

## הכוונת התנהגות באמצעות עוולת הרשלנות – דיני הנזיקין בראי תורת הבחירה החברתית

ברק מדינה\*

### א. הקדמה

ניתן לנסח, בלשון לא משפטית, את מהותה של עוולת הרשלנות בנזיקין כהנחה לפרטים: "נהגו כהלכה"<sup>1</sup>. המזיק, אשר בגין פעילותו ארעה תאונה, אינו חייב לפצות את הניזוק בגין נזק שנגרם לו, אם המזיק לא "התרשל" – כלומר אם רמת הזהירות בה נקט היא לפחות כמו זו בה היה נוקט בנסיבות העניין "האדם הסביר". מטרת הדברים כאן היא לתאר את תהליך קביעתה של רמת הזהירות של האדם הסביר (היינו, את הגדרתה של "התרשלות") ובאמצעות כך להאיר מספר מאפיינים מרכזיים של אמצעי זה להכוונת התנהגות.

על פי הגישה הכלכלית לדיני נזיקין, נועדו דיני הנזיקין לשמש תחליף להסדר הפרטי אליו צפויים היו להגיע המזיק והניזוק מלכתחילה, לפני התרחשותה של ה"תאונה", בה נגרם לניזוק נזק. הצורך בתחליף להסדר הפרטי נובע מהוצאות העסקה הגבוהות להן חשופים הצדדים לתאונה, אשר במקרה הרגיל אינם מכירים זה את זה קודם להתרחשות התאונה. ההסדר המשפטי בא לתקן את "כשל השוק" הזה באמצעות קביעת כללי אחריות, אשר ידמו את הסדר האחריות ה"פרטי" אליו היו מגיעים הצדדים. אם הסיכון להתרחשותה של תאונה תלוי, למשל, רק ברמת הזהירות בה נוקט המזיק, הצדדים צפויים היו להסכים מראש כי המזיק ינקוט ברמת הזהירות בה הסיכון של עלות הנקיטה באמצעי הזהירות ושל תוחלת הנזק הנו מינימלי. רמת הזהירות של האדם הסביר צריכה להיקבע באופן דומה. כתוצאה

\* מרצה, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל; תלמיד מחקר, המחלקה לכלכלה, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לעופר גרוסקופף, ד"ר אלון הראל, פרופ' יורם מישור, פרופ' אריאל פורת, פרופ' לואיס קפלו ומשתתפי הסמינר המחלקתי בבית-הספר למשפטים של המכללה למינהל, על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות של מאמר זה.

1 ראו י' שחר "האדם הסביר והמשפט הפילי" הפרקליט לט (תשנ"ב) 78, 79.

מכך, לפי הגישה הכלכלית, רמת הזהירות הסבירה זהה לזו בה צפוי לנקוט מזיק המפנים באופן מלא את תוצאות פעילותו (היינו, מזיק הכפוף לכלל של אחריות מוחלטת).

תכליתו של התיאור המובא כאן של תהליך הגדרתה של רמת הזהירות הסבירה הנה להציג גישה שונה. הטענה הבסיסית אותה אבקש להציג היא כי רמת הזהירות של האדם הסביר אמורה (או לפחות יכולה) לשקף את התוצאה ה"אופטימלית" מבחינה חברתית, על יסוד מיצורף כלשהו של מערכת ההעדפות של הפרטים בחברה. ככזו, אין היא מדמה בהכרח את התוצאה ה"אופטימלית" על פי מערכת ההעדפות של המזיק הספציפי. משום כך, יש להבחין בין רמת הזהירות בה צפוי לבחור המזיק תחת משטר של רשלנות לבין זו הצפויה בכלל של אחריות מוחלטת: במקרה האחרון, המזיק צפוי לבחור ברמת זהירות אותה הוא עצמו מדרג, על פי מערכת ההעדפות האישית שלו, כאופטימלית. לעומת זאת, איום בהטלת אחריות בגין רשלנות צפוי להביא את המזיק לבחור ברמת הזהירות אותה מדרגת החברה בכללותה כמועדפת. רמת זהירות זו, המכונה זהירות "סבירה" או "נאותה" ("due care"), עשויה להיות שונה מרמת הזהירות אותה מעריך המזיק עצמו כזו האופטימלית.

טענתי היא כי הבחירה בין הטלת "אחריות מוחלטת" לבין הטלת "אחריות בגין התרשלנות" משקפת בחירה בין שתי תפיסות חברתיות שונות. "אחריות מוחלטת" הנה "אינדיבידואליסטית", שכן למזיק מוקנה חופש לבחור בדרך הפעולה (וברמת הזהירות) הנראית לו. האחריות נתפסת כ"מוחלטת", כי המזיק מפנים באופן מלא או מוחלט את העלות החברתית הכרוכה בפעילותו. לעומת זאת, הטלת "אחריות בגין רשלנות" משקפת סוג של "קולקטיביזם" או "קבוצתיות": החברה מכתיבה למזיק דרך פעולה הנתפסת כרצויה בעיני החברה בכללותה. הכוונה זו עשויה להעיד על הכרה, כי לא ניתן להביא את המזיק להפנים באופן מוחלט את העלות החברתית של פעילותו באמצעות הטלת אחריות, והעדפה של הכוונה ישירה של התנהגותו.

זוהי תמציתו של הטיעון המובא בחלק הראשון של מאמר זה. לכל אורכו של הטיעון המובא בחלק זה אני מניח, כי לכל הפרטים מידע זהה בדבר הסיכון הגלום בפעילות הרלבנטית, כאשר הם נוקטים ברמות הזהירות השונות. במילים אחרות, ההנחה היא, כי הפרטים מחילים את מערכת ההעדפות שלהם על פני אותה קבוצה של תוצאות אפשריות, הנובעת מקבוצת רמות הזהירות הרלבנטיות. הנחה זו מוסרת בחלק השני.

כאשר הפרטים שרויים באי-ודאות ביחס לסיכון הכרוך בכל אחת מדרכי הפעולה האפשריות, עשוי כל אחד מהם להגדיר באופן שונה את קבוצת התוצאות האפשריות. בית המשפט נדרש לכן, כשלב מוקדם לזה בו הוא מגדיר מהי התוצאה המועדפת מבחינה חברתית, לקבוע מהי קבוצת התוצאות האפשריות, ממנה יתבחר התוצאה המועדפת. במילים אחרות, על בית המשפט להגדיר מהו הסיכון אותו צופה האדם הסביר ביחס לכל אחת מרמות הזהירות הרלבנטיות.

במסגרת זו, מטרת הדברים היא לתאר את אופיו של התהליך השיפוטי, בו מוגדרת רמת הזהירות הסבירה. תהליך זה מורכב, כך טענתי, משני שלבים: בשלב הראשון נדרש בית המשפט לבצע סיכום של הערכות וציפיות הפרטים בחברה, ורק בשלב השני נערך מיצור של העדפותיהם של הפרטים. הפרדה של הדיון לשני שלבים עשויה לספק הסבר לעובדה, שקביעתה של רמת הזהירות הסבירה אינה מבוססת, לפחות לא בהכרח, על רמת הזהירות המקובלת או הממוצעת בחברה. הסטייה האפשרית של דרך ההתנהגות של האדם הסביר מזו המקובלת בחברה מקורה בהפרדת המיצור החברתי לשניים בדרך האמורה. ההעדפה הנגלית של רמת זהירות מסוימת — היינו, העובדה שרמת זהירות מסוימת היא זו המקובלת בחברה — אינה בהכרח זו הרלבנטית. השאלה הרלבנטית היא מהי העדפתם של הפרטים ביחס לקבוצת התוצאות המתאימה להערכתו של האדם הסביר. הפרדה זו לשני שלבים מאפשרת גם להבחין, כפי שנראה בהמשך, בין שני היבטים נפרדים של סוגיית זיהויו של האדם הסביר עם האדם ה"רגיל" או עם ההתנהגות המקובלת בחברה.

פירוט של שני הטיעונים האמורים ויחסם לתפיסה המקובלת של עוולת הרשלנות מובא, בהתאמה, בפרקים ב' ו- ג'. המאמר נחתם בהערות סיכום, בפרק ד'.

## ב. חלק ראשון: ההבחנה בין התנהגות "סבירה" ל"רציונלית"

1. הנחות מפשטות ומסגרת הדיון  
לכל אורכו של הטיעון המובא בחלק זה אני מניח, לשם פשטות, כי לכל הפרטים מידע זהה בדבר הסיכון הגלום בפעילות הרלבנטית, כאשר נוקטים ברמות הזהירות השונות. במילים אחרות, ההנחה היא, כי הפרטים מחילים את מערכת ההעדפות שלהם על פני אותה קבוצה של תוצאות אפשריות, הנובעת מקבוצת רמות הזהירות הרלבנטיות. הנחה זו תוסר, כאמור, בחלק השני של המאמר.

לאורך המאמר כולו אניח, לשם פשטות, כי הסיכון להתרחשותו של נזק תלוי אך ורק בהתנהגותו של המזיק (unilateral accidents). תוצאות פעילותו של המזיק נקבעות על פי הדרך בה בחר לנהוג (רמת הזהירות), ואינן תלויות בהתנהגותו של הניזוק. הסרתה של הנחה זו אינה צפויה לשנות, מבחינה איכותית, את תוצאות הדיון. תוצאות פעילותו של המזיק תלויות גם בגורם "טבעי" כלשהו, "מצב עולם" שאינו בשליטתו של המזיק. זהו הגורם המשקף את הסיכון הכרוך בפעילות הנדונה. בחלק זה של הדיון ההנחה היא כי לא קיימת אי-ודאות באשר לסיכון זה. הערה ביחס להגדרתו של מעשה כ"התרשלות": במודל המובא כאן, המזיק נחשב למי שהתרשל — ולכן עלול להימצא אחראי לנזק שגרמה פעילותו — אם רמת הזהירות בה נקט היא נמוכה מרמת הזהירות הנקבעת על ידי בית המשפט כזו האופטימלית. בהגדרה דומה של דרך בחינת קיומה של התרשלות השתמשו לנדס

ופוזנר (Landes & Posner)<sup>2</sup>, והיא מאופיינת בכך שההליך כולל את הגדרתה של רמת הזהירות האופטימלית. בספרות הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין מוכרות גם גישות אחרות: לפי אחת, בית המשפט מתמקד ברמת זהירות כלשהי, השונה מזו בה נקט המזיק ואשר אותה מציע בדיעבד הניזוק-התובע, מבלי להידרש כלל ל"רמת הזהירות האופטימלית"<sup>3</sup>. גישה דומה היא זו המתמקדת בסביבה הקרובה של רמת הזהירות שננקטה בפועל. לפיה, בית המשפט בוחן האם שינוי קטן של רמת הזהירות שננקטה עשוי היה להביא לתוצאה עדיפה<sup>4</sup>. ואילו על פי גישה שלישית, מעשה נחשב להתרשלות, אם הסיכון הגלום בו גדול מן התועלת הנובעת מן המעשה, בלא קשר לרמות זהירות חלופיות<sup>5</sup>. למעשה, הגרעין של שלוש הגישות האחרונות אינו אלא קירוב להגדרה העיונית, והן מבוססות על הפרקטיקה המקובלת, תוך שאיפה לחסוך בהוצאות אדמיניסטרטיביות הנדרשות לשם הגדרתה של רמת הזהירות של האדם הסביר במקרה נתון. לעומת זאת, במישור העיוני, ההליך מחייב את הגדרתה של רמת זהירות זו, גם אם במקרים מסוימים (או אף ברובם של המקרים) ניתן להפעיל קיצורי דרך מסוגים שונים<sup>6</sup>.

יש לציין עוד, כי בפועל, הגדרתה של רמת הזהירות של האדם הסביר הנה

- 2 W. Landes & R.A. Posner "The Positive Economic Theory of Tort Law" 51 *Ga. L. Rev.* 851 (1981). גישה זו מבוססת על מאמר מוקדם יותר: J. Brown "Toward an Economic Theory of Liability" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 323. לשימוש בהגדרה דומה ראו גם, למשל W. Landes & R.A. Posner *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, 1987) 58-62; S. Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (London, 1987); S. Shavell "Strict Liability versus Negligence" 9 *J. Leg. Stud.* (1980) 1.
- 3 ראו למשל, M. Grady "Proximate Cause and the Law of Negligence" *Ia. L. Rev.* (1984) 363. למעשה, ניתן לפרש את ה"נוסחה" הידועה של השופט Hand כיישומה של גישה זו: "[T]he owner's duty ... to provide against resulting injuries [that is, to adopt a certain level of care — B.M.] is a function of three variables: (1) The probability [of harm] ... (2) the gravity of the resulting injury ... [and] (3) the burden of adequate precautions ... [L]iability depends upon whether B [the burden of a certain level of care] is less than L [the losses] multiplied by P [the probability of harm]": *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).
- הערכים ב"נוסחה" זו —  $P, B, L$  — מחושבים ביחס לרמת זהירות מסיימת, שהיא ההיפותזה לרמת הזהירות האופטימלית, זו של האדם הסביר. ליישומה של נוסחת השופט Hand ראו J. Finsinger "The Choice of Risky Technologies and Liability" 11 *Int'l. Rev. L. & Econ.* (1991) 11.
- 4 R.A. Posner *Economic Analysis of Law* (4th ed., 1992) 164-165: "... expected accident costs and [safety] costs must be compared at the margin".
- 5 J.F. Fleming *The Law of Torts*; Fleming המלומד של *Rest. of Torts* 2d §291; כן ראו גישתו של המלומד J.F. Fleming *The Law of Torts* (Sydney, 8th ed., 1992) 116: "The gravity of the risk created by the defendant must be weighed against the utility of his conduct".
- 6 לדיון בהיבטים אחרים של "קיצורי דרך" בהגדרתה של רשלנות ראו ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102 (להלן: עניין סבג); י' גלעד "על 'הנחות עבודה', אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גרדי האחריות ברשלנות" משפטים כו (תשנ"ו) 295.

הגדרת מינימום בלבד. בית המשפט מטיל אחריות על המזיק רק אם רמת הזהירות בה נקט הנה "נמוכה" מרמת הזהירות הסבירה; בית המשפט נמנע מלעשות כן, אם רמת הזהירות אותה הפעיל המזיק הנה "גבוהה" מזו האופטימלית.<sup>7</sup>

## 2. מאפיינים בסיסיים של עוולת הרשלנות

על פי עוולת הרשלנות, המזיק עשוי להידרש לשאת בעלותו של הנזק שגרמה פעילותו, אם הוא "התרשל", דהיינו אם אמצעי הזהירות בהם נקט נמוכים מאלה בהם היה בוחר, באותן נסיבות, "האדם הסביר". עילת תביעה בנוזיקין קמה בהצטרף ליסוד ההתרשלנות גם קיומם של חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק ושל קשר סיבתי בין המעשה לבין הנזק. עיקר הדיון כאן מוקדש ליסוד ההתרשלנות. בחלק השני תיכלל התייחסות גם ליסוד קיומה של חובת זהירות.

על פי סעיף 35 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח – 1968 "התרשלות" הנה, בין היתר, עשיית "מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או [אי עשיית] מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות". יסודה של הגדרה זו במשפט המקובל האנגלי, שם נטבע המונח "האדם הסביר", כמטאפורה להערכה מהי ההתנהגות הרצויה בעיני החברה בכללותה:<sup>8</sup>

"Instead ... of saying that the liability for negligence should be co-extensive with the judgment of each individual, which would be as variable as the length of the foot of each individual, we ought rather to adhere to the rule which requires in all cases a regard to caution such as a man of ordinary prudence would observe".

באופן דומה מוגדרת עוולת הרשלנות בדין האמריקאי<sup>9</sup>:

"[N]egligence is conduct which falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm".

ההסדר המשפטי המטיל אחריות בגין רשלנות מנוסח באופן רחב, בצורת עיקרון,

7 במונחי התיאור המובא כאן קיים קושי לדרג את רמות הזהירות באופן זה, שהרי כל רמת זהירות מאופיינת הן בעלות הנובעת מיישומה והן בהערכה של הסיכון הכרוך בפעילות המבוצעת ברמת זהירות זו. כדי להתגבר על קושי זה ניתן להניח, כי בית המשפט מגדיר למעשה קבוצה של רמות זהירות סבירות, כאשר בפועל צפוי המזיק לנקוט, מתוך קבוצה זו, ברמת הזהירות אשר עלותה, להערכתו, הנה הנמוכה ביותר (שהרי הוא יהיה זה שיאלץ לשאת בעלות זו). כיוון שגורם זה אינו כעל חשיבות רבה במישור העקרוני, אתעלם מן האפשרות שהמזיק יבחר לנהוג ברמת זהירות "גבוהה" מזו הסבירה, ואתייחס לתהליך השיפוטי כקובע רמת זהירות סבירה אחת.

8 *Vaughan v. Menlove*, [1837] 132 Eng. Rep. 490, 493

9 *Rest. of Torts* 2d §282

ולא ככלל חד<sup>10</sup>. הניסוח הכללי של צורת ההתנהגות הרצויה – זו ה"סבירה" – נועד לאפשר להתאים את הקביעה מהי ההתנהגות הרצויה לנסיבות הקונקרטיות. כיוון שלא ניתן להגדיר מראש, ביחס לכל מקרה ומקרה, מהי רמת הזהירות הנאותה, נדרשת הפנייה לעיקרון כללי, אשר מיושם על ידי בתי המשפט על פי הנסיבות המשתנות<sup>11</sup>. במילים אחרות, הדין קובע "נוסחה", על פיה נדרשים הפרטים לנהוג. תפקידו של בית המשפט, הנדרש לעניין בדיעבד, ושל הפרטים הכפופים לדין, הנדרשים לעניין מלכתחילה, להציב ב"נוסחה" את ערכי המשתנים, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות<sup>12</sup>. השאלה בה יש לדון היא, מהם "ערכי הפרמטרים" של הנוסחה שנקבעה בדין ומהי צורתה.

תהליך הגדרתה של רמת הזהירות בה היה נוקט "אדם סביר ונכון" באותן נסיבות כולל, לפי הטיעון המובא כאן, שני שלבים: בשלב הראשון יש להגדיר מהי התוצאה הצפויה מנקיטתם של אמצעי הזהירות השונים. הסוגיה בה יש להכריע בשלב זה היא מהו הסיכון הצפוי בכל אחת מרמות הזהירות הרלבנטיות, להתרחשותו של נזק. בשלב השני נדרשת עריכתה של בחירה, מבין קבוצת התוצאות האפשריות שהוגדרה בשלב הראשון, כתוצאה העדיפה בעיני החברה. על יסוד בחירה זו קובע בית המשפט מהי הדרך בה היה נוהג האדם הסביר. פרק זה מתמקד בחלק שני זה של הגדרתה של ההתרחשות. כאמור, בשלב זה נתונה קבוצת רמות הזהירות האפשריות, ובהתאמה לה, קבוצת התוצאות האפשריות. כל איבר בקבוצת התוצאות כולל תיאור של הפעילות עצמה, של אמצעי הזהירות הננקטים לשם הקטנת הסיכון שייגרם נזק בעטייה של פעילות זו, של

10 במקרים מסוימים עשוי הדין לספק הגדרת מינימום לרמת הזהירות הסבירה. כך, למשל, במקרים בהם נקבעו הוראות בטיחות או הסדרים ספציפיים אחרים בחוק (למשל, הגבלת מהירות הנסיעה בכלי רכב), עשוי הדין לספק חסם תחתון לרמת הזהירות של האדם הסביר. ראו, למשל: *Rest. of Torts 2d* §882C, comment a: "[T]he enactment of an automobile speed limit ... does not mean that the driver is free to proceed always at that speed". הגישה המקובלת בישראל בעניין זה רחבה אף יותר: בית המשפט אינו כבול כלל בסטנדרט המוגדר בחיקוק. זה "עשוי לשמש אינדיקציה לרמת ההתנהגות הנדרשת על ידי האדם הסביר ... [אולם לא] כל הפרת חובה חקוקה מהווה ממילא התרשלות": ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 139, 113 (להלן: עניין ועקנין); כן ראו ע"פ 84/85 ליכטנשטיין נ' מ"י, פ"ד מ(3) 141, 148–154.

11 להצדקה, מנקודת מבט פרוטוביסטית, של השימוש בניסוח מעורפל של ההסדר המשפטי במקרה של עקרון הרשלנות, ראו H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 1961) 129; כמו כן ראו בעניין זה G.P. Fletcher "The Right and the Reasonable" 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 949 (השימוש במונח סבירות מאפשר גמישות ופתיחות בקביעת נורמות התנהגות רצויות, בשונה מן המינוח הקונטיננטלי).

12 ראו למשל:

Fleming, *supra* note 5, at p. 105: "In order to ensure a high degree of individualization in the handling of negligence cases, the law has adopted an abstract formula, that of the 'reasonable man', and has left to the jury ... the task of concretising and applying that standard in individual cases".

הסיכון עצמו – היינו, סוגי הנזק האפשריים ועוצמתם – ושל ההסתברות להתרחשות כל אחד מסוגי נזק אלה. לצורך קביעה מהי רמת הזהירות הסבירה – כדי להכריע האם היה במעשהו של המזיק משום התרשלנות – נדרש בית המשפט לבחור, מתוך קבוצת התוצאות, בתוצאה האופטימלית מבחינה חברתית. ההגדרה הסטטוטורית של הנסיבות בהן מעשה נחשב התרשלנות אינה מספקת למזיק-בכוח, מלכתחילה, או לבית המשפט, כדיעבד, אמת מידה ברורה לעריכת בחירה זו. עם זאת, השימוש בביטוי "אדם סביר ונבון" מלמד כי בחירה זו אמורה (או לפחות יכולה) לשקף את העדפותיהם של הפרטים בחברה. כלשונם של המלומדים פרוסר וקיטון (Prosser & Keeton): ההיזקקות לדרך ההתנהגות של האדם הסביר מלמדת על הצורך לערוך "שיפוט חברתי" המשקף את הערכים המקובלים בחברה<sup>13</sup>:

"[The reasonable man is] ... a personification of a community ideal of reasonable behavior, determined by the jury's social judgment".

באופן דומה הגדיר זאת השופט ברק<sup>14</sup>:

"... היקף התפרסותה של אמת המידה של 'האדם הסביר' נקבע על פי מידת התגובה של הסכמה או של אי-הסכמה של השופט כלפי התוצאה. תגובה זו מבוססת בעיקרה על הניסיון האנושי של השופט מזה ועל עקרונות ומטרות חברתיות מזה".

כלומר, הקביעה מהי ההתנהגות הסבירה מבוססת על הערכת המקובל והרצוי על ידי החברה בכללותה. הבחירה צריכה להיות מבוססת על שקלול כלשהו של העדפותיהם של הפרטים בחברה, העשוי להוליך להעדפה שונה מהעדפתו של פרט ספציפי באותה חברה<sup>15</sup>. לכן הבחירה מבוססת על הגדרה כלשהי של "פונקציית בחירה חברתית", כלומר, "נוסחה" באמצעותה נערך שקלול של העדפותיהם של הפרטים השונים בחברה<sup>16</sup>.

13 W.L. Prosser & W.P. Keeton *On the Law of Torts* (5th. ed., 1984) 175

14 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 137 (להלן: עניין גורדון).

15 ראו לעניין זה, למשל, ברייטייטמנט האמריקאי: "Negligence is a departure from a standard of conduct demanded by the community ... . The standard ... must be an objective and external one, rather than that of the individual judgment, good or bad, of the particular individual": *Rest. of Torts 2d* §283, comment c.

16 במסגרת זו עורך בית המשפט איוון בין האינטרסים השונים הנאבקים על הכוונה: "בית המשפט מתחשב בצורך להבטיח חופש פעולה מזה ובצורך להגן על הרכוש והגוף מזה. הוא מתחשב בסוג הנזק ובדרכי התרחשותו. הוא לוקח בחשבון את השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של חבריות בעתיד. הוא שוקל את המעמסה הכספית, אשר תוטל על סוג מסוים של מוזיקים או ניזוקים בעקבות החלטתו. שיקולים אלה ואחרים מתאזנים בכור הכרתו השיפוטית של בית המשפט, תוך שהוא שוקלם במאזני צדק ...": עניין ועקנין, לעיל הערה 10, בע' 123.

ההכרעה השיפוטית בדבר רמת הזהירות הסבירה מבוססת, מטבע הדברים, על הערכה אינטואיטיבית באשר לדרך הפעולה הרצויה בנסיבות העניין. בית המשפט אינו נדרש לנוסחאות פורמליות כלשהן ולפירוט מדויק של משקלם המתאים של השיקולים השונים הבאים בחשבון. במובן זה, התיאור הפורמלי של הליך ההכרעה השיפוטית אשר מובא להלן אינו מיושם, כמובן, בפועל. עם זאת, תיאור זה עשוי לספק הסבר לתוצאה אליה מגיע בית המשפט. חשיבותה של "רציונליזציה" זו של דרך ההכרעה השיפוטית היא באפיון גורמי יסוד העומדים ביסודו של הליך קביעתה של רמת הזהירות הסבירה.

### 3. בחירתה של רמת הזהירות הסבירה

נתונה פעילות כלשהי,  $A$ , כגון מתן שירות מקצועי כלשהו, אחזקה של נכס וכדומה. ניתן לבצע את הפעילות בדרכים שונות, היינו תוך נקיטת אמצעי זהירות שונים. נגדיר רמת זהירות מסוימת  $a \in A$ . רמת הזהירות עשויה להיות גם הימנעות מוחלטת מביצוע הפעולה. העלות של נקיטה בכל אחת מרמות הזהירות השונות עשויה להשתנות, אך כל אחד מן האיברים  $a$  הוא דרך לביצוע אותה פעילות עצמה,  $A$ , הצפויה להניב תועלת נתונה.

בצד קבוצה זו קיימת קבוצה של מצבי טבע אפשריים, המגדירה את הנסיבות הקשורות לביצוע הפעילות, ואשר אינן בשליטתו של המבצע. התרחשותה של "תאונה" – היינו התרחשותו של נזק בגין הפעילות הנדונה, בלא שמבצע הפעילות התכוון לכך – תלויה בשילוב שבין "מצב הטבע" לבין רמת הזהירות שנבחרה: בכל אחד ממצבי הטבע השונים ניתן למנוע את התרחשותה של התאונה, אם תיבחר רמת זהירות מתאימה (ובכלל זה, הימנעות מביצוע הפעולה). אולם על מבצע הפעילות להחליט על רמת הזהירות בה ינקוט, עוד בטרם ידוע לו מהו מצב הטבע שיתממש.

בעת קבלת ההחלטה על רמת הזהירות, המידע המצוי בידי מבצע הפעילות כולל שני מרכיבים עיקריים: ראשית, הוא יודע מהי ההסתברות להתרחשותם של מצבי הטבע השונים. כאמור, הסתברות זו אינה תלויה ברמת הזהירות שנבחרה. שנית, ידוע מה צפוי בהתרחש שילוב של רמת זהירות מסוימת ומצב טבע מסוים. השילוב של שני המרכיבים האמורים של המידע מאפשר למקבל ההחלטות להתאים לכל רמת זהירות "תוצאה" מסוימת: "תוצאה" זו הנה וקטור, המתאר את הצפוי בכל אחד ממצבי הטבע האפשריים, בהינתן שנבחרה רמת הזהירות המסוימת.

אדגים זאת באמצעות דוגמא פשוטה: בעליה של דירה חשוף לסיכון ששוכרי הנכס ייפגעו כתוצאה משאיפת גזים רעילים העלולים להיפלט ממערכת ההסקה בדירה. עומדות בפניו, נניח, שלוש דרכי פעולה אפשריות: האחת, להתקין במבנה גלאי, אשר יתריע במועד מפני הצטברות הגז הרעיל; השנייה, להימנע מהתקנת הגלאי, אולם להימנע גם מהשכרת הדירה למגורים; והשלישית, להימנע מהתקנת הגלאי ולאפשר לשוכרים שימוש בנכס. כמו כן, ייתכנו שני מצבי טבע אפשריים



(אשר אינם תלויים כלל בהתנהגותו של בעל הדירה): האחד, כי תתרחש פליטת גזים רעילים באופן שיגרום לנזק; והשני, כי לא תתרחש פליטה כאמור. בדוגמא זו, לכל אחת מדרכי הפעולה (רמות הזהירות) האפשריות מותאמת "תוצאה" אחת: בדרך הפעולה הראשונה (התקנת גלאי בעל הצלחה מלאה בזיהוי פליטת גזים רעילים) לא צפויה כל סכנה להתרחשות תאונה; גם בדרך הפעולה השנייה לא צפויה סכנה (שכן איש לא יתגורר בדירה); ואילו בדרך הפעולה השלישית עלולה להתרחש תאונה, בהתאם להסתברות שמצב הטבע הראשון יתקיים. במקרה כזה ייגרם נזק בשיעור אותו יש להעריך.

במסגרת ה"תוצאה" המותאמת לכל רמת זהירות נכלל, בנוסף לפירוט של הסיכון להתרחשותה של תאונה, גם תיאור של הפעולות הדרושות לשם הפעלתה של רמת הזהירות המסוימת. זוהי ה"עלות" הכרוכה בנקיטה באמצעי הזהירות, והיא אחד המרכיבים הנתונים להערכה סובייקטיבית של כל אחד מן הפרטים. מקבל ההחלטה צפוי לבחור ב"תוצאה" המועדפת עליו מבין קבוצת התוצאות האפשריות. בחירה זו תתורגם לבחירה ברמת זהירות מסוימת, המתאימה ל"תוצאה" שנבחרה.

כזכור, ההנחה היא כי קיים מידע מלא ביחס להתפלגות של מצבי הטבע השונים וביחס לצפוי בהתממש כל אחד ממצבי הטבע, בהינתן בחירה ברמת זהירות מסוימת. לפיכך כל הפרטים – ולכן גם בית המשפט – מעריכים באופן זהה מהי התוצאה הצפויה מכל אחת מרמות הזהירות. במילים אחרות, הגדרתה של קבוצת התוצאות האפשריות הנה אחידה ואינה תלויה בזהותו של מקבל ההחלטה. לעומת זאת, מערכת ההעדפות של הפרטים השונים על פני קבוצת התוצאות האפשריות – היינו, הבחירה בתוצאה ה"אופטימלית" – אינה בהכרח אחידה בין הפרטים השונים. שוני אפשרי זה, אשר ביחס אליו אפרט מיד, מבוסס על הערכה שונה של המרכיבים של כל אחד מאיברי הקבוצה: העלות של הסיכון להתרחשותו של נזק (המשקפת את היחס לסיכון), העלות של אמצעי הזהירות והתועלת מן הפעילות עצמה.

הבחירה של רמת הזהירות של האדם הסביר מבוססת על "פונקציית בחירה חברתית" כלשהי, היינו על הגדרה של מערכת ההעדפות של החברה בכללותה, המוגדרת ביחס לקבוצת התוצאות האפשריות. ההעדפה החברתית עשויה להתבסס על מיצוף כלשהו של מערכות ההעדפות של הפרטים השונים בחברה.

4. ביסוסה של ההבחנה בין ההעדפה הפרטית ובין זו החברתית תכליתו של האיום בהטלת אחריות בגין רשלנות הנה, כך ההנחה הבסיסית בגישה הכלכלית לדיני נזיקין וגם כאן, לכוון את הפרטים בחברה לנהוג בדרך הרצויה מבחינה חברתית. כלומר, המטרה היא לגרום לפרטים המבצעים פעולות היוצרות סיכון לגרימת נזק לפרטים אחרים, לנקוט ברמת זהירות "ראויה" כלשהי. אחת מן הטענות הבסיסיות בגישה הכלכלית לדיני נזיקין היא כי כאשר הסיכון

תלוי אך ורק בהתנהגותו של המזיק, כפי שאני מניח כאן<sup>17</sup>, המזיק צפוי לנהוג באופן זהה תחת כלל של אחריות מוחלטת ותחת עוולת הרשלנות. בשני המקרים המזיק מפנים את מלוא ההשפעה החיצונית של פעילותו, כך ההנחה הבסיסית. לפיכך, כדי למזער את עלותה של פעילותו (תחת כלל של אחריות מוחלטת) או כדי להימנע מלשאת באחריות (תחת עוולת הרשלנות), הוא יבחר ברמת הזהירות האופטימלית<sup>18</sup>.

טענה זו מבוססת על הנחה משתמעת כי בקרב הפרטים קיימת הסכמה באשר ל"תרגום" של התוצאות הצפויות של הפעילות ושל הסיכונים הכרוכים בה, לערכים כספיים או לערכי תועלת קרדינלית. על יסוד הנחה זו, ובהינתן פונקציית בחירה חברתית של תועלתנות (או של הבאה למקסימום של העושר בחברה), הבחירה של רמת הזהירות האופטימלית אינה אלא חישוב אריתמטי, טכני במהותו: לכל רמת זהירות מתאימה תוצאה, וכל תוצאה מתורגמת לערכים כספיים. התוצאה הצפויה להניב תועלת מרבית — היינו, את הערכים הכספיים הגבוהים ביותר — היא זו האופטימלית. בהתאם, המזיק צפוי לבחור ברמת הזהירות ה"נכונה" בכל אחת משתי הדרכים האמורות: כאשר הכלל הוא אחריות מוחלטת, הרי שכפרט רציונלי, המזיק יפעל להביא למינימום את סכום העלויות הכרוכות בסיכון לתאונה ובנקיטה באמצעי זהירות; וכאשר הכלל הוא רשלנות, כדי לפטור עצמו מאחריות עליו לנקוט ברמת הזהירות הסבירה, הנקבעת, כאמור, על פי חישוב דומה.

במילים אחרות, הגישה היא כי רמת הזהירות הסבירה היא רמת הזהירות בה היה בוחר מזיק רציונלי, הנדרש להפנים את העלות המלאה של פעילותו. גישה זו מתבססת על ההנחה שרמת זהירות זו מוגדרת היטב, כעניין אובייקטיבי. אולם לדעתי אין זו הנחה סבירה. כתוצאה מכך, גם הטענה שרמת הזהירות הסבירה זהה לזו בה צפוי לבחור מזיק רציונלי תחת משטר של אחריות מוחלטת, אינה יכולה לעמוד.

זכור, כל איבר בקבוצת התוצאות הוא שילוב של פעילות מכוונת ושל סיכון להתרחשותו של נזק. כדי להעריך איזו תוצאה מועדפת, נדרש, ראשית, לתרגם את הסיכון להתרחשותו של נזק, במקרה של תאונה, לשווה ערך ודאי כלשהו. שנית, יש לבטא את התוצאות הצפויות של הפעילות — אלה החיוביות, אליהן מכון מבצע הפעילות, בניכוי עלותם של אמצעי הזהירות, ואלה השליליות, במקרה של התרחשות תאונה — לערכים אשר יאפשרו השוואה בין התוצאות השונות. הביטוי של כל אחת מן התוצאות בערכים בנייהשוואה, כגון ערכים כספיים, מבטא את מערכת ההעדפות ביחס לתוצאות אלה. ההנחה, כי לכל תוצאה מתאים ערך

17 ובהיעדר בעיות שונות מהן אני מתעלם כאן, דוגמת בעיות מידע, חדלות פירעון של המזיק ועוד.

18 טענה זו הובאה לראשונה על ידי Brown, *supra* note 2. כן ראו, למשל, Posner, *supra* note 4, at pp. 163-170; Shavell (1980), *supra* note 2; Landes & Posner (1987), *supra* note 2; Shavell (1987), *supra* note 2.

כספי מוסכם כלשהו, משמעה, כי קיימת מערכת העדפות מוסכמת אחת בקרב כל הפרטים. קשה לקבל הנחה גורפת שכזו. בכל אחד משלבי בחירת התוצאה המועדפת, פרטים שונים עשויים להגיע להערכות שונות.

ההערכה, מהי עלותו של סיכון שבהסתברות מסוימת תתרחש תאונה, אשר תגרום לנזק בשיעור מסוים, תלויה ביחס לסיכון של מקבל ההחלטה<sup>19</sup>. ניסיון החיים, כמו גם מחקרים אמפיריים שונים, מוכיחים כי אף שכמעט הכול לוקים בשנאת סיכון, הרי שמידתה של זו אינה אחידה, והיא תלויה, בין היתר, בעושרו של הפרט<sup>20</sup>. קושי רב עוד יותר כרוך בשלב השני, של הערכת התוצאות השונות. הערכת התוצאות כוללת, ראשית, את הערכת העלות של הנקיטה באמצעי הזהירות השונים. קשה להניח, כי הערכה זו תהא אחידה בקרב הפרטים השונים. בעיקר כך, כאשר העלות מתבטאת לא רק בהוצאות ישירות, הנדרשות לצורך השימוש באמצעי זהירות כאלה ואחרים, אלא גם בהוצאות עקיפות, הנובעות מירידה בתועלת המופקת מן הפעילות עצמה. כך, למשל, עלות השימוש בגלאי עשן בנכס כאמצעי זהירות מפני שרפות כוללת לא רק את עלות התקנתו של גלאי העשן, אלא גם את הפגיעה בתועלת מן השימוש בנכס הנובעת מהתרעות שווא של גלאי העשן. גם הערכת התועלת המופקת מן הפעילות העיקרית הנה רלבנטית, ככל שהדברים אמורים ביחס לאמצעי הזהירות הקיצוני ביותר – הימנעות מוחלטת מביצוע הפעולה<sup>21</sup>.

נשוב לדוגמא שהובאה לעיל, ביחס לבעליה של דירה החשוף לסיכון ששוכרי הדירה ייפגעו כתוצאה משאיפת גזים רעילים, העלולים להיפלט ממערכת ההסקה. עומדות בפניו, כזכור, שלוש דרכי פעולה אפשריות: להתקין במבנה גלאי; להימנע מהתקנת הגלאי, אולם להימנע גם מהשכרת הנכס למגורים; ולהימנע מהתקנת הגלאי ולאפשר לשוכרים שימוש בנכס. הבחירה של דרך הפעילות האופטימלית תלויה בהערכה מהו הסיכון להתרחשות הנזק, מהו שיעורו הצפוי של הנזק, מהי עלות הנקיטה באמצעי הזהירות ומהי התועלת המופקת מן השימוש בנכס. נניח כי ידוע שהסיכון להתרחשות הנזק הוא אחוז אחד, וכי לגלאי הצלחה מלאה בזיהוי

19 קיומו של ביטוח עשוי אמנם לאפשר במקרים רבים לפרטים שונאי סיכון להעביר את הסיכון לגוף אחר. עם זאת, די בכך שהביטוח המוצע אינו מלא (למשל, כדי לוודא שלמבוטח יישאר תמריץ לנהוג כהלכה, בנסיבות בהן קיים קושי לפקח על פעילותו), כדי שהפרטים יאלצו להמשיך ולשאת בסיכון כלשהו, ויחסם לסיכון ימשיך להיות רלבנטי.

20 ניתן ללמוד על כך, למשל, מן העובדה שפרטים שונים יהיו מוכנים לשלם פרמיה בשיעור שונה כדי להעביר סיכון זהה לאחר. ראו למשל, A. Tversky & D. Kahnemann "Rational Choice and the Framing of Decisions" 59 *J. of Business* (1986) 251.

21 ראו למשל, ע"פ 364/78 צור נ' מ"י, פ"ד לג(3) 626, 632 (להלן: עניין צור): "כנגד גודל הסיכון הכרוך בפעולה מסוימת יש להביא בחשבון, בין היתר, גם את חשיבות הפעולה מבחינה חברתית, כדי לקבוע, אם סביר היה לדרוש הימנעות מהפעולה, מקום שאין דרך לבצע את הפעולה ללא סכנה". כן ראו למשל, ע"א 110/78 ספיאשוילי נ' מור, פ"ד לד(2) 589.

פליטת גזים רעילים. כמו כן מוסכם כי במקרה של שאיפת גז רעיל ייגרם לדיירי המבנה נזק של מיליון ש"ח.

על פי נתונים אלה, יש בקבוצת התוצאות האפשריות שלושה איברים: האיבר הראשון הוא שילוב של היעדר סיכון להתרחשות נזק, עלות התקנת הגלאי והתועלת מן השימוש בנכס; האיבר השני כולל היעדר סיכון, היעדר עלות התקנה והיעדר תועלת משימוש בנכס; ואילו באיבר השלישי קיים סיכון להתרחשותו של נזק של מיליון ש"ח בהסתברות של אחוז אחד, אין עלות התקנה ויש תועלת מן השימוש בנכס. כל אחד מאיברים אלה מתאים כמובן לרמת זהירות מסוימת.

לכל אחד מן הפרטים בחברה עשויה להיות מערכת העדפות שונה על פני קבוצה זו של תוצאות. נניח, למשל, כי בעליו של הנכס מעריך את עלות ההתקנה של הגלאי כשווה ל-12,000 ש"ח, את התועלת מן השימוש בנכס ב-20,000 ש"ח ואת העלות הנובעת מן הסיכון להתרחשות נזק (שווה הערך הוודאי של הסיכון) ב-10,000 ש"ח (כלומר, הבעלים אדיש לסיכון). לכן הבעלים יעדיף את התוצאה השלישית ולכן את דרך הפעולה השלישית: זו תניב, לפי הערכתו, תועלת השווה ל-10,000 ש"ח (התועלת מן השימוש בנכס בניכוי עלותו של הסיכון). לכן הוא יימנע, תחת כלל של אחריות מוחלטת, מהתקנת הגלאי, למרות שישכיר את הנכס למגורים. לעומת זאת, "הציבור" – היינו, מיצורף כלשהו של העדפות הפרטים בו – עשוי להעדיף תוצאה שונה. הציבור עשוי להעריך את התועלת מהשכרת הנכס כנמוכה מהערכתו של הבעלים. אם הערכה זו נמוכה מ-10,000 ש"ח, "האדם הסביר" עשוי להעדיף את התוצאה השנייה ולכן להימנע מהשכרת הנכס. החברה עשויה להעריך את עלות ההתקנה של הגלאי בצורה שונה או להעריך את הסיכון לנזק כבעל שווה ערך ודאי גבוה יותר, ולפיכך לקבוע כי בחירה בדרך הפעולה השלישית מהווה התרשלות.

מכאן טענתי הראשונה כי רמת הזהירות של האדם הסביר אמורה (או לפחות יכולה) לשקף את התוצאה ה"אופטימלית" מבחינה חברתית, על יסוד מיצורף כלשהו של מערכת ההעדפות של הפרטים בחברה. הגדרתה של עוולת הרשלנות, וההתייחסות אל רמת הזהירות של האדם הסביר, משקפות לכן את "התפיסה החברתית" באשר לדרך ההתנהגות הרצויה, אשר עשויה להיות שונה מזו של פרט כזה או אחר בחברה.

זהו גם התיאור של רמת הזהירות של האדם הסביר באמירות שונות בספרות המשפטית ובפסיקה. ההתנהגות הסבירה נקבעת על סמך "מדיניות משפטית ראויה באשר להתנהגות הרצויה...". מדיניות זו צריכה לשקף את תחושת הצדק של הציבור הנאור בישראל<sup>22</sup>. באותה רוח ציין, למשל, המלומד פלמינג (Fleming) כי<sup>23</sup>:

22 ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 55.

23 Fleming, *supra* note 5, at p. 107.

"[T]he objective community ideal alone determines whether the defendant's conduct attained the point of proper balance between self-interest and altruism. The individual's moral notions and qualities, like courage, self-control or willpower, are irrelevant".

ובאופן דומה בריסטייטמנט האמריקאי על נזיקין<sup>24</sup>:

"[T]he standard which the community demands [is not] that of the individual judgment, good or bad, of the particular individual. ... The actor [is required] to give to the respective interests concerned the value which the law attaches to them ...[and] impartial consideration to the harm likely to be done to the interests of the other".

אף שהדברים אינם מוגדרים באופן המובא כאן — החלת מערכת העדפות על פני קבוצת התוצאות האפשריות — יש בהם תמיכה לגישה לפיה הבחירה של התוצאה, ולכן של רמת הזהירות המועדפת על האדם הסביר, משקפת את ההעדפה החברתית, ולא דווקא את זו של המזיק<sup>25</sup>.

זהו הבסיס להבחנה הנטענת כאן בין רמת הזהירות בה צפוי לבחור המזיק תחת משטר של רשלנות, לבין זו בה היה בוחר לו היה כפוף למשטר של אחריות מוחלטת. במשטר של רשלנות, המזיק אינו נדרש להעדפותיו שלו על פני קבוצת התוצאות, אלא לאלו של החברה: מכיוון שנקיטה ברמת הזהירות של האדם הסביר תפטור את המזיק מאחריות לתוצאות פעילותו, הוא צפוי לנקוט בדרך פעולה זו, אף אם להערכתו, רמת הזהירות האופטימלית היא שונה<sup>26</sup>.

24 *Rest. on Torts 2d* §382, comment c. ראו גם: *ibid* at §292.

25 גישה קרובה לזו המובאת כאן — אם כי מנקודת מוצא שונה — נטענה על ידי פרופ' Coleman. אגב טיעון אשר נועד לבסס את עדיפותה של תיאוריה של דיני נזיקין המבוססת על העיקרון של "צדק מתקן" (corrective justice), עמד פרופ' Coleman על מהותה של הדרישה הנובעת מעוולת הרשלנות, לנהוג ב"סבירות": לגישתו, הדרישה המוטלת על המזיק במקרה כזה אינה לנקוט ברמת הזהירות ה"רציונלית" מבחינתו (כפי שנטען בגישה הכלכלית), אלא ברמת הזהירות אותה הוא מאפיין (בעקבות *T. Nagel The Possibility of Altruism* (1970)). בתור "רציונליות קולקטיבית": "The requirement of collective rationality ... forces all parties whose behavior is governed by the reasonable-person standard to take the impersonal point of view. ... To view matters from personal point of view is to see them from your perspective, given your interests, weighed as you would weigh them. To view matters from the impersonal point of view is to 'take the you out of it'. From this perspective, no one person's interests count any more than anyone else's": J.L. Coleman *Risks and Wrongs* (1992) 488.

26 תיאורטית, ניתן לתאר מצבים בהם השוני בין העדפותיה של החברה לבין אלו של הפרט הנו משמעותי, באופן שהמזיק עשוי להעדיף שלא לבחור ברמת הזהירות האופטימלית מבחינה חברתית, ולהישאר חשוף לאחריות, וזאת כדי להימנע מלשאת בעלות הנקיטה באמצעי הזהירות. כמו כן, כאמור, בפועל נדרש בית המשפט רק להגדרת מינימום של רמת הזהירות הסבירה, באופן שנקיטה ברמת זהירות "גבוהה" יותר אינה צפויה להטיל על המזיק אחריות.

השאלה המתבקשת היא, כמובן, מהי ההצדקה להכוונת המזיק לנקוט ברמת הזהירות האופטימלית מבחינה חברתית, ולא בזו הנתפסת בעיניו כמועדפת, אם ממילא — כאשר מוטלת אחריות מוחלטת — הוא נדרש להפנים את העלויות הכרוכות בפעילותו. לפני שאדרש לעניין זה, אני מבקש להתייחס בקצרה לשתי הערות ביחס להבחנה שתוארה עד כאן בין שני כללי האחריות.

ההערה הראשונה מתייחסת לאפשרות של הערכה שונה של היקף הנזק שייגרם במקרה שתתרחש תאונה. אכן, לפרטים בחברה עשויות להיות הערכות שונות באשר ל"עלותו" של הנזק, כלומר לתרגומו לערכים כספיים. ממילא, "התפיסה החברתית" בעניין זה עשויה להיות שונה מזו של המזיק. אולם בשונה מן המקורות האפשריים להבדל בין רמת הזהירות של האדם הסביר לבין זו בה צפוי לבחור המזיק תחת משטר של אחריות מוחלטת, השוני בהערכת עלותו של הנזק אינו יכול להיחשב כסיבה להבדל האמור: ממילא, אם תתרחש תאונה, יידרש בית המשפט להעריך את היקפו של הנזק, ולפיכך גם את האחריות שתוטל על המזיק. לכן גם כאשר חשוף המזיק למשטר של אחריות מוחלטת, עליו לקחת בחשבון את ההערכה ה"סבירה" של נזק זה, היינו את "העלות החברתית" שלו.

עניינה של ההערה השנייה הוא בעובדה שבעת קביעת רמת הזהירות של האדם הסביר אין מתחשבים בכישורים מיוחדים — טובים מהממוצע או נמוכים ממנו — של המזיק.<sup>27</sup> מובן כי הבדל בכישוריהם של פרטים שונים צפוי להתבטא הן ברמת סיכון שונה הכרוכה בפעילות והן ביעילות יישומם של אמצעי זהירות שונים להפחתת הסיכון. התוצאה היא, כי הבדלים אלה צפויים להביא לכך שלפרטים שונים מתאימה רמת זהירות מיטבית שונה. אולם הבדלים אלה יבואו לידי ביטוי אך ורק בהגדרתה של קבוצת התוצאות הרלבנטית לכל פרט. אין הם צפויים לבוא לידי ביטוי בשוני בין רמת הזהירות המיטבית בעיניו של הפרט לבין זו הנתפסת כמיטבית בעיני החברה, ביחס לפעילותו של אותו פרט ספציפי.

אכן, בפועל, רמת הזהירות של האדם הסביר אינה מותאמת לכישוריו המיוחדים של הפרט. אולם גישה זו מבוססת על קשיים טכניים בהתאמה אישית של רמת הזהירות לכישוריו של המזיק הספציפי בכל מקרה ומקרה ועל שיקולים קרובים.<sup>28</sup>

ברור עם זאת, כי המזיק יבחר ברמת זהירות הנמנית עם קבוצה של רמות זהירות "סבירות", אשר העלות הכרוכה ביישומה הנה הנמוכה ביותר.

27 בכפוף לשני חריגים: ביחס לכישורים נמוכים מהממוצע, כאשר המזיק הוא קטין, וביחס לכישורים הגבוהים מן הממוצע, כאשר המזיק הוא בעל משלח יד. ראו בעניין זה פרק ג' להלן.

28 יש כאן תחלופה בין העלות האדמיניסטרטיבית הכרוכה בזיהוי כישוריו של הפרט הספציפי, ולכן של פונקציית המימוש שלו, לבין העלות הנובעת מקביעתה של פונקציית מימוש "ממוצעת", המותאמת לכישוריו של פרט מאפיין כלשהו. ראו בעניין זה

Posner, *supra* note 4, at p. 167; P. Diamond "Single Activity Accidents" 3 J. Leg. Stud. (1974) 107.

אין לה בסיס רעיוני־מהותי בהגדרתה של התנהגות כהתרשלות. לעומת זאת, ההבחנה בין העדפותיו של הפרט ביחס לקבוצת התוצאות האפשריות, לבין העדפותיה של החברה, היא בסיסית ומהווה אבן יסוד בהגדרתה של עוולת הרשלנות.

### 5. הצדקות להכוונת התנהגות באמצעות עוולת הרשלנות

הניתוח עד כאן נועד להראות, אם כן, כי הבחירה במשטר של רשלנות משקפת את העדפתה של רמת הזהירות המיטבית בעיני החברה, על פני זו של הפרט. השאלה המתבקשת היא, כאמור, מהי ההצדקה להעדפה זו — היינו להעדפתו של משטר של רשלנות על פני משטר של אחריות מוחלטת. כדי להשיב על שאלה זו, יש להתייחס לשני מישורים נפרדים: האחד הנו זה הפרטי של המזיק עצמו, ואשר עניינו, האם מוצדק או הוגן להטיל עליו לנקוט דווקא ברמת הזהירות המיטבית בעיני החברה, תוך סטייה אפשרית מרמת הזהירות המועדפת עליו; ואילו המישור השני הנו זה החברתי, ואשר עניינו, מהן הנסיבות בהן יעיל לבחור בדרך פעולה זו.

במישור הראשון התשובה היא פשוטה. במשטר של אחריות בגין רשלנות, המזיק פטור מאחריות אם אינו מתרשל. בכך שונה משטר האחריות בגין רשלנות מזה של אחריות מוחלטת, שם נדרש המזיק לשאת בתוצאותיה של פעילותו בכל מקרה. לפיכך, בעוד שתחת הכלל של אחריות מוחלטת נראה מוצדק לאפשר למזיק לבחור בעצמו את רמת הזהירות אותה ראוי, לפי הערכתו־שלו, ליישם במקרה הנתון, קשה לראות הצדקה לכך כאשר המזיק יכול לפטור עצמו מלשאת באחריות. למעשה, הטלת אחריות בגין רשלנות אינה שוללת מן המזיק את החופש להמשיך ולנהוג בדרך העדיפה בעיניו: החלת משטר של רשלנות מקנה לו אפשרות להתאים עצמו לאמות המידה המקובלות בחברה, לרמת הזהירות האופטימלית על פי מערכת ההעדפות החברתית; אין היא שוללת מן המזיק את האפשרות לדבוק ברמת זהירות שונה, הנראית עדיפה בעיניו. במקרה כזה הוא עלול להימצא אחראי לנזק שגרם, משום שנקט ברמת זהירות הנמוכה מזו של האדם הסביר (או לשאת בעלות גבוהה יותר של אמצעי זהירות, אם רמת הזהירות שבחר הנה גבוהה מזו של האדם הסביר). כלומר המזיק יכול לבחור לעצמו משטר של אחריות מוחלטת — היינו, לבחור לנהוג בדרך הנראית בעיניו כעדיפה — תוך מודעות כי יהיה עליו "לשלם" עבור חופש זה בחיובו לפצות את הניזוק בגין הנזק שנגרם.

השאלה החשובה היא מהי ההצדקה לבחירה במשטר של רשלנות מבחינת החברה בכללותה. התשובה המקובלת לסוגיה זו בספרות הניתוח הכלכלי של דיני ניזקין מבוססת על השאיפה לתת גם לניזוק תמריץ לנקוט ברמת זהירות אופטימלית<sup>29</sup>. שיקול זה אינו רלבנטי כאן, לאור ההנחה שהיקפו של הסיכון תלוי

29 ראו למשל, Landes & Posner (1987), *supra* note 2, at pp. 54-77; R. Cooter "Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution" 73 C. L. Rev. (1985) 1

רק בהתנהגותו של המזיק. המענה אותו אני מבקש להציע לשאלה זו מבוסס על שני הסברים: לפי הראשון, הטלת אחריות אינה משיגה הפנמה מלאה של עלויות; ולכך נוסף הסבר שני, שהוא בעצם מקרה פרטי של ההסבר הראשון, לפיו עוולת הרשלנות מאפשרת הכוונה של "פרקטיקה של התנהגות".

ההסבר הראשון להעדפתה, במקרים מסוימים, של הכוונת התנהגות באמצעות עוולת הרשלנות הוא ההכרה בכך שבמקרים מסוימים הטלת אחריות אינה צפויה להביא את המזיק לשאת בכל העלויות הנובעות מפעילותו. הגדרתו של המשטר החלופי, כהטלתה של "אחריות מוחלטת", מרמזת כי המזיק נדרש לשאת במלוא עלותו של הנזק שהוא גורם. הוא נדרש לשאת, באופן "מוחלט", בעלות החברתית של פעילותו. במקרה שכזה, קשה אכן להצדיק התערבות בדרך התנהגותו של המזיק, אלא באמצעות הפנייה אל שיקולים פטרנליסטיים ודומיהם<sup>30</sup>. לפיכך נראה כי הבסיס לסטייה מהעדפותיו של הפרט ולהכתבתה של דרך התנהגות שונה צריך להימצא בשלילתה של הנחת המוצא, לפיה האחריות המוטלת על הפרט הנה אכן "מוחלטת", היינו כוללת את העלות החברתית המלאה של מעשהו.

הפנמה בלתי מלאה של העלות החברתית עשויה לנבוע למשל מן העובדה, שבצד הנזק ה"ישיר" שגורם המזיק לניזוק, משפיעה פעולתו של המזיק גם על רבים אחרים. עם זאת, המזיק החשוף לכלל של "אחריות מוחלטת" אינו צפוי להפנים עלויות עקיפות שונות הנובעות מפעילותו. הסיבות לכך עשויות להיות, למשל, קשיים בהטלת אחריות בגין נזקים "רחוקים" או בגין גרימת נזק פעוט יחסית לכל אחד ממרכיביה של קבוצה גדולה של פרטים; עלויות אכיפה גבוהות, הגורמות למזיק להעריך כי לא יוטל עליו לפצות אלא חלק מן הניזוקים; וכדומה. במקרים מסוג זה, הטלת אחריות אינה צפויה להביא את המזיק להפנים באופן מלא את העלות החברתית הנובעת מפעילותו. משום כך, אמצעי הזהירות בו צפוי לנקוט המזיק, הכפוף לכלל של אחריות מוחלטת, יהיה שונה מזה האופטימלי, בהינתן העלות הכוללת הנובעת מפעילותו. לפיכך, במקרים כאמור ניתן להצדיק את השימוש בעוולת הרשלנות כאמצעי להכוונת התנהגותו של המזיק. בדרך זו, הגדרתה של רמת הזהירות הרצויה נעשית על ידי בית המשפט, וזה יכול להתחשב

30 פרופ' Sunstein מנה בהקשר זה ארבע קטגוריות של הצדקות לסטייה מהעדפותיהם של הפרטים בחברה: העדפות מסדר שני ביחס להעדפות ביחס לקבוצת התוצאות, הבאות לידי ביטוי בהעדפה כי הבחירה אשר תעמוד בפני הפרטים לא תכלול תוצאות מסוימות (כך למשל, עשויים הפרטים להעדיף כי יוטלו עליהם מגבלות שונות, כגון החובה לחגור חגורת בטיחות, בהכירם בעובדה שאם יוכלו לבחור שלא לחגור חגורת בטיחות, יעדיפו לעשות כן כהעדפה מסדר ראשון, אף שברור להם כי מוטב להשתמש באמצעי זהירות זה); מקרים בהם העדפות הפרטים מבוססות על הקצאה קיימת של זכויות, אשר צפויה להשתנות אם ישונה מצב המוצא הזה; מקרים בהם ההעדפות מבוססות על פגמים בשיקול הדעת, אשר מצדיקים התערבות פטרנליסטית ומקרים בהם העדפות הפרטים מבוססות על מידע שאינו שלם. ראו C.R. Sunstein "Legal Interference with Private Preferences" 53 *U. Chi L. Rev.* (1986) 1129.



במכלול העלויות הנובעות מפעילותו של המזיק<sup>31</sup>, לרבות העלויות בגין המזיק אינו צפוי לחוב, גם אם תוטל עליו אחריות<sup>32</sup>.

בנסיבות מן הסוג האמור, השגתה של התוצאה ה"יעילה" – היינו, הכוונת התנהגותו של המזיק כך שיבחר ברמת הזהירות המיטבית בהינתן העלות החברתית המלאה של פעילותו – מצדיקה את השימוש בכלל הרשלנות. המזיק צפוי להעדיף לנקוט ברמת הזהירות האופטימלית – ולכן לקחת בחשבון את מלוא העלות הנובעת מפעילותו – אף שגם אם תוטל עליו אחריות, יהיה זה בגין חלק בלבד מכלל העלות החברתית של פעילותו. בחירתו זו של המזיק שלא להתרשל נובעת מן העובדה, שבדרך זו הוא פוטר עצמו מן הצורך לשאת בפיצוי כלשהו בגין תוצאותיה של פעילותו. אם תוספת העלות הכרוכה בנקיטה באמצעי הזהירות החמורים יותר, הנובעת מהכללתן של עלויות "רחוקות" הנובעות מפעילותו של המזיק, אינה גבוהה מתוחלת הנזק לה חשוף המזיק אם תוטל עליו אחריות, צפוי המזיק לבחור ברמת הזהירות האופטימלית.

עם זאת, הסבר זה אינו מספק, לפחות לא במסגרת התיאורטית הנדונה כאן. מן ההסבר האמור נובעת המסקנה כי יש טעם בהכוונת התנהגות באמצעות עוולת הרשלנות, שכן זו מעניקה למזיק תמריץ לבחור ברמת הזהירות האופטימלית, הלוקחת בחשבון את העלות המלאה של פעילותו. אולם עניינו של הסבר זה הוא רק בצורך להגדיר כראוי את קבוצת התוצאות הרלבנטיות, המתאימה לקבוצת רמות הזהירות האפשריות. מכאן עדיין לא נובעת ההצדקה לכך, שהבחירה ברמת הזהירות בה נדרש המזיק לנקוט כדי לפטור עצמו מאחריות, תיעשה על פי העדפותיה של החברה דווקא.

לשם כך אני נזקק להסבר השני. טענתי היא, כי השאיפה העומדת ביסודה של הכוונת התנהגות באמצעות הטלת אחריות בגין רשלנות היא להסדיר פרקטיקה של התנהגות, מעין "תרבות של התנהגות" חברתית כלשהי. לכאורה, כיוון שתנאי הכרחי לגיבושה של אחריות בנוזקין הוא התרחשותו של נזק, השיפוט של התנהגותו של המזיק הנו מבודד, ומתייחס רק למאורע או לסדרת מאורעות מסוימים<sup>33</sup>. עם זאת, ולמרות שבתי המשפט נמנעים לרוב מלהתייחס לפרקטיקה או לדרך ההתנהגות של המזיק ביחס לפעילויות אחרות

31 על פי ההלכה הפסוקה, בהגדרת רמת הזהירות של האדם הסביר יש לקחת בחשבון את הרווחה החברתית בכללותה, וזו עשויה לכלול גם השפעות חיצוניות "עקיפות". ראו למשל, עניין גורדון, לעיל הערה 14, בע' 137; עניין צור, לעיל הערה 21, בע' 632.

32 במקרים רבים ניתן לצפות כי בעוד ההערכה, ולו באופן מקורב, של העלות החברתית המלאה של פעילותו של המזיק הנה אפשרית, הרי שההטלה בפועל של אחריות ביחס לגורמים ספציפיים עשויה להיות בלתי מעשית.

33 ראו למשל, L.D. Sargentich "Complex Enforcement" (unpublished manuscript, march 11, 1978), שם מתוארת הקביעה השיפוטית בדבר קיומה או העדרה של התרשלנות, כמוגדרת "[I]n terms of discrete instances of conduct, leaving the practice aspect of the situation in the background".

מאלה שהוליוכו להתרחשות הנזק, אין בכך כדי לחסל כליל את התכלית הבסיסית של עוולת הרשלנות — להביא את הפרטים לנהוג בצורה הנתפסת על ידי החברה כרצויה. השימוש בערכים חברתיים ובמערכת ההעדפות של הכלל כאמות מידה לקביעה מהן התוצאה וההתנהגות המועדפות, משרת תכלית זו.

ההסדרה של פעילות מסוימת נתפסת כחלק מתהליך רחב וכולל יותר, לשם קביעה מה יהא אופיה של החברה; אילו ערכים יוגנו; מהן התועלות אשר יוכרו כנובעות מפעילות מסוימת; מהי שנאת הסיכון ה"מתאימה" לחברה הנתונה וכדומה<sup>34</sup>. כלומר, ההשפעה החיצונית של פעילותו של המזיק באה לידי ביטוי מעבר לתוצאות הישירות של פעילותו, היינו מעבר לנזק הנגרם כתוצאה ממנה. בחירתו של המזיק ברמת זהירות מסוימת, על יסוד מערכת העדפות כלשהי המוגדרת על קבוצת התוצאות, משפיעה על החברה בכללותה. יישומה של רמת זהירות מסוימת יוצרת פרקטיקה של התנהגות, אותה מבקשת החברה לכוון.

תוצאות פעילותו של המזיק נתפסות, על פי גישה זו, במשמעות רחבה ועמוקה יותר מזו המקובלת. לפיכך, אף ההפנמה הנדרשת כדי להביא את המזיק לנהוג בדרך אופטימלית הנה רחבה מזו המקובלת. במילים אחרות, ההתבססות על מערכת ההעדפות של החברה מבטאת הכרה שאין די בהפנמה של תוצאות הפעילות של המזיק באמצעות האיום של הטלת אחריות בגין נזק שייגרם עקב פעילותו. הטלת אחריות "מוחלטת" גורמת להפנמה של התוצאות השליליות העשויות לנבוע ממעשהו של המזיק ואשר יתבטאו בנזק שייגרם לניזוק עקב פעילותו של המזיק. עניינה של הפנמה זו בסיכון לקרות הנזק. זוהי הפנמה אותה ניתן לכנות "הפנמה תוצאתית". המזיק בוחר ברמת זהירות המשקפת רמת סיכון ועלויות מניעה הנראות בעיניו כעדיפות.

לעומת זאת, הטלת אחריות בגין רשלנות מאפשרת להביא את המזיק להפנמה עמוקה יותר של השלכותיה של פעילותו על החברה. המזיק נדרש לפעול בדרך הנראית לחברה כעדיפה על יסוד הערכה מוקדמת של פעילותו, בטרם התממש הסיכון. במובן זה, זוהי מעין "הפנמה התנהגותית". עצם יצירת העלות החברתית — גם אם היא צפויה להיות זהה לעלות הפרטית של המזיק — באמצעות הטלת

34 ראו בעניין זה R.B. Stewart & C.R. Sunstein "Public Programs and Private Rights" 95 *Harv. L. Rev.* (1982) 1193 "the public values account", ועל פיה, "the regulation of an activity is a part of] a continuing process of deciding what sort of a society we shall be — how risk averse [and so forth]" של מקבלי ההכרעות בחברה, לרבות בתי המשפט, הנו *economic norms [in the society]*" and. ראו: *ibid* at p. 1238. לגישה זו ראו: J. Vining *Legal Identity* (1978) 28-29, 35-36; F. I. Michelman "Political Markets and Community Self-Determination: Competing Judicial Models of Local Government Legitimacy" 53 *I.L.J.* (1977-1978) 145; L.L. Fuller "The Forms and Limits of Adjudication" 92 *Harv. L. Rev.* (1978) 353: "Adjudication should be viewed as a form of social ordering, as a way in which the relations of man to one another are governed and regulated".

אחריות בגין תוצאות פעילותו, נתפסת, היא עצמה, כבעלת השפעה חיצונית. בחירה ברמת זהירות מסוימת על ידי המזיק משקפת ייחוס תועלת לפעילויות מסוימות ויצירת סיכון להתרחשותו של נזק. השתקפותם של ערכים אלה בהתנהגותו של המזיק נתפסת כהשפעה חיצונית של פעילותו, אשר אינה מופנת מעצם העובדה שהמזיק בלבד הוא אשר נושא בסיכון או מפיק תועלת מן הפעילות.

על פי גישה זו, הטלת אחריות מוחלטת משקפת "אינדיבידואליזם", במובן זה שלמזיק מוקנה חופש פעולה לבחור בדרך הנראית לו. החברה אינה מייחסת לסיכון אליו הוא חושף את עצמו (הנזק אמנם עלול להיגרם לאחר, הניזוק, אך ההנחה היא, כי המזיק יישא בעולותו של נזק זה ויפצה את הניזוק באופן מלא) כל השפעה חיצונית. גם התועלת אותה מייחס המזיק לפעילותו נתפסת כעניינו האישי, כל עוד הוא מפנים באופן מלא את ההשפעות החיצוניות השליליות של מעשיו. לעומת זאת, הטלת אחריות בגין רשלנות משקפת תפיסה "קולקטיביסטית" או "קבוצתית". התנהגותו של המזיק נתפסת כבעלת השפעות על הכלל, גם אם המזיק הוא זה אשר, באופן ישיר לפחות, מפיק תועלת מפעילותו ונושא בעלות הנובעת ממנה. תפיסה כזו יכולה להסביר, כך נראה לי, את ההתערבות של החברה בבחירתו של הפרט כיצד לנהוג<sup>35</sup>.

Nozick הציע, בהקשר אחר, הסבר דומה: לגישתו, גם אם מובטח לכל מי שחשוף לסיכון, כי אם יתממש הסיכון ויגרם לו נזק, הוא יזכה לפיצוי מלא בגין הנזק שנגרם לו, יש עדיין הצדקה להגביל את ביצוע הפעילות יוצרת הסיכון. ההצדקה מבוססת על ההערכה שחשיפתו של אדם לסיכון שייגרם לו נזק גורמת לפגיעה בתועלת שלו<sup>36</sup>, גם אם הוא צופה שיזכה לפיצוי כספי מלא במקרה של התממשות הסיכון. פגיעה מסוג זה צפויה להיגרם כאשר מדובר, בעיקר, בנזקי גוף<sup>37</sup>. קיומה של פגיעה מסוג זה בתועלת עשויה להצדיק הטלת הגבלות על ביצוע פעולות הגורמות סיכון, משום שהמזיק צפוי לפצות רק את הניזוק הספציפי, לו נגרם הנזק בפועל, ולא את כל אלה אשר היו חשופים לסיכון שפעילותו תגרום להם נזק. לפיכך, המזיק אינו צפוי להפנים פגיעה זו ברווחה החברתית, הנובעת מפעילותו יוצרת הסיכון, ומכאן ההצדקה להטיל הגבלות על החופש של הפרט לפעול בדרך היוצרת סיכון של פגיעה בזכויות של אחרים<sup>38</sup>.

35 וראו א' חביב-סגל "דיני חברות, והמטרייה החוקתית שנפרשה בחוקי היסוד" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 105, 117: "באמצעות העקרונות של תום לב בדיני חוזים, סבירות בדיני נזיקין וכדומה, המערכת המשפטית מבקשת להכתיב סטנדרטים של התנהגות אנושית ראויה, העולים על הסטנדרטים הנהוגים, מתוך תקווה שכך ישתנו נורמות ההתנהגות, ובטווח הארוך יתקבל עולם טוב יותר".

36 פגיעה המוגדרת על ידי Nozick, להלן הערה 37 כ"חשש" — fear.

37 Nozick הדגיש עם זאת, כי אין המדובר בהכרח רק בנזקי גוף: "Despite knowing that they will be compensated if [border crossing] occurs, people may fear being humiliated, shamed, disgraced, embarrassed, and so on": R.Nozick *Anarchy, State, and Utopia* (1974) 70.

38 "The widespread fear makes a private occurrence and countenancing of these acts not

לפיכך, הפרקטיקה של הפעלתו של עקרון הרשלנות בדיני הנוזיקין אינה תומכת בתיאוריה הכלכלית של דיני נזיקין. התיאור המובא כאן תומך דווקא בתיאוריה חלופית, לפיה עקרון הרשלנות משקף תכלית של הכוונת התנהגות רצויה או "צודקת" בעיני החברה בכללותה, העשויה להיות שונה מן ההתנהגות ה"רציונלית" בעיניו של פרט זה או אחר. קביעתה של רמת הזהירות ה"סבירה" מבוססת על העדפותיה של החברה בכללותה, ובמובן זה אין היא תחליף גרידא לקביעה החוזית של הצדדים. קביעה זו היא הסדר שונה לחלוטין, המשקף לכן תכלית שונה<sup>39</sup>.

התוצאה לפיה כלל של רשלנות משקף תפיסה "קבוצתית", עומדת בניגוד לתפיסה המקובלת, הרואה דווקא בכלל של אחריות מוחלטת כמשקף תפיסה זו. יסודה של התפיסה המקובלת בהתמקדות בשיקולים חלוקתיים: חיובו של המזיק לפצות את הניזוק ללא קשר לשאלה האם דבק "אשם" – מוסרי או כלכלי – בהתנהגותו של המזיק, מביא להעברת עושר מן המזיק אל הניזוק. בהנחה שהפרט המזוהה כמזיק – כלומר הפרט לו אין מוקצית הזכאות הרלבנטית – הוא זה שמפיק תועלת מן הפעילות אשר יצרה את העלות החברתית, מקובל לראות בחיובו לפצות את הניזוק כאמצעי להשגת "צדק", לחלוקת הכנסות בין הפרטים<sup>40</sup>. כאן, לעומת זאת, המוקד הוא בנקודת הזמן המוקדמת – הכוונת התנהגות – ולא בזו המאוחרת – חלוקה צודקת של התוצאות של ההתנהגות. בהיבט הנדון כאן, של הכוונת התנהגותם של הפרטים בחברה, עוללת הרשלנות היא זו המאפשרת להשיג את התוצאה העדיפה מנקודת המבט ה"קבוצתית".

6. יישומה של התיאוריה: קירובה של הגישה הכלכלית למציאות  
יישומו של התהליך המתואר כאן, לקביעתה של רמת הזהירות של האדם הסביר, הנו מורכב: ראשית, לבית המשפט דרוש מידע רב ביחס להעדפותיהם של הפרטים לשם גיבוש ההעדפה החברתית; שנית, בית המשפט נדרש לגבש פונקציית בחירה חברתית כלשהי לשם עריכת מיצרף של העדפותיהם של הפרטים בחברה. סיכום העדפותיהם של הפרטים בחברה מחייב, כאמור, הכרעה ערכית באשר למשקל שיש לתת לערכים שונים. ניתן לטעון כי אין בכוחו של בית המשפט להתגבר

merely a private matter between the injurer and the injured party": Nozick, *supra* note C. Fried *An Anatomy of Values*; *ibid* at pp. 56-78 עוד ראו עור 37, at p. 67 (1970), ch. 9.

39 זו גם התוצאה הנובעת מאימוצה של תיאוריה של "צדק מתקן": "Tort law is not simply a necessary response to the impossibility of contract, but a genuine alternative to contract as a device for allocating risk": Coleman, *supra* note 25, at p. 203.

40 *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, (1944) 436 150 P.2d. כן למשל, בתחום הטלת אחריות על מוצרים פגומים. ראו

על קשיים מעשיים אלה<sup>41</sup>. מעבר לכך, גם המזיק ניצב בפני בעיות מידע קשות עת הוא נדרש להעריך מהי רמת הזהירות הסבירה בנסיבות העניין<sup>42</sup>. הכוונת התנהגות באמצעות הטלת אחריות בגין רשלנות עשויה להיחשב למדויקת יותר מבחינת ההתנהגות הרצויה על ידי החברה, אולם היא עלולה שלא להשיג את מטרתה, אם הכפופים לדין יתקשו לזהות, מלכתחילה, מהי רמת הזהירות הנדרשת מהם במקרה נתון<sup>43</sup>.

אולם במסגרת זו אין בכוונתי להתמודד עם טיעונים מסוג זה. כפי שכבר הובהר לעיל, תכליתו של התיאור המובא כאן הנה להסביר את פעולתו האינטואיטיבית של בית המשפט, בלא כל יומרה לטעון כי בית המשפט אכן נדרש, בפועל, לתהליך המתואר כאן<sup>44</sup>. בפסקה זו אני מבקש להתייחס לביקורת אחרת המושמעת כנגד דרך הניתוח המוצעת כאן, אשר מקורה בביקורת כנגד ניתוחי עלות-תועלת באופן כללי (cost-benefit analysis).

אחת הסכנות בגישה של ניתוחי עלות-תועלת לבחינת הסדרים משפטיים הנה השרירותיות שבהגדרתן של "השפעות חיצוניות" של פעילות מסוימת. הגדרה רחבה מספיק, הכוללת נזקים נפשיים הנגרמים לפרטים שונים בחברה (למשל, עקב מודעותם להתנהגות מסוימת של אחד הפרטים בחברה, לה אינם מסכימים)<sup>45</sup> מאפשרת להצדיק, על בסיס ניתוח אובייקטיבי כביכול של סיכום עלויות ותועלות, כמעט כל הסדר משפטי<sup>46</sup>. עוקצה של ביקורת זו מכון אל הכסות של אמות

41 לביקורת על הפיסת היסוד של הגישה הכלכלית, לפיה תכליתם של דיני הנזיקין הנה הרתעתית בלבד, לאור קשיים מן הסוג האמור, ראו י' גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" I. Englard *The Philosophy of Tort Law* (Dartmouth, 1993); 421 (תשנ"ג) 32-35.

42 פרופ' Latin הגדיר זאת כ-"אי ודאות נורמטיבית", היינו "[An uncertainty that arises from] political or ethical disagreement over values and priorities": H.A. Latin "The Feasibility of Occupational Health Standards: An Essay on Legal Decisionmaking under Uncertainty" 78 *Northw. L. Rev.* (1983) 583.

43 למחקרים אמפיריים ביחס ליעילותם של דיני הנזיקין לכוון את הפרטים לנקוט אמצעי זהירות נאותים ראו, למשל, D.N. Dewees "Sulfur Dioxide Emissions: The Historical Inefficiency of Tort Law" (manuscript, August 1995); D. Dewees & M. Trebilcock "The Efficacy of the Tort System and Its Alternatives: A Review of Empirical Evidence" 30 *O.H.L.J.* (1992) 57.

44 כך, למשל, כע"פ 196/64 י"מ נ' בש, פ"ד יח(4) 568 וכן ד"נ 15/64 בש נ' י"מ, פ"ד יט(1) 309, סרב בית המשפט להתבסס על עדויות של אנשים שונים, ביחס לסיכון אותו היו צופים מפעילות מסוימת. נקבע כי הצפיות נקבעת על פי ניסיון החיים והידע הכללי שבדי השופט, אם כי, נראה שכוונת הדברים לגיבושה של הצפיות הנורמטיבית, ולא דווקא זו העובדתית.

45 להרחבה מעין זו של הגדרתן של השפעות חיצוניות ראו למשל, G. Calabresi & D.A. Melamed "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089, 1124; F.I. Michelman "Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs" 80 *Y.L.J.* (1971) 647, 682.

46 D. Kennedy "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique" 33 *Stan.* ראו

מידה אובייקטיביות כביכול, דוגמת יעילות וניתוחי עלות-תועלת. לעומת זאת, אין בה כדי לשלול את הלגיטימיות של עצם ההיזקקות להשפעות רחוקות מעין אלה לצורך הבחירה בדרך פעולה כלשהי בדרך הפעולה הרצויה. הטיעון המובא כאן נותר בתוקף, גם אם הגדרתה של רמת הזוהרות הסבירה נעשית תוך זיקה מפורשת לשיקולי צדק ומוסר שונים, בלא הסתתרות מאחורי המסך של אמת מידה אובייקטיבית של יעילות<sup>47</sup>.

קבלתה של הגישה המוצעת כאן עשויה לאפשר להכליל את הגישה הכלכלית, באופן שיגביר את התאמתה לפרקטיקה של יישומו של עקרון הרשלנות בדיני נזיקין: על פי הכללה זו, התכלית העומדת ביסוד דיני הנזיקין הנה אכן לכוון את הפרטים לנהוג בדרך הרצויה מבחינה חברתית. עם זאת, קביעת פרטיה של דרך ההתנהגות הרצויה אינה מבוססת על סיכום אריתמטי של רווח והפסד, אלא על הערכה מורכבת בהרכבה של התוצאות המועדפות<sup>48</sup>. כלומר, השיקולים הבאים בחשבון במסגרת הגישה המוצעת כאן הנם עדיין כאלה הצופים פני עתיד, אולם אין הם כוללים בהכרח רק שיקולי "יעילות" במובן הצר של חישובי עלויות ורווחים. על פי הגישה הזוכה לפופולריות גוברת והולכת, הניתוח ה"כלכלי" של המשפט צריך להתבסס על ההנחה שהמניע של הפרטים אינו דווקא להביא למקסימום את תועלתם החומרית, אלא קידומם של ערכים ואידיאולוגיות בהם הם דוגלים<sup>49</sup>:

*L. Rev.* (1981) 387, 398-400. ביקורת זו מתייחסת אל היותה של הגישה הכלכלית בעלת "תחולת יתר" (over-inclusive). לביקורת מן הכיוון ההפוך, שעניינה ההתייחסות בגישה הכלכלית לדיני נזיקין אל סך התועלת והעלויות למוזיק ולניזוק בלבד, בלא לקחת בחשבון השפעות חיצוניות חיוביות ושליליות על גורמים שלישיים, ראו I. Gilead "Tort Law and Internalization: The Problem of the Coasian Gap" (Manuscript, 1996) והשופט דורנר בעניין סבג, לעיל הערה 6, בע' 107-108, לפיה, השימוש באמת המידה של יעילות כלכלית צריך להיות מסווג בהכללתו של גורם ערכי – מידת העניין של החברה בקיומה של הפעילות גורמת הסיכון: "יש מקום להתחשב, בצד השיקולים הכלכליים, גם בעניין החברתי שבפעילות יוצרת הסיכון".

47 וראו א' פורת "דיני נזיקין: עולת הרשלנות" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ז) 373, 384: "הכללתם של נזקים בלתי-מוחשיים, שכה קשה לחשבם, בנוסחת הרשלנות הכלכלית, הופכת למעשה נוסחה זו לכור היתוך של אינטרסים, והמשתמש בנוסחה זו חייב לאתרם וליתן להם משקל ראוי. המחשבה שנוסחת הרשלנות הכלכלית מקילה כביכול את המלאכה על הפוסק, בהציבה אמת מידה קלה ליישום, אינה אלא חזיון תעתועים".

48 לביקורת כנגד הגישה הכלכלית למשפט, על בסיס היותה מבוססת על סיכום אריתמטי פשטני של הפסד ורווח, ראו, למשל, L.H. Tribe "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?" 98 *Harv. L. Rev.* (1985) 592, 595-596; R.W. Wright "The Standards of Care in Negligence Law" *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, D.G. Owen ed., 1995) 249, 274-275; M.D. Green "Negligence = Economic Efficiency: Doubts" 57 *Tex. L. Rev.* (1997) 1605.

49 R.C. Ellickson "Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics" 65 *Chi-Kent L. Rev.* (1989) 23, 48.

"[L]aw and Economics [should] start with the working assumption that most persons are to some degree acculturated to be self-constrained by idealistic notions about the good society and the good self. This assumption could assist analysis of human behavior in all contexts".

באותה רוח, התיאור הפורמלי המובא כאן לוקח בחשבון אפשרות של חוסר הסכמה בין הפרטים השונים בדבר התרגום של תוצאות ושל סיכונים להתרחשות נזק למונחים כספיים או לערכים "אובייקטיביים" אחרים הניתנים להשוואה. דרך בחירתה של התוצאה האופטימלית מבחינה חברתית (או מבחינתו של הפרט) אינה מוגבלת, כמודל המתואר כאן, לעיקרון של יעילות דווקא. הבחירה נקבעת על יסוד "פונקציית בחירה חברתית" כלשהי, המוגדרת מחוץ למודל. פונקציה זו עשויה לתת משקל לגורמים שונים הנובעים מפעילותו של המזיק ולסיכון הכרוך בפעילות זו. היא עשויה להיות מושפעת גם מן הקונבנציות המקובלות בחברה, כפי שנובע מן התיאוריה של צדק מתקן<sup>50</sup>.

התיאור המובא כאן אף עשוי לסייע בהצבת מסגרת "אובייקטיבית" לקבלת ההכרעה השיפוטית בשאלת הגדרת מעשה כהתרשלות. ראינו כי הבחירה ברמת הזהירות הסבירה אמורה לשקף את רמת הזהירות הרצויה על יסוד העדפותיהם של הפרטים בחברה. לפיכך, תיאורטית לפחות, הקביעה האם במעשה מסוים יש משום התרשלות אינה תלויה בזהותו של השופט הנדרש להכריע בעניין, בניסיונו האישי ובהעדפותיו<sup>51</sup>. כפי שקבע בהקשר זה פרופ' ברק, "סבירות היא עניין אובייקטיבי. היא מבקשת לצאת מהסובייקטיות האופפת כל יחיד ויחיד תוך חיפוש אחר הכללי והמשותף"<sup>52</sup>.

המיצור של העדפותיהם של הפרטים מבוסס על פונקציית בחירה חברתית,

50 ראו Coleman, *supra* note 25, at p. 358 :

"Informal conventions typically arise within communities of individuals as ways of giving local expression and content to the prohibition against unreasonable risk taking. These conventions govern the behavior of local communities; members of the communities develop expectations regarding their own behavior. ... It is failure to comply with them that typically grounds duties in corrective justice".

51 לגישה שונה ראו M. Saltman *The Demise of the Reasonable Man* (1991) 151: "Today's reasonable man ... is a concept circumscribed by legal logic and political considerations. ... [R]easonableness becomes merely a reflection of the attitudes of the person making a decision".

52 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 187. ראו עם זאת דבריו של השופט ברק בעניין גורדון, לעיל הערה 14, בעמ' 137 (ההדרגה הוספה): "רמת התנהגותו [של האדם הסביר] נקבעת על ידי בית המשפט והאדם הסביר אינו אלא בית המשפט עצמו... היקף התפרסותה של אמת המידה של 'האדם הסביר' נקבע על פי מידת התגובה של הסכמה או של אי הסכמה של השופט כלפי התוצאה. תגובה זו מבוססת בעיקרה על הניסיון האנושי של השופט מזה ועל עקרונות ומטרות חברתיות מזה".

המגדירה מהו האופן בו יש לשקלל את ציפיותיהם ואת העדפותיהם של הפרטים השונים. פונקציה זו אמנם אינה מובאת במפורש בהגדרה הסטטוטורית של עוולת הרשלנות, אולם ניתן לראותה כמשתמעת מתוך כחינת המערכת המשפטית כמכלול. לפיכך, על השופט לדלות מתוך מכלול ערכיה של השיטה המשפטית בה הוא פועל, מהו האופן הראוי לסכם את ציפיותיהם והעדפותיהם של הפרטים. התוצאה אינה, כמובן, הכרעה "טכנית" ופשוטה, בלא צורך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי. על השופט לבחור ב"נוסחה" המתאימה לזיהוי ההעדפה החברתית<sup>53</sup>; עליו להחילה על פני קבוצת רמות הזהירות הרלבנטיות<sup>54</sup> ועליו לזהות את "ערכי המשתנים" בנוסחה, היינו את העדפותיהם של הפרטים<sup>55</sup>. עם זאת, שיקול הדעת אינו "פתוח", אלא מתוחם על פי התהליך שתואר, לקביעתה של רמת הזהירות הסבירה.

## 7. סיכום ביניים

לסיכום, שתי מסקנות נובעות מן הדיון שהובא עד כאן: האחת, עניינה בגדרה של עוולת הרשלנות. ההפניה למערכת העדפותיה של החברה באמצעות ההערכה מהן, בעיני החברה, התועלת מן הפעילות, העלות הכרוכה באימוץ אמצעי זהירות כאלה ואחרים ועלותו של הסיכון הכרוך בפעילות, צריכה לזכות להכרה כמאפיין יסודי של הגדרת הרשלנות. הקביעה, מה הייתה רמת הזהירות בה היה נוקט האדם

53 כאמור, פונקציית הבחירה החברתית, על פיה נדרש בית המשפט לשקלל את ציפיותיהם של הפרטים בחברה ואת העדפותיהם, אינה מוגדרת בצורה מפורשת: "ואם תישאל השאלה, על פי איזה קריטריון נעשו האיוון והשקלול עצמו, כי אז התשובה היא, כי עניין זה אין למדוד במאזניים ובמשקולות, אלא נעשה הוא על פי הבנתו של השופט את צורכי החברה. אין לו לשופט אלא ניסיונו השיפוטי, תלמודו, וחכמת החיים שלו": עניין ועקנין, לעיל הערה 10, בע' 123-124.

54 על השופט מוטל להגדיר, באופן שרירותי, את קבוצת רמות הזהירות הרלבנטיות,  $(a_1, \dots, a_n)$ , מתוך הרצף של רמות הזהירות האפשריות. אם קבוצת רמות הזהירות האפשריות היא "צפופה" מספיק, הרי שניתן להגדיר מחדש כל וקטור נתון שכזה, כך שיכלול רמת זהירות שתהא עדיפה על זו שנבחרה כאופטימלית קודם לכן.

בעיה זו דומה לבעיית הצפיות של סוג הנזק. לפי דוקטרינת הצפיות, המזיק אחראי אך ורק לנזק אותו היה צופה האדם הסביר. אולם אם ההסתברות להתרחשותם של הסוגים השונים של הנזקים מתפלגת באופן רציף, הרי שההסתברות להתרחשותו של אירוע נזק ספציפי כלשהו היא אפס. כדי לתת משמעות מעשית למבחן הצפיות, הנזק אשר ביחס עליו מוחל מבחן הצפיות מוגדר כמקטע, כסוג של נזקים, ולא כאירוע מבודד. אולם בית המשפט הוא עדיין זה הנדרש להגדיר את גודלו של המקטע, את ה"סוג" של נזקים אליו משתייך הנזק שאירע בפועל, זאת עליו לעשות ללא קורים מנחים ברורים כלשהם בהגדרה הפורמלית של מבחן הצפיות. ראו לעניין זה M.J. Rizzo "Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort" 9 J. Leg. Stud. (1980) 291, 303-306.

55 ברק, לעיל הערה 52, בע' 83: "בהפעלתו של מבחן [הסבירות], יש לקחת בחשבון מטרות חברתיות שונות, כגון חופש הפעילות וביטחון הרכוש והנפש. כן יש להתחשב בעקרונות של הגינות וצדק. כל אלה יוצרים מערכת נרחבת של אפשרויות, אשר בנסיבות עובדתיות מתאימות, משאירה שיקול דעת שיפוטי נרחב".



הסביר, משקפת את דרך ההתנהגות הנתפסת בעיני החברה בכללותה כמועדפת בנסיבות העניין. לפיכך, אף שלבית המשפט מוקנה שיקול דעת, הוא מצופה להפעילו בהתאם לאמות המידה שתוארו.

עניינה של המסקנה השנייה במישור הדין הרצוי. הבחינה, מהו משטר האחריות המתאים בתחום מסוים, צריכה לקחת בחשבון, בצד שיקולים אחרים, גם את השאלה האם יש לחברה אינטרס לכוון פרקטיקה של התנהגות בתחום מסוים, אשר עשוי שלא להיות מושג במשטר של אחריות מוחלטת. יסוד חשוב בבחינה זו הנו קיומן של עלויות "עקיפות", אותן לא צפוי המזיק להפנים תחת משטר של אחריות מוחלטת. כאמור, יישומה הלכה למעשה של דרך זו להכוונת התנהגות הנו מורכב וקשה, אולם שכרה באפשרות להביא את המזיק לנהוג בדרך הקרובה יותר לזו הנתפסת כרצויה, לעומת השיטה החלופית המרכזית להכוונת התנהגות – הטלת אחריות מוחלטת.

כאשר מוטלת על המזיק אחריות מוחלטת בגין מעשיו, המזיק צפוי להפנים – היינו לקחת בחשבון בהערכתו מהי רמת הזהירות האופטימלית מבחינתו – רק את העלויות בהן הוא צפוי לשאת. עלויות אלה הן עלות הנקיטה באמצעי הזהירות, מחד, ותוחלת עלות הפיצוי של הניזוק בגין הנזק שנגרם לו, מאידך. אין הן כוללות עלויות עקיפות, כגון השפעה על פעילותם של צדדים שלישיים<sup>56</sup>. לעומת זאת, בהערכה מהי רמת הזהירות האופטימלית מבחינה חברתית – רמת הזהירות של האדם הסביר – נדרש מקבל ההחלטה לקחת בחשבון את כל העלויות החברתיות הנובעות מן הפעילות של המזיק, בין אם המזיק צפוי לחוב בהן אם תוטל עליו אחריות ובין אם לאו. לכן, הגדרתה של רמת הזהירות הסבירה אינה זהה להגדרתה של רמת הזהירות הרציונלית מנקודת מבטו של המזיק.

### ג. חלק שני: בחירת רמת הזהירות הסבירה בתנאי אי-ודאות ביחס לסיכון

#### 1. מסגרת הדיון

לכל אורכו של הטיעון שהובא בחלק הראשון הנחתי, כי לכל הפרטים מידע זהה בדבר הסיכון הגלום בפעילות הרלבנטית כאשר הם נוקטים ברמות הזהירות השונות. במילים אחרות, ההנחה הייתה, כי הפרטים מחילים את מערכת ההעדפות שלהם על פני אותה קבוצה של תוצאות אפשריות, הנובעת מקבוצת רמות הזהירות הרלבנטיות. הנחה זו מוסרת כעת, ובמקומה אניח כי קיימת אי-ודאות באשר לסיכון זה: לפרטים אין מידע אחיד ביחס להסתברות להתרחשותה של "תאונה". במצב המוצא עומד מקבל ההחלטה בפני קבוצת רמות הזהירות האפשריות. כדי לבחור בזו המועדפת, עליו "לתרגם" ראשית כל איכר בקבוצה זו, כדי לבטאו

56 אלא ככל שהדבר בא לידי ביטוי בהטלת פיצויים עונשיים, בנוסף לפיצויים הרגילים.

במונחים של קבוצת התוצאות. כלומר יש להגדיר מהו הסיכון להתרחשותו של נזק, הכרוך בדרך הפעולה הרלבנטית. הגדרתה של קבוצת התוצאות, כשלב ראשון, הנה הכרחית, שכן מערכת ההעדפות של הפרטים מוגדרת על פני קבוצה זו ולא על פני קבוצת רמות הזהירות. לשם כך נדרשים שני סוגים של מידע: ראשית, מידע ביחס להסתברות להתרחשותם של מצבי הטבע השונים; ושנית, מידע באשר לצפוי בהתרחש שילוב של רמת זהירות מסוימת ומצב טבע מסוים. השילוב של שני המרכיבים האמורים של המידע מאפשר למקבל ההחלטות להתאים לכל רמת זהירות "תוצאה" מסוימת.

לרוב, הסיכון הכרוך בכל אחת מרמות הזהירות הרלבנטיות אינו גלוי וברור. אין בידי הפרטים מידע מלא באשר להסתברות להתרחשותו של כל אחד ממצבי הטבע האפשריים ובאשר לתוצאה הצפויה בכל שילוב של מצב טבע מסוים ורמת זהירות מסוימת. משמעות הדבר היא כי על בית המשפט להכריע, בדרך שתפורט מיד, לא רק מהי ההעדפה החברתית ביחס לקבוצת תוצאות נתונה (וזהו כאמור, השלב המכונה כאן "השלב השני"), אלא גם מהי קבוצת התוצאות המתאימה לקבוצת רמות הזהירות האפשריות ("השלב הראשון").

טענתי היא, כי כשם שבשלב השני מוגדרת התוצאה המועדפת על יסוד מיצרף כלשהו של העדפות הפרטים בחברה, כך, בשלב הראשון, מוגדר הסיכון הכרוך בכל אחת מרמות הזהירות הרלבנטיות על יסוד מיצרף כלשהו של ציפיותיהם והערכותיהם של הפרטים בחברה<sup>57</sup>. הערכותיהם של הפרטים ביחס לסיכון הכרוך בדרכים השונות לביצוע הפעילות מבוססות על המידע הרלבנטי המצוי ברשות כל אחד מהם. ההנחה היא כי מידע זה אינו מלא, והמיצרף נועד לשקף את "ההערכה החברתית" של הסיכון, העשויה להיות שונה מן הסיכון ה"אמיתי" כפי שהוא עשוי להתברר, למשל, בדעיבר.

## 2. קביעת ציפייתו של האדם הסביר

השאלה בה אני מבקש לדון היא, אם כן, כיצד יש לקבוע מהו הסיכון אותו יכול לצפות האדם הסביר, היינו, מהו הסיכון הצפוי מבחינה עובדתית. לפרטים שונים עשויות להיות הערכות שונות באשר לסיכון זה, באופן שהערכת הסיכון היא סובייקטיבית. אכן, הסיכון הצפוי על ידי האדם הסביר מוגדר ככזה אותו היה צופה אדם אשר משתמש היטב בחושיו כדי להבחין בסכנות העלולות להתרחש

57. לתיאור דומה של תהליך ההכרעה השיפוטי באשר לרמת הזהירות של האדם הסביר ראו A. Rubinstein "The Reasonable Man — A Social Choice Approach" 15 *Theory and Decision* (1983) 151.

עקב מעשיו<sup>58</sup>, אולם מובן שאין בכך כדי לשלול את האפשרות של הערכות שונות של פרטים שונים ביחס לסיכון<sup>59</sup>:

"Perception of risk is the correlation of past experience with the specific facts in a situation, which depends to a large extent on knowledge as the basis for judging the harmful potentialities of contemplated conduct".

כך, למשל, כאשר המדובר בפעילות שהיא חד-פעמית באופיה: לפרטים אין מידע באשר להתפלגות ממנה לקוחות התצפיות המקריות להן הם עדים<sup>60</sup>. כתוצאה מכך, על פי גישתו של המלומד Rizzo<sup>61</sup>:

"[T]he search for what a 'reasonable man' would do in uncertainty is not a factual question but a value judgment"<sup>62</sup>.

כלומר לפי גישה זו, גם בשלב הטכני לכאורה, בו נבחן מהו הסיכון אותו יכול היה האדם הסביר לצפות כעניין עובדתי, נדרש למעשה "שיפוט ערכי". נראה כי ניתן לאפיין שתי גישות עקרוניות שונות ביחס לשאלה מהו אופיו של השלב בו נקבע מהו הסיכון הגלום בכל אחת מרמות הזהירות האפשריות: על פי גישה אחת, תכליתו של שלב זה לקבוע מהו הסיכון ה"אמיתי". לשם כך עשוי בית המשפט להיעזר בחוות דעתם של מומחים ואף בידע המצוי בידיו בדיעבד; לעומת זאת, על פי גישה שנייה, הסיכון הרלבנטי אינו דווקא זה האמיתי, אלא אך ורק הסיכון אותו העריכו (או יכולים היו להעריך) הפרטים, בעת קבלת ההחלטה. על פי הגישה השנייה, בית המשפט אינו נדרש לקבוע מהו הסיכון ה"נכון".

58 ראו למשל, בריטטייטמנט האמריקאי, שם מוגדר הסיכון הצפוי על ידי האדם הסביר ככזה אותו היה צופה אדם אשר "make use of his senses to become aware of his surroundings, and of any danger involved in them": *Rest. of Torts 2d* §289, comment e *ibid*, at : כן ראו: §290: "The actor is required to know everything with respect to the risk of harm which is a matter of common knowledge in the community in which his conduct occurs".

59 Fleming, *supra* note 5, at p. 108.

60 על פי ההלכה הפסוקה, אף תגובתו האינסטינקטיבית של אדם חייבת להיות "סבירה". ראו ע"א 732/77 יוסף נ' אדלר, פ"ד לד(2) 414, שם נקבע, כי הסטה אינסטינקטיבית של הגה המכונית, כדי למנוע פגיעה בכלב, ואשר גרמה לתאונה בה נפגע אדם, לא הייתה סבירה בנסיבות העניין. לביקורת על הלכה זו ראו שחר, לעיל הערה 1, בע' 80-81; כן ראו H.A. Latin "Activity Levels, Due Care, and Selective Realism in Economic Analysis of Tort Law" 39 *Rutg. L. Rev.* (1987) 487.

M.J. Rizzo "Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law" *Time, Uncertainty, and Disequilibrium* (M. Z. Rizzo ed., 1979) 71, 87.

62 כן ראו בעניין זה G.L.S. Shackle *Decision, Order and Time* (1961), 56; Rizzo, *supra* note 54; P.H. Rubin "Predictability and the Economic Approach to Law: A comment on Rizzo" 9 *J. Leg.Stud.* (1980) 319.

מצויות בפניו הערכותיהם של הפרטים השונים בדבר רמת הסיכון, המהוות דגימות או תצפיות של רמת הסיכון הרלבנטית, באמצעותן נדרש בית המשפט לגבש את הסיכון הצפוי בעיני האדם הסביר. השקלול של התצפיות השונות – היינו, דרך עריכתו של המיצרף החברתי – אינו נעשה בדרך של חישוב אומדן סטטיסטי מתוך קבוצה נתונה של תצפיות. בחישוב מן הסוג האחרון, יש מקום לתת משקל גבוה יותר לתצפיות של מומחים. לעומת זאת, הקביעה מהו הסיכון אותו היה צופה האדם הסביר מבוססת על פונקציית בחירה חברתית. בפונקציה זו נקבע המשקל שיינתן לצפיותיהם של הפרטים השונים, על יסוד שיקולי מדיניות שונים. הפונקציה עשויה לשקף רמות שונות של אחידות בקביעת ציפיותו של האדם הסביר, כגון מדיניות של "כור היתוך", המכתיבה רמת צפיות של האדם הממוצע בחברה; או מדיניות המאפשרת התחשבות בהשתייכותו של מבצע הפעילות, שעניינו נדון, לקבוצה כלשהי וכדומה.

נראה כי הגישה השנייה היא זו העולה בקנה אחד עם ההגדרות המקובלות של יסודותיה של עוולת הרשלנות<sup>63</sup>: אכן, הגדרתה של התרשלות על פי דיני הנוזיקן אינה כוללת התייחסות מפורשת לשני השלבים המתוארים כאן. ההנחיה שמספק הדין היא להסתמך על רמת הזהירות בה היה בוחר בנסיבות העניין אדם סביר. עם זאת, כדי לקבוע מהי רמת הזהירות הסבירה נדרשים שני שלבים נפרדים, כאמור לעיל.

בהיעדר ייחוד של ההפניה אל האדם הסביר לשלב השני דווקא, בו מוחלת מערכת ההעדפות החברתית על קבוצת התוצאות, יש מקום להחיל את מבחן האדם הסביר גם ביחס לשלב הראשון. כלומר, לפנות אל האדם הסביר גם בשלב בו מוערך הסיכון הכרוך בפעילות הנדונה ומגובשת קבוצת התוצאות האפשריות. בלשונו הציורית של בית המשפט האנגלי<sup>64</sup>:

"Some persons are by nature unduly timorous and imagine every path beset with lions; others, of more robust temperament, fail to foresee or nonchalantly disregard even the most obvious dangers. The reasonable man is presumed to be free both from over-apprehension and from over-confidence".

תוצאה זו נובעת גם משילובו של היסוד השני הנדרש לשם גיבושה של אחריות בגין רשלנות – קיומה של חובת זהירות: כפי שכבר הוזכר לעיל, עילת תביעה בנוזיקן על פי עוולת הרשלנות קמה בהתקיים שלושה יסודות: התרשלות בפעולתו

63 כפי שנראה בהמשך, גישה זו אף עולה בקנה אחד עם היעד המיוחס כאן לעוולת הרשלנות – הכוונת התנהגות. ראו בעניין זה פסקה ג.4.

64 *Rest. of Torts* 2d כן ראו: *Corporation of Glasgow v. Muir* [1943] 2 All E.R. 44, 48 §289.

של המזיק; קיומה של חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק וקיומו של קשר סיבתי בין המעשה (או המחל) של המזיק לבין הנזק. על פי סעיף 36 לפקודת הנזיקין, "חובת זהירות" – היינו, החובה שלא להתרשל – מוטלת "כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש" שהניזוק עלול להיפגע, "במהלכם הרגיל של הדברים", מן המעשה או המחל של המזיק.

כלומר גם ביחס ליסוד קיומה של חובת זהירות נקבעה הפניה אל האדם הסביר – כאן אל הערכותיו וציפיותיו ביחס לסיכון הכרוך בפעילות מסוימת. בפסיקה גובשה הבחנה בין קיומה של "חובת זהירות מושגית", שעניינה בפעילות מן הסוג הנדון, לבין קיומה של "חובת זהירות קונקרטית", המוחלת ביחס לנסיבותיו של המקרה.<sup>65</sup> המדובר בשני שלבים מצטברים לקביעת קיומה של חובת זהירות, וביחס לכל אחד מהם מוחל מבחן בן שני חלקים, מצטבר אף הוא, הכולל בחינה עובדתית ובחינה ערכית<sup>66</sup>:

"השאלה היא, אם אדם סביר יכול היה לצפות – בנסיבותיו המיוחדות של המקרה – את התרחשות הנזק, ואם התשובה על כך היא בחיוב, אם אדם סביר צריך היה, כעניין שבמדיניות, לצפות את התרחשותו של אותו נזק. השאלה הראשונה היא טכנית באופיה. תשובה שלילית עליה מסיימת את הבחינה, שכן באין אפשרות צפייה בפועל, אין חובת זהירות. אנחנו בתחום הרשלנות ולא בתחום החובות המוחלטות. השאלה השנייה היא נורמטיבית באופיה, וקשורה בהכרעה ערכית כאשר למה צריך לצפות בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי".

התיאור המובא כאן של ההכרעה השיפוטית בדבר תהליך קביעתה של רמת הזהירות של האדם הסביר אינו חופף, אם כן, להגדרות המקובלות של "התרשלות" והכרה בקיומה של "חובת זהירות". עם זאת, הלכה למעשה, כדי לקבוע האם יש במעשה מסוים משום "התרשלות", נדרשת בחינה של הסיכון הכרוך במעשה עת ננקטו אמצעי זהירות מסוימים, ושל היקפו של הסיכון לו ננקטו אמצעי זהירות אחרים. כלומר ההבחנה המסורתית בין בחינת קיומה של התרשלות לבין בחינת קיומה של חובת זהירות מוחלפת, בתיאור המוצע כאן, בהבחנה בין קביעת היקפו של הסיכון לבין בחירת התוצאה המועדפת, בהינתן היקפו של הסיכון שנקבע בשלב הראשון.

לכן, הבחינה האם קיימת חובת זהירות בנסיבות העניין, מוחלת למעשה בתהליך קביעתה של רמת הזהירות של האדם הסביר: הבחינה העובדתית, האם אדם סביר יכול היה לצפות את התרחשותו של הנזק, אינה אלא השלב הראשון, בו מוגדרת קבוצת התוצאות הרלבנטית; והבחינה הערכית, האם אדם סביר צריך היה לצפות

65 ראו עניין ועקנין, לעיל הערה 10, בע' 122–126.

66 שם, בע' 125–126.

התרחשות זו, הנה חלק מן השלב השני, בו נקבעת מערכת ההעדפות על פני קבוצת התוצאות. קביעה שיפוטית כי אף שניתן היה לצפות סיכון מסוים לא צריך היה לעשות כן<sup>67</sup>, מבוטאת במודל המוצע כאן בקביעה כי "עלותו" של הסיכון הנדון הנה נמוכה מאד, עד כי מן הראוי להתעלם מן הסיכון, על פי המיצרף של ההעדפותיהם של הפרטים בחברה<sup>68</sup>.

השאלה המתבקשת היא, כמובן, מהי התועלת בתיאור החלופי המוצע כאן, לתהליך קביעתה של רמת הזהירות הסבירה. כדי לראות זאת, אפנה כעת לשלושה היבטים חשובים בדיני הנזיקין, אשר הגישה המוצעת כאן עשויה להאירם באור שונה. הסוגיות אליהן אתייחס הן: ראשית, הזיקה שבין ההתנהגות המקובלת בחברה לבין התנהגותו של האדם הסביר. בהקשר זה אטען כי ההבחנה בין שני השלבים של קביעת רמת הזהירות בה היה נוקט האדם הסביר עשויה להסביר ולהצדיק את הסטייה בין רמת זהירות זו לבין רמת הזהירות המקובלת בחברה. הסוגיה השנייה היא השקעת משאבים בהשגת מידע באשר לסיכון. במסגרת זו תיבחן השאלה, כיצד נקבעת רמת ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע בדבר הסיכון, כאשר בפני הפרטים פתוחה האפשרות להשתתף בתהליך של למידה והשגת מידע כאמור. ולבסוף, אדון בסוגיה של מידת האחידות בה מוחל מבחן הרשלנות.

### 3. רמת הזהירות של האדם הסביר לעומת זו המקובלת בחברה

בידי הפרטים, כך אני מניח בחלק זה, אין מידע מלא ביחס להסתברות התרחשותם של מצבי הטבע השונים והסיכון הכרוך בכל אחד מהם בהינתן רמת זהירות מסוימת. כלומר אין הסכמה בין הפרטים מהי ההתאמה בין קבוצת רמות הזהירות לבין קבוצת התוצאות. במקרה זה, כל פרט מאופיין לא רק במערכת ההעדפות המוגדרת על קבוצה של תוצאות, אלא גם במערכת של ציפיות, המוגדרת על קבוצת רמות הזהירות האפשריות. התוצאה היא, כאמור, תהליך בן שני שלבים להגדרתה של רמת הזהירות הסבירה: בשלב הראשון, על בית המשפט להגדיר את קבוצת התוצאות הרלבנטית; ואילו בשלב השני, לבחור מהי התוצאה המועדפת. ניתן לראות כי מתיאור זה נובע שרמת הזהירות, הנקבעת כרמת הזהירות המועדפת על ידי החברה, עשויה להיות שונה מזו המועדפת על רוב או אף על כל

67 ראו למשל, שם, בע' 126: "חיי היום יום מלאים סיכונים, אשר לעתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנוזיקין. הטעם לכך הוא, שאותם סיכונים טבעיים ורגילים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינום נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטית אינה מתגבשת. סיכונים אלה סבירים הם, וחיי חברה תקינים לוקחים את קיומם בחשבון. ... חובת זהירות קונקרטית באה למנוע מהניזוק סיכון בלתי סביר".

68 אף היסוד השלישי הדרוש להכרה בקיומה של אחריות בגין רשלנות — קיומו של קשר סיבתי — עשוי להתפרש כמחול במודל הדו-שלבי המוצע כאן. עניינו של יסוד זה בשאלה, האם מעשהו של המזיק היווה, מבחינה משפטית, סיבה להתרחשותו של הנזק.

הפרטים באותה חברה. יסודה של סטייה (לכאורית) זו בין ה"רצוי" לבין ה"מצוי" הוא בהפרדת תהליך הבחירה ברמת הזהירות הסבירה לשני שלבים. בחירתם של פרטים שונים ברמת זהירות זהה כזו המועדפת עליהם, אינה מלמדת בהכרח על העדפתם ה"אמיתית". שוני בציפיותיהם של הפרטים השונים ביחס לסיכון הגלום ברמות הזהירות השונות, עשוי להביא לכך שקבוצת התוצאות העומדת בפני כל אחד מהם תהיה שונה. עקב כך, בחירתם ברמת זהירות דומה אינה רלבנטית: היא עשויה לשקף דווקא מערכת העדפות שונה, שהרי רמת הזהירות הזוהה נבחרה מתוך קבוצות תוצאות שונות.

לשם הדגמת הדברים, נתייחס שוב לדוגמא שהובאה בחלק הקודם: בעליו של מבנה המושכר למגורים, חשוף לסיכון לדליפת גז רעיל ממערכת ההסקה במבנה, העלולה לגרום נזק לשוכרים. נניח שקיימות רק שתי רמות זהירות אפשריות: האחת, להתקין גלאי, אשר יתרע במועד מפני סכנת דליפה; והשנייה, להימנע מלהתקין גלאי, למרות שהמבנה ישמש למגורים. אני מגיח, לשם פשטות, כי קיימת הסכמה בין כל הפרטים, כי עלות השימוש באמצעי הזהירות (התקנת גלאי) היא 12,000 ש"ח, וכי התועלת מהשכרת הבית למגורים היא 20,000 ש"ח.

נניח כי בחברה קיימים רק שני סוגים של פרטים, המאופיינים במערכת ציפיות ביחס לסיכון ובמערכת העדפות ביחס לקבוצת התוצאות. נתאר לעצמנו כי ציפיותיו של פרט מסוג 1 הן כי אם לא יותקן הגלאי, ייגרם, בהסתברות של אחוז אחד, נזק של מיליון ש"ח. נניח עוד כי פרטים מסוג 1 הנם אדישים לסיכון, ולפיכך הם מעדיפים את התוצאה של רמת הזהירות השנייה, היינו שלא להתקין גלאי במבנה: תוחלת הנזק במקרה כזה היא 10,000 ש"ח, וזו נמוכה מעלות התקנתו של הגלאי. נניח, לעומת זאת, שהפרטים מן הסוג האחר, סוג 2, מצפים כי הסיכון להתרחשותה של דליפת גז רעיל, ועקב כך להתרחשות נזק, אינו אחוז אחד כפי שסוברים אלו הנמנים עם סוג 1, אלא חצי אחוז בלבד. לפיכך, מבחינתם תוחלת הנזק במקרה של הימנעות מהתקנת הגלאי היא 5,000 ש"ח בלבד. נניח גם שפרטים מסוג 2 הנם שונאי סיכון. עם זאת, כיוון שהם מעריכים את הסיכון הרלבנטי כנמוך, גם הם מעדיפים שלא להתקין גלאי.

לשני סוגי הפרטים מערכת ציפיות שונה, באופן שהם מייחסים סיכון שונה לפעילות של השכרת המבנה למגורים, בלא להתקין בו גלאי. עם זאת, על פי הנתונים בדוגמא זו, שניהם מעדיפים לנקוט באותה רמת זהירות. אם רמת הזהירות הסבירה הייתה מוגדרת בצורה חד-שלכית, תוך התעלמות מן הצורך להפריד בין מיצרך של ציפיות ומיצרך של העדפות, היא הייתה נקבעת בהתאם לרמת הזהירות המקובלת בחברה. במקרה כזה, ניתן לצפות כי בית המשפט היה קובע שרמת הזהירות הסבירה — היינו, רמת הזהירות הרצויה על ידי החברה — הנה שאין צורך להתקין גלאי במבנה. שני הפרטים אכן היו בוחרים ברמה זו, לו פעלו תחת משטר של אחריות מוחלטת.

אולם אם ההליך השיפוטי נערך בהתאם לתיאור המובא כאן, תוך הפרדה לשני שלבים, תיתכן בהחלט תוצאה שונה. בשלב הראשון, על בית המשפט לקבוע

מהו הסיכון הצפוי מבחינה חברתית, כלומר, מהו הסיכון, לפי ציפיותיו של האדם הסביר, בשימוש במבנה למגורים, כאשר לא מותקן בו גלאי. קביעה זו מבוססת על מיצורף כלשהו של ציפיותיהם של הפרטים בחברה. נניח כי התוצאה של מיצורף זה היא כי הסיכון הכרוך בכל אחת מרמות הזהירות הוא זה הצפוי על ידי הפרטים הנמנים עם סוג 1. על פי הדוגמא לעיל, המדובר בהסתברות של אחוז אחד להתרחשות הנזק האמור. בשלב השני, על בית המשפט להחליט מהי ההעדפה החברתית ביחס לקבוצת התוצאות הרלבנטית. מערכות ההעדפות הרלבנטיות הן רק אלה המוגדרות ביחס לקבוצת התוצאות שהוגדרה בשלב הראשון. העובדה שפרטים מסוג 2 מעדיפים את רמת הזהירות השנייה (הימנעות מהתקנת הגלאי), אינה רלבנטית עוד. הם ביססו את העדפתם זו על מערכת ציפיות "מוטעית" (בהקשר של מערכת הציפיות בחברה הספציפית). כדי להכריע מהי העדפתו של האדם הסביר, על בית המשפט לברר (או להעריך) מהי העדפתם של פרטים מסוג 2 ביחס לקבוצת התוצאות הרלבנטית, ככל שמידע זה נחוץ לקביעת ההעדפה החברתית.

נניח כי לו צפו הפרטים מסוג 2 שהסיכון להתרחשות הנזק הוא גבוה — אחוז אחד, ולא חצי אחוז — הם היו מעדיפים את תוצאותיה של רמת הזהירות האחרת, היינו זו של התקנת גלאי, וזאת מחמת היותם שונאי סיכון (שכן, הם מעריכים, כי שווה הערך הוודאי של הסיכון להתרחשותו של נזק של 1 מיליון ש"ח בהסתברות של אחוז אחד, גבוה מ-12,000 ש"ח). בשלב השני בית המשפט עשוי לקבוע כי האדם הסביר מעדיף את התוצאה הנובעת מרמת הזהירות הראשונה, בדומה להעדפתם של הפרטים הנמנים עם סוג 2. במקרה כזה, רמת הזהירות הסבירה שתקבע היא דווקא הראשונה. כך, הימנעות מהתקנת גלאי תיקבע כהתנהגות רשלנית, אף שזו הייתה העדפתם הנגלית של כל הפרטים בחברה, תחת משטר של אחריות מוחלטת.

דוגמא זו ממחישה את העובדה שלמרות שרמת הזהירות הסבירה מוגדרת בהתאם לציפיותיהם והעדפותיהם של הפרטים בחברה, תיתכן סטייה בינה לבין רמת הזהירות אותה היו מעדיפים הפרטים, או זו המיושמת בפועל. סטייה אפשרית זו מסבכת במידה משמעותית את זיהויה של רמת הזהירות הסבירה. תיאוריית הרווחה החברתית בכלכלה מבוססת על הגדרתן של פונקציות תועלת אורדינליות (המתארות העדפה יחסית בין חלופות שונות), המשקפות העדפה נגלית של הפרטים. כאשר הבחירה הנגלית של הפרטים הנה ביחס לקבוצה של תוצאות מהן מופקות תועלות, או ביחס לקבוצת מעשים לה מתאימה באופן מוסכם וידוע קבוצת תוצאות כאמור, ניתן לבסס את הבחירה כתוצאה המועדפת מבחינה חברתית על העדפות נגלות. לעומת זאת, כאשר, כמו כאן, ההתאמה בין קבוצת המעשים — אשר הבחירה הנגלית מוגדרת כלפיה — לבין קבוצת התוצאות — ממנה מופקת התועלת, ואשר ביחס אליה מוגדרת למעשה ההעדפה הישירה — אינה מוסכמת וידועה, הבחירה החברתית אינה מבוססת על התנהגות הניתנת לזיהוי. עם זאת, חשיבותם של הדברים בהקשר הנדון כאן היא לצורך הדיון בשאלה,



האם ההתנהגות הסבירה צריכה להתבסס על זו המקובלת בחברה, על התנהגות של "האדם הממוצע", או שהיא יכולה לסטות ממנה, ולהתבסס על ההתנהגות הנתפסת בעיני בית המשפט כזו הרצויה<sup>69</sup>. התפיסה המשפטית המקובלת היא כי סטייה כזו אכן אפשרית<sup>70</sup>, כפי שנקבע, למשל, ב"ע"פ 385/89 אבנת נ' מ"י<sup>71</sup>:

"מידת סבירותו של האדם מן היישוב חדלה מלהימדד על יסוד תכונותיו וקווי אופיו של האדם הממוצע. תחת זאת היא הוכרעה, במקרים רבים, על סמך ידיעותיהם הכלליות של השופטים וניסיון חייהם מחד גיסא, ועל בסיס דרישות החברה מאדם שקול וזהיר מאידך גיסא ... מיהו 'האדם הסביר' לעניין זה ומהי צפייתו? שאלות אלה יבחנו על פי מדיניות משפטית, שתיקבע בהתחשב בגורמים, באינטרסים ובשיקולים הרכים והנוגדים הקיימים בסוגיה"<sup>72</sup>.

התיאור המובא כאן של תהליך הגדרתה של רמת הזהירות הסבירה עשוי לספק אם כן הסבר לסטייה זו<sup>73</sup>. בחירתם של הפרטים ברמת זהירות כלשהי עשויה להתבסס על תפיסה שונה מזו הרלבנטית מבחינה חברתית (ולכן, בהקשר הנדון, על תפיסה

69 ראו בעניין זה B. A. Liang "Medical Malpractice: Do Physicians have Knowledge of Legal Standards and Assess Cases as Juries Do?" (Discussion Paper No. 154, Harvard Law School Program in Law and Economics, 1995), notes 7-9. בעניין קביעת רמת ההתנהגות הסבירה ביחס לעיסוקם של רופאים. ממחקר זה עולה, כי הערכותיהם של רופאים מהי רמת הזהירות המקובלת בנסיבות מסוימות, כמו גם זו המוערכת על ידיהם כרמת הזהירות הנאותה באותן נסיבות, סטות במידה ניכרת מן הקביעות השיפוטיות ביחס לאותן נסיבות. כן ראו ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה (1) 720, 726: "השאלה, אם הייתה התרשלות מקצועית מצדו של רופא, עניין הוא לבית המשפט לענות בו, ולא שאלה מרעית לחוות דעתם של רופאים". לכן נקבע שם כי רמת הזהירות הסבירה עשויה להיות גבוהה מן הסטנדרטים הרפואיים המקובלים.

70 מחברי הריסטייטמנט אכן מציינים בעניין זה כי "The standard [of due care] ... is that of the reasonably careful person ... rather than that of the average man in the community": *supra* note 5, at §289, comment i.

עם זאת, ההסבר המובא שם לסטייה אפשרית זו מבוסס על נסיבותיו יוצאות הדופן של המקרה הנדון, באופן שבנסיבות רגילות, לגישתם, לא צפויה סטייה בין רמת הזהירות הסבירה לבין זו המקובלת. כאמור, הטיעון המובא כאן אינו תומך בגישה זו.

71 פ"ד מו(1) 1, 7.

72 וראו י' לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 513: "לעתים הפכו מונחים אלה [של סבירות והאדם הסביר — ב.מ.] להיות מכשיר להבעת דעות בנושא דרכי החשיבה ורמות הזהירות הרצויות בחברה, בהתאם להשקפות היושבים בדין, תוך הכרה כי תקני ההתנהגות שנדרשו, ואשר הוגדרו בנסיבות העניין כסבירים, חמורים בדרישותיהם מאלו שעליהם אמון האדם הממוצע".

73 וראו לעניין זה את גישתו של השופט שמגר, לפיה רמת הזהירות הסבירה מהווה שילוב של דרך ההתנהגות הרצויה עם זו המקובלת (הדברים נאמרו אמנם בהקשר אחר, אך הם יפים גם לעניין הנדון כאן): "הערכאות השיפוטיות [אנין] חופשיות לחלוטין מן הנטייה הטבעית לשלב בתוך הערכת תגובתו הצפויה של האדם הסביר גם מרכיב נוסף והוא שמץ מן הרצוי כביטוי במדיניות המשפטית המאומצת על ידיהן. האדם הסביר אינו תוצר של

מוטעית) של התוצאות הצפויות מרמת הזהירות בה הם נוקטים. במקרים מסוג זה, דווקא הבחירה ברמת זהירות שונה מזו המיושמת בפועל, עשויה לשקף כיאות את העדפותיהם של הפרטים בחברה<sup>74</sup>.

כפי שנראה מיד, הפרדה זו לשני שלבים מאפשרת גם להבחין בין שני היבטים נפרדים של סוגיית זיהוי של האדם הסביר עם האדם ה"רגיל" או עם ההתנהגות המקובלת בחברה: ההכרעה מהי המידה הראויה של ההאחדה – היינו, מהי המידה בה יש להתחשב בכושר השיפוט של המזיק הספציפי, ידיעותיו וניסיונו – באה לידי ביטוי באופן עריכתו של המיצרף של ציפיותיהם של הפרטים בחברה. לעומת זאת, אין בהכרעה זו, כשלעצמה, כדי לסיים את הדיון. עדיין נדרש לקבוע, בשלב השני, מהו היחס הראוי לסיכון הרלבנטי, כפי שהוגדר בשלב הראשון, ולתוצאות הצפויות מן הפעילות הנדונה. אך כאמור, לדיון בסוגיה זו קודמת התייחסות להיבט נוסף הנובע מן המודל המוצע כאן, ואשר עניינו השקעה בהשגת מידע ביחס לסיכון.

4. קביעת רמת הזהירות של האדם הסביר והשגת מידע באשר לסיכון במקרים רבים ניתן לאמוד את הסיכון הכרוך בכל אחת מרמות הזהירות הרלבנטיות באמצעות התייעצות עם מומחים, עריכת מחקר בנושא וכדומה. כלומר, המידע המצוי בידי כל אחד מן הפרטים, ואשר לפיו הוא מגבש את ציפיותו באשר לסיכון הכרוך בפעילות מסוימת, הוא פונקציה של המשאבים המושקעים על ידי אותו פרט לשם השגת המידע. לפיכך, ההחלטה כמה להשקיע ברכישת המידע מהווה גורם נוסף במסגרת קביעת רמת הזהירות הסבירה.

בהקשר זה יש יסוד דינמי חשוב. בפעילויות מסוימות, כמו למשל, ייצור של מוצרים מסוכנים או רעילים – ובאופן כללי בתחומים של תכנון המוצר – יש תהליך משמעותי של רכישת ידע בדבר סיכונים בריאותיים ובטיחותיים אחרים. אין זה נדיר שמלכתחילה, עת נדרש המזיק לבחור את רמת הזהירות, הוא ניצב בפני אי-ודאות באשר לסיכון, בעוד שלאחר חלוף זמן, הסיכון מתברר להיות שונה מזה שהוערך מראש. במקרים אלה הבעיה בפניה ניצב בית המשפט היא להעריך

ממוצע סטטיסטי, אלא מידגם המורכב מתכונותיהם של יצורי אנוש, המשקפים את הערכים והתפיסות של חברתנו": ע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מ"י, פ"ד (2) 253, 264.

74 יש לציין עוד כי קיים קושי מובנה בזיהוי רמת הזהירות הסבירה עם זו המקובלת בחברה, שהרי רמת הזהירות המיושמת בפועל, בהינתן קיומו של משטר של אחריות בגין רשלנות, היא זו אותה רואים הפרטים עצמם כרמת הזהירות הרצויה מבחינת החברה בכללותה, ולא דווקא זו המועדפת על ידיהם. הערכה זו ביחס לשאלה מהי רמת הזהירות אשר תתפס כסבירה על ידי בית המשפט היא מורכבת ועשויה, כשלעצמה, להיות מוטעית. אף זהו גורם העשוי ליצור סטייה בין רמת הזהירות המוגדרת על ידי בית המשפט כזו הסבירה, לבין ההתנהגות המקובלת בחברה.

האם יכול (וצריך) היה המזיק להשיג את המידע, שהתברר בפועל רק בדיעבד, כבר מלכתחילה?<sup>75</sup>

הפרט – ולפיכך גם האדם הסביר – נדרש להחליט אילו משאבים להשקיע לשם רכישת המידע, על יסוד הידע הבסיסי המצוי ברשותו, טרם רכש את המידע. כיוון שלרכישת המידע יש עלות, החברה מבקשת לגרום לפרטים לעשות כן רק ככל שהדבר צפוי להניב תועלת בנסיבות העניין. כדי להביא את הפרטים להשקיע באופן האופטימלי מבחינה חברתית ברכישת מידע על הסיכון, הגדרתה של רמת הזהירות הסבירה צריכה להיות מבוססת על הידע אותו ניתן היה להשיג, לו הושקעו משאבים לרכישתו באופן אופטימלי<sup>76</sup>.

אולם ההשקעה האופטימלית בהשגת מידע נקבעת על פי המידע הקיים עוד בטרם ההשקעה, בדבר תוצאותיה של השקעה זו<sup>77</sup>. במקרים רבים אין בידי המזיק מידע ברור מה צפויות להיות תוצאותיה של ההשקעה ברכישת המידע. לכן, כדי להחליט מהי ההשקעה האופטימלית ברכישת מידע, נדרש להכריע מהו המידע המצוי ברשותו של האדם הסביר, ועל בסיס מידע זה לקבוע מהי ההשקעה הסבירה ברכישת מידע. לפרטים שונים עשוי להיות מידע שונה בעניין, ותהליך קבלת ההחלטה אינו שונה, במהותו, מזה שתואר לעיל: נדרשת עריכתו של מיצרף של ציפיות הפרטים, בטרם רכשו את המידע, מה תהיה תוצאתה של השקעה במידע. כדי לקבוע מהי רמת הזהירות הסבירה, על בית המשפט לקבוע מהו המידע הרלבנטי שבידי האדם הסביר, כלומר, מה צריך היה להיות המידע שבידי המזיק, לו השקיע באופן אופטימלי ברכישת מידע על הסיכון. הערכה זו מבוססת על ההערכה של ההוצאות הכרוכות ברכישת המידע ושל התועלת הצפויה מכך. כיוון שהמטרה היא הכוונת התנהגות, המידע הרלבנטי הוא זה המצוי בידי הפרטים טרם רכישת המידע.

75 אגב, הקשיים הכרוכים ביישומה של הערכה שיפוטית זו הם אחד הגורמים שהביאו, כך נטען, לשינוי משטר האחריות בגין מוצרים פגומים בארצות הברית: G. Calabresi & A. Klevorick "Four Tests for Liability in Torts" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 585; R.L. Rabin "Indeterminate Risk and Tort Reform: Comment on Calabresi and Klevorick" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 633; G.T. Schwartz "Foreword: Understanding Products Liability" 67 *C. L. Rev.* (1979) 435; H.A. Latin "An Essay on Legal Decisionmaking Under Uncertainty". 10 *Ecol. L. Quart.* (1982) 339.

76 S. Shavell "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk" 21 *J. Legal Stud.* (1992) 259. עם זאת, למזיק עשוי להיות תמריץ-יתר להשקיע ברכישת מידע, שכן התועלת הפרטית עבורו מרכישת המידע – השתחררות מן הצורך לשאת באחריות לתוצאות מעשהו – עשויה להיות גבוהה מזו החברתית. ראו, בהקשר קרוב (קבלת ייעוץ משפטי כיצד לנהוג), L. Kaplow & S. Shavell "Private versus Socially Optimal Provision of Ex Ante Legal Advice" 8 *J. Law, Econ. & Org.* (1992) 306.

77 הכרעה שיפוטית על יסוד מידע שהתברר בדיעבד עלולה לפגוע ברווחה החברתית. לתוצאה זו ראו O. Ben-shahar "Should Products Liability Be Based on Hindsight?" (Working Paper No. 14-97, The Foerder Institute for Economic Research, Tel-Aviv University, May 1997).

מוכן כי רמת ההשקעה האופטימלית ברכישת מידע על ידי כל פרט אינה בהכרח זהה בין כל הפרטים, שהרי היא תלויה הן בציפיותיו באשר לתוצאותיה של ההשקעה במידע והן במערכת ההעדפות שלו ביחס לקבוצת התוצאות. לפיכך, כמו קודם, נדרש תהליך בן שני שלבים, בו בשלב הראשון מגובשת ההשקעה הרצויה במידע, ורק על בסיס זה ניתן לבחור את רמת הזהירות האופטימלית. לכן, העובדה שהפרטים עשויים לרכוש מידע באשר לסיכון הכרוך בפעילות אינה משנה את המסקנה שהובאה לעיל, לפיה הקביעה מהו הסיכון שהיה צפוי על ידי האדם הסביר צריכה להתבסס על מיצורף של ציפיותיהם של הפרטים, ולא על עדויות מומחים ותוצאות של מחקרים, ביחס לשיעור ה"אמיתי" של סיכון זה.

5. מידת האחידות בקביעת ציפיותיו והעדפותיו של האדם הסביר אופן עריכת השקלול של ציפיותיהם של הפרטים משקף את מידת האחידות של מבחן האדם הסביר. הגישה המקובלת בפסיקה בישראל היא החלה של "מבחן אובייקטיבי טהור ובלתי מרוכך"<sup>78</sup> בהקשר זה: הסיכון הצפוי על ידי האדם הסביר הוא זה אותו היה תופס "האדם הרגיל" או הממוצע בחברה.<sup>79</sup> בפסיקה הוכרו רק שני חריגים למבחן אחד זה: הראשון ביחס לקטינים והשני ביחס לבעלי מקצוע. כאשר המזיק הוא קטין, השלב הראשון, כפי שהוא מוגדר כאן, נקבע על יסוד הבחינה מה היה צופה ילד או נער "רגיל", בגילו של המזיק הספציפי, בנסיבות העניין<sup>80</sup>; ואילו כאשר המזיק הוא בעל מקצוע, מרכיביו של המיצורף החברתי הנם ההערכות של בעלי מקצוע מסוגו של המזיק<sup>81</sup>. רמת האחידות משקפת את המידה בה מתחשבים, לקולא (כפי שנעשה ביחס לקטינים) או לחומרא (כפי שנעשה ביחס לבעלי מקצוע)<sup>82</sup>, בכישורים ובניסיון המיוחדים של המזיק הספציפי. בהקשר זה נטען, כי החריגים שנקבעו בחוק ובהלכה הפסוקה למבחן האובייקטיבי (לגבי קטינים ולגבי בעלי מקצוע), צריכים להיות גם נחלתם של שאר חברות בישראל<sup>83</sup>. במונחי המודל המובא כאן, הדיון הוא בשאלה האם על בית המשפט לייחס משקל שונה, בעת עריכת המיצורף של ציפיות הפרטים, לציפיותיהם

78 מ' קרמניצר "כוונה תחילה או כוונה רגילה ברצח בכוונה תחילה? על מהות היסוד של 'העדר קנטור' בעבירה של רצח בכוונה תחילה" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א (תשמ"ו) 37, 9.

79 לסקירה ביקורתית של גישה זו, כפי שהיא מוחלת במשפט הפלילי, ראו שחר, לעיל הערה 1.  
80 עניין ועקנין, לעיל הערה 10, בע' 148.

81 על פי סעיף 35 לפקודת הנוזיקין, "התרשלות" של בעל מקצוע היא כאשר אדם "במשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות".

82 על פי הריסטייטמנט האמריקאי (סעיף 289), בקביעת רמת הזהירות הסבירה על בית המשפט להתייחס לסיכון כפי שהוא נתפס על ידי המזיק הספציפי, אם אותו מזיק הוא בעל ידע רב מן המקובל בחברה: "[The injurer must exercise] such superior attention, ... knowledge, and judgment as [he] himself has".

83 ראו למשל, ביחס לאיסור הפלילי לנהוג ברשלנות, שחר, לעיל הערה 1, בע' 88: "שימור

של פרטים מ"סוגו" של המזיק. אין בכוונתי להידרש לסוגיה זו, שעניינה מהי "פונקציית הבחירה החברתית" לפיה ראוי לערוך את המיצרף של ציפיות הפרטים, לגופה. הנקודה אותה אני מבקש להדגיש היא כי יסודה של סוגיה זו הוא אך ורק בגדרו של השלב הראשון של תהליך הפעלת שיקול הדעת. ההכרעה מהי המידה הראויה של ההאחדה — היינו, מהי המידה בה יש להתחשב בכושר השיפוט של המזיק הספציפי, ידיעותיו וניסיונו — באה לידי ביטוי באופן עריכתו של המיצרף של ציפיותיהם של הפרטים בחברה. לעומת זאת, אין בהכרעה זו, כשלעצמה, כדי לסיים את הדיון. עדיין נדרש לקבוע, בשלב השני, מהו היחס הראוי לסיכון הרלבנטי, כפי שהוגדר בשלב הראשון, ולתוצאות הצפויות מן הפעילות הנדונה.

כך, למשל, ביחס לשאלה מהי הדרך הראויה לביצועו של טיפול רפואי מסוים: בשלב הראשון, בית המשפט עשוי להיזקק להערכותיהם של חלק מן הפרטים בחברה — בעלי הכשרה רפואית מתאימה — ולגבש את קבוצת התוצאות הרלבנטית על סמך הסיכונים הצפויים על פי הערכות אלה. לעומת זאת, בחירה זו, באמת-מידה המותאמת לכישוריו וניסיונו של המזיק הספציפי — רופא, בדוגמה האמורה — אינה מסיימת את הדיון. בית המשפט יידרש עדיין, במסגרת השלב השני, לקבוע מהי התוצאה המועדפת מבין קבוצת התוצאות הנתונה. בשלב זה, להעדפותיהם של הפרטים הנמנים עם "סוגו" של המזיק, כגון העדפותיהם של הרופאים, אין יתרון על פני העדפותיהם של שאר הפרטים. אחידותו של מבחן האדם הסביר המוחל בשלב השני של הדיון, אינה תלויה כלל במידת האחידות שנבחרה בשלב הראשון. אף משום כך, דרך ההתנהגות המקובלת בפועל, על ידי רופאים למשל, אינה משמשת, ואינה צריכה לשמש, כאמת-מידה מכרעת לקביעת דרך ההתנהגות הסבירה.

סיכומה של נקודה זו: פונקציית הבחירה החברתית, על פיה נערך המיצרף של ציפיותיהם של הפרטים בחברה, משקפת הכרעה ערכית בדבר המידה הראויה של האחידות שביישומו של מבחן האדם הסביר: האם יש לתת משקל גבוה יותר בשקלול לפונקציות המימוש של פרטים "מסוגו" של המזיק הספציפי, או שיש להימנע מכך. אולם, וזה החשוב, ההפרדה של התהליך לשני שלבים מאפשרת לזהות שני סוגים שונים של האחדה בהגדרת רמת הזהירות הסבירה: העובדה שבית המשפט מחיל מבחן אחיד בקביעה מהי קבוצת התוצאות האפשריות, כלומר מהו הסיכון הצפוי מפעילות מסוימת, אינה מונעת החלתו של מבחן שונה בשלב השני, של הערכתן של התוצאות.

לאדם את אחריותו על פי מה שהוא מסוגל לו באמת, ולא יתנשא עליו להכותו על מה שאינו מסוגל. ... רשלנותו של אדם, ראוי שתימדד על פי נורמה התואמת את יכולתו האמיתית".

## 6. הערות סיכום

לסיכום, רמת הזהירות של האדם הסביר נקבעת על יסוד מיצורף של העדפותיהם של הפרטים באותה חברה. בהינתן פונקציית בחירה חברתית כלשהי, באמצעותה נערך מיצורף של העדפות הפרטים, ניתן להגדיר מהי רמת הזהירות המועדפת בחברה. עם זאת, תהליך זה חייב להיעשות בשני שלבים נפרדים, שכן העדפותיהם של הפרטים ביחס לרמות הזהירות השונות מבוססות על שילוב של העדפות, המוגדרות על קבוצת תוצאות, ושל ציפיות, המתאימות את ההעדפה למונחי קבוצת רמות הזהירות<sup>84</sup>.

להערכת, המודל המוצע כאן עשוי לספק הסבר לתוצאת הדיון בקביעת קיומה של אחריות בגין רשלנות על פי ההגדרות המקובלות. במילים אחרות, התוצאות הצפויות מהחלתו של המודל החלופי אינן צפויות — ואף אינן צריכות — להיות שונות מאלה הנובעות מן המודל הקלאסי. במובן זה, תכליתו של המודל אינה לשמש תחליף לזה המוחל בפועל. תכליתו של התיאור המוצע כאן הנה למקד את הדיון בהיבטים הקשורים לקשר שבין הגדרתה של דרך ההתנהגות הרצויה מבחינה חברתית, לבין הערכותיהם והעדפותיהם של הפרטים בחברה. שני השלבים של תהליך קביעתה של רמת הזהירות של האדם הסביר מאפשרים לכלול, מצד אחד, את השיקולים השונים הבאים בחשבון עת דנים בגיברשה של אחריות בגין רשלנות במקרה קונקרטי; ומצד שני, הם מאפשרים להבחין בין שני סוגים שונים של הכרעות, הבחנה אשר אינה מודגשת מספיק בסיווג המסורתי. הבחנה זו הנה בין הקביעה ה"עובדתית", כביכול, בדבר היקפו הצפוי של הסיכון, לבין הקביעה ה"ערכית", בדבר בחירתה של התוצאה המועדפת מבחינה חברתית.

חשיבותה של הבחנה זו במרכיבים השונים אותם נדרש מקבל ההחלטות לסכם — ציפיותיהם של הפרטים, בשלב הראשון, והעדפותיהם, בשלב השני. לעומת זאת, דרך הצגת הדברים נועדה להצביע על העובדה שיישומם של שני השלבים

84 אגב, Rubinstein, *supra* note 57 הראה, כי תיאורת אי האפשרות של Arrow מתקיימת גם כאשר פונקציית הבחירה החברתית מבוססת על תהליך בן שני שלבים כמו זה הנדון כאן. תיאורמה זו חלה על כל פונקציית בחירה חברתית המקיימת מספר תנאים בסיסיים — על יחסי ההעדפה להיות שלמים, טרנזיטיביים ורפלקסיביים, ופונקציית הבחירה החברתית צריכה לקיים את תנאי פרטו (אם כל הפרטים מעדיפים תוצאה אחת על פני אחרת, גם ההעדפה החברתית תהא כך) ואת תנאי אי התלות (ההעדפה החברתית ביחס לשתי חלופות תלויה בהעדפות הפרטים ביחס לשתי חלופות אלה בלבד, ולא בהעדפותיהם ביחס לחלופות אחרות). לפי התיאורמה, כל פונקציה מן הסוג האמור תזוהה את ההעדפה החברתית עם העדפתו של אחד הפרטים בחברה. ראו K. J. Arrow *Social Choice and Individual Values* (1963). כלומר, שופט עקבי, הנדרש להכריע על יסוד פונקציית בחירה חברתית כאמור, יזהה את ההעדפה החברתית עם ההעדפה (ועם ציפיותו) של אחד הפרטים בחברה. עם זאת, מכאן לא נובע כי ה"דיקטטור", אשר ציפיותו והעדפותיו הן גם אלה של החברה בכללותה, הוא דווקא השופט עצמו.

גם יחד מבוסס על "הצבעתם" של הפרטים בחברה, היינו הוא מותאם — מבחינת הזמן והמקום — לחברה נתונה. הקביעה בדבר רמת הזהירות של האדם הסביר משקפת את רמת הזהירות הנתפסת בעיני החברה כזו הרצויה בנסיבות העניין. בפרק הקודם התמקד הדיון בשלב השני של ההכרעה השיפוטית — עריכתו של המיצרף בדבר העדפותיהם של הפרטים. בפרק זה ביקשתי להראות, כי גם במסגרת השלב הראשון, ה"טכני" או ה"עובדתי" לכאורה, מוחלת "פונקציית בחירה חברתית" — היינו, נערך מיצרף של דעותיהם של הפרטים.

בשולי הדברים אוסיף, כי ההתייחסות הנפרדת אל קיומה של "חובת זהירות" (מעבר לבחינת קיומה של "התרשלות") עדיין נדרשת, גם בהינתן המודל המובא כאן. עם זאת, תכליתה של התייחסות זו צריכה להיות מוגבלת, כדי לשמש כ"מסננת" הכרחית, המותירה מחוץ למסגרת האחריות הנזיקית את אותם מקרים בהם הטלת אחריות על הרשלן אינה משרתת כראוי את המטרות שבבסיסם של דיני הנזיקין או משבשת את דרכי פועלם<sup>85</sup>. פרופ' א' פורת מנה בהקשר זה חמישה סוגים של שיקולים, העשויים להצדיק הימנעות מהטלת אחריות על הרשלן, ובהם: החשש מהשפעה שלילית של עצם הטלת האחריות על הפעילות שהמזיק פועל במסגרתה או על פעילויות אחרות; מקרים בהם עצם הטלת אחריות כרוכה בהוצאות מינהליות רבות ועוד<sup>86</sup>. לעומת זאת, שיקולים שעניינם הצפיות של האדם הסביר נכללים, על פי הנטען כאן, במסגרת הדיון בקיומה של התרשלות.

85 פורת, לעיל הערה 47, בע' 386.

86 ראו שם, בע' 387–392.