

על מודלים של רשלנות בעקבות ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני

מאת

ישראל גלעד*

עוולת הרשלנות מורכבת כידוע מהתרשלות, חובה וגרם נזק (קשר סיבתי). תוכן כל מרכיב ותפיסת היחס בין מרכיבי העוולה יוצרים יחדיו את "מנגנון ההפעלה" שלה – את "מודל הרשלנות" – שחשיבותו המעשית והעיונית רבה. המודל קובע גם את משמעותה ותפקידה של דרישת הצפיות בכל מרכיב אחריות. כשלושים שנה שלט בפסיקה מודל רשלנות שמקורו בפסיקת השופט ברק. ביקורת בספרות ובפסיקה על היבטים שונים של מודל ברק התגבשה לאחרונה למודל רשלנות חלופי בע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני. רשימה זו מצביעה על עיקריו ויתרונותיו של מודל פלוני, המייחד לכל מרכיב תפקיד משלו: ההתרשלות בוחנת אם התנהגות הנתבע הייתה ראויה בשעתה; הקשר הסיבתי בוחן את קיומה של זיקה מספקת, עובדתית ומשפטית, בין ההתרשלות לנזק שגרמה; החובה בוחנת אם הטלת האחריות בשל נזק זה רצויה. "חלוקת עבודה" זו מונעת כפילויות וסרבולים ומחדדת את תפקידיה השונים של דרישת הצפיות במרכיבי ההתרשלות והקשר הסיבתי. בהמשך הרשימה מוצע מענה לשאלות שהעלה השופט דנציגר באשר למודל פלוני. מוסברת ההבחנה בין החובה הכללית לא להתרשל, שמקורותיה בנורמות מוסריות/חברתיות ושהיא חלק ממרכיב ההתרשלות, לבין החובה המשפטית החיצונית למרכיב ההתרשלות התוחמת את גבולותיה של האחריות ברשלנות והמונעת הטלת אחריות בלתי רצויה. לבסוף, סקירת הפסיקה בערכאות השונות מראה כי בעת הזו קליטתו של מודל פלוני עודנה חלקית וכי קיימות גישות שונות באשר למעמדו.

מבוא. א. מודל ברק מול מודל פלוני. 1. תפקידו של מודל הרשלנות – מתן מענה לשלוש שאלות; 2. התפקיד המוסכם של מרכיבי עוולת הרשלנות במענה לשלוש השאלות – חלוקת התפקידים הבסיסית; 3. מודל פלוני; 4. מודל ברק; 5. סדר בחינת מרכיבי האחריות; 6. "חזקת חובה" – היחס בין ההתרשלות לחובה; 7. יתרונותיו של מודל פלוני; ב. מענה לשאלותיו של השופט דנציגר. 1. השאלה הראשונה; 2. השאלה השנייה; 3. השאלה השלישית; ג. מודל הרשלנות בפסיקה שלאחר פלוני. 1. ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני; 2. ע"א 1167/11 פלוני נ' פלוני; 3. פסקי דין אחרים של בית המשפט העליון הדנים במודל הרשלנות; 4. פסיקת המחוזי; 5. פסיקת השלום; 6. מבט כולל; 7. על שילובים שונים של מודל ברק ומודל פלוני; סיכום.

* פרופסור (אמריטוס) באוניברסיטה העברית בירושלים ופרופסור במכללת שערי משפט. אני מודה לחברי מערכת משפטים על אתר על הערות מועילות ועל השבחת המאמר בהיבטי התוכן ואופן הצגת הדברים.

מבוא

עוולת הרשלנות היא החשובה שבעוולות הנזיקין. במרבית המצבים שבהם מוטלת אחריות בדיני נזיקין נעשה הדבר בעוולת הרשלנות, ובאמצעותה מותאמת האחריות בנזיקין למציאות המשתנה. רוחב השתרעותה של העוולה וגמישותה הרבה הם תולדת רמת ההפשטה הגבוהה של מרכיביה: התרשלות, חובה וקשר סיבתי לנזק. מרכיבים אלה ניתנים להחלה על כל סוגי המצבים העובדתיים, על כל סוגי המזיקים, על כל סוגי הניזוקים ועל כל סוגי הנזק. לפיכך יכולה עוולת הרשלנות לשמש אכסניה לאחריות לנזקים פיזיים קשים שגורם אדם לרעהו במישרין ובכוונת זדון מחד גיסא, ואכסניה לאחריות לנזקים קלים, כלכליים או רגשיים, הנגרמים בתום לב ואף בעקיפין מאידך גיסא. ואכן, משבצות האחריות הגדולות והחשובות בנזיקין – אחריות רפואית, אחריות מקצועית, אחריות רשיות ציבור, אחריות ספקי מוצרים ושירותים, אחריות מעבידים, אחריות מחזיקי מקרקעין ועוד – נשלטים בפועל על ידי עוולת הרשלנות. לא מעט עוולות, לרבות העוולה של הפרת חובה חקוקה, נבלעות בפועל ברשלנות.¹ זאת ועוד, במבט השוואתי היקף השתרעותה של האחריות בעוולת הרשלנות במשפט הישראלי גדול במידה ניכרת מזה הקיים בשיטות משפט קרובות.²

על רקע זה ברורה חשיבותו הגדולה של האופן שבו נתפסת עוולת הרשלנות על ידי "לקוחותיה", דהיינו האופן שבו היא נטענת (על ידי בעלי הדין) והאופן שבו היא מיושמת (על ידי השופטים). מקובל לכנות תפיסה זו של רשלנות בשם "מודל רשלנות". "מודל רשלנות" מקנה משמעות ותפקיד לכל אחד ממרכיביה השונים של עוולת הרשלנות (התרשלות, חובה וקשר סיבתי לנזק), קובע את היחס בין מרכיבים אלה (חפיפה, השפעה הדדית או אי-תלות) ואת אופייה ותפקידה של דרישת הצפיות הסבירה בכל אחד מהם. מודל הרשלנות הוא "מנגנון ההפעלה" של העוולה.

זה כשלושים שנה שולט במשפט הישראלי מודל רשלנות שעיצב השופט ברק. נוכח קשיים ביישומו של מודל זה ונוכח הביקורת שנמתחה עליו בספרות הובעו בפסיקה, החל מאמצע שנות התשעים, ספקות באשר לנאותות מודל זה. הביקורת בפסיקה על מודל ברק הלכה והתגברה בעשור האחרון, והיו שופטים שאף סטו ממנו במוצהר.³ תהליך זה הגיע עד כה לשיאו ולגיבושו בעניין פלוני,⁴ שבו הציע השופט עמית מודל אחר של רשלנות תוך

1 להיבלעות בפועל של עוולת הפרת חובה חקוקה בעוולת הרשלנות ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1221–1244 (2012) (להלן: גבולות האחריות).

2 למסקנה זו ראו ישראל גלעד "דיני הנזיקין בפסיקתו של אהרון ברק" ספר ברק 507–529 והאסמכתאות שם (אייל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

3 לסקירת הביקורת בפסיקה על מודל ברק ראו ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.7.2013) (להלן: עניין פלוני). כן ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 451–459.

4 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3.

הסתייעות בפסיקתו של השופט ריבלין בסוגיית מבנה עולות הרשלנות.⁵ מודל זה יכונה להלן מודל פלוני.

מטרותיה של רשימה זו הן שלוש: ראשית, לנסות ולהסביר בקיצור ובפשטות המרביים שבהם הדבר ניתן (אם בכלל...) מהו מודל הרשלנות של פלוני ומדוע הוא עדיף על מודל הרשלנות של ברק כ"מנגנון הפעלה" של העוולה; שנית, להשיב על השאלות שהעלה השופט דנציגר בפסק דין פלוני באשר לאופן החלתו של המודל שגיבש השופט עמית; שלישית, לסקור ולבחון את מידת קליטתו של מודל פלוני בפסיקה, אם בכלל, בתקופה שחלפה מאז פרסומו. האם אכן מדובר במודל רשלנות מוצע שנקלט בפסיקה ובחשיבה המשפטית ויחליף בהדרגה, עד להטמעתו המלאה, את מודל ברק, או שמא מדובר במודל "מקביל" למודל ברק, אשר ישמש את מבקריו אך לא יביא להפסקת השימוש בו, וכך ישמשו מודל ברק ומודל פלוני יחדיו את הפסיקה?

א. מודל ברק מול מודל פלוני

1. תפקידו של מודל הרשלנות – מתן מענה לשלוש שאלות

תפקידו של מודל רשלנות כלשהו הוא כאמור ליצוק תוכן לכל אחד ממרכיבי העוולה (התרשלנות, חובה וקשר סיבתי לנזק), לקבוע את היחס שבין מרכיבים אלה (חפיפה, השפעה הדדית או אי-תלות) וכן את משמעותה ותפקידה של דרישת הצפיות הסבירה בכל אחד מהם. השאיפה היא למודל שיישמו יוביל לתוצאות הראויות מבחינת היקף ההכרה באחריות ושהחלתו תהיה פשוטה ומובנת.

נפתח במושכלות ראשוניים שאינם שנויים במחלוקת. בדונו בתביעת רשלנות על בית המשפט להשיב על שלוש שאלות:⁶ השאלה האחת היא אם התנהגות הנתבע במועד ובנסיבות של התרחשותה הייתה ראויה על פי המבחן האובייקטיבי (בעיקרו) של "האדם הסביר". אחריות ברשלנות מוטלת רק כאשר התנהגות הנתבע מאופיינת כבלתי ראויה במועד התרחשותה (*Ex ante*) בשל הסיכונים הצפויים והבלתי סבירים שיצרה. כאשר סיכונים אלה גדולים מתועלותיה הצפויות של ההתנהגות, נתפסת ההתנהגות כבלתי ראויה. השאלה השנייה היא אם קיימת זיקה מספקת – עובדתית ומשפטית – בין הנזק שנגרם לתובע בדיעבד (*Ex post*) לבין התנהגותו הבלתי ראויה של הנתבע. גם אם הנתבע התנהג שלא כראוי אך הנזק אינו מקיים זיקה מספקת להתנהגות זו – אם משום שלא נגרם עובדתית ממנה או משום שהוא התממשות של סיכון שאינו צפוי או של סיכון סביר – סיכון שאינו עולתי – אין להטיל אחריות. השאלה השלישית היא אם הטלת האחריות תוביל לתוצאות ראויות מבחינה חברתית. בית המשפט יימנע מלהטיל אחריות גם בשל נזק הקשור סיבתית ומשפטית להתנהגות בלתי ראויה אם הטלת האחריות תוביל לתוצאות שאינן ראויות

5 ראו שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית. השופט עמית ציין כי "מודל הרשלנות המסורתי הכה שורשים בפסיקה, אך דומה כי הגיעה העת לאמץ את המודל המוצע, כפי שהחל למצוא את דרכו בפסיקה בעקבות ביקורת מלומדים" וכי לאור "ההתפתחויות שחלו בפסיקה [...] כבר בשלה העת לתקן את 'תרשים הזרימה' של יסודות העוולה" (שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית).

6 לשאלות אלה ראו ביתר הרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418–419.

כהרתעת יתר, ריבוי התדייניות ועלויות, פגיעה בענפי משפט אחרים, פגיעה בהפרדת רשויות, פגיעה בשוויון ובהגינות ועוד.⁷

2. התפקיד המוסכם של מרכיבי עוולת הרשלנות במענה לשלוש השאלות – חלוקת התפקידים הבסיסית

חלוקת התפקידים הבסיסית של מרכיבי ההתרשלות במתן מענה לשלוש השאלות שלעיל מצויה אף היא בתחומי ההסכמה הכללית – מושכלות ראשוניים.⁸ אין חולק כי מרכיב ההתרשלות מופקד על השאלה אם התנהגותו של הנתבע הייתה ראויה, כי מרכיב הקשר הסיבתי מופקד על בחינת הזיקה העובדתית והמשפטית בין ההתנהגות הבלתי ראויה לבין הנזק, ומרכיב החובה מופקד על שלילת אחריות שאינה רצויה בשל תוצאותיה החברתיות. השוני בין המודלים השונים, כפי שיוסבר להלן, הוא במידה שבה "חלוקת העבודה" בין מרכיבי ההתרשלות סוטה מ"חלוקת התפקידים הבסיסית". על פי מודל פלוני ראוי לדבוק בחלוקה זו. מודל ברק, לעומתו, סוטה מחלוקת התפקידים הבסיסית, בעיקר על ידי הקניית תפקידים נוספים למרכיב ה"חובה", כפי שיוסבר בהמשך.

3. מודל פלוני

מודל פלוני מתאפיין בפשטותו – הוא מאמץ כאמור את "חלוקת התפקידים הבסיסית",⁹ שלפיה כל אחד משלושת מרכיבי האחריות מופקד על מענה לאחת משלוש השאלות: ההכרעה בשאלה אם התנהגות הנתבע ראויה נעשית במסגרת מרכיב ההתרשלות; שאלת קיומה של זיקה מספקת, עובדתית ומשפטית, לנזק נבחנת במסגרת מרכיב הקשר הסיבתי; השאלה אם הטלת אחריות רצויה נבחנת במסגרת מרכיב החובה. על פי מודל זה אין חפיפה בין מרכיבי העוולה – לכל מרכיב תחום אחריות ייחודי לו.¹⁰ וכיצד משתלבת דרישת הצפיות הסבירה במודל פלוני? דרישת הצפיות הסבירה, כידוע, מגלמת את עקרון האשמה. כאשר הנזק מושא התביעה היה בלתי צפוי בעת ההתנהגות, ואי־צפייתו הייתה סבירה, אין לייחס לנתבע "אשמה" בשל נזק זה, ולפיכך אין מקום לחייבו

7 השופט (כתוארו אז) ריבלין ציין בע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385, 409 (2004): "בין שאר השיקולים, נבחנת תחולתן במקרה הנתון של הצדקות הכלליות לקיומה של חובת הזהירות, שהן החשש מפני הרתעת יתר, מפני עומס התביעות, השאיפה להגינות ביחס למזיק (שיקולי צדק) והרצון להימנע מהתנגשות בחיובים אחרים מכוח חוק או חוזה [...] הצדקות אלה מוצבות על כפות המאזניים אל מול האינטרסים אותם משרתת הטלת החבות הנוזיקית ברשלנות [...] ואם בהקשר הרלוונטי, עולה משקלן על משקלם, תוגבל היקפה של חובת הזהירות". לשיקולים המצדיקים הגבלת אחריות ולאסמכתאות נוספות ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

8 ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 420–427. "חלוקת התפקידים הבסיסית" המוצגת כאן מכונה שם "מודל מסורתי", אך מאחר שבעניין פלוני הוצמד התואר "מודל מסורתי" דווקא למודל ברק, ישמש כאן כאמור המינוח "חלוקת התפקידים הבסיסית".

9 או "חלוקת העבודה" ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית.

10 ראו את דבריו של השופט עמית בעניין פלוני: "על רגל אחת, ניתן לתמצת את 'חלוקת העבודה' בין יסוד ההתרשלות ליסוד החובה כלהלן: ביסוד ההתרשלות אנו בוחנים האם ההתנהגות ראויה, וביסוד החובה אנו בוחנים האם הטלת האחריות רצויה לאור שיקולי המדיניות" (שם).

בשל נזק זה בעוולת הרשלנות שהיא עוולה מבוססת־אשמה (Fault-based). "חלוקת העבודה" הברורה בין מרכיבי עוולת הרשלנות במודל פלוני מבהירה ומפשטת את תפקידה וייעודה של דרישת הצפיות בכל מרכיב אחריות.¹¹ במסגרת מרכיב ההתרשלות תוחמת דרישת הצפיות את תחום הסיכונים והתועלות של ההתנהגות הנבחנים לצורך ההכרעה אם התנהגות הנתבע הייתה בלתי ראויה (התרשלות).¹² רק סיכונים ותועלות הצפויים באורח סביר במועד ההתנהגות (*Ex ante*) מובאים בחשבון. לכן אין הדין מתיר "חכמה בדיעבד",¹³ במועד זה טרם אירע הנזק לתובע, והסיכון שייגרם נזק שכזה הוא אחד ממכלול הסיכונים שיצרה ההתנהגות. במסגרת מרכיב הקשר הסיבתי המשפטי נבחנת בדיעבד (*Ex post*) שאלה "נקודתית" של צפיות – השאלה היא אם הנזק שהתממש בפועל, ואשר התביעה מוגשת בגינו, הוא התממשות של אחד הסיכונים שהיו צפויים מראש (*Ex ante*). קשר סיבתי יישלל אם הנזק שנגרם הוא התממשות בדיעבד של סיכון שלא היה צפוי מראש.¹⁴ במסגרת מרכיב החובה אין כלל מקום לדרישת יכולת הצפיות. זאת משום שהשאלה המטופלת על ידי מרכיב החובה במודל פלוני היא אם נכון וראוי להטיל אחריות בשל נזק נתון בהנחה שזה נגרם בהתרשלות ושיש קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלות לכינו. במילים אחרות, בעת הדיון ביסוד החובה בית המשפט מניח כי הנזק הוא התממשות של סיכון עוולתי צפוי שנגרם בהתרשלות. שאלת קיומה של הצפיות הנדרשת בעוולה כבר הוכרעה ומוצתה במסגרת ההכרעה במרכיב ההתרשלות ובמרכיב הקשר הסיבתי.¹⁵ במסגרת מרכיב החובה נדונה השאלה אם רצוי להטיל אחריות בשל נזק צפוי שנגרם לתובע.

4. מודל ברק¹⁶

המאפיין העיקרי המייחד את מודל ברק במונחי הניתוח שלעיל הוא ריבוי תפקידיו של מרכיב החובה. במודל פלוני תפקיד החובה הוא לענות על השאלה השלישית – אם ראוי להטיל אחריות – ואילו במודל ברק ממלאת החובה תפקיד מרכזי גם במענה לשאלה הראשונה – אם התנהגות הנתבע הייתה ראויה במועד התרחשותה ובנסיבותיה. לפי מודל זה, כדי להשיב על השאלה אם התנהגות הנתבע במועד התרחשותה הייתה ראויה או בלתי

- 11 ראו ביתר הרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 463–467.
- 12 בהקשר זה נעשה בפסיקה שימוש תכוף ב"נוסחת הנד". לנוסחה זו ולהבחנה בין נוסחת הנד ה"כלכלית" לזו ה"שיפוטית" ראו שם, בעמ' 296–306.
- 13 שם, בעמ' 543–546.
- 14 ראו רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ (פורסם בנבו, 30.12.2010); עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 23–26 לפסק דינו של השופט עמית; גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, 571–577.
- 15 ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית שבו הוא מאמץ את אמירתו של השופט ריבלין בע"א 10083/04 גודר נ' המועצה האזורית מודיעים, פס' 7 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 15.9.2005) שלפיה "שאלת הצפיות מקומה הגיאוגרפי הנכון הוא במסגרת יסודות ההתרשלות והקשר הסיבתי". חשוב להבחין בהקשר זה בין היכולת לצפות הנדונה כאן תחת דרישת הצפיות לבין ה"צורך" לצפות שאינו אלא כינוי נרדף לחובה במשמעות של אמצעי לשלילת אחריות שאינה רצויה, דהיינו ככלי למתן מענה לשאלה השלישית. כן ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 677–680.
- 16 להצגת מודל ברק ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 10–11 לפסק דינו של השופט עמית. לדיון מקיף וביקורתי במודל ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 429–451.

ראויה (התרשלות), על בית המשפט להכריע קודם לכך בשאלת קיומה של חובה למנוע את יצירתם של סיכונים שיצרה ההתנהגות.

כמו כן מודל ברק מפצל את החובה לשני סוגי חובות: חובה מושגית וחובה קונקרטית. החובה המושגית מבקשת להשיב הן על השאלה הראשונה (אם ההתנהגות ראויה) והן על השאלה השלישית (אם הטלת אחריות רצויה) על פי סוג המצבים שאליו משתייך המקרה הנדון (סוג מזיקים, סוג ניזוקים, סוג פעילות וסוג נזק). החובה הקונקרטית מבקשת להשיב על שתי שאלות שונות אלה בהתייחס למקרה הקונקרטי הנדון (מזיק, ניזוק, פעילות ונזק מסוימים). מודל ברק מתואר בטבלה הזאת תוך השוואתו למודל פלוני:

השאלה	המרכיב המופקד במודל ברק	המרכיב המופקד במודל פלוני
האם ההתנהגות בלתי ראויה?	חובה מושגית – האם על נתבעים מסוגו של הנתבע לפעול למניעתם או להקטנתם של סוג הסיכונים שיצר סוג התנהגותו כלפי סוג הניזוקים? ¹⁷ חובה קונקרטית – האם על הנתבע המסוים היה לפעול למניעה או להקטנה של הסיכון שיצר כלפי הנתבע? התרשלות – האם נקט הנתבע אמצעים מתאימים למניעתו או להקטנתו של הסיכון על פי חובתו המושגית והקונקרטית?	התרשלות – האם מכלול התנהגותו של הנתבע – הן יצירת הסיכון והן האמצעים שננקטו, אם ננקטו – עומד בסטנדרט האדם הסביר?
הקיימת זיקה מספקת בין ההתנהגות הבלתי ראויה לבין הנזק?	קשר סיבתי עובדתי ומשפטי	קשר סיבתי עובדתי ומשפטי
האם הטלת אחריות רצויה?	חובה מושגית – האם רצוי להטיל אחריות על סוג נתבעים כלפי סוג התובעים בשל סוג הנזקים שגורם סוג הפעילות בהינתן תוצאות הטלת האחריות? חובה קונקרטית – האם רצוי להטיל אחריות על הנתבע כלפי התובע בשל הנזק שגרמה הפעילות בהינתן תוצאות הטלת האחריות?	חובה – האם הטלת האחריות רצויה במקרה הנדון בהתחשב בהשלכות הטלת האחריות במקרים שכאלה?

17 או במקרה של מחדל לפעול למניעת סוג הסיכונים שיצר אדם אחר או כוח טבע.

קל להיווכח כי כפל תפקידיו של מרכיב החובה ופיצולו לחובה מושגית ולחובה קונקרטית מגדילים מאוד את מורכבותו של מודל ברק לעומת מודל פלוני. הקושי העיקרי שיוצרת מורכבות זאת הוא טשטוש התחומים בין מרכיב ההתרשלות לבין מרכיב החובה. מאחר שהן ההתרשלות והן החובה המושגית והחובה הקונקרטית אמורות להשיב יחדיו על השאלה הראשונה (אם התנהגות הנתבע הייתה ראויה), מאחר ש"חלוקת התפקידים" ביניהן במתן מענה לשאלה זו אינה ברורה, והיות שאותם השיקולים אמורים לשמש הן את מרכיב החובה והן את מרכיב ההתרשלות במתן מענה זה, הרי שבפועל נוצרה חפיפה בין מרכיב החובה למרכיב ההתרשלות. בתי המשפט משתמשים בהם כמונחים נרדפים. דוגמה בולטת לכך הם מצבים שבהם מבקש השופט לשלול אחריות מכיוון שהתנהגות הנתבע הייתה סבירה: שופט אחד עושה כן על בסיס הקביעה כי לא הייתה התרשלות, ושופט אחר מגיע לאותה תוצאה על בסיס הקביעה שלא התקיימה חובה קונקרטית.¹⁸

לכפל תפקידיו של מרכיב החובה ולפיצולו לחובה מושגית ולחובה קונקרטית השלכה על תפקידיה של דרישת הצפיות הסבירה. ראינו כי במודל פלוני (ובמודל הבסיסי) משמשת דרישת הצפיות את רכיב ההתרשלות (תחימת הסיכונים והתועלות המובאים בחשבון בעת הערכת ההתנהגות *ex ante*) ואת מרכיב הקשר הסיבתי (בחינה אם הנזק שנגרם *ex post* הוא התממשותו של סיכון שהיה צפוי *ex ante*). לעומת זאת במודל ברק משמשת דרישת הצפיות גם את מרכיב החובה ככל שזה בא ליתן מענה (עם מרכיב ההתרשלות יחד) לשאלה אם ההתנהגות ראויה. לפי מודל ברק יש אפוא לבחון את צפיות הסיכונים שיוצרת התנהגות הנתבע *ex ante* לא רק במסגרת מרכיב ההתרשלות אלא גם במסגרת החובה המושגית ובמסגרת החובה הקונקרטית, וזאת כאשר ההבחנה בין חובה להתרשלות בהקשר זה מטושטשת. הרחבה זו של תפקידי דרישת הצפיות מגדילה את מורכבותה ומערפלת גם היא את ההבחנה בין מרכיבי האחריות השונים. לפי מודל ברק דרישת הצפיות אכן הופכת ל"אחד המושגים המסתוריים והמורכבים ביותר בעוולת הרשלנות",¹⁹ ולמשרתם של שלושה אדונים.²⁰ כמו כן קשה להבין מה משמעות יש לדרישת הצפיות בהקשר של חובה מושגית. כיצד ניתן לקבוע אם ניתן לצפות סוג של נזק בסוג של מקרים?²¹ הרי היכולת לצפות נזק תלויה בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה והיא אינה עניין לקביעה עקרונית/מושגית.

קשיים נוספים שיוצר מודל ברק, שלא נרחיב בהם כאן²² הם אלה: טשטוש התחומים בין תפקיד החובה במתן מענה לשאלה אם ההתנהגות ראויה (השאלה הראשונה) לבין תפקידה במתן מענה לשאלה אם הטלת האחריות רצויה (השאלה השלישית); יצירת אי-בהירות באשר לרמת ההפשטה שבה יש לבחון את החובה המושגית (רמת ההפשטה של

18 לדיון ולהצגת הפסיקה בהקשר זה ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 435–440.
 19 גיא שני ואמיר שמואלי "משרתם של שני אדונים? מבחן הצפיות בעוולת הרשלנות" עיוני משפט לד 141, 142 (2011). דברים אלה, בהקשר של מודל ברק, הובאו על ידי השופט עמית בעניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.
 20 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית.
 21 כפי שנעשה בע"א 1167/11 פלוני נ' פלוני, פס' 38–41 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 18.11.2013) (להלן: ע"א 1167/11 פלוני).
 22 ראו לעיל המקורות בה"ש 16.

סוג המצבים שאליהם משתייך המקרה המסוים); צמצום יתר של האחריות כאשר נשללת חובה מושגית; הרחבת יתר של האחריות כאשר מוכרת חובה מושגית והכרה זו מגבירה את הנטייה להכיר בחובה קונקרטיית. שני קשיים נוספים שבהן נרחיב להלן הם קביעת סדר בחינת מרכיבי הרשלנות ויצירתה של "חזקת חובה".

5. סדר בחינת מרכיבי האחריות

בהחלטה של עוולת הרשלנות נשאלת שאלת סדר הבדיקה של מרכיביה: האם לדוגמה ראוי לבחון את קיומה של חובה תחילה ואחר כך את קיומה של התרשלות או שמא קודם התרשלות ואחר כך חובה? ומהו מיקומו הראוי של מרכיב הקשר הסיבתי בהליך הבדיקה? המענה לשאלת סדר הבדיקה של מרכיבי ההתרשלות תלוי בשיקולים שונים ובאיזון שביניהם.²³

שיקול אחד המשליך על סדר הבדיקה הוא שיקול היעילות. אם במקרה מסוים מתבלט לנגד עיני בית המשפט מרכיב אחריות שלכאורה אינו מתקיים, ראוי לבדוק מרכיב זה תחילה, שכן אם אמנם אינו מתקיים ניתן "לחסוך" את בדיקת המרכיבים האחרים ובכך לייעל את הדיון. לדוגמה, אם נראה לבית המשפט כי אין מתקיים מרכיב הקשר הסיבתי המשפטי, יעיל יותר לדון במרכיב זה תחילה, לדחות את התביעה, ובכך לחסוך את הדיון בסוגיית ההתרשלות והחובה. כך לדוגמה אירע בעניין ויצמן,²⁴ שם נקבע כי מאחר שהתאבדותו של תלמיד בשל אמצעי משמעת שננקטו נגדו לא הייתה צפויה, נשלל הקשר הסיבתי המשפטי בין הענישה לבין ההתאבדות, ומתייתר הצורך לדון בשאלה אם הענישה המשמעתית הייתה התרשלות.²⁵

שיקול שני הוא רצונו של בית המשפט להעביר מסר מרתיע או מחנך או כל מסר אחר. שיקול זה יביא לעתים את בית המשפט לדון באותו מרכיב של רשלנות שבאמצעותו הוא מבקש להעביר את המסר, וזאת גם אם למעשה אין בכך צורך, שכן בסופו של דבר נשללת האחריות בשל היעדרו של מרכיב אחר. לדוגמה, אם בעניין ויצמן²⁶ היה בית המשפט מבקש להעביר מסר למוסדות חינוך באשר לאמצעי המשמעת שראוי לנקוט, או להימנע מלנקוט, נגד תלמידים, היה עליו לדון תחילה במרכיב ההתרשלות כדי להבהיר אם בית הספר התרשל בעניין זה אם לאו. אלא שכאמור בית המשפט העדיף להימנע מכך ולשולל את האחריות בשל היעדר קשר סיבתי לנוק.

שיקול שלישי הוא התאמת סדר הבדיקה למודל הרשלנות המיושם, אם ממודל זה נגזר סדר מסוים. ממודל ברק לדוגמה נגזר סדר בדיקה שתחילתו בחובת הזהירות, ראשית המושגית ואחר כך הקונקרטיית. זאת משום שקיומה של חובה על פי מודל זה הוא תנאי הן לקיומה של התרשלות והן להטלת אחריות בשל התרשלות. "קשיחות" זו של מודל ברק בסדר הבדיקה עומדת בליבת הביקורת שנמתחה בפסיקה על מודל ברק תחת הכותרת של

23 ראו בהרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, 467-472.
 24 ע"א 7021/99 עיזבון ויצמן נ' סלע, פ"ד נו(1) 822 (2001).
 25 שם. כן ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 624.
 26 עניין ויצמן, לעיל ה"ש 24.

"התרשלות תחילה".²⁷ לעומת זאת מודל פלוני אינו מחייב סדר בדיקה אחיד אלא מבחין בין שני סוגי מצבים: אלה הנמצאים בליבת האחריות ואלה הנמצאים בגבולותיה.²⁸ באשר למצבים הנמצאים בליבת האחריות בררת המחלף המתבקשת מן המודל (בכפוף לשיקול היעילות ושיקול העברת המסר) היא לפתוח תחילה בשאלת ההתרשלות – היות שמדובר בליבת האחריות ניתן להניח לכאורה קיומה של חובה (במשמעות שהטלת האחריות רצויה ככלל). יודגש כי מדובר בחזקת חובה, וזו ניתנת להפרכה אם יראה הנתבע, או שביית המשפט יקבע, כי בשל מאפיינים מיוחדים של המקרה אין לראות בו מצוי בליבת האחריות, או שלמרות היותו בליבה ראוי שלא להטיל אחריות בגינו. לעומת זאת במצבים המצויים באזורי הספר של האחריות, בגבולותיה, בררת המחלף הראויה היא בדיקת מרכיב החובה תחילה, שכן במצבים אלה השאלה העקרונית והמקדמית (בכפוף לשיקול היעילות ושיקול העברת המסר) היא אם רצוי להטיל אחריות ברשלנות גם בהנחה שהנתבע התרשל וגרם עובדתית לנזק. שיקול נוסף המצדיק להקדים את הדיון בסוגיית החובה באזורי הגבול הוא הצורך לדחות על הסף תביעות שעצם הדיון בהן אינו רצוי בשל הטרדת הנתבע והמערכת. לדוגמה, תביעה המוגשת על ידי ניזוק עקיף בשל נזק רגשי קל שנגרם לו ראוי שתידחה "על הסף" בשל היעדר חובה, מבלי שביית המשפט יידרש לבחון אם הנתבע אכן התרשל או את קיומו של קשר סיבתי. באזורי הגבולות נקודת המוצא היא אפוא "חזקת היעדר חובה". אלא שגם כאן מדובר בחזקה הניתנת להפרכה אם יראה הנתבע כי נסיבות המקרה המיוחדות מצדיקות הטלת אחריות למרות שיוכו לכאורה לאזורי הגבולות. כללו של דבר, מול סדר בדיקה קשיח המותווה על ידי מודל ברק (חובה מושגית, חובה קונקרטי, התרשלות) מודל פלוני מתאים את סדר הבדיקה לסוג המצבים הנדון. עם זאת שיקולי יעילות והעברת מסר יכול וראוי שישנו את סדר הבדיקה בשני המודלים, כשברי כי מודל פלוני "פתוח" לכך יותר.

6. "חזקת חובה" – היחס בין התרשלות לחובה

מאפיין חשוב ומהותי של מודל ברק הוא יצירת "חזקת החובה",²⁹ דהיינו קביעה כי כל אימת שהוכחה התנהגות בלתי ראויה (יצירת סיכון צפוי ובלתי סביר) קמה הנחה כי קיימת חובה,³⁰ ונדרשים טעמים ושיקולים מיוחדים כדי לשלול את החובה. במונחי הדיון לעיל,

27 לביקורת זו ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית; ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 4.1.2009) (דברים שעליהם חזר בעניין פלוני); גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 455–457.

28 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית: "בעוד שעל פי המודל המסורתי סדר הדברים הוא תמיד 'חובה תחילה', הרי שהמודל המוצע של 'התרשלות תחילה', לא יחול בכל מקרה ומקרה, אך יחול במרבית המקרים הנידונים באופן שכיח בבתי המשפט והמשתייכים ל'ליבת דיני הניזוקין' [...] הכוונה לאותם נזקים פיזיים של ניזוקים ישירים המהווים את חלק הארי של תביעות הניזוקין הנידונות בבתי המשפט, שלגביהם כבר התפתחה מעין חזקת חובה בפסיקה".

29 לדיון נרחב וביקורתי בחזקת החובה ובהתפתחותה בפסיקה ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 449–451, 797–802.

30 ובניסוח אחר – כל אימת שקיימת יכולת לצפות (סיכון בלתי סביר) נוצרת הנחה כי יש גם צורך לצפות (דהיינו כי קיימת חובה).

חזקת החובה מניחה כי אם התשובה לשאלה הראשונה – אם התנהגות הנתבע הייתה בלתי ראויה – היא חיובית, קמה הנחה שגם התשובה לשאלה השלישית – אם הטלת האחריות רצויה – חיובית.

הקושי הגדול שמעוררת "חזקת החובה" הוא שחזקה זו היא בלתי ראויה בעליל באזורי הגבולות שבהם הטלת אחריות היא בעייתית בשל החשש מהרתעת יתר, עלות יתר ושאר שיקולים נגד הטלת האחריות. באזורים אלה "חזקת חובה" מובילה להטלת אחריות יתר, על כל הבעייתיות הכרוכה בכך. לא בכדי מצויה בפסיקה הסתייגות מחזקת החובה זה מכבר, ונראה כי השופט ברק עצמו הסתייג ממנה, מה שהביא את השופט עמית לתהות עוד לפני עניין פלוני אם חזקה זו עודנה קיימת.³¹ לעומת זאת מודל פלוני מכיר ב"חזקת חובה" רק באזורי הליכה של האחריות אך שולל אותה באזורי הגבולות ששם, כפי שהוסבר לעיל, לא זו בלבד שחזקה כזו אינה ראויה אלא שראוי בחלק מהמצבים להכיר ב"חזקת היעדר חובה".

7. יתרונותיו של מודל פלוני

לסיכום, הדיון לעיל מצביע על עדיפותו הברורה של מודל פלוני על מודל ברק. מודל פלוני מייחד לכל אחד ממרכיבי הרשלנות תפקיד מוגדר ללא פיצול תפקידי מרכיב החובה וללא פיצול מרכיב החובה עצמו. בכך נמנעות המורכבות הגדולה של מודל ברק והחפיפה שהוא יוצר בין מרכיב החובה למרכיב ההתרשלות על כל ההשלכות השליליות של מורכבות וחפיפה אלה. מודל פלוני, שלא כמודל ברק, מייחד לדרישת הצפיות הסבירה תפקיד מוגדר ושונה בשני מרכיביה של עוולת הרשלנות ובכך מקל מאוד על הבנתה ויישומה ותורם להבחנה בין מרכיבים אלה.³² כמו כן מודל פלוני מקנה גמישות גדולה יותר בשאלת סדר הבדיקה של מרכיבי עוולת הרשלנות תוך התאמת סדר זה לסוג המצבים הנדון. בד בבד שולל מודל פלוני את "חזקת החובה" כחזקה כללית הלוקה באי-הבחנתה בין ליבת האחריות לבין גבולותיה.

סימוכין ותמיכה במודל פלוני מצויים בהגדרת עוולת הרשלנות בפקודת הנזיקין. כאמור, על פי מודל ברק החובה היא גם חלק ממרכיב ההתרשלות – אין התרשלות ללא חובה למנוע סיכון – ואילו על פי מודל פלוני תפקיד החובה הוא רק לשלול אחריות בלתי ראויה אך לא לקבוע אם קיימת התרשלות. מקריאת סעיף 35 לפקודת הנזיקין עולה בבירור כי זה, כמו מודל פלוני, מבחין בין התרשלות שיש לצדה חובה לבין התרשלות שאין לצדה חובה.³³ הבחנה זו, שעליה עמד השופט ריבלין בעניין נחום,³⁴ מצויה גם בהגדרת הרשלנות

31 ע"א 9073/09 אסותא מרכזים רפואיים בע"מ נ' שרף, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.6.2011); עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט עמית.

32 השוו את מורכבותו הגדולה של "תרשים הזרימה" של מודל ברק כפי שהוצג בעניין פלוני על ידי השופט עמית לפשטות היחסית של תורים הזרימה של מודל פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 11, 27 לפסק דינו של השופט עמית.

33 ס' 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 מגדיר תחילה מהי "התרשלות" (התנהגות בלתי סבירה) ולאחר מכן קובע כי אם נוסף על התרשלות קיימת גם חובה, "הרי זו רשלנות". מלשון זו ברור כי ההתרשלות עומדת בפני עצמה ואינה תלויה בקיומה של חובה. השילוב של התרשלות מובחנת עם חובה מובחנת הוא היוצר את ה"רשלנות".

בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011.³⁵ התנאת קיומה של התרשלנות בקיומה של חובה אינה מתיישבת אפוא עם לשון החוק הקיים ולא עם לשונו המוצעת. זאת ועוד, בתפיסה שלפיה הכרה בחובת זהירות נזיקית כלפי הניזוק היא תנאי לקיומה של התרשלנות (המפרה את החובה) קיים קושי לוגי. הקושי הוא שחובת הזהירות הנזיקית המקימה אחריות היא לעולם חובה כלפי ניזוק מסוים (*In personam*), והחובה לא להתרשל היא חובה כלפי העולם כולו (*In rem*). ראינו כי כאשר בית המשפט בוחן אם הנתבע התרשל הוא עושה כן מראש (*Ex ante*) בנקודת הזמן שבה פעל הנתבע, על ידי הערכת מכלול תוצאותיה הצפויות של ההתנהגות כלפי כל מי שמושפע ממנה ולא רק כלפי מי שבדיעבד (*Ex post*) ניזוק מההתנהגות. הקביעה כי הנתבע התרשל יכולה אפוא שתהיה מבוססת על הסיכונים שיצרה התנהגותו לא כלפי מי שבדיעבד ניזוק אלא כלפי אחרים, בין שאלה ניזוקו בדיעבד ובין שלא. במצבים שכיחים אלה אי אפשר לומר כי הנתבע התרשל בכך שהפר חובה כלפי הניזוק. התרשלותו נובעת מכך שסיכן אחרים. לעומת זאת במודל פלוני החובה אינה עוסקת כלל בשאלת טיב ההתנהגות (אם הנתבע התרשל) אלא בשאלה אם האחריות רצויה, בהנחה שהנתבע התרשל. במודל זה לא קיים אפוא הכשל הלוגי של קביעת התרשלנות *in rem* על פי חובה שהיא *in personam*.

ב. מענה לשאלותיו של השופט דנציגר

בעניין פלוני³⁶ כתב השופט דנציגר את הדברים האלה באשר למודל שגיבש השופט עמית:

אציין כי הדיון במודל המוצע לעולת הרשלנות הינו בגדר "למעלה מן הצורך" בנסיבות המקרה דנא, שכן המקרה שלפנינו מעלה שאלות מתחום הקשר הסיבתי בלבד. ואולם, מפאת חשיבות העניין ועל אף שאני מסכים לניתוחו של חברי השופט עמית בכל הנוגע להקדמת בחינת ההתרשלנות במסגרת עולת הרשלנות, אדרש למספר שאלות הנגזרות מהמודל שהציע חברי אשר יהיה צורך להכריע בהן בבוא העת.

שאלה ראשונה שיהיה צורך להכריע בה היא מה משמעותה של אותה "חובת זהירות כללית" אשר במסגרתה על אדם להימנע מיצירת סיכון צפוי ובלתי סביר והאם להפרת חובה זו יש השלכות משפטיות גם כאשר לא נגרם נזק.

34 עניין נחום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 408: "תחולתה של עולת הרשלנות היא, בין השאר, פועל יוצא של קביעת גדריה של חובת הזהירות. גדרים אלה עשויים לבור את אותם המקרים שבהם התרשל אדם, ואשר לאור שיקולי מדיניות ראוי להטיל עליו אחריות בגין מעשיו, מבין המקרים בהם התרשל אמנם המזיק, אלא ששיקולי המדיניות מביאים את בית המשפט למסקנה כי לא יהא זה ראוי להטיל עליו אחריות".

35 ס' 386 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712 קובע כי "רשלנות היא התרשלנות הגורמת נזק לאדם שכלפיו חייב המזיק בנסיבות העניין חובה לא להתרשל". ההוראה מבחינה גם היא בין התרשלנות שיש עמה חובה לבין התרשלנות שאין עמה חובה. למסקנה כי הוראה זו תומכת במודל פלוני ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

36 שם.

שאלה שנייה שיהיה צורך להכריע בה היא באלו מקרים לא תהיה הצדקה להקדים את בחינת רכיב ההתרשלות ויהיה נכון לדון בסוגיה לפי הכלל של "חובה תחילה".

שאלה שלישית שיהיה צורך להכריע בה היא כלפי מי יש לצפות את הסיכון הסביר מנקודת מבט ex-ante במסגרת רכיב ההתרשלות [...] כדי לא לפרוץ את גבולות האחריות הנזיקית בגין מעשי רשלנות מעבר לרצוי, נראה כי יהיה צורך לשקול האם לא ראוי שהסיכון הסביר שמזיק צריך לצפות מנקודת מבט ex-ante יהיה צפוי גם ביחס לניזוק המסוים.³⁷

אלה הן שאלות חשובות שבאמצעותן מבקש ככל הנראה השופט דנציגר לברר היטב מהן השלכותיו ומשמעותיותו של שינוי חשוב ויסודי זה במודל הרשלנות קודם להחלטה בעתיד על אימוצו.³⁸ להלן ייעשה ניסיון להשיב על שאלות חשובות אלה תוך הסתייעות בדברים שכתב השופט עמית בפסק דינו.

1. השאלה הראשונה

"מה משמעותה של אותה 'חובת זהירות כללית' אשר במסגרתה על אדם להימנע מיצירת סיכון צפוי ובלתי סביר והאם להפרת חובה זו יש השלכות משפטיות גם כאשר לא נגרם נזק?"³⁹

המענה לשאלת משמעותה של אותה "חובת זהירות כללית" הוא שכאשר אדם עוסק בפעילות המסכנת אחרים, ראוי כי יפעל על פי ציויים מוסריים/חברתיים המקובלים על בית המשפט, דהיינו יימנע מיצירת סיכונים נזק שאינם מתיישבים עם ציויים מוסריים/חברתיים אלה. בלשונו של השופט עמית, זוהי "חובה כללית שלא להתנהג בצורה עוולתית על ידי יצירת סיכון כלפי הזולת".⁴⁰ הפרת ציויים מוסריים/חברתיים שאומצו על ידי בית המשפט, פוגמת בהתנהגות והופכת אותה ל"התרשלות" המפרה את חובת הזהירות הכללית – החובה לא להתרשל. כפי שציין הנשיא שמגר בעניין לוי, "חובת זהירות כללית קיימת תמיד".⁴¹ בין הציויים המוסריים/חברתיים שעל פיהם בית המשפט קובע מתי התנהגות נתונה היא בלתי ראויה ומפרה את החובה הכללית לא להתרשל מצויות הדרישות המוסריות/חברתיות המופנות כלפי פרטים בחברה לנהוג כלפי עמיתיהם בכבוד, בהגינות ובשוויון ("ואהבת לרעך כמוך",⁴² "דעלך סני לחברך לא תעביד",⁴³ ולא להזיק לאחר בחוסר תום לב⁴⁴ או

37 שם, פסק דינו של השופט דנציגר.

38 ראו להלן פרק 6.ג באשר לעמדת שופטי בית המשפט העליון.

39 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פסק דינו של השופט דנציגר.

40 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

41 בע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 67 (1994). הדברים מובאים במלואם בעניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית. על קיומה של "חובת זהירות כללית" נמתחה ביקורת על ידי אביחי דורפמן. לביקורת זו ולמענה עליה ראו להלן ה"ש 48.

42 ויקרא יט 18.

43 בבלי, שבת לא, ע"א.

בניצול לרעה של כוח ושליטה בעניינו של אותו אחר.⁴⁵ יודגש כי בין הציוויים החברתיים שהפרתם יכולה להיחשב התרשלנות נכללים גם ציוויים משפטיים שמחוץ לעולת הרשלנות.⁴⁶

באשר להשלכותיה המשפטיות של הפרת "החובה הכללית" לנהוג בסבירות בראייה חברתית/מוסרית בעת יצירת סיכונים, אלה נגזרות מיחסם של ענפי המשפט השונים להפרת חובה זו. הפרה שכזו תוביל להטלת אחריות בעולת הרשלנות כאשר היא גורמת – עובדתית ומשפטית – לנזק, וכאשר הטלת האחריות בשל נזק זה שנגרם רצויה (דהיינו מוכר קיומה של חובה). בהיעדר חובה, ועל אף קיומה של התרשלנות המפרה את חובת הזהירות הכללית, לא יינתן סעד בעולת הרשלנות, אך אפשר כי יינתן סעד בענף משפטי אחר, וזאת אם ההתנהגות הבלתי סבירה המפרה את החובה הכללית לנהוג בסבירות מקיימת את התנאים למתן סעד בענף האחר. אפשר כי הפרת החובה הכללית לנהוג בסבירות לא תוביל לסעד משפטי כלשהו, שכן אין היא מקיימת את דרישות האחריות בענף משפטי כלשהו. בהיעדר נזק הדעת נותנת כי השלכותיה המשפטיות של החובה תהיינה מצומצמות, אם בכלל, שכן גרימת נזק היא תנאי בהסדרי אחריות רבים, ובראשם עולת הרשלנות. רק אם ענף משפטי אחר או עוולה אחרת מקנים סעד בשל התנהגות שיש עמה הפרת חובת הזהירות הכללית גם אם אינה גורמת לנזק, יינתן סעד משפטי בהיעדר נזק. המענה הכולל לשאלתו של השופט דנציגר הוא אפוא שהשלכותיה המשפטיות של התנהגות בלתי סבירה נקבעות על ידי הדרישות הקיימות בענפי המשפט השונים להענקת סעד משפטי במקרים של התנהגות שאינה סבירה. לדוגמה, בגידה ממושכת, גלויה ופוגענית של בן זוג אחד בבן זוגו האחר יכולה להיחשב התנהגות בלתי סבירה שיש עמה הפרת ציווי מוסרי/חברתי (משום שאדם סביר אינו נוהג כך), אך מכאן אין נגזרת סנקצייה נזיקית בעולת הרשלנות אם כי תיתכן סנקצייה של דיני המשפחה. כפי שציין השופט עמית בנסיבות עניין פלוני: "ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של 'לא תנאף' היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט. הדין הנזיקי אינו חרב התלויה מעל

44 לעניין זה יפים דבריו של הנשיא ברק בע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999) שלפיהם "השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד האחר. אדם לאדם – לא זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם". לשיקול ההגינות ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 209–220.

45 לעניין כללי ההתנהגות הראויים במצבים שבהם אדם אחד שולט בענייניו של אדם אחר התלוי בו ראו ע"א 585/82 קוסי נ' בנק י.ל. פויכטוונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, פס' 46–54 לפסק הדין (1985).

46 לסוגיה זו, בעיקר בהקשר של "הפרת חובה חקוקה" והיחס בינה לבין עולת הרשלנות, ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 520–536, 1221–1228. יצוין כי במקורה נתפסה ההתרשלנות לא כשאלה נורמטיבית של "הפרת חובת זהירות כללית", שמקורה בציוויים מוסריים/חברתיים, אלא כשאלה עובדתית – כיצד היו מתנהגים אנשים רגילים (Ordinary) בנעלי הנתבע. התנהגות נחשבה התרשלנות משום שלא תאמה את המקובל. לא בכדי הוקנתה הסמכות להשיב על שאלה עובדתית זו לחבר המושבעים כ"אנשים רגילים" ולא לשופט. המעבר מתפיסת ההתרשלנות כסוגיה עובדתית של "איך מתנהג האדם הרגיל" לתפיסתה כסוגיה נורמטיבית של "איך צריך אדם להתנהג בראייה מוסרית/חברתית" נעשה מאוחר יותר בהתפתחות הדין, והוא מעורר שאלות לא פשוטות. ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 476–488.

מיטת בני הזוג".⁴⁷ המחשה אחרת להבחנה בין הפרת ציווי מוסרי שיש עמה סעד משפטי להפרה שכזו שאין עמה סעד מצויה בגישות שונות לשאלה אם הפרת הציווי "ואהבת לרעך כמוך" היא מקור לסנקצייה נזיקית או שמא הציווי הוא חברתי/מוסרי בלבד.⁴⁸

47 ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013) (להלן: ע"א 8489/12 פלוני).

48 גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 560–561. על הגישה לעיל באשר לקיומה של חובה כללית לא להתרשל ולנהוג בסבירות ביצירת סיכוני נזק נמתחה ביקורת חריפה על ידי אביחי דורפמן במאמרו "זהירות! חובה" משפטים לב 87, 109–117 (2012) (להלן: דורפמן "זהירות! חובה"). זאת במסגרת ביקורתו הכללית של דורפמן על ההבחנה בין החובה הכללית לא להתרשל לבין "החובה היוחסתית" השוללת אחריות גם במקרים של התרשלות, הבחנה שאומצה במודל פלוני. השופט עמית לא קיבל בעניין פלוני את ביקורתו של דורפמן ודבק בגישה שלפיה "לכל אדם יש חובה כללית שלא להתנהג בצורה עוולתית על ידי יצירת סיכון כלפי הזולת" (פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 15). בשל חשיבות הסוגיה ראוי להרחיב כאן את הדיון בביקורתו של דורפמן ובמענה לה.

תמצית טענתו של דורפמן היא כי "חובה כללית לא להתרשל פשוט אינה קיימת" (דורפמן "זהירות! חובה", שם, בעמ' 111). זאת, לשיטתו, משום שלא המשפט, לא המוסר ולא גישות תוצאתניות (יעילות) יוצרים מקור נורמטיבי לחובה כללית שכזו, ובהיעדר מקור נטען אחר יש לזנוח את הטענה בדבר קיומה. המענה לטענת דורפמן הוא שקיים מקור נורמטיבי ברור לחובה הכללית לא להתרשל. מקור זה הוא כאמור אותן נורמות מוסריות ונורמות חברתיות (לרבות נורמות משפטיות בדין חיצוני לעולת הרשלנות) אשר בשל הפרתן בית המשפט מאפיין את ההתנהגות כהתרשלות. כשבית משפט קובע כי התנהגות היא התרשלות בשל היותה בלתי מוסרית, פשיטא כי הציווי המוסרי שהפרתו הפכה את ההתנהגות להתרשלות הוא מקור החובה (המוסרית) לא להתרשל באופן זה. בהקשר זה יפים דברי השופט ברק, שמקורם בהלכות המכוננות במשפט האנגלי (ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 559–561), כי התפיסה המוסרית של "ואהבת לרעך כמוך" היא "תפיסה העומדת ביסוד דיני הרשלנות" (ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733, 742 (1988)). כשבית משפט קובע כי התנהגות היא התרשלות בשל סטיית מנהג מקובל, פשיטא שהנורמה החברתית שהופרה היא מקור החובה החברתית לא להתרשל על ידי סטייה מנהג זה. כאשר ההתנהגות היא התרשלות משום שהופרה חובה חקוקה, פשיטא שמקור החובה לא להתרשל הוא בחובה החקוקה.

אם כך, מדוע סבור דורפמן כי אין במוסר ובנורמות חברתיות מקור והצדקה לחובה כללית לא להתרשל? הסתייגותו מעיגון חובה כללית שכזו בנורמות מוסריות וחברתיות נובעת בעיקר מההתנגשות הקיימת לדעתו בין חובה כללית לא להתרשל לבין ערך החירות שמכוחו ראוי לעתים להכיר בזכותו של אדם להזיק לאחר (תחרות כלכלית, בגידה בבן זוג, פגיעה בשם טוב ורגשות, תחרות ספורט, מחדל לסייע לאחר ועוד). הקושי בטיעון זה הוא שהוא מתעלם מכך שקביעת בית המשפט כי התנהגות נתונה היא התרשלות כבר הביאה בחשבון את ערך החירות ואיזנה אותו עם ערכים אחרים. כפי שציין השופט ברק, התחשבות בחופש הפעולה של המזיק היא שיקול אינטגרלי של ההכרעה בשאלת קיומה או היעדרה של התרשלות (ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 131 (1982)). ערך החופש אינו חיצוני ומנוגד לחובה הכללית לא להתרשל, אלא אחד השיקולים המעצבים את גבולותיה של חובה זו, בהתחשב כמובן לא רק בחופש הפעולה של המזיק אלא גם בחופש של הניזוק מנוק. לדיון נרחב בסוגיה זו ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159–170, 225–226, 318–321, 335–337, 383–384, 391–392. קביעה כי אדם התרשל, לאחר שהובא בחשבון שיקול החירות, כמוה כקביעה כי אדם חרג מגבולות חירותו הראויה. בכך נשמט הבסיס מתחת לטיעונו של דורפמן כי ערך החירות אינו מאפשר לעגן את החובה הכללית שלא להתרשל בנורמות מוסריות וחברתיות.

מוקשה גם הטיעון הנוסף שמעלה דורפמן כי לא ניתן לעגן את החובה הכללית שלא להתרשל בגישה הכלכלית למשפט כגישה תוצאתנית (דורפמן "זהירות! חובה", שם, בעמ' 115–117). דורפמן טוען כי התפיסה הכלכלית שלפיה כדי לקדם יעילות יש להטיל את האחריות בשל נזק רק על מי שהיה יכול למנוע באורח היעיל ביותר – "המונע הזול" – ולא על אחרים שיכלו גם הם למנוע את הנזק (הגם

2. השאלה השנייה

"באלו מקרים לא תהיה הצדקה להקדים את בחינת רכיב ההתרשלות ויהיה נכון לדון בסוגיה לפי הכלל של 'חובה תחילה'".⁴⁹

המענה לשאלה זו הוא שהקדמת הדיון בשאלת החובה לדיון בשאלת ההתרשלות היא בררת המחדל הראויה במצבים שאינם מצויים בליבת האחריות הנוזיקית אלא בגבולותיה. הקביעה אילו מצבים מצויים בליבת האחריות ואילו בגבולותיה תלויה כמובן בהתפתחותה של שיטת המשפט.⁵⁰

מצבים המצויים בליבת דיני הנוזיקין 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 הקונקרטיות של התרשלות וקשר סיבתי. בליבת דיני הנוזיקין במשפט הישראלי מצויים כיום, כפי שצוין בעניין לוי, נזקים שמקורם בנזק פיזי לגוף ולרכוש של התובע שנגרמו מסיכון שיצר הנתבע.⁵¹ כן מצויים בליבה זו מצבי נזקים שמקורם אינו בנזק פיזי לתובע – נזקים כלכליים ונפשיים "טהורים" – אם נגרמו בשל סיכון שיצר הנתבע ובכפוף להתקיימות מגבלות ותנאים שנקבעו בפסיקה כדי להגביל את האחריות. לדוגמה, אחריות לנזק כלכלי טהור תוטל כלפי ניזוק ישיר כאשר בינו לבין הנתבע מתקיימים התנאים של "יחסים מיוחדים", "נטילת אחריות" והסתמכות סבירה. אחריות לנזק נפשי טהור תוטל במקרים של פגיעה ישירה בליבת האוטונומיה בשל אי-מסירת מידע נדרש בטיפול רפואי. אחריות לנזקים נפשיים בלבד שנגרמו לניזוק עקיף תוטל כאשר מתקיימים תנאי אלסוחה.⁵² בליבה זו מצויות אפוא

שבעלות מניעה גבוהה יותר), מעידה שהחובה לא להתרשל אינה חובה כללית – היא הרי אינה מוטלת על מונעי הנזק האחרים. המענה לטיעון זה הוא שכאשר קיימים כמה מונעי נזק שלא מנעו אותם, הגישה הכלכלית מייחסת התרשלות (כלכלית) רק ל"המונע הזול" ולא לאחרים שיכלו למנוע אך לא היו צריכים למנוע. במילים אחרות, על פי הגישה הכלכלית למשפט, כן קיימת חובה כללית המוטלת על כלל "המונעים הזולים" (להבדיל ממונעים אחרים) למנוע את הנזק.

טיעון אחר שמעלה דורפמן הוא שקיומה של חובה כללית לא להתרשל שאינה מלווה בהטלת אחריות משפטית במצבי התרשלות יגרום ל"זילותה" של אותה חובה כללית בבחינת "הלכה ואין מורים כן" (דורפמן "זהירות! חובה", שם, בעמ' 123–127). המענה לטיעון זה הוא שלקביעה שיפוטית כי התנהגות מסוימת היא התרשלות המנוגדת לנורמות מוסריות/חברתיות יש ערך מחנך ומרתיע גם כשאינה מלווה בהטלת אחריות משפטית ברשלנות (גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 622–624). כאשר למרות הקביעה כי התנהגות נתונה היא התרשלות נשלל קיומה של אחריות משפטית לנזק שגרמה – בשל שיקולי מדיניות "פרגמטיים", כחשש מהרתעת יתר או מעלות יתר, או בשל היעדר קשר סיבתי משפטי לנזק – עדיין יש חשיבות גדולה לקביעה זו: היא משדרת מסר לכל מי שחושבת להתנהג כך כי הדבר אינו ראוי, וכי התנהגות זו חשופה לסנקצייה משפטית אם ישתנו שיקולי המדיניות (והם משתנים) או אם ימצא קשר סיבתי משפטי לנזק.

49 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פסק דינו של השופט דנציגר.

50 ראו בהרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 467–472.

51 עניין לוי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 66.

52 רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990). לדיון בסוגיית הניזוק העקיף הסובל נזק נפשי ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 965–983.

משבצות אחריות נרחבות, ובהן אחריות מוסדות רפואיים כלפי מטופלים לרבות בשל נזקים נפשיים טהורים; אחריות מעבידים לבטיחות עובדיהם; אחריות יצרנים כלפי המשתמשים במוצריהם (לרבות מבנים); אחריות הורים ומורים כלפי קטינים המצויים בפיקוחם; אחריות מחזיקי מקרקעין הפתוחים לציבור; אחריות מקצועית של בעלי מקצוע כלפי לקוחותיהם לרבות בשל נזקים כלכליים טהורים; אחריות של נותני שירותים כלפי לקוחותיהם לרבות בשל נזקים כלכליים טהורים; אחריות רשויות ציבור בשל יצירת סיכון או אי-מניעת סיכון שעליו הוענקה להם סמכות פיקוח ממשית ואפקטיבית.

לעומת זאת מצבים המצויים בגבולות דיני הנזיקין הם אלה שבעניינם עדיין קיים ספק אם הטלת אחריות בשל התרשלות שגרמה לנזק אכן תוביל לתוצאות חיוביות, או ששכרה של הטלת אחריות (למשל במונחי השגת הרתעה) יצא בהפסדה (למשל במונחי הרתעת יתר).⁵³ במצבים אלה עדיין יש לבחון את מאזנה של הטלת אחריות, במסגרת הדיון במרכיב החובה, ולהחליט בהתאם אם ראוי להטיל אחריות, ואם כן – באילו תנאים להגבילה. בעניין דריין⁵⁴ לדוגמה הוחלט לשלול ככלל את אחריות נושאי משרה בחברה כלפי בעלי מניות הסובלים בעקיפין נזק כלכלי טהור בשל פגיעה בחברה, ולהכיר בה רק כאשר שלילת אחריות תפגע פגיעה קשה בהרתעה. בעניין נחום⁵⁵ נחלקו השופטים באשר לתנאים שבהם יש להגביל את אחריותו של עורך דין כלפי הצד האחר לעסקה של לקוחו. בתחום הגבולות מצויה גם הסוגיה של נזק נפשי לניזוק עקיף שאינו מקיים את תנאי חומרת הנזק שנקבעו בעניין אלסוחה.⁵⁶ גם מצבי "המחדל הטהור" – מצבים שבהם תוטל אחריות על אדם שלא יצר את הסיכון לנתבע והטענה כלפיו היא שלא פעל לנטרול הסיכון – מצויים רובם באזור הגבולות. במצבים אלה על בית המשפט לקבוע מהם "היחסים המיוחדים" שקיומם הוא תנאי המצדיק הטלת אחריות.⁵⁷ סוג אחר של מצבי גבול הוא של רשויות ציבור המפעילות "שיקול דעת רחב" (הלכת לוי⁵⁸ וההסתייגות ממנה בעניין שתיל).⁵⁹ דוגמאות נוספות שהביא השופט עמית למצבי גבול הן "חובת זהירות של ספקי אינטרנט או מנהלי אתרים באינטרנט כלפי משתמשים" ו"האם חובת הזהירות משתרעת גם על רגשותיו של הצד שכנגד".⁶⁰

להקדמת בדיקת החובה לבדיקת ההתרשלות במצבי גבולות האחריות יש יתרונות ברורים במונחי יעילות והרתעה. בהיבט היעילות נחסך הצורך לבדוק ולהעריך את טיב התנהגות הנתבע במצבים שבהם תישלל ממילא אחריותו בשל היותה בלתי רצויה. בהיבט

53 ראו גם האמור בעניין לוי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 67.
 54 ע"א 3051/98 דריין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673 (2004).
 55 עניין נחום, לעיל ה"ש 7.
 56 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 52.
 57 ראו הדיון בגבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 985–1026.
 58 עניין לוי, לעיל ה"ש 41.
 59 ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ (פורסם בנבו, 19.3.2007). להתפתחות ההלכה בסוגיית אחריותן של רשויות ציבור ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, פרק 11.
 60 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.

ההרתעה גישת החובה תחילה מגנה על הנתבע מפני הטרדתו בתביעות סרק הגורמות להרתעת יתר בשל העלות הכרוכה בהתדיינות.⁶¹ מכל מקום, חשוב להדגיש כי סיווגו של מצב כנתון כ"מצב ליבה" או "מצב גבולות" אינו צריך לעורר קושי מהותי בהפעלת מודל פלוני ככל שמדובר בסדר הבדיקה של מרכיבי העולה. במקרים שבהם קיים ספק באשר לסיווג, יכול בית המשפט לבדוק תחילה את ההתרשלות או לבדוק תחילה את החובה. כבר ראינו כי סדר הבדיקה יכול שייקבע לא על פי המודל החל אלא על פי שיקולי יעילות או העברת מסר, ובכל מקרה מודל פלוני גמיש בהרבה ממודל ברק בהקשר זה.

3. השאלה השלישית

כלפי מי יש לצפות את הסיכון הסביר מנקודת מבט *ex-ante* במסגרת רכיב ההתרשלות [...] כדי לא לפרוץ את גבולות האחריות הנוזקית בגין מעשי רשלנות מעבר לרצוי, נראה כי יהיה צורך לשקול האם לא ראוי שהסיכון הסביר שמזיק צריך לצפות מנקודת מבט *ex-ante* יהיה צפוי גם ביחס לניזוק המסוים.⁶²

התשובה לשאלה היא שהשופט דנציגר צודק: הסיכונים והתועלות שאותם יש לבחון במסגרת הבחינה *ex ante* של תוצאות ההתנהגות כוללים גם את הסיכון שיצרה התנהגות הנתבע כלפי הניזוק המסוים. אם סיכון זה הוא סביר אך הסיכונים האחרים הם ההופכים את ההתנהגות להתרשלות, לא תוטל אחריות כלפי הניזוק בשל התממשות הסיכון הסביר למרות ההתרשלות, וזאת בשל היעדר קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלות שיצרה סיכונים שאינם סבירים (כלפי אחרים) לבין הנזק שמקורו בסיכון סביר (כלפי הניזוק המסוים).

ג. מודל הרשלנות בפסיקה שלאחר פלוני

כפי שציין השופט דנציגר בעניין פלוני, "הדיון במודל המוצע לעולת הרשלנות הינו בגדר 'למעלה מן הצורך' בנסיבות המקרה דנא".⁶³ השופט השלישי בהרכב, השופט שהם, הסכים לתוצאה שאליה הגיע השופט עמית אך לא התייחס כלל למודל הרשלנות שהציע השופט עמית.⁶⁴ ברי אפוא כי המודל המוצע אינו חלק מטעם הפסק של ההחלטה בפלוני, ולכן אין הוא מחייב. נשאלת אפוא השאלה אם, כיצד ועד כמה נקלט וייקלט בעתיד מודל פלוני בפסיקה ובחשיבה המשפטית. האם יחליף בהדרגה את מודל ברק ויבוא במקומו, או שמא ישמש רק מודל רשלנות חלופי למי שדעתם אינה נוחה ממודל ברק או מדרכי יישומו? הדעת נותנת כי לאחר עשרות שנים ואלפי/עשרות אלפי פסקי דין שבהם יושם מודל ברק יקשה על הפסיקה לאמץ באחת מודל רשלנות שונה, וכי תהליך המעבר למודל פלוני, אם

61 ראו ביתר הרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 469–470.

62 עניין פלוני, לעיל ה"ש 3, פסק דינו של השופט דנציגר.

63 שם.

64 שם, פסק דינו של השופט שהם.

הדבר יקרה, יהיה ממושך, בין היתר גם משום שבעת הזו פסקי הדין הנדונים בערכאות ערעור נכתבו על פי מודל ברק, וגם כתבי טענות בערכאות הדיוניות נכתבו, וכנראה עדיין נכתבים, על פי מודל ברק כל עוד מודל פלוני לא הוטמע. עם זאת מעניין לבחון כבר עתה, בטרם מלאה שנה לפסק הדין, אם, כיצד ועד כמה נקלט בפסיקה מודל פלוני כחלופה למודל ברק. נבחן תחילה את פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה ולאחר מכן את ההתייחסות למודל פלוני בפסקי הדין במחוזי ובשלום שבהם הוזכרה סוגיית מבנה עוולת הרשלנות על רקע ההחלטה בעניין פלוני.

1. ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני

בפרשה אחרת שכותרתה פלוני נ' פלוני,⁶⁵ טען התובע כי הנתבע, גיסו, שניהל רומן עם אשת התובע, אחראי כלפיו ברשלנות בשל הנכות הנפשית שגרמה לו הפרשה. התביעה נדחתה על הסף ובית המשפט העליון אישר את דחייתה. השופט עמית,⁶⁶ לפי מודל פלוני, אפיין את הסוגיה, ובצדק, ככזו המצויה בגבולות האחריות ברשלנות ולא בליבתה (נזק נפשי הנגרם במערכת יחסים בין-אישית)⁶⁷ ולפיכך בחר לפתוח בדיון ביסוד החובה, דהיינו בשאלה אם הטלת אחריות רצויה.⁶⁸ לכך השיב בשלילה בשל הטעמים האלה:⁶⁹ רתיעת המשפט מכניסה אל מערכות יחסים אינטימיות;⁷⁰ ביטויה של רתיעה זו בהחרגת קשר הנישואים מתחומי העוולה של גרם הפרת חוזה, החרגה שלא ראוי כי תיעקף באמצעות עוולת הרשלנות;⁷¹ צורך להגן על התא המשפחתי; החשש מהצפת בתי משפט; החשש מ"משפטיזציה" של חיי הנישואין; החשש של הכנסת ה"אשם" בדלת האחורית אל יחסי הממון בין בני זוג. משנקבע כי הטלת אחריות אינה רצויה, ניתן אישור לדחיית התביעה על הסף כדי למנוע בעתיד התדיינות בלתי רצויה בסוגיות אלה.

בהחלטה זו ניתן למצוא דוגמה למענה לשאלות שהעלה השופט דנציגר בעניין פלוני. לשאלתו "מהי חובת הזהירות הכללית" ו"מהן תוצאות הפרתה" – אם קיים ציווי מוסרי/חברתי "לא לבגוד", ואם התנהגות נתבע המפרה ציווי זה נחשבת בעיני בית המשפט כבלתי סבירה – הרי שהנתבע התרשל והפר את החובה הכללית לא להתרשל – חובה

65 ע"א 8489/12 פלוני, לעיל ה"ש 47.

66 בהסכמת השופט שהם והשופט דנציגר בכל הנוגע לניתוח הנוזיקי.

67 ע"א 8489/12 פלוני, לעיל ה"ש 47, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

68 בהקשר זה ציין שם השופט עמית כי הקדמת הדיון ביסוד החובה ליסוד ההתרשלות תואמת את המודל המסורתי, מודל ברק, והוסיף כי "לצורך הדיון" הוא מוכן אף להחיל את "חוקת החובה" של מודל ברק, שאותה ביקר בעניין פלוני, לעיל ה"ש 3, שכן גם לפי תפיסה מרחיבת אחריות זו אין להטיל אחריות בנסיבות המקרה. השופט עמית ביקש אפוא להדגיש כי גם על פי מודל ברק הייתה מתקבלת התוצאה שאליה הגיע. נראה כי מטעם זה, השימוש החלופי במודל ברק, לא ראו השופט שהם והשופט דנציגר מניעה להסכים לפסק דינו של השופט עמית בהיבט הנוזיקי. לפרשנות דבריו אלה של השופט עמית ראו עוד להלן פרקים 6.ג ו-7.

69 ע"א 8489/12 פלוני, לעיל ה"ש 47, פס' 6–9 לפסק דינו של השופט עמית.

70 "הדין הנוזיקי אינו חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג, ועוולת הרשלנות אינה 'הנוסע השלישי' הנחבא בין הסדינים, בבחינת נטע זר אשר עלול לפתע להתעורר מתרדמתו ולרמוס את הפינות האינטימיות-רגשיות ביותר של בן אנוש". שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

71 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט עמית.

שבמקרה זה מקורה בציווי המוסרי "אל תבגוד". אלא שבקביעה שכזו אין די כדי להקים אחריות בעולת הרשלנות כאשר אחריות ממין זה אינה רצויה בשל השלכותיה השליליות, ולפיכך אין מתקיים מרכיב החובה. עם זאת תיתכן אולי סנקצייה בדיני משפחה. ובאשר לשאלת השופט דנציגר מה מצוי באזורי הליכה ומה באזורי הגבול – זהו מקרה מובהק המצוי באזורי הגבול, שכן ברור כי מאזנה הכולל של התערבות בית המשפט במערכות יחסים אינטימיים, באמצעות הטלת אחריות בעולת הרשלנות, יכול שיהיה שלילי ביותר, כפי שאכן נקבע. הקדמת הדיון בסוגיית החובה, כמתבקש מהמודל, "חסכה" לבית המשפט את הצורך לדון בשאלה אם "בגידה" מהסוג שנדון שם עולה כדי "התרשלות". במקרה זה נראה כי ה"חיסכון" היה לא רק במונחי יעילות⁷² אלא גם בשל הקושי לקבוע עמדה בשאלה טעונה זו. אין ספק כי כל קביעה של בית המשפט בהקשר זה ("בגידה זו היא התרשלות" או "בגידה זו אינה התרשלות") הייתה מביכה את בית המשפט וחושפת אותו לביקורת.

2. ע"א 1167/11 פלוני נ' פלוני

בפרשה שלישית שכותרתה פלוני נ' פלוני,⁷³ נקבע כי קיבוץ אינו אחראי ברשלנות בשל עבירות מין שביצע קטין תושב הקיבוץ בקטינים אחרים תושבי הקיבוץ שאותם הדריך. בית המשפט המחוזי הפעיל את מודל ברק וקבע כי כיוון שהקיבוץ לא היה יכול לצפות כי תבוצענה עבירות אלה, אין הוא חב חובה קונקרטיית. בערעור בבית המשפט העליון הוחל מודל ברק, ונקבע כי היעדר הצפיות אכן שולל את חובת הזהירות הקונקרטיית.⁷⁴ לא צוין אם מודל ברק הוחל בגלל העדפתו על מודל פלוני או משום שהמקרה כבר נדון בבית המשפט המחוזי על פי מודל ברק.

האופן שבו הופעל מודל ברק, בפסק דין שיטתי ומעמיק של השופט ג'ובראן, מעיד יפה על מורכבותו של המודל ועל הבעייתיות הרבה הכרוכה בו. תחילה נקבע כי לקיבוץ לא קמה חובה מושגית כלפי הניזוקים מכוח החזקתו במקרקעין. לאחר מכן נידונה שאלת קיומה של חובה מושגית "כללית" של הקיבוץ כלפי הניזוקים למנוע עבירות. בהקשר זה צוין כי קיימת יכולת לצפות (צפיות טכנית) ברמה המושגית ולפיכך מופעלת "חזקת החובה" ברמה המושגית.⁷⁵ בהמשך דן השופט בשאלה אם שיקולי מדיניות מפריכים את חזקת החובה המושגית. בהקשר זה נדונו ייחודיותו של הקיבוץ כצורת התיישבות המבוססת על ערכי השוויון והשותפות, "משבר הקיבוצים" וההתפתחויות שבעקבותיו. ניתוח הזיקה שבין הקיבוץ לחבריו הביא את השופט למסקנה כי הקיבוץ הוא "המונע הטוב" של נזקים הן באמצעות פיקוח והן באמצעות חינוך, מה גם שאין קיימת סכנה של הרתעת יתר והצפת בתי משפט. לפיכך מסקנתו הייתה כי אף על פי שמדובר ב"מחדל טהור", יש להניח כי לקיבוץ חובת זהירות מושגית כלפי חבריו/תושביו בשל אי-מניעת פשע. בשלב זה עבר השופט לבחון את דבר קיומה של חובה קונקרטיית. לצורך זה שב השופט לדון בזיקה שבין הקיבוץ לבין חבריו תוך ניתוח תקנון הקיבוץ וקבע כי קיימת הזיקה הדרושה לצורך הכרה בחובה

72 ראו לעיל פרק א.5.

73 ע"א 1167/11 פלוני, לעיל ה"ש 21.

74 מפי השופט ג'ובראן, בהסכמת השופט הנדל.

75 כאמור לעיל, קשה להלום כיצד ניתן להעריך אם קיימת יכולת צפייה ב"סוג" של מקרים להבדיל ממקרה קונקרטי. ראו לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 21.

קונקרטי. עם זאת הוא ציין כי במקרה זה לא הייתה יכולת לצפות את סיכון הנזק ברמה הקונקרטי בשל נסיבות ביצוע העבירה (וזאת אף שניתן היה לצפות את הנזק ברמה המושגית). בשל כך הוא פסק כי לא הייתה קיימת חובת זהירות קונקרטי ודחה את התביעה. עוד ציין כי בהיעדר יכולת צפייה אין מתקיים גם הקשר הסיבתי המשפטי לנזק. לתוצאה זו, שאליה מגיע בית המשפט על פי מודל ברק בדיון ממושך בסוגיות נכבדות לאורך של כ-20 עמודים, מגיע השופט סולברג בארבע שורות. אלה דבריו:

גבי דידי, משפט-הבכורה הוא לצפיות הטכנית/הפיסית: עבירות המין של בן ה-13 בבני ה-10-6 נעשו במסתרם; לא היו עדים, לא הדים ולא תקדימים. היו אלה מעשים בלתי-צפויים. הקיבוץ לא ידעם ובנסיבות העניין לא צריך היה לדעתם. לפיכך, אין להטיל עליו אחריות בגין ביצועם.⁷⁶

כיצד היה המקרה נדון על פי מודל פלוני? ברי כי לו היה מודל זה מיושם, הייתה דרכו של בית המשפט אל התוצאה קצרה ופשוטה יותר (וקרובה לדרכו של השופט סולברג אשר לא אימץ את מודל פלוני ולא הזכירו, אך נראה כי בפועל נהג לפיו). אמנם הסוגיה שנדונה בפרשה זו היא סוגיה של "מחדל טהור" ומצויה בגזרת הגבולות ולא בתחומי הליבה,⁷⁷ ולפיכך "בררת המחדל" על פי מודל פלוני היא לפתוח בשאלת החובה, כפי שאכן נעשה בפסק הדין, אלא שמודל פלוני בהיבט זה הוא כאמור גמיש יותר ומאפשר ביתר קלות לדון תחילה במרכיב ההתרשלות או הקשר הסיבתי המשפטי, כפי שעשה בפועל השופט סולברג, ובכך לדחות למעשה את התביעה במקרה זה מבלי לדון בסוגיה המורכבת של היקף חובת הקיבוץ כלפי חבריו ותושביו. "קיצור דרך" זה ודאי תואם את שיקול היעילות. גם בהנחה שמטרת בית המשפט הייתה לדון בכל זאת בחובות הקיבוץ כדי להעביר מסר מנחה בעניין זה,⁷⁸ דיון זה היה יכול להיערך במסגרת מודל פלוני בצורה עניינית וממוקדת מזו שבה נעשה לפי מודל ברק, וזאת בשל היעדר הצורך לפצלו בין חובה מושגית לקונקרטי ולדון בשאלת הצפיות.

3. פסקי דין אחרים של בית המשפט העליון הדנים במודל הרשלנות

ההתייחסות האחרת בפסיקת בית המשפט העליון לסוגיית מבנה עולת הרשלנות, לאחר ההחלטה בעניין פלוני, מועטה יחסית. התעלמות ממודל פלוני מצויה בפרשת כהן נ' מדינת ישראל⁷⁹ (רשלנות רפואית). השופט שהם מציג שם את יסודות עולת הרשלנות על פי מודל ברק⁸⁰ אף על פי שהיה חבר ההרכב בעניין פלוני.⁸¹ הדעת נותנת אפוא כי אין הוא נוטה לאמץ את מודל פלוני. עם זאת

76 ע"א 1167/11 פלוני, לעיל ה"ש 21, פסק דינו של השופט סולברג.

77 ראו לעיל פרק ב.2.

78 ראו לעיל פרק א.5.

79 ע"א 9833/09 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 40 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 25.8.2013).

80 שם. להחלטה הצטרפו השופטים נאור ומלצר.

81 כאמור, השופט שהם הצטרף בעניין פלוני לתוצאה שהגיע אליה השופט עמית אך לא להנמקתו, ולא התייחס שם כלל למודל שהציע עמית. ראו לעיל פרק ג.

הלכה למעשה הולך השופט שהם בפרשה זו בעקבות מודל פלוני, שכן הוא בוחן תחילה את ההתרשלות ולאחריה את הקשר הסיבתי ואינו נזקק כלל בהנמקתו ליסוד החובה. בפרשת כהן נ' גדעון⁸² (תאונת עבודה) דן בית המשפט בעוללת הרשלנות בהמשך לדיון בה על פי מודל ברק בבית המשפט המחוזי, מבלי להתייחס לשאלת המודל החל וללא אזכור מודל פלוני.

בפרשת מפעלי לוקי לבניה ציינה השופטת חיות כי יסודות עוללת הרשלנות נבחנים בדרך כלל על פי הסדר של חובה-הפרה-נוק (לפי מודל ברק) אך הפנתה גם להחלטה בעניין פלוני שבה "הוצע מודל אחר לפיו יש לפתוח, ככלל, בבחינת יסוד ההתרשלות".⁸³ את המקרה שלפניה היא בוחנת על פי מודל ברק, וזאת בהמשך לדרך הניתוח של בית המשפט המחוזי ומבלי לקבוע עמדה מפורשת באשר ליחס שבין המודלים ועדיפות מי מהם. עם זאת מבין השיטין נרמזת אולי העדפה של מודל ברק בשל ההתייחסות הלקונית והקצרה למודל פלוני כ"מודל אחר".

לעומת זאת בפרשת אורט ישראל הוחל מודל פלוני על ידי השופטים עמית, דנציגר וזילברטל.⁸⁴ בפרשה זו נדחתה תביעה לפיצוי בשל נזק נפשי שטען לו ניזוק עקיף, מהטעם שלא הוכחה התרשלות. בית המשפט הוסיף "מזווית אחרת", שגם לו הייתה מוכחת התרשלות, הרי שלפי מודל פלוני נשללת האחריות במקרה זה (בשל היעדר חובה), שכן שיקולי מדיניות שוללים הכרה באחריות.⁸⁵

4. פסיקת המחוזי

מתוך פסקי דין שבהם אוזכרה ההחלטה בפלוני בפסיקה מחוזית אומץ במפורש מודל פלוני כמודל מחייב בשתי פרשות. בפרשת נספיר ציין השופט ארנון דראל כי "אף שהצדדים עסקו ברובד המושגי והקונקרטי בניתוח עוללת הרשלנות, הרי שנוכח המודל החדש לבחינת קיומה של התרשלות ניתוח זה אינו נחוץ והבחינה שנעשת, כפי שנקבע בע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני (15.7.2013) (להלן: 'פלוני')", היא בדבר קיומה של התרשלות".⁸⁶ בפרשת חרדון מצטט השופט אליהו בכר את מודל פלוני תחת הכותרת של "הדין החל" ומחילו

82 ע"א 3370/12 כהן נ' גדעון, פס' 2, 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 26.1.2014). שופטי ההרכב האחרים היו השופטים פוגלמן וזילברטל.

83 ע"א 6507/11 מפעלי לוקי לבניה בע"מ נ' ג.ד. עיט חברה לשירותים בע"מ, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.3.2014).

84 ע"א 6894/13 פלוני נ' אורט ישראל, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.3.2014).

85 אמנם בפרשה זו בחן בית המשפט תחילה את מרכיב ההתרשלות ולא את מרכיב החובה אף על פי שמדובר היה בסוגיית גבולות (נזק נפשי טהור לניזוק עקיף) שבה לפי מודל פלוני יש לבחון תחילה את יסוד החובה, אך במקרה זה התבקש הדבר משיקולי יעילות ומשיקולי מסר שיפוטי. ראו לעיל פרק א.5. אכן היה ראוי לדחות על הסף את טענת ההתרשלות דווקא.

86 ת"א (מחוזי י-ם) 19886-04-11 נספיר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ, פס' 70 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.3.2014).

הלכה למעשה על המקרה שלפניו (יחסי רופא-חולה).⁸⁷ עמדה אוהדת לשינוי המודלים מצויה אצל השופטת דליה גנות בעניין קטין נ' שירותי בריאות כללית.⁸⁸ לדבריה:

מדובר – עם כל הענווה – בשינוי מבורך, שכן הוא מונע דיונים תיאורטיים בדרך להסקת המסקנה המשפטית הסופית בשאלת קביעת קיומה, או קיומה של רשלנות רפואית, ובודק את השאלה תוך בדיקת העובדות נשוא המקרה הספציפי, ורק לאחר מכן, אם קיימת הצדקה לכך, נבדק המישור התיאורטי של הקביעה המשפטית, תוך החלת המבחנים המשפטיים הקיימים.⁸⁹

עם זאת מציינת השופטת כי לאותה תוצאה היא מגיעה גם באמצעות מודל ברק. השופטת ענת ברון, בשתי החלטות, מציגה בהרחבה את המודל החדש שגובש בעניין פלוני ומציינת כי זוהי המסגרת הנורמטיבית לדיון אך בפועל אין היא מחילה אותו, אם משום שאין צורך להיזקק לו בנסיבות המקרה (עניין וקנין)⁹⁰ או משום שכתבי הטענות נכתבו על פי מודל ברק ויש להתאים את ההחלטה למודל זה (עניין דואק).⁹¹ גם בעניין כהן נ' הבנק הבינלאומי מציינת השופטת יעקב שינמן לאחר סקירת המודלים כי "גם אם על פניו נראה כי יש מקום ליישום המודל החדש המוצע [...] בסיכומיהם העלו הצדדים גם טענות בנוגע לקיומה של חובת זהירות קונקרטיית ולכן אני סבור כי במקרה זה יש לנתח את העוולה לפי המודל שיטת הבחינה המסורתית".⁹² שני המודלים המתחרים מוזכרים ללא נקיטת עמדה על ידי השופט רם וינוגרד בעניין סלהב, המציין כי אין צורך להידרש לנושא,⁹³ והשופט רון סוקול מחיפה בעניין פרסמן.⁹⁴

5. פסיקת השלום

משני פסקי דין של בתי משפט השלום עולה כי מודל פלוני נתפס כמודל מחייב שיש להחילו במקרים המצויים בליבת דיני הנוזקין,⁹⁵ אם כי מקרים המצויים בגבולות דיני

- 87 ת"א (מחוזי ת"א) 1205/09 חרודן נ' מרכז רפואי רבין קמפוס בילנסון, פס' 17–18 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.1.2014).
- 88 ת"א (מחוזי ת"א) 1099/09 קטין נ' שירותי בריאות כללית, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.10.2013).
- 89 שם.
- 90 ת"א (מחוזי ת"א) 2436/06 וקנין נ' מועצה מקומית בית דגן, פס' 8–10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.8.2013).
- 91 ת"א (מחוזי ת"א) 1215/08 עיזבון דואק נ' כל בו חצי חיים בע"מ, פס' 10–12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.8.2013).
- 92 ת"א (מחוזי מרכז) 36133-12-09 כהן נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ, פס' 57 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.1.2014).
- 93 ת"א (מחוזי י-ם) 2030/08 סלהב נ' שעבאני, פס' 38 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.8.2013). לאחר כתיבת רשימה זו התפרסם פסק דינו של השופט רם וינוגרד ובו תמיכה במודל פלוני ואימוצו. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 3366/09 דנינו נ' המרכז הרפואי הלל יפה, פס' 31, 49–50 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.4.2014).
- 94 ת"א (מחוזי חי') 33904-11-09 פרסמן נ' הטכניון מכון טכנולוגי לישראל, פס' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.12.2013).
- 95 ת"א (שלום הרצ'י) 22278-06-10 מוסקוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.1.2014) (בפסק דין זה הוחל מודל פלוני לאחר הצגת שני המודלים). כך גם בת"א (שלום רמ') 1738/06 זכאי נ' מדינת ישראל, פס' 16–17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 26.2.2014).

הנזיקין ניתן להפעיל את המודל המסורתי.⁹⁶ עם זאת מצויה גם התופעה של הצגת שני המודלים ללא התייחסות מפורשת לשאלה מהו המודל שיש להחיל.⁹⁷ ניכרת גם המגמה לבסס את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט על שני המודלים.⁹⁸ יש המציינים כי מודל פלוני הוא מודל "מוצע"⁹⁹ או "מגמה" להבדיל ממודל מחייב.¹⁰⁰ כאשר מודל פלוני מיושם הדבר נעשה על ידי הקדמת בדיקת ההתרשלות לבדיקת החובה.¹⁰¹ לעתים מחיל בית המשפט את מודל פלוני להלכה אך את מודל ברק למעשה,¹⁰² ויש גם החלטה להחיל את מודל ברק על אף המודעות למודל פלוני.¹⁰³

6. מבט כולל

מסקירת הפסיקה לעיל עולה, כצפוי, כי עקירתו של מודל ברק על שורשיו שהעמיקו במשך עשרות שנים, ונטיעתו והשתרשותו של מודל פלוני תחתיו, בהנחה שכך יקרה בסופו של דבר, הם תהליך לא קל ומורכב המצריך תקופת קליטה, הסתגלות והטמעה, בין היתר הן משום מעמדו הבלתי מחייב של מודל פלוני כ"מודל מוצע" והן משום שהשיח המשפטי

- 96 ת"א (שלום פ"ת) 2596-03-11 וידנה נ' קפלוטו, פס' 145–146 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.3.2014) (בפסק דין זה הוחל מודל ברק לאחר הצגת שני המודלים).
- 97 ת"א (שלום נצ') 36024-04-10 תערוכות הצפון בע"מ נ' קלמנוביץ, פס' 52–53 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.10.2013); ת"א (שלום נצ') 4384-08-08 עיזבון מוחמד נ' מועצה אזורית מטה אשר, פס' 11–12 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.10.2013); ת"א (שלום י-ם) 12809/09 לוי נ' אחוזה יסמין, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.10.2013); ת"א (שלום חי') 10049-09-09 עיזבון ביניאשווילי נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 34 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.10.2013); ת"א (שלום נצ') 11898-07-09 בזרבייב נ' נחום, פס' 32–33 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.12.2013); ת"א (שלום נצ') 9121-10-08 אלמקייס נ' מדינת ישראל, פס' 26–28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 16.12.2013); ת"א (שלום נצ') 6671/07 פינקלברג נ' קדוש, פס' 34–35 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.1.2014); ת"א (שלום נצ') 3366/07 ג'ריס נ' בשארה, פס' 39–40 לפסק הדין (פורסם בנבו, 8.1.2014); ת"א (שלום נצ') 4056-03-08 פלוני נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פס' 26–28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.1.2014).
- 98 ת"א (שלום נת') 40630-03-11 עוויד נ' שירותי בריאות כללית, פס' 22 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.8.2013); ת"א (שלום חי') 16490-07 הספלד נ' אחים רויכמן (שומרון) תשתיות (1993) בע"מ, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.8.2013); ת"א (שלום חי') 6761/08 הדסה נ' שופר סל ביג בע"מ, פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.9.2013); ת"א (שלום כ"ס) 5488/07 כהן נ' עיר השעשועים בע"מ, פס' 11–15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.9.2013); ת"א (שלום כ"ס) 2193/09 אלימלך נ' מפעלי דינומוטר לבדיקות רכב (1965) בע"מ, פס' 48–54 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.9.2013).
- 99 ת"א (שלום כ"ס) 2175/09 ל' פ' נ' גלעד, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.8.2013).
- 100 תא"מ (שלום ת"א) 51081-06-11 אלדן תחבורה בע"מ נ' מור, פס' 2–3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 27.8.2013).
- 101 שם; ת"א (שלום רמ') 10160-07-09 בסנדה נ' עיריית רמלה (פורסם בנבו, 29.7.2013); ת"א (שלום צפת) 31669-02-10 זנגריה נ' בית הלל מושב עובדים להתיישבות הקלאית שיתופית בע"מ, פס' 17–19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.11.2013).
- 102 ת"א (שלום הרצ') 8486-09-09 חירק נ' נאות השרון בע"מ, פס' 7–8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.11.2013).
- 103 תא"מ (שלום כ"ס) 8018-12-12 שומרה חברה לביטוח בע"מ נ' עיריית כפר סבא (פורסם בנבו, 2.12.2013). החלת מודל ברק לאחר אזכורו של מודל פלוני מצויה גם בתמ"ש (שלום נצ') 21852-03-10 א. י. ג. י. פס' 103–106 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.2.2014) ובת"א (שלום ת"א) 605-05-11 נימצוביץ נ' א.ח. שטיחים ופרקטים בע"מ (פורסם בנבו, 29.7.2013).

הרלוונטי, בכתבי הדין ובפסקי הדין, עדיין מתנהל בשפתו של מודל ברק. גם הקשיים העיוניים הכרוכים בהבנה מלאה של שני המודלים והשוני ביניהם מכבידים על השינוי. במבט כולל נראה כי בבית המשפט העליון ננקטת זהירות באשר למעבר ממודל למודל בשל הצורך לבחון ו"לעכל" את משמעות השינוי המוצע ואת השלכותיו על אופן הפעלתה של העוולה המרכזית בדיני נזיקין. שאלותיו של השופט דנציגר, שנדונו לעיל, הן ביטוי לזהירות זו.¹⁰⁴ לעומת זאת נראה כי שופטי המחוזי ושופטי השלום פתוחים יותר לקליטת מודל פלוני, ויש בהם מי שמחילים אותו ואף מברכים בגלוי על השינוי. עם זאת אי אפשר לומר כי המודל כבר "נקלט" בפסיקת המחוזי והשלום.

7. על שילובים שונים של מודל ברק ומודל פלוני

מסקירת הפסיקה לעיל עולה כי הקושי להכריע בין המודלים מוביל לעתים לחיפוש "דרכי ביניים" בין המודלים. נשאלת אפוא השאלה אם קיימת דרך לשלב בין המודלים באופן המיטבי. להלן יוצגו שלושה שילובים אפשריים – שניים בעייתיים ואחד ראוי. דרך אחת "לשלב" בין המודלים היא לקבוע כי שני המודלים מביאים לאותה תוצאה, ובכך לחסוך את הצורך לבחור ביניהם.¹⁰⁵ דרך זו יפה לתקופת המעבר, אך בטווח הארוך הבעייתיות של "מוצא" זה ברורה: הוא מסבך עוד יותר את הדין ומאריכו במקום לפשטו, ומצריך את "כלל ההכרעה" כאשר המודלים יובילו לתוצאות שונות.¹⁰⁶ דרך שנייה לשילוב בין המודלים, המסתמנת בפסיקה, היא זו: הפעלת מודל פלוני במצבים המצויים בליבת דיני הנזיקין והפעלת מודל ברק במצבים המצויים בגבולותיו.¹⁰⁷ אלא שמודל "היברידי" מסוג זה אינו ראוי. אמנם מודל פלוני מאפשר במצבי הגבול להקדים את בדיקת החובה לבדיקת המרכיבים האחרים של עוולת הרשלנות, ובכך הוא דומה למודל ברק, אך למרות זאת קיים שוני מהותי בין החלת מודל פלוני במצבי הגבול לבין החלת מודל ברק במצבים אלה. על פי מודל ברק, גם במצבים אלא קיימת "חזקת חובה", ואילו לפי מודל פלוני, במצבים אלה נקודת המוצא היא "היעדר חובה" בשל היותם

104 לעיל הטקסט הסמוך לה"ש 38.

105 ראו לעיל ה"ש 93 וה"ש 68.

106 מודל ברק מוביל להטלת אחריות רחבה מזו שמטיל מודל פלוני בעיקר בשל "חזקת החובה הכללית" שבו. כאמור הפעלת חזקת החובה במצבי הגבולות יכולה להוביל להטלת אחריות שלא תוטל במודל פלוני, שלא רק נעדר חזקת חובה כללית שכזו, אלא אף מניח קיומה של "חזקת היעדר חובה" במצבי גבולות מעצם טיבם. ראו לעיל פרק 6. והאסמכתאות שם. מודל ברק יכול שיביא להטלת אחריות שתישלל במודל פלוני גם בשל הנטייה להכיר כמעט תמיד בחובה מושגית, כאשר הכרה בחובה מושגית מחזקת את הנטייה להכיר גם בחובה קונקרטית. ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 442–445. מנגד, ייתכן כי מודל ברק יביא לשלילת אחריות אשר תוטל במודל פלוני אם וכאשר תישלל חובה מושגית באשר לקבוצת (סוג) מצבים, ובתוכם מצבים קונקרטיים שבהם ראוי להטיל אחריות על פי מודל פלוני. לביקורת בפסיקה ובספרות על ההיבט מצר האחריות של מודל ברק ראו שם, בעמ' 442, 453–454.

107 ראו ההחלטות בשלום בעניין מוסקוביץ (לעיל ה"ש 95), עניין זכאי (לעיל ה"ש 95) ועניין וידנה (לעיל ה"ש 96). יצוין כי גם דברי השופט עמית בע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני יכולים להשתמע כאימוץ מודל היברידי, הגם שבדין לא לכך התכוון אלא לקביעה כי גם מודל ברק מוביל לתוצאה של שלילת אחריות (ע"א 8489/12 פלוני, לעיל ה"ש 47).

מצבי גבול. גם ההבחנה בין חובה קונקרטיה לחובה מושגית במצבי הגבול היא בעייתית, שכן דווקא במצבים אלה חשוב לשמור על גמישות הדין והתאמתו לנסיבות כל מקרה ולא לאמץ גישה של "לא כלום" (אין חובה מושגית) או "כמעט הכול" (יש חובה מושגית). השופט ברק עצמו הכיר בכך שגמישות שכזו, שקשה ליישבה עם תפיסת החובה המושגית, נחוצה באזורי הגבול של אחריות עורך דין כלפי מי שאינו לקוח¹⁰⁸ ושל אחריות כלפי בעלי מניות בשל פגיעה בחברה שאינה פגיעה ישירה בהם.¹⁰⁹ חשוב אפוא להימנע מיצירת "מודל שעטנז" מסוג זה גם אם זה מקל לכאורה את המעבר.

דרך שלישית, ראויה, לשלב בין המודלים היא לאמץ גם במודל פלוני, לעניין מרכיב החובה (כמרכיב המופקד על ההכרעה בשאלה אם האחריות רצויה), הבחנה חשובה המצויה ומודגשת במודל ברק. זוהי ההבחנה בין ארבעת היבטיה של הסיטואציה הנזיקית: המזיק, הניזוק, הנזק והפעילות יוצרת הסיכונים.¹¹⁰ תמצית הדברים היא שכאשר בית המשפט מסרטט את גבולותיה של ההכרה בחובה באזורי הגבולות, נכון וראוי שיסתייע לצורך זה בארבעה היבטים אלה כדי להבחין כראוי ובדיוק המרבי האפשרי בין מצבי ההכרה באחריות לבין מצבי שלילת האחריות.¹¹¹ המחשה אחת לכך מצויה בהתפתחות האחריות ברשלנות לנזק כלכלי טהור הנגרם ממצג רשלני. תחילה נשללה לחלוטין אחריות זו בשל אי-ההכרה הגורפת בקיומה של חובה בשל נזק כלכלי טהור – כלומר נעשה שימוש בהיבט אחד של הסיטואציה הנזיקית – הנזק – כדי לשלול אחריות בכל המצבים שבהם נגרם נזק שכזה. בעניין ויינשטיין ביקש בית המשפט ליצור משבצת אחריות לנזק כלכלי טהור (לניזוק ישיר) שגורם מצג רשלני, ולצורך כך הכיר עקרונית בקיום אחריות לנזק זה, אך בה בעת, כדי למנוע התרחבות יתר של האחריות, הגביל את האחריות באמצעות ההיבטים האחרים של הסיטואציה הנזיקית: הוכרה חובה רק כאשר מדובר במזיק מסוים (מי שנטל על עצמו אחריות למצג), בניזוק מסוים (מי שהסתמך באופן סביר על המצג), ביחסים מיוחדים בין המזיק לניזוק (חוזיים, קרובים לחוזה וכדומה) ובפעילות מסוימת (של בעלי

108 בעניין נחום, לעיל ה"ש 7, בעמ' 425–426 ציין הנשיא ברק כי הכרה באחריות של עורך דין כלפי מי שאינו לקוח "תלויה בנסיבות העובדתיות של כל מקרה", וכי החובה המושגית של עורך דין במצבים אלה עולה מן הנסיבות המיוחדות של המקרה. אך האם "חובה מושגית" מחד גיסא והכרה בה על פי "נסיבות מיוחדות של מקרה" מאידך גיסא אינן תרתי דסתרי? סתירה פנימית זו מעידה כאמור על הצורך בגמישות נסיבתית באזורי הגבולות שאינו מתיישב עם השימוש בחובה המושגית שמטבעה אינה תלויה נסיבות מיוחדות.

109 עניין דרין, לעיל ה"ש 54, בעמ' 693, 695. מחד גיסא שלל הנשיא ברק ככלל חובה מושגית ומאידך גיסא ציין כי יש להכיר באחריות בעולות הרשלנות "בנסיבות מיוחדות". גם כאן מתעוררת השאלה איזו משמעות יש לשלילת חובה מושגית אם בה בעת נקבע שיש להכיר בחובה ב"נסיבות מיוחדות". זוהי ראייה נוספת לגמישות הנדרשת באזורי הגבולות, שאינה מתיישבת כאמור עם השימוש בחובה מושגית.

110 ההבחנה היא "אם בין המזיק הקונקרטי לבין הניזוק הקונקרטי קיימת חובת זהירות לעניין הפעולות שהתרחשו בפועל לעניין הנזק שנגרם בפועל" (ההדגשות הוספו – י"ג). ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 129 (1985).

111 לדיון ב"קביעת גבולות האחריות הרצויה באמצעות ארבעת היבטי האירוע הנזיקי" ראו גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 672–677. לניתוח שיטתי של סוגיית האחריות תוך שימוש בהבחנה בין ארבעת מרכיבי הסיטואציה הנזיקית, ודיון בכל אחד ממרכיבים אלה, ראו ע"א 1167/11 פלוני, לעיל ה"ש 21, פס' 35–57 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

מקצוע).¹¹² בהמשך התפתחות דין המצג הרשלני הורחב היקף תחולת החובה וגם זאת באמצעות ארבעת היבטי הסיטואציה הנזיקית (כמו הרחבת האחריות גם לפעילות שאינה של בעל מקצוע וכדומה).¹¹³ המחשה נוספת לסרטוט גבולות האחריות באמצעות ארבעה היבטים אלה היא הכרה באחריות לנזקים נפשיים הנגרמים לניזוקים עקיפים מחד גיסא והגבלתה מאידך גיסא. בעניין אלסוחה¹¹⁴ הכיר בית המשפט באחריות לנזקים שכאלה אך הגביל את האחריות בעיקר באמצעות היבט הנזק (רק נזקים שחומרתם עולה כדי פסיכוזה או נירוזה קשה) והיבט הניזוק (רק קרוב מדרגה ראשונה לניזוק העיקרי). המשך התפתחות ההלכה נעשה גם הוא באמצעות היבטי הנזק.¹¹⁵ כללו של דבר, ההבחנה בין ארבעת היבטי הסיטואציה הנזיקית בעת ההכרה בחובה מאפשרת לבית המשפט לסרטט ב"מכחול דק" (להבדיל מ"מברשת עבה") את הגבול המפריד בין אחריות רצויה לשאינה רצויה¹¹⁶ ובכך להרחיב באורח הדרגתי ומושכל את תחומי האחריות ברשלנות.¹¹⁷ הבחנה זו מודגשת כאמור במודל ברק, ורצוי לאמצה גם במודל פלוני.

סיכום

עוולת הרשלנות היא המכשיר העיקרי לפיתוחם של דיני הנזיקין ולהתאמתם למציאות משתנה. חשוב אפוא כי "מנגנון ההפעלה" שלה – תפיסת מרכיביה השונים והיחסים ביניהם – יוביל לתוצאות הראויות מבחינת הדין ויהיה פשוט להבנה וקל ליישום ככל שאפשר. מודל ברק, השולט בפסיקה זה כשלושה עשורים, הוא מנגנון הפעלה מורכב ומסובך, בעיקר בשל "פיצול כפול" – פיצול מרכיב החובה בין שאלת נאותות ההתנהגות (השאלה הראשונה) לבין שאלת רציות האחריות (השאלה השלישית), והפיצול בין חובה מושגית לחובה קונקרטית. כל אלה מטשטשים את היחס שבין מרכיבי האחריות, בעיקר בין חובה להתרשלות, ומקשים עד מאוד על הבנת תפקידיה השונים של דרישת הצפיות הסבירה בכל אחד ממרכיבי האחריות. סדר בדיקה קשיח (חובה תחילה) מכביד על הפעלת המודל, ו"חזקת חובה" גורפת וחסרת הצדקה פועלת להתרחבות יתר של האחריות. לא בכדי נמתחה על מודל זה ביקורת בפסיקה ובספרות. מודל פלוני, המעוגן בפקודת הנזיקין ובפסיקה שביקרה את מודל ברק, מפשט את מנגנון ההפעלה של העוולה, ומבהיר את תפקידו של כל מרכיב אחריות ואת זיקתו למרכיבים האחרים ואת תפקיד דרישת הצפיות הסבירה בכל מרכיב. הוא מגמיש את סדר בדיקת המרכיבים לפי הסוגיה הנדונה תוך הבחנה מסייעת (אך לא מכבידה) בין ליבת האחריות לבין גבולותיה. אכן, המעבר ממודל לעוולת הרשלנות אינו פשוט, ומטבעו דורש תקופת הטמעה והסתגלות. סקירת הפסיקה אכן העלתה קשיים בקליטת מודל פלוני. בשל יתרונותיו של מודל פלוני נראה כי המאמץ הכרוך במעבר זה יישא תמורה ראויה.

112 המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317 (1954).

113 ראו בהרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 833–846.

114 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 52.

115 ראו בהרחבה גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 972–980.

116 לביקורת על שימוש ב"מברשת צבע עבה" ראו שם, בעמ' 946.

117 ראו לעיל המקורות בה"ש 111.