

הלכה שנפסקה? על פסיקה נזיקית ללא הלכה

בועז שנוור*

אחד מתפקידיו של בית המשפט העליון הוא ליצור הלכות מחייבות. כאשר בית המשפט העליון מכריע בסכסוכים העומדים לפניו בלא ליצור הלכות מחייבות, הדבר מביא לחוסר ודאות אצל בתי המשפט הדיוניים ואצל צדדים עתידיים וכך מסבך תביעות עתידיות ומונע פשרות, פוגע בשוויון ויוצר תחושה של חוסר צדק אצל מי שתביעותיהם נדחות. למרות זאת, ניתן לאתר סוגיות נזיקיות רבות שבהן אין כרגע הלכה מחייבת. המאמר ממפה את הגורמים למצב שאינו רצוי זה, תוך דיון בסיבות שהביאו אליו. ניתן לאתר שישה גורמים שונים להיעדר הלכה: מחלוקת מתמשכת בין שופטי העליון; דיון בהרכב מורחב שבו נחלקו השופטים ליותר משתי דעות ולא ניתן לאתר רוב לאף אחת מהן; מקרים שנדונים באופן חוזר רק לפני דן יחיד; הרכב שבו שני שופטים מביעים דעות שונות והשופט השלישי אינו מכריע ביניהם; השארת סוגיה בצריך עיון על ידי בית המשפט; וסוגיות שטרם הגיעו לבית המשפט העליון. המאמר דן ביתרונות ובחסרונות של היעדר ההלכה ומציע כמה דרכים שבהן השופטים יכולים לנהוג כדי להגביר את הוודאות.

א. מבוא. ב. חוסר הסכמה בבית המשפט העליון באשר לתוכן ההלכה הנזיקית. ג. גורמים לפסיקה שאינה יוצרת הלכה. ד. מסקנות וסיכום.

א. מבוא

במשך שנים רבות היה כבוד המשנה לנשיאה ריבלין אחד השופטים המזוהים ביותר עם פיתוח הדוקטרינה הנזיקית בבית המשפט העליון. לאורך דרכו הייתה בהירות ההלכה חשובה לו, ואף כשלא הסכים לה, טרח רבות להעמיד אותה על מכונה. דוגמא למאמצים כאלה ניתן למצוא בעניין **פרוטס נ' צירגייב**,¹ שבו קבע השופט ריבלין את דרך חישוב הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה, אף שלא הסכים לקביעה כי מדובר בראש נזק.² על דבריו של השופט (כתארו אז) ריבלין, אמר השופט מלצר "הסוגיה המרכזית שעמדה ביסוד הערעור הובהרה עתה מזוויותיה ונוסחאותיה השונות, ודומה שמכאן ואילך לא תהיה עוד בבחינת תורה ליודעי ח"ן בלבד."³ דברים אלה יפים לכלל פסיקותיו של המשנה לנשיאה ריבלין. ולכבודו, תעסוק רשימה זו דווקא במקרים שבהם לא נקבעה הלכה נזיקית ברורה בידי בית המשפט העליון.

כל בית-משפט ממלא שני תפקידים בכל הכרעה שיפוטית. התפקיד האחד הוא לקבוע את העובדות הנוגעות לסכסוך וליישם את הדין על עובדות אלה לשם הכרעה בסכסוך שבין הצדדים.⁴ התפקיד השני הוא לפרש פרשנות מוסמכת את החוקה והחוקים,⁵ דהיינו לקבוע את הדין, כך שבתי המשפט וכלל החברים

* מרצה בכיר, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט. תודתי נתונה לתהילה אלון ולישראל גלעד על שיחות שמהן צמחו הרעיונות שהובילו למאמר זה. כן נתונה תודתי לחברי המערכת ולקורא האנונימי על הערותיהם המועילות.

¹ ע"א 10399/08 **פרוטס נ' צירגייב** (4.4.2011).

² שם, פס" 5.

³ שם, פס" דינו של השופט מלצר.

⁴ אהרן ברק **מבחר כתבים** כרך ד 41 (2017).

⁵ "הסמכות לפרש את החוק מסורה לבית-המשפט" (בג"ץ 157/63 **בוקסבאום נ' שר האוצר**, פ"ד יח(1) 115, 135 (1964)); רע"א 2575/18 **יעקבסון נ' לוי**, פס" 75 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז (נבו 25.3.2019) והאסמכתאות המובאות שם; אהרן ברק

בחברה יוכלו לכוון את התנהגותם בהתאם לפרשנות זו.⁶ תפקיד שני זה מודגש יותר בתפקודם של בתי משפט עליונים מאשר בתפקודם של בתי משפט אחרים⁷ ומתבטא בעקרון התקדים המחייב אשר נוהג במדינות המשפט המקובל.⁸

המחוקק הישראלי אימץ את עקרון התקדים המחייב בסעיף 20(ב) לחוקי־סוד: השפיטה, אשר

קובע:

(א) הלכה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו.

(ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון.

כלומר, בצורתו הישראלית כלל התקדים המחייב קובע כי בתי משפט נמוכים מחויבים לפעול לפי הפרשנות המשפטית שקבע בית המשפט העליון,⁹ בעוד שבית המשפט העליון עצמו אינו מחויב לפעול בהתאם לתקדימיו.¹⁰ קביעה זו, אף שלכאורה היא ברורה, מעוררת את השאלה אילו מההחלטות שנפסקות בבית המשפט העליון הן בגדר הלכה מחייבת, או במילים אחרות: מה הדרישות להפיכת אמירה בהחלטה שיפוטית של בית המשפט העליון להלכה מחייבת.

בספרות ובפסיקה ניתן לאתר שתי דרישות שעשויות להידרש לשם הפיכתה של פסיקת בית המשפט העליון לתקדים מחייב.¹¹ האחת היא דרישת טעם הפסק – במשפט המקובל, שבו התפתח עקרון התקדים המחייב,

⁶ פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 64–66 (1993); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 160 (1992); ברק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 76.

⁷ יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואיזודאות במשפט" דין ודברים ו 17, 38–40 (2011), אומר שכדי ליצור את ההכוונה הנדרשת "יש לשאוף כי בסוף פסק הדין ידע הקורא מה הרציון". יתר על כן, הצורך בהכוונה משפיע לדבריו על דרך ההנמקה של בית המשפט, כך ש"את הטיעון המשפטי יש להעמיד, ככל האפשר, על בסיס צנוע של דוקטרינה מקומית כמו הפרה של הסכם או עוולה נזיקית, מבלי להידרש לכלים כלליים ועמומים כמו זכויות חוקתיות". על היחס בין שני התפקידים, ראו Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV L. REV. 1357 (1985).

⁸ טל חבקין "תיקון אנכי, תיקון אופקי ומה שביניהם: על חלוקת תפקידים יעילה בין שלוש ערכאות שיפוט" משפטים מה 333, 342–344 (2015).

⁹ לקיומו או איקיומו של כלל התקדים המחייב במדינות הקונטיננט, ראו יצחק אנגלרד מבוא לתורת המשפט 122, 160 (מהדורה שנייה 2019); איתן מגן "תקדים מחייב – קשיי יישומו במישור האנכי" הפרקליט מג 324, 325 (1997).

¹⁰ מאמר זה אינו עוסק בהלכות שנפסקות על ידי בתי משפט נמוכים. עם זאת, ראוי לציין כי המונח "הלכה... תנחה" אינו ברור. מגן, שם, בעמ' 330, סובר שמדובר בקטגוריית ביניים בין תקדים מחייב לבין תקדים משכנע. בבג"ץ 653/83 מבע מוציאם לאור בע"מ נ' סגן נציב מס הכנסה, פ"ד לט(3) 29, 42 (1985), אומר בית המשפט כי בהיעדר פסיקה מחייבת של בית המשפט העליון, יכולים האזרחים ובתי המשפט הנמוכים להנחות את עצמם לפי פסיקתו של בית משפט מחוזי. לפי שני המקורות לא ברור מה ההבדל, מבחינתו של שופט שלום, בין האמירה שהתקדים מחייב לבין האמירה שהתקדים מנחה. בהנחה שיש פסק דין של בית משפט מחוזי שקבע הלכה במקרה מסוים ואין הלכה של בית המשפט העליון באותו נושא – האם מותר לשופט בית משפט שלום לסטות מהלכת המחוזי? אם התשובה שלילית, כי אז התקדים מחייב. אם התשובה חיובית כי אז המשמעות היחידה של פסק דינו של בית המשפט המחוזי היא משמעות משכנעת, בדומה לפסקי דין זרים או כתבי מלומדים. לדעה שלפיה בפועל "הלכה מנחה" היא הלכה מחייבת, ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 171–172; חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415, 424 (2000).

¹¹ השווה 81 Drew C. Ensign, *The Impact of Liberty on Stare Decisis: The Rehnquist Court from Casey to Lawrence*, 1137, 1141 N.Y.U. L. REV. (2006). לדעתו של ברק קביעות בית המשפט העליון מחייבות גם ערכאות מתמחות, ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 765–767. לדעה אחרת שלפיה בית הדין הארצי לעבודה אינו כפוף להלכות שנקבעות בבית המשפט העליון (לפחות בכל הקשור לדיני עבודה), ראו למשל דב"ע נ/209-3 מפעלי תחנות בע"מ נ' יניב, פד"ע לג 289 (1999). כפי שהשופט ברק עצמו מציין (שם, בעמ' 767), הנושא טרם הוכרע סופית.

כלל התקדים המחייב עשוי להיות מורחב הרבה מעבר לכלל המינימום שנקבע בטקסט ואשר נוהג בישראל: אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 387–389 (1987). כך, ניתן לקבוע כי גם החלטות של בתי משפט שאינם עומדים בראש הפירמידה מחייבות בתי משפט נמוכים מהם, ואפשר גם לקבוע כי גם בית המשפט העומד בראש הפירמידה יהיה מחויב בתקדימיו שלו. מאחר שמאמר זה עוסק רק בפסיקת הלכה על ידי בית המשפט העליון, אין מקום להרחיב לגבי האפשרויות המרחיבות יותר. ראו בהקשר זה, מגן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 324–327; ג'ד טדסקי מחקרים במשפט ארצנו 92 (מהדורה שנייה 1958).

¹² זאת מעבר לדרישה הבסיסית שלפיה האמירה תהיה מוסכמת על רוב השופטים. כפי שנחשתן מציין, ניתן לקרוא דרישה זו בצורות שונות: יוסי נחשתן "חילוץ הלכה במצבי אייהסכמה" הפרקליט נ 631 (2010). נחשתן מעלה שלוש דרכים אפשריות לחילוץ הלכה מפסקי דין. את הדרך הפורמלית הצרה אשר מסתפקת ברוב להנמקה מבין שופטי הרוב הוא פוסל על הסף, את הדרך הפורמלית הרחבה אשר דורשת קיומו של רוב להנמקה מכלל רוב שופטי הרוב שהם גם רוב שופטי ההרכב הוא מקבל. נחשתן מעלה גם דרך שלישית, הדרך המהותית. דרך זו מביאה לדבריו לעיתים לתוצאות קשות שמביאות לכך שגם לדעתו מותר להשתמש בה רק בחלק מהמקרים. מסקנות אלה מקובלות גם עליי. עם זאת, נחשתן חושב שלמרות זאת יש לפעמים מקום להשתמש בדרך זו, בעוד שלדעתי (מטעמים שחורגים מגבולות מאמר זה. ראו בהקשר זה בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי" עלי משפט י 7, 17–19 (2012) (להלן: שנור הלכה), אין מקום להשתמש בדרך המהותית. עם זאת, גם לו הייתי מיישם את הדרך המהותית על המקרים שיוצגו להלן בפרקים ב רג, נראה שהיא

רק טעם הפסק, כלומר ההלכה המשפטית שדרושה לשם הכרעה בסכסוך הקונקרטי שבין הצדדים, נחשב ליוצר תקדים מחייב, בעוד שאמרות אגב לא חייבו בתי משפט מאוחרים יותר.¹² בעת חקיקת חוקי-סוד: השפיטה נבחרו המילים "הלכה שנפסקה". מילים אלה מאפשרות גם פרשנויות אשר סוטות מהלכת טעם הפסק המקובלת במשפט המקובל. עם זאת, נראה שמנסחי החוק התכוונו לשמר את ההלכה האנגלית תוך תרגומה לעברית,¹³ ובפסיקת בית המשפט העליון אכן נקבע כי אמרות אגב אינן מחייבות בתי משפט אחרים ואינן הופכות לדין.¹⁴ הדרישה **השנייה** נוגעת למספר השופטים – למרות שסעיף 20(ב) מסתפק באמירה שההלכה צריכה להיפסק בבית המשפט העליון בלי להתייחס למספר השופטים שאמור לפסוק את ההלכה, הרי שבכמה הזדמנויות נקבע כי החלטות ופסקי דין של בית המשפט העליון אשר ניתנים בידי דן יחיד אינם נחשבים ל"הלכה מחייבת" ולפיכך אינם מחייבים את בתי המשפט דלמטה.¹⁵

יש לציין כי למרות קביעתו המפורשת של המחוקק, בפועל ישנם מקרים שבהם ערכאות נמוכות סוטות מפסיקת בית המשפט העליון במודע. כאשר קביעת הערכאה הנמוכה התקבלה על דעת בית המשפט העליון לגופה, הביעו חלק משופטי בית המשפט העליון גם הסכמה מסוימת לעצם הסטייה.¹⁶

שיקול המדיניות המרכזי מאחורי כלל התקדים המחייב, מעבר לנטייה האנושית הבסיסית לשמור על הסטטוס קוו ולא לסטות מהמוכר והידוע,¹⁷ נוגע לצורך בוודאות משפטית¹⁸ ובהגנה על ציפיות

לא הייתה מביאה לחילוף הלכות נוספות. ראו גם חגי ויניצקי, "על לידתן של הלכות שיפוטיות – התלכדות מהותית או נסיבתית – האם עניין ביבי כבישים שינה את הלכת אפרופים?" **משפטים על אתר** טז 40, 49-50 (תש"פ).

¹² למקורותיה של הבחנה זו, ראו כהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 419. לקושי להבחין בין הלכה לבין אמרת אגב, ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 8; עמית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 34-36; חיים שיין **הפילוסופיה של המשפט** 393-398 (1950). לטענה כי לא ניתן כלל לבצע הבחנה זו ושלפיכך יש לבטלה, ראו כהן, שם, בעמ' 424-425.

¹³ חבר הכנסת יוחנן בדר, ד"כ 19, 321 (1955). הדעה המקובלת בספרות הייתה שהסעיף ממשיך את המסורת האנגלית, כך שרק טעם הפסק יחייב בתי משפט מאוחרים: ג' טדסקי "מימרת אגב – הלכה פסוקה?" **הפרקליט** כ 99 (1964); נפתלי ליפשיץ "תקדים מאי?" אהרן ברק ואח' **ספר זוסמן** 95, 97, 102-104 (1984); אנגלרד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 166. גם חיים כהן, להלן, מסכים שזו הפרשנות המקובלת, אף שהוא חולק עליה. עם זאת, הייתה גם דעת מיעוט שלפיה הסעיף חל גם על אמרות אגב ורחב יותר מאשר המשפט האנגלי; כהן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 424-426. שיין, לעיל הערה 390 אומר כי הלכה פסוקה כוללת לא רק את העיקרון המשפטי, אלא גם את שיקולי המדיניות והערכים שמאחוריו.

¹⁴ ע"פ 267/71 **סופר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(2) 444, 446 (1971); ע"פ 424/63 **היועץ המשפטי לממשלה נ' שלבי**, פ"ד יח(2) 478, 481 (1964); בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול** פ"ד מח(2) 221, 251-252 (1994); רע"א 3626/06 **חמאסי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, מבוא העמקים** (נבו) 22.7.2008.

¹⁵ "כאן המקום להדגיש כי קביעותיהם של השופט הנדל ושל השופט עמית – כמו גם החלטתי זו – ניתנו בדין יחיד ואינן מהוות הלכה מחייבת, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה": רע"א 1924/16 **אבו ג'אנם נ' נכסי רמלה 3 בע"מ**, פסי 13 לפסק הדין (נבו) 20.4.2016. אך ראו רע"א 2996/06 **שלום נ' מע"צ**, פסי ה' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 18.10.2006, שבו הוא כותב שאף שבמישור העיוני אין החלטת דן יחיד יוצרת הלכה, במישור המעשי (ובעיקר בתחומים שבהם רוב הפסיקה נעשית בידי דן יחיד, המצב עשוי להיות שונה. ראו גם בש"פ 5881/06 **בניזרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(1) 684, פסי 3 לפסק הדין של השופטת ברלינר (נבו) 7.2.2007) אשר משאירה את מעמדה של החלטת דן יחיד בצריך עיון.

¹⁶ לצבר מקרים נדיר מסוג זה, שבו בתי המשפט הדיוניים הצהירו כי הם סוטים מהלכת בית המשפט העליון בע"א 37/59 **שמש נ' מפעל המים כפר סבא**, פ"ד יג(1) 834 (1959), שכן היא ארכאית בעיניהם, ראו ת"א (שלום ק"ג) 418/97 **מינהל מקרקעי ישראל נ' קריספל**, פ"ד תשס(3) 817 (1998); ת"א (מחוזי חי) 348/03 **קעדאן נ' לחאם**, פסי 8-13 (נבו) 23.3.2003 (להלן: עניין **קעדאן**); כן ראו ההחלטות המאוזכות ברע"א 3749/12 **ברע"א נ' סטר**, פ"ד סו(1) 678, פסי 12, 32 לפסק הדין של השופט סולברג (2013) (להלן: עניין **ברע"א**). יצוין כי בעניין **ברע"א** הפך בית המשפט העליון את הלכת שמש. להסתייגות חריפה מדרך פעולה כזו של בתי המשפט המחוזיים, ראו עמדתו של הנשיא גרוניס בעניין **ברע"א** בפסי 18-20. לדעה שונה אשר נותנת תוקף להחלטות של בתי המשפט המחוזיים אשר סוטות מהלכת בית המשפט העליון במקרים מסוימים, ראו עמדותיהם של השופט נאור והשופט רובינשטיין בדנ"א 3993/07 **פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ**, פסי 4 לפסק הדין של השופט נאור, פסי ח' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 14.7.2011.

¹⁷ Erin O'Hara, *Social Restraint or Implicit Collusion?: Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis*, 24 SETON HALL L. REV. 736, 740 (1993); Boaz Shnoor, "Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference between Medical Negligence and Toxic Torts", 33 AM. J. TRIAL ADVOC. 71 (2009) "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211, 279-281 (2004) (להלן: טמיר "עלות שקועה").

¹⁸ Victor E. Schwartz et al, *Toward Neutral Principles of Stare Decisis in Tort Law*, 58 S.C. L. REV. 317, 320-323 (2006); Nina Varsava, *How to Realize the Value of Stare Decisis: Options for Following Precedent*, 30 YALE J.L. & HUMAN. 62, 70 (2018); שיין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 387; עמית, לעיל ה"ש 6; מאיר שמגר "על התקדים ועל ודאות הדין" **משפטים** יז 433, 436 (1988); מנחם מאוטנר "על איהודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" **משפט וממשל** ט 223, 245-247 (2006), מאוטנר טוען כי לא ניתן להשיג ודאות מוחלטת במשפט, שכן לשופטים יש מתחם אפשרויות משפטיות סבירות, וכל שופט, בהיותו סובייקט בעל אישיות שונה, עשוי לבחור בפתרון אחר מבין מתחם האפשרויות הסבירות. טיעון זה דומה לטיעון של המודל הנאומוסדי אשר מחפש את נקודת שיווי המשקל שבה שופט יכול להכריע בלי שעמדתו תיפסל ולטיעון של המודל הנאומוסדי אשר אומר (בין השאר) כי הכללים המשפטיים הם בגדר אילוץ שקובע את גבולות השופטים להכריע בהתאם לעמדתם; קרן וינשלמרגל **אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** 28-29 (2016) (להלן: וינשלמרגל **אידאולוגיה**). עם זאת, גם מאוטנר, שם, מסכים כי הכללים המשפטיים (ובכללם ההלכה המחייבת שיוצרת, בהתאם לסי 20 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ולחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, כלל משפטי מחייב) משמשים לצמצום מרחב החלטות

המשתמשים במערכת המשפטית.¹⁹ היעדר דין מחייב ואחיד מביא לחוסר ודאות באשר לדין שיחול על מקרה זה או אחר ועלול לסכל ציפיות לגיטימיות של מי שהסתמכו על הבנתם שלהם את המציאות המשפטית.²⁰ בנוסף, חוסר הוודאות יכול לפגוע בשוויון בין מתדיינים במקרים דומים, שכן בהיעדר דין מחייב ואחיד, ייקבע הדין לא על פי עובדות המקרה, אלא בהתאם להעדפות האישיות של כל שופט,²¹ העדפות שאותן קשה לנבא מראש.²² כמובן, ודאות משפטית אין משמעה קיפאון של הנורמה המשפטית. ברור כי שינויים במציאות החברתית ואף שינויים בהעדפות של השופטים יכולים להביא לשינוי הנורמה המשפטית, אך בכל נקודת זמן נתונה מן הראוי שהנורמה המשפטית תהיה ברורה.²³

מעבר לכך, הוודאות המשפטית הנובעת מקיומו של תקדים מחייב מביאה לחיסכון בעלויות החלטה, שכן ודאות משפטית מקילה על השגת פשרות, וגם במקרים שמגיעים להכרעה בתי המשפט ההחלטה תהיה פשוטה הרבה יותר וממילא גם זולה הרבה יותר.²⁴ לשיקול זה חשיבות מיוחדת בישראל, שמערכת המשפט שלה היא מהעמוסות בעולם, בעיקר בעשור האחרון.²⁵ בהינתן העומס הכבד, אשר מעסיק מאוד את מערכת המשפט והשופטים,²⁶ קיים חשש כי ריבוי מקרים שבהם אין תקדים מחייב יביא לכך שבתי משפט יקדמו החלטות המבוססות על יעילות, ולא על צדק.

במרבית המקרים ממלא בית המשפט העליון בהכרעתו את שני תפקידיו: הכרעה בסכסוך וקביעת הדין, אולם בסוגי מקרים מסוימים פסיקת בית המשפט יוצרת פער בין התפקידים. הפער יכול להיווצר במקרים שבהם בוחר בית המשפט להימנע מהחלטה ההלכה העקרונית שקבע על המקרה הספציפי²⁷ והוא יכול להיווצר במקרים שבהם פסק הדין אינו מכריע בין הצדדים לסכסוך הנדון.²⁸

האפשרויות של השופט, ובכך תורמים לוודאות, ראו מאוטנר, שם, בעמ' 247, בה"ש 69. יתר על כן, כפי שכתב השופט עמית במאמרו, "גם אם אי-הוודאות היא אינהרנטית למשפט, אין חולק כי יש לה חסרונות ויש לשאוף לצמצום אותה", עמית, שם, בעמ' 39.

¹⁹ Hubbard v. United States, 514 U.S. 695, 716 (1995).

²⁰ אנגלרד, לעיל ה"ש 8, בעמ' 162-163. יש אף מי שטענו כי יציבות משפטית התורמת לוודאות היא חלק מזכות הקניין במובן הרחב. ראו עמית, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38.

²¹ VARSAVA; NEIL DUXBURY, THE NATURE AND AUTHORITY OF PRECEDENT, 24-25 (2008), לעיל ה"ש 18, בעמ' 71-73; שייך, לעיל ה"ש 9, בעמ' 387. דני"א 4693/05 **בי"ח כהמלחיפה נ' מלול**, פ"ד סד(1) 533, פס' 26 לפסק הדין של השופט גרוניס (2010); רע"א 1685/14 **סדן נ' פנינסולה נכסים בע"מ**, פס' 6 לפסק הדין של הנשיא (בדימי) גרוניס (נבו) 2015.1.20.

²² כאמור בה"ש 18 לעיל, וכפי שהראה הריאליזם המשפטי, ראו למשל מאוטנר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 245-247; וינשל-מרגל **אינדאולוגיה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 26-31, העדפותיהם האישיות של השופטים משפיעות על כל הכרעה שיפוטית. עם זאת, כפי שנאמר כבר בה"ש 18 לעיל, ככל שיש יותר ודאות משפטית, כך קטן מרחב האפשרויות שמתוכו יכול השופט לבחור את ההכרעה במקרה מסוים, וממילא קטן חוסר הוודאות.

²³ את האיוון בין היציבות לבין השינוי אפשר לראות בשני ביטויים שנטבעו בידי שופטי בית המשפט העליון בהפרש של כארבעים שנים. הנשיא זמורה קבע בראשית ימי המדינה את הביטוי "אמת ויציב – אמת עדיף" (ע"א 376/46 **רוזנבאום נ' רוזנבאום**, פ"ד ב 235, 254 (1949)). קרוב לארבעים שנים לאחר מכן, אמר השופט (כתוארו אז) ברק: "אכן, אמת ויציב – אמת עדיף, אך לעתים אמת או אמת – יציב עדיף" (בג"ץ 428/86 **ברזילי נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מ(3) 505, 617 (1986)). ראו בהקשר זה גם את אמרתו של Roscoe Pound, *Interpretation of Legal Law* ("Law must be stable and yet it cannot stand still") (1923).

²⁴ William S. Consovoy, *The Rehnquist Court and the End of Constitutional Stare Decisis: Casey, Dickerson, and the Consequences of Pragmatic Adjudication*, 2002 UTAH L. REV. 53, 54 (2002); אנגלרד **מבוא לתורת המשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 173; שייך, לעיל ה"ש 9, בעמ' 388; טמיר "עלות שקועה", לעיל ה"ש 17, בעמ' 278.

²⁵ Limor Zer-Gutman, *The Effects of the Shortage of Judges in Israel*, 7 Oñati Socio-Legal Series 809, 814-816 (2017); הרשות השופטת **מערכת המשפט בישראל ביחס למערכות משפט אחרות בעולם** (2011).

²⁶ Boaz Shnoor & Eyal Katvan, *Court's Precious Time: Transparency, Honor and Judicial Scarce Resources*, 7 Oñati Socio-Legal Series 825, 835-842 (2017).

²⁷ קביעה כזו יכולה להיות קביעה עקרונית שלפיה הפסיקה תהיה פרוספקטיבית. ראו שנור "הלכה", לעיל ה"ש 11, בעמ' 17-19. לדיון בשאלה אם רצוי שפסיקות יהיו פרוספקטיביות, ראו למשל עדנה קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון" **משפטים** ט 221 (התשל"ט); (1973) 8 I.L.R 173 G. Tedeschi, *Prospective Revision of Precedent*; א' ידין "אמת ויציב" **הפרקליט** כח 152 (1972); (1967) 475 I.S.R. L. REV. 2 A. Witkon, *Some Reflections on Judicial Law-Making*; עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית **פרשנות במשפט**: כך שני, לעיל ה"ש 5, בעמ' 609; אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 417 (1987); עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" **ספר אבנר חי שאקי** 125 (ישראל גילת עורך 2005). הקביעה יכולה להיות גם קביעה אד-הוק שההלכה לא תחול על המקרה הספציפי. ראו למשל עניין **מלול**, לעיל ה"ש 21; ע"א 8447/06 **קופת חולים מאוחדת נ' היימן**, פס' 55 לפסק הדין של השופט (בדימי) פרוקציה, פס' ה' לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 2011.5.22. לדיון בסוג מקרים זה, ראו שנור הלכה, לעיל ה"ש 11.

²⁸ ראו, למשל, בהקשר החוקתי, את ביטול זכות העמידה שהביאה לריבוי מקרים שבהם הפסיקה אינה מכריעה בסכסוך אמיתי בין הצדדים לדיון. ראו בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988). לסקירה אוהדת של ההתפתחות שהביאה לביטול הדפקו של זכות העמידה, ראו יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ג: הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1986-1996 (2014), מנגד ראו היושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" **הפרקליט** מח 499 (2006). למקרה של פסיקה

ברשימה זו אתמקד דווקא בסוג מקרים שלישי, שהוא הפוך מהסוגים הקודמים. במקרים שבהם אתמקד, אף שבית המשפט העליון מכריע בסכסוך שבין הצדדים, הוא משאיר ספק באשר לפרשנות המוסמכת של הדין. להצבעה על מקרים מסוג זה יש חשיבות רבה כיוון שאם בית המשפט העליון מתמקד רק בהכרעה בסכסוך ומתעלם מתפקידו כקובע דין, נפגע המנגנון אשר אמור ליצר הלכות מחייבות ונפגעת הוודאות המשפטית. מעבר לכך, יש חשיבות להצבעה על המקרים שבהם אין כרגע דין מחייב במדינת ישראל ושבהם יכולים שני הצדדים לטעון שהדין אינו עם הצד השני, וטענתם זו תהיה מבוססת.²⁹ למרות חשיבותם של מקרים אלה, אין בספרות עיסוק ישיר בהם, ומאמר זה בא לתקן חסר זה.

חשוב להדגיש כי אין כוונתי לטעון שיש חובה משפטית על שופטי בית המשפט העליון להוציא תחת ידם הלכה מחייבת בכל מקרה. אף אם יש מקום לאמירה מסוג זה בשיטות משפט אחרות (ולדעתי, אין זה המצב, שכן אמירה כזו אינה עולה בקנה אחד עם החופש השיפוטי שאמור להיות לשופטים והיא אף אינה משקפת את הדרך שבה מתבצעת העשייה השיפוטית בפועל),³⁰ אמירה כזו אינה יכולה להתיישב עם קביעת המחוקק הישראלי כי בית המשפט העליון הישראלי יישב במותבים חלקיים, ולא בהרכבו המלא (en banc).³¹ לו היה חושב המחוקק שחובה על שופטי בית המשפט העליון להוציא מתחת ידם הלכה מחייבת בכל מקרה, חזקה שהיה מחייב שיישבו רק בהרכב מלא כדי למנוע מצבי סתירה בין הרכבים שונים.³² עם זאת, למרות שאין (ולדעתי גם לא צריכה להיות) חובה חיצונית על שופטי בית המשפט העליון ליצור הלכות, חלק מהתרבות השיפוטית בישראל ובעיקר מהאתוס הפנימי של בית המשפט העליון הישראלי (בדומה לאתוס של בתי משפט עליונים אחרים) הוא שבית המשפט אמור לקבוע את הדין בישראל.³³ מאחר שקביעת דין כזו יכולה להתבצע רק דרך יצירת הלכות, הרי שאם בית המשפט רוצה לקדם את האתוס שלו עצמו, עליו לנסות להימנע מיצירה מכוונת של מצבים שבהם אין בית המשפט העליון נותן שום הדרכה לבתי המשפט דלמטה באשר לדין המצוי.³⁴

תאורטית במשפט האזרחי, ראו ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו 28.5.2012), אשר הוקדש כולו לשאלות תאורטיות, מבלי לדון בעובדות המקרים שנכללו בו ומבלי כוונה להכריע בסכסוכים. ניתן לטעון כי פסיקה תאורטית כזו חורגת מתפקידו של בית המשפט. לטענות דומות המועלות כנגד רשויות השלטון האחרות, ראו מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" **חוקים** יב 173, 185–186 (2018).

²⁹ מצב זה מאפשר לכל צד עתידי לטעון שהדין עימו. בכך יש דמיון בין מצב זה לבין טענת "קיים ליי" במשפט העברי. עם זאת, בניגוד למשפט העברי שבו טענת קיים לי מקימה חובה על הדיין לפסוק בהתאם לעמדה ההלכתית שלה טוען הנתבע, הרי שבמשפט הישראלי מצב של היעדר הכרעה מעניק כוח לשופט לפסוק לפי הדעה שנראית בעיניו יותר. לדיון בטענת "קיים ליי" ראו, חנינה בן מנחם "טענת קיים לי – לקראת ניתוח יוריספודנטי" **שנתון המשפט העברי** ו-45 (התשל"ט-תש"ס). להבחנה בין כללי כוח לכללי חובה בהקשר זה, ראו שם, בעמ' 48–49.

³⁰ ישנם כמה מודלים אשר מנסים לתאר את הגורמים המשפיעים על העשייה השיפוטית בפועל (לתיאור המודלים, ראו למשל וינשלמר גל **אידאולוגיה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 25–31). לפי כל המודלים, למעט המודל הלגלי אשר כבר אינו מקובל כיום כמודל שמתאר את המציאות באופן ריאלי, הפסיקה מושפעת (לפחות גם) מגורמים כמו התרבות של השופטים (לסקירה העוסקת בתרבות של השופטים כגורם אשר משפיע על הפסיקה ויוצר בה ודאות, ראו מאוטר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 235–241), ההעדפות האידאולוגיות של השופטים, ניסיונם להתקדם במערכת, המוסכמות הפנימיות והנוהג של השופטים, רצונם של השופטים לשמר את המערכת שבה הם מכהנים ועוד. גורמים אלה כמובן אינם קשורים להלכה הנוהגת ולעובדות הרלוונטיות, כך שגם "הלכה מחייבת" לא תגרום לשופטים ללכת בעקבותיה בצורה טכנית ופורמלית. עם זאת, בלי קשר למחלוקת לגבי המודל שמתאר את המציאות בצורה הטובה ביותר, כל המודלים מקבלים שההלכה הנוהגת משפיעה על ההחלטות השיפוטיות, ולו כאילוץ שמקטין את מרחב האפשרויות השיפוטיות.

³¹ ס' 26 לחוק בתי המשפט.

³² לכך שהרכבים מורחבים מקטינים את חוסר הוודאות המשפטי, ראו מאוטר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 250–251.

³³ ראו למשל בעת האחרונה, דני"א 4960/18 **זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פס' 96 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) מלצר והאסמכתאות המובאות שם, פס' 4 לפסק הדין של השופט סולברג, פס' 1 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 4.7.2021); דני"א 1953/20 **איי. די. איי חברה לביטוח בע"מ נ' שמעון**, פס' 6 (נבו 2.3.2021).

³⁴ ברור כי גם קביעת הלכה בכל מקרה ומקרה שמגיע לבית המשפט העליון לא תביא לכך שתהיה הלכה בכל מקרה, שכן חזקה על המציאות שהיא מתפתחת והולכת (לניסיון ליצור הלכה שמתמודדת מראש עם מציאויות עתידיות חדשות, ראו למשל ע"א 3521/11 **וגר נ' עבדי**, פ"ד סז(1) 84, פס' 9 לפסק הדין של השופט הנדל (2014) (להלן: **עניין וגר**)), אך עדיין מן הראוי להימנע מיצירה מכוונת של מצבי איהכוונה.

ברור גם כי גם לאחר קביעת הלכה יהיו מקרים שבהם יהיו שופטי בתי משפט נמוכים שיחליטו לפסוק בניגוד להלכה וזאת בין אם נקבל את המודל המשפטי, המודל האטיטודנולי, מודל הבחירה הרציונלית או המודל הנארומוסדי (ראו הדין, לעיל ה"ש 28). ייתכן שהם יבחרו לבצע את הסטייה באמצעות שימוש בטכניקות שונות כמו הישענות על נימוקים עובדתיים וראייתיים, הבחנה בין המקרה שלפניהם לבין מקרה שבו ניתנה פסיקת העליון או צמצום ההלכה ("היו בתי משפט שפעלו בנושא זה של הלכת שמש בניגוד לחובתם לפעול לפי הלכה המשפט העליון... חלקם עשו כן במפורש, תוך שהתיימרו לבטל את הלכת שמש, והיו אחרים שעשו כן במובלע, תוך שימוש בטכניקות שונות." (עניין **ברעז**, לעיל ה"ש 16, בפס' 12 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו

על אף שמצבים של היעדר הלכה יכולים להתקיים גם בהקשרים אחרים, ולא רק בהקשרים נזיקיים,³⁵ אתמקד כאן דווקא במקרים אזרחיים-נזיקיים מכמה סיבות. ראשית, מבחינה מערכתית, מקרי נזיקין הם מקרים שכיחים ביותר, ולכן כל חוסר ודאות משפטית אשר מעלה את משך ההליך הנזיקי או מקטין את הסיכוי לפשרה בו הוא בעל משמעות גבוהה לצדדים. יתר על כן, תיקים אזרחיים בכלל ותיקים נזיקיים בפרט מתנהלים במשך זמן רב יחסי ומן הראוי לייעל אותם. שנית, מבחינת הדין, לוודאות יש חשיבות רבה דווקא בדיני הנזיקין, שכן דינים אלה מתאפיינים מטיבם בחוסר ודאות לאור השתלטות עוולת הרשלנות על השיח הנזיקי.³⁶ שלישית, מנקודת מבטם של השופטים, במקרים אזרחיים, תשומת הלב של השופטים מופנית בדרך הטבע לצדדים שלפניהם, ולא להשלכות החברתיות הכלליות של המקרה, כך שגובר החשש שתפקידו של בית המשפט כיוצר הלכה יוזנח.

רביעית, מנקודת מבטם של הצדדים, תיקים נזיקיים הם לרוב תיקים שבהם התובעים הם "שחקנים מזדמנים" אשר מעוניינים בפתרון מהיר של ההליך מכיוון שהם זקוקים לכסף במהירות כדי לשקם את חייהם.³⁷ מנגד, נתבעים נזיקיים הם ברובם "שחקנים חוזרים" בעלי סבלנות ונכונות לנהל משא ומתן קשוח. התוצאה היא שיש פער כוחות מובנה בין הצדדים.³⁸ בתביעות מסוג זה, הפיכת הכללים לברורים יוצרת, כפי שגאלאנטר מציין, תביעות רוטיניות שמעודדות פשרות.³⁹ כלומר, יצירת ודאות משפטית מקטינה את השפעת פערי הכוחות המובנים בין הצדדים על ידי כך שהיא מאפשרת גם לתובע (השחקן המזדמן) לדעת את זכויותיו ולעמוד עליהן בלי להיכנע להצעות פשרה שעלולות להיות דורסניות.

בפרק ב' אראה כי התופעה של היעדר הלכה נזיקית היא תופעה שמגיעה עד למצבים שבהם אף שופטי בית המשפט העליון אינם מצליחים להסכים באשר לתוכנה של ההלכה ואדגים זאת בשתי דוגמאות מרכזיות. בפרק ג' אנתח את הגורמים השונים ליצירת פסיקה שאינה יוצרת הלכה. בפרק ד' אעמוד על המסקנות העולות מן הדברים.

ב. חוסר הסכמה בבית המשפט העליון באשר לתוכן ההלכה הנזיקית

כפי שנאמר במבוא, יש חשיבות רבה לפסיקת הלכה ברורה בידי בית המשפט העליון. למרות זאת, בשנים האחרונות ניתן לאתר מקרים נזיקיים רבים שבהם אין בפועל הלכה מחייבת. בחלק מהמקרים תוצאה זו נובעת מטעמים טכניים שונים, אך בחלק מהם היא משקפת היעדר מהותי של הלכה. כדי לשכנע שאכן מדובר בבעיה אמיתית, אציג להלן שתי דוגמאות מרכזיות מן השנים האחרונות שבהן מפסיקת בית המשפט העליון עצמו מתברר שהדין אינו ברור.⁴⁰

(אז) גרוניס. לשימוש בטכניקות של צמצום הלכה והבחנתה, ראו עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 16, בפס' 5-7. לטכניקות אלה ראו גם שיין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 395). ייתכן גם כי הם יפעלו בדרך ישירה ומפורשת (לסטיות מסוג זה, ראו ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**. לעיל).

³⁵ ראו בהקשר החוקתי, Yofi Tirosh, *Diminishing constitutional law: The first three decades of Women's exclusion adjudication in Israel*, 18 *ICON* 821, 836-838 (2020).

³⁶ אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" **משפטים** מז' 227 (2018).

³⁷ ראו למשל את דברי ההסבר להצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ג-1973, ה"ח 406, 408; ואת דברי ההסבר להצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מספר 6), התשמ"ח-1988, ה"ח 198, 199; אליעזר ריבלין **תאונות הדרכים: תחולת החוק, סדרי דין וחישוב הפיצויים** 811 (מהדורה רביעית 2011).

³⁸ אפיון הצדדים בתביעות נזיקיות מתבסס על מארק גאלאנטר "מדוע 'אלה שיש להם' נוטים להצליח: הרורים על גבולות השינוי המשפטי" **מעשי משפט** ד' 15, 16-23 (2011).

³⁹ שם, בעמ' 20.

⁴⁰ יוער כי ישנם גם מקרים שבהם חוסר הבהירות בדין עולה דווקא מטענות לכך שרשויות המנהל טועות באיתור הדין הנכון. טעויות כאלה מלמדות על כך שהדין לא היה ברור לרשויות אלה. המקרה השכיח שבו מתעוררות טענות לטעויות כאלה הוא ערעורים על בחינת לשכת עורכי הדין. במסגרת ערעורים אלה מועלות פעמים רבות טענות על כך שהתשובות שבחרה הלשכה אינן משקפות את ההלכה הפסוקה. טענות אלה אף מתקבלות פעמים רבות (ראו למשל, ע"מ 8281/18 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' פומס**, פס' 6-7 (נבו 11.12.2018)). לכך שמדובר בריטואל חוזר, ראו למשל ע"מ 3717/18 **פרץ נ' הוועדה הבחנת של לשכת עורכי הדין בישראל**, פס' 1, 4 (נבו 10.6.2018). לסקירת היקף ההתערבות, ראו ע"מ 6674/17 **אסד נ' לשכת עורכי הדין בישראל**, פס' 3 (נבו 13.12.2017). עם זאת, מאחר שבפסיקת בית המשפט העליון לא נדונו טענות על טעויות של לשכת עורכי הדין בשאלות הנוגעות לדיני נזיקין, לא אתייחס לסוג זה של ראיות על חוסר בהירות בדין.

בשורת מקרים שנדונו בבית המשפט העליון בשנים האחרונות התברר כי השופטים חלוקים ביניהם לא רק לגבי הדין הרצוי או לגבי הדין שאותו יש לקבוע,⁴¹ אלא אף לגבי הדין המצוי. מחלוקת מן הסוג הראשון – מחלוקת לגבי הדין הרצוי ולגבי הדרך שבה יש לפרש את החוק, היא מחלוקת רגילה שקיימת במקרים רבים. כאשר המחלוקת אינה מוכרעת במהלך הדיון, נשארת הסוגיה ללא הלכה לעתיד.⁴² אולם, קיומה של מחלוקת כזו אינו מעיד על כך שהדין לא היה ברור גם לפני פסק הדין הנוכחי. בניגוד לכך, כאשר מתעוררת מחלוקת באשר לדין המצוי – מחלוקת באשר לשאלה מהו הדין שאותו קבע בית המשפט העליון בעבר – יש בה כדי להעיד על כך שבמשך תקופה מסוימת עד לפסק הדין הנוכחי לא הייתה הלכה פסוקה ברורה בישראל באותה סוגיה. מחלוקת מסוג זה היא מטבע הדברים מחלוקת נדירה יותר, שכן בהנחה שבית המשפט העליון עושה את מלאכתו נאמנה, הרי שברוב רובם של המקרים הציבור (ובוודאי משפטנים מעולים כמו שופטי בית המשפט העליון עצמם) אמור לדעת מה ההלכה.

העובדה ששופטי בית המשפט העליון עצמם חלוקים באשר לדין המצוי היא אינדיקציה חזקה לכך שאכן הדין אינו ברור וכי יש לפחות שתי אפשרויות שונות להכריע באשר לדין המצוי. אם זה המצב, ברור ששופטי הערכאות הנמוכות, עורכי דין מן השורה והציבור הרחב אינם יכולים לדעת מה הדין.

ניתן אומנם להעלות שני הסברים אחרים למחלוקת בין השופטים, אך לדעתי הסברים אלה מצריכים ביסוס אמפירי חזק שאינו קיים. מאחר שאין ביסוס אמפירי כזה, הרי שאין מקום לקבל הסברים אלה. הסבר אחד הוא שאחד משופטי בית העליון בחר להציג את הדין המצוי בדרך שאינה מייצגת את הדין המצוי בצורה נאמנה. טיעון זה מאשים שופטים בחוסר יושר אינטלקטואלי, שכן לפי טיעון זה השופט הציג את הדין המצוי במודע בדרך שאינה מייצגת את הדין המצוי לאשורו על מנת ליצור תמונת מצב שלפיה הדין המצוי דומה לדין שהוא הדין הרצוי לפי דעתו.⁴³ הסבר שני הוא שאחד משופטי בית המשפט העליון לא עשה את מלאכתו נאמנה ולא למד את הנושא היטב לפני שקבע מהו הדין המצוי.⁴⁴ הסבר זה הוא הסבר שמאשים את שופטי בית המשפט העליון בהתרשלות בתפקידם. שתי האשמות אלה אינן מבוססות בשום צורה ואינן תואמות את הדרך שבה אני משקיף על שופטי ישראל בכלל, ועל שופטי בית המשפט העליון בפרט. מאחר שכן, נראה כי האפשרות שנשארה היא כי האשמה אינה בשופטים, אלא בדין שאינו ברור.

⁴¹ כיום מקובל כי מחלוקת באשר לדין שאותו יש לקבוע, היא מחלוקת על הדין הרצוי, ולא על הדין המצוי. אומנם, לפי הגישה המכניסטית (שהייתה מקובלת בהבדלים מסוימים על מונטסקיה ובלקסטון, אך כבר אינה מקובלת היום) השופט רק מגלה את הדין (להצגת מקורות העוסקים בגישה זו, ראו אהרן ברק **מבחר כתבים** כרך א 823–824 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000)), ולפיכך גם מחלוקת כזו היא מחלוקת באשר לדין המצוי. אולם, כיום מקובל כי השופט קובע את הדין, ולא רק מגלה אותו, ולכן מחלוקת באשר לדין שאותו יש לקבוע היא מחלוקת באשר לדין הרצוי.

⁴² ראו את המקרים בפרק ג להלן. כן ראו בהקשר חוקתי את רע"א 10011/17 **מיטל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (נבו 19.8.2019).

⁴³ לפי המודל הגישתי (attitudinal) למשפט ולפי מודל הבחירה הרציונלית, שופטים אכן מושפעים מעמדותיהם האידיאולוגיות. להצגת הגישה ולמחקרים עליה בעולם, ראו למשל: וינשלמרקל **אידיאולוגיה**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 26–29, 34–42. במחקרה, וינשלמרקל מצאה כי לעמדותיהם האידיאולוגיות של שופטים עליונים יש השפעה משתנית על הכרעותיהם השיפוטיות (שם, בעמ' 129–131).

⁴⁴ מקרה חריג שמדגים את מנגנוני התיקון, הוא ע"א 751/10 **פלוני נ' דיינאורבך**, פ"ד סה(3) 369 (2012) (להלן: עניין **דיינאורבך**) שעסק בפרסום לשון הרע. שם קבעו השופטים ריבלין ועמית כי בדנ"א 7325/95 **ידיעות אחרונות נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1 (1998) (להלן: עניין **קראוס**) נקבע כי "הגנת אמת הפרסום לא תיפגע במקרה שבו התגלו עובדות מאוחרות יותר" (עניין **דיינאורבך**, שם, בפס' 91 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין), "על מנת שיזכה לחסות תחת כנפיה של הגנת האמת על המפרסם להראות אפוא כי הפרסום היה אמת כפי שהייתה ידועה בעת הפרסום. אין הוא נדרש להציג אמת שמתגלית בדיעבד" (שם, בפס' 92 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין), (ראו גם שם, בפס' 10–11 לפסק הדין של השופט עמית). מן הדברים משתמע (ואלה היו גם העובדות שנדונו באותו מקרה) כי בעניין **קראוס** נקבע כי ההגנה תחול גם אם הפרסום אינו תואם את האמת העובדתית האובייקטיבית. עמדה זו אינה משקפת נכונה את הפסיקה בעניין **קראוס** והיא אכן הובילה ישירות להפעלת מנגנוני התיקון. השופט פוגלמן הביע ספקות באשר לכך שההלכה החדשה משקפת את ההלכה שנקבעה בעניין **קראוס**; בספרות נכתבה ביקורת על פסק הדין (ראו אלעד פלד "אופייה הראוי של ההגנה על פרסומי לשון הרע שגויים בכלי התקשורת: בעקבות ע"א 751/10 פלוני נ' דיינאורבך" **משפטים על אתר** ה 23 (2013); בועז שנור "אמת, שקר ומה שביניהם – התפתחויות בדיני לשון הרע בשנת תשע"ב" **דין ודברים** ח 197 (2014)); ובדיון נוסף, נהפכה ההלכה ופרשנותו הנכונה של עניין **קראוס** הוחזרה על כנה (דנ"א 2121/12 **פלוני נ' דיינאורבך**, פ"ד סז(1) 667, פס' 28–37 לפסק הדין של הנשיא (כתוארו אז) גרוניס (2014), ואף השופט עמית הודה בכך (שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט עמית)).

עניין גליק – אחריות רשויות ציבור

מקרה בולט אחד שבו השופטים היו חלוקים באשר לדין המצוי הוא פסק הדין בעניין **גליק**.⁴⁵ בעניין זה עמדה לדיון אחריות המשטרה לנוזקים שנגרמו ליהודה גליק כתוצאה מכך שהמשטרה הוציאה צו האוסר על עלייתו להר הבית ובכך מנעה ממנו להתפרנס כמדריך סיורים בהר הבית, וזאת במשך שנתיים. בבית המשפט העליון נקבע כי ההחלטה הראשונית להרחיק את גליק מהר הבית הייתה החלטה סבירה.⁴⁶ עם זאת, נקבע כי הימנעותה של המשטרה מלבחון את הצורך בהמשך ההרחקה מעת לעת הייתה הימנעות רשלנית.⁴⁷ בהקשר זה התעוררה מחלוקת בין השופט רובינשטיין לשופט עמית באשר להיקף אחריותן של רשויות ציבור בדין המצוי. המחלוקת התמקדה בשאלה אם הלכת לוי,⁴⁸ שניתנה עשרים ושלוש שנים קודם, ושבה צמצם הנשיא שמגר את אחריות רשויות הציבור, היא הלכה מחייבת, או שהיא נדחתה בפסיקה מאוחרת. מחד גיסא, השופט רובינשטיין קובע כי בדין המצוי המגמה היא להרחיב בהטלת אחריות על רשויות ציבור וכי הלכת לוי לא נקלטה בפסיקה:

אמנם, לאחר פסקי הדין ... אשר ... החלו את מגמת הרחבת האחריות, הציג הנשיא שמגר בעניין לוי גישה מצמצמת יותר לכאורה לאחריות המדינה ברשלנות...; אולם כפי שציין השופט לוי בעניין שתיל, "הלכת לוי, נדמה, לא הכתה שורשים בפסיקתו של בית-המשפט העליון"... כאמור, נדמה שחברי מבקש לשנות מגמה זו ואת ההלכה שהתפתחה בבית משפט זה לאורך השנים בסוגיה זו, עקב בצד אגודל.⁴⁹

מאידך גיסא, השופט עמית קובע כי בדין המצוי קיימת מגמה מצמצמת בכל הקשור להטלת אחריות על רשויות ציבור וכי הלכת לוי, שבה צומצמה אחריות רשויות הציבור, היא ההלכה המחייבת:

"ומאחר שחברי מצא להעיר בנושא, אציין כי דעתו של השופט לוי בעניין שתיל, לפיה הלכת לוי לא הכתה שורשים, הייתה דעת יחיד והלכת לוי עדיין חיה ובוועטת."⁵⁰

מחלוקת זו בין שני השופטים באשר לדין הקיים בעשרים ושלוש השנים האחרונות היא מחלוקת חדה באשר לדין המצוי והיא מעידה כאלף עדים על כך שלצופה מבחוץ, יהא שופט, עורך דין, תלמיד משפטים או אדם מן הציבור, אין יכולת לדעת האם הדין שנקבע בעניין **לוי** מהווה כיום הלכה מחייבת, או שמא מדובר בהלכה שנדחתה על ידי בית המשפט העליון.

עניין קונקטיב גרופ⁵¹ – הפרת חובה חקוקה של חיקוק פלילי

דוגמה נוספת למצב שבו התעוררה מחלוקת בין השופטים באשר לדין המצוי אפשר למצוא בעניין **קונקטיב**.⁵² שם, נדרש בית המשפט לתובענה ייצוגית כנגד חברה שהפעילה אתר "מכרזים" לרכישת מוצרים שונים. לטענת הקונה, ה"מכרזים" היו למעשה משחקי מזל, שבהם הימרו המשתתפים על האפשרות לזכות במוצרים. לפיכך, הוא הגיש תובענה ייצוגית שהתבססה בין השאר על עוולת הפרת החובה החקוקה, כאשר החובה החקוקה היא סעיף 224 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 האוסר על משחקי מזל והימורים.⁵³ במהלך

⁴⁵ רע"א 2063/16 **גליק נ' משטרת ישראל** (נבו 19.1.2017) (להלן: עניין **גליק**).

⁴⁶ שם, בפסי' כטי' לפסק הדין של השופט רובינשטיין, פסי' 34 לפסק הדין של השופט עמית.

⁴⁷ שם, בפסי' ל-לא לפסק הדין של השופט רובינשטיין, פסי' 35-37 לפסק הדין של השופט עמית. השופט עמית מוכן להניח כי המשטרה הפרה את זכות הטיעון של גליק, ובכך התרשלה. עם זאת, לגישתו אין בכך כדי להקים זכות לפיצוי שכן מדובר במחדל של רשות מלבצע את חובתה המנהלית, שאינו מהווה רשלנות קיצונית.

⁴⁸ ע"א 915/91 **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45 (1994) (להלן: עניין **לוי**).

⁴⁹ עניין **גליק**, לעיל ה"ש 45, בפסי' מב לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

⁵⁰ שם, בפסי' 45. לפסק הדין של השופט עמית.

⁵¹ ע"א 7141/13 **קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש** (נבו 5.11.2015) (להלן: עניין **קונקטיב**).

⁵² לדיון בפסק הדין בהקשר אחר ולקביעה כי המחלוקת בין השופטים בפסק הדין לא הוכרעה, ראו אהוד גוטל ורם וינוגרד "עונשין ונזיקין: על הבחירה בין איזון לעקביות" **משפטים** מט 357, 368-369 (2019).

⁵³ עניין **קונקטיב**, לעיל ה"ש 51, בפסי' 2-3 לפסק הדין של השופט מזוז.

פסק הדין התעוררה מחלוקת בין השופט מזוז לשופטת ברק־ארז באשר לאפשרות להשתמש בחקוקים פליליים כבסיס לצורך תביעה בעוולת הפרת חובה חקוקה. בעניין זה כתב השופט מזוז כי:

לכן, כאמור, אין לייחס ככלל להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה נזיקית בגין עצם הפרתה. זו גם הגישה הנוהגת מימים ימימה בפסיקה. כך למשל נדחתה תביעה בנזיקין בגין הפרת חובה חקוקה של נפגע מעדות שקר (...), וכן נדחו תביעות שנסמכו על הפרת תקנות התעבורה (...).

תפיסה לפיה כל נורמה פלילית עשויה לשמש בסיס לעוולה נזיקית של הפרת הוראה חקוקה, עלולה לפתוח "פתח ליצירת עילות אין ספור בנזיקין" (...).

25. עם זאת יובהר כי באמור לעיל אין כדי לשלול לחלוטין מקרים בהם ניתן יהיה לראות בנורמה פלילית כבסיס לעוולה אישית של הפרת הוראה חקוקה (ראו למשל: וראו גם ההערה ב...), אך אלה יהיו מקרים חריגים בהם מתקיימות באופן מובהק תכליות דיני הנזיקין ככלל והוראת סעיף 63 לפקודת הנזיקין בפרט.

(ההדגשות הוספו והאסמכתאות הוסרו – ב.ש.)

כלומר, לגישתו של השופט מזוז, ההלכה הקיימת בפסיקה היא כי ככלל, ובכפוף למקרים חריגים, אין לגזור את העוולה הנזיקית של הפרת חובה חקוקה מאיסורים פליליים.

מנגד, לגישתה של השופטת ברק־ארז, ההלכה הקיימת הפוכה. לגישתה:

אינני סבורה שגישה זו משקפת את עמדתו העדכנית של בית משפט זה, ואף אינני מסכימה לה לגופה. אכן, בעבר רווחה בפסיקה הדעה לפיה הפרה של נורמה פלילית אינה יכולה לשמש בסיס לתביעה בנזיקין בגין הפרה של חובה חקוקה (...). אולם, גישה א־פרוירית זו בכל הנוגע למשמעות הנזיקית של הפרת נורמה פלילית אינה נהוגת עוד.

22. לאמיתו של דבר, אני סבורה כי "הזרם המרכזי" בפסיקתו של בית משפט זה גורס כי אין מניעה שלהוראת חוק יהיו "פני יאנוס", היינו שהיא תהיה מכוונת גם להגנת הציבור וגם להגנתם של יחידים מסוימים שיוכלו לתבוע בנזיקין על יסוד הפרתה.

כלומר, השופטת ברק־ארז סוברת, בניגוד גמור לגישתו של השופט מזוז, כי בדין המצוי הפסיקה משתמשת בהפרת עבירות פליליות כבסיס להקמת עוולת הפרת חובה חקוקה, וכי דבריו של השופט מזוז משקפים הלכה שהתבטלה.

גם במקרה זה המחלוקת בין השופטים לא הוכרעה גם לעתיד. זאת, שכן גם לגישתה של השופטת ברק־ארז לא היה מקום בנסיבות העניין להכיר בעילת תביעה המושתתת על עוולת הפרת חובה חקוקה, וזאת מאחר שהנזק שנגרם במקרה זה לחברי הקבוצה שונה מהנזק שאליו התכוון מחוקק האיסור הפלילי.⁵⁴ לאור כך ששני השופטים הסכימו לעניין התוצאה, אמר השופט דנציגר כי:

חבריי מסכימים כי בנסיבות המקרה לא היה מקום להענקת סעד על בסיס העילה של הפרת חובה חקוקה, אך חלוקים בטעמיהם. מכיוון שהתוצאה היא מוסכמת, ומכיוון שהיא נכונה גם

לעמדת, סברתי כי אין צורך להיכנס לעובי הקורה ולהכריע במחלוקת העקרונית שהתעוררה בעניין זה, משאין הדבר הכרחי לצורך ההכרעה.⁵⁵

אמירה זו השאירה את המחלוקת בין השופטים באשר לדין המצוי כמחלוקת שלא הוכרעה גם במקרה זה.

ג. גורמים לפסיקה שאינה יוצרת הלכה

לאחר הבאת הראיות לעצם קיומם של מצבים שבהם אין הלכה ברורה בנוזיקין, אעבור בפרק זה לנתח את הגורמים למצב לא רצוי זה, תוך הדגמת הגורמים השונים מסוגיות שונות שעלו בפסיקה בשנים האחרונות.

גורם ראשון – ריבוי אסכולות

בכמה סוגיות נזיקיות מרכזיות אשר נדונו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון התעוררו מחלוקות בין גישות שונות שהתפתחו למצב של ריבוי אסכולות. כרגיל, מחלוקת בין שופטים באשר לדין הרצוי מוכרעת בפסק הדין, כשדעת הרוב הופכת לדין, ובפסקי הדין הבאים גם שופטי המיעוט ינהגו לפי דעת הרוב, בהיעדר הצדקה להפיכת ההלכה. אולם בסוג המקרים שאציג להלן, פסיקת הדין לפי דעה אחת לא עצרה את המחלוקת, שכן שופטים שדעתם שונה מהדעה שנפסקה במקרה הראשון המשיכו להצביע לפי דעתם גם במקרה הבא. מאחר שההרכבים בבית המשפט העליון משתנים ממקרה למקרה, הרי שבמידה שבמקרה השני התגבש רוב לדעה השנייה במקרה מאוחר – ההלכה נהפכה חזרה, וחוזר חלילה.⁵⁶ במצב כזה, בפועל יש כמה אסכולות שונות בבית המשפט העליון, וקביעת תוצאת הדיון הספציפי מוכתבת על ידי ההרכב המקרי שיושב בדין, בלא שיש הלכה אחת מחייבת. במצב כזה מתגשם חששו של השופט ברנזון מפני הפיכת בית המשפט לבית שופטים, וקביעת התוצאה במקרה נתון מוכתבת מהרכב השופטים, ולא מדין אחיד.⁵⁷ כמובן, אם שופטי בית המשפט היו רואים את עצמם כבולים לתקדימים קודמים, הרי שמרגע שנקבע הדין על ידי הרכב אחד, הייתה נטיית ההרכבים האחרים לצעוד בעקבות ההלכה שנקבעה בידי אותו הרכב, גם אם חברי ההרכב החדש חולקים מהותית על הפסיקה המוקדמת. אולם בפועל, לפחות בחלק מהמקרים נראה שהשופטים מעדיפים את ערך האמת על פני ערך היציבות. נראה שלוש דוגמאות לסוג מקרים זה.

אחריות רשויות ציבור

נושא מרכזי וחשוב שבו קיימות שתי גישות מתחרות בפסיקה הוא אחריות רשויות ציבור. במחצית הראשונה של שנות השמונים ניתנו בבית המשפט העליון (מפי השופט (כתוארו אז) ברק) כמה פסקי דין שבהם נקבע כי רשות ציבורית עשויה לחוב בנוזיקין כלפי אזרחים במידה שהתרשלה בקיום חובותיה הציבוריות.⁵⁸ פסקי הדין העלו על נס את שיקולי המדיניות התומכים בהטלת אחריות על רשויות ציבור תוך מזעור משקלם של השיקולים המתנגדים להטלת אחריות כזו⁵⁹ וביטלו בהינף קולמוס הבחנות רבות שצמצמו את המקרים

⁵⁵ שם, בפס' ד לפסק הדין של השופט דנציגר.

⁵⁶ לבחינה אמפירית של הקשרים בין היכולת לקבוע את ההרכב לבין תוצאת הדין בקנדה, אשר מביאה למסקנה שגם אם יש קשר כזה, הוא חלש ביותר, ראו Benjamin Alarie et al., *Panel Selection on High Courts*, 65 U.T. L. J. 335, 335–381 (2015). למחקרים נוספים שבוחנים קשרים שונים בין הרכב הפנלים לבין תוצאת הדין ראו, Lori Hausegger & Stacia Haynie, *Judicial Decisionmaking and the Use of Panel in the Canadian Supreme Court and the South African Appellate Division*, 37 LAW & SOC'Y REV. 635 (2003); Kaitlyn L. Sill & Stacia L. Haynie, *Panel Assignment in Appellate Courts: Strategic Behavior in the South African Supreme Court of Appeals*, 37 POLITIKON: S. AFR. J. OF POL. STUD. 269 (2010); J Robert Brown, Jr. & Allison Herren Lee, *Neutral Assignment of Judges at the Court of Appeals*, 78 TEX. L. REV. 1037 (2000).

⁵⁷ ד"ר 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת ליטווינסקי, פ"ד טו 71, 73 (1961).

⁵⁸ ראו למשל ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757 (1983) (להלן: עניין זוהר); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985) (להלן: עניין גורדון).

⁵⁹ ראו למשל: עניין גורדון, שם, בעמ' 133–138; עניין זוהר, שם, בעמ' 767–768, 770.

שבהם תוטל אחריות כזו.⁶⁰ כעשר שנים לאחר מכן ניתן פסק הדין בעניין **לוי**,⁶¹ שבו קבע הנשיא שמגר קריטריונים מצמצמים להטלת אחריות על רשויות ציבור שהתרשלו בקיום חובותיהן. כך, למשל, קבע בית המשפט כי במקרים שבהם היה לרשות שיקול דעת חזק כיצד לנהוג, היא לא תחוב בגין הפעלת שיקול הדעת, וכי קיימים סייגים נוספים לאחריות רשויות הציבור.⁶² מעבר לכך הודגשו בו שיקולי המדיניות התומכים בצמצום האחריות הנזיקית המוטלת על רשויות ציבור רשלניות.⁶³ הקריאה הרווחת של פסקי הדין רואה בפסקי הדין של שנות השמונים כיוצרי גישה מרחיבה, בעוד שפסק דין לוי נחשב כמבשר גישה מצמצמת.⁶⁴ בעשורים שחלפו מאז ניתן לאתר שתי מגמות שונות בפסיקת בית המשפט העליון.⁶⁵ מגמה אחת ממשיכה את הקו המרחיב של פסקי הדין של שנות השמונים, תוך התייחסות לעניין **לוי** כפסק דין חריג, שאינו משקף את הקו הכללי של הפסיקה, וצמצומו או התעלמות ממנו. מגמה שנייה מצמצמת את אחריות רשויות הציבור, בין אם תוך הסתמכות ישירה על הלכת לוי ובין אם בלי להתייחס אליה ישירות. תקצר היריעה מלעמוד על כל פסקי הדין שמשתייכים למגמות השונות, אך פטור בלא כלום אי אפשר.

על המגמה הראשונה נמנה למשל עניין **חברת מרכז ברוך וציפורה** שבו התייחס בית המשפט בנימה ביקורתית לפסק דין לוי ולמגמות העולות ממנו, ואף הסתייג מחריג שיקול הדעת;⁶⁶ בדומה, בעניין **עיריית חיפה** צמצם בית המשפט את תחולת חריג שיקול הדעת שנקבע בעניין **לוי** וקבע כי הוא לא יחול אלא אם הרשות אכן הוכיחה שהפעילה את שיקול הדעת;⁶⁷ בעניין **שתיל** קבע השופט לוי כי בית המשפט העליון לא קיבל את הלכת **לוי**;⁶⁸ ובעניין **חוות צברי אורלי**, אמר השופט דנציגר כי הלכת **לוי** צומצמה באופן חוזר בפסיקה וכיום יש מי שקוראים לביטולה.⁶⁹

בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון נקבעה אחריות בנסיבות שבהן לא היה מקום להטילה לפי הלכת לוי, תוך התעלמות כמעט גמורה מקיומה.⁷⁰ התעלמות מקיומה של הלכת **לוי** נמשכה גם במקרים שבהם חיוב הרשויות בנוזיקין היה יכול לעמוד גם לפי הכללים שנקבעו בעניין **לוי** עצמו.⁷¹ אפילו במקרים שבהם נדחתה התביעה, הדבר נעשה לפעמים מתוך רטוריקה אשר מתעלמת מהשיקולים המצמצמים שהועלו בהלכת **לוי**.⁷²

⁶⁰ עניין **זוהר**, שם, בעמ' 770–771.

⁶¹ עניין **לוי**, לעיל ה"ש 48.

⁶² שם, בעמ' 82–83.

⁶³ שם, בעמ' 71–83.

⁶⁴ ראו למשל ע"א 2906/01 **עיריית חיפה נ' מנורה חברה לביטוח**, פס' 41 (נבו 25.5.2006) (להלן: עניין **עיריית חיפה**); תמר גדרון "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח" **המשפט** ג' 133, 138 (1996); ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)" **משפט וממשל** ב' 339, 401 (1994); ישראל גלעד "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" **משפט וממשל** ג' 55, 64 (1995); ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** כרך ב' 1093–1156 (2012) (להלן: גלעד **נזיקין**); אריאל פורת **נזיקין** כרך א' 204–220 (2013).

⁶⁵ לניתוח מפורט של פסיקת בית המשפט העליון בשנים 2004–2012 ראו גם גלעד **נזיקין**, שם, בעמ' 1113–1137. לחוסר הבהירות שיש בפסיקה ולחופש לפסוק לפי כל אחת מהגישות, ראו שם, בעמ' 1138.

⁶⁶ ע"א 653/97 **חברת מרכז ברוך וציפורה בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נג' (5) 817, פס' 7–8 לפסק הדין של השופט אריאל, פס' 4–5 לפסק הדין של השופט אנגלרד (1999).

⁶⁷ עניין **עיריית חיפה**, לעיל ה"ש 64, בפס' 41–45.

⁶⁸ ע"א 10078/03 **שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ**, פ"ד סב' (1) 803, פס' 24 לפסק הדין של השופט לוי (2007) (להלן: עניין **שתיל**).

⁶⁹ ע"א 8500/06 **חוות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל**, פס' 41 (נבו 27.8.2012).

⁷⁰ ראו למשל ע"א 6970/99 **אבו סמרה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו' (6) 185, 189 (2002); ע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח' (5) 215, פס' 9 לפסק הדין של השופט דורנר (2004); ע"א 1081/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט' (5) 193 (2005); ע"א 8526/96 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 23.6.2005); ע"א 1068/05 **עיריית ירושלים נ' מימוני** (נבו 14.12.2006).

⁷¹ ראו למשל ע"א 3862/04 **עיריית פתח תקוה נ' נקר** (נבו 13.2.2008); ע"א 2303/11 **משרד הבטחון נ' עואודה** (נבו 24.6.2014). במקרים רבים פסק הדין בעניין **לוי** מאוזכר, אך בלא להתייחס אליו כאל פסק דין שמצמצם את אחריות רשויות הציבור. כך, לדוגמה, בע"א 1678/01 **מדינת ישראל נ' וייס**, פ"ד נח' (5) 167 (2004), אוזכר עניין **לוי** רק פעם בודדת בלא להתייחס אליו כיוצר הלכה או גישה חדשה; ברע"א 5277/08 **עזבון אליקשוולי נ' משטרת ישראל** (נבו 28.7.2009), מאוזכר עניין **לוי** רק בהקשר למודל שלפיו יש לנתח את עולות הרשלנות, ולא בהקשר להיקף אחריותן של רשויות ציבור. בע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי** (נבו 3.9.2015) (להלן: עניין **איבי**), אזכרו שניים מהשופטים את הלכת **לוי**, אך בלא להכריע באשר להתקיימותה. אף שהשופטים שם אמרו כי גם לפי עקרונות הלכת לוי היה מקום להטיל אחריות בעניין **איבי**, ספק אם זה אכן המצב.

⁷² ראו למשל ע"א 3464/05 **פז חברת נפט בע"מ נ' משרד התחבורה**, פס' 6 (נבו 12.7.2006), שבו מאוזכרת הלכת **לוי** רק כדי לומר שבנסיבות העניין אין מדובר בשיקול דעת חזק, אך תוך אמירות אגב מרחיבות ביותר בפס' 7.

המגמה השנייה רואה את פסק דין לוי כפסק דין שהפך את פסקי הדין של שנות השמונים, צמצם את אחריות רשויות הציבור בנזיקין וקבע הלכה מצמצמת שבעקבותיה יש לצעוד.⁷³ גם במסגרת אסכולה זו, חלק מפסקי הדין אינם מאזכרים ישירות את עניין לוי, או שאינם מכריעים במחלוקת העקרונית לגבי היקף אחריות רשויות ציבור,⁷⁴ אך בפועל הולכים בעקבות המגמה שסימן עניין לוי.

לאורך השנים ניתן לראות בפסיקת בית המשפט העליון חוסר בהירות באשר לשאלת מעמדה של הלכת לוי. חוסר בהירות זה לא התבטא רק בעצם קיומן המתמשך של שתי המגמות, אלא גם בכמה אמירות מפורשות בפסיקה. כך, בשנת 2007 בפסק דין שתיל אמר השופט לוי כי אף שבית המשפט העליון ממשיך לצעוד בעקבות פסקי הדין של שנות השמונים בלי לקבל את עניין לוי, הרי שחלק מבתי המשפט המחוזיים כן מיישמים את הלכת לוי.⁷⁵ בהנחה סבירה ששופטי בתי המשפט המחוזיים לא התכוונו לפעול בניגוד להלכת העליון, עולה מכאן כי ההלכה לא הייתה ברורה דייה.

בשנת 2015 אמר השופט עמית בעניין איבי כי יש מי שהספידו את הלכת לוי בטרם עת, אף שלא נס לחה, אך אינו מביע עמדה לגבי השאלה אם ההלכה בתוקף או לא.⁷⁶ גם השופטת ברק-ארז נמנעה באותו מקרה מלהביע את עמדתה באשר לתחולת ההלכה.⁷⁷ ושוב, נראה כי בשלב זה ההתלבטות בין שתי הגישות נשארה בעינה.

ראיה נוספת וחדה עוד יותר לקיומן של שתי אסכולות מקבילות הגיעה שנתיים מאוחר יותר, בעניין גליק⁷⁸ אשר נדון לעיל. כזכור, בעניין זה השופטים עמית ורובינשטיין היו חלוקים באשר להלכה הנוהגת בבית המשפט העליון לגבי אחריות רשויות ציבור, כשכל אחד מהם מביא אסמכתאות לכך שהדין הנוהג הוא כדבריו.⁷⁹ המחלוקת ביניהם לא נגעה לדין הרצוי, אלא לשאלה מה ההלכה הנוהגת – האם הלכת לוי היא הלכה נוהגת או חריג שאין פוסקים לפיו. עצם קיומה של מחלוקת כזו בין שני שופטי בית המשפט העליון מעידה כאלף עדים על כך שבפועל, ההלכה אינה ברורה, וכל שופט בערכאות הדיוניות יכול לבור את הגישה הראויה בעיניו, בלי שבית המשפט העליון קובע קווים מנחים שיגבילו את שיקול דעתו.

מודלים לניתוח עוולת הרשלנות

מקרה בולט נוסף שבו הרכבים שונים של בית המשפט מגיעים לתוצאות שונות, וכתוצאה מכך קשה לדבר על הלכה מחייבת, הוא המודל הראוי לניתוח עוולת הרשלנות.⁸⁰ החל משנות השמונים של המאה העשרים נהג בית המשפט לנתח את עוולת הרשלנות בהתאם למודל אשר גובש בפסקי דין שונים (בעיקר של הנשיא ברק) והגיע לניסוחו הבשל בעניין גורדון.⁸¹ לפי מודל זה, בבדיקת עוולת הרשלנות יש לבדוק חובת זהירות

⁷³ לצעידה בעקבות עניין לוי וצמצום האחריות, ראו דעת הרוב בעניין גליק, לעיל ה"ש 45; ע"א 2394/18 פלוני נ' משטרת ישראל, פסי' 8–7 (נבו 10.4.2019).

⁷⁴ ראו למשל ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ, פסי' 18–20 (נבו 29.6.2008).

⁷⁵ עניין שתיל, לעיל ה"ש 68, בפסי' 24.

⁷⁶ עניין איבי, לעיל ה"ש 71, בפסי' 5 לפסק הדין של השופט עמית.

⁷⁷ שם, בפסי' 30 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז.

⁷⁸ עניין גליק, לעיל ה"ש 45.

⁷⁹ ראו הדיון בפרק ב לעיל.

⁸⁰ קצרה היריעה מלעסוק במאמר זה בניתוח המודלים לגופם או בשאלת המודל הראוי לבחינת עוולת הרשלנות. לספרות העוסקת בנושאים אלה, ראו בין השאר גלעד נזיקין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 417–473; ישראל גלעד "על מודלים של רשלנות, בעקבות ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני" משפטים על אתר 1 (התשע"ד) (להלן: גלעד "מודלים I"); ישראל גלעד "מודלים של רשלנות: חלק ב" משפטים על אתר 1 (התשע"ה) (להלן: גלעד "מודלים II") אביחי דורפמן "זהירות! חובה" משפטים מב 87 (2012); עמוס הרמן "ישן מפני חדש תוצאה – על הגישה החדשה לעוולת הרשלנות של בית המשפט העליון" שערי משפט ט 159 (2017); עמוס הרמן דיני נזיקין 67–90 (מהדורה שנייה 2020). לטענה שהמחלוקת בין המודלים אינה משפיעה על התוצאה הסופית של הדין ראו יצחק אנגלרד "תרשים הזרימה של יסודות עוולת הרשלנות – הוויכוח בין השופטים על דרך ניהול ההליך השיפוטי" מחקרי משפט לא 649 (2018) (להלן: אנגלרד "תרשים הזרימה"); פורת, לעיל ה"ש 64, בעמ' 90. גם אם הטענה נכונה ואין לבחירת המודל השפעה על התוצאה הסופית של הדין, הרי שיש חשיבות לכך שמערכת המשפט תדבר בשפה משפטית אחידה.

⁸¹ עניין גורדון, לעיל ה"ש 58, בעמ' 130. ראו גם עניין זוהר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 766; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז' (1) 113, 129 (1982).

מושגית, חובת זהירות קונקרטי, התרשלות, נזק, קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי. לפי מודל זה במסגרת שתי חובות הזהירות נבדקת הן צפיות הנזק והן רציות הטלת אחריות, כאשר במידה שהנזק צפוי טכנית, חזקה שגם רצוי להטיל בגינו אחריות. בדיקה זו נעשית ראשית ברמה המושגית ולאחר מכן ברמה הקונקרטית. במסגרת ההתרשלות בודקים מה הם אמצעי הזהירות שנקט הנתבע, ובסוף התהליך ייבדקו גם שאלות הנזק והקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי.⁸²

בתחילת שנות האלפיים,⁸³ בין השאר בהשפעת כתיבתו של ישראל גלעד,⁸⁴ החלו כמה שופטים לנתח את עוולת הרשלנות בדרך שונה. תחילת השינוי הייתה בפסק דינו של השופט ריבלין בעניין **נחום**,⁸⁵ השינוי המשיך גם בפסקי דין נוספים⁸⁶ והוא קיבל ביטוי מפורש יותר בפסק דינו של השופט לוי בעניין **שתיל**.⁸⁷ המודל החדש הגיע לבשלות בפסק דינו של השופט עמית בעניין **שירותי בריאות כללית**.⁸⁸ לפי מודל זה יש ככלל להתחיל את הניתוח בשאלת ההתרשלות שבה ייבדק אם ההתנהגות יוצרת סיכון בלתי סביר ניתן לצפייה, ורק לאחר מכן לעבור לחובת הזהירות שבמסגרתה תיבדק רציות הטלת האחריות והזיקה המשפטית בין ההתרשלות לנזק. בנוסף, יש לנתח את סוגיות הנזק והקשר הסיבתי. זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בעניין **שירותי בריאות כללית** ניסח השופט הנדל מודל שלישי לבחינת הרשלנות.⁸⁹ מודל זה ממוקם בחלק מהנושאים בין מודל ברק למודל ההתרשלות תחילה, ובחלק מהם הוא קיצוני יותר ממודל ברק.⁹⁰

המחלוקת על אודות המודל הראוי לבחינת עוולת הרשלנות הולידה דיונים אקדמיים נרחבים, שבהם הביעו מלומדים את דעתם באשר למודל הרצוי וניתחו את היתרונות והחסרונות של כל אחד מהמודלים.⁹¹ פירוט משמעותו של כל אחד מהמודלים או הבעת עמדה באשר למודל הרצוי חורגים מגבולותיו של מאמר זה ולא נדון בהם. הדיון כאן יתמקד אך ורק בעובדה כי בפועל שלושת המודלים משמשים במקביל את בית המשפט, ללא הכרעה ביניהם. זאת למרות שייתכנו הבדלים מעשיים בין התוצאות שמתקבלות לפי כל אחד מהמודלים.⁹² שימוש במקביל זה במודלים יוצר עמימות לגבי המודל שלפיו על בתי המשפט לנהוג ועל הדרך שבה על הערכאות הנמוכות לנהוג.⁹³

טבלה 1 כוללת את פסקי הדין שניתנו בעליון מאז פסק דין שתיל, אשר בהם הייתה התייחסות מפורשת כלשהי לנושא המודל הראוי לבחינת הרשלנות, או שנהגו בהם בצורה ברורה לפי אחד המודלים.⁹⁴

⁸² לדיון ביקורתי במודל, ראו ישראל גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319 (1989) (להלן: גלעד "רשלנות"). לגרסה שונה במקצת של מודל זה, שפותח בידי הנשיא שמגר, ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 48. השוני של גרסה זו הוא בכך שבעוד שלפי מודל ברק בכל מקום שבו הנזק צפוי ייקבע שיש חובת זהירות, אלא אם יש שיקולי מדיניות אחרים, הרי שלפי מודל שמגר חובת הזהירות נקבעת לפי טיב היחסים בין הצדדים, כך שחובת זהירות תוטל רק אם יש צפיות ויחסי קרבה או שכנות, ואם בית המשפט מגיע למסקנה שצודק, הוגן וסביר להטיל אחריות. ניתן לראות בשינויים שערך שמגר במודל ברק משום ניצנים של חלק מהמהלכים שהבשילו למודל ההתרשלות תחילה.

⁸³ ניצנים של חלק מהמהלך אפשר למצוא כבר בעניין לוי, שם, בעמ' 65–66. עם זאת, כפי שהרמן מדגיש, השינויים שביצע הנשיא שמגר במודל ברק לא היו משמעותיים דיים כדי להיחשב כיוצרים מודל חדש (הרמן **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 70–71).

⁸⁴ גלעד "רשלנות", לעיל ה"ש 82. כן ראו גלעד "מודלים" I, וכן גלעד "מודלים" II, לעיל ה"ש 80.

⁸⁵ ע"א 2625/02 **נחום נ' דורנבאום**, פ"ד נח(3) 385, בפס' 12–14, 22–24 לפסק הדין של השופט ריבלין (2004) (להלן: עניין **נחום**).

⁸⁶ ראו למשל ע"א 11512/04 **קרניל נ' גב ים**, פס' 10 (נבו 16.11.2006).

⁸⁷ עניין **שתיל**, לעיל ה"ש 68, בפס' 14–17.

⁸⁸ בע"א 4486/11 **פלוני נ' שירותי בריאות כללית**, פ"ד סו(2) 682 (2013); להערכת מודל זה והשוואתו למודל ברק, ראו גלעד "מודלים" I, לעיל ה"ש 80.

⁸⁹ עניין **וגנר**, לעיל ה"ש 34 בפס' 6–18 לפסק הדין של השופט הנדל.

⁹⁰ גלעד "מודלים" II, לעיל ה"ש 80.

⁹¹ ראו, למשל, מאמריו של ישראל גלעד שאוזכרו לעיל בה"ש 80; גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 417–474; דורפמן, לעיל ה"ש 80; הרמן **דיני נזיקין**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 67–89; אנגלרד "תרשים הזרימה", לעיל ה"ש 80.

⁹² ראו, למשל, את האמירות בעניין **כיס ניר**, לעיל ה"ש 74, בפס' 18, שלפיהן מודל ההתרשלות תחילה מצמצם את האחריות, בעוד שהמודל המסורתי נוטה להרחיב אותה.

⁹³ להערכת דומה של התנהלות בית המשפט העליון, ראו הרמן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 86–87.

⁹⁴ במקרה שחלק מהשופטים ניתחו לפי מודל אחד וחלק לפי מודל אחר, צוינו שמות השופטים וכל עמדה קיבלה שורה משל עצמה. מקרה יוחס למודל מסוים אם נהגו לפי אותו מודל גם אם בית המשפט לא הכריע בין המודלים.

הטבלה מראה את פיזור ההחלטות בין המודלים השונים לאורך השנים שחלפו מאז ההחלטה בעניין שתיל ועד היום.

טבלה 1: פסקי דין העוסקים במודל הראוי לבחינת רשלנות

שנה	שם פסק הדין	המודל המסורתי	מודל ההתרשלות תחילה	מודל הנדל	ללא הכרעה
2007	עניין שתיל (לוי. ריבלין ופרוקצ'יה לא מכריעים)		X		
2007	ע"א 4842/05 גרניט הנדסה נ' כלל ביטוח (12/8/2007)		X		
2008	ע"א 1617/04 כים ניר בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך (29.6.2008).	X ⁹⁵			
2009	ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה (4/1/09)	X			
2009	ע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל (12/3/2009)	X			
2009	רע"א 5277/08 עזבון אליקשוולי נ' מדינת ישראל (28/7/2009)				X
2010	ע"א 4079/05 הועדה המקומית שומרון נ' מעונה, (11/11/2010)	X			
2010	ע"א 8835/07 רם-שן נ' עיריית ירושלים (8/12/2010)	X			
2011	ע"א 3580/06 עזבון יוסף נ' מדינת ישראל, (21/3/2011)	X			
2011	ע"א 9073/09 אסותא נ' שרף (14/6/2011)	X			
2011	ע"א 7895/08 קלינה בע"מ נ' יאסין (31/8/2011)				X
2011	ע"א 9313/08 אופנברג נ' הוועדה המקומית תל-אבי – יפו (7/9/2011)	X ⁹⁶			
2012	ע"א 1786/10 פלוני נ' בית ספר אורים (27/2/2012)	X			
2012	ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל (27/8/2012)		X ⁹⁷		
2013	עניין שירותי בריאות כללית		X		
2013	ע"א 9833/09 כהן נ' מדינת ישראל (25/8/2013)	X			
2013	ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (29/10/2013)		X ⁹⁸		
2013	ע"א 1167/11 פלוני נ' פלוני (18/11/2013)	X			
2014	ע"א 6507/11 מפעלי לוקי לבניה בע"מ נ' עיט חברה לשירותים בע"מ (11/3/2014)	X			
2014	ע"א 6894/13 פלוני נ' אורט ישראל (16/3/2014)			X	
2014	ע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי (22/6/2014) הנדל			X	
	שם, השופט שוהם	X			
	שם, השופט דנציגר				X

⁹⁵ בפס' 18 לפסק הדין, נמנע בית המשפט מלהכריע בין המודלים. עם זאת, בפועל היישום נוטה לכיוון המודל המסורתי.

⁹⁶ בפס' 18–20 לפסק הדין נמנע בית המשפט מלהכריע בין המודלים. עם זאת, בפועל מיושם המודל המסורתי.

⁹⁷ בפס' 38 לפסק הדין נמנע בית המשפט מלהכריע בין המודלים. עם זאת, בפועל מיושם מודל ההתרשלות תחילה.

⁹⁸ השופט עמית קבע (בפס' 6 לפסק הדין) כי הוא משתמש במודל פלוני, אך שבמקרים שחורגים מליבת דיני הנוזקין ראוי גם לפי מודל זה להתחיל את הניתוח בחובת הזהירות, כנהוג במודל ברק.

שנה	שם פסק הדין	המודל המסורתי	מודל ההתרשלות תחילה	מודל הנדל	ללא הכרעה
2014	עא 7633/12 קבוצת גיאות בע"מ נ' גולדפרב לוי, ערן, מאירי, צפריר ושות', עורכי דין בע"מ (16/9/2014)	X			
2014	ע"א 7787/12 עזבון מאמא נ' הדסה (3/11/2014)	X			
2015	ע"א 7144/14 מכנס נ' מעון רוחמה (3/9/2015)	X			
	ע"א 2599/13 הרמן נ' עלדור (3/9/2015)	X			
2016	ע"א 3757/13 בורנשטיין נ' עיריית חיפה (21/7/2016).	X			
2016	ע"א 8146/13 ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני (21/7/2016)	X			
2016	ע"א 239/13 מכללת איסט לונדון (בפירוק) נ' עו"ד בירמן (25/7/2016)	X			
2016	ע"א 7735-14 ורדניקוב נ' אלוביץ (28/12/2016)		X ⁹⁹		
2017	עניין גליק השופטים עמית וזילברטל ¹⁰⁰ (19/1/2017)		X		
	שם, השופט רובינשטיין.	X			
2017	ע"א 3573/15 פלוני נ' פרידמן (4/6/2017)	X			
2017	ע"א 6970/15 פלוני נ' ביי"ח בני ציון (29/11/17)			X	
2017	ע"א 2144/14 עזבון מנטין נ' הרשות הפלשתינאית (6/12/2017)				X
2018	ע"א 3518/16 פוגל נ' עיריית טבריה (25/10/2018)				X ¹⁰¹
2020	ע"א 8124/18 יורשי ביישיץ נ' ז'רוט (4/8/2020)				X
2020	ע"א 8553/19 אורן בע"מ נ' כהן (17/11/2020)	X			

מהטבלה עולה בבירור כי עד שנת 2016 השתמש בית המשפט העליון בעיקר במודל המסורתי, אך היו במקביל פסקי דין שניתחו את העוולה לפי שני המודלים האחרים. מאז השתנה המצב וכיום כבר לא ניתן יותר לדבר על מודל מוביל. בחלק גדול מן המקרים בית המשפט קובע שאינו מכריע בין המודלים, וכאשר בית המשפט נוהג לפי מודל כלשהו, אין אחידות לגבי המודל הנוהג.¹⁰² מצב זה אינו נותן הכוונה לצדדים ולשופטים באשר לדרך הניתוח הראויה של העוולה המרכזית של דיני הנזיקין ויוצר חוסר ודאות נרחב.

יסודות הגנת מעילה בת עוולה

מקרה שלישי שבו קיימת מחלוקת נמשכת בפסיקה בלא הכרעה נוגע לסוגיה מצומצמת הרבה יותר: יסודותיה של הגנת "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה"¹⁰³, או כפי שהיא מכונה בסעיף 3 להצעת חוק

⁹⁹ הערת אגב של השופט עמית שאינה זוכה להתייחסות שאר חברי ההרכב.
¹⁰⁰ השופט זילברטל מפנה בהסכמה לאמור בפס' 32 לפסק הדין של השופט עמית, אך לא ברור אם יש בכך גם הסכמה מפורשת לדיון שם באשר למודל לניתוח עוולת הרשלנות.

¹⁰¹ בית המשפט מאזכר את המודל המסורתי ואת מודל הנדל. אין בו התייחסות למודל ההתרשלות תחילה.
¹⁰² לגיבוי שלפיו ההגמוניה של המודל המסורתי תישבר רק כחלוף שנים מיום הצגת המודלים האחרים, ראו גלעד מודלים I, לעיל ה"ש 80, בעמ' 17-18.

¹⁰³ לדיון בהגנה באופן כללי, ראו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין: תורת הנזיקין הכללית** 343-345 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טדסקי עורך 1977); נילי כהן "חוק, מוסר ויאין חוטא נשכר" **ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור** 259, 288-296 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013). להשקפה שמעוניינת לצמצם את ההגנה

דיני ממונות, התשע"א–2011 "אין חוטא נשכר".¹⁰⁴ הגנה זו, שהוכנסה לדיני הנזיקין על ידי הפסיקה, מגינה על הנתבע במקרה שבו התנהגותו של התובע נגועה באי־חוקיות או אי־מוסריות.¹⁰⁵ עם זאת, קיימת מחלוקת ארוכת שנים באשר ליסודותיה של הגנה נזיקית זו. אין מחלוקת כי כדי שהגנה תחול על הנתבע להראות כי התנהגותו של התובע הייתה נגועה באי־חוקיות או באי־מוסריות.¹⁰⁶ המחלוקת מתמקדת בשאלה אם יש צורך להראות גם קשר סיבתי "חזק" או "טיפוסי" בין התנהגות זו לבין הנזק שנגרם לתובע. מחד גיסא, כבר בעניין **אבוטבול** קבע בית המשפט כי יש צורך בקשר כזה.¹⁰⁷ מאידך גיסא, שנים ספורות לאחר מכן מתח פרופ' ברק ביקורת על דרישה זו ואמר כי אין היא חלק נדרש להגנה.¹⁰⁸

בעשרים השנים האחרונות עלתה הגנה זו לדיון לפני בית המשפט העליון כמה פעמים. כמו במקרים הקודמים, גם כאן קשה למצוא קו מנחה ואחיד בפסיקה,¹⁰⁹ כאשר חלק מפסקי הדין נוטים להכליל את דרישת הקשר הסיבתי ה"חזק" בין יסודות ההגנה,¹¹⁰ בעוד שפסקי דין אחרים אינם מתייחסים לדרישה זו.¹¹¹ ושוב, נראה כי לפנינו מצב שבו יש שתי אסכולות מקבילות בפסיקה בלא שיש הכוונה ברורה של הציבור באשר להלכה.

דיון

סוג המקרים שבו יש שתי אסכולות שונות בפסיקה, ללא הכרעה ברורה ביניהן, מעורר במלוא עוזם את הקשיים הבאים לעולם עקב היעדרו של תקדים מחייב. בסוג מקרים זה הדין ייקבע לפי השופט היושב בדיון, קיים חוסר ודאות גדול אצל שופטי הערכאות הדיוניות לגבי הדין שלפיו עליהם לפסוק ועורכי דין ואנשים מן הציבור יתקשו לכלכל את צעדיהם בהתאם לדין.

סוג מקרים זה גם ניתן לפתרון. במצב שבו קיימות שתי אסכולות, מן הראוי לקיים דיון נוסף שיקבע הלכה מחייבת וחד משמעית, שאלה יכפיפו את עצמם גם שופטי המיעוט בבית המשפט העליון. הימנעותו של בית המשפט העליון מצעד זה מביאה ליצירת עמימות משפטית שמעניקה כוח מוגזם לבחירת השופט בעת הכרעה במקרה הספציפי.

גורם שני – הרכב מורחב שבו יותר משתי דעות כך שאין רוב לדעה אחת

קטגוריה שנייה של מקרים שבהם עשוי להיווצר ספק באשר להלכה שנפסקה בידי בית המשפט נוגעת למקרים שבהם בית המשפט יושב בהרכב מורחב ובהם יש יותר משתי דעות בקרב חברי ההרכב, מה שמונע גיבוש רוב לדעה אחת.¹¹² למרות שמדובר בקטגוריה מצומצמת של מקרים, שהרי הרכבים מורחבים בעניינים אזרחיים הם הליך נדיר למדי, הרי שזוהי קטגוריה חשובה, שכן המדובר דווקא באותם מקרים שבהם בית המשפט העליון סבר מראש שיש חשיבות רבה לגיבוש הלכה מחייבת שתנחה את הערכאות הנמוכות ואת הציבור. כישלון בהשגת מטרה זו הוא בעל השלכות רחבות.

בזיקין, ראו אהרן ברק "הסדר חקיקתי לאחריות התופס במקרקעין" **משפטים** ב' 129, 147 (תש"ל–תשל"א) (להלן: ברק "אחריות התופס"). לניתוח יסודות ההגנה ראו גם גוטל ווינוגרד, לעיל ה"ש 52, בעמ' 373–375.

¹⁰⁴ הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 700.

¹⁰⁵ ע"א 360/64 **אבוטבול נ' קליגר**, פ"ד יט(1) 429 (1965) (להלן: עניין **אבוטבול**).

¹⁰⁶ שם; אנגלרד ברק וחשיין **דיני הנזיקין**, לעיל ה"ש 103, בעמ' 463.

¹⁰⁷ עניין **אבוטבול**, לעיל ה"ש 105, בעמ' 464–465.

¹⁰⁸ ברק "אחריות התופס", לעיל ה"ש 103, שם.

¹⁰⁹ לניתוח הפסיקה בהקשר זה, ראו גוטל ווינוגרד, לעיל ה"ש 52, בעמ' 373, ה"ש 45.

¹¹⁰ ע"א 3015/06 **מדינת ישראל נ' פינקלשטיין**, פ"ס 14 (נבו 9.12.2008); ע"א 11172/05 **אלון נ' חדד**, פ"ס 11–12 (נבו 21.10.2009);

ע"א 6624/15 **אבן פז נ' קנדקו בע"מ**, פ"ס 17 (נבו 2.10.2018).

¹¹¹ ע"א 2242/03 **אברהם נ' רשד**, פ"ס 16 (נבו 18.7.2005); ע"א 4079/05 **הועדה המקומית לתכנון ובניה-שומרון נ' מעונה חברה**

לבנין בע"מ, פ"ס 26 (נבו 11.11.2010).

¹¹² לדיון באפשרות לחלץ הלכה מפסק דין של מותב רחב, שבו יש דעות רוב ודעות מיעוט, ראו נחשתן, לעיל ה"ש 11.

המקרה המפורסם ביותר בקטגוריה זו של מקרים הוא עניין **זייצוב**.¹¹³ פסק דין זה עסק בערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי שבו נדחתה על הסף תביעה שנשמכה על טענת חיים בעוולה. בתביעות מסוג חיים בעוולה, התובע מגיש את תביעתו בטענה שהתובע נולד כשהוא סובל ממום. התביעה מוגשת למרות שהמום לא נוצר כתוצאה מעוולת הנתבע (באופן אופייני איש צוות רפואי), ועוולת הנתבע רק הביאה לאיסימומו המוקדם של ההיריון כך שהתובע נולד. במקרה זה ישבו חמישה שופטים. השופט גולדברג קבע כי לא ניתן לתבוע בגין חיים בעוולה. דעה זו, שנהפכה כעשרים וחמש שנים לאחר מכן להלכה בעניין **המר**,¹¹⁴ נדחתה על ידי ארבעת שופטי הרוב, אך אלה היו חלוקים בדעותיהם לגבי גבולות עילת החיים בעוולה.¹¹⁵ השופטים בך פורת ודב לוין סברו כי עילת התביעה של חיים בעוולה מוגבלת אך ורק למקרים של מום קשה ביותר, וגם אז יהיה הפיצוי מצומצם ביותר.¹¹⁶ מנגד, השופטים ברק ושלמה לוין סברו כי עילת התביעה קיימת בכל מקרה שבו נולד ילד עם מום, וכי הפיצוי צריך להיות זהה לפיצוי שהיה מתקבל בתביעה נגד הרופאים לו היו הרופאים אשמים בהיווצרות המום.¹¹⁷

מאחר שהיה מדובר בשלב מקדמי של הדיון (ערעור על דחייה על הסף), ומאחר שלאור המקרה הקיצוני שעמד לפנייהם היה יכול התובע לזכות בתביעתו לפי דעת כל ארבעת שופטי הרוב, הסתפק בית המשפט בדחיית עמדתו של השופט גולדברג, תוך החזרת התיק לבית המשפט המחוזי להמשך הדיון, בלי להכריע בין שתי העמדות שהביעו שופטי הרוב.¹¹⁸ מקרה זה אכן משקף מצב קשה שבו אפילו לפי הגישה המקילה ביותר לקביעת הלכה, גישה שמסתפקת ברוב מבין שופטי הרוב אשר תומך בהנמקה מסוימת,¹¹⁹ אין אפשרות לחלץ הלכה מפסק הדין.

תוצאת הדברים הייתה כי במשך עשרים וחמש שנים לא היה ברור מהם גבולות עילת התביעה של חיים בעוולה, ובתי המשפט הדיוניים פסקו בנושא זה תוך אימוץ גישות שונות כשבית המשפט העליון משאיר סוגיה זו לשיקול דעתם תוך אמירה ששתי העמדות לגיטימיות.¹²⁰ רק לאחר יותר מחצי יובל שנים חזר בית המשפט העליון לדון בנושא זה בצורה עקרונית (ואז אימץ כאמור דווקא את דעת המיעוט של השופט גולדברג מעניין **זייצוב**). לאורך תקופה ארוכה זו נוצר מצב שאינו רצוי שבו ההכרעה בתיק הייתה תלויה בבחירתו של השופט המסוים שישב בכל תיק, בלי שיש הלכה מחייבת בנושא.

מצבים מסוג זה נמצאים, לפחות חלקית, בשליטת בית המשפט, שכן ישנם כללים אפשריים שונים לקבוע מתי נקבעה הלכה בהרכב מורחב, ובית המשפט יכול להחליט איזה מכללים אלה הוא מאמץ.¹²¹ בית המשפט עשוי ליישם את יכולתו לשלוט בגבולות ההכרעה של הרכבים מורחבים ובעיקר בגבולות הספקות המשפטיות שהם משאירים, באמצעות פסקת ההבהרה המופיעה בסוף חלק מפסקי הדין, אשר בה מובהר מה נקבע בידי בית המשפט ומה הושאר במחלוקת. כך למשל, בעניין **זייצוב**, נכתב בפסקה זו כי: "[...]הוחלט

¹¹³ ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986) (להלן: עניין **זייצוב**). לסקירת פרשת זייצוב, ראו משרד המשפטים **הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעוולה"** 6-14 (2012) (להלן: **דוח ועדת מצא**).

¹¹⁴ עניין **המר**, לעיל ה"ש 28. במקרה זה נפסק פה אחד בהרכב מורחב של שבעה שופטים כי אין אפשרות לתבוע בעילת הולדה בעוולה, בלי קשר לחומרת המקרה.

¹¹⁵ לסקירת המחלוקת, ראו שם, בפס' 2-5 לפסק הדין של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ריבלין.

¹¹⁶ עניין **זייצוב**, לעיל ה"ש 111, בעמ' 100-106, 126.

¹¹⁷ שם, בעמ' 121-122.

¹¹⁸ לכך שבעניין זייצוב לא הכריע בית המשפט בשתי שאלות אלה, ראו רונן פרי "להיות או לא להיות: האם זו השאלה? תביעות נזיקין בגין 'חיים בעוולה' כטעות קונספטואלית", **משפטים** לג 507, 508, ה"ש 2 (2003); רונן פרי "להיות או לא להיות? זו כבר אינה השאלה" **מחקרי משפט** כט 61, 73-74 (2013) (להלן: פרי **מחקרי משפט**); אסף פוזנר "מזייצוב עד המר: חלק א – האם יותר הוא תמיד יותר? היבטים מעשיים של חילוקי הדעות העקרוניים בסוגיית ההולדה בעוולה" **ספר שלמה לוין** 463, 464-468 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין וקרייני מיכאל עורכים) (2013) (להלן: פוזנר היבטים מעשיים).

¹¹⁹ נחושתן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 635-636.

¹²⁰ ע"א 913/91 **אזולאי נ' מדינת ישראל** (נבו) 1993, 6.1; ע"א 119/05 **חליפה נ' משרד הבריאות**, פס' 26 (נבו) 2006, 10.9. לסקירת המצב המשפטי בעקבות פסק דין זייצוב, ראו **דוח ועדת מצא**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 14-16. לסקירה של הגישות השונות שהתפתחו בפסקות הערכאות הנמוכות לאחר עניין זייצוב בעקבות היעדר ההכרעה, ראו פרי **מחקרי משפט**, לעיל ה"ש 118, בעמ' 74-78; בלהה כהנא "פיצוי בגין קיצור תוחלת החיים ויהשנים האבודות" בתביעות בעילה של הולדה בעוולה" **משפטים על אתר** ד 1, 8-24 (2012).

¹²¹ נחושתן, לעיל ה"ש 11.

ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט גולדברג, לקבל את ע"א 540/82 במובן זה שאנו קובעים שכתב התביעה כמות שהוא מגלה עילה, בלא להכריע בשאר הפלוגתאות שבדעות הרוב.¹²² כפי שכותב פוזנר, בית המשפט היה יכול לבחור לצרף את דעת השופטים בן-פרורת ודב לויך לדעתו של השופט גולדברג ולקבוע כי הוכרע שעילת תביעה קיימת רק במקרים קשים וכך לצמצם את גדר הספקות שמשאיר בית המשפט, אך הוא בחר שלא לעשות כן.¹²³

דוגמה למקרה שבו פסקת הסיכום של בית המשפט מנסה להבהיר את תוצאת פסק הדין ולמנוע ספק באשר להלכה שנקבעה היא הדיון נוסף בעניין **מלול**.¹²⁴ שם נחלקו דעות תשעת השופטים לשלוש דעות שונות. בדעה אחת תמכו ארבעה שופטים, בדעה שנייה תמכו שלושה ובשלישית תמכו שני שופטים. במצב כזה היה ניתן לחשוב על דרכים רבות לחשב הסכמות בין הדעות השונות, ואולי אף לסבור שאף דעה לא קיבלה רוב. בית המשפט מנע ספקות אלה בפסקת הסיום שבה הבהיר את מסקנת פסק הדין:¹²⁵

הוחלט ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, של המשנה-לנשיאה א' ריבלין, ושל השופטים א' פרוקצ'יה, א' א' לוי וא' גרוניס כנגד דעתם של השופטים מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן כי, ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה. מסיבה זו הוחלט בדעת רוב לבטל את פסק-הדין שניתן בע"א 7375/02.

השופטים מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן סבורים כי יש מקום להכרה בחריג האחריות היחסית במתווה שנקבע בפסק-הדין בערעור – בהדגשים שונים.

הנשיאה ד' ביניש, המשנה-לנשיאה א' ריבלין והשופט א' א' לוי סבורים כי יש מקום להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטייה נשנית. השופטים א' גרוניס, מ' נאור וס' ג'ובראן הותירו אפשרות זו בצריך עיון. השופט א' רובינשטיין רואה חריג זה כחלק מכלל החריג של אחריות יחסית וגורלו כגורלו.

השופטת א' פרוקצ'יה סבורה שאין מקום להכיר באחריות יחסית ולסייג את כלל מאזן ההסתברויות – אלא בדרך של חקיקה.¹²⁶

פסקה זו הביאה לכך שמרגע מתן פסק הדין, קיבלו כל שופטי העליון כנתון שאין אחריו עוררים את ההלכה שלפיה ככלל אין להכיר באחריות יחסית, ולא התעוררו חילוקי דעות נוספים בנושא.¹²⁷ עם זאת, לאור כך שחלק מהשופטים השאירו את החריגים שקבעו חבריהם בצריך עיון, נותר ספק באשר לגבולות החריגים שבהם כן תוכר אחריות יחסית, ספק שלא היה בכוחה של פסקת הסיום להבהיר.¹²⁸

מאחר שהרכבים מורחבים יושבים דווקא במקרים שבהם ההלכה אינה ברורה ובית המשפט חשב שיש מקום להבהירה, מומלץ כי בית המשפט יעשה שימוש מושכל בפסקת ההבהרה כדי להקטין למינימום את חוסר הוודאות באשר להלכה שנקבעת בפסק הדין, כפי שנעשה בעניין **מלול**.

¹²² עניין **זיצוב**, לעיל ה"ש 113, בעמ' 130.

¹²³ פוזנר היבטים מעשיים, לעיל ה"ש 118, בעמ' 467.

¹²⁴ דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל - חיפה נ' מלול**, פ"ד (סד) 533 (1) (2010) (להלן: דיון נוסף **מלול**).

¹²⁵ יושם אל לב כי בפסקה הראשונה בציטוט מפסק הדין נקט בית המשפט גישה מרחיבה. זאת, שכן בפועל לאף הנמקה לא היה רוב מקרב שופטי ההרכב (לפירוט עמדות השופטים והנמקותיהם ראו שניר הלכה, לעיל ה"ש 11 בעמ' 10-12). למרות זאת הוחלט שההלכה היא בהתאם לתוצאה הסופית שאליה הגיעו חמשת השופטים, אף אם מאחורי תוצאה זו עמדו הנמקות שונות. גישה זו עשויה להיחשב לגישה שונה מכל שלוש הגישות שמציג נחושתן, לעיל ה"ש 11.

¹²⁶ שם.

¹²⁷ ע"א 3900/14 **ד.ל. נ' המרכז הרפואי הלל יפה** (נבו) 2.12.2015; ע"א 10399/08 **פרוטס נ' צירגייב**, פ"ס 5 (נבו) 4.4.2011; ע"א 676/10 **עזבון אליהו נ' קופת חולים לאומית**, פ"ס 4 (נבו) 13.7.2011; ע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי**, פ"ס 35 (נבו) 3.9.2015.

¹²⁸ לחוסר הודאות שנשאר, ראו רונן קריטנשטיין, אליעזר ריבלין, "אחריות יחסית בבית ספרנו? העולה כיתה בבית ספרנו?" **המשפט**, פרק ב', _____ (החוברת הנוכחית); לגישות השונות שהתעוררו בפסקת הערכאות הדיוניות בעקבות דיון נוסף **מלול**, ראו שם, פרק ד'; לספקות שהתעוררו באשר להלכה בפסקת בית המשפט העליון, ראו שם, פרק ה'.

גורם שלישי – דן יחיד

הליכים שונים מתנהלים בבית המשפט העליון לפני דן יחיד, ולא לפני הרכב. כך, למשל, בקשות לצווים זמניים וכן ערעורים על החלטות ביניים של בית המשפט המחוזי ועל חלק מפסקי דינו. 129 בסוגי מקרים אשר נדונים בבית המשפט העליון בעיקר לפני דן יחיד, ייתכן מאוד שיינתנו פסקי דין עקרוניים שאינם בגדר "הלכה מחייבת" שכן לא ניתנו בידי הרכב.¹³⁰ מקרה לדוגמה שבו ניתן פסק דין נזיקי עקרוני בדן יחיד הוא עניין **שמש**.¹³¹

באותו מקרה הכיר השופט רובינשטיין באפשרות לתבוע בעוולת הפרת חובה חקוקה גם אם לא נגרם נזק אישי לתובע, כדי לעודד אנשים לקיים חוקים שבהם אין אכיפה ציבורית וקשה לתבוע בהם תביעות נזיקין.

בנסיבות הקיימות, עם זאת, יקשה מאוד – מטבע הדברים – להוכיח נזק ספציפי מעישון, העשוי להתגבש לאורך שנים רבות. את גרימת הנזק – כנדרש בסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין – ניתן רק לשער על דרך "הסתברות מצטברת". ברי הוא, כי המבקשת ובא כוחה באים בתביעה בעלת אופי ציבורי יותר מאשר אישי. אף כי כאמור דומני ש"הכדור העיקרי" מצוי בתחומו של המחוקק, נראה לי שמשוהפרה חובה חקוקה, ומשהמדובר במשפחה ובה ילדים ואשה בהריון, יש מקום ליתן ביטוי חזק יותר – ולוא גם עדיין במישור הסמלי – לנזק, לשם הרתעת הרבים.

הקביעה שבפסק הדין היא קביעה מרחיקת לכת, שהרי סעיף 63 לפקודה דורש שהתובע יוכיח שנגרם לו נזק כתוצאה מההפרה, בעוד שהשופט רובינשטיין אומר שלמרות שלא הוכח קיומו של נזק, הוא מאשר את התביעה. עם זאת, מאחר שקביעה זו ניתנה בהרכב של דן יחיד, אין היא מהווה הלכה, וממילא קיים ספק באשר לדן בסוגיה זו.

כל זמן שחוק בתי המשפט קובע כי בית המשפט העליון יישב בחלק מההליכים בהרכב של דן יחיד, ימשיכו מקרים כאלה לקרות. עם זאת, רצוי כי באותם מקרים שבהם דן יחיד מגלה כי המקרה שבו הוא עוסק מצריך דיון בסוגיה עקרונית, שלהכרעה בה חשיבות מעבר למקרה הקונקרטי, הוא יעביר את הדיון בעניין להרכב של שלושה שופטים.

גורם רביעי – השופט שאינו מכריע

אחת התופעות המרכזיות שמביאות לכך שבמקרים רבים קשה להצביע על הלכה היא מקרים שבהם יושב הרכב של שלושה שופטים שמתוכם שניים חלוקים באשר להלכה העקרונית (גם אם אינם חלוקים באשר לתוצאת המקרה שלפניהם), כשהשופט השלישי נמנע מלהצטרף לעמדת מי מהשופטים האחרים באשר למחלוקת העקרונית. נחושתן טוען במאמרו כי במקרים שבהם שני שופטים חלוקים במחלוקת עקרונית, בעוד שהשופט השלישי מסכים עם אחד מהשופטים מבחינה עקרונית, אך סבור שלא התקיימו התנאים העובדתיים להתקיימות התנאי העקרוני, ניתן לקבוע שבית המשפט העליון פסק הלכה עקרונית לפי דעתם העקרונית של שופט הרוב ושופט המיעוט.¹³² עם זאת, כפי שנחושטן עצמו כותב, עמדה זו אינה משקפת את ההלכה הנוהגת, ולכן לא תסייע בידינו בחילוץ הלכה במשפט הנוהג היום בישראל.¹³³ יתר על כן, בפועל בכל

¹²⁹ ס' 3(26) ו-4(26) לחוק בתי המשפט.

¹³⁰ ראו למשל: "כאן המקום להדגיש כי קביעותיהם של השופט הנדל ושל השופט עמית – כמו גם החלטתי זו – ניתנו בדן יחיד ואינן מהוות הלכה מחייבת, בהתאם לסעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה." (עניין **אבו ג'אנם**, לעיל ה"ש 14); כן ראו עניין **אסד**, לעיל ה"ש 40, בפס' 6.

¹³¹ רע"א 9615/05 **שמש נ. פוקציטה בע"מ** (נבו) 5.7.2006.

¹³² נחושתן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 634.

¹³³ שם, בעמ' 633.

הדוגמאות שיובאו להלן, השופט שלא הכריע עשה זאת תוך שהוא אומר במפורש שאינו מכריע בין הדעות העקרוניות של שני השופטים האחרים ומשאיר את המחלוקת בצריך עיון. בנסיבות אלה לא ניתן גם לדעת נחושתן לחלץ הלכה מפסק הדין.¹³⁴

הבחירה של שופט אם להכריע במחלוקת עקרונית שבין חבריו או להימנע מכך, כאשר ההכרעה אינה משפיעה על גורל התיק העומד לדיון, היא בחירה היורדת לשורש השקפתו של שופט על מהות תפקידו של השופט ועל תפקידו של בית המשפט. שופט אשר רואה את עיקר תפקידו של בית המשפט בעשיית צדק בין הצדדים שלפניו ובהכרעה בסכסוך שהוא לפני בית המשפט עשוי להירתע מהכרעה במקרים אלה, כדי לא "לבזבז" את זמנו על כתיבת תזות תאורטיות שאינן נדרשות לשם ביצוע תפקידו. נטייה זו אף תתחזק אם השופט רואה באמרת אגב משום קביעה שאינה מחייבת וממילא קביעה שמלבד שאינה מסייעת להכרעה בסכסוך שבין הצדדים, גם אינה קובעת הלכה. מנגד, שופט אשר רואה את עיקר תפקידו בהכוונת מערכת המשפט עשוי להידרש להכרעה, אף אם אינה דרושה, בכדי למנוע ספק.

בפועל, בשנים האחרונות ניתן לזהות מספר לא קטן של מקרים שבהם לאחר שהתעוררה מחלוקת בין שני שופטים, נמנע השופט השלישי מלהכריע ביניהם תוך השארת הדין בספק. מצב זה מביא לכך שהמחלוקת העקרונית בין השופטים נשארת על כנה ואינה מוכרעת, כך שנוצר ספק באשר להלכה שקבע בית המשפט. להלן אדגים תופעה זו בכמה מקרים.¹³⁵

עניין גליק¹³⁶ – אחריות רשויות ציבור

בעניין גליק היו כזכור השופטים רובינשטיין ועמית חלוקים באשר להיקף אחריותן של רשויות ציבור בדין המצוי, מצב המעיד על כך שמשפטן מן השורה בוודאי לא יכול לדעת מהו הדין המצוי בנושא זה. בנוסף, השופטים רובינשטיין ועמית היו חלוקים לפחות בשתי סוגיות עקרוניות אחרות. האחת נוגעת ליחס בין תקיפה ישירה לתקיפה עקיפה של מעשה מנהלי והשלכות יחס זה לעניין סמכות בית משפט אזרחי לדון בתביעה לפיצויים נגד רשות בגין "התרשלות מנהלית".¹³⁷

הסוגיה השנייה נוגעת לחובת מי שנפגע ממעשה מנהלי מוטעה למצות הליכים לפני רשויות המנהל ולפני בית המשפט המנהלי לפני פנייתו לבית המשפט האזרחי בתביעה לפיצוי במקרים שהפגיעה מהמעשה המנהלי עדיין נמשכת ואין מדובר במעשה עשוי. לפי דעת השופט עמית, במקרה כזה לא די שהנפגע יפנה לרשות עצמה, ובכדי לעמוד בחובת מיצוי ההליכים ובנטל להקטין את נזקו עליו לפנות גם לבית המשפט המנהלי. אם הנפגע לא פנה גם לבית המשפט המנהלי, הרי תישלל זכותו לפנות לבית המשפט האזרחי ולבקש פיצויים. מנגד, לדעת השופט רובינשטיין די שהנפגע יפנה לרשות עצמה ואין צורך שיפנה גם לבית המשפט המנהלי בכדי לעמוד בחובת מיצוי ההליכים. יתר על כן, גם אם הנפגע לא פנה לרשות המנהלית, הדבר רק

¹³⁴ בהערת אגב יש לציין כי דעתו של נחושתן שלפיה ניתן להסתמך על אמירה של שופט, אף שבנסיבות העניין הוא אינו פועל לאורה בשל מחלוקת עובדתית, היא בעייתית לגופה. זאת, שכן קביעת הלכה במקרה שבו השופט לא פסק לצדדים לפי עמדתו מעוררת בעיות קשות כמו פגיעה בשוויון בין מתדיינים, משנה את המשתנים הפסיכולוגיים אשר אמורים לסייע לשופט בקביעת הדין והיא מקרבת את מעשהו של השופט למעשה חקיקה (לדיון נרחב בשיקולי מדיניות אלה, ראו שנור הלכה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 25–42). יתר על כן, בעובדות שמביא נחושתן, שם, בעמ' 634, לא ברור כלל שכאשר שופט אומר "אין מדובר בידועים בציבור משום שלא הוכח קיום יחסי אישות", הוא מתכוון להגיד שאם יוכח קיום יחסי אישות הוא יכיר בזוג כידועים בציבור. ייתכן שמבחינתו מדובר בתנאי הכרחי, אך לא מספיק, כאשר לא ברור כלל מהם התנאים הנוספים שעשויים להידרש.

¹³⁵ ראו גם, אף שהדבר חורג מתחום דיני הנוזיקין, ע"א 8553/19 אורן בע"מ נ' כהן, פס' 4 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (כתוארו

אז) מלצר (נבו 17.11.2020) שבו הוא אינו מכריע במחלוקת שנפלה בין חבריו באשר לדין השעבוד שהוטל שם במהלך ההליכים, אף שהוא מצדד בדעתו של השופט מינץ. המשנה לנשיאה מלצר מנמק את בחירתו לא להכריע בכך שהנושא סבוך ובאותו מקרה מדובר בהערת אגב.

¹³⁶ עניין גליק, לעיל ה"ש 45.

¹³⁷ דיון מפורט בעמדות השופטים במחלוקת זו חורג מגבולות רשימה זו. המעוניינים מופנים לפסק הדין בכדי ללמוד את עמדות השופטים: לעמדת השופט רובינשטיין, ראו שם, בפס' יח–כד לפסק הדין של השופט רובינשטיין; לעמדת השופט עמית, ראו שם, בפס' 2–7 לפסק הדין של השופט עמית.

יקטין את הפיצויים המגיעים לו (שכן לא עמד בנטל להקטין את נזקו), אך לא ישליך על עצם עילתו של הניזוק.¹³⁸

למרות שמן הראוי היה ששלוש מחלוקות עקרוניות אלה, אשר נוגעות למקרים רבים מדי שנה, יוכרעו סוף סוף (ולו באופן זמני) לאחר שהתברר באופן ברור שיש מחלוקת באשר לדין הרצוי לגביהן (ובמקרה של היקף אחריותן של רשויות ציבור – גם באשר לדין המצוי), הרי שבפועל לא כך קרה. השופט השלישי בתיק, השופט זילברטל, הכריע בתיק על יסוד עובדותיו הספציפיות, בלי להיזקק לשאלה מה אומר הדין בעניין אחריות רשויות ציבור בנוזיקין באופן כללי ובלי לקבוע עמדה מחייבת בשאלות הסמכות ומיצוי ההליכים/הקטנת הנזק. וכך פותח השופט זילברטל את פסק דינו:

”חברי להרכב פרושו יריעה רחבה בהתייחסותם לסוגיית התביעה הנזיקית שעילתה במעשה מינהלי, ובכלל זה דנו בעניינים של סמכות ושל חובת מיצוי ההליך השיפוטי המינהלי קודם להגשת תביעה אזרחית. להשקפתי, בנסיבותיו של המקרה הנדון, אין צורך להכריע בשאלות ”הגדולות” ולקבוע קריטריונים כלליים מחייבים ונוקשים בכל הנוגע לתביעות מהסוג האמור”¹³⁹

ובהמשך:

”העולה מהמקובץ הוא, לשיטתי, שדין תביעתו של המבקש היה להיות מסולקת ללא בירור הטענות כלפי אופן התנהלות המשטרה, האם דבקה בהתנהלות זו התרשלות כלשהי, אם לאו. זאת, מבלי להידרש לשאלה, האם ככלל (או באלו מצבים), כאשר עסקינן בטענה כלפי מעשה מינהלי, ראוי לפנות תחילה לתקיפה ישירה במסגרת הליך משפטי מינהלי, או לשאלה האם יש להכיר בקיומה של עילת תביעה נזיקית כשמדובר בטענה כאמור, ובאלו הנאים.”¹⁴⁰

אומנם, השופט זילברטל מביע לאורך פסק דינו הסכמות מסויגות עם דברים שכתבו השופטים עמית ורובינשטיין, אך זאת מבלי להכריע ביניהם. בתוצאה הסופית הוא מסכים עם השופט עמית ודוחה את תביעתו של גליק בשל נסיבותיו הקיצוניות של המקרה, אך שב ומדגיש כי אין בהכרעתו זו משום הכרעה במחלוקות העקרוניות שבין השופטים רובינשטיין ועמית. דרך הכרעה זו משאירה את המחלוקות העקרוניות בין השופטים כמחלוקות שלא הוכרעו גם במקרה זה, וממילא ציבור הנזקקים להכוונה באשר לדין המצוי – שופטים, עורכי דין, סטודנטים למשפטים והציבור הרחב נשארו בלא תשובה.

עניין קונקטיב¹⁴¹ – הפרת חובה חקוקה של חיקוק פלילי

בעניין **קונקטיב** התעוררה כזכור מחלוקת בין השופטים מזוז לברק־ארז באשר לאפשרות להשתמש בחיקוקים פליליים כבסיס לצורך תביעה בעוולת הפרת חובה חקוקה. עם זאת, למרות שלגישתה של השופטת ברק־ארז הדין המצוי מכיר ככלל באפשרות לגזור הפרת חובה חקוקה מהפרה של חוק פלילי, הרי שבנסיבות העניין לא היה מקום להכיר בעילת תביעה המושתתת על עוולת הפרת חובה חקוקה, וזאת מאחר שהנזק שנגרם במקרה זה לחברי הקבוצה שונה מהנזק שאליו התכוון מחוקק האיסור הפלילי.¹⁴² לאור כך ששני השופטים הסכימו לעניין התוצאה, הביע השופט דנציגר את עמדתו כי אין צורך להכריע במחלוקות

¹³⁸ לעמדת השופט רובינשטיין, ראו שם, בפס' לב–לו לפסק הדין של השופט רובינשטיין; לעמדת השופט עמית, ראו שם, בפס' 8–13 לפסק הדין של השופט עמית.

¹³⁹ שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופט זילברטל.

¹⁴⁰ שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט דנציגר.

¹⁴¹ עניין **קונקטיב**, לעיל ה"ש 49.

¹⁴² שם, בפס' 26 לפסק הדין של השופטת ברק־ארז.

העקרונית לגבי האפשרות לגזור תביעה נזיקית בעוולת הפרת חובה חקוקה מחיקוקים פליליים, אם הדבר אינו הכרחי.¹⁴³ עמדה זו הביאה לתוצאה שלפיה הציבור אינו יכול לדעת מהו הדין הנכון בסוגיה זו.

גבולות הפיצוי שבו מחויבת אישה בגין סרבנותה לקבל גט

השאלה העקרונית האם ניתן לחייב אדם בפיצוי נזיקי בגין סרבנות לגט היא שאלה שנכון להיום טרם קיבלה תשובה מוסמכת מבית המשפט העליון.¹⁴⁴ עם זאת, בבית המשפט העליון התעוררה שאלה קשורה, אך נפרדת – בהנחה כי יש סמכות לבית משפט אזרחי לחייב אישה בפיצוי נזיקי בגין סרבנות לקבלת גט, מה תהיה התקופה שלגביה יינתן פיצוי.¹⁴⁵ נושא זה נדון בעניין **פלונית נ' פלוני**. המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר פסק שם כי הפיצוי יינתן בגין התקופה שמחויב האשה בגט ועד מתן היתר לגבר לשאת אישה שנייה.¹⁴⁶ מנגד, השופט מזוז פסק כי הפיצוי יימשך גם לאחר מתן ההיתר וגם אם הגבר נישא בפועל לאישה נוספת, עד למועד שבו האישה הנתבעת תביא בפועל להפסקת הנישואין הראשונים.¹⁴⁷ השופט פוגלמן בחר שלא להכריע בסוגיה זו תוך שהוא קובע כי מדובר בסוגיה עובדתית ולפיכך אין זה ראוי להעניק בגינה רשות ערעור.¹⁴⁸ גם כאן, אף שיייתכן שיש טעם מאחורי העדפתו של השופט פוגלמן להימנע מהכרעה, הרי שבפועל היא הותירה את הקהילה המשפטית בספק לגבי הדין.

דיון

שופט אשר נתקל במקרה שבו חבריו מעוררים מחלוקת משפטית נכבדה והוא אינו סבור שהמחלוקת נדרשת לשם הכרעה בסכסוך הספציפי, ניצב בפניו דילמה שאינה פשוטה. מחד גיסא, עומד הפיתוי לנסות וליצור הלכה אשר תפתור ספקות שמתעוררים בערכאות הדיוניות ותיתן הכוונה לציבור. מאידך גיסא, עומד החשש שהכרעה שאינה נדרשת היא בזבוז זמן שיפוטי, שאולי העובדות הייחודיות של המקרה ישפיעו על ההכרעה בדרך שמקרים אחרים לא ישפיעו עליה והעובדה שפעמים רבות הצדדים לא התמקדו בסיכומיהם בנושא המשפטי, אלא דווקא בסוגיה העובדתית.

ההכרעה בשאלה אם להכריע תושפע מהדרך שבה השופט המסוים רואה את תפקידו העיקרי, מעובדות המקרה הספציפי ואולי גם מהעומס שמוטל על השופט באותו רגע. בעיניי שתי האפשרויות עשויות להיות רצויות בנסיבות שונות, וכל זמן ששופט מודע למחירים של הבחירה שהוא עושה, אין לבוא אליו בטענות על הבחירה שביצע.

גורם חמישי – השארת סוגיה בצריך עיון

סוג נוסף של מקרים שבהם בית המשפט משאיר ספק באשר להלכה הוא מקרים שבהם בית המשפט נמנע במפורש מלהכריע בסוגיה, תוך השארתה בצריך עיון.¹⁴⁹ גם לסוג זה של מקרים נביא שלוש דוגמאות בולטות.

¹⁴³ שם, בפס' ד לפסק הדין של השופט דנציגר.
¹⁴⁴ ראו בע"מ 997/15 **פלונית נ' פלוני**, פס' 37–39 (נבו 2021.4.27). בית המשפט העליון הזכיר פסיקות כאלה דרך אגב פעמים רבות, אך בלי להכריע בנושא (ראו למשל בע"מ 5827/19 **פלוני נ' פלונית**, פס' 37 (נבו 2021.8.16); בג"ץ 4904/21 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול** (נבו 2021.8.23)).

¹⁴⁵ במקרים של בעלים סרבני גט לא מתעוררת שאלה דומה, כיוון שהאישה העגונה אינה יכולה לקבל היתר לשאת בעל שני.

¹⁴⁶ בע"מ 997/15, לעיל הי"ש 144, בפס' 43 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר.

¹⁴⁷ שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט מזוז.

¹⁴⁸ שם, בפסק הדין של השופט פוגלמן.

¹⁴⁹ מבחינה עיונית יש הבדל בין מצב זה לבין מצב שבו בית המשפט קובע שההכרעה בין שתי גישות עקרוניות תהיה תלויה נסיבות. במקרה האחרון בית המשפט מכריע תוך השארת שיקול דעת לבתי המשפט שלאחריו כיצד ליישם את הדין (רע"א 2809/18 **קסברי נ' רוזן**, פס' 1, 4–10 (נבו 2018.11.26)). עם זאת, מבחינה מעשית ההבדל בין שני המצבים קטן ביותר, שכן בשניהם בית המשפט משאיר את הקהילה המשפטית ללא הכוונה ברורה.

דרישת הנטישה בסעיף 38 לפקודת הנזיקין

מקרה שמדגים סוג מקרים זה הוא הדיון בשאלה האם העברת נטל מכח סעיף 38 לפקודת הנזיקין – חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים – דורשת שהחפץ יינטש או ייעזב בידי בעליו. סעיף 38 עצמו אינו מתייחס לדרישת הנטישה. אולם, בעניין **פישמן**¹⁵⁰ קבע בית המשפט שהסעיף חל רק אם הדבר המסוכן נעזב או ננטש. דרישת הנטישה נחשבה להלכה מקובלת ואוזכרה בהסכמה במקרים רבים.¹⁵¹

אולם, כארבעים שנים אחרי פסק דין פישמן, דן בית המשפט העליון בסעיף 38 בלא להזכיר את דרישת הנטישה או את עניין **פישמן**.¹⁵² פסק דין זה עורר ספק, שכן לא היה ברור האם מדובר בהשמטה מקרית ולא מכוונת, כשהלכת פישמן ממשיכה לחול, או שמדובר בכוונה לוותר על הדרישה ולהפוך את ההלכה.

שלוש שנים לאחר מכן נדון ספק זה בעניין **נאצר**.¹⁵³ שם, לאחר שסקר את התפתחות ההלכה ואת הצעת חוק דיני ממונות ואף הביע את דעתו האישית שלפיה אין מקום לדרישת הנטישה, אמר השופט ריבלין: "מכל מקום, אינני סבור כי עלינו להכריע באשר לתוקפה של הלכה זו היום, הואיל ומוצא אני כי סעיף 38 אינו חל בענייננו – מטעם אחר."¹⁵⁴ הנשיא ברק הוסיף: "מקובלת עליי התוצאה כי בנסיבות המקרה לא חלה חזקת "דבר מסוכן", אם לפי תנאיה ההיסטוריים ואם לאור עמדת חברי השופט ריבלין. את ההכרעה בין שתי העמדות אוכל להשאיר לעת מצוא."¹⁵⁵

מאז ועד היום, במשך כחמש עשרה שנים, נשארה סוגיה זו בצריך עיון וטרם באה על פתרונה.¹⁵⁶

עוולה חוקתית

סוגיה נוספת שבה עסקו פסקי דין רבים, שכולם השאירו בצריך עיון, היא קיומה של אפשרות תביעה מסוג "עוולה חוקתית", כלומר האם יכול אדם לתבוע פיצוי מרשות במקרה שנגרם לו נזק כתוצאה משלילת זכות חוקתית שלו בידי הרשות, כשנרשט אין אשמה.¹⁵⁷

סוגיה זו מטרידה את בית המשפט העליון מזה עשורים רבים.¹⁵⁸ הפסיקה קבעה כבר בשנות השמונים כי לבית המשפט סמכות לפסוק פיצויים,¹⁵⁹ אך למרות זאת בפועל נשארה שאלת פסיקת פיצויים כאלה בפועל בהקשרים נזיקיים (שאינם מכרזיים) בצריך עיון, כשעמדות השופטים בנושא מובעות פעם אחר פעם בהערות אגב בלבד.¹⁶⁰

את סיכום ה"הלכה" בנושא זה הביעה לאחרונה בצורה קולעת השופטת וילנר: "מעניין לציין כי חרף הדיון הנרחב שהתקיים בנדון בפסיקה ובספרות לאורך השנים, בית משפט זה טרם הכריע

¹⁵⁰ ע"פ 74/62 פישמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1478, 1489–1512 (1963).
¹⁵¹ ראו למשל ע"א 111/68 "לפידות" חברת מחפשי נפט לישראל בע"מ נ' שליטר, פ"ד כב(2) 379, 387 (1968); ע"א 751/68 רעד נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 197, 209 (1971).
¹⁵² ע"א 7877/02 זיאד נ' חברת החשמל מזרח ירושלים בע"מ, פ"ד נח(2) 279 (2003).
¹⁵³ ע"א 1071/96 עיזבון נאצר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 337 (2006).
¹⁵⁴ שם, בפס' 15.
¹⁵⁵ שם, בפס' 1 לפסק הדין של הנשיא ברק.

¹⁵⁶ לפסקי דין אשר השאירו את הסוגיה ללא הכרעה מאז פסק דין נאצר ראו למשל: ע"א 6332/15 צלאח נ' עדוי, פס' 5 (נבו) 23.11.2017; ע"א 9073/15 פלוני נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל, פסק הדין של השופט מזוז ופסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימי) רובינשטיין (נבו) 4.9.2017; רע"א 9113/05 מדינת ישראל נ' ג'ומעה, פס' 9 (נבו) 9.12.2007.
¹⁵⁷ לדיונים בספרות בנושא זה, ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** ו' 17, 27 (2011); יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" **משפט וממשל** ב' 97 (התשנ"ב); דפנה ברק-ארוז "פיצויים מינהליים ומכרזים ציבוריים" **משפט וממשל** ב' 35 (1994); רוני פוליאק **המימד הרכושי של זכויות חוקתיות** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית 2015).

¹⁵⁸ ראו למשל בג"ץ 101/74 **בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון**, פ"ד כח(2) 449 (1974) שעסק בנושא כבר בשנות השבעים.
¹⁵⁹ בג"ץ 688/81 **מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות**, פ"ד לו(4) 85 (1982).
¹⁶⁰ לפסקי דין אשר עסקו בנושא תוך השארת הסוגיה בצריך עיון, ראו למשל: בג"ץ 2665/98 **נחום נ' משטרת ישראל**, פ"ד נב(2) 454 (1998); ע"א 7703/10 **ישועה נ' מנהלת סל"ע**, פ"ד סז(1) 25, 50–51, 54 (2014); ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16 (2004); עניין **גליק**, לעיל הי"ש 45, בפס' 18(ז) לפסק הדין של השופט עמית.

בשאלת ההכרה בעוולה חוקתית במשפט הישראלי.¹⁶¹ ושוב, גם כאן למרות עשרות שנים של עיסוק בסוגיה משפטית, טרם מצא בית המשפט העליון לנכון להכריע בה.

פיצוי בגין סרבנות גט של גברים

סוגיה שלישית שאף אותה ראה לנכון בית המשפט להשאיר ללא הכרעה היא שאלת סמכותו של בית המשפט האזרחי להעניק פיצוי לנשים שבעליהן מסרבים לתת להן גט וכך משאירים אותן עגונות.¹⁶² בתי המשפט לענייני משפחה העניקו פיצוי כזה במקרים רבים, ובתי המשפט המחוזיים אף אישרו פסיקות אלה.¹⁶³ מנגד, בפסיקת בתי הדין הרבניים הובעה עמדה השוללת מתן פיצויים כאלה וקובעת כי פסיקות פיצויים כאלה מביאה לכך שבתי הדין הרבניים לא יוכלו לפסוק לגירושין.¹⁶⁴ עמדה זו מגובה גם בעמדות של מלומדים אשר מתנגדים לפרקטיקה זו.¹⁶⁵

אף שמאז אמצע שנות האלפיים ניתנו עשרות פסקי דין מסוג זה בבתי המשפט למשפחה, לא קיימת הכרעה עקרונית של בית המשפט העליון בשאלת סמכותם של בתי המשפט האזרחיים לפסוק פיצויים כאלה. גם כשהגיעו מקרים שנגעו בסוגיה זו לבית המשפט העליון, הוא נמנע מלהכריע בסוגיה והשאיר אותה בצריך עיון.¹⁶⁶ בית המשפט העליון בחר להימנע מהכרעה דווקא בשל העובדה כי הסוגיה מעוררת קשיים משפטיים וחברתיים ניכרים שראוי להימנע בהם מהכרעה, אלא אם אי אפשר להכריע בסכסוך אחרת. עמדה זו היא עמדה ראויה, אך בפועל היא משאירה את הסוגיה ללא הכרעה.

דיון

במצב שבו בית המשפט אינו נדרש לפסוק בנושא מסוים לשם הכרעה בסכסוך העומד לפניו, אין חובה על בית המשפט לעשות כן. להפך, ישנם שיקולי מדיניות חשובים בעד הימנעותו של בית המשפט מפסיקות תאורטיות שאינן נדרשות לשם הכרעה בסכסוך שלפניו.¹⁶⁷ עם זאת, הימנעות מהכרעה בשאלות עקרוניות לאורך תקופות ארוכות מובילה לעמימות בדין שלה תוצאות שליליות שעליהן עמדנו לעיל.

גורם שישי – היעדר פסיקה בהיעדר מקרים להכרעה

במקרים רבים לא קיימת פסיקה מחייבת בסוגיה מסוימת פשוט משום שמקרים מתאימים לא הגיעו לבית המשפט העליון. סוג מקרים זה כמובן אינו בשליטת בית המשפט העליון, אך ראוי להצביע על כך שמקרים

¹⁶¹ רע"א 2015/20 פלוני נ' **משרד הבריאות** (נבו) 25.10.2020.

¹⁶² לדיון כללי בסוגיה ראו יחיאל ש' קפלן "פתרון מצוקת מסורבות הגט באמצעות מזונות עונשיים" **המשפט** י 381 (2005); אוריאל לביא "סידור גט לאחר חיוב הבעל בפיצוי כספי לאשתו" **תחומין – תורה חברה ומדינה** כו 160 (התשס"ו); יפעת ביטון "עניינים נשיים, ניתוח פמיניסטי והפער המסוכן שביניהם" **עיוני משפט** כח 871 (2005); בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד" **משפטים** מא 153 (2011); וכך את המקורות המובאים בהערת שוליים 161 להלן.

¹⁶³ ראו למשל את סקירת הפסיקה אשר מובאת בעמ"מ 997/15, לעיל ה"ש 144, בפס' 35 לפסק הדין של השופט מלצר.
¹⁶⁴ ראו את הסקירה אצל יחיאל קפלן "תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בישראל לאור עקרונות המשפט העברי: מחילוקי דעות בין בית המשפט לבית הדין לפשרה המשכינה שלום" **משפחה במשפט** ו-ז 263, 280–278, 293–284 (2013–2014). כך ראו בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית המאפשרת לפצות גם גברים מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורבת" **עיוני משפט** ט 545, 556 (2016). כמו כן ראו למשל את השתלשלות המקרה, ואת עמדת בית הדין הרבני, בבג"ץ 4904/21, לעיל ה"ש 144, בפס' 5, ואת עמדת בתי הדין הרבניים כפי שהובעה בעמ"מ 2374/11 פלוני נ' פלונית, פס' 5 (נבו) 15.2.2011. להערכה אחרת של מדיניות בתי הדין הרבניים, ראו עמיחי רדזינר "לא המדרש עיקר אלא המעשה": על סידור גטין לאחר תביעות נזיקין ועל מדיניות הפרסום של הפסיקה הרבנית" **משפטים** מה 5 (2015).
¹⁶⁵ קפלן, שם, בעמ' 337–339. במאמר קודם (יחיאל קפלן ורוון פרי, "על אחריותם בנזיקין של סרבניגט" **עיוני משפט** כח 773, 784–786 (2005)) הביעו קפלן ופרי דעה שלפיה כנראה שיש סמכות. עם זאת, דעתם זו נשענה על ההנחה שבתי הדין הרבניים יסכימו לסדר גט לאחר תביעות נזיקין. ייתכן שהעובדה שלפחות חלק מבתי הדין הרבניים אינם מסכימים לעשות כן הביאה לשינוי בעמדתו של קפלן.

¹⁶⁶ ראו למשל את בע"מ 997/15, לעיל ה"ש 144, בפס' 31–38 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימו') מלצר; פס' 1 לפסק הדין של השופט מזוז; פסק הדין של השופט פוגלמן. כך ראו בעמ"מ 2374/11 פלוני נ' פלונית, פס' 6 (נבו) 15.2.2011.
¹⁶⁷ Frederick Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, 73 U. CHI. L. REV. 883 (2006); Jeffrey J. Rachlinski, *Bottom-Up* (2006) 786–784 U. CHI. L. REV. 933. לפסק דין שבו ניתק עצמו בית המשפט העליון מעובדות המקרים, דווקא כדי להוציא תחת ידו הכרעה תאורטית, ראו עניין **המר**, לעיל הערה 28.

כאלה אינם מעטים והם משאירים את הקהילה המשפטית חסרת תשובה באשר לדין המצוי. סוג מקרים זה בולט במיוחד כאשר הסוגיה המשפטית מתעוררת רק בתביעות שמוגשות לבית משפט השלום וממילא הגעתן לבית המשפט העליון נדירה ומותנית ברשות בית המשפט העליון. כך, למשל, סוגיות נזיקיות הנובעות מדיני משפחה יתעוררו רק בתביעות המוגשות לבית המשפט לענייני משפחה ואינן מגיעות בערעור בזכות אלא לבית המשפט המחוזי.¹⁶⁸

הניסיון להצביע על מקרים שבהם אין פסיקה מעורר קושי, שכן הניסיון לטעון זאת עלול להיתקל בטענה הנגדית שלפיה "חוסר הפסיקה" נובע פשוט מחוסר המיומנות באיתור הלכות וכי קיימת הלכה מתאימה שאותה הטוען להיעדר הלכה פשוט לא מצא. האפשרות להעלות טענה זו מתחזקת עקב העובדה שגבולות ההלכה שנפסקה אינם תמיד ברורים. אולם, לעיתים ניתן למצוא מקרים שבהם בית המשפט העליון עצמו מעיד על כך שאין הלכה במקרה מסוים. נביא כמה דוגמאות לסוג מקרים זה.

פסיקת פיצויים בגין סירוב לגט

סוגיה בולטת אחת שבה בית המשפט העליון בחר שלא להכריע על אף העניין הרב שהיא מעוררת¹⁶⁹ ועל אף ריבוי פסקי הדין שעסקו בנושא בערכאות הדיוניות¹⁷⁰ היא האפשרות לפסוק פיצויים נזיקיים כנגד בן זוג אשר מסכל את סיום הנישואים על אף קיומו של פסק דין המחייב אותה(ה) לתת/לקבל גט, אשר נדונה כבר לעיל. בשני מקרים מהשנים האחרונות אמר בית המשפט העליון כי טרם נקבעה הלכה בנושא,¹⁷¹ תוך הימנעות מקביעת הלכה, שכן שני המקרים לא היו מתאימים לדיון בסוגיה העקרונית, ובית המשפט העדיף לחכות למקרה שיאפשר לדון בנושא בצורה הולמת.

היזק על ידי כלב

דוגמה נוספת לסוגיה שבה התעוררו שאלות משפטיות שטרם זכו למענה בפסיקה היא העוולה של היזק על ידי כלב, אשר נמצאת בסימן ד1 לפקודת הנזיקין.¹⁷² סימן זה, אשר נחקק כבר בשנת 1992, מעורר שאלות משפטיות שונות כמו זהותו של המחזיק בכלב דרך קבע, איזו התגרות של הנזוק בכלב תפטור את הבעלים מאחריות לפי ס"ק 141ב(1), האם לצורך מתן פטור מאחריות לבעלים לפי ס"ק 141ב(2) נדרשת דווקא תקיפה פיזית, או שדי בתקיפה מילולית. בעניין **בוני טירן**¹⁷³ אמר בית המשפט כי עוולה זו אכן מעוררת שאלות שונות שטרם זכו למענה בפסיקה, אך לא הכריע בהן כיוון שהדבר לא נדרש באותו עניין. בשנים הרבות שחלפו מאז לא השתנה המצב.

סעיף 37א לפקודת הנזיקין

סעיף 37א לפקודת הנזיקין מעניק פטור למדינה מאחריות כלפי מסיגי גבול בשטח צבאי בשל התרשלות בתחזוקת השטח הצבאי. הפטור המדובר רחב יותר מהפטור המקביל הניתן לבעלי שטח שאינו צבאי, שכן הוא דורש מהתובע גם להוכיח כי "[האחראי לאותו שטח, או הפועל מטעמו במקום הכניסה, ידע על הימצאותו של הנכנס באותו שטח בשעה שנגרם הנזק." דרישה זו אינה ברורה. לפי דעה אחת הידיעה הנדרשת הינה ידיעה בפועל, מה שמרחיב מאוד את ההגנה.¹⁷⁴ לפי דעה אחרת, די בידיעה קונסטרוקטיבית.¹⁷⁵

¹⁶⁸ סוגיה נזיקית מסוג זה היא למשל שאלת הפיצוי הנזיקי בגין סרבנות גט אשר נדונה לעיל במסגרת הגורם החמישי.

¹⁶⁹ ראו קפלן ופרי, לעיל ה"ש 165; קפלן, לעיל ה"ש 164; רדזינר, לעיל ה"ש 164; שמואל, לעיל ה"ש 164.

¹⁷⁰ לסקירת הפסיקה הדיונית בנושא, ראו בע"מ 997/15, לעיל ה"ש 144, בפסי' 35 לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימי) מלצר.

¹⁷¹ ראו המקרים שנדונו בהערה 163 לעיל.

¹⁷² פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.

¹⁷³ רע"א 4103/10 **איילון חברה לביטוח בע"מ נ' בוני טירן**, פס' 7 (נבו 2011.9.2).

¹⁷⁴ ראו למשל ת"א (ת"א) 11-11-32026-02 **עאטף נ' מדינת ישראל** (נבו 2014.7.28).

¹⁷⁵ ראו למשל ת"א (י-ם) 1547/98 **לואי נ' מדינת ישראל משרד הבטחון** (נבו 2006.3.22).

אף שהסעיף נחקק לפני יותר מיובל שנים, ואף שתופעת מסיגי הגבול שנפגעים בשטח צבאי אינה נדירה, הרי שבשנת 2014 אמר בית המשפט כי "נדמה כי הסוגיה לא נדונה עד כה בפסיקתו של בית משפט זה."¹⁷⁶ גם היום, קרוב לעשור לאחר מכן, לא השתנה המצב, והסוגיה טרם הוכרעה.

דיון

מאחר שסוג מקרים זה ברובו אינו בשליטת בית המשפט העליון, קשה לראות כיצד ניתן להתגבר עליו. במקרים שבהם בית המשפט נמנע מלהכריע בסוגיה מתוך אמירה שהמקרה אינו מתאים להכרעה עקרונית, נראה ששיקול זה לגיטימי ביותר ואף רצוי: מן הדין שהכרעה עקרונית של בית המשפט תיעשה רק כאשר יש לו מקרה מתאים לדון בו ושבו הצדדים טענו את טענותיהם במלואן. כך במיוחד בשיטה אדוורסרית כשיטת המשפט הישראלית.

ד. מסקנות וסיכום

חוקי־יסוד: השפיטה קובע כי הלכות שקבע בית המשפט העליון יחייבו את כל בתי המשפט שמתחת לבית המשפט העליון. הלכות מחייבות כאלה תורמות לוודאות המשפטית (שמאפשרת לציבור לכוון את צעדיו, מעודדת פשרות ומפחיתה את עלות ההתדיינות) ומשיגות שוויון בין מתדיינים.

עם זאת, כאשר תהליך יצירת ההלכה אינו פועל כסדרו ובית המשפט העליון אינו יוצר הלכות שעונות על התנאים לקביעת הלכה מחייבת, נפגעות מטרות אלה. כאשר אין הלכות מחייבות, כל בית משפט רשאי לפסוק כרצונו, והיכולת של הצדדים לנבא פסיקות עתידיות (בין אם בכדי להתאים את התנהגותם לדין, בין אם בכדי לאפשר קיומן של פשרות בסכסוכים קיימים) נעלמת. יתר על כן, עשויה להיווצר תחושה בציבור שלפיה ההכרעה בסכסוך אינה תלויה בדין, אלא דווקא בזהות השופט היושב בדין, תחושה שלפיה הדין נקבע "על פי אורך רגלו של הצינלור".¹⁷⁷ בנוסף, במצבים שבהם אין הלכה ברורה עשויה להיווצר התחושה שאפילו בית המשפט העליון עצמו כבר אינו בית משפט, כי אם בית שופטים.¹⁷⁸

במאמר זה הראינו כי למרות תוצאות לא רצויות אלה שנגרמות מהיעדר הלכה, הרי שבפועל במקרים נזיקיים רבים לא קיימת הלכה ברורה ובית המשפט העליון מכיר בכך כתופעה קיימת. חוסר בהירות זה נגרם מגורמים שונים, שמאחורי חלקם הגדול עומדים שיקולי מדיניות חשובים. עם זאת, על בית המשפט להכיר במחיר שמשלמת המערכת המשפטית כולה על חוסר הבהירות ואולי לפעול לשם צמצומה. כך, קיומן של אסכולות שונות בתוך בית המשפט העליון, או במילים אחרות, העדפה של השופטים לפעול בהתאם לאמת הפנימית שלהם על פני ויתור והסכמה עם אסכולה יריבה, הוא תופעה רצויה אשר נובעת מרצון לשפר את הדין. אך כאשר רצון זה גורם דווקא לטשטוש הדין ולחוסר בהירות, אולי מן הראוי לאפשר הכרעה של הנושא בהרכב מורחב.

שופט שאינו מכריע במחלוקת שהתעוררה בין חבריו, כאשר לדעתו ההכרעה אינה נדרשת לפסיקה באותו מקרה, עושה זאת אולי מתוך חשיבה שלפיה הכרעה במחלוקת עקרונית היא תפקידו של המחוקק, ולא של השופט. ייתכן גם שהוא אינו מעוניין לפסוק כאשר הצדדים לא טענו בצורה מלאה לפניו. עם זאת, על שופטים שבוחרים להימנע מהכרעה כזו להיות מודעים לספק שנוצר מכך. ייתכן אולי שהדרך להימנע ממצבים כאלה היא הימנעות של השופטים האחרים מאמרות אגב שעשויות לעורר ספק חדש במקום להתיר את הספקות הקיימים.

¹⁷⁶ רע"א 4870/14 ג'לדיאן נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון (נבו) 2.12.2014.

¹⁷⁷ Gee v. Pritchard, 36 E.R. 670, 674 (1818).

¹⁷⁸ נכון הוא כי לפי הגישה הריאליסטית שהולידה מודלים שונים אשר מכירים בכך שלא רק המשפט והעובדות הרלוונטיות מכתיבים את הדין (ראו הדיון לעיל ה"ש 28) לעולם יש לשופט שיקול דעת לקבל הכרעות שונות. עם זאת, גם לפי מודלים אלה המתחם מוגבל בהתאם לדין. ככל שאין הלכה ברורה, מתחם האפשרויות גדל עד מאוד ומתגבר החשש שתוצאת הסכסוך תוכרע על פי זהות השופט, ולא על פי הדין.

דברים אלה מתאימים, ואולי ביתר שאת, להרכב שנמנע מלהכריע בסוגיה תוך השארתה בצריך עיון. במקרה שבו בית המשפט חושב כי אין מקום להכריע במחלוקת משפטית מסוימת שאינה נדרשת לצורך הכרעה בסכסוך שלפני בית המשפט, בין אם משום שהיא אינה מתעוררת בצורה מלאה באותו מקרה, בין אם משום שהצדדים לא טענו לגביה, בין אם מכל סיבה אחרת, עדיף חוסר ההכרעה על פני הכרעה שעלולה ליצור דין שגוי ולשדר מסר מוטעה לבתי המשפט שלמטה ולציבור. עם זאת, גם בסוג מקרים זה על בית המשפט לזכור כי ככל שמתמשך הזמן שבו אין מסר בהיר לגבי הדין, עולה מחיר חוסר הוודאות ומגיעה נקודת הזמן שבה יש להכריע בסכסוך ולהורות לציבור את הדין.

חלק אחר ממקרי חוסר הבהירות נובע אולי מחוסר תשומת לב או מבעיות פרוצדורליות או ממניעויות שאינן תלויות בבית המשפט העליון. עם זאת, גם במקרים אלה יש אפשרות לשפר את המצב ולהפחית את חוסר הבהירות.

כך, הימנעות מסיכום ההלכה שנקבעה בהרכב מורחב עם ריבוי דעות עשויה להביא לחוסר בהירות, וכנראה שהיא נגרמת בעיקר מחוסר תשומת לב, ומן הראוי לפעול כך שפסקאות סיכום כאלה יופיעו בכל מצב של ריבוי דעות.

המצב שבו פסקי דין שעוסקים בנושאים מיוחדים נפסקים בידי דן יחיד בצורה חוזרת נובע מהוראות חוק בתי המשפט באשר לגודל ההרכבים ומיועד להפחית את העומס. עם זאת, ייתכן שכאשר מתברר שיש חילוקי דעות, יועבר לפחות תיק אחד להרכב לשם קביעת הלכה עקרונית. קביעה כזו עשויה לטווח הארוך גם להפחית את העומס שכן היא תיצור אחידות בבתי המשפט הדיוניים ותפחית את מספר הערעורים.

בוודאי שהמצב שבו לא מגיעים מקרים שבהם נדרשת הכרעה בסוגיה משפטית אינו באשמת בית המשפט. אולם, כאשר בית המשפט מודע לכך שבסוגיה מסוימת קיים חסר פסיקתי מתמשך, ייתכן שיש לתת עדיפות לאמרות אגב מהותיות (ולו של דן יחיד) על פני השארת חוסר הבהירות על כנו.

לסיכומם של דברים, במאמר זה עמדתי על התופעה של פסיקה נזיקית שמכריעה בסכסוך שבין הצדדים תוך השארת הסוגיה העקרונית ללא הכרעה. במצב זה בית המשפט נמנע מלמלא את תפקידו כיוצר הלכה מחייבת עבור הערכאות הנמוכות ובכך פוגע בוודאות המשפטית, מגדיל מאוד את עלות ההתדיינות הנזיקית עבור הצדדים, מקשה על הקטנת פערי הכוחות המובנים בין צדדים נזיקיים ואף פוגע בשוויון בין מתדיינים בתביעות שונות.

תופעה זו נגרמת מכמה גורמים שונים, שלכל אחד מהם מאפיינים ייחודיים. בחלק מהמקרים היעדר ההלכה נובע ממחלוקת מתמשכת בין שופטים המובילה לקיומן של כמה אסכולות באשר לדין; לעיתים היעדר ההלכה נובע ממקרה שנדון בהרכב מורחב בלא שיהיה רוב ברור לדעה אחת; לפעמים היעדר ההלכה נולד כתוצאה מכך שסוג מקרים מתאפיין בהכרעות של דן יחיד; יש מקרים שבהם חוסר הוודאות באשר להלכה נובע ממחלוקת בין שני שופטים שאינה מוכרעת על ידי השופט השלישי; לעיתים בית המשפט אף נמנע מליצור הלכה מחייבת בכוונת מכוון משיקולים שונים; ולבסוף, ישנם סוגי מקרים שממתינים למקרה המתאים שיגיע לבית המשפט העליון לצורך קביעת הלכה.

קיומה של תופעה זו, על גווניה הרבים, מביא לחוסר ודאות רב באשר לדיני הנזיקין במדינת ישראל, על החסרונות הרבים הנובעים מכך. מן הראוי כי בית המשפט העליון יביא חסרונות אלה לתשומת ליבו כאשר הוא מחליט האם להחליט.