

פניה המשתנות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין

מאת

שיר ויסנברג*

כ-15 שנים לאחר יצירתה לראשונה בפסיקה ולאחר שנים רבות שבהן הורחבו גבולות תחולתה בדיני נזיקין, מתחזקת לאחרונה מגמה פסיקתית הנכונה לבלום את המשך הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, ואף לצמצמה. רשימה זו תבקש להתחקות אחר הליכי התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין מאז ועד היום דרך פסקי הדין המרכזיים של בית המשפט העליון והעמדות השונות שהובעו בהם. במסגרת זו יידונו מהלכי ההרחבה ומהלכי הצמצום המרכזיים בפסיקה הנוגעים הן לשאלת האפשרות לפסוק פיצוי כספי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים משתנים והן לשאלות טיב הפיצוי הנפסק ושיעורו. כמו כן רשימה זו תבקש להציע נקודת מבט השוואתית בין הליך התעצבותה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין לבין הליך התעצבותו של עקרון תום הלב בדיני חוזים – החל מאופן צמיחת השניים בשדה המשפטי הרלוונטי, דרך תכונותיהם המקבילות, וכלה בביקורות דומות שהושמעו כנגד התפתחותם במשפטנו. זאת, נוכח מאפיינים המשותפים לשניים כמייבאים נורמות וסטנדרטים של התנהגות ראויה אל תוך המשפט הפרטי. בעקבות זאת תצביע רשימה זו על מאפיינים נבדלים וייחודיים לפגיעה באוטונומיה ותבקש לטעון כי הם אשר מצויים, במידה רבה, בלב סלעי המחלוקת הפסיקתית המלווה את התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין.

מבוא. א. עלייתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. 1. מגמות הרחבה; 2. עמדות מיעוט מצמצמות; ב. תמורות והתפתחויות: בין הרחבה לצמצום. 1. עניין תנוכה ב; 2. עניין סלומון; 3. מבט לעתיד; ג. עיון השוואתי: הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין ותום הלב בדיני חוזים. 1. צמיחה מתוך חסר; 2. עילות חולשות המגדילות את שיעור הפיצוי; 3. התנגדויות דומות להרחבתם; ד. ייחודיות התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה. ה. סיכום.

מבוא

עקרון הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין נוצר לראשונה בפרשת דעקה,¹ ולאחריה התרחבו גבולותיו בהדרגה ובעקיבות כחלק ממגמה פסיקתית שקנתה לה שביתה בבית המשפט העליון. בעת התגבשות מגמה מרחיבה זו היו עמדות מיעוט בקרב שופטי בית המשפט העליון אשר התנגדו למהלכי ההרחבה. מתמורות מסוימות בפסיקתו של בית המשפט

* תלמידת תואר בוגר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה למורי אהוד גוטל ובנימין פורת, לקוראים האנונימיים, למערכת משפטים ולעורכים ניצן פליטמן ואור יהלום, על עצותיהם והערותיהם המועילות לאורך הליך הכתיבה.

1 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

העליון מהעת האחרונה עולה כי הגישה המבקשת לצמצם את גבולותיה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין היא המושמעת כיום כעמדת רוב בפסקי דין של בית המשפט העליון.

רשימה זו תסרטט באופן זהיר את התפתחותה הפסיקתית של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין החל מיצירתה, דרך הרחבת גבולותיה מאספקטים שונים, וכלה באותן פסיקות מן העת האחרונה שבהכרעתן ננקטה גישה מצמצמת יחסית. בתוך כך רשימה זו תבקש להציע נקודת מבט השוואתית ייחודית בין הפגיעה באוטונומיה והתפתחותה בדיני הנזיקין לבין תום הלב והתפתחותו בדיני החוזים, תוך בחינת השאלה אם קיימות תובנות שניתן לזקק מהשוואה זו שבכוחן לסייע להבנת הליכי התפתחותה והשתנותה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. לבסוף, ולעומת אותם קווי דמיון השוואתיים, ייבחנו מאפייניה הייחודיים של הפגיעה באוטונומיה העומדים בבסיס התמורות הפסיקתיות האחרונות.

מהלך הדיון יהיה כדלהלן: **פרק א** ידון בפסקי הדין המרכזיים שניתנו בבית המשפט העליון ושעסקו בפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין. **פרק זה** יתאר על ציר הזמן את התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה ויעמוד על הרחבותיה מן ההיבטים השונים והמשתנים בפסקי הדין. חלקו השני של **פרק זה** יתמקד בעמדות מיעוט בבית המשפט העליון אשר ליוו את הליך צמיחתה והרחבתה של הפגיעה באוטונומיה, ושבהן הביעו שופטים התנגדות להרחבות אלה; **פרק ב** יתמקד בשני פסקי דין של בית המשפט העליון מן העת האחרונה, פסקי הדין **בעניין תנובה ב** ו**בעניין סלומון**, שבהכרעתם משתקפות עמדות שיפוטיות הנכונות לבלום את המשך הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, למצער מהיבטים מסוימים הנוגעים להקשר הצרכני-ייצוגי; **פרק ג** יבקש להציע נקודת מבט השוואתית ייחודית בין הפגיעה באוטונומיה והתפתחותה בדיני הנזיקין לבין התפתחותו ותחולתו של תום הלב בדיני החוזים; **פרק ד** יחתום את המאמר ויעסוק במאפייניה הייחודיים של הפגיעה באוטונומיה, הנבדלים ממאפייני התפתחותו של תום הלב בדיני החוזים, אשר ייתכן שיש בכוחם כדי להסביר את התמורות והשינויים שחלו בפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין.

א. עלייתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין

פרק זה יבקש לסרטט כרונולוגית את מהלכי ההרחבה של גבולות הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין כפי שאלו עולים מפסקי הדין המרכזיים של בית המשפט העליון. במסגרתו ניתן יהיה להיווכח כי הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין בוצעה בהליך עקיב המתבטא בהיבטים שונים, ובהם הרחבת מנעד המקרים שבהם טיעון הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין יעמוד לתובע; הגדלת שיעור הפיצוי הנפסק בגין הפגיעה באוטונומיה; הכשרת האפשרות לפסוק בגין פגיעה באוטונומיה כראש נזק הנפסק לצד ראשי נזק אחרים בתיק; הנחת יסודות רעיוניים הנכונים להכיר עקרונית בעתיד בפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית ועוד. כל אלה הם מהלכי הרחבה אשר אפיינו את שנותיה המוקדמות של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין במשפטנו. חלקו השני של **פרק זה** יתמקד בעמדות המיעוט שהושמעו לאורך הליך הרחבה זה אשר התנגדו למהלכי ההרחבה השונים או הסתייגו מהם. עמדות מיעוט אלה משלימות את התמונה של נסיבות פיתוחה של הפגיעה באוטונומיה וכן

משמשות דיון רקע חשוב להבנת הליכי בלימתה של ההרחבה ואף צמצומה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין במסגרת פסיקה מן העת האחרונה, אשר תידון בהמשך בפרק ב. במסגרת פסיקה זו הובעו עמדות מצמצמות כעמדות רוב ולא אך כדעות מיעוט, כבעבר.

1. מגמות הרחבה

תחילתה של הגישה הפסיקתית שהייתה נכונה להרחיב את השימוש בפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין בפרשת דעקה והמשכה בפסקי דין רבים נוספים. בפרשת דעקה נקבע כי הפגיעה באוטונומיה היא בגדר "נזק" הנכלל בהגדרה למונח זה המצויה בסעיף 2 לפקודת הנזיקין.² גישה זו הלכה והתבססה בבית המשפט העליון והייתה נכונה להרחיב באורח קזואיסטי, מפסק דין אחד למשנהו, את גבולותיה של הפגיעה באוטונומיה מהיבטים שונים. מיאסה עלי דעקה אושפזה בבית חולים לצורך ניתוח ברגלה השמאלית, אולם בשעה שהייתה בהשפעת תרופות מטשטשות ועל גבי שולחן הניתוחים – הוחתמה על טופס הסכמה לניתוח בכתפה הימנית בעקבות החלטה של הרופאים שנתקבלה בסמוך לניתוח, ולפיה ניתוח הכתף דחוף מניתוח הרגל.³ בניתוח הכתף נגרם נזק לכתפה אשר נקבע כי שיעורו 35% נכות. דעקה הגישה תביעה בגין נזק הגוף שנגרם לה מהניתוח בכתף והשתיחה אותה על עוולת הרשלנות. בתביעה טענה כי לא ידעה כלל על כוונת הרופאים לנתח את כתפה הימנית, וכי הדבר נודע לה רק לאחר שהתעוררה מההרדמה בניתוח. דעקה טענה לרשלנות בטיפול הרפואי שניתן לה, הן בעצם ההחלטה לבצע את ניתוח הכתף והן בטיפול הרפואי עצמו.

עמדת הרוב, שנכתבה בידי השופט אור וזכתה להסכמה של חמישה שופטים נוספים מתוך הרכב מורחב בן שבעה שופטים,⁴ קבעה שלא הוכחה התרשלות מצד הרופאים לא בעצם ההחלטה לביצוע הניתוח בכתף ולא באופן ביצוע הניתוח והטיפול הרפואי לאחריו. כמו כן נקבע כי לא הוכח הקשר הסיבתי הנדרש בין התרשלות הרופאים באי-קבלת הסכמתה המודעת לבין הנזק שנגרם לה מהניתוח, משום שעל סמך נסיבות המקרה יש להניח כי גם אם הייתה ניתנת לדעקה האפשרות לבחירה מודעת, היא הייתה מעוניינת בביצוע אותו ניתוח נצרך בכתף.⁵ עם זאת עמדת הרוב לא השיבה את פניה של דעקה ריקם. נפסק כי אף שאין מקום לפצותה על נזקי הגוף, יש לפצותה על הנזק הלא גופני שנגרם לה מן הפגיעה באוטונומיה בעקבות ביצוע טיפול רפואי בגופה ללא הסכמתה המודעת וללא הסבר הולם על הסיכונים הכרוכים בו. בשל בקשת הסכמתה של דעקה לניתוח הכתף בסמיכות רבה לניתוח עצמו ובשל היותה בהשפעת חומר תרופתי מטשטש נפסק כי דעקה לא נתנה הסכמתה המודעת להליך הרפואי שבוצע בכתפה. בכך נקבע באורח תקדימי כי הטיפול הרפואי בכתף שבוצע בהיעדר הסכמתה מדעת מהווה פגיעה באוטונומיה שלה

2 "נזק" – אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רוחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה" (ס' 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח–1968:266).

3 פרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

4 הנשיא ברק, המשנה לנשיא לויץ והשופטים (כתוארם אז) אור, חשין, שטרסברג-כהן, ביניש ואנגלרד.

5 פרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט אור.

שהיא נזק בר-פיצוי בדיני נזיקין.⁶ בהתייחסו למשמעותה של הזכות קבע השופט אור כי הזכות לאוטונומיה היא "זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאוייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה",⁷ וכן כי "לכל אדם חירות מפני התערבות בגופו ללא הסכמתו".⁸ בכך העלה פסק הדין בעניין דעקה על נס את ערך האוטונומיה של הפרט בגופו והעניק לו הגנה במשפט הנזיקי. בפרשת דעקה נפסק כי "בשאלת [...] הפגיעה באוטונומיה [...] עלינו לקבוע כי יש "מחיר" לעצם הפגיעה בכבודו, אשר מתבטאת בביצוע טיפול רפואי בגופו בלי שניתנה לכך הסכמה מדעת על-ידיו".⁹ פסיקה תקדימית זו של בית המשפט העליון אפשרה מבחינה מעשית "התגברות" על היעדר הקשר הסיבת-עובדתי בין התרשלות הרופאים, המגולמת באיקבלת הסכמתה מדעת, לבין נזק הגוף שנגרם לדעקה בכתפה. הפיצוי לא הוענק בגין הנזק הפיזי בכתף כי אם בגין הנזק הכרוך בפגיעה באוטונומיה של המטופלת בלבד. בכך התאפשרה בנסיבות המקרה פסיקת פיצוי לדעקה שלא הייתה אפשרית באמצעות הכלים הנזיקיים שהיו בנמצא עובר ליצירתו זו של נזק הפגיעה באוטונומיה.

בשנים שלאחר מכן ניתנו פסקי דין נוספים אשר חזרו והסתמכו על הלכת דעקה.¹⁰ המרכזי שבהם, פסק הדין בעניין תנובה א,¹¹ ביטא הרחבה נוספת של הפגיעה באוטונומיה כשביית המשפט היה נכון לראשונה לייבא את השימוש בראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה אל ההקשר של תביעות צרכניות ייצוגיות ולא להגבילו אך לתביעות העוסקות ברשלנות בהקשר הרפואי. בעניין תנובה א נדון ערעור שהוגש נגד החלטת בית המשפט המחוזי שאישר תביעה צרכנית ייצוגית נגד חברת תנובה. במסגרת תביעה זו נטען כי תנובה הוסיפה סיליקון לחלב עמיד ששיווקה לצרכן במשך כשנה וחצי בשל רצונה לפתור בדרך זולה את בעיית הקצפת החלב. בתביעה נטען בין השאר שתנובה התרשלה בייצור החלב, בפיקוחו, בשיווקו ובפרסומו באופן שהוביל לגרימתו של נזק לא ממוני בקרב הצרכנים שצרכו את החלב הנדון שבא לידי ביטוי בתחושות שליליות וב"תחושות גועל" שחשו לאחר שהתוודעו לרכיבי החלב שצרכו. בד בבד עם הליך אזרחי זה התקיימו נגד תנובה הליכים פליליים בגין התנהלותה במסגרת אותה פרשה, שבסופם הורשעו תנובה ומנהליה בעברה של איסור הטעיה בפרסומת ובעברות של אי-מילוי הוראות תקן רשמי.¹² השופטת (כתוארה אז) נאור, שייצגה את עמדת הרוב בפסק דין בעניין תנובה א, פסקה כי הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא בגדר פגיעה באוטונומיה שהיא בת-פיצוי נזיקי, הגם שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף.¹³ אף שעסקינן בהליך אישור של תובענה ייצוגית, שבו החוק

6 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט אור.

7 שם, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט אור.

8 שם.

9 שם, פס' 26 לפסק דינו של השופט אור (ההדגשה הוספה).

10 ראו למשל ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002).

11 ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נו(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה א).

12 שם, פס' 3–4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.

13 בהנמקתה הבהירה השופטת (כתוארה אז) נאור (עניין תנובה א, לעיל ה"ש 11, פס' 11 לפסק דינה) כי אכן "עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים

דורש הוכחת נזק "לכאורה" לשם אישור התובענה הייצוגית ולא נזק "ממש",¹⁴ בגלגולי ההמשך של תיק זה לא הייתה חזרה מהקביעה העקרונית שלפיה מדובר בנזק שעולה כדי פגיעה באוטונומיה שהיא בתפיצוי נזיקי.¹⁵ בכך למעשה סלל הדיון החלוצי בעניין תנובה את הדרך להכרה ופסיקת פיצוי ממשי בגין הנזק הנטען בתיק צרכני-ייצוגי זה ובמקרים נוספים.¹⁶

כחצי שנה לאחר פסק הדין בעניין תנובה א ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין אדנה.¹⁷ אף שניתן אך שנים מעטות לאחר פרשת דעקה, ניתן להצביע על שוני מעניין בין עניין אדנה לפרשת דעקה, אשר מבטא גם הוא מובן מסוים של המשך מגמת ההרחבה. פנטה אדנה נותחה בנייתו קיסרי שבמהלכו ניתנה לה זריקת הרדמה אפידורלית שגרמה לה נזק בלתי הפיך. נקבע כי חסר ברישומים הרפואיים פגע באפשרות לשקף מהימנה את אשר אירע במהלך ההזרקה ואת תוצאותיה. בנסיבות אלה, בהסתמך על דוקטרינת הנזק הראייתי והתקיימות כלל "הדבר מדבר בעד עצמו" לפי סעיף 41 לפקודת הנזיקין, העביר בית המשפט את נטל ההוכחה מהתובעת אל הרופאים בשאלת קיום התרשלות מצד הרופאים ובשאלת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם. משלא עמדו הרופאים הנתבעים בנטל ההוכחה, נקבע כי הנזק נגרם בשל רשלנותו של הצוות הרפואי. נוסף על כך – וזהו החלק בעל הדמיון לפרשת דעקה הרלוונטי לדיוננו – טענה התובעת כי לא נתנה הסכמתה מדעת לניתוח היות שלא הוסברו לה סיכוני הניתוח. ואולם, השופט אור דחה את טענתה של התובעת בנימוק זה:¹⁸

הנני סבור שלאור נחיצות הניתוח בדחיפות ונוכח ההסתברות הנמוכה לאירועים דוגמת האירוע שאירע, אין להניח שהמשיבה הייתה בוחרת לוותר על הניתוח הקיסרי ועל ההרדמה האפידורלית.

לא ברור מדוע הנמקתו זו של השופט אור חסרה הפעם את ההנמקה שסיפק בפרשת דעקה, שם כזכור נקבעה ההנחה כי הסכמתה הצפויה של התובעת להליך הרפואי, לו הייתה ניתנת מדעת, איננה שוללת את קיומה של הפגיעה באוטונומיה שלה. אולם חרף פסיקתו זו של השופט אור בפרשת דעקה, חסרה בהנמקתו בעניין אדנה שאלת הפגיעה באוטונומיה, המנותקת כאמור משאלת בחירתה ההיפותטית. ניתן לתמוה אפוא מדוע לא פנה השופט אור

נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר *de minimis*. אולם בצמוד לכך הסבירה מדוע בענייננו אין מדובר בסטייה שהיא בגדר זוטרי דברים: "הפרסום המטעה שפרסמה תנובה לאחר הפרסומים שיש בחלב סיליקון יש בו כדי ללמד לכאורה שתנובה עצמה הבינה שישנה התנגדות רחבה בציבור להוספתו של סיליקון לחלב. תנובה לא הייתה נכנסת למסע ההכחות כשהכחישה את התלונה בדבר החדרת הסיליקון אלמלא הבינה בעצמה שאין מדובר בעניין של מה בכך".

14 ס' 35 לחוק הגנת הצרכן בשעת מתן פסק הדין בעניין תנובה א. כיום מוסדר בס' 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006: "בבקשה לאישור שהוגשה בידי אדם כאמור בסעיף קטן (א)(1) – די בכך שהמבקש יראה כי לכאורה נגרם לו נזק".

15 ראו פרק ב.1 להלן.

16 ראו הדיון בפרק ב להלן.

17 ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535 (2004).

18 שם, פס' 18 לפסק דינו.

לבחון את ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה לאור פסיקתו שלו בפרשת דעקה שנים מעטות קודם לכן. נראה כי בדבריו של השופט אור בסוף פסק דינו בעניין אדנה יש כדי להסביר את החלטתו זו חרף הדמיון לעובדות פרשת דעקה:¹⁹

המערערת והמשיבים העלו טענות נוספות, זו להקטנת סכומי הפיצויים אשר נפסקו בכמה פרטי נזק ואלה להעלאתם. לא ראינו לקבל את טענותיהם לא לגופן ולא בראייה כוללת של הסכום שנפסק למשיבה. בסופו של דבר, סכום נזיקה של המשיבה נקבע בסך קרוב לחמישה מיליון ש"ח [...] ואין להתערב בו.

נראה אפוא כי להבדיל מפרשת דעקה, שבה לא נפסק לתובעת פיצויי לבד זה שניתן בגין הפגיעה באוטונומיה, בעניין אדנה ממילא אפשרה דוקטרינת הנזק הראייתי לפסוק פיצויים נכבדים לתובעת, ולכן לא נדרש במסגרת הערעור לדון בשאלת הפגיעה באוטונומיה. לפיכך נראה כי בכוחה של פסיקה זו כדי להאיר, ולו במקצת, את המקרים שבהם נדרש בשעתו בית המשפט לטיעון הפגיעה באוטונומיה המשמש אמצעי שיפוטי להגדלת שיעור הפיצוי הנפסק בתיק מסוים לעומת אלו שבהם הגדלת שיעור הפיצוי איננה נצרכת, ומשכך איננו נדרש לו. הדברים האמורים נכונים לכל הפחות בשלב התפתחותי מוקדם זה של הפגיעה באוטונומיה וביסוסה בפסיקה.²⁰

פסק הדין בעניין וינשטיין²¹ ניתן כשנה לאחר פסק הדין בעניין אדנה. במסגרתו נדון מקרה שבו בוצע באדם ניתוח לייזור בעיניו לתיקון לקות ראייה ולאחריו סבל מלקות ראייה חמורה בעיניו בשיעור נכות של 55%. בית המשפט קבע כי ההליך הרפואי שבמסגרת הניתוח בוצע בקרנית העין, אך לקות הראייה שהופיעה לאחר הניתוח נבעה מנזק ברשתית העין, ובכך הותר הקשר הסיבתי בין הטיפול הרפואי בלייזור לבין לקות הראייה החמורה.²² כמו כן נפסק כי ממילא אי אפשר היה לצפות מהצוות הרפואי לעדכן את המטופל בדבר חלק מהסיכונים הכרוכים בניתוח שבוצע בו בהסתמך על הידע הרפואי שהיה בנמצא באותה עת. חרף כך קיבל בית המשפט העליון את גרסת המערער כי לא ניתן לו הסבר באשר לסיכונים מסוימים הכרוכים בטיפול בעיניו, ובהם חשש לעכירות בקרנית (שהייתה חלק מהנזק בעניינו) והיות הניתוח חדשני יחסית בארץ, ולפיכך נפסק בפסק דין קצר, בהסכמת המותב

19 שם, פס' 23 לפסק דינו (ההדגשה הוספה). לא ניתן לדעת מפסק הדין אם טענת הפגיעה באוטונומיה הועלתה מפורשות בכתבי הטענות של המערערים. מכל מקום, גם בפרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, מובן שלא הועלתה טענה זו (שטרם הוכרה בפסיקה לפנייה) ולכן היעדר התייחסותו של המשנה לנשיא אור אליה עוודנה בולטת, ובעיקר בנסיבות מקרה זה שהן בעלות קווי דמיון כאמור לנסיבות פרשת דעקה.

20 ניתן כמובן לטעון מנגד לניתוח זה כי מדובר בפסיקה של בית המשפט העליון בישובו כערכאת ערעור אשר להם שיקולים ומבחנים משפטיים שונים להתערבות בקביעותיה של הערכאה הדיונית. כלומר, הגם שייתכן שמלכתחילה היה השופט אור נוהג במקרה זה כבמקרה של פרשת דעקה, הרי שבמקרה זה לא התקיימו הנסיבות המצדיקות את התערבות ערכאת הערעור בראי שיעור הפיצויים הסופי שנפסק בתיק. טענה זו אכן אפשרית, אולם אין לראות בה מאיינת את תיאורנו בדבר האקלים השיפוטי בשעתו שממנו עולה הרושם כי נעשה שימוש בפגיעה באוטונומיה כדיני נזיקין כמעין "ראש נזק לעת מצוא".

21 ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (פורסם בנבו, 16.6.2005).

22 שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.

כולו, כי יש לפצות את המערער בשל הפגיעה באוטונומיה שלו בסך 150,000 ש"ח. להלן החלק מהנמקת פסק הדין המתייחס לפגיעה באוטונומיה כמתאימה להחלה במקרים כמו זה:²³

בענייננו, כמבואר, לא היה צורך או אפשרות להתריע בפני המערער על פי הידע באותה עת על סיכון אפשרי מניתוח [...]. בנסיבות אלה מתאים יהיה לדעתי לנקוט בדרך בה נקט בית המשפט בפרשת דעקא ולקבוע סכום מסוים בגין הפגיעה באוטונומיה ואי מתן הסבר בעניין העכירות. אציע לחברי להעמיד את הסכום על 150,000 ₪.

אם כן, ניתן לראות בהדגשת נסיבות המקרה הספציפי בהנמקת פסק הדין כממשיכה אותו קו במסגרתו קיימת נכונות להתייחס לפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין במקרים שבהם אין כל דרך אחרת המאפשרת פסיקת פיצוי נזיקי בתיק. מלבד זאת ראוי לציין גם את ההרחבה הניכרת בפסק דין זה בכל הנוגע לשיעור הפיצוי הנפסק בגין הפגיעה באוטונומיה. בפרשת דעקא, שבה נולד נזק הפגיעה באוטונומיה, נפסק פיצוי לזכותה של דעקא בסך 15,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה. לעניין קביעת שיעור הפיצוי בגין ראש נזק זה קבע השופט אור בפרשת דעקא:²⁴

על בית-המשפט לנקוט, בעניין זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים [...].

בפסק הדין בעניין שטנדל הסתמך בית המשפט על עמדה זו של השופט אור ופסק כי על הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה להיות "נמוך יחסית".²⁵ אולם במגמה שתחילתה בפסק הדין בעניין וינשטיין החל בית המשפט להגדיל במידה ניכרת את שיעור הפיצויים הנפסקים בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה. בעניין וינשטיין נפסקו למעשה פיצויים הגבוהים פי עשרה מאלה שנפסקו בפרשת דעקא בגין הפגיעה באוטונומיה.²⁶ ויוזכר כי בשניהם דובר על נזק לערכו האוטונומי של מנותח בהליך רפואי בדרך של התערבות כירורגית לא רצונית באחד מאיבריו – האחת בכתפה, והאחר בעיניו. הייתה זו עליית המדרגה הראשונה בשיעור הפיצוי הניתן בגין הפגיעה באוטונומיה והרחבה ניכרת של הנפסק בפרשת דעקא ביחס

23 שם, פס' 18 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (ההדגשה הוספה).

24 פרשת דעקא, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק דינו של השופט אור (ההדגשות הוספו).

25 עניין שטנדל, לעיל ה"ש 10, פס' 16 לפסק דינה של השופטת דורנר. פסק הדין בעניין שטנדל, ניתן כשלוש שנים לאחר פרשת דעקא, לעיל ה"ש 1, ושלוש שנים לפני עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 21.

26 פסק הדין בעניין וינשטיין, שם, ניתן כשש שנים לאחר פסק הדין בעניין דעקא. לפיכך גם אם ישנם פערי הצמדה וריבית מסוימים הנובעים מהפרש זה, הם זניחים לעומת ההפרש הניכר בין הפיצויים שנפסקו בגין הפגיעה באוטונומיה במסגרת כל אחד מפסקי דין אלה.

לשיעור הפיצוי שמעניקה הפגיעה באוטונומיה.²⁷ אי אפשר כמובן להפריז בחשיבותה של הרחבה זו מן הבחינה המעשית עבור התובעים בנזיקין, ואין עוררין על חיזוקה של האטרקטיביות העקרונית לשימוש בטענות בדבר פגיעה באוטונומיה בזכות הגדלת שיעור הפיצוי הניתן בגינה באורח זה.

פסק הדין בעניין צבי²⁸ ניתן בבית המשפט העליון כחמש שנים לאחר פסק הדין בעניין וינשטיין, ומעניין להידרש אל היבטים בו המבטאים את המשך הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. בעניין צבי נדון מקרה שבו העניקו רופאים לאישה הרה את התרופה פוטוצין לזירוז לידה. האישה תבעה את הרופאים וטענה כי לא ניתן לה המידע המספק על אודות הסיכונים הכרוכים בקבלת התרופה. לאחר שנטלה האישה את התרופה הסתבך הליך הלידה, ולאחריו התגלה קרע ברחמה שגרר את ההחלטה הרפואית לכרות את הרחם. נוסף על כך, התינוקת שנולדה סבלה ממומים שונים ונפטרה לפני הגיעה לגיל שנתיים. במרכז ההליך בעניין צבי נידונה שאלת הפגיעה באוטונומיה של היולדת. היולדת טענה כי לא הוסבר לה על הסיכונים שבשימוש בפוטוצין, ושכשל כך יש לפצותה בגין הפגיעה באוטונומיה שלה. בפסק הדין התגלעה מחלוקת בין עמדת הרוב של המשנה לנשיאה ריבלין והשופט (כתוארו אז) רובינשטיין לבין עמדת המיעוט של השופט דנציגר באשר לשאלה מהו היקף המידע בדבר הסיכונים הכרוכים בהליך הרפואי שיש לספק למטופל אשר יבטיח את היעדר הפגיעה באוטונומיה שלו. עמדת הרוב הייתה נכונה להגמיש אמות מידה אלה לטובת התובעת, ובכך להרחיב את המקרים שבהם תתרחש הפגיעה באוטונומיה של המטופל בהיעדר מידע מפורט על אודות ההליך הרפואי וסיכונים. השופט ריבלין ציין בפסק דינו כי הפגיעה באוטונומיה מקימה עילה של "עוולה חוקתית",²⁹ וכי היא דורשת התקיימותה של פגיעה "שתגיע ב'גרעין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה".³⁰ כך, עמדת הרוב קבעה כי ידיעה כללית של המטופל על סיכונים אפשריים מהטיפול אינה פוטרת את הרופא מלחזור ולהציג לפניו את מכלול הסיכונים במפורט. בהסתמך על כך הכירה עמדת הרוב בעניין צבי בפגיעה באוטונומיה של היולדת ופסקה לה פיצויים בסך 100,000 ש"ח. השופט דנציגר הסתייג מעמדה זו וסבר כי לא נפגעה האוטונומיה של היולדת מכיוון שידעה עקרונית כי הטיפול הרפואי באמצעות תרופה זו כרוך בסיכונים.³¹

עניין נוסף שניתן לראות בו כהרחבה מסוימת של הפגיעה באוטונומיה בפסק הדין בעניין צבי נוגע לשאלת המינון של התרופה המצדיק את קיומה של הפגיעה באוטונומיה. בית החולים טען שניתן ליולדת מינון כזה שהוא "כמעט הומאופתי", כלומר איננו בעל השלכה ממשית.³² עמדת הרוב לא קיבלה את הטענות האלה, והשופט רובינשטיין קבע

27 להרחבה ראו אסף יעקב ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" עיוני משפט 437 (2015).

28 ע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010).

29 שם, פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

30 שם.

31 השופט דנציגר סבר כי בנסיבות המקרה היולדת הספציפית הייתה מודעת מספיק לסיכונים הפוטוצין (שם, פס' 49 לפסק דינו של השופט דנציגר).

32 שם, פס' 47 לפסק דינו של השופט דנציגר.

ששאלת המינון אינה רלוונטית משום שיהיו עליה "ויכוחים עד אין סוף".³³ גם בקביעה זו ניתן לראות הרחבה מסוימת היות שעמדת הרוב הייתה נכונה לפסוק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה גם אם הפגיעה, מבחינת שיעורה, לא הייתה ניכרת במיוחד. בכך ניתנה בכורה לעצם הפגיעה באוטונומיה ולא בהכרח לנזק הממשי התוצאתי-סובייקטיבי שהסבה הפגיעה, להבדיל מפסקי הדין בעניין דעקה ובעניין וינשטיין, שם ההתערבות באוטונומיה המטופל הולידה, ככל הנראה, את הנזק התוצאתי הפיזי שנגרם – אולם הקשר הסיבתי היה נעדר.

פסק הדין החשוב הבא שניתן בבית המשפט העליון בעניין הפגיעה באוטונומיה הוא פסק הדין בעניין ענטבי, שניתן כשנה לאחר פסק הדין בעניין עזבון צבי.³⁴ פסק דין זה מבטא היבט נוסף בתהליך הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, הנוגע לסכום הפיצוי הנפסק בגינה. בעניין ענטבי הגיעה הגדלתו של סכום הפיצוי בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה לשיאה כאשר בית המשפט העליון פסק 250,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה לבדה.³⁵ בפרשה זו תבעו הורים שנולדה להם ילדה עם תסמונת דאון את הרופא שליווה את הליך ההיריון. בית המשפט קבע כי הרופא התרשל בכך שלא הסביר להורים משמעותו של ממצא אולטראסוני שהתגלה בבדיקה שעברה האם וכן לא הסביר להורים על הקשר האפשרי בין הממצא האמור לבין סיכון מוגבר לתסמונת דאון. במקרה זה לא הוכחה התקיימותו של קשר סיבתי בין התרשלותו של הרופא במסגרת אי-הגילוי לבין בחירת ההורים להמשיך את ההיריון, ולפיכך אי אפשר היה להעניק פיצוי בגין זה.³⁶ עם זאת בית המשפט קבע כי יש לפסוק להורים פיצויים בשל הפגיעה באוטונומיה שלהם שהתבטאה בכך שלא נמסר להם המידע הרפואי שהיה ראוי שהצוות הרפואי ימסור להם. כאשר לשאלת גובה הפיצוי, פסק השופט הנדל:³⁷

אכן, בעניין דעקה הסתפק בית המשפט בפסיקת פיצוי בסך 15,000 ₪ בלבד בגין פגיעה באוטונומיה. בשנים שחלפו מאז ההכרה בעילת התביעה נפסקו במשורה סכומי כסף נמוכים כפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופל. דומני כי עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי'.

לאחר פסק הדין בעניין ענטבי הוסיפה הפסיקה לפסוק סכומים גבוהים בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה.³⁸ גם בפסק הדין בעניין פינקלשטיין³⁹ פסק בית המשפט פיצוי

33 שם, פס' יג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

34 ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 22.2.2011).

35 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

36 שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל.

37 פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל (ההדגשה הוספה). מעניינת קביעתו של השופט הנדל כי הפיצוי שנקבע בפרשת דעקה הוא "סמלי", לעומת השופט אור, כמוצג לעיל, שדווקא ביקש להדגיש בפסק דינו בפרשת דעקה כי על הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלא להיות סמלי (ראו ה"ש 24 לעיל והטקסט הצמוד אליה); אל קביעתו זו של השופט הנדל בעניין ענטבי הנוגעת לרף הפיצוי הצטרפו מפורשות גם שני שופטי המותב האחרים, המשנה לנשיאה ריבלין והשופטת ארבל.

38 כנדון לעיל, תחילת המגמה בפסק הדין בעניין וינשטיין, לעיל ה"ש 21.

בשיעור 250,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה. בפסקי הדין בעניין בן-צבי,⁴⁰ צורף,⁴¹ ניסנבאום⁴² ובראל⁴³ נפסק פיצוי בסך 150,000 ש"ח בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה, ובפסק הדין בעניין משיח⁴⁴ הכפיל בית המשפט העליון את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שנפסק בבית המשפט המחוזי ופסק להורים שלא הועמדו על מלוא סיכוניו של הליך טיפול של הפריה חוץ-גופית פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלהם – לאב 200,000 ש"ח ולאם 100,000 ש"ח – בנימוק שיש לפסוק "פיצוי משמעותי" בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה.⁴⁵

נראה כי ניתן למצוא בעניין ענטבי מהלך הרחבה נוסף. לראשונה מוענק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה כאשר עסקינן בשלילת זכות בחירה הנוגעת להיעדרו של טיפול רפואי ולא לביצועו של טיפול רפואי, כלומר מעין מחדל להבדיל ממעשה. אלו מקרים שבהם הפגיעה באוטונומיה של המטופל הובילה לאי-ביצוע בו פרוצדורה מסוימת או שלא ניתנה לו האפשרות לבחור אם לבצע.⁴⁶ השופט הנדל הדגיש בפסק דינו בעניין זה את חשיבותה של פגיעה זו: "אומנם, ייתכן כי מבחינה משפטית עולה שבחירתו במקרה מסוים הייתה שלא לקבל טיפול נוסף. אולם, הפגיעה עוררה קיימת. המטופל הוא אשר אמור להחליט בזמן אמת [...] נמנעה מההורים האפשרות לדעת כיצד היו נוהגים לו היה נמסר להם מלוא המידע הרלוונטי ובשאלה זו נגזר עליהם להתייסר".⁴⁷

בפסק הדין בעניין בן-צבי,⁴⁸ שניתן כמה חודשים לאחר פסק הדין בעניין ענטבי, הוענק לראשונה פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלא בהקשר הרפואי ממש ולא בהקשר הצרכני – אלא במקרה שבו האוטונומיה שנפגעה הייתה של קרובי משפחתו של נפטר ונגעה לאופן הטיפול בגופתו. במקרה זה היה מדובר באדם שבוצעה בגופתו נתיחה שלאחר המוות שכללה בין השאר נטילת רקמות מגופתו. איברים אלו לא נקברו עם גופתו יחד אלא נשארו

- 39 ע"א 1615/11 מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 6.8.2013).
- 40 ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011) (להלן: עניין בן-צבי).
- 41 ע"א 1997/10 צורף נ' רוזנבאום (פורסם בנבו, 13.2.2012).
- 42 ע"א 9636/10 ניסנבאום נ' זיסמן (פורסם בנבו, 2.4.2012).
- 43 רע"א 3581/13 בראל נ' מדינת ישראל – באמצעות מכון הלייזר בבית החולים אסף הרופא (פורסם בנבו, 6.6.2013). בפסק דין זה דחה בית המשפט בקשת רשות ערעור ב"גלגול שלישי" והותיר על כנם את פיצויי הפגיעה באוטונומיה אשר נפסקו בחיק, בסך 150,000 ש"ח.
- 44 ע"א 980/09 פלונית נ' משיח (פורסם בנבו, 15.3.2012); מדובר בזוג הורים שפנו לפרופ' משיח, רופא המתמחה בפוריות, בשל רצונם להרות. פרופ' משיח עשה לשניים בדיקות וטיפולי פוריות, ומשלא צלחו, הציע להם טיפול של הפריה חוץ-גופית. ההורים הסכימו, ובסוף הליך ההפריה החוץ-גופית ילדה האם תאומות בשבוע ה-25 להריונה כשאחת מהן סבלה ממומים קשים וצמיחים בשל הלידה המוקדמת. בית המשפט המחוזי קבע כי פרופ' משיח הפר חובתו ליידע את ההורים בדבר ממצאים שעלו מבדיקות הפוריות; לא החתים את האב על טופס הסכמה מדעת להפריה החוץ-גופית; הודיע לאם כי החזיר שישה עוברים לרחמה, במסגרת הליך ההפריה, אולם בפועל החזיר שבעה עוברים. בית המשפט המחוזי קבע כי בכך פגע פרופ' משיח באוטונומיה של ההורים ופסק פיצוי בסך 100,000 ש"ח לטובת האב ו-50,000 ש"ח לטובת האם.
- 45 שם, פס' 25 לפסק הדין.
- 46 עניין ענטבי, לעיל ה"ש 34, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 47 שם.
- 48 עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 40.

תקופה ממושכת בידי המרכז הרפואה משפטית שביצע את הנתיחה. סעיף 6א לחוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953 קובע כי לצורך נתיחה שלאחר המוות נדרשת הסכמה מצד בן זוגו של הנפטר. גם בהינתן הסכמת בן הזוג, שמורה לילדיו הזכות להתנגד לנתיחה.⁴⁹ אלמנת המנוח התנגדה תחילה לנתיחתו מטעמי דת, ואולם לבסוף חתמה על הצהרה שממנה עולה שהיא מאשרת ביצועה. להצהרתה זו לא קדם הסבר כלשהו על מהות הנתיחה או שהנתיחה כוללת לקיחת דגימות מגופת המנוח ושמירתן במרכז הרפואה משפטית אף לאחר קבירת גופתו. קביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה הייתה שהשינוי בעמדתה של האלמנה נבע מכך שנאמר לה כי אם לא תסכים לנתיחה יוביל הדבר לעיכוב הקבורה. בנוסף, חרף הוראת תקנה 2 לתקנות האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ד-1954, הדורשות שהסכמת המשפחה לנתיחה תהיה כתובה על גבי טופס מיוחד, לא הייתה הצהרת האלמנה ערוכה לפי טופס כזה. בנותיו ואלמנתו של המנוח תבעו את פרופ' היס, ראש המרכז הרפואה משפטית, ואת הרופאים שביצעו את הנתיחה במנוח. השופט זילברטל בבית המשפט המחוזי אמנם ציין בהכרעתו כי במקרה זה קיים ראש נזק של פגיעה באוטונומיה, אולם לא הכריע בשאלת תחולתו מכיוון שסבר ששאלה זו התייחרה בשל קביעת חבותם הנזיקית ממילא של המשיבים מכוח עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.⁵⁰ בית המשפט המחוזי פסק אפוא כי התובעות זכאיות לפיצוי על הנזק שנגרם להן מהפרת החובה שבחוק האנטומיה שהתבטאה בנזקים לא ממוניים שנגרמו להן, מבלי להתייחס פרטנית לראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה, בסך 150,000 ש"ח לאלמנה ו-100,000 ש"ח לכל אחת מהבנות.

במסגרת ערעורן של האלמנה והבנות לבית המשפט העליון בעניין בן-צבי המשנה לנשיאה ריבלין, שייצג את עמדת הרוב, סמך ידיו על פסיקת בית המשפט המחוזי וקבע כי הסכמתה של האלמנה הושגה בלחץ.⁵¹ לפיכך פסק כי יש להוסיף על הפיצויים שפסק בית המשפט המחוזי בגין נזק לא ממוני, פיצוי נוסף של 150,000 ש"ח לאלמנת המנוח בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה. בכך למעשה נפסקו לראשונה בבית המשפט העליון פיצויים בגין הפגיעה באוטונומיה נוסף על פיצוי נזיקי אחר.⁵² מבחינה אפקטיבית, בפועל הוכפל סכום הפיצויים הכולל שנפסק לאלמנה, וזאת אך באמצעות הוספת עילת הפגיעה באוטונומיה. כנגד פסק דין זה של בית המשפט העליון הוגשה בקשה לדיון נוסף. הנשיאה

49 שם, פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

50 ת"א (מחוזי-י) 5340/03 בן-צבי נ' היס (פורסם בנבו, 11.3.2008) (השופט צ' זילברטל).

51 עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 40, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. כך כתב בהמשך פסק הדין: "העובדה כי בקרב אנשי מקצוע ידוע כי נתיחה שמטרתה היא חקירת סיבת המוות כוללת מטבעה נטילת דגימות, אין בה כדי להוביל למסקנה כי מידע זה נגיש או ידוע לכל אדם סביר. האדם הרגיל, שאינו בקיא במקצוע הרפואה ובתחום הפתולוגיה, עשוי באופן סביר להניח כי גילוי סיבת המוות יכול להתבצע באמצעות בחינה של אברי הנפטר בלבד, וללא נטילת דגימות או שמירתן" (שם, פס' 20 לפסק דינו).

52 גרימת נזק ממשי של עוגמת נפש וזעזוע אינה מאיינת את הנזק הנוסף שנגרם עקב פגיעה באוטונומיה ומן הראוי כי הפיצויים שייפסקו יביאו לידי ביטוי את שתי הפגיעות האמורות, כמו גם את החמרתן עקב התנהלות המשיבים" (שם, פס' 44 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). אף שהייתה זו הפעם הראשונה שנפסקו בפועל פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה לצד ראשי נזק נוספים, עוד בפרשת דעקה הובעה העמדה שאין מניעה עקרונית לפסוק כן (פרשת דעקה, לעיל ה"ש 1, פס' 44 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

דאז ביניש דחתה את הבקשה, אך הוסיפה בעניין האפשרות לפסוק פיצוי בגין ראש נזק זה ובגין נזק לא ממוני אחר במקביל, כי "יש להניח כי טרם נאמרה בה 'המילה האחרונה' של בית המשפט".⁵³ בפסקי הדין בעניין קדוש⁵⁴ ובעניין פינקלשטיין⁵⁵ חזרו עמדות הרוב על גישתה של עמדת הרוב בעניין בן-צבי שלפיה ניתן לפסוק פיצוי בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה נוסף על הפיצוי בגין ראש נזק אחר באותה תביעה.

מהלך הרחבה מעניין נוסף בעניין בן-צבי הוא שזו הייתה הפעם הראשונה שבה הוענק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה לצד שלישי שהליך הפגיעה הפיזי שגרר את הפגיעה באוטונומיה לא בוצע בו. אף שמהלך זה נראה טבעי ומתבקש עת עסקינן בהחלטות של קרובי משפחה על טיפול בגופת יקירם, ניתן לטעון שזהו איננו מהלך מובן מאליו עבור עילת הפגיעה באוטונומיה אשר עד כה יוחדה למקרים ברורים בהם הייתה כמעין נגזרת של זכותו של אדם על גופו ועל סיפור חייו שלו. בית המשפט היה ער בעניין בן-צבי למהלך הרחבה מחדש זה והשופט ריבלין הבהיר כי במקרה זה:⁵⁶

[...] ישנם שיקולים ייחודיים [...] המצדיקים הכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה גם במקרה שבו האוטונומיה הנפגעת היא זו של קרובי המנוח, ביחס לאופן הטיפול בגופתו. [...] עריכת נתיחה שלאחר המוות ללא הסכמת בני משפחתו של הנפטר פוגעת אפוא פגיעה ישירה בבני המשפחה – ברגשותיהם, בחופש הדת והאמונה שלהם ובכבודם. פגיעה זו היא הפגיעה שמתכוון חוק הפתולוגיה למנוע. על-כן מקימה הפרת החובה החקוקה בחוק הפתולוגיה זכות תביעה ישירה לבני משפחה בגין פגיעות אלה.

מלבד החידוש הגלום בהחלת הפגיעה באוטונומיה במקרים של בני משפחה וקשרם לכבוד יקירם המת, הסיפה של ציטטה זו מפסק דינו של השופט ריבלין חושפת היבט מחדש נוסף הנוגע לאפשרות החלת ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה מחוץ לגבולות עוולת הרשלנות. עד כה הוכרה הפגיעה באוטונומיה בפסקי הדין כראש נזק אשר ניתן פיצוי בגינו במסגרת עוולת הרשלנות, ואילו מכאן אפשר שישתמע כי הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יכול להינתן גם במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה. בפסק הדין בעניין קדוש,⁵⁷ אשר ניתן חודשים ספורים לאחר פסק הדין בעניין בן-צבי ויידון בהרחבה להלן, הובהר במפורש כי ניתן להחיל את ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה גם במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה ולא אך במסגרת עוולת הרשלנות.⁵⁸

בפסק הדין בעניין קדוש, שניתן כשנה לאחר פסק הדין בעניין בן-צבי, עברה המערערת ניתוח כירורגי בבטנה, ובטרם ביצעו חתמה על טופס הסכמה שבו הצהירה כי הוסברו לה

53 דנ"א 5636/11 היס נ' בן צבי, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 26.2.2012).

54 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012).

55 עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 39.

56 עניין בן צבי, לעיל ה"ש 40, פס' 26–27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

57 עניין קדוש, לעיל ה"ש 54.

58 "[...] כפי שפגיעה באוטונומיה יכולה להיחשב כראש נזק במסגרת עוולת הרשלנות, איני רואה מניעה כי תהווה ראש נזק במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה [...]"] (שם, פס' 22 לפסק דינו של השופט עמית).

הסיכונים והסיכויים שבטיפול. כמה ימים לאחר הניתוח החלה המעוררת לחוש בכאבים בבטנה, ובעקבות בדיקות נוספות שנערכו לה בשבועות שלאחר מכן, שמהן עלה כי היא סובלת מחסימת מעיים, בוצע במעוררת ניתוח נוסף, ואף הוא לא שיפר את מצבה הרפואי. המעוררת תבעה את הצוות הרפואי וטענה כי התרשל באופן הטיפול בה. בנוסף טענה המעוררת כי הניתוח בוצע ללא הסכמתה כנדרש בחוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996.⁵⁹ על דעת מותב השופטים כולו נדחה ערעורה על כל חלקיו. עם זאת נערך בפסק הדין דיון נרחב במסגרת אוביטר בסוגיות היעדר ההסכמה מדעת והפגיעה באוטונומיה. מדיון עקרוני זה ניתן לזקק היבט נוסף לדמותה ולהמשך הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה. בפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין, שייצג את עמדת הרוב, יש התייחסות לשאלת היות הפגיעה באוטונומיה ראש נזק או שמא עוולה עצמאית. במסגרת זאת מועלית האפשרות כי אף שנהוג להתייחס בפסיקה אל הפגיעה באוטונומיה כראש נזק, ייתכן "כי מוטב היה להגן על הזכות לאוטונומיה בגדרה של עוולה עצמאית נפרדת – עוולה חוקתית, שכן מרגע שמכירים אנו בפגיעה באוטונומיה כעוולה העומדת בפני עצמה, אין אנו נדרשים עוד, באופן מלאכותי, לדיון ביסודות הקשר הסיבתי והנזק, שכן הבחינה אינה נערכת בדלת אמות עוולת הרשלנות".⁶⁰ השופט ריבלין מוסיף כי עוד בפרשת דעקה וכן בפסקי דין נוספים שניתנו לאחר מכן בבית המשפט העליון, היו התייחסות ונכונות עקרונית מצד חלק מהשופטים להכיר בפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית נפרדת, אולם הם לא מצאו לנכון להכריע בשאלה העקרונית בנסיבות אותם תיקים שלא חייבו זאת.⁶¹ בהמשך השופט ריבלין עומד על החסרונות הכרוכים בהכרה בפגיעה באוטונומיה כעוולה עצמאית ומגיע לכדי הכרעה כי אינו רואה מניעה לעת הזו להוסיף ולראות בפגיעה באוטונומיה ראש נזק, אך מוסיף כי "הייתי מותיר את האפשרות של פיתוח העוולות החוקתיות בכל אותם מקרים בהם אין בדיני הנזיקין הגנה מספקת על הזכות החוקתית".⁶² כלומר, משתקפת מפסק הדין אפשרות עקרונית לראות בפגיעה באוטונומיה עוולה עצמאית במקרים עתידיים שיתאימו לכך.⁶³ אולם אפשרות זו לא פותחה הלכה למעשה עד היום אלא אך הניחה יסודות תאורטיים עקרוניים לעתיד.⁶⁴

אם כן, הליך צמיחתה של הפגיעה באוטונומיה לאורך העשור הראשון להתפתחותה התאפיין בהתפתחות עקיבה ובנכונות פסיקתית להרחיב תחולתה להיבטים נוספים, מפסק

59 שם, פס' 1–3 לפסק דינו של השופט עמית.

60 שם, פס' 34 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

61 שם, פס' 33–37 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

62 שם, פס' 38 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

63 עדות מרומזת לעמדה דומה התומכת בהיות הזכות לאוטונומיה עילת תביעה עצמאית ניתן למצוא עוד בפסק הדין בעניין דעקה, לעיל ה"ש 1, פס' 42 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן ("ההכרעה בשאלה הנכבדה אם יש מקום ליתן הגנה לזכות לאוטונומיה גם בגדרה של עילת תביעה עצמאית, ראוי לה שתישאר לעת מצוא").

64 השופט עמית הצטרף לתוצאה זו שלפיה יש לסווג את הפגיעה באוטונומיה כראש נזק ולא כעוולה חוקתית: "למרות הקשיים העיוניים-מושגיים הכרוכים בכך, אף אני מצטרף למסקנה זו, ולו בשל החשש כי הכרה בפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית, תביא לפריצת גבולות רבתי בין דיני הנזיקין לדיני המשפט החוקתי" (עניין קדוש, לעיל ה"ש 54, פס' 72 לפסק דינו של השופט עמית).

דין אחד למשנהו. בשנים אלו לא היו פסקי דין בבית המשפט העליון שהכרעתם הסתייגה ממגמה מרחיבה זו שזכתה להסכמה רחבה יחסית, אולם היו עמדות מיעוט שהובעו במסגרת חלק מאותם פסקי דין מרחיבים, שבמסגרתן הובעו קולות שהסתייגו מחלק מהיבטי ההרחבה אשר נדונו בהרחבה לעיל. נעמוד עתה על עמדות המיעוט המצמצמות המרכזיות שליוו את הליך צמיחתה והרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין.

2. עמדות מיעוט מצמצמות

עוד בפסקי הדין המרכזיים הראשונים שעסקו בעיצוב דמותה של הפגיעה באוטונומיה, פרשת דעקה ועניין תנובה א, היו עמדות מיעוט שסברו כי הפגיעה במקרים אלה אינה בת-פיצוי בדיני נזיקין. השופטת (כתוארה אז) ביניש, בדעת מיעוט, התנגדה בפרשת דעקה למתן אפשרות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים של אי-גילוי רפואי וסברה כי רצוי שחידושו של ראש נזק זה ייבחן תחילה במקרים מובהקים של פגיעה בכבוד האדם ובאוטונומיה של הפרט, ואילו לשיטתה נסיבות פרשת דעקה אינן נמנות עם מקרים אלה.⁶⁵ השופטת ביניש הסבירה כי היא נכונה עקרונית להכיר באפשרות פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, אולם לאו דווקא במקרים הנוגעים לדוקטרינת ההסכמה מדעת בהקשר הרפואי, משתי סיבות עיקריות: האחת, סיבה עיונית, ולפיה בדוקטרינת "ההסכמה מדעת" הקיימת יש הגנה על ערך האוטונומיה, וכן ממילא במקרים מובהקים של אי-הסכמה מצד המטופל ניתן להשתמש נגד הרופאים בעוולת התקיפה;⁶⁶ השנייה נוגעת למדיניות שיפוטית ראויה, ולפיה אפשר שהפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של הפרט ייצא חותר תחת תורת ההסכמה מדעת, ובכך אפשר שפרדוקסלית דווקא יחליש את הזכות לאוטונומיה.⁶⁷ בעניין תנובה א התנגדה השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט לאישור התביעה כתובענה ייצוגית נגד תנובה היות שסברה כי אין מדובר במקרה העולה כדי פגיעה באוטונומיה של הפרט שהיא בת-פיצוי בדיני נזיקין.⁶⁸ לדידה, במקרים שבהם הפגיעה אינה עולה כדי נזק בריאותי פיזי, אזי ההכרעה אם נפגעה האוטונומיה של הצרכן אם לאו תלויה בהעדפותיו ובאמונותיו המקדמיות של הצרכן הספציפי בנוגע לאותו מוצר ספציפי. אם אי אפשר,

65 יש להוסיף כי בנסיבות המקרה הסכימה השופטת ביניש כי יש לפסוק למעוררת פיצויים אולם לא בגין הפגיעה באוטונומיה, אלא משום שהגיעה לכדי מסקנה כי המטופלת הספציפית לא הייתה מסכימה לטיפול לו ידעה על סכנותיו (עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, פס' 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש).

66 שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (תוארה אז) ביניש.

67 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש ("החשש הוא כי גישה זו תוביל לצמצום הפיצוי שניתן למי שנפגע מהטיפול שניתן לו ללא גילוי מידע, ואפשר כי יש בה גם כדי לעודד בתי-משפט להימנע מלהתמודד עם הקביעה המסובכת של הקשר הסיבתי בין אי-ההסכמה מדעת של המטופל לבין תוצאות הטיפול שניתן לו").

68 על אודות הסכמת מלומדים עם עמדתה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת תנובה א, לעיל ה"ש 11, ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 329–330 (2012). פרופ' גלעד מביע בספרו גישה שלפיה יש להבחין בין "מצבי ליבה", שבהם ראוי לתת לאוטונומיה חשיבות רבה ולהיות בת-פיצוי בנוזקין, לבין מצבים שבהם ערכה של האוטונומיה נובע מתרומה עקיפה לרווחה ולקידום ערכים אחרים, שבהם אין הכרח שיהיה צורך להעניק בגין פגיעה בה פיצוי. עוד על אודות זאת ראו שם, בעמ' 167–170.

כבעניין תנובה א לשיטתה של השופטת פרוקצ'יה, להצביע על העדפה ברורה של הצרכן בנוגע לאותו מוצר מראש (ex ante), יהיה קשה לקבוע כי נפגעה זכותו לאוטונומיה בהסתמך על טענותיו על כך בדיעבד (ex post).⁶⁹ כלומר, השופטת פרוקצ'יה לא הצטרפה לעמדת הרוב בפסק הדין שלפיה דבר הימצאותו הנודע בדיעבד של סיליקון בחלב עשוי להיות פגיעה באוטונומיה של צרכנים שצרכו את החלב.

פסק הדין בעניין חכם⁷⁰ ניתן כשבע שנים לאחר פסק הדין בעניין תנובה א וניתן למצוא בו עמדת יחיד המתייחסת בצמצום לתחולה של הפגיעה באוטונומיה וליחס שבינה לבין עוולת הרשלנות. במקרה זה עסקינן בתביעתה של המערערת לפיצויים בגין התרשלות בניתוח גב שעברה. המערערת טענה להתרשלות הצוות הרפואי בקבלת ההחלטה לנתח אותה, להתרשלות בניתוח עצמו, וכן טענה כי לא ניתנה הסכמתה מדעת לניתוח. בערעור ערערה על סכום הפיצויים שפסק לה בית המשפט המחוזי, בטענה בין השאר כי שגה בית המשפט כאשר לא פסק לזכותה פיצוי נפרד בגין הפגיעה באוטונומיה. השופט עמית דחה את הערעור על כל חלקיו, ולפסק דינו הצטרפו בהסכמה המשנה לנשיאה ריבלין והשופט דנציגר, אולם הסתייגו מקביעותיו הנוגעות לפגיעה באוטונומיה, אשר ממילא לא נצרכו בראייתם להכרעה באותו תיק.⁷¹ אשר לפגיעה באוטונומיה הביע השופט עמית דעתו כי זוהי דרך חלופית, וייתכן שאף שיווית, לעומת החלופות של עילת עוולת הרשלנות ועילת היעדר הסכמה מדעת.⁷²

רשלנות, היעדר הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה אכן לא חדרהם, אך שלוש העילות מוציאות זו את זו. מקום בו לא הוכחה רשלנות בטיפול הרפואי, מקום בו לא הוכחה הפרה של חובת הגילוי או לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק, או אז נדרש בית המשפט לבחון קיומה של פגיעה באוטונומיה.

בפסק הדין בעניין בן-צבי, שניתן כשנה לאחר עניין חכם ונדון בפרק הקודם, בשונה מעמדת הרוב, שסברה שיש להכפיל באמצעות ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה את הפיצויים בגין נזק לא ממוני שפסק בית המשפט המחוזי לאלמנה ולבנותיו של הנפטר, סבר השופט

69 כך מפרטת השופטת פרוקצ'יה עמדתה זו: "הרי אין פגיעה באוטונומיה של הפרט הכרוכה בפגיעה באמונתו ובמרקם ערכיו והשקפת עולמו של אדם, כפי שמתבטא למשל באשר לצריכת מזון כשר כפגיעה בזכות הצרכן להניח כי מוצר מזון כלשהו שהוא צורך מכיל יסודות נתונים ולא אחרים, במצב שבו אין לו מראש העדפה מוגדרת לצריכת מוצר מזון בעל מאפיינים מסוימים, ומקום שאין במרכיבי המוצר הנתונים כדי להזיק. יש הברל של מהות, מידה ומשקל בין דרכי המימוש של האוטונומיה של הפרט ממקרה למקרה. העניין שלפנינו אינו נופל בגדר אותן קטגוריות מקרים שבהם הטעיה או טעות לגבי מרכיביו של מוצר עלולים לגרום לצרכן פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחויבות לערכים, להשקפות או בהעדפה מיוחדת למטרה מוגדרת" (עניין תנובה א, לעיל ה"ש 11, פס' 15 לפסק דינה).

70 ע"א 7952/08 חכם נ' קופת חולים כללית (פורסם בנבו, 24.2.2010).

71 כך ציין השופט ריבלין בפסק דינו: "מצטרף אני לפסק-דינו של חברי, כי יש לדחות את הערעור ואת הערעור שכנגד. לא קמה עילה להתערב בפסק-הדין משום שהסכום שנפסק הוא סכום סביר, על-פי כל חישוב שהוא. ממילא אין להידרש לשאלת היחס שבין הפגיעה באוטונומיה לבין עוולת הרשלנות" (שם). השופט דנציגר כאמור הצטרף בפסד דינו להסתייגותו זו של השופט ריבלין (שם).

72 שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

עמית בעמדת מיעוט כי דווקא יש להפחית במחצית את הסכום והבהיר כי לגישתו אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים שבהם ממילא ניתן פיצוי בגין נזק לא ממוני. השופט עמית הוסיף כי לא בכדי אין בנמצא פסיקה קודמת המעניקה הן פיצוי בגין נזק לא ממוני והן בגין פגיעה באוטונומיה באותה התביעה, וכי בראייתו זהו כפל פיצוי.⁷³ השופט עמית הצביע על שלושה נימוקים לעמדתו זו: האחד, ההכרה בעילה של היעדר הסכמה מדעת ממילא כוללת בחובה את ההכרה של פגיעה באוטונומיה, משום שעצם היעדר ההסכמה הוא-הוא הפגיעה באוטונומיה. לשיטתו, יש להשתמש בראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה כנפרד מהיעדר ההסכמה מדעת אך באותם מקרים שבהם אי אפשר להכיר בהיעדר ההסכמה מדעת בשל היעדר קשר סיבתי בין היעדר ההסכמה מדעת לבין נזק ממשי אחר;⁷⁴ השני, שהפגיעה באוטונומיה מעצם טיבה נכללת בנזק לא ממוני, ואין סיבה שתהיה ראש נזק נפרד ולא תחסה בראש נזק זה;⁷⁵ השלישי, מטעמי מדיניות משפטית ראויה, שבאותם מקרים שבהם ממילא נפסק פיצוי בגין התרשלות או היעדר הסכמה מדעת, אין לבחון את שאלת התקיימותה של הפגיעה באוטונומיה, מאחר שהפיצוי שנפסק מקפל בתוכו ממילא את הפיצוי הראוי שיש להעניק בתיק בגין הנזק התוצאתי שאירע, לרבות הפגיעה באוטונומיה הנטענת, ולפיכך אין מקום לפסיקת פיצוי עודף.⁷⁶

היבט מצמצם נוסף שניתן למצוא בפסק דינו של השופט עמית בתיק זה נוגע לקביעת סכום הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה. כנדון לעיל, עמדת הרוב בעניין בן-צבי הוסיפה על הפיצויים שנפסקו בבית המשפט המחוזי, פיצוי נוסף לאלמנה בגין הפגיעה באוטונומיה בסך 150,000 ש"ח, וכך נפסקו לאלמנה 300,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה, ולבנות 100,000 ש"ח, לכל אחת. כנדון, השופט עמית בעמדת מיעוט חלק על עמדת הרוב בנקודה זו וסבר כי דווקא יש להפחית במחצית את הסכום שנפסק בגין הפגיעה באוטונומיה. בכך הביע השופט עמית עמדה מצמצמת בנוגע לשיעור הפיצוי שראוי לפסקו בגין הפגיעה באוטונומיה ובשים לב לכך שעליו להיות פחות מפיצוי שנהוג להעניק למי שניזוקו פיזית:⁷⁷

לטעמי, דווקא מבחינה ערכית, קשה להלום כי לזכות המערערת ייפסק פיצוי בסדר הגודל שבתי המשפט נוהגים לפסוק לניזוקים שנכותם הפיזית הקשה תלויה אותם עשרות בשנים [...] אין להפריז בגובה הפיצוי בהשוואה לפיצוי שנפסק בגין נזק לא ממוני בעקבות נזק גוף.

73 עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 40, פס' 24 לפסק דינו של השופט עמית.

74 שם.

75 כך מנמק השופט עמית עמדתו בנקודה זו: "והיה כי נשאל את מי שהסכמתו החופשית נפגעה עקב היעדר הסכמה מדעת, במה מתבטאת הפגיעה באוטונומיה שלו, הוא ישיב לנו כי הפגיעה באוטונומיה, בזכות הבחירה שלו, גרמה לו זעזוע, כעס, רוגז, גועל, דאגה, הלם 'סבל נפשי', השפלה, בושה, צער, עלבון, תסכול, ערעור האמונה בזולת, ערעור תפיסת העצמי ופגיעה בהערכה העצמית' [...] וניתן להוסיף עוד שורה ארוכה של מגוון רגשות. רוצה לומר, כי 'הרמת המסך' מעל הפגיעה באוטונומיה מביאה אותנו בסופו של דבר אל הנזק התוצאתי של נזק לא ממוני" (שם, פס' 26 לפסק דינו).

76 שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

77 שם, פס' 36 לפסק דינו של השופט עמית.

בפסק הדין בעניין קדוש, שניתן כמה חודשים לאחר מכן, חזרו המשנה לנשיא ריבלין, בעמדת רוב, והשופט עמית, בעמדת מיעוט, על מחלוקתם באשר לשאלה אם ראוי לפסוק פיצויים בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה נוסף על הפיצוי בגין נזק לא ממוני. השופט עמית הביע בפסק הדין עמדתו בנוגע לתחולת הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין:⁷⁸

ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא יצירה ישראלית מקורית, ומסופקני אם בית המשפט בעניין דעקה צפה כי ההכרה בראש נזק צנוע זה תהפוך כה נפוצה ותשמש כר נרחב להתדיינויות רבות בעתיד. מאחר שהעילה של פגיעה באוטונומיה היא חריגה כשלעצמה, אני סבור כי על דרך הכלל ומשיקולים של מדיניות שיפוטית יש לצמצם את תחולת הפיצוי בגינה, הן בגובה הפיצוי והן בהיקף המקרים שנכנסים לגדרו.

עמדת השופט עמית בעניין פסיקת פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה לצד פיצוי בגין נזק לא ממוני נוסף נדחתה לכאורה בפסק הדין בעניין המר,⁷⁹ שניתן כשלושה חודשים לאחר פסק הדין בעניין קדוש, שבו נקבע על דעת הרכב מורחב של שבעה שופטים כי ניתן לפסוק פיצוי בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה נוסף על פיצוי בגין ראשי נזק אחרים. המשנה לנשיאה ריבלין כתב את עמדת הרוב בתיק, אשר הייתה מוסכמת על מותב השופטים כולו בהרכב המורחב ללא הסתייגויות. בכך ניתן לראות בפסק הדין בעניין המר כמבצר כמעט לחלוטין את ההלכה בדבר האפשרות לפסיקת פיצויים בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה נוסף על ראשי נזק אחרים. הלכה שכזו הולכת כברת דרך ניכרת מעבר לנפסק בפרשת דעקה היות שהיא מאפשרת הוספתו של פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה על כל פיצוי אחר בגין ראשי נזק אחרים. ואולם, בפסק הדין בעניין פינקלשטיין, שניתן כשנה לאחר עניין המר, הסתייג השופט עמית בעמדת מיעוט מקביעה שלפיה בעניין המר נפסקה הלכה לדבר והביע עמדתו כי מאחר שהסוגיה של פסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נוסף על פיצוי בגין התרשלות "לא הועלתה במפורש בהרכב המורחב שדן בשאלת ההולדה בעוולה"⁸⁰ בעניין המר, הוא איננו סבור כי בדברים שנכתבו בפסק הדין בעניין המר יש

78 עניין קדוש, לעיל ה"ש 54, פס' 76 לפסק דינו של השופט עמית.

79 ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 72 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012). בעניין זה דן הרכב מורחב של שבעה שופטים לשם הכרעה בשאלות עקרוניות הנוגעות לסוגיית "הולדה בעוולה", ובפסק הדין ננקטה עמדה גם בנוגע לשאלת היחס שבין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה לבין ראשי הנזק האחרים בתביעה. השופט ריבלין, שכתב את עמדת הרוב, עמד על כך כי קיימים מקרים שבהם קיימת הפרדה בין הפגיעה באוטונומיה לבין נזקים אחרים באותו עניין, ולפיכך אין לשלול מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נוסף על פיצוי שניתן בגין ראשי נזק נוספים.

80 עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 39, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית. יצוין כי חרף הסתייגותו העקרונית של השופט עמית בפסק הדין בעניין פינקלשטיין מפסק הדין בעניין המר, בפרשת פינקלשטיין השופט עמית דווקא פסק פיצויים בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה נוסף על פיצויים שנפסקו באותה תביעה בגין ראשי נזק אחרים, אולם הדגיש כי מדובר במקרה יוצא דופן שמתאפשר רק משום שהפגיעה באוטונומיה מובחנת ונפרדת מעניין היעדר ההסכמה מדעת בהקשר הרפואי: "על דרך העקרון, אני סבור כי אין לפסוק כל פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, מקום בו נפסק לניזוק פיצוי בעילה של התרשלות בטיפול או בשל היעדר ההסכמה מדעת. [...] אלא שבמקרה דנן, בית המשפט קבע במישור העובדתי, כי המשיבה נבהלה וביקשה להפסיק את הניתוח לאחר ביצוע הפרוצדורה בעין אחת, אך

לראות משום הכרעה עקרונית במחלוקת שבסוגיה זו. ואולם, שופטי הרוב בפרשת פינקלשטיין, השופטים מלצר וברק-ארז, הביעו תמיכתם באפשרות לפסוק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה לצד ראשי נזק נוספים.⁸¹ בפסק הדין בעניין מכבי, שניתן כחודשיים לאחר פסק הדין בעניין פינקלשטיין, חזר השופט עמית בדעת מיעוט על עמדתו העקרונית בעניין זה.⁸²

לסיכומו של פרק זה, נראה כי היבטי הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, אשר התפתחו עם פסקי הדין השונים, הבליטו את המגמה הפסיקתית אשר נכונה להרחיב את סוגי המקרים שבהם ניתן לפסוק פיצויים בגין הפגיעה באוטונומיה וכן להגדיל את שיעורם. עם זאת לצד אותן עמדות מרחיבות שקנו שביתה בבית המשפט העליון היו עמדות מיעוט אשר הסתייגו מהרחבתה הניכרת של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, הן מבחינת היקף הפגיעה באוטונומיה, הן מבחינת אפשרות פסיקת פיצויים בגין ראש נזק זה לצד ראשי נזק אחרים והן מבחינת שיעור הפיצוי הראוי שיש להעניק בגינו. כעת נפנה לדון בתמורות פסיקתיות מאוחרות במסגרתן עמדות המבקשות לבלום את המשך הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה ולהדק גבולותיה בדוקטרינה הנזיקית, החלו להופיע בפסקי דין שונים כעמדות רוב.

ב. תמורות והתפתחויות: בין הרחבה לצמצום

חלפו יותר מ-15 שנים מאז פרשת דעקה, ונראה שלאורך מרביתן היה יחסו של בית המשפט אל הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין מרחיב יחסית. בד בבד עם המגמה המרחיבה נשמעו קולות אשר ביקשו לצמצם את תחולת הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, או למצער לבלום את המשך הרחבתה. קולות אלו הלכו ונתחזקו עד שבנקודת זמן מסוימת היה ניתן להצביע על תמורה ביחסו של בית המשפט להלכה המחייבת בנושא ועל התחזקותה של מגמה מצמצמת המבקשת לבלום את מגמות ההרחבה. זאת, תוך נוכחות עמדות רוב ומיעוט – המתהפכות חליפין – בנוגע לשאלת היקפה ומעמדה הראוי של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. לסקירת מהלך זה נפנה עתה.

דרישתה לא נענתה ופרופ' בלומנטל המשיך והשלים את הפרוצדורה גם בעין השניה. מכאן, שעניינו באירוע נפרד ומובחן מהעילה של היעדר הסכמה מדעת. לשון אחר, אין לפנינו מצב של פסיקת פיצוי הן בגין היעדר הסכמה מדעת והן בגין פגיעה באוטונומיה, אלא בשני אירועים נפרדים זה מזה: האחד – אי גילוי הסיכונים הכרוכים בניתוח בנסיבותיה המיוחדות של המשיבה, השני – המשך הניתוח בעין השנייה בניגוד לבקשתה של המשיבה" (שם, פס' 17 לפסק דינו).

81 השופטים מלצר וברק-ארז פסקו למשיבה בתיק סכום פיצויים נוסף בסך 150,000 ש"ח בגין הפגיעה באוטונומיה שלה (שם, פסקי דינם של השופטים מלצר וברק-ארז).

82 ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' נ' ס', פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 10.11.13): "[...] הבעתי דעתי כי פסק הדין בעניין המר לא הכריע במחלוקת העקרונית בשאלה אם הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה הוא מצטבר לפיצוי בגין נזק לא ממוני עקב התרשלות בטיפול או היעדר הסכמה מדעת [...]. בדעתי זו נותרתי גם כעת, ואני סבור כי אין טעם ואין צורך להבחין בין נזק לא ממוני בדמות נזק נפשי לבין 'תחושות שליליות' הנובעות מפגיעה באוטונומיה. עם זאת, כאשר בסוגיה של הולדה בעוולה עסקינן, איני רואה אלא לכופ ראשי ולקבל עלי את הכרעת ההרכב המורחב בעניין המר, שם נקבע כי יש לפסוק פיצוי להורים הן בגין נזק נפשי והן בגין פגיעה באוטונומיה".

1. עניין תנובה ב

ראשיתה של מגמה זו בפסק הדין בעניין תנובה ב,⁸³ שהוא "גלגול המשך" לעניין תנובה א שנדון לעיל.⁸⁴ עניין תנובה א עסק בערעור על אישורה של תובענה ייצוגית נגד חברת תנובה, ואילו פסק הדין בעניין תנובה ב עסק בערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי לגופה של התובענה הייצוגית, לאחר שזו כבר אושרה. פסק הדין בעניין תנובה ב ניתן כמה חודשים לאחר פסק הדין בעניין בן-צבי וכמה חודשים לפני פסק הדין בעניין קדוש. כלומר, הוא ניתן בשלב מאוחר יחסית להתפתחות הכרונולוגית של הגישה המרחיבה שנדונה בפרק הקודם. בכך עניין תנובה ב הוא מעין סנונית ראשונה למגמת צמצום הרחבתה של הפגיעה באוטונומיה.

בעניין תנובה ב פסקה השופטת חיות, בהסכמת המותב כולו, כי הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה צריך להיאמד באופן סובייקטיבי ולא אובייקטיבי. לגישה, "הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן בשל נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק".⁸⁵ בפסקה זו הודק הרעיון שהובע בהלכת תנובה א עת נקבע כי הנזק התוצאתי-סובייקטיבי בדמות "תחושות שליליות" הנובעות מהפגיעה באוטונומיה הוא תנאי לקבלת פיצוי בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה,⁸⁶ וכי הפגיעה באוטונומיה לבדה איננה בהכרח מקנה זכות לפיצוי.⁸⁷

אנו הגענו למסקנה כי קבוצת ההתייחסות לצורך פיצוי על נזק של פגיעה באוטונומיה היא אך ורק אותו החלק מתוך קבוצת הצרכנים אשר להם נגרם נזק תוצאתי בשל הפגיעה באוטונומיה ואשר חשו תחושות שליליות כאלה ואחרות משנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון.

עוד הובהר בפסק הדין בעניין תנובה ב כי באותם מקרים שבהם נוצרו תחושות שליליות בשל הפגיעה באוטונומיה, אין מקום להעניק פיצוי נפרד בגין הפגיעה באוטונומיה ובגין נזק לא ממוני, אלא הפיצוי אחד הוא משעה שמדובר באותו מעשה שהוליד את הפגיעה באוטונומיה ואת הנזק התוצאתי הלא ממוני שנובע ממנה.⁸⁸ לעומת זאת, במקרים שבהם נגרם נזק לא ממוני נפרד ושונה מזה הנובע מהפגיעה באוטונומיה של הפרט, הרי שיש מקום להעניק פיצוי נפרד בגין כל אחד משני ראשי הנזק של פגיעה באוטונומיה ונזק לא ממוני.⁸⁹

83 ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עובון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011) (להלן: עניין תנובה ב).

84 עניין תנובה א, לעיל ה"ש 11 והטקסט הסמוך לה.

85 עניין תנובה ב, לעיל ה"ש 83, פס' 40 לפסק דינה של השופטת חיות.

86 לתמיכה בספרות בעמדה זו ראו מאמרם של יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לז' 7, 40–42 (2014).

87 עניין תנובה ב, לעיל ה"ש 83, פס' 54 לפסק דינה של השופטת חיות.

88 שם, פס' 39–40 לפסק דינה של השופטת חיות.

89 עמדה זו של השופטת חיות יושמה בעניין מכבי, לעיל ה"ש 82, שם העניקה פיצוי נפרד הן בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה והן בגין ראש הנזק של כאב וסבל, משום שסברה שהפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה והפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו אינם נובעים מאותה פגיעה (ראו פס' 3).

לצד קביעות מצמצמות אלה קבעה השופטת חיות חזקה הניתנת לסתירה – המניעה את הנפסק בעניין תנובה ב במידה מסוימת מצדו המצמצם של הספקטרום אל צדו המרחיב – ולפיה כאשר מדובר בתובענות צרכניות ייצוגיות, חזקה היא שמהפגיעה באוטונומיה נגרם נזק לא ממוני המזכה בפיצוי, וכי נטל ההוכחה על המזיק להוכיח שאין הדבר כך.⁹⁰ זוהי חזקה אשר מיטיבה במידה ניכרת עם התובע הצרכני, שהרי נזק סובייקטיבי של פגיעה באוטונומיה של הפרט מעצם טבעו עשוי להיות כרוך בקשיי הוכחה ראיתיים כבדי משקל. ואולם, כפי שיידון להלן, בחינת המשך ההתפתחות של הנפסק בעניין תנובה ב בפסיקה מעלה כי חזקה זו צומצמה במידה ניכרת, לצד קיומן של מגמות נוספות בהמשך התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה אשר נכונן גם הן לצמצמה באופנים שונים.

2. עניין סלומון

בפסק הדין בעניין סלומון,⁹¹ אשר ניתן כשנתיים לאחר פסק הדין בעניין תנובה ב, נדון ערעורם של זוג הורים נגד החברה המשווקת את מוצריה של חברת "גרבר" בישראל, אשר נהגו להאכיל את בנם הפעוט במחית גזר של חברת "גרבר". בעקבות בדיקה אקראית שביצע משרד הבריאות במוצר נמצא שהוא מכיל קדמיום מתכתי. בעקבות ממצאי הבדיקות שביצע פרסם משרד הבריאות הודעת אזהרה לציבור הקוראת שלא לצרוך את מחית הגזר של החברה. ההורים טענו, בין השאר, כי באי-הבאת החברה המשווקת לידיעתם שהמוצר שבו הם מאכילים את בנם מכיל או עשוי להכיל קדמיום מתכתי, היא פגיעה באוטונומיה שלהם, והם דרשו אישורה של תובענה ייצוגית. בית המשפט המחוזי דחה את בקשתם, וההורים ערערו על פסק דינו.

(א) עמדת הרוב – סתירת החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב

עמדת הרוב בעניין סלומון, אשר נכתבה בידי השופט עמית, דחתה את טענת ההורים בדבר הפגיעה באוטונומיה. השופט עמית חילק את הנמקתו לשני נדבכים: לפי הנדבך הראשון, נסיבות פרשת סלומון שונות מהותית מנסיבותיה של פרשת תנובה ב, ולפיכך אין הפגיעה באוטונומיה בעניין סלומון בת-פיצוי, וכי רק בשל נדבך זה לבדו היה ניתן לדחות את התביעה;⁹² הנדבך השני, והוא הרלוונטי לדיוננו, מתבסס על הלכת תנובה ב בעניין שאלת

לפסק דינה). השופט עמית בעניין מכבי התנגד להפרדה זו באותו מקרה ספציפי וסבר כי אין מקום להפריד בין הנזק בגין פגיעה באוטונומיה ונזק בלתי ממוני אחר.

90 שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת חיות.

91 ע"א 4333/11 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 12.3.2014).

92 שוני הנסיבות שעליו מצביע השופט עמית בין הפרשות נוגע בין השאר לעניינים האלה: בעניין תנובה ב החדרת הסליקון נעשתה במודע והוסתרה במזיד ולאורך זמן, ואילו בעניינינו החברה המשווקת הייתה תמת לב, לא יזמה את החדרת הקדמיום למוצר, וממילא לא לאורך זמן; סליקון איננו אמור להימצא בחלב, ולעומת זאת קדמיום עשוי להימצא במוצר בדרך הטבע; לא נשלל קיומו של סיכון בריאותי בשל החדרת הסליקון, ולעומת זאת לא הוכח בעניין סלומון כי נוצר סיכון בריאותי מהקדמיום; בעניין תנובה ב העובדות נתבררו כנכונות לאחר שהפרשה נחשפה, ואילו בעניינינו הודעת משרד הבריאות שהזהירה מצריכת המוצר פורסמה לאחר שבוצעו בדיקות מעבדה, שהתבררו בדיעבד כלא מדויקות, היות שהצביעו על אפשרות הימצאו של קדמיום מתכתי בריכוז של פי 40 מהמותר, ואילו בדיעבד בבדיקות

קיומו של נזק תוצאתי-סובייקטיבי שנגרם מהפגיעה באוטונומיה כתנאי לקבלת הפיצוי. לפי גישת עמדת הרוב בעניין סלומון, נזק שכזה לא הוכח במידה מספקת, ולפיכך אין ההורים זכאים לפיצויים בגין ראש נזק זה.⁹³

(ב) עמדת המיעוט – הפעלת החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב
לפי עמדת המיעוט בעניין סלומון, אשר נכתבה בידי השופטת ארבל, יש לקבל את בקשת ההורים לתובענה ייצוגית. השופטת ארבל סברה כי מכיוון שבעניינינו מדובר במזון המיועד לתינוקות, "אוכלוסיה רגישה ביותר",⁹⁴ הרי שעובדה זו ודאי מעצימה את התחושות השליליות שחשו הורים לתינוקות שצרכו את מחיות הגור המכילות רמה גבוהה של קדמיום. לפיכך פסקה השופטת ארבל כי במקרה הנוכחי, לפי הלכת תנובה ב ולחזקה שנקבעה בה, היא נכונה להניח כי להורים שהאכילו את תינוקם במחית שבדיעבד התברר שהכילה מתכת בעלת פוטנציאל מסרטן – נגרם נזק תוצאתי-סובייקטיבי בדמות תחושות שליליות וחרדה, ולפיכך הפגיעה באוטונומיה שלהם היא בת-פיצוי.⁹⁵

(ג) פסק הדין בעניין סלומון כמצמצם את החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב
המשותף לפסקי הדין בעניין תנובה ב וסלומון הוא הקביעה – המוסכמת על כלל השופטים שישבו בהרכבים בפרשות אלה, המצמצמת ומבהירה את ההלכה שנהגה קודם לכן – לפיה לשם מתן פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה לא ניתן להסתפק אך בעצם הפגיעה באוטונומיה אלא יש להצביע על נזק תוצאתי-סובייקטיבי נוסף שנבע ממנה. במובן זה, ניתן לראות בשני פסקי דין אלה כמקשה אחת המבטאת מגמה חדשה המצמצמת את אפשרות מתן הפיצוי בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה, למצער בתובענות ייצוגיות צרכניות. ואולם, קיים גם שוני רלוונטי בין פסקי הדין. שוני זה נעוץ בשאלת היחס שבין הפגיעה באוטונומיה לבין הנזק התוצאתי הנובע ממנה הדרוש לשם מתן הפיצוי בגין ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה. בעניין תנובה ב נקבעה חזקה, הניתנת לסתירה בידי המעוול, שלפיה בתובענות צרכניות ייצוגיות חזקה שמהפגיעה באוטונומיה נגרם נזק לא ממוני לצרכן המזכה בפיצוי. קשה להפריז בחשיבותה של חזקה זו בתחום זה המתאפיין בקשיים ראייתיים הנוגעים להוכחת פגיעה באוטונומיה של הפרט ולנזקים הסובייקטיביים שפגיעה זו הסבה לו, ובעיקר בהליכי תובענות ייצוגיות העוסקות בקבוצות של פרטים. אף שבפסק הדין בעניין סלומון יש התייחסות מפורשת לקיומה של חזקה זו ולצורך להתחשב בה, מקריאה זהירה של פסק הדין נגלים סימנים שחזקה זו מופעלת באורח שונה ומצמצם מזה שנקט בעניין תנובה ב.

נוספות התברר שריכוז הקדמיום אמנם גבוה מהמותר אך נמוך מהריכוזים הגבוהים שפורסמו (עניין סלומון, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט עמית). לעומת זאת השופטת ארבל סברה כי אין בשוני העובדתי שבין עניין תנובה ב לעניין סלומון כדי להוביל למסקנה כי דין העתירה להידחות. כך, ניתן לשיטתה להבליט הבדלי נסיבות אחרים בין שני המקרים כגון שבעניין תנובה ב לא הוכח כי הסיליקון מהווה סיכון בריאותי, ואילו בעניין סלומון קדמיום הוא מתכת רעילה שעלולה לגרום לסיכון בריאותי (שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל).

93 שם, פס' 29–31 לפסק דינו של השופט עמית.

94 שם, פס' 19 לפסק דינה.

95 שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל.

מסקנה זו מתבקשת משני טעמים מרכזיים: הטעם האחד נוגע לרטוריקת פסק הדין, והטעם השני נוגע לאופן החלת החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב על עובדות המקרה שבעניין סלומון. לאורך פסק הדין בעניין סלומון ננקטת לשון שממנה משתמע כי הנטל להוכחת הנזק שהסבה הפגיעה באוטונומיה הוא על התובעים-הנפגעים – דרישה שנדמית הפוכה למעשה מזו שנקבעה בעניין תנובה ב.⁹⁶ כך, בפסק הדין בעניין סלומון קובע השופט עמית כי "מאחר שבפגיעה באוטונומיה עסקינן, אכן פטורים המערערים מלהוכיח את הקשר הסיבתי [...] אולם אין הם פטורים מלהוכיח את רכיב הנזק";⁹⁷ וכן כי "על התובע הייצוגי להראות כי נגרם לו גם נזק תוצאתי-סובייקטיבי המתבטא בתחושות שליליות כמו כעס, תסכול, עלבון וכיוצא באלה בשל שלילת חופש הבחירה".⁹⁸ מכך אפוא עשוי להתקבל הרושם כי נטל ההוכחה בעניין סלומון הוא על ההורים, בשונה מהחזקה שנקבעה בעניין תנובה ב. עם זאת אין לכחד כי גם בעניין תנובה ב וגם בעניין סלומון התבססה דעת הרוב בערעור על הממצאים העובדתיים שנקבעו בערכאה דלמטה, והם כמובן בעלי השפעה בהקשר זה על קביעת הנזק והתרשמות מקיומו. בפסק הדין בעניין סלומון קבעה הערכאה דלמטה כממצא שבעובדה שלא נגרם נזק לא ממוני מספק לתובעים,⁹⁹ ואילו בעניין תנובה ב קבע בית המשפט המחוזי, כממצא שבעובדה, שלתובע נגרם נזק לא ממוני בדמות תחושות גועל, חרדה ותסכול. שאלה היא אם החזקה שנקבעה בתנובה ב מותנית בהוכחה, כממצא שבעובדה, כי עדותם של המלינים על נזק אכן אמינה. אולם ראשית, לא מונחת כל אינדיקציה לכך,¹⁰⁰ ושנית נראה כי גם חשוב להבחין בהקשר זה בין עניין תנובה ב, שבו מדובר בערעור על הכרעת בית המשפט המחוזי בעניינה של תובענה ייצוגית שכבר אושרה, לבין עניין סלומון, שבו דובר על ערעור בבקשת אישור לתובענה ייצוגית שטרם אושרה, בקשה הדורשת מבחינת שאלת הנזק אך הוכחה כי לכאורה נגרם לתובעים נזק – הבדל אשר אמור להקל על התובעים בעניין סלומון בשאלת קיום נזקם.¹⁰¹

הטעם השני נוגע לאופן יישום החזקה בפועל בנסיבות עניין סלומון. החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב איננה חזקה חלוטה. היא ניתנת לסתירה, ועמדת הרוב בעניין סלומון אכן סברה כי היא נסתרה בנסיבות העניין:¹⁰²

96 כך נפסק ביחס לחזקה בעניין תנובה ב: באותם המקרים אשר בהם יעלה בידי המזיק להוכיח כי אף שבהתנהגותו של מן התובע או מחברי הקבוצה את כוח הבחירה, נותרו אלה שווי נפש ואדישים לכך, כי אז ניתן לקבוע שהם אינם זכאים לפיצוי בגין ראש נזק זה משום שלאמיתו של דבר ואף שכוון הבחירה נשלל מהם לא נגרם להם כתוצאה מכך נזק לא ממוני" (שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת חיות (הדגשה הוספה)).

97 עניין סלומון, לעיל ה"ש 91, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשה הוספה).

98 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשה הוספה).

99 באשר לקביעה של בית המשפט קמא שלא נגרם נזק מספק הורים ושאלת השפעת החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב על קביעה זו משעה שפסק הדין בעניין תנובה ב ניתן לאחר פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעניין סלומון, ראו להלן ה"ש 104 והטקסט הסמוך לה.

100 ואף טיבן של חזקות נסבות-נזק הוא שאין דרישה להוכחה זו, ובמידה ניכרת ההיגיון גורס להפך – הרי לשם כך הן נוצרות, בשל קשיי הוכחת נזק.

101 ס' 4(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות התשס"ו-2006 (ראו נוסח הסעיף לעיל ה"ש 14).

102 עניין סלומון, לעיל ה"ש 91, פס' 30 לפסק דינו של השופט עמית.

אין המדובר בחזקה חלוטה. במקרה דנן בית משפט קמא קבע כי תחושות שליליות נגרמו רק למי שצרך כמות מסוכנת, וכי המערערים לא סבלו נזק ולא סבלו מעגמת נפש. אולם, אף אם אניח כי תחושות שליליות יכולות להתעורר גם כאשר לא בכמות מסוכנת עסקינן, הרי שבמקרה דנן, תחושות החרדה שנגרמו למערערים לטענתם, היו נוכח ההודעה של משרד הבריאות שנתבררה בדיעבד כמוטעית. בנסיבות אלו הוקחתה עוקצה של הפגיעה במערערים, כאשר מידע מאוחר שנודע לצרכן, ולפיו מתברר כי אין סיכון במוצר שצרך, יכול להשפיע על עצמת הפגיעה באוטונומיה ולהפוך אותה זניחה.

כפי שעולה מהציטטה לעיל, החזקה בעניין סלומון נסתרה משני נימוקים: הנימוק האחד הוא שבית משפט קמא קבע כי תחושות שליליות נגרמו רק למי שצרך כמות מסוכנת, וכי המערערים לא סבלו נזק ולא סבלו מעגמת נפש. מבלי להיכנס למורכבות שכרוכה בהבחנה זו של בית משפט קמא, שלפיה הכנסת רכיב שהצרכן לא רצה בו ושלא הוכחה מסוכנותו איננה בהכרח עילה לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה,¹⁰³ נימוק זה איננו מובן מאליו משעה שקביעה זו של בית משפט קמא בנוגע להבחנה מיהם הצרכנים שחוו נזק בר-פיצוי נקבעה בפסק הדין שניתן כמה חודשים לפני פסק הדין בעניין תנובה ב,¹⁰⁴ שבו כאמור נקבעה החזקה החדשה לקביעת הנזק. מכאן ניתן לסבור שכוחה של הבחנה זו של בית משפט קמא לשאלת הנזק נחלש קמעה בשל קביעת החזקה החדשה בבית המשפט העליון בעניין תנובה ב.

הנימוק השני הוא שתחושות החרדה שנגרמו למערערים לטענתם היו בשל ההודעה של משרד הבריאות שנתבררה בדיעבד כמוטעית. אולם ניתן לטעון כי גם נימוק זה איננו מובן מאליו. אמנם בעניין סלומון התוודעו ההורים להימצאות הקדמיום המתכתי במוצר בעקבות פרסום הודעה של משרד הבריאות המזהירה מפני צריכת המוצר בשל בדיקות מעבדה אקראיות שהצביעו על קיומו של הקדמיום במוצר, ואכן בדיעבד התברר כי אזהרה זו התבססה על בדיקות מעבדה לא מדויקות. אולם גם בבדיקות שהתבררו כמדויקות נקבע כי מצוי קדמיום בריכוז הגבוה מהמותר, הגם שנמוך מזה שנמצא בבדיקות הלא מדויקות. בנוסף, ניתן לטעון כי גם אם התברר בדיעבד שההודעה הייתה מוגזמת, הרי שחלקה התברר כנכון, וכי היא איננה מבטלת בהכרח את הפגיעה העקרונית באוטונומיה או מייתרת את תביעת הצרכנים נגד התנהלות החברה.

103 בהקשר זה ראוי לחזור ולהזכיר את שנפסק בפסק הדין בעניין עזבון צבי שנדון לעיל (ראו ה"ש 28 לעיל והטקסט הסמוך לה), שלפיו שאלת המינון של תרופה המצדיק את קיומה של הפגיעה באוטונומיה איננה שאלה כה חשובה, וכי פגיעה באוטונומיה תתקיים גם במינון נמוך של תרופה הקשור לאותה פגיעה. בתיק זה, אף שבית החולים טען שניתן לתובעת מינון כזה שהוא "כמעט הומאופתי", דחתה עמדת הרוב בעניין צבי טענה זו וקבעה כי שאלת המינון אינה רלוונטית משום שיהיו עליה "ויכוחים עד אין סוף". עם זאת קיים הבדל בין עניין עזבון צבי, שבו עסקינן בתרופה אשר ניתן לטעון שיש רגישות וחשיבות מיוחדת יותר למינונה ולתכולתה, לבין עניין סלומון, שבו עסקינן במוצר מזון.

104 ת"א (מחוזי ת"א) 2593/05 סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ (פורסם בנבו, 8.5.2011).

אם כן, נראה כי ניתן לראות בפסק הדין בעניין סלומון כמפעיל באורח מצמצם את החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב. מרכזיותן של חזקות הוכחות בדיני הנזיקין ברורה,¹⁰⁵ ובעיקר מקום שבו הנזק התוצאתי הוא לא ממוני, וככזה כרוך בקשיי הוכחה מסוגים שונים.¹⁰⁶ מכאן החשיבות של שאלת צמצומה ויישומה של החזקה שנקבעה בעניין תנובה ב בעניין סלומון ובתביעות מעין אלה.

3. מבט לעתיד

חרף הצגתן של הגישות ה"מסורתיות-ישנות" כמרחיבות והצגת הגישות ה"חדשות" כמצמצמות, נראה כי מוקדם להכריע במחלוקת הפסיקתית, וכי דמותה המשתנה של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין טרם השלימה התפתחותה והתייצבותה. בהקשר זה בולט פסק הדין בעניין רמדיה,¹⁰⁷ אשר ניתן חודשים מעטים לאחר פסק הדין בעניין סלומון. בפסק דין זה נדונה באורח תמציתי שאלת הפגיעה באוטונומיה של המערער, היות ששאלה זו עמדה בשולי התיק ולא הועלתה בכתב התביעה. השופט עמית חזר בפסק דינו על עמדתו שאותה הביע בעניין סלומון, כי בהיעדרו של נזק תוצאתי שנבע מהפגיעה באוטונומיה לא יהא פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה.¹⁰⁸ המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור הצטרפה לפסק דינו הכללי של השופט עמית שלא נגע לשאלת הפגיעה באוטונומיה, אולם הוסיפה בפסק דינה הסתייגות בעניין הפגיעה באוטונומיה:¹⁰⁹

לעניין טענת הפגיעה באוטונומיה – די לי בכך שהטענה לא הועלתה בכתב התביעה. לא אקבע מסמרות לעניין טענה זו.

השופטת ברק-ארז הצטרפה גם כן לפסק דינו הכללי של השופט עמית בעניין רמדיה שלא נגע לשאלת הפגיעה באוטונומיה והוסיפה הסתייגות לעניין הפגיעה באוטונומיה:¹¹⁰

אני מבקשת להבהיר, כי לשיטתי, בנסיבות רגילות, פסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינה אמורה להיות מותנית בכך שלחופש הבחירה אשר נשלל מן התובע נלווה נזק אחר [...] קיומו של נזק "חיצוני" שמתווסף לנזק אשר נגרם מעצם הפגיעה באוטונומיה אינו מהווה תנאי לפיצוי.

בכך, הובהר, כי עמדת השופטת ברק-ארז שונה מהדרך שבה צעדו פסקי הדין בעניין תנובה ב וסלומון, וכי למעשה קיימות בפסיקה עמדות שונות בנוגע לשאלת היקפה הראוי של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין.

105 ראו למשל דיון מקיף על חזקות ההתרשלות אצל גלעד, לעיל ה"ש 68, בעמ' 1289–1343.

106 להרחבה על קשיים הנוגעים להוכחת נזק לא ממוני ראו דן גוטפריד "לענין פיצויים על נזקי גוף לא ממוניים" משפטים א 161 (התשכ"ח); אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר חלק ג 21 (2003).

107 ע"א 1415/13 ל.ב. נ' היינץ רמדיה בע"מ (פורסם בנבו, 22.7.2014).

108 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית.

109 שם, פסק דינה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור.

110 שם, פסק דינה של השופטת ברק-ארז.

בפסק הדין בעניין פרינר,¹¹¹ שניתן כחודש לאחר פסק הדין בעניין רמדיה, עמד השופט מלצר על ההלכות המנחות בעניין הפגיעה באוטונומיה שנקבעו בפסיקה עד כה וסמך ידו בין השאר על הנפסק בפסקי הדין בעניין תנובה ב' וסלומון.¹¹² במקרה זה אישר בית המשפט העליון הגשת תובענה ייצוגית לאחר שהוכחו לכאורה הטעיה ואי-גילוי מצד המשיבה כאשר תיגה מוצרים מסוימים מתוצרתה ככשרים לפסח בשעה שהיה בהם "חשש חמץ". בפרשה זו נדונה בהרחבה יחסית שאלת הפגיעה באוטונומיה. השופט מלצר תמך בהלכה כי במצב הרגיל לא יהיה מוצדק להכיר בנזק של פגיעה באוטונומיה מבלי שנלווה אליה "דבר מה נוסף". קרי, נדרש להראות כי צריכת המוצר שיש בו "חשש לחמץ" אירעה במהלך הזמן הרלוונטי של חג הפסח, וכי היא אכן מנוגדת לאמונותיו האקטואליות של הניזוק. לפיכך נקבע כי אשר לצרכנים שצרכו את המוצר בחג הפסח, בניגוד לתפיסת עולמם הדתית, אין קושי להכיר בפגיעה באוטונומיה שלהם ובזכותם לפיצוי על עצם אכילתו של מוצר לא כשר בחג הפסח. לעומת זאת אשר לאותם צרכנים שהתוודעו להטעיה טרם צריכתם את המוצר – אף אם כבר רכשו אותו – הרי נותרה הפגיעה באוטונומיה שלהם עיונית בעיקרה. כלומר, התחושות השליליות שהצרכן חש מאכילת מוצר שכשרותו לפסח מוטלת בספק במהלך חג הפסח מספיקות לדרישת הנזק. לעומת זאת התחושות השליליות שחש צרכן שאך קנה מוצר לא כשר בפסח אולם לא אכל אותו אינן מספיקות, שכן הן מבוססות רק על ה"סיכון" שבאכילת המוצר ולא על אכילת המוצר עצמו.¹¹³ פסיקה זו ממשיכה אפוא את הקו הפסיקטי בהקשר הצרכני-ייצוגי שלפיו לשם מתן פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יש צורך בקיומו של נזק תוצאתי לא ממוני אשר נבע מהפגיעה באוטונומיה. פסק הדין בעניין פרינר מוסיף לילך בדרכם של פסקי הדין בעניין תנובה ב' וסלומון, והוא ניתן בהסכמת כל ההרכב שישב בתיק, אשר לא היו חלק מהמוטב בפסקי הדין בעניין תנובה ב' וסלומון.¹¹⁴ ניתן לראות בכך ביצור מסוים של המגמות המצמצמות שהובעו בפסקי דין אלה ואישוש לקיומן של עמדות משתנות בפסיקה בנוגע לפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין.

ג. עיון השוואתי: הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין ותום הלב בדיני חוזים

עולה אפוא כי הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין מהווה זירה למחלוקת פסיקתית הניטשת בעת הנוכחית. עמידתנו על המגמות הפסיקתיות הנוגדות מובילה אל השאלה הבסיסית – מה יש בו, בעקרון הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, המעורר תפיסות שיפוטיות כה שונות כלפיו? מהם "זרמי העומק" השונים שבבסיס המחלוקת? פרק זה מבקש להציע נקודת מבט שונה הבוחנת אם יש תובנות שניתן לזקק מהשוואה בין הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין לבין תום הלב בדיני החוזים שבכוחן לסייע להבנת הליכי התפתחותה והשתנותה של

111 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2014).

112 שם, פס' 36–43 לפסק דינו של השופט מלצר.

113 שם, פס' 42–43 לפסק דינו של השופט מלצר.

114 אל פסק דינו של השופט מלצר בעניין פרינר, לעיל ה"ש 111, הצטרפו בהסכמה המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט ג'ובראן.

הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. הטעם להשוואה זו נעוץ במאפייניהם המשותפים של השניים כמייבאים נורמות וסטנדרטים של התנהגות ראוייה אל מסגרת המשפט הפרטי.¹¹⁵ תום הלב לא הגיע למשפטנו עם "כללי הפעלה" ברורים, ומשכך, הוא זימן שיח ער בפסיקה על אודות היבטיו העיוניים.¹¹⁶ בדומה, גם בפגיעה באוטונומיה ניתן לראות סטנדרט המקנה גמישות בפסיקה. הקביעה בעניין דעקה כי היא נמנית עם הנזקים בני-הפיצוי הקבועים בסעיף 2 בפקודת הנזיקין לא סיפקה תשובות מוחלטות מראש לשאלות נצרכות: איזו מערכת עובדתית עולה כדי פגיעה באוטונומיה, כיצד יש להעריך את שיעור הפיצוי שמקנה נזק שכזה וכיצד באלה, ופיתוחים אלה נותרו מונחים לפתחם של בתי המשפט. במסגרת השוואה זו תיבחן השאלה אם קיימים קווי דמיון בין "תפקידו" של עקרון הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין לבין זה של עקרון תום הלב בדיני החוזים מבחינה עיונית או מעשית. הגם שהשוואה זו מערבת עולמות משפט שונים, יש שבכוחה להאיר מזווית שטרם נדונה בספרות את אופן התפתחותן של המגמות הפסיקטיות הנוגעות לפגיעה באוטונומיה. לעקרון תום הלב בדיני החוזים הוענק מעמד "מלכותי" כעקרון-על חולש-כול.¹¹⁷ תחולתו בתחום המשפט האזרחי היא מכוח שילוב הוראות סעיפים 12, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים הכללי, וניתן להחילו, בלשון סעיף 61(ב), "ככל שהדבר מתאים לעניין בשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".¹¹⁸ שאלת תחולתו של עקרון תום הלב בדיני הנזיקין בישראל זכתה להתייחסות מסוימת בספרות.¹¹⁹ אף שניתן להצביע על היבטים שונים שבהם נוכח עקרון תום הלב בדיני הנזיקין,¹²⁰ ממרבית הזירות בדיני נזיקין עקרון תום הלב נעדר. כך, היעדר תחולתו

115 כפי שיידון בהרחבה בפרק 2.ג. להלן, ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה מתווה סטנדרט התנהגות ומאפשר לתבוע פיצויים כעיקרון שיווי גם במקום שבו הדין הקיים, בלעדיו, אינו פוסל את ההתנהגות הלא ראוייה שהתממשה. בהתאמה, עקרון תום הלב בדיני חוזים מאפשר לתבוע פיצויים כעיקרון שיווי גם במקום שבו ההסכם בין הצדדים כשלעצמו אינו פוסל את ההתנהגות שהתממשה. ההבחנה בין כללים לבין סטנדרטים מקובלת במשפט. ככלל, נורמה מסוג כלל מובילה לתוצאה משפטית מסוימת בהתקיים מסכת עובדתית קבועה מראש הניתנת בקלות לזיהוי ולהכרעה "טכנית", ונורמה מסוג סטנדרט מובילה לתוצאה משפטית מסוימת בהתקיים הפעלתה של אמת מידה מסוימת, המגלמת לרוב איזושהו ערך, ואיננה בהכרח ניתנת לזיהוי ולהכרעה בקלות אלא מצריכה הפעלתו של שיקול דעת (חיים גנו "על כלליות של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579 (1991)). רבים בפסיקה ובספרות ראו בעקרון תום הלב סטנדרט שהמחוקק השאיר לבתי המשפט את מלאכת עיצובו (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 513 (1991)).

116 כך למשל בתחילת דרכו במשפטנו התקיים פולמוס בפסיקה ובספרות המשפטית שמא מציב הוא סטנדרט אובייקטיבי או סובייקטיבי (ראו למשל שם, ה"ש 221; גבריאליה שלו "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן" משפטים ז 118 (1976) (להלן: שלו "סעיף 12").

117 בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993).
118 ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 595, מבצר את עקרון תום הלב כעיקרון מרכזי של החקיקה האזרחית הנזיקית: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב".

119 ראו למשל דרורה פלפל "תום לב חוזי ודיני הנזיקין" הפרקליט לח 454 (1988).

120 כך למשל מציגה השופטת פלפל במאמרה, שם, שלוש דוגמאות עיקריות למשמעות עקרון תום הלב בדיני הנזיקין: אי-הגשת תובענות נזיקיות חרף קיום העילה הנזיקית; היעדר אפשרות של טענות סותרות; ביטול בדיעבד של עילות תביעה נזיקיות קיימות או הגמשת הוכחתן. בנוסף, בפקודת הנזיקין

בעוולת הרשלנות, העוולה המרכזית בדיני נזיקין במשפטנו, מוסבר בכך שתום לבו של המזיק ברשלנות לאדם אחר איננו רלוונטי לעניין קביעת האחריות הנזיקית בעוולת הרשלנות: ההבדל בין אדם שהתרשל והיה תם לב לעומת אדם שהתרשל והיה חסר תום לב הוא חסר משמעות באשר לחיוב המשפטי בין השניים במסגרת עוולת הרשלנות, אשר בה נוהג משטר של אחריות חברתית.¹²¹ אם כן, חרף היות תום הלב עיקרון חולש במשפט האזרחי – נראה שאיננו משרת את התובע הנזיקי ה"קלאסי", התובע תדיר במסגרת עוולת הרשלנות.¹²² היחס בין עקרון תום הלב לעקרון הפגיעה באוטונומיה, אם במסגרת דיני החוזים ואם במסגרת דיני הנזיקין, כאמור, טרם נדון בספרות, ואך לאחרונה התעורר דיון מסוים על אודותיו בבית המשפט העליון בעניין אביטן,¹²³ אך זאת בהיקף תמציתי ובמסגרת דיון צד בפסק הדין שעסק בשאלת החלת ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה גם במסגרת דיני החוזים.

קיים שוני רב בין הבסיס העיוני של דיני הנזיקין לבין הבסיס העיוני של דיני החוזים. דיני החוזים מבקשים להסדיר חיובים משפטיים רצוניים בין שני בני אדם או יותר אשר ברקע יחסיהם המשפטיים מצויה נכונות לשיתוף פעולה לשם השאת תועלת לצדדים. לעומת זאת דיני הנזיקין מבקשים להסדיר חיובים משפטיים לא רצוניים בין שני בני אדם או יותר אשר ברקע יחסיהם המשפטיים מצויה גריעה מהתועלת האישית של מי מהצדדים (ה"נזק"). מטרת דיני נזיקין הקלאסית היא פיצוי הניזוק על פגיעה באינטרס מוגן שלו בדרך של השבת המצב לקדמותו (Restitutio In Integrum).¹²⁴ מטרת דיני החוזים הקלאסית היא

יש הוראות שונות, אם אלה עוולות ואם הגנות, המתייחסות מפורשות לעקרון תום הלב; כזו היא למשל עוולת הנגישה שלפיה "פתיחתו או המשכתו של הליך נפל – למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת – נגד אדם" (ס' 60 לפקודת הנזיקין (ההדגשה הוספה)), או למשל, אחת מהגנות עוולת התקיפה הקובעת כי "בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע" (ס' 24(8) לפקודת הנזיקין (ההדגשה הוספה)).

121 ניתן לטעון כי עוולת הרשלנות ממילא טומנת בחובה היבטים שהם "מקבילה" לאלה של עקרון תום הלב, כמציבה "סטנדרטים אובייקטיביים". כך למשל יטען הטוען כי חובת הזהירות, הקשר הסיבתי העובדתי והקשר הסיבתי המשפטי הם מושגי שסתום בדיני נזיקין שניתן להפעילם לפי מסכת נסיבות ספציפית תוך גמישות יחסית. נקודת מבט שכזו חורגת מגבולות מאמר זה ולכן לא יורחב הדיון בה.

122 בשולי הדברים, יוזכר קיומם של פיצויים עונשיים, אשר לא הוכר להלכה במשפטנו אלא במקרים חריגים בלבד (להצגה מפורטת של הפסיקה הרלוונטית במשפטנו לעניין פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין, ראו אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 97 (2013); אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" מחקרי משפט כט 571 (2014)). ייתכן שבמסגרתם ניתן לראות עדות בעוולת הרשלנות לתחולתו של עקרון תום הלב בבואם להעניש ולהוקיע חברתית את המעוול על מעשיו (שם; ע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא (פורסם בנבו, 20.5.2010)).

123 ע"א 7731/11 צוריאל אגודה שיתופית להתיישבות חקלאית בע"מ נ' אביטן (פורסם בנבו, 15.8.2013).

124 דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 25 (גד טרסקי עורך, 1970); גלעד, לעיל ה"ש 68, כותב בעמ' 391: "מתבלטות, שלא לחיוב, שתי תופעות: התופעה האחת היא תחושה שיפוטית כי בסוגיית מטרות הנזיקין קיימים 'תוהו ובהו', 'מבוכה ומבולקה', בשל ריבוי הכותבים והדעות בנושא תחושה זו יוצרת נטייה להיצמד ל'מוכר ולמוסכם', שהוא עקרון השבת המצב לקדמותו אף על פי שעקרון זה אינו מטרה של דיני הנזיקין אלא אמצעי להגשמת מטרותיהם"; פרופ' אריאל פורת מצביע בספרו על שתי מטרות עיוניות

להעניק תוקף משפטי לרצון הצדדים לחוזה.¹²⁵ הבדל מרכזי נוסף בין דיני הנזיקין לדיני החוזים הוא מקור החובה: מקור החובה בדיני חוזים הוא בהסכמת הצדדים שמקורה בחוזה שלו הסכימו יחדיו, ומקור החובה בדיני נזיקין נעוץ בהפרתו של סטנדרט שמקורו בחוק – יציר המחוקק.

חרף קיומם של הבדלים אלה ואחרים בין המטריות הנזיקית והחוזית אבקש להצביע על כמה נקודות דמיון מעוררות מחשבה המתגלות בהשוואה בין הפגיעה באוטונומיה ועקרון תום הלב, החל מהליך צמיחת השניים במשפטנו, דרך מאפייניהם המשותפים, וכלה בביקורות דומות שהושמעו על התפתחותם במשפטנו. חיבור זה בין השניים ועמידה על מאפייניהם המשותפים, כמו גם אלה הייחודיים לפגיעה באוטונומיה אשר יידונו בהמשך, עשוי להאיר מנקודת מבט שונה את הדרך המשפטית שראוי לנקוט כלפי הפגיעה באוטונומיה והליך התפתחותה.

1. צמיחה מתוך חסר

עת בוחנים את נסיבות ראשית צמיחתם של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין ושל תום הלב בדיני החוזים במשפטנו, נראה כי ניתן להצביע על מאפיין משותף לשניים – צמיחתם על רקע קיומו של חסר מסוים. אותו "חסר" נבחן בפנים שונות במקרים שונים: הוא עשוי להיות גירעון דוקטרינרי מסוים, או לחלופין קושי משפטי המתעורר נוכח מסכת עובדתית ספציפית. במקרים שכאלה צמיחתם של תום הלב והפגיעה באוטונומיה, כל אחד בנפרד, ריפאה במידת מה את אותו החסר. אותה "השלמת חסר" נעשתה במסגרת פסקי דין מרכזיים בתחומם אשר אפשרו את סרטוט קווי המתאר של תום הלב בדיני חוזים ושל הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין – ואלה הפכו להלכות מנחות במקרים הבאים לבוא.

באשר לעקרון הפגיעה באוטונומיה, פסיקתו של בית המשפט בעניין דעקה, אשר נדונה בהרחבה לעיל, בה נוצרה לראשונה הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, אפשרה מבחינה מעשית "התגברות" על חסרוננו של הקשר הסיבתי בין התנהגות הרופאים לבין הנזק הפיזי שנגרם לדעקה, ובכך התאפשר לפסוק פיצוי לדעקה אשר לא היה מתאפשר באמצעות הכלים הנזיקיים שהיו בנמצא עובר ליצירתה של הפגיעה באוטונומיה, בשל היעדרו של הקשר הסיבתי.¹²⁶ בדומה ניתן להצביע על כך שבעניין תנובה א – המקרה אשר סלל את החלתו של עקרון הפגיעה באוטונומיה גם בתביעות צרכניות ולא רק בתביעות רפואיות –

כלליות של דיני הנזיקין – צדק מתקן והרתעה יעילה – אשר לעתים מצטרפת לאחרונה מטרת הצדק החלוקתי (אריאל פורת נזיקין כרך א 21–86 (2013)).

¹²⁵ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 115, כרך ג, בעמ' 234–235.

¹²⁶ ראו למשל עניין עזובן צבי, לעיל ה"ש 28, פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין: "פיתוחה של הלכת הפגיעה באוטונומיה של החולה – ובכלל העברת הנושא לפתח רשלנות – בא גם נוכח אי הנוחות שחש בית המשפט בייחוס 'תקיפה' לרופא"; עניין קדוש, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית: "בעניין דעקה, עמדה השופטת בינינו (כתוארה אז) בהרחבה, על כך שראוי להגביל את השימוש בעוולת התקיפה למקרים קיצוניים בלבד, כמו טיפול שניתן בעל כורחו של המטופל או טיפול השונה מהותית מהטיפול לו הסכים המטופל. זאת, מאחר שעוולת התקיפה נתפסת כעולה בקנה אחד עם התנהגות אלימה ואנטי-חברתית, וככזו, אינה מהווה אכסניה מתאימה ליחסי רופא-מטופל. דומה כי גישה זו הלכה והשתרשה בפסיקה".

בחר בית המשפט להכיר בפגיעה באוטונומיה של הצרכן שעה שלא הייתה פתוחה בפניו דרך אחרת לאישור התובענה הייצוגית נגד תנובה, היות שהפיצוי בשל הנזק שהתבקש בתביעה היה בגין הפגיעה באוטונומיה גופה.¹²⁷ אם כן, נסיבות צמיחתו של עקרון הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין, הן בתביעות רפואיות והן בתביעות צרכניות, התאפיינו בחסר מסוים בצמיחתו "מילאה" ואפשרה הגעה לתוצאות משפטיות חדשניות בשעתה. כך גם בעניין מגמות ההרחבה האחרות שאפיינו את התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה ושנדונו בהרחבה לעיל.¹²⁸

באשר לתום הלב בדיני חוזים, מקורו בשיטות המשפט הקונטיננטליות,¹²⁹ והוא עוגן חקיקתי בחוק החוזים (חלק כללי) בשנת 1973.¹³⁰ אמנם כיום יש הסכמה רחבה כי לעקרון תום הלב מעמד "מלכותי"¹³¹ בדיני החוזים, אולם בשעתו, עם עיגונו החקיקתי, לא היה ברור כלל ועיקר כיצד ייקלט במשפטנו. היו מלומדים שראו בכך אתגר עיוני ומעשי בפני אנשי המשפט בארץ, אשר היו מורגלים באדנים אנגליים לדיני החוזים, ואף היו מי שסברו שייתכן שיהפוך תום הלב לאות מתה ולא יהיה בעל השלכה ממשית במשפטנו.¹³² המקור הרעיוני וההיסטורי של סעיף 12 לחוק החוזים הוא תורת "האשם בהתקשרות" (Culpa in Contrahendo), ושל סעיף 39 לחוק החוזים – תורת "האשם בביצוע" (Culpa in Faciendo), אשר נוסחו בידי המלומד יהרינג.¹³³ אף שהיו מי שטענו שלשון הסעיפים שקבע המחוקק במשפטנו הרחיבה קמעה את היקפן של התורות המקוריות שמהן הם ינקו,¹³⁴ אין חולק כי אופיו של עקרון תום הלב בדיני החוזים במשפטנו התעצב והורחב בעיקרו בפסיקה באופן קאזואיסטי מפסק דין אחד למשנהו. צמיחתו הנרחבת התקיימה בפסקי דין אשר הרחיבו גבולותיו באופן שהוביל לתוצאות משפטיות חדשניות. תום הלב בדיני החוזים למעשה החל לשמש תחליף מהותי לדרישות אימננטיות של הטלת חיובים חוזיים על מי מהצדדים על ידי בית המשפט. רבות נכתב על התפתחותו הפסיקתית של תום הלב בדיני החוזים ומשכך נעמוד להלן בקצרה על מהלכי ההרחבה החשובים אשר מילאו בשעתם לראשונה את ה"חסר" שבמרכז דיונו ההשוואתי לפיתוחה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. מבחינה כרונולוגית נראה כי פסק הדין החשוב הראשון לעניין זה שבמסגרתו הורחב תום הלב הרחבה ייחודית היה של השופט (כתוארו אז) ברק בעניין שירותי תחבורה, שניתן

127 יוזכר כי בעניין תנובה א, לעיל ה"ש 11, נחשבו "תחושות הגועל" אך ביטוי תוצאתי הנובע מהפגיעה באוטונומיה, אולם הפיצוי התבקש עבור הפגיעה ולא עבור תחושות הגועל. רק בהמשך, בעניין תנובה ב, לעיל ה"ש 83, הבחין בית המשפט בין קבוצת הצרכנים שחוו נזק תוצאתי-טובייקטיבי ולפיכך זכאים לפיצוי, לבין קבוצת הצרכנים שלא חוותה נזק זה ולפיכך אינם זכאים לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה. וראו פרק ב.1 לעיל.

128 ראו פרק א.1 לעיל.

129 יואל זוסמן "תום לב" בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני "עיוני משפט" 485 ו (1978); מרדכי א' ראבילו פרקים בדיני חיובים – מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש 169–172 (1977).

130 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים).

131 ראו עניין יבין פלסט בע"מ, לעיל ה"ש 117, בעמ' 708.

132 שלו "סעיף 12", לעיל ה"ש 116, בעמ' 119.

133 להרחבה ראו זוסמן, לעיל ה"ש 129.

134 שלו "סעיף 12", לעיל ה"ש 116, בעמ' 130–131.

בתחילת שנות השמונים.¹³⁵ השופט ברק קבע בפסק דינו כי תום הלב בדיני חוזים "עשוי להטיל על בעלי החוזה חובות נוספות, שזכרן אינו בא בחוזה עצמו, אך המתבקשות מהצורך להביא להגשמת החוזה בדרך מקובלת ובתום-לב".¹³⁶ בכתביו הבהיר אף מפורש יותר כי שימוש שכזה בעקרון תום הלב נעשה בשל קיומו של חסר מסוים, בכתבו: "יש להשקיף על 'עקרון תום הלב כעל נורמה משלימה למילוי חסר'".¹³⁷ בכך הוכר כוחו של עקרון תום הלב בדיני חוזים כמייצר חיובים חדשים לתוך החוזה. נקל להבין עד כמה פסיקה זו הייתה חדשנית ומרחיבה בשעתה במסגרת דיני החוזים, אשר בבסיסם המקורי מונחים עקרון חופש החוזים ומתן התוקף המשפטי לרצון הצדדים.¹³⁸

כמה שנים מאוחר יותר ניתנו בבית המשפט העליון כמה פסקי דין חשובים נוספים לעניין זה אשר הרחיבו תחולתו של תום הלב כמשפיע לא רק על תוכן החיובים בין הצדדים לחוזה אלא גם על שאלת עצם כריתת החוזה. במסגרת זאת שימש עקרון תום הלב אמצעי שיפוטי לקביעה שמא נכרת חוזה בין הצדדים הגם שהיה חסר בתנאים הסטטוטוריים הנדרשים לכריתתו: דרישת ההצעה, דרישת הקיבול וכן הדרישה לעריכתו של חוזה בכתב במקרים שבהם מדובר בחוזה מקרקעין.¹³⁹ במקרים אלו הוביל תום הלב להקלה ניכרת בכניסה אל תחום החבות החוזית.¹⁴⁰ הסנונית הראשונה בהקשר זה הייתה עמדתה של השופטת בן-פורת בעניין זפניק,¹⁴¹ לפיה במקרים שבהם חוסר תום לב של מי מהצדדים גרם לאי-ביצוע פעולות מסוימות שהיו מובילות לכריתת החוזה בפועל תרופה אפשרית היא להתייחס למקרים כאלה כאילו בוצעו בהם הפעולות, ומכאן שנכרת חוזה על כל המשתמע מכך. באמצעות פסיקה זו ניתן היה באותו מקרה להכיר עקרונית בתוקף חיובי החוזה הנדון מכוח עקרון תום הלב אף שבנסיבות המקרה לא התקיימה בפועל דרישת הקיבול הסטטוטורית הדרושה לכריתתו של חוזה מחייב.¹⁴² שנים אחדות לאחר מכן מילא תום הלב גם את חסרונה של דרישת הכתב הסטטוטורית הנדרשת בעסקאות מקרקעין.¹⁴³ כך נפסק בעניין זוננשטיין בעמדת מיעוט של השופט ברק,¹⁴⁴ ובעניין קלמר הפכה עמדה זו להלכה.¹⁴⁵ בכך למעשה אפשרה צמיחתו של תום הלב קיומם של חיובים חוזיים חדשים וכן

135 בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828 (1980).

136 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט ברק.

137 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 225 (2001) (ההדגשה הוספה).

138 כך למשל בכמה פסקי דין ביסס בית המשפט העליון שערוך חובות חוזיים לתשלום כסף על עקרון תום הלב, ובכך ביטל את ההוראות החוזיות הקיימות והחליף אותן בהסדר חוזי חדש (ראו ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לט(1) 693, 699 (1985); ע"א 627/84 נודל נ' עובד פינטו, פ"ד מ(4) 477, 484 (1986)).

139 ס' 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

140 להרחבה על מגמות אלה ראו המאמר המקיף משנת 1990 של שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33, 35 (1991).

141 ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק, פ"ד לז(1) 579 (1983).

142 שם. במקרה הספציפי זה היה בגדר הערה ולא החילו זאת.

143 ראו לעיל ה"ש 139.

144 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ"ד מב(2) 278, 289 (1988).

145 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996).

הכרה בעצם כריתתו של חוזה מחייב חרף היעדר דרישות שנתפסו בשעתן כאימננטיות לכריתתו.¹⁴⁶

היבט אחר בצמיחתו של תום הלב, המתאפיין גם הוא בצמיחה על רקע נסיבות של חסר, בא לידי ביטוי בפסק הדין בעניין פנידר.¹⁴⁷ שם נקבע כי ניתן להטיל חבות בפיצויים בשל הפרת חובת תום הלב על מי שהיה צד למשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה גם אם איננו צד לחוזה שנכרת וגם אם לא נכרת חוזה כלל. מקריאה ביקורתית של פסק הדין ניתן לטעון כי במקרה המדובר החסר אשר היווה את הרקע להתממשותה של צמיחת עקרון תום הלב בפסק הדין מגולם בהיעדר האפשרות להשית את החיוב על שכמי החברה, שהייתה הצד לחוזה, מכיוון שבנסיבות המקרה לא הייתה מסוגלת החברה לפרוע חובותיה. לשון פסק הדין בדיון הנוסף במקרה איננה כופרת בשימוש המשפטי שנעשה בעקרון תום הלב לשם מילוי חסר זה הנובע מחדלות פירעון החברה: "במקרה שלפנינו, למשל, משפטה החברה את הרגל, יכול ורשאי המשיב לראות בבן-שיחו למשא ומתן את איש ריבו".¹⁴⁸ צמיחתו זו של תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה כחלה גם על צדדים שלישיים הייתה מהלך הרחבה נוסף של תום הלב בדיני חוזים.

נראה אפוא כי תפקידם המעשי של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין ותום הלב בדיני חוזים היה בעל משמעות שלא תסולא בפז בכל הנוגע ליצירת חבירות חדשות שלא התאפשרו בלעדיהם, וכי השניים תפקדו כאמצעים משפטיים אשר מילאו חסרים מסוימים במטריה המשפטית שבה פעלו. עד כאן דנו בעיקר בשאלת עצם הטלת החבות, אם הנזיקית ואם החוזית, אולם לפגיעה באוטונומיה ולתום הלב מן המשותף לא רק לעניין הרחבת גבולותיה של החבות, אלא גם בהיותם אמצעים משפטיים רחבים שביכולתם להגדיל במידה ניכרת את סכום הפיצויים הנפסק בגין החבות. נדון במאפיין משותף זה של השניים להלן.

2. עילות חולשות המגדילות את שיעור הפיצוי

למאפיין זה, המשותף לפגיעה באוטונומיה ולתום הלב, שני היבטים: ראשית, היקף התפרסותם בדוקטרינה שבה הם פועלים; שנית, השפעתם על סכום הפיצוי שנפסק. אשר להיבט הראשון, היקף התפרסותם, כל אחד בתחומי שלו, רחב ביותר. ביחס לפגיעה באוטונומיה, כנודן בהרחבה לעיל,¹⁴⁹ אף שנולדה בפסקי דין שבהם עמדה היא לבדה כאמצעי בלעדיו אין פסיקת נזק בתיק, ככל שהתפתחה בפסיקה הפכה היא לראש נזק אשר ניתן לפסוק בגינו פיצויים לצד ראשי נזק אחרים באותו מקרה.¹⁵⁰ אם חוזרים אנו להגדרה הבסיסית של מהי פגיעה באוטונומיה של אדם, כזו המפריעה לו "לספר את סיפור חייו",¹⁵¹

146 לצד זאת ראוי להזכיר כי הרחבות נוספות בוצעו בבתי המשפט באמצעות פרשנותו של עקרון תום הלב. ראו למשל את ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995). התמקדותנו כאן בהחלה ישירה של סעיפים ס' 12 ו-39 לחוק החוזים ולא בפרשנות שניתנה לעקרון תום הלב ובהרחבות שגורה.

147 ד"ר 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983).

148 שם, בעמ' 685 (ההדגשה הוספה).

149 ראו פרק א.1 לעיל.

150 ראו למשל עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 40, וכן לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 52.

151 JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 370 (1986).

מתחוויר כי מבחינה עיונית ניתן לכאורה להצמיד לכל מופע של נזק באשר הוא את הפגיעה באוטונומיה כעניין נלווה: כשפוגעים בגוף הרי שבוצעה גם פגיעה באוטונומיה של הפרט; כשנגרם נזק ממוני הרי שנפגעת האוטונומיה הכלכלית של הפרט; כשמסיגים גבול לקניין הפרט הרי שפוגעים באוטונומיה של המחזיק בו וכו' – יוצא שכל נזק פוגע בצורה זו או אחרת באוטונומיה של האדם. לפיכך מן הבחינה העיונית ניתן לראות בפגיעה באוטונומיה טיעון נלווה כמעט לכל תביעה ברשלנות, ללא קשר הכרחי לראשי הנזק האחרים המבוקשים בהליך או לעוולות נטענות אחרות. וכפי שראינו בפסקי הדין שנדונו לעיל, כך פועלים בעלי דין בפועל.¹⁵² גם בכל הנוגע לטענת תום הלב בתביעות חוזיות, שילובם של סעיפים 12 ו-39 הוביל לכך שעקרון תום הלב חולש על כל שלב לקראת כריתתו של חוזה, וכן חל על כל עניין משעה שנחתם חוזה. טיעון בדבר חוסר תום לב לא הוכר בחקיקה או בפסיקה כטיעון חלופי לטיעון אחר חרף קיומן בחוק של עילות היונקות מעקרון תום הלב (כגון הטעיה, עושה וכפייה) אשר גם אותן ניתן ונהוג לטעון לצד טענות הנוגעות לתום לבם של הצדדים.¹⁵³

אשר להיבט השני, הן לפגיעה באוטונומיה והן לעקרון תום הלב השפעה אפקטיבית לא מבוטלת על קביעת סכום הפיצוי הנפסק. כנדון בהרחבה לעיל,¹⁵⁴ הפגיעה באוטונומיה אפשרה לתובעים לקבל פיצויים כספיים גבוהים שבעבר לא היה באפשרותם לקבל.¹⁵⁵ באשר לתום הלב, לדיוננו בעניין צמיחתו בפסקי דין מרכזיים על רקעו של חסר יש השלכות ישירות גם לעניין הסעדים שניתן לפסוק בגינו. ההרחבות בעניין החבות החוזית (הגם שחלקן היו בעמדת מיעוט, או לחלופין לא הופעלו בפועל במסגרת המקרה הנדון)¹⁵⁶ סללו את הדרך לפסיקות מרחיבות נוספות בהמשך אשר אפשרו הגדלת קשת הסעדים הנפסקים בגין הפרת עקרון תום הלב. בולטת במיוחד בהקשר זה הרחבת פירוש סעיף 12 לחוק החוזים ככזה היכול להקנות סעדים שאינם מתבססים אך על אינטרס ההסתמכות, שהוא

152 ראו פרוקציה וקלמנט, לעיל ה"ש 86, בעמ' 12, ה"ש 9. בפסיקה הובע חשש בעניין זה, עליו עמד למשל השופט עמית בעניין קדוש, לעיל ה"ש 54, פס' 74 לפסק דינו: "מדוע לא נכיר בפגיעה באוטונומיה גם בתביעת רשלנות נגד מהנדס אשר לא גילה ללקוחו כי היו מספר אלטרנטיבות לבניית הקיר התומך, או נגד עורך דין שלא גילה ללקוחו כי עומדות בפניו מספר דרכים לניהול המשפט? ואם תאמר כי הפגיעה באוטונומיה מוגבלת לנזקי גוף בלבד, מדוע לא להכיר בראש נזק זה בכל עוולה של תקיפה, כאשר ראובן תוקף וחובל בשמעון וגורם לו נזק גוף משמעותי. שהרי מעבר לנזק הממוני והלא ממוני שנגרם לשמעון עקב חבלת הגוף אשר שינתה את סיפור חייו, אף נגרמה פגיעה לאוטונומיה שלו. או, מדוע לא תוכר פגיעה באוטונומיה במקרה של תאונות דרכים החוסה תחת משטר של אחריות מוחלטת, או בתאונות עבודה וכיו"ב [...]"; ובעניין בן-צבי, לעיל ה"ש 40, פס' 29 לפסק דינו: "הפגיעה באוטונומיה הולכת ותופסת מקום של כבוד כמעט בכל תביעה בגין רשלנות רפואית".

153 עקרון תום הלב הגלום בס' 12 לחוק החוזים הוא סינתזה של העילות המסורתיות לביטול חוזה, והוא טומן בחובו יסודות של הטעיה, עושה, כפייה ואף תקנת הציבור. בכל מקרה שבו קמה אחת העילות הנזכרות יש גם היעדר תום לב. אולם ייתכנו מקרים שבהם אין היעדר תום הלב מגיע כדי אחת העילות המוגדרות. במקרים אלה תעמוד עילת החיוב שבסעיף 12 בפני עצמה, שהיא רחבה מתחולת העילות הספציפיות האחרות. נקודה זו נדונה בע"א 4839/92 גנו נ' כץ, פ"ד מח(4) 749 (1994), שם עלתה השאלה אם כאשר לא התקיימו כל תנאי עילת העושה אפשר להחיל על העניין את עילת תום הלב.

154 ראו פרק א.1 לעיל.

155 ראו הטקסט הסמוך לה"ש 26–27 לעיל.

156 ראו עניין זפניק, לעיל ה"ש 141; עניין זוננשטיין, לעיל ה"ש 144.

המקור העיוני ההיסטורי לחקיקת סעיף 12, אלא גם כמגן על אינטרס הציפייה במקרים מסוימים.¹⁵⁷ בפסקי הדין בעניין שירותי תחבורה ובעניין זפניק היו גם הערות של השופטים ברק ובן-פורת כי עקרון תום הלב איננו מוגבל אך לפיצויים שליליים, וכי רשימת הסעדים שניתן להעניק בגינו איננה סגורה או ממצה.¹⁵⁸ עניין זה הגיע לשיאו בפסק הדין בעניין קל בנין,¹⁵⁹ שבו נפסקו בהסתמך על סעיף 12 פיצויי קיום בגין אבדן רווח פוטנציאלי מחוזה בין שני צדדים פרטיים, מן הנימוק שהיעדרו של תום הלב במשא ומתן הוא שמנע את שכלול החוזה.¹⁶⁰ בכך הורחבה קשת הסעדים, וכפועל יוצא מזה גם שיעור הפיצויים שניתן לפסוק בשל הפרת תום הלב.

על כל זאת יש להוסיף ולהזכיר כי העיקרון הבסיסי דיני החוזים הוא שהנפגע מההפרה יכול לבחור תרופות ולצרפן כרצונו, ובלבד שאינן סותרות זו את זו ושאינן מובילות לכפל תרופה.¹⁶¹ על נפגע המבקש לזכות בפיצויים להוכיח שהפרת החוזה הסבה לו נזק וכן להוכיח שיעורו של אותו הנזק.¹⁶² עם זאת פרופ' גבריאלה שלו וד"ר יהודה אדר מציינים בספרם שיש להודות כי בפועל שופטים בערכאות הדיוניות מעדיפים לעתים לפסוק פיצויים בדרך של אומדנה הגם שלא הובאו ראיות מספיקות להערכת שיעורו של הנזק, ולא לדחות לחלוטין את פסיקת הפיצויים.¹⁶³ שיעור הפיצויים הנפסקים בגין הפרה של עקרון תום הלב כרוך כאמור בשאלת הוכחת הנזק הספציפי שנגרם בתיק הנדון. מבחינה זו "אין גבול" לשיעור הפיצוי שניתן להעניק בגין הפרת תום הלב, והדבר תלוי בנסיבות המקרה ובנזקים הספציפיים שהסבה ההתנהגות חסרת תום הלב שבגינה יש לפצות, וכן נתון הדבר לשיקול דעת שיפוטי רב. נקודת המוצא הבסיסית היא כי כל נזק שיקושר לחוסר תום לבו של הצד השני – יכול עקרונית להקים חיוב לפיצויים.

השילוב אפוא של שני ההיבטים גם יחד – היותם עקרונות רחבים וחולשים במסגרת הדוקטרינה המשפטית שלהם וכן היותם מאפשרים אפקטיבית הגדלת שיעור הפיצויים הנפסקים – הוא נקודת דמיון משותפת לפגיעה באוטונומיה ולתום הלב. מאפיין משותף זה מבטא את "כוחם" הבלתי מבוטל של תום הלב במסגרת הדוקטרינה של דיני חוזים ושל הפגיעה באוטונומיה במסגרת הדוקטרינה של דיני נזיקין. הוא משקף את ההרחבה הניכרת של גבולות האחריות ואת משקלה הרב.

157 להרחבה ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארכוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 913) "משפטים לד' 91 (2004).

158 עניין שירותי תחבורה, לעיל ה"ש 135, בעמ' 838–834; עניין זפניק, לעיל ה"ש 141, בעמ' 582.

159 ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).

160 עם זאת בפסק הדין בעניין ע"א 434/07 פרינץ נ' אמירים מושב עובדים של צמחונים וטבעונים (פורסם בנבו, 14.6.2009) הודגש כי הפיצויים החיוביים בגין ס' 12 לחוק החוזים שמורים למקרים חריגים בלבד המצדיקים זאת, וכי דרך המלך בעניינים היא פסיקת פיצויי הסתמכות (שם, פס' כג, כט לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

161 ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45 (1992).

162 גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 345 (2009); ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה(2) 800 (1981).

163 שלו ואדר, לעיל ה"ש 162, בעמ' 348–349.

3. התנגדויות דומות להרחבתם

נקודת דמיון נוספת, הגם שעקיפה במידת מה, ניתן למצוא בהתנגדויות שהועלו נגד מגמות ההרחבה של הפגיעה באוטונומיה ושל תום הלב. נימוקיהם של מבכרי המגמות לצמצום תחולתה של הפגיעה באוטונומיה יונקים מטעמים ומביקורות הדומות לאלה שהושמעו נגד עלייתו של תום הלב במשפטנו בשעתו. הדמיון נשען על שני צירי ביקורת מרכזיים שהושמעו נגד השניים: האחד הוא החשש מטשטוש דוקטרינרי שעשוי להיווצר מהחלה מרחיבה של תום הלב בדיני חוזים או של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין; השני, שקשור בטבורו אל קודמו, הוא החשש מפגיעה בוודאות משפטית שתיווצר ככל שתהיה נכונות להחיל את השניים, כל אחד בתחומו הוא.

ביקורות הושמעו על כל פסקי הדין העיקריים שעליהם עמדנו לעיל, אשר הרחיבו במידה ניכרת את התפרסותו של תום הלב בדיני החוזים. למשל, הוטחה בספרות ביקורת רבה כנגד פסיקת בית המשפט בעניין *שירותי תחבורה* בדבר כוחו של עקרון תום הלב כמייצר חיובים חדשים לתוך החוזה. נטען כי החיובים הנוספים הללו שמייצר עקרון תום הלב אל תוך החוזה עשויים להיות כאלה שהצדדים האמתיים לחוזה לא נתנו דעתם עליהם מעולם, ולכן פסיקתו של בית המשפט איננה ראויה ופוגעת בוודאות המשפטית ובחופש החוזים.¹⁶⁴ בנוסף, היו אף שסברו שמבחינה מוסדית שופטים אינם מצוידים בכישורים הנדרשים על מנת לקבוע כהלכה תוכניהם של חוזים.¹⁶⁵ גם כנגד ההלכה בעניין *זפניק*, שלפיה במקרים שבהם תום הלב הוא שמנע את כריתת החוזה ניתן לראות בחוזה כאילו נכרת – הוטחה ביקורת מלומדים.¹⁶⁶ במיוחד הובע החשש כי פסיקתה של השופטת בן פורת מאיימת לטשטש את הגבולות הדוקטרינריים-מושגיים בין השלב הטרם-חוזי לבין השלב החוזי, הפרדה המשמשת הן בסיס תאורטי המסביר כללים חוזיים אחרים והן מטרה בפני עצמה שלהגשמתה נוצרו מבחנים מיוחדים.¹⁶⁷ למול הפסיקה בעניין *זוננשטיין* שבה נקבע כי תום הלב יכול להתגבר על דרישת הכתב בחוזי מקרקעין, הוטחה ביקורת דומה, ונטען כי היא פוגמת בוודאות המשפטית שמקנה החוק ומטשטשת את הגבולות בין השלב הטרם-חוזי לבין השלב החוזי.¹⁶⁸ ביקורות דומות הושמעו גם נגד פסק הדין בעניין *קל בנין*, שקבע כי סעיף 12 עשוי להקים עילה לפיצויים חיוביים. נטען כי במישור הנסיבתי, עניין *קל בנין* לא הצביע כלל על קיומו של חוסר תום לב, בוודאי לא כה קיצוני שראוי לבצע בו הרחבה מרחיקת לכת כפי שבוצעה. ממילא, כך נטען, הלכה זו איננה מתיישבת עם המקור ההיסטורי לסעיף 12, ואף לא עם לשון הסעיף, ומובילה לבלבול דוקטרינרי בדיני

164 גואלטירו פרוקצ'יה "קווים לתורת תום-הלב" *עיוני משפט* יג 41, 66–68 (1988).

165 מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת המשך התפתחותם של דיני החוזים בישראל" *עיוני משפט* כט 17 (2005).

166 סיני דריטש "סעיף 12 לחוק החוזים: האומנם תרופה לכל מכאוב?" *מחקרי משפט* ד 39 (1986).

167 גבריאלה שלו "הבטחה, השתק ותום לב" *משפטים* טז 295, 330–331 (1986). ראו גם הלה קרן "בתום לב אך לא בדרך המקובלת: על ערכה של שפיטה שלא יודעת גבולות (חוזיים) מהם" *ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק* 411, 433 (2009).

168 ראו למשל גבריאלה שלו "ההליך הטרם-חוזי" *עיוני משפט* יד 293, 306 (1989); נילי כהן "צורת החוזה" *הפרקליט* לח 383, 419 (1989); קרן, לעיל ה"ש 174, בעמ' 428–429.

חוזים.¹⁶⁹ נטען שהשימוש בעקרון תום הלב הגיע להיקף פריסה כה רחב עד שיש לתהות אם הוא אינו פוגע פגיעה לא ראויה בוודאות המשפטית, ובייחוד כשעסקין בדיני חוזים כמכשיר לתכנון התנהגות עתידית ולחלוקת סיכונים עתידיים בין הצדדים לחוזה.¹⁷⁰ באשר לפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, נקל לראות את הדמיון בין שני סלעי המחלוקת המרכזיים המצויים בבסיס המגמות הפסיקטיות הסותרות באשר לעיקרון זה – חשש מטשטוש דוקטרינרי-מושגי וחשש מפגיעה בוודאות המשפטית – לבין הביקורות שהובעו נגד עקרון תום הלב בשעתו. החשש מטשטוש דוקטרינרי-מושגי נעוץ במושכלות יסוד בדיני נזיקין, שלפיהם אין חיוב נזיקי ללא עוולה חקוקה בפקודת הנזיקין, ואין פיצוי נזיקי (בעוולות הדורשות קיומו של נזק) בהיעדר נזק בר-פיצוי המוגדר בפקודה. מבחינה מושגית-מינוחית ניתן לטעון כי כמעט כל פגיעה נזיקית היא בגדר פגיעה באוטונומיה. התפרסות רחבה שכזו מאיימת "לבלוע" חלקים נרחבים מהדוקטרינה הנזיקית, לעתים עד כדי חשש מריקונם מתוכן. כך למעשה הפגיעה באוטונומיה מציעה "דרך חלופית" מקבילה לתובע לזכות בפיצויים.¹⁷¹

כמו כן יכול שייטען כי השימוש הנרחב בפגיעה באוטונומיה מעורר חשש דוקטרינרי נוסף הנוגע לטשטוש הגבולות שבין שני השלבים בהליך הנזיקי הקלאסי: האחד, שלב קביעת היקף האחריות הנזיקית של הנתבע; השני, משהוטלה אחריות נזיקית נקבעים הסעדים שעל המזיק להעניק לניזוק בגין הנזקים שנגרמו לו. ראשי נזק, מעצם טבעם, הם חלק מהשלב השני. ויכול שייטען כי ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה הוא "בן חורג" לדוקטרינה זו. הצבתה של הפגיעה באוטונומיה כראש נזק אשר תנאי לפיצוי בגינו הוא נזק תוצאתי-סובייקטיבי נוסף הנובע מהפגיעה באוטונומיה מעלה את השאלה – מהי אפוא ההתנהגות העוולתית? מצב עניינים זה שבו בית המשפט דורש קיומו של נזק תוצאתי שנגרם מהפגיעה באוטונומיה עשוי להחזיר לכאורה את הפגיעה באוטונומיה אל השלב

169 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 159–163 (2005).

170 מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – "קווים אדומים" לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח 261, 262 (1993). מנגד, יש הסוברים כי דווקא בשימוש העקיב של בית המשפט, בבואו להפעיל שיקול דעת רחב, ביישום עקרון תום הלב, אין כדי לפגוע בוודאות המשפטית אלא אף ההפך הוא הנכון, ולכן החששות אינם מוצדקים (ראו למשל עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר" עיוני משפט כג 11, 25 (2000)).

171 השופט עמית עמד גם על חשש זה: "[...] הפגיעה באוטונומיה הולכת ותופסת מקום של כבוד כמעט בכל תביעה בגין רשלנות רפואית. הכרה בפגיעה באוטונומיה כנזק העומד בפני עצמו – במנותק מראש הנזק הלא ממוני – משמעה כי ניתן לפסוק פיצויים לפלוני בכל מקרה בו לא ניתנה הסכמה מדעת, גם כאשר הניתוח הצליח ולא נגרם כל נזק גוף בעקבותיו. לטעמי, ובאספקלריה של מדיניות משפטית, תוצאה זו אינה רצויה בעליל" (עניין בן-צבי, לעיל ה"ש 40, פס' 29 לפסק דינו). יצוין כי עוד בפרשת דעקה עמד השופט אור על האפשרות שתועלה טענת הצפת בתי המשפט נגד ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה ודחה טענה זו משום שהיא ספקולטיבית ולרוב איננה מתממשת כלל (עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, פס' 23 לפסק דינו). עוד על אודות סוגיה זו ראו ע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט (2) 57 (1975).

הראשון ולהתייחס אליה הלכה למעשה כאל ההתנהגות העוולתית באופן הסותר את מיקומה הגאומטרי מבחינה דוקטרינרית.¹⁷² החשש מפגיעה בוודאות המשפטית כרוך גם הוא בשאלת תחולתה של הפגיעה באוטונומיה. היות הנזק של פגיעה באוטונומיה כזה המערב תחושות והערכה סובייקטיבית של הפרט מוביל למצב שבו מוטל ערפל באשר לטיבו והיקפו, ולפיכך הדבר מקרין גם על הערכת סיכוייהם וסיכוניהם של המשתתפים בהליך המשפטי – המזיק והניזוק. ניתן לטעון כי מאפיין משותף זה מתיישב עם היות הפגיעה באוטונומיה ותום הלב סטנדרטים הנוגעים ל"צפונות הלב",¹⁷³ המגדילים את מרווח הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי ובכך מובילים לחוסר יציבות.¹⁷⁴ עולה אפוא כי הביקורות המרכזיות שהושמעו בשעתן נגד הרחבתו של עקרון תום הלב בדיני החוזים דומות לחששות שמביעים המתנגדים להמשך המגמה להרחבתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני הנזיקין.

ד. ייחודיות התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה

אף שניתן למצוא נקודות דמיון מעניינות בין אופן התפתחותה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין לבין אופן התפתחות תום הלב בדיני חוזים, יש מאפיינים הייחודיים לפגיעה באוטונומיה והם אשר בין השאר מצויים בלב סלעי המחלוקת הפסיקתית המלווה את התפתחותה בדיני נזיקין.

מאפיין אחד הוא שהפגיעה באוטונומיה מתייחסת אל התובע, ואילו עקרון תום הלב בוחן כיצד התנהל הנתבע.¹⁷⁵ נראה כי להבדל זה השלכה דיונית הגוררת הבדל מסוים בין הגמישות השיפוטית בנוגע לטענות הצדדים על פגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין לבין הגמישות השיפוטית בנוגע לטענות הצדדים בדבר תום הלב בדיני חוזים. כאשר התובע

¹⁷² נראה מדבריו של השופט עמית בפרשת סלומון, לעיל ה"ש 91, פס' 28 לפסק דינו, כי חרף ביכורו את הגישה המצמצמת הוא ער לקושי המושגי הגלום בכך, בציינו: "למרות 'הרהורי כפירה' שהועלו לגבי מהותה של הפגיעה באוטונומיה, הדעה המקובלת כיום היא שאין מדובר בעוולה אלא בראש נזק. זאת, למרות שסיווג זה אינו חף מקושי מושגי".

¹⁷³ בנימין פורת "תום לב: עיון מושגי השוואתי" משפטים 603 (2016).

¹⁷⁴ להרחבה ראו מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, ה"ש 69 (2005); בהקשר זה יפה קביעתו של השופט עמית בעניין היטשטשות הגבולות בין ענפי משפט שונים, לרבות הגבול שבין דיני הנזיקין לערכים מהמשפט הציבורי, כיוצאת אי-וודאות משפטית אשר איננה ראויה: "יש לזכור כי גם ליציבות המשפטית ערך משל עצמה, ויכול הטוען לטעון כי יציבות משפטית היא חלק מזכות הקניין במובן הרחב. ודאות היא כלי עבודה לצדדים המתדיינים, הוודאות מביאה ליציבות, וכאשר יש יציבות הפרט יכול לכלכל מעשיו בהתאם. פגיעה ביציבות פוגעת בערכים החשובים לחיי מסחר תקינים כמו יציבות וודאות כשלעצמה, דינמיות מסחרית, יכולת תכנון ואינטרס ההסתכמות ואינטרס הציפיות" (יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים 17, 38 (2011)).

¹⁷⁵ לשם דיוק הדברים יובהר כי אין מדובר בדיכטומיה גמורה היות שתום הלב אמנם בוחן את התנהגות הנתבע, אך הוא בוחן אותו באספקלריה של התנהגות הצד השני להסכם. וכן שהפגיעה באוטונומיה אמנם בוחנת קודם כול את התובע, שכן מדובר ביסוד של נזק, אך גם היא מעוצבת על רקע התנהגות הנתבע והפרת החובה שלו לספק לתובע מידע ראוי.

החוזי טוען לחוסר תום לבו של הנתבע, ניצבות בפניו טענות הגנה עובדתיות של הנתבע הנוגעות לתום לבו שלו-עצמו. לעומת זאת כאשר התובע הנזיקי טוען כי נפגעה האוטונומיה שלו, נראה כי טענות ההגנה של הנתבע בעניין זה, בבואו לטעון כי לא נפגעה האוטונומיה של התובע, מוגבלות הרבה יותר מכיוון שלנתבע ממילא גישה פחותה למידע הנוגע לפגיעה באוטונומיה של התובע ולנזק הסובייקטיבי שנסב לו. היות שבאופן מובנה ההגנה של הנתבע למול הטענות בגין פגיעה באוטונומיה של התובע מוגבלת, הרי שכך גם לכאורה פותחת הגמישות השיפוטית בנוגע לאפשרות דחיית הטענות בגין הפגיעה באוטונומיה. מצב עניינים זה, שבו יתקשה הנתבע להפריך טענות התובע בגין פגיעה באוטונומיה, עשוי להוביל למצב של הגנת יתר על תובעים הטוענים לפגיעה באוטונומיה שלהם לעומת הגנת החסר של הנתבעים אשר צריכים להתמודד עם טענות אלה. נקודה זו מקבלת משנה תוקף בשל עליית השימוש בפגיעה באוטונומיה במסגרת תביעות ייצוגיות שבהן נדמה שלחברה המסחרית קשה לסתור את טענות התובעים כי נפגעה האוטונומיה שלהם, ובעיקר משעה שנקבעה החזקה בעניין תנובה ב.¹⁷⁶ ביחס לטענות הפגיעה באוטונומיה אין לנתבעים הנזיקיים הללו טענות הגנה הנוגעות להתנהלותם שלהם, כגון אלה שיש שלנתבע החוזי בבואו לטעון כי לא נהג הוא בחוסר תום לב. יודגש כי מובן שגם בבואו של נתבע חוזי להוכיח את היעדר חוסר תום לבו משתמש הוא במאפיינים אובייקטיביים הנוגעים להתנהגות הנתפסת כחסרת תום לב ולא אך בצפונות לבו הסובייקטיביים. ובכל זאת נדמה כי עדיין באמתחתו טענות הגנה אפקטיביות יותר הנובעות מכך שטענת חוסר תום הלב נוגעת אליו, לעומת הנתבע הנזיקי אשר עליו להתמודד עם טענת הפגיעה באוטונומיה הנוגעת לתובע. כשאלה הם פני הדברים, הרי שזהו היבט נוסף שדרכו ניתן להביט במשוכה שבפניה ניצב הנתבע אשר מגבילה גם את מרחב הגמישות השיפוטית במקרים הנוגעים לפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין.

מאפיין שני עוסק באומדן שיעור הפיצוי הניתן בגין הפגיעה באוטונומיה. מלבד מגמת הגדלת גובה הפיצוי הניתן בגין הפגיעה באוטונומיה בה דנו בהרחבה לעיל,¹⁷⁷ ניתן לעמוד על מאפיין נוסף של הפיצוי הנפסק – היותו סכום "עגול", המשקף מעין "אומדנת מחיר" גסה לפגיעה באוטונומיה, המְשֻׁנָּה לפיצוי בגין נזק של פגיעה באוטונומיה מחיר קבוע ואחיד יחסית. להלן תרשים המציג את סכום הפיצוי שפסק בית המשפט העליון בגין הפגיעה באוטונומיה בפסקי דין שניתנו החל מפרשת דעקה ועד לסוף שנת 2013.¹⁷⁸

¹⁷⁶ ראו פרק ב.1 לעיל.

¹⁷⁷ ראו הטקסט הסמוך לה"ש 26–27 לעיל.

¹⁷⁸ התרשים איננו כולל את פסק הדין הצרכני-ייצוגי בעניין תנובה ב, לעיל ה"ש 83. כאמור, בפסק הדין בעניין משיח, לעיל ה"ש 44, נפסקו פיצויים בגין הפגיעה באוטונומיה לאב בסך 200,000 ש"ח, והפיצויים לאם בגין הפגיעה באוטונומיה היו 100,000 ש"ח. לפיכך ומכיוון שממילא כל אחד מסכומים אלה בנפרד הוא סכום "עגול" לצורך דיונו, מוצגים הפיצויים בפסק דין בתרשים כסכום הפיצויים הממוצע של השניים, בסך 150,000 ש"ח.



כפי שניכר מהתרשים, הפיצויים הנפסקים בגין הפגיעה באוטונומיה הם לרוב "עגולים" – מאפיין המְשָׁנָה להם אופי "גנרי", מעין "Fixed Price" בגין פגיעה באוטונומיה. הדבר בולט במיוחד בפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה הנפסקים בספרה של טיפולים רפואיים שבה קשה לבצע דיפרנציאציה בין פגיעה באוטונומיה של מטופלים שונים. למעשה, מרגע שהוכרע כי נפגעה האוטונומיה של אלמוני, על השופט לפנות ולהעריך את אותו הנזק ללא אמות מידה מסוימות או מבחנים ברורים שנקבעו לכך.¹⁷⁹ לעומת זאת בפסיקת פיצויים בגין הפרת עקרון תום הלב ניתן לבחון את נסיבות המקרה לגופן ולהתאים את הפיצוי לנזקים שהצביע עליהם התובע ושבראיתו ראוי לפסוק בגינם פיצוי (כגון הצגת קבלות ששולמו בשל היעדר תום הלב של הנתבע; אבדן הזדמנויות עסקיות ספציפיות מוכח שנגרם בשל היעדר תום לב וכו'). בדיני נזיקין פיצוי מצד הנתבע ניתן בעבור הפגיעה באוטונומיה של התובע, ואילו בדיני חוזים פיצוי מצד הנתבע לא ניתן בגין חוסר תום הלב כשלעצמו אלא עבור ההפסדים שנגרמו מההפרה או מההתנהגות חסרת תום הלב. לפיכך מובהר מדוע שיעור הפיצוי בגין הפרת תום הלב בדיני חוזים איננו בעל אופי גנרי כשל זה בגין הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין. ניתן להניח כי הסיבות למצאים המוצגים בתרשים נעוצות בקשיי ההערכה הכרוכים באומדן הנזק שמסבה הפגיעה באוטונומיה של אדם. משכך, נראה כי מלאכת האומדנה של ה"נזק" בגין הפגיעה באוטונומיה מרגע שנקבעה התקימותה של פגיעה כזו תלויה פחות בתובע בנסיבות המקרה הספציפיות ויותר במדיניות השיפוטית הנוהגת ל"תמחור" הנזק של הפגיעה באוטונומיה של הפרט. גם בכך ניתן לראות מגבלה מסוימת של מרחב הפעולה השיפוטי בכל הנוגע לפסיקת פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.

המאפיין השלישי נוגע למגבלה ערכית מסוימת אשר ניתן לראות גם בה כמאתגרת את מרחב שיקול הדעת באומדן פיצויים בגין הפגיעה באוטונומיה.¹⁸⁰ מדובר בקושי הרעיוני

¹⁷⁹ ראו דיון בהרחבה אצל יעקב ולבני, לעיל ה"ש 27.

¹⁸⁰ השופטת פרופ' ברק-ארז הביעה במאמרה עמדתה שלפיה משנחקקו חוקי היסוד בשנת 1992 "ראוי לערכן את אפשרויות התביעה בנוזיקין ולהתאימן להיקף הערכני של ההכרה בזכויות האדם, כפי שהתפתחה מאז התגבשו העולות המסורתיות" (דפנה ברק-ארז "עולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד"

לפסוק פיצויים שונים לניזוקים שונים שנפגעה האוטונומיה שלהם באורח דומה. כך, ניתן להעלות את השאלה הבסיסית בנוגע לאומדן הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה – האם אכן יהא ראוי להעניק לניזוקים שונים, אשר האוטונומיה שלהם נפגעה באורח נסיבתי דומה, פיצויים שונים? מובן שהדרישה ל"אורח נסיבתי דומה" היא כשלעצמה סבוכה ומורכבת. ניתן למשל לטעון שחלק מהאורח הנסיבתי נוגע למטענו הסובייקטיבי של הניזוק, ומשכך עבור כל ניזוק, מעצם היותו נבדל מניזוק אחר, יהא תמיד אורח נסיבתי שונה. אולם אם נבקש להתמקד במצב פרדיגמטי תאורטי שבו התנהלות הצוות הרפואי המטפל וההליכים הרפואיים שבוצעו היו זהים בשני מקרים שונים של שני מטופלים שונים, ונניח שבמצב זה התקיים שוני אחד בלבד: לעומת מטופל א, שנגרם לו צער רב וכעס על שנשללה ממנו האפשרות לבחור אם יבוצע בו ניתוח מסוים אם לאו (אף שידע בינו לבינו שממילא היה מסכים לו), היה מטופל ב אדיש כלפי שלילת אפשרות בחירה זו. קרי, למטופל א נגרם נזק תוצאתי-סובייקטיבי מהפגיעה באוטונומיה, ולמטופל ב לא נגרם נזק סובייקטיבי נוסף על הפגיעה באוטונומיה עצמה. השוני היחיד אפוא הוא היותו של מטופל א מאפיין כבעל נפש רגישה לעומת מטופל ב, שטבע אופיו הוא אדיש ושליו. נדמה כי מצב שכזה בהקשר הרפואי עשוי לייצר אי-נוחות ערכית: אם אכן יוענק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה למטופל א בלבד, מתקבלת תמונת עולם שבה "שווייה" של הפגיעה באוטונומיה של אדם חם מזג (מטופל א) גבוה מזה של אדם אדיש ורגוע (מטופל ב). אף שמצב עניינים זה עקרונית איננו זר לדיני הנזיקין (כך למשל, ידועה האבחנה המקובלת לפיה אצבעו של פסנתרן "יקרה" מזו של אחר), נדמה כי מצב תוצאתי שבו הפגיעה באוטונומיה של פלוני "יקרה" מהפגיעה באוטונומיה של אלמוני מעוררת אי-נוחות ערכית במיוחד, אולי אף עד כדי ניחוח אירוני, משום ששורשיו התאורטיים של רעיון ההגנה על האוטונומיה של הפרט מצויים בתפיסה הקאנטיאנית הידועה שלפיה אין לראות באדם אמצעי בלבד אלא תכלית,¹⁸¹ ממנה יש הגוזרים את התפיסה כי האוטונומיה של כל בני האדם בעלת ערך שווה. ישנו גם החשש שכל ניסיון לביצוע דיפרנציאציה במקרים שכאלה בין קטגוריות שונות לקביעת שיעור הפיצוי יכניס שיקולים מפלים לא ראויים. לפיכך ניתן לטעון כי יחס שונה לאוטונומיה הפרט של אנשים שונים מעורר לכל הפחות חוסר נוחות מסוים מבחינה ערכית, אשר איננו מאפיין גם את יישומו של תום הלב בדיני חוזים. ניתן לראות במאפיין ייחודי זה גם ככזה העלול להקשות את הגמישות השיפוטית בנוגע להחלטה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין במקרים שונים ומשתנים, ובכך להוביל לגישה הנמנעת מהרחבתו.

לבסוף, מאפיין נוסף בעל חשיבות המבדיל בחדות בין הפגיעה באוטונומיה לתום הלב, הוא ההיסטוריה המשפטית של כל אחד מהשניים. כנודן, לתום הלב שורשים עמוקים במשפט הקונטיננטלי והמשפט הישראלי, אשר הושפע ממנו, אימצו אל חיקו בחקיקה ובפסיקה מסוף שנות השבעים ועד היום. לעומת זאת לפגיעה באוטונומיה שנוצרה בפרשת

משפט וממשל ט 103, 109 (2005). פרופ' ברק-ארז מתייחסת בין השאר לעקרון הפגיעה באוטונומיה, בציינה כי "דוגמה מרכזית לפתיחות הגוברת לרעיון של אחריות בנזיקין בגין פגיעה בזכויות חוקתיות ניתן להביא מע"א דעקה" (שם, בעמ' 128).

181 (2011) 30 IMMANUEL KANT, GROUNDWORK OF THE METAPHYSICS OF MORALS תפיסה זו ניתן גם למצוא ביטוי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

דעקה אין ארע מרע מרע במשפט המשווה. היא כולה "תוצרת הארץ", וגילה הוא כ-15 שנים בלבד. לפיכך ניתן לטעון כי היות עקרון תום הלב מוכר ומקובל במרבית שיטות המשפט מלמד על היותו רצוי יותר. עם זאת ניתן לסבור כי אך טבעי שבשל גילה הצעיר טרם התייצב מעמדה של הפגיעה באוטונומיה בדוקטרינה הנזיקית, ופניה עודן משתנות ומתעצבות במשפטנו. מפרספקטיבה זו ניתן להביט על המגמות הפסיקטיות המעורבות והמשתנות בעניין תחולת הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין שהוצגו בהרחבה ברשימה זו כמאפיינות באופן טבעי תהליכי התפתחות והטמעה, כמו גם צמצום או דחייה, של אמצעים משפטיים חדשים.

ה. סיכום

רשימה זו עמדה על המגמות הפסיקטיות המשתנות בנוגע לתחולתה של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, מיצירתה בפסיקה ועד היום, תוך התמקדות בהתפתחויות ובתמורות מן העת האחרונה הנוגעות להתחזקותן של מגמות המבקשות לצמצם את תחולת הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, ולמצער לבלום הרחבתה בהקשר של תובענות צרכניות-ייצוגיות. סלעי המחלוקת שבבסיס המגמות הפסיקטיות הסותרות מעוררים שאלות כבדות משקל הנוגעות למדיניות שיפוטית ראויה. ההשוואה שנערכה בין הפגיעה באוטונומיה לבין עקרון תום הלב ביקשה לבחון מנקודת מבט מחודשת את הגישות השונות בפסיקה ומתוך כך לחדד מהם מאפייניה הייחודיים של הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין, אשר יש בכוחם להשפיע על הגמישות השיפוטית ביחס אליה ולכן גם על הליכי השתנות פניה בדוקטרינה הנזיקית. לעת עתה יש להזכיר כי בשל גילו הצעיר של רעיון הפגיעה באוטונומיה בדיני נזיקין אך טבעי כי עיצובו בפסיקה יהא כרוך בחבלי לידה, אשר אפיינו גם את עיצובו הפסיקטי של עקרון תום הלב, וכי הזמן הוא שיגיד מה תהא המשך התפתחותו במשפטנו ומה צפון לו בעתידו.