

הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית

להכרעת הדין במקרה הספציפי

בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול¹

מאת

בועז שנוור*

מבוא – עניין מלול. פרק א: דעות השופטים בפסק הדין וההכרעה למעשה. פרק ב: הסברים מהותיים אפשריים להכרעה בניגוד לדין הפסוק; 1. הפרוספקטיביות של התקדים; 2. הסכמת הצדדים; 3. פתרונות יצירתיים למקרים קשים – סודות מן החדר. פרק ג: משמעותה של הכרעה קונקרטיה המנותקת מן הדין; 1. פגיעה בשוויון; 2. המסר לשופטי הערכאות דלמטה; 3. השלכות פסיכולוגיות על השופטים ותהליך השפיטה; 4. הפרדת הרשויות; 5. פרוצדורה שיפוטית או חקיקתית?; 6. התמריצים על צדדים עתידיים; 7. על ההלכה המחייבת. פרק ד: הסבר אפשרי – הטיית המצב הקיים, אפקט הבעלות ונוגדי-מציאות; 1. נוגדי-מציאות; 2. הטיית המצב הקיים ואפקט הבעלות. פרק ה: סיכום.

מבוא – עניין מלול

לאחרונה נתן בית המשפט העליון בהרכב של תשעה שופטים² פסק דין בדנ"א מלול. דיון נוסף הוא הליך נדיר³, בעניינים אזוריים בכלל⁴ ובדיני נזיקין בפרט⁵. קל וחומר שכך

1 (פורסם בנבו, 31.8.2010) (להלן: "דנ"א מלול" או "עניין מלול")
* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת-גן. המחבר מודה לאייל כתבן, לתמר גדרון, לקורא האנונימי ולחברי מערכת עלי משפט על הערותיהם המועילות למאמר זה.
2 הרכב השופטים כלל את הנשיאה ביניש, המשנה לנשיאה ריבלין והשופטים פרוקצ'יה, לוי, גרוניס, נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן.
3

הוא בהרכב כה גדול⁶. פסק הדין המקיף והיסודי של בית המשפט מתאים בהיקפו למאורע הנדיר והוא מחזיק מאתיים ועשרה עמודים, היקף אשר אמור להישמר רק לדיונים עקרוניים. אכן, הדיון המשפטי שנערך בעניין מלול נוגע לעניין עקרוני ביותר – פסיקת פיצוי הסתברותי. אולם ייחודו של מקרה זה, ייחוד שבו אתמקד ברשימה זו, הוא שפסיקתו המעשית של בית המשפט מנוגדת להלכה העקרונית שאותה קבע, דבר המעורר קשיים ניכרים ומצריך הסבר.

עובדות המקרה שעמד לדיון בעניין מלול פשוטות יחסית. עדן מלול נולדה פגה בניתוח קיסרי. רופאי בית החולים כרמל התרשלו במהלך הלידה והתעכבו עיכוב ניכר בביצוע ניתוח קיסרי שהיה דרוש. כיום עדן מלול סובלת מנכות של 100%. השאלה המשפטית העקרונית שהביאה לדיון הנוסף נוגעת רק לשאלה עובדתית אחת שנותרה בספק – מה גרם לנכותה של עדן מלול – האם הפגות, שבעניינה אין לבית החולים אחריות? או הרשלנות הרפואית, שבגינה חב בית החולים? בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נקבע שבמקרה של ספק בלתי

- 3 מאז 1.1.2000 ועד לדנ"א מלול ניתנו בסך הכול ארבעים ושישה פסקי דין של הרכב בהליך של דיון נוסף.
- 4 בעשר השנים שחלפו מאז 1.1.2000 ניתנו סך הכול עשרים ושלושה פסקי דין בהליך של דיון נוסף אזרחי על ידי הרכב, דהיינו קצת יותר משני פסקי דין לשנה בממוצע.
- 5 מתוך עשרים ושלושה פסקי הדין שניתנו על ידי הרכב בהליך של דיון נוסף אזרחי מאז 1.1.2000 ועד לדנ"א מלול (כשני תיקים לשנה בממוצע), רק תשעה היו קשורים לנזיקין, דהיינו פחות מחצי פסק דין לשנה בממוצע. מתוך תשעה אלה שלושה עסקו בחוקים שאינם חוקים נזיקיים קלסיים: חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959 (דנ"א 5343/00 קצין התגמולים נ' אביאן, פ"ד נו(5) 732 (2002)), חוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957 (דנ"א 11196/03 גרנות נ' הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד ס(3) 88 (2005)) וחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003)). שני פסקי דין נוספים עסקו בפרשנות חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (דנ"א 10017/02 קרנית נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(5) 639 (2004)) ודנ"א 4015/99 רותם חברה לביטוח נ' מזאווי, פ"ד נז(3) 145 (2002); ופסק דין נוסף עסק במערכת היחסים בין המוסד לביטוח לאומי לבין חברות הביטוח בהקשר של חוק זה (דנ"א 10114/03 המוסד לביטוח לאומי נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד ס(4) 132 (2006)). רק שלושה פסקי דין עסקו בנושאים נזיקיים קלסיים – דנ"א מלול שבו עוסקת רשימה זו; דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721 (2003) אשר עוסק ברשלנות רפואית במצב של שינוי הדרגתי של הפרקטיקה הרפואית; דנ"א 5033/98 קופת חולים מכבי נ' חכם, פ"ד נד(1) 410 (2000) אשר עסק בתקופת ההתיישנות של תביעות המוגשות על ידי תובעים הלוקים בשכלם.
- 6 מתוך עשרים ושלושה פסקי הדין שניתנו על ידי הרכב בהליך של דיון נוסף אזרחי מאז ה-1.1.2000, ארבעה ניתנו על ידי הרכב של חמישה שופטים, ששה-עשר ניתנו על ידי הרכב של שבעה שופטים, ורק שלושה ניתנו על ידי הרכב של תשעה שופטים.

פתיר מסוג זה באשר לשאלת הקשר הסיבתי, ובהתקיים תנאים נוספים, אפשר להסתפק בקביעת קשר סיבתי הסתברותי⁷. דהיינו, מאחר שלדעת בית המשפט העליון הוכח כי יש סיכוי של 20% שיש קשר סיבתי בין התרשלות הרופאים לבין נזקי התובעת, היא תקבל פיצוי של 20% מנזקה⁸. הלכה זו של קביעת קשר סיבתי הסתברותי הייתה בגדר חידוש בנושא ששיטות משפט רבות מתחבטות בו. מאחר שכך, היא הועמדה לדיון נוסף שיוחד לעיסוק בסוגיה של "פסיקת פיצוי בדין הנזיקין על-פי הסתברות"⁹: אם יכול בית המשפט, כאשר הוא נמצא בסוף המשפט במצב של חוסר ודאות באשר לקשר הסיבתי, לפסוק פיצוי חלקי-יחסי לתובע אשר ישקף את ההסתברות שהתובע אכן צודק בתביעתו.

המחלוקות בין השופטים בנושא פסיקה יחסית והדין הרצוי בנושא הם נושאים מעניינים וחשובים כשלעצמם, ויש להניח שעוד ידובר בהם רבות, הן בכתיבה אקדמית אשר תנתח את פסיקת בית המשפט ותבקרה, הן בפסיקה עתידית אשר תמשיך ותקבע את גבולות השימוש בפסיקה יחסית¹⁰. עם זאת רשימה זו אינה עוסקת בנושא זה אלא דווקא בתוצאה האופרטיבית שנקבעה בפסק הדין, לאור הלכה זו.

המיוחד לענייננו בעניין מלול הוא שבית המשפט פסק הלכה אך לא נהג לפיה בבואו לקבוע את התוצאה האופרטיבית של פסק דין. למרות שמדעת הרוב עולה כי התובעת-המשיבה הייתה אמורה להפסיד בתביעתה (או שהדיון היה אמור לחזור לבית המשפט המחוזי להמשך בירור), קבע בית המשפט כי כעניין מעשי יישאר הכסף ששולם לתובעת בידיה ולא יוחזר לנתבעים¹¹.

עניין מלול לא נשאר בודד בגישה זו. בעקבותיו הלך בית המשפט העליון גם בעניין היימן¹², שנפסק לאחר כתיבתה של רשימה זו, שם תרמו התובעים כליות לבני משפחותיהם ותבעו פיצוי מקופת חולים וממשרד הבריאות. בית המשפט המחוזי פסק כי כל אחד

7 ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11, פס' 25–26 לפסק הדין (2005).

8 שם, פס' 31 לפסק הדין.

9 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, החלטתו של המשנה לנשיא חשין מיום 22.11.2005 (פורסם בנבו).
10 השופטים בדנ"א מלול היו מודעים לעובדה שלאור חשיבות הנושא, אמירתם אינה בבחינת סוף פסוק, אלא רק בגדר הבהרה שתאפשר להמשיך ולפתח את הדיון בנושא הפסיקה היחסית בהמשך (ראו שם, פס' 55 לפסק דינו של המשנה לנשיאה, פס' 9, 137 לפסק דינה של השופטת נאור).

11 שם, פס' 45, 55 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, סיכום פסק הדין.

12 ע"א 8447/06 קופת חולים מאוחדת נ' היימן, פס' 55 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה ופס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 22.5.2011).

מהתובעים יקבל שלושים אלף שקל. בית המשפט העליון הפך החלטה זו וקבע כי תביעת התובעים תידחה, אך הוסיף כי התובעים פטורים מלהשיב כספים שכבר קיבלו. בית המשפט נימק הכרעה זו בנסיבות המקרה ובכך שחוק השתלת אברים, התשס"ח–2008, אשר נכנס לתוקף לאחר ניתוחי ההשתלה מושא התביעות, מאפשר לתת פיצוי למי שתממו כליות לקרוביהם לאחר כניסתו לתוקף.

פסקות מעין אלה מעוררות את השאלה שבה תעסוק רשימה זו: אם וכיצד יכול בית משפט אזרחי להחליט כי אף על פי שהתביעה שלפניו לא הוכחה ברמת ההוכחה שהוא דורש, ולכן מן הדין – כעניין עקרוני – לדחותה, במקרה המיוחד העומד לפניו ראוי להגיע לתוצאה אחרת, אשר מנוגדת לדין. שאלות אלה ייבחנו תוך התמקדות בעניין מלול, אשר יצר את התקדים בנושא.

בפרק א אנתח את דעות השופטים בפסק דין מלול ואעמת אותן עם ההכרעה הקונקרטית של פסק הדין; בפרק ב אציג טכניקות שונות שעשויות לסייע לבתי משפט במצבים שבהם אין הוא רוצה להחיל את ההלכה העקרונית על המקרה הקונקרטי. ניתוח טכניקות אלה יראה כי בעניין מלול בחר בית המשפט שלא להשתמש אף באחת מהן, ובמקום זאת החליט בית המשפט לסטות מההלכה העקרונית סטייה חזיתית; בפרק ג אנתח את הנפקויות של סטייה זו ואראה כי עשויות להיות לה תוצאות שליליות מרחיקות לכת; בפרק ד אציע הסבר אפשרי מתחום הניתוח הביהיוריסטי של המשפט לבחירת השופטים לסטות מההלכה במקרה זה.

פרק א: דעות השופטים בפסק הדין וההכרעה למעשה

דעות השופטים בבית המשפט נחלקו ופסק הדין כולל שמונה חוות דעת מנומקות¹³. ריבוי השופטים והדעות מחייב ניתוח של הדעות השונות כדי להגיע לדעת הרוב שהיא שתיחשב להלכה המחייבת שקבע בית המשפט¹⁴.

אפשר לחלק את דעות השופטים בדנ"א מלול לארבעה גוונים עיקריים: שלושה שופטים¹⁵ סברו שיש לקבל את רעיון הפסיקה היחסית, אך רק במקרים שבהם הנתבע יצר סיכון חוזר אשר לגביו יש הטיה נשנית. הטיה נשנית היא השם שנתן המשנה לנשיאה ריבלין

13 השופט לוי הסתפק בהוספת "אני מסכים" לפסק דינו העקרוני של המשנה לנשיאה ריבלין.

14 סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, קובע כדלהלן: "(א) בית משפט הדין במוטב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב. (ב) באין רוב לדעה אחת בענין אזרחי, תכריע דעת אב-בית-הדין".

15 הנשיאה ביניש, המשנה לנשיאה ריבלין והשופט לוי.

לסוג המקרים שבהם הנתבע עוסק בפעילות אשר חוזרת על עצמה ואשר יוצרת סיכונים חוזרים ונשנים, כאשר שיעור הסיכון שנוצר על ידי אותם סיכונים גבוה או נמוך בעקיבות מקו ה-50% (כלומר שההסתברות לקיומו של קשר סיבתי תהיה מאותו צד של קו ה-50% בכל המקרים). לדעה זו אפשר לפסוק פסיקה יחסית רק במקרי הטיה נשנית. במקרים אחרים, שבהם אחד מתנאים אלה איננו מתקיים, למשל כי זוהי יצירת סיכון חד-פעמית מצד הנתבע, ראוי לדחות את רעיון הפסיקה היחסית. להלן נכנה דעה זו "הטיה נשנית".

ארבעה שופטים¹⁶ סברו שאפשר לפסוק פסיקה יחסית גם במקרים שבהם הנתבע יצר סיכון בודד שאינו נשנה, ובלבד שהוכח שיש סיכוי משמעותי¹⁷ שאכן קיים קשר סיבתי, שמדובר בנזק גוף, ושקיים חוסר ודאות מובנה¹⁸ באשר לקביעת הקשר הסיבתי¹⁹. להלן נכנה דעה זו "פסיקה יחסית".

השופט גרוניס סבר שאין שום מקום לפסיקה יחסית בתביעות אזרחיות במקרים שאינם מקרי הטיה נשנית. מאחר שלדעתו מקרה מלול אינו מקרה של הטיה נשנית, הוא העדיף להשאיר בצריך עיון את האפשרות לפסוק פסיקה יחסית במקרים אלה בהמשך. השופטת פרוקצ'יה סברה שקבלת רעיון הפסיקה היחסית יכולה להיעשות רק על ידי המחוקק ולכן דחתה אותו כליל.

אפשר לסכם את הדעות המרכזיות בטבלה:

- 16 השופטים נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן.
- 17 השופטת נאור נמנעה במכוון מקביעת רף מספרי להסתברות שתיחשב ל"משמעותית" (פס' 116 לפסק דינה). עם זאת יש לזכור כי בערעור האזרחי הייתה מוכנה השופטת נאור לפסוק פסיקה יחסית כשהסיכוי לקיומו של קשר סיבתי עמד על 20%.
- 18 לדעתו של השופט ג'ובראן, הלכה זו תהיה מוגבלת רק למקרים שבהם חוסר הוודאות נובע מחוסר ודאות מדעי (פס' 12-16 לפסק דינו). כפי שמציינת בצדק השופטת ארבל (פס' 10 לפסק דינה), בפועל אין הבדל גדול בין שני הקריטריונים כיוון שמרבית המקרים שקיימת בהם עמימות מובנית נובעים מחוסר ודאות מדעי. מאחר שכך, ובייחוד משום שלא הייתה מחלוקת בין ארבעת השופטים בדבר התוצאה האופרטיבית – על מלול לקבל גם את שארית הפיצויים שנפסקו לטובתה בערעור האזרחי – נתייחס בהמשך לדעות ארבעת השופטים כדעה אחת תוך התעלמות מגורם זה.
- 19 לדעתה של השופטת נאור, הלכה זו יכולה להיות מופעלת רק לטובת התובע (פס' 118-120 לפסק דינה). עם זאת ראו את הפרשנות שנתן לדברים המשנה לנשיאה ריבלין בפס' 54 לפסק דינו.

השופטים / העניין שבמחלוקת	מצדדי ההטיה הנשנית (ביניש, ריבלין, לוי)	מצדדי הפסיקה היחסית (נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן)	דעת השופט גרוניס	דעת השופטת פרוקצ'יה
האם ראוי שמעבר לפסיקה יחסית ייעשה על ידי בית המשפט?	כן	כן	כן	לא
האם ראוי לעבור לפסיקה יחסית במקרים בודדים?	לא	במקרים מסוימים*	לא	לא דנה
האם ראוי לעבור לפסיקה יחסית במקרים שקיימת בהם הטיה נשנית?	כן	במקרים מסוימים*	בצריך עיון	לא דנה
האם מקרה זה הוא מקרה של הטיה נשנית?	לא ידוע	לא ²⁰	לא	לא דנה

* קיימים הבדלים מסוימים בין השופטים השונים (בעיקר בין השופט ג'ובראן לשאר השופטים המצדדים בפסיקה היחסית) באשר לזהות המקרים שבהם אפשר לעבור לפסיקה יחסית.

ההבדלים העקרוניים בין ארבע הגישות שהביעו השופטים יצרו מטבע הדברים הבדלים גם באשר לתוצאה שאליה יש להגיע במקרה הקונקרטי:

לפי דעתם של המצדדים בפסיקה יחסית, מתקיימים במקרה זה כל התנאים לפסיקה יחסית: התרשלות הנתבעים ונזק הגוף של התובעת הוכחו, קיימת עמימות מובנית אשר נובעת מחוסר ודאות מדעי באשר לשאלת הסיבתיות, וקיים סיכוי משמעותי כי הנזק אכן נגרם מההתרשלות. משכך, היה מקום לפסוק פסיקה יחסית במקרה זה ולהשאיר על כנו את פסק הדין אשר מעניק לתובעת 20% מנזקה, כדי שהתובעת תקבל גם את שארית הכסף שנפסק לטובתה בערעור האזרחי.

לפי דעת השופט גרוניס, במקרה זה אין ספק כלל שאין קשר סיבתי בין התרשלות הנתבעים לנזקי התובעת²¹. בנוסף, הוא דוחה את האפשרות לפסוק פסיקה יחסית באשר למקרים בודדים. לדעתו, התנאים להפעלת מבחן ההטיה הנשנית אינם מתקיימים, ולכן הוא

20 ראו למשל שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת נאור.
21 שם, פס' 4-5, 11 לפסק דינו של השופט גרוניס.

אינו רואה מקום להביע דעתו באשר למבחן זה²², וממילא היה צריך לדעתו לדחות את תביעת התובעת ולחייבה להחזיר את הכספים שקיבלה. לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, אין מקום שבית המשפט יפסוק פסיקה יחסית בהיעדר חקיקה מפורשת המתירה זאת²³, ומאחר שאין ספק כי התובעת לא הוכיחה את קיומו של הקשר הסיבתי, היה ראוי גם לדעתה לדחות את תביעת התובעת ולחייבה להחזיר את הכספים שקיבלה.

כאמור לעיל, לפי דעתם של מצדדי ההטיה הנשנית, גורלו של התיק היה אמור להיחתך לפי השאלה אם מדובר במקרה של הטיה נשנית אם לאו. אולם לבית משפט קמא לא הובאו שום ראיות לעניין זה²⁴, ומאחר שכך, היו מצדדי ההטיה הנשנית בספק באשר לעצם קיומו של התנאי המצדיק שימוש בפסיקה יחסית.

ספק זה הפך את מצדדי ההטיה הנשנית ללשון המאזניים. אם יקבעו כי יש להכיר בפסיקה יחסית במקרה זה, תצטרף דעת מצדדי ההטיה הנשנית לדעת מצדדי הפסיקה היחסית, ובדעת רוב של שבעה שופטים נגד שניים תקבל התובעת גם את שאר הפיצויים המגיעים לה; אם יקבעו מצדדי ההטיה הנשנית כי במקרה זה אין להכיר בפסיקה יחסית, תצטרף דעת מצדדי ההטיה הנשנית לדעות השופטים פרוקצ'יה וגרוניס, והתובעת תיאלץ להחזיר לנתבעים את הכספים שקיבלה מהם עד כה.

לכן היה על בית המשפט להכריע בין שתי אפשרויות באשר לגורלו של התיק הנוכחי: אפשרות אחת היא להחזיר את התיק לבית משפט קמא לשם שמיעת ראיות, שמא עובדות המקרה הנוכחי מקימות את חריג ההטיה הנשנית. אם יוכח בבית משפט קמא חריג ההטיה הנשנית, ממילא יתברר כי לתובעת מגיע פיצוי יחסי (על כך יסכימו הן מצדדי ההטיה הנשנית והן מצדדי הפסיקה היחסית). אם יתברר בבית משפט קמא כי אין אפשרות להוכיח את חריג ההטיה הנשנית, אזי ממילא אין מגיע לתובעת שום פיצוי (על כך יסכימו הן מצדדי ההטיה הנשנית והן השופטים פרוקצ'יה וגרוניס). האפשרות השנייה שעמדה לפני בית

22 שם, פס' 9.

23 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

24 ספק אם הצדדים היו יכולים להביא ראיות שיתמכו בעמידתו של המקרה בקריטריון של הטיה נשנית, שכן העדים המומחים לא הצליחו לפרט איזה שיעור מהסיכון במקרה זה נוצר מהתרשלות הרופאים ואיזה מהפגות. סביר להניח כי לו היו בידי העדים המומחים נתונים שלפיהם במקרה מסוג זה יש הטיה נשנית – דהיינו שבית החולים כרמל (או אולי כלל הרופאים בישראל) יוצר סיכונים רבים מסוג זה למי שנולדים בו, וכי שיעור הסיכון שיוצרת הרשלנות הרפואית בסוג מקרים זה גבוה או נמוך בעקיבות מקו ה-50% – הם היו אומרים את הדברים כבר בעדותם הראשונה. עם זאת ייתכן כי מחקר בארכיוני בתי החולים היה מגלה כי קיימים נתונים שמהם אפשר להסיק על קיומה של הטיה נשנית, אלא שאיש טרם אסף את המידע וחקר אותו.

המשפט היא לקבוע כי משלא הוכח חריג ההטיה הנשנית במקרה זה, יש לדחות את התביעה.

המשנה לנשיאה ריבלין, אשר כתב את חוות הדעת העיקרית שצידדה בהטיה הנשנית, התלבט בנושא התוצאה הסופית של פסק הדין²⁵. לדעתו, החזרת התיק לבית משפט קמא יהיה בה משום התעמרות בצדדים והיא אף חסרת תוחלת²⁶ בשל משך הזמן הרב שעבר מאז המקרה, ולפיכך הוא דוחה אפשרות זו. אולם המשנה לנשיאה ריבלין, כמו גם הנשיאה ביניש והשופטת פרוקצ'יה²⁷, דחו גם את האפשרות השנייה – לדחות את התביעה – בטענות שדיון נוסף הוא הליך אשר מתרכז בדין ולא במקרה הספציפי²⁸. לפיכך הציע המשנה לנשיאה ריבלין כי הכסף אשר כבר הועבר לתובעת על ידי הנתבעים בעקבות פסק הדין במחוזי ופסק הדין הראשון של בית המשפט העליון יישאר אצלה, אך הנתבעים לא יידרשו

25 שם, פס' 45 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
 26 ייתכן כי חוסר התוחלת שעליו מדבר המשנה לנשיאה ריבלין מרמז שלדעתו ברור שהתובעים לא יצליחו להוכיח את חריג ההטיה הנשנית. אולם אם זו אכן הייתה דעתו, היה מקום לומר זאת בפה מלא ולדחות את התביעה.

27 ראו שם: "סבור אני, לפיכך כי ראוי לאמץ את הצעתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש לפיה יש להותיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה – ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים" וכן בפס' 55 לפסק דינו: "ואשר לתוצאה האופרטיבית: כפי שמציעה חברתי הנשיאה, אציע, כי המשיבים לא יידרשו להחזיר כספים ששולמו להם וכי לא ישולמו להם סכומים נוספים".

פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "בנסיבות המקרה דנו, בהתחשב בכך שהליך הדיון הנוסף נועד בעיקרו להכריע בשאלה המשפטית העקרונית שהתעוררה במקרה שלפנינו, לעניין הפיצויים למשיבים אני סבורה כחברי המשנה לנשיאה כי יש להותיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים" (בהערת אגב יוער כי קיים חוסר בהירות לגבי "זכויות היוצרים" על ההצעה להשאיר את הכסף בידי התובעת. המשנה לנשיאה אומר כי זוהי הצעת הנשיאה, ואילו הנשיאה אומרת כי זוהי הצעתו שלו. עם זאת לעניין זה אין משמעות אופרטיבית ולכן לא נתייחס אליו בהמשך).
 פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה: "מאחר שהליך הדיון הנוסף נסב כל כולו על השאלה העקרונית הנוגעת לעמימות הקשר הסיבתי, אני מצטרפת לעמדה לפיה, גם אם אין מקום לאמץ את דוקטרינת הפיצוי על פי ההסתברות, ראוי להותיר בידי המשיבים את כספי הפיצוי שקיבלו על פי פסק הדין נשוא הדיון הנוסף, ולהימנע מדרישה להשבתם".

28 השוו ל- Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *Reversal, Dissent, and Variability in State Supreme Courts: The Centrality of Jurisdictional Source*, 89 B.U.L. REV. 1451, 1460–1464 (2009), אשר מראים (בעקבות ספרות אחרת) כי תהליכי קבלת ההחלטות בהרכבי שופטים של בתי משפט עליונים אשר יושבים בתיקים שהגיעו לדיון בעקבות זכות ערעור ממוקדים בעובדות התיק, ואילו תהליכי קבלת ההחלטות בהרכבים אשר יושבים בתיקים שהגיעו לדיון לאחר שניתנה להם רשות ערעור ממוקדים בנושא המשפטי.

לשלם לה סכומים נוספים²⁹. לתוצאה זו הסכימו גם שני השופטים האחרים שצידדו בהטיה הנשנית וכן השופטים גרוניס ופרוקצ'יה.
 משכך, תוצאה זו, שלפיה לא ישלמו הנתבעים לתובעים ולו שקל אחד נוסף, והתובעים לא יחזירו לנתבעים ולו שקל אחד מהכספים שקיבלו (בהבדל מחריג ההטיה המשפטית אשר עמד בבסיס פסק דינו של המשנה לנשיאה), זכתה לרוב של חמישה שופטים מבין התשעה. לפיכך זוהי תוצאת פסק הדין.
 הבעיה בתוצאה זו היא שהיא אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה שקבע בית המשפט. בהנחה שבמקרה דנן אין מתקיים חריג ההטיה הנשנית, הרי שהנתבעים לא היו צריכים לשלם לתובעת ולו שקל אחד, ואת מלוא הכספים ששילמו לה הנתבעים – עליה להחזיר להם (בתוצאה זו היו תומכים חמישה שופטים – מצדדי דעת ההטיה הנשנית, והשופטים גרוניס ופרוקצ'יה)³⁰. בהנחה שחריג ההטיה הנשנית מתקיים, מגיע לתובעת לקבל מהנתבעים חלק מנזקה, לפי שיעור ההסתברות שיוכח במקרה שלה, בלי קשר לשאלה כמה כסף הם שילמו לה בפועל (בתוצאה זו היו תומכים שבעה שופטים – מצדדי דעת ההטיה הנשנית ומצדדי דעת הפסיקה היחסית). דהיינו, התוצאה האופרטיבית שנפסקה שונה מההלכה המשפטית שנפסקה. יתר על כן, בית המשפט אף היה מודע להיות התוצאה שהוא קובע שונה מהתוצאה המתבקשת מהכלל המשפטי הכללי שהוא קובע³¹.

29 אין בפסק הדין פירוט של הסכום שכבר הועבר לתובעת, אך המשנה לנשיאה ריבלין מציין כי "מרבית הפיצויים שולמו בפועל למשיבה" (פס' 45 לפסק דינו). בפסק הדין המחוזי שבו נדון עניין הנזק נקבע כי חלק מהתשלומים שולמו לתובעת מיד לאחר פסק הדין, ואילו תשלומים אחרים ישולמו לה בתשלומים עתיים (ת"א (מחוזי חי') 1058/94 מלול נ' בית חולים כרמל פס' עח ואילך (פורסם בנבו, 18.7.2002)). מהחלטת המשנה לנשיא חשין בדנ"א מלול מיום ה-16.8.2005 עולה כי הנתבעים שילמו לתובעת סך של 495,392 ש"ח סמוך לאחר מתן פסק הדין המחוזי, וכי בתי המשפט השונים עיכבו את תשלומם של כ-104,000 ש"ח.

30 ייתכן שהתובעת, בשל מצבה הרפואי הקשה, כבר הוציאה את מלוא הכספים שקיבלה והיא חדלת פירעון, ולכן ממילא לא היו הנתבעים יכולים לגבות את הכסף המגיע להם חזרה מהתובעת. אולם אם זה המצב, היה בית המשפט יכול לפסוק לטובת הנתבעים בידיעה שחיוב התובעת להחזיר את הכספים לנתבעים לא ישפיע על מצבה הכספי. אולם בית המשפט בחר שלא להורות על החזרה כזו.

31 ראו למשל את דבריו של השופט גרוניס שתמך בתוצאה זו: "מצד אחד נקבע, ברוב דעות, כי אין להכיר בנסיבות המקרה באחריות יחסית. קביעה זו הייתה צריכה להוביל, לכאורה, לביטול חיובם של העותרים לשאת ב-20 אחוזים מנזקי המשיבים. אף על פי כן נפסק, כי המשיבים לא יידרשו להשיב את הסכומים ששולמו להם". פס' 14 לפסק דינו. ראו גם את דבריו של השופט רובינשטיין בעניין היימן, לעיל ה"ש 12: "ער אני לכך שהחוק לא חל רטרואקטיבית, אך משהגענו עד הלום, אצטרף להצעת חברתי בסיפת חוות דעתה לפטרם מהשבה" (פס' ה לפסק דינו).

הבדל זה בין הכלל המשפטי העקרוני לבין התוצאה האופרטיבית של פסק הדין בולט במיוחד אצל השופטים פרוקצ'יה וגרוניס, מאחר שלדעתם אין ספק כי על התובעת להפסיד בתביעתה ולהחזיר את הכספים שקיבלה, אך למרות זאת התוצאה האופרטיבית שאליה הם מגיעים – שונה לחלוטין.

מצב כזה, שבו בית המשפט העליון קובע הלכה אך מיד באותו מקרה סוטה ממנה ומכריע את המקרה הקונקרטי שלא על פיה, מעורר קשיים רבים. בפרק הבא נבחן מצבים שונים שבהם סטייה כזו קורית בלא שיש סטייה חזיתית של בית המשפט מהדין שאותו הוא בעצמו קבע, ונראה כי אף אחד מהם אינו מתקיים בעניין מלול.

פרק ב: הסברים מהותיים אפשריים להכרעה בניגוד לדין הפסוק³²

ייתכן כי אפשר למצוא מקור פורמלי למתן הפטור לתובע מהשבת הכספים שקיבל, בניגוד לדין הפסוק, בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט–1979, אשר קובע:

"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזוכה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת"³³.

עם זאת בעניין מלול אין בית המשפט מזכיר אפשרות זו. יתר על כן, מקור פורמלי-טכני זה לדרך פעולתו של בית המשפט מעלה את השאלה המהותית מהן אותן "נסיבות אחרות" אשר הביאו את בית המשפט להחליט כי בעניין מלול, שלא כמו בכל עניין אורחי אחר, ההשבה בלתי צודקת, ואשר הצדיקו הכרעה בניגוד לדין, תוך קביעה שתוצאות המקרה ייקבעו לפי השאלה המקרית – כמה כסף שילם הנתבע לתובע עד לרגע מתן פסק הדין. דהיינו, מדוע בית המשפט רואה לנכון לקבוע כלל שלפיו למרות שבית המשפט סבור כי

32 במשפט העברי קיימת אפשרות חריגה של פסיקת הדין בניגוד להלכה במקרים שבהם גורם מסוים בהתנהגות הצדדים מצדיק סטייה מההלכה (ראו למשל את המונח "הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן" יבמות קי, א; כתובות פו, א; בבא בתרא מח, ב). אולם מאחר שאין שום רמז בפסק הדין שהתנהגות הצדדים במקרה הנוכחי היא שהצדיקה פסיקה מודעת בניגוד לדין, לא אתייחס לאפשרות זו להלן.

33 אפשרות זו אף נרמזת בדברי בית המשפט בעניין היימן, לעיל ה"ש 12: "בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, ולאור הסדר החקיקה החדש שהתקבל בינתיים, אציע לחברי, כי ככל ששולמו למערערים כספים כלשהם (בגין פיצוי, הוצאות ושכר טרחה) על יסוד פסק הדין דלמטה – יופטרו המערערים מהשבתם" (פס' 55 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה) (ההדגשה הוספה – ב' ש')

בכל המקרים הדין הוא עם הנתבעים, התובע בתביעה א יזכה להשאיר בידיו את פרות תביעתו, התובע בתביעה ב יזכה רק בחלק מתביעתו, והתובע בתביעה ג יצא וידיו על ראשו? הרי ההבדל היחיד ביניהם הוא שהנתבע בתביעה א שילם את מלוא סכום התביעה לאחר שהפסיד בבית המשפט המחוזי, הנתבע בתביעה ב הגיע להסכם דיוני שלפיו ישלם רק חלק מסכום התביעה עד להכרעה בערעור, ובתביעה ג פסק בית המשפט למטה כי הנתבע לא ישלם לתובע מאומה עד להכרעה בערעור³⁴. נפנה עתה לבדוק הסברים אפשריים לדרך פעולתו של בית המשפט.

1. הפרוספקטיביות של התקדים

הסבר אפשרי אחד לדרך פעולתו של בית המשפט העליון בעניין מלול נוגע לשאלת הפרוספקטיביות של התקדים. כאשר בית המשפט משנה את ההלכה הפסוקה באמצעות קביעת תקדים, הוא למעשה משנה את הדין החל במדינת ישראל וקובע דין חדש. הכלל הרגיל במדינת ישראל הוא שפסיקה תקדימית זו חלה הן פרוספקטיבית הן רטרופספקטיבית, לרבות במקרה הקונקרטי העומד לדיון³⁵. החלת דין זה על המקרה הקונקרטי משמעה שהתוצאה המשפטית של פעולות שהצדדים לדיון הנוכחי עשו בזמן שהדין הקודם היה בתוקף, תיקבע על פי הדין החדש, שלא היה ידוע בזמן ביצוע הפעולה. הבעייתיות שבמצב זה ידועה ומפורסמת, וקולמוסים רבים נשתברו עליה³⁶.

- 34 תמיהה זו עולה ביתר שאת בעניין היימן, שם אכן היו תובעים רבים, וייתכן כי במציאות כל אחד מהם הצליח לגבות חלק אחר מהסכום שנפסק לטובתו בבית המשפט המחוזי.
- 35 רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלהמיד, פ"ד סא(1) 126 (2006); ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 461, 457 (1981); בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 480, 469 (1987); ע"א 5954/04 פקיד שומה ירושלים 1 נ' סמי, פס' 13–14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.4.2007). כן ראו דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד (פורסם בנבו, 14.7.2011).
- 36 דיון נרחב בשאלת הפרוספקטיביות של התקדים חורג מגבולות מאמר זה. למקורות העוסקים בכך ראו למשל עדנה קפלן "תחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון" משפטים 221 (תשל"ט); G. Tedeschi, *Prospective Revision of Precedent*, 8 *ISR. L. REV.* 173 (1973); א' ידין "אמת ויציב" הפרקליט כח 152 (1972); Alfred Witkon, *Some Reflections on Judicial Law-Making*, 2 *ISR. L. REV.* 475 (1967); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני: פרשנות החקיקה 609 (1993); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 417 (1987); עדנה קפלן-הגלר "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" מאזני משפט ד – ספר אבנר חי שאקי 125 (2005).

אכן, אם היה בית המשפט העליון קובע כי הלכת מלול העקרונית תחול רק על פעילויות שנעשו מרגע מתן פסק הדין ואילך³⁷, או ממועד מאוחר יותר³⁸, היה מקום לדון בשאלת הרטרואקטיביות של פסקי דין. למשל היה אפשר לדון בשאלה אם ראוי במקרים אזרחיים שבהם עקרון החוקיות חלש הרבה יותר מאשר בעניינים פליליים, לחרוג מהכלל הרגיל שלפיו פסיקת בית המשפט חלה רטרואקטיבית ולהחיל את הדין החדש רק פרוספקטיבית. היה מקום לדון במקומה של ההסתמכות בעניינים נזיקיים בכלל³⁹ ובמקרה זה במיוחד. היה אפשר אולי להעלות טיעון שלפיו הלכת מלול שונה מעניינים אזרחיים רגילים כי היא משנה כלל יסוד בהכרעה השיפוטית ולכן ראוי להחילה רק פרוספקטיבית⁴⁰. היה מקום לדון גם בשאלה אם ראוי להשתמש דווקא במודל הפרוספקטיבי הטהור, שאיננו מחיל את ההלכה החדשה גם על הצדדים לדיון, או שמא ראוי להשתמש במודלים פרוספקטיביים אחרים אשר כן מחילים את ההלכה החדשה על המקרה הקונקרטי⁴¹. ואולם, בית המשפט לא קבע שהלכת מלול תחול רק מכאן ואילך. משמעות שתיתן של בית המשפט בסוגיית תחולת ההלכה שקבע היא שיחול הכלל הרגיל שלפיו תקדימי בית המשפט חלים גם רטרואקטיבית,

37 ראו למשל ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי (פורסם בנבו, 30.4.2009) אשר החיל את פסק דינו על הצדדים למקרה הקונקרטי רטרואקטיבית, אך קבע כי תחולת ההלכה על נישומים אחרים תהיה עתידית בלבד.

38 ראו למשל בג"ץ 2150/07 אבו צפיייה נ' שר הביטחון, פס' 39 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2009). ראו גם דיון במקרים שבהם בית המשפט מכריז על בטלות חוק תוך מתן ארכה עד לכניסתה לתוקף של הכרזה זו, אצל יגאל מרזל "השעיית הכרזות הבטלות" משפט וממשל ט 39 (2005).

39 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם ע"א 1326/07 המר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.5.2012) שם נקבעה הלכה חדשה אשר שללה את עילת התביעה של מי שנולד עם נכות כלפי מי שהתרחל ולא הודיע להורי הוולד על נכותו, אך מנגד הרחיבה את עילת התביעה של ההורים במצב זה. באותו עניין נקבע שההלכה לא תחול על מקרים שבהם הוגשה תביעה בידי הילד אך לא בידי ההורים, לאור הסתמכות המשפחה על ההלכה הקודמת בבחירת התובעים.

40 השוו למצב שנוצר לאחר מתן פסק דין בע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נח(4) 486 (2004), אשר שינה כלל יסוד בדיני הפיצויים וקבע כי יש לתת פיצוי גם בגין אבדן ההשתכרות בשנים האבודות. בעניין אטינגר לא נאמר דבר באשר לתחולה בזמן של ההלכה החדשה. מצב זה הוביל לדיון בהרכב מורחב של שבעה שופטים בעניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, בשאלת הפרוספקטיביות או הרטרואקטיביות של פסקי דין אזרחיים בכלל ונזיקיים בפרט. שם נפסק כי יש להחיל את הלכת אטינגר גם על מקרים תלויים ועומדים, לרבות מקרים שניתן בהם פסק דין ואשר נמצאים בהליך ערעור.

41 Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes 280–282 (1982). ראו לעניין זה את דבריו של השופט חשין בעניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35: "נוסיף עם זאת, כי נתקשה למצוא מקרה שאותו תובע לא ימצא זכאי ליהנות מפריה של ההלכה החדשה" (פס' 26).

על כל תביעה שטרם ניתן בה פסק דין סופי⁴², ולפיכך אין מקום לדון בשאלות אלה כלל. בהערת אגב יוער כי בספרות אשר דנה בשיטות השונות לפסיקה פרוספקטיבית אין אזכור לשיטה שלפיה ההלכה תחול גם רטרואקטיבית למעט המקרה הנדון, כפי שקרה כאן⁴³. יתר על כן, עיון מעמיק בגלגולי עניין מלול מעלה כי ההלכה שנקבעה בדיון הנוסף בעניין מלול לא היוותה למעשה תקדים שסוטה מהדין הקיים, ולכן טיעון זה אינו יכול לעמוד בכל מקרה⁴⁴. בערעור האזרחי קבע בית המשפט העליון כי אפשר לפסוק פסיקה יחסית (בתנאים מסוימים). דהיינו, ההלכה אשר מאפשרת פסיקה יחסית נקבעה כבר בשנת 2005 והוחלה על המקרה הקונקרטי. ההיבט העקרוני של קביעה זו, אף שהוא הרחבה של פסיקה קודמת⁴⁵, נחשב להלכה פורצת דרך⁴⁶, ועל כן ניתנה ההחלטה המאפשרת את הדיון הנוסף בהלכה זו. בדיון הנוסף הוחזרה על כנה ההלכה הקודמת – הלכה שממנה סטה בית המשפט המחוזי ולאחריו בית המשפט העליון בערעור האזרחי – שלפיה אין פסיקה יחסית, תוך השארת חריג מצומצם (מקרי ההטיה הנשנית) שבו תחול הלכת הערעור האזרחי ויהיה אפשר לפסוק בו פסיקה יחסית. בית המשפט היה בספק באשר לשאלה אם חריג זה מתקיים במקרה הנדון⁴⁷. בירור הספק היה מביא לאחת משתי תוצאות אפשריות: אפשרות אחת היא שבמקרה זה חל חריג ההטיה הנשנית, ולפיכך אמורה להישאר על כנה התוצאה שנובעת מהלכת הערעור האזרחי (שנקבעה כבר בשנת 2005), ושלפיה תהיה פסיקה יחסית. אולם חידוש זה כבר הוחל על הצדדים בפסק הדין בערעור האזרחי, ולכן שאלת הרטרואקטיביות הייתה אמורה להתעורר כבר שם (חמש שנים בטרם ניתן פסק הדין בדיון הנוסף) ולא עתה. מאחר ששם נקבע כי פסק הדין יחול גם על המקרה הקונקרטי, לא היה מקום לשנות קביעה זו עכשיו, חמש שנים לאחר מכן. יתר על כן, בחמש השנים שחלפו מאז שניתן פסק הדין בערעור האזרחי הוחל העיקרון שנקבע בו על מקרים אחרים שחלקם הפכו לחלוטים⁴⁸. לפיכך אם חל חריג ההטיה הנשנית, אין הדיון הנוסף יוצר הלכה חדשה

42 Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 U.S. 349, 372 (1910). עניין כנפי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 480.

43 ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 420; CALABRESI, לעיל ה"ש 41, בעמ' 280–281.

44 פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

45 להרחבה ראו בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים 177 (2007).

46 ראו למשל ע"א 4975/05 לוי נ' מור, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.3.2008); ע"א 9622/07 הולין נ' קופת חולים, פס' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.5.2010).

47 ראו הטקסט לעיל ליד ה"ש 24–29.

48 ראו הסקירה של השופטת נאור בפס' 45 לפסק דינה בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 1.

וממילא אין מקום להתלבט אם להחילה על עניין מלול אם לאו, ועל התובעת לקבל את כל הכסף שמגיע לה על פי פסק דינו של בית המשפט בערעור האזרחי. אפשרות אחרת היא שמקרה מלול אינו מקרה של הטיה נשנית, וממילא אמורה תוצאת המקרה להשתנות כדי שהמקרה לא ייפסק לפי פסיקה יחסית. אם זהו אכן המצב, הרי אז מוחל על הצדדים כלל ההכרעה הרגיל במשפט האזרחי – מאזן ההסתברויות – שבו בוודאי אין שום חידוש. זהו הכלל שהיה ידוע בזמן התרשלות הנתבעים, ולפיכך אין סיבה שלא להחילו על הצדדים. תוצאת החלטת כלל זה על המקרה היא שמאחר שההסתברות לקיומו של קשר סיבתי במקרה זה קטנה מ-50%, התובעת תפסיד בתיק ויהיה עליה להחזיר את כל הכסף שקיבלה. לסיכום, אם היה מתברר כי יש במקרה זה הטיה נשנית, היה צריך להשאיר על כנה את פסיקת הערעור האזרחי מ-2005 שהוחלה על הצדדים זה מכבר. אם יתברר כי אין במקרה זה הטיה נשנית, היה צריך לפסוק לפי כלל מאזן ההסתברויות הרגיל שאינו בגדר הלכה חדשה. בשתי תוצאות אפשריות אלה אין חידוש מבחינת הצדדים יחסית למצב המשפטי שהיה ערב הדיון הנוסף, ונראה שסטיית בית המשפט מההלכה שנקבעה אינה קשורה לדיון בנושא החלה רטרואקטיבית של תקדימים.

2. הסכמת הצדדים

אפשרות שנייה להסביר את החלטת בית המשפט העליון היא הסכמת הצדדים. פעמים רבות אפשר למצוא אמירות בפסיקה שלפיהן אחד הצדדים הסכים כי גם אם ינצח הוא לא ימצא את מלוא הזכויות הנובעות מזכייתו. הסכמה כזו עשויה להינתן ביזמת אותו צד, בין מאחר שהוא חושב שההגינות מחייבת אותה, בין מאחר שהוא חושב כי כך יקל על בית המשפט לפסוק לטובתו⁴⁹. ההסכמה עשויה להינתן גם ביזמת בית המשפט, אשר רוצה להבטיח כי פסיקה לפי הדין לא תביא לתוצאות שליליות ולא צודקות בעליל⁵⁰ ולשחרר את עצמו מהמועקה הנובעת מהצורך לפסוק פסיקה אשר מנוגדת לצדק⁵¹.

49 ההשפעה על בית המשפט תהיה כפולה. ראשית, לפסיקה לטובת אותו צד תהיה פחות משמעות שלילית מבחינת הצד המפסיד; שנית, הצד יצטייר כדמות יותר חיובית וממילא תהיה נטייה יותר גדולה לפסוק לטובתו.

50 ראו דבריה של הנשיאה ביניש "עלינו לעשות מאמץ, במקרים המתאימים, להגיע בדרך מעשית לתוצאה הצודקת יותר בנסיבותיו של כל עניין. אפשר שהכלי ההולם לכך, בנסיבות הנראות לשופט מתאימות, הינו, בין היתר, עידוד הצדדים למתן פסק דין בדרך של פשרה והסכמה" (פס' 7 לעניין מלול, לעיל ה"ש 1). כן ראו דבריו של השופט רובינשטיין בפס' ה לפסק דינו.

51 ישנה ספרות רבה אשר עוסקת בצורך של בני אדם ליצור תמונת מצב קוהרנטית של העולם סביבם. ראו למשל (1957) LEON FESTINGER, A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE. מצב

אכן, אם הדיון הנוסף מרוכז רובו ככולו בפסיקת הלכה לעתיד, ייתכן כי יש מקום לשכנע את הצדדים מראש להסכים שקיומו של הדיון הנוסף לא ישפיע השפעה קיצונית על זכויות הצדדים. למשל, בעניין שבס הותנה הדיון הנוסף בכך שהמדינה לא תדרוש עונש מאסר⁵². בדומה לכך, בעניין לוי, אשר שינה את ההלכה הקיימת, ביקש הנשיא שמגר מקרנית כי תשקול לפצות את התובע לפנים משורת הדין אף שהפסיד בתביעתו בשל שינוי ההלכה⁵³. אמירה או בקשה כזו של בית המשפט כפופה להסכמת הנתבעים ואינה מחייבת. אולם כפי שמציינת השופטת נאור⁵⁴, במקרה זה לא ניתנה הסכמה מסוג זה (ולא ברור אם היא התבקשה כלל בשלב משלבי הדיון), וממילא אי אפשר היה להסתמך על אפשרות זו כדי להימנע מהכרעה לפי ההלכה העקרונית. ואכן, הכרעת בית המשפט בסופו של פסק הדין מנוסחת כהוראה מחייבת ולא כבקשה.

3. פתרונות יצירתיים למקרים קשים – סודות מן החדר

אפשרות נוספת להסביר את ההכרעה בעניין מלול היא שבית המשפט ניסה לנתק את עצמו מהעובדות הקשות של המקרה כדי שיוכל לקבל את ההכרעה הנכונה לטווח הארוך⁵⁵. ידועה אמרתו המפורסמת של השופט הולמס: "hard cases make bad law"⁵⁶. אין ספק

52 שבו אדם צריך להכריע בניגוד לתחושת הצדק שלו פוגע בצורך זה ויוצר דיסוננס קוגניטיבי. לפיכך תהיה נטייה (לא בהכרח מודעת) לנסות וליישב את הדיסוננס הקוגניטיבי על ידי שינוי הדין. לדוגמה ראו Elliot Aronson, *Back to the Future: Retrospective Review of Leon Festinger's A Theory of Cognitive Dissonance*, 110 Am. J. Psy. 127, 129 (1997); Boaz Shnor, *Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference between Medical Negligence and Toxic Torts*, 33 Am. J. TRIAL ADVOCACY 71, 100-101 (2009).

53 דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פס' 10, 12 להחלטה (פורסם בנבו, 6.4.2003).

54 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 89-90 (1994).

54 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' 8 לפסק דינה.

55 השוו למשל לדבריה של הנשיאה ביניש בהקשר אחר בעניין מלול עצמו: "הרצון להגיע לתוצאה צודקת במקרה מסוים אכן עומד בבסיס כל הליך שיפוטי; אולם להשקפתי יש להיזהר ככל האפשר מעריכת שינויים מקיפים בדין המהותי אך בשל הצורך לפתור מקרה מסוים" (שם, פס' 7 לפסק דינה). כן ראו עניין המר, לעיל ה"ש 39, שם אוחדו שבעה מקרים שונים לדיון משותף בפני הרכב מורחב. הדיון בפני הרכב המורחב הוגבל לשאלות העקרוניות, ונקבע כי הדיון בשאלות הנוגעות לצדדים לדיון יידונו בהמשך בפני הרכבים אחרים. לאור החלטה זו, בית המשפט אף לא פירט את עובדות המקרים בפסק דינו, ופסק הדין כולל דיון תאורטי-עקרוני בלבד.

56 Northern Sec. Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904). מעניין שבמקור הדברים נאמרו כך: "great cases, like hard cases make bad law". השופט הולמס הסביר את אמירתו זו בהסברים שכמו לקוחים מניתוח מודרני של השפעות הפסיכולוגיה על השפיטה: "For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the

שהמקרה של עדן מלול הוא מקרה שבו יש גורמים רבים שמביאים שופטים לחוש סימפתייה כלפי התובעת, מה שהופך את התיק למקרה קשה בשביל בית המשפט הדין בתיק⁵⁷: הפגיעה שנגרמה לה היא פגיעה קשה ביותר⁵⁸, הרופאים התרשלו בטיפול בה, משך הטיפול בתיק היה ארוך ביותר⁵⁹, להכרעה לכאן או לכאן יש משמעות כספית ניכרת מבחינת התובעת,

future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment. These immediate interests exercise a kind of hydraulic pressure which makes what previously was clear seem doubtful, and before which even well settled principles of law will bend”

57 להטיה הפסיכולוגית שלפיה בני אדם ינסו לשכנע את עצמם שתוצאתו של מקרה היא צודקת, ראו למשל Melvin J. Lerner, *Evaluation of Performance as a Function of Performer's Reward and Attractiveness*, 1 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 355 (1965).

58 JENNY MCEWAN, THE VERDICT OF THE COURT-PASSING JUDGMENT IN LAW AND PSYCHOLOGY 36-40 (2003) (כאשר נגרמת לאדם פגיעה קשה, קיים צורך להאמין שמישהו אשם בכך כדי לקיים את אשליית "העולם הצודק"). ראו גם דבריו של השופט רובינשטיין: "דומה כי שופט היושב על מדין בנויקין יודה, כי מקום שלפניו תובע שנוק גדול וסבלו רב, מידת הרחמים מצויה בלבו, ועל כן מנסה הוא לא אחת לפשר ולהשיג ולוא פיצוי מה... ואולם, אם בא רגע הדין, ייקוב הדין ואין מנוס, כך במצב הנוכחי. אך חברי המשנה לנשיאה חושש כנראה, פן לא ייקוב הדין, אלא אותה מידת רחמנות הטבועה בכני אברהם יצחק ויעקב... תחלחל גם לעולה של אחריות יחסית, באופן שתקעקע הן את ההכרעה הדווקנית הן את הביטחון המשפטי" (דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' ה לפסק דינו).

59 התביעה המקורית הוגשה בשנת 1994 (ת"א מלול, לעיל ה"ש 29), פסק הדין בה ניתן בשנת 2002, פסק הדין בערעור האזרחי ניתן בשנת 2005, ופסק הדין בדיון הנוסף ניתן בשנת 2010, שש-עשרה שנים לאחר הגשת התביעה. אך מנגד השוו לעניין רביד נ' קליפורד, שם הוגשה התביעה המקורית (ת"א (ב"ש) 700/86) בשנת 1986 בגין אירוע שקרה בשנת 1984 ואשר גרם גם הוא לנזק גוף קשה לתובעת בגלל רשלנות רפואית. פסק הדין בתביעה המקורית ניתן בשנת 1995, פסק הדין בערעור האזרחי (ע"א 935/95) ניתן בשנת 1998, פסק הדין בדיון הנוסף (דנ"א 7794/98) ניתן בשנת 2003, שבע-עשרה שנה לאחר הגשת התביעה המקורית, והחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לשם המשך שמיעת ראיות. פסק הדין השני של בית המשפט המחוזי ניתן בשנת 2007, אך עליו הוגש ערעור נוסף לעליון. רק בשנת 2009 (עשרים וחמש שנים לאחר האירוע ועשרים ושלוש שנים לאחר הגשת התביעה) נסגר התיק, וזאת לאחר שהושגה פשרה בין כל הצדדים (ע"א 4246/07 משה נ' קליפורד (פורסם בנבו, 31.3.2009). כן ראו את עניין סידי שבו התביעה הוגשה בשנת 1997, פסק דין ניתן בשנת 2004, פסק דין בערעור – אשר מחזיר את התיק לבית המשפט קמא – ניתן בשנת 2005 (ע"א 4960/04), פסק דין שני בבית המשפט המחוזי ניתן בשנת 2009, ופסק דין שני בבית המשפט העליון ניתן בשנת 2012 (ע"א 3856/09), בהרכב מורחב. גם פסק דין זה לא סיים את הדיון בתיק ובית המשפט קבע כי המשך הדיון בו יתנהל לפני הרכב אחר.

והכסף נמצא בידיה כבר זמן רב⁶⁰. בתיק כזה עשוי להיווצר מתח בין הגורמים האישיים האלה לבין הרצון להכריע הכרעה שיפוטית נכונה – אם השופט חושב כי מן הדין לפסוק נגד התובעת⁶¹. כפי שמציין השופט גרוניס, מתח זה מתגבר ככל שעולים בהיררכייה השיפוטית, שכן גם אם כעניין מעשי הכרעה לפי מידת הרחמים עשויה לקרות בפסיקת בתי המשפט הנמוכים, ואולי אף יש מקום לכך⁶², אין לה מקום בדיון נוסף של בית המשפט העליון, שרובו ככולו ממוקד דווקא בקביעת הלכה לעתיד ולא במקרה הספציפי.

מתח זה אינו ייחודי דווקא למקרה שלפנינו, והוא הביא שופטים לפתח טכניקות שונות כדי להתגבר עליו. בגילוי לב ראוי להערכה בחרו הנשיאה ביניש⁶³ והשופט גרוניס⁶⁴ לחלוק עמנו חלק מטכניקות אלה: טכניקה ראשונה אשר אותה הם מזכירים היא הניסיון להביא את הצדדים לפשרה כדי שלא יינתן פסק דין, או לקבל את הסכמתם למתן פסק דין לא מנומק על דרך הפשרה. אולם מאחר שפסק הדין בערעור האזרחי בעניין מלול נתפס בעיני חלק מהקהילייה המשפטית כפסק דין מהפכני, ומשעיני קהיליית המשפטנים היו נשואות לבית המשפט וציפו לפסיקתו העקרונית בדיון הנוסף, נראה שדרך זו לא הייתה פתוחה במקרה זה בפני בית המשפט.

טכניקה שנייה שאותה הם מזכירים היא "ליתן פסק דין על אתר או לנסח את פסק הדין באופן שלא ניתן יהיה להתייחס אליו בעתיד כבעל אופי תקדימי"⁶⁵. מתן פסק דין בעל פה, או מתן פסק דין קצר המנומק בתמציתיות ובלקוניות, אכן יכול לפוגג את המתח האמור, שכן הוא לא יאפשר הסתמכות עתידית על הנמקות בית המשפט⁶⁶. אולם במקרה הנוכחי גם דרך זו לא הייתה פתוחה בפני בית המשפט מטעמים דומים. יצוין כי בארצות הברית קיים מוצא דומה לבתי המשפט הפדרליים. שם כל שופט והרכב מחליטים אם לפרסם את פסק דינם באופן רשמי אם לאו. עד לאחרונה פסק דין שלא פורסם נחשב חסר ערך תקדימי

60 מהחלטת המשנה לנשיא חשין בעניין מלול, לעיל ה"ש 29, עולה כי הפיצוי ששולם לתובעת שולם לה, לפחות בחלקו, סמוך לאחר פסק הדין המחוזי בשנת 2002.

61 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו של השופט גרוניס.

62 איני מתכוון לומר שיש מקום שבתי המשפט דלמטה יפסקו במקרים קשים בניגוד לדין, אלא שבמקרים שבהם הדין מסופק יש מקום להשפעת הרחמים בפרשנות הדין. במקרים שבהם יש לשופט שיקול דעת (למשל, בקביעת שיעור הפיצויים בגין נזק לא ממוני), הוא יכול להפעילו ברוחב לב, וייתכן גם שיש מקום שבתי המשפט ינסו להביא את הצדדים לפשרה והסכמה כדי להביא לתוצאה הצודקת בנסיבות העניין (ראו שם, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

63 שם, פס' 7 לפסק דינה.

64 שם, פס' 15 לפסק דינו.

65 שם, שם.

66 השוו למשל לרע"א 1221/10 א. ארנסון בע"מ נ' מע"צ – החברה הלאומית לדרכים בישראל, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.12.2010).

כלשהו⁶⁷ אם כי לרוב הוא יופיע במאגרי המידע הממוחשבים ולעתים הוא כולל ניתוחים עובדתיים ומשפטיים בעלי חשיבות. אולם מאחר שבישראל כל פסק דין של בית המשפט העליון⁶⁸ מחייב את הערכאות דלמטה, דרך זו אינה רלוונטית כאן. בהערת אגב יוער כי הפעלת דרך זו של מתן פסק דין לא מנומק (או מנומק בלקוניות), אשר מביא לתוצאה הצודקת (בעיני השופט) במקרה הקונקרטי אף שהיא אינה עולה עם ההלכה הכללית הראויה – דרך אשר לא הופעלה בעניין מלול – מעוררת קשיים ניכרים: לא ברור מה הם הקריטריונים שלפיהם יחליט בית המשפט מתי לנהוג בדרך זו ולפי אילו קריטריונים ייקבע מהי התוצאה הצודקת באותם מקרים קשים. דרך זו מעוררת גם חשש ליצירת תוצאה מקרית שתושפע ממהות השופט יותר מאשר ממהות הדין⁶⁹. בנוסף, השופט גרוניס מגביל דרך פעולה זו רק לערכאת הערעור. אולם מדוע לא יוכלו גם שופטי הערכאות הדינויות לנהוג בדרך זו כאשר מגיע לפניהם מקרה קשה?

טכניקה שלישית שכבר הוזכרה קודם לכן היא קבלת הסכמה של הצדדים שלא לפעול לפי הפסיקה שתינתן, לפנים משורת הדין. לא ידוע אם במקרה שלנו התבקשה הסכמה כזו ולא ניתנה, או שהיא לא התבקשה כלל. כך או כך, דרך זו לא הופעלה במקרה דנן. עולה מן הדברים כי במקרה מלול לא נעשה שימוש בטכניקות שהוזכרו לעיל⁷⁰. ההלכה שנפסקה במקרה מלול אינה תקדימית. גם אם היא תקדימית, היא נועדה לחול רטרואקטיבית. במקרה זה לא ניתנה שום הסכמה של הצדדים שלא להחיל את תוצאות הדין על המקרה הבודד, וניתן פסק דין עקרוני על פי הדין. המשמעות היא שבית המשפט במקרה מלול פסק פסיקה מעשית אשר מתנגשת ישירות עם ההלכה העקרונית שהוא קבע.

67 להסבר כלל זה ראו Alex Kozinski & Stephen Reinhardt, *Please Don't Cite This! Why We Don't Allow Citation to Unpublished Opinions*, CALIFORNIA LAWYER 43 (June 2000).
 68 J. Jason Boyeskie, *A Matter of Opinion: Federal Rule of Appellate Procedure 32.1 and Citation to Unpublished Opinions*, 60 ARK. L. REV. 955 (2008).

69 לפחות פסק דין אשר ניתן בידי הרכב. אשר לפסקי דין אשר ניתנים בידי דן יחיד קיים ספק. ראו למשל בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(1) 684, פס' 2–3 לפסק הדין (2007). להשקפה שלפיה לפסקי דין של דן יחיד אין ערך תקדימי, ראו למשל דנ"פ 3211/03 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2003). להשקפה שלפיה אף שאין להחלטות אלה ערך תקדימי פורמלי אמור להיות להן משקל בהכרעות של בתי משפט נמוכים, ראו למשל בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, פס' 26 להחלטה (פורסם בנבו, 13.8.2009).

69 והשוו לאמור בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, בפס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס.
 70 גם בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, לא נקט בית המשפט העליון דרכים אלה. גם שם נפסקה הלכה שהמשיכה הלכות קודמות ולא ניתנה הסכמה של הצדדים לפשרה או לאי-החלת תוצאות הדין על התובעים הספציפיים (או למצער לא מאזכר בפסק הדין כי ניתנה הסכמה כזו).

פסיקה מעין זו מעוררת קשיים ומצריכה הסבר. את הקשיים נציג בפרק ג, ולהסבר אפשרי נפנה בפרק ד.

פרק ג: משמעותה של הכרעה קונקרטיה המנותקת מן הדין

1. פגיעה בשוויון

כידוע, עקרון השוויון הוא עקרון יסודי בשיטת המשפט הישראלית⁷¹. עיקרון זה אומר בין השאר כי על רשויות השלטון, לרבות בתי המשפט, ליישם את אותם הכללים בעניינם של כל מי שמופיעים בפניהם בצורה שוויונית. לפיכך על בתי המשפט ליישם אותה ההלכה בעניינם של כל המתדיינים. אמנם בית המשפט העליון אינו מחויב לתקדימיו והוא יכול לשנות את ההלכה מפעם לפעם⁷². יתר על כן, בית המשפט העליון יכול לקבוע כי ההלכה שאותה הוא קובע לא תחול רטרופקטיבית, ובכלל זה לא תחול גם על המקרה שבו נקבעת ההלכה. עם זאת מרגע שנקבעת הלכה ומרגע שנקבע המועד לתחילת פעולתה, על הדין שנקבע בהלכה זו לחול בצורה שוויונית על כלל המקרים הרלוונטיים⁷³.

בעניין מלול סטה בית המשפט מעיקרון זה, שכן בין שבעניין מלול חל חריג ההטיה הנשנית ובין שלא, התוצאה בפועל שונה מהתוצאה שאליה היה אמור להגיע בית המשפט לפי ההלכה הכללית. סטייתו של בית המשפט העליון מעיקרון זה פוגעת בשוויון, שכן אנשים אחרים במצבה של מלול, בין שנפגעו לפני או אחריה; בין שתביעתם הוגשה לפני שמקרה מלול הגיע לערכאות או לאחר מכן; בין שעניינם נפסק לפני הערעור האזרחי (שאז לא היו מקבלים כלום), בתקופת הביניים (שאז אולי היו מקבלים פיצוי יחסי)⁷⁴ או אחרי

71 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 698, 693 (1969); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' ייד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 360, 353 (1994); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פס' 30–43 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 6.8.2009).

72 סעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה; ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 61.

73 United States v. Johnson, 457 U.S. 537, 547–548 (1982).

74 ראו למשל דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, המקרים המאוזכרים בפס' 45 לפסק דינה של השופטת נאור. ראוי לציין כי בכמה מקרים שנדונו בתקופת הביניים עיכב בית המשפט העליון (וסביר להניח כי גם בתי משפט אחרים) את הדיון בתיקים שנסמכו על הלכת מלול. כך היה המצב למשל בע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' טרלובסקי (פורסם בנבו, 7.8.2006); ע"א 8587/01 עזבון גולדברג נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (פורסם בנבו, 25.9.2006) ועוד. דרך פעולה זו הקטינה את מספר התיקים שבהם ניתנו החלטות בתקופת הביניים, אך הגדילה את כמות התיקים שיוכרעו לפי הלכת הדין הנוסף אחריו. מאחר שההכרעה בשתי התקופות שונה

הדין הנוסף (שאז תוצאת הדיון בעניינם תהיה תלויה בהוכחת ההטיה הנשנית) – הפסיקה תהיה שונה בעניינה מבעניינם. רק אצלה ייפסק שאת אשר קיבלה תזכה לשמור אצלה, ואת אשר טרם גבתה, גם לא תוכל לקבל. לעומת זאת כל שאר התובעים, אף על פי שהמצב של כולם לכאורה שווה, ייאלצו לנהוג לפי ההלכה שנוהגת בזמן מתן פסק הדין בעניינם⁷⁵. מתן טיפול ייחודי לפונה מסוים, השונה מהטיפול שמקבלים פונים אחרים השווים מכל בחינה עניינית, אינו בהכרח הפליה. ייתכן בהחלט כי לרשות הרלוונטית נימוקים טובים להבחנה שעשתה בין הפונים השונים⁷⁶. ההנמקה שנתן בית המשפט להבחנה בין מלול לבין כל שאר הפונים במצבה היא שאי אפשר להכריע לפי התשתית הקיימת בשאלת קיומו של מבחן ההטיה הנשנית ושלא מעשי להחזיר את התיק לערכאה הדיונית⁷⁷, שכן יש בכך "לא רק התעמרות של ממש במשיבים – הם התובעים – אלא חוסר מעשיות מובהק, ונראה כי גם חוסר תוחלת". למעשה, הטיפול החריג שניתן לצדדים בעניין מלול נובע מהתמשכות ההליכים בעבר והסיכוי להתארכותם בעתיד⁷⁸. עם כל הכבוד, טעם זה אינו מבחין את עניינה של מלול מעניינם של תובעים אחרים⁷⁹. אכן, אין ספק שהתמשכותם של הליכים משפטיים לאורך שש-עשרה שנים⁸⁰ אינה ראויה.

75 מההכרעה שהתקבלה בעניין מלול, אין בדרך פעולה זו כדי לשנות את המסקנה שבגוף הטקסט. לדיון בדרך פעולה דומה של בתי משפט בארצות הברית בתקופות שלפני הכרעה צפויה ראו Aaron-Andrew P. Bruhl, *Deciding When to Decide: How Appellate Procedure Distributes the Costs of Legal Change*, 96 CORNELL L. REV. 203 (2011).
 בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, נוסף על טענת ההפליה לעומת תובעים אחרים, יכולה לעלות טענה להפליה בין התובעים השונים. שם היה מדובר בכמה וכמה תובעים שונים שייתכן שכל אחד מהם הצליח לממש חלק שונה מפסק הדין שניתן לטובתו בבית המשפט דלמטה, ולפיכך כל אחד מהם יזכה לסכום שונה בגין תביעתו אף על פי שקיים ביניהם שוויון בעובדות המהותיות ובדין.
 76 עניין הופרט, לעיל הערה 71, בעמ' 360; ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 460; בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 13 (1981). ראו גם עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 71, פס' 21–22 לפסק דינו של הנשיא ברק.
 77 במקרים אחרים בעבר שבהם נפסק כלל משפטי חדש שלגביו, מטבע הדברים, לא נשמעו ראיות בערכאה המבררת, הביעו חלק משופטי בית המשפט נכונות לפסוק על פי התשתית החסרה, בלא להחזיר את התיק למחוזי. ראו למשל ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט, פ"ד סב(1) 330 (2006).
 78 בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, נימק בית המשפט את בחירתו להשאיר את הכסף אשר נמצא אצל התובעים בידיהם, בעיקר בשינוי החקיקה אשר מאפשר למי שתרמו כליות החל ממועד תחילת החוק והתקנות לקבל פיצוי דומה. טיעון זה מבוסס לכאורה על עקרון השוויון. אולם למעשה חקיקת החוק היא עובדה מהותית שמצדיקה להבחין בין מי שתרם כליות לפני כניסתו לתוקף לבין מי שתרם כליות אחר כך. יתר על כן, פסק הדין אינו מסביר מדוע יש להבחין בין התובעים לבין כל שאר האנשים אשר תרמו כליות לפני יום חקיקת החוק ולא יזכו לשום פיצוי בגין כך.
 79 ראוי לציין כי בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, לא הועלתה טענה להתמשכות הליכים חריגה.

גם אין ספק שהחזרת ההליך במקרה כזה לבית המשפט המחוזי היא התעמרות בצדדים. אולם בצער רב אפשר לומר כי מצב זה אינו ייחודי לעניין מלול. במקרים רבים של ערעור שני ברשות, של ערעור חוזר או של דיון נוסף, קיימת אותה בעייתיות של התמשכות הליכים בעבר עם סיכוי להתארכותם הלאה בעתיד⁸¹. מצב זה אף קורה בכל מקרה שבו ההליכים מתארכים בערכאה הראשונה ובערכאת הערעור מטעמים אלו ואחרים לאורך שנים ארוכות⁸². לכן לא ברור איך התמשכות ההליכים מצדיקה את ההחלטה להשאיר את המצב על כנו בניגוד לדרכי הפעולה המקובלות של בתי המשפט.

בנוסף, הטיפול השונה שניתן לצדדים בעניין מלול מעלה את השאלה מתי יחליט בית המשפט לנהוג שוב לפי אותה גישה תוך השארת המצב העובדתי על כנו, בניגוד למצב המשפטי. מפסק הדין בעניין מלול אי אפשר לדלות קריטריונים של ממש לשאלה זו. למעשה, נראה כי הדבר נתון לשיקול דעתו של השופט⁸³. למשל, בעניין היימן נומקה הבחירה לפטור את התובעים מהשבה, בדרך פעולתם המוסרית (תרומת כליה לקרוב משפחה) ובשינוי החוק (שלא חל עליהם) אשר קבע פיצוי למי שנהגו כמותם בתקופות מאוחרות יותר.

פסיקה כזו, אשר מאפשרת לשופט, לפי תחושת הצדק האישית שלו, להחליט כי במקרה מסוים אין מקום להכריע בהליכים על פי הדין או להמשיך לבררם אלא יש להשאיר את הסטטוס קוו על כנו, היא "פסיקה על פי אורך רגלו של הצ'נסלור"⁸⁴. פסיקה כזו איננה מאפשרת לצדדים לנבא מתי יחליט שופט מסוים כי ההליכים התמשכו דיים, או כי הסטטוס קוו המקרי שנוצר מגלם צדק. לפיכך החלטת בית המשפט לא ליישם את הלכתו היא עצמה הלכה בעייתית. נראה שיפים לעניין זה דבריו של פרופ' אהרן ברק:

- 80 לפירוט התקופה ראו לעיל ה"ש 59.
- 81 השוו למשל למקרים המובאים לעיל בה"ש 59, שבהם בית המשפט העליון נתן פסקי דין חלקיים חמש-עשרה ותשע-עשרה שנים לאחר שהוגשה התביעה, ואיפשר את המשך הדיון על סמך התשתית המשפטית שנקבעה בפסק הדין.
- 82 אם התמשכות ההליכים נגרמת באשמת הצדדים, ברור שהיחס אליה יהיה שונה. אולם במקרים רבים התמשכות ההליכים אינה תלויה בצדדים. כך קורה למשל כאשר מתן פסק דין מתעכב לאחר הסיכומים, או כאשר בית המשפט מבקש לעכב את הדיון בתיק מסוים בשל התנהלות הליכים אחרים הנוגעים לאותו עניין במקביל או בשל קיומו של דיון עקרוני בבית המשפט העליון בנושא הרלוונטי לתיק.
- 83 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' 55 לפסק דינה של השופטת (בדימו') פרוקצ'יה ופס' ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.
- 84 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס. למקורו של ביטוי זה ולשימוש בו ראו האסמכתאות המוזכרות שם.

”ייתכן, כמובן, ששופט יפעיל את שיקול דעתו באופן שיביא לסטייה מהדין הקודם. עקביות אינה מחייבת הימנעות מכל שינוי. אך גם במקרה זה על השופט להיות עקבי וניטרלי. עליו להפעיל את ההלכה החדשה בכל מקרה דומה, ועליו להיות מוכן לסטות סטייה דומה מהדין הקודם, כאשר הנסיבות תהיינה דומות”⁸⁵.

2. המסר לשופטי הערכאות דלמטה

בעיה נוספת העולה מההכרעה בעניין מלול נוגעת למסר העולה ממנה כלפי שופטי הערכאות האחרות. ייתכן כי בחירתו של בית המשפט להכריע במקרה הקונקרטי שלא על פי פסיקתו העקרונית תובן כאילו נועדה לאפשר לשופטי בית המשפט העליון לנתק את עצמם מהשפעתו הרגשית של המקרה הבודד⁸⁶. זאת כפי שכבר נאמר לעיל⁸⁷, כדי שעובדותיו הקשות של המקרה לא ישפיעו על חשיבתם המשפטית כדי שהם יוכלו להגיע להכרעה הנכונה לדעתם לגופו של עניין לטווח הארוך⁸⁸. אכן, לחשיבה מעין זו יש יתרונות, שכן היא מיועדת להביא את בית המשפט להכרעה המשפטית הנכונה⁸⁹.

אולם טיעון זה משדר מסר בעייתי לשופטי הערכאות הנמוכות, אשר נאלצים להתמודד מדי יום עם עשרות ומאות מקרים אנושיים. אנו כחברה מצפים משופטי כל הערכאות

85 אהרן ברק מבחר כתבים א 925–926 (2000).

86 לכך שהשופטים בעניין מלול, או לפחות חלק מהם, אכן ניסו לפעול כך ראו פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוניס. כן ראו את עניין המר, לעיל ה"ש 39, שבו בחר בית המשפט לקיים דיון בהרכב מורחב בשאלה עקרונית, תוך השארת הדיון בעובדות המקרים ובמסקנות המעשיות העולות מההכרעה המשפטית, לדיון בהרכבים אחרים.

87 סעיף ב.3. לעיל.

88 לעתים ניתוק עובדות המקרה מהדיון המשפטי קורה מאליו, שכן עד לזמן שבו ניתנת ההחלטה קורים אירועים אשר קובעים עובדות בשטח, בלי להמתין להכרעה השיפוטית. אחד המקרים הבולטים הוא (1973) 410 U.S. 113; 93 S. Ct. 705; 35 L. Ed. 2d 147, Roe v. Wade, אשר דן כידוע בתוקפו החוקתי של איסור על הפלות בהקשר של אישה הרה שביקשה להכריז על חוקים נגד הפלות כלא חוקתיים. התביעה הוגשה במרס 1970 (at p. 120), והמקרה נשמע בפני בית המשפט העליון בדצמבר 1971, אך פסק הדין ניתן רק בינואר 1973. בית המשפט הכיר שם בכך שהוא דן במקרה שכבר הוכרע בדרך הטבע, אך המשיך לדון בנושא העקרוני (p. 125–127). למקרה שבו התעוררה בעיה דומה בארץ, ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 98 (1993). כן ראו בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(2) 485, 496 (1995).

89 ראו גם Eisenberg & Miller, לעיל ה"ש 28, שם.

להכריע הכרעה נכונה משפטית בכל מקרה המגיע אליהם⁹⁰. אך אם נאמר ששופטי בית המשפט העליון נאלצים לנתק את עצמם מהצורך להכריע לצדדים שלפניהם כדי להגיע להכרעה הנכונה משפטית, נראה שאי אפשר לדרוש יותר משופטי הערכאות הנמוכות, והתוצאה עלולה להיות ששופטי הערכאות הנמוכות ירגישו חופשיים יותר בעתיד לפסוק לפי תחושת הצדק האישית שלהם ולא לפי הדין הקיים⁹¹.

3. השלכות פסיכולוגיות על השופטים ותהליך השפיטה

בעייתיות נוספת שיש בפסיקה ואשר קשורה לבעייתיות הקודמת היא שתפקידם של שופטים, ושופטי בית המשפט העליון בכלל זה, הוא קודם כול לפסוק בין הצדדים למשפט⁹². תפקיד זה הוא תפקיד קשה ומסובך. התחושה שגורלם של אנשים נתון ביד השופט היושב בדין, וכי הכרעתו, גם אם היא מוטעית, תכריע את גורלם – יש בה תחושה של כוח, אך בעיקר יש בה תחושה של כובד אחריות. תחושת אחריות זו, הנובעת מהצורך להכריע את גורלם של האנשים הניצבים לפני השופט, היא תחושה שאמורה להביא אותו לחקור בדין ולמצות את כל אפשרויות הדין⁹³.

כאשר השופט משחרר עצמו מאחריות זו בפסקו פסיקה עקרונית שאינה גוררת הכרעה תואמת במקרה הקונקרטי העומד לפניו, הוא משתחרר גם מכובד האחריות הכרוך בפסיקה המשפיעה על גורלם של האנשים העומדים לפניו⁹⁴. השתחררות זו מביאה לשינוי במוקד

90 מרים נאור "הנשיא משה לנדוי – על דרכו כשופט ופסיקתו" ספר לנדוי כרך ב 517 (א' ברק וא' מזוזו עורכים, 1995), כותבת בשם השופט לנדוי: "השופט עוסק מדי יום ביומו ב'תיקים' רבים, אך עליו לזכור כי לגבי המתדיין כל 'תיק' הוא המשפט האחד והיחיד שיש לו, אל לו, לשופט, בגלל מספרם הגדול של התיקים, להקל ראש בעניין מן העניינים הנדונים לפניו, עליו לראות כל 'תיק' וכל עניין כעולם ומלואו, כפי שרואה אותו מתדיין" (הדברים מובאים בהסכמה בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין)

91 חשש זה מתגבר לאור פסיקת בית המשפט העליון בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, שהרחיבה את האפשרות לפסוק לפי הצדק בנסיבות שבהן השופטים סוברים שהצדק מחייב לסטות מפסיקה לפי הדין.

92 ראו למשל עניין קטאשווילי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 462 (אחד הקריטריונים המרכזיים שבהם חייבת לעמוד כל פסיקה של בית המשפט העליון הוא צדק בין הצדדים).

93 השוו לעניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, פס' 8 לפסק הדין.

94 השוו לדניאל כהנמן, אילנה ריטוב, קרן א' יקוביץ ופול גרנט "נכונות מוצהרת לשלם בעבור טובין ציבוריים" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנות ואושר 232, 242 (מיה בר-הלל עורכת, 2005) ("אין כל ביטחון שדולרים מדומים ודולרים אמיתיים מגדירים אותו סולם פסיכולוגי").

הפסיכולוגי של הליכי החשיבה שלו⁹⁵ ומשנה את תוצאותיהם של הליכים אלה⁹⁶. להשתחררות זו תוצאות חיוביות כפי שיתכן שהתכוונו שופטי בית המשפט העליון⁹⁷, אך יש לה גם תוצאות שליליות – התעלמות משיקולי צדק פרטניים, שנראים ייחודיים למקרה הנוכחי אך עשויים דווקא להיות חוזרים ונשנים. כך במרבית המקרים של חוסר ודאות באשר לקשר הסיבתי במקרי רשלנות רפואית יעמוד לפנינו תובע יחיד שסובל נזק גוף קשה ונתבעים רשלנים שמאחוריהם עומד גוף כלכלי חזק (קופת חולים, המדינה, או מבטח). ייתכן שאין מקום להתחשב במאפיינים אלה של המקרים, אך יש לזכור שהם יופיעו כמעט בכל המקרים הרלוונטיים. לפיכך פסיקה עקרונית אשר תתעלם ממאפיינים אלה עשויה לגרום ששופטי הערכאות הדיוניות יעמדו פעם אחר פעם במצב שאתו בית המשפט העליון היה צריך להתמודד בעניין מלול – הם ירצו לפצות את התובע, אך הדין לא יאפשר להם זאת. אימתן פתרון למצב זה על ידי בית המשפט העליון יוביל לניסיונות חוזרים ונשנים של שופטי הערכאות הדיוניות (ובעקבותיהם גם שופטי בית המשפט העליון העתידיים) למצוא דרכים יצירתיות לפצות את התובעים כאשר הדין אינו מאפשר פיצוי כזה.

לשם השוואה, במשפט העברי נודע משנה חשיבות להכרעה הלכתית הנובעת מפסיקה מעשית במקרה אמתי שבא לפני הדיין. חשיבות זו נובעת הן מהיותה של השכינה עם הדיין שמכריע בדין הן מתחושת האחריות של הדיין הגדלה במקרה אמתי שבו לא יפסוק אלא

95 כאשר אנשים נדרשים לשיפוט בהקשר של מקרה ספציפי, נכנסים לפעולה כמה מנגנונים פסיכולוגיים אשר עשויים לשנות את תוצאת השיפוט. מנגנון אחד הוא זמינות (availability). לדין כללי בנושא ראו למשל דניאל כהנמן "נקודת המבט של שיפוט ובחירה" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנות ואושר 147, 151–156 (מיה ברי-הלל עורכת, 2005). כאשר מוצג מקרה ספציפי בפני אדם, הופך המידע הקשור אליו לנגיש לשופט והוא ישפיע עליו יותר מאשר מידע כללי אחר. מנגנון שני הוא היצג (framing). לדין כללי ראו שם, בעמ' 156–159. הדגש על האלמנטים השונים של הבעיה המשפטית משתנה ממקרה למקרה – כאשר מוצג לאדם מקרה ספציפי הוא יתמקד באותם אלמנטים של הבעיה אשר מתעוררים באותו מקרה. מנגנון שלישי הוא המבט-לאחור. ראו למשל Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive* (1998) 65 U. CHI. L. REV. 571. כאשר מוצג מקרה ספציפי קל לראות בדיעבד איך אפשר היה לשנות את תוצאתו. אולם דיון היפותטי מקשה על הטיה זו ומאפשר שיפוט אובייקטיבי יותר. כן ראו הדיון ליד ה"ש 56–62 לעיל. יצוין שמחקרים מעלים כי שופטים רגישים פחות מבני אדם אחרים לחלק מהטיות אלה (ראו למשל MCEWAN, לעיל ה"ש 58, בעמ' 41; Jeffrey J. Rachlinski, Sheri Johnson, Andrew J. Wistrich & Chris Guthrie, *Does Unconscious Bias Affect Trial Judges?* 84 NOTRE DAME (L. REV. 1195 (2009)), אך הן עדיין משפיעות עליהם במידה מסוימת.

96 אין מדובר כאן בטיעון חוקתי על הפרדת רשויות אלא בטיעון פסיכולוגי. לדין הקשור לטיעון החוקתי ראו בהמשך.

97 ראו בהקשר זה בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, אשר מציגה את היתרונות הרבים שיש לחקיקה על פני פסיקה שיפוטית.

לאחר שוידא את נכונות הדין⁹⁸. חשיבותה של הכרעה במקרה אמתי גרמה הן שמעשים מובאים כהוכחה ניצחת לאמתות פסיקה הלכתית⁹⁹ הן לחשיבות העצומה שמיוחסת לספרות השו"ת (שאלות ותשובות) לעומת ספרות הלכתית אחרת, ואשר נובעת מהיותה של ספרות השו"ת מייצגת, רובה ככולה, פסיקות במקרים אמתיים¹⁰⁰. מאפיינים אלה אינם קיימים כאשר בית המשפט פוסק פסיקה שאינה מיושמת במקרה שבו נפסקת ההלכה.

4. הפרדת הרשויות

קושי נוסף אשר מתעורר בעקבות החלטת בית המשפט הוא הקושי החוקתי הנובע מהפגיעה בהפרדת הרשויות שיש בהכרעה עקרונית שאינה מוחלת על עובדות המקרה אלא רק על כלל המקרים האחרים. כידוע, הדין יכול להיקבע בשתי דרכים שונות – הכרעה ממקרה למקרה וקביעת חוק מופשטת¹⁰¹. בחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון מסור לבית המשפט התפקיד להכריע בסכסוכים בין הצדדים על פי הדין ואגב כך לקבוע את הדין¹⁰². מנגד הרשות המחוקקת, ובמידה פחותה הרשות המבצעת¹⁰³, אמורות לקבוע את הדין קביעה מופשטת¹⁰⁴ כשאגב כך ייקבע הדין לכל אדם ואדם¹⁰⁵. אכן, ההבחנה בין חקיקה לבין פסיקה שיפוטית אינה חדה¹⁰⁶. גם חוק יסודות המשפט מכיר בהיות ה"הלכה פסוקה" אחד מהמקורות שמהם ישאב בית המשפט את הדין¹⁰⁷. ההבחנה מתעמעמת בעיקר בבית המשפט העליון, אשר פסיקתו מחייבת את כל הערכאות השיפוטיות במדינת

- 98 מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1215–1218 (מהדורה 3, תשמ"ח).
- 99 ראו למשל משנה, סוכה ב, ז. כן ראו אלון, שם, בעמ' 768–797.
- 100 שם, בעמ' 1215–1218.
- 101 לעתים, כמו במשפט העברי, שתי הדרכים נעשות בידי אותו גוף – בית הדין. עם זאת קיימים הבדלים ניכרים בין הכללים החלים על בית הדין בפעלו כפוסק לבין הכללים החלים עליו בפועלו כמתקין תקנות. לניתוח ההבדלים הפסיכולוגיים בין חקיקה לפסיקה ראו Jeffrey Rachlinski, *Bottom-Up versus Top-Down Lawmaking*, 73 U. CHI. L. REV. 933 (2006).
- 102 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 41–42.
- 103 כאשר הרשות המבצעת מתקינה תקנות היא יוצרת חוק. עם זאת במרבית המקרים התקנת תקנות כפופה לאישור של גוף כלשהו ברשות המחוקקת, לרוב – ועדה מוועדות הכנסת. ראו ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 233–242 (1997).
- 104 לעתים מחוקקת הכנסת חוק בשביל אדם אחד, או מקרה מסוים אחד. אולם חוקים כאלה הם החרגי המלמד על הכלל.
- 105 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 526–527.
- 106 Frederick Schauer, *Do Cases Make Bad Law?*, 73 U. CHI. L. REV. 883, 891 (2006).
- 107 ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980.

ישראל¹⁰⁸, ובמיוחד בדיון נוסף, אשר מתמקד מעצם טיבו (ולפי הנחיית המחוקק) בשאלה משפטית¹⁰⁹. עם זאת בסיסה של ההבחנה ברור: למחוקק שיקול דעת מוחלט באילו נושאים לחוקק. הוא בוחר את הנושאים שבהם הוא מחוקק לפי הערכתו את טובת הציבור, ומרגע שהוא מחוקק אותם הם הופכים להיות בעלי תחולה כללית¹¹⁰. מנגד בית המשפט קובע הלכה רק באותם נושאים אשר מתעוררים בתיקים אשר מגיעים לפניו, וההלכה שהוא קובע נובעת מעובדות המקרה שלפניו ומוגבלת אליהן¹¹¹. אכן, הלכה זו תשתלב במערכת הדינים הכללית, אך מקרים עתידיים יושפעו מהלכת בית המשפט רק אם עובדותיהם דומות למקרה שכבר נפסק.

ראוי להביא דברים שאמר פרופ' אהרן ברק בעניין זה:

בכך בא לידי ביטוי אחד ההבדלים בין שיקול הדעת השיפוטי לבין שיקול הדעת של המחוקק. על זה האחרון לא מוטלת חובה משפטית להיות עקבי. הוא אינו חייב לפעול באופן ניטרלי. לא כן השופט. שיקול דעתו חייב להיות סביר. הוא חייב להשתלב במרקם המשפטי. לשם כך עליו להיות עקבי וניטרלי¹¹².

כאשר בית המשפט קובע את הדין העקרוני תוך שהוא מכריז כי במקרה שלפניו הוא סוטה מדין זה, הוא משנה איזון זה. הוא כבר אינו פוסק לצדדים תוך יצירת נורמה כללית בדרך אגב, אלא קובע נורמה כללית עתידית במחשבה תחילה ובלי קשר ישיר לצדדים

108 עמימות ההבחנה נושקת לנושא החקיקה השיפוטי. נושא זה רחב ביותר ודיון בו חורג בהרבה מגבולות רשימה זו.

109 סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע בין השאר כדלהלן: "(ב) נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף. (ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקויים הדיון הנוסף אלא באותה בעיה" (ההדגשה הוספה). ראו לעניין זה גם בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, דברי השופט גרוניס בפס' 18 לפסק דינו. כן ראו Eisenberg & Miller לעיל ה"ש 28, שם.

110 ראו למשל את דברי השופט חשין בעניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, בפס' 15 לפסק דינו: "המחוקק, אפוא, שיקוליו הם מאופק-אל-אופק. שלא כמותו הוא בית-המשפט, ששיקוליו שיקולים הם המייחדים עצמם לעולם המשפט".

111 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 169-172 (1992); ברק מבחר כתבים, לעיל ה"ש 85, בעמ' 755.

112 שם, בעמ' 926.

העומדים לפניו ולעובדות המקרה הקונקרטי¹¹³. אך זהו תפקידה המסורתי של הרשות המחוקקת – הכנסת – ולא של הרשות השופטת – בית המשפט¹¹⁴. יתר על כן, בית המשפט החליט על החלת הנורמה העתידית באופן סלקטיבי ולא עקיב תוך אימוץ חופש הפעולה השמור לרשות המחוקקת¹¹⁵.

טיעון הפגיעה בהפרדת הרשויות מוכר בקשר לנושא הדומה של פסיקה פרוספקטיבית, שם נטען שפסיקת הלכה אשר חלה רק מיום מתן פסק הדין ואילך, ולכן גם לא חלה על המקרה שבו נקבעה ההלכה, היא בגדר מעשה חקיקה שפוגע בעקרון הפרדת הרשויות¹¹⁶. עם זאת היום מוסכם על רוב המשפטנים כי הטיעון החוקתי לבדו אינו יכול להכריע את הדין כאשר לפסיקה פרוספקטיבית¹¹⁷. אכן, גם בענייננו אין הטיעון החוקתי יכול להכריע לבדו את הדין כאשר לרציונה של פסיקה בניגוד לדין, אולם גם לו יש משקל בקביעה כי הכרעה קונקרטית אשר סוטה במודע מההלכה העקרונית שנקבעה באותו פסק דין אינה בגדר הרצוי.

5. פרוצדורה שיפוטית או חקיקתית?

בעייתיות נוספת אשר עולה מהחלטת בית המשפט לפסוק פסיקה עקרונית אשר לא חלה על המקרה הקונקרטי העומד לפניו קשורה להסדרים הדיוניים השונים אשר מתקיימים בהליכי בית המשפט לעומת הליכי חקיקה. בהליכי חקיקה אשר אמורים לשקף את טובת הכלל ואת רצונו, משתתף כלל הציבור באמצעות נציגיו – חברי הכנסת. הצעות החוק מונחות על שולחן הכנסת ומפורסמות ברשומות כדי לאפשר לציבור להגיב עליהן

113 ראו גם שם: "על השופט להתחשב בבעיות מוסדיות. עליו להיות מודע לכך שהוא פועל במוסד שיפוטי, ולא במוסד חקיקתי, וכי חקיקתו השיפוטית אינצידנטלית להכרעתו השיפוטית. השופט אינו רשאי ליצור סכסוך כדי להכריע בו. עליו להכריע בסכסוך קיים". ביקורת זו רלוונטית גם לעניין המר, לעיל ה"ש 39, שם בחר בית המשפט לנתק עצמו מראש מעובדות המקרים ולהכריע הכרעה עקרונית שאינה מושפעת מעובדות המקרים שבאו לפניו (עובדות שאף לא הובאו בפסק הדין) ואף אינה משפיעה עליהם (שכן ההלכה לא הוחלה על המקרים שנדונו בפסק הדין).

114 מלבד האמירה החוקתית, לשינוי בתפקידו של בית המשפט יש גם, כפי שכבר נאמר, השפעה מכרעת על הדרך שבה מתבצעת הכרעתו של מקבל החלטות ועל התוצאה הסופית שאליה יגיע.

115 במיוחד בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, שם המחוקק בחר להחיל את חוק תרומת איברים באופן פרוספקטיבי, ובית המשפט החליט לעקוף החלטה זו על ידי השארת סכומי פיצוי שקיבלו התובעים, בידיהם.

116 לניתוח מקיף של דיון זה ראו עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, פס' 7 ו-10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

117 שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ולשתתף השתתפות פעילה בחקיקה. משרד המשפטים אף נוהג להפיץ תזכירי הצעות חוק ברבים כדי לקבל תגובות מהציבור ולשלבן בחקיקה¹¹⁸. לעתים אף מוקמת ועדה ציבורית אשר כוללת מומחים בתחום, שתפקידה לשמוע את דעות כל בעלי העניין ולגבש מסקנה על המצב הרצוי. גם לשלב הדיון בוועדות הכנסת מוזמנים לרוב נציגים של כל מי שעשויים להיות מעוניינים בחקיקה כדי להביע את דעתם בפני חברי הכנסת.

בניגוד לכך, ברגיל בית המשפט אינו מאפשר למי שאינו צד לדיון להשתתף השתתפות פעילה (בניגוד לנוכחות פסיבית באולם או קריאה על ההליכים) בדיון בבית המשפט או להביע את דעתו¹¹⁹. ההיגיון העומד מאחורי מגבלה זו הוא שהדיון בבית המשפט מתמקד בצדדים, וכי הצדדים הם שירוויחו ממנו או יפסידו ממנו. אמנם ייתכן שבעקיפין בשל שינוי ההלכה גם מצבם של אנשים אחרים ישתנה, אך השפעה זו עקיפה בלבד, ולעומת זאת הצדדים הם שעומדים במוקד הדיון. מאחר שהצדדים הם בעלי העניין בתיק, מוצדק לתת להם לטעון תוך הטלת מגבלות על זכותם של אנשים אחרים לטעון.

קביעת הלכה משפטית לעתיד שבית המשפט בוחר שלא לפעול לפיה במקרה הקונקרטי משנה את המצב. משבוחר בית המשפט לקבוע הלכה המנותקת מהמקרה העומד לפניו, ההלכה שאותה הוא פוסק אינה מכוונת למקרה שלפניו ואינה משפיעה על הצדדים העומדים לפניו, אלא היא הלכה כללית שתחול מכאן ואילך. אולם אם פסיקת בית המשפט איננה משפיעה על הצדדים אלא רק על תובעים ונתבעים עתידיים, מדוע להגביל את זכות הטיעון בבית המשפט (לפחות בדיון נוסף)¹²⁰ דווקא לצדדים? מדוע לא לאפשר גם למשרד

118 ראו בהקשר זה את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפס' 14 לפסק דינה בעניין מלול.
 119 לכלל האמור בטקסט קיימים שני חריגים אשר מעידים על הכלל: נוכחות היועץ המשפטי לממשלה בדיונים מסוימים לפי דברי חקיקה שונים (למשל, תקנות פקודת סדרי הדיון (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש]); הגשת כתב עמדה מאת "ידיד בית המשפט" (amicus curiae) באישור בית המשפט. ראו מ"ח 7929-96 קזולי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553-555 (1999). כן ראו מיכל אהרוני "הידיד האמריקני – לדמותו של ה-amicus curiae (ידיד בית המשפט)" המשפט י 255 (2005); ישראל דורון ומנאל תותרי-גובראן "לידתו והתפתחותו של 'ידיד בית משפט' ישראלי" עלי משפט ה 65 (2006). ההתרחשויות בנושא הולדה בעולה יכולות להצביע על הפער בין חקיקה לפסיקה מבחינה זו. נושא ההולדה בעולה נדון במקביל בבית המשפט בעניין המר, לעיל ה"ש 39, ובפני ועדת מצא בנושא הולדה בעולה (אשר כללה משפטנים, כמו גם אנשי דת, פילוסופים, מומחים לאתיקה ורופאים). בפני הוועדה הופיעו מומחים מתחומי הרפואה, האתיקה, המשפט, הסוציולוגיה, הדת ועוד, כמו גם הציבור הרחב, אך בבית המשפט הופיעו רק הצדדים, ולהסדרות הרפואית וללשכת עורכי הדין ניתנה זכות טיעון מוגבלת כידידי בית המשפט. כן הונח בפני בית המשפט דוח הוועדה ובפועל בית המשפט עשה בדוח שימוש נרחב. ראו הוועדה הציבורית בנושא "הולדה בעולה" דין וחשבון (אדר התשע"ב, מארס 2012) ולאחר עניין היימן, לעיל ה"ש 12 – כל דיון בבית המשפט העליון.

המשפטים, חברי סגל אקדמי מהפקולטות למשפטים, עורכי דין אשר מייצגים צדדים עתידיים או סתם אנשים מן השורה, להעלות טיעונים בבית המשפט? והלא השפעת הכלל שקובע בית המשפט על הצדדים לא תהיה גדולה מהשפעתו על אנשים אחרים.

6. התמריצים על צדדים עתידיים

החלטת בית המשפט להשאיר את הסטטוס קוו על כנו בלי להחיל על הצדדים לדיון הנוסף את ההלכה שנקבעה בו, משפיעה לרעה על התמריצים של צדדים עתידיים¹²¹ לפחות בשתי דרכים: האחת, נוגעת לדרך ההתנהגות בדיון נוסף; השנייה, לתמריצים באשר למימוש פסקי דין אשר נמצאים בהליכי ערעור או דיון נוסף.

מערכת התמריצים הראשונה שתיפגע היא מערכת התמריצים של הצדדים לדיון נוסף, אשר מבטיחה את איכות הדיון בו¹²². סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע כי דיון נוסף ייקבע אם נשיא בית המשפט העליון או השופט הדנים בבקשה לדיון נוסף סבורים כי: "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף".

הפסיקה פירשה את הסעיף באופן שרק במקרים שבהם להלכה שנפסקה יש חשיבות להתדיינות עתידיות עשוי להיקבע דיון נוסף, ואילו במקרים שלהלכה יש רק חשיבות קונקרטית לצדדים עצמם, אין הצדקה לדיון נוסף¹²³. זאת מכיוון שאת החשיבות שבדיון הנוסף יש לאזן עם הצורך בשמירה על סופיות הדיון ובחיסכון במשאבים שיפוטיים¹²⁴. עולה מן הדברים שקיומו של דיון נוסף מתמקד לא בתוצאת הדיון מבחינת הצדדים אלא בהשפעה העתידית של ההלכה שתיקבע על צדדים עתידיים¹²⁵. למעשה, במהלך הדיון

121 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, פס' 8; RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE 156 (1986).

122 לאחר פסק הדין בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, ובעניין המר, לעיל ה"ש 39, הדברים יהיו נכונים, לפחות במידה מסוימת, גם למערכת התמריצים של מגישי ערעורים (ובעיקר בקשות רשות ערעור) לבית המשפט העליון לאור הלכת חניון חיפה (רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)), אשר קובעת כי רשות ערעור לבית המשפט העליון בגלגול שלישי תינתן רק כאשר לעניין הנדון חשיבות משפטית או ציבורית כללית אשר חורגת מחשיבות העניין מבחינת הצדדים לדיון.

123 דנ"א 9048/08 גרינוולד נ' תשתית ציוד ובינוי בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2009); דנ"א 7283/04 קידן בע"מ נ' מנורה בע"מ, פס' 7 (פורסם בנבו, 14.10.2004).

124 דנ"א 10639/06 Tea Board India נ' Delta Lingerie (פורסם בנבו, 13.4.2008).

125 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוניס, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. כן ראו ברק מבחר כתבים, לעיל ה"ש 85, בעמ' 923.

הנוסף¹²⁶ הצדדים הם שליחים של הציבור אשר אמורים להביא לפני בית המשפט העליון את מלוא הטיעונים והשיקולים הנוגעים לעניין הנדון כדי לאפשר לו לקבל החלטה מושכלת שתאפשר לטייב את הדין ולשפר את הוודאות המשפטית.

הסיבה שבגללה מוכנה השיטה המשפטית לתת לצדדים מקריים להשפיע על קביעת הכלל המשפטי העתידי ולהפקיד בידיהם את הצגת הטיעונים המשפטיים בעד ונגד כלל עתידי היא שלצדדים אלה יש התמריץ הטוב ביותר להשפיע על קביעת הכלל לטובתם, שכן הם יושפעו מכלל זה ישירות דרך פסק הדין. יתר על כן אחד הצדדים היה כה מעוניין בשינוי ההלכה הקיימת, עד שהגיש בקשה לדיון נוסף מתוך מודעות לכך שהוא יישא בעלויות הדיון הנוסף ומתוך מוכנות לשאת בעלויות הכרוכות בניסיון לשכנע את בית המשפט העליון לשנות את ההלכה. בכך אפשר לראות סימן שצד זה מודע לתמריץ ומוכן לפעול לפיו. לצד השני יש תמריץ חזק להגן על זכייתו, ומשנוצר איום על זכייה זו יש להניח שהוא יפעל במלוא המרץ כדי למנוע את התממשות האיום¹²⁷. לכן סביר להניח שהצדדים יציגו את מלוא הטיעונים בעד הצד שלהם בדרך הטובה והמשכנעת ביותר תוך מיצוי יכולותיהם, ובכך יאפשרו לבית המשפט לקבל את ההחלטה המושכלת ביותר בדיון הנוסף.

אולם מרגע שהצדדים לפסק דין שניתן בבית המשפט העליון מודעים לאפשרות שגם אם ייקבע דיון נוסף בעניינם תוצאותיו לא יוחלו על המקרה שלהם, משתנה מערכת התמריצים שלהם שינוי דרמטי. הצדדים יעדיפו למזער את הוצאותיהם בשלב הדיון הנוסף מתוך מחשבה שממילא יש סיכוי (אשר הולך וגדל ככל שמתארך משך הזמן שמוקדש לבחינת הדיון הנוסף) שתוצאות הדיון הנוסף לא ישפיעו עליהם, והתמריץ שלהם לשמש שליחים ראויים יקטן. לפיכך ייאלץ בית המשפט (בעצמו או באמצעות הוראה ליועץ

126 האמור בגוף הטקסט אמור (ואולי אף ביתר שאת) גם על עצם הגשת הבקשה לדיון נוסף. בהנחה שהצד שהפסיד בפסק הדין שניתן בעליון יודע שגם אם בקשתו לדיון נוסף תתקבל, וגם אם יזכה בדיון הנוסף, ייתכן בהחלט שתוצאת הדיון הנוסף לא תוחל עליו, יקטנו הסיכויים שהוא יגיש בקשה כזו, שכן הוא יחשוש ממצב שבו ייאלץ לשאת בעלויות הדיון הנוסף בלי לזכות בפרותיו גם אם יזכה. למעשה, הסיכוי להגשת בקשה כזו יהיה קטן יותר דווקא ככל שהסוגיה הנדונה עקרונית יותר, שכן ככל שהסוגיה עקרונית יותר, גדל הסיכוי (כך נראה מהתרשמות שעדיין אינה מגובה במחקר אמפירי מתאים) שמשך הזמן עד לפסק הדין בדיון הנוסף יהיה גדול יותר, וממילא גדלים הסיכויים שבית המשפט יעדיף את הסטטוס קוו על פני שינוי במקרה הנוכחי.

127 לכך שהתמריץ לפעולה שיוצר חשש מהפסד חזק יותר מזה שיוצר סיכוי להרוויח, ראו דניאל כהנמן ועמוס טברסקי "בחירות, ערכים והיצגים" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנות ואושר 64, 66–67 (מיה בר-הלל עורכת, 2005); דניאל כהנמן, ג'ק ל' קנטש וריצ'רד ה' תיילר "אפקט הבעלות, שנאת הפסד, והטיית המצב הקיים" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנות ואושר 90, 96–100 (מיה בר-הלל עורכת, 2005).

המשפטי לממשלה להביע את עמדתו) לבצע את מלאכת הצדדים בשבילם, לפחות חלקית¹²⁸.

למצב זה שתי השלכות שליליות: ראשית, עלות ההתדיינות תגולגל אל כתפי הציבור ויגבר העומס המוטל על בית המשפט והפרקליטות; שנית, מאחר שהתעניינותם של בית המשפט והפרקליטות בנושא פחותה מהתעניינות הצדדים, ומאחר שאין יריבות בין המדינה לבין בית המשפט, קיים חשש שאיכות הטיעונים, אשר מובטחת בשיטה האדוורסרית על ידי התמריצים הנגדיים של הצדדים, תיפגע.

אמנם אפשר להעלות טיעון שלפיו חלק ניכר מהצדדים לדיונים נוספים הם מתדיינים סדרתיים – גופים אשר צפוי שגם בעתיד ינהלו התדיינות שבהם תעלה אותה טענה משפטית. מתדיינים סדרתיים אינם מעוניינים בהכרח בתוצאות ההליך הספציפי אלא דווקא בכלל המשפטי שייווצר בעקבות הדיון הנוסף ושל עשויות להיות השלכות ניכרות בעניינם בהתדיינות עתידיות¹²⁹. לפי טיעון זה, אי-החלת הכלל המשפטי שייווצר בעקבות הדיון הנוסף על ההתדיינות הנוכחית לא תשפיע לרעה על מערכת התמריצים של מתדיינים סדרתיים במהלך הדיון הנוסף כיוון שהם עדיין ינסו לטעון לטובת אותו כלל שישרת אותם בעתיד.

לטיעון זה תשובות אחדות: ראשית, מבחינה אמפירית, מתוך עשרים ושלושה פסקי דין שניתנו על ידי הרכב בהליך של דיון נוסף אזרחי מאז ה-1.1.2000 ועד לדנ"א מלול, בחמישה מקרים היו שני הצדדים מתדיינים סדרתיים¹³⁰, דהיינו מי שסביר להניח שיהיו מעורבים בהתדיינות דומות גם בעתיד; בחמישה מקרים לא היה אף מתדיין סדרתי אחד מעורב בהליכים¹³¹; בשבעה מקרים היה העותר מתדיין סדרתי והמשיב היה אדם או גוף

128 עניין סולל בונה, לעיל ה"ש 35, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין; דנ"א 3993/07, לעיל ה"ש 35, פס' 23 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרוניס, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארבל.

129 ראו למשל החלטת המשנה לנשיא חשין בעניין שבס, לעיל ה"ש 52, פס' 6–12 לפסק הדין, שממנה עולה בבירור כי המדינה (כמתדיין סדרתי קלסי במשפטים פליליים) לא הייתה מעוניינת בתוצאת ההליך הבודד אלא בפרשנות העקרונית של בית המשפט לעברה שנדרונה שם.

130 דנ"א 4239/03 מדינת ישראל נ' שיכון ובינוי אחזקות בע"מ (פורסם בנבו, 6.2.2006); עניין המוסד לביטוח לאומי נ' ארט, לעיל ה"ש 5; דנ"א 6407/01 ערוצי זהב ושות' נ' Tele Event Ltd, פ"ד נח(6) 6 (2004); עניין קרנית נ' מגדל, לעיל ה"ש 5; דנ"א 2687/00 עיריית חיפה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 332 (2002).

131 דנ"א 9201/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 5.4.2009); דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653 (2005); דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004); עניין משה נ' קליפורד, לעיל ה"ש 5; דנ"א 4465/98 טבעול בע"מ נ' שף הים בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (2001).

פרטי¹³²; בשישה מקרים היה העותר אדם או גוף פרטי, והמשיב היה מתדיין סדרתי¹³³. דהיינו, בכמחצית מהדיונים הנוספים שהתנהלו מאז שנת 2000 היה העותר אדם או גוף פרטי, שסביר להניח שלא היה עותר כלל לדיון נוסף לו סבר שתוצאות הדיון לא יוחלו עליו. בכחצי מהדיונים הנוספים הנותרים, שבהם המשיב הוא אדם או גוף פרטי, הייתה רמת הטיעון נפגעת מהלכה שלפיה דיון נוסף לא ישנה את תוצאת ההליך מבחינת הצדדים, שכן לו ידע המשיב שגם אם יפסיד בדיון הנוסף לא ישנה הדבר את התוצאה האופרטיבית של ההליך מבחינתו, סביר להניח שהיה משקיע בהכנת הטיעונים שלו רק חלק קטן מהזמן, מהכסף ומהמאמץ שהיה משקיע לו ידע שתוצאת ההליך תוחל במלואה עליו. שנית, גם בהנחה ששיעור הדיונים הנוספים שבהם לפחות העותר הוא מתדיין ציבורי היה גדול בהרבה, אי-החלת הפסיקה על המקרה הנוכחי הייתה מובילה להיעדר איזון בין התמריצים שיש למתדיינים סדרתיים לבין התמריצים שיש למתדיינים פרטיים לעתור לדיון נוסף ולהציג בו טיעונים ראויים. היעדר איזון זה עלול לגרום שבסופו של דבר ייטה הדין לטובת המתדיינים הסדרתיים, שהם ממילא גופים חזקים: המדינה, רשויות מקומיות, חברות ביטוח, בנקים ותאגידים גדולים אחרים. שלישית, היות שבית המשפט הרחיב בעניין היימן את האפשרות לפסוק בניגוד לדיון גם לדיונים אזרחיים "סתם" בבית המשפט העליון ולא רק לדיונים נוספים, ומאחר שחלק ניכר מהמערערים בערעורים אזרחיים (או מגישי בקשות רשות ערעור) לבית המשפט העליון אינם מערערים סדרתיים, הרי שהפסיקה בעניין מלול והפסיקה שצעדה בעקבותיה מעוררות את שאלת תמריצי הצדדים לערור על פסקי דין של בית המשפט המחוזי – שאלה שהיקפה גדול בהרבה משאלת היקף תמריצי הצדדים בדיונים נוספים. מערכת התמריצים השנייה אשר תושפע לרעה נוגעת למימוש פסקי דין אשר נמצאים בהליך ערעור. כידוע, הכלל בישראל הוא שפסק דין כספי ימומש בסמוך לאחר נתינתו. דהיינו, גם אם הצד שהפסיד בתביעה כספית מגיש ערעור, הוא יצטרך לשלם את כספי פסק

132 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1; דנ"א 6811/04 מנהל מס שבח נ' שדמי (פורסם בנבו, 4.8.2009); דנ"א 1333/02 הועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נח(6) 289 (2004); דנ"א 1792/00 מדינת ישראל נ' שדמוץ, פ"ד נו(5) 643 (2002); עניין קופת חולים מכבי, לעיל ה"ש 5; עניין רותם, לעיל ה"ש 5; עניין אביאן, לעיל ה"ש 5.
133 דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006); עניין גרנות, לעיל ה"ש 5; דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196 (2005); עניין ברזני נ' בזק, לעיל ה"ש 5; דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נו(2) 632 (2003); דנ"א 3768/98 קרית בית הכרם בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נו(5) 49 (2001).

הדין לצד המנצח, בלא תלות בערעור¹³⁴. כלל זה יוצר תמריצים מעורבים לצדדים: לצד המפסיד יש תמריץ לשלם כדי לא להיות חשוף לאמצעי גבייה יקרים וכואבים¹³⁵, ועם זאת יש לו תמריץ טבעי לנסות ולדחות את התשלום במידת האפשר, הן בשל חוסר הרצון הטבעי לשלם כספים, הן מתוך החשש כי הצד הזוכה לא יוכל להשיב את הכספים אם יתברר בערעור כי שיעור הכספים שקיבל רב מזה שלו הוא זכאי¹³⁶. לצד המנצח יש תמריץ לנסות ולפעול בזריזות כדי לקבל את הכסף שנפסק לזכותו במהירות המרבית כדי למנוע את התחמקות הנתבע מתשלום. עם זאת יש לו תמריץ שלא לגבות את מלוא הסכום כדי למנוע מצב שבו הוא ייאלץ לשלם ריבית לנתבע אם יתברר בערעור כי גבה יותר מהסכום המגיע לך¹³⁷.

הלכת מלול, אף על פי שהיא משאירה את ההלכה שלפיה פסק דין כספי ניתן למימוש גם אם הוגש עליו ערעור, משנה את מערכת התמריצים שחלה על הצדדים במקרים מסוג זה. לאחר פסיקת בית המשפט בעניין מלול ובעניין היימן יודעים הצדדים כי בית המשפט שלערעור עשוי בסוף הדיון להשאיר על כנו את מצב הדברים כפי שהוא בלא להורות על השבה או המשך תשלום, אף בניגוד להלכה המשפטית שנקבעה. זאת אם בית המשפט סבור כי התמשכות ההליכים או סיבות אחרות מחייבות, מן הצדק, לסטות מהדין. לאור הלכת מלול (והלכת היימן שבאה בעקבותיה) הצד הנתבע, שהפסיד בהליך שעליו מערערים, יודע כי אם לא ישלם את הכסף הוא מגדיל את הסיכוי שהכסף יישאר בידיו גם בסופו של הליך הערעור, אך אם ישלם אותו הוא מגדיל את הסיכוי שהכסף יישאר בסופו של דבר אצל התובע. מודעות זאת מגדילה מאוד את התמריץ שלו לא לשלם את הכסף עד להכרעה בערעור. למעשה, מבחינת הנתבע משמעות אי-התשלום היא הגדלת הסיכוי לזכות בערעור. בדומה לכך, לאור הלכת מלול, לתובע תמריץ חזק לגבות את מלוא הכסף המגיע לו עוד לפני סיום הליך הערעור, ולו במחיר של נקיטת אמצעי גבייה יקרים ומסוכנים. זאת

134 תקנה 466 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; בש"א 3158/91 פלאטו שרון נ' קומפני פריזיין דה פרטיסיפיון, פ"ד מח(4) 599 (1991). הכלל דומה גם באשר לפסקי דין פליליים. ראו סעיפים 43 ו-59 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

135 לפי ס' 6(ב) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, יש לחייב 30 יום לשלם את פסק הדין לפני שהזוכה יכול לפתוח נגדו בהליכי הוצאה לפועל שעלותם כידוע מוטלת אוטומטית על החייב.

136 ראו למשל ע"א 5205/08-א קרנית קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' סויסה (פורסם בנבו, 27.7.2008).

137 במקרים רבים מעניקים בתי המשפט סעד של עיכוב ביצוע חלקי של פסק הדין וכך הנתבע ישלם לתובע רק חלק מהסכום שנפסק לזכותו, כדי למנוע פגיעה בלתי הפיכה במצבו של הנתבע. ראו למשל ע"א 2138/10-א מועצה מקומית דלית אל כרמל נ' סנוול ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 26.4.2010).

כיוון שהוא יודע שהסיכוי שהכסף שנמצא אצלו יישאר אצלו, גבוה מהסיכוי שבית המשפט יורה להעביר לו כספים שטרם הגיעו לידי.

אמנם בית המשפט העליון התייחס בעניין מלול רק למצב קיצוני של דיון נוסף, אך כפי שעולה מעניין היימן, אשר הרחיב את ההלכה לערעור אזרחי רגיל (במצב שבו המחוקק שינה את החקיקה לאחר המקרה), דרכן של הלכות מסוג זה להתפשט, וספק אם יהיה אפשר למנוע התפשטות הלכה זו למקרים רבים נוספים, בין מקרים שבהם ההתדיינות ארוכה במיוחד (כמו למשל במקרה של ערעור שני ברשות לבית המשפט העליון, במקרה של ערעור על פסק דין בשאלת אחריות (או פסק דין חלקי אחר) שמוחזר להמשך דיון בשאלת הנזק (או בשאלות אחרות)) ובין במצבים אחרים שבהם השופטים חושבים שהצדק מחייב לסטות מהדין.

משמעות הדברים היא כי פסיקה עקרונית אשר איננה מוחלת על הצדדים לדיון שבה היא נקבעה, תוך שהיא משאירה את הכסף במקום שבו הוא נמצא, מעודדת צדדים שלא להסכים לפשרות באשר למימוש חלקי של פסק דין במהלך הערעור, ממריצה תובעים לא להסכים לחלוקת הפיצוי לתשלומים עתיים (כפי שהיה בעניין מלול עצמו), מעודדת הגשת בקשות לעיכוב ביצוע פסקי דין¹³⁸, ובאופן כללי מגדילה את מספר ההליכים הנוגעים למימוש פסקי דין בתקופת הערעור, מוסיפה הליכי הוצאה לפועל מיותרים ומייקרת ומסבכת את ההליך השיפוטי.

7. על ההלכה המחייבת

להחלטה שלא לפסוק על פי הדין יש משמעות גם לעניין הקביעה מהי ההלכה שנפסקה בעניין זה ובאיזו מידה היא מחייבת בתי משפט נמוכים מעתה ואילך¹³⁹. חוק-יסוד: השפיטה קובע כי הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט אחר¹⁴⁰. קיים ספק בדבר משמעות האמירה "הלכה שנפסקה", ולא ברור אם היא זהה להבחנה הקיימת במשפט המקובל בין עיקר פסק הדין – החלק החיוני לצורך ההכרעה במקרה

138 תק' 467–469 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984.
 139 ראו לעניין זה גם ד"נ 25/80 קטאשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457, 465 (1981) והאסמכתאות המובאות שם. באותו עניין דובר על שאלת הפרוספקטיביות של התקדים, ונדונה הטענה שאם תקדים מיושם פרוספקטיבית ולכן אינו חל על המקרה הקונקרטי, ממילא ההלכה היא בגדר אמירת אגב לא מחייבת גרדא. במקרה שלנו המצב קשה הרבה יותר, שכן בית המשפט לא קבע שהלכתו תחול רק מרגע זה ואילך ועל המקרה הקונקרטי יחול הדין הישן, אלא פסק פסיקה קונקרטית אשר שונה מהדין הישן ומהדין החדש גם יחד, ובכך קבע הלכה שלישית אשר שונה הן מהדין החדש והן מהדין הישן.
 140 ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה.

הספציפי (ratio decidendi) – לבין אמירות אגב שאינן מחייבות (obiter dictum)¹⁴¹. עם זאת ברור כי אותם חלקים בפסק הדין שאינם רלוונטיים להכרעה במקרה הספציפי¹⁴² לא ייחשבו להלכה שנפסקה ולא יחייבו בתי משפט אחרים¹⁴³. לפיכך עולה השאלה מהי למעשה ההלכה המחייבת העולה מדיון נוסף מלול.

אצל ארבעת השופטים מצדדי הפסיקה היחסית אין ספק באשר להלכה המחייבת שהייתה עולה מפסק דינם לו היו זוכים לרוב, שכן רק קבלת עקרון הפסיקה היחסית מאפשר להם להגיע לתוצאה הספציפית שבה רצו במקרה זה – פסיקת פיצוי של 20% מנוקי התובעת. כלומר, "ההלכה שנפסקה" הייתה שאפשר לפסוק פסיקה יחסית.

אצל שלושת השופטים מצדדי ההטיה הנשנית המצב שונה במקצת. מצדדי ההטיה הנשנית תמכו בכלל הפסיקה היחסית רק במקרי הטיה נשנית. אמנם כלל זה לא הופעל במקרה הנוכחי, שכן לדעתם לא הונחה תשתית עובדתית מתאימה לקביעה כי המקרה הנוכחי הוא מקרה של הטיה נשנית, והתיק לא הוחזר לערכאה הדיונית לשם בירור שאלה זו. עם זאת עדיין אפשר לומר שאצל מצדדי ההטיה הנשנית קבלת מבחן ההטיה הנשנית הייתה חיונית לצורך הכרעה במקרה הספציפי, שכן אלמלא נקבע כלל ההטיה הנשנית, הייתה ודאות באשר לתוצאה המשפטית של פסק הדין, וממילא הייתה מתבצעת הכרעה לטובת אחד הצדדים, בלא להשאיר את המצב כפי שהוא. לפיכך, אפשר לומר, אף כי בדוחק מסוים, כי מבחן ההטיה הנשנית היה חיוני לפסיקה, ולפיכך הוא בגדר "הלכה שנפסקה" מבחינת מצדדי ההטיה הנשנית.

אצל שני שופטי ההרכב הנותרים המצב סבוך הרבה יותר. השופטים פרוקצ'יה וגרוניס תמכו בהשאת המצב על כנו, אף שלדעתם אין מקום לאמץ את רעיון הפסיקה היחסית בשום צורה שהיא¹⁴⁴, או ששאלה זו הושארה בצריך עיון¹⁴⁵. אצל שופטים אלה לא ברור מדוע הושאר המצב על כנו. לכאורה, לפי שופטים אלה אין שום חוסר ודאות באשר לתוצאת פסק הדין – על התובעת להפסיד, שכן הם אינם מכירים בפסיקה יחסית והיא לא הוכיחה את תביעתה לפי הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות. לפי שני שופטים אלה, אין שום טעם להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי, שכן שום בירור לא ישנה את הפסדה של

141 איתן מגן "תקדים מחייב – קשיי ישומו במישור האנכי" הפרקליט מג 330, 324 (1996); ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 764.

142 לקושי ביישום הבחנה זו ראו מגן, שם, בעמ' 330–332.

143 ראו למשל ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 485, 493 (1993); רע"א 2237/06 בנק הפועלים בע"מ נ' ויינשטיין, פס' 23–25 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.3.2009).

כן ראו מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211, 228–229 (2005).

144 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

145 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס.

התובעת. לפיכך לא ברור מה הביא שני שופטים אלה לתמוך בתוצאה המנוגדת לעקרונות שבהם דגלו בפסק הדין. בכל מקרה, נראה שאצל שני שופטים אלה לא היה שום משקל שהוא לכלל ההכרעה היחסית בקביעת התוצאה הסופית. מאחר ששני השופטים לא תמכו בכלל ההכרעה היחסית, וכלל זה גם לא היה גורם בהגעתם לתוצאה הסופית, אי אפשר לומר שכלל ההכרעה היחסית הוא "הלכה שנפסקה" מבחינתם.

לפיכך ברור שרק שלושה מבין תשעה שופטים בדיון הנוסף תמכו בכלל שלפיו פסיקה יחסית תופעל במקרי הטיה נשנית, ורק במקרים אלה, ולכן אי אפשר לומר שזוהי "הלכה שנפסקה" בבית המשפט העליון¹⁴⁶. לפיכך ההלכה היחידה שנפסקה בבית המשפט העליון בדיון הנוסף ואשר מהווה בסיס להחלטה שנקבעה בעניין זה, היא כי במקרים שבהם התמשכו הליכי בית המשפט מעבר לפסק הדין הראשון, לתקופה ארוכה ביותר, וסך הזמן שבו התיק נמצא במערכת בלא הכרעה הוא ארוך ביותר, יכול בית המשפט להחליט להשאיר את המצב על כנו בלא לפסוק לגופו של עניין. ספק רב אם לכך התכוון בית המשפט.

פרק ד: הסבר אפשרי – הטיית המצב הקיים, אפקט הבעלות ונוגדי-מציאות

מסקנת הדיון עד פה היא שבית המשפט קבע כי תוצאת הסכסוך הקונקרטי אשר עמד לדיון לפניו תהיה שונה מההלכה העקרונית שאותה קבע, וכי לפסיקה כזו יש השלכות שליליות ניכרות. דרך פעולה זו של בית המשפט העליון מצריכה הסבר, ובכך יעסוק הפרק הנוכחי. מהסתכלות על התהליך המשפטי ותוצאתו עולה כי תוצאת הדיון בבית המשפט העליון משקפת כמה תופעות פסיכולוגיות ידועות.

146 אפשר להעלות שתי הסתייגויות לדברים שבטקסט, אולם בשתייהן אין כדי לשנות את המסקנה. ראשית, ס' 80(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע כי בהיעדר דעת רוב בעניין אזרחי, תכריע דעת אב בית הדין. לפיכך ייתכן עקרונית לראות בדעתה של הנשיאה ביניש (אשר הסכימה עם המשנה לנשיאה ריבלין) משום הלכה. עם זאת ספק רב אם במקרה שבו נחלקו הדעות ותוצאת פסק הדין נקבעת לפי דעת אב בית הדין בלא הסכמת חבריו, אכן "נפסקה הלכה" על ידי בית המשפט. השוו לטענת הקיים באשר לתוקפה המחייב של פסיקה שניתנה בידי שופט יחיד של בית המשפט העליון (ראו המקורות בה"ש 68 לעיל). שנית, גם לדעת ארבעת שופטי המיעוט, במקרים מסוימים של הטיה נשנית ראוי להפעיל פסיקה יחסית. המחלוקת בין שופטי המיעוט לשופטי הרוב נוגעת רק לגבולות הכלל. מכאן נובע כי אשר למקרים מסוימים קיים רוב ברור של שבעה מתוך תשעה שופטים להפעלת כלל ההטיה הנשנית.

1. נוגדי-מציאות

התופעה הפסיכולוגית הראשונה שיתכן שתרמה להכרעתו של בית המשפט בעניין מלול היא השפעתם של נוגדי-מציאות (counterfactual) על תפיסת הגורמים למצבה של מלול. כאשר אדם חושב על הגורמים לתוצאה מסוימת, השאלה הסמויה העולה היא אילו אירועים במציאות היו יכולים להשתנות באופן שהתוצאה הייתה משתנה. נוגדי-מציאות הם אותם אירועים אשר היו יכולים לשנות את התוצאה, לו היו מתרחשים. לכל תוצאה יש מספר אינסופי של נוגדי-מציאות. זוהי התפיסה הבסיסית של "מבחן האלמלא" אשר משמש לבדיקת סיבתיות במשפט¹⁴⁷. למשל, כאשר מתרחשת תאונת דרכים בין שני כלי רכב, כל מאורע שהיה גורם לעיכוב (או הקדמה) של דקה ביציאת אחד הנהגים לדרכו היה מונע את התאונה, וכך גם כל מאורע שהיה גורם לאחד מהם לבחור בדרך אחרת, לנסוע מהר יותר או לאט יותר וכו'. באופן תאורטי קיים כאמור מספר אינסופי של נוגדי-מציאות, אך במחקרים נמצא כי לאנשים קל לדמיין תסריטים נוגדי-מציאות מסוימים, וקשה להם לדמיין תסריטים נוגדי-מציאות אחרים¹⁴⁸, או במילים אחרות, קיימים נוגדי-מציאות אשר זמינותם המנטלית גבוהה יותר. ככל שנוגדי-מציאות זמין יותר, כן תגדל הנטייה לראות באירוע המציאותי המוחלף את הגורם המרכזי לקרות התוצאה¹⁴⁹.

זמינותם המנטלית של נוגדי-המציאות משתנה לפי גורמים אחדים, שהעיקריים שבהם הם חריגות האירוע שהתרחש במציאות¹⁵⁰, תשומת הלב המופנית לאירוע נוגדי-המציאות או

Barbara A. Spellman & Alexandra Kincannon, *The Relation Between Counterfactual ('but for') and Causal Reasoning: Experimental Findings and Implications for Jurors'* Gary L. Wells & Igor *Decisions*, 64 L. & CONTEMP. PROB. 241, 241–242 (2001)
Gavanski, *Mental Simulation of Causality*, 56 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 161 (1989)

דניאל כהנמן ודייל ט' מילר "תורת הנורמות: השוואת המציאות לחלופותיה" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנות ואושר 189 (מיה בר-הלל עורכת, 2005).

Dale T. Miller & Saku Gunasegarami, *Temporal Order and the Perceived Mutability of Events: Implications for Blame Assignment*, 59 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 1111, 1115 (1990); C. Neil Macrae, *A Tale of Two Curries: Counterfactual Thinking and Accident-Related Judgments* 18 PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN 84, 86 (1992). כן ראו Shnoor, לעיל ה"ש 51, בעמ' 111 (כאשר התנהגותו של אדם חריגה ביחס להתנהגות של אנשים אחרים בקבוצת הייחוס שלו, תהיה נטייה לבית המשפט לנסות למצוא קשר סיבתי בין התנהגותו לבין נזק מאוחר, גם אם לא ידוע שאכן הנזק נגרם מההתנהגות).

150 כהנמן ומילר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 191–192.

לאדם שהיה יכול לבצעו (היותו במוקד או ברקע)¹⁵¹, העובדה שהאירוע שהתרחש במציאות הוא מעשה או מחדל¹⁵², הקרבה של האירוע נוגד-המציאות למציאות כפי שהתרחשה¹⁵³ והפרש הזמנים בין האירוע נוגד-המציאות לבין התוצאה שהתרחשה במציאות¹⁵⁴.

למשל, בתאונה בין שני נהגים שקרתה בזמן ש-א נסע בדרכו הרגילה לעבודה, ואילו ב נסע דווקא בדרך שונה מהרגיל – למרבית האנשים יהיה הרבה יותר קל לדמיין שהתאונה נמנעת בנסיעתו של ב בדרך הרגילה, מאשר לדמיין שהתאונה נמנעת בנסיעתו של א בדרך שונה, ומרבית האנשים גם ייטו אפוא לראות בנהג ב את הגורם המרכזי לתאונה. בדומה לכך, קל הרבה יותר לאוהד ספורט לדמיין שקבוצת הכדורסל שלו ניצחה, לאחר שהיא הפסידה בנקודה אחת. הרבה יותר קשה לו לעשות זאת כאשר היא הפסידה בהפרש של שלושים נקודות. יותר מזה, מרבית האוהדים ייטו לראות בשחקן שהחמיץ את הזריקה האחרונה של המשחק את השחקן שאחראי להפסד, אף שייתכן שבמשחק כולו הוא שיחק טוב משאר השחקנים, הן משום הפרש הזמנים הקטן שבין ההתנהגות שלו (החמצת הזריקה) לבין התוצאה (הפסד), הן משום שהתנהגותו האחרונה היא אקטיבית (זריקה לסל), ואילו התנהגות שאר שחקני הקבוצה היא פסיבית, והן משום שהוא השחקן שנמצא במוקד תשומת הלב ברגע ההפסד.

ככל שזמינותם המנטלית של נוגד-המציאות גדולה יותר, כן תגדל התגובה הרגשית למאורע שהתרחש במציאות¹⁵⁵: אנשים ירגישו רע (או טוב) יותר כלפי תוצאות של פעולות

Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Simulation Heuristic*, in ; 196–195 שם, 151
 JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 201, 206 (Daniel Kahneman,
 Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).
 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Psychology of Preferences*, 246 SCIENTIFIC 152
 AMERICAN 160 (1982); Jessica M. Nicklin et al., *The Importance of Contextual
 Variables when Judging Fairness: An Examination of Counterfactual Thoughts and
 Fairness Theory*, 114 ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN DECISION PROCESSES
 127, 138 (2011); Faith Gleicher et al., *The Role of Counterfactual Thinking in
 Judgments of Affect*, 16 PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN 284 (1990)
 .204–203 בעמ' 151, לעיל ה"ש, Kahneman & Tversky, *The Simulation Heuristic* 153
 C. Neil Macrae, Alan B. Milne & Riana J. Griffiths, *Counterfactual Thinking and the* 154
Perception of Criminal Behaviour, 84 BRIT. J. PSYCHOL. 221, 223–224 (1993).
 Janet ; 152 בעמ' 148, לעיל ה"ש, Gleicher et al. כן ראו .199–196 בעמ' 155
 Landman, *Regret and Elation Following Action and Inaction: Affective Responses to
 Positive Versus Negative Outcomes*, 13 PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY
 C. Neil Macrae & Alan B. Milne, A ; 149 בעמ' 149, לעיל ה"ש, Macrae ; BULLETIN 524 (1987)
Curry for Your Thoughts: Empathic Effects on Counterfactual Thinking, 18
 PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN 625 (1992); Dale T. Miller & Cathy

שבהן זמינותו המנטלית של נוגד-המציאות גבוהה יותר¹⁵⁶, הם ייטו להתחרט יותר על פעולות שהיה אפשר למצוא בעניינן נוגדי-מציאות בקלות¹⁵⁷, והם יחוו סימפטיה גדולה יותר לקרבנות של אירועים כאלה¹⁵⁸. תגובות רגשיות אלה מובילות לשינויים בהכרעות משפטיות¹⁵⁹: אנשים ייטו לתת פיצויים גדולים יותר על הפגיעות הנובעות מאירועים שבהם זמינותם של נוגדי-מציאות גדולה יותר¹⁶⁰, הם ייטו להטיל עונשים גדולים יותר על עבריינים המעורבים באירועים שבעניינם אפשר למצוא בקלות נוגדי-מציאות¹⁶¹, והם ייטו יותר לייחס אשמה לגורמים כאלה.

עולה מן הדברים שזמינותם של נוגדי-מציאות משפיעה על התגובות הרגשיות למקרים, על ייחוס האחריות לתוצאה נתונה לגורם זה או אחר ועל הטלת סנקציות משפטיות. לאור הנאמר לעיל נבדוק עתה איך הסיטואציה הייחודית של עניין מלול השפיעה על זמינותם של נוגדי-מציאות שונים, ומכאן על תגובת בית המשפט במקרה זה.

במקרה רגיל אשר נמצא לפני בתי המשפט נמצאות העובדות במוקד תשומת הלב, ולפיכך קל לדמיין נוגדי-מציאות שבהם העובדות קצת אחרות ומצבם של הצדדים משתנה, אך קשה לדמיין נוגדי-מציאות שלפיהם משתנה החוק ומשנה את מצב הצדדים. אולם במקרה מלול המצב שונה לחלוטין. במקרה זה פעלו גורמים רבים שגרמו שנוגדי-המציאות

- McFarland, *Counterfactual Thinking and Victim Compensation: A Test of Norm Theory*, Miller & ;12 PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY BULLETIN 513 (1986)
 Gunasegarami, לעיל ה"ש 149.
 156 Gleicher et al., לעיל ה"ש 152, בעמ' 291.
 157 כהנמן ומילר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 197; Landman, לעיל ה"ש 155, בעמ' 525–527–530–534.
 158 Macrae & Milne, לעיל ה"ש 155, בעמ' 629.
 159 למשל, ייתכן לנסות להסביר את פסק הדין בע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים (פורסם בנבו, 6.2.2006) בזמינותם של נוגדי-מציאות. באותו עניין אמר עורך דין ללקוחה כי תשלם מס נמוך על עסקת מקרקעין שביצעה, כשבסופו של דבר היה המס גבוה פי כמה. הלקוחה תבעה את עורך הדין, אולם מאחר שהוכח כי הייתה מבצעת את העסקה גם לו ידעה כי המס יהיה גבוה, לא חויב עורך הדין בתשלום המס. למרות זאת חייב בית המשפט את עורך הדין בתשלום סכום כסף ניכר בשל נזק לא ממוני שנגרם ללקוחה בשל אכזבתה, אף על פי שעד לפסק דין זה לא היה מקובל לתת פיצוי בשל נזק לא ממוני שנגרם בהקשרים עסקיים. אפשר לטעון שבית המשפט פסק כך בשל זמינותם הרבה של נוגדי-המציאות בעניין זה: הגילוי שהמס יהיה גבוה לאחר שעורך הדין אמר שהמס יהיה נמוך, הפך את האפשרות נוגדת-המציאות של קיומה של העסקה עם מס נמוך לזמינה ביותר. לפיכך פעל בית המשפט לפי הנטיות שהוזכרו בגוף הטקסט: הטלת אחריות וקביעת פיצויים גבוהים.
 160 Miller & McFarland, לעיל ה"ש 155, בעמ' 516–518; Macrae, לעיל ה"ש 149, בעמ' 86.
 161 Macrae, Milne & Griffiths, לעיל ה"ש 154, בעמ' 225; Macrae, לעיל ה"ש 149, בעמ' 86–87.

הזמינים יעסקו דווקא באפשרות שפסק הדין של הערעור האזרחי יישאר על כנו ולא באפשרות שהתרשלות הנתבעים לא הייתה מתרחשת¹⁶². ראשית, המאורע החריג ביותר הכרוך במקרה הוא שהוא נדון בדיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים. כפי שנאמר בפתיח למאמר, דיון נוסף בהרכב שכזה הוא נדיר ביותר. לכן קל היה לשופטים לדמיין מצב (נוגד-מציאות) שבו הדיון הנוסף לא היה מתקיים והכסף היה נשאר בידיה של מלול. שנית, היות שהחלטה להורות על קיום דיון נוסף מיקדה את בית המשפט בשאלה משפטית, נדחק המאורע העובדתי עצמו לרקע, וההלכה המשפטית שקבע בית המשפט העליון בערעור האזרחי – היא שעמדה במוקד הדיון. שלישית, בערעור האזרחי כבר שונה החוק לטובתה של התובעת, ולכן קל היה לדמיין ששינוי החוק יישאר על כנו. רביעית, האירוע המציאותי קרה יותר משמונה-עשרה שנה לפני מתן פסק הדין בדיון הנוסף, ואילו פסק הדין בערעור האזרחי ניתן רק חמש שנים לפניו, וגם דבר זה הקל על מציאת נוגדי-מציאות אשר קשורים לפסק הדין ולא להתרשלות המקורית. חמישית, מאחר שארבעה שופטים (מתוך תשעה) בדיון הנוסף סברו כי מגיע למלול פיצוי, וכך סבר גם בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון בערעור האזרחי, הסיטואציה המשפטית יכולה להתפס כגבולית, ואפשר לומר כי מלול "כמעט" זכתה. דהיינו, קל לדמיין נוגדי-מציאות שלפיהם אין ניתנת החלטה על דיון נוסף, הרכב השופטים בתיק משתנה, וההרכב החדש נוטה יותר לטובתה¹⁶³, או שאחד השופטים בהרכב הנוכחי משנה את דעתו לטובתה. שישית, נטילת הפיצויים שכבר הגיעו לידיה של התובעת היא מעשה אקטיבי שמקל על מציאת נוגדי-מציאות שבהם הכסף נשאר בידיה. כך, פסיקה אקטיבית (נטילת הכסף מהתובעת) הייתה גם היא ממקדת את תשומת הלב בשופטי בית המשפט העליון כאחראים להיוותרתה של התובעת ללא פיצוי. מנגד, השארת הפיצויים בידיה של מלול היא מחדל אשר מקשה על מציאת נוגדי-מציאות שלפיהם היא הייתה מקבלת את מלוא סכום התביעה. זמינותם הרבה של נוגדי-המציאות הקשורים לדיון השיפוטי הקלה על השופטים להעלות על הדעת נוגדי-מציאות אשר מתייחסים לאפשרות שפסק הדין בערעור האזרחי היה נשאר על כנו, יותר מאשר להעלות על הדעת נוגדי-מציאות שנוגעים לאפשרות שהתרשלות הנתבעים לא הייתה מתרחשת. זמינות זו גם גרמה שאם התובעת לא הייתה מקבלת פיצוי, היו השופטים רואים בעצמם, ולא בעובדות המקרה, את הגורמים לכך. מנגד,

162 בדומה, בעניין היימן, לעיל ה"ש 12, לאור שינוי החוק, היה קל לבית המשפט לדמיין מצב שבו היה החוק משתנה מוקדם יותר, או שהמחוקק היה מחיל את החוק רטרואקטיבית, כך שהסדר החדש היה חל גם על התובעים.

163 הרכב השופטים שישבו בדיון הנוסף אכן הוחלף במהלך הדיון. ההרכב המקורי כלל את הנשיא ברק והמשנה לנשיא חשין. עם פרישתם החליפו אותם השופטים עדנה ארבל ואמנון רובינשטיין (החלטת הנשיאה ביניש מיום 12.3.2007 בתיק הדיון הנוסף).

השארת הכסף בידיה של התובעת הופכת את תפקידם של שופטי הדיון הנוסף לפסיבי ובכך מקטינה את זמינותם המנטלית של נוגדי-מציאות הקשורים לדיון הנוסף וגורמת שהשופטים ייתפסו אחראים פחות להיוותרותה ללא פיצוי.

לסיכום, זמינותם הגבוהה של נוגדי-המציאות הרבים הקשורים לדיון המשפטי לעומת זמינותם הנמוכה של נוגדי-המציאות הקשורים לעובדות ולהתנהגות הנתבעים גרמה ליצירת תחושה שלפיה השופטים הם שיהיו אחראים לשינויים שייגרמו במצב הצדדים בעקבות פסק הדין. לעומת זאת במקרים רגילים זמינותם הגבוהה של נוגדי-המציאות הקשורים לעובדות ולהתנהגות הצדדים מביאה לתחושה כי הצדדים, ולא השופטים, הם שאחראים לתוצאת פסק הדין.

2. הטיית המצב הקיים ואפקט הבעלות

שתי התופעות הפסיכולוגיות הנוספות שיכולות לסייע בהסבר הכרעתו של בית המשפט הן צמד התופעות הידועות בניתוחים ביהביוריסטיים של המשפט כהטיית המצב הקיים (status quo bias) ואפקט הבעלות (endowment effect). הטיית המצב הקיים היא התופעה הנפוצה שבה בני אדם מעדיפים את המצב הקיים על פני כל מצב אחר: בני אדם מעדיפים את המצב הנוכחי על פני מצב אחר גם אם שני המצבים נחשבים שקולים בעיניהם. יתר על כן, גם אם עקרונית מצב א עדיף בעיני אדם מסוים על מצב ב, הרי שאם אותו אדם ידע שמצב ב הוא המצב הקיים, במקרים רבים הוא יעדיף אותו על פני מצב א. אם ניישם את הטיית המצב הקיים בתהליך השיפוטי, הרי שהעובדה שהכסף נמצא בידיו של צד מסוים מעניקה לאותו צד יתרון בעיני השופט.

הטיית המצב הקיים אוששה במספר גדול של מחקרים על מגוון גדול של שיפוטיות¹⁶⁴ – הכרעות בדבר עדיפות של פעולות, הוגנות של פעולות¹⁶⁵, תניות חוזיות¹⁶⁶ ואפילו שיפוטיות מדיניות¹⁶⁷. יתר על כן, בשנים האחרונות הוצע כמה פעמים כי הטיית המצב הקיים

164 ראו הסקירה אצל Robert L. Scharff & Francesco Parisi, *The Role of Status Quo Bias and Bayesian Learning in the Creation of New Legal Rights*, 3 J.L. ECON. & POL'Y William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 JOURNAL OF RISK AND UNCERTAINTY 7, 10–11 (1988).

165 כהנמן, קנטש ותיילר, לעיל ה"ש 127, בעמ' 100–102.

166 Russell Korobkin, *Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law*, in BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 116, 120–125 (Cass R. Sunstein ed., 2000).

167 אביטל מושינסקי "יתרון המצב הקיים בשיפוטי מדיניות" (עבודה לקבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, 2003); Avital Moshinsky & Maya Bar-Hillel, *Loss Aversion and Status Quo Label Bias*, 28 SOCIAL COGNITION 191 (2010).

משפיעה גם על עיצובם של כללים משפטיים¹⁶⁸. אחת ההשלכות של הטיית המצב הקיים היא ההעדפה שלא לעשות כלום כדי להימנע מחרטות עתידיות¹⁶⁹, או לקבל את ההחלטה שלא תגרום לשינוי כלשהו במצב העולם¹⁷⁰. כלומר, אנשים יעדיפו להימנע מלקבל החלטות אופרטיביות גם אם משמעות הדבר היא שהם יישארו במצב נחות, ובלבד שלא יצטרכו לקבל החלטה שאולי יתחרטו עליה בהמשך. אפקט הבעלות דומה בעיקרו להטיית המצב הקיים והוא הדגמה שלו על מוצרים וחפצים למיניהם¹⁷¹. גם אפקט הבעלות הוכח במספר רב של מחקרים אמפיריים המראים כי הערכתם של אנשים חפצים הנמצאים בבעלותם חיובית מהערכתם חפצים דומים הנמצאים בבעלותם של אחרים¹⁷².

- 168 ראו למשל טמיר, לעיל ה"ש 143, בעמ' 221; Scharff & Parisi, לעיל ה"ש 164, בעמ' 29–30; Russell B. Korobkin, *The Endowment Effect and Legal Analysis*, 97 Nw. U. L. Rev. 1227, 1256–1292 (2003).
- 169 Ilana Ritov & Jonathan Baron, *Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity*, in BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 168, 170 (Cass R. Sunstein ed., 2000); Christopher J. Anderson, *The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result from Reason and Emotion*, 129 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 139, 143 (2003); Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Simulation Heuristic*, in JUDGEMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES 201, 206 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982).
- 170 Anderson, לעיל ה"ש 169, בעמ' 143.
- 171 כאמור בגוף הטקסט, אפקט הבעלות הוא הדגמה של הטיית המצב הקיים. ראו כהנמן, קנטש ותיילר, לעיל ה"ש 127, בעמ' 90. עם זאת באפקט הבעלות כנראה מעורבים גם מנגנונים פסיכולוגיים אחרים (ראו למשל, Michael J. Barone, Terence A. Shimp & David E. Sprott, "Product Ownership as a Moderator of Self-congruity Effects", 10 MARKETING LETTERS 75, 76–77, 80–82 (1999); James K. Beggan, *On the Social Nature of Nonsocial Perception: The Mere Ownership Effect*, 62 JOURNAL OF PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY 229, 229–232 (1992); Korobkin, *The Endowment Effect*, לעיל ה"ש 168, בעמ' 1242–1255) שטרם הובררו עד סופם (Dan Ariely, Joel Huber & Klaus Wertenbroch, *When do Losses Loom Larger than Gains?* 42 JOURNAL OF MARKETING RESEARCH 134, 135–137 (2005)).
- 172 Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard Thaler, *The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias*, in THE WINNER'S CURSE 63 (Richard Thaler ed., 1992)

ההסבר הביהביוריסטי הקלסי לצמד תופעות אלה¹⁷³ הוא שאנשים שופטים את העולם לא בצורה מוחלטת אלא יחסית, תוך השוואת כל פעולה ועמדה למצב הקיים¹⁷⁴. לפי דרך פעולה זו, כל שינוי מהמצב הקיים נתפס כרווח אם הוא שינוי חיובי, או כהפסד אם הוא שינוי שלילי. אולם אנשים שונאים הפסדים יותר משהם אוהבים רווחים¹⁷⁵. לכן כל שינוי שלילי נתפס כגדול הרבה יותר משינוי חיובי דומה, ולפיכך כדי לשכנע אדם לעבור מהמצב הנתון למצב אחר נדרש שסך השינויים החיוביים הכרוכים במעבר יהיה גדול בהרבה מסך השינויים השליליים הכרוכים בו.

שתי תופעות אלה משפיעות על כל הכרעה של בית המשפט: אפשר לנסות להסביר את נטל השכנוע כך: על מי שרוצה לשנות את המצב שהיה קיים ערב הגשת התביעה לשכנע את בית המשפט שיש טעמים חזקים לסטות מהמצב הקיים. אבל בעניין מלול, בשל השפעתם של נוגדי-המצאיאות הרבים שהרחיקו את המיקוד הפסיכולוגי של השופטים מעובדות המקרה אל הדין השיפוטי, נראה שהמצב הקיים שבו התמקד בית המשפט לא היה המצב ערב הגשת התביעה לבית המשפט המחוזי, אלא זה של ערב פסיקת בית המשפט בדיון הנוסף.

בעניין מלול ידע בית המשפט (אם במודע ואם לא במודע) כי ללקיחת הכסף שכבר נמצא בידי התובעת שנים רבות תהיה בעיניה (או בעיני הוריה) משמעות קשה הרבה יותר מאשר לאי-נתינת הכסף מראש, שכן לקיחת הכסף היא בגדר הפסד מבחינתה¹⁷⁶. העובדה שבית המשפט המחוזי פסק לטובתה ואפשר לה לממש את פסק הדין לפני שנים רבות, גורמת שלפסיקה הנכונה תהיה עכשיו משמעות קשה הרבה יותר מבחינת התובעת מאשר אם פסק הדין לרעתה היה ניתן לפני שמימשה את פסק הדין¹⁷⁷.

173 Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263 (1979); Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Loss Aversion in Risky and Riskless Choice: A Reference Dependent Model*, 106 *Q. J. ECON.* 1039 (1991).

174 דן אריאלי לא רציונלי ולא במקרה 21–37 (2009).

175 Daniel Kahneman, *Reference Points, Anchors, Norms, and Mixed Feelings*, 51 *ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND HUMAN DECISION PROCESSES* 296, 297–300 (1992); Kahneman & Tversky, *Prospect Theory*, לעיל ה"ש 173, בעמ' 279.

176 זאת, גם בהנחה שלא נעשה בכסף שימוש והוא עומד ומחכה לגורלו בחשבון הבנק של התובעת. מאחר שסביר להניח שחלק גדול מהכסף הוצא במשך השנים, המצב חמור הרבה יותר.

177 ראו גם את פסקי הדין בעניין רובינוביץ, לעיל ה"ש 159, ובע"א 4595/06 הועדה המחוזית נצרת עילית נ' סבן (פורסם בנבו, 17.7.2011), שבהם נתן בית המשפט פיצוי על יצירת ציפיות שווה שלבסוף נכזבו. במצב זה הנתבע שיפר בתחילה את מצבו הרגשי של התובע (יצירת ציפיות גבוהות) ואחר כך פגע בו פגיעה דומה (בעת התנפצות הציפיות). מאחר שהפגיעה

על כך אמר השופט הולמס לפני יותר ממאה שנה:

"It is in the nature of Man's mind. A thing which you have used and enjoyed for a long time, whether property or an opinion, takes root in your being and cannot be torn away without your resenting the act and trying to defend yourself, however you came by it. The law can ask no better justification than the deepest instincts of man"¹⁷⁸.

יתר על כן, בהשוואת מצבה של התובעת אם הכסף ילקח ממנה (הפסד) למצב הנתבעים אם הם יקבלו חזרה כסף שכבר לא נמצא ברשותם (רווח), נראה שההשפעה הפסיכולוגית השלילית על התובעת של השבת המצב על כנו תהיה גדולה הרבה יותר מאשר ההשפעה הפסיכולוגית החיובית שתהיה לכך על הנתבעים.

לעומת זאת חיוב הנתבעים בתשלום נוסף לתובעת מביא למצב שונה. כאן דווקא לנתבעים תיגרם פגיעה פסיכולוגית קשה כאשר יאלצו להיפרד מהכסף שלהם, שאותו הם מעריכים ביתר, ולספוג הפסד לעומת המצב הקיים. התובעת במצב זה תרוויח כסף שאינו שלה כרגע ובכך תשנה את מצבה לטובה לעומת המצב הקיים, אך הרווח הפסיכולוגי הטמון בכך מבחינתה – קטן. לפיכך השארת המצב הקיים על כנו בלא להורות על העברת כספים כלשהם מצד לצד היא הדרך שממזערת את הפגיעה הפסיכולוגית בצדדים ומשיאה את טובתם המשותפת, והיא התוצאה הטובה ביותר לצדדים.

השיקול שהוצאת כסף ממי שמחזיק בו גורמת נזק רב מן התועלת הצומחת ממתן כסף למי שלא החזיק בו בעבר, אינו זר למשפט האזרחי. להפך, להטיית המצב הקיים ולאפקט הבעלות יש משקל נכבד במשפט האזרחי שלנו. ייתכן כאמור כי הם למשל בבחינת הסבר חלקי לכלל היסודי "המוציא מחברו עליו הראיה"¹⁷⁹ (שהוא שעמד לדיון בעניין מלול). השוני בין עניין מלול לבין פסקי דין אחרים הוא שבתי משפט בדרך כלל אינם מתמקדים במצב המקרי של נכסי הצדדים ערב מתן פסק הדין, ולכן אינם רואים בו את המצב הקיים. במקום זאת הם מתמקדים במצב הצדדים ערב הגשת התביעה ורואים בו את המצב הקיים שכנגדו תימדד כל הכרעה שיפוטית. אולם כאמור לעיל, השפעתם של נוגדי-המציאות גרמה ש"המצב הקיים" שאליו התייחסו שופטי בית המשפט בדיון הנוסף הוא מצב הצדדים ערב ההכרעה בדיון. גורם נוסף שהביא את בית המשפט לראות בחלוקה הנוכחית (והמקריית

(הפסד) מוערכים יותר מהשיפור (רווח), היה מגיע לתובע פיצוי אף שמבחינה אובייקטיבית לא גרם הנתבע לשום נזק.

178 Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 477 (1897)

179 לדיון בכלל זה במשפט העברי ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 1, פס' ח-יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

במידה רבה) של הכסף את "המצב הקיים" היה ניסיונו של בית המשפט לנתק את עצמו מהעובדות הקשות של המקרה כדי להגיע לפסיקה עקרונית באשר לפיצויים יחסיים. ניתוק זה, ועמו השפעתם של נוגדי-המצביאות, גרמו שבית המשפט כבר לא הושפע מהמצב שהיה קיים לאחר הפגיעה ובטרם הוגשה התביעה. במקום זאת הוא הושפע מעובדה אחרת שמאפיינת את המקרה – העובדה שחלק מהכסף שולם. במקום להיות מושפע מהטיות פסיכולוגיות הקשורות למצבה הפיזי הקשה של התובעת ולהתרשלות הנתבעים, הושפע בית המשפט מהטיות פסיכולוגיות הקשורות למיקומו המקרי של הכסף שבמחלוקת ביום קבלת ההכרעה.

ההשפעה השנייה של הטיית המצב הקיים נוגעת לתפיסת מצבו של בית המשפט עצמו. כאמור לעיל, אנשים מעדיפים לקבל החלטות שאינן גורמות לשינוי המצב הקיים, שכן החלטות כאלה מעוררות חשש מחרטה. מבחינה זו כל החלטה שהיה בית המשפט מקבל, ואשר הייתה תואמת את ההלכה העקרונית שנקבעה בעניין מלול, הייתה משנה את המצב הקיים: אם היה נקבע כי אין לפצות את התובעת, היה עליה להחזיר כספים; אם היה נקבע כי התובעת זכאית לפיצוי יחסי, היו הנתבעים צריכים להמשיך ולשלם לה את הפיצויים העתיים שנקבעו בפסק הדין המחוזי למשך כל ימי חייה. לפיכך ההחלטה להשאיר את המצב הקיים על כנו היא שהייתה צפויה להוביל לחרטה המזערית, ולפיכך היא הייתה ההחלטה המועדפת על השופטים מבחינה פסיכולוגית.

פרק ה: סיכום

ההכרעה הקונקרטית בעניין מלול שונה מהותית מההכרעה אשר הייתה אמורה להינתן על פי ההלכה העקרונית אשר נקבעה בעניין זה עצמו. תופעה דומה קרתה גם בעניין היימן. בשני מקרים אלה בית המשפט סטה במודע מההלכה שהוא עצמו קבע ושהוא עצמו חושב לראויה. כפי שראינו בפרק ג, לשוני זה בין ההכרעה הקונקרטית לבין ההלכה העקרונית השלכות שליליות ניכרות. ייתכן כי הסיבה לסטייה זו נעוצה בהטיות פסיכולוגיות שהשפיעו על בית המשפט – קיומם של נוגדי-מצביאות שהתמקדו בהלכה שנקבעה בערעור האזרחי ולא בעובדות המקרה והטיית המצב הקיים. הטיה אחרונה זו אמנם אמורה להשפיע על בתי המשפט, אך בתי המשפט אמורים להיות מושפעים ממצבם של הצדדים ערב מתן התביעה ולא מהמצב המקרי שאליו הגיעו ערב מתן פסק הדין לאור סעדים זמניים שניתנו ובוצעו (או לא בוצעו) במשך התנהלות התביעה. למרות זאת בעניין מלול ובעניין היימן הושפע בית המשפט בבירור דווקא מהמצב הקיים ערב מתן פסק הדין – דהיינו ממידת הביצוע המקרית של פסק דינה של הערכאה הראשונה עד ליום ההכרעה בדיון הנוסף.

נראה כי בעניין מלול ובעניין היימן הייתה השפעתן של הטיות פסיכולוגיות אלה חזקה במיוחד, ומכאן התוצאה הרדיקלית שלפיה ההכרעה הקונקרטית תהיה שונה מהפסיקה העקרונית. עם זאת אין פירוש הדבר כי הטיות אלה אינן משפיעות על תוצאתם של מקרים אחרים, אלא פשוט שדרך הפעולה שלהן נסתרת יותר.

למשל, ההלכה קובעת כי במקרה שאדם הורשע ובית המשפט של ערעור סובר כי העונש שהוטל עליו קל מדי – לא ימצה בית המשפט של ערעור את מלוא חומר הדין עם העברייני¹⁸⁰. יתר על כן, במקרים שבהם כבר סיים העברייני לרצות את עונשו, רואה בכך הפסיקה שיקול נוסף שלא להחמיר בעונש¹⁸¹. ייתכן (והדבר מצריך מחקר נוסף) כי הלכות אלה קשורות להטיית המצב הקיים כשהוא זה שהיה קיים ערב ההכרעה (מה העונש שהעברייני קיבל, האם הוא עדיין כלוא) ולא המצב של לפני תחילת המשפט. בדומה לכך ייתכן כי במצבים שבהם החוק מאפשר לבית המשפט שיקול דעת כיצד לפסוק בהתחשב בצדק או בחוסר הצדק הכרוך בתוצאה¹⁸², עשויים בתי המשפט להחליט כי דווקא שימור המצב הקיים בלא יצירת שום שינוי, דווקא הוא המצב הצודק¹⁸³.

מחקר אמפירי עתידי אשר יבחן את סיכויי קבלתם של ערעורים אזרחיים ביחס לזוהות המחזיק בכסף הנתון במחלוקת ביום מתן פסק הדין בערעור, ויבחן את סיכויי קבלתם של ערעורים פליליים ביחס לשאלה אם העונש רוצה כבר, או שאלות דומות אחרות, יוכל לסייע בהבנת דרך ההשפעה של הטיות אלה.

180 ראו למשל ע"פ 3181/04 ועקנין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2004); ע"פ 2586/08 מדינת ישראל נ' אשהב, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.4.2008); ע"פ 464/73 מדינת ישראל נ' ויטקובסקי, פ"ד כח(1) 553 (1974).

181 ע"פ 141/87 מדינת ישראל נ' יצחק (פורסם בנבו, 4.1.1988); ע"פ 4368/92 מדינת ישראל נ' חמאד (לא פורסם, 25.11.93).

182 למשל, סעיף 84 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] ("בהליכים על השתתפות... יהיו דמי ההשתתפות בסכום שיקבע בית המשפט על פי הצדק והיחוסר"); סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ("במקרים האמורים בסעיף-קטן (א) רשאי בית המשפט לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה... ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע... והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו").

183 ראו למשל ע"א 1445/04 בייזמן השקעות בע"מ נ' חליוה (פורסם בנבו, 13.11.2008), שם קבעה השופטת פרוקצ'יה כי השארת המצב הקיים על כנו תיחשב ל"השבה צודקת".