) (496)245, (480)242  
נונן פרי ריקושטים כלכליים (2002) (421)223, (422)223, (425)224–(427)224  
(535)257, (440)229, (435)228  
דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א (מהדורה שנייה, 1998) (316)194, (77)115  
דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א (1991) (450)233  
דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב (1992) (354)438, (486)244

### ק

- נילי קרקו-אייל דוקטרינת ההסכמה מדעת בחוק זכויות החולה תשנ"ו–1996 (2008) (578)271, (562)268

### ש

- בועז שנור תביעות נזיקין סביבתיות (2011) (215)393, (107)355, (100)353, (76)339, (60)333  
גיא שני חזקות רשלנות (2011) (725)312–(723)311, (604)280, (598)277, (591)275

## ספרות זרה

### B

- TOM BAKER, THE MEDICAL MALPRACTICE MYTH (2005) 509(527)

### C

- GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS (1970) 26(5)–28(7),  
40(32), 40(33), 51, 51(59)  
JULES L. COLEMAN, MARKETS, MORALS AND THE LAW (1987) 58(77)  
JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS (1992) 58(73), 58(78), 67(96)  
ROBERT COOTER & ARIEL PORAT, GETTING INCENTIVES RIGHT – IMPROVING TORTS,  
CONTRACTS AND RESTITUTION, Chapter 4 (forthcoming 2014, Princeton University  
Press) 124(107), 125(109), 148(182)  
ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS (5<sup>th</sup> ed., 2008) 43(39),  
45(43), 45(44), 96(24), 146(177)  
ROSS CRANSTON, BANKS, LIABILITY AND RISK (2<sup>nd</sup> ed., 1995) 246(500)

### D

- DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS (2000) 116(79), 132(127), 132(130),  
134(134), 136(140), 137(145), 139(150), 196(322), 197(330),  
198(333), 198(335), 199(337), 199(339), 199(341), 206(372),  
223(422), 224(424), 259(536), 265(550), 270(574), 287(638),  
354(101), 384(197), 424(304), 443(369), 445(382)

### E

- IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW (1993) 85(155), 333(62)

מפתח ספרים

- RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS (1985) 116(80), 139(150)  
 RICHARD A. EPSTEIN, TORTS (1999) 136(140), 137(145), 329(55), 432(337), 484(478)
- F**  
 LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW (3<sup>rd</sup> ed., 2005) 89(2)
- G**  
 MARK A. GEISTFELD, PRINCIPLES OF PRODUCT LIABILITY (2006) 484(478)
- H**  
 H.L.A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW (2<sup>nd</sup> ed., 1985) 321(29),  
 322(32), 327(48), 327(50), 329(55), 397(227), 402(239)  
 MORTON HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870–1960 (1992) 89(2)
- K**  
 TSACHI KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (2007)  
 24(3), 69(100), 70(103), 70(104), 72(115),  
 72(116), 75(122), 79(133), 79(134), 81(140)
- P**  
 ARTHUR C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE (4<sup>th</sup> ed., 1932) 44(40)  
 ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY (2001) 276(596),  
 297(674), 298(676), 366(138)  
 RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (8<sup>th</sup> ed., 2011) 43(39),  
 106(50), 129(117), 153(194)  
 PROSSER & KEETON, ON THE LAW OF TORTS (W. Page Keeton ed., 5<sup>th</sup> ed. 1984)  
 170(246), 170(247), 190(299), 195(319)
- R**  
 RICHARD L. REVESZ & MICHAEL A. LIVERMORE, RETAKING RATIONALITY (2008) 97(29)  
 ARTHUR RIPSTEIN, EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW (1999) 56(65)
- S**  
 STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004) 43(39),  
 45(43), 45(44), 96(24), 96(25)  
 ALEXANDER McCALL SMITH & ALAN MERRY, ERRORS,  
 MEDICINE AND THE LAW (2006) 127(112)  
 STEPHEN D. SUGARMAN, DOING AWAY WITH PERSONAL INJURY LAW (1989) 50(56), 50(57)
- W**  
 ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW (1995) 23(1), 56(65),  
 56(66), 57(70), 59(80), 130(120), 470(443), 508(523)  
 JACK B. WEINSTEIN, INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION: THE EFFECT OF CLASS  
 ACTIONS, CONSOLIDATIONS, AND OTHER MULTIPARTY DEVICES (1995) 346(89)



ניקין

WINFIELD & JOLOWICZ, ON TORT (18<sup>th</sup> ed., W.V.H. Rogers, 2010) 74(120),  
132(127), 134(134), 136(140), 137(145), 139(150), 155(200),  
195(320), 205(368), 206(372), 206(373), 223(422), 224(424),  
259(536), 270(574), 287(638), 290(654), 295(673), 295(673),  
346(89), 347(93), 443(369), 445(382), 484(478)

**Z**

EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY (2010) 94(19), 187(289)

## מפתח מאמרים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

### מאמרים בעברית

א

- יצחק אנגלרד "יסודות האחריות בנוזיקין" דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1977) (120)74, (136)134, (32)322, (164)375  
יצחק אנגלרד "מושג הדברים המסוכנים לפי סעיף 51 לפקודת הנוזיקין והמכוננית" הפרקליט כג 434 (1967)  
יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67 (1986)  
(649)289  
(384)446, (366)205

ב

- יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנוזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145 (2008)  
יפעת ביטון "חוריית חיים נשית וצפיות של נזק" משפטים לג 585 (2003)  
מרים בן פורת "עזרה לזולת" עיוני משפט ז 269 (1980)  
אליעזר בן שלמה "החובה להציל נפשות" הפרקליט לט 414 (1990)  
אנוש בר שלום "לשאלת אחריותם בנוזיקין של עורכי דין" הפרקליט כא 479 (1965)  
אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוזיקין גוף: דין הנוזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243 (1983)  
אהרן ברק "זיוף במשיכת שיק: מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ללקוח" משפטים א 134 (1968)  
אהרן ברק "מעוולים יחד" דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, 1977)  
(51)328  
(482)243  
(175)379

ג

- תמר גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח" המשפט ג 133 (1996)  
תמר גדרון "חובת הזהירות בעולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (1995)  
סטיבן גולדשטיין "תביעת-ייצוג-קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (1979)  
סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד 21 (2004)  
ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל 317 (1999)  
ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" משפט וממשל ב 339 (1995)  
ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג 55 (1995)  
(398)213, (362)204

## נזיקין

- ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת"  
משפטים יד 15 (1984)  
(385)446
- ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין"  
משפטים כב 421 (1993)  
(57)50, (56)50
- ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319  
(1989)  
(384)446, (198)154
- ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי"  
משפטים לד 385 (2004)  
(197)153

## ד

- חנוך דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד 463 (1995)  
אביחי דורפמן "זהירות! חובה" משפטים מב 87 (2012)  
(316)194, (77)115
- אביחי דורפמן "יחסי זהירות א-סימטריים בעוולת הרשלנות" מחקרי משפט כט  
(יתפרסם ב-2013)  
(136)135
- יואב דותן "האחריות הנזיקית של עובד הציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת"  
משפטים טו 245 (1986)  
(420)221, (372)206
- עופר דרורי "על אופיה של האחריות הנזיקית – האחריות לנזקי כלב"  
הפרקליט מז 384 (2002)  
(669)294

## ז

- נינה זלצמן "הטבת נזק גוף לפי חוק הטבת נזקי גוף: יחסי מזיק-מיטיב-מוטב" עיוני משפט ד  
(1975) 621  
(317)194
- נינה זלצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב המו"מ לכריתת חוזה"  
עיוני משפט ח 55 (1981)  
(450)232

## ח

- אסף חמדני "אחריות שומרי-סף בשוק-ההון" משפט ועסקים ה 11 (2006)  
שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות ערך"  
עיוני משפט לה (יתפרסם ב-2013)  
(470)238  
(479)241

## י

- אסף יעקב "אפקטיביות החובה להציל – ניתוח פסיכולוגי" עיוני משפט כד 605 (2001)  
(303)191
- אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609 (2009)  
אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה"  
משפטים מב 5 (2012)  
(588)273, (586)273, (570)270, (569)270, (562)268
- אסף יעקב "חסינות תחת אש: חסינות המדינה בשל נזק שנגרם כתוצאה מ'פעולה מלחמתית'"  
משפטים לג 107 (2003)  
(355)203
- אסף יעקב "רפואה ציבורית ופרטית – הפער בין המצוי לרצוי" מחקרי משפט כט (יתפרסם ב-  
2013)  
(161)141
- אסף יעקב "רשלנות בין כתלי בית המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת  
הדיון המשפטי" עיוני משפט כו 5 (2002)  
(273)179, (205)156

**כ**

נילי כהן "נוזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוזה" **עיוני משפט** יד 173 (1989) 114(74), 256(534)

**מ**

דניאל מור "גורם ההרתעה במלחמה בתאונות דרכים" **ספר לובנברג** 257 (1987) 76(127)  
 דניאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" **הפרקליט** לט 344 (1990) 114(74), 446(384)  
 אריה ל' מילר "אבדן כושר השתכרות כמבחן להערכת נזקי גוף"  
**הפרקליט** לב 251 (1978) 352(98)  
 אריה ל' מילר "ועוד פעם על הערכת הנזק שבאובדן כושר ההשתכרות" **הפרקליט** לה 253 (1983) 352(98)

**ע**

יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** ו 17 (2011) 273(585)

**פ**

קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדיי: על הגברת סיכון, עודף הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק"  
**מחקרי משפט** כג 855 (2007) 371(152), 372(153)  
 קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עולתית באינטרס" **עיוני משפט** כז 323 (2003) 371(152), 372(153)  
 אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" **משפטים** כג 311 (1994) 169(243), 377(170), 379(174), 382(186), 384(197), 385(200), 414(274)  
 אריאל פורת "איל זמיר וברק מדינה, משפט, כלכלה ומוסר" **משפטים** מא 415 (2011) 94(19)  
 אריאל פורת "בעד הרחבתה של חובת ההשבה" **עיוני משפט** לא 521 (2006) 118(91)  
 אריאל פורת "דיני נזיקין" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א** 222 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1992) 158(212), 174(259), 206(372), 207(376), 215(403), 221(420), 297(675), 300(684), 396(225), 397(228), 402(239)  
 אריאל פורת "דיני נזיקין, אחריותם של בנקים בגין רשלנות – התפתחויות אחרונות" **ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג** 324 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994) 243(483)  
 אריאל פורת "עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** 373 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996) 77(130), 154(198), 179(273), 446(384)  
 אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" **עיוני משפט** כג(3) 605 (2000) 361(117), 371(151)  
 אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?"  
**עיוני משפט** כז 357 (2003) 372(152)  
 אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" **עיוני משפט** כד 275 (2000) 164(233)  
 אריאל פורת "רשלנות וסיכנון העצמי של המזיק" **עיוני משפט** כו 321 (2002) 103(44)  
 אריאל פורת "רשלנות 'לפני מעשה' והתנהגות סבירה 'לאחר מעשה'" **מחקרי משפט** כט (יתפרסם ב-2013) 479(472)

## נזיקין

- אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647 (1999) (536)259
- אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) (43)325, (143)82
- אריאל פורת "תנאי 'הסיכונים העולתיים' בדני נזיקין" ספר אור 119 (2013) (447)472
- אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998) (242)269, (68)336, (674)297
- אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל 349 (1999) (722)311
- רונן פרי "יסוד ההתשלוח בעולת הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351 (2008) (31)97, (154)85, (16)35
- רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר לא השאלה" מחקרי משפט כט (יתפרסם ב-2013) (42)101

## ק

- אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301 (2004) (274)414, (41)100
- אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387 (2004) (41)100
- אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האשה חוס דמם של 'האדם הסביר' וה'ישראלית המצויה' בדוקטרינת הקינטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137 (1997) (135)79
- מיכאל קרייני "התביעה הייצוגית בישראל – על פרשת דרכים" דין ודברים א 449 (2005) (274)414
- צחי קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקבי?)" עיוני משפט כח 299 (2004) (544)516
- נילי קרקו-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" המשפט יא 267 (2007) (562)268
- נילי קרקו-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום שבו הופרה זכות המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181 (2007) (562)268
- נילי קרקו-אייל "הגבלת חבותו הנזיקית של רואה החשבון המבקר כלפי צדדים שלישיים" משפטים מא 517 (2011) (471)238

## ר

- אמנון רובינשטיין ודניאל פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנזיקין" הפרקליט כא 61 (1964) (364)205
- אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר מאמרים חלק ג 21 (2003) (556)267

## ש

- אלכס שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית? הכרעה לפי 'עודף הסתברות', אחריות בשל 'פגיעה בסיכויי החלמה' בדוקטרינת הנזק הראייתי" עיוני משפט כג 755 (2000) (332)430, (157)373

מפתח מאמרים

- בנימין שמואלי "קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנוזקין המודרניים"  
 משפטים לט 233 (2010) 85(155)  
 יהודה שנהב ורחל לויתן "אחריותו המקצועית של עורך דין, ניהול סיכונים וביטוח חבות"  
 הפרקליט לב 177-181 (1979) 256(532)  
 בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל"  
 משפטים לז 177 (2007) 353(100), 354(106)  
 גיא שני "הנוק הראייתי ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של  
 מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315 (2011) 311(723)  
 גיא שני ואמיר שמואלי "משרתם של שני אדונים? מבחן הצפיות בעולת הרשלנות: בין עלויות  
 מידע לבין שיקולי מדיניות" עיוני משפט לד 141 (2011) 150(188)

מאמרים זרים

A

- Richard L. Abel, *A Critique of Torts*, 37 UCLA L. REV. 785 (1990) 516(544)  
 Kenneth S. Abraham, *Custom, Noncustomary Practice, and Negligence*, 109 COLUM. L.  
 REV. 1784 (2009) 136(142)  
 Kenneth S. Abraham, *Liability for Medical Monitoring and the Problem of Limits*, 88 VA.  
 L. REV. 1975 (2002) 346(92)  
 Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk  
 Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293 (2003) 121(97)  
 Ronald J. Allen & Ross M. Rosenberg, *Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: A  
 Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes*, 77 CHI.-KENT L. REV. 683 (2002) 98(32)  
 Ronen Avraham, *Modular Liability Rules*, 24 INT'L REV. L. ECON. 269 (2004) 45(47)  
 Ian Ayres, *Protecting Property with Puts*, 32 VAL. U. L. REV. 793 (1998) 45(47)

B

- S. H. Bailey & M. J. Bowman, *The Policy/Operational Dichotomy - A Cuckoo in the Nest*,  
 45 CAMBRIDGE L.J. 430 (1986) 206(372)  
 James Bar Ames, *Law and Morals*, 22 HARV. L. REV. 97 (1908) 188(292), 196(323)  
 Brian H. Barr, *Engle v. R.J. Reynolds: The Improper Assessment of Punitive Damages for  
 an Entire Class of Injured Smokers*, 28 FLA. ST. U. L. REV. 787 (2001) 405(242)  
 Joel W. Baar, *Let the Drug Dealer Beware: Market-Share Liability in Michigan for  
 Injuries Caused by the Illegal Drug Market*, 32 VAL.U. L. REV. 139 (1997) 383(190)  
 Oren Bar-Gill & Ariel Porat, *Harm-Benefit Interactions*, AM. L. ECON. REV. (forthcoming  
 2014) 120(95)  
 Oren Bar-Gill & Omri Ben-Shahar, *The Uneasy Case for Comparative Negligence*, 5 AM.  
 L. ECON. REV. 433 (2003) 44(42)  
 Alec Shelby Bayer, *Looking Beyond the Easy Fix and Delving into the Roots of the Real  
 Medical Malpractice Crisis*, 5 HOUS. J. HEALTH L. & POL'Y 111 (2005) 502(509)  
 Lucian Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*,  
 100 MICH. L. REV. 601 (2001) 45(47)  
 Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Pliability Rules*,  
 101 MICH. L. REV. 1 (2002) 45(47)

ניקיון

- Omri Ben-Shahar, *Should Products Liability Be Based on Hindsight?*, 14 J.L. ECON. ORG. 325 (1998) 489(489), 491(491), 491(492)
- Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 J. LEG. EDUCATION 3 (1988) 79(135), 80(137)
- Margaret A. Berger, *Eliminating General Causation: Notes towards a New Theory of Justice and Toxic Torts*, 97 COLUM. L. REV. 2117 (1997) 420(292)
- William Bishop, *Economic Loss in Tort*, 2 OXFORD J. LEGAL STUD. 1 (1982) 228(435), 230(441)
- Ifat Biton, *Reclaiming Power? Women Victims of Sexual Violence and the Civil Legal System*, in TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY 130–40 (Natti Ronel, K. Jaishankar, Moshe Benshimon eds., 2008) 80(138)

C

- Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972) 45(47)
- Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972) 35(18), 36(21), 39(28), 40(30), 41(36), 67(95)
- Guido Calabresi, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, 43 U. CHI. L. REV. 69, 71 (1975) 329(55), 341(77)
- Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. PA. L. REV. 463 (1998) 82(142), 83(149), 516(544)
- Robert James Cimasi, *Medical Malpractice and Tort Reform Risk*, INSURANCE AND RISK MANAGEMENT STRATEGIES 186-8 (2005, Jones and Bartlett eds.) 127(112)
- Kevin M. Clermont, *Aggregation of Probabilities and Illogic*, 47 GA. L. REV. 165 (2012) 424(303)
- Ronald Coase, *The Problem of Social Costs*, 3 J. L. ECON 1 (1960) 31(11)
- Alon Cohen, *Implementing Aggregation in Law: The Median Outcome Rule*, 122 YALE L.J. ON LINE 359 (2013) 427(317)
- Jules L. Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, 67 IND. L. REV. 349, 365 (1992) 66(94)
- John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise – The Uses of Doubt and Reason*, 58 NW. U. L. REV. 750 (1964) 431(335)
- Robert Cooter, *Towards a Market in Unmatured Tort Claims*, 75 VA. L. REV. 383 (1989) 414(274)
- Robert Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 CAL. L. REV. 1 (1985) 44(41), 507(521)
- Robert D. Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 79 (1982) 147(179)
- Robert D. Cooter, *Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis*, 60 L. & CONTEMP. PROB. 73 (1997) 345(87)
- Robert Cooter & Ariel Porat, *Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict*, 29 J. LEGAL STUD. 19 (2000) 103(44), 106(51)

מפתח מאמרים

- Robert Cooter & Ariel Porat, *Liability Externalities and Mandatory Choices: Should Doctors Pay Less?*, 1 JOURNAL OF TORT LAW, Issue 1, Article 2 (2006) 143(171)  
463(430), 506(517)
- Robert Cooter & Ariel Porat, *Total Liability for Excessive Harm*,  
36 J. LEGAL STUD. 63 (2007) 387(201), 387(202)
- Janet Currie & Bentley Macleod, *First Do No Harm? Tort Reform and Birth Outcomes*,  
123 Q. J. ECON. 795 (2008) 503(511)
- D**
- Massimo D'Antoni & Avraham Tabach, *Least-Cost Avoidance and Partial Compensation* (unpublished manuscript) 32(12), 240(477), 452(408)
- Hanoch Dagan & James J. White, *Governments, Citizens, and Injurious Industries*, 75  
N.Y.U.L. REV. 354 (2000) 413(267)
- Michael Daly, *Attacking Defensive Medicine Through the Utilization of Practice Parameters*, 16 J. LEGAL MED. 101 (1995) 502(510)
- David A. Dana, *Rethinking the Puzzle of Escalating Penalties for Repeat Offenders*, 110  
YALE L.J. 733 (2001) 466(434)
- Giuseppe Dari-Mattiacci & Hans Bernd Schaefer, *The Core of Pure Economic Loss*, 27  
INT'L REV. L. ECON. 8 (2007) 229(440)
- Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 CAL. L. REV. 881 (1982) 393(218)
- Avihay Dorfman, *Reasonable Care: Equality as Objectivity*,  
31 L. & PHIL. 369 (2012) 74(121), 131(124)
- Avihay Dorfman, *The Doctrine of Plaintiff Foreseeability: A Sympathetic Reconstruction*,  
SSRN <http://ssrn.com/abstract=2103551> 152(193)
- E**
- Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151 (1973) 57(68),  
57(69), 115(77), 186(287), 187(288), 188(291),  
188(292), 196(322), 196(323), 196(325), 196(326)
- Richard A. Epstein, *Contractual Principle Versus Legislative Fixes: Coming to Closure on the Unending Travails of Medical Malpractice*,  
54 DEPAUL L. REV. 503 (2005) 168(239), 506(518)
- Richard A. Epstein, *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 J.  
LEGAL STUD. 165 (1974) 57(69)
- Richard A. Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. LEGAL STUD. 391 (1975) 57(69)
- Richard Epstein, *Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints*, 8 J.  
LEGAL STUD. 49 (1979) 57(69)
- F**
- Elizabeth Swire Falker, *The Medical Malpractice Crisis in Obstetrics: A Gestalt Approach to Reform*, 4 CARDOZO WOMEN'S L.J. 1 (1997) 502(510)
- Nancy L. Firak, *Alternative Forms of Liability: Developing Policy Aspects of the Cause-in-Fact Requirement of Tort Law*, 20 ARIZ. ST. L.J. 1041 (1988) 380(179)



## ניקיון

- George Fletcher, *The Search for Synthesis in Tort Theory*, 2 L. & PHIL. 63 (1983) 63(86)  
 George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*,  
 85 HARV. L. REV. 537 (1972) 56(65), 58(79), 63(85),  
 63(86), 65(87), 65(88), 67(98), 67(99)  
 Richard D. Friedman, *Dealing with Evidentiary Deficiency*,  
 18 CARDOZO L. REV. 1961 (1997) 311(721)

## G

- John Gardner, *What is Tort Law for? Part 1: The Place of Corrective Justice*, 30 L. &  
 PHIL. 1 (2011) 56(65)  
 Mark A. Geistfeld, *The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market-Share  
 Liability*, 155 U. PA. L. REV. 447 (2006) 380(177)  
 Mark Geistfeld, *The Analytics of Duty: Medical Monitoring and Related Forms of  
 Economic Loss*, 88 VA. L. REV. 1921 (2002) 346(92)  
 Elaine Gibson, *The Gender Wage Dilemma in Personal Injury Damages*, TORT THEORY 185  
 (Ken Cooper-Stephenson ed., 1993) 82(142)  
 Stephen G. Gilles, *Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels*, 21 J.  
 LEGAL STUD. 319 (1992) 36(20), 37(24)  
 David Gilo & Ehud Guttel, *Negligence and Insufficient Activity: The Missing Paradigm in  
 Torts*, 108 MICH. L. REV. 277 (2009) 36(20)  
 David Gilo, Ehud Guttel & Erez Yuval, *Negligence, Strict Liability and Collective Action*,  
 42 J. LEGAL STUD. (forthcoming 2013) 95(22)  
 John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Unrealized Torts*, 88 VA. L. REV. 1625  
 (2002) 56(66), 347(92)  
 John C.P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to  
 a Law for the Redress of Wrongs*, 115 YALE L.J. 524 (2005) 56(67)  
 Mark F. Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence*,  
 92 YALE L.J. 799 (1983) 147(180)  
 Chandler Gregg, Comment, *The Medical Malpractice Crisis: A Problem with No Answer?*,  
 70 MO. L. REV. 307 (2005) 502(509)  
 Ehud Guttel, *The (Hidden) Risk of Opportunistic Precautions*,  
 93 VA. L. REV. 1389 (2007) 95(22)

## H

- Sharon Hannes, *Compensating for Executive Compensation: The Case for Gatekeeper  
 Incentive Pay*, 98 CALIF. L. REV. 35 (2010) 238(470)  
 Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of  
 Market Manipulation*, 74 N.Y.U. L. REV. 630 (1999) 466(434)  
 Jon D. Hanson & Kyle D. Logue, *The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post  
 Incentive-Based Regulation*, 107 YALE L.J. 1163 (1998) 405(242)  
 Alon Harel & Ariel Porat, *Aggregating Probabilities Across Cases: Criminal  
 Responsibility for Unspecified Offenses*, 94 MINN. L. REV. 261 (2009) 424(303),  
 437(352), 439(357)

מפתח מאמרים

- Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-To-Be-Met Challenges for Law and Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749 (2011) 94(19), 96(26)
- Alon Harel & Assaf Jacob, *An Economic Rationale for the Legal Treatment of Omissions in Tort Law: The Principle of Saliency*, 3 THEORETICAL INQ. L. 413 (2002) 187(290), 240(477), 453(407)
- David Hayman, *Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue*, 84 TEX. L. REV. 653 (2006) 186(286)
- James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski, *Intuition and Technology in Product Design Litigation: An Essay on Proximate Causation*, 88 GEO. L.J. 659 (2000) 382(186)
- Scott Hershovitz, *Corrective Justice for Civil Recourse Theories*, FLORIDA STATE UNIVERSITY L. REV. 107 (2011) 56(67), 58(75)
- Tony Honoré, *Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability*, 104 L. Q. REV. 530 (1988) 335(65)
- I**
- Assaf Jacob, *Feminist Approaches to Tort Law – A Reply to Professor Schwartz*, 2 THEORETICAL INQ. L. 211 (2001) 80(137)
- K**
- Marcel Kahan, *Causation and Incentives to Take Care under the Negligence Rule*, 18 J. LEGAL STUD. 427 (1989) 147(180)
- Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994) 72(114)
- Gregory C. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, 48 STAN. L. REV. 311 (1996) 71(113)
- Gregory Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000) 70(106), 71(108)–71(112), 77(131)
- Patrick J. Kelley & Laurel A. Wendt, *What Judges Tell Juries about Negligence: A Review of Pattern Jury Instructions*, 77 CHI.-KENT L. REV. 587 (2002) 98(32)
- Tsachi Keren-Paz, *Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?*, 4 THEORETICAL INQ. L. 275 (2003) 516(544)
- Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. & JURIS. 91 (2003) 516(544)
- Joseph H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L.J. 1353 (1980–1981) 297(675), 354(105)
- L**
- William Landes & Richard Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. LEGAL STUD. 83, 127 (1978) 189(293), 189(294), 190(298), 190(301)
- Saul Levmore, *Conjunction and Aggregation*, 99 MICH. L. REV. 723 (2001) 424(303), 430(332)

ניקין

- Saul Levmore, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 J. LEGAL STUD. 691 (1990) 354(105)
- Saul Levmore, *Unifying Remedies: Property Rules, Liability Rules, and Startling Rules*, 106 YALE L. J. 2149 (1997) 46(47)
- Saul Levmore, *Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations*, 72 VA. L. REV. 879 (1986) 185(285), 189(296), 190(298), 190(300)–190(302)
- Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006) 72(116)
- Timothy D. Lytton, *Tort Claims Against Gun Manufacturers for Crime-Related Injuries: Defining a Suitable Role for the Tort System in Regulating the Firearms Industry*, 65 MO. L. REV. 1 (2000) 383(190)

**M**

- Kevin G. Meeks, *From Sindell to Street Pushers: Imposing Market Share Liability on Illegal Drug Dealers*, 33 GA. L. REV. 315 (1998) 383(190)
- Alan Miller & Ronen Perry, *The Reasonable Person*, 87 NYU L. REV. 323 (2012) 92(13)
- Christopher E. Miller, *Radiological Risk and Civil Liability: A Review of Recent Developments in the United Kingdom*, LAW AND UNCERTAINTY – RISKS AND LEGAL PROCESSES 273 (Robert Baldwin ed., 1997) 346(88)

**N**

- Mark C. Niles, *"Nothing But Mischief": The Federal Tort Claims Act and the Scope of Discretionary Immunity*, 54 ADMIN. L. REV. 1275 (2002) 206(372)
- Note, *Government Tort Liability*, 111 HARV. L. REV. 2009 (1998) 206(372)

**P**

- Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Reconceptualizing Trespass*, 103 NW. U. L. REV. 1823 (2009) 45(47), 118(89)
- Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *Torts and Innovation*, 107 MICH. L. REV. 285 (2008) 139(149), 142(168)
- Robert J. Peaslee, *Multiple Causation and Damage*, 47 HARV. L. REV. 1127 (1934) 322(34), 323(37)
- Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 U. TORONTO L. J. 247 (1992) 346(92)
- Stephen R. Perry, *The Impossibility of General Strict Liability*, 1 CAN. J. L. & JUR. 147 (1988) 57(71)
- Steven R. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, 77 IOWA L. REV. 449 (1992) 76(128)
- Ronen Perry, *The Deepwater Horizon Oil Spill and the Limits of Civil Liability*, 86 WASH. L. REV. 1 (2011) 225(431)
- Ronen Perry, *The Role of Retributive Justice in the Common Law of Torts: A Descriptive Theory*, 73 TENN. L. REV. 177 (2006) 24(4), 164(234)

מפתח מאמרים

- A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869 (1998) 345(87), 514(542)
- A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Uneasy Case for Product Liability*, 123 HARV. L. REV. 1437 (2010) 40(30)
- Ariel Porat, *Expanding Liability for Negligence Per Se*, 44 WAKE FOREST L. REV. 979 (2009) 460(424), 474(458)
- Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L. J. 82 (2011) 460(424), 511(529), 516(543)
- Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007) 499(502)
- Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189 (2009) 46(47), 118(91)
- Ariel Porat, *Questioning the Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 161 (2001) 61(82), 93(16)
- Ariel Porat, *The Many Faces of Negligence*, 4 THEORETICAL INQ. L. 105 (2003) 508(525)
- Ariel Porat & Alex Stein, *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 667 (2003) 381(185)
- Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Future Harm*, PERSPECTIVES ON CAUSATION 221 (Richard Goldberg ed., 2011) 368(145)
- Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891 (1997) 297(674)
- Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AM. L. ECON. REV. 45 (2011) 94(19), 97(29), 370(150), 518(546)
- Ariel Porat & Eric Posner, *Aggregation and Law*, 122 YALE L.J. 2 (2012) 197(327), 423(302), 437(352), 439(359)
- Eric A. Posner, *Tobacco Regulation or Litigation?*, 70 U. CHI. L. REV. 1141 (2003) 406(246)
- Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972) 34(16), 35(17)
- Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. LEGAL STUD. 205 (1973) 35(18), 36(21), 38(27)
- John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser, *Willingness to Pay and the Distribution of Risk and Wealth*, 104 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 747 (1996) 97(29)
- George Priest, *The Current Insurance Crisis*, 96 YALE L. J. 1521 (1987) 40(30), 144(172)–144(174)
- George L. Priest, *Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, 26 J. LEGAL STUD. 521 (1997) 414(274)
- R**
- Robert L. Rabin, *A Sociological History of the Tobacco Tort Litigation*, 44 STAN. L. REV. 853 (1992) 414(273), 418(287)
- Samuel Rea, *Nonpecuniary Loss and Breach of Contract*, 11 J. LEGAL STUD. 35 (1982) 263(546)
- Glen O. Robinson, *Multiple Causation in Tort Law – Reflection on the DES Cases*, 68 VA. L. REV. 713 (1982) 341(77)

ניקין

- Glen O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 14 J. LEGAL STUD. 779 (1985) 335(65), 346(90), 354(105), 380(179)  
 David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 851 (1984) 346(90)–346(92), 354(105)

S

- Frederick Schauer & Richard Zeckhauser, *On the Degree of Confidence for Adverse Decisions*, 25 J. LEGAL STUD. 27 (1996) 424(303)  
 Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice & Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. REV. 439 (1990) 333(62)  
 Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law*, 38 UCLA L. REV. 143 (1990) 333(62)  
 Gary T. Schwartz, *Feminist Approaches to Tort Law*, 2 THEORETICAL INQ. L. 175 (2001) 80(137)  
 Gary T. Schwartz, *The Myth of the Ford Pinto Case*, 43 RUTGERS L. REV. 1013 (1991) 122(100)  
 Waren A. Seavy, *Res Ipsa Loquitur: Tabula in Naufragio*, 63 HARV. L. REV. 643 (1950) 384(197)  
 David E. Seidelson, *Reasonable Expectations and Subjective Standard in Negligence Laws: The Minor, the Mentally Impaired, and the Mentally Incompetent*, 50 GEO. WASH. L. REV. 17 (1981–2) 74(120), 132(127), 134(135)  
 Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 YALE L.J. 347 (2003) 345(87), 514(539)  
 Steven Shavell, *Liability and the Incentive to Obtain Information About Risk*, 21 J. LEGAL STUD. 259 (1992) 489(489)  
 Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980) 36(20)  
 Benjamin Shmueli, *Offsetting Risks in Tort Law: Theoretical and Practical Difficulties*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 137 (2009) 499(502)  
 Kenneth W. Simons, *Corrective Justice and Liability for Risk-Creation: A Comment*, 38 UCLA L. REV. 113 (1990) 333(62), 334(65)  
 Stephen A. Spitz, *From Res Ipsa Loquitur to Diethylstilbestrol: The Unidentifiable Tortfeasor in California*, 65 IND. L.J. 591 (1990) 384(197)  
 Marc Stauch, *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 205 (1997) 354(105)

T

- Avraham Tabbach & Jacob Nussim, *A Revised Model of Unilateral Accidents*, 29 INT'L REV. L. ECON. 169 (2009) 36(20), 37(25)  
 Avraham Tabbach, *Causation and Incentives to Choose Levels of Care and Activity under the Negligence Rule*, 4 REVIEW OF LAW AND ECONOMICS 1 (2008) 36(20), 147(180)  
 A. Dale Tussing & Martha A. Wojtowycz, *Malpractice, Defensive Medicine and Obstetric Behavior*, 35 MED. CARE 172 (1997) 126(110), 502(510)

מפתח מאמרים

- Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*,  
in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 3 (Daniel Kahneman et  
al. eds., 1982) 466(434)
- Aaron D. Twerski, *Market Share — A Tale of Two Centuries*, 55 BROOK. L. REV. 869  
(1989) 382(186)
- V**
- Frank J. Vandall, *O.K. Corral II: Policy Issues in Municipal Suits Against Gun  
Manufacturers*, 44 VILL. L. REV. 547 (1999) 383(190), 412(267)
- W**
- Jeremy Waldron, *Moments of Carelessness and Massive Loss*, PHILOSOPHICAL  
FOUNDATIONS OF TORT LAW 387 (David G. Owen ed., 1995) 75(125),  
124(106), 335(65)
- Wendy E. Wagner, *Commons Ignorance: The Failure of Environmental Law to Produce  
Needed Information on Health and Environments*, 53 DUKE L.J. 1619 (2004) 491(493)
- Ernest Weinrib, *The Case for a Duty to Rescue*, 90 YALE L.J. 247 (1980) 189(293)
- Ernest J. Weinrib, *The Gains and Losses of Corrective Justice*,  
44 DUKE L.J. 277 (1994) 58(75)
- Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective  
Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 107 (2001) 58(76), 59(80), 471(446)
- Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and  
Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 IOWA L. REV. 1001  
(1988) 322(32)
- Richard W. Wright, *Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"*, 4 THEORETICAL  
INQ. L. 145 (2003) 98(32)
- Z**
- Benjamin C. Zipursky, *Civil Recourse, Not Corrective Justice*,  
91 GEO. L.J. 695 (2003) 56(67)
- Benjamin C. Zipursky, *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*, 51 VAND. L.  
REV. 1 (1998) 56(67)

ניקיון

## מפתח עניינים

(ההפניה היא לעמוד ולהערות השוליים (בסוגריים))

אגרנציה.....ראו שקלול טענות  
אדם הסביר, ה-.....ראו סטנדרט הזהירות, סבירות  
אוטונומיה.....ראו פגיעה באוטונומיה  
אופטימום.....ראו הרתעה, אופטימלית

### אחריות

בגין יצירת סיכון גרידא.....ראו אחריות בגין יצירת סיכון גרידא  
בגין נזק עתידי.....ראו אי-ודאות, ביחס לנזק עתידי  
המדינה.....ראו רשויות ציבוריות  
הסתברותית.....ראו אחריות הסתברותית  
יצרנים.....ראו מוצרים פגומים  
כוללת עבור נזק עודף.....387  
כלל של-.....46-49, 115 (79). ראו גם קניין, כלל של-,  
כפולה.....44 (41)  
לפי נתח שוק.....ראו אחריות קיבוצית, אחריות לפי נתח שוק  
מוסרית.....187  
קיבוצית.....ראו אחריות קיבוצית  
רשויות ציבוריות.....ראו רשויות ציבוריות

### אחריות בגין יצירת סיכון גרידא

[כללי].....331-333  
אחריות בגין סיכונים גבוהים במיוחד.....339  
במקום אחריות בגין גרם נזק  
[כללי].....333-334, 340-341  
הרתעה.....337-338  
מזל מוסרי (moral luck).....334-336  
עלויות אכיפה.....338-340  
פיזור הנזק ו-.....338  
צדק גמולי.....334-336  
צדק מתקן.....336-337  
בנוסף לאחריות בגין גרם נזק  
[כללי].....341  
הרתעה.....341-342  
צדק גמולי.....342  
צדק מתקן.....342  
סיכונים סביבתיים ו-.....342

### אחריות הסתברותית

[כללי].....128, 301, 306, 318, 349, 353-366. ראו גם אי-ודאות  
אחריות לפי נתח שוק.....ראו אחריות קיבוצית, אחריות לפי נתח שוק



ניזקין

אחריות קיבוצית.....ראו אחריות קיבוצית  
 ביחס לגודל הנזק.....353-350. ראו גם אי-ודאות, ביחס לגודל הנזק  
 ביקורת על-..... 372-371  
 מענה ל-  
 375-374 .....אומדנים קיימים בדיני הניזקין.....  
 373-372 .....אמצעים להערכת הסתברויות.....  
 374-373 .....הערכת הסתברויות בדרך של אומדן.....  
 354 .....במדינות המשפט המקובל.....  
 במצבים של ניזוק לא מזוהה  
 393 .....הפן הניזקי של דוקטרינת הנזק הראייתי.....  
 393 .....מבחן ההטיה הנשנית.....  
 דוקטרינות של-  
 365-360 .....הגברת סיכון.....  
 363 .....מבחן האחריות היחסית.....  
 362-361 .....מבחן ההטיה הנשנית.....  
 358-355 .....הרתעה.....  
 410 .....עישון כמקרה מבחן.....  
 357-356 .....מבחן הזיהוי מראש.....  
 360-359 .....פגיעה בסיכויי החלמה.....  
 412-411 .....נזק ראיתי כבסיס ל-.....  
 520 .....עקרון ההתאמה ו-.....  
 501-500, (501)498.....קיוזו סיכונים ו-.....  
 429-428 .....שקלול טענות ו-.....

אחריות מוגברת

[כללי]..... 89, 75, 69, 53, 38, 28, 25  
 287 .....דברים מסוכנים ו-.....  
 45 .....הגנת אשם תורם.....  
 36-34 .....הרתעה.....  
 280 .....הדבר מעיד על עצמו ו-.....  
 295 .....היזק על ידי חיה.....  
 294-293 .....היזק על ידי כלב.....  
 294 .....צדק מתקן.....  
 37-36 .....רמת פעילות.....  
 36-34 .....רשלנות ו-.....

אחריות מקצועית

170 .....איזון בין אינטרסים של הניזוק.....  
 בנקים  
 242-241 .....[כללי].....  
 בגין מרמה וזיוף  
 249-247 .....כלפי לקוח.....  
 250-249 .....כלפי צד שלישי.....  
 249-247 .....על ידי גורם חיצוני.....  
 249, 247.....על ידי עובד הבנק.....

מפתח עניינים

246	.....	בגין תרומה למפלתו הכלכלית של חייב
245	.....	היקף חובת זהירות
		חיווי דעה רשלני
245–244	.....	כלפי לקוח
247–245	.....	כלפי צד שלישי
244–243	.....	מכוח הוראות חוק ספציפיות
(515)250	.....	סטנדרט הזהירות
244–241	.....	שיקולי מדיניות
157–155	.....	מורים
		עורכי דין
157–155	.....	[כללי]
256–255, 175, 174	.....	אחריות כלפי צד שלישי
179	.....	אינטרס חברתי
237–234	.....	חיווי דעה רשלני
499	.....	קיוויו סיכונים
		רואי חשבון
238, 231	.....	חיווי דעה רשלני
(262)174	.....	כלפי צד שלישי
		רופאים
173, (206)156	.....	שופטים

**אחריות קיבוצית**

		אחריות חלופית
426, 381, 378	.....	[כללי]
426	.....	יצירה בוזמנית של הסיכון כתנאי
		אחריות לפי נתח שוק
384–381, 349	.....	[כללי]
(179)380	.....	אחריות בגין יצירת סיכון משותף כהצדקה
387	.....	אחריות כוללת לנזק עודף כמשטר חלופי ל-
(187)382	.....	בגין חשיפה לאסבסט
383	.....	בגין מכירה רשלנית של כלי נשק
(190)383	.....	בגין נזקי סחר בסמים
408, (187)382	.....	בגין נזקי עישון
384	.....	בגין נזקים מחיסונים פגומים
(188)383, (187)382	.....	בגין נזקים משתלי סליקון פגומים
380–379	.....	אחריות על מעוולים במשותף
417	.....	אחריות שוק (enterprise liability)
		חזקת קיומה של סיבתיות כ-
381	.....	[כללי]
(185)381	.....	בדין האנגלי
(183)381	.....	בדין הקנדי
(477)240	.....	חלוקת האחריות בין המעוולים
(243)169	.....	קשר של שתיקה כהצדקה ל-

**אי-ודאות**

[כללי]..... 349. ראו גם אחריות הסתברותית; אחריות קיבוצית

ביחס לגודל הנזק

350–349 ..... [כללי]

353 ..... בעבר

351–350 ..... הרתעה

353–351 ..... צדק מתקן

ביחס לגרם הנזק

354–353, 349 ..... [כללי]

בפסיקה הישראלית

הלכת מלול ..... 365–360. ראו גם אחריות הסתברותית

הלכת פאתח ..... 360–359. ראו גם אחריות הסתברותית, אובדן סיכויי החלמה

דרך חישוב הפיצוי ..... 366–365. ראו גם אחריות הסתברותית

358–353 ..... הרתעה

407 ..... עישון כמקרה מבחן

520–519 ..... עקרון ההתאמה ו-

359 ..... צדק מתקן

ביחס לזהות המזיק

379–377, 349 ..... [כללי]

הרתעה

387–385 ..... כאשר כל המזיקים הפוטנציאליים פעלו באשם

390–389 ..... כאשר רק אחד מבין המזיקים הפוטנציאליים פעל באשם

כאשר גורמי הנזק ידועים, אך לא ידוע מי מהם פעל באשם ..... 379(174)

מבחן ההטיה הנשנית ו- ..... 361–362. ראו גם אי-ודאות, ביחס לגרם הנזק

מצבי אי-ודאות ביחס לחלוקת הנזק בין מעוולים ו- ..... 395(221)

407–408 ..... עישון כמקרה מבחן

פתרונות משפטיים

אחריות קיבוצית ..... 384–381. ראו גם אחריות קיבוצית

380–379 ..... אחריות של מעוולים במשותף

380 ..... הפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי

379 ..... הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי

384–379 ..... כאשר כל המזיקים הפוטנציאליים פעלו באשם

(177)380 ..... קיבוץ ראיות (evidential grouping)

צדק מתקן

389–387 ..... כאשר כל המזיקים הפוטנציאליים פעלו באשם

390 ..... כאשר רק אחד מבין המזיקים הפוטנציאליים פעל באשם

ביחס לזהות הניזוק מהעולה

392–390 ..... [כללי]

394–393 ..... הרתעה

362–361 ..... מבחן ההטיה הנשנית ו-

393–392. ראו גם אחריות הסתברותית

פתרונות משפטיים

394 ..... צדק מתקן

ביחס לחלוקת הנזק בין גורם עולתי וגורם לא עולתי

401–400 ..... [כללי]

מפתח עניינים

401	אי-ודאות ביחס לזהות המזיק ו-.....
403	הרתעה
	פתרונות משפטיים
403-401	[כללי] .....
401	הפן הנזיקי של הנזק הראייתי .....
403	צדק מתקן .....
	ביחס לחלוקת הנזק בין מספר מעוולים
395-394	[כללי] .....
400-399	הניזוק הוא המונע הזול של אי-הודאות .....
400-399	הרתעה .....
(221)395	מצבי אי-ודאות ביחס לזהות המזיק ו-.....
409-408	עישון כמקרה מבחן.....
	פתרונות משפטיים
399-395	[כללי] .....
395	הוכחה לפי עודף הסתברויות .....
397-396	חיוב המזיקים ביחד ולחוד.....
396	חלוקת הנזק על ידי אומדן .....
399-398	נזק ראייתי .....
400	צדק מתקן .....
500	ביחס למניעת נזק .....
	ביחס לנזק עתידי
368-366, 353, (89)346	[כללי] .....
367-366	במדיניות המשפט המקובל .....
368-367	הבדל בין פיצוי בגין יצירת סיכון גרידא ובין .....
370-369	הרתעה .....
	מתן בחירה לניזוק בין אפשרויות תביעה
371	בעיית הפעולה המשותפת.....
370	הצדקה.....
368	נזקים הקיימים בהווה כתוצאה מהסיכון לנזק עתידי.....
369-368	צדק מתקן .....
	הערכה על ידי אומדן כאמצעי להתמודדות עם-
375	הגנת אשם תורם וריבוי מעוולים .....
374	הוצאות רפואיות .....
374	הפסד השתכרות.....
(119)129	טעות בהערכת גודל הנזק .....
341, (119)129, 100	טעות בקביעת סטנדרט הזהירות .....
298	נזק ראייתי .....
129	סטנדרט זהירות סובייקטיבי ו-.....
416-411	פתרונות עקיפים לבעיית-.....
151	צפיות טכנית ו-.....
	<b>אינטרסים</b>
	מזיק - מזיק 183-181. ראו גם סיכון עצמי .....
	מזיק - ניזוק 164-165, 242. ראו גם התרשלות, נוסחת הרשלנות הכלכלית .....
	ניזוק - אינטרס חברתי 181-176 .....

ניזקין

ניזוק – ניזוק	171–165
ניזוק – צד שלישי	175–171
<b>אמצעי זהירות</b>	
בלתי תלויים	453, 45–43
רציפים	96, 44
אפליה	(121)74, 70
אפקט הצינון (chilling effect)	231, 178, 159–155
ארדינסט-רון, עמית	83
אריסטו	58–55
אש, נזקי-	292–290
אשם תורם	ראו רשלנות, הגנת אשם תורם; אחריות מוגברת, הגנת אשם תורם
<b>ביטוח</b>	
[כללי]	31–29
אי-ודאות ביחס לנזק עתידי	368
כמנגנון המתמרץ איסוף מידע ביחס לנזק	400
משבר הביטוח	144
נזק לא ממוני	265–261
סיכון גרידא כנזק ו-	347–345
עקרון ההתאמה ו-	(545)517, (543)516
צדק חלוקתי	(34)41
קיוזו סיכונים	508–507
שנאת סיכון	(35)41
ביטוח, יפעת	(139)80, 70, (97)67
<b>בנקים</b>	
אחריות בגין חיווי דעה רשלני	ראו אחריות מקצועית, בנקים
אחריות בגין מרמה וזיוף	ראו אחריות מקצועית, בנקים, בגין מרמה וזיוף
איוון אינטרסים בין לקוחות	174
<b>ברירה שלילית (adverse selection)</b>	
[כללי]	(174)144
חיווי דעה ו-	(466)237
נזק לא ממוני ו-	265–264
רשלנות רפואית ו-	(514)504
גוטל, אהוד	(197)153, (22)94
<b>גולגולת דקה</b>	
במסגרת הסיבתיות המשפטית	447–446
במסגרת חובת הזהירות	153–152

גורם זר מתערב.....	ראו סיבתיות משפטית, ניתוק הקשר הסיבתי
גורם משתלט (overtaking cause).....	ראו סיבתיות עובדתית, גורם ממשי והיפותטי
גזות, פרשת ה-.....	298–299, 391–392, 436
גילה, דיורד.....	94(22)
גלעד, ישראל.....	50(56), 90(10), 153(197), 154(198), 201(347), 204(362), 213(398), 238(474), 267(560), 308(707), 311(720), 446(385), 472
גנבה.....	250
גרם הפרת חוזה.....	223(421), 254–255, 256(534)
דבר מעיד על עצמו, ה-.....	ראו חזקת רשלנות, הדבר מעיד על עצמו
דברים מסוכנים.....	ראו חזקת רשלנות, דברים מסוכנים
דורפמן, אביחי.....	90(10), 135(136), 152(193), 154(198)
דחייה על הסף.....	160–162. ראו גם חובת זהירות, שיקולים לקביעת
<b>הגנות</b>	
אשם תורם.....	ראו רשלנות, הגנת אשם תורם; אחריות מוגברת, הגנת אשם תורם
הסתכנות מרצון.....	422(299)
הצדקה.....	66
ניתוק הקשר הסיבתי.....	ראו סיבתיות משפטית, ניתוק הקשר הסיבתי
פטור.....	66
שקלול טענות.....	432–433
<b>הדדיות</b>	
[כללי].....	63–65
צדק חלוקתי ו-.....	71, 117, 121. ראו גם קיטינג, גרגורי
צדק מתקן ו-.....	64–65, 117, 121. ראו גם פלטשר, ג'ורג'
הולדה בעוולה.....	101(42)
<b>הורה</b>	
אחריות כלפי ילד.....	23, 170
חובת הצלה כלפי ילד.....	193
<b>החצנה</b>	
[כללי].....	29
חיובית.....	143, 231, 506
רפואה מגננתית כ-.....	502
שלילית על החברה.....	176
שלילית על הניזוק.....	155–156, 164–165
שלילית על צד שלישי.....	155–156, 171–175
פיצוי עונשי ו-.....	345(87)

	<b>הטבת נזקי גוף</b>
194	[כללי].....
(279)416	זכות התביעה למוטב כתנאי.....
412	כפתרון למצבי סיבתיות עמומה.....
418-412	תביעה ברשלנות בגין נזק כלכלי למיטיב.....
(274)414	תביעה קיבוצית של מיטיבים.....
	<b>הטיה נשנית</b>
358-355	[כללי].....
351	ביחס לגודל הנזק.....
356-355	העדר-.....
357-356, 351	כלפי מטה.....
	מבחן ה-..... 361-362. ראו גם אי־ודאות, ביחס לגרם הנזק; אחריות הסתברותית
520	עקרון ההתאמה ו-.....
359	צדק מתקן.....
	<b>הטעיה</b>
(479)241	בניירות ערך.....
272	צרכנית.....
	<b>הטרדה מינית</b>
70	[כללי].....
435-434	דרישת ריבוי מקרים.....
434	שקלול נורמטיבי.....
	<b>הסגת גבול</b>
113	במטלטלין.....
	במקרקעין
(71)114	[כללי].....
160	השוקל הטוב.....
198	חובת הצלה כלפי מסיג גבול.....
152	צפיות טכנית.....
(79)115	שלא כדין.....
	<b>הסכמה מדעת</b>
(68)113	[כללי].....
(69)113	פגיעה באוטונומיה.....
270-268	רשלנות רפואית.....
	<b>הפנמה</b> ..... ראו <b>החצנה</b>
116	<b>הפקעה פרטית</b> .....
	<b>הפרת חובה חקוקה</b>
250, 244	אחריות מקצועית של בנקים.....
(401)214	חובות של רשות ציבורית מכוח המשפט המנהלי.....
308, (686)300	נזק ראייתי.....
112-111	תחולה במקביל לעוולה פרטיקולרית.....

מפתח עניינים

468–467, 460.....	תנאי הסיכונים העוולתיים
469–468 .....	הצדקה להגבלת אחריות כאשר החיקוק יוצר חובה לפעול
66.....	<b>הצדקה</b>
	<b>הצלה</b>
170–169 .....	זכות המציל שנפגע לפי צוי מהמעוול
195–191 .....	עידוד עקיף ל-.....
170 .....	פטור מאחריות בגין נזקים אגב פעולת הצלה
190, (296)189.....	פרס למציל
	שיפוי בגין הוצאות המציל
195–193, 192,(78)115 .....	[כללי].....
195 .....	באמצעות תביעה כנגד המזיק
194 .....	העדר זכות שיפוי בגין נזקי גוף
195–194 .....	זכות תביעה מביטוח לאומי
195 .....	חיילים ו-.....
453–452, 439, (303)424.....	<b>הראל, אלון</b>
	<b>הרתעה</b>
89, 53–25, 23.....	[כללי].....
	אופטימלית
25–26.....	[כללי].....
482–481 .....	כלל המידע לפני מעשה
27–26.....	נקודת האופטימום
342–341, 338–337 .....	אחריות בגין יצירת סיכון גרידא
370–369 .....	אחריות בגין נזק עתידי
	אחריות הסתברותית
351–350 .....	ביחס לגודל הנזק
	ביחס לגרם הנזק
358–355 .....	[כללי].....
358–356 .....	מבחן ההטיה הנשנית
357–356 .....	מבחן הזיהוי מראש
394–393 .....	ביחס לזהות הניזוק מהעוולה
403 .....	ביחס לחלוקת הנזק בין גורם עוולתי וגורם לא עוולתי
400–399 .....	ביחס לחלוקת הנזק בין מעוולים
178 .....	אינטרס חברתי ו-.....
121–120 .....	בחירה בין ניזוקים
120–119 .....	במצב בו הניזוק מועיל
	הרתעה כללית
	ראו הרתעה, הרתעת שוק
28–29 .....	הרתעת שוק
	חסר
145, 136.....	[כללי].....
386 .....	אחריות לפי נתח שוק
357–356 .....	הטיה נשנית כלפי מטה
428 .....	שקלול עובדתי כפתרון להרתעת חסר



נזיקין

481	כלל המידע לאחר מעשה
345-344	נזקים חברתיים שלא מגולמים בפיצוי
370	פיצוי בגין נזקים עתידיים
509	קיוזו סיכונים
464	תנאי הסיכונים העולתיים
	<b>יתר</b>
341, 148-146	[כללי] .....
491-490, 146-147	אי-רציפות האחריות ברשלנות
358-357	הטיה נשנית כלפי מעלה
151	העדר צפיות
505-504	השקעת יתר במניעת טעויות
190	חובת הצלה
237, 236, 231	חיווי דעה
489-488	כלל המידע לפני מעשה
330	מבחן הנטייה הסיבתית
264	נזק לא ממוני
314-311	נזק ראייתי
506-505	פגיעה בהשתתפות בפעילות
159-155	צפיות נורמטיבית
500	קיוזו סיכונים
	שקלול טענות
(324)428	כמנגנון היוצר הרתעת יתר
428	כמנגנון המפחית הרתעת יתר
34, 31-29	מידע ו-1
	מקסימלית. ראו הרתעה, אופטימלית
122-118	סיכון ודאי ו-1
108-106	סיכון עצמי
	ספציפית. ראו הרתעה, על ידי חקיקה
28-27	על ידי חקיקה
264-262	פיצוי בגין נזק לא ממוני
	קולקטיבית. ראו הרתעה, על ידי חקיקה
214	שיקול דעת רחב
461	תנאי הסיכונים העולתיים
	<b>השוואה בין ערכים</b>
96	[כללי] .....
519, (546)518	הערכה כספית של חיי אדם
254, 252	השתק הבטחה
	<b>התאמה בין סטנדרט הזהירות להיקף האחריות</b>
511	[כללי] .....
	הוכחת קשר סיבתי
520	אחריות הסתברותית
519-520	הפרה של עקרון ההתאמה

	הפסד השתכרות
(545)517 .....	ביטוח
516–515 .....	הפרה של עקרון ההתאמה
518 ,516.....	הרתעה לא יעילה
519–518 ,(544)516.....	צדק חלוקתי
523–522 .....	סיכון עצמי
	עקרון ההתאמה
525–523 ,514–511 .....	[כללי]
514–513 .....	אשם תורם
513–512 .....	העדר צפיות
524–523 .....	הפרה על ידי הערכה שגויה של היקף האחריות
534 ,523–522.....	הפרה על ידי קביעת סטנדרט זהירות נמוך מידי
	הרתעת חסר
512 .....	בעקבות הפרה של העקרון
525–524 .....	למרות התאמה לעקרון
511 .....	טיעון הסיכונים העולתיים
513 .....	נוק לא ממוני טהור
514 .....	פיצויים עונשיים
512 .....	צדק מתקן
521–520 .....	קיוזו סיכונים
522–521 .....	תנאי הסיכונים העולתיים ו-1
	התרשלות
92–89 .....	[כללי]
(487)487 ,(472)479 ,477.....	בחינת סבירות הפעולה במועד ההתנהגות
	התנהגות סבירה בדיעבד
487–486 ,480–479 .....	[כללי]
480 .....	כלל המידע לאחר מעשה
480 .....	כלל המידע לפני מעשה
486 .....	כמקרה פרטי של טיעון הסיכונים העולתיים
494–493 .....	מזל מוסרי (moral luck)
	נוסחת הרשלנות הכלכלית
98–94 ,34 .....	[כללי]
222–220 ,210–209 .....	אחריות רשויות ציבוריות
421–420 .....	אי-התאמה במקרה שיצירת הסיכון משותפת למספר מזיקים
156 .....	אפקט הצינון (chilling effect)
98–97 .....	בפסיקה הישראלית
96 .....	הגדרה במונחים שוליים של-
(32)98.....	המשפט האמריקאי ו-1
486 ,470.....	התחשבות בכל הסיכונים הצפויים
(22)94.....	התנהגות אסטרטגית
188 .....	חובת הצלה
123–122 .....	חוסר תשומת לב רגעי
504 .....	עלות בחירה בין דרכי פעולה
512–511 .....	עקרון ההתאמה

נזיקין

90	סדר בחינת יסודות הרשלנות.....
	רשויות ציבוריות
207–206	אחריות ישירה.....
206–205	אחריות שילוחית.....
(446)471 ,336 ,(120)130 ,(56)108 ,93–92 ,63–59 ,57 ,(65)56	וינריב, ארנסט.....
	<b>זיהום</b>
(292)420	העברת נטל הראייה למזהם ביחס לסיבתיות.....
361	אחריות הסתברותית בגין יצירת-.....
391	קרינה רדיואקטיבית.....
(60)333	אחריות בגין יצירת סיכון גרידא.....
225	אחריות בגין נזק כלכלי טהור.....
	<b>זכאות</b> ראו מטרדים.....
	<b>חובת גילוי</b>
246–245	בנק כלפי לקוח.....
418	סדרי דין ו-.....
271–270	רופא כלפי חולה.....
	<b>חובת הצלה</b>
[כללי].....	60, 119(94), 169–170, 185–200. ראו גם הצלה
197	בדין הפלילי.....
186	במשפט האמריקאי.....
185	במשפט הקונטיננטלי.....
	הצדקות לאי-הכרה ב-.....
186	[כללי].....
190–189	בעיית יישום.....
187	גורם ראשוני לעומת גורם משני.....
186	הגבלת חופש הפעולה.....
189	הזדמנות להתנהגות מוסרית.....
191	השפעה מוגבלת על התנהגות.....
190	השפעה שלילית על פעילות.....
189–187	קשיים בהתווית קווי גבול.....
189	שעבוד היחיד לטובת הכלל.....
190	השפעה על רמת פעילות.....
193–191, 186	חוק לא תעמוד על דם רעך.....
192	מגבלת סבירות על החובה מכוח החוק.....
	מקרים בהם מוטלת-.....
193	הורים כלפי ילדים.....
198	המציל מפקח ושולט על המזיק.....
198–197	יחסים מיוחדים.....
	כלפי יוצר הסיכון הראשוני
197–196	[כללי].....
(326)196	צדק מתקן ו-.....

מפתח עניינים

434, (327)197.....	שקלול נורמטיבי
193 .....	נהג המעורב בתאונה
199–198 .....	סיכון הנוצר עקב רכוש בבעלות המציל
200–199 .....	תחילת הצלה
(78)115 .....	עשיית עושר ולא במשפט
80 .....	פמיניזם
190, (296)189.....	פרס עבור הצלה במקום חובה להציל
188 .....	קניין ו-1

**חובת זהירות**

162–149 .....	[כללי]
153–152 .....	גולגולת דקה
(198)154 .....	מושגית
(184)149 .....	מקורה של-
90 .....	סדר בחינת יסודות הרשלנות
149 .....	סיבתיות משפטית ו-1
153–149 .....	צפיות טכנית
	צפיות נורמטיבית

162–154 .....	[כללי]
(200)155 .....	חזקת קיומה של-
240–233 .....	נזק כלכלי טהור
159–158 .....	נזק לא ממוני טהור
	שיקולים במסגרת המבחן

162–160 .....	דחייה על הסף
224, 213, 158 .....	הצפת בתי המשפט
214, 167, 159–155 .....	השפעה שלילית על פעילות
160 .....	פיזור הנזק
159–158 .....	שיקולים מנהליים
(198)154 .....	קונקרטיה
205 .....	רשויות ציבוריות
459 .....	תנאי הסיכונים העולתיים

**חוזה**

(93)346 .....	הפרה צפויה
253 .....	ויתור על זכות תביעה בגין נזקי גוף
264–263 .....	נזק לא ממוני טהור
	עילה נזיקית עקב הפרה רשלנית של-

251 .....	[כללי]
255–254 .....	בגין גרם הפרת חוזה
255–251 .....	הפרה הגורמת להפרת חוזה אחר
257–255 .....	הפרה הפוגעת כציפיה לגיטימית של אחר

ראו מוגבלות נפשית .....	חולה נפש
-------------------------	----------

חזקת רשלנות

אש

292–290	[כללי]
292	אחריות על הבעלים במיטלטלין
291	אחריות על המחזיק במקרקעין
419	בהיקש מאחריות על מוצרים פגומים
419	במקרים בהם על פי הידע בעת המשפט ההתנהגות הייתה רשלנית
	דברים מסוכנים
290–286, 250	[כללי]
287	אחריות מוגברת
289–286	דבר מסוכן
290–289, 287–286	דבר נמלט
287	הרתעה
289	עקב פגם חריג במוצר
287	צדק חלוקתי
287	צדק מתקן
289–288	תנאי העזיבה או המסירה
290, 288	תנאי שימוש לא רגיל
	הדבר מעיד על עצמו
280–276	[כללי]
281–280	אי-ידיעה של הניזוק
279	גישת לראיות
286–285	היקף תחולה של ה-
280–279	השוקל הטוב
280–276	התרשלות מסתברת
280–279	מונע הנזק הזול
304	נזק ראייתי ו-
(288)419	נזקי עישון
277–276	ראיות כלליות
(196)384	שימוש במצבים של מזיק בלתי מזוהה
	שליטה מלאה
285–281	[כללי]
285–284	ברשלנות רפואית
283–282	מבחן השליטה האפקטיבית
283	מועד הבחינה
278–277	תיקו ראייתי
	חיה
295–292	[כללי]
293	חיה מועדת
	מים
	ראו חזקת רשלנות, דברים מסוכנים, דבר נמלט
	חיה
293–292	חזקת רשלנות
	כלב
294–293	אחריות מוגברת

מפתח עניינים

397–396, 394..... חלוקת אחריות בין הבעלים של מספר כלבים תוקפים  
 טענת הגנה על צד שלישי..... (666)293  
 מועדת..... 293

**חיווי דעה רשלני**

230 ..... [כללי]  
 אחריות בנקים..... ראו אחריות מקצועית, בנקים  
 238–237 ..... אחריות שומרי סף  
 237, 231..... אפקט צינון ו-  
 בדיקת ביניים  
 239–238 ..... אשם תורם  
 240–238 ..... תנאי לאחריות  
 237–236, 231..... בכלי התקשורת  
 ברירה שלילית (adverse selection) (466)237 .....  
 הפרת חובת תום הלב במשא ומתן ו- 232 .....  
 הפרת חוזה ו- 232 .....  
 הצדקות להטלת אחריות  
 הסתמכות..... 233  
 מחווה הדעה הוא מונע הנזק הזול ..... 233  
 קבלת תמורה בגין חיווי הדעה ..... 233  
 240–239 ..... חוות דעת שניה רשלנית  
 מונע הנזק הזול ..... 231  
 פיצוי בגין-..... 241–240  
 שיחת אקראי ..... 236–235  
 תנאים להטלת אחריות  
 232 ..... [כללי]  
 240–238 ..... הסתמכות סבירה  
 ידיעה על ההסתמכות ככונה לעודד הסתמכות..... (463)236  
 יכולת להגביל את היקף האחריות..... 238–236  
 כוונת מחווה הדעה ליצור הסתמכות אצל הניזוק ..... 236  
 מהלך העסקים הרגיל..... 236–235  
 מקצועיות  
 בפסיקה האנגלית..... (456)234  
 ידיעה סובייקטיבית של הניזוק..... 235  
 מחווה הדעה ..... 235–233  
 240–238 ..... ציפייה שלא תעשה בדיקת ביניים  
 תרמית..... 232

**חיסונים**

179 ..... מוצר המשרת אינטרס חברתי  
 פגם ב- ..... 384  
 238..... חמדני, אסף  
 חסוי..... ראו קטינים; מוגבלות נפשית; מוגבלות מנטלית

156–155	אחריות מלווה ומדריך
(278)180, 178, 99	אינטרס חברתי
	<b>טענות</b>
(178)146, 145, (119)129	בהערכת גודל הנזק
182	בהערכת סיכון עצמי
(515)505, 341, 330, 148–146, 139, (119)129, 100	בקביעת סטנדרט הזהירות
358–357	הרתעת יתר
	<b>טענות הגנה</b>
	ראו הגנות
	<b>יעילות כלכלית</b>
	ראו הרתעה
453–452, 191, (205)156, (161)141, (68)113	יעקב, אסף
	<b>כלב</b>
	ראו חיה
112	כליאת שווא
392–391	לוחמי השייטת, פרשת-
	<b>לידה</b>
463–462	גודל עובר חריג כסיכון חריג, המצטרף לסיכונים רקע
(42)101	הולדה בעולה
(559)267	העדר זכות פיצוי לעובר הניזוק
483–480, 477	כלל המידע לפני מעשה ורשלנות רפואית ביחס ל-
	<b>לרנד הנד</b>
	ראו התרשלנות, נוסחת הרשלנות הכלכלית
	<b>מדינת ישראל</b>
	ראו רשויות ציבוריות
	<b>מוגבלות מנטלית</b>
74	[כללי]
134–130	סטנדרט הזהירות
	<b>מוגבלות נפשית</b>
74	[כללי]
134–130	סטנדרט הזהירות
134–133	<b>מוגבלות פיזית</b>
	<b>מונע הנזק הזול</b>
49, 42, 40, 35, 34, 31, 25	[כללי]
243	הבנק כ-
280–279	הדבר מעיד על עצמו ו-
470, 152	העדר צפיות, והניזוק כ-
233, 231	חיווי דעה רשלני ו-
39	כשלים קוגניטיביים
228–227	נזק כלכלי טהור ו-

306	..... נזק ראייתי ו-1
	<b>מוצרים פגומים</b>
393	..... Agent Orange
378, 349, 337	..... DES
	אחריות לפי נתח שוק..... ראו אחריות קיבוצית, אחריות לפי נתח שוק
(29)39	..... אחריות מוגברת
367, 344-343	..... אסבסט
(187)382	..... אי-ודאות ביחס לזהות המזיק
(295)420	..... הגנת הידע הקיים בעת היצור
289	..... דברים מסוכנים- העברת נטל הראיה
479, (295)420	..... הגנת הידע הקיים בעת הייצור (state of the art)
384	..... חיסונים
(623)283	..... כלל הדבר מעיד על עצמו
	מוצר תקין בדיעבד
487-484, 480-479	..... [כללי]
485	..... הסרת אחריות מהיצרן בגין נזקים שנגרמו לאחר שמתברר כי המוצר תקין
493-491	..... כלל האחריות החלופית
485-484	..... כלל המידע לפני מעשה
492-491	..... תמריצים לגילוי פגם בדגם לאחר שיווק המוצר
139	..... מנהג כהגנה
	סיגריות
	פגם בדגם
(290)419	..... [כללי]
(477)483	..... שיקולי עלות תועלת בהגדרת-
(187)382	..... שתלי סיליקון
421	..... מזיקים המוניים, חובת שיתוף פעולה בין-
494-493, 336-334, 123	..... מזל מוסרי (moral luck)
	מחדל טהור..... ראו חובת הצלה
	<b>מטרדים</b>
331-332	..... [כללי]
49	..... בפסיקה
398	..... מספר מטרדים הגורמים לנזק משותף
49-45	..... ניתוח כלכלי של-
346-345	..... סיכון גרידא כמטרד
	<b>מידע</b>
52, 40-39	..... א-סימטרי
242-241	..... אחריות מקצועית של בנקים
400, 40, 31-29	..... ביטוח
30-29	..... מלא
153	..... ניזוק רגיש, וגישה ל-
420-418, 137, 42, 33	..... פערי-



נזיקין

418 .....	תמריצים להסתיר
	תמריצים לייצר
373–372 .....	[כללי]
492–491, 489 .....	כלל המידע לאחר מעשה
492–491 .....	כלל המידע לפני מעשה
<b>מים, נזקי-..... 287–286. ראו גם חזקת רשלנות, דברים מסוכנים, דבר נמלט</b>	
<b>מלחמה</b>	
203–202 .....	חסינות המדינה מאחריות נזיקית
203 .....	חסינות חיילים מאחריות נזיקית
<b>מנהג</b>	
144–135, 92–91 .....	[כללי]
137–135 .....	הגנה
139–137 .....	עילת תביעה עקב סטייה מ- רפואי
144–139, 136 .....	[כללי]
(167)142 .....	בתוך המוסד הרפואי
144–142 .....	טעמים להכרה ב- מוסד פרטי מול ציבורי
141 .....	מקומי מול כללי
142, 140 .....	ראיה לסבירות
141–139 .....	תמריצים לחדשנות
(168)142, 139 .....	
<b>מס</b>	
79, 72 .....	כאמצעי לחלוקה מחדש של משאבים
45–44 .....	כאמצעי ליצירת הרתעה
387 .....	משטר של אחריות מלאה על נזק עודף ו- פיגוריאני
45–44 .....	
<b>מצג שווא</b>	
מכוון .....	ראו חיווי דעה רשלני, תרמית
רשלני .....	ראו חיווי דעה רשלני
<b>משטרה</b>	
ראו שוטרים .....	
<b>נוהג</b>	
ראו מנהג .....	
<b>נוסחת לרנד הנד</b>	
ראו התרשלנות, נוסחת הרשלנות הכלכלית .....	
<b>נזק</b>	
<b>גוף</b>	
194 .....	הטבת הנזק
398–397 .....	חלוקת הנזק בין מעוולים
(42)101 .....	הולדה בעוולה
הוצאות רפואיות	
374 .....	אומדן הוצאות עתידיות

מפתח עניינים

347–346	כנוק הנוצר מסיכון גרידא
153–152	היקף בלתי צפוי
97	הערכה כספית של – הפסד השתכרות
353–350	אחריות הסתברותית
328–327, (43)325	בשנים האבודות
374	הערכה על ידי אומדן
519–515	עקרון ההתאמה
83–81	צדק חלוקתי
(542)260, (214)158	זוטי דברים
(147)138	חרדה
	כלכלי טהור
	ראו נזק כלכלי טהור
	לא ממוני טהור
	ראו נזק לא ממוני טהור
	לניזוק המשני
	ראו ניזוק משני
	נפשי טהור
	ראו נזק לא ממוני טהור
151–150	סוג בלתי צפוי
347–341	סיכון גרידא כנוק
	עתידי
	ראו אי-ודאות, ביחס לנוק עתידי
	פגיעה באוטונומיה
	ראו פגיעה באוטונומיה
	פגיעה בסיכויי החלמה. 360–359. ראו גם אחריות הסתברותית; אי-ודאות, ביחס לגרם הנזק
397	רכוש, חלוקה בין מספר מעוולים של –
	של מה בכך
	ראו נזק, זוטי דברים
(675)297	שלילת עילת תביעה כ –
482, 161, 145, 95, (9)29, 28	תוחלת ה –

**נזק כלכלי טהור**

224–223, 160	[כללי]
228–227	הניזוק כמונע הנזק הזול
230–228	העדר נזק חברתי
227–224	הרחבת חוג התובעים ו –
230–229	השפעה על רמת פעילות
229–228	כתחליף לפיצוי בגין נזק פיזי
	למיטיב, עקב נזקי גוף של מוטבים
(267)412	פרשת יצרניות הנשק
416–412	פרשת יצרניות הסיגריות
229	מטרדים
303–302	נזק ראיתי כ –
226	סיבתיות ו –
346–345	סיכון גרידא היוצר –
226	קשיי הערכה של –
(427)224	תביעת התלויים

**נזק לא ממוני טהור**

260–259, 159–158	[כללי]
264–261	ביטוח ו –

נזיקין

265–264 ..... ברירה שלילית (adverse selection) ו-1  
 267–265 ..... הנזיקין המשני  
 261–260 ..... הרחבת חוג התובעים  
 259 ..... כתוצאה ממאסר שווא  
 263–262 ..... צדדים זרים  
 261 ..... קשיי הוכחה  
 264–263 ..... תחת יחסים חוזיים

**נזק ראייתי**

301–297 ,(242)169 ,(111)127 ..... [כללי]  
 301 ..... אחריות הסתברותית ו-1  
 312–311 ..... אינדיקטיבי  
 301 ..... אשם  
 (719)310 ,(676)298 ..... בדיני חוזים  
 (719)310 ..... ביחס לזהות המזיק  
 314–311 ..... ביקורת על-  
 310–307 ..... בפסיקה  
 304 ..... הדבר מעיד על עצמו ו-1  
 הפן הנזיקי של הדוקטרינה  
 301–300 ..... [כללי]  
 381–380 ..... במצבי אי-ודאות ביחס לזהות המעוול  
 301 ..... הערכת הנזק  
 307–305 ..... הצדקות  
 306 ..... הרתעה  
 306–305 ..... צדק מתקן  
 הפן הראייתי של הדוקטרינה  
 300–299 ..... [כללי]  
 379 ..... במצבי אי-ודאות ביחס לזהות המעוול  
 305 ..... הצדקות  
 305 ..... הרתעה  
 305 ..... צדק מתקן  
 (686)300 ..... הפרת חובה חקוקה ו-1  
 309–308 ,299 ..... מובחן מהנזק הישיר  
 306 ..... מונע הנזק הזול  
 302 ..... מחדל  
 310–309 ,299 ..... משולב עם נזק ישיר  
 (709)308 ..... סיבתיות כתנאי  
 304–303 ..... צפיות הנזק  
 311 ..... קושי מובנה בהוכחת סיבתיות  
 309 ..... רשלנות המשטרה  
 299 ..... רשלנות רפואית  
 304–301 ..... תנאים לתחולה

**ניזוק**

בחירה בין ניזוקים.....120–121  
בלתי צפוי.....150–151  
משני.....ראו ניזוק משני  
תלוי.....(44)326, (427)224

**ניזוק משני**

[כללי].....261, 159, 145, 97, 84–83  
אבחנה בין ניזוק עיקרי ומשני.....(559)267  
נזק גוף ל-.....267  
נזק לא ממוני טהור.....267–265  
פמיניזם.....83  
תנאים לזכאות.....267–266

**נישואין**

גרם הפרת חוזה.....(526)254  
הפרת הבטחה ל-.....(547)263

**סבירות.....ראו סטנדרט הזהירות, סבירות**

**סטנדרט הזהירות**

אובייקטיבי.....130–129  
צדק חלוקתי.....131, 130  
צדק מתקן.....130  
איזון בין אינטרסים.....184  
טעות בקביעת.....341, 330, 148–146, 139, (119)129, 100  
לחץ נפשי.....(101)122  
סבירות

דרכים לבחינה.....98–91  
לפי הגישה הכלכלית.....ראו התרשלות, נוסחת הרשלנות הכלכלית  
צדק חלוקתי.....93  
צדק מתקן.....93–92  
סובייקטיבי

יכולות המזיק גבוהות מהמוצע.....(156)140, 130–128  
מוגבלות נפשית ומנטלית.....134–130  
מוגבלות פיזית.....134–133  
קטינים.....134–130, (115)128, (120)73  
סיכון עצמי ו-.....111–101  
פמיניזם.....80  
צדק חלוקתי.....81–79, 73  
רשויות ציבוריות.....209–208

**סיבתיות**

[כללי].....319–317  
משפטית.....ראו סיבתיות משפטית  
נטייה סיבתית.....330–329, 318–317

נזיקין

(379)444 ..... מבחן הסיכון ו-  
 498-497 ..... קיזוז סיכונים ו-  
 470-469 ..... תנאי הסיכונים העולתיים ו-  
 עובדתית..... ראו סיבתיות עובדתית

**סיבתיות משפטית**

445-443 ..... [כללי]  
 148-147 ..... טעות בקביעת סטנדרט הזהירות ו-  
 443 ..... מבחן הישירות  
 445 ..... מבחן הסיבה הקרובה (proximate cause)  
 444 ..... מבחן הסיכון  
 (55)329 ..... נטייה סיבתית ו-  
 מבחן הצפיות..... 149, 443-444. ראו גם צפיות  
 444 ..... בדיני חוזים  
 446, 443 ..... מבחן הצפיות במסגרת בחינת חובת הזהירות  
 445 ..... מבחן השכל הישר.....  
 ניתוק הקשר הסיבתי  
 448 ..... [כללי]  
 אשמו של אחר (גורם זר מתערב)  
 453-452 ..... דילול אחריות  
 452-451 ..... הצדקות  
 451 ..... הרתעה  
 (412)454 ..... חובה למניעת פועלו של הגורם הזר  
 449-448 ..... סיבה מכרעת  
 452-451 ..... סיבתיות עובדתית  
 451 ..... עלויות מנהליות  
 450-449 ..... צפיות  
 456-453 ..... שיקולים לניתוק הקשר הסיבתי  
 457-456 ..... מקרה טבעי בלתי רגיל  
 457-456 ..... העדר תחולה ביחס לעולת הרשלנות  
 (417)457 ..... תאונות דרכים  
 457 ..... ניזוק ילד  
 73 ..... צדק מתקן  
 445-445 ..... ריחוק הנזק  
 448-447 ..... היקף נזק לא צפוי והתרשלות  
 447-446 ..... נזקי רכוש  
 447-446 ..... עקרון הגולגולת הדקה

**סיבתיות עובדתית**

321 ..... [כללי]  
 328-323 ..... גורם ממשי וגורם היפותטי לנזק- שלילת עילת תביעה  
 328-321 ..... גורמים חלופיים לנזק  
 392, 349, 38-37 ..... הוכחה לפי עודף הסתברויות. ראו גם אחריות הסתברותית  
 269-268 ..... הסכמה מדעת ו-  
 128-127 ..... חוסר תשומת לב רגעי ו-

מפתח עניינים

מבחן האלמלא	408, 322-321
מבחן הגורם המהותי	322
מבחן הדיות	409, 322
סיבתיות עמומה	ראו אי-ודאות; אחריות הסתברותית
סיכון עצמי ו-	104
עקרון ההתאמה ו-	520-519
פרשת לוחמי השיטת ו-	392-391
קיוזו סיכונים ו-	(508)501, 497-496
<b>סיכויי החלמה</b>	ראו פגיעה בסיכויי החלמה
<b>סיכון</b>	
ביטחוני	180-179
גבוה	94-93
ודאי	497-496, 117-111
אך סביר	122-114
כיוצר נזק בפני עצמו	347-341
לא הדרי	117, 65-64
לצד שלישי	93
מבחן ה-	ראו סיבתיות משפטית
נטו	496-495
נמוך, העדר צפיות ו-	150
סיכונים תלויים	144-143
עצמי	ראו סיכון עצמי
קיוזו סיכונים	ראו קיוזו סיכונים
רגיל וטבעי	162-161
רקע	466, 216, 214, 117, 64
<b>סיכון עצמי</b>	
[כללי]	183-181, 102-101, 93
ביקורת על-	111-109
במשפט האמריקאי	106-104
במשפט הישראלי	106
הרתעה	108-106
חובת הצלה ו-	192
נהיגה ברכב ו-	(47)105, 104, 103
עקרון ההתאמה ו-	523-522
צדק מתקן	109-108
שוטר בתפקיד	(45)103
<b>סעדים</b>	ראו תרופות
<b>עולה</b>	
גרם הפרת חוזה	ראו גרם הפרת חוזה
הטרדה מינית	ראו הטרדה מינית
המונית	

## נזיקין

420-419	.....	חזקת רשלנות
422	.....	חשיפה לסיכון משותף
421-420	.....	יצירת סיכון משותף על ידי מספר מעוולים
420-418	.....	פערי מידע
418	.....	תמריצים להסתיר מידע
	.....	ראו הסגת גבול
	.....	הפרת חובה חקוקה
273, 116, 272(582)	.....	חוקתית
	.....	כליאת שווא
	.....	ראו כליאת שווא
	.....	מסגרת
	.....	114, 112. ראו גם רשלנות; הפרת חובה חקוקה
	.....	רשלנות
	.....	ראו רשלנות; חובת זהירות; התרשלות; סטנדרט הזהירות
(70)113	.....	תחולה מקבילה של עוולות
	.....	ראו תקיפה

## עישון-מקרה מבחן

407-405	.....	[כללי]
	.....	אי-ודאות
407	.....	ביחס לגרם הנזק
410	.....	ביחס לגרם הנזק וביחס לזהות המזיק
408-407	.....	ביחס לזהות המזיק
409-408	.....	ביחס לחלוקת הנזק בין מספר מעוולים
	.....	פתרונות עקיפים לבעיית-
412	.....	הטבת נזקי גוף
416-412	.....	נזק כלכלי של מיטיבים
412-411	.....	נזק ראייתי
(274)414	.....	תביעה קיבוצית בגין הטבת נזקי גוף
406-405	.....	במשפט האמריקאי
406	.....	במשפט הישראלי
(248)406	.....	מעשן פאסיבי כניזוק
	.....	עוולה המונית
418-416	.....	[כללי]
419	.....	חזקת רשלנות
422	.....	חשיפה לסיכון משותף
421-420	.....	יצירת סיכון משותף על ידי מספר מעוולים
420-418	.....	פערי מידע
418	.....	תמריצים להסתיר מידע

## עלויות עסקה

119-118, 32	.....	[כללי]
47	.....	הגנה על זכויות
421	.....	טפילות
33	.....	פערי מידע

## עלויות תאונה

27-26	.....	[כללי]
-------	-------	--------

מפתח עניינים

נזקי תאונה.....	נזקי תאונה
עלויות מנהליות	עלויות מנהליות
158 ,129 ,52.....	[כללי]
374-373.....	אומדן גס כאמצעי לחסכון ב-
340-338.....	אחריות בגין יצירת סיכון גרידא ו-
513.....	חריגה מעקרון ההתאמה בכדי להפחית ב-
136.....	מנהג ו-
261-260.....	נזק כלכלי טהור ו-
	עלויות מניעה
(460)475.....	המזיק גורם לעלייה מלאכותית ב-
483-482.....	כלל המידע לפני מעשה ו-
101-98.....	לצד שלישי
182 ,108 ,103-102.....	עלות מניעה נטו
99.....	ערכים חברתיים
75-73.....	צדק חלוקתי
92 ,63.....	צדק מתקן
133-132.....	עצם מסית ומדיח
115.....	עשיית עושר ולא במשפט
	פגיעה באוטונומיה
272-268.....	[כללי]
352.....	אחריות הסתברותית ו-
272.....	הטעיה צרכנית ו-
(68 ,69)113.....	הסכמה מדעת ו-
274-273.....	הערכה
(95)347.....	חשיפה עוולתית לסיכון כ-
271.....	נזק לא ממוני טהור ו-
(149)369.....	נזק עתידי כ-
111-109 ,102.....	סיכון עצמי ו-
	פגיעה בסיכויי החלמה
353.....	[כללי] ראו גם אחריות הסתברותית
(100)353.....	אבחנה בין פירוש ראייתי ומהותי
360-359.....	הלכת פאתח
(303)424 ,423.....	פוזנר, אריק
(290)419 ,(293)189 ,153 ,(50)106 ,105 ,36-34.....	פוזנר, ריצ'רד
372-371.....	פוקס, קמיל
	פחד
344-343.....	כנוזק בר פיצוי
66.....	פטור
109.....	פטרנליזם



	<b>פיזור הנזק</b>
52–51	[כללי].....
338	אחריות בגין יצירת סיכון גרידא ו-..... מפוזר הנזק הטוב
130, 52	[כללי].....
243–242	בנקים כ-.....
215, 204	המדינה כ-.....
160	חובת זהירות ו-.....
160–159	מצבים בהם הניזוק הוא –.....
	<b>פיצוי</b>
	ראו גם נזק.....
506	חסר.....
49–45	לעומת ציווי.....
153	לפי הניזוק הממוצע.....
(45)45	עבור נזק עתידי.....
345, (100)122, (89)118	עונשי.....
336, 294, (442)230, 121, 117, 93, 68–63, 57	פלטשר, ג'ורג'.....
371	פעולה משותפת, בעיית ה-.....
	<b>פרמיה</b> .....
	ראו ביטוח.....
	<b>פרקטיקה רפואית</b> .....
	ראו מנהג, רפואי.....
	<b>צבא</b> .....
	<b>צדק גמולי</b>
24	[כללי].....
342	אחריות בגין יצירת סיכון גרידא.....
123	חוסר תשומת לב רגעי.....
336–334	מזל מוסרי (moral luck).....
232–231	נזק כלכלי טהור.....
77–75, 73	רשלנות.....
	<b>צדק חוזי</b>
164	[כללי].....
171–172	אינטרס הניזוק מול צד שלישי.....
179–178	אינטרס חברתי.....
168	אינטרסים שונים של הניזוק.....
	<b>צדק חלוקתי</b>
89, 73–69, 24–23	[כללי].....
117	אחריות מוגברת.....
204	אחריות רשויות ציבוריות.....
177	אינטרס חברתי.....
519–518, (544)516, 83–81	הפסד השתכרות.....
(102,101)69	הרתעה.....

מפתח עניינים

232–231	..... חיווי דעה רשלני
70	..... טיפול באפליה דרך דיני נזיקין
230	..... נזק כלכלי טהור
84–83	..... ניזוק משני
131	..... סטנדרט זהירות אובייקטיבי
130	..... סטנדרט זהירות סובייקטיבי
121, 117, 71, 67	..... סיכון לא הדדי. ראו גם קיטינג, גרגורי
153, (191)152	..... צפיות טכנית
85–84	..... רכישת שירותי ליווי
73, 71	..... רשלנות
<b>צדק לניזוק לפני מעשה</b> ..... ראו צדק חוזי	
<b>צדק מתקן</b>	
68–55, 23	..... [כללי]
342, 337–336	..... אחריות בגין יצירת סיכון גרידא
369–368	..... אחריות בגין נזק עתידי
..... אחריות הסתברותית	
353–351	..... ביחס לגודל הנזק
359	..... ביחס לגרם הנזק
394	..... ביחס לזהות הניזוק מהעוולה
403	..... ביחס לחלוקת הנזק בין גורם עוולתי וגורם לא עוולתי
400	..... ביחס לחלוקת הנזק בין מעוולים
..... אחריות קיבוצית	
(203)387	..... הצדקה על בסיס הרע במיעוטו
389–388	..... הצדקה של אחריות לפי נתח שוק
61–60, 59	..... אישיות
121, 117, 65–64	..... הדריות
61–60, 57	..... זכויות
187, 60	..... חובת הצלה
130	..... סטנדרט זהירות סובייקטיבי
117	..... סיכון ודאי
121, 117, 65–64	..... סיכון לא הדדי
109–108	..... סיכון עצמי
471, 93–92, 60–59	..... קורלטיביות
508	..... קיזוז סיכונים
92	..... רשלנות
472–471	..... תנאי הסיכונים העוולתיים
<b>צו מניעה</b>	
(58)332	..... בטרם בוצעה עוולה
49–45	..... לעומת פיצוי
332–331	..... סיכון כשיקול במתן-
222–221	..... רשויות ציבוריות ו-

**צפיות**

444 ..... בדיני חוזים

153–149 ..... טכנית

153–152 ..... גולגולת דקה

471–470 ..... תנאי הסיכונים העולתיים ו-1

149 ..... כמבחן לקיומה של חובת זהירות

444–443 ..... כמבחן לקיומה של סיבתיות משפטית

162–154 ..... נורמטיבית

(200)155 ..... חזקת קיומה של-1

שיקולים לקביעת ..... ראו חובת זהירות, שיקולים לקביעת

**קבלן**

253–251 ..... הפרה רשלנית של חוזה

254–253, 229 ..... מצג שוא רשלני על ידי-

**קואס, רונלד**

136, 46, 33–31 ..... התאורמה (אמיתה) של-

**קומנשורביליטי (commensurability)..... ראו השוואה בין ערכים**

134–130, (115)128, (120)73 ..... קטינים

**קיצוץ סיכונים**

498–495 ..... [כללי]

501–400, (501)498 ..... אחריות הסתברותית ו-1

508–507 ..... ביטוח ו-1

499 ..... הפחתת סיכון לצד שלישי

499 ..... הרתעה

(524)508 ..... צדק מתקן

509 ..... הרתעה

506–505 ..... כאמצעי למיתון פגיעה בפעילות מועילה

506 ..... כבירת מחדל כאשר יש יחסים חוזיים בין הצדדים

**סיבתיות**

498–497 ..... מבחן הנטייה הסיבתית

(508)501, 497–496 ..... עובדתית

(501)498 ..... סיכון לאותו נזק בהסתברויות שונות

(519)506 ..... עלויות מנהליות

521–520 ..... עקרון ההתאמה ו-1

(522)507 ..... צדק חלוקתי

508 ..... צדק מתקן

496 ..... קיצוץ על ידי אומדן

497–496 ..... קיצוץ של נזקים ודאיים

(498)496 ..... קיצוץ תועלות

473 ..... תנאי הסיכונים העולתיים ו-1

434–433, (668)294, (442)230, 121, 117, 93, 77, 71, (97)67 ..... קיטינג, גרגורי

392–391	קישון, פרשת ה-
119–118, 51, 49, 45, 41, 36, 31, 28, 26	קלברזי, גוידו
	<b>קניין</b>
188	חובת הצלה ו-
— כלל של- 49–46	ראו גם אחריות, כלל של-
78, 72, 70–69	קרן-פז, צחי
(578)271, 238	קרקו-אייל, נילי
	<b>קשר סיבתי</b>
	ראו סיבתיות
	<b>ראיות</b>
279	גישה ל-
277–276	כלליות
	נזק ל- ראו נזק ראייתי
276	סטטיסטיות
	<b>רמת פעילות</b>
37–36	אחריות מוגברת
(387)209	השוואה בין רמת פעילות ושיקולי מדיניות של רשויות ציבוריות
190	חובת הצלה ו-
230–229	נזק כלכלי טהור ו-
228–227	פעולות להקטנת הנזק כ-
37–36	רשלנות ו-
	<b>רפואה מגננתית</b>
	ראו רשלנות רפואית
	<b>רשויות ציבוריות</b>
204–201, 158–157, 117, 99–98, 93	[כללי]
180–179	אחריות בגין ארוע בטחוני
250, 242	אחריות מקצועית של בנקים ו-
206, 178–177, 174–173	איזון בין אינטרסים
207–204	הרחבת האחריות של-
210	התנהגות מגננתית של-
	התרשלות
207–206	הרשות
206–205	עובד ציבור
200	חובת הצלה
235–234	חיווי דעה רשלני על ידי-
	חסינות
203–202	בגין נזק שנגרם עקב פעולה מלחמתית
204–202	המדינה
204–201	עובד ציבור
(350)202	רופא במוסד ציבורי
173, (206)156	שופטים

## נזיקין

122–121	יצירת סיכון לאוכלוסיה
	כוחות הביטחון
193	חובת הצלה
203–202	חסינות בזמן מלחמה
217–212, 158–157	כלל שיקול הדעת הרחב
220–217	צמצום תחולה של הכלל
	סבירות
222–221	אבחנה בין סבירות במשפט המנהלי ובדיני הנזיקין
222–218	משפט מנהלי כאמצעי לבחינת
222–220	נוסחת הרשלנות הכלכלית
216, 214, 210	פעילות הסניג'ית
499	קיוויו סיכונים ו-
	שקילת שיקולי מדיניות לעומת הפעלת סמכויות ביצוע
206	איזון בין אינטרסים
(376)207	הגבול בין -
211–208	הצדקות להתערבות פחותה בשיקולי מדיניות
210–209, 206, 157	הקצאת משאבים
(373)206	חריגה מסמכות
213, 206	סמכות ביצוע
216, 213	סמכות פיקוח

## רשלנות

90–89	[כללי]
202	אחריות המדינה בגין-
36–34	אחריות מוגברת ו-
184–163	אינטרסים ו-
	הגנת אשם תורם
45	[כללי]
422	אבחנה בין גורם זר מתערב ובין-
36–34	השפעה על תמריצי הניזוק
375	חלוקת אחריות יחסית על בסיס אומדן
(301)422	כאשר הנתבע גרם לאשמו התורם של התובע
134–133	סטנדרט סובייקטיבי לבחינת-
514–513	עקרון ההתאמה ו-
	התנהגות סבירה בדיעבד
	ראו התרשלות, התנהגות סבירה בדיעבד
	התרשלות
	ראו התרשלות; סטנדרט הזהירות
	חובת זהירות
	ראו חובת זהירות
	חיווי דעה
	ראו חיווי דעה רשלני
	חמורה
	ראו רשלנות, רבתי
114–111	מכוונת
	מקצועית
	ראו אחריות מקצועית
90	סדר בחינת יסודות הרשלנות
80	פמיניזם
71	צדק חלוקתי

	רבתי
215, 157.....	[כללי]
230 .....	נזק כלכלי טהור .....
436 .....	נזק לא ממוני טהור .....
	רפואית.....ראו רשלנות רפואית
	<b>רשלנות רפואית</b>
(112)127, 123, 101-100.....	[כללי]
378 .....	אי-ודאות ביחס לזהות המזיק .....
	בחירה בין שתי דרכי טיפול..... 169-165. ראו גם רשלנות רפואית, קיזוז סיכונים
(514)504 .....	ברירה שלילית (adverse selection) .....
353 .....	הגברת סיכון רפואי .....
285-284 .....	הדבר מעיד על עצמו .....
270-268, (68)113.....	הסכמה מדעת.....
269 .....	קיזוז תועלת במקרה של-.....
483-480 .....	התנהגות סבירה בדיעבד .....
(242)169, (111)127 .....	חובת תיעוד .....
126 .....	חוסר תשומת לב רגעי.....
(511)503 .....	חשש מטיפול רווחי לרופא אך לא נחוץ לחולה.....
144-139 .....	מנהג כהגנה .....
(231)398 .....	מספר מעולים הגורמים לנזק משותף.....
309-308, 299, 285 .....	נזק ראייתי ו-.....
(241)168 .....	ניגוד אינטרסים בין רופא וחולה.....
373 .....	סיבתיות עמומה .....
271-268 .....	פגיעה באוטונומיה.....
353 .....	פגיעה בסיכויי החלמה.....
498-495, (430)463.....	קיזוז סיכונים.....
(243)169 .....	קשר של שתיקה בין רופאים.....
	רפואה מגנתית
(509)502, 100.....	[כללי]
503 .....	אחריות מוגברת ו-.....
(42)101 .....	הולדה בעוולה ו-.....
503, 502, 155, 100.....	לידה קייסרית כדוגמה ל-.....
143 .....	מנהג ו-.....
168-167, 164.....	צדק חוזי.....
504-502 .....	קיזוז סיכונים ו-.....
(332)430 .....	שקלול עובדתי בין יסודות הרשלנות.....
	<b>שוטרים</b>
174-173 .....	אחריות בגין אי-מניעת פעילות עבריינית.....
177-176 .....	אינטרס חברתי ו-.....
309 .....	המנעות מבדיקה כגורם לנזק ראייתי.....
150 .....	העדר צפיות .....
200-199 .....	חובת הצלה .....
(45)103 .....	סיכון עצמי ל-.....

שומרוני הטוב, ה-.....	ראו חובת הצלה
<b>שוקל הטוב, ה-</b>	
43-41 .....	[כללי]
159 .....	הניזוק הוא השוקל הטוב.....
275 .....	העברת נטל השכנוע ו-.....
50 .....	מידע א-סימטרי .....
52 .....	מפזר הנזק הטוב ו-.....
160 .....	נזק כלכלי טהור ו-.....
455 .....	סיבתיות משפטית ו-.....
84.....	שירותי ליווי (פיצוי בגין צריכת-).....
<b>שכנוע, נטל ה-</b>	
275 .....	[כללי].....
	העברת הנטל.....
276, (591)275.....	נטל הבאת ראיות.....
372-371, (155)85 .....	שמואלי, בנימין.....
<b>שנאת סיכון</b>	
52 .....	[כללי].....
262-261 .....	נזק לא ממוני טהור .....
508-507 .....	פיצוי חסר .....
151 .....	של המזיק.....
311, (591)277, (591)275, (188)150.....	שני, גיא .....
372-371 .....	שפירא, רון .....
<b>שקלול טענות</b>	
424-423 .....	[כללי].....
שקלול בין אישי	
437-436 .....	[כללי].....
437-436 .....	אחריות הסתברותית במצבים בהם הניזוק לא מזוהה כ-.....
436 .....	אחריות לפי נתח שוק כ-.....
437 .....	נורמטיבי .....
שקלול טענות בתחומי משפט אחרים	
438-437 .....	שקלול טענות בדיני חוזים.....
439-438 .....	שקלול טענות במשפט הפלילי.....
439 .....	שקלול טענות במשפט חוקתי.....
436-435 .....	שקלול מעורב .....
שקלול נורמטיבי	
434-431, 197-196 .....	[כללי].....
442-441 .....	אבחנה בין שקלול אד-הוק, ושקלול היוצר עילה חדשה במשפט .....
436-435 .....	באותה עילת תביעה.....
(339)433 .....	בפסיקה.....
441, 434.....	חובת הצלה המוטלת על יוצר סיכון כדוגמה ל-.....

מפתח עניינים

433-432	טענות הגנה
(338)433	ניתוח כלכלי של-
434	עוולה ועבירה של הטרדה מינית כדוגמות ל-
434-433	צדק חלוקתי
	שקלול עובדתי
431-424	[כללי]
429-428	אחריות הסתברותית ו-
426	אחריות חלופית כדוגמה ל-
440-439	הרתעה
(324)428	יתר
440	עלויות מנהליות
426	כאשר הנתבע אחראי שילוחית למזיק לא מזוהה
429	עודף ההסתברויות
441	צדק חלוקתי
441, 429	צדק מתקן
431-429	שקלול בין יסודות של אותה עילת תביעה
424	שקלול בתוך טענה
425-424	שקלול טענות שונות ביחס לארוע בודד
	שקלול טענות שונות ביחס לארועים שונים
426-425	הגורמים לנזק אחד
427-426	הגורמים לנזקים נפרדים
427	קשי הערכת הנזק
431-430, (306)425	תלות בין טענות

**תאונות דרכים**

53	[כללי]
193	חובת הצלה ו-
(417)457	מקרה טבעי בלתי רגיל כמנתק קשר סיבתי
260-259	נזק לא ממוני
(214)158, (41)100	תובענה ייצוגית
	תועלת שולית פוחתת
	ראו פיזור הנזק ; ביטוח ; שנאת סיכון

**תיעוד**

	חובה
311	השקעת יתר בתיעוד
308, (686)300, 299	נזק ראייתי ו-
(686)300, 299, 285	תיעוד רפואי
314-313	סביר
(242)169, 128-127	עצמי

**תנאי הסיכונים העולתיים**

460-459	[כללי]
467-466, 461	אבחנה בין סיכון רקע וסיכון חריג
473-472	ביקורת על-



נזיקין

	במשפט האמריקאי
465–464	[כללי].....
(433)465	דוגמה ליישום נכון של התנאי.....
(432)465	דוגמה ליישום שגוי של התנאי.....
	בפסיקה הישראלית
460	[כללי].....
478–477	פסק דין המיישם את התנאי.....
478	הסתייגות ביחס לסיכון חריג גדול.....
474–473	פסקי דין המתיישבים עם התנאי.....
477–474	פסקי דין שאינם מתיישבים עם התנאי.....
466	הטיות קוגניטיביות.....
468–467, 465–464, 460	הפרת חובה חקוקה ו-1.....
461	הרתעה.....
459	חובת זהירות.....
470–469	מבחן הנטייה הסיבתי.....
469–466	מקור הטעות בישום המבחן.....
	מקרים בהם נכון לסטות מהתנאי
468	[כללי].....
469–468	בהפרת חובה חקוקה— כאשר החיקוק מטיל חובת עשה.....
469	למזיק אמצעי זהירות שונים לסיכונים שונים.....
459	סיבתיים משפטית.....
522–521	עקרון ההתאמה ו-1.....
472–471	צדק מתקן.....
471–470	צפיות טכנית.....
473	קיוזו סיכונים ו-1.....
112–111	תקיפה.....
	תרופות
49–45	[כללי].....
	פיצויים.....
	ראו פיצוי; נזק.....
	ראו צו מניעה.....
232, (421)223	תרמית.....
	תשומת לב, חוסר רגעי ב-
122	[כללי].....
124–122	אחריות בגין—.....
128–127	הגנה.....
126–124	הרתעה.....
123	צדק חלוקתי.....