

בשולי הפסיקה

רשלנות וסיכונן העצמי של המזיק

בשולי פסק-דין ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד – אגודה שיתופית
לתחבורה בישראל

מאת
אריאל פורת*

תקציר

בתי-משפט בארץ ובעולם מניחים מכללא שהסיכון העצמי שיצר המזיק כלפי עצמו אינו רלוונטי לשאלה אם התרשל כלפי הניזוק. בעניין ולעס נ' אגד נקט בית-המשפט העליון בגישה שונה, שעולה ממנה כי הסיכון העצמי עשוי להיות רלוונטי לשאלת ההתרשלות. על-פי גישה זו, העובדה שנקיטת אמצעי זהירות מצידו של המזיק כלפי אחרים היתה מפחיתה אף את סיכונן שלו הינה סיבה אפשרית להטיל עליו אחריות כלפי הזולת.

רשימה זו תומכת בפסיקה זו של בית-המשפט העליון. תחילה מוצג בקצרה הטיעון ההרתעתי-הכלכלי בעד התחשבות בסיכונן העצמי של המזיק כגורם המגביר את אחריותו כלפי הזולת, ולאחר-מכן מפותח טיעון של צדק, המוביל לאותה מסקנה. חלקה האחרון של הרשימה מעלה כמה נקודות ביקורת אפשריות על הגישה המוצגת בה, ומציע לדחותן.

- א. מבוא
- ב. היבט ההרתעה
- ג. היבט הצדק
- ד. ביקורות אפשריות
1. פטרנליזם ואנטי-ליברליזם
2. בעיות יישומיות
- ה. מסקנות והרחבות

א. מבוא

אדם הותקף בתחנת אוטובוס של "אגד" על-ידי בריונים. האם "אגד" אחראית לנזקיו מכיוון שלא הציבה שומרים שהיה בכוחם כנראה למנוע את התקיפה?

* דיקאן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לאיל בנבנשתי, חיים גנו, אלון הראל, אסף יעקב, שי לביא וחברי מערכת עיוני משפט (יובל עצמון, מרב זקס, שירלי חדייר ונועם בליי) על הערותיהם החשובות לטיוטת המאמר.

בעניין ולעס¹ קיבל בית-המשפט העליון את ערעורו של הניזוק על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, שעל-פיו סולקה התביעה על הסף בנימוק שלא גילתה עילת-תביעה. בית-המשפט העליון החזיר את התיק לבית-המשפט המחוזי עם הנחיות מתאימות, על-מנת שידון בתביעה לגופה.

ברשימה זו ברצוני להתמקד בעניין אחד שנידון בקצרה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין ולעס: האם, בעת שבוחנים את השאלה אם המזיק התרשל כלפי הניזוק, יש להתחשב בכך שנקיטת אמצעי זהירות על-ידי המזיק היתה מפחיתה אף את סיכוניו שלו, נוסף לסיכונים של אחרים? בית-המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב, ואלה דבריו: "הוצאות המניעה של 'אגד' נראות, לכאורה, קטנות מתוחלת הנזק הצפוי, אם מביאים בחשבון את העובדה שאגר נדרשת ממילא, לפי תנאי רישיון העסק, לקיים סידורי שמירה ואבטחה, וכן את העובדה, שהסדרים אלה באים למנוע גם נזק לרכושה היא. נזק זה מצטרף לעוצמת הנזק, הנשקלת כנגד הוצאות המניעה..."² (ההדגשות שלי - א' פ').

ברשימה זו אבסס את טיעוני, הנוגד אולי את האינטואיציה, שעל-פיו הפחתת סיכוניו של המזיק שהיתה נובעת מנקיטת אמצעי זהירות מהווה גורם רלוונטי וחשוב לבחינת השאלה אם התרשל כלפי הניזוק, אקדים ואומר שעד כה טרם התקבל (או נידון) טיעון זה על-ידי הפסיקה האמריקאית, ולמיטב ידיעתי אף לא על-ידי הפסיקה האנגלית. עם זאת הוא עומד כנראה להתקבל על-ידי עורכי ה"Restatement of the Law, Torts (3rd)". טיעון הסיכון העצמי הוצע ופותח במאמר שכתבתי במשותף עם פרופסור רוברט קוטר מבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת קליפורניה בברקלי.³ המאמר שפורסם מציג את הטיעון מזווית כלכלית, דהיינו, מזווית ההרתעה. ברשימה זו אדון בקצרה בנימוק ההרתעתי, לאחר-מכן אבסס את טיעון הסיכון העצמי מזווית הצדק המתקן, וכן אתייחס לכמה טיעוני ביקורת שניתן להעלות כנגדו.

ב. היבט ההרתעה

השאלה אם המזיק התרשל אם לאו נבחנת מהיבט ההרתעה או מהיבט הניתוח הכלכלי של המשפט לפי נוסחת לרנד הנד. על-פי נוסחה זו, בית-המשפט הנדרש לקבוע אם המזיק התרשל ישווה בין הוצאות המניעה שהיו גדרשות מן המזיק לשם מניעת הנזק לבין המידה שבה היתה תוחלת הנזק של התנהגותו מופחתת אילו השקיע את הוצאות המניעה, כל זאת

1 ע"א 3510/99 ולעס נ' אגד - אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826 (להלן: עניין ולעס).

2 שם, בע' 844. בית-המשפט סומך את דבריו אלה על: R. Cooter & A. Porat "Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict" 29 J. Leg. Stud. (2000) 19.

3 Cooter & Porat, *ibid*.

במבט של "לפני מעשה". אם הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק שהיתה מופחתת אילו הושקעו הוצאות המניעה, לא יוגדר המזיק כרשלן, אך אם הוצאות המניעה נמוכות ממנה, יוגדר כרשלן ותוטל עליו אחריות לנזק. בכך ניתן תמריץ למזיק בכוח להשקיע במניעת הנזק רק כאשר יעיל לעשות כך, דהיינו, רק כאשר השקעתו במניעה תניב הפחתת סיכון גבוהה יותר מן ההשקעה במניעה.

נוסחת לרנד הנד אוזכרה פעמים רבות בפסיקה הישראלית,⁴ וגם כאשר לא אוזכרה, נזקק בית-המשפט העליון לא-אחת לרעיון הגלום בה ואף עשה שימוש במינוחיה. פסק-הדין בעניין ולעס, כפי שעולה מהמובאה שצוטטה לעיל, גמנה גם הוא עם פסקי-הדין המאמצים את הרעיון הגלום בנוסחת לרנד הנד ומשתמשים במינוחים "הוצאות מניעה" ו"תוחלת נזק" הלקוחים ממנה.

בעיית הסיכון העצמי בהקשר של נוסחת לרנד הנד ניתנת להדגמה בנקל. דוגמת הנגז: ראובן נוהג ברכבו במהירות של 50 קמ"ש. הוא פוגע ברכבו של שמעון וגורם לו נזק. אילו נהג במהירות של 30 קמ"ש היה בולם את רכבו בעוד מועד והנזק היה נמנע.

בהנחה שהמשטר המשפטי הוא רשלנות, היש להטיל על ראובן אחריות לנזקיו של שמעון עקב נסיעה במהירות מופרזת? בית-המשפט המעוניין לבחון את התנהגותו של ראובן על-פי נוסחת לרנד הנד ישווה בין הוצאות המניעה שהיו נדרשות לשם מניעת הנזק לבין תוחלת הנזק שהיתה מופחתת אילו הושקעו הוצאות המניעה. הוצאות המניעה בהקשר זה הן בזבזו הזמן שהיה נגרם לראובן לו נהג במהירות של 30 קמ"ש, במקום 50 קמ"ש. לשם המחשה, הבה נגדיר בזבזו זמן זה כ-100. מנגד, אילו נהג ראובן במהירות של 30 קמ"ש, היה הסיכון מנהיגתו למשתמשים בדרך קטן, דהיינו, תוחלת הנזק של התנהגותו היתה מופחתת. הבה נגדיר הפחתה זו בסיכון, או בתוחלת הנזק, כ-75. אם כך אכן יגדיר בית-המשפט הדין בהתנהגותו של ראובן את הוצאות המניעה ואת ההפחתה בתוחלת הנזק שהיתה נגרמת עקב ההשקעה בהוצאות המניעה, תהיה מסקנתו שראובן לא התרשל, ולפיכך יפטור אותו מאחריות לנזקיו של שמעון. תוצאה זו מוזדקת לכאורה מבחינה כלכלית: ראובן לא השקיע 100 בהפחתת תוחלת הנזק ב-75, וטוב שלא השקיע. לפיכך אין כל טעם להטיל עליו אחריות.⁵

אלא שהדיון עד כה הניח כמובן מאליו, שתוחלת הנזק מתייחסת לאחרים, זאת להבדיל מן המזיק עצמו. אכן, לא מצאנו פסק-דין אחד בישראל או בארצות-הברית שבו הוגדרה תוחלת הנזק כמתייחסת גם למזיק. האינטואיציה ברורה לחלוטין: סיכוכו של המזיק הוא לכאורה עניינו הפרטי. זאת ועוד, הוא ממילא מפנים את הסיכון העצמי שלו,

4 למיטב ידיעתי, הנוסחה אוזכרה ואומצה לראשונה בתחום דיני הנזיקין בע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד ל(1) 141.

5 אם כי גם אילו היה נהוג להטיל אחריות נזיקית במקרה מעין זה, נראה שראובן לא היה משקיע 100, אלא מעדיף לשאת בסיכון נשיאה בנזקים שתוחלתם 75. דא עקא שהטלת אחריות עליו במקרה כזה היתה אפשרית רק במשטר משפטי של אחריות מוגברת, ולא במשטר משפטי של רשלנות.

ועל-כן מביא אותו במניין שיקוליו בדרך זו או אחרת. אך זו בדיוק הטעות. המשך הדיון יבהיר מדוע.

אילו היה ראובן נוהג לאט יותר, יש להניח שהיה מקטין לא רק את סיכונם של אחרים, אלא אף את סיכונו שלו. הבה נגדיר כ־75 את הפחתת הסיכון העצמי של ראובן לו נהג במהירות של 30 קמ"ש במקום 50 קמ"ש. משמע, אילו נהג ראובן במהירות של 30 קמ"ש, היה מוציא הוצאות מניעה של 100 (בזבוז זמן), אך מפחית את תוחלת הנזק הכוללת (שלו ושל אחרים) ב־150, ולא רק ב־75. ממילא ברור כי מבחינה כלכלית היה טוב לו הוציא 100 ומונע בכך סיכון של 150. אך כאן בדיוק לב הבעיה: אם יתעלם בית-משפט הבוחן את שאלת התרשלותו של ראובן מהפחתת הסיכון העצמי שלו, שהיתה נובעת מהשקעתו של הוצאות המניעה, הוא ישחרר אותו מאחריות לנזקיו של שמעון, שכן הוא לא יוגדר כרשלן. ראובן, היודע מראש כי סיכונו העצמי לא יובא בחשבון על-ידי בית-המשפט, יכול על-כן להניח שהוא ישחרר מאחריות נזיקית. לפיכך, בנתונים של דוגמת הנהג, הסיכון שראובן יוצר כלפי אחרים לא יובא במניין שיקוליו, שכן אין הוא עתיד לשאת בו. החלטתו של ראובן בשאלה אם להוציא את הוצאות המניעה אם לאו תהא אס-כן תלויה רק בשאלה אם הוצאות המניעה שיוציא יפחיתו את סיכונו העצמי בשיעור גבוה יותר משיעורן של הוצאות המניעה. מאחר שבדוגמת הנהג הוצאות המניעה הן 100, והסיכון העצמי של ראובן יופחת עקב הוצאתו ב־75 בלבד, לא יוציא ראובן את הוצאות המניעה אף-על-פי שהוצאה זו מוצדקת על-פי כל אמת-מידה כלכלית, שכן היא תפחית את תוחלת הנזק הכוללת ב־150. התוצאה היעילה תושג רק אם ישווה בית-המשפט הדין בשאלת התרשלותו של ראובן בין הוצאות המניעה לבין ההפחתה בתוחלת הנזק הכוללת, של ראובן ושל אחרים, שהיתה נובעת מהשקעתו של הוצאות המניעה. בית-משפט שיעשה כן ימצא כי ראובן התרשל, ויטיל עליו אחריות לנזקיו של שמעון. ראובן, שיידע זאת מראש, יתומרץ להשקיע 100 למניעה של 150. באופן קונקרטי, ראובן יפחית את מהירות נסיעתו מ־50 קמ"ש ל־30 קמ"ש, כפי שיעיל לעשות מבחינה כלכלית, ובכך אף תושג הרתעה אופטימלית.

ההתעלמות מסיכונו העצמי של המזיק אינה עניין של מה בכך. התעלמות מסיכון זה מניעה את בתי-המשפט לקבוע את מידת הזהירות שהמזיק-בכוח נדרש לעמוד בה על רמה נמוכה מכפי שהדבר מוצדק מבחינה כלכלית. כך, בדוגמת הנהג, בית-משפט המתעלם מהסיכון העצמי יקבע שהמזיק-בכוח היה צריך להשקיע הוצאות מניעה עד כדי 75 בלבד, שעה שיישום נכון של נוסחת לרנד הנד, המביא בחשבון אף את הסיכון העצמי, מלמד שההשקעה המוצדקת היתה עד כדי 150. הטעות של בית-משפט המתעלם מן הסיכון העצמי בדוגמת הנהג גורמת אס-כן לקביעת רמת זהירות נמוכה ב־50% מן הרמה האופטימלית!

נוסחת לרנד הנד הוצגה לראשונה בפסיקה האמריקאית בשנות הארבעים.⁶ השופט לרנד הנד, שעל-שמו הנוסחה קרויה, טעה ביישומה בכך שהתעלם מסיכונו העצמי של המזיק.⁷ ריצ'רד פוונר, מהאבות המייסדים של הניתוח הכלכלי של המשפט, שהעמיד את

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

7 Cooter & Porat, *supra* note 2, at pp. 26–27.

נוסחת לרנד הנד במרכז הניתוח הכלכלי של דיגי הנזיקין,⁸ שגה גם הוא בכך שהתעלם מסיכנון העצמי של המזיק. באחד מפסקי-הדין שנתן כשופט בבית-משפט פדרלי לערעורים, הוא פירט את כל הסיכונים שיש להביא בחשבון במקרה המסוים שנידון לפניו, ובעליל השמיט מרשימת הסיכונים את סיכנון העצמי של המזיק.⁹

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

- א. השקעתן של הוצאות המניעה היו מפחיתות בנזקיות הן את הסיכון לאחרים והן את הסיכון העצמי.
 - ב. שיעור הוצאות המניעה היה גבוה משיעור ההפחתה בתוחלת הנזק למזיק שהיתה נובעת מהשקעתן של הוצאות המניעה.
 - ג. שיעור הוצאות המניעה היה גבוה משיעור ההפחתה בתוחלת הנזק לאחרים שהיתה נובעת מהשקעתן של הוצאות המניעה.
 - ד. שיעורן של הוצאות המניעה היה נמוך משיעור ההפחתה בתוחלת הנזק הכוללת, של אחרים ושל המזיק, שהיתה נובעת מהשקעתן של הוצאות המניעה.
- כך, למשל, אילו היו הוצאות המניעה בדוגמת הנהג 50 (תנאים ב ו-ג אינם מתקיימים), או לחלופין, 200 (תנאי ד אינו מתקיים), היתה התוצאה היעילה מושגת גם אילו התעלם בית-המשפט מן הסיכון העצמי. במקרה הראשון היה בית-המשפט קובע שראובן התרשל, ומטיל עליו אחריות, ובמקרה השני היה מסיק שהוא לא התרשל, ופוטר אותו מאחריות. לתוצאה זו היה מגיע בין אם הסיכון העצמי היה מובא בחשבון ובין אם לאו.¹⁰

בדומה לכך, אילו היו הוצאות המניעה 100, הפחתת התוחלת של הנזק העצמי 110 (תנאי ב אינו מתקיים) והפחתת תוחלת הנזק לאחרים 75, היתה התוצאה היעילה מבחינה כלכלית מושגת בלא תלות בנכונותו של בית-המשפט להתחשב בסיכון העצמי. אומנם, אלמלא הובא הסיכון העצמי בחשבון, היה ראובן פטור מאחריות לנזקיו של שמעון (שכן הוצאות המניעה שלו היו גבוהות מן ההפחתה בתוחלת הנזק לאחרים), ואילו הובא הסיכון העצמי בחשבון, היה ראובן אחראי לנזקיו של שמעון (שכן הוצאות המניעה שלו היו נמוכות מן ההפחתה בתוחלת הנזק הכוללת, לאחרים ולו עצמו); אך כך או אחרת, תמריצו של ראובן היו יעילים במקרה זה, מכיוון שהיה די באיום שהסיכון העצמי שלו ייוותר מונח על כתפיו אם לא ישקיע את הוצאות המניעה לשכנעו להשקיען.

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

9 Cooter & Porat, *supra* note 2, at pp. 27-28

10 למעשה, בשני המקרים לא היה כלל האחריות משנה את תמריצי ההתנהגות של ראובן: במקרה הראשון, אלמלא הוטלה אחריות על ראובן, היה לו תמריץ להשקיע 50, עקב סיכנון העצמי ששיעורו 75; במקרה השני, אילו הוטלה אחריות על ראובן, היה לו תמריץ לא להשקיע 200, אלא לשאת בסיכון העצמי ובסיכון האחריות לאחרים, ששיעורם הכולל הוא 150 בלבד.

ניתן להציג את הטיעון שעל-פיו יש להתחשב בסיכון העצמי של המזיק באופן שונה במקצת. בכנה הצגה שונה זו "טיעון הוצאות המניעה נטו". על-פי טיעון זה, אין זה נכון שהוצאות המניעה של ראובן היו 100 בדוגמת הנהג (המקורית). למעשה היו הוצאות המניעה שלו 25, מכיוון שאילו השקיע את הוצאות המניעה ונהג לאט יותר ברכבו, היה מוציא הוצאות מניעה של 100, אך היה זוכה בטובת-הנאה שהיתה מתבטאת בהפחתת סיכונו העצמי בשיעור של 75. כלומר, הוצאות המניעה נטו (25), ולא הוצאות המניעה ברוטו (100), הן שצריכות להיות מוצבות בנוסחת לרנד הנד. טיעון הוצאות המניעה נטו אינו שונה מן הטיעון שהוצג בחלקו הראשון של פרק זה, שעל-פיו יש להתחשב בתוחלת הנזק הכוללת, ובכללה בסיכונו העצמי של המזיק. אין זה משנה אם הסיכון העצמי מופיע בנוסחת לרנד הנד באגף של תוחלת הנזק או באגף של הוצאות המניעה כגורם המופחת מהוצאות המניעה ברוטו.

על פי דרך ההצגה שבה נקטתי בחלקו הראשון של הפרק, אדם יוגדר כרשלן כאשר:

הוצאות המניעה (ברוטו) > תוחלת הנזק לאחרים + תוחלת הנזק העצמי

על-פי דרך ההצגה האחרת (טיעון הוצאות המניעה נטו), אדם יוגדר רשלן כאשר:

תוחלת הנזק העצמי - הוצאות המניעה (ברוטו) > תוחלת הנזק לאחרים

העברת האגף של "תוחלת הנזק העצמי" בנוסחת לרנד הנד אינה משנה את המהות: השאלה אם אדם התרשל תלויה, כך או אחרת, בשאלה אם היתה התנהגותו יעילה, דהיינו, אם היה יכול להפחית נזקים, לאחרים ולו עצמו, בעלות נמוכה מתוחלתם. לטיעון של הוצאות המניעה נטו יש למרות זאת חשיבות מסוימת ככל שהדבר נוגע בהבהרת הרעיון של הסיכון העצמי מוויית הצדק. עניין זה יובהר להלן.¹¹

כיצד סיכונו העצמי של המזיק יכול להיות רלוונטי לתביעתו של אדם שהותקף על-ידי בריונים וטוען ש"אגד" היתה יכולה להציב שומרים ולמנוע בדרך זו את נזקיו? כפי שעולה מן המובאה שצוטטה לעיל מדברי בית-המשפט העליון,¹² השומרים שהיתה "אגד" מציבה היו מפחיתים אולי אף את סיכונה שלה עצמה. (עניין זה דורש כמוכן בחינה עובדתית, ובכך לא עסק בית-המשפט העליון). הפחתת הסיכון העצמי מצטרפת לתוחלת הנזק שהיתה מופחתת כלפי אחרים, ותוחלת הנזק הכוללת היא שצריכה להישקל כנגד הוצאות המניעה. במילים אחרות, אם עלות הצבת שומרים על-ידי "אגד" היא 100, ושומרים אלה היו מפחיתים סיכונים לאחרים בשיעור של 75, אין להסיק מכך בהכרח ש"אגד" לא התרשלה לפי נוסחת לרנד הנד; זאת מכיוון שהשומרים היו שומרים אף על רכושה של "אגד" ומונעים נזקים לאוטובוסים, ואולי אף לתחנה עצמה. העובדה שתוחלת נזקה של "אגד" היתה מופחתת עקב הצבת השומרים ביותר מ-25 דיה שבית-משפט, המקבל את טיעון הסיכון העצמי, יגיע למסקנה ש"אגד" התרשלה.¹³

11 להלן פרק ג.

12 לעיל הערה 2.

13 התוצאה יכולה להיות שונה אם מסתבר, למשל, שהדרך היעילה ביותר (ועל-כן הסבירה ביותר) להפחית את סך כל הסיכונים מהתנהגות עבריינית היא מניעה בעלות נמוכה יחסית של הסיכון העצמי, והותרתם של הסיכונים לאחרים כמות שהם. נגזר, למשל,

הצורך להתחשב לא רק בתוחלת הנזק לאחרים, אלא גם בסיכון העצמי של "אגד", ניתן להבהרה אף תוך שימוש בטיעון של הוצאות המניעה נטו. נניח ש"אגד" אכן טוענת שלא ניתן לבוא אליה בטרוניה על שלא הציבה שומרים, שכן העלות לכך גבוהה: 100 בשנה. אך האומנם העלות האמיתית של הצבת שומרים היא 100? הן הצבת השומרים עשויה להסב ל"אגד" טובת-הנאה כלכלית ברורה: הפחתת סיכון לרכושה. אם הפחתת הסיכון ניתנת להגדרה כ-75 בשנה, הרי שהוצאות המניעה האמיתיות של "אגד", דהיינו, הוצאות המניעה נטו, הן רק 25 בשנה. טובת-הנאה זו של "אגד" עשויה להתבטא בכסף ממש. נניח, למשל, ש"אגד" מבטחת את התחנה ואת האוטובוסים שעוברים בה מפני גזקים, ומשלמת פרמיית ביטוח בשיעור של 500 לשנה. נניח שאם תציב "אגד" שומרים שיפחיתו את הסיכונים לרכושה, תפחת הפרמיה שתשלם ותעמוד על 425 לשנה. אם כך, היש לקבל את טענתה של "אגד" שהוצאות המניעה שלה בהצבת שומרים לשם הגנת לקוחותיה הן 100, או שמא הוצאותיה הן ההפרש בין ההוצאות להעסקת שומרים לבין ההנחה בפרמיה שבה תזכה מייד עם הצבתם? הטיעון של הוצאות המניעה נטו נראה במקרה זה מוחשי מאוד.

ג. היבט הצדק

דיני הנזיקין מיועדים לא רק להשגת הרתעה אופטימלית; הם מיועדים אף – ויש אומרים רק¹⁴ – להגשמת צדק מתקן בין המזיק לבין הנזוק. על-פי עקרונות הצדק המתקן, יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית של אדם בחברו כך שישוב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה זו. תפיסת הצדק המתקן מתאפיינת בכך שהיא מתמקדת במאפיינים השונים של אירוע הנזק ובניסיון ללמוד מהם, ומהם בלבד, אם היתה הפגיעה בניזוק עוולתית. שיקולים הורים ליחסי הצדדים, כגון קידום טובתה של החברה בכללותה או אופן חלוקת המשאבים בה, אינם רלוונטיים לקביעת האחריות הנזיקית, כמו גם שיקולים הנוגעים במזיק ובניזוק שאינם קשורים באירוע הנזק, כגון עושרו של האחד או דלותו של האחר.¹⁵

ש"אגד" היתה יכולה להשקיע 5 במניעת הסיכון העצמי, כך שיירד ל-0. אילו היתה עושה כן, היא לא היתה מוגדרת כרשלנית עקב אי-השקעתם של 100 נוספים במניעת הסיכונים לאחרים (שכן 100 גדול מ-75). מכאן שגם אם בפועל לא מנעה "אגד" את הסיכון העצמי ב-5 אף שהיתה יכולה לעשות כן, אי-השקעתם של ה-100 לא תצדיק הטלת אחריות עליה, מכיוון שאין קשר סיבתי עובדתי בין התרשלותה לבין הנזק: אלמלא התרשלה, היתה "אגד" מונעת את הסיכון העצמי בלבד, הסיכון לאחרים היה נותר כמות שהוא, והנזק לתובע היה נגרם. ראו ביתר פירוט: Cooter & Porat, *supra* note 2, at pp. 21–25.

14 E.J. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass., 1995).

15 ביתר פירוט, ראו א' פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד (תשס"א) 275, 281–278.

קיימות תיאוריות שונות המושתתות על הרעיון של הגשמת הצדק המתקן, וכולן מצדיקות הטלת אחריות על המזיק אם גרם נזק ברשלנותו.¹⁶ לפיכך, השאלה העולה בהקשר הסיכון העצמי היא: האם הגדרת התנהגות כרשלנית על-פי תפיסת הצדק המתקן תלויה בסיכנו העצמי של המזיק? באופן קונקרטי יותר, השאלה היא: האם העובדה שנקיטת אמצעי זהירות היתה מפחיתה את הסיכון העצמי של המזיק הינה רלוונטית לשיפוט המוסרי של התנהגותו?

ממבט ראשון נראה שהתשובה לשאלה זו שלילית: רשלנות, על-פי תפיסת הצדק המתקן, נבחנת בהתאם לסיכונים שיצר אדם כלפי זולתו, ולא בהתאם לסיכונים שיצר כלפי עצמו. יצירת סיכון עצמי היא אולי התרשלות עצמית, אך אין היא התנהגות בלתי-מוסרית מן הסוג המצדיק הטלת אחריות כלפי הזולת. מבט שני, מעמיק יותר, מלמד שלא ניתן לשפוט את התנהגותו של המזיק מבחינה מוסרית מבלי להביא בחשבון את סיכנו העצמי, שהיה מופחת אילו היה נוקט אמצעי זהירות כלפי הזולת.

נקודת-המוצא של טיעון זה היא שלא ניתן להגדיר התנהגות כרשלנית או כבלתי-רשלנית, כמוסרית או כבלתי-מוסרית, מבלי לבחון את הנטל שבו היה על המזיק לשאת לשם מניעת הנזק לזולת.¹⁷ על-פי נקודת-המוצא זו, כל הגדרה של רשלנות, על-פי כל תיאוריה של צדק, נזקקת להשוואה בין המאמץ שנדרש מן המזיק לשם מניעת הנזק לבין גודל הסיכון לזולת שהיה נמנע (או מופחת) אילו אכן השקיע את המאמץ האמור. כך, למשל, אדם הינו רשלן כאשר היה יכול למנוע מן הזולת סיכון גדול במאמץ קל, ואדם אינו רשלן כאשר נדרש ממנו מאמץ גדול לשם מניעת סיכון קטן מן הזולת.¹⁸

מנקודת-המוצא זו ניתן להגיע למסקנה כי הפחתת סיכנו העצמי של המזיק על-ידי נקיטת אמצעי זהירות הינה רלוונטית לשאלת רשלנותו. כפי שהובהר לעיל, ניתן להציג את טיעון הסיכון העצמי כ"טיעון הוצאות המניעה נטו". טיעון הוצאות המניעה נטו ניתן מצידו להסבה ל"טיעון הנטל נטו". טיעון הנטל נטו משמעו שאם שאלת הרשלנות נענית על-ידי השוואה בין נטל לבין סיכון, יש להשוות בין הסיכון לבין הנטל נטו. כך, אם נדרש מלוי מאמץ x לשם מניעת סיכון מסוים מן הזולת, ואילו מיהודה נדרש מאמץ x לשם

16 קיימות תיאוריות של צדק מתקן המצדיקות הטלת אחריות גם בהיעדר רשלנות:

R.A. Epstein "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 151;

G.F. Fletcher "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 537

17 ראו בעניין זה ביקורתי על טיעונו של פרופסור וינריב כי די בבחינת הסיכונים שהתנהגותו של המזיק יוצרת על-מנת להגדירה כרשלנית או כבלתי-רשלנית:

E.J. Weinrib "Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on

Corrective Justice" 2 *Theoretical Inq. L.* (2001) 107; A. Porat "Questioning the

Idea of Correlativity in Weinrib's Theory of Corrective Justice" 2 *Theoretical*

Inq. L. (2001) 161

18 למעשה, הגדרת ההתנהגות הרשלנית הינה מורכבת יותר לעיתים קרובות ומתייחסת

לאינטרסים שונים, מעבר לאלה של המזיק ושל הניזוקים-בכוח. ראו פורת, לעיל הערה

15.

מניעת אותו סיכון ממש, מחדלי שניהם, בהימנעם מלהשקיע מאמץ x , יוערכו מבחינה מוסרית באותו אופן: שניהם יוגדרו כרשלנים או כלא-רשלנים בהתאם לתוצאות ההשוואה שתיערך בין המאמץ x לבין הסיכון שהיה נמנע (או מופחת) אילו הושקע המאמץ האמור. אולם אם נשנה את הדוגמה, ונניח שנדרש מיהודה מאמץ x לשם מניעת הסיכון, אך לו השקיע מאמץ זה היה מפחית את סיכנו העצמי ב- y , דהיינו, היה זוכה בטובת הנאה y , מחדלו בהימנעו מלהשקיע מאמץ x עשוי להיראות חמור יותר בעינינו מבחינה מוסרית ממחדלו של לוי בהימנעו מלהשקיע מאמץ x . הטעם לכך הוא שיהודה נדרש לשאת בנטל קטן יותר מלוי לשם מניעת הסיכון, נטל שגודלו "רק" $x-y$. לפיכך, ייתכן שלוי, שלא השקיע מאמץ x , לא יוגדר כרשלן מכיוון שהנטל x כבד מדי, ואי-עמידה בו אינה מצדיקה את הגדרתו כרשלן; ואילו יהודה, שלא השקיע מאמץ x , יוגדר כרשלן מכיוון שהנטל $x-y$ קל דיו, ואי-עמידה בו מצדיקה את הגדרתו כרשלן.

ניתן להמחיש בנקל את מרכזיותו של הסיכון העצמי בשיפוט אופיה של התנהגות המזיק על-פי תפיסת הצדק המתקן תוך שימוש בעניין ולעס. נניח שיוכח כי "אגד", אילו הציבה שומרים, היתה נדרשת למאמץ x , אך מפחיתה את הסיכון העצמי שלה ב- y , וזוכה עקב כך בהנחה בשיעור y בפרמיית הביטוח. האם מחדלה בהימנעה מלהשקיע מאמץ x במצב עניינים זה צריך להישפט מבחינה מוסרית בחומרה רבה יותר מאשר במצב אחר, שבו לא היתה השקעת מאמץ x מניבה לה טובת-הנאה כלשהי? טענתי היא כי התשובה לשאלה זו חיובית. באופן הפשוט ביותר, אין זה נכון ש"אגד" נדרשה במצב העניינים הראשון למאמץ x . המאמץ שהיא נדרשה לו היה קטן מזה: $x-y$. מאמץ פחות זה הוא שעשוי להעמיד את מחדלה של "אגד", בהימנעה מלהציב שומרים, באור שלילי מן הבחינה המוסרית, ולהצדיק הטלת אחריות עליה.

ד. ביקורות אפשריות

בשורות הבאות אתייחס לשני טיעונים ביקורתיים שעשויים לעלות כנגד טיעון הסיכון העצמי. על-פי הטענות הביקורתי הראשון, טיעון הסיכון העצמי מקדם פטרנליזם והינו אנטי-ליברלי, וככזה אין לו מקום במסגרת דיני הנזיקין. על-פי הטענות הביקורתי השני, בעיות יישומיות מסכלות כל אפשרות להתחשב בסיכון העצמי. כפי שאראה, טיעוני ביקורת אלה משוללי יסוד.

1. פטרנליזם ואנטי-ליברליזם

התחשבות בסיכנו העצמי של המזיק תביא לידי הרחבת האחריות הנזיקית. הסיבה להטלת אחריות נזיקית תהיה במקרים רבים סיכנו העצמי הגדול של המזיק, שהיה מופחת אילו נקט אמצעי זהירות. הטענות הביקורתי הוא שהטלת אחריות על אדם מכיוון שלא הפחית את סיכנו שלו מונעת על-ידי מטרות פטרנליסטיות, מכיוון שהטלת האחריות מגבירה את תמריציו של המזיק להיות זהיר כלפי עצמו ומענישה אותו כאשר אינו עושה

כן. מאחר שפטרנליזם זר לדיני הנזיקין, כך נמשך הטיעון הביקורתי, יש לדחות את טיעון הסיכון העצמי. מזווית אחרת ניתן לטעון שזקיפת הסיכון העצמי של המזיק לחובתו היא אנטי-ליברלית, מכיוון שאין היא מתיישרת עם חירותו של אדם לחשוף עצמו לסיכונים כרצונו, ועל-כן פוגעת באוטונומיה שלו.

איני מבקש לעסוק כאן בשאלה אם דיני הנזיקין מקדמים פטרנליזם לעיתים, או אם רצוי שיקדמוהו.¹⁹ טענתי היא כי טיעון הסיכון העצמי אינו נוגע בפטרנליזם כלל ועיקר. הטלת אחריות תיחשב פטרנליסטית כאשר מטרתה היא להניע אדם להתייחס לאינטרס העצמי שלו ביתר כובד-ראש. כך, למשל, הטלת אחריות פלילית על אדם שאינו חוגר חגורת-בטיחות ניתנת בראש ובראשונה להצדקה פטרנליסטית.²⁰ אך לא כן בענייננו. טיעון הסיכון העצמי נתמך בכך שאם לא יישקל הסיכון העצמי על-ידי בית-המשפט בעת בחינתה של התנהגות המזיק, יינתן למזיק מלכתחילה תמריץ להתעלם מן הסיכון לזולת. הפחתת הסיכון העצמי אינה מהווה אס-יכן מטרה בפני עצמה, אלא היא נתון-רקע שלאורו נבחנת השאלה מהו המאמץ, או מהו הנטל האמיתי, שהמזיק נדרש לשאת בו על-מנת להפחית סיכונים לזולת. הגדרת הנטל האמיתי, או הנטל נטו, חיונית הן כדי לקדם את המטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין והן כדי להגשים צדק מתקן בין המזיק לבין הנזיזק. טול את דוגמת הנהג. הטלת אחריות על ראובן לא נועדה לתמרץ אותו מלכתחילה לשמור על בטיחותו שלו או להקטין את סיכוניו. היא נועדה למנוע מצב שבו יוכל להתעלם מאינטרס הזולת ולנהוג מהר במכוניתו על-סמך החישוב שתועלתו מנסיעה מהירה גדולה מסיכונו בנסיעה כזו. טובת-ההנאה של ראובן מנסיעה איטית, המתבטאת בהפחתת הסיכון העצמי שלו, מלמדת שהוא לא יישא בנטל כבד מדי אם יאט את מהירות נסיעתו, שהרי לצד בזבוז הזמן שייגרם לו מנסיעה איטית, תנבע לו טובת-ההנאה של הפחתת הסיכון העצמי. עובדה זו חיונית לא רק לשם השגת הרתעה, אלא גם לשם הגשמת הצדק המתקן בין ראובן לבין שמעון. בדומה לכך, בעניין ולעס, אין כל קשר בין ההתחשבות בהפחתת הסיכון העצמי של "אגד", שהיתה נובעת ל"אגד" אילו הציבה שומרים בתחנה, לבין פטרנליזם. בית-המשפט המתחשב בהפחתת הסיכון העצמי של "אגד" אינו מתכוון לתמרץ את "אגד" להגן על רכושה. כוונתו היא לתמרץ אותה ליתן משקל ראוי והולם לאינטרס הזולת, ובמקביל לפתור את הסכסוך המשפטי שבינה לבין הנזיזק באופן צודק. הנתון המתייחס להפחתת הסיכון העצמי של "אגד" חיוני לשם איתור נקודת האיוון שממנה ואילך מוצדק להטיל עליה אחריות משפטית כלפי הנזיזק מטעמים של הרתעה וצדק מתקן.

דחיית הטיעון הפטרנליסטי מביא אף לידי דחיית הטיעון כי התחשבות בסיכון העצמי היא אנטי-ליברלית. לכאורה, ראובן יכול לטעון בדוגמת הנהג שעניינו הפרטי הוא אם ובכמה סיכנו מוגבר עקב נסיעה מהירה, ושהטלת אחריות עליו עקב סיכון זה פוגעת באוטונומיה שלו, ועל-כן אינה מוצדקת. אלא שטיעון זה אינו משכנע ככל שהוא נטען

19 השוו: E. Zamir "The Efficiency of Paternalism" 84 Va. L. Rev. (1998) 229.

20 ניתן להצדיק את החובה לחגור חגורות-בטיחות גם בנימוקים לא-פטרנליסטיים, כגון הנזק שנגרם לחברה בכלל ולמשפחתו של הנהג בפרט עקב מותו של הנהג או פציעתו הקשה.

בהקשר של דיני הרשלנות. דינים אלה חותרים למציאת נקודות האיוון בין חירותו של המזיק לקדם את ענייניו ולממש את האוטונומיה שלו לבין הזכות של הניזוק לשלמות גופו ורכושו. הטלת אחריות על המזיק תמיד מהווה פגיעה מסוימת באוטונומיה שלו, שכן היא מגבילה את חירויותיו. אך היא מוצדקת למרות זאת, מכיוון שאינטרס הניזוק מוטל על הכף, ואינטרס זה ראוי להגנה הולמת. איתור נקודת האיוון הראויה בין חירותו של המזיק לבין זכותו של הניזוק לשלמות גופו ורכושו נעשה תוך התמקדות בסיכונים שהתנהגותו של המזיק יוצרת כלפי אחרים, מחד גיסא, ובנטל שעליו לשאת בו לשם הפחתת סיכונים אלה, מאידך גיסא. המזיק אינו ראוי לטעון שגודל הנטל שעליו לשאת בו לשם הפחתת הסיכונים לאחרים הוא עניינו הפרטי, שכן אילו היה המשפט מאפשר לו לטעון זאת, היה המזיק נמצא משרטט באופן חד-צדדי את קו-הגבול בין האינטרסים שלו לבין האינטרסים של הוולת, וכך קובע את המותר והאסור ביחסים שביניהם. מכיוון שכך, המשפט הוא שמגדיר את הנטל של המזיק, ואף עושה שימוש במבחנים אובייקטיביים לשם הערכת נטל זה. השימוש במבחנים אובייקטיביים אף ניתנים להצדקה מעשית, נוסף לזו המהותית, ובה אעסוק בתת-פרק הבא.

נקל עתה להבין מדוע אין להרשות למזיק לטעון כי סיכונו העצמי הוא עניינו הפרטי בלבד. סיכונו העצמי של המזיק אינו עניינו הפרטי בלבד מן הטעם שהנטל שעליו לשאת בו לשם הפחתת סיכונים אינו עניינו הפרטי בלבד. הנטל שעליו לשאת בו הוא, כפי שנטען יותר מפעם ברשימה זו, הנטל גטו. התחשבות בהפחתת הסיכון העצמי נובעת אם-כן מן ההגחה שבאופן אובייקטיבי, נקיטת אמצעי זהירות על-ידי המזיק מניבה לו טובת-הנאה ממשית של הפחתת סיכון. התחשבות בסיכון העצמי של המזיק אינה מהווה אם-כן פגיעה באוטונומיה השונה באופיה מן הפגיעה באוטונומיה הנגרמת למזיק עקב השימוש הרווח במבחנים אובייקטיביים במסגרת דיני הרשלנות.

אחד המקרים שבו הטלת אחריות על המזיק עלולה לפגוע באופן משמעותי, לפחות ממבט ראשון, באוטונומיה שלו הוא המקרה שבו התנהגותו יצרה סיכון קטן מאד לאחרים, אך סיכון גדול מאוד לו עצמו, ובשל הסיכון העצמי הגדול מוטלת עליו אחריות משפטית. הדוגמה שלהלן תמחיש את הדברים.

דוגמת הצנחנית: רינה, צנחנית חובבת, צונחת ממטוס. עקב תקלה טכנית אין המצנח נפתח, ורינה נופלת אל מותה. אגב כך היא פוגעת במשה הנמצא על הקרקע וגורמת לו נזק. מסתבר שרינה לא בדקה את תקינות המצנח לפני שצנחה, ואילו היתה עושה כן, היה הנזק, לה ולמשה, נמנע.

השאלה היא: האם במשטר משפטי של רשלנות ראוי להטיל אחריות על עובונה של רינה כלפי משה? ייתכן שלו היה בית-משפט משווה, מן הצד האחד, את הסיכון לאחרים, ומן הצד האחר, את נטל הבדיקה של תקינות המצנח, היה מגיע למסקנה שלנוכח הסיכון הקל לאחרים, אין לומר שרינה התרשלה. התחשבות בסיכון העצמי של רינה עשויה לשנות מסקנה זו מן הקצה אל הקצה, ולהביא לידי הטלת אחריות על עובונה כלפי משה. אך האומנם תוצאה זו מוצדקת? האין לומר שמתן משקל כה מכריע לסיכון שבחירה רינה ליטול על עצמה, בנסיבות שבהן הסיכון לזולת קטן בהרבה מן הסיכון העצמי, מהווה פגיעה חמורה במיוחד באוטונומיה של רינה?

הבה נגדיר את הסיכון העצמי של רינה כ-99, את הסיכון לאחרים כ-2 ואת הוצאות המניעה כ-100. רינה נדרשה אם-כן לשאת בנטל נטו של 1 (הוצאות מניעה ברוטו בשיעור של 100 פחות טובת-הנאה המתבטאת בהפחתת סיכון עצמי בשיעור של 99) לשם מניעת נזק של 2 לאחרים. מכיוון שכך, היתה רינה רשלנית לא רק כלפי עצמה, אלא גם כלפי משה. נכון אומנם שהסיכון למשה ולאחרים על פני הקרקע היה קטן, אך הנטל האמיתי, קרי, הנטל נטו שנדרשה רינה לשאת בו, היה קטן עוד יותר. האם התחשבות בסיכון העצמי של רינה היא אנטי-ליברלית? לדעתי לא. התחשבות בסיכון העצמי מבוססת על ההנחה שאילו נקטה רינה באמצעי זהירות ובדקה את המצנה, היא היתה מפחיתה את סיכונה ומניבה לעצמה טובת-הנאה אמיתית על-פי מבחנים אובייקטיביים. זאת, ולא יותר. נכון אומנם שקיימת אפשרות שרינה לא ייחסה משמעות רבה לסיכונה העצמי, ואולי אף נהנתה ממנו, אך טענה מעין זו עניינה בכימות הסיכון העצמי, וזה נעשה, כפי שהוסבר לעיל, בלא תלות בערכים הסובייקטיביים שייחסה רינה לסיכון זה. יתר על-כן, המסקנה שקיימת אפשרות ממשית שרינה היתה מפקה טובת-הנאה כלשהי אילו בדקה את תקינות המצנה דיה לבסס את הטענה העקרונית שיש להתחשב בהפחתת סיכונה העצמי בעת שבאים לקבוע אם התרשלה כלפי משה.²¹

גם מי שסבור שטיעון הסיכון העצמי הינו בעייתי עקב הפגיעה האפשרית באוטונומיה של המזיק עשוי להשתכנע בצדקתו של הטענה בעניין ולעס. עניין ולעס מתאפיין בשניים: ראשית, המזיק שם הינו גוף מאוגד – חברת "אגד" – ולא אדם פרטי. שנית, הפחתת הסיכון העצמי שהיתה נובעת מהצבת שומרים באותו מקרה ניתנת לתרגום פשוט לכסף: שיעורה של הפחתת הסיכון וזה לשיעור הפחתתה של פרמיית הביטוח של "אגד" בזכות הצבתם של השומרים. טענה הפגיעה באוטונומיה חלש במיוחד כאשר המזיק הינו גוף מאוגד, קל וחומר כאשר הפחתת הסיכון העצמי ואמצעי המניעה ניתנים שניהם לביטוי מיידתי וישיר בכסף.

21 נניח שהסיכון העצמי של רינה לא היה 99, אלא 200. אם אלה היו פני הדברים, משמע שרינה, בלא כל קשר לסיכון שיצרה כלפי משה, ואף בלעדיו, נהגה באופן בלתי-רציונלי, או שחסר לה מידע, או שנתנה לסיכונה העצמי ערכים שונים מערכם האובייקטיבי. האם היה מוצדק במקרה כזה להטיל עליה אחריות לנזקיו של משה? לדעתי, כן. מבחינה אובייקטיבית, התרשלה רינה בראש ובראשונה כלפי עצמה, אך גם כלפי משה. במונחים כלכליים, היא היתה יכולה למנוע את הסיכון למשה בעלות של 100, אך היא לא עשתה כן. ניתן אף לטעון שרינה היתה רשאית לסכן את עצמה ככל שתחפוף (על-פי תפיסות ליברליות), אך "רשיון" זה לא ניתן לה ביחס למשה. על-פי דרך הנמקה אחרת, ההצדקה לכך שרינה רשאית לסכן את עצמה אף באופן בלתי-סביר הינה שהיא נושאת בסיכונים של אי-סבירות התנהגותה: אם תיפגע, תישא בנזקה. מכאן שאם תסכן אחר בהתנהגותה הבלתי-סבירה ותפגע בו, ראוי שתישא אף בנזקיו, שכן רק כך תישא בסופו של דבר במלוא נזקי התנהגותה הבלתי-סבירה.

2. בעיות יישומיות

אחד הטיעונים השגורים בפי מבקרי הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין (ובדומה להם, בפי מבקרי הניתוח הכלכלי של המשפט בכלל) הינו שלא ניתן בדרך-כלל להשוות הוצאות מניעה מול תוחלת נזק בהיעדר בסיס משותף להשוואה. כך, בדוגמת הנהג, בזבוז זמנו של ראובן עקב נסיעה איטית אינו ניתן להשוואה, כך ייטען, להפחתת הסיכון לאחרים, ולראובן עצמו, בשל הנסיעה האיטית; בדומה לכך, בעניין ולעס, לא ניתן להשוות בין עלות העסקתם של שומרים על-ידי "אגד" לבין הפחתת הסיכונים לגוף ולרכוש שתנבע מהצבת השומרים בקרבת התחנה. ממילא, כך ייטען בהקשר עניינינו, טיעון הסיכון העצמי אינו ניתן ליישום.²²

במאמר זה אין בכוונתי לענות על הביקורת הכללית על הניתוח הכלכלי של המשפט בכלל ושל דיני הנזיקין בפרט. אני סבור שאת טיעון הסיכון העצמי יש לקבל כל עוד יש תוקף להנחה שהשאלה אם אדם הינו רשלן נענית תוך איוון בין שני גורמים: הסיכון שהתנהגות הנסענת להיות רשלנית יוצרת והנטל הנדרש לשם הפחתת הסיכון. טיעון הסיכון העצמי מבקש לשפוך אור על הגדרת הנטל נטו שהמזיק נדרש לעמוד בו, ומכאן חשיבותו.

כך, גם מי שסבור שקיימת בעייתיות בכימות סיכונים לגוף או לרכוש ובהשוואתם להוצאות כספיות יצטרך לענות על השאלה: האם בעניין ולעס התרשלה "אגד" בכך שלא הציבה שומרים שעלות העסקתם היא x ? גובתן של הוצאות המניעה הינו בהכרח נתון רלוונטי בעיני מי שחייב להכריע בשאלת אחריות הנזיקית של "אגד" כל עוד המשטר המשפטי הוא של רשלנות, ולא של אחריות מוגברת. כך, אילו נאלצה "אגד" להוציא חמישים מיליון ש"ח כדי להפחית סיכון קל ללקוחותיה, יש להניח שהיא לא היתה מוגדרת כרשלנית; אך אילו, לעומת זאת, היה עליה להוציא אלף ש"ח בלבד, ייתכן שאכן היתה מוגדרת כרשלנית. גודל הנטל שהיה על "אגד" לשאת בו כדי להפחית את הסיכונים ללקוחותיה הינו נתון רלוונטי אס-כן, שאינו תלוי בביקורת הכללית הנוגעת בהשוואה בין הוצאות ממון לבין סיכונים לגוף או לרכוש. ממילא, הסיכון העצמי של "אגד", שהיה מופחת אילו הציבה שומרים, הינו נתון רלוונטי אף הוא, מכיוון שיש בו כדי לסייע בהגדרתן של הוצאות המניעה האמיתיות, או בהגדרת הנטל האמיתי שבו היה על "אגד" לשאת לשם הפחתת הסיכונים.

טיעון ביקורתי אחר, גם הוא במישור היישומי, נוגע בכימותו של הסיכון העצמי. כך, ייתכן שראובן בדוגמת הנהג ורינה בדוגמת הצנחנית לא הוטרדו כלל מכך שסיכונם

22 לטיעון שבטקסט יש פן טכני ופן מהותי. הפן הטכני מתמקד בקשיים המעשיים של עריכת השוואות, ואילו הפן המהותי מתמקד בבעייתיות העקרונית שבכך. ראו: R.M. Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., 1985) 237–266; G. Calabresi "About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin" 8 *Hofstra L. Rev.* (1980) 553; R.M. Dworkin "Why Efficiency? – A Response to Professors Calabresi and Posner" 8 *Hofstra L. Rev.* (1980) 563.

העצמי גדל עקב הנסיעה המהירה או עקב אי־בדיקת המצנח, בהתאמה. יתר על־כן, ייתכן שהסיכון המוגבר הגדיל את הנאתם מן הנהיגה או מן הצניחה. לפיכך, כך הטיעון נמשך, אין לבחון את התנהגותם בהתחשב בסיכון העצמי, מכיוון שייתכן שבעיניהם, מלכתחילה, סיכון זה הינו יתרון, ולא חיסרון.

עסקתי בטיעון דומה בתת־פרק הקודם בהקשר הטענה כי סיכנו העצמי של המזיק הוא עניינו הפרטי, וכי הטלת אחריות עליו עקב סיכנו העצמי תפגע באוטונומיה שלו ותהא אנטי־ליברלית. בשורות הבאות אתייחס לטיעון ביקורתי זה בהקשר ההרתעתי. בבסיסו של הטיעון גלום הרעיון שנוקים ותועלות יש לבחון באופן סובייקטיבי, ולא באופן אובייקטיבי. אכן, באופן אידיאלי, הרתעה אופטימלית תותרת למקסום תועלות לפי הערכים הסובייקטיביים שכל אדם נותן לתועלות אלה, אולם כאן בדיוק טמון הקושי: אין כל אפשרות להפעיל את דיני הרשלנות על־פי ערכיהם הסובייקטיביים של המזיקים או של הנזוקים, שכן באופן מעשי, ערכים אלה אינם ניתנים לבידור. לפיכך, דיני הרשלנות מבוססים על מבחנים אובייקטיביים, ורק במקרים חריגים מאפשרים התחשבות בערכים סובייקטיביים.²³

תשובה כללית זו לטיעון הכימות חלה אף בענייננו. ייתכן שראובן ורינה, מלכתחילה ובאופן סובייקטיבי, לא הפסידו דבר מכך שחשפו את עצמם לסיכון מוגבר. ייתכן אף שנהנו מן הסיכון הנאה מרובה. אך לפי מבחן אובייקטיבי, נראה שלא אלה היו פני הדברים. אין דרך מעשית לדעת מהם הערכים שנתנו ראובן ורינה באמת לסיכון העצמי. אותם טעמים מעשיים שבגינם אין בוחנים את הוצאות המניעה של המזיק לפי מבחנים סובייקטיביים הם שמונעים בחינה כזו אף ביחס לסיכון העצמי. טיעון הכימות אינו משכנע אם־כן לדחות את טיעון הסיכון העצמי. אילו נדחה טיעון הסיכון העצמי, היה הדבר שקול לקביעה כי ערכו של הסיכון העצמי מוערך תמיד כ־ס על־ידי המזיק, לקביעה זו אין כמובן כל בסיס במציאות.

ה. מסקנות והרחבות

ברשימה זו ביקשתי לבסס את הטיעון שהציג בית־המשפט העליון בעניין ולעס, לפיו שאלת רשלנותו של המזיק צריכה להיבחן תוך התחשבות במידה שבה היה סיכנו העצמי של המזיק פוחת אילו נקט אמצעים להפחתת סיכונם של אחרים. רשימה זו התייחסה לדיני הרשלנות בלבד, ובאופן ספציפי יותר, לרשלנותו של המזיק. אולם טיעון הסיכון העצמי ניתן לפיתוח ולהרחבה לתחומים נוספים.

ראשית, טיעון הסיכון העצמי ישים לא רק במקרי רשלנות, אלא אף במקרים אחרים שבהם אחריותו הנזיקית של אדם תלויה באשמו, ובלבד שמבחן האשם מבוסס על השוואה כלשהי בין הנטל שבו היה על המזיק לעמוד אל מול הסיכון שיצר בהתנהגותו. שנית, מטיעון הסיכון העצמי ניתן לגזור טיעון אנלוגי בהקשר של בחינת אשמו התורם

²³ Posner, *supra* note 8, at p. 31.

של הניזוק. על-פי הטיעון האנלוגי, השאלה אם בניזוק יש אשם תורם צריכה להיבחן תוך התחשבות במידה שבה אמצעי הזהירות העצמיים שלו היו מפחיתים לא רק את סיכנונו שלו, אלא גם את סיכניהם של אחרים. טיעון זה עשוי לשכנע, לפחות אם משקיפים על דיני הניזקין מזווית של הרתעה.

שלישית, טיעון הסיכון העצמי ניתן ליישום מחוץ לדיני הניזקין. למעשה, הוא ניתן ליישום בכל מקרה שבו עולה השאלה אם אדם או גוף אחר כלשהו התרשלו, לא נהגו בסבירות או פעלו תוך אשם. כך בתחום דיני החוזים, אחריות חונית תלויה לעיתים בסבירות התנהגותו של צד לחוזה.²⁴ אף הגנת האשם התורם בדיני החוזים מושתתת בעיקרה על בחינת הסבירות של התנהגות הנפגע מהפרת החוזה.²⁵ במקרים אלה, טיעון הסיכון העצמי (והטיעון האנלוגי החל בהקשר האשם התורם) מלמד שסיכנון העצמי של מפר החוזה, כמו גם הסיכון שהנפגע בעל האשם התורם יוצר כלפי המפר, עשויים להיות רלוונטיים לקביעת האחריות החונית ולתחימת היקפה.

בתחום המשפט המנהלי עולה לעיתים קרובות השאלה אם הרשות נהגה בסבירות כלפי הפרט. העובדה שהרשות יצרה בהתנהגותה סיכון של נזק עצמי, נוסף לסיכונים כלפי פרטים בחברה, עשויה להיות בעלת חשיבות בעת סבירות התנהגותה נבחנת. בדומה לכך, בתחום המשפט הפלילי עולה לא אחת שאלת הרשלנות או הסבירות, הן בהקשר האחריות הפלילית והן בהקשר תחולתן של הגנות שונות העשויות לעמוד לנאשם. טיעון הסיכון העצמי עשוי להיות בעל רלוונטיות אף במקרים אלה.

קבלתו או דחייתו של טיעון הסיכון העצמי בתחומי המשפט השונים מחייבות ליבון ודיון. אני מותיר זאת להזדמנות אחרת (או לכותבים אחרים...).

24 א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (תשנ"ז) 64-65.

25 שם, בע' 127-141.