

## מאמרים

### רשלנות ואינטרסים

מאת  
אריאל פורת\*

מבוא

גורמים להערכת חיוניותה של הטלת אחריות נזיקת  
חלק א: איזוני אינטרסים

מבוא

- קטיגוריה 1: אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק
- קטיגוריה 2: אינטרסים שונים של הניזוק
- קטיגוריה 3: אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי
- קטיגוריה 4: אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי
- קטיגוריה 5: אינטרסים שונים של המזיק

סיכום ביניים

חלק ב: איזוני אינטרסים בראי דיני הרשלנות הנהגים

מבוא

- קטיגוריה 1: אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק
- קטיגוריה 2: אינטרסים שונים של הניזוק
- קטיגוריה 3: אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי
- קטיגוריה 4: אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי

סוף-דבר

מבוא

אדם הינו רשלן כאשר התנהגותו אינה עולה בקנה אחד עם איזון נאות בין אינטרסים של הזולת לבין אינטרסים אחרים. הטלת אחריות משפטית עליו מוצדקת משיקולי הרתעה: היא יוצרת מלכתחילה איום על המזיק-בכוח, ומתמרצת אותו לערוך איזון נאות בין האינטרסים השונים ולפעול על-פיו. הטלת אחריות משפטית נתמכת אף בשיקולי צדק:

---

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי לחנוך דגן, ארנסט ויינריב, עמרי ידלין, אסף יעקב, ברק מדינה ואופיר נווה על הערותיהם החשובות לטיוטה קודמת של המאמר. כן אני מודה לחברי מערכת עיוני משפט, תומר בראל (סגן עורך), ניסים גז, יוכי כדיר וגל סידס, על עבודת העריכה הקפדנית שעשו.

היא מביאה לידי תיקון מצבו של הניזוק שנפגע עקב כך שהמוזיק לא ביצע כראוי את איוון האינטרסים או עקב אי־פעולתו של המוזיק על־פי איוון זה.

בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, נוסחת "לרנד הנד" משמשת להמחשת הרעיון של איוון האינטרסים. על־פי נוסחה זו, אדם הינו רשולן כאשר העלות של הוצאות המניעה של הסיכון שהתממש נמוכה מהירידה בתוחלת הנוק שהיתה נגרמת אילו הוצאו הוצאות המניעה האמורות. בניתוח התיאורטי של דיני הרשלנות מונה לעיתים קרובות כמובן מאליו שהוצאות המניעה מתייחסות למוזיק, ואילו תוחלת הנוק מתייחסת לאחרים, ובכללם לניזוק הספציפי. לפיכך, נוסחת "לרנד הנד" נתפסת כמתמדת איוון יעיל בין האינטרסים של המוזיק לבין אלה של הניזוק; המוזיק־בכוח ישווה בין העלות של הוצאות המניעה הנדרשות לשם הפחתה של תוחלת הנוק לבין תוחלת הנוק שתופחת עקב השקעתן של הוצאות המניעה. אם העלות של הוצאות המניעה גבוהה מתוחלת הנוק שתופחת, הוא לא ישקיען ואף לא ימצא אחראי לנזקים שייגרמו. לעומת זאת, אם העלות של הוצאות המניעה נמוכה מתוחלת הנוק שתופחת, הוא ישקיען מתוך ידיעה שאם לא יעשה כן, ימצא אחראי לנזקים שייגרמו עקב הימנעותו מהשקעה זו.<sup>1</sup>

אף בתחום הניתוח המוסרי־הקנטיאני של דיני הרשלנות אנו מוצאים הנחה דומה: הרשלן נכשל בכך שהעדיף העדפה בלתי־ראויה מבחינה מוסרית את האינטרסים שלו על אלה של הזולת. עקב כך עליו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, ולתקן בדרך זו את אי־הצדק שגרם לו. אינטרסים החורגים ממערכת היחסים של המוזיק והניזוק אינם רלוונטיים לקביעת האחריות הנוזיקית, שהרי אין זה ראוי שהמוזיק או הניזוק יהוו כלי להשגת מטרת חברתיות, יהיו חשובות ככל שיהיו.<sup>2</sup>

במאמר זה אני מבקש להראות כי הסתכלות זו על דיני הרשלנות הינה פשטנית מדי. כפי שאראה, במצבים רבים אין האיוון שבו נכשל המוזיק הרשלן דווקא בין האינטרס שלו לבין האינטרס של זולתו. לעיתים הוא נכשל באיוון בין האינטרסים השונים של הניזוק עצמו; לעיתים הוא נכשל באיוון בין האינטרסים של הניזוק לבין האינטרסים של אדם שלישי; לעיתים הוא נכשל באיוון בין האינטרסים של הניזוק לבין אלה של הציבור או של החברה; ולעיתים הוא נכשל באיוון בין האינטרסים שלו עצמו. במקרים אחרים, האינטרסים שבאיוונם נכשל המוזיק הינם תערובת של אינטרסים, העשויים, אך אינם חייבים, לכלול גם את האינטרס של המוזיק. זאת ועוד, קיימות סיבות שונות שבגינן נכשל המוזיק באיוון האינטרסים. לעיתים הכישלון נעוץ בהערכת־יתר של האינטרסים שלו, לעיתים בהערכה מופחתת של האינטרסים של הזולת, ולעיתים בהעדפה מודעת של האינטרסים שלו על אלה של זולתו, הנובעת מזלזול בזולתו.<sup>3</sup>

1 R.A. Posner "A Theory of Negligence" 1 *J. Leg. Stud.* (1972) 29

2 E. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass., 1995) 3-21; S.R. Perry

"The Moral Foundations of Tort Law" 77 *Iowa L. Rev.* (1992) 449

R.A. Epstein, המבסס בדרך הנמקה דומה טיעון בעד אחריות מוגברת: "A

Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 151

3 הכישלון לפעול על־פי איוון האינטרסים נובע לעיתים מחוסר תשומת־לב רגעי: ראו

הדיון להלן בסוף המבוא לחלק א.

התיזה שבה אנסה לשכנע את הקורא היא שהמשפט אינו צריך להתייחס באותו אופן לכשלונותיו השונים של המזיק באיוון האינטרסים ובפעולה לפיו. שיקולי הרתעה וצדק גם יחד מחייבים יחס שונה למקרים שונים, בהתאם לסוג האינטרסים שהמזיק נכשל באיוונם.<sup>4</sup> חלקו הראשון והעיקרי של המאמר יתמקד בסוגים טיפוסיים של איווני אינטרסים שהמזיק בכוח נדרש לבצע בטרם יבצע פעולה. בסופו של חלק זה אצביע על מידת החיוניות שבהטלת אחריות על המזיק בכל אחד מן המקרים האמורים. אחת המסקנות העולות מחלק זה של המאמר היא שלא אחת הטלת אחריות משפטית על מזיק רשלין הופכת אותו מלכתחילה לבעל אינטרס עצמי הנוגד את זה של הניזוק-בכוח, שעה שבלעדי הטלת אחריות משפטית, אינטרס עצמי זה לא היה קיים כמעט. מסקנה זו עומדת בניגוד לתפיסה הרווחת, האינטואיטיבית, שעל-פיה הטלת אחריות משפטית בגין רשלנות מוצדקת מהיבט ההרתעה בראש ובראשונה בכך שהיא מנטרלת את נטייתו הטבעית של המזיק-בכוח להעדיף את האינטרס העצמי שלו על זה של זולתו.

חלקו השני של המאמר יבחן אם דיני הרשלנות הנוהגים תואמים את התיאוריה המוצגת בחלק הראשון, ואף יציע כלים אפשריים להשגת התאמה כזו.

לפני כל אלה, אעמוד בקצרה על אופיים של שיקולי ההרתעה והצדק שימשו אותי לאורך המאמר לשם הערכת חיוניותה של הטלת אחריות משפטית במצבים השונים שבהם המזיק נכשל באיוון האינטרסים.

### גורמים להערכת חיוניותה של הטלת אחריות נזיקית

הרתעה וצדק הם עמודי הבעו והיכין של דיני הנזיקין. הרתעה מזוהה בדרך-כלל עם יעילות כלכלית. בבסיסה ההנחה שעל דיני הנזיקין לתמרץ את המזיק-בכוח ואת הניזוק-בכוח (ולעיתים צדדים שלישיים) להתנהגויות שיקטינו ככל האפשר את הוצאות הכרוכות בתאונות ואת הוצאות מניעתן, וכך יגדילו את הרווחה החברתית. לפיכך, כלל משפטי התורם באופן מרבי להקטנת הוצאות אלה הינו כלל יעיל, המוצדק על-ידי המטרה ההרתעית של דיני הנזיקין.<sup>5</sup>

4 טענה זו ניתן להסב לבחינת אשמו התורם של הניזוק, שעה שעולה השאלה אם הוא נכשל באיוון האינטרסים, ועקב כך תרם לנזיקו. איני עוסק בכך במאמר זה.

5 G. Calabresi *The Cost of Accidents* (New Haven, 1970); Posner, *supra* note 1; G. Calabresi & J.T. Hirschof "Toward a Test for Strict Liability in Torts" 81 *Yale L. J.* (1971) 1055. יש הסוברים שמשטר משפטי של רשלנות משיג הרתעה אופטימלית, ויש הסוברים שמשטר משפטי של אחריות מוגברת עדיף על משטר משפטי של רשלנות. אני מניח כי לעיתים משטר של רשלנות עדיף מהיבט ההרתעה, ולעיתים משטר של אחריות מוגברת. אכן, במשפט הנוהג אנו מוצאים מזיגה של שני המשטרים. ראו: G.T. Schwartz "The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability" 15 *Ga. L. Rev.* (1980-1981) 963; G.T. Schwartz "Mixed Theories of Tort Law:

צדק הינו מושג מורכב יותר, ויש לו משמעויות שונות. סוג הצדק השגור בפי רבים מהתיאורטיקאים של דיני הנזיקין הוא צדק מתקן. על-פי עקרונות הצדק המתקן, יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית של אדם בחברו, כך שישוּב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה זו. אריסטו ביסס עיקרון זה של צדק על כך שפגיעה עוולתית מהווה הפרה של השוויון הקיים בין בני-אדם בעסקיהם זה עם זה. השבת מצב העניינים לקדמותו מתקנת הפרה זו של שוויון.<sup>6</sup> תיאורטיקאים המדגישים את מרכזיותו של עקרון הצדק המתקן בדיני הנזיקין חלוקים בשאלה מהם מאפייניה של אותה פגיעה עוולתית שעקרון הצדק המתקן מחייב את תיקונה.<sup>7</sup> מייחדת את כולם ההתבוננות במאפיינים השונים של אירוע הנזק, והניסיון ללמוד מהם, ומהם בלבד, אם היתה הפגיעה עוולתית. לדידם, זכאותו של הנזוק לפיצוי צריכה להיקבע תוך התחשבות באופי הפגיעה בו וכן במהות האינטרס שלו שנפגע על-ידי התנהגות המזיק. שיקולים הורים ליחסי הצדדים, כגון קידום טובתה של החברה בכללותה או אופן חלוקת המשאבים בה, נתפסים כבלתי-רלוונטיים לקביעת האחריות הנזיקית, כמו גם שיקולים הנוגעים במזיק ובניזוק שאינם קשורים לאירוע הנזק, כגון עושרו של האחד או דלותו של האחר. על-פי תפיסת הצדק המתקן, לדיני הנזיקין יש מטרה אחת, והיא "להיות דיני נזיקין"<sup>8</sup> מבלי לשמש כלי להשגת מטרות אחרות, חיצוניות ליחסים שבין המזיק והניזוק.

שיקולי הצדק המתקן נתפסים כשיקולים המבוססים על הסתכלות שלאחר מעשה. הסתכלות שלפני מעשה נתפסת בדרך-כלל כרלוונטית למטרה ההרתעתית של דיני

Affirming Both Deterrence and Corrective Justice" 75 *Tex. L. Rev.* (1996–1997) 1801.

6 אריסטו אתיקה – מהדורה ניקומאכוס (תרגום "ג' ליבס, תשמ"ה) 118.

7 Epstein, *supra* note 2; G.P. Fletcher "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 *Harv. L. Rev.* (1971–1972) 537; J.L. Coleman "Corrective Justice and Wrongful Gain" in *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, Mass., 1988) 184; J.L. Coleman *Risks and Wrongs* (Cambridge, 1992) 329–385; E.J. Weinrib "Understanding Tort Law" 23 *Val. U. L. Rev.* (1989) 485; Weinrib, *supra* note 2, at pp. 145–170.

Epstein סבור שצריך להתקיים קשר של גרימה מסוג מיוחד, שהוא עומד עליו, כדי שתוצדק הטלת אחריות על הגורם לנזק. לדעתו, אשם אינו תנאי להטלת אחריות; גורם שהטלת אחריות מוצדקת כאשר הנתבע יצר סיכון בלתי-הדדי כלפי התובע, וזה האחרון גיוק עקב כך. אף לשיטתו, אשם אינו תנאי הכרחי להטלת אחריות; Coleman טען במאמרו (מ-1988) שעל-פי עקרונות הצדק המתקן, יש לבטל נזקים עוולתיים ורווחים עוולתיים כאשר היותם עוולתיים במקרים מסוימים מותנה באשם הנתבע ובמקרים אחרים אינו מותנה בכך. בכתיבתו המאוחרת חזר בו מאותו חלק בטענה המתייחס לרווחים העוולתיים; Weinrib סבור כי משטר משפטי של רשלנות מוצדק מטעמים של צדק מתקן.

8 Weinrib "Understanding Tort Law", *ibid*, at p. 526.

הנזיקין, כלומר, להכוונת התנהגויות של מוזיקים וניזוקים-בכוח, אך לא לשיקולי הצדק. גישה זו אינה מדויקת. טענתי היא כי צדק לניזוק אינו יכול להיגזר מהסתכלות שלאחר מעשה בלבד; הסתכלות שלפני מעשה חיונית לא-פחות לשם הכרעה "צודקת" של הסכסוך המשפטי בין המוזיק לבין הניזוק, ובעיקר לשם הגנת האינטרסים של הניזוק. לא-אחת שיקולי צדק שלאחר מעשה ושלפני מעשה מתמזגים, אך לעיתים הם פועלים בכיוונים מנוגדים. במקרים אלה תידרש הכרעה בין שיקולי הצדק השונים. הדוגמה שלהלן תמחיש דברים אלה.

חולה ניזוק תוך כדי ניתוח עקב החלטה רשלנית של הרופא שניתחו. נניח שהטלת אחריות נזיקית על הרופא מגבירה במידה ניכרת את הסיכון שרופאים מנתחים ינקטו רפואה מגננתית בסוג זה של ניתוחים. התפיסה המסורתית של צדק מתקן תתעלם משיקול הרפואה המגננתית, מכיוון שהוא נחזה כלא שייך למערכת היחסים של המוזיק והניזוק, אלא לאינטרס חברתי הכולל. אולם תפיסה זו מוטעית. מנקודת-מבט שלפני מעשה, כלל משפטי שלפיו מוטלת על הרופא אחריות כלפי החולה בסוג זה של מקרים עלול להיות הרסני לחולה ונוגד בבירור את האינטרס שלו. האינטרס של החולה הינו מלכתחילה שהרופא המנתח אותו ישקול את טובתו, ולא כל שיקול אחר. השיפת הרופא לסיכון של תביעה משפטית עלולה להשפיע על שיקוליו לפני מעשה ולהניע אותו להתמקד בהצלת עורו שלו, במקום באינטרס החולה. כלל של אחריות עלול להניע אותו לבחור בדרך פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם רפואה טובה, אלא עם סיכון גמוך לו עצמו. לפיכך, החולה הנוטה להאמין בכישוריו המקצועיים של הרופא וברצונו להיטיב עימו, והחושש מאופן התנהגותו של רופא הפועל במשטר משפטי המטיל עליו אחריות בגין רשלנות בהפעלת שיקול-דעתו, עשוי להעדיף לא לכפוף את הרופא לכלל של אחריות. הדבר עשוי לעלות בקנה אחד עם האינטרס שלו לפני מעשה: לקבל טיפול טוב וראוי (אם כי לצד שיקול זה עשוי להתקיים שיקול נוסף, נוגד, שאיום האחריות המשפטית יניע את הרופא להיות זהיר יותר, באופן שייטיב עם החולה). התעלמות מאינטרס זה של החולה והטלת אחריות על הרופא אף במקרים שבהם אינטרס החולה לפני מעשה הוא שלא תוטל אחריות על הרופא אינן עושות צדק עם החולה, ובוודאי אינן מגינות בצורה הטובה ביותר על האינטרסים שלו. אינטרס החולה אינו רק לקבל פיצוי אם ייפגע מרשלנות הרופא (ההסתכלות שלאחר מעשה), אלא בעיקר לקבל טיפול טוב מלכתחילה, או לפחות להגביר את הסיכוי שטיפול כזה יינתן לו (ההסתכלות שלפני מעשה). החשש מרפואה מגננתית אינו אס-כן רק שיקול הנוגע באינטרס חברתי הכולל, אלא יש לו השלכה ישירה על מערכת היחסים של המוזיק והניזוק הקונקרטיים.<sup>9</sup>

חשוב להדגיש שקרי-הטיעון דלעיל שונה תכלית השוני מקרי-טיעון שלפיו יש להתחשב בשיקולים שלפני מעשה לשם השגת יעילות כלכלית או רווחה חברתית, ואף שונה מקרי-טיעון אחר שלפיו השיקולים שלפני מעשה חשובים לשם הגדלת סך כל הרווחה של המוזיק והניזוק המסוימים (דוגמת קרי-הטיעון הנקוט בידי אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט בהקשר של אינטראקציות חזויות<sup>10</sup>). ההסתכלות שלפני מעשה שתוארה לעיל מתמקדת

9 ראו דיון להלן בקטיגוריה 2 בחלק א.

10 ראו למשל: R. Cooter & T. Ulen *Law and Economics* (1996) 183–186; R.E. Scott

באינטרס הניזוק המסוים, ובו בלבד. בבסיסה ההנחה שניתן להגדיר את האינטרס של הניזוק המסוים לפני מעשה שעה שהוא מזוהה כניזוק-בכוח.<sup>11</sup> אלא שלהבדיל מן הגישה המסורתית של צדק מתקן, הבוחנת את אינטרס הניזוק לאחר שאירע נזק, הגישה המוצעת מושתתת על ההנחה שצדק לניזוק יכול להיעשות אך ורק אם נשקלים האינטרסים שלו שלאחר מעשה ושלפני מעשה גם יחד. לפיכך, הביטוי "צדק לניזוק" מתייחס במאמר זה לצדק לניזוק במובן הרחב שתואר לעיל, כאשר הוא כולל בחובו הן צדק שלאחר מעשה והן צדק שלפני מעשה.

סוג אחר של צדק הינו צדק למוזיק. עשיית צדק עם המוזיק משמעה הטלת אחריות עליו תוך התחשבות באופי התנהגותו. תיאורטיקאים של צדק מתקן רואים את עקרונות הצדק המתקן כמגשימים צדק לניזוק וצדק למוזיק בו-זמנית. הצדק אינו נעשה רק לניזוק המפוצה בגין נזקיו העוולתיים, אלא אף למוזיק, המחויב לפצות את הניזוק ולתקן את מצבו.<sup>12</sup> אולם נראה ששיקולי צדק למוזיק נושאים לעיתים אופי עצמאי. הדבר בולט באותם מקרים שבהם הניזוק נפגע מהתנהגות עוולתית, ועל-כן הצדק עימו מחייב הענקת פיצוי, אך יחד עם זאת נוצרת תחושה שהמוזיק משלם על כך מחיר כבד מדי, מעבר למתחייב ממידת אשמו בגרם הנזק. אכן, תחושה זו, הנובעת מכך שדיני הניזוקין מטילים על מוזיקים אחריות בגין תוצאת עוולתם, ובלא כל קשר למידת אשמם, הטרידה תיאורטיקאים שונים, שניסו לעיתים להצדיק את המשפט הנוהג<sup>13</sup> ולעיתים ביקרו אותו והציעו להכניס בו שינויים שיענו על קושי זה.<sup>14</sup> כך או אחרת, קיימים מקרים בהם מידת החיוביות בהטלת אחריות

"A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 597; A. Schwartz "Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies" 21 *J. Leg. Stud.* (1992) 271  
א' פרוקצ'יה "זה חוזה? זה הפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח (תשמ"ט) 395.

11 לפיכך אין עסקינן בטיעון רולסיאני שלפיו אדם אינו יודע, מעבר למסך הבערות, אם הוא יהיה מוזיק או ניזוק; J. Rawls *A Theory of Justice* (1970) 136-142.

12 Weinrib, *supra* note 2; Perry, *supra* note 2.

13 T. Honoré "Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability" 104 *L. Q. Rev.* (1988) 530. לטענתו של Honoré, דיני הרשלנות מוצדקים באשר הם מביאים בדרך-כלל לידי הטלת אחריות על מי שהשתתף בהימור הוגן. מי שפועל במסגרתם ומכיר באופן כללי את דרכי פועלם ואף נהנה בדרך-כלל מן הפעילות אינו יכול להתלונן על חובת הפיצוי המוטלת עליו כאשר ההימור נכשל והוא גרם לנזק.

ראו גם: J. Waldron "Moments of Carelessness and Massive Loss" *Philosophical Foundations of Tort Law* (D.G. Owen ed., Oxford, 1995) 387. לטענתו של Waldron, ניתן להצדיק את דיני הניזוקין המביאים לידי הטלת אחריות לפי התוצאה, אף על מי שאשמו קל, בכך שהם מעמידים את המוזיק מלכתחילה בסיכון של אחריות משפטית הוזה בגודלו לסיכון שבו העמיד מלכתחילה את הניזוק.

14 H. Schroeder "Corrective Justice & Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L.*

מהיבט הצדק, צריכה להימדד לא רק תוך בחינת האינטרס של הניזוק (לפני ואחרי מעשה), אלא אף תוך בחינה של מידת הצדק למוזיק, שעליו מוטלת האחריות הנוזיקית. בניגוד לכותבים רבים העוסקים בתיאוריה של דיני הנוזיקין אני סבור שסוג אחד של שיקולים אינו מוציא את האחרים.<sup>15</sup> שיקולי ההרתעה, כמו גם שיקולי הצדק על גוניהם השונים, פועלים יחדיו בתוך דיני הנוזיקין. חיוניותה של הטלת אחריות נוזיקית במקרה נתון צריכה להיבחן לאור שיקולי ההרתעה, הצדק למוזיק והצדק (לפני מעשה ואחרי מעשה) לניזוק. בהמשך ישמשו אותי השיקולים השונים שפורטו לעיל על-ימנת להעריך את מידת החיוניות שבהטלת אחריות נוזיקית במצבים השונים הנידונים במאמר.

### חלק א: איזוני אינטרסים

#### מבוא

המקרה הפרדיגמטי שהתיאוריות השונות של דיני הרשלנות בנויות עליו הוא המקרה בו המוזיק לא איזן כראוי בין אינטרסים של הזולת לבין האינטרסים שלו, או שלא פעל על-יפי איזון זה, ועקב כך גרם לנזק. אכן, מקרים רבים של רשלנות עולים בקנה אחד עם

Rev. (1989) 439; C.H. Schroeder "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law" 38 *UCLA L. Rev.* (1990) 143

לטענתו של Schroeder, אחריות נוזיקית צריכה להיות מוטלת בגין יצירת סיכונים בלא תלות בגרם נזק בפועל, והיקפה צריך להיקבע לפי תוחלת הנזק של ההתנהגות העולתית.

ראו גם: Fletcher, *supra* note 7. Fletcher, לטענתו של Fletcher, כאשר המוזיק פעל בנסיבות שבהן קמה לו הגנת excuse, קיימים טעמים של צדק מתקן לפצות את הניזוק, אך לא על-חשבון המוזיק. הפיצוי יכול להיות ממומן על-ידי קרן שתפצה ניזוקים שניזוקו על-ידי מעולים הנהנים מהגנת excuse.

כן ראו: Coleman "Corrective Justice and Wrongful Gains", *supra* note 7, שטען בעבר שכאשר לא הפיק המוזיק רווחים ממעשה העוולה, תעמוד לניזוק טענה של צדק מתקן לפיצוי, אך למוזיק לא תהא תובה קורלטיבית לפצותו. Coleman שינה את דעתו זו כעבור זמן: Coleman *Risks and Wrongs*, *supra* note 7.

15 הסמן הקיצוני של הגישה שלפיה שיקולי צדק מתקן בלבד רלוונטיים לדיני הנוזיקין הוא Weinrib, *supra* note 2. אחרים המדגישים את חשיבותם של שיקולי הצדק המתקן סבורים שדיני הנוזיקין מושתתים אף על שיקולי הרתעה: Coleman *Risks and Wrongs*, G.P. Fletcher "The Search for Synthesis in Tort" *ibid.*, at pp. 197–211. כן ראו: Theory" 2 *L. & Phil.* (1983) 63. תיאורטיקאים אחרים סבורים ששיקולי הצדק ושיקולי ההרתעה פועלים זה לצד זה בתוך דיני הנוזיקין: I. Engard *The Philosophy of Tort Law* (Cambridge, Mass., 1993) 85–92; Schwartz, *supra* note 10.

המקרה הפרדיגמטי, אולם אין זה כך תמיד. הן התיאוריה הכלכלית של הרשלנות והן תיאוריות אחרות נזקקות לא־אחת לאינטרסים אחרים ששקלולם חיוני להערכת התנהגות כרשלנית או כבלתי־רשלנית. הטבלה שלהלן מציגה שש־עשרה אפשרויות לאיוונים שונים של אינטרסים שהמוזיק עלול להיכשל בהם. הטבלה נזקקת למונחים "הוצאות מניעה" ו"תוחלת נזק" הנקשרים בדרך־כלל לנוסחת "לרנד הנד" ולניתוח הכלכלי של דיני הרשלנות. ברם ניתן להחליפם על נקלה במינוחים אחרים, כגון "המחיר החברתי שבמניעת הנזק" ו"המחיר החברתי שבאיי־מניעת הנזק", בהתאמה.

אינטרס חברתי	אינטרס אדם שלישי	אינטרס הניזוק	אינטרס המוזיק	נזק / הוצאות מניעה
מוזיק-חברה	מוזיק-אדם שלישי	מוזיק-ניזוק	מוזיק-מוזיק	אינטרס המוזיק
ניזוק-חברה	ניזוק-אדם שלישי	ניזוק-ניזוק	ניזוק-מוזיק	אינטרס הניזוק
אדם שלישי-חברה	אדם שלישי-אדם שלישי	אדם שלישי-ניזוק	אדם שלישי-מוזיק	אינטרס אדם שלישי
חברה-חברה	חברה-אדם שלישי	חברה-ניזוק	חברה-מוזיק	אינטרס חברתי

חשוב להדגיש כי הטבלה אינה ממצה את כל סוגי האיוונים האפשריים בין האינטרסים השונים. ניתן להעלות על הדעת איוונים המשקללים יותר משניים מהאינטרסים שפורטו לעיל, כגון איוון המשקלל ארבעה אינטרסים: אינטרס המוזיק, האינטרס החברתי שבמניעת הנזק, האינטרס החברתי שבאיי־מניעת הנזק ואינטרס הניזוק.

עוד חשוב להדגיש שבכל המקרים שבהם נשקלת הטלת אחריות נזיקת בגין רשלנות היה אינטרס הניזוק רלוונטי בעת הביצוע של איוון האינטרסים, והיה צריך לשקלו (אלא אם היה בלתי־צפוי, שאז, בשל כך, לא תוטל אחריות על המוזיק). למרות זאת יכול להיות שכשלונו של המוזיק בבחירת דרך הפעולה הראויה לא נבע מלכתחילה מאיוון לקוי בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס אחר, אלא מאיוון לקוי בין אינטרסים אחרים. נקודה זו תובהר להלן.<sup>16</sup>

המטרה ההרתעתית של דיני הרשלנות מחייבת התחשבות בכל סוגי האינטרסים המצוינים בטבלה. התנהגות תיחשב לרשלנית כאשר אינה עולה בקנה אחד עם איוון יעיל של כל האינטרסים, פרטיים וחברתיים, של הצדדים לסכסוך המשפטי ושל צדדים

16 ראו להלן הדיון בקטיגוריה 5 בחלק א.



שלישיים.<sup>17</sup> תיאוריות אחרות, המבוססות על צדק למזיק וצדק לניזוק, עשויות לשלול התחשבות בכמה מסוגי האינטרסים, בראש ובראשונה האינטרסים התברתיים. להלן אראה שהן המטרה ההרתעתית והן שיקולי הצדק מובילים למסקנה שחיוניות הטלתה של אחריות נזיקית משתנה בהתאם לסוג של איזון האינטרסים שהמזיק נכשל בו, ולעיתים אף בהתאם לסיבות המובילות לכישלון זה.

לפני שאעבור לדיון מפורט בקטיגוריות המקרים, ברצוני להקדים הערה המתייחסת למצבים שבהם רשלנותו של המזיק אינה נובעת באופן טיפוסי מאיזון לקוי של אינטרסים שנערך על-ידו, אלא מהיעדר איזון אינטרסים כלשהו. נגיח שנוהג ברכב התרשל בכך שלא בלם את רכבו בעוד מועד לנוכח סכנה פתאומית, וגרם לתאונה. במקרה זה ודומיו לא יהא זה נכון לומר שהנוהג ברכב נכשל באיזון אינטרסים עובר לתאונה. רשלנותו נבעה מהיעדר שיקול-דעת כלשהו. אכן, במקרים אלה היה אפשר לסבור שדיני הרשלנות אינם משפיעים מלכתחילה על התנהגותו של המזיק, ואף מתעוררת השאלה אם מן הצדק להטיל עליו אחריות נזיקית בגין חוסר תשומת-לב רגעי (lapse) שכל נהג לוקה בו מדי פרק זמן. אחת התשובות האפשריות לקושייה המוצגת בפסקה זו היא שהטלת אחריות על הנוהג משפיעה על התנהגותו בשלב מוקדם יותר מהשלב שבו הוא נדרש לבלום את רכבו, ועל-כך הטלת האחריות תוביל להרתעה יעילה. הטלת אחריות אף תעלה לעיתים בקנה אחד עם דרישות הצדק, שכן אשמתו המוסרית של המזיק התבטאה בכך שלא נקט בשלב מוקדם יותר באמצעים גאותים שיאפשרו לו בלימה מהירה בעת שיידרש לעשות כן. (כך, אם נהג ברכב במצב של עייפות, ואי-ערנותו היתה לו לרועץ.) נושא זה חורג ממסגרת המאמר, והוא דורש דיון נפרד.<sup>18</sup> הדיון שלהלן מניח שקיים שלב כלשהו שבו נדרש המזיק לערוך איזון אינטרסים, והוא נכשל בו, או לא פעל על-פיו, ועקב כך נגרם נזק.

#### קטיגוריה 1: אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק

הקטיגוריה הפרדיגמטית שדיני הרשלנות בנויים עליה כוללת את המקרים שבהם נכשל המזיק באיזון אינטרסים שלו ושל הזולת, או ליתר דיוק, כאשר פעל באופן המעדיף שלא כראוי את האינטרסים שלו על האינטרסים של הזולת. כישלון זה עשוי לנבוע מסיבות שונות, שיפורטו להלן.

דוגמה 1: הנוהג. ראובן נוהג במכוניתו במהירות של 90 קמ"ש. הוא פוגע בשמעון וגורם לו נזק. אילו נהג במהירות פחותה, היה הנזק נמנע.<sup>19</sup>

- 17 השוו: I. Gilead "Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost" 17 *International Rev. of L. and Economics* (1997) 589
- 18 ראו: R. Cooter "Lapses, Conflict, and Akrasia in Torts and Crimes: Towards an Economic Theory of the Will" 11 *International Rev. of L. and Economics* (1991) 149; R. Cooter "Models of Morality in Law & Economics – Self-Control and Self-Improvement for the 'Bad Man' of Holmes" 78 *Boston U. L. Rev.* (1998) 903
- 19 לצורך הפשטות נניח כי האטת מהירות הנסיעה לא היתה משפיעה על סיכונו העצמי של

אחריותו של ראובן בגין רשלנות תהא תלויה בשאלה אם בבחרו לנהוג במהירות שבה נהג, הוא ייחס משקל ראוי לאינטרסים של בני-אדם שונים המשתמשים בדרך בשלמות גופם ורכושם שעה שעיימת אותם אל מול האינטרסים שלו להגיע במהירות למחוז הפצו. על-פי הלשון הנקוטה בפי אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, המונחים על-ידי שיקולי יעילות, אחריותו של ראובן תהא תלויה בשאלה אם העלות של הוצאות המניעה של ראובן (בזכו זמן הכרוך בנסיעה איטית יותר, שהיתה מונעת את התאונה) נמוכה מהירידה בתוחלת הנזק של נהיגתו שהיתה נגרמת אילו הוציא את הוצאות המניעה. מזווית הצדק תישאל השאלה אם מן הצדק להטיל אחריות על ראובן לנוכח הסיכון שיצר כלפי הוולת.

נניח שראובן אכן יוגדר כרשלן בין על-פי מבחני היעילות ובין על-פי מבחני הצדק כפי שהם מיושמים במשפט הנוהג. רשלנות זו יכולה לנבוע מכמה סיבות חלופיות (או לעיתים מצטברות): (1) ראובן העריך הערכה מופרזת את האינטרס שלו להגיע במהירות למחוז הפצו. (2) ראובן המעיט בהערכת האינטרסים של הוולת. (3) ראובן העריך נכוחה את האינטרסים השונים, אך העדיף את האינטרסים שלו על האינטרסים של הוולת.<sup>20</sup>

המשפט הנוהג אינו מתעניין כלל באילו מהסיבות מדובר, שכן די בכך שראובן יוגדר כמי שפעל באופן בלתי-סביר (או יצר סיכון בלתי-סביר) כדי שתוטל עליו אחריות לנוקיו של שמעון. ברם, ניתן לדרג את חיוניותה של הטלת האחריות בהתאם לסיבות שהובילו להתנהגות הרשלנית לפי הסדר היורד הבא: 3, 2, 1.<sup>21</sup>

אם הרשלנות נובעת מסיבה 3, הטלת אחריות על ראובן מהיבט ההרתעה הינה הכרחית כדי להניע אותו להתייחס מלכתחילה בכובד-ראש לאינטרס הוולת. איום הסנקציה המשפטית חשוב כאן מאוד. בלעדיו, לא תהא התנהגותו של ראובן יעילה, במובן זה שהוא ינהג מתוך אדישות לסיכוני הוולת ובמגמה להגדיל ככל האפשר את התועלת האישית שלו מן הנהיגה. נהיגתו תהא מהירה מדי ולא יעילה כלכלית. נראה כי אף הפגם המוסרי בהתנהגותו של ראובן יהיה חמור בדרך-כלל כאשר סיבת רשלנותו היא סיבה 3, ועל-כן, שיקולי צדק למזיק יצטרפו לשיקולי ההרתעה ויתמכו בהטלת אחריות משפטית. שיקולי צדק לניזוק יפעלו באותו כיוון. אופי הפגיעה וסיבתה מצדיקים, לאחר מעשה, פיצוי לשמעון. אף האינטרס של שמעון לפני מעשה הוא שתוטל אחריות על ראובן כדי שזה האחרון לא יהא אדיש לבטחונו האישי של שמעון.

אם הרשלנות נובעת מסיבה 1 או 2, הטלת אחריות מהיבט ההרתעה תספק לראובן

ראובן. אם הנחה זו ננטשת, ייתכן שכשלונו של ראובן נובע מאיזון רשלני של האינטרסים שלו עצמו. ראו להלן הדיון בקטיגוריה 5 בחלק א.

20 סיבה רביעית אפשרית היא שהתנהגותו של ראובן עובר לתאונה נבעה מחוסר תשומת-לב רגעי (lapse). מסיבה זו אני מתעלם: ראו לעיל הדיון בסוף המבוא לחלק א.

21 בהמשך הדיון בקטיגוריות המקרים האחרות, מטעמים של מניעת סרבול וחזרות מיותרות, איני עוסק בדרך-כלל בסיבות שהובילו לכשלונו של המזיק באיזון האינטרסים. אני אף סבור שחשיבותו של שיקול זה מבחינה נורמטיבית בולטת באותם מקרים שבהם נכשל המזיק באיזון שבין האינטרסים שלו לבין אלה של הוולת.

תמריצים לבחון ביתר תשומת-לב את משקלם של האינטרסים השונים, שלו ושל הזולת, לפני שהוא מכפיף את זה האחרון לסיכון. בלעדי אחריות, הוא עלול לא לעשות כן. עם זאת נראה שאיום הסנקציה המשפטית חיוני יותר כאשר הרשלנות נובעת מסיבה 2 (הערכה מופחתת של אינטרס הזולת) מאשר כאשר היא נובעת מסיבה 1 (הערכה מופרזת של האינטרס העצמי).

הערכה קפדנית יותר של האינטרסים השונים על-ידי ראובן, אותה יבצע עקב איום הסנקציה המשפטית, עשויה לשנות את התנהגותו אם יבין כי אינטרס הזולת הינו בעל ערך רב יותר מכפי שחשב תחילה (סיבה 2). לעומת זאת, הערכת האינטרס העצמי שלו לא תשתנה בהכרח (סיבה 1) למרות איום הסנקציה המשפטית, אפילו אם יש פער בין ההערכה הסובייקטיבית שהוא מעריך את האינטרס העצמי שלו לבין ההערכה החברתית האובייקטיבית של אינטרס זה. הפער בין הערכתו הסובייקטיבית להערכה החברתית האובייקטיבית עשוי לגבוע מאחת משתי סיבות. הסיבה הראשונה הינה טעות: ייתכן שראובן טעה בהערכת גורמים אובייקטיביים המשפיעים על שווי האינטרס שלו (כגון ססבר בטעות שהומן שיחסוך בגסיעה מהירה יאפשר לו להשיג טובות-הנאה, שלא היה משיגן למעשה כלל). הסיבה השנייה הינה הערכה סובייקטיבית אמיתית: ייתכן שראובן לא טעה כאמור, והערכתו הסובייקטיבית לאינטרס שלו הינה באמת ובתמים גבוהה מכפי ערכו האובייקטיבי (כגון ששעות הפנאי שייתוספו לו בשל הנהיגה המהירה מוערכות בעיניו הרבה יותר מן הערך שניתן להן על-פי אמות-מידה אובייקטיביות). אם מדובר בטעות, איום האחריות המשפטית עשוי במקרים מסוימים לתקן את טעותו של ראובן, שכן יתר תשומת-לב ומחשבה, תוצאת האיום בהטלת אחריות, עשוי להועיל. במקרה זה, הטלת אחריות עליו עשויה להועיל בדומה לאופן שבו תועיל הטלת אחריות כאשר בסיבה 2 עסקינן. לעומת זאת, אם מדובר בהערכה סובייקטיבית אמיתית, הטלת אחריות משפטית לא תשנה דבר: ראובן יעדיף לשאת בסיכון האחריות המשפטית ולא לוותר על האינטרס שלו, שערכו, לפי הערכתו הסובייקטיבית, גבוה יותר מסיכון האחריות המשפטית. זאת ועוד, אם מדובר בהערכה סובייקטיבית כנה, שיקולי יעילות אינם מצדיקים את שינוי התנהגותו של ראובן. התנהגותו מוצדקת כלכלית, שכן התועלת שלו לפי ערכיו שלו היא החשובה, ולא זו האובייקטיבית. במילים אחרות, ראובן אינו רשלין כלל במובן האמיתי של המלה אם העדפת האינטרס שלו גבעה מכך שערכו של אינטרס זה לפי הערכתו האמיתית עולה על הסיכון לזולת. הסיבה שאף-על-פי-כן יגדירו אותו דיני הרשלנות כרשלין נובעת בעיקרו של דבר מן הקושי המעשי לבחון מהו באמת ובתמים שווי האינטרס שלו על-פי ערכיו הסובייקטיביים.<sup>22</sup>

הקושי העיקרי מהיבט ההרתעה הוא, שקשה מאוד להבחין לאחר מעשה אילו מבין שלוש הסיבות גרמו לרשלנותו של המזיק. לפיכך, ובעיקר עקב החשש שסיבה 3 היא שגרמה לרשלנותו, נראה כי שיקולי הרתעה יתמכו ללא עוררין בהטלת אחריות ברוב המקרים שבהם נכשל המזיק באיזון האינטרסים שלו ושל הגיווק, מבלי לתלות את האחריות בקיומה של סיבה זו או אחרת לרשלנות המזיק.

S. Shavel *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, Mass. & London, 22 73-77, 1987).

מזווית הצדק נראה כי שתי הסיבות, 1 ו-2, מחייבות בעוצמה דומה את הטלת האחריות המשפטית, אם כי בעוצמה פחותה מסיבה 3. נפתח בשיקול הצדק למזיק, אדם שמעריך את האינטרסים שלו יותר מכפי ערכם האובייקטיבי (סיבה 1) אינו חוטא חטא חמור כל-כך, בוודאי אם הדבר נובע מהערכה אמיתית של האינטרס העצמי, אך גם אם הדבר נובע מטעות. יושם אל לב כי הערכה גבוהה של ראובן את האינטרס שלו אינה נובעת מהעדפת עצמו על הזולת. כאשר זה המצב, הרי עסקינן בסיבה 3. כאן, לעומת זאת, ראובן מייחס ערך גבוה לשעות הפנאי שלו לא בהכרח מפני שהוא מחשיב את עצמו יותר מאשר את הזולת, אלא משום שקיים פער בין ההערכה שלו לשעות פנאי באופן כללי – שלו או של אחרים – לבין ההערכה שהארם הממוצע מייחס לשעות פנאי. לפיכך, גם אם הסיכון שהופנה כלפי הזולת היה מופנה כלפי ראובן עצמו, ייתכן שהוא היה נוהג באותה מהירות שבה נהג בפועל. בדומה לכך, אדם הממעיט בהערכת האינטרס של הזולת שאותו סיכן בהתנהגותו (סיבה 2) לא בשל זלוול בו, אלא בשל טעות או בשל הערכה נמוכה של האינטרס האמור מבלי ששיוכו לזולת ישפיע על הערכה זו, אף הוא אינו חוטא חטא גדול, ועל-כן הצדק למזיק אינו מחייב בעוצמה רבה הטלת אחריות עליו.

**שיקולי הצדק לניזוק משתנים** אף הם בהתאם לסיבות שהמזיק התרשל בגינן. ככל שהדבר נוגע בצדק שלפני מעשה, ברור שהאינטרס של הניזוק הוא שתוטל על המזיק אחריות משפטית בכל מקרי הרשלנות, תהא סיבתה אשר תהא. האינטרס יהיה חזק במיוחד כאשר הרשלנות היא מסיבה 3, אך גם כאשר היא נגרמה מסיבות 1 ו-2. זאת ועוד, מאחר שהניזוק יודע כי לאחר מעשה קשה מאוד לדעת מהי סיבת הרשלנות, וכי המזיק יודע זאת, חששו מסיבה 3 גדל. על-כן, האינטרס שלו שתוטל אחריות על המזיק חזק מאוד. בחינת הצדק שלאחר מעשה מובילה למסקנה דומה. הפגיעה נושאת אופי חמור יותר כאשר הרשלנות נגרמה עקב סיבה 3, אך היעדר היכולת להבחין בין הסיבות השונות מצדיק הטלת אחריות בכל מקרה של רשלנות מהסוג הנידון בפרק זה, תהא סיבתו אשר תהא. לסיכום, נראה ששיקולי הרתעה ושיקולי צדק יתמכו בעוצמה רבה בהטלת אחריות כאשר רשלנותו של המזיק נבעה מאיזון כושל בין האינטרסים שלו לבין אלה של הזולת. אמת, ניתן להבחין בין סיבות שונות לרשלנות, ואילו היה אפשר לזהותן לאחר מעשה, היתה החיוניות של הטלת האחריות עשויה להשתנות לפיהן. ברם, מאחר שזיהוי כזה קשה ביותר, ובעיקר עקב החשש שהרשלנות של המזיק נבעה מסיבה 3, הן שיקולי הרתעה והן שיקולי צדק, למזיק ולניזוק כאחד, מחייבים ללא עוררין הטלת אחריות בלא כל תלות בסיבה המדויקת שבגינה נגרמה רשלנותו של המזיק.

## קטיגוריה 2: אינטרסים שונים של הניזוק

במקרים רבים של רשלנות נכשל המזיק באיזון בין אינטרסים שונים של הניזוק עצמו, כאשר האינטרס העצמי שלו לא הובא כלל בחשבון.

**דוגמה 2: הרופא והחולה היחיד.** לוי הינו רופא הצריך להחליט כיצד לטפל בחולה שלו, יהודה. עומדות לפניו שתי דרכים חלופיות לטיפול, והוא בוחר באחת מהן.

אין ללוי כל אינטרס עצמי בדרך טיפול זו או אחרת. יהודה ניזק עקב כך. אילו נבחרה דרך הטיפול האחרת היה הניזק נמנע.<sup>23</sup>

בית-משפט הבא להחליט אם לוי התרשל יצטרך לבחון את הסיכויים והסיכונים של כל אחת מדרכי הטיפול כפי שרופא סביר במצבו של לוי היה מעריכן במועד שבו החליט על דרך הטיפול. איזון בין האינטרסים השונים של יהודה הוא העומד איפוא על הפרק. אם יוגדר לוי כרשלן, לא יהא זה מפני שהעדיף אינטרס של עצמו על זה של יהודה. אין כל סתירה בין קביעה שלוי התאמץ כמיטב יכולתו לפעול באופן העולה בקנה אחד עם האינטרס של יהודה לבין הקביעה כי התרשל.

נביח עתה שלוי התרשל. הצורך להטיל עליו אחריות משפטית חיוני פחות מאשר הצורך להטיל אחריות משפטית על ראובן בדוגמה 1 (הנוהג). מבחינת הצדק למזיק, נראה שלא יקשה לשכנע את הקורא כי בהתנהגותו של אדם שהעדיף שלא כראוי את אינטרס עצמו על אינטרס הזולת, במיוחד אם הדבר נעשה עקב זלוולו באינטרס הזולת (סיבה 3, דוגמה 1), דבק בדרך-כלל פגם חמור יותר מהפגם שדבק בהתנהגותו של מי שנכשל באיזון האינטרסים השונים של הניזוק (דוגמה 2). שיקולי הרתעה מובילים למסקנה דומה. הסנקציה המשפטית חיונית יותר בדוגמה 1 מאשר בדוגמה 2. בעוד שבדוגמה 1 נמצא המזיק בכוח בניגוד אינטרסים בולט עם הניזוק, ובלעדי אחריות משפטית נשקפת סכנה מוחשית שהוא יתעלם מאינטרס הזולת ויפעל על-פי האינטרס העצמי שלו בלבד, אין חשש זה קיים בדוגמה 2. יש סיבות טובות להניח שלוי הרופא ינסה לפעול לטובת החולה אף אם אין מוטלת עליו אחריות משפטית בגין רשלנות; חובתו המוסרית כלפי החולה, דאגתו למוניטין המקצועיים שלו, החשש שייאבד את משרתו וכיוצא בזה יהוו בדרך-כלל תמריצים נאותים להתנהגות ראויה, בפרט כאשר אין לו כל אינטרס הנוגד את האינטרס של החולה.

אמת, יהא זה מופרז לטעון כי בדוגמה 2 הטלת אחריות בגין רשלנות לעולם אינה מוצדקת משיקולי הרתעה. אחרי ככלות הכל, הנחתנו היא שרופא סביר היה בוחר בדרך הטיפול האחרת, והניזק היה נמנע. קיים סיכוי שהסנקציה המשפטית שתוטל על לוי במקרה של רשלנות תתמרץ אותו מלכתחילה להקטין את סיכויי רשלנותו. בידוע כי תוטל עליו אחריות משפטית, ישקול אולי ביתר תשומת-לב באיזון דרך טיפול לבחור. אולי ייוועץ באחרים, אולי יעיין בספרות המקצועית, ואולי ירכוש מלכתחילה ידע רב יותר בטרם ייטול על עצמו משימות שאין בכוחו לבצען כדבעי. במילים אחרות, אולי קיים בכל-זאת ניגוד אינטרסים מסוים בין לוי לבין יהודה: בהיעדר אחריות משפטית, הרופא עלול לחסוך זמן ומאמץ הכרוכים בקבלת החלטה נכונה על דרך הטיפול, וכך להעדיף את האינטרס העצמי שלו על זה של החולה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף כאשר בית-החולים אחראי שילוחית למעשיו של לוי. הטלת אחריות על בית-החולים תניע אותו להשקיע מאמצים ומשאבים בבחירת רופאים מתאימים שהסיכוי שיתרשלו בהפעלת שיקול-דעתם קטן יחסית. בלעדי אחריות, מאמציו של בית-החולים עלולים להיות מעטים מדי.

23 ראו, למשל, את ע"א 323/89 קוהרי נ' מ"י, פ"ד מה(2) 142 (להלן: עניין קוהרי).

למרות האמור לעיל ואף-על-פי שקיים ניגוד אינטרסים מסוים בין המזיק (לוי או בית-החולים) לניזוק (יהודה), ניגוד אינטרסים זה חריף פחות במידה ניכרת מאשר זה המשתקף בדוגמה 1, שבה ניגוד זה הינו חזיתי ומאיים.

כנגד היתרונות מתחום ההרתעה שיש להטלת אחריות בדוגמה 2 (שמסקלם פחות מאשר בדוגמה 1, אך שאין להתעלם מהם כליל), קיים חשש מוחשי להשפעה שלילית של האחריות המשפטית על התנהגותו של המזיק-בכות. חשש זה אינו מיוחד אומנם לדוגמה 2 ודומותיה, אך נראה כי הוא בולט במיוחד במקרים שבהם אין למזיק מלכתחילה אינטרס עצמי חזק בדרך הפעולה שבכוחו לבחור. לוי, היודע כי נשקפת לו סכנת תביעה משפטית, עלול לנקוט בטכניקה של רפואה מגנתית. הוא עלול להעדיף את טובת עצמו על טובת החולה, ולנקוט בדרך הטיפול המקטינה את מידת היחשפותו לתביעה משפטית, ולא בדרך הטיפול הטובה יותר לחולה.<sup>24</sup> זו למעשה התופעה של הרתעת-יתר, הנוצרת כאשר המזיק מפנים את נזקי התנהגותו, אך מחזין את טובת-ההנאה הנובעת ממנה. על שום מה ינקוט לוי בדרך טיפול אחת – אפילו הוא מאמין שהיא טובה יותר לחולה – אם דרך זו מעמידה אותו בסיכון של תביעה משפטית, ולא בדרך טיפול אחרת שסיכוני התביעה המשפטית הכרוכים בה קטנים יותר, שעה שאין הוא מפיק כל טובת-הנאה אישית מאף אחת מדרכי הטיפול? אומנם, כפי שנאמר כבר, לוי מונע לא אחת משיקולים לברי-משפטיים: חובתו המוסרית לחולה, המוניטין שלו (המתורגמים לעיתים קרובות לערכים כלכליים) וכיוצא בזה. אולם אף-על-פי שכל אלה הינם תמריצים חשובים, אין די בהם לעיתים להפגת החששות שתוארו לעיל מהטלת אחריות.

עד כה ראינו כי הטלת אחריות משפטית על לוי בדוגמה 2 תיוגית פחות מאשר הטלת אחריות משפטית על ראובן בדוגמה 1, הן מוויית ההרתעה והן מוויית הצדק למזיק. התמקדות בצדק לניזוק מחזקת מסקנה זו. אשר לצדק שלאחר מעשה, אני סבור

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

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

שתביעתו של ניוזק שנפגע עקב זלזול באינטרס שלו או עקב העדפה בלתי־ראויה של אינטרס המזיק על האינטרס שלו (דוגמה 1) חוקה יותר מזו של ניוזק שנפגע במהלך מאמץ להיטיב עימו או לשפר את מצבו (דוגמה 2), שכן, אופי הפגיעה בו במקרה הראשון חמור יותר מבחינה מוסרית. אף אינטרס הניוזק לפי צויו שלפני מעשה חזק יותר בדוגמה 1 מאשר בדוגמה 2. ספק אם האינטרס שלפני מעשה של יהודה בדוגמה 2 עולה בקנה אחד עם הטלת אחריות על הרופא. יהודה הוא הצפוי להינזק מרפואה מגננתית, והיתרונות האפשריים שיצמחו לו מהטלת אחריות אינם עולים תמיד על החסרונות הגובעים מהטלת אחריות כזו. (כך במיוחד כאשר הטלת אחריות אף מעלה את מחיר השירות הרפואי – חסרון נוסף מבחינתו של יהודה – תופעה שתתרחש בלי ספק כאשר ברפואה פרטית עסקינן.)<sup>25</sup> לא כן בדוגמה 1. האינטרס המובהק שלפני מעשה של שמעון הניוזק הוא שתוטל אחריות על ראובן אם זה יתרשל ויגרם לו לנזק. האינטרס שלו לא יקודם בשום צורה ואופן אם יהיה ראובן פטור מאחריות במקרה של פגיעה רשלנית בו. חשוב להבהיר כי לא כל מקרי הרשלנות הרפואית (ואולי אף לא רובם) משתייכים לקטיגוריית המקרים הנידונה כאן. דוגמה 3 מציגה מקרה שבו הטלת אחריות נזיקית על הרופא חיונית לא פחות מאשר בדוגמה 1 (הנוהג), ועל־כן היא שייכת לקטיגוריית המקרים הראשונה שנידונה.

דוגמה 3: הרופא החסכן. יהודה מובא לחדר־המיון בבית־החולים כשהוא סובל מכאבים עזים בחזה. לוי, הרופא העובד בחדר־המיון, עומד לסיים את משמרתו.

25 ראו לעיל הדיון ברפואה מגננתית בפרק "גורמים להערכת חיוניותה של הטלת אחריות נזיקית".

ניתן לטעון שאם יש לחולה אינטרס שלא תוטל אחריות על הרופא, הוא יכול להשיג תוצאה זו בדרך של התקשרות חוזית עם הרופא, ולקבוע בחוזה את רמת האחריות הנדרשת. מאחר שלא עשה כן, אות הוא שהאינטרס שלו אינו עולה בקנה אחד עם שחרור הרופא מאחריות. תשובתי לכך היא כדלקמן: ראשית, בדרך־כלל, אין לצפות מן החולה שיהיה ער עובר לטיפול הרפואי להסדר המשפטי המדויק ולהשפעתו על האינטרסים שלו. לפיכך, אי־התנאה חוזית בעניין אינה מלמדת דבר באשר לאינטרס החולה. שנית, במקרים רבים אין כל אפשרות לקשירת חוזה בין החולה לרופא, למשל כאשר החולה מובא לטיפול חסר־הכרה, או שמסיבה אחרת אינו יכול להביע רצון באופן ממשי. שלישית, הטענה שהיעדר הסדר חוזי נוגד משמעו שיש להטיל אחריות על הרופא מניחה את המבוקש. הן ניתן לטעון באותו אופן את ההיפך: שהשתיקה מלמדת על רצון שלא תוטל על הרופא אחריות. לפיכך, טענה זו מניחה שבירית־המחדל היא שכל עוד לא קבעו הצדדים אחרת, יש להטיל אחריות על הרופא. אך הרי זו בדיוק השאלה: מה צריכה להיות ברירת־המחדל? מוויית ההרתעה, השאלה היא: מהי ברירת־המחדל היעילה? מוויית הצדק לניזוק, השאלה היא: מהי ברירת־המחדל התואמת ביותר את אינטרס הניוזק? מכל האמור לעיל עולה שאופציית ההתקשרות החוזית אינה מעלה או מורידה באשר לדיון שבטקסט.

בדיקה יסודית של יהודה תאלץ את לוי להתעכב בבית-החולים ואף תעלה לבית-החולים בממון (מעבר למה שיהיה ניתן לגבות מיהודה). לוי שולח את יהודה לביתו בלא כל בדיקות, ולמהרת יהודה מת מהתקף-לב, שהיה נמנע אילו נבדק כראוי.<sup>26</sup>

להבדיל מדוגמה 2 (הרופא והחולה היחיד), שיקולי הרתעה תומכים בהטלת אחריות על לוי (ועל בית-החולים, כמי שאחראי שילוחית למעשיו). הטלת אחריות תספק ללוי תמריצים לא להעדיף את אינטרס עצמו על אינטרס החולה (ואף תנטרל תמריץ שלילי של בית-החולים לעודד רופאים להימנע מבדיקות יקרות). אמת, החשש מרפואה מגננתית קיים אף במקרים המיוצגים על-ידי דוגמה 3, אך השיקול הנגדי בעד הטלת אחריות חזק בהרבה מהשיקול הדומה הפועל ביחס לדוגמה 2: בדוגמה 3 נכשל לוי באיזון בין האינטרס שלו לבין אינטרס החולה, ועקב כך הטלת אחריות עליו חיונית למדי. לא כן בדוגמה 2. נראה שאין צורך להכביר מילים כדי להראות ששיקולי צדק יפעלו בכיוון דומה, ויתמכו בהבחנה חדה בין דוגמות 2 ו-3. מכאן שבתחום הרשלנות הרפואית, במקרים של רשלנות בהפעלת שיקול-דעת שלרופא או לבית-החולים אין בהם אינטרס עצמי,<sup>27</sup> החיוניות של הטלת אחריות נויקית פחותה מאשר במקרים של רשלנות המתבטאת באי-ביצוע בדיקות רפואיות, בהיעדר מעקב ופיקוח ראויים וכיוצא בזה מתדלים החוסכים זמן, מאמצים ומשאבים לרופא או לבית-החולים.<sup>28</sup>

הקטיגוריה השנייה כוללת כמובן לא דק מקרים של רשלנות רפואית. מקרים הנמנים בבירור עם הקטיגוריה השנייה הם כל אלה שבהם אדם פועל למען הזולת, בין בהיעדר חובה משפטית קודמת לפעול ובין על-פי חובה משפטית, שעה שאין לו אינטרס אישי מובהק באשר לדרך הפעולה שבה יבחר. כך ניתן לכלול בגדר אלה את מקרה המציל שנכשל בפעולת ההצלה,<sup>29</sup> המורה שאפשר חופש פעולה לתלמידו על-חשבון בטחונו הפיסי,<sup>30</sup> או ההורה שנכשל באיזון נאות בין האינטרסים השונים של ילדו.<sup>31</sup> הבעיות

26 ראו, למשל, ע"פ 116/89 אנדל נ' מ"י, פ"ד מה(5) 276.

27 שוב ייאמר כי אף במקרים המיוצגים על-ידי דוגמה 2 קיים אינטרס עצמי של היסכון בזמן לימוד, היוועצות וכיוצא בזה. ברור אף שבת-החולים שאינם אחראים בנוזיקין כאשר רופאים מתרשלים בהפעלת שיקול-דעתם בהיעדר אינטרס עצמי עלולים להטיל על רופאים תפקידים שאינם הולמים את כישוריהם. אך מכל מקום, במקרים המיוצגים על-ידי דוגמה 3, הבעיה של ניגוד האינטרסים בין הרופא ובית-החולים לבין החולה בולטת הרבה יותר מאשר במקרים המיוצגים על-ידי דוגמה 2.

28 ראו להלן הטקסט הצמוד להערות 54-57. מובן שקשה לעיתים לדעת אם מקרה מסוים קרוב יותר לדוגמה 2 או לדוגמה 3.

29 ראו להלן הטקסט הצמוד להערה 58.

30 ע"א 2061/90 מרצלי נ' מ"י, פ"ד מז(1) 602 (להלן: עניין מרצלי).

31 ראו להלן הטקסט הצמוד להערה 61.



המתעוררות בהקשר של דוגמה 2 (הרופא והחולה היהודי) מתעוררות באופן דומה אף במקרים אלה, ובעיקר החשש שהטלת האחריות תשבש את תמריציו של המזיק בכוח לפעול לטובת הניזוק בכוח.

מקרים גוספים שבהם המזיק נדרש לאזן בין אינטרסים שונים של הניזוק בכוח הם מקרים שונים של רשלנות מקצועית, נוסף לרשלנות הרפואית שנידונה לעיל. עורכי דין, רואי חשבון ויועצים אחרים נדרשים לא אחת לאזן בין האינטרסים השונים של לקוחותיהם. בחלק ניכר מן המקרים תהיה הטלת האחריות עליהם בגין רשלנות חיונית לנוכח החשש שבלעדיה, האינטרס העצמי של איש המקצוע לחסוך זמן, משאבים וכדומה יניע אותו להזניח את האינטרס של לקוחו. מקרים אחרונים אלה ייכנסו על-כן לקטיגוריית המקרים הראשונה, אם כי לא אחת הם יהיו תערובת של שתי הקטיגוריות גם יחד.

לסיכום הדיון בקטיגוריה השנייה של המקרים יש לומר שהן שיקולי הרתעה והן שיקולי צדק, למזיק ולניזוק כאחד, מלמדים שהטלת אחריות בגין רשלנות שנגרמה עקב איזון כושל של המזיק בין אינטרסים שונים של הניזוק אינה חיונית כלל ועיקר, ולעיתים היא אף מזיקה. בכך היא שונה בתכלית מן הקטיגוריה הראשונה, שבה האיזון שהמזיק נכשל בו הוא בין האינטרסים שלו לבין האינטרסים של הזולת.

### קטיגוריה 3: אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי

לעיתים, התרשלנות של המזיק מתבטאת בכך שהוא לא איזן כראוי בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס של אדם שלישי. אף כאן, אינטרס המזיק אינו גורם משמעותי (אם בכלל) במסכת הגורמים המשפיעים על התנהגותו. למרות זאת, כפי שנידונה מיד, הטעמים להטלת אחריות על המזיק חזקים יותר במסגרת הקטיגוריה השלישית מאשר במסגרת הקטיגוריה השנייה.

**דוגמה 4: הרופא ושני החולים.** לוי הינו רופא ששני חולים במצב קשה, יהודה ודינה, מובאים לטיפולו בו־זמנית. לוי הוא הרופא היחיד שנמצא במקום, ועליו לחלק את זמנו בין טיפול ביהודה לבין טיפול בדינה. את מירב הזמן הוא מקדיש ליהודה, ועקב כך דינה ניזוקה.

**דוגמה 5: הפצוע.** משה הינו נהג שאוסף למכוניתו את אברהם הפצוע ומחיש אותו לבית החולים. עקב מצבו הקשה של אברהם והצורך החיוני להביאו מהר ככל האפשר לבית החולים, נהג משה במכוניתו במהירות רבה. בדרכו הוא פוגע ביצחק, הולך רגל, וגורם לו גזק.

הדיון שלהלן מתמקד בדוגמה 4, אך הוא נכון בשינויים המחויבים אף ביחס לדוגמה 5. בית המשפט שיתבקש להכריע בשאלת רשלנותו של לוי יבתן אם איזן לוי בין האינטרסים של יהודה ודינה באופן שרופא סביר היה עושה כן במצבו על-פי הסיכויים והסיכונים של

כל אחד מהחולים.<sup>32</sup> בדוגמה לדוגמה 2 (הרופא והחולה היחיד), אף כאן אין האינטרס העצמי של לוי רלוונטי (אלא באופן רחוק ועקיף). לפיכך, מבחינת הצדק למוזיק, הצורך להטיל על לוי אחריות אינו חיוני ביותר. הטעמים לכך הם לכאורה אותם טעמים שהובאו בהקשר של דוגמה 2, אשר לשיקולי הרתעה, גם כאן, בהיעדר אינטרס עצמי הנוגד את אינטרס הניזוק, הטלת אחריות על המוזיק חיונית פחות מאשר במקרה שבו יש ניגוד כזה (כבדוגמה 1: הנוהג). אומנם, כפי שראינו בדיון בדוגמה 2, עשויים להיות בכך יתרונות מסוימים, אך אלה מתקזזים לעיתים קרובות כנגד החסרונות שבהטלת אחריות (בהקשר הנידון – רפואה מגנטית).

דוגמות 2, 4 ו-5 שונות אם-כך באופן מהותי מדוגמה 1. ברם, גם ביניהן קיימים הבדלים, שהעיקרי נוגע בצדק לניזוק לפני מעשה, אך גם בהרתעה. כפי שהוסבר לעיל, אינטרס הניזוק בדוגמה 2 עשוי להיות, מלכתחילה, שלא תוטל אחריות על הרופא. בדוגמה 4 (ואף 5), לעומת זאת, אינטרס הניזוק שונה: הרופא עלול להיכשל לא עוד באיוון בין האינטרסים השונים שלו, אלא באיוון בין האינטרס שלו לבין האינטרס של אדם אחר. החשש של הניזוק-בכוח, לפני מעשה, שהמוזיק-בכוח יעדיף את האינטרס של האחר על האינטרס שלו עשוי ליצור אצלו אינטרס שתוטל על הרופא אחריות אם יתרשל באיוון האינטרסים האמור. אומנם, מלכתחילה, לא היתה דינה יכולה לרעת אם כלל האחריות יפעל לטובתה או לרעתה, אך בהנחה שהנתונים על מצבה לעומת מצבו של יהודה היו ידועים לו, היא היתה מבינה שכלל אחריות עשוי להיות חיוני לגביה כדי לגרום לרופא להקדיש את מירב זמנו לטיפול בה. גם בלעדי נתונים אלה בידיה של דינה לפני מעשה, האינטרס שלה הוא שיטופל מי שזקוק יותר לרופא: הנזק הצפוי להיגרם לה מאי-טיפול מידי כאשר היא זקוקה לו יותר מיהודה יהיה בדרך-כלל גדול מן התועלת הצפויה לה מטיפול מידי כאשר היא זקוקה לו פחות מיהודה. האינטרס החברתי (המזוהה כאן עם הרתעה יעילה) שיטופלו החולים הנזקקים יותר לפני החולים הנזקקים פחות מתמוגז אם-כך לחלוטין עם האינטרס של דינה, היא הניזוקה במקרה הקונקרטי.

החויבות שבהטלת אחריות, מזוית ההרתעה ומזוית הצדק לניזוק לפני מעשה בחמש הדוגמות שנידונו עד כה ניתנת אם-כך לדירוג לפי סדר יורד כדלקמן: דוגמות 1 ו-3 (הנוהג והרופא החסכן, בהתאמה), דוגמות 4 ו-5 (הרופא ושני החולים והפצוע, בהתאמה), דוגמה 2 (הרופא והחולה היחיד). בדוגמות 1, 3, 4 ו-5 קיים חשש שהמוזיק-בכוח יפלה בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס אחר: שלו עצמו או של אדם שלישי. מטבע הדברים, חשש זה כבד יותר בדוגמות 1 ו-3, שכן אינטרס המוזיק עצמו עומד על הפרק, ופחות בדוגמות 4 ו-5, שבהן אינטרסים של אחרים מוטלים על כף המאזניים. בדוגמה 2, לעומת זאת, היות שאיוון האינטרסים של הניזוק בלבד עומד לעיני המוזיק, חשש ההפליה אינו קיים. ממילא, האינטרס החברתי (הרתעה יעילה), כמו גם האינטרס של הניזוק לפני מעשה בהטלת אחריות, חלשים יותר. הניזוק אינו חושש עוד מלכתחילה כי יופלה לרעה לעומת אדם

32 הנחתי היא שלא ניתן להצביע על רשלנות מוקדמת של בית-החולים בכך שלא טרת להציב שני רופאים (או יותר) במשמרת, שאז היה הנזק נמנע. אם הנחה זו נסתרת, מקרה הרשלנות של בית-החולים עשוי להשתייך לקטיגוריית המקרים הראשונה.

אחר. חששו היחיד הוא שהרופא ישגה בתום-לב בדרך הטיפול שיבחר בשבילו. בנתון החשש להרתעת-יתר (המתקיים בעיקר בדוגמות 2, 4 ו-5), עשוי להיות לניזוק בדוגמה 2, מלכתחילה, אינטרס לפטור את המזיק מאחריות עקב חשש זה, ואילו לניזוק בדוגמות 4 ו-5 – להטיל עליו אחריות למרות החשש האמור.

עד כאן התמקדנו בהרתעה ובאינטרס הניזוק לפני מעשה. אולם גם שיקולי צדק הנוגעים במזיק עשויים להביאנו למסקנות דומות באשר לחיוניותה של הטלת האחריות. אדם המעדיף את עצמו על הזולת באופן בלתי-ראוי, ואגב כך גורם לו נזק, פגום מבחינה מוסרית, בעיקר אם הדבר נעשה אגב זלזול באינטרס הזולת (דוגמה 1, סיבה 3). אדם המעדיף אדם אחר על אחר באופן בלתי-ראוי, ואגב כך גורם לאחר נזק, עשוי אף הוא להיחשב פגום מבחינה מוסרית אם העדפה זו נעשית מסיבות הנחשבות בעינינו לבלתי-כשרות (כגון שהאחד עשיר והאחר עני, שהאחד נאה והאחר כעור).<sup>33</sup> לעומת זאת, כאשר רשלנות המזיק מתבטאת באיזון רשלני של האינטרסים של הניזוק, הפגם המוסרי הדבק בהתנהגותו פחות במידה ניכרת. שיקולי הצדק לניזוק לאחר מעשה, כך נראה, תואמים את שיקולי הצדק למזיק, שכן אופי הפגיעה בניזוק נגזר במקרים אלה מאופי התנהגותו של המזיק.

הקטיגוריה השלישית שנידונה לעיל כוללת את כל אותם מקרים שבהם גרם המזיק נזק ברשלנות לאדם אחד כאשר מניעת הנזק היתה כרוכה ביצירת סיכון לאדם אחר.

בסוג אחד של מקרים מדובר בנזק הנגרם עקב איזון רשלני של אינטרסים על-ידי רשות ציבורית. כך, עירייה המחליטה לא להציב שוטרים בגן ציבורי, ועקב כך נזק אדם, היתה יכולה אולי למנוע את הנזק באופן סביר לו היתה מציבה שוטרים בגן, אך אז היתה חושפת לסיכון בני-אדם אחרים שהיו יכולים להיות מוגנים על-ידי אותם שוטרים.<sup>34</sup> בדומה לכך, משטרה שעוצרת אדם שלא כדין היתה יכולה אולי למנוע את הנזק לאותו אדם במחיר סיכון בסחוננו האישי או רכושו של אדם אחר.<sup>35</sup>

בסוג אחר של מקרים נדרש אדם שאינו רשות לאזן בין אינטרסים של שניים שהוא חב להם חובת זהירות, וקיום החובה לאחד בא על-חשבון האחר. כך, נזק לעובד שנפגע עקב הוראה רשלנית של המעביד לסייע בפניו של עובד אחר, שנפגע תוך כדי העבודה, היה יכול אולי להימנע במחיר של הגברת הסיכון של העובד האחרון.<sup>36</sup> כך, נזק שנגרם לאדם עקב התנהגות רשלנית של עורך-הדין של יריבו היה יכול אולי להימנע באופן סביר במחיר פגיעה בעניינו של היריב, לקוחו של עורך-הדין.<sup>37</sup> בכל המצבים המתוארים, הטלת אחריות נזיקית היוגית יותר מאשר בקטיגוריה

33 אמת, לא כל מקרה של רשלנות הנובעת מאיזון אינטרסים בלתי-נאות של הניזוק ושל אדם שלישי ניתן להסבר על בסיס העדפה מודעת ובלתי-כשרה. אך כאשר זו הסיבה, הפגם בהתנהגותו של המזיק אינו ניתן לערעור.

34 ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד לו(1) 141 (להלן: עניין גרובנר).

35 ע"א 337/81 בוסקילה נ' מ"י, פ"ד לח(3) 337 (להלן: עניין בוסקילה).

36 ע"א 660/80 לכדר נ' מ"י, פ"ד לו(2) 836 (להלן: עניין לכדר).

37 ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (להלן: עניין שרמן).

השנייה, אך פחות מאשר בקטיגוריה הראשונה. עם זאת, כאשר החשש מלכתחילה שהמויק-בכוח יעדיף את האינטרס האחר על זה של הניזוק משמעותי יותר, מכיוון שיש למזיק אינטרס עצמי לעשות כן, היוניות הטלתה של אחריות גדלה, ולעיתים יהיה נכון למיין את המקרה לקטיגוריה הראשונה. מצב שבו עורך-הדין גורם ברשלנות נזק לצד שכנגד מהווה דוגמה לכך: אם אכן התנהגותו של עורך-הדין כלפי הצד שכנגד הינה רשלנית ובלתי-רצויה מבחינה חברתית,<sup>38</sup> אי-הטלת אחריות על עורך-הדין תניע אותו להעדיף באופן מוחלט את אינטרס הלקוח – שהוא במידה רבה האינטרס שלו עצמו – ולהתעלם לחלוטין מפגיעות בלתי-לגיטימיות בצד שכנגד.

#### קטיגוריה 4: אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי

הסוג הרביעי של מקרי רשלנות כולל את כל אותם מקרים שבהם רשלנותו של המזיק הינה תוצאה של איזון בלתי-נאות בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס חברתי. להבדיל מהמקרים שנידונו בתת-פרק הקודם, לא באדם שלישי (או בקבוצה מוגדרת של בני-אדם) עסקינן, אלא בחברה ככזו.

דוגמה 6: *חופש הביטוי*. המשטרה גמנעת מלעצור את ראובן הנוקט בצעדי מחאה פוליטיים, הכוללים אף הסתה נגד קבוצה מסוימת בחברה. דברי ההסתה מניעים את שמעון לגרום נזק לרכושו של לוי.

שאלת אחריותו המשפטית של ראובן ו/או שמעון כלפי לוי אינה בתחום דיונו. השאלה המעניינת אותנו כאן היא אם ראוי להטיל אחריות על המשטרה בגין רשלנות המתבטאת במחדל של אי-הגנה על בטחונו של לוי. נראה שבית-המשפט יבחן אם איזנה המשטרה כראוי בין האינטרס של לוי ובני הקבוצה שההסתה הופנתה כלפיה לבין האינטרס החברתי בחופש הביטוי, אומנם, אינטרס אחרון זה אינו רק חברתי; הוא אף אינטרס אישי של ראובן. ברם, יש להניח שעיקר המשקל יוחס על-ידי המשטרה, בעת שהחליטה כיצד לנהוג, להיבט החברתי של חופש הביטוי, ופחות לזה האישי.

נניח עתה כי המשטרה התרשלה באיזון האינטרסים. מהי מידת החיוניות של הטלת אחריות נזיקית עליה כלפי לוי? בדומה לדוגמות 2 (הרופא והחולה היחיד) ו-4 (הרופא ושני החולים), אף בדוגמה 6 אינטרס המזיק אינו מעורב, לפחות לא באופן ישיר.<sup>39</sup> ככל שהדבר נוגע בהרתעה, הטלת אחריות אינה חיונית. אדרבא, הטלת אחריות עלולה לגרום

38 יכולה לעלות טענה שהטלת אחריות תפגע ביכולתו של עורך-הדין לשרת את לקוחו (הרתעת-יתר). הנחתי היא שלמרות נימוק זה, יש התנהגויות של עורכי-דין כלפי צד שלישי שאינן רצויות, וראוי למונען באופן עקרוני.

39 המזיק הוא המשטרה, ואני מניח היעדר זהות בין המשטרה לבין החברה שבשמה ולמענה היא פועלת. באומרי שאינטרס המשטרה אינו מעורב, כוונתי שלמשטרה, כגוף, אין אינטרס. לחברה, בהגדרה, יש אינטרס שהמשטרה תנהג באופן הטוב ביותר לחברה.

להרתעת-יתר, ועל-כן לאי-יעילות. אם תיאלץ המשטרה לפצות ניווקים ממעשי אלימות שנגרמו עקב הסתה, יגברו התמריצים שלה להגביל את חופש הביטוי: הסיכון לשאת באחריות משפטית עקב מעשי אלימות שהם תוצאה של ביטוי חופשי יהיה מוחשי יותר לגבי המשטרה מן הסיכון לשאת באחריות משפטית עקב הגבלת חופש הביטוי. במילים אחרות, אף במקרה זה, המזיק מחצין את טובת-ההנאה שבאי-הגבלת חופש הביטוי, תוך שהוא נושא בנזק שעלול להיגרם עקב אי-הגבלה כזו.<sup>40</sup> ממילא יתעצם התמריץ שלו להגביל את חופש הביטוי. בעיה זו, כך נראה, חריפה יותר בדוגמה 6 (חופש הביטוי) מאשר בדוגמה 4 (הרופא ושני החולים), שבה האיוון הוא בין אינטרסים של הניזוק לבין אלה של אדם שלישי. הטלת אחריות משפטית בדוגמה 4 מעמידה את הרופא מלכתחילה בסיכון של אחריות משפטית, בין שהוא בוחר לטפל בחולה הראשון (ומתחיל בהזנחת השני) ובין שהוא בוחר לטפל בשני (ומתחיל בהזנחת הראשון). קיים על-כן איוון מסוים העשוי למתן את סיכון הרפואה המגננתית ולהניע את הרופא לנקוט אמצעי זהירות נאותים. לא כן בדוגמה 6 (חופש הביטוי). אי-הסימטריות שבסיכון האחריות המשפטית של המזיק בולטת ביותר. הפגיעה באינטרס החברתי לא תלווה בדרך-כלל בסנקציה משפטית דוגמת הפגיעה באינטרס הפרטי. אם כן, הדרך הבטוחה ביותר להניע את המשטרה בדוגמה זו לא להוניה את האינטרס החברתי בחופש הביטוי היא לא להטיל עליה אחריות אם תימצא מגינה על אינטרס זה הגנת-יתר על-חשבון הפרט שנפגע. מובן שיש מצבים שמסקנה זו אינה עומדת בהם כלל ועיקר. לעיתים, הטלת אחריות על הרשות הציבורית כלפי הניזוק היא הדרך הבדוקה ביותר לתמרץ את הרשות לא להתעלם מסיכון הפגיעה בניזוק, לא להעדיף באופן בלתי-ראוי שאיפה לסדר או היסכון בתקציב על אינטרס הניזוק, או לא להפלותו לרעה לעומת אחרים. במקרים אלה, הטלת אחריות על הרשות הינה חיונית ביותר, שכן הם קרובים יותר לקטיגוריה הראשונה של המקרים מאשר לזו הרביעית.<sup>41</sup>

*היבט הצדק מורכב הרבה יותר. מצד אחד, מזיק החוטא בהגנת-יתר על אינטרס חברתי אינו פגום בדרך-כלל מבחינה מוסרית כמזיק המעדיף לקדם אינטרסים עצמיים שלו תוך זלוזל באינטרס הזולת (דוגמה 1: הנוהג, סיבה 3). לעיתים הוא אף ראוי ליחס מקל לעומת מזיק שהעדיף אינטרס של אדם שלישי על האינטרס של הניזוק מסיבות בלתי-ראויות, כדוגמה 4 (הרופא ושני החולים). מצד אחר, האינטרס של הניזוק בהטלת אחריות חזק כאן במיוחד. ניתן לטעון שאדם שנפגע עקב כך שאדם אחר קידם אינטרסים שלחברה יש עניין בהם ראוי שיפוצה בגין נזקיו אף בלעדי רשלנות, שאם לא כן, יימצא*

40 אם אינטרס המשטרה מזוהה באופן מוחלט עם האינטרס החברתי, אזי ההצננה כזו אינה קיימת. אני מניח שאין זהות כזו. ראו לעיל הערה 39. אני מניח גם שלמשטרה יש עניין לחסוך כספי ציבור, שאם לא כן, היא לא תהיה מוטרדת כלל מהגשת תביעות משפטיות. במקרים מסוימים, סנקציות שמחוץ לדיני הניזוקין, כגון אלה שמתחום המשפט המינהלי, עשויות למתן את התופעה המתוארת בטקסט. בדוגמה 6, כך נראה, סנקציות אלה אינן משמעותיות.

41 השוו לדוגמה 3 (הרופא החסכן) ולדיון בה, לעיל בקטיגוריה 2.

מוקרב על מזבח החברה. ממילא, כאשר המזיק התרשל, ביחסו לאינטרס התברתי משקל-יתר, ועקב כך פגע בניזוק, ההצדקה להטלת אחריות, ככל שהדבר נוגע באינטרס הניזוק, ברורה מאליה. דברים אלה יפים בראש ובראשונה מן ההיבט של אינטרס הניזוק לאחר מעשה, אך גם מן ההיבט של האינטרס שלו לפני מעשה: האינטרס של הניזוק לפני מעשה הוא שתוטל אחריות על המזיק כדי שהאינטרס שלו לא יזנח למען קידומו של האינטרס החברתי.

כיצד מאזנים בין שיקולי הצדק הנוגעים במזיק לבין אלה הנוגעים בניזוק? נראה שכאשר המזיק הוא גוף ציבורי, כדוגמה 6 (חופש הביטוי), הטלת אחריות הינה פתרון מועדף מהיבט הצדק. הטעם לכך הוא שהפיצוי לניזוק ממומן על-ידי החברה אשר במהלך קידום האינטרסים שלה נגרם הנזק. ממש כפי שאדם נושא בסיכון שהוא יישא בנזקי הזולת אם יתרשל ויפריז בהגנת האינטרסים שלו על-חשבון הזולת, כך ראוי ואף צודק כאשר המזיק הוא החברה או גוף הפועל מטעמה וממומן מכספי ציבור.<sup>42</sup> אפילו אם שיקולי הרתעה מערערים במידה מסוימת את הצורך בהטלת אחריות, נראה שהטלת אחריות הינה חיונית באיזון הכולל של צדק והרתעה.<sup>43</sup>

לעומת זאת, אם מזיק פרטי הוא שביקש לקדם אינטרס חברתי, ואגב מתן משקל-יתר לאינטרס זה גרם נזק לאחר, הטלת אחריות עליו, מהיבט הצדק, חיונית פחות. שיקולי הרתעה אך מחזקים מסקנה זו. מקרה מעין זה מומחש בדוגמה הבאה.

דוגמה 7: השו"ל. דן הינו מדריך בחברה להגנת הטבע. הוא מוביל קבוצת מטיילים במדבר יהודה, ובשלב מסוים הוא נדרש לבחור באחד משני צירי תנועה: האחד עובר בשטח שמעבר בני-אדם בו עלול לפגוע בנוף ובטבע, והאחר עובר בשטח שבו פגיעה כזו אינה מהווה סיכון ממשי, אך המעבר בציר זה כרוך בסיכון גבוה יותר למטיילים. דן בוחר בציר השני. גר, אחד המטיילים, נופל מצוק ונפצע בגופו אגב צעידה בציר שנבחר.

השאלה אם דן התרשל תלויה בשאלה אם בחר באיזון ראוי בין הערך החברתי של שימור הנוף והטבע לבין הסיכון שיצר כלפי המטיילים. ייתכן שלא התרשל כלל. עצם העובדה שציר התנועה שבו בחר כרוך בסיכונים רבים יותר מציר תנועה אחר אינה מלמדת על רשלנותו. ברם, אפילו אם התרשל, הטלת אחריות עליו חיונית מהיבט ההרתעה פחות מהטלת אחריות על המשטרה בדוגמה 6 (חופש הביטוי). החשש שהטלת אחריות תמנע התחשבות מצידו מלכתחילה בשיקול של שימור הנוף והטבע הינו משמעותי

42 "גלעד" האחריות בניזוקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון) משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 339; "גלעד" האחריות בניזוקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני) משפט וממשל ג (תשנ"ד-תשנ"ה) 55.

43 לסיטואציות מן הסוג המיוצג על-ידי דוגמה 6 (חופש הביטוי), ראו ע"א 796/80 אוהנה נ' אברהם, פ"ד (4) 337, 343 (להלן: עניין אוהנה); ע"א 559/77 למפרט נ' מ"י, פ"ד (ג) 649, 651 (להלן: עניין למפרט).

מאוד, ואולי גדול אף יותר מהחשש המקביל בדוגמה 6. אף מהיבט הצדק למוזיק, חיוניות הטלתה של אחריות בדוגמה 7 אינה רבה. דן, ואת יש לזכור, פעל למען אינטרס חברתי, ועתה הוא נדרש לשלם את מחיר ההגנה על אינטרס זה. אין לפנינו מקרה, כבדוגמה 6, שבו מימון הפיצוי נעשה על ידי החברה, אשר להגנת האינטרס שלה נחליץ המוזיק.<sup>44</sup> מצד אחר, בצדק יטען גד הניזוק כי אין הוא צריך לשלם את מחיר ההגנה על האינטרס החברתי האמור, בוודאי לא כאשר הגנה זו כרוכה ברשלנות (צדק לניזוק לאחר מעשה). אף האינטרס של גד מלכתחילה הוא שתוטל אחריות על דן בנסיבותיה של דוגמה 7 (צדק לניזוק לפני מעשה). שיקולי הצדק במקרה זה אינם אם-כן כה חדים כבדוגמה 6, ושיקולי ההרתעה מעוררים ספקות כבדים אם הטלת אחריות מועילה או מניקה.<sup>45</sup>

#### קטיגוריה 5: אינטרסים שונים של המוזיק

הקורא את הכותרת של תת-פרק זה סבור אולי שנפלה בה טעות: מה לאיוון האינטרסים השונים של המוזיק ולרשלנות כלפי הזולת? כפי שניזכר מיד, השניים קשורים לא-אחת קשר בל-יינתק.

דוגמה 8: המדרגות. דינה מחליקה במדרגות התלולות בביתו של משה, וניזקת בגופה. משה היה יכול להקטין את סיכון ההחלקה במדרגות על-ידי התקנת מעקה בטיחות, אך הוא נמנע מלעשות כן. אילו היה קיים מעקה, היה הנזק נמנע.

המקרה המוצג בדוגמה 8 מייצג לכאורה את הסוג של איוון האינטרסים המומחש בדוגמה 1 (הנוהג): אינטרסים של המוזיק, מצד אחד, ואינטרסים של הניזוק מצד אחר. אם משה התרשל, אין זאת אלא שהעדיף את האינטרסים שלו על אלה של אורחיו, וממילא, מהסיבות שפורטו, הטלת אחריות עליו תהא בדרך-כלל חיונית. אמת, אפשרות זו אכן קיימת. ברם, קיימת אפשרות נוספת, שעל-פיה נכשל משה באיוון האינטרסים שלו בלבד. עניין זה דורש הסבר.

בתי-המשפט, בבואם לקבוע אם המוזיק התרשל, מתעלמים באופן שיטתי מכך שאמצעי הזהירות שהיה המוזיק יכול לנקוט היו מפחיתים לעיתים קרובות אף את סיכונו שלו, ולא רק את סיכונו של הניזוק. במאמר שכתבתי עם פרופסור Robert Cooter טענו שבת-המשפט משיגים בכך תוצאה לא-יעילה, המגיעה את המוזיק להשקיע פחות מן הרצוי באמצעי זהירות. לטענתנו, במקרים של "סיכונים משותפים", קרי: סיכונים החלים על המוזיק והניזוק גם יחד, ושאמצעי הזהירות שניתן לנקוט בהם משפיעים הן על המוזיק והן

44 אם יהיה דן חשוף לסנקציה פלילית כאשר יפגע בנוף ובטבע, תפחת בעיית ההרתעה המתוארת בטקסט. אני מניח שהחשש מסנקציה זו אינו משמעותי.

45 דוגמה 7 מזכירה במידת-מה את הסיטואציה שנידונה בע"פ 364/78 צור נ' מ"י, פ"ד לג(3) 626, 632 (להלן: עניין צור).

על הניזוק ב־זמנית, הכרחי להתחשב, בעת קביעתה של רמת הזהירות הנדרשת, הן בסיכוני המזיק והן בסיכוני הניזוק.<sup>46</sup>

הבה נמחיש טענה זו לגבי דוגמה 8: נניח שסיכון המדרגות (במינוח אחר: תוחלת הנוק) לגבי אורחיו של משה הינו 75. נניח שניתן למנוע את הסיכון כליל על־ידי השקעה של 100 במעקה בטיחות. בית־משפט, המונחה בנוסחת "לרנד הנד" (נוסחת הרשלנות הכלכלית) על־פי יישומה המקובל, יסיק שמשה לא התרשל. האדם הסביר אינו משקיע 100 על־מנת למנוע סיכון של 75. נניח עתה הנחה סבירה למדי שעל־פיה אף משה חשוף לסיכון המדרגות. הבה נניח כי התקנת מעקה הבטיחות תפחית אף את סיכונו שלו בכדי 75. נקל לראות כי התוצאה היעילה היא שמשה יתקין מעקה בטיחות בעלות של 100 ויפחית את הסיכון הכולל, לו ולאחרים, בכדי 150. ברם, לנוכח התעלמות בתי־המשפט מסיכונו העצמי של משה, לא תושג תוצאה יעילה זו. משה יידע מראש כי בית־משפט ימצא כי לא התרשל, ועל־כן יפטור אותו מאחריות לנזקי אחרים. לפיכך יתעלם משה מלכתחילה מן הסיכון לאחרים, שגודלו 75, כאמור. הסיכון העצמי שלו, אף הוא בגודל 75, שיופחת ל־0 עם התקנת מעקה הבטיחות, לא ישכנע אותו כמובן להשקיע 100 במעקה.

לעומת זאת, אם בבואו לקבוע אם אדם התרשל ישווה בית־המשפט בין הוצאות המניעה (100), מצד אחד, לבין סך הסיכון למשה ולאחרים (150), מצד אחר, מסקנתו תהיה שמשה התרשל באי־התקנת מעקה הבטיחות. בידועו זאת מראש, יבין משה שאם לא יתקין מעקה בטיחות בעלות של 100, סופו לשאת בסיכון כולל של 150. משה יתקין לפיכך את מעקה הבטיחות, ותושג התוצאה היעילה.

למי שאינו מתרשם יתר על המידה ממטרות ההרתעה והיעילות של דיני הנוזיקין, ניתן להציג את הטיעון דלעיל באופן הבא: בכוא בית־המשפט לקבוע אם אדם התרשל, חשוב לבחון את הנטל המוטל עליו או את המאמץ הנדרש ממנו לשם מניעת הסיכון לזולת או הפחתתו. אם הנטל כבד, לא במהרה יוסק שהתרשל, ואם הנטל קל, הסקת רשלנות תהא לא־אחת מובנת מאליה. הטיעון של Robert Cooter ושלי הוא שהנטל הרלוונטי הוא הנטל נטו, ולא הנטל ברוטו. במילים אחרות, אילו היה משה צריך להשקיע מאמץ רב במניעת הסיכון לזולת (להתקין מעקה בטיחות), אך אף הוא היה זוכה בטובת־הנאה המתבטאת בהפחתת סיכונו, הרי בהגדרה של שיעור הנטל שהיה עליו לשאת בו יש להתחשב גם בצד הזכות, ולא רק בצד החובה. על־כן יש להפחית, רעיונית, את טובת הנאה שהיה משה זוכה בה עקב ההשקעה במעקה הבטיחות מן הנטל שנדרש ממנו כדי לעשות כן. הדוגמה המספרית ממחישה זאת היטב: הנטל האמיתי שמשה נדרש לשאת בו לשם מניעת הסיכון מאורחיו אינו 100 (הנטל ברוטו), אלא 25 (הנטל נטו: 100 פחות 75). משה התרשל על־כן מכיוון שלא השקיע השקעה קטנה יחסית (25 לצורך ההמחשה) במניעת סיכון גדול מאחרים (75 לצורך ההמחשה).

מכאן ואילך אני מניח שרשלנותו של משה תלויה בשאלה אם בעת שלא התקין את

R. Cooter & A. Porat "Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? 46  
*Law and Economics in Conflict*" 29 *J. Leg. Stud.* (2000) 19



מעקה הבטיחות איון כראוי בין שלושה אינטרסים: האינטרס שלו לא לבזבז את משאביו הכספיים (התקנת מעקה בטיחות); האינטרס שלו בבטיחות; האינטרס של אורחיו בבטיחות. ייתכן שרשלנותו הינה תוצאה של זלזול באינטרס הזולת, שאז הטלת אחריות עליו הינה חיונית ביותר (ראו הקטיגוריה הראשונה, דוגמה 1: הנוהג, סיבה 3); ברם, ייתכן גם שרשלנותו הינה תוצאה של איוון לא-ראוי בין האינטרסים שלו, בינם לבין עצמם. נשוב לגתונים המספריים שנתתי לדוגמה 8: סיכון עצמי: 75, סיכון לאחרים: 75, עלות מניעה: 100. ייתכן שמשם סבר בטעות שסיכובו העצמי הוא 5 בלבד. אילו היתה סברתו זו נכונה, לא היה משה מתרשל באי-התקנת מעקה הבטיחות: אי-השקעה של 100 במניעת סיכון כולל של 80 (75 לאחרים ו-5 לו עצמו) אינה רשלנות. גם בית-משפט שאינו מונחה בייעילות יכול שהיה מסיק אז שהנטל של מניעת הסיכון שנדרש ממשם כבד מדי, ועל-כן אין זה מוצדק לדרוש ממנו לשאת בו. לפיכך, אם הערכתו הנמוכה של האינטרס העצמי שלו היא לבדה שגרמה לרשלנותו, הרי שהוא נכשל באיוון האינטרסים שלו עצמו. משה לא השכיל להבין שהתקנת מעקה הבטיחות תפחית מאוד את סיכוביו. הטלת אחריות עליו במקרה הנידון לא היתה מניעה אותו בהכרח להתקין מעקה בטיחות. אם באמת סבר שטובת-ההנאה שתיגרם לו מן המעקה הינה 5 בלבד, יש להניח שהיה מעדיף לא להשקיע 100, אלא לשאת בסיכון שלדידו הוא 80 בלבד (75 לאחרים ו-5 לו עצמו). יתר על-כן, התנהגותו אינה פגומה מוסרית, שכן לכל היותר זלזל בבטחונו שלו, אך לא בבטחון הזולת. שיקולי צדק הנוגעים במויק אינם מחייבים אם-כן הטלת אחריות עליו.

הקושי העיקרי הוא כמובן שקשה לדעת מהי הסיבה שבגינה לא התקין משה מעקה בטיחות. הטלת אחריות עליו תגדיל על-כן את הסיכויים שלא יעדיף באופן בלתי-ראוי את האינטרס שלו על זה של הזולת. החשש אם-כן שמשם נכשל באיוון בין אינטרס עצמי שלו לבין אינטרס הזולת, וכי המקרה נופל למעשה לגדרה של הקטיגוריה הראשונה של המקרים, עשוי בכל-זאת לחייב הטלת אחריות עליו – מכל הסיבות שבגינן ראוי להטיל אחריות על אדם שהעדיף שלא כראוי את אינטרס עצמו על אינטרס זולתו.<sup>47</sup>

#### סיכום ביניים

הטבלה הבאה מסכמת את מידת החיוניות שבהטלת אחריות נזיקית בתמשת המצבים שנידונו ברשימה זו על-פי סוגי השיקולים האופייניים לדיני הנזיקין:

47 ראו דיון לעיל בקטיגוריה 1.

השיקולים / הקטיגוריות	הרתעה	צדק למזיק	צדק לניזוק "לאחר מעשה"	צדק לניזוק "לפני מעשה"
1. מזיק-ניזוק	חיוני מאוד	חיוני מאוד	חיוני מאוד	חיוני מאוד
2. ניזוק-ניזוק	לא חיוני, לעיתים מזיק	לא חיוני	לא חיוני	לא חיוני, לעיתים מזיק
3. ניזוק-אדם שלישי	חיוני	חיוני	חיוני	חיוני
4. ניזוק-חברה	לעיתים חיוני, לעיתים לא חיוני, לעיתים מזיק	החברה מממנת - חיוני; פרט מממן - לא חיוני	חיוני מאוד	חיוני
5. מזיק-מזיק	חיוני	חיוני	חיוני	חיוני

### חלק ב: איוני אינטרסים בראי דיני הרשלנות הנהגים

#### מבוא

על-פי דיני הנוזיקין הנהגים, תנאי להטלת אחריות על אדם בגין רשלנות הוא שהתרשל כלפי הזולת וגרם לו נזק. מכאן עולה לכאורה שדי בממצא של התרשלנות, של נזק ושל קשר סיבתי עובדתי בין השניים לשם הטלת אחריות על אדם. האופי של איוני האינטרסים שבו נכשל אינו מעלה ואינו מוריד. אך למעשה, לא כך הדבר. תנאי להטלת אחריות על המזיק הוא שהמזיק חב חובת זהירות לניזוק. בהיעדר חובת זהירות, לא תקום אחריות בנוזיקין. חובת הזהירות הינה "מסננת" המותירה מחוץ למסגרת האחריות הנוזיקית אותם מקרים שהטלת אחריות משפטית על הרשלן אינה משרתת בהם כראוי את המטרות שבבסיסם של דיני הנוזיקין או משבשת את דרכי פועלם. דברים אלה נכונים בלא כל קשר לשאלה אם הבסיס העיוני של דיני הרשלנות הוא עשיית צדק כזה או אחר בין מזיק לבין ניזוק, או אם הם אינסטרומנטליים ומשמשים למעשה לשם הרתעה. כך או אחרת, יהיו מקרים ששיטת המשפט, מטעמיה היא, לא תחפוץ בהם בהטלת אחריות על הרשלן.<sup>48</sup>

48 א' פורת "עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 373, 386-387; י' גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנוזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 319, 328, 338. כן ראו: R.A. Buckley *The Modern Law of Negligence* (London, Dublin & Edinburgh, 3rd ed., 1999) 15-24.

מהם השיקולים העשויים להצדיק אי-הטלת אחריות על המוזיק הרשלן? ראשית, הכלל המשפטי שעל-פיו מוטלת אחריות על המוזיק עלול להשפיע באופן שלילי על הפעילות שהמוזיק פועל במסגרתה או על פעילויות אחרות. שנית, יישומו של כלל אחריות כרוך בהוצאות מינהליות רבות. שלישית, הניזוק הוא מונע נזק או מפוזר נזק זול. רביעית, שיקולי צדק מחייבים לפטור את המוזיק מאחריות. חמישית, גרם הנזק הנתבע היה בלתי-צפוי ובלתי-ניתן לצפייה עלידי המוזיק.<sup>49</sup>

כנגד שיקולים אלה עומדים תמיד השיקולים המסורתיים בעד הטלת אחריות. עלי-פי שיקול ההרתעה, הטלת אחריות על המוזיק הרשלן תרתיע אותו מלכתחילה מפני גרימת נזקים. עלי-פי שיקול הצדק, הטלת אחריות הינה צודקת בהיותה מתקנת את העוול שגרם המוזיק לניזוק.

מכאן שבכל מקרה שקיים בו שיקול לכאורה נגד הטלת אחריות, על בית-המשפט לשקול את שיקולי ה"נגד" אל מול שיקולי ה"בעד", ולהכריע לאורם אם מוטלת על המוזיק חובת זהירות. בית-המשפט נדרש ממילא לשאלה עד כמה חיונית הטלת אחריות נזיקית בסוג זה או אחר של מקרים. הדיון שנערך בחלקו הראשון של המאמר עשוי אס-כן לסייע לבתי-משפט להעריך את מידת החיוניות שבהטלת אחריות, תוך מיקוד תשומת-הלב בסוג של איוון אינטרסים שהמוזיק נכשל בו.

כך, למשל, כעולה מן הדיון בחלק הראשון של המאמר וכן מן הטבלה שבסופו, הן מהיבט הצדק והן מהיבט ההרתעה, הטלת אחריות חיונית מאוד במסגרת הקטיגוריה הראשונה של המקרים, שבה נכשל המוזיק באיוון האינטרסים שלו ושל הניזוק (דוגמת הגוהג); ופחות חיונית, ולעיתים אף מזיקה, במסגרת הקטיגוריה השנייה של המקרים, שבה נכשל המוזיק באיוון בין האינטרסים השונים של הניזוק (דוגמת הרופא והחולה היחיד). מכאן שיש לצפות שבתי-משפט ייטו לא להכיר בחובת זהירות במקרים מסוימים הנמנים עם הקטיגוריה השנייה, ואילו במסגרת הקטיגוריה הראשונה לא תהא להם נטייה כזו. מובן שלא רק הסוג של איוון אינטרסים שהמוזיק נכשל בו יכתיב את החלטתו הסופית של בית-המשפט; קיימים שיקולים נוספים, הקשורים למאפיינים אחרים של המקרים שמדובר בהם, בפעילות המיוחדת שהצדדים פועלים במסגרתה, בהוצאות המינהליות הכרוכות בהפעלת כלל של אחריות, וכיוצא בזה שיקולים אשר שקלולם הוא שיכריע בסופו של דבר אם תוטל אחריות על המוזיק הרשלן או אם ישוחרר ממנה. ברם, הסוג של איוון אינטרסים שמדובר בו, הגם שאינו שיקול יחיד, חייב להיות שיקול מרכזי ולא-אחת מכריע בעניין זה.

שיקול הסוג של איוון אינטרסים שהמוזיק נכשל בו ומידת חיוניותה של הטלת אחריות כעולה משיקול זה עשויים להשפיע אף על סטנדרט ההתנהגות שמוזיק-בכוח, שנקבע כי מוטלת עליו חובת זהירות, נדרש לעמוד בו. אומנם, בדיני הנזיקין הנוהגים, כאשר מוטלת על אדם חובת זהירות, הוא נדרש לא להתרשל, והשאלה אם התרשל אינה מושפעת מסוג השיקולים שהיו רלוונטיים לשאלת קיומה של חובת הזהירות המוטלת עליו. שאלת התרשלותו נבחנת על-פי השיקולים הרלוונטיים כדי לקבוע כיצד האדם הסביר מתנהג,

49 ראו: Buckley, *ibid*, at pp. 10-14, 17-23.

ולא כדי לקבוע אם רצוי להטיל אחריות על מי שמונת שהוא רשלין. ברם, נראה שבתיהמשפט מושפעים לא אחת משיקולים של חובת הזהירות בבואם לקבוע את סטנדרט ההתנהגות שהמוזיק נדרש לעמוד בו. במילים אחרות, כאשר קיימים שיקולים כבדימשקל נגד קיומה של חובת זהירות, בתימשפט עשויים לעיתים לרכך את סטנדרט ההתנהגות הנדרש לשם הטלת אחריות, בדרךכלל מבלי לומר זאת במפורש, במקום לקבוע באופן גורף כי אין מוטלת על המוזיק חובת זהירות. אם אכן דברים אלה מתארים נכחה את המציאות, הסוג של איוון אינטרסים שהמוזיק נכשל בו ומידת החיוניות שבהטלת אחריות עשויים לחלחל אל תוך שיקולי בתימשפט בבואם לקבוע את סטנדרט ההתנהגות שהמוזיק נדרש לעמוד בו.<sup>50</sup>

עיון בפסיקת בתימשפט מלמד ששיקול הסוג של איוון אינטרסים שהמוזיק נכשל בו אינו מוזכר בשמו. עם זאת, פסיקת בתימשפט עולה לא אחת בקנה אחר עם שיקול זה, וניתן לטעון שהוא משפיע על שיקוליהדעת של השופטים אפילו אין הם מגדירים אותו בצורה מדויקת. השפעתו על שיקוליהדעת של השופטים יכולה לפעול כאמור בשני מישורים: המישור של חובת הזהירות והמישור של סטנדרט ההתנהגות. כך, מצד אחד, ביתמשפט עשוי לפסוק שחובת זהירות אינה קמה בסוג מסוים של מקרים כאשר הסוג של איוון אינטרסים שמדובר בו מביאו למסקנה זו. מצד אחר, ביתמשפט עשוי אף להתשב בשיקול הסוג של איוון אינטרסים בעת שהוא קובע את סטנדרט ההתנהגות הנדרש מן המוזיק בנתון קיומה של חובת זהירות.

להלן תיבחן פסיקת בתימשפט במקרים הנמנים עם כל אחת מקבוצות המקרים שנידונו בחלקו הראשון של המאמר (להוציא הקטיגוריה החמישית, שלפי שעה לא הוכרה בפסיקתם של בתימשפט<sup>51</sup>). טענתי היא שבתיהמשפט נוטים להטיל אחריות בגין רשלנות ביתר קלות כאשר איוון האינטרסים שהמוזיק נכשל בו הוא בין האינטרס שלו לבין זה של הניזוק, והם הססניים יותר בהטלת אחריות כאשר כשלונן של המוזיק נוגע באיוון האינטרסים של הניזוק, של הניזוק ואדם שלישי או של הניזוק והחברה. סקירת הפסיקה שלהלן אינה מתיימרת להיות ממצה. ברור לי שניתן למצוא פסקידין שאינם עולים בקנה אחד עם התיאוריה המוצעת במאמר, ובוודאי שניתן למצוא פסקידין רבים, שבהם השפיעו שיקולים אחרים, מלבד הסוג של איוון אינטרסים, על פסיקתם של בתימשפט. זאת ועוד, לעיתים קשה לדעת מהם סוגי האינטרסים שהמוזיק נכשל באיוונם במקרה קונקרטי, וממילא אין לצפות במקרים אלה להשפעת הסוג של איוון אינטרסים על פסיקתו של ביתמשפט.

כאמור, להלן יודגשו אותם מקרים שבהם ניכרת התאמה בין פסיקת בתימשפט לבין שיקול הסוג של איוון אינטרסים שהמוזיק נכשל בו.

50 ראו פורת, לעיל הערה 48, בע' 392-394, 411-413, וכן ע"א 915/91 מ"י נ' לוי, פ"ד מה(3) 45 (להלן: עניין לוי).

51 .Cooter & Porat, *supra* note 46

## קטיגוריה 1: אינטרס המזיק מול אינטרס הניזוק

המקרים שבהם נכשל המזיק באיזון האינטרסים שלו ושל הניזוק אינם מעוררים בדרך-כלל ספק כלשהו באשר לחיוניות הטלתה של אחריות נזיקית, בהנחה שהמזיק התרשל. טיעון היעדרה של חובת זהירות לא ימצא על-כן במקרים אלה אוזן קשבת אצל בתי-המשפט. כאלה הם, למשל, תאונות הדרכים ותאונות העבודה שנגרמו עקב רשלנות המעביד. אומנם, ככל מקרי הניזוק, אף כאן תנאי להטלת אחריות על המזיק הוא יכולתו לצפות את גרם הנזק. גוסף על כך, כבכל מקרי הניזוק, עלול להתעורר קושי באשר לפיצויו של הניזוק בגין נזקים מסוימים, כגון הנזק הלא-ממוני שנגרם לניזוק העקיף, קרוב משפחתו של הניזוק הישיר, אשר כאב את כאבו.<sup>52</sup> על-כן, הסוג של איזון אינטרסים שהמזיק נכשל בו אינו חזות-הכל, אם כי לא בנקל ימצא מקרה שלא תוטל בו חובת זהירות כלשהי על המזיק במסגרת קבוצת מקרים זו.<sup>53</sup>

## קטיגוריה 2: אינטרסים שונים של הניזוק

מקרים של רשלנות רפואית נמנים לא-אחת עם קטיגוריית המקרים השנייה. המקרים שבהם נטיית בתי-המשפט להטיל אחריות הינה פחותה יחסית הם אלה שבהם נכשל הרופא בהפעלת שיקול-דעת, ובחר בדרך טיפול שהתבררה כלא-טובה (דוגמה 2, הרופא והחולה

52 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד רהאן ז"ל, פ"ד (מד) 397. כן ראו: *McLoughlin v. O'Brian* [1982] 2 All E.R. 298 (H.L.)

53 המקרים הנמנים עם קטיגוריית המקרים הראשונה הם ה"מועמדים" הראשונים למשטר משפטי של אחריות מוגברת. ככל שהאינטרס של המזיק לא להתחשב באינטרס הזולת גדול יותר, וככל שהוא יכול להרוויח מכך יותר, כן תגבר הנטייה להטיל על המזיק אחריות מוגברת. כך, בעניין *Vincent v. Lake Erie Transport. Co.* 124 N.W. 221 (1910), שעסק בתביעת בעל רציף נגד בעל ספינה שהותיר את ספינתו קשורה לרציף בעת סופה, ועקב כך נגרם נזק לרציף, הוטלה אחריות על בעל הספינה כלפי בעל הרציף אף-על-פי שהשארית הספינה קשורה לרציף לא היתה התנהגות רשלנית. אמת, ניתן להתייחס לעניין *Vincent* כמקרה של נטילת רכוש הזולת (taking), המחייב פיצוי אפילו היתה הנטילה סבירה, אך את האינטואיציה החוקה להטלת אחריות במקרה כזה ניתן להסביר גם בהסתמך על האינטרס החזק כל-כך של הנתבע לגרום נזק לתובע לשם הצלת ספינתו. באופן דומה ניתן להסביר את האינטואיציה החוקה כל-כך להטיל אחריות על הנתבעת בעניין *Bolton v. Stone* [1951] 1 All E.R. 1078 (H.L.), שבו נפגעה עוברת-אורח מכדור קריקט שבא מהצרה של הנתבעת, בעלת מועדון קריקט. ההתנגשות החזיתית בין אינטרס הניזוק לביטחון לבין האינטרס של מועדון הקריקט לא לגקוט אמצעי בטיחות העולים ממון בולט אף במקרה זה. בבית-המשפט לערעורים הוטלה אחריות על בעלת המועדון, אך בית-הלורדים, בפסק-דין שנוי במחלוקת, פטר את הנתבעת מאחריות בנימוק כי לא היה ניתן לצפות את הפגיעה בתובעת.

היחיד). כשלוננו של הרופא הוא באיזון האינטרסים של החולה, וכפי שנטען, הטלת אחריות עליו בגין רשלנותו אינה חיונית, ולעיתים אף מזיקה. אומנם, בתי-משפט לא יאמרו לעולם כי הרופא לא תב חובת זהירות לחולה, אך נראה כי יחד עם זאת ייסו לא-אחת להגיע לממצא של היעדר התרשלנות.<sup>54</sup> גישתם שונה באופן משמעותי כאשר הרשלנות הנטענת היא אי-מתן טיפול או תרופה, ובנסיבות שקיים בהן חשש שהיה לבית-החולים שהרופא פעל בו או לרופא אינטרס עצמי לא לתת את הטיפול או התרופה (דוגמה 3, הרופא החסכן).<sup>55</sup> סוג זה של מקרים קרוב לקטיגוריית המקרים הראשונה, ובה הטלת אחריות על הרשלן הינה חיונית מאוד. נטיית בתי-המשפט להטיל אחריות על רופאים ובתי-חולים גוברת כאשר עקב כשל ברישום ובתיעוד, ולעיתים עקב "קשר של שתיקה",<sup>56</sup> לא ניתן לדעת כיצד אירע נזקו של החולה. גם כאן קיים ניגוד אינטרסים ברור בין בית-החולים, המעוניין לעיתים להצניע את הסיבה שבגינה אירעה התאונה הרפואית, לבין החולה, המעוניין לדעת כיצד נפגע כאשר מידע זה עשוי לאפשר לו תביעה נגד מי שגרם ברשלנות לנזקיו.<sup>57</sup>

54 עניין קוהרי, לעיל הערה 23.

55 למקרה של הטלת אחריות בגין אי-מתן טיפול רפואי מסוים על-ידי רופאה, שהונע אולי על-ידי הרצון לחסוך משאבים לבית-החולים, ראו ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נד(2) 38, 44.

בע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 262-263, בית-המשפט עומד על שלושה שלבים של התהליך הטיפולי: האבחון, ההחלטה על דרך הטיפול, והטיפול עצמו. בית-המשפט מטיל אחריות על הרופא, ובין היתר קובע כדלקמן: "רשלנותו של המשיב אינה דווקא בכך שלא קיבל עד ליום 26.4.78 את ההחלטה הנדרשת והמתבקשת לשנות את דרך הטיפול ולבצע ניתוח דחוף של המערער. היא טמונה בדרך הטיפול ובטיב המעקב עד לאותו שלב וגם נובעת מהם, שכן, אילו נעשו כל הבדיקות הנאותות והיה מקיים המעקב הראוי, כי אז אותות האזהרה היו מהבהבים בתודעתו של המשיב בעוד מועד, והייתה מתקבלת על ידיו ההחלטה הנאותה במועד". כן ראו את עניין פאר, לעיל הערה 24. שם היה מדובר בניתוח שגרם לקטיעת רגלו של התובע. מסתבר שלא נבדק אם הוא סובל מהיצרות עורקים, ואילו היה הדבר נבדק, היה הנזק נמנע. בית-המשפט הטיל אחריות על הרופא. למקרים נוספים שהוטלה בהם אחריות על הרופא (או בית-החולים) עקב רשלנות בעצם מתן הטיפול, ראו ע"א 705/78 רמון נ' מאוטנר, פ"ד לד(1) 550; ע"א 2989/95 קורניץ נ' מרכז רפואי ספיר - בית חולים מאיר, פ"ד נא(4) 687.

56 במקרה קיצוני שבו הניע חשש לקשר של שתיקה את בית-המשפט להטיל אחריות על חברי צוות רפואי רק בשל כך שאחד מביניהם גרם לחולה נזק ברשלנות, ראו: *Ybarra v. Spangard* 154 P. 2d 687 (1944). לדיון, ראו א' פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג (תשנ"ד) 311, 327-328, 342, 360-361.

57 ע"א 6330/96 בנגר נ' בית-החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, פ"ד נב(1) 145; א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191.

מקרים אחרים הנמנים עם הקטיגוריה השנייה הם אלה שבהם אדם פועל לטובתו של אחר, כמציל, מבלי שהיתה לו חובה קודמת כלפיו, ולאחר־מכן עולה שאלת התרשלנותו בביצוע פעולת ההצלה. בפסיקה בישראל התעוררה השאלה במצבים שהמציל עצמו נפגע אגב נסיון ההצלה, ועקב כך תבע פיצויים בגין נזקיו מיוצר הסיכון. בשני המקרים שנידונו בפסיקה נדחתה הטענה של הנתבע כי המציל תרם ברשלנותו לנזקיו.<sup>58</sup> בארצות־הברית ניכרת במקרים של הצלה נטייה לרכז במידת־מה את סטנדרט ההתנהגות הנדרש מן המציל שפעל לטובת הניזוק מבלי שהיתה לו חובה לכך מלכתחילה.<sup>59</sup> ברוב המדינות בארצות־הברית, רופא המגיש עזרה ראשונה בלא קבלת תמורה פטור מאחריות נזיקית.<sup>60</sup> מקרים שבהם פגע הורה ברשלנות בילדו נמנים גם הם עם קטיגוריית המקרים השנייה. לא בכדי פטור הורה מאחריות כל עוד פעל בתום־לב לטובת הילד.<sup>61</sup> נדמה כי זה מקרה הרשלנות המובהק ביותר שבו נכשל המויק באיוון האינטרסים של הניזוק מבלי שלאינטרס העצמי שלו יש משקל משמעותי. מקרה אחר הוא של המורה הפועל לטובת תלמידו, ונטען לגביו כי לא איוון כראוי בין אינטרס הילד בבטיחותו הפיזית לבין האינטרס של הילד בתופש פעולה. במקרים אלה תוטל לעיתים אחריות על המורה.<sup>62</sup>

### קטיגוריה 3: אינטרס הניזוק מול אינטרס של אדם שלישי

המקרה הבולט ביותר שבו אדם נדרש להכריע בין אינטרס של אחד לזה של אחר הוא מקרה השופט, הדיין או הבורר הצריך להכריע בין הצדדים המופיעים לפניו. לאלה עומדת חסינות מוחלטת מפני אחריות נזיקית, המשתרעת לא רק על התנהגויות רשלניות.<sup>63</sup>

- 58 בע"א 380/74 אכרס נ' קלמן, פ"ד (1) 611, נמחץ התובע על־ידי מכונית שהתדרדרה באשמת הנתבע שעה שניסה להציל את זה האחרון מפגיעתה. בבית־המשפט המחוזי נקבעה רשלנותו התורמת של התובע בשיעור של 50%. בבית־המשפט העליון הוטלה האחריות במלואה על הנתבע. בית־המשפט נימק זאת בכך שתגובתו של התובע היתה אינסטנקטיבית, טבעית וסבירה. למקרה דומה מאוד שנפסק בארצות־הברית, ושוב צוין כי על המושבעים לקבוע אם יש אשם תורם בתובע, ראו: *Carney v. Buyea* 65 N.Y. Supp. 2d 902 (1946). המקרה השני הוא ע"א 290/63 נחום נ' ישראלי, פ"ד יז 2657.
- 59 *W. Prosser & W. Keeton Prosser and Keeton On The Law of Torts* (St. Paul Min., 5th ed., 1984) 378–382.
- 60 *Prosser & Keeton, ibid*, at p. 378.
- השאלה כיצד חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח–1998, משפיע על סטנדרט ההתנהגות הנדרש מן המציל שפעל מכוח חובתו שבהוק חורגת ממסגרת המאמר. לדיון מעמיק בחוק זה ראו אסף יעקב "אפקטיביות החובה להציל", העתיד להתפרסם בעיוני משפט כד(3).
- 61 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, סעיף 22. השוו ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, תק"על 99(3) 1324.
- 62 עניין מרצלי, לעיל הערה 30.
- 63 סעיף 8 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], דמ"י תשכ"ח 266.

במקרים הנמנים עם הקטיגוריה השלישית, הטלת אחריות על המזיק הינה חיונית, אם כי פחות מאשר בקטיגוריית המקרים הראשונה. המקרים שנידונו בארץ ואשר ניתן לסווגם לקטיגוריית המקרים השלישית הם אלה שבהם נטען נגד הרשות הציבורית כי התרשלה בהפעלת שיקול-דעתה, והעדיפה אינטרסים של אחרים על אלה של הניזוק התובע. כך נטען בעניין אחד כי המפקח על הביטוח התרשל בהימנעותו מלהזהיר את התובעים, כחלק מן הציבור, מפני סכנת התמוטטותה של חברת ביטוח, וכי אילו היה עושה כן, היה נמנע הנזק שנגרם להם עקב קריסתה. המפקח על הביטוח נכשל, לפי הנטען, באיוון שבין האינטרס של התובעים ושכמותם, מצד אחד, לבין האינטרס של חברת הביטוח ושל מבוטחים אחרים בה, מצד אחר. בית-המשפט העליון דחה את התביעה, וקבע כי במקרים שבהם ניתן לרשות שיקול-דעת רחב, לא במהרה ייקבע כי התרשלה בהפעלת שיקול-דעת זה.<sup>64</sup> במקרה אחר נטען נגד רשות ציבורית כי לא הציבה פקחים בגן ציבורי, ושאלו הוצבו שם, היו מונעים פגיעה עבריינית של רוכב אופניים בתובעת. בית-המשפט העליון סירב להטיל אחריות על הרשות, בין היתר בנימוק כי הטלת אחריות משמעה שהרשות היתה צריכה להסיר את הגנת הפקחים ממקום אחר לטובת המבקרים בגן הציבורי.<sup>65</sup> במקרה שלישי, שנפסק על-ידי בית-הלורדים באנגליה, לא הוטלה אחריות על המשטרה שנמנעה מלהחזיק במעצר אדם שרצה את בת משפחתם של התובעים לאחר ששחררה. נקבע כי על המשטרה אין חובת זהירות בנסיבות העניין.<sup>66</sup> עם זאת, קבע בית-הלורדים בעניין אחר כי רשות המפעילה מתנה לשיקום אסירים עשויה להיות אחראית כלפי בני-אדם שנפגעו על-ידי אסירים שנמלטו ממשמורתה, מכיוון שאסירים אלה נמצאים בפיקוחה ובשליטתה של הרשות.<sup>67</sup>

64 עניין לוי, לעיל הערה 50.

65 עניין גרובנר, לעיל הערה 34. כן ראו ע"ע 5355/97 מ"י נ' מראת, פ"ד (3) 550. במקרה זה התעוררה השאלה אם המשטרה התרשלה בכך שהפקידה תת-מקלע "עוזי" בידיו של סייען לשעבר של כוחות הביטחון, שהרג ופצע באמצעותו את שכניו. נקבע כי המשטרה לא התרשלה, מכיוון שתת-המקלע היה נחוץ להגנת חייו של הסייען. מפסק-הדין עולה למעשה כי המשטרה איזנה כראוי בין האינטרס של הסייען לבטיחותו לבין אינטרסים של אחרים שעלולים להיפגע משימוש לא-ראוי בנשק.

66 *Hill v. Chief Constable for West Yorkshire* [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.)  
לפסק-דין נוספים שניתנו באנגליה באותה רות, ראו: *Clough v. Bussan* [1990] 1 All E.R. 431 (Q.B.); *Hughes v. National Union of Mineworkers* [1991] 4 All E.R. 278 (Q.B.); לפסק-דין אמריקאי שהוטלה בו אחריות על המשטרה, ראו להלן הערה 68.

67 *Cooley v. Home Office v. Dorest Yacht Co.* [1970] 2 All E.R. 294 (H.L.)  
גם *Public Service Co. of New Hampshire* 10 A. 2d 673 (N.H. 1940). באותו מקרה נגרם נזק נפשי ללקוח של חברת הטלפונים הנתבעת עקב תקלה בקווי הטלפון שגרמה לרעש חזק ופתאומי. מסתבר כי נקיטת אמצעים להפחתת הסיכון ללקוחות כרוך בהגברת הסיכון להתחשמלות עוברי-אורח העלולים לבוא במגע עם כבל הטלפון. בית-המשפט דחה את תביעתו של הניזוק, תוך שהדגיש את החשיבות שבהגנת האינטרסים של עוברי-אורח.



עקב הסוג של איזון אינטרסים שהיה על הרשות לערוך בכל המקרים דלעיל – בין האינטרס של הניזוק לבין האינטרסים של בני-אדם אחרים – הטלת אחריות על הרשות, אפילו אם התרשלה, לא היתה חיונית כמו במקרים הנמנים עם הקטיגוריה הראשונה. במקרים שבהם אין מדובר באיזון רשלני בין אינטרסים של בני-אדם שונים, כגון במקרים שרשלנות הרשות מתבטאת בהם בהפעלה כושלת של סמכויות הביצוע שלה, גוברת נטייתם של בתי-המשפט להטיל אחריות.<sup>68</sup> נראה שמקרים אלה קרובים לקטיגוריה הראשונה, ומכל מקום מתרחקים במידת-מה מן הקטיגוריה השלישית. זאת ועוד, כפי שהוסבר לעיל, הטלת אחריות במסגרת הקטיגוריה השלישית תהא חיונית כאשר קיים חשש שבלעדיה ינקוט המזיק בדרך של איפה ואיפה, ויעדיף שלא כדין אינטרס של אחר על אינטרס של אחר.<sup>69</sup> החשש למשוא-פנים בהפעלת שיקול-הדעת על-ידי הרשות מצדיק נטייה חזקה להטיל עליה אחריות כאשר התרשלה.<sup>70</sup>

הקטיגוריה השלישית אינה עוסקת אך ורק באחריות של רשויות. כל מקרה שבו פעולתו של המזיק לטובת אדם אחד מסכנת אדם אחר עשוי להימנות עם הקטיגוריה השלישית. מידת החיוניות שבהטלת האחריות תהא פחותה מאשר בקטיגוריה הראשונה, אם כי ככל שקיים חשש ממשי יותר למשוא-פנים וככל שהאינטרס האישי של המזיק גדל, כן יתקרב המקרה לקטיגוריה הראשונה, ומידת החיוניות שבהטלת האחריות תגדל בהתאם.

כך, במקרה מסוים פסק בית-המשפט העליון בישראל כי בנק אחראי בניזקין כלפי

68 א' פורת "דיני הנוזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"א) 221, 256. אכן, בדרך זו ניתן להסביר את עניין: *De Long v. County of Erie*, 457 N.E. 2d 717 (1983), שבו הוטלה על המשטרה אחריות על שלא הגיעה בעוד מועד למקום פשע ולא מנעה רצח. הנרצחת ניסתה להועיק את המשטרה, אך זו בוששה לבוא עקב טעות שנפלה בקליטת הכתובת של הנרצחת. הנרצחת, כך הסתבר, עשתה שימוש במספר טלפון חירום שפרסמה המשטרה, ואשר היה ניתן להבין ששימוש בו יבטיח את הגעתה המהירה. השוו לפסק-דין שניתן בארץ ואשר בו הוטלה אחריות על המשטרה עקב אי-מניעת שוד: ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט נ' מ"י, פ"ד מד(4) 272. במקרה המצוי על קו-הגבול שבין איזון אינטרסים של הניזוק ושל אדם שלישי לבין הפעלת סמכויות ביצוע, ראו ע"א 4704/96 מקרין נ' נציבות שירות בתי הסוהר, פ"ד נב(3) 366. במקרה זה נפגע עורך-דין על-ידי לקוחו בעת שביקר אותו בכלא. נטען שהמשטרה התרשלה בהיעדר פיקוח נאות על האסיר, בחיפוש לקוי על גופו ובתדרו, בליווי חסר של האסיר לפגישה ובבחירה לקויה של מקום הפגישה. בית-המשפט קבע כי המשטרה לא התרשלה, ודחה את התביעה.

69 ראו לעיל הדיון בקטיגוריה 3 בחלק א.

70 ראו את עניין בוסקילה, לעיל הערה 35. באותו מקרה היה תלוי ועומד צו-מניעה זמני נגד אביו של המערער להימנע מלשווק עגבניות שלא דרך המושב שבו גר. המערער עבד בחלקתו, ואף-על-פי שהצו לא חל עליו בנסיבות אלה, הוא נעצר בעקבות תלונתו של המושב. בית-המשפט העליון הטיל אחריות נזיקית על המושב ועל המשטרה.

לקוח על שגרם לו נזק אגב העדפת עניינו של לקוח אחר בסיטואציה שבה היה לבנק אינטרס עצמי ברור בהעדפת הלקוח האחר.<sup>71</sup> מקרים אחרים שנידונו בארץ עניינם בעורך-דין הפועל לטובת לקוחו, ועקב כך גורם נזק לצד שלישי באופן הנטען להיות בלתי-ראוי. עקב החשש הטבעי למשוא-פנים המתבטא בהעדפה מוחלטת של אינטרס הלקוח על אינטרס הצד השלישי, תהא הטלת אחריות על עורך-הדין חיונית על-מנת להגן על האינטרס של הצד השלישי. עם זאת, החשש שהטלת האחריות תפגע באינטרס הלקוח, שלשם הגנת עניינו נשכר עורך-הדין מלכתחילה, אף הוא שיקול כבד-משקל, ועל-כן מוצאים אנו בפסיקת בתי-המשפט נטייה להטיל על עורך-דין אחריות כלפי צד שלישי כמקרים מצומצמים בלבד.<sup>72</sup> מקרה נוסף המשתייך לקטיגוריה השלישית נידון בארצות-הברית, ועניינו בפסיכולוג שלא הזהיר את חברתו לשעבר של מטופל שלו מפני כוונותיו של זה לרצוח אותה. בית-המשפט הטיל על המטפל אחריות גזיקת לרצח החברה לשעבר, וקבע כי היה עליו להזהיר אף במחיר פגיעה באינטרס של המטופל בסודיות רפואית. ייתכן שאף פסק-דין זה ניתן להסבר על רקע נטייתו הטבעית של הפסיכולוג, ואף על רקע האינטרס שלו, להעדיף מלכתחילה לא לחשוף את סודות מטופליו, תוך המעטה של משקל האינטרסים של צדדים שלישיים.<sup>73</sup> מקרה שנידון בבית-המשפט העליון בישראל, והנמנה גם הוא עם הקטיגוריה השלישית, עניינו במעביד שהורה לעובד שלו לסייע לעובד אחר שנפגע, ואגב כך ניזק העובד הראשון. בית-המשפט קבע כי המעביד לא התרשל כלפי העובד הראשון במתן ההוראה לסייע לעובד שנפגע, ופטר אותו מאחריות.<sup>74</sup> אכן, במקרה מעין זה, שבו חשש משוא-פנים אינו קיים כמעט, חיוניות הטלתה של האחריות קטנה מזו הקיימת במסגרת הקטיגוריה הראשונה של המקרים.

#### קטיגוריה 4: אינטרס הניזוק מול אינטרס חברתי

במקרים שבהם רשלנותו הנטענת של הנתבע מתבטאת באיוון כושל בין אינטרס הניזוק לבין אינטרס חברתי, נטייתם של בתי-המשפט להטיל אחריות בגין רשלנות קטנה

71 ע"א 5893/91 טפחות בנק למשכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד (2) 573.  
 72 למקרה שבו הוטלה אחריות על עורך-דין כלפי צד שלישי, ראו עניין שרמן, לעיל הערה 37. למקרים שלא הוטלה בהם אחריות כזו, אם כי הוכר עקרונית שהטלתה אפשרית, ראו ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד (4) 529; ע"א 2725/91 היינוביץ נ' גלעדי, פ"ד (3) 92. השווו ל: *Lucchese v. San Francisco-Sacramento R. Co.* 289 P. 188 (1930). באותו מקרה התנגש קרון רכבת במשאית. נטען כי נהג הקטר התרשל מכיוון שהיה יכול לבלום את הרכבת באופן מהיר יותר מכפי שעשה בפועל. בית-המשפט מצא כי לו אכן פעל נהג הקטר כך, היה מסכן את נוסעי הרכבת. לפיכך הסיק בית-המשפט כי נהג הקטר לא התרשל, תוך שהוא מדגיש כי חובת נהג הקטר כלפי נוסעיו קודמת לחובתו כלפי נוסעי המשאית.

73 *Tarasoff v. The Regents of University of California* 551 P. 2d 334 (1976)

74 עניין לכדר, לעיל הערה 36.

יותר מאשר במסגרת הקטיגוריה הראשונה של המקרים. פסק-דין אמריקאי ידוע, שנפסק במאה שעברה, ממחיש זאת היטב: במהלך נסיונו של הנתבע להפריד בין כלבים ניצים, הוא פגע במקלו בתובע שעמד סמוך למקום האירוע. בית-המשפט האמריקאי דחה את תביעתו של הניזוק, תוך שהוא מדגיש את האינטרס החברתי שבהפרדה בין הכלבים.<sup>75</sup> דוגמה אחרת הממחישה גם היא רתיעה של בתי-משפט מלהטיל אחריות על מזיק שנכשל בשקילת האינטרס של הניזוק אל מול האינטרס החברתי מצויה בהלכה האנגלית, שבוטלה רק לאחרונה, ושעל-פיה אין מוטלת על עורך-דין אחריות כלפי לקוחו בגין ניהול רשלני של התדיינות בבית-המשפט. אחת הסיבות שהובילו לקביעתה של הלכה זו היא החשש שסיכון האחריות המשפטית יעמיד את עורך-הדין במצב של ניגוד אינטרסים, בין זה של לקוחו, מצד אחד, לבין זה החברתי, המתבטא בהיותו של עורך-הדין Officer of the Court, מהצד האחר.<sup>76</sup>

פסקי-הדין שניתנו בארץ המדגימים את הקטיגוריה הרביעית עוסקים הן במצבים שבהם הרשות היא הנתבעת והן במקרים שבהם נתבע אדם שאינו הרשות. במקרה אחד נידונה תביעה של עובד משרד הביטחון שהותקף על-ידי מחבלים ונפגע. לטענתו, שנדחתה בסופו של דבר, התרשלה המדינה בכך שלא ציידה אותו בנשק, ואילו היתה עושה כן, ייתכן שהיה הנוק נמנע. בין היתר התייחס בית-המשפט העליון לטענה היפותטית (שהתובע אף לא ניסה להעלותה) שעל-פיה היה ניתן להימנע מן העבודות הבטחוניות שבהן הועסק התובע, וכך למנוע את הנוק, ודחה אותה על הסף. אופן האיוון בין צורכי הביטחון של מדינת-ישראל לבין הבטחת בטחונו של התובע על-ידי המדינה לא נראה לבית-המשפט עניין שראוי לבחון אותו.<sup>77</sup> במקרה אחר עלתה השאלה אם המדינה התרשלה בכך שגייסה לצבא אדם בעל עבר פלילי, אשר עשה לימים שימוש בנשק שהגיע לידיו תוך כדי השירות הצבאי לשם ביצוע רצח. גם תביעה זו נדחתה, ונראה שהערך החברתי שכגיוס כל אדם הכשיר לכך לצבא, הנשקל אל מול הסכנה שנוצרת כלפי בני הציבור עקב גיוס אדם בעל עבר פלילי, היווה סיבה מרכזית לפסיקתו של בית-המשפט.<sup>78</sup> גישה זו, השוללת מניה וביה אפשרות שאדם התרשל באיוון שבין אינטרס לאומי בטחוני לבין האינטרס של הניזוק לבטחונו האישי, ניכרת בפסק-דין נוסף שבו לא היתה הנתבעת רשות ציבורית. באותו מקרה שלחה מעבידה עובד שלה לעבד אדמה על הגבול הסורי, וזה נפגע מיריות שנורו לעברו. תביעתו נגד המעבידה נדחתה, ובית-המשפט העליון קבע:

"כאשר סכנה בטחונית נשקפת לציבור כולו או לחלק ניכר מהציבור, והציבור –

- 75 *Brown v. Kendall* 60 Mass. (6 Cush) 292, in *Torts – Cases and Materials* 34 (H. Shulman & others eds., 3rd ed., 1976).
- 76 ראו: *Saif Ali v. Sydney Mitchel & Co.* [1978] 3 All E.R. 1033 (H.L.). לסיבות אפשריות נוספות, ראו פורת, לעיל הערה 48, בע' 338. כאמור, הלכה זו בוטלה על-ידי בית-הלורדים: *Arthur J.S. Hall & Co. v. Simons* [2000] 3 All E.R. 673.
- 77 ענין למרט, לעיל הערה 43, בע' 651.
- 78 עניין אוחנה, לעיל הערה 43, בע' 343.

מסעמים הידועים לכולנו – מקיים את אורח חייו הרגיל על אף הסכנה, נראה לי שלא בנקל נמצא עילה להאשים מעבידים בחוסר דאגה לשלום עובדיהם או את אלה בחוסר דאגה לשלום עצמם. מונחים כגון רשלנות והפרת חובת זהירות מקבלים משמעות שונה ממשמעותם הרגילה כשמדובר בדפוסי התנהגות שציבור הנתון בסכנה מסגל לעצמו כדרך יחידה לקדם את פני הרע.<sup>79</sup>

בעניין אחר עלתה במשפט פלילי שאלת רשלנותם של מדריכים שהוציאו קבוצת מטיילים לטיול שבו נספו אחדים מהם עקב שטפונות. בית-המשפט העליון זיכה את המדריכים מעבירה של גרם מוות ברשלנות, תוך שהוא מדגיש את הערך של החינוך לאהבת הארץ, העומד לעיתים אל מול הערך של בטחונם האישי של המטיילים.<sup>80</sup> היות שעל-פי פסיקת בתי-המשפט, סטנדרט ההתנהגות הנדרש על-פי עבירה של גרם מוות

79 ע"א 491/73 גדולי החולה בע"מ נ' מתרוז, פ"ד כט(2) 32, 38.

80 עניין צור, לעיל הערה 45. בע' 632 קבע בית-המשפט: "כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסוימת יש להביא בחשבון, בין היתר, גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע, אם סביר היה לדרוש הימנעות מהפעולה, מקום שאין דרך לבצע את הפעולה ללא סכנה. במקרה דנן אין ספק בחשיבות הפעולה. עריכת טיולים לשם הכרת הארץ... כל מחנך יכיר בחשיבות המשימה. היא יוצרת קשרי אהבה ושייכות ויחס של כבוד לטבע וסודותיו. כך נגדל דור המתמצא בארצו והמעורה בה. ואני מרהיב עוז בנפשי ומוסיף שדווקא הקושי הפיסי ודווקא הסיכון הכרוכים לעיתים בטיולים אלה, מהווים אתגר לבני נוער... סבורני שערך חינוכי ולאומי זה צריך לשמור עליו מכל משמר, וחלילה שיעלה מפסיקתנו כי שומר נפשו מוטב לו להימנע מעריכת טיולים כאלה, שיש בהם סיכון כלשהו. ולא באתי לעודד קלות דעת או הרפתקנות חסרת רסן. אך עד שאדרוש מהמערערים לתת ל-17 היילים צעירים וחסונים שבחטותם את הפקודה להפסיק את הטיול ולחזור כלעומת שבאו – ולא, יתחייבו בנפשם – ברצוני לתת דעתי גם על רגש התסכול והרושם החינוכי השלילי העלולים להיווצר בלב המשתתפים מגישה הססנית מופרזת כזאת." דברים אלה של בית-המשפט ניתנים להתפרש אף כאיזון בין האינטרסים השונים של הניזוקים, בינם לבין עצמם (הקטיגוריה השנייה). לגישה שונה מזו העולה מעניין צור ראו את ע"א 702/87 מ"י נ' כהן, מח(2) 705. באותו עניין נתבעה החברה להגנת הטבע על-ידי מטייל שנפל לתהום במהלך טיול שארגנה החברה. הסתבר שקבוצת מטיילים שהתובע נמנה עימה הובלה על-ידי מדריך של החברה כשביל מסוכן ברמת-הגולן, שהיה אסור להליכה, ועקב כך התובע נזק. בית-המשפט העליון הטיל אחריות על החברה למרות מודעותו לדברי בית-המשפט בעניין צור, שעל-פיהם אין להחמיר יתר על המידה עם מארגני טיולים. לדברי בית-המשפט (שם, בע' 713): "גם דברי האזהרה של השופט ויתקון ז"ל ב... צור נ' מדינת ישראל..., שבקביעת רמת ההתנהגות הראויה המוטלת על מארגני טיולים אין להחמיר יתר על המידה עד כדי שהללו עלולים להימנע מעריכתם ולכן לפגוע בערך הלאומי של הכרת הארץ, אתריה ונופיה, אינם יכולים לשמש היתר להפקרות."

ברשלנות וזה לסטנדרט ההתנהגות הנדרש עלי פי עוולת הרשלנות, יש להניח שתביעת פיצויים של משפחות המטיילים שנספו נגד המדריכים היתה נדחית מאותו נימוק ששימש את בית המשפט לזיכויים של אלה בהליך הפלילי.

לא קל להסכים עם כל פסיקותיו אלה של בית המשפט העליון (שלושה מארבעת פסקי הדין שתוארו לעיל ניתנו על ידי השופט ויתקון). חלקן ניתנו לפני שנים רבות, שעה שהשיקול הבטחוני הילך קסם על בתי המשפט. מכל מקום, פסקי הדין מבליטים את המתח הקיים לא אחת שעה שהאיוון הנטען להיות רשלני הוא בין אינטרס של הניזוק לבין אינטרס חברתי: קיים טיעון חזק מאוד של צדק שעל פי אין זה ראוי שהפרט הניזוק ישלם את מחיר קידומו של האינטרס החברתי, יהא חשוב ככל שיהא, בוודאי כאשר מי שקידם אינטרס זה נהג ברשלנות. טיעון זה חזק במיוחד כאשר רשות ציבורית היא המזיקה. מצד אחר, ככל שבהרתעה עסקינן, הטלת אחריות על מזיק שהעדיף ברשלנותו אינטרס חברתי על אינטרס הניזוק אינה חיונית במיוחד, בוודאי לא כמו בקטיגוריית המקרים הראשונה. המתח בין הרתעה לבין צדק לניזוק הינו אס-כן חריף כאן במיוחד.

### סוף דבר

ניתן להעריך התנהגויות רשלניות על פי אמות מידה שונות: לפי מידת הסיכון שבהן, לפי מידת סטייתן מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר, לפי מאפייניו של המזיק או הניזוק, לפי מצבו הנפשי של המזיק ועוד. מטרתו של מאמר זה היא להציע דרך הסתכלות אחרת על דיני הרשלנות, המהווה אף דרך הערכה חדשה של התנהגויות רשלניות.

הטענה המרכזית שבבסיס המאמר היא כי הסוג של איוון האינטרסים שהמזיק הרשלן נכשל בו הינו שיקול מרכזי בקביעתה של מידת החיוניות שבהטלת אחריות עליו, הן מהיבט ההרתעה והן מהיבט הצדק. אחת המסקנות העולות מן המאמר היא כי הטלת אחריות משפטית הופכת לעיתים מזיק בכוח שאין לו נטייה חזקה להעדיף את האינטרס העצמי שלו על זה של זולתו למי שיש לו נטייה העדפה כזו, ועל-כן הטלת אחריות עליו עלולה להזיק, במקום להועיל.

חלקו הראשון של המאמר ביקש לבסס טענה זו מבחינה נורמטיבית, וחלקו השני ביקש להראות כיצד ניתן לעשות שימוש בטענה זו בדיני הנויקין הנוהגים. בחלק השני של המאמר ניתן למצוא אף דוגמות לאופן פועלו של השיקול של איוון האינטרסים בפסקי דין שונים, בדרך כלל מבלי שהוא נקרא בשמו. כבמקרים רבים אחרים, האינטואיציות השיפוטיות משלימות את שהתיאוריה המשפטית מחסירה.

