

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה : הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

צחי קרן-פז *

- א. מבוא
- ב. מובניה השונים של פגיעה באוטונומיה
 1. שלילת כוח הבחירה
 2. ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין נזק תוצאתי אובייקטיבי (הפרדיגמה הנזיקית)
 - א) דוגמת שלושת החולים
 - ב) המשגת שלושת הנזקים השונים בעקבות שלילת כוח הבחירה
 - ג) היקף הפיצוי הראוי עבור שלילת כוח הבחירה ואופן שומתו
 3. ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין נזק תוצאתי סובייקטיבי (פרדיגמת עשיית העושר)
 - ג. שלילת כוח הבחירה: סקירה ביקורתית של יישום הרעיון בפסיקה
 1. פרשת תנובה ג' ראבי: הערוב בין רגשות גועל ובין פגיעה באוטונומיה
 - א) הטשטוש בין נזק תוצאתי ובין שלילת כוח בחירה
 - ב) הרלוונטיות של נתונים מאוחרים
 2. פרשת אבנעל: פיצוי בהיעדר שלילת כוח בחירה
 3. פרשת מיסטר מאני: פיצוי על נזק תוצאתי באצטלה של פגיעה באוטונומיה?
 4. סיכום
 - ד. בחינה נורמטיבית של פיצוי עבור ראש נזק של פגיעה באוטונומיה
 1. שלילת כוח הבחירה — נזק או תועלת? ממצאי פסיכולוגיה קוגניטיבית
 - א) מרבה בחירה מרבה חרטה?

* מרצה בכיר, בית הספר למשפטים, המכללה למינהל. אני מבקש להודות לנילי קרן-אייל, לחנוך דגן, לטלי מרגלית, ליובל פלדמן, לדניאל פרידמן ולחברי מערכת כתב העת "המשפט" על הערות מצוינות לטיוטה קודמת של המאמר, לקרן המחקר של בית הספר למשפטים על תמיכתה הכספית וליערה אלון, לאורי דרור, לליאורה שטרית ולרון גוטמן על עזרתם במחקר. גרסה קצרה של המאמר פורסמה בהמשפט 20.

(ב) קיזוז טובת הנאה

(1) קיזוז התועלת בשל היעדר הצורך להחליט

(2) קיזוז התועלת מהטיפול

i פיצוי עבור טיפול כפוי אך מותר?

ii קיזוז התועלת מטיפול עוולתי כנגד שלילת כוח הבחירה?

iii ההשפעה של הצלחת הטיפול על גודל הפגיעה משלילת

כוח הבחירה

2. ניתוח חלוקתי

(א) הפרמטרים לבחינה חלוקתית

(ב) ניתוח הפסיקה

(ג) בחינה חלוקתית של המבחן הראוי

3. הוצאות הידיינות וריבוי תביעות

(א) הפרמטרים לבדיקה

(ב) בחינת הפסיקה

4. המשמעות הסמלית מאחורי פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה

(א) השרשת אינדוידואליזם

(ב) פיצוי עבור נזק לא ממוני: בעיית הקומודיפיקציה ושוויים של

האינטרסים

ה. נפקויות אפשריות של אימוץ הדוקטרינה במשפט הפרטי

1. עשיית עושר: הסכמה היפותטית והתערבות בענייני הזולת

(א) שלילת כוח הבחירה

(ב) נזק תוצאתי סובייקטיבי

(1) גישות המלומדים

(2) עמדת המשפט הישראלי

(3) השפעת הלכת עלי דעקה

i חיוב בהשבה: פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה

ii היעדר השבה: אי־מתן פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה

iii היעדר השבה: מעבר להשבה בדרך של אומדן תוך

התחשבות בפגיעה באוטונומיה?

2. דיני פיצויים: קיזוז טובת הנאה

(א) הצגת הסיטואציות הטיפוסיות

(ב) השפעת הלכת עלי דעקה

3. דיני נזיקין: אבדן כושר השתכרות

4. חוזים ודיני הגנת הצרכן: הטעיה ו"עלול להטעות"

(א) דיני חוזים

(ב) דיני הגנת הצרכן

1. סיכום

א. מבוא

המשפט הישראלי מכיר בהקשרים מסוימים בפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה. במאמר זה אבחן פן אחד וחריש של ההגנה המוענקת על ידי המשפט לאוטונומיה של הפרט – פיצויים הנפסקים בשל עצם שלילת כוח הבחירה של התובע, כיצד לפעול. משמעות ההכרה בזכות לפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה היא, שגם לו היה התובע נוהג באותו אופן אלמלא פעולתה העוולתית של הנתבעת, הוא זכאי לפיצוי בשל הפגיעה באוטונומיה שלו. ההקשר העיקרי שבו התעוררה הזכות לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה הוא שלילת מידע רלוונטי מחולה לצורך בחירה אם להסכים לעבור טיפול רפואי. בע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית חולים כרמל¹, שנפסק שש שנים לפני כתיבת חיבור זה, הכיר בית המשפט העליון, בישובו במותב של שבעה, בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. הלכה זו יושמה על ידי בתי משפט השלום והמחוזי במספר מועט (יחסית) של פסקי דין². עם זאת, שאלת הזכאות לפיצוי עקב שלילת כוח הבחירה של התובע, יכול שתתעורר בהקשרים אחרים של שלילת מידע רלוונטי מהתובע, כמו גם במקרים שבהם נשללו מהתובע שלא כדין דרכי פעולה חלופיות, אף שלא נגרם לתובע נזק אחר פרט לעצם שלילת כוח הבחירה שלו. בחיבור זה ברצוני להעריך את דוקטרינת הפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה ממספר היבטים³. בחלק ב' אבחין בין מובנים שונים של פגיעה באוטונומיה: פגיעה תוצאתית לעומת פגיעה הנובעת מעצם שלילת כוח הבחירה. החידוש בפרשת עלי דעקה הוא בהכרה בראש נזק של פגיעה בעצם כוח הבחירה. כמו כן אבחין בין היבטים שונים של הפגיעה שנובעת מעצם שלילת כוח הבחירה. תוך כדי דיון בדוקטרינה זו, אבחן מה הייתה השפעתה הפרקטית עד כה, בהקשר של טיפול רפואי, שבו הוכר לראשונה ראש נזק זה כעצמאי. בחלק ג' אטען כי כמה פסקי דין של בית המשפט העליון המאוחרים לפרשת עלי דעקה והמסתמכים עליה (במפורש או במשתמע), לא השכילו לשמור על ההבחנה בין נזק תוצאתי הנגרם בעקבות פגיעה באוטונומיה לבין הנזק הנגרם משלילת כוח הבחירה. לעתים התוצאה של חוסר הבחנה זו היא חוסר בהירות אנליטי "בלבד", ואילו במקרים אחרים חוסר ההבחנה מוביל לתוצאה שגויה או בעייתית.

1 ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: פרשת עלי דעקה או הלכת עלי דעקה).

2 ראו להלן ההפניות בהערות שוליים 12–14.

3 אין בכוונתי להתיימר למצות את הדיון בסוגיה זו. בין היתר כמעט איני נוגע בסוגיות הבאות: (1) האם רצוי להגן על אינטרס שמירת כוח הבחירה בדרך של יצירת עילה עצמאית להבדיל מיצירת ראש נזק עצמאי? ראו להלן הערה 180; (2) האם הכרה בראש נזק זה מוצדקת מבחינת היבט ההרתעה? בשאלה זו אני נוגע בדרך אגב, ראו להלן חלק ד' 1 ו-3. בשל העובדה שהסכומים הנפסקים בראש נזק הם נמוכים, היבטי ההרתעה והיעילות של הסוגיה נראים בעיניי זניחים; (3) עמדת המשפט המשווה בסוגיה זו. לסקירה קצרה ראו נ' קרקר-אייל "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" בכרך זה, בע' 267.

"בלבד", ואילו במקרים אחרים חוסר ההבחנה מוביל לתוצאה שגויה או בעייתית. בחלק ד' אבחן אם פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה רצוי מבחינה נורמטיבית. אבחן את השאלה מארבע נקודות מבט: חשיבותה של בחירה בהתבסס על תובנות מדיסיפלינית הפסיכולוגיה הקוגניטיבית, ניתוח חלוקתי, ניתוח מוסדי המתמקד בהוצאות הידיניות ובחינת משמעותה הסימבולית של ההכרה בראש הנזק. מסקנתי היא שכל עוד גבולות הדוקטרינה מתוחמים כיאות – ההכרה בה רצויה. בחלק ה' אבחן כיצד הדוקטרינה והרציונל שבבסיסה יכולים להשפיע על היקף החבות בתחומים שונים של המשפט הפרטי: דיני עשיית עושר, דיני פיצויים, דיני נזיקין, דיני חוזים ודיני הגנת הצרכן.

ב. מובניה השונים של פגיעה באוטונומיה

בפתח הדברים יש להבחין בין שלושה סוגי פגיעה באוטונומיה, שיוצגו מהחמור אל הקל. האחד, פגיעה באוטונומיה במובן זה שפעולת הנתבעת גרמה לתובע⁴ להימצא במצב נחות מהמצב שבו היה עובר להתערבות, וזאת על פי מבחן אובייקטיבי. בסוג הפגיעות השני, פעולת הנתבעת הביאה לתוצאה הנחשבת כשיפור לעומת המצב הקיים על פי מבחן אובייקטיבי, אך נחותה ממנו על פי הערכתו הסובייקטיבית של התובע. המשותף לשתי קטגוריות אלו הוא שהנזק שנגרם מהפגיעה באוטונומיה הוא תוצאתי ("נזק תוצאתי"). טרוניית התובע היא שפעולת הנתבעת הביאה אותו למצב הנחשב בעיניו כנחות לעומת המצב הקיים עובר להתערבות. ההבדל בין שתי הקטגוריות הראשונות הוא בקנה המידה להערכת הפגיעה. הפער בין ההערכה האובייקטיבית לסובייקטיבית בקטגוריה השנייה יכול להתפרש כנזק תוצאתי מסוג מיוחד – שלילת זכות התובע ליהנות מהערך העודף של הערכתו הסובייקטיבית של הזכאות שבידיו לעומת ערכה האובייקטיבי. לעומת שני סוגי הפגיעות הראשונים, בסוג הפגיעות השלישי פעולת הנתבעת הביאה את התובע למצב שהוא מעריך סובייקטיבית כעדיף על פני מצבו עובר להתערבות או, למצער, כשווה ערך לו⁵. טרונייתו מוגבלת לכך שהוא לא התבקש לתת את הסכמתו לפעולת הנתבעת. לשון אחר, פעולת הנתבעת אמנם לא גרמה לתובע להימצא במצב לא רצוי מבחינתו, אולם היא שללה ממנו את זכות הבחירה או כוח הבחירה להגיע לתוצאה שפעולת הנתבעת הביאה את התובע אליו ושבה, לגופו של עניין, התובע מעוניין ("שלילת כוח הבחירה"). הדיון בחלק זה יתחיל בסקירת הקטגוריה השלישית – שלילת כוח

4 אני מתייחס למי שפגעו באוטונומיה שלו כתובע, אף שבפרדיגמת עשיית העושר, אדם זה הוא פעמים רבות הנתבע, המבקש לשלול את זכות התובעת להשבה (בגין העברת טובת הנאה מהתובעת לנתבע), בהתבסס על הטענה שחייב ההשבה יפגע באוטונומיה שלו. לדיון בנושא הפרדיגמות ראו להלן חלק ב.3.

5 להלן, בדברי על שלילת כוח הבחירה כמנוחים של תוצאה שבה מעוניין התובע, אני מתכוון, אלא אם כן צוין אחרת, גם למצב של אדישות בנוגע לשתי התוצאות.

הבחירה – שבה נמצא החידוש בהלכת עלי דעקה. לאחר סקירת ההלכה ואופן יישומה בהקשר ההסכמה מדעת, אפנה לבחינה מדוקדקת יותר של ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין נזק תוצאתי וההבחנה בין נזק תוצאתי אובייקטיבי לבין נזק תוצאתי סובייקטיבי. כפי שהדיון ילמד, אין מניעה עקרונית שחלק מנזקים אלו (הראשון והשלישי או השני והשלישי) יצטברו. מסקנה נוספת מהדיון היא שיש להבחין בין שני נזקים תוצאתיים בשל שלילת כוח הבחירה לבין נזק הנגרם מעצם שלילת כוח הבחירה, נזק העשוי להיות מומשג בשתי דרכים שונות.

1. שלילת כוח הבחירה

במסגרת קטגוריה זו – שלילת כוח הבחירה – התובע אינו מלין על נחיתות התוצאה שהתקבלה בשל פעולת הנתבע ואשר מהווה פגיעה באוטונומיה שלו. טרוניותו היא שנשללה ממנו הזכות לבחור בעצמו בתוצאה זו, שלגופה היא רצויה בעיניו. עם זאת, שלילת כוח הבחירה היא נזק עצמאי גם בנסיבות שבהן גרמה הפגיעה באוטונומיה גם לנזק תוצאתי. מי שמצא עצמו בסיטואציה לא רצויה בניגוד לרצונו, סובל הן מהתוצאה והן מכך שנשלל כוח הבחירה שלו אם לנקוט את הפעולה שהביאה לתוצאה הלא רצויה אם לאו.

בפרשת עלי דעקה⁶ עברה התובעת ניתוח ביופסיה בכתפה מבלי שנתנה הסכמה מדעת. בעקבות ההליך, שלא היה רשלני, סבלה התובעת נזק בכתפה. בין שופטי ההרכב התגלעה מחלוקת אם הייתה התובעת נותנת את הסכמתה לפרוצדורה לו נשאלה כדן. שופטי הרוב ענו על השאלה בחיוב, בהתחשב בכך שהביופסיה נדרשה על מנת לשלול את האפשרות שהתובעת חולה בסרטן. לשיטת שופטי הרוב אפוא לא הוכח קשר סיבתי בין התרשלות הרופאים בכך שלא השיגו הסכמה מדעת לניתוח לבין נזק הגוף של התובעת. שופטי הרוב, שאליהם הצטרפה השופטת שטרסברג-כהן, הכירו בקיום ראש נזק חדש של פגיעה באוטונומיה של התובעת. העובדה שהתובעת הייתה מחליטה לעבור את הביופסיה לו נשאלה, אינה שוללת את הנזק שנגרם לה בכך שהרופאים ביצעו את הניתוח ללא קבלת הסכמתה. לעניין שומת הנזק לאוטונומיה, קבעו שופטי הרוב כי מדובר במבחן אינדוידואלי המושפע בעיקר מתגובתו הנפשית והרגשית של התובע לטיפול שנעשה ללא הסכמתו ולהתממשות סיכונים שלא הובאו בפניו. מהותיות המידע שלא נמסר והיקפו, כמו גם חומרת הסיכון הם הקריטריונים העיקריים (אך לא היחידים) להערכת גובה הנזק⁷. ברוב המקרים ייפסק ראש נזק זה בדרך של

6 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1.

7 שם, בע' 587–589 (השופט אור). רלוונטיות המידע ומהותיות הסיכון הן גורם מכריע (אך לא בלבדי) גם לעניין היקף חובת הגילוי (להבדיל מגובה הפיצוי). ראו שם, בע' 582–583 (השופט אור); ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד (4) 746, 757 (להלן: פרשת שטנדל); ע"א 470/87 אלטורי נ' מ"י, פ"ד מז(4) 146 (להלן: פרשת אלטורי). בת"א (ת"א) 28900/01 רואס נ' מ"י (טרם פורסם), דינים שלום נ 900 (להלן: פרשת רואס) נפסק הסכום השלישי בגובהו עד עתה עבור שלילת כוח הבחירה. הסכום נקבע בהתבסס על קיום זכות בחירה

אומדנה. בנסיבות המקרה נפסקו לתובעת 15,000 ש"ח.⁸ השופטת שטרסברג-כהן בדעת יחיד סברה כי שומת הנזק צריכה להיעשות על פי מבחן ביניים משולב – מבחן המשלב יסודות אובייקטיביים לגבי עצמת הפגיעה באוטונומיה תוך שימת דגש על נסיבותיו המיוחדות והייחודיות של החולה הספציפי.⁹ לשיטתה, הצלחת ההתערבות שנעשתה ללא הסכמה מדעת או כישלונה משפיעה על גובה הנזק שנגרם לאוטונומיה, כך שטיפול שהצליח עשוי להפוך את הנזק לתאורטי או לזניח.¹⁰ להשלמת הסקירה אציין כי שופטת המיעוט, ביניש, סברה שאין להכיר בראש נזק נפרד של פגיעה באוטונומיה, בין היתר בשל החשש שהכרה כזו דווקא תביא לפגיעה בניזוקים, כיוון שבתי המשפט ידחו ביתר קלות את הטענה שיש קשר סיבתי בין הפרת החובה להשיג הסכמה מדעת לבין נזק הגוף של התובע.¹¹ עיון בפסיקת בתי משפט השלום והמחוזי בשנים שחלפו מאז נפסקה הלכת עלי דעקה, מגלה כי השפעת ההלכה על פרקטיקת התביעות בגין הפרת החובה להשיג את הסכמתם המודעת של המטופלים לטיפול אינה רבה. השפעתה המצומצמת של הלכת עלי דעקה נלמדת הן ממספר המקרים שבהם נפסק פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה והן מגובה הסכום הנפסק כפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה. במקרים בודדים בלבד נפסק פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה (להבדיל מנזק תוצאתי)¹² כראש נזק נפרד הבא בנוסף או במקום פיצוי עבור הנזק המוחשי, ובמקרים אלו הסכום שנפסק אינו עולה על 35,000 ש"ח.¹³ לאחרונה נפרץ מחסום זה שלוש פעמים.¹⁴

רחבה מצד המטופלת לגבי בחירת אופן הטיפול – ההרדמה – תוך אולוגיה למבחן שהוצע בפרשת שטנדל שלפיו אלקטיביות הטיפול היא גורם המרחיב את חובת הגילוי. ראו פרשת רואס, לעיל, בפסקאות 23, 32.

8 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 582–586 (השופט אור).

9 שם, בע' 623 (השופטת שטרסברג-כהן).

10 שם, בע' 625.

11 שם, בע' 562. שופטי הרוב (מפי השופט אור בע' 586–587) והשופטת שטרסברג-כהן (בע' 620) סברו שחשש זה אינו רציני ואינו מצדיק אייחורה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

12 בתמ"ש (י"ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (טרם פורסם), תקדין משפחה 2004(4) 353 (להלן: פרשת כ.ש. נ' כ.פ.) נפסקו 425,000 ש"ח עבור נזק לא ממוני ופיצויים מוגברים משום שבמשך 20 חודשים סירב הבעל לתת גט לאשתו החרדית, וזאת לאחר שבית הדין הרבני חיייבו לתת גט. פסק הדין לא פירט איזה חלק מסכום זה אפשר לייחס לפגיעה באוטונומיה לכשלעצמה. בתמ"ש (י"ם) 18551/00 ק.ס. נ' ק.מ. (טרם פורסם), תקדין משפחה 2004(2) 279, נפסקו 70,000 ש"ח כפיצוי עבור נזק לא ממוני לאישה שבעלה ומשפחתו התעללו בה והתייחסו אליה כשפחה במשך כמה שנים. השוו ע"א (חי') 2279/01 ביטון נ' בנק דיסקונט (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2002(1) 8368 (פיצוי בסך 25,000 ש"ח בשל נקיטה רשלנית של הליכי הוצאה לפועל, לרבות הוצאת פקודת מאסר).

13 ראו ת"א (י"ם) 17040/00 פלוגי נ' בנט (טרם פורסם), תקדין שלום 2005(1) 4338 (להלן: עניין בנט) (פסיקת 30,000 ש"ח עבור פגיעה באוטונומיה מתוך סך פיצוי של 471,000 ש"ח עבור נזקי ניתוח להארכת ועיבוי פין בנסיבות של רשלנות בהשגת הסכמתו מדעת של התובע); ת"א (חי') 6467/97 חרבאוי נ' חרבאוי (טרם פורסם), תקדין שלום 2004(1) 8667 (פסיקת 35,000 ש"ח לתובעת עבור פגיעה באוטונומיה בהיעדר קשר סיבתי בין הפרת

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

2. ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין נזק תוצאתי או בייקטיבי (הפרדיגמה הניזיקית)

נזק תוצאתי מתרחש כאשר בעקבות התערבות הנתבעת, מוצא עצמו התובע במצב דברים שאינו לרצונו. תוצאת ההתערבות של הנתבעת היא הבסיס להמשגת נזקו

החובה להשיג הסכמה מדעת לבין הנזק הממשי בניתוח שעברה. סעד זה לא התבקש בכתב התביעה; ת"א (ת"א) 1180/97 עובד בויס נ' מור (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003 (3) 169 (פיצוי בסך 25,000 ש"ח עבור פגיעה באוטונומיה בהיעדר קשר סיבתי לנזק מוחשי); ת"א (ת"א) 56831/01 כירורגיה אסתטיקה ולייזר (טרם פורסם), תקדין שלום 2003 (2) 797 (להלן: עניין שיינברום) 30,000 ש"ח כפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה מתוך פיצוי של כ-80,000 ש"ח סך הכול; ת"א (ת"א) 52686/94 שמיע נ' חייט (טרם פורסם), תקדין שלום 2000 (3) 884 (פסיקת 35,000 ש"ח עבור פגיעה באוטונומיה כנזק יחיד בטיפול רפואי, בהיעדר קשר סיבתי ובהיעדר טיעון של שני הצדדים לגבי ראש נזק זה). בית המשפט קבע ישיבת קדם משפט מיוחדת לדון בראש נזק זה; ת"א (י"ם) 7126/95 בן שימול נ' שנקר (טרם פורסם), דינים שלום יח 143 (פסיקת 15,000 ש"ח כפיצוי יחיד עבור פגיעה באוטונומיה בנסיבות של היעדר קשר סיבתי וכאשר ההסתברות להתממשות הסיכון נמוכה); ת"א (חי') 23042/00 שוורץ נ' קליניקה אריאל בע"מ (טרם פורסם), פדאור 04 (7) 248 (פיצוי בסך 28,000 ש"ח כאשר לא ברור אם בית המשפט סבר שיש קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק ותוך שבית המשפט מציין שפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק נפרד). השווה ת"א (חי') 8364/03 לנקרי נ' ביי"ח רמב"ם (טרם פורסם), תקדין שלום 2005 (1) 3486 (דחיית תביעה בשל פגיעה באוטונומיה של חולה הפטיטיס C שלא ידע במשך תקופה ארוכה על מחלתו. נדחתה טענת התובע שלפיה אפשר לפצות בגין פגיעה באוטונומיה, בשל אי-גילוי מידע רפואי, במנותק מביצוע פעולה רפואית בגופו של אדם ללא הסכמתו); ת"א (ת"א) 83435/00 רשו נ' תנובה (טרם פורסם), תקדין שלום 2005 (1) 1964 (להלן: פרשת רשו נ' תנובה) (דחיית טענת התובע, שמצא גוש פחם במוצר "ריון" של תנובה, לפגיעה באוטונומיה שלו, תוך הסתמכות על גישת השופטת נאור בע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד 40 (נ) 673 (להלן: פרשת תנובה נ' ראבי) (פסיקת 2,000 ש"ח כפיצוי על נזק לא ממוני); ת"א (ת"א) 122825/00 רבני נ' הירש (טרם פורסם), תקדין שלום 2004 (4) 4298 (דחיית תביעה נגד רופא שנייים שהתבססה בין היתר על רשלנות בשל הפרת החובה להשיג הסכמה מדעת. בנסיבות שבהן הרופא השיב למטופל את התשלום תוך כפירה בחבות, נקבע שבהיעדר קשר סיבתי, הרי גם לו הייתה התרשלות, סכום הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה לא יוכל לעלות על הסכום שהושב. הסכום הממודד היה 7,500 ש"ח ובית המשפט הביא בחשבון את העובדה שהטענה לא נטענה תוך השוואה בין הטיפול בנסיבות אלה לבין שני מקרים אחרים שבהם נפסק פיצוי עבור ראש נזק זה; ת"א (כ"ס) 5604/98 ביי"ח שיבא (טרם פורסם), תקדין שלום 2002 (3) 1001 (דחיית תביעה, לרבות פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה בנסיבות של היעדר התרשלות כאשר הניתוח שבוצע אינו שונה מהותית ממה שהיה אמור להתבצע); ע"א (חי') 4614/99 אפי נ' המועצה המקומית מע'אר (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2002 (2) 2024 (דחיית תביעה לפיצוי כנגד המועצה המקומית בשל רשלנות בהעברת מידע להורים לגבי היכולת לבטח ילדים כנגד סיכונים מחוץ לכותלי בית הספר. בית המשפט קבע שהייתה התרשלות, אך אין קשר סיבתי, וזאת בשל ממצא שלפיו ההורים ידעו בכל זאת על האפשרות לבטח אך החליטו שלא לעשות כן. בהערת אגב נקבע שלו היה נקבע שההורים אכן לא קיבלו את החזון, אולי היה מקום לחייב את המועצה בפיצויים להורה על פי הדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה של ההורים לבחור אם לבטח או לא לבטח שנגרמה בשל אי-העברת המידע). במקרים רבים נפסקים פיצויים עבור הפרת החובה להשיג הסכמה מדעת של החולה ללא אזכור של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.

של התובע. את הקטגוריה של נזק תוצאתי ניתן להמשיך ולחלק לשתי קטגוריות משנה. בקטגוריית משנה אחת (הפרדיגמה הנזיקית) המצב שבו מוצא עצמו התובע בעקבות פעולת הנתבעת הוא בפני עצמו נחות מהמצב שבו היה התובע עובר להתערבות הנתבעת, וזאת על פי מבחן אובייקטיבי. בקטגוריית משנה שנייה (פרדיגמת עשיית העושר) יש פער בין ההערכה האובייקטיבית של המצב שבו מוצא עצמו התובע, עקב התערבות הנתבעת, לבין הערכתו הסובייקטיבית של התובע¹⁵. פרק זה ידון בפרדיגמה הנזיקית ובהמשגת הנזק הנפרד והנוסף של שלילת כוח הבחירה. הפרק הבא ידון בפרדיגמת עשיית העושר.

(א) דוגמת שלושת החולים

בסיטואציה הטיפוסית לדינונו כאן, הפרדיגמטית לדיני הנזיקין ולסיטואציות חוזיות שונות, הנזק של הפגיעה באוטונומיה מתווסף לנזק הממשי שנגרם לתובע עקב פעולת הנתבעת. לשם הבהרה, הבה נחשוב על שלושה חולים. שלושתם עברו ניתוח שבעקבותיו איבדו את ראייתם. התובעת הראשונה נתנה את הסכמתה מדעת ואיבדה את ראייתה בעקבות רשלנות במהלך ביצוע הניתוח. התובע השני לא נתן את הסכמתו מדעת (ולא היה נותן את הסכמתו לו היו בידי כל הנתונים), ובנוסף הניתוח בוצע ברשלנות, כך שאבדן ראייתו הוא תוצאה של שתי הפרות החובה כלפיו. התובעת השלישית לא נתנה את הסכמתה מדעת (וכמו התובע השני לא הייתה נותנת את הסכמתה לו היו בידיה כל הנתונים), והניתוח בוצע ללא כל רשלנות.

14 בת"א (ראשל"צ) 4630/02 פלוני נ' פלוני (טרם פורסם), תקדין שלום 2005(2) 13459 (להלן: פרשת פלוני) נפסקו 50,000 ש"ח. בפרשת רואס, לעיל הערה 7 נפסקו 45,000 ש"ח. בע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (טרם פורסם), תקדין עליון 2005(2) 4450 פסק בית המשפט העליון 150,000 ש"ח, אם כי הוא עשה כן בנסיבות שבהן ניתן לייחס להפרת החובה גם נזק תוצאתי מסוים. שם, בפסקה 18. בפרשה זו התובע, שעבר ניתוח לייזור בעיניו ולאחר מכן ראייתו הדרדרה, תבע את הרופא בטענה שלא קיבל הסבר באשר לטיפול בעיניו, לרבות הסיכונים הכרוכים בטיפול. בית המשפט קבע שאין קשר סיבתי בין הפרת החובה הנטענת לנזק העיקרי שנגרם לתובע – ניוון הרשתית. עוד נקבע "שלא הוכח במשפט קשר סיבתי בין מצב עיניו של המערער לבין הניתוח" אך "עדין צריך היה להתרות בו על חשש לעכירות בקרנית (המהווה חלק קטן מהנזק), ועל כך שמדובר בניתוח חדשני יחסית בארץ". לשאלה "מה הייתה ההשפעה של אזירות כאלה אילו ניתנו למערער?", ענה בית המשפט: "בנסיבות אלה מתאים יהיה לדעתי לנקוט בדרך בה נקט בית המשפט בפרשת דעקא ולקבוע סכום מסוים בגין הפגיעה באוטונומיה ואי מתן הסבר בענין העכירות" (ההדגשות שלי – צ.ק.פ.). קריאתי את פסק הדין היא שהפיצוי נפסק הן על הפגיעה באוטונומיה והן על הסיכוי (או האפשרות המסתברת – נקודה זו אינה ברורה) שהתובע היה מסרב לעבור את הניתוח לו הוכר לו הסיכון. במקרה כזה היה נמנע ממנו נזק של עכירות בעין, שהוא חלק קטן מהנזק הכולל שנגרם לו.

15 למעשה, החלוקה האנליטית אינה חופפת באופן מלא את החלוקה הדוקטרינרית. במסגרת הפרדיגמה הראשונה (הנזיקית), אפשר למצוא סיטואציות (כגון טיפול כופה ומציל חיים) שבהן יש פער בין ההערכה האובייקטיבית שלפיה לא נגרם נזק לבין הערכתו הסובייקטיבית של התובע שנגרם לו נזק. במסגרת הפרדיגמה השנייה (עשיית העושר) אפשר למצוא סיטואציות (כמו השומר על עניין הזולת) שבהן התערבות המזכה מביאה לזוכה נזק על פי מבחן אובייקטיבי.

התובעת הראשונה אמורה לקבל פיצוי נמוך יותר מהתובע השני. התובע השני סבל לא רק את הנזק התוצאתי, אלא גם את הנזק בעקבות הפגיעה באוטונומיה שלו. בפרשת עלי דעקה סבר השופט אור שבדוגמה השנייה הנזק לאוטונומיה זניח ביחס לנזק המוחשי¹⁶, אולם אין הכרח שזו תהיה התוצאה. שני החולים איבדו את ראייתם בעקבות ההתנהגות המעולת של הרופא. אולם החולה השני סבל גם מפגיעה באוטונומיה שלו שהחולה הראשונה לא סבלה וראוי לפסוק לו פיצוי על כך. על פי הלכת עלי דעקה, המדגישה את עצמאותו וחוסר תלותו של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, יש מקום לפסוק פיצוי נפרד ומצטבר על הפגיעה באוטונומיה גם כאשר קיים נזק תוצאתי עקב הפרת החובה לספק מידע¹⁷. ואכן, בתי משפט השלום, ביישום את הלכת עלי דעקה פסקו פיצויים כאלו במצטבר¹⁸. מה יהא דינה של התובעת השלישית? תובעת זו כזכור התעוררה בעקבות ניתוח שנעשה ללא הסכמתה (ושלא הייתה מסכימה לו לו נשאלה), והניתוח לא נעשה ברשלנות. לחולה זו, כמו לחולה השני נגרם נזק תוצאתי "חיצוני" של אבדן ראייה שעליו, כמו שני החולים האחרים, היא תקבל פיצוי. בנוסף, כמו החולה השני, ובניגוד לחולה הראשונה, נפגעה האוטונומיה שלה. בדומה לניתוח שנערך לגבי החולה השני, גם החולה השלישית יכול שתקבל פיצוי עבור עצם הפגיעה באוטונומיה שלה בנוסף לנזק של אבדן הראייה¹⁹.

16 השוו לפרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 582, 586. השופט שטרסברג-כהן סברה כי כישלון הטיפול, סביר שיביא להגדלת הפיצוי עבור הפגיעה באוטונומיה. יש לשים לב שכישלון הטיפול או הצלחתו אינם תלויים בשאלה אם יש קשר סיבתי בין הנזק הממשי לבין הפרת החובה לקבל את הסכמתו המודעת של החולה לטיפול. שם, בע' 622, 625.

17 שם, בע' 588 (השופט אור), 627 (השופט שטרסברג-כהן).

18 ראו עניין בנט, לעיל הערה 13; עניין שיינברום, לעיל הערה 13.

19 ההבחנה בין נזק תוצאתי לבין פגיעה באוטונומיה מתחדדת במצבים שבהם הסכמת הקרבן אינה שוללת את אי-חוקיות המעשה. עיונית, במקרים כאלו ניתן לקבל פיצוי עבור הנזק התוצאתי של הפעילות המעולת, אולם אי-אפשר לקבל פיצוי עבור עצם הפגיעה באוטונומיה, למעט במצבים שבהם החוק עצמו מתעלם מנפקות ההסכמה של הקרבן (במישור הפלילי) או הניזוק (במישור האזרחי). הסוגיה התעוררה בארץ בע"א 360/64 אבוטכול נ' קליגר, פ"ד יט(1) 429 (להלן: פרשת אבוטכול); ד"נ 5/65 אבוטכול נ' קליגר, פ"ד כ(1) 561. שם נדונה השאלה הספציפית אם בעילה אסורה בהסכמה, שהיא עברה על פי חוק העונשין (כיום העברה מוגדרת בסעיף 346 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), שוללת את הסכמת התובעת ליחסי המין ולכן מאפשרת לה לתבוע בשל תקיפה. השאלה הכללית יותר שהתעוררה באותה פרשה היא אם מעשה בלתי חוקי שנעשה בהסכמת הקרבן מאפשר לו לתבוע בשל תקיפה. תשובת שופטי הרוב לשאלה הספציפית הייתה שהסכמת התובעת לא נשללה ולכן אין עילה בשל תקיפה. בדין הנוסף הוסבר שהבסיס לאיסור הפלילי אינו שלילת תוקף ההסכמה של הנערה אלא קביעה שהמעשה אסור על אף ההסכמה, ומכאן שאין תקיפה כיוון שהייתה הסכמה. התוצאה בפרשת אבוטכול אינה מכירה בקיומו של נזק תוצאתי הנובע מפעולת הנתבע. אמנם אפשר להתווכח אם תוצאה זו היא ראויה, אולם ראוי לציין שככל שיש מקום לתת תוקף להסכמת הניזוקה, אין מקום לפסוק פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה.

ב) המשגת שלושת הנזקים השונים בעקבות שלילת כוח הבחירה להלן אבחן את הסיבות הגורמות לנו להניח שנוקה של החולה השלישית בדוגמה לעיל (הניתוח יפה באותה מידה גם כאשר לחולה השני) גדול יותר מנוקה של החולה הראשונה. ראשית, ייתכן שתוצאת הניתוח, העיוורון, הפגיעה אותה בניגוד לחולה הראשונה שהביאה את הסיכון בחשבון, ולכן תוצאה זו חמורה יותר. היעדר היכולת הנפשית להתכונן להתממשות האפשרית של סיכון זה, מחמיר מן הסתם את ההלם הנגרם בעקבות התממשות הסיכון. ודוק, במקרים מסוימים שלילת המידע עלולה אף לגרום לנזקים תוצאתיים ממשיים בשל התממשות הסיכון באופן פתאומי²⁰. נזק תוצאתי עצמאי זה מתבטא בהחרפת תוצאות התממשות הסיכון בשל היעדר היכולת להיערך לו כראוי בשל חוסר המידע. מן הראוי להבחין בין נזק תוצאתי זה לבין הנזק של החמרת האפקט הנפשי של הפגיעה על הניזוק בשל עצם פתאומיותה של הפגיעה. שנית, ייתכן שתחושת הזעם בשל אבדן הראייה גדולה יותר כאשר נשללה מהתובעת היכולת להחליט אם לקחת את הסיכון²¹. החולה הראשונה יכולה להתנחם בעובדה שהיא הימרה ונכשלה. החולה השלישית אינה יכולה להתנחם בכך. היא הוכפפה לסיכון זה מבלי שנשאלה, ופגיעה זו באוטונומיה שלה עלולה לגרום לה לתחושת כעס כלפי הרופא שהכפיף אותה לסיכון זה ללא הסכמתה²². שלישית, בלי קשר לשאלה אם סובייקטיבית, התובעת חשה רגשות הלם ותסכול בשל שלילת כוח הבחירה שלה, אפשר להסתכל על כוח בחירה זה כעל נכס בעל שווי אובייקטיבי²³. נכס זה נשלל מהתובעת באופן עוולתי, ועל אבדן שווי זה מן הראוי לפצותה. בהקשר זה ברצוני להעיר את ההערות הבאות: (1) אפשר

20 כאשר לעיוורון, היכולת להיערך להתממשות הסיכון היא אפשרות מעט דחוקה ("אטוס לפני הניתוח לראות את המונה ליה שחמיד חפצתי לראות, פן אתעורר ולא אוכל לראותה לאחר מכן"); בהקשרים אחרים, כמו החשש לאבדן פוריות, היבט ההיערכות מראש הוא ממשי ואף מוכר ככזה בפסיקה. ראו ת"א (חי') 1593/95 פורבד נ' שוואקט (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2003(3) 1186 (הקפאת זרע כאסטרטגיה לפני נקיטת ההליך הרפואי). יושם אל לב, כי במקרים כאלו, הנזק בשל הפגיעה באוטונומיה הוא תוצאתי. יש להניח כי התובע היה משנה את התנהגותו לו ידע על הסיכון כך שהנזק בשל התממשות הסיכון היה קטן. אמנם גם על פי הנחה זו היה התובע עובר את הטיפול, אולם מתן המידע היה גורם לו לשנות את התנהגותו. יצוין שהכרה בכך שנוקו של החולה השני גדול מנוקה של החולה הראשונה מהסיבות שהובחנו בטקסט אינה מחייבת להכיר בראש נזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה. אפשר לפצות על נזק זה דרך ראש הנזק של כאב וסבל תחת התאוריה שהסבל במקרה כזה גדול יותר בשל שלילת כוח הבחירה.

22 לטיעון הפוך ראו להלן חלק ד.1.

23 השאלה הכללית בדבר המבחנים השונים להערכת נזק לא ממוני נדונה בע"א 773/81 עזובן פרייליך נ' מ"י, פ"ד לו(4) 816 (להלן: פרשת פרייליך), שם הוצגו המבחן הסובייקטיבי, המבחן הפונקציונלי והמבחן הקנייני (שהוא אובייקטיבי). ראש הנזק של כאב וסבל נמדד על פי המבחן הסובייקטיבי-פונקציונלי, ואילו ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים נמדד על פי המבחן הקנייני. ראו גם א' ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר (א' ברק עורך, תשס"ג, חלק ג) 20, 48 (היעדר הכרעה במשפט הארץ בדבר הבסיס העיוני עבור נזק לא ממוני).

לראות בשני הנזקים הראשונים נזק תוצאתי בשל שלילת כוח הבחירה, ולעומת זאת, הנזק השלישי הוא נזק לא תוצאתי — נזק זה קיים ללא קשר לשאלה אילו תחושות עוררה שלילת כוח הבחירה כתובע; (2) מובן שיש קשר בין המשגת הנזק השלישי כנפרד מהנזקים האחרים לבין השאלה אם כימות ראש הנזק של שלילת כוח הבחירה צריך להיעשות על פי מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי²⁴. עם זאת, לדעתי מדובר בשאלות שונות. שני הנזקים הראשונים (הלם בעקבות ההפתעה ותחושת זעם ממשית בשל שלילת כוח הבחירה) יכולים להיבחן על פי מבחן סובייקטיבי (קרי מה חש התובע האנדוידואלי) או אובייקטיבי (מה חש — או "צריך" לחוש תובע סביר בשל שלילת כוח הבחירה)²⁵. לעומתם, הנזק השלישי אינו תלוי כלל בהערכה מהן תוצאות שלילת כוח הבחירה על נפשו של התובע. הנזק השלישי נגרם בעקבות עצם שלילת נכס של התובע — זכותו לבחור. כשם שעל פי המבחן האובייקטיבי, יש לפצות בשל קיצור תוחלת חיים או בשל אבדן הנאות חיים גם את מי שסובייקטיבית אינו מודע לאבדן זה (למשל בשל אבדן הכרה נמשך)²⁶, כך יש לפצות את התובע בשל שלילת כוח הבחירה שלו, אפילו אם סובייקטיבית הוא לא חש רגשות שליליים בשל כך²⁷.

זאת ועוד, לאידאל הפעלת כוח הבחירה — אידאל העשוי להתבסס על תפיסתם של בני אדם כסובייקטים (Moral Agents) — עשוי להיות ערך אינטרינזי המנותק ממערך ההעדפות הקונקרטי של התובע הפוטנציאלי. במקרה כזה פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה יכול להינתן כביטוי לערך שהחברה מייחסת להפעלת כוח בחירה על ידי סובייקטים, במובחן מהשווי שהתובע הספציפי מייחס לערך זה. אפשר להסביר פיצוי כזה במונחים אינטרינזיים: שלילת כוח בחירה היא דבר רע כלשעצמו המצדיק פיצוי, ובמקרה כזה הפיצוי מהווה אישוש של הערך שהחברה נותנת להפעלת כוח הבחירה²⁸. אפשר להסביר פיצוי כזה גם

24 שאלה זו נדונה בפרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1. שופטי הרוב תמכו במבחן סובייקטיבי, שם, בע' 587–588 והשופט שטרסברג-כהן במבחן משולב, שם, בע' 623.

25 ייתכן גם מבחן משולב — המשלב רכיבים סובייקטיביים ואובייקטיביים: תובע סביר בנעליו של התובע הספציפי. ראו שם, בע' 623.

26 ראו פרשת פרייליך, לעיל הערה 23, בע' 833.

27 הגישה שלפיה מן הראוי לפצות את התובע גם אם לא חש כל פגיעה סובייקטיבית בשל פגיעה בכוח הבחירה שלו, מתישבת לדעתי עם עמדת השופט שילה בע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281 (להלן: פרשת ברששת). לגישתו, מן הראוי לפצות בשל פגיעה בכומר השתכרות (שכן מדובר בנכס), גם אם התובע הספציפי לא התכוון לנצל כומר זה. לדין בפסק דין זה ובהשפעת הלכת עלי דעקה על המחלוקת שהתגלעה בו ראו להלן חלק ה.3.

28 בדיני עשיית עושר, גישה המבקשת לאשש את הערך הרלוונטי עשויה להצדיק סעד של השבת רווחים בנסיבות שבהן התובע לא יכול היה להפיק את הרווח בעצמו וכאשר הרווח של הנתבע נעשה תוך הפרת אינטרס מוגן וחשוב של התובע. ראו צ' קרן-פז "פרסום אודות עבירה או פרסום בשל עבירה? על בעיית הכללת החסר בחוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות" הפרקליט מח (תשס"ו) 459, הערת שוליים 117 והטקסט הנלווה לה; H. Dagan: *The Law and Ethics of Restitution* (Cambridge, 2004) 234–245 (להלן: Dagan).

בשני שיקולים מכשיריים: האחד, עיצוב העדפות הבוחרים הפוטנציאליים (לרבות התובע הספציפי) למתן ערך גבוה יותר להפעלת כוח בחירה. השני, הרתעת מזיקים פוטנציאליים מפני שלילת כוח בחירה של בוחרים פוטנציאליים (בין שתובעים פוטנציאליים אלו נותנים ערך סובייקטיבי גבוה לכוח הבחירה שלהם ובין שלא). מן הראוי לציין שגישה כזאת מנוגדת לגישה הרווחת בדיני הפיצויים בארץ (לפחות בתחום דיני הנזיקין והחוזים), או לכל הפחות לרטרופקיה השיפוטית המדגישה את המטרה התרופתית של דיני הפיצויים²⁹.

ג) היקף הפיצוי הראוי עבור שלילת כוח הבחירה ואופן שומתו המשגה זו של הנזק השלישי כנוק נפרד מעוררת שורת שאלות בנוגע לכימותו: כיצד יוערך נזק זה? האם נזק זה הוא אחד לכל אלו שנשלל כוח בחירתם או שהוא פונקציה של תכונותיהם (קרי, האם נזק זה יכול כלל להיבחן באופן סובייקטיבי, ואם התשובה לכך חיובית, מהם הקריטריונים לשומתו)? האם נזק זה הוא מצטבר לשני הנזקים האחרים או חלופי להם (משמע, האם יש לפסוק אותו רק אם לא הוכח אחד משני הנזקים האחרים, האם הוא צריך להיפסק בכל מקרה כבסיס ואז ייפסקו שני סוגי הנזקים האחרים אם הם יוכחו על פי מבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי, או שמא יש לפסוק תמיד פיצוי רק בגין נזק זה ולא בגין שני הנזקים האחרים)?

הכרה בערך החברתי של הפעלת כוח הבחירה, מחייבת להעריך נזק זה באופן אובייקטיבי ואחיד, שכן תפיסה שוויונית של בני אדם המכירה בזכותם השווה להיות מעורבים בניהול חייהם, לא תוכל לקבל מתן ערך שונה לשלילת כוח בחירה של פרטים שונים. הכרה שכזו מצדיקה גם – לפחות עיונית – את פסיקת ראש הנזק השלישי במצטבר לשני ראשי הנזק הראשונים, שכן הנזקים האחרים, ככל שהם מתקיימים, מתווספים לפגיעה האינטרינזית בערך הפעלת כוח הבחירה והנזק עקב שלילת כוח זה משמעותי יותר.

אני סבור שמן הראוי לפסוק סכום המשקף את השווי החברתי של שלילת כוח הבחירה. סכום זה צריך להיפסק גם אם לא יוכח נזק תוצאתי סובייקטיבי (רגשות הלא נכעס) בשל שלילת כוח הבחירה³⁰. טעם אחד לגישתי זו הוא מהותי – האמונה שלאידאל הפעלת כוח הבחירה יש ערך חברתי עצמאי. טעם שני מתבסס על שיקולי יעילות אדמיניסטרטיבית: פסיקת סכום אחד מבטיחה מתן

"Ethics". באופן אנלוגי, אישור הערך הרלוונטי בנזיקין עשוי להצדיק מתן פיצוי גם על נזק שהתובע למעשה לא סבל. השוו לדין להלן בע"א 1081/00 אבנעל נ' מ"י (טרם פורסם), פדאור 105 (1) 85 (להלן: פרשת אבנעל).

29 ראו לדוגמה ע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת, פ"ד נה(4) 584, 618 (להלן: פרשת ברזני הערעור); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה וירושלים, פ"ד נח(4) 486, 510–512, 533–535, 562 (להלן: עניין אטינגר).

30 לתמיכה במבחן אובייקטיבי בהתבסס על שיקולי הרתעה וצדק מתקן ראו קרן-אייל, לעיל הערה 3.

הגנה לערך זה ומייתרת את הצורך לבחון באופן אינדוידואלי את הנזקים בשל שלילת כוח הבחירה בכל מקרה לגופו. לגישתי זו שני היבטים: האחד, גם בהיעדר הוכחה של נזק ספציפי בשל שלילת כוח הבחירה יש לפסוק פיצוי בדרך של אומדן, וסכום זה צריך להיות אחיד; השני, אמנם אין מניעה עיונית להוסיף על סכום זה כאשר התובע מוכיח נזק תוצאתי סובייקטיבי עקב שלילת כוח הבחירה, אולם שיקולים אדמיניסטרטיביים שוללים פתרון שכזה. במצב של היעדר אמת מידה אובייקטיבית להערכת כנות הרגשות הנגרמים בשל שלילת כוח הבחירה ועצמתם – זאת, בהתחשב בהטיות אפשריות בניסיון להעריך את גודלם של נזקים אלו ובעלויות ההידיינות של ניסיון כזה – עדיף לפסוק סכום בדרך של אומדן המשקף גם את קיומם המשוער, על פי מבחן אובייקטיבי, של נזקים תוצאתיים בשל שלילת כוח הבחירה.³¹ עמדה זו מתיישבת עם גישתי העקרונית הקוראת לאובייקטיבציה וסטנדרטיזציה של הפיצויים המשתלמים בנזיקין.³²

שניים מהפרמטרים שהוזכרו בפרשת עלי דעקה כלולונוטיים לשאלת הערכת הנזק הם שאלת ההסכמה ההיפותטית והצלחת הטיפול.³³ כאשר לפרמטר הראשון, לו היה המטופל מסכים לטיפול לו נשאל, לכאורה הפגיעה משלילת כוח הבחירה שלו הייתה נחשבת חמורה פחות.³⁴ זו לכאורה התוצאה המתבקשת על פי מבחן סובייקטיבי ואובייקטיבי כאחד. ככל שההסכמה ההיפותטית ברורה יותר, כך: (1) הבחירה נהיית משמעותית פחות; (2) אפשר להסיק מהמחדל שזלזלו במטופל פחות; (3) סביר שהפגיעה שיחוש המטופל (סובייקטיבית) בשל שלילת כוח הבחירה פחותה.³⁵ עם זאת, ככל שהבחירה בין החלופות קשה יותר, כך היא מערבת יותר עלויות מבחינת המחליט (הן בעת לקיחת ההחלטה והן מבחינת מידת החרטה אם ההחלטה התבררה בדיעבד כלא מוצלחת). לכן שלילת כוח הבחירה בנסיבות שבהן לא ברור מה הייתה החלטתו של המטופל לו התבקשה הסכמתו מדעת, מערבת בצד נזק גדול יותר גם חסכון גדול יותר של עלויות ההחלטה.³⁶ ודוק, לשיטתי,

31 לדין נוסף בשאלות אלו ראו להלן חלק ד.1.א. (תוצא החרטה) וחלק ד.2. (ניתוח חלוקתי של מידת הפיצוי). כן ראו קרק-אייל, לעיל הערה 3.

32 ראו צ' קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית המשפט מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי עקבי?) בשולי פסק הדין ע"א 2934/93 סורוקה נ' הבאבו" עיוני משפט כח (תשס"ד) 299, 311–313 (להלן: קרן פז "סורוקה"); צ' קרן-פז "לי זה עולה יותר: דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז (תשס"ה) 541, 591–594 (להלן: קרן פז "לי זה עולה יותר"); T. Keren-Paz "An Inquiry into the Merits of Redistribution through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness" 16 *Can. J. L. & Jur.* (2003) 91, 121–126 (להלן: Keren-Paz "Randomness").

33 לסקירת פרמטרים אחרים שצוינו בפרשת עלי דעקה ראו קרק-אייל, לעיל הערה 3. למבחן חשיבות ההחלטה וגודל הסיכון ראו לעיל הערה 7 והסקסט הנלווה לה.

34 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 626. השוו לפרשת אלטורי, לעיל הערה 7, בע' 153.

35 השוו: Dagan "Ethics", *supra* note 28, at pp. 95–101.

36 לדין ולהסבר אפקט החרטה ראו להלן חלק ד.1.

לפיה הפיצוי צריך להתבסס על ערכים אובייקטיביים, רכיבי ההסכמה ההיפותטית והצלחת הטיפול ישפיעו על הערכת הנזק התוצאתי כתוצאה משלילת כוח הבחירה על פי מבחן אובייקטיבי. נזק זה, מבחינה אנליטית, צריך להתווסף לסכום המשקף את השווי החברתי של שלילת כוח הבחירה. לפרמטר השני של הצלחת הטיפול אני מקדיש דיון נפרד להלן.³⁷

3. ההבחנה בין שלילת כוח הבחירה לבין נזק תוצאתי סובייקטיבי (פרדיגמת עשיית העושר)

תת־קטגוריה השנייה בקטגוריית הנזק התוצאתי היא פרדיגמת דיני עשיית עושר. היא מאופיינת בכך שישנו פער בין ההערכה האובייקטיבית של המצב שבו מוצא עצמו התובע או הנתבע (להלן: "הנתבע" או "הזוכה")³⁸ לבין הערכתו הסובייקטיבית. בפתח הדברים יש להבהיר שדיני עשיית עושר דנים בפרדיגמות עובדתיות שונות. העיקריות שבהן הן נטילת משאב של הנתבע על ידי התובע, העברת טובת הנאה על בסיס עילה בטלה או שבוטלה, לרבות העברה שנעשתה בטעות³⁹ והרעפת טובת הנאה מהתובע לנתבע מבלי שהנתבע ביקש זאת. הקטגוריה האחרונה נוגעת למצבים שבהם טובת ההנאה הועברה לנתבע מתוך מניע אלטרואיסטי של התובע או לחלופין מתוך ניסיון לשמור על אינטרס של התובע (שלעתים הוא אינטרס המשותף לנתבע). אמנם כל הקטגוריות מערבות באופן זה או אחר אינטרסי אוטונומיה של הצדדים המעורבים (כמו גם אינטרסים אחרים), אולם הן מערבות שיקולי מדיניות שונים ומצריכות ניתוח שונה ואיזון אינטרסים נפרד.⁴⁰ הניתוח המוצע במאמר זה, ובחלק זה בפרט, מתמקד בשיקולי האוטונומיה של הנתבע בפרדיגמת ההרעפה האלטרואיסטית. במאמר זה – ובחלק זה – אני מתמקד באינטרס הזוכה להתנגד להשבת שווי טובת ההנאה שהפיק מפעולת המזכה בשל שיקולי אוטונומיה ולא באינטרס המזכה להשבת טובת ההנאה שהזוכה נטל ממנו.⁴¹ הניתוח המוצע על ידי מבחן בין שלושה סוגי נזקים. נזק אחד עשוי להיגרם

37 ראו להלן חלק ד.1.ב. iii.

38 בפרדיגמת עשיית העושר, לרוב יהיה מדובר בנתבע הכופר בחבותו להשיב את השווי של טובת ההנאה שקיבל מבלי שביקש. עם זאת, טובת הנאה זו עשויה להיעשות על רקע חוזי (כפי שהיה המקרה בע"א 430/79 בנישתי נ' ששון, פ"ד לה(2) 400 (להלן: פרשת בנישתי)), כך שהזוכה עשוי להיות התובע אשר תובע בשל הנזק שנגרם לו, על פי הערכתו הסובייקטיבית, מקבלת טובת ההנאה.

39 תת־קטגוריה רלוונטית היא העברה על רקע חוזי לעומת היעדר רקע חוזי שכזה.

40 המבטא המובהק של עמדה זו, הכופרת בתועלת בניתוח המתבסס על עיקרון כללי של מניעת עשיית עושר ולא במשפט, הוא פרופ' חנוך דגן. ראו: Dagan "Ethics", *supra* note 28, at chapter 2, especially at pp. 24–25; ח' דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601, 626–627 (להלן: דגן "הזכות לפירות ההפרה").

41 סוגיה כזו התעוררה למשל בפרשת Moore v. Regents of the University of California, 793 P. 2d 479 (Cal. 1990). שם הפיקו החוקרים רוח בעקבות הפגיעה באוטונומיה המטופל שהתבטאה בנטילת תאי גופו למטרת מחקר מבלי להשיג את הסכמתו לשימוש שכזה.

כאשר הנתבע מעריך סובייקטיבית שטובת ההנאה שקיבל מעמידה אותו במצב נחות מהמצב שבו היה קודם לקבלתה, וזאת אף אם אין הוא חייב לשלם עבורה ואף אם לטובת ההנאה יש שווי אובייקטיבי חיובי (כלומר רוב האנשים היו רואים בה שיפור לעומת המצב שקדם לה). נזק זה הנו תוצאתי. נזק תוצאתי שני עשוי להיגרם אם הזוכה חייב בהשבה עבור טובת ההנאה. נזק זה נגרם גם אם סובייקטיבית לטובת ההנאה יש ערך חיובי בעיני הזוכה. נזק זה ייגרם אם השווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה שקיבל נמוך מגובה ההשבה שהוא מחויב בה (זוהי למעשה מקבילה של חוזה הפסד). נזק כזה מתקיים (או עשוי להתקיים) אף אם מבחינת הזוכה יש שווי סובייקטיבי לטובת ההנאה שקיבל. הנזק מתקיים בשל עלות ההזדמנות של השימוש החלופי בכסף (לרבות שמירת הנזילות של כסף). לזוכה נגרם נזק תוצאתי בשל הפחתת משאביו הפנויים עבור רכישה שאותה לא תכנן ובה לא חפץ. במילים אחרות, כאשר עלות ההזדמנות של השימושים החלופיים בכסף מובאת בחשבון, תוצאת העסקה הכפויה (קבלת טובת הנאה שלא התבקשה וחיוב לשלם עבורה) עשויה להיות נחותה מהמצב שבו היה הזוכה קודם לקבלת טובת ההנאה. בעיה זו מכונה בספרות הרלוונטית Subjective Devaluation⁴². נזק שלישי הוא עצם שלילת כוח הבחירה של הזוכה כיצד להוציא את כספו. לעתים, לאחר שהזוכה מחשב את עלות ההזדמנות, הוא מוצא שבעקבות העסקה הכפויה, השתפר מצבו לעומת מצבו קודם לקבלת טובת ההנאה והחיוב לשלם עבורה. עם זאת, גם במצבים אלה נגרם לו נזק: העובדה שהעסקה נכפתה עליו וטובת ההנאה הוענקה מבלי שביקש, פוגעת באוטונומיה שלו באותו האופן שבו נפגעה האוטונומיה של גברת עלי דעקה, (אף שהיא הייתה מחליטה על ביצוע הביופסיה) (אליבא דעת הרוב) לו היו בידיה כל הנתונים).

באשר לנזק התוצאתי הראשון (היעדר ערך סובייקטיבי לתמורה הנגדית), מי שמוצא עצמו בטיול לוקסוס ליוון מבלי שבחר בכך⁴³ יכול להיחשב כמי שהתעשר על פי מבחן אובייקטיבי. אולם על פי מבחן סובייקטיבי (ואפילו בהתעלם מהשאלה אם יש חובה לשלם עבור טובת הנאה שלא התבקשה), ייתכן שלא חפץ בטיול (להבחין ממצב שבו הזוכה חפץ בטיול אך אינו חפץ לשלם עבורו). במקרה כזה, בלי קשר לשאלה אם יש חובה לשלם עבור טובת ההנאה שהתקבלה ללא הסכמה, נפגעה האוטונומיה של הזוכה בכך שמצא עצמו בסיטואציה שסובייקטיבית אינה לרצונו, אף שאובייקטיבית אינה נחשבת (או אינה נחשבת בהכרח) לנזק. ככל שנוזק כזה יוכח, ראוי לפצות את "הזוכה" עבור הכפפתו למצב דברים בלתי רצוי, אפילו בהיעדר חובה לשלם עבור טובת ההנאה. כך, למשל, הניחו שמי שהזמין טיול לצרפת מצא עצמו בטיול לגרמניה וכי אותו אדם מסרב באופן עקרוני לדרוך על

42 ראו לדוגמה: A. Burrows *The Law of Restitution* (Butterworth, 2nd ed., 2002) 18–20; Dagan "Ethics", *supra* note 28, at pp. 139–145.

43 פרשת בנישתי, לעיל הערה 38.

אדמת גרמניה. מובן שגם אם תחת מבחן אובייקטיבי טיול לגרמניה ייחשב כטובת הנאה, התובע זכאי לפיצוי על הפגיעה באוטונומיה שלו. פיצוי זה הוא תוצאתי — הוא ניתן בשל חוסר הרצון להיות בגרמניה ולא רק בשל שליחתו למקום שבו הוא מעוניין להיות מבלי ששאלו אותו. פיצוי זה גם נבדל מהפיצוי עבור אבדן הטיול לצרפת שבו חפץ התובע. הפיצוי המגיע לתובע עבור שליחתו לגרמניה צריך להיות מחושב על פי ההפרש בין הערכת התובע את מצב הדברים של הישארות בארץ לבין מצב הדברים של טיול לגרמניה. לכן, לשיטתי, אין לקזז מהפסדיו של התובע (לרבות פיצוי עבור העובדה שמצא עצמו בגרמניה בניגוד לאמונתו ורצונו) כל שווי אובייקטיבי שקיבל מהטיול⁴⁴.

באשר לנזק התוצאתי השני (הוצאת התמורה העצמית), אם תוטל על הזוכה שנשלח לטיול שלא הזמין חובה לשלם עבור השווי של טובת ההנאה שקיבל, ייגרם לזוכה נזק נפרד של פגיעה באוטונומיה שלו לגבי אופן השימוש במשאביו הכספיים. שני סוגי הפגיעה באוטונומיה נפרדים ואינם תלויים אחד בשני. כך, מי שנהנה סובייקטיבית מטיול הלוקסוס ליוון (אף שלא הזמין אותו), אינו יכול להלין על נזק תוצאתי לגבי הטיול עצמו (אם כי הוא עדיין יכול להלין על שלילת כוח הבחירה אם להשתתף בטיול). אולם, אם הוא יחויב לשלם עבור טובת ההנאה שלא ביקש, תיפגע האוטונומיה שלו לגבי אופי השימוש במשאביו. בנוסף ייגרם לו נזק תוצאתי של אבדן סכום הכסף שהוא נאלץ לשלם עבור טובת ההנאה. מן הראוי להבחין בין שני נזקים אלו. הנזק התוצאתי נגרם בשל כך שהכנסתו הפנויה של התובע קטנה בשל חיוב בהשבה עבור טובת הנאה שלא ביקש. בכך הוא נמצא במצב נחות מהמצב שבו היה אלמלא העסקה (או למצער, מהמצב שבו היה אלמלא נאלץ לשלם עבור טובת ההנאה שלא ביקש). שלילת כוח הבחירה מתבטאת בכך שבלי קשר לשאלה אם הזוכה מוצא את המצב שבו הוא נמצא לאחר ביצוע העסקה הכפויה נחות, עדיף או זהה למצב הקודם, הוא "הועבר" למצב החדש מבלי שנתן את הסכמתו לכך.

מן הראוי לשים לב שבמסגרת קטגוריית הנזק התוצאתי, ייתכן שאותה פעולה עצמה תערב היבטים שונים של נזק וכן תערב טובת הנאה אפילו על פי מבחן סובייקטיבי. ייתכן שפעולת המזכה מכפילה את הזוכה למצב דברים שהוא בחלקו רצוי ובחלקו לא רצוי. למשל מי שרגשותיו כלפי גרמניה אמביוולנטיים עשוי סובייקטיבית לחוש שהוא קיבל טובת הנאה מהטיול לגרמניה (שלא הזמין), אם כי טובת הנאה זו — הנאתו מהטיול — נפגעה בשל העובדה שהטיול היה בגרמניה. במצב דברים כזה התובע: (1) הפסיד את טובת ההנאה החוזית שהובטחה לו בטיול לצרפת; (2) קיבל טובת הנאה (סובייקטיבית) של טיול לגרמניה; (3) סבל נזק תוצאתי לאוטונומיה בשל חוסר הנוחות של שהייה בגרמניה; (4) סבל משלילת

44 בנוסף, ככל שמדובר בהפרת חוזה, על התובע לקבל את אבדן אינטרס הקיום שלו בכך שלא זכה בטיול לצרפת. פיצוי שכזה ניתן בפרשת בנישתי, שם.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

כוח הבחירה שלו אם לטייל בגרמניה (ובצרפת); (5) אם יחויב בתשלום עבור טובת ההנאה מהטיול לגרמניה הוא יסבול מהתערבות באוטונומיה שלו בעניין אופן השימוש במשאביו.

ההבחנה העקרונית בין נזק תוצאתי (העובדה שהזוכה מוצא עצמו, עקב פעולת הצד השני, במצב דברים הנחות בעיניו ממצב הדברים שקדם להתערבות) לבין נזק בשל שלילת כוח הבחירה, אינה מחייבת את ההבחנה שערכתי לעיל בין שני סוגי הנזק התוצאתי (זה הנוגע לאי-רצון לקבל את התמורה הנגדית וזה הנוגע לחובה לשלם עבור טובת ההנאה). ואמנם, הניתוח המקובל בספרות ובפסיקה לרוב אינו מבחין בין שני סוגי נזקים תוצאתיים אלו, והוא מתמקד בעובדה שחייב הזוכה לשלם עבור טובת ההנאה מעמיד את התובע במצב פחות טוב מזה שהיה בטרם ההתערבות. שלילת הזכות להשבה עבור טובת הנאה שלא התבקשה מתבססת על טיעוני יעילות ואוטונומיה⁴⁵. טיעון האוטונומיה מבוסס על כך שחייב ההשבה פוגע באוטונומיה של הזוכה בכך שהוא כופה עליו עסקה מבלי שיש אינדיקציה שעסקה כזו היא אכן לרצונו⁴⁶. הדיון בפרק ה' להלן יציע שאימוץ ההבחנה בין שלושת סוגי הנזקים שמערכת פגיעה באוטונומיה (אי-רצון לקבל את התמורה הנגדית, החובה לשלם עבור טובת ההנאה, שלילת כוח הבחירה) עשוי להעשיר את קשת הפתרונות הדוקטרינריים במצבים של קבלת טובת הנאה כפוייה.

ג. שלילת כוח הבחירה: סקירה ביקורתית של יישום הרעיון בפסיקה

כאשר התנהגותה שלא כדין של הנתבעת מכפיפה את התובע למצב דברים שבו הוא אינו חפץ או שוללת ממנו חירויות בסיסיות, פשיטא שפגיעה כזו כוללת גם אלמנט של פגיעה באוטונומיה. כך, אישה מסורבת גט⁴⁷, מי שכרת חוזה שאינו מעוניין בו בשל הטעיה או כפייה, מי שנכלא כליאת שווא, מי שנפתח נגדו הליך סרק בשל אי-תשלום דוחות שאינו חב בהם⁴⁸, מי שנאכף נגדו ברשלנות צו מניעה

45 טיעון היעילות מבוסס על הרעיון שבהיעדר אינדיקציה שהעסקה היא לרצונו של הזוכה, אין ודאות שהעסקה היא שיפור פרטו, כלומר שהנכס או השירות שקיבל הזוכה שווים בעיניו יותר מהשווי שהוא נדרש לשלם כהשבה למזכה. שיקול נוסף המתקשר לכך הוא שיקול של הגנה על מוסד החוזה ועל קיומם התקין של שווקים. ראו לדוגמה: S. Levmore "Explaining Restitution" 71 *Va. L.Rev.* (1985) 65, 74–80.

46 ראו לדוגמה: M. McInnes "Enrichments and Reasons for Restitution: Protecting Freedom of Choice" 48 *McGill L.J.* (2003) 419, 431; J.D. McCamus "The Self-Serving Intermeddler and the Law of Restitution" 16 *Osgoode Hall L.J.* 515, 520.

47 פרשת כ.ש. נ' כ.פ., לעיל הערה 12 (פיצוי בסך 425,000 ש"ח המוטל על סרבן גט בשל פגיעה באוטונומיה של מסורבת גט). השוו ע"א 429/82 מ"י נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733 (הכרה בחובת זהירות מושגית של משטרת הגבולות כלפי אישה שבעלה יצא מהארץ תוך הפרת צו איסור יציאה שהוציא נגדו בית הדין הרבני. בריחת הבעל הקטינה את הסיכוי שהאישה תקבל גט).

48 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (להלן: פרשת גורדון). בפרשה זו נעצר התובע בשל אי-תשלום דרישות חניה.

שאינו מופנה נגדו⁴⁹ — כל אלו ואחרים סבלו בין היתר גם מפגיעה באוטונומיה שלהם. במקרים אלו, אין כל רבותא בהגנה שמעניקים דיני הנזיקין לאוטונומיה. הגנה זו ניתנה מקדמת דנא, היא אינה מעוררת קשיים קונספטואליים מיוחדים⁵⁰, ותיאור הנזק כפגיעה באוטונומיה הוא הפשטה של אינטרס קונקרטי של התובע שנפגע בעקבות התערבות הנתבעת (החירות לעבור לסטטוס של גרושה, הימנעות מקשר חוזי שאינו רצוי, חופש התנועה, הימנעות ממעצר שווא והטרדה של ההליך הפלילי והחירות לעבד את החלקה החקלאית — בהתאמה).

יתר על כן, אמנם ניתן להבחין מושגית בין עצם הפגיעה לבין שלילת כוח הבחירה של הנפגע להכפיף עצמו לפגיעה, אולם הבחנה זו הנה מלאכותית, שכן מטבע הדברים רוב הפגיעות הנזיקיות נעשה בנסיבות של היעדר הסכמת התובע. זאת ועוד, הסכמת התובע תשלול במקרים רבים את העילה הנזיקית מכוח הגנת ההסתכנות מרצון⁵¹. רק במיעוט המקרים — שבהם אפשר להשיג את הסכמת הנפגע לפני פעולת הנתבעת — יש משמעות להבחנה בין הנזק התוצאתי לבין הנזק הנפרד של אי-השגת הסכמת התובע. הייחוד בעילה בשל פגיעה באוטונומיה שהוכרה בפרשת עלי דעקה הוא במתן פיצוי על עצם הפגיעה באוטונומיה (כלומר שלילת כוח הבחירה), כאשר פגיעה כזו אינה מלווה בפגיעה באינטרס אחר וקונקרטי יותר. על רקע זה ברצוני לבחון כמה פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות על ידי בית המשפט העליון והמתיימרים לפצות על פגיעה באוטונומיה. בחינת הפסיקה מגלה כי בית המשפט אינו נוטה לשמור על ההבחנה האנליטית שהוצעה לעיל בין שלושת המובנים השונים של הפגיעה באוטונומיה (העמדת התובע במצב דברים נחות מבחינה אובייקטיבית או סובייקטיבית, ושלילת כוח בחירה). לעתים בית המשפט מסתמך על הלכת עלי דעקה כדי לפצות על נזק תוצאתי (פרשת תנובה נ' ראבי⁵²), לעתים הוא פוסק פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה כאשר לא ברור שכלל הייתה פגיעה שכזאת באחד משלושת מובניה (פרשת אבנעל⁵³) ולעתים בית המשפט פוסק פיצוי מבלי שהוא מכריע הכרעה עובדתית הנצרכת לעניין. על פי מצב דברים אחד, מדובר בנזק תוצאתי רגיל; על פי מצב דברים חלופי, בהיעדר קשר סיבתי בין אי-עמידה בחובת הגילוי לבין הנזק שנגרם בשל כריתת החוזה,

49 ע"א 337/81 בוסקילה נ' מ"י, פ"ד לח(3) 337.

50 קושי אחד שהיה קיים בעבר ושמשקלו ירד הוא סירובם ההיסטורי של דיני הנזיקין לפסוק פיצוי עבור נזק כלכלי טהור שאינו טפל לנזק לגוף או לרכוש. עם זאת, יש דמיון בין האינטרסים המוגנים בחלק מהדוגמאות שהובאו לעיל, לבין האינטרס של שלמות הגוף. כך, למשל, עוולת כליאת השווא הוכרה מקדמת דנא כמקימת עילת פיצוי, וזאת אף שאין נזק לגוף או לרכוש. הן במקרה של סרבנות גט והן בפרשת גורדון (שכללה גם את מעצר התובע) האינטרס בשלמות הגוף (במובנו הרחב) נפגע בשל ההתנהגות העוולתית.

51 ראו ס' 5 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין").

52 פרשת תנובה נ' ראבי, לעיל הערה 13. אותו קושי התעורר גם בפרשת רשו נ' תנובה, לעיל הערה 13.

53 פרשת אבנעל, לעיל הערה 28.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

ההסתמכות על הרציונל של הלכת עלי דעקה מוליכה לכאורה לפיצוי עבור נזק תוצאתי בשל עצם שלילת כוח הבחירה! (פרשת מיסטר מאני)⁵⁴.

1. פרשת תנובה נ' ראבי: הערבוב בין רגשות גועל ובין פגיעה באוטונומיה
בפרשת תנובה נ' ראבי היה ערבוב מסוים, הן בהנמקת הרוב והן בהנמקת המיעוט בין נזק תוצאתי הנובע מהפגיעה באוטונומיה לבין הנזק של שלילת כוח הבחירה. בהקשר של פרשת תנובה נ' ראבי טשטוש התחומים נגע לשאלה אם הפיצוי ניתן בשל שלילת כוח הבחירה או בשל רגשות גועל המתעוררים בשל צריכת החלב – רגשות שהם תוצאה של הפעולה העוולתית (הוספת הסיליקון ללא יידוע הלקוחות) המהווה גם פגיעה באוטונומיה. פרשה זו נסובה סביב הוספת סיליקון לחלב של תנובה תוך הפרת תקן ותוך הטעיית ציבור הלקוחות הן בדרך של מחדל (אייגילוי לגבי הוספת הסיליקון) והן בדרך של מעשה (פרסום הודעה מטעה לעיתונות שלפיה לחלב המשווק לא הוסף סיליקון)⁵⁵. הערכאה הדיונית קבעה כממצא כי הוספת הסיליקון אינה מסוכנת לבריאות, והתעוררה השאלה אם לתובע יש עילת תביעה אישית כלפי תנובה ואם מן הראוי לאשר לו לייצג את קבוצת צרכני החלב בתביעה ייצוגית. בבית המשפט העליון, על פי דעת הרוב, מפי השופטת נאור, נדחה ערעורה של תנובה על החלטת בית המשפט המחוזי לאשר את התובענה כייצוגית, ונקבע כי יש לאשרה ככזו. רובד אחד של הדיון יבקר את הטשטוש בין נזק תוצאתי לבין נזק של שלילת כוח הבחירה. רובד שני יבחן את השאלה אם נתונים שאינם ידועים לצרכן במועד החלטת הרכישה, יכולים להשפיע על גובה נזקיו בשל הפגיעה באוטונומיה שלו.

א) הטשטוש בין נזק תוצאתי ובין שלילת כוח בחירה
לעניין הנזק, בית המשפט קבע כי מדובר בנזק לא ממוני של תחושות שליליות ותחושות גועל העולה כדי פגיעה באוטונומיה⁵⁶. הציטוט המובא להלן מדגים את הערבוב בין שתי ההנמקות:

“ואולם הנזק שטוען לו ראבי הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל. הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושות

54 ע"א 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז, פ"ד נח(3) 934 (להלן: פרשת מיסטר מאני).

55 הגדרת הקבוצה כוללת את כל מי שרכש, מיום 23.10.94 ועד ספטמבר 1995, חלב עמיד דל שומן (1%) שיוצר על ידי הנתבעת ושהוסיפו לו סיליקון. המודעות המטעות פורסמו בימים 31.8 ו-1.9.1995 כאשר עילת התביעה האישית מתבססת על הטעיה על פי חוק הגנת הצרכן. עמדתה של תנובה כפי שהובעה בפניי על ידי עורכי דינם היא, כי אין מחלוקת שהמודעות פורסמו לאחר רכישת החלב הרלוונטי ולפיכך הן אינן מהוות חלק מעילת התביעה. יצוין עם זאת, שכיוון ש"עד" פירושו עד בכלל (ס' 8 לחוק הפרשנות) הרי שמי שרכש חלב במהלך חודש ספטמבר 1995 בהסתמך על מודעת ההכחשה של תנובה, אמור להיכלל בקבוצה.

56 פרשת תנובה נ' ראבי, לעיל הערה 13, בע' 681–684 (דברי השופטת נאור).

הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בריפיציו. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה ימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לו בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעיה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו. כך יחוש גם מי שצורך רק מזון אורגני, והתברר לו בדיעבד שמזון שפורסם כמזון אורגני איננו כזה. מי שמבקש לקנות חלב דל שומן דווקא לא יסכין עם כך שימכרו לו תוך הטעיה חלב שבו שיעור השומן גבוה, ולהפך. 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. לכל צרכן וצרכן העדפות בנוגע למזונותיו, העדפות המבטאות לעתים את האידיאולוגיה שהוא מאמין בה כדרך לחיים נכונים או בריאים. אכן, זה שאינו שומר כשרות יוכל לומר לשומר הכשרות: מה קרה אם אכלת מזון שאינו כשר; לא נגרם לך כל נזק. לא זו השקפתו של מי שמבקש לשמור על כשרות או לאכול רק מזון אורגני או מזון דל שומן. הפגיעה באוטונומיה של הפרט כמצדיקה פיצוי הוכרה כבר בפסיקתו של בית משפט זה: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים 'כרמל' חיפה, פ"ד נג (4) 526⁵⁷.

בהמשך מצטטת השופטת נאור קטעים מפסיקת בית המשפט בפרשת עלי דעקה בנוגע לפגיעה באוטונומיה ומוסיפה:

"כוחם של דברים אלה יפה לדעתי אף לענייננו. החדרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט"⁵⁸.

עיון בהנמקת בית המשפט מלמד שלא נעשתה ההבחנה בין עצם הפגיעה באוטונומיה של התובע בשלילת המידע לגבי תוספת הסיליקון לבין תחושות הגועל שגרמה לו הידיעה בדיעבד על צריכת הסיליקון (להבדיל מאי-הידיעה על תוספתו לחלב). שני נזקים אלו שונים בשני מובנים נפרדים. ראשית, נזק בשל הפגיעה באוטונומיה משותף לכל הצרכנים שצרכו את החלב בהיעדר ידיעה על תוספת הסיליקון ואינו מצריך הוכחת רגישות סובייקטיבית מיוחדת לגבי עצם חוסר הרצון לצרוך סיליקון. שנית, ועיקר, נזק בשל פגיעה באוטונומיה (לפחות על פי הלכת עלי דעקה) אינו מצריך הוכחה שהלקוח היה נמנע מלרכוש את המוצר לו ידע על תוספת הסיליקון⁵⁹. לעומת זאת, פיצוי עבור תחושות הגועל בשל צריכת

57 שם, בע' 681–682.

58 שם, בעמ' 684.

59 עם זאת, לשאלת הסיבות יש השפעה על גובה הפיצוי שייפסק. ראו לעיל חלק ב.1.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

הסיליקון, מצריך כמדומני הוכחת קשר סיבתי שכזה, שהרי לו היה הלקוח צורך את החלב אף לו ידע על הוספת הסיליקון, נשמטת מניה וביה הטענה כי צריכת הסיליקון גורמת לתחושות גועל.

איי-הבחנה מספקת בין שני מישורי הנזק השונים, מאפיין, אם כי במידה פחותה, גם את הנמקת דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה. השופטת פרוקצ'יה מציינת, במידה רבה של צדק, שלא ניתן להניח כמובן מאליו את קיומו של נזק מיוחד (כמו רגשות גועל) המשותף לחברי הקבוצה⁶⁰. באשר לנזק הכללי של הפגיעה באוטונומיה, נראה כי השופטת פרוקצ'יה סבורה (ושוב במידה רבה של צדק) כי שיעורו של הנזק הכללי בשל עצם הפגיעה באוטונומיה משתנה ממקרה למקרה בהתחשב בסוג הפגיעה:

“הרי אין פגיעה באוטונומיה של הפרט הכרוכה בפגיעה באמונתו ובמרקם ערכיו והשקפת עולמו של אדם, כפי שמתבטא למשל באשר לצריכת מזון כשר כפגיעה בזכות הצרכן להניח כי מוצר מזון כלשהו שהוא צורך מכל יסודות נתונים ולא אחרים, במצב שבו אין לו מראש העדפה מוגדרת לצריכת מוצר מזון כעל מאפיינים מסוימים, ומקום שאין במרכיבי המוצר הנתונים כדי להזיק. יש הבדל של מהות, מידה ומשקל בין דרכי המימוש של האוטונומיה של הפרט ממקרה למקרה. העניין שלפנינו אינו נופל בגדר אותן קטגוריות מקרים שבהם הטעיה או טעות לגבי מרכיביו של מוצר עלולים לגרום לצרכן פגיעה רגשית ממשית שמקורה במחויבות לערכים, להשקפות, או בהעדפה מיוחדת למטרה מוגדרת”⁶¹.

עם זאת, הדוגמאות שמביאה השופטת פרוקצ'יה לאישוש טענה זו⁶², הן טענות המבססות נזק ספציפי של פגיעה באמונה של הצרכן (צריכת מזון לא כשר על ידי אדם דתי, הצגת מזון לא אורגני כאורגני וכדומה). במקרים כאלו, סביר שהצרכן לא היה מוכן לצרוך את המזון כלל (דוגמת המזון הכשר) או למצער היה מוכן לרכשו במחיר נמוך יותר (דוגמת המזון האורגני). הרעיון מאחורי פיצוי כללי בשל פגיעה באוטונומיה נסמך על ההנחה כי הצרכן היה רוכש את המוצר באותם תנאים, אולם מגיע לו פיצוי בשל שלילת זכותו להחליט על רכישה שכזו באופן מודע.

נראה שלמרות הערכוב בין הנזק הכללי של עצם הפגיעה באוטונומיה לבין הנזק הספציפי של תחושות הגועל, אפשר לפרש את פסיקת בית המשפט בפרשת

60 פרשת תנובה נ' ראבי, לעיל הערה 13, בע' 695–697. כך, למשל, קובעת השופטת פרוקצ'יה, כי “אין להוציא מכלל אפשרות כי חלק ניכר מציבור הצרכנים להם מיוחס עניין בתובענה, אילו שאל, ספק אם היה מביע עניין מיוחד בתביעה צרכנית כזו על שום העדר הנזק המיוחד הנלווה לה ועל שום הקושי לבסס בגינה נזק כללי ממש”, וכי “אופי הפגיעה הנטענת אינו בהכרח משותף לכלל ציבור צרכני המוצר נשוא התובענה. אופי הפגיעה קשור ומותנה במידה לא קטנה בסף רגישותו האינדיבידואלי של הצרכן”. שם, בע' 697.

61 שם, בע' 696 (השופטת פרוקצ'יה).

62 שם, בע' 695 (השופטת פרוקצ'יה).

תנובה כמבוססת על פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה. הדבר נלמד הן מהנמקת בית המשפט, לרבות ההסתמכות המפורשת על פרשת עלי דעקה⁶³, והן מפרשנות שניתנה לפרשת תנובה בפסיקה מאוחרת⁶⁴. גדר הספקות לגבי נכונות מסקנה זו נובע מאי-ההבחנה בין פגיעה באוטונומיה כשלעצמה לבין תחושת המיאוס מצריכת הסיליקון בחלב. אם בית המשפט סבור כי ראוי לפצות את הצרכנים גם לו היה נקבע שהם היו צורכים את החלב גם לו ידעו על קיום הסיליקון, הרי שמדובר אכן בפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה⁶⁵.

בשולי הדברים, ברצוני לדון בשאלה הנוגעת דווקא לקיומו האפשרי של נזק תוצאתי הנובע מהתנהגותה של תנובה ולדרכי הוכחתו. לכאורה, אפשר ללמוד מהירידה הניכרת במכירות תנובה לאחר התפוצצות הפרשה כי לו הצרכנים היו יודעים מראש על הוספת הסיליקון לחלב הם היו נמנעים מרכישתו. למעשה, מן הראוי להתייחס בזהירות למסקנה שכזו. ראשית, חלק מהירידה במכירות ניתנת להתפרש כתגובה (לטעמי מוצדקת) על עצם ההטעיה (בוודאי ההטעיה שבמעשה ואולי גם זו שבמחדל)⁶⁶. שנית, כפי שצוין בפסק הדין⁶⁷, עצם העובדה שתנובה טרחה לפרסם מודעות שקריות בדבר היעדר הסיליקון בחלב שהיא מוכרת, יכולה להתפרש על ידי הצרכנים כמסר שלפיו תנובה סבורה שאין לצרוך חלב עם סיליקון⁶⁸. מסר כזה לא יכול היה להתקיים לו ידעה תנובה מבעוד מועד את הצרכנים בדבר הוספת הסיליקון.

ב) הרלוונטיות של נתונים מאוחרים

מגמה מרחיבה לעניין הכרה בפגיעה באוטונומיה ניתן לאתר גם בהחלטת בית המשפט המחוזי בפרשת תנובה, בעניין דרכי ההוכחה של התביעה הייצוגית ודרך ניהולה. בית המשפט קבע כי לצורך הוכחת הנזק הלא ממוני – הנובע מפגיעה באוטונומיה של הרצון ותחושות הצרכנים שהסתבר להם כי שתו חלב עם סיליקון – יש חשיבות לשאלה אם קיימים מחקרים המצביעים על אפשרות

63 שם, בע' 681–684 (השופטת נאור).

64 ראו לדוגמה פרשת אבנעל, לעיל הערה 28, בפסקה 18.

65 השאלה אם הרחבה זו של הלכת עלי דעקה להקשר החוזי הנה ראויה תידון להלן בפרקים 4.2.ב, 4.3.ב, 4.4.א, 4.4.ה.

66 השוו' ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב) 855 (כאשר ההטעיה אינה בתום לב, אפשר להניח את קיום הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין המצג אף אם ההטעיה אינה בנוגע לעניין מהותי. הניצג יכול לטעון שבכלל לא היה חפץ להתקשר עם רמא').

67 פרשת תנובה נ' ראבי, לעיל הערה 13, בע' 678.

68 לגוף העניין, מסר כזה אינו מדויק, כיוון שהתנהגות תנובה מלמדת שהיא סבורה שמתן פרסום להוספת הסיליקון יפגע במכירותיה ולא בהכרח שהוספת הסיליקון היא בעייתית כשלעצמה. בכך כמובן אין משום להצדיק את ההטעיה שביצעה תנובה, ולכן מטעמי הרתעה (המתקשרים גם לרצינון העומד מאחורי דוקטרינת הנזק הראייתי) מוצדק לדעתי להתחשב בנתונים לגבי ירידת המכירות לרעתה של תנובה כמשקפים את הנזק שנגרם לצרכנים בשל ההטעיה או את הרווח של תנובה בעקבות הטעיה זו.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

לנזק בריאותי בעקבות השימוש בסיליקון, ואיזו כמות עלולה ליצור סיכון זה. לשיטת בית המשפט יש חשיבות לשאלה אם ישנם מומחים הסבורים שקיימת אפשרות לנזק שכזה, בין שהם צודקים ובין שלא, משום שאז תתעורר שאלת זכותו של הצרכן להחליט אם הוא מעוניין להימנע מנטילת סיכון כלשהו הכרוך בצריכת חלב. אין צורך לדון ולהכריע בשאלת נכונותם של המחקרים השונים הקיימים בסוגיה זו, אלא רק להצביע על עצם קיומם, ומה נטען בהם על ידי עורכי המחקר⁶⁹. המעניין בגישה זו הוא הוויתור המשתמע על דרישה להוכיח כי הצרכן ידע בשעת החלטת הרכישה על הסיכון האפשרי בשתיית סיליקון. מחד, ניתן לראות את גישת בית המשפט כמצמצמת את היקף העילה, בכך שמשתמעת ממנה העמדה כי אם אין מחקרים המראים על אפשרות לנזק בריאותי הרי שאין נזק לאוטונומיה. גישה שכזו עומדת בניגוד לעצם הרציונל העומד בבסיס פיצוי נפרד בשל פגיעה באוטונומיה, רציונל המבוסס על כך שגם בהיעדר סיבה להתנגד לרכישת המוצר, יש לספק לצרכן מידע מלא. מאידך, הוויתור על הדרישה כי הצרכן יידע על המחקרים במועד רכישת המוצר, מאפשר את הרחבת תחום הנזק והפיצוי בגינו. מהחלטת בית המשפט משתמעת הגישה שלפיה מידע מאוחר שמן הסתם לא היה מצוי בידי הצרכן בעת ההחלטה אם לרכוש חלב עם סיליקון, יתרום להגדלת נזקו של הצרכן בשל הפגיעה באוטונומיה שלו. בהקשר זה, מן הראוי שוב להבחין בין הנזק הכללי של הפגיעה באוטונומיה לבין הנזק הפרטי של תחושות גועל בשל צריכת הסיליקון. כזכור, לשיטתי, הנזק הפרטי מותנה בכך שלו ידע הצרכן על הוספת הסיליקון לחלב, הוא היה נמנע מרכישתו. לגבי נזק פרטי זה, רלוונטית שאלת זמינות המידע בדבר סיכונים בריאותיים אפשריים מצריכת הסיליקון. לו הייתה תנובה עומדת בחובת הגילוי שלה לגבי הוספת הסיליקון, הרי בהיעדר ידיעה במועד הרלוונטי על קיום מחקרים בדבר סכנות אפשריות בצריכת הסיליקון, ייתכן שהיו הצרכנים ורכשים את החלב של תנובה. בנסיבות אלו, לא ברור אם קיים קשר סיבתי בין ההטעיה של תנובה לבין נזקי תחושות הגועל של הצרכנים. תחושות אלו (שנכון יותר לראותן כתחושות חרדה בשל החשש מסיכונים בריאותיים)⁷⁰ נוצרו בעת שהנתונים בדבר הסיכון הובאו לידיעת הצרכנים⁷¹. לפחות לגבי קבוצת הצרכנים שבהיעדר מידע שכזה במועד הרלוונטי היו ורכשים את החלב, אין קשר סיבתי בין ההפרה לבין נזקים.

שונים הדברים בעניין הנזק הכללי של פגיעה באוטונומיה. פיצוי על נזק זה מנית

69 ת"א (ת"א) 1372/95 ראבי נ' תנובה (טרם פורסם), תקדין מחוזי 2004 (3) 150, בפסקה 6. נקודה זו ראוי להידר. נראה שהחלטת בית המשפט המחוזי ממשיגה את הנזק באופן שונה מהאופן שבו הנזק הומשג בבית המשפט העליון. רגשות גועל בשל צריכת סיליקון אינם קשורים לחשש בריאותי הקשור לצריכה כזו. רק בנוגע לחשש בריאותי יש נפקות לקיום מחקרים המצביעים על סיכונים בריאותיים בצריכת סיליקון לעניין הערכת הנזק הלא ממוני בשל שתיית החלב.

71 יצוין שקיומם של מחקרים המצביעים על סיכון בריאותי מצריכת חלב עם סיליקון היא פלגותא הממתנה להכרעה בת"א 1372/95, לעיל הערה 69.

ממילא כי הצרכנים היו רוכשים את החלב גם לו היה בידיהם המידע המלא. אולם הפיצוי ניתן בשל שלילת המידע שמנעה מהם לקבל החלטה מושכלת ומודעת (ולו גם זה), בהתבסס על הנתונים הרלוונטיים. לכאורה, המידע המאוחר אינו משפיע על נזק זה, שהרי ממילא הנזק אינו מתבסס על ההנחה שהצרכנים היו משנים את התנהגותם. עם זאת, המידע המאוחר משפיע בכמה דרכים על היקף נזקיהם של הצרכנים. ראשית, הוא הופך את הפגיעה באוטונומיה למשמעותית יותר, על פי מבחן אובייקטיבי⁷², כיוון שהוא הופך את הבחירה (בין רכישת החלב לאי-רכישתו) למשמעותית יותר. ודוקו, העובדה שבמועד הרכישה לא הייתה משתנה החלטת הצרכנים לרכוש את המוצר (בהיעדר ידיעה על סיכונים אפשריים) אינה משליכה על היות הבחירה משמעותית יותר, בהינתן המידע המאוחר בדבר נפקות הבחירה. בית המשפט בפרשת עלי דעקה עמד על כך שחשיבות ההחלטה מהווה קריטריון לקביעת היקף הנזק עבור הפגיעה באוטונומיה⁷³. שנית, לשיטת אלו הסבורים שהפיצוי עבור שלילת כוח הבחירה צריך להיעשות על פי בחינה סובייקטיבית, המידע המאוחר מגביר את הנזק הסובייקטיבי של הצרכן כיוון שממועד הידיעה, תחושת התסכול על שנשללה ממנו הזכות להחליט הנה משמעותית יותר. אכן, מחקרים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית בדבר תוצא החרטה תומכים בגישה זו⁷⁴. ככל שאפיק הפעולה החלופי מתברר בדיעבד כמוצלח יותר, כך תגדל מידת החרטה, וממילא מידת הנזק של הפגיעה באוטונומיה. נמצא כי בניגוד לאינטואיציה הביקורתית הראשונית, קיום של מידע מאוחר עשוי להשפיע על מידת הנזק הלא ממוני של הצרכן.

2. פרשת אבנעל: פיצוי בהיעדר שלילת כוח בחירה

כידוע, באופן מסורתי שללו דיני הנזיקין מאז ומתמיד פיצוי עבור העמדת התובע בסיכון שלא התממש. נתבעת שפעילותה סיכנה באופן בלתי סביר את התובע אך לא פגעה בו אינה חייבת בפיצוי התובע⁷⁵. עם זאת, אם חשיפת התובע לסיכון לא הייתה רצונית (וזהו מצב הדברים הרגיל), הרי יישום הלכת עלי דעקה עשוי להביא לפיצוי התובע בשל פגיעה באוטונומיה שלו. מטבע הדברים, הכפפת התובע לסיכון העזולתי שללה את כוח הבחירה שלו אם להכפיף עצמו לאותו סיכון. כפי שצינתי לעיל, גישה שכזו היא במידה רבה מלאכותית. מטבע הדברים, החשיפה לסיכון והפגיעה בשל התממשותו אינם רצוניים. מטעם זה, ההיבט של

72 כזכור, מבחן אובייקטיבי יכול להתייחס לגישה קניינית הנותנת ערך לכוח הבחירה בהתעלם מההיבטים התוצאתיים של שלילת כוח הבחירה (הרגשות שהיא מעוררת אצל התובע) או לבחינת הפגיעה ברגשות ששלילת כוח הבחירה גרמה על פי מבחן אובייקטיבי של התובע הסביר. ראו לעיל חלק ב.2; הערות 29–33, והטקסט הנלווה להן.

73 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 587–589 לפסק דינו של השופט אור.

74 לתוצא החרטה ולהשפעתו על הניתוח ראו להלן חלק ד.1.א).

75 א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (תש"ס) 605.

הנזק בשל שלילת כוח הבחירה נבלע בנזק הממשי שנגרם לתובע. כאשר הסיכון מתמשך דיני הנזיקין מעניקים עילה לתובע (כאשר יצירת הסיכון היא עוולתית), אולם דיני הנזיקין אינם מעניקים עילה שכזאת עבור עצם הנזק של החשיפה לסיכון. תחת ההנחה, שאיני בוחרת את נכונותה כאן, שעמדה עקרונית זו של דיני הנזיקין השוללת פיצוי עבור חשיפה לסיכון בלבד היא רצויה⁷⁶, לא ברור שרצוי — מושגית ועניינית — לפצות את התובע עבור שלילת כוח הבחירה אם להיחשף לסיכון. זאת כיוון שכפי שהוסבר לעיל, הנזק של שלילת כוח הבחירה נבלע במצב הדברים הרגיל בנזק התוצאתי. למעשה, יש כאן רציונל של קל וחומר. אם הנזק התוצאתי — עצם החשיפה לסיכון — אינו מפרצה על ידי דיני הנזיקין, לא ברור מדוע ראוי לפצות עבור שלילת כוח הבחירה אם להיחשף לנזק זה⁷⁷.

גישה כזו — פיצוי התובע בשל שלילת כוח הבחירה שלו אם להיחשף לסיכון אם לאו — לא אומצה במפורש על ידי בתי המשפט (ולהערכתי אינה צפויה להיות מאומצת בקרוב באופן מפורש), אולם לפחות פסק דין אחד שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון יכול להתפרש כמאמץ גישה זו באופן משתמע. בפרשת אבנעל⁷⁸ תבעה חברה יבואנית את מדינת ישראל עבור נזקים שונים שנגרמו לה, לטענתה, בשל התנהלות פגומה של הרשות המנהלית — התנהלות שבאה כתגובה להפרות של רישיון היבוא שניתן לחברה. בין היתר, תבעה החברה פיצוי בשל החלטה שלא להעניק לה רישיון יבוא, החלטה שניתנה תוך הפרה של זכות הטיעון ובהתבסס על הנמקה מטעה. לחברה נמסר כי הסירוב להנפיק רישיונות נובע מן הרצון להגן על תוצרת הארץ, אולם הסיבה האמיתית הייתה נעוצה בכך שהחברה "ניפתה" מחירים. בית המשפט המחוזי קבע שאמנם הסירוב להקצות לחברה רישיון יבוא היה מוצדק לגופו של עניין, אך לחברה נגרם נזק כללי בשל שלילת זכות הטיעון ומתן ההנמקה השגויה. בית המשפט העליון קבע כי ההנמקה השגויה ושלילת זכות הטיעון מהוות התנהגות רשלנית וכי התנהגות זו גרמה לנזק הלא ממוני של החברה.

חולשה מרכזית בפסק הדין היא שבית המשפט נמנע לחלוטין מלנמק מהו אותו נזק לא ממוני שגרמה פעולת הרשות לחברה. בניגוד לפרשת תנובה, לא ניתן לדבר על נזק של רגשות גועל. בניגוד לפרשת עלי דעקה, קשה-עד-לא-ניתן לדבר על פגיעה באוטונומיה. הרציונל של הלכת עלי דעקה הוא ששלילת המידע מנעה מהתובעת את האפשרות לבחור באופן מושכל בין קווי פעולה חלופיים

76 בהקשר צרכני ייתכן שמוצדק להטיל פיצוי בשל חשיפה לסיכון. ראו להלן חלק ה.4.ב).

77 מן הראוי לציין שגודל הנזק של שלילת כוח הבחירה אם להיחשף או לסרב להיחשף לסיכון (שלא התממש) אינו בהכרח זהה לגודל הנזק של החשיפה לסיכון. לכאורה, גודלו של הנזק האחרון הוא תוחלת הנזק הממשי; מכל מקום, נזק זה הוא תוצאתי, כלומר, הוא מתבסס על ההנחה שהתובע היה משנה את התנהגותו לו ידע על הסיכון. גודל הנזק של שלילת כוח הבחירה לכאורה אינו מושפע מגודל הנזק הממשי (וראי שלא באופן ליניארי) שכן ממילא ראש נזק זה מניח שהתובע היה מסכים להיחשף לסיכון.

78 פרשת אבנעל, לעיל הערה 28.

כאשר עמדה לתובעת אפשרות ממשית של בחירה בין קווי פעולה אלו (עשיית הביטוח או הימנעות מעשייתה). לעומת זאת, בפרשת אבנעל, אי-מתן ההנמקה האמיתית לא מנע מהתובעת אפשרות בחירה מושכלת בין אפשרויות שונות, כיוון שלא הייתה כל דרך חלופית שבה יכלה לבחור. התובעת הייתה כפופה לכוחה של הרשות לסרב לתת את רישיון הייבוא — החלטה שבית המשפט עצמו קבע שהייתה סבירה לגופו של עניין. באופן דומה, שלילת זכות הטיעון של אבנעל לא שללה ממנה קו פעולה אפשרי — למעט השמעת הטיעון עצמו. מתן פיצוי בנסיבות כאלו שקול כנגד הגנה על כוח בחירה מסדר שני של התובעת — כוחה לבחור במיצוי זכות פרוצדורלית (חשובה) שלא היה בה כדי להביא לשינוי בתוצאה הסופית. בעניין, זו הרחבה לא רצויה של הלכת עלי דעקה.

אמנם ניתן לחשוב גם על גישה חלופית לביקורת שהוצגה לעיל. בעניין ההטעיה, ניתן לטעון, בהלך מחשבה אולי קנטיאני, שעצם ההטעיה פוגעת בכבוד התובעת בכך שהנתבעת נמנעה מלספק לה את הטעמים האמיתיים מאחורי פעולותיה. משמעות גישה זו היא הרחבת הרציונל של הלכת עלי דעקה — פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה — לפיצוי בשל שלילת מידע רלוונטי, וזאת גם בנסיבות שבהן לא עמדה לתובעת אפילו אפשרות תאורטית לבחור אחרת. הרחבה זו אינה פשוטה בעיניי. איני מעוניין לבחון במאמר זה את רציונה הכללית של הרחבה שכזו לגופו של עניין, אולם אני סבור שלא ראוי לאמצה ללא ליבון השיקולים התומכים והמתנגדים להרחבה שכזאת, וללא מתן תשומת לב לעובדה שמדובר בהרחבה של ההלכה⁷⁹. כאשר לא-מתן זכות הטיעון, אפשר לסבור שנשללה מהתובעת הזכות להחליט אם לנצל את זכות הטיעון והזכות להשמיע את טענותיה. מחקרים מראים כי מידת שביעות הרצון של משתתפים בהליכים שיפוטיים מההליך ותחושתם שנעשה עמם צדק, נגזרות לא רק מתוצאת ההליך, אלא גם מהאופן שבו הוא מתנהל. באופן יותר ספציפי, מתדיינים שהרגישו שניתן להם יומם בבית המשפט וכי הקשיבו להם, נטו יותר לסבור כי נעשה עמם צדק, גם אם הפסידו לגופו של עניין⁸⁰. בהתבסס על נתונים אלו, ניתן לסבור כי אכן נגרם נזק לתובעת, בכך שנשללה ממנה התחושה כי התנהגו עמה בצדק. עם זאת, מתעוררת השאלה אם נזקים אלו — שלילת מידע בהיעדר יכולת לפעול על פיו ושלילת יכולת למצות זכות פרוצדורלית שלא הייתה מביאה לשינוי ההכרעה — משמעותיים דיים על מנת להכיר בחובה לפצות בגינם⁸¹.

79 תחת ההנחה שראוי להכיר בשלילת מידע כראש נזק עצמאי לפיצוי, הרי בדומה לניתוח שנערך לעיל לגבי שלילת כוח הבחירה, אפשר להבחין בין נזק סובייקטיבי משלילת מידע רלוונטי (למרות היעדר היכולת לפעול על פיו) המתבסס על תחושות התובע, לבין נזק אובייקטיבי המתבסס על תפיסה הרואה בכוח הבחירה נכס של הנפגע או על הענקת פיצוי כמתן ביטוי לערך החברתי של מתן מידע רלוונטי לסובייקט. ראו לעיל חלק ב.2.ב).

80 ראו: W.M. O'Barr & J.M. Conley "Litigants Satisfaction Versus Legal Adequacy in Small Claims court Narratives" 19 *Law & Society Rev.* (1985) 661

81 אני דן בשאלה זו בסמוך לבירור הביקורת החלוקתית והביקורת המושגית כנגד הכרה בפיצוי

פיצויי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

בשולי הדברים, ברצוני להעיר עוד שלוש הערות על פרשת אבנעל. ראשית, התובעת במקרה הזה הייתה חברה. כוחם של שיקולי אוטונומיה אינו צריך להיות יפה באותה מידה כאשר מדובר בתאגיד לעומת אדם פרטי, ויש אף הסבורים כי לא ראוי להכיר באינטרס אוטונומיה של תאגידים.⁸² שנית, בית המשפט לא נגע בשאלת האשם התורם של החברה בגרימת נזק הלא ממוני.⁸³ שלישית, ייתכן שאפשר לתמוך בתוצאת פרשת אבנעל בהתבסס על שיקולי הרתעה – ניסיון לחנך את הרשות להתנהגות ראויה,⁸⁴ או בהתבסס על הרצון לאשש את הערך החברתי של האינטרס שנפגע.⁸⁵ ברם, ההנמקה בפרשת אבנעל אינה מתבססת על שיקולים אלו, אלא מנסה, באופן בלתי משכנע, לדעת, להמשיג נזק ממשי שנגרם לתובעת הקונקרטית בעקבות פעולת הרשות. כמצוין לעיל⁸⁶, הגישה העקרונית של דיני הפיצויים בנויקין (ובמשפט הפרטי בכלל) היא שמטרת הפיצויים היא תרופתית. משתמע מכך שפסיקת פיצוי בלא קיום נזק היא חריג הטעון הצדקה מיוחדת. על רקע גישה זו, שהשופט ברק הוא מנושאי דגלה הראשיים, פסיקת פיצוי בפרשת אבנעל על נזק שלא ברור שהתקיים היא בעייתית במיוחד, כיוון שהיא מונעת דיון בשאלה אם ראוי לחרוג מהגישה הפיצויית מתוך שיקולים הרתעתיים או "אישושיים" בנסיבות שבהן התעוררה פרשת אבנעל.

הכשל בפרשת אבנעל – פיצוי בהיעדר כוח בחירה – נמנע בת"א (חי')

בשל פגיעה באוטונומיה ומגיע למסקנה כי בנסיבות פרשת אבנעל, מתן פיצוי שכזה אינו מוצדק. ראו להלן חלק ד' והטקסט הנלווה להערות 147–148, 165–167, 184–185.

82 ראו: (A.C. Hutchinson *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights* (Toronto, 1995) 211; J.G. Fleming *The Law of Torts* (Sydney, 9th ed., 1995) 34–31; לעומת זאת: R.M. Hills "The Constitutional Rights of Private Governments" 78 *N.Y.U.L. Rev.* (2003) 144.

83 בית המשפט, בדונו בראש הנזק של נזקי רכוש שנגרמו לתובעת בשל עיכוב בהסרת כוכבית ממחשב המכס שגרם לפגיעה במוניטין החברה, ציין נכונה את הקושי לכמת הפסד זה על רקע העובדה שהפסד המוניטין נגרם בשל גורמים שונים, לרבות התנהגות החברה שהולוכה לסנקציות מצד הרשות. אף שביט המשפט לא התייחס לסוגיה במיוחד זה, מדובר למעשה הן על תרומה סיבתית לנזק והן על אשם תורם של החברה. על רקע זה מוזרה התעלמות בית המשפט משאלת האשם התורם של החברה לגבי נזקיה הלא ממוניים שנגרמו בשל אי-מתן זכות הטיעון ומתן ההנמקה המטעה. יש להניח שהתנהגותה בת-האשם של החברה היא שהובילה להתנהגות המדינה כלפיה, והן על פי ס' 68 לפקודת הנויקין והן על פי ס' 65 לפקודה זו, היה מקום להפחית מהפיצוי המגיע לאבנעל את החלק מנזקה שנבע מהתנהגותה בת-האשם. עם זאת, כיוון שכמות ראש נזק זה ממילא נעשה בדרך של אומדנא דדינא, ייתכן ששיקולים אלו השפיעו על גובה הסכום שקיבלה החברה כפיצוי. בית המשפט פסק 10,000 ש"ח עבור הנזק הרכושי ו-30,000 ש"ח עבור הנזק הלא רכושי. בית המשפט המחוזי פסק 100,000 ש"ח כפיצוי גלובלי עבור כל הנזקים שנגרמו לחברה (לרבות עבור פריט נזק שבוטל בערעור).

84 לדיון ביקורתי שלי בהצדקה אפשרית זו של הלכת אבנעל ראו להלן חלק ד.2.ב; הערה 154 והטקסט הנלווה לה; הערות 172–173 והטקסט הנלווה להן.

85 ראו לעיל חלק ב.2.ב. (הפסקה האחרונה).

86 ראו לעיל חלק ב.2.ב; הערה 33 והטקסט הנלווה לה.

8364/03 לנקרי נ' ב"ח רמב"ם⁸⁷ ובית משפט השלום נקט, ככל הנראה, גישה נכונה יותר לעניין משמעותה של שלילת כוח הבחירה. בפרשה זו נדחתה טענת התובע כי האוטונומיה שלו נפגעה בכך שבמשך כמה שנים נמנע בית החולים מלהודיע לו שהוא חולה בהפיטיטיס C⁸⁸. התשובה לשאלה אם יכול היה התובע בפרשת לנקרי לשנות את התנהגותו לו היה נודע לו המידע הרלוונטי אינה ברורה (ומדחיית עילותיו האחרות של התובע משתמעת תשובה שלילית). מכל מקום, לו לא הייתה לתובע כל חלופה אחרת גם לו היה מקבל את המידע במועד מוקדם יותר, אין מקום לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה⁸⁹. נראה שזו הייתה עמדת בית המשפט⁹⁰.

3. פרשת מיסטר מאני: פיצוי על נזק תוצאתי באצטלה של פגיעה באוטונומיה? כזכור, לשיטתי, עילת הפגיעה באוטונומיה בטהרתה חלה במקרים שבהם התנהגות הנתבעת פגעה ביכולתו של הנפגע לבצע בחירה מושכלת בין חלופות שונות, וזאת למרות העובדה שלגוף העניין תוצאת בחירתו של הנפגע לא הייתה משתנית. סוג כזה של מקרים מתאפיין בהיעדר קשר סיבתי בין התנהגות הנתבעת לתוצאות בחירתו של התובע, אלא רק בקשר סיבתי בין התנהגות הנתבעת לבין שלילת כוח הבחירה של התובע. מקרה נוסף שנפסק לאחרונה ומעורר את שאלת היחס בין שני סוגי נזקים אלו הוא פרשת מיסטר מאני⁹¹. בפרשה זו קבע בית המשפט המחוזי, ובית המשפט העליון אישר, שמימוש משכנתה בהתאם לחוזה הלוואה בין חברה מלווה מהשוק האפור לבין לווה שכשלה בהחזרת החוב, יהיה כפוף להגנה הסטטוטורית של דיור חלופי הקבועה בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז–1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל"). נקבע כי אין מקום לתת תוקף

87 ת"א (חי) 8364/03 לנקרי נ' ב"ח רמב"ם (טרם פורסם), תקדין שלום 2005(1) 3486 (להלן: פרשת לנקרי).

88 בית משפט השלום קבע כי הלכת עלי דעקה מוגבלת לנסיבות שבהן בוצע הליך רפואי באדם ללא הסכמתו. מגישה צרה זו ראוי להסתייג. הרציונל של הלכת עלי דעקה הוא שלילת כוחו של התובע לבחור בין חלופות העומדות בפניו על סמך מידע רלוונטי. גם לו היה התובע בוחר באותה חלופה, נפגעה זכותו לבחור בה באופן מושכל.

89 גישה שונה עשויה להצדיק פיצוי בשל שלילת מידע רלוונטי גם אם התובע לא יכול היה לפעול על בסיס מידע זה. ראו לעיל חלק 2.1; הערות 84–86 והטקסט הנלווה להן.

90 פרשת לנקרי, לעיל הערה 87, בפסקה 3.9: "מעבר לנדרש, התובע לא הצליח להוכיח כי נגרם לו נזק נפשי כתוצאה מכך שהתובעת לא מסרה לו על עובדות היותו נשא של הנגיף – ונזק כזה לא היה נגרם לו אם היה המידע נמסר לו מיד". יצוין כי ניסוח זה מעורר חוסר בהירות מסוים. לא ברור אם בית המשפט רואה בנזק הנפשי נזק תוצאתי בשל הפרת חובת הגילוי, או שמא מדובר בנזק בשל הפגיעה באוטונומיה (קרי, לא הוכח שאי-גילוי המידע במועד גרם לכל תחושה סובייקטיבית של פגיעה בשל שלילת כוח הבחירה של התובע). לו היה מוכח נזק תוצאתי בשל האיחור במסירת המידע, הייתה מתעוררת השאלה אם יש לקזז מנזק זה את החיסכון בקיצור תקופת הסבל בשל הידיעה על המחלה. ראו להלן חלק 1.1(ב).1.

91 פרשת מיסטר מאני, לעיל הערה 54.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

לתניה שלפיה הלווה מוותרת על הגנת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, וסעיפים 38 ו-39 לחוק ההוצאה לפועל כיוון שמשמעות התניה לא הוסברה ללווה. לענייננו רלוונטית העובדה שהגנת הדיור החלופי ניתנת להתנאה. לאור יחסי הכוחות בין המלווה לבין הלווה לא ברור כלל שמילוי חובת הגילוי מצד המלווה היה משנה את התוצאה של חתימה על חוזה ההלוואה באותם תנאים ועקב כך את התוצאה של אבדן הדירה. בית המשפט מתייחס לסוגיה זו כהאי לישנא:

"מקום שמדובר בו במלווה חוץ-בנקאי המנסח את ההסכם ומצוי בעמדת מיקוח עדיפה, יכול שתקום לו חובה לגלות ללווה או לערב, גילוי מלא ומפורש, כי עומדת לו זכות להגנת בית המגורים, וכי המשכנתא כרוכה בויתור על זכות זו [...] אם קיימת אפשרות להעניק את ההלוואה בלא ויתור על הזכות לסידור חלוף – ולו במחיר של הרעה בתנאים האחרים של ההלוואה (כגון הגדלת שיעור הריבית) – יש להביא אפשרות זו בפני הלווה או הערב. אם אפשרות זו אינה על הפרק, עדיין יש להקפיד שמשמעות הויתור תהא נהירה וגלויה, ושהבחירה לוותר תהא מושכלת ומפורשת"⁹².

פסק הדין משאיר ללא מענה את השאלה אם התקיים קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי של המלווה לבין נזקה של הלווה. מהנמקת בית המשפט משתמעת המסקנה שגם בהיעדר קשר סיבתי כזה, מוצדקת התוצאה של הכפפת המלווה לזכות הלווה לדיור חלופי, וזאת בשל עצם הפגיעה בזכות הלווה לבצע בחירה מושכלת. אם זוהי קריאה נכונה של פסק הדין, הרי שמדובר בתוצאה מרחיקת לכת ביותר, שלפיה עצם הפגיעה באוטונומיה מצדיקה את גלגול מלוא הנזק התוצאתי שנגרם בשל הפרת חובת הגילוי, וזאת למרות היעדר קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין התנהגות הלווה⁹³. עם זאת, תיתכן קריאה פחות רדיקלית של פסק הדין. גם אם התובעת לא יכלה להשיג הלוואה בתנאים אחרים תוך שמירה על הגנת הדיור החלופי, הייתה נותרת בידה האפשרות שלא לקחת הלוואה. הפרת חובת הגילוי שללה ממנה אפשרות זאת, ועל כן ראוי לפצותה על הנזק של אבדן הדירה בשל

92 שם, בע' 948-949.

93 תוצאה דומה הושגה בהקשר הנויקי בפסק דין של בית הורדים באנגליה במקרה שניכוחיו דומות לפרשת עלי דעקה. בפסק דין (*Chester v. Afshar* [2004] 4 All E.R. 587 (H.L.)) (להלן: פרשת צ'סטר), עברה החולה טיפול רפואי במועד מסוים ללא שקיבלה את מלוא המידע. הטיפול עצמו לא היה רשלני. הממצא שאימצו השופטים היה שלו היה מלוא המידע בידי התובעת היא הייתה עוברת את אותו הטיפול במועד אחר (ואולי אצל מנתח אחר). על פי הגישה המקובלת, הנראית לי נכונה, ושאימצה (במשתמע) על פי דעת הרוב בפרשת עלי דעקה, מדובר בקשר סיבתי של חלל זמן בלבד שאינו ממלא אחר דרישת הקשר הסיבתי. דעת הרוב בפרשת צ'סטר סברה כי מתקיימת דרישת הקשר הסיבתי. לשיטתם, מאחר שהסיכון מתפזר באופן אקראי, הרי לו הייתה התובעת עוברת את הניתוח במועד אחר, סביר שהיא לא הייתה נפגעת.

הכניסה לעסקת ההלוואה. עם זאת, ראוי לשים אל לב, כי אין ודאות שמילוייה של חובת הגילוי היה אכן משנה את התנהגותה של התובעת.⁹⁴

בדיון לעיל בפרשת תנובה נ' ראבי, השבתי בחיוב לשאלה אם מידע שלא יכול היה להיות בידי התובע בשעה שפגע הנתבע בכוח הבחירה שלו יכול להשפיע על מידת פגיעה זו.⁹⁵ פרשת מיסטר מאני מדגימה גם תובנה זו. בשעה שהתובעת חתמה על החוזה, היא לא הייתה מודעת לקיום זכותה לדיוור חלופי. עם זאת, סביר להניח שברגע שנודע לה שעמדה לה זכות כזו, היא חשה כעס על שלילת זכותה להחליט אם לוותר על זכות זו. על שלילת כוח בחירה זה מן הראוי לפצותה (לפחות על פי הגיונה של הלכת עלי דעקה), גם אם לגופו של עניין היא הייתה מחליטה להיכנס לחוזה באותם תנאים.⁹⁶

מקרה דומה שבו נראה שבית המשפט התפשר על דרישת הקשר הסיבתי תוך הדגשת זכותם של התובעים לקבלת מידע רלוונטי הוא ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום.⁹⁷ גם פרשה זו, כמו פרשת מיסטר מאני, עסקה בעסקת הלוואה בשוק האפור. הלויים, שאיבדו את דירתם, תבעו את עורך דינו של המלווה⁹⁸ בעוולת הרשלנות.⁹⁹ עורך הדין רקח עסקת מכר חוזר ובכך שלל מהלויים את הגנות חוק

94 בהקשר זה, כמו בפרשת עלי דעקה, מתעוררת שאלה ראייתית. ניתן לחשוב על פתרון של פיצוי על פי סיכוי או העברת הנטל על המלווה להוכיח על פי מאזן הסתברויות שהתובעת הייתה נכנסת לאותו חוזה גם אלמלא הפרת חובת הגילוי. לאחרונה הכיר בית המשפט העליון באפשרות לפסוק פיצוי על פי סיכוי בהקשרים רפואיים חמורים מאבחן סיכויי החלמה בע"א 7375/02 כרמל נ' מלול (טרם פורסם), תקדין עליון 2005(1) 4239. (להלן: עניין מלול). יש לציין כי ישנו דיון נוסף תלוי ועומד בסוגיה זו: דנ"א 7375/02 כרמל נ' מלול.

95 ראו לעיל הדיון בחלק ג.1.

96 פרשת מיסטר מאני מעניינת מסיבה נוספת. נקבעה בה חובת גילוי לגבי משמעות ויתור על זכות בנסיבות שבהן סביר שהזכות (לדיוור חלופי) לא הייתה כלל ידועה ללווה. ראו פרשת מיסטר מאני, לעיל הערה 54, בע' 948–949. גישה זו תומכת בתובנה של חלוקתנים ושל אנשי ניתוח כלכלי-התנהגותי של המשפט (behavior law & economics), שלפיה דיני החוזים יכולים להביא לתוצאות חלוקתיות, ובאופן יותר ספציפי: שלכללי ברכת מחדל יש יכולת להשפיע על חלוקת העושר בין הצדדים למרות יכולת הצדדים להתנות על כללים אלו. הטענה בבסיסה היא שהקצאת הזכות, ולו בדרך של כלל ברכת מחדל, נותנת לבצל הזכות תחושה של זכאות, והוא ידרוש פיצוי עבור תניה המתנה על כלל ברירת המחדל שלטובתו. לדיון בסוגיה זו ראו א' זמיר פירוש והשלמה של חוזים (תשנ"ו) 106; ב' מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה" – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 685, 704–712. הניתוח בפרשת מיסטר מאני תומך בהנחה זו. אמנם הלווה לא ידעה על זכותה לדיוור חלופי, אולם על המלווה מוטלת חובה להעמידה על קיום זכות זאת לטובתה. אמנם הזכות ניתנת להתנאה, אולם סביר שמשעה שיודעת הלווה על הזכות, היא תשקול היטב אם לוותר עליה, ואם תעשה כן, היא עשויה לקבל איזושהי תמורה עבור כך.

97 ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (להלן: פרשת נחום).

98 בין שופטי הרוב לבין שופט המיעוט התגלעה מחלוקת אם הנתבע היה גם עורך דינם של הלויים לצורך העסקה. שופטי הרוב ענו על כך בחיוב ושופט המיעוט בשלילה. לשאלה הייתה משמעות לצורך השאלה, שאינה מעניינתנו, אם עורך הדין חב חובת זהירות לתובעים. קודם לכן, נכשלו התובעים בניסיון לבטל את החוזה עם המלווה בעילת העושה. ראו פרשת

נחום, לעיל הערה 97, בע' 395.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

המשכון. בית המשפט נמנע מלהכריע בשאלה אם לאור רע"א 1690/00 קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ¹⁰⁰ עסקת מכר חוזר היא בגדר משכון מסווה הכפוף להוראות חוק המשכון מכוח הוראת סעיף 2 (ב) לחוק המשכון, תשכ"ז–1967 (להלן: "חוק המשכון"). בית המשפט קבע שאין צורך להכריע בסוגיה זו, שכן בכל מקרה התנהגות עורך הדין עלתה כדי התרשלנות¹⁰¹.

הדמיון לפרשת מיסטר מאני מתקיים תחת החלופה שהעסקה אינה משום משכנתה מוסווית. תחת הנחה זו הדין מעמיד למלווה את האופציה לחמוק מהוראות חוק המשכון. במקרה כזה, ולנוכח יחסי הכוחות בין הצדדים, לא ברור אם מתקיים קשר סיבתי בין הפרת חובת עורך הדין ליידע את הלווים או את המוכרים על זכותם על פי חוק המשכון לבין הנזק של אבדן הדירה, שהרי לא ברור אם היו הלווים מסוגלים לשנות את תנאי החוזה לו ידעו על זכות זו¹⁰².

4. סיכום

סקירת הפסיקה מלמדת על המגמות הבאות: ראשית, הפסיקה משתמשת במונח ה"פגיעה באוטונומיה" מבלי להבחין בכך שמונח זה מחביא מאחוריו שתי קטגוריות נפרדות. האחת, מצבים שבהם התובע לא היה בוחר בקו הפעולה שבו בחר בעקבות המידע החסר. השנייה, מצבים שבהם נשללה מהתובע זכותו לבחור בקו הפעולה שבו היה בוחר לו ניתן לו המידע החסר. הבחנה בין מצבים אלו חשובה כיוון שהיא משפיעה על גובה נזקו של התובע. כך, למשל, רגשות הגועל שחשו התובעים בתגובה הם נזק תוצאתי של הפרת חובת הגילוי. הם אינם שקולים לנזק בשל שלילת כוח הבחירה שייחודו הוא בקיומו גם בהיעדר קשר סיבתי

100 רע"א 1690/00 קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ, פ"ד נז(4) 385.

101 פרשת נחום, לעיל הערה 97, בע' 428 (הנשיא ברק). לניתוח כמעט זהה של סוגיה זו על ידי שופט המיעוט, ריבלין, ראו ע' 407–408.

102 פסק הדין מעורר כמה סוגיות מעניינות החורגות מהיקף מאמר זה והמתייחסות בעיקרן לרלוונטיות שיקול השוויון בביסוס יסודות חובת הזהירות וההתרשלנות ולשאלת קיומו של קשר סיבתי. לדין בשתי השאלות האחרונות ראו צ' קרן-פז "האם האדם הסביר הוא האדם היעיל? ניתוח מבחן ההתרשלנות הנזיקי במשפטי משפט וכלכלה" מחקרי משפט כג(2) (תשס"ו). כאשר לחובת הזהירות, כפי שמציין השופט ריבלין בדעת המיעוט שלו, קיימים נימוקים כבדי משקל כנגד הטלת חובת זהירות על עורך דין של צד אחד כלפי הצד שכנגד. אם אני צודק בטענתי שתוצאת פסק הדין מוסכרת על ידי שיקולים חלוקתיים, הרי שההנמקה החלופית של שופטי הרוב (לפיה גם לולא היה התובע גם עורך דינם של התובעים הוא היה חב כלפיהם חובת זהירות) מהווה דוגמה שבה שיקול השוויון משמש כנימוק להכרה בחובת זהירות למרות קיומם של שיקולי מדיניות אחרים כנגד הטלת החובה. אמנם שיקולי מדיניות (ושיקול השוויון בכלל זה) משמשים לרוב כנימוקים נגד הטלת חובת זהירות, אולם שיקול השוויון משמש כאן כנימוק בעד הטלת החובה. ככלל, ברור בעיניי שבית המשפט הגיע לתוצאה שאליה הוא הגיע מתוך מוטיבציה חלוקתית שהיא ראוייה בעיניי. עם זאת, בהינתן מחויבות חלוקתית שכזו, פתרון ראוי יותר הוא לקבוע את בטלות עסקת היסוד בשל עושק, הטעיה או עילות אחרות. התוצאה שלפיה העסקה המקורית תקפה אך תוצאותיה החלוקתיות נישאות על ידי עורך הדין של המלווה ולא על ידי המלווה עצמו אינה אידאלית.

בין המחדל לבין החלטת התובע. שנית, הפסיקה מרחיבה את תחולת ההלכה לסוגיות החורגות מהקשר הטיפול הרפואי. הרחבה זו ניכרת בפרשות תנוכה, אבנעל ומיסטר מאני. בשלוש פרשות אלו האינטרס המוגן לא היה שלמות הגוף. ההרחבה ניכרת בפרשת מיסטר מאני, שבה הוחלה ההלכה בהקשר חוזי. השאלה אם הרחבות אלו ראויות, לא נדונה כלל בפסיקה, והיא תידון בסמוך. שלישית, פרשת אבנעל מרחיבה במשתמע את תחולת ההלכה לנסיבות שבהן לא ברור אם כלל עמדה לתובע יכולת בחירה כלשהי. גם הרחבה זו אינה בהכרח רצויה. רביעית, בפרשות מיסטר מאני ונחום נעשה שימוש במונח "פגיעה באוטונומיה" על מנת לזכות את התובעים בפיצוי מלא על נזיקהם התוצאתיים. השימוש האמור נעשה בשעה שקיים ספק אם התקיים קשר סיבתי בין הפרת החובה כלפי התובעים לבין נזקם התוצאתי. תוצאה זו מעניינת כיוון שהיא מנוגדת לחשש שהובע על ידי השופטת ביניש בפרשת עלי דעקה, שלפיו הכרה בראש הנזק עלולה להביא לדחיית תביעות מוצדקות. חמישית, מפרשת תנוכה בבתי המשפט העליון והמחוזי משתמעת גישה, הנכונה בעיניי, שלפיה נתונים המובאים לידיעת התובע בדיעבד, עשויים להשפיע על גובה הפיצוי המגיע לו בשל שלילת כוח הבחירה. לבסוף, הפסיקה אינה מבחינה בין נזקים תוצאתיים משלילת כוח הבחירה לבין נזק הנובע מעצם שלילה שכזו, ולמעט פרשת עלי דעקה אין דיון בעניין המבחנים לקביעת גובה הפיצוי הראוי. בדומה, אין גם כל דיון המציע ששלילת כוח הבחירה עשויה הייתה להיטיב עם התובע.

ד. בחינה נורמטיבית של פיצוי עבור ראש נזק של פגיעה באוטונומיה

בחלק זה אבחן את השאלה אם מוצדק להכיר בפיצוי עבור ראש הנזק של שלילת כוח הבחירה. בפרשת עלי דעקה הביעה השופטת ביניש את דעתה כי הכרה בפיצוי כזה אינה מוצדקת, שכן היא עלולה לפגוע בתובעים בכך שהיא תקל על בתי המשפט לקבוע כי לא הוכח קשר סיבתי בין הפרת החובה להשיג הסכמה מודעת של החולה לבין נזקי הגוף של החולה¹⁰³. אמנם אני שותף לביקורתם של שופטי הרוב, ומטעמם לביקורת זו¹⁰⁴, אולם עם זאת נותר לבחון אם הכרה בראש נזק כזה רצויה או לא. הביקורות העיקריות, הטעונות לדעתי בחינה, הן הביקורות הפסיכולוגית, הביקורת החלוקתית, הביקורת המוסדית וביקורת המסר הסימבולי. מידת השכנוע בביקורות אלו תלויה בשאלה, שעדיין אין לה תשובה ברורה במשפט הישראלי, אם אפשר לקבל פיצוי משמעותי עבור ראש נזק זה. כפי שצוין לעיל, בשלב זה התשובה במשפט הישראלי הנה שלילית¹⁰⁵.

103 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 550 ואילך (השופטת ביניש).

104 ראו לעיל, הערה 11.

105 ראו לעיל חלק ב.1. (פסקה אחרונה) הסוקר את הפסיקה בארץ.

1. שלילת כוח הבחירה – נזק או תועלת? ממצאי פסיכולוגיה קוגניטיבית
הכרה בראש נזק של שלילת כוח הבחירה מתבססת באופן חלקי על הנזקים הסובייקטיביים ששלילת כוח הבחירה גורמת לניזוקים. גישה המפצה על נזקים סובייקטיביים מגיחה כי אנשים מעוניינים לבחור, ולכן שלילת בחירה זו גורמת להם נזק. דיציפלינות שונות ובראשן פסיכולוגיה, מטילות ספק בנכונות הנחה זו. למצער, הן מציעות שבצד יתרונותיה, מערכת הבחירה גם עלויות, ומכאן שהתוצאות של שלילת כוח הבחירה אינן ברורות. ראשית, אציג את העדויות בדבר התועלת המעורבת בשלילת כוח הבחירה מנקודת מבטה של התובעת, ואבחן את השאלה אם תועלת זו מצדיקה את שלילת ההכרה בראש נזק זה. שנית, אבחן אם מוצדק לקזז תועלת זו מהפיצוי שייפסק עבור שלילת כוח הבחירה ואם אפשר לצפות שקיזוזו כאמור יעשה על ידי הפסיקה. בהקשר זה אדון בכך שפיצוי בשל שלילת כוח בחירה מתבסס (או למצער יכול להיות מבוסס) גם על טעמים שאינם תלויים בהעדפות התובע הספציפי¹⁰⁶; כמו כן אדון בשאלת היכולת לקזז את התועלת הרפואית מהטיפול מנזקי שלילת כוח הבחירה.

(א) מרבה בחירה מרבה חרטה?

כאשר ניתחתי לעיל את הסיבות האפשריות לכך ששלילת כוח הבחירה עשויה להחריף את נזקו של המטופל ציינתי כי ייתכן שתחושת הזעם בשל אבדן הראייה חזקה יותר כאשר נשללה מהתובע היכולת להחליט אם לקחת את הסיכון¹⁰⁷. מאידך, תוצא החרטה שנצפה על ידי חוקרים בתחום הפסיכולוגיה ההתנהגותית מציע כי דווקא תוצאה הפוכה היא סבירה יותר. תוצא החרטה הוא תופעה שנצפתה על ידי פסיכולוגים התנהגותיים, ושלפיה אנשים נוטים לדבוק בסטטוס קוו מתוך חשש שיתחרטו אם ינקטו פעולה לא הפיכה הסוטה ממנו שתביא לתוצאה הנחותה מהמצב הקיים. פן אחר של תוצא החרטה הוא תחושת חרטה מוגברת מכך שההפסד שנישא על ידי הסובייקטית בא עליה בעקבות בחירתה שלה (להבדיל מבחירתו של אדם אחר או בעקבות מאורע שלא עירב בחירה)¹⁰⁸. תוצא החרטה עשוי להיות משמעותי יותר אצל החולה הראשונה, כיוון שהחלטתה המודעת לבחור בניתוח המיטה עליה את העיוורון. לכן היא עלולה להתייטר, לחשוב שנהגה בטפשות וכדומה. לעומתה, התובע השני פטור ממחשבות מציקות כאלו. אמנם הוא יחוש רגשות זעם כלפי הרופאה שהכפיפה אותו לסיכון מבלי שנתנה לו את המידע הנדרש,

106 ראו לעיל חלק ב.2. (פסקה אחרונה).

107 ראו לעיל חלק ב.2.; הערות 21–22 והטקסט הנלווה להן.

108 ראו: M. Zeelenberg et al. "Consequences of Regret Aversion: Effects of Expected Feedback on Risky Decision Making" 65 *Org. Behav. & Hum. Processes* (1996) 148, 268; L.D. Odonez & Terry Connolly "Regret and Responsibility: A Reply to Zeelenberg et al." 81 *Org. Behav. & Hum. Decision Processes* (2000) 132, 140

וייתכן שיסבור שלו היה ניתן לו המידע הוא היה נמנע מנטילת הסיכון¹⁰⁹, אולם לכל הפחות הוא פטור מלהתייגר על כך שהחלטתו המיטה עליו את האסון. הקשיים שמעוררים הממצאים בדבר תוצא החרטה לגבי מידת ההצדקה בפסיקת פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה משתלבים בביקורת הבאה מדיסציפלינות שונות על דוקטרינת ההסכמה מדעת. בקרב סוציולוגים, ביוראתיקאים, רופאים ומשפטנים, רווח הטיעון שחולים אינם מסוגלים, ובמקרים רבים אינם רוצים לבצע בחירה מודעת, וכי הם מעדיפים שרופאים יבצעו את ההכרעה במקומם¹¹⁰. גישה זו קוראת כמובן תיגר באופן כללי על חשיבות הדוקטרינה של הסכמה מדעת ועל נחיצותה. עם זאת, לגישה זו נפקויות מיוחדות באשר לאופן הערכת הנזק בשל שלילת כוח הבחירה. להלן אדון בנפקויות העיקריות: ראשית, יש להבחין בין השאלה אם חולים אינם מסוגלים לבצע בחירה מושכלת, לבין השאלה אם הם אינם מעוניינים לבצע בחירה שכזו. גם אם חולים אינם מסוגלים להחליט באופן מושכל, הרי כל עוד הם מעוניינים להחליט, עקרונית יש מקום להכיר בראש נזק של שלילת כוח הבחירה. רק גישה פטרנליסטית קיצונית למדי תגרוס שבשל העובדה שהחולים אינם מסוגלים לבצע בחירות נבונות, יש לשלול מאלו המעוניינים לבצע בחירות אלו פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה. כמובן, ככל שאנו מכירים בערך עצמאי של מעורבות הסובייקט בהחלטות הנוגעות לגורלו — פרט לתועלת המכשירית שיש במעורבות שכזאת, תועלת המתבססת על ההנחה שמעורבות הסובייקט תגביר את הסיכוי להגעה לתוצאות העדיפות מבחינתו — כך קטנה החשיבות של התבונה בהחלטות הסובייקט לעניין פיצויו בשל שלילת כוח הבחירה שלו. שנית, מתעוררת השאלה כיצד אפשר להבחין, אם בכלל, בין חולים שאינם מעוניינים להפעיל את כוח הבחירה שלהם, ולפיכך אין לתת להם פיצוי (או למצער יש לתת להם פיצוי נמוך), לבין אלו המעוניינים בכך. הבעיה מוחרפת כיוון שאף שנראה שהמועד הנכון לבחינת השאלה מהו שווי כוח הבחירה שנשלל הוא המועד שבו הייתה אמורה להיעשות ההחלטה, הרי בית המשפט יבחן זאת לאחר שהתממשה הפגיעה. בנסיבות אלו בית המשפט והתובע עצמו חשופים לבעיית החכמה לאחר מעשה¹¹¹, ובית המשפט אף חשוף לעדות אופורטוניסטית מצד התובע¹¹². בעיה שכזו עשויה להצדיק פנייה למבחן אובייקטיבי שיביא בחשבון את העובדה שחלק מהחולים

109 לעניין הקושי לסמוך על תחושות החולה בדיעבד לצורך בירור שאלת הקשר הסיבתי, השוו פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 600 (שטרסברג-כהן).

110 ראו לדוגמה: A. Kelly "Research and the Subject: The Practice of Informed Consent" 26:2 *Political and Legal Anthropology Review* (2003) 182; E. J. Emanuel *The Ends of Human Life: Medical Ethics in a Liberal Polity* (Cambridge, 1991); D. Roy, B. Dickens & J. Williams *Bioethics in Canada* (1994).

111 לבעיה זו ראו: K. Kamin & J. Rachlinski "Ex Post != Ex Ante: Determining Liability" 19 *Law & Hum. Beh.* (1995) 89 3056/99. למודעות לה ראו לדוגמה ע"א 3056/99.

שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש שיבא, פ"ד נו" 936, 950.

112 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 551.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

אינם מעוניינים לממש את כוח הבחירה. הבעיה בפתרון שכזה הוא שמדובר בסוג של Adverse Selection. הערך הממוצע שנבחר יפצה בחסר את החולים שמעניקים ערך רב לזכות הבחירה שלהם ויפצה ביתר את החולים שאינם מעניקים ערך רב לזכות זו¹¹³. שלישית, אם אכן חלק מהתובעים רואים בכוח הבחירה נטל (או לפחות רואים בכוח זה גם נטל) הרי מתעוררת שאלת קיזוז טובת ההנאה של הפטור מהנטל שנגרם בזכות אימתן המידע, כנגד הנזק הנגרם בשל הפגיעה באוטונומיה¹¹⁴. רביעית, אפשר לסבור, שאף אם נכונה הסברה שחולים (רובם או חלקם) אינם מעוניינים לקחת את ההחלטה על כתפיהם, הרי הדבר נוגע לשלילת הפגיעה ברגשות או להקטנתה בשל הפגיעה באוטונומיה (שני סוגי הנזק של הלם וזעם), אך בכל זאת יש מקום לפצותם עבור עצם הפגיעה בכוח הבחירה (אף שהם אינם חפצים להשתמש בכוח זה)¹¹⁵. חמישית, אם חוסר יכולתם של חולים לקבל החלטות נכונות בדבר הטיפול הרצוי גורם לכך שהם נמנעים מלעבור טיפולים נחוצים, הרי שהנזק שנגרם להם בשל שלילת כוח הבחירה עשוי לבוא בשכר הצלחת הטיפול הרפואי; מתעוררת לפיכך השאלה אם יש מקום לקזז טובת הנאה זו כנגד הפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה.

עצם העובדה ששלילת כוח הבחירה עשויה להיחשב כרצויה על ידי חלק מהחולים, או שהיא מערבת לגבי חלק מהחולים (או אפילו כולם) גם תוצאות חיוביות, אינה מחייבת את המסקנה כי לא ראוי להכיר בראש נזק זה. זאת כיוון ששלילת כוח הבחירה מערבת גם נזק סובייקטיבי וגם נזק לערך בעל חשיבות חברתית. עם זאת, שלב שומת הנזק יכול שיתחשב ולכאורה צריך להתחשב בתועלת ששלילת כוח הבחירה הביאה לתובעת¹¹⁶. מכל מקום, השאלה אם אפשר להתחשב בעת שומת הנזק משלילת כוח הבחירה ביתרונות שהפגיעה באוטונומיה של הניזוק יצרה לו, טעונה הכרעה על פי כללי קיזוז טובת ההנאה הנהוגים בשיטה. לשאלה זו אפנה עתה.

ב) קיזוז טובת הנאה

1) קיזוז התועלת בשל היעדר הצורך להחליט

לפי תוצא החרטה, תחושות הניזוק בשל הנזק שנגרם לו עשויות להיות קשות פחות אם לא הוא בחר בקו הפעולה שגרם לנזק. נשאלת השאלה אם יש מקום

113 זהו קושי כללי של פיצוי אחיד או פיצוי על פי ערכים אובייקטיביים. כנגד זאת, לפיצוי אחיד יש גם יתרונות רבים. ראו לעיל ההפניות בהערה 32.

114 קו מחשבה זה מתבסס על הנחה כי ייתכן שכוח הבחירה מהווה במקביל נטל מחד, וטובת הנאה מאידך. הניתוח הקודם הניח שאצל כל תובע עול הבחירה מהווה (מבחינה סובייקטיבית) או נטל או טובת הנאה. אני אדון בתת הפרק הבא בשאלת הקיזוז לגופה.

115 ראו פרשת ברששת, לעיל הערה 27; חלק ב.2.6. והערות 26–29 והטקסט הנלווה להן.

116 השוו לעניין אטינגר, לעיל הערה 29, בע' 533 ולעמדת השופט ברק בע"א 295/81 עובון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533, 551 (התחשבות בהוצאות מחיה לצורך שומת הפיצוי עבור השנים האבודות אך לא לצורך השאלה אם יש להכיר בפיצוי שכזה).

לקח מהפיצוי עבור הפגיעה באוטונומיה את החיסכון של אי-חווית רגשות אשם וההתייחסות שלו. אף שהתשובה אינה נקייה מספקות, נראה לי שעל פי מבחני קיזוז טובת ההנאה בסעיף 920 ל-*Restatement* השני לדיני נזיקין¹¹⁷ — שאף אומצו בפסיקה בארץ¹¹⁸ — התשובה היא חיובית. המבחנים הקבועים ב-*Restatement* הם: (1) קשר סיבתי (קרי אותה פעולה שהביאה לנזק הביאה גם לטובת ההנאה); (2) אינטרס זהה (קרי טובת ההנאה צריכה להתייחס לאותו אינטרס שנפגע עקב הפעילות המעוולת); (3) טובת ההנאה ייחודית לתובע (ואינה משותפת לצדדים שלישיים); (4) טובת ההנאה אינה רחוקה מדי (מעין מבחן של קשר סיבתי משפטי או מקבילה לריחוק נזק); (5) הקיזוז אינו בלתי צודק בנסיבות העניין (דרישה שפורשה בעיקר כהגנה על אוטונומיית הניזוק שלא יוכפף לעסקה כפויה בניגוד לרצונו). בדוגמה לעיל, גדר הספקות הוא קיומן של דרישות זהות האינטרס ("אותו אינטרס") ושהקיזוז יהיה צודק בנסיבות העניין¹¹⁹.

באשר לדרישה הראשונה מבין השתיים, נראה לי שמדובר באותו אינטרס. בפרק 2.2. (א) השוויתי בין תובעת א' שנתנה את הסכמתה מדעת ושנגרם לה נזק בשל רשלנות הנתבעת לבין תובעת ג' שלא נתנה את הסכמתה מדעת ושהנזק שנגרם לה לא היה תוצאה של התרשלנות בביצוע הניתוח עצמו. נזקן של שתי החולות כולל תחושות שליליות (צער, כעס, אין אונים, חרטה וכו') הנובעות מהבחירה לעבור את הניתוח. תחושת התובעת השלישית נובעת משלילת כוח הבחירה, ואילו תחושתה של תובעת א' נובעת מהפעלת כוח זה. מושא תחושת הכעס של תובעת ג' הוא הרופאה שלא מסרה את המידע, ומושא תחושת הכעס של תובעת א' הוא היא עצמה. ג' אמנם סובלת מנזק בשל שלילת כוח הבחירה שלה, אולם נחסך ממנה הנזק של תוצא החרטה שהייתה סובלת לו החליטה בעצמה על הניתוח. נראה לי שהניתוח האמור מוביל למסקנה שמדובר באותו אינטרס, אולם השאלה אינה נקייה מספקות כעניין מושגי-אנליטי, כך שהיא עשויה להיות מוכרעת בהתאם לשאלה אם אנו רוצים לבצע קיזוז זה¹²⁰.

לעיל הבחנתי בין שלושה היבטים של שלילת כוח הבחירה: נזק תוצאתי של

117 ראו: *Restatement (Second) of Torts* (1965) § 920.

118 ע"א 5610/93 זלטי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד נא (1) 68, 89–90.

119 אני מתעתד להקדיש מחקר נפרד לשאלה הכללית של קיזוז טובת הנאה מפצויים ולקושי שקיזוז שכזה מערב מבחינת הניזוקה בכך שהוא מכפיף אותה לעסקה שבה אינה חפצה, ולכן פוגע באוטונומיה שלה. ראו גם את הדיון להלן בחלק 2. שאלת קיזוז טובת ההנאה יכולה להיבחן במישור תיאורי (האם צפוי שבתי המשפט יקזוז את טובת ההנאה) ונורמטיבי (האם קיזוז כאמור הוא ראוי). כיוון שבחינה מדוקדקת של ראיות מבחני ה-*Restatement* חורגת מהיקף מחקר זה, הדיון בפרק זה יניח שמבחנים אלו ראויים. ככלל, דרישות אותו אינטרס ושהקיזוז יהיה צודק בנסיבות העניין — שהן הרלוונטיות לצורך הניתוח כאן — הן ראיות בעיני ומבטאות ומשקפות רגישות ראויה לאינטרס האוטונומיה של התובע שלא תיכפה עליו טובת הנאה.

120 השוו לגישת השופט מצא בע"א 323/98 שרון נ' בנימין, פ"ד נו (3) 245, 263 (בהקשר של סיווג פרסום כאמירת דעה או כעובדה).

כעס כלפי הרופאה בשל עצם השלילה, נזק תוצאתי של החמרת ההלם מנזק הגוף בשל פתאומיות הפגיעה ונזק בשל עצם שלילת כוח הבחירה. אמנם אין ספק בעניין צדקת קיזוז התועלת שבמניעת תוצא החרטה כנגד שני הנזקים התוצאתיים, אולם מתעוררת השאלה אם ראוי לקזז תועלת זו מהפיצוי בשל שלילת השווי האובייקטיבי החברתי המיוחס לעצם הפעלת כוח הבחירה של התובע. לכאורה אפשר לסבור שמדובר באינטרס שונה: התועלת במניעת תוצא החרטה פועלת במישור הפסיכולוגי ונוגעת לנפשו ולתחושותיו של התובע. הנזק שנגרם לתובע מעצם שלילת כוח הבחירה — אם בכלל נכון לייחסו לתובע עצמו להבדיל מלחברה בכללותה — פועל במישור הנורמטיבי והפילוסופי ונוגע לישותו של התובע כ-Moral Agent. אני סבור שפיצול כזה של הנזק מהפגיעה בכוח הבחירה מחד, ותועלתה מאידך, לשני אינטרסים שונים הוא מלאכותי. אינטרס התובע שנפגע הוא האינטרס בהפעלת כוח הבחירה שיש לו ולא אינטרס באי-חוויות רגשות שליליים בשל שלילת כוח הבחירה. הנזקים השונים הנגרמים בשל שלילת כוח הבחירה הם היבטים שונים של אותו אינטרס לא מוחשי באוטונומיה. בין שהערך החברתי של כוח הבחירה נובע מטעמים אינטרינזיים, בין שהוא נובע מטעמים חינוכיים ובין שהוא נובע מטעמים הרתעתיים, הוא נובע מפרוטנציאל הבחירה שהיה בידי התובע ושאבד בשל התנהגות הנתבע.

כאמור, שאלת סיווגם של אינטרסים כשונים או כזהים אינה פעולה טכנית אנליטית גרידא, אלא היא תוצאה של הפעלת שיקולי מדיניות. גם מי שמוכנה להכיר בערך אינטרינזי לאוטונומיה במנותק מהעדפות הסובייקט, אינה מחויבת להתעלם מהעדפות הסובייקט באופן כללי, ולא ראוי שתתעלם מהן בהקשר הנוכחי. גם אם כאידאל רצוי שהעדפות הסובייקט תשוננה, אי-אפשר להגיד שהעדפות אלו פסולות באופן כה גורף עד שראוי להתעלם מהן. גישה המתעלמת מהעדפות הסובייקט לוקה לא רק בפגיעה ברווחתו, אלא היא בעצמה (ובאופן מעט פרדוקסלי) מבטאת חוסר כבוד שמשדרת המערכת המשפטית כלפי האוטונומיה של הסובייקט וכושרו לבחור במערכת ערכים והעדפות. איזון ראוי בין הרצון לתת ביטוי לערך האינטרינזי של אוטונומיה לבין הרצון לתת ביטוי להעדפות הסובייקט צריך להוביל לקיזוז טובת ההנאה שבמניעת תוצא החרטה מהנזק של עצם שלילת כוח הבחירה. באשר למגבלה שלפיה אפשר לקזז טובת הנאה רק אם קיזוז כאמור צודק בנסיבות העניין, מתעוררת שאלת פגיעה באוטונומיה מסדר שני. מטרת מגבלה זו היא להגן על האוטונומיה של התובע במובן זה שלא תיכפה עליו כניסה לעסקה בניגוד לרצונו — מניעת מצב שבו התובע נאלץ להוציא כספים עבור קבלה כפויה של טובת הנאה שבה אינו חפץ. טענת הנתבעת כי ראוי לקזז מהפיצוי בשל הפגיעה בכוח הבחירה של התובע את טובת ההנאה שבאי-חוויות תוצא החרטה, עשויה להתקבל בטענה כי זכותו של התובע להחליט איזה סוג של רגשות שליליים ברצונו לחוות¹²¹. התובע

121 השוו להלן לדיון החותם את חלק ה.3.

יכול לטעון כי הוא מעדיף לחוות רגשות חרטה מתוצאת בחירתו מאשר לחוות רגשות כעס בשל שלילת כוח הבחירה שלו וכי קיזוז טובת ההנאה ממניעת תוצאת החרטה כופה עליו הוצאת כספים עבור רכישת טובת הנאה (מניעת תוצאת חרטה) שאותה לא ביקש. עם זאת, יש קושי בקבלת טענה זו של התובע. כשם שאימתן המידע שולל מהתובע את היכולת לבחור בחלופה של חוויות רגשות שליליים בשל תוצאת החרטה, כך מתן המידע שולל מהתובע את היכולת לבחור בחלופה של חוויות רגשות שליליים כלפי הרופאה. בנסיבות אלו, ממילא לא תיתכן בחירה בין שתי חלופות (כיוון שאף פעם אין שתי חלופות העומדות בו זמנית לתובע ושהוא יכול לבחור ביניהן). בהיעדר כוח בחירה (נורמטיבי או עובדתי) אין פגיעה בשלילת הבחירה. לפיכך, ספק אם היגיון ההכרה בעילה לפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה מצדיק הכרה בעילה העומדת לנפגע לפיצוי בשל שלילת כוח בחירתו לגבי אילו מבין שתי חוויות רגשיות שליליות ברצונו לחוות.

מסקנת הדיון היא שככל שתוצאת החרטה קיים, כך מן הראוי לקזז את טובת ההנאה שבמניעתו או הפחתתו עקב שלילת כוח הבחירה מהפיצוי המגיע על פי ראש נזק זה.

2 קיזוז התועלת מהטיפול

טיפול רפואי שנעשה ללא הסכמת המטופל עשוי להביא בצד הנזק הנובע משלילת כוח הבחירה גם תועלת רפואית. במקרה כזה מתעוררות שלוש שאלות: הראשונה, האם במצבים שבהם התערבות רפואית כפויה אינה עולה כדי עוולה ניתן וראוי לתת לתובע פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה שלו? השנייה, במצבים שבהם אי-הסכמת המטופל הופכת את הטיפול לעוולתי, האם ניתן לקזז את טובת ההנאה שבביצוע הטיפול בלא הסכמה כנגד ראש הנזק של שלילת כוח הבחירה? השלישית, האם במקרה כזה הצלחת הניתוח גורמת לכך שנשום את הנזקים בשל שלילת כוח הבחירה כנמוכים יותר?

i פיצוי עבור טיפול כפוי אך מותר?

סעיף 15(2) לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק זכויות החולה"), כמו גם הדין שלפניו¹²², מאפשר בנסיבות חריגות לכפות טיפול על חולה המתנגד לכך מבלי שטיפול שכזה ייחשב כעוולתי¹²³. בנסיבות כאלו, שלפחות על פי הדין שקדם

122 ראו לדוגמה ע"פ 480/85 קורטאם נ' מ"י, פ"ד (3) 673; ע"א 506/88 שפר נ' מ"י, פ"ד מח(1) 87.

123 למעשה, מתעוררת שאלה פרשנית של היחס בין הוראות חוק זכויות החולה לבין עוולת הרשלנות ועוולת התקיפה לרבות ההגנה הקבועה בס' 24(8) לפקודת הנוזיקין. מכל מקום, טיפול העומד בגדר ס' 15(2) לחוק זכויות החולה ייחשב כלא עוולתי. יצוין, כי תוצאה כזו אינה הכרחית. ניתן לחשוב על מודל שלפיו אפשר לכפות טיפול, אולם טיפול כזה ייחשב כעוולה המצדיקה פיצוי. במקרה כזה, זכאות הניזוק שלא לקבל טיפול רפואי כפוי מוגנת בכלל של אחריות להבדיל מכלל של קניין.

לחוק זכויות התולה גדרן אינו ברור, המטופל סובל הן מזנק תוצאתי סובייקטיבי (כיוון שהתוצאה שאליה הוכפף בניגוד לרצונו וללא קבלת הסכמתו נחותה בעיניו מהתוצאה שהייתה מתקבלת לו לא היה ניתן הטיפול) והן משלילת כוח הבחירה שלו (ונזק זה מתקיים גם אם בדיעבד המטופל מרוצה מההתערבות הכפויה)¹²⁴. במקרים כאלו מתקבלת הכרעה חברתית ומשפטית שלפיה אינטרס האוטונומיה של התובע צריך להידחות מפני ערכים אחרים, המצדיקים את שלילת הפיצוי עבור נזקי התובע מההתערבות הכפויה¹²⁵. השאלה אם גישה כזו היא מוצדקת והשאלה מהם גדר ההתערבות הכפויה המוצדקת חורגות מהיקף מאמר זה, אולם הגיונה של הלכת עלי דעקה מאפשר לכאורה אימוץ פתרון ביניים. על פי פתרון שכזה, לא יינתן פיצוי עבור הנזקים התוצאתיים של ההתערבות הלא רצויה, אולם התובע יוכל לקבל פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה שלו¹²⁶. עם זאת, גישה שכזו נתקלת בקושי שיגרום להערכתי לדחיית על ידי בתי המשפט. על פי הלכת עלי דעקה, שלילת כוח הבחירה מפרצה כראש נזק ולא כעילה עצמאית. ככל שהטיפול הכפוי נחשב כפעולה מותרת, ממילא אין מקום לפצות על ראש נזק זה בהיעדר עילת פיצוי. דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה היא לקבוע שבנסיבות כאלו השיטה שוללת מהתובע את כוח הבחירה, ומכאן ששלילה זו אינה עוללתית. השאלה בבסיסה היא אם מן הראוי לפצות על שלילת כוח הבחירה כאשר אין זכות לבחור. כידוע, המשפט מכיר במצבים של היעדר זכות תוך קיום כוח. למשל, לחייב שהגיע מועד פרעון חובו אין זכות שלא לשלם את חובו, אך יש לו כוח לא לעשות כן. דיני עשיית עושר קובעים כי הפורע את חובו של אחר זכאי להשבה מהחייב אם לא הייתה לחייב סיבה סבירה להתנגד לפרעון החוב¹²⁷. אולם, האם זכאי החייב לקבל פיצוי מפורע החוב עבור פגיעה באוטונומיה שלו — בכוחו שלא לשלם את החוב? לטעמי התשובה לכך היא שלילית. אם הגנה על אוטונומיה משמעותה הגנה על כוח הבחירה גם בהיעדר זכות לכך, יוכל החייב לתבוע מהפורע את הנזק לאוטונומיה שלו. אם לעומת זאת, מוקד ההגנה על אוטונומיה הפרט הוא בשמירה על זכויות, הרי שאין מקום להכיר בעילת תביעה כזו. פיצוי בשל פגיעה בכוח בהיעדר זכות הוא מרחיק לכת ואינו רצוי.

124 על פי הוראת ס' 15(2)(ג) לחוק זכויות החולה, אחד משלושת התנאים המהותיים למתן טיפול כפוי הוא שקיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע.

125 למעשה, אפשר לנתח סיטואציה כזו כהכרעה של הדין שלפיה התועלת מההתערבות הכפויה עולה על הנזק שבה ותועלת זו מקוזזת מהנזק כך שאין לתבוע נזק "נטו" אותו הוא יכול לתבוע כפיצוי. ברם, מבחינת הדין הקיים, התפיסה היא שהמעשה אינו עוללתי ולא שהמעשה עוללתי אך התועלת שהוא מביא עולה על הנזק.

126 יש להבחין בין פתרון זה לבין הפתרון שצוין לעיל שלפיו טיפול כפוי יינתן, אולם התובע יוכל לזכות בפיצוי על נזקיו. במקרה כזה מחעוררת שאלת קיומו טובת ההנאה והשאלה הנלווית: האם אמת המידה לטובת ההנאה צריכה להיות ערכה האובייקטיבי או הסובייקטיבי.

127 ס' 4 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר").

ii קיזוז התועלת מטיפול עוולתי כנגד שלילת כוח הבחירה?

במצבים שבהם טיפול רפואי ללא קבלת הסכמת התובע יהווה עוולה הצלחת הטיפול עשויה להיות רלוונטית לענין ההכרעה בשאלה אם ראוי לקזז טובת הנאה זו מהפיצויים המגיעים לתובע. במסגרת קטגוריה זו יש להבחין בין טיפול כפוי וטיפול שהתובע לא היה מסכים לו לו נשאל ("טיפול כפוי") ובין טיפול שנעשה ללא השגת הסכמת התובע אולם המטופל היה מסכים לו לו נשאל¹²⁸. מי שנעשה בו טיפול כפוי ונחוצ, נגרם לו נזק תוצאתי חיצוני (נזק הגוף) וכמו כן הנזק של הכפפתו למצב דברים שבו אינו מעוניין (הכולל את הנזק של שלילת כוח הבחירה). למשל, מי שרגלו נכרתה על מנת להצילו ממוות בניגוד להסכמתו, נגרם לו נזק של אבדן רגלו ונזק של פגיעה באוטונומיה שלו. כנגד החבות¹²⁹ בשל הנזק התוצאתי של אבדן הרגל, ניתן לקזז את טובת ההנאה של הצלת חייו (או הגדלת הסיכוי להישאררותו בחיים). עם זאת, נראה שדרישת "אותו אינטרס" שוללת את היכולת לקזז כנגד ראש הנזק של שלילת כוח הבחירה את טובת ההנאה של הצלת חיי התובע, כיוון שמדובר באינטרס שונה. הצלת החיים היא אינטרס הנוגע לשלמות הגוף ולנזק התוצאתי מהעוולה. שלילת כוח הבחירה היא נזק הנוגע לאינטרס אחר של אוטונומיית הפרט¹³⁰. ואמנם, לשיטתי, דרישת "אותו אינטרס" היא קירוב נוסף לשמירה על אוטונומיית התובע שמטרתה למנוע עסקה כפויה שבה התובע ממיר אינטרס אחד באינטרס אחר. הצידוק לדרישה שהאינטרס ששופר בעקבות פעולת הנתבע זהה לאינטרס שנפגע, נועד לשמר את כוח הבחירה של התובע. רק כאשר מדובר באותו אינטרס, פעולת הקיזוז של הרווח וההפסד אינה מתערבת באוטונומיה של התובע ובזכותו שלא יכפו עליו עסקות שאינן לרצונו. בע"א 558/84 כרמלי נ' מ"י¹³¹ סברו שניים מהשופטים בשתי הערכאות הקודמות שדחו את התביעה, כהנמקה חלופית, כי כנגד הנזק הכללי של הפגיעה בחירותה של התובעת בשל אשפוז במוסד לחולי נפש, כליאה שלטענתה עלתה כדי עוולה, ניתן לקזז את טובת ההנאה של השיפור במצבה הנפשי של התובעת¹³². כאמור, לדעתי, לאור העובדה שמדובר באינטרסים שונים, לא היה מקום לקזז טובת הנאה זו.

128 איני דן בסיטואציות שבהן לא הושגה הסכמת המטופל כיוון שלא ניתן היה להשיגה ובנסיבות שבהן היה צפוי שהיה נותן אותה לו יכול היה להישאל. בנסיבות כאלו ברור שאין מקום לפיצוי לא על נזק תוצאתי (ראו הוראת ס' 15(1) לחוק זכויות החולה וס' 24(8) לפקודת הנזיקין) ולא על שלילת כוח הבחירה, כיוון שכוח בחירה שכזה אבד בשל הנסיבות ולא בשל ההתנהגות (הלא) עוללתית של הרופא. השוו לדין בהקשר של השומר על עניין הזולת בחלק ה.1.א).

129 הדיון כאן מגיע שהטיפול עולה כדי עוולה, הנחה שאינה נקיייה מספקות בדין הישראלי.
130 כמצוין לעיל בחלק ב.2, נזק זה עצמו מורכב מנזקים תוצאתיים של הלם וכעס (שלשיטתי צריכים להימדד באופן אובייקטיבי) ומנזק בשל אבדן הערך החברתי המיוחד להפעלת יכולת הבחירה עצמה.

131 ע"א 558/84 כרמלי נ' מ"י, פ"ד מא(3) 757 (להלן: פרשת כרמלי).

132 שם, בע' 763.

מכל מקום, אמנם אפשר לטעון שהצלחת הטיפול מצדיקה את קיזוז טובת הנאה זו מנזקי שלילת כוח הבחירה במצבים שבהם התובע היה מתנגד לטיפול לו נשאל מראש, אולם אין לשאלה משמעות כאשר התובע היה מסכים לו נשאל. במצב זה, אין כלל מה לקזז כנגד הנזק של הפגיעה באוטונומיה. הרי לו היה התובע מתבקש להסכים לטיפול הוא היה נותן את הסכמתו ואז היה מקבל את טובת ההנאה של הטיפול הרפואי מבלי לשאת בנזק של הפגיעה באוטונומיה. מטעם זה, כאשר הטיפול הצליח ובנסיבות שהתובע היה מסכים להתערבות לו נשאל אין לקזז את טובת ההנאה מהצלחת הטיפול כנגד הפגיעה באוטונומיה¹³³.

iii השפעת הצלחת הטיפול על גודל הפגיעה משלילת כוח הבחירה הצלחת הטיפול אינה אמורה להיות מקוזזת מהנזק בשל שלילת כוח הבחירה כיוון שמדובר באינטרסים שונים, אולם מתעוררת השאלה אם הצלחת הטיפול משפיעה על גודל הנזק הנגרם בשל שלילת כוח הבחירה. בפרשת עלי דעקה ציינה השופטת שטרסברג-כהן שהצלחת הטיפול עשויה להפוך את הנזק בשל הפגיעה באוטונומיה לתאורטי או לזניח¹³⁴. אולם אין סיבה להניח א־פריורית שהצלחת הטיפול שוללת את הנזק בשל פגיעה באוטונומיה. מי שהאוטונומיה שלו חשובה לו מאוד, עשוי לחוש פגיעה רבה בשל הפגיעה בה, גם אם הטיפול הצליח וגם לו היה מסכים לניתוח לו נשאל. מובן שאחד הנזקים בשל שלילת כוח הבחירה — הלם בשל פתאומיות הפגיעה — קטן כאשר נזק תוצאתי בשל הטיפול הרפואי אינו קיים או שהוא זניח. כאשר לנזק של תחושת כעס בשל שלילת כוח הבחירה, נזק זה מושפע מגורמים שונים וייתכן שכעניין אמפירי, תחושת הכעס משמעותית פחות כאשר הטיפול הצליח. עם זאת, נזק זה מושפע גם מגורמים אחרים: מידת החשיבות שמייחס התובע לערך של אוטונומיה בכלל ולערך זה בהקשר הרפואי בפרט, מידת הזלזול באינטרס זה שאפשר להסיק מנסיבות א־מתן המידע והסיבה מדוע הייתה הפרה של חובת הגילוי, חשיבות ההחלטה והשאלה אם היה המטופל נותן את הסכמתו לו נשאל. על רקע זה, הנחת עבודה שלפיה הצלחת הטיפול עשויה להפוך את הנזק משלילת כוח הבחירה לתאורטי או לזניח נראית לי בעייתית, והיא חותרת תחת הבנת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה כעצמאי וכמצטבר. עם זאת, ככלל, אפשר להניח שבמקרה שהטיפול הצליח והמטופל היה נותן את הסכמתו לו נשאל, הנזק שנגרם נמוך. כאשר להיבט האובייקטיבי של הערך בעצם הפעלת כוח הבחירה, הנזק משלילתו אינו תלוי כלל ברגשותיו של התובע עקב שלילת כוח הבחירה שלו, ולכן ברור שהצלחת הטיפול אינה רלוונטית לגביו כלל ועיקר.

133 שאלת רלוונטיות הצלחת ההתערבות לעניין הסעד המגיע לתובע בשל הפגיעה באוטונומיה שלו מתעוררת גם בהקשר של דיני עשיית עושר בסוגיית השומר על אינטרס הזולת. אני אדון בסוגיה זו בהמשך, ראו להלן חלק ה.1.א).

134 פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 626.

2. ניתוח חלוקתי

ביקורת חלוקתית של הכרה בראש נזק או עילה חדשים של הגנה על אוטונומיה, תתמקד בבחינת התוצאות החלוקתיות של הכרה זו. יש לבחון מי נהנה מהטלת החובה ומי נושא בנטל. בחינת השאלה צריכה להיעשות לא רק במישור הצדק הבין-קבוצתי (מישור המזיקים הפוטנציאליים והניזוקים הפוטנציאליים), אלא גם במישור הצדק התוך קבוצתי (בין חברים שונים בקבוצת הניזוקים הפוטנציאליים (ובקבוצת המזיקים הפוטנציאליים)). הניתוח יתחיל בסקירת הפרמטרים לבחינת תוצאותיה החלוקתיות של ההכרה בשלילת כוח הבחירה כראש נזק. לאחר מכן אבחן את התוצאות החלוקתיות של כמה פסקי דין מרכזיים שנותרו לעיל. לבסוף אדון בשאלה מהו המבחן הראוי מבחינה חלוקתית לבדיקת מידת הפגיעה באוטונומיה.

(א) הפרמטרים לבחינה חלוקתית

כפי שצינתי במקומות אחרים, נקודת מוצא לדיון צריכה להיות שהשילוב של כלל הפיצוי המלא עם ביטוח אחריות מוליך לסבסוד צולב רגרסיבי שלפיו העניים מסבסדים את העשירים¹³⁵. אם מסקנה זו נכונה, נובע ממנה שנקודת המוצא לדיון חלוקתי צריכה להיות שהגדלת החבות הנוזקית היא בעייתית מבחינה חלוקתית. ככל שהסכומים המועברים בדיני הנוזיקין גדולים יותר, כך מחריפה בעיית הסבסוד הצולב¹³⁶. מכאן נובע שלכאורה, הכרה בראש נזק חדשים, מחריפה את בעיית הסבסוד הצולב הרגרסיבי. זאת ועוד, אם סכומי הכסף שישולמו עבור פגיעה באוטונומיה הם משמעותיים ואם הם תלויי עושר (כך שניזוק עשיר או מי שהוא חבר בקבוצה חזקה עתיד לקבל יותר פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה שלו מאשר ניזוק עני או מי שחבר בקבוצה מוחלשת), הרי שהם נותנים תמריץ נוסף למזיקים פוטנציאליים להיזהר יותר בעת שהם מטפלים בניזוקים עשירים מאשר בעת שהם מטפלים בניזוקים עניים.

הניתוח החלוקתי שנעשה עד כה הוא חלקי בלבד. אי-אפשר להעריך את רציות הכלל המעניק פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה מבלי לבחון את השיעור היחסי של הפיצוי לחברי קבוצות חלשות. תחת ההנחה, הנראית לי סבירה, שיש סיכוי רב יותר שתהיה הפרה של החובה לקבל הסכמה מדעת של חברי קבוצות מוחלשות לעומת חברי קבוצות אחרות, אפשר לסבור שהכרה בראש נזק עצמאי היא רצויה. על פי הלך מחשבה זה, ממילא יש סיכוי נמוך שניזוק בעל סטטוס חברתי גבוה יעבור טיפול רפואי תוך הפרת החובה להשיג את הסכמתו מדעת. במצב דברים כזה, הפיצוי עבור עצם הפגיעה באוטונומיה ייתן באופן

135 ראו לעיל ההפניות בהערה 32.

136 ואכן, יש הלוקחים תוכנה זו לקיצוניותה ותומכים בביטול מלא או חלקי של האחריות הנוזקית והמרתה בשיטות פיצוי אלטרנטיביות. ראו לדוגמה: R.L. Abel "A Critique of the Negligence Paradigm" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 785; J. Conaghan & W. Mansell *The Wrongs of Tort* (London, 2nd ed., L. Bently & L. Flynn eds., 1999).

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

כלתי פרופורציונלי לאלו שיש סיכוי גבוה שתופר כלפיהם החובה — החלשים. תוצאה זו הנה רצויה גם אם נניח שלגובה הפיצוי אין אפקט הרתעתי — מכון התנהגות — בשל גובה הסכום. במקרה כזה לכל הפחות הנפגעים (שהם באופן כלתי פרופורציונלי החלשים) יקבלו פיצוי עבור הפגיעה. אם נניח שלראש הנזק החדש יש אפקט הרתעתי, הרי שתחת ההנחה שמרבית הפגיעות נעשות כלפי החלשים, האפקט ההרתעתי הוא רצוי. זאת ועוד, המידה שבה הכרה בראש נזק זה היא רצויה, תלויה בשאלה אם הפיצוי הנפסק הוא תלוי עושר (ולכן רגרסיבי) או לא. אמנם יש אינדיקציות במחקרים שנעשו בארצות — הברית על מתאם בין מרכיבי הנזק הממוני והלא ממוני¹³⁷, אולם המקרים המעטים שנפסקו בארץ בהקשר הספציפי של פגיעה באוטונומיה אינם מגלים מתאם בין סך הפיצוי לבין גובה הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה, ואינם מגלים דפוס חלוקתי ברור — רגרסיבי או אחר. תאורטית, אי-אפשר להתעלם מהחשש שלפיו בית המשפט יסבור כי הפגיעה באוטונומיה של החזק היא משמעותית יותר, והנטייה של שופטי הרוב בפרשת עלי דעקה להעדיף מבחן סובייקטיבי כאשר לראש נזק זה¹³⁸ לכאורה תומכת בחשש זה. ברם, תוצאה זו אינה הכרחית. ניתן לפתח תאוריה של פיצוי שלפיה דווקא הפגיעה באוטונומיה של מי שמלכתחילה האוטונומיה שלו פחותה (בשל השתייכותו לקבוצה מוחלשת) היא משמעותית יותר, בשל התועלת השולית הפוחתת של האוטונומיה¹³⁹. אימוץ גישה זו יוביל לפיצוי פרוגרסיבי שלפיו הפיצוי שיקבלו חברי קבוצות מוחלשות עבור פגיעה באוטונומיה שלהם יהיה גבוה יותר מהפיצוי שניתן לניזוקים אחרים¹⁴⁰. תיתכן גם המשגה שלישית של נזק לא ממוני המתבססת על תפיסה קנטיאנית ושלפיה יש מקום לפסיקת פיצוי זהה עבור כל סוג פגיעה לא ממונית בהתעלם מנתוני הנפגע הספציפי. מכל מקום, אם תישמר נטיית בתי המשפט לפסוק סכומים פחות או יותר אחידים עבור עצם הפגיעה באוטונומיה, הרי שממילא החשש מפני סכסוד צולב רגרסיבי, אין לו על מה שיסמוך¹⁴¹.

137 ראו: G.L. Priest "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L.J.* 1521, 1558–1559 (1987).

138 לעיל הערה 7 והטקסט הנלווה לה.

139 טענה זו מתבססת על הסברה כי בדומה לזכויות אחרות, פגיעה זהה לכאורה באוטונומיה של שני אנשים, תהיה משמעותית יותר לזה שהאוטונומיה שלו מלכתחילה הייתה מוגבלת יותר. להבהרת הטענה והדגמת הרלוונטיות שלה על ניתוח חלוקתי ראו קרן-פז "לי זה עולה יותר", לעיל הערה 32, בע' 605–606; קרן-פז "סורוקה", לעיל הערה 32, בע' 322–323.

140 H. McGregor, *McGregor on Damages* (London, 17th ed., Maxwell & Sweet eds., 1296–1297 (2003) (בהקשר של פיצוי עבור כאב וסבל אפשר לגזור מהגישה הפונקציונלית לפיצוי שתי מסקנות חלוקתיות הפוכות. אפשר לסבור כי עוניו של הניזוק מצריך מתן פיצוי גבוה יותר בפריט כאב וסבל כיוון שהניזוק העשיר יכול להשיג הנאות חלופיות ביתר קלות. לחלופין, אפשר לסבור כי העשיר צריך לקבל סכום כסף גבוה יותר שכן על מנת לפצות על הפסד התועלת שלו בשל הפגיעה, יש צורך ביותר כסף בשל העובדה שהוספת סכום נתון מביאה תוספת תועלת פחותה).

141 בפסיקת בתי המשפט המחוזיים ישנה מגמה מסוימת להאחיד במידה מסוימת פיצויים עבור

(ב) ניתוח הפסיקה

אפשר למצוא חיזוק להנחת הפוטנציאל הפרוגרסיבי של פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה מעיון בעובדותיה של פרשת עלי דעקה. קשה לדעת אם זהו צירוף מקרים בלבד שהפרת החובה לקבל הסכמה מדעת נעשתה כלפי אישה ערבייה — שהיא אולי חברת הקבוצה המוחלשת ביותר בארץ. בהקשר זה, קשה לדמיין את נגיד בנק ישראל (למשל) מקבל טיפול מבלי שהוסברו לו בפרוטרוט פרטי הפרוצדורה שהוא עומד לקבל וסיכוניה. בדומה, קשה להניח שלו הייתה הפרה כזאת של חובת גילוי כלפיו, היה הסעד עולה כדי 15,000 ש"ח בלבד עבור הפגיעה באוטונומיה שלו (כשם שלא ברור לחלוטין אם לגביו היה בית המשפט מגיע למסקנה זהה בדבר היעדר קשר סיבתי בין הפרת חובת השגת הסכמה מדעת לבין נזקיו המוחשיים). עיון בפסיקה מאוחרת שקיבלה או דחתה טענת פגיעה באוטונומיה אינו מגלה דפוס חלוקתי ברור¹⁴².

עיון בשלוש פרשיות שנדונו בבית המשפט העליון ושנסוכו סביב פגיעה באוטונומיה במידה זו או אחרת, מלמד על תוצאה מעורבת מבחינה חלוקתית¹⁴³. בפרשת עלי דעקה מוצדקת לדעתי התוצאה מבחינה חלוקתית. התובעת הספציפית היא חברה בקבוצה מוחלשת של נשים ערביות, והנתבעים הספציפיים הם הממסד הרפואי. כפי שצינתי לעיל, ניתן להניח כי זהות זו של התובעת אינה מקרית וכי יש יסוד להאמין שחברי קבוצות מוחלשות חשופים באופן בלתי פרופורציונלי לסיכון של הפרת החובה להשיג את הסכמתם מדעת. בפרשת תנובה מדובר בהקשר צרכני שבו ההצדקה החלוקתית להכרה בעילת התביעה כמעט מובנת מאליה. אמת, הטלת חבות רחבה וביד נדיבה על עוסקים אינה פועלת בהכרח לטובת הצרכנים בהביאה לייקור המוצר — ייקור שממנו נפגעים באופן בלתי פרופורציונלי צרכנים עניים. עם זאת, בהקשרים צרכניים רבים (לפחות באלו שבהם לא מעורבים נזקים תוצאתיים), גובה הפיצוי לצרכנים אינו תלוי עושר ולכן אינו גרסיבי. לא זאת

נזק לא ממוני בין תובעים על פי פקודת הנזיקין, על ידי פסיקת סכום הנגזר מהסכום שהיה נפסק על פי תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שיעורי דמי ביטוח), תש"ס–2000 (לרוב ביחס של פי שניים עד פי שלושה). למרות הסתייגויות חוזרות ונשנות של בית המשפט העליון מפרקטיקה זו, הפרקטיקה נמשכת. ראו לדוגמה ת"א (ת"א) 159368/02 קגנובסקי נ' חדר ב' בני עזרה (טרם פורסם), תקדין שלום 2004 (4) 1081, 1088; ת"א (ת"א) 32963/90 שחר נ' קלאב הוטל טבריה (טרם פורסם), תקדין שלום 95(2) 852, 865; ד' קציר פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה חמישית, תשס"ג, כרך א) 1020–1023; ע"א 398/99 קופ"ח נ' דיין, פ"ד נה(1) 765, 768. לאחרונה ניתנה הסכמה שבשתיקה לפרקטיקה זו בבית המשפט העליון בע"א 8465/03 גיל נ' שירותי בריאות כללית (טרם פורסם), תקדין עליון 2004(3) 2840, בפסקה ו. שיקול השוויון, כמו גם שיקולים אחרים תומכים במגמה זו. ראו קרן-פז "סורוקה", לעיל הערה 32, בע' 311–313.

142 ראו את המקרים הנסקרים לעיל בהערה 13.

143 דוקו. הניתוח החלוקתי של המקרים הנדונים נועד לבחון אם אימוץ ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה רצוי מבחינה חלוקתית. הניתוח אינו מבוסס על הטענה — אם כי הוא אינו בהכרח שולל אותה — ששיקולים חלוקתיים צריכים להיות מופעלים בדרך אדהוקית.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

אף זאת: במקרה הספציפי עסקינן בחלב, שהוא מוצר הנמצא בפיקוח מחירים – דבר המגביל את האפשרות להעלות את מחירו. בנוסף, על רקע גישתו הערנית של בית המשפט העליון לתביעות צרכניות בכלל ולמכשיר התובענה הייצוגית בפרט, הכרה בעילת התביעה בפרשת תנובה היא ראוייה בעיניי.

הכרה בפגיעה באוטונומיה בהקשר הצרכני מתקשרת לסוגיית הפיצוי ללא נזק ולשאלה אחרת של צדק תוך קבוצתי. הדיון לעיל התמקד ביחס בין ניזוקים פוטנציאליים חזקים לחלשים, אולם מתעוררת גם שאלת היחס בין צרכנים שנגרם להם נזק גוף לבין אלו שנגרם להם נזק כלכלי, לרבות אלו שנגרם להם רק הפסד התועלת המובטחת מהעסקה. בהקשר זה מועלה הטיעון שפיצוי אלו שלא נגרם להם נזק מוחשי, יבוא על חשבון אלו שנגרמו להם נזקים ממשיים. הטיעון מתבסס על כך שסכום הכסף העומד לחלוקה כפיצוי הוא מוגבל¹⁴⁴. אמנם אני סבור שיש טעם טוב להעדיף לפצות נפגעי נזק גוף על פני ניזוקים אחרים – או, באופן מוכלל יותר, שסוג האינטרס הנפגע רלוונטי לעניין ההכרעה החברתית עד כמה ראוי להגן עליו¹⁴⁵ – אולם אין לדעתי להסיק מכך שקיים טעם טוב להתנגד א-פרוורית לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה של צרכנים. באיזון בין הגנת יתר על היצרן והרתעת יתר של היצרן, לוקה לדעתי הדין הישראלי ברעה הראשונה¹⁴⁶. משכך, הכרה בעילות כלפי עוסקים בשל פגיעה באוטונומיה ונזקים לא מוחשיים אחרים, נראית בעיניי רצויה. אם נגיע למצב שהמטוטלת תיטה באופן מסוכן לכיוון ההפוך, אפשר יהיה לערוך רפורמה בסוגיה זו.

לעומת פרשות עלי דעקה ותנובה, שבהן הכרה בפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה נראית בעיניי מוצדקת מבחינה חלוקתית, בפרשת אבנעל שיקול חלוקתי יבקר את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט. בהקשר זה אני מוצא את התפיסה שלפיה המדינה היא כיס עמוק ולכן ראוי שהיא תפצה את האזרח הקטן הנפגע ממעשיה כפשטנית. בחינה חלוקתית ראוייה לשמה חייבת לבחון מיהם התובעים הטיפוסיים שירוויחו מהכרה בחבות המדינה בסוג מקרים מסוים. האם תובעים אלו חזקים ממשלם המיסים הממוצע או חלשים ממנו? בנוסף, יש לנסות ולהעריך מהיכן יגיעו כספי הפיצוי. האם מהעלאת מיסים או משימוש חלופי בכספים אלו? מובן שיש גם לבחון עד כמה חזק האינטרס של הנפגע מפעולת הרשות לפיצוי ועד כמה הוא יכול להגן על עצמו בדרך אחרת. כל השיקולים הללו מובילים למסקנה שהתוצאה בפרשת אבנעל לעניין מתן פיצוי בשל עצם הפרת חובת השימוע וההנמקה אינה

144 להסבר הטענה ראו להלן הערה 147 והטקסט הנלווה לה.

145 לא הכול שותפים לגישה זו. ראו לדוגמה ריבלין במאמרו, לעיל הערה 23, בע' 30–31, 33.

146 להתרשמות דומה ראו לדוגמה ס' גולדשטיין ו' עפרון "התפתחות התובענה הייצוגית בישראל" עלי משפט (תש"ס) 27, 30, 41–43; ס' דריש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" מחקרי משפט כ (תשס"ד) 299, 302–305, 319–324, 355–364. ביטויים עדכניים לגישה המצמצמת של בתי המשפט לעילות צרכניות הם פרשת ברזני נ' בזק שחידון בקצרה להלן בחלק ה.4ב) ורע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220.

רצויה. האינטרס של התובעת חלש הן כיוון שלא נגרם לה נזק ממשי והן בשל העובדה שבהתנהגותה היא הביאה על עצמה את התנהגות הרשות. מדובר בחברה יבואנית שמן הראוי לסווגה כחזקה יותר ממשלם המיסים הממוצע. קשה לחלוק על כך שבסכום שנפסק כפיצוי אפשר היה לעשות שימושים חלופיים בעלי ערך חברתי גבוה מהערך של פיצוי החברה עבור נזק שהיא לא סבלה ושלא ברור מהו. לשאלה זו שני היבטים. ראשית, בהתחשב בעובדה שהכספים שאפשר להקצות כפיצוי אינם בלתי מוגבלים, מתן פיצוי למי שהועמדו בסיכון אך לא נפגעו, עלול לבוא על חשבון פיצוי עבור אלו שנפגעו¹⁴⁷. שנית, לפחות כאשר מדובר ברשות ציבורית, יש לזכור כי חובת פיצוי תבוא על חשבון שימושים חלופיים בכסף. אמנם יש מקרים שבהם ברור שמוצדק להשתמש בכסף על מנת לפצות את מי שנפגעו מהתנהגות הרשות, אולם לא ברור שחיוב הרשות בפיצוי עבור הפגיעה שנפגעה אבנעל מקבלת הנמקה מוטעית ומשלילת זכות הטיעון שלה (בנסיבות שבהן ההחלטה לגוף העניין שלא להעניק לה רישיון יבוא על רקע התנהגות קודמת של החברה) היא שימוש אופטימלי או אף מושכל, בכספי ציבור. בהתחשב בעובדה שגם התוצאה ההרתעתית של הפסיקה מוטלת בספק¹⁴⁸ ובעלות המנהלית שעידוד תביעות כאלו יביא, קשה לתמוך בתוצאת בית המשפט בפרשת אבנעל.

ג) בחינה חלוקתית של המבחן הראוי

שאלה דוקטרינרית אחרונה הטעונה ליבון חלוקתי היא באיזה מבחן מן הראוי לבחור על מנת לאמור את נזק הפגיעה לאוטונומיה: מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי (או שמה המבחן המשולב?)¹⁴⁹. בפתח הדברים, יש לזכור את היתרונות

147 לטיעונים דומים ראו השופט Kennedy ב: *Norfolk & Western Railway Company v. Freeman Ayers et al.* 537 U.S. 807 (2002) (פיצוי לנפגעי אזבסטוזיס עבור הסבל שבפחד שילקו בעתיד בסרטן עלול לגרום לכך שלא יהיה מספיק כסף לפצות עובדים שאכן ילקו בסרטן); M.A. Yahya "Can I Sue without Being Injured?: Why the Benefit of the Bargain Theory for Product Liability is Bad Law and Bad Economics" 3 *Geo J.L. & Pub. Pol'y* 83 (2005) (פיצוי צרכנים שהוטעו אך לא נפגעו על אבדן הרווח מהעסקה יביא לייקור המוצר. Yahya טוען שהפער בין השווי האמיתי של המוצר בהתחשב בסיכון שבו לבין השווי שבו הוא נמכר תחת ההנחה המוטעית של היעדר סיכון, מהווה פרמיה שהצרכנים משלמים עבור פיצוי אלו הנפגעים מהמוצר. Yahya אף מרחיק לכת וטוען שכלל שמדובר בפגמים שלא נצפו בפועל על ידי היצרן אך הוא מחויב בפיצוי בגינם, הרי שהצרכנים הם אלו המתעשרים על חשבון היצרן בכך שהם זוכים בפיצוי מבלי ששילמו את מלוא הפרמיה).

148 לאמורה, הגישה בפרשת אבנעל עשויה להיות מוצדקת בשל ההשפעה ארוכת הטווח של הכרה בעילה כזאת על התנהגות הרשות. דיון בנושא זה חורג מהיקף המאמר אולם אציין שניתוח מוסדי של חבות רשויות ציבוריות מעלה ספק ממשי בדבר אפקטיביות הרתעה שכוו (פרט לספק הכללי בדבר קיום אפקטיבי של הרתעה נזיקית). לתיאור ספקות אלו ראו לדוגמה: D.S. Cohen "Regulating Regulators: The Legal Environment of The State" 40 *U.T.L.H.* (1990) 231, 219-231.

149 לעמדות השופטים בפרשת עלי דעקה ראו לעיל חלק ב.1.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

והחסרונות העקרוניים של חלופות אלו. להכרעה בדבר המבחן הרלוונטי יש נפקדויות מהיבטים אחרים כשהעיקרי שבהם הוא עלות ההידדינות. אפשר לגרוס סברות הפוכות לגבי השאלה איזה כלל זול יותר להפעלה. מבחן סובייקטיבי מחייב בירור תחושתיה של התובעת הספציפית. כלל אובייקטיבי מחייב הבאת נתונים לגבי החולה הסביר (אם כי יש לזכור שהמבחן האובייקטיבי הוא נורמטיבי ולא אמפירי). ייתכנו גם דעות שונות באשר לשאלה איזה כלל מתחייב מעקרון השבת המצב לקדמותו. אני סובר כי המבחן הסובייקטיבי הוא המתחייב מעיקרון זה, אולם נקודה זו אינה מוסכמת על הכול¹⁵⁰. מבחן סובייקטיבי טהור מעורר כמובן קשיי הוכחה חמורים בהקשר של הוכחת קשר סיבתי בין מחדל אי-הגילוי לבין תוצאת הטיפול הרפואי, ומכאן רווחת הנטייה להשתמש במבחן האובייקטיבי כאינדיקציה לשאלה ההיפותטית מה היה עושה התובע הספציפי לו היו בידיו הנתונים הרלוונטיים. עם זאת, עיונית, מבחינת עקרון השבת המצב לקדמותו, המבחן הסובייקטיבי הטהור הוא היחיד המתקבל על הדעת, להכרעה בשאלה כיצד היה החולה מחליט לו היו בידיו מלוא הנתונים. המבחן האובייקטיבי (כיצד היה חולה סביר נוהג) אמור להוות אינדיקציה בלבד ולא מבחן בעל אופי עצמאי. דרישת הסבירות נוהגת לעניין הערכת התנהגות של הניזוק (לעניין אשם תורם) אך אינה רלוונטית לעניין הערכת נזק: העובדה שחולה סביר היה נמנע מהטיפול או שלא היה חש פגיעה בשל שלילת כוח הבחירה אינה סיבה שלא להעניק פיצוי לחולה שהיה נמנע מהטיפול ושחש פגיעה כזו. בהקשר של פיצוי עבור נזק תוצאתי בשל שלילת כוח הבחירה, האוטנטיות של הרגשות ולא סבירותם היא המכרעת, ומבחינה זו המזיק אמור למצוא את הניזוק כמו שהוא. עם זאת, לשיטתי, עקרון השבת המצב לקדמותו בעייתי מבחינות רבות: הוא יקר להפעלה, רגריסיבי, מוביל לתוצאות אקראיות מבחינת המזיק ופוגע באחידות הדין¹⁵¹.

מבחינה חלוקתית, קשה להגיע למסקנה ברורה איזה מבחן עדיף. לכאורה, המבחן הסובייקטיבי והמבחן המשולב חשופים להטיות הרגילות של כלל הפיצוי המלא, ולכן עדיף מבחן אובייקטיבי ואחיד. למשל, האם העובדה שהאוטונומיה של נשים ערביות מוגבלת יחסית צריכה להוליך למסקנה שפגיעה בכוח הבחירה שלהן חמורה פחות (כיוון שהן "רגילות" לאוטונומיה מופחתת); או אולי היא אמורה להיחשב כחמורה יותר (כיוון שיש להגן על שארית האוטונומיה שיש להן)? מחד, ניתן לחשוש שאינטרס האוטונומיה של חברי קבוצות מוחלשות יעורר בחסר. בהקשר זה אפשר לסבור כי חוסר יכולתם של שופטים להזדהות עם ניסיון החיים של תובעים מקבוצה חלשה, בשל העובדה שבאופן טיפוסי שופטים מגיעים מרקע סוציו-אקונומי אחיד למדי וגבוה¹⁵², עלול לגרום להם

150 ראו למשל קרקר-איל, לעיל הערה 3.

151 ראו לעיל ההפניות בהערה 32.

152 להצגת טיעונים מעין אלו ראו קרן-פז "לי זה עולה יותר", לעיל הערה 32, בע' 581 הערת שוליים 151.

להעריך בחסר את תחושת הפגיעה שחשים חברי הקבוצות המוחלשות בשל פגיעה באוטונומיה שלהם, אולי בבחינת "הם רגילים למצב של אוטונומיה מוגבלת" או "הם אינם מסוגלים ממילא להעריך את הסיטואציה גם לו ניתן להם המידע ולכן הפגיעה באוטונומיה אינה משמעותית". על פי הלך מחשבה זה, אימוץ מבחן אובייקטיבי (שלפיו אולי השופט או השופטת יבחנו איך הם היו חשים לו נפגע כוח הבחירה שלהם) ייטיב עם תובעים חברי קבוצות מוחלשות. מאידך, ציינתי לעיל כי אפשר לפתח תורת פיצוי סובייקטיבית בעלת רגישות חלוקתית שלפיה תובעים חברי קבוצות מוחלשות יקבלו יתר פיצוי עבור הפגיעה באוטונומיה שלהם¹⁵³. בנוסף, מבחן אובייקטיבי מעורר בעיית הגמוניה. יש חשש שבית המשפט יאמץ את דעותיהם של חברי הקבוצה בעלת ההגמוניה בחברה, שממנה באים רוב השופטים, ובכך יכפיף את חברי הקבוצות המוחלשות לדעות אלו¹⁵⁴.

חשש הקשור לחשש זה הוא שאימוץ מבחן אובייקטיבי עלול להחמיץ את ההיבט החלוקתי שבפגיעה באוטונומיה. אם אני צודק בהנחתי שהסיכוי להיפגע מהפרת החובה להשיג הסכמה מדעת רובץ ביתר על חברי קבוצות מוחלשות, הרי שחלק מהעלבון שבא-השגת ההסכמה מדעת נעוץ בהבנה שבשל החברות בקבוצה זו אירע הנזק. במובן זה, העלבון חריף יותר, כיוון שלפגיעה הכרוכה בכך שלא מולאה החובה, נוסף העלבון של הסיבה לכך שהחובה לא מולאה. תחת הנחה נוספת, שלפיה מבחן אובייקטיבי יתעלם מרכיב אחרון ו"חלוקתי" זה של העלבון, המבחן האובייקטיבי עלול לפצות בחסר את הניזוקים שנפגעו במידה המשמעותית ביותר מהפרת החובה כלפיהם. באופן פרדוקסלי, אימוץ מבחן אובייקטיבי לשאלת עצמת הפגיעה באוטונומיה עלול בעצמו לפגוע באוטונומיה של הניזוקים בכך שבית המשפט אינו מכבד את אותנטיות או סבירות רגשותיהם וכופה עליהם מבחנים של חברי הקבוצה ההגמונית בחברה. אם, למשל, לגברת מיאסה עלי דעקה יש סובייקטיבית תחושת פגיעה משמעותית בשל הפגיעה באוטונומיה שלה, אבל חולה אובייקטיבי לא יחוש תחושת פגיעה משמעותית, והכפפתה למבחן האובייקטיבי תפגע בה. בהיעדר מידע אמפירי הבוחן איזו אפשרות סביר יותר שתתרחש – הערכת חסר של נזק סובייקטיבי של חברי קבוצות מוחלשות או קביעת ערך אובייקטיבי הנמוך יותר מנזקם הסובייקטיבי של חברי קבוצות מוחלשות – קשה להגיע למסקנות נחרצות איזה מבחן עדיף מבחינה חלוקתית. הנפקיות החלוקתיות של הכרה בפגיעה באוטונומיה כנוק בר פיצוי נגזרות

153 ראו לעיל הערות 145–146. הטקסט הנלווה להן.

154 ניתוח פמיניסטי של דיני הניזוקין מבקר את מבחן האדם הסביר כאנדרוונטרי. ראו לדוגמה: R. Martin "A Feminist View of the Reasonable Man: An Alternative Approach to Liability in Negligence for Personal Injury" 23 *Anglo-Am. L. Rev.* (1994) 334. השווא: Kennedy "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power" 41 *Md. L. Rev.* (1982) 563, 646–648 (יש להתייחס ביתר חשדנות לפרנטרליזם המופנה כלפי חברי קבוצות מוחלשות בשל הבדלים תרבותיים המבוססים על גזע, מעמד ומגדר).

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

כמובן מגודל הסכומים שבהם מדובר. ככל שהמגמה הנוכחית של מיעוט מקרים שבהם נפסק הפיצוי ומיעוט הסכום הנפסק כפיצוי תימשך, תוצאות ההכרה בראש הנזק, לרבות תוצאותיו החלוקתיות של הכלל (ובכפוף, אולי לתוצאות הכלל מבחינת עלות ההידיונות¹⁵⁵) אינן צפויות להיות משמעותיות.

סיכום הניתוח החלוקתי מלמד כי מהניסיון המוגבל מפסיקת בתי המשפט עד עתה אי-אפשר לזהות בעייתיות בהכרה בראש הנזק מבחינה חלוקתית. העובדה שהפיצוי בראש נזק זה אמור להיות אחיד פחות או יותר ולא תלוי עושר, והעובדה שיש סיכוי גבוה יותר שבני קבוצות מוחלשות הם שייפגעו בפגיעות המצדיקות פיצוי, מבססות מסקנה טנטטיבית שלפיה שיקול חלוקתי עשוי שיתמוך בהכרה שכזו, ומכל מקום הוא אינו מספק שיקול משכנע כנגדה. עם זאת, ככל שמתגבר החשש בדבר סלקטיביות באכיפה לטובת ניזוקים חזקים או פיצוי שהוא תלוי עושר, הרי ההצדקה לפרקטיקה מבחינה חלוקתית נחלשת. בהיעדר יתרון מבחינה חלוקתית למבחן סובייקטיבי, לאור האפשרות לכלול במבחן אובייקטיבי רגישות חלוקתית ולאור יתרונות מבחן אובייקטיבי מהיבטים אחרים ובעיקר מבחינת עלות אדמיניסטרטיבית, נראה לי שמבחן אובייקטיבי הוא העדיף.

3. הוצאות ההידיונות וריבוי תביעות

הביקורת השלישית על הכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה היא שבהתחשב בגובה הסכום שעתיד להיות מועבר כפיצוי, הכרה בראש הנזק אינה מוצדקת מהטעם של ריבוי ההידיונות. טיעון ריבוי ההידיונות או טיעון ההצפה, אינו זוכה לפופולריות רבה במשפט הארץ¹⁵⁶. טיעון אחד כנגד טיעון ההצפה הוא שהטיעון ספקולטיבי ושניסיון של מדינות אחרות אינו תומך בחשש זה¹⁵⁷. טיעון שני גורס שאם לגוף העניין ישנה תופעה הדורשת מתן עילת תביעה, הרי שריבוי תביעות צריך להיות חלק מהפתרון ולא חלק מהבעיה¹⁵⁸. דוגמה להמחשת הטיעון הנה שריבוי תלמידים מצריך הקמת עוד בתי ספר ולא הקפדה על נעילת דלתות בתי הספר הקיימים. טיעונים אלו הגיונים בצדם, אולם איני מקל ראש — בניגוד לבית המשפט — בנכונותו של שיקול ריבוי ההידיונות.

א) הפרמטרים לבדיקה

באשר לטיעון הראשון (ספקולטיביות), מדובר בטענה אמפירית הדורשת אישוש.

155 ראו להלן חלק ד.3.

156 ראו פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1, בע' 583; פרשת גורדון, לעיל הערה 48, בע' 135; ריבלין, לעיל הערה 23, בע' 65; ט' שטרסברג-כהן "נזק נפשי לנפגע משני (בעקבות רע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון המנוח רוד דהאן ז"ל) ספר שמגר (א' בוק עורך, תשס"ג, חלק ג) 5, 10-11.

157 ראו פרשת עלי דעקה, לעיל הערה 1; פרשת גורדון, לעיל הערה 48.

158 א' פורת "דיני נזיקין: עולות הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 373, 389-390.

כשם שאי-אפשר להסתפק בהפרחת סיסמאות בדבר חשש להצפה, כך לא ניתן להסתפק בהפרחת סיסמאות הפוכות בדבר היעדר עיגון לחשש. בהקשר הנזיקי ישנו ויכוח מר בארצות-הברית אם הרחבת החבות הנזיקית רצויה מבחינה חברתית או לא. נהוג לסווג את תומכי הרפורמה המצמצמת אחריות נזיקית כימין כלכלי — נציגי התאגידים — ואת מבקריה כשמאל כלכלי וחברתי¹⁵⁹. כפי שציינתי לעיל, התמונה מורכבת יותר כיוון שהרחבת חבות נזיקית מחריפה בעיות של סבסוד צולב גררסיבי. ואמנם, הצעות לצמצום חבות נזיקית וגישה ביקורתית לדיני הנזיקין כמוסד באות גם ממבקרים מהשמאל ולא רק מהימין¹⁶⁰. מכל מקום, לגופו של ויכוח, אי-אפשר להתעלם מהטענות שלפיהן הרחבת החבות הנזיקית, עלויותיה בצדה¹⁶¹, ופטירת הטיעון כספקולטיבי אינה משכנעת. כפי שהניתוח להלן יציע, השאלה היא תלוית הקשר ותלויה בעיקר בשאלה אם ניתן לצפות להגשת תביעות עצמאיות שעילתן היחידה היא פגיעה באוטונומיה. תשובה חיובית לשאלה זו גוררת לדעתי הערכה שלילית של פיתוח פסיקתי זה. עם זאת, שמירה על פיצוי נמוך עבור ראש נזק זה עשויה לגרום לבררה טבעית של תביעות בעלות ערך קטן כיוון שהסכום שייפסק לא יצדיק את ניהול ההליך. כיוון שמטבע הדברים מי שנפגעה האוטונומיה שלו ינסה לשכנע את בית המשפט שנגרם לו נזק תוצאתי, העלות של הכרה בראש הנזק לא נראית גבוהה. עם זאת, חשוב להבין שזוהי תוצאה קונטינגנטית ולא אמת א-פריורית.

הטיעון השני מתעלם מתוכנות כלכליות בסיסיות בדבר עלות הזדמנות והקצאה של משאבים במחסור, כמו גם מתוכנות בדבר התוצאות החלוקתיות של ההקצאה האמורה. העובדה שבאופן אידאלי היינו רוצים לתת מענה לבעיה מסוימת, אינה פוטרת אותנו מלדון בשאלה אם אנו מוכנים לשלם עבור פתרון הבעיה המסוימת במחיר של החרפת בעיות אחרות. בהקשר זה רלוונטיות שלוש עלויות שונות: הראשונה, עלות ההזדמנות של השימוש החלופי האפשרי בכספים המוקצים לפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה; השנייה, העלות היחסית של דיני הנזיקין כמנגנון פיצוי לעומת עלותם של מנגנוני פיצוי אלטרנטיביים; השלישית, עלות ההזדמנות של הזמן השיפוטי המוקדש להידיינות בנושא הפגיעה באוטונומיה. דנתי בעלות הראשונה במסגרת הניתוח החלוקתי של ההכרה בזכות. לכן אתמקד בבחינת שתי העלויות האחרות.

כידוע, הליכים משפטיים בכלל, והליכים נזיקיים בפרט, ובמיוחד הליכים

159 ראו לדוגמה: G.T. Schwartz "Empirical And Experimental Methods Of Law: Empiricism And Tort Law" *U. Ill. L. Rev.* (2002) 1067, 1074, 1077.

160 *Ibid.*, at p. 1075. לביקורת מהשמאל על דיני הנזיקין הנוהגים ראו לדוגמה את המקורות לעיל הערה 137.

161 בשנים האחרונות, למשל, ישנן טענות שלפיהן החבות הנזיקית הרחבה של רופאים בתחום המיילדות והגינקולוגיה גורמים לשורה של תוצאות שליליות וביניהן הגבלת גישה של נשים לשירותים אלו. ראו לדוגמה: E.S. Falker "The Medical Malpractice Crisis in Obstetrics: A Gestalt Approach to Reform" 4 *Cardozo Women's L.J.* (1997) 1.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

המתבססים על עוולת הרשלנות הם יקרים להפעלה¹⁶². הבנה של דיני הנוזיקין כשיטת פיצוי מוליכה לביקורת כלפי דינים אלו בהתחשב בעלויותיהם המנהליות המרובות, לעומת שיטות פיצוי אלטרנטיביות¹⁶³. מובן שככל שהסכום העומד לחלוקה כפיצוי קטן יותר, כך השימוש בהליך המשפטי לשם העברת הסכום נהיה כדאי פחות, בעיקר לאור העובדה שזמן שיפוטי הוא משאב בחסר וכי מערכת המשפט מסבסדת חלק מהעלויות האמיתיות של המדיינים. לנוכח העובדה שכל רגע המוקדש לדיון בשאלת החבות עבור נזק של פגיעה באוטונומיה הוא רגע שאינו מוקדש לבירור שיפוטי אחר, וכיודענו עד כמה פקוקה מערכת בתי המשפט, הוספת עליות חדשות שבירורן גוזל זמן שיפוטי, שמגנות (לעתים) על אינטרסים פריפריאליים בלבד והנותנות סעד ששוויו נמוך ועלותו גבוהה נראית כבלתי רצויה. לכן התשובה לשאלה אם הכרה בראש הנזק מוצדקת, תלויה בשאלה עד כמה התוצאות החברתיות החיוביות של הפיצוי (שיפור בהרתעה אופטימלית והשגת פיצוי ראוי לתובע כעניין של צדק חלוקתי וצדק מתקן) מצדיקות את עלויות ההליך. ככל שהתוצאות החלוקתיות של הכלל מובהקות ורצויות יותר, ככל שתרומתו להבטחת התנהגות ראויה מצד מזיקים משמעותית יותר וככל שהעלות השולית של הכרעה בראש נזק נמוכה יותר, כך מוצדקת ההכרה בפיצוי.

ב) בחינת הפסיקה

הניתוח שנעשה לעיל מלמד, לדעתי, שיש מקום להערכה שונה של תוצאות הפסיקה בעלי דעקה, תנובה נ' ראבי ומיסטר מאני מחד, ובאבנעל מאידך. בהקשר של הסכמה מדעת, בהכרח השאלה תתעורר תדירות ביחד עם תביעה לפיצוי בשל הנזק המוחשי שנגרם בשל הפרת החובה. לכן, ניתן לשער שהכרה בראש הנזק לא תוביל לפתיחת הידייניות חדשות או לסיכוך בפסיקת הידייניות קיימות. העובדה שהנזק לאוטונומיה נפסק בדרך של אומדן מוזילה את עלויות ההידיינות בעניין ראש נזק זה. בפרשת מיסטר מאני תביעתה העיקרית של המוטעה הייתה לביטול התנייה הרלוונטית בהתבסס על הטענה שיש קשר סיבתי בין ההטעה לבין כריתת החוזה. גם בסיטואציות מעין זו לא נראה שההכרה בראש נזק עצמאי (שטרם הוכר) תביא לריבוי הידייניות¹⁶⁴. המסקנות לגבי פרשת תנובה נ' ראבי ברורות

162 מקרים אמפיריים שונים מצביעים על כך שכמעט כמחצית מהסכומים המשולמים כפיצויים על ידי נתבעים בדיני הנוזיקין מוצאים כהוצאות אדמינסטריביות וכי מעבר לשיטות פיצוי אלטרנטיבי מפחית משמעותית הוצאות אלו. ראו: S. Atiyah *The Damages Lottery* (Oxford, 1997) 153; P. Cane *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (London, Butterworth, 5th ed., 1993) 338, 344, 346; D. Dewees & D. Duff & M. Trebilock *Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously* (New York, 1996).

163 S.D. Sugarman "Doing Away with Tort Law" 73 *Cal. L. Rev.* (1985) 555, 596; ראו: Cane, *supra* note 162, *ibid*; Atiyah, *supra* note 162, at p. 151; Dewees, *supra* note 162, at pp. 54–62.

164 בפרשת מיסטר מאני כמו בפרשת עלי דעקה, הכרה בפיצוי על פגיעה באוטונומיה מוצדקת

פחות. בפרשת תנובה, בהיעדר נזק גוף, הנזק היחיד שהתובע יכול היה להצביע עליו הוא נזק בלתי מוחשי. בנסיבות אלו, הכרה בפגיעה באוטונומיה בתור ראש נזק עשויה להוביל לריבוי הידיניות. עם זאת, כמנותח לעיל, פרשת ראבי עוררה נזקים תוצאתיים לאוטונומיה השונים מעצם שלילת כוח הבחירה. בנוסף, ההקשר הצרכני של ההידיניות מצדיק לשיטתי את עלויות ההליך מחד גיסא, והכרה בתובענה ייצוגית מפחיתה את עלויות ההכרה בעילת התביעה מאידך גיסא.

לעומת שלושת מקרים אלו, התוצאה בפרשת אבנעל יכולה להיחשב כבעייתית מבחינת השיקול המערכתי. שימו לב שמדובר במצב שבו אין קשר סיבתי בין הפגמים המנהליים שנפלו בהתנהגות הרשות (ושבית המשפט בפרשת אבנעל מגדיר כהתנהגות רשלנית) לבין הנזקים הרכשיים שנגרמו לאבנעל מאחר שלא ניתן לה רישיון היבוא. בנסיבות אלו, לאור העובדה שאין שלילה של אפשרות ממשית לבחירה בין קווי פעולה חלופיים, יצירת זכות מהותית חדשה לפיצוי עבור הנזק הלא ממוני שנראה זניח, עלולה לעורר הידיניות שתועלתן החברתית מוטלת בספק¹⁶⁵. אי-אפשר להתעלם מהרושם, שהתחלפה לה לבית המשפט המטרה הפיצוית במטרה ההרתעתית. אמנם קשה לראות אינטרס משכנע של התובעת בקבלת פיצוי בנסיבות האמורות, אולם אפשר לסבור שהפגם שהתגלה בהתנהגות הרשות מצדיק הטלת סנקציה מטעמים הרתעתיים¹⁶⁶. עם זאת, מתעוררת השאלה אם הסנקציה הנזיקית מוצדקת לאור העלויות הרציניות של ההליך הנזיקי. פרט לכך, הטלת האחריות בפרשת אבנעל נראית כניצנה של גישה שלפיה עצם הפרת החובה (יצירת סיכון) מהווה עילה לפצות את מי שחשוף לסיכון. גישה שכזו תוביל לריבוי הידיניות על כל המשמעות החברתית הכרוכה בכך במונחי עלות כספית ואבדן של זמן שיפוטי¹⁶⁷.

באופן כללי יותר, יש לבחון אם הכרה בפיצוי עתידה לגרום לייזום תובענות חדשות או לסיכון הדיון בתובענות קיימות. מבחינה זו יש הבדל בין הכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי לבין הכרה בה כעילה עצמאית. העלויות השליליות של הכרה כאמור נראות רציניות יותר בהקשר של עילה עצמאית לעומת ההקשר של ראש נזק עצמאי, ומבחינה זו בחירת בית המשפט להכיר בפגיעה באוטונומיה כראש נזק ולא כעילה עצמאית היא מוצדקת¹⁶⁸. את הקושי של אי-הכרה בעילה

משקולים חלוקתיים. עם זאת, בניגוד לפרשת עלי דעקה, יש יותר קושי להכליל שבאופן טיפוסי הצד כלפיו מופרת חובת הגילוי הוא חלש לעומד הצד השני.

¹⁶⁵ לטיעון דומה ראו את דעת המיעוט של Lord Hoffman בפרשת צ'סטר, לעיל הערה 93, בפסקאות 33–34 (פיצוי על פגיעה באוטונומיה אינו רצוי בשל העלות המנהלית הגבוהה של עילה כזאת, לעומת הסכום שייפסק כפיצוי).

¹⁶⁶ לספקות בדבר משקלו של ההיבט ההרתעתי ארוך הטווח בנסיבות המקרה ראו לעיל הערה 148.

¹⁶⁷ ראו לעיל חלק ד.2; הערות 147–148 והסקט הנלווה להן. כמוסבר שם גישה שכזו גם מנווטת כספים כפיצוי על חשבון שימושים אלטרנטיביים בעלי תועלת חברתית גבוהה יותר.

¹⁶⁸ לגישה המעדיפה הכרה בעילה עצמאית ולא כראש נזק ראו ריבלין, לעיל הערה 23, בע' 45.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

עצמאית ניתן לפתור, במקרים מתאימים, על ידי סיווג התנהגות הפוגעת באוטונומיה של הניזוק כהתנהגות רשלנית, וניצני גישה זו ניכרים בפסקה¹⁶⁹.

4. המשמעות הסמלית של פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה
ביקורת זו מתמקדת בפן הסמלי של ההכרה בראש נזק נפרד או בעילה נפרדת של פגיעה באוטונומיה. בתת פרק זה אבחן בקצרה שלוש ביקורות. הביקורת הראשונה מתנגדת להעצמת ההגנה הניתנת לאינטרס המוגן – אוטונומיה – בהתחשב בבסיס האינדבידואליסטי הליברטני והגברי של אינטרס זה. ודוק, ערך האוטונומיה המזוהה עם תפיסות ליברליות, אינו זהה עם חירות שלילית המזוהה עם תפיסות ליברטאניות. עם זאת, שלילת כוח הבחירה מערבת היבט מובהק ומרכזי של חירות שלילית. טרונייתו העיקרית (ואולי היחידה) של התובע היא שהייתה התערבות של אחר בענייניו ללא הסכמתו. הביקורת השנייה והשלישית, שיידונו יחדיו מתמקדות בכך שמדובר בפיצוי עבור נזק לא ממוני. מחז, עצם מתן פיצוי על נזק כזה חשוף לביקורת שמדובר בקומודיפיקציה לא ראויה. מאידך, מיעוט הפיצוי עבור ראש נזק זה עשוי לשקף זלזול בחשיבותו של הערך המוגן – אוטונומיה.

א) השרשת אינדבידואליזם

התמקדות באוטונומיה ובחירות שלילית נחשבת בעיני הוגות והוגים שונים ממסורות שונות (כמו קומיוניטריאניזם וזרמים פמיניסטיים מסוימים) כבעייתית בשל תפיסת עולם אטומיסטית וברידה שהתמקדות כזאת מקדמת, תוך התעלמות ממרכזיות הקשרים החברתיים בכלל וכינון האני ותוך התעלמות מהניסיון האנושי בכלל, וזה של נשים בפרט. ניסיון אנושי ונשי זה מדגים את התלות ההדדית בין פרטים שונים בחברה ואת מערכת היחסים המסועפת וההכרחית ביניהם¹⁷⁰. הפן הנורמטיבי של הטיעון גורס כי תפיסה המקדשת אינדבידואליזם וחירות שלילית היא תפיסת טוב ענייה ומוגבלת שאין לאמצה¹⁷¹. ההיבט הפרקטי של הביקורת הוא שתפיסה המעלה על נס את החירות השלילית היא חרב פיפיות במאבקם של חברי קבוצות מוחלשות, בכך שהיא מחלישה את הדרישה של חברי אותן קבוצות להטלת

169 פרשת כ.ש.נ' כ.פ., לעיל הערה 12 (סירוב לגרש כרשלנות). השוו לת"א (ת"א) 79/51 שמשאין נ' גני רוזמרי (לא פורסם) (להלן: פרשת שמשאין) (סירוב להכניס נכה למועדון). אך ראו פרשת פלוני, לעיל הערה 14, בפסקה 8 (פסיקת פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה תוך קביעה כי עצם הפגיעה באוטונומיה אינה מהווה רשלנות). יצוין שבפרשות כ.ש.נ' כ.פ. ושמשאין ההתנהגות הרשלנית הביאה לנזק תוצאתי ולא רק לשלילת כוח בחירה.

170 ראו לדוגמה: C. Taylor *Sources of the Self – The Making of the Modern Identity* (Cambridge, Mass., 1989); C. Gilligan *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982); M.J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (1982)

171 ראו לדוגמה: L. Bender "Feminist (Re)torts: Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities" *Duke L.J.* (1990) 848, 907

חובות פוזיטיביות על המדינה ואולי על פרטים אחרים בחברה לקדם את מעמדם ורווחתם של חברי הקבוצות המוחלשות¹⁷². מבחינה זו, הכרה בראש נזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה היא לכאורה בעייתית, כיוון שהיא מעלה את משקלו היחסי של אינטרס האוטונומיה, ומשקפת אידאולוגיה אינדיבידואלית וליברטיאנית המדגישה חירות שלילית והעוינת התערבות (ולו מוצדקת) בענייניו של האחר. כאשר הפעולה לגופו של עניין היא לרצונו של הניזוק (במבט מלכתחילה), התעקשותו על קבלת פיצוי משמעותי עבור הפגיעה באוטונומיה שלו, עשויה להתפרש כאופורטוניזם או כגישה אטומיסטית לא ראויה. אפשר לסבור שבהקשר הרפואי של הסכמה מדעת, התעקשות החולה על פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה בנסיבות שבהן הוא היה ממילא מחליט לעבור את הטיפול הרפואי, אינה ראויה להגנה משמעותית מצד הדין.

לטעמי אין די בבקורות זו — אף שאין להקל בה ראש — כדי לשכנע שאין מקום להכיר בראש נזק או בעילה של פגיעה באוטונומיה. גם מי שמוטרד מאידאולוגיה המקדשת אינדיבידואליזם צרוף המדגיש את הפרט כיחידה אטומיסטית, אינו יכול לכפור בחשיבות הערך של הגנה על חירותו השלילית של הפרט. השאלה היא תלוית הקשר, וודאי שבמצבים מסוימים מוצדק לדרוש מידת ריבונות גבוהה של הפרט ומידת התערבות מינימלית, אם בכלל, של המדינה ושל פרטים אחרים בענייניו. בנוסף, אי-אפשר לנתק את שאלת רציונליותה של ההגנה על החירות השלילית מהאינטרס שעליו מבקשים להגן. אמנם לגבי אינטרסים מסוימים (כלכליים ולא אישיים בבסיסם) הגנה על חירות שלילית עשויה להיחשב כמוגזמת, אולם לגבי אינטרסים אחרים יש קונצנזוס רחב שראוי לשמר לפרט שליטה לגביהם¹⁷³. האינטרס בשלמות גופנית הוא ודאי אינטרס שראוי להגן בקנאות על שליטת הסובייקט לגביו, ומכאן שהתפתחות ההלכה בעניין שמירת כוח הבחירה בהקשר של טיפול רפואי ראויה לשבח ולא לגינוי. מכאן נובע, שלפני שהרציונל של הלכת עלי דעקה מורחב לגבי סטואציות אחרות, יש לבדוק מהו האינטרס שעליו מבקשים להגן, ועד כמה חשוב להגן על חופש הבחירה בהקשר של אותו אינטרס¹⁷⁴.

זאת ועוד, דווקא רגישות חלוקתית עשויה להצדיק הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה. במישור היותר עקרוני, הספרות הפמיניסטית חלוקה בנוגע לשאלה

172 כך למשל בהקשר הפמיניסטי נשמעת תדיר הטענה כי המאבק בנוגע לזכות להפלה אינו צריך להתבסס על זכות לאוטונומיה ולפרטיות וכי ביסוס הצדקתי אחר יעצים את דרישת הנשים לקבלת גישה אפקטיבית להפלה, טענה שאינה יכולה להתבסס על חירותן השלילית של נשים להפיל. ראו לדוגמה: C.A. MacKinnon "Reflections on Sex Equality Under Law" 100 *Yale L. J.* (1991) 1281, 1311, 1319–1321; A. L. Allen "The Proposed Equal Protection Fix for Law: Reflections on Citizenship, Gender, And The Constitution" 18 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* (1995) 419.

173 ראו: H. Dagan *Unjust Enrichment: A Study of Privet Law and Public Values* (Cambridge, 1997) 40–49.

174 ליישום ראו להלן חלק ה.4.

אם דחיית תפיסה אינדיבידואליסטית ואימוץ אתיקה של דאגה לאחר אכן מועילה לנשים כקבוצה. יש הטוענים שאימוץ גישה ברוח הפמיניזם התרבותי — הממעיטה בערכה של אוטונומיה וקוראת לאימוץ אתיקה של דאגה לאחר והתערבות בענייניו של אחר — הנו מסוכן לנשים, כיוון שהוא עשוי להנציח ולתקף מציאות חברתית המצפה מגשים להקריב את עצמן למען אחרים¹⁷⁵. ישנה אף תהייה עקרונית אם שיח של זכויות מועיל לחברי קבוצות מוחלשות אם לאו. מחד, הנגישות שיש לחזקים למשאבים, למידע, ולשירות מקצועי עדיף, מנביעה סברה כי הם יוכלו לנצל לטובתם באופן בלתי פרופורציונלי את שיח הזכויות. מאידך, בהינתן עדיפותם של החזקים במישורים אחרים — כלכליים וחברתיים — עדיפות המתבטאת בין היתר בקיום הון אנושי ויכולת להתארגן כקבוצת לחץ, ייתכן שדווקא שיח של זכויות מהווה בלם ליתרונות אלו בבחינת מניעת מצב של "כל דאליים גבר"¹⁷⁶. תהייה זו, הרלוונטית לשורה של הכרעות בעניין מידת ההגנה שמעניק המשפט לנמעניו, על ידי יצירת זכויות¹⁷⁷, ולוונטית גם לעניין רציות ההכרה בראש נזק בשל שלילת כוח הבחירה.

ככל שאנו מאמינים שלפרטים חזקים יש יכולת להגן על ענייניהם ועל האוטונומיה שלהם גם ללא הכרה בראש נזק ספציפי זה, הרי שהכרה בו היא חשובה דווקא לחברי קבוצות מוחלשות שבאינטרסים שלהם יש יותר נטייה להקל ראש¹⁷⁸. אמנם אין תשובה ברורה לשאלה מהן התוצאות החלוקתיות של הכרה

175 כך למשל קתרין מקינזון טוענת כנגד פמיניזם תרבותי כי קולן השונה של נשים נוצר בשל כפיפות לגברים וכי על ידי מתן תוקף לקול זה הנשים עצמן הופכות למשתפות פעולה בדכויין הן. ראו: Catharine A. MacKinnon *Feminism Unmodified* (1987) 32–45. השוו: P.S. Karlan & D.R. Ortiz "In a Diffident Voice: Relational Feminism, Abortion Rights, and the Feminist Legal Agenda" 87 *Nw. U. L. Rev.* (1993) 858, 861 (הצדקת הטלת חובות על נשים בהריון כלפי העובר מכוח תזת הקשר של פמיניזם תרבותי).

176 מענה לתהייה אם שיח הזכויות טוב לחברי קבוצות מוחלשות, משפיע גם על מידת החשדנות הראויה כלפי התערבות המדינה בחיי אלו הכפופים לריבונותה. אם כוחם של החזקים מנוצל לרעה, מן הראוי להביט על רגולציה לא כעל מכשיר לדיכוי זכויות הפרט של החזקים, אלא כמנגנון הגנה על זכויותיהם של החלשים ועל האינטרסים שלהם. ואכן, הוגים פרוגרסיביים נוטים להתייחס להתערבות המדינה ביתר חיוב מהוגים ליברליים. ראו לדוגמה: O.M. Fiss "Free Speech and Social Structure" 71 *Iowa L. R.* (1986) 1405, 1415–1416; A.C. Hutchinson *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights* (Toronto, 1995) 194–198. כך, למשל, ישנה התחבטות חלוקתית כדני הנויקין ובדניי תכנון ובנייה, אם לפצות נפגעים בשל NIMBY (Not In My Back Yard) ו-LULU (Locally Unwanted Land Use). מאידך, גיסא, מתן פיצוי מלא על ירידת הערך נותן תמריץ למקם מפגעים אלו באזורים המאוכלסים על ידי קבוצות מוחלשות, שהרי הפיצוי שישולם נמוך יותר. מאידך, גיסא, תחת ההנחה שגם בהיעדר התמריץ של דיני הנויקין כוחם של החזקים יעמוד להם למנוע את הקמת המפגעים בשכונתם, הרי שמתן זכות פיצוי לפחות תפצה את החלשים על הפגיעה בהם. ראו: D.J. Brion "An Essay on Lulu, Nimby, and the Problem of Distributive Justice" 15 *B.C. Entl. Aff. L. Rev.* (1988) 437, 437–441, 490–495, 497; H. Dagan "Takings and Distributive Justice" 85 *Va. L. Rev.* (1999) 741.

178 לסקירת תופעה זו בהקשר של התערבות כפויה במישור הרפואי ורגולציה במישור הפלילי

בראש נזק מבחינה פרקטית¹⁷⁹, אך תחת ההנחה שתוצאה זו היא חיובית (שכן פחות סביר שיישילל מהחזקים כוח הבחירה) מתעורר מתח בין האינטרס החומרי של חברי קבוצות מוחלשות בקבלת פיצוי לבין האינטרס המופשט יותר של חברי קבוצות מוחלשות ואחרים בהימנעות מחיזוק שיח ליברטיאני במשפט. אמנם לא תיתכן תשובה א-פרוירית המכפיפה את השיקול המופשט לשיקולים פרגמטיים, אולם נראה לי שעיצוב נכון של היקף הסעד והתשתית הרעיונית מאחוריו צריך לשכך את החשש מההיבט הסמלי של ההכרה בזכות¹⁸⁰.

הצעתי לעיל, שרציות ההגנה על חירותן השלילית של הפרט, נגזרת גם מאופיו של האינטרס הרלוונטי. ברור שאינטרס זה ראוי להגנה במקרי הטיפול הרפואי, אולם התשובה ברורה פחות בהקשרים האחרים שבהן התעוררה השאלה בפסיקה. בפרשת תנובה נ' ראבי, דובר על חופש הבחירה של הצרכן. מבחינת הנתבעת יש אינטרס חזק בהכרה בחובה לפצות בשל פערי הכוחות ובשל העובדה שמדובר בהטעיה למטרות רווח ובהקשר מסחרי. מבחינה זו, תנובה כנתבעת ראויה פחות לאהדה מאשר הרופאים בפרשת עלי דעקה, שכישלונם ליידע את התובעת נבע מאיזון לא ראוי של האינטרסים של התובעת ולא מהעדפת האינטרס שלהם על פני אינטרס הצרכנים¹⁸¹. לעומת זאת, מבחינת התובע, אינטרס הצרכן באי-הטעיה נוגע באופן טיפוסי לאינטרס רכושי או כלכלי ולא גופני¹⁸². זאת ועוד, באופן טיפוסי בעסקה צרכנית הנכס הוא בעל ערך המיר, להבדיל מערך אישי מבחינת הצרכן¹⁸³. בנסיבות אלו, ההגנה על חירות שלילית, להבדיל מרווחה נראית מוצדקת פחות. עם זאת, מן הראוי לזכור שבפרשת תנובה, ככל הנראה נגרם לצרכנים או לחלקם גם נזק תוצאתי (אובייקטיבי או סובייקטיבי), ובנסיבות כאלו, ממילא קל יותר להצדיק פיצוי. זאת ועוד, נראה לי שבהקשר הצרכני, השיקול ההרתעתי (המתמקד בעוסקים) צריך להצדיק מתן פיצוי גם בנסיבות שבהן השיקול הפיצויי (המתמקד באינטרס הלגיטימי הפגוע של הצרכן) אינו מעניק תמיכה חזקה בפיצוי, בשל בעיית הרתעת החסר של עוסקים הקיימת לשיטתי בתחום הצרכני. ניתוח דומה יכול להיעשות גם לגבי פרשות מיסטר מאני ואבנעל. בפרשת מיסטר מאני,

של נשים בהריון ראו צ' קרן-פז "מבט פמיניסטי וחלוקתי על חובת זהירות של נשים בהריון: אידאולוגיה, סמליות ופרגמטיות" משפט מגדר ופמיניזם (ד' ברק ארו ואח' עורכות, 2007), בהערות שוליים 65 והטקסט הסמוך לה (להלן: קרן-פז "מבט פמיניסטי").

179 ראו לעיל הדיון בחלק 2.א).

180 השוו קרן-פז "מבט פמיניסטי", לעיל הערה 178, בחלק 5.ג שכותרתו "ההיבט האידאולוגי".

181 ראו א' פורת "רשלנות ואינטרסים" עיוני משפט כד (תשס"א) 275, 283–289. אני מודע לכך שהחלטה על מתן טיפול רפואי מסוים עשויה לנבוע משיקולים חיצוניים לשיקול טובת החולה (כגון שיקולים מחקריים). עם זאת, אני בכל זאת סבור שהנתבעים בפרשת עלי דעקה ראויים ליתר אהדה מנתבעים בהקשר הצרכני.

182 גם בפרשת תנובה נ' ראבי, לעיל הערה 13 היה מעורב לכאורה אינטרס בשלמות הגוף. ממצאו של בית המשפט היה שהוספת הסיליקון אינה מסוכנת לבריאות.

183 להבחנה זו ראו: M.J. Radin "Property and Personhood" 34 Stan. L.R. (1962) 957, 960.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

הנסיבות הספציפיות, קרי, פערי הכוחות בין הצדדים ועיסוקו של הנתבע – מלווה בשוק האפור – עשויים לתמוך במתן פיצוי על שלילת כוח הבחירה מתוך שיקול הרתעתי. מבחינת התובעת, מחד, האינטרס של הנפגע הטיפוסי הוא כלכלי, ומכאן שיש פחות צורך להגן על האוטונומיה שלו, בניגוד לרווחתו. מאידך, לפחות בסוג העסקה שבה דובר בפרשת מיסטר מאני – בית מגורים שלו ערך אישי מובהק – יש הצדקה לתת יתר הגנה לאוטונומיה. עם זאת, במקרים שבהם הנכס המיר, החשיבות בהגנה על אוטונומיה פוחתת, ומכאן שיש פחות הצדקה לפצות על שלילת כוח הבחירה, ולמצער, אם פיצוי כזה נפסק, שיעורו צריך להיות נמוך יותר.

הדיון לעיל הבהיר את הבעייתיות שבפסיקת פיצוי בפרשת אבנעל¹⁸⁴. בנסיבות המקרה אין לדעתי מקום להגן על אינטרס האוטונומיה של התובעת, וההגנה שבית המשפט סיפק לאינטרס זה אכן ראויה בעיני לביקורת גם מבחינת ההיבט האקספרסיבי של המשפט – הגנה על אוטונומיה במקום שבו אין טעמים ענייניים התומכים בכך, ושימוש ב"אוטונומיה" כמושג המצדיק את התוצאה, מבלי לבחון את הטעמים הענייניים התומכים בהטלת האחריות או בשלילתה¹⁸⁵.

ב) פיצוי עבור נזק לא ממוני: בעיית הקומודיפיקציה ושוויים של האינטרסים פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה הוא פיצוי עבור נזק לא ממוני. ככזה, הוא כפוף לביקורת כללית כלפי ראשי נזק לא ממוניים: הפיצוי מהווה קומודיפיקציה של ערכים שאינם סחירים, כגון אהבה, סבל, ובהקשר שלנו אוטונומיה. ככזה, הוא משדר את המסר שהכול סחיר ולכל דבר יש מחיר. בכך יש השלטת שיח וערכים קפיטליסטיים, תפיסה ענייה ומוגבלת של הטוב, הפחתת ערכם של הערכים הרלוונטיים ועידוד תחושות של קנאה כלפי הניזוק במקום אמפטיה¹⁸⁶. מבחינה מסוימת, העובדה שמדובר בביקורת כללית, היפה כלפי כל אינטרס לא ממוני, מייתרת לכאורה את הצורך לדון בביקורת זו כאן. עם זאת, תשובה שכזאת אינה מספקת. אם פיצוי עבור אינטרסים לא ממוניים אינו ניתן להגנה, הרי שאין בעובדה

184 ראו לעיל הערה 82 והטקסט הנלווה לה (אינטרס האוטונומיה של תאגיד); הערות 173–174 והטקסט הנלווה להן (הקשר מסחרי ולא ערך אישי); חלק ב.2 (פגיעה באינטרס פרזודורלי בנסיבות של היעדר כוח בחירה מהותי); הערה 148 והטקסט הנלווה לה (חולשת השיקול ההרתעתי); הערה 83 והטקסט הנלווה לה (אשם התובעת).

185 השוו: דגן "הזכות לפירות ההפרה", לעיל הערה 40, בע' 624–625; ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 97, 98, 100–102. ח' דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 673, 675–681, 714–717, 727–739, 744.

186 לביקורות מעין אלו ראו: Abel, *supra* note 139, at pp. 802–806; M.J. Radin "Compensation: and Commensurability" 43 *Duke L.J.* (1993) 56; L.L. Jaffe "Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance" 18 *Law & Cont. Probs.* (1953) 219, 221–230.

שהיסטורית אינטרסים לא ממוניים מסוימים זכו להגנה, כדי לספק צידוק להרחבת ההגנה לאינטרסים חדשים. איני רוצה לנסות ולמצות את המחלוקת לגבי השאלה אם פיצוי כזה הוא רצוי, אולם ברצוני לציין את התשובות העיקריות לביקורת זו. ראשית, מהעובדה שאיננו רוצים לסחור בזכויות מסוימות, לא נובע שלא ראוי לפצות עבור נטילתן החד-צדדית¹⁸⁷. תובנה זאת עונה באופן משכנע לטיעון הקומודיפיקציה. שנית, מהעובדה שערכים מסוימים הם כה חשובים כך שלא ניתן לפצות עליהם באופן מלא, לא נובע שמן הראוי שלא לפצות עבורם כלל. שלישית, דווקא אי-מתן פיצוי עבור ערכים אלו, משדר פחיתות ערך של ערכים אלו. על פי גישה זו, דווקא כיוון שאנו חיים בחברה קפיטליסטית המעריכה שווי של ערכים בכסף, הסירוב לפצות עבור ערכים מסוימים משדר את היעדר השווי החברתי שלהם. על פי גישה זו, הפיצוי מהווה הכרה חברתית (Vindication) בחשיבות הערך שנפגע. על פי הסבר זה, אמנם ייתכן שבעולם אידאלי (שאינו משועבד לתפיסות קפיטליסטיות) היה מקום שלא לתת פיצוי על פגיעות בערכים אלו, אולם בהינתן האתוס הקפיטליסטי, יש מקום לתת פיצוי על מנת לשדר את החשיבות החברתית של הערך שנפגע¹⁸⁸. רביעית, אי-מתן פיצוי עבור פגיעה בערכים אלו יוצר אנומליה שלפיה פגיעה הנחשבת חברתית ונורמטיבית כחמורה יותר, מקבלת פחות פיצוי¹⁸⁹.

ואכן, תובנות אלו עשויות להוביל לביקורת נורמטיבית מהכיוון ההפוך: מיעוט הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה משדר מסר של פחיתות אוטונומיה כערך. ביקורת שכזאת מתבססת הן על תובנה ריאליסטית שלפיה מה שחשוב הוא לא הרטוריקה השיפוטית אלא הפרקטיקה¹⁹⁰ והן על ההבנה שגובה הפיצוי הנפסק על ידי בתי המשפט משקף את הערך היחסי של האינטרס המוגן בעיני החברה¹⁹¹. טיעון זה אפשר גם לתרגם למונחים מכשיריים. אם אכן הפגיעה באוטונומיה היא משמעותית, פיצוי נמוך אינו משרת את מטרת הפיצוי המלא, והוא אף אינו מביא להרתעה מספקת של מזיקים. אם טיעון זה משכנע לגופו של עניין, הוא אמור לתמוך בהגדלת סכומי הפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה ולא באי-הכרה בראש נזק זה בשל מיעוט הפיצוי שנפסק עבורו. אלא שהניתוח שנעשה לעיל, מצביע לדעתי על קיומם של שיקולים כבדי משקל המתנגדים למתן פיצוי גבוה מדי עבור שלילת כוח

187 השוו': Dagan "Ethics", *supra* note 28, at pp. 250–254 (בהקשר של תביעת השבה בהקשר של עבדות); עב' 4634/03 (ב"ש) מולדובנובה נ' סלסרסקי, פד"ע-אור (17) 720, פסקאות 109, 108, 79 (בהקשר של שכר ופיצוי של קרבן סחר למטרות זנות).

188 השוו': Dagan *supra* note 28, at p. 252.

189 השוו' שם, בע' 252–253; א' פורת "שנים אבודות, הפסד השתכרות ומחירה של הריגה" ספר שאוה (א' ברק וד' פרידמן עורכים, תשס"ו) 143, 146, 154.

190 Dagan, *supra* note 28, at p. 252. השוו': K.N. Llewellyn *The Bramble Bush* 5 (1960).

191 לעיל הערה 29, בע' 560; ע"א 15/61 שנער נ' פריד, פ"ד (2) 455, 460 (להלן: עניין לעיל הערה 29, בע' 560; ע"א 15/61 שנער נ' פריד, פ"ד (2) 455, 460 (להלן: עניין שנער)).

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

הבחירה. הגדלת סכומי פיצוי עבור פגיעה בכושר הבחירה משקפת תמיכה בגישה ליברטיאנית חזקה שאני ככלל מסתייג ממנה. היא מתעלמת מממצאי הפסיכולוגיה ההתנהגותית בדבר תוצא החרטה; בנוסף, הגדלה משמעותית של סכומי הפיצוי עבור עצם הפגיעה באוטונומיה כרוכה בעלויות משמעותיות (כמו ייקור השירות הרלוונטי), מעוררת שאלות חלוקתיות (התחרות בין נזקי גוף לבין נזקי פגיעה באוטונומיה ושאלת הסבסוד הצולב הרגרסיבי) וככלל נראית לי בלתי רצויה. עם זאת, בהקשרים מסוימים ולאור עובדות המקרה או כאשר קיים חשד לקיום הרתעת חסר שיטתית (באופן כללי או של תובעים ממעמד סוציו-אקונומי נמוך), הגדלת הפיצוי עשויה להיות מוצדקת, כאשר סוג האינטרס שנפגע וסוג הפגיעה צריכים להיות מובאים בחשבון. בהחלט ייתכן שהאיוון שהציע השופט זילברג לפני שנים רבות בעניין שנער בנוגע לראש הנזק של קיצור תוחלת חיים יפה גם כאן¹⁹²:

”יש לחייב את המזיק בתשלום סכום מהותי, סובסטנטיבי, בעד נטילת החיים, לא רב מדי, גזירה שמא יאמרו: ממירים אנו ‘בערכך’ נפשות בממון; ולא קל מדי, שלא להפגין זלזול בחיי אדם. התשלום צריך להיות ‘הכל כאשר לכל’, כי ‘מקרה אחד’ הוא — בסגנונו של קהלת (ט, 2) — לכל יחידי החברה, כצער כזקן, כחזק כחלש, כחשוב וכנקלה הימנו”.

ה. נפקויות אפשריות של אימוץ הדוקטרינה במשפט הפרטי

לאימוץ שיטתי ועקבי של פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה יש השלכות רחבות במשפט הפרטי. להלן אציע דיון ראשוני בהשלכות אימוץ ההלכה בארבעה הקשרים: (1) בדיני עשיית עושר לזולת בחיי אדם. התשלום צריך להיות ‘הכל כאשר לכל’, כי ‘מקרה אחד’ הוא — בסגנונו של קהלת (ט, 2) — לכל יחידי החברה, כצער כזקן, כחזק כחלש, כחשוב וכנקלה הימנו”.

1. עשיית עושר: הסכמה היפותטית והתערבות בענייני הזולת
פרדיגמת עשיית העושר מערבת כאמור שלוש פגיעות אפשריות באוטונומיה: מצבו של הזוכה עשוי להיות נחות בעיניו מהמצב קודם להתערבות אפילו אם לא יצטרך לשלם עבור טובת ההנאה (דוגמת המטייל בגרמניה); מצבו עשוי להיות נחות אם יאלץ לשלם עבור טובת ההנאה שלא ביקש; או שמצבו לאחר ההתערבות יהיה עדיף בעיניו, אפילו אם יצטרך לשלם, אולם במקרה כזה נשלל ממנו כוח הבחירה שלו¹⁹³. הדין להלן יבחן כיצד הרציונל של הלכת עלי דעקה

192 עניין שנער, לעיל הערה 191, בע' 464.

193 ראו לעיל חלק ב.3.

עשוי להשפיע על דיני עשיית עושר הן על ידי אימוץ ישיר של פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה בנסיבות שבהן זהו נזק היחיד של הזוכה, והן על ידי פיצוי הזוכה בנסיבות שבהן הוא חייב בהשבה כאשר ייתכן שנגרם לו נזק תוצאתי או אחר. מבחינת הדין הנוהג, יש שורה של הבחנות רלוונטיות¹⁹⁴: הבחנות הנוגעות למוטיבציה של המזכה (האם פעל מתוך מניע אלטרואיסטי¹⁹⁵ על מנת להגן על אינטרס לגיטימי שלו¹⁹⁶ או מתוך טעות¹⁹⁷), הבחנות הנוגעות לטיבה של טובת ההנאה שהוענקה (האם מדובר בשיפור או בשמירה על אינטרס קיים¹⁹⁸ ? אם מדובר בשמירה, האם אינטרס הזוכה הוא רכושי או נוגע לשלמות הגוף¹⁹⁹ ? האם טובת

194 להצגה כללית של הסוגיה ראו ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח, כרך א) 137–139.

195 ככלל, מסורת המשפט המקובל עוינת את המתנדב, בעיקר בשל חוסר הרצון לעודד התערבות בענייניהם של אחרים. לפיכך, ככלל, זכות ההשבה של מי שפעל ממניעים אלטרואיסטיים מצומצמת יותר ממי שפעל מתוך קידום אינטרס עצמי. אולם אפשר לסבור שדווקא מזכה כזה ראוי ליתר אהדה בשל פעולתו האלטרואיסטית. זאת למשל עמדתו של דגן. ראו: Dagan "Ethics", *supra* note 28, at pp. 90, 95, 121–122. בד"ן הישראלי משתקפת דואליות זו, אף שככלל, העמדה כלפי הפועל משיקולים אלטרואיסטיים אוהדת יותר מאשר במשפט המקובל. ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 154–155. כפי שיובהר להלן, הדין הנוהג מבחין בין שיפור לבין שמירה ומבחין בין נכסים לבין שירותים. כלפי השומר על אינטרס הזולת מתגלית עמדה מקלה שאינה תולה את זכותו לשיפור או פיצוי בהצלחת הפעולה. כלפי המשפר הגישה מחמירה יותר. אם השיפור אינו בגדר חיבור ערוב ועיבוד של מיטלטלין או זכויות טפלים או בנייה ונטיעה על מקרקעי הזולת בנסיבות מסוימות אין זכות להשבה בהיעדר קבלה מרצון של טובת ההנאה.

196 במצבים אלו יש יתר לגיטימיות לפעולה, והיא נתמכת גם משיקולי יעילות על מנת למנוע בעיות של פעולה משותפת. ראו: Dagan "Ethics", *supra* note 28, at pp. 130–136. ואכן הדין מכיר ביתר קלות בזכות להשבה בנסיבות אלו. ראו לדוגמה ס' 14 לחוק המשכון (זכות חזרה וסברוגציה ראלית לפודה משכון שאיננו החייב על ידי מי שזכותו עלולה להיפגע ממתן המשכון או מימוש), ס' 32(ב) לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 (להלן: "חוק המקרקעין") (זכות חזרה לשותף במקרקעין שנשא בהוצאות מעל לחלקו כלפי השותפים האחרים) וכן ההוראות המרובות הנוגעות לשיפור ולהשתתפות בין חייבים וביניהן ס' 9 לחוק הערבות, תשכ"ז–1967; ס' 56 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 (להלן: "חוק החוזים"); ס' 12 לחוק המשכון וס' 84 לפקודת הנזיקין.

197 השפעת הטעות על זכות להשבה בשל מתן שירות או שיפור נכס בד"ן הישראלי אינה ברורה. ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 885–891. בפרשת בנישתי, לעיל הערה 38 נשללה ההשבה אף שמשרד הנסיעות פעל עקב טעות. עם זאת, כפי שפרידמן מצייין בע' 889, ההקשר הצרכני של הנסיבות בפרשת בנישתי תרם למסקנה שאין זכות להשבה.

198 במקרי שיפור זכות ההשבה מצומצמת יותר. הבחנה זו נלמדת מס' 5 לחוק עשיית עושר. ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 91–92. הסדרים אחרים המגנים על זכות להשבה בנסיבות של שמירה על אינטרס הם פרעון חוב הזולת (ס' 4 לחוק עשיית עושר), והרשאה מחמת הכרח (ס' 6 לחוק השומרים, תשכ"ז–1967; ס' 5(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה–1965).

199 ס' 5 לחוק עשיית עושר מבחין בין אינטרס רכושי ואינטרס בכבוד, שלגביהם התנגדות הזוכה או סיבה סבירה להתנגדות לפעולת המזכה שוללים זכות להשבה, לבין אינטרס בחיים, בריאות ושלמות גוף, שלגביהם ההתנגדות אינה שוללת זכות להשבה.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

ההנאה היא סכום כסף שהועבר²⁰⁰, נכס שהושבח²⁰¹ או שירות שניתן^{202 203} (ההבחנות הנוגעות להתנהגותו של הזוכה (האם הייתה לו הזדמנות לדחות את קבלת טובת ההנאה²⁰⁴). נקודת המוצא העקרונית בידי עשיית עושר היא שאין זכות להשבה בהיעדר אינדיקציה שהזוכה קיבל מרצון את טובת ההנאה או שיש טובת הנאה שאין לכפור בה²⁰⁵. באשר לדוקטרינה של טובת הנאה שאין לכפור בה, כסף שהתקבל, חיסכון של הוצאה הכרחית ומימוש של תוספת לשווי שוק של נכס מקיימים דרישה זו²⁰⁶. בהקשר זה ישנה מחלוקת בין מלומדים אם גידול בשווי ערך של נכס (כלומר תוספת ערך הניתנת למימוש (Realizable)) מספיק על מנת לקיים את יסוד ההתעשרות, או שיש צורך במימוש (Realized Value) של הערך שנוסף בעקבות פעילות המזכה. במחלוקת זו ובדרכים לפתרונה ארון בהמשך²⁰⁷.

א) שלילת כוח הבחירה

נסיבות שבהן במבט ראשוני נראה כי סובייקטיבית ההתעשרות היא לרצונו של הזוכה (גם בהתחשב בחיובו לשלם) הן קשות להוכחה. יצוין, עם זאת, שקושי זה קיים גם בידי הנזיקין, שבהם בית המשפט צריך להכריע בשאלה ההיפותטית אם המטופלת הייתה מסכימה לטיפול לו נשאלה. העובדה שדיני הנזיקין מוכנים לענות על שאלה זו מעידה שאולי מן הראוי שגם דיני עשיית עושר ינסו לענות עליה, ואם התשובה היא בחיוב, ראוי לחייב את הזוכה בהשבה תוך ניכוי סכום המשקף את שלילת כוח הבחירה שלו. השאלה האנלוגית להלכת עלי דעקה בהקשר של

200 כאשר מועבר סכום כסף, ההתעשרות אינה מוטלת בספק, ולכן גוברת הנטייה להשבה. ראו לדוגמה את הוראת ס' 4 לחוק עשיית עושר. ההבחנה רלוונטית גם למקרי העברה בטעות. אין קושי להשיב סכום כסף או נכס שהועבר בטעות. קיים קושי רב יותר להשיב שבה של נכס ושוי של שירות או עבודה.

201 בנייה ונטיעה על מקרקעי הזולת מחייבת בהשבה על פי ההסדר הקבוע בסעיפים 21–26 לחוק המקרקעין. השבה בשל חיבור וערוב נכס טפל קבועה בס' 4(ב) לחוק המיטלטלין, תשל"א–1971 (להלן: "חוק המיטלטלין"). הוראה זו חלה בשינויים המחויבים במקרה של עיבוד – ס' 6 לחוק המיטלטלין. הוראות אלו חלות בשינויים המחויבים על זכויות לפי ס' 13(א) לחוק המיטלטלין.

202 קשה יותר לחייב בהשבה שירות שניתן כיוון שאי־אפשר להשיבו בעין, כיוון שקשה לדעת מהו השווי הסובייקטיבי לזוכה, כיוון ששווי זה עשוי להיות נמוך מהשווי האובייקטיבי של השירות וכיוון שתדיר קשה לממש תוספת שווי אובייקטיבי זה בשוק. ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 886.

203 ההבחנה לעניין סוג טובת ההנאה שהועברה רלוונטית לעניין היכולת להסיק קיומה של התעשרות וכן לעניין זיהוי מידת הפגיעה באוטונומיה של הזוכה לנוכח יכולתו לממש את הזכיה כשמשאביו הכספיים לא יכבלו.

204 פרשת בנישתי, לעיל הערה 38, בע' 405, 413–414; *Taylor v. Laird* (1856) 25 L.J. Ex. ; 322, 329.

205 ראו: 48–51 (2nd ed., 2003) *P. Birks Unjust Enrichment*.

206 ראו: 431–453 *Ibid*, *Ibid*; Burrows, *supra* note 42, at pp. 18–23; McInnes, *supra* note 46, at pp. 431–453.

207 ראו ס' ה.1. ב(1) להלן.

עשיית עושר מתעוררת בהקשר של פעולה לשם שמירה על אינטרס רכושי של הזוכה.²⁰⁸ סעיף 5 לחוק עשיית עושר מסדיר את שאלת ההשבה לשומר על אינטרס הזולת. הסעיף קובע זכות השבה למזכה שפעל בתום לב ובסבירות לשמירה על שורת אינטרסים של הזוכה ואף קובע שאין חובת שיפוי בשל פעולה שנקטה לשם שמירה על רכושו או על כבודו²⁰⁹ של זוכה, על זוכה שהתנגד לפעולה או שהייתה לו סיבה סבירה להתנגד לה. סעיף זה אינו מתייחס לשאלה מה דינו של מזכה ששמר על אינטרס רכושי של הזולת בנסיבות שבהן בדיעבד, הפעולה הייתה לרצונו של הזוכה (והמזכה יכול היה להניח את קיום ההסכמה ההיפותטית) אולם המזכה יכול היה לברר מראש את רצונו הממשי של הזוכה, אך נמנע מכך. פרופ' פרידמן בספרו גורס כי:

”כאשר הפעולה איננה דחופה, תחייב, בדרך כלל, דרישת הסבירות שלא להתערב בענין הזולת מבלי לשאול את פיו. העדר דחיפות מותר זמן לפני ולבירור. רק לעיתים נדירות ניתן יהיה לקבוע כי מי שפעל בענין שאיננו דחוף נהג בסבירות למרות שלא ביקש רשות, אך האפשרות קיימת, למשל, כאשר מדובר בהוצאה פעוטה יחסית ולאור יחסי הצדדים רשאי המזכה להניח שהזוכה יסכים לפעולה כששאל”²¹⁰.

סיטואציה זו מעוררת כמובן קשיים ראייתיים, המוחרפים בשל התמריץ שיש לזוכה לטעון לאחר מעשה, באופן אופורטוניסטי, שהייתה לו סיבה להתנגד לפעולה. עם זאת, בהיעדר קושי ראייתי שכזה, הקיים כאמור גם בהקשר הנזיקי, הגיונה של הלכת עלי דעקה מחד מצדיק הטלת חיוב בהשבה ומאידך מצדיק את פיצוי הזוכה על שלילת כוח הבחירה שלו. הצד השווה בין סיטואציה זו לפרשת עלי דעקה הוא שבשני המקרים אין קשר סיבתי בין הפגיעה באוטונומיה של התובעת והזוכה לבין נזק תוצאתי. בדוגמה נשואת דיוננו, חיוב הנתבעת בהשבה אינו גורם לה נזק תוצאתי, שהרי לו הייתה נשאלת היא הייתה מסכימה לביצוע הפעולה. מכאן שהנזק שנגרם לה הוא שלילת כוח הבחירה שלה לבחור בתוצאה הרצויה לה. על פגיעה זו מן הראוי לפצותה. הרציונל של הלכת עלי דעקה גם מסביר מדוע אין לפסוק פיצוי שכזה בנסיבות שבהן אי-אפשר היה לברר את רצונו הממשי של

208 הדרישה שמדובר בשמירה על אינטרס להבדיל משיפורו עוזרת להגיע למסקנה שאכן ההתערבות הייתה לרצונו של הזוכה, כיוון שהיא אינה מערכת כפיית עסקה עליו. עצם העובדה שנזק מסוים הוא בידי הזוכה, מלמדת על כך שהוא מעדיף את שמירתו בידיו (אחרת היה מוכר אותו). בנסיבות אלו, כאשר פעולת ההתערבות מלכתחילה היא סבירה (כלומר ההשקעה כדאית על מנת להציל את הנכס), אפשר להניח את הסכמתם ההיפותטית של רוב הזוכים הפוטנציאליים. לעומת זאת, שיפור מחייב הוצאת כספים עבור רכישת טובת הנאה שאין כל אינדיקציה שהזוכה אכן מעוניין בה.

209 ס' 5(ג) לחוק עשיית עושר קובע שפעולה לשם שמירה על חייו, שלמות גופו או בריאותו של הזוכה מזכה בהשבה (בגבולות הקבועים בס' 5(א)) למרות התנגדות הזוכה.

210 פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 162 (הפניות הושמטו — צק"פ).

הזוכה. בנסיבות כאלו, לזוכה לא הייתה בררה בין הסכמה לפעולה לבין אי-הסכמה לה, וממילא לא נשלל ממנו דבר²¹¹.

למעשה, ניתוח זה יפה בעיקרון גם למקרים של שיפור שלגביהם עולה כהסדר שלילי מכוח הוראות סעיף 5 כי השבה נשללת²¹². נשואי דיונונו כאן הם מצבים שבהם הזוכה היה מסכים, לו נשאל, לקבל את טובת ההנאה ולשלם את שוויה והמזכה פעל באופן אלטרואיסטי. בהתאם למענה לשאלה אם ניתן היה לברר את הסכמת הזוכה לפני הרעפת טובת ההנאה אפשר להבחין בין שני מצבים. כאשר אי-אפשר לברר את הסכמת הזוכה הרי השיקולים התומכים בחיוב בהשבה דומים לאלו המצדיקים את חיוב ההשבה על פי סעיף 5 – עידוד לאלטרואיזם, קידום רווחת הזוכה (שיקול יעילות) וקידום מיטבי של אינטרס האוטונומיה של קבוצת הזוכים הפוטנציאליים. במקרים אלו עמדת הדין הנוהג שלפיה נשללת הזכות להשבה נובעת בעיקר מחוסר היכולת לוודא שחיוב בהשבה אכן לא ירע את מצבו של הנתבע²¹³. כאשר אפשר היה לברר את הסכמת הזוכה מתווסף הקושי שהתובע מבקש השבה בנסיבות שבהן הוא פגע באוטונומיה של הזוכה. אולם בסיטואציה זו, האנלוגית לפרשת עלי דעקה, אין קשר סיבתי בין שלילת כוח הבחירה של הזוכה לבין נזק שנגרם לו בשל חיובו לשלם עבור טובת ההנאה שקיבל, שהרי בהגדרה נזק זה אינו קיים כיוון שאנו מניחים שהוא היה מעוניין בקבלת טובת ההנאה ובתשלום עבורה לו נשאל מראש. בנסיבות אלו, לכאורה, מתקיימים השיקולים התומכים בהשבה שנסקרו לעיל, אך מוצדק להפחית מהחיוב בהשבה את נזקו של הזוכה בשל שלילת כוח הבחירה שלו. בהתעלם מקשיים ראייתיים ותוך היצמדות לרציונל תרופתי להבדיל מרציונל הרתעתי או עונשי, הדרך האידאית לאזן בין האינטרסים של הצדדים, במקרה שכזה, היא חיוב הזוכה בהשבה תוך התחשבות בערך הסובייקטיבי שהביאה לו טובת ההנאה (ותוך התחשבות בשווי השימוש החלופי בכסף)²¹⁴. מחיוב זה יש להפחית סכום המשקף פיצוי עבור העובדה שהנתבעת הועברה ממצב דברים א' למצב דברים ב' ללא הסכמתה. מבחינה זו, היעדר חיוב כלשהו בהשבה בנסיבות שבהן אין קבלה מרצון של טובת ההנאה

211 לשיטת הסבורים כי ההכרה בראש הנזק החדש אינה רצויה, נראה שאין מקום להרחיב את ההלכה בהקשר של דיני עשיית עושר (אלא אם כן האינטרס בקוהרנטיות גובר על האינטרס בפתרון רצוי לגופו של עניין). לשיטת אלו המברכים על ההכרה בראש הנזק בהקשר הנזיקי, קשה לי לראות הבדל המצדיק את אי-אימוץ הפתרון בטקסט בהקשר הזה של דיני עשיית עושר.

212 ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 91–92.

213 כזכור, בחינה זו צריכה להיעשות במבט מלכתחילה, ובנוגע למצבי שיפור יש קושי להעריך שהזוכה אכן מעוניין בקבלת טובת ההנאה ובתשלום עבורה. קושי זה אינו קיים בנוגע לפעולה סבירה לשמירה על אינטרס קיים שלגביו העדפת הזוכה הנה ברורה.

214 כיוון שמטרת ההרעפה היא אלטרואיסטית, ממילא חיוב ההשבה צריך להיות נמוך יותר מהשווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה לזוכה. לו הייתה הזוכה נכנסת לעסקה מרצון, הסכום אותו היא הייתה משלמת היה נמוך מהשווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה שקיבלה.

ובנסיבות שבהן טובת ההנאה אינה כזו שלא ניתן לכפור בה, מעמידה את הזוכה במצב טוב מזה שהיה בו לפני קבלת טובת ההנאה. ייתכן אמנם שאפשר להצדיק תוצאה זו משיקולי נזק ראייתי. על פי הלך מחשבה זה, בהיעדר יכולת לכמת את השווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה, ובשל העובדה שפעולת המזכה היא זו שגרמה לקושי האמור, ראוי להטיל את ההפסד עליו. עם זאת, בדיני הנזיקין, בצד מצבים שבהם הנזק הראייתי הוביל לגלגול כל הנזק על שכמו של המזיק (לרבות נזק שלא הוא גרם)²¹⁵ אפשר למצוא גם מצבים שבהם הנזק נפסק בדרך של אומדן²¹⁶. אם אכן הגישה המודרנית נוטה לפתרונות של אמצע ולא לפתרונות של קצה²¹⁷, ייתכן שראוי שגם דיני עשיית עושר יצטרפו למגמה זו ויפסקו השבה על פי אומדן של השווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה שקיבל הזוכה.

(ב) נזק תוצאתי סובייקטיבי

חיוב הזוכה בהשבה עבור טובת הנאה שלא ביקש עלול להביא לנזק תוצאתי. בנסיבות שבהן לטובת ההנאה יש שווי שוק שניתן לממשו, חיוב בהשבה פוגע באוטונומיה של הזוכה בכך שהוא גורם לו להפסיד את הפער בין השווי הסובייקטיבי שהוא מייחס לטובת ההנאה לבין השווי האובייקטיבי שלה (אם השווי הסובייקטיבי נמוך יותר) ובכך שהוא מגביל את הנזילות של הזוכה (החייב לשלם עבור טובת ההנאה) או אף עלול לחייב אותו למכור את הנכס המושבח על מנת לעמוד בחיוב ההשבה. ראשית, אסקור את הפתרונות המוצעים בספרות לדילמה זו; שנית, אסקור את הפתרונות של הדין הישראלי לדילמה ולבסוף אציע כיצד הלכת עלי דעקה עשויה להשפיע על אימוץ פתרון משיביע רצון לדילמה, תוך הבחנה בין מצבים שבהם נשלל חיוב ההשבה לבין מצבים שבהם יש חיוב שכזה.

(1) גישות המלומדים

המלומדים חלוקים בדעותיהם באשר לשאלה אם ראוי לחייב את הזוכה בהשבה כאשר פעולת המזכה השביחה נכס של הזוכה בנסיבות שבהן הזוכה לא ביקש טובת הנאה זו והשבתה זו משתקפת בשווי השוק של הנכס, אך השבח טרם מומש. יצוין שהשאלה מתעוררת בעיקר בסיטואציות החורגות מהרעפה שלגביה הכלל

215 ראו לדוגמה ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89; ע"א 585/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (להלן: עניין נגר).

216 ראו לדוגמה ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38 (פסק הדין, המאוחר לעניין נגר, דן באותה סיטואציה — החמרת נזק גוף בשיעור לא ידוע — והגיע לתוצאה הפוכה מעניין נגר ללא אזכור של פסק דין זה); ע"א 304/68 גינוסר נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (שם דובר בנוק רכוש ובנסיבות שבהן דווקא הנזיק היה אחראי לנזק הראייתי).

217 ראו עניין מלול, לעיל הערה 94 (אימוץ דוקטרינת פיצוי על פי סיכוי שהיא ביטוי מובהק של מגמת אימוץ פתרונות אמצע).

בשיטות המשפט המקובל ובארץ הוא שאין השבה במצבי שיפור²¹⁸. באופן טיפוסי שאלת ההשבה מתעוררת כאשר המזכה פעל לקידום אינטרס עצמי או כאשר העביר את טובת ההנאה שלא מרצונו החופשי²¹⁹. Peter Birks דוגל בגישה המצמצמת את זכות ההשבה של המזכה רק לסיטואציות שבהן תוספת הערך מומשה²²⁰. Goff & Jones סבורים שככלל די בכך שתוספת הערך ניתנת למימוש וכי כנקודת מוצא אין זה בלתי סביר לדרוש מהמתעשר למכור את הנכס (אם יש צורך בכך) על מנת להשיב את טובת ההנאה. עם זאת, כאשר לנכס יש ערך ייחודי לבעלים (כגון מקרקעין), אין לחייבו בהשבה²²¹. בין שני קצוות אלו אפשר למצוא כמה עמדות ביניים: Andrew Burrows תומך בזכות להשבה כאשר קרוב למדי (Reasonably Certain) שהזוכה יממש את טובת ההנאה בעתיד²²². Maddaugh & McCamus סבורים שככלל יש מקום להשבה מקום שעלייה השווי ניתנת למימוש. עם זאת, כאשר דרישת המימוש מכבידה מדי על הזוכה, יש להטיל שעבוד על הנכס שימומש אם וכאשר הזוכה יממש את השבח²²³. פתרון דומה מוצע כאפשרות על ידי מלומדים אחרים²²⁴, כאשר בהקשר זה יש לזכור כי אפשר לאמצו כפתרון המרכזי בכל מקרה שיש עלייה ערך ללא מימוש, ולא רק במקרים שהשבה מיידית תכביד במיוחד על הזוכה. פתרון נוסף שהוצע בעבר על ידי Gareth Jones הוא חיוב בהשבה כאשר לזוכה אין בעיות נזילות, כך שהוא לא יצטרך למכור נכס על מנת לעמוד בחיוב להשיב²²⁵. כפי שחונך דגן מציין, עמידה על דרישת מימוש הרווח מעוגנת ברצון להגן על אוטונומיה הזוכה, להבדיל מרצון להגן על רווחתו, אינטרס המוגן דיו על ידי דרישה שתוספת הערך ניתנת למימוש²²⁶. מן הראוי לשים לב, שדרישה כזו של מגיעת כפיית עסקה על הזוכה מחייבת גם להטיל על המזכה

218 לעומת זאת, דוקטרינת ניהול עניין הזולת (negotiorum gestio) במשפט הקונטיננטלי רחבה מהגישה הנוהגת בארץ (הרחבה יותר מגישת המשפט המקובל) באפשרה השבה גם במקרי שיפור. ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 156.

219 למעשה, במידה מסוימת הקטגוריה הראשונה היא מקרה פרטי של הקטגוריה השנייה שכן בשני המקרים המגיע להעברת טובת ההנאה אינו קידום עניינו של הזוכה. כמוכר בחלק ה.2.א) להלן, המתח המתעורר בקטגוריה השנייה קיים גם בדיני הנוזיקין ובדיני החוזים בנסיבות שבהן פיצוי מלא של התובע יעמיד אותו במצב טוב יותר מזה שהיה בו עובר לעולה או להפריה. במצב דברים זה השאלה היא מי אמור לשאת בעלות של טובת ההנאה שהתובע מקבל כאשר התובע לא ביקש אותה והנתבע לא התכוון להעבירה.

220 Birks, *supra* note 205, at pp. 49–50.

221 ראו: Lord Goff of Chieveley & G. Jones *The Law of Restitution* (London, Sweet & Maxwell eds., 6th ed., 2002) at para 1-023–1-024.

222 ראו: Burrows, *supra* note 42, at p. 19.

223 P.D. Maddaugh & J.D. McCamus *The Law of Restitution* (Aurora, Ont, Canada Law Book, 1990) 43–44, 101–102.

224 ראו: Dagan "Ethics", *supra* note 28, at p. 144; H. McGregor *McGregor on Damage* (London, 17th ed., 2003) 35–171; McInnes, *supra* note 47, at p. 442.

225 G. Jones "Restitutionary Claims for Services Rendered" 93 *Law Q. Rev.* (1977) 273, 293.

226 Dagan "Ethics", *supra* note 28, at p. 144.

את הסיכון של שחיקת ערכה של טובת ההנאה. כך למשל, אם במועד השבחה הנכס שווי ההשבחה הוא 5,000 ש"ח ובעת המימוש שווי ההשבחה הוא 2,000 ש"ח, חיוב ההשבה צריך להיות מוגבל ל-2,000 ש"ח²²⁷. מטעם זה גם אין להשתמש כבסיס להשבה בגובה השבח בעת הענקת טובת ההנאה ולפסוק סכום זה במועד המימוש כשהוא מוצמד ונושא ריבית.

לאחרונה בפסק דין *Cressman v. Coys of Kensington*²²⁸ הובעה באנגליה תמיכה עקרונית בגישתם של גאף וג'ונס²²⁹. עם זאת, הכרעה בין הגישות השונות לא נצרכה לעניין, שכן בנסיבות המקרה הזוכה יכול היה בקלות להשיב את טובת ההנאה למזכה אך סירב לעשות זאת. נסיבות אלו מקלות על קביעת הממצא שיסוד ההתעשרות התקיים, בין על יסוד דוקטרינת טובת ההנאה שאין לכפור בה (כפי שנטה לסבור בית המשפט) ובין על יסוד דוקטרינת הקבלה מרצון של טובת ההנאה (שבית המשפט קבע שהתקיימותה היא גבולית, אולם לדעתי התקיימותה הברורה היא הסיבה האמיתית לקיום חובת ההשבה בנסיבות המקרה)²³⁰.

(2) עמדת המשפט הישראלי

מהו הדין בארץ? בכל הנוגע לקבלת שירות, בכפוף להסדרים בדבר שמירה על עניין הזולת²³¹, הרי בהיעדר קבלה מרצון של טובת ההנאה אין חיוב השבה בגינה²³². דין דומה חל גם על שיפור של נכס שאינו עולה בגדר בנייה ונטיעה במקרקעי הזולת, חיבור, ערוב ושיפור של מיטלטלין או זכויות²³³. פתרון זה מתבסס על הקושי להעריך את השווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה לזוכה. לעומת זאת, כאשר פעולת המזכה היא חיבור וערוב נכס טפל לנכס של הזוכה, או עיבוד של מיטלטלי הזולת הטפל לשווי המיטלטלין, הרי שיש חיוב

227 ראו: A.G. Spence "In Defence of Subjective Devaluation" 43 *McGill L.J.* (1998) 889, 918; McInnes, *supra* note 46, at p. 442.

228 *Cressman v. Coys of Kensington* [2004] 1 WLR 2775.

229 *Ibid.*, at p. 2791.

230 *Ibid.*, at pp. 2788, 2791–2792. בפרשה זו רכש הנתבע מכונית בדרך של מכירה פומבית. אף שההסכם כלל במפורש תניה שלפיה המכונית נמכרת ללא לוחית זיהוי אישית, הרי בשל רשלנות מנהלי המכירה הפומבית, ובשל הוראות החוק הרלוונטי, הרוכש הפך להיות גם הבעלים של לוחית הזיהוי האישית. בנסיבות אלו, פסק בית המשפט כי הרוכש חב בשיפור למנהלי המכירה הפומבית שחבו מצדם לבעלים עבור שווי לוחית הזיהוי האישית. שיתוף פעולה מצד הרוכש יכול היה להביא להעברת הלוחית חזרה לידי המוכרים. טענת הרוכש שלא התעשר כיוון שאין לו חפץ בלוחית וכיוון שהוא אינו מתכוון למכור אותה, או את הרכב, נדחתה.

231 ראו לעיל חלק ה.1.

232 ראו פרשת בנישתי, לעיל הערה 38. פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 91–92. אם כי, כאשר השירות ניתן בטעות ייתכן שתינתן לעתים השבה. ראו פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 888–891.

233 פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 236.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

בהשבה. חיוב זה הוא על פי הנמוך מבין השבת או השווי של הנכס (או העבודה) שהוספו²³⁴. הסדר מיוחד קיים באשר לבנייה ולנטיעה על מקרקעי הזולת. סעיף 21 לחוק המקרקעין, הקובע את ההסדר העיקרי לעניין זה מעניק לבעלים ברה בן דרישה מהמקים להשיב את המצב לקדמותו או קיום המחוברים תוך תשלום הסכום הנמוך מבין השקעת המקים בזמן הקמת המחוברים או שוויים בשעת השימוש בברירה. בורה ההריסה שיש לבעלים, מחסנת אותו למעשה מפני חיוב בתשלום עבור טובת הנאה כפוייה. אולם במקרקעין לא מוסדרים, חשוף הבעלים לעסקה כפוייה של מכירת המקרקעין למקים, בהתקיים שלושת התנאים המנויים בסעיף 23 לחוק המקרקעין²³⁵.

3) השפעת הלכת עלי דעקה
כיצד משפיעה הלכת עלי דעקה על כחינת צדקת הפתרונות שאומצו במשפט הישראלי? יש להבחין בין מצבים שבהם יש חיוב בהשבה לבין מצבים שבהם השבה נשללת.

i חיוב בהשבה: פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה
בסיטואציות שבהן הדין מטיל חיוב בהשבה על הזוכה, נכפית עליה עסקה ומתעוררת שאלת הנזקים בשל פגיעה זו באוטונומיה. נזקים אלו יכולים להיות תוצאתיים: הם עשויים להיגרם בשל הערך הסובייקטיבי שהזוכה מייחס לנכס במצבו המקורי (לדוגמה טבעת שעברה במשפחה ושוונתה בהליך של עיבוד, או שהוספה לה אבן), מאחר שהשווי הסובייקטיבי של הנכס המושבח נמוך בעיני הזוכה מגובה החיוב בהשבה, ובשל הנזקים הנגרמים מהפסדי הנזילות ואולי מהצורך למכור את הנכס המושבח כדי להשתחרר מטובת ההנאה שנכפתה²³⁶. מכל מקום, גם אם החיוב בהשבה אינו גורם לכל נזק תוצאתי, בכל זאת חיוב כזה שולל את כוח הבחירה של הזוכה בכך שהוא מעביר אותו ממצב דברים א' למצב דברים ב'. העובדה שהזוכה אדיש, לפי הנחתנו, למצבי הדברים מבחינת תוצאותיהם, אינה אמורה לשלול את זכאותו לפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה שלו. ראש הנזק של שלילת כוח הבחירה מעניק זכאות לפיצוי, גם כאשר התובע היה בוחר אותה בחירה לו היו בידיו כל הנתונים, כלומר מצב שבו ex ante, הוא מעדיף את המצב שאלי

234 ס' 4(ב) לחוק המיטלטלין מחייב את הזוכה בהשבת "הסכום שזכה בו ברכישת המיטלטלין הטפלים". פרידמן סבור שאם החיבור נעשה שלא בהסכמת הזוכה, צריך גובה התשלום להיות הנמוך מבין שווי המיטלטלין הטפלים או תוספת הערך לנכס אליו חוברו. פרידמן, שם, בע' 252.

235 תנאים אלו הם סברת המקים בתום לב כי הוא בעל המקרקעין. הסכום שהמקים השקיע במחוברים עולה על שווי המקרקעין בלי המחוברים ורכישת המקרקעין על ידי המקים אינה עלולה לגרום לבעל המקרקעין נזק חמור שאינו ניתן לפיצוי על ידי תשלום שוויים.

236 שאלת האיוון הראוי במקרים כאלו חורגת מהיקף החיבור הנוכחי. עקרונית, אפשר להביא נזק זה בחשבון בעת חישוב שיעור ההשבה.

הוכפף על ידי הנתבע מהמצב הקיים ולא רק מצב שבו הוא אדיש לבחירה בין מצבים אלו. יישום הכרת ראש הנזק של שלילת כוח הבחירה שהוכר בפרשת עלי דעקה מחייב אפוא שעל שלילת כוח הבחירה יינתן פיצוי²³⁷. השאלה אם תוצאה כזו רצויה ומהו שיעורו של הפיצוי הראוי צריכה לקבל מענה קונטקסטואלי בהתאם לחשיבות ההגנה על אוטונומיית הזוכה בהקשר הטיפוסי שבו השאלה מתעוררת.

ii היעדר השבה: אי-מתן פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה

במצבים שבהם ההשבה נשללת מן הראוי שלא לחייב את המזכה בפיצוי הזוכה עבור שלילת כוח הבחירה שלו. מושגית, אפשר וראוי להבחין בין נזק תוצאתי הנובע מחיוב ההשבה, לבין הנזק של שלילת כוח הבחירה²³⁸. לפיכך, העובדה שבהיעדר חיוב בהשבה, אין לזוכה נזק תוצאתי בעקבות התערבות המזכה, עקרונית אינה אמורה לשלול את זכותו לפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה (שמוניח ממילא שהתובע חפץ בתוצאה שהושגה). עם זאת, נראה לי שתוצאה זו מחמירה יתר על המידה עם המזכה. זאת יש לזכור, כהיעדר קשיים ראייתיים, אידאל השבת המצב לקדמותו יכול לעתים להצדיק את חיוב הזוכה בהשבה בהתבסס על השווי הסובייקטיבי של הזכייה (ובניכוי פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה). רק היעדר היכולת לקבוע מהו שוויה של טובת הנאה זו, פוטר את הזוכה מהשבה, אף שהתוצאה היא שהזוכה מתעשר על חשבון המזכה (אם כי, התעשרותו כדיון). בנסיבות כאלו, חיוב המזכה בפיצוי הזוכה על שלילת כוח הבחירה נראה לי כהחמרת יתר בלתי ראויה עם המזכה.

iii היעדר השבה: מעבר להשבה בדרך של אומדן תוך התחשבות בפגיעה באוטונומיה?

בנסיבות שבהן דיני עשיית עושר שוללים השבה מתוך שיקולי כיבוד אינטרס האוטונומיה של הזוכה, אפשר לתהות אם פתרון אחר אינו מאזן באופן ראוי יותר את האינטרסים של הצדדים. על פי פתרון כזה, הנתמך בהלכת עלי דעקה, בית המשפט יעריך בדרך של אומדן, ועל הצד הנמוך, את השווי הסובייקטיבי של טובת ההנאה שהתקבלה (ותוך התחשבות בנזק התוצאתי שחיוב ההשבה יגרום לזוכה), וינכה מחיוב זה סכום שישקף את שלילת כוח הבחירה של הזוכה. אלו הסבורים כי פתרון כזה אינו מגן מספיק על אינטרס הרווחה והאוטונומיה של הזוכה, עשויים להסכים לפתרון המחייב את הזוכה בהשבה בשיעור עליית השווי האובייקטיבי של הנכס ותוך ניכוי הנזק התוצאתי של כפיית העסקה עליו (כגון אבדן נזילות) והנזק של שלילת כוח הבחירה. ההכרעה בין הפתרונות האפשריים היא תלוית נסיבות,

237 ככל שניתן פיצוי על נזק תוצאתי בשל החיוב בהשבה (פיצוי שאינו ניתן על ידי הדין הקיים), כך הפיצוי בשל שלילת כוח הבחירה צריך להיוסף לו.

238 הניתוח כאן דן במצב הדברים הרגיל שבו טובת ההנאה שהתקבלה, בהיעדר חיוב לשלם עבורה, רצויה לזוכה מבחינה סובייקטיבית. במידה שטובת ההנאה אינה רצויה לכשלעצמה, עקרונית הוא זכאי לקבל פיצוי בגין התערבות זו.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

וההקשרים השונים שבהן שאלת החיוב בהשבה מתעוררת מחייבים דיון נפרד החורג מהיקף מאמר זה. מטרתי כאן אינה להציע להחליף את הפתרונות הנוהגים בפתרון דמוי-עלי דעקה, אלא להציע שקשת הפתרונות האפשריים מתרחבת וכי אפשר לשקול אימוץ פתרונות ביניים של חיוב חלקי בהשבה תוך ניכוי הפגיעה משלילת כוח הבחירה (כמו גם פגיעות אחרות תוצאתיות). למעשה, גמישות שכזו אפשרית לא רק בשל ריכוז הדרכים לחישוב שיעור ההשבה, אלא גם בשל קיום ההגנה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר שמאפשרת לבית המשפט להפעיל שיקול דעת רחב אם לשלול ההשבה, באופן מלא או חלקי.

הכרה בחשיבותה של אוטונומיה, אינה מחייבת את שלילת הזכות להשבה או אפילו את דחיית מועד ההשבה למועד מימוש הנכס. אמת, רק פתרון שכזה יבטיח שאין כל פגיעה באוטונומיה של הזוכה. עם זאת, כנגד אוטונומיה הזוכה עומדת אוטונומיה המזכה ורווחתו, שאף הן נפגעות אם אין חיוב בהשבה (או שחיוב כזה נדחה) עבור טובת ההנאה שהועברה. בטרמינולוגיה של קלברזי ומלמד²³⁹, שלילת ההשבה כל עוד עליית הערך לא מומשה היא כלל של קניין. אולם, הגנה על ערך האוטונומיה – חופש הבחירה של הזוכה וזכותו שלא להיכנס לעסקה כפויה – עשויה להיעשות גם על ידי כלל של אחריות. כלל שכזה יאפשר לכפות עסקה על הזוכה שתשמר את רווחתו ושתפצה אותו על הפגיעה בחופש הבחירה שלו. פתרון שכזה, מגן על היבט אחד של אינטרס האוטונומיה – שלא להימצא במצב דברים הנחות סובייקטיבית לסטטוס קוו בשל התערבותו של אחר. מתן פיצוי, ולו בדרך של אומדן עבור נזקיו התוצאתיים של הזוכה בשל חיובו בהשבה, אמור להגן על הערך הסובייקטיבי שהוא מייחס לנכסיו. בנוסף, פתרון כזה יכול להגן גם על ההיבט האחר של אינטרס האוטונומיה שעניינו שלילת כוח הבחירה – העברת הזוכה למצב דברים שבו הוא חפץ, מבלי שנשאל על כך, בנסיבות שבהן יכול היה להישאל.

אפשר להדגים גישה זו באמצעות ניתוח מחלוקתם של פרופ' פרידמן ופרופ' דגן באשר לשאלה אם בנסיבות של שמירה על אינטרס הזולת, זכאות המזכה להשבה נשללת כאשר הייתה לזוכה סיבה סבירה נסתרת להתנגד לפעולת המזכה. פרידמן סבור שהסיכון מוטל על המזכה, ואילו דגן סבור שהמזכה זכאי להשבה²⁴⁰. הרציונל של הלכת עלי דעקה מאפשר פתרון ביניים: חיוב הזוכה בהשבה תוך ניכוי סכום מסוים המשקף את הנזק התוצאתי שנגרם לזוכה עקב החיוב בהשבה. ודוק, כאשר הזוכה מרוצה בדיעבד מפעולת ההתערבות, אין מקום לפסוק לו

239 ראו: G. Calabresi & A.D. Melamed "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 Harv. L. Rev. (1972) 1089.

240 פרידמן, לעיל הערה 194, בע' 158; ח' דגן "הפועל לשמירת עניין הזולת" משפטים כד (תשנ"ה) 463, 496–498. מחלוקת זו נגזרת כמובן מהמשקל שראוי לייחס לאינטרס החירות השלילית של הזוכה ולאזון של אינטרס זה עם אינטרס האוטונומיה של זוכים פוטנציאליים אחרים (שיעדיפו כלל של השבה על מנת לתמרץ מזכים פוטנציאליים) ועם האינטרס של עידוד אלטרואיזם.

פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה בנסיבות שבהן לא היה אפשר לברר את דעתו קודם להתערבות. אולם, כאשר הזוכה מתנגד להתערבות מטעמים שהמזכה לא יכול היה לדעת עליהם וכאשר המזכה לא יכול היה לברר את רצונו האמיתי של הזוכה, פתרון אפשרי הוא לחייב את הזוכה בהשבה חלקית תוך פיצוי הזוכה עבור הנזק התוצאתי (הסובייקטיבי או האובייקטיבי) שנגרם לו. עוד יצוין שאין מניעה לנכות מהחוב בהשבה סכום המשקף רק באופן חלקי את הנזק שנגרם לזוכה עקב פעולת ההצלה.

2. דיני פיצויים: קיזוז טובת הנאה

(א) הצגת הסיטואציות הטיפוסיות

בדיני נזיקין ובדיני חוזים, לעתים אותו מעשה העולה כדי עוולה או הפרת חוזה הביא גם רווח לתובע. בנסיבות אלו מתעוררת השאלה אם יש לקזז מהפיצוי המגיע לתובע את טובת ההנאה שקיבל. מחד גיסא, הרעיון התרופתי של דיני הפיצויים במשפט הפרטי המתבסס על רעיון השבת המצב לקדמותו, מחייב לכאורה קיזוז כאמור. מאידך גיסא, ישנם מצבים שבהם קיזוז טובת ההנאה יכפה עסקה על התובע — אם קיזוז כאמור יותר, הנתבעת תכפה עליו עסקה של פגיעה באינטרס אחד (שעליו הוא מקבל פיצוי חלקי) והשבחת אינטרס אחר (שעליו הוא נאלץ לשלם בדרך של קיזוז מהפיצוי המגיע לו). במצבים אלו מתעורר קושי הדומה לזה המתעורר בדיני עשיית עושר, מקום שהתובע העביר טובת הנאה לנתבע מבלי שהתבקש ומבקש לחייב את הזוכה בהשבה עבור כך. הסיטואציות שבהן מתעורר הצורך לקזז טובת הנאה כנגד הנזק שנגרם לתובע הן מגוונות. בדיני חוזים הקשר אחד שבו השאלה מתעוררת הוא כאשר צד החייב בהשבה השביח את הנכס. בנסיבות אלו, ולנוכח ברירת הנפגע לתבוע השבה בעין, מתעוררת השאלה אם יש להתנות את ההשבה בעין בתשלום עבור השבח. התנאה כאמור, כופה על הנפגע אחת משתיים: הימנעות מהשבה בעין וקבלת השבת שווי, כלומר אבדן הברירה המוענקת לו על פי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970²⁴¹, או חיוב לשלם עבור השבחה שבה לא חפץ. התנאה אכיפה בתשלום שבח כאשר המפר השביח את הנכס המועבר מכפיפה את הנפגע לברירה דומה של הסתפקות בפיצויי קיום או שינוי תנאי החוזה המקורי²⁴². באופן דומה, התנאה ביצוע בקירוב בהוספת תשלום מכפיפה אף היא את הנפגע לאותה ברירה²⁴³.

241 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

242 בהקשר זה מתעוררת השאלה אם לנפגע יש זכות לאכיפת החוזה. אם אין לו זכות כזאת, הכפפתו לברירה של אפיק פיצויי הקיום או תשלום בעד השבח אינה פוגעת באינטרס אוטונומיה מוגן שלו. השור דגן "הזכות לפירות ההפרה", לעיל הערה 40, בע' 621-622.

653-657; מדינה, לעיל הערה 96, בע' 727-733.

243 ראו ע"א 2686/99 איזמון נ' קדמת עדן, פ"ד נה(5) 365.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

קיצוץ טובת ההנאה מעורר קשיים רציניים יותר בדיני הנזיקין. ראשית, דיני הנזיקין מגנים על אינטרסים שלגביהם חשוב יותר לשמר את האוטונומיה של התובע. שנית, בדיני חוזים טובת ההנאה והנזק ניתנים לרוב ביתר קלות לכימות ולמימוש ומכאן שהנזק לאוטונומיה משמעותי פחות. מצב נזיקי אחד שבו מתעוררת שאלת הקיצוץ והאנלוגי למצב החוזי הוא השבחת נכס על ידי גזולן והשפעת השבחה זו על זכות הבעלים לצו השבה בעין של הנכס להבדיל מפסיקת שווי. קבוצת מקרים אחרת מעוררת את שאלת הפחת או החדש במקום ישן. כאשר המזיק פגע בנכס ישן של הניזוק וכאשר תיקון אינו אפשרי ונכס חלופי משומש אינו בנמצא או שהוא אינו מהווה תחליף הולם, מתעוררת השאלה אם הפיצוי צריך לאפשר רכישת נכס חדש או שהוא צריך לשקף את שווי של הנכס המושמש²⁴⁴. הניזוק יכול לטעון כי לא התכוון להחליף את הנכס ומכל מקום, לא התכוון להחליף את הנכס במועד הנוכחי. קושי דומה מתעורר כאשר נכותו של הניזוק מצריכה דיור חלופי. שווי ההוני של דיור שכזה עשוי לעלות על שווי מגוריו הנוכחיים של הניזוק ובהתחשב בעובדה ששווי זה הוא תוספת קבועה לנכסי הניזוק ולעובדו, מתעוררת שאלה אם המזיק צריך לשלם על הפרש שווי זה²⁴⁵. בקבוצה אחרת של מקרים פעולת המזיק שגרמה לנזק הביאה גם לתועלת או למניעת נזק חלופי. כך למשל טיפול כפוי העשוי לעלות כדי תקיפה עשוי להביא לשיפור מצבה הבריאותי של התובעת²⁴⁶ ותקיפת הניזוק עשויה למנוע ממנו מלעלות על ספינה שנטרפה ובכך למצוא את מותו²⁴⁷.

ב) השפעת הלכת עלי דעקה

השאלה מהו הפתרון הראוי במצבים מעין אלו היא נכבדה וטעונה דיון נפרד. קשת הפתרונות האפשריים כוללת היעדר קיצוץ או קיצוץ מלא כשני פתרונות קצה ובתווך פתרונות ביניים כגון חיוב המזיק בעלות אבדן השימוש החלופי בכסף שהתובע הפסיד בעקבות רכישת טובת ההנאה הכפויה, או הטלת חיוב השבה נדחה למועד מימוש טובת ההנאה היכול להיות מגובה כשעבוד על הנכס²⁴⁸. הגיונה של הלכת עלי דעקה מציע פתרון אפשרי נוסף: קיצוץ טובת ההנאה תוך מתן פיצוי עבור הפגיעה באוטונומיה של הניזוק בעקבות כפיית טובת ההנאה עליו. בהקשר זה,

244 ע"א 273/80 מדינה נ' כהן, פ"ד לז(2) 29, 45-46; ע"א 2904/92 עיריית תל-אביב-יפו נ' עיזבון לטרהוץ, פ"ד נ(1) 754, 768-772 (להלן: עניין לטרהוץ). השו"ר ע"א 6449/96 מ"י נ' קיבוץ נירים, פ"ד נב(2) 247.

245 ע"א 570/73 ברון נ' בן מרג"י (לא פורסם) (עותק שמור במערכת) (להלן: פרשת ברון או הלכת ברון); ע"א 283/89 עיריית חיפה נ' מוסקוביץ, פ"ד מז(2) 718, 733; קציר, לעיל הערה 141, בע' 779-785.

246 פרשת כרמלי, לעיל הערה 131, בע' 772.

247 Restatement, *supra* note 117, §920 III 8.

248 השו"ר לסקירת הפתרונות המוצעים בפרדיגמת עשיית העושר, לעיל חלק ה.1.1(1).

יש להבחין בין פיצוי עבור נזקים תוצאתיים בעקבות הפגיעה באוטונומיה לבין פיצוי עבור שלילת כוח הבחירה עצמו.

הפתרון האמור יודגם בהקשר של סוגיית הדיור החלופי לניזוקים שניזוקו נזק גוף. הבה נניח שניזוק כזה נאלץ לעבור מדירת שני חדרים בבנין ישן הממוקמת בשכונה מסוימת, לדירת ארבעה חדרים בבנין חדש בשכונה מטופחת יותר. ההפרש ההוני בין שתי הדירות, או למצער חלקו²⁴⁹, הוא בגדר טובת הנאה שהניזוק קיבל. כנגד טובת הנאה זו אפשר לזהות שורה ארוכה של נזקים. ראשית, עצם שלילת כוח הבחירה באיזו דירה להתגורר. שנית, אבדן הערך האישי של הדירה הישנה והצורך להסתגל לדירה חדשה ולשכונה חדשה. שלישית, אבדן הקשרים החברתיים שהיו לניזוק בשכונה הישנה. נזקים אלו קיימים גם אם מהפיצוי המשולם לניזוק לא תקוּזו עליית השווי ההוני של הבית. אם יהיה קיזוז יווספו לניזוק הנזקים הבאים: רביעית, שלילת כוח הבחירה כיצד להוציא את כספו. חמישית, עלויות המימון של ההסדר²⁵⁰. שישית, חשיפה לירידת הערך של תוספת השווי של הדירה ביחס לסכום שהושקע²⁵¹. שלושת הנזקים הראשונים

249 אפשר לסבור שכיוון שעצם הצורך בשני חדרים נוספים התעורר בשל הפגיעה, הרי שהפרש השווי הנובע מכך הוא עלות שהמוק נדרש לשאת בה מכוח עקרון השבת המצב לקדמותו. על פי גישה זו, הפרש השווי המהווה טובת הנאה, הוא מה שכונה באחד מפסקי הדין באנגליה אפקט הרולס רויס – העובדה שהמדור החלופי הוא חדש יותר, ברמה גבוהה יותר ובשכונה מטופחת יותר. עם זאת, הפרש השווי הנובע בשל קיום שני החדרים הנוספים, נדרש מכוח השבת המצב רק למשך התקופה שבה יתגורר הניזוק בדיור החלופי. לאחר תקופה זו (שלצורך הפשטות ניתן לזהות עם תום תקופת חי הניזוק), תוספת שווי זה לעצובו הוא בגדר התעשרות ולא בגדר השבת מצב כפשוטה. באנגליה כל תוספת שווי כזאת נחשבת כטובת הנאה (והפתרון שאומץ הוא פסיקת ריבית לניזוק על ההפרש בין שווי הנכסים למשך תקופת מגורי הניזוק במדור החדש. ראו: McGregor, *supra* note 140, at p. 1263; *Thomas v. Brighton Health Authority* [1999] 1 A.C. 345). בארץ, פסק הדין המרכזי שדן בסוגיה זו נותן אינדיקציות סותרות. מחד גיסא, משתמעת גישה שלפיה רק אפקט הרולס רויס הוא בר קיזוז. ראו פרשת ברון, לעיל הערה 245, בע' 6 לפסק הדין ("העיקרון היסודי של הפיצוי הוא להחזיר עד כמה שאפשר את מצב הניזוק לקדמותו. יישום העיקרון הזה לגבי הדיור מחייב את המשיבים להעמיד לרשות המעצרת דירה יותר גדולה ומותאמת לצרכיה המיוחדים, אבל בטיב קרוב עד כמה שאפשר לזה שיש לה, ולא דווקא בבנייה חדשה באיזור יותר יקר ובשיכלולים פנימיים שהם נחלת הבנייה המודרנית ושאינם כורח צרכיה המיוחדים של המעצרת"). מאידך גיסא, אינדיקציה זו אינה חד משמעית משום שבהמשך פסק הדין מצייני השופט ברנזון כשיקול שההשקעה הנדרשת לשם רכישת הדירה החדשה אינה הולכת לאיבוד ונשארת רכוש של המעצרת. בית המשפט פוסק שראוי לקחת בחשבון את הפסד הרווחים מההשקעה חלופית הנגרם בשל הצורך להשתמש בכספים לשם רכישת הדיור החלופי. שם, בע' 7.

250 אם הניזוק אינו צריך לקחת הלוואה על מנת לממן את עליית השווי, הנזק תוצאתי הוא אבדן שווי השימוש בכסף – קרי אבדן פירות השקעת הכספים. אם הניזוק צריך לקחת הלוואה, הנזק התוצאתי הוא עלויות המימון של הלוואה זו.

251 כך, למשל, אם כיום המעבר השווי של טובת ההנאה (שלצרכי פשטות נניח שהוא הפרש השווי בין הדירה הישנה לחדשה) הוא 200,000 דולר ובימים פטירת הניזוק השווי הוא 150,000 דולר, חיוב הניזוק בתשלום עבור טובת ההנאה במועד פסיקת הפיצוי גורם לניזוק

שייכים להערכה סובייקטיבית נמוכה של התמורה הנגרמת שקיבל הניזוק בעסקה הכפויה. שלושת הנזקים האחרונים, שייכים לעלות הנשיאה בתמורה העצמית – החיוב לשלם עבור טובת ההנאה שלא התבקשה²⁵². הנזקים הראשון והרביעי הם נזקים הנובעים מעצם שלילת כוח הבחירה, בלי קשר לשאלה אם עסקה כפויה זו מערבת הפסדים תוצאתיים או לא²⁵³. שאר הנזקים הם נזקים תוצאתיים בשל העסקה הכפויה. מסקנה ישירה מהלכת עלי דעקה היא שיש לפצות את הניזוק על שלילת כוח הבחירה שלו באשר למעבר לדירה החדשה ואם יש חיוב בהשבה עבור הפרשי השווי, עבור שלילת כוח הבחירה שלו כיצד להוציא את כספו. מסקנה עקיפה מהלכת עלי דעקה היא שיש לפצות את הניזוק על נזקי התוצאתיים בשל המעבר ובשל החיוב לשלם עבור טובת הנאה זו.

על פי הלכת עלי דעקה, אף אם לגוף העניין היה התובע בוחר ברכישת טובת ההנאה מרצונו החופשי, בכל זאת הוא זכאי לקבל פיצוי בשל העובדה שכוח הבחירה שלו נשלל. כך למשל, גם אם אכן התובע מרוצה מהמעבר לדירת מגורים מרווחת יותר ובעלת שווי הוני נוסף, הרי המעבר בשל התאונה שלל ממנו את היכולת לבחור שלא לעבור לשם, ועל פגיעה זו מגיע לו פיצוי.

בנוסף, אין מקום להנחה גורפת שלפיה התובע אכן מרוצה מהמעבר לדירה החדשה. כפי שהניתוח לעיל הראה, חיוב התובע לשלם עבור הפרש השווי ההוני מחייב אותו להוציא חלק ממשאביו על טובת הנאה שאין וודאות שהוא מעוניין לקבלה. מובן, שבנסיבות כאלו, הפגיעה באוטונומיה משמעותית יותר. מדובר לא רק בשלילה ערטילאית של כוח הבחירה, אלא בשלילת האפשרות לרכוש טובות הנאה חלופיות בסכום הכסף שנאלץ התובע להוציא ממשאביו לשם תשלום עבור טובת ההנאה העודפת. מכאן, שמקל וחומר אם מכירים בפיצוי עבור שלילת כוח הבחירה גרידא, יש לפצות עבור נזקים תוצאתיים של הפגיעה באוטונומיה. לבסוף, בהקשר הספציפי של מעבר דירה, רלוונטי במיוחד סוג אחר של הפסדים

נזק של 50,000 דולר. שימו לב שהניזוק אינו יכול להגן על עצמו מפני ירידת שווי זו על ידי מכירת הדירה ומעבר לדירה קטנה יותר וזאת בניגוד למצב רגיל שבו הניזוק יכול לבצע עסקאות שיגנו עליו מפני שינוי תנאי השוק.

252 ראו לעיל חלק ב.3.

253 כמצוין לעיל, גם נזקים אלו יכולים להיות תוצאתיים – רגשות כעס ותסכול בשל שלילת כוח הבחירה (להבדיל מכעס ותסכול בשל התאונה). רגשות כעס ותסכול בשל תוצאות שלילת כוח הבחירה מעוררים קשיי סיווג. כך, עוגמת הנפש עקב הנזק השישי – ירידת השווי היחסי של טובת ההנאה שנכפתה על הניזוק – עשויה להיחשב כחלק מהנזק התוצאתי של שלילת האוטונומיה. ככל שיש רגשות כעס כיוון שנוק זה נגרם בשל עסקה שנכפתה על הניזוק, ייתכן שנוק זה הוא נזק תוצאתי בגין עצם שלילת כוח הבחירה. נזק תוצאתי כזה עשוי להיבחן על פי מבחן סובייקטיבי (מה חשה הניזוקה הספציפית) או אובייקטיבי (מה חש הניזוק הסביר עקב שלילת כוח הבחירה). בנוסף, על פי המבחן האובייקטיבי-קנייני, לנזק בשל שלילת כוח הבחירה עשוי להיות ערך עצמאי המנותק מהתחושות ששלילת כוח בחירה כזו מעוררת בניזוקה.

לא ממוניים הנובעים מהמעבר הכפוי לדירה אחרת²⁵⁴. כידוע, מחקרים אמפיריים רבים מצביעים על הערך האישי והפסיכולוגי של בית המגורים לבעליו ולגרים בו²⁵⁵. מחקרים אלו נתמכים גם בתשתית תאורטית של קניין כאישיות²⁵⁶. המעבר הכפוי לבית מגורים אחר, ולו בעל שווי הוני גבוה יותר או נוח יותר על פי סטנדרט אובייקטיבי, גורר את אבדן הערך האישי הנ"ל (הכולל נוחות, הכרה והתמצאות) לרבות התרפה אפשרית של הטרומה הנגרמת ממילא בעקבות הנכות המחייבת את המעבר²⁵⁷. בנוסף, מעבר למיקום אחר עלול להשפיע גם על רשת הקשרים החברתיים של הניזוק. השינוי הכפוי הוא לא רק לגבי הדירה עצמה אלא גם לגבי שכנים וחברים הגרים בקרבת מקום. נזקים אלו צריכים להילקח בחשבון ולהיזקק כנגד טובת ההנאה שנכפית על הניזוק (אם מאומצת עקרונית הגישה שראוי להפחית טובת הנאה זו מהפיצוי). עיון בפסיקה מלמד ששיקולים אלו לא זכו לליכון מעמיק ולרוב הם אינם מוזכרים בהנמקה. אם כי, ככל שהפסיקה מתבססת על אומדן, ייתכן ששיקולים אלו מובאים בחשבון ולו באופן בלתי מודע על ידי השופטים הפוסקים את גובה הפיצוי²⁵⁸.

בהקשר זה יש להבחין כמובן בין מצבים עובדתיים שונים. מחד גיסא, לא הרי נזקו של מי שנפגע בצעירותו בטרם רכש בית, כהרי מי שנפגע לאחר שרכש בית וחי שם שנים רבות. מאידך גיסא, הניתוח שלעיל מציע שבעלות אינה חזות הכל. גם מי שנאלץ להחליף דירה שכורה בדירה אחרת עלול לסבול מנזקי המעבר הכפוי (Dislocation) ובהקשר זה, משך המגורים בדירה, וההמשך המתוכנן של הישארות באותה דירה הם פרמטרים רלוונטיים להערכת הנזק הנובע מהצורך לעבור דירה²⁵⁹. אבדן הערך האישי של מי שאיבד דיירות מוגנת שונה הן מאבדן

254 נזק זה אינו בהכרח ייחודי רק לדירת מגורים, אולם הוא משמעותי במיוחד לגביה.
255 ראו א' זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית" משפטים לד (חשס"ד) 91, 134-135 (סקירת ספרות המתארת קיום הנאה המופקת מעצם הבעלות בבית מגורים לרבות מחקרים המצביעים על קשר בין מגורים בשכירות לתופעות כמו נשירת ילדים מבית הספר); Lorna Fox "The Meaning of Home: A Chimerical Concept or a Legal Challenge?" 29 J. L. & Soc. 580 (2002) (סקירת מחקרים אמפיריים בין תחומיים המצביעים על חשיבות הבית לבעליו כמבנה, כטריטוריה, כביטוי לזהות וכמרכז לקידום קשרים חברתיים ותרבותיים).

256 Radin, *supra* note 186.
257 דברים אלו נכונים לגבי מעבר דירה (או התאמה משמעותית בדירה הקיימת) בשל נזק גוף. שינוי דיור עלול להתחייב בעקבות נזק רכוש לבית עצמו. השוו לעניין לטרהויז, לעיל הערה 244.

258 ראו את סקירת פרשת ברון, לעיל הערה 249.
259 בהקשר זה יש להבחין בין שתי טענות. האחת, ייתכן ערך אישי לזכות שכירות בדירה. אמנם ערך זה צפוי להיות נמוך יותר מהערך האישי של בעלים, אולם אין להניח שערך זה אינו קיים. מה עוד שפורמלית, זכויות הנחשבות כבעלות הן למעשה במקרים רבים זכויות חכירה. בהקשר זה אורך תקופת השכירות וההכנה החברתית של משמעות הזכות רלוונטיים לצורך הערכת השווי האישי. השנייה, חלק מהנזקים בעקבות המעבר הכפוי – כגון ריחוק משכונה ומשכנים מסוימים – הוא חיצוני לשאלת זכות הניזוק בנכס הקודם.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

זכות בעלות והן מאבדן זכות שכירות. בהקשר זה, מתעוררת שאלת מדיניות אם ראוי לצפות מבית המשפט שיחשב במפורט את היקף הנזקים או שיתפק בפיצוי בדרך של אומדן. אני נוטה לתמוך בפיצוי בדרך של אומדן, אולם מן הראוי שהאומדן יושפע מהפרמטרים הרלוונטיים.

לסיכום נקודה זו, אם אכן מאומץ פתרון שלפיו יש מקום לקזז את טובת ההנאה של התוספת ההוגית לנכסי הניזוק בעקבות המעבר לדיור החלופי (ואיני מביע כאן דעה אם קיזוז כאמור הוא אכן רצוי) הרי שיש מקום להפחית מקיזוז זה את נזקי התובע בשל שלילת כוח הבחירה שלו להיכנס לעסקה כזו, וכן להפחית נזקים תוצאתיים בשל אותה עסקה. מסקנה דומה מתבקשת בנסיבות האחרות שבהן מקוזזת טובת הנאה מפיצויים המשתלמים על פי דיני הנזיקין והחוזים.

3. דיני נזיקין²⁶⁰: אבדן כושר השתכרות

בדיני נזיקין, אימוץ הלכת על דעקה באופן שיטתי יכול להשפיע על פתרון המחלוקת שהתגלעה בפרשת ברששת²⁶¹, שם, המחלוקת העקרונית²⁶² הייתה אם מי שמאבדים את כושר השתכרותם בעקבות תאונה, כאשר נתון כי הם לא תכננו לעבוד בעתיד, זכאים לפיצוי עבור אבדן כושר ההשתכרות. השופט שילה סבר כי מדובר בנכס האובד לבעליו ולכן השיב בחיוב ואילו השופט ברק סבר (כשהשופט לנדאו נטה להצטרף לדעתו) כי שווי הנכס במקרה כזה הוא אפס, בשל היעדר הכוונה לממש את פוטנציאל ההשתכרות. הלכת על דעקה מאפשרת פתרון ביניים לשאלה שבמחלוקת. בדומה למקרה בפרשת על דעקה, אין קשר סיבתי בין ההפסד הכלכלי מאי-ההשתכרות העתידית לתאונה, שכן התובעים היו בוחרים שלא לעבוד בכל מקרה. אולם, בדומה לעלי דעקה, התאונה שוללת מהתובעים את האפשרות לבחור שלא לעבוד. אפשרות זו הייתה בידי התובעים לפני התאונה ונתאנה בשל התאונה, ועל פגיעה זו באוטונומיה אפשר ואולי ראוי לפצות את התובעים.

בשולי הדברים אציין ששאלת קיזוז טובת הנאה עשויה להתעורר גם בהקשר זה. מי שמחליט שלא לעבוד מתוך בחירה, עשוי להיות חשוף לגינוי חברתי בשל בחירה זו. כמובן זה התאונה משפרת את מצבו של הניזוק בכך ששלילת כוח הבחירה שלא לעבוד מן הסתם תקטין את הגינוי החברתי שמימוש כוח בחירה זה מביא על התובע. כנגד טענת הנתבע שיש לקזז טובת הנאה זו מהפיצוי על פגיעה

260 פגיעה באוטונומיה היא ההצדקה המוצעת על ידי פורת ושטיין לפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי שהם מפתחים. עם זאת, דוקטרינת הנזק הראייתי מתבססת בבירור על הנזק התוצאתי ששלילת המידע מהנתבע גרמה לו – אבדן תוחלת התביעה שלו. ראו א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191, 206–207.

261 פרשת ברששת, לעיל הערה 27.

262 בנסיבות המקרה נקבע שלא היה בסיס למסקנה שהתובעת בוודאות לא הייתה עובדת בעתיד ולכן הוויכוח היה בגדר אמרת אגב.

באוטונומיה תיתכן טענת התובע של פגיעה באוטונומיה מסדר שני. התובע יכול לטעון שהוא לא ביקש התערבות זאת בענייניו (עסקה של שלילת כוח הבחירה שלא לעבוד כנגד הקטנת הגיוני החברתי הכרוך בבחירה שלא לעבוד) ולכן על פגיעה זו באוטונומיה (של היכולת לבחור שלא להיכנס לעסקה כזו) מן הראוי לפצות את התובע.

4. דיני חוזים ודיני הגנת הצרכן: הטעיה ו"עלול להטעות"

א) דיני חוזים

לכאורה, על פי הגיונה של הלכת עלי דעקה יש מקום לפצות כל מי שנכנס לחוזה עקב הטעיה שהטעהו הצד השני, גם אם לא מתקיימת דרישת הקשר הסיבתי, דהיינו, אף אם המוטעה היה נכנס לאותו חוזה גם אלמלא ההטעיה. דין דומה אמור לחול על טעות הידועה לצד שני בנסיבות שבהן היה הצד השני נכנס לאותו חוזה. בדומה למצב בפרשת עלי דעקה, ההטעיה או אי-הגילוי לא גרמו נזק ממוני למוטעה. עם זאת, ההטעיה שללה מהמוטעה מידע רלוונטי שיכול היה להשפיע על ההחלטה אם להתקשר בחוזה. על נזק לא ממוני זה, זכאי לכאורה המוטעה לפיצוי. פיצוי זה יכול שינתן דרך סעיף 12 לחוק החוזים וכיוון שהוא אינו מבוסס על נזק בשל הכניסה לחוזה, הוא אמור להינתן בלי קשר לשאלה אם החוזה בוטל ואם לאו. הרציונל של הלכת עלי דעקה מחייב לכאורה פיצוי על שלילת כוח הבחירה גם בנוסף לנזק תוצאתי שנגרם עקב כריתת החוזה.

במישור העקרוני, מתעוררת השאלה אם השוני בין האינטרסים השונים המוגנים בדיני הנזיקין ודיני החוזים מצדיק הימנעות מאימוץ — לפחות מהיר מדי — של הלכת עלי דעקה לתחום דיני החוזים. כיוון שבאופן טיפוסי הזכות החוזית נתפסת באופן מכשירי, הרי שלפחות בהקשרים מסחריים, הזכות היא בעלת ערך המיר ולא אישי. בנסיבות כאלו, אפשר לסבור שראוי שדיני החוזים יתמקדו בהגנה על רווחת המתקשר — כלומר במניעת נזק תוצאתי הנגרם מהתקשרות בעקבות אי-גילוי פרטים מלאים, להבדיל מהגנה על כוח הבחירה כשלעצמו. אמנם מסקנה זו אפשרית וסבירה, אולם היא אינה מחויבת המציאות, והיא אף אינה בהכרח גורפת. ראשית, ייתכן שעל פי תאוריות מסוימות — כמו תאוריית הרצון של צ'רלס פרייז²⁶³ — אפשר לייחס יתר חשיבות לעצם כוח הבחירה להבדיל מתוצאות שלילתו. למעשה, הגישה הניאו-קלאסית לדיני החוזים הרוויה ברטוריקה של חופש החוזים במובניו החיובי והשלילי מתיישבת יפה עם הכרה באינטרס עצמאי לפיצוי בשל שלילת חופש החוזים השלילי²⁶⁴. שנית, ייתכן שעצם ההטעיה משליכה על

263 C. Fried *Contract as Promise: A Theory on Contractual Obligation* (Cambridge, 1981)

264 N. Cohen *Two Freedoms and the Contract to Negotiate*: ראוי: השלילי ראו:

; *Good Faith and Fault in Contract Law* (J. Beatson & D. Friedmann eds., 1995) 25–56

נ' כהן "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א (1993) 131.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

רצונו של המוטעה להיות קשור בקשר חוזי עם המטעה.²⁶⁵ שלישית, ייתכן שאפשר לזהות הקשרים חוזיים – כגון חוזי יחס – שבהם יש יתר חשיבות לכוח הבחירה כשלעצמו. רביעית, ייתכן שפיצוי עבור שלילת כוח הבחירה ראוי שיינתן מטעמים הרתעתיים בנסיבות שבהן יש חשש להטעה שיטתית המלווה באכיפת חסר בשל בעיית פערי כוחות בין הצדדים.²⁶⁶ לבסוף, ההבדל בין האינטרסים הטיפוסיים השונים עשוי להשתקף בשלב שומת הנזק (להבדיל משלב ההכרה בקיום העילה) שכן שלילת כוח ההחלטה לגבי התערבות רפואית בגופו של אדם, פוגעת יותר באוטונומיה שלו מאשר שלילת כוח ההחלטה לגבי כניסה לחוזה. מסקנה זו נגזרת הן מהשוני באינטרס המוגן (גוף-ערך אישי לעומת נזק כלכלי-ערך המיר) והן בשל חוסר ההפיכות הטיפוסי לדיני הנזיקין לעומת קיום אפשרות ביטול בהקשר החוזי. בהקשר זה מתעוררת השאלה כיצד זכות הביטול צריכה להשפיע על שומת הנזק הנגרם בשל שלילת כוח הבחירה. לכאורה, אפשרות הביטול מתקנת לא רק את הנזק התוצאתי בשל הכניסה לחוזה, אלא גם חלק לא מבוטל מהנזק בשל שלילת כוח הבחירה. אמנם כניסת התובע לחוזה עקב ההטעה שללה ממנו את כוח הבחירה, אולם כוח זה הושב לו באמצעות דיני הביטול. אפשר לסבור אפוא שבין שנוצל כוח הביטול ובין שלא, אפשרות השימוש בו מאיינת, או למצער מקטינה משמעותית את הנזק הנגרם בשל שלילת כוח הבחירה. ניתוח זה מוביל למסקנה כי פיצוי בשל שלילת כוח הבחירה צריך להיות משמעותי יותר כאשר אין לתובע עילת ביטול, מאשר כאשר יש בידו עילה שכזו. עיון בפסיקת בית המשפט מלמד על ניצני גישה המוכנה להגן על כוח הבחירה של המתקשר החוזי, במובחן מהנזקים התוצאתיים שפגיעה בכוח בחירה זה גורמת. הנמקת בית המשפט בפרשת מיסטר מאני²⁶⁷ צועדת כברת דרך בכיוון האמור, אם כי שם לא הייתה הסתמכות מפורשת על הלכת עלי דעקה, לא היה שימוש במינוח המפורש של אוטונומיה והסעד שנפסק שם לא הלם את הסעד שנדרש עבור שלילת כוח הבחירה²⁶⁸. ביטוי אחר לגישה זו הוא רע"א 1185/97 עיזבון מילגרום נ' מרכז משען²⁶⁹, שם קבע בית המשפט שעצם שלילת המידע מהלקוחה בנוגע לשיעור הסכום שיהא עליה לשלם בעת המעבר למוסד סיעודי, מקפחת אפילו אם התעריך שנקבע בדיעבד באופן חד-צדדי על ידי בית האבות הוגן לגופו²⁷⁰.

(ב) דיני הגנת הצרכן

האם להלכת עלי דעקה יש נפקות בהקשר הצרכני? סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן,

265 פרידמן וכהן, לעיל הערה 66.

266 ראו להלן חלק ה.ב.

267 פרשת מיסטר מאני, לעיל הערה 54.

268 ראו לעיל חלק ג.3.

269 רע"א 1185/97 עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145.

270 שם, בע' 168–169.

התשמ"א–1981 (להלן: "חוק הגנת הצרכן"). אוסר עשיית מעשה העלול להטעות את הצרכן, וסעיף 31(א) לחוק זה קובע, בין היתר, כי עשיית מעשה כזה הנו עוולה. בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת²⁷¹ נחלקו השופטים בשאלה אם הפן העולתי של איסור ההטעה בסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן דורש קשר סיבתי בין התנהגות העוסק לבין הנזק שנגרם לצרכן. שופטי הרוב השיבו על שאלה זו בחיוב, אם כי הם סברו שלא בהכרח נדרשת הסתמכות ישירה על הפרסום המטעה²⁷². לכאורה, הלכת עלי דעקה תומכת בפתרון שלפיו הצרכן יפוצה על שלילת כוח הבחירה שלו עקב התנהגות העוסק העלולה להטעות. למעשה, הלכת עלי דעקה כפשוטה אינה יכולה לתמוך בפתרון כאמור, אם כי אולי אפשר להרחיב את הרציונל שלה על מנת לפסוק פיצוי בהקשר הצרכני.

בהיעדר השפעה ישירה (הסתמכות) או עקיפה של הפרסום המטעה על הצרכן לא נשלל כוח הבחירה שלו אם להיכנס לעסקה או לא. המעשה העלול להטעות העמיד את הצרכן בסיכון שיוטעה, אולם סיכון זה לא התממש, ובהיעדר הסתמכות על ההטעה, לא נפגעה האוטונומיה של הצרכן. יש להבחין בין מצב שבו הייתה הטעה אולם הטעה זו אינה הגורם האפקטיבי להתקשרות, שאז לשיטתי קיימת עילת פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה²⁷³, לבין מעשה של עוסק העלול להטעות צרכן אך שלא הטעה בפועל, בשל היעדר ידיעה עליו, שאז לכאורה לא נפגעה האוטונומיה של הצרכן. המצב האחרון דומה למצב שבו הנתבע יצר סיכון עולתי שלא התממש ולא פגע בתובע. כמצוין לעיל, דיני הנזיקין המסורתיים אינם מעניקים פיצוי בנסיבות כאלו. עם זאת, ההקשר הצרכני של הסוגיה מצדיק אולי סטייה מהכלל הנזיקי המסורתי. ראשית, שיקוליים הרתעתיים (המתמקדים בעוסקים), להבדיל משיקולים המתמקדים באוטונומיה של הצרכן ובנזקיו באופן כללי, עשויים להצדיק הטלת חבות על מעשה העלול להטעות, גם אם לא הוכח שמעשה זה גרם לנזק קונקרטי. בעיית אכיפת החסר, הנובעת מפערי הכוחות בין הצדדים, מעליות ההיריונות ומבעיית הפעולה המשותפת, עשויה להצדיק סטייה מהכלל המסורתי משיקולי הרתעה. שנית, המעשה שיש בו כדי להטעות עשוי להיות מומשג כפגיעה (פוטנציאלית) בכוח הבחירה של הצרכן וככזה כפגיעה בכוח הבחירה, למרות שבפועל לא נשלל כוח בחירה זה בנסיבות. פעולת העוסק שהיה בה כדי להטעות הקטינה את מרחב הבחירה של הצרכן למרות שבנסיבות המקרה היא לא שללה כוח בחירה זה. הצרכן היה חשוף לסיכון שהוא ייחשף להטעה שבעקבותיה תפגע האוטונומיה שלו (ההיבט התוצאתי של כניסה לחוזה בניגוד לרצונו) או יישלל ממנו כוח הבחירה (הוא ייכנס לחוזה שהיה נכנס אליו בכל מקרה, אך תוך שלילת זכותו להיכנס לקשר החוזי לאחר קבלת מידע נכון

271 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נז(6) 385 (להלן: פרשת ברזני).

272 שם, בע' 411, 414–415.

273 למצער, במצב כזה עילה כזו יכולה להתקיים אנליטית ומושגית. עדיין יש לבחון אם הכרה בעילה רצויה מבחינת שיקולי מדיניות.

פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות

ורלוונטי). שלישית, מעשה העלול להטעות פוגע באמינות המסרים הנשלחים על ידי מפרסמים לכלל הצרכנים, ובכך תורם לשלילת כוח הבחירה של כל צרכן בטווח הארוך ולנזקים תוצאתיים שונים הן לצרכנים והן לעוסקים אחרים, בין שהם מתחרים של מי שעשה מעשה העלול להטעות ובין שלא. בין נזקים אלו ניתן למנות: פגיעה ביכולת הצרכן להבחין בין עוסקים הגונים לבין עוסקים שאינם הגונים וביכולת לפתח הסתמכות על פרסומי העוסקים. רביעית, ויתור על דרישת קשר סיבתי בין נזק לבין עשיית המעשה העלול להטעות מוצדק לא רק על ידי שיקולי המדיניות שהוצגו לעיל ובשל פערי הכוחות בין הצדדים; הוא אף נתמך בלשון סעיף 3 עצמו. הקביעה שלצורך קבלת פיצוי במסלול הנזיקי יש להוכיח קשר סיבתי בין המעשה לבין נזק, מאיינת את ההבחנה בין הטעיה לבין מעשה העלול להטעות²⁷⁴. כאמור, הנמקות אלו (או לפחות חלקן) התומכות במתן פיצוי עבור מעשה העלול להטעות גם בהיעדר הוכחת קשר סיבתי בין מעשה כזה לבין נזק ממנוי מיידי שנגרם לצרכן אינן נתמכות באופן ישיר על ידי הרציונל של הלכת עלי דעקה. כמו כן, הנזקים הנגרמים כתוצאה ממעשים העלולים להטעות אינם בהכרח שלילת כוח הבחירה של הצרכנים והם בחלקם תוצאתיים (כמו ערעור אמונם של צרכנים במסרי העוסקים). עם זאת, פתרון כזה נתמך לדעתי באופן עקיף על ידי הלכת עלי דעקה. הלוז של הלכת עלי דעקה הוא הצורך לאפשר זרימת מידע חופשי לצד האמור לבצע החלטה על בסיס מידע זה על מנת לשמור על זכותו לבצע בחירות מושכלות. מתן פיצוי לצרכנים עבור מעשה העלול להטעות מתיישב עם הסבר זה של הלכת עלי דעקה. גם אם נצמצם את הרציונל של הלכת עלי דעקה לנסיבות שבהן התובע הפוטנציאלי נמצא בעמדת נחיתות מובנית לנתבעת הפוטנציאלית (יחסי חולה-רופא) רציונל זה יפה גם בהקשר הצרכני. בחינה ביקורתית של פרשת ברזני נ' בזק ואיתור הפתרון הראוי חורגים ממסגרת מאמר זה. עם זאת, עמדת המיעוט בפרשה זאת נראית לי כנתמכת באופן עקיף על ידי הרציונל של הלכת עלי דעקה, ועל פני הדברים, נראית לי גם מוצדקת לגופו של עניין ועדיפה על דעת הרוב בפרשה זו.

ו. סיכום

מסקנותיי מהמחקר הן כדלקמן:

- 1) מן הראוי להבחין בין שתי פגיעות תוצאתיות באוטונומיה לבין שלילת כוח הבחירה. פגיעה תוצאתית אחת היא הבאת התובע למצב הנחות מהמצב קודם לפגיעה על פי מבחן אובייקטיבי (הפרדיגמה הנזיקית); פגיעה תוצאתית שנייה היא הבאת התובע למצב הנחות מהמצב קודם לפגיעה על פי מבחן סובייקטיבי (פרדיגמת עשיית העושר). בפרדיגמת עשיית העושר יש להבחין

274 השוו לדעת המיעוט של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת ברזני, לעיל הערה 271, בע' 436.

בין נזק תוצאתי הנובע מפער בין ההערכה האובייקטיבית והסובייקטיבית של המצב שאליו הוכפף הצד שמתלונן שהאוטונומיה שלו נפגעה, לבין נזק הנובע מהחובה לשלם עבור טובת הנאה שלא התבקשה. הנזק משלילת כוח הבחירה נעוץ בהעברת התובע ממצב דברים אחד למשנהו ללא קבלת הסכמתו.

(2) הנזקים משלילת כוח הבחירה הם תוצאתיים (הלם וכעס) ולא תוצאתיים. לשיטתי נזקים אלו מצטברים, אם כי בית המשפט אינו מתייחס לנזק הלא תוצאתי הנובע מעצם שלילת כוח הבחירה. עמדת בית המשפט היא שהנזקים התוצאתיים צריכים להיבדק על פי מבחן סובייקטיבי, אולם המבחן האובייקטיבי ופסיקת הסכום בדרך של אומדנא, רצויים בעיניי יותר. התועלת משלילת כוח הבחירה צריכה עקרונית להילקח בחשבון בעת חישוב הסכום המגיע לתובע.

(3) הניתוח בפסיקה אינו מבחין בין נזקים תוצאתיים מפגיעה באוטונומיה לבין נזקים הנגרמים כתוצאה משלילת כוח הבחירה. ככלל, בתי המשפט מגלים מגמה המרחיבה את הלכת עלי דעקה לסיטואציות החורגות מהרציונל של הלכה זו ומבלי לבחון אם הרחבה זו הנה רצויה.

(4) בחינת שיקולי מדיניות שונים מובילה למסקנה שפיצוי צנוע עבור פגיעה באוטונומיה הוא, ככלל, רצוי. הפרמטרים הרלוונטיים לבחינה הם ניתוח חלוקתי-שוויוני, הוצאות הידיעות, ההיבט הסימבולי של ההכרה בראש הנזק וההבנה ששלילת כוח בחירה מערבת לא רק נזק אלא גם תועלת.

(5) הגיונה של הלכת עלי דעקה עשוי להביא לשינוי בדין הנוהג בתחומים שונים וביניהם דיני עשיית עושר, דיני חוזים, דיני הגנת הצרכן, דיני נזיקין ודיני פיצויים. עם זאת, הרחבת ההלכה אינה צריכה להיעשות באופן אוטומטי ויש לתת חשיבות לשיקול החלוקתי — אם מתן פיצוי ישפר את מצבן של קבוצות מוחלשות — ולטיב האינטרס המעורב — עד כמה ראוי להגן על ערך האוטונומיה בהקשרים שונים.