

הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה

מאת

אסף יעקב* ויוני לבני**

תקציר

לאחר שנים שבהן היה גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מצומצם בהיקפו, הגדיל בית-המשפט העליון, בפסק-דין שניתן בשנת 2011, את גובה הפיצוי בראש-זק זה במאות אחוזים. המחברים בוחנים כמה הסברים אפשריים לקפיצה גדולה זו בגובה הפיצוי – הן מהעולם הנזיקי, הן מענפי משפט חיצוניים לו – ומסיקים כי אין באלה כדי לספק תשובה. תחת זאת הם גורסים כי ההסבר לגידול בפיצוי מצוי בצורך הטבעי של בית-המשפט בגמישות ובמרחב גדול יותר של שיקול-דעת, בפרט בתחום הנזיקי, במיוחד לאחר אובדן כלי משמעותי שאפשר לו גמישות כזו, בעקבות פסק-דין שניתן כחצי שנה קודם לכן.

מבוא

א. הגדלת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – קפיצה חריגה בנוף הנזיקי
ב. האם בחלוף הזמן ובהטמעתן של נורמות יש כדי לספק הסבר לגידול החד
בגובה הפיצוי?

1. על הקשר שבין הגדלת הפיצוי לבין המשפט הפלילי
2. האם נורמה שמקורה בדין הפלילי יכולה לספק הסבר להגדלת הפיצוי
בתחום הנזיקי?

(א) בחינת הגדלת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה לאור שיקולי צדק
מתקן

(ב) בחינת הגדלת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה לאור שיקולי הרתעה

* מרצה בכיר, בית-הספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** מוסמך במשפטים (LL.M.), אוניברסיטת קולומביה.

ברצוננו להודות לשרון חנס, לאריאל פורת, ליורם שחר ולמשתתפי פורום משפט וכלכלה באוניברסיטת תל-אביב על הערותיהם החשובות והמועילות לטייטה קודמת של מאמר זה. כמו-כן ברצוננו להודות לעוזרי-המחקר דניאל ויסמן, ג'ואי לייטסטון ולירון קורן על עזרה מצוינת במחקר. לבסוף, ברצוננו להודות לחברי מערכת עיוני משפט ענבר בן-ארי, איה מרקביץ' ואיתן שהם, וכן לעורכת נעמה עמרי, על עבודת עריכה מעולה.

- (ג) בחינת הגדלת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה לאור שיקולי צדק מחלק
- (ד) בחינת הגדלת הפיצוי מהיבטים של התאמה לדיני הנזיקין הנוהגים בישראל
- ג. האם ניתן להסביר את הגדלת הפיצוי בתמורות שהתרחשו במשפט החוקתי?
- ד. מה עומד אם כן ביסוד הגדלת הפיצוי החדה בגין פגיעה באוטונומיה?
- ה. על הקשר שבין הגדלת הפיצוי לבין התהפוכות בהלכות הסיבתיות
- ו. הקפיצה הגדולה – הערכה ביקורתית
- סיכום

מבוא

לפני יותר מעשור נפל דבר בדיני הנזיקין הישראליים: ראש־נזק חדש של פגיעה באוטונומיה, שאין דומה לו בשיטות משפט מקבילות, בא לעולם. ראש־נזק זה, אשר בימיו הראשונים התמקד בתחום הרפואי, התבטא בפגיעה הנובעת משלילת מידע רלוונטי ממטופל עובר לביצוע פרוצדורה רפואית בגופו, לרבות סיכויים וסיכונים הכרוכים באותה פרוצדורה, כדי שיתאפשר לו לשקול אם להסכים לביצועה, לקבל החלטה מושכלת אחרת בעניינה או לבחור בין חלופות. ייחודו המעשי של ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה, אשר מולבש לרוב על הפלטפורמה של עוולת הרשלנות,¹ מתבטא בהעדר הצורך להצביע על נזק גוף מוחשי לצורך גיבושו, ובקלות היחסית שבה ניתן להתגבר על הדרישה לקשר סיבתי. ההכרה בפגיעה באוטונומיה יצרה אפוא לניזוקים אפיק חדש ומקל – גם אם מצומצם – לקבלת פיצוי, אשר מנוצל בדרך־כלל כאשר המסלולים האחרים העלו חרס.

לירתה של הפגיעה באוטונומיה, בפסק־דינו של השופט אור בעניין דעקה,² לא הייתה קלה. ההצעה לאמץ את ראש־הנזק יצרה מחלוקת שיפוטית בנוגע לצורך בו, ועוררה חששות מקשיי האימות האינהרנטיים המאפיינים אותו ומפגיעתו בראשי־הנזק המסורתיים. אכן, מראשיתה הייתה הפגיעה באוטונומיה בת חורגת לדיני הנזיקין, והרציונלים שניתנו לה

1 פלטפורמה נוספת שבאמצעותה ניתן להשתמש בפגיעה באוטונומיה היא עוולת התקיפה, אולם הפסיקה ביטאה הסתייגות משימוש במונח "תקיפה" לגבי טיפול רפואי, שכן השימוש המקובל בעוולה זו מתייחס להתנהגות אנטי־חברתית מובהקת. שימוש בעוולת תקיפה במקרה של פגיעה באוטונומיה יוכל להיעשות בכל־זאת כאשר למטופל לא נמסר כל מידע על סוג הטיפול הצפוי לו, כאשר הוא לא יודע בדבר התוצאה הבלתי־נמנעת של אותו טיפול או כאשר הטיפול שניתן לו בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שעליו נמסר לו. ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 543-545 (1999). שם.

הובאו מענפי משפט אחרים.³ אולם חרף הקשיים והמחלוקות זכתה עמדתו של השופט אור בסופו של דבר בתמיכתם של רוב שופטי ההרכב, והייתה להלכה מחייבת. בחוות-דעתו כרך השופט אור את הפגיעה באוטונומיה בחובה המוטלת על הרופאים לקבל את הסכמת המטופלים לטיפול המוענק להם. היות שיצירתו של ראש-הנזק נעשתה מלכתחילה בהקשר רפואי, לא נסקרו חסרונותיו או יתרונותיו בהקשרים אחרים.⁴ גם בהקשר מצומצם זה היה השופט אור ער לקשיים הכרוכים באימוצה של הפגיעה באוטונומיה כראש-נזק נפרד במשפט הפוזיטיבי ולתהיות בדבר נחיצותה. על-כן, בד בבד עם יצירתו, הקפיד השופט לאפיין את ראש-הנזק באופן מדוד, והדגיש את החשיבות שבצעידה זוהירה בנתיביו:

"בדרך-כלל, הפיצוי שהניזוק יהיה זכאי לו בגין עצם הפגיעה בזכותו לאוטונומיה יהיה קטן באופן יחסי לפיצוי בגין נזק הגוף. נזכור, כי אין אנו עוסקים בפיצויים עונשיים או פיצויים לדוגמה, אלא בפיצוי בגין פגיעה בערך בלתי מוחשי, אשר בדרך-כלל, מטבע הדברים, היקפו מוגבל..."⁵

בפסק-דינו עמד השופט אור על קשיים שונים הטבועים בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, ובראשם אופיו הסובייקטיבי המובהק, אשר מקשה כימות ומדידה. בשים לב לכך הזהיר השופט מפני הגדלת גובה הפיצוי באופן מלאכותי ומפני הפיכתו לפיצוי מופרז, מעין-עונשי:

"המדובר בנזק אשר מעצם טיבו קיים בו היבט סובייקטיבי דומיננטי, המעורר קשיים בלתי נמנעים בהערכתו. בסופו של דבר, גובה הפיצוי בכל מקרה, בדומה לפיצוי בגין נזקים לא ממוניים אחרים, נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, וייקבע בדרך של אומדנה המבוססת על הערכה של מכלול נסיבות העניין, ועל התרשמותו של בית-המשפט. על בית-המשפט לנקוט, בעניין זה, גישה מאוזנת. עליו ליתן את המשקל הראוי לכך שמדובר בפגיעה בזכות יסוד, אשר

- 3 לביקורת ראו אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012) (להלן: יעקב "דא עקא דעקה"). כפי שמסביר יעקב, מאפייני הפגיעה באוטונומיה כראש-נזק טרם הובהרו עד תום, וגם לאחר שנים רבות מאז הוכר לראשונה לא הוכרע עדיין מהו המקור לחיוב, כיצד הנזק מתאפיין, מה ההבחנה בין פגיעה באוטונומיה לבין פגיעה בכבוד, אם יש צורך בהוכחת קשר סיבתי לשם קבלת הפיצוי ועוד. אחת המחלוקות שעמדה בעבר לבחינה נגעה בשאלה אם יש לתפוס את הפגיעה באוטונומיה כראש-נזק או כעולה חוקתית. נכון למועד כתיבת חיבור זה עמדת בית-המשפט בעניין זה ברורה – יש לראות את הפגיעה באוטונומיה כראש-נזק בלבד. במאמר זה איננו מתיימרים להגדיר את אופי הפגיעה המדויק באוטונומיה, אלא רק להצביע על הגידול המשמעותי שחל בפיצוי בגין ראש-נזק זה ועל הסיבות לגידול זה.
- 4 זאת, הגם שמאפייניה ותכונותיה של הפגיעה באוטונומיה והשיקולים הנוגעים בה, כפי שהתברר בהמשך הדרך, היו יפים – בשינויים המחויבים – גם בהקשרים נזיקיים אחרים שבהם נידונה שלילה של יכולת הבחירה מן הניזוק, לרבות בתביעות בגין הטעיה צרכנית. ראו, למשל, ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003) (להלן: עניין תנובה), וגם ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי נ' עזבון ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011). כן ראו ע"א 1081/00 אבנעל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193 (2005); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011).
- 5 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 578.

מחייבת קביעת פיצוי הולם, להבדיל מפיצוי סמלי. לצד זה, בשל הקשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק, על בית-המשפט לרסן עצמו, ולא לפסוק פיצויים בשיעורים מופרזים...⁶

לנוכח הערות אלה העמיד השופט אור את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה בעניין דעקה על סכום של 15,000 ש"ח.

שתיים-עשרה שנים מאוחר יותר, בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין ענטבי,⁷ שב בית-המשפט וניתח את סוגיית גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. בחוות-דעתו, שזכתה בתמיכתם של יתר השופטים, קבע השופט הנדל את הדברים הבאים:

"אכן, בעניין דעקה הסתפק בית המשפט בפסיקת פיצוי בסך 15,000 ₪ בלבד בגין פגיעה באוטונומיה. בשנים שחלפו מאז ההכרה בעילת התביעה נפסקו במשורה סכומי כסף נמוכים כפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה של מטופל. דומני כי עתה, משראש הנזק נקלט בשיטתנו והושרש, בשלה העת לפסוק סכום פיצויים שאינו בהכרח 'סמלי'. כך דרכו של פיצוי כספי בגין רכיב נזק חדש. תחילה, די בפיצוי סמלי. ברם, בחלוף הזמן... יש ליתן פיצוי הראוי מבחינה נורמטיבית על פי נסיבות המקרה."⁸

על יסוד דברים אלה העמיד השופט הנדל את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה באותה פרשה על סך של 250,000 ש"ח, הגבוהה במאות אחוזים⁹ מהפיצוי בעניין דעקה. דומה שלתופעה זו של הגדלת הפיצוי בסדר-גודל כזה, ללא התערבות מצד המחוקק, אין תקדים דיני הנזיקין. ניתן אומנם להצביע על מגמות של הגדלת גובה הפיצוי בענפים אחרים של דיני הנזיקין או בראשי-נזק שונים,¹⁰ אולם אף לא באחד מאלה נרשם מהלך כה מהיר, שנעשה ברובו בבת אחת, כמו במקרה של פגיעה באוטונומיה.¹¹ לא זו אף זו, השופט הנדל הדגיש, בהתייחסו לסכום זה, כי בעניין ענטבי "אין אנו עוסקים בפגיעה באוטונומיה ברף הגבוה של ביצוע ניתוח במטופל ללא הסכמתו המודעת".¹² במילים אחרות, הפיצוי בן 250,000 השקלים ניתן אף שאין מדובר במקרה קיצוני של פגיעה באוטונומיה. מדוע התרחשה קפיצה כזו בגובה הפיצוי? האם היא מוצדקת? האם הפרקטיקה המוצהרת בדבר פסיקת סכומים גדולים בגין פגיעה באוטונומיה תישאר לאורך זמן? האם גובה הפיצויים בשל פגיעה באוטונומיה יגדל בעתיד עוד יותר? שאלות אלה ואחרות אינן מועלות בעלמא.

6 שם, בעמ' 583.

7 ע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 22.2.2011) (להלן: עניין ענטבי בעליון).

8 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל.

9 הצמדת סכום הפיצוי שנפסק בעניין דעקה (לעיל ה"ש 1) למועד מתן פסק-הדין בעניין ענטבי בעליון (לעיל ה"ש 7) הייתה מעמידה אותו על סכום של כ-20,000 ש"ח.

10 אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר כרך ג 21, 51-62 (מיכל לוצקי, רון ורד וכפיר מזרחי עורכים, 2003); דפנה ברק-ארז "עוללות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103, 125 (2006) ("...הפסיקה מגלה פתיחות גוברת להעלאה הדרגתית של רף הפיצוי בגין כאב וסבל").

11 ראו דיון להלן ליד ה"ש 168-173.

12 עניין ענטבי בעליון, לעיל ה"ש 7, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל.

לגובה הפיצוי יש תפקיד מרכזי בהכוונת ההתנהגות בחברה ובכוננותם של פרטים ליטול חלק בפעילות המניבה תועלת חברתית. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח הרחבת פרישתה של הפגיעה באוטונומיה לתחומים חדשים, החורגים מזה הרפואי שסביבו הוא נוצר מלכתחילה, וביסוס מעמדה ככלי מרכזי בדיני נזיקין.¹³

ברשימה זו נבקש לטעון כי הגדלת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בשנים האחרונות לא נבעה מגידול פתאומי בהיקף הנזקים שנגרמו, ממשיך הזמן שבו נטמעה ההכרה בראש-הנזק או משינוי תפיסות חברתי שהביא עימו הכרה משמעותית יותר בשלילת זכות הבחירה של הפרט. תחת זאת, ולהבדיל מהתייחסותו של בית-המשפט לסוגיה, המגמה של הגדלת הפיצוי בגין ראש-נזק זה מקורה בקשיים שהתעוררו בהוכחת נזק הגוף, לרוב עקב מגבלות הקשורות לקשר סיבתי, ובתחושתו של בית-המשפט כי לנוכח פערי הידע והכוח שבין הרופא למטופל אין זה ראוי שהנזק יונח לפתחו של זה האחרון. זניחת האפשרות למתן פיצוי חלקי לפי הסתברות, בעקבות הדיון הנוסף בעניין **מלול**,¹⁴ חיזקה אף היא מגמה זו, וחידדה את הצורך באפיקים חלופיים למתן פיצוי.

נפתח את הדיון בהצגת התפתחותו של גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במשפט הפוזיטיבי. נראה כי לאחר שנים שבהן פסק בית-המשפט ברוב המקרים פיצויים בהיקף מצומצם – כמעט סמלי – בראש-נזק זה, חלה באופן פתאומי, בפסק-הדין בעניין **ענטבי**, "קפיצה גדולה" בגובה הפיצוי, שהובילה למהפך בגובה הפיצויים גם בפסיקתו של בית-המשפט לאחר-מכן. בהמשך לכך נעמוד על האופן שבו נומקה הקפיצה הגדולה בעניין **ענטבי** ועל ההצדקות שנמצאו לה. נראה כי ההנמקה התולה את הגידול שחל בגובה הפיצוי בחלוף הזמן מאז התקבל ראש-הנזק בפסיקה, ובתהליך ההטמעה שהתרחש מאז, מקורה בעקרונות הלקוחים מהמשפט הפלילי, וכי היא אינה עומדת במבחן הביקורת בהקשר הנזיקי. בתוך כך נדגים את אי-ההלימה בין נימוק זה לבין העקרונות השונים העומדים ביסוד דיני הנזיקין: צדק מתקן, הרתעה וצדק מחלק. עוד נראה כי גם בחינת הדין הנזיקי הפוזיטיבי אינה תומכת בהנמקתו של בית-המשפט בעניין **ענטבי**, שכן בניגוד לרציונל ההטמעה, התולה את השיהוי בפסיקת פיצוי מלא ברצון להגן על האינטרסים של מזיקים פוטנציאליים, פעל בית-המשפט באופן עקבי להחלה בלא שיהוי של דוקטרינות חדשות שבהן בחר להכיר, ופסק פיצוי מלא

13 לפירוט ראו לעיל ה"ש 4. למעשה, כפי שטען אחד מאיתנו במקום אחר, ככל שנאפיין את הפגיעה באוטונומיה כפגיעה ביכולתו של הפרט לכתוב את סיפור חייו – כפי שעשה השופט ריבלין בע"א 10064/02 "מגדל" **חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13 (2005) (כך בפרט בפס' 33 לפסק-דינו: "לכל אדם עומדת הזכות לכתוב את סיפור חייו. זוהי האוטונומיה של הפרט...") – כן יהיה אפשר לומר כי הפגיעה באוטונומיה אינה מצטמצמת לשלילה של מידע, אלא מתרחשת בכל מקרה שבו נגרם לניזוק נזק גוף כתוצאה מעוולה. ראו יעקב "דא עקא דעקה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 21.

14 דנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול** (פורסם בנבו, 29.8.2010) (להלן: **דנ"א מלול**). כפי שיפורט להלן, בין ההכרעה בערעור האזרחי בעניין **מלול** (להלן ה"ש 17) לבין פסק-הדין בדיון הנוסף באותו עניין חלפו שנים מספר, שבמהלכן אימצו בתי-המשפט – בעיקר המחוזי והשלום – את המכשיר של פסיקת פיצוי לפי הסתברות. בעקבות הדיון הנוסף צומצמה אפשרות זו באופן ניכר. לעניין ההלכה המחייבת בדנ"א **מלול** ראו להלן ליד ה"ש 253 ואילך וכן להלן ה"ש 251.

לגבי סוגי נזקים בני־צפיות גם אם היקף הנזק לא היה צפוי במלואו. נסיף להתחקות אחר הסבר לקפיצה הגדולה, ונבחן בתוך כך הסבר העולה מבין השורות בפסק־הדין שלפיו ניתן לתלות את הקפיצה הגדולה במהפכה החוקתית ובחזיון הזכות לאוטונומיה כחלק מכבוד האדם. נראה שהסבר זה אינו מתיישב עם העובדה שהמהפכה החוקתית התרחשה שנים לא־מעטות קודם לכן, והייתה בשיא השפעתה כבר בתקופה שבה ניתן פסק־הדין בעניין דעקה. למעשה, דווקא בתקופת הקפיצה הגדולה היה השיח החוקתי בפסיקה הישראלית בתהליך מסוים של נסיגה. לאחר רחיית הסברים אלה נציע בחלקו העיקרי של המאמר הסבר אחר לקפיצה הגדולה. לפי הסבר זה, הגידול בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נבע מהצורך בגמישות שיפוטית ומהרצון להימנע מהכרעה בינרית שבה הניזוק מקבל פיצוי מלא או אינו מקבל פיצוי כלל. נטען כי בחירת העיתוי לקפיצה הגדולה דווקא בפסק־הדין בעניין ענטבי, שניתן בשנת 2011, נבעה מכך שזמן קצר קודם לכן נסגרו ערוצי גמישות חלופיים ששימשו בעבר את בית־המשפט, ובראשם דוקטרינת הסיבתיות העמומה. שאלה נפרדת היא אם מדובר במגמה ראויה. לבחינה ביקורתית של מגמה זו נגיע בסופו של המאמר.

א. הגדלת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה – קפיצה חריגה בנוף הנזיקי

פסק־הדין בעניין ענטבי, שניתן ביום 22.2.2011, לא היה הראשון שבו נרשמה עלייה משמעותית בגובה הפיצוי הניתן למי שהוכח כי סבל נזק של פגיעה באוטונומיה. עוד בשנת 2005, בפסק־הדין בעניין וינשטיין,¹⁵ שבו נידון עניינו של ניזוק שנגרמו לו 55% נכות בשל ניתוח בעיניו, כימת בית־המשפט את גובה הנזק בגין הפגיעה באוטונומיה בסכום של 150,000 ש"ח. סכום זה נפסק לאחר שהטענה לרשלנות שגרמה לנזק גוף נדחתה בהעדר קשר סיבתי, ולנוכח קביעתו של בית־המשפט כי בנסיבות המקרה אי־אפשר להתחשב בנתונים סטטיסטיים לשם הוכחת הקשר הסיבתי.

גם בעניין איתמר¹⁶ העמיד בית־המשפט את גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה על סכום משמעותי של 100,000 ש"ח. בית־המשפט לא פרש בהכרעתו הסבר לפיצוי שפסק, ולא הבהיר במה נבדל המקרה שלפניו מזה שנידון בעניין דעקה, שאילו הפנה. לא למותר להזכיר כי התובע בעניין איתמר ביקש להוכיח את נזק הגוף שנגרם לו, בין היתר, בהסתמך על דוקטרינת הסיבתיות העמומה שנקבעה בערעור האזרחי בעניין מלול,¹⁷ אשר באותו שלב הייתה עדיין הלכה. בית־המשפט דחה את הטענה בקובעו שכלל הסיבתיות העמומה מתייחס למצבים שבהם לא ברור כי ההתרשלות היא שגרמה לנזק, ואילו באותה פרשה לא הוכחה התרשלות כלל.

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

16 ת"א (מחוזי חי') 993/02 איתמר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.5.2007).

17 ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס (1) 11 (2005) (להלן: ע"א מלול).

פסק־הדין בעניין איתמר שימש בסיס לגובה הפיצוי שנפסק בת"א עזבון צבי,¹⁸ שאף בו הועמד גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה על 100,000 ש"ח. באותו מקרה דן בית־המשפט בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לאחר שרחה טענה לפיצוי בגין נזק גוף שנגרם עקב אי־מתן הסכמה מדעת, בנימוק שלא הוכח קשר סיבתי לנזק זה. גובה הפיצוי אושר אומנם בבית־המשפט העליון,¹⁹ אך במקביל הובעה הסתייגות מפסיקת פיצוי גבוה בראש־נזק זה, אשר "ככלל הוא אינו יכול להיות גבוה", וצוין כי "יתכן שהשופט קמא פסק על הצד הגבוה, ולו גם בהתחשב בחלוף הזמן". חרף זאת קבע בית־המשפט העליון כי "אין דברים מגיעים להצדקת התערבותנו", והותיר את הפיצוי על כנו.²⁰

ברם, סכומי הפיצוי הגבוהים באופן יחסי שנפסקו בפרשות אלה לא שיקפו מהלך מודע, מגובש ומוצהר של הגדלת גובה הפיצוי. ממילא היו הסכומים שנפסקו בהם חריג לפסיקה ענפה שהעניקה פיצוי בשיעורים נמוכים יחסית ולעיתים אף סמליים, ובראשם עניין דעקה, אשר התווה את הדרך לרוב פסקי־הדין שבאו בעשור הראשון שאחריו.

נקודת מפנה נרשמה בפסק־הדין בעניין ענטבי. באותה פרשה הוכרו לראשונה באופן מודע ומנומק דבר קיומה של מגמה חדשה של הגדלת שיעור הפיצוי בראש־נזק זה. הכרזה זו הפכה את הגדלת הפיצוי מאקט ספורדי ובלתי־אחיד לכלל מחייב. לא בכדי כינה המשנה לנשיא ריבלין באחת הפרשות את פסק־הדין בעניין ענטבי "הלכת בן דוד",²¹ ולא במקרה שימש פסק־דין זה מקור נורמטיבי שעל בסיסו הושתתה הגדלת הפיצוי בפסקי־דין מאוחרים.²² בדומה לפסקי־הדין שנסקרו לעיל, גם בעניין ענטבי נידונה אחריותם של הנתבעים בגין נזק הגוף שנגרם לבתם של התובעים, אשר נולדה עם תסמונת דאון. להבדיל מהכרעתו של בית־המשפט המחוזי, שפסק לתובעים פיצוי בשיעור 20% מהנזק בהתאם לדוקטרינת הקשר הסיבתי ההסתברותי,²³ קבע השופט הנדל בבית־המשפט העליון כי בנסיבות המקרה אין עמימות סיבתית לגבי נזק הגוף. לדבריו, הוכח כי ההורים לא היו מקיימים בדיקה נוספת (שהייתה עשויה לגלות את הפגם בעובר) אפילו נמסר להם מידע לגבי אפשרות עריכתה של בדיקה זו, ומכאן שנזק הגוף היה מתרחש ממילא. לאחר דחיית הטענה לאחריות בגין נזק הגוף, דן בית־המשפט בפגיעה באוטונומיה, ופסק למערערים פיצוי משמעותי בגינו בשיעור של 250,000 ש"ח.

-
- 18 ת"א (מחוזי י-ם) 3235/01 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים ירושלים (פורסם בנבו, 14.6.2007) (להלן: ת"א עזבון צבי).
- 19 ראו ע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010) (להלן: ע"א עזבון צבי).
- 20 שם, פס' יט לפסק־דינו של השופט רובינשטיין.
- 21 ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 48 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 5.3.2012).
- 22 ראו ע"א 6989/09 פרוך נ' בית החולים מוקאסר, פס' 9 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 2.8.2011); ת"א (מחוזי מר') 5287-08-07 פלונית נ' המרכז הרפואי שערי צדק, עמ' 29 (פורסם בנבו, 28.11.2011); ת"א (שלום חי') 7715-08-08 פלוני נ' בנדל, עמ' 12 (פורסם בנבו, 15.2.2012).
- 23 ראו ת"א (מחוזי י-ם) 7183/05 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 15.11.2007) (להלן: עניין ענטבי במחוזי).

כאמור, גישתו של השופט הנדל בעניין ענטבי והציטוט שהובא לעיל במבוא היו לנורמה בפסיקה שבאה אחריו, שבה נצפה גידול חד ועקבי בגובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. כך, בפסק-הדין בעניין פרוך, מיום 2.8.2011, התייחס בית-המשפט העליון להחלטתו של בית-המשפט המחוזי להעמיד את גובה הפיצוי על סכום של 150,000 ש"ח. בפסק-דינו ציין השופט הנדל, תוך שהוא מפנה לעניין ענטבי, כי "בעבר, נפסקו סכומי פיצוי נמוכים בגין ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. ברם, לא מכבר נקבע על ידי בית משפט זה כי בשלה העת לפסיקת סכומי פיצוי משמעותיים, שישקפו את עוצמת הפגיעה באוטונומיה".²⁴ לגופו של עניין הביע בית-המשפט את דעתו כי אומנם "סכום הפיצוי שנפסק בסך 150,000 ₪ אינו סכום של מה בכך עבור רכיב נזק זה. אזכיר עם זאת, כי הנטייה בפסיקה עתה היא לפצות בסכומים גבוהים יותר ברכיב זה".²⁵ כפי שניתן לראות, בעוד שבע"א עזבון צבי, משנת 2010, סבר בית-המשפט כי פיצוי של 100,000 ש"ח בראש-נזק של פגיעה באוטונומיה הוא גבוה יתר על המידה, הגם שבחר לא להתערב בסכום שנפסק, בעניין פרוך, שאף בו נמנע בית-המשפט מלהתערב בגובה הפיצוי, הוא הביע מורת-רוח מכך שהפיצוי שנקבע בשל הפגיעה באוטונומיה – בסך 150,000 ש"ח – אינו גבוה מספיק. אי-אפשר לפטור הברדלי גישה אלה בהברדלי עובדות בין שני המקרים. הסתייגותו של בית-המשפט העליון מגובה הסכום שנפסק בת"א עזבון צבי נבעה מכך ש"הפיצוי הספציפי בראש נזק זה... ככלל... אינו יכול להיות גבוה",²⁶ ואילו בעניין פרוך השתית בית-המשפט את עמדתו על כך ש"בשלה העת לפסיקת סכומי פיצוי משמעותיים".²⁷ השינוי הוא עקרוני, אפוא, ואינו נגזר מהברדלי נסיבות. מעניין עוד כי בדומה למקרים אחרים שבהם ניתן פיצוי משמעותי בגין פגיעה באוטונומיה, גם במקרה זה קדמו לקביעת סכום הפיצוי בחינת קיומו של נזק גוף בר-פיצוי ושליטתו בטענה של העדר קשר סיבתי. דבריו של בית-המשפט בחלקו האחרון של פסק-הדין – המצביעים על תוצאותיו הקשות של המקרה מבחינת הניזוק, מחד גיסא, ועל העדר יכולת לפסוק פיצוי בגין נזק הגוף באין קשר סיבתי, מאידך גיסא – עשויים ללמד על קשר בין חוסר היכולת להוכיח קשר סיבתי לבין מגמת ההרחבה הניכרת בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.²⁸ במקרה אחר הביא עניין ענטבי באופן ישיר לידי שינוי בגובה הפיצוי. בע"א משיח²⁹ נידונה טענתם של בעל ואישה בדבר רשלנות של הצוות הרפואי בטיפול פוריות שניתן לאישה. בית-המשפט המחוזי³⁰ קבע כי הרופא המטפל לא התרשל בכיצוע הטיפול, ואף שהתרשל

24 עניין פרוך, לעיל ה"ש 22, פס' 9 לפסק-הדין.

25 שם.

26 ע"א עזבון צבי, לעיל ה"ש 19, פס' יט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

27 עניין פרוך, לעיל ה"ש 22, פס' 9 לפסק-הדין.

28 בית-המשפט ציין כי "המקרה הינו קשה. ברם, יש לעמוד במבחן הקשר הסיבתי על מנת להטיל חבות בנויקין. הקשר הסיבתי הוא הגשר בין החבות לבין הנזק וכאמור לא הוכח שניתן במקרה זה לחבר בין השניים. אף קיומו של נזק ראייתי אינו מועיל, שכן גם במידה שהועבר הנטל מצד לצד – עמדו בו המשיבים. על רקע ראשי הנזק שנתבעו והמשוכה בדמות סיכויי ההישרדות הנמוכים של הפגים – אין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שחייב את בית החולים בפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה" (שם, פס' 11 לפסק-הדין).

29 ע"א 980/09 פלונית נ' משיח (פורסם בנבו, 15.3.2012).

30 ת"א (מחוזי ת"א) 1499/02 פלוני נ' משיח (פורסם בנבו, 17.12.2008).

באיימסירת מידע, אין קשר סיבתי בין התרשלות זו לבין נזק הגוף, שכן גילוי המידע לא היה מוביל לשינוי בהחלטת התובעים לקיים הפריה חוץ-גופית. בצד זה נפסק כי הצוות הרפואי אכן התרשל באיימסירת מידע להורים, וכי הדבר עולה כדי פגיעה באוטונומיה. בגין ראש-נזק זה פסק בית-המשפט פיצוי בסך של 100,000 ש"ח לאב ו-50,000 ש"ח לאם. בית-המשפט העליון (המשנה לנשיא ריבלין) לא התערב בקביעותיו העובדתיות של בית-המשפט המחוזי, אך עמד על הצורך לפסוק פיצוי משמעותי יותר בגין הפגיעה באוטונומיה. לגישתו, "עם ההכרה בזכות לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, החלו בתי המשפט בהדרגה לפסוק פיצוי משמעותי בגין פגיעה זו, פיצוי המשקף את החשיבות שמעניקה שיטת המשפט לאינטרס הנפגע".³¹ על רקע דברים אלה הכפיל בית-המשפט את גובה הפיצוי לכדי 200,000 ש"ח לאב ו-100,000 ש"ח לאם.

פסיקה מנחה זו של בית-המשפט העליון השליכה באופן מיידי על פסקי-דין שניתנו בערכאות נמוכות יותר, אשר מיהרו "ליישר קו" עם המגמה החדשה. כך, למשל, בעניין אגיגה³² נידונה תביעה בגין נזק שנגרם אגב טיפול רפואי בעין. בית-המשפט קבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי מצד הצוות הרפואי לבין נזק הגוף שנגרם, שכן גילוי מלוא המידע לא היה מוביל לשינוי בהחלטת הניזוקה לקיים את הטיפול. בצד זה נקבע כי מניעת המידע פגעה באוטונומיה של הניזוקה, וכי נזק זה הוא בר-פיצוי "ללא צורך בהוכחת קשר סיבתי בין אי קבלת הסכמת המטופל לטיפול ובין הנזק", שכן "עצם הטיפול הרפואי ללא הסכמה מדעת הוא התרשלות המזכה בפיצוי והקשר הסיבתי המשפטי נלמד מניה וביה מעצם ההתרשלות".³³ בית-המשפט כימת את הפגיעה באוטונומיה בסכום משמעותי של 250,000 ש"ח.

שתי פרשות נוספות שבהן נפסקו סכומים בני שש ספרות בגין פגיעה באוטונומיה הן אלה שנידונו בעניין קופליס³⁴ ובעניין לבנברג.³⁵ בעניין קופליס נידון עניינו של אדם שניזוק בעיניו עקב ניתוח לייזור שנעשה בהן, ובעניין לבנברג נידון עניינה של אישה שבעקבות ניתוח אסתטי שעברה נותרו בפניה צלקות. בשני המקרים מצא בית-המשפט כי הרופא שערך את הניתוח התרשל בכך שלא מסר לתובעים מידע שיאפשר להם לתת הסכמה מדעת, וכי נגרם להם נזק של פגיעה באוטונומיה. בשני המקרים עמד בית-המשפט על כך ש"עם הטמעתו של הפיצוי בראש נזק זה [פגיעה באוטונומיה – א"י וי"ל] על הפיצוי להיות משמעותי ולשקף את החשיבות שמעניקה שיטת המשפט לאינטרס שנפגע... מטעם זה נפסקו בשנים האחרונות לא אחת סכומי פיצוי הנעים בין 100,000 ₪ ל-250,000 ₪".³⁶ על יסוד דברים אלה פסק בית-המשפט בערכאה הדיונית לתובע בעניין קופליס פיצוי של 100,000 ש"ח בגין פגיעה באוטונומיה, ואילו בעניין לבנברג פסק בית-המשפט בראש-נזק זה פיצוי של 150,000 ש"ח. סכומים אלה אומנם נמוכים במידת-מה מאלה שנפסקו במקרים קודמים,

31 ע"א משיח, לעיל ה"ש 29, פס' 25 לפסק-הדין.

32 ת"א (שלום ת"א) 15224-08 אגיגה נ' מרכז לבריאות העין בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012).

33 שם, בעמ' 13-14.

34 ע"א (מחוזי ת"א) 26571-06-11 קופליס נ' מרמור (פורסם בנבו, 27.11.2012).

35 ת"א (שלום הר') 167776-09 אלמונית נ' לבנברג, תק-של 47271 (1)2013.

36 עניין קופליס, לעיל ה"ש 34, פס' 25 לפסק-הדין; וראו גם עניין לבנברג, שם, פס' 100 ואילך.

אולם יש להשקיף עליהם בשים לב לכך שבשתי פרשות אלה, להבדיל מהמקרים הקודמים, סבר בית-המשפט כי הוכח קשר סיבתי בין העדר ההסכמה מדעת לבין נזק הגוף שנגרם.³⁷ בהתחשב בכך הועמד סכום הנזק הכולל שנפסק בעניין קופליס, לאחר ערעור, על 215,000 ש"ח, ואילו בעניין לבנברג הועמד הסכום על 315,000 ש"ח. כפי שניתן לראות, בחינת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בשנים האחרונות מצביעה על גידול מהיר של מאות אחוזים בהשוואה להלכה שממנה נגזרה ההכרה בראש-נזק זה ולמרבית הפסיקה שבאה אחריה. השאלה הנשאלת היא מה עמד ביסוד שינוי דרמטי זה.

ב. האם בחלוף הזמן ובהטמעתן של נורמות יש כדי לספק הסבר לגידול החד בגובה הפיצוי?

כאמור, קו פרשת-המים ומה שנחשב למקור הנורמטיבי לגידול שחל בפסיקת פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה הוא פסק-הדין בעניין ענטבי. לנוכח מרכזיותו של פסק-הדין, מעניין להתבונן על הטעמים שהציג השופט הנדל כנימוק להלכה החדשה. השופט תלה את השינוי בגובה הפיצויים בחלוף הזמן למן פסק-הדין בעניין דעקה, שבו נקבעה ההלכה הראשונית בנושא, ובהטמעת הנורמה המכירה בפגיעה באוטונומיה כנזק בר-פיצוי.

הנמקה זו מעוררת קושי. כדי שלחלוף הזמן תהיה נפקות לעניין גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, נדרש קשר רציונלי בין מעבר הזמן לבין היכולת להגשים את התכליות העומדות ביסוד ההכרה בראש-נזק זה. כפי שנראה להלן, השימוש בחלוף הזמן כגורם המצדיק שינוי בגובה הפיצוי נובע מהחלה שגויה של נורמות מענף אחר – המשפט הפלילי – על דיני הנזיקין. על רקע זה גם אין להתפלא שהיה זה דווקא השופט הנדל, אשר לו רקע עשיר במשפט פלילי, שבחר בהנמקה המושרשת היטב בענף משפטי זה. דא עקא שהנמקתו של השופט הנדל, שעשויה להתיישב עם תכליות המשפט הפלילי, אינה יפה לדיני הנזיקין, ואין בה כדי לספק הסבר לשינוי החד בהלכה.

נפתח את דיוננו בפרק זה בהצגת השימוש שהמשפט הפלילי עושה במימד הזמן ככלי להטמעת נורמות מחמירות וליצירת ודאות משפטית. בהמשך נראה מדוע שימוש זה, אשר הולם את המשפט הפלילי, אינו מתיישב עם דיני הנזיקין. על יסוד טיעונים אלה נבקש להראות כי אי-אפשר לראות בחלוף הזמן ובהטמעת הנורמה של איסור פגיעה באוטונומיה משום הסבר אמיתי להגדלת הפיצוי בראש-נזק זה, וכי יש לתור לפיכך אחר הסבר אחר.

1. על הקשר שבין הגדלת הפיצוי לבין המשפט הפלילי

ביסוד המשפט הפלילי עומד, כבסיס מאחד, עקרון החוקיות. בהתאם לעיקרון זה, "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".³⁸ לעקרון החוקיות יש תפקיד

37 בעניין קופליס הפך בית-המשפט המחוזי את קביעתו של בית-משפט השלום בהיבט זה, וקבע כי הוכח שאילו נמסר לתובע המידע הדרוש לשם קבלת החלטה, הוא לא היה מבצע את ניתוח הלייזר בעינו. ראו עניין קופליס, לעיל ה"ש 34, בעמ' 10-11.

38 ס' 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שהוסף בחוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994, ס"ח 348. לפי פלר, עקרון החוקיות מתבטא בכך ש"אין עבירה ואין עונש אלא על-פי חוק

מרכזי בהגשמת תכליותיו של המשפט הפלילי – הן זו ההרתעתית, שכן ללא אזהרה ברבר המותר והאסור לפני ביצוע המעשה אי־אפשר לכוון את התנהגותו של הפרט והענישה תיראה שרירותית;³⁹ הן זו המתמקדת בשיקולי גמול, שכן מבלי שהוזהר מראש ספק אם ניתן לצפות שמבצע העברה ינהג בדרך אחרת, ומכאן שספק אם הוא נושא באחריות מוסרית למעשיו.⁴⁰ מעקרון החוקיות נובעים גם הכלל האוסר יצירת עבירות ועונשים "מן הדין", ללא עיגון בחוק, והכלל האוסר ענישה למפרע.⁴¹

מה נפקותו של עיקרון זה בנוגע לאפשרות של שינוי במדיניות ענישה המצוי בגדריו של טווח הענישה הרחב הקבוע בחוק? היות שדיני העונשין הישראליים קובעים עונשים מרביים, ונמנעים כמעט לחלוטין מעונשי־חובה,⁴² נותר לשופטים טווח רחב של שיקול־דעת לגבי העונש, כך שעשויות להתרחש לעיתים קפיצות ניכרות ברמת העונשים הנפסקים מבלי שהדבר יחרוג מהעונש המרבי הקבוע בחוק. קפיצות מעין אלה אינן פוגעות בעקרון החוקיות במובנו הפורמלי, שהרי איסור ביצוע העברה היה ידוע עובר לביצועה, ובקביעת העונש המרבי השמיע המחוקק את דברו כי קביעת עונש המצוי באותו תחום מתיישב עם עמדת החברה בנוגע למידת הפלילות שבמעשה. כך בתיאוריה, אך במציאות התמונה שונה. טווח הענישה הרחב המוצמד לכל עברה – אשר עומד בין אפס לבין העונש המרבי, ובמקרים מסוימים בין עונש־סף (מינימום) לבין עונש מרבי⁴³ – מקטין עד־מאוד את הזיקה בין רמת הענישה בפועל לבין העונש המרבי הקבוע בחוק. היות שכרוב המקרים בית־המשפט נמנע מלהטיל את העונש המרבי, עונש זה הופך לביטוי של הרף העליון שראה המחוקק לייחס לעברה, השמור על־פירוב לנסיבות חריגות, ולא של הדין המצוי הנוהג בפועל. במצב כזה מדיניות הענישה הנוהגת בפועל מבטאת את ההשקפה החברתית בנוגע לחומרת העברה, כפי שזו משתקפת בהכרעת בית־המשפט, במידה מדויקת בהרבה מאשר העונש המרבי. לפיכך יש במדיניות זו כדי לייצר אצל הנאשם ציפייה – הראויה להגנה מסוימת – שהעונש שיוטל עליו לא יחרוג באופן ניכר מהעונש המקובל, בדומה להגנה הניתנת לו אם המחוקק החמיר את העונש המרבי לאחר ביצוע העברה.⁴⁴

- שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה". ראו ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 4 (1984).
- 39 ראו שם, בעמ' 6; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403, 411 (2002).
- 40 ראו פלר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 6-7.
- 41 ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372 (1973); בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? – על נשיא בית־המשפט העליון כמחוקק־על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת" עלי משפט ג 165, 166 (2003).
- 42 כך גם לאחר תיקון מס' 113 לחוק העונשין בדבר הבניית שיקול־הדעת בענישה. ראו עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 4 (2012). חריג לכך מצוי בעברת הרצח, אשר מפאת חומרתה ניתן להטיל בגינה עונש של מאסר־עולם "ועונש זה בלבד", אולם גם לכלל זה נקבעו חריגים בס' 300 לחוק העונשין.
- 43 ראו, למשל, ס' 329(ב), 355(א) ו־377(ב) לחוק העונשין.
- 44 ראו והשוו ס' 4-5 לחוק העונשין, אך ראו להלן ה"ש 46.

ניתן להשקיף על עמדה זו גם במונחים כלכליים. בהינתן סיכויים שווים להיתפס ולהישפט,⁴⁵ מספר שנות המאסר המוצמד לעבירה בהתאם למקובל בפסיקה הופך לרכיב מרכזי בתוחלת ה"נזק" שהעברייין רואה לנגד עיניו בשעה שהוא שוקל את תוצאותיו האפשריות של מעשהו ומחליט אם התועלת מהעבירה "משתלמת" לו.⁴⁶ במצב שבו קיימת מדיניות ענישה עקבית, העונש המרכיב הופך ללא-רלוונטי בהשוואת העלות מול התועלת, ולכזה שהוא בבחינת "הלכה ואין מורין כן", אפילו מדובר בפרט שונא סיכון. מדיניות ענישה חדשה – גם אם היא מצויה בטווח הענישה הקבוע בחוק – משנה באופן מעשי את הדין, ועימו גם את מערכת השיקולים של הפרט הבוחן את התועלת שבביצוע עבירה. אם שינוי כזה ייעשה באופן מידי, הוא עלול לשבש את יכולתו של הדין לספק הרתעה נאותה, ולייצר תחושה של שרירותיות.⁴⁷

בסיס נוסף לשמירה על רמת ענישה קבועה במסגרת הדין הפלילי מצוי בעקרון אחידות הענישה. עיקרון זה, שזכה בחיזוק בתיקון מס' 113 לחוק העונשין,⁴⁸ נועד למנוע הפליה ולהבטיח את אמון הציבור בהליך הפלילי. בהתאם לעיקרון זה, על מצבים דומים מבחינת אופי העבירות והנסיונות האישיות של הנאשמים ראוי להחיל, ככלל, שיקולי ענישה דומים.⁴⁹ עקרון אחידות הענישה אינו מונע אומנם שינוי במדיניות הענישה כאשר הדבר נדרש, אולם כדי למתן את הפגיעה באמון הציבור ואת תחושתו של נאשם כי הוא מופלה לרעה, העיקרון מורה כי השינוי בענישה ייעשה בהדרגה.⁵⁰

45 הנחה זו חשובה, שכן מחקרים מראים כי לשאלת הסיכוי להיתפס – קרי, למידת הוודאות באכיפת החוק – יש משקל רב יותר לעניין הרתעת העברייין הפוטנציאלי מאשר לרמת הענישה. ראו: Andrew von Hirsch, Anthony E. Bottoms, Elizabeth Burney & Per-Olof H. Wikström, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, 39 ALTA. L. REV. 597 (2001–2002).

46 אולם כדי שרמת הענישה תשיג באופן אפקטיבי תוצאות במישור ההרתעה, יש להבטיח כי נמעניה הפוטנציאליים אכן יהיו מודעים לה. מחקרים מראים כי פעמים רבות אנשים, ובכלל זה עבריינים פוטנציאליים, אינם מודעים לרמת הענישה ונוטים להעריכה בחסר. ראו: MICHAEL HOUGH & JULIAN ROBERTS, ATTITUDES TO PUNISHMENT: FINDINGS FROM THE BRITISH CRIME SURVEY (Home Office Research Study 179, 1998), [http://www.icpr.org.uk/media/10372/Attitudes to punishment, hors179.pdf](http://www.icpr.org.uk/media/10372/Attitudes%20to%20punishment_hors179.pdf).

47 מחקרים שונים שנערכו לאורך השנים מצביעים על מתאם שלילי בין מידת הוודאות לבין שיעור הפשיעה. במילים אחרות, ככל שהוודאות רבה יותר, שיעור הפשיעה נמוך יותר. ראו: David P. Farrington, Patrick A. Langan & Per-Olof H. Wikström, *Changes in Crime and Punishment in America, England and Sweden between the 1980s and the 1990s*, 3 STUD. CRIME & CRIME PREV. 104 (1994); Patrick A. LANGAN & DAVID P. FARRINGTON, CRIME AND JUSTICE IN THE UNITED STATES AND ENGLAND AND WALES, 1981–96 (U.S. Department of Justice 1998), <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cjusew96.pdf>.

48 ראו, למשל, חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102.

49 ראו ע"פ 9792/06 חמוד נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 1.4.2007); ע"פ 2287/09 והבה נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 25.1.2010).

50 ראו ע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל, פס' 85 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.1.2011).

בהתאם להנחות-מוצא אלה, נמנע בית-המשפט מלהחמיר בענישה באופן פתאומי ובכת אחת גם כאשר דעתו לא הייתה נוחה מהעונש הנוהג. תחת זאת, מטעמים הקשורים לעקרונות החוקיות, ביכר בית-המשפט להטמיע את השינוי בעונש טיפין-טיפין, תוך שימוש בחלוף הזמן כגורם המספק אזהרה נאותה ומייצר ודאות. כך, למשל, בעניין לימור, שבו נידונה טענת התביעה כי יש להחמיר בענישה בעברות הגבלים עסקיים בהשוואה לרף הנוהג, ולגזור על הנאשמים מאסר בפועל, ציין בית-המשפט כי –

"מן הצד האחד, אכיפתם המוגבלת של דיני ההגבלים העסקיים ונטייתן של רשויות המדינה להקל עם מי שביצעו עבירות מכוח חוק ההגבלים העסקיים ולא למצות עמם את הדין בתקופה המדוברת... לא השרישה דיה את המודעות למגבלות המוטלות מכוח החוק ולא היה בה כדי לכוון את התנהגותם של מי שנקשרו בהסדרים קרטליסטיים... מאידך גיסא, לא קיימת לנאשם זכות קנויה כי יושט עליו עונש ברמה מסוימת בשל העבירה בה הורשע או כי בית המשפט לא יחמיר בעונשו מעבר לרמת הענישה הנוהגת במועד ביצוע העבירה... לו קבענו אחרת, לא ניתן היה להוציא אל הפועל כל רפורמה ברמת הענישה... שכן זו כרוכה בהכרח ב'קפיצת מדרגה' ברמת ענישה, שקדם לה רף ענישה נמוך יותר... כל עוד מצוי העונש הנגזר במתחם הקבוע בחוק, אין בתהליך הדרגתי של החמרה בענישה ממקרה למקרה על מנת לגבש מדיניות חדשה כוללת, כדי לפגוע בזכות קנויה הנתונה לנאשמים לענישה פחותה, כי אם, לכל היותר, פגיעה בציפייה שאינה עולה אף כדי הסתמכות."⁵¹

על יסוד גישה הדרגתית זו נמנע בית-המשפט בעניין לימור מלגזור על הנאשמים עונש של מאסר בפועל. למעשה, הגם שאכיפתם המוגברת של האיסורים בתחום ההגבלים העסקיים החלה כבר בשלהי שנת 1994, ובית-המשפט העליון קבע בכמה פסקי-דין כי העונש הראוי לעברה של הסדר כובל הוא מאסר בפועל,⁵² מיעט בית-המשפט העליון בהטלת עונש כזה, ולרוב הסתפק בעונשי קנס או בעונשים של מאסר על-תנאי או עבודות-שירות.⁵³ במקרה אחר, שבו נידונו ערעורים על העונש שהוטל בגין עברות נשק, ציין בית-המשפט כי "בית משפט זה אינו כבול לרף הענישה הנוהג 'ופשיטא כי רשאי בית המשפט, כשהשעה צריכה לכך, להחמיר ולהעלות את רף הענישה'... ובלבד שהדבר ייעשה באופן הדרגתי".⁵⁴ במקום אחר, שבו סטה בית-המשפט המחוזי במידה ניכרת מהענישה המקובלת, קבע בית-

51 ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פס' 76-77 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 4.9.2007).
 52 ראו, למשל, ע"פ 7068/06 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ, פס' 14 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 31.5.2007).
 53 ראו, למשל, ע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' וול (פורסם בנבו, 6.7.2009); ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105 (1998). השוו ע"פ 9449/01 יוספברג נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(1) 203; ע"פ 2929/02 מדינת ישראל נ' סבירסקי, פ"ד נז(3) 135 (2003).
 54 ע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 4.12.2011) (ההדגשה הוספה).

המשפט העליון כי "הגבחה כה חריגה של רף הענישה הנוהג, אינה יכולה להיעשות בבת אחת, והיא מבטאת סטיה מעקרון אחדות הענישה, אשר טוב לה שתיעשה באופן הדרגתי".⁵⁵ עמדת המשפט הפלילי בסוגיית השינוי במדיניות הענישה ממקדת אפוא את המבט באינטרסים של נאשמים פוטנציאליים, ומבכרת אותם, ולו לזמן מוגבל, על הגשמה מלאה של מטרות הענישה. על בסיס אותו רציונל, הפעם בדין האזרחי, מיקד השופט הנדל את הנמקתו בעניין ענטבי באינטרסים של המזיק. ביסוד פסיקתו עמדה הנחה שכרי להגשים תכליות של הרתעה וצדק, נדרש שהמזיק יהיה מודע מראש לאפשרות של פסיקת פיצויים מוגדלים. האם אכן יש לגזור גזרה שווה בין שני הדינים?

2. האם נורמה שמקורה בדין הפלילי יכולה לספק הסבר להגדלת הפיצוי בתחום הנזיקי?

הרצון להבטיח הטמעה של נורמות שיפוטיות אינו יכול לשמש הסבר מספק לקפיצה הגדולה בגובה הפיצויים בגין פגיעה באוטונומיה או להמתנה עד לקפיצה זו. אכן, בית המשפט מייצר תדיר נורמות חדשות הכרוכות בעלות או בהפסד לאחד הצדדים להתדיינות. הדרישה כי המשמעות המעשית הנובעת מהן תוחל רק לאחר שהן יוטמעו חותרת תחת עצם הרעיון של פיתוח המשפט באמצעות מקרים קונקרטיים. ודוקו: מבחינה תיאורטית, כאשר בית המשפט קובע הלכה, הוא מצהיר על דין קיים, ואינו יוצר אותו מלכתחילה.⁵⁶ גם מבחינה מעשית, השעיית תחולתה של הלכה עלולה לפגוע בתמריץ של בעלי-דין להעלות טענה הכרוכה בשינוי ההלכה השלטת, ביודעם כי אפילו תתקבל טענתם, לא יהיה בכך כדי לסייע לעניינם שלהם.⁵⁷ על רקע זה, הכלל הוא שהלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרופקטיבית והן פרוספקטיבית.⁵⁸ אומנם, בית המשפט עשוי לדחות לעיתים את תחולתה של הלכה חדשה כאשר נדרשת היערכות מיוחדת לצורך יישומה,⁵⁹ או להחילה "מכאן ולהבא" כאשר היא פוגעת במידה ניכרת באינטרס ההסתמכות של הצד ה"מפסיד".⁶⁰ אולם משקלו של אינטרס ההסתמכות בשינוי הלכתי בדיני הנזיקין הוא נמוך באופן יחסי,⁶¹ שהרי כפי שציטט בית המשפט בהסכמה:

-
- 55 עניין ימיני, לעיל ה"ש 50, פס' 85 לפסק-הדין. ראו גם ע"פ 8620/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 22-24 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 16.1.2013).
- 56 ראו רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא (1) 126, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: עניין סולל בונה).
- 57 שם, פס' 8 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פס' 34 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 30.4.2009).
- 58 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 56, פס' 17 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג (3) 664, פס' 37 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (להלן: עניין מור נ' ברק).
- 59 ראו, למשל, ע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פס' 32 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 6.10.2009).
- 60 ראו עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 56, פס' 18-23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 61 שם, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

“[N]either the tortfeasor nor the victim nurses any reasonable expectations about injury that has yet to occur. When everyone’s daily life is prone to risk, it is hardly realistic to suppose that people are assiduously studying current rules of liability so that they may set out to hit or be hit advantageously.”⁶²

גישה זו זוכה במשנה תוקף בשעה שמדובר בפעילות שהיא מבוססת מטבעה, דוגמת זו שבענייננו.⁶³ על יסוד רציונל זה קבע בית-המשפט בעניין סולל בונה⁶⁴ כי אין מניעה להחיל את ההלכה החדשה שנקבעה בעניין אטינגר,⁶⁵ שלפיה קיימת זכות לפיצויים בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות באופן רטרופקטיבי. אכן, כפי שנראה להלן, להבדיל מהמשפט הפלילי ומתכליותיו, מטרותיהם של דיני הנזיקין והשיקולים המלווים אותם אינם תומכים בהשגחה של פסיקת פיצויים הולמים או לחלופין בפסיקת פיצוי נמוך מגובה הנזק שנגרם בפועל, ואינם יכולים לספק להם הסבר.

(א) בחינת הגדלת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה לאור שיקולי צדק מתקן

בליבם של דיני הנזיקין עומד, בצד כמה עקרונות נוספים, עקרון הצדק המתקן. עיקרון זה, ששורשיו עוד בכתבי אריסטו,⁶⁶ מתמקד ביחסים שבין המזיק לניזוק, ורואה את תכליתם העיקרית של דיני הנזיקין בכך שהמזיק יביא, באמצעים כספיים, לידי השבת מצבו של הניזוק לזה שבו היה בטרם נגרם לו הנזק, ובכך יחזיר על כנו את האיזון שהופר.⁶⁷ אלה הן מושכלות-יסוד, ונראה כי לא נדרש להרחיב בהן.

ההנחה כי חלוף זמן מאז ניתן הפיצוי לראשונה מאפשר כשלעצמו הגדלה של הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה מייצרת אתגר גדול לשיקולי הצדק המתקן. למעשה, משמעות הרבר היא כי עובר להגדלת הפיצוי, ובמשך תקופה ארוכה, זכה המזיק ל"הנחה" משום שלא היה מוצדק לפסוק בבת אחת פיצוי המשקף את מלוא הנזק שגרם. מצב דברים זה עשוי, כאמור, להלוט (בשינויים המחויבים) את המשפט הפלילי, אשר מבקש להגשים באמצעות מערכת הענישה תכליות החורגות מהמקרה הפרטני,⁶⁸ תוך דחיקה מסוימת של נפגע העברה (אם

62 .Roger J. Traynor, *The Limits of Judicial Creativity*, 63 IOWA L. REV. 1, 10 (1978)

63 ראו עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 56, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

64 שם, פס' 24-27 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

65 ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).

66 ראו: Stephen R. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, 77 IOWA L. REV. 449, 453 (1992); ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, V, 4 (Martin Ostwald trans., 1962).

67 ראו ע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבו, פ"ד נ(1) 675, 687-688 (1996); אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243, 250-251 (1983).

68 זהו פעמים רבות הבסיס ל"הנחה" הניתנת לנאשם בהסדר-טיעון (ראו ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 577, 589 (2002)) או לנטייה לא למצות את הדין כאשר העונש מוטל לראשונה בערכאת הערעור (ראו ע"פ 6889/11 מדינת ישראל נ' עובד, פס' 24 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 14.5.2012)).

קיים כזה בכלל)⁶⁹ אל מחוץ למעגל הדיון.⁷⁰ אך מצב דברים זה אינו הולם את דיני הנזיקין ואת עקרונות הצדק המתקן שבבסיסם, המעמידים במרכזם את הניזוק ואת זכותו שהמזיק יתקן את נזקיו. אכן, להבדיל מהמשפט הפלילי, כל "הנחה" הניתנת למזיק נגרעת מהפיצוי הניתן לניזוק. עקרונות הצדק המתקן מורים כי באין הגנה שברין, התנהגות עוולתית שסופה בנזק מקנה לניזוק זכות לפיצוי מלא בשל הנזקים שנגרמו לו במסגרת מערכת היחסים שבין המזיק לניזוק, על בסיס שיקולים הקשורים למערכת יחסים זו בלבד ובמנותק מאינטרסים חברתיים רחבים יותר. בתוך מסגרת סגורה זו אין לחלוף הזמן נפקות עצמאית, ומשמעותה של ההתחשבות בו היא מתן תת-פיצוי לניזוק. ככל שפרק-הזמן שחולף עד לפסיקת הפיצוי הראוי מתארך, ניזוקים רבים יותר נפגעים, והפגיעה בצדק המתקן מתחדדת. אומנם, ייתכן שחלוף הזמן יביא בנסיבות מסוימות לידי הגדלת הפיצוי בשל הגדלת היקף הנזק. כך, למשל, ייתכן שבשל עלייה במחירי הטיפול הרפואי, פגיעה ביד אשר הניבה פיצוי בגודל 100 תניב כיום, לנוכח עלות הטיפול העכשווית, פיצוי בגודל 200. אולם עדכון זה של גובה הפיצוי נובע משיקולים שעומדים בבסיס החזרת המצב לקדמותו, ולא מהצורך ביצירת ודאות משפטית או בהטמעת גובהו החדש של הפיצוי בקרב הציבור. הן בנקודת הזמן הראשונה הן בזו השנייה "תוקן" מצבו של הניזוק והוחזר לקדמותו, שכן הוא זכה בפיצוי מלא בגין נזקיו. כל שהשתנה הוא עלות ה"תיקון". מכל מקום, האפשרות שגובה הפיצוי יגדל בשל חלוף הזמן נראית סבירה פחות כאשר עסקינן בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה. הפגיעה באוטונומיה – בהיותה נזק נפשי במהותו, ולא ממוני – אינה טעונה בדרך-כלל טיפול רפואי שעלויותיו עלולות להשתנות על-פני ציר הזמן. כך יוצא שהנזק בגין פגיעה באוטונומיה בשנת 1999, עת ניתן פסק-הדין דעקה, לא השתנה בשנת 2011, עת ניתן פסק-הדין בעניין ענטבי. אם הפיצוי בעניין ענטבי היה הפיצוי הנכון, אזי בעניין דעקה נעשה עם הניזוק חוסר צדק. לעומת זאת, אם בעניין דעקה היה הפיצוי נכון, אזי בעניין ענטבי נעשה עם המזיק חוסר צדק. צמיחתו של הנזק במאות אחוזים בכת אחת מקורה במניפולציה מכוונת על גודל הנזק, שנועדה להגשים מטרת חיצונית למערכת היחסים ההרדית שבין הצדדים. קשה לראות כיצד הדבר מתיישב עם הרצון להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.⁷¹

עקרונות הצדק המתקן מחדדים אפוא את ההבחנה בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין, ומבהירים את הקושי הגלום בשימוש בטיעונים שמקורם במשפט הפלילי בעת מתן פיצוי נזיקי.

69 חלק מהעברות – ובכלל זה עברות הזנות, הסמים וההימורים, וכן עברות הניסיון והקשר – אינן כוללות קורבן קונקרטי או נזק ישיר.

70 זאת, בכפוף להריגים של זכויות טיעון של נפגעי עברה – תופעה חדשה שהשפעתה מצומצמת באופן יחסי. ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 183; עדנה ארבל "מעמדו של קורבן העבירה בהליך המשפטי" ספר גבריאל בך 189 (רוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011).

71 הקושי ייוותר על כנו אף אם תאומץ גישה שמרנית פחות של צדק מתקן, המאפשרת תיקון של הנזק על-ידי אדם או גוף חיצוני למזיק (כזו היא גישתו של ג'ורג' פלטר, למשל – ראו: George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 HARV. L. REV. 537, 542 (1972)). גם בהתאם לגישה זו נדרש שבכל נקודת זמן יקבל הניזוק פיצוי מלא בגין הנזקים שנגרמו לו.

(ב) בחינת הגדלת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה לאור שיקולי הרתעה

כאמור, ה"קפיצה" הדרמטית בגובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מלמדת אחד משניים: או שגובה הפיצוי שנפסק בעניין דעקה נפל מהנזק האמיתי, משמע, היה פיצויי-חסר; או שגובה הפיצוי בעניין ענטבי עלה על הנזק האמיתי, משמע, היה פיצוי עונשי. שתי האפשרויות יוצרות קושי גם במונחי הרתעה, ומחדדות את הבעייתיות שבאימוץ נורמות של משפט פלילי בדיני הנזיקין.

במונחי הרתעה, דיני הנזיקין נבדלים מהמשפט הפלילי בשני היבטים מרכזיים. הראשון נוגע בגובה הסנקציה. הגם שהמשפט הפלילי אינו מנוסח בדרך של איסורים מוחלטים, ותחת זאת קובע תג מחיר לכל מעשה עברה, למעשה דיני העונשין מבקשים להכריז על התנהגויות מסוימות כפסולות, ולמונען או לפחות לצמצמן ככל האפשר.⁷² כדי למנוע את העברה מנקודת-מבט כלכלית, על גובה העונש לעמוד לפחות על חלוקת התועלת מביצוע העברה בסיכוי להיתפס.⁷³ בדרך זו יימנע העבריין הפוטנציאלי מביצוע העברה גם אם תוחלת הנזק הנגרם ממנה נמוכה מתוחלת התועלת שלו. אומנם, בקרב אנשי הגישה הכלכלית למשפט יש כותבים מרכזיים הגורסים כי על גובה הסנקציה להיגזר מתוחלת הנזק הנגרם בעקבות מעשה העברה, כך שבמצבים שבהם זו נמוכה מתוחלת התועלת של העבריין, יבכר הלה לבצע את העברה, שכן זהו המעשה היעיל מבחינה כלכלית. דא עקא שנראה כי גישה זו נוגדת את האינטואיציה הבסיסית, שלפיה תכליתה של הסנקציה הפלילית היא למנוע את העברה, ולא לתמחרה, למצער בכל הנוגע בעברות חמורות הכרוכות במוות או בפגיעה גופנית קשה.⁷⁴ מעבר לכך, פעמים רבות הסנקציה הפלילית היא סנקציה לא-ממונית המתבטאת במאסר ולעיתים אף בעונש מוות. המתאם בין סנקציות חמורות מעין אלה, אשר אינן ניתנות לכימות מדויק, לבין גובה הנזק שהעברה גורמת, חלש יותר. גם במצבים שבהם דיני העונשין בוחרים לאמץ סנקציה ממונית, תהיה זו גבוהה בהרבה מהפיצוי שהיה נפסק בדיני נזיקין לשם השגת הרתעה, ולו בשל הפער המשמעותי בין ההסתברות לתפוס את העבריין לבין ההסתברות לאכוף את הדין על המעוול.⁷⁵ המתאם בין הסנקציה הפלילית

72 ראו: H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW (1968); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 215–226 (7th ed. 2007).

73 ראו: Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

74 ראו: ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA 57–71 (1974). אנשי הגישה הכלכלית למשפט הציעו הסברים שונים למצבים שבהם תוחלת הסנקציה עלתה על תוחלת הנזק. גוץ סטיוארט מיל טען כי חלק מהתועלות שהפעילות העבריינית מניבה למבצע העברה אינן משוקללות בשל אופיין הבלתי-מוסרי. ריצ'רד פוזנר הסביר את הדבר בכך שהדרך היעילה ביותר להעברת נכסים או טובין היא באמצעות השוק, ומשכך דווקא משיקולי יעילות הסנקציה הפלילית מבקשת להבטיח כי הפרטים לא יעשו מעשים שיעקפו את מנגנון השוק. ראו אצל אלון הראל "משפט פלילי" הגישה הכלכלית למשפט 637, 652–653 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

75 ראו הראל, שם, בעמ' 646. על רקע זה גם ניתן להסביר, למשל, את הגמישות שאפינה את העונשים שנפסקו בעברות ההגבלים העסקיים בישראל כשעה שהתרחשה עלייה פתאומית ברמת האכיפה. ראו לעיל ליד ה"ש 51.

לכין גובה הנזק נחלש עוד יותר בשים לב לקיומם של מעשים המוגדרים "פליליים" הגם שלא נגרם בעטיים נזק כלל.⁷⁶

זיקתה החלקית של הסנקציה הפלילית לנזקו של הקורבן, וההפרש הגדול שקיים פעמים רבות בין גובה העונש לבין תוצאותיו הנזיקיות של המעשה הפלילי, מותרים לבית-המשפט מרחב משמעותי של גמישות ותמרון בעת הטלת עונש במקרה קונקרטי, מבלי לוותר על התכלית ההרתעתית. בדיני הנזיקין, לעומת זאת, אין מרחב תמרון כזה, שכן גובה הפיצוי המושגת במסגרתם לא נועד למנוע את הפעולה לחלוטין, אלא להביא לידי כך שהמזיק יפנים את תוצאותיה ויפעל למניעתה כאשר הדבר יעיל. כדי להגשים תכלית זו, שומה על גובה הפיצוי לשקף במדויק את גובה הנזק שנגרם לניזוק, יהא המועד שבו נגרם אשר יהא.⁷⁷ כל מניפולציה בגובה הפיצוי סופה שתפגע ביכולתו של הדין לאלץ את המזיק להפנים את הנזק שגרם, וכך להרתיעו.

ההיבט השני של ההבחנה בין דיני הנזיקין לבין המשפט הפלילי נוגע בזהותו של הגוף האחראי להטלת הסנקציה, וכפועל יוצא מכך באופן שבו הסנקציה הפלילית מחושבת. "מחולל" ההליך הנזיקי הוא לרוב הניזוק, אשר תובע מהמזיק פיצוי על נזקו, ונדרש להציג ראיות אובייקטיביות הנסמכות על אמות-מידה נוקשות. הצדדים להליך – המזיק והניזוק – אינם נעזרים בגורם מתווך דוגמת המדינה, ואינם נדרשים לעיין בספר החוקים כדי לכמת את גובה הפיצוי במקרה של גרם נזק. הטיעון הכלכלי מניח כי ביכולתו של כל אחד מהם לכמת בעצמו את פוטנציאל הנזק הכרוך בפעילות, לו או לזולתו, לבחור בהתאם אם להשתתף בפעילות ולהתאים את אמצעי הזהירות שינקוט. הנחת-המוצא העקרונית הנגזרת מטיעון זה – שעליה הדין הנזיקי נסמך – היא שבמצב נתון פוטנציאל התרחשות הנזק, הקיים בכל פעילות, נושא אופי אובייקטיבי ואוניוורסלי, המאפשר את חישובו ללא צורך בתיווך וללא התרעה מראש. ככזה, פוטנציאל הנזק רגיש פחות למשתנים תרבותיים, ולכל-הפחות הצדדים יכולים ללמוד עליהם ולאמוד אותם באופן בלתי-אמצעי מתוך החיים בחברה. ההליך הפלילי, לעומת זאת, מונע ברגיל ביוזמת המדינה, הפועלת כמי שמייצגת את האינטרס הציבורי הרחב ומשמשת לקורבן העברה – אך לא רק לו – גורם מתווך ו"פה". תפקיד המדינה אינו מתמצה בהיותה הצד המנהל את ההליך, אלא מתבטא גם בהיותה – גם אם ב"כובע" אחר – הצד הקובע את גובה הסנקציה. קביעה זו אינה נסמכת בהכרח או בעיקר על אמות-מידה אובייקטיביות ברורות. אכן, ההבחנה בין חמש שנות מאסר לשש אינה טבועה באופן אינהרנטי בעברה עצמה, והיא נושאת עימה, ולו באופן חלקי, מידה של שרירותיות.⁷⁸ היטיבה לתאר זאת השופטת עדנה ארבל, שציינה באחד מפסקי-הדין כי "טרם הומצאו משקלות המספקים אמת מידה מדויקת לכל אחד מן השיקולים העומדים ביסוד

76 ראו לעיל ה"ש 69 .

77 ראו Posner, לעיל ה"ש 72, בעמ' 167-171; GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 68-75 (1970).

78 דוגמה אנקדוטית להמחשת נקודה זו ניתן למצוא, למשל, בהבדלים בגובה הקנס בגין העברה של דיבור בטלפון סלולרי בעת נהיגה ברכב בין מדינות שונות. ראו "נוהגים בחו"ל? אלה הקנסות לשיחה ללא דיבורית" [ynet](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4405330,00.16.7.2013) 16.7.2013 .html

הענישה"⁷⁹. אופי זה של הענישה, המתנתק מאמות-מידה "אובייקטיביות" או מיכולת מדידה מדויקת, מתבטא, למשל, בהבדלים בין העונשים המוטלים בגין אותה עברה בשיטות משפט שונות או באותה שיטת משפט בתקופות שונות, בין היתר על יסוד שינויים תרבותיים.⁸⁰ מצב דברים זה מקשה על העברייני הפוטנציאלי להעריך את תמריציו לעשיית פעולה מסוימת או להימנעות מעשייתה מבלי לבחון תחילה את תג המחיר המוצמד אליה מבחינה עונשית. זהו אחד היסודות שמהם נגזרת החובה להעמיד את העברייני מראש על גובה העונש כחלק מעקרון החוקיות, וכפועל יוצא מכך גם לבשר לו בעוד מועד על החמרה במדיניות הענישה. הבחנה זו שבין דיני הנזיקין לבין המשפט הפלילי, הנסמכת על שיקולים של הרתעה והכוונת התנהגות, מבהירה אף היא מדוע הנוהג של החמרה הדרגתית במדיניות הענישה רלוונטי פחות, אם בכלל, בעת קביעת פיצוי נזיקי, ואין להתפלג שהוא לא יושם בכל הקשר אחר בדיני הנזיקין.

זאת ועוד, באין אפשרות לייצר מתחם של פיצוי המגשים לכל אורכו תכליות של הרתעה – ברומה למתחם הענישה – התנודה בגובה הפיצוי משקפת, מבחינת שיקולי הרתעה, אחד משניים: הרתעת-חסר בעת פסיקתם לראשונה בעניין דעקה או הרתעת-יתר עם הגידול בגובה הפיצוי בעת הנוכחית.

פסיקת פיצוי הנופל מגובה הנזק שנגרם עלולה לגרום להרתעת-חסר ולפגיעה בתמריצים של המזיק למנוע נזקים שיעיל למונעם מבחינה חברתית. הבה נניח כי תוחלת הנזק האמיתית בגין פגיעה באוטונומיה עמדה בעניין דעקה, במונחי העת הנוכחית, על סך של 250,000 ש"ח, וכי עלות המניעה נמוכה. הסתפקות במדיניות פיצוי קבועה של 20,000 ש"ח במונחים עדכניים משמעה שהמזיק מקבל חסינות מאחריות בנזיקין בעבור נזקים העולים על 20,000 ש"ח. משכך, יימנע המזיק מלנקוט אמצעי מניעה שעלותם עולה על 20,000 ש"ח (ונופלת מ-250,000 ש"ח), הגם שהדבר נדרש לפי נוסחת לרנד הנד. התוצאה היא שנזק שהיה אפשר למנוע בעלות נמוכה מגובהו לא יימנע, וכך ייגרם בזכו חברתי. בצד זה, פיצוי בחסר עלול להגביר את היקף פעילותו של המזיק מעבר לרצוי מבחינה חברתית. יתרה מזו, חוסר היעילות אינו מתמצה רק בפגיעה בתמריציו של המזיק; באין חלל ריק, ייפול ההפרש הבלתי-מפוצה על כתפי הנזוק, שעלול להיחשף עקב כך להרתעת-יתר. זו תגרור בתורה הימנעות מפעולה שיעיל שתיעשה מבחינה חברתית או לחלופין להשקעת-יתר באמצעי זהירות ובביטוח.

כאמור, הנחה חלופית היא שגובה הפיצוי בעניין דעקה שיקף את הנזק האמיתי שגרמה הפגיעה באוטונומיה, ושהפיצוי שנפסק בשנת 2012 בעניין ענטבי חרג מגובה הנזק שנגרם, והוא למעשה פיצוי עונשי. גם במצב כזה לא תושג הרתעה יעילה. תשלום ביתר צפוי אומנם להרתיע את המזיק, אך בד בבד הוא עלול למנוע פעילויות רצויות מבחינה חברתית ולהקטין את עוגת הרווחה. הבה נניח כי תוחלת הנזק האמיתית בגין פגיעה באוטונומיה בעניין ענטבי עמדה על 20,000 ש"ח, וכי עלות המניעה היא 30,000 ש"ח. התוצאה היעילה לפי

79 ע"פ 9369/07 מדינת ישראל נ' מיקל, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ארכל (פורסם בנבו, 4.6.2009).

80 לעיתים עלול להתקיים לאורך זמן פער בין המשפט הפלילי לבין התרבות השלטת. דוגמה לכך מצויה בעברה של איסור משכב זכר ויחסי מין לא כדרך הטבע, אשר נמחקה מספר החוקים רק בשנת 1988. ראו יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל" פלילים ז' 77, 110-111 (1998).

נוסחת לרנר הנד היא שהמזיק יימנע מלהשקיע באמצעי מניעה, שכן עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק. ברם, מדיניות פיצוי שמשקפת תוחלת נזק של 250,000 ש"ח עלולה להביא לידי כך שהנתבע ישקיע במידה מוגברת באמצעי זהירות, גם אם אלה עולים על 30,000 ש"ח. לכאורה, הטלת פיצוי עונשי הייתה צריכה להביא לידי כך שהמזיק הרציונלי, ביודעו את הסטנדרט הנזיקי הראוי, ישקיע באופן מיטבי באמצעי זהירות, לא יתשלם, וכך ימלט את עצמו מתשלום פיצויים עד לגובה הפיצוי העונשי המוטל עליו – גבוה ככל שיהיה. אולם ניתוח זה אינו מביא בחשבון שפסיקתו של בית-המשפט ברבר הסטנדרט הראוי עלולה ללקות בטעויות, ומכל מקום היא אינה ודאית, בפרט בשאלות שעניינן טיב חובות הגילוי המוטלות על רופאים ומידת הפירוט הנדרש בהן. מצב כזה יקשה על המזיק הפוטנציאלי לעמוד מראש על סטנדרט ההתנהגות הראוי, והוא עלול לבקש "להגן" על עצמו באמצעות השקעה בלתי-יעילה באמצעי זהירות או בדרך של הימנעות מפעילות כליל. העובדה שבהתאם לדין הנוהג הוכחת פגיעה באוטונומיה אינה כרוכה בהוכחת קשר סיבתי כרכיב עצמאי⁸¹ מעצימה עוד יותר קושי זה, שכן היא מגדילה את הסיכוי שהמזיק יידרש בסופו של דבר לשלם את פיצוי-היתר, ומגבירה בהתאם את נכונותו להשקיע באמצעי זהירות באופן בלתי-יעיל. תוצאה זו גורמת כאמור לכזבו חברתי. בזבוז כזה יתרחש במשטר מבוסס-רשלנות (לפי נוסחת לרנר הנד) אך גם במשטר של אחריות מוחלטת. מזיק הפועל במשטר אחרון זה ישקיע כל סכום הנופל מתוחלת הפיצוי הגדולה שאליו הוא נחשף בעקבות החיוב המשפטי, העולה בשיעורה על הנזק האמיתי, או לחלופין יוותר כליל על הפעילות. דומה כי מצב זה נושא עימו קושי מוגבר בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, בפרט בהקשר הרפואי, אשר שכיח בראש-נזק זה. פסיקת פיצויים עונשיים עלולה לא רק לגרום להדרת רגליהם של רופאים מעיסוק במקצוע, אלא אף להוביל לרפואה מגננתית, שתתבטא בגילוי עודף, שאינו רק בלתי-יעיל, אלא עלול אף לגרום מיכולתם של מטופלים לקבל החלטה מושכלת. חשש זה, שעמד לנגד עיניו של השופט אור בעניין דעקה, היה אחד הפרמטרים המרסנים בנוגע לגובה הפיצוי.⁸²

בצד השפעתו האפשרית של הפיצוי העונשי על היקף פעילותו של המזיק, התשלום ביתר עלול להשליך גם על התנהגותו של הניזוק. כך, ניזוק היודע כי הפעילות העוללתית משפרת את מצבו, באשר היא מקנה לו פיצויים העולים על גובה הנזק, עלול לבכר לא לנקוט אמצעי זהירות בעצמו, ואף להגביר ביודעין את מידת חשיפתו לסיכון. זוהי בעיית הסיכון המוסרי (moral hazard). הדבר דומה למצב שבו אדם אוהז בפוליסת ביטוח אשר בהתקיים אירוע ביטוחי מפצה אותו מעבר לנזקו האמיתי. טלו מקרה שבו אדם הנוהג במכונית ששווייה 100 מבטח אותה בסכום של 150. לאדם כזה לא רק שיהיה תמריץ לא להשקיע באמצעי זהירות, אלא שהוא עלול אף להרוס את מכוניתו במתכוון ולמסור מידע כוזב בדבר נסיבות התרחשות הנזק, שכן הדבר יניב שיפור במצבו.⁸³ הפיצוי הגבוה עלול

81 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 580-581.

82 שם, בעמ' 577-578.

83 ראו שחר ולר "חובת הגילוי לאחר קרות מקרה הביטוח וחיוב מבוטחים בפיצויים עונשיים בגין מרמת ביטוח" עלי משפט א' 277, 278 (2000); ע"א 3375/06 קמטק מערכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.3.2011).

אף לעורר מבוטחים לברות מקרי ביטוח, להפריז בשיעור הנזק שנגרם להם או לייחס נזקים שאירעו בעבר לאירוע המדובר.⁸⁴ נקודה זו מוכרת, ואין צורך להרחיב בה. לבעיית הסיכון המוסרי יש זווית מיוחדת בהקשר של פגיעה באוטונומיה. הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן פעמים רבות מבלי שהייתה התרשלות בטיפול הרפואי עצמו. טלו אדם שעבר טיפול שלא היה רשלני אך הסב לו נזק. במקרה הרגיל לא יזכה אדם כזה בכל פיצוי. הדבר עלול לעורר תסכול אצל המטופל, שכן הוא יאלץ לספוג את הנזק הפיזי בעצמו:

”במבט ראשון, עלול הדבר לעורר אצל המטופל תחושה של חוסר צדק, שכן האחרון, שנתון לחסדיו של הרופא, סומך עליו ומשליך עליו את יהבו, נותר לשאת על גופו את הנזק, בעוד הרופא בעל הניסיון והמומחיות יוצא פטור. ואולם, עצם קיומו של נזק, אין בו כדי להעיד בהכרח על קיומו של אשם... ובאין התרשלות – אין מנוס מכך שהניזוק נושא בנזק.”⁸⁵

ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה עשוי לספק מוצא לתחושת התסכול של הניזוק. אם הופרה כלפיו חובת הגילוי, הוא יזכה בפיצוי חרף העדר התרשלות בטיפול. גובה הפיצוי עשוי לנוע בין מלוא סכום הנזק הפיזי (אם יצליח לבסס בדיעבד את הטענה שהוא לא היה מסכים לטיפול אילו ניתן לו מלוא המידע) לבין פיצוי עונשי החורג מגובה הנזק בגין פגיעה באוטונומיה (אם הראיות יצביעו על כך שהוא היה מסכים לטיפול בכל מקרה). ככל שהפיצוי גדול יותר כן ה”ביטוח” פדאי יותר, וגדלים תמריציו של המטופל לא לדרוש מן הרופא את מלוא המידע ולא ”לחקור במופלא ממנו”, שכן בכך הוא מבטיח לעצמו פיצוי במקרים שבהם יתמשש הנזק לא אגב התרשלות. לנוכח גובהו הנמוך של הפיצוי שנפסק בגין פגיעה באוטונומיה לאורך שנים, לא נדרש בית־המשפט להתמודד עם בעיה זו, אולם לאחר הגידול שחל בפסיקת הפיצויים בעניין **ענטבי** אפשר שתשתנה התמונה.

בעיית הסיכון המוסרי מתחדדת בהקשר של פגיעה באוטונומיה בהיבט נוסף. כמצב הרגיל שבו מתעוררת בעיית הסיכון המוסרי לגבי נזק גוף בהקשר הרפואי, חששו של התובע הפוטנציאלי מפני פגיעה בבריאותו או בחייו משמש גורם מרסן מפני התנהגות לא־זהירה (שהרי אין להניח שאדם יבקש לחתוך את אצבעו, אפילו ידע כי יקבל על כך פיצוי). במקרה של פגיעה באוטונומיה, לעומת זאת, ניתן פעמים רבות פיצוי אף שלא הייתה כל התרשלות בטיפול עצמו, ובעקרון אף מבלי שנגרם כל נזק פיזי, בוודאי לא כזה שהוא מכונן או בר־שליטה.⁸⁶ כאשר החשש לנזק פיזי – לפחות זה הנובע ישירות מעצם אי־מסירת המידע – הוא זניח בלבד, משקלו של הגורם המרסן נחלש, והתמריץ של הניזוק להכניס את עצמו למצבים של אי־ידיעה והימנעות מבירור גָּל. אפילו תטענו אחרת, בשנים האחרונות ”זלג” כאמור ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה לתחומים חדשים החורגים מזה הרפואי, כגון תביעות

84 ראו רע"א 9215/10 פלדמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, תק-על 2011(2) 366, פס' 6 לפסק־הדין.

85 ע"א 8693/08 הרמן נ' שטרנברג, פס' 20 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 24.3.2011).

86 ראו, למשל, עניין **תנוכה**, לעיל ה"ש 4, פס' 10 לפסק־דינה של השופטת נאור (”בכל המקרים הללו ובמקרים רבים אחרים שניתן להעלות על הדעת, ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף”), וכן יעקב ”דא עקא דעקה”, לעיל ה"ש 3, בעמ' 76.

בגין הטעיה צרכנית.⁸⁷ במקרים אלה הנפגע אינו חשוף תמיד לסיכון גופני כלשהו, מכל מקום לא לסיכון גופני חמור, ולכן הוא עלול לא לפעול למניעת התאונה, ואף להשתדל להיקלע אליה באופן פעיל.

ניתן אומנם לטעון כי להבדיל מהמצב הטיפוסי של סיכון מוסרי, קורבן הפגיעה באוטונומיה אינו יכול לנקוט אמצעי זהירות שיקטינו את החשש מהתרחשות הנזק, ומכאן שהחשש לסיכון מוסרי קטן. אולם ספק אם זה המצב. מעניין שראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה התפתח דווקא בתקופה שבה גדלה הגישה למקורות מידע והצטמצמו פערי הידע שבין רופאים למטופלים.⁸⁸ מטופל המבקש לקבל מידע על טיפולים אפשריים למחלתו נהנה כיום מנגישות גבוהה ביותר של מידע מפורט, שעשוי לסייע לו לקבל החלטה מושכלת. מטופל אשר מודע לאפשרות שיזכה בפיצוי מוגבר אם יוכיח כי לא נמסר לו מידע על-ידי רופאיו עלול לבכר לא לזיזם בעצמו את גילוי המידע או להימנע מלחפש אותו באפיקים חלופיים.⁸⁹ את הגידול שחל בפיצוי בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה אי-אפשר אפוא לתלות גם בשיקולי הרתעה.

(ג) בחינת הגדלת הפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה לאור שיקולי צדק מחלק

דיני הנזיקין משמשים כלי רב עוצמה להעברת רווחה מאדם לאדם ומקבוצה לקבוצה. אכן, הטלת אחריות על מזיק בגין גרימת נזק לניזוק מגדילה את רווחת הניזוק, שנגרעה קודם לכן בשל האירוע הנזיקי, ומקטינה בהתאם את רווחת המזיק. אופיים זה של דיני הנזיקין מעניק להם השפעה רבה על חלוקת המשאבים בחברה ויכולת לתרום לצמצום ממדיו של אי-השוויון.⁹⁰

בהתאם לתכלית זו, ניתן לטעון כי הגידול שחל בגובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נובע מתפיסה בנוגע לחלוקת העושר בחברה שלפיה חרף קשיי הכימות וההוכחה הגלומים בראש-נזק זה, ראוי שתהיה זו קבוצת המזיקים – ולא קבוצת הניזוקים – שתישא בעלויות הנובעות ממנו. השיקול החלוקתי זוכה במשנה תוקף דווקא בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, שכן זו מתרחשת פעמים רבות בהקשר הרפואי, שבו קבוצת המזיקים מבוטחת על-פי-רוב. השיקול החלוקתי מתחדד גם לנוכח פערי הכוחות שבין קבוצת המזיקים בראש-נזק זה בהקשר הרפואי לבין קבוצת הניזוקים, ולנוכח העובדה שאחת מתכליות הפיצוי בפגיעה

87 לדוגמות ראו לעיל ה"ש 4.

88 מחקר שנערך באוניברסיטת חיפה בשנת 2009 מעלה כי המרשתת הפכה למקור חשוב למידע על בריאות ורפואה, וכי היא משליכה על מערך היחסים שבין רופאים למטופלים. הדבר מתבטא, בין היתר, בגידול בשיעור המטופלים המסרבים ליטול תרופות שהומלצו על-ידי רופאים בשל מידע שקראו במרשתת. ראו "שימוש באינטרנט כמקור מידע על נושאי בריאות" אתר איגוד האינטרנט הישראלי ISOC-IL 8.7.2012 data.isoc.org.il/data/221.

89 אף אם ההיחשפות הפוטנציאלית למקורות המידע אינה מביאה תמיד לידי שימוש באלה בפועל, נראה כי המודעות לזמינותן של דרכים לקבלת מידע הינה גבוהה מבעבר. מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה עלול לעודד התעלמות ממידע זה, ולהעניק תמריצים לא להעמיק חקור.

90 ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 182–208 (2012).

באוטונומיה היא לגשר על פער זה באמצעות חובות הגילוי. ברם, דווקא על רקע תכליות אלה מזדקק הקושי שבהמתנה הממושכת עד לפסיקת פיצוי הולם.

אחת מהנחות היסוד העומדת בבסיס השיקול החלוקתי בדיני הנזיקין היא ההנחה בדבר התועלת השולית הפוחתת של הכסף. לפי הנחה זו, הרווחה המופקת מיחידת הכנסה של אדם הולכת וקטנה עם כל יחידת הכנסה נוספת, שכן אדם משתמש בשקלים הראשונים בהכנסתו לסיפוק צרכיו החיוניים ביותר, בעוד השקלים הבאים מספקים צרכים דחופים פחות. על יסוד תופעה זו, שקל שולי של אדם עשיר משקף רווחה פחותה מאותו שקל אצל אדם עני, ולכן העברת שקל מעשיר לעני מגדילה את רווחת העני יותר מכפי שהיא פוגעת בעשיר.⁹¹ היות שבהקשר הרפואי, שהוא ההקשר השכיח של פגיעה באוטונומיה, המזיק הוא כאמור גורם מבוטח על-פירוב, ניתן לומר כי קיים פער בין התועלת השולית של הנזוק מכספו לבין התועלת השולית של המזיק מאותו כסף. לדיני הנזיקין יש תפקיד מרכזי בגישור על אותו פער. דא עקא, לחלוף הזמן ללא מתן פיצוי הולם יש אפקט שלילי המגדיל עוד יותר את הפער בין נזקו של הנזוק, עקב הצורך להוציא כסף מכיסו לצורך קבלת טיפול בתקופת-הביניים, לבין תועלתו של המזיק, עקב השארת הכסף אצלו. טלו מקרה שבו פגיעתה של קבוצת הנזוקים עקב העדר פיצוי היא 5, בעוד תועלתה של קבוצת המזיקים בשל הותרת כספם אצלם היא רק 1. בעוד בשנה הראשונה פער התועלות הנומינלי בין הקבוצות עומד על 4, בשנה השנייה הוא עומד על 8, וברביעית – כבר על 32. מעבר לגידול בפער התועלות, נמנע מקבוצת הנזוקים לאורך זמן שימוש חלופי בכסף שנלקח ממנה (למשל, ריבית), וזאת בשעה שתועלתם של הנזוקים משימוש חלופי כזה גבוהה בהרבה מתועלתם של המזיקים מאותו שימוש.

זאת ועוד, מעבר להיבט החלוקתי הצר שבהעברת כסף מקבוצת המזיקים לקבוצת הנזוקים, לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יש אפקט חלוקתי נוסף, המתבטא בצמצום הפערים ובהגברת השוויון הקונספטואלי בין שתי הקבוצות. אכן, יש הסוברים כי תכליתה הרחבה של חלוקת המשאבים מחדש בחברה באמצעות דיני הנזיקין היא קידום ערכי השוויון בין קבוצות שונות בחברה⁹² – בין כאלה שהפערים ביניהן היו קיימים עובר לאירוע הנזיקי ובין כאלה שהפער ביניהן נוצר בעקבות גרם הנזק.⁹³ בהקשר של הפגיעה באוטונומיה ניתן לומר כי הפיצוי נועד, בין היתר, לחלק מחדש את משאבי הידע באמצעות מתן תמריצים להעברה של ידע מקבוצת הרופאים בעלי הידע לקבוצת המטופלים חסרי הידע, ואגב כך צמצום נורמות פסולות של הפליה לרעה, ניצול חולשה ופגיעה בכבוד.⁹⁴ חלוקת המשאבים מחדש לא נועדה אפוא רק להעביר טובין מקבוצה א לקבוצה ב, אלא גם לנסות להטמיע ממקרה למקרה נורמות של שוויון וכבוד כלפי הקבוצה המוחלשת, ולשנות את היחס כלפיה. תכלית זו אך מדגישה את הקושי שבהמתנה הממושכת עד לפסיקת פיצוי הולם, לא כל שכן בשעה שהנימוק המובא לצורך כך הוא הרצון לאפשר הטמעה של השינוי בקרב קבוצת

91 שם, בעמ' 185.

92 ראו: Jason M. Solomon, *Equal Accountability Through Tort Law*, 103(4) Nw. U. L. Rev. 1765 (2009).

93 ראו גלעד, לעיל ה"ש 90, בעמ' 190-191.

94 שם, בעמ' 191.

המזיקים. הטמעה של השינוי לא תיעשה אלא באמצעות פסיקה עקבית וממושכת שתעניק לניזוקים פיצוי הולם ותבסס פעם אחר פעם את הצורך להתחשב בהם ואת זכותם לכך. דחיית הפיצוי ההולם לפרק-זמן של שתיים-עשרה שנים אך מנציחה את מעמדה הנחות של קבוצת הניזוקים, מעצימה את הפערים בין הקבוצות ומקשה את צמצומם. ניתן אומנם לטעון כי העלאה הדרגתית של גובה הפיצוי היא הכרחית כדי למנוע מצב שבו כל הגורמים המבוטחים יתבעו בבת אחת את חברות הביטוח בגין נזקים גבוהים שלא הובאו בחשבון בעת קביעת הפרמיה, דבר שיוביל לנפילתן וממילא לאי-פיצוי הניזוקים. אלא שטיעון זה אינו מתיישב עם העובדה שבפועל, אף שהקפיצה בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה באה לאחר שנים, כאשר היא התרחשה לבסוף, היא קרתה בבת אחת במאות אחוזים. חלוף השנים לא הקהה אפוא את החשש מחשיפת חברות הביטוח לריבוי תביעות בפרק-זמן קצר, ומכאן שאי-אפשר לראות בחשש זה הסבר להשהיית הפיצוי. ממילא, ספק אם הגדלת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אכן הציבה את חברות הביטוח בפני סיכונים תלויים בבת אחת, שכן כפי שיורחב להלן, הגדלת הפיצוי בגין נזק זה באה פרק-זמן קצר לאחר הפסיקה בדנ"א מלול, אשר ביטלה או למצער צמצמה את האפשרות לפסוק לטובת התובע פיצוי בגובה שיעור הנזק שנגרם כשהוא מוכפל בסיכוי שהתנהגות הנתבע היא שגרמה אותו.⁹⁵

(ד) בחינת הגדלת הפיצוי מהיבטים של התאמה לדיני הנזיקין הנוהגים בישראל

נוסף על הקושי להסביר באמצעות שיקולים של צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה את הימנעות בית-המשפט ממתן פיצוי הולם בגין פגיעה באוטונומיה במשך שנים, פסיקתו של בית-המשפט בסוגיה זו אינה עולה בקנה אחד אף עם דיני הנזיקין הרווחים ועם שיקולים בסיסיים בדבר הטלת אחריות והיקפה. כזכור, בעניין ענטבי העניקו השופטים משקל משמעותי ליכולתו של המזיק הפוטנציאלי לצפות *ex ante* את גובה הנזק שהוא עלול לחוב בו, וכן לאינטרס של המזיק בוודאות, ועל יסוד כל אלה סברו כי נדרשה תקופת-ביניים להטמעה. כפי שנראה להלן, קביעה זו אינה מתיישבת עם אופן הניתוח של שאלות בדבר צפיות הנזק וריחוק הנזק בדין הנזיקי הרווח בישראל.

בהתאם לאמות-המידה של עוולת הרשלנות, החובה לשלם פיצויים בגין גרם נזק דורשת שהמזיק צפה או היה יכול לצפות את סוג הנזק ואת דרך התרחשותו בקווים כלליים בלבד, ואין דרישה לצפיות של הנזק על כל היקפו. אכן, גם אם הנזק שנגרם היה חמור בהיקפו – ואפילו באופן ניכר – מזה שהיה צפוי, בין בשל "גולגולת דקה" של הניזוק ובין מסיבה אחרת, אין בדבר כדי לפטור את המזיק מפיצוי בגין הנזק במלואו, גדול כקטן, כל עוד היה אפשר לצפות את סוג הנזק באופן כללי. על יסוד זה החליט בית-המשפט, בפרשת קליפורד המפורסמת,⁹⁶ לחייב את רופא השיניים ד"ר קליפורד בפיצוי בגין מלוא הנזק שנגרם למטופלת בעקבות חדירת חומר ההרדמה שהזריק לה לאזור המוח, אף שהנזק הכבד שנגרם לה חרג בהיקפו באופן ניכר מהנזקים שהיו מוכרים בעת הרלוונטית.⁹⁷ בדומה לכך, ועל יסוד כלל

95 ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14.

96 דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003).

97 שם. על חיוב בגין היקף נזק בלתי-צפוי ראו גם ע"א 248/86 עיזבון חנשוילי נ' רותם חברה

לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (1991).

"הגולגולת הדקה", חייב בית-המשפט את המזיק בעניין **ליאון**⁹⁸ לפצות את הניזוק בגין התרשלותו אשר הובילה לתאונת-דרכים, הגם שהנזק שנגרם לניזוק נבע מהתפתחות נדירה של גידול סרטני בגבו, אשר חרגה באופן ניכר ממסגרת הצפיות. בית-המשפט עמד במפורש על ההבחנה שבין עצם קביעת האחריות לבין שאלת היקפה.⁹⁹ דרישת הצפיות אינה חלה אפוא על היקף הנזק, ואם נקבע כי המזיק חרג מההתנהגות הסבירה וגרם נזק כלשהו, הוא יחוב בגין כל הנזק שנגרם.

האם הלכות אלה קיבלו ביטוי בעת התפתחות הפיצוי בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה? נראה שלא. במישור הצפיות, השאלה שצריכה לעמוד במוקד היא היכולת לצפות את האפשרות לגרום נזק של פגיעה באוטונומיה. אם נקבע כי מדובר בסוג נזק צפוי, אזי בהתאם להלכות הכלליות בדבר היקף הנזק וריחוקו, על המזיק לפצות את הניזוק בגין מלוא היקפו של הנזק; לעומת זאת, אם נקבע כי סוג הנזק אינו צפוי, המזיק אינו חב בפיצוי כלל. כאמור, ראש-נזק של פגיעה באוטונומיה הוכר לראשונה בעניין **דעקה**, שנידון בשנת 1999. משניתן פסק-הדין בעניין **דעקה**, הייתה הפגיעה באוטונומיה לסוג נזק ב-ר-צפיות כל אימת שנמנע מניזוק פוטנציאלי מידע חיוני לשם קבלת החלטה מושכלת. שאלת גובה הפיצוי, שהתשובה לה נותרה קבועה בקווים כלליים לכל אורך השנים, היא לכל-היותר שאלה של היקף הנזק, וככזו היא אינה דורשת צפיות. צעידה במשעוליו המקובלים של המשפט הפוזיטיבי הייתה צריכה להביא, אם כן, לידי הכרה מיידית בגובה הנזק האמיתי שנגרם, מבלי שיהיה צורך בכל הליך הדרגתי. לא למותר לציין כי ככל הידוע לנו מעולם לא נשקלה, בכל הקשר ניזקי אחר, אפשרות להשהות מתן פיצוי שההצדקה לו קיימת מלכתחילה.

דוגמה נוספת לאי-התאמה בין פסיקת בית-המשפט בנושא ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין המשפט הרווח נוגעת בחובת הזהירות. כפי שיוסבר להלן, הדבר בולט במיוחד בסוגי מקרים שבהם לאחר שנים שבהן לא הייתה קיימת חובת זהירות, והמזיק היה מופטר ממתן פיצוי על-אף הנזק שגרמה פעילותו, נקבעה כבת אחת הלכה תקדימית הקובעת כי קיימת חובת זהירות בסוגי מקרים אלה.

חובת הזהירות עשויה להישלל ביחס לסוג מסוים של ניזוקים (למשל, בשל העדרה של קרבה מספקת בין המזיק לניזוק) או ביחס לסוג מסוים של נזקים. לגבי עניין זה ניתן להעלות שתי דוגמות – נזקים כלכליים טהורים ונזקים נפשיים. לאורך שנים הסתייגו בתי-המשפט בישראל¹⁰⁰ ומחוץ לה¹⁰¹ מהכרה בחובת זהירות מושגית בגין נזקים כלכליים טהורים או

98 ד"נ 12/63 **ליאון נ' רינגר**, פ"ד יח(4) 701 (1964). לביקורת ראו רונן פרי "הכול צפוי והרשלנות נתונה – עוד על דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד" **משפטים** לה 359, 408-413 (2005).

99 עניין **ליאון**, שם, בעמ' 719.

100 להרחבה בעניין נזק נפשי ראו ע"א 4/57 נדיר **נ' כהנוביץ**, פ"ד יא 1464, 1469 (1957). ההבחנה בין נזקים נפשיים לבין נזקי גוף לא נעלמה לחלוטין גם בשנים מאוחרות יותר. ראו רע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד נה(5) 510, 524 (2001).

101 ראו: **Le Lievre v. Gould**, [1893] 1 EWHC (Q.B.) 491 (Eng.); **Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.**, [1973] 1 Q.B. 27 (appeal taken from Eng.); **Caparo Industries Plc. v. Dickman & Ors**, [1990] UKHL 2 A.C. 605 (Eng.) ראו גם תמר גדרון "חובת הזהירות בעולות הרשלנות ונזק כלכלי טהור" **הפרקליט** מב 126, 130-133 (1995).

בגין נזקים נפשיים שנגרמו לצדדים שלישיים שלא היו חלק ישיר מההתרחשות הנוזיקית. מאחורי ההחלטה לשלול חובת זהירות במצבים מעין אלה עמדו שיקולים שונים, ובכלל זה חשש מהצפה בתביעות ומהעלויות הפרוצדורליות הכרוכות בכך; חשש מהרחבה מופרזת בהיקף האחריות ומהרתעת-יתר כפועל יוצא מכך; הקושי לכמת את גובה הנזק במצבים אלה; הקלות היחסית שבה ניתן להגיש תביעות-סרק בסוגי נזקים אלה; וכן יכולתו העדיפה של הניזוק למנוע נזקים מסוג זה במקרים רבים.¹⁰² שיקולים אלה הביאו לידי כך שבת-המשפט ביכרו לא לחייב את המזיק בגין נזקים מסוג זה, חרף התרשלותו. ברבות השנים הלך משקלם של שיקולים אלה ונחלש, ועימם הצטמצמה ההבחנה בין פסיקת פיצויים בגין נזק כלכלי טהור לבין פסיקת פיצויים בגין נזק פיזי,¹⁰³ הורחבה האפשרות לפסיקת פיצוי בגין נזקים נפשיים ישירים,¹⁰⁴ והוקלו בהדרגה המבחנים למתן פיצויים בגין נזקים נפשיים שנגרמו לניזוקים לא-ישירים.¹⁰⁵

האם גם את הגידול שחל בפיצוי בגין ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה ניתן לראות כתוצאה של תהליך דומה? במבט ראשון מזדקרות אינדיקציות התומכות בהנחה זו. אכן, רבים מהשיקולים שבעטיים הסתייגו בתי-המשפט מפסיקת פיצויים בגין נזקים כלכליים ונזקים נפשיים יפים גם לנזק של פגיעה באוטונומיה (אשר יש הרואים בו היבט אחד – גם אם ייחודי – של נזק נפשי¹⁰⁶). בדומה לנזקים כלכליים ולנזקים נפשיים, גם נזק זה עלול להיות נתון למניפולציה; כמוהם גם הוא קשה לכימות; ובדומה להם גם גבולותיו לוטים בערפל, וקיים חשש שהכרה נרחבת בו תוביל להתדיינות אינסופית ולהרתעת-יתר. אכן, עוד בעניין דעקה נימק בית-המשפט את גובה הפיצוי המינורי שפסק בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה ב"קשיים הטבועים בתהליך הערכת הנזק"¹⁰⁷ וכן "בהיעדר ראיות מפורטות על הנזק שנגרם למערערת כתוצאה מהפגיעה האמורה"¹⁰⁸, קרי, בקשיי כימות והערכה ובחשש ממניפולציה. גם בפסיקה מאוחרת, כאשר נפסקו פיצויים בסכומים משמעותיים, ציין השופט עמית כי "יש להישמר מהרחבת יתר של האחריות הנוזיקית... מסופקני אם בית המשפט בעניין דעקה צפה כי ההכרה בראש נזק צנוע זה תהפוך כה נפוצה ותשמש כר נרחב להתדיינויות רבות בעתיד. מאחר שהעילה של פגיעה באוטונומיה היא חריגה כשלעצמה, אני סבור כי

102 להרחבה בעניין נזק כלכלי טהור ראו המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד ח 1317, 1340-1343 (1954) (להלן: עניין וינשטיין נ' קדימה); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 141-143 (1985).

103 ראו, למשל, ע"א 3464/05 פז חברת הנפט נ' מדינת ישראל, פס' 7 לפסק-הדין (פורסם בבנו, 12.7.2006).

104 ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 141-142.

105 ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון רהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990); ובהמשך – ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007); ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(3) 806 (2008).

106 ראו עניין היס, לעיל ה"ש 4, פס' 26 לפסק-דינו של השופט עמית; עניין קדוש, לעיל ה"ש 21, פס' 74 לפסק-דינו של השופט עמית.

107 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 583.

108 שם, בעמ' 586.

על דרך הכלל ומשיקולים של מדיניות שיפוטית יש לצמצם את תחולת הפיצוי בגינה, הן בגובה הפיצוי והן בהיקף המקרים שנכנסים לגדרו".¹⁰⁹

ברם, חרף קווי הדמיון האמורים, אין לגזור גזרה שווה בין המקרים של נזק כלכלי ונזק נפשי לבין פגיעה באוטונומיה, או לראות את הגידול בגובה הפיצוי בגין ראש-נזק זה כתהליך של הכרה בחובת זהירות. ודוק: ההכרה בחובת זהירות בגין נזק כלכלי ובגין נזק נפשי לא התבטאה בגידול בגובה הפיצוי, אלא בהרחבת עצם האחריות הנזיקית אל עבר מקרים אשר קודם לכן לא הוכרו כבני-פיצוי. אומנם, כמו במקרה של פגיעה באוטונומיה, מדובר במקרים שבהם נרתע בית-המשפט מהשלכות ההכרה השיפוטית בפצוים, אולם להבדיל מן הפגיעה באוטונומיה, באותם מקרים לא נהג בית-המשפט בדרך של פסיקה מתמשכת של תת-פיצוי והרחבה מיידית כמעט בנקודת זמן אחת, אלא בהכרה מיידית בצורך ליתן פיצוי מלא, אגב קביעת תנאים מרסנים ומגבילים לתחולתה של חובת הזהירות. תנאים מרסנים אלה הגבילו את חבותו של המזיק למקרים הראויים וריסנו את גבולות האחריות, אך העניקו לניזוק ה"מתאים", שנכנס למעגל החבות, פיצוי מלא בגין סוג הנזקים שבהם הכיר בית-המשפט.

כך, בעניין אלסוחה¹¹⁰ נקבע כי פיצוי בגין נזק נפשי שנגרם לניזוק משני יותנה בדרישת הצפיות, אך גם בקרבה משפחתית מדרגה ראשונה, בקרבה במקום ובזמן לאירוע, בהתרשמות ישירה מתוצאותיו וכן בנזק נפשי חמור שעולה כדי מחלת נפש. באופן דומה, כאשר בפסק-דין תקדימי – שקדם לפסיקות ברוח דומה שניתנו בבתי-המשפט באנגליה – הכיר בית-המשפט בישראל בפיצוי בגין נזק כלכלי טהור שנגרם כתוצאה ממצג-שווא רשלני, הוא התנה את חובת הזהירות בכך שמדובר בחוות-דעת מקצועית בעלת היקף מוגבל וידוע מראש שניתנה על-ידי איש-מקצוע במהלך העסקים הרגיל, בכך שהסתמכותו של הניזוק עליה הייתה סבירה, ובכך שהמזיק לא סבר כי תיערך אחריה בדיקה נוספת.¹¹¹ במקרים שבהם לא התקיימו תנאים אלה, נמנע בית-המשפט מלחייב את המזיק בתשלום פיצוי, וזאת חרף התרשלותו והנזקים שנגרמו בעטייה.¹¹²

אולם בהתקיים התנאים האמורים נפסק הנזק במלואו, ללא השהיה, ללא תקופת הטמעה וללא מתן משקל לכך שמדובר במקרה ראשון. אף כאשר החליט בית-המשפט להקל בכללים או להרחיב את תחולתם, משעה שהתקבלה ההחלטה, היא הוחלה לאלתר, ולניזוק נפסק פיצוי מלא באופן מידי בגין כל נזקו – גדול ככל שיהיה.¹¹³ השוני בין מקרים אלה לבין ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, אשר זיכה את הניזוק במקרה הראשון שבו הוכר בסכום המשקף לכל-היותר 10% בלבד מגובה הנזק כיום, הוא ברור. ההבחנה בין הפיצוי הנמוך שניתן בתחילה בגין פגיעה באוטונומיה לבין סיטואציות אחרות של הכרה ראשונית בחובת זהירות היא חדה במיוחד בנוגע להכרה בנזק הנפשי, שכן שיעורו של נזק זה גבוה באופן

109 עניין קרוש, לעיל ה"ש 21, פס' 75-76 לפסק-דינו של השופט עמית.

110 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 105.

111 עניין וינשטיין נ' קדימה, לעיל ה"ש 102.

112 ראו, למשל, לעניין התקיימות התנאי בדבר נזק נפשי חמור: ע"א 4446/90 ברנע נ' אליהו, חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 8.3.1995).

113 ראו ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פ"ד לב(2) 337 (1978).

אינהרנטי לנוכח הדרישה המקדמית לנוק נפשי משמעותי לצורך ההכרה בו. אין לראות אפוא במשך הזמן שחלף עד למתן פיצוי מלא בגין פגיעה באוטונומיה ביטוי לאותו סוג של שיקולי מדיניות שהנחה את בית-המשפט להגביל את היקפה של חובת הזהירות במקרים אחרים. דוגמה נוספת, שכבר עמדנו עליה בקצרה לעיל, היא ראש-הנוק ה"חדש" שנוצר בשל ההכרה במתן פיצוי בגין השנים האבודות. במשך יותר מעשרים שנה, למן פרשת עיזבון גבריאלי,¹¹⁴ החזיק בית-המשפט העליון בעמדה שלפיה אין להעניק פיצוי בגין השנים האבודות.¹¹⁵ הלכה זו הולידה הסתמכות של מזיקים פוטנציאליים, ובעיקר של חברות הביטוח, אשר תמחרו על בסיסה את הפוליסות שהנפיקו ללקוחותיהן.¹¹⁶ פסק-הדין בעניין אטינגר¹¹⁷ טרף את הקלפים. באותה פרשה קבע בית-המשפט כי על המזיק לשלם פיצוי גם בגין השנים האבודות – הן בתביעת הניזוק-החיי, הן בתביעת העיזבון.¹¹⁸ בכך הגדיל בית-המשפט באופן משמעותי את החשיפה של מזיקים וחברות ביטוח לתשלום פיצויים.¹¹⁹ אלא שבניגוד למקרה של הפגיעה באוטונומיה, במקרה זה לא מנעה חשיפה זו את בית-המשפט מלפסוק את הפיצוי הכולל בגין אותן שנים אבודות ללא המתנה ובכח אחת, ואף להחילו – בכפוף לתנאים שונים – באופן רטרוספקטיבי.¹²⁰

דוגמה אחרונה לחריגותה של ההלכה בדבר הצורך בגידול הדרגתי של הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, ולא-התאמתה לנוף הנזיקי, ניתן למצוא בהשוואה בינה לבין האופן שבו התייחס בית-המשפט להגנת הפרקטיקה הנוהגת. תילי-תילים של מילים נכתבו על מקומם של המנהג והפרקטיקה הנוהגת בבחינה של האדם הסביר ושל סבירות התנהגותו.¹²¹ אומנם, שיטות משפט שונות ושופטים שונים מייחסים משמעות שונה ותוקף שונה למנהג, אולם ככלל ניתן לומר כי המזיק עשוי להיות מופטר מתשלום פיצוי, הגם שגרם לנוק, אם נהג על-פי הפרקטיקה הנוהגת. ההכרה בפרקטיקה הנוהגת כהגנה, במיוחד בהקשר הרפואי, נגזרת מן ההנחה שזו משקפת את הידע המדעי המקובל באותו תחום נכון לאותה עת. בהתאם לאותה גישה, אף אם בחלק מהמקרים קיים טיפול רפואי מתקדם יותר, אין לחייב רופא לעשות בו שימוש כל עוד לא הפך הדבר לפרוטוקול מקובל.¹²² גישה זו נסמכת על כך שפעמים רבות קיימות אסכולות רפואיות נבדלות ותפיסות מקצועיות שונות בתחומי הרפואה השונים, ובית-המשפט נעדר כלים להכריע ביניהן, ולפיכך הוא מסתפק בכך שמדובר באסכולה

114 ע"א 295/81 עיזבון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533 (1982).

115 שם, פס' 1-2 לפסק-דינו של הנשיא י' כהן.

116 שם.

117 עניין עיזבון אטינגר, לעיל ה"ש 65.

118 שם, בעמ' 520-522.

119 ראו דניאל מור "הילכת אטינגר – אנטומיה של פסק-דין שנוי במחלוקת" עלי משפט ד 101, 107 (2005).

120 ראו עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 56.

121 ראו, למשל: Richard A. Epstein, *The Path to the T. J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Torts*, 21 J. LEGAL STUD. 1 (1992).

122 ראו, למשל, ע"א 2087/08 מגן נ' שירותי בריאות כללית, פס' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 12.8.2010); ע"א 1918/08 פולר נ' בית החולים "העמק", פס' 30 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 28.3.2010).

לגיטימית שהייתה לפרקטיקה מקובלת.¹²³ הבסיס העיקרי לגישה זו מקורו בנורמות של הגינות, וכן בהנחה שפעולה בהתאם לפרקטיקה מקובלת, בפרט בתחום הרפואי, מצביעה על סבירות הפעולה ועל העדר התרשלות.¹²⁴

לצורך דיוננו מעניין לעמוד דווקא על אותם מקרים שבהם קבע בית-המשפט כי התנהגות בהתאם לפרקטיקה הנוהגת אינה סבירה. או־אז חייב בית-המשפט את המזיק בפיצוי, וכאשר עשה כן, חויב המזיק בגין הפיצוי במלואו.¹²⁵ אכן, העובדה שהפרקטיקה המסוימת שצומצמה, נדחתה או נפסלה בפסק-הדין הייתה מקובלת לאורך שנים לא הביאה לידי מתן פיצוי חלקי בלבד לניזוק. מרגע שהוכח כי המזיק התרשל, הגם שנהג על-פי הפרקטיקה המקובלת, הוא חויב בתשלום פיצוי בגין הנזק שנגרם כפועל, ללא הפחתות בפיצוי על-חשבון הניזוק בשל ה"תקדימיות" של ההלכה. פרשת קליפורד, שבה עסקנו לעיל,¹²⁶ יכולה לשמש דוגמה טובה לכך. גישה זו שונה בתכלית, כאמור, מגישתו של בית-המשפט בעניין ענטבי. אפילו היה אפשר לקבל את הטענה כי אי-מסירת מידע רלוונטי הייתה בעבר פרקטיקה מקובלת, וכי מטעמים של הגינות אין זה ראוי להשית על המזיק את מלוא הפיצוי, ספק אם ניתן לומר כי נוהג זה, שאינו מצביע על סבירות המעשה, זכאי להגנה פרק-זמן כה ממושך של כשתים-עשרה שנים.¹²⁷ נראה אפוא כי גם טענה לפרקטיקה מקובלת לא תוכל להסביר את הקפיצה הגדולה בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

על רקע האמור בפרק זה, ספק אם חלוף הזמן וההטמעה ההדרגתית של נורמות גילוי המידע שבאה עימו אכן משקפות באופן אותנטי את הסיבה להגדלת גובה הפיצוי בשיעור חד כל-כך דווקא במועד שבו הוחלט על כך.

ג. האם ניתן להסביר את הגדלת הפיצוי בתמורות שהתרחשו במשפט החוקתי?

הייתכן שהקפיצה בגובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מקורה בגידול בגובה הנזק בין פסק-דין דעקה לפסק-דין ענטבי? הייתכן שמשקלה של האוטונומיה בתפיסה של החברה בישראל צמח בשנים האחרונות במידה ניכרת, ופסק-הדין בעניין ענטבי הוא אך שיקוף של מגמה כזו? מנקודת-המבט של דיני הנוזיקין, לשאלה זו יש חשיבות בראש ובראשונה לנוכח הרצון להגשים תכליות של הרתעה, שכן אם הנזק כיום גדול יותר, אזי הרתעה יעילה דורשת פיצוי גדול יותר לצורך הפנמה מלאה של נזקי המזיק. אולם הסוגיה מעוררת שאלות מעניינות ומורכבות גם במונחים של צדק מתקן. כך, ניתן לתהות אם שינוי בתפיסה החברתית של מוסד האוטונומיה מצדיק שינוי במערכת היחסים ה"סגורה" שבין המזיק לניזוק, שכן זו מנותקת לכאורה מערכים ושיקולים חברתיים חיצוניים לצדדים. ברוח זו תיתכן טענה

123 ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 180-181 (1997).

124 ראו ע"א 6936/09 יהודה נ' כללית שירותי בריאות, פס' 11 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 5.3.2012).

125 ראו ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936 (2002).

126 פרשת קליפורד, לעיל ה"ש 96.

127 מפסק-הדין בעניין דעקה (לעיל ה"ש 1), שניתן בשנת 1999, ועד לפסק-הדין בעניין ענטבי בעליון (לעיל ה"ש 7), שניתן בשנת 2011.

כי גם אם החברה מעריכה כיום את האוטונומיה יותר, אין הדבר צריך להשתקף בפיצוי הנזיקי, אלא בתחומי משפט אחרים, דוגמת המשפט הפלילי. כך, אחד מאיתנו טען במקום אחר כי קטיעת רגל שנעשתה ברשלנות וקטיעת רגל שנעשתה במכוון יגררו אותו פיצוי בגין הנזק שגרם המזיק, אך חומרת המעשים השונה עשויה להוליד תוצאות שונות בעליל בהיבט של המשפט הפלילי.¹²⁸

כאמור, בעניין ענטבי תלה בית-המשפט את הגידול שחל בפיצוי באותו מועד בהטמעת הנורמה שנקבעה בעניין דעקה. אולם בצד קביעה זו פירט בית-המשפט בהרחבה הצדקות ענייניות נוספות למתן פיצוי מוגדל בגין פגיעה באוטונומיה. לדברי השופט הנדל:

"אין לשכוח כי האוטונומיה של היחיד ניצבת בליבת כבוד האדם. אי מתן למטופל בחירה חופשית של הטיפול בו משול לטשטוש עד כדי מחיקת ההבדל בין הרופא לבין המטופל... טיפול באחרון בלא שמירה על זכויותיו עלול להפוך אותו, שלא במכוון, לחפץ – לאובייקט, במקום סובייקט... מחומר הראיות עולה כי הרופא החליט – במודע – שהוא רשאי להחליט עבור ההורים ביחס לבתם. על רקע כל אלה, הייתי מציע שסכום הפיצוי במקרה זה יעמוד על סך 250,000 ש"ח."¹²⁹

המשנה לנשיאה ריבלין הצטרף אף הוא להנמקה זו, וציין כי "התרשלותו של הרופא מנעה מבני הזוג את חופש הבחירה", וכי "רופא אינו רשאי לשקלל עבור המטופל, ללא ידיעתו וללא שיתופו, את התועלות ואת הסיכונים של פרוצדורה רלוונטית, ולהחליט עבור המטופל כי הפרוצדורה אינה כדאית".¹³⁰ השופט ראה חומרה מיוחדת בכך שהרופא שקלל "לא רק נתונים רפואיים אלא גם את דעתו והערכותיו לגבי העדפותיהם האישיות של בני הזוג", וסיכם כי על יסוד כל אלה "שותף אני לעמדתו של חברי השופט הנדל גם באשר לרף הפיצוי המתאים".¹³¹

אמירות אלה יש לקרוא בשים לב לעובדה שאף שהפגיעה באוטונומיה לא סווגה בפסיקה כ"עוולה חוקתית" עצמאית חדשה, היא נתפסה כראש-נזק המגן על אינטרס חוקתי.¹³² מדברים אלה ניתן לזקק הסבר שונה מעט לגידול בגובה הפיצוי מזה שצוין על-ידי בית-המשפט באופן ישיר. בין השורות עולה מהם כי אפשר שאת ההסבר לקפיצה הגדולה ניתן למצוא במגמה ליברלית לביצור זכויות הפרט שידעה החברה הישראלית בשנים האחרונות, ואשר זכתה בביטוי גם בבית-המשפט. על-פי גישה זו, את הגידול בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן להבין כפועל יוצא של "המהפכה החוקתית", אשר העלתה את הזכות לכבוד למעמד חוקתי על-חוקי ובר כבד הגדילה את ה"מחיר" המשולם בגין פגיעה בזכות. כך, כשם שפגיעה

128 ראו יעקב "דא עקא דעקה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 61. כנגד זה ניתן לטעון כי לתפיסה החברתית יש השלכה גם על גובה הנזק שהגיוזוק חש באופן סובייקטיבי, בפרט כאשר מדובר בנזק נפשי באופיו, דוגמת הנזק בגין פגיעה באוטונומיה.

129 עניין ענטבי בעליון, לעיל ה"ש 7, פס' 11 לפסק-דינו של השופט הנדל.

130 שם, פס' 6 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
131 שם.

132 דברי השופט שטרסברג-כהן בעניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 617; פסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בע"א עזבון צבי, לעיל ה"ש 19; דפנה ברק-ארז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11, 26-27 (2009).

בכבוד הייתה אחת הסיבות לביטול החוק להקמת בית-סוהר בניהול פרטי בשנת 2010,¹³³ ולביטול סעיף בחוק הבטחת הכנסה בשנת 2012,¹³⁴ כך היא משמשת עתה עילה להגדלת גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

אלא שטיעון זה אינו מתיישב עם העובדה שהמהפכה החוקתית והמינוח שהתלווה אליה נתנו את אותותיהם זמן ניכר קודם לפסיקת הפיצוי המוגדל בגין פגיעה באוטונומיה, ושדווקא בשנים האחרונות – ובאופן ספציפי במועדים הרלוונטיים לפסק-הדין בעניין ענטבי – הורגשה היחלשות מסוימת במגמה זו. זאת ועוד, מכיוון שפסקי-הדין שניתנו לפני עניין ענטבי ואחריו הוכרעו בסמיכות זמנים, אי-אפשר לראות במהפכה החוקתית ובשינוי התפיסה שליוו אותה גורם שמסביר את הפערים בפיצוי, שכן אילו בהם היו הפערים טמונים, הייתה השפעתם חלה על פסקי-הדין כולם.

המהפכה החוקתית בישראל נולדה עם חקיקת חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם בשנת 1992,¹³⁵ ובעיקר עם קביעתו של בית-המשפט בפרשת בנק המזרחי כי לזכויות האדם המנויות בחוקי-היסוד יש עליונות נורמטיבית ומעמד חוקתי על-חוקי.¹³⁶ על יסוד קביעה זו פסק בית-המשפט באותה פרשה כי לבית-המשפט יש סמכות להצהיר על בטלותו של חוק שחוקקה הכנסת, אם זה פוגע בזכויות אלה ואינו עומד בתנאים המאפשרים פגיעה כזו, כפי שהם מוגדרים בפסקת ההגבלה או בפסקת ההתגברות.¹³⁷ אכן, בעשור הראשון שלאחר המהפכה החוקתית הצהיר בית-המשפט על בטלותם של היבטים מסוימים מתוך שלושה חוקים,¹³⁸ והביקורת השיפוטית "נהפכה לחלק בלתי-נפרד ממערכת חיי המשפט בישראל".¹³⁹ המעמד החוקתי החדש לא התמצה רק בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם; השפעתו ניכרה גם בחוקי-היסוד האחרים, וגם זאת עוד בעשור הראשון שלאחר פרשת בנק המזרחי.¹⁴⁰ מעתה לא היה אפשר לשנות חוקי-יסוד אלה – שנחקקו עובר למהפכה החוקתית – אלא על-ידי

-
- 133 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: פרשת הפרטת בתי-הסוהר).
- 134 ראו בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012).
- 135 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114.
- 136 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 352 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).
- 137 לסקירה ראו אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).
- 138 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).
- 139 אהרון ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 25 (2004).
- 140 לגישתו של ברק (שם, בעמ' 30), בפרשת בנק המזרחי נקבע כי כל חוקי-היסוד הם משום נורמה חוקתית על-חוקית. בשנים הבאות נקבע בפסיקה מעמדם החוקתי של חוקי-יסוד: הממשלה (בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206 (1998)), חוקי-יסוד: הכנסת (ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נז(3) 793 (2003)) וחוקי-יסוד: השפיטה (רע"א 3007/02 יצחק נ' מוזס, פ"ד נו(6) 592 (2002)).

חוקי-יסוד,¹⁴¹ ונוצרה פסקת הגבלה שיפוטית שלפיה אי-אפשר לפגוע באמור בחוקי-היסוד אלא בהתאם לתנאים הנקובים בפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.¹⁴² מעבר לכך, כבר בשנים הראשונות שלאחר המהפכה החוקתית עמד בית-המשפט על תהליך החוקתיזציה שעבר המשפט הישראלי, שבמסגרתו, לדעת בית-המשפט, "כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות".¹⁴³ בהתאם לכך התגבשה כבר בראשית הדרך כתיבה ענפה של מלומדים בנוגע להשפעתה של המהפכה החוקתית על כל אחד מענפי המשפט.¹⁴⁴

אם כן, בית-המשפט הפנים את השינוי החוקתי מייד כאשר התקבל בפרשת בנק המזרחי, והחל להחיל את הנורמות החוקתיות תוך זמן קצר בכל תחומי המשפט. אומנם, כפי שמציין פרופ' ברק, באופן קונקרטי היה היקף הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים בשנים הראשונות מוגבל בהיקפו,¹⁴⁵ בפרט בהשוואה לעשור השני שלאחר המהפכה החוקתית, שבו קבע בית-המשפט את בטלותן של תשע הוראות נוספות מתוך חוקי הכנסת.¹⁴⁶ אולם הדבר לא נבע מהעדר נכונות מצד בית-המשפט להחיל את הנורמות החוקתיות, אלא בשל פרק-הזמן שנדרש לעותרים הפוטנציאליים להפנים כי עומד לראשותם אמצעי חדש שהם לא ידעו כמותו בעבר.¹⁴⁷ סיבות נוספות להיקף המוגבל יחסית של ביקורת שיפוטית מצויות בפסקת שימור הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר השפעתה בשנים הראשונות שלאחר המהפכה החוקתית הייתה גדולה יותר, מטבע הדברים, מאשר בשנים מאוחרות יותר, וכן בריסון שהפגין בית-המשפט בשנים שלאחר המהפכה החוקתית,

141 ראו, למשל, בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 953 (2002).

142 ראו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 756, 750 (2003); עניין אבני, לעיל ה"ש 140, בעמ' 209.

143 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995). ראו גם פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 136, בעמ' 447.

144 ראו שי שגב "על היחס שבין חוקי-יסוד: כבוד-האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" המשפט ב 53 (1994); דליה דורנר "השפעת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד 13 (1997); רות הלפרין-קררי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105 (2001); יצחק הדרי "נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי מס" הפרקליט מו 11 (2002); רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994); יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258 (1995).

145 ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 139, בעמ' 28.

146 ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006); פרשת הפרטת בתי-הסוהר, לעיל ה"ש 133; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לעניני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); עניין חסן, לעיל ה"ש 134; בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).

147 ראו ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 139, בעמ' 28-29.

ואשר הוא מוסיף להפגין גם כיום, מפאת שיקולים של הפרדת רשויות ושאיפה לכבד את רצון רוב הבוחרים המשתקף בחקיקת הכנסת.¹⁴⁸

אומנם, עיקר השינוי החוקתי בשנים הראשונות שלאחר המהפכה החוקתית הורגש ביחסים שבין הפרט לבין רשויות השלטון, בעוד שבתחום המשפט הפרטי ניתנה לרוב הבכורה לערך החירות, תוך רתיעה מהחלה ישירה של נורמות ציבוריות על גופים פרטיים.¹⁴⁹ אולם הנורמות החוקתיות חלחו בדרך עקיפה כבר בראשית הדרך גם לתחומי המשפט הפרטי, לרוב תוך שימוש בכלים, בפלטפורמות ובמושגיה השסתום הקיימים בהם. כך, למשל, כפי שמראים ברק-ארוז וגלעד,¹⁵⁰ סמוך לאחר המהפכה החוקתית, ושנים רבות לפני עניין ענטבי, ניתנו כמה פסקי-דין בדיני חוזים בערכאות שונות, אשר ביטלו תניות של הגבלת עיסוק בחוזה עבודה, ובכך חיזקו את ההגנה על חופש העיסוק, שזכה בעיגון בחוק-היסוד.¹⁵¹ בצד זה התחזקו במידה ניכרת, כבר באותן שנים, ההגנה על חופש ההתאגדות והשביתה,¹⁵² ההגנה על זכות הגישה לערכאות¹⁵³ וכן ההגנה על זכות השוויון בחוזים קיבוציים, בין היתר במקרים של הפליית נשים עובדות,¹⁵⁴ הפליה על בסיס נטייה מינית¹⁵⁵ והפליה על בסיס גיל.¹⁵⁶

ברק-ארוז וגלעד סבורים כי תופעה דומה של חלחול זכויות אדם לשיח הפרטי התרחשה בדיני הנזיקין.¹⁵⁷ לדעתם, אחד הביטויים הבולטים לה היה פסק-הדין בעניין דעקה, שניתן ארבע שנים לאחר המהפכה החוקתית, ואשר הכיר כאמור בהגנה על האוטונומיה של הפרט כחלק מכבוד האדם וחירותו בדרך של תחולה עקיפה, תוך שימוש בפלטפורמה מהמשפט

148 ראו, למשל, את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996).

149 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 680-682 (1993). בספרו זה בוחן פרופ' ברק כמה מודלים לתחולה של זכויות אדם חוקתיות במשפט הפרטי. הוא דוחה את האפשרות של החלה ישירה של זכויות אדם בספרה הפרטית באמצעות הפסיקה, ומבכר תחתיה מודל של החלה עקיפה "מחוזקת", המבקש להזרים נורמות חוקתיות לספרה הפרטית באמצעות דוקטרינות מן המשפט הפרטי, כגון תום-הלב או החוזה האחיד. ראו גם אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" בתוך ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 162 (יצחק זמיר עורך, 1993); ברק-ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 132, בעמ' 16-17. ראו והשוו גם רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2011).

150 ברק-ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 132, בעמ' 18-24.

151 ראו, למשל, ע"ע (ארצי) 164/99 פרומר – רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294 (1999); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850 (2000); דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 362 (2000).

152 ראו עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000).

153 ראו ע"א 3833/93 לוינ' לוינ' נ' לוינ', פ"ד מח(2) 862 (1994); ע"א 3369/98 מינהל מקרקעי ישראל נ' רוזנטל, פ"ד נה(4) 52 (2001); רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים (בנייה) 1989 בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156 (2002).

154 ראו בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663 (2002).

155 ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

156 ראו עניין רקנט, לעיל ה"ש 151.

157 ברק-ארוז וגלעד, לעיל ה"ש 132, בעמ' 24-35.

האזרחי (עוולת הרשלנות). לפי גישה זו, ההכרה בזכות לאוטונומיה היא דוגמה לתופעה רחבה יותר שהתרחשה בדיני הנזיקין לאחר המהפכה החוקתית, ואשר התבטאה בהכרה בנזקים "טהורים" שאינם תוצאה של נזקים פיזיים לגוף או לרכוש, אלא של פגיעה בכבוד האדם או בחירותו.¹⁵⁸ תופעה זו, שבגדרה הוכרו, בין היתר, נזקים שמקורם בתחושת עצב בגין אובדן עובד או בתחושת גועל כתוצאה משתיית חלב עם סיליקון, זכתה בביטויים שונים – חלקם סמוך לעניין דעקה וחלקם במרוצת השנים לאחר־מכן.¹⁵⁹ היבטים נוספים של השפעת שיח זכויות האדם על דיני הנזיקין, שהופיעו שנים לא־מעטות לפני פסק־הדין בעניין ענטבי, התבטאו בשקילת שיקולי שוויון בעת פסיקת פיצויים¹⁶⁰ ובהכרה בזכותם של ידועים בציבור לתבוע כתלויים בניזוק שנפטר בגין מעשה עוולה.¹⁶¹

גם אם נקבל את הגישה הזו בדבר חלחול זכויות האדם למשפט הפרטי בכלל ולדיני הנזיקין בפרט, נראה שאי־אפשר לתלות בה את הגידול שחל בגובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה בין עניין דעקה לעניין ענטבי, כאשר אין אינדיקציה לגידול חד ומיידי במשקלה של הזכות לכבוד בין שתי הפרשות. כאשר ניתן פסק־הדין בשנת 1999, הייתה המהפכה החוקתית כבר בת שבע, ומפרשת בנק המזרחי חלפו ארבע שנים. השינוי החוקתי היה בעיצומו, והשפעתו ניכרה בכל תחומי המשפט – בספֶרה הציבורית ובספֶרה הפרטית. עצם ההכרה בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה בעניין דעקה, על הרטוריקה שהתלוותה אליה, היא ביטוי לתמורה החוקתית שהתחוללה באותן שנים, והיא משתלבת היטב עם יתר המגמות שתוארו. אף אם נקבל את הטענה כי האפקט החוקתי גבר עם השנים, אין בכך כדי להסביר את השנים הארוכות שבהן נפסק פיצוי מינורי גם אחרי העשור הראשון שלאחר המהפכה.

כאמור, לא זו בלבד שאין בהתפתחויות שאירעו במשפט החוקתי כדי להסביר את הפיצוי הנמוך בעניין דעקה ובמקרים שנידונו בשנים שלאחריו, טיעון זה גם אינו מתיישב עם העובדה שהגידול הפתאומי בפיצוי בעניין ענטבי התרחש דווקא בשנים שבהן קיימות אינדיקציות להיחלשות מסוימת בפתיחותו של בית־המשפט לטענות בעלות אופי חוקתי. זאת, כמשתקף מן המגמה של פסיקת הוצאות משפט מוגדלות לעותרים ציבוריים,¹⁶² קרי, עמותות וארגונים חברתיים שלא למטרת רווח המביאים לבית־המשפט שאלות בשם אינטרס ציבורי

158 שם, בעמ' 26 ר"ב 31.

159 ראו ע"א 398/99 קופת החולים של ההסתדרות הכללית נ' דין, פ"ד נה(1) 765 (1999); עניין תנוכה, לעיל ה"ש 4; עניין אבנעל, לעיל ה"ש 4; ע"א 153/04 רובינוביץ' נ' רוזנבוים (פורסם בנבו, 6.2.2006).

160 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 13.

161 ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999).

162 הגם שטרם נערך מחקר אמפירי מסודר בנושא, ניכרת בשנים האחרונות מגמה של פסיקת הוצאות משפט מוגדלות לעותרים ציבוריים. ראו ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" משפטים על אתר ו 35 (2013); תומר זרחין "בתקופת גרוניס: בג"ץ מקשה על עתירות חברתיות" הארץ 17.8.2012 www.haaretz.co.il/news/law/1.1803612; תומר זרחין "משפטנים מזהירים: בג"ץ מניף דגל שחור מעל עתירות ארגוני זכויות אדם" הארץ 19.8.2012 www.haaretz.co.il/news/law/1.1804679.

כלל¹⁶³ – מגמה שתוארה על-ידי שר המשפטים לשעבר, פרופ' דניאל פרידמן, כ"מהפכה חוקתית שנייה"¹⁶⁴; ומהתפתחותה של דוקטרינת העתירה הבלתי-בשלה¹⁶⁵, שמכוחה דחה

163 בשורה של עתירות ציבוריות שנפסקו בעת האחרונה חייב בג"ץ עותרים ציבוריים בהוצאות משפט בסכומים משמעותיים, הנחשבים חריגים ביחס למה שהיה מקובל עד אותה עת. ראו בג"ץ 6259/10 העמותה לקידום דרך אחרת נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 13.12.2010) (להלן: עניין דרך אחרת); בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך (פורסם בנבו, 26.4.2011) (להלן: פרשת שמעון מזרחי); בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012); בג"ץ 4567/12 תנועת אומ"ץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 15.7.2012).

164 דניאל פרידמן "המהפכה השנייה" ידיעות אחרונות – 24 שעות 28.8.2012, 8. מגמה זו לא יוחדה לעתירות שנמצאו כעתירות-סרק, והיא באה לעיתים לידי ביטוי גם כאשר בית-המשפט לא שלל את החשיבות החוקתית של השאלה שעל הפרק. ראו בג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 12 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.8.2012). פרק-הזמן הקצר מאז החלה מגמה זו מקשה אומנם להסיק בבירור אם מדובר בשינוי ארוך-טווח או במקבץ מקרי של פסקי-דין. עם זאת, מדברים שנאמרו למצער על-ידי חלק מהשופטים ניתן לזקק מסר לעותרים ציבוריים כי עליהם לשקול היטב את מהלכיהם קודם שיביאו לבית-המשפט עתירות ציבוריות, הן במישור המהותי והן במישור הפרוצדורלי, לבל יטיל עליהם בית-המשפט הוצאות בשיעור ניכר. כך, בעניין דרך אחרת, שם, פס' 8 לפסק-הדין, מצא השופט גרוניס לנכון, באופן שונה מהמקובל, לנמק את פסיקת ההוצאות החריגה. השופט תלה את גובה ההוצאות בפגמים שונים שנפלו בהתנהלות העותרת, שהיה בהם כדי לפגוע בשמו הטוב של ששינסקי וכן ברצון "להרתיע גורמים הפונים לבית המשפט בעתירות חסרות שחר, שמטרתן לנצל את כמת בית המשפט בדרך בלתי ראויה". בפרשת שמעון מזרחי, שם, בעמ' 7-12, הביע השופט גרוניס את דעתו, אגב פסיקת הוצאות מוגברות, כי יש לנקוט גישה מצמצמת בנוגע לביקורת השיפוטית המופעלת על החלטה להעניק פרס ישראל למאן שהוא, שכן מדובר בהחלטה בלתי-שפיטה למעט במקרים חריגים ביותר, וכי יש לצמצם את זכות העמידה בעניינה. לרכיב אחרון זה של עמדתו של השופט גרוניס לא הצטרפו יתר חברי ההרכב.

165 עד לראשית 2012 הופעלה הביקורת השיפוטית על החקיקה בישראל ברוב המקרים, תוך בחינה עקרונית של החוק בכללותו, על תוכנו והגיונו הפנימי, בלא זיקה לשאלת יישומו במקרים קונקרטיים. גישה זו עלתה בקנה אחד עם הרחבתה הניכרת של זכות העמידה על-ידי בית המשפט, עם צמצום מגבלות השפיטות ועם תפיסתו של בית-המשפט את תפקידו כמי שאמון על הבטחת שלטון החוק. אפשרות לשינוי במגמה זו נצפתה לראשונה בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פס' 24-33 לפסק-דינה של השופטת נאור וכן פסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 5.1.2012), שבו דחה בית-המשפט על הסף עתירה נגד חוקתיותו של חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, ס"ח 686 (שזכה בכינוי "חוק הנכבה"), בנימוק ש"העתירה אינה בשלה" לדיון שיפוטי. חודש לאחר-מכן ניתן פסק-הדין בבג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.2.2012), שבו נידונה עתירה של איגוד הנאמנים בשוק ההון נגד הוראות בחוק ייעול הליכי האכיפה ברשות ניירות ערך (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, ס"ח 206. גם הפעם דחה בית-המשפט את העתירה בעילת-סף של חוסר בשלות, תוך שהוא מצביע על כך שטרם הוחל ביישומם המלא של ההסדרים הקבועים בחוק (שם, פס' 12 לפסק-הדין). בפסק-דינו קשר המשנה לנשיאה ריבלין באופן ישיר בין דוקטרינת הבשלות לבין דוקטרינת השפיטות, בהצביעו על

בית־המשפט עתירות נגד חוקיותם של חוקים בנימוק כי טרם נבחן יישומם במקרה קונקרטי, ומכאן שאי־אפשר לעמוד על פגיעתם.¹⁶⁶ קשה לראות כיצד דווקא הסביבה הנורמטיבית המשתקפת ממגמה מצמצמת זו עולה בקנה אחד עם טענה התולה את הגידול ברף הפיזי בגין פגיעה באוטונומיה בחיזוק השיח החוקתי באותן שנים. אומנם, ניתן לטעון כי חלחול זכויות האדם לספֶרה הפרטית בכלל ולדיני הנזיקין בפרט היה איטי ומורג יותר. עם זאת, החלת זכויות האדם בדיני הנזיקין אינה פועלת בחלל ריק, וקשה לראות כיצד קפיצה מנומקת של מאות אחוזים בגובה הפיזי בגין ראש־נזק בעל אופי חוקתי התרחשה בבת אחת במנותק מההתרחשויות בספֶרה הציבורית.¹⁶⁷ יתרה מזו, אילו נבע הגידול בגובה הפיזי בגין פגיעה באוטונומיה מחיזוק השיח החוקתי, היה אפשר לצפות שחיזוק זה יזכה בביטוי גם בתחומים אחרים של המשפט הפרטי, ויביא לידי גידול בגובה הפיזי בהקשרים עוולתיים נוספים. אלא שבחינה מדגמית של המערך החקיקתי מלמדת כי הגידול בסכומי הפיזיים בגין פגיעה באוטונומיה – שהם כמהותם פיזיים ללא הוכחת נזק – אינו משקף מגמה רחבה של הגדלת פיזיים ללא הוכחת נזק בגין פגיעה עוולתית באינטרסים חוקתיים.¹⁶⁸ כך, בד בבד עם הגידול בפיזי בגין פגיעה באוטונומיה, נותר בעינו הפיזי בן 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000;¹⁶⁹ בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח–1988;¹⁷⁰ בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981;¹⁷¹ ובחוק איסור לשון

משאביו המוגבלים של בית־המשפט והעומס הקיים בו כטעמים המצדיקים אימוץ של דוקטרינת הבשלות (שם, פס' 13–20 לפסק־הדין). סמוך לירידתו של מאמר זה לדפוס ניתן גם פסק־הדין בבג"ץ 2311/11 סבא נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), שבו נדחתה עתירה לביטול תיקון לפקודת האגודות השיתופיות המאפשר ליישוב קהילתי לסרב לקבל מועמד בשל אי־התאמה לחיי חברה בקהילה או למרקם החברתי־התרבותי של היישוב הקהילתי, בין היתר בעילה של העדר בשלות. להרחבה ראו ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות – בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3083/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012).

166 הדיון במשמעויותיה של דוקטרינת הבשלות על המשפט החוקתי חורג מגדר עניינינו. נאמר רק שהפעלת הדוקטרינה במקרים שנידונו עלולה לייצר אפקט מצנן בנוגע לאפשרות של תקיפה חוקתית של דברי חקיקה הפוגעים בזכויות שהעתירות שנדחו ביקשו לתקוף. ראו צ'צ'קו, שם, בעמ' 436–438.

167 אכן, הביטוי העיקרי של החלת זכויות האדם בהקשר זה – עצם ההכרה בראש־הנזק החדש של פגיעה באוטונומיה – התרחש בתקופה שבה השיח החוקתי הכללי הבשיל וזכה ביישום בכלל ענפי המשפט.

168 אנלוגיה זו אינה מלאה, שכן היא משווה בין תפיסה המשתקפת ממעשי המחוקק לבין זו שמקורה במדיניותם של בתי־המשפט.

169 ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 58.

170 ס' 19(ב) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (תיקון מס' 2), התשס"ה–2005, ס"ח 288.

171 ס' 29 לחוק הגנת הפרטיות (תיקון מס' 9), התשס"ז–2007, ס"ח 368.

הרע, התשכ"ה-1965.¹⁷² זאת ועוד, לא רק שתקרת הפיצוי הסטטוטורית בגין פיצוי ללא הוכחת נזק לא הוגדלה באופן משמעותי, בית-המשפט אף נמנע לרוב מלפסוק פיצוי בגובה תקרה זו, והסתפק בפיצוי נמוך יותר.¹⁷³ התמקדותו של הגידול בפיצוי בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה לברו, כמו-גם המיידיות שבה אירע הדבר, תומכות אם כן בטענה שסיבה אחרת עמדה ביסוד הגידול בפיצוי.¹⁷⁴

172 ס' 7א לחוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6), התשנ"ט-1998, ס"ח 18. לא למותר להזכיר בהקשר זה כי ממחקר שנערך לאחרונה בנוגע לסכומי הפיצויים שנפסקו בגין לשון הרע בשנים 2004-2011 עולה כי אין אומנם מגמה אחידה וברורה בסוגיה זו, אולם לא נרשמה עלייה במוצק סכומי הפיצויים שנפסקו בגין לשון הרע לאורך שנות המחקר, ואף לא נרשמה מגמה של מיצוי התקרה בת ה-50,000 ש"ח הקבועה בחוק איסור לשון הרע. זאת, הגם שהמחקר כלל מקרים שבהם בחר בית-המשפט לא לילך במסלול של פיצויים ללא הוכחת נזק. ראו תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 453 (2013). ממצאיו של מחקר זה מעניינים גם בהשוואה למחקר אחר שנערך בשנים 1996-1999, ערב כניסתו לתוקף של התיקון לחוק איסור לשון הרע שבו הוסף ס' 7א, שקבע כאמור את תקרת פיצוי ללא הוכחת נזק. בכפוף להסתייגויות הקשורות למתודולוגיה השונה של שני המחקרים, ניתן לומר כי להבדיל מהשנים 2004-2011, בשנים 1996-1999, הסמוכות למהפכה החוקתית ולפסק-הדין בעניין דעקה, נצפתה מגמה כללית של עלייה בסכומי הפיצויים הנפסקים. ראו יובל קרניאל ועמרים ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך" עלי משפט ב 205, 242 (2002). זאת ועוד, בצד הגבלת גובה הפיצוי נקט בית-המשפט צמצום בפרשנות של סעיפי חוק המאפשרים את הגדלתו. כך, למשל, בנוגע לאפשרות של פסיקת כפל פיצוי בגין לשון הרע במקרה של כוונה לפגוע, לפי ס' 7א(ג) לחוק איסור לשון הרע, צוין כי "אם די יהיה בקיומה של צפיות שהפרסום המעוול יפגע במושא הדברים על מנת שייקבע כי מדובר בפרסום שנעשה בכוונה לפגוע, נמצא שכל פרסום שיש בו לשון הרע, בשל טבעו ככזה, ייחשב כפרסום שנעשה בכוונה לפגוע. נדרש, אפוא, קיומו של יסוד נוסף, של התנהגות זדונית, של כוונה 'של ממש' לפגוע". ראו רע"א 5022/13 יצחק נ' דנון תקשורת בע"מ, פס" 8 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 8.9.2013).

173 להלן כמה דוגמות: ת"א (שלוש ב"ש) 29716-02-10 מדנט בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 25.8.2013); ת"א (שלוש עפ') 5197-06-08 בר תור נ' הירש (פורסם בנבו, 27.6.2013); ת"א (שלוש הרצ') 23138-05-10 אבישר נ' גנקין (פורסם בנבו, 21.3.2013); ת"א (שלוש הרצ') 18139-10-11 סייג נ' רוזנטל (פורסם בנבו, 7.8.2013); ת"א (שלוש אשר') 17104-04-10 וויגה נ' כאהן (פורסם בנבו, 12.12.2012); ס"ע (אזורי חי') 40239-06-11 לוי – פייטלוביץ-אריאלי רואי חשבון (פורסם בנבו, 20.8.2013); תע"א (אזורי ת"א) 2276-10 משיח – גסטטרנטק בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.2013).

174 ראו ברק-ארז וגלעד, לעיל ה"ש 132, בעמ' 35. המחברים טוענים כי הגידול בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, המשתקף בעניין וינשטיין משנת 2005 (לעיל ה"ש 15), הוא דוגמה לגידול במשקלה של הזכות לכבוד בדיני הנזיקין. כפי שהראינו, גידול זה לא שיקף מגמה רחבה ומודעת, לא עלה בקנה אחד עם רוב-רובה של הפסיקה שקדמה לעניין ענטבי בעליון (לעיל ה"ש 7), וממילא לא לווה נימוקים חוקתיים שיבארו אותו. משכך, נראה כי יש לתלות אותו בנסיבותיו של אותו מקרה ולראות בו יוצא-מן-הכלל.

ד. מה עומד אם כן ביסוד הגדלת הפיצוי החדה בגין פגיעה באוטונומיה?

עד כה ראינו כי אי-אפשר לתלות את הגידול שחל בפיצוי בשיקולים שמקורם בדיני הנזיקין, ואף לא בהתפתחויות של המשפט החוקתי. במה ניתן אפוא לתלות את הגידול המשמעותי והפתאומי שאירע?

כפי שיוסבר להלן, לטעמנו הגידול שחל בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נגזר מאלה השניים: ראשית, מהצורך בגמישות שיפוטית ומהרצון להימנע מהכרעה בינרית שבה הנזוק מקבל פיצוי מלא או אינו מקבל פיצוי כלל; שנית, מסגירת ערוצי גמישות חלופיים ששימשו את בית-המשפט בעבר, ובראשם דוקטרינת הסיבתיות העמומה. לטענתנו, עם שלילת האפשרויות של בית-המשפט לפסוק פיצויים חלקיים מכוח דוקטרינת הסיבתיות העמומה, או למצער צמצומן במידה ניכרת, שקד בית-המשפט על פיתוח ערוץ גמישות חלופי, ומצא פלטפורמה הולמת בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה. כפי שיוסבר להלן, רצונו של בית-המשפט לשמר לעצמו מרחב תמרון של אפשרויות חוקיות שמתוכנן הוא יוכל לבחור את גובה הפיצוי שיינתן, ובאופן קונקרטי הרצון ליתן מענה לתחושת חוסר הצדק הנובעת ממצב שבו מי שסבל נזק גוף – בפרט כתוצאה מטיפול רפואי – יישאר כשידיו על ראשו, הובילו להגדלת טווח הפיצוי האפשרי בגין הפגיעה באוטונומיה.¹⁷⁵ פתרון זה אפשר לשופט גמישות בבחירת הפיצוי ההולם בעיניו, תוך צמצום המגבלות שראשי-הנזק האחרים מציבים.

נפתח במושכלות-יסוד. היבט חשוב בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי מתבטא בפיתוח המשפט באמצעות יצירה שיפוטית של נורמות חדשות בעלות תחולה כללית – פעולה שהיא אחד הביטויים למה שמכונה לעיתים "חקיקה שיפוטית".¹⁷⁶ אכן, בצד פעילות החקיקה העיקרית הנעשית על-ידי הגוף הפוליטי הנבחר, ובצד חקיקת-המשנה הנעשית מכורח המציאות על-ידי הרשות המבצעת, קיימת גם פעילות של חקיקה שיפוטית שבגדרה שופטים יוצרים נורמות משפטיות כלליות אגב הכרעה בסכסוך המובא לפניהם. נורמות אלה הופכות באופן פונקציונלי למעשי חקיקה לנוכח עקרון התקדים המחייב.¹⁷⁷ כלי זה של פיתוח המשפט, שמקורו בצורך להתאים את הדין למציאות המשתנה, הוביל לאורך השנים לפיתוח

175 בניתוח במאמר זה אנו מתמקדים במקרים של רשלנות רפואית. מקרים אחרים שבהם נפסקו פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה, במיוחד בתחום התובענות הייצוגיות, ניחנים בתכונות אחרות, ועל-כן קשה להשוות בינם לבין מקרים אלה, לפחות ככל שהדברים קשורים לגובה הפיצוי. כך, למשל, בעניין תנובה, לעיל ה"ש 4, נפסק לטובת קבוצת התובעים פיצוי גדול מאוד בגין הפגיעה באוטונומיה, אך היות שסכום זה חולק בין חברי הקבוצה, בפועל הוא עמד על מאות ספורות של שקלים לכל אחד.

176 ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 147-150 (1987); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 433-434 (1992).

177 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, שם, בעמ' 150-152.

קונסטרוקציות שיפוטיות שונות, ובכלל זה כללי הצדק הטבעי במשפט המנהלי,¹⁷⁸ חזקת השיתוף ביחסים בין בני-זוג,¹⁷⁹ הקניין שביושר בדיני המקרקעין,¹⁸⁰ וכן זכויות אדם ואזרח, אשר הוכרו בפסיקה עוד לפני עיגון בחוקי-היסוד.¹⁸¹ גם ההכרה באפשרות ליתן פיצוי בהתאם להסתברות שהמקור הסיבתי לנזק מצוי במעשה העוולה, במסגרת ע"א מלול,¹⁸² וכן ההכרה בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, במסגרת עניין דעקה,¹⁸³ הן דוגמות לחקיקה שיפוטית שנועדה לקדם מדיניות משפטית ראויה.

מהן אמות-המידה שפיתוח המשפט מושתת עליהן? שאלה זו לא זכתה במענה ברור בכתיבה, אך צוין כי "עלינו לפתח לעצמנו קריטריונים משלנו התואמים את תפישותנו, את ההיסטוריה שלנו, ואת מעמדנו כשיטת משפט מעורבת".¹⁸⁴ בפרשת ז'רז'בסקי,¹⁸⁵ הצביע השופט ברק על עקרונות-היסוד של השיטה כעל מקור נורמטיבי לפיתוח המשפט. עקרונות-יסוד אלה כוללים, בין היתר, את הצדק וההגינות, כביטוי ל"נשמה היתרה" של שיטת המשפט.¹⁸⁶ כפי שהודגש בפסיקה, "הרשות השופטת אינה אך חבר שופטים וספר חוקים ושולחן וכיסא ומנורה... בית-משפט הוא צדק ויושר, ערכים ומנהגות, מוסכמות ומושכלות, עקרונות ועיקרים".¹⁸⁷ אחד הביטויים הקונקרטיים להטמעתם של עקרונות אלה בשיטת המשפט הישראלית הוא פיתוח של עקרונות יושר "ישראליים", בין כעיקרון פרשני הניצב בצד מערכת הדינים הפורמלית ובין כחלק ישיר ממנה.¹⁸⁸ אכן, כפי שנידון בהרחבה בספרות, בעשורים האחרונים התרחש במשפט הישראלי תהליך של חיזוק הפן המהותי של הדין על-חשבון זה הפרוצדורלי, תוך שימוש בארגז הכלים של השופט כדי להגיע לפתרונות יצירתיים שיאפשרו הגשמת ערכים של צדק במצבים שבהם הדין ה"יבש" אינו מתיישב עימו.¹⁸⁹ למגמה זו נמצאו ביטויים רבים. כך, למשל, באחת הפרשות נדרש בית-המשפט

-
- 178 ראו אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט – ספר היובל 512, 516, ה"ש 32 (1993).
- 179 ראו ע"א 630/79 ליברמן נ' ליברמן, פ"ד לה (4) 369, 359 (1981).
- 180 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג (4) 199 (1999).
- 181 בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב (1) 80 (1949); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז (1) 871 (1953). ראו גם את דבריו של השופט ויתקון בבג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז (2) 1023, 1027 (1962).
- 182 ע"א מלול, לעיל ה"ש 17.
- 183 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1.
- 184 ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה", לעיל ה"ש 177, בעמ' 532.
- 185 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749 (1991).
- 186 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 456-457 (1993) (להלן: ברק פרשנות החקיקה).
- 187 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199, 265 (1999).
- 188 ראו אליקים רובינשטיין "היושר כערך" דעת – לימודי יהדות ורוח 39 (התשס"א) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/39-2.htm.
- 189 ראו בכלליות מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993); קובי ורדי "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי והאזרחי" המשפט יב 203 (2007). ברוח דברים אלה ציין השופט חשין כי "בית-משפט אין הוא כמכונה

ל"זעקת ההגנות" כטעם לסטייה מדרישת הכתב בדיני מקרקעין;¹⁹⁰ בפרשה אחרת דובר על שיקולי יושר כטעם להחזרת השקעות לבר-רשות שחדל להחזיק במקרקעין;¹⁹¹ ובמקרים נוספים התגבר בית-המשפט על טענות פרוצדורליות ואף על שגיאות שלו עצמו במטרה להגשים עקרונות של צדק.¹⁹²

כדי להוציא אל הפועל כלי זה של פיתוח המשפט ולהגשים באמצעותו תכליות של צדק, הנחת-המוצא היא כי שופטים יבכרו שיטה המעניקה להם גמישות לגבש תוצאה ראויה במקרה קונקרטי, וחירות לקבל החלטה בדרך העולה בקנה אחד עם עמדתם השיפוטית, על-פני שיטה שבה הם ניצבים בפני מגבלות נוקשות השוללות מהם מרחב תמרון. אכן, בהתאם לגישה הרואה את המשפטנים כ"חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר וטוב יותר" וכ"ארכיטקטים של השינוי החברתי",¹⁹³ ובשים לב להסכמה כי אחד הביטויים המרכזיים לפיתוח המשפט על בסיס מדיניות משפטית – המשקפת, בין היתר, את תפיסת-עולמו של השופט – הוא הפעלה של שיקול-דעת שיפוטי,¹⁹⁴ ברור מדוע יקל על שופטים להגשים היבט זה של תפקידם השיפוטי כשלפניהם פלטפורמות גמישות ומושגים-שסתום רחבים.¹⁹⁵ כך, למשל, ניתן להסביר את הבחירה לעשות שימוש נרחב בעולות הרשלנות במשפט הישראלי, ואת העדפתה על עוללות פרוצדורליות, בכך שעוללות-מסגרת זו מקנה לבית-המשפט גמישות רבה ומרחב שיקול-דעת בהצבת הסטנדרטים להתנהגות זהירה במקרה נתון ובהתאמתם למקרים שונים ולאורך זמן.¹⁹⁶

מבקריה של תפיסה זו יטענו, ברוח הריאליזם המשפטי, כי מקורה במאבקי כוח בין בתי-המשפט לבין רשויות השלטון האחרות או ברצון להשליט תפיסת-עולם – באופן גלוי או מוסווה – תוך שימוש בכלים שיפוטיים.¹⁹⁷ יש אף המעלים ספק בנוגע למידת האפקטיביות

שנועדה למיצוי מיץ-גזר מגזר, מכונה שבצדה האחד יירחק הגזר ובצדה האחר ייזול מיץ-גזר. בית-משפט היה כרקמה חיה ונושמת, רקמה רוויה במיצים – ביניהם מיצים של צדק ושל יושר, של תום-לב ושל שכל ישר". ראו ע"א 1842/97 עיריית רמת-גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, 43 (2000).

190 ראו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 197 (1996).

191 ראו ע"א 4163/91 מינהל מקרקעי ישראל נ' בראשי, תק-על 98(2) 495, פס' 9 לפסק-הדין (1998).

192 ראו ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68, 104 (1997); רע"א 7669/96 עיריית נהריה נ' קזס, פ"ד נב(2) 214, 219-220 (1998). לדוגמות נוספות ראו ורדי, לעיל ה"ש 189.

193 אהרן ברק "שלטון החוק" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו – חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט 15, 25 (שמעון שטרית עורך, 1977).

194 ראו יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647 (1993); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 25-29 (2004).

195 על חשיבותם של מושגים-שסתום בחקיקה ועל הצורך שהם מעלים בפרשנות רחבה, ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 186, בעמ' 136-137.

196 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 556-557; עניין גורדון, לעיל ה"ש 102, בעמ' 123-126.

197 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 575-585; רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994).

של הגמישות השיפוטית ושל שיקול-הדעת הרחב, תוך שהם מצביעים בעיקר על חוסר הוודאות שהיא מייצרת ועל העלויות המערכתיות הכרוכות בה.¹⁹⁸ כשלעצמנו אנו סבורים כי במקרים הראויים קיימים יתרונות משמעותיים בהותרת מרחב של גמישות לבית-המשפט לפיתוח הדין,¹⁹⁹ בין היתר, כאמור, ככלי להשגת פתרון צודק במקרה נתון.²⁰⁰ אחת הדרכים שבהן בית-המשפט מפתח את המשפט תוך הותרת מרחב של שיקול-דעת לקבלת החלטה במקרה קונקרטי היא יצירת דוקטרינות המשקפות גישות-ביניים של איזון, ולא גישות קיצוניות,²⁰¹ ויצירת משטרים גמישים המאפשרים קבלה חלקית של טענה משפטית או עובדתית, ולא משטרים בינריים של "הכל או לא-כלום".²⁰² דומה שתוכנה זו אינה מפתיעה במיוחד. בתי-משפט נוהגים תדיר לנסות ליישב סכסוכים בהסכמה או בדרך של פשרה, תוך מתן תמריצים שונים, ובראשם הימנעות מפסיקת הוצאות.²⁰³ לעידוד הפשרה קיים בוודאי מגוון של סיבות, ובכלל זה הרצון לחסוך במשאבים שיפוטיים,²⁰⁴ אולם הצורך

- 198 ראו: Lutz-Christian Wolff, *Law and Flexibility – Rule of Law Limits of a Rhetorical* 198 *Silver Bullet*, 11 J. JURIS. 549 (2011). ביקורת מסוג זה רלוונטית במיוחד במשפט הפלילי. ראו מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח 253, 262-266 (2000); מרדכי קרמניצר ואח' מרמה והפרת אמונים – בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה (2008).
- 199 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 194, בעמ' 22-29, 32-36. ראו גם אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות ביני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 684 (1999). כן ראו: Corocraft Ltd. v. Pan American Airways Inc., [1969] 1 Q.B. 622, 638 (C.A.) (Eng.).
- 200 ראו: Carl E. Schneider, *Discretion and Rules: A Lawyer's View, in THE USES OF DISCRETION* 47 (Keith Hawkins ed., 1992) 154-155. בעמ' 154-155. ראו גם דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 691 (1996); רע"פ 5066/09 אוחיון נ' מדינת ישראל, פ"ס 8 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 22.4.2010). בדרך זו נומק, למשל, גם הצורך בגמישות דיונית בהפעלת כללי הפרוצדורה הפלילית. ראו ע"פ 4946/07 מקלדה נ' מדינת ישראל, פ"ס 7 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.2.2009).
- 201 כך, לדוגמה, העדיף בית-המשפט גישת-אמצע של איזון בנוגע לשאלת היקף התערבותו בהסדר-טיעון בעניין העונש (עניין פלוני, לעיל ה"ש 68, בעמ' 606-608); בנוגע למועד יצירת השיתוף בזכויות ובחובות בין בני-זוג לפי הלכת השיתוף (רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, פ"ד סב(1) 165 (2006)); ובנוגע לסיווג עבירות שחוקקו עובר לתיקון מס' 39 לחוק העונשין בעברות של אחריות קפידה (רע"פ 2929/04 מדינת ישראל נ' אוחנה (פורסם בנבו, 25.6.2007)).
- 202 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 189, בעמ' 535-537, המראה כי אחד הביטויים לשינוי בדרך ההנמקה של בית-המשפט בשנות השמונים בהשוואה לשנות החמישים הוא המעבר לאיזון בין ערכים מתנגשים. ראו גם אהוד גוטל "הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים לו 829, 845-847 (2007).
- 203 ראו אסף יעקב "רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדין המשפטי" עיוני משפט כו 5, 36-41 (2002); יעקב אבי ברוך טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה" שערי משפט ג 13 (2002).
- 204 לשיקולים המשפטיים הכרוכים בהסדרה שמושגת בהסכמת הצדדים ראו רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012).

בפשרה מקורו גם בשיקולים מהותיים, דוגמת מורכבותה וסיבוכיה של המציאות,²⁰⁵ וכן בשיקולים ערכיים, כגון הרצון לתת משקל לאינטרסים מסוימים של כל צד והרצון לקדם שיקולי צדק. מכל מקום, פתרון-אמצע או רצף של פתרונות מעניקים כר נרחב לעריכת איזון בין שיקולים, תוך בחירה של השיקולים הנשקלים וקביעת המשקל שיינתן לכל שיקול באופן מוחלט ובאופן יחסי. פתרונות-אמצע כאלה מרחיבים את הגמישות הנתונה לבית-המשפט בהשוואה למקרים שבהם הוא צריך לבחור בפתרונות-קצה, ומעניקים לו מרחב תמרון במקומות שבהם חוש הצדק השיפוטי מורה לו לעשות כן.²⁰⁶ הצורך בשיקול-דעת שיפוטי, בין היתר על-דרך פתרונות-אמצע, מקבל משמעות מיוחדת בדיני הנזיקין. לעניין זה נבקש לייחד כמה מילים.

אחת המגבלות המרכזיות הניצבות בפני שופט הנדרש לקבל החלטה בדיני נזיקין היא הצורך בהכרעה בינרית. כך, מעבר להנמקה המפורטת ולפיתוח המשפטי, השופט נדרש להכריע בין טענות התובע לטענות הנתבע. דרישה זו מאלצת את השופט לבחור בפתרון חד של "הכל או לא-כלום", ומצמצמת באופן משמעותי את מידת הגמישות הניתנת לו לנפק פתרונות-ביניים יצירתיים. במקרים רבים עובדות המקרה אינן מעלות דילמה של ממש, והפתרון הבינרי הוא גם הפתרון הראוי. הקושי מתעורר בשעה שהתמונה העובדתית אינה כה חד-משמעית, ומתעוררות תהיות בנוגע לקשר הסיבתי, לזהותו של הגורם המעוול, למידת האשם של כל גורם וכדומה, והשופט מתלבט ומתקשה להכריע. שופט המבקש להגיע לפתרון צודק עשוי להיזקק באותם מקרים למתחם רחב יותר של פתרונות, ובכלל זה לפתרונות-אמצע היוצרים איזון בין האינטרסים של כל הצדדים לדיון. יש הסבורים כי רוב המקרים המגיעים לבית-המשפט הם מקרים קשים כאלה.²⁰⁷

הדין הנזיקי העמיד לאורך השנים סוגים שונים של פתרונות. כך, למשל, נוצרה זה כבר הדוקטרינה של אשם תורם, אשר מאפשרת לבית-המשפט להגיע, במקרים הראויים, לפתרון-אמצע שלפיו הנזק יחולק בין הצדדים בהתאם ליחס שייקבע על-ידי בית-המשפט.²⁰⁸ האשם התורם ממיר את הפתרון הבינרי של תשלום הפיצוי או פטור מתשלום ברצף המשתרע בין שני מקרי-הקצה, שהשופט יכול להיעצר על-גביו בכל מקום שיבחר לפי שיקול-דעתו.²⁰⁹

205 ראו שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או לא כלום'?" עלי משפט ג 531, 564 (2004).

206 על גישה דומה עמד בהרחבה שופט בית-משפט השלום שלמה לבנוני, שטען כי אף שהתפיסה השיפוטית המקובלת היא תפיסה דיכוטומית-בינרית, שהכלל המאפיין אותה הוא "הכל או לא-כלום", יש מקום לדוקטרינה שיפוטית נוספת לצידה, היא דוקטרינת הפסיקה המשוקללת. שם. ראו גם: Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 Wm. & Mary L. Rev. 5, 6 (1996).

207 ראו זמיר, לעיל ה"ש 194, בעמ' 648.

208 ראו ס' 68 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266.

209 באופן דומה, בשנים האחרונות החל בית-המשפט מאמץ תרופות-אמצע גם בתחומים אחרים של המשפט, ובכלל זה בדיני החוזים. ראו ע"א 3912/90 Eximin S. A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993); אריאל פורת "הגנת אשם תורם למפר חוזה – אימתי?" עיוני משפט יח 103 (1993); רועי קרייטנר "הערעור נתקבל בחלק: תרופות-אמצע בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ל 265 (2007).

ברם, בסופו של דבר, טווח פעולתה של דוקטרינת האשם התורם מוגבל. ראשית, באין אשם בניזוק אי-אפשר לחלק את הנזק, גם אם תחושת הצדק של השופט מורה כי אין לחייב את המזיק במלוא הנזק. שנית – וזה העיקר – דוקטרינת האשם התורם אינה מספקת פתרון למצבים שבהם קיים קושי בהוכחת רכיב הגרימה, הניצב פעמים רבות בליבת הדיונים בתיקים נזיקיים. הליך הגרימה נושא במהותו אופי בינרי, ועל-כן מציב מכשלה בפני השופטים ומצמצם את טווח הפתרונות העומד לרשותם בכואם לחלק את הנזק בין הצדדים. החוק והפסיקה ניסו אומנם להציע פתרונות לבעיות נקודתיות שהתעוררו. כך, למשל, נוצרה הדוקטרינה של העברת נטל הראיה²¹⁰ ושל הנזק הראייתי (בפן הראייתי).²¹¹ אך גם פתרונות אלה היו בינריים, ופעמים רבות לא היה בהם מענה למורכבויות עובדתיות שעלו במקרים שונים ולרצון להשית את הנזק על יותר מצד אחד.

הערעור האזרחי בעניין מלול²¹² הביא עימו שינוי מגמה. באותה פרשה יצר בית-המשפט דוקטרינה חדשנית שחרגה מזו האורתודוקסית,²¹³ ולפיה במקרים הראויים בית-המשפט רשאי לעבור מכלל הכרעה בינרי לכלל יחסי. בהתאם לדוקטרינה זו, בית-המשפט אינו נדרש בהכרח לקבוע את אמיתותה של גרסה עובדתית אחת מבין השתיים המובאות לפניו, אלא יכול להעריך לגבי כל אחד מן הצדדים את הסיכויים שגרסתו נכונה, ולחלק בהתאם את סכום הפיצוי ששנוי במחלוקת.²¹⁴

פסק-הדין בע"א מלול,²¹⁵ שניסח פתרון-אמצע לקשיים סיבתיים וכפועל יוצא מכך גם לגובה הפיצוי שיינתן, סיפק לבית-המשפט כלי משמעותי להפעלת שיקול-דעת שיפוטי ולהשגת צדק פרטני. כפי שציין בדיון הנוסף השופט רובינשטיין, שהצטרף לעמדתה של השופטת נאור (אשר חזרה על עמדתה מהערעור האזרחי), "עשיית צדק מחייבת לעתים גמישות שאינה אפשרית בדגם הבינארי... של 'הכל או לא כלום'".²¹⁶ השופט רובינשטיין אף הדגיש את הלגיטימיות של אימוץ דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות בדרך של חקיקה שיפוטית, וציין כי "פיתוח פרשני של הדין במקרה דנא אינו חורג ממתחם הלגיטימיות הפרשנית... עסקינן במאטריה שהיא לחם חוקם של בתי המשפט, דבר יום ביומו, וממילא במומחיותם המקצועית... אין כל מניעה לפיתוח על-ידי בית המשפט, וכך אירע פעמים רבות, עד כדי רפורמות מושגיות... אין להירתע בכגון דא מיצירתיות שיפוטית".²¹⁷ עוד קודם לכן, בעניין דעקה, עמדה השופטת שטרסברג-כהן על היתרונות שבמתן פיצוי לפי הסתברות, ככלי להשגת גמישות שיפוטית. בין היתר ציינה השופטת כי "מבחן הערכת הסיכויים מאפשר – נוכח גמישותו – להטיל אחריות יחסית וחלקית ולמנוע מצב שבו

210 ראו ס' 37-41 לפקודת הנזיקין.

211 ראו, למשל, ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284, 294-295 (1989).

212 ע"א מלול, לעיל ה"ש 17.

213 ראו בועז שנור 'הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל – בעקבות ע"א 7375/02 בית החולים 'כרמל' חיפה נ' מלול; ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' זכריה כהן"

משפטים לז 177 (2007).

214 שם, בעמ' 183.

215 ע"א מלול, לעיל ה"ש 17.

216 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' א לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

217 שם, פס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

יצא הרופא פטור בלא כלום או שבו יישא באחריות מלאה במצב של חוסר ודאות... הוכחה הקשר הסיבתי על-פי הערכת הסיכויים, הוא הפתרון הראוי והמאוזן שבידו ליתן מענה הולם למצבי אי-הוודאות המיוחדים במקרים מסוג זה שלפנינו.²¹⁸ ניתוח דומה נשמע גם בפסיקתן של הערכאות הדיוניות. כך, למשל, בת"א פלוני,²¹⁹ שבו דן בית-המשפט בקשר הסיבתי שבין עיכוב בגילוי גידול שפיר בראשו של התובע לבין הנזק שנגרם לו בגין הסרתו של אותו גידול, קבע בית-המשפט המחוזי כי "הפעלה יבשה, טכנית ונוקשה של הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה', יוצרת מצב בו התוצאה בכל הכרעה שיפוטית היא 'הכל או לא כלום'. התובע יזכה בתביעתו גם אם ההסתברות הראייתית לזכותו היא 100% או 50.1%, ואילו הנתבע יפסיד בדינו, בין אם הצליח להוכיח את טענותיו ברמה של 50%, ובין אם כל ראיותיו התגלו ככוזבות ורמת ראיותיו היא 0%".²²⁰ בצד אפשרות זו, אך לא במקומה, אימץ בית-המשפט את הגישה של פיצוי לפי הסתברות שהותוותה בע"א מלול,²²¹ וקבע כי "דרך זו יש בה מעלות רבות וראיתי לנכון לאמצה, שכן הפתרון הנוצר תוך שימוש בכלים הללו, הוא צודק יותר, ובכך מוגשמת מטרתו היסודית, הסופית והחשובה של ההליך השיפוטי, שהיא – מתן פסק דין צודק".²²²

ההכרה בגמישות ובשיקול-הדעת הרחב המוקנה לבית-המשפט בעקבות הדוקטרינה שנקבעה בע"א מלול הייתה משותפת גם למבקריה, ולמעשה הזינה את ביקורתם. כך, במסגרת הדיון הנוסף בעניין מלול ציין השופט גרוניס, בין היתר, כי "ההכרה באחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה... תוביל לתוצאות קשות, על פי השקפתי, מבחינת תפיסת תפקידו של בית המשפט העליון בהכרעה במקרים קשים ומבחינת היקף שיקול הדעת השיפוטי הרצוי ותעצים את אי הוודאות המובנית במשפט".²²³ עוד הוסיף השופט גרוניס כי "אימוץ של דוקטרינה בדבר אחריות יחסית משמעותה הכרה בכלל משפטי חדש, בעל תחולה רחבה, שעל פי טיבו ומהותו מעצים את אי הוודאות. יש להבדיל בין מתן פיתרון נקודתי במקרה קשה לבין 'חקיקה שיפוטית' שהשלכותיה רחבות ועמוקות".²²⁴

גישה דומה, אשר מכירה בגמישות בקביעת העובדות הגלומה בדוקטרינות שבית-המשפט משתמש בהן אך מבקרת אותה, בוטאה במאמרו של השופט יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט".²²⁵ השופט עמית טוען כי את טשטוש הגבולות בהכרעות שיפוטיות ניתן לבחון כחלק מתופעה חברתית רחבת-היקף, שהיא תולדה של הגישה הרליטיביסטית הטבועה בזרם הפוסט-מודרניסטי. לטענתו, "האמת העובדתית הורדה מעל הדוכן ובמקומה הוצב ה'נרטיב', והחלה לחלחל גישה של ספקנות... לגבי ה'יומרה' "

218 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 602.

219 ת"א (מחוזי י-ם) 3248/01 פלוני נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (פורסם בנבו, 29.8.2005) (להלן: ת"א פלוני).

220 שם, פס' 134 לפסק-הדין.

221 ע"א מלול, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31.

222 ת"א פלוני, לעיל ה"ש 219, פס' 135 לפסק-הדין.

223 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 3 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

224 שם, פס' 26 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

225 יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים 17 (2011).

של בית המשפט לחשוף ולבודד אמת תקפה אחת.²²⁶ כאמור, עמית מבקר גישה זו, וטוען כי "האמת העובדתית היא אחת, ועל בית המשפט המשימה הכבדה לרדת לחקרה, ואין בית המשפט רשאי להתנצל מחובתו זו".²²⁷ בדוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות, שנפסקה בע"א מלול, עמית רואה דוגמה להימנעות מקביעת אמת עובדתית בעלת אופי בינרי, שיסודה ברצון להעניק לשופטים שיקול-דעת כדי לאפשר להם להשיג תוצאה הנראית להם צודקת בנסיבות העניין. לגישתו, הדבר עלול להוביל למדרון חלקלק ולפגיעה בוודאות המשפטית.²²⁸ תהיה העמדה בנוגע לגישה זו אשר תהיה, נראה כי בין התומכים למבקרים אין מחלוקת בנוגע לגמישות השיפוטית שהביאה עימה דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות אשר נוצרה ופותחה בע"א מלול. דוקטרינה זו סיפקה לבית-המשפט פלטפורמה שאפשרה לו להימנע מתוצאה בינרית, ולנפק פתרון יחסי שיהלום את נסיבות המקרה, בהתאם לשיקול-דעתו ולשיקולי צדק. בכך הייתה הדוקטרינה לחלק ממגמה רווחת של פיתוח דוקטרינות שיפוטיות שיאפשרו מתן פתרון הולם למצבים של מורכבות עובדתית, למצבים שבהם נדרש איוזן בין האינטרסים של הצדדים לדיון בגרדי התוצאה, ולצורך בהשגת צדק פרטני.

אולם בהצהרה כי קיים צורך בגמישות שיפוטית, וכי צורך זה התמלא באמצעות דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות, אין כדי להסביר את "הקפיצה הגדולה". הרי צורך זה, אם קיים, לא נולד רק בשנים האחרונות, והייתה בו נחיצות מלכתחילה. מדוע אפוא דווקא השנים האחרונות הצמיחו את הגדלת השימוש בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, תוך יצירת אינפלציה משמעותית של גובה הפיצוי בגין הנזקים?

לדעתנו, את ההסבר לצמיחה ולשימוש המוגבר בראש-נזק זה ניתן לתלות ביחס שבין ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה לבין עקרונות הסיביות, אשר משתנים מזמן לזמן. במילים אחרות, משנסגר ערוץ גמישות אחד, נפתח ערוץ גמישות אחר. דעתנו היא כי ההקלה בדרישת הסיביות, אשר רווחה בפסיקת בית-המשפט העליון במשך תקופה ארוכה, אפשרה לשופטים גמישות ושליטה בגובה הפיצוי הנזיקי, ועל-כן לא נוצר לחץ על דוקטרינת ההסכמה מדעת בכלל, ועל הפגיעה באוטונומיה בפרט, והן נותרו "רדומות" למשך זמן רב. העובדה שבדנ"א מלול נסגר השער בפני דוקטרינת הסיביות העמומה (על-פי גישה אחת) או צומצמה יכולת השימוש בה (על-פי גישה אחרת) עוררה קושי רב בקרב השופטים במקרים שבהם הם סברו כי נדרשת גמישות בחלוקת הנזק. קושי זה הוליד לחץ למציאת תחליף. תחליף (חלקי) זה נמצא בדמות ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה.

כדי להבהיר את טענתנו, נסקור עתה בקצרה את התפתחותו של ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, את הצורך שהוא גילם ואת הפער שנוצר בעקבות דנ"א מלול – פער שמולא, לגישתנו, באמצעות הגדלת הפיצוי בגין ראש-נזק זה.

226 שם, בעמ' 36-37.

227 שם, בעמ' 37.

228 שם, בעמ' 37-40.

ה. על הקשר שבין הגדלת הפיצוי לבין התהפוכות בהלכות הסיבתיות

חשבו על טיפול רפואי שבעקבותיו נותר המטופל עם נזק גוף, והוא מעוניין לקבל פיצוי בגין נזק זה. ככל תביעה אזרחית, עליו הנטל להראות כי התקיימו יסודות התביעה, ובמסגרת עוולת הרשלנות – כי הנזק נגרם לו ברשלנות.

האפשרות הראשונה והסטנדרטית מבחינתו של המטופל היא להראות כי הטיפול היה רשלני, וכי רשלנות זו היא שגרמה לנזק הגוף. אם יוכיח זאת, יהיה המטופל זכאי לקבל פיצוי בגין הנזק שנגרם לו. סיטואציה זו מאפיינת את הפרדיגמה הנזיקית הבסיסית של עוולת הרשלנות, ובמסגרתה – גם כיום – אין הפגיעה באוטונומיה ממלאת תפקיד משמעותי מבחינת פרקטיקת הפיצוי הרווחת, אף כאשר ניתן להוכיח כי התקיימה. זאת, אף שמבחינה קונספטואלית ניתן לטעון כי נזק הגוף והנזק בשל הפגיעה באוטונומיה – שני נזקים שונים הם.²²⁹

ומה כאשר הניזוק מתקשה לבסס את יסודות העוולה – למשל, כאשר הוא אינו יכול להוכיח את יסוד ההתרשלות בטיפול או כאשר קשה לו לבסס קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק? באופן מסורתי נבחנו יסודות אלה באופן בינרי, וסקלת האפשרויות נעה בין קבלת פיצוי מלא לבין אי-קבלת פיצוי כלל. אומנם, כפי שהוסבר לעיל, התפתחו כלים שסייעו לתובע לעמוד בנטל הוכחת התביעה, דוגמת העברת נטל הראיה או נזק ראיתי, ואלה פעלו הן במישור ההתרשלות, הן במישור הסיבתיות. אולם כלים אלה לא חילצו כאמור את ההכרעה השיפוטית מאופייה הבינרי, ואם לא עלה בידי הניזוק להוכיח את יסודות העוולה – התרשלות או קשר סיבתי – הייתה התביעה נדחית. זאת, אפילו סבר בית-המשפט כי מן הראוי לא להותיר את הניזוק ללא כל פיצוי. על רקע זה פותחו בפסיקה כלים נוספים אשר העשירו את קשת האפשרויות שעמדה לרשות בית-המשפט. אחת החלופות שפותחה במקרים של רשלנות רפואית, ואשר נועדה בעיקר למצבים שבהם לא הוכח כי התקיים יסוד ההתרשלות בביצוע הטיפול או לא הוכח הקשר הסיבתי, הייתה (ועודנה) חובת הגילוי הנאות.²³⁰ חלופה זו העניקה לתובע עילת תביעה נוספת במקרים שבהם לא עלה בידו להראות כי הנתבע התרשל בטיפול. במסגרת זו היה המטופל יכול לקבל פיצוי על נזקו אם הראה כי הופרה כלפיו ברשלנות חובת הגילוי, וכי הוא לא היה מסכים לטיפול אילו נחשף למידע מראש.²³¹ הגם שהאכסניה החוקית שנעשה בה שימוש בסיטואציה כזו הייתה עוולת הרשלנות, וראש-הנזק שדובר בו היה נזק גוף, יסודותיה היו שונים מאלה של נזק הגוף הנובע מרשלנות במתן הטיפול. בפרט, היא חלה גם כאשר הטיפול הרפואי היה ללא דופי.²³² כל שנדרש לצורך הוכחתה היה להראות כי חובת גילוי שהמטפל חב בה הופרה

229 ראו עניין קרוש, לעיל ה"ש 21, פס' 45 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

230 ת"א (מחוזי י-ם) 5412/03 פלוני נ' שרותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 22.8.2011); ת"א (מחוזי נצ') 714/09 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 16-18 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 1.1.2013).

231 ע"א 6153/97 שטרל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746, 760-758 (2002).

232 ע"א 4960/04 סידי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590 (2005); אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609, 644 (2009).

בחוסר סבירות, וכי ללא הפרתה הרשלנית, היה המטופל מחליט לא לקבל את הטיפול או לפחות להיערך אליו בצורה שונה. רכיב הסיבתיות בעוולה זו כונה על-ידי בית-המשפט "סיבתיות החלטה", כדי להבדילו מהסיבתיות ה"עיקרית".²³³ השימוש בדוקטרינה של סיבתיות החלטה הרחיב את מידת הגמישות הנתונה לבית-המשפט ואת מתחם הפתרונות שעמד לרשותו במקרים שבהם סבר כי יש להעניק פיצוי.

אולם הוספת ערוץ הפיצוי החדש בגין העדר הסכמה מדעת, הגם שהרחיבה במעט את מרחב התנועה השיפוטית, לא פתרה את הבעיה הבסיסית – זו הטבועה בבינריות של ההחלטה. הבינריות הולידה שני מצבי חיים: כזה שהניזוק מקבל בו פיצוי מלא על נזקיו, וכזה שהוא יוצא בו ללא פיצוי כלל. אפשרות אחרונה זו לא הייתה נדירה לנוכח הקושי הברור להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הניזוק היה מקבל החלטה שונה אילו נמסר לו המידע בזמן-אמת. כדי להתגבר על בעיה זו ניסה בית-המשפט לצעוד צעד נוסף בפיתוח הדוקטרינה של סיבתיות החלטה – תחילה בהנחיות ובאמירות שונות,²³⁴ ובהמשך, בעניין דעקה, באופן ישיר. באותה פרשה קבעה השופטת שטרסברג-כהן לראשונה כי ניתן לפסוק לניזוק התובע פיצוי בגין אי-הסכמה מדעת בהתאם לגובה הסיכוי שהיה משנה את ההחלטה אילו ניתן לו המידע הנדרש מלכתחילה. הפיצוי שניתן לפי דוקטרינה זו אינו בגין הנזק כולו, אלא מחושב בהתאם למכפלת הנזק המוכח בגובה הסיכוי שהניזוק אכן היה משנה את החלטתו ומסרב לקבל את הטיפול שבעטיו נגרם הנזק. ניסוח השאלה בדרך זו אפשר לבית-המשפט להשיב עליה במונחים הסתברותיים, ולא במונחים בינריים של הכל או לא-כלום, ולפסוק לתובע פיצוי גם אם ההסתברות שהוא היה משנה את החלטתו הייתה נמוכה מ-50%. השופטת שטרסברג-כהן נימקה את תמיכתה בדוקטרינה זו בכך שפיצוי הנפסק לפיה "מאפשר – נוכח גמישותו – להטיל אחריות יחסית וחלקית ולמנוע מצב שבו יצא הרופא פטור בלא כלום או שבו יישא באחריות מלאה במצב של חוסר ודאות". לגישתה, דוקטרינה זו היא "הפתרון הראוי והמאוזן שבידו ליתן מענה הולם למצבי אי-הוודאות המיוחדים במקרים מסוג זה שלפנינו".²³⁵

עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין דעקה נותרה אומנם במיעוט, אך גישתה האמורה בנוגע לקשר סיבתי הסתברותי לא נדחתה על-ידי כמה משופטי ההרכב, שביכרו להותירה ב"צריך עיון" לנוכח הצטרפותם לעמדתו של השופט אור. מקום אחר שבו ניתן ביטוי לגישה זו הוא בדיון שהתקיים בבית-המשפט המחוזי בעניין ענטבי.²³⁶ כאמור, באותו מקרה נולדה לתובעים בת הלוקה בתסמונת דאון, והוכח כי נמנע מהם ברשלנות מידע בדבר בדיקות גנטיות שהיה אפשר לבצע בעוברים, ואשר היו עשויות

233 "כאשר הפרת חובת הגילוי נבחנת במסגרת עוולת הרשלנות, נדרש קיומו של נזק וקיומו של קשר סיבתי במונח של 'סיבתיות ההחלטה'. דהיינו, יש להראות כי אילו היה המטופל מקבל את המידע הנדרש לצורך הסכמה מדעת, הוא היה בוחר שלא לקבל את הטיפול המוצע" (עניין קדוש, לעיל ה"ש 21, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית).

234 ראו עניין ואתורי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 190.

235 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 602.

236 עניין ענטבי במחוזי, לעיל ה"ש 23. החלת גישה זו נעשתה בהתאם לגישה הכללית בדבר פיצוי לפי הסתברות, שנקבעה קודם לכן בע"א מלול (לעיל ה"ש 17). גם בדיון שהתקיים בבית-המשפט העליון דן בית-המשפט בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה רק לאחר שדחה,

לחשוף את הלכות בעוד מועד. עם זאת, לא הובהר אם התובעים היו משנים את התנהגותם ובוחרים לעבור בדיקות גנטיות אילו נמסר להם המידע הנדרש מראש, וזאת בשים לב לסיכון הכרוך באותן בדיקות לחיי העוברים. בית־המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי "יש לקבוע, על פי מבחן הערכת הסיכויים ועל דרך האומדנא, כי הסיכוי שהתובעים... היו בוחרים לבצע דיקור מי שפיר, לו ניתן להם המידע הרפואי המלא, מגיע כדי 20%".²³⁷ על בסיס מסקנה זו הוענק לתובעים פיצוי בגובה של 20% מהנזק. מנגנון הערכת הסיכוי כי הניזוק ישנה את דעתו ולא יסכים לטיפול אפשר אפוא לבית־המשפט גמישות ומרחב תמרון גדול יותר, שבמסגרתו הוא חילק את הנזק בין המזיק והניזוק. כך לא יצא הניזוק וידיו על ראשו, ואילו המזיק לא נדרש לשלם על מלוא הנזק שנגרם בעקבות הטיפול הרפואי.

ברם, אף מעבר לכך שבשלב הראשון לא זכתה גישה זו ביישום פוזיטיבי הד־משמעי בערכאה העליונה,²³⁸ לא היה בה גם כדי לשמש פתרון ממצה למצבים שבהם לא היה אפשר לבסס, אפילו באחוזים, את האפשרות לשינוי דעתו של המטופל. נראה גם שלמצער בשלב הראשון הייתה מידה של רתיעה משבירת כללי ההוכחה הרגילים ומהשלכותיה על הדין הנזיקי, ולא בכדי נדרשו עוד שנים אחדות עד שהשימוש באפשרות זו התקבע כהלכה בהקשר שונה מעט בערעור האזרחי בעניין מלול, ואף זאת למספר שנים מוגבל. בשלב הראשון גם לא התברר עד תום כיצד תחושב ותכומת ההסתברות שהניזוק היה משנה את דעתו – דבר הכרוך בהיבטים סובייקטיביים. בית־המשפט נדרש אפוא להעמיד מסלול פיצוי נוסף.

צורך זה הוליד את ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה. בעניין דעקה בחר בית־המשפט להעניק פיצוי קטן, אך לא סמלי, בגין עצם שלילת יכולתו של הניזוק לקבל החלטה מדעת, אפילו לא היה משנה את דעתו. 15,000 השקלים שנפסקו לטובת הניזוק היו מעין "פרס ניחומים", שבאמצעותו אפשר בית־המשפט לתובע הניזוק לצאת עם "משהו" – פיצוי קטן שיבטא את הפגיעה באוטונומיה. ראש־הנזק החדש לא התקבל באחרות־דעים. חלק מהשופטים, דוגמת השופטת ביניש, סברו כי מדובר בפתרון "קל" מדי, אשר עלול להביא את השופטים לידי "עצלות שיפוטית". לדידה של השופטת ביניש, העדר הצורך בהוכחת נזק קונקרטי וקשר סיבתי עלול לעודד שופטים לוותר על הדיון המעמיק הכרוך בשאלה בדבר סיבתיות ההחלטה, על הבחינה הראייתית המורכבת הכרוכה בכירורג שאלה היפותטית זו, לחסוך בזמן שיפוטי ולבכר תחת זאת שימוש בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה. החשש העיקרי היה שהנפגע הראשי מתוצאה זו יהיה דווקא הניזוק, שיזכה בפיצוי קטן מדי בגין הפגיעה באוטונומיה – כזה שאינו משקף את נזקו האמיתי, ונמוך מזה שהיה יכול לקבל אילו נבחן המקרה "ברצינות" תחת הפריזמה של סיבתיות ההחלטה.²³⁹

בנסיבותיו של אותו מקרה, את האפשרות ליתן פיצוי חלקי בהתאם לדוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות. ראו עניין ענטבי בעליון, לעיל ה"ש 7.

237 עניין ענטבי במחוזי, לעיל ה"ש 23, בעמ' 31.

238 בעניין ואתורי, לעיל ה"ש 123, הורה בית־המשפט העליון לערכאה הדינית "לשקול ולקבוע, על יסוד מכלול נסיבותיו של המקרה, כיצד עשוי היה החולה להגיב אילו קיבל את המידע והוצב בפני הברירה אם להיזקק לטיפול או להימנע ממנו. לצורך קביעה זו רשאי בית־המשפט להיזקק לדרך האומדן השיפוטי...". עם זאת, בית־המשפט העליון לא יישם גישה זו בעצמו. ראו שם, בעמ' 191.

239 ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558.

מכל מקום, באותו מקרה נותרה השופטת ביניש בדעת מיעוט. דעת הרוב מצאה כי המטופלת לא הייתה משנה את דעתה בנוגע לטיפול, ומשכך יש להעניק פיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה בלבד.

בעקבות פסק-הדין בעניין דעקה עמדו עתה שלוש חלופות לרשותו של תובע שסבל נזק כתוצאה מטיפול רפואי שלא היה רשלני: הראשונה, להוכיח ברמת ודאות הדרושה במשפט אזרחי כי אילו נמסר לו המידע, הוא היה משנה את דעתו ומקבל טיפול אחר, ועל-כן הנזק היה נמנע; השנייה, שנכנסה לפעולה בשעה שלא עלה בידי הניזוק להוכיח כי היה משנה את החלטתו בהסתברות העולה על 50%, הייתה לקבל פיצוי חלקי בגין הסיכוי שהיה משנה את דעתו לגבי הטיפול (בהתבסס על הקביעה בעניין ואתורי); והשלישית, פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה. הבחירה באפשרות זו נעשתה לרוב באותם מקרים שבהם סבר בית-המשפט כי המטופל היה נותר בדעתו ולא היה משנה אותה גם אילו קיבל את מלוא המידע. בית-המשפט השתמש במנגנון זה כדי לתת ביטוי לכך שהטיפול התנהל לא על-פי החלטתו של המטופל, ובשל כך הוא זכאי לפיצוי בהיקף מוגבל. אומנם, גם לצורך החלת פתרון זה היה על הנפגע להראות כי הופרה כלפיו חובת הגילוי, אך היות שהמידע ביחס לטיפול מסוים הוא כה נרחב, והדרכים למסור מידע זה אף הן כה רבות, כמעט תמיד היה אפשר לקבוע כי חובת הגילוי הופרה.²⁴⁰ אמצעי זה סיפק אם כן לבית-המשפט דרך נוחה להותיר את הניזוק עם "פרס ניהומים".

דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות לא נותרה רק בתחום "סיבתיות ההחלטה", אלא גלשה גם לתחום הסיבתיות ה"עיקרית", קרי, לשאלת ההסתברות שמעשיו הרשלניים של המזיק תרמו מבחינה סיבתית לגרם הנזק. בגדרי הסיבתיות העיקרית נעשה שימוש בדוקטרינה זו תחת הכינוי "סיבתיות עמומה". בתחילת הדרך דחה אומנם בית-המשפט את הסיבתיות העמומה כדוקטרינה כללית (להבדיל מהדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה),²⁴¹ בנימוק שאת יסוד הקשר הסיבתי – כמו את התביעה כולה – התובע נדרש להוכיח בהסתברות של יותר מ-50%.²⁴² אולם בפסיקה מאוחרת יותר ראה בית-המשפט לנכון לאמץ דוקטרינה זו במקרים המתאימים – בתחילה באמירות נקודתיות בדעת מיעוט,²⁴³ בהמשך בכמה פסקי-דין שניתנו בדין יחיד,²⁴⁴ והשיא, כאמור, בע"א מלול, שם אימץ בית-המשפט את הגישה כי ניתן

240 יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת", לעיל ה"ש 232, בעמ' 641-642; Epstein, לעיל ה"ש 121; עניין סיד, לעיל ה"ש 232.

241 לעניין הדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה ראו, למשל, ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988). לגבי הדוקטרינה של הגברת הסיכון לחלות (אשר לא התקבלה כהלכה) ראו ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט, פ"ד סב(1) 330 (2006).

242 ראו ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 704, פס' 16-23 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1997).

243 ראו ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680, פס' 14-24 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1999) (להלן: עניין כהן נ' קופ"ח).

244 דנ"א 6714/02 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' שמעון (קטיין), פס' 6 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 7.4.2003); ת"ת (מחוזי חי') 497/93 עבד נ' מדינת ישראל, פס' לג לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.1.2006).

לפסוק לטובת התובע פיצוי בגובה שיעור הנזק שנגרם כשהוא מוכפל בסיכוי שהתנהגות הנתבע היא שגרמה אותו. עתה היה סיכון קטן (20%) לנזק גדול יכול לייצר פיצוי משמעותי לניזוק. גישה זו העניקה לבית-המשפט גמישות רבה בחלוקת הנזק בין המזיק לניזוק – בין שנגרם ברשלנות ובין שנגרם לא ברשלנות (משטרי אחריות ללא אשם), בין שנגרם על-ידי המזיק ובין שלא נגרם על-ידי. גמישות זו לא שללה כמוכח מבית-המשפט את היכולת להכריע במחלוקת שבין הצדדים באופן בינרי, כאשר הדבר היה ראוי ובהימצא ראיות מתאימות, אך היא יצרה רצף בתווך שבין שתי נקודות הקצה.

דוקטרינה זו של סיבתיות עמומה נתנה מייד את אותותיה בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים ובתי-משפט השלום בתיקים של רשלנות רפואית ואף בתיקים אחרים.²⁴⁵ כפי שציינה השופטת נאור, "בחיינה של פסקי הדין שניתנו בערכאות הדיוניות אשר הסתמכו על עניין מלול מלמדת כי ההלכה נקלטה ונעשה בה שימוש נרחב".²⁴⁶ עתה נוצרה חלופה למשטר הבינרי הנוקשה, וניתנו בידי בתי-המשפט כלים לעשיית צדק במקרה הקונקרטי. במשך התקופה הארוכה יחסית שבין הערעור האזרחי לבין הדיון הנוסף בעניין מלול, התאפשר לבית-המשפט מנעד גדול של אפשרויות החלטה.

אומנם, לעומת שתי הערכאות הראשונות, ביכר בית-המשפט העליון לרוב לא להחיל את דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות בפסיקותיו שלאחר הערעור האזרחי בעניין מלול, בטרם ניתנה ההכרעה בדיון הנוסף.²⁴⁷ אולם אין בעובדה זו כדי להמעיט מהשפעתה הרבה של הדוקטרינה על הגמשת הדין הנוזקי בתקופה המדוברת, כמפורט לעיל, ועל התנהגותם

245 ראו, למשל, ת"א (מחוזי ת"א) 2657/99 סנוול ישראל בע"מ נ' תחנת שירות ר"ג בע"מ (פורסם בנבו, 22.10.2001) (להלן: עניין סנוול); ת"א (שלום ק"ג) 4503/02 שלום נ' עיריית אשקלון (פורסם בנבו, 17.5.2006); ו"ע (שלום ת"א) 564/05 בן אור נ' הרשות המוסמכת (פורסם בנבו, 14.6.2006); ת"א (מחוזי י-ם) 3215/01 בראון נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית (פורסם בנבו, 9.11.2006); ע"א (מחוזי נצ') 1166/06 ברגר נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 25.1.2007); ת"א (שלום ראשל"צ) 2898/02 עזבון גורסטמן נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 26.2.2007); ע"א (מחוזי נצ') 1009/06 עארף נ' עווד (פורסם בנבו, 27.5.2007); ת"א (שלום ראשל"צ) 7046/01 עזבון כחלון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2007); ת"א (שלום י-ם) 9489/04 עמר נ' המרכז הרפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 25.10.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 1666/05 נבון נ' גראץ, תק-על 2008(3) 9906; ת"א (מחוזי ב"ש) 3110/04 ק' ע' נ' שירותי בריאות כללית, תק-מח 2009(2) 154; ת"א (שלום חי') 1944/05 אריאל נ' קיבוץ טירת צבי, תק-של 2009(3) 6920; ת"א (מחוזי חי') 690-03 שירי נ' שירותי בריאות כללית, תק-מח 2009(3) 5296; ת"א (מחוזי י-ם) 7513/05 ד' מ' נ' בית החולים "הסהר האדום", תק-מח 2009(4) 623; ת"א (שלום חי') 22578-02 עיזבון רחאל נ' מדינת ישראל, תק-של 2009(4) 2283; ת"א (מחוזי י-ם) 4059/02 טל נ' אייכנבלט, תק-מח 2010(1) 2462.

246 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 45 לפסק-דינה של השופטת נאור.

247 ראו, למשל, עניין גולן, לעיל ה"ש 241, פס' 13 לפסק-דינו של השופט גרוניס; ע"א 4975/05 לוי נ' מור, תק-על 2008(1) 4754, פס' 11 לפסק-הדין; ע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר, תק-על 2009(2) 2064, פס' 20 לפסק-הדין. לעומת זאת, בע"א 10776/06 בראון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-על 2009(3) 4282, יישם בית-המשפט את הדוקטרינה שנקבעה בע"א מלול (לעיל ה"ש 17) מן הטעם ש"בענין שבפנינו אין הצדדים חולקים על עצם השימוש בדוקטרינה זו אלא אך על תוצאותיה בנסיבות הענין. לפיכך, אין מתעורר הצורך לדון

ותודעתם של ה"שחקנים" הרלוונטיים, לרבות חברות הביטוח. לא למותר להזכיר כי רוב המקרים שבהם נפסק פיצוי לפי הסתברות בבתי-המשפט המחוזיים והשלום לא נבחנו לגופם בערעור בבית-המשפט העליון; וכי אי-ישיומה של הדוקטרינה בערכאה העליונה נבע גם מן העובדה שלנוכח נסיבותיהם של אותם מקרים בחרו בעלי-הדין לא לטעון לגביה.²⁴⁸

מצב דברים זה נמשך שנים אחדות עד לדנ"א מלול.²⁴⁹ בפסק-דין זה, שניתן בהרכב של תשעה שופטים, צמצם בית-המשפט באופן ניכר את מרחב האפשרויות שניתן לו לחלק את הנזק בין הצדדים, וחזר כמה צעדים "לאחור" אל עבר דיני הסיבתיות האורתודוקסיים. זאת, הן במישור של הסיבתיות ה"עיקרית", הן בזה של "סיבתיות ההחלטה". לגבי הסיבתיות הראשית חזרה השופטת נאור על עיקרי עמדתה מהערעור האזרחי, אך עמדה זו – שזכתה בתמיכתם של השופטים ארבל ורובינשטיין, ובאופן מסויג יותר גם בתמיכתו של השופט ג'וראן – נותרה במיעוט. המשנה לנשיאה ריבלין אימץ בפסק-דינו את מבחן ההטיה הנשנית, המאפשר פנייה לקשר סיבתי הסתברותי רק במצבים שבהם הסיכון חוזר על עצמו ומטה את מערך התמריצים של המזיק (או הניזוק) באופן שיטתי. אולם לבד מהשופט לוי, גם עמדה זו לא זכתה בתמיכתם של רוב השופטים. הנשיאה ביניש, למשל, סברה כי אף שקיים ספק אם דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות מוליכה לתוצאה צודקת בטווח הארוך, והגם שהיא עלולה להוביל למדרון חלקלק, דרכו של המשנה לנשיאה ריבלין אינה הפתרון לבעיה, שכן היא מובילה לצמצום-יתר של האחריות הנזיקית. במצב דברים זה סברה הנשיאה ביניש – וכמוהו סברו גם השופטת פרוקצ'יה והשופט גרוניס – כי יש להותיר את השאלה להכרעתו של המחוקק.²⁵⁰ לנוכח ריבוי הדעות בפסק-הדין, העדר ההסכמה ביניהן, ובחלק מן המקרים אף העדר העקביות בגישתם האישית של חלק מהשופטים, היה קשה לזקק מן הדיון הנוסף הלכה ברורה.²⁵¹ עם זאת, ניתן בכל-זאת לומר כי מגישתם של רוב השופטים הסתמנה שיבה עקרונית לדיני הסיבתיות האורתודוקסיים ולדרישת הוכחה במאזן

בעצם אפשרות הפעלתה של הדוקטרינה ותנאיה, ואדון בסוגיות המתעוררות בענין שבפנינו בהסתמך על ההלכות שיצאו מלפני בית משפט זה" (שם, פס' 33 לפסק-הדין).

248 ראו את פסקי-הדין המובאים לעיל בה"ש 245.

249 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14.

250 הנשיאה ביניש סיכמה דבריה במסקנה כי "דומה שהעת עוד לא בשלה למציאת פתרון כולל להוכחת הקשר הסיבתי שלא באמצעות הכלים המסורתיים" (שם, פס' 7 לפסק-דינה).

251 ראו בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי – בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול" עלי משפט י 7, 40-42 (2012). כפי שמסביר שנור, הבעיה שדנ"א מלול מעורר נובעת מכך שכדי שהלכה שנפסקה בערכאה דלמעלה תהא מחייבת, עליה להתקבל על דעת רוב ההרכב וכן להתבסס על החלק החיוני להכרעה במקרה הספציפי (*ratio decidendi*), ולא על אמירות-אגב; אלא שכדנ"א מלול עמדותיהם של תשעת השופטים נחלקות באופן שאינו יוצר רוב להלכה שהינה הן עקרונית והן משמשת להכרעה במקרה הספציפי. שנור מציע (שם, בעמ' 42, ה"ש 146) פתרון של הכרעה לפי עמדתו של אב בית-הדין (בהתאם לס' 80(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984) – ובענייננו, לפי עמדתה של הנשיאה ביניש – אך מסתייג מראייתה כ"הלכה מחייבת" בנסיבות אלה.

ההסתברויות, למצער בחלק־הארי של המקרים שבהם קיימת עמימות סיבתית.²⁵² שוב לא היה אפשר לנקוט פתרונות־אמצע יחסיים המאזנים בין הצדדים, ותובע שלא עמד בנטל הראייתי המוטל עליו נותר ללא כל פיצוי.

גם בנוגע לסיבתיות ההחלטה שינה דנ"א מלול את התמונה במידה ניכרת. בעידן שלפני הדיון הנוסף היה בית־המשפט רשאי להסתמך על הסיכוי לשינוי ההחלטה,²⁵³ ולפסוק לתובע פיצוי בגובה מכפלת סיכוי זה בנזק הגוף שנגרם. אולם דעת רוב השופטים בדנ"א מלול דחתה אפשרות זו, בפרט ככל שהדברים אמורים בטיפול רפואי. לגישתו של המשנה לנשיאה ריבלין, שאליה הצטרף כאמור השופט לוי, המקרה הפרדיגמטי של סיבתיות החלטה במסגרת הטיפול הרפואי אינו נופל למבחן ההטיה הנשנית, המשמש מבחינתו תנאי עקרוני לתחולתה של דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות. זאת, משום שהחלטת המטופל על הטיפול הרפואי בו היא בדרך־כלל עניין סובייקטיבי במהותו, ו"קשה לזהות בהקשר זה הטיה עקבית־מובנית שיש בה כדי להצדיק סטייה מכלל מאזן ההסתברויות וקרי, מכלל הסיבתיות המסורתית – א' וי' לז".²⁵⁴ עמדה זו מקבלת משנה תוקף בשים לב לעובדה שהפנייה לעילת התביעה בשל אי־גילוי נעשית ברוב המקרים במצבים שבהם לא הייתה התרשלות באופי הטיפול, כלומר, הטיפול עצמו עומד על פניו באמות־המידה של סבירות. לפיכך, מבין כמה אפשרויות טיפוליות סבירות, כל מטופל בוחר את הטיפול המתאים על־פי העדפותיו האישיות, ואין לצפות, כעניין פרדיגמטי, הטיה לטובת טיפול אחד והעדפתו על טיפול אחר. איש־איש והעדפותיו.²⁵⁵ באין הטיה נשנית במצבים של סיבתיות החלטה, קבע אפוא המשנה לנשיאה ריבלין כי אין מנוס משיבה לכללי הסיבתיות הרגילים ולהכרעה בינרית בין פיצוי מלא לבין העדר פיצוי כלל. לנוכח הקושי הצפוי כמעט לכל תובע המבקש להוכיח כי אילו נמסר לו המידע הוא היה משנה את ההחלטה, הוביל מצב זה בפועל, במקרים רבים, לשלילת כל פיצוי. על רקע עמדתם של יתר השופטים, הפכה תוצאה זו בעקבות דנ"א מלול להלכה מחייבת. אומנם, גם לאחר הדיון הנוסף נותרה בעינה הדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה, המאפשרת מתן פיצוי בגין מידת הפגיעה בסיכוייו של המטופל להחלים, בהתקיים עמימות בנוגע לקיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם למטופל באי־החלמתו.²⁵⁶ אולם דוקטרינה זו, שהתקיימה במקביל לדוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות, לא סיפקה תחליף מספק לדוקטרינה אחרונה זו עם ביטולה. ראשית, להבריל מדוקטרינת הקשר הסיבתי ההסתברותי,

252 ראו, למשל, ע"א 761/06 יהוד נ' בית החולים קפלן, תק-על (2)2011, 511, פס' 34 לפסק־הדין; ע"א 10766/05 מוחסן נ' מדינת ישראל, תק-על (4)2010, 2383, פס' 6 ו-13-14 לפסק־הדין.

253 ראו, למשל, עניין ואתורי, לעיל ה"ש 123, בעמ' 190-191.

254 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 40 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

255 ראו שם, פס' 49 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

256 ראו עניין פאתח, לעיל ה"ש 241; עניין אבו סעדה, לעיל ה"ש 242; ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, תק-על (2)2005, 406. יצוין כי בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, סבר המשנה לנשיאה ריבלין כי אין מקום לדבוק בדוקטרינה, וכי יש לבכר עליה החלה של דוקטרינה אחידה של ההטיה הנשנית לכל סוגי העמימויות. אולם בסופו של דבר סבר השופט כי ניתן להותיר על כנה את הדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה, "שנשתרשה כבר בשיטתנו", וזאת "בשל החשיבות הקנויה לכך שתצא הלכה אחידה וברורה מבית משפט זה בסוגיה המורכבת שבפנינו" (שם, פס' 49 לפסק־דינו).

אשר לא הגבילה את עצמה לסיטואציות של רשלנות רפואית,²⁵⁷ הדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה מוגבלת מעצם טיבה למצבים שבהם טיפול רפואי רשלני הביא לידי הקטנת הסיכויים שהיו לניזוק להחלים מפגיעה או ממחלה שהייתה קיימת עובר לאותו טיפול. הדוקטרינה נטועה אפוא היטב בהקשרים של רשלנות רפואית. ייתכן אומנם שהיה אפשר לנסח דוקטרינה זו ברמת הפשטה גבוהה יותר,²⁵⁸ אך הפסיקה בחרה במפגיע לא לעשות כן, ולתחום את הדוקטרינה בהקשר הרפואי לברו.²⁵⁹ שנית, בכל הנוגע בדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה בחרה הפסיקה לילך רק את חצי הדרך, ולא להכיר בצידה גם בדוקטרינה של הגברת הסיכון. זאת, הגם שבספרות²⁶⁰ ובפסיקה²⁶¹ היו שראו בשתי הדוקטרינות הללו "שני צדדים של אותו מטבע", על רקע משמעותה המוגבלת של ההבחנה בין הפגיעה בסיכוי שהתובע היה נרפא מחוליו (בדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה) לבין הפגיעה בסיכוי שהתובע לא היה נעשה חולה מלכתחילה או הגדלת הסיכון שהוא יחלה (בדוקטרינה של הגברת הסיכון). היקף פרישתה המוגבל של הדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה מפחית מן האפקטיביות שלה כתחליף לדוקטרינה של קשר סיבתי הסתברותי, אשר בוטלה בדנ"א מלול. שלישיית, למצער לפי עמדתם של חלק מן השופטים, הדוקטרינה של הפחתת סיכויי החלמה עוסקת בסוג עמימות שונה מזו של הקשר הסיבתי ההסתברותי. בעוד זו הראשונה עוסקת בעמימות שעניינה חלקו של המזיק בגרם הנזק לניזוק – שכן עצם הפגיעה בסיכויי ההחלמה הוכחה במאזן ההסתברויות ומכאן שידוע שחלק מן הנזק נגרם על-ידי המעוול²⁶² – דוקטרינת הקשר הסיבתי ההסתברותי, שבוטלה בדנ"א מלול, עוסקת בעמימות לגבי עצם גרימת הנזק, שכן אין ביכולתו של הניזוק להוכיח על-פי מאזן הסתברויות כי ההתנהגות בת-האשם של הנתבע גרמה לנזק כלשהו.²⁶³ מדובר אפוא בעמימות מסוגים שונים, ואין בהותרת האחד כדי לשמש תחליף לגריעת האחר.

אם כן, דנ"א מלול הותיר אחריו חלל משמעותי. בית-המשפט הביא במו ידיו לידי אובדן כלי מרכזי שבאמצעותו חיבר בין הצורך בגמישות במקרה קונקרטי לבין מסגרת משפטית

257 ראו, למשל, את פסקי-הדין בעניין ברגר ובעניין סונול, לעיל ה"ש 245, ובעניין בראון, לעיל ה"ש 247.

258 ראו את דעת היחיד של השופטת שטרסברג-כהן בעניין כהן נ' קופ"ח, לעיל ה"ש 243, בעמ' 702-701.

259 ראו פס' 36 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 14.

260 ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000).

261 ראו את דעת היחיד של השופטת שטרסברג-כהן בעניין כהן נ' קופ"ח, לעיל ה"ש 243, בעמ' 702-701; עניין גולן, לעיל ה"ש 241, פס' 13 לפסק-דינו של השופט גרוניס; עניין קסלר, לעיל ה"ש 247, פס' 20 לפסק-הדין; רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פס' כא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בפדאור, 6.7.2009). השוו עמדתה של השופטת ביניש בעניין כהן נ' קופ"ח, לעיל ה"ש 243, בעמ' 708-711; עמדתה של השופטת נאור בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 90 לפסק-דינה.

262 ראו את דבריה של השופטת נאור בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 22 לפסק-דינה. לדעות אחרות ראו שם, פס' 47-49 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין גולן, לעיל ה"ש 241, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ) ברק.

263 ראו את דבריה של השופטת נאור בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 41-42 לפסק-דינה.

קיימת המגשימה אותה. עתה התעורר צורך חיוני במציאת כלי אחר שימלא את החלל הריק שנוצר. כמו כלים שלובים, הגבלת חופש התנועה במקום אחד הובילה להפעלת לחץ להרחבתו במקום אחר. לחץ זה הניב תוצאות. מקץ זמן לא רב נמצא הכלי המתאים בדמות ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה.

הבחירה לילך דווקא בנתיבי הפגיעה באוטונומיה לא הייתה מקרית. אכן, כבר בדנ"א מלול "המליץ" המשנה לנשיאה ריבלין על ראש־נזק זה כתחליף למתן פיצוי לפי הסתברות במצבים של העדר הסכמה מדעת.²⁶⁴ לראש־הנזק האמור יש שלושה יתרונות מרכזיים, ההופכים את השימוש בו לפלטפורמה נוחה וגמישה ליציקת שיקול־דעת שיפוטי: האחד נוגע בהעדר דרישה לנזק מוחשי ונראה לעין. לכאורה, מאפיין זה משותף לרבים מהנזקים הנפשיים, וממנו נגזרת הזהירות היתרה שבית־המשפט נוקט והתנאים שהוא מציב להכרה בו.²⁶⁵ אלא שלדעת רבים, להבדיל מן הנזקים הנפשיים הרגילים, ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה מתמקד אך בשלילת כוח הבחירה, ואינו כולל את ההיבטים התוצאתניים של אותה שלילה – לדוגמה, תחושת זעם או הלם הנלווים לגילוי.²⁶⁶ מדובר אפוא בנזק שהוא פעמים רבות אינהרנטי לעצם המעשה העוולתי. מכאן גם האטרקטיביות שלו מנקודת־מבטו של התובע, וגם מנקודת־מבטו של השופט, אשר אינו נדרש "להתמודד" עם שאלת הפיצוי בגין הנזק ה"אמיתי" שנגרם, ותחת זאת מקבל כלי למתן "פרס ניחומים" המונע מצב שבו הניזוק נותר ללא כלום. היתרון השני, הנובע מזה הראשון, נוגע בגמישות שבקביעת גובה הנזק. הנזק בגין פגיעה באוטונומיה אינו נזק מדיד, ולמיטב ידיעתנו, עד כה טרם נעשה ניסיון לכמת אותו, להצביע על אמות־מידה לקביעתו, לעמוד על שיקולים מחמירים ומקילים או לאפיינו. מהות זו של ראש־הנזק אפשרה לשופטים מרחב תמרון חסר גבולות ברורים להפעלת שיקול־דעת שיפוטי ולמתן ביטוי לתחושת הצדק שלהם. רק בראש־נזק פרוץ כזה היה אפשר לקפוץ בבת אחת מפיצוי של עשרות ספורות של אלפי שקלים לפיצוי של מאות אלפי שקלים. היתרון השלישי הוא העדר דרישה להוכחת קשר סיבתי. מקור הדבר באמירות של שופטים בדבר קיומו של קשר סיבתי ישיר ומוכנה, אוטומטי כמעט, בין עצם שלילת

264 בין היתר ציין המשנה לנשיאה ריבלין כי "בכל הנוגע לנזק הגוף יש לדבוק בהקשר זה בכלל מאזן ההסתברויות (לרבות בעניין הקשר הסיבתי), תוך הסתייעות אפשרית – במקרים מתאימים – בכללי העברת נטל, ותוך התחשבות גם בראש הנזק הנפרד של 'פגיעה באוטונומיה'" (שם, פס' 40 לפסק־דינו) (ההדגשות הוספו).

265 לעניין הכרה בנזק נפשי הנגרם לצד שלישי ראו, למשל, עניין אלסוחה, עניין לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק ועניין שוויקי, לעיל ה"ש 105.

266 צחי קרן־פו "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007). לטענת קרן־פו, אם לפגיעה באוטונומיה נלווה נזק תוצאתני מוכח של כעס, למשל, הדבר עשוי להוכיח כי הניזוק היה משנה את החלטתו אילו נמסר לו המידע מלכתחילה, ומכאן שמדובר בנזק גוף שהוא תוצאה של העדר הסכמה מדעת ("סיבתיות החלטה"), החורג מן הפגיעה באוטונומיה הנובעת מעצם שלילתו של כוח הבחירה (שם, בעמ' 190–200).

המידע לבין הפגיעה באוטונומיה הנגרמת לניזוק. עובדה זו חוסכת את הצורך להביא ראיות נפרדות שיקשרו באופן עצמאי בין המעשה העולתי לבין הנזק הנגרם ממנו.²⁶⁷ ברם, דווקא בשל מאפיינים אלה הקפיד בית-המשפט בעניין דעקה לנהוג ריסון, ולעצב את ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה כך שיהיה מוגבל בהיקפו, גם אם לא סמלי.²⁶⁸ גובהו המוגבל של הפיצוי בגין ראש-הנזק אף עורר כאמור אצל השופטת ביניש את החשש מפני האפשרות ששופטים ידחו ביתר קלות את הטענה לקשר סיבתי לגבי נזק, בהימצא הפתרון ה"קל" של פגיעה באוטונומיה.²⁶⁹ כדי שהפגיעה באוטונומיה תוכל לשמש תחליף הולם לפיצוי לפי הסתברות, נדרשה אפוא הגדלה של הפיצוי הניתן בגינה. כך אכן קרה בעניין ענטבי, ומכאן הקפיצה הגדולה.

באותו מקרה הראו התובעים כי הסיכוי שהם היו משנים את דעתם אילו נמסר להם מראש מלוא המידע עמד על 20% בלבד, ולפיכך פסק להם בית-המשפט המחוזי פיצוי בשיעור של 20% מן הנזק, בהתאם לדוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות, אשר באותו שלב עמדה עדיין בתוקף. בפסק-הדין בערעור, שניתן לאחר הדיון הנוסף בעניין מלול, דחה בית-המשפט העליון את קביעתה של הערכאה הדיונית כי מדובר במקרה של סיבתיים עמומה על-פי הפרמטרים שנקבעו עוד בערעור האזרחי בעניין מלול, ועל-כן קבע כי לא יינתן פיצוי בגין נזק הגוף שנגרם. נראה כי גישתו זו של העליון והפרשנות שניתנה בעניין ענטבי לשאלת היקף פרישתה של דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות, שנקבעה בערעור האזרחי בעניין מלול, הושפעו באופן ישיר מקביעותיהם ומרוחם של השופטים בדיון הנוסף בעניין מלול.²⁷⁰ מכל מקום, בנפול החלופה של פיצוי לפי הסתברות נוצר חלל ריק, ובית-המשפט אשר לא רצה להשאיר את התובעים ללא פיצוי, תר אחר דרך למלאו. על-כן פנה בית-המשפט למסלול הפיצוי בשל

267 ראו עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 580-581, לעיל ליד ה"ש 33 וכן להלן ליד ה"ש 271. על אמירות אלה נמתחה ביקורת. ראו, למשל, יעקב "דא עקא דעקה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 80-85.

268 עניין דעקה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 583-584.

269 שם, בעמ' 558. ראו לעיל ליד ה"ש 239.

270 כך, הגם שלפי קביעתו בית-המשפט העליון בעניין ענטבי, מסקנתו כי אין מדובר בסיבתיים עמומה מתיישבת הן עם דעת הרוב והן עם דעת המיעוט בדנ"א מלול (לעיל ה"ש 14), ספק אם אכן ניתן לנתקה מהכרעתו של הרוב בדיון הנוסף. ודוקו: מפסק-הדין של השופט הנדל בערעור בעניין ענטבי עולה המסקנה כי הסתברות של 20% אין בה כדי לקבוע כי מדובר בסיבתיים עמומה, וכי "אין כאן עמימות מובנית, אלא סוגיה שניתן להכריע בה על פי הראיות שהוגשו". השופט הנדל הוסיף עוד, תוך שהוא מפנה לדבריו של המשנה לנשיאה ריבלין בדנ"א מלול, כי "בית המשפט המחוזי קבע כי תהליך הגילוי לא היה משפיע על התנהגותם של הורי המערערת – וזאת, בשיעור של 80%. אי לכך, שאלת הקשר הסיבתי וההכרעה בה מאופיינות בקיומם של נתונים המאפשרים תוצאה שאינה משתמעת לשני פנים..." (עניין ענטבי בעליון, לעיל ה"ש 7, פס' 10 לפסק-דינו של השופט הנדל). לא למותר לציין כי עובר לדיון הנוסף ראה בית-המשפט העליון לנכון להחיל את דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות גם כאשר גובה ההסתברות עמד על 20% – כך אף בע"א מלול עצמו (לעיל ה"ש 17, פס' 31 לפסק-הדין). קיים אפוא יסוד סביר להניח כי לביטול דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות בדנ"א מלול הייתה תרומה חשובה להחלטתו של בית-המשפט העליון לדחות את הקונסטרוקציה שנקטה הערכאה הדיונית.

פגיעה באוטונומיה. בדומה למשנה לנשיאה ריבלין בדנ"א מלול ולשופטת ביניש בעניין דעקה, קשר בית-המשפט מפורשות בין הקשיים הכרוכים בהוכחת קשר סיבתי בין נזק גוף לבין העדר הסכמה מדעת ("סיבתיות החלטה") לבין הפנייה לפגיעה באוטונומיה, וציין כי -

"מבחינה משפטית לא הוכח, אפוא, שהגילוי היה מונע את הנזק שנגרם למערערת. אכן, קיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק נדרש לצורך ההכרעה בשאלת קיומה של רשלנות. לשם כך, על בית המשפט לעשות שימוש מרבי בכלים המשפטיים המסורים לידיו. ובכל זאת, התוצאה המתקבלת הינה בגדר מענה לשאלה 'מה אם?'. שאלה זו משמעה גם כי לעולם לא ניתן יהא לדעת מה היה מתרחש בשדה החיים, להבדיל מקביעה באפיק המשפטי. הפער האמור מצדיק אף הוא מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. דווקא בשל כך, קביעה לפיה יש לדחות את התביעה בעטיו של היעדר קשר סיבתי אינה ניצבת בסתירה לפסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.²⁷¹

אולם כדי שהפגיעה באוטונומיה תשמש תחליף ממשי לפיצוי בגין נזק גוף, ולא רק מס־שפטיים, היה הכרח שהפיצוי בגין ראש־נזק זה יהיה משמעותי, גם אם לא שווה לנזק הגוף. לפיכך בחר בית-המשפט העליון, באופן תקדימי, להגדיל את הפיצוי בגין ראש־נזק זה במאות אחוזים ביחס למקובל עד אותה עת, לקרבו בגובהו לגובה הפיצוי שניתן בדרך־כלל במקרים של פיצוי לפי הסתברות (כאחוז מסוים מן הנזק הכולל), ולפסוק לתובעים פיצוי בשיעור של 250,000 ש"ח. זאת, תוך שהוא מצייין מפורשות כי בתיק זה "אין אנו עוסקים בפגיעה באוטונומיה ברף הגבוה של ביצוע ניתוח במטופל ללא הסכמתו המודעת".²⁷² לא קשה לשער, אם כן, מה יהיה גובה הפיצוי במקרים חמורים יותר. בניגוד לדבריו של השופט הנדל, לא חלוף הזמן הוביל ל"קפיצה הגדולה" בגובה הפיצוי, וגם לא שינוי בתפיסה החוקתית או שיקולים נזיקיים תיאורטיים. פנייתו של השופט הנדל לראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה, חרף היותו נפרד מהפגיעה הפיזית ונברל ממנה, לא הייתה אלא מענה לאוזלת־היד הכרוכה בהוכחת קשר סיבתי, וכפי שציין השופט, היא ביטוי ל"שימוש מרבי בכלים המשפטיים המסורים לידיו [של בית־המשפט]".²⁷³ בית־המשפט, אשר הצר את צעדיו־הוא בדנ"א מלול, שב והחזיר לעצמו את המושכות בעניין ענטבי. החלל הריק התמלא בחזרה.

1. הקפיצה הגדולה – הערכה ביקורתית

על רקע האמור עד כה, האם יש לראות בהגדלה הניכרת בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מהלך ראוי? שאלה זו טומנת בחובה מגוון רחב של היבטים הנוגעים במהותו של הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ובכימותו, וככזו היא חורגת מתחום הפרישה של מאמרנו זה. אך פטור בלא כלום אי־אפשר, ומשכך בחרנו להאיר היבטים אחדים הנובעים ממסקנתנו באשר לרקע ל"קפיצה הגדולה", ובפרט בנוגע ליחס שבין הפיצוי לפי הסתברות לבין הפיצוי בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה, שהחליפו לאחר דנ"א מלול.

271 עניין ענטבי בעליון, לעיל ה"ש 7, פס' 11 לפסק־דינו של השופט הנדל.

272 ש.ס.

273 ש.ס.

ראשית, מטענתנו נובעת המסקנה כי הפיצוי שנפסק בעניין ענטבי טומן בחובו רכיב עונשי או לפחות כזה שאינו תלוי-נזק. אכן, ככל שהסבר העיקרי לגידול בגובה הפיצוי הוא החלל הריק שנוצר בעקבות הוצאתו משימוש של אמצעי שאפשר לבית-המשפט לתקן את נזקו הפיזי של התובע גם כאשר לא התקיימו התנאים הנוקשים הרגילים, יש בכך כדי להחליש את הזיקה בין גובה הפיצוי לבין גובה הנזק. במצב דברים זה הפיצוי הופך מאמצעי למטרה, וככזה הוא נוסק כלפי מעלה. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, מתן פיצוי מלאכותי כזה, שיש לו מאפיינים עונשיים, נושא עימו קשיים לא-מעטים, בין היתר בנוגע להכוונת התנהגותם של המזיק והניזוק ולהשפעה על רמת הפעילות שלהם. מהלך זה גם מעורר קשיים משמעותיים במונחים של צדק מתקן. הדבר מקבל משנה תוקף בשים לב לכך שפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, להבדיל מפיצוי לפי הסתברות, ניתן ללא התרשלות לגבי נזק הגוף ובאין קשר סיבתי לגביו. כזכור, בעניין דעקה השמיע השופט אור את דעתו בכירור נגד פסיקת פיצוי עונשי בגין פגיעה באוטונומיה, ובמובן זה הפיצוי שניתן בעניין ענטבי חורג מהלכה זו. לעומת זאת, יש לזכור כי ככל שאכן מדובר בתחליף לפיצוי ההסתברותי שנפסק בע"א מלול, עצם פסיקת הפיצוי במצבים כגון אלה אינה חדשה, והיא במידה מסוימת בבחינת שינוי שם בלבד.²⁷⁴

קושי חשוב נוסף הטמון בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה קשור להעדרן המוחלט של אמות-מידה לחישובו. המעבר מפיצוי של עשרות ספורות של אלפי שקלים לפיצוי של 250,000 ש"ח דווקא לא זכה בכל הסבר, ונראה שרירותי כמעט. אכן, אפילו בתחום הפיצויים ללא הוכחת נזק התובע נדרש ל"מינימום ראייתי, ולו מיזערי, על פיו יהיה בידי בית המשפט להפעיל שיקול-דעתו ולבחור בפיצוי המתאים מבין קשת האפשרויות הפתוחות בפניו בתחומי הסכומים שבסעיף", וכן ל"נקודות ייחוס כלשהן, אשר יהא בהן כדי להדריך את בית המשפט בבחירת סכום הפיצוי הסטטוטורי".²⁷⁵ משטרם עמדה הפסיקה על מאפייניו המדויקים של רכיב הפגיעה בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה, ולא הציבה אמות-מידה יחסיות להשוואה בין פגיעות שחומרתן רבה יותר לבין כאלה שחומרתן פחותה, הפיצוי הניתן בגינה נגזר מהשקפת-עולמו של כל שופט ומעמדתו בנוגע לאירוע הניצב לפניו באופן פרטני, מבלי שהדברים יועמדו בהקשר רחב יותר. ברי כי באין אמות-מידה ברורות ייצור ראש-נזק זה אי-ודאות, אשר תקשה את הכוונת התנהגותם של הצדדים באופן יעיל. כל עוד דובר בפיצויים מצומצמים בהיקפם וב"פרס ניחומים", לא הורגש כל לחץ לקבוע אמות-

274 כך, לפחות על-פי גישתם של חלק מהשופטים, המנגנון של קביעת פיצויים הסתברותיים במקרים כגון אלה יוביל לתשלום-יתר של קבוצת המזיקים לקבוצת הניזוקים. למשל, בהתאם לעמדתה של השופטת נאור בדנ"א מלול, אם ההסתברות לגרם הנזק על-ידי הגורם הסיבתי נמוכה מ-50%, יקבל הניזוק פיצוי כמכפלת הנזק בגובה ההסתברות, ואילו אם ההסתברות גבוהה מ-50%, יקבל הניזוק את מלוא הפיצוי (דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס" 118 לפסק-דינה של השופטת נאור). בהסתכלות כוללת קבוצת הניזוקים מקבלת אם כן פיצוי החורג מן הנזק שנגרם לה באופן סיבתי גם במסגרת הפיצוי ההסתברותי. אולם ברצוננו להדגיש כי השימוש בראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה אינו נעשה רק כתחליף למקרים של סיבתיות עמומה. על-כן הגדלת הפיצוי במקרים שאינם נופלים לגדר קטגוריה זו לא תהווה רק שינוי שם, אלא תייצר עלות חדשה ומשמעותית לקבוצת המזיקים.

275 ע"א 592/88 שגיאי נ' עיזבון ניניו, פ"ד מו(2) 254, 265 (1992).

מידה כאלה, אולם עם הרחבת הפיצוי עד לסכום של מאות אלפי שקלים, נראה שאין עוד מנוס מכך. דברים אלה מקבלים משנה תוקף בשים לב לטענתנו כי מדובר בתחליף לפיצוי ההסתברותי. ודוקו: אף שגם לגבי הפיצוי ההסתברותי נטען כי אין אמות-מידה ברורות לחישובו, בפרט בכל הנוגע בחישוב אחוזי ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי שמהם נגזר הפיצוי,²⁷⁶ אין מדובר בקביעת סכום בעלמא, ובית-המשפט טרח לבאר את אופן חישובו, תוך הצבעה על ראיות סטטיסטיות או על אומדנה מפורטת שיסבירו כיצד נקבע פיצוי זה, ולא אחר. לפסיקת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לא נלווה אפילו הסבר כזה. באין כל קנה-מידה למתן הפיצוי, יתרונותיה של הגמישות השיפוטית מבחינת עשיית הצדק במקרה הפרטני ניגפים מפני חוסר הוודאות והעדר האחידות שהיא מייצרת במערכת כולה.

קושי נוסף הכרוך בהגדלת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נוגע בהעדר הסימטרייה שבין המזיק לבין הניזוק. כאמור, בהתאם לעמדתה של השופטת נאור בערעור האזרחי בעניין **מלול**, שימוש בפיצוי ההסתברותי נעשה רק במצבים שבהם ההסתברות לגרם הנזק על-ידי הגורם הסיבתי נמוכה מ-50%.²⁷⁷ אלא שעל עמדה זו, שאינה נקייה מקשיים, נמתחה ביקורת על-ידי כמה מהשופטים בדיון הנוסף. כך, למשל, ציינה השופטת פרוקצ'יה כי "ככל שמוכרת אחריות מדורגת של הנתבע הפחותה מ-50%, כיצד ניתן להצדיק אי הכרה סימטרית בהפחתת אחריותו של המזיק בהתאם לאותו שיעור שבו בפועל הוכחה אחריותו מעבר למאזן ההסתברויות?"²⁷⁸ גם המשנה לנשיאה ריבלין גרס כי את דוקטרינת ההטיה הנשנית, שהציע כתחליף לגישה ההסתברותית הרחבה של השופטת נאור, יש להחיל הן במקרה שבו ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי עוולתי נמוכה מ-50% והן במקרים שבהם היא גבוהה משיעור זה.²⁷⁹ והנה, ראש-הנזק המוגדל של פגיעה באוטונומיה, ש"המיר" את הפיצוי ההסתברותי בפסק-דין שניתן גם בהסכמתו של המשנה לנשיאה ריבלין, לוקה באותו קושי ממש. מטבע מהותו, ראש-הנזק המוגדל של פגיעה באוטונומיה מיטיב רק עם הניזוק, ומעניק לו פיצוי במצבים שבהם הוא לא היה זכאי לפיצוי לפי כללי הרשלנות הרגילים, חלף הפיצוי ההסתברותי שבוטל בדנ"א **מלול**. אולם להבדיל מפיצוי אחרון זה – אשר לפחות מבחינה קונספטואלית, ובהתאם לדעת כמה מהשופטים, עשוי לפעול לטובת שני הצדדים – פועלו של ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא חד-סטרי, וככזה הוא מייצר חוסר סימטרייה בין המזיק לניזוק ועלול להביא לידי הרתעת-יתר של מזיקים פוטנציאליים.²⁸⁰

נקודה אחרת שברצוננו להתייחס אליה היא העדרם של כלים לאיזון הפיצוי המוגדל בגין ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה מנקודת-מבטו של הניזוק. כאמור, ראש-הנזק של

276 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 14, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 16 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

277 שם, פס' 118 לפסק-דינה של השופטת נאור.

278 שם, פס' 13 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

279 שם, פס' 12 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

280 כנגד זה ניתן לטעון, בדומה לטענתה של השופטת ביניש בעניין **דעקה** (ראו לעיל ליד ה"ש 239), כי שופטים עלולים להעדיף לילך בדרך ה"נוחה" של פגיעה באוטונומיה גם במצבים שבהם היה אפשר אולי להוכיח את נזק הגוף המלא. ככל שהפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה נמוך מנזק הגוף, יהיה בכך כדי להביא לידי פגיעה בניזוק, ובכך תיווצר שוב "סימטרייה". אולם ספק אם השגת הסימטרייה בדרך זו היא דבר רצוי.

פגיעה באוטונומיה נולד מנקודת־מבט הרוגלת בגמישות שיפוטית, המאפשרת הימנעות מפתרונות בינריים והעדפת פתרונות־אמצע תחתיהם. והנה, למיטב ידיעתנו, דווקא בראש־נזק זה טרם הוחלו עד היום דוקטרינות מאזנות, דוגמת אשם תורם, הסתכנות מרצון, חובת הקטנת הנזק על־ידי הניזוק וכיוצא בהם, אשר יכוונו את התנהגות הניזוק וישללו ממנו את הפיצוי או לפחות יצמצמוהו במקרים הראויים. הדבר מעורר קושי דווקא בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה, משום שבראש־נזק זה, כפי שהוסבר לעיל, קיים לניזוק תמריץ ייחודי להתנהגות טקטית המתאפיינת בסיכון מוסרי.²⁸¹ כל עוד דובר בפיצוי בהיקף מוגבל, לא נדרשו בתי־המשפט להחלת דוקטרינות מרסנות, אך נראה שעם הגדלת גובה הנזק ואפיונו מחדש יש מקום לבחון את החלתן של דוקטרינות אלה, כפי שנעשה לגבי הפיצוי ההסתברותי, כדי למנוע שימוש לרעה.

לכסוף, נקודה אחרונה שראוי להרהר בה, לדעתנו, נוגעת בשאלה אם לנוכח הניסיון שנלמד מהפיצוי ההסתברותי אין חשש שגורלה של הפרקטיקה שהחלה בעניין ענטבי יהיה דומה לזה של הפיצוי ההסתברותי בעניין מלול. כידוע, הפיצוי ההסתברותי החל ונגמר בבית־המשפט – היד שהעלתה היא גם היד שהורידה. במילים אחרות, השימוש בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה היה ביטוי לצורך של בית־המשפט למצוא לעצמו כלי חלופי לכלי שהוא עצמו ביטל. מדוע אפוא ביטל בית־המשפט את הפיצוי ההסתברותי מלכתחילה? התשובה לכך מצויה בדנ"א מלול. מקריאת כמה מהדעות בפסק־הדין נראה שבית־המשפט חש כי הוא הרחיק לכת במידה מסוימת בשימוש הגובר שנעשה לאורך השנים בכלי של הפיצוי ההסתברותי. בהתאם לאותן דעות, לנוכח ממדיו הנוכחיים של הפיצוי ההסתברותי והשימוש הכולט בו, התפתחה למעשה מהפכה בידי הניזוקין, אשר אין זה מן הראוי שתתקבל באמצעות פיתוח המשפט בדרך של חקיקה שיפוטית. בתוך כך עמד בית־המשפט על הקושי הכרוך באופייה האינצידנטלי של החקיקה השיפוטית, אשר נעשית אגב הכרעה בסכסוך ואינה יכולה לראות תמיד את מכלול היבטיה של השאלה שעל הפרק.²⁸² על יסוד זה סבר בית־המשפט כי אי־אפשר לדבוק עוד בפיצוי ההסתברותי, וכי יש לבכר כלי מתון יותר. ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה נמצא כמועמד ראוי דווקא בשל טבעו המינורי והמצומצם עד לאותה עת ולנוכח מהותו כ"פרס ניוחמים". האטרקטיביות של הפגיעה באוטונומיה נבעה גם מכך שדובר בדוקטרינה קיימת שאינה דורשת מהלך אקטיביסטי מחודש, שנוי במחלוקת, של פיתוח המשפט, אלא רק שינוי בגובה הפיצוי – אקט שנתפס כמצוי בלב הגליטימציה השיפוטית. דא עקא שעם הגידול בפיצוי, הדינמיקה שהתפתחה לגבי הפיצוי ההסתברותי עלולה לשוב ולהתרחש גם לגבי הפגיעה באוטונומיה, ואולי אף ביתר שאת, עד כדי ביטולו של ראש־נזק זה וקריאה למחוקק להסדירו.²⁸³ למעשה, בית־המשפט העליון כבר היה קרוב לכך לא מזמן, כאשר התלבט אם מדובר בראש־נזק או בעוולה עצמאית,

281 ראו לעיל בחלק ב(ב) למאמר.

282 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 14, פס' 8–18 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה. עוד על קשיי הגליטימציה הנוגעים בפיתוח המשפט בדרך של חקיקה שיפוטית ראו עניין מור נ' ברק, לעיל ה"ש 58.

283 על "התנפחותו" של ראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה ועל הקושי הגלום בכך עמד השופט עמית בעניין קדוש, לעיל ה"ש 21, פס' 76 לפסק־דינו.

הטעונה כידוע חקיקה.²⁸⁴ על רקע זה נראה כי ככל שתכליתה העיקרית של הגדלת הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה היא מציאת נתיבי פיצוי חלופיים למזיק באין אפשרות לילך בדרך הקונוונציונלית, ייתכן שאין מנוס מלעשות כן בדרך של חקיקה. זאת, בין תוך אפיון ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה והעמדת קווים מנחים לאופן שבו על בתי-המשפט לאמוד ראש-נזק זה, ובין באמצעות הבטחת פיצוי בדרכים אחרות – למשל, על-ידי קביעת תנאים מקילים לקבלת פיצויים בגין נזק גוף או באמצעות יצירת מנגנוני ביטוח.²⁸⁵

סיכום

במאמר זה הראינו כי הפיצוי בגין ראש-הנזק של פגיעה באוטונומיה חווה לאחרונה, בבת אחת, גידול משמעותי, של מאות אחוזים, ומראש-נזק קטן ומוגבל הפך לרכיב משמעותי בתביעה הנזיקית. ראינו גם כי גידול זה הוא חריג בנוף הנזיקי, ולא נצפתה תופעה דומה באפיקי פיצוי אחרים, ממוניים או לא-ממוניים. כחינה של הרטוריקה השיפוטית, המצביעה על חלוף הזמן ועל קליטת ראש-הנזק בשיטת המשפט כנימוק משמעותי להגדלתו, אינה משכנעת, במיוחד לנוכח ייחודיותה של התופעה. רטוריקה זו גם אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הרווח ועם גישתם של בתי-המשפט במקרים דומים בתחום דיני הנזיקין. היא מתאימה אולי למשפט הפלילי ולקידום מטרותיו הפנימיות, אך היא אינה עולה בקנה אחד עם מטרותיהם של דיני הנזיקין – הן בפן ההרתעתי, הן משיקולי צדק מתקן, הן משיקולים חלוקתיים. קריאה ביקורתית של דברי השופטים בפסקי-הדין העוסקים בסוגיה של פגיעה באוטונומיה אינה יכולה להסביר גם את הקפיצה הגדולה שחלה בקליטתן של נורמות מן המשפט החוקתי אל תוך דיני הנזיקין.

מה הוביל אם כן ל"קפיצה הגדולה"? אנו סבורים כי ביסודה של המגמה להגדלת הפיצוי בשל הפגיעה באוטונומיה עומד רצון שיפוטי להעצמת הגמישות בפסיקת פיצויים, תוך הימנעות ממקרי-קצה של "הכל או לא-כלום". טענתנו היא כי מגמה זו קיבלה משנה תאוצה עם התהפוכות שחלו בשנים האחרונות בדיני הסיבתיות וביטול הלכת מלול, אשר אפשרה בשעתה לבתי-המשפט לחלק את עוגת הפיצוי הנזיקי. סגירת ערוץ גמישות אחד יצרה לחץ שהוביל להרחבת ערוצי גמישות אחרים, ביניהם הגדלת הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, בעיקר במקרים שבהם בית-המשפט מוגבל בפסיקת פיצוי אחר. זו גם לדעתנו הסיבה לכך שפיצוי זה מקבל ביטוי ונפח בעיקר במקרים שבהם לא נגרם כלל נזק פיזי, הגם שמבחינה תיאורטית טהורה, בהיותו ראש-נזק נפרד ונבדל, אין למצוא למגמה זו הסבר המניח את הדעת. על הבעיות שמצב זה של הגדלת הפיצוי יוצר, וכן על הקשיים הכרוכים בו, עמדנו בפרק האחרון של המאמר.

שאלה מעניינת, אשר מוקדם עדיין להשיב עליה, היא אם מגמה זו של הגדלת הפיצוי והרחבתו תימשך. ייתכן שמגמה זו, אשר הובלה על-ידי כמה שופטים שפרשו לאחרונה

284 שם, פס' 73 לפסק-דינו של השופט עמית ופס' 34-38 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

285 בהיבטים אחרים של דיני הנזיקין שבהם רצה המחוקק להבטיח מתן פיצוי אכן הועלו הצעות חוק שהקלו את הדרכים להוכחת הנזק בהשוואה לדרכים השגרתיות. ראו, למשל, הצעת חוק פיצוי לפגועים מלידתם, התש"ע-2010, פ/2516/18, פרוטוקול ישיבה מס' 356 של הכנסת ה-18 (6.6.2012). online.knesset.gov.il/eprotocol/PLAYER/PEPlayer.aspx?ProtocolID=23333

מבית־המשפט העליון, תאבד תנופה. אפשר גם שהגדלת גובה הפיצוי בראש־הנזק של פגיעה באוטונומיה וההרחבה הניכרת של השימוש בו – בניגוד לכוונה המקורית ולאופיו הבסיסי של ראש־נזק יציר פסיקה זה – ייתפסו כמהלך אקטיביסטי מופרז של חקיקה שיפוטית ויובילו לבסוף לכלייתו, כשם שקרה לדוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות. בד בבד אפשר שהרחבת השימוש בראש־הנזק תעודד הגדרה ברורה יותר של אמות־מידה ליישומו ולהערכתו. כך או אחרת, נראה כי הגמישות שהוא מאפשר לשופטים בפסיקת פיצוי במקרים נזיקיים, כמו־גם העמדה הרווחת בקרב רבים כי יש בו ביטוי לערכים ליברליים, הפכו את הפגיעה באוטונומיה מראש־נזק צדדי, הניתן כפרס ניהומים, לנתיב פעולה מרכזי. ימים יגידו מה תהיה השפעתה הכוללת של קפיצה גדולה זו על פסיקת הפיצויים בדיני הנזיקין בישראל.