

אחריותו הנזיקית של חולה הנפש

רונית רוזנשטיין ויעל הפלר*

א. מבוא

ב. הגנת אי-שפיות הדעת במשפט הפלילי בישראל

ג. הגנת אי-שפיות הדעת בדיני הנזיקין

ד. הגנת אי-שפיות הדעת בדיני הנזיקין לאור תכליתם

ה. נפקות היסוד הנפשי בעוולות הנזיקיות לעניין הטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש

ו. הטלת אחריות על חולה הנפש – אי מתי?

ז. סיכום

א. מבוא

האם ראוי להחיל את הגנת אי-שפיות הדעת המצויה במשפט הפלילי¹ גם בדיני הנזיקין? בית המשפט המחוזי בחיפה דן באחרונה בשאלה זו בע"א 2174/04 כרמי נגד סבג² (להלן: "עניין כרמי"), בהתייחס לעוולת "התקיפה", וקבע בדעת רוב כי אין תחולה להגנה זו. האירוע שעמד בבסיס הדיון התרחש בגן ציבורי שבו גד כרמי, בת זוגו ובתם התינוקת יצאו לבלות. דניאל סבג, שבעת האירוע מלאו לו 8 שנים, שיחק באותו הגן. כרמי תקף בסכין את סבג, ללא התגרות מצד האחרון ולאחר מכן שיסף את גרונה של בתו התינוקת, שנפחה נשמתה בו במקום. סבג ניצל ממוות לאחר שפונה במהירות לבית חולים.

כרמי הואשם ברצח ובניסיון לרצח.³ בית המשפט המחוזי בחיפה קבע, כממצא, כי כרמי ביצע את המעשים המיוחסים לו אך היה חולה בנפשו בעת ביצוע המעשים ולכן אינו בר עונשין, כלומר אינו כשיר לעמוד לדין. הואיל ונמצא כי כרמי עדיין חולה בנפשו, הורה בית המשפט על אשפוזו בבית חולים לחולי נפש.

בהמשך הגיש הנפגע סבג, באמצעות הוריו, תביעה לבית משפט השלום בחיפה⁴ ובה עתר לחייב את כרמי לפצותו על נזקי הגוף שנגרמו לו, על פי עוולת התקיפה. בית המשפט קיבל את התביעה, וחייב את כרמי בפיצויים בגין נזקי הגוף שגרם לנפגע, תוך שהוא קובע כי כרמי: "פעל מתוך

* סטודנטיות בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה.

¹ הגנת אי-שפיות הדעת בפלילים חלה רק על מחלות נפשיות שגורמות לניתוק מן המציאות ולפגם חמור בכושר השיפוט. ראו י' בזק, **האחריות הפלילית של הלקוי בנפשו** (מהדורה 3, 1985) 24-26. במאמר זה לא נבחין בין מחלות הנפש השונות ונניח כי המזיק נכלל בהגדרת המשפט לחולה הנפש.

² ע"א (מחוזי חי'י) 2174/04 **כרמי נ' סבג** (טרם פורסם), (29.12.2004).

³ ת"פ (מחוזי חי'י) 326/99 **מדינת ישראל נ' כרמי**, תק-מח 2000 (1), 8545.

⁴ ת"א (שלום חי'י) 12851/00 **סבג נ' כרמי** (טרם פורסם), (5.1.2004).

כוונה, רצון ויכולת להימנע מביצוע המעשה ואף אם הרצון והכוונה נבעו ממחלת הנפש ממנה סבל אין בכך כדי לפטרו מאחריות לנזקים שגרם".⁵

כרמי ערער על קביעה זו של בית משפט השלום לבית המשפט המחוזי בחיפה, אשר דחה את הערעור. בית המשפט קבע כי מחלת נפש אינה שוללת את אחריותו של אדם בנזיקין, והוא אחראי למעשיו ככל אדם. נפסק ברוב דעות, כנגד דעתה החולקת של השופטת וילנר, כי אין להחיל מבחן אחיד בפלילים ובנזיקין, כלומר אף שנפסק כי כרמי אינו בר עונשין במשפט הפלילי, אין לפטור אותו מאחריות לעוולת התקיפה.

פסק דין זה מעלה שאלות באשר להתאמת ההגנה המצויה בדין הפלילי לתכליות דיני הנזיקין והרציונלים המונחים בבסיסם. מטרה מרכזית ביסוד דיני הנזיקין היא לפצות את הניזוק על פגיעה באינטרס מוגן.⁶ מטרה זו מושגת בין השאר באמצעות דיני הפיצויים, שתכליתם להעמיד את הניזוק באותו מצב שבו היה נתון לפני המעשה הנזיקי.⁷ לכאורה, מטרה זו מבחינה בין דיני הנזיקין לדיני העונשין. אולם עדיין נותרת שאלת האחריות: האם עלינו לדרוש כי האחריות בנזיקין תושת על העושה (או הקדל) אשר ניתן ליחס אשמה למעשיו או למחדליו?

לפחות לפי תורת הצדק המתקן, כדי להקים חובה בנזיקין נדרשת ולו יכולת שליטה מינימלית של האחראי למעשה (או למחדל); ניתן לטעון כי שליטה שכזו מחייבת הכרת המציאות העובדתית והנורמטיבית, ורצייה מסוימת. מנגד, ניתן לחשוב על אחריות סיבתית גרידא, המנתקת את דרישת האשם.⁸ ניתוק דרישת האשם אפשרי – אם כי אינו הכרחי – גם על פי מקצת הגישות הכלכליות, הבוחנות את האפשרות הכלכלית לשאת בנזק ו/או את פיזור הנזק. מורכב יותר המצב כאשר מציבים אנו את ההרתעה כמטרה המצטרפת למטרת הפיצוי, שכן קשה לחשוב על הרתעה בלא יכולת שליטה.⁹ הגישה השלטת בישראל בדבר האחריות הנזיקית מבוססת על "אשם" אישי של המזיק,¹⁰ במובן זה שנדרש כי נוכל לאתר מעשה (או מחדל) ספציפי שאותו "עשה" המזיק – הוא ולא אחר – מעשה בלתי ראוי בין השאר משום שהוא מגלם פעולה המפגינה חוסר אחריות.

נקדים ונאמר כי קביעת בית המשפט בפסק דין כרמי, אשר הטיל אחריות בנזיקין על אדם לקוי בנפשו, לא מתיישבת עם התפיסה בדבר "אשם" של המזיק, ככל שאשם זה משקף גם מטען סובייקטיבי, היינו יכולת להבחין בין טוב לרע הגלומה במעשיו (ובמחדליו) של העושה. איננו טוענות כי נדרש בהכרח כי המזיק יהיה מודע בפועל למשמעות מעשיו (או מחדליו) או אף לכך שהוא מבצע אותם. ברי שדיני הרשלנות מכירים גם במודעות בכוח, אלא שמצב שבו המבצע אינו שפוי מעלה את השאלה אם ניתן להטיל אחריות בנזיקין על ישויות הנעדרות יכולת החלטה כלל. לדעתנו, לפחות לפי

5 שם, בפס' 35.

6 י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין **דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית** (ג' תדסקי עורך, תשל"ז) 25.

7 א' ברק, "הערכת הפיצויים בנזקי גוף" **עיוני משפט** ט (תשמ"ג) 243, 248-249.

8 העובדה כי פעילותו או רכושו של אדם גרמו לנזק די בה להטיל עליו אחריות.

9 י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 128.

10 א' ברק, לעיל ה"ש 7 (נזקי גוף), בעמ' 249.

גישת הצדק המתקן, ואפשר שגם לפי גישות כלכליות המדגישות את ההרתעה ויכולת פיזור הנזק, יש לשקול שנית את ההכרעה בעניין כרמי.

במאמר זה נבחן את השאלה אם ראוי להחיל את הגנת אי-שפיות הדעת בדיני הנזיקין. זאת נעשה הן לאור המצב המשפטי בארץ ובעולם, ממנו נשתדל לחלוף רציונליים המשליכים על המקרה שלפנינו, והן לאור שיקולים מוסריים כלליים, אשר לטעמנו מן הראוי שיחולו על סוגיה זו. מטבע הדברים, את מסענו נתחיל בשדה המשפט שבו התפתחה ההכרה בהגנת אי-השפיות, הוא שדה המשפט הפלילי. ננסה לבחון באיזו מידה הרציונלים החלים בשדה זה חלים גם בתחום הנזיקין. נקדים ונאמר שברי כי דיני הנזיקין שונים מבחינה מהותית מהמשפט הפלילי: האחרון הנו שיורי, הערכים שעליהם הוא מגן נגזרים מחובת המדינה כריבון להגן על חברי הקהילה ולפיכך נתפסים כערכי ליבה, ואת מקומו של הפרט הנפגע תופסת המדינה. מאידך גיסא, לפחות בנוגע למושג האחריות, ניתן לטעון כי פער בין הגישה הנזיקית לגישה העונשית מחייב הצדקה, שכן גישה הרואה בדיני העונשין ביטוי לאוטונומיה של האדם תתייחס באופן דומה גם לדיני הנזיקין.

ב. הגנת אי-שפיות הדעת במשפט הפלילי בישראל

הפטור מאחריות פלילית הניתן בחוק העונשין לחולי נפש¹¹ מבוסס על ההנחה המשפטית היסודית שאין אדם נושא באחריות פלילית למעשיו אלא אם כן היה לו הכושר הנפשי הדרוש ליצירת היסוד הנפשי, כדי לגבש את העבירה הפלילית.¹² העקרונות הרגילים של הטלת אחריות אינם הולמים מצב שבו נבצר מאדם להעריך נכונה, להחליט ולפעול כאדם אוטונומי, או לפחות כאדם מבוגר ממוצע.¹³

בשאלת האחריות הפלילית של מפגרים וחולי נפש חלו התפתחויות במרוצת השנים. בעבר, פטור מאחריות פלילית מחמת אי-שפיות ניתן לפי כללי מק'ינוטן כפי שפותחו במאה ה-19 באנגליה,¹⁴ וכפי שמצאו ביטויים בסעיף 19 לחוק העונשין.¹⁵ כללי מק'ינוטן מתנים את הפטור מאחריות במבחן קוגניטיבי בלבד, כלומר כאשר האדם, מחמת מחלתו, לא היה מסוגל להבין את אשר הוא עשה או לדעת שאסור לו לנהוג כפי שנהג.¹⁶

¹¹ חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864, ס' 34. יש לציין, כי נאשם שאינו מסוגל מפאת מחלת נפשו להבין את מהות הליכי המשפט ולהתגונן כראות, לא יועמד לדין פלילי ויישלח לטיפול נפשי עד שיהיה כשיר לעמוד לדין. המבחן לשאלת כשירות הנאשם לעמוד לדין איננו זהה למבחן שעל פיו נקבע אם מחלת הנפש שוללת את אחריותו הפלילית של הנאשם. המבחן הוא ענייני ומעוגן בחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 58, ס' 15.

¹² י' בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 99.

¹³ א' בן דרור, החסויים במשפט (תשנ"ח) 133.

¹⁴ *R. v. M'Naughten (1843) 10 Cl. and F. 200 (T.A.C)*. מק'ינוטן ניסה להרוג את ראש ממשלת בריטניה אך הרג בטעות את מזכירו. הרצח נעשה באור יום ובנוכחות שוטר. בית המשפט קבע כי מק'ינוטן אינו אשם בגלל טירוף הדעת.

¹⁵ סעיף זה החליף את סעיף 14 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

¹⁶ ע' פרוש, "אי שפיות, היעדר שליטה וסעיף 34 של חוק העונשין" עיוני משפט כא (התשנ"ח-1997) 137, 141.

על כללי מק'נוטן נמתחה ביקורת, משום היותם מצומצמים ומתאימים למקרים קיצוניים בלבד בשעה שרוב חולי הנפש, הראויים לפטור מאחריות למעשה פלילי, אינם לוקים בכושר ההבנה או הידיעה אלא בחוסר יכולת לכבוש את דחפיהם החולניים.¹⁷

החריגה מהמבחן הקוגניטיבי של כללי מק'נוטן, אשר נועדו לטפל במקרים שבהם מחשבה פלילית אינה יכולה להתגבש, התבטאה בעמדתו של השופט אגרנט בפסק דין **מנדלברוט נגד היועץ המשפטי לממשלה**.¹⁸ בפסק דין זה הכיר השופט אגרנט בצורך לפטור את חולה הנפש מאחריות למעשים פליליים שביצע בהשפעת "דחף לאו בר כיבוש". השופט אגרנט הכיר בכך שייתכן מצב שבו חולה הנפש יעמוד במבחן הקוגניטיבי, היינו יבין את טיב וטבע מעשיו, אולם לא יעמוד במבחן הרצוני, היינו יהיה נעדר אפשרות לבחור באופן חופשי בין קווי התנהגות שונים.¹⁹ דעה זו, שלא התקבלה בעניין **מנדלברוט**, אומצה על ידי בית המשפט העליון בעניין **מיזאן נגד היועץ המשפטי לממשלה**.²⁰

הלכה זו עוגנה בחוק העונשין בשנת 1994, בסעיף 34 לחוק העונשין המונה סייגים לאחריות הפלילית בגין אי-שפיות הדעת. סעיף זה הוסיף לצד המבחן הקוגניטיבי המופיע בסעיף 34(1), וכחלופה נוספת, את המבחן הרצוני שבסעיף 34(2), שנועד לברר אם הנאשם היה יכול לשלוט בהתנהגותו. סעיף 34(2) נועד למקרים שבהם חולה הנפש היה מודע למעשיו ולפסול שבהם, אך לא היה מסוגל להימנע מעשיית המעשה. התנהגות זו מכונה "אוטומטיזם בלתי שפוי" או "אוטומטיזם שולל רציוני". הגנה על "אוטומטיזם שפוי" או "אוטומטיזם שולל שליטה" מצויה בסעיף 34 לחוק העונשין. הגנה זו חלה במקרים כגון אפילפסיה, פעולות גוף המבוצעות בזמן התקף או חוסר הכרה.²¹

רואים אנו אפוא שהמשפט הפלילי מציב במרכזו עושה שניתן לייחס למעשיו אחריות – אשמה. עמדו לפניו ברירות מספר ומשבחר באחת מהן, קיבל עליו את תוצאותיה המשפטיות של בחירתו. באיזו מידה רלוונטית גישה זו לדיני הנוזיקין המהותיים?²² לשאלה זו נפנה עתה.

ג. הגנת אי-שפיות הדעת בדיני הנוזיקין

בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]²³ לא נזכר הסדר לעניין אחריותם של חולי נפש.²⁴ מוסדרת, לעומת זאת אחריותם של קטינים, למשל; הפקודה מסדירה את הנושא של היעדר כשרות משפטיות של קטין

17 יי בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69-86.

18 ע"פ 118/53 **מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י(1) 281.

19 ע' פרוש, לעיל ה"ש 16, בעמ' 142; א' בן-דרור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 142.

20 ע"פ 186/55 **מיזאן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יא(1) 769; ראו גם ת"פ (מחוזי י-ם) 173/69 **מדינת ישראל נ' רוהאן**, פ"מ סח 344.

21 על ההבחנה בין אוטומטיזם שפוי לאוטומטיזם לא שפוי ראו ע"פ 382/75 **חמיס נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל(2) 729.

22 שאלה נכבדה לא פחות היא שאלת אופן ההוכחה של טענת אי-השפיות. ברי שדרכי ההוכחה במשפט הפלילי שונות מדרכי ההוכחה במשפט האזרחי. בשאלה זו לא נעסוק כאן.

23 פקודת הנוזיקין (נוסח חדש), תשכ"ד-1944, ע"ר 93.

24 נדגיש כי כשם שלא קיים פטור מאחריות בנוזיקין לחולה נפש, כך גם לא קיים הסדר לעניין כשירותו לעמוד לדין בהליך אזרחי. ייתכן שראוי כי הסדר דומה לזה הקיים בדין הפלילי יאומץ גם בהליך האזרחי, שכן גם בהליך זה

וקובעת פטור מאחריות בנזיקין לקטין שטרם מלאו לו 12.²⁵ בנוסף, הפקודה מעניקה הגנות מיוחדות לאחריות הנזיקית בעולות שונות, כגון עולות התקיפה,²⁶ והגנת אי-השפיות אינה נכללת בהן.

היעדר ההתייחסות בפקודה לאחריותם של חולי הנפש עשויה להתפרש בשתי דרכים שונות. לפי דרך אחת העניין יפורש כהסדר שלילי, כלומר "מכלל הן אתה שומע לאו".²⁷ הסדר שלילי נוצר כאשר הטקסט אינו קובע הסדר מפורש לסוגיה מסוימת, ופירוש הטקסט מלמד כי הסוגיה הוסדרה במשתמע, "בין השורות".²⁸ יש לזכור שהכלל הפרשני "מכלל הן אתה שומע לאו" הנו כלל "חלש".²⁹

הואיל ולא נעלם מעיני המחוקק הצורך להעניק הגנות בפקודת הנזיקין בכלל, ובעולות התקיפה בפרט, ומכיוון שהמחוקק היה מודע לקיומה של ההגנה בתחום הפלילי, יש שיטענו כי מדובר בשתיקה מדעת. לפי גישה זו, המחוקק לא התכוון לקבוע הגנת אי-שפיות הדעת בנזיקין.³⁰ דחייתה של הצעת חוק בעניין עשויה לחזק גישה זו. הצעת החוק, שהוגשה על ידי הפרופסור ידן בשנת 1980,³¹ הציעה להרחיב את הפטור החל בגין קטינות גם על לקויי דעת אחרים, אך כאמור היא לא התקבלה.

הדרך השנייה גורסת כי לא מדובר בהסדר שלילי אלא בחסר, בלאקונה. החוק לא הסדיר באופן שלם את נושא הגנת אי-השפיות בדיני הנזיקין וההסדר "זועק להשלמה".³² בעניין **כרמי** נקבע פה אחד, בהערת אגב, שאין לראות בהיעדר הגנת אי-שפיות הדעת בדיני הנזיקין הסדר שלילי, כי אם בלאקונה. המשמעות של קביעה זו הנה שאפשרות מתן פטור מאחריות נזיקית לחולה הנפש איננה נשללת על הסף.

יש הגורסים³³ שאף אם המחוקק אינו שולל עקרונית את אחריותם של לקויי הנפש בנזיקין, הבחנה זו, בין הסדר שלילי ללאקונה, כלל אינה נדרשת בעולות הדורשות יסוד נפשי מיוחד לשם גיבושן: כל עוד לא נתקיימו במזיק יסודות העוולה, שעל פיה הוא נתבע לדין, לא יישא הנתבע באחריות נזיקית. בכך אין כל חידוש. הבעיה מתעוררת כאשר אדם מקיים את יסודות העוולה מבחינה אובייקטיבית, אך נעדר חופש רצון או כוח שפיטה. כך, למשל, אדם המבצע תקיפה מתוך דחף

הנתבע אינו מבין את הליכי המשפט ואינו מסוגל להגן על עצמו. עם זאת, יש לזכור כי השלכות ההליך הפלילי חמורות באופן ניכר מאלו של ההליך האזרחי. בראשון מדובר בהעמדה לדין על ידי המדינה, האוכפת את חוקיה ואילו בשני הניזוק תובע את המזיק, במטרה לקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו.

25 סי' 9 לפקודת הנזיקין.

26 סי' 24 לפקודת הנזיקין.

27 א' ברק **פרשנות במשפט** (כרך שני, תשנ"ג) 113-112.

28 א' ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (תשס"ד) 215-216.

29 בג"ץ 5012/97 **מתן שירותי בריאות סיעוד נ' משרד הבריאות**, פ"ד נב(1) 49, 61-62.

30 רע"א 5768/94 **א.ש.י.ר. יבוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 338; השופט זילברג בע"א 167/47 **מינקוביץ נ' פישצנר**, פ"ד ב 39, 42-43.

31 ראו הצעתו לחוק נזיקין חדש, שהגיש בשנת תש"ס-1980. סי' 5 להצעה: "לא יישא אדם באחריות נזיקית בשל מעשה שעשה שעה שלא הייתה לו שליטה על התנהגותו או שלא היה מסוגל להבין את אשר הוא עושה ולעמוד על הפסול שבמעשה, זולת אם הביא את עצמו מרצונו החופשי לאותו מצב".

32 יצויין כי לגישתו של ברק, העובדה שהפתרון שהטקסט נותן אינו סביר או אינו צודק אינה מצביעה בהכרח על קיומו של חסר. א' ברק, לעיל ה"ש 28, בעמ' 215-216.

33 י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 132-133, וגם עניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2, פסק דינו של השופט עמית.

שאינו יכול לעמוד בפניו כתוצאה ממחלת נפש, עושה זאת **בכוונה**, אך האם ראוי לייחס לו אחריות למעשה בהתחשב בכושרו לשלוט ברוחו?³⁴

שאלת האחריות הנזיקית של חולה נפש נידונה בראשונה במשפט הישראלי בעניין **סמין** נגד **דויד**³⁵ משנת 1966. בעניין זה נדון מקרה שבו הנתבע ירה בתובע, בעת שהיה במצב של דחף שאינו בר כיבוש בשל הלוצינציות שמיעה, ולכן נקבע שלא היה אחראי באחריות פלילית למעשיו. השופט נוימן, שדן בתיק, חייב את הנתבע הנזיקי וקבע כי אין להחיל את מבחני המשפט הפלילי, קרי כללי מקינוטון, בנזיקין. על פי פסק הדין, אם התמלאו כל דרישות העולה, האחריות הנזיקית אינה מתבטלת משום שהמזיק פעל מתוך דחף לאו בר כיבוש. בנוסף, נפסק כי לשם חיוב חולה הנפש בנזיקין, דרושה רצייה אך לא רצון חופשי, כלומר די בכך שחולה הנפש רוצה בפעולה, אך מחמת מחלת נפשו אינו מסוגל לבחור, אלא הוא נדחף אל הפעולה מחוסר ברירה.

ההלכה בעניין **כרמי** מהווה, ככל שמצאנו, את המשכו של הדיון בישראל. השופט עמית קבע בדעת יחיד, כי אין להחיל את הגנת אי-שפיות הדעת בנזיקין משום תכליתם השונה של דיני הנזיקין. מטרת דיני העונשין הנה להרתיע את הרבים והיחיד, לשמור על ערכי החברה וכן להעניש את העבריין כגמול על מעשיו, ואילו מטרת דיני הנזיקין, בין היתר, להשיב את מצב הניזוק לקדמותו בלי קשר לאשמת המעוול. בנוסף גרס השופט עמית כי שיקולים של תקנת הציבור ושיקולי צדק מחזקים את קביעתו. לפי שיקולים אלו אי-הטלת אחריות על חולה הנפש תגרום לכך שנטל הנזק יועמס על שכמו של הניזוק ויגרם לו אי-צדק. צעד זה גם עלול להביא להשמעת טענות כוזבות בדבר אי-שפיות ואיבוד אמון הציבור במערכת המשפט. עוד הוסיף השופט עמית כי מכיוון שקשה להבחין בין החלופות היעדר רצייה והיעדר הבנה, אין לייבאן לדיני הנזיקין.

השופט אלרון היה שותף לתוצאה בפסיקתו של השופט עמית, אם כי מנימוק שונה. השופט אלרון טען כי המחוקק נמנע מלתת פטור לחולה הנפש מאחריות נזיקית ועל כן ניתן לחייבו בגין הנזקים שגרם. בנוסף, לפי פסק דינו של השופט אלרון, גם אם הלקוי בנפשו אינו יכול להיחשב למי שהתובנה במובנה הרגיל מצויה אצלו, עדיין הוא זה שגרם נזק לאחר. לדידו, רעיון הפיצוי ולא רעיון האשמה הוא שמונח בבסיס האחריות הנזיקית, ועל כן עליו לשאת באחריות ולפצות בגין הנזק שגרם. הוא גורס שאין זה מעניינו של הניזוק מה היה מצבו הנפשי של המעוול וכי אם המחוקק מעוניין לפטור את חולה הנפש מאחריות זו, עליו לספק מענה ולמצוא לניזוק מסגרת פיצוי חלופית.

השופטת וילנר, שהייתה בדעת מיעוט, פסקה כי כדי להטיל אחריות על חולה הנפש, אין להסתפק ברצייה אם מקורה במחלת הנפש, שכן המזיק למעשה היה נעדר חופש רצון. נדרש שהמזיק יהיה בעל כושר הכרעה ורצון **חופשי** בעת ביצוע המעשה.

הפסיקה הישראלית בנושא דלה, אך במשפט המשווה ניתן למצוא מגוון דעות בסוגיית הטלת אחריות נזיקית על הלקוי בנפשו. בחרנו להציג גישות אלו כאינדיקציה לפתרונות ששיטות המשפט

³⁴ ש.ס., ש.ס.

³⁵ ת"א (מחוזי חי') 1888/66 סמין נ' קהלני, פ"מ פ 161.

יכולות להציע לסוגיה. מטבע הדברים, בשיטות המשפט המקובל לא תמיד גישת בתי המשפט עקיבה ואנליטית, אך מתוך דיון בדוגמאות אלו ניתן לנסות ולחלץ רציונלים שיסייעו לענייננו.

במשפט האנגלי קיימות שלוש גישות: ³⁶ הגישה הראשונה מסתמכת על עניין *Weaver v. Ward*³⁷, ולפיה אין לפטור חולה נפש מאחריות בנזיקין, גם אם האחרון היה משולל כל כושר הכרעה. יש לציין כי אמרה זו נאמרה כבדרך אגב, אולם חשיבות ההחלטה נעוצה בהבחנה בין אחריותו של חולה הנפש בנזיקין ובין אחריותו על פי המשפט הפלילי.³⁸ גישה זו הובעה על ידי השופט דנינג בעניין *White v. White*³⁹ ולפיה אדם יהיה אחראי בנזיקין אף אם לא הבין מה הוא עושה או שהמעשה פסול, בשל מחלת הנפש. רעיון הפיצוי ולא רעיון האשמה, הוא שמונח בבסיס האחריות בנזיקין.⁴⁰ עם זאת, יש לציין כי השופט דנינג סייג את קביעותיו וקבע כי בעוולות הדורשות כוונה מיוחדת, כאשר המזיק סבל ממחלה שמנעה ממנו לגבש כוונה מיוחדת זו, הוא יהא פטור מאחריות, והוסיף כי לדעתו עוולת התקיפה ועוולת השגת גבול אינן עוולות הדורשות כוונה מיוחדת.

הגישה השנייה גורסת כי יש להחיל מבחן אחיד במשפט הפלילי ובדיני הנזיקין, על פי כללי מקינוטן.⁴¹ כאמור, כללים אלו מתנים את הפטור מאחריות במבחן קוגניטיבי בלבד.⁴² גישה זו מצאה את ביטויה בפסק הדין בעניין *Hanbury v. Hanbury*.⁴³ שם נקבע, כי אם הליקוי הנפשי של המזיק כה חמור עד כי אין הוא יכול להבין את טבע המעשה שהוא עשה ואת תוצאותיו, הוא יהיה פטור מאחריות בהליך אזרחי ופלילי כאחת.⁴⁴ פטור של נאשם בפלילים יגרור אפוא פטור מאחריות בנזיקין. הגישה השלישית היא גישת הביניים, ולפיה אחריות נזיקית תוטל על לקוי הדעת כאשר התמלא היסוד הנפשי הדרוש לגיבוש העוולה, גם אם יסוד זה נובע ממצבו הנפשי. גישה זו פוטר את המזיק רק אם פעל בלא רצייה, ואינה מחייבת אותו להבין את המשמעות המוסרית של מעשהו. המזיק יהיה פטור מחבות נזיקית כאשר הפעולה נעשתה מתוך אוטומטיזם, משמע פעולת גוף בלתי רצונית. חשיבות גישה זו ניכרת באותן עוולות כגון מאסר שווא, גזל ומטרד,⁴⁵ שאינן דורשות במפורש אלמנט רצוני כלשהו, אלא מסתפקות בתיאור ההתנהגות החיצונית של המזיק. המשמעות המעשית

³⁶ י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 133-134.

³⁷ *Weaver v. Ward* [Hob. d134, 80 E.R. 284 (K.B. 1616)].

³⁸ הלכה זו אומצה בעניין *Mordaunt v. Mordaunt* [L.R. 2 P.&D. 109 (1870)] בשנת 1870, שם נקבע כי מחלת נפש אינה מהווה הגנה במשפט האזרחי וכי יש להטיל אחריות בנזיקין על המזיק. במעשה הנזיקי די להטיל אחריות זו ולפסוק פיצויים בגין הנזק. יש לציין כי באנגליה, בתקופה שבה נפסקו הלכות אלו, שלטה הגישה של אחריות קפידה בדיני הנזיקין, כלומר עקרון הסיבתיות אשר קבע כי הגורם לנזק יישא בתוצאות הנזק שגרם.

³⁹ *White v. White* 80 E.R. 284 [P. 39, (C.A., 1949)].

⁴⁰ שם, בעמ' 58.

⁴¹ י' בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53-55.

⁴² כללי מקינוטן פורשו על ידי השופט אגרנט בעניין **מנדלברוט** (לעיל ה"ש 18) ככוללים גם דחף לאו בר כיבוש, כפי שהוסבר לעיל.

⁴³ *Hanbury v. Hanbury* [8 T.L.R. 559 (1982) Probate Divorce and Admiralty].

⁴⁴ ראו גם: *Emmens v. Pottle* [16 Q.B.D. 354 (1885)]. שם קבע השופט Lord Esher, כי חולה נפש יישא באחריות בנזיקין כאשר הוא מפוכח דיו להבין את מעשיו; י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 134.

⁴⁵ ס' 26, 52, 42 לפקודת הנזיקין (בהתאמה).

היא, כי ליקוי דעת אינו מהווה הגנה מיוחדת בעוולות כגון עוולת התקיפה, הנגישה והתרמית,⁴⁶ המבוססות על אשמה סובייקטיבית. אשמה סובייקטיבית פירושה מצב נפשי מיוחד, שממילא מניח רצייה. בהיעדר רצייה לא יתכן כלל מצב נפשי של כוונה, פזיזות, או התרשלות סובייקטיבית. העובדה שמקור הרצייה במחלת הנפש, איננה גורעת מהאחריות הנזיקית.⁴⁷

גישה זו התקבלה בעניין *Morriss v. Marsden*.⁴⁸ שם קבע השופט Stable כי מחלת המזיק אמנם מנעה ממנו להבין את טיב המעשה, משמע לדעת כי מעשהו רע, אך המזיק ידע את טבע מעשהו, כלומר המזיק מילא את יסוד הרצייה הדרוש לגיבוש העוולה ולכן הוטלה עליו אחריות בנזיקין.⁴⁹ אילו היינו מיישמים את כללי מקינוטן לפי דרישת הגישה השנייה, המזיק היה פטור מאחריות, שכן לא ידע שאסור לו לבצע את המעשה. לו היינו מחילים את הגישה הראשונה על המקרה, הייתה מוטלת על המזיק אחריות, בלי לבחון כלל את קיום יסוד הרצייה, היינו את הבנת טבע המעשה. לפי המצוין ב- *Halsbury's Laws of England*,⁵⁰ גישת הביניים היא הגישה המקובלת כיום באנגליה.

במשפט האמריקני ניתן למצוא מגוון רב של דעות בעניין הטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש.⁵¹ לפי אחת ההשקפות יש להטיל אחריות בנזיקין על חולה הנפש על פי שלושה "כללי אצבע" עיקריים:⁵²

1. כאשר אדם חף גרם נזק לחף אחר, הרי מי שגרם לנזק צריך לשאת בו.
2. כאשר הנזק נעשה על ידי חולה נפש, על המשפט להבטיח את הגברת הפיקוח של האחראים לחולה הנפש, כדי להימנע מתשלום פיצויים.
3. כאשר מועלית טענה של מחלת נפש, קיים חשש שהטענה היא טענת סרק, ועל ההליך המשפטי למזער שימוש בטענות סרק.

כללי אצבע אלו מבטאים גישה ספקנית לעניין אימוץ טענת ההגנה בנזיקין. עם זאת, מוכרת בארצות הברית הבחנה בין עוולות המבוססות על יסוד נפשי של כוונה ובין עוולות המבוססות על יסוד נפשי של רשלנות. במקרים מסוימים, בתי המשפט בארצות הברית נוהגים להטיל אחריות על חולה נפש בעוולות הדורשות יסוד נפשי של כוונה, אולם ניתן למצוא פסקי דין הקובעים כי חולה נפש אינו יכול להיות אחראי בעוולה הדורשת כוונה, אף אם היה בעל כוונה בעת ביצוע המעשה, שכן, כוונתו זו נבעה

⁴⁶ סי' 23, 60, 56 לפקודת הנזיקין (בהתאמה).

⁴⁷ אי-בן-דרור, לעיל ה"ש 13, בעמ' 135-137; יי אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 134-137.

⁴⁸ *Morriss v. Marsden* [1 All E.R. 925 (Q. B. Div. Stable, J.) [1952]]

⁴⁹ ראו גם יי אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 134.

⁵⁰ *Halsbury's Law of England*, Vol 30 p. 724; Vol 45 (2) p. 240, 4th Ed. (London 1992; 1999)

⁵¹ *American Jurisprudence* 2d., State and Federal, Lawyers Cooperative Publishing (1996), V.53 P.604-605.

⁵² שם, שם.

ממחלתו.⁵³ לעניין עוולות הרשלנות, הדעות מגוונות וחלוקות וניתן למצוא סימוכין לכאן ולכאן. בנוגע לעוולות הדורשות יסוד נפשי של כוונה מיוחדת או זדון, בתי המשפט האמריקנים פסקו כי בדרך כלל לא ניתן להטיל על חולה הנפש פיצויים עונשיים, מכיוון שמחלת הנפש יכולה למנוע גיבוש יסוד נפשי כאמור.⁵⁴

אף באוסטרליה ניתן למצוא גישות שונות באשר לסוגיה זו. בעניין *White v. Pile*⁵⁵ אומצה גישת הביניים, ולפיה אין להטיל אחריות בנזיקין על חולה הנפש, אם היה משולל יסוד הרצייה. גישה שונה הובעה מאוחר יותר על ידי השופט וולף, אשר דחה את כללי מק'ינוטן והטיל אחריות בנזיקין על חולה הנפש בפסק הדין בעניין *Adamson v. Motor Vehicle Insurance Trust*.⁵⁶

בדין העברי אנו מוצאים התייחסות ל"שוטה", שהוא התואר המקביל לתואר "חולה הנפש", ולצדו "פתי" או "טיפש", שהם התארים המקבילים בדין העברי למי שסובל מליקוי שכלי. אין הגדרה אחת למונח "שוטה", וההגדרה עשויה להשתנות על פי התחום הרלוונטי. ככלל, מעשיו של השוטה משוללים תוקף משפטי והוא איננו בר ענישה. מכיוון שהמשפט העברי אינו מבחין בין ה"עושה" בדיני העונשין וה"עושה" בדיני הנזיקין, השוטה פטור מאחריות גם בנזיקין: "חרש שוטה וקטן פגיעתן רעה, החובל בהן חייב והן שחבלו באחרים **פטורים**", אף על פי שנתפתח החרש ונשתפה השוטה אינם חייבים לשלם, שבשעה שחבלו לא היו בני דעת".⁵⁷

מנגד, הדין העברי רואה את מי שפעל מתוך שינה, כמו סהרורי, כבעל כשרות משפטית, היינו מזיק שפעל בהשפעת אוטומטיזם שפוי, חייב בנזיקין.⁵⁸ גישה זו, לפיה היעדר שליטה יחייב בנזיקין, ואילו היעדר רצייה (המכונה במשפט העברי "אונס") יפטור מאחריות, מנוגדת לדעה הרווחת במשפט הישראלי.⁵⁹

מסקירת המצב המשפטי הפוזיטיבי בישראל ובעולם בעניין אחריותם הנזיקית של חולי הנפש עולה כי טרם התפתחה במשפט הפוזיטיבי בשיטות השונות גישה לכידה. שיטות המשפט השונות מכירות בבעייתיות, וכל אחת הגיעה לידי פתרון פרגמטי המעניק פטור במקרים מסוימים, בלי שבהכרח תכליות דיני הנזיקין זכו להתייחסות עקיבה. כעת נבחן לאור תכליות דיני הנזיקין את הגישה שראוי לאמץ במשפט המקומי.

53 שם, שם.

54 שם, שם; להרחבה בעניין הטלת אחריות בנזיקין במשפט האמריקני ראו פסק דינו של השופט אלרון בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

55 *White v. Pile* [68 W.N. (N.S.W.) 176 (1950)].

56 *Adamson v. Motor Vehicle Insurance Trust* [58 W.A.L.R. 56 (W.A. Sup. Ct.) (1957)].

57 משנה, בבא קמא פז, ע"א.

58 אי שיינפלד, **חוק לישראל: נזיקין** (ני רקובר עורך, תשנ"ב-1991) 42-45.

59 י' בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 267-304. יש לציין כי ניתן למצוא במשפט העברי גישות מנוגדות למסקנה זו. ראו פסק דינו של השופט עמית בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

ד. הגנת אי-שפיות הדעת בדיני הנזיקין לאור תכליתם

פרופסור ברק ציין מספר מטרות מרכזיות שדיני הנזיקין שואפים להשיג, ובהן: הענשה (גמול); מתן סעד על נזק שהתרחש (לניזוק חף או חף יחסית); פיזור נזקים בין מרכיבי החברה השונים; הבטחת הסדר החברתי והרתעה מפני התנהגות אנטי-סוציאלית.⁶⁰ להבנתנו, דיני הנזיקין מאורגנים, פורמאלית, סביב הענקת תרופה (ובכלל זה מניעה) לניזוק חף או לפחות חף יחסית, על נזק שסבל (או שצפוי לסבול) מידי המזיק. בהנחה שאירוע הנזק לא נמנע, מטיל מבנה זה, בדרך כלל ובחריגים ידועים, חיוב על המזיק לשלם פיצויים לניזוק כשיעור הנזק שגרם, שכן מטרת הפיצויים היא להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, היינו למצב שבו היה לולא מעשה העוולה.⁶¹ עם זאת, ברור כי הטלת אחריות על המזיק איננה מובנת מאליה. יש לבחון מהם הרציונלים שלפיהם אנו מטילים אחריות דווקא על המזיק, ואם הטלת אחריות נזיקית על חולה הנפש מתיישבת עם רציונלים אלו.

אין למצוא בדיני הנזיקין עיקרון אחד שיהיה בכוחו להסביר את השיקולים להטלת אחריות או לשלילתה,⁶² וייתכן שהמקור להטלת האחריות הנו חוץ-משפטי, היינו נובע מתורת מוסר כלשהי ולא מדיני הנזיקין עצמם. בעבר, במשפט המקובל האנגלי, די היה בכך שהמזיק גרם לנזק לצורך הטלת האחריות עליו, כלומר הסיבתיות הייתה הנימוק להטלת האחריות.⁶³ במאה ה-19 דיני הנזיקין באנגליה התרחקו – ככל שניתן לדבר על דיני הנזיקין בהכללה – מעקרון הסיבתיות והתקרבו לעקרון ה"אשם הסובייקטיבי".⁶⁴ עיקרון זה מבוסס על כך שאדם שבמתכוון או ברשלנות גרם נזק לאחר, ראוי שישא בנטל, או בלשון עממית – "מגיע לו". המטרות המושגות על פי עקרון האשם הן הענשה (גמול) והכוונת התנהגות באמצעות הרתעת היחיד והרבים. מטרות אלו אינן זרות למטרות דיני העונשין. עם זאת, כיום הנטייה היא להבחין בין התחום הפלילי, שבו שולטת גישה זו, ובין התחום האזרחי, שבו עקרון הענשה אינו חל.⁶⁵

לו מטרת דיני הנזיקין אכן הייתה הענשה והרתעה, הרי מטרה זו איננה מושגת באמצעות הטלת אחריות נזיקית על חולה הנפש שאינו אחראי למעשיו. תפישת האדם כאחראי למעשיו ובר עונשין מושתתת על האמונה בבחירה חופשית. חולה הנפש איננו מסוגל לפעול מתוך רצון חופשי ולכן אין כל טעם וכל הצדקה להענישו על מעשה נזיקי שביצע.⁶⁶ כך גם לעניין ההרתעה שאיננה אפקטיבית כאשר אדם אינו מסוגל לבחור בין קווי התנהגות שונים. כשם שחולה הנפש זוכה להגנה במשפט הפלילי, ראוי לפוטרו מאחריות במשפט האזרחי.

⁶⁰ אי ברק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 247-248.

⁶¹ שם, שם.

⁶² י אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30.

⁶³ שם, בעמ' 27.

⁶⁴ R.A. Posner, "A Theory of Negligence" *J. Leg. Stud.* (1972) 29, pp 109.

⁶⁵ י אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 27-28. עם זאת, קיימת גישה לפיה לבית המשפט בישראל יש סמכות לפסוק פיצויים עונשיים לניזוק. לפי גישה זו, אין הפרדה מוחלטת בין התחום האזרחי הפלילי ובאותם מקרים שבהם התנהגות המזיק חמורה במיוחד, ניתן להשתמש בסנקציה עונשית. ראו ע"א 140/00 עזבון אטינגר נגד החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ (לא פורסם, 15.3.2004).

⁶⁶ י בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4.

ניתן לטעון כי עקרון השוויון מצדיק הטלת אחריות בניזיקין. עיקרון זה מבוסס על ההנחה כי אנשים שווים זה לזה, ולכן כאשר אחד מבצע עוול כלפי האחר, יש לחייבו להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, אולם נשאלת השאלה אם אכן אדם שאינו אחראי למעשיו אכן "שווה" לעניין זה לניזוק. תיאוריית הצדק המתקן, למשל, התומכת יתדותיה בשוויון בין בני אדם אוטונומיים,⁶⁷ תתקשה, כך נראה לנו, להתעלם מן הטענה כי המזיק אינו אדם אוטונומי לחלוטין, במובן זה שהוא נעדר כושר בחירה, אלא אם כן נקבל כאקסיומה מטפיזית את היותם של כל בני האדם בעלי כושר בחירה בין טוב לרע.

לטעמנו, תפישת הצדק של האדם הסביר מורה כי אדם שגרם לנזק בכוונה או מתוך התרשלות סובייקטיבית, יישא במעמסה הכספית הנובעת ממעשיו. אחריות זו מבוססת על אשמה סובייקטיבית של המזיק.⁶⁸ עם זאת, יש הקושרים את מקומו של הצדק במשפט למדיניות משפטית ולמטרות שאותן שואף המשפט להשיג ויש הרואים בו ביטוי לתפיסות השופט או לתפיסות המוסר הנוהג בחברה.⁶⁹ גישה זו רואה את הצדק כמושג בלתי נפרד מהמשפט. כל שופט, בבואו לפרש וליישם חוק מסוים במקרה הנדון לפניו, שואף להגיע לתוצאה צודקת.⁷⁰ הטלת אחריות על חולה הנפש בניזיקין תיקבע, לפי גישה זו, על פי מה ש"צודק" יותר בעיני החברה – לפטור מאחריות את חולה הנפש, שלא יכול היה להימנע מעשיית העוולה,⁷¹ או לפצות את הניזוק החף מפשע על העוול שנגרם לו. כך, למשל, בעניין **מלך נגד קורנהייזר**⁷² נידון מקרה שבו היה המזיק אחראי רק לחלק מהנזק שנגרם, ואילו האחראי לחלקו האחר של הנזק לא נמצא. השאלה הייתה מי יישא באותו חלק "יתום" של הנזק – הניזוק החף או המזיק? בית המשפט פסק כי המזיק צריך לשאת באחריות לנזק כולו, וזאת משיקולים של מדיניות משפטית וצדק, שבבסיסם הצורך להיטיב את נזקו של הניזוק במלואו. עוד נאמר בפסק הדין כי:

"ביסודו של דבר שאלה הנוגעת למטרות הבסיסיות של דיני הניזיקין, ולמתח הנוצר לפרקים בין הצורך להיטיב את נזקו של התובע במלואו, לבין הצורך למנוע אי צדק לנתבע.

⁶⁷ להרחבה בנושא התיאוריה של דיני הניזיקין, העוסקת בצדק המתקן, ראו: E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, 1995), Chapters 6-7, pp. 145-203.

⁶⁸ י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 28.

⁶⁹ דני"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד (4) 661, 694-698. בעניין זה השופט זמיר אומר כי "צדק לאחד הוא אי צדק לאחר" ושהצדק הנו "שדה פרוץ", כלומר מושג שפירושו הוא סובייקטיבי. פרופ' סטטמן במאמרו (ראו: ד' סטטמן, "הצדק כ"שדה פרוץ": מעמד המוסריות בעיני בית המשפט העליון", **מחקרי משפט** יט (תשס"ג), 569) מתנגד לגישה זו וטוען כי הצדק אינו מושג סובייקטיבי יותר מהמשפט עצמו, ולכן ראוי שבית המשפט יחנך את הציבור בכלל ואת ציבור המשפטנים בפרט להתייחס לצדק ברצינות. דבר זה אינו מתיישב עם תפיסה סובייקטיבית ואמוטביסטית של הצדק.

⁷⁰ י' זמיר, "שיקול הצדק בהחלטות מנהליות", **משפט וממשל** ז(ב) (תשס"ה), 623.

⁷¹ כדעתה של השופטת וילנר בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

⁷² די"נ 15/88 **מלך נ' קורנהייזר**, פ"ד מד(2) 89.

... אסור שאהדתינו המובנת והטבעית לקרבן העולה החף מפשע תניע אותנו "להעניש" את המעוול מעבר לחלקו בגרימת נזקו של הנפגע. אלא שמגמה כזו עלולה כמובן לגרור תוצאה הפוכה, במקרה כמו שלנו, היינו - הענשת הניזוק החף מפשע.⁷³

בפרשה זו נשענה ההצדקה לכך שהמזיק יישא בשיעור גבוה מהנזק שגרם, על הגשמת מטרת ההרתעה. כאמור, מטרה זו איננה רלוונטית לעניין חולה הנפש.

הבחנה נוספת בין עניין מלך ובין הטלת אחריות על חולה הנפש נעוצה בעובדה, שבעניין מלך המזיק לא גרם לאותו חלק בנזק שבגיננו הוטלה עליו אחריות ואילו חולה הנפש הוא הגורם הישיר לנזק. ניתן לטעון שאם מוצדק להטיל אחריות, גם כאשר המזיק לא גרם לנזק, כדי להשיג צדק לניזוק, קל וחומר שראוי להטיל אחריות על חולה הנפש. מנגד, ניתן לאבחן את פרשת מלך באמצעות קריאת פסק הדין כעוסק במצב שבו קשה מאוד להפריד בין הנזקים השונים, ובמצב כזה החליט בית המשפט להשית את מלוא הנזק על אותו אדם שאחראי לפחות לחלק מן הנזק.

לסיכום, עולה כי ההכרעה בין צדק לניזוק ובין צדק לחולה הנפש, תגרום בכל מקרה אי-צדק לאחד מן הצדדים, וזאת משום שאין מדובר במקרה הרגיל, שבו הטלת אחריות מהווה פיצוי לאחד ומעמסה לאחר, כי אם במקרה שבו המעוול מושפע ממחלת נפשו. נראה אפוא שנדרשת חשיבה אנליטית וזהירה יותר טרם שייעשה שימוש גורף בשיקול הצדק לשם ביסוס מסקנה לכאן או לכאן.

מנקודת מבט כלכלית של המשפט, ניתן לראות בדיני הניזקין מכשיר להשגת יעילות כלכלית. לדעת המלומד קלברזי, מקסום היעילות בהקשר זה מחייב הבטחת הרתעה אופטימלית, והמשטר המשפטי היעיל מהיבט ההרתעה, הוא זה שבו תוטל האחריות הניזקית על מונע הנזק הזול ביותר, כלומר זה אשר יכול לשקול כראוי אם וכיצד להוציא הוצאות למניעת הנזק ואשר יכול לפעול על סמך שיקול דעת זה.⁷⁴ המלומד פוזנר⁷⁵ מציע שיטה דומה לניתוח כלכלי של המשפט, ולפיה היעילות הכלכלית תושג באמצעות משטר משפטי של רשלנות. התנהגות המזיק תוגדר כרשלנית, כאשר היה המזיק יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר מתוחלתו.⁷⁶ לגישת פוזנר, נפטור את המזיק מאחריות לרשלנות, כאשר הניזוק הוא מונע הנזק הזול ולכן כדאי לעודד אותו לנקוט אמצעים למניעת הנזק. שחרורו של המזיק מאחריות לנזק שגרם עשוי להיות מוצדק כלכלית גם אם המזיק הנו מונע הנזק הזול, כאשר הניזוק הנו מפזר הנזק הטוב.⁷⁷

נפנה תחילה לסוגיית פיזור הנזק. הנחת היסוד היא כי הנזקים הנגרמים בחברה האנושית הם פרי ארגון החברה בימינו, וכי אין זה כדאי שיישא בהם המזיק לבדו. יש לפזר את הנזק בין שכבות

73 שם, בעמ' 112-114.

74 G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven, 1970) 26-31.

75 R.A. Posner, לעיל ה"ש 65.

76 תוחלת הנזק היא מכפלת הסיכוי להתרחשות הנזק בגודל הנזק.

77 א' פורת, "דיני הניזקין: עולות הרשלנות על פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו**, 373, 391.

הציבור השונות או בין "ציבור המזיקים הפוטנציאליים" ולהסירו מעל שכם המזיק הישיר⁷⁸ באופן היעיל ביותר, ובכך לא זו בלבד שנושג יעילות אלא – כך ניתן לדעתנו לטעון – היעילות שתושג מעוגנת בתפיסת חלוקת נטל ראויה. פיזור הנזק מושג באמצעות מנגנוני ביטוח, אשר מאפשרים למזיקים לפזר את נטל הפיצוי בקרב כלל ציבור המזיקים השייך לאותו מנגנון. יש הסבורים כי לא ראוי להטיל אחריות על חולה הנפש כאשר הניזוק היה יכול להתגונן מפני הסיכון, באמצעות פוליסת ביטוח למשל, או כאשר הניזוק משתייך לקבוצה חברתית-כלכלית חזקה ולכן יכול לשאת בנזק ביתר קלות.⁷⁹ בעניין **כרמי** השופט עמית לא קיבל טיעון זה, משום שלשיטתו, הניזוק לא היה יכול להתגונן מפני מעשהו של המערער באמצעות רכישת פוליסה.⁸⁰

באותו אופן לא סביר שמזיק יוכל לרכוש פוליסת ביטוח שתבטח אותו מפני מקרים שבהם ייאלץ לפצות ניזוק בגין פעולה שביצע בהשפעת מחלת נפש. עם זאת, לדעתנו שיקולי פיזור הנזק היו עשויים לתמוך בהטלת אחריות על גורמים שהיו אמורים לפקח על חולה הנפש, כגון בית החולים, הפסיכיאטר (בהנחה שהוא מבוטח) ואפשר שאף המדינה, אשר באחריותה לאבחן חולי נפש המסוכנים לציבור ולטפל בהם.

יש הגורסים כי פיזור הנזק, שמשמעותו שחרור המזיק האינדיבידואלי מחובת תשלום הפיצויים באמצעות מנגנוני ביטוח, יגביר את מעשי הנזיקין ויעודד אי-אכפתיות ורשלנות. לכן, הטלת האחריות לא תביא בהכרח לידי תוצאה צודקת, שכן לא כל הנושאים בנטל אשמים.⁸¹ ייתכן שטיעון זה רלוונטי בהקשר הכללי, אך השלכתו על ענייננו מוטלת בספק. לא סביר ששחרור מאחריות ישפיע על התנהגותו של חולה הנפש, התנהגות שאיננה רציונלית,⁸² כפי שלא סביר שחולה הנפש השיג לעצמו ביטוח מתאים, ומכל מקום נראה כי ביטוח מפני מעשים מכוונים – ככל שניתן לדבר על כוונה של חולה נפש – בעייתי, שכן חוזה ביטוח מתאפיין בכך שלמבטחת חסר מידע בנוגע למבוטח, הן לגבי מצבו טרם כריתת החוזה והן בדבר התנהגותו לאחר כריתת החוזה. כאשר מדובר בחולה נפש, אשר אינו מסוגל לשלוט בהתנהגותו, גוברת אי-הוודאות. גם במקרה שבו הייתה המבטחת מעוניינת לבטח את חולה הנפש, היא הייתה נתקלת בבעיה בתמחור הביטוח, הנקבע על פי הסיכון שאותו מגלם המבוטח. עקב חוסר המידע, המבטחת אף עלולה שלא לבטח את חולה הנפש במלוא הביטוח שלו הוא זקוק, משום שתחשוש לקבל עליה את מלוא הסיכון. בעיית פערי המידע בין המבטחת למבוטח נפתרת לרוב באמצעות מרכיב של השתתפות עצמית בביטוח. מטרת ההשתתפות העצמית היא לגרום

78 י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 28-30.

79 א' פורת, לעיל ה"ש 78, בעמ' 381-386.

80 פסק דינו של השופט עמית בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

81 י' גלעד "ארבעים שנה למשפט הישראלי – סוגיות בדיני נזיקין" **משפטים** יט (תש"ן) 647, 649-650.

82 י' גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בנזיקין" **משפטים** כב (2) (תשנ"ג) 421. במאמרו גורס גלעד כי הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין מתמקד בעיקר בשימוש בדיני הנזיקין כמכשיר להשגת הרתעה יעילה. לדידו, ניסיונותיהן של התיאוריות הכלכליות של המשפט להתמודד עם בעיות המידע הכרוכות בהרתעה יעילה, אינן עומדות במבחן הביקורת. מסקנתו היא כי ראוי שהניתוח הכלכלי של המשפט יתמקד פחות ביעילות בכלל, ובהרתעה בפרט, ויתמקד בהשגת המטרות החלוקתיות של דיני הנזיקין. כאמור, לדעתו חולשה נוספת של תפישת ההרתעה בדיני הנזיקין עולה מהשפעתו השלילית של ביטוח האחריות על כוח ההרתעה בנזיקין.

למבוטח להימנע מיצירת סיכון, אולם במקרה של חולה הנפש, ההשתתפות העצמית לא תשיג את מטרתה.⁸³

טיעון זה מתקשר לסוגיית מונע הנזק הזול ביותר. ניתן לטעון שחולה הנפש, אשר אינו מסוגל לשקול את מעשיו ואת התוצאות הנלוות אליהם, יהיה פטור מאחריות, מאחר שהוא אינו מונע הנזק הזול ביותר.⁸⁴ מנגד, ייתכן שהטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש תוביל להטלת אחריות נגזרת על האחראים לו – כאשר ייקבע כי חולה הנפש היה בדרגה כזו או במצב כזה שבו הוא נעדר יכולת ממשית לבחור. נראה כי מנגנוני הפיקוח על חולה הנפש – הרופאים האחראים לו, בית החולים, בני משפחתו או אף הפסיכיאטר המחוזי – הנם מועמדים אפשריים לתפקיד מונע הנזק הזול ביותר. תוצאה זו תושג גם באמצעות הטלת אחריות ישירה – ולא נגזרת – על האחראי לחולה הנפש, בגין הפרת חובת זהירות, הן כלפי הניזוק והן כלפי המזיק.⁸⁵

מכל האמור לעיל עולה כי הטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש אינה מתיישבת באופן טבעי עם הרציונלים שמונחים בבסיס הטלת האחריות בנזיקין בדרך כלל. אמנם, שיקולי מוסר מקובלים – מוסר נוהג – מצדיקים הטלת אחריות; המשפט מעוניין למנוע גרימת עוול לניזוק החף, ולא לצו לשאת בנטל הנזק שנגרם לו. אך כפי שצוין, כאשר המשפט מעניק מזור לניזוק – ובכך מגשים אינטואיציה מוסרית מסוימת – הוא גורם אי-צדק למזיק, שאינו יכול להימנע מגרימת הנזק. תחושת הצדק הקשורה לגמול – אותה תחושה שמטה אותנו להעניש את השור שנגח⁸⁶ – מטה את כפות המאזניים להגן על האינטרס של הניזוק החף, שכן נקלע לסיטואציה על לא עוול בכפו ואיננו מעוניינים שייצא כשידיו על ראשו.⁸⁷

אם נחרוג לרגע מן העיון התיאורטי נציין כי מבחינה מעשית ניתן לשער שחולי הנפש הנם בדרך כלל במצב כלכלי לא פשוט, ועל כן הטלת האחריות עליהם עשויה ממילא להותיר את הניזוק "כשידיו על ראשו". אם אמנם מרבית חולי הנפש הנם חדלי פירעון, לא תהיה משמעות מעשית של ממש להטלת נטל הנזק עליהם וחיוכם בפיצויים. עם זאת, ודאי ייתכנו מקרים שבהם חולי הנפש אמידים, ולפיכך השאלה אינה אך אקדמית.

למרות טיעון "התחושה המוסרית" שהובע לעיל, לדעתנו שיקולי הצדק דווקא מובילים למסקנה המנוגדת, והיא שראוי לפטור את חולה הנפש מאחריות למעשיו. לטעמנו, טיעון הצדק המתקן ושיקולי היעילות הכלכליים, שנדונו לעיל, מטים את הכף בכיוון אי-הטלת אחריות. לדעתנו, שקלול הגורמים מצביע על כך שהתעלמות מהיעדר כושר הבחירה אינה צודקת ואינה ראויה משום

⁸³ ש' ולר, **חוק הביטוח, תשמ"א-1981** כרך א (תשס"ה) 47-48.

⁸⁴ *Polmatier v. Russ* [206 Conn 229, 537 A2d 468[1988]].

⁸⁵ ראו ע"א 6649/96 **הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד**, פ"ד נג (3) 529, וגם ע"א (מחוזי חי"י) 807/95 **עזבון זינו נ' מדינת ישראל**, דינים מחוזי כו(6) 552; (1982) 296 S.E 2d 693 *Bradley Center Inc. V. Wessner*.

⁸⁶ משנה, בבא קמא מד, א. השור, אף שאינו אוטונומי, חב לפי המשפט העברי, אם גרם לנזק לחף. ראו: www.geocities.com/nezik1/babakama/gemara_babakama44.html.

⁸⁷ ראו גם עניין **סמין**, לעיל הי"ש 35, בעמ' 166. יש לציין כי ייתכנו מצבים שבהם ניתן יהיה להכיר בחובות זהירות של גורמים נוספים, ובכך יינתן סעד לניזוק בלי לגרום עוול למזיק חולה הנפש. לדוגמה: הגורם שאבחן את החולה בצורה שגויה. ראו, למשל, ע"פ 7528/95 **הלל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(3) 89.

חוסר התיישבותה עם המרכיבים המכוננים את דיני הנזיקין, ומשום שהיא עלולה שלא להיטיב עם מרבית החברים בחברה (כעולה מהדיון הכלכלי). אם אמנם כך, נדרש כי תגובש דוקטרינה אחידה שתקבע באילו מצבים יש לפטור את חולה הנפש מאחריות בנזיקין, ותצמצם בכך את אי-הודאות.

לכאורה קיימות שתי אפשרויות להתמודד עם סוגיית גיבוש הדוקטרינה הראויה. האחת, לנסות ולסווג את העוולות הנזיקיות לפי סוג היסוד הנפשי הנדרש, ולשאל אם סוג היסוד הנפשי מתיישב עם קיומה של מחלת הנפש. השנייה, לבחון את מידת האחריות של המזיק למעשיו, ולשקול אם קיימת אפשרות למשטר "אחריות מופחתת", בהשראת שלוש הגישות שהועלו במשפט האנגלי. לדעתנו, משטר הבוחן את היסוד הנפשי הנדרש בכל עולה אינו ממצה. נעמוד על כך בקצרה. לאחר מכן נפנה לבחון את סוגי האחריות האפשריים, ושם ננסה להציע מודל פרגמטי לפתרון הבעיה.

ה. נפקות היסוד הנפשי בעוולות הנזיקיות לעניין הטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש

פקודת הנזיקין מונה בפרק ג⁸⁸ רשימה של עוולות נזיקיות, שניתן לסווגן כעוולות פרטיקולריות ועוולות מסגרת.⁸⁹ עוולות המסגרת הן עוולות הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה. יתר העוולות הן עוולות פרטיקולריות. חלק מעוולות אלו אינן דורשות יסוד נפשי כדי לגבש את העוולה ולהטיל אחריות בגינה,⁹⁰ ואילו עוולות אחרות מתגבשות רק אם קיים יסוד נפשי.⁹¹ ניתן לסווג את העוולות לפי שלושה יסודות נפשיים:

1. **כוונה מיוחדת או זדון** – כלומר המניע למעשהו של המזיק הוא מניע פסול.⁹² ניתן לטעון כי אי-שפיות תהווה הגנה טובה בעוולות אלו, שכן מחלת הנפש מונעת התגבשות יסוד נפשי של כוונה מיוחדת או זדון.⁹³ עוולת הנגישה,⁹⁴ למשל, דורשת יסוד נפשי של זדון, ולכן אם אמנם נתייחס למחלה נפשית כאל מחלה השוללת יכולת לגבש כוונה מיוחדת, לא נוכל להטיל אחריות על חולה הנפש בגין עוולה זו. עם זאת, לא ברור אם כל מחלה נפשית אכן שוללת יכולת כזו. גם לא ברור אם נדרוש כוונה מיוחדת "סובייקטיבית" – מניע ספציפי ש"מפעיל" את המזיק – או שמא נדרוש כי יהיה חופשי בעת גיבוש מניע זה, דרישה שניתן לכנותה כתנאים "אובייקטיביים" או מקדמיים, לעיצוב הכוונה המיוחדת. אם נדרוש גם תנאים אלו, סביר שלא תתאפשר כוונה מיוחדת, שכן החולה "מונע" על ידי מחלתו.

⁸⁸ סי' 23-63 בפרק ג לפקודת הנזיקין.

⁸⁹ י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 85-86.

⁹⁰ למשל, עוולות מאסר השווא, המטרד והגזל, שבהן המחוקק מסתפק בקיום היסוד העובדתי ואין דרישה ליסוד נפשי כלשהו.

⁹¹ למשל, עוולת התרמית הדורשת יסוד נפשי של פזיזות, ועוולת הנגישה הדורשת יסוד נפשי של זדון.

⁹² ד' קרצ'מר, **דיני הנזיקין העוולות השונות - תקיפה וכליאת שווא** (ג. טדסקי עורך, 1981) 8.

⁹³ Salmond and Heuston, *On the Law of Torts*, 21th ed., by R.F.V. Heuston & R.S. Chambers, 1996, pp.416.

⁹⁴ סי' 60 לפקודת הנזיקין.

2. **כוונה** – אדם פועל בכוונה כאשר הוא צופה תוצאה מסוימת מפעולתו וחפץ בהתרחשותה.⁹⁵ דעה אחת גורסת כי די בכך שלמזיק יש רצייה בשעת מעשה. אין משמעות לכך שהרצייה נבעה ממחלת הנפש ושללה את חופש רצונו והיא אינה גורעת מאחריותו בנזיקין. דעה זו פוטרת מזיק שפעל מתוך אוטומטיזם שפוי, שכן במקרים אלה נעדר המבצע רצייה. לפי גישה זו נטיל אחריות בנזיקין על חולה הנפש שהיה מודע לטבע מעשיו, אף אם לא הבין את הפסול שבהם.⁹⁶

מנגד, קיימת השקפה שמחלת הנפש שוללת גם אפשרות לגבש כוונה. השקפה זו גורסת כי משמעות יסוד "הכוונה" היא מצב נפשי של חופש רצון המלווה בכושר הכרעה ויכולת להימנע מביצוע המעשה. לפיכך, אדם אשר ביצע את המעשה בהיעדר חופש רצון, שמקורו במחלת הנפש, יהיה פטור מאחריות בנזיקין.⁹⁷ דוגמה לעולה הדורשת יסוד נפשי של כוונה בפקודת הנזיקין, הנה עוולת התקיפה.⁹⁸ עוולת התקיפה נדונה בעניין **כרמי**, ושם ניתן להבחין במחלוקת הקשה שנסבה על שאלת הטלת אחריות על חולה הנפש בעוולות הדורשות יסוד נפשי של כוונה.⁹⁹ השופטים בעניין **כרמי** נחלקו בדעותיהם על עצם פירוש התיבה "במתכוון" בעוולת התקיפה.

השופט עמית גרס כי משמעות דרישת ה"כוונה", היא שהתוקף צפה שמעשהו יביא לידי מגע פיזי בגופו של הזולת אך לא נדרשת כוונה להזיק, היינו לא נדרש יסוד של "זדון" מצד התוקף. השופט עמית הסתמך בפירושו זה על הקודקס האזרחי החדש (שטרם נכנס לתוקף), שבו הוחלפה התיבה "במתכוון" בעוולת התקיפה בתיבה "ביודעין".

השופטת וילנר פירשה את המונח "במתכוון" כדורש רצייה ואף רצון חופשי. לטעמה לא תיתכן כוונה בלא רצון חופשי. מסקנתה נסמכה על הפירוש המילוני למונח "כוונה". השופט אלרון לא התמקד בשאלת פרשנות המונח, אלא הטיל את האחריות בעוולת התקיפה, לא על סמך "אשמתו" של חולה נפש, כי אם בהתבסס על תכליות דיני הנזיקין.

3. **רשלנות** – מושתתת על אשמה חברתית, ונקבעת לפי רמת התנהגות אובייקטיבית - מבחן האדם הסביר. מחד גיסא, קיימת דעה שיש להתחשב בחולשות המיוחדות של המזיק לצורך קביעת רמת הזהירות הנאותה. מאחר וכושר הכרעתו ושיפוטו של חולה הנפש אינו זהה לזה של האדם הממוצע, גורסת דעה זו, הוא אינו מתאים להיבחן לפי קנה המידה של האדם הסביר. לפיכך, בעוולות הדורשות יסוד נפשי של רשלנות, אי-שפיות הדעת עשויה להוות הגנה.

⁹⁵ י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 126. הסקת "כוונה" הורחבה ואדם העושה פעולה מסוימת נחשב כמתכוון לכל תוצאותיה הטבעיות וההכרחיות.

⁹⁶ שם, בעמ' 136-137; *Salmond and Heuston*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 416.

⁹⁷ פסק דינה של השופטת וילנר, לעיל ה"ש 2. לעניין אחריות בעוולות הדורשות יסוד נפשי של כוונה, ראו גם *American Jurisprudence*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 605-606.

⁹⁸ ס' 23 לפקודת הנזיקין.

⁹⁹ בת"א 1715/97 **פסחוב נגד מיקלור** (טרם פורסם, 16.3.2005), נידונה שאלת יכולתו של חולה נפש לפתח "כוונה" לצורך חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234 (להלן: חוק הפלת"ד). חוק זה שולל פיצויים מאדם שגרם במתכוון לתאונת דרכים. פסק הדין סקר את הדעות השונות שהובעו בעניין **כרמי** בנוגע לאחריותו בנזיקין של חולה הנפש כדי להקיש ממנו לעניין ה"כוונה" בחוק הפלת"ד. בעניין **פסחוב** נאמר כי מחלת נפש אינה שוללת קיום כוונה באופן אוטומטי, וכי יש לבחון אם היה החולה מודע והתכוון למעשיו בקרות התאונה. במקרה זה נקבע על פי חוות דעת פסיכיאטרית, כי לחולה הנפש היה כושר שיפוט מספיק כדי להבין את מעשיו ולהתכוון אליהם, ועל כן התאונה נגרמה ב"מתכוון".

מאידך גיסא, יש הסוברים כי מאחר שהרשלנות במשפט הישראלי, נקבעת על פי קנה מידה אובייקטיבי-חיצוני, אין לסטות מעיקרון זה. הנמכת סטנדרט ההתנהגות לטובת חולה הנפש, היינו קביעת רף נמוך יותר של התנהגות מזה הנדרש מהאדם הסביר, תחייב סטייה שכזו לטובת כל אדם הנופל בתכונותיו מאלה של האדם הסביר.¹⁰⁰ בפקודת הנזיקין, העוולה העיקרית המתבססת על יסוד נפשי של רשלנות היא עוולת הרשלנות.¹⁰¹

יש לשים לב לכך שאם נבחר לפטור את הלקוי בנפשו מאחריות בנזיקין בעוולות כוונה וזדון, אך לחייבו בעוולת הרשלנות, אנו עלולים ליצור בעיה. עולת הרשלנות חובקת את כל תחום ההתנהגויות הבלתי ראויות שגרמו לנזק, וניתן "לעקוף" באמצעותה את העוולות הפרטיקולריות. כאשר נקבע שהמזיק היה משולל היסוד הנפשי הדרוש להטלת האחריות בעוולה פרטיקולרית, הוא ימצא עצמו חייב משום שלא עמד בסטנדרט ההתנהגות הסביר.¹⁰² כך ייוותר חולה הנפש חב, אלא שלא בעוולה א' כי אם בעוולה ב'.

זאת ועוד, ניתן למצוא עוולות בהן לא נדרש יסוד נפשי כלשהו לשם גיבוש העוולה, כי אם נבחנת אך ורק שאלת קיומו של נזק. מודל זה נקרא מודל של אחריות חמורה (strict liability). כאמור, אחריות זו אינה תלויה בהתנהגות אישית מזיקה של האדם, כי אם מוטלת בכל מקרה בו נגרם נזק.¹⁰³ על פי מודל זה, המקרה היחיד שבו יהיה המזיק פטור, הנו כאשר פעל במצב של אוטומטיזם שפוי.¹⁰⁴ הדעה הרווחת היא כי הגנת אי-שפיות הדעת אינה חלה על מזיק שביצע עוולה המבוססת על אחריות חמורה.¹⁰⁵ כך, למשל, חולה הנפש לא יהיה פטור מאחריות בגין עוולת הגזל.¹⁰⁶

לטעמנו, ההבחנה בין המקרים, שבהם ראוי להטיל אחריות על חולה הנפש בנזיקין, על פי היסוד הנפשי הדרוש בכל עוולה, איננה ברורה וחד-משמעית. קיימת הסכמה כי יש להטיל אחריות בגין עוולות הנעדרות דרישת יסוד נפשי – עוולות אחריות חמורה – וכי אין להטיל אחריות שכזו בגין עוולות כוונה מיוחדת וזדון, אך בנוגע לעוולות שבהן היסוד הנפשי הדרוש הוא כוונה או רשלנות, אין הסכמה.

בנוסף, וכפי שצינו, מתן פטור מאחריות בעוולות כוונה ואי-מתן פטור בעוולות רשלנות עלול לגרום ל"עקיפת" עוולות הכוונה באמצעות שימוש בעוולת הרשלנות, שהנה עוולת מסגרת. כך עלול להיות עניינו של חולה הנפש תלוי בעניין טכני: בעוולה שצוינה בכתב התביעה. אם אמנם מונחים שיקולי צדק ביסוד ההחלטה לפטור (או שלא לפטור) את חולה הנפש, אלו אמורים לחול גם על עוולות הרשלנות. הבחנה בין המקרים שבהם ראוי או לא ראוי להטיל אחריות על בסיס היסוד הנפשי לא

¹⁰⁰ י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137-138.

¹⁰¹ ס' 35 לפקודת הנזיקין.

¹⁰² י' גלעד, לעיל ה"ש 83, בעמ' 648-649. אין בכוונתנו לטעון שמצב זה מיוחד רק למצבים של מחלת נפש, שכן קושי זה קיים כל אימת שקיימת עוולת מסגרת, אלא שבמצבים דן הקושי מתחדד.

¹⁰³ י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 123.

¹⁰⁴ שם, בעמ' 138-139; *Salmond and Heuston*, לעיל ה"ש 95, בעמ' 416.

¹⁰⁵ שם, שם.

¹⁰⁶ ס' 52 לפקודת הנזיקין.

תמיד תביא אפוא לידי התוצאה הרצויה, היינו לצמצום המקרים שבהם ייגרם אי-צדק. לטעמנו, שיקול אופי העוולה יכול להיות שיקול אחד מן השיקולים שאותם יש להביא בחשבון, אך הוא אינו יכול להיות השיקול היחיד.

נפנה כעת לבחינה רחבה יותר של השיקולים שמן הראוי שינחו את בתי המשפט בבואם לגבש הכרעה, וזאת בהתבסס על שלוש גישות פרדיגמטיות: היעדר פטור, פטור מלא או פטור חלקי.

ו. הטלת אחריות על חולה הנפש – אי מתי?

הגישה הראשונה להתמודדות עם הבעיה גורסת, כפי שנאמר, כי חולה הנפש אחראי ככל אדם אחר למעשיו ולכן תוטל עליו אחריות בנזיקין. הנימוק המרכזי להצדקת גישה זו הוא שבבסיס דיני הנזיקין מונח רעיון הפיצוי ולא רעיון האשמה. גישה זו אומצה על ידי השופט עמית בעניין **כרמי**. כפי שטענו לעיל, גישה זו אינה ראויה שכן אינה מתיישבת עם עקרונות הצדק המתקן, ולכן נראה כי אינה מדויקת כשלעצמה.

זאת ועוד, גם אם נקבל את הטענה – השנויה במחלוקת – שמטרת דיני הנזיקין הנה לפצות את הניזוק על נזק שנגרם לו, הרציונלים שלפיהם אנו מטילים אחריות בנזיקין על המזיק, לא בהכרח חלים בעניין חולה הנפש. אף לדעתו של אנגלרד, הלכה המטילה אחריות על מעשים בלתי רצוניים נראית מרחיקת לכת ו"תביא לידי חוסר התאמה בולט ובלתי מוצדק בין המקרים של כוח עליון ושל כורח, שבהם קיים פטור, לבין אלו של פעולות שבוצעו בחוסר הכרה בגלל סיבה פנימית, שבהם תהיה קיימת אחריות מלאה".¹⁰⁷

הגישה השנייה, כאמור, מאמצת את כללי מקינוטן מהמשפט הפלילי ומכניסה אותם אל תוך דיני הנזיקין, ולפיהם אם המזיק לא הבין את טבע מעשיו ואת טיבם, אין להטיל עליו אחריות נזיקית. כאמור, בישראל הורחבו כללים אלו, ולמבחן הקוגניטיבי נוספה הגנת דחף לאו בר כיבוש.¹⁰⁸ השופטת וילנר בעניין **כרמי** קיבלה גישה זו, וקבעה כי לשם הטלת אחריות בנזיקין יש צורך ברצון חופשי ואין די ברצייה בלבד.¹⁰⁹ לעומתה, אנגלרד בספרו והשופט נוימן בעניין **סמין** סוברים כי כדי לגבש עוולה בנזיקין, רצייה לבדה מספיקה ואין דרישה לרצייה חופשית.¹¹⁰

חסרונה של גישה זו טמון בכך שהיא מתעלמת מהבדלים בין המשפט הפלילי ובין דיני הנזיקין. המשפט הפלילי מאורגן על בסיס הענשה, גמול והרתעה, ואילו דיני הנזיקין, על רכיב דיני הפיצויים שבהם, מאורגנים, בדרך כלל, על בסיס השבת מצב הניזוק לקדמותו. מתן פטור מאחריות בנזיקין לפי גישה זו יגרום לכך שבכל המקרים שבהם מעורבים מזיקים חולי נפש, הניזוקים ישאו בכל

¹⁰⁷ יי אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 137.

¹⁰⁸ הגנה זו עוגנה בס' 34(2) לחוק העונשין.

¹⁰⁹ השופטת וילנר בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

¹¹⁰ עניין **סמין**, לעיל ה"ש 35, בעמ' 169; יי אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 136-137.

נטל הנזק שנגרם להם¹¹¹. תוצאה זו איננה צודקת הן משום שנעדר ממנה מרכיב פיזור הנזק, והן משום שקשה להתעלם מכך שלפנינו ניזוק חף ומזיק אשם סובייקטיבית, הרוצה לגרום לנזק (אף שרצון זה אינו חופשי). יתרה מזו, מבחינה מדעית אין אנו בטוחות כי המשפט יודע דיו על תופעות אי-השפיות. אי-ידיעה זו אמורה לגרום לזהירות יתר בטרם יישלח אדם לכלא, אך לא בטוח שאי-ידיעה זו אמורה לפטור אדם מחבות נזיקית באותו האופן ולהותיר את הנפגע בלא פיצוי.

זאת ועוד, שימוש בפטור רחב שכזה עשוי לפתוח פתח לטענות סרק של אי-שפיות וניסיונות להתחמק מאחריות. בהליך הפלילי קיימת הקפדת יתר על מרכיבי ההליך השונים (גם אם נטל הראיה עשוי להיות שווה מבחינה פורמלית לעניין טענת חוסר האחריות), ואילו במשפט אזרחי ההליך עשוי להיות קפדני פחות ולצדדים נטייה להגיע לפשרה כספית במרבית התיקים. אם אכן זו המציאות, קיים תמריץ להעלות טענות בדבר היעדר כושר נפשי שקשה להוכיחן או להפריכן (לא כל שכן טענות סרק) המייקרות את ההליך לתובע ומכל מקום מסרבנות את המערכת.

על אף האמור לעיל, הטלת אחריות על חולה הנפש עשויה לעודד את האחראים לחולה הנפש להגביר את הפיקוח עליו, אם תוטל גם עליהם אחריות, ישירה או נגזרת, וכך למעשה יצומצם הסיכוי להתרחשות הנזק. נשאלת השאלה אם לחולי נפש יש בעולם המציאות אחראים כפי שיש אחראים לקטינים המצויים מתחת לגיל האחריות הנזיקית. אם התשובה חיובית, ניתן לטעון שיש להשוות את היחס כלפי קטין אשר פעל מתוך כוונה סובייקטיבית אך מוגדר כנעדר אחריות בנזיקין ליחס שלו זוכה חולה נפש. לדעתנו, בעולם המעשה אין זה כה פשוט לאתר אחראים לחולה נפש כפי שניתן לאתר אחראים לקטינים, אך רצוי היה שלכל חולה נפש יהיה אחראי שניתן לאתרו.

הגישה השלישית פוטרת את המזיק רק אם פעל מתוך אוטומטיזם – ללא רצייה. גישה זו פוטרת כאמור את המזיק מאחריות לפי עוולות שאינן דורשות יסוד רצוני, בעוד עוולות המבוססות על דרישת אשמה סובייקטיבית אינן פוטרות אותו. אנגלרד מאמץ גישה זו, ומצדיק אותה בנימוק שיש לפרש את המונח "מעשה" שבפקודת הנזיקין לפי המשפט האנגלי, שבו משמעותו: תנועה רצונית. לדעתנו גם אין להכניס לתוך תחום דיני הנזיקין את המבחנים המסובכים של המשפט הפלילי בדבר הגנת אי-שפיות הדעת.¹¹²

בעניין **כרמי** השופטת וילנר שוללת גישה זו וטוענת כי אין להטיל אחריות בנזיקין על המזיק, אם הוכח כי אף שהמעשה לוה ברצייה, מקור הרצייה היה במחלת נפש. בשעת מעשה המזיק נעדר חופש רצון בעטייה של מחלת הנפש שהשתלטה עליו ושללה ממנו את כושר ההכרעה. יתרה מזו, רצייה שאיננה חופשית הנה רצייה אובייקטיבית טכנית, אשר אינה מתיישבת עם יסוד נפשי המבוסס על אשמה סובייקטיבית. לטעמה, האשמה הסובייקטיבית ההכרחית לצורך הטלת אחריות בנזיקין, מחייבת התחשבות מלאה במצבו הנפשי של המזיק בשעת המעשה. לדידה אין כל הצדקה משפטית,

¹¹¹ זאת למעט מקרים שבהם ניתן יהיה להטיל אחריות נזיקית על האחראי לחולה הנפש או על כל גורם אחר (למשל, מוסד לחולי נפש) אשר הפרו את חובת הזהירות כלפי הניזוק.

¹¹² י' אנגלרד, לעיל ה"ש 6, בעמ' 136.

אתית וחברתית להבחין בין מי שפועל מתוך אוטומטיזם פיזי, כלומר בהיעדר רצייה, ובין מי שפועל מתוך אוטומטיזם נפשי, כלומר בהיעדר רצון חופשי.¹¹³

לדעת השופטת וילנר, הטלת אחריות על חולה הנפש איננה צודקת, וכן העמסת הנזק על שכם חולה הנפש, כמוה כקביעה כי חולה הנפש אשם במובן כלשהו בביצוע המעשה.¹¹⁴ לעומת זאת השופט אלרון דוחה גישה זו וטוען כי היא מציבה את "הגנת" המעוול חולה הנפש במרכז, ומזניחה למעשה את זכויות הניזוק החף מפשע אשר נקלע לזירת מעשיו המטורפים של המזיק.¹¹⁵

לדעתנו, משום שהטלת אחריות על הלוקי בנפשו או אי-הטלתה יגרמו עוול למי מהצדדים, ייתכן שראוי לפתח את גישת הפטור החלקי באופן שונה מעט. לדעתנו, ראוי לחלק את הנשיאה בנטל בין הניזוק למזיק, באופן שהמזיק יישא, בתנאים מסוימים, באחריות מופחתת, וזאת באנלוגיה לאחריות המופחתת המקובלת במקרים מסוימים במשפט הפלילי, אך משיקולים אחרים. הצידוק המרכזי לגישתנו זו הנו חלוקתי בעיקרו: יש לפזר את הנזק, בין היתר בהתחשב באשם. כדי לקבוע כיצד יש לחלק את הנטל, יהיה צורך לבחון כל מקרה ומקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו הייחודיות.¹¹⁶ ייתכן שהחיסרון בכלל שכזה נעוץ בעלות התדיינות גבוהה, אולם יש לזכור, שוודאות וחסכון אינם חזות הכול, וכי אין זה ראוי שזכויות מהותיות תקופחנה בשם הרצון להתייעל.¹¹⁷ שיקולים שצריכים להביא בחשבון הם, בין היתר:

- מהות וטיב ליקוי הנפש במועד הרלוונטי: האם למזיק אין שליטה במעשיו **בכלל**?
- צפיות קרות המעשה: האם המזיק מודע לכך שהוא צפוי לאבד שליטה? ככל שקיימת מודעות טרומית לפעילות הצפויה עקב מחלת הנפש ובכלל זה לאפשרות קרות הנזק, קיימת הצדקה, לדעתנו, להשית חלק מן הנזק על כתפי המזיק.
- האינטרס המוגן – הנטל שיישא בו מזיק שגרם לנזקי גוף יהיה גדול מזה שיישא בו מזיק שגרם לנזק ברכוש. אמנם גישה אנליטית הייתה דורשת שטיב האינטרס יהיה רלוונטי רק כאשר המזיק מבין את חשיבות האינטרס, ולעתים חולי נפש אינם מסוגלים לכך, אולם קיימות מחלות נפש המאפשרות לחולים בהן להבין, בעודם מנותקים מן האירוע, את טיב האינטרס הנפגע. זאת ועוד, שיקול זה מתייחס לנפגע, ולא לפוגע, מתוך כוונה להגיע לחלוקת נזק שניתן להצדיקה. במתכונת חלוקה זו, ניתן לשקול גם את היקף הנזק: נזק שאינו מותיר השלכות ארוכות טווח ניתן, לדעתנו, להשאיר על כתפי הניזוק, למרות היותו חף; נזק חמור יותר מעורר תחושת חוסר-הגינות חריפה יותר, ולפיכך יש להשית לפחות חלק ממנו על כתפי המזיק.

¹¹³ פסק דינה של השופטת וילנר בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

¹¹⁴ שם. ראו גם מאמרו של "י" בזק "אשם אך אינו אשם" **הפרקליט** מז(מא) (תשס"ד-2003) 212. דברים אלו נאמרו לעניין אחריות חולה הנפש בפלילים, אך הם יפים גם לענייננו.

¹¹⁵ פסק דינו של השופט אלרון בעניין **כרמי**, לעיל ה"ש 2.

¹¹⁶ גישה דומה ניתן למצוא בעניין *Breunig v American Family Insurance Co.* [45 Wis. 2d 536, 173 N.W. 2d 619 (Wis. Sup. Ct., 1970)] שניתן בארצות הברית, ולפיו יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, תוך התחשבות בטיב ובטבע של מחלת הנפש ובהשפעתה על החולה. בנוסף, יש להתחשב בשאלה אם לחולה הנפש הייתה מודעות קודמת להיותו נתון לליקוי נפשי שכזה.

¹¹⁷ ע"א 9946/01 **אררט חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי**, נח (1) 103, 112-113.

- צפיות היתכנות המעשה על ידי גורמים אחרים מעורבים – "המעגל החיצוני" של המשגיחים והמאבחינים את הליקוי הנפשי. ככל שקיימת צפיות רבה יותר, כך ניתן לטעון לאחריות שילוחית או נגזרת, ואולי אף לפתח דוקטרינה המטילה אחריות ישירה, משיקולי אשם ופיזור נזק.

ז. סיכום

שאלת הטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש, שנידונה בעניין **כרמי**, הנה שאלה סבוכה שהטרידה שופטים ומלומדים רבים במהלך ההיסטוריה המשפטית, בארץ ובעולם. הגנת אי-שפיות הדעת, כמתכונתה במשפט הפלילי, פוטרת את הלקוי בנפשו מאחריות למעשים שביצע בשל מחלתו. הבסיס לפטור זה נובע מההכרה כי חולה הנפש אינו בר דעת ואינו מסוגל להכריע בין קווי התנהגות חלופיים. רציונל זה הוא שמביא את המשפט לדון בשאלת אחריותו של חולה הנפש גם בדיני הנזיקין, שכן הטלת אחריות למעשים שביצע בעודו משולל יכולת להימנע מלעשותם גורמת לתחושת אי-נוחות.

מסקירת המשפט הפוזיטיבי בישראל, נראה שאין תשובה ברורה באשר לאחריותו של חולה הנפש בנזיקין. מוסכם על הכול, כי מחלת נפש אינה מעניקה כשהיא לעצמה פטור אוטומטי מאחריות בנזיקין. פקודת הנזיקין אמנם אינה מעניקה במפורש הגנה לחולה הנפש בגין מעשה נזיקי שביצע, אולם הדעה הרווחת גורסת כי אין מדובר בהסדר שלילי, אלא בחסר. משמעות הדבר הנה כי המחוקק לא שלל עקרונית מתן פטור לחולה הנפש מאחריות בנזיקין.

הפסיקה בישראל דנה בעניין פעמים אחדות וניתן להיווכח במגוון של השקפות שבוטאו בהן. הנושא מעולם לא נידון בבית המשפט העליון, ועל כן אין הלכה מחייבת. פסק הדין האחרון שדן בסוגיה ניתן בעניין **כרמי**, ובו נקבע שבדרך כלל אין מניעה להטיל אחריות נזיקית על חולה הנפש. אי-ההסכמה בין השופטים בפסק הדין נסבה על המקרים הראויים להטלת אחריות שכזו ועל ההצדקות לכך.

במשפט המשווה ניתן למצוא קשת רחבה של דעות, ללא הלכה אחידה; המגמה הכללית היא של היעדר עקיבות בהכרעות. אף בתוך כל אחת משיטות המשפט קיימות הנמקות סותרות.

לדעתנו, מטרתם העיקרית של דיני הנזיקין בישראל היא לחייב את המזיק לפצות את הניזוק כאמצעי להשיב את מצב הניזוק למצב שבו היה נתון אילו לא התרחש המעשה הנזיקי. הטלת האחריות על המזיק מוצדקת ברציונלים של גמול והרתעה, שיקולי צדק מתקן – ואולי אף תחושת "מוסר נוהג" – ושיקולים כלכליים.

עולה כי הטלת אחריות על חולה הנפש אינה תואמת ברוב המקרים את הרציונלים של ענישה והרתעה ואת השיקולים כלכליים, מאחר שאינם משפיעים על המזיק חולה הנפש.

לעומת זאת, שיקולי מוסר והגינות עשויים להוות מודל מתאים לבחינת אחריותו של חולה הנפש, שכן שיקולים אלו חיצוניים במידה מסוימת להחלטות המזיק ואינם תלויים רק בו. שיקולי הגינות תומכים בהטלת אחריות על חולה הנפש, שאם לא כן הניזוק החף יישא בנטל הנזק, מצב

הנתפש כלא הוגן. מנגד, הטלת מלוא האחריות על הלקוי בנפשו, בגין מעשה שביצע בהשפעת מחלתו, אינה הוגנת אף היא, ואינה מתיישבת עם דרישות הצדק המתקן.

קיימות גישות שונות באשר לשאלת הטלת האחריות על חולה הנפש בנזיקין. הגישה הראשונה גורסת כי חולה הנפש אחראי למעשיו בנזיקין ככל אדם אחר. הגישה השנייה מחילה את מבחני המשפט הפלילי על דיני הנזיקין ופוטרת את חולה הנפש בנזיקין כל אימת שהוא פטור במשפט הפלילי. הגישה השלישית קובעת כי אחריות נזיקית תוטל על לקוי הדעת, כאשר התמלא היסוד הנפשי הדרוש לגיבוש העוולה, גם אם יסוד זה נובע ממצבו הנפשי. לכל אחת מן הגישות תומכים ומתנגדים.

לדעתנו, הדרך הראויה להתמודד עם סוגיה סבוכה זו איננה בקביעה אם להטיל את נטל הנזק על המזיק או על הניזוק, משום שבכל מקרה ייגרם אי-צדק לאחד הצדדים. על כן לטעמנו ראוי לחלק בין הניזוק למזיק את הנזק שנגרם, לפי נסיבות כל מקרה ומקרה. על חלוקה זו להתבצע תוך שקילת שיקולים כגון האינטרס המוגן, היקף ומהות הנזק ויכולת הפיקוח על חולה הנפש. אנו מודעות לכך שמודל זה עלול לפגוע בוודאות המשפטית, שהנה עקרון יסוד במשפט, אולם לנוכח התדירות הנמוכה שבה מתרחשים מקרים אלו ומשום שהמשפט לא הצליח למצוא פתרון משפטי הולם, הפגיעה בוודאות הנה מחיר נמוך שצריך לשלם עבור השגת צדק. על כל פנים, לדעתנו, מן הראוי שיתקיים דיון מעמיק בנושא – אם באולם בית המשפט או במליאת הכנסת – כדי להגיע לפתרון בר הצדקה. מן הראוי שבדיון זה ישלבו מומחים מתחום הפסיכולוגיה, תורת המוסר והכלכלה, לצד אנשי המשפט.