

צדק ביחסים ודיני נזיקין ביקורת על "צדק ביחסים" של חנוך דגן ואביחי דורפמן

מאת
אריאל פורת*

תקציר

רשימה קצרה זו מבקרת את תיאוריית הצדק ביחסים שמפתחים הפרופסורים חנוך דגן ואביחי דורפמן, ככל שהיא מתייחסת לדיני הנזיקין, הן מנקודת-מבט פוזיטיבית והן מנקודת-מבט נורמטיבית. בחלק הראשון נטען כי תיאוריית הצדק ביחסים מתעלמת מכך שדיני הנזיקין, ובעיקר דיני הרשלנות, מטילים – וצריכים להטיל – חובות על מזיקים תוך התחשבות בצדדים שלישיים. בחלק השני נטען כי תיאוריית הצדק ביחסים מתמקדת באינטרס של הניזוק, תוך הזנחה בלתי-מוצדקת של האינטרס של המזיק, ואף של האינטרס של הניזוק אקס-אנטה. בחלק השלישי נדון בהלכת אבו חנא שדגן ודורפמן תומכים בה, ונטען – בניגוד לדעתם של דגן ודורפמן – כי היא מוצדקת גם על-פי הגישה הכלכלית. עוד נטען בחלק זה כי הגישה הכלכלית מציבה סימן שאלה לגבי השימוש בהפסד השתכרות כאמת-מידה עיקרית לפיצוי בגין נזקי גוף, וכי אף התיאוריה של צדק ביחסים צריכה לפקפק באמת-מידה זו.

מבוא

- א. התמקדות ביחסים לעומת נקודת-מבט כוללת
1. ההשפעה של מספר הניזוקים על החובה המוטלת על המזיק
 2. ההשלכות של הטלת אחריות על צדדים שלישיים
- ב. התמקדות בניזוק והזנחת עניינו של המזיק
1. מצבו המיוחד של הניזוק על-פי הגישה הכלכלית
 2. התחשבות במזיק
 3. התחשבות בניזוק אקס-פוסט ואקס-אנטה
- ג. הדין הישראלי – הלכת אבו חנא

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט פרטי ע"ש אלן פוהר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודה למערכת עיוני משפט על עבודתה היסודית.

1. הלכת אבו חנא על-פי הגישה הכלכלית
2. הפסד השתכרות לניזוקים מבוגרים
3. הפסד השתכרות וצדק ביחסים

סיכום

מבוא

שתי אסכולות תיאורטיות מרכזיות מוכרות זה שנים בתחום דיני הנזיקין: על-פי האחת, המזוהה בדרך-כלל עם גישת הניתוח הכלכלי של המשפט, דיני הנזיקין מיועדים להגדיל את סך הרווחה החברתית, והם עושים זאת על-ידי מתן תמריצי התנהגות יעילים למזיק ולניזוק (להלן: הגישה הכלכלית);¹ על-פי האחרת, המבוססת על רעיונות הצדק המתקן, דיני הנזיקין מיועדים לתקן את העוול שהמזיק גרם לניזוק, בדרך-כלל בדרך של פיצוי כספי שישלם המזיק לניזוק.² בין שתי אסכולות אלה ניצבת תיאוריית הצדק ביחסים שמציעים חנוך דגן ואביחי דורפמן במאמרם בחוברת זו.³ לגישתם, דיני הנזיקין (והמשפט הפרטי בכלל) מושתתים על הרעיון של צדק ביחסים (או של יחסים צודקים) בין המזיק לניזוק. צדק ביחסים הוא מושג מופשט, שאומר אך מעט, ודגן ודורפמן מבארים אותו. לשיטתם, צדק ביחסים מושתת על שני עיקרים: זכותו של הפרט להגדרה עצמית, וקיום שוויון מהותי בין הפרטים בחברה. דגן ודורפמן מבחינים את גישתם מגישת הצדק המתקן, שבמרכזה עצמאותו של הפרט והשוויון הפורמלי בין הפרטים בחברה. רעיון הצדק ביחסים, לשיטתם של דגן ודורפמן, משמעו שפרטים חופשיים (כאלה הנהנים מזכות ההגדרה העצמית) ושווים (כאלה השווים זה לזה במונח המהותי) מכבדים זה את זה כפי שהם, על-פי תנאיהם שלהם.⁴

ברשימה קצרה זו אטען כי גישת הצדק ביחסים כפי שדגן ודורפמן מפתחים אותה אינה מספקת הסבר טוב לחלק ניכר מדיני הנזיקין הנוהגים, ואף אינה מהווה בסיס נורמטיבי משכנע במקרים רבים. בכך אין כדי להמעיט מן ההישג המרשים של דגן ודורפמן: גם אם התיאוריה שלהם מסבירה אך חלק מן המשפט הפרטי ומספקת בסיס נורמטיבי אפשרי רק לחלק ממנו, תרומתה חשובה ומאתגרת. אכן, אין זה דבר של מה-בכך להציע תיאוריה חדשה למשפט הפרטי!

1 גישה אינסטרומנטלית נוספת היא זו הרואה בדיני הנזיקין כלי להגשמת צדק חלוקתי. ראו Tsachi Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice* (2007); Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193 (2000).

2 ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (1995).

3 הפניות למאמר זה ייעשו להלן בצורה המקוצרת "מאמרם של דגן ודורפמן".

4 ראו אף כתיבה קודמת של דורפמן: Avihay Dorfman, *Negligence and Accommodation*, 22 LEGAL THEORY 77 (2016).

א. התמקדות ביחסים לעומת נקודת־מבט כוללת

הביטוי "צדק ביחסים" רומז כי דיני הנזיקין מתמקדים – ואף צריכים להתמקד – במערכת היחסים שבין המזיק לניזוק, ולגזור ממנה את החובות והזכויות של הצדדים זה כלפי זה. בהיבט מסוים זה גישת הצדק ביחסים דומה לגישת הצדק המתקן: אף זו האחרונה מתמקדת ביחסים שבין המזיק לניזוק, תוך ניסיון לגזור ממנה מהי התנהגות עוללתית וכיצד ראוי לתקן פגיעה עוללתית.⁵

קשה לי לראות כיצד התמקדות ביחסי הצדדים בלבד מסבירה את דיני הנזיקין הנוהגים. קשה לי אף לראות מה כוחה הנורמטיבי של גישה כזו. בשורות הבאות אסביר מדוע.

1. ההשפעה של מספר הניזוקים על החובה המוטלת על המזיק

טלו מקרה של מזיק היוצר סיכון כלפי ניזוק אחד בלבד, מכיוון שניזוקים אחרים אינם מצויים בטווח הסיכון, כגון נהג אשר נוהג במכוניתו מתוך הבנה – התואמת למציאות – שרק אדם אחד מצוי בסיכון פגיעה (בסבירות נמוכה). השוו עתה מקרה זה למקרה אחר שבו אותו נהג נוהג במכוניתו, הפעם תוך הבנה – התואמת למציאות – שמאה בני־אדם מצויים בסיכון פגיעה, הגם שסיכון הפגיעה של כל אחד מהם זהה לזה של האדם שהיה חשוף לסיכון במקרה הראשון. האם דיני הרשלנות יטילו על שני הנהגים חובה לנהוג באותה מהירות? האם ראוי שכך יעשו?

על־פי הגישה הכלכלית, התשובה ברורה מאליה: על המזיק לנקוט אמצעי זהירות רבים יותר ככל שהסיכון שיופחת עקב נקיטת אמצעי הזהירות רב יותר. כך, בענייננו, הפחתת מהירות במקרה האחרון (מאה ניזוקים פוטנציאליים) תפחית סיכונים הרבה יותר (פי מאה) מאשר במקרה הראשון (ניזוק פוטנציאלי אחד). לעומת זאת, גישה המדגישה את הצדק ביחסים שבין המזיק לניזוק תתקשה להסביר מדוע על הנהג להיזהר יותר כלפי ניזוק מסוים רק משום שבסביבתו מצויים ניזוקים נוספים (שעל דבר קיומם אותו ניזוק אף אינו יודע אולי): הימצאותם של ניזוקים נוספים בסביבה אינה משפיעה לכאורה על הצדק ביחסים שבין המזיק לבין הניזוק.⁶

חשבו עתה על חברת תעופה המפעילה שני סוגי מטוסים: כאלה הנושאים שלוש מאות נוסעים, וכאלה הנושאים חמישה נוסעים. האם נרצה שחברת התעופה תנקוט אותם אמצעי זהירות להגנת הנוסעים בשני סוגי המטוסים? ומה לגבי יצרניהם של שני המטוסים? נדמה לי שקשה להלום גישה כזו שסופה להוביל לכך שלא יהיה אפשר לייצר או להפעיל מטוסים קטנים בגלל העלויות העצומות של אמצעי הזהירות. להבדיל מן הדוגמה הקודמת, בדוגמה הנוכחית יש קשר חוזי בין חברת התעופה לנוסעים, ועל־כן גגן ודורפמן ייאתו אולי להסכים כי כיבוד רצונם המשוער של הצדדים לחוזה מחייב שאמצעי הזהירות ישתנו בהתאם למספר הנהנים מהם. שהרי אם אמצעי הזהירות הננקטים להגנת שלוש מאות נוסעים יהיו זהים

5 להצגת תיאוריות שונות של צדק מתקן ראו אריאל פורת נזיקין 55–59 (2013).

6 ואם היא משפיעה, היא מתקרבת מאוד לתפיסתה של הגישה הכלכלית למשפט, אם לא מתמזגת עימה.

לאמצעי הזהירות להגנת חמישה נוסעים, עלותו של כרטיס הטיסה במקרה האחרון תהיה גבוהה עד כדי כך שלא יתאפשר לחמשת הנוסעים לרכוש כרטיס טיסה מלכתחילה. אך כיצד יתייחסו דגן ודורפמן למקרה של מעסיק שאינו מתקין מעקה-בטיחות לצד המדרגות במפעל, אף שיש לו עובד אחד מוגבל פיזית שסיכון הנפילה שלו במדרגות בלי מעקה-בטיחות גדול? ואם יאמרו כי על המעסיק לנקוט אמצעי זהירות זה, תישאל השאלה כמה עליו להשקיע באמצעי זהירות נוספים, בהנחה שניתן להגדילם כמעט ללא הגבלה. האם גם כאן מספר הנהנים מאמצעי הזהירות אינו צריך להשפיע על מידת ההשקעה שראוי כי הדין ידרוש? קשה לקבל מסקנה כזו המתעלמת ממספר הנהנים מאמצעי הזהירות. דוגמאות אלה מלמדות כולן כי פעמים רבות אין די בהתמקדות ביחסים של המזיק והניזוק המסוים שנפגע ובניסיון ללמוד מתוכם בלבד מה המזיק נדרש לעשות.

2. ההשלכות של הטלת אחריות על צדדים שלישיים

במרכז הגישה הכלכלית עומד הרעיון שבעת עיצובן של חובות וזכויות דיני נזיקין יש להביא בחשבון השפעות חברתיות ככלל והשפעות חברתיות על צדדים שלישיים בפרט.⁷ השפעות על צדדים שלישיים אינן קשורות לצדק ביחסים על-פי דגן ודורפמן, ונראה כי לשיטתם יש להתעלם מהן.

ככל שמדובר בדיני הנזיקין הנוהגים בישראל, כמו-גם בארצות-הברית, להשלכות של הכלל המשפטי על צדדים שלישיים יש חשיבות קריטית בעיצוב דיני הנזיקין.⁸ הדבר מתבטא, בראש ובראשונה, באופן שבו בתי-המשפט עושים שימוש בחובת הזהירות. בניגוד לטענה של דגן ודורפמן, שנובע ממנה כי חובת הזהירות קובעת את מערכת היחסים הצודקת בין הצדדים מבלי להביא בחשבון השלכות על צדדים שלישיים,⁹ חובת הזהירות משמשת בפועל מסננת המאפשרת אי-הטלת אחריות על מזיק רשולן רק בגלל החשש להשפעתו של כלל האחריות המשפטית על צדדים שלישיים.¹⁰ שיקולים מן הסוג של רפואה מגנתית, משפטנות מגנתית וחינוך מגנתית הם מן השיקולים המעצבים את אחריותם של רופאים, עורכי-דין, מורים ורשויות ציבוריות, לפחות על-פי המשפט הנוהג בישראל, והם מתמקדים בהשפעתו של כלל האחריות המשפטית על ניזוקים עתידיים.¹¹ גם שיקולים מנהליים, כגון העומס שיוטל על מערכת המשפט אם תוכר חובת הזהירות והחשש לתביעות-סרק, אשר נשקלים לא אחת על-ידי בתי-המשפט,¹² אינם שיקולים הנוגעים בצדק ביחסים שבין המזיק לניזוק.

7 פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26-27.

8 שם, בעמ' 98-101 ו-171-181.

9 מאמרם של דגן ודורפמן, תת-פרק ג1.

10 פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 98-101 ו-171-181; ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 645-646 (2012).

11 פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 156-158.

12 ראו, לדוגמה, ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 136 (1985); רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיבון דהאן, פ"ד מד(3) 397, 432 (1990); ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733, 741 (1988).

גם בקביעת סטנדרט ההתנהגות – כלומר, בקביעה אם הייתה התרשלות מצד המזיק – מביאים בחשבון את השפעת התנהגותו של המזיק על צדדים שלישיים. כך, למשל, אם ידוע כי נקיטת אמצעי זהירות לטובת הניזוק הייתה פוגעת בבטחונו של אחר, האין לשקול השפעה זו על האחר בקביעה אם המזיק התרשל אם לאו? בבואנו לקבוע אם נוהג ברכב שגרם נזק לרכבו של אדם אחר עקב נהיגתו המהירה ברכב התרשל, האין עלינו להביא בחשבון שנהיגה מהירה זו נעשתה על-מנת להחיש לבית-חולים פצוע שהיה ברכב ואשר נזקק לטיפול רפואי דחוף? האם בקביעה אם בית-חולים (פרטי או ציבורי) התרשל כלפי חולה בכך שלא העמיד לרשותו ציוד חיוני אין להביא בחשבון שהעמדת ציוד נוסף זה לרשות החולה הייתה פוגעת ביכולתו של בית-חולים לספק טיפול הולם לחולים אחרים שנזקקו לציוד זה באותה עת?¹³ לא חסרות דוגמאות למקרים שבהם הביא בית-המשפט בחשבון, ולדעתי בצדק, את השלכותיה של האחריות הנזיקית על צדדים שלישיים בעת קביעת כלל האחריות הנזיקית.¹⁴

התחשבות בהשפעה על צדדים שלישיים של הטלת אחריות נזיקית הייתה צריכה להיעשות אף אם צדק ביחסים היה עומד במרכזם של דיני הנזיקין: הטלת אחריות נזיקית תוך התעלמות מכך שניזוקים עתידיים יינזקו אינה עולה בקנה אחד עם הגדלת הרווחה החברתית, וגם לא עם צדק ביחסים שבין המזיק לביןם. במילים אחרות, במקרים מסוימים יש "התנגשות" בין חובות סותרות שיש למזיק כלפי ניזוקים פוטנציאליים שונים, ויש לאזן בין חובות סותרות אלה, אפילו במסגרת תיאוריה של צדק ביחסים. כך, בדוגמת הנוהג ברכב, לא רק יחסי הנוהג (המזיק) והבעלים של הרכב שניזוק צריכים להיות "צודקים", אלא גם יחסי הנוהג והנוסע הפצוע ברכבו. באופן דומה, היחסים של בית-חולים (או של הרופאים) צריכים להיות "צודקים" עם כל החולים – הן אלה שקיבלו בפועל את הציוד החיוני והן אלה שלא קיבלו אותו.

ב. התמקדות בניזוק והזנחת עניינו של המזיק

דגן ודורפמן טוענים כי המזיק צריך להתאים את התנהגותו לתנאיו של הניזוק, כלומר, עליו לקבל את הניזוק כמות שהוא, וזאת – לטענתם – בניגוד לגישה הכלכלית.¹⁵ הדוגמה הבולטת במאמרם היא של ניזוק בעל מוגבלות מנטלית: המזיק צריך להיזהר בו כמתחייב ממוגבלותו.¹⁶ לקראת סוף החלק העוסק בכך, בפסקה קצרה אחת, הם מסייגים את אמירתם הגורפת בדבר ההתחשבות בניזוק, ומציינים כי גם עניינו של המזיק יכול להיות רלוונטי

13 אן ראו Alon Harel & Ariel Porat, *Commensurability and Agency: Two Yet-to-Be-Met*, *Challenges for Law and Economics*, 96 CORNELL L. REV. 749, 752–53 (2011), לטענה כי בתי-המשפט נמנעים מלדרון בשאלה אם היה על בית-החולים להשקיע השקעה גבוהה במיוחד שהייתה מפחיתה סיכון משמעותי לחולה.

14 פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 98–101 ו-171–181.

15 מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 159–160.

16 שם, אחרי ה"ש 156.

להגדרת הצדק ביחסים. לדבריהם, אין זה נכון לאלץ את המזיק לשאת בעלויות עצומות להגנתו של ניזוק בעל מוגבלות מנטלית (או אחרת), שכן הדבר יפגע באוטונומיה של המזיק.¹⁷ בפרק זה אדון בשלושה נושאים: ראשית, אטען כי התחשבות במצבו המיוחד של הניזוק עולה בקנה אחד עם הגישה הכלכלית; שנית, אטען כי ההתמקדות הכמעט-מוחלטת של המחברים בניזוק מוגזמת, ואף אינה מתחייבת מהתיאוריה שלהם; שלישית, אאתגר את תפיסת הצדק ביחסים בכך שאציע כי על-פי תפיסה זו ממש יש לתת משקל רב להשלכותיה של הטלת האחריות הניזוקת על האינטרס של הניזוק אקס-אנטה, בטרם אירע נזק.

1. מצבו המיוחד של הניזוק על-פי הגישה הכלכלית

במקרים הפרדיגמטיים של דיני הנזיקין המזיק והניזוק זרים זה לזה. הנוהג ברכב אינו יודע במי יפגע, ולכן הוא נדרש לנקוט אמצעי זהירות שיפחיתו נזקים, כאשר לנגד עיניו עומד הניזוק הממוצע, האנונימי (ואולי גם ניזוקים אחרים, פגיעים יותר מן הממוצע, אך עדיין אנונימיים). לפיכך אמירה כי דיני הנזיקין במקרים אלה מושתתים על הרעיון שהמזיק מקבל את הניזוק לפי תנאיו של האחרון היא מלאכותית: המזיק אינו יודע דבר על הניזוק העתידי שלו.

עם זאת, יש מקרים אחרים, שבהם התחשבות בניזוק, או בסוג הניזוקים שהמזיק חשף לסיכון, היא הכרחית, ואכן קיימת במשפט הנוהג.¹⁸ אלא שבניגוד לטענה של דגן ודורפמן, היא הכרחית באותה מידה ממש גם על-פי הגישה הכלכלית.

נניח שהמזיק ראה לנגד עיניו את הניזוק שעלול להיפגע ממנו ויודע כי יכולתו של הלה להיזהר מוגבלת (עקב מוגבלות פיזית, נפשית או מנטלית). יכולת מוגבלת זו של הניזוק מגדילה את תוחלת הנזק שעל המזיק להביא בחשבון כאשר הוא מכלכל את צעדיו. באופן דומה, אם ידוע למזיק שלניזוק הפוטנציאלי יש "גולגולת דקה" (דהיינו, שהוא רגיש במיוחד לפגיעה), הדבר מעלה, ובצדק, את סטנדרט הזהירות שבו עליו לעמוד, בראש ובראשונה מכיוון ש"הגולגולת הדקה" של הניזוק מגדילה את תוחלת הנזק שהמזיק נדרש להפחית באופן יעיל.¹⁹ במקרים אלה, אם כן, גישת הצדק ביחסים אינה שונה במהותה מן הגישה הכלכלית: שתייהן גורסות כי על המזיק להביא בחשבון את תנאיו המיוחדים של הניזוק. השוני יכול להיות ביישום – למשל, בעוד שהגישה הכלכלית תציע לבחון את עלותם של אמצעי הזהירות מול הפחתת הסיכון שתושג על-ידי נקיטתם, גישת הצדק ביחסים לא תלך בדרך זו, אלא תרגיש את עניינו של הניזוק, הרבה יותר מאשר את עניינו של המזיק.²⁰

17 שם, ליד ה"ש 166-167.

18 למשל, אך ברור הוא שרופא צריך להביא בחשבון את מצבו המיוחד של החולה שבו הוא מטפל, ולנקוט אמצעי זהירות בהתאם. ראו, למשל, ע"א 6649/96 הסתדרות מדיציניית הרסה נ' גלעד, פ"ד נג(3) 529 (1999), שם נקבע כי בית-החולים היה צריך לנקוט אמצעי זהירות שיביאו בחשבון את רגישותו המיוחדת של המנוח, ולמנוע את התאבדותו. ראו גם להלן ה"ש 19.

19 השוו ע"א 630/68 כהן נ' עלי טבק בע"מ, פ"ד כג(1) 707 (1969), שם היות הניזוק בעל "גולגולת דקה" לא היה ידוע למזיק או צפוי מבחינתו, ועל-כן לא הוטלה עליו אחריות בגין הנזק שנגרם לניזוק.

20 על עניינו של המזיק ראו בתת-פרק הבא.

בתווך, בין המקרים שבהם הניזוק אנונימי לחלוטין לבין המקרים שבהם הוא מזוהה, קיימים המקרים שבהם ניתן לדעת את מאפייניה של הקבוצה שהניזוק הפוטנציאלי משתייך אליה. בסוג זה של מקרים, הנדונים על-ידי דגן ודורפמן בסוף מאמרם (במסגרת דיונם בהלכת אבו חנא),²¹ אדון בפרק ג.

2. התחשבות במזיק

דגן ודורפמן צודקים באומרם כי הגישה הכלכלית היא סימטרית במונח זה שהיא מחייבת התחשבות באינטרסים של המזיק לא פחות מאשר באלה של הניזוק.²² אלא שכך עושה גם המשפט הנוהג. נוסחת לרנד הנר – אותה נוסחת רשלנות כלכלית המהווה חלק מן המשפט המקובל האמריקני²³ ולדעתי גם הישראלית²⁴ – מורה לבתי-משפט כי בעת הקביעה אם המזיק התרשל יש להשוות בין תוחלת הנזק שהייתה מופחתת אילו נקט המזיק את אמצעי הזהירות שנטען כי היה עליו לנקוט לבין עלותם של אותם אמצעי זהירות. כאמור, דגן ודורפמן מתמקדים בניזוק, ורק בפסקה קצרה אחת מותירים אפשרות להתחשבות במזיק, כנראה במקרים קיצוניים בלבד. הרושם המתקבל מכתבתם הוא שברגיל המזיק הוא שנדרש לקבל את הניזוק לפי תנאיו, ולא להפך.

גישה זו של דגן ודורפמן לא רק שאינה מתארת את המשפט הנוהג, אלא אף אינה מוצדקת על-פי תיאוריה של צדק ביחסים (השונה כנראה מזו של דגן ודורפמן), שהרי היחסים בין המזיק לניזוק אינם חד-צדדיים: כל הטבה עם הניזוק – כגון שיפור בטיחותו – באה על-חשבון המזיק. בשורות הבאות אדגים את הקושי בקבלת הטיעון שמצבו של הניזוק, ולא של המזיק, הוא שמגדיר (כמעט לבדו) את הצדק ביחסים. כל דוגמה שאשתמש בה מייצגת קטגוריה של מקרים שבהם התחשבות במזיק היא הכרחית, ולא רק מכוחה של הגישה הכלכלית. כדוגמה הראשונה נקיטת אמצעי זהירות על-ידי המזיק מסכנת אותו באופן משמעותי. נניח שאדם נוהג במכוניתו במהירות גבוהה על-מנת להגיע לבית-החולים כדי לקבל טיפול רפואי מציל חיים שחייב להינתן לו בתוך זמן קצר (למשל, עקב פציעה בתאונת-דרכים). אגב כך הוא פוגע בהולך-רגל, ועולה השאלה אם הוא התרשל בכך שנהג מהר מדי. האם המזיק לבדו צריך לקבל את הניזוק על-פי תנאיו, מבלי שמצבו המיוחד של המזיק יישקל גם-כן, כדי למצוא פתרון משפטי העולה בקנה אחד עם צדק ביחסים? לדעתי, התשובה היא שלילית: הן מצבו של הניזוק והן זה של המזיק חשובים באותה מידה.

21 מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 303 ואילך.

22 שם, ליד ה"ש 159.

23 Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical & Emotional Harm § 3 (2010)

24 ראו, למשל, ע"א 343/74 גרובנר נ' עירית חיפה, פ"ד ל(1) 141 (1975); ע"א 5604/94 חמר נ'

מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004); ע"א 3124/90 סכנ נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (1995);

דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה

לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); דנ"א

4693/05 ב"ח כרמל – חיפה נ' מלול (פורסם בנבו, 29.8.2010); ע"א 10064/02 "מגדל"

חברה לכיטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא

(פורסם בנבו, 20.5.2010).

דוגמה שנייה היא זו של עובד הפוגע ברכוש של המעסיק וגורם לו נזק. האם עדיפותו של הניזוק במניעת נזקים ובביטוח מפניהם אינה יכולה, וראויה, להשפיע על הגדרת אחריותו הניזוקית של העובד? האם רק העובד (המזיק) צריך לקבל את המעסיק (הניזוק) לפי תנאיו, והמעסיק מצידו אינו צריך לעשות אותו דבר בדיוק? אף כאן דעתי היא שעניינו של המזיק חשוב לא פחות מזה של הניזוק (ולא רק בגלל שיקולים של צדק חלוקתי).

דוגמה שלישית היא של מזיק אשר אי-התחשבות במגבלותיו בעת קביעת סטנדרט הזהירות תחייב אותו לפגוע בניזוקים אחרים. כפי שהודגם לעיל, אמצעי זהירות שבית-חולים נוקט להגנת חולה אחד יכול שיבואו על-חשבון אמצעי זהירות שהוא נוקט כלפי חולה אחר.²⁵ האין להתחשב במגבלותיו של המזיק במקרים מעין אלה? מגבלות אלה חשובות בעיניי להגדרת הצדק ביחסים. בסוג זה של מקרים מתקיימת השקה בין הטעון בדבר התחשבות במזיק ובתנאיו המיוחדים לכין הטעון בדבר התחשבות בצדדים שלישיים.

דוגמה רביעית היא של אדם עם מוגבלות שהוא דווקא המזיק (ולא הניזוק, כבדוגמה של דגן ודורפמן). נניח שאדם עם מוגבלות פיזית, הנע בכיסא-גלגלים, מסכן מדי פעם עוברים-ושבים. האם הטעון שעל הניזוקים לקבל את המזיק כמות שהוא לפי תנאיו משכנע פחות מהטעון ההפוך, שמזיקים צריכים לקבל את הניזוק על-פי תנאיו? לדעתי לא. השוויון המהותי, כמו-גם הזכות להגדרה עצמית שביסודה של תיאוריית הצדק ביחסים של דגן ודורפמן, עשויים לפעול כאן באופן שיפחית את סטנדרט הזהירות שבו יידרש המזיק לעמוד ובה-בעת גדיל את סטנדרט הזהירות שבו יידרש הניזוק לעמוד (שאם לא כן ייחס לו אשם תורם).

דוגמה אחרונה זו נוגעת בבעיה כללית יותר שדיני הרשלנות ניצבים בפניה, והיא היותם אובייקטיביים, במובן זה שמזיקים, בכפוף לחריגים ידועים,²⁶ נדרשים לעמוד בסטנדרט זהירות שנקבע באופן אובייקטיבי, מבלי להביא בחשבון את יכולותיהם המשתנות ואת הסיכונים השונים שהם יוצרים כלפי ניזוקים בשל תכונותיהם המיוחדות.²⁷ תיאוריה של צדק ביחסים הייתה אמורה, לדעתי, לתמוך בפרסונליזציה של סטנדרט הזהירות שהמזיק נדרש לעמוד בו, כך שיכולותיהם השונות של המזיקים יובאו בחשבון בהגדרת הצדק ביחסים (בוודאי לשם הגברת סטנדרט הזהירות הנדרש ממזיק בעל יכולת גבוהה, אך אולי גם לשם הפחתת סטנדרט הזהירות הנדרש ממזיק שיכולתו נמוכה). דגן ודורפמן מתמקדים כאמור בצורך להתחשב במצבו המיוחד של הניזוק, תוך התעלמות מוחלטת כמעט ממצבו המיוחד של המזיק.

דוגמה חמישית ואחרונה עוסקת במקרה שבו ההתמקדות במזיק צריכה דווקא לחייב אותו לפעולה עקב קלותה. כוונתי למקרה שבו לניזוק פוטנציאלי יש תכונה שאינה בלתי-ניתנת לשינוי או שהוא עורך בחירה שאינה חיונית לו. במקרים אלה, לדעת דגן ודורפמן, אין המזיק נדרש להתחשב בתנאיו המיוחדים או בנסיבותיו המיוחדות של הניזוק, וזאת בלא

25 ראו לעיל ליד ה"ש 13.

26 בראש ובראשונה במקרים של קטינים, אך גם במקרים של אנשים עם מוגבלות פיזית. באנשים עם מוגבלות נפשית סירב בית-המשפט העליון להתחשב. ראו רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג, פ"ד סב(3) 396 (2007).

27 Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Personalizing Negligence Law*, 91 N.Y.U. L. REV. 627 (2016).

כל תלות בעלותה של התחשבות זו.²⁸ דגן ודורפמן מדגימים את טענתם זו (מחוץ לדיני הנזיקין) בתחום יחסי העבודה. לטענתם, מעסיק צריך להתחשב, למשל, באמונה דתית של עובד (שכן זו בחירה חיונית), אך לא ברצונו לצפות מדי פעם בציפורים נודדות (רצון אשר נובע מבחירה לא-חיונית ועל-כן אינו מחייב התחשבות של המעסיק).²⁹ אולם נדמה שדווקא צדק ביחסים – ובאופן ספציפי יותר הכבוד כלפי העובד – אינו מרשה למעסיק להתעלם באופן מוחלט משאיפותיו של העובד, גם אם אין הן פועל יוצא מתכונות שאינן ניתנות לשינוי או מבחירות חיוניות לגביו. גם תכונות שניתנות לשינוי או בחירות שאינן חיוניות מחייבות התייחסות כלשהי של המעסיק. מעסיק שאינו מוכן להתגמש אפילו במעט (בעלות אפסית) כדי לאפשר לעובד שלו לצפות בציפורים נודדות, אף שהדבר חשוב לעובד באופן סובייקטיבי, אינו מכבד אותו. במילים אחרות, אין זה ברור מדוע דגן ודורפמן מתעקשים על גישה דיכוטומית בין תכונות ובחירות שהמעסיק חייב לכבד, כמעט בלא תלות בעלות הכרוכה בכך, לבין תכונות ובחירות שאין כל הכרח לכבד, אף אם ניתן לעשות זאת בעלות זניחה. דגן ודורפמן מדגימים את עמדתם אף בהקשר הנזיקי באמצעות הגנת ההסתכנות מרצון. על-פי המשפט האמריקני, הגנה זו משחררת את המזיק מאחריות משפטית אם הנזיק בחר מרצונו לחשוף את עצמו לסיכון הגבוה שהמזיק יצר כלפיו.³⁰ לדידם, ההיחשפות לסיכון אינה בחירה חיונית שעל המזיק להתחשב בה. קשה לי להבין איך עמדה משפטית כזו יכולה להיות מוצדקת על-ידי תיאוריה של צדק ביחסים. האומנם העובדה שאדם בחר להסתכן מרשה לאדם אחר לפגוע בו על-ידי התנהגות עוולתית? נראה שלא במקרה לא זו עמדת המשפט הישראלי: בחירת הנזיק להעמיד את עצמו בסיכון גבוה יכולה להיות אשם תורם, אך בדרך-כלל היא לא תספק הגנה מוחלטת למזיק.³¹ וכי למה לפטור מזיק מכל אחריות אם הוא היה יכול, בעלות נמוכה דייה, למנוע את הפגיעה בנזיק, אף אם זה האחרון העמיד את עצמו מרצון בסיכון גבוה?³² הקשר בין טענה זו לטענתי בנוגע לדוגמה החמישית הוא ברור: על-פי תיאוריה של צדק ביחסים, עלויות נמוכות על המזיק צריכות להיות שיקול בעד הטלת חובות עליו.

3. התחשבות בניזוק אקס-פוסט ואקס-אנטה

נראה שדגן ודורפמן ערים לכך שלחייב המעסיק להתחשב בתנאיו המיוחדים של העובד עשויות להיות השלכות אקס-אנטה, כגון גלגול העלות הכרוכה בכך על העובד בעת קביעת שכרו.³³ למרות זאת, לדעתם, התחשבות כזו הכרחית על-פי תיאוריית הצדק ביחסים.³⁴ אף

28 מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 107 ואילך.

29 שם, אחרי ה"ש 110.

30 שם, ליד ה"ש 109.

31 ראו, למשל, ע"א 753/75 בלגה נ' עובון טפט, פ"ד לב(1) 757 (1978).

32 דווקא הגישה הכלכלית יכולה לכאורה להצדיק תוצאה זו, שכן במקרים אלה הנזיק הוא מונע הנזק הזול יותר או מי שיכול לשקול טוב יותר עלות מול תועלת. ראו Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, 81 YALE L.J. 1055 (1972).

ספק בעיניי אם כך הדבר בכל המקרים או אפילו ברובם, אך עניין זה חורג ממסגרת הדיון.

33 מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 205.

34 שם.

שטיעונם משכנע, היה מקום להבהיר קצת יותר כיצד תיאוריית הצדק ביחסים פותרת את המתח הקיים לא אחת בין נקודת-המבט אקס-פוסט לנקודת-המבט אקס-אנטה בתחום דיני הנזיקין. להלן אבהיר מהו מתח זה וכיצד ניתן ליישבו.

הטלת אחריות על רופא כאשר הוא התרשל וגרם נזק לחולה נתפסת כהכרחית על-פי תיאוריית של צדק מתקן, ונדמה שכך הדבר אף על-פי תיאוריית הצדק ביחסים של דגן ודורפמן. נניח עתה שיש קבוצה של מקרים שבהם הטלת אחריות על הרופא תגביר באופן משמעותי את הסיכון שהרופאים ינקטו רפואה מגננתית (כך יקרה, למשל, אם דרך פעולה מסוימת של הרופא לא תגרור אחריות נזיקית כמעט לעולם, אפילו היא רשלנית, ואילו דרך פעולה אחרת שלו תגרור אחריות נזיקית אם היא רשלנית, ולעיתים אף אם היא אינה כזו).³⁵ על-פי הגישה הכלכלית, יש להביא בחשבון את סיכון הרפואה המגננתית בעת עיצוב הכלל המשפטי (למשל, על-ידי הטלת אחריות נזיקית רק במקרים של רשלנות רבתי, ולעיתים אפילו אי-הטלת אחריות כלל).

אך מה תאמר על כך תיאוריית הצדק ביחסים של דגן ודורפמן? התמקדות בנקודת-המבט אקס-פוסט תחייב הטלת אחריות על הרופא הרשלן. התמקדות בנקודת-המבט אקס-אנטה, לעומת זאת, לא תוביל בהכרח לאותה מסקנה: יחסים ראויים בין הרופא לחולה, העולים בקנה אחד עם האינטרס של החולה, הם יחסים שבהם הרופא אינו נמצא בניגוד עניינים איתו, ואינו נוקט רפואה מגננתית כלפיו כדי להציל את עורו. מכאן שדווקא אי-הטלת אחריות נזיקית (או הטלת אחריות נזיקית במקרים של רשלנות רבתי בלבד) תיטיב במקרים מסוימים עם האינטרס של החולה אקס-אנטה. אם כך הדבר, אזי ניתן להצדיק העדר אחריות גם על-פי תיאוריית הצדק ביחסים: שוויון מהותי והגדרה עצמית מחייבים, כך נראה, ליתן משקל מכריע לאינטרס של החולה אקס-אנטה או לפחות להביאו בחשבון ברצינות הראויה.³⁶ יש לשים לב לכך שמסקנה מעין זו אינה נובעת מכך שכלל של אחריות נזיקית לטובת החולה התובע במשפט ישפיע לרעה על אינטרסים של צדדים שלישיים. אדרבה, הדגש הוא בכך שכלל אחריות כזה היה עלול להשפיע לרעה על האינטרס של החולה התובע במשפט, ולא להיטיב עימו. אילו נשאל לפני שניזוק, ואילו הבין באופן מלא את השלכותיו האפשריות של כלל האחריות הנזיקית, היה החולה מעדיף אולי לפטור את הרופא מכל אחריות נזיקית שהיא (או לצמצם אותה במידה ניכרת).

ג. הדין הישראלי – הלכת אבו חנא

בסוף מאמרם פונים דגן ודורפמן לדרון ביישומה של תיאוריית הצדק ביחסים במשפט הישראלי.³⁷ בין היתר הם דנים בעניין אבו חנא,³⁸ שבו פסק בית-המשפט העליון כי הפיצוי בגין הפסד השתכרות עתידי לתובעת – תינוקת ערבייה שנפגעה בתאונה – יחושב לפי

35 למשל, החלטה של רופא מיילד אם ליילד בלידה קיסרית או בלידה טבעית. פורת, לעיל ה"ש 5, בעמ' 100-101.

36 להרחבה על הגישה של צדק אקס-אנטה ביחסי מזיק וניזוק ראו Ariel Porat, *The Many Faces of Negligence*, 4 THEORETICAL INQ. L. 105, 112-13 (2003).

37 ראו מאמרם של דגן ודורפמן, פרק ד.

38 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 24.

השכר הממוצע במשק, ולא לפי השכר הממוצע של נשים ערכיות בכלל, למשל, או של נשים ערכיות שנולדו בכפר המסוים שבו נולדה התובעת. דגן ודורפמן מצדיקים את פסיקת בית-המשפט, שכן היא עולה בקנה אחד עם תיאוריית הצדק ביחסים, ואף טוענים כי לא היה אפשר להגיע לתוצאה זו לפי התיאוריות הרווחות של צדק מתקן או לפי הגישה הכלכלית (אף שבית-המשפט העליון עצמו עשה שימוש בתיאוריות אלה כמורגם בגישה של צדק חלוקתי³⁹). בשורות הבאות אטען כי הגישה הכלכלית, לפי הבנה נכונה שלה, תומכת היטב בהחלטתו של בית-המשפט העליון (וכך אף עולה ממאמר שכתבתי לפני שנים אחדות ואשר מצוטט על-ידי דגן ודורפמן,⁴⁰ כמורגם מכתובה שלי שקדמה לעניין אבו חנא⁴¹). עוד אטען כי הגישה הכלכלית, לפחות לפי הבנתי, תומכת בכך שהפיצוי שיינתן לניזוקים כלשהם, מבוגרים כילדים, יהיה תלוי בעיקר בחומרת פגיעתם הפיזית, ופחות (או בכלל לא) בהפסד ההשתכרות שנגרם להם. לבסוף אטען כי תיאוריית הצדק ביחסים של דגן ודורפמן עשויה אף היא לתמוך בעמדה זו.

1. הלכת אבו חנא על-פי הגישה הכלכלית

אילו הוענק פיצוי גבוה יותר לתינוקות או לילדים יהודים מאשר לתינוקות או לילדים ערבים, מזיקים פוטנציאליים היו נזהרים פחות מפני פגיעה בילדים ערבים מאשר מפני פגיעה בילדים יהודים. זוהי נקודת-המבט אקס-אנטה: פיצוי פחות אקס-פוסט משמעו זהירות פחותה אקס-אנטה. יתרה מזו, פיצוי פחות אקס-פוסט לילד ערבי מאשר לילד יהודי משמעו לכאורה שהנזק שנגרם לראשון קטן מהנזק שנגרם לשני (גם אם לשניהם נגרם נזק פיזי זהה), ועל-כן, לכאורה, סטנדרט הזהירות צריך להשתנות בהתאם לזהותו של הניזוק הפוטנציאלי, אם ערבי הוא או יהודי.

גישה זו היא מופרכת, בראש ובראשונה על-פי הגישה הכלכלית, אך לא רק על-פיה.⁴² אכן, למרבה השמחה, שופטים אינם קובעים סטנדרט שונה לערבים וליהודים (או לנשים ולגברים, או באופן כללי יותר – לאלה שהשתכרותם נמוכה ולא לאלה שהשתכרותם גבוהה). ההצדקה לכך היא שהנזק החברתי בפגיעה ביהודי ובפגיעה בערבי (אם ילד הוא או מבוגר) זהה כמובן (בהנחה שהפגיעה הפיזית זהה), בלא כל תלות בהפסד ההשתכרות שנגרם להם עקב הפגיעה. לכן לא רק שסטנדרט ההתנהגות כלפי יהודי וכלפי ערבי צריך להיות זהה, אלא גם הפיצוי לילד הערבי ולילד היהודי אסור שיהיה תלוי בהפסד ההשתכרות העתידי שנגרם להם, אלא רק בחומרת הפגיעה הפיזית בהם.

הגישה הכלכלית מחייבת שסטנדרט הזהירות ייקבע בהתאם לתוחלת הנזק החברתי שייגרם ובהתאם לעלות מניעתו, וכי הפיצוי יהיה בגין הנזק החברתי שנגרם. כך יובטחו תמריצי ההתנהגות היעילים של המזיק. השאלה אם הנזק החברתי תלוי בכושר ההשתכרות

39 שם.

40 Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L.J. 82 (2011).

41 אריאל פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 143 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

42 לדעה שונה באשר לאופן הבנת הגישה הכלכלית ראו Ronen Avraham & Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, 78 OHIO ST. L.J. 661, 698–99 (2017).

אם לאו היא שאלה שמחוץ לגישה הכלכלית: החברה היא שקובעת אם הנזק של אוכדן יד או אוכדן חיים נמדד על-פי הפסד ההשתכרות שנגרם לניזוק או לפי מדדים אחרים שבינם לבין הפסד השתכרות אין ולא כלום. כך, נניח שבמדינה דמיונית כלשהי ערכו של אדם נמדד לפי יכולתו להתפלל. במדינה זו ייתכן שפגיעה באדם תימדד לפי הפגיעה בכושרו להתפלל, ולא לפי הפגיעה בכושרו להשתכר. אם כך ייעשה, תצדיק הגישה הכלכלית פיצוי גבוה למי שכושר התפילה שלו נפגע באופן חמור. אומנם, זוהי תוצאה מוזרה, ורובנו לא היינו רוצים לחיות בחברה שאלה ערכיה. אך בהיבמדידה רובנו איננו רוצים לחיות – ומאמינים שאיננו חיים – בחברה שמודדת את ערכם של חיי אדם ואת ערך בריאותו (כמעט רק) על-פי כושר ההשתכרות שלו.⁴³ כך או אחרת, הגישה הכלכלית היא מסגרת למקסום רווחה חברתית, והערכים שיש למקסם נקבעים מחוץ לגישה הכלכלית.

בהנחה שלפי ערכי החברה שאנו חיים בה אין זה ראוי שמזיקים יזהרו יותר ביהודי מאשר בערבי או בעשירים יותר מאשר בעניים – כפי שקורה בעולם שבו הפיצויים שיינתנו להם במקרה של פגיעה יהיו שונים במידה משמעותית – הערך שהחברה שלנו נותנת לחייהם ולבריאותם של בני-אדם אינו תלוי בהפסד השתכרותם. כאמור, הנחה זו אינה סותרת בשום צורה ואופן את התיאוריה הכלכלית של המשפט: היא אינה נובעת ממנה, אך היא מאומצת על-ידיה באופן אקסיומטי.

2. הפסד השתכרות לניזוקים מבוגרים

הניתוח שנערך בחלק הקודם מלמד כי הנזק החברתי הגלום בפגיעה בילד אינו צריך להימדד על-פי הפסד ההשתכרות שלו, בוודאי לא על-פי (הבנה נכונה של) הגישה הכלכלית. אך דברים אלה נכונים באותה מידה כאשר נפגע אדם מבוגר, שיש לו הכנסה וקריירה ידועים. מדוע כאן הפיצוי צריך להיקבע כמעט רק על-פי הפסד ההשתכרות שנגרם לניזוק? הטיעון הכלכלי שתומך בפסק-דין אבו חנא תומך אף בהתעלמות מהפסד ההשתכרות בפסיקת פיצויים בגין נזקי גוף או לפחות בהתחשבות פחותה בהרכבה בהפסד זה מזו הנהוגה כיום. הפרקטיקה הנהוגת היא שמי שהשתכרותו גבוהה מקבל פיצוי גבוה ואילו מי שהשתכרותו נמוכה מקבל פיצוי נמוך. מפרקטיקה זו עולה שלמזיקים, למרות פסק-דין אבו חנא (שעסק בניזוקים אשר לא ידוע כמה יעסקו בעתיד), אכן כדאי מבחינה כלכלית להשקיע יותר באמצעי זהירות שמגינים על יהודים מאשר בכאלה שמגינים על ערבים. אפילו אם סטנדרט הזהירות הוא אחיד (ונקווה שכך הדבר), הפיצוי השונה יוצר את עיוות התמריצים שתיארת: ערבים, נשים וזקנים – או באופן כללי יותר אלה שהשתכרותם נמוכה – מוגנים פחות על-פי דיני הנזיקין מאשר יהודים, גברים וצעירים (או באופן כללי יותר ממי שהשתכרותם גבוהה). הגישה הכלכלית צריכה לדחות תוצאה זו, מאותם טעמים שעליהם דיברתי בחלק הקודם.

43 ניתן לפתח תיאוריה שעל-פיה כושר ההשתכרות הוא מדד לפרודוקטיביות, ולכן ככל שנפגע אדם שיכולת השתכרותו גבוהה יותר כן נגרם נזק חברתי רב יותר. עניין זה חורג מתחומה של רשימה זו. אומר רק שאיני חושב שכך נכון להשקיף על כושר השתכרות, ושאיף פרודוקטיביות אינה מדד ראוי להערכת השווי של חיים ובריאות של בני-אדם. חשוב יותר, שימוש במדד כזה אינו מתחייב על-פי הגישה הכלכלית. כאמור, הגישה הכלכלית שואבת לתוכה את הערכים שהחברה נותנת לחיים ולבריאות, ואינה יוצרת אותם.

3. הפסד השתכרות וצדק ביחסים

דגן ודורפמן תומכים בפסיקתו של בית-המשפט העליון בעניין אבו חנא. אולם ברור פחות מה דעתם על פסיקת פיצויים בגין נזקי גוף לערבים וליהודים – או באופן כללי יותר לעניים ולעשירים – אשר יש להם עיסוק קבוע ועל-כן הפיצוי שיינתן להם ישתנה במידה ניכרת בהתאם לגובה השתכרותם (בהווה ובעתיד). האם פרקטיקה זו עולה בקנה אחד עם צדק ביחסים? האם זו המשמעות של קבלת הניזוק על-ידי המזיק על-פי תנאיו של הראשון? האם צדק ביחסים משמעו שאם הניזוק עשיר (כלומר, אם הפסד השתכרותו גבוה), הוא יקבל פיצוי גבוה, ואילו אם עני הוא (כלומר, אם הפסד השתכרותו נמוך), הוא יקבל פיצוי נמוך? האם תיאוריית הצדק ביחסים תתמוך בדין אשר מעודד זהירות רבה בבעלי השתכרות גבוהה וזהירות פחותה בבעלי השתכרות נמוכה?

קשה לי להאמין שדגן ודורפמן ייתנו תשובות חיוביות ל(כל ה)שאלות הללו. אך יש בהן כדי להדגים שוב כי קביעת כללים משפטיים בלא התחשבות בהשפעותיהם אקס-אנטה אינה רעיון טוב מלכתחילה. קשה לי לראות שצדק ביחסים משמעו להיזהר פחות בעני, וברור שדגן ודורפמן לא יטענו שכך צריך להיות. אך פיצוי נמוך לעני יוביל לכך שבמצבים שבהם הניזוק הפוטנציאלי הוא עני, המזיק לא ייזהר בו כפי שראוי שייזהר. הציווי "היזהרו בבני עניים כי מהם תצא תורה" אינו ציווי שניתן לסמוך רק עליו ככל שמדובר בהסדרת היחסים בין המזיק לניזוק.

סיכום

נוח דגן ואביחי דורפמן ראויים לשבחים רבים על פיתוחה של תיאוריית הצדק ביחסים כמסבירה וכמצדיקה את המשפט הפרטי. אולם לפחות בתחום דיני הנזיקין, כך ניסיתי לטעון, כוח ההסברה שלה ואף הכוח הנורמטיבי שלה אינם חזקים כפי שדגן ודורפמן סבורים. חשוב לומר שדגן ודורפמן ערים לכך שראוי להביא בחשבון שיקולים של רווחה חברתית (או יעילות) ושיקולים של צדק חלוקתי בעת קביעת המוסדות שיגשימו צדק ביחסים.⁴⁴ מכאן שהם אינם דוגלים בתפיסה מוניסטית לחלוטין, כפי שעושים חלק מהתיאורטיקאים של צדק מתקן או של הגישה הכלכלית. הם אף מדגישים כי הגשמת צדק ביחסים עולה פעמים רבות בקנה אחד עם המטרה של הגדלת הרווחה החברתית (אם כי לשיטתם יש להגשמה כזו ערך אינטרינזי). אם כך, למה לשמור את שיקולי הרווחה החברתית רק למקרים מיוחדים, קיצוניים? האין מקום לשקול אותם באופן תדיר יותר, לצידם של שיקולי הצדק ביחסים? ברשימה זו ניסיתי אף לטעון כי תיאוריית הצדק ביחסים עצמה עשויה לחייב לעיתים שקילתם של שיקולים אשר נדמה שדגן ודורפמן סבורים כי הם אינם נחוצים לעשיית צדק ביחסים. ייתכן שלא פירשתי נכון את התיאוריה שלהם, אך גם אם כך הדבר, נותרת השאלה מדוע לא לשקול שיקולים אלה, שיש להם השפעה מהותית על יחסי הצדקים.

44 מאמרם של דגן ודורפמן, ליד ה"ש 168 ואילך.

