

ישן מפני חדש תוציאו

על הגישה החדשה לעוולת הרשלנות של בית המשפט העליון

מאת

עמוס הרמן*

עוולת הרשלנות מורכבת משלושה יסודות: חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע, הפרת חובת הזהירות וגרם נזק כתוצאה של הפרת החובה. החובה מבוססת על היכולת והצורך לצפות את הנזק. בפסיקה הישראלית גובשה התפיסה שחובת הזהירות מורכבת מחובת זהירות מושגית וקונקרטית. חובת הזהירות המושגית בודקת, מבחינה רעיונית, את ההצדקה להטלת אחריות על המזיק כפונקציה של סוג הפעילות, סוג הסיכון, סוג המזיקים, סוג הניזוקים וסוג הנזק, ואת היעדרם של שיקולי מדיניות שוללי אחריות. חובת הזהירות הקונקרטית בודקת את הנסיבות הקונקרטיות של המקרה – אם האדם הסביר יכול היה לצפות, בנסיבות מושא התביעה, את התרחשות הנזק. עם השנים נשמעה ביקורת על הגישה המסורתית לעוולת הרשלנות ונוצרה תפיסה חדשה, שביקשה לאחד את חובת הזהירות המושגית והקונקרטית לחובת זהירות אחת, אחידה ולא מפוצלת. מאוחר יותר התגבשה דעה שסדר בחינתם של יסודות עוולת הרשלנות, בתחומים המצויים בליבת דיני הניזוקין, קרי נזקי גוף ורכוש שנגרמו במישרין על ידי המזיק לניזוק, צריך להתחיל עם בדיקת ההתרשלות; רק לאחר שייקבע שיש קשר סיבתי בינה לבין הנזק, יש לבחון את השאלה של חובת הזהירות, באמצעות שיקולי מדיניות, כבסיס לשלילת אחריות. בעניינים שמחוץ לליבת דיני הניזוקין ממשיכה גם הגישה החדשה לראות בשאלה של חובת הזהירות את הבסיס להטלת אחריות או שלילתה, ולכן היא מבקשת לבחון שאלה זו בטרם תיבדק שאלת ההתרשלות. בית המשפט העליון לא גיבש דרך אחת לבחינתם של יסודות העוולה, והשופטים בוחרים לילך פעם במשעול הגישה המסורתית ופעם במשעול הגישה החדשה. המאמר מבקש להציע דרך ביניים, גישה משולבת, המתחשבת הן ברעיונות של הגישה הישנה והן באלו של הגישה החדשה, על מנת ליצור קונספט ברור, בהיר ויעיל.

* מרצה בכיר, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט. תודה רבה לפרופסורים ישראל גלעד ובנימין שמואלי, ולתלמיד המחקר עדן כהן על הערותיהם החשובות והצעותיהם המועילות.

מבוא

עוולת הרשלנות היא כיום העוולה המרכזית בפקודת הנזיקין, ורוב התביעות במסגרת הפקודה מבוססות עליה. עוולת הרשלנות משפיעה רבות על תחומי משפט נוספים, הן בתחום המשפט הפרטי והן בתחום המשפט הציבורי, ובעיקר בשדה המשפט המנהלי. גם סדרי הדין מושפעים מעוולת הרשלנות. הסיבה להתפרסות הרחבה של עקרונות העוולה נעוצה בכך שהיא אינה מוגבלת להגנה על אינטרס מסוים, אינה מתמקדת בהתנהגות ספציפית, אינה דורשת יסוד נפשי מיוחד ואינה קשורה לסוג מוגדר של נזק, אלא מבוססת על דרישות של סבירות, של התנהגות ראויה ונכונה.

המבנה הקונסטטואלי של העוולה גמיש מאוד וניתן ליישום מרבי, ולכן להחלה במקרים חדשים, כולל בתחומים המוסדרים על ידי ענפי משפט אחרים ועולות אחרות. יסודות העוולה מאופיינים ברמת הפשטה גבוהה. השימוש בעוולה מאפשר פנייה למדיניות משפטית כבסיס להחלטות.

עוולת הרשלנות חלה על כל הפעילות האנושית. גבולות העוולה גמישים מאוד. מטרת העוולה לקבוע מתי נזק מזכה את הקרבן בפיצוי. רשלנות אינה מטילה חובה להתנהג בזהירות, אלא חובה שלא לגרום לנזק בחוסר זהירות.

עוולת הרשלנות היא גורם מרתיע (בצד מקור לפיצוי), שכן נועדה למנוע התנהגות לא ראויה. לנתבע נתונה הברירה, התאורטית לפחות, לבחור בהתנהגות נאותה. אדם שלא התנהג כראוי (כאשר צריך ויכול היה להתנהג כראוי) יידרש לפצות את הניזוק מקום שהנזק נגרם מאותה התנהגות אסורה.

למרות השימוש הרב שנעשה בעוולה כבסיס להשגת פיצוי לנזק, הפעלתה יקרה מאוד ולא יעילה, באשר לעתים כרוך יישומה בהתדיינויות ארוכות ומסורבלות.

העוולה מבוססת על גרימת נזק כתוצאה של התנהגות לא נאותה מקום שיש בו חובת זהירות כלפי הקרבן. הוכחת קיום החובה והפרתה הנה מלאכה קשה ומייגעת, ולכן קיימת כיום בדיני הנזיקין מגמה לעבור להטלת אחריות ללא אשם ולחסוך בעלויות ובזמן, תוך השגת מטרת של פיצוי הנזק ופיזורו בצורה יעילה ומהירה יותר. בד בבד עם המגמה של מעבר לרמה של אחריות חמורה, שמפשטת את הליך התביעה בנזיקין, ניכרת בפסיקה מגמה שמבקשת ליעיל את ניהולן של תביעות הרשלנות. הגישה המסורתית בבית המשפט העליון בוחנת את יסודותיה של עוולת הרשלנות בשלושה שלבים, שמחולקים לשלבי ביניים. בשלב הראשון נבחן קיומה של חובת הזהירות (שמתחלקת לחובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטי); בשלב השני נבחנת הפרת החובה; בשלב השלישי נבחן הקשר הסיבתי בין הפרת החובה לנזק. הקשר הסיבתי נחלק אף הוא לשני מבחנים: קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי. לאחרונה מסתמנת בבית המשפט העליון מגמה חדשה בכל הנוגע

לניתוח יסודותיה של עוולת הרשלנות, והמטרה העיקרית של המגמה החדשה היא לייצל את פרוצדורת התביעה בעילת רשלנות ולפשטה.

מטרת המאמר היא לסקור את הגישות השונות הנוהגות בבית המשפט העליון בכל הנוגע לניתוח עוולת הרשלנות ולהציע דרך שתאמץ את היתרונות שבכל גישה כדי להפיק מהן את המרב. בפרק הראשון במאמר נסקרת מהותה של עוולת הרשלנות, התפתחותה ועקרונותיה. במוקד הפרק השני עומדת הגישה המסורתית לניתוח עוולת הרשלנות מבית מדרשו של השופט ברק (המפריד בין חובת זהירות מושגית לקונקרטיה ובוחר את שאלת החובה תחילה). במסגרת הפרק מיוחד מקום לגישתו של הנשיא שמגר לניתוח עוולת הרשלנות, כפי שזו באה לידי ביטוי בעניין לוי¹ (בחינה תלת-שלבית: (1) צפיות; (2) שכנות; (3) הוגן, צודק וסביר). בפרק השלישי מוצגת הגישה החדשה לניתוח יסודותיה של עוולת הרשלנות, שאותה מוביל השופט עמית, והתפנית שהיא הביאה ביחסו של בית המשפט העליון לעוולת הרשלנות (התרשלות, קשר סיבתי ובחינת החובה כשוללת אחריות). הפרק הרביעי מוקדש לסוגיית ההתרשלות. הפרק החמישי מוקדש לניתוח המצבים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין ואפיונם ומוסבר בו הצורך בהתייחסות נפרדת אליהם. בפרק השישי מוצגת גישת שלוש הקבוצות, גישה שגיבש השופט הנדל. בפרק השביעי מוצעת גישה אחרת, משולבת, שנועדה למזג את הגישות השונות (הגישה המסורתית של השופט ברק עם גישת השופט עמית). הפרק השמיני כולל סקירה של דין משווה, ובפרק האחרון מוצג סיכום התזה המוצעת על רקע הגישות השונות.

א. מהותה של עוולת הרשלנות

רשלנות היא מעשה או מחדל לא זהירים הגורמים נזק לזולת. רשלנות אינה מצב נפשי אלא התנהגות לא סבירה. ואולם, לא כל התנהגות לא סבירה ולא כל מעשה או מחדל לא זהירים שגורמים לנזק מטילים אחריות על המזיק. כדי שהמזיק ייחשב אחראי בעיני החוק בגין הנזק שגרם, התנהגותו חייבת להפר חובת זהירות שהוא חב כלפי הניזוק. חובת הזהירות היא האמצעי הקונספטואלי העיקרי התוחם את גבולות האחריות ברשלנות. ניתן להגדיר רשלנות גם כהתנהגות הנופלת מתחת לרמה הנדרשת להגנת הזולת מפני סיכון לא סביר של נזק.²

1 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).
2 JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS 117 (9th ed. 1998).

מכאן שיסודותיה של עוולת הרשלנות הם שלושה: חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק, הפרת החובה ונזק הנובע מהפרת החובה.³

על אדם מוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים למניעת נזק צפוי לזולת. הרשלנות היא פונקציה של החובה. אין רשלנות, אלא אם כן הייתה חובת זהירות בצדה, ואין הפוגע יוצא חייב בשל רשלנותו, אלא אם כן הנפגע הוא האדם אשר לו חב הפוגע חובת זהירות.⁴ לא כל נזק נובע מהפרת חובה, ולא כל הפרת חובה גורמת לנזק. אדם אינו אחראי בגין כל התנהגות לא זהירה, אפילו כזו המסתיימת בנוק. אחריות קמה רק כאשר חלה עליו חובה חוקית לנקוט אמצעי זהירות, ועקב הפרתה נגרם נזק לתובע. הדין אינו מטיל חובה כללית להיזהר. "החוק איננו מתחשב בחוסר זהירות במופשט. מן ההכרח להתאים את העיקרון (של חובת זהירות) לעובדות המקרה המסוים."⁵ "חובת הזהירות אינה קיימת בחלל ריק אלא רק כלפי אדם מסוים עקב קרבתו של זה אל מקום הסכנה, ולעניין חובת הזהירות, לעולם יש לשקול גם מיהו אותו אדם, שאם אין אתה עושה כן, אי אתה יכול לומר באיזה מידה עשוי הוא להיפגע."⁶ גם לא כל אדם שיוצר סיכון שהתממש וגרם לנזק אחראי לתוצאה.⁷ אחריות בגין נזק קיימת רק כאשר היא נובעת מהפרה של חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע.⁸

השאלה אם קיימת חובת זהירות במערכת עובדתית נתונה היא שאלה שבחוק. קיומה של חובת זהירות הוא פונקציה של עקרונות של צדק, הגינות ומוסר. קיום החובה תלוי גם בשיקולים של מדיניות, בשיקולים כלכליים, חברתיים, ביטחוניים, בטיחותיים, פוליטיים ואחרים. חובת הזהירות היא אמצעי הבקרה העיקרי שיצר החוק, המאפשר לבית המשפט לתחום את גבולות עוולת הרשלנות בתוך מסגרת ראויה.⁹ חובת הזהירות ממפה את גבולות הרשלנות ועל פיה נקבע אם ההתנהגות המזיקה מטילה אחריות אם לאו. סוגיית החובה מתמקדת בעיקר בשאלה אם הדין מכיר בקיומה של אחריות במצב נתון.

- 3 ניתן לחלק את יסודותיה של עוולת הרשלנות לארבעה: חובה, הפרה, נזק וקשר סיבתי בין ההפרה לנזק.
- 4 ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז 674, 682 (1953).
- 5 דברי השופט אגרנט בהמ" 106/54 ויינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד ח 1317, 1331 (1954).
- 6 דברי השופט זוסמן בע"א 358/56 דגני נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד יא 871, 876 (1957).
- 7 ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 111 (1995).
- 8 כאשר המזיק פטור מאחריות בנוזיקין, כמו במקרה של קטין מתחת לגיל 12 (ס' 9א) לפקודת הנוזיקין, לא ניתן לדבר על קיומה של חובה מצדו של המזיק כלפי הניזוק.
- 9 "This talk of 'duty' or 'no duty' is simply a way of limiting the range of liability for negligence"; Dorset Yacht Co. v. Home Office, [1969] 2 Q.B. 412, 426 (C.A.) (Eng.) (Lord Denning).

חובת הזהירות הנה דרישה הקבועה בחוק ומטרתה למנוע התנהגות מזיקה. הגדרתה של עוולת הרשלנות בפקודת הנזיקין אינה נותנת תשובה מספקת לתנאים הדרושים לביסוסה של חובת הזהירות. היקף ההגנה הניתן באמצעות עוולת הרשלנות אינו מוגבל. הרשלנות אינה מוגבלת לסוג התנהגות מסוים או לסוג נזק מסוים. הרשלנות אינה מבחינה בין מעשה למחדל ולא בין נזק גוף לנזק רכוש, או לנזק כלכלי. בסיס התביעה ברשלנות מגוון מאוד. התפיסה של החבות מתפתחת בהתאמה לתנאי החיים המשתנים. הקטגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות.¹⁰ עם זאת, לא כל חוסר זהירות הגורם לנזק מטיל אחריות. הטלת אחריות עבור כל התנהגות לא זהירה הייתה מגבילה ביותר את חופש הפעולה ומעמיסה על הפרט והחברה נטל שאי-אפשר לעמוד בו, ולפיכך יש לקבוע עקרונות להגבלת החבות. שאלות של עצם קיום החובה והיקפה בודקות, מצד אחד, את מידת הנטל המגביל שיוטל על החברה אם תוכר חבות בתחום פעילות מסוים, ומצד אחר את מידת ההגנה שהחברה זקוקה לה.

How wide the sphere of the duty of care in negligence is to be laid depends ultimately upon the court's assessment of the demands of society for protection from the carelessness of others.¹¹

הפרתה של חובת הזהירות נקראת בפקודת הנזיקין "התרשלות" ומתוארת שם כעשיית מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות או אי-עשיית מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות.¹² התנהגות הנתבע נבחנת בקריטריונים אובייקטיביים. ההתרשלות היא סטייה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה.¹³ התנהגות ראויה היא פונקציה של שיקולי מדיניות ואיזון בין ערכים. בבוא בית המשפט להכריע בשאלה אם הנתבע התרשל, הוא מתחשב בהסתברות להתממשות הסיכון, בגובה הנזק הצפוי, בעלות האמצעים למניעת הנזק וזמינותם ובאינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון.¹⁴

10 Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562, 619 (H.L.) (appeal taken from Scot.) (U.K.) (Lord MacMillan). השופט ברק אימץ תפיסה זו בע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 779, 769 (1980).

11 Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd., [1964] A.C. 465, 536 (H.L. 1963) (Lord Pearce) (appeal taken from Eng.) (U.K.).

12 ס' 35 לפקודת הנזיקין.

13 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל פ"ד נח(2) 506, 498 (2004).

14 U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2nd Cir. 1947). כן ראו דעתו של השופט ריבלין בעניין חמד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 519.

ב. הגישה המסורתית לעוולת הרשלנות

1. תפיסת השופט ברק

מקורה של חובת הזהירות היא הצפיות. אדם חב חובת זהירות לזולתו אם הוא יכול לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום לו נזק.¹⁵ פקודת הנזיקין גיבשה את המבחן שנקבע בפסק הדין *Donoghue v. Stevenson*, בקובעה שחובת זהירות קיימת כל אימת שאדם סביר צריך היה, באותן נסיבות, לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל.¹⁶

השופט ברק היה בדעה שמבחן הראייה מראש, מבחן הצפיות, כולל בחובו שני היבטים:

- (1) היבט עקרוני, ובו ניתנת תשובה לשאלה אם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות.
- (2) היבט ספציפי, ובו ניתנת תשובה לשאלה אם ביחס לניזוק פלוני, בנסיבותיו של אירוע אלמוני, קיימת חובת זהירות.

ההיבט העקרוני עניינו חובת זהירות במישור המושגי, ולפיו בודקים אם הסוג הכללי שאליו משתייכים המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק עשוי להקים חובת זהירות.¹⁷ ההיבט הספציפי עניינו חובת הזהירות במישור הקונקרטי, ולפיו בודקים אם בנסיבותיו המיוחדות של המקרה חב הנתבע חובת זהירות כלפי התובע. במילים אחרות, נבדקת השאלה אם בין המזיק הקונקרטי לניזוק הקונקרטי, אשר ביניהם קיימת חובת זהירות מושגית, קמה חובת זהירות לעניין הפעילות שהתרחשה בפועל ולעניין הנזק שנגרם בפועל, שהרי חובת הזהירות היא לעולם פרי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.¹⁸ אם אין חובה מושגית, לא נבדקת החובה בפועל. שתי הבחינות, המושגית והקונקרטית, נערכות על פי מבחן הצפיות, השואל מה אדם סביר צריך היה לצפות (שאלה נורמטיבית) ומה יכול היה לצפות (שאלה טכנית). כאשר אין אפשרות טכנית לצפות את הנזק, לא קמה חובת זהירות; עם זאת, מקום שניתן לצפות נזק כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית, השוללים את החובה.¹⁹ השופט ברק מונה בפרשת ועקנין כמה שיקולי מדיניות משפטית שוללי חובת זהירות, וביניהם האיזון בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה. בית המשפט מתחשב בצורך

15 עניין *Donoghue v. Stevenson*, לעיל ה"ש 10.

16 ס' 36 לפקודת הנזיקין (ההדגשה הוספה).

17 עניין יערי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 775-776. ראו גם 33 HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND 4th, *Negligence* § 602 (1997).

18 ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז' (3) 757, 766 (1983).

19 ע"א 145/80 ועקנין נ' מועצה מקומית בית שמש, פ"ד לז' (1) 113, 123-127 (1983).

להבטיח חופש פעולה מזה ובצורך להגן על הרכוש והגוף מזה. הוא מתחשב בסוג הנזק ובדרכי התרחשותו. הוא מביא בחשבון את השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד. הוא שוקל את המעמסה הכספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים בעקבות החלטתו, והכול בכפוף לשיקולי צדק.²⁰ השופט שלמה לוין, בעניין מפעלי רכב אשדוד, מפרט גם הוא רשימה של שיקולי מדיניות שוללי אחריות וביניהם: (א) מה הייתה ההסתברות שהנזק יארע? (ב) מה היו עשויות להיות ההוצאות הכרוכות במניעת הסיכון? (ג) מה מידת רצינותם של הנזק או הפגיעה שהיו צפויים? (ד) מהו הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לסיכון? (ה) מי היה בעמדה הטובה ביותר כדי למנוע את הסיכון? (ו) מי הפיק את התועלת הרבה ביותר מהפעילות שגרמה לסיכון? (ז) מהי רמת הזהירות שאנשים אחרים היו נוקטים בדרך כלל בנוגע לסיכונים דומים? (ח) האם בנסיבות אלה דרושה, על פי חוק חרות רמת זהירות פרטיקולרית?²¹

בשנים האחרונות שיקולי המדיניות שמים דגש בעיקר בהיבטים כלכליים, דוגמת הצפת בתי המשפט (עומס-יתר והעלות הכרוכה בהתדיינות) והרתעת-יתר (החשש מהיווצרות התנהגויות מתגוננות המעמיסות עלויות על הפעילות נשוא התביעה והחשש מהימנעות מפעילות יוצרת סיכון על אף חיוניותה).²²

הצפיות הטכנית מקימה חובה לכאורה. מדובר בתפיסה רחבה, שלפיה משהוכחה חובת זהירות מושגית, על הנתבע מוטל הנטל להראות שקיימים שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית שיש בהם כדי לבסס קיומו של חריג השולל קיומה של חובה.²³ הגישה הרחבה מייעדת לשיקולי מדיניות תפקיד של שלילת קיומה של החובה במקרה שבו ניתן לצפות את הנזק כעניין טכני, אך גם הגישה הרחבה אינה רואה בצפיות קריטריון בלעדי לקביעת קיומה של חובת הזהירות. לצפיות מצטרפים שיקולי מדיניות, אם כי תפקידם הוא לשלול את קיומה של החובה.

יש מערכות יחסים שבהן גיבשה הפסיקה קיומה של חובת זהירות מושגית, דוגמת חובת הזהירות של הנהג כלפי הולך הרגל, חובת הזהירות של המורה כלפי התלמיד, הרופא כלפי החולה, היצרן כלפי הצרכן, המעביד כלפי העובד ותופס המקרקעין כלפי המצוי בהם.²⁴

20 שם, בעמ' 123.

21 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציזיק ז"ל, פ"ד מא(3) 169, 184 (1987).

22 ראו ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218, פס' 30 לפסק דינו של השופט ריבלין (2007); ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(3) 806, פס' 21 ו-24 לפסק דינו של השופט ריבלין (2008); ע"א 1167/11 פלוני נ' פלוני, פס' 59 לפסק דינו של השופט גובראן וראו שיקולי מדיניות ספציפיים הנוגעים לנשוא הערעור: היחס בין קיבוץ לחבריו. (פורסם בנבו, 2013)

23 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 132 (1985).

24 ע"פ 119/93 לורנס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 1, 21-22 (1994).

במערכות יחסים אלה, קיומה של החובה נובע מהקרבה שבין הצדדים, מהקשר שביניהם וממהות הפעילות שבה הם מעורבים ואופייה. רשימת מערכות היחסים שבהן קיימת חובת זהירות מושגית אינה סגורה, ולכן הבעיה היא כיצד לקבוע באילו מערכות יחסים נוספות קיימת חובת זהירות מושגית או מתי ואיך נזהה מצבים שבהם חלה חובת זהירות.

2. תפיסת הנשיא שמגר

בתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת החל מפנה ביחס של בית המשפט העליון לתפיסה הבסיסית שגובשה על ידי השופט ברק, גישת האחריות המבוססת על חובת זהירות מושגית וקונקרטית. הנשיא שמגר, בעניין לוי, קבע שגזירתה של הצפיות הנורמטיבית מן הצפיות הטכנית לעולם אינה אוטומטית.²⁵ הוא היה בדעה שכדי שתוטל אחריות על הנתבע חייבות להתקיים שלוש דרישות: (1) צפיות; (2) יחסי קרבה או שכנות; (3) מסקנה שיפוטית שלפיה הוגן, צודק וסביר להטיל אחריות.²⁶ בהחלטתו זו התקרב בית המשפט העליון לגישה האנגלית, שהייתה מקובלת אז ואשר עדיין נוהגת שם היום.²⁷ ודוק, הנשיא שמגר מדגיש שהתוצאה שאליה הגיע אינה מהווה חריגה מהחלטות קודמות של בית המשפט העליון.²⁸ עם זאת, בגישתו של הנשיא שמגר יש הסטת דגש רבה ביותר. במקום לצאת מההנחה שכאשר הנזק צפוי קיימת חובת זהירות, אלא אם כן יש שיקולים השוללים אותה, בודק הנשיא שמגר את טיב היחסים שבין הצדדים – אם הם מסוג כזה שהנתבע יכול היה לצפות את הנזק וצריך היה לצפות אותו (יחסי קרבה/שכנות). הסטת הדגש לעבר בדיקה פוזיטיבית של שיקולי הטלת חבות (ולא שיקולי שלילתה) מצמצמת את תפיסת החבות ומאטה את קצב התפתחותה; עם כל זאת, ככל שהנזק צפוי יותר (טכנית), כן יש להניח שצריך לצפות אותו (נורמטיבית), ואז הטלת האחריות גם תהיה צודקת, הוגנת וסבירה.²⁹ הקרבה או השכנות אינן קרבה פיזית דווקא אלא קרבה רעיונית, כלומר לאור מערכת היחסים שבין הצדדים או הנסיבות שהפגישו אותם, הנתבע יכול וצריך לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום נזק לתובע.

25 עניין מדינת ישראל נ' לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 65.

26 שם, בעמ' 66.

27 ראו Caparo Industries v. Dickman, [1990] 1 All E.R. 568.

28 עניין מדינת ישראל נ' לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 89.

29 תפיסת החבות שנהגה לפני ההחלטה בעניין לוי לא השתנתה באופן מהותי בעקבותיה. הפסיקה המשיכה את גישתו של הנשיא ברק מבלי שדחתה במפורש את תפיסתו של הנשיא שמגר. ראו ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד נח(5) 167 (2004); עניין חמד, לעיל ה"ש 13; ע"א 361/01 דאהר נ' יואב (פורסם בנבו, 19.6.2005); וע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 16 (2004). בפסקי דין אלה ואחרים המשיך בית המשפט העליון בכדיקת חובת הזהירות באמצעות המבחן הדו-שלבי, ולא אימץ את המבחן התלת-שלבי, אך גם לא הסתייג ממנו.

היסוד השלישי שבגישת שמגר (הוגן, צודק וסביר) הוא יסוד של שיקולי המדיניות, שבאמצעותו מרחיב בית המשפט את חובת הזהירות או מצר אותה ובוחרן אם להכיר באחריות או לשלול את קיומה.

3. תקופת המעבר

הגישה שנהגה בבית המשפט העליון בכל הנוגע לניתוח עולות הרשלנות ויסודותיה, כפי שגובשה על ידי השופט ברק (וכמעט ולא השתנתה בעקבות תפיסת הנשיא שמגר), לא יצרה מהפכה לעומת הגישה שנהגה קודם לכן. הגישה המסורתית הייתה פיתוח של התפיסה ה"קלסית" של העוולה, תפיסה שלפיה יסודות העוולה הם חובה, הפרה ונזק הנובע מהפרת החובה. שופטי בית המשפט העליון קיבלו את הפיתוח של השופט ברק, הסכימו עמו ויישמו את גישתו בכואם לנתח את עולות הרשלנות. כעשור לאחר אימוץ הגישה המסורתית, גישתו של השופט ברק, החלו להישמע באקדמיה הסתייגויות מגישה זו. המלומדים יצחק אנגלרד ודניאל מור, שאליהם הצטרף מאוחר יותר גם אריאל פורת, ביקרו את ההבחנה בין חובת זהירות מושגית לחובת זהירות קונקרטי וראו אותה כהבחנה מסרבלת. הם הציעו לאחד את החובה המושגית עם הקונקרטי, אך לא ערערו על עצם התפיסה שיסודות העוולה נבחנים לפי הסדר הבסיסי הבא: חובה – הפרה – נזק הנובע מההפרה.³⁰ הבולט שבמבקרי גישתו של השופט ברק היה המלומד ישראל גלעד, שהיה בדעה שלא זו בלבד שאין מקום לקיומה של חובה מושגית בצד חובה קונקרטי ויש לאחד השתיים לחובת זהירות אחת, אלא יש גם צורך לשנות את סדר בחינתם של יסודות העוולה: יש לבחון קודם כול את ההתרשלות, לאחר מכן את הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לנזק ורק בסוף לבחון את חובת הזהירות, כקריטריון המבוסס על שיקולי מדיניות ובודק את השאלה אם ראוי להטיל אחריות בנסיבות המקרה.³¹ דעותיו של פרופ' ישראל גלעד לחלו לבית המשפט העליון, והן הולכות ומתבססות בקרב השופטים היושבים בדיון.

עוד בתקופה שבה שלטה הגישה המסורתית לניתוח עולות הרשלנות, ואפילו בפסקתו של השופט ברק, היו פעמים לא מעטות שבהן לא נעשה שימוש בחלוקת החובה למושגית וקונקרטי. בעניין חמד אומר הנשיא ברק כי המדינה חבה חובת זהירות לתובע (מבלי לנתח

30 יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות דיני הנזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67 (1985); דניאל מור "פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט 344 (1990); אריאל פורת "דיני הנזיקין: עולות הרשלנות על-פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת מבט תאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373 (אריאל רוזן צבי עורך, 1997).

31 ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות (2012), ובייחוד פרקים 6–9, שבהם הוא מסכם את תפיסתו.

את קיומה של חובת זהירות מושגית של המדינה כלפי התובע בנסיבות אותו מקרה), ומיד לאחר מכן הוא בודק אם המדינה הפרה את חובתה, גם זאת מבלי להיכנס לשאלה אם הייתה למדינה באותו אירוע חובת זהירות קונקרטי. ³²

כאשר אין ספק בקיומה של חובת זהירות מושגית, כאשר סוג המקרה הנדון בבית המשפט הוכרע פעמים רבות בעבר כמקרה הכלול במסגרת חובת הזהירות המושגית, בית המשפט העליון אינו חוזר על הניתוח העקרוני של מהות החובה המושגית. ³³ בעניין נחום שב הנשיא ברק ובחן את חובת הזהירות של הנתבע, הפעם עורך דין, ושוב לא נכנס לפירוט חובות הזהירות המושגית והקונקרטית, אלא קבע שהלכה מושרשת היא שעורך דין חב ללקוחו חובת זהירות (הוא מתכוון, כמובן, לחובת זהירות מושגית) והמשיך במישורין לבחינת המקרה הקונקרטי. ³⁴ בעניין נחום הגיע השופט ריבלין למסקנה שונה מזו שאליה הגיע הנשיא ברק, ואף ניתח בצורה שונה במעט את יסודותיה של עוולת הרשלנות באומרו: "שלושה הם יסודותיה של עוולת הרשלנות: האשם, הקשר הסיבתי והנוק [...]. האשם ברשלנות הוא פועל יוצא של שתיים אלה: חובת הזהירות וההתרשלות". ³⁵ השופט ריבלין מסכים שאפשר שלעורך דין תהיה חובת זהירות (מושגית) כלפי מי שאינו לקוחו. בנסיבות המקרה הנדון הוא בדק אם עורך הדין הנתבע הפר את חובת הזהירות שלו (הקונקרטי) כלפי התובע, שלא היה לקוחו. כפי שהנשיא ברק לא נכנס לניתוח של חובות הזהירות המושגית והקונקרטי באותו מקרה, כך גם השופט ריבלין לא בחן את הסוגיה מנקודת מוצא של חובות מושגית וקונקרטי, אלא בחן את נסיבות המקרה והגיע למסקנה שהנתבע לא היה חייב חובת זהירות לתובע, שלא היה לקוחו. השופט ריבלין לא שלל אפשרות שבנסיבות המתאימות, שלדעתו לא שררו שם, עורך דין יחוב חובת זהירות כלפי מי שאינו לקוחו. השופטת חיות, שישבה בדין באותו עניין, הסכימה עם דעתו של הנשיא ברק (שבנסיבות המקרה התובע נחשב ללקוחו של עורך הדין), מבלי שבחנה את אחריות הנתבע בהתאם לנוסחת החובה המושגית והחובה הקונקרטית.

הסתייגות מפורשת מחלוקת חובת הזהירות לשתיים ומבדיקת אחריות הנתבעת תחילה על סמך יסוד החובה (הכפולה) ורק לאחר מכן בדיקת ההתרשלות נשמעה בעניין שתיל. ³⁶ השופט אדמונד לוי היה בדעה שהוכחת עוולת הרשלנות מחייבת את קיומם של שלושה יסודות: נזק, אשם וקשר סיבתי בין השניים. יסוד האשם נבחן, לדעתו, על פי קיומה של התנהגות בלתי סבירה, בנסיבות שבהן מן הראוי להטיל על המזיק אחריות בשל אותה

32 עניין חמד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 505.

33 כמו במקרים של נהג והולך רגל, רופא וחולה, מורה ותלמיד, יצרן וצרכן.

34 ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום פ"ד נח(3) 426, 385 (2004)

35 שם, בעמ' 400.

36 ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 19.3.2007).

התנהגות.³⁷ השופט לוי מעדיף, לדבריו, לבדוק תחילה את התנהגות הנתבע, ורק לאחר בירור השאלה אם היא עולה כדי התרשלנות הוא מבקש לבדוק אם נסיבות המקרה ושיקולים רלוונטיים מצדיקים את קביעתה (או שלילתה) של חובת זהירות. לדעתו, בחינת התנהגותו של הנתבע לפני בחינת החובה תורמת לבהירות הדיון, ממקדת אותו ועולה בקנה אחד עם החוק.³⁸ בהמשך פסק הדין דן השופט אדמונד לוי בהבחנה בין חובת זהירות מושגית לקונקרטית ואומר שיש רק מקרים מועטים ביותר שבהם אין חובת זהירות מושגית, ולכן הבחינה אם יש אחריות אם לאו נעשית על פי החובה הקונקרטית. בדבריו הוא מסתמך על דברי הנשיא שמגר בעניין לוי, שלפיהם השאלה המובאת לפני בית המשפט עוסקת תמיד ביחס בין מזיק ספציפי לניזוק ספציפי בגין פעולה ספציפית וכתוצאה של נזק ספציפי שנגרם לניזוק.³⁹

השופטים ריבלין ופרוקצ'יה, שישבו עם השופט אדמונד לוי בהרכב, הסכימו עם התוצאה שאליה הגיע (שהמדינה וחברת מקורות אחראיות לנזקו של התובע, שנגרם כתוצאה של מליחות המים שסופקו לו), אך לא ראו צורך, לדבריהם, לנקוט עמדה בשאלה העקרונית של בחינת עוולת הרשלנות.

בעניין גרניט הנדסה מתייחס השופט דוד חשין לקיומה של גישה חדשה, המציבה סימן שאלה בדבר עצם חשיבותה המעשית של חובת זהירות מושגית.⁴⁰ הוא מתאר את הגישה החדשה וסובר שמאחר שחובת זהירות מושגית תישלל ממילא במקרים בודדים בלבד, וגם כאשר תישלל – יש חשש שמא השלילה תהיה גורפת מדי ולא תצדיק אי-הטלת אחריות במקרה הספציפי, הרי שכדי להימנע משלילה גורפת יש, לדעתו, להידרש לנסיבות המקרה הספציפי. כך מתעמעמת, לדבריו, ההבחנה בין חובת זהירות מושגית לקונקרטית. השופט דוד חשין מחליט, לשם יעילות הדיון ופשטותו, לדון תחילה ביסוד ההתרשלנות, כך שאם יתברר שלא הייתה התרשלנות, לא יהיה טעם להיכנס לשאלות של חובת זהירות, כי לא יהיה בהן צורך. בכך מאמץ למעשה השופט חשין את הגישה החדשה, בהסתמכו על דברי השופט לוי בעניין שתיל.⁴¹

37 שם, פס' 14.

38 שם, פס' 15.

39 עניין מדינת ישראל נ' לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67. העובדה שעניין ספציפי נדון ספציפית אינה שוללת את הצורך, בהנחה שאנו מכירים בצורך, לבדוק את שאלת החובה המושגית ואת שאלת החובה הקונקרטית באותו מקרה.

40 ע"א 4842/05 גרניט הנדסה לתעשייה נ' כלל חברה לביטוח, פס' 10 ו-11 (פורסם בנבו 12.8.2007).

41 עניין שתיל, לעיל ה"ש 36.

כשנה וחצי לאחר פסק דינו של השופט דוד חשין בעניין גרניט הנדסה חוזר השופט דנציגר ודן בשתי הגישות לעוללת הרשלנות, הגישה המסורתית והגישה החדשה. בעניין טרויהפט מנתח השופט דנציגר את מושא פסק הדין על פי הגישה המסורתית.⁴² הוא קובע שיסודותיה של עוללת הרשלנות כוללים את יסוד האשם, שנבחן על פי קיומה של חובת זהירות של המזיק ביחס לניזוק. החובה נחלקת לשתיים, לחובה מושגית וחובה קונקרטית, ואם יש חובה (מושגית וקונקרטית) והייתה הפרה, כי אז הוכח יסוד האשם והמסקנה היא שהמזיק נהג בחוסר סבירות.⁴³ אף על פי שהשופט דנציגר מנתח את העובדות של מושא החלטתו על פי הגישה המסורתית, הוא מעיר שבפסיקת בית המשפט העליון הובעה דעה שמוטב להידרש תחילה ליסוד ההתרשלות (התנהגות לא סבירה) ורק לאחר מכן לבחון אם נסיבות המקרה ושיקולים הנוגעים בדבר מצדיקים קביעה של חובת זהירות.⁴⁴ השופט דנציגר מסכים עם הדעה שחובת זהירות מושגית ממילא תישלל במקרים בודדים בלבד, ולכן מוטב, לדעתו, להידרש לנסיבות המקרה הספציפי, קרי לבחון תחילה את שאלת קיומה של ההתרשלות, ואם התשובה חיובית – לבחון אם קיימת חובת זהירות קונקרטית ולפסוח על שאלת החובה המושגית.

ג. הגישה החדשה לעוללת הרשלנות

1. הצגת הגישה החדשה

שני רכיבים עיקריים מאפיינים את הגישה החדשה לעוללת הרשלנות. הרכיב הראשון הוא שינוי סדר בחינתם של יסודות העוולה. לא עוד חובה, הפרה ונזק הנובע מההפרה, אלא התרשלות, נזק הנובע ממנה ושאלת קיום חובה כאמצעי הערכה חברתי להטלת אחריות או לשלילתה. הרכיב השני מתייחס לפיצול מרכיב החובה לחובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטית. על פי הגישה החדשה אין מקום להפרדה בין חובה מושגית לקונקרטית, כאשר כפל החובות מסרב את הליך הבדיקה של התנהגות הנתבע ומטשטש את ההבחנה בין עצם קיום החובה לבין הפרתה. הימצאותו של מושג הצפיות – הן ביסוד החובה והן ביסוד ההפרה וחוסר הבהירות לעניין השאלה מתי מדובר בקיומה או היעדרה של חובת זהירות קונקרטית ומתי מדובר בהפרתה – יוצר עירוב תחומים המקשה את קבלת ההכרעה;

42 ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה (פורסם בנבו, 4.1.2009).

43 שם, פס' 30.

44 שם, פס' 31. השופט דנציגר מפנה לדברי השופט ריבלין בעניין נחום, לעיל ה"ש 35, ולדברי השופט לוי בעניין שתיל, לעיל ה"ש 36.

יש אפוא להכיר בחובת זהירות אחת, שעיקרה בחינת שיקולי מדיניות שאינם מבוססים על צפיות, שעניינם הכרה באחריות או אי־הכרה בה. שיקולי המדיניות הם שיקולים חברתיים, כלכליים, מוסריים ואחרים ואינם חלק מן העוולה עצמה. החובה נבחנת כאמור בסוף ההליך, לאחר שבית המשפט הגיע למסקנה שהנזק נגרם כתוצאה של התנהגות לא ראויה, וכעת עליו לבדוק אם יש מקום, בהתבסס על שיקולי מדיניות, לשלול את אחריותו של הנתבע.

רוב תביעות הרשלנות מתייחסות לגרימת נזק פיזי לגוף או לרכוש ושאלת החובה נמצאת ברקע, ולכן הגישה החדשה מבקשת לבחון בראש ובראשונה את שאלת ההתרשלות, לאחריה היא בודקת את שאלת הקשר הסיבתי לנזק, ורק בסוף התהליך היא בוחנת את שאלת קיומה או היעדרה של חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע, בחינה השוקלת שיקולי מדיניות שוללי חבות.⁴⁵ מאחר שהמבחן הראשון להטלת אחריות הוא מבחן ההתרשלות, הגישה החדשה אינה רואה בהתרשלות הפרת חובת זהירות, שהרי החובה נבדקת רק בסוף ההליך, אלא התרשלות בודקת אם הנתבע התנהג התנהגות לא ראויה שיצרה סיכון לא סביר שהתממש וגרם לנזק לתובע. ההתנהגות הלא־ראויה היא זו החורגת מסטנדרט התנהגות סבירה. מדובר בהתנהגות שהאדם הסביר היה נמנע ממנה נוכח האפשרות לצפות את הנזק. אם בית המשפט מגיע למסקנה שהתנהגות הנתבע הייתה בלתי ראויה והתנהגותו היא הסיבה לנזק, כי אז הנתבע אחראי לתוצאה, אלא אם יש שיקולי מדיניות שוללי חובה. שיקולי המדיניות נבחנים לאור מטרות דיני הנזיקין (השבת המצב לקדמותו, פיצוי, הרתעה ופיזור הנזק) על רקע תפיסות של צדק, הגינות וסבירות ובשים לב לטיב היחסים שבין הצדדים והאינטרס הציבורי שבהכרה באחריות הן בנסיבות המקרה והן על רקע השלכות הרוחב שלו.

2. הערכת הגישה החדשה

בעניין פלוני נ' פלוני מציג השופט עמית את תפיסתו בנוגע לניתוח יסודותיה של עולות הרשלנות.⁴⁶ תפיסתו מהווה קריסטליזציה של הגישה החדשה לניתוח יסודותיה של עולות הרשלנות. לדעתו, אין מקום להבחנה בין חובת זהירות מושגית לקונקרטי ויש להקדים את בחינת ההתרשלות לבחינת החובה. משנמצא שהתנהגות הנתבע הייתה עוולתית, יש לבדוק את הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק, ורק בסוף יש לבחון את קיומה של חובת זהירות,

45 סוגיית הקשר הסיבתי המשפטי זוכה גם היא לניתוח עצמאי במסגרת הגישה החדשה, ודיון בה מחייב התייחסות נפרדת, העומדת בפני עצמה. היעדרו של דיון בנושא הקשר הסיבתי המשפטי אינו פוגע בניתוח המוצג במאמר ואינו פוגם בשלמות התזה המוצעת.

46 ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנוב 15.7.2013) (להלן: עניין פלוני נ' פלוני).

כמסנת של שיקולי מדיניות שוללי אחריות חרף קיומה של התרשלות.⁴⁷ השופט עמית בדעה שההבחנה בין חובת זהירות מושגית לקונקרטי יכולה להביא להצרת־יתר או להרחבת־יתר של גבולות האחריות: כאשר לא תוכר חובת זהירות מושגית – תצומצם האחריות, וכאשר תוכר חובה מושגית – תורחב האחריות, שכן בעקבותיה תוכר ככל הנראה גם חובה קונקרטי, דבר שיגרום לחוסר ודאות. ואולם, גם תפיסתו של השופט עמית מאפשרת צמצום של האחריות או הרחבתה באמצעות שיקולי מדיניות, שהרי בחינת החובה בשלב האחרון של ניתוח יסודות העולה נועדה לקבוע אם להכיר באחריות או לשלול את קיומה. אם מכירים באחריות – מרחיבים את החובה, אם שוללים את קיומה – מצירים את גבולותיה.

אם החובה היא אמצעי לשלילת אחריות, היא ממילא אמצעי להכרה באחריות, והאחריות תוטל (לאחר שהוכחה התרשלות) או תישלל בהתאם לשיקולי מדיניות. יהיו מצבים שבהם שיקולי המדיניות ירחיבו את האחריות, ויהיו מקרים שבהם יצמצמו את היקפה. תפיסת החובה (בין חובה אחת "מאוחדת" ובין מפוצלת, מושגית וקונקרטי) היא אמצעי בקרה לקביעת גבולותיה של העוולה. אכן, ההבחנה בין חובה מושגית לקונקרטי מיותרת פעמים רבות ומסרבלת את הדיון, במיוחד במקרים שבהם כבר אימצה הפסיקה את ההבנה שבנסיבות המקרה קיימת חובת זהירות מושגית, כמו ביחסי מורה–תלמיד, רופא–חולה, יצרן–צרכן וכו'. במקרים כאלו בית המשפט אינו חייב לבדוק תחילה את קיומה של חובת זהירות מושגית, והוא יכול לפנות היישר לבדיקת ההתרשלות במקרה הקונקרטי. במקרים שבהם לא נדונו יחסי הגומלין שבין הניזוק למזיק, במקרים שבהם לא ברור אם מן הראוי להטיל אחריות על הנתבע, במקרים המחייבים הפעלת שיקולי מדיניות השוללים הטלת אחריות או מחייבים אותה, יש מקום לבחון תחילה את שאלת קיומה של חובת זהירות. לדעת השופט עמית, ב"אזור הדמדומים" של דיני הנזיקין, למשל במצבים של נזק נפשי או נזק כלכלי טהור או נזק שנגרם לניזוק עקיף, יש להקדים את בחינת החובה לבחינת ההתרשלות.⁴⁸ לדבריו, במקרים המשתייכים ל"ליבת דיני הנזיקין", קרי נזקים פיזיים לניזוקים ישירים, המהווים את החלק הארי של תביעות הנזיקין בבתי המשפט ואשר בנוגע אליהם כבר התפתחה מעין חזקת חובה בפסיקה, אין טעם לחזור ולהידרש מבראשית לשאלה של חובת הזהירות, וניתן להתחיל את הדיון בבחינת ההתרשלות.⁴⁹ בעניין זה צודק השופט עמית, כאשר החובה המושגית כבר גובשה והפכה ל"חזקת חובה", ולפיכך אין טעם לשוב ולנתח את תחולתה וניתן לגשת היישר לבחינת ההתרשלות. השופט עמית עצמו מקבל

47 שם, פס' 12, 13, 18.

48 שם, פס' 14.

49 שם.

גישה זו בעניין אסותא, בקובעו שאין חולק על כך כי מעביד חב חובת זהירות מושגית כלפי עובדו, והדברים הם מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה ולכן ניתן לגשת מיד לבחינת ההתרשלות.⁵⁰

השופט עמית מבקש, לגישתו, לבחון אם ניתן להטיל אחריות על אדם שגרם במישרין לזולתו נזק גוף או רכוש באמצעות בחינת התנהגותו, אם היא ראויה אם לאו. רק לאחר שנמצא שההתנהגות הייתה בלתי ראויה, הוא מציע לבחון אם יש שיקולי מדיניות השוללים הטלת אחריות. ואולם, עצם בדיקת התנהגותו של האדם, אם ראויה היא אם לאו, מבוססת על הנחה שהאדם חייב שלא לפגוע (בחוסר זהירות) בזולת.⁵¹ אם אין חובת זהירות ברקע, החובה היא חובת תשלום פיצויים, למעט במצבים חריגים שבהם על אף ההתנהגות הלא-ראויה יש שיקולים השוללים את חובת תשלום הפיצויים. לא נראה שזו כוונתו של השופט עמית. הוא אינו מבקש לעשות מהפכה. הוא מבקש לייצל את ההליך השיפוטי בתביעות רשלנות, ולכן מציע שלאחר שייקבע שהמזיק פעל באופן לא ראוי (משום שהפר בהתנהגותו את חובת הזהירות הכללית שלו), אפשר יהיה לחזור ולדון בשאלה אם למרות ההתנהגות הלא-ראויה, מן הראוי שלא להטיל עליו אחריות. יש כאן פישוט הליכים. נקודת המוצא, בליבת דיני הנזיקין, היא שקיימת חובת זהירות, ולכן לא צריך לבדוק את נוכחותה בכל פעם מחדש. פישוט ההליכים מתבטא בכך שניגשים היישר לבחינת ההתנהגות, ורק בסוף ההליך, לאחר שנקבע שההתנהגות אינה ראויה, בודקים אם הנסיבות מצדיקות החלת שיקולי מדיניות שוללי אחריות.

נושא נוסף שדן בו השופט עמית בעניין פלוני נ' פלוני הוא הצפיות. לדעתו, בגישה המסורתית לעולות הרשלנות, מושג הצפיות מצוי הן ביסודה של חובת הזהירות, הן ביסוד ההתרשלות והן ביסוד הקשר הסיבתי, עובדה הגורמת, לדבריו, לעירוב מושגים ולבלבול. לגישתו של עמית יש חובת זהירות כללית, חובה שהיא חובה מוסרית-חברתית, אבל מה מקורה של החובה החברתית-מוסרית אם לא צפיות? מהו בסיסה של חובת הזהירות אם לא האפשרות והצורך לחזות מראש שהתנהגות לא ראויה עלולה לגרום לנזק? השופט עמית עושה מעין קיצור דרך בוותרו על בדיקת יסוד הצפיות וביוצאו מנקודת מוצא שקיימת חובת זהירות כללית. בכך הוא למעשה הולך בתלם אחד עם הגישה המסורתית, שנקודת המוצא שלה היא שבמקום שבו נקבע כי קיימת חובת זהירות מושגית, פונים במישרין לבדוק את המקרה הקונקרטי ומוותרים על בדיקה אחת מתוך שלוש בדיקות. כך אנו נשארים עם בדיקת הצפיות רק בעת בחינת ההתרשלות והקשר הסיבתי.

50 ע"א 9073/09 אסותא נ' שרף, פס' 9 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.5.2011).
51 "לכל אדם יש חובה כללית שלא להתנהג בצורה עוולתית על ידי יצירת סיכון כלפי הזולת"; השופט עמית בעניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 46, פס' 15.

חלק מגישתו של השופט עמית מבוסס על הצעת חוק דיני ממונות, והוא משתמש בסעיפיה של הצעת החוק כאדן נוסף לחיזוק תפיסתו בדבר האופן שבו יש לנתח את עוולת הרשלנות. אמנם הצעת חוק היא דין רצוי ולא מצוי, אך המודל הכלול בה יכול, ללא ספק, לשמש השראה ומקור לפיתוח קונספט חדש. סעיף 386(א) להצעת חוק דיני ממונות קובע ש"רשלנות היא התרשלות הגורמת נזק לאדם שכלפיו חב המזיק בנסיבות העניין חובה שלא להתרשל". סעיף 386(ב) מפרט מהי התרשלות וקובע ש"היא מעשה, לרבות מעשה שנעשה במתכוון, שאדם סביר לא היה עושה בנסיבות העניין". סעיף 386(ג) להצעת החוק מדבר על החובה ש"מוטלת על אדם כלפי כל מי שאדם סביר יכול היה לצפות מראש שהוא עלול להיפגע עקב ההתרשלות, ובלבד שהטלת האחריות על אותו האדם, בנסיבות העניין, היא צודקת, הוגנת וסבירה, בשים לב לטיב היחסים שבין הצדדים ולאינטרס הציבורי שבהטלת אחריות כאמור, לרבות החשש מפני פגיעה בפעילויות רצויות". אכן, סדר הצגת העוולה בהצעת החוק הוא התרשלות תחילה ולאחר מכן חובה. החובה מבוססת על היכולת לצפות, ומעיר השופט עמית – יכולת ולא צורך כקבוע בסעיף 36 לפקודת הנזיקין. השופט ברק בעניין ועקנין מפרש את הצורך לצפות באופן המאפשר צמצום של היקף החובה באומרו שלא כל נזק שניתן לצפותו צריך לצפותו.⁵² הצפיות הנורמטיבית (הצורך לצפות), כאשר הצפיות הטכנית קיימת (יכולת לצפות), באה להגביל את היקף האחריות. במקום שבו ניתן לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה.⁵³ הצעת חוק דיני ממונות מאמצת את דעתו של השופט ברק בעניין היכולת לצפות כמקור החובה, אך בכפוף לכך שהטלת האחריות, בנסיבות העניין, היא צודקת, הוגנת וסבירה ובשים לב לטיב היחסים שבין הצדדים ולאינטרס הציבורי שבהטלת אחריות כאמור, לרבות החשש מפני פגיעה בפעילויות רצויות. אלו הם אותם שיקולי מדיניות שמפרט השופט ברק בעניין ועקנין, כמפורט בהשוואה להלן:

השופט ברק: איזון בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה, חופש פעולה מול הגנה על הגוף והרכוש, סוג הנזק ודרכי התרחשותו, השפעת הפסיקה על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד והמעמסה הכספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים. הצעת החוק: טיב היחסים שבין הצדדים, האינטרס הציבורי שבהטלת אחריות והחשש מפני פגיעה בפעילויות רצויות. השופט ברק: שקילה במאזני צדק. הצעת החוק: הטלת האחריות בנסיבות העניין היא צודקת, הוגנת וסבירה.

השופט עמית סובר כי במודל המסורתי החובה היא שער הכניסה אל עוולת הרשלנות, לעומת הגישה שהוא מציע ולפיה החובה היא שער היציאה מעוולת הרשלנות. לאמתו של

52 עניין ועקנין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 123.

53 שם.

דבר, אין הבדל מהותי בין הגישה המסורתית לבין הגישה החדשה בכל הנוגע לנזקים שבלבית דיני הנזיקין (נזקים פיזיים שנגרמים לניזוקים ישירים), באשר, כאמור, עניינים שהם בליבת דיני הנזיקין הם עניינים שאליבא דגישה המסורתית נקבע שבנוגע אליהם קיימת חובת זהירות מושגית. כדי להגיע למסקנה שאותם עניינים הם בליבה היו תומכי הגישה החדשה חייבים לצאת מנקודת מוצא שהמזיק שגורם נזק פיזי ישיר לניזוק מצוי עמו ביחסי קרבה המטילים עליו למעשה חובת זהירות, וכדברי השופט עמית: "לכל אדם חובה כללית שלא להתנהג בצורה עוולתית על ידי יצירת סיכון כלפי הזולת".⁵⁴ מהי אפוא אותה חובה כללית אם לא חובה תחילה? שהרי אם לא קיימת חובה – אין אחריות.

ושוב, אנו בנקודת המוצא, החובה נקבעה (בין אם כללית – גישת עמית, ובין אם מושגית – גישת ברק), ומאחר שהיא קיימת ברקע, ניתן לגשת "תחילה" לבחינת ההתרשלות. כאשר הגישה המסורתית בוחנת את החובה תחילה, היא בוחנת את החובה משני "כיוונים" – אם יש מקום להכיר בה או שמא אין להכיר בה. נקודת המוצא של הגישה החדשה היא שקיימת חובה כללית, ולכן ניתן לבחון התרשלות תחילה ורק בשלב האחרון לבדוק אם קיימים שיקולים שוללי אחריות. המלומד ישראל גלעד, מהוגי הגישה החדשה, אומר: "מצבים המצויים בליבת דיני הנזיקין הם מצבים שבעניינם רווחת התפיסה כי אם התקיימו בהם תנאי ההתרשלות והקשר הסיבתי לנזק, או אז מאזנה הכולל של הטלת אחריות ברשלנות בהם יהיה חיובי. לפיכך ההכרה בחובת זהירות במצבים אלה היא הכלל ('חזקת חובה'). במצבי ליבה אלה הדיון מתמקד אפוא בשאלות הקונקרטריות של התרשלות וקשר סיבתי".⁵⁵ אם כן, גם פרופ' גלעד מסכים שקיימת ברקע הדרישה לחובה, ועל רקע החובה ניתן לגשת לבחינת ההתרשלות. יוצא שהשוני בין הגישות הוא רק בשאלה מתי בוחנים שיקולים שוללי חובה. על פי הגישה המסורתית, השיקולים נבחנו בשלב הראשון, שלב ה"חובה תחילה"; זהו השלב שבו נבדקת באופן כולל סוגיית החובה (הן שיקולים המחייבים את הטלתה והן אלה השוללים אותה), לעומת הגישה החדשה, שמקבלת כנתון את קיומה של החובה ורק בסוף ההליך בודקת את שיקולי שלילתה. לדעתו של פרופ' גלעד, בחינת ההתרשלות תחילה מיעלת את ההליך לעומת הגישה המסורתית, הבוחנת את החובה תחילה.⁵⁶ ההבדל בין חובה תחילה להתרשלות תחילה הוא למעשה הבדל בין בדיקת שאלה שבעובדה תחילה לבין שאלה שבדין תחילה, וכלל לא ברור מה יעיל יותר. נשאלת השאלה אם הצגת שיקולים שוללי חבות (שאלה משפטית) מסורבלת יותר מהצגת ראיות הנוגעות

54 עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 46, פס' 15.

55 ישראל גלעד "על מודלים של רשלנות – בעקבות ע"א 4466/11 פלוני נ' פלוני" משפטים על

אתר 15 ז (התשע"ד) (להלן: גלעד "על מודלים של רשלנות").

56 שם, בעמ' 8.

לאופן גרימת הנזק, כאשר גם בשאלת ההתנהגות הראויה נכללות שאלות משפטיות, דוגמת השאלה אם הסיכון היה צפוי ואם ההתנהגות הייתה בלתי סבירה. גם בדין האמריקני שולטת הגישה שבליבת דיני הנזיקין. נושא החובה (המושגית) מצוי ברקע, ואין צורך לבחון אותו בכל פעם מחדש, ובית המשפט נדרש לשאלת ההתרשלות תחילה.

In most negligence cases involving bodily injury or property damage the question of "duty" [therefore] stays in the background though it is logically present in every case [...] and the issue is whether the defendant was negligent.⁵⁷

עם זאת נראה שצודק פרופ' גלעד בהציעו שלא לקבוע מסמרות לעניין סדר בדיקתם של יסודות העוולה (במקרים שהם בליבת דיני הנזיקין), ויש לאפשר לבית המשפט, משיקולים של יעילות, לבחור את הסדר המתאים בנסיבות הספציפיות (פעם התרשלות תחילה ופעם קשר סיבתי תחילה).

בעניינים שהם מחוץ לליבת דיני הנזיקין, מסכימים חסידי כל הגישות, יש לבדוק קודם כול את יסוד החובה, ורק לאחר שמגיעים למסקנה שהיא קיימת ואין שיקולים המחייבים את שלילתה, יש לעבור לשאלת ההתרשלות.

ד. התרשלות

אליבא דשתי הגישות, יש לבחון את התנהגות הנתבע ולקבוע אם אינה כדין, או בלשונו של השופט עמית, אם היא אינה ראויה. המבחן שמציע השופט עמית הוא מבחן נוח, פשוט ויעיל. התנהגות לא ראויה היא התנהגות שיוצרת סיכון צפוי ולא סביר.⁵⁸ ומהו אותו סיכון צפוי ולא סביר? מדובר בסיכון שאדם סביר יכול היה לצפות את הליך גרימתו, את בני האדם העלולים להיפגע ממנו ואת סוג הנזק והיקפו, שעלולים להיגרם בהתממשותו. זהו סיכון שאדם סביר לא היה יוצר. מבחנו של השופט עמית הוא למעשה תמצות של דברי השופט Atkin בפסק הדין *Donoghue v. Stevenson*, שלפיהם התובע זכאי לפיצויים כאשר הנתבע חייב לנקוט אמצעים סבירים למניעת מעשים או מחדלים שניתן לצפות בסבירות שהם עשויים לגרום נזק ל"שכן".⁵⁹ ה"שכן" הוא אותו אדם שחשוף להתנהגות

57. KENNETH S. ABRAHAM, THE FORMS AND FUNCTIONS OF TORT LAW 51 (4th ed. 2012).

58. עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 46, פס' 22.

59. עניין *Donoghue v. Stevenson*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 580.

הנתבע כך שהנתבע חייב לצפות שיושפע מתוצאות התנהגותו. סיכון לא צפוי הוא סיכון שאין לשער את היווצרותו, ואדם סביר לא היה חוזה את אפשרות קיומו. סיכון לא סביר שונה מסיכון סביר בכך שהסכנה הכרוכה בו מחייבת נקיטת אמצעים למניעת התרחשותו; זהו סיכון שאיננו חלק מסכנות היומיום, הוא אינו חלק מהפעילות האנושית המקובלת, אלא אירוע חריג שיש לו השפעה שלילית על בני האדם והסביבה. בלשונו של השופט Hand, סיכון לא סביר הוא סיכון שתוחלת הנזק שלו גבוהה מעלות מניעתו.⁶⁰ התנהגות תיחשב ללא ראוייה רק אם הסיכון צפוי ולא סביר. אם הסיכון צפוי אך סביר – אין התרשלות. אם הסיכון לא צפוי ולא סביר – אין התרשלות, ואם הסיכון לא צפוי וסביר – גם אז אין התרשלות.⁶¹ שיקולי מדיניות שוללי אחריות אינם מבוססים על צפיות הנזק; נזק לא צפוי בכל מקרה אינו מקים חבות.

ה. המצבים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין

מצבים שבליבת דיני הנזיקין, על פי הגישה החדשה, הם מצבים שבהם המזיק גרם במישרין נזק פיזי לניזוק (לגוף או לרכוש). בתחום הליבה מצויים גם נזקים כלכליים טהורים שנגרמו על ידי איש מקצוע ללקוחו או מצבים שבהם קיימים יחסים מיוחדים בין המזיק לניזוק, דוגמת מחזיק במידע או בדעה מול המסתמך עליהם הסתמכות סבירה.⁶² גם הגישה המסורתית הכירה במצבים אלו כמצבים שבהם קיימת חובת זהירות מושגית של הנתבע כלפי התובע. הבעיה מתעוררת בעיקר במקרים שבהם אין יחסי קרבה "ממוסדים" בין הצדדים. מדובר בעיקר במצבים שבהם נגרמים נזקים נפשיים או כלכליים לניזוקים ישירים או עקיפים (משניים) ומצבים שבהם נגרם נזק פיזי לתובע כתוצאה של אי-מניעת נזק שנגרם על ידי צדדים שלישיים או נזק הנובע ממחדל טהור.⁶³ המצבים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין, ובעיקר מצבים שטרם נבחנו על ידי בתי המשפט, מחייבים בראש ובראשונה לבצע הערכת מצב. האם עוולת הרשלנות נועדה לתקן את העוול שנעשה והנזק שנגרם, או שמא מדובר בנזק הנובע מהתנהגות שלא מקימה אחריות בנזיקין? לצורך הכרעתו יתבסס בית המשפט על שיקולי מדיניות הכוללים בין השאר: (1) הרתעת-יתר (שיכולה לבוא במגוון צורות כמו

60 עניין *Carroll Towing Co.*, לעיל ה"ש 14.

61 שם, פס' 21.

62 ראו ע"א 209/85 עיריית קריית אתא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(2) 190 (1988).

63 על נושא החיים בעוולה ראו למשל ע"א 1326/07 המר נ' עמית (פורסם בנבו, 21.5.2014), שם נשללה זכות תביעת היילוד כנגד הרופא בגין מחדלו לאבחן פגמים טרום-לידהיים שלא הוא גרמם.

התנהגות מתגוננת, שיבוש פעולות המנהל ועיוות שיקול הדעת של הרשות הציבורית); (2) עומס־יתר (על בתי המשפט) וריבוי התדיינויות ועלויות; (3) עומס על הקופה הציבורית; (4) פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות; (5) שיקולי צדק, שאיפה להגינות ביחס למזיק; (6) התנגשות בחיובים אחרים מכוח חוק או חוזה; (7) הטלת מעמסה כספית כבדה על סוגים מסוימים של יוצרי סיכון באופן שיהפוך את פעילותם לבלתי כדאית מבחינה כלכלית, מה שעשוי לפגוע בסופו של דבר בחברה בכללותה. סך שיקולי המדיניות נבחנים ומשוקללים על פי המטרות העיקריות של דיני הנזיקין: פיצוי הניזוק והשבת המצב לקדמותו (צדק מתקן), הרתעה, פיזור הנזק (צדק חלוקתי).⁶⁴ שיקולי צדק ומדיניות משפטית מחייבים, במצבים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין, לבדוק תחילה אם יש מקום להכיר בחובת זהירות בטרם בדיקת ההתנהגות עצמה, מושא התביעה.

אינטרסים מנוגדים של תובעים שונים עלולים להשפיע על השאלה אם יש לנתבע חובת זהירות וכלפי מי יש לו חובת זהירות. עלול להיווצר מצב שבו הכרה בחובת זהירות כלפי תובע אחד תבוא על חשבון האינטרסים של תובע אחר ותפגע באינטרסים החיוניים שלו. בסדרת מקרים שבהם הוציאו שלטונות הרווחה באנגליה ילדים מחזקת הוריהם – מתוך כוונה להגן על הילדים בהסתמך על עקרון טובת הילד ומחשש לפגיעה בילדים על ידי הוריהם – נגרם נזק הן לילדים והן להוריהם עקב רשלנותם של שלטונות הרווחה, שטעו לחשוב שההורים אחראים לפגיעות בילדיהם. תביעות הילדים נגד רשויות הרווחה התקבלו, אך תביעות ההורים נדחו בטענה של שלטונות הרווחה חובת זהירות כלפי הילדים בלבד ולא כלפי הוריהם. בתי המשפט הפרידו בין האינטרס של הילדים לאינטרס של ההורים. יתר על כן, דחיית תביעותיהם של ההורים התבססה על שיקול מדיניות, שיקול שביסודו היה החשש מהרתעת־יתר, החשש שאנשי הרווחה יהססו לטפל בבעיות של ילדים מיוחדים מתביעת הורים, ובסופו של דבר הנזק לילדים יעלה על התועלת שבהכרה בחובת הזהירות כלפי ההורים.⁶⁵ בית הלורדים סבר שאם רשויות הרווחה יחששו מפני תביעת הורים, הן ימנעו מלהפעיל את סמכויותיהן להגנת האינטרסים של הילדים ויצא שכרם של הילדים בהפסדם. ההורים הגישו ערעור על החלטת בית הלורדים לבית הדין האירופי לזכויות אדם.⁶⁶ בית הדין האירופי הפך את החלטת בית הלורדים. החלטתו התבססה בעיקר על האמנה

64 עניין פלוני נ' פלוני, לעיל ה"ש 46, פס' 13.

65 ראו החלטת בית הלורדים שדחתה תביעת ההורים כערעורים שאוחדו : D. v. East Berkshire Community Health NHS Trust; MAK v. Dewsbury Healthcare NHS Trust; RK v. Oldham NHS Trust, [2005] 2 A.C. 373. אם כי ראו דעת המיעוט של Lord Bingham, שהכיר באחריות רשויות הרווחה כלפי ההורים בגין הטיפול הרשלני בילדים. R.K. v. U.K., [2009] 48 EHRR 29; A.D. v. U.K., [2010] 51 EHRR 8; M,A,K, v. U.K., [2010] 51 EHRR 14.

האירופית בדבר זכויות אדם.⁶⁷ נפסק שטובת הילד אינה עומדת בפני עצמה, והיא כוללת פעמים רבות גם את טובת ההורים ושלמות המשפחה. פגיעה לא מוצדקת בטובת הילד פוגעת בטובת ההורים ובטובת המשפחה ומחייבת תשלום פיצויים להורים.⁶⁸ עקרונות האמנה נכללים בוודאות במסגרת שיקולי הצדק של המדיניות המשפטית של בית המשפט העליון שלנו.

בעניין דרין נדרש בית המשפט העליון לשאלה כלפי מי חב הנתבע חובת זהירות, והפעם בסוגיה של נזק כלכלי טהור.⁶⁹ השאלה שנדונה באותו מקרה הייתה אם לבעלי מניות יש עילת תביעה אישית נגד החברה ומנהליה במקרה של ירידת ערך מניותיהם עקב מכירת נכס של החברה במחיר הפסד.

הנשיא ברק (שעמו הסכימו השופטים ביניש וחשין) בדק, באמצעות שיקולי מדיניות, את שאלת אחריותם של מנהלי החברה כלפי בעלי מניות בחברה והגיע למסקנה שבנסיונות המקרה למנהלים אין חובת זהירות כלפי בעלי המניות (אלא כלפי החברה בלבד). נימוקיו היו כדלקמן: (1) עקרון האישיות המשפטית הנפרדת של החברה כולל את העיקרון של אי-התערבות בעלי מניות בניהול החברה; (2) חשש לריבוי בלתי סביר של תביעות, אשר עלול להביא להכבדה בעלויות הביטוח ולליקויים בהכוונת ההתנהגות של הפועלים בשוק ההון; (3) הקניית עילת תביעה אישית לבעלי מניות עלולה לשמש אמצעי להעדפה לא הוגנת של בעלי מניות על פני החברה עצמה ועל פני נושיה.⁷⁰ הקושי במקרים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין הוא להכיר באחריות הנתבע במיוחד במצבים שבהם הנזק נגרם על ידיו בעקיפין או הנזק נובע ממחדלו הטהור. במצבים כאלו כלל לא ברור אם יש הצדקה לחייב את הנתבע בנזקו של התובע ולא ברורה השלכת הרוחב של ההכרה באחריות. בעניין ג'ושה נדונה שאלה עקרונית ומעניינת, שהייתה מחוץ לליבת דיני הנזיקין.⁷¹ השאלה שעלתה באותו מקרה הייתה: האם בית חולים חייב לוודא כי רופא הפועל במסגרתו (ואינו עובד של בית החולים) יהיה מבוטח בביטוח אחריות מקצועית? האם בית חולים מפר את חובת הזהירות שלו כלפי הרופא עצמו בכך שאינו מוודא שהוא מבוטח? באותו מקרה קבע בית המשפט כי

67 European Convention of Human Rights 1950

68 ראו גם Jain v. Ternt Strategic Health Authority, [2009] UKHL 4; [2009] 1 AC 853, שם נדונה שאלת חובת הזהירות של רשויות הבריאות על רקע ניגוד האינטרסים בין בעלים של מוסד סיעודי לבין החוסים בו ונקבע שחובת הזהירות של הרשויות היא כלפי החוסים.

69 ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט"מ (1) 673 (2004).

70 שם, בעמ' 689–690. ראו גם עניין Caparo Industries, לעיל ה"ש 27, שם דחה בית הלורדים תביעה של בעל מניות של חברה בגין נזק כלכלי טהור שנגרם לו עקב הסתמכות על דוח רשלני של רואי חשבון של החברה. שיקולי בית הלורדים בדחיית התביעה היו דומים מאוד לשיקולי הנשיא ברק בדחתו את תביעת דרין הנ"ל.

71 ע"א 8146/13 ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני (כפירוק) (פורסם בנבו, 21.7.2016).

הרופא (שלא היה מבוטח) גרם ברשלנותו נזק למטופל. הרופא שלח הודעת צד ג' לבית החולים וטען שעל בית החולים מוטלת חובה כלפיו לוודא כי הוא מבוטח (ביטוח שבאמצעותו ניתן לשלם פיצויים לניזוק שנפגע עקב רשלנות הרופא). דעת הרוב בחנה את חובת הזהירות של בית החולים כלפי הרופא בנסיבות המקרה והגיעה למסקנה שבית החולים אחראי כלפי הרופא לוודא שהוא מבוטח (אך אין חובה לשלם את דמי הביטוח במקום המבוטח), וזאת לאור הזיקה המשפטית ביניהם וההסתמכות הכלכלית של הרופא על בית החולים.⁷² השופט סולברג, בדעת המיעוט, סיווג את נזקו של הרופא כנזק כלכלי טהור, שבנסיבות המקרה אינו מטיל על בית החולים אחריות כלפי הרופא. שיקולי המדיניות שבהם עשה השופט סולברג שימוש הביאו אותו למסקנה שאין להכיר באחריותו של בית החולים כלפי התובע. מדובר בשני צדדים שאין ביניהם פערי כוחות של ממש, שניהם מפקימים תועלת כלכלית מפעולתם המשותפת והרופא הוא מונע הנזק היעיל ביותר. השופט סולברג היה גם בדעה שהכרה באחריות ברשלנות תתנגש בחיובים החוזיים שבין הצדדים.⁷³ מקרה נוסף המצוי מחוץ לליבת דיני הנזיקין הוא זה שבו עולה השאלה הבאה: מהי אחריותה של רשות ציבורית בגין נזק גוף שנגרם לתובע עקב רשלנות של גורם שפעל ללא רישיון עסק? בעניין מימוני הגיע בית המשפט העליון למסקנה שניתן להכיר באחריות בנסיבות כאלו.⁷⁴ הנשיא ברק קבע שהפיקוח שנמסר לרשות וההסתמכות הכרוכה בו מקימים חובת זהירות של העירייה כלפי המשתמשים בשירותיהם של אותם עסקים. לעירייה יש יכולת לצפות את הנזקים העלולים להיגרם מהתרשלותה בפיקוח על אותם עסקים וכן כוחות שהקנה לה הדין למניעתם. בבוחנו את השיקולים שוללי אחריות התייחס הנשיא ברק, בין השאר, להחצנת עלותם של הסיכונים על כלל הציבור, אך הגיע למסקנה שלא נשללה חובת הזהירות המושגית, וקיימת חובת זהירות קונקרטיה שהופרה ועל העירייה לשאת בחלקה בנזק.⁷⁵

מקרה אחר המדגים את הקושי בהתמודדות במצבי אחריות חדשים נדון באיווה שבארצות הברית. שופט במשחק כדורסל שרק (בטעות) לעבירה בדקת המשחק האחרונה, כאשר היתרון באותו רגע היה של הקבוצה שנגדה פסק השופט שלוש זריקות עונשין. בעקבות זריקות העונשין עבר היתרון לקבוצה השנייה והקבוצה הראשונה (זו שנגדה נפסקו זריקות העונשין) הפסידה. הקבוצה שניצחה זכתה באליפות וקיבלה פרס כספי שנמנע מהקבוצה המפסידה, שהפסידה על חודו של סל. ראשי הקבוצה המפסידה תבעו את השופט

72 שם, פס' 14–21 לדברי השופט ברון ודברי השופט הנדל שקבע שהנושא נמצא מחוץ לליבת דיני הנזיקין ומדובר בחובה חדשה שטרם הוכרה.

73 שם, פס' 3–12 לפסק דינו של השופט סולברג.

74 ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (פורסם בנבו, 14.12.2006).

75 שם, פס' 21–22.

בגין הנזקים הכספיים שנגרמו להם עקב רשלנותו, לדעתם, בניהול המשחק. בית המשפט באיווה קבע שלשופט כדורסל אין בנסיבות המקרה חובת זהירות כלפי הקבוצה התובעת ודחה את התביעה.⁷⁶

תחום אחר שבו לא הכיר בית המשפט העליון בחובת זהירות מושגית של נתבע משיקולים של מדיניות משפטית עלה בעניין פלוני נ' פלוני.⁷⁷ באותו מקרה נדחתה תביעת בעל נגד המאהב של אשתו בגין נזק שנגרם לו עקב התנהגות הנתבע. השופט עמית היה בדעה שניאוף אינו מקים עילת תביעה ברשלנות, הן בין בני הזוג בינם לבין עצמם והן בין מי מבני הזוג לבין הצד השלישי. שיקולי מדיניות שוללים "יבוא" מערכות יחסים מהמישור החברתי-מוסרי-דתי לתוך המשפט.⁷⁸

אין רשימה סגורה של המצבים הגבוליים שאינם בליבת דיני הנזיקין או המצבים שבנוגע אליהם לא נקבע שקיימת חובת זהירות מושגית. גם אי-אפשר למצות רשימה של מצבים כאלו, ולכן ניתן להגדירם רק על דרך השלילה, כפי שעושה השופט עמית. לדבריו, אלו מצבים שאינם בליבת דיני הנזיקין, שאף הם אינם תמיד מצבים חד-משמעיים, ויהיו מקרים שבהם מצבים שהם לכאורה בליבת דיני הנזיקין יתבררו כמצבים גבוליים, המחייבים את בחינת החובה בטרם נבחנת ההתרשלות.

שתי הגישות, המסורתית והחדשה, מסכימות כי בתחומים שמעבר לליבת דיני הנזיקין יש לבדוק את שאלת החובה תחילה (הגישה המסורתית כאמור בדעה שאת שאלת החובה תמיד יש לבדוק תחילה). ישראל גלעד מונה את היתרונות שבבדיקת החובה תחילה במקרי גבול כהאי לישנא: "בהיבט היעילות נחסך הצורך לבדוק ולהעריך את טיב התנהגות הנתבע במצבים שבהם תישלל ממילא אחריותו בשל היותה בלתי רצויה. בהיבט ההרתעה גישת החובה תחילה מגנה על הנתבע מפני הטרדתו בתביעות סרק הגורמות להרתעת-יתר בשל העלות הכרוכה בהתדיינות".⁷⁹ גלעד מסכים שבמקרי ספק, שבהם לא ברור אם מדובר במצבי ליבה אם לאו, אפשר שבית המשפט יבדוק תחילה את החובה ולאחר מכן את ההתרשלות, או את ההתרשלות תחילה ורק לאחריה את החובה, והכול על פי שיקולי מדיניות או העברת מסר.

76 Bain v. Gillispie, 357 N.W. 2d 47 (Iowa App. 1984). יש לציין כי על פי ס' 33 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, מתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלו על פי הכרעה של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה נושא לדיון בבית משפט.

77 ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2013).

78 אם כי ייתכן שנואף המודע למחלת מין שבה הוא לוקה, המדביק את המאהבת שלו וזו מעבירה את המחלה לבעלה, יהיה אחראי לנזק שנגרם לבעל. האם בנה של ה"נואפת" שנפגע נפשית ממחלת אביו ומערכת היחסים בין אמו למאהבה יוכל להיפרע בגין נזק מן המאהב?

79 גלעד "על מודלים של רשלנות", לעיל ה"ש 55, בעמ' 16-17.

1. גישת ביניים לבחינת עוולת הרשלנות (תפיסת השופט הנדל)

בעניין וגנר ביקש השופט ניל הנדל ליצור מודל נוסף לבחינתה של עוולת הרשלנות.⁸⁰ השופט הנדל הציע לנתח את עוולת הרשלנות לפי שלוש קבוצות התייחסות: קבוצה מוכרת, קבוצה חדשה וקבוצה גבולית. נקודת המוצא של השופט הנדל היא שיש לבחון תחילה (בשלוש הקבוצות) את חובת הזהירות. ואולם, כאשר חובת הזהירות מוכרת, כשמדובר במקרים שבליבת דיני הנזיקין, תיבחן חובת הזהירות ברמת הפשטה קונקרטיית בלבד, כלומר שאלת החובה תוצג באופן כללי תוך התייחסות לנסיבות המקרה, וההתמקדות תהיה בשאלת ההתרשלות. כאשר יידרש בית המשפט לבחון מקרה חדש שטרם הוכרע, בחינת החובה תיערך ברמת הפשטה כללית ומושגית, תוך שימת דגש בשיקולי צדק ומדיניות. כאשר מושא הדיון יהיה מקרה גבולי, כאשר לא ברור אם המקרה הנדון הוא בליבת דיני הנזיקין או שמא חדש הוא, כי הפסיקה הכירה בחובת זהירות רק בחלק מן המקרים שבאותה קטגוריה, כי אז בחינת החובה צריכה להיעשות ברמה פרטנית-מופשטת, ברמת הפשטה נמוכה.⁸¹ לאחר בדיקת החובה (בהתאם למקרה או לרמת ההפשטה של הבחינה) יבחן בית המשפט את הקשר הסיבתי בין החובה (שהופרה, שהרי בדיקת החובה נעשית תחילה) לבין הנזק, ובהתקיים הקשר תוטל האחריות. השופט הנדל ביקש לפשט ויצא מסרבל. במקום שתי קבוצות התייחסות הוא יצר שלוש, והשלישית אינה קבוצה של ממש: אם נקבע בנוגע אליה שהיא בליבת דיני הנזיקין, אזי אין מקום להכיר בה כקבוצה נפרדת, ואם היא מחוץ לליבה, הרי היא מוכרת ככזו. מצבי ביניים, שבהם פעם הוכרה חובה ופעם נשללה חובה, שייכים מעצם הגדרתם לקבוצה המצויה מחוץ לליבה, באשר ההכרה באחריות או שלילתה נבעה, במישור העקרוני, משיקולי מדיניות. אם נשללה האחריות מסיבות קונקרטיות, קרי לא הייתה התרשלות או לא היה קשר סיבתי בין הנזק להתנהגות הנתבע, כי אז יש לסווג את המקרה כשייך לליבת דיני הנזיקין, וממילא אין ליצור קבוצת התייחסות נפרדת. השופט הנדל מבקש לעשות שימוש ביסוד החובה כמסננת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה, אך גם הגישה המסורתית, שעליה נשען השופט הנדל, וגם הגישה החדשה רואות בחובת הזהירות מסננת מדיניות.⁸² אמנם בגישה החדשה המסננת עוברת מראשית ההליך לסופו, אך היא ממשיכה לשמור על תפקידה המקורי. השופט הנדל מצמיד ליסוד ההתרשלות תפקיד נוסף על תפקיד בחינתה של נאותות ההתנהגות מושא התביעה. לדעתו, ליסוד ההתרשלות יש גם תפקיד של מסנן אחריות.⁸³ הוספת תפקיד זה למרכיב ההתרשלות

80 ע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי (פורסם בנבו, 22.6.2014).

81 שם, פס' 9.

82 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

83 שם, פס' 15.

והשארת בחינת הצפיות בכל שלב של ניתוח יסודות העוולה מסרבל את ההליך ואינו תורם לבהירותו.⁸⁴ כפל התפקידים יוצר קושי קונספטואלי המכביד על יצירת הלכה ברורה. ומה תהיה התוצאה אם תיווצר סתירה בין סגן המדיניות ביסוד ההתרשלנות לסגן שביסוד החובה? נראה שגישתו של השופט הנדל יוצרת חוסר ודאות, ואכן השופטים דנציגר ושוהם, שישבו עמו בהרכב, אמנם הסכימו עם התוצאה שאליה הגיע, אך לא אימצו את הצעתו לבחינתה של חובת הזהירות. השופט שוהם חזר וסמך את ידיו על הגישה המסורתית של "חובה (מושגית וקונקרטי) תחילה", והשופט דנציגר גם הוא היה בדעה שאין לקבוע מסמרות ובמקרים "קלים" ניתן לבדוק את שאלת ההתרשלנות תחילה ולדחות את בחינתה של חובת הזהירות לסוף הדיון.⁸⁵

ז. הגישה המשולבת

בבית המשפט העליון נוהגות כיום שתי גישות התייחסות עיקריות לעולות הרשלנות, הגישה המסורתית והגישה החדשה. שופטי בית המשפט העליון בוחרים בגישה הנוחה להם ואינם מחויבים לגישה זו או אחרת.⁸⁶ אם כך, נשאלת השאלה: האם שתי הגישות יכולות

84 אפילו המודל המסורתי, שהמוטו שלו הוא חובה תחילה, ולחובה הוא מייעד תפקיד של בחינת שיקולי מדיניות לעניין הכרה באחריות או שלילתה, אינו מייעד לרכיב של הפרת החובה/ההתרשלנות תפקיד של מסננת אחריות.

85 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט שהם ופס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר. וראו ביקורתו של ישראל גלעד למודל הנדל ב"מודלים של רשלנות: חלק ב" משפטים על אתר ז (התשע"ה).

86 בשורה של פסקי דין שנדונו בבית המשפט העליון לאחר פרשת וגנר, לעיל ה"ש 80, עשו השופטים שימוש בשתי הגישות, המסורתית והחדשה. בע"א 9705/11 ברקוביץ נ' קרא, (פורסם בנבו, 21.10.2014), אף על פי שעלתה שאלה של חובת זהירות של עיתונאי למקור שלו, לא נכנס בית המשפט העליון לבחינת העקרונות של חובת הזהירות המושגית והקונקרטית ואף לא דן בגישה החדשה לבחינת יסודותיה של עולות הרשלנות, אלא יצא מנקודת מוצא שקיימת חובת זהירות ביחסי עיתונאי-מקור ובדק את הנסיבות הקונקרטיות של המקרה שהובא בפניו. בע"א 7787/12 עזבון מאמא נ' הסתדרות מדיציניית הדסה (פורסם בנבו, 3.11.2014) דן בית המשפט העליון בשאלה של רשלנות רפואית, שאותה ניתח על פי הגישה המסורתית. בעניין ג'ושה, לעיל ה"ש 71, החליטה השופטת ברוך ללכת בגישה המסורתית ולבחון את שאלת החובה (מושגית וקונקרטי) תחילה (בעניין חובת בית חולים לוודא שרופא שעובד במסגרתו מבוטח בביטוח אחריות מקצועית), מבלי שקבעה מסמרות לעניין מיקומה של בחינת החובה במצבי הליכה. בע"א 7502/13 חוות רודד אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' עיריית אילת (פורסם בנבו, 3.6.2015) נקבעה אחריות עירייה לנזקים לגידולי חווה חקלאית כתוצאה של מליחות חריגה של מים, וכל זאת מבלי להיכנס לשאלות עקרוניות של תחולת הגישה המסורתית או החדשה לעולות הרשלנות. בע"א 7144/14 מכנס נ' מעון רוחמה (פורסם בנבו, 3.9.2015) דן בית המשפט העליון באחריות מעביד לנזק פיזי

להמשיך לחיות זו לצד זו או שמא יש להעדיף אחת על פני רעותה? או אולי רצוי לבחור שיטה שלישית, משולבת, האורגת בתוכה את היתרונות שבכל אחת משתי הגישות הקיימות?

הגישה המשולבת מציעה, בעניינים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין ושבהם טרם גובשה חובת זהירות מושגית, לבחון את חובת הזהירות תחילה, ורק משנמצא שקיימת חובת זהירות (ואין שיקולי מדיניות שוללי אחריות), יש לבדוק אם ההתנהגות הנתבע הייתה ראויה. גישה זו משלבת את הגישה המסורתית עם הגישה החדשה, שהרי שתי הגישות הקיימות מסכימות שבתחומים חדשים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין, בתחומים שטרם נקבע אם קיימת בהם חובת זהירות מושגית, יש לבחון תחילה את השאלה של חובת הזהירות. באותם מקרים שער הכניסה לבחינת הרשלנות הוא הבדיקה של חובת הזהירות. החידוש שמציעה הגישה המשולבת הוא ביטול הפיצול בין חובת זהירות מושגית לקונקרטית ושימת דגש בחובה אחת, רעיונית, אשר אם נמצא שהיא קיימת, מתאפשר מעבר לשלב הבא – השלב של בחינת ההתנהגות הקונקרטית ובדיקת הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק. על פי הגישה המשולבת, כאשר החובה הרעיונית נבחנת בתחילת ההליך, בתחומים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין, הבדיקה תיעשה ברמה העקרונית, ואם יימצא שבנסיבות המקרה היא קיימת ואין שיקולים השוללים אחריות, יתייחר הצורך לבדוק את חובת הזהירות הקונקרטית. חובת הזהירות הקונקרטית תיבלע במסגרת בחינתה של חובת הזהירות הרעיונית, המושגית. בחינת החובה תיעשה על בסיס העובדות הקונקרטיות והשלכות הרוחב של השפעתה על מצבים דומים.

חובת הזהירות היא כלי חיוני לצורך הקביעה מתי אדם נחשב אחראי לתוצאות התנהגותו ומתי לא תוטל עליו אחריות בגין התנהגותו. חובת הזהירות היא אמצעי בקרה לקביעה מתי אדם אחראי לנזק הנובע מהתנהגותו. חובת הזהירות אינה נותנת הנחיות ספציפיות כיצד לנהוג במצב נתון, ולכן אין לפצלה לחובה מושגית ולחובה קונקרטית. חובת הזהירות היא תפיסה קונספטואלית ולא אינסטרומנטלית, ולכן אין היא יכולה לקבוע מתי התנהגות איננה ראויה, אך היא יכולה לקבוע מתי ראוי להכיר באחריות ומתי לא ראוי להכיר בה. עוולת הרשלנות דורשת לפיכך בחינה של ההתנהגות ושל החובה. אם לא

לעובד (ליבת דיני הנזיקין) והחיל על המקרה את הגישה המסורתית, קרי חובה תחילה. בע"א 3757/13 בורנשטיין נ' עיריית חיפה (פורסם בנבו, 21.7.2016) מתייחסת השופטת ברון לגישה המסורתית ומקבלת את הקביעה שלגופי תכנון ובנייה יש חובת זהירות כלפי מבקשי רישיון בנייה, אך היא מתמקדת בעובדות הקונקרטיות ולאור ניתוחן מגיעה למסקנה שלא הופרה חובת הזהירות כלפי התובעים. בע"א 3573/15 פלוני נ' יפים פרידמן ובניו בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.2017) דן בית המשפט העליון במקרה של פציעת התובע באתר בנייה. השופט זילברטל ניתח את אחריות הקבלן הנתבע בהתאם לעקרונות הגישה המסורתית.

קיימת נקודת מוצא של חובת זהירות (קונספטואלית), אנו חורגים למעשה מעוולת הרשלנות ועוברים לכיוון של אחריות כמעט מוחלטת או לפחות לתחום של דיני פיצויים. ואולם, עולת הרשלנות אינה מכשיר לפיצוי ללא אחריות, והאחריות ברשלנות מבוססת הן על התנהגות לא ראויה והן על חובת זהירות. הגישה המשולבת מסכימה כי בליבת דיני הנזיקין, כאשר ברקע קיימת חובת זהירות מושגית (רעיונית), ניתן לגשת היישר לבדיקת התנהגותו של הנתבע, וזאת מאחר שנקודת המוצא של הגישה המסורתית היא שקיימת בנסיבות (ליבת דיני הנזיקין) חובת זהירות מושגית. אם כן, כאשר קיימת חובת זהירות מושגית, אפשר לגשת (במישרין) לבחינת התנהגותו של הנתבע ולבדוק אם ראויה היא אם לא. משנמצא כי התנהגות הנתבע לא הייתה ראויה, ממשיכים לשלב הבא, שבו שואלים אם יש מקום לשלול את אחריותו משיקולי מדיניות. למעשה מדובר בבדיקתה של חובת זהירות קונקרטי (שהרי במישור הקונספטואלי קיימת חובת זהירות ברקע), ויש לבדוק אם המקרה הקונקרטי מחייב הטלת אחריות אם לאו. הגישה המשולבת מותירה על כנה את בחינתה של חובת הזהירות הקונקרטי, אך מעבירה אותה אל סוף ההליך במקום להצמידה לתחילתו (בדומה לגישה המסורתית). על פי הגישה המשולבת אין אפוא פיצול בין חובת זהירות מושגית לקונקרטי, אלא מתקיימת בדיקה של חובת הזהירות הקונקרטי בלבד, מאחר שהחובה המושגית מובנית בהליך בהיות התחום בליבת דיני הנזיקין. בכך נמצאנו משלבים את הגישה המסורתית עם הגישה החדשה. השילוב יביא לאחדת הפסיקה וימנע אפשרות של תוצאות סותרות במצבים דומים. הגישה החדשה, הרואה בחובת הזהירות חובה כללית ולא חובה מול תובע ספציפי, מרחיבה באופן זה את היקף האחריות, ולכן עלולים להיווצר מצבים שבהם על פי הגישה החדשה תוטל אחריות ועל פי הגישה המסורתית היא תישלל. שער הכניסה לעולת הרשלנות, על פי הגישה החדשה, רחב מזה שעל פי הגישה המסורתית, כי הגישה החדשה מכירה בחובת זהירות כללית בעוד הגישה המסורתית מגבילה את עצמה לחובת זהירות של הנתבע כלפי התובע. הגישה המשולבת תביא למובהקות רבה יותר בכל הנוגע למרחב החובה.

ח. דין משווה

הבחינה שבה בוחן הדין האנגלי העכשווי את עולת הרשלנות מבוססת על שלוש שאלות:
 (1) האם הנתבע יכול היה לצפות את גרימת הנזק לתובע? (2) האם היו יחסי קרבה בין הצדדים? (3) האם זה הוגן, צודק וסביר שהנתבע יהיה אחראי לנזק שנגרם לתובע?⁸⁷

87 עניין *Caparo Industries*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 617–618.

הבחינה מתייחסת לשאלות של חובה (צפיות וקרבה) ושיקולי מדיניות (הוגן, צודק וסביר). במקרים שבלבית דיני הנזיקין חל עקרון השכנות, ואין עוררין על קיומה של חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע.

Vastly more cases in the courts turn on whether there was a breach than on whether there was a duty [...]. On the breach question, we are not asking whether it would or would not be good to make the defendant liable if he fell below what we are entitled to expect of him, we are asking simply whether he did in fact fall below that standard, the standard being set by the down to earth model of the reasonable, alert, mature and considerate person in his position.⁸⁸

גם באנגליה נקודת המוצא היא אפוא שיש חובת זהירות במקרים שבלבית דיני הנזיקין, ושאלת ההתרשלות נבחנת תחילה.⁸⁹ במקרים שבהם צפיות וקרבה אינן מספיקות כדי להטיל אחריות, כי אז שיקולי הגינות, צדק וסבירות בוחנים את ההצדקה לשלילת אחריות או להכרה בה. במקרים שבשולי הליבה (נזק כלכלי טהור, נזק נפשי לקרבן משני או, למשל, תביעה של קרבן עבירה כנגד המשטרה בעילה של רשלנות באי־מניעת פשע, כאשר לא הנתבע אלא צד ג הוא שיצר הסיכון⁹⁰), השאלה השלישית (אם יהיה זה צודק, הוגן וסביר להכיר באחריות) עוברת קדימה, ונבדקת השאלה אם יש לנתבע חובת זהירות כלפי התובע ושיקולי המדיניות מכריעים את הכף.

הדין האמריקני ממשיך להחזיק בגישה שסדר הבדיקה של עיקרי עוולת הרשלנות הם חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע (חובה תחילה) הפרת החובה על ידי התנהגות מסוכנת ולא סבירה (התרשלות) וקשר סיבתי בין התנהגות הנתבע לנזק שנגרם לתובע.⁹¹ עם זאת, כשמדובר בנזק פיזי המצוי בליבת דיני הנזיקין מוכנים האמריקנים לקצר את הדרך בכואם לבדוק את התנהגות הנתבע, והם בודקים התרשלות וקשר סיבתי תחילה.

88 TONY WEIR, AN INTRODUCTION TO TORT LAW 57 (2nd ed. 2006)

89 "Where claimant sustains personal injury or property damage, than if claimant can align his relationship with the defendant with one of the recognized categories in which a duty of care has, traditionally, arisen as a matter of law, there is no need for claimant to prove the individual ingredients of the duty of care tests"; RACHAEL MULHERON, PRINCIPLES OF TORT LAW 47 (2016)

90 Brooks v. Commissioner of Police for the Metropolis, [2005] 1 WLR 1945
91 DAN B. DOBBS, PAUL T. HAYDEN & ELLEN M. BUBLICK, HORNBOOK ON TORTS 197, 203–204 (2nd ed. 2016)

In the ordinary negligence cases involving conduct by the defendant that risks foreseeable physical harm to the plaintiff or his property, the defendant is alleged to have had and to have breached the duty to exercise reasonable care to avoid injuring the plaintiff. Asking whether the defendant had a duty to the plaintiff and whether that duty was breached is therefore just another way of asking whether the defendant was negligent, and whether that negligence was proximate cause of the plaintiff's harm.⁹²

במקרים שאינם בליבת דיני הנזיקין, במקרים של מחדל טהור, במקרים של נזק כלכלי טהור או נזק נפשי "טהור", במקרים של סכנה/הצלה, במקרים שצד ג' יצר את הסיכון – בכל אלה פונים האמריקנים לשיקולי מדיניות בבואם להחליט אם להכיר בחובת זהירות או לשלול אותה.⁹³

ט. סיכום

אין רשלנות ללא חובת זהירות ואין חובת זהירות בעלמא. עם זאת, לא בכל מקרה צריך לבדוק מחדש את קיומה של חובת הזהירות של הנתבע כלפי התובע. יש מצבים לא מעטים שבהם נגרם נזק פיזי לניזוק במישרין על ידי המזיק בנסיבות שהפרתה של חובת הזהירות של המזיק כלפי הניזוק ברורה. במקרים כאלו, שהם בליבת דיני הנזיקין, ניתן לצאת מנקודת מוצא של קיומה של חובת זהירות מצד הנתבע כלפי התובע. אלו הם מצבים של "חזקת חובה" או מצבים שבהם קיימת חובת זהירות מושגית (של הנתבע כלפי התובע), וניתן לפנות היישר לבדיקת התנהגותו של המזיק, אם הייתה ראויה אם לאו. אם בית המשפט מגיע למסקנה שההתנהגות לא הייתה ראויה (הנזק לתובע נגרם מסיכון צפוי ולא סביר), הנתבע ייקבע אחראי אלא אם כן יש שיקולי מדיניות שוללי אחריות, שיקולים המצויים

92 ABRAHAM, לעיל ה"ש 57, בעמ' 260.

93 RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM (2010), Sec. 6: "Even if the defendant's negligent conduct is the legal cause of the plaintiff's harm, the [defendant] is not liable for that harm if the court determines that the defendant owes no duty to the plaintiff. Findings of no duty are unusual, and are based on judicial recognition of special problems of principle or policy that justify the withholding of liability" וראו Robert L. Rabin, *Emotional Distress in Tort Law: Themes of Constraint*, 44 WAKE FOREST L. REV. 1149 (2009); Robert L. Rabin, *Enabling Torts*, 49 DEPAUL L. REV. 435 (1999).

מחוץ לתחומה של עוולת הרשלנות אך מצויים בליבת דיני הנזיקין עצמם, שיקולים הנובעים ממטרות דיני הנזיקין שהם עשיית צדק, השבת המצב לקדמותו, הרתעה ופיצוי. שיקולים אלו מבוססים על ערכים חברתיים, ערכים כלכליים וערכים של צדק ומוסר.

בפסיקה הישראלית נהגה התפיסה שלשם הטלת אחריות בגין רשלנות נדרשת צפיות של אירוע הנזק, של הניזוק ושל הנזק. בלעדי צפיות לא קמה חובת זהירות, וממילא לא מוטלת אחריות נזיקית.⁹⁴ התפיסה המסורתית, שגובשה על ידי השופט ברק, בחנה את יסודות החובה בשני שלבים: (1) שלב בחינתה של חובת הזהירות המושגית (ואם נקבע שהיא קיימת) (2) שלב בדיקת קיומה של חובת הזהירות הקונקרטי. שתי הבדיקות כוללות, באופן עקרוני, בחינה של שיקולי מדיניות שוללי חובה. בחינתה של חובת הזהירות המפוצלת נעשית תחילה, ורק לאחר מכן נבחנים ההתרשלות, הפרת החובה והקשר הסיבתי בינה לבין הנזק. אם נמצא שיש חובה (מושגית וקונקרטית), אין שיקולים לשלילתה, יש הפרת חובה וקיים קשר סיבתי בינה לבין הנזק, נמצא הנתבע אחראי ברשלנות.

בשנים האחרונות הובעו דעות, באקדמיה ובפסיקתו של בית המשפט העליון, שאין מקום לפצל בין חובת זהירות מושגית לקונקרטית ויש לאחדן לחובת זהירות אחת; חובה זו יש לבדוק בסוף ההליך המשפטי לשם בחינת האחריות, לאחר שנקבע שהתנהגות הנתבע שגרמה לנזק הייתה בלתי ראויה. איחודן של שתי החובות נעשה משני טעמים: (1) ייעול ההליך – ייתור הצורך לבדוק את שאלת הצפיות בבדיקה כפולה, הן בסוגיית החובה המושגית והן בסוגיית החובה הקונקרטית, במיוחד לאור התפיסה שנהגה, שלפיה מקום שבו קיימת חובת זהירות מושגית, ממילא קיימת חובת זהירות קונקרטית; (2) מניעת מצבים של חוסר בהירות לעניין קיום האחריות והיקפה – היעדר או צמצום של אחריות במצבים שבהם אין חובת זהירות מושגית, וקיום או הרחבה של אחריות במקרים שבהם קיימת חובת זהירות מושגית שגוררת בעקבותיה הכרה בחובת זהירות קונקרטית.

ההפרדה בין החובה המושגית לקונקרטית אכן הביאה לסרבול ההליך, באשר בתי המשפט נדרשו לבחון את שאלת צפיות הנזק בבחינה כפולה, הן במישור העקרוני והן במישור הקונקרטי, ופעמים רבות שילבו את בחינת החובה הקונקרטית עם בחינת הפרת החובה או ההתנהגות במקרה הקונקרטי. עם זאת, ההפרדה בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית אפשרה לבית המשפט לגשת היישר לבחינת המקרה הקונקרטי שהובא בפניו במקרים שבהם הוכרה כבר בפסיקה חובת הזהירות המושגית, כמו ביחסי עובד-מעביד, רופא-חולה, מורה-תלמיד, יצרן-צרכן ונהג-הולך רגל. כעת מגיעה הגישה החדשה ואומרת: במצבים המצויים בליבת דיני הנזיקין, מצבים שבהם הנתבע גרם לתובע במישורין נזק פיזי לגוף או לרכוש, תיבדק ה"התרשלות תחילה". במילים אחרות, יש לבדוק את

94 אריאל פורת נזיקין כרך א 149 (2013).

התנהגות הנתבע, ואם היא תימצא בלתי ראויה, יש לבדוק אם קיימים שיקולי מדיניות שוללי אחריות. אם קיימים שיקולים שוללי אחריות, יצא הנתבע פטור על אף הנזק שגרם. במקרים המצויים מחוץ לליבת דיני הנזיקין, מקרים של נזקים נפשיים או פיזיים לניזוקים עקיפים, במקרים של מחדל טהור, במקרים של נזקים כלכליים טהורים – בכל אלה תיבדק תחילה השאלה של חובת הזהירות, ואם יימצא שאין שיקולים שוללי אחריות, יבדוק בית המשפט את התנהגות הנתבע והקשר הסיבתי בינה לבין הנזק.

ההצעה שמועלית במאמר משלבת את הגישה המסורתית עם הגישה החדשה באופן הבא: במקרים שהם בליבת דיני הנזיקין, במקרים בהם גיבשה הפסיקה קיומה של חובת זהירות מושגית, תיבחן ההתרשלות תחילה, ואם יימצא שהתנהגותו הבלתי ראויה של הנתבע גרמה לנזק לתובע, ייבדקו שיקולי מדיניות שוללי אחריות. למעשה ההתרשלות אינה נבחנת תחילה, כי נקודת המוצא היא (הן על פי הגישה המסורתית והן על פי הגישה החדשה) שקיימת חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע, ולכן ניתן לעבור היישר לבחינת ההתרשלות. בתחום של ליבת דיני הנזיקין, ברגע שהסכמנו שקיימת חובת זהירות מושגית או קיימת חובת זהירות כללית, הסכמנו למעשה לכך שבמישור הרעיוני אין שיקולים שוללי אחריות. אם כן, על פי הגישה החדשה, ובעקבותיה הגישה המשולבת, בדיקת שיקולי המדיניות שוללי האחריות היא לאמתו של דבר בדיקת קיומה של חובת זהירות קונקרטי, וכך נמצאנו משלבים את החובה המושגית עם זו הקונקרטית. נקודת המוצא בגישה המשולבת היא שקיימת חובה מושגית או חובת זהירות כללית, ויש לבחון את ההתנהגות הספציפית של הנתבע ולאחר מכן לבדוק אם יש שיקולי מדיניות שוללי חובה. שיקולים אלו שוקלים את הטלת האחריות או שלילתה במקרה הקונקרטי. ההבדל בין הגישה המשולבת למסורתית הוא בכך שהגישה המשולבת מעבירה את שלב בחינתה של חובת הזהירות הקונקרטית לסוף ההליך, אך אינה מוותרת עליה. גם הגישה החדשה אינה מוותרת על בחינת שיקולים המטילים אחריות או שוללים אותה, והיא בודקת זאת בסוף ההליך.

שתי הגישות, המסורתית והחדשה, מסכימות כי במקרים שאינם בליבת דיני הנזיקין יש לבחון תחילה את השאלה של חובת הזהירות. הגישה המשולבת מקבלת תפיסה זו, אך מבקשת לאחד את החובה המושגית עם החובה הקונקרטית, שכן באותם עניינים שמחוץ לליבה השאלה העיקרית שנדונה היא השאלה העקרונית: האם מן הראוי להטיל אחריות בנסיבות המיוחדות של המקרה? מאחר שהמקרה נבחן בהתאם לנסיבותיו (שאינן בליבת דיני הנזיקין), בדיקתה של חובת הזהירות יכולה להיות בדיקה אחת המשלבת את עניין החובה המושגית עם הקונקרטית.