

תרופות בגין נזק רכוש הנתון באי־ודאות – מבט תיאורטי ודוקטרינרי

יובל פרוקצ'יה, רונית לוי־שנור, אסף יעקב*

תכליתו של הדין התרופתי בנזיקין היא להיטיב את הנזק, תוך הטלת עלות מינימלית על המזיק. אלא שקשיים ראייתיים, הנובעים מקיומם של רכיבי נזק בעלי אופי סובייקטיבי או ספקולטיבי, יוצרים אי־ודאות באשר להיקפו של נזק זה. כתוצאה מכך מדדים תרופתיים מקובלים עלולים להיטיב את הנזק באופן לא מדויק או להטיל על המזיק עלות העולה על זו הנדרשת לשם הטבת הנזק. בעיה דומה מתעוררת גם בתחומי הקניין והחוזים.

מאמר זה בוחן את האופן שבו ראוי להתאים את תוכנו של הדין התרופתי לאילוצי מידע אלה בהקשר של נזק רכושי. ראשית, על הבחירה בתרופה להתבסס על הסיכון היחסי הכרוך בה לטעויות משני הסוגים האמורים. שנית, עליה להתבסס על העלות החברתית הכרוכה בטעויות אלה, שעשויה להשתנות ממקרה למקרה. שלישית, במקרים מתאימים עליה לתמרץ כריתה של עסקה וולונטרית שתמנע את עקיפתו של השוק ותמנע את יצירתה של אי־הוודאות מלכתחילה.

אנו מציעים שורה של פרמטרים נסיבתיים שעשויים לסייע בזיהויה של התרופה על בסיס העקרונות האמורים: רמת התחליפיות של הנכס; העלות היחסית והעלות המוחלטת של התיקון; היסוד הנפשי שבגדרו נעשתה הפגיעה; העלויות הכרוכות בכריתתה של עסקה וולונטרית; ובדין החוזי – מידת צפיותו של הנזק. המאמר מיישם עקרונות אלה על שורה של פסקי דין בולטים בדיני הנזיקין, הקניין והחוזים, ובוחן את הדרכים שבהן ניתן להתאים את הדוקטרינה הקיימת כדי להביאם לידי ביטוי.

* המחברים הם חברי סגל בבית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתנו נתונה לעדי ליבון, ליעקב נוסים, למשתתפי הסדנה למשפט וכלכלה באוניברסיטת בר־אילן (2018) ולעורכות כתב העת משפט ועסקים.

מבוא

- פרק א : עקרונות של פיצוי בגין נזק לרכוש
1. מידת התחליפיות הסובייקטיבית של הנכס שנפגע
 2. עלות התיקון
 3. היסוד הנפשי של המזיק
 4. האפשרות לכריתת עסקה לפני גרימת הנזק
 5. פיצוי כספי מול סעד בעין
- פרק ב : בין פסקי הדין גדיש לסולטאן
1. פרשת גדיש
 2. פרשת סולטאן
- פרק ג : יישום העקרונות לדיני הקניין ולדיני החוזים
1. קניין
 2. חוזים

סיכום

מבוא

מטרה מרכזית של הדין התרופתי בנזיקין היא להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, כך שיעמוד במקום שבו היה ניצב אלמלא המעשה העוולתי. מטרה מרכזית נוספת היא להימנע מהשתת עלויות מיותרות על המזיק, מעבר לאלה הנדרשות לשם הטבת הנזק. אלא שבעולם המעשה קשיים ראייתיים אינם מאפשרים לעיתים קרובות את מימושו המלא של תכליות אלה: לעיתים הנזק מכיל רכיב **סובייקטיבי** (אידיוסיקרטי), הנגזר מהעדפותיו האישיות של הניזוק, שאין אפשרות ממשית להוכיחן; ולעיתים הוא מכיל רכיב **ספקולטיבי**, הנגזר מהתרחשויות שבעקבות המעשה העוולתי לא התהוו ואשר אי-אפשר לדעת בוודאות כיצד היו מתפתחות.¹ לנוכח זאת קשה לזהות אילו תרופות מבטיחות את הטבת הנזק, ואילו משיתות על המזיק עלות העולה על הנדרש. קשיים אלה מעוררים את השאלה המורכבת כיצד ראוי לעצב כללים תרופתיים לנוכח המידע החסר בדבר היקפו של הנזק. באופן מעניין, שאלה זו – בדבר זיהוי תרופות רצויות לנוכח מגבלות מידע – לא זכתה בליבון מספק בפסיקה הישראלית.² זאת, למרות דיונים מעמיקים בפסיקה ובספרות בנוגע לאי-ודאות בשאלת האחריות.³

1 למשל, ייתכן כי פגיעה בקרקע מנעה את הקמתו של עסק, שהיה עשוי להצליח או להיכשל. מאחר שהמעשה הניזקי מנע את הקמתו, אי-אפשר לקבוע בדיעבד את היקפו של הנזק שנגרם בפועל. ראו, למשל, בהקשר החוזי, ע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה**, פ"ד מו(4) 45 (1992).

2 ראו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** 588–589 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, 1976); גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 410–442 (2009); איל זמיר **חוק המכר (דירות)**, תשל"ג-1973

שני פסקי דין נזיקיים – האחד ותיק והאחר מן הזמן האחרון – ממחישים את הדילמה שאי־ודאות זו מעוררת. בפרשה הוותיקה, בעניין **גדיש**, דובר בקבלן עבודות אשר הסיג ברשלנות את גבולה של חלקה שכנה ופער בה בור גדול.⁴ השאלה שהתעוררה הייתה כיצד יש לאמוד את הפיצוי שבעל הקרקע שנפגעה זכאי לו – על פי הירידה בערך השוק של הקרקע כתוצאה מן הפגיעה או שמא על פי העלות הנדרשת למילוי של הבור באופן שישב את הקרקע למצבה המקורי. הפער בחבות הנגזרת משני המדדים עלה על %6,700. בפסק הדין נקבע כי כעיקרון שתי דרכי החישוב מקיימות את תכליתו של הפיצוי הנזיקי להשיב את המצב לקדמותו. לנוכח זאת נקבע כי ככלל הניזוק רשאי לבחור בדרך החישוב המובילה לפיצוי הגבוה יותר. עם זאת, הפעלתה של הזכות כפופה לחובת תום הלב. משמעותה של החובה בנסיבות העניין היא שאם המדדים השונים מובילים לפער משמעותי בהיקפו של הפיצוי, הניזוק יידרש להציג טעם מיוחד לבחירה בפיצוי הגבוה כתנאי לפסיקתו.⁵

בפסק דין שניתן לאחרונה, בעניין **סולטאן**,⁶ דובר בעקירה רשלנית של יותר ממאה עצי זית. בעת קרות הנזק שימשו העצים להפקת שמן. עם זאת, בהיותם עתיקים, היה אפשר באופן פוטנציאלי גם למוכרם כעצי נוי. ערך השוק שלהם כעצי נוי עלה בהרבה על ערכם כעצים מפיקי שמן. לנוכח זאת התעוררה השאלה על בסיס איזה משני השימושים יש להעריך את היקפו של הנזק. פסק הדין העיקרי, מפי השופטת ברק־ארוז, העדיף את שיטת ההערכה המובילה לפיצוי הגבוה יותר – על פי ערכם כעצי נוי.⁷ מסקנה זו נומקה בכך שככלל, כאשר מעשה נזיקי מביא לידי השמדתו של נכס, דיני הנזיקין מכירים בזכותו של הניזוק לפיצוי על פי ערך השוק שלו, באופן המאפשר לניזוק לרכוש

486–454 (2002); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 258–265, 632–642 (2011); ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** כרך א, פרק חמישי (2012); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר־אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א, פרקים 9, 15 (מהדורה שלישית, 2015); אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים – המקרה של שימוש בסטטיסטיקה בפסיקת פיצוי לנפגע קטין" **משפט ועסקים** י 499 (2009); דוד אלקינס ומשה גלברד "אי־ההתאמה של תרופת הניכוי: על הכדאיות המוגבלת של ניכוי מהמחיר בדין הישראלי" **משפטים** מ 183, 201, ה"ש 48 (2010); אהרן אורנשטיין "דרכי שומת נזקים לרכוש במשפט העברי" **עלי משפט** ט 635 (2011); אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנזיקין" **דין ודברים** ו 601 (2012). בהקשר החוזי ראו, מן העת האחרונה, קובי קסטיאל ויותם קפלן "חישוב פיצויי ציפייה במיזמים עתירי סיכון" **משפטים** מז 413 (2018).

3 לדיון ראו אריאל פורת **נזיקין** כרך א, חלק שלישי – סיבתיות (2013).

4 ע"א 9474/03 **יורם גדיש תשח"ת ובנין (1992) בע"מ נ' מוסא**, פ"ד סא(3) 603 (2006) (להלן: פרשת **גדיש**).

5 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 640–641, מבקרים את פסק דין **גדיש**, וטוענים כי יש ליחס משקל רב יותר להגנה על קניינו של הניזוק, ועל כן ראוי להטיל על המזיק את הנטל להראות שהבחירה בעלות התיקון אינה סבירה. כמו כן הם מציעים להביא בחשבון שיקולי מדיניות ציבוריים, כגון החשיבות שבתיקון מקרקעין ואי־הותרתם במצב פגום המסכן את הסביבה.

6 רע"א 4285/16 **סולטאן נ' מקורות חברת מים בע"מ** (פורסם בנבו, 29.9.2016).

7 שם, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.

נכס חדש מאותו סוג.⁸ השופטים עמית ודנציגר לא חלקו על זכאותו של הניזוק לפיצוי על פי הירידה בערך השוק, אך הביעו ספק בכך שערך השוק הרלוונטי לצורך הפיצוי הוא זה המתייחס לשימוש הפוטנציאלי (כעצי נוי), להבדיל מן השימוש בפועל.⁹ משחצטרפו לבסוף לתוצאה מטעמים אחרים, נותרה השאלה העקרונית ללא הכרעה.

הדילמות ששתי הפרשות מעוררות ממחישות הן את הקושי והן את הצורך בפיתוחה של מסגרת עקרונית משוכללת יותר להתמודדות עימו. השאלה היא כיצד יש לקבוע את טיבה של התרופה כאשר היקפו המדויק של הנזק נתון באי-ודאות, וכאשר מדדים שונים להערכתו מובילים לתוצאות שונות. על מנת להשיב על שאלה זו, נדרשת תיאוריה הקושרת בין תכליתו היסודית של הדין התרופתי לבין כוחה של תרופה מסוימת להגשים תכלית זו לנוכח אילוצי המידע שבגדרם היא נפסקת. השאלה מתעוררת באופן אנלוגי גם בתחומים אחרים במשפט הפרטי, ובפרט בדיני הקניין ובדיני החוזים.

הדיון שלהלן יניח, כנקודת מוצא, כי תכלית היסוד של הדין התרופתי היא להיטיב את נזקו של הנפגע, תוך מזעור העלות המוטלת על הפוגע. הן שיקולים של הרתעה יעילה והן שיקולים של צדק מתקן תומכים בעקרונות אלה. הרתעתו היעילה של הפוגע מחייבת שהוא יפנים את מלוא הנזק – לא פחות ממנו אך גם לא יותר ממנו. אם אפשר להיטיב נזק זה באמצעים שונים – חלקם זולים וחלקם יקרים – הרתעה יעילה מחייבת שהמזיק יישא בעלות הנמוכה יותר.¹⁰ עקרונות אלה עולים בקנה אחד גם עם שיקולי הצדק המתקן: כדי לתקן את הפגיעה שהפוגע אחראי לה, עליו להעמיד את הנפגע במקום שבו היה עומד אלמלא פגיעה זו. אין להשית על הפוגע עלות העולה על המינימום הנדרש כדי להיטיב את הנזק, שכן חבות כזאת אינה נדרשת לשם תיקונה של הפגיעה.¹¹

אלא שעקרונות אלה אינם ניתנים למימוש מלא, כאמור לעיל, משום שרכיביו הסובייקטיביים והספקולטיביים של הנזק אינם ניתנים להוכחה ישירה. המירב שניתן לעשות אפוא הוא לתור אחר מדד מקורב שסיכויו להתחקות אחר התרופה הרצויה הם הגבוהים ביותר.

על רקע זה אנו מציעים כי שיקול הדעת בבחירת המדד התרופתי יונחה על ידי שלושה שיקולים מרכזיים: הסיכון היחסי הכרוך במדדים השונים להטבה לא מלאה של הנזק או להטלת עלות גבוהה מן הנדרש על הפוגע; הנזק החברתי שעלול להיגרם כתוצאה ממימושם של סיכונים אלה בנסיבות העניין; והאפשרות לתמריץ, באמצעות

8 השוו לע"א 246/70 גרינגרט נ' זילברמן, פ"ד כה (1) 169, 170 (1971).

9 עניין סולטאן, לעיל ה"ש 6, פסק דינו של השופט עמית.

10 כאשר ניזוק נמנע מלהקטין נזק, הנזק שלא הוקטן נובע באופן סיבתי לא רק ממעשהו של המזיק, אלא גם מהחלטתו של הניזוק להימנע מן ההקטנה. יתרה מזו, הניזוק הוא המונע היעיל של הנזק שלא הוקטן, שאם לא כן לא היה נטל ההקטנה מוחל עליו מלכתחילה. לכן שיקולי יעילות מורים כי הניזוק יישא בנזק שהוא היה יכול להקטין באופן יעיל, ויפנימו.

11 ראו Ernest J. Weinrib, *Restitutory Damages as Corrective Justice*, 1 THEOR. INQ. L. 20 (2000); ARTHUR RIPSTEIN, *FORCE AND FREEDOM: KANT'S LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY* 82–83 (2009).

התרופה, את מניעתה של אי־הוודאות מלכתחילה, באמצעות עידודה של עסקה מוקדמת בין הצדדים.

שורה של פרמטרים נסיבתיים עשויים לסייע בהפעלתם המעשית של שיקולים אלה. בין פרמטרים אלה אפשר למנות את מידת התחליפיות של הנכס שנפגע; את העלות היחסית והעלות המוחלטת של התיקון; את היסוד הנפשי שבגדרו נעשה המעשה הפוגע; ואת העלויות שהיו כרוכות בכריתתה של עסקה מוקדמת. שקלולם של פרמטרים אלה עשוי לעיתים קרובות להכווין את שיקול הדעת ולסייע באיתורה של התרופה המתאימה.

פרק א להלן דן במדדים התרופתיים האפשריים ובסדרה של עקרונות שעשויים לסייע בזיהוי של המדד הרצוי בנסיבות שונות. פרק ב מיישם את העקרונות האמורים על נסיבותיהן של פרשות **גדיש וסולטאן**, ובוחר את היחס שבין הניתוח המוצע לבין הדין הקיים. פרק ג מרחיב את הדיון ובוחר את השלכותיה של המסגרת המוצעת על הסדרים תרופתיים מחוץ לדיני הנזיקין – בתחומי הקניין והחוזים. לבסוף, הפרק האחרון מסכם.

פרק א: עקרונות של פיצוי בגין נזק לרכוש

במציאות שבה כלל הנתונים הרלוונטיים ידועים יש שלוש דרכים עקרוניות שבאמצעותן אפשר להיטיב נזק רכושי. **דרך אפשרית אחת** היא להותיר את הנכס בידי הניזוק כשהוא במצבו הפוגע, ולפצות את הניזוק בסכום המשקף את התועלת הסובייקטיבית שהוא איבד כתוצאה מן הפגיעה. **דרך אפשרית אחרת** היא לפצות את הניזוק בעלות החלפת הנכס הפוגע בנכס זהה לזה שהיה ברשותו לפני הפגיעה. כאשר הנכס נסחר בשוק, מדד זה משתקף גם בירידת ערך השוק של הנכס כתוצאה ממעברו ממצב תקין למצב פגוע. לבסוף, **דרך שלישית** היא לפצות את הניזוק בעלות התיקון של הנכס עצמו. אפשר אף לשלב את השיטות האמורות: אם אפשר לעשות תיקון חלקי בלבד או אם הנכס התחליפי אינו זהה לזה המקורי, אזי אפשר להיטיב חלק מן הנזק באמצעות התיקון החלקי או ההחלפה האמורים, ואת יתרת הנזק להיטיב באמצעות פיצוי משלים.

במישור העקרוני, שלוש השיטות האמורות שקולות מנקודת מבטו של הניזוק, שכן כולן משיבות את מצבו לקדמותו. אף על פי כן, ככלל, הן אינן מטילות אותה עלות על המזיק. העלות היחסית הכרוכה בכל אחת מן השיטות עשויה להיות גבוהה או נמוכה מזו הכרוכה בכל אחת מן השיטות האחרות בכל מקרה נתון. כך, למשל, ייתכנו מקרים שבהם הדרך הזולה ביותר להיטיב את הנזק היא על ידי פיצוי הניזוק על אובדן התועלת, מבלי להחליף את הנכס או לתקנו. מקרים כאלה ייתכנו כאשר לנכס אין תחליף קרוב בשוק וכאשר עלות התיקון גבוהה. באופן דומה, החלפתו של הנכס עשויה להיות האמצעי הזול להטבתו של הנזק, כאשר עלות התיקון גבוהה וכאשר התועלת שיאבד הניזוק מהותרת הנכס בידי גבוהה מן הירידה בערך השוק שלו. לבסוף, תיקון הנזק הוא

האמצעי הזול כאשר הנזק הכרוך בהותרת הנכס הפגוע בידי הניזוק הוא גבוה וכאשר עלות ההחלפה היא גבוהה – למשל, בשל העדר תחליף קרוב או בשל עלויות עסקה גבוהות הכרוכות בהחלפה.

ההכרעה לגבי השיטה הרצויה להטבת הנזק תלויה אפוא בנסיבות העניין. כאמור, הן שיקולים של הרתעה והן שיקולים של צדק מתקן מורים על הגבלת חבותו של המזיק לסכום המינימלי הנדרש כדי להיטיב את הנזק. לפיכך, במציאות שבה כלל הנתונים הרלוונטיים ידועים, על בית המשפט לבחור בשיטה המטילה על המזיק את העלות הנמוכה ביותר. אלא שהקושי שהמציאות מעוררת הוא שעל הבחירה בין שיטות הפיזיות להתקבל בתנאים של אי-ודאות. ככלל, הניזוק אינו יכול להוכיח את היקפו של הנזק הסובייקטיבי שנגרם לו, שכן נזק זה נגזר מהעדפותיו הפנימיות, אשר קשה למצוא להן תימוכין חיצוניים. השאלה המרכזית היא אפוא באיזו מידה ניתן להניח כי שיטה זו או אחרת מהווה קירוב טוב יותר לנזק הסובייקטיבי, שהיקפו נתון באי-ודאות. בדיון שלהלן נניח אפוא כי בית המשפט נדרש לבחור באחד משני המדדים המקורבים להערכת הנזק – ההחלפה (המתבטאת גם בירידה בערך השוק) או התיקון – וזאת מבלי שיש באפשרותו להעריך את היחס בינם לבין הנזק הסובייקטיבי באופן ישיר.

מאחר שהאפשרות לטעות היא בלתי נמנעת, אנו מציעים כי הבחירה במדד התרופתי תיערך על בסיס שלוש שיקולים מרכזיים: ראשית, הסיכוי ששימוש במדד מסוים יוביל לטעות – בין בדמות הטבה לא מלאה של הנזק ובין בדמות הטלת חבות יתר על המזיק; שנית, היקפו של הנזק החברתי הצפוי מטעות זו (לרבות כתוצאה מהרתעת היתר או מהרתעת החסר שהיא עלולה לגרום); ושלישית, האפשרות שהמדד התרופתי עשוי לתמרץ כריתה של עסקה מוקדמת בין הצדדים, אשר תמנע את יצירתה של אי-הוודאות מלכתחילה. על רקע שיקולים אלה אנו מציעים להלן כמה פרמטרים לבחירה בין שתי החלופות.

1. מידת התחליפיות הסובייקטיבית של הנכס שנפגע

נכסים נבדלים ביניהם במידת התחליפיות שלהם עם נכסים קרובים הנסחרים בשוק. בצידו האחד של הרצף ניצבים נכסים שיש להם תחליפים מלאים. כך, למשל, מניה – שערכה נובע כל כולו מן האפשרות למוכרה בשוק – היא תחליפית במידה גבוהה למניה אחרת השייכת לאותה סדרה. כך גם ביחס לנכסים פיזיים רבים: כאשר פריט מיוצר "על סרט נע" – כך שהוא נרכש לא בשל תכונות מיוחדות המאפיינות את הפריט, אלא בשל תכונות המאפיינות את הדגם כולו – מתקיימת תחליפיות קרובה בין הפריטים השונים של אותו דגם. מצידו האחר של הרצף ניצבים נכסים שמידת התחליפיות שלהם עם נכסים אחרים היא נמוכה. לפריטים מסוימים עשוי להיות ערך סנטימנטלי גבוה או ערך סובייקטיבי הנובע ממאפיינים ייחודיים. אם מזיק פוגע בחפץ שעבר בירושה מאדם קרוב או בחפץ אספנות, או אם הוא גורם לניזוק פגיעה גופנית, אזי קשה או בלתי אפשרי לפצות על נזק זה באמצעות רכישה של תחליף.

בתוך שבין קצותיו של הרצף ניצבים נכסים שמידת התחליפיות שלהם עם נכסים

אחרים היא חלקית. כך, למשל, קרקע היא נכס שלתכונות מסוימות שלו יש ערך שווה לבעלים שונים: האפשרות למכור קרקע בתמורה למחיר השוק שלה היא תכונה המניבה לבעלים שונים תועלת דומה. אולם לקרקע יש גם תכונות אחרות ההופכות אותה לייחודית: ככל שהבעלים מעוניין להשתמש בקרקע, להבדיל ממכירתה, יש חשיבות למיקומה המסוים, למבנים המסוימים העומדים עליה ולהשקעות ספציפיות שנעשו בה בעבר. ערכן היחסי של התכונות המיוחדות, לעומת אלה שערכן אחיד, נגזר מהעדפותיו הסובייקטיביות של הבעלים. אם דירה נרכשת כדי לגור בה, ואין בנמצא דירות דומות במאפייניהן ובמיקומן, אזי לתכונותיה המיוחדות עשויה להיות השפעה ניכרת על ערכה הסובייקטיבי ועל מידת תחליפיותה. לעומת זאת, אם דירה נרכשת לצורכי השקעה, ובאותו בניין קיימת דירה אחרת הדומה לה במאפייניה הפיזיים ובערך השוק שלה, אזי מידת התחליפיות בין שתי הדירות עשויה להיות גבוהה.

ככל שרמת התחליפיות של נכס גבוהה יותר כן גדלה הסבירות שפיצוי אשר נאמד בירידה בערך השוק ייטיב את הנזק במלואו. כאשר לנכס נתון יש תחליף קרוב, הניזוק יכול להיטיב את נזקו באמצעות מכירת הנכס הפגום ורכישת הנכס התחליפי במקומו. בנסיבות אלה פיצוי בגין ירידת ערך השוק – המגלם את פערי המחיר בין הנכס הפגום לנכס התחליפי – מיטיב אפוא את הנזק במלואו. לעומת זאת, כאשר רמת התחליפיות נמוכה, אמידת הנזק בערכו השוקי צפויה להוביל לפיצוי חסר. רמת התחליפיות הנמוכה משמעה שחלק ניכר מן הערך שייחס הניזוק לנכס המקורי נבע מתכונות ייחודיות שלו, שערכן בשוק נמוך מערכן הסובייקטיבי מבחינתו. לפיכך במקרה זה השימוש במדד זה לאמידת הנזק צפוי להוביל לפיצוי חסר.

רמת התחליפיות של הנכס משליכה אפוא על ההתלבטות בין פיצוי שנאמד בירידת ערך השוק לבין פיצוי שנאמד בעלות התיקון. כאשר רמת התחליפיות גבוהה, ועלות התיקון גבוהה מירידת ערך השוק, האחרונה עשויה לשמש אומדן קרוב יותר לנזק הסובייקטיבי שנגרם בפועל. בנסיבות אלה יש להעדיף מדד זה, בשל העיקרון שלפיו על החבות לשקף את העלות המינימלית הנדרשת לשם הטבתו של הנזק. לעומת זאת, כאשר אין לנכס תחליפים קרובים, ההכרעה קשה יותר: בעוד פיצוי בגין ירידת ערך השוק עלול להיות נמוך מדי, פיצוי בגין עלות התיקון עלול להיות גבוה מן המינימום הנדרש לשם הטבת הנזק. שיקול אנלוגי חל כאשר עלות התיקון נמוכה מן הירידה בערך השוק. בנסיבות אלה, כאשר התיקון הוא מלא, ראוי להעדיף מדד זה על מדד המוביל לפיצוי גבוה יותר. אולם כאשר התיקון אינו מלא, ועל כן מעורר חשש לפיצוי חסר, ההכרעה מורכבת יותר.

עולה מן הדברים כי מידת התחליפיות של נכס שנפגע משפיעה על יתרונו היחסי של שני המדדים. כאשר רמת התחליפיות גבוהה, יש בכך כדי להצדיק בחירה בנמוך מביניהם: אם ירידת ערך השוק מניבה פיצוי נמוך יותר, אזי די לפצות בגינה, שכן יש בה כדי לשקף את עלות ההחלפה של הנכס הפגוע בתחליף קרוב; ואם עלות התיקון מניבה פיצוי נמוך יותר (והתיקון הוא מלא), אזי די בה כדי להחזיר את המצב לקדמותו, גם ללא החלפה. מערכת שיקולים זו אינה חלה באופן דומה כאשר לנכס אין תחליפים קרובים. במצב דברים זה המדד המבוסס על הירידה בערך השוק עלול להוביל לפיצוי חסר, בעוד

זה המבוסס על עלות התיקון עלול להוביל לפיצוי יתר. בנסיבות אלה השאלה נותרת אפוא מורכבת. השיקולים שיידונו להלן עשויים לסייע בהכוונת שיקול הדעת גם במקרים אלה.

2. עלות התיקון

שיקול נוסף שעשוי להשפיע על הבחירה במדד הפיצוי קשור לעלות התיקון. תיקונו של הנכס, להבדיל מהחלפתו, כרוך ביתרון ובחיסרון מרכזיים. היתרון הוא שהתיקון מאפשר את הטבת הנזק גם כאשר רמת התחליפיות של הנכס היא נמוכה. בהעדר תחליפים קרובים, פיצוי בגין הפער במחירי השוק עלול לא לרפא את הפגיעה, ותיקון הנכס עשוי לשמש אמצעי חלופי להטבת הנזק. אך כאמור, חסרונו של התיקון נובע מן החשש לחבות יתר: כאשר נזקו הסובייקטיבי של הניזוק נמוך מעלות התיקון, קביעת הפיצוי על בסיס עלות התיקון מובילה לחבות העולה על זו הנדרשת לשם הטבת הנזק.

ודוקו: היקפו של פיצוי היתר שעלול להיגרם עקב השימוש במדד עלות התיקון אינו מוגבל בחסם עליון כלשהו. טלו ביצה שנשברת, אגרטל המתנפץ לרסיסים או חפץ שעולה באש. בדוגמאות אלה ברי כי במקרה הרגיל עלות התיקון תהיה גבוהה לאין שיעור מן הנזק הסובייקטיבי שנגרם לניזוק. התועלת הסובייקטיבית שנפגעה והעלות הנדרשת לתיקון הם משתנים שאין ביניהם כל קשר או מתאם. בעוד הנזק נגזר מהעדפותיו האישיות של הניזוק, עלות התיקון נגזרת מרמת הטכנולוגיה הקיימת, מרמת הידע ומיכולת הייצור. תיקונו של הנכס עשוי אפוא להבטיח את הטבת הנזק, אך אין בו כדי לשמש אומדן להיקפו המעשי. משכך, ככל שעלות התיקון גבוהה יותר כן גובר החשש שביסוס החבות על עלות זו יוביל לפיצוי יתר.

3. היסוד הנפשי של המזיק

כאמור לעיל, קביעת החבות על בסיס עלות התיקון עלולה להוביל לפיצוי יתר. לעומת זאת, קביעתו על בסיס הירידה בערך השוק עלולה בנסיבות מסוימות להוביל לפיצוי קָסר. כיצד אפוא על בית המשפט לבחור בין שני מדדי הפיצוי בנסיבות שבהן הם מוטלים לכיוונים הפוכים?

מנקודת מבט הרתעתית, פיצוי יתר ופיצוי קָסר אינם חששות סימטריים תמיד. פיצוי קָסר מעלה את החשש שהוא יוביל את המזיק להשקיע מעט מדי בזהירות, ובפרט להימנע מהשקעה בה גם כאשר עלותה נמוכה מתועלתה הצפויה. החשש מפיצוי יתר הוא החשש ההפוך, דהיינו, שההשקעה במניעת הנזק תהיה כבדה מדי, כלומר, שהיא תיעשה גם אם היא אינה מוצדקת לנוכח עלותה.

אלא שהחשש לזהירות יתר אינו מתעורר תמיד, ובפרט תחולתו נגזרת במידה רבה מן היסוד הנפשי שבגדרו העולה נעשית. טלו נזק שנתבע בגדרה של עוולת הרשלנות. אם מזיק מפר את חובת הזהירות ביודעין, אזי גם כאשר היקף החבות עולה על גובה הנזק, החשש מהרתעת יתר אינו מתעורר. זאת, משום שכאשר הפרת הסטנדרט היא מודעת, כל

שהחבות המוגדלת עושה הוא הגברת התמריץ לקיימו. העמידה בסטנדרט – היא כשלעצמה – משקפת התנהגות רצויה, העולה בקנה אחד עם תכליתו של הדין הנזיקי. בהטלת סנקציה כבדה על מי שמפר את הסטנדרט במודע אין כדי לתמרץ השקעה העולה על זו הנדרשת לשם קיומו. טלו מזיק הפולש במודע למקרקעי הניזוק כדי לפגוע ברכושו. אם הוא יחוב בסכום העולה על הנזק שגרמה התנהגותו, לא יהיה בכך כדי לגרום להרתעת יתר. כל שיעשה החשש מפני חבות זו הוא להגביר את התמריץ להימנע מן המעשה הבלתי־רצוי מלכתחילה.

שיקול אנלוגי חל גם תחת משטר של אחריות חמורה. מאחר שתחת משטר זה המזיק חב בגין הנזק גם בהעדר רשלנות, ככלל השתת סנקציה העולה על היקף הנזק עלולה להוביל להרתעת יתר. אולם אם בנסיבות המקרה ברי כי הנזק שנגרם הוא בלתי יעיל, וכי גרימתו נעשתה במודע, אזי אין בסנקציה העולה על גובה הנזק כדי להוביל להרתעת יתר. כל פועלה של סנקציה כזאת הוא להביא לידי מניעתה של פעולה בלתי רצויה. עולה מכך שבנסיבות שבהן מדד אחד עלול להוביל לפיצוי קָסר ואילו האחר לפיצוי יתר, הכף עשויה לנטות לזה הגבוה יותר אם הפעילות שבגדרה נגרם הנזק היא בלתי רצויה והפרת הסטנדרט הייתה מודעת. בתנאים אלה, חרף היות החבות גבוהה מן הנזק, החשש להרתעת יתר אינו מתעורר ככלל.

4. האפשרות לכריתת עסקה לפני גרימת הנזק

הדיון עד כה עסק בשאלה כיצד ראוי לקבוע את חבותו של המזיק בהינתן אי־הודאות הכרוכה בהערכת הנזק הסובייקטיבי. אולם לדין עשויה להיות השפעה לא רק על בחירת אופן הפיצוי בהינתן אי־הודאות, אלא גם על האפשרות למנוע את אי־הודאות עצמה. אי־הודאות עצמה היא תוצר של הפעולה הנזיקית: אלמלא המעשה העוולתי, לא רק הנזק היה נמנע, אלא גם הקושי הכרוך בהערכת שיעורו.

מובן שדרך אחת למנוע את אי־הודאות היא להימנע לחלוטין מן הפעילות המזיקה. אולם לעיתים גלומה בפעילות המזיקה גם תועלת, ההופכת אותה לרצויה. בנסיבות אלה הדין הנזיקי אינו מבקש בהכרח למנוע את הפעילות. אך גם אז אותה פעילות עשויה להתקיים לא בדרך של עוולה נזיקית, אלא בגדרה של עסקת שוק וולונטרית. אכן, בכל חוזה כל אחד מן הצדדים נוטל על עצמו חיוב הגורם לו "נזק", כדי לזכות בטובת הנאה הגלומה בחיוב נגדי של שותפו. הסדרים חוזיים הם ככלל יעילים, ומיטיבים עם שני הצדדים חרף ה"נזקים" הנגרמים במסגרתם.

אך בהקשר הנדון כאן, יתרון בולט נוסף של החוזה על הפעולה הנזיקית החד־צדדית הוא שההסכמה החוזית מסירה את הצורך בהערכת הנזק בתנאי אי־הודאות. הצד שהפעולה צפויה לגרום לו נזק יודע את היקפו הסובייקטיבי, ומסכים לכריתת החוזה רק כאשר החיובים הנגדיים מפצים אותו עליו במלואו. החוזה מאפשר אפוא לנזקים יעילים להתממש מבלי שגורם חיצוני יידרש להעריך את היקפם בדיעבד על בסיס מידע חסר. לנוכח זאת הדין התרופתי עשוי לשאוף להכוונתה של הפעילות אל השוק, תוך הרתעת המזיק מן הניסיון לעוקפו.

האפשרות המעשית לכרות חוזה כתחליף לביצועה של עוולה תלויה בנסיבות העניין. מטבע הדברים, האפשרות לתקשורת בין הצדדים לפני קרות הנזק היא לעיתים מוגבלת או בלתי אפשרית. לעיתים הנזק הוא תוצר של תקלה, אשר שום צד לא תכנן אותה ולא נערך לקיומה. אך לעיתים הפעילות המזיקה היא מודעת או לפחות נצפית כאפשרות ממשית ומוחשית. כך, למשל, רופא העורך טיפול רפואי יכול לשוחח עם המטופל, להציג לפניו את פרטי הטיפול ולקבל את הסכמתו באשר לעצם ביצועו ולאופן ביצועו. אדם המבקש לעשות שימוש במקרקעי הזולת, כאשר הבעלים ניתן לאיתור, יכול לפנות אליו ולבקש את הסכמתו. באופן כללי יותר, כאשר הפעולה המבוקשת גורמת נזק לזולת, ועלויות העסקה עם בעל הזכות נמוכות דיין, עשוי להיכרת חוזה.

המדד שבית המשפט בוחר בו לפיזיו על הנזק עשוי בתורו להשפיע על התמריץ לבחור באפיק החוזי. בנסיבות שבהן כריתת החוזה היא אפשרית ורצויה, הדרך לתמרץ את כריתתו היא על ידי הטלת חבות גבוהה אם המזיק נמנע מלמצות את האפשרות של כריתת חוזה. בתנאים אלה החשש מהרתעת יתר הוא אפוא חלש יותר: גם אם החבות עולה על הנזק, אין היא צפויה בהכרח להוביל להשקעת יתר של המזיק במניעה; במקום השקעת היתר, המזיק עשוי לפנות לאפיק החוזי, שבגדרו התמורה שהניזוק יהיה זכאי לה תיקבע בהסכמה. בדרך זו הפעילות הרצויה תיעשה, הניזוק יפוצה באופן מלא על נזקו, וייחסך הצורך לקבוע את שיעור הנזק בתנאים של אי־ודאות.

לשיקול זה עשוי להיות משנה תוקף כאשר גם בהתעלם ממנו ההכרעה בין מדדי הפיזיו אינה חד־משמעית. אם מדד אחד עלול להוביל לפיזיו קָסר ואילו האחר עלול להוביל לפיזיו יתר, אי־מיצויה של עסקה שהייתה יכולה להיכרת עשוי להטות את הכף לטובת בחירה במדד שהחבות הנגזרת ממנו גבוהה יותר. לשיקול זה יש חשיבות בין שמשטר האחירות הוא של רשלנות ובין שהוא של אחירות חמורה.

5. פיזיו כספי מול סעד בעין

נניח כעת כי התקבלה החלטה עקרונית כי המדד שישמש להטבתו של הנזק יבוסס על עלות התיקון, להבדיל מעלות ההחלפה או הירידה בערך השוק. בצומת זה מתעוררת שאלה מסדר שני: האם ראוי שבית המשפט יורה על תיקונו של הנזק **בפועל** או שמא מוטב להעניק לניזוק פיזיו כספי בערך התיקון, והוא אשר יבחר אם לתקן את הנזק או שמא לעשות בפיזיו שימוש אחר?

דרישה לתיקון בפועל עשויה ללבוש שתי צורות אפשריות: דרך אחת היא הוצאתו של "צו עשה" המחייב את המזיק לתקן את הנזק, במקום לחייבו בפיזיו; דרך אחרת היא לחייב את הניזוק בתיקון, באמצעות התניית זכאותו בכך שיעשה את התיקון בפועל.¹²

מהי אפוא הגישה העדיפה לנוכח אי־הוודאות הכרוכה בהערכת היקפו של הנזק? בנסיבות שבהן עלות התיקון משקפת את נזקו הסובייקטיבי של הניזוק, הדרישה לתיקון

12 כך, למשל, אפשר לקבוע כי החבות בפיזיו תתגבש רק עם הצגת ראיות על השלמתו של התיקון.

בפועל היא חסרת נפקות: בנסיבות אלה לניזוק יש תמריץ עצמאי לתקן את הנכס, ועל כן הדרישה כי יעשה כן היא חסרת משמעות מעשית. אולם לדרישה עשויה להיות משמעות כאשר עלות התיקון עולה על נזקו הסובייקטיבי של הניזוק. במקרה זה יעדיף הניזוק להותיר בידיו את כספי הפיצוי מבלי לתקן את הנכס. התניית התרופה בתיקון בפועל עשויה אפוא להשפיע בנסיבות אלה הן על תמריצי הצדדים והן על התוצאה שתתקבל.

טיבה של התוצאה הנגזרת מן הדרישה לתיקון תלויה בסבירות כריתתה של עסקה קוזיאנית בין הצדדים המתנה על הוראת בית המשפט.¹³ כאשר נדרש תיקון בפועל חרף העובדה שעלותו עולה על הנזק הסובייקטיבי, לצדדים יש אינטרס משותף להתנות על הוראה זו בהסכמה. אם חובת התיקון הוטלה על המזיק, אזי לצדדים כדאי לפטור מחובה זו בתמורה לתשלום שיהיה גבוה מן הנזק הסובייקטיבי ונמוך מעלות התיקון; ואם הפיצוי הותנה בתיקון על ידי הניזוק, אזי לצדדים כדאי לפטור את הניזוק מכפיפותו לתנאי זה בתמורה להפחתה אנלוגית במחיר. תנאי עסקה אלה, מעצם הגדרתם, יטיבו את מצבם של שני הצדדים בהשוואה לקיום ההוראה כלשונה. התוצאה שתתקבל תהא עדיפה אף מבחינה חברתית: מנקודת מבט הרתעתית, המזיק ישלם סכום קרוב יותר להיקף הנזק הסובייקטיבי שנגרם, ובכך תתמתן הרתעת היתר הנובעת מאי־הוודאות בהערכת הנזק. העסקה תשפר את מצב הדברים אף מנקודת מבטה של גישת הצדק המתקן, שכן היא תוביל להלימה טובה יותר בין הנזק שנגרם לבין התשלום שהמזיק נושא בו לבסוף. לפיכך דווקא בנסיבות שבהן התיקון בפועל אינו יעיל – עקב הפער שבין עלות התיקון לבין הנזק הסובייקטיבי שנגרם לניזוק – הצבת הדרישה לתיקון עשויה למתן את הקושי הנובע מאי־הוודאות בהערכת הנזק. תוצאה זו תושג באמצעות עסקה קוזיאנית שתיכרת בצילה של דרישת התיקון האמורה.

עסקה כזאת, על יתרונותיה, אינה יכולה להיכרת בהעדר דרישה לתיקון. אם תיקון בפועל אינו נדרש, הניזוק אינו נושא עוד בתמריץ לכרות עסקה: אם עלות התיקון נמוכה מנזקו הסובייקטיבי או שווה לו, הוא יבחר להשתמש בכספי הפיצוי לצורך התיקון; ואילו אם עלות התיקון עולה על הנזק, הוא יעדיף להותיר את הפיצוי בכיסו מבלי לתקן. כך או כך, הניזוק לא יתמרץ לשחרר את המזיק מחבות כלשהי. בהעדר דרישה לתיקון, היתרונות הגלומים בעסקה קוזיאנית לא יוכלו אפוא להתממש.

עולה מן הדברים כי הדרישה לתיקון עשויה לשמש אמצעי למיתון החשש לפיצוי יתר כאשר עסקה קוזיאנית עשויה להיכרת. אולם, כידוע, לעיתים עלויות עסקה גבוהות עלולות למנוע את אפשרות כריתתה של עסקה קוזיאנית. ברי כי היתרון הנובע מכריתתה של עסקה אינו עומד בעינו אם עלויות עסקה מונעות את אפשרות מימושה. בנסיבות אלה הצבת הדרישה לתיקון לא רק שאינה צפויה להועיל, אלא עלולה אף להזיק.

13 "עסקה קוזיאנית" משמעה בהקשר זה עסקה רצונית המתנה על קביעת בית המשפט כאשר הסדר חלופי הוא יעיל יותר. על פי התיאוריה הידועה של קוז, כל אימת שהקצאת משאבים אינה יעילה, לפרטים רציונליים יש אינטרס לכרות עסקה ההופכת אותה ליעילה, בכפוף לכך שעלויות העסקה נמוכות מספיק. ראו R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1 (1960).

כדי להמחיש חשש זה, נניח אפוא כעת כי עסקה קוזיאנית אינה אפשרית במצב שבו עלות התיקון עולה על הנזק הסובייקטיבי. בנסיבות אלה דרישה שתופנה למזיק תוביל לביצועו של התיקון בפועל: בהעדר אפשרות לעסקה, יעמוד הניזוק על מימוש פסק הדין אף שהתוצאה אינה יעילה. לעומת זאת, בפסיקת פיצוי השווה לעלות התיקון, לא ייעשה התיקון בפועל: הניזוק יעדיף להחליף את הנכס או להותירו במצבו הפגוע, ולעשות בכספי הפיצוי שימוש אחר. תוצאה אחרונה זו היא עדיפה, שכן היא מונעת את פעולת התיקון כאשר עלותה עולה על תועלתה. אומנם, בנסיבות אלה חבות היתר של המזיק תעמוד על כנה, ועימה הפגיעה הן בהרתעה והן בעקרונות הצדק המתקן. אולם הימנעות מן הדרישה לכל הפחות תאפשר לניזוק לעשות שימוש יעיל יותר בכספי הפיצוי הנזיקי. שימוש זה ייטיב עם הניזוק מבלי לפגוע במזיק.

השאלה אם להציב דרישה לתיקון בפועל תלויה אפוא, במידה רבה, בסבירות כריתתה של עסקה קוזיאנית. כאשר עלויות העסקה נמוכות מספיק, הדרישה לתיקון בפועל עשויה למתן באופן ממשי את החשש העולה מפיצוי יתר – הן בהיבט ההרתעה והן בהיבט הצדק המתקן. אך אם סבירותה של העסקה היא נמוכה, אזי דרישת התיקון לא תועיל בהיבטים אלה, ואולי אף תגרע מעושרו של הניזוק יחסית לחלופה. בנסיבות אלה עדיף אפוא להימנע מן הדרישה, ולאפשר לניזוק לעשות שימוש מיטבי במשאבים שהוקצו לפיצויו.

כך, למשל, בפרשת **גדיש** חייב בית המשפט את המזיק בגין עלות התיקון, ובתוך כך קבע כי ניזוק אינו נדרש ככלל לעשות שימוש בכספי הפיצוי לצורך תיקון בפועל.¹⁴ קביעה זו היא רצויה כל עוד ההנחה היא כי עסקה קוזיאנית אינה צפויה להיכרת. אולם בנסיבות שבהן עלויות העסקה נמוכות, כפי שנראה שהן היו בעניין **גדיש**, יש מקום להעלות שאלה זו לשקילה מחודשת.¹⁵

* * *

הדיון עד כה הציג מסגרת מופשטת של שיקולים שעשויים להשליך בנסיבות שונות על שיקול הדעת השיפוטי לנוכח אי-הוודאות בהערכת היקף הנזק. הפרקים הבאים במאמר מבקשים לעמוד בקצרה על יישומם הקונקרטי של שיקולים אלה בפסקי דין בתחום הנזיקין, וכן מחוץ לו – בתחומי הקניין והחוזים. מטרתם היא להדגים כיצד ניתן להטמיע את העקרונות האמורים במגוון רחב של סוגיות במשפט הפרטי.

14 זוהי ההלכה המוכרת. ראו גם ע"א 448/74 אוטו בלה שותפות למסחר בכלי רכב נ' לקי דרייב בע"מ, פ"ד (2) 207, 217 (1976); עניין **גרינגרט**, לעיל ה"ש 8, שם. בהקשר החוזי הדין בהיבט זה אינו חד-משמעי. לדיון ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 434–436.

15 מובן כי במכלול השיקולים שבמתן הצו יש להביא בחשבון גם שיקולי מערכת. בפרט, מתן צו עשוי בנסיבות מסוימות להפחית עלויות התדיינות, שכן יש בו כדי לפטור מן הצורך לכמת את הנזק. אולם לעיתים צו עלול להוביל דווקא לעלייה בעלויות המערכת, בנסיבות שבהן קיומו של הצו מצריך פעולות של פיקוח.

פרק ב: בין פסקי הדין גדיש לסולטאן

1. פרשת גדיש

בעניין גדיש דובר כאמור בבור שפער המזיק באופן רשלני בקרקע של הניזוק, שהוביל אף לערעור יציבותה באחד מחלקיה. קרקע זו הייתה אדמת טרשים נטולת זכויות בנייה, שערכה מלכתחילה היה נמוך מאוד. לנוכח זאת הוביל הנזק לירידה מועטה בלבד בערך השוק שלה: הפער במחיר עמד על 8,200 ש"ח (לטענת המזיק), בעוד שעלות התיקון עמדה על 553,100 ש"ח. על פי אומדן זה, הפער בין ירידת הערך לבין עלות התיקון עמד אפוא על 6,745 אחוזים.

התובעים דרשו כי הנזק יוערך על בסיס העלות של תיקון הנזק, כלומר, על פי העלות הכרוכה בסתימתו של הבור ובבנייתם של קיר תומך וגדר. הנתבעות, לעומת זאת, ביקשו להגביל את חבותן לפיצוי בגין ירידת ערך השוק. בית המשפט המחוזי צידד בעמדת התובעים, ופסק פיצוי בעבור מלוא עלות התיקון.¹⁶ החלטה זו נהפכה, עם זאת, בבית המשפט העליון. בפסק הדין בערעור נקבע כי שתי השיטות הפיצוי כאחת מקיימות את התכלית של השבת המצב לקדמותו, ועל כן ככלל נתונה לניזוק הזכות לבחור בזו העדיפה מבחינתו. עם זאת, נקבע כי גם זכות זו, ככל זכות אחרת, כפופה לחובת תום הלב. משמעות הדבר היא שאם הפער הנגזר משתי השיטות הוא גדול, ואין בידי הניזוק טעם מיוחד המצדיק את הבחירה בפיצוי הגבוה, אזי עליו להסתפק בפיצוי הנמוך.¹⁷ עוד נקבע כי מאחר שתכליתו של הפיצוי היא השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, ליסוד הנפשי של המזיק – אם פעל במודעות או אם לאו – אין כל השלכה ביחס להיקף הפיצוי.¹⁸ בנסיבות העניין, לנוכח הפער הגדול והעדרו של טעם מיוחד המצדיק את הפיצוי הגבוה, נפסק כי הפיצוי ייאמד על בסיס הירידה בערך השוק.

לשיטתנו, הבעיה שפרשת גדיש מעוררת היא שהנזק הסובייקטיבי המדויק שנגרם לניזוק אינו ניתן לאומדן באופן ישיר. לפיכך אף לא אחת משתי השיטות הפיצוי מקיימת באופן מלא את תכלית ההשבה של המצב לקדמותו, שכן שתיהן אינן אלא אמצעים מקורבים להערכתו של נזק זה. עלות התיקון עלולה לאמוד אותו ביתר, ואילו ירידת הערך עלולה לאמוד אותו ביתר או בחסר. לנוכח זאת רצוי שהבחירה בין שתי השיטות תתבסס על טעמי מדיניות: איזו מן השיטות תוביל לפיצוי מדויק יותר; איזו מן השיטות תייצר מידה רצויה יותר של הרתעה; ואיזו מהן עשויה לתמרץ כריתה של עסקה חוזית שתמנע את אי־הוודאות מלכתחילה. עוד עולה מכך כי שיקול הדעת בבחירת הפיצוי צריך שיופעל על ידי בית המשפט. הפקדתו בידי הניזוק תוביל לבחירה בפיצוי הגבוה,

16 ת"א (מחוזי נצ') 682/95 מוסא נ' מדינת ישראל – משרד המסחר והתעשייה, פס' 121 א לפסק דינה של השופטת נאוה אפל-דגון (פורסם בנבו, 19.6.2003).

17 עניין גדיש, לעיל ה"ש 4, פס' 17–20 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

18 שם, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

גם כאשר אין בכך כדי לשרת את התכליות האמורות. לבסוף, לשיטתנו, מצבו הנפשי של המזיק הוא נתון רלוונטי שראוי להביאו בחשבון. זאת, לא משום שיש בו כדי להשפיע על היקף הנזק הסובייקטיבי, אלא משום שהוא משפיע, כפי שנדון לעיל, על עוצמת החשש להרתעת יתר, אשר משפיעה בתורה על עדיפותן היחסית של השיטות.

השיקולים שנדונו בפרק הקודם עשויים אפוא לשמש בהפעלת שיקול הדעת על ידי בית המשפט. כפי שיוצג להלן, בנסיבות של עניין גדיש נראה כי שיקולים אלה תומכים בכללותם בהגבלתו של הפיצוי לשיעור הירידה בערך השוק של הקרקע. ראשית, הנכס שנפגע הוא אומנם נכס מקרקעין (הנושא לעיתים קרובות מאפיינים ייחודיים), אך בהיות הקרקע אדמת טרשים נטולת זכויות בנייה, נראה כי תועלתו של הניזוק ממנה נבעה בעיקר מערכה המסחרי, כלומר, מן האפשרות שבעתיד יוסרו מגבלות הבנייה ויהיה אפשר לממשה או למוכרה ברווח. אם כך הדבר, אזי המתאם בין שיעור הירידה בערך השוק לבין נזקו הסובייקטיבי של הניזוק צפוי להיות גבוה. מפסק הדין לא עולה כי היו לקרקע שימושים נוספים כלשהם, ייחודיים לניזוק, שהיו עשויים לעורר חשש לפיצוי חסר. שנית, עלות התיקון במקרה זה מעוררת חשש כבד לפיצוי יתר ולהרתעת יתר אם הנזק יוערך על פיה. שיעורה גבוה באופן מוחלט, ואף עולה לאין שיעור על המדד החלופי של הערכת הנזק – הירידה בערך השוק. כפי שנדון לעיל, לנוכח העדר מתאם עקרוני בין עלות התיקון לבין היקף הנזק הסובייקטיבי שנגרם לניזוק, יש בכך כדי להטות את הכף לאמידת הנזק על פי ירידת ערך השוק. שלישיית, מן העובדות שהוצגו לפני בית המשפט עולה כי פעירת הבור הייתה תוצר של תקלה בלתי מכוונת. לפיכך פיצוי הנשען על עלות התיקון, שעשוי להיות גבוה בהרבה מן הנזק הסובייקטיבי, מעורר חשש כבד להרתעת יתר. לבסוף, אופייה ה"תקלתי" של פעילות המזיק מעלה גם כי כריתה של עסקה וולונטרית לא הייתה מעשית בנסיבות העניין או למצער כי לא היה אפשר לכורתה בעלות סבירה.

נראה אפוא כי השיקולים האמורים נוטים לתמוך בתוצאה שהתקבלה בפסק הדין, אלא שהנימוקים לתוצאה זו שונים מאלה שהובאו בפסק הדין, ואף הנתונים ששיטה זו רואה כרלוונטיים אינם זהים לאלה שאליהם התייחס בית המשפט. בפרט, לפי השיטה המוצעת, אילו היה ביכולתו של הניזוק להראות כי היו לקרקע שימושים ייחודיים או שהמזיק פעל מתוך מודעות או שעלויותיה של עסקה מוקדמת היו נמוכות, ייתכן שהיה בכך כדי להוביל לשינוי התוצאה. לעומת זאת, התפיסה שבאה לידי ביטוי בפסק הדין לא הייתה מייחסת משקל לנתונים אלה (אלא אם כן נאמר כי פרשנותו של תום הלב בהקשר זה מוגדרת על ידיהם).

בפסק הדין אף נקבע, מעבר לדרוש, כי כאשר פיצויו של הניזוק נאמד על פי עלות התיקון, אין לחייבו לעשות את התיקון בפועל.¹⁹ לשיטתנו, כאמור, לעמדה זו יש יתרון מרכזי אך גם חיסרון בולט. יתרונה טמון בכך שאם פיצוי בגין עלות התיקון הוא פיצוי יתר ועסקה קוזיאנית אינה אפשרית, אזי אי-התניית הפיצוי בתיקון בפועל מאפשרת להימנע מתיקון שעלותו עולה על תועלתו. אולם אם עסקה קוזיאנית היא אפשרית, אזי

19 שם, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

אי־ההתניה מונעת אותה, ועימה את התועלת הגלומה בה בדמות מיתונם של פיצוי היתר והרתעת היתר. לפיכך, לשיטתנו, הן גישת אי־ההתניה שאומצה בפסק הדין והן זו ההפוכה ממנה הן גישות אפשריות.

2. פרשת סולטאן

בעניין סולטאן דובר בקבלן שעסק בעבודות תשתית ואשר ברשלנותו גרם לעקירתם של יותר ממאה עצי זית. בעת קרות הנזק שימשו העצים להפקת שמן, אולם נטען כי מדובר בעצים עתיקים, שהיה אפשר, באופן חלופי, למוכרם כעצי נוי בערך גבוה יותר. המחלוקת המרכזית נגעה אפוא בשאלה כיצד יש לאמוד את היקף נזקיהם של התובעים – על פי שימושם בפועל של העצים או שמא על פי שימושם הפוטנציאלי.

שאלה זו עוררה התלבטות בערכאות השונות. בבית משפט השלום נקבע תחילה כי עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב שהנזק יוערך על פי שימושם הפוטנציאלי של העצים כעצי נוי.²⁰ עמדה זו נהפכה בערעור בבית המשפט המחוזי, שקבע כי אותו עיקרון עצמו מחייב דווקא את הערכת הנזק על פי השימוש בפועל.²¹ בבית המשפט העליון שוב נחלקו הדעות. בעוד שהשופטת ברק־ארוז, בפסק הדין המרכזי, ביכרה את מדד השימוש הפוטנציאלי, חבריה להרכב – השופטים עמית ודנציגר – הביעו ספק בנכונות החלתו, במיוחד בנסיבות שבהן קיים לנכס ערך שוק על פי שימושם בפועל. לבסוף הצטרפו השופטים לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז, אך זאת מבלי להכריע בשאלה לגופה.

לעמדתה של השופטת ברק־ארוז, השבת המצב לקדמותו מחייבת כי ניזוק שנכסו הושמד יוכל לרכוש בכספי הפיצוי חפץ אחר מאותו סוג.²² סוג השימוש בנכס בעת קרות הנזק אינו מעלה ואינו מוריד, שכן גם אם הנכס שימש לצורך מסוים בעת התרחשות המעשה העולתי, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהניזוק היה עושה בו שימוש אחר במועד מאוחר יותר. התעלמות מן השימוש החלופי ומן הערך הפוטנציאלי הגלום בו נוגדת אפוא את עקרונות הצדק המתקן, ואף את עקרונות ההרתעה היעילה.²³

לשיטתנו, פרשת סולטאן מעלה אף היא את השאלה מהו מדד הפיצוי המוביל להשבת המצב לקדמותו כאשר הנזק הסובייקטיבי שנגרם לניזוק אינו ידוע. אלא שהדילמה במקרה זה אינה נעוצה בבחירה בין מדד התחליף למדד התיקון: מאחר שמדובר בנכס שהושמד (להבדיל מנכס שנפגע), הטבת הנזק אפשרית רק על ידי

20 ת"א (שלום נצי) 23251-11-10 שmlאי נ' מקורות – חברת המים בע"מ, פס' 71–76 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.9.2015).

21 ע"א (מחוזי נצי) 28809-11-15 י. בולת ואגרנטים בע"מ נ' האשם, פס' 23–24 לפסק דינו של הנשיא אברהם (פורסם בנבו, 28.4.2016).

22 ראו עניין סולטאן, לעיל ה"ש 6, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.

23 שם. מסקנה זו נומקה גם בהגנה על ערך האוטונומיה של בעל קניין, הרשאי לבחור איזה שימוש לעשות ברכושו, וכן במקובל בדיני ההפקעה ובמשפט ההשוואתי. ראו שם, פס' 22–26 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.

החלפתו, ולא על ידי תיקונו. הדילמה ממוקדת באפיון תכונותיו של התחליף הנדרש: האם כדי להיטיב את הנזק הסובייקטיבי די בשתילתם של עצי זית כלשהם, ובלבד שיהיה בהם כדי לספק כמות דומה של שמן, או שמא נדרשת שתילה של עצים עתיקים כמו אלה שנעקרו? השאלה היא, אפוא, אילו מאפיינים הנכס התחליפי צריך לשאת כדי שייטיב את הנזק הסובייקטיבי, אשר אינו נצפה באופן ישיר.

ערכו של כל נכס נקבע על ידי זרם התועלות שאפשר להפיק ממנו על פני זמן. כפי שציינה השופטת ברק-ארז, לנכס עשוי להיות שימוש מועדף לאורך תקופה מסוימת ושימוש רצוי אחר בתקופה אחרת. לפיכך שימושם של העצים להפקת שמן במועד קרות הנזק אינו מלמד על העדרה של כוונה למוכרם במועד מאוחר יותר. יתרה מזו, גם בהנחה שלא הייתה כוונה קונקרטית כזאת, עצם האפשרות למוכרם היא בעלת ערך: יש להניח כי ערכו הסובייקטיבי של עץ הוא גבוה יותר אם קיימת בו גם האפשרות למוכרו כעץ נוי. המעשה הנזיקי שלל הן את ערכו של העץ לצורך הפקת השמן והן את אופציית המכירה הגלומה בו. לפיכך שיטת הפיצוי המתעלמת מערכה של אופציה זו צפויה להוביל לפיצוי קָסר.

לכאורה היה אפשר להעלות טענת נגד שלפיה במקרים מסוימים הערך הסובייקטיבי שהניזוק מפיך מהפקת השמן עשוי לעלות על ערך המכירה. אם אכן כך, יש להניח כי הניזוק היה ממשיך את עיסוקו החקלאי גם בטווח הארוך. אלא שאפילו אם אלה הם פני הדברים, אין בכך כדי לשנות את המסקנה כי יש לפצותו בגין ערכם של עצים עתיקים. זאת, משום שגם אם הניזוק מעוניין להמשיך בהפקת השמן, בכוחו למכור את העצים העתיקים תמורת מחירם בשוק, ולרכוש במקומם עצים צעירים יותר מפיקי שמן. אם פיצויו יוגבל לערכם של העצים הצעירים, יישלל ממנו הרווח שהיה מפיך ממכירת עציו העתיקים.

פרשת **סולטאן** מדגימה עיקרון כללי שלפיו הערך הסובייקטיבי שאדם מייחס לנכס אינו יכול ליפול מערך השוק של נכס זה. זאת, משום שאם התועלת מן השימוש בנכס נופלת מערכו בשוק, אזי הבעלים יכול למכור את הנכס ולקבל ערך זה. בהתאם לכך, כאשר מעריכים את הפיצוי שהניזוק זכאי לו, מחיר השוק צריך לשמש **חסם תחתון**. במובן זה, הבעיה שהתעוררה בפרשת **סולטאן** הפוכה מזו שעלתה בפרשת **גדיש**: בעוד שבפרשת **סולטאן** השאלה הייתה אם ייתכן שהערך הסובייקטיבי **נופל** מערך השוק של הפגיעה, פרשת **גדיש** עוררה את השאלה אם ייתכן שהערך הסובייקטיבי **עולה** על ערך זה. התשובות לשאלות אלה הן כי בעוד הערך הסובייקטיבי אינו יכול להיות נמוך מערך השוק, הוא עשוי בהחלט להיות גבוה ממנו. אכן, כאשר אדם בוחר להחזיק בנכס, אין זה אלא משום שערכו מבחינתו שווה לערכו בשוק או עולה עליו.

לנוכח זאת, פרשת **סולטאן** הייתה עשויה לעורר שאלה סבוכה יותר אילו טען הניזוק כי ערך העצים מבחינתו עולה על ערכם השוקי של עצים עתיקים. כך, למשל, הניזוק היה עשוי לטעון לקיומו של ערך סנטימנטלי לעצים (שאוּלי פרנסו את משפחתו לאורך הדורות), אשר עולה על ערך המכירה שלהם כעצי נוי. לנוכח זאת הוא היה עשוי לדרוש כי אותם עצים שנעקרו יישתלו מחדש, אפילו בעלות גבוהה. במקרה זה הייתה מתעוררת

שאלה דומה לזו שעלתה בפרשת **גדיש**, המערבת אפשרות לפיצוי חסר ואפשרות לפיצוי העולה על המינימום הנדרש לצורך הטבת הנזק.

פרק ג: יישום העקרונות לדיני הקניין ולדיני החוזים

השאלה שאי־הוודאות ביחס להיקפו של הנזק הסובייקטיבי מעוררת אינה ייחודית לדיני הנזיקין. היא עולה באופן דומה גם בסוגיות אנלוגיות בדיני הקניין ובדיני החוזים. לנוכח זאת, בכפוף להבדלים מסוימים, אותם שיקולים ישימים בפתרונה של הבעיה גם בהקשרים אלה. פרק זה מצביע על הדמיון בין השאלות בתחומים השונים, ועל האופן שבו אפשר להיעזר באותם עקרונות כדי להתמודד עימן.

1. קניין

קו הגבול בין דיני הנזיקין לדיני הקניין מטושטש לעיתים. אחת התכליות המרכזיות של דיני הנזיקין היא להגן על זכות הקניין.²⁴ אולם על פי הסיווג המקובל, זכות הקניין מוגנת לא רק באמצעות דיני הנזיקין, אלא גם באמצעות דיני הקניין עצמם. כך הדבר, למשל, ביחס לתרופות של השבת החזקה, מניעת הפרעה לשימוש²⁵ או סילוק מחוברים.²⁶

פרשת **נעמה נ' טורקיה** עוררה שאלה הנוגעת בתרופות אלה.²⁷ במקרה זה דובר בבית שרכשה המשיבה אשר לימים התברר כי המטבח שבו בנוי בשטחו של הבית השכן.

24 כך הן באמצעות עולת הרשלנות והן באמצעות עוללות רכושיות ספציפיות, דוגמת הסגת גבול במקרקעין, הסגת גבול במיטלטלין, מטרד ליחיד, הפרעה לאור שמש, מניעת תמיכה, עיכוב נכס לא כדין וגזל. ראו ס' 29, 31, 44, 48, 48א, 49 ו־52 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], בהתאמה. על נחיצותה של ההגנה על הקניין באמצעות שתי מערכות דינים נמתחה זה כבר ביקורת. נטען כי עיקר החשיבות של העוללות הנזיקיות במשפט המקובל היא כאשר אין דין היוצר זכויות קניין, ולא זה המצב במשפטנו. ראו יצחק אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים – בעיות ומגמות" **משפטים** ה' 564, 572–575, 581–587 (1974); גר טרסקי "תביעת הבעלים למסירה ופקודת הנזיקין" **הפרקליט** לט 44, 52–53, 59 (1989).

25 ס' 16–20 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. הסעיפים חלים אף על מיטלטלין לפי ס' 8 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (וממילא גם על זכויות, לפי ס' 13(א) לחוק).

26 ס' 21–23 לחוק המקרקעין. עם זאת, גם הבחנות אלה טושטשו במידה מסוימת בפסיקה. כך, למשל, המגבלות החלות על סעדים נזיקיים (בעיקר לפי ס' 55 ו־74 לפקודת הנזיקין) הוחלו גם ביחס לסעדים הקנייניים; ומאידך גיסא, הסעדים הקנייניים עשויים לכלול גם תרופות שאינן בעין, מכוח ס' 20 לחוק המקרקעין, המשמר את הזכות לפיצויים או לתרופות נוספות מעבר לאלה הקבועות בחוק. ראו יהושע ויסמן **דיני קניין: החזקה ושימוש** 54–55 (2005); רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 219 (1999).

27 ע"א 8661/10 **נעמה נ' טורקיה** (פורסם בנוב, 19.2.2012).

משהתגלה הדבר דרש השכן את הריסת המטבח, אלא שלמרות הפגיעה המובהקת בזכות הקניין של השכן, תביעתו לפינוי נדחתה. בית המשפט נימק זאת בכך שעמידה על פינוי בנסיבות אלה, חרף הנזק הכבד שייגרם עקב כך למשיבה, אינה מתיישבת עם חובת תום הלב.²⁸ עם זאת, נקבע כי הזכות להמשיך את הפלישה היא זכות אישית בלבד; לפיכך, לכשתחדל המשיבה להתגורר בנכס, היא תידרש בכל זאת לפנות את החלק הפולש. כן נקבע כי כל עוד היא מתגוררת בבית יהא עליה לשלם לשכן תשלומים שוטפים בגין הסגת הגבול. סכום זה, שנאמד על פי ערך השוק של השטח, לא סווג כ"פיצוי על נזק" (שכן הוא לא נשען על קיומה של עוולה נזיקית), אלא כונה "דמי שימוש ראויים".²⁹ ההכרה באפשרות העקרונית לפסוק מה שניתן לכנות "דמי שימוש קנייניים" עוררה בתורה את השאלה באילו נסיבות, ועל פי אילו אמות מידה, ראוי להכיר בהפקעה פרטית, שבגדרה אדם נוטל נכס מאחר ומחויב רק בתשלום שוויו.³⁰ בית המשפט מנה

28 על הכפופות לחובת תום הלב בהקשרים דומים ראו גם נילי כהן "שניים אוחזים: קניין, אחריות, חלוקה" **משפט ועסקים** יח 177, 210–211 (2014).

29 אין הכוונה לדמי שימוש בעילת עשיית עושר ולא במשפט, כפי שהיה בע"א 290/80 **ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(2) 633 (1983), או בע"א 8880/13 **וינשל נ' מדינת ישראל משרד הביטחון** (פורסם בנבו, 30.8.2016). ההבדל נוגע הן באופי הפיצוי ובדרך חישובו, הן בהצדקות שביסודו והן בהגנות העומדות לטובת המפר. ראו גם פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 469–484.

30 השוו להתנגדותו של השופט טירקל בעניין **רוקר**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 246: "יש להיזהר מאוד כאשר באים לשקול נזק מול תועלת. מאזן כזה אינו עולה בקנה אחד עם מהותה של זכות הקניין, שבעליה רשאי, בדרך כלל, לעשות או שלא לעשות בה כאוות נפשו, בלי שהתועלת הכלכלית המופקת מהשימוש תעמוד לביקורת. מאזן כזה גם עלול להביא לתוצאות מרחיקות לכת ובלתי רצויות: אם ימצא בית המשפט שנוזקו של הפוגע בזכות גדול מהתועלת שיפיק בעל הזכות מהסרתה של הפגיעה, יהיה רשאי לאשר את הפגיעה וכך לשלול מן הבעלים את זכותו. משמעות הדבר היא הפקעה של זכות הקניין מכוח שיקולים הזורים למהותה. אין זה מתקבל על הדעת" (ההדגשה במקור). ראו גם את דבריו של הנשיא ברק, שם, בעמ' 282. כן ראו ע"א 44/76 **אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ**, פ"ד ל(3) 785, 806–809 (1976) (להלן: פרשת **אתא נ' שוורץ**). ראו גם פורת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 116, ה"ש 80 ("בארץ לא אומצו, לפחות לא במפורש, דיני הפקעה פרטית"). על הקשר בין הפקעה פרטית לבין דיני הנזיקין ראו RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 110 (1985); ARTHUR RIPSTEIN, PRIVATE WRONGS (2016). על הפקעה פרטית במובן רחב יותר, של מתן הרשאה ממשלתית להפקעה בידי גוף לא ממשלתי, ראו Abraham Bell, *Private Takings*, 76 U. CHI. L. REV. 517 (2009). מצב דברים נוסף שמתייחסים אליו לעיתים כאל הפקעה פרטית במובן הרחב הוא כאשר הממשלה מפקיעה לטובת גורם פרטי, כגון הפקעה לצורך הקמת שכונת מגורים. מקרה חריג ויוצא דופן שבו כך אירע הוא פרשת **אתא נ' שוורץ** האמורה, כאשר דירתו של שוורץ הופקעה כך שהתוצאה של ההגנה הקניינית שנקבעה בפסק הדין גופו התהפכה. ראו בג"ץ 114/77 **שוורץ נ' שר האוצר**, פ"ד לא(2) 800 (1977). השוו לעניין **וינשל**, לעיל ה"ש 29. כן ראו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 112–113 (2005). בהקשר עדכני יותר ראו רונית לוי-שנור "עמונה, ממונה ואיסורא: בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקר כוחות צה"ל בגדה המערבית" **"המשפט" ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 73, 30 (2018).

בעניין **נעמה** שורה של שיקולים שעשויים להשפיע על דרך הפעלתו של שיקול הדעת ביחס לשאלה זו, ביניהם אופיו ומעמדו של האינטרס הנפגע (בעלות לעומת החזקה, למשל); מהות היחסים בין הצדדים (לא הרי מסיג גבול זר כהרי מוכר, ולא הרי מסיג גבול חד־פעמי כהרי מתמשך); היקף הפגיעה ומשכה; מצבו הנפשי של הפוגע; ועוצמת הנזק שייגרם לפוגע אם יידרש להסיר את הפגיעה.³¹ במקרה הנדון הכריעו את הכף הנזק הגדול שהיה נגרם למשיבה אילו נדרשה להסיר את הסגת הגבול וכן היסוד הנפשי שהתלווה לפגיעה, כלומר, העובדה שהיא לא ידעה ולא הייתה יכולה לדעת על הפלישה כאשר רכשה את הנכס.³²

לשיטתנו, הדילמה ששאלת ההפקעה הפרטית מעוררת דומה במהותה לזו שנדונה בתחום הנזיקי. נקודת המוצא של הדיון היא שהבנייה בשטחו של השכן היא פגיעה בזכות, שבגינה הוא זכאי לתרופה. אלא שהנזק הסובייקטיבי שנגרם עקב הפגיעה אינו ניתן לאמידה מדויקת. לנוכח זאת, שני מדדים להערכת הנזק הם אפשריים: האחד מושתת על הירידה בערך השוק של הנכס כתוצאה מן הנטילה; ואילו האחר מושתת על תיקונה של הפגיעה. בעוד המדד הראשון עלול לא להיטיב את הנזק במלואו, המדד השני עלול לחייב את הפוגע בעלות העולה על זו המינימלית הנדרשת לשם הטבת הנזק. על הבחירה בין שני המדדים להתבסס אפוא על קרבתם היחסית לפיצוי מדויק, על השפעותיהם על ההרתעה, ועל התמריץ הנגזר מהם לכריתתה של עסקה מראש. כן יש לבחון את השאלה אם הצבת דרישה לביצוע בעין (לפינוי הפלישה) תקדם את כריתתה של עסקה קרוי־אנית.

בנסיבות המקרה מידת תחליפיותו של הנכס שניטל היא נמוכה, שהרי אין בכוחו של השכן לרכוש שטח אחר שיחובר לביתו במקום זה שנלקח ממנו. אף אין להניח כי הנזק הסובייקטיבי שנגרם לשכן שווה לערך השוק של השטח. מאידך גיסא, עלות התיקון במקרה זה עלולה להיות גבוהה מן הנזק הסובייקטיבי באופן ניכר, שכן פינויו של השטח משמעו נשיאה בעלות הריסתו של המבנה וכן פגיעה בערך הסובייקטיבי שהמשיבה מפיקה מביתה שלה. יתר על כן, החלטתה של המשיבה לרכוש את הבית התבססה על הנחה בדבר השימושים האפשריים בו והתאמתם להעדפותיה האישיות. הריסת המבנה משמעה שהעדפות אלה יסוכלו, תוך פגיעה שאת היקפה קשה לאמוד. הנטייה להסתפק

31 עניין **נעמה**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 17 וההפניות שם. כן ראו עניין **רוקר**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 242, 279–281 (פסקי דינם של השופט טירקל ושל הנשיא ברק, בהתאמה).

32 עניין **נעמה**, שם, בעמ' 20–21. פסיקה נוספת שצעדה בכיוון דומה כוללת, בין היתר, את רע"א 8186/07 **כרמל נ' ינקוביץקי** (פורסם בנבו, 1.1.2008); ע"א (מחוזי מ"ר) 43343-05-16 **תחנת דלק "שיאוונה" בע"מ נ' תחנת אורלי לדלק וסיכה בע"מ** (פורסם בנבו, 15.5.2017); ע"א (מחוזי חי') 41908-11-10 **חמארה נ' אחמד נאסר בע"מ – רשת מסעדות תידלוק** (פורסם בנבו, 27.4.2011); ת"א (מחוזי חי') 675/04 **עטווה נ' קאדרי** (פורסם בנבו, 11.9.2006); ת"א (מחוזי חי') 727/03 **זנגו נ' גבע** (פורסם בנבו, 5.3.2006); ע"א (מחוזי י-ם) 11127/07 **ורטהיימר נ' גן הורים "ניצנים"** (פורסם בנבו, 25.5.2008); ת"א (שלום י-ם) 3692/06 **בן ארצי נ' בן אליעזר** (פורסם בנבו, 6.8.2008); ת"א (מחוזי ת"א) 1322/01 **בית חרושת לסכיני גילוח "פניקס" בע"מ נ' תריסול בע"מ** (פורסם בנבו, 14.10.2004). כן ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 2, בעמ' 486.

בערך השוק אף מתחזקת לנוכח העדר המודעות של המשיבה לפגיעה בטרם רכשה את הבית, ולנוכח אי-האפשרות המעשית, הנובעת מכך, לכריתתה של עסקה מוקדמת. בנסיבות המקרה, אפוא, שני המדדים כאחד מעוררים חשש לסטייה מהותית מתכליתו של הפיצוי. בעוד התבססות על הירידה בערך השוק עלולה להוביל לפיצוי חסר, הטלתה של חובת תיקון עלולה להוביל לחבות יתר. קושי זה מתעצם לנוכח אי-הוודאות הכפולה המתעוררת בנסיבות אלה – הן באשר לנזקן הסובייקטיבי של הנפגע והן באשר לעלות הסובייקטיבית הכרוכה בתיקון מצידה של הפוגעת. את הכרעתו של בית המשפט במקרה זה אפשר לאפיין כפתרון ביניים: על פי פתרון זה, מדד הירידה בערך השוק יחול כל עוד המשיבה מתגוררת בנכס, ואילו מדד התיקון יחול אם וכאשר היא תחליט למוכרו. הכרעה זו מגינה על הערך הסובייקטיבי שהמשיבה מפיקה מבייתה כל עוד היא מתגוררת בו, ומגינה על זה של השכן בנסיבות שבהן היא תמכור את הנכס. פתרון זה עדיף על פיצוי המבוסס כולו על ירידת ערך השוק, שכן החשש הגלום בו לפיצוי חסר הוא מתון יותר. עם זאת, מכיוון שהוא מבוסס עדיין במידה ניכרת על הירידה בערך השוק, החשש לפיצוי חסר מוסיף להתקיים גם בגדרו.

התפתחות פסיקתית המכירה באפשרות של הפקעה פרטית עשויה להוביל לעיון מחודש בשאלת ההכרה בעוולה חוקתית של פגיעה בקניין שאינה בבחינת הפקעת ההחזקה – שאלה אשר התעוררה בפרשיות כגון **קיבוץ מלכיה**.³³ בעניין זה נפגעו מטעמי תפוחים של הקיבוץ בשל ענני אבק שגרמה פעילות צבאית ב"שביל טשטוש" הממוקם סמוך להם. בית המשפט העליון מצא כי פעולת המדינה לא לקתה ברשלנות. אולם שאלת התרופה עשויה לעלות בהקשר זה גם בגדרם של דיני הקניין. אפשרות אחת, שהועלתה בפסק הדין, היא להכיר בזכותו של הנפגע לפיצוי בשל עוולה חוקתית הנסמכת על הפגיעה בקניין.³⁴ אפשרות אחרת, אשר לא עלתה בפסק הדין, היא לעשות שימוש בהוראה הקבועה בסעיף 17 לחוק המקרקעין, שלפיה "המחזיק במקרקעין זכאי לדרוש מכל מי שאין לו זכות לכך שיימנע מכל מעשה שיש בו משום הפרעה לשימוש במקרקעין ושיסלק כל דבר שיש בו משום הפרעה כזאת". בהיקש מהלכת **נעמה**, בית המשפט אף עשוי להחליף את הסעד בעין הקבוע בהוראה בפיצוי כספי.³⁵ במסגרות אלה, ככל שדיני הקניין מקנים זכות לפיצוי, השיקולים שנדונו לעיל עשויים לשמש כלי עזר להכרעה בדבר היקפם. בנסיבותיה של פרשת **קיבוץ מלכיה** נראה כי מאחר שהנזק לקיבוץ היה כולו כלכלי, אפשר להיטיבו במלואו הן באמצעות תיקון והן באמצעות פיצוי על ירידת ערך (המשקפת את אובדן הרווחים). לפיכך נראה כי הפיצוי הראוי יהיה במקרה זה הנמוך מבין השניים.

ככלל, קשה לראות טעם משכנע להתמודדות מובחנת של הדין עם אי-הוודאות רק בשל סיווגה הפורמלי של הבעיה כשייכת לתחום הנזיקי או כשייכת לתחום הקנייני. שתי מערכות הדינים כאחת מבקשות להגן על הזכות הרכושית מפני פגיעה, תוך השבת המצב

33 ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16 (2004).

34 שם, בעמ' 23. ראו גם אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301, 405 (2017).

35 פרשת **נעמה**, לעיל ה"ש 27, עסקה בס' 16 לחוק המקרקעין, אך העיקרון דומה.

לקדמתו והימנעות מהטלת סנקציה כבדה מן הנדרש על הצד הפוגע. בשני המקרים אי־הוודאות משליכה באופן דומה על הקושי באיתורו של כלל תרופתי רצוי. לנוכח זאת, ההתפתחות בדיני הקניין כפי שעולה מפרשות נעמה וקיבוץ מלכיה, המקנה גמישות בהפעלת שיקול הדעת ובהתאמתו לנסיבותיו של המקרה, עולה בקנה אחד עם העקרונות הנדונים כאן.

2. חוזים

שאלות אנלוגיות לאלה המתעוררות בדיני הנזיקין ובדיני הקניין מתעוררות גם במסגרת דיני החוזים. כאשר צד נפגע מהפרת חוזה ותובע תרופה בגין הנזק שגרמה לו ההפרה, השאלה המתעוררת היא על בסיס איזה מדד ראוי להעריך נזק זה: האם יש להעריכו על פי הפער בערך השוק בין מה שהיה זכאי לקבל לבין מה שקיבל בפועל או שמא על פי העלות הכרוכה בתיקונה של ההפרה, כך שיוכל לעמוד בפועל במקום שבו היה עומד אילו קיים החוזה?

לשם המחשה טלו את המקרה שנדון בפסק הדין האמריקני הידוע *Jacob & Youngs Inc. v. Kent*³⁶ במקרה זה דובר בחוזה לבנייתו של בית קיץ שבגדרו התחייבה החברה הקבלנית להתקין בו צנרת מדגם מסוים, אך במקום זאת התקינה צנרת מדגם אחר, אשר זהה בערך השוק שלה ונחשבת זהה באיכותה. משגילה המזמין את דבר ההפרה, הוא דרש את החלפת הצנרת, אף שזו חייבה את הריסת קירות המבנה ואת בנייתם מחדש. בעוד שעלות התיקון הייתה עצומה, ערך השוק של שני סוגי הצנרת היה כאמור זהה. נזקו הסובייקטיבי של הנפגע ניצב אפוא, ככל הנראה, בתווך שבין ההפרש (הלא־קיים) בערך השוק לבין עלות התיקון.

אף שהשאלה בהקשר החוזי דומה במובנים רבים לזו המתעוררת בהקשר הנזיקי ובהקשר הקנייני, יש בה גם מאפיינים מהותיים המייחדים אותה. מערכת היחסים החוזית מובחנת בכך שהצדדים מקיימים בגדרה תקשורת לפני קרות הנזק. החוזה עשוי לצפות את ההפרה, ואף עשוי לצפות את היקפו של הנזק שייגרם בגינה. בהתאם לכך, חבותו הפוטנציאלית של החייב נגזרת מן הסיכון הצפוי, שאותו נטל על עצמו באופן וולונטרי במועד כריתת החוזה.

על רקע זה, דיני הפיצויים החוזיים כוללים בחובם הוראות שהרציונל העומד ביסודן נשען על התקשורת המוקדמת בין הצדדים ועל העדפותיהם המשוערות במועד הכריתה. הכלל הבולט בהקשר זה הוא אכן כלל הצפיות, המגביל את זכות הפיצוי של הנפגע לנזק "שהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה"³⁷. הצדקה לכלל זה נעוצה, בראש ובראשונה, בהיותו כלל דיספוזיטיבי חקייני: מאחר שבמקרה טיפוסי של הפרה הנזק שנגרם לנפגע הוא נזק "רגיל" או "ממוצע", סביר שברוב המקרים הצדדים מעוניינים להגביל את חבותו של המפר לנזק

36 *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 230 N.Y. 239 (1921).

37 ראו ס' 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).

זה במועד הכריתה.³⁸ לפיכך, להבדיל מענפי המשפט האחרים, המבקשים באופן אידיאלי לפצות את הנפגע בגין מלוא נזקו הסובייקטיבי, בדין החוזי תכלית זו מסויגת, ומותנית בכך שהנזק הנתבע היה צפוי. החייב אחראי לנזק סובייקטיבי החורג מן הרגיל רק אם בעת הכריתה נטל את הסיכון לחוב בגינו. כדי ליטול סיכון זה, עליו לפצות את קיומו. בעל הזכות המבקש פיצוי בגין מלוא הנזק הסובייקטיבי שלו נדרש אפוא ליצור את הצפיות מראש – בין על ידי העברת המידע באופן ישיר ובין על ידי עמידה על הסדרים חוזיים אחרים המעידים על היקפו.³⁹

תהליך הערכת הפיצוי בדין החוזי עובר אפוא דרך מסננת נוספת, שאינה קיימת בענפי המשפט האחרים. מסננת זו משפיעה בתורה על שיקול הדעת שיש להפעיל בבחירתו של מדד הפיצוי. בשלב הראשון נבחנת צפיותו של הנזק הנתבע. אם נגרם נזק סובייקטיבי ניכר, והמפר היה יכול לפצות את גרימתו, הדבר עשוי להטות את הכף לעבר השימוש במדד התיקון, המבטיח את הטבתו של נזק זה. שיקול זה יש לשקול לצד השיקולים האחרים: עלותו המוחלטת של התיקון (שעשויה לדחות את מדד התיקון אם היא גבוהה במיוחד); קיומם של תחליפים קרובים (שאוילי נוספו לשוק לאחר כריתת החוזה); היסוד הנפשי שבגדרו נעשתה ההפרה; והאפשרות להגיע להסכמה בדבר גרימתו של הנזק לפני ההפרה.

אולם אם רכיב הנזק הסובייקטיבי היה בלתי צפוי בעת הכריתה, אזי לנפגע לא תהיה זכות עקרונית לפיצוי בגינו. בניגוד לענפי המשפט האחרים, משימתו של בית המשפט בנסיבות אלה אינה לאתר מדד המקורב לנזקו הסובייקטיבי של הנפגע, אלא להתחקות אחר הנזק ה"רגיל" שההפרה הייתה צפויה לגרום. לעיתים קרובות טיטה הכף בנסיבות אלה לעבר מדד הירידה בערך השוק.⁴⁰ כך יהיה, למשל, כאשר ההפרה התבטאה במסירת נכס פגום שיש לו תחליפים הנחשבים קרובים (וזאת אף אם בעיני הנפגע, מבחינה סובייקטיבית, מידת התחליפיות היא נמוכה). עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם נזק "רגיל" יכול גם רכיבים סובייקטיביים מסוימים. טלו, למשל, אדריכל פנים המעצב את ביתו של המזמין בדרך שונה מכפי שהתחייב בחוזה. אף שערך השוק של הבית לא נפגע בהכרח כתוצאה מן ההפרה, ברי כי נזק סובייקטיבי מסוים היה צפוי, אף ללא אינדקציה מפורשת לכך בחוזה. בנסיבות אלה ייתכן שהכף תיטה לעברו של מדד התיקון. באופן

38 לדיון נרחב יותר ראו Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989); עמרי בן שחר ויובל פרוקציה "חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 190–191 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

39 בעל הזכות עשוי, למשל, לעמוד על סיווג ההפרה כ"סודית" או לעמוד על הסדרים אחרים המעידים על היקפו הגדול של הנזק, כגון התליית החיובים הנגדיים בביצוע מלא של החיוב הרלוונטי.

40 זו הייתה התוצאה בפסק הדין שכוונן את דרישת הצפיות במשפט האנגלי: *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341 (1854). במקרה זה קיים החייב את חיובו באיחור, מבלי שהיה יכול לפצות באופן סביר את מלוא היקפו של הנזק שנגרם עקב כך. אילו היה הנפגע זכאי לפיצוי המבוסס על מדד התיקון, אזי נזקו הסובייקטיבי היה מוטב במלואו. אולם בשל העדר הצפיות הוגבל הפיצוי בנסיבות העניין לערך שהשוק מייחס לעיכוב בנסיבות דומות, קרי, לנזק הנגרם מהפרות דומות במקרה ה"רגיל".

כללי אפשר אפוא לומר כי כאשר נזק סובייקטיבי ניכר היה צפוי, יש בכך, במקרה החוזי, כדי להטות את הכף לעברו של מדד התיקון; ואילו כאשר הנזק הסובייקטיבי היה בלתי צפוי, יש בכך כדי להטות אותה לעברו של מדד הירידה בערך השוק.

מהו אפוא הפיצוי הראוי, על פי אמות מידה אלה, בנסיבות המקרה של *Jacob & Youngs*? בחוזה שבין הצדדים לא יצר המזמין צפיות מיוחדת באשר לערך סובייקטיבי גבוה המיוחס לדגם הצנרת המסוים שהוזמן. לנוכח קיומם של תחליפים הנחשבים קרובים, צפיות זו אף אינה מתבקשת מאליה. על המפר לחוב אפוא רק בנזק ה"רגיל" שהפרה כזאת גורמת, המתבטא בירידת ערך השוק (ככל שזו קיימת). מסקנה זו מתחזקת לנוכח העלות המוחלטת הגבוהה הכרוכה בהריסת המבנה לשם התקנתה של הצנרת המוסכמת. היא אף מוצאת חיזוק באופייה התקלתי של ההפרה, שלא הייתה כרוכה במודעות או בכוונה, מה שלא אפשר את כריתתה של עסקה קוזיאנית. לפיכך החלטת

בית המשפט, שלפיה הפיצוי הראוי הוא אפס, תואמת את העולה מן הדיון שלעיל.⁴¹ הדיון עד כה עסק במאפייניה של תרופת הפיצוי החוזית, המייחדים אותה לעומת פיצוי שמקורו בענפים אחרים. אולם דיני התרופות החוזיות כוללים היבט נוסף, המעניק לבעיה עוד מימד של מורכבות. היבט זה קשור לכלל שלפיו זכות הבחירה בתרופה מסורה בדרך כלל לנפגע.⁴² לנוכח כלל זה, הנפגע עשוי להימנע מתביעת פיצויים, ולתבוע במקום זאת אכיפה. תרופת האכיפה היא אמצעי המחיל את מדד התיקון. אולם, כפי שנדון לעיל, כלל התיקון אינו רצוי תמיד: יתרונו הוא בכך שיש בו כדי להיטיב את נזקו של הנפגע, אולם חסרונו נעוץ בכך שעלות התיקון עולה לעיתים על גובה הנזק.⁴³

41 בפסק דין ידוע אחר, בעניין *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*, 382 P.2d 109 (Okla., 1962), דובר בקרקע שהוחכרה לצורך חציבת פחם. בחוזה החכירה התחייב החוכר כי עם סיום העבודות הוא ישיב את פני הקרקע לקדמותם. חיוב זה הופר, ונדרשה הכרעה בין מדד התיקון למדד הירידה בערך השוק. בעוד שהירידה בערך הקרקע נאמדה ב-300 דולר, עלות התיקון נאמדה ב-29,000 דולר, כלומר, בסכום גבוה פי מאה כמעט. נזקו של המחכיר נאמד לבסוף על פי מדד הירידה בערך השוק. לשיטתנו, הצדקתה של תוצאה זו מובהקת פחות. העובדה שהמחכיר עמד על הכללתה של הוראה זו בחוזה, חרף העלות הכרוכה בה, עשויה להעיד על קיומו של נזק סובייקטיבי ניכר שייגרם מאי־השבתה של הקרקע למצבה. יתרה מזו, ייתכן שהכללתה של הוראה זו בחוזה, בנסיבות אלה, הפכה נזק סובייקטיבי זה לצפוי. השערה זו מתחזקת לנוכח העובדה שבעת המשא ומתן סירב המחכיר לקבל תוספת של 3,000 דולר במחיר בתמורה לווייתור על השבת הקרקע למצבה (לדיון ראו *Judith L. Maute, Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co. Revisited: The Ballad of Willie and Lucille*, 89 Nw. U. L. Rev. 1341 (1995)). לנוכח זאת, דווקא מדד התיקון עשוי לשקף את הסכמת הצדדים בעת הכריתה. עם זאת, הפער העצום שבין עלות התיקון לירידת הערך מעורר שאלה, ומטה את הכף לכיוון ההפוך.

42 ס' 2 לחוק התרופות.

43 העדפת מדד התיקון אינה נובעת מעצם מהותו של החיוב החוזי: העובדה שצד נטל על עצמו חיוב והפר אותו אינה מחייבת שהתרופה בגין ההפרה תבוסס על מדד התיקון דווקא, להבדיל מהמדד של ירידת ערך השוק. העדפתו אף אינה נובעת מן הצורך לכבד את הקצאת הסיכונים בחוזה. הסיכון שצד נוטל על עצמו בעת נטילה של חיוב חוזי נגזר מן הכלל התרופתי שיחול במקרה של הפרה. לפיכך, אם התרופה מוגבלת למדד הירידה בערך השוק, אזי יש לפרש את הקצאת הסיכונים שעליה

בעיה אנלוגית עשויה להתעורר גם במקרה ההפוך, כאשר הנפגע נמנע מתביעת אכיפה ובוחר במקום זאת בביטול החוזה ובפיצויים. בנסיבות אלה מוטלת על המפר חבות כספית, הנאמדת בירידת ערך השוק או בעלות התיקון. אולם לעיתים הדרך הזולה להטבת הנזק היא דווקא קיום החיוב בעין (אף אם הדבר נעשה באיחור). אם גם בנסיבות אלה נותר בידי הנפגע את שיקול הדעת לבחור במסלול הפיצוי, הדבר עלול להוביל לכך שעל המפר תוטל עלות העולה על הסכום המינימלי הנדרש כדי להיטיב את הנזק. לשיטתנו, בשני המצבים האמורים ראוי שזכות הבחירה של הנפגע תסויג. אם הנפגע בחר באכיפה, אזי לבית המשפט נתונה הסמכות לשלול אותה אם מצא כי "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין".⁴⁴ כאשר עדיפותו של מדד הירידה בערך השוק היא מובהקת, ראוי אפוא שזכות האכיפה תישלל מטעמי צדק, ותוחלף בזכאות לפיצוי כספי המבוסס על מדד זה. באופן דומה, אם הנפגע בחר בביטול ובפיצויים אף שביצוע בעין עשוי להיטיב את הנזק בעלות נמוכה יותר, ראוי שזכות הפיצוי תישלל ויתאפשר ביצוע בעין. לתוצאה זו אפשר להגיע מכוח נטל הקטנת הנזק: אם המפר יכול ומעוניין לקיים את החיוב החוזי באיחור, ובביצוע בעין יש כדי להיטיב את הנזק (במלואו או בחלקו), אזי יש לראות בסירובו של הנפגע לקבל ביצוע זה משום אי-עמידה בנטל ההקטנה.⁴⁵ זכותו של הנפגע תוגבל אפוא בנסיבות אלה לפיצוי שהוא היה זכאי לו אילו עמד בנטל ההקטנה ואפשר למפר לקיים את חיובו בעין.

סיכום

אי-הוודאות באשר להיקפו הסובייקטיבי של נזק היא בעיה כללית החוצה את ענפי המשפט הפרטי. מאמר זה מבקש לאפיין את הבעיה שאי-הוודאות גורמת ואת הדרכים הרצויות להתמודדות עימה.

אף שהמטרה המובהקת של הדין התרופתי היא הטבת נזקו של הנפגע, בצידה עומדת מטרה נוספת, והיא למזער את העלות של הטבת הנזק מבחינת הפוגע. שתי המטרות גם יחד נדרשות הן לשם קידומה של הרתעה יעילה והן לשם מימוש עקרונות של צדק מתקן. אלא שאי-הוודאות באשר להיקפו הסובייקטיבי של הנזק היא מקור לקונפליקט בין שתי המטרות האמורות: תרופה המבטיחה את הטבת נזקו הסובייקטיבי של הנפגע

הסכימו הצדדים כמשקפת תוצאה תרופתית זו. לדיון ראו נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" **עיוני משפט** לג 241, 262–267 (2010).

44 ס' 3(4) לחוק התרופות. לדיון ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 231–240.

45 ס' 14 לחוק התרופות. הסדרים אנלוגיים קבועים בס' 4 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; ס' 3–4 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; ס' 6 ו-25 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971. לנטל הקטנת הנזק ראו לעיל ה"ש 10.

עלולה להטיל על הפוגע סנקציה העולה על נזק זה; ואילו תרופה המבקשת למנוע תשלום יתר על ידי הפוגע עלולה לא להיטיב את הנזק במלואו.

קושי זה משליך על טיבו הרצוי של הדין התרופתי בכמה היבטים: ראשית, על הבחירה במדד התרופתי להתבסס על הסיכון היחסי הכרוך בו לטעויות משני הסוגים; שנית, עליה להתבסס על העלות החברתית הכרוכה בטעויות אלה, שאינה סימטרית בהכרח; ושלישית, במקרים מסוימים עליה לשקף את האפשרות לתמרץ התנהגות המונעת את אי־הוודאות מלכתחילה – בין על ידי הימנעות מן הפעולה המזיקה ובין על ידי ביצועה בגדרה של עסקה וולונטרית. לנוכח זאת הצענו שורה של פרמטרים העשויים להכווין את הבחירה במדד הראוי בכל מקרה קונקרטי: מידת התחלופיות של הנכס שנפגע; העלות המוחלטת והעלות היחסית של התיקון; היסוד הנפשי שבגדרו נעשתה הפגיעה; האפשרות המעשית לכריתתה של עסקה וולונטרית; ובמקרה החוזי – צפיותו של הנזק. כן הצבענו על סבירות כריתתה של עסקה קוזיאנית כשיקול שרלוונטי לבחירה בין פיצוי כספי לבין צו בעין.

הפסיקה הקיימת בשאלות אלה טרם התגבשה באופן מלא. הלכת גדיש מתיישבת עם העקרונות האמורים, ככל שהיא מקנה עדיפות למדד הירידה בערך השוק בנסיבות שבהן עלות התיקון גבוהה במיוחד. אולם להבדיל מהלכת גדיש, לשיטתנו אין זה רצוי למסור לניזוק את זכות ההכרעה העקרונית באשר למדד התרופתי. כל אחד מן המדדים עלול בנסיבות מסוימות להוביל להטבה לא מדויקת של הנזק או להטלת נטל על הפוגע העולה על הדרוש להטבת הנזק. על הבחירה במדד להימסר אפוא לבית המשפט, אשר יכריע על בסיס התאמתו היחסית של המדד לתכליתו של הדין, כפי שזו עולה מנתונו הנסיבתיים של המקרה.

עקרונות הניתוח מתיישבים עם התוצאה שהתקבלה בפרשת סולטאן. בבחירה בין הערכת הנזק על פי השימוש בפועל בנכס לבין הערכתו על פי שימוש פוטנציאלי שערכו גבוה יותר – ראוי שהפיצוי יוערך על פי השימוש הפוטנציאלי. ערך השימוש הפוטנציאלי הוא חסם תחתון לערך הסובייקטיבי. לפיכך אין לפסוק פיצוי הנופל ממנו, אם כי בנסיבות מסוימות עשוי להידרש פיצוי העולה עליו. עמדה זו, המתיישבת עם תוצאת פסק הדין, טרם זכתה בתמיכה עקרונית, שכן היא נותרה בדעת יחיד, וראוי לשיטתנו להופכה להלכה.

שאלות דומות במהותן עולות גם מחוץ לדיני הנזיקין, בסוגיות המסוגלות באופן פורמלי כחלק מדיני הקניין. הסעדים הקנייניים הם ככלל סעדים בעין, המחילים את מדד התיקון. אולם מאחר שהדילמה המהותית המתעוררת בהקשר הקנייני דומה לזו המתעוררת בהקשר הנזיקי, ראוי שפתרונה יונחה על ידי עקרונות דומים, אשר אינם מובילים לתיקון בהכרח. אנו מציעים לפרש את הלכת נעמה כמתיישבת עם עמדה זו. מהלכה זו עולה כי גם בתחום הקנייני, בנסיבות שבהן תיקון אינו עולה בקנה אחד עם העקרונות התרופתיים הכלליים, יש להגמיש את מרחב שיקול הדעת הנתון לבית המשפט, ולאפשר פסיקת פיצוי הנאמד על פי מדד הירידה בערך השוק. לתוצאה זו אפשר להגיע בין על ידי פסיקתם של "דמי שימוש קנייניים", כפי שנעשה בפרשת נעמה,

ובין על ידי פסיקת פיצויים קניינים בשל התנהגות מזיקה שאינה רשלנית, כפי שנרמז (באוביטר) בפרשת **קיבוץ מלכיה**.

לבסוף, שאלות דומות מתעוררות גם בתחום החוזי, ובהתאם לכך אותם עקרונות צריכים לחול גם בו. אלא שבהקשר החוזי מצטרף לעקרונות אלה גם שיקול נוסף, שעניינו צפיותו של הנזק בעת הכריתה והשפעתו על חלוקת הסיכונים הגלומה בחוזה. בררת המחדל בדין החוזי היא שהסיכון שחייב נוטל על עצמו מוגבל לנזק שהוא היה יכול לצפות כי ייגרם, כפי שהדבר נשקף במועד הכריתה. בהעדר צפיות אין אפוא לשאוף לתרופה המיטיבה את רכיב הנזק הסובייקטיבי, אף אם בעת ההפרה (או אחריה) מוכח כי היקפו של נזק זה משמעותי. שיקול זה מטה את הכף לעבר מדד הירידה בערך השוק בנסיבות שבהן הנזק אינו צפוי. לעומת זאת, אם הרכיב הסובייקטיבי נצפה במועד הכריתה, ותנאי החוזה מגלמים את הסיכון שהחייב נטל על עצמו לחוב בגינו, אזי הדבר עשוי להטות את הכף לעבר תרופה המבטיחה הטבה מלאה של הנזק.