

## ”קליעה למטרה”: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים

מאת

בנימין שמואלי\*

כארבעה עשורים שולטות בכיפה שתי גישות מוניסטיות לעניין ניתוח התאוריה של דיני הנזיקין, ושתיהן מתרכזות במטרה אחת בלבד. הגישה האחת היא גישת הצדק המתקן, שהיא פועל יוצא של גישה מוסרית-דאונטולוגית; הגישה האחרת היא גישת ההרתעה היעילה, שהיא פועל יוצא של גישה תוצאתנית המנתחת בראייה כלכלית עלות מול תועלת חברתית. גישות מעורבות-פלורליסטיות לניתוח המטרות של דיני הנזיקין אינן מתרכזות, כמו גישות מוניסטיות, במטרה אחת בלבד, ואינן רואות תמונה צרה של המציאות החברתית והמשפטית-נזיקית. גישות פלורליסטיות מזהות חֶסֶר בכל אחת מהגישות המוניסטיות הללו (כמו גם בגישות מוניסטיות אחרות כמו גישת הצדק המחלק) כשהיא נדונה לבדה, ומנסות להציג איזון כתוצאה משילוב בין מטרות שונות שיישמו במינון שונה. המאמר דן בגישות הפלורליסטיות לדיני הנזיקין שהוצגו בספרות התאורטית בארצות-הברית, בקנדה, באנגליה ובישראל בששת העשורים האחרונים באור ביקורתי, ומציע גישה פלורליסטית חדשה. כל זאת, אל מול מציאות שבה אין בפסיקה הישראלית קו מאחד ומנחה ברור, והקודקס האזרחי החדש מציע אמנם דרך פלורליסטית אך הצהרתית ואף סתמית למדי, ללא כלים ליישום בפועל. חלק מהגישות הפלורליסטיות המוכרות ניסו לבחון את כלל הסוגיות הנזיקיות כמקשה אחת, דהיינו: קראו לנתח את כל המטרות, להעדיף מטרה אחת על רעותה ולתת לה דומיננטיות רבה יותר במסגרת השיקולים והאיזונים – בכל מקרה, תהא הסוגיה הנזיקית הנבחנת אשר תהא. גישות פלורליסטיות אחרות קראו לבחון כל סוגיה נזיקית כשלעצמה, ללא יד מכוונת המעדיפה מטרה אחת מרעותה במקרים של התנגשות. בתווך

\* מרצה בכיר, מכללת שערי משפט; Visiting Professor, אוניברסיטת Duke, 2006/7-2007/8; מורה בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות תל-אביב ובר-אילן. תודתי העמוקה לאהוד גוטל, לעמוס הרמן, ללאה ויזל, לחגי ויניצקי, לציפורה כהן, לג'ורג' כריסטי, לשחר ליפשיץ, ליעקב (קובי) נוסים, לאריאל פורת, לערן פיינר, ליובל פלדמן, לרון קליינמן ולרות קנאי על הערות מעילות מאוד לטיוטות קודמות ועל שיחות והערות טובות; תודתי נתונה גם למשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן תשס"ח ולסטודנטים בקורס Domestic Torts – Theory and Practice באוניברסיטת Duke, סמסטר סתיו 2007, על דיונים מרתקים בנדון. תודתי לחברי מערכת משפטים ולקורא החיצוני על הערות טובות ותורמות. תודתי המיוחדת לעזורי המחקר המסורים דניאל אמאטו, דניאל כוכבי, מוריה בן-משה וגיא קינן על עבודה מצוינת.

יש גישות פלורליסטיות נוספות; חלקן אינו אוניברסלי אלא מקומי, ומתאים במיוחד למשפט המקובל.

מתוך תמיכה בגרעין הפלורליסטי, ובאמצעות מיצוי יתרונות מהגישות המוכרות, תוצג גישה פלורליסטית חדשה, אוניברסלית, המותאמת לשינויים רבים ומשמעותיים שעברה מערכת דיני הנוזיקין בדור האחרון. הגישה שתוצע תנסה לחלק את הסוגיות הנוזיקיות לשתי קבוצות עיקריות, לקבוע דומיננטיות למטרות מסוימות של מערכת דינים זו באשר לקבוצה הראשונה, ודומיננטיות למטרות אחרות בקבוצה האחרת, ועם כל זאת לבצע איזונים מסוימים עם המטרות הפחות דומיננטיות כשהעקרונות שבבסיסן נפגעים באורח משמעותי. מתחת הקו בין שתי קבוצות המקרים הנוזיקיים תיעשה תוך התחשבות בעיקר בפרופיל של הנתבע ובטיב פעילותו העוולתית – פרטית וספונטנית או מחושבת ומסחרית.

בכך תנסה ההצעה להלך על החבל הדק שבין יעילות וודאות משפטית לבין תאימות למציאות חברתית ומשפטית משתנה ומגוונת, כפי שמשקף בדיני הנוזיקין המודרניים. גישה זו תבוסס באמצעות בחינת התאמתן של כמה סוגיות נוזיקיות – הן מסורתיות וקלאסיות והן חדשניות ומודרניות – למציאות משתנה דרך מנסרת הגישה המוצעת. הגישה תוכל לייצב קו מנחה ברור לפסיקה הישראלית (והמשווה) בעתיד, תוך יצירת תוכן בהוראות הקודקס בנדון.

א. מבוא. ב. המטרות של דיני הנוזיקין המודרניים: פיצוי, צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה יעילה. ג. גישות פלורליסטיות תאורטיות ברחבי העולם: סקירה ביקורתית. 1. גלנוויל ויליאמס: עדיפות להרתעה בעולות מכוונות מול עדיפות למטרת הפיצוי בעולות לא מכוונות; 2. יצחק אנגלרד: "קומפלימנטריות" – הרמוניה בין צדק מתקן (כערך המועדף) לצדק מחלק; 3. גרי שוורץ: הרתעה יעילה כערך המועדף והגבלתה על-ידי הצדק המתקן; 4. מארק גיסטפלד: מבין כמה אפשרויות של הרתעה יעילה תיבחר האפשרות העולה בקנה אחד עם צדק מתקן; 5. פלמינג גיימס ג'וניור וכריסטופר רובינט: דיון קוואיטטי רק במטרות הרלוונטיות מקרה-אחר-מקרה; ד. הצורך בחשיבה פלורליסטית רעננה לאור מורכבותם של דיני הנוזיקין בכלל ובדור האחרון בפרט. ה. הצגת גישה פלורליסטית חדשה: דומיננטיות לגושי מטרות בהתאם לפרופיל הנתבע. 1. הרציונל: חלוקת הסוגיות הנוזיקיות לשני סוגים בהתאם לפרופיל הנתבע, לחוסנו ולאופי פעילותו העוולתית – עסקית-מחושבת או פרטית-ספונטנית; 2. השלב הראשון בהפעלת התאוריה: הדומיננטיות של כל גוש מטרות (גוש תיקון-פיצוי / הגוש האינסטרומנטלי) תיקבע בהתאם לפרופיל הנתבע ולאופי פעילותו; 3. השלב השני בהפעלת התאוריה: השגת איזון פלורליסטי באמצעות התחשבות מסוימת בגוש הדומיננטי פחות במקרים של פגיעה ניכרת בערכים שבבסיסו; 4. הפתרון למקרי התנגשות בין מטרות באותו גוש; 5. הפתרון למקרי פגיעות הדדיות בין-גושיות; 6. סיכום המהלך שבבסיס הגישה המוצעת; ו. מתאוריה למעשה: התאמת התאוריה המוצעת למציאות משפטית וחברתית משתנה. 1. דומיננטיות הגוש האינסטרומנטלי במקרים של נתבע עסקי ומחושב וסיווג המסוים על-ידי גוש תיקון-פיצוי; 2. הדומיננטיות של גוש תיקון-פיצוי במקרים של מזיק פרטי ספונטני וסיווג המסוים על-ידי הגוש האינסטרומנטלי; 3. התמודדות עם מקרי כיניים ועם ביקורות אפשריות על הגישה המוצעת. 4. סיכום ומסקנות.

## א. מבוא

An intelligent approach to the study of law must take account of its purpose, and must be prepared to test the law critically in the light of its purpose.<sup>1</sup>

כך כתב גלנוויל ויליאמס (Glanville Williams) באנגליה של שנת 1951 בפתח מאמרו, הבוחן את מטרת דיני הנזיקין כולן בראייה מעורבת פלורליסטית רבגונית. שנת 1951 – לפני התפשטותה של הגישה הכלכלית למשפט ושל גישת האחריות החמורה (strict liability) לדיני הנזיקין, לפני תביעות הענק (בעיקר בארצות-הברית) בגין רשלנות רפואית, נזקי עישון ונגד יצרנים, לפני ההתפשטות העצומה של המנגנון הביטוחי, לפני הגשת תביעות כה רבות נגד המדינה ומוסדותיה, לפני ההתפתחות הרחבה של הכרה בנוק נפשי גם למעגל המשני (למשל קרובים בדרגה ראשונה של מי שנפגע בגופו מעוולה), לפני ההכרה בפיצוי על-פי הסתברות ובדוקטרינת הנזק הראייתי, ולפני פרסומם של מחקרים מדעיים חשובים ומרכזיים בדבר הקשר הסיבתי בין חשיפה לחומרים רעילים, מזהמים ורדיואקטיביים לבין תחלואה במחלות קשות וסופניות. אכן, דיני הנזיקין עברו שינוי עצום בדורות האחרונים, ודומני שיש לבחון את התאוריה של דיני הנזיקין בראי השינויים הללו.

אדגים את נושא דיוננו מעניין חמד<sup>2</sup> שנדון בבית המשפט העליון. מקרה זה עסק בשאלת רשלנותם של שוטרי משמר הגבול שפיזרו הפגנות והתפרעויות ופגעו בכדורי גומי בנער פלסטיני בן אחת-עשרה. בפסק הדין נפרשו גישות שונות בדבר המתח האפשרי בין מטרת בולטות של דיני הנזיקין: הרתעה יעילה, כביטוי לגישה כלכלית-תוצאתנית, וצדק מתקן, כביטוי לגישה מוסרית-דאונטולוגית. עקרונות של הרתעה יעילה הוצגו בפסק הדין דרך נוסחתו המפורסמת של השופט האמריקני לרנד הנד (Learned Hand), כביטוי מרכזי (אם כי לא יחיד) לגישה הכלכלית בדיני הנזיקין. לנוסחה זו ניתנה פרשנות של יעילות כלכלית שלפיה יש לבחון את הוצאות מניעת הנזק אל מול תוחלתו,<sup>3</sup> מתוך הבנה שהחברה אינה מעוניינת למנוע תאונות בכל מחיר שהוא

1 Glanville L. Williams, *The Aims of the Law of Tort*, 4 CURRENT LEGAL PROBS. 137, 137 (1951).

2 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004).

3 "תוחלת הנזק" פירושה מכפלת ההסתברות להתרחשות הנזק בשיעור הנזק. ראו Conway v. O'Brien, 111 F. 2d 611, 612 (1940); United States v. Carroll Towing Co., 159 F. 2d 169, 173 (1947). לסקירה של נוסחת לרנד הנד (המכונה לעתים בארצות-הברית "BPL formula" בעקבות מבנה הנוסחה), ראו DAN B. DOBBS, *THE LAW OF TORTS* 338-340 (2000), ראו "משפטים" כב 421, 467-468 (1993) (להלן: גלעד "הרתעה יעילה"). B הוא נטל המניעה (burden of prevention), דהיינו הוצאות

ובהשקעת משאבים אינסופית.<sup>4</sup> לעומת זאת, הצדק המתקן מתמקד (לפי התפיסה המרכזית של מטרה זו) בשני הצדדים לעוולה – המזיק וניזוק – ובצורך בתיקון מלא של הנזק מאת המזיק לניזוק, ואינו מביא בחשבון מטרות ועקרונות החיצוניים למכלול יחסים אלה, התופסים את דיני הנזיקין באופן אינסטרומנטלי, דהיינו: כמכשיר להשגת מטרות חברתיות.

מסקנותיהם של נשיא בית המשפט העליון דאז, אהרן ברק, ושל השופט אליעזר ריבלין, שונות בנקודה זו של היחס בין שתי המטרות הללו ושאלת התאמתן לדיני הרשלנות, המהווים את מרכז דיני הנזיקין. הנשיא ברק גרס:

נוסחה זו [לרנד הנד; ב' ש' שימושית היא, אך אין בכוחה לתת פתרון כולל לכל בעיות הסבירות בעוולת הרשלנות [...]. אכן, אין לקבוע את מושג הסבירות בנוסחה זו או אחרת [...]. האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. זהו האדם הדואג לעצמו, לזולתו ולציבור, ואף כל אלה אינם משקפים את מלוא מורכבותו.<sup>5</sup>

לדירו של הנשיא ברק הנוסחה אינה חזות הכול, והוא מעדיף ממנה מבחן של איזון אינטרסים כולל, המביא בחשבון גם עקרונות של צדק, הוגנות ומוסריות. להבנתו, הנוסחה שבבסיס ההרתעה היעילה לא נבנתה לכלול גם שיקולים חברתיים ושיקולים של צדק, אלא היא כלכלית בבסיסה. בבסיסה של גישה זו מונחת התפיסה כי מאחורי המספרים עומדים אנשים, בשר ודם, שלא ניתן להחליט ולהכריע בעניינם רק באמצעות מספרים וחשובים הבוחנים עלויות חברתיות ויעילויות, אם כי אין לפסול את השימוש בנתונים המספריים – אך רק כאחד מן הבסיסים לקביעת האחריות. השופט ריבלין, לעומתו, ראה את הדברים אחרת:

חברי, הנשיא א' ברק, סבור כי אין לקבוע, כלשונו, את מושג הסבירות באותה נוסחה. הוא מסביר כי בעת שבית המשפט נדרש לקיומה של התרשלות עליו להתחשב גם בכך שהאדם הסביר אינו רק האדם היעיל, כי אם אף האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. על כך אין חולק. אלא שגורמים

המניעה, P הוא ההסתברות להתרחשות הנזק (probability of harm), ו-L פירושו שיעור הנזק או האבדן (the degree of loss). לאימוץ הנוסחה בריסטייטמנט האמריקני המוצע ראו RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL HARM § 3 (Proposed Final Draft No. 1, April 6, 2005). לדיון בווריאציות השונות לנוסחה ובשאלת אימוצן בפסיקה הישראלית ראו צחי קרן-פז "האם האדם הסביר הוא האדם היעיל? ניתוח מבחן התרשלות הנזיקי במשקפי משפט וכלכלה" מחקרי משפט כג 793 (2007) (להלן: קרן-פז "התרשלות").

4 WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 85-88, 96-107 (1987).

5 עניין חמד, לעיל ה"ש 2, בפס' 14-16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אלה כולם יכולים לבוא בחשבון נוסחת הנד. אין כל סתירה בינם לבינה. הנוסחה, כך סבור אני, אינה חייבת לצמצם עצמה אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית. אכן, אין זו "נוסחה" במובנו המקובל, המתמטי, של הביטוי. זוהי מסגרת רעיונית אשר משמשת את בית המשפט ככלי של היגיון. בית-המשפט הוא זה שיוצק בה תוכן. הסתברות התרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו – כל אלה אינם ערכים מתמטיים שבית המשפט שם אותם על-מנת לקבל, בסופו של חישוב, תוצאה מספרית. אלו ערכים חברתיים, ובית-המשפט הוא שנדרש ליתן להם משמעות. בעשותו כן, עשוי בית-המשפט להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי – יכול הוא לערוך איזונים שונים בין סיכונים שונים הנגרמים לגורמים שונים – המזיק, הניזוק, אדם שלישי והציבור [...] ויכול הוא גם להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. בית-המשפט הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת [...] תפיסות שונות של יעילות ושל צדק, יכולות, אם כן, להשתלב במסגרת הרעיונית אותה יוצרת נוסחת הנד [...]<sup>6</sup>

האם לדעתו של השופט ריבלין הנוסחה אכן עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן?

שיטה חלופית לשיטה המגולמת בנוסחת הנד מוצעת על-ידי שיטת הצדק המתקן – בצורתה הטהורה של שיטה זו. אכן, שיטה אחת מוציאה את האחרת, משום שגישת הצדק המתקן, המתמקדת בניזוק, דורשת לכאורה התעלמות מגורם משמעותי בנוסחת הנד – הלא הוא גורם העלות של מניעת הנזק – והתחשבות רק בהיקף הנזק ובהסתברות התרחשותו [...]. אלא שהפער בין התפיסה הכלכלית לבין תפיסת הצדק המתקן הוא תכופות צר יותר. אליבא דגישת הצדק המתקן, אדם התרשל מקום שבו גרם נזק כתוצאה מסיכון אשר הסתברות התממשותו היא סבירה – תהא עלות מניעת הנזק אשר תהא. אלא שלכלל זה עצמו חריג המתקיים מקום בו הסתברות התרחשות הנזק היא נמוכה במיוחד. התעלמות מוחלטת מהנטל שמטילה מניעתו של הנזק תקשה על הערכת סבירותו של הסיכון. בפועל לא התעלמה הפסיקה, גם זו המוצגת כמדגימה את עקרון הצדק המתקן, מגורם עלות מניעתו של הנזק [...]<sup>7</sup>

6 שם, בפס' 3-4 לפסק דינו של השופט ריבלין.

7 שם, בפס' 5 לפסק דינו של השופט ריבלין.

סיכום השופט ריבלין:

נוסחת הנד עשויה אפוא לשמש כמסגרת רעיונית להערכת סבירותה של התנהגות, גם מחוץ לגדרי התפיסה המתמקדת בבחינת התוצאות באספקלריה של יעילות. בבוחרו בין הערכים השונים אותם ניתן להציב באותה הנוסחה, עשוי בית-המשפט להידרש לשיקולים השונים הנבחנים לצורך הגשמת התכליות השונות המיוחסות לדיני הנזיקין [...] כפי שציין חברי הנשיא, האדם הסביר אינו אך האדם היעיל, כי אם גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. כאמור, גם הגשמתם של ערכים של צדק אפשורת במסגרת הרעיונית שמשוואת השקלול מציעה.<sup>8</sup>

אם כן, לכאורה, הצדק המתקן מתנגש עם שיקולים של הרתעה, מכיוון שהצדק המתקן דורש שהמזיק יפצה את הניזוק – לכאורה ללא קשר לשיקולים של הרתעה כלל, ואף אם הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק. אך לדעת השופט ריבלין יש לראות זאת לא כהתנגשות בין הרתעה יעילה (לפי נוסחת לרנד הנד) לבין צדק מתקן; בדרך כלל הם דווקא הולכים יד ביד, לדעתו; אלא שיש חריג רק במקרה שההסתברות להתרחשות הנזק היא נמוכה במיוחד – ואז הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק. במקרה כזה, לפי היעילות, המגולמת כאן בנוסחת לרנד הנד, לא תוטל אחריות למרות קיומם האפשרי של שיקולי צדק מתקן.

הסבר זה נראה דומה להסברו של גרי שוורץ, הסבור כי נוסחת לרנד הנד אכן עולה בקנה אחד עם צדק מתקן. לדבריו, מזיק שאינו מוציא הוצאות מניעה הקטנות מתוחלת הנזק, עושה מעשה המנוגד למוסריות, שכן הוא מעדיף את האינטרסים שלו מאינטרסים

8 שם, בפס' 6 לפסק דינו של השופט ריבלין. לדברים אלה הצטרפה בצורה מסוימת גם השופטת דליה דורנר בפסיקה מאוחרת יותר, כאשר כתבה שאין להשתמש באמת-המידה של יעילות כלכלית כמבחן יחיד וכי "האחריות הנזיקית גם נקבעת על יסוד גורם ערכי, שהוא מידת העניין של החברה בקיומה של הפעילות גורמת הסיכון [...] יש מקום להתחשב, בצד השיקולים הכלכליים, גם בעניין החברתי שבפעילות יוצרת הסיכון" (ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 107 (1995)). אמירה זו יכולה להתפרש דווקא כתמיכה בגישתו של הנשיא ברק. אולם, בפסיקה מאוחרת יותר השעינה השופטת דורנר את הדברים על פסק דינו של השופט ריבלין בעניין חמד: "אין המדובר בבחינה כלכלית גרידא. הערך החברתי של הפעילות אינו נמדד אך במונחים כלכליים, אלא גם במונחי קידום ערכי הצדק והמוסר שהחברה חפצה ביקרם. אף העלות אינה אך עלות במשאבים כלכליים ריאליים, אלא היא יכולה לשלב גם עלות מוסרית, חברתית וערכית. והשוו לדברי השופט אליעזר ריבלין בפסק דין חמד" (ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167, 181 (2004)). לניתוח דרכה של השופטת דורנר, שאולי אינה אחידה בצורה חד-משמעית בסוגיה זו, ראו קרן-פז "התרשלות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 806-807, ה"ש 42.

של אחרים.<sup>9</sup> דומה כי הסבר זה אינו מניח את הדעת ואינו פותר את המחלוקת, כפי שהתגלעה בפסק הדין בעניין חמד, ואת הבדלי הגישות בין הרתעה יעילה לבין צדק מתקן. הקושי האמיתי הוא בשאלה אם כאשר הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק (או שוות לה), והמזיק הפוטנציאלי מעדיף את האינטרסים שלו – האם גם אז ייחשב הדבר לפגיעה במוסריות, ולו במקרים מסוימים, אף שהוצאת אותן הוצאות אינה כדאית מבחינת יעילות כלכלית.

על כל פנים, דומה כי למעשה השופטים ברק וריבלין חלוקים בעניין חמד בפרשנות הנוסחה – האם היא כוללת גם עלויות ערכיות או שמא כלכליות בלבד; אך הם אינם חלוקים בשאלה אם בחינת הרשלנות צריכה לכלול גם ערכים חברתיים של צדק, הגינות ומוסר. כך או כך דומה כי יש ביניהם הסכמה שבחינה של הרתעה יעילה בלבד, במבט כלכלי גרדא, אינה הוגנת, מוסרית או צודקת בהכרח, ויש להכניס גם ממדים אלה לקלחת השיקולים, בצורה זו או אחרת. לדעת הנשיא ברק המקום לכך הוא מעבר לנוסחה ומחוץ לה, ואילו לדעת השופט ריבלין ניתן לגלם את כל השיקולים השונים, כולל השיקולים החברתיים ושיקולי הצדק, בנוסחת הנד, כך שאותה נוסחה הינה בוודאי כלכלית, אך היא יכולה וצריכה לבחון שיקולים שונים.

פסק דין בולט זה באשר לתאוריה של דיני הנזיקין וליישומה בפרקטיקה פותח פתח לשאלה המרכזית שביסודו של חיבור זה. האמנם דיני הנזיקין המודרניים מתמקדים במטרה אחת של דיני הנזיקין – הרתעה יעילה, צדק מתקן או מטרה אחרת (פיצוי והשבת המצב לקדמותו או צדק מחלק), דהיינו: האם הם אימצו את אחת הגישות המוניסטיות (unified/monolithic/monistic/integrated theory), או שמא ניתן לזהות בדיני הנזיקין המודרניים שילוב בין מטרות שונות, בבחינת הליכה בגישה פלורליסטית-מעורבת (pluralistic/mixed theory)? ואם אמנם ננקטת בדיני הנזיקין המודרניים גישה פלורליסטית – האם ניתן לחלץ גישה אחידה, עקבית וברורה בסוגיה, גישה המעדיפה מטרות מסוימות מאחרות ומבצעת איזונים בנדון?

"שם המשחק" בחיבור זה יהיה גישה פלורליסטית, הבוחנת בצוותא את כלל מטרותיהם של דיני הנזיקין בכל סוגיה נתונה, ולא גישות מוניסטיות, המתמקדות במטרה אחת בלבד של מערכת דינים זו ולעתים רואות את התמונה הנזיקית, המשפטית והחברתית, באופן צר ולא מלא.

מציאת האיזון הפלורליסטי הראוי בין המטרות של דיני הנזיקין אינה פשוטה כלל ועיקר. הקושי לעשות כן נובע בראש ובראשונה מעמימות בתשובה לשאלה הבסיסית מהן בכלל המטרות שיש לאזן ביניהן. מסיבות שונות הקשורות באופייה של מערכת דיני

Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 TEX. L. REV. 1801, 1819-1820 (1997) 9

הנזיקין עדיין אין כיום הסכמה גורפת בשאלה בסיסית זו.<sup>10</sup> יש הטוענים אף כי דיני הנזיקין התפתחו ללא כל מטרה ברורה בבסיסם, ולחלופין – שבבסיסם ערבוּבִּיה של מטרות, ולא כולן מתאימות ליישום בכל סוגיה נתונה.<sup>11</sup> יש הסבורים כי מצב זה שבו אין הסכמה בדבר מטרותיהם של דיני הנזיקין הוא פרי היווצרותם של דיני הנזיקין בעיקר במשפט המקובל האנגלי ואחר כך האמריקני, כך שהם התפתחו בפסיקה ממקרה למקרה, אדר-הוק, ובאופן שונה ממדינה למדינה.<sup>12</sup> לפיכך יש הטוענים כי דיני הנזיקין כלל לא נחשבו כענף עצמאי של החוק בארצות המשפט המקובל עד למאה התשע-עשרה, או לפחות לא נחשבו ענף מקיף כמו דיני החוזים או דיני העונשין.<sup>13</sup> המצב כיום ודאי השתנה, ודיני הנזיקין המודרניים אינם דומים למצבם במאה התשע-עשרה ואף לא למצבם במרבית המאה העשרים; כל ההתפתחויות שצוינו לעיל בפתח החיבור, ודומותיהן, מצביעות על כך בבירור. עם זאת, עדיין לא ניתן לאתר הסכמה גורפת בשאלה מהן המטרות ומהו תוכנה של כל מטרה, כך שכל מלומד מציג את רשימת המטרות בצורה מעט שונה.

גלנוויל ויליאמס עצמו ניסה להציג בזמנו, באנגליה, גישה פלורליסטית לדיני הנזיקין.<sup>14</sup> באותן שנים, שנות החמישים, הוצגה גישה נוספת, פלורליסטית, וגישה זו אף זכתה לתחייה מחודשת לאחרונה בניסיון של מלומד אמריקני אחר להתאימה לדיני הנזיקין של שנות האלפיים. בדור האחרון הוצגו גישות פלורליסטיות נוספות של מלומדים, אמריקנים וישראלים. גישות אלה, שיפורטו להלן, הוצנעו במידה מסוימת לאור עלייתן הבולטת של גישות מוניסטיות מאז השליש השני של המאה העשרים, וכוונת הדברים לכניסתן למרכז הבמה של הניתוח הנזיקי התאורטי של אותן שתי גישות מוניסטיות – הגישה הכלכלית, המתבססת על הרתעה יעילה, וגישת הצדק המתקן. הגישות הפלורליסטיות המוכרות שונות זו מזו. עם כל הכבוד הראוי, חלקן אינו מתאים עוד לדיני הנזיקין המודרניים, וחלק אחר שלהן בעייתי מכיוונים שונים, תאורטיים ופרקטיים.

PROSSER & KEETON, ON THE LAW OF TORTS 1-7 (W. Page Keeton ed., 5th ed. 1984); 10 W.V.H. ROGERS, WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT 1 (16th ed. 2002); KENNETH S. WILLIAMS; ABRAHAM, THE FORMS AND FUNCTIONS OF TORT LAW 14 (3rd ed. 2007) לעיל ה"ש 1, בעמ' 138; דניאל מור "מבט ביקורתי על עקרונותיה של הרפורמה המוצעת בדיני הנזיקין" משפטים לו 703 (2006) (להלן: מור "רפורמה").

11 WILLIAMS, לעיל ה"ש 1; WINFIELD & JOLOWICZ, לעיל ה"ש 10; ABRAHAM, לעיל ה"ש 10. 12 Christopher J. Robinette, *Can There Be a Unified Theory of Torts? A Pluralist Suggestion from History and Doctrine*, 43 BRANDEIS L.J. 369, 390-398 (2005).

13 Robinette, שם, בעמ' 393 והאסמכתאות שם.

14 WILLIAMS, לעיל ה"ש 1.



גם בראייה מקומית המצב אינו חתוך וברור, לא בחקיקה ולא בפסיקה. פקודת הנוזקין [נוסח חדש] – החיקוק המרכזי בנדון – אינה מונה בין סעיפיה את מטרתיהם של דיני הנוזקין, וכמוה גם חיקוקים נזיקיים אחרים.<sup>15</sup> הפסיקה הישראלית אמנם דנה לעתים במטרות אלה, אך גם בפסקי הדין שבהם נעשה הדבר קשה למצוא התייחסות אחידה לכלל המטרות או לחלקן,<sup>16</sup> וקשה להגיע למסקנה ברורה בדבר דומיננטיות של

15 אמנם ס' 76 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 266, עניינו פיצויים, אך אין מדובר במטרה של מערכת דינים זו בהתאם לסעיף, אלא בסעד על עוולה.

16 ראו ישראל גלעד "על 'הנחות עבודה', אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גרדי האחריות ברשלנות" משפטים כו 295, 320-323 (1995); צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541, 552-553 (2005) (להלן: קרן-פז "שוויון"). כך ניתן למצוא פסקי דין המציינים במפורש בליל של מטרות, ובהן השגת צדק מתקן, הרתעה יעילה ופיוור הנזק (ראו, למשל, השופט אליהו מצא בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 445 (2003), והשופט יצחק אנגלרד בדנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721, 735 (2003)). המשנה לנשיא מישאל חשין ציין כי בפרשנות חוק יש להתיחס, בין היתר, למוסר, להגינות, לצדק, ליושר וליעילות (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004)); לדיון בצדק מתקן מול הרתעה יעילה ראו, למשל, ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שורץ, פ"ד ל(3) 785 (1976) (להלן: עניין אתא), הדין בשתי המטרות ומכריע לטובת הצדק המתקן. עניין זה יידון בהרחבה בהמשך החיבור. כן ראו עניין חמד, לעיל ה"ש 2; לדיון בצדק מתקן ובצדק מחלק ראו, למשל, ע"א 10064/02 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (פורסם בנבו, 27.9.2005) (פסק דינו של השופט אליעזר ריבלין); כל זאת לצד פסקי דין אחרים המדגישים בעיקר מטרה אחת ורואים בה מטרה לגיטימית של דיני הנוזקין. כך, למשל, הודגשו מאוד שיקולים של צדק, מוסר והגינות במקרים שונים, והוכרו שיקולי מדיניות ציבורית המכירים בהטלת חובה כשהדבר הוגן, צודק וסביר (ע"א 915/91 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 45 (1994)); השופט אהרן ברק הוסיף כי עקרונות היסוד של השיטה שלאורם יש לפרש הינם, בין היתר, יושר, צדק ומוסר (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 72 (1996)). לדיונים באשר לצדק מתקן ראו ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180, 191 (1999); ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990); דעת השופט יצחק אנגלרד בעניין קליפורד, שם. על הפיצוי והשבת המצב לקדמותו כעיקרון בסיסי בדיני הנוזקין בישראל ראו השופט שניאור זלמן חשין בע"א 70/52 גרוסמן נ' רוט, פ"ד ו(2) 1242, 1248 (1954); השופט משה לנדוי בע"א 413/64 אברהמי נ' ראש העירייה, חברי המועצה ובני העיר תל אביב יפו, פ"ד יט(1) 114, 120 (1967); השופט אהרן ברק בע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800, 810 (1981); השופט אהרן ברק בע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 772 (1982); השופט מישאל חשין בע"פ 4466/98 דבש נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 73 (2002); ע"א 22/49 לוי נ' מוסף, פ"ד ד 558, 564 (1950); עניין נעים, שם, בעמ' 772; ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004) (להלן: עניין אטינגר); עניין אבו חנא, שם; ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פס' 12 לפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין (פורסם בנבו, 16.10.2006); ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה,

מטרה אחת על רעותה או בדבר קיומה של גישה פלורליסטית מוצקה ובהירה.<sup>17</sup> הקודקס האזרחי, הלא הוא תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006,<sup>18</sup> מתווה לכאורה כיוון

ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 80 (1997). לדיון נרחב בהתמקדות הפסיקה בהרתעה יעילה ראו קרן-פז "התרשלות", לעיל ה"ש 3; וראו גם בה"ש הבאה.

17 קרן-פז "שוויון", שם, בחן יותר מעשרים פסקי דין בסוגיית ההתרשלות, רובם של בית המשפט העליון, שהרטוריקה בהם מבוססת לכאורה על שיקולי יעילות. הנימוקים למתן אותם פסקי דין עולים בקנה אחד עם שיקולי יעילות ושהתוצאה בהם מתחייבת מהניתוח הכלכלי. בין היתר ציין קרן-פז כי גם כשיש שיקול של יעילות תומך בתוצאה ספציפית שאליה הגיע בית המשפט בפסק דינו, אין בכך משום תמיכה מספקת בטענה שדווקא שיקול של יעילות הוביל לתוצאה זו. אחת ממסקנותיו הינה ששיקול היעילות הוא שיקול לגיטימי אך לא מכריע. קשה, לדידו, לזהות מקרים שבהם בצורה נחרצת שיקול זה הכריע או נדחה, אם כי ישנם פסקי דין שבהם מסתבר שההכרעה בשאלת ההתרשלות אינה מתבססת על שיקולי יעילות כלל (אם כי אלה גם לא נדחו שם במפורש) ובפסקי דין אחרים שיקולי צדק גברו. פסיקות אחרות העלו מבחן של איזון אינטרסים של המזיק, הניזוק והחברה בכללותה. מסקנותיו של קרן-פז מסקירת אותה פסיקה של בית המשפט העליון בעניין התרשלות הינן שהגישה הדומיננטית לסטנדרט הרשלנות, הן ברמה הרטרורית והן ברמה הפרקטית, היא גישה מעורבת של עלות-תועלת שאינה מזוהה עם יעילות לבדה, שכן מבחן זה מתחשב גם בערכים אחרים התומכים בהחלטות בתי המשפט, מהם ערכים הנשענים על צדק. לדידו, לשיקול היעילות משקל מוגבל בלבד בפסיקה. אמנם הבדיקה נערכה רק לגבי פסיקות הנוגעות לעוולת הרשלנות, ויש מקום לניתוח כוללני יותר של הסוגיה, אך גם בהסתמך על הנתונים הקיימים דומה אפוא שקשה לחלץ אמירה אחידה ברורה של בתי המשפט לגבי קיומה של גישה מוניסטית מסוימת, בין כזו המתבססת על הרתעה יעילה, בין כזו המתבססת על צדק מתקן ובין כזו המתבססת על צדק מחלק. הוא הדין גם לגבי קיומה של על גישה פלורליסטית ברורה הבוחנת באופן קבוע כמה מטרות ומאזנת ביניהן. לכל היותר ניתן אולי להסיק, וגם זאת בזהירות רבה, כי בית המשפט העליון – עד כמה שניתן להכליל מבלי לחלק לתקופות ולשופטים מסוימים – דוגל בכל זאת בגישה פלורליסטית מעורבת מסוימת, אם כי עמומה. כך עולה מהדעות של כל תשעת השופטים שישבו בהרכב בעניין חמד, לעיל ה"ש 2, והסכימו כי שיקולי יעילות אין בהם משום מיצוי, וכי יש מקום להתחשב גם בשיקולים אחרים. כך גם עולה מפסיקות אזרחיות מרכזיות קודמות שנזכרו גם בפסק דין חשוב זה, וביניהן ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975); ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט בישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63 (1974) (להלן: עניין לגיל טרמפולין); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113 (1982); עניין סבג, לעיל ה"ש 8; וע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004). לדיון ראו קרן-פז "התרשלות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 808-810. מדוע הגישה עמומה? שכן קשה מאוד למצוא התייחסות בפסקי הדין, גם באלה שהזכירו יותר ממטרה אחת, לשאלת היחס והאיזון בין המטרות השונות. לפיכך, קשה לדלות מן הפסיקה במפורש אימוצה של גישה פלורליסטית מסוימת, מעבר לרמת ההצהרה, וגם מאותם פסקי דין שהרחיבו על יותר ממטרה אחת קשה לדלות התייחסות למשקל מסוים – כבד יותר – שיש לתת למטרה או למטרות מסוימות ביחס למטרות אחרות, ולו בסוגיות מסוימות. המצב אפוא הוא מצב של עמימות והימנעות מנקיטת עמדה מובהקת. גם בחירה ברטוריקה מסוימת בדרך כלל אינה מביאה לבהירות בפרקטיקה הפסיקתית, וייתכן שמצב זה מכוון.

18 תזכיר הצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן: תזכיר הצעת חוק דיני ממונות), [www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex2](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex2)

מסוים בסוגיה אך גם זה, דומני, אינו מקדם את הדיון במידה ניכרת. לכאורה, סעיפים חשובים בחלק הכללי של הקודקס ובחלק של דיני הנוזקין בו מצביעים על אימוצה של גישה פלורליסטית.<sup>19</sup> עם זאת, ההוראות באותם סעיפים אינן דנות ביחס בין המטרות

19 ס' 1 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, הנמצא בפרק הראשון של ההצעה, עוסק בעקרונות היסוד של הקודקס (הכולל גם את דיני הנוזקין), ומונה בין התכליות הראויות של החוק המוצע כמה מהמטרות המזוהות עם מטרות דיני הנוזקין: הבטחת "צדק, הגינות וסבירות" – עקרונות השייכים לצדק מתקן, לצדק מחלק ואולי גם לשיקולי יעילות כלכלית ופיזור נזק (ראו, בהקשר אחר, ישראל גלעד "הערות להסדרי הנוזקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 769 (2006) (להלן: גלעד "קודקס")); "קידום בטחון, ודאות ויעילות במשפט" – עקרונות השייכים גם להרתעה יעילה ובאופן כללי ליציבות משפטית (מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א 41 (2005)); מור "רפורמה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 709. לדעת מור אין לשלול אפשרות שהכוונה גם ליעילות מנהלית, אך ראוי לפרש זאת כמתן משקל של ממש לשיקולי יעילות כלכלית דווקא); "שמירה על זכויות מוקנות" – עקרונות המגנים על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים (שם, בעמ' 710), וייתכן שהם שייכים גם לפיזיו ולצדק המתקן שבמניעת פגיעה בזכויות קיימות.

אשר לדיני הנוזקין לברם, ס' 456 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, קובע כי "מטרת הפיצויים בשל הפרה היא להביא את הנפגע, ככל שניתן, למצב שהיה נמצא בו אלמלא הפרה". בכך מעוגן בחקיקה מפורשת עיקרון הלכתי זה של השבת המצב לקדמותו כבסיס למטרות הפיצוי והצדק המתקן: עד עתה היה אמנם ברור שהיעד המרכזי בדיני הנוזקין הוא סעד הפיצויים, אך לא פורשה המטרה של אותו סעד. נוסף על כך, באחת החלופות שהוצעו להגדרה של עוולת הרשלנות בקודקס הובאו בחשבון גם כמה ממטרותיהם של דיני הנוזקין:

387. (ב) התרשלות היא התנהגות, לרבות התנהגות מכוונת, שאדם סביר לא היה מתנהג בנסיבות העניין, בשל הסיכונים הצפויים ממנה; סבירותה של התנהגות כאמור תיבחן, בין היתר, בשים לב לעלות הכרוכה במניעה או בהקטנה של הסיכונים האמורים באמצעות התנהגות חלופית ולערך החברתי של התנהגות אלה. (ג) החובה שלא להתרשל [...] מוטלת על אדם כלפי כל מי שאדם סביר צריך היה לצפות מראש שהוא עלול להיפגע עקב ההתרשלות, ובלבד שהטלת האחריות על אותו אדם, בנסיבות העניין, היא צודקת, הוגנת וסבירה, בשים לב לטיב היחסים שבין הצדדים ולאנטרס הציבורי שבהטלת אחריות כאמור.

אם כן, החובה אמורה להיות צודקת, הוגנת וסבירה, ולהביא בחשבון גם את טיב היחסים שבין הצדדים – אך גם אינטרסים ציבוריים וחברתיים המשפיעים על הקביעה אם היה צורך למנוע את הסיכונים לתאונה או להקטינם. יש כאן משום ניסיון לאזן בין מטרות המתרכזות בצדדים וביחסי השכנות ביניהם, ובראשן צדק מתקן, לבין מטרות אינסטרומנטליות המביאות בחשבון עקרונות חברתיים וציבוריים שמעבר ליחסים בין הצדדים, ובוחנות, בין היתר, את ההוצאות למניעת התאונות או הקטנתן, ובראשן ההרתעה היעילה (גלעד "קודקס", שם, בעמ' 769-770), ודומה שגם את הצדק המחלק. על-פי ס' 364(ב), ההוראות יחולו גם על הוראות שמחוץ לקודקס, לגבי גרימת נזק שלא כדין, ויש לעניין זה חשיבות שכן לא כל דיני הנוזקין מצאו דרכם לתוך הקודקס (לדיון בסיוג של "גרימת נזק שלא כדין" ולשאלה אם כל ההוראות הנוזקיות בקודקס, כולל סעיף התכליות, אכן חלות גם על הוראות נזקיות שמחוץ לקודקס, ראו מור "רפורמה", שם, בעמ' 707-708).

השונות, במשקל של האחת מול האחרת ובאיזון ביניהן במקרי התנגשות, אלא רק מצהירות על חשיבותן של כמה מטרות בצוותא.<sup>20</sup> ייתכן שהערפל בנקודה זו מכונן, לאמור: מנסחי הקודקס היו מעוניינים בפלורליזם של מטרות, אך הותירו את האיזון בין המטרות השונות להכרעה בפסיקה – אולי בכלל, ואולי בכל תחום משפטי אזרחי ובכל סוגיה בתוך כל תחום כזה – בנפרד. יש אפוא בעייתיות בהיעדר מודל תאורטי פלורליסטי סדור, שהפסיקה תוכל להפעיל אותו ולהסתמך עליו. לסיכום, אף אם הקודקס מפזר בצורה מסוימת את הערפל שיש היום בפסיקה בשאלה אם יש לנקוט בגישה מוניסטית או פלורליסטית, אין בו כדי לתת כלים ליישום ממשי בשטח.

מטרתו של מאמר זה הינה אפוא "לקלוע למטרה" באמצעות דיון ביקורתי בגישות הפלורליסטיות המוכרות והצגת גישה פלורליסטית אוניברסלית חדשה לאיזון הנחוץ בין מטרות דיני הנזיקין בהתאם למציאות הנזיקית המודרנית והמורכבת. בפרק ב' יסקרו בקצרה מטרותיהם של דיני הנזיקין ושתי הגישות המוניסטיות המרכזיות המוכרות כיום – הרתעה יעילה וצדק מתקן. בפרק ג' תוצגנה הגישות הפלורליסטיות המרכזיות המוכרות בספרות המשפט המקובל של ששת העשורים האחרונים באור ביקורתי. בפרק ד' יוצג הצורך בחשיבה פלורליסטית רעננה לאור מורכבותם של דיני הנזיקין המודרניים. בפרק ה' תוצג הגישה הפלורליסטית החדשה לבחינת היחס שבין המטרות והתאמתן למציאות חברתית ומשפטית-נזיקית משתנה. בפרק ו' אעבור מן התאוריה למעשה, ואבחן את התאמת התאוריה למציאות המשפטית והחברתית באמצעות דיון בכמה וכמה סוגיות נזיקיות, מסורתיות ומודרניות. בחלק מאותן סוגיות תוצע למעשה תוצאה שונה מהמצב המשפטי הקיים, ואילו בסוגיות אחרות יוצע בסיס תאורטי למצב משפטי נהג, שלעתים נוצר שלא מתוך היגיון משפטי סדור ועקבי. בפרק ז' אנסה להתמודד הן עם ביקורות אפשריות על הגישה המוצגת והן עם מקרי ביניים.

יובהר כי הניתוח הפלורליסטי שיוצע אינו מתנגש חזיתית עם הגישות הפלורליסטיות המוכרות אלא מנסה למצות יתרונות מכל אחת מהן, ולו מבחינה רעיונית-מבנית. זאת ועוד: ההצעה החדשה לא תתעמת עם גישות מוניסטיות, מתוך הנחה שאף אם גישות

20 מיגל דויטש מסביר כי הוראות אלה שבקודקס הן פלואידיות ובעלות אופי דקלרטיבי, ואינן מתיימרות למצות את התכליות של הקודקס ולהגביל את שיקול הדעת השיפוטי, ועל כן ננקט הנוסח "התכליות המנויות להלן הן מתכליות חוק זה". אין להתעלם ממגוון שיקולים נוספים, ובהם ערכי השיטה המשפטית הנוהגת, שוויון, כיבוד זכויות היסוד ועוד. למרות זאת, לדבריו, אין להתעלם ממשמעותן של תכליות אלו כאמצעי מנחה לפרשנות (דויטש, לעיל ה"ש 19, בעמ' 48-49). דניאל מור הולך באותו כיוון אך דומה שהוא ביקורתי יותר. מור מתח ביקורת על ס' 1 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות גם מן ההיבט שרשימת התכליות אינה סגורה ואין היררכיה בין התכליות השונות, ועל כן לדעתו יש בו בעיקר משום "תוספת לרטוריקה המשפטית ולא חידוש מהותי כלשהו". לדבריו, החידוש העיקרי הוא עצם הכללת התכליות הללו בצורה מפורשת במעשה חקיקה, אף שלדעתו הן חלק מעקרונות היסוד של המשפט הישראלי והן מהוות ממילא בסיס פרשני, גם ללא עיגון מפורש בחוק (מור "רפורמה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 706-707).

אלה רואות את התמונה הנזיקית שלא באופן מלא, עקב התמקדותן במטרה אחת בלבד, בכל זאת יש לכל אחת מהן מקום חשוב משלה בפרשנות מטרות בודדות לצורך בניית הגישה הפלורליסטית המסוימת. בסופו של דבר, על-פי הראייה הפלורליסטית, האיזון צריך להיערך בין מטרות שונות.

## **ב. המטרות של דיני הנזיקין המודרניים: פיצוי, צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה יעילה**

אמנם קשה לאתר הסכמה גורפת בשאלה מהן המטרות של דיני הנזיקין, אך מתוך מכלול הגישות המוכרות ניתן להציג כמה מטרות עיקריות לדיני הנזיקין. חלקן נשאבו ממערכות אחרות של דינים, אזרחיות ואף פליליות,<sup>21</sup> ובכל זאת כיום ניתן לאפיין אותן באופן עצמאי בהקשר הנזיקי. המטרות הינן צדק מתקן, צדק מחלק ופיזור נזק, הרתעה יעילה, ופיצוי והשבת המצב לקדמותו.

הצדק המתקן (corrective justice) מתרכז, כאמור, בתיקון העוול מאת המזיק הקונקרטי לניזוק הקונקרטי, ולא באף עיקרון אחר החיצוני ליחסים אלה. עניינו בתיקון מלא של העוול מאת המזיק דווקא לניזוק.<sup>22</sup>

הצדק המחלק (או: החלוקתי) (distributive justice) קושר את כל הצדדים הפוטנציאליים לחלוקת העושר ושאר הנטלים, המשאבים וההטבות בחברה על-פי קריטריון של יחסיות, לצורך קידום מטרות חברתיות.<sup>23</sup> מדובר בגופים השייכים דווקא לפעילות מסוימת משותפת (ולא רק שני הצדדים הישירים הספציפיים, המזיק והניזוק, כבמטרת הצדק המתקן). השאלה היא למעשה כיצד לחלק את פרוסת העוגה של

21 Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 398.

22 Williams, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142.

23 DOBBS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 13-14. לדיון נרחב בשאלה אם המשפט הפרטי (ולא רק, למשל, דיני המסים) יכול לקדם מטרות חלוקתיות, ולאסמכתאות בנושא, ראו קרן-פז "שוויון", לעיל ה"ש 16, בעמ' 558-555; חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" (צפוי להתפרסם בהמשפט טו, 2010). על ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין ראו יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי כוח" משפטים לח 145 (2008). לדיון באופן כללי ומהיבטים רבים ראו צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, 2000). עם זאת, קרן-פז מדגיש כי הקריטריונים החלוקתיים אינם כוללים רק שיקולי שוויון אלא גם שיקולים אחרים כגון צדקת ההתנהגות של הצדדים הטיפוסיים לקבוצה. הוא גם מדגיש כי במסגרת מטרה זו יש להביט גם על הצדק התוך-קבוצתי ולא רק על זה הבין-קבוצתי (קרן-פז "התרשלות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 842). לרתיעה משילוב שיקולים חלוקתיים במשפט הפרטי ראו Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MD. L. REV. 563, 586-590 (1982).

הרווחה המצרפית בין המגזרים השונים, בהינתן שיש מגזרים חלשים וחזקים, עניים ועשירים, בעלי שליטה ונשלטים, והמשפט יכול וצריך לתרום את חלקו לשינוי החלוקה ולהעצמת המגזרים החלשים והעשוקים.

מטרה אחרת, שיש התופסים אותה באופן עצמאי ויש המשייכים אותה לצדק המחלק, היא פיזור הנזק (loss distribution).<sup>24</sup> פיזור הנזק פירושו שנוזקים הנגרמים בחברה הם "פרי הטכניקה וארגון החברה בימינו, וכי אין זה כדאי שישא בהם המזיק הישיר. יש לפזר את הנזק בין שכבות הציבור השונות ולהסירו מעל שכם המזיק הישיר. פיזור זה מבטיח לעתים קרובות – אך לא תמיד – הקצאה נכונה של המקורות הכלכליים והגברת הבטיחות".<sup>25</sup> לפיכך תוטל אחריות על מי שיכול לפזר את הנזק בעצמו על מספר גדול של אנשים כך שכל אחד מהם יישא בחלק קטן של עלות התיקון או ההטבה, מבלי שמצבו הכלכלי או החברתי ישתנה לרעה (לפחות לא בצורה דרמטית, שכן מדובר בפיזור של סכומים קטנים על כל גורם).<sup>26</sup> בצורה כזו לא ייפול הנזק כולו על הניזוק לבדו או על המזיק לבדו. מדובר בפיזור הנזק על הציבור כולו, או על הקבוצה או המגזר הרלוונטיים לאותה פעילות. כך, למשל, נותני שירותים או יצרנים יכולים לתמחר את הסיכון דרך העלאה קטנה של מחיר המוצר וכך לפזר את הנזק על ציבור הצרכנים – מעין ביטוח עצמי באמצעות ציבור הניזוקים הפוטנציאליים.<sup>27</sup> דרך אחרת היא להטיל את נטל הנזק על מי שהוא בעל אמצעים ("כיס עמוק"; deep pocket) ויכול לספוג את הנזק מבלי

24 IZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW 55 (1993); עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 9-8 (2006); גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 432, 492. על-פי גלעד, פיזור הנזק הוא מטרה עצמאית – אך כזו המשמשת כלי חלוקתי; מצד שני פיזור הנזק לדידו הוא גם כלי להגדלת הרווחה החברתית, בדומה להרתעה היעילה, בעוד הצדק המחלק עניינו חלוקת הרווחה החברתית הקיימת בצורה שוויונית יותר, ולא דווקא הגדלתה. ראו שם, בעמ' 429. אנגלרד תיאר את פיזור הנזק כהבטחה מסוימת של מטרת הפיצוי, בייחוד במקרים של נזק גוף ולצורך שמירה על סטנדרט מינימלי של קיום האדם בכבוד (Izhak Englard, *The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, 9 J. LEGAL STUD. 27, 50 (1980)). (להלן: Englard 1980).

25 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית 28-29 (מהדורה שנייה מתוקנת, ג' טדסקי עורך, התשל"ז) (להלן: דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית). על הרציונל לפיזור הנזק ראו Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 YALE L.J. 499 (1961) (להלן: Calabresi 1961); וכן ראו George L. Priest, *The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*, 14 J. LEGAL STUD. 461 (1985); דניאל מור "אחריות למוצרים פגומים – שיקולי מדיניות עיוני משפט ו 78 (1978).

26 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 432.

27 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (1970) 50-54. להשוואה בין פיזור באמצעות ביטוח לפיזור על ציבור צרכנים ולמסקנה כי בפועל משולבות שתי דרכי הפיזור ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 433.

שהדבר יפגע במעמדו החברתי והכלכלי וכן לבטח את עצמו, שכן חברת ביטוח היא מפזרת נזק באופן טבעי, בהינתן שהסדרי ביטוח נוצרים בהתאם לכוחות השוק.<sup>28</sup> כאמור, יש הרואים בפזור הנזק חלק מהצדק המחלק, שכן חלוקה שווה וראויה יותר של המשאבים בחברה תלויה ביכולתם של הצדדים המשתתפים בפעילות לספוג את הנזק או לפזרו. לדעתי זהו רציונל נכון. אף שיש לפזור הנזק רציונל עצמאי מסוים, בכל זאת אין מדובר במטרה של דיני הנוזקין אלא בטכניקה ליישום מטרה, דהיינו: דרך טובה לחלוקה היא פיזור הנזק על הקבוצה הרלוונטית כגון קבוצת צרכני המוצר, קבוצת הנהגים או כלל הציבור בעניינים מסוימים.<sup>29</sup> פיזור הנזק על כיס עמוק אכן עולה בקנה אחד עם הצדק המחלק, ואולי אף מהווה חלק ממנו, שכן אחריות על הכיס העמוק פירושה העברת עושר מהצד החזק לצד החלש. לעומת זאת, יש הרואים בפזור הנזק מטרה עצמאית, או אף חלק משיקולי ההרתעה היעילה, שתיבחן מיד.<sup>30</sup> בכל מקרה, פיזור הנזק ודאי אינו חלק מהצדק המתקן שכן מדובר בעניין קבוצתי שגם אינו תלוי אשמה, דהיינו: ייתכן שהנזק יפוזר על מגזר שנוח לפזר עליו (כגון צרכנים) או על מגזר בעל אמצעים (כיס עמוק) גם אם אין לאלה כל אשם בנזק.

ההרתעה היעילה היא נגזרת של הגישה הכלכלית למשפט, המבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית. בכך היא "שכנה" של הצדק המחלק אך גם שונה ממנו, שכן האחרון עניינו בחלוקת פרוסת העוגה הקיימת, ולא דווקא בהגדלתה. המטרה היא להגיע ליעילות (efficiency) דרך הרתעה אופטימלית (optimal deterrence) שאינה הרתעת-חסר – המטילה אחריות על מזיק בשיעור שהוא פחות משיעור הנזק שלו גרם,

28 CALABRESI, לעיל ה"ש 27, בעמ' 40-41. גלעד הדגיש כי כיס עמוק כשלעצמו אינו יכול להיתפס כמטרה בלעדית ועליו להשתלב עם פיזור נזק, שאחרת יהא זה שרירותי ולא צודק להטיל אחריות על אדם או על גוף רק עקב עושרו. לפיכך, אם הוא מפזר נזק – למשל רכש ביטוח – רצוי שהסדר יטיל את האחריות עליו (גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 432-433).

29 לפיכך אתייחס בהמשך החיבור לפיזור נזק כחלק ממטרת הצדק המחלק, עם שימור הרציונל העצמאי שבבסיסו.

30 שכן האחריות בהתאם לפרמטר של פיזור נזק אינה מוטלת כאמור על חזק או עשיר רק עקב חזקו או עושרו, אלא גם עקב יכולתו לפזר את הנזק על גורמים רבים. וראו ABRAHAM, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18 (הסבור כי אף שיש מחלוקת אם זו אכן דרך טובה ויעילה להטיל אחריות נזיקית, קידום מנגנון של פיזור נזק נחשב למטרה עצמאית של דיני הנוזקין, וזאת מתוך תפיסה שעדיף שרבים יסבלו הפסד מזערי מאשר שניזוק יחיד יסבול נזק רב. לפיכך עדיף להטיל אחריות על מפעלים ועסקים גדולים המסוגלים לקנות ביטוח ולפזר את הנזק. אברהם העלה כמה בעיות באשר לפיזור הנזק, אך סיכם ואמר כי מטרה זו השפיעה – וככל הנראה תמשיך להשפיע – על הטלת אחריות בנוזקין). כאמור, מצד אחד ניתן לשייך את פיזור הנזק גם להרתעה יעילה, כמטרות שכנות למצער, שכן שתיהן עוסקות בניסיון להגדיל את הרווחה המצרפית. ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 429. מצד אחר, אל לו לשיקול פיזור הנזק ליהפך לשיקול הדומיננטי של היעילות, שכן פיזור ניתן להשגה מחוץ לדיני הנוזקין, למשל: באמצעות קופה ציבורית כללית, כפי שנעשה בניו-זילנד. ראו שם, בעמ' 493.

אך גם אינה הרתעת-יתר – המטילה אחריות על מזיקים מעבר לחלקם בגרימת הנזק ועלולה להביא להתנהגות מגננתית של מזיקים פוטנציאליים, למשל של רופאים או עובדי ציבור, ואף להביאם לכדי הימנעות מפעילויות העלולות לגרום לנזק. ההרתעה היעילה שואפת לצמצם את אבדן הרווחה באמצעות שינוי של מחיר הפעילות יוצרת הסיכון, בניסיון לתמרץ את שינוי הפעילות ולכוון התנהגות עתידית, וכך להשפיע ולהכניס שינויים בטיב ההתנהגויות ו/או בהיקפן. המטרה הינה למנוע או לפחות להקטין את הנזק הנגרם לפעילות החשופה לסיכון, כל עוד יביא הדבר להגדלת הרווחה המצרפית בהשוואה לאבדן הרווחה הכרוך במניעה. במילים אחרות, הפיצוי כאן מטרתו אינה השבת המצב לקדמותו בהכרח אלא הגדלת הרווחה המצרפית באמצעות תמריצים שההרתעה יוצרת, וכך היא נהפכת לאמצעי אפקטיבי המשנה את טיב הפעולות של הצדדים ואת היקפן, ולאמצעי יעיל המגדיל את הרווחה המצרפית המופקת מהפעילויות המתנגשות.<sup>31</sup> ההרתעה היעילה כנגזרת של הגישה הכלכלית קנתה לה מקום חשוב ביותר בדיני הנזיקין מאז שנות השישים והשבעים של המאה העשרים. לצדה נמצאת המטרה המסורתית של ההרתעה (אם כי כיום היא כבר נדחקה הצדה). ההרתעה כוונה במקורה לשימוש בחוק כמכשיר למניעת נזק עתידי או למצער להקטנתו,<sup>32</sup> בהתאם לרציונל הלוקח מדיני העונשין. ההרתעה מכוונת התנהגות שכן היא אינה מכוונת רק למזיק הקונקרטי (הרתעת היחיד) אלא לציבור כולו, ובו במיוחד למעוולים עתידיים פוטנציאליים (הרתעת הרבים).<sup>33</sup>

31 Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29, 48 (1972); גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 431, 446. עם זאת, כאמור, לא הכול סבורים שהגישה הכלכלית לדיני הנזיקין משמעותה הרתעה יעילה בלבד. יש הקושרים אותה דווקא לשיקולים החלוקתיים, דהיינו: לפיזור נזק וצדק מחלק ככלל, ויש הסבורים כי יש לשלב ולאזן בין השתיים. ראו שם, לכל אורך חיבורו, ובעיקר בעמ' 427-434 והאסמכתאות שם. עם זאת, יש לומר כי הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין עדיין מזוהה בצורה ברורה מאוד בעיקר עם ההרתעה היעילה. גם גלעד הודה בכך (שם, בעמ' 428).

32 שם, בעמ' 429, Williams; לעיל ה"ש 1.

33 CALABRESI, לעיל ה"ש 27, בעמ' 107-113, DOBBS; לעיל ה"ש 3, בעמ' 19-21, ANDERS; VILHELM LUNDSTEDT, SUPERSTITION OR RATIONALITY IN ACTION FOR PEACE? ARGUMENTS AGAINST FOUNDING A WORLD PEACE ON THE COMMONSENSE OF JUSTICE (1925). על דיני הנזיקין ככלי להשגת הרתעה בכלל ולהגברת הזוהרות והבטיחות בפרט ועל דעות נוגדות ראו אריה ל' מילר "פיצויים בגין נזקי גוף: דיני הנזיקין מול ביטוח סוציאלי" משפטים יג 242, (1983) 251.



לבסוף, יש הרואים במטרת הפיצוי (compensation/reparation)<sup>34</sup> והשבת המצב לקדמותו (restitutio in integrum / restoring the status quo ante)<sup>35</sup> – בבחינת שאיפה, לפעמים בלתי-אפשרית – כמטרה עצמאית גם כן, בעוד אחרים רואים בכך משום עיקרון חשוב ששאר המטרות מנסות להגשימו, אך עיקרון שאינו יכול לעמוד כשלעצמו אלא נסמך על מטרות אחרות.<sup>36</sup> יש להניח שהסיבה לכך היא שמטרה זו אינה עונה על השאלות החשובות מי מפצה ומדוע לפצות. ייתכן כי זה מרכזה של המטרה – ההתרכזות בניזוק ובצורך לפצותו, כמעט בכל מקרה וללא חשיבות עקרונית לשאלת זהות המפצה – שכן אם המזיק לא יכול לפצות, יש חשיבות חברתית למצוא אחרים שיפצו בפועל כגון כיס עמוק הקרוב למזיק (כדוגמת מעביד) וכיוצא באלה, ובלבד שהניזוק לא יוותר ללא פיצוי. אם כן, מטרה זו מתרכזת בצורך לפצות את הניזוק הספציפי באורח מלא ולהשיב את המצב לקדמותו, ולא דווקא במזיק – בשונה מהצדק המתקן, המתרכז, כאמור, הן במזיק והן בניזוק.

הצדק המחלק וההרתעה הן מטרות העוסקות בעיקר בהכוונת התנהגותו של היחיד (המזיק בפועל) ושל הרבים (המזיקים הפוטנציאליים העתידיים), ושתיהן צופות פני עתיד, כחלק מראייה התופסת את המשפט כמכשיר לקידום מטרות חברתיות. לפיכך, ניתן לשייך את שתי המטרות הללו לגוש מטרות אחד בעל רציונל אינסטרומנטלי, שאינו מתרכז בהכרח בשני הצדדים הקונקרטיים לעוולה. מטרתו של הצדק המתקן הינה תיקון העוול שנעשה בעבר, ומשכך הריהו מתמקד בתיקון מצד המזיק הקונקרטי לניזוק הקונקרטי. מטרת הפיצוי עוסקת בניזוק הקונקרטי ובצורך לפצותו – לא בהכרח מאת

34 על החברה לדאוג לכך שמי שנפגע מעוולה ונגרם נזק לאינטרס מוגן שלו – יפוצה על כך. ראו Francis H. Bohlen, *Contributory Negligence*, 21 HARV. L. REV. 233 (1908), הודפס מחדש ב-ABRAHAM ; FRANCIS H. BOHLEN, *STUDIES IN THE LAW OF TORTS* 530 (1926), לעיל ה"ש 10, בעמ' 14; דיני הניזקין: תורת הניזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 25.

35 PROSSER & KEETON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 20; דיני הניזקין – תורת הניזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 573-571; אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוקיי גוף: דין הניזקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243-249 (1983). מטרת הפיצוי היא סוציאלית והיא נבחנת מכיוונו של הנפגע בלבד, במובן שהחשיבות הינה לעצם הפיצוי לנפגע ופחות לשאלה מיהו הגוף המפצה. ראו Williams, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137, 153-151, 173. לפיכך, אם הפיצוי יכול להתקבל מסיבה כלשהי, כגון יעילות כלכלית או חברתית, לאו דווקא מהמזיק הישיר אלא מכל גוף שהוא כגון מעביד, מבטח או שולח, או מאת המדינה או קופה ציבורית וכיוצא באלה, הדבר יהיה ראוי לפי מטרה זו (ראו, למשל, ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 13, 18, בניתוח גישתו של ויינריב, ובאשר לעולות המוניות בעמ' 220-223; כן ראו (Ernest Weinrib, *The Special Morality of Tort Law*, 34 MCGILL L.J. 403, 412 (1989)).

36 Williams, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137, 173-172, ABRAHAM; לעיל ה"ש 10. לתפיסה של מטרת הפיצוי כמטרה מרכזית ראו PROSSER & KEETON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1. מדבריו של אריאל פורת, המזוהה בעיקר עם גישה כלכלית אך אינו זונח דיון גם במטרות אחרות, עולה כי הפיצוי הוא מטרה שיש לבחון. ראו Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243, 256, 276 (2007).

המזיק הישיר (למשל מאת הביטוח וכיוצא באלה). לפיכך הפיצוי והצדק המתקן הן מטרת השייכות לגוש האחר, המתמקד בצדדים הקונקרטיים לעוולה ולא בעקרונות ובגורמים שמחוץ לשני הצדדים הקונקרטיים עצמם.

מלומדים מיעוט, באופן יחסי, לדון באופן נרחב בסל הכולל של מטרות דיני הנזיקין, ביחס ביניהן ובדרך ההכרעה והאיזון במקרי התנגשות ביניהן, והתמקדו בדרך כלל בניסיונות לבחון, לפתח או לבקר מטרה זו או אחרת לצורך ספציפי. אין זו יד המקרה, שכן תאורטיקנים רבים בחרו לבסס את גישתם לדיני הנזיקין על מטרה אחת בלבד של מערכת דינים זו, דהיינו: נקטו גישה מוניסטית כדי להגיע למסקנות שאליהן רצו להגיע, תחת בחינה פלורליסטית של כל המטרות בצוותא. לכך תרמו במיוחד התפשטותה של הגישה הכלכלית למשפט, שפשטה כאש בשדה קוצים לא רק בדיני הנזיקין; עליית הפמיניזם גם בדיני הנזיקין, המתמקד בצדק המחלק ומנסה לפזר את העושר והמשאבים בחברה בצורה שתותאם יותר לקבוצות החלשות – נשים במקרה זה;<sup>37</sup> מהפכת זכויות האדם ואף זכויות הילד;<sup>38</sup> והתפשטותן של גישות שונות להבנת הצדק המתקן. גישות מוניסטיות אלה, ובייחוד הגישה הכלכלית והצדק המתקן, הנתפסות כיום כשתי המטרות המוניסטיות המרכזיות של דיני הנזיקין, התפתחו מאוד מאז שנות השישים והשבעים של המאה העשרים.

את מהפכת הגישה הכלכלית בדיני הנזיקין הובילו גווידו קלברזי (Guido Calabresi)<sup>39</sup> וריצ'רד פוזנר (Richard Posner),<sup>40</sup> כיום שני שופטים אמריקניים בכירים, כל אחד בדרכו שלו. קלברזי בנה את גישתו על הבחינה מיהו מונע הנזק הזול ביותר (cheapest cost avoider), או, כפי שניסח זאת אחרת מאוחר יותר, השוקל הטוב של הנזק בנסיבות העניין

37 לדין בנורמות נזיקיות המותאמות דווקא לגברים ובטענות לאפליה סמויה של נשים דרך הכרעות בדיני הנזיקין ראו, למשל, Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, in FOUNDATIONS OF TORT LAW 235-244 (Saul Levmore ed., 1994). לשימוש בדיני הנזיקין ככלי שוויוני לנשים ראו Martha Chamallas, *Importing Feminist Theories to Change Tort Law*, 11 WIS. WOMEN'S L. J. 389 (1997).

38 לניתוח השפעות פמיניסטיות אפשריות על זכויות הילד ראו בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד?" *משפחה במשפט* א 57 (2007); Benjamin Shmueli, *What Has Feminism Got to do with Children's Rights? A Case Study of a Ban on Corporal Punishment*, 12 WIS. WOMEN'S L.J. 177 (2007).

39 Guido Calabresi & John T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972); Calabresi 1961, לעיל ה"ש 27; לעיל ה"ש 25.

40 RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* (7th ed. 2007); Richard A. Posner, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*, 37 U. CHI. L. REV. 636 (1970); Richard A. Posner, *Killing or Wounding to Protect a Property Interest*, 14 J.L. & ECON. 201 (1971); Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972); Richard A. Posner, *The Economic Approach to Law*, 53 TEX. L. REV. 757 (1975).

(best decider). אותו צד משתייך לקבוצה שיכולה למנוע את הנוזק, אליבא דקלברזי, בצורה הטובה והזולה ביותר (למשל: קבוצת היצרנים מול קבוצת הצרכנים או קבוצת הנהגים מול קבוצת הולכי הרגל). דווקא עליו תוטל האחריות, במטרה להביא לשינוי בטיב הפעילויות המתנגשות זו בזו ובהיקפן. לעומתו, פוזנר בנה את גישתו על רשלנות, והסתמך לצורך כך על נוסחת לרנד הנד, הבודקת כאמור את הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנוזק, וכך בוחנת את אשמו של המזיק.<sup>41</sup> בבסיסה של גישה אינסטרומנטלית זו מונח חישוב כלכלי של עלות ההוצאות למניעת נזק (עלות אינה רק כלכלית אלא גם עניין של נוחות, זמן וכיוצא באלה) אל מול סיכונים, תוך הדגשת החשיבות שביעילות הכלכלית של מניעה עתידית של תאונות או למצער הפחתתן, וזאת כדי להביא למצב של יתר יעילות ובטיחות.

הגישה הכלכלית אליבא דפוזנר ואחרים מסתמכת כאמור, בפנים רבות שלה, על נוסחת לרנד הנד. תפיסה זו עלולה להיות מנוגדת למטרות אחרות ובראשן הצדק המתקן, שכן לפי מטרת הצדק המתקן – בייחוד הדווקני והטהור – אף אם העלות החברתית מניהול ההליך המשפטי ותשלום הפיצוי על-ידי המעוול לניזוק גבוהה מההפסד של הניזוק (דהיינו: אינה יעילה בראייה כלכלית), על החברה לאפשר את ההליך ולחייב בתשלום בכל זאת.<sup>42</sup> במילים אחרות, על-פי המינוח הנוהג בהתאם להרתעה היעילה, הרי שבהתאם לצדק המתקן הטהור על המזיק לפצות את הניזוק ולתקן את העוול שגרם לו אף אם הוצאות המניעה של הנוזק גבוהות מתוחלת הנוזק.

התאורטיקן הבולט כיום בשדה הצדק המתקן, שגישתו נראית קוטבית לזו של הגישה הכלכלית, הוא המלומד הקנדי ארנסט ויינריב (Ernest Weinrib), הדוגל בקונקלוסיביות של הצדק המתקן ובבחינה אך ורק של היחסים בין שני הצדדים הקונקרטיים – המזיק

41 לסקירת הגישה הכלכלית בנוזקין ראו Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 382-385; גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 422-446; אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נוזקין" משפטים כג 311, 344-350 (1994) (להלן: פורת "אחריות קיבוצית"); הרמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 9-12. לסקירה מקיפה יותר, שאינה כוללת רק את דיני הנוזקין, ראו ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS (4th ed. 2004); כן ראו POSNER, לעיל ה"ש 40; עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב 261, 265-290 (1993); אלון הראל "יעילות וצדק במשפט הפלילי" משפטים כב 499, 507-511 (1993). להסבר ההבדל בין הגישות של פוזנר וקלברזי ראו זלצברגר, שם, בעמ' 268-270; הראל, שם; וגלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 428 ה"ש 20, ובעמ' 467-485. לביקורת של קלברזי על הסדר הרשלנות בהתאם לגישה הכלכלית אליבא דפוזנר, מהיבטים שונים, ראו CALABRESI, לעיל ה"ש 27, בעמ' 274-308; Calabresi & Guido Calabresi, *First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?*, 69 IOWA L. REV. 833, 843 (1984).

42 DOBBS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14, 19.

והניזוק – בהתעלם מכל שיקול חיצוני ליחסים בין הצדדים.<sup>43</sup> ויינריב רואה את הצדק המתקן, הנשען על אשם וסיבתיות בין מעשה המזיק להתרחשות הנזק לניזוק, כמטרה היחידה הלגיטימית של דיני הנזיקין. האשם מבוסס, בהתאם למשטר של רשלנות, על היסוד האובייקטיבי של האדם הסביר – האם אדם סביר צריך היה ויכול היה לצפות את הנזק. כל הסדר אחר, כגון פיצוי על-ידי המדינה, אינו פסול בעיני ויינריב, אך לדעתו אין בו משום הסדר שבדיני הנזיקין. העיקרון הקורלטיבי הוא אפוא החשוב במשנתו של ויינריב – דווקא המזיק הוא זה שעליו לשלם לניזוק.<sup>44</sup>

יש גם גישות בולטות אחרות להבנת הצדק המתקן. ג'ורג' פלטר (George Fletcher) האמריקני, מלומד בולט בתחומי דיני העונשין והנזיקין, הציג את תורת הסיכונים הבלתי-הדדיים כבסיס לאחריות.<sup>45</sup> פלטר סבור כי שימוש במערכת דיני הנזיקין לצורך השגת מטרות סוציאליות מערב בצורה לא ראויה בין צדק מתקן לצדק מחלק. הוא מתנגד לתפיסה אינסטרומנטלית של דיני הנזיקין, בעיקר ליעילות הכלכלית, ורואה כמטרה של מערכת זו רק קריטריון מוסרי של הגנה על הפרט שנפגע. הוא עצמו תופס את הצדק המתקן כנגזרת של בחינת הסיכונים שכל צד עלול לגרום לרעהו. לגישתו, בכל משטר אחריות (רשלנות, אחריות מוחלטת ועוללות מכוונות) יש לבחון את הסיכונים ההדדיים

43 Ernest J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, 23 VAL. U. L. REV. 485 (1989); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 403 (1992); ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 5, 56-83 (1995); Ernest J. Weinrib, *The Gains and Losses of Corrective Justice*, 44 DUKE L.J. 277 (1994); Ernest J. Weinrib, *Tort Law: Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 107 (2001); Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. TORONTO L.J. 349 (2002); Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151 (1973); Richard A. Epstein, *Intentional Harms*, 4 J. LEGAL STUD. 391 (1975); Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice & Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. REV. 439 (1990); Stephen Perry, *The Moral Foundation of Tort Law*, 77 IOWA L. REV. 449 (1992); Richard W. Wright, *Substantive Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 625 (1992). וראו גם דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 28; אריאל פורת "דיני נזיקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת-מבט תאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373, 381-376 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); אריאל פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד 275, 281-278 (2001).

44 סטפן פרי הציג תאוריה המסבירה את הצדק המתקן הקורלטיבי למעשה כצורך בפיצוי לניזוק, שהוא גם צדק מחלק "מקומי" (localized distributed justice) מבחינת המזיק, המפזר את הנזק באמצעות תשלום ("בחזרה") דווקא לניזוק (מקומי, על-ידי המזיק לניזוק – ולא מדינתי או באמצעות מנגנון אחר). ראו Perry, לעיל ה"ש 43, בעמ' 461, 497-500. עם זאת, דומני כי הכול יסכימו שמדובר כאן בהסבר לצדק מתקן ולא בעירוב בין צדק מתקן לצדק מחלק.

45 George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 537-564 (1972).

(reciprocal risks) שהצדדים יוצרים. אם הסיכונים הדדיים או שווים בגודלם באופן יחסי (למשל: שני מטוסים העלולים להתנגש זה בזה), אזי הנתבע לא יהיה אחראי גם אם גרם לנזק; אך אם המעוול סיכן את התובע באופן חד-צדדי ולא הדדי (למשל: טייס המסכן אנשים על הקרקע אך אין סיכון הפוך) ונגרם לתובע נזק – אזי תוטל עליו אחריות.<sup>46</sup> סיכון לא הדדי מתקיים כשמלכתחילה פעילותו של הנתבע מסכנת את התובע יותר מהפעולה ההפוכה, או כשמראש היו הסיכונים הדדיים אך עקב רשלנותו של הנתבע הם נהפכו ללא הדדיים.<sup>47</sup> ייתכן שגישתו קרובה יותר להבנת הצדק המחלק דווקא, שכן מי שמסכן את רעהו בסיכון לא הדדי הוא למעשה בעל השליטה והכוח, אך לא נאריך בכך כאן.

גישות אחרות להבנת הצדק המתקן היא גישתו (שהשתנתה עם הזמן) של ג'ולס קולמן (Jules Coleman),<sup>48</sup> וגישת האחריות החמורה (strict liability) של ריצ'רד

46 שם, בעמ' 541-548.

47 שם, בעיקר בעמ' 547.

48 ג'ולס קולמן ראה בעבר (ומאז שינה את גישתו) את הצדק המתקן ואת השבת המצב לקדמותו כמושג אריתמטי של רווח מול הפסד. לגישתו דאז, ההפסד שנגרם לניזוק (ברשלנות, בפזיזות או במתכוון על-ידי פעילות המזיק) צריך להיות שווה בשיעורו לרווח שנגרם למזיק, ותיקון הנזק משמעותו ביטול הנזק והרווח; כלומר: יש לתקן נזקים שמקורם בעוולה מבלי ליצור רווחים עוולתיים. לפיכך לא ראה קולמן יישום של מטרת הצדק המתקן בהקשר לתאונות דרכים (במשטר של רשלנות בארצות-הברית), מכיוון שלמעול אין כל רווח מהתאונה, ופיצוי בהקשר זה משמעותו רק העברת עושר מהנתבע לתובע. קולמן עצמו חזר בו מגישתו זו, במיוחד עקב כך שהסברו הקודם לא יצר תמריץ לפעולה כלשהי למניעת הנזקים. לגישתו החדשה, מאז 1992, צדק מתקן אינו שואף בהכרח לכסות על הפסדים אלא מדגיש את הזכויות של הפרטים והאחריות של פרט אחד כלפי משנהו, כך שההתמקדות הינה בתיקון העוול. הוא הציע תאוריה מעורבת של צדק מתקן (mixed conception of corrective justice), שלפיה יש לצדדים חובה לתקן את הנזקים העוולתיים שהם אחראים להם כבסיס מוסרי לאחריות ולפיצוי. בכך גישתו החדשה קרובה יותר לגישות אחרות להבנת הצדק המתקן, ובהן זו של ויינריב, שכן גם הוא שולל הסתמכות על מטרות אחרות. ראו Jules Coleman, *Corrective Justice and Wrongful Gain*, 11 J. LEGAL STUD. 421 (1982); Jules Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, 67 IND. L.J. 349 (1992). קולמן זנח את גישתו הקודמת גם בעקבות ביקורתו של פרי: Stephen R. Perry, *Comment on Coleman*: פרי: *Corrective Justice*, 67 IND. L.J. 381 (1992). כן ראו Perry, לעיל ה"ש 43. לדברי פרי, בנוק קנייני לרכוש ניתן לדבר על השבה מלאה ועל רווח מול הפסד, אך בנוק גוף הדבר קשה עד מאוד. מעבר לכך, קשה לדבריו לדבר על השבה (restoration) כאשר למזיק אין מה להשיב או שיש לו מעט מאוד רווח. ראו שם, בייחוד בעמ' 457-458. לביקורת אחרת על קולמן ראו Larry Alexander, *Foreword: Coleman and Corrective Justice*, 15 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 621 (1992). לגישתו החדשה של קולמן ראו Jules L. Coleman, *RISKS AND WRONGS* (1992), ולפני כן Jules Coleman, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, 77 IOWA L. REV. 427 (1992).

אפשטיין (Richard Epstein). גישה אחרונה זו אינה תלויה באשם אלא בסיבתיות "חזקה", הדומה לסיבתיות בלשון בני-אדם (א' אחראי כי גרם עוולה לב') יותר מאשר לסיבתיות המשפטית המוכרת שהיא תלויה אשם (א' היה צריך לצפות ולא צפה), ומבוססת על השקפתו של אפשטיין כי מבנה הכללים במשפט המקובל אינו מאפשר להתחשב בשיקולים אחרים שמעבר לצדדים עצמם.<sup>49</sup>

התפתחות הגישות הללו בשנות השישים, השבעים והשמונים של המאה העשרים סימנה מפנה מסוים בהתייחסות התאורטית למערכת דינים זו. כיום המלומדים הבולטים העוסקים בתאוריה של דיני הנזיקין משתייכים לגישה מוניסטית של הצדק המתקן או ההרתעה היעילה.

אכן, התאוריות שהציגו מלומדים אלה אינן פלורליסטיות. הן אינן מנסות בהכרח לפשר ולהשכיך שלום בין המטרות השונות של דיני הנזיקין, או לבחון ידה של איזו מהן צריכה להיות על העליונה בהתנגשות בין מטרות. תאוריות מוניסטיות בוחנות מטרה אחת בלבד, אם בבחינה סקטוריאלית-אינטרסנטית (למשל: הפמיניזם או ארגוני זכויות אדם המאמצים את מטרת הצדק המחלק) ואם בבחינה רעיונית (למשל: הגישה הכלכלית שבבסיסה הרתעה יעילה, או גישות שבבסיסן הצדק המתקן); או, למצער, הן מתמקדות בה תוך מתן משקל נמוך מאוד, *ex ante*, למטרות האחרות. חלק מאותן גישות מוניסטיות מתמקד בעקרונות חברתיים-כלכליים (למשל: הפמיניזם או ארגוני זכויות אדם, וכן הגישה הכלכלית). אותן גישות הן אינסטרומנטליות, דהיינו: תופסות את דיני הנזיקין כמכשיר להשגת מטרות חברתיות, ולפיכך הן מסיטות את מרכז הכובד במידה מסוימת מהצדדים לעוולה עצמם. גישות מוניסטיות אחרות פועלות בצורה הפוכה ומתמקדות אך ורק בשני הצדדים הקונקרטיים (בעיקר ויינריב בגישתו לצדק המתקן ה"טהור", המתמקד בשני הצדדים הקונקרטיים לעוולה, ואינו מתחשב בכל צד או עיקרון חיצוני), תוך זניחה של הפניית המבט למטרות אחרות שהן בכל זאת בעלות חשיבות. אם כן, הגישות המוניסטיות שונות זו מזו מבחינה רעיונית, אך שוני זה נגזר, כצפוי, מאופי המטרה שבה בוחרת כל גישה להתמקד. לעומתן, גישות פלורליסטיות אינן מוכנות להתמקד במטרה אחת בלבד, חשובה ככל שתהיה, ורואות את הדיון המוניסטי כדיון חסר. בפרק הבא אציג כמה גישות פלורליסטיות שונות בראייה ביקורתית, כבסיס לצורך להגיע לחשיבה פלורליסטית רעננה יותר שתתאים לדיני הנזיקין המודרניים.

(להלן: Coleman, *Mixed Conception*). לדיון בגישתו של קולמן ראו Schwartz, לעיל ה"ש 9,

בעמ' 1807; Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 387-388.

Epstein 1973, לעיל ה"ש 43; RICHARD A. EPSTEIN, A THEORY OF STRICT LIABILITY; (1980); Richard A. Epstein, *The Social Consequences of Common Law Rules*, 95 HARV. L. REV. 1717 (1982). לביקורת של סטפן פרי על גישתו ראו Perry, לעיל ה"ש 43, בעמ' 460-463.

## ג. גישות פלורליסטיות תאורטיות ברחבי העולם: סקירה ביקורתית

במקרים רבים תאוריות נזיקיות שונות מביאות לפירושים מנוגדים.<sup>50</sup> מובן שאם במקרה ספציפי ניתן לאתר או ליצור הרמוניה בין המטרות השונות, מה טוב; אך אם חלק מהמטרות מתנגשות או אינן עולות בקנה אחד זו עם זו, אין ברירה אלא לבחון במסגרת האיזון איזו מהן צריכה לקבל עדיפות ולהיקבע כדומיננטית יותר באותו מקרה, בהתאם לערכי החברה באותו זמן.<sup>51</sup>

תאוריות פלורליסטיות יוצאות מנקודת הנחה שאין די בניחוח מוניסטי של מטרה אחת, חשובה ככל שתהא. כאמור, הגישות הנזיקיות המוניסטיות העיקריות בנות ימינו הן ההרתעה מזה (בעיקר הרתעה יעילה המבוססת על הגישה הכלכלית, שאבותיה הם כאמור קלברזי ופוזנר) והצדק המתקן מזה (שאבותיה הם פלטשר, אפשטיין, ומאוחר יותר גם ויינריב וקולמן). גישות אלה נמצאות משני עברי הגושים שצוינו לעיל. כאמור, גישת ההרתעה היעילה בוחנת את תוצאת המעשה הנזיקי ומנסה למנוע אותו ולהפחית את הוצאות התאונה, כפועל יוצא של הגישה הכלכלית המתמקדת במקסום הרווחה המצרפית, ואילו גישת הצדק המתקן בוחנת את מוסריות המעשה הנזיקי ומתמקדת בתיקון העוול לניזוק הקונקרטי על-ידי המזיק הקונקרטי.<sup>52</sup>

תאוריות פלורליסטיות כאלה מוכרות בענפי משפט שונים, לאו דווקא בדיני הנוזיקין. גם בהם נדון המתח בין הגושים השונים, ובייחוד בין אותן שתי מטרות בסיסיות הנובעות זו מהמוסר וזו מהגישה הכלכלית. לאחרונה הוצגה תאוריה כזו באופן מקיף ביותר בחיבורם של איל זמיר וברק מדינה, המעמת בין חולשותיה של גישה כלכלית-תוצאתנית-טלאולוגית לבין גישה מוסרית-דאונטולוגית-מתונה, הדוחה את הרעיון שפעולות צריכות להימדד רק לפי תוצאתן.<sup>53</sup> נקודת המוצא של זמיר ומדינה הינה שכל

- 50 John C. P. Goldberg, *Twentieth Century Tort Theory*, 91 GEO. L.J. 513, 580 (2003)
- 51 לדיון בשאלה אם מדובר בסתירה או בהתנגשות בין ערכים שאינם סותרים בהכרח ראו הרמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 4-3, 8.
- 52 Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 370 והאסמכתאות שם בה"ש 3 ו-4; G. EDWARD WHITE, *TORT*; LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY 218 (2003).
- 53 Eyal Zamir & Barak Medina, *Incorporating Moral Constraints into Economic Analysis*, 96 CAL. L. REV. 323 (2008). המונח "טלאולוגי" מקורו במילה היוונית *telos* שמשמעה תכלית או מטרה, ואילו המונח "דאונטולוגי" בא מהמילה *deon* שפירושה חובה (duty). ראו John Rawls, *The Independence of Moral Theory*, in 48 PROCEEDINGS AND ADDRESSES OF THE AMERICAN PHILOSOPHICAL ASSOCIATION 5 (1975), ובעברית: ג'ון רולס "עצמאותה של תורת המוסר" מוסר והשכל: מאמרים בפילוסופיה של המוסר והחברה 11, 20 (אסא כשר עורך, 1985). זמיר ומדינה הציעו להגביל את היעילות הכלכלית על-ידי שיקולים של צדק והדגימו זאת בהרחבה באמצעות ענייני אפליה בדיני העבודה. ראו Zamir & Medina, שם, בעמ' 149-158. לאורך כל

גישה כזו לוקה במבט חסר על המציאות. לטעמם, יישום הגישה הכלכלית לברדה במשפט לוקה בחסר בעיקר משום שהיא מתעלמת לעתים מן המוסר, דהיינו: מתוצאות חברתיות של נזק לאנשים בצורה מכוונת כתוצאה מחוקים שהם יעילים יותר מבחינה כלכלית.<sup>54</sup> גם יישום הפן המוסרי לבדו במשפט, באמצעות יישום של תאוריות דאונטולוגיות מתונות בנות זמננו, זכה אצל זמיר ומדינה לביקורת. אף שתאוריות אלה מתיישבות אמנם עם מוסר והיגיון בריא הן חסרות, לטעמם, הקפדה מתודולוגית כמו זו שיש בגישה הכלכלית; הן גם לא תמיד רציונליות וקשה לעתים להגדירן, לכמתן ולקבוע להן קריטריונים מדידים.<sup>55</sup>

תאוריות כאלה למעשה מנסות להציג איזונים בין המטרות והגושים השונים, ומדברות בשבח השילוב ביניהן ולו במינון כלשהו.<sup>56</sup> אכן, גם מלומדים בשדה ניתוח התאוריה של דיני הנזיקין הציגו במשך השנים גישות פלורליסטיות השונות זו מזו בעריכת אותם איזונים. בפרק זה אציג אחדות מהן במבט ביקורתי.<sup>57</sup>

### 1. גלנוויל ויליאמס: עדיפות להרתעה בעוולות מכוונות מול עדיפות למטרת הפיצוי בעוולות לא מכוונות

גלנוויל ויליאמס, פרופסור וולשי מאוניברסיטת קיימברידג' שהיה מומחה לדיני נזיקין ועונשין, הציג בשנת 1951 במסגרת אחד המאמרים הידועים ביותר בתאוריה של דיני הנזיקין את מכלול המטרות הבאות:<sup>58</sup> פיצוי והשבת המצב לקדמותו; פיוס, הרלוונטי,

מאמרם שילבו זמיר ומדינה הדגמות מהדין הפלילי, במיוחד בשאלת ההצדקה ליטול נפש אחת כדי להציל שתי נפשות או מאה נפשות, ובשאלה אם יש מחיר יעיל כלכלית לאונס.

54 זאת נוסף על ביקורות אחרות; ראו Zamir & Medina, שם, בעמ' 107-112. לחלק מהביקורות הם גם משיבים. הם גם מנסים לנתח כמה הגנות על ניתוח כלכלי, אך קובעים שאף אחת מהן אינה עונה בצורה טובה דיה על צרכים מוסריים (שם, בעמ' 112-125).

55 זאת נוסף על ביקורות נוספות; ראו שם, בעמ' 125-128. גם כאן המחברים משיבים לחלק מהביקורות.

56 זמיר ומדינה הציגו בחיבורם שילוב של ניתוח כלכלי ודאונטולוגי על-ידי יצירת גישה כלכלית המוגבלת על-ידי מוסר – Deontology Constrained CBA (Cost-Benefit Analysis). ראו שם, מעמ' 132 והלאה.

57 לצורך הסקירה, במגבלות המקום, נבחרו גישות השונות זו מזו בצורה ברורה. יצוין שיש קושי להשוות בצורה מוחלטת בין הגישות, שכן לא כולן מחשיבות מראש את כל ארבע המטרות בצורה נפרדת ועצמאית. כולן מנסות להציג איזון בין מטרות הנמצאות משני עברי המתרס והשייכות לשני הגושים השונים, דהיינו: גוש הצדק המתקן והפיצוי המתמקד בצדדים הקונקרטיים לעולה אל מול גוש הצדק המחלק וההרתעה היעילה המתמקד בעקרונות אינסטרומנטליים. לדעתי יש לקבל את כל ארבע המטרות כמטרות לגיטימיות של דיני הנזיקין; כפי שצוין לעיל, מטרת הפיצוי אינה מטרה עצמאית לגמרי אלא תלויה בהתקיימותן של מטרות אחרות.

58 Williams, לעיל ה"ש 1.



לדעתו, בעוולות מסוימות בלבד כגון לשון הרע; הרתעה; וצדק, כביטוי לעיקרון מוסרי. כאשר דיבר ויליאמס על צדק הוא למעשה דיבר על צדק מתקן, שכן הצדק נתפס על-ידי ויליאמס כנשען דווקא על אשם (culpability/fault), והוא מחולק למעשה לשניים: 59 גמול מוסרי (ethical retribution), המתמקד במזיק ובצורך שלו – ודווקא שלו – לתקן את העוול (evil) שגרם; ופיצוי מוסרי (ethical compensation), המתמקד בקרבן ובצורך שלו לקבל פיצוי כהטבה (benefit). הפיצוי המוסרי משמש גם ראיה לכך שהתובע אכן נפגע ועליו לקבל סעד. הצדק מקורו בהגינות ובהתנהגות ראויה (decency/rightness). לדעתו, בראיית הצורך בפיצוי כנגזרת של צדק יש משום עיקרון חינוכי הן למזיק והן לאחרים, ודרכו משמשים דיני הנזיקין כמכשיר לדיכוי אלמנטים אנטי-חברתיים – וכתוצאה מכך לרוממות הטוב בחברה.<sup>60</sup>

לדעת ויליאמס, כאשר לא ניתן להגיע להרמוניה בין המטרות השונות במקרה נתון, והן מתנגשות, עדיף לבחור במטרת ההרתעה ככל שמדובר בעוולות מכוונות (intentional torts), ובאשר לכל העוולות האחרות (unintentional torts) יש לבחור במטרת הפיצוי.<sup>61</sup> לפי רציונל זה, בעוולות מכוונות יודגש הצד ההרתעתי לשם הבעת הסלידה מן המעשים, ואילו באשר לכל המטרות האחרות יש לבחור במטרה הטבעית של פיצוי. יש בכך משום רצון אמיתי למנוע את המעשים המכוונים – זו המטרה המניעתית של ההרתעה. אחת הביקורות החוזרות ונשנות כלפי משטר של רשלנות הינה שלא תמיד המעוול הפוטנציאלי אכן יודע שייקבע בסופו של דבר שהוא אחראי בנזיקין. לעתים הוא חושב כי עשה את כל שביכולתו והוציא הוצאות מספיקות למניעת הנזק, והקביעה כי היה רשלן – הנעשית על-ידי בית המשפט בדיעבד<sup>62</sup> – למעשה מפתיעה אותו מאוד. כאשר המעשים מכוונים המצב אחר לחלוטין, שכן מעוול הפועל במתכוון יודע היטב את שהוא עושה ושהוא יכול ליתן את הדין על כך. בחירה במטרת ההרתעה כמטרה מובהקת ככל שמדובר בעוולות מכוונות היא אפוא אך הגיונית, ונובעת משאיפתם של דיני הנזיקין למנוע פעולות מזיקות (ולא רק לפצות בגינן אם כבר נעשו). אמנם יש מקום להרתעה גם בעוולות רשלניות ופזיזות, וגם כאן יש לכוון התנהגות – דהיינו: למנוע בעתיד ולא רק לפצות על נזקי העבר – אך לפי גישה זו יינתן משקל יתר להרתעה דווקא בעוולות מכוונות.

גישה זו הועלתה בשנת 1951, לפני כמעט שישה עשורים, ואף כי ישן אין משמעותו בהכרח לא טוב, בכל זאת חלו מאז תהפוכות רבות. ויליאמס הציג את המטרות הללו לפני התפשטותה של הגישה הכלכלית, ולכן הוא לא התייחס אליה בניתוח מטרת ההרתעה (ובכלל), וכיום כמובן לא ניתן להתעלם ממנה. ויליאמס אף ציין כי אם הנתבע

59 שם, בעמ' 141-142.

60 שם, בעמ' 143.

61 שם.

62 הרמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 6.

נקט אמצעים סבירים למניעת הנזק אין מדובר בהכרח בהגנה,<sup>63</sup> בעוד שלפי הגישה הכלכלית דהיום – למשל לפי פוזנר – מקובל שאם הוצאות מניעת הנזק היו גבוהות מתוחלת הנזק, הנתבע דווקא משוחרר מאחריות נזיקית. מאז נכתבו הדברים גם הורחבה האחריות הנזיקית באפיקים שונים. קשה לבחון כיום אחריות נזיקית, גם בעולות שאינן מכוונות, רק (או בעיקר) בכלים של מטרת הפיצוי ולא בכלים של מטרת אחרות. השאלה מתחדדת על רקע העובדה שכאמור יש שאינם רואים בפיצוי משום מטרה כלל ולפיכך כלל אינם דנים בה, כפי שנראה להלן, ויש הרואים בה – ובהם אף ויליאמס עצמו – מטרה שהיא אמנם חשובה אך אינה עצמאית. כיום לא ניתן היה להתעלם במסגרת האיזונים מן הצדק המתקן מחד גיסא ומההרתעה היעילה מאידך גיסא. בחינה זו חסרה אצל ויליאמס, ולכן גישתו מתקאה במבחן הזמן.

נוסף על כך, לא בכל מדינה מקובלת ההבחנה החדה בין עוולות מכוונות לבין עוולות שאינן מכוונות. בארצות הברית, ובמשפט המקובל בכלל, קיימת מראש חלוקה מובנית בין סוגי עוולות: עוולות רשלניות (negligent torts) ועוולות הנעשות בפזיזות (reckless) מחד גיסא, הנחשבות לעוולות לא מכוונות, ומאידך גיסא – עוולות מכוונות.<sup>64</sup> גם בישראל, אף שיש עוולות המחייבות כוונה מסוג "במתכוון", "ביודעין", "בזדון" או "במזיד", אין חלוקה חדה כזו.<sup>65</sup> לפיכך, ההתייחסות המשפטית לעוולות אלה אינה שונה מבחינת הקונספציה: המזיק מתחייב בגין ביצוען באותם סעדים, והשוני היחיד הינו צירופו של היסוד הנפשי. באותן מדינות שבהן אין חלוקה כזו ניתן ביתר קלות לקבל פרשנות שלפיה גם בעוולות שאינן מכוונות מטבען, אלא מבוססות על משטר אחריות של רשלנות (כגון עוולת הרשלנות או הפרת חובה חקוקה), תגבר לעתים מטרת ההרתעה וייפסקו למשל פיצויים עונשיים, שההיגיון להם הוא בוודאי הרתעתי וגובר על מטרת אחרות. נוסף על כך, בעולם נזיקי שבו יש דומיננטיות רבה לתפיסת ההרתעה היעילה דווקא דרך גישה כלכלית, ולא דווקא בעוולות מכוונות, אכן קשה לחלק כך. לאור כל זאת ראוי לבחון גם גישות נוספות, אף כי השלד המבני (להבדיל מן התוכני) של הצעתו של ויליאמס לחלק מראש בין קבוצות מקרים נזיקיים יוכל לשמשנו, אם כי באופן שונה, כבסיס מסוים להצגת גישה פלורליסטית חדשה.

63 Williams, לעיל ה"ש 1, בעמ' 144.

64 OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 85-117 (1881); Kenneth J. Vandevelde, *A History of Prima Facie Tort: The Origins of a General Theory of Intentional Tort*, 19 HOFSTRA L. REV. 447 (1990); RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL HARM §§ 1, 2 (Proposed Final Draft No. 1, April 6, 2005).

65 הקודקס האזרחי המוצע אף מבטל חלק נכבד מאותן עוולות כגון תרמית, נגישה ושקר מפגיע, אם כי הרשלנות תכלול, בהתאם לס' 387 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, גם פעולות מכוונות. ראו גם גלעד "קודקס", לעיל ה"ש 19, בעמ' 763-764. גם הפסיקה הבהירה שעוולות מכוונות נכנסות בגדרה של עוולת הרשלנות (ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג' (5) 69 (1999)).

## 2. יצחק אנגלרד: "קומפלימנטריות" – הרמוניה בין צדק מתקן (כערך המועדף) לצדק מחלק

אחד הפתרונות הפלורליסטיים המפורסמים מגיע מכיוון תורתו הקומפלימנטרית (complementarity) של יצחק אנגלרד, מלומד ישראלי בולט בתחומים של דיני הנזיקין, הפילוסופיה של המשפט והמשפט העברי, ולימים גם שופט בבית המשפט העליון. תורתו זו הוצגה בתחילת שנות התשעים של המאה העשרים בחיבוריו השונים.<sup>66</sup> אנגלרד עסק בעיקר בהתנגשות שבין צדק מתקן, כבסיס להיבט המוסרי, לבין צדק מחלק, הנגזר משאלת עושרו של הנתבע ויכולתו לפזר את הנזק. אנגלרד ראה אותם למעשה כשני הגושים המרכזיים של מטרות דיני הנזיקין. לדידו הפיזיו הוא מטרה שאינה נפרדת אלא שייכת לצדק המתקן, וההרתעה ופיזור הנזק שייכים לצדק המחלק.<sup>67</sup>

התורה הקומפלימנטרית מנסה להשיג השלמה בין צדק מחלק לצדק מתקן, הנחשבים מסורתית כסותרים זה את זה.<sup>68</sup> אנגלרד מצא בשיטה זו יתרון בהשוואה לכל שיטה אחרת, גם אם לעתים קשה לדבריו להבינה בצורה רציונלית, יש בה סתירות והיא אינה מושלמת.<sup>69</sup> על-פי אנגלרד, בעלי הגישות האחרות נכשלו בהבנה שיש ממד מוסרי גם בצדק המחלק.<sup>70</sup> אמנם, לכאורה, אם בחינת העושר של הצדדים עובר לאירוע הנזיקי מובאת בחשבון, הדבר נראה לדעת אנגלרד כסותר את הצדק המתקן, שכן אין הדבר קשור לאירוע הנזיקי גופו;<sup>71</sup> כאן נכנס רעיון הקומפלימנטריות, שהועלה לראשונה על-ידי הפיזיקאי הדני נילס בוהר (Niels Bohr) באשר למכאניקה הקוואנטית. על-פי גישה זו, הבנה מלאה של מציאות פיזיקלית דורשת שימוש בשני מודלים נוגדים,

66 Izhak Englard, *The Idea of Complementarity as a Philosophical*; לעיל ה"ש 24, ENGLARD 66 *Basis for Pluralism in Tort Law, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 183 (David G. Owen ed., 1995); Izhak Englard, *The Costs of Accidents: A Retrospect View* (Englard 2005) (להלן: Englard 2005).

67 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 55; Englard 2005, לעיל ה"ש 66, בעמ' 360-361.

68 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 15-16, 54-56, 85-92, 113-116, 227-229. והשוו דבריו של הלורד סטיין (Steyn) מבית הלורדים: "The truth is that tort law is a mosaic in which the principles of corrective justice and distributive justice are interwoven. And in situations of uncertainty and difficulty a choice sometimes has to be made between the two approaches" – (McFarlane v. Tayside Health Board [2000] 2 AC 59, 83). אחת הביקורות שהציג אנגלרד – למשל כלפי ג'ולס קולמן (COLEMAN, לעיל ה"ש 48, בעמ' 197-211) – היא שקולמן נשען, בהתאם לראייה האריסטוטלית, או על צדק מתקן או על צדק מחלק, ואינו מנסה לשים את שניהם באותה קלחת, אף שלא ניתן להתעלם במציאות הנזיקית של ימינו מאף אחד מהם. ראו ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 15, 19-20, 24-30.

69 ENGLARD, שם, בעמ' 57, 89.

70 שם, בעמ' 15.

71 שם.

אקסקלוסיביים בצורה הדדית. תיאורים שונים של אותו קונספט נהפכים למשלימים (קומפלימנטריים) כשכל אחד מהם לבדו אינו מסוגל לתאר את אותו קונספט אלא רק שניהם בצוותא, אף שהם נוגדים. כך ניתן הסבר מלא לממצאים ניסויים, בעוד כל מודל נפרד מגיע רק להסבר חלקי.<sup>72</sup> רעיון זה משויך במקורו לתורה סינית שלפיה הזכר והנקבה הם ישויות נפרדות, אך כל אחד מהם בשיא כוחו מכיל את הגלעין של האחר.<sup>73</sup> רעיון זה יכול לשמש, אליבא דאנגלרד, גם בשדות אחרים כגון דת, מוסיקה, אמנות<sup>74</sup> וגם משפט, שם ייתכן תיאור פתרון לבעיה משפטית המורכב מערכים אופטימליים הנוגדים כשלעצמם זה את זה אך בכל זאת מקיימים ביניהם יחסי גומלין ותלות.<sup>75</sup> כיצד עושים זאת? לדעת אנגלרד, בכל אירוע נזיקי יש לדון תמיד ביישומן של כל המטרות, ואל לה למטרה מסוימת להיזנח רק מכיוון שבאותו מקרה אין היא עולה בקנה אחד עם מטרה אחרת.<sup>76</sup> הצדק המחלק לא תמיד סותר את הצדק המתקן, אף שלעתים אכן קשה להשכיח שלום בין שתי המטרות הללו. למשל, הרעיון שלפיו אדם עשיר שהזיק או שקשור לנזק יהיה נדיב יותר כלפי אדם נזקק – שהוא רעיון שבבסיס הצדק המחלק – מבוסס לדעתו על רעיון מוסרי (של אשם) העומד בבסיס הצדק המתקן, שכן עושר כשלעצמו אינו סיבה להטלת אחריות. גם התקיימות יסודות העוולה כשלעצמם, כולל הסיבתיות, אינם מספיקים תמיד להטלת אחריות, ולשם כך נחוץ בסיס מוסרי.<sup>77</sup> לדברי אנגלרד, במקרים של הטלת אחריות על נתבע עשיר או חזק, שאמנם הזיק אך אפילו אם אין אשם במעשיו יש סיבתיות (למשל חולה נפש עשיר שהזיק במעשיו או במחדליו ויש סיבתיות בין מעשיו לנזק, אך אין לו באמת אשם והוא לא יוכל להבין את מעשיו), ניתן לראות שילוב בין צדק מחלק לצדק מתקן (בצורה שבה אנגלרד תופס אותו כאן) המצדיק הטלת פיצוי על אותו נתבע.<sup>78</sup> בדומה לכך ציין אנגלרד כי במקרים של נזק נפשי למעגל המשני (דהיינו: למי שאינו הניזוק הראשי הישיר מהעוולה), כתוצאה מפגיעה גופנית לניזוק הישיר, עומדת לניזוק המשני זכות מוסרית לקבל פיצוי מהמוזיק הרשלין; עם זאת, הדבר כפוף לשאלה עד כמה הנטל הפיננסי על הנתבע עלול להיות כבד מנשוא. לדבריו, שאלת גבול זו למעשה משלבת בין צדק מתקן לצדק מחלק, שכן היא בוחנת את הזכות

72 שם, בעמ' 85; Englard 2005, לעיל ה"ש 66, בעמ' 361. לדיון בתורתו של בוהר ראו, למשל, HENRY J. FOLSE, THE PHILOSOPHY OF NIELS BOHR – THE FRAMEWORK OF COMPLEMENTARITY (1985); DUGALD MURDOCH, NIELS BOHR'S PHILOSOPHY OF PHYSICS (1987).

73 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 86.

74 שם.

75 שם, בעמ' 87-88.

76 שם, בעמ' 56.

77 שם, בעמ' 15-16, 54-55.

78 שם, בעמ' 16, 54 (הדוגמה בדבר "wealthy lunatic"). יש המבקרים תוצאה דומה ורואים אותה כסותרת הן את הצדק המתקן והן את ההרתעה. ראו Williams, לעיל ה"ש 1, בעמ' 160, 162-163.

המוסרית של הניזוק לפיצוי אל מול יכולתו הכלכלית של המזיק-הנתבע.<sup>79</sup> בראותו את ההרתעה כחלק מהצדק המחלק אזי גם הרתעה עשויה, לדעתו, לעלות בקנה אחד עם צדק מתקן, שכן בהטלת האחריות יש מזה ומזה – היא לא רק מתקנת את העוול, אלא גם מרתיעה מעוולים פוטנציאליים.

אמנם אנגלרד מעדיף לא לדבר על סתירה בין מטרות אלא על ניסיון להגיע להרמוניה ביניהן, אך בכל זאת הוא ציין כי הצדק המתקן צריך בסופו של דבר לקבל משקל כבד יותר, ואין לדיני הניזוקין יכולת להתקיים ללא גרעין של צדק מתקן.<sup>80</sup> אנגלרד מעדיף אפוא במפורש את הצדק המתקן, והוא רואה אותו כבסיס להתדיינויות במשפט הפרטי.<sup>81</sup> לדבריו, האחריות הנזיקית מאבדת את הרכיב המוסרי שבאשמה כשמוסיפים לקלחת את ההרתעה, היעילות הכלכלית ופיזור הנזק שאותם, כאמור, הוא שם באותה קלחת עם הצדק המחלק.<sup>82</sup>

לטעמי, ניסיונו של אנגלרד להגיע להרמוניה הינו בעייתי משהו.<sup>83</sup> דומני כי יש לנסות להגיע לאיזונים בין מטרות, ולא דווקא לשאוף להגיע להשלמה של ממש ביניהן. ייתכן שמה שעשה אנגלרד בפועל הוא בכל זאת שימוש בשיטה של איזונים בין מטרות שונות, בהתאם לסוג המקרים באופן כללי ולמקרה הקונקרטי ונסבותיו, ולא דווקא השלמה, מכיוון שאכן לא תמיד ניתן, בפרשנות כזו או אחרת, להגיע לכדי השלמה טבעית של ממש. לכאורה אפשר היה לפרש ולומר שאנגלרד מדבר על השלמה מבחינה תאורטית ורעיונית בין שתי המטרות, אך כאשר הן מתנגשות בפועל יש למצוא איזונים ביניהן. הן מתנגשות בתוצאה היישומית, אך אין סתירה רעיונית הכרחית ביניהן; אלא שאנגלרד עצמו מדגיש כי הקומפלימנטריות פירושה יותר מאשר ביצוע איזונים אלא השלמה של ממש ואינטגרציה בין אינטרסים נוגדים ומתחרים.<sup>84</sup>

ביקורת קשה הוטחה כלפי אנגלרד מצדו של אבנר לוין, מלומד קנדי מבית מדרשו של ויניריב.<sup>85</sup> לוין התרכז בביקורת על ההיקש האפיסטמולוגי שביצע אנגלרד ממדעים מדויקים למשפט. לדעתו, הקומפלימנטריות המושגת במדעים אינה יכולה להיות רלוונטית לעולם המשפט.<sup>86</sup> בעולם הפיזיקה, הקומפלימנטריות מסבירה כי האור הוא

79 שם, בעמ' 228.

80 שם. כך גם בפסיקותיו כשופט בית המשפט העליון בישראל, ואף ביתר נחרצות לכיוון הדומיננטיות של הצדק המתקן. ראו ע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג(1) 402, 413 (1999), וע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180, 191 (1999).

81 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 228; Englard 2005, לעיל ה"ש 66, בעמ' 360.

82 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 111.

83 ניתן לבקר גם את חלוקתו את המטרות בצורה שבה הצדק המחלק כולל גם הרתעה, אך לא נרחיב בדבר כאן.

84 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 88-89.

85 Avner Levin, *Quantum Physics in Private Law*, 14 CAN. J.L. & JURIS. 249 (2001)

86 שם, בעמ' 260.

למעשה גם חלקיקים וגם גלים, בעוד הצדק אינו צדק מתקן ואינו צדק מחלק. אלה אינם מתארים מהו צדק. מדובר רק בהיבטים מסוימים וחלקיים של צדק, וכל אחד מהם כשלעצמו אינו מהווה הגדרה מלאה של צדק.<sup>87</sup> כדי להגיע לקומפלימנטריות, וכדי ליצור את אותו פרדוקס של שני מושגים הנראים סותרים זה את זה אך למעשה משלימים זה את זה, על כל ערך להיות תקף כשלעצמו.<sup>88</sup> לדברי לויין, גם העובדה שאנגלרד עצמו ראה את הצדק המתקן כמעין ערך-על ה"שווה" יותר מצדק מחלק, מוכיחה כי התאוריה שלו שגויה.<sup>89</sup>

אכן, גישתו של אנגלרד, המתיימרת להגיע להרמוניה בין מטרות, נראית לעתים שאפתנית משהו. גישה זו גם מתקשה לשכנע מדוע ידו של הצדק המתקן צריכה להיות על העליונה, וכיצד הדבר עולה בקנה אחד עם השאיפה להגיע להרמוניה בין המטרות ולא, בסופו של דבר, ליתרון של האחת על רעותה. עם זאת, כאמור, גישתו של ויינריב, שעליה הגן לויין, כמו גם גישות מוניסטיות אחרות, אף היא בעייתית, שכן גישות מוניסטיות רואות את דיני הנזיקין דרך ראייה צרה עוד יותר. עם זאת, לגישתו של אנגלרד חשיבות רבה. מבנה גישתו, כמו גם מבנה הגישה הבאה שתוצג, יוכלו לשמשנו מבחינה מסוימת להצגת גישה פלורליסטית חדשה.

### 3. גרי שוורץ: הרתעה יעילה כערך המועדף והגבלתה על-ידי הצדק המתקן

גרי שוורץ, מלומד אמריקני בולט החוקר את דיני הנזיקין, הלך בדרך הדומה במובנים מסוימים לזו של אנגלרד, אך גם שונה ממנה. במאמרו משנת 1997 ציין שוורץ שלוש מטרות עיקריות לדיני הנזיקין: צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה.<sup>90</sup> שוורץ מעוניין לתמוך בגישה פלורליסטית (mixed theory), המחשיבה יותר ממטרה אחת. לצורך בניית גישתו, ראה לעצמו שוורץ אתגר לתקוף את הרעיון שבו תמכו ויינריב וקולמן, לפיו צדק מתקן מתקשה לעלות בקנה אחד עם הרתעה, שכן הרתעה מביאה בחשבון גורמים נוספים על שני הצדדים הישירים לעוולה, המזיק והניזוק. לדבריו, הרתעה בוחנת ערך של יצירת סיכונים בעוד שצדק מתקן בוחן את הנזק שאירע בפועל. מאחר שבראייה של צדק מתקן האחריות מוטלת על כתפיו של המזיק ולא דווקא על מונע הנזק הטוב ביותר, על-פי תאוריה של צדק מתקן טהור אין מקום לכאורה לשיקולים חלוקתיים, המביאים בחשבון גם גורמים אחרים.<sup>91</sup> לדבריו, השיטה הנזיקית של ימינו אינה נותנת די מקום להרתעה

87 שם, בעמ' 257.

88 שם, בעמ' 258.

89 שם. לויין גם ניסה להוכיח בפועל כי במקרים מסוימים, ביניהם מקרים שבהם אנגלרד דן בעצמו לביסוס גישתו, לא ניתן להשכין בצוותא צדק מחלק וצדק מתקן. ראו במיוחד הדוגמה הנדונה שם, בעמ' 256-257.

90 Schwartz, לעיל ה"ש 9.

91 שם, בעמ' 1816-1817.

כפי שהגישה הכלכלית הייתה מעוניינת, אך היא גם אינה מצליחה במקרים רבים להשיב את המצב לקדמותו בהתאם לעקרונות של צדק מתקן. לפיכך תהה שוורץ אם איננו יוצאים "קירחים מכאן ומכאן" לאור ההוצאות הרבות שיש ועלויות להיות אם מתחשבים בכל מטרה כזו בנפרד. לכן, לדבריו, אין ספק שיתרונות השילוב של שתי המטרות בצוותא עולים על ההוצאות המערכתיות.<sup>92</sup>

אף כי שוורץ השקיע רבות בדיון במקרים שבהם, בהתאם לתפיסתו, ניתן מלכתחילה לפשר בין שתי המטרות הללו, הרתעה יעילה וצדק מתקן, התזה שלו הינה שיש להביא בחשבון בעיקר שיקולי הרתעה יעילה, פרט למצבים שבהם שיקולים של צדק מתקן לא יאפשרו זאת, דהיינו: עד גבול מוסרי מסוים.<sup>93</sup>

אם כן, שוורץ רואה עצמו כמחזיק בגישה פלורליסטית. בשונה מאנגלרד הוא אינו מתיימר להגיע להשלמה בין מטרות בכל מקרה ובכל עניין. שוורץ מציג תורה של איזונים ומנסה לפשר בין המטרות השונות ולא להגיע דווקא להרמוניה ביניהן. לדבריו ניתן למצוא פשרות מסוימות להבדלי ההשקפות וכך לשלב בין המטרות ולא לראותן בהכרח כמתחרות זו בזו, כפי שהן נראות בעיני כותבים מוניסטיים. למעשה, המטרות מבחינתו אינן מתנגשות אלא שונות: הצדק המתקן מתחיל במקום שבו מסתיים רציונל ההרתעה. במילים אחרות, במקרים שבהם לא הייתה הצלחה בהשגת ההרתעה – שהיא המטרה העיקרית לדעתו – אזי נותרה לניזוק האפשרות להשתמש בצדק מתקן, דהיינו: לדרוש מהמזיק לתקן את שעשה בעוולתו לאחר שלא נרתע מלפעול ולהזיק.<sup>94</sup> אם כן, לגישתו של שוורץ, הצדק המתקן למעשה מאוחר יותר להרתעה, אם זו לא צלחה.

שוורץ הוסיף ואמר כי הרתעה מביאה עמה צדק מסוג אחר. לדידו של שוורץ, התרכזות במטרה המניעתית יכולה להביא לידי מניעת התאונה מלכתחילה, והדבר יהיה מוצדק יותר מאשר סיפוק של פיצוי בדיעבד. התוצאה היא שלדידו של שוורץ יש צדק "מוצדק" יותר מצדק מתקן – צדק מגן (protective justice).<sup>95</sup> לכן, לגישתו, יש בהרתעה

92 שם, בעמ' 1826-1827.

93 שוורץ שאב את התאוריה שלו בין היתר מדיני העונשין על-פי תפיסתו של הארט (HERBERT L.A.) (HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 1-13 (1968)), שלפיה גם שם יש תאוריה מעורבת של מטרות ולא תחרות ביניהן, ושם הגמול הוא העיקרון המגביל את המטרה העיקרית – ההרתעה. ראו שם, בעמ' 1824. שוורץ גם ציין, אם כי בקצרה וללא ביסוס מיוחד, כי אפשרית גם תאוריה "הפוכה", שבה הצדק המתקן נמצא במרכז בחינת הטלת האחריות בנוזקין, כל עוד שיקולי הרתעה באים על סיפוקם. לדבריו, תאוריה זו אינה מתאימה תמיד אלא רק במקרים שבהם ניתן לאתר צדק מתקן כמטרה מרכזית, ויש להבין גם כי מקרים מסוימים (כגון אחריות בעל מקרקעין כלפי מסיג גבול) לעולם לא יוכלו להסתדר לחלוטין עם מטרת ההרתעה (שם, בעמ' 1825-1826). משכך, הוא הסתייג יותר מחלופה זו ותמך יותר בחלופה הראשונה שהציג, שלפיה ההרתעה היא זו שצריכה להיות במרכז הניתוח הנוזקי והצדק רק מסייג אותה.

94 שם, בעמ' 1824.

95 שם, בעמ' 1832.

לא רק עקרונות כלכליים אלא גם עקרונות אתיים-מוסריים.<sup>96</sup> אם כן, מבחינתו הצדק המתקן מאוחר יותר להרתעה היעילה המבוססת על צדק מגן דווקא, והוא למעשה משני יותר מבחינה מסוימת, ונכנס לתמונה בדיעבד ורק היכן שההרתעה היעילה והצדק המגן לא צלחו.

שוורץ ביקר את התאוריה של אנגלרד והסביר כי יש בה משום ניסיון שרירותי להביא להשלמה בין שתי מטרות שלא ניתן באמת להשלים ביניהן.<sup>97</sup> שוורץ ראה בצורך במציאת איזון בין מטרות ולא דווקא בחיפוש אחרי ההרמוניה הבלתי-מציאותית, לעתים, כבסיס לגישה פלורליסטית ריאלית יותר. אך שוורץ הודה כי התאוריה שלו אינה יכולה להסביר ולכלול את כל מקרי האחריות הנזיקית.<sup>98</sup>

תרומתו של שוורץ בחשיפת אפשרויות מעשיות לניתוח משולב של מטרות שונות מקדמת מאוד תפיסה פלורליסטית של דיני הנזיקין. הוא "מעז" לבצע איזונים, בעיקר *ex ante*, בהעדיפו תאוריה של הרתעה יעילה על-פני עקרונות אחרים, ובראותו את הצדק המתקן רק כלשון מאזניים במקרה שהתוצאה אינה מוסרית – אף שהוא אומר, כאמור, שישנו צדק מוצלח יותר מאשר צדק מתקן.

ג'פרי אוקונל וכריסטופר רובינט (Jeffrey O'Connell ו-Christopher Robinette),<sup>99</sup> מלומדים אמריקניים אף הם, מתחו ביקורת על גישתו של שוורץ, בהיבטים שונים. אחד ההיבטים של הביקורת היה ששוורץ (למעשה, בדומה לאנגלרד ובשונה מויליאמס) לא הכניס לסל המטרות גם את מטרת הפיצוי כמטרה עצמאית. ניתן אמנם לענות שאפשר לראות את הפיצוי והשבת המצב לקדמותו כחלק מגוש הצדק המתקן ממילא; אך שלא כמו לגבי אנגלרד, המעדיף את הצדק המתקן, כאן יש לביקורת זו חשיבות יתרה משום שהתזה המרכזית של שוורץ מעדיפה את ההרתעה דווקא. הכנסת שיקולים של פיצוי כמטרה עצמאית לקלחת המטרות הייתה אולי משנה את האיזון ומחזקת דווקא את גוש הצדק המתקן והפיצוי – אותו גוש מטרות לא אינסטרומנטלי, המתרכז בצדדים עצמם. אולם הביקורת המרכזית שניתן להשמיע נגד גישתו של שוורץ היא מהותית יותר. כל עוד מדובר ביישום גישה המעלה על נס את ההרתעה היעילה כיישום של הגישה הכלכלית, אך מתחשבת היטב בשיקולי מוסר כמגבלות הדוקות ליישום אותה גישה – יש בכך משום פלורליזם של ממש, המעדיף, אמנם, מטרה או גוש מטרות אחד, אך מתחשב

96 שם, בעמ' 1833.

97 שם, בעמ' 1828.

98 שם.

99 Jeffrey O'Connell & Christopher J. Robinette, *The Role of Compensation in Personal Injury Tort Law: A Response to the Opposite Concerns of Gary Schwartz and Patrick Atiyah*, 32 CONN. L. REV. 137 (2000).



גם במטרות אחרות ועורך איזונים.<sup>100</sup> דומני כי בסופו של יום שוורץ לא עשה כן, שכן ייתכן מאוד ששוורץ הוא מוניסט בעור של פלורליסט, בהעדיפו מטרה מסוימת אחת – הרתעה – באופן ברור, ובהשתמשו במטרה האחרת – צדק מתקן – רק לצורך סיוג במקרים נדירים יחסית של חוסר מוסריות. למעשה, בכך קרובה גישתו לגישתו של קלברזי, שגם הוא ראה את הצדק כמעין "תחנה אחרונה במסע", דהיינו: שעל שיקולי מוסר לקבוע "תקרה" מסוימת ליישום הגישה הכלכלית גם אם לא ייתפסו כמטרה עצמאית ונפרדת. אכן, ההרתעה היעילה נתחמת, אליבא דקלברזי, בשיקולי צדק.<sup>101</sup> אמנם רק להרתעה כמטרה יש מקום אצל קלברזי, כמוניסט, אך הצדק משמש לה גבול עליון מוסרי ומגבלה (constraint) ולא כמטרה, במובן זה שאם שיטה של הוצאות למניעת תאונה מביאה לתוצאה מאוד לא מוסרית במקרה מסוים, אזי אין לקבלה אף שהיא מאוד יעילה.<sup>102</sup> דומני כי דוגמאות טובות לאותו גבול עליון, אליבא דקלברזי, עשויות להיות עולות מכוונות, הנתפסות כהתנהגות שאינה מוסרית,<sup>103</sup> וכן התנהגות הפוגעת בתקנת הציבור.<sup>104</sup> אם כן, הצדק כלל אינו שווה-ערך, לגישתו, להרתעה היעילה, שכן הצדק אינו מטרה "טהורה" ועצמאית. זו אינה גישה פלורליסטית שבה יש דומיננטיות למטרת ההרתעה היעילה, אלא גישה מוניסטית המתרכזת לגמרי בהרתעה היעילה ורואה גבול ליישומה רק במקרים לא מוסריים במיוחד. שוורץ קצת יותר מעודן מקלברזי בטרוריקה שהוא נוקט, וגם מביא כמה וכמה דוגמאות לפשרות אפשריות בין המטרות השונות. גישתו גם מחפשת יותר צדק – אם כי צדק "פנימי", אותו צדק מגן, ולא צדק מתקן, בעוד שאצל קלברזי הצדק המתקן הוא חיצוני למטרת דיני הנוזיקין – ההרתעה היעילה –

100 כפי שהציעו זמיר ומדינה באופן תאורטי, כאמור, ולא דווקא באשר לדיני הנוזיקין. ראו Zamir & Medina, לעיל ה"ש 53.

101 CALABRESI, לעיל ה"ש 27, בעמ' 293-300; Guido Calabresi, *Toward A Unified Theory of Torts*, 1 J. TORT L. 1, 1-2 (2007) (להלן: Calabresi 2007).

102 CALABRESI, לעיל ה"ש 27, בעמ' 25-26, 31. קלברזי ומלמד גם מדגימים זאת מכלל אי-העברה (Inalienability). לדבריהם, ישנן זכויות שבשום פנים ואופן לא ניתן להעבירן, אפילו לא אם בעל הזכות מסכים לאותה העברה או מכירה ואף אם הדבר יעיל כלכלית (Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1100, 1106, 1111-1114 (1972)). כך, לעולם לא נאפשר לאדם למכור את גופו לעבדות או למכור את אבריו לשם השתלה באדם אחר. הוא לא יוכל לעשות כן מרצונו, והחברה גם אינה מאפשרת לקבוע תג של מחיר עבור פעולה כזו הנעשית בניגוד לרצונו. מדובר בפטרנליזם, שכן הדבר נוגד את ההנחה הבסיסית, הכלכלית, שאדם יודע לשאת ולתת בצורה הטובה ביותר בנוגע לענייניו שלו (ראו שם, בעמ' 1114).

103 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 425.

104 ראו, למשל, ס' 37 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], ודיונו של אהרן ברק בספר דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 340-345.

ותפקידו רק לסייג כמעין "תקרה". בפועל דומני כי הגישות של שוורץ וקלברזי בכל זאת דומות, כך שישנה בעיה לראות את שוורץ כמחזיק בגישה פלורליסטית של ממש.<sup>105</sup> לטעמי, האיזון צריך להיות שונה. אף שיש להעדיף *ex ante* מטרה – ונכון יותר: גוש מטרות – בסוג מקרים נתון, קשה להשתכנע מהתזה של שוורץ כי יש להעדיף דווקא את ההרתעה היעילה בכל מקרה. ישנם מקרים שדווקא ידו של גוש הפיצוי והצדק המתקן צריכה להיות על העליונה במכלול האיזונים. קביעה מראש כי מטרה אחת תהיה דומיננטית מראש, בכל סוגיה, והמטרה האחרת רק תסייג אותה, ובמקרים נדירים בלבד, עלולה לקבע את דיני הנזיקין על עדיפות שאינה תמיד מתאימה לכל מקרה ומקרה.

#### 4. מארק גיסטפלד: מבין כמה אפשרויות של הרתעה יעילה תיבחר האפשרות העולה בקנה אחד עם צדק מתקן

מארק גיסטפלד מאוניברסיטת ניו-יורק, משפטן בעל רקע עשיר בכלכלה, העלה בשנת 2001 תזה שלפיה במצב שבו קיימות כמה תוצאות יעילות יש לבחור את התוצאה המוסרית והצודקת יותר.<sup>106</sup> גישתו היא פועל יוצא של פונקציית הרווחה החברתית (social welfare function), שעליה הוא מרחיב,<sup>107</sup> בניגוד לנקודת המבט הצרה לעתים של הגישה הכלכלית התועלתנית (utility maximization). זוהי גרסה מעודנת יותר של הגישה הכלכלית, הקונה לה יותר ויותר אחיזה כיום. גישה זו מתעניינת בכלל הטוב החברתי גם לפרטים, ולא רק בתועלת החברתית הכוללת-המצרפית. במילים אחרות, יש כאן דאגה לא רק להגדלת עוגת הרווחה המצרפית, אלא גם לחלוקה של פרוסת העוגה בצורה ראויה יותר.

105 והשוו ביקורתו של טדסקי על אנשי הכלכלה, שנאמרה אגב גישתו בנושא פסיקה בנוגע למטרד ליחיד שתידון בהמשך (גד טדסקי "אגב משפט אתא" הפרקליט לב 448 (1979)). טדסקי אינו מקבל גישה כלכלית טהורה שאינה מסויגת בשיקולי מוסר באופן רציני. כך הוא מבקר את אפרים קליימן "הפגיעה ממטרד ליחיד והתרופה המשפטית לה – הערות של כלכלן" משפטים ט 85, 89 (1978).

106 Mark Geistfeld, *Economics, Moral Philosophy, and the Positive Analysis of Tort Law*, in 106 PHILOSOPHY AND THE LAW OF TORTS 250 (Gerald J. Postema ed., 2001). והשוו Zamir & Medina, לעיל ה"ש 53, בעמ' 170-171, המדגישים כי ניתוח עלות-תועלת אינו יכול להיות חף מערכים, וכי ניתן לבחור בתוך המבנה התוצאתני בחירה העולה בקנה אחד עם צדק. כך גם טוען קרן-פז "קרן-פז" התרשלות", לעיל ה"ש 3) בהבחינו, לאורך מאמרנו, בין ניתוח עלות-תועלת לבין שיקולי יעילות בלבד.

107 לא מעט בעקבות תורתו של פול סמואלסון משנות הארבעים של המאה העשרים: PAUL A. SAMUELSON, *FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS* (1947). לאסמכתאות נוספות ראו Geistfeld, לעיל ה"ש 106, בעמ' 268, ה"ש 45. לדיון בפונקציית הרווחה החברתית לצורך שילוב בין מקסום הרווחה לבין חלוקתה על-ידי יצירת קריטריון נורמטיבי משולב – דהיינו: שילוב בין הרתעה יעילה לצדק מחלק דווקא – ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 426-427 ובעמ' 477, ה"ש 162 ובאסמכתאות שם.

גיסטפלד טען כי גם התאוריה הכלכלית וגם תאוריית הצדק המתקן הן תאוריות מקבילות, מכיוון ששתיהן קוראות להעדיף את האינטרסים של הנפגע, שתיהן מביאות לידי הפחתת הסיכון באמצעות הטלת אחריות ושתייהן מקדמות בכך אינטרסים של ביטחון אישי לנפגע.<sup>108</sup> לדידו, הגישה הכלכלית אינה שלמה ללא ניתוח מוסרי. ניתוח כלכלי צריך להיות מוגבל לבחינה איזה כלל אחריות ירתיע – בהוצאות מינימליות של תאונה – מפני התנהגות לא מוסרית; דהיינו: ישנן אפשרויות שונות למקסם את העושר בחברה, ומבין אותן אפשרויות יש לבחור בתאוריה המוסרית המשפיעה על הרווחה של הפרט (ולא רק על הרווחה המצרפית-הכוללת שבבסיס הגישה הכלכלית) באופן מוצדק.<sup>109</sup> לדידו, על הגישה הכלכלית להיות תלויה בטיעונים מוסריים מסוימים, שכן הרווחה החברתית המצרפית-הכוללת תלויה גם ברווחה ליחיד – זו הקשורה גם לרעיונות של שוויון, ביטחון אישי וצדק שיש להעדיפם על אינטרסים של חופש למזיק.<sup>110</sup> כאמור, לדעתו, פועל יוצא של גישה זו הינו בחירה בטיעון המוסרי ביותר מבין כמה אפשרויות יעילות.

גיסטפלד ראה לעצמו צורך לבצע התאמות כאלה, שכן הוא סבר שמערכת דיני הניזקין נועדה בבסיסה, על-פי מטרותיה (עד למהפכה התעשייתית בארצות-הברית במאה התשע-עשרה) להשגת צדק מתקן דווקא. לפיכך, אף שכיום המערכת נעה לכיוון של הפחתת הוצאות תאונה (דהיינו: גישה כלכלית), אין להתעלם מהצורך ליישבה עדיין גם עם צדק מתקן ולהגיע להשלמה בין התאוריות.<sup>111</sup>

גיסטפלד הציג למעשה גישה פלורליסטית-קומפלימנטרית מסוימת, שונה מזו של אנגלרד (אולי מעשית יותר) ומעודנת יותר מאלו של קלברזי ושל שוורץ. כאמור, האחרונים קבעו, כל אחד בדרכו, שהגישה הכלכלית עדיפה ושהיא תסווג במין "גבול עליון" בלבד בשיקולי מוסר; גיסטפלד עמד על כך שתיבחר תמיד התוצאה המוסרית ביותר מבין כמה תוצאות יעילות. במילים אחרות, לפי קלברזי ושוורץ, אם תוצאה מסוימת היא מאוד יעילה, אף שיש תוצאות צודקות הימנה והיא עדיין אינה מאוד לא מוסרית – היא זו שתיבחר; לעומתם גיסטפלד העדיף את התוצאה המוסרית יותר, שהיא יעילה מעט פחות מבחינה כלכלית, אך עדיין יעילה. לשיטה זו, ההרתעה היעילה לא רק מוגבלת בגבול עליון על-ידי המוסר אלא זקוקה למוסר כדי להתקיים – וההבדל גדול. התאוריה שהציג גיסטפלד היא שובת-עין ויכולה לתת מענה לסיטואציות נזיקיות רבות. אולם, כמו גישתו של אנגלרד, גם בה אין למעשה תשובות למקרה של התנגשות

108 Geistfeld, לעיל ה"ש 106, בעמ' 265.

109 שם, לאורך מאמרו, ובעיקר בעמ' 265-268. גיסטפלד הדגיש כי גישה כלכלית שמערכת גם שיקולים מוסריים מתחשבת בשאלה על מי הנטל כבד יותר ביצירת הנזק או בהימנעות ממנו – על המזיק או על הניזוק, ומי שעליו הנטל פחות הוא זה שישא בו. ראו שם, בעמ' 266.

110 שם, בעמ' 251, 265-266, 267-268.

111 שם, בעמ' 252-253, 267.

בין צדק מתקן ליעילות, דהיינו: לאותם מקרים שבהם לא ניתן למצוא תוצאה מוסרית מבין כמה גישות יעילות. התאוריה גם אינה נותנת מענה למקרה שבו ישנן שתי תוצאות אפשריות בלבד, אחת יעילה יותר ואחת צודקת יותר. למעשה, דומני כי הגישה מתחילה לפעול רק כשיש יותר מתוצאה יעילה אחת.

מעבר לכך, התאוריה יכולה הייתה לפעול בד בבד גם לכיוון השני, דהיינו: להציע גם את המצב ההפוך, שבו אם יש כמה תוצאות צודקות ומוסריות, יש לבחור מתוכן את התוצאה היעילה ביותר, וכך להגיע למצב שלם יותר מזה שהציג גיסטפלד. או אז היה צורך לחלק ולומר מתי נקודת המבט היא על בחירת התוצאה היעילה מבין כמה גישות צודקות ומתי להפך. עם זאת, גם במקרה כזה היה צורך מלכתחילה ביותר מתוצאה צודקת אחת, וגם כאן לא היה כיוון של כלל המקרים הנזיקיים. על כל פנים גיסטפלד, כמו אנגלרד ושוורץ, אינו פוסע בדרך החלוקה למקרים שונים, אלא מדבר על פתרון אחד שאמור להתאים לכל האירועים הנזיקיים.

יש ערך גדול מאוד בהצבעה על סוגיות שבהן קיימת או יכולה להתקיים הרמוניה בין המטרות, כפי שניסה גם אנגלרד לטעון; הבעייתיות, כאמור, מתמקדת במקרים שבהם אין הדבר כך, ולא ניתן באמת לאתר ולבחור, שלא בצורה מלאכותית, בתוצאה יעילה שהיא גם צודקת (או הכי צודקת) וגם להפך. המקרים שדרכם ניתן לבחון באופן יישומי את ההבדל בין גישות מוניסטיות לגישות פלורליסטיות ובין גישות פלורליסטיות לבין עצמן הם דווקא המקרים שבהם קיימת התנגשות חזיתית ברורה בין מטרות משני הגושים – ודווקא שם התאוריה ששרטט גיסטפלד קשה מאוד ליישום. עם זאת, גישתו יכולה בהחלט לקדם ולהועיל באותם מקרים שבהם באמת ניתן לבחור בפועל ולא בצורה מלאכותית בתוצאה המוסרית ביותר מבין כמה תוצאות יעילות. לפיכך, נמשיך את מסענו בבחינה האם ניתן לאתר גם גישות פלורליסטיות כוללות ומקיפות יותר. בייחוד נחפש אחר גישות המציגות פתרון אפשרי גם למקרי התנגשות של ממש בין מטרות משני הגושים, המחייבת בחירה מסוימת ביניהן, בהיעדר יכולת להגיע להשלמה כמו זו שמציגים אנגלרד או גיסטפלד.

## 5. פלמינג ג'יימס ג'וניור וכריסטופר רובינט:

### דיון קזואליסטי רק במטרות הרלוונטיות מקרה-אחר-מקרה

הגישה האחרונה שתוצג הפוכה, במובן מסוים, מגישותיהם של אנגלרד ושוורץ, ואולי גם מזו של גיסטפלד, שכן היא אינה מתקבעת על דומיננטיות של מטרה אחת בכל האירועים הנזיקיים כולם ללא הבחנה אלא מדברת על חלוקה. כפי שנראה, בעלי הגישה הלכו לקיצוניות האחרת.

פלמינג ג'יימס ג'וניור מאוניברסיטת ייל הציג, בארצות-הברית של שנת 1959, גישה שלפיה לא יכולה להתקיים תאוריה אחת של דיני הנזיקין, משום שלרשלנות וגם

לאחריות המוחלטת פנים רבות בניתוח תאורטי.<sup>112</sup> הוא תקף במילים בוטות את הראייה המוניסטית, כינה אותה חסרת-ערך ולא מועילה, וציין כי העוסקים בה מבזבזים את זמנם היקר, שכן אף גישה מוניסטית אינה יכולה להסביר לבדה ניתוח נזיקי כולל, ואין לנסות ליצור האחדה בדבר שהוא מטבעו הטרוגני. הוא קרא לנתח אמפירית את מערכת דיני הנזיקין דרך חלוקה לקבוצות בעלות מאפיינים דומים, לפי המטרות הרלוונטיות בכל סוגיה, תוך זיהוי הבעיה שבבסיס הסוגיה ולימוד הפתרונות הפוטנציאליים לבעיה. גישה מעניינת זו הוצנעה יחסית ולא זכתה לתהודה רבה מאז ועד היום.

כעבור כמעט יובל שנים, בשנת 2005, הציע המלומד האמריקני כריסטופר רובינט גישה פלורליסטית המתבססת במידה רבה על גישתו של גיימס ג'וניור,<sup>113</sup> אשר הציגה את בעייתיותן של גישות מוניסטיות. לדעתו, גישות מוניסטיות דינן כישלון הן ברמה היסטורית – שכן דיני הנזיקין אכן התפתחו ממקרה למקרה במשפט המקובל, ולא מתוך רציונל אחד מובהק – והן ברמה הדוקטרינלית. להסבר גישתו ניתח רובינט שני מקרי מבחן נפוצים ביותר בדיני הנזיקין, המבוססים בארצות-הברית על אותו משטר אחריות של רשלנות: תאונות דרכים ורשלנות רפואית. בשני המקרים מדובר בעוולות שאינן מכוונות.<sup>114</sup> רובינט טען כי אם לא ניתן לפתח באמצעות תאוריה מוניסטית כלשהי הסבר תאורטי אחיד ומלא לפתרון הנזיקי הראוי במקרים של תאונות דרכים או רשלנות רפואית, שהם מקרים נפוצים מאוד במציאות הנזיקית, פירושו של דבר שתאוריה מוניסטית אינה יכולה להיות מיושמת בכלל דיני הנזיקין.

כך, לדעת רובינט, תאוריה של הרתעה פועלת באופן שונה בשני המקרים הללו: יש לה מקום (אולי אפילו רב) ברשלנות רפואית, אך היא אינה יעילה בתאונות דרכים.<sup>115</sup> לעומת זאת, הסיבתיות פשוטה יחסית ככל שמדובר בתאונות דרכים, שכן מצבו של אדם עובר לתאונה שונה ממצבו לאחריה, ולפיכך בדרך כלל קל להבחין בין השניים ולשים את האצבע על אותו חלק בפגיעה שנגרם כתוצאה מתאונת הדרכים. לעומת זאת הסיבתיות מסובכת מאוד ברשלנות רפואית, הן בשל האופי החצי-חוזי של היחסים בין החולה למערכת הרפואית, והן, אוסיף, בשל כך שמדובר באדם שהוא כבר חולה או פגוע וזו הסיבה מראש לפתיחת ההליך הרפואי, כך שקשה לעתים לחלק בין הנזק המקורי לנזק שנוסף מן הרשלנות.<sup>116</sup>

Fleming James, Jr., *Tort Law in Midstream: Its Challenge to the Judicial Process*, 8 BUFF. L. REV. 315 (1959).

113 Robinette, לעיל ה"ש 12.

114 שם, בעמ' 399-411.

115 שם, בעמ' 402-405.

116 מטבעו של מדע הרפואה קשה להוכיח במקרים כאלה קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק. מכיוון שכך, יש שטענו כי יש להוריד את רף ההוכחה של הקשר הסיבתי במשפטי רשלנות רפואית. ראו DAVID M. HARNEY, *MEDICAL MALPRACTICE* 419-427 (2nd ed. 1987). רובינט הזכיר את העובדה

רובינט הרים את הכפפה שזרק ג'יימס ג'וניור בשעתו. הוא הציע לפרק את הניתוח של מערכת דיני הנזיקין לחלקים שונים וליישם את התאוריות השונות בהתאם למצבים השונים, מקרה-אחר-מקרה, שם יוחלט איזו תאוריה מתאימה. לדידו, לא נכון להתקבע על דיון כולל בכל המקרים בכלל המטרות – דיון שאינו הגיוני או אפשרי, כאמור, הן מבחינה היסטורית והן מבחינה דוקטרינלית.

ייתכן שגם ישראל גלעד מהאוניברסיטה העברית בירושלים פסע בדרך דומה (אם כי לא זהה), בהציגו גישה המשלבת בין הרתעה יעילה לצדק;<sup>117</sup> אך תחילה הסתייגות חשובה: דומני כי גלעד התמקד במקסום הרווחה אל מול חלוקת הרווחה, דהיינו בשיקולי הרתעה יעילה מול שיקולים חלוקתיים ופיזור נזק. גלעד לא הזכיר צדק מתקן, ולא בכדי. הוא לא הציג גישה פלורליסטית מלאה ושלמה לדיני הנזיקין ולא התיימר לעשות כן. כל שעשה גלעד במאמרו היה מתיחת ביקורת על הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין לזרמיה השונים, בהיותה מעלה על נס את מטרת ההרתעה היעילה בלבד או בעיקר. לדבריו, יש בכך משום החמצה של ההשפעה האפשרית של הניתוח הכלכלי על דיני הנזיקין. גלעד הציע כי הניתוח הכלכלי לדיני הנזיקין יהיה משולב משיקולים חלוקתיים של פיזור נזק יחד עם הרתעה יעילה, בהתאם לתחום המוסדר (סוגי המקרים), ולא באופן קוואיסיטי מקרה-אחר-מקרה, תוך הבאה בחשבון של עלות ההסדר המשפטי ותוך התחשבות בקיומו של ביטוח אישי המפזר את הנזק שלא באמצעות אחריות בנזיקין. הוא לא דיבר על המינונים השונים לעשות כן, אך ציין כי דיני הנזיקין אינם עשויים מקשה אחת ויש לדון בכל סוג מקרים לגופו לצורך מינון זה. כך, לדעתו, כאשר אין בנמצא מנגנונים אפקטיביים לפיזור נזק, יגדל משקלו היחסי של שיקול ההרתעה. אם כן, דומני כי גלעד דיבר אך ורק על הצורך ביחס מאוזן בין אותן שתי מטרות אינסטרומנטליות של דיני הנזיקין, שבגוש הצדק המחלק וההרתעה היעילה, ולא דיבר כלל על היחס שבין גוש זה לבין הגוש האחר העוסק ביחסים בין הצדדים הקונקרטיים.<sup>118</sup> גלעד סבר כי רוב ההסדרים באשר ליחס שבין שתי המטרות הללו צריך להיקבע על-ידי המחוקק.<sup>119</sup> לענייננו, חשובה בייחוד אמרתו המגלה את דרכו – הדומה

שהרפואה היא פרופסיה הקובעת את הסטנדרטים שלה בעצמה. ראו Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 408, והאסמכתאות המוזכרות שם. על כל פנים, בעקבות הקושי להוכיח סיבתיות תובעים צריכים לשכור שירותיהם של מומחים רפואיים יקרים, ובסופו של דבר מקרים רבים של רשלנות רפואית כלל אינם מגיעים לכדי תביעה משפטית – ואלה המגיעים לידי כך בדרך כלל מסתיימים בפיצוי בסכומים נמוכים מהנזקים הממשיים שאירעו. רובינט הצביע על נתונים שלפיהם רק כ-8% מנפגעי הרשלנות הרפואית זוכים בפיצוי כלשהו בארצות-הברית – 40% מתוך 20% בלבד המחליטים לתבוע! מצב זה אינו עולה בקנה אחד עם מטרות הפיצוי והצדק המתקן, וגם מנוגד בצורה מסוימת להרתעה (שם, בעמ' 405-409. והשוו (2005) 63, 22-44, THE MEDICAL MALPRACTICE MYTH (TOM BAKER).

117 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 424-426, 493-498.

118 לדבריו, ככל הנראה, אין מקום להשפעה של ניתוח כלכלי לגבי צדק מתקן. ראו אמירתו שם, בעמ' 494.

119 שם, ה"ש 225.

לזו של ג'יימס ג'וניור ורובינט אך בכל זאת שונה ממנה – בצורך במבט שהוא על קבוצות מקרים אך בכל זאת גם קזואיסטי:

הדרך הנכונה היא לבחור בשילוב אופטימלי של פיזור והרתעה, תוך הגבלת המטרות בתחום ההרתעה. אופן השילוב בין פיזור להרתעה ומשקלם היחסי צריכים להיות מותאמים לתחום המוסדר, תוך לקיחה בחשבון של עלות ההסדר המשפטי ותוך התחשבות בקיומו של ביטוח אישי המפזר את הנזק שלא באמצעות האחריות בנזיקין. מבחינה זו אין תחום תאונות הדרכים דומה לתחום נזקי המוצרים, והשניים אינם דומים לתחום הנזקים הרפואיים. על אף אופיו הקבוצתי של ההסדר חשוב לקדם את ההרתעה גם במישור קזואיסטי-אישי. הסדר האחריות יכול וצריך לאפשר יצירת סייגים לאחריות או הגנות הנבחנים על בסיס קזואיסטי. זאת כאשר ברור בעליל, ללא חישובי רווחה מורכבים, כי סייגים או הגנות אלה יתרמו באורח מובהק ליעילות ההרתעה.<sup>120</sup>

לדידי, גישה זו עשויה אמנם להתאים לשיטות משפט שונות, גם כאלה שאינן מחלקות בין עוולות מכוונות ללא מכוונות, בשונה מגישתו של ויליאמס; אולם גישה זו נראית על פניה בעייתית משהו. הליכה מקרה-מקרה או אפילו לפי קבוצות מקרים, אך ללא יד מכוונת, היא בעייתית ועלולה לגרום לתוצאה שהיא הצד השני של המטבע. אמנם התקבעות על מטרה אחת, כמעשיהן של הגישות המוניסטיות, בעייתית עוד יותר, וכך גם כנראה צריך להיות היחס לגישותיהם של אנגלרד ושוורץ, המעדיפים תמיד ובכל מקרה של התנגשות לדבוק בדומיננטיות של מטרה אחת, בלי קשר לסוג המקרה הנזיקי. עם זאת, בחינת כל מקרה לגופו ללא קווים כלליים של הנחיה בדבר מטרות שהן רלוונטיות יותר עלולה ליצור אנדרלמוסיה ולמנוע הגעה לסדר, אפילו מסוים, שיוביל לעקביות ביישום פתרונות. ניתן להעדיף מטרות מסוימות, אפילו *ex ante*, וניתן אף לומר שמטרה מסוימת רלוונטית פחות במקרה מסוים; אך ראוי להשקיף על המערכת הנזיקית במבט-על שינסה לקבוע עדיפויות של מטרות, ונכון יותר: עדיפויות של גושי מטרות ולא של כל מטרה בפני עצמה, וזאת לגבי קבוצות של מקרים, לפי אופיים, ולא לגבי כל מקרה ומקרה לגופו. אם לא כן ההצעה עלולה לערער את היציבות והוודאות המשפטית. לא תמיד יהיה ברור אילו מטרות אינן רלוונטיות ו"יוצאות מהמשחק" בסוגיה נתונה. אף ג'יימס ג'וניור לא חילק באופן ברור את דיני הנזיקין לקבוצות אלא דיבר על קבוצות באופן כללי. היעדר הקביעה באילו סוגיות או קבוצות של מקרים יש להעדיף מטרות מסוימות ובאילו יש להעדיף מטרות אחרות מותירה את המצב אליבא דהצעה זו כפרוץ. גלעד לא התיימר במאמרו לעשות כן, או בכלל לדון בגישה פלורליסטית הכוללת את כלל מטרות דיני הנזיקין, אך אמירתו מזכירה את גישתו של ג'יימס ג'וניור שאומצה

על-ידי רובינט, ושניהם דווקא כן התיימרו להציע פתרונות כוללים. כמו כן, הגישה אינה נותנת מענה אמיתי לשאלה מה דינה של התנגשות בין מטרות – מי מהן תהיה דומיננטית יותר, ולא רצוי להותיר זאת לבחינה מקרה-אחר-מקרה. עם כל זאת, להצעה זו, בשילוב עם גישות אחרות שנדונו בפרק זה, תהיה חשיבות רבה בקביעת המודל הפלורליסטי החדש שיוצע בהמשך החיבור, בתוספת לרציונל ולחשיבה מקוריים.<sup>121</sup> בהמשך לביקורת שהועלתה כאן על הגישות הפלורליסטיות הקיימות אצביע בפרק הבא על הצורך בחשיבה פלורליסטית רעננה יותר שתתאים למציאות של דיני הנזיקין המודרניים.

#### ד. הצורך בחשיבה פלורליסטית רעננה לאור מורכבותם של דיני הנזיקין בכלל ובדור האחרון בפרט

הוזכר לעיל כי אין הסכמה בשאלה מהן המטרות של דיני הנזיקין ומהו היחס ביניהן. סיבה אחת לכך היא, כאמור, היסטורית – דיני הנזיקין התפתחו ממקרה למקרה ללא בסיס אחיד ואיתן. הסיבה האחרת הינה דוקטרינלית – דיני הנזיקין מורכבים מאוד. יש גישות שונות להבנת היחס בין המטרות – חלקן מוניסטיות, המתמקדות במטרה אחת בלבד (חלקן אף שוללות קיומן של המטרות האחרות), וחלקן פלורליסטיות, השונות מאוד זו מזו, כפי שראינו בפרק הקודם. דומני כי מצב זה נובע גם (ואולי בעיקר) מכך שדיני הנזיקין מטפלים בקשת גדולה של מקרים, המעלים על-פני השטח אינטרסים שונים של פרטים, תאגידים ורשויות, הסובלים וגורמים סוגי נזקים שונים לגוף, לממון ולרכוש.<sup>122</sup> הסכמה הנזיקית הקלאסית עוסקת במקרה שבו א' מזיק ל-ב', התנהגותו עוולתית (דהיינו: נכנסת בגדר אחת העוולות המוכרות בדיני הנזיקין), ומתקיים קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק. כאשר עוולה זו מוגמרת (כלומר: כל יסודותיה המצטברים

121 יש גישות פלורליסטיות נוספות מעבר לאלה שהוצגו לעיל, אך אלו עוסקות בעניינים ספציפיים בדיני הנזיקין ולא בכלל המערכת, ולפיכך הדיון בהן חורג ממסגרת חיבור זה. כך, למשל, צחי קרן-פז ניסה לדון בכל המטרות הרלוונטיות לטעמו – ובהן צדק מתקן, הרתעה יעילה, וכן פיזור נזק והגינות כביטוי לצדק מחלק – לצורך מתן בסיס תאורטי מחודש לחובת הזהירות בעוולת הרשלנות, וטען כי האיזון ומתן המשקל לכל ערך משתנה עם ההקשר. בכך גישתו דומה לכאורה לזו של גיימס ג'וניור ורובינט. גרעין גישתו הוא הדגשה של הצורך בשוויון ובצמצום הפערים במשפט הפרטי כמטרה חשובה מאוד, שאותה הוא מבקש לקדם גם במשפט הפרטי ולא רק במשפט הציבורי – מטרה חלוקתית שאותה הוא כינה "מטרה פרוגרסיבית". ראו Tsachi Keren-Paz, *Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?*, 4 THEORETICAL INQUIRIES L. 275 (2003); קרן-פז "שוויון", לעיל ה"ש 16.

122 WINFIELD & JOLOWICZ, לעיל ה"ש 10.



מתקיימים), ב' יכול לתבוע את א' בנזיקין. אלא שדיני הנזיקין המודרניים מורכבים הרבה יותר מכך ומציגים תמונה של סיטואציות מגוונות ולעתים שונות מאוד האחת מרעותה, וחלקן סיטואציות חדשות בנוף החברתי והמשפטי. תמונה זו מחייבת חשיבה מחודשת בדבר התאמת המטרות של דיני הנזיקין לאותה מציאות. די אם נצביע על חלק מאותן מורכבויות.

דיני הנזיקין המודרניים מגנים על זכויות רבות ושונות זו מזו כגון שלמות הגוף (עוולת התקיפה), חירות (עוולת כליאת שווא), הזכות לכבוד ולשם טוב (עוולת שקר מפגיע וחוק איסור לשון הרע), הזכות לפרטיות (חוק הגנת הפרטיות), אינטרסים מסחריים (חוק עוולות מסחריות ועוולות של גרם הפרת חוזה ותרמית), קניין (הסגת גבול, מטרד ליחיד ולציבור ועיכוב נכס שלא כדין) – כל זאת נוסף על עוולות המסגרת, רשלנות והפרת חובה חקוקה – היכולות לחול על אינספור מקרים. במיוחד קשה להתייחס בצורה דומה לנזקי רכוש, שם לעתים הפיצוי הכספי יכול להשיב את המצב לקדמותו שכן הנזק הוא כלכלי, ולנזקי גוף, שם הנזק הוא לביטחון האישי ובמקרים רבים השבת המצב לקדמותו כלל אינה אפשרית.<sup>123</sup>

נוסף על כך יש חיכוך מתמיד בין דיני הנזיקין למערכות דינים אחרות. חיכוך זה מחייב להביא בחשבון לא רק מטרות מדיני הנזיקין אלא גם מטרות מאותן מערכות אחרות. מדובר בעניין הנוגע בטבעם של דיני הנזיקין וגם בהיסטוריה שלהם, שכן כאמור לא הייתה קונספציה אחת בבסיסם של דיני הנזיקין, והדבר אפשר לרעיונות מתחומי משפט אחרים לזלוג אל תוך מערכת דינים זו.<sup>124</sup> אילו דובר רק בעירוב בין שיקולים דומים במשפט הפרטי (כגון בין דיני הנזיקין לדיני החוזים או הקניין) – ניחא, בייחוד משום שבמדינות רבות קיים קוד אזרחי אחד, וגם בישראל מתקדם קודקס לדין האזרחי. אולם לא זה המצב, שכן סיטואציות נזיקיות מערבות שיקולים גם מתחומי משפט אחרים, בין היתר: המשפט החקתי,<sup>125</sup> המשפט המנהלי,<sup>126</sup> דיני

123 Geistfeld, לעיל ה"ש 106, בעמ' 265.

124 Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 394-395.

125 הסדרים סטטוטוריים של לשון הרע והגנת הפרטיות הבוחנים איוונים בין ערכים חוקתיים (חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת אל מול הזכות לשם טוב או הזכות לפרטיות), וכן הכרה מכוח הפסיקה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה על הגוף (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נגד (4) 526 (1999) (להלן: עניין דעקה)), לצד השאלה אם ראוי להכיר בעוולות חוקתיות (דהיינו: עוולות הנוצרות מכוח חוקי היסוד באופן ישיר) (דפנה ברק-ארוז עוולות חוקתיות: ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (1993)). ניתן גם לומר שדיני הנזיקין למעשה מגנים על רוב האינטרסים החוקתיים אם לא על כולם (למשל: עוולת התקיפה ואינטרס השמירה על הגוף, עוולת כליאת השווא ואינטרס השמירה על החירות, עוולות המגנות על הקניין), כפי שיפורט להלן.

126 תביעות נזיקין נגד רשויות המדינה, ובכללן שאלת חסינות מלאה או חלקית לרשויות מפני תביעות נזיקין, שאלת הבחינה המנהלית של שיקול דעתה של המדינה בכלים של סבירות ושאלת הגשת תביעה אישית נגד עובד הציבור. ראו ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" משפט וממשל ב 339 (1995); ישראל גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור

המשפחה, 127 דיני העונשין, 128 דיני הראיות, 129 דיני החוזים, 130 דיני העבודה, 131 דיני התעבורה, 132 דיני הקניין, 133 דיני הקניין הרוחני, 134 ועוד.

ועובדי ציבור (חלק שני) משפט וממשל ג 55 (1995); באשר לשיקול דעת הרשויות בכלים של סבירות ראו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994); ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.3.2007); אשר לאחריות עובד הציבור מול אחריות הרשות הציבורית ראו ס' 17-א לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שנוספו לאחרונה לפקודת הנזיקין.

127 תביעות נזיקין נגד בן משפחה ("נזיקין במשפחה"), המערבות שאלות של חסינות הורית, חסינות בין בני-זוג, עקרונות של שלום-בית ועוד (לדיון בחסינות הורית ראו Sandra L. Haley, *Comment: The Parental Tort Immunity Doctrine: Is it a Defensible Defense?*, 30 U. RICH. L. REV. 575 (1996); G. Steven Neeley, *The Psychological and Emotional Abuse of Children: Suing Parents in Tort for the Infliction of Emotional Distress*, 27 N. KY. L. REV. 689 (2000) יחיאל ש' קפלן "זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" מגמות בקרימינולוגיה 463 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003); בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע?" משפטים על אהבה 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005) (להלן: שמואלי "פיצוי בגין הזנחה רגשית"). לדיון בחסינות בין בני-זוג ראו Ira Mark Ellman & Stephen D. Sugarman, *Spousal Emotional Abuse as a Tort?*, 55 MD. L. REV. 1268 (1996); יובל סיני ובנימין שמואלי "הגיעו מים עד נפש" – דרכי התמודדות עם התעללות בבן-זוג בדיני הנזיקין, בדין הפלילי ובדיני המשפחה – הצעת מודל חדש-ישן" מאזני משפט 1 ו 273 (2007). לדיון בתביעות נזיקין של מסורבות גט ראו יחיאל ש' קפלן ורונן פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני גט" עיוני משפט כח 773 (2005); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם: מענה ליחיאל קפלן ורונן פרי" עיוני משפט כח 871 (2005); בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285, 343-285 (2007) (להלן: שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט"); אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" תחומין כו 160 (2005); שלמה דיכובסקי "צעדי אכיפה ממוניים כנגד סרבני גט" תחומין כו 173 (2005). כל זאת לצד שיקולי משפחה בתביעות נזיקין ("משפחה בנזיקין"), כגון בשאלה האם ידוע בציבור נחשב לתלוי (ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית, פ"ד נה(1) 12 (1999)); עד איזה גיל ממשיכה תלותו של הילד בהוריו (ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374 (1991)); האם גם אבדן שירותיהם של הורי ההורים ולא רק של ההורים עצמם ראוי לפיצוי עבור אבדן התלות וכיוצא באלה (ת"א (שלום ת"א) 52899/05 עזבון המנוחים אפט נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 1.8.2007)), שבחלקם הינם שיקולי מדיניות חברתית ותרבותית.

128 "הפלילי שבנזיקי" – פיצויים מוגברים ועונשיים החורגים לכאורה ממטרות הפיצוי והצדק המתקן (הסוגיה תידון להלן); ו"הנזיקי שבפלילי" – שאלת מקומם של פיצויים לקרבן במסגרת ההליך הפלילי, שאינם במסגרת ההליך נזיקי ואינם פיצויים מלאים (ס' 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226; אסנת אלירם "פיצויים לקורבן העבירה – הצעה לדגם חדש" מחקרי משפט יט 205 (2002)). כמו כן שאלת ההכרה בהפרת חובה חקוקה של הוראה פלילית דווקא (עדה בר-שירה "הפרת חובה חקוקה" דיני הנזיקין: העולות השונות 27 (גד טדסקי עורך, 1989). לדיון קצר לאחרונה ראו בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט", לעיל ה"ש 127, בעמ' 295-297. נוסף על כך רלוונטי גם הדיון בשאלה הבסיסית: האם מטרת ההרתעה נשאבת למעשה מן הדין הפלילי, והאם דין זה עדיין משפיע על פרשנותה של מטרה זו בדיני הנזיקין גם כיום.

129 דוקטרינת הנוזק הראייתי (אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנוזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כ"א 191 (1998); ישראל גלעד "דוקטרינת הנוזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל' 317 (1999), ותגובתם של פורת ושטיין לביקורת זו ראו במאמרם אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנוזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל' 349 (2000). כן ראו מאמרם Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891 (1997); סוגיית פיצוי על-פי הסתברות (אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כ"ג 605 (2000) (להלן: פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון"). מאוחר יותר התפרסמו הדברים גם בספר ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* 125-129, 195-201 (2001); אלכס שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית?" עיוני משפט כ"ג 755 (2000); קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כ"ג 323 (2003); אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כ"ג 357 (2003); ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנוזקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים ל"ד 385, 416-419 (2004); בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כ"ג 855 (2007).

130 לבחינת שונות של מהות היחסים בין דיני הנוזקין לדיני החוזים בכלל ועל-פי הקודקס בפרט ראו חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדות יתר ועל ריבוי סעדים" משפטים לו' 249, 268-274 (2006); יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנוזקין? תשובה לפרופ' דגן" משפטים לו' 357, 363-370 (2006); גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קריית המשפט ו' 185, 209-213 (2006). מעבר לכך, במערכת שבה רוב התביעות מכוונות נגד חברות ביטוח יש משמעות עצומה לדיני החוזים ביחסים שבין המבוטח המזיק או הניזוק לבין חברת הביטוח. כמו כן, במקרים רבים דיני החוזים מהווים בסיס ליחסי השכנות בנוזקין כגון במקרי רשלנות רפואית (Leonard J. Nelson, III, *Helling v. Carey*) Revisited: *Physician Liability in the Age of Managed Care*, 25 SEATTLE U. L. REV. 775 (2002); Thomas C. Galligan, Jr., *Contortions Along the Boundary Between Contracts and Torts*, 69 TUL. L. REV. 457 (1994) שם, בעמ' 272) או מוצרים פגומים (Robinette), לעיל ה"ש 12, בעמ' 395 והאסמכתאות שם, בה"ש 183; דגן, שם). נוסף על כך, יש הרואים את כל עניין השמירה על אוטונומיית הצדדים בנוזקין כשאוב מדיני החוזים (Robinette), לעיל ה"ש 12; דגן, שם, והאסמכתאות שם), ובכלל זה גם את נושא ההסכמה מדעת לטיפול רפואי (הצורך לפרט את הסיכונים והסיכויים וכו') (Robinette), לעיל ה"ש 12, בעמ' 408-409). אכן, ראש הנוזק החדש באופן יחסי של פגיעה באוטונומיה על הגוף בדיני הנוזקין (עניין דעקה, לעיל ה"ש 125) יכול להתבסס לא רק על המטרייה החוקתית אלא גם על דיני החוזים. נוסף על כך, עוולה כגון גרם הפרת חוזה מחייבת בבסיסה גם בחינה חוזית, וכך גם תניות בחוזה הפוטורות מאחריות נזיקת (Robinette), לעיל ה"ש 12, בעמ' 395-396). גם נושא אחריות מעבידים ומערכת היחסים בין מזמין עבודה לבין קבלן פרטי המבצע אותה, לצורך בחינה מיהו הנתבע הראוי בתביעת נזיקין שבה מעורבים צדדים אלה – לעניין השאלה אם מדובר בקבלן עצמאי, בעובד או בשלוח – מחייבת בחינה חוזית. מעבר לכך, לעתים אותה מערכת עובדתית יכולה להצמיח תביעה גם על-פי דיני הנוזקין וגם על-פי דיני החוזים. לדוגמה, עוולה עקב ייעוץ רשלני ששולמה עבורו תמורה (כגון ייעוץ כלכלי או רפואי), המקים יחסים חוזיים, וכך גם רכישת מוצר לא תקין, יכולים להקים תביעה חוזית או נזיקת, במקביל, ולו במקרים מסוימים.

זאת ועוד: יש חיכוך מתמיד בין דיני הנזיקין לבין פרופסיות אחרות, המחייב להביא בחשבון שיקולים מרכזיים מאותן פרופסיות. דיני הנזיקין קשורים בטבורם למדע הרפואה באשר לרשלנות רפואית ולקביעת נכויות וכיוצא באלה, וזוהי פרופסיה שבה רוב הסטנדרטים נקבעים באופן פנימי ולא על-ידי המשפט. לא פעם המשפט נאלץ להכריע בין דעות שונות ולעתים נוגדות באותה פרופסיה,<sup>135</sup> כולל הכרעה בדבר פרקטיקה מקובלת או נוהגת באותה פרופסיה לא משפטית. כך גם בתחומים אחרים כגון ליקויי בנייה והצורך בחוות דעת של מהנדסים ועוד. בחלק מאותם מקרים יש צורך בסטטיסטיקה ובמחקרים אפידמיולוגיים לקביעת ההסתברויות שההתרשלות אכן גרמה לנזק.

התפתחויות אחרות אירעו בדיני הנזיקין בדורות האחרונים. כך נוצרו יותר ויותר עוללות ללא הוכחה הכרחית של נזק, מה שנראה כחריג לבסיס למערכת דינים זו, שבה אדם ניזוק ותובע לקבל פיצוי על נזקיו (או עותר לקבל צו למניעת נזק צפוי).<sup>136</sup> בדור האחרון הורחבה האחריות בניזיקין גם לנזק נפשי טהור<sup>137</sup> ולנזק כלכלי טהור,<sup>138</sup> והשאלה מהו בכלל נזק לצורך דיני הנזיקין נדונה והביאה לתוצאות מפתיעות, למשל לעניין הולדה בעוולה.<sup>139</sup>

131 אלה מערכות הקשורות בטבורן: תאונות עבודה נדונות לעתים בהתאם לשתי מערכות הדינים, תוך פנייה לחוק הביטוח הלאומי וקיוויו התגמולים מן הביטוח הלאומי מהפיצויים מחברת הביטוח; יחסי עבודה גם משפיעים לעתים על יחסי השכנות (יחסי עובד-מעביד, מעמדו של קבלן עצמאי וכו').

132 הסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים קשור לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970, ס"ח 192 ויש בו משום הסדר מיוחד של אחריות מוחלטת המעגנת ביטוח חובה על-ידי חברות ביטוח וסמכות שיורית למקרים מסוימים של קרן שהוקמה מטעם המדינה ("קרנית").

133 הסגת גבול, מטרד ליחיד ולציבור ועיכוב נכס שלא כדין.

134 גזל סודות מסחריים, מדגמים, זכויות יוצרים, סימני מסחר ופטנטים. חלק מהחיקוקים בנדון (שלושת הראשונים) מפנים לפקודת הנזיקין, והשאר יוצרים עולה בחיקוק חיצוני לפקודה.

135 RobINETTE, לעיל ה"ש 12, בעמ' 408.

136 דיני הנזיקין, בדרך כלל, כשם כן הם; אולם האנגלית שאלה את הביטוי מצרפתית – tort – שפירושו עוולה, שהיא הפעולה (התשומה), ולא נזק, שהוא התוצאה (התוצר). ייתכן כי אין הדבר מקרי: יש מקרים שבהם מתקיימת עוולה גם ללא הוכחה הכרחית של נזק. עוללות מסוימות בישראל – כגון תקיפה, כליאת שווא, הפרת זכויות יוצרים, גזל סוד מסחרי, לשון הרע והטרדה מינית – אינן דורשות נזק מלכתחילה, ובחלקן יש הסדרים שמכוחם ניתן לתבוע אף ללא הוכחת נזק ולקבל פיצוי עד תקרה מסוימת (כגון בלשון הרע).

137 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113 (1985).

138 ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא (1) 310 (1967); עניין גורדון, לעיל ה"ש 137, בעמ' Junior Books Ltd v. Veitchi Co. Ltd, [1982] 3 WLR 477; Murphy v. Brentwood, 140 [1990] 2 All E.R. 908.

139 כאשר מדובר בעוללות הדורשות נזק כגון רשלנות, לעתים לא ברור – למרות הפעילות הרשלנית – אם העולה מוגמרת, שכן לא ברור אם הנזק שאירע בלשון בני-אדם הוא אכן "נזק" במשמעותו

קשה להתעלם גם מתופעת הופעתם של "שחקנים" חדשים מעבר למזיק הישיר ולניזוק הישיר בגופו או בממונו. תופעה זו הביאה, במיוחד בדור האחרון, להרחבה משמעותית של מעגלי התובעים והנתבעים. בייחוד אמורים הדברים כלפי נתבע שאינו המזיק הישיר. לעתים לא רק א' – המזיק הישיר – הוא שנתבע על-ידי ב' – הניזוק הישיר. ג' – שנתבע עם א' ולעתים גם לבדו – עשוי להיות מעביד, שולח או חברת ביטוח. כאן ההתפתחויות משמעותיות עוד יותר מבחינת המטרות של דיני הנוזקין. נפח גדול יותר ויותר של תביעות בנוזקין כבר אינו עוסק בשני פרטים "רגילים" כגון בסכסוכי שכנים על נזק לדירתו של אחד מהם מפעילותו של שכנו, או בתקיפה של אדם את רעהו, אלא במצבים מורכבים יותר שבהם הנתבע הוא גוף כלכלי חזק המפזר נזק שאינו המעוול הישיר. כפי שציין דניאל מור, "כיום כמעט אף מזיק איננו משלם מכיסו פיצויים בגין הנזק שגרם, אלא חברות הביטוח או המעסיקים הם שמשלמים עבור הנזק".<sup>140</sup> כאן יש לנסות ולהסביר מדוע ג', שאין לו אשם ישיר ולא הוא ביצע ישירות את העוולה, צריך לפצות את ב' – גם אם יש לו קשר לסיטואציה, כגון במקרים של שולח או מעביד, ובייחוד אם אין לו קשר אמיתי לסיטואציה, כגון כשמדובר בחברת ביטוח שיש לה יחסים חוזיים עם א', המזיק. במקרים כאלה קשה להתייחס ל-ג' בהתאם להתייחסות המסורתית ל-א'. אם ג' הוא חברת ביטוח ואינו מעוול כלל, אלא מפצה מכוח אחריות שבבסיסה קניית סיכונים חוזית, אין בכך כמובן פסול; אך במקרים אלה קשה יותר לבחון את הסיטואציה בכלים של מטרת ההרתעה הקלאסית המכוונת למזיק, או בכלים הרגילים של צדק מתקן שבבסיסו תיקון מוסרי שצריך לעשות דווקא המזיק א' כלפי ב'.

מה שמייחד מאוד את ההתפתחות האחרונה הם פערי הכוחות בין התובעים לנתבעים שאינם ישירים וסוג הפעילות של אותם נתבעים. נפח גדול מאוד של תביעות כיום מוגש

וכהגדרתו לפי דיני הנוזקין. כך העסיקה שאלת ההולדה בעוולה את בתי המשפט בעולם לא אחת. בפסק דינו של בית המשפט העליון בשנות השמונים הכיר בית המשפט בישראל, ככל הנראה כתקדים עולמי, בטענת "טוב מותי מחיי" כנזק לפי פקודת הנוזקין, המאפשרת, ולו במקרים מסוימים, לקבל פיצוי, בעוד במדינות אחרות הדבר אינו מוכר כנזק. אז נעשה הדבר במקרה של נכות קשה (ע"א 518/82 זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986)). בית המשפט העליון קבע שכאשר נולד ילד עם פגם גופני ושכלי חמור בעקבות ייעוץ גנטי רשלני של רופאה, שלמרות היסטוריה של מחלות גנטיות במשפחה יעצה להורים להביא ילדים לעולם בלא חשש – תביעת הילד תוכר. לאחרונה הכיר בית המשפט המחוזי בעילה זו גם במקרה של אדם נמוך מהרגיל (כמטר וחצי גובהו) שהמדינה לא אפשרה את הפסקת ההיריון של אמו ולא נמנעה לידתו למרות שהיה ידוע על סיכוי לבעיה כזו, מה שנראה כשינוי מגמה רציני נוסף בסוגיה בישראל (ת"א (מחוזי חי') 259/02 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.12.2007)). לצד זאת יש מקרים שבהם למרות ניתוח עיקור נולד ילד – הדינו: הגינקולוג התרשל – וגם כאן שאלה היא אם ההורים יכולים לתבוע על עצם הולדתו, ואם כן, בגין איזה נזק – האם הוצאות שבגידולו וכלכלתו ותו לא (ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 1315/97 פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בישראל (פורסם בנבו, 16.3.2004)).

140 מור "רפורמה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 733.

נגד גופים גדולים ומתוחכמים, בעלי אמצעים, לעומת תביעות של פרט אחד נגד פרט אחר, שכיום הנפח שלהן מצטמצם מאוד לעומת העבר. לא תמיד ניתן לבחון בצורה דומה קטטות בין פרטים או תביעת מטרד בין שכנים לעומת מקרים של תביעה נגד יצרן בגין מוצר פגום, תביעה נגד עיתון, אתר אינטרנט או רשת שידור בגין לשון הרע; תביעה נגד מזהם בגין עוולה המונית; תביעה נגד חברת ביטוח; או תביעה נגד רשויות המדינה עקב רשלנותן בטיפול באזרח. ההתייחסות לנתבעים שהם גופים גדולים ובעלי אמצעים צריכה להיות, לדעתי וכפי שיורחב בהמשך, שונה מתביעות של פרט נגד פרט.

גם כאשר למעגל התובעים אירעה הרחבה בולטת, בהכרה בתביעות של ניזוקים במעגל המשני (סוגיה שבה נעסוק להלן). יש לבחון אם המטרות של דיני הנזיקין תומכות בחסימת התביעה, בקבלתה באופן מלא או בהכרה בה בצורה מסוימת.

לבסוף, דיני הנזיקין החלו לטפל בדור האחרון באופן מיוחד במקרים של עמימות בשאלה מיהו המעוול או מיהו הנפגע, למשל במקרים שבהם לא ברור מיהו המעוול מתוך קבוצת מזיקים (מקרי אחריות קיבוצית – collective liability) או מתוך קבוצה של גורמי סיכון (למשל במקרי רשלנות רפואית כשיש גורם עוולתי שיכול היה לגרום לנזק אך יש גם גורמים אחרים לא עוולתיים שיכלו גם הם לגרום לנזק, וקשה להוכיח מה חלקו, אם בכלל, של הגורם העוולתי הנתבע), או כאשר לא ברור מיהו הניזוק מתוך קבוצת נפגעים (למשל במקרים של הגברת סיכון עקב פעילות עוולתית כגון חשיפה לקרינה או לאסבסט, שם חלק מהחולים היו חולים ממילא גם ללא ההתערבות העוולתית – למשל עקב גורמים גנטיים – ואין אפשרות לדעת מי מתוך אותה קבוצת חולים חלה דווקא עקב הפעילות העוולתית של הנתבע). במקרים כאלה הייתה התביעה בעבר נופלת מטעמי הוכחה, וכיום חלק מהמדינות מכירות באחריות, ולו מסוימת וחלקית.

אם כן, דיני הנזיקין המודרניים הם מורכבים מאוד וחלים על סיטואציות רבות, הרבה יותר מאשר בעבר, והאחריות הנזיקית הורחבה מאוד באפיקים שונים. אכן, אין ספק שכיום, כאשר דיני הנזיקין עומדים על רגליהם, יש לבסס הכרעות חקיקתיות ושיפוטיות על מטרות עצמאיות של דיני הנזיקין, גם אם אין להתעלם משיקולים נוספים ממערכות אחרות, משפטיות או מקצועיות. המורכבות הרבה של דיני הנזיקין, כפי שתוארה לעיל – דהיינו: ריבוי הסיטואציות והמצבים לצד סוגי התובעים והנתבעים, עם סיטואציות נזיקיות מודרניות ומתפתחות, בעיקר בדור האחרון – מצביעה על כך שמדובר בתחום משפטי מגוון ביותר, שלא ניתן להסבירו דרך תאוריה מוניסטית אחת בלבד. גישות מוניסטיות המתמקדות רק ביחסים שבין שני הצדדים, בהתעלם מכל שיקול אחר, או גישות מוניסטיות-אינסטרומנטליות המנסות להשתמש בדיני הנזיקין כמכשיר לקידום מטרות חברתיות ואינן מתחשבות דין בשני הצדדים הקונקרטיים-הפרטיים לסכסוך,

נחשבות בצדק על-ידי בעלי גישות פלורליסטיות לגישות שאינן מאוזנות, שכן אינן משקפות את התמונה הניזקית והחברתית בצורה מלאה.<sup>141</sup>

ודוק: אין בהעלאת הצורך לדון בגישה פלורליסטית בהתאם לצרכים של דיני הניזקין המודרניים כדי לבטל או למחוק את הדיון בגישות המוניסטיות.<sup>142</sup> גם חוקר שהוא פלורליסט בהשקפתו יכול וצריך להשתמש ולדון בגישות המוניסטיות, לצורך שקילתן זו מול זו ואיזונן. כך ניתן להסביר גם גישות פלורליסטיות השונות זו מזו: כל אחת מהן נותנת משקל שונה בבחינת השיקולים השונים.

קשת הגישות הפלורליסטיות הקיימות, שהוצגה בפרק הקודם, משרטטת תמונה בעייתית משהו. כל המצבים המתוארים, המשרטטים תמונה ניזקית מורכבת ביותר בייחוד בדור האחרון, מחייבים מבט פלורליסטי מחודש שינסה למצות את יתרונותיהן של הגישות הקיימות אך לזנוח את חסרונותיהן.

גישתו של גלנוויל ויליאמס מתאימה לשיטות משפט המחלקות באופן ברור בין עולות מכוונות לעולות לא מכוונות, ומכיוון שהיא הועלתה לפני שנות דור היא אינה דנה בגישה הכלכלית ובנתונים נוספים שלא ניתן כיום להתעלם מהם. לכן כיום היא אינה אוניברסלית, הן מבחינת מקום והן מבחינת זמן. אמנם הרציונל שבבסיסה נראה בהחלט ראוי: חלוקת הסוגיות הניזקיות לקבוצות ובחינה של דומיננטיות שונה של המטרות בכל קבוצה; אך לעניות דעתי החלוקה צריכה להיות אחרת.

יצחק אנגלרד וגרי שוורץ הולכים, כל אחד לגישתו, לכיוון אחר. הם מנסים להציג תאוריה פלורליסטית שתתאים לכל הסוגיות הניזקיות או למצער לרובן. אמנם התאוריות שלהם אינן מוצגות כגישות מוניסטיות אך הרציונל דומה מבחינה מסוימת: בחינת כל הסוגיות הניזקיות כמקשה אחת, למרות ריבוי הסיטואציות והמצבים שהודגם לעיל, והתבססות על ניתוח קבוע של המטרות בכל האירועים הניזקיים, תוך מתן דומיננטיות קבועה למטרה אחת. זהו מהלך הנראה מוניסטי. אנגלרד קורא להרמוניה בין המטרות ולהשלמה ביניהן, אף שהוא מעדיף למעשה את הצדק המתקן. ספק אם גישתו הקומפלימנטרית, בשונה מגישה של איזונים, הינה מעשית בכל סוגיה ניזקית. על כך מתווספת ביקורתו של אבנר לויין בדבר אי-היכולת ללמוד בצורה נכונה את מהות התאוריה ממדעים מדויקים לעולם המשפט, ובדבר הבעיה לבחון הרמוניה בין מטרות שכל אחת מהן אופטימלית, מצד אחד, ולקרוא לעדיפות של אחת המטרות, מצד אחר. שוורץ מנסה גם הוא למצוא איזון בין המטרות, אך מעדיף דווקא את ההרתעה היעילה

141 WINFIELD & JOLOWICZ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2; James, Jr., לעיל ה"ש 112; Robinette, לעיל ה"ש 12.

142 אף שחלק מבעלי הגישות המוניסטיות עצמם, בייחוד אלה הדוגלים בצדק מתקן ואלה הדוגלים בגישה הכלכלית, מבטלים בצורה נחרצת איש את גישת רעהו. לאסמכתאות ראו Schwartz, לעיל ה"ש 9, בעיקר בעמ' 1809-1808, 1816-1815; Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 389.

על-פני הצדק המתקן, הנתפס על-ידו רק ככלי לסיוג ההרתעה היעילה. אין מדובר לדידו באיזונים של ממש בין מטרות, אלא בהעדפה ברורה – *ex ante*, בכל סוגיה – של ההרתעה היעילה.

התאוריה של אנגלרד בדבר הצורך להעדיף את הצדק המתקן כבסיס האמיתי למשפט הפרטי, על-פני הצדק המחלק וההרתעה, כמו גם ההצעה ההפוכה של שוורץ, הן הצעות בעייתיות וגורפות מדי. יש צורך בחשיבה גמישה יותר, בעיקר בעולם שיש בו סיטואציות נזיקיות כה מגוונות. פלמינג ג'יימס ג'וניור וכריסטופר רובינט נמצאים בצד השני של הסקאלה. הם מציגים דיון בכל מטרה ומטרה בהליכה מקרה-אחר-מקרה. הדבר בעייתי מבחינת היציבות והוודאות המשפטית. יש כאן פרטנות יתר שעלולה להביא למצב שבו לא תגובש כל תאוריה שהיא – כך אם בכל מקרה ומקרה, ואפילו בכל קבוצת מקרים, יש לחשוב מחדש על כל המטרות ועל התאמתן לסיטואציה הספציפית, ללא יד מכוונת וללא עקרונות מנחים מסוימים.

כיום יש מקום להציג תאוריה פלורליסטית מוצקה לדיני הנזיקין המודרניים, שתיתן מענה אמיתי למקרה של התנגשות בין מטרות ותקבע דומיננטיות והעדפה, אך בצורה שונה מזו של אנגלרד או שוורץ. גישתו של גיסטפלד בדבר הבחירה באפשרות הצודקת ביותר מבין כמה אפשרויות יעילות (וגם הגישה האפשרית ההפוכה, הבוחרת באפשרות היעילה ביותר מבין כמה אפשרויות צודקות) אמנם מבטאת פשרה של ממש בין הרתעה יעילה לצדק מתקן, אך היא אינה נותנת מענה כולל לשאלה של התנגשות בין שתי תוצאות, שהאחת יעילה והאחרת צודקת. לפיכך, התאמה מסוימת של גישות ג'יימס ג'וניור ורובינט לדיני הנזיקין המודרניים בהחלט יכולה לקדם את יישום הגישה. בשילוב עם גישתו של ויליאמס, ניתן לחשוב על דיון בסוגי מקרים או בקבוצות של מקרים ולא בכל מקרה ומקרה לגופו, תוך מציאת רציונל מיוחד לכל קבוצה כזו. אך הרציונל הזה לא יכול להיות (רק) החלוקה בין עולות מכוונות ולא מכוונות לצורך בחינה של דומיננטיות המטרות בכל מקרה ומקרה.

יש אפוא צורך בגישת ביניים שלא "תחטא" בכלליות-יתר אך גם לא בפרטנות-יתר, ותביא בחשבון את ההתפתחות של דיני הנזיקין המודרניים בכיוונים כה שונים וכה נרחבים. ודוק: אין מדובר בפתירת חזית מול הגישות הפלורליסטיות המוכרות ואף לא מול גישות מוניסטיות. אין כאן כוונה לטעון שכל גישה כזו אינה נכונה או אינה מתאימה כלל, אלא רק ניסיון לבחון אפשרות לשקלולן ולשקלולן של תאוריות פלורליסטיות קיימות לכדי גישה חדשה, שלא תתנגד לכלל הגישות הקיימות, אלא תנסה לדלות ולמצות את יתרונותיהן בהתאם לאופי הפעילות העולתית ובהתאם לזהות הנתבע ולחוסנו הכלכלי.



## ה. הצגת גישה פלורליסטית חדשה: דומיננטיות לגושי מטרות בהתאם לפרופיל הנתבע

### 1. הרציונל: חלוקת הסוגיות הנזיקיות לשני סוגים בהתאם לפרופיל הנתבע, לחוסנו ולאופי פעילותו העוולתית – עסקית-מחושבת או פרטית-ספונטנית

דיני הנזיקין מורכבים יותר מאותה סכמה בסיסית שלפיה א' הזיק ל-ב' בעוולה, נגרם ל-ב' נזק, קיים קשר סיבתי בין העוולה לנזק ו-ב' מעוניין לתבוע את א'. כפי שראינו בפרק הקודם, המורכבות נוגעת בין היתר בשאלת ההתייחסות של שיטת המשפט לשאלות בסיסיות, כגון ההבחנה בין עוולות מכוונות ללא מכוונות, בשאלה מהו נזק, בשאלת ההכרה בפיצוי על-פי הסתברות, באפשרות הפיצוי ללא הוכחת נזק, באפשרות התביעה של ניזוק לא ישיר ותביעה נגד מי שאינו המזיק הישיר (אלא שולחו, מעבידו, מבטחו וכיוצא באלה), בבחינה האם יש שיקולים מתחומי משפט אחרים שיש להביאם בחשבון ולהביא לסנכרון בינם לבין המטרות של דיני הנזיקין ועוד.

חלק מהמורכבויות הללו נמצא בבסיסם של דיני הנזיקין המסורתיים, וחלק מהן חדש או התעצם דווקא בדור האחרון. בייחוד אמורים הדברים כלפי זהות הנתבע (להבדיל מזהות המזיק). כיום יש בדיני הנזיקין מעגלים חדשים של נתבעים – נתבעים שהם גדולים ומתוחכמים, ונתבעים שאינם כלל המזיקים הישירים. בעבר לא היו תביעות-ענק בגין רשלנות רפואית או נזקי עישון, תביעות-ענק נגד יצרנים, תביעות נגד המדינה ומוסדותיה ועוד. מעבר לכך לא ניתן להתעלם מההתפשטות העצומה של המנגנון הביטוחי. רוב התביעות מופנות למעשה כיום נגד מי שאינם המזיקים הישירים. כתוצאה מכך ניתן לחשוב על מנגנון אחר לפיצוי, ובכך לבטל את דיני הנזיקין הקלאסיים ולהעמיד תחתם הסדר כגון ביטוח לאומי ואחריות של המדינה, והצעות כאלה אכן נשמעו.<sup>143</sup> מבלי לדון בהצעות כאלה (נושא החורג ממסגרת חיבור זה), ובהנחה שדיני הנזיקין עומדים על כנם, יש לבחון מה צריכה להיות ההשפעה של השינוי בסוג הנתבעים, שהרי ברור כי אין להתעלם ממנו.

ודוק: ניתן היה להתחשב בשינויים נוספים ובדגשים נוספים, אך לטעמי זהו הנתון המשמעותי ביותר בדיני הנזיקין המודרניים: חלק ניכר מהנתבעים כיום בנזיקין אינו הפרט – השכן או הזר שתקף את רעהו עקב סכסוך על מקום חנייה, או שגרם לו למטרד בכך שהרעיש בשעות לא מקובלות. רוב הנתבעים הם גופים כלכליים מסחריים או ממשלתיים גדולים כגון גופי תקשורת ורשויות המדינה, הנתבעים בעצמם, או גופים גדולים כגון מעבידים או מבטחים, הנתבעים אף שאינם המזיקים הישירים, כך שאין מדובר במזיקים פרטיים קלאסיים. גופים אלה הם בעלי כיס עמוק המפזרים נזק; בינם

143 מור "רפורמה", לעיל ה"ש 10, בעמ' 733-734 והאסמכתאות שם.

לבין הניזוק יש פערי כוחות משמעותיים והם מביאים בחשבון את הפיזי עובור הנזק לזולת כחלק מהוצאותיהם במחזור השוטף של הוצאות והכנסות. במילים אחרות, הם עושים כעניין שבשגרה חישובים שונים לבחינת כדאיות פעולותיהם, ומביאים בחשבון הוצאות של תאונות כהוצאות ככל הוצאה אחרת במנגנון שאותו הם מפעילים. נתבעים פוטנציאליים כאלה יתמרצו דרך המנגנון הנזיקי להפחית משמעותית את מספר התאונות ואת הוצאותיהן ולפתח אמצעי זהירות טובים יותר אם יבינו כי הפעילות המזיקה אינה משתלמת להם מבחינה כלכלית. לפיכך, לגבי גופים כאלה יש להחיל הרתעה יעילה.<sup>144</sup> לעומת זאת, כלפי המזיק הקלאסי הפרטי (שנתבע אך אינו מבוטח ואין מאחוריו שולח או מעביד) ייתכן שיש דרכים שונות ואחרות להרתעה. אולי הרתעה ככלל, במיוחד זו המבוססת על יעילות כלכלית, היא מלכתחילה משמעותית פחות כלפי מזיק כזה, שכן קשה לתאר מזיק פרטי המחשב לפרטי פרטים את הוצאות המניעה מול תוחלת הנזק ופועל באופן רציונלי ולא יצרי לפי חישוב זה.

דווקא: גופים גדולים, מחושבים ומתוחכמים כאלה אמנם נתבעים והם המפצים בפועל, אך במקרים רבים הם אינם המעוולים הישירים, בעוד הצדק המתקן בתפיסתו הטהורה מבטל כמעט כל מבט החיצוני ליחסים שבין הצדדים הקונקרטיים, כולל צדק מחלק ופיזור נזק וכן הרתעה. אכן, היו שראו את החולשה העיקרית של גישות מוניסטיות להבנת הצדק המתקן – ובייחוד את גישתו של ויינריב – לאו דווקא בעצם ביסוס התאוריה אלא בשאלת התאמתה למציאות הנורמטיבית שבה לא ניתן להתעלם מעקרונות שמעבר לשני הצדדים הקונקרטיים לאירוע הנזיקי.<sup>145</sup>

אחת הביקורות על ההתמקדות בימינו במטרת הצדק המתקן בהקשר זה מגיעה מכיוונו של המלומד הבריטי פטריק עטיה (Patrick Atiyah).<sup>146</sup> עטיה טען כי ההתפתחות העצומה של המנגנון הביטוחי למעשה ייתרה ממש את מטרת הצדק המתקן, שכן הביטוח הוא זה שמשלם ומפצה במרבית המקרים, כך שההוצאות הללו עוברות באמצעות מנגנון לפיזור נזק אל כלל הציבור. לדבריו, ביטוח גם מדכא את מטרת ההרתעה שכן אין הבדלים רבים בין פרמיות למבוטחים שונים, כך שאין תמריץ אמיתי להירתע מביצוע עוולות (על כך אשוב ואעיר כי במדינות שבהן יש ביטוח דיפרנציאלי ביקורת זו מתעמעמת, ויש להביא בחשבון לעניין זה גם השתתפות עצמית). עטיה הציע,

144 עם זאת, אין להתעלם גם מביקורות שעלו בדבר השימוש הלא מושכל במטרת ההרתעה היעילה בתביעות נגד חברת ביטוח. ראו, למשל, Stephen D. Sugarman, *Doing Away with Tort Law*, 73 CAL. L. REV. 555, 573 (1985) ובהמשך לכך, STEPHEN D. SUGARMAN, DOING AWAY WITH PERSONAL INJURY LAW (1989). כן ראו קרן-פז "שוויון", לעיל ה"ש 16, בס' ד(ג). יש לציין כי ביקורות אלה אפקטיביות יותר בשיטה שבה הפרמיות אחידות. אם הביטוח דיפרנציאלי, ולו בצורה מסוימת, חלק מהביקורות הללו נופל.

145 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 57.

146 PATRICK S. ATIYAH, THE DAMAGES LOTTERY 189 (1997).

כפתרון, שלא ליישם את דיני הנזיקין כלל בפגיעות אישיות, אלא לעבור אך ורק למערכת של ביטוח פרטי וסוציאלי.<sup>147</sup>

כאמור, לא אדון בהצעות אלה לגופן כל עוד המצב של המערכת הנזיקית הוא המצב הקיים. אומר רק כי אמנם אין לשלול ניסיון להסביר פיצוי שלא על-ידי המזיק הישיר כגרסה מסוימת של צדק מתקן בתפיסה מרחיבה, אולם ברי כי אין מדובר בצדק המתקן הטהור שעליו הצביע ויינריב. נוסף על כך, אכן יש מקום של כבוד לצדק המתקן ב"כותל המזרח" של מטרות דיני הנזיקין, אך די ברור כיום כי יש מקום גם למטרות אחרות. ויינריב אמנם לא התעלם מנוכחותן של מטרות כגון צדק מחלק, אך הוא לא ראה בהן חלק אינהרנטי מדיני הנזיקין דווקא, אלא סבר כי הן מבססות הסדרים חקיקתיים ציבוריים כגון ביטוח לאומי. בכך התעלם ויינריב ממנגנונים לפיצוי נזיקי הנשענים על אחריות מוחלטת כגון הסדרי פיצוי לנפגעי תאונות דרכים, בישראל ובמדינות אחרות, ובכך הוא התעלם מהסדרים נזיקיים – דווקא נזיקיים – הרווחים כיום בעולם.

לפיכך, תביעות נגד נתבעים גדולים, מחושבים ומתוחכמים, המוגשות על-ידי פרטים שניזוקו, ובייחוד תביעות המצביעות על פערי כוחות גדולים, מצדיקות מתן משקל ניכר דווקא לצדק המחלק ולפיזור הנזק וכן ליעילות הכלכלית שבהרתעה. זהו אותו "גוש אינסטרומנטלי" – גוש המטרות שאינו מתמקד בצדדים הספציפיים בעוולה אלא בעקרונות של הכוונת התנהגות ושימוש בדיני הנזיקין כמכשיר לקידום חברתי. גוש זה בוחן את התועלת הציבורית או המדינית החברתית, המתחשבת גם, ובעיקר, בטובת החברה. אי-ההתרכזות בצדדים הקונקרטיים עלולה לפגוע בפרט התובע אך עשויה גם להועיל לו. כך, למשל, הדבר מאפשר לו לטעון שנתבעים כגון חברת ביטוח, עיתון, המדינה ורשויותיה או יצרן הינם "כיס עמוק" ומפזרי נזק יעילים ויש להטיל עליהם אחריות אף אם אין זה מוצדק (מכיוון שהם לא תמיד האשמים בנזק והמזיקים הישירים). כעת אעבור לדיון בשתי המטרות המרכיבות את הגוש הדומיננטי במקרה דנן – הצדק המחלק וההרתעה היעילה.<sup>148</sup> תחילה אבחן את הצדק המחלק, הדין, כזכור, בדרך

147 גיטפלד הסכים כי ייתכן שיש מערכות יעילות יותר מדיני הנזיקין של ימינו, אך הוא הסביר, בראייה היסטורית, כי המערכת הנוכחית של בחינת הוצאות התאונה וחיפוש אחר יעילות כלכלית מבלי להתעלם מעקרונות מוסריים היא כה מוטבעת ומושרשת, עד כי הוצאות השינוי של מערכת כה מושרשת עלולות לעלות על הרווחים הפוטנציאליים משינוי כזה (Geistfeld), לעיל ה"ש 106, בעמ' 256).

148 במסגרת מאמר אחד לא ניתן להקיף, הן בהצגת התזה של המאמר והן בהצגת הדוגמאות הנלוות-המיישמות, את מכלול ההתייחסויות למטרות יחידות; דהיינו: כאשר אציג את התזה ואת המקרים המיישמים אותה לא אוכל במגבלות המקום לדון בצדק המתקן לפי כל הגישות להבנתו, אף שהן שונות מאוד בתכלית, וכך גם לגבי הגישה הכלכלית בנוזיקין והצדק המחלק. לפיכך ההתייחסות תהיה לזרם המרכזי בכל מטרה כזו, כלומר: לתפיסת הצדק המתקן כתלוי-אשם להבנתו של ויינריב בעיקר, עם אפשרות להרחבה מסוימת, אך לא לתפיסתם של פלטר או של אפשטיין, אלא אם תהיה לכך משמעות מיוחדת באופן נקודתי. הוא הדין גם באשר לגישה הכלכלית ולצדק המחלק.

החלוקה של פרוסות העוגה המשמשת דימוי לרווחה המצרפית. אליבא דגישת הצדק המחלק, חלוקת המשאבים בחברה נעשית לא לפי עיקרון של אשמה, שבבסיס הצדק המתקן, אלא לפי קריטריון של ערך ושווי. בהקשר זה נבחנים מגזרים שונים – חלשים מול חזקים במגוון ביטויים: עשירים מול עניים, האדם הפשוט מול גופים גדולים, האזרח הקטן מול רשויות המדינה, עובדים מול מעבידים, נשים מול גברים וילדים מול מבוגרים. מכיוון שאין התמקדות בצד קונקרטי, וההתמקדות הינה במגזר שאליו כל צד משתייך, הצדק המחלק (שלא כמו הצדק המתקן) אינו תלוי בסיבתיות.<sup>149</sup> לפיכך יש התופסים את חלוקת העושר האמיתית בחברה כמתחשבת דווקא בחלשים ובעניים יותר, תוך רצון ללכת לקראתם ולאפשר להם לקבל פיצוי כשהם תובעים גופים חזקים וגדולים כגון יצרנים, מעבידים או שירותי בריאות. אכן, יש הסבורים כי עושרו של הנתבע כשלעצמו יכול במקרים מסוימים לשמש צידוק לקידום של הטלת אחריות עליו.<sup>150</sup> התחשבות כזו בפערי הכוחות בין הניזוק-החלש לבין המזיק-החזק יכולה להיות *ex ante*, על-ידי המחוקק, למשל על-ידי קביעת אחריות מוגברת על יצרנים למוצרים פגומים מתוך תפיסה שהם, כגופים החזקים, יכולים לרכוש ביטוח וכך לפזר את הנזק בין ציבור הצרכנים, והם גם יכולים להעלות במעט את מחיר המוצר וכך לפזר את הנזק על צרכנים רבים כך שכל אחד יישא בו באופן מזערי,<sup>151</sup> ולא שניזוק אחד יישא בנזק רב. אותה התחשבות גם יכולה להיות *ex post*, על-ידי בית המשפט שעליו להכריע בתביעה של חלש נגד חזק, כשהתביעה של החלש סובלת מקשיי הוכחה או מקשיים אחרים. במקרים כאלה בתי המשפט בחרו לעתים פתרונות יצירתיים. אף שבתי המשפט לא קיבלו באופן "אוטומטי" תביעות של חלשים נגד חזקים שהן בעלות קשיי הוכחה (מה שהיה מנוגד מאוד לצדק המתקן), לעתים הם בחרו במקרים כאלה בפתרונות ביניים מסוימים כגון העברת נטל הוכחה או מתן פיצוי חלקי על-פי הסתברות. ייתכן מאוד שאם יחסי הכוחות היו אחרים, ולא של חלש התובע את החזק, לא היו מתפתחים פתרונות יצירתיים שכאלה.<sup>152</sup>

149 מכיוון שמדובר בקונספציה שאינה קשורה לצדדים הקונקרטיים היו שמצאו שהיא סותרת את העיקרון המוסרי של הצדק המתקן, ומכאן פתוחה הייתה הדרך לויינריב ולמלומדים אחרים מבית מדרשו לטעון שצדק מחלק וצדק מתקן אינם יכולים לדור בכפיפה אחת. ראו ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 13.

150 שם, בעמ' 54.

151 בדומה להוצאות אחרות כגון הסעת המוצר או העסקת עובדים, המכומות לצורך קביעת מחירו הסופי של המוצר. ראו דיני הנויקין: תורת הנויקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29.

152 אכן, הפן של ההתחשבות בחלש גורם לתוצאות שונות. אחת מאותן תוצאות היא הנטייה של בתי המשפט לייחס לשני מעוולים אחריות למלוא נזקיו של ניזוק אף אם התוצאה עלולה לגרום לחיוב של כל אחד מהם ביותר מכדי הנזק שלו גרם בפועל. ראו עניין קורנהויזר, לעיל ה"ש 16; ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989); יש להניח שזה גם היה הזרז להתפתחות המהירה יחסית בהכרה בדוקטרינת הנזק הראייתי בישראל, במיוחד במקרים של רשלנות רפואית והיעדר רשומות רפואיות או רשומות חסרות. ראו שם, וכן פורת ושטיין, לעיל ה"ש 129. התפתחות נוספת קשורה

משפטים לט תש"ע "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנוזקין המודרניים

בעקבות התרחבות האפשרויות לתבוע גופים גדולים, ואף את המדינה ורשויותיה, יש לעניין זה חשיבות רבה.<sup>153</sup>

כלפי קבוצת הנתבעים הגדולים והמתוחכמים רלוונטית במיוחד גם מטרת ההרתעה היעילה, הנמצאת באותו "גוש אינסטרומנטלי" של מטרות עם הצדק המחלק. כאן ודאי שייכים מאוד אותם עקרונות של חישוב מראש של הוצאות מניעת הנזק מול תוחלתו, הבחינה מיהו מונע הנזק הזול או השוקל הטוב, ובאופן כללי המאמץ להפחית את הוצאות התאונות ואת מספר התאונות. מזיק יחיד-פרטי לא תמיד מחשב זאת. אין לצפות שיעשה זאת או שבאמת ניתן יהיה לכוון את התנהגותו. לעומתו, נתבע גדול ומתוחכם מחשב גם מחשב, ובדרך כלל מעסיק גם פונקציה לניהול וחישוב סיכונים שעושה זאת עבורו, ולפיכך ניתן לכוון את התנהגותו, לייעל אותה וכך להגדיל את הרווחה המצרפית.<sup>154</sup>

בסיבתיות עמומה. לדעת שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 129, צדק (מחלק) – ולא פיצוי על-פי הסתברות במקרי סיבתיות עמומה – היה העיקרון האמיתי לפסיקת פיצויים במקרה נשוא הדיון בע"א 7375/02 ב"ח כרמל חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005), שם הכיר בית המשפט העליון בפיצוי חלקי בשיעור הגברת הסיכון. מדוע? באותו מקרה לא מסרה התביעה לבית המשפט כל נתונים, אפילו מקורבים, שמכוחם ניתן היה לפסוק אפילו פיצוי חלקי בהתאם להסתברות בתביעתה של ילדה קטנה כנגד בית-חולים וקופת-חולים. מדובר אפוא בפיצוי בהתאם לסטנדרטים של צדק, על-פי עוולת הרשלנות, ולא בפיצוי על-פי הסתברות המבוסס על החלק ב-היחוס למעשיו הרשלניים של הנתבע, כפי שהצהיר בית המשפט. גם בדיני החוזים הצדק המחלק מוכר בהליכה לקראת הצד החלש בפרשנות חוזה. ראו לאחרונה ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.8.2007). הדבר רלוונטי גם ביחסים שבין הפרט לשלטון, ולאחרונה אף בעניין של רשות מקומית הנחשבת לחלשה מול המדינה בעניינים מנהליים של תכנון ובנייה, בהוראה שלא להרוס כביש גישה לא חוקי לכפר ערבי מטעמי צדק אף שמדובר בבנייה לא חוקית (ב"ש (שלום חי) 3490/06 עבד אל קרים נ' הועדה המחוזית לתכנון ובנייה מחוז חיפה, פס' 13 (פורסם בנבו, 20.9.2007)).

153 וכפי שסבור קנת' אברהם: "Standing alone, this justification [the gap between the parties; B.S.] for the imposition of tort liability may not be strong; but when allied with one or more of the other functions of tort liability, the possibility that imposing liability on an impersonal institution will help to redress social grievances may well help to explain why ABRAHAM) some close cases are decided the way they are" (לעיל ה"ש 10, בעמ' 20).

154 דווקא באשר למנגנון הביטוחי בראיית ההרתעה היעילה ומידת השפעתו על תמריצי המניעה ישנן דעות שונות. ראו סקירתו הביקורתית של גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 487-492. גלעד סבור שהביטוח פוגע בהרתעה במידה ניכרת. פוזנר משוכנע שההרתעה היעילה היא המטרה המרכזית גם ככל שמדובר בחברות ביטוח, כך שההרתעה היעילה נותרת מטרה מרכזית של דיני הנוזקין גם במקרה שיש ביטוח. אצל קלברזי הדברים מורכבים יותר. ראו Landes & Posner, לעיל ה"ש 4, בעמ' 58. לא ניכנס כאן למחלוקות אלה ולפיכך לא ניכנס לעומק ההבחנה, לענייננו, בין חברת ביטוח כגוף כלכלי גדול ומחושב לבין נתבעים אחרים העומדים בקריטריונים אלה. בפועל, בתי המשפט התחשבו בקיומו של ביטוח או בהיעדרו, למשל לצורך קביעת חובת הזהירות (ע"א

כאן יש לדייק: צדק מחלק והרתעה יעילה שייכים שניהם לגוש האינסטרומנטלי, אך הם בוודאי אינם מטרות זהות. יש שראו ביניהם קרבה רבה ואפילו עד כדי הכלה,<sup>155</sup> היו שביכרו להעלות על נס דווקא את הסתירות האפשריות ביניהם,<sup>156</sup> והיו שבחנו אותם זה מול זה והגיעו למסקנות שונות מתוך ניסיון להגיע לניתוח הכולל את שניהם.<sup>157</sup> בכל מקרה יש לצדק המחלק ולהרתעה היעילה רציונל מסוים משותף, הוא הרציונל האינסטרומנטלי. שניהם אינם מסתכלים בהכרח על שני הצדדים הישירים לעולה אלא על תוצאות חברתיות כוללות. עניינו של הצדק המחלק בשאלת חלוקתה של עוגת הרווחה החברתית ובניסיון להקנות יותר מתוך הקיים למי שמסורתית ומגורית יש לו פחות; עניינה של ההרתעה היעילה בניסיון להגדיל את עוגת הרווחה הכוללת דרך הכוונה של התנהגות הצדדים.<sup>158</sup> לפיכך שתי המטרות הללו גם אינן סותרות בהכרח, וניתן לצפות שהגשמת הבסיס לשתייהן גם יחד תביא למילוי הרציונל האינסטרומנטלי בצורה מלאה. אכן, אם דיני הנזיקין מתעלים מעבר לצדדים עצמם בניסיון גם להגדיל את העוגה וגם לחלק אותה באופן שוויוני יותר ולפזר את הנזק בצורה מיטבית, הפעולה היא פעולה שלמה מבחינת הכוונה ההתנהגות שבבסיס הגוש האינסטרומנטלי. אכן, יש מן הדוגלים בגישה הכלכלית העוסקים לא רק במקסום הרווחה אלא גם בשיקולי חלוקה ורווחה,<sup>159</sup> והדבר נראה טבעי מתוך הרציונל המאחד בין המטרות, הרב על השוני

491/73 גדולי החולה בע"מ נ' מחרוז, פ"ד כט(2) 32, 38-39 (1975). אך ראו דעת השופט ויתקון בעניין לגיל טרמפולין, לעיל ה"ש 17, בעמ' 75). על כל פנים יש גם תמריצי מניעה אחרים באמצעות הביטוח כגון השתתפות עצמית, התניית הכיסוי הביטוחי מראש ברכישת אמצעי מניעה, ולעתים גם ייעוץ ביטוחי בענייני מניעה (גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 489, בין היתר על-פי Gary T. Schwartz, *The Ethics and Economics of Tort Liability Insurance*, 75 CORNELL L. REV. (1990) 313). מצד אחר, קיימים סוגים של הרתעה גם כאשר חברת הביטוח משלמת; ראו להלן.

155 אנגלרד, כאמור, ראה את הצדק המחלק ככולל את ההרתעה. ראו לעיל, ליד ה"ש 67.

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

157 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, לאורך מאמרו.

158 שם, בעמ' 424.

159 פוזנר, מאבות הגישה הכלכלית, אכן טען כי מקסום הרווחה מבטא תפיסה של צדק מחלק. Richard A. Posner, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, 10 J. LEGAL STUD. 187 (1981). גם קלברוי, אף הוא מאבות הגישה הכלכלית, מביע התנגדותו להפרדה בין מטרות אלה וסבור כי התעלמות של גישה כלכלית משיקולים חלוקתיים לא יכולה להצליח. ראו Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L.J. 1211, 1223-1224, note 36, 1227 (1991). לטענה שקלברוי שינה גישתו בנקודה זו במשך השנים ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 428-429, ה"ש 20 והאסמכתאות שם. לדעתי ניתן לדלות גישתו זו אפילו ממאמרו המוקדם והמפורסם עם מלמד, Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1098-1099, 1102-1105. לגישות אחרות ראו גלעד "הרתעה יעילה", שם, בעמ' 426.

ביניהן. מתוך הקריאה של אנשי הניתוח הכלכלי לשילוב בין שתי המטרות נולדה גם גישה חדשה, שהוזכרה לעיל בתיאור גישתו של גיסטפלד – פונקציית הרווחה החברתית.<sup>160</sup> כפי שראינו, קו מאחד נוסף בין המטרות הללו הוא פיזור הנזק, הנראה כבסיס להגשמת שתי המטרות (או, כאמור, כמטרה עצמאית הנושקת לשתי המטרות הללו). ברור גם כי לעתים הצדק המחלק ופיזור הנזק רלוונטיים פחות, אם אין בנמצא מנגנוני פיזור אפקטיביים ואין שיוך מגזרי שניתן לעשות בו שימוש לצורך חלוקה שוויונית יותר, או ששני הצדדים שייכים לאותו מגזר (למשל שניהם גדולים ומתוחכמים, דוגמה שתידון להלן). במקרה כזה גדל משקלה של מטרת ההרתעה היעילה<sup>161</sup> בתוך הגוש האינסטרומנטלי.

לעומת זאת, בהתאם להצעה המוצעת בזאת, כאשר מדובר בשני פרטים בהתאם לסכמה הנוזיקית המסורתית, ו-א' אינו נתבע גדול ומתוחכם אלא מזיק בודד שהזיק בצורה פחות מחושבת ויותר ספונטנית, לעתים אף יצרית ובלהט הרגע, והוא מפצה ניזוק יחיד מכספו שלו ואינו מבוטח או נהנה מכיסוי של המעביד את הנזק – יש יותר מקום להתחשבות בגוש המתמקד בצדדים הספציפיים ובעקרון האחריות המוסרית, הוא גוש הפיצוי והצדק המתקן, שיכונה להלן גוש "תיקון-פיצוי". במקרים כאלה יש יותר מקום לתיקון העוול דווקא על-ידי אותו מזיק פרטי, כעניין גמולי ומוסרי הנובע מהצורך להשיב את המצב לקדמותו. כאשר מזיקים מחושבים פחות ופעילותם אינה עסקית-כלכלית, ומדובר באנשים פרטיים, הגוש האינסטרומנטלי מלכתחילה שייך פחות, שכן קשה מאוד לכוון את התנהגותם של מזיקים כאלה בעתיד, לייעל אותה ובכך להגדיל את הרווחה המצרפית.

מובן כי גם מטרות הפיצוי והצדק המתקן השייכות לגוש זה אינן זהות. הצדק המתקן, לתפיסתו השונת, שונה ממטרת הפיצוי. בבסיס הצדק המתקן נמצא עקרון האשם והגמול למעול, הגורס שדווקא הוא זה שצריך לשלם לניזוק על הנזק שגרם לו; בעוד שלפי מטרת הפיצוי ניתן להכיר ואף לעודד תשלום מאת מנגנון ממשלתי או אחר (כגון קופה כללית שמקימים שירותי הבריאות או חברות הטבק לפיצוי נפגעים). מנגנון כזה יכול להיות קשור למזיק כגון חברת ביטוח המבטחת אותו והוא משלם לה פרמיות, אך

160 לעיל, ליד ה"ש 107. גם גלעד סבור כי "בפועל מתברר, כי עיקרה של הכתיבה בתחום הניתוח הכלכלי של דיני הנוזקין בוחן את הכללים המשפטיים בהקשר של הגדלת רווחה מצרפית. ניתוח כלכלי מתמקד [צ"ל: המתמקד; ב' ש'] בהגשמת מטרות חלוקתיות של דיני הנוזקין הוא בבחינת יוצא מן הכלל. זאת על אף שהמקור שהניתוח הכלכלי יונק ממנו – כלכלת הרווחה החדשה – הכיר בצורך לשלב בין שני סוגי השיקולים תוך מציאת האיוון הראוי ביניהם" (גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 428). נמצא שמדובר בשילוב הטבעי, שהוא בוודאי טבעי יותר לעומת שילובים אחרים של אחת ממטרות אלה עם מטרת הצדק המתקן או מטרת הפיצוי.

161 שם, בעמ' 496.

תיתכן גם קופה אחרת, המפצה ללא קשר ישיר למזיק.<sup>162</sup> ההבדל בין צדק מתקן למטרת הפיצוי מתחדד גם דרך הבחנתו של גלנוויל ויליאמס בדבר שני ההיבטים בצדק המתקן לתיקון המוסרי – ההיבט הקשור למזיק (גמול מוסרי כאחד הבסיסים לצדק, דהיינו: דווקא חיובו של המזיק לשלם ולא חיובו של גוף אחר) והיבט הפיצוי לניזוק; בעוד מטרת הפיצוי מגלמת רק את ההיבט של הפיצוי המוסרי, דהיינו: תיקון לניזוק.<sup>163</sup> הצדק המתקן (לפחות לפי הגישות המרכזיות לתפיסתו) הוא תלוי אשם, ואילו מטרת הפיצוי אינה כזו. המשותף לשתי המטרות הוא הצורך להשיב את המצב לקדמותו דרך התמקדות בסיטואציה הספציפית ולא בעקרונות, בצדדים או באינטרסים חיצוניים – וזהו מכה משותף גדול מאוד. לפיכך, אף שבדרך כלל מטרות אלה הולכות יד ביד, פיצוי שלא על-ידי המזיק אלא על-ידי המדינה או גוף שלישי אחר, בייחוד אם הוא רחוק מאוד מהניזוק (דהיינו שלא מדובר במעביד או בחברת ביטוח הקשורים למזיק מכוח חוזה עבודה או ביטוח) עלול להיות מנוגד לצדק המתקן ולהתאים למטרת הפיצוי. גם במקרה כזה רב המשותף על השוני בין אותן שתי מטרות, וכאמור, היו אף שראו את הפיצוי כמשרת את מטרת הצדק המתקן.

כיצד נסתכל, לפי ההצעה, על מצב שכיח מאוד שבו המעוול הישיר אמנם אינו גוף גדול ומתוחכם, אך יש גוף כזה מאחוריו המפצה בפועל, כגון חברת ביטוח, מעביד או שולח? במצב כזה הרלוונטיות תהיה לנתבע, מי שמפצה בפועל, וכלפיו ייתר הגוש האינסטרומנטלי. כלומר: ככל שהפיצוי ישיר פחות, ומתקבל, למשל, מאת הביטוח, ישנה רלוונטיות פחותה לגוש תיקון-פיצוי. אמנם גם במקרים של פיצוי על-ידי ביטוח או מעביד האחריות מוטלת למעשה על המזיק הישיר, אלא שמנגנונים שונים מפזרי נזק הם המפצים בפועל ולא המזיק הישיר. אין כאן צדק מתקן קלאסי, אף אם המזיק הישיר מורתע בכל זאת שכן הוא "משלם" משהו – השתתפות עצמית, עליונית הפרמיות בשנה העוקבת (ביטול של הנחת היעדר תביעות) או פגיעה בשמו הטוב הפרטי או המקצועי בעקבות הטלת האחריות עליו, ואף הרתעה במישורים אחרים אפשריים (כגון פלילי או משמעתי), גם אם לא שילם בפועל דבר לניזוק. גורמים אלה מתמרצים אותו בכל זאת

162 לכאורה ניתן לומר שגם בכך יש משום צדק מתקן מסוים, שכן אחרי ככלות הכול, הפיצוי מתקבל בדרך כלל גם במקרים אלה בעקבות הטלת האחריות על המזיק הישיר, גם אם לא הוא משלם מכיסו בסופו של דבר וגם אם אותה קופה אינה אחראית עליו באופן ישיר. כפי שצוין לעיל, ניתן גם לומר שכאשר חברת ביטוח משלמת במקרים שהמבוטח הזיק לאחר, המזיק כפוף להשתתפות עצמית ולעליונית הפרמיות בשנה העוקבת, ואף לפגיעה בשמו הטוב (פגיעה שהוא הביא על עצמו) ולסנקציות אפשריות נוספות בעצם ההחלטה להטיל עליו אחריות, גם אם אחר שילם במקומו. אולם אלה אינם בבחינת צדק מתקן קלאסי. יש כאן תשלום חלקי מאוד, וכלפי חברת הביטוח, ודווקא זו משלמת את הפיצוי המלא לניזוק, אף כי גרעין מסוים של צדק מתקן בכל זאת קיים כאן.

Williams 163, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141-142.



משפטים לט תש"ע "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים

להיזהר, שכן זה סוג של פגיעה בו אף אם אין מדובר בפיצוי מלא.<sup>164</sup> אמנם גישתו של וויינריב בדבר הצדק המתקן הטהור היא קיצונית משהו, ויש מקום לבחון את הצדק המתקן בראייה מרחיבה יותר; אולם ניסיון לטעון למשל שתביעה נגד חברת ביטוח מקיימת את מטרת הצדק המתקן הקלאסית הוא מעושה למדי, שכן ברור לכול שלא המזיק הוא זה שמפצה את הניזוק על הנזק (אף אם למזיק יש קשר לתביעה כמוטב של חברת הביטוח המשלמת בפועל ואף אם הוא משלם בכל זאת השתתפות עצמית, או אם שמו הטוב נפגע במקרה שנקבעה לו אחריות נזיקית וכו').

כיצד יופעל המודל המוצע? בשני שלבים. השלב הראשון הוא קביעת הדומיננטיות של גוש המטרות המסוים, בהתאם לפרופיל הנתבע, לחוסנו הכלכלי ולאופי הפעילות העוללתית. השלב השני הינו האיזון בין גושי המטרות באופן שהגוש הדומיננטי יקבל אמנם עדיפות – אך לא ניצחת, דהיינו: התוצאה של יישומו לא תהיה גורפת מדי אלא תסווג במקרים שיישום זה מביא לכדי פגיעה משמעותית במטרות המרכיבות את הגוש האחר.

## 2. השלב הראשון בהפעלת התאוריה: הדומיננטיות של כל גוש מטרות (גוש תיקון-פיצוי / הגוש האינסטרומנטלי) תיקבע בהתאם לפרופיל הנתבע ולאופי פעילותו

תחילה לשלב הראשון. לצורך קביעת הדומיננטיות של גוש המטרות המסוים יש לבחון את דיני הנזיקין בהתאם לשתי קבוצות של מקרים. בחינת דיני הנזיקין לא תיעשה אפוא כמקשה אחת, לא מקרה-אחר-מקרה וגם לא בחתך של קבוצות רבות, אלא החתך יהיה של שתי קבוצות בלבד. בכל קבוצת מקרים כזו תיבחן הדומיננטיות של גוש מטרות, ולא כל מטרה בפני עצמה. שני גושי המטרות הם "גוש תיקון-פיצוי", הכולל את מטרות הפיצוי והצדק המתקן, המתמקדות בצדדים הקונקרטיים לאירוע הנזיקי, מחד גיסא; ו"הגוש האינסטרומנטלי", הכולל את מטרות ההרתעה היעילה והצדק המחלק, המתמקדות בעיקר בעקרונות שמעבר לשני הצדדים הללו, מאידך גיסא. בימינו אכן קשה

164 ייתכן שדיני הנזיקין צריכים להתחשב בהרתעות אלה שמחוץ לדיני הנזיקין בחישוב הכלכלי של ההרתעה היעילה במקרים כאלה, כדי שלא יביאו לידי הרתעת-יתר, הנובעת מהרתעה אופטימלית דרך דיני הנזיקין בצירוף הרתעה חוץ-נזיקית. גלעד הציע במפורש לקזז במקרים אלה את האפקט המרתיע של אותם גורמים חוץ-נזיקיים מן ההרתעה הנדרשת בהתאם לדיני הנזיקין (גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 452). רוברט קוטר ואריאל פורת הציעו לקזז את הסיכון העצמי למזיק, שכן בחלק גדול מהפעילויות המסוכנות שהוא נוקט (כגון נהיגה) הוא לא רק מסכן אחרים אלא גם את עצמו. לפיכך, כאשר בית משפט קובע אם המזיק התרשל, עליו לשקול לא רק את הסיכון שיצר כלפי הניזוקים בכוח אלא גם את הסיכון שיצר כלפי עצמו (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)). ולא נאריך בדיון בהצעות מעניינות אלו כאן.

לדבר על מטרות של דיני הנזיקין שתהיינה מתאימות בצורה אחידה לכל סוגי הסיטואציות, אך אפשר לדבר על הצלבה בין גושי מטרות (ולא מטרות יחידניות) לבין סוגי המקרים הנזיקיים בעיקר מבחינת אופי הנתבע וחוסנו הכלכלי, ובכך תיבדלנה הקבוצות זו מזו. יודגש כי מדובר: (א) בתעדוף של גוש מטרות אחד על משנהו בסוג מקרים כזה, ולא בביטול של הגוש הדומיננטי פחות (בניגוד לדרכן של הגישות המוניסטיות ואולי אף בניגוד לגישתו בפועל של שוורץ); (ב) בתעדוף גוש של מטרות על הגוש המתחרה, ולא בבחינת כל מטרה יחידנית בפני עצמה (בניגוד לגישות גיימס ג'וניור ורובינט); (ג) בבחינת אופי הפעילות והנתבעים לצורך מתן דומיננטיות *ex ante* לגוש מטרות בכל קבוצת מקרים כאלה ולא בהליכה מקרה-אחר-מקרה (בהתאמה עקרונית, אם כי לא תוכנית, לגישתו של ויליאמס). כך מנסה המודל המוצע למצות יתרונות מכל אחד מהמודלים הקיימים ולזנוח את חסרונותיו.

אותן שתי קבוצות מקרים נגזרות מאופיו של הנתבע, מפעילותו העוללתית ומחוסנו הכלכלי. גישתו של שוורץ בדבר העדפת ההרתעה היעילה מתאימה במיוחד לנתבעים מתוחכמים וגדולים שאותם יש להרתיע כלכלית, ולא תמיד הצדק המתקן שייך בעניינם, שכן הם נתבעים שאינם המעוולים הישירים אלא רק מפצים בפועל עקב קשר חוזי, יחסי עבודה וכיוצא באלה. גישות המעדיפות את הצדק המתקן כגון גישותיהם (השונות) של אנגלרד ושל ויינריב מתאימות יותר לנתבעים שהם מזיקים פרטיים, שם ניתן לאתר קשר ברור של מזיק שעליו לתקן את הנזק וקשה לדבר על הרתעה כלכלית בכל מקרה לגבי נתבעים כאלה. חלקם אולי מחושבים בצורה מסוימת, אם כי לא ממש מנהלים סיכונים, אך חלקם, אולי אף רובם, ספונטניים לגמרי ואינם מחושבים כלל.

אם מפרידים את הגרעין שבבסיס שתי הגישות הללו – כל אחת לסוג המקרים הרלוונטי לה, לפי אופי הסוגיה הנזיקית, פרופיל הנתבע ופעילויותיו העוללתיות – ניתן מחד גיסא ליצוק תוכן בגישות של גיימס ג'וניור ורובינט ולהופכן לבנות-ביצוע וליוצרות ודאות ויציבות משפטית, ולא להסתפק בהצבעה כללית על הצורך לבחון את המטרות בכל פעם בהתאם לסוגיה הנדונה; מאידך גיסא ניתן להעדיף ולהצביע על מטרות שהן דומיננטיות יותר כפי שעשו, בצורות שונות, גיסטפלד, שוורץ ואנגלרד – מבלי להתקבע על עדיפות של מטרה מסוימת בכל מצב ובכל עניין. לפני שנות דור ניסה ויליאמס לפסוע בדרך דומה באופן עקרוני ומבני, אך כאן מוצעת חלוקה שונה משלו.

בפועל, ההצעה הינה שבהתאם לדיני הנזיקין המודרניים, בתביעות נגד גופים כלכליים גדולים, מחושבים ומתוחכמים כגון מעבידים, יצרנים וגופי ממשלה, יש להעניק משקל רב יותר *ex ante* לגוש האינסטרומנטלי שבבסיסו הצדק המחלק ופיזור הנזק וכן ההרתעה היעילה. לעומת זאת, בתביעות נגד מזיק יחיד ופשוט, שפעולותיו בדרך כלל ספונטניות ולעתים אף יצריות ואינן מחושבות, והוא אינו מבוטח (בכלל או כנגד האירוע המסוים בפרט) ואף אין רלוונטיות למעביד, או שזה אינו מכסה את הנזק שגרם, יש להעניק משקל רב יותר לגוש תיקון-פיצוי.

לכאורה, רוח גבית לרעיון שלפיו מזיק פרטי אינו מוחזק כמחושב מגיעה מכיוון ביקורתו של אנגלרד על הגישה הכלכלית. למעשה מדובר בתמיכה מסוימת בלבד, שכן ביקורתו כוללנית מדי. אסביר את הדברים. כאמור, הגישה הכלכלית (בייחוד של פוזנר) לדיני הנוזקין מבוססת על בחינה של הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנוזק, שנועדה להפחית את מספר התאונות והוצאותיהן ולהרתיע רק היכן שהדבר יעיל כלכלית, או על הבחינה (של קלברזי) מיהו מונע הנוזק הזול או השוקל הטוב יותר של הנוזק מבחינה כלכלית. אנגלרד הוא מגדולי מבקריה של הגישה הכלכלית. לדידו, אף שיש לגישה הכלכלית יכולת לפתור בעיות במציאות הנוזקית, עדיין – ולמרות ניסיונות תומכיה המובהקים של גישה זו, כגון פוזנר, להציגה ככזו המטמיעה גם מטרות אחרות של דיני הנוזקין – מדובר בגישה מוניסטית ואינסטרומנטלית. לדעת אנגלרד, זוהי גישה בעייתית, שכן מודל מתמטי אינו תמיד מתאים לטיפול במצבים אקטואליים. במקרים רבים קשה מאוד עד בלתי-אפשרי לדבריו לכמת במספרים יסודות כגון הוצאות מניעה המתבססות על שכחה, טעות ובלבול אנושיים; כמו כן קשה לכמת מלכתחילה התנהגות זהירה – וכל זאת כדי לחשב כיצד ומתי ניתן למנוע טעות אנוש שתגרום לתאונה, ורק אם זו לא נמנעה – ורק אז – להטיל אחריות בנוזקין. אם כן, לדעת אנגלרד בעיות אקטואליות אינן נפתרות באמצעות יישום גישה זו, ועלויות התאונות, כמו גם עלויות מניעתן אינן מופחתות, בעיקר בגלל בעיות קשות בחישוב נתונים אמפיריים-כלכליים מתאימים.<sup>165</sup> על-פי אנגלרד החישוב הכלכלי הוא פשטני ומתעלם מנתונים חשובים.<sup>166</sup> לפיכך, לטעמו, השיטה לא באמת מפזרת את הנוזק כשיש צורך בכך, והניתוח הכלכלי של עלות-תועלת למעשה משאיר את הנוזק במקום שבו הוא נופל.<sup>167</sup> מכאן הספקות באשר ליכולתה של הגישה הכלכלית לאפייין את כל הקונספטים המשפטיים במסגרת הפחתת הוצאות התאונה ובאשר לחשיבות ההרתעה הכללית שבהפחתה כזו.<sup>168</sup> אנגלרד ביקר בעיקר את גישתו של קלברזי, מצא אותה מתוחכמת מדי ואופטימלית, ולפיכך טען שהיא אינה בת-יישום.<sup>169</sup> מעניין שקלברזי עצמו ביקר קשות את פוזנר וטען כי התזה שלו הינה תאורטית מדי ולא ריאלית.<sup>170</sup> אחרים הצביעו על הקושי העצום למצוא יעילות בהרתעה

165 לביקורת כזו כלפי פוזנר ראו ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 36-39.

166 שם, בעמ' 40-42.

167 שם, בעמ' 39, 73; והשוו WINFIELD & JOLOWICZ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 3.

168 Englard 2005, לעיל ה"ש 66, בעמ' 356-357.

169 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 31-35, 361; Englard 1980, לעיל ה"ש 24, בעמ' 36-38; Izhak Englard, *Law and Economics in American Tort Cases: A Critical Assessment of the Theory's Impact on the Courts*, 41 U. TORONTO L.J. 359 (1991).

170 Calabresi & Hirschhoff, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1056-1059.

בהתאם לגישה הכלכלית לזרמיה השונים, בעיקר עקב קשיי מידע שונים, רבים ומהותיים.<sup>171</sup>

על כך יש להוסיף את ביקורתו של אפשטיין על תאוריות תוצאתניות (consequentialism, ובהן גם הגישה הכלכלית), המאפשרות לשופטים לערער, באמצעות יישומן, זכויות של צדדים פרטיים.<sup>172</sup> כאמור, לאחרונה הוטחה ביקורת בגישה הכלכלית למשפט מהיבט זה גם על-ידי זמיר ומדינה, בהשוואה לגישות דאונטולוגיות. לדבריהם, הגישה הכלכלית מתעלמת פעמים רבות מההיבט המוסרי, והם מדברים בשבח השילוב הראוי בין השניים.<sup>173</sup> מכאן עולה לכאורה שבאמת ניתן לבקר את הגישה הכלכלית בשל אי-התאמתה להיותו של האדם כה מחושב ולא ספונטני. עם זאת, מובן שבמסגרת

Mario J. Rizzo, *Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort*, 171 9 J. LEGAL STUD. 291 (1980); גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 446 ואילך. גלעד הציג בהרחבה את הזרמים העיקריים בגישה הכלכלית לדיני הנזיקין ואת ניסיונותיהם – הלא מוצלחים, לטעמו – להתגבר על בעיות המידע. גלעד הציג בעיות נוספות קשות של גישה זו. ראו שם, בעמ' 450-453, והאסמכתאות שם. מסקנתו הינה שהרתעה יעילה אינה יכולה להיחשב כמטרה עיקרית של דיני הנזיקין (שם, בעמ' 491-492), והשלכה של גישה כלכלית צריכה ליצור מינון מאוזן בין הרתעה יעילה לבין שיקולים חלוקתיים ופיוור נזק (שם, בעמ' 492-498).

172 Robinette, לעיל ה"ש 12, בעמ' 387; WHITE, לעיל ה"ש 52, בעמ' 228.  
173 ראו דיון אצל Zamir & Medina, לעיל ה"ש 53. ביקורות נוספות הועלו עם השנים נגד הגישה הכלכלית ומוכן שלא נסקור את כולן. ביקורתו של טדסקי שונה משאר הביקורות שהוצגו כאן, בהיותו משיג על עצם האפשרות של הכלכלן או המחזיק בגישה הכלכלית לבקר הסדרים משפטיים. לדבריו, אין זה נכון שגישה כלכלית תנסה להכתיב תוצאות ראויות בתחום המשפט (טדסקי, לעיל ה"ש 105, בעמ' 457-459). לדעתו, על המשפט לבחון אם לאמץ רעיונות מהתחום הכלכלי, אך בסייגים ותוך הבנה כי לעתים המשפט ישיב תשובה שלילית לרעיונות שהם מאוד כלכליים. הוא סבור כי מדע הכלכלה אינו מוסמך לקבוע מה עדיף ממה, שכן, למשל, עידוד הייצור כשיקול לא-הפסקת מטרד של מפעל יצרני המטריד שכן הגר בקרבת המפעל מתאים לאינטרס הציבורי, אך "אין הוא בוודאי האינטרס החברתי היחיד או העליון" (שם, בעמ' 458). טדסקי הבדיל בין אמירות כלכליות לגיטימיות באשר לתוצאותיה הכלכליות של פעולה זו או אחרת במסגרת שיטת משפט נוהגת או היפותטית, לבין עצות כלכליות לשינוי ההסדר המשפטי הקיים או לערעור יסודו ההגיוני של אותו הסדר, שאז "חדל הוא לדבר ככלכלן גרידא ומן הראוי כי שיקולו יעמדו גם מבחינה אתית" (שם, בעמ' 464). לעניין זה השוו גם גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 425-426, שבחן את תפקיד הכלכלה לעומת המשפטים בראייה אחרת. השוו גם לחיבורו המפורסם של אוריאל פרוקצ'יה "בועות משפט" משפטים כ 9, 10 (1990), שם הוא גילה את דעתו באשר לאי-ממשותו של המשפט כדיסציפלינה מדעית נפרדת, בין היתר עקב קיומם של ענפים בין-תחומיים כגון משפט וכלכלה. לעומת כל זאת מעניין לבחון את תוצאת דיונו של עדי אייל, שלפיו תפיסת הגישה הכלכלית כמנוכרת וקרה ואינה נותנת מקום לצד המוסרי תלויה בצורה מכרעת בצורת הקריאה של המקור המשפטי (באותו מקרה, פסק דין) (עדי אייל "רטוריקה כלכלית: כלכלה וספרות בניתוח המשפט" מחקרי משפט יח 263, 281 (2002)).

רשימה זו, היוצאת מהנחה של צורך בגישה פלורליסטית, אין בכוונתי לבחון בדקדקנות ביקורות נגד גישות מוניסטיות<sup>174</sup> אלא לצורך הצגת התזה שבחיבור זה וביסוסה. אומר את שנחוץ להצגת התזה שבבסיס החיבור: ראשית, הזיהוי של הצדק המתקן עם המוסר ושל הגישה הכלכלית עם תפיסה תוצאתנית קרה ומחושבת מדי, שיכולה להיות לא מוסרית, הוא זיהוי מאוד בעייתי. להלן אדון בהרחבה, לעניין זה, בדוגמה של מטרד ממפעל גדול לאדם שגר בשכנות למפעל.

המוסר העולה מן הצדק המתקן הוא רק מוסר המכוון לניזוק, שבהתקיימו ייתכן כי המפעל יצטרך לסגור שעריו – אף שהדבר עלול להביא להפסקת עבודתם של פועלים רבים המועסקים במפעל ולגדיעת מקור פרנסתן של משפחות רבות, עניין שהצדק המתקן אינו יכול להביא בחשבון אך הגישה הכלכלית דווקא כן.

שנית, דומני שקשה לקבל בהקשר זה ביקורות גורפות נגד הגישה הכלכלית כמכלול ונגד היותם של מזיקים פוטנציאליים מחושבים ככלל. ישנם נתבעים שהם דווקא מאוד מחושבים ויש מקום להרתעה יעילה כלפיהם, אך כאשר מדובר במזיקים פרטיים וספונטניים קשה לדבר על תמריץ ועידוד לחשב ולכמת התנהגות זהירה והוצאות מניעה מול תחלת נזק וכיוצא באלה. חלק מהמזיקים הפרטיים מחושבים יותר וחלק מחושבים פחות או כלל לא, ופעולותיהם מונעות מספונטניות ומיצריות. אולם, גם המזיקים הפרטיים המחושבים יותר, שאינם גופים עסקיים, בדרך כלל אינם עד כדי כך "כלכליים". הם אינם מנהלים סיכונים בצורה מחושבת של ממש, ולכל היותר הם מעריכים בצורה גסה ומאוד לא מדויקת את הסיכונים שבפעולותיהם אל מול הרווח העולה מהן. לפיכך באמת יש מקום לחלק בין סוגי הנתבעים, לפי אופיים הקבוצתי – הגופים הגדולים, העסקיים והמתוחכמים מוחזקים כמחושבים יותר וכמתוחכמים יותר, והנתבעים הפרטיים מוחזקים כמחושבים פחות וספונטניים יותר.

במילים אחרות, ביקורתו של אנג'לרד היא ככל הנראה כוללנית מדי, אך בכל זאת ניתן לתמוך בגרעין ולצרף לה את ביקורתם של אפשטיין ושל אחרים על התוצאתנות – כל זאת רק כשמדובר בנתבעים שאינם גופים מסחריים וכלכליים אלא במזיקים פרטיים שאינם מתוחכמים במיוחד, ואין בינם לבין הצד שכנגד פערי כוחות מיוחדים *ex ante*. במקרים מסוימים קשה באמת לתאר מזיק פרטי-ספונטני שבאמת מחשב הוצאות מניעה מול הסתברות קרות הנזק לפרטי פרטים, ופועל לפי חישוב כלכלי של עלות מול תועלת וסיכונים מול סיכויים ורווחים. כך, לדוגמה, במשטר אחריות של רשלנות (בהתעלם לרגע מהכיסוי הביטוחי וממדינות כגון ישראל, שבהן האחריות מוחלטת), אדם הנוסע מהר יותר מן המותר, או לא עוצר בתמרור "עצור", וכך מפיק רווח של זמן בהגיעו מוקדם יותר לייעדו, קשה לו לחשב באמת עד כמה הדבר "שווה" לו במונחים של העלאת

174 לביקורת על תאוריות מוניסטיות לדיני הנוזקין ככלל, וביניהן הגישה הכלכלית, ראו TSACHI (2007) 21, KEREN-PAZ, TORTS, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE 21; קרן-פז "התרשלות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 798.

ההסתברות לתאונה, דהיינו: מול סיכון מוגבר לנזק לעצמו או לאחרים.<sup>175</sup> אכן, במקרים רבים טבע האדם (הפרטי) הינו לראות באופק רק מצב שבו יגיע מהר יותר ליעדו וכך יחסוך זמן ואולי גם משאבים אחרים, ולא את התוצאות הרוות האסון המתקרבות של העלאת ההסתברות לתאונה. מחשבות אנושיות רווחות ואולי אף טבעיות כגון "לי זה לא יקרה" יכולות להסביר זאת. חישוב מסוים של הכדאיות בהגברת המהירות וברוח של זמן אל מול הגדלת הסיכון להיפגע ואולי אף לפגוע, והחשש מהיתפסות על-ידי שוטר, ממלאים אולי תפקיד מסוים בהקשר הפלילי, אך קשה לראות גם בהיבט הנזיקי משום הרתעה של ממש.<sup>176</sup> חישוב סיכון מסוים, ברמה של הערכה גסה, לעתים קיים אצל מזיקים פרטיים ולעתים כלל לא, ולכן ייתכן שיהיו נהגים שיבצעו הערכה, אך זו תהא גסה ולא ממש מחושבת.

בדומה לכך, הולך רגל המקצר את דרכו ותוך כדי כך מסיג גבול וגורם לנזק ממון לבעל הבית, מכיוון שדרך על הפרחים שבגינתו (והוא זה שנתבע, ולא חברת ביטוח, מעביד או שולח), אינו באמת מחשב את הוצאות מניעת הנזק מול תוחלתו. ייתכן שהוא מעריך סיכון בצורה מאוד כללית אל מול הרווח שהוא עשוי להפיק מקיצור הדרך, אך קשה מאוד להשוותו לגוף עסקי המנהל סיכונים מבחינה כלכלית. במקרים רבים הוא אינו מעריך סיכון אפילו בצורה גסה, ופועל בצורה ספונטנית ויצרית לחלוטין, בראותו רק את הרווח שהוא מפיק ולא כל סיכון שהוא. קשה עוד יותר לומר שבקטטה שבין שני אנשים שהרווחות ביניהם התלהטו, כל מזיק פוטנציאלי מחשב את הנאתו ורווחיו כתוצאה מהכאת הזולת (גם כאן אין בדרך כלל כיסוי ביטוחי או אחר והתוקף ישלם מכיסו). כך אף באשר למטרדי רעש בין שכנים וכיוצא באלה.

בכל המקרים הללו יש לכל היותר חישוב מסוים ברמה של הערכה כללית מאוד, ובדרך כלל אין אפילו חישוב גס שכזה אלא יצרים ובחינת רווחים מידיים – ותו לא. באותם מקרים, אם כבר יש חשש מסוים מתוצאות מסוכנות, הוא בדרך כלל חשש מתוצאות פליליות כגון היתפסות על-ידי שוטר עקב ביצוע עבירה. למעשה, אפשר להעריך שלכך כיוון אנגלרד – ולא לכך שמזיק פרטי אינו מחושב כלל. יש מזיקים פרטיים המחושבים בצורה מסוימת למצער, אך בחינת החישוב המתמטי המדויק *ex post* בבית המשפט היא במידה רבה פיקציה, שכן קשה להצביע על אפשרות אמיתית לעשות כן *ex post* במקרים של מזיקים פרטיים "קטנים". בכל הכבוד הראוי, ניתן להסכים לגרעין רעיון זה.

175 STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 9, 57 (1987); גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 452, 468-471; קרן-פז "התרשלות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 853: "היעדר היכולת במקרים רבים לתת ערך כספי להוצאות המניעה והתאונה בלי להתחשב בשיקולים ערכיים מונע את יישום שיקול היעילות כפשוטו".

176 אנגלרד סבור כי מי שפגיעה עצמית אינה מרתיעה אותו, אין סיבה שיורתע באמצעות נטל כספי דווקא (Englard 1980), לעיל ה"ש 24, בעמ' 43-46).

אלא שהבעיה אינה רק חוסר המחושבות של מזיקים פרטיים. גם בשלב הבא ישנה בעיה, והיא חוסר יכולותיהם של בתי המשפט לערוך חישוב כזה, אפילו בקירוב ובדיעבד, בלי שיהיה מלאכותי מדי וללא קשר בהכרח אל המציאות. אפילו קלברזי עצמו הודה כי ישנן מטרות המתאימות לסוגים מסוימים של תאונות ואילו מטרות אחרות שהן מתאימות לסוגים אחרים של תאונות,<sup>177</sup> וכי התאוריה הכלכלית אינה יכולה באמת להציג פתרונות בכל סוגיה הנקשרת למניעה של הוצאות תאונה.<sup>178</sup> באותם מקרים של מזיק וניזוק פשוטים – אנשים פרטיים – אכן יש להתמקד בתיקון העוול מאת המזיק הפרטי לניזוק הפרטי, וזאת אף אם החישוב הבסיסי של הנוסחה הכלכלית אינו מצביע על הצורך בהטלת אחריות או שקשה לחשבו מלכתחילה.

ביקורתו של אנגלרד בעייתית וכוללנית בעיקר בנקודה שבה מדובר ברלוונטיות של ההרתעה הכלכלית היעילה לגבי נתבעים גדולים ומתוחכמים, המוחזקים כמחושבים מאוד שכן הם מעריכים סיכונים ובוחנים את פעילויותיהם בהיבט כלכלי טהור ויש להרתיעם בצורה כזו. כאן שייך מאוד גם הצדק המחלק בהיבט של פיזור הנזק ובהיבט פער הכוחות הקיים בין התובע (אם הוא אדם פרטי) לנתבע. לעומת זאת, במערכת יחסים בין פרטים יש מקום לדומיננטיות דווקא לגוש תיקון-פיצוי. כאן יש מקום להטיל אחריות על המזיק לפצות את הניזוק מהעוולה ולתקן את העוול שיצר במו ידיו כביטוי לעקרונות האשם ולבסיס המוסרי-הדאונטולוגי. גם כאן מדיניות משפטית נאותה ומאוזנת לא תביא לידי הטלת אחריות בכל מקרה ומקרה, ותנסה לאזן בין אינטרסים שונים, אישיים וחברתיים.

אין פירושו של דבר, כמובן, שיש במסקנות אלה כדי לבטל את ההרתעה היעילה או להמעט מאוד בערכה; להפך: יש כאן משום סיוג ביקורתו של אנגלרד תוך חלוקה ברורה לפי סוג הנתבעים, ומשום אמירה שישנם סוגי מקרים שבהם ההרתעה היעילה מתאימה יותר וישנם סוגי מקרים שבהם היא מתאימה פחות, והפרמטר הטוב לבחינה המבדלת בין מקרים אלה הוא סוג הנתבעים.

יש אפוא צורך לבצע איזון אמיתי בין הגושים ובין המטרות בהתאם לסוג הפעילות העוולתית ובהתאם לאופיו של הנתבע ולזהותו, מתוך הבנה שאין סתירה הכרחית בין המטרות אלא רק שאלה של התאמתן למציאות נדונה: לכל אחת משתי קבוצות המקרים, לפי סוג הנתבע, ישנו גוש של מטרות המתאים יותר וגוש המתאים פחות. הגוש המתאים יותר יהיה הדומיננטי בקביעת האחריות הנזיקית, והגוש המתאים פחות יובא גם הוא

177 CALABRESI, לעיל ה"ש 27, בעמ' 15.

178 שם, בעמ' 18. במקרים קלברזי בהחלט מנחה לוותר על הרתעה יעילה, כשזו אינה אפקטיבית, ולפנות לגישות אחרות. ראו שם, בעמ' 152, 160.

בקלחת השיקולים והאיונים, אך יינתן לו משקל ראשוני קטן יותר – כפי שאפרט כעת, בסקירת השלב השני של ההצעה.<sup>179</sup>

179 ניתן כמובן לחשוב על חלוקות נוספות, פרטניות יותר, מעבר לחלוקה הכללית של בחינת סוג הנתבע ואופי פעילותו. למשל, ניתן היה לחשוב על חלוקת-משנה המתמקדת גם באופי הפעולה המזיקה ולא רק באופי פעילותו הכללית של הנתבע. כך, למשל, ניתן היה להציע פתרונות שונים לסוגי פעילויות שונים כגון רשלנות רפואית, תאונות דרכים, זיהום תעשייתי ומפגעים סביבתיים, עוולות חוקתיות ועוד. אך למען האמת אין מקום לכך במסגרת חיבור זה, שכן אם הבחינה היא קזואליסטית, מדובר בשיקולים תוך-מטרחיים ולא בין-מטרחיים ובין-גושיים, דהיינו: בחינת סוג הפעילות הספציפית – ולא רק אופי הפעילות באופי כללי – נכנסת כבר לגדרן של המטרות עצמן ולא ליחס ביניהן ולאיוון המתבקש. כך, למשל, לסוג הפעילות יש קשר אמיץ לשאלת התועלת החברתית מאותה פעילות, מה שמתקשר להרתעה היעילה הבוחנת את הרווחה המצרפית. במסגרת מטרה זו ייבחן גם סוג הפעילות מבחינת מידת השפעתו על הרווחה המצרפית, ולפיכך מידת הרצון לצמצם את הנפח של אותה פעילות לצורך מניעת תאונות והפחתת עלויותיהן. בכל סוגיה כזו תיבחנה גם מידת ההתגוננות של הנתבעים בכוח מפני תביעות אפשריות, והשאלה אם מדובר במגננת-יתר שיש להביאה בחשבון מבחינת שונות, חברתיות וכלכליות. כל השאלות הללו יכולות להיות גם שונות בין משפטי העמים שכן ייתכן, למשל, שבמדינה מסוימת יש בעיה של רפואה מתגוננת ובמדינה אחרת לא, וכן שבמדינה מסוימת משטר האחריות בתאונות דרכים הוא של רשלנות ואשם ובמדינה אחרת של אחריות מוחלטת וכן הלאה. לפיכך, לשאלה זו ישנה כמובן משמעות רבה, אך היא נכנסת בשלב של בחינת מטרות ספציפיות – דהיינו: במסגרת הכתיבה המוניסטית ויישומה, ולא בשלב ההחלטה כיצד לאזן מלכתחילה בין גושי המטרות ואפילו בין מטרות באותו גוש – דהיינו: במסגרת הכתיבה הפלורליסטית ויישומה. כאשר מקרה מגיע להחלטה שיפוטית, ובית המשפט פוסע בגישה פלורליסטית, עליו לבחון – לאחר שבחר בשיטת האיונים הפלורליסטית הראויה בעיניו – כל מטרה בפני עצמה, כדי לאזנה עם מטרות אחרות. במסגרת בחינה "מוניסטית" זו, לצורך האיוון הפלורליסטי, עליו להביא בחשבון גם את אופי הפעילות שהזיקה ואת תרומתה לחברה ולרווחה המצרפית. אם ייעשה הדבר בשלב החלוקה הפלורליסטית יהא בכך משום חלוקה לא זהירה המאמצת למעשה את גישתם של גיימס ג'וניור ורובינט שאוהא אני מבקש דווקא לבקר בחיבור זה, בהיותה קזואליסטית מדי ומנוגדת ליציבות ולוודאות המשפטית. אם הצעתם תאומץ בצורה מצטלבת עם החלוקה המוצעת בחיבור זה, דיני הנוזיקין יחולקו ליותר מדי חלוקות, כאשר בכל פעם ייבחן אופי פעילותו של הנתבע בהצלבה עם כל קבוצת מקרים בנפרד. עולה שאם מדובר בנתבע גדול ומתוחכם, לא רק שהיה שוני באיוון בין עניינו לבין מקרה של נתבע שהוא מזיק ספונטני, אלא אף יהיו הבדלים באיונים בין נתבעים מאותה קבוצה – וזו כבר חלוקה פרטנית מדי. חלוקה כזו למעשה לא תותיר מהתאוריה לדיני הנוזיקין דבר מה מוצק, אלא תחתוך את מערכת הדינים לקבוצות-קבוצות שתי וערב ובצורה קזואליסטית מדי. אם גישתם של גיימס ג'וניור ושל רובינט נגועה בחוסר יציבות ובחוסר ודאות משפטית, הכנסה *ex ante* של חתך נוסף למסגרת הדיון הפלורליסטי של איונים בין מטרות ובין גושי מטרות תפגע במה שעוד נותר מאותן יציבות וודאות. לפיכך החלוקה חייבת להיות גסה יותר ומינימלית, וזאת אני מציג כאן – חלוקה לשתי קבוצות ולא יותר.



### 3. השלב השני בהפעלת התאוריה: השגת איזון פלורליסטי באמצעות התחשבות מסוימת בגוש הדומיננטי פחות במקרים של פגיעה ניכרת בערכים שבבסיסו

כעת לשלב השני. לאחר ההכרעה איזה גוש מטרות מקבל עדיפות בקבוצת המקרים המסוימת יש לבצע איזון עם הגוש הדומיננטי פחות. זה אינו "יוצא מן המשחק": הוא מסייע באיזונים אך משקלו הראשוני קטן יותר. כיצד ייעשה הדבר? במקרים המתאימים יוכל הגוש הדומיננטי פחות לסייג תוצאה גורפת של יישום הגוש הדומיננטי, אם כי הוא לא יהווה רק לשון מאזניים במקרים נדירים, כפי שניסה שוורץ להציג. באותם מקרים שיישמו של גוש המטרות הדומיננטי מביא לידי פגיעה משמעותית (לא רק נדירה או חמורה, אך גם לא פגיעה קלת-ערך) בגוש המטרות האחר, יסויג יישום זה. כלומר: הגוש הדומיננטי עדיין יהיה המוביל, אך הוא יסויג באופן מסוים בהתאם למקרה. במקרים שמדובר בנתבע שהוא גוף מחושב, כלכלי וחזק תהא דומיננטיות לגוש האינסטרומנטלי, אך התוצאה לא תהיה בהכרח הטלת אחריות גורפת בכל מקרה ובכל תנאי על הנתבע. כאן ייכנסו לקלחת שיקולי צדק מתקן, שאם היו מקבלים דומיננטיות ייתכן שהיו מביאים לאי-הכרה באחריות כלפי אותם נתבעים (למשל כאלה שאינם מזיקים ישירים), וגם להפך – אם מהגוש האינסטרומנטלי עולה שעל אף שבוצעה עולה מדובר בהתנהגות יעילה מבחינה חלוקתית או מבחינת הרווחה המצרפית, אין בהכרח פירושו של דבר שלא תוטל אחריות.

אם כן, הבאה של שיקולי צדק מתקן בסוגיות שבהן יש דומיננטיות להרתעה היעילה ולצדק המחלק דווקא יביאו ליצירת סייגים להכרה באחריות גורפת כלפי נתבעים גדולים שכאלה. הכלל עדיין יהיה הטלת אחריות, אך לא בכל מקרה – ולהפך: אותו מהלך ייעשה בתביעות בין פרטים, שם אין משמעות לגופים בעלי חסינות כלכלית. כאן גוש תיקון-פיצוי יהיה דומיננטי. אך במקרים שבהם יש רצון בכל זאת גם להרתיע כלכלית, ובמקרים שבהם ניתן לאתר יחסי כוחות של חזק-חלש בין צדדים פרטיים, המצריכים התייחסות לחלוקה שוויונית יותר של אותם משאבי כוח – ואם אין מביאים בחשבון את הגוש האינסטרומנטלי תהא פגיעה משמעותית בערכים העומדים מאחורי מטרות אלה – אזי גוש זה יובא בחשבון לצורך סיוג גוש תיקון-פיצוי באותה צורה כנוכח לעיל.

השלב השני יונק למעשה מכל הגישות הפלורליסטיות המוכרות המצביעות על הצורך בתעדוף, אך הוא יוצק להן תוכן מקורי וחדש. למעשה, מבין כל הגישות הללו, היו אלה שוורץ וגיסטפלד (ובמובן מסוים גם אנגלרד) שהתייחסו במפורש למתן דומיננטיות למטרה אחת, תוך אי-זניחה של המטרה האחרת. שלא כמו מלומדים אלה, המסתכלים על כל הסוגיות הנוזיקיות כמקשה אחת, ורואים (במיוחד שוורץ) דומיננטיות קבועה למטרה אחת על-פני מטרה אחרת, ההצעה כאן מציגה גם מבט הפוך, הנגזר מחלוקת דיני הנוזקין לשתי קבוצות במקום ראייתם כמקשה אחת. מעבר לכך, שוורץ – למעשה כקלברזי – מוכן להכיר בשיקולי צדק מתקן רק במקרים נדירים וחמורים,

כשיישום של עקרונות ההרתעה היעילה מביא לתוצאה מאוד לא צודקת. ההצעה המובאת כאן היא לאזן את הגוש הדומיננטי באמצעות הגוש הדומיננטי פחות לא רק במקרים נדירים וחמורים, אלא בכל מקרה שהרציונל שבבסיסו של האחרון נפגע במידה ניכרת עקב יישום של הגוש הדומיננטי יותר.

ודוק: האיזון עם הגוש הדומיננטי פחות אין פירושו בהכרח שתמיד בפועל תורגש טביעת האצבעות של גוש זה במבחן התוצאה, אלא רק במקרים שהפגיעה ברציונל שמאחוריו היא ניכרת. אין זה אומר שבמקרים האחרים, שבהם הפגיעה אינה ניכרת, חשיבותו של גוש זה היא לא כלום; לא ולא. עצם הבאתו בחשבון והדיון בו – גם אם בסופו של דבר אין לו תוצאה יישומית של סיוג בפועל – הם חלק מדיון פלורליסטי.

#### 4. הפתרון למקרי התנגשות בין מטרות באותו גוש

בחלק מהמקרים תהיה התנגשות בין מטרות באותו גוש. בחלק זה תוצג הבעייתיות והמסגרת לטיפול בה.

החלוקה לגושים יצאה מהנחה שלכל שתי מטרות באותו גוש יש מכנה משותף מסוים,<sup>180</sup> אלא שמדובר בשני זוגות של מטרות שכנות בלבד – ולא זהות. לעתים יישום שלהן במסגרת אותו גוש יכול להוביל לתוצאות נוגדות. כמו כן, הסדרים מסוימים מכוח החוק לעתים מעדיפים בתוך אותו גוש מטרה אחת על רעותה. כך, בישראל, הסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים מעדיף את פיזור הנזק והפיצוי הסוציאלי על-פני הרתעה, אף שאינו מתעלם לחלוטין מהרתעה, ולו במקרים קיצוניים.<sup>181</sup> גם הצדק המתקן והפיצוי יכולים שלא לתאם בסוגיות מסוימות, למשל כשהפיצוי אינו תלוי אשם (אם בוחנים את הגישות המרכזיות להבנת הצדק המתקן, המצביעות עליו כתלוי אשם) או כשהפיצוי ניתן על-ידי מנגנון חיצוני הרחוק מן הצדדים, כגון המדינה או קרן כלשהי. ניתן לנסות לשרטט מסגרת למקרים כאלה של התגוששות בתוך אותו גוש מטרות, שאינה התגוששות צולבת אלא פנימית. מכיוון שממילא ההישענות על הגוש המסוים, הדומיננטי יותר או פחות, אינה טוטאלית, וישנו "משחק" של איזונים עם הגוש האחר, אזי אי-הסכמה בתוך אותו גוש של מטרות יכול לבוא לידי ביטוי במתן משקל גדול יותר לגוש האחר. כאן אפשרויות למעשה כמה סיטואציות: (א) אם במסגרת הגוש הדומיננטי יותר בנסיבות העניין אין התנגשות, וההתנגשות קיימת בתוך הגוש הדומיננטי פחות, המצב די ברור שכן המשקל לאותו גוש דומיננטי פחות צריך להיות קטן עוד יותר מאשר

180 כזכור, הפיצוי והצדק המתקן מתמקדים בצדדים הקונקרטיים לעולה בלבד ולא בכל אינטרס, צד או גוף חיצוני (הפיצוי מתמקד בניזוק והצדק המתקן בשני הצדדים); ואילו הצדק המחלק וההרתעה היעילה הן מטרות אינסטרומנטליות, המדברות על הרווחה המצרפית, אך כל אחת בהקשר שונה – הצדק המחלק על חלוקת "פרוסות העוגה" וההרתעה היעילה על הדרכים להגדלתה.

181 ס' 7 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, ס"ח 234, מגדיר רשימה סגורה של מקרים שבהתקיימם יישללו הפיצויים למרות מטרות הסוציאליט של החוק.

במקרים אחרים, שכן גם בתוכו פנימה אין "הסכמה"; (ב) אם ההתנגשות קיימת רק בתוך הגוש הדומיננטי יותר, ייתכן שאז, ורק אז, צריך האיזון בין שני הגושים להיות קרוב יותר לרמת השוויון, דהיינו: שיינתן משקל דומה לשני הגושים ולמעשה לכל המטרות גם יחד. במקרה כזה כל המטרות ייבחנו בקלחת אחת בנסיבות העניין, אולי בדמיון מסוים לגישותיהם – הכוללות מדי בדרך כלל, אך המתאימות יותר במקרים אלה – של גיימס ג'וניור ורובינט; (ג) המקרה הבעייתי ביותר הוא מקרה שבו יש התנגשות בתוך כל אחד מגושי המטרות ברזומנית, דהיינו: גם מטרות הפיצוי והצדק המתקן מתנגשות וכמוהן גם מטרות ההרתעה היעילה והצדק המחלק. במצב כזה באמת יש פחות מקום לחזקות משפטיות ולהפעלה של מנגנון פלורליסטי קשיח, ויש לדון במקרה זה בהתאם להיגיון הבריא ולשכל הישר, תוך ניסיונות להיקש ממקרים דומים שבהם ניתן להפעיל איזון פלורליסטי סדור. מקרה אחרון זה מן הסתם הוא נדיר יחסית, וככזה יש להתייחס אליו.

### 5. הפתרון למקרי פגיעות הדידות בין-גושיות

לבסוף יש לטפל בשאלת הפגיעות ההדדיות, דהיינו: כאשר יישומו של כל גוש מטרות מסוים יפגע במידה ניכרת בגוש האחר. כאן יש לבחון את מהויות הפגיעות, ולזכור היטב מהו הגוש הדומיננטי בנסיבות העניין. יש לבצע איזון, אך לא בין שווים. אם שני הגושים פוגעים זה בזה בצורה דומה יש מעין "קיצוץ" בין הפגיעות, ובמקרה כזה הגוש הדומיננטי תמיד יישאר דומיננטי. לפיכך, כשיש פגיעה ניכרת הדדית בין שני גושי מטרות, באופן טבעי ידו של גוש המטרות הדומיננטי יותר תהיה על העליונה. אם הפגיעה בגוש הדומיננטי גדולה יותר הוא לא יסוג כלל על-ידי הגוש האחר או יסוג אך במעט. אם הפגיעה בגוש הדומיננטי פחות היא הפגיעה הגדולה יותר יביא הדבר לידי סיוג גדול מעט יותר של הגוש הדומיננטי. כלומר, בכל אפשרות שתינקט תורגש העליונות של הגוש שהוא הדומיננטי יותר במכלול האיזונים. לעומת זאת, הגוש הדומיננטי פחות יורגש לעתים יותר ולעתים פחות, אך בדרך כלל תהיה לו משמעות מסוימת, והוא יובא בצורה מסוימת בחשבון.

### 6. סיכום המהלך שבבסיס הגישה המוצעת

הגישה המוצגת בזאת הינה גישה פלורליסטית. הגישה כוללת ניתוח של כל מטרות דיני הנוזקין: פיצוי, צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה. ההצעה מחלקת את המטרות לשני גושים עיקריים: גוש תיקון-פיצוי, הכולל את מטרות הצדק המתקן והפיצוי המתמקדות בצדדים הספציפיים לעוולה, והגוש האינסטרומנטלי, הכולל את מטרות ההרתעה היעילה והצדק המחלק המתמקדות בהכוונת התנהגות ובשימוש בדיני הנוזקין כמכשיר לקידום חברתי. מכאן ואילך פוסעת הגישה בשני שלבים: (א) מתן עדיפות לגוש תיקון-פיצוי במקרים של מזיק פרטי שאינו מבוטח ומאחוריו גם אין מעביד או שולח,

אלא הוא עצמו נושא בנזק, ומתן עדיפות לגוש האינסטרומנטלי במקרים של נתבעים חזקים ומתוחכמים ועולות המוניות; (ב) מתן דומיננטיות לגוש מסוים בכל אחת משתי קבוצות המקרים הללו (לא בבחינה מקרה-אחר-מקרה, מה שפוגע ביציבות ובביטחון המשפטי, ולא ביטול של מטרות בכל פעם), לאמור: ידו של הגוש הדומיננטי צריכה להיות בכל פעם על העליונה, אך יש להביא בחשבון מטרות מן הגוש הדומיננטי פחות, שמשקלו בנסיבות העניין פחות, לצורך סיוג מסוים ואיזון של קבלת הגוש הדומיננטי באופן גורף, וזאת במקרים שבהם הפגיעה בערכים של הגוש הדומיננטי פחות היא משמעותית.

מעבר לכך, יש פתרון נקודתי למקרי ביניים כגון מחלוקת ואי-הסכמה בין שתי מטרות בתוך גוש מסוים או פגיעה הדדית בין גושי מטרות. בצורה כזו ניתן יהיה להגיע ברוב המקרים לידי איזון פלורליסטי אמיתי, המביא בחשבון את קשת המטרות ואת מגוון האירועים הנזיקיים השונים במהותם זה מזה, אך בד בבד מנסה לשמור על יציבות וודאות משפטית. כך גם יובטח שבכל סוגיה נזיקית יובאו בחשבון, גם אם במינון שונה, הן עקרונות המתמקדים בצדדים עצמם וברוחותם והן עקרונות אינסטרומנטליים חברתיים וכלכליים.

### **1. מתאוריה למעשה: התאמת התאוריה הפלורליסטית המוצעת למציאות משפטית וחברתית משתנה**

בחינת יישומה של הגישה המוצעת תיעשה בפרק זה באמצעות כמה סוגיות נזיקיות מסורתיות לצד סוגיות מתפתחות, חדשניות ומודרניות.<sup>182</sup> בהתאם ליישום התזה, בחלק מהסוגיות אציע תוצאה שונה מן המצב המשפטי הקיים; באחרות אציע בסיס תאורטי למצב המשפטי הקיים, שלעתים נוצר שלא מתוך רציונל משפטי סדור ועקבי.

182 מובן כי סוגיות אלה לא תיבחנה לעומק כשלעצמן. בחלקן כבר דנה כתיבה ענפה ולגבי חלקן יש מקום לדיון עצמאי ונרחב בעתיד. אין כאן יומרה לדון בהרחבה בכל אותן סוגיות, אף לא באופן תיאורטי, במסגרת מגבלות המקום; ברצוני אך ורק לשרת את מטרות החיבור דרך בחינה, ממעוף הציפור, של האיזון בין גושי המטרות בהתאם למטרייה ולסוג המקרים. מובן שלצורך כך נבחרו סוגיות שלגביהן יישום הרציונל שבבסיס שני גושי המטרות יכול להביא לתוצאות שונות ואף מתנגשות. לפיכך לא יידונו מקרים שבהם ניתוח כל מטרות דיני הנזיקין ויישומן מביאים לתוצאה דומה – הכרה גורפת באחריות נזיקית או אי-הכרה גורפת בה, שכן מקרים כאלה אינם יכולים להבחין בין תוצאות של גישות פלורליסטיות או מוניסטיות שונות. כפי שנטען בחיבור זה, לעתים יש לקבוע בצורה ברורה איזה ערך עדיף ממשנהו, באין יכולת ליצור הרמוניה ושילוב. רק כך ניתן יהיה לבחון בצורה יישומית הבדלים בין גישות מוניסטיות לפלורליסטיות ובין גישות פלורליסטיות לבין עצמן, ולבחון את יישומו של המודל המוצע.

## 1. דומיננטיות הגוש האינסטרומנטלי במקרים של נתבע עסקי ומחושב וסיוגה המסוים על ידי גוש תיקון-פיצוי

בסעיף זה תיושם הגישה המוצעת תחילה באמצעות שלוש דוגמאות כלליות ומסורתיות למדי, שתוסברנה באמצעות הדומיננטיות של הגוש האינסטרומנטלי שבבסיסו הצדק המחלק וההרתעה, אף שלגוש האחר – גוש תיקון-פיצוי – ישנו מקום מסוים במכלול האיזונים. בדוגמאות אלה, הפגיעה הניכרת בגוש תיקון-פיצוי עקב יישום דווקני של הגוש האינסטרומנטלי הדומיננטי מביאה או צריכה להביא לידי סיוג התוצאה הגורפת העולה מיישום הגוש הדומיננטי לבדו. הדוגמאות הן: מטרד ליחיד, אחריות מעבידים ואחריות יצרנים למוצרים פגומים. בהמשך הסעיף יובאו גם שתי דוגמאות מודרניות יותר.

עולת המטרד ליחיד היא דוגמה קלאסית שבה מבוקש סעד דומיננטי של צו מניעה ולא (רק) של פיצויים.<sup>183</sup> מטרתן של הוראות החוק העוסקות במטרדים הינה להבטיח שתינתן לאדם האפשרות לחיות את חייו בשקט ובשלווה, מבלי ששכניו יפגעו ברווחתו. עם זאת החוק אינו מתעלם מן התועלת של פעולת המטרד, מחשיבותה החברתית ומהשאלה אם בבסיסה אינטרס לגיטימי. כך, למשל, אנטנות סלולריות עלולות להפיץ קרינה ולפגוע בפרט, אך גם עשויה להיות להן תועלת חברתית, שכן אנשים מעוניינים בקליטה טובה ובשמע טוב יותר, בפחות ניתוקים וכיוצא באלה. במקרים כאלה עולה שאלת האיזונים. מחד גיסא לא כל פגיעה ביחידים למען החברה היא פגיעה מוצדקת; מאידך גיסא אין זה ראוי להפסיק כל פעילות מסחרית וחברתית, גם אם היא גורמת למטרד.

דוגמה זו של מטרד ליחיד תידון באמצעות המקרה המפורסם של אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, שנדון בבית המשפט העליון באמצע שנות השבעים של המאה העשרים ועורר הדים רבים.<sup>184</sup> זו דוגמה מסורתית לתוצאה בעייתית מאוד בתובענה של אדם פשוט נגד מפעל גדול, שמאחוריו עמדה בצורה מסוימת גם המדינה. אנסה להראות כי לו ננקט במקרה זה המהלך שחיבור זה מציע, ניתן היה לאזן בצורה עדינה יותר בין האינטרסים של הצדדים וכך להגיע לתוצאה מוצלחת יותר. מתקני האוורור והקירור במפעלה של חברת הטקסטיל אתא, שהעסיקה אלפי פועלים, פעלו עשרים וארבע שעות ביממה. זאב שוורץ, שהתגורר בסמוך למפעל, טען כי הרעש הבוקע מהמתקנים טורד את מנוחתו ופוגע ביכולתו לנהל חיים תקינים. שוורץ

183 ס' 44 לפקודת הנויקין.

184 עניין אתא, לעיל ה"ש 16. אין בדיון כאן כדי למצות את סוגיית המטרדים בכלל, גם לא מטרדים מסוג זה של אתא ושוורץ. אין בדיון שלהלן אף כדי למצות את כלל ההשלכות, התיאורטיות והמעשיות, העולות מהחלטה חשובה זו של בית המשפט העליון ומהביקורות שנמתחו על אותה החלטה, אלא רק כדי לספק דוגמה לדיון בגושי המטרות בהתאם לתזה העולה בחיבור זה.

עתר לבית המשפט בבקשה להפסיק את פעולת המתקנים, ולחלופין להנמיך במידה ניכרת את הרעש שהם גורמים. הטענות העובדתיות של אתא, שלפיהן אין מדובר במטרד אלא ברעש סביר, נדחו. העובדות הצביעו כעת על מטרד ליחיד, כלומר: המפעל הוא המטריד ושוורץ הוא הנטרד. בהתאם לסעיף 44 לפקודת הנזיקין מדובר היה ב"הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם". אמנם הסעיף עצמו עושה חלק מהאיזון, בקובעו כי העוולה מתקיימת רק במקרים של הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין, ולא בכל הפרעה שהיא ולכל שימוש שהוא. כמו כן, לפי הסעיף יש להתחשב גם במקומם של המקרקעין ובטיבם, כך שאין דינו של מטרד ליחיד בקרקע חקלאית כדין מטרד ליחיד בקרקע שבה אזורי מגורים בלבד. ברור כי הסעיף עצמו, ללא פרשנות ראויה וללא איזון בין הגושים, לא יכול לקדם תוצאה מעשית. נזכיר גם כי אנו עוסקים במטרד הגורם פגיעה רצינית, שאז לפי סעיף 74 לפקודת הנזיקין בית המשפט יכול לפסוק צו מניעה. אין מדובר במקרה של פגיעה או נזק שהם "קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף", שאז מתן ציווי יהיה בו משום "התעמרות בנתבע", ואין לפסוק אותו אך ניתן לפסוק פיצויים.

אם כן, כיצד ינותח מקרה זה על-פי התזה המוצעת? תחילה לסיווג הגושים. הגוש האינסטרומנטלי, שהוא הגוש הדומיננטי במקרה זה, מצביע על תוצאה אחת, ואילו גוש תיקון-פיצוי, הפחות דומיננטי, מצביע על תוצאה אחרת. ראשית נפנה לגוש האינסטרומנטלי, ותחילה למטרת ההרתעה.

מצד אחד אילו יסגור המפעל את שערו, יעתיק מקומו או אפילו יצמצם את פעילותו בצורה ניכרת – תהיה זו הרתעת-יתר, שכן זו תוצאה קשה בהשוואה לנזק שהמפעל גרם לשוורץ. מצד שני אם המפעל יוסיף לעוול באותה צורה – תהיה זו הרתעת-חסר. האם אפשר להגיע להרתעה אופטימלית? כאן רלוונטית התאורמה של קוז (Coase Theorem), המהווה אחת מאבני הבניין של הניתוח הכלכלי במשפט.<sup>185</sup> לדידו של קוז, המטרד לא רק גורם נזק לנטרד. הפסקת המטרד עלולה לגרום לנזק כלכלי וחברתי – נזק למטריד, אך גם נזק לתועלת החברתית. אם כן, יש לבחון מה יגרום לשיעור גבוה יותר של נזק – קיום המטרד או הפסקתו. גישתו של קוז יצרה מהפך משום שקודם מקובל היה לחשוב שאם נגרם נזק יש להפסיק מטרד ואף לחייב את המטריד לפצות את הנטרד. לעומת זאת כאן הצדדים נבדקים בהדדיות מסוימת – אתא מזיקה להנאתו של שוורץ בדירתו, אך גם שוורץ למעשה מזיק בכך שאינו מאפשר לאתא לנצל את כושר הייצור שלה.<sup>186</sup> למעשה, לפי קוז, תנאי שוק חופשי אינם מביאים בחשבון נקודת מוצא משפטית קבועה, והתוצאה יכולה להיקבע ללא קשר לזכות הבסיסית, קניינית או אחרת, וללא הגדרה מקדמית של

185 Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960). להצגת התאורמה, לניתוחה, ולקביעה כי בסופו של דבר משקלה בניתוח הכלכלי מוגבל שכן אין בה התחשבויות בעלויות עסקה, ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 442-446.

186 ראו אייל, לעיל ה"ש 173, בעמ' 270, ליד ה"ש 14.

הצדדים כ"מזיק" ו"ניזוק".<sup>187</sup> תפיסת הסיטואציה כמצב של נזקים לשני הצדדים פירושה אפוא שאין צורך בכללים ובזכויות משפטיות לשם הגברת הרווחה המצרפית, שכן זו תגדל מאליה בעקבות משא ומתן שינהלו הצדדים (המפעל ינסה לרכוש את זכותו של שוורץ) גם ללא קיומם של כללים כאלה. למעשה שתי הפעילויות נבחנות זו מול זו – פעילות הייצור מול מגורים באווירה שקטה של שכניו. במצב כזה, הטלת צו מניעה על המפעל – פירושה שעל בעל המפעל לשנות את היקף הפעילות או את טיבה, וכך הרווחים המופקים מפעילות הייצור יקטנו, ואילו הרווחה המופקת מן המגורים תגדל. הטלת פיצויים (ולא צו מניעה) לא תשנה את היקף הפעילות ואת טיבה, שהרי המפעל יוסיף לגרום למטרד, אבל הדבר יביא להקטנת רווחיו של המפעל ולהגדלת רווחתם של התושבים.<sup>188</sup> אם כן, תפיסה זו השפיעה על הגישה הכלכלית לדיני הנוזקין כמכלול, כך שהסיטואציה הנזיקית – ולא רק במקרי מטרד – נתפסת כהתנגשות בין שתי פעילויות חברתיות רצויות המשמשות מקור ליצירת רווחה (לכן, למשל, עוולה מכוונת לא תיכלל כאן, שכן היא לא נחשבת לפעילות חברתית רצויה), והפעילות שיוצרת את הסיכון פוגעת ברווחה המופקת מהפעילות החשופה לאותו סיכון.<sup>189</sup>

ויש לדייק: גם לפי ההרתעה היעילה דומה שאין להתעלם לגמרי מהנטרד. יש לבחון את "מאזן הנוחות": אם הפסקת המטרד משמעותה פגיעה חמורה יותר במטריד וברווחה המצרפית מאשר המשך הפגיעה בנטרד מהפעלת המטרד או להיפך. בייחוד יש לעשות כן בהתחשב בהוראת סעיף 74 לפקודת הנוזקין, שלפיה אין לתת צו (אלא פיצוי) אם במתן הצו יש משום "התעמרות בנתבע". אם כן, נקודת המוצא הכלכלית היא הגעה להרתעה אופטימלית שאינה הרתעת-יתר (ולכן הפתרון של סגירת שערי המפעל, העתקת מקומו או צמצום ניכר של פעילותו אינו פתרון יעיל כלכלית) ואינה הרתעת-חסר (ולכן גם פתרון של לא לעשות דבר אינו יעיל כלכלית). יש לאפשר משא ומתן בין הצדדים בהתאם לאותו מאזן נוחות, שיביא לנקודה אופטימלית של איזון בין שתי הפגיעות, ברווחה המצרפית וברווחה של הנטרד.

מטרה נוספת בגוש האינסטרומנטלי היא הצדק המחלק. על-פי מטרה זו, מאחר שמדובר במפעל גדול וחזק כלכלית המטריד אדם פרטי, יש להעדיף פתרון שיטיב עם הצד החלש. אין בכך כדי לומר שהפתרון צריך להיות כה חד-צדדי – פינני המפעל או צמצום משמעותי של פעילותו – אף שזו אולי האסוציאציה הראשונה באשר לחלוקה הוגנת ושוויונית יותר של עוגת הרווחה המצרפית. אילולא היה חוק בנדון אפשר היה להגיע לתוצאה של חזק הצריך לסגת בכל מקרה מפני החלש; אך החוק כבר עושה

187 ראו ביקורתו של טדסקי על קליימן לעניין אתא (טדסקי, לעיל ה"ש 105, בעמ' 457).  
188 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 423. והשוו כללי האחריות שניסחו קלברוי ומלמד ועידודם את המשא ומתן בין הצדדים למכירת זכויות של האחד לאחר כתוצאה של אותו משא ומתן: Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 102.  
189 שם, בעמ' 422-424.

איזונים ואינו מאפשר זאת בכל מקרה, אלא בוחן דווקא הפרעה של ממש. הפרעה זו צריכה להיות לשימוש סביר, והחוק גם מאפשר חלופה של פיצוי במקרי פגיעה קטנה. אליבא דגישת הצדק המחלק יש למצוא פתרונות להפסקת הרעש או לצמצומו הניכר כך שלא יהא בבחינת הפרעה של ממש לשימוש הסביר של שוורץ בדירתו, ואין להותיר את המצב כפי שהוא. מעבר לכך: מכיוון שהצדק המחלק – שלא כמו הצדק המתקן – אינו עוסק רק בשני הצדדים הקונקרטיים לעולה, ניתן לראות את הפועלים העובדים במפעל ואת בני משפחותיהם כזקוקים לחלוקה שוויונית יותר של המשאבים לא פחות משוורץ, ואולי בגלל מעמדם ומספרם אפילו יותר ממנו. במצב כזה הצדק המחלק בהחלט יוכל להסתכל על הפועלים כצד חלש אפילו מול שוורץ, לאור מבחן התוצאה המתקרבת – סגירת המפעל, ולפיכך לתמוך בפתרון אחר מאשר סגירת המפעל או צמצום משמעותי של פעילותו. ייתכן אפילו שתוצאות חלוקתיות יביאו בחשבון את צרכני המפעל, ולא רק את הפועלים, את בעל המפעל ואת התושבים ליד המפעל. למשל, בהנחה שהמפעל מייצר מוצרים זולים שכדאי מאוד לציבור צרכנים לקנות, אולי נעדיף, במבט חלוקתי, דווקא את האינטרס שלהם, ולא את האינטרס של השכנים הרוצים לגור בשקט בדירותיהם.<sup>190</sup> גם רכיב פיזור הנזק מרמז שניתן להגיע לתוצאה של פיזור מסוים של הנזק לא רק על כתפיו של שוורץ, כפי שהיה עד עתה (ולא רק על המפעל, כפי שעולה מיישום גוש תיקון-פיצוי).

גוש תיקון-פיצוי הוא הדומיננטי פחות, שכן הנתבע הוא מפעל – גוף כלכלי, עסקי ומחושב. לפי הצדק המתקן, המשתייך לגוש זה, אין חשיבות לרווחה החברתית המצרפית (הפגיעה בעסקי בעל המפעל והשבירה האפשרית של מטה לחמן של אלפי משפחות), אלא רק לנזק שהמפעל גורם לשוורץ. הצדק המתקן אינו מביט מעבר לשני הצדדים הקונקרטיים לעולה, ולכן אינו מתחשב בפגיעה הכלכלית במפעל ובאלפי פועליו. במצב כזה, על-פי סעיף 44, יש להורות על סילוק המטרד ולפצות את שוורץ בגין הסבל שנגרם לו בעבר. הכרעה זו מותירה בידי בעליו של המפעל מספר מצומצם של אפשרויות: הוא יכול להעתיק את מקומו, להפסיק את פעולת המתקנים (ולמעשה לסגור את שעריו), או לצמצם מאוד את פעילותו (וכך לפגוע קשות בנפח הפעילות). לפי פסק הדין, גם המדינה נפגעת מההכרעה, שכן אתא מייצאת ביגוד לחוץ-לארץ והמדינה מרוויחה מייצוא זה. המדינה גם תצטרך לשאת – ולו באופן חלקי – בפיטוריהם של עובדים רבים שיפנו לקבל דמי אבטלה, וחלקם אולי יהפכו לנטל על שירותי הרווחה.<sup>191</sup>

190 השוו Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1120-1121, באשר לצרכנים של מוצרי המפעל, ובעמ' 1124 באשר לפועלים של המפעל.

191 כפי שנדון לעיל בקצרה, ניתן בנקודה זו לבקר את זיהויה של תפיסת הצדק המתקן עם גישה דאונטולוגית. תפיסתו של הצדק המתקן בראייה כה צרה, לפיה באמת אין להתחשב בכל עיקרון אחר מעבר לצדדים הקונקרטיים, מעלה תהיות בדבר היותה, בנסיבות העניין, נגזרת של גישה מוסרית. האם זה אכן המוסר הראוי העולה מיישומה של גישה דאונטולוגית – רק מוסר המכוון לניזוק, ולא



הפגיעה בגוש זה כתוצאה מאי-הפסקת פעילותו של המפעל היא פגיעה קשה, ויש להביא בחשבון גם עקרונות מתוך גוש זה, אף שהוא פחות דומיננטי בנסיבות העניין. העברתו של שוורץ למקום אחר, תמורת פיצוי, נראית תוצאה קשה הפוגעת בזכות של הקניין של שוורץ<sup>192</sup> וברציונל של עוולת המטרד ליחיד. פתרון של "לא לעשות דבר" ולאפשר את המשך המצב הקיים גם הוא פתרון קשה מכיוון גוש תיקון-פיצוי, אף שהוא עולה לכאורה בקנה אחד עם זכות יסוד אחרת – הפעם של המפעל – חופש העיסוק.<sup>193</sup> אולם מובן שיש לבצע איזונים בין זכויות, וכאן מדובר באיזון בין שתי זכויות יסוד המתנגשות לכאורה בנסיבות המקרה.

יש לבצע איזונים בין הגושים מנקודת מוצא שלפיה הגוש האינסטרומנטלי דומיננטי יותר, אם כי לא מוחלט. אמנם לפי מטרת ההרתעה היעילה דומה שיש לבחון את "מאזן הנוחות" – האם הפסקת המטרד משמעותה פגיעה חמורה יותר במטריד וברווחה המצרפית מאשר המשך הפגיעה בנטרד מהפעלת המטרד או להפך; ובייחוד בהתחשב בהוראת סעיף 74 לפקודת הניזקין, שלפיה אין לתת צו (אלא פיצוי) אם במתן הצו יש משום "התעמרות בנתבע"; אך קיימת אי-נוחות מסוימת בהתבוננות על הסיטואציה כעניין של מאזן נוחות כלכלי, כשהמטריד והנטרד לכאורה שווים במשוואה, בעוד בכל זאת מדובר במי שמטריד ומעוול מול נטרד תמים. ייתכן שיש לצרף לשיקול את שאלת חומרתו של הנזק – ככל שהנזק לשוורץ גדול יותר, כך יובאו בחשבון יותר עקרונות המגנים עליו ופחות עקרונות המגנים על המזיק ועל החברה אם תופסק הפעילות. על כל פנים, דומה כי הגוש האינסטרומנטלי אכן צריך להיות דומיננטי כאן, שכן לא ניתן באמת להשוות את הפגיעה ברווחה החברתית (הפגיעה בבעל המפעל, באלפי הפועלים ואולי אף הפגיעה העקיפה במדינה) לפגיעה בשוורץ. עם זאת, הפגיעה בשוורץ תהיה עדיין ניכרת מאוד אם לא יעשה דבר. אם הפגיעה הייתה בגופו של שוורץ (לאו דווקא באמצעות עוולת מטרד ליחיד, אלא באופן כללי), היה צורך לחפש פתרונות ביניים המביאים בחשבון עוד יותר את גוש תיקון-פיצוי, שכן פגיעה בגוף נחשבת לקשה, אולי הקשה ביותר.<sup>194</sup> גם כך הפגיעה בשוורץ היא קשה, והיא לא רק פגיעה ברכוש או בנחות שלו – שוורץ טען שרעש כזה מביא לפגיעה במערכת העצבים. בהינתן שכן, האם ניתן לחשוב על דרכי ביניים העולות מתוך נקודת מוצא של מתן דומיננטיות לגוש

לאף צד רלוונטי אחר, אף שאינו צד ישיר לסכסוך? והרי סגירת המפעל פירושה הפסקת עבודתם של הפועלים הכה רבים העובדים בו, וכתוצאה מכך איבוד מקור פרנסתן של משפחות רבות.  
192 זכות המהווה כיום זכות יסוד מכוח ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 150.  
193 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח 90. גם חוק-יסוד זה לא היה קיים בזמנו, אך הזכות שבבסיסו הייתה קיימת כזכות יסוד מכוח פסיקת בית המשפט העליון עוד בראשית ימיה של המדינה. ראו בג"ץ 1/49 בז'רננו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).  
194 כיום ערכים אלה מעוגנים בס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

האינסטרומנטלי, אך סיוגו על-ידי גוש תיקון-פיצוי, שכן הרציונל שבבסיסו נפגע באופן משמעותי?

פסק דינו של השופט מאיר שמגר (לו הסכימו הנשיא שמעון אגרנט והשופט משה לנדוי) נטה באופן ברור לכיוון של תיקון הנזק, בהוקיעו התחשבות כלכלית טהורה. התוצאה הייתה הצדקה מלאה למתן צו המניעה כל עוד מפלס הרעש לא ירד מנקודה מסוימת (השונה ביום ובלילה) בשל היות המטרד כה מהותי.<sup>195</sup> בכך אושר צו מניעה כנגד מטרד ליחיד, אף-על-פי שבית המשפט הכיר בכך שצו המניעה עלול לצמצם את הרווחה המצרפית בצורה משמעותית. גישה זו, המעניקה זכות קנויה לצו מניעה לנטרד הסובל נזק ממשי כמעט ללא תלות במחיר החברתי של הצו, מנוגדת לתפיסה הכלכלית של הרתעה יעילה<sup>196</sup> ועולה בקנה אחד עם עקרונות צרים של צדק מתקן. ההחלטה נומקה בכך שמגמתם העיקרית של דיני הנזיקין דורשת ששיקולים כלכליים לא יהוו קריטריון מרכזי בהכרעה, אלא רק חלק ממכלול שיקולים רחב שמרכזו הכובד שלו הוא דווקא מערכת היחסים שבין המזיק לניזוק – הצדק המתקן. בית המשפט סבר שאימוץ גישה כלכלית שתיתן עדיפות לפיצוי על-פני מתן צו מניעה יסכל את כוונת המחוקק, שכלל את המטרד בין עוולות הנזיקין, ובכך הביע גישתו שגרימת מטרד הינה מעשה שיש למנוע אותו.

אם כן, פסק הדין לא היה מאוזן ככוונה תחילה. אפשר לחשוב על פתרונות ביניים, היוצאים מנקודת הנחה אינסטרומנטלית דומיננטית ובה בעת מסייגים אותה באמצעות התחשבות בגוש הפחות דומיננטי. פתרון ביניים טוב צריך לתת דומיננטיות לגוש האינסטרומנטלי – אך לסייגו, כפועל יוצא של גוש תיקון-פיצוי, שכן הפגיעה בו ניכרת. החישוב של "כמה אתא תשקיע" ו"כמה שוורץ יספוג", אם בכלל, צריך להיגזר

195 השופט שמגר הזכיר גם כי "המערערת הועמדה זמן רב לפני הגשת התביעה על קיומו של המטרד, אך הקו בו נקטה לא היה בו כדי לקדם עניין סילוקו או אפילו צמצומו של המטרד, ורק הצו שניתן בבית-משפט השלום הניע אותה, ככל הנראה, לראשית פעולה לצמצומו של המטרד" (עניין אתא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 816). אמנם יש לומר כי היו ניסיונות של בית המשפט שלא לסגור את הדלת בפני שינוי עתידי – באמצעות צמצום המטרד באופן ניכר, מה שיביא לפגיעה קטנה בשוורץ, או באמצעות הוכחה של המפעל שלא ניתן לסלק את המטרד מבחינה טכנית או מבלי שייגרמו למפעל נזקים גדולים העולים במידה ניכרת על הפגיעה או הנזק לשוורץ (התנאי האחרון תמוה במקצת, שכן יש להניח שזה היה המצב גם בעת מתן פסק הדין).

196 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 427. גלעד גם טען שהדבר לא עולה בקנה אחד עם פסיקות אחרות של בית המשפט העליון במשך השנים (לפני ואחרי עניין אתא), בהן נקבע שלבית המשפט שיקול דעת לסרב למתן צו מניעה אף אם תנאי ס' 74 לפקודת הנזיקין לא התקיימו. ראו שם, בעמ' 497. לביקורות נוספות על תוצאה כזו ראו David Kretzmer, *Judicial Conservatism v. Economic Liberalism: Anatomy of a Nuisance Case*, 13 *ISR. L. REV.* 298, 306 (1978); טדסקי, לעיל ה"ש 105, בעמ' 453-455, אף שטדסקי תומך עקרונית בתוצאה של פסק הדין (וקרצ'מר אינו תומך בהחלטה ורואה בה משום שמרנות משפטית).

מפרמטרים שונים, ובהם דרגת הנזק כעת בהשוואה לדרגתו לאחר השינוי, כמו גם השאלה עד כמה תהיה פעילות המפעל רווחית לאחר המהלך – שאלה הנגזרת גם מהיכולת לפזר את הנזק על כמה שיותר גורמים.

יש להבין כי במקרה דנן ברור שהפגיעה אינה קטנה והפיצוי בכסף, לפי סעיף 74 לפקודת הנויקין, אינו מספק. למעשה המחוקק עצמו הביע גישתו במפורש שדווקא מטריד חמור המפריע לשימוש סביר במקרקעין הינו מעשה שיש למנוע אותו, ולא להיכנע לו תמורת תשלום כסף ובכך למעשה לאפשר קניית הזכות. נוסף על כך, עידוד משא ומתן בהתחשב בתנאי השוק הוא בעייתי דווקא במקרים של חזק וחלש (אם אין בנמצא הערכה מבוססת שללא משא ומתן כזה בית המשפט יפסוק, בהסתברות גבוהה, לטובת החלש). האם באמת ניתן לראות את אתא ואת שוורץ כשווים או שמא מדובר במשא ומתן בין "פיל" ל"יתוש"? ושמה דווקא מכיוון שעקיצתו של היתוש כואבת יש מקום למשא ומתן מסוים, שכן התמוטטותו של הפיל עלולה להיות כואבת מאוד?

ניתן להציע פתרונות ביניים שמהותם שינוי מסוים של פעילות המזיק, ופתרונות ביניים אחרים שמהותם שינוי התנאים הסביבתיים אצל הניזוק (על חשבון המזיק) מבלי שפעילות המזיק תשתנה. עם כל הכבוד הראוי, ייתכן מאוד שניתן היה לנקוט אחד מאותם פתרונות.

כך, בין פתרונות הביניים המאוזנים אפשר לכלול ייקור מסוים של תהליך הייצור כדי להקל על סבלו של שוורץ. אם יש ייצור חלופי, הגורם להרבה פחות נזק ועדיין שומר על רווחיות, הוא עדיף גם אם יהיה יקר יותר, יצריך שינוי של שיטת העבודה והתקנה של מערכות חדשות. באותו מקרה לא חייב בית המשפט את אתא לעשות כן ולא קצב לה זמן לנסות ולהגיע לפתרון זה (בין היתר בעקבות התארכות הדיונים שהייתה נעוצה במעשיה שלה, כדבריו), אך גם לא סגר את הדלת בפני פתרון עתידי כזה.<sup>197</sup> דומני שפתרון כזה, של קביעת מועדים בחסות בית המשפט, יכול היה להועיל. את הנזק אפשר היה לפזר הן על כתפי הצרכנים, באמצעות העלאה מבוקרת של מחיר המוצר, הן על כתפי המפעל, שיספוג חלק מהעלויות, והן על כתפיו של שוורץ, שכן המטרד יוסיף להתקיים אך בצורה סבירה יותר (בהנחה שייצור מלא גורר אחריו רעש מסוים). ודוק: אמנם לא ניתן לחייב את אתא לייקר את מוצריה, אך זו התוצאה הטבעית במקרה כזה. אתא תחשב עד איזה מחיר היא יכולה לייקר את מוצריה בהתחשב בכוחות השוק, כך שאנשים עדיין יצרכו את מוצריה, ואיזה חלק היא יכולה לספוג. נקודת המוצא כאן היא המשך הפעילות המטרידה, כעולה מן הגוש האינסטרומנטלי, ופיזורו של הנזק על צדדים שונים – כל זאת תוך התחשבות מסוימת בגוש תיקון-פיצוי.

פתרון ביניים אחר, המשנה את תנאי הסביבה של הנטרד מבלי לפגוע בפעילות המטריד, הוא בידוד דירתו של שוורץ באופן שמטרד הרעש יקטן לגביו באופן משמעותי.

197 עניין אתא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 816.

אתא תישא בהוצאות הבידוד, ואף כי צפוי שהמטרד לא יימנע לחלוטין, ייתכן שהוא יהיה סביר. יש בכך יתרון מסוים על-פני מתן פיצוי, שכן אילו היה ניתן פיצוי, לא ברור ששוורץ היה משתמש בכספי הפיצוי כדי לבודד את דירתו או לעבור למקום אחר. במצב כזה ייתכן כי פתרון פטרנליסטי משהו, המורה לאתא להתקין בידוד בדירתו של שוורץ, הוא נכון וראוי יותר כדי שהמטרד אכן ייפסק או יעומעם.<sup>198</sup> יש להניח כי אילו היה בית

198 פתרון זה דומה לקודמו רק לכאורה, שכן יש כאן כמה בעיות. שוורץ עשוי, ובצדק, לדרוש גם התקנת מזגן בביתו, שכן פתיחת החלונות תשיב ברגע אחד את הרעש לביתו. אתא תוכל להתקין את המזגן אך בד בבד לטעון ששוורץ נהנה מהמזגן מעבר לעניין ההטרדה. שוורץ עצמו יוכל לטעון שהמזגן גורם לו להוצאות ניכרות של חשמל, וכן הלאה. מעבר לכך, אם המפעל מצליח להמשיך בתהליך הייצור בצורה שקטה יותר, יש בכך משום יתרון על-פני בידוד דירתו של שוורץ, שכן בעתיד יוכלו אנשים נוספים המתגוררים בסמוך למפעל להגיש תובענות, ולכאורה תידרש אתא להתקין בידוד בבתי כל אחד מהם. ייתכן גם שבסופו של דבר התקנת בידוד בכמה עשרות או אפילו מאות דירות ברדיוס מסוים מהמפעל תהיה כלכלית יותר משינוי פעילות הייצור של המפעל, שאולי גם אינה אפשרית; ודאי שהיא תהיה כלכלית יותר מסגירת שערי או צמצום משמעותי של פעילותו. זהו למעשה פתרון של פיצוי בפיקוח בית המשפט (ולא העברת כספים סתמית לשוורץ, דהיינו: פיצוי שישמש את שוורץ, מן הסתם, למעבר דירה).

אכן היו סבירו כי במקרה אתא היה מקום להסתפק בפיצויים שוטפים לעתיד בגין ירידה בערך הדירה, החופפים לפיצויים בגין אבדן ההנאה העתידית מהם (להבריל מפיצויים על העבר) תחת פסיקת צו מניעה, שכן באופן מהותי אותה תוצאה מושגת כך, ובפגיעה פחותה ברווחה המצרפית. ראו קליימן, לעיל ה"ש 105, בעמ' 89-92; Kretzmer, לעיל ה"ש 196, בעמ' 310. בצורה כזו יונעו תהליכים שבהם המזיק "ירכוש" את זכותו של היחיד-הניזוק בכסף. כך יזכה היחיד לממש את זכותו באמצעות ערך חליפין ראוי בעיניו, וגם המפעל יוכל להמשיך לייצר ולהרוויח מבלי שפעילותו תושבת ומבלי להחזין את עלותה על היחיד. הצדדים ינהלו ביניהם משא ומתן וינסו להגיע להסכמה על גובה הפיצוי, ואם לא יגיעו להסכמה כזו, יגיעו לבית המשפט. יש בכך משום אימוץ התאורמה של קוז, שלפיה במצב של שוק משוכלל אין זה משנה למי יקצו בפועל את הזכויות המשפטיות, מפני שבכל מקרה יתנהל משא ומתן בין הצדדים והתוצאה תהיה יעילה מבחינה מצרפית. אם יינתן צו מניעה לא תהיה אפשרות ליצור משא ומתן כזה ולהגיע לפתרונות מוסכמים יותר. אך ראו אייל, לעיל ה"ש 173, בעמ' 278-279, הטוען כי מנקודת מבט כלכלית גם – ואולי דווקא אז – נפתח הפתח למשא ומתן, שכן יש נקודה שבה שוורץ היה מסכים לקניית זכותו, ולפי התאורמה של קוז ממילא בסופו של תהליך הייצור במפעל ימשיך כמעט ללא קשר לפסיקת בית המשפט. דומני שהמציאות בפועל – סוף הסיפור, שעליו נצביע להלן – הצביעה על תוצאה אחרת מאשר משא ומתן שבסופו תוצאה של קניית זכותו של שוורץ. ניתוחו של אייל את התאורמה של קוז בנסיבות סופו של המקרה, כפי שיידון כאמור להלן, מצביע על ראייה נכונה של התאורמה. על כל פנים, פתרון של פיצוי הוא פתרון בעייתי כי בעתיד עשויים לקום תושבים נוספים שיבקשו פתרון דומה. פעולת המטרד אף עלולה לגרום לזיהום אוויר ולשאר תוצאות לא יעילות. שנית, פתרון כזה אינו מתחשב מספיק בגוש הדומיננטי פחות, גוש תיקון-פיצוי. אמנם הנזק אינו נופל על כתפיו של שוורץ, אך הדבר גם איננו תיקון אמיתי של העוול והשבת המצב לקדמותו, שכן לא כל דבר אפשר או ראוי לקנות בכסף. הדבר נכון בייחוד כשמדובר בזכות קניינית – זכות החזקה בנכס – המופעלת על-ידי אדם מבוגר במשך

משפטים לט תשי"ע "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנוזקין המודרניים

המשפט מצווה על אחד משני פתרונות אלה, אולי הייתה הפרשה מסתיימת בצורה מוצלחת יותר.<sup>199</sup>

אחת המטרות של הסיוג היא לגרום לבעל המפעל המטריד הפוטנציאלי הבא לחשוב פעמיים לפני נקיטת פעילות מטרידה, וכן לחשוב מראש על דרכי פתרון לבעיית המטרד, ולא לפנות באופן נמהר לעסוק בפעילות המטרידה מתוך הנחה שהחשיבות החברתית של המפעל ושל המשפחות המתפרנסות ממנו ממילא יגברו על כל אינטרס אחר. יש בכך גם כדי לתמרץ התייחסות רצינית לפניות של נטרד אם כבר יש מטרד, אי-התעלמות ממנו ומאמץ אמיתי להקטין את נזקו. עם זאת אל לנו לטעות: במסגרת האיזון הנכון יש לעודד מציאה מראש של דרכים כאלה שעדיין תהיינה במסגרת הכדאיות הכלכלית של הייצור, כדי לא ליצור תמריץ שלילי לעסוק באותה פעילות. פתרונות ביניים כאלה בחסות בית המשפט היו יוצרים מתווה נכון למקרים פוטנציאליים עתידיים, ולא רק פותרים בצורה ראויה יותר את הסכסוך הספציפי בין אתא לשוורץ.<sup>200</sup>

במקרה של אתא נ' שוורץ לא נבחר כאמור פתרון ביניים של ממש, בוודאי לא כזה העולה מניתוח האיזון העדין הראוי בין הגושים, והפתרון היה חד-צדדי למדי. לא רק שהפתרון לא היה מאוזן באופן עקרוני, גם באופן ספציפי סופה של הפרשה היה עגום מבחינת הזוכה, ואף מפתיע. אתא פנתה לשר האוצר בבקשה שיפקיע את דירתו של

שנים רבות, כשהפעילות היא מעשה עוולה הרוס ערכים חברתיים. דומה שפתרון כזה גם אינו עולה בקנה אחד עם אותו ס' 74 לפקודת הנוזקין, שהוא בסך הכול מאוזן.

על כל פנים, בפיו המדובר אין משום העברה של שוורץ לדירה אחרת, אלא השארתו במקומו ודאגה לכך שיהיה פחות רעש בדירתו, במקביל להמשך הפעילות הרועשת ולא מניעתה. בפועל אתא אכן ניסתה לאחר מתן פסק הדין להוריד את מפלס הרעש אל מתחת למפלס שנקבע, אך שוורץ התנגד להתקנת הברוד בדירתו מסיבות שונות, ביניהן ניסיון להעלות את המחיר. כך עולה מתיאור העובדות לאחר מתן פסק הדין בערעור, כפי שנוכרו בפס' 2 לפסק דינו של השופט אשר בבג"ץ 114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800 (1977) (להלן: עניין שוורץ נ' שר האוצר). משא ומתן נוסף נכשל בין הצדדים.

199 לכאורה אפשר היה להציג פתרונות ביניים נוספים, אך אלה מאוזנים פחות. כך, ניתן היה להכריע שפעילות המפעל תצומצם, דהיינו: שהרעש יבקע מהמפעל רק בשעות מסוימות, המטרידות פחות את מנוחתו של אדם סביר. אולם הדבר היה מביא להפחתה ניכרת בפעילותו של המפעל, לירידה ניכרת ברווחים – אולי עד כדי הפיכתו ללא רווחי, ובכל מקרה, כך נראה, לפיטורי פועלים כתוצאה מההפעלה החלקית של המפעל. זהו פתרון שבו הגוש האינסטרומנטלי לא דומיננטי דיו אף שכל צד כאן מותר מכיוונו (שכן המפעל לא נסגר, אך גם שוורץ אינו זוכה למלוא השקט ולהשבת המצב לקדמותו). זו דוגמה לפשרה לא טובה, שכן סביר מאוד שבסופו של דבר המפעל היה ממילא סוגר את שערי מחוסר רווחיות. ייתכן שיהיה בתוצאה כזו גם משום תמריץ שלילי ליוזמים אחרים לעסוק בפעילות כזו של ייצור טקסטיל שחלקו גם מיוצא לחוץ-לארץ, שהיא בסך הכול מאוד רצויה. אף שנקודה זו עקיפה יותר, היא יכולה להוות חלק מבחינת הרווחה המצרפית. מכאן שבטווח הרחוק עדיף אולי להכריע באופן נחרץ יותר, שכן פתרון ביניים כזה אינו טוב ואינו יעיל מעבר לטווח הקצר.

200 לביקורת כלכלית על אי-הראייה לטווח רחוק בפתרון שנקט ראו אייל, לעיל ה"ש 173, בעמ' 275.

שוורץ תמורת פיצוי, וכך אכן היה: שוורץ פוצה תמורת ההפקעה בפיצוי כחוק, אך בשיעור נמוך מהסכום שדרש מן המפעל כדי לקנות את דירתו, ונמוך אף מההצעה הנגדית של המפעל במהלך המשא ומתן. הפקעה זו נדונה גם היא בערכאות.<sup>201</sup> בג"ץ (מ"מ הנשיא לנדוי והשופטים אשר ובן-פורת) קבע ששר האוצר עשה שימוש כדין בסמכויותיו, ולפיכך ההפקעה נעשתה כדין.<sup>202</sup>

בפועל דומה כי המשא ומתן לא הביא לתוצאות רצויות ומאוזנות (לא בעניין צו המניעה בערעור ולא בעניין ההפקעה בבג"ץ), אף שהוא אולי עולה בקנה אחד עם התאורמה של קוז. אכן, ייתכן שגם סופו של התהליך תואם את התאורמה: הפקעה עשויה להיות התוצאה ההגיונית ואף המתבקשת, מכיוון ששוורץ לא ניאות למכור את זכותו בסכומים המכובדים שהוצעו לו, ומכיוון שבסופו של דבר המפעל המשיך לייצר.<sup>203</sup> אולם, אף שהליך ההפקעה היה כדין ונשקלו בו הזכויות הנוגדות של הצדדים, יש תחושה כי פתרון נאות במישור הנזיקי היה מונע פנייה לסעד זה – לגיטימי אך עוקף וכואב מבחינתו של שוורץ, שגם זכה לפיצוי נמוך בהתאם לנזקים שיכול היה להוכיח, כולל ירידה בערך הדירה (כאמור, אפילו פתרון של פיצוי מלא אינו מאוזן בעצמו). ייתכן מאוד כי במקרים כאלה, בייחוד של "יתוש" מול "פיל", כשיש הרגשה שאולי ה"יתוש" מנסה לעקוץ את ה"פיל" ככל יכולתו ולבסוף מפסיד הכול, היה מקום לא לסמוך על המשא ומתן בין הצדדים. דומה שצריך היה לסמוך יותר על הפיקוח המשפטי ועל פתרון בחסות בית המשפט (כגון התקנת הבידוד), וכך לצפות להחלטה שיפוטית מאוזנת יותר בערעור בבית המשפט העליון.

201 לעתירה של זאב שוורץ, שאליה הצטרף גם אחיו, הבעלים של דירה בקומה אחרת באותו בית, ראו עניין שוורץ נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 198.

202 הוסיפו על כך כמה עובדות חשובות שהתבררו דווקא בהליך זה, שמהן עלה כי אתא עשתה כל שביכולתה כדי להנמיך מאוד את מפלס הרעש אל מתחת לרף שנקבע בערעור בבית המשפט העליון, וזאת בדרכים שונות, הן בטיפול במתקני הקירור והן ברצון להתקין בידוד בדירתם של האחים שוורץ – אך נתקלה בסירוב שלהם ובבעיות שונות. אכן, אתא הוציאה הוצאות כספיות רבות לצורך הורדת מפלס הרעש לאחר הערעור בעליון, וזה אכן ירד במידה ניכרת, אך עדיין לא הגיע למפלס שנקבע בצו המניעה. לא פחות חשובה מכך העובדה שאתא הייתה מוכנה להתקין על חשבונה שטיח מקיר לקיר ותקרה אקוסטית בביתו של שוורץ כדי לבחון אם הרעש ירד יותר אל מתחת למפלס שנקבע בצו המניעה, אך שוורץ, שהסכים לכך בתחילה (בשלב הסיכומים בערעור), התנגד לכך לבסוף, ותירץ זאת בכך שהתכוון למכור את הנכס כולו לאתא ולקבל ממנה, בנוסף על מחיר הנכס, גם פיצויים על העבר. ראו שם, בפס' 2 ו-5 לפסק דינו של השופט אשר.

203 ואם בוחנים אותה מול קשת הסעדים בדיני הנזיקין, אפילו עם צו המניעה שניתן בפועל, ניתן לראות בכך, לדעת אחת הגישות הכלכליות שציין אייל (לעיל ה"ש 173, בעמ' 278-280), דרך ראויה. זאת בהיותה מאפשרת לאתא "אופציית יציאה", הן במקרה שלא תצליח להקטין את הנזק אל מתחת למפלס הראוי, והן במקרה שהמשא ומתן עם שוורץ, אם ינוהל, לא יעלה יפה – כפי שאכן אירע בפועל.

החלטה מאוזנת כזו, לו ניתנה, לא רק הייתה מיטיבה עם שוורץ ומאזנת את רצונותיו מול ניסיונותיה הכנים (לפחות משלב מסוים) של אתא לצמצם את הרעש; היא גם הייתה מתווה מדיניות ראויה יותר להמשך הדרך מבחינת הכוונת פעולותיהם של מזיקים וניזוקים. אשר להכוונת פעולות של מזיקים פוטנציאליים, מחד גיסא הם עלולים לראות בסיום הסיפור דווקא בהפקעה ובפיצוי נמוך משום תמריץ להזיק, לא להתחשב בנטרדים וברצונותיהם ולא להקטין את הנזק; מאידך גיסא הם עלולים להירתע בכל זאת מנקיטה של פעילות ייצור דומה מחשש שדווקא בעניינם יבחר שר האוצר שלא להתערב. אשר לניזוקים, יש בהחלטה משום הכוונה לשקילה של דרכי הפעולה, אם בכלל, של שכנים אחרים של המפעל (שהם נפגעים בפועל או בפוטנציה) במקרה זה גופו וכן במקרים עתידיים. החלטה כזו מתווה מדיניות ואמורה לענות על השאלות הבאות: האם כדאי לתבוע צו מניעה, פיצויים או שניהם? האם כדאי לנסות להגיע להסדר (אך מבלי להיות חמדנים יתר על המידה)? שמא לא כדאי לעשות מאום וללמוד מהתוצאה העגומה של שוורץ?

הדוגמה הראשונה לדומיננטיות של הגוש האינסטרומנטלי, גוש הצדק המחלק וההרתעה, ולסיוגו של גוש זה על-ידי גוש תיקון-פיצוי, הייתה אפוא דוגמה קלאסית, אם כי מסעד של צו מניעה. הדוגמאות הבאות יובאו מהטלת אחריות בנוזקין דרך הסעד המרכזי במערכת דינים זו – סעד הפיצויים.

הטלת אחריות על מעביד בגין עוולה שביצע עובד שלו כלפי אחר נובעת בצורה בולטת מיישום של מטרת הצדק המחלק. ההנחה היא שמעביד הוא בבחינת "כיס עמוק" ומפזר נזק טוב, שהוא בדרך כלל בעל ביטוח, ושדווקא העובד הוא בדרך כלל בעל משאבים מוגבלים, ויש סיכויים רבים שלא יוכל לפצות באורח מלא על הנזק שגרם. כך הנזק עלול ליפול על כתפיו של העובד, שהוא מוגבל מאוד ביכולתו הכלכלית, ו"להפיל" אותו כלכלית, או – באין לעובד יכולת לשלם – ליפול למעשה על כתפי הניזוק – שתי תוצאות שאינן רצויות מבחינה חברתית. המעביד, כגוף כלכלי-מסחרי, גם יביא את ההוצאות הצפויות מתביעות בגין נזקים שגרמו עובדיו בחשבון במכלול ההוצאות והחישובים, למול רווחיו הצפויים.<sup>204</sup> במצב כזה ראוי באמת לאתר את הגורם הנתבע בעל היכולת הכלכלית שהוא הקרוב ביותר לאותו עובד שמשאביו מוגבלים, וזהו המעביד.<sup>205</sup> לנקודה זו יש משמעות רבה, שכן היא עשויה לגרום לבתי המשפט להגמיש מאוד את בחינת אחריות המעביד כדי להגיע לתוצאה של הטלת אחריות על מפזרי נזק ובעלי כיס עמוק,<sup>206</sup> ולא על העובד הפשוט.

204 דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 437; ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 53-55.

205 הרמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 227-228.

206 ABRAHAM; Ira S. Bushey & Sons, Inc. v. United States, 398 F.2d 167 (2d Cir. 1968), לעיל ה"ש 10, בעמ' 191-192.

הטלת אחריות על מעביד במקרים כאלה נובעת גם מיישום של מטרת ההרתעה היעילה, שכן הטלת אחריות על המעביד מבטיחה השקעה יתרה מבחינתו באמצעי זהירות והדרכה מוגברים וכן שליטה בעובדים, והכול כדי למנוע עוולות.<sup>207</sup> יש בכך משום זרז למניעת תאונות ולהפחתתן. המעביד נמצא בעמדה טובה יותר לפעול למניעת התאונה, הוא מחושב יותר, ולפיכך הוא השוקל הטוב היכול למנוע את הנזק או להפחית תאונות (על-ידי הגברת אמצעי בטיחות, רענון נהלים, השתלמויות והדרכה או אי-גיוס עובדים לא זהירים מלכתחילה, אם הדבר אפשרי לצפייה מראש) – בוודאי יותר מהעובד, והדבר מצדיק הטלת אחריות עליו אף אם לא התרשל בעצמו. הטלת אחריות על עובד במקרים רבים לא תביא לידי שינוי התנהגותו, אף אם הוא מסכן בכך את גופו ולא רק את רכושו. קלברזי אכן הסביר כי אחריות מעבידים ואחריות שילוחית מוסברות היטב בבחינת הוצאות הנזקים מול פעילויות שיש רצון חברתי להרתיע מביצוען, וזאת לצורך מתן תמריץ למעביד ולשולח להיות זהירים יותר בפעילויותיהם – דבר שיקדם יעילות, שכן ההנחה היא שתמיד ניתן להיזהר יותר ולהשקיע יותר באמצעי בטיחות של העובדים.<sup>208</sup> אמנם יש אולי רגליים לטענה כי אי-הטלת אחריות בפועל על העובד הרשלין עצמו מנוגדת למטרת ההרתעה כלפיו באופן אישי; אך חרב הפיטורין מונחת על צווארו של עובד כזה בעקבות התרשלותו, וזו נראית הרתעה מספקת.<sup>209</sup> על כך יש להוסיף גם סנקציות אחרות, כגון אי-קידום בעבודה או יצירת שם רע לעצמו כעובד מתרשל, גם אם לא יפוטר. בכל המצבים הללו העובד עצמו "משלם" בשמו הטוב ובקידומו, אם כי זהו אינו תשלום המהווה צדק מתקן של ממש, שכן אם העובד פגע בצד שלישי וזה תובע את המעביד, הפגיעה בשמו הטוב של העובד לא תועיל לניזוק, שכן העובד לא משלם לו מכיסו.

הטלת אחריות על מעבידים מוסברת אפוא טוב יותר, ולו לכאורה, בכלים הרתעתיים וחלוקתיים מאשר בכלים של צדק מתקן.<sup>210</sup> גישה מצמצמת ו"טהורה" של צדק מתקן תגרום כי אחריות של מעבידים למעשי עובדיהם נוגדת את תפיסת האשם, שכן לא המעביד עצמו הוא זה שביצע את העוולה, ובכל זאת מוטלת עליו אחריות.<sup>211</sup> לפיכך, לכאורה, על-פי הצדק המתקן בתפיסתו המצמצמת, אם עובד גרם נזק, הניזוק יוכל

207 ודוק: למעביד יכולה להיות כמובן גם אחריות אישית, וגם כאן יכולה להיות רלוונטיות, כמובן, ההרתעה היעילה; אך הדין הוא בשאלת התמלאות מטרה זו אפילו כשמדובר בהטלת אחריות על מעביד על עוולה שביצע עובד שלו.

208 Calabresi 2007, לעיל ה"ש 101, בעמ' 5.

209 ראו הרמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 226.

210 Schwartz, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1825-1822.

211 ABRAHAM, לעיל ה"ש 10, בעמ' 190. והשוו דבריו של הלורד Denning בפרשת White v. White, [1950] 2 All E.R. 339 (A.C.). יודגש כי אם מעביד הינו רשלין בעצמו, ברור שניתן לתבוע אותו בגין אחריותו האישית.



לתבוע רק את העובד עצמו, ואם זה אינו בעל אמצעים ייצא התובע כשידיו על ראשו, אף אם המעביד בעל "כיס עמוק" ומבוטח בחברת ביטוח המפזרת את הנוזק. תוצאה זו אינה משביעת רצון בשמו של צדק מתקן "טהור", כביכול;<sup>212</sup> אולם, גישה מרחיבה יותר של צדק מתקן תוכל אולי "לסבול" בצורה מסוימת אחריות של מעביד לעוולות העובדים שלו כעולה בכל זאת מצדק מתקן, אף שלא הוא עצמו גרם לעוולה. מדוע? המעביד מפיך תועלת כללית והנאה מהעסקתו של העובד, ועל כן עליו לשאת גם במעמסה הכספית כאשר עובד שלו גורם נזק לאחר (בין אם היה זה זר ובין אם עובד אחר).<sup>213</sup> העובד הוא אמצעי של המעביד להרוויח כסף, ולכן העובד עצמו, כתובע או כנתבע – וכמוהו מי שמבקר במקום ונפגע מפעילות העובד – אינם צריכים לשאת על גבם נזקים שהם תוצאה של הנאת המעביד. אם כן, המעביד אינו ממש חיצוני לסיטואציה – אם כי ברור שאין מדובר בצדק מתקן במתכונתו הבסיסית, אלא בניסיון לבחון אותו בראייה מרחיבה.<sup>214</sup>

יאמר האומר כי הכרעה בדבר הרחבת אחריותו של המעביד אינה בהכרח מיטיבה עם העובד, שכן זה, מן הסתם, ישתכר פחות, וכך ישלם את מחיר האחריות שתגולגל עליו.<sup>215</sup> דומני כי בכך העובד קונה את סיכוניו, ורוב העובדים היו מעוניינים לבחור

212 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 53.

213 DOBBS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 15; Keren-Paz, לעיל ה"ש 121, בעמ' 284; גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 425; דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 436.

214 ראייה כזו כבר קרובה למעשה לצדק המחלק, הבוחן כאן את פערי הכוחות מלכתחילה בין העובד למעביד ובין תובע פרטי שניזוק לבין אותו מעביד הנהנה באופן כללי מפעילותו של העובד. ראו Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 CAL. L. REV. 193 (2000). אכן, קייטינג ראה בכך גם צדק מחלק, ולא רק צדק מתקן. קלברזי ניתח בכלים היסטוריים את בניית המערכת הנוזקית, וטען כי היא נבנתה דווקא על הרתעה מפני פעילויות על-ידי גביית הוצאות ומתן אפשרות לניזוקים לקבל פיצוי. הוא ציין כי עם הזמן אנשים החלו להאמין בכך שהצדק המתקן עומד לימינם ו"מגיע" להם פיצוי מגורמים שונים, שלא כבעבר. אחת הדוגמאות שהוא הביא לביסוס הדבר היא הסוגיה דנן. לדבריו, מי שנפגע כתוצאה מעוולה של עובד החל להאמין באמת ובתמים שיש לו זכות מוקנית לתבוע גם את המעביד ולהיפרע ממנו, אף שהמעביד אינו המזיק הישיר, ובמבנה המקורי של המשפט המקובל לא היה אפשר כלל להיפרע ממנו (Calabresi 2007, לעיל ה"ש 101, בעמ' 6).

215 זאת כהשלכה מביקורתו של פריסט בדבר ה"adverse selection" (בחירה שלילית): George L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 YALE L.J. 1521, 1540-1541, 1564-1566 (1987). אמנם פריסט התמקד ביצרנים ובמבטחים, אך הרעיון הבסיסי שלו הינו שהעלאת מחירו של מוצר (בין אם יהא זה ביטוח או מוצר אחר התלוי בביטוח, כגון רכב) תגרום, בקבוצה שבה צרכנים הינם הטרוגניים מבחינת מידת הסיכון שלהם, לנשירת צרכנים בעלי סיכון נמוך שלא יהיה להם כדאי לשאת למעשה בעלות עורפת עבור צרכנים בעלי סיכון גבוה, ולחיפושם אחר אלטרנטיבות. התוצאה של נשירה זו תהיה העלאה נוספת של מחיר המוצר, ואז עלולים להיפגע דווקא מעוטי היכולת שלא יוכלו להרשות לעצמם לרכשו. זו קבוצה נוספת של בעלי

באופציה של שכר מעט נמוך יותר (בוודאי לא באופן דרמטי, שהרי הנזק מפורז על כלל העובדים), לצד ידיעה ודאית שיש מי שאחראי להזקתם כלפי אחרים (וכלפי עצמם). יש להניח כי הם לא היו מעדיפים להשתכר מעט יותר אך לדעת כי במקרה שיגרמו נזק לזולת (או לעצמם) יצטרכו לשלם מכיסם. לרבים מהם ממילא אין גם אופציה לההפך לעצמאיים או לא לעבוד במקרה כזה (שלא כמו במקרה שבו יש אופציה לא לרכוש מוצר במחיר גבוה או לא לרכוש ביטוח, למשל). גם אם יש ממש בטיעון זה, והוא מאפיל על מילוי מטרת הצדק המחלק (מה שאיני בטוח כלל ועיקר), בכל זאת מתקיימת כאן מטרת ההרתעה היעילה.

מטרת הפיצוי מתקיימת לכאורה גם אם מטילים אחריות על העובד, כך שגם מבחינת מטרה זו – כמו הצדק המתקן – אין תמיכה נלהבת בהטלת אחריות על המעביד דווקא. אמנם ניתן לומר כי בראייה קדימה, מכיוון שהעובד הוא חסר אמצעים במקרים רבים, מטרת הפיצוי תוגשם ותצא אל הפועל דווקא כשהתביעה תהיה נגד כיס עמוק, שכן לפי מטרת הפיצוי אין לכאורה חשיבות לזהות המפצה. לכן ניתן לסכם ולומר שאין מחלוקת בין הפיצוי לצדק המתקן, וגוש זה – תיקון-פיצוי – בוודאי אינו תומך בבירור בהטלת אחריות על מעבידים במקום על עובדים. עם זאת ראינו שבכל אחת מהמטרות המרכיבות אותו יש פן מסוים שיכול להסכים בצורה מסוימת לכך, ולו בדוחק.

ניתן אפוא לבסס הטלת אחריות נזיקית על מעבידים למעשי עובדיהם בעיקר מתוך ניתוח הגוש האינסטרומנטלי. כאן נכנס השלב השני בניתוח: יש רלוונטיות גם לגוש האחר, כאשר מזוהה פגיעה ניכרת בערכים שבבסיסו. כיצד? לכאורה, אם הגוש הדומיננטי לעניין זה הוא הגוש האינסטרומנטלי, ומטרות הצדק המתקן והפיצוי רלוונטיות פחות במקרים כאלה, היה צורך להטיל אחריות על מעבידים בכל מקרה שבו עובד גרם לעוולה לאחרים. לעומת זאת אם גוש תיקון-פיצוי היה דומיננטי כאן, ייתכן שכלל לא היה מקום להטיל אחריות על המעביד, אלא רק על העובד שביצע את העוולה ישירות. שתי התוצאות הללו הן קיצוניות. איננו מעוניינים שהמעביד ישלם על כל מעשה שהעובד ביצע בכל מקרה ובכל סיטואציה, וגם איננו מעוניינים להטיל את האחריות תמיד על העובד, שכן זה אינו בר-פירעון במקרים רבים, ואם הזיק לעצמו הרי שהנזק

סיכון נמוך יחסית מבחינת היצרן או הביטוח, שכן אם עניים נפגעים – מכיוון שההשתכרות שלהם נמוכה – הפיצוי כלפיהם יהיה נמוך. אם גם קבוצה זו תנשור, מחיר המוצר יעלה עוד יותר, עד כדי אי-כדאיות לרכוש אותו וירידתו מן המדפים, ולחלופין עד כדי מצב שבו אלה שיישארו בכל זאת יצטרכו לשלם הרבה יותר, וכך עניים שסיכונם נמוך ייתכן שישלמו הרבה מעבר לדרוש מבחינת הסיכון שלהם. במצב כזה מתעוררת לכאורה בעיה ביישום הצדק המחלק. ייתכן שבאשר לעובדים ומעבידים, אף שגם כאן מעורב בדרך כלל ביטוח, המצב מעט שונה לעומת מצבם של רוכשי ביטוח או רוכשי מוצר כגון מכונית, התלוי בביטוח (אלה שתי הדוגמאות שהביא פריסט, שם). וראו והשוו גם Hugh Gravelle, *Insurance Law and Adverse Selection*, 11 INT'L REV. L. & ECON. 23 (1991).

יישאר במקום שבו נפל, והמעביד, כאמור, גם נהנה מהפעילות באופן כללי וגם מהווה "כיס עמוק". מכאן, שפגיעתו של כל גוש בגוש האחר עלולה להיות גדולה. במקרה זה יש להביא בחשבון סיוג מסוים של הגוש הדומיננטי, אך עדיין לתת לו עליונות. כיצד? מבחינה נורמטיבית ראוי להגיע להסדר ביניים שהכלל בו הינו עדיין הטלת אחריות על מעבידים, כעולה מיישום הגוש האינסטרומנטלי, אך כלל זה צריך להיות מסויג במקרים מסוימים, לאור הפגיעה בגוש תיקון-פיצוי לו היה הגוש האינסטרומנטלי מיושם ללא כל סייג. ודוק: אמנם גם הבחינה הפוזיטיביסטית של המציאות הנוזקית מצביעה על איזונים כאלה, אך גם אילולא היו קיימים מבחינה נורמטיבית, היה ראוי כי יתקיימו. אכן, שיטות משפט שונות מטילות אחריות על מעביד רק אם מתקיימים תנאים מסוימים לכך, כגון צורך בשליטתו על מעשי העובד או צורך בהצבעה על כך שעולתו של העובד אירעה במסגרת העבודה, והמעביד הרשה את המעשה או אשרר אותו וכיוצא באלה – שאחרת קשה באמת להצדיקה, אם העובד חרג מאוד מהוראות המעביד וסטה מהותית מדרישות התפקיד, ולא בפשטות התרשל במילוי ההוראות שניתנו לו.<sup>216</sup>

אם כן, העובדה שיש משקל נמוך יותר מלכתחילה במקרים כאלה לגוש תיקון-פיצוי אין בה כדי לומר שאין כל משקל לגוש זה. גוש זה נשקל ומהווה חלק מהאיזונים המטילים סייגים על יישום הגוש האינסטרומנטלי. הבאתו בחשבון בתוך מכלול האיזונים פירושה ניסיון לטעון שאחריות על מעבידים תוטל אמנם, אך רק במצבים שבהם ניתן לזהות קשר מסוים – למשל, שליטה – בין המעביד לבין העובד שגורם לנזק באופן ישיר. אחרת יהיה קשה להצדיק הטלת אחריות על המעביד רק בשל עושרו, חוזקו ויכולתו לפזר את הנזק. אותו קשר של שליטה מנסה לזהות את העובד שהתרשל עם המעביד, ולהסביר כי מטעמים של צדק מחלק והרתעה יעילה, ייתכן שיש לראות את המעביד במונח מסוים כמי שביצע את העוולה בעצמו, או שהעובד הוא ידו הארוכה ולכן עליו לשלם אם זה הזיק לאחר. כדי להגיע לתוצאה כזו יש להגביל את יישום הגוש האינסטרומנטלי למקרים שבהם ניתן לבצע זיהוי מסוים כזה בין עובד למעביד, כך שגם כשתוטל אחריות על המעביד לא יורמו גבות, והדבר ייראה טבעי שדווקא הוא צריך לתקן את העוול שביצע עובד שלו ולפצות. אם העובד חרג מאוד מהנחיות המעביד, ולא ביצע מעשים שתחת שליטתו כלל, אותו זיהוי של המעביד עם פעולותיו של העובד כבר אינו מתקיים, ובמקרה כזה הפגיעה בצדק המתקן היא כבר ניכרת, שכן המעביד לא צריך לתקן נזק שאין לו אחריות אמיתית עליו, ולכן במקרים כאלה לא תוטל אחריות על המעביד אלא רק על העובד.

במצב כזה גם אין חשש גורף לנגיסה משמעותית במשכורות העובדים, מה שהיה עלול לקרות אילו היה המעביד אחראי באופן גורף וללא תנאים לכל רשלנות של העובד שהביאה לפגיעה עצמית או לפגיעה בצד ג'.

216 ABRAHAM, לעיל ה"ש 10, בעמ' 191-192. וראו ס' 13 לפקודת הנוזקין.

ניתן להקביל ניתוח זה מבחינה מסוימת לניתוח אחריותם של יצרנים למוצרים פגומים, בהתאם למשטרי אחריות מוגברת (כמו בישראל) או מוחלטת, אף אם היצרנים לא בהכרח התרשלו. גם כאן צריכה להיות דומיננטיות לגוש האינסטרומנטלי. פערי הכוחות גלויים מיד לעין, שכן מדובר בגופים כלכליים-מסחריים המחשבים את מחיר המוצר בהתאם להכנסותיהם מול הוצאותיהם, והאחרונות כוללות גם הוצאות לתיקון מצבם של ניזוקים מנזקים שאירעו להם עקב פגמים במוצר. החלוקה ופיזור הנזק יכולים להתבצע על כלל הצרכנים הצורכים את המוצר באמצעות חישוב עלותו ותוספת קטנה שתושת על כל צרכן. כך גם באשר להרתעה היעילה, שכן החברה רוצה לעודד יצרנים לפתח את המוצר ככל שניתן גם אם הנזק שנגרם אין מקורו בהתרשלות, וזאת מתוך הנחה שתמיד ניתן להשקיע יותר בבטיחות כדי למנוע תאונות או להפחית את הוצאותיהן, גם אם כעת נראה שהיצרן עשה כל שביכולתו כדי שהמוצר יהיה בטוח והוצמדו לו הוראות הפעלה ואזהרות ברורות בדבר שימוש נכון. הטלת אחריות על יצרן ויבואן תעלה בקנה אחד גם עם מטרת הפיזיו, כך ששלוש מתוך ארבע מטרות תומכות בהטלת אחריות כזו.

אמת, ישנה תועלת גם בהטלת אחריות על צרכנים כדי לעודדם להיות זהירים יותר, ולפחות לקבוע להם אשם תורם אם יש להם חלק בנזק. עם זאת, כפי שהדגישו קלברוי והירשוף,<sup>217</sup> היצרן הוא זה שנחשב באופן מסורתי למחושב יותר, לשוקל טוב יותר ולבעל יכולות טובות יותר למנוע את הנזק. מתוך רציונל כזה היה לכאורה מקום להטיל אחריות מלאה על היצרן והיבואן בכל מקרה ומקרה, לפחות במקרים שבהם על-פי היעילות הכלכלית יעיל יותר להטיל את האחריות על יצרנים, ולא על צרכנים. מכאן שאם היה מוחל כאן אך ורק הגוש האינסטרומנטלי, התוצאה הייתה אחריות מלאה על היצרן. כאמור, גם מטרת הפיזיו מהגוש האחר תומכת בתוצאה כזו.

כאן נכנס השלב השני בניתוח. שלב זה בוחן כיצד הגוש הדומיננטי פחות מסייג את הגוש הדומיננטי יותר אם המטרות שבבסיסו נפגעות במידה ניכרת. מכיוון הצדק המתקן דומה כי אין זה צודק שהצרכן יישא בסיכונים הכרוכים בפגם במוצר, כאשר היצרן נהנה מהפעילות יוצרת הסיכון וכעת הצרכן מבקש פיזיו על התגשמות סיכון זה כלפיו.<sup>218</sup> אם כן, לגוש הפחות דומיננטי, גוש תיקון-פיזיו, חשיבות פחותה עוד יותר מדרך כלל, שכן אין הסכמה בתוכו פנימה: מטרת הפיזיו שואפת להטיל אחריות (ובכך תומכת למעשה בגוש האינסטרומנטלי) ואילו הצדק המתקן פועל יותר לכיוון של אי-הטלת אחריות תמיד ובכל מקרה, גם אם יש לצרכן עצמו אשם. אולם סיוג מסוים לגוש הדומיננטי, על-ידי הבאה בחשבון של שיקולי צדק מתקן, הוא בכל זאת מחויב המציאות. איזון כזה יביא לסיוג תוצאה גורפת של הטלת אחריות על יצרן למוצרו הפגום, כך שזו לא תוטל תמיד ובכל מקרה. מבחינה נורמטיבית אין הדבר רצוי, שכן מצב כזה היה מביא לידי

217 Calabresi & Hirschhoff, לעיל ה"ש 39.

218 גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 425.

עלייה גבוהה מאוד במחירי המוצר כחלק מפיזור הנזק על כתפי הצרכנים. חלק מהצרכנים לא היו יכולים לעמוד בכך ולא היו רוכשים את המוצר, והנותרים היו צריכים לשלם מחיר גבוה עוד יותר.<sup>219</sup> לפיכך על המחוקק לסייג אחריות זו ולא לאפשר הטלתה באופן נרחב עד כדי כך ובכל מקרה. ראייה פוזיטיביסטית של המציאות הניזקית מצביעה על כך שלעתים אכן הדבר כך, וסייגים שונים אכן מושתים על הטלת אחריות כזו, אך הסייגים מועטים יחסית ולא בעלי משקל כבד מאוד, והדבר אכן נותן ביטוי הולם לסייגים שמקורם בגוש דומיננטי פחות שגם בו אין הסכמה מלאה. קיימים כמה סייגים מוכרים, ביניהם הטלת אחריות גורפת (כאמור, מוגברת בישראל) במקרים של נזק גוף בלבד,<sup>220</sup> הנחשב באופן מסורתי לחמור מכול. בהינתן שאין ייחוד עילה ובנזקים אחרים (שאינם נזקי גוף) ניתן עדיין לתבוע בעולת הרשלנות, סייג זה אינו כה חמור. כמו כן, למרות האחריות הכמעט מוחלטת תובא בחשבון רשלנות תורמת של הניזוק. גם כאן הסייג אינו קשה, שכן הרשלנות התורמת תובא בחשבון, אך רק אם הייתה חמורה במיוחד, ורק אז יופחתו הפיצויים בהתאם לתובע-הניזוק,<sup>221</sup> כביטוי מסוים לתפיסת האשם שבבסיס הצדק המתקן. במילים אחרות, אם צרכן התרשל מאוד כלפי עצמו בטיפול במוצר ונפגע, אף שהדומיננטיות צריכה להיות להטלת אחריות מלאה על היצרן ללא התחשבות ברכיב האשם של הניזוק, בכל זאת האחריות מסויגת במידה מסוימת, שכן סוף-כל-סוף הניזוק תרם במידה גדולה מאוד ובמו ידיו להיווצרות הנזק. מצב שבו הוא לא יתחלק בנזק כלל כאשר הוא כה אשם בתרומתו לו מנוגד בצורה חמורה לעקרונות של צדק מתקן. בכל מקרה אחר, של אשם תורם "רגיל", אין כל סיוג והפיצוי שיתקבל הוא מלא, כעולה מהדומיננטיות של הגוש האינסטרומנטלי.

עד כה עסקנו בשלוש סוגיות קלאסיות וכלליות שניסו לתרום ליישום התזה מכיוונים שונים. בסוגיה הראשונה הביא ניתוח המודל המוצע לתוצאה שונה גם מזו של הדין הקיים וגם מזו של הביקורות המסורתיות על אותו דין. בשתי הסוגיות האחרונות הניח המודל המוצע בסיס תאורטי רחב לתוצאות משפטיות שהיו קיימות בחלקן רק מכוח

219 כהשלכה מביקורתו של פריסט בדבר ה-adverse selection, ראו לעיל ה"ש 215.

220 ס' 2 (א) לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980, ס"ח 86.

221 ראו ס' 4 (ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים, שנוסחו השתנה מעט בס' 405 (ב) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, ולא נרחיב כאן בהבדלים בין הנוסחים. על כל פנים דומה כי יש כאן שימוש במשטר אחריות חמורה עם אשם תורם. להסבר על המשטר בראי ההרתעה היעילה ולביקורת עליו ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 471-472, 483. כיום הדבר אפשרי בארצות הברית, שכן ישנן מדינות רבות שבהן ניתן להטיל אשם תורם יחסי ולהפחית את הפיצויים בשיעור האשם התורם בלבד (comparative negligence), כמו בהסדר העקרוני החל כיום בס' 68 לפקודת הניזקין בישראל, ולאוו דווקא לשלול את הפיצויים לחלוטין בעבור כל אשם תורם שהוא, כפי שהיה מקובל יותר בעבר (contributory negligence). ראו Gary T. Schwartz, *Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal*, 87 YALE L.J. 697 (1978).

אינטואיציה של המחוקק או של בתי המשפט. בשתי סוגיות אחרונות אלה גם נדרשנו, לפי יישומה של התזה, להכריע במקרים שבהם ישנה התנגשות בין מטרות באותו גוש. ניתוח מקרים נוספים, פרטניים, מודרניים וחדשניים יותר, מצביע אף הוא על הצורך במתן עדיפות לגוש האינסטרומנטלי במקרים של פערי כוחות בין התובע לבין הנתבע הגדול והמחושב, גם כאן בלי להתעלם מאיזונים עם הגוש הדומיננטי פחות של תיקון-פיצוי. בחלק זה אדון בשני מקרים: נזק נפשי למעגל המשני ופיצוי על-פי הסתברות. כל מקרה מיישם את הרציונל שבבסיס ההצעה בצורה שונה. במקרה הראשון אראה שהדומיננטיות של הגוש האינסטרומנטלי צריכה להביא לידי הטלת אחריות, אם כי מסויגת, והסייגים נובעים מהיישום של גוש תיקון-פיצוי. במקרה האחר אראה שיש לבחור בחלופה העולה בקנה אחד עם הגוש האינסטרומנטלי בצורה מושלמת, אף שגוש תיקון-פיצוי נפגע כך בצורה מסוימת, שכן החלופה האחרת, ההפוכה, אינה עולה בקנה אחד עם החלוקה בין הגושים בהתאם לדומיננטיות שלהם. כן יצוין כי המקרים שיידונו להלן ודומיהם מהווים קרקע פורה להרחבת האחריות הנזיקית דווקא בעקבות כך שהנתבעים במקרים אלה בדרך כלל הם גופים גדולים ומתוחכמים כגון חברות ביטוח, יצרנים או בתי-חולים. לא ברור כלל ועיקר שהאחריות במקרים כאלה הייתה מורחבת אילו היו התביעות מכוונות נגד אדם פשוט.

שאלת ההכרה בנזק נפשי למעגל המשני מהווה אחת הדוגמאות הבולטות להרחבת האחריות הנזיקית בדור האחרון, הפעם לא לנתבעים שאינם מזיקים ישירים (כגון מעביד) אלא דווקא לתובעים שאינם ניזוקים ישירים. בעבר נזק נפשי לא היה ברה-הכרה בדיני הנזיקין מסיבות שונות, כגון בעיות הוכחה והערכה. המצב השתנה, ונזק כזה הוכר בישראל כבר באמצע שנות השמונים של המאה העשרים כנזק מסוג של אבדן הנאה או נוחות ורווחה.<sup>222</sup> הבעיה הקשה יותר נותרה ההכרה בנזק נפשי למעגל המשני, דהיינו: לאנשים שלא ניזוקו ישירות מפעילות המזיק, אך טוענים לנזק נפשי שאירע להם כתוצאה מעדותם לנזק שאירע לניזוק הישיר שאליו הם קשורים בצורה זו או אחרת. הדוגמה הקלאסית לכך היא נזק נפשי שנגרם להורה, לטענתו, מעדותו לפגיעתו של ילדו שנדרס על-ידי רכב (או להיפך). במקרים כאלה מדובר בתביעות נגד חברת הביטוח של הרכב המזיק. אם תוטל על הביטוח – כגוף גדול, מחושב ופיננסי – אחריות לפצות את הניזוק המשני, הדבר יעלה בקנה אחד עם הדומיננטיות של הגוש האינסטרומנטלי. כאן צצה בעיה מכיוון הגוש האחר: אמנם מטרת הפיצוי תתמוך בתוצאה של הגוש האינסטרומנטלי, אך הצדק המתקן בעייתי במקרים כאלה, שכן קשה לומר בפה מלא שלמזיק – ודאי אם מדובר בחברת ביטוח שהיא אינה מזיק ישיר – יש יחסי שכנות עם ניזוקים שאינם ישירים, ושעליו לתקן את הנזקים שאירעו לאלה שלא ניזוקו באופן ישיר מפעילותו העוולתית. פלטפורמה כזו ודאי מרוחקת מאוד מזו המסורתית של הצדק המתקן, שלפיה המזיק הישיר צריך לתקן את הנזק לניזוק הישיר מעוללתו. אם כן, גוש

222 עניין גורדון, לעיל ה"ש 137.

תיקון-פיצוי אינו אחיד כאן בשאלה אם לפצות או לא. במקרה כזה עדיין יש לתת לו משקל לצורך סיוגו את הגוש הדומיננטי, אבל משקל מוקטן יחסית. הכרה בעליונות מוחלטת וללא סייגים של הגוש האינסטרומנטלי יכולה הייתה להביא לכדי תוצאה שלפיה פיצוי צריך להינתן לכל מי שנכח באזור התאונה וניזוק נזק נפשי, ואולי אף לגורמים אחרים שלא נכחו במקום אלא צפו באירוע באמצעי התקשורת וכו'. הרחבה כזו של האחריות הניזוקית יכולה הייתה להיות גורפת מדי ולא מאוזנת, והדבר היה מביא, דרך פיזור הנזק, לעליית הפרמיות במידה ניכרת, שכן חברות הביטוח לא היו סופגות זאת בעצמן. מצד שני, אי-הטלת אחריות כלל במקרים של ניזוק משני אינה מוצדקת, לפחות במקרים שבהם אותו ניזוק משני הוא כה מקורב לסיטואציה, הן פיזית והן מבחינת קרבה משפחתית לניזוק הראשי, וגם הוא מצביע על נזק מהותי שסבל. סוף-כל-סוף הוא סבל נזק מפעילותו של המזיק, גם אם בצורה עקיפה יותר. לפיכך, מבחינה נורמטיבית יש היגיון לבצע כאן איזון ולקבל גם תביעות של ניזוקים שאינם ישירים, אם כי באופן מסויג היטב.

כאן נכנס השלב השני בניתוח מכוח הבעייתיות שיש בהקשר זה לצדק המתקן. ניתן לסייג את האחריות במקרים אלה בדרכים שונות. בפועל, במדינות שבהן הורחבה האחריות הניזוקית למעגל המשני של הניזוקים אכן נעשה הדבר בצורה מסויגת, מצומצמת וראויה, ולא בצורה גורפת מדי. מבחינה נורמטיבית, הסיוג מקורו באיזון בין גושי המטרות, כך שלא כל ניזוק במעגל המשני באמת נגרף לתוך יחסי השכנות – מה שעלול לעמוד בסתירה ברורה לצדק המתקן. מבט פוזיטיביסטי על המציאות מצביע על כך שהפסיקה באנגליה, בארצות-הברית ובישראל אכן סייגה היטב את ההכרה בנזק נפשי למעגל המשני, בכל מדינה בצורה מעט שונה מרעותה. הפרמטרים המרכזיים הינם הכרה בפיצוי כזה רק כשמדובר בקרבה ראשונה לניזוק הישיר, רק כשההתרשמות של התובע הייתה ישירה מבחינת מקום וזמן, ורק במקרים של נזק נפשי קשה מוכח מבחינה רפואית-פסיכיאטרית ולא בכל מקרה של אי-נוחות ואבדן רווחה.<sup>223</sup>

223 ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990), המגמיש את התנאים יותר מפסק הדין המנחה באנגליה בעניין *McLoughlin v. O'Brian*, [1982] 2 All E.R. 298 (H.L.). לאחרונה הוגמש בצורה מסוימת אחד התנאים באשר לחומרתו של הנזק הנפשי במקרה של הולדת עובר מת עקב עוולה, באשר לאם בלבד (בדעת מיעוט קראה השופטת אסתר חיות להכיר כאן גם באחריות כלפי האב), ראו רע"א 759/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007). בפסיקת בית משפט השלום הייתה נכונות, בעקבות הלכת אלסוחה, להכיר בקרבת משפחה שאינה קרבה ראשונה במקרים מסוימים של קרבה רגשית בין דוד לאחייניתו; ראו ת"א (שלום כ"ס) 6549/96 מגיס נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 27.10.02). לפסיקה ישראלית נוספת בנדון ראו רע"א 642/89 עזבון שניידר נ' עירית חיפה, פ"ד מו(1) 470 (1992); רע"א 5803/95 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267 (1997), שם לא נפרץ הסכר באשר לחומרת הנזק הנפשי; רע"א 7836/95 קופ"ח של ההסתדרות הכללית נ' עזבון תמי, פ"ד נב(3) 199 (1998); ת"א (מחוזי-ים) 4199/02 עזבון שרוין נ' אליהו – חב' לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 28.2.2005). לסקירה ראו דוד קציר פיצויים בשל נזק גוף 285-496

אם כן, אין ספק כי יש כאן משום הרחבה של האחריות הנזיקית; אך גם ברור שהפסיקה סייגה אחריות זו בצורה מחושבת וסדורה, ולא שרירותית.<sup>224</sup> ההיגיון הנורמטיבי הסדור הינו הטלת אחריות שמקורה בגוש הדומיננטי האינסטרומנטלי, וסיוג הולם המתבצע מטעמים שבבסיס הצדק המתקן, השייך לגוש תיקון-פיצוי. כך אכן נעשה באותן מדינות: החברה מעוניינת להטיל אחריות על מזיקים במקרים של נזק נפשי למעגל המשני, כעולה מיישום עקרונות של צדק מחלק והרתעה יעילה, וגם כעולה ממטרת הפיצוי; אולם היא מעוניינת לעשות כן רק באותם מקרים שבהם יש קרבת דם, קרבה במקום ובזמן, ומדובר באנשים שבאמת צפוי שייפגעו קשות מנזק ליקרים, ולא בכל עובר אורח. הצדק המתקן מחייב התמקדות בצדדים לאירוע הנזיקי, וניתן למתוח את הרציונל שמאחוריו ולהרחיבו, לגישה זו, גם לניזוקים נוספים שאינם ישירים – כל עוד נשמרת זיקה הדוקה מאוד למקום האירוע, לזמן התרחשות האירוע ולניזוק הישיר עצמו, והנזק הנפשי כבד.

סייגים כאלה מקרבים ככל הניתן את הצדק המתקן אל האירוע ומצדיקים את סיוגה של הטלת אחריות גורפת מדי והרחבת מעגל הנתבעים באופן שאינו רצוי, ובסופו של דבר גם יגרו ייקור ניכר של הפרמיות. למעשה, ניזוק במעגל המשני העומד בתנאים הדוקים כאלה כמעט עומד בנעליו של הניזוק הישיר, ולפיכך יש היגיון להרחיב את האחריות ולראות גם בו כזכאי לפיצוי, כהשלכה מרחיבה מסוימת – גם כאן לא קלאסית – של צדק מתקן. לפיכך תוגשם בסופו של דבר מטרת הפיצוי רק כלפי אלה שניתן לזהותם ככל האפשר עם הניזוק הישיר עצמו, כמעט משל היו גם הם אלה שניזוקו ישירות. גם כאן, אפוא, יש דומיננטיות לגוש האינסטרומנטלי, הגורמת להכרה בהטלת אחריות מלכתחילה מקום שזו לא הייתה מוכרת מקדמת דנא; ואילו האיזונים והסייגים – מקורם בגוש המטרות הפחות דומיננטי כאן. אילו היה המצב הפוך ייתכן שלא היה מקום להכיר בהרחבת האחריות כלל. אם כן, גם במקרה זה המצב הנורמטיבי והפוזיטיביסטי מתלכדים.

גם סוגיית הפיצוי בגין יצירת סיכונים על-ידי גופים גדולים שיש בינם לבין התובע פערי כוחות מובנים מדגימה את התזה האמורה. במקרים אלה הבעייתיות בהוכחת העולה מתרכזת ביסוד הקשר הסיבתי העובדתי. פעמים שחוסר הוודאות נעוץ בשאלה

(מהדורה שלישית, 1993). לפסיקה אנגלית נוספת בנרון ראו 3 [1991] Alcock v. Chief Constable, [1991] 3 W.L.R. 1057; White v. Chief Constable, [1999] 1 All E.R. 1 (H.L.); לקביעת תנאים מסוימים בפסיקה האמריקנית ראו: Thing v. La, 143 A.2d 588, 590 (N.J. 1958); Greenberg v. Stanley, 771 P.2d 814, 815 (Cal. 1989); RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 436(3) Dobbs; (1965), לעיל ה"ש 3, בעמ' 841; PROSSER & KEETON, לעיל ה"ש 10, בעמ' 365. David A. Fischer, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, 36 WAKE FOREST L. REV. 605, 224 616-617 (2001).



מיהו המעוול,<sup>225</sup> ופעמים שחוסר הוודאות נעוץ בשאלה מיהו הניזוק מן העוולה, כבדוגמה בה נעסוק כעת – הבחינה אם יש מקום לפיצוי על-פי הסתברות במקרי פגיעה בסיכוי או הגברת סיכון.<sup>226</sup> מדובר בעיקר במקרים של ניזוק חלש התובע גוף חזק, כגון מעביד שחשף עובד לחומרים מסוכנים במסגרת העבודה, מפעל המזהם את הסביבה, חברה סלולרית המציבה אנטנה הפולטת קרינה או בית-חולים שהצוות הרפואי שבו התרשל כלפי פצינט. אם יש קושי בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי בין מעשה העוולה לבין הנזק, באופן מסורתי – לפי גישה של "הכול או לא כלום" – היה הנתבע יוצא כשידיו על ראשו. הוא אמנם ניזוק, אך לא הוכח במאזן הסתברויות כי מי שאמנם עשה כלפיו מעשה עוולתי הוא זה שגרם את הנזק, ולא גורם אחר, עוולתי או לא עוולתי, או שהייתה אינטראקציה בין גורמים שונים. מקרים כאלה יכולים להיות מקרים של פגיעה בסיכוי להחלים ולהירפא ממחלה או מנזק, או מקרים של הגברת סיכון להינזק ולחלות כתוצאה מחשיפה לחומר מזיק או להתנהגות מזיקה.

יצחק אנגלרד סבור כי סיבתיות הסתברותית והגברת סיכון, בעיקר במקרים של עוולות המוניות, הם דוגמה למגבלות של דיני הניזוקין ולכך שצדק מחלק וצדק מתקן אינם יכולים להציג פתרון טוב ויעיל לכל סוגיה. לדבריו, עוולות המוניות יוצרות, בהתאם לניתוח הניזוקי המסורתי, בעיות הן בליטיגציה, הן בסיבתיות והן בעיות פיננסיות. משום כך הסוגיה הופכת לדאגת הכלל. לדעתו, במקרים כאלה, כאשר המעוול הוא גוף גדול וחזק, מתן פיצוי יכול לעלות בקנה אחד עם הצדק המחלק, אך לא עם הצדק המתקן. מסקנתו הינה שהפתרון לבעיית העוולות ההמוניות צריך להיות במסגרת קרנות פיצוי, ולא במסגרת דיני הניזוקין.<sup>227</sup> לדעתי, ניתוח הסוגיה מראה כי פיצוי במקרים אלה דווקא עולה בקנה אחד עם איזון ראוי בין גושי המטרות של דיני הניזוקין.

225 כך, למשל, כאשר צרכן נפגע ממוצר צריכה ששווק על-ידי כמה יצרנים, ולא ניתן לאתר מי מהם פגע בו בפועל (אף שכולם יצרו אותו סוג של סיכון), לכאורה יש לדחות את תביעותיו כלפי כל אחד מהיצרנים עקב בעיות הוכחה של סיבתיות עובדתית במאזן הסתברויות. פתרון שננקט בארצות-הברית הינו הטלת אחריות על-פי נתח שוק (market share liability), דהיינו: התובע יקבל פיצוי מכל אחד מהיצרנים בהתאם לנתח השוק שהחזיק באותה תקופה (מקומי או לאומי); כך שאם מדובר בתרופה ששווקה על-ידי שלושה יצרנים שונים, כאשר לאחד מהם היה 50% נתח שוק, לשני 30% ולשלישי 20%, זה יהיה חלקם בתשלום הנזק לתובע. כך נקבע בפרשת *Sindell v. Abbott Labs*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980). אריאל פורת הציע להכיר בסוג אחריות כזה גם בארץ (פורת "אחריות קיבוצית", לעיל ה"ש 41).

226 ראו חיבוריהם של פורת, PORAT & STEIN, שטיין, גלעד וגוטל, פוקס, שמואלי ושפירא וכן שמואלי, שפירא ופוקס, המוזכרים לעיל, ה"ש 129. הסוגיה נמצאת כיום, בהיבט של הגברת סיכון, בדיון נוסף בבית המשפט העליון. ראו דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל חיפה נ' מלול (הבקשה הוגשה במאי 2005). ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 220-223.

לצורך הניתוח נשתמש בדוגמה שהועלתה בספרות כמה פעמים, היא דוגמת המפעל.<sup>228</sup> עד שנת 2000 חלו מדי שנה בסרטן ביישוב מסוים 100 אנשים בממוצע. הנזק הממוצע מן המחלה לכל חולה הינו  $x$ , כך שנזקם הכולל הממוצע הינו  $100x$ . בשנה זו נכנס לפעולה בסמוך ליישוב מפעל הפולט חומר מסרטן. מאז אותה שנה חלו בממוצע 125 איש בשנה בסרטן. נזקם הכולל הינו  $125x$ . ההנחה היא כי הפליטה מהווה התרשלות, האוכלוסיה ביישוב לא עברה שינוי מיוחד באותן שנים מבחינת הרכבה, מספרה וכיוצא באלה. כמו כן, ניתן להצביע במאזן הסתברויות על כך שאותה עלייה בתחלואה נעוצה דווקא בפעילות של המפעל, ולא (גם או רק) בכל פעילות אחרת. במצב כזה, למעשה בעל המפעל גרם בפעילותו לתחלואה ל-25 אנשים בלבד מתוך 125, שהם 20%. ה-100 הנותרים, שהם 80%, היו חולים ממילא בהתאם לממוצע הרב-שנתי שעד שנת 2000 בהתאם לגורמים גנטיים, עישון, שתיית אלכוהול, היחשפות לסיכונים במקומות העבודה וכו'. אם הנזק הממוצע הוא  $x$ , למעשה בעל המפעל אחראי ל- $25x$ .<sup>229</sup> במקרה כזה יש שלוש חלופות: הראשונה, המסורתית, הינה לא לפצות אף תובע, שכן לכל תובע יש קושי בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי במאזן הסתברויות. אף תובע לא יוכל לעולם להוכיח שהוא שייך לאותם 25 שנוספו בכל שנה ומגיע להם פיצוי מלא, ואינו שייך לאותם 100 שהיו חולים ממילא ולא מגיע להם כל פיצוי. משכך, כל תובע כזה לא יכול לעמוד בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי במאזן הסתברויות כנדרש, והפיצוי הכולל הוא  $0x$ , דהיינו: אף אחד מבין אותם 125 חולים לא יוכל לקבל דבר. זו התוצאה המתקבלת מניתוח על-פי דיני הנזיקין המסורתיים. תוצאה זו נוגדת את שני הגושים. לא מתקבל כל פיצוי לאותם 25 שמגיע להם פיצוי, והמעוול לא מתקן את העוול שגרם להם. מכיוון שמדובר ביצירת סיכון חד-צדדית על-ידי גוף כלכלי חזק ובעל יכולת, שיכול לפזר נזק אך אינו משלם דבר, הדבר עומד בסתירה למטרת הצדק המחלק. יש כאן הרעת-חסר ברורה ותמריץ ברור לבעל המפעל להמשיך בפעילותו הרשלנית. אולם הבעיה היא ראייתית, ולכאורה לא ניתן להתגבר על בעיה זו אף אם כל מטרות דיני הנזיקין אינן מתמלאות.

על-פי החלופה השנייה יפצה בעל המפעל על כל שיעור הנזק את כל החולים, אף שרק ל-25 מהם – דהיינו: ל-20% – מגיע פיצוי, ול-100 לא מגיע דבר. במקרה זה הפיצוי הוא  $125x$ . במצב כזה יש בעיה מכיוון רוב המטרות. אלה שבאמת נפגעו יקבלו אמנם פיצוי מלא על נזקם, אך יש כאן פיצוי מיותר, שכן גם אלה שלא מגיע להם דבר

228 דוגמה זו הועלתה לראשונה על-ידי אריאל פורת במאמרו "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 129, ושולבה גם ב-PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 129. לדוגמה זו התייחסו גם פוקס, שמואלי ושפירא, לעיל ה"ש 129.

229 לצורך הדוגמה ובחינת התזה נתעלם כעת מביקורות בדבר היכולת מראש להגיע בכלל, ולו בצורה מקורבת, לאותו חלק ברייחוס לפעילות העוולתית של המזיק, דהיינו: אותו מספר של 25 מתוך 125 בדוגמה הנדונה. בעייתיות זו עומדת במרכז מאמרם של פוקס, שמואלי ושפירא, שם.

יקבלו פיצוי מלא. בדומה לכך, הצדק המתקן מתמלא רק לגבי אותם אנשים שמגיע להם פיצוי, ובתשלום הפיצוי גם לאלה שלא מגיע להם דבר יש משום תיקון תחלואה שלא אירעה באשמתו של בעל המפעל, דהיינו: תיקון מיותר. בגוש השני של המטרות גם יש בעיה: הצדק המחלק מתקיים, שכן מהות היחסים היא של חזק וחלש, ופרוסות העוגה יתחלקו כך בצורה שוויונית יותר; אך למעשה מחולק כאן סכום שהוא הרבה מעבר לנזק שנגרם. מבחינת ההרתעה כמובן שיש כאן הרתעת-יתר בולטת. המזיק משלם פי חמישה מהנזק שלו גרם ( $125x$  במקום  $25x$ ). במצב כזה לא יהיה לו תמריץ אמנם לעוול יותר, אך מתעורר חשש שיהיה לו ולאחרים כמותו תמריץ שלילי להפעיל את המפעל כלל, ופעילויות יצרניות לא יהיו כדאיות מבחינה כלכלית, מה שעלול לפגוע ברווחה המצרפית ו"לשפוך את התינוק יחד עם המים".

החלופה השלישית היא פתרון ביניים. בעל המפעל הגביר את הסיכון לחלות בסרטן לכל אחד מהתושבים ב-20% בלבד. מכיוון שהנזק הממוצע הוא  $x$ , בעל המפעל ישלם בדיוק כפי שהזיק, דהיינו: 20% מתוך  $125x$ , שהם  $25x$ . מכיוון שישנם 125 תובעים בכל שנה ואיננו יודעים מי הם אותם 25 שלהם מגיעים אותם  $25x$  (כך שכל אחד יקבל בממוצע  $x$ ), נחלק את אותם  $25x$  לכל 125 התובעים בכל שנה, וכך יקבל כל אחד מהם חמישית משיעור נזקו. במקרה כזה אותם 25 שמגיע להם פיצוי מלא של  $x$  יקבלו רק 20% ממנו, אך הדבר עדיף על חלופה שלפיה לא יקבלו דבר, מכיוון שאין בידי אף אחד מחברי אותה קבוצה להוכיח את הקשר הסיבתי במאזן הסתברויות. לשם כך מובן שאין צורך שכל 125 החולים החדשים יתבעו בפועל. כל אחד מהם שיבחר לתבוע יקבל חמישית מנזקו המוכח. מובן שגם אותם 100 שלא מגיע להם פיצוי כלל יקבלו פיצוי בכל זאת, בשיעור חמישית מנזקם, אם יתבעו. הפיצוי לאלו שמגיע להם פיצוי מלא הוא פיצוי-חסר, ופיצוי חלקי כזה מתקבל גם לאלה שלא מגיע להם פיצוי כלל. הצדק המתקן מתמלא באופן חלקי בלבד כלפי אותם 25 שלהם הזיק המזיק, ומתקן את מצבם של ה-100 הנותרים גם באופן חלקי, אך ללא כל הצדקה. הצדק המחלק מתמלא כאן באופן מסוים (אם כי מחולק פיצוי גם למי שלא מגיע לו), וההרתעה היא אופטימלית – אינה הרתעת-יתר ואינה הרתעת-חסר, אלא תשלום בדיוק כגובה הנזק שגרם בעל המפעל.

יישום החלופה השלישית מביא לידי כך שגוש הפיצוי והצדק המתקן מתמלא באופן חלקי בלבד, ואילו גוש הצדק המחלק וההרתעה מתמלא במלואו. מכיוון שהגוש האחרון דומיננטי יותר בתביעות מסוג כזה, חלופה זו צריכה להוות את הפתרון הראוי. אילו הייתה דומיננטיות דווקא לגוש הפיצוי והצדק המתקן, ייתכן שהיה מקום לבחור דווקא בחלופה השנייה, המתעלמת מהרתעת-היתר ומפיזור הנזק המוגזם בשמם של הפיצוי ותיקון העוול לכל אחד מהניזוקים, אף אם תוצאת הלוואי היא פיצוי מיותר גם לאחרים. החלופה השלישית היא מאוזנת, שכן אין בה התפשרות מוחלטת על עקרונותיו של גוש תיקון-פיצוי, אלא התחשבות מסוימת המתבטאת בפיצוי חלקי ובתיקון חלקי, שבוודאי עדיף על החלופה הראשונה. אילו נבחרה החלופה הראשונה אזי הפגיעה בשני הגושים הייתה גדולה, וככל הנראה זו הסיבה שהדין חיפש פתרונות אחרים. אילו נבחרה החלופה

השנייה הפגיעה בגוש הדומיננטי הייתה קשה מאוד, ולכן אין לקבלה בהתאם לרציונל של ההצעה המועלית בחיבור זה. החלופה השלישית פירושה התמלאות של הגוש הדומיננטי לצד פגיעה בגוש הפחות דומיננטי (בהשוואה לחלופה השנייה); זוהי פגיעה נסבלת (בוודאי בהשוואה לחלופה הראשונה), ולכן הפתרון שבחלופה השלישית כבר מאוזן.

להלן החלופות השונות מוצגות בטבלה:

הגוש האינסטרומנטלי		גוש תיקון-פיצוי		כמה יקבל כל תובע בממוצע?	הפיצוי הכולל מאת המעוול	מס' חלופה
האם מטרת ההרתעה מתמלאת?	האם מטרת הצדק המחלק מתמלאת?	האם מטרת הצדק המתקן מתמלאת?	האם מטרת הפיצוי מתמלאת?			
לא.	לא.	לא.	לא.	0	0x	.1
לא. יש הרתעת-יתר בולטת.	באופן עקרוני כן, אך פיזור הנזק מוגזם. למעשה מחולק כאן הרבה מעבר לנזק שנגרם.	כן, אך רק לאותם 25 שלהם הזיק. גם לאותם 100 שלהם לא הזיק כלל.	כן, אך רק לאותם 25 שמגיע להם פיצוי מלא. ישנו פיצוי מיותר בשיעור מלא לאותם 100 שלא מגיע להם פיצוי כלל.	x – פיצוי מלא על נזקיו	125x	.2
כן, וזו הרתעה אופטימלית: משלם בדיוק כגובה הנזק שגרם.	כן, אם כי יש עיוות מסוים בחלוקה הפנימית, שכן לא לכל המפוצים באמת מגיע פיצוי.	באופן חלקי. המעוול מתקן את העוול באופן חלקי לאותם 25 שלהם הזיק, ומתקן את מצבם של ה-100 הנותרים, גם כן באופן חלקי, אם כי לא הוא צריך לעשות זאת מכיוון שלא עיוול כלפיהם.	פיצוי-חסר לחלק ופיצוי מיותר לחלק אחר. אותם 25 שמגיע להם פיצוי מלא מקבלים חמישית ממנו, ואף אותם 100 שלא מגיע להם פיצוי כלל מקבלים חמישית משיעור נזקם.	x/5 (25x/125), דהיינו: 20% משיעור הנזק	25x	.3

משפטים לט תש"ע "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הניזקין המודרניים

אחריות כזו לא הייתה מוכרת עד לאחרונה במשפט הישראלי, וגם ברחבי העולם היא לא תמיד ברורה מאליה.<sup>230</sup> הסיבה לכך היא ככל הנראה תפיסת הסוגיה בהתאם לחלופה הראשונה עקב בעיית הסיבתיות.

אם כן, במקרים של נתבעים מחוכמים וגדולים יש רלוונטיות דווקא לגוש האינסטרומנטלי, ובשלב השני של הניתוח יש חשיבות גם לגוש המתחרה אם הרציונל שבבסיסו נפגע פגיעה ניכרת. דווקא במקרים כגון נזק נפשי למעגל המשני ופיצוי על-פי הסתברות ניתן למצוא הצדקה להרחבת האחריות הניזיקית. קשה יותר היה לקבל הרחבת אחריות כזו אם היה הנתבע אדם פרטי; כלומר: קל יותר לבצע מהפכות תאורטיות-מחשבתיות מסוג זה, המשפיעות מאוד על הפרקטיקה המשפטית, כשהנתבע הינו גוף גדול, מחושב ומתוחכם.

## 2. הדומיננטיות של גוש תיקון-פיצוי במקרים של מזיק פרטי ספונטני וסיוגה המסוים על-ידי הגוש האינסטרומנטלי

בחלק זה של הפרק נבחן מקרים שבהם הגוש הפחות דומיננטי, הגוש האינסטרומנטלי, מסייע לסייג מסקנה גורפת העולה מגוש תיקון-פיצוי, שהוא הדומיננטי. ראינו כי במקרים מסוימים קשה לתאר מזיק פרטי ספונטני שאכן מחשב הוצאות מניעה מול הסתברות להתרחשות הנזק לפרטי פרטים ופועל לפי חישוב כלכלי של עלות מול תועלת וסיכונים מול סיכויים ורווחים. אין בכוונתי לומר שאדם פרטי אינו מחשב כלל סיכונים מול סיכויים. אמנם יש מקרים של ספונטניות מוחלטת, של מחשבה על רווחים בלבד כתוצאה מהפעילות המעוללת ללא מחשבה על סיכונים כלל; אך ישנם גם מקרים של חישוב מסוים, אם כי כללי וגס מאוד, שאינו מתקרב בשום אופן לניהול הסיכונים של נתבעים שהם גופים עסקיים וכלכליים. במקרים רבים, גם כשמזיק פרטי מביא בחשבון סיכונים בהתנהגותו המעוללת, מדובר בסיכונים במישור הפלילי או בחשש מפגיעה עצמית, ולא בחשש מתשלום פיצויים בהליך נזיקי.

עניין זה הודגם לעיל בכמה דוגמאות. דוגמה אחת הייתה של אדם הנוסע מהר יותר מן המותר או לא עוצר בתמרור "עצור" וכך מרוויח זמן (במשטר אחריות של רשלנות ובהתעלם מהכיסוי הביטוחי). הצבענו על כך שקשה לקבל גישה שלפיה כל מזיק פרטי כזה מוחזק כאדם המחשב כדאיות ברווח מול הסיכון לו ולאחרים דרך העלאת ההסתברות לתאונה. מזיק פרטי כזה מביא בחשבון לכל היותר חשש מהיתפסות על-ידי שוטר או נזק שיגרורם לעצמו, ולא חושש ברגע ביצוע העוולה מתוצאות הליך נזיקי

230 בארצות-הברית ניתן לעתים פיצוי מלא בשיעור כל הנזק במקרי פגיעה בסיכוי, ולא ניתן להסביר זאת לפי החלופה השנייה שהוצגה לעיל. במקרים אחרים תביעות נדחות או מתקבלות והפיצוי הינו בשיעור הפגיעה בסיכוי. ראו פוקס, שמואלי ושמירא, לעיל ה"ש 129, בעמ' 977-983.

אפשרי. בהקשר זה הובאו גם דוגמאות של הולך רגל המקצר דרכו דרך חצר חברו וגורם לו לנזק, מטרדים בין שכנים וכיוצא באלה.

על דוגמאות אלה ניתן להוסיף גם מקרים של עוולות הגורמות בעיקר לנזק לא-ממוני הנובע מיחסים בין קרובים, שבהם היצרים והרגשות משחקים תפקיד מרכזי, ולנזק רגשי קשה, שקשה לכמתו מראש ולבחון מולו הוצאות של מניעה,<sup>231</sup> כגון מקרים של סרבנות גט, תקיפה בין זרים עקב ויכוח או התעללות בבן-זוג וכן התעללות בילד והזנחתו.

ודוק: חלק מסרבני הגט פועלים על רקע כלכלי וחלק על רקע אידאולוגי ונקמני. סרבני הגט הכלכליים מסרבים לתת גט לנשותיהם כדי לסחוט יותר כסף בהליך הגירושין ולגרום לנשותיהם לוותר על נכסים וכספים לטובת הגט. אלה סרבני גט מחושבים יותר, ויש להניח שבנקודה מסוימת כבר לא יהיה כדאי להם כלכלית לעוול ולסרב לתת את הגט, כגון במקרים של הפעלת סנקציות קשות כלפיהם מכוח החוק (החל בשלילת כרטיס אשראי ובאי-אפשרות לכהן כדירקטור וכלה בעיכוב יציאה מן הארץ ובכליאה במאסר ובצינוק) או של זכיית האישה בתביעת נזיקין כלפיהם עקב סרבנות הגט, בשיעור פיצוי ממשי וכואב.<sup>232</sup> לעומת זאת, סרבני הגט המעוניינים לנקום בנשותיהם ולהכאיב להן הם לעתים רק יצריים וספונטניים, וחלקם לא נרתעים מכל סנקציה שהיא. זכור המקרה של סרבן הגט המפורסם שנמק בכלא שלושים ושלוש שנים (!) עד ליום מותו ולא היה מוכן לתת גט לאשתו.<sup>233</sup> חלק גדול מסרבני הגט הם "משולבים" – כלכליים ויצריים גם יחד, אך גם הכלכליים שבהם אינם מנהלים סיכונים במובן הרגיל של המונח.

אשר למקרים של תקיפה והתעללות, הן בין זרים והן במסגרת המשפחה, ודאי קשה לדבר על ניהול סיכונים. התוקפים והמתעללים עושים את שהם עושים מתוך יצר, ואינם חוששים מהתוצאה הפלילית של מעשיהם, קל וחומר מהרתעה כלכלית בניזקין. קשה עד

231 Alan R. Prest & Ralph Turvey, *Cost Benefit Analysis: a Survey*, 75 *ECON. J.* 683, 696 (1965).

232 תביעות של מסורבות גט נגד בעליהן הוגשו בתקווה לקבל פיצוי בגין ההתעללות הנפשית שבסירוב לתת גט ואז להמיר אותו בגט עצמו, לאחר שהתובעות נואשו לקבל את הגט בדרך הקונבנציונלית. ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (פורסם בנבו, 21.12.2004) (להלן: תמ"ש 19270/03); תמ"ש (משפחה י-ם) 6743/02 כ. נ' כ. (פורסם בנבו, 21.7.2008) (להלן: תמ"ש 6743/02); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 30560/07 ה.ש. נ' ה.א. (פורסם בנבו, 2.12.2008); תמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98 נ.ש. נ' נ.י. (פורסם בנבו, 14.12.08). הוגשה אף תביעה של מסורבת גט נגד עיזבון בעלה על ההתעמרות הנפשית רבת-השנים של בעלה המנוח בה. ראו תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 פלונית נ' עזבון פלוני (פורסם בנבו, 30.4.2006). נכון לכתיבת שורות אלה כמה וכמה תביעות נוספות כאלה תלויות ועומדות בבתי המשפט לענייני משפחה.

233 ע"א 164/67 היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם, פ"ד כב(1) 29 (1968). וראו התייחסות לפרשה זו גם בפסק דינו של השופט אליקים רובינשטיין בבג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004).

בלתי-אפשרי לגרום לאדם המכה את רעהו עקב ויכוח על מקום חנייה או להורה המתעלל בילדו לנהל סיכונים ולהיות מורתע בצורה יעילה בנזיקין. ברוב המקרים הללו של מזיקים פרטיים הגורמים בעיקר לנזקים לא ממוניים גם הביטוח אינו רלוונטי, שכן זה אינו חל על עוולות הנעשות במתכוון.<sup>234</sup> לפיכך על הנתבעים הללו לשאת בעצמם בתוצאות מעשיהם. הם לא יכולים להיות מוחזקים כמחושבים וכמנהלי סיכונים בצורה אפילו מקורבת לזו של גוף עסקי, ולכן לא ניתן להחשיבם כמי שניתן להרתיעם בהכרח בצורה יעילה בהתאם לגישה הכלכלית. במקרים אלה – ורק במקרים אלה, בשונה מביקורתו הכוללנית של אנגלרד שנסקרה לעיל – הדבר באמת לא ריאלי, וגם בית המשפט יתקשה מאוד לערוך חישוב כזה, אפילו מקורב, לאחר מעשה. לא ניתן לבחון מקרים אלה דרך משקפיים של כדאיות כלכלית, בוודאי לא דרכם בלבד.

כאן שייכת גם גישתו של פלטר להבנת הצדק המתקן. כאשר מדובר בפעילויות מכוונות, הנתבע מאיץ את הסיכון באופן חד-צדדי בפעילותו המכוונת, ודווקא נגד קרבן ספציפי, ולפיכך יש הצדקה להטיל עליו אחריות, שכן הוא יוצר סיכון חד-צדדי.<sup>235</sup> הורה המתעלל בילדו או בן-זוג אלים המכה את בן-זוגו, מתעלל בו נפשית ומאמלל אותו, וזה אינו יכול להשיב לו, יוצר סיכון שכזה. כך הדבר גם כאשר לסרבנות גט, וביתר תוקף. הבעל מסכן את האישה ומזיק לה בסירובו ליתן לה גט, ואילו האישה אינה יכולה לסכן את הבעל בדרך דומה.<sup>236</sup>

לפיכך, הדומיננטיות במקרים אלה צריכה להיות של גוש תיקון-פיצוי. מכיוון שבחלק מהמקרים יש רלוונטיות מסוימת לחישוב, שכן לא כל המזיקים הפרטיים אינם מחושבים כלל (גם אם לא ממש מנהלים סיכונים), ניתן להביא זאת בחשבון במסגרת הסיוג של גוש תיקון-פיצוי באמצעות הגוש האינסטרומנטלי במקרים ספציפיים, למשל דרך פסיקת פיצויים עונשיים, שבהם נדון להלן. אך ההתמקדות צריכה להיות בתיקון העוול, ועל-ידי המזיק עצמו, כעולה מגוש תיקון-פיצוי.

במקרים כאלה של סרבנות גט או אלימות במשפחה יכולים לסייג את גוש תיקון-פיצוי גם עקרונות מסוימים המתחשבים בגורמים שמעבר לשני הצדדים, כגון צדדים שלישיים המעורבים באופן עקיף בסכסוך בין בעלי היחסים הנמשכים, ובהם ילדי

234 ס' 26 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, ס"ח 94.

235 Fletcher, לעיל ה"ש 45, בעמ' 550.

236 אף שיש גם מקרים של בעלים מסורבי גט עקב סירובה של האישה לקבל את הגט, הרי שלבעל עומדת האפשרות ההלכתית לקבל, בתנאים מסוימים, היתר לשאת אישה שנייה, מה שלא קיים במקרה ההפוך, שכן אשה לא יכולה להיות נשואה לשני גברים בכל מצב שהוא. אף שנעשה באפשרות זו שימוש במשורה, עצם הידיעה כי בכוחו של בית הדין הרבני לנקוט דרך כזו יש בה כדי לעקר את כוח הסירוב של האישה ולהעמיד מראש את המצב כלא שוויוני ואת מצבה של מסורבת הגט כקשה מלכתחילה יותר מאשר מצבו של מסורב הגט.

בני-הזוג המסוכסכים, כמו גם אינטרסים משפחתיים ואחרים. ההתחשבות בילדים עולה בייחוד עם עקרונות של צדק מחלק, שהרי אף אם הילדים אינם צד רשמי לסכסוך, לא ניתן להתעלם מהם, בייחוד בהיותם במגזר חלש ופגיע.<sup>237</sup> הדומיננטיות צריכה אפוא להיות לגוש תיקון-פיצוי, אך אין לשלול השפעה מסוימת של עקרונות חיצוניים, בייחוד אם ההתנהגות המעוולת מתמשכת, מכוונת ולא באמת ספונטנית. זאת כל עוד תישמר העליונות של ההתמקדות בצדדים הישירים לעימות הכה רגיש בתא המשפחתי לצורך מציאת פתרון מושכל לסכסוך ביניהם. לפיכך ניתן לסבור שבמקרים שבהם התביעה תשפיע לרעה בצורה חמורה על המשפחה ככלל, ובעיקר על בני משפחה חלשים ובהם הילדים, בית המשפט אולי לא יחסום את התביעה כעניין שבשגרה, אך ינסה בכל כוחו להביא לכדי סיום הסכסוך בדרכי שלום ובדרך שתפגע כמה שפחות באותם צדדים שאינם התובע או הנתבע, אך מושפעים ישירות מעצם ניהול התביעה.<sup>238</sup> במקרים אחרים שבהם אין כל היגיון לסייג את ההכרה בתביעה היא אכן לא תסויג.

בדומה לכך, בשנת 2007 נפסקו לראשונה בישראל פיצויים בעקבות הפרה של הסדרי ראייה,<sup>239</sup> וגם כאן רלוונטי לדבר על אותו צד ג' – הילדים. זוג התגרש והילדים נותרו בחזקתה של האם. בית המשפט לענייני משפחה קבע בפסק דין את הסדרי הראייה, דהיינו: את המועדים שבהם הילדים יוכלו לשהות אצל האב. האב הגיש תביעת נזיקין נגד האם בטענה שמנעה ממנו לראות את הילדים ברשלנותה, בגין הפרת חובה חקוקה של סעיף 287 לחוק העונשין, המחייב אותה לציית להוראה חוקית (כאן מדובר על אותה הוראה חוקית של בית המשפט לענייני משפחה שקבע בפסק דין את הסדרי הראייה). בתביעה כזו הגוש הדומיננטי צריך להיות ללא ספק גוש תיקון-פיצוי. אם אכן עיוולה האם כלפי האב וגרמה לו נזקים נפשיים ואחרים במניעת הקשר שלו עם ילדיו, עליה לתת את הדין על מעשיה. אין מדובר במזיקה מחושבת ומנהלת סיכונים כגוף עסקי, אלא ככל הנראה במעוולת יצרית המונעת מרגשות קשים בעקבות הגירושין. זה מה שהוביל את בית המשפט לפסוק פיצויים – הצורך בתיקון ובפיצוי; אך האם אין מקום להתחשב, ולו בצורה מסוימת, גם בגוש האינסטרומנטלי – וכאן הכוונה לילדים, ואולי למשפחה (המפורקת) כמכלול? מבט על האב הפגוע מחייב פיצויים, אך פיצויים אלה עלולים בסופו של דבר לבוא על חשבונם של הילדים, והם יכולים להיות שקולים למעשה להפחתת המזונות; יש להניח כי קבלת תביעה כזו אין פירושה הגדלת הרווחה המצרפית.

237 כפי שאין להתעלם, מנקודת מבט חלוקתית, מהפועלים של המפעל ומצרכני המוצר המיוצר בו. הצדק המחלק מאפשר להתחשב בצדדים שלישיים כאלה לצורך החלוקה. ראו לעיל, ה"ש 190 והטקסט שלידה.

238 לדין בכך ראו Benjamin Shmueli, *Tort Litigation Between Spouses: Let's Meet Somewhere in the Middle*, 15 HARV. NEGOT. L. REV. (forthcoming 2010) (להלן: *Tort Litigation between Spouses*).

239 תמ"ש (משפחה י-ם) 13993/02 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 15.2.2007).



אם צדק מחלק שייך כאן, אף שהילדים אינם צד פורמלי לתביעה הניזקית, הרי שמגזר חלש ופגיע זה יפסיד בסופו של דבר כלכלית מהתביעה הניזקית, מוצדקת ככל שתהיה מהכיוון של גוש תיקון-פיצוי. אם אלה היו השיקולים הדומיננטיים היה בכך משום תמריץ להמשיך ולעוול, וזו פגיעה קשה מדי בגוש הדומיננטי, גוש תיקון-פיצוי.

נוסף על כך, חשיבה אינסטרומנטלית יכולה להביא לתוצאה ששמירה על קשר מסוים סביר בין האם לאב, אף שהתגרשו, היא חשובה מאין כמוה קודם כל לטובת הילדים. לילדים עדיף שהוריהם הגרושים לא יהיו בנייתוק מוחלט, כדי שיוכלו לקיים אירועים משפחתיים כגון ימי הולדת וכיוצא באלה כששני ההורים ומשפחותיהם נוכחים (גם אם אין האהבה והשלום באמת שוררים ביניהם), ואף כדי ש"העברת השרביט" במסגרת הסדרי הראייה תעבור בכל פעם בצורה כמה שיותר חלקה ורגועה. עצם התביעה הניזקית עלולה לפגוע בכך. מי יאמין שלאחר שהאב הגיש תביעה כזו היחסים יישארו תקינים ברמה מסוימת בינו לבין גרושתו? מכיוון שהגוש הדומיננטי כאן הוא תיקון-פיצוי, אמנם אין לחסום אפשרות לתביעה שכזו או לדחותה עקב נימוקים אינסטרומנטליים כאלה, גם אם הם חשובים מאוד; אך יש להתחשב בצורה מסוימת בשיקולים אלה, והדבר אפשרי, למשל, באמצעות ניסיון מוגבר של בית המשפט לענייני משפחה, שבפניו מוגשת אותה תביעה ניזקית, לשלוח את הצדדים לגישור, לייעוץ או לטיפול ביחידת הסיוע שליד בית המשפט לענייני משפחה, ולהגיע להסדר שיונע מהסכמת הצדדים ויטיב עם התא המשפחתי כמכלול – ורק אם מהלך זה ייכשל או לפסוק בתביעת הניזקין.<sup>240</sup> מובן שיש לפסוק בדבר בזהירות, שכן טובת הילד היא עיקרון המועלה בתביעות שונות בין בני-זוג מסוכסכים, ולעתים נעשה בו שימוש מניפולטיבי להשגת יתרונות לצדדים עצמם, אך הבאתו בחשבון בזהירות נראית מחויבת המציאות. בצורה כזו יינתן ביטוי מסוים לגוש האינסטרומנטלי (ולא יותר מכך, אחרת הפגיעה בגוש הדומיננטי של תיקון-פיצוי תהיה ניכרת) ויובאו בחשבון עקרונות שאינם מתחשבים רק בשני הצדדים לעוולה ובצורך לפצות ולתקן את הנזק שאכן נעשה.

באותה מידה, ואולי אפילו ביתר שאת, ניתן לסייג תביעות של בני-זוג בניזקין במהלך חיי הנישואין, למשל בגין תקיפה והשחתת רכוש<sup>241</sup> או לשון הרע.<sup>242</sup> גם כאן נקודת המוצא צריכה להיות תיקון-פיצוי, ויש לסייגה בעדינות באמצעות הגוש האינסטרומנטלי. אם רלוונטי בעניין הנדון צדק מחלק (למשל, במקרי עוולות של בן-זוג כלפי בת-זוג

240 ראו שמואלי "פיצוי בגין הזנחה רגשית", לעיל ה"ש 127, בעמ' 339-347; *Tort Litigation between Spouses*, לעיל ה"ש 238.

241 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 64901/96 פולק נ' פולק (פורסם בנבו, 23.9.2001); תמ"ש (משפחה ת"א) 105841/99 אהרון נ' בסיליאן (פורסם בנבו, 24.4.2002); תמ"ש (משפחה י-ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ., פ"מ משפחה התשס"ד (3) 201 (2004) (להלן: תמ"ש 18551/00), והערעור – ע"מ (מחוזי י-ם) 595/04 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 24.2.2005).

242 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 19286/98 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.11.2001).

במקרים של הפעלת כוח), ואם רלוונטיים עקרונות אינסטרומנטליים משפחתיים כגון שלום בית, הרמוניית התא המשפחתי ודאגה לטובת הילדים, אמנם אין בכך כדי להביא לידי חסינות מתביעה, כפי שהיה בעבר בישראל<sup>243</sup> בעקבות המשפט המקובל.<sup>244</sup> עם זאת, עדיין יש בכך כדי לנסות ולהביא לפתרונות חוץ-משפטיים ככל שניתן, שכן בן-הזוג ייוותר עם כספי פיצויים – אך יש להניח שגם עם משפחה הרוסה, מה שיפגע לא רק בו (ייתכן שהוא מביא זאת בחשבון ואינו מעוניין בפטרנליזם, דהיינו: שיחליטו עבורו מה טוב לו) אלא גם בילדיו, שהם פגיעים וחלשים וזקוקים יותר מכל להגנת המשפט, וכן יפגע במשפחה בכללותה.

ניתן לזהות חשיבות מאזנת לגוש האינסטרומנטלי גם בשאלה אם לפסוק במקרים כאלה ובמקרים אחרים דומים פיצויים עונשיים. שאלה זו נדונה לאחרונה בכמה פסקי דין בולטים של בית המשפט העליון.<sup>245</sup> אמנם דיני הנוזיקין עוסקים במתן סעד אזרחי-טרופתי ולא עונשי, אך בנסיבות מסוימות הוכרה סמכותו של בית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים שמטרתם הענשה, חינוך והרתעה בדין האזרחי,<sup>246</sup> וזאת לשם הבעת

243 ס' 18 (א) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], שבוטל בחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ס"ח 151.

244 על החסינות בנוזיקין בתביעות בין בני-זוג במשפט האנגלי ראו I WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 442-443 (1765); Glanville L. Williams, *The Legal Unity of Husband and Wife*, 10 MICH. L. REV. 16 (1947). החסינות בוטלה כמעט לגמרי עם חקיקת Law Reform (Husband and Wife) Act, 1962, 9 Eliz. 2, C. 48 (Eng.). לגבי המשפט האמריקני ראו: William E. McCurdy, *Torts Between Persons in Domestic Relation*, 43 HARV. L. REV. 1030 (1930); *Notes, Litigation Between Husband and Wife*, 79 HARV. L. REV. 1650 (1966); *Merenoff v. Merenoff*, 388 A.2d 951, 955-958 (N.J. 1978); Yuval Sinai & Benjamin Shmueli, *Changing the Current Policy Towards Spousal Abuse: A Proposal for a New Model Inspired by Jewish Law*, 32 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 155 (2009).

245 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 16; ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר (פורסם בנבו, 11.4.2005) (להלן: עניין מרציאנו). לצורך ההצעה שבחיבור זה לא נדון בהבדל בין פיצויים עונשיים (punitive damages) לפיצויים מוגברים (aggravated damages). אציין רק כי גם פיצויים אלה מביאים בחשבון את חומרת התנהגותו של הנתבע-המוזיק. הם דומים לפיצויים העונשיים בכך שהם נפסקים במקרים שיש בהם אלמנט של כוונה או זדון, אך הם מבטאים "הערכה כנה של הנזק שנגרם, כאשר נזק זה הוגבר על-ידי התנהגותו הבלתי ראויה של המוזיק" (דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 88). פיצויים אלה נפסקים בעיקר במקרים שבהם מדובר בנזק לא רכוש, כגון פגיעה בשם טוב או ברגשות (ראו ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, 494 (2001); תמ"ש 18551/00, לעיל ה"ש 241). משכך, הם יכולים להיות מתאימים במיוחד לעוולת ההתעללות הנפשית.

246 אשר לארצות הברית ראו David F. Partlett, *Punitive Damages: Legal Hot Zones*, 56 LA. L. REV. 781 (1996). הסטנדרט שמביא עמו הריסטייטמנט האמריקני (RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 908 (1965)) הינו אדישות פזיזה לזכויות הזולת (reckless indifference to the rights of

סלידה מן המעשים הקשים, המכוונים והחמורים במיוחד.<sup>247</sup> פיצויים כאלה יינתנו לפי שיקול-דעתו של בית המשפט במקרים שבהם "התנהגות המזיק היא חמורה במיוחד או שיש עמה פגיעה קשה בזכויות חוקתיות".<sup>248</sup> בפסיקה הישראלית נקבע שככלל לא ייפסקו פיצויים עונשיים אלא בגין עוולות שבהן התנהגות הנתבע לוותה בכוונה או בזדון,<sup>249</sup> ובמקרים חריגים, מקוממים ומעוררי סלידה במיוחד.<sup>250</sup> עם זאת, על ההכרה בפיצויים עונשיים נמתחה ביקורת הן בפסיקה<sup>251</sup> והן בספרות.<sup>252</sup> מכיוון שבסיס ההכרה בפיצויים עונשיים מצומצם, במקרה כזה אכן יש להתחשב בגוש האינסטרומנטלי

"others". בפסק הדין בעניין *State Farm v. Campbell* הבהיר בית המשפט העליון של ארצות הברית כי מטרת הפיצויים העונשיים הינה הרתעה יותר מהפן של הגמול (retribution) ופחות מהפן של הענישה (*State Farm v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003) (להלן: עניין *Campbell*)). באותו מקרה החזיר בית המשפט העליון של ארצות-הברית תיק שבו פסקו המושבעים סכום של 145 מיליון דולר חזרה לבית המשפט של יוטה, לצורך פסיקת פיצויים סבירים יותר, שיעלו בקנה אחד עם עקרונות חוקתיים, תוך הנחיה כי אין לפסוק פיצויים עונשיים דווקא בהתאם ליכולתו הכלכלית של הנתבע, אלא בהתאם למידת הגינות (reprehensibility) שיש לייחס למעשה בהשוואה למעשים אחרים מעוררי סלידה. ראו שם, בעמ' 601, 604. על-פי בית המשפט, פיצויים עונשיים כאלה יוטלו כשהאשם הינו "so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions" (שם, בעמ' 602). כמה קשיים כרוכים במעבר לרציונל של גמול: הגמול צריך להיות תלוי במעשה ולא בתוצאה, בשונה מהמבנה הרגיל של דיני הנוזקין, המטילים אחריות רק בהתקיים נזק ולא כגמול למעשה העולתי, אם זה לא מצביע על עוולה מוגמרת שכל יסודותיה התקיימו (למעט מקרים של פיצוי ללא הוכחת נזק). גם כאשר הנזק מתממש לא תמיד יש פרופורציה בין חומרת המעשה להיקף הנזק, ולא כאן המקום להרחיב בנדון. אשר למשפט הישראלי ראו, למשל, ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט 1331 (1954); ע"א 277/55 רבינוביץ נ' סלע בע"מ, פ"ד יב 1261 (1958); ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225 (1973); ע"א 711/72 מאיר נ' הנהלת הסוכנות היהודית לא"י, פ"ד כח(1) 393 (1974); דברי השופט תאודור אור ברע"א 918/91 עזאני נ' שמעון (פורסם בנבו, 26.3.1991).

247 דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 579.

248 עניין אטינגר, לעיל ה"ש 16, בפס' 75 לפסק דינו של השופט ריבלין.

249 שם, בפס' 80 לפסק דינו; ע"א 81/55 כוכבי נ' בקר, פ"ד י"א 225, 234 (1957); עניין רבינוביץ, לעיל ה"ש 246; ת"א (מחוזי ת"א) 1056/00 יורשי עזבון דבוש נ' עיריית תל אביב – המחלקה לכיבוי אש (פורסם בנבו, 12.10.2003).

250 השופט אליקים רובינשטיין בעניין מרציאנו, לעיל ה"ש 245.

251 השופט קיסטר בעניין מאיר, לעיל ה"ש 246; Englard, לעיל ה"ש 24, בעמ' 152, סוקר דעת מיעוט בפסיקה האמריקנית שלפיה מושבעים אינם יודעים לקבוע את הגבול לעונש ולהרתעה שבפיצויים העונשיים.

252 דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 583-584. ניתן להוסיף כאן תמיהות באשר לפיצויים עונשיים בדין האזרחי, שבו רף ההוכחה הוא רק מעל 50%, כך שישנה אפשרות שתוטל אחריות בנוסף על פיצויים עונשיים על מי שבקושי רב הוכח שבכלל נושא באחריות על הנזק עצמו.

ולחטיל פיצויים עונשיים רק במקרים הקשים שבהם יש חשיבות רבה מאוד להרתעה<sup>253</sup> ולקידום מעמד המגזר שאליו משתייך התובע, כעולה מן הצדק המחלק. לכאורה ניתן היה לסבור שפיצויים עונשיים יגרמו להרתעת-יתר ולא להרתעה אופטימלית,<sup>254</sup> אך יש גישות כלכליות של הרתעה יעילה המסבירות אחרת, ויש בהן היגיון רב. על-פי גישות אלה, במקרים רבים מעוולים אינם משלמים על נזקיהם מסיבות שונות – בחירה של הניזוק לא לתבוע, למשל בשל הערכה של עלויות התביעה וניהולה אל מול הפיצויים הצפויים, אירצון של עורכי הדין לנהל תביעה משיקולי כדאיות כלכלית, בעיות הוכחה וחוסר ודאות, ואף טעויות שונות הנעשות במנגנוני האכיפה.<sup>255</sup> לפיכך אם באותם מקרים שבהם המעוולים כבר מפצים יוטלו עליהם פיצויים עונשיים אם פעלו באופן מכוון ומעורר סלידה, הרי שאף שיש בכך משום תשלום-יתר נקודתי מסוים, בסך הכול המעוולים משלמים לכל היותר על נזקים ממוצעים שהם גורמים, כך שמדובר בהרתעה אופטימלית (או מקורבת לאופטימלית), ולא בהרתעת-יתר. אם אותם מעוולים יביאו זאת מראש בחשבון, יביא הדבר ליתר יעילות בפעילותם וכך להגדלת הרווחה המצרפית.<sup>256</sup> אכן, רבים אינם תובעים מסיבות שונות וכך ההרתעה אינה מלאה

253 Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 350 (1974).

254 למעשה, עולות מכוונות ככלל חורגות מלכתחילה מתפיסת הגישה הכלכלית את דיני הניזוקין כפוסקים במקרי התנגשות בין שתי פעילויות רצויות מבחינה חברתית, שכן גרימת נזק מכוונת בדרך כלל לא תיחשב לפעילות חברתית רצויה. ראו גלעד "הרתעה יעילה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 422-423, ליד ה"ש 3.

255 ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 145-146.

256 A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Calabresi & Melamed, לעיל ה"ש 102, בעמ' 1126-1127, בעיקר ה"ש 71. הנוסחאות לחישוב הפיצויים העונשיים אליבא דגישת ההרתעה היעילה בוחנות את ההסתברות שתוטל על המזיק אחריות בבית המשפט אל מול היקף הנזק. מכיוון שישנה בעיה לבחון נתונים אלה ולנבא – אפילו בקירוב – אילו מקרים יגיעו לכדי התדיינות משפטית ואילו לא, עולה השאלה אם נוסחות אלה הן בנות יישום. כך רונן פרי בהרצאה "הבסיס התאורטי לפיצוי עונשי ופיצוי ללא הוכחת נזק" במסגרת כנס בנושא "אזור הדמדומים – בין המשפט הפלילי למשפט האזרחי" במרכז האקדמי למשפט ועסקים, רמת-גן, 18.11.2008. אוסיף כי ההשפעה יכולה להיות דר-כיוונית מבחינת הכוונה אפשרית של ההתנהגות. יש שיאמרו שממילא לא ניתן להעריך מראש את ההסתברות להגשת תביעות ולהטלת אחריות, ומשכך ממילא הפיצויים העונשיים לא ייהפכו למכשיר מרתיע ומכוון התנהגות. אחרים אולי יחששו מאוד מפיצויים עונשיים ולכן ייזהרו וינקטו פעילות מתגוננת, שגם היא אינה רצויה. נמצא שישנו רק פלח מסוים של מזיקים שכלפיו מדובר בהרתעה יעילה של ממש – אותו פלח באוכלוסייה של מזיקים שיביאו בחשבון שהם עלולים להיתבע ולספוג גם פיצויים עונשיים, ולפיכך יחשבו את פעולותיהם בצורה יעילה יותר, אך לא מתגוננת, כדי למנוע תאונות ולהפחית את הוצאותיהן, וכך אכן תגדל הרווחה המצרפית. השאלה שלא נדון בה כאן היא אם ניתן לזהות את אותו פלח אוכלוסייה ואת גודלו, ולבחון אם כל המהלך כדאי כלפי כל המזיקים כשהיעילות מתמלאת למעשה רק עבור פלח זה.

משפטים לט תשי"ע "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנוזקין המודרניים

אלא חסרה,<sup>257</sup> ודווקא פסיקת פיצויים עונשיים אינה בבחינת פיצוי-יתר, אלא מביאה למניעה של הרתעת-חסר ואכיפת-חסר – ומכאן יעילותה. לטעמי, הצורך בהגברת ההרתעה נכון בעיקר כשמדובר במעוולים סדרתיים כגון מפעל מזהם, יצרן או בית-חולים. אם כן, על-פי גישה זו הבסיס לפיצויים העונשיים הינו הרתעת-יתר ואכיפת-יתר, ולא (בהכרח) היות המעשה זדוני ומעורר סלידה, בשונה מהרטוריקה המקובלת. לפי רציונל זה היה מקום לפסוק פיצוי עונשי כלפי מזיק גדול, כלכלי ומתוחכם בכל מקרה שבו הוא נתבע, ולא רק במקרים של התנהגות זדונית.

פיצויים עונשיים לכאורה אינם עולים בקנה אחד עם מטרת הפיצוי והצדק המתקן, שכן הפיצוי העונשי חורג מגדר של פיצוי וגמול ומהווה עונש על התנהגות הנתבע,<sup>258</sup> המושג באמצעות פיצוי-יתר לתובע<sup>259</sup> מעבר לתיקון העוולה ומעבר לנזק הממשי. אין בו משום השבת המצב לקדמותו,<sup>260</sup> אלא משום מתן יתרון לתובע. נזכור שלפי גוש תיקון-פיצוי ההתמקדות היא בצדדים הקונקרטיים עצמם, ולכן כאן לא ניתן לקבל גישה שלפיה פיצוי-יתר במקרה אחד מכסה על פיצוי-חסר או אי-פיצוי במקרה אחר. לפיכך, לו גוש תיקון-פיצוי דומיננטי כאן, אין מקום לפיצויים עונשיים כעניין שבשגרה, והם אמורים להוות עניין חריג.<sup>261</sup>

האיזון נכנס בשלב השני, כחריג, בצורה הבאה: מכיוון שגוש תיקון-פיצוי דומיננטי יותר בתביעות בין פרטים, הכלל הוא שפסיקת פיצויים עונשיים נגד פרטים אין לה מקום כעיקרון. יש לתת לפיצויים העונשיים מקום מסוים לאור הרציונל של הגוש האחר, אם כי מזיק פרטי במקרים רבים גם אינו סדרתי, ואין תלויה בעניינו בעיה של אכיפת-חסר והרתעת-חסר עקב מקרים רבים שבהם הוא מעוול ורק מקרים מועטים שבהם הוא נתבע בפועל. לעומת זאת, כלפי נתבעים כלכליים ועסקיים, שם הגוש האינסטרומנטלי הוא הדומיננטי יותר, דווקא יש לפיצויים עונשיים יותר מקום על-פי אותו היגיון חלוקתי וכלכלי שנדון לעיל, שמכוחו נתבעים כאלה אמנם מבצעים הרבה עוולות בשגרה כתוצאה מהיקף פעילותם, אך בפועל נתבעים רק על חלק קטן מהן. לפיכך פסיקת פיצויים עונשיים בתביעה נגד מזיק פרטי צריכה להיות משום חריג, כאמור, במקרים מקוממים ומעוררי סלידה במיוחד, כעניין של חינוך ושל הצבעה על מחיר כלכלי להתנהגות שהחברה רואה כחריגה ומכוערת במיוחד וכדורסת את ערכי החברה והזולת

257 ראו, למשל, Richard J. Pierce, Jr., *Encouraging Safety: The Limits of Tort Law and Government Regulation*, 33 VAND. L. REV. 1281, 1295-1297 (1980).

258 WINFIELD & JOLOWICZ, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2.

259 דויטש, לעיל ה"ש 19, בעמ' 361.

260 דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 9.

261 גבריאל קלינג "אכיפת הוראות ענשיות באמצעות דיני הנוזקין" הפרקליט לא 431, 431 (1977); רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פס' כב-כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009).

ברגל גסה. כאשר כבר נפסקים פיצויים עונשיים נגד מזיקים פרטיים, יש לעשות כן בצורה מצומצמת ביותר ומותנית בסייגים רבים וביניהם הכרה, כאמור, רק במקרים נדירים, מקוממים ומעוררי סלידה במיוחד.<sup>262</sup>

סיוג ואיוון נוספים, הגיוניים מבחינה נורמטיבית, יגרסו שיהיה מקובל לפסוק פיצויים עונשיים עד למשל שיעור של 20% או 30% מסך הנזק או תקרה קבועה אחרת,<sup>263</sup> וזאת במיוחד (אך לא רק) בשיטה של מושבעים שיש להגביל את שיקול דעתם כדי למנוע פסיקה של פיצויים עונשיים גבוהים במיוחד ללא כל פרופורציה, למשל פי עשרה או מאה מגובה הנזק עצמו, לפחות כלפי נתבעים פרטיים ולא סדרתיים. כל זאת כדי לא להתרחק יתר על המידה מהצורך לתקן את הנזק גם אם יש רכיב עונשי מוסף, וכדי לא להעשיר את הניזוק על חשבון הנתבע – וגם לא "להפיל" את הנתבע. לעומת זאת כאשר מדובר בתביעה נגד גוף גדול, מחושב ומתוחכם, אין לשלול אפשרות לפיצויים עונשיים שהם מסויגים פחות, המתרחקים ברציונל שלהם יותר מהצדק המתקן ומביאים בחשבון עקרונות של הרתעה וצדק מחלק. לפיכך, מבחינה נורמטיבית, ואולי בשינוי מסוים מן המציאות כיום בישראל, יש מקום לאפשר הטלת פיצויים עונשיים

262 בהמשך לכך אציין כי בתזכיר המקורי של הקודקס נקבע כי "בית משפט רשאי לפסוק לנתבע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של המפר הייתה פגיעה בנתבע" (ס' 564א) לתזכיר המקורי של הצעת חוק דיני ממונות). הסיפא המודגשת נשמטה בנוסח הנוכחי. דווקא היה בכך משום איוון נכון מסוים, שכן לא כל מי שפועל בזדון מתכוון לפגוע בנתבע. לעתים מזומנות מזיק כזה עושה את שהוא עושה להנאתו האישית ולהפקת רווחים ותו לא, כעניין יומיומי בחיי המסחר. כך סבור דויטש, לעיל ה"ש 19, בעמ' 362, בנתחו את הנוסח המקורי. השוו הצעתו של גלעד (גלעד "קודקס", לעיל ה"ש 19, בעמ' 811). לפיכך אין הצדקה להטיל פיצויים עונשיים בכל מקרה של פעולה בזדון אלא רק במקרים נדירים יותר, כשיש באמת כוונה עיקרית לפגוע בתובע, ורק במקרים כאלה תופעל ההרתעה.

263 בעניין סרבני גט, שפעולתם זדונית ומעוררת סלידה במיוחד, והם בהחלט יכולים להוות דוגמה מוצלחת למזיקים פרטיים המתחייבים בפיצויים כאלה, ראו לאחרונה פסיקת פיצויים של כרבע מסכום הנזק (כ-100 אלף ש"ח על נזק של כ-350 אלף ש"ח): תמ"ש 19270/03 ותמ"ש 6743/02, לעיל ה"ש 232. בס' 564ב) לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות, בהצעתו המקורית נקבעה תקרה צמודה של 100 אלף ש"ח לפיצויים אלה. לביקורת על הסעיף שכונה "פיצויים מוגברים" אך ראוי היה להיקרא "פיצויים עונשיים" ראו גלעד "קודקס", לעיל ה"ש 19, בעמ' 810-811. לביקורת על קביעת התקרה שבסעיף ראו שם, בעמ' 811, ודויטש, לעיל ה"ש 19, בעמ' 363, הסבור כי "תקרה זו אינה רצויה [...] ככל שראוי לקבוע תקרה כלשהי, עדיף היה כי תקרה זו תיקבע על-פי יחס כזה או אחר לנזק הממשי (כגון פי שניים מהנזק הממשי)". אכן, דומני שיש מקרים שבהם אם הנזק בשיעור מיליונים והפיצוי העונשי תחום בסכום של 100 אלף ש"ח, אין בכך היגיון מבחינה הרתעתית. בנוסח הנוכחי של הקודקס (ס' 462 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות) הושמטה ההוראה בדבר תקרת הנזק וכותרת הסעיף השתנתה ל"פיצויים לדוגמא".

גדולים דווקא על נתבעים גדולים.<sup>264</sup> אמת, גם נתבע פרטי שהגיע למצב שמושטים עליו פיצויים עונשיים ניצל לרעה פערי כוחות והתנהג באופן מכוון, והוא כבר דומה מבחינה מסוימת לאותו מזיק מתוחכם וגדול – אם לא מבחינת העושר הכלכלי ומידת המחושבות הכלכלית אזי מבחינת פערי הכוחות. ובכל זאת אם מדובר בנתבע פרטי, שאף כי לעתים יהא זה נכון והוגן להטיל עליו פיצויים עונשיים, יש לסייגם בצורה הולמת ורציונלית, גם כדי שלא ייפול. אם כן, כך יש לראות את הסוגיה מבחינה נורמטיבית: כאשר מדובר בנתבע פרטי, יש מקום לפיצויים עונשיים במקרים נדירים ובשיעור קטן יחסית, כעולה מדומיננטיות גוש תיקון-פיצוי; וכאשר מדובר בנתבע גדול ומתוחכם, בעיקר סדרתי, יש יותר מקום לפיצויים עונשיים ובשיעור גבוה יותר – אולי אפילו גבוה מאוד – כעולה מדומיננטיות הגוש האינסטרומנטלי.<sup>265</sup> בפועל לא כל שיטות המשפט הולכות בדרך זו. לבסוף ניצור וריאציה למקרה אתא נ' שוורץ, למקרה שכיה עוד יותר של מטרד ליחיד: מטרד בין שכנים פרטיים כגון שכן שהוא מורה לתופים המטריד בשיעוריו שכן אחר שהוא סופר הזקוק לשקט לשם הכתיבה, או שכן המחזיק עשרות בעלי חיים בדירתו בבית המשותף, ושכניו סובלים ממטרדי רעש וריח. אנו מניחים כי מדובר במטרד הגורם פגיעה רצינית, שאז לפי סעיף 74 לפקודת הניזקין ניתן כאמור לתת צו מניעה. אנו

264 אם כי השאלה עד כמה עצומים יהיו פיצויים אלה, אפילו בהקשר לנתבעים גדולים. בפסק הדין בעניין *Campbell*, לעיל ה"ש 246, הבהיר בית המשפט כי פיצויים עונשיים שהם מכפלה דו-ספרתית של הנזק יהיו בדרך כלל גבוהים מדי, והוא מייצב את היחס בין הפיצויים עצמם לפיצויים העונשיים בהתאם לעקרונות חוקתיים, על יחס שבין 1:9 (הכופל החד-ספרתי הגבוה ביותר – 9) ל-1:4 (שם, בעמ' 605). כאשר בפיצוי עצמו יש אלמנט עונשי מסוים, היחס יהיה קטן עוד יותר, אולי בסביבות 1:1 (שם, בעמ' 607). בית המשפט ביוטה אכן העמיד את הפיצויים בפסיקתו על יחס של 9:1 באותו מקרה, וכך הפחית את הפיצוי העונשי מ-145 מיליון דולר ל-9 מיליון דולר (הפיצויים ה"רגילים" היו בשיעור מיליון דולר) ודחה את טענתה של חברת הביטוח *State Farm* שבית המשפט העליון תחם את הפיצויים העונשיים ביחס שבין 1:1 ל-1:4 בלבד ( *Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins.* ). למשל, *Diamond Woodworks, Inc. v. Argonaut Ins. Co.*, 109 Cal.App.4th 1020, 1056 (2003). בתי משפט אחרים הלכו בעקבות החלטתו של בית המשפט העליון והעמידו את היחס על 1:4. ראו, למשל, *Romo v. Ford Motor Co.*, 113 Cal.App.4th 738 (2003), שם הפיצויים בערעור. ראו, למשל, *Romo v. Ford Motor Co.*, 113 Cal.App.4th 738 (2003), שם הפחתת הפיצויים מ-290 מיליון דולר ל-24 מיליון דולר. כאמור, דומני שבישראל היחס אחר וקשה לראות פיצוי עונשי העולה על הפיצוי עצמו או אפילו מגיע למחצית ממנו. הדברים דרושים דיון אמפירי מעמיק.

265 שאלה נגזרת, שלא נרחיב בה כאן, היא אם יש מקום לבחון בקשר לשיעור הפיצויים העונשיים את האמצעים הכספיים בפועל של הצדדים, או שיש ללכת בעקבות החזקות שלפיהן פיצויים עונשיים עצומים עלולים להפיל אדם פרטי, אך לא גוף כלכלי חזק. על הדין הישראלי, האמריקני, האנגלי והקנדי ראו המקורות המופיעים בע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פס' 69 (פורסם בנבו, 4.8.2008), שם התקבל העיקרון בדעת רוב בדין הישראלי; ויניצקי וטמיר, לעיל ה"ש 23.

עוסקים אפוא במקרה של מטרה רציני שפגיעתו חמורה, אך הפעם, שלא כמו במקרה אתא, בין אנשים פרטיים.

במקרה כזה הגוש הדומיננטי הוא גוש תיקון-פיצוי, שכן מזיקים-נתבעים כאלה הם יצרניים יותר ומחושבים פחות. גם אם המורה לתופים אולי מחושב יותר ויצרי פחות מהשכן המחזיק בעלי חיים, בדרך כלל אין מדובר בחישוב כלכלי ובניהול סיכונים של ממש. לפיכך נקודת המוצא היא שיש לסלק את המטרד ולפצות על סבלות העבר, וכך לתקן את הנזק בעבר ולעתיד. ההרתעה היעילה שייכת ממילא פחות למזיקים מסוג כזה. אין כאן זיהוי של חזק מול חלש באופן עקרוני (מעבר ל"יתרון" בפועל של המטריד על הנטרד), ורק רכיב פיזור הנזק יכול להיות רלוונטי בנסיבות מסוימות. אם כן, נקודת המוצא היא מתן צו מניעה ולא המשך המטרד. יש צורך לסייג את המניעה בצורה מסוימת בהתאם לגוש האינסטרומנטלי, שכן הפגיעה בו כתוצאה מסילוק המטרד היא ניכרת, וזאת ניתן לעשות בכמה דרכים המהוות פתרונות ביניים.

נקודת המוצא הינה כאמור סילוק המטרד. על-פי הגוש האינסטרומנטלי, המעלה על נס פיזור של נזק ובוחר את הפגיעה ברווחה המצרפית ולא רק בנטרד, ניתן היה להגיע לפתרונות נוקשים פחות מבחינת המטריד מאשר סילוק המטרד. אך זהו הגוש הדומיננטי פחות; כיצד יכול גוש זה בכל זאת לסייג תוצאה גורפת של צו מניעה? בית המשפט יכול היה לקבוע, למשל, שהצו ייכנס לתוקף כעבור זמן מה, דבר שיאפשר היערכות טובה יותר ואולי יפתח פתח למשא ומתן חדש או נוסף בין הצדדים לפיצוי או להתקנת בידוד, הפעם כשידו של הנטרד על העליונה בצורה ברורה לאור התוצאה המתקרבת. כך, למשל, ניתן היה להגיע להסכמות כגון העברת שיעורי תופים בחלקים מסוימים בלבד של היום כשהחלונות סגורים, או החזקת בעלי חיים ספורים, ולא עשרות. באמצעות משא ומתן ניתן היה לסייג תוצאה גורפת של הפסקת שיעורי התופים ופגיעה בפרנסה של המורה לנגינה או סילוק כל בעלי החיים ופגיעה בהנאה של המחזיק אותם, באמצעות פיזור הנזק על כלל השכנים כך שכל אחד סופג מעט ומוותר מעט מצדו. היה בכך גם כדי להעלות על נס קידום ערכים חברתיים של הרצון לעודד יחסי שכנות טובה ולהגיע להסדרים בין שכנים שבהם כל אחד מוותר מעט מכיוונו ואינו עומד לחלוטין על זכויותיו. ערכים כאלה הם אינסטרומנטליים ונמצאים אמנם מעבר לשני הצדדים הקונקרטיים, אך ייתכן שיש לתת להם משקל מה, במיוחד במקרים של שני שכנים יחידים פרטיים שאין ביניהם פערי כוחות מובנים.

ניתן גם לקבוע במפורש שאם המטריד והנטרד יגיעו להסכמה בדבר הפיצוי אזי יפקע הצו ויבוטל,<sup>266</sup> או לקבוע תנאי מתלה בכניסתו לתוקף של הצו, למשל: כל עוד המטריד משלם לנטרד תשלום עתי מסוים לא ייכנס הצו לתוקף.<sup>267</sup> עוד סייג אפשרי הינו להקל בפסיקת הפיצויים לעבר עקב חומרתו של הסעד לעתיד, או לפחות לקבוע שבתקופת

266 השוו Boomer v. Atlantic Cement, Inc., 26 N.Y.2d 219 (1970).

267 טדסקי, לעיל ה"ש 105, בעמ' 456.



משפטים לט תש"ע "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנויקין המודרניים

הביניים ממתן הצו ועד כניסתו לתוקף לא ייפסקו במקביל גם פיצויים אף שהמטרד ממשיך במלוא העוז.<sup>268</sup> אם הדבר אפשרי ניתן – נוסף על הצעות אלה או במקומן – לפסוק צו מניעה חלקי באשר להיקף המטרד, למשל, אם רלוונטי שלא להפעיל את המטרד הגורם לרעש דווקא בצד הפונה לביתו או לדירתו של הנטרד וכיוצא באלה. במקרה שבו מעניקים משקל כבד אף יותר לגוש האינסטרומנטלי כגוש מסייג, אף כי בכל זאת לא משקל אבסולוטי, ניתן לקבוע שהמטריד (לא הנטרד!) יעתיק אמנם את מגוריו לאזור אחר או שהמטרד אמנם יופסק כליל, אך בד בבד שהנטרד ישתתף בצורה כלשהי בהוצאות המעבר,<sup>269</sup> אם כי בוודאי אסור לו לגולם לקום על יוצרו כך שהנטרד ישלם שיפוי מלא על מניעת המטרד או העברת המטריד.<sup>270</sup>

בכל המקרים הללו הנטרד משתתף בצורה מסוימת בנזק, אם בצורה כספית ואם בהתחשבות אחרת, אף שנקודת המוצא היא עדיין מניעת המטרד. יש בכך משום סיוג מסוים לגוש תיקון-פיצוי על-ידי הגוש האינסטרומנטלי, שכן האחרון נפגע משמעותית אם יופעל הגוש הראשון ללא כל סייג. כאמור, גם בעניין אתא נקודת המוצא צריכה הייתה להיות גישה ביניים, אולם כזו הנשענת על איוונים הפוכים – דומיננטיות דווקא לגוש האינסטרומנטלי – לאור אופי הנתבע ופעילותו.

אם כן, הכלל הוא דומיננטיות של גוש תיקון-פיצוי ככל שמדובר בצדדים פרטיים, לא מחושבים במיוחד ובדרך כלל ספונטניים, שאינם בעלי יכולות כלכליות יוצאות-דופן. במקרים מסוימים מתקיים איוון עם הצדק המחלק וההרתעה, אך מדובר באיוון בלבד, המורכב מהגבלות וסייגים על תוצאה של יישום גורף של פיצוי מלא וצדק מתקן, אם הרציונל שבבסיס הגוש האינסטרומנטלי סופג פגיעה משמעותית.

## ז. התמודדות עם מקרי ביניים ועם ביקורות אפשריות על הגישה המוצגת

אף אם התזה עשויה לפעול בדרך כלל, היא אינה יכולה לכסות את כל המקרים הנויקיים כולם, והיא אף אינה מתימרת לעשות כן באופן מושלם. ברור שיש מקרי ביניים לא מובהקים שיצטרפו להיבחן לגופם באופן מדוקדק לצורך סיווג והכרעה מהו הגוש הדומיננטי הרלוונטי ומהו הגוש הדומיננטי פחות לגביהם. עם זאת, לא כל מקרה ביניים צריך לערער את בסיס התזה. התזה נבנתה בהתאם לסוגי נתבעים באופן כללי, בידיעה שלעתים נתבע ספציפי פועל ומתנהג אחרת מאשר נתבעים מסוגו בדרך כלל, שאחרת הכלל ייבלע בתוך היוצאים מן הכלל. אדגים את הדברים.

268 ש.ם.

269 ש.ם.

270 השוו *Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development Co.*, 494 P.2d 700 (Ariz. 1972).

ישנם מקרים שבהם הנחות היסוד שבבסיס החלוקה שהוצגה לעיל אינן מתקיימות בהכרח. כך, למשל, הנתבע לעניין נזק נפשי למעגל המשני יכול להיות גם אדם פשוט שאינו מבוטח, ולא דווקא חברת ביטוח (אף שבדרך כלל חברת הביטוח היא זו שנתבעת במקרים כאלה). אדם פרטי אין דינו כחברת ביטוח, וכאן התוצאה שונה, שכן לא צריכה להיות דומיננטיות לגוש האינסטרומנטלי אלא לגוש תיקון-פיצוי. אז, אדרבה, האיזונים יהיו שונים.

בדוגמה של אחריות המעביד או היצרן, יש מעבידים ויצרנים שאינם מתוחכמים, גדולים ומחושבים, ובכל זאת יש לבחון אם התוצאה צריכה להיות שונה. לדוגמה, אין דומה קבלן שיפוצים "קטן" המעסיק עובד אחד או שניים המסייע לו בעבודות הצביעה והבינוי, למפעל גדול, למעביד שהוא משרד ממשלתי, לחברה סולולרית או לאתר אינטרנט גדול וכיוצא באלה. גם יצרן קטן שהחליט לייצר מוצר קטן ולהפיצו, התרשל ואינו מבוטח (שאו התביעה היא נגד הביטוח, והוא שוב גוף גדול ומתוחכם) אינו דומה ליצרן גדול ומתוחכם. סיטואציה של עובד של קבלן שיפוצים "קטן" שהזיק לאחרים אולי דומה במהותה דווקא לנזק במערכת יחסים בין פרטים "רגילים", וייתכן שאין למצוא כאן פערי כוחות משמעותיים בין הקבלן לבין העובד שלו. הקבלן אינו מחושב או מתוחכם במיוחד, הוא אינו מבצע הדרכה לפועל שלו, יש לו פחות תמריצים למנוע נזק על-ידי השקעה בפיתוח וכן הלאה. בדומה לכך, גם היצרן הקטן שהזיק לצרכן אולי מזכיר סיטואציה של שני פרטים "רגילים". לכאורה, במצבים אלה ההכרעה ברורה פחות, וייתכן לכאורה שלא צריכה להיות דומיננטיות לגוש האינסטרומנטלי אלא דווקא לגוש האחר, או שהמצב מאוזן מאוד מבחינת המשקל של שני הגושים זה מול זה. עם זאת, הקונספציה צריכה להיות ברורה וחדה: אם מעביד אחראי מכוח צדק מחלק והרתעה יעילה, ועליו לדאוג להדרכה לעובדיו ולזהירות יתירה, ואם יצרן אמור לבצע בדיקות למוצריו ולהשקיע במניעה, בפיתוח ובמחקר – לא יהיה זה נכון לחלק ולומר כי יש לפטור מעביד קטן או יצרן קטן מכל החובות הללו. ממילא הגוש האינסטרומנטלי אינו מתייחס למזיק הספציפי (כפי שעושה מטרת הצדק המתקן השייכת לגוש האחר), אלא לקבוצה שאליה שייך המזיק, אף אם בפועל אותו מזיק מתנהג באופן שונה ממה שמצופה ממנו, או סטטיסטית כך עולה מהשתייכותו הקבוצתית. נוסף על כך, גם מבחינה חינוכית של הכוונת התנהגות יש לפסוע בדרך זו. גם את היצרן הקטן וגם את המעביד הקטן יש לעודד לערוך הדרכות, לנקוט אמצעי זהירות ובעיקר לרכוש ביטוח, עקב אופי פעילותם, ואם לא עשו כן אין לאפשר להם להסתתר בטענה שיש להתייחס אליהם למעשה כמזיק פרטי ספונטני. אכן, צפוי ומתבקש שירכשו ביטוח, שלא כמו במקרים של מזיקים פרטיים וספונטניים באמת, שלעתים לא רק שאינם מעלים על דעתם לרכוש ביטוח או שאין להם אמצעים לעשות כן; אלא שבמקרים רבים ממילא הביטוח אינו מכסה מקרי נזק שכאלה (כגון במקרי עוולות מכוונות).

בדומה לכך, גם מעוול פרטי יכול להיות מתוחכם מאוד ומחושב. הצדק המחלק אינו עוסק, כאמור, אך ורק בחלוקת עושר, אלא גם בחלוקת משאבים אחרים בחברה – וכוח (שאינו דווקא כלכלי) עשוי להיות אחד מהם. בדוגמה של תביעות הנוזקין במסגרת המשפחה ניתן לתאר (ולא רק לעניין מסורבות גט שנדון לעיל) מקרים של פער כוחות משמעותי ביותר בין הנתבע החזק – לעתים כפשוטו, דהיינו: חזק באלימותו המינית, הגופנית או הנפשית – לבין התובע. לעתים מדובר (ולאו דווקא בתביעות במסגרת המשפחה) בעוולות מכוונות, שם המזיק מחושב מאוד ויודע שהוא מפיק הנאה מהנוזק ואינו מזיק בצורה ספונטנית. לכך יש לצרף גם מזיקים פרטיים המבצעים עוולות מתמשכות ביוזמתם. לעתים כל האפשרויות הללו אף מתקוות לכדי דוגמה אחת של פערי כוחות בלתי-נסבלים כגון מקרים מסוימים של סרבנות גט על רקע כלכלי ונקמני כאחד, כפי שנדון לעיל. בכל המקרים הללו המעוול הפרטי הוא בעל כוח ניכר בהשוואה לתובע, ומצבו דומה יותר לאותו נתבע שהוא גוף פיננסי מתוחכם, מחושב וגדול, אף אם אינו באמת מנהל סיכונים בצורה מחושבת ומדויקת כאותם גופים. עם זאת, מכיוון שבכל זאת מדובר בפרטים "רגילים" ולא בגוף שהוא יצרן, מעביד, גוף מתוחכם כלכלית או חברת ביטוח, בכל זאת הדומיננטיות צריכה עדיין להיות לצדק המתקן ולפיצוי, כי למרות העוצמה והכוח אין מדובר בניהול סיכונים מחושב של ממש.

מקרה ביניים אחר הוא מקרה הפוך למקרה היצרן הקטן או המעביד הקטן. טלו לדוגמה מקרה של גוף גדול וחזק שאינו מנהל סיכונים בפועל, מבחירה או מתמימות. גוף כזה פועל לכאורה כמו אדם פרטי שאינו מחושב. דומני שהתוצאה הראויה תהיה שהחזקה בכל זאת תחול עליו, דהיינו: הוא יחזק כנתבע השייך לקבוצת גופים חזקים ומתוחכמים המוחזקים ככאלה שניתן להרתיעם באופן יעיל. העובדה שגוף כזה אינו מבצע ניהול סיכונים בפועל לא תוכל להגן עליו, ואין כאן גם מקום ליתר איזון בין הגושים. אדרבה, החברה צריכה להיות מעוניינת שגופים גדולים כאלה ינהלו את סיכוניהם. זה יהיה הדין אף במקרה של גוף שבאופן טיפוסי הוא גדול ומתוחכם ואינו פועל ספונטנית כגון בית-חולים, אך במקרה הספציפי הנדון מצבו אחר, למשל: בית-חולים נתבע הסובל מקשיים כלכליים גדולים, או מקרה של מעביד שאינו עשיר מלכתחילה ודווקא העובד שלו עשיר ובעל אמצעים.

אם כן, תיאור הגופים הגדולים והכלכליים כמחושבים מאוד, מול תיאור מזיקים פרטיים כספונטניים ולא מחושבים, מהווה חזקה, שבמקרים מסוימים אינה עומדת במבחן המציאות. אולם כך המצב באשר לחזקות במשפט בכלל. מכיוון שלא יהיה זה הגיוני לתת דברים לשיעורין ולבחון בכל מקרה ומקרה את ההתנהגות האנושית או הגופית-המוסדית בהתאם להשפעות עליה<sup>271</sup> ולמידת ניהולה בפועל את הסיכונים,

271 לביקורת של רונלד קוז על אנשי הכלכלה שלא ניסו לבחון את הגורמים המשפיעים על ההתנהגות האנושית ראו RONALD H. COASE, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW 1-5 (1988). לעניין קיומן של רמות חשיבה שונות של אנשים בהתאם לסיטואציה, ולבחינה מתי אנשים חווייתיים יותר

המשפט חייב לעבוד בהתאם לחזקות אלה ולהשתדל שלא לסטות מהן ככל הניתן, שאם לא כן נהיה נתונים למערכת שהיא כה קזואיסטית עד כי לא ייותר בה ולו עיקרון אחד של ממש וגם לא יציבות או ודאות משפטית. ממילא על-פי ההצעה הגוש הדומיננטי צריך להישאר כזה, אך המינון של השפעתו של הגוש הדומיננטי פחות ישתנה לפי הנסיבות. אם הנסיבות מיוחדות ולא קלאסיות – דהיינו: אינן עולות בקנה אחד עם החזקה המשפטית – ניתן לאזן בצורה שונה מאשר במקרים אחרים ולתת יתר משקל לגוש הפחות דומיננטי, אם כי לא להפוך את הקערה על פיה מבחינת האיזונים.<sup>272</sup>

ומתי מחושים יותר – האם מדובר בנתון או שיש אפשרות לכוון התנהגות אנושית – ראו Yaacov Schul & Ruth Mayo, *Searching for Certainty in an Uncertain World: The Difficulty of Giving Up the Experiential for the Rational Mode of Thinking*, 16 J. BEHAV. DECISION MAKING 93 (2003). לבחינת הרציונליות של ההתנהגות האנושית בראייה שונה מן המקובל אצל כלכלנים, ולניסיון לקדם תאוריה של expected utility ראו Eldar Shafir & Amos Tversky, *Thinking Through Uncertainty: Nonconsequential Reasoning and Choice*, 24 COGNITIVE PSYCHOL. 449 (1992).

יש הטוענים כי הכנסת גורמים סובייקטיביים למסגרת השיקולים שביסודה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות – כגון כישורי הנתבע, מגבלותיו הפיזיות והנפשיות, גילו ואמצעי הכספיים בפועל – עלולים להביא לידי ביטול בפועל של העוולה, הנבנית על נתונים שהם בעיקר אובייקטיביים, ולהביא לידי שלילת האחריות ברוב המקרים (צפורה כהן "השפעת אמצעיהם הכספיים של הצדדים על קביעת חובת הזהירות בעולת הרשלנות" מחקרי משפט ד' 56 (1985), לאורך כל המאמר, ובעיקר בעמ' 59-60). כהן הצביעה על מקרים סגורים יחידים שבהם הפסיקה והחקיקה מתחשבות במקומות שונים בעולם בנתונים סובייקטיביים כגון קטניות או מגבלות פיזיות של הצדדים, ותו לא (שם, בעמ' 60-63). השוו לעמדתו העקרונית של יצחק אנגלרד בספר דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 138. אולם כאן יש לדייק ולהבחין בין המקרים: התזה המוצגת בזאת אינה מתכוונת להיכנס לשאלת האמצעים הכספיים או האחרים הספציפיים של הצדדים הקונקרטיים בפועל, ודאי לא לצורך השאלה העקרונית של דומיננטיות גוש המטרות בבחינה הפלורליסטית. לצורך כך לא תהיה התייחסות שונה עקרונית, מבחינת הדומיננטיות של גושי המטרות, ליצרן שאינו רוכש משקפי מגן לעובדיו עקב קשיים כספיים אל מול יצרן שאינו עושה כן מרצון לחסוך כספים, אף שמפעלו משגשג (זו דוגמה שמביאה כהן, שם, בעמ' 56-57. השוו גם לדבריו של השופט ויתקון בע"א 559/77 למפרט נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 649, 652-651 (1979), אף ששם דובר בנקיטת אמצעי בטיחות ולא בשאלת אמצעים כספיים, וכפי שדנה בכך כהן (שם, בעמ' 64). בשני המקרים מדובר ביצרן ויש לנהוג בשני המקרים בצורה דומה בהתאם לדומיננטיות של הגוש האינסטרומנטלי, מבלי לבחון לצורך השאלה העקרונית מהם האמצעים הכספיים הנזילים או הקיימים בפועל של אותו נתבע. מדובר אפוא ביצירת חזקה לקבוצות של סוגי מזיקים-נתבעים שונים בהתאם לסוג הפעילות שבחרו לנקוט (כפי שהדגישה כהן באשר למצב הרצוי, ראו שם, בעמ' 65), ולא בבדיקה של האמצעים בפועל של כל נתבע וכישוריו – שאז באמת ייתכן שהיה צורך למשל לפטור עני מחיוביו (כך אכן חוששת כהן, שם, בעמ' 63). ראינו לעיל, בדיון בעניין זה, כי לא זה המצב הרצוי וגם לא המצוי. גם האמצעים הכספיים כשלעצמם אינם רלוונטיים, אלא רק החזקה של מה שעשוי בצורה הגיונית לנבוע מקיומם, כגון יכולת לרכוש ביטוח ולפזר נזק או לנהל

מקרה ביניים מורכב יותר הוא ריבוי מעוולים פרטיים. כאשר מעוולים רבים מבצעים אותה עוולה במשותף כלפי יחיד, פער הכוחות בין הפרטים הרבים לבין אותו ניזוק יחיד יכול להזכיר נתבע שהוא גוף גדול, ולו מבחינת הצדק המחלק, גם אם לא מבחינת ההרתעה היעילה.

עם כל זאת, בכל סוגי מקרי הביניים הללו ניתן לומר שהכלל עדיין נשאר אותו כלל (מבחינת דומיננטיות גוש המטרות בכל פעם), אך האיזון בין הגושים יהיה מעט אחר. במילים אחרות, הדומיננטיות של כל גוש עדיף עדיין תישמר, אך הגוש הפחות דומיננטי אולי יקבל משקל-יתר בהשוואה למקרים אחרים. זוהי שאלה של מינון ושיעור האיזון ותו לא; הדומיננטיות הבסיסית ראוי לה שתישאר. כך, למשל, כפי שהודגם בפרק הקודם, אם מזיק פרטי הוא כה מחושב עד שאפשר כמעט להשוותו לגוף עסקי כלכלי ומתחכם, אזי המטרות שבבסיס הגוש האינסטרומנטלי יקבלו משקל גדול יותר באיזון מול גוש תיקון-פיצוי הדומיננטי, למשל לכיוון של הטלת פיצויים עונשיים (שהם נוגדי גוש תיקון-פיצוי) או פיצויים עונשיים בשיעור גבוה יותר מאשר מקובל. כלי זה של פיצויים עונשיים יכול בהחלט לשמש לאיזון שקול יותר בין שני הגושים, שכן מדובר במובהק באמצעי להגברת ההרתעה שהוא גם בבחינת ביטוי לשיקול החלוקתי, דהיינו: לחלוקה הוגנת ושוויונית יותר של "פרוסות העוגה" בעולות שבהן פערי הכוחות נוצלו לרעה. גם כאן אין זה אומר שניתן למשל להטיל פיצוי עונשי בכל מקרה ובכל סכום שהוא; יש לסייג זאת, כפי שהודגם לעיל. אפשר גם "לשחק" עם האיזונים בין הגושים גם לעניין הפיצויים העונשיים, למשל כך שאם גוף גדול שנחבץ באמת אינו מעוול סדרתי, אך התנהגותו במקרה שהוכח ובו נתבע בפועל הינה מקוממת ומסלידה, ישנה הצדקה להטיל עליו פיצויים עונשיים ולו בשיעור מסוים.

סיכונים, וכן יכולתו העקרונית של המזיק הפוטנציאלי, להבדיל מיכולת קונקרטי, להשקיע באמצעי מניעה; ואם מדובר במעביד – אם יש לו אפשרות מעשית להדריך את העובדים ולהגביר את הבטיחות (אמנם, אחריות מעבידים הוטלה בעבר, עוד לפני הופעתה של הגישה הכלכלית לדיני הנוזקין, מכוח היותם בעלי כיס עמוק ומפוזר נזק. ראו דיני הנוזקין: תורת הנוזקין הכללית, שם, בעמ' 437; ע"א 338/60 מדינת ישראל נ' מדר, פ"ד טו 1569, 1593 (1961); אהרן ברק אחריות שילוחית בדיני נוזקין 29-30 (1964). יצוין גם כי באשר לעולות הרשלנות ייתכן שהדומיננטיות הזו של כל גוש בהתאם לסוג הפעילות של הנתבע היא חלק מהמונח "נסיבות" שבס' 35 לפקודת הנוזקין. כך אין חשש שהמונח יסבול פרשנות כה נרחבת כתכונותיו של הנתבע הקונקרטי כפי שכהן חוששת (שם, בעמ' 60)). התחשבות במצבם הכלכלי של הצדדים במקרה הקונקרטי היא אפוא בעייתית (זאת גם מהיבטים אחרים ומגוונים. ראו כהן, שם, בעמ' 74-75), ועל כך יש להסכים בפה מלא, אך התחשבות בחזקה באשר לסוג הנתבעים העקרוני בהתאם לפעילויותיהם צריכה להיות לגיטימית ואף מתבקשת. יותר מכך: הצדק המחלק במקרים מסוימים אף נבנה מחזקה זו ממש – השאלה כיצד לחלק את "פרוסות העוגה" היא שאלה של חזקה מגזרית, ולא של אמצעים כספיים או אחרים בפועל, מה שממקם מלכתחילה מטרה זו בתוך הגוש האינסטרומנטלי.

מקרה מיוחד אחר שיש לדון בו הוא מקרה של גוף גדול ומתוחכם התובע גוף אחר הדומה לו מבחינת מאפייניו. כאן אין משמעות לשיקול החלוקתי, שכן מדובר בהעברת העושר בתוך אותה פרוסה בעוגת הרווחה המצרפית הקיימת (אם כי יכולה להיות משמעות לפיזור הנזק). במקרה כזה עדיין תהיה משמעות להרתעה היעילה. אין זה אומר שהגוש האינסטרומנטלי נחלש, משל הייתה המטרה רלוונטית ומובאת בחשבון אך לא הייתה מתמלאת. במקרה זה נבחנים יחסי הכוחות בין הגושים "כרגיל", כאשר בגוש האינסטרומנטלי רלוונטית למעשה רק מטרת ההרתעה היעילה, ואין הדבר מביא בהכרח לידי איבוד כוח של אותו גוש אל מול הגוש המתחרה.

על כל פנים, מקרי ביניים (כדרכם של מקרי ביניים) צריכים לזכות להתייחסות שיפוטית מדוקדקת יותר ולביצוע איזונים מדוקדקים יותר. מקרים אלה אינם אלא יוצאים מן הכלל, ובחלקם, כפי שראינו, הדבר יכול להביא לכל היותר לכדי איזון עדין יותר בין גושי המטרות, אך בהחלט לא לשינוי הקונספציה.

### ח. סיכום ומסקנות

דיני הנזיקין הם שדה הקרב שבו נאבקות שאיפות שונות ומנוגדות לבכורה, והאחריות המוטלת בסופו של דבר היא תוצאת מאבק זה. מכאן הגישה כי דווקא בתחום דיני הנזיקין קיים אותו רעיון של "Social engineering" דהיינו, הכרעה בין אינטרסים מנוגדים של יחידים על פי האינטרסים המוכרים של החברה [...] אין למצוא בדיני הנזיקין עקרון אחד שיהיה בכוחו להסביר את השיקולים בהטלת אחריות או שלילתה. השיקולים הם רבים, מגוונים ומשתנים ממקרה למקרה. לעתים יושם הדגש בשיקול המוסרי; לעתים בשיקולי המניעה והעונש; לעתים יש מקום להתחשב בעקרונות פיזור הנזק.<sup>273</sup>

כך כתב אהרן ברק, ברומזו לכך שיש מטרות שונות לדיני הנזיקין, ולעתים יש להכריע מראש ידה של מי מהן צריכה להיות על העליונה. לעתים חלק מהמטרות "מושך" לכיוון של הרחבת האחריות הנזיקית וחלק אחר מושך לכיוון צמצומה. לפיכך, לגישתו, יש מקום לגישות פלורליסטיות לדיני הנזיקין, שלמרות בעייתיותן הן ודאי עדיפות על החלופות המוניסטיות,<sup>274</sup> שכל אחת מהן משקפת נקודת מבט חלקית וחלקן משקפות אינטרסים ספציפיים, אולי אף צרים, של קבוצות באוכלוסייה. חלק מהגישות

273 דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 26, 30 (ההדגשה הוספה – ב"ש).  
274 שם, בעמ' 240-231; ENGLARD, לעיל ה"ש 24, בעמ' 55. כך עולה גם מגישתו של ברק כשופט בעניין חמד, לעיל ה"ש 2. וראו דיון לעיל.

המוניסטיות מתמקד דווקא ביחסים שמעבר לשני הצדדים הקונקרטיים כגון מטרת ההרתעה היעילה, הנגזרת מגישה כלכלית-תועלתנית-תוצאתנית, וחלק מהן מגלם תפיסה של התמקדות אך ורק בשני הצדדים הללו, כגון מטרת הצדק המתקן, הנגזרת מגישה מוסרית-דאונטולוגית. שתי הגישות המוניסטיות הבולטות כיום הן אכן גישות הנגזרות משתי המטרות הללו.

דומה כי הפסיקה הישראלית נקטה קו פלורליסטי מסוים, אך זה אינו אחד ומנחה באופן ברור. אף הקודקס האזרחי החדש מציע דרך פלורליסטית, אך זו הצהרתית בלבד ואף סתמית למדי, ללא כלים ליישום בפועל במקרים של התנגשות בין מטרות שונות. ייתכן שהכוונה הייתה שהפסיקה, בעקבות הקודקס, תמצא את הדרכים לביצוע האיזונים. מערכת דיני הנזיקין היא מערכת מורכבת ביותר שאכן מחייבת בחינה פלורליסטית של מטרותיה, ובתוכה הצגת איזון ראוי בין מטרות שונות. קשה מאוד להסביר את הקשת המורכבת של המקרים הנזיקיים דרך מטרה אחת, אך גם לא ראוי לפגוע עד כדי כך ביציבות המשפטית ובוודאות של מערכת דינים זו ולהותיר את האיזון בין המטרות השונות לבחינה מקרה-אחר-מקרה, כפי שעולה מחלק מהגישות הפלורליסטיות.

קשה גם להציג הרמוניה של ממש בין המטרות של דיני הנזיקין בכל סוגיה וסוגיה, שכן לעתים אכן יש התנגשות בין מטרות. בעיקר מדובר על התנגשות בין מטרות מגוש תיקון-פיצוי, הכולל את מטרות הפיצוי והצדק המתקן, המתמקדות בצדדים הקונקרטיים לעולה, אל מול מטרות מהגוש האחר, האינסטרומנטלי, הכולל את הצדק המחלק וההרתעה ורואה את דיני הנזיקין כמכשיר לקידום מטרות חברתיות ולפיזור שווה ככל הניתן של המשאבים בחברה. לעתים אף מתרחשת התנגשות תוך גושית. משכך, מובנת הופעתן של גישות פלורליסטיות שניסו לקבוע *ex ante* איזו מטרה צריכה להיות העליונה. גישה פלורליסטית מקיפה יותר תנסה לאזן בין מטרות, ולא תראה מטרה אחת כמטרת-משנה המהווה רק "תחנה אחרונה" המסייגת את התמלאותה של מטרה אחרת, שהיא מרכזית ודומיננטית, ורק במקרים נדירים.

בהתייחס למורכבות הרבה של דיני הנזיקין, תחולתם על סוגי מקרים רבים והאינטראקציה שלהם עם מערכות דינים אחרות ועם פרופסיות שונות, הוצגה בחיבור זה גישה פלורליסטית חדשה שנבנתה במידה רבה ממיצוי של כמה יתרונות של גישות. הגישה נשענת על ניתוח של כל מטרות דיני הנזיקין: פיצוי, צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה. על-פי ההצעה, תחולקנה המטרות של דיני הנזיקין לשני גושים עיקריים: גוש תיקון-פיצוי, המתמקד בצדדים הספציפיים לעולה, והגוש האינסטרומנטלי, המתמקד בהכוונת התנהגות ובשימוש בדיני הנזיקין כמכשיר לקידום מטרות חברתיות. הגישה קוראת להעדיף את גוש תיקון-פיצוי במקרים של מזיק יחיד-פרטי, שכן זה אינו "האדם המחשב", קרי: הוא אינו באמת מחשב הוצאות מניעת הנזק מול סיכונים. לפיכך מזיק פרטי "רגיל" – שהוא בדרך כלל ספונטני ומחושב פחות – ישפיע פחות מתמריצים כלכליים, פחות אפשר יהיה לעודדו להשקיע בפיתוח לצורך מניעת תאונות או הוצאות

התאונות, וראוי יותר יהיה להטיל עליו אחריות מכוח צדק מתקן כפשוטו. לעומת זאת, במקרים של נתבעים חזקים, מחושבים ומתוחכמים (גם אם אינם המזיקים הישירים) ועוולות המוניות, שם ההרתעה צריכה להיות כלכלית בעיקרה, ואז יש להעדיף את הגוש האינסטרומנטלי.

בכל אחת משתי קבוצות המקרים הללו, שבה יש עדיפות לגוש מסוים, מדובר במתן דומיננטיות על-פני הגוש האחר ולא בביטול הגוש האחר, לאמור: הגוש האחר יובא גם הוא במכלול האיזונים, אך משקלו יהיה פחות. הוא ייכנס לתמונה בנסיבות מסוימות שבהן הרציונל שבבסיסו נפגע במידה ניכרת. או אז יביא הדבר לכדי סיוג תוצאה גורפת העולה מיישום דווקני של הגוש הדומיננטי יותר. כך מובטח שבכל דיון באירוע נזיקי תהיה התחשבות, אף אם במינון שונה, הן במטרות המתמקדות בצדדים הקונקרטיים לעולה וברוחתם והן במטרות אינסטרומנטליות הדואגות לרווחה החברתית ולעלות הכלכלית. במילים אחרות: כך מובאות בחשבון כל המטרות הרלוונטיות – אך לא בכל מחיר, ותוך קביעה של סדר עדיפויות. גם היציבות והוודאות המשפטית מקבלות משקל, אך לא בכל מחיר.

יש אמנם מקרי ביניים שבהם, למשל, ניתן להצביע על נתבעים המוחזקים כגדולים אך הם ספונטניים ואינם מחושבים, או על נתבעים פרטיים שיש להם פערי כוח אדירים על התובעים, והם פועלים לעתים במכוון, באופן מתמשך ובצורה מחושבת מאוד. במקרים אלה בדרך כלל היוצרות אינם מתהפכים; לכל היותר האיזונים בין גושי המטרות צריכים להיות עדינים יותר.

ההצעה שהוצגה בחיבור זה מנסה לפשר בין התאוריות הפלורליסטיות ולגבש מתוך יתרונותיהן גישה חדשה. מגישותיהם (השונות בתכלית) של גלנוויל ויליאמס, יצחק אנגלרד, גרי שוורץ ומארק גיטפלד אומץ העיקרון של הצורך בעדיפות של מטרה אחת או גוש מטרות, אם כי ההצעה גורסת כי אין מדובר בעדיפות ניצחת *ex ante* של מטרה אחת או גוש אחד בכל הסוגיות הנזיקיות, כפי שניסה (בעיקר) שוורץ לטעון; זאת מתוך הבנה שהמצבים הנזיקיים מורכבים ולא מאפשרים לתת עדיפות כוללת למטרה או לגוש מטרות תמיד ובכל מצב. מגישותיהם של פלמינג גיימס ג'וניור וכריסטופר רובינט אומץ הצורך לדון במטרות הרלוונטיות בהתאם לסוגיה הנתונה. בשונה מגישותיהם, הודגש כי יש לדון בכל פעם בגוש מטרות מתועדף ולא בכל מטרה בפני עצמה, וכן שאין ללכת מקרה-אחר-מקרה, אלא להגדיר לצורך כך שתי קבוצות מקרים בלבד, שכן הליכה מקרה-אחר-מקרה פוגעת קשות בוודאות המשפטית. לצורך ביסוס התזה נבחנו סוגיות נזיקיות מסורתיות לצד סוגיות חדשניות ומודרניות. בחלק מאותן סוגיות הוצגה חפיפה בין המצב הנורמטיבי המוצע לבין המצב הפוזיטיביסטי הקיים במציאות המשפטית, ובחלקן קיים פער, וכאן קוראת ההצעה לשינוי המצב הקיים.

אין בגישה המוצעת כדי להתנצח בהכרח עם גישות פלורליסטיות קיימות, ששימשו בצורה מסוימת לבניית הפתרון שהוצע בחיבור זה מתוך מיצוי יתרונותיהן, או עם גישות



מוניסטיות. האחרונות משמשות וישמשו לפרשנות מטרה ספציפית בכל פעם; אלא שלפי גישה פלורליסטית יש לאזן את אותה מטרה עם מטרות אחרות ולא להתחשב רק בה או בעיקר בה באופן מכריע, כמעשיהן של גישות מוניסטיות. אכן, גישה מאוזנת לבחינתן של סוגיות נזיקיות בוחנת בצוותא את כלל מטרות דיני הנזיקין, אך נותנת עדיפות לגוש המטרות הרלוונטי בהתאם לנסיבות. בתוך הדיון הפלורליסטי בכל מטרה כשלעצמה בנפרד, לצורך איזונה עם מטרות אחרות, ניתן להביא בחשבון גם את הדרך שבה ניתחו גישות מוניסטיות את אותן מטרות יחידניות. לדוגמה, כאשר גישה פלורליסטית מנסה ליישם על מקרה נתון את מטרת ההרתעה, היא יכולה לאמץ את הגישה הכלכלית – אך היא לא תיעצר כאן אלא תמשיך ותדון גם במטרות האחרות ותאזן בינן לבין אותה מטרה. לסיכום: דומה כי בחינה של שתי קבוצות של מקרים ולא בחינה מקרה-אחר-מקרה בכל פעם, תוך בדיקת כלל המטרות ולא אחת בלבד, וביצוע איזונים ביניהן במקרים שבהם הגוש הדומיננטי פחות סופג פגיעה ניכרת, תצליח "לקלוע" למטרה הראויה בנסיבות העניין ובעקבות המציאות המשתנה, כמו גם לשמור על יציבות וודאות משפטית סבירות, כשדיני הנזיקין משמשים מעין ברומטר לשינויים הסוציאליים בחברה.<sup>275</sup> דומני כי ראוי לה לגישה כזו שתישמע, בעיקר בתקופה שבה כמעט ארבעה עשורים שולטות בכיפה דווקא שתי גישות מוניסטיות, האחת מבוססת על צדק מתקן והאחרת על הרתעה יעילה.

275 דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 26.