

על תרומתו של השופט ריבלין לדיני הנזיקין*

ישראל גלעד**

רשימה זו מעלה על נס את תרומתו הגדולה של השופט ריבלין לפיתוחם ולקידומם של דיני הנזיקין בישראל. תרומה זו מומחשת באמצעות תיאור דרך טיפולו היצירתית, החדשנית והערכית בבעיות שהתעוררו בשורה של סוגיות מרכזיות בנזיקין, בעיות שלהן נתן מענה שיטתי, מתוחכם ואף אמיץ.

א. פתח דבר. ב. מטרת דיני הנזיקין. ב.1. שוויון. ב.2. טובת הכלל. ב.3. הגנה על האוטונומיה. ב.4. יעילות – נוסחת הנד. ג. פתרון קשיים יישומיים בהסדרת סוגיות ערכיות – "שנים אבודות" ו"חיים בעוולה". ג.1. "השנים האבודות". ג.2. "חיים בעוולה". ד. סיבתיות: עובדתית, משפטית וסוגיית ריחוק הנזק. ד.1. מבוא. ד.2. קשר סיבתי עובדתי. ד.3. קשר סיבתי משפטי. ד.4. ריחוק נזק. ה. חזקות התרשלות. ה.1. מבוא. ה.2. חזקת הדברים המסוכנים – סעיף 38 לפקודת הנזיקין. ה.3. חזקת "הנזק הראייתי". ו. הסדרת סוגיות מרכזיות נוספות של אחריות בדיני הנזיקין. ו.1. הבהרת "השימוש ברכב מנוע" בהגדרת "תאונת דרכים" בפלת"ד. ו.2. צמצום אחריות "המשדל". ו.3. התיישנות תביעות נזיקין – כלל הגילוי המאוחר. ז. מילות סיום.

א. פתח דבר

לשופט פרופסור אליעזר ריבלין שמור מקום של כבוד בקבוצת השופטים אשר במהלך כהונה ארוכה הבהירו, עיצבו, פיתחו והשביחו את דיני הנזיקין בישראל. על כך יעיד המחבר כמי שכותב ומלמד בתחום דיני הנזיקין מזה כ-40 שנים. קצר המצע כאן מלתאר את מלוא תרומתו, כשופט וכאיש אקדמיה, לדיני הנזיקין בפרט ולמשפט הישראלי בכלל. רשימה זו תתמקד בכמה סוגיות בנזיקין שלא תמצינה, אך תמחשנה לקוראים עד כמה גדולות וחשובות היו השפעתו של השופט ריבלין על דיני הנזיקין ותרומתו להם.

הסוגיות הנדונות מתאפיינות בהיותן סוגיות מורכבות, לעיתים שנויות במחלוקת, ולרוב כאלה המצריכות בחינה מחדש ברוח תפיסות עדכניות בספרות המשפטית, תפיסות המשקפות שינויים חברתיים ותרבותיים. השופט ריבלין לא נרתע מפני התמודדות עם אתגר זה, ונראה שאף בחר ביוזמתו "לקפוץ אל המים הקרים" ולהסדיר את הטעון הסדרה, באמצעות חשיבה חדשנית ויצירתית ובסיוע ספרות משפטית עדכנית.

הסוגיות שיידונו להלן לקוחות מהיבטים מרכזיים של דיני הנזיקין – מעין "מדגם מייצג" של תרומת השופט ריבלין לתחום. בחלק ב' יידונו סוגיות שעניינן הוא התשתית הערכית והעיונית של דיני הנזיקין

* המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).
** פרופסור (אמריטוס), הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; פרופסור, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט.

– מטרות דיני הנזיקין. תוצג גישתו של השופט ריבלין להשפעתם של ערכי השוויון, טובת הכלל, האוטונומיה והיעילות של דיני הנזיקין והאיזון הראוי ביניהם. בחלק ג' יידונו סוגיות המשלבות היבטים ערכיים עם קשיים יישומיים – הלכות "השנים האבודות" ו"חיים / הולדה בעוולה". בחלק ד' יידונו סוגיות בסיבתיות – סיבתיות עובדתית, סיבתיות משפטית וריחוק נזק. בחלק ה' יידונו חזקות התרשלות. בפרק ו' יידונו סוגיות נוספות שעניינן האחריות בנזיקין: הגדרת המונח "שימוש ברכב מנועי", אחריות "המשדל" והסדרי ההתיישנות בנזיקין. בחלק ז' יובאו מילות סיום. ככל סוגיה וסוגיה יוצגו תחילה הקשיים שהיו כרוכים בה ולאחר מכן המענה לקשיים שניתן על ידי השופט ריבלין ואופן פיתוח הדין על ידו.

ב. מטרות דיני הנזיקין

בשנות ה־70 של המאה שעברה החל בספרות המשפטית העוסקת בדיני נזיקין, בעיקר בארצות הברית, "שיח מטרות". תחילה נבטה "הגישה הכלכלית למשפט", שאדריכליה, כידוע, הם קלברזי ופוזנר, גישה שראתה בדיני נזיקין אמצעי להגדלת רווחה מצרפית, בעיקר באמצעות הרתעה יעילה.¹ בעקבותיה, ובתגובה לה, התפתחו בספרות גישות רבות שעניינן מטרות דיני הנזיקין: גישת "הצדק המתקן" של ויינרב, שלפיה בקביעת האחריות בנזיקין יש להתמקד בהגינות ביחסי המזיק והניזוק ולהתעלם מאינטרסים חברתיים; גישות של "צדק מחלק", שלפיהן דיני הנזיקין אמורים להקטין אישוויון בחברה; וגישות המדגישות את טובת הכלל כמטרה המצדיקה לעיתים את "הקרבנות" של הפרט, מזיק כניזוק, למען קידום אינטרסים חברתיים. בכל גישה צמחו ענפים שונים לשורש המשותף, והוויכוחים בין הגישות ובין זרמים שונים בתוך הגישות פרנסו כתבי עת רבים וספרים למכביר. מושגים כיעילות, "פיזור נזק", שוויון, חופש והגינות הפכו לאורחי קבע בשיח הנזיקי בספרות, כמו גם הוויכוח בין גישות אינדיווידואליות לקומיוניטריות, בין גישות מוניסטיות לפלורליסטיות ועוד.² ביטוי של "שיח מטרות" נרחב זה בפסיקה, שהיה תחילה קלוש ומרפרף, הפך בהמשך לשכיח יותר, מעמיק יותר, והעיקר, משפיע יותר, וזאת במידה רבה הודות לתרומתו של השופט ריבלין לשיח זה. קצר המצע מלתאר את מלוא רוחב התרומה ועומקה, ונתמקד אפוא בעיקרי הדברים.

ב.1. שוויון

דיני הנזיקין נתפסים מסורתית בעיקר כאמצעי לקידום מטרות של **הגינות** בפיצוי בשל גרימת נזק בעבר ושל **הרתעה** מפני גרימת נזקים בלתי הוגנים (ו/או בלתי יעילים) בעתיד. קידום השוויון, לעומת זאת, נתפס כמטרה **משנית** של דיני הנזיקין. "ערך השוויון במשפט הפרטי אינו ערך יסוד. נהפוך הוא – בספירה הפרטית החירות היא הכלל, ועיקרון השוויון הוא החרג לו".³ אכן, הסדרים בענפי משפט אחרים מותאמים הרבה יותר מאשר דיני הנזיקין לקדם שוויון, כהסדרים בתחומי המיסוי, הבריאות,

¹ ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" **משפטים** כב 421 (1993) (להלן: גלעד "על גבולות ההרתעה").

² לסקירת הספרות והפסיקה בסוגיית מטרות דיני הנזיקין ראו ישראל גלעד **דיני הנזיקין – גבולות האחריות** 415–451 (2012) (להלן: גלעד **גבולות האחריות**).

³ רע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ, פס" 19 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 16.11.2011).

החינוך, הרווחה והעבודה. לפיכך, ראוי ככלל לעשות שימוש בדיני נזיקין לקידום שוויון רק בתחומים צרים יחסית שבהם הם נהנים מ"יתרון יחסי" על ענפי משפט אחרים, כיכולת לפצות ולהרתיע במצבי פגיעה בלתי ראויה מזיקה בשוויון.⁴ מניעת הפליה פסולה הגורמת נזק היא תחום שכזה. יעידו על כך החוקים למניעת הטרדה מינית ולאיסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, המצהירים במפורש כי מטרתם היא לקדם שוויון באמצעות אחריות בנזיקין.⁵ אלא שכאמור, כוחם של דיני הנזיקין לקדם שוויון בחלוקת ההכנסות ובהתפלגות הרווחה בחברה מוגבל. זאת, בין היתר, בשל התמקדותם בסיטואציה של נזק פיצוי. העיקרון המנחה בתורת הפיצויים בנזיקין הוא כידוע עקרון "השבת מצב הניזוק למצבו, בעבר ובעתיד, אלמלא נגרם הנזק". ככזה, **עקרון השבה אמור לשקף מציאות קיימת ומשוערת**, גם אם היא אי-שוויונית, ולא להקטין את אי-השוויון באמצעות הטלת אחריות וקביעת גובה הפיצויים.

על אף כל האמור לעיל, השופט ריבלין חתר בהתמדה ובעקביות לקידום ערך השוויון באמצעות דיני הנזיקין גם מחוץ לתחומי ההגנה מפני הפליה גורמת נזק. הביטוי המובהק לכך הוא פסק דינו, שהפך להלכה מושרשת ומפורסמת, בפרשת **אבו חנא**.⁶ על פי הלכה זו, פסיקת פיצוי לקטין בשל אובדן השתכרות, ככול שזו נעשית על פי הבסיס של שכר ממוצע במשק, תיעשה לא על פי נתון השכר הממוצע **במגזר שאליו משתייך הקטין**, אלא על פי השכר הממוצע **במשק כולו**. הלכה זו נומקה אומנם בשיקולי הגנה על האוטונומיה, אך מהותה היא קידום השוויון. בפרשת **אבו חנא** התוצאה הייתה הגדלת הפיצויים לקטינה שהשתייכה למגזר שבו השכר הממוצע **נמוך** מהשכר הממוצע במשק. בהמשך, בעניין **אטינגר**,⁷ החיל השופט ריבלין את ההלכה גם "במקרה ההפוך" שבו השכר הממוצע "המגזרי" **גבוה** מהשכר הממוצע במשק, מה שהקטין את הפיצוי לניזוק.

הלכת **אבו חנא/אטינגר** מעוררת לא מעט שאלות.⁸ ראשית, היא מבוססת על ההנחה כי "קדמה מביאה שוויון", דהיינו, כי פערי השכר בין המגזרים השונים במשק **יקטנו**, בעוד במציאות מאז מתקיים תהליך הפוך של **הגדלת** אי-שוויון בין מגזרים. שנית, התוצאה המעשית של ההלכה, כעולה מאבו חנא ומאטינגר, היא פיצוי יתר למגזר "חלש" ופיצוי חסר למגזר "חזק". תוצאה זו מתנגשת כאמור עם עקרון היסוד בדיני הפיצויים של "השבת המצב לקדמותו" ואינה הוגנת כלפי ניזוקים במגזר ה"חזק" (פיצוי חסר) וכלפי מזיקים המשתייכים, כמו הניזוקים, למגזר "החלש" (פיצוי יתר). שלישית, החלתה רק על ניזוקים **קטינים** יוצרת "קו שבר" בעייתי בין הסדרי הפיצוי לקטינים ולבגירים, שהרי במציאות לא קיים הבדל של ממש בין הערכת יכולת ההשתכרות של קטין בן 17 וחצי לזו של בגיר בן 18 וחצי. רביעית, טעמיה של ההלכה אינם יפים למגזרים שבהם שכר ממוצע נמוך הוא תולדה של בחירה הנעשית במגזר, ולא של אי-שוויון שמקורו בחירה מרצון, כבמגזר החרדי. כמו כן, שימוש שכזה בדיני הנזיקין לקידום השוויון בחלוקת ההכנסות נעשה על בסיס רנדומלי (חל רק על מזיקים וניזוקים) ויכול להיעשות על חשבון קידום מטרות אחרות שדיני הנזיקין מותאמים טוב יותר להשגתן – כהגינות והרתעה. אך למרות

⁴ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 196–208.

⁵ ס' 1 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998 קובע כי מטרתו, בין היתר, היא "לקדם שוויון בין המינים". ס' 1 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשס"א–2000 קובע כי "חוק זה נועד לקדם את השוויון ולמנוע הפליה".

⁶ ע"א 10064/02 "מגדל" **חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13 (2005).

⁷ ע"א 9980/06 **עזבון המנוח מיכאל אטינגר נ' עיריית ירושלים** (נבו 26.1.2009).

⁸ ראו גלעד **גבולות אחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 366–369.

כל אלה, אין ספק כי בהלכות **אבו חנא ואטינגר** השופט ריבלין תרם תרומה חשובה להכרת המשפט דיני הנזיקין כמכשיר לקידום שוויון ולהעלאה ראויה של משקלו של ערך זה באיזון הכולל בין מטרות דיני הנזיקין.

2.2 טובת הכלל

בדומה לקידום השוויון, גם קידום "טובת הכלל" נתפס לרוב כמטרה **משנית** של דיני הנזיקין, המתמקדים כאמור בקידום הגינות והרתעה ראויה **ביחסים שבין מזיקים לניזוקים**. אומנם, גם האינטרס החברתי הקולקטיבי מובא בפועל בחשבון, בניגוד לתפיסת "הצדק המתקן" השוללת התחשבות באינטרס הציבורי,⁹ אך זאת במסגרת שיקולי ההגינות וההרתעה ובהתאמה להם ולעקרון השבת המצב לקדמותו.

גם בהקשר זה, כבהקשר השוויון, פעל השופט ריבלין לחיזוק מעמדה של "טובת הכלל" כמטרה ראויה של דיני הנזיקין. הביטוי המובהק לכך הוא פסק דינו בפרשת **פלוני נ' מגדל**.¹⁰ בפרשה זו התעוררה השאלה מהו הפיצוי שיש לפסוק למי שעקב נזק גוף ניטלה ממנו היכולת לזוגיות רגילה ועליו להיזקק לשירותי ליווי (חוקיים). האם יש לפצותו על הנזק הכספי, הממוני, של עלות שירותי הליווי, פיצוי המשיב במידה המיטבית האפשרית את מצב הניזוק לקדמותו מבחינת יכולתו לקיים יחסי מין? או שמא יש להסתפק בפיצוי בשל הנזק הנפשי, הבלתי ממוני, הכרוך באובדן היכולת לקיים יחסי מין, פיצוי האמור לאפשר רק "תחליף" ליחסי מין? ברי כי מבחינת עקרון השבת המצב לקדמותו, הפיצוי הכספי לכיסוי עלות שירותי הליווי הוא הפיצוי הראוי. אלא ששוב, בדומה להקשר השוויון, גם בהקשר זה קבע השופט ריבלין כי שיקולי טובת הכלל גוברים על שיקול השבת המצב לקדמותו. זאת משום שעל אף חוקיותם (בעת הרלוונטית) של שירותי הליווי, נלוות אליהם תופעות שליליות במובהק כסחר בנשים על כל השלכותיו הפליליות והבלתי מוסריות.

גם הלכת **פלוני** באשר ל"טובת הכלל", בדומה להלכת **אבו חנא/אטינגר** באשר לערך השוויון, מעוררת שאלות שאינן פשוטות. ברי כי הלכה זו אינה מתיישבת עם עקרון השבת לקדמותו, פוגעת בניזוק ומיטיבה עם המזיק. באשר לניזוק, זה אינו זכאי לפיצוי שיש כדי **למנוע** את נזקיו בעתיד (מימון עלות שירותי הליווי), אלא לפיצוי מוקטן שיש בו רק כדי "**להמתיק**" נזקים אלה על ידי מימון **תחליף** לשירותי מין. נשאלת אפוא שאלת ההגינות שב"הקרבתה" של טובת הפרט על מזבח "טובת הציבור". באשר למזיק, האם ראוי כי זה ייהנה מפיצוי מופחת משיקולים של "טובת הכלל"?¹¹

אלא ששאלות אלה הן שאלות של יישום בהקשר המסוים, לא שאלות של מהות. בהיבט המהותי, יש שאיזון ראוי של מטרות דיני הנזיקין אכן מצדיק "הקרבה" של טובת הפרט למען טובת הכלל, אפילו אם המזיק יוצא נשכר מכך. תרומתו של השופט ריבלין היא אפוא בעצם הדגשת מעמדה של "טובת הכלל" כשיקול חשוב בתפריט מטרות דיני הנזיקין וכגורם חשוב באיזון האינטרסים המתבצע במסגרתם. יתרה מזו, נראה כי בהקשר הנדון האיזון שביצע השופט ריבלין היה אכן איזון ראוי, על אף

⁹ שם, בעמ' 59–77.

¹⁰ ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח, פ"ד סא(3) 310 (2006).

¹¹ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 345–347.

פגיעתו בעקרון ההשבה. ראייה לכך היא ששירותי הליווי שהיו חוקיים בשעתו נאסרו על ידי המחוקק, ומבחינה זו הקדים השופט ריבלין את המחוקק באיזון הראוי.

3. הגנה על האוטונומיה

(א) רקע

האוטונומיה, כידוע, היא יכולתו של אדם לקבל החלטות באשר למהלך חייו, לכתוב במו ידיו את סיפורם ולנווט בעצמו את ספינתו בזרמי ים הקיום.¹² מצב שכיח של פגיעה באוטונומיה הוא כאשר לא נמסר לאדם מידע נדרש באשר לחלופות שביניהן יש ביכולתו לבחור. כאשר בשל המחדל במסירת מידע בוחר אדם בחלופה שלא היה בוחר בה אילו נמסר לו המידע הנדרש (בחירה "שלא מדעת"), עלולים להיגרם לו שני סוגי נזקים שחשוב להבחין ביניהם.

נזק מסוג אחד הוא נזק שנגרם עקב הבחירה שלא מדעת בחלופה שלא הייתה נבחרת אילו היה נמסר המידע הנדרש. נזק זה יכול להיות נזק גוף (הניזוק הסכים, שלא מדעת, לטיפול רפואי מזיק ומיותר או רכש מוצר מסוכן שפצעו), יכול להיות נזק רכוש (הניזוק קנה שלא מדעת מהמזיק מבנה שהתמוטט) ויכול להיות נזק כלכלי טהור (הניזוק השקיע שלא מדעת בהשקעה מסוכנת שהציע לו המזיק). נזק מסוג אחר שגורמת פגיעה באוטונומיה, ובו נתמקד כאן, הוא **נזק בלתי ממוני טהור, נפשי טהור**, הנגרם עקב עצם הידיעה כי נעשתה בחירה שלא מדעת, כי נשלל בעקיפין חופש הבחירה בשל אי-מסירת מידע. נזק נפשי זה יכול להתלוות לנזק הגוף, נזק הרכוש או הנזק הכלכלי הטהור, או שיעמוד בפני עצמו. להמחשה, כאשר בשל מידע חסר מחליט אדם על טיפול רפואי מסוכן שאכן פוגע בו, הפגיעה באוטונומיה גרמה הן לנזק גוף (הנזק שגרם הטיפול המסוכן שבו בחר אדם שלא מדעת) על כל היבטיו והן לנזק נפשי טהור בשל הפגיעה הרגשית הכרוכה בידיעה כי ההסכמה לטיפול הרפואי הייתה שלא מדעת. לעומת זאת, כאשר הטיפול המסוכן אינו גורם לנזק (או אף מיטיב עם המטופל), או כאשר המטופל היה מסכים לטיפול המסוכן גם אילו נמסר לו המידע הנדרש, הפגיעה באוטונומיה אינה גורמת לנזק גוף, אלא רק לנזק נפשי טהור, בשל הידיעה בדיעבד כי נשלל בעקיפין חופש הבחירה.

ההבחנה בין שני סוגי הנזקים חשובה, שכן הסוג הראשון של הנזקים (גוף, רכוש או כלכלי טהור) הנגרמים עקב הפגיעה באוטונומיה, בחופש הבחירה המודעת, מטופלים על ידי דין הנזיקין המסורתי. לעומת זאת, הכרה באחריות לגבי הסוג השני של הנזקים, נזקים נפשיים טהורים הנגרמים עקב הפגיעה בחופש הבחירה, היא בבחינת חידוש מהותי בהשוואה לדין המסורתי, שכן נזקים ממין זה נחשבו מסורתית כנזקים "רכים" שאין הצדקה לפיצוי בגינם.¹³ לגבי נזקים אלה החידוש הוא בעצם הנכונות לפצות עליהם למרות "רכותם". נראה כי מקורותיו של חידוש זה מצויים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל אדם זכאי להגנה... על כבודו".¹⁴ "כבודו" של אדם כולל גם חופש בחירה בין חלופות, ולכן גם הסוג השני של נזקי הפגיעה באוטונומיה, למרות "רכות" הנזק, נתפס כפגיעה בכבוד. נטייה זו להרחבת אחריות, בהשפעת חוק היסוד, מצאה אכן ביטוי בפרשת **דעקה**, שם נפסק לראשונה,

¹² שם, בעמ' 157–159.

¹³ שם, בעמ' 927–939.

¹⁴ ס' 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם ס' 2 קובע כי "אין פוגעים... בכבודו של אדם".

ברוב דעות, פיצוי כספי בשל פגיעה באוטונומיה הגורמת אך ורק לנזק נפשי, בלתי ממוני, טהור, שלא הוכר קודם כבר פיצוי.¹⁵

(ב) הסוגיה הנדונה – הגנה מפני נזקים בלתי ממוניים טהורים הנגרמים על ידי פגיעה באוטונומיה

על רקע הדברים שלעיל חשב לדייק באפיון סוגיית האוטונומיה הנדונה כאן. זו מתמקדת **בסוג השני** של הנזקים שגורמת פגיעה באוטונומיה במובן של חופש הבחירה, דהיינו בנזק הבלתי ממוני, הנפשי, הרגשי הטהור הכרוך בידיעה כי נשללה מאדם בחירה מודעת. מדובר בנזקים "הרכים" שלא הוכרו בעבר עד להגנה עליהם בפרשת **דעקה** בהשראת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. ודוק, תיאורו של נזק זה כ"נזק חוקתי" או כנזק שנגרם ב"עוולה חוקתית" אינו מעיד על חומרתו, נהפוך הוא. זה היה, ונותר, נזק "רך" יחסית לנזקים פיזיים וממוניים. "חוקתיותו" נובעת לא מחשיבותו, אלא להפך, מהיותו נזק "רך" שהפך לבר פיצוי רק בשל הרחבת ההגנה על כבוד האדם בחוק היסוד. **הדיון להלן יתמקד אפוא בהגנה על האוטונומיה "במובן הצר"** – בפגיעה הרגשית הנובעת מעצם שלילת חופש הבחירה **מדעת**.

(ג) גישתו העקרונית של השופט ריבלין לסוגיית הפגיעה באוטונומיה במובן הצר

השופט ריבלין תרם תרומה מרכזית להרחבת האחריות בשל פגיעה באוטונומיה במובן הצר ובהעצמת חשיבותה של ההגנה מפני פגיעה זו. הרחבה זו נעשתה מכמה היבטים: ראשית, הרחבת תחום המצבים המוכרים כפגיעה באוטונומיה במובן הצר; שנית, הגדלת הפיצוי הניתן בשל פגיעה באוטונומיה זו; ושלישית, אפיון הפגיעה באוטונומיה במובן הצר כפגיעה שבשל חשיבותה היא עומדת בפני עצמה, תוך הבחנה בינה לבין נזקים אחרים.

הרחבת מצבי הזכאות בשל פגיעה באוטונומיה במובן הצר: במקורה הוגבלה האחריות בשל

פגיעה באוטונומיה במובן הצר להסכמה שלא מדעת לטיפול רפואי בעניין **דעקה**¹⁶ ולצריכה שלא מדעת של מזון בעניין **תנובה**.¹⁷ בשני המצבים מדובר בפגיעה באוטונומיה בהקשר של מגע עם גוף האדם שלא בהסכמתו מדעת. השופט ריבלין הוביל מגמה של הרחבת הזכאות גם שלא בהקשר של מגע פיזי עם גוף התובע. בפרשת **סידי**, באשר לפגם ביילוד שלא נתגלה בבדיקה על-קולית, פסק השופט ריבלין כי על אף שלא הייתה התרשלות בבדיקה, שנערכה בהתאם למקובל ברפואה הציבורית, התרשל הצוות הרפואי בכך שלא יידע את ההורים לגבי אפשרויות הטיפול הזמינות רק במסגרת הרפואה הפרטית, ואולי אף במסגרת שירותי רפואה מעבר לים, ובכך פגע באוטונומיה של ההורים.¹⁸ בפרשת **היס נ' בן צבי** פסק

¹⁵ ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**, פ"ד נג(4) 526 (1999).

¹⁶ שם. אימסירת מידע נדרש באשר ליתרונות ולחסרונות של חלופות שונות לטיפול רפואי.

¹⁷ ע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי**, פ"ד נז(4) 673 (2003).

¹⁸ "אין ספק בלבי כי המבחן שעניינו צורכי המטופל הסביר צריך לחול לא רק בנוגע לטיפול שנעשה, אלא גם בנוגע לטיפול שאינו נעשה ושניתן לעשותו במסגרת אחרת. אינני סבור כי יש להבדיל – מבחינת הגדרת המבחן – בין מידע הקשור בהתערבות פעילה לבין מידע על מגבלות הבדיקה המתבצעת ועל אפשרויות בדיקה ואבחון נוספות. [...] מבחינה עקרונית, אותם שיקולים העומדים ביסוד הבחירה במבחן החולה הסביר בנוגע להתערבות פעילה, יפים גם לגילוי מידע בנוגע למגבלות הבדיקה הנעשית והאפשרויות הנוספות הפתוחות בפני החולה. ובאותה מידה, הקביעות שלפיהן אין חובה לגלות כל מידע, וכי אין לבחון מה היה צריך לגלות מראש במבט של "לאחר מעשה" – נכונות גם כאן. ברי כי מבחן החולה הסביר איננו מקים חובה על הרופא להעמיד את המטופל על כל סיכון חבוי בלתי רלוונטי ועל כל בדיקה נוספת שאין הוא זקוק לה. בוודאי אין לראות בגדר חובתו השגרתית של רופא המטפל בחולה במסגרת הרפואה הציבורית למסור מידע מפורט על כל היתרונות שעשויים לצמוח לו אם יבחר ברפואה פרטית. ברגיל, מי שפונה לרופא במסגרת חברותו בקופת חולים, למשל, מצפה לקבל טיפול הולם במסגרת זו. אולם בנסיבות מתאימות עשוי להיווצר צורך ליידע את המטופל בנוגע לאפשרויות טיפול הזמינות

השופט ריבלין, בהקשר של ניתוח שלאחר המוות, כי אימסירת מידע נדרש לבני המשפחה באשר לאופן הטיפול בחלקי הגופה וקבורתה לאחר הניתוח, כך שהסכמתם לניתוח ניתנה שלא מדעת, פגעה באוטונומיה של בני המשפחה.¹⁹ בכך הורחב מאוד היקף האחריות בשל אימסירת מידע הפוגעת באוטונומיה במובן הצר.²⁰

הגדלת הפיצוי הניתן בשל פגיעה באוטונומיה במובן הצר: אם בעניין **דעקה**, שבו הוכרה הזכות לפיצויים בשל פגיעה באוטונומיה במובן הצר, נפסק פיצוי של 15,000 ש"ח, הנתפס כ"סמלי", בהמשך הוגדלו סכומי הפיצוי והגיעו למאות אלפי ש"ח. "החשש כי בתי המשפט יסתפקו בפיצוי סמלי בגין הפגיעה בזכות לאוטונומיה – נתבדה",²¹ וזאת במידה רבה בשל גישתו מגדילת הפיצויים של השופט ריבלין. הדבר מומחש היטב במחלוקת שהתגלעה בעניין **היס** באשר לגובה הפיצוי של בני משפחה שהסכימו שלא מדעת לניתוח שלאחר המוות.²² הערכאה הדיונית קבעה פיצוי של 100,000 ש"ח לאלמנה ולכל אחת משתי הבנות. השופט ריבלין סבר כי יש להעלות את הפיצוי לאלמנה ל-150,000 ש"ח, לעומת השופט עמית שסבר כי יש להפחית את הפיצוי לאלמנה ל-75,000 ש"ח ולכל אחת מהבנות ל-50,000 ש"ח.

הפגיעה באוטונומיה כעולה עצמאית או כראש נזק עצמאי: העצמת חשיבותה של הזכות לאוטונומיה במובן הצר על ידי השופט ריבלין באה לידי ביטוי גם ב"מעמדם" של הפיצויים בשל פגיעה זו. תעיד על כך מחלוקת נוספת בין השופטים ריבלין ועמית. השופט ריבלין סבר שיש לראות בפגיעה באוטונומיה במובן הצר "עולה חוקתית" בפני עצמה, או לפחות "ראש נזק" מיוחד, הראוי לפיצוי מיוחד ונפרד מהפיצויים "הרגילים" הנפסקים במצבים שבהם נזק גוף ללא פגיעה באוטונומיה במובן הצר.²³ גישת השופט עמית היא שזק זה הוא לכל היותר אחד מהיבטי הנזק הבלתי ממוני, ולא עולה עצמאית או ראש נזק מיוחד,²⁴ ולכן, כשהוא נלווה לנזקי גוף, יש לראותו כנזק "המסתופף תחת בית האב של 'אב וסבל' במסגרת הנזק הלא ממוני".²⁵ עם זאת, התקבלה גישת השופט ריבלין, שלפיה בתחום המסוים של תביעות הורים בשל "הולדה בעולה" יש לראות בנזקי הפגיעה באוטונומיה של ההורים במובן הצר ראש נזק מיוחד.²⁶

סיכום: לשופט ריבלין יש תפקיד מרכזי בפיתוחה של ההלכה המגינה על האוטונומיה במובן הצר, זאת על ידי הרחבת סוגי המצבים שבהם פגיעה באוטונומיה זו מזכה בפיצוי, הגדלת סכומי הפיצוי והבלטת ייחודם של נזקי הפגיעה באוטונומיה בהשוואה לנזקים אחרים. בסוגיה זו נתגלעו מחלוקות

רק במסגרת הרפואה הפרטית – אולי אף במסגרת שירותי רפואה מעבר לים – וזאת אם אכן מדובר בטיפול או בתרופה שעשויים לסייע למצבו ושאינם זמינים ברפואה הציבורית בארץ. הבריאות עומדת בראש מעיינם של רוב בני האדם, וברגיל אל לו לרופא להכמין מידע העשוי – ולו בהשקעת ממון רב – ליתן סיכוי עדיף לריפוי. את הבחירה עליו להותיר בידי החולה; אל לו לצאת מן ההנחה כי ממילא אין החולה מסוגל להגיע לכלל הכרעה מושכלת. עם זאת אין כמובן צורך להציף את החולה במידע רב ומורכב שאיננו רלוונטי למצבו או שאיננו בר-מימוש. – דברי השופט ריבלין בע"א 4960/04 **סידי נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית**, פ"ד ס(3) 590, פס" 13 (2005); ראו עוד דני"א 7685/14 **שירותי בריאות כללית נ' פלוגית** (נבו 11.1.2015).¹⁹ ראו דני"א 5636/11 **היס נ' בן צבי** (נבו 26.2.2012).

²⁰ הרחבה נוספת של הזכאות לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה במובן הצר מצויה בקביעתו של המשנה לנשיא ריבלין בפרשת ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו 28.5.12), שלפיה בתביעות "הולדה בעולה" זכאים ההורים לפיצוי בשל פגיעה באוטונומיה (בשל נזקי ההחלטה שלא מדעת להמשיך בהיריון, ולא להפיל).

²¹ המשנה לנשיא ריבלין בע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פ"ד סה(3) 164, 285 (2012). לסקירת התפתחות גובה הסכומים שנפסקו בשל פגיעה באוטונומיה במובן הצר ראו שם, בעמ' 285–286; ראו גם אסף יעקובי ויוני לבני "הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" **עיוני משפט** לו 437 (2015).

²² עניין **בן צבי**, לעיל ה"ש 19.

²³ עניין **קדוש**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 283 (ראו הטבלה שם).

²⁴ שם, בעמ' 243–245.

²⁵ ע"א 2278/16 **פלוגית נ' מדינת ישראל**, פס" 23 (נבו 12.3.2018).

²⁶ עניין **המר**, לעיל ה"ש 20.

בינו לבין השופט עמית. בעניין זה דעת המחבר, שהוצגה עוד קודם שנתחדדו המחלוקות האמורות,²⁷ קרובה יותר לגישת השופט עמית. אך גם אם לכאורה השופט ריבלין הרחיק מעט לכת בעוצמת ההגנה שביקש להעניק מפני פגיעה באוטונומיה במובן הצר, נראה שהדבר היה נחוץ כדי להציב משקל נגד לגישה המסורתית ששללה אחריות לסוג זה של נזק. מה שהצטייר אולי בשעתו כ"גישת קצה" מרחיבה, מצטייר בדיעבד כגישה שהייתה נחוצה כדי להגיע אל נקודת האיזון הראויה בינה לבין הגישה המסורתית. המחלוקות בין השופט ריבלין לשופט עמית הן שאפשרו להגיע אל נקודת איזון זו.²⁸

4. ב. יעילות – נוסחת הנד

"שיח המטרות" בדיני נזיקין התפתח כאמור בשנות ה-70 של המאה שעברה עם התבססותה של גישת "הניתוח הכלכלי של המשפט" בתחום דיני הנזיקין. על פי גישה זו, מטרתם של דיני הנזיקין היא להרתיע מזיקים בכוח מפני גרימת נזק שתועלתו, במונחי רווחה חברתית, קטנה מעלותו – להרתיע מפני סיכוני גרימת נזק "בלתי יעיל".²⁹ נזק אופיין כבלתי יעיל כאשר עלותו הצפויה (PL) גדולה מעלות מניעתו (B). אפיון זה, המוכר כ"נוסחת הנד", הוא המייצג המובהק ביותר של הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין ולפיו יש להטיל אחריות כאשר $PL > B$.

נוסחת הנד הוזכרה ואף יושמה בעשרות פסקי דין של בית המשפט העליון.³⁰ אלא שנוסחת הנד, כליבת הגישה הכלכלית למשפט, מייצגת למעשה רק מטרה אחת ממטרות דיני הנזיקין, והיא הגברת היעילות, דהיינו, הגדלת הרווחה ה**מצרפית** על ידי מניעת נזקים בלתי יעילים. נוסחת הנד זו אדישה לחלוטין למטרות אחרות של דיני הנזיקין, שהן בראש ובראשונה קידום הגינות ביחסי מזיק וניזוק בחלוקת הרווחה ביניהם, תוך התחשבות ב"טובת הכלל", וכן קידום החופש והשוויון. בראייה כוללת של המטרות ייתכנו אפוא מצבים לרוב שבהם גרימת נזק מגדילה יעילות לפי נוסחת הנד, אך פוגעת בהגינות, בטובת הכלל, בחופש או בשוויון. במצבים אלה ראוי לעיתים להטיל אחריות גם אם נוסחת הנד שוללת זאת. להמחשה, עלות ההקפדה עם יצרנים על בטיחות מוצרים באמצעות האחריות הנזיקית יכולה להיות גדולה מהתועלת שתצמח לצרכנים מכך, ומבחינה זו בלתי יעילה. אלא ששיקולי הגינות וצדק חלוקתי יכולים להטות את הכף בעד אחריות שכזו, למרות היותה בלתי יעילה.

עקב כך נוצר צורך להתאים את נוסחת הנד ה**כלכלית** (קידום יעילות בלבד) לתפיסה ה**שיפוטית** הרואה מגוון מטרות ראויות לקידום באמצעות דיני הנזיקין. במילים אחרות, נוצר צורך ביצירת נוסחת הנד **שיפוטית** המאזנת כראוי בין המטרות השונות של דיני הנזיקין. למהלך זה תרם השופט ריבלין רבות בפסק דינו בעניין **חמד**,³¹ שבו הציע להרחיב את נוסחת הנד ה**כלכלית** כך שבמסגרתה יובאו גם שיקולי צדק והגינות, ולא רק שיקולי יעילות, ובכך יצר נוסחת הנד **שיפוטית**. להלן קטע מדבריו³² שאומצו בפסיקה מאוחרת:³³

²⁷ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 315–317.

²⁸ לסוגיה זו ראו יצחק עמית "סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה" **ספר שטרסברג** 465 (אהרן ברק ואח' עורכים 2017).

²⁹ ראו גלעד "על גבולות ההרתעה", לעיל ה"ש **שגיא**! **הסימניה אינה מוגדרת**..

³⁰ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 298–300.

³¹ ע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 498 (2004).

³² שם, בעמ' 519.

³³ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2 בעמ' 305.

"הנוסחה... אינה חייבת לצמצם עצמה אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית. אכן, אין זו 'נוסחה' במובנו המקובל, המתמטי, של הביטוי. זוהי מסגרת רעיונית אשר משמשת את בית המשפט ככלי של היגיון. בית המשפט הוא זה שיוצק בה תוכן. הסתברות התרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו - כל אלה אינם ערכים מתמטיים שבית המשפט שם אותם על־מנת לקבל, בסופו של חישוב, תוצאה מספרית. אלו ערכים חברתיים, ובית המשפט הוא שנדרש ליתן להם משמעות. בעשותו כן עשוי בית המשפט להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי... יכול הוא להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. בית המשפט הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת. פגיעה בצדק - היא עלות, צדק מתקן - הוא תועלת."

השופט ריבלין המשיך והדגיש שם כי עמדה אינטגרטיבית זו, שלפיה יש להרחיב את נוסחת הנד ולכלול בה לא רק את קידום היעילות, אלא גם קידום הגינות, צדק ומוסר, שונה מעמדתו של השופט ברק שסבר כי שיקולי הגינות, צדק ומוסר הם **חיצוניים** לנוסחת הנד.

ג. פתרון קשיים יישומיים בהסדרת סוגיות ערכיות – "שנים אבודות" ו"חיים בעולה"

האיזון הראוי בין מטרות דיני הנזיקין, שנדונו לעיל, יכול להשתנות עם חלוף השנים בשל שילוב של התפתחויות בתפיסות ערכיות עם התפתחויות במציאות החברתית, תרבותית, כלכלית וטכנולוגית. לעיתים מתבקש כי שינוי זה באיזון יוביל לשינוי הדין הקיים, אלא שהתאמה זו של הדין כרוכה בבעיות יישומיות מורכבות שבית המשפט נמנע מלהתמודד עימן, הימנעות שמתירה את הדין הטעון שינוי על כנו. על רקע זה ראוי לציון ולהערכה נכונותו של השופט ריבלין להיענות לאתגר ולפעול לשינוי הראוי בדין, כשהדבר מתבקש, תוך התמודדות עם קשיי היישום הרבים הכרוכים בכך. שתי סוגיות מרכזיות שבהן נעשה הדבר על ידו הן סוגיית "השנים האבודות" וסוגיית "החיים בעולה", כמפורט להלן.

ג.1 "השנים האבודות"

השנים "האבודות" הן השנים שאבדו לאדם כתוצאה ממותו או מקיצור תוחלת חייו שנגרמו בעולה. עד לשנת 2004 הוגבלה תביעת הניזוק נגד האחראי לנזק בשל אובדן שנות החיים לראש הנזק **הלא ממוני** של "אובדן/קיצור תוחלת חיים", שבו נפסקו סכומים קטנים יחסית. לא הוכרה זכותו של הניזוק לפיצויים בשל אובדן השתכרות בשנים אבודות, אובדן שלעיתים קרובות הוא משמעותי ביותר מבחינה כספית. בשל כך לא היה בפיצויים שנפסקו לניזוק כדי להיטיב בעתיד, לאחר מותו המוקדם עקב עולה, את נזקם של **התלויים** לפיצוי בשל אובדן תמיכה בשנים האבודות, שכן אובדן התמיכה של התלויים הוא תולדת הפסד ההשתכרות של הניזוק.³⁴ ניסיונו של השופט ברק לשנות את ההלכה ולהכיר בזכות לפיצוי בשל הנזק הכספי של אובדן הכנסה בשנים האבודות³⁵ לא צלח, וזאת, בין היתר, בשל הקשיים

³⁴ זכותם של תלויים כלפי המזיק צומחת רק עם מותו של הניזוק ובתנאי שלא ניתן פסק דין לזכותו.
³⁵ ע"א 295/81 עיזבון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533 (1982).

הרבים הכרוכים בהכרה בזכות זו והסברה כי ראוי שהבעיה תיפתר על ידי המחוקק. אלא שהקריאה למחוקק נותרה ללא מענה במשך שני עשורים, ובעיית הניזוק המפוצה חלקית כמו גם בעיית "התלויים בניזוק החיי" שאינם מפוצים כלל נותרו בעינן.

כל זאת עד שנת 2004, שבה החליט השופט ריבלין באומץ רב "להרים את הכפפה", "לקפוץ למים הקרים" ולהתמודד עם אתגר זה כדי לתקן את הכשל בדין. בפסק דינו בפרשת **עזבון אטינגר**³⁶ שונתה בהובלתו ההלכה, והוכרה לראשונה זכותו של הניזוק לפיצויים בשל הנזק הכספי של אובדן השתכרות בשנים האבודות. בכך באה על פתרונה בעיית "התלויים בניזוק החיי", שכן נוצר המקור הכספי לפיצויים בשל אובדן התמיכה בתלויים בשנים האבודות.

אלא שמנגד, במצבים שבהם נפטר הניזוק בשל עוולה קודם לקבלת פסק דין לזכותו, נוצרה חפיפה בין תביעת העזבון לפיצוי בשל אובדן ההכנסה בשנים האבודות לבין תביעת התלויים בניזוק, שצמחה גם היא עם מותו, לפיצוי בשל אובדן תמיכה. המקור הכספי לשתי התביעות הוא כאמור אחד – אובדן ההכנסה של הניזוק בשנים האבודות. כיצד ניתן אפוא ליישב בין השתיים? כיצד זה ניתן לפתור את בעיית "הזכאות הכפולה"? כמו כן התעוררה שורה של שאלות באשר לאופן חישוב זכות העזבון לפיצוי, בנעלי הניזוק, בשל אובדן ההשתכרות בשנים האבודות.

בפסק דינו בעניין **אטינגר**, ובשורה ארוכה של פסקי דין שבאו בעקבותיו,³⁷ פתר השופט ריבלין, בתחום, בשיטתיות ובעקביות, בעיות יישום מורכבות. בין היתר, נפתרה בעיית אופן חישוב זכאות היורשים על ידי שימוש בגרסה משופרת של "שיטת הידות" המשמשת מסורתית לחישוב נזקי התלויים בניזוק שנפטר תוך התחשבות במרכיב החיסכון; נפתרה בעיית "הזכאות הכפולה" של יורשים ותלויים על ידי ניכוי תביעת התלויים מזכאות היורשים כשמקורן של השתיים חופף (אובדן ההשתכרות של המנוח), אך הכרה בהצטברותן כשמקורן אינו חופף (כנזק בשל "אובדן שירותים" שלפיו בגינו זכאים התלויים, אך לא היורשים); נפתרה בעיית הניזוק שבעת מותו לא היו לו תלויים (על ידי פיצויו על פי החיסכון שהיה צובר בחייו); ועוד. כך התבהרה ושוכללה ההלכה, שלב אחר שלב, עד אשר הועמדה על מכונה והפכה למבוססת ומנומקת שהכול נוהגים לפיה. המהפך המורכב והנועז הושלם.³⁸

2.ג "חיים בעולה"

האם בעלי לקויות שלא יכלו להיוולד בלעדיהן הם בבחינת ניזוקים בגלל עצם לידתם ככאלה? השאלה מתעוררת לרוב במצבים שבהם בעל הלקויות בא לעולם בשל התרשלות ביעוץ גנטי או בבדיקות היריון, שבשלה לא נמסר להורים מידע על הלקויות, מידע שלו היה נמסר היה מוביל להפסקת ההיריון. בפרשת

³⁶ ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).

³⁷ ע"א 10990/05 פינץ נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (נבו) 11.4.2006; ע"א 4431/05 "המגן" – חברה לביטוח בע"מ נ' צרוור (נבו) 10.8.2006; ע"א 5368/06 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון חוסאם (נבו) 10.5.2007; ע"א 4641/06 מנורה חברה לביטוח נ' עזבון כרכבי (נבו) 19.12.2007; ע"א 2739/06 עזבון דוביצקי נ' רקזאללה (נבו) 1.6.2008.

³⁸ עיקרי מכלול ההסדרים הם: הפיצוי ליורשים (כחליפי הניזוק) מבוסס על שיטת הידות המשמשת בחישוב נזקי התלויים, אך תוך התאמתה למרכיב החיסכון (הוספת יד חיסכון); הסדרת אופן חישוב תביעתם של יורשי ניזוק שנפטר ללא תלויים; כאשר לניזוק שנפטר גם יורשים וגם תלויים, ניכוי תביעת התלויים מתביעת היורשים – מניעת פיצוי כפול בשל אותו נזק; שמירה על זכויות התלויים והיורשים כאשר אין חפיפה בין נזקיהם (למשל, שמירת זכויות התלויים לפיצוי בשל "אובדן שירותים" מבלי שזה ינוכה מתביעת היורשים); ביטול ניכויים שפגעו ביורשים שהם גם תלויים בהשוואה ליורשים שאינם תלויים.

זייצוב נ' כץ הוכרו חיים עם לקויות בלתי נמנעות כ"נזק", ובהתאם הוכרה אחריותם של גורמי נזק זה בגין התרשלות בייעוץ או באבחון. כך נולדה לה תביעת היילוד בעילת "חיים בעוולה" ("wrongful life"), כחלופה לתביעת הוריו הנושאים בעלויות הלקויות בשל "הולדה בעוולה" (wrongful birth). באשר לאפיון "הנזק" שבגינו ניתן לתבוע נחלקו הדעות, ללא הכרעה ביניהן. השופטת ברפורת סברה כי נזק שכזה קיים רק במקרים של לקות קשה ביותר ההופכת את איהחיים לעדיפים על החיים עם לקות. השופט ברק סבר כ נזק שכזה קיים בכל המקרים שבהם הלקות, אילו נמסר עליה להורים, הייתה מביאה להחלטתם להפיל את העובר, גם כשמדובר בלקות שאינה קשה ביותר. דא עקא, שתביעת ה"חיים בעוולה" גופא לקתה אף היא בלקויות מרגע הולדתה. לקות אחת, בגישת השופטת ברפורת, נמצאה בעצם היומרה לקבוע כי חיים עם לקויות הם בבחינת "נזק" בהשוואה לאיחיים. כיצד זה ניתן להשוות ולקבוע כי "טוב לו לאדם שלא נברא", מאשר שנברא והוא בעל לקות כזאת או אחרת? מהם כלי המדידה וההשוואה?³⁹ לקות אחרת, בגישת השופט ברק, הייתה בקביעה כי בעלי לקויות הם בבחינת ניזוקים בהשוואה למי שנולדו ללא לקות, והדבקת תווית של "פגם" בהם. לקות נוספת בגישת השופט ברק הייתה בקביעה כי "הנזק" בר הפיצוי בעילת "החיים בעוולה" הוא הפער שבין חיים ללא לקויות לחיים עם לקויות. הרי עובדתית, היילוד לא יכול היה להיוולד ללא לקויות, ואם כך "השבת מצבו לקדמות" אינה השבה למצב של חיים ללא לקויות, אלא השבה למצב של איחיים... כמו כן גישת השופט ברק הכשירה תביעות בשל לקויות קלות ככל שמוכח כי הייתה מתבצעת הפלה בגינן.

הקשיים בהנמקתה ובתוצאותיה של הלכת **זייצוב** ועמימותה של ההלכה בשל איההכרעה בין הגישות השונות לאפיון "הנזק" הביאו להקמה, על ידי משרד המשפטים, של ועדת מומחים (בראשות השופט מצא ובהשתתפות המחבר) כדי להציע מענה לקשיים ולהבהיר את הדין. המלצות הוועדה נמסרו לבית המשפט העליון שכונס בהרכב מיוחד של שבעה שופטים כדי לקבל הכרעה עקרונית בנושא ובאמצעותה להכריע בערעורים שונים שעמדו לפתחו. פסק הדין בעניין זה, הידוע כהלכת **המר נ' עמית**,⁴⁰ נכתב על ידי השופט ריבלין, בהסכמת כל שופטי ההרכב. בפסק הדין המקיף, המעמיק והחדשני החליט בית המשפט העליון, בהובלת השופט ריבלין, ובהתאם להמלצת הוועדה, על ביטול עילת "החיים בעוולה".

בפסק דינו עמד השופט ריבלין על הקושי הערכי-מהותי בתפיסה שלפיה חייו של מי שנולד עם מוגבלות יכולים להיחשב – בעיני היילוד עצמו והחברה שסביבו – כנזק. "ההכרה בעילת תביעה בגין 'חיים בעוולה' לוקה לא רק בקשיים משפטיים, אלא גם בקשיים עקרוניים וערכיים. הגדרת החיים עצמם – אף אם הם חיים במוגבלות – כנזק, והקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה. תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים בעלי מוגבלות לכבוד ולשוויון."⁴¹ עוד עמד השופט ריבלין על הקשיים המשפטיים הכרוכים בעילת "החיים בעוולה". באשר לטענה ש"הנזק" הוא בעצם החיים עם מוגבלויות, ציין השופט ריבלין כי לא קיימת דרך משפטית להשוות בין איחיים מחד גיסא לחיים עם מוגבלויות מאידך גיסא, ובוודאי לא לכמת כספית את

³⁹ ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 085 (1986).

⁴⁰ עניין **המר**, לעיל ה"ש 20.

⁴¹ שם, בפס' 25 לפסק הדין של המשנה לנשיא ריבלין.

ה"פער" בין השניים. ובאשר לקביעה כי "הנזק" הוא פער כספי בר מדידה בין חיים ללא לקויות לחיים עם לקויות, קביעה זו, ציין השופט ריבלין, מתעלמת מכך כי במצבי "החיים בעוולה" לא קיימת כלל האפשרות של לידת חיים ללא לקויות, כך שפיצוי על "נזק" זה סוטה מעקרונות של סיבתיות עובדתית ושל "השבת המצב לקדמותו".

שמיטת הקרקע מתחת לעילת "החיים בעוולה" פתרה את הבעיה הערכית-משפטית הכרוכה בעילה זו, אך בה בעת עוררה שאלה ערכית-משפטית-מעשית אחרת, והיא הדאגה לצרכיו המיוחדים של קטין שבא לעולם בשל התרשלות רפואית. בהיעדר עילת "חיים בעוולה", כיצד זה יוטל על הרשן הנטל לדאוג לצורכי בעל הלכות לכל אורך חייו?⁴² המענה שנתן לכך השופט ריבלין, בהתאמה עם דו"ח הוועדה הציבורית, הוא הרחבת עילת ההורים בשל "הולדה בעוולה" ("wrongful birth"). עילה זו התקיימה לצד עילת "החיים בעוולה" מאז ההחלטה בעניין זייצוב נ' כץ, אלא שזו התמקדה בנזקי ההורים, נזקים המוגבלים בזמן ובהיקף בהשוואה לנזקי היילוד. באמצעות שימוש של השופט ריבלין בטכניקות משפטיות שונות הורחב הפיצוי הניתן להורי הקטין בשל לידתו עם לקויות, כך שיינתן מענה מלא, באמצעות הוריו, לצורכי היילוד לרבות צרכיו לאחר מותם. אלא שהשופט ריבלין לא הסתפק בכך והרחיב את תביעת ההורים גם מעבר לסיפוק צורכי הקטין. הוכרה על ידו זכותם של ההורים לפיצוי בשל הנזק הבלתי ממוני שסבלו הן בשל עוגמת הנפש, הצער והסבל הכרוכים בחשיפה ללקויות הקטין ובדאגה לו, והן, בנפרד, בשל הפגיעה באוטונומיה של ההורים. כמו כן, "בהזדמנות זו" פתר השופט ריבלין קושי נוסף, והוא כיצד להכריע בסוגיה העדינה והמורכבת של הוכחת קשר סיבתי בין אייידוע ההורים על הלקויות לבין החלטתם להמשיך בהיריון. עצם הצבת ההורים במצב שבו עליהם לשכנע כי אילו יודעו על הלקויות היו מחליטים שלא להביא את ילדם לעולם היא בעייתית, בייחוד כאשר הילד נולד ונפשו נקשרה בנפשו. הפתרון שמצא השופט ריבלין היה יצירת חזקה הניתנת לסתירה שלפיה יראו את ההורים כמי שהיו פונים להפלה אם ועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת את ביצועה של הפלה בנסיבות המקרה המסוים, וזאת תוך הכבדה משמעותית על נתבעים המבקשים לסתור חזקה זו. לאחר מתן פסק הדין פרש השופט ריבלין משיפוט וההשלמות וההתאמות הנדרשות בהלכה נעשו על ידי השופטים ממשיכי דרכו, אך זאת על הבסיס האיתן שהונח על ידו בפסק דינו בפרשת המר.

ד. סיבתיות: עובדתית, משפטית וסוגיית ריחוק הנזק

1.1 מבוא

תנאי הכרחי להכרה בחבותו של נתבע לנזק נתון שסבל התובע הוא כידוע קיומה של זיקה סיבתית מספקת בין התנהגותו העוולתית של הנתבע לבין הנזק. זיקה זו מוסדרת באמצעות שלוש מערכות כללים: כללי הקשר הסיבתי העובדתי החלים על כל יחידת נזק נתון, מוקדם כמאוחר; כללי הקשר הסיבתי המשפטי החלים על יחידת הנזק הראשונה בשרשרת הסיבתית העובדתית; כללי ריחוק הנזק החלים על יחידת נזק מאוחר המתפתחת מיחידת הנזק המוקדם. ימחיש זאת מקרה שבו עובד טוען לאחריות המעביד ברשלנות הן לנזקי פגיעה ברגלו במקום העבודה, והן לנזקי פגיעה בידו שנגרמה מקץ

⁴² לקשיים השונים ראו ישראל גלעד "בעקבות פסק דין עיזבון אטינגר – לשאלת הפיצוי הראוי על נזקי 'השנים האבודות'" עלי משפט ד 47 (2005).

שנה בביתו בשל נפילה שסיבתה היא הפגיעה ברגל. על העובד להראות הן את קיומו של **קשר סיבתי עובדתי** בין התרשלות המעביד לבין שני הנזקים, הן את קיומו של **קשר סיבתי משפטי** בין התרשלות המעביד לנזק לרגל, והן להראות כי הנזק המאוחר ליד "קרוב" משפטית להתרשלות המעביד, ולא נזק "רחוק".

לפסיקותיו של השופט ריבלין הייתה השפעה עמוקה על תפיסת הסיבתיות בדיני נזיקין בכל שלושת סוגי הכללים. בסוגיית הקשר הסיבתי העובדתי בלם השופט ריבלין, ובצדק, התפתחות מסוכנת של מעבר בלתי מבוקר ל"אחריות יחסית", ובה בעת יצר תשתית לגישה חדשנית ויצירתית של הכרה מוגבלת ב"אחריות יחסית" במצבי "ההטיה הנשנית". בסוגיית הקשר הסיבתי המשפטי הסדיר השופט ריבלין את "חלוקת העבודה" והיחסים בין שלושה מבחני סיבתיות ששימשו בערבוביה – **צפיות, סיכון ושכל ישר**. בסוגיית ריחוק הנזק יצר הוא קווים מנחים להכרה בנזק מאוחר שהתפתח מנזק מוקדם כ"קרוב" או כ"רחוק" מן ההתנהגות העוולתית. נדון להלן ביתר הרחבה בתרומתו של השופט ריבלין לשלושת ההיבטים האלה של סוגיית הסיבתיות.

2.2 קשר סיבתי עובדתי

(א) מבוא

תנאי להטלת אחריות בנזיקין לפיצויים הוא, כאמור, הכרת בית המשפט בקיומו של **קשר סיבתי עובדתי** בין ההתנהגות העוולתית של הנתבע לבין כל יחידת נזק מושא התביעה, דהיינו, הכרה בכך שהנזק לא היה נגרם **אלמלא (but-for)** ההתנהגות העוולתית. על בית המשפט להשתכנע כי ההתנהגות העוולתית הייתה "**הסיבה שבלעדיה אין**", **גורם הכרחי (causa sine qua non)** לכל יחידת נזק. ככלל, נטל השכנוע בהקשר זה מוטל על התובע – עליו לשכנע על פי מאזן ההסתברויות (51% ומעלה) כי ההתנהגות העוולתית היא אכן גורם הכרחי לנזק. בחינה סיבתית זו נעשית בדיעבד, לאחר אירוע הנזק, שאז נשאלת כאמור השאלה אם ההתנהגות העוולתית הייתה גורם הכרחי לנזק. בדיעבד קיימות שתי אפשרויות בלבד: או שההתנהגות העוולתית היא זו שגרמה לנזק, או שלא היא גרמה לו. זוהי תפיסה של "**הכול או לא כלום**": או שהתובע הוכיח בהסתברות הנדרשת (51% ומעלה) כי ההתנהגות העוולתית גרמה לנזק, שאז יקבל פיצוי על מלוא הנזק, או שלא הצליח להוכיח זאת ולא יקבל דבר.

גישה סיבתית זו מעוררת לעיתים אינוחות, שכן בשלה נתבע שהתנהגותו עוולתית יוצא פטור מאחריות רק משום שהתובע לא הוכיח בדיעבד על פי מאזן ההסתברויות כי זו גרמה עובדתית לנזק. הקושי בולט במיוחד במצבי "הספק השקול", שבהם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי עובדתי זהה להסתברות לאיקיומו. מדוע להעדיף את התובע שהוכחה התנהגותו העוולתית על פני התובע התמים? מענה ראוי לקושי זה, במצבי "הספק השקול", מצוי בחזקות הראייתיות המעבירות לנתבע את נטל השכנוע באשר להיעדרו של קשר סיבתי עובדתי. אלה יידונו להלן בפרק ו'. דיונונו כאן יתמקד במצבים שאינם מצבי "ספק שקול", מצבים שבהם העברת נטל השכנוע באמצעות חזקות הסיבתיות העובדתית לא תועיל לתובע.

(ב) השאלה

במצבים שבהם ההסתברות שהוכחה לקיומו של קשר סיבתי עובדתי **קטנה** מההסתברות להיעדרו של קשר סיבתי (49% ומטה), האם יש לכן צורך בסיוע לתובע כאשר מאזן ההסתברויות נוטה נגדו? האם נתבע שהתנהגותו העוולתית הוכחה יצא פטור מאחריות כלפי ניזוק תמים רק משום שהתובע לא חצה את רף ההסתברות של 50%, גם אם הוא קרוב מאוד לכך? ברור כי הענקת פיצוי **מלא** בנסיבות שכאלה לתובע אינה ראויה, שכן מאזן ההסתברויות נוטה נגדו, אך האם אין זה ראוי להכיר לפחות בזכאותו לפיצוי **חלקי**, לפיצוי **יחסי** בהתאם להסתברות שהוכחה? זוהי, בתמצית, שאלת **האחריות היחסית**.

(ג) המענה הראוי – ככלל אין להכיר באחריות יחסית

מתן מענה ראוי לשאלת ההכרה באחריות יחסית הנקבעת לפי רמת ההסתברות שהתנהגות העוולתית גרמה לנזק מצריך מודעות לכך **שאחריות זו משנה למעשה את מהותם של דיני הנזיקין**. דיני הנזיקין המסורתיים והנוהגים מבוססים על תפיסה מסורתית ומושרשת שלפיה באחריות לנזק יישא **מי שגרם לנזק**. האחריות מוטלת על בסיס גרימה הנבחנת בדיעבד (ex post). האחריות היחסית, לעומת זאת, מבוססת לא על גרימה בדיעבד, אלא על **יצירת סיכון למפגע** (ex ante) של גרימת נזק בעתיד.

למעבר מאחריות על בסיס **גרימת נזק** לאחריות על בסיס **יצירת סיכון** לנזק יש לכן השלכות בעייתיות מרחיקות לכת.⁴³ המרכזיות שבהן היא יצירת פער בין המציאות העובדתית ל"מציאות" המשפטית. בעולם "האמיתי" קיימות שתי חלופות: או שהנתבע גרם לנזק, או שלא. האחריות על בסיס גרימה משקפת את המציאות העובדתית ומבקשת להתאים אליה את ההחלטה המשפטית ("הכול או לא כלום"). לעומת זאת, בעולם האחריות היחסית ההחלטה המשפטית תסטה תמיד, באורח מובנה, מן המציאות העובדתית, שכן היא מעניקה פיצוי חלקי על נזק שלא נגרם על ידי הנתבע, או פיצוי חלקי על נזק שהנתבע גרם לכולו. מבעיית יסוד זו נגזרות בעיות מהותיות נוספות, ובהן: פיצוי חלקי (כשיש גרימה) ופיצוי מיותר (כשאין גרימה); הגדלת היקף ההתדיינויות וייקורן; קשיים מהותיים בקביעת היקף האחריות היחסית ועוד.⁴⁴

המסקנה המתבקשת היא שככלל יש להימנע מהטלת אחריות יחסית המבוססת על יצירת סיכון, ולא על גרימת נזק. יוצאים מן הכלל מצריכים נימוקים וטעמים כבדי משקל להכרה באחריות יחסית על בסיס יצירת סיכון וכן הסדר מפורט וברור של החרג.

יודגש כי הדברים אמורים באחריות יחסית כאשר קיימת עמימות סיבתית באשר **לעצם גרימת הנזק** לנתבע על ידי התובע. שונים הם פני הדברים כאשר מוכח **על פי מאזן ההסתברויות** כי הנתבע גרם לנזק לתובע, והשאלה היא מה **היקף הנזק** שגרם הנתבע מתוך סך נזקו של התובע. במצבים אלה יש אכן מקום ל"אחריות יחסית" בהקשר של **חלוקת הנזק** בין גורמיו.⁴⁵ ענייננו כאן הוא כאמור אחריות יחסית כאשר העמימות היא באשר לעצם גרימת הנזק.

⁴³ לדיון בהשלכות בעייתיות אלה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1380–1386.

⁴⁴ שם.

⁴⁵ שם, בעמ' 1455–1461, 1465–1470.

(ד) ע"א **מלול** (2005) – הכנסת עגלת הסיבתיות העובדתית לבוץ האחריות היחסית

על אף הבעייתיות, בהקשר הסיבתי, שבהכרה עקרונית ורחבת היקף באחריות יחסית כשקיימת עמימות עובדתית באשר לעצם גרימת הנזק, הוחלט בערעור האזרחי בפרשת **מלול נ' בית חולים כרמל** כי "בקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) לנזק (מוכח)... נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנה".⁴⁶ תחומי חלוקה של הלכה זו, המשנה סדרי בראשית, הם, כך נפסק, "באותם מקרים שבהם 'גישת הכול או לא כלום' גורמת לאי צדק".⁴⁷ שילוב זה של הלכה "מהפכנית", "היורדת לשורש תכליתם של דיני הנזיקין",⁴⁸ עם עמימות מובנית באשר לתחומי תחולתה,⁴⁹ איים לשבש קשות את תפקוד דיני הנזיקין. לא בכדי התקבלה אפוא ההחלטה לקיים דיון נוסף בסוגיה ועד להכרעה בו "להקפיא" את השינוי בתחולת האחריות היחסית.

(ה) דנ"א **מלול** (2010) – הוצאת העגלה הסיבתית מבוץ האחריות היחסית

בדיון הנוסף בפרשת **מלול** משנת 2010⁵⁰ הוסר "האיום" מעל דני הנזיקין המסורתיים עת הוחלט, ברוב דחוק של 5 נגד 4, לא רק לדחות את "מהפכת" האחריות היחסית נוסח **מלול** 2005, אלא גם גרסה מרוככת שלה.⁵¹ את פסק הדין המוביל בעמדת הרוב כתב השופט ריבלין, אשר הציב את הבסיס העיוני, הנורמטיבי והמעשי לדחיית הסדר רחב של אחריות יחסית בהקשר הסיבתי. בדבריו הדגיש הוא כי הגישה המסורתית של אחריות על בסיס גרימה היא לרוב מוצדקת, שוויונית ויעילה, וכי המרתה בגישה מהפכנית של אחריות יחסית על בסיס של פיצוי לפי הסתברות, ללא מבחן תוחם ראוי, "תוביל לפריצת גבולות בלתי-רצויה אשר תפגע בהגשמת מטרותיו של הדין ותרבה הכרעות שגויות ועלויות הנובעות מטעויות שיפוטיות".⁵² לפסק דינו של השופט ריבלין הייתה אפוא השפעה מכרעת על מניעת התפתחות בעייתית ביותר בתחומי הסיבתיות ועל "החזרת עטרה ליושנה".

(ו) "אובדן סיכויי החלמה" ואחריות יחסית

מצב שכיח בתחום הרפואה הוא שמטופל שלא קיבל טיפול ראוי אינו מחלים ממחלתו, אך אין יודעים אם היה מחלים ממנה אילו ניתן לו הטיפול הראוי, אלא רק את ההסתברות לכך. מצב זה קרוי "אובדן סיכויי החלמה". היש לפצות בשל אובדן סיכוי זה? על פי התפיסה המסורתית של אחריות המבוססת על גרימה, זכאי המטופל לפיצוי מלא על נזקי אי-החלמה כאשר ההסתברות להחלמה, אילו ניתן הטיפול הראוי, גבוהה מ-50%, ואינו זכאי לפיצוי כלשהו אשר ההסתברות היא מתחת לרף זה. אלא שכבר

⁴⁶ ע"א 7375/02 **בית חולים כרמל נ' מלול**, פ"ד ס(1) 11, 31 (2002) (להלן: עניין **מלול הראשון**).
⁴⁷ שם, בעמ' 31–32.

⁴⁸ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1434, ה"ש 407.

⁴⁹ שהרי צדק ואי-צדק הם במידה רבה בעיני המתבונן, מה גם שאלה נבחנים ככלל בדיעבד על פי נסיבות כל מקרה.
⁵⁰ דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל נ' מלול**, פ"ד סד(1) 533 (2010) (להלן: עניין **מלול השני**).

⁵¹ לסקירת עמדות כל שופטי ההרכב ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1436–1442.
⁵² עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 50, בפס' 12 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

בשלהי המאה הקודמת התגבשה ההלכה שלפיה המטופל זכאי לפיצוי על אובדן סיכוי החלמה בהתאם לסיכוי שאבד: לדוגמה, אם ההחלמה הייתה מונעת נזק של 100, וסיכוי ההחלמה שאבד הוא 30%, יפוצה הנפגע ב־30.⁵³ קל להיווכח כי למעשה מדובר באחריות יחסית, שהרי הפיצוי ניתן לא על בסיס גרימה בדיעבד (ex post) המובילה לתוצאה של "הכול או לא כלום", אלא על בסיס ההסתברות למפרע (ex ante) שיתממש הסיכון שנוצר, המובילה לאחריות יחסית. הבעייתיות שבאחריות היחסית, בעייתיות שנדונה לעיל, קיימת אפוא גם לגבי "אובדן סיכויי החלמה", אלא שהפסיקה שקדמה למלול "עקפה" קושי זה על ידי הצגת "אובן הסיכוי" כנזק עצמאי, מה שאינו עומד במבחן הביקורת.⁵⁴

בפסק דינו בעניין **מלול 2010**, ובהמשך **בעניין פרוטס נ' צ'ירגייב**,⁵⁵ הניח השופט ריבלין את התשתית הראויה לאחריות בשל "אובדן סיכויי החלמה". במישור העיוני הובהר⁵⁶ כי "אובדן סיכוי לא לסבול נזק" אינו ראש נזק עצמאי, אלא "אחריות יחסית בתחפושת".⁵⁷ לפיכך, בהתאם לדחייתו העקרונית את האחריות היחסית בהקשר הסיבתי, סבר השופט ריבלין כי נכון יהיה לבטל את הלכת אובדן סיכויי החלמה.⁵⁸ עם זאת, כדי להצליח ולגבש עמדת רוב כנגד אימוץ של אחריות יחסית רחבה מדי, הסכים השופט ריבלין "להתפשר" ולהשאיר "בעת הזאת" הלכה זו על כנה.⁵⁹ משעשה כן, תרם השופט ריבלין לפישוט ההלכה על ידי קביעת נוסחאות פשוטות לחישוב הפיצוי בשל אובדן הסיכוי להחלים.⁶⁰

התפתחויות שחלו בהלכה לאחר פרישתו משיפוט של השופט ריבלין מעידות על צדקת עמדתו העקרונית שלפיה ראוי לבטל את האחריות היחסית במצבים של אובדן סיכויי החלמה.⁶¹ כאמור, ההכרה באחריות יחסית מוצדקת רק כאשר קיימים נימוקים וטעמים כבדי משקל לכך, וצדק השופט ריבלין כשטען כי האחריות היחסית בשל "אובדן סיכויי החלמה" אינה מקיימת תנאי זה ויש עקרונית לבטלה, על אף שהיא מעוגנת בעשרות שנות פסיקה. קריאת תיגר זו על הלכה מבוססת, מטעמים עקרוניים, היא פן אחר של "חדשנות" ראויה.

(ז) הטיה נשנית

התנגדותו של השופט ריבלין לאימוץ הסדר רחב תחולה של אחריות יחסית בהקשר הסיבתי נבעה מהערכתו, הנכונה, את חסרונותיה ומגבלותיה בהשוואה להסדר המסורתי של "הכול או לא כלום". לא כל חדשנות היא ראויה רק בשל החידוש שבה, וטוב עשה השופט ריבלין כשהכריע את הכף נגד חדשנות בלתי ראויה. עם זאת, תכונותיה של האחריות היחסית הביאו את השופט ריבלין לחשיבה יצירתית וחדשנית באשר למצב שבו יתרונותיה של האחריות היחסית גדולים מחסרונותיה, מצבים שבהם

⁵³ לסקירת היווצרות ההלכה והתפתחותה ראו גלעד **גבלות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1420–1430.
⁵⁴ ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנוזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" **משפטים** לד 385, 416–419 (התשס"ד) (להלן: גלעד וגוטל "הרחבת האחריות בהיבט הסיבתי").

⁵⁵ ע"א 10399/08 **פרוטס נ' צ'ירגייב** (נבו 4.4.2011).

⁵⁶ בהתאם לביקורת שהובאה על ידי גלעד וגוטל "הרחבת האחריות בהיבט הסיבתי", לעיל ה"ש 54.

⁵⁷ עניין **פרוטס**, לעיל ה"ש 55, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

⁵⁸ עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 50, בפס' 36–39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

⁵⁹ שם, בפס' 39.

⁶⁰ עניין **פרוטס**, לעיל ה"ש 55.

⁶¹ ראו ע"א 3900/14 **ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה** (נבו 2.12.2015), שם נפסק כי הלכת אובדן סיכויי החלמה תוחל באורח שאינו סימטרי – כלומר ייהנו ממנה רק תובעים שיקבלו פיצוי חלקי כאשר ההסתברות נמוכה מ־50%, אך לא נתבעים שייאלצו לשלם פיצוי מלא גם כאשר ההסתברות נעה בין 51% ל־99%.

האחריות היחסית עדיפה מבחינת תוצאותיה על ההסדר המסורתי. חשיבה זו באה לידי ביטוי בעניין **מלול 2010**, שם הציע השופט ריבלין להכיר באחריות יחסית במצבים של "הטיה נשנית".⁶² אלה הם "מצבים שבהם מזיק יוצר סיכון חוזר ונשנה כלפי קבוצה של אנשים, אולם לא ניתן לדעת אצל מי מהם הסיכון התממש בפועל".⁶³ המיוחד במצבים אלה הוא שהתפלגות ההסתברות לכך שהסיכון יתממש, כלפי כל חבר בקבוצה, אינה סימטרית, אלא קטנה מ-50% באופן סיסטמטי.⁶⁴ נניח, להמחשה, כי 100 איש שנטלו תרופה שיוצרה ברשלנות לקו במחלה קשה, וידוע כי רק 45 מתוכם לקו בה בשל התרופה. על פי הגישה המסורתית של "הכול או לא כלום", יש לדחות את כל התביעות שכן כל ניזוק יכול לבסס רק הסתברות של 45% שנוזקו נגרם בשל התרופה. התוצאה הבלתי רצויה היא פטור גורף של היצרן מאחריותו, על אף שהוכח כי גרם ברשלנות נזק ל-45 מחברי הקבוצה. על פי הסדר "ההטיה הנשנית", לעומת זאת, יחויב היצרן באחריות יחסית בשיעור של 45% כלפי כל חבר בקבוצה, כך שבסופו של דבר יישא במלוא נטל הנזק שגרם. בכך תוגשם מטרת ההרתעה של מזיקים בכוח, וייעשה צדק חלקי עם אותם ניזוקים שנוקם אכן נגרם על ידי היצרן (יקבלו 45% מהפיצוי המגיע, ולא יישארו ללא פיצוי כלשהו).

הסדר "ההטיה הנשנית" הושאר ב"צריך עיון" במלול 2010⁶⁵ וכן בפסיקה מאוחרת – **עצמון נ' חיפה כימיקלים**.⁶⁶ יישומו נתקל בקשיים, שכן במציאות המורכבת מעטים הם המצבים שבהם מתקיימים תנאי ההסדר, דהיינו, הטיה שיטתית של סיכון משותף וזהה במהותו לכל חברי הקבוצה. בפרשת "תביעות הקישון" שנדונה בעניין **עצמון**, לדוגמה, לא הוחל הסדר זה בשל המגוון הגדול של סיכונים שונים שלהם נחשפו חברי הקבוצות התובעות עקב הזיהום בנחל.⁶⁷ אך פיתוח יצירתי וחדשני זה של השופט ריבלין מוסיף נדבך חשוב ליכולתה של הפסיקה להתמודד עם הבעיות הקשות שיוצרת סוגיית הסיבתיות העובדתית. המחבר סבר וסובר כי חריג זה של "הטיה נשנית" ראוי להחלה במקרים שבהם קבוצת הניזוקים היא קטנה והומוגנית בהיבט הנזיקי, כקבוצה קטנה של חולים באותה מחלה שמולה ניצב רופא שטיפל בכולם באותה רשלנות.⁶⁸ אפשר כי יומו של חריג זה בוא יבוא.

3.ד קשר סיבתי משפטי

בקביעה כי התנהגותו העוולתית של הנתבע גרמה עובדתית נזק לתובע⁶⁹ אין די כדי להקים את אחריות הנתבע. תנאי הכרחי נוסף לכך הוא קיומו של קשר סיבתי משפטי בין ההתנהגות העוולתית של הנתבע לבין יחידת הנזק הממשי הראשונה שנגרם לתובע. אך מהי מהות דרישת הקשר הסיבתי המשפטי? ומהם המבחנים המשפטיים להכרה בקיומו? ומה היחס ביניהם?

⁶² עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 50, בפסי' 21–22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

⁶³ שם, בפסי' 21.

⁶⁴ או גדולה מ-50% באופן סיסטמטי.

⁶⁵ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1406–1410.

⁶⁶ ע"א 6102/13 **עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ**, פסי' 47–48 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 24.9.2015).

⁶⁷ שם, בפסי' 38–46.

⁶⁸ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1449–1450.

⁶⁹ ענייננו כאן הוא בנזק הראשוני הנגרם לתובע. כאשר מנזק ראשוני זה מתפתחים נזקים נוספים, חל דין "ריחוק הנזק" שיידון בפרק ח' להלן.

בהיעדר הנחיה ברורה בפקודת הנוזיקין, אימצה הפסיקה מן המשפט האנגלי שלושה מבחני סיבתיות משפטית: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר.⁷⁰ אלא שתוכנו של כל מבחן, היחס בין המבחנים ותחומי תחולתם נותרו עמומים. כך, לדוגמה, לא נקבעה "חלוקת עבודה" ברורה בין המבחנים השונים. האם יש להחיל את שלושתם במצטבר, דהיינו, קשר סיבתי משפטי יוכר רק כאשר הנזק היה צפוי ומצוי בתחום הסיכון וכאשר הטלת אחריות בגינו מתיישבת עם השכל הישר? או שמא תחולתם אינה מצטברת, כך שבעולת הרשלנות יחול מבחן הצפיות, בעוד בעולת הפרת חובה חקוקה ובהסדרי אחריות חמורה יחול מבחן הסיכון? ומהו בדיוק מבחן "השכל הישר" ומתי יחול? ומה הקשר בין מבחן הצפיות כמבחן הקשר הסיבתי המשפטי לבין מבחן הצפיות בעולת הרשלנות?

עמימות זו נותרה על כנה במשך למעלה ממחצית המאה. זאת, עד לפסק דינו של השופט ריבלין בפרשת **לנדרמן נ' סגיב** אשר הפיג את העמימות והעמיד את ההלכה על מכונה בכל היבטיה.⁷¹ באשר למהות דרישת הקשר הסיבתי המשפטי, השופט ריבלין הבהיר כי דרישה זו בודקת התאמה בין הסיכון שהתממש בדיעבד (ex post) לבין הסיכון העולתי שיצר הנתבע מראש (ex ante). אם הסיכון שהתממש הוא אכן סיכון עולתי, דהיינו, סיכון שבשל יצירתו אופיינה התנהגות הנתבע כעולתית, או אז מתקיימת דרישת הקשר הסיבתי המשפטי. לעומת זאת, אם הסיכון שהתממש בדיעבד אינו סיכון עולתי, דהיינו, שלא בשלו אופיינה התנהגות הנתבע כעולתית, אלא סיכון אחר, לא יוכר קשר סיבתי משפטי בין התנהגות הנתבע לנזק (על אף קיומו של קשר סיבתי עובדתי ביניהם). הקשר הסיבתי המשפטי, בתמצית, בוחן בדיעבד אם הנזק שנגרם עובדתי נגרם על ידי "הפן העולתי" של התנהגות הנתבע (יוקר קשר סיבתי) או בשל "פן שאינו עולתי" (לא יוכר קשר סיבתי).⁷² הגיונה של דרישת הקשר הסיבתי המשפטי הוא שאין זה הוגן ואין זה רצוי להטיל אחריות על נתבע בשל התנהגות עולתית כאשר הנזק נגרם לא בשל ההיבט העולתי של ההתנהגות, אלא בשל היבט שאינו עולתי או אף היבט רצוי שלה.

מבחן הסיכון הוא אפוא מבחן על, מבחן מסגרת, שתוכנו נקבע על פי העולה הרלוונטית לפי הסיכון העולתי המוגדר על ידה. מאחר שבעולת הרשלנות הסיכון העולתי הוא סיכון צפוי ובלתי סביר, מבחן הקשר הסיבתי המשפטי בעולת הרשלנות הוא מבחן הסיכון הבלתי סביר הצפוי. יש לבחון אם הסיכון שהתממש ex post נחשב בעת יצירת הסיכון ex ante כסיכון בלתי סביר וצפוי. בפרשת **בני ציון** לדוגמה, ההתרשלות הרפואית שבאיביצוע ניתוח קיסרי יצרה סיכון צפוי ובלתי סביר של קשיים בלידה טבעית. הסיכון שהתממש בדיעבד היה סיכון בלתי צפוי של הסתבכות העובר בחבל הטבור במהלך המשך ההיריון. לפיכך נשלל, ובדיון, קיומו של קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלות לבין הנזק

⁷⁰ ראו ע"א 23/61 סימון נ' מנשה, פ"ד יז 449 (1963); ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לח(3) 1, 7 (1984);

ע"א 2028/99 פאר נ' חברה לבניין סילובט (1964) בע"מ, פ"ד נה(3) 493 (2001).

⁷¹ ע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (נבו) 30.12.2010. המשנה לנשיאה ריבלין הסתמך, בין היתר, על כתיבת המחבר בסוגיה: ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנוזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד 15 (תשמ"ד) (להלן: גלעד "הסיבתיות במשפט הנוזיקין"); ישראל גלעד "הערות להסדרי הנוזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 770–774 (תשס"ז). ראו גם ישראל גלעד "על ההיקף הראוי של הכרה בסיבתיות משפטית בעולת הרשלנות" מחקרי משפט כט 169 (2013); וכן גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בפרק השמיני.

⁷² בלשונו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין **לנדרמן**, שם, בפס" 8: "מבחן הסיכון עשוי שייתפס כמבחן מסגרת, מבחן כללי המשקף את מהותה של הסיבתיות המשפטית, מבחן שיש לו פנים אחדות ומשתנות. מבחן הסיכון, בוחן, במבט לאחור, אם הנזק שנגרם מהווה התממשות של הסיכון או הסיכונים שהפכו מראש את ההתנהגות לעולתית. מבחן הסיכון הוא איפוא מבחן של סינון המבקש להבטיח כי האחריות המוטלת בדיעבד, מתיישבת עם ההיגיון והתכלית ששימשו מראש לראיית ההתנהגות כהתנהגות עולתית".

שנגרם עקב התממשות של סיכון שאינו עוולתי.⁷³ מבחן הצפיות הוא אפוא יישום של מבחן הסיכון בעוולת הרשלנות.⁷⁴

כך גם בעוולות אחרות. בעוולת הפרת חובה חקוקה הסיכון העוולתי הוא הסיכון שמפניו בא החיקוק המסוים להגן. לפיכך, לדוגמה, אם החיקוק בא להגן מפני סיכון הגורם נזק גוף, ונגרם נזק אחר, יישלל הקשר הסיבתי המשפטי בין הפרת החובה לנזק שנרם עובדתית בעטייה. בהסדר פיצויים של נפגעי תאונת דרכים הסיכון "העוולתי" הוא סיכון של "שימוש ברכב" שמפניו נזקיו בא המחוקק. אם הסיכון שהתממש הוא של גרימה מכוונת של נזק, בעוד ההסדר נועד להגן רק במצבי תאונה שאינה מכוונת, יישלל הקשר הסיבתי המשפטי. כך לגבי כל הסדרי האחריות האחרים.

ומה באשר למבחן "השכל הישר"? גם מבחן זה הוא "שלוחה", כללית באופייה, של מבחן הסיכון. האחרון בוחן הרי אם הסיכון העוולתי שיצרה ההתנהגות העוולתית מראש הוא זה שהתממש בדיעבד. אך מה כאשר ההתנהגות העוולתית לא יצרה או לא הגדילה את הסיכון שהתממש בדיעבד? כאשר תרומתה מוגבלת, למשל, להימצאות הניזוק במקום מסוים בזמן מסוים, שאינם מגבירים את הסיכון לנזק בהשוואה להימצאותו במקום אחר בזמן אחר? "השכל הישר" מורה כי הבאת הניזוק ל"זירת האירוע", ללא הגברת הסיכון עקב כך, אינה יוצרת זיקה סיבתית מספקת מבחינה משפטית, ואין להכיר בקשר סיבתי. בהתאם לכך נשלל קשר סיבתי משפטי בין "השימוש ברכב מנועי" לבין נזק של נוסעים ברכב שנפגעו מפיצוץ בעבודות תשתית באזור. זאת משום שהרכב שימש רק כ"זירה" לגרימת הנזק, אך לא הגביר את הסיכון של גרימת הנזק.⁷⁵

4.ד ריחוק נזק

כאשר המזיק נמצא אחראי לנזק מוקדם שגרם לניזוק, מתעוררת לעיתים שאלת אחריותו של המזיק לנזק מאוחר, שונה מהמוקדם, שהתפתח מתוך הנזק המוקדם.⁷⁶ הנזק המאוחר מקיים את דרישת הסיבתיות העובדתית (שכן התפתח מנזק מוקדם שגרם המזיק בהתנהגותו העוולתית). אך מתי ייחשב כמקיים גם את דרישת הסיבתיות המשפטית? סוגיה זו ידועה כסוגיית "ריחוק הנזק". נזק מאוחר המקיים את דרישת הסיבתיות המשפטית ייחשב כנזק "קרוב" ותוכר אחריות בגינו יחד עם האחריות לנזק המוקדם. נזק מאוחר שאינו מקיים את דרישת הסיבתיות המשפטית ייחשב כנזק "רחוק" שאין להכיר באחריות המזיק בגינו. מהם אפוא מבחני הסיבתיות המשפטית החלים על הנזק המאוחר? שיקולי מדיניות מושכים בכיוונים שונים. מצד אחד, ניתן להקל בדרישות הקשר הסיבתי המשפטי לנזק המאוחר, ובכך להכביד על הנתבע, מהטעם שזה כבר אחראי לנזק המוקדם וראוי שיישא

⁷³ ע"א 2714/02 פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה, פ"ד נח (1) 516, פס" 21–25 לפסק הדין של השופטת נאור (2003).
⁷⁴ ראו דבריו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין לנדרמן, לעיל ה"ש 71, בפס" 8: "המסגרת של מבחן הסיכון מתמלאת תוכן מכוח ההסדר המשפטי הרלבנטי. מקום בו מדובר בעוולת הרשלנות – הסיכונים העוולתיים הם הסיכונים הצפויים, שאינם סבירים. האחריות החמורה, לעומת זאת, עשויה להיות מוטלת גם על סיכונים סבירים ובלתי-צפויים. תוכנו של הסיכון נקבע לפי ההסדר המגדיר את הסיכון העוולתי. השאלה היא שאלת הפרשנות של מטרת ההסדר החוקי – מהם הסיכונים שבגינם ביקש ההסדר החוקי להטיל אחריות. מבחן הצפיות נתפס, במסגרת המינוח הזה, כנגזרת קונקרטית של מבחן הסיכון, כלומר: כיישומו הספציפי של מבחן הסיכון על עוולת הרשלנות".

⁷⁵ ע"א 8238/14 סילאוי נ' שירביט חברה לביטוח, פס" 1, 4–8 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 2016.1.1).
⁷⁶ ענייננו כאן, יודגש, הוא נזק מאוחר שהתפתח מן הנזק המוקדם, אך מהווה נזק מובחן העומד בפני עצמו. זאת להבדיל מהחמרה של הנזק המוקדם או מהיקף גדול ובלתי צפוי של הנזק המוקדם. מצבי החמרת הנזק המוקדם, או נזק מוקדם הגדול מהצפוי, מטופלים על ידי כלל "הגולגולת הדקה", שבו לא נעסוק כאן. לכלל זה ראו: גלעד וגוטל "הרחבת האחריות בהיבט הסיבתי", לעיל ה"ש 54; גלעד "הסיבתיות במשפט הניזוקי", לעיל ה"ש 71, בעמ' 31–43.

בתוצאותיו במלואן. לפי גישה זו, גם אם הנזק המאוחר אינו עונה על מבחן הסיבתיות המשפטית לנזק המוקדם, למשל אינו צפוי, יש לאפיינו כ"קרוב" ולחייב את המזיק. מהצד האחר, ניתן להחמיר בדרישות הקשר הסיבתי המשפטי לנזק המאוחר, ובכך להקל על הנתבע, מהטעם שיש לתחום סיבתית את היקף אחריותו שאחרת תהפוך זו ל"פתוחה" ול"חסרת גבולות". הרי מנזק מוקדם יכולה להתפתח שרשרת ארוכה של נזקי המשך. לפיכך יש לשים גבול לאחריות כדי להימנע, בין היתר, מיצירת הרתעת יתר, פגיעה ביכולת לפזר את הנזק באמצעות ביטוח ואייהגיונות כלפי הנתבע.

נראה כי בשל מורכבות זאת, ואיבהירותה של הוראת סעיף 176(1) לפקודת הנזיקין, המשלבת שני מבחני ריחוק נזק מהמשפט האנגלי שאינם מתיישבים זה עם זה ("ישירות" ו"צפיות"),⁷⁷ נותרה הסוגיה בעמימותה שנים רבות. כך עד לפסק דינו של השופט ריבלין בעניין **לנדרמן נ' סגיב**⁷⁸ אשר הבהיר והסדיר כראוי את הסוגיה.

תחילה עמד השופט ריבלין על המתח שבין שיקולי המדיניות שהוצגו לעיל.⁷⁹ האיזון ביניהם הביא למסקנות הבאות: ראשית, כדי לתחום כראוי את האחריות לנזק המאוחר יש לאמץ, בהקשר של ריחוק הנזק, מבחן סיבתיות משפטי של **צפיות סבירה** – האם בעת ההתנהגות העוללתית צפוי היה כי הנזק המאוחר יתפתח מהנזק המוקדם?⁸⁰ בהמשך הדברים, כדי להתאים את מבחן הצפיות להקשר המיוחד של ריחוק הנזק, הציג השופט ריבלין מבחני עזר וקווים מנחים להכרעה בשאלת ריחוק הנזק:⁸¹ ההסתברות כי נזק מאוחר יתפתח מנזק מוקדם, המרחק בזמן ובמקום בין הנזק המוקדם לנזק המאוחר והישירות והתלות שבין שני אירועי הנזק. "ארגז כלים" זה מתווה את כיוון הפתרון הרצוי, אך גם מספק גמישות בהפעלתו תוך התאמה לנסיבות כל מקרה.

ה. חזקות התרשלות

ה.1 מבוא

עוולת הרשלנות ניצבת כידוע במרכז במת דיני הנזיקין ומשמשת כמכשיר מרכזי להטלת אחריות נזיקית ולפיתוח אחריות זו. תנאי יסוד לאחריות בעוולת הרשלנות הוא **התרשלות** – התנהגות בלתי סבירה של הנתבע בשל סיכוני הנזק שזו יוצרת. על פי הכלל הידוע של "המוציא מחברו עליו הראיה", התובעים הם הנושאים בנטל הוכחה של ההתרשלות. עליהם להרים את נטל השכנוע ולהראות כי על פי מאזן ההסתברויות מסתבר יותר שהנתבע פעל בהתרשלות מאשר שהנתבע לא התרשל. עליהם להראות כי כפות המאזניים נוטות לצד ממצא ההתרשלות, ולא לממצא של היעדר התרשלות. במצב שבו ההסתברויות שוות – כפות המאזניים מעויינות – הידוע כמצב של "ספק שקול", תידחה טענת

⁷⁷ ראו גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין", שם, בעמ' 33–35.
⁷⁸ עניין **לנדרמן**, לעיל ה"ש 71. גם בהקשר זה הסתמך השופט ריבלין, בין היתר, על כתיבת המחבר ב"סיבתיות במשפט הנזיקין", שם.

⁷⁹ ראו עניין **לנדרמן**, שם, בפס' 12 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין: "... מונחים על הכף שני שיקולים מתחרים: מחד גיסא – הנתבע המזיק כבר נמצא אחראי לנזק הראשון... מתקיימת, לכאורה, הצדקה להטיל על הניזוק את מלוא היקף הנזק... מאידך גיסא – שיקול מתחרה הוא הצורך לתחום את האחריות שאחרת עשויה לחרוג מכל גבול. הנזק המלא והסופי עשוי להיות, בסופו של יום, פרי אירועים אחדים והם עשויים להיות רבים מספור. ראוי לפיכך לתחום את היקף הנזק שבגינו תוטל האחריות באמצעות מנגנון סינון מתאים".

⁸⁰ שם.

⁸¹ שם, בפס' 13.

התובעים. זהו הכלל. אך לכלל זה יש יוצאים מן הכלל שבהם נטל השכנוע במצבי "הספק השקול" עובר לנתבע, ואם זה לא יורם על פי מאזן ההסתברויות, תתקבל טענת ההתרשלות.

מה מצדיק את העברת נטל השכנוע לנתבע במצבי "הספק השקול"? על פי פקודת הנזיקין, העברת הנטל מוצדקת כאשר נזק נגרם על ידי פעילות או חפץ המצויים בשליטה של הנתבע, או שלנתבע יתרון מובנה בהכרת הסיכונים הנובעים מהם והתמודדות עימם, ועובדות רלוונטיות לעניין התרשלות הנתבע אינן ידועות. במצבים אלה נוצרת הצדקה להעביר את נטל השכנוע לעניין ההתרשלות מן התובע אל הנתבע. על הנתבע להוכיח שלא התרשל, ובמקרה של "ספק שקול" תגבר יד התובע. זהו אכן פועלן של חזקות הרשלנות המצויות בסעיפים 38–41 לפקודת הנזיקין.⁸²

אך מהם התנאים להעברת הנטל? מהי השליטה הנדרשת של הנתבע בסיכון או בחפץ, ומהו יתרון המידע המצדיק את העברת הנטל? המענה לשאלות אלה נותר עמום במשך עשרות שנים, למרות חשיבותן העיונית והמעשית. עמימות זו הוסרה במידה רבה על ידי השופט ריבלין. נתמקד כאן בתרומתו החשובה בהסדרת שתי חזקות בפקודה המעבירות נטל שכנוע: חזקת "הדבר מעיד על עצמו" (סעיף 41 לפקודת הנזיקין) וחזקת "הדברים המסוכנים" (סעיף 38 לפקודה).

הצדקה אחרת להעברת נטל השכנוע במצבי "הספק השקול" היא התנהלות בלתי ראויה של הנתבע, שבשלה נוצרה עמימות עובדתית המקשה על התובע להראות כי הורם נטל השכנוע באשר להתרשלות הנתבע. בשל תופעה זו יצרה הפסיקה את חזקת "הנזק הראייתי", המעבירה את נטל השכנוע לנתבע במצבי "הספק השקול" כשזה יצר עמימות זו בהתנהגותו הבלתי ראויה. נעמוד להלן על תרומתו של השופט ריבלין להבהרתה והסדרתה של חזקה זו.

ה. 2 חזקת "הדבר מעיד על עצמו"

במצבים שבהם נגרם נזק על ידי נכס, חזקת "הדבר מעיד על עצמו" מעבירה לנתבע את הנטל לשכנע כי לא התרשל בקשר עם הנכס כאשר מתקיימים שלושה תנאים: שליטה מלאה של הנתבע בנכס שגרם לנזק; עמימות עובדתית באשר לאופן יצירתו ודרך התממשותו של הסיכון שיצר הנכס; והסתברות גדולה יותר שהנתבע התרשל ביחס לנכס מאשר שנהג בסבירות. נבחן להלן את תרומתו של השופט ריבלין להבהרת שני התנאים האחרונים.

(א) אידיעת עובדות – של מי ומתי?

תנאי להחלת חזקת "הדבר מעיד על עצמו" שבסעיף 41 לפקודת הנזיקין הוא כי "לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו הנסיבות אשר גרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק". מפשרות של לשון הסעיף עולה כי מדובר בידיעה או ביכולת ידיעה של **הנתבע במועד האירוע שבו נגרם הנזק**. תנאי זה מעורר קושי. אם מטרת הכלל היא העברת נטל השכנוע, על ידי בית המשפט, במצבים שבהם אין ידועות העובדות הרלוונטיות להכרעה בסוגיית התרשלות, הדעת נותנת כי אידיעתה הנדרשת תהיה של בית המשפט במועד ההחלטה על העברת הנטל, ולא של התובע במועד האירוע שבו נגרם הנזק. ממה

⁸² לדיון בחזקות הרשלנות ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, מעמ' 1251.

נפשך, אם העובדות לא היו ידועות לתובע בעת אירוע הנזק, אך התגלו לאחר מכן על ידו, או על ידי הנתבע או על ידי בית המשפט, אין מקום להחלת הכלל בהיעדר עמימות עובדתית. מנגד, אם העובדות היו ידועות לניזוק בעת האירוע גורם הנזק, אך הניזוק נפטר ויורשיו אינם מודעים לעובדות הרלוונטיות, ראוי להחיל את הכלל למרות ידיעת הניזוק שנפטר.

בעניין **שטרנברג נ' צ'ציק**⁸³ הציב השופט ריבלין את התשתית לתיקון בהלכה שלפיה את התנאי הראשון יש לפרש כאידיעה של בית המשפט בעת ההכרעה בדבר העברת הנטל, ולא, כעולה מלשונו, אידיעת הניזוק במועד אירוע הנזק. לדבריו שם, "לאור הגיונו ותכליתו של הכלל, המועד המתאים לבחינת קיומו של התנאי הראשון הוא דווקא המועד שבו נדרש התובע להוכיח את יסודות תביעתו".⁸⁴ בעניין **עזבון נאצר נ' מדינת ישראל** המש"ך השופט ריבלין וקבע לגבי תנאי אידיעה כי "המוקד של תנאי זה אינו גלום בשאלת ידיעתו של התובע (בפועל או בכוח) בעת התרחשות התאונה, אלא בשאלה אם נתבררו נסיבות המקרה לאשורן עד תום המשפט".⁸⁵ שינוי הלכה זה, שאותו יזם וביסס השופט ריבלין, נסקר בהרחבה ויושם לא מכבר על ידי השופט עמית בפרשת **פלוני נ' פלוני**.⁸⁶ השופט התייחס ל"הלכה העדכנית" שמקורה בפרשת **שטרנברג**, שבה "נקבע כי תנאי אידיעה מתקיים מקום בו נותרו פרטי ההתרחשות המזיקה עלומים גם במהלך המשפט".⁸⁷

(ב) הסתברות שהנתבע התרשל – על בסיס מה?

תנאי אחר לתחולת חזקת "הדבר מעיד על עצמו", בלשון סעיף 41, הוא ש"נראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה". תנאי זה, על פניו, מעורר קושי. הקושי הוא שלכאורה תנאי זה, תנאי ההסתברות, מיייתר את החזקה כולה. ממה נפשך, אם הוכח במסגרת תנאי זה כי מסתבר יותר שהנתבע התרשל, הרי שדי בקיום תנאי זה כדי להוכיח את המבוקש – את התרשלות הנתבע – ואין צורך בחזקה. לעומת זאת, אם לא הוכח תנאי ההסתברות, החזקה אינה מתקיימת ואינה מועילה לתובע. לפיכך החזקה מתייתרת.⁸⁸

המענה לקושי זה ניתן על ידי השופט ריבלין בפרשת **שטרנברג**.⁸⁹ הובהר שם כי ההסתברות הנדרשת לצורך החלת החזקה אינה ההסתברות הנדרשת לצורך קביעת ממצא של התרשלות. השוני בין השתיים הוא שלצורך החלת החזקה בוחנים את תנאי ההסתברות ההתרשלות לא במקרה **המסוים** על נסיבותיו **הקונקרטיים**, אלא **בסוג כזה** של מקרים על בסיס הנסיבות **הכלליות** המשותפות להם. "התנאי... מתקיים מקום שבו מוכיחה ההסתברות הכללית כי במרבית המקרים התוצאה שנגרמה באה בשל רשלנות... התנאי... דורש הוכחת ההסתברות כללית לקיום רשלנות, להבדיל מהצבעה על הסתברותה של אפשרות מסוימת כגורם לנזק".⁹⁰ וכיצד יוכח כי ההסתברות **הכללית** לקיומה של

⁸³ ע"א 8151/98 **שטרנברג נ' צ'ציק**, פ"ד נו(1) 539 (2001).

⁸⁴ שם, בעמ' 558.

⁸⁵ ע"א 1071/96 **עזבון נאצר נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(4) 337, 367 (2006).

⁸⁶ רע"א 7002/17 **פלוני נ' פלוני**, פסי' 17–28 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 21.5.2018).

⁸⁷ שם, בפסי' 25.

⁸⁸ ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1263.

⁸⁹ עניין **שטרנברג**, לעיל ה"ש 83.

⁹⁰ שם, בעמ' 562.

התרשלות גדולה מההסתברות לאיקיומה? על כך השיב השופט ריבלין כי הדבר ייעשה באמצעות השכל הישר וניסיון החיים, חוות דעת מומחים וראיות סטטיסטיות.⁹¹ בכך ניתן כאמור מענה הולם לקושי שיצר תנאי ההסתברות, וגובשה ההלכה הראויה באשר לתנאי ההסתברות, תנאי החזקה האחרים ואופן פעולת החזקה בהוכחת יסוד ההתרשלות. תמצית הדברים היא זו: משנוכח בית המשפט בסיום פרשת הראיות כי נותר "ספק שקול" באשר להתרשלות הנתבע, יבחן בית המשפט את התקיימות תנאי החזקה: נכס מזיק בשליטה מלאה של הנתבע, עמימות עובדתית באשר ליצירת הסיכון ונסיבות כלליות המצביעות בסוג זה של מצבי גרימת נזק יותר על התרשלות מאשר על אי-התרשלות. הוכחו שלושת התנאים על ידי התובע על פי מאזן ההסתברויות, יועבר "רעיונית" נטל השכנוע אל הנתבע לשלול התרשלות, אלא אם הנתבע הראה כי **נסיבותיו המיוחדות** של המקרה **הקונקרטי**, להבדיל **מנסיבות כלליות בסוג** זה של מקרים, מתיישבות יותר עם היעדר התרשלות מאשר עם קיומה.

ה. 2. חזקת הדברים המסוכנים – סעיף 38 לפקודת הנזיקין

חזקת התרשלות אחרת שלהבנתה וליישומה תרם השופט ריבלין תרומה חשובה היא חזקת הדברים המסוכנים שבסעיף 38 לפקודת הנזיקין. זו מעבירה את נטל השכנוע לעניין ההתרשלות אל הנתבע במצבים שבהם היה ממונה על נכס מסוכן שגרם לנזק, או שהיה בעליו, וקיימת עמימות עובדתית באשר לאופן יצירת הסיכון והתממשותו.

הגיונה של חזקה זו, בדומה להגיונה של חזקת "הדבר מעיד על עצמו", הוא ביתרון המידע שיש לנתבע על התובע באשר לנסיבות של יצירת הסיכונים ודרך התממשותם. בשל יתרון זה מועבר אל הנתבע הנטל לשכנע כי לא התרשל בקשר עם הנכס המסוכן, ובכך לתמרץ אותו לחשוף מידע הנמצא רק ברשותו. מכאן דרישת "השליטה המלאה" של הנתבע בנכס בחזקת "הדבר מעיד על עצמו", והדרישה בסעיף 38 לפקודה כי הנתבע יהיה בעלו של הדבר המסוכן או ממונה עליו.⁹²

במהלך השנים התעוררו בהקשר לחזקת הדברים המסוכנים שני קשיים. קושי אחד נוצר עם הלכת **פישמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, שבה הוחלט כי חזקת הדברים המסוכנים תחול רק כאשר הדבר המסוכן "נעזב או נמסר".⁹³ הלכה זו הצרה עד מאוד את תחולת החזקה, בניגוד להגיונה ולטעמה, בהגבילה אותה דווקא למצבים שבהם אין לנתבע בהכרח יתרון מידע על התובע (שכן הדבר המסוכן יצא משליטתו).⁹⁴ מנגד, לשון החזקה (בהתעלם מהלכת **פישמן**) מרחיבה את תחולתה גם על שימוש בכלי נשק הנעשה בנסיבות שבהן אין לנתבע יתרון מידע על התובע או אף ההפך מזאת. כך, לדוגמה, במצבים של הפעלת כלי נשק על ידי כוחות הביטחון לצורך התמודדות עם הפגנות אלימות והתפרעויות. קיומה של התרשלות בהפעלת הנשק במצבים אלה תלוי לעיתים יותר בהתנהלות התובע (אם ועד כמה היה מעורב בפעילות הבלתי חוקית), המצויה יותר בידיעתו המיוחדת, מאשר בידיעת הנתבע.

⁹¹ שם, בעמ' 563–564. לדיון רחב יותר בסוגיית תנאי ההסתברות ובתרומת השופט ריבלין להבהרת תנאי זה ומשמעותו ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1263–1266.

⁹² לצורך הדיון נניח כי יתרון המידע של הנתבע על התובע קיים גם כאשר הנתבע הוא בעליו של הדבר המסוכן הגם שאחר **ממונה עליו**.

⁹³ ע"פ 74/62 **פישמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 1478 (1963).
⁹⁴ להלכת **פישמן** והסבר אפשרי לה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1312–1313.

בפרשת **עזיבון נאצר** נתן השופט ריבלין מענה לשני קשיים אלה.⁹⁵ באשר להגבלת החזקה למקרי "עזיבה או מסירה" (הלכת **פישמן**) צוין כי להגבלה זו אין בסיס בלשון סעיף 38 או בהגיונם של דברים, ולמרות שלא ביטל הגבלה זו להלכה, עשה כן למעשה.⁹⁶ באשר לתחולת החזקה במצבים של שימוש בכלי נשק על ידי כוחות הביטחון לשם טיפול בהתפרעויות והפגנות אלימות, קבע השופט ריבלין כי החזקה לא תחול "כשהנסיבות מעמידות את המחזיק בחפץ המסוכן בסכנה, והוא מצדו עושה שימוש בחפץ על פי ייעדו ועל פי טבעו כדי למנוע את הרע המתרגש".⁹⁷

ה.3 חזקת "הנוק הראייתי"

(א) רקע

בבואם להגן על מטופלים מפני רשלנות מקצועית של מטפלים נתקלו בתי המשפט בתופעה של רישום רפואי חסר או חלקי. תופעה זו בעייתית לא רק בשל ההכבדה על תובע להוכיח רשלנות רפואית, אלא גם, אם לא בעיקר, בשל חשיבותו של הרישום הרפואי לטיפול הראוי. בלעדיו המטפל המאוחר אינו זוכר או אינו יודע מה נעשה בטיפול המוקדם, והסכנות שבכך ברורות. כדי לתמרץ את הממסד הרפואי לייצר ולשמר רשומות רפואיות, נפסק כבר בשנות ה-80 של המאה שעברה כי היעדרו של רישום רפואי בעניין שבמחלוקת יעביר במצבי "הספק השקול" את נטל ההוכחה בעניין זה מן המטופל אל המוסד הרפואי. הכלל שכונה בשעתו "כלל היעדר הרישום", התרחב עם השנים לא רק לרישום רפואי, אלא לראיות רפואיות בכלל, ובהמשך אף הורחבה תחולתו מתחום הרשלנות הרפואית למכלול תחומי הרשלנות והנזיקין.⁹⁸ כך נוצרה "חזקת הנוק הראייתי".

(ב) השאלות

חזקת הנוק הראייתי, בהיותה יצירת בית המשפט, התפתחה תחילה לאיטה ממקרה למקרה, על ידי שופטים שונים ובמצבים שונים. מטבע הדברים פסיקה קזואיסטית שכזו יוצרת עמימות באשר לתוכן התחולה של הכלל השיפוטי והיקפה. כך היה גם בהקשר לחזקת "הנוק הראייתי". התעוררו שאלות באשר למהות הנטל העובר, שאלות לגבי "המתחם" של העברת הנטל ושאלות לגבי משמעות העברת הנטל. נוצר צורך בבחינה כוללת, שיטתית ויסודית של הכלל המתחקה אחר מטרותיו וקובעת בהתאם את תוכנו, תחומו והשפעתו. זו אכן נעשתה בפסק דינו של השופט ריבלין בפרשת **שטרנברג**,⁹⁹ כמפורט להלן.

⁹⁵ עניין **עזיבון נאצר**, לעיל ה"ש 85.

⁹⁶ שם, בעמ' 352.

⁹⁷ שם, בעמ' 353. להתבססות הלכה הזו ראו ע"א 2303/11 **מדינת ישראל – משרד הבטחון נ' עואודה**, פס' 2 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 24.6.2014) – "לא תחול החזקה שבס' 38 לפקודה כאשר השימוש שנעשה בדבר המסוכן היה 'שימוש רגיל'. יצוין כי בשנת 2002 נשללה תחולתו של ס' 38 על נזק שגרמו כוחות הביטחון ביהודה ושומרון – ס' 5א(4) לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952.

⁹⁸ לסקירת התפתחות הפסיקה בהקשר זה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1316–1318.

⁹⁹ עניין **שטרנברג**, לעיל ה"ש 83.

(ג) המענה

בפסק דינו בעניין **שטרנברג** הבהיר כאמור השופט ריבלין את מהות הנטל המועבר על ידי חזקת "הנזק הראייתי", את מתחם העברת הנטל ואת משמעות העברתו מבחינת ההכרעה בשאלת ההתרשלות.

באשר למהות הנטל המועבר קבע השופט ריבלין כי מועבר נטל **השכנוע**, ולא נטל הבאת הראיות.¹⁰⁰ קביעה זו מיטיבה עם התובעים, שכן בהעברת נטל הבאת הראיות אין די כדי לפסוק נגד הנתבע במצבי "הספק השקול".

באשר למתחם העברת הנטל הבהיר השופט ריבלין כי "על פי התפרסותו של החסר הראייתי נגזר 'היקפו' של הנטל המועבר".¹⁰¹ מתחם העברת הנטל תלוי אפוא בסוגיות השנויות במחלוקת ובקיטומו של חסר ראייתי בכל אחת מהן. "אם החסר הראייתי שולל מן התובע את האפשרות להוכיח את יסודות העוולה כולם, אזי עשוי חסר זה להעביר לנתבע את 'מלוא מיתחם הנטל'. ואילו כאשר הפגם ברישום ממוקד בעניין בודד ותו לא, יהיה מקום להעביר את הנטל אך לאותו עניין נקודתי".¹⁰²

באשר למשמעות העברת הנטל מבחינת ההכרעה בתביעה, הובהר כי הדבר תלוי בנסיבות כל מקרה ובמתחם העברת הנטל באותו מקרה. יש שהנטל מועבר לגבי עובדה אחת בלבד השנויה במחלוקת, ואז נסיבות המקרה קובעות אם ההכרעה בעובדה זו מכוח חזקת הנזק הראייתי מבססת את טענת ההתרשלות, אם לא. נניח, לדוגמה, כי חסר ראייתי באשר לביצוע בדיקה מסוימת הוביל להכרעה לטובת התובע ולקביעה כי לא בוצעה בדיקה. נסיבות המקרה הן הקובעות אם די בקביעה זו כדי לבסס טענת התרשלות, אם לאו. לעומת זאת, יש שהנטל מועבר לגבי כל העובדות הנדרשות להכרעה בטענת ההתרשלות והשנויות במחלוקת, שאז משמעות העברת הנטל היא ביסוס טענת ההתרשלות.¹⁰³ פסיקת השופט ריבלין ב**שטרנברג** באשר למהות חזקת הנזק הראייתי, היקפה ומשמעותה, כחזקת התרשלות,¹⁰⁴ הפכה להלכה המעוגנת והמושרשת היטב בדין הנזיקין בכלל, ובתחומי הרשלנות הרפואית בפרט.¹⁰⁵

ו. הסדרת סוגיות מרכזיות נוספות של אחריות בדיני הנזיקין

עמדנו לעיל על תרומתו המיוחדת של השופט ריבלין להסדרת שורת סוגיות מרכזיות בדיני הנזיקין: מטרת האחריות בנזיקין והאיזון הראוי ביניהן, "שנים אבודות", "הולדה/חיים בעוולה", סיבתיות לסוגיה וחזקות ההתרשלות. אלא שתרומתו של השופט ריבלין, על החדשנות והיצירתיות שבה, ניכרת וחשובה גם בשורה ארוכה של סוגיות נזיקיות שקצר המצע מלדון בכולן. כאלה הן, בין היתר, תרומתו לתורת הפיצויים בנזיקין ותרומתו להסדרי האחריות לנזקי גוף שנגרמו בתאונות דרכים. זאת הן בפסיקתו והן בספרו רב המהדורות על "תאונות דרכים: תחולת החוק, סדרי דין וחישוב פיצויים" – ספר שהוא בבחינת ה"תני"ך של העוסקים בתחום, ואשר כשלעצמו יכול להיחשב כ"מעל חיים". נסתפק

¹⁰⁰ שם, בעמ' 552.

¹⁰¹ שם.

¹⁰² שם, בעמ' 552–553.

¹⁰³ שם, בעמ' 551.

¹⁰⁴ להבדיל מחזקת הנזק הראייתי כחזקה של סיבתיות עובדתית – ראו ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004).

¹⁰⁵ לדיון מקיף בחזקת הנזק הראייתי בהקשר להוכחת ההתרשלות ראו גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1313–1361.

אפוא להלן בבחינת שלוש סוגיות נוספות שעניינן האחריות בנוזיקין: פרשנות המונח "שימוש ברכב מנועי" כמרכיב מרכזי בהגדרת "תאונת דרכים" בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן "הפלת"ד"); ; סוגיית אחריותו של "המשדל" לנוק שגרם אדם אחר המעוגנת בסעיף 12 לפקודת הנוזיקין; ; וסוגיית התיישנותן של תביעות בנוזיקין.

1.1 הבהרת "השימוש ברכב מנועי" בהגדרת "תאונת דרכים" בפלת"ד

"השימוש ברכב מנועי", כהגדרתו בפלת"ד,¹⁰⁶ הוא שילוב של "הגדרת בסיס" עם "חזקות מרבות" ו"חזקה ממעטת". **הגדרת הבסיס** מונה את המצבים הבסיסיים של "השימוש ברכב", ובעיקר נסיעה, כניסה, ירידה, החניה וטיפול דרך הנעשים "למטרות תחבורה". **החזקות המרבות** מוסיפות להגדרת השימוש הבסיסי את מצבי ההידרדרות, ההתהפכות ונפילת חלקים או מטען מרכב נוסע או עומד. **החזקה הממעטת** מוציאה מהגדרת "השימוש" את "טעינתו או פריקתו של מטען כשהרכב עומד". השאלה שנותרה שנים רבות ללא מענה ברור ומוסכם היא מה דינם של מצבים שהם בבחינת "גם וגם". אלה הם מצבים שעל פי הגדרת הבסיס או חזקה מרבה נחשבים כ"שימוש",¹⁰⁷ אך בה בעת הם גם מצבי פריקה או טעינה של רכב עומד, ולכן אינם נחשבים כ"שימוש". ימחיש זאת מקרה הכניסה לרכב כדי לפרוק אותו ממטענו כשהנוהג נפגע במהלך הכניסה. הכניסה לרכב היא "שימוש" על פי הגדרת הבסיס, אך זו נעשתה לצורכי פריקה וטעינה של רכב עומד, שאינם "שימוש" (חזקה ממעטת). מה אפוא גובר?

בעניין **אוסם**¹⁰⁸ נתן השופט ריבלין לשאלה זו תשובה חדה וברורה. "די בכך שהאירוע מקיים את אחת מדרכי השימוש המוכרות על־מנת שתקום תחולה לחוק הפיצויים... אין בעובדה שהאירוע מקיים גם את הוראת ההמעטה שעניינה פריקה וטעינה כדי לאיין את נפקות קיומו המקביל של "שימוש ברכב מנועי" על־פי הגדרת החוק. מודל זה נשען על תפיסה שלפיה אירוע המקיים הן את הריבוי הן את ההמעטה מגלם בתוכו למעשה שתי פעולות, ומתוך שאחת מהן הוכרה במפורש על־ידי החוק כדרך של "שימוש ברכב מנועי", אין להדירה מן החוק אך משום שבמקביל נתקיימה גם פעולה אחרת, שאינה מהווה שימוש כזה".¹⁰⁹ כפי שציין השופט ריבלין, זהו "כלל הכרעה ברור, אחיד, שוויוני ועקבי, המפחית מן הצורך לעסוק בסרטוט גבולות קפדני בין דרכי השימוש השונות. ממילא מתרחק מודל זה מהבחנות דקות ומלאכותיות".¹¹⁰ שיקול חשוב נוסף בקביעת הלכה זו הוא השיקול **הסוציאלי** "המטה את הכף לטובת ההכרה בזכות לפיצוי, במקרי גבול".¹¹¹

¹⁰⁶ ס' 1 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

¹⁰⁷ לא נדון כאן בדרישת ההגדרה ש"השימוש" יהיה ל"מטרות תחבורה".

¹⁰⁸ ע"א 826/03 **אוסם תעשיות מזון נ' סמג'ה**, פ"ד נט(3) 541 (2004).

¹⁰⁹ שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט ריבלין. זאת למעט מצב של נפילת חלק או מטען מרכב בעת פריקתו, שאז תגבר החזקה הממעטת, כפי שצויין בפס' 18.

¹¹⁰ שם, בפס' 18.

¹¹¹ שיקול זה הנחה את השופט ריבלין גם בהקשרים אחרים של הפלת"ד. נזכיר אחד מהם: צמצום תחולתו של ס' (3) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, השולל זכאות מנוהג ללא רישיון נהיגה, כך שזכאות תישלל רק אם הופרה מגבלה הנוגעת לממדיו הפיזיים של הרכב, אך לא על חריגות אחרות מתנאי הרישיון – ע"א 5308/09 **הפניקס הישראלי – חברה לביטוח בע"מ נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים** (נבו 19.12.2010).

2.1 צמצום אחריות "המשדל"

כלל יסוד בדיני נזיקין הוא שהאחריות הנזיקית היא **אישית**, דהיינו, אדם חב רק כאשר נתקיימו בו אישית יסודות האחריות בעוולה נתונה: התנהגות עוולתית הקשורה סיבתית לנזק שנגרם. יוצאים מכלל זה, שבהם מוטלת אחריות בנזיקין על אדם שאינו מקיים אישית את תנאי האחריות לנזק, רק בשל התנהגותו של אדם אחר, מצריכים הצדקה מיוחדת ומספקת שלה עיגון מפורש בחוק.

יוצא אחד מכלל זה הוא האחריות **השילוחית**. זו מוטלת על מעביד כלפי מי שניזק מעוולת העובד כשמתקיימים תנאי סעיף 13 לפקודת הנזיקין, ועל שולח כלפי מי שניזוק מעוולת השלוח כשמתקיימים תנאי סעיף 14 לפקודת הנזיקין. אחריות ראויה זו מבוססת על שיקולי הגינות, הרתעה ופיזור נזק.¹¹²

יוצא אחר מהכלל שלפיו אדם חב לעוולות שביצע הוא אישית כלפי זולתו, ולא למעשיו המזיקים של אדם אחר, הוא אחריות "המשדל". סעיף 12 לפקודת הנזיקין, תחת הכותרת של "אחריות של משתף ומשדל", קובע כי "המשתף עצמו, מסייע, מייעץ, או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם". הוראה זו מטילה אחריות אישית מלאה לנזק שגרם אדם אחר, למרות שלא כל יסודות האחריות מתקיימים ב"משדל".

הסדר "השידול" שבסעיף 12 הוא בעייתי ביותר. ראשית, הוא מטיל אחריות מלאה על "המשדל" לעוולה, למרות שמדובר רק "בתרומה" לביצועה שאינה מקיימת את מלוא תנאי האחריות בעוולה. שנית, האחריות מוטלת על המשדל גם אם לא תרם כלל לעוולה מראש, אלא "אישרר" (ratified) אותה **בדיעבד**. שלישית, ההוראה אינה דורשת לפי לשונה קשר סיבתי עובדתי בין "התרומה" לבין הנזק, דהיינו, לא נדרש כי "התרומה" הייתה גורם הכרחי לנזק. כמו כן, ההוראה אינה דורשת יסוד נפשי כלשהו של מודעות לכך ש"התרומה" היא למעשה עוולתי ושל רצון שהנזק ייגרם בעוולה. לכאורה השידול יכול להיגרם גם ללא מודעות.

מהטעמים שלעיל ראוי שהוראה "דרקונית" זו תתפרש על דרך הצמצום. זו הייתה אכן דרכו של השופט ריבלין. בפרשת **רינת נ' רום** קבע השופט ריבלין כי חבות "המשדל" מותנית בקיומה של מודעות לאופי העוולתי של ההתנהגות שלה תרם, וכי נדרש קשר סיבתי בין "התרומה" לבין גרימת הנזק (למעט בחלופות של שיתוף ואשרור).¹¹³ לגופו של מקרה נפסק, בניגוד להחלטת הערכאה הדיונית, כי המתראיין או המגיב לקראת כתבה, שרק בדיעבד התברר כי היה בה משום "לשון הרע", לא יחויב כ"משדל". השופט הדגיש בהקשר זה את חשיבות ההגנה על חופש הביטוי. בפרשת **נשאיבי** חזר השופט ריבלין על הדרישות מצמצמות האחריות של מודעות (ואולי אף דרישת **כוונה**) ושל קשר סיבתי.¹¹⁴ כמו כן ציין כי על "התרומה" המקימה את האחריות להיות תרומה **ישירה**. בנסיבות המקרה הנדון נפסק בדעת הרוב, נגד עמדתו של השופט דנציגר, כי אורגנים או נושאי משרה בתאגיד, ומקל וחומר בעלי מניות, לא ייחשבו רק בשל מעמדם זה כ"משדלים" לעוולות שמבצע התאגיד. להלכה זו

¹¹² ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1195–1197. יודגש כי אחריות המעסיק כלפי מי שניזוק מעוולות **קבלן** שהעסיק, אחריות שבה עוסק ס' 15 לפקודת הנזיקין, אינה אחריות שילוחית, אלא אחריות אישית לעוולה שביצע הקבלן – ראו רע"א 1326/18 **סמארט קלאב אחזקות בע"מ נ' כהן**, פס" 13–14 (נבו 31.12.2020).
¹¹³ ע"א 6871/99 **רינת נ' רום** (נבו 21.4.2002).
¹¹⁴ ע"א 313/08 **נשאיבי נ' רינראוי**, פ"ד (סד) 398 (1) (2010).

חשיבות מעשית גדולה והיא ציון דרך חשוב בהפחתת החשש להרתעת יתר של נושאי משרה בתאגיד. בפרשת **שוקן**, בהקשר של עוולת הפגיעה בזכויות יוצרים, הבהיר השופט ריבלין כי המודעות הנדרשת, כתנאי מצמצם אחריות, היא מודעות **בפועל**, ולא מודעות **קונסטרוקטיבית**, וכי התרומה לביצוע ההפרה צריכה, בנוסף להיותה ישירה, גם להיות תרומה **ממשית ומשמעותית** לביצוע ההפרה.¹¹⁵ על בסיס זה נפסק כי האוניברסיטה העברית אינה חבה כ"משדלת" לעוולה של הפרת זכויות יוצרים על ידי תא סטודנטיאלי שהעתיק ושכפל ספר תוך הפרת זכויות ההוצאה. כך משום ש"תרומתה" להפרה לא הייתה ממשית ומשמעותית, אלא התבטאה רק במחדל לפקח על אגודות הסטודנטים, כשספק אם הייתה לה יכולת מעשית לעשות כן.

3.1. התיישנות תביעות נזיקין – כלל הגילוי המאוחר

שאלה סבוכה נוספת שלה לא ניתן מענה מוסכם במשך שנים רבות עד להסדרתה על ידי השופט ריבלין היא שאלת היחס בין סעיף 2)89 לפקודת הנזיקין לבין סעיף 8 חוק התיישנות. שני הסעיפים קובעים הסדר של השעיית מרוץ התיישנות (בעוולות הדורשות נזק) כל עוד תובע לא גילה עובדות הנדרשות לשם הקמת עילת תביעתו. אלא שבין הוראות אלה קיים פער משמעותי ביותר. הסדר ההשעיה שבסעיף 2)89 מוגבל ביותר וחל רק על מצבי גילוי מאוחר של הנזק, בעוד סעיף 8 לחוק התיישנות חל בנוסף גם על מצבי גילוי מאוחר של זהות הנתבע, התנהגותו העוולתית והקשר הסיבתי העובדתי בינה לבין הנזק ("העובדות המהוות את עילת התובענה"). זאת ועוד, סעיף 2)89 סיפה קובע בפועל תקרה של שלוש שנים להשעיית המרוץ בשל גילוי מאוחר,¹¹⁶ תקרה שאינה קיימת בסעיף 8. בשל האמור לעיל נוצר מצב בעייתי שבו הסדר השעיה החל בתביעות נזיקין (לפי סעיף 2)89 לפקודה) מחמיר מאוד עם התובעים, בהשוואה להסדר הגילוי הכללי החל בתביעות חוזיות ואחרות (לפי סעיף 8 לחוק). השכל הישר מורה כי דווקא בתביעות נזיקין, המוגשות גם בשל אובדן חיים ונזקי גוף, הסדר ההשעיה יהיה נוח יותר לתובעים ובוודאי לא יחמיר איתם בהשוואה, לדוגמה, לתובעים חוזיים שסבלו רק נזק כלכלי טהור.

לאחר תקופה של תנודות בהלכה בעניין, שלא כאן המקום לפרט,¹¹⁷ העמיד השופט ריבלין, בדברים הבאים, את ההלכה על מכונה בעניין **המאירי** (השני).¹¹⁸ "הוראת סעיף 8 ממשיכה לחול בעיקרה גם על תובענות בגין עוולות שבהן הנזק הוא חלק מעילת התביעה... מקום שבו הוראת סעיף 2)89 לפקודה חורגת מן ההסדר הכללי... גוברת היא על ההסדר הכללי", אך מנגד אין בה "כדי לגרוע מתוקפו של ההסדר הכללי במקרים שבהם הגילוי המאוחר מתייחס לרכיבים אחרים בעילת התביעה".¹¹⁹ על כך הוסיף הוא כי על גילוי הקשר הסיבתי העובדתי לנזק יחול סעיף 8 לחוק, ולא סעיף 2)89 לפקודה. התוצאה המשולבת של פסיקתו זו הייתה למעשה **ביטול הסיפה הבעייתית לסעיף 2)89 המגבילה את**

¹¹⁵ ע"א 5977/07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פ"ד סד(3) 740 (2011).
¹¹⁶ ס' 2)89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266, קובע כי במצבים של גילוי מאוחר של הנזק "תתיישן התובענה אם לא הוגשה עשר שנים מיום אירוע הנזק". דהיינו, תוספת של שלוש שנים לתקופה בת שבע השנים.

¹¹⁷ ראו, בין היתר, ע"א 148/89 **שיכון עובדים בע"מ נ' עיזבון בליבאום**, פ"ד מט(5) 485 (1996); ע"א 4954/94 **מינהל מקרקעי ישראל נ' מזרחי**, פ"ד נא(1) 559 (1997); ע"א 4114/96 **המאירי נ' הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נב(1) 857 (1998).

¹¹⁸ ע"א 1254/99 **המאירי נ' הכשרת הישוב – חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נד(2) 535 (2000).
¹¹⁹ שם, בעמ' 547.

תחולת הסדר ההשעיה בשל גילוי מאוחר של הנזק לשלוש שנים (תקרת 10 השנים מיום אירוע הנזק). זאת משום שכאשר הנזק אינו מתגלה, פשיטא שגם הקשר הסיבתי לנזק זה אינו מתגלה, ולפיכך במצבי איגילוי נזק יחול תמיד סעיף 8 לחוק (על איגילוי הקשר הסיבתי לנזק), שאינו מוגבל בתקרת ההשעיה. הלכה זו בעניין המאירי (השני) העמיקה שורשים בפסיקה והיא מעוגנת כיום במספר גדול של פסקי דין.¹²⁰

ז. מילות סיום

הדיון דלעיל המחיש, הגם שלא מיצה, את הנטען בתחילת הדברים באשר לתרומתו הגדולה של השופט ריבלין להבהרתם, השבחתם ופיתוחם של דיני הנזיקין, תרומה שמאפייניה הבולטים הם נכונות מרשימה להתמודד עם בעיות שונות פתוחות בשל מורכבותן והסדרתן באמצעות שכל ישר, יושר אינטלקטואלי וחשיבה חדשנית ויצירתית הקשובה להתפתחויות בספרות המשפטית. בחלק ב' ראינו כי השופט ריבלין הציב את "שיח המטרות" בחזית במת הדיון בנוזיקין וביסס את מעמדם של ערכי השוויון, טובת הכלל והאוטונומיה כמטרות חשובות שיש לאזן עם שיקולי ההגיונות וההרתעה. בחלק ג' ראינו את הנכונות "לקפוץ למים הקרים" של סוגיית "השנים האבודות" ו"ההולדה/חיים בעוולה" ולהסדירן הן מהבחינה הערכית (כביטול עילת "החיים בעוולה") והן מהבחינה היישומית (כהסדרת סוגיית יחסי יורשים/תלויים). בחלק ד' עמדנו על תרומתו הגדולה להסדרת סוגיית הסיבתיות על שלושת מרכיביה: קשר סיבתי עובדתי, קשר סיבתי משפטי וריחוק נזק. הדגש הושם, בדיון בקשר הסיבתי העובדתי, על קריאת התיגר שהצליחה על החדשנות הבלתי ראויה שבאימוץ הסדר גורף של "אחריות יחסית", ומנגד על אימוץ חדשני ויצירתי של הסדר זה במצבים מיוחדים (כ"הטיה נשנית"), שבהם יתרונותיו גדולים מחסרונותיו. בדיון בסיבתיות המשפטית ראינו כיצד הוסדרה סוף סוף "חלוקת העבודה" בין מבחני הסיכון, הצפיות והשכל הישר, כמו גם חלוקת העבודה בין כללי הקשר הסיבתי המשפטי לכללי ריחוק הנזק. בחלק ה' הוצגה תרומת השופט ריבלין להסדרת חזקות הרשלנות: הסדרת שניים מתנאיה של חזקת "הדבר מעיד על עצמו" (תנאי העמימות העובדתית ותנאי ההסתברות להתרשלות); צמצום חזקת "הדברים המסוכנים" (איהחלתה במצבי טיפול בהפרות סדר); וחיודוד מהותה והיקף פועלה של "חזקת הנזק הראייתית". בחלק ו' נדון חלקו החשוב של השופט ריבלין בהסדרת שלוש סוגיות של אחריות בנוזיקין: סוגיית השימוש ברכב מנועי (קביעת תחולה מצמצמת לחריג "הטעינה והפריקה"); צמצום התחולה "הדרקונית" של סעיף 12 לפקודת הנזיקין (אחריות "המשדלי"); וביטול למעשה של הסדר השעיית מרוץ ההתיישנות בשל גילוי מאוחר שבסעיף 2)89 לפקודת הנזיקין (הסדר המפלה לרעה ללא הצדקה תובעים בנוזיקין).

משנתו החדשנית, היצירתית, המתוחכמת והאמיצה של השופט ריבלין, זו שנדונה כאן בקצרה וזו שלא התאפשר לדון בה בשל ההיקף הגדול של מפעלו השיפוטי, תמשיך ודאי להשפיע על דין הנזיקין ועל יישומו והתפתחותו במשך שנים רבות.

¹²⁰ ראו לאחרונה רע"א 1101/20 שירותי בריאות כללית נ' פלוני, פס' 12–13 (נבו 21.5.2020); ע"א 8210/19 פלוני נ' לאומית שרותי בריאות, פס' 9 (נבו 14.2.2021).