

על "הנחות עבודה", אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גדרי האחריות ברשלנות

מאת

ישראל גלעד*

שני פסקי־דין חשובים שניתנו לאחרונה – מדינת ישראל נ' לוי וסבג נ' מאיר חידשו דבר בסוגיות הבסיסיות של חובת זהירות והתרשלות המונחות בלב עוולת הרשלנות. רשימה זו מציגה התפתחויות אלה ומעריכה אותן על רקע התפתחויות מקבילות במשפט האנגלי. מסקנתה היא, כי פסקי־דין מדינת ישראל נ' לוי הוא התפתחות חיובית בעיקרה בעיצוב חובת הזהירות, בעוד שדעת שופטי־הרוב בפסקי־דין סבג נ' מאיר סוטה מעקרונות הרשלנות הבסיסיים ומאיימת לטשטש את הגבולות בין רשלנות לאחריות חמורה.

א. פתח דבר. ב. תנאי־היסוד של האחריות ברשלנות ולבושם המשפטי. ג. המסגרות המושגיות הכלליות – התרשלות וחובה. ד. צפיות פיזית וצפיות נורמטיבית. ה. אנגליה – התפתחות יסוד החובה ועלייתה ונפילתה של "חזקת החובה". ו. ישראל – עלייתה ונפילתה (הזמנית) של "חזקת החובה" בגרסתה המקומית. ז. עניין סבג ו"הנחת העבודה" – "חזקת החובה" מתרחבת ל"חזקת התרשלות". ח. תוצאותיה של "הנחת העבודה". ט. הגרימה כבסיס לאחריות בנויקין. י. סכנותיה של "הנחת העבודה" – ההחלטות בצבא וא' תל"ף. יא. הגישה הראויה – גישת השופט ברק. יב. עוד על "חזקת החובה". יג. "חזקת החובה" ו"חזקת ההתרשלות" – סיכום והערכת מצב. יד. חזקות הרשלנות וחובת הזהירות הממושגית. טו. היש צורך בדרישת החובה? טז. מבנה יסוד החובה באנגליה וב־ישראל – פסקי־דין לוי. יז. על הגישה הראויה ליסוד החובה. יח. הערת סיום – חובת זהירות או חובת פיצויים?

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.
תודותי לאריאל פורת, למערכת משפטים, ליפעת ביטון וליחיאל שמיר על הערותיהם המועילות.

א. פתח דבר

למעלה מיוכל חלף מאז הניח פסק-הדין בעניין *Donoghue*¹ את יסודותיה של עוולת הרשלנות, אך זו טרם הגיעה אל המנוחה ואל הנחלה. בעשרים השנים האחרונות מנסים בתי-המשפט באנגליה ובישראל, ללא הצלחה יתירה, לעצב מחדש את מידותיה ואת לבושה המשפטי של האחריות ברשלנות. זו לובשת צורה ופרשטת צורה חליפות, מתכונות ומתרחבת ואינה יודעת מנוח². ביטוי מובהק לקשיים אלה מצוי בשני פסקי-דין חשובים שניתנו לאחרונה בבית-המשפט העליון ושבהם שבו ונדונו שני תנאי-היסוד לאחריות ברשלנות: חובת זהירות והתרשלות. בעניין מדינת ישראל נ' לוי עיצב בית-המשפט את יסוד חובת הזהירות במתכונת השונה מזו שגובשה בפסיקה קודמת³. בעניין סבג נ' אמסלם⁴, נפלה מחלוקת בין שופטי בית-המשפט בשאלת אופן קביעתו של יסוד ההתרשלות, כשאגב כך מתעוררת שאלת הבסיס הרעיוני שעליו ניצבת עוולת הרשלנות. רשימה זו תבקש להציג ולהאיר התפתחויות אלה, תוך התמקדות במחלוקת שבסבג, על רקע התפתחותה של עוולת הרשלנות באנגליה ובישראל. במהלך הדיון יוצע לעוולת הרשלנות לבוש משפטי חדש-ישן ההולם את מידותיה הראויות במשפט הישראלי.

ב. תנאי-היסוד של האחריות ברשלנות ולבוש המשפטי

מתחת למלבושיה השונים והשנויים במחלוקת של הרשלנות ולמידותיה המשתנות מצויים שני תנאי-היסוד לאחריות. התנאי האחד הוא התנהגות בלתי-ראויה של

1 *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562.

2 למלבושיה השונים של הרשלנות במשפט האנגלי ראה B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort Law* (Oxford, 3d ed., (1994) 77–83. להתפתחויות במשפט הישראלי על רקע המשפט האנגלי ראה י' גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנזיקין הישראלי" עיוני משפט יד (התשמ"ט) 319 (להלן: "עוולת הרשלנות").

3 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי ואח', פ"ד מח(3) 45. לסקירת פסק-הדין וניתוחו ראה י' גלעד "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 55, 64–78 (להלן: "אחריות רשויות ציבור, ב"); וכן א' פורת "עוולת הרשלנות על פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת מבט תיאורטית" ספר השנה תשנ"ד (ה) (טרם פורסם). תשנ"ד-תשנ"ה (א' רוזן-צבי, עורך) (להלן: ספר השנה תשנ"ד/ה) (טרם פורסם).

4 ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם ואח' (ניחן ביום 23.2.95. טרם פורסם).

המזיק כלפי הניזוק. התנאי השני הוא קיומו של ערך חברתי חיובי להטלת אחריות.⁵ בבדיקת שני התנאים נדרש בית-המשפט לאזן זה מול זה את האינטרסים הפרטיים והחברתיים המונחים על כפות-המאזניים, כשהוא מונחה על-ידי שיקולי צדק, מוסר, הגינות, יעילות וכל ערך חברתי מוכר אחר. בבדיקת התנאי הראשון מתבצע איזון זה לגבי התנהגות המזיק. כאן השאלה היא, אם יש פגם בהתנהגות זו בהינתן מכלול הערכים והאינטרסים הרלבנטיים. התנהגות פגומה היא התנהגות שאין רוצים כי תישנה בשל מאזנה השלילי. במסגרת זו נבדקים בין השאר הסתברות התממשותו של הסיכון, היכולת לצפותו, גובה הנזק הצפוי, עלות מניעתו והאינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון. משנתקיים התנאי הראשון בא תורו של התנאי השני, הבוחר את מאזנה החברתי הכולל של האחריות. התוצאות החיוביות של האחריות – כמניעת התנהגויות פגומות (הרחעה) ופיצוי הניזוק – נשקלות כאן מול תוצאותיה השליליות, כפגיעה בהתנהגויות ובפעילויות רצויות (הרתעת-יתר), בזבוז משאבים חברתיים הכרוך במישרין ובעקיפין בהתדיינות המשפטית (עומס-יתר) והצפת בתי-משפט) והכבדה בלתי-צודקת עם המזיק הנבחר על-פי סטנדרט התנהגות מחמיר.⁶ תפקידו של התנאי השני הוא להגביל את האחריות למצבים שבהם רצוי להטילה כעניין שבמדיניות.⁷

כיצד מתבצעת הלכה למעשה ההכרעה בשאלת קיומה של אחריות ברשלנות כמקרה מסוים? האם בכל מקרה ומקרה נבחנים טיב ההתנהגות ותוצאות האחריות

5 התנאי השלישי לאחריות, זיקה סיבתית בין ההתנהגות הבלתי-ראויה לנזק שבעקבותיה, אינו מחייב דיון בהקשר הנוכחי. ראה להלן בסעיף יד.

6 ראה בהרחבה "עולות הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 320-329; וכן דברי הנשיא שמגר ברע"א 444/87 אלסוחה ואח' נ' עזובון דהאן ו"ל ואח', פ"ד מד(3) 397, 432. לסקירת שיקולי המדיניות בעד הטלת אחריות בנויקין על רשויות-ציבור ונגדה ראה יי גלעד "האחריות בנויקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון) משפט וממשל ב (תשנ"ה) 339 (להלן: "אחריות רשויות ציבור, א" (351-358. שאלת המאזן הכולל של האחריות נשאלת גם לגבי האחריות החמורה. ראה יי גלעד "אחריות חמורה למוצרים – חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"מ-1980" מחקרי משפט ח (תש"ן) 179 (להלן: "אחריות חמורה למוצרים").

7 "...the basic problem in the 'tort' of negligence is that of limitation of liability. One or more control devices were required to prevent the incidence of liability from getting out of hand" (J.G. Fleming *The Law of Torts* (Sydney, 8th ed. 1992) 135-136. בעניין *Jaensch v. Coffey* (1984) 155 C.L.R. 549 מסביר השופט Deane (בעמ' 583), כי את האחריות בגין התנהגות בלתי-ראויה יש להגביל יש להגביל "...to the circumstances or classes of case in which it is the policy of the law to admit it".

והוא מוסיף: "Such overriding requirements or limitations shape the frontiers of the common law of negligence".

ראה גם ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש ואח', פ"ד לז(1) 113, 123.

על-פי מכלול שיקולי המדיניות הרלבנטיים ותוך ביצוע איזון מתאים? התשובה לכך היא שמעצם טבעם בתי-המשפט נוטים ומורגלים לפעול באמצעות כלים משפטיים המתרגמים את שיקולי המדיניות ללשון משפטית. לרוב אלה באים במקום, ולעתים נוסף על הפעלה ישירה של שיקולי המדיניות. כך, לדוגמא, שיקול המדיניות של עומס-יתר והצפת בתי-משפט יתורגם לכלל משפטי המגביל את האחריות בגין נזקים כלכליים טהורים או בגין נזקים בלתי-ממוניים טהורים.⁸ הכלים המשפטיים רבים ומגוונים. לענייננו נבחין בין מסגרת מושגית כללית, המעניקה לבוש משפטי לסוגיא העקרונית, ובין כללים משפטיים ומבחיני-עזר היוצקים תוכן קונקרטי אל המסגרת המושגית ומכריעים בפועל בשאלת האחריות. השגת האיזון הנכון בין האינטרסים והערכים המתנגשים היא מטרת האחריות ברשלנות. אופן עיצוב הכלים המשפטיים קובע במידה רבה באיזו מידה ההכרעה בפועל בשאלת האחריות אכן משקפת את האיזון הנכון. עניינה של רשימה זו בכלים המשפטיים וכדרך עיצובם.

ג. המסגרות המושגיות הכלליות – התרשלות וחובה

בעקבות המשפט האנגלי יצרה פקודת הנזיקין מסגרות מושגיות כלליות לשני תנאי-היסוד⁹. התנאי הראשון, התנהגות בלתי-ראויה, מצא לבוש משפטי כמושג ההתרשלות (carelessness)¹⁰. זה מגדיר התנהגות בלתי-ראויה ככזו שאדם סביר ונכון לא היה נוהג כמותה באותן נסיבות. אל תוך מסגרת מושגית כללית זו נרצקו תכנים קונקרטיים באמצעות כללים ומבחיני-עזר משפטיים. הכולטים שבהם הם הכלל הדורש יכולת צפייה פיזית של הנזק שנגרם כתנאי הכרחי להתרשלות¹¹; הכללים הקובעים את "תכונותיו" של האדם הסביר¹² ואת קבוצת-ההשתייכות

8 לעניין מרכזיותם של שיקולי עומס היתר וההצפה בשלילת האחריות בגין נזק כלכלי טהור ראה B. Feldthusen, *Economic Negligence* (Carswell, 3d ed., 1994) 11–12. ראה גם ת' גרדון "חובת הזהירות ברשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב (תשנ"ה) 126, בעמ' 138–136 ו"אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 6, בעמ' 369–368.

9 פקודת הנזיקין (נוסח חדש), תשכ"ח-1968, דמ"י, תשכ"ח, 266, סעיפים 35–36.

10 שאלת ההתרשלות, סבירות ההתנהגות של הנתבע, צריכה להיבדק בשלב ראשון כלפי כולי עלמא (*in rem*), ובשלב שני – כלפי התובע המסוים (*in personam*). ראה בהרחבה "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 326–321, 332–331.

11 ראה להלן בסעיף ד.

12 ראה "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 332–331. השאלה היא גם של מידת האובייקטיביות של מבחן האדם הסביר: באיזו מידה מייחסים למזיק את תכונותיו של האדם הסביר או באיזו מידה מייחסים לאדם הסביר את נתוני הניזוק (סובייקטיביות).

של¹³; המבחן המשווה את תוחלת הסיכון שיצרה ההתנהגות עם עלות מגיעתו ועם ערכה החברתי של הפעילות המזיקה¹⁴; יחסו הנפשי של המזיק אל הסיכון שנוצר; ואפשרות מגיעתו של הנזק על-ידי הניזוק מול מגיעה על-ידי המזיק. כלים משפטיים אלה ואחרים מנחים את בית-המשפט ומסייעים לו בהכרעה באשר לטיבה של התנהגות נתונה. במבט כולל נראה, כי הן המסגרת המושגית הכללית והן הכללים ומבחיני-העזר המשפטיים היוצקים לתוכה תוכן קונקרטי נותנים לבוש משפטי הולם לתנאי הראשון של התנהגות בלתי-ראויה. הם מאפשרים לבית-המשפט ומסייעים לו לאזן כהלכה בין האינטרסים והערכים המתנגשים. אמנם, האיוון הראוי בין מעלותיה למגרעותיה של התנהגות נתונה עשוי להיות מורכב, עדין ושנוי במחלוקת¹⁵, אך הבעיה היא במהות הדברים ולא בלבושם המשפטי¹⁶.

עיקר הקושי בפיתוחה ובהתפתחותה של עוולת הרשלנות נוצר סביב הלבוש המשפטי של תנאי-היסוד השני לאחריות – זה הבודק את מאזנה החברתי הכולל של הטלת האחריות. מבחן המסגרת הכללי שנקבע לתנאי זה הוא מבחן חובת הזהירות (duty of care). הטלת אחריות בגין התרשלנות הוגבלה למצבים שבהם קיימת חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק. כך ב-*Donoghue* וכך בסעיף 35 לפקודת הניזיקין. בהיעדר חובה – כלומר: כאשר הטלת האחריות אינה רצויה – מוקנית חסינות למזיק, על-אף התרשלנות¹⁷. בניגוד להתרשלנות הנושאת עמה

13 זוהי השאלה של רמת המיון של הקבוצה שהמזיק משתייך אליה. כך, לדוגמא, השאלה אם יש מקום להבחין בין בעל-מקצוע חסר-ניסיון לבעל-מקצוע מנוסה, או בין רופא כפרי לרופא עירוני, היא שאלה של רמת מיון.

14 זהו המבחן הידוע גם כמבחן הכלכלי או כ"נוסחת הנד" (The Hand Formula). ראה "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 324. בעניין סבג לעיל הערה 3, נתנה השופטת דורנר מעמד מרכזי למבחן זה.

15 כמו בשאלה, מתי צריך בנק לבדוק בצייתותו של עורך-דין הפועל כמיופה-כוח של קרוב-משפחה, ראה המחלוקת לעניין זה בדנ"א 1740/91 בנק ברקלים דיסקונט בע"מ נ' פרוסט ואח', פ"ד מז(5) 31.

16 הסבר אפשרי אחר לכך שיסוד ההתרשלנות לא עורר יחסית בעיות מושגיות במשפט האנגלי-אמריקני הוא, ששאלת ההתרשלנות הוכרעה כשעתו באנגליה ועודנה מוכרעת כיום בארצות-הברית על-ידי מושבעים שאינם מנמקים את החלטתם. ראה *Markesinis*, לעיל הערה 2, בעמ' 194-195 (סקירת המשפט האמריקני על-ידי פרופ' רוברטסון מאוניברסיטת טקסס).

17 *Markesinis*, לעיל הערה 2, בעמ' 68. יסוד החובה מבחין אפוא בין התרשליות שיש עמן אחריות לכאלה הפטורות מאחריות. מכך אין ללמוד, כי קודם יש לבחון קיומה של התרשלנות, ורק לאחר-מכן – אם קיימת חובה לגבי לאותה התרשלנות. ניתן לשנות את סדר הבדיקה ולשאול אם בסיטואציה נזיקית מסוימת קיימת חובה, כלומר: אם רצוי להטיל אחריות בהנחה שהמזיק התרשל. תשובה שלילית לשאלה זו מייחסת את הדיון בשאלת ההתרשלנות. לסדר זה של בדיקה יש יתרון בשיטת המושבעים. שלילה מוקדמת של יסוד החובה, כשאלה של משפט, מאפשרת לבית-המשפט למנוע מן המושבעים הטלת אחריות בלתי-ראויה. ראה *Fleming*.

משמעות אינטואיטיבית, חובת הזהירות היא מושג עמום, חסר משמעות פנימית, שאינו מעיד על מטרתו – מניעת אחריות שמאזנה החברתי הכולל הוא שלילי. מכאן הנסיונות החוזרים ונשנים לקונקרטיזציה של יסוד החובה ולתרגומו לנוסחאות משפטיות. סקירה קצרה של נסיונות אלה כמשפט האנגלי והישראלי תעיד כי רובם לא צלחו. ואכן, בחוסר-היכולת להתאים לבוש משפטי הולם לתנאי השני מצוי הסבר חשוב לאי-השקט ולחוסר-היציבות של עוולת הרשלנות.

ד. צפיות פיזית וצפיות נורמטיבית

ראינו כי הצפיות, במשמעות של יכולת אנושית פיזית או טכנית לצפות סיכון הנובע מהתנהגות נתונה, היא חלק אינטגרלי של התנאי הראשון – יסוד ההתרשלנות. התנהגות היא בלתי-ראויה משום שהיא יוצרת סיכונים צפויים. כאשר הסיכון אינו ניתן לצפייה, לא ניתן לומר על ההתנהגות שיצרה אותו כי אינה ראויה, דהיינו: כי יש עמה התרשלנות¹⁸. מהו הקשר בין הצפיות הפיזית לבין יסוד החובה? מאחר שהחובה באה להבחין בין התרשלריות המובילות לאחריות לכאלה החסונות מפניה, הרי שכדורנו בשאלת החובה מניח בית-המשפט את קיומה של התרשלנות וממילא גם את קיומה של צפיות פיזית. הצפיות הפיזית כשלעצמה אינה שיקול בקביעת גבולות החובה, אלא נקודת-מוצא, תנאי מקדמי, לדיון בשאלת החובה. על-אף האמור לעיל, ובעקבות אמירה בלתי-מוצלחת ב-"Donoghue", נוצרה זיקה הדוקה בין הצפיות ובין יסוד החובה. נאמר שם, כי חובה קיימת כאשר יש צורך לצפות את הסיכון של גרימת נזק¹⁹. אמירה זו, שהועתקה אל פקודת הנזיקין²⁰, יצרה את מושג "הצורך לצפות" או "הצפיות הנורמטיבית", כמושג מרכזי של

לעיל הערה 7, בעמ' 136. גם כמשפט הישראלי נוהג כיום סדר זה של בדיקה, המקדים את שאלת החובה לשאלת ההתרשלנות, הגם שהדבר נעשה בדרך בעייתית. ראה "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 329-330, 342-349. אך גם כאשר מקדימים את יסוד החובה ליסוד ההתרשלנות ממשיכה החובה להיות יסוד מצמצם אחריות, המבחין בין התרשלריות המובילות לאחריות לכאלה הפטורות ממנה.

18 ראה "גלעד" על היחס בין ההיבט הפיזי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות" משפטים טו (תשמ"ו) 446, 448-449; "ר"עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 332.

19 הלורד אטקינס, לעיל הערה 1, בעמ' 580, אומר כי חובת הזהירות קיימת כלפי אותם בני-אדם: "...that I ought reasonably to have them in contemplation" "הדגש הוא על המלה "ought".

20 בסעיף 36 נאמר, כי החובה קיימת "...כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות..." לצפות את הסיכון. להבלטת חשיבותו של ה"צורך" לצפות כמכשיר נורמטיבי לקביעת גבולות האחריות ראה ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב ואח', פ"ד כא(1) 310, 324.

חובת הזהירות. הקושי הוא שמושג זה הוא למעשה חסר-משמעות וחסר-ערך. מתי צריך אדם לצפות כי התנהגותו עלולה לגרום נזק? מתי הוא פטור מצורך זה? התשובה לשאלות אלה סתומה ועמומה ממש כמו התשובה לשאלה, מתי קיימת חובת זהירות? קשה לראות מהו התוכן הקונקרטי שמושג "הצורך לצפות", או "הצפייה הנורמטיבית" יוצק ליסוד חובת הזהירות. לכל היותר יש כאן מסגרת מושגית ריקה נוספת. יתירה מזאת; הקביעה כי אדם שצפה כי התרשלותו תגרום נזק פטור מאחריות לאותו נזק משום שלא היה צריך לצפות את מה שצפה מעוררת אינטואיציה תמיכה ואי-נוחות.

ריקנותו של מושג "הצורך לצפות", מחד גיסא, וכריכת הצפיות עם יסוד החובה, מאידך גיסא, הביאו בסופו של דבר ליצירת זיקה בלתי-ראויה בין היכולת הפיזית לצפות ובין יסוד החובה. זיקה זו הולידה בשלב ראשון את "חזקת החובה", ובשלב שני – את "הנחת העבודה" של פסק-דין סבג, כפי שיתברר להלן.

ה. אנגליה – התפתחות יסוד החובה ועלייתה ונפילתה של "חזקת החובה"

בית-המשפט האנגלי ב-*Donoghue* יצק תוכן קונקרטי אל דרישת החובה או "הצורך לצפות" באמצעות מבחן הקרבה (*proximity*) או הרעות (*neighborhood*)²¹. זה מתנה את ההכרה בחובת זהירות בקיומה של זיקה מיוחדת בין המזיק לניזוק. זיקה זו יכולה להיווצר על-ידי קרבה גיאוגרפית²², קרבת זמן²³, מערכת-יחסים מיוחדת (*special relationship*) היוצרת הסתמכות (*reliance*)²⁴, יחסים חוזיים מוקדמים²⁵,

21 למבחן הקרבה באנגליה ראה *Markesinis* לעיל הערה 2, בעמ' 79-83. ראה גם להלן בסעיפים טז ויז.

22 כמו בעניין *Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd.* [1970] A.C. 1004. ראה "אחריות רשויות ציבור א", לעיל הערה 6, בעמ' 371-372. ראה גם ע"א 224/51 פריצקר ואח' נ' פרידמן, פ"ד ז 674, 684-686, 692.

23 כדרישת ה-*immediate aftermath*, שבה מותנית במשפט האנגלי ההכרה בנוק נפשי שנגרם עקב פגיעה באדם קרוב – *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1991] 3 W.L.R. – 1057.

24 זהו הבסיס לאחריות לנוק כלכלי בגין הודעות רשלניות. ראה המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית בע"מ ואח', פ"ד ח 1317; ו-*Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners* [1964] A.C. 465. ראה *Markesinis* לעיל הערה 2, בעמ' 86-95.

25 קרבה זו בין הצדדים לחוזה היא הבסיס להכרה באחריות המקצועית בנויקין (ככל שבתי-המשפט

יחסי נאמנות²⁶ או מהיותו של הניזוק חלק מקבוצת-סיכון קטנה ומוגדרת²⁷. במבחן זה, המאפשר לבית-המשפט להתנות את האחריות בקיומן של זיקות מסוגים שונים בין המזיק לניזוק, אכן יש כדי לסייע בידי השופט בסינון המקרים שבהם האחריות אינה רצויה²⁸. עם זאת, יכולת הסינון של מבחן זה מוגבלת. בהתקיים אחת הזיקות המוכרות כיוצרות קרבה מתחייבת הטלת אחריות על המזיק גם אם ערכה החברתי הכולל שלילי. קשה לשלול באמצעותו אחריות בגין סוגי נזק מסוימים שסבל אדם קרוב למזיק או בגין סוגי פעילות מסוימים שפגעו באדם קרוב. מנגד, כפי שנראה בהמשך, פרשנות מרחיבה של מבחן הקרבה, המזהה קרבה עם מצבי אחריות, מרוקנת מבחן זה מכל תוכן קונקרטי²⁹.

היעדר קונקרטיזציה מספקת לדרישת החובה, יכולת הסינון המוגבלת של מבחן הקרבה במשמעותו המקורית והרחיבה מפני היזקקות ישירה לשיקולי מדיניות בקביעת גבולות האחריות ברשלנות³⁰ הניעו את בתי-המשפט באנגליה שלא להכיר ב־*Donoghue* כיוצר עוולת רשלנות כללית. מחשש לאחריות בהיקף בלתי-מבוקר העדיפו בתי-המשפט לפתח משבצות מוגדרות של מצבי התרשלנות ולא להיזקק לעוולה כללית של רשלנות³¹. בשנות השבעים והשמונים נעשה ניסיון לשפר את נוסחת *Donoghue*, ולהגדיל את יכולת הסינון של אחריות בלתי-רצויה על-ידי

מוכנים להתערב במערכת החוזית באמצעות דיני-הניזקין). נראה, שגם אחריות זו מבוססת על הסתמכות ואין היא שונה במהותה מהאחריות להודעות רשלניות.

26 על התפתחות אחריותם של בנקים כלפי לקוחותיהם על בסיס חובות אמון ראה, לדוגמא, א' פורת "אחריותם של בנקים בגין רשלנות – התפתחות אחרונות" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי, עורך) 301; וההתלטות בעניין פרוסט, לעיל הערה 15; ובע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573.

27 זהו מקור ההבחנה בין *general duty* או *public duty* שאינן מקיימות אחריות, ובין ה-*special duty*. ראה "אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 6, בעמ' 366 (משפט אנגלי), 389-390 (משפט ישראלי) ו"אחריות רשויות ציבור, ב", לעיל, הערה 3, בעמ' 62-63 (משפט אמריקני). כך, לדוגמא, הוגבלה האחריות לנזק נפשי הנובע מפגיעה באדם קרוב רק לקבוצת-האנשים המקורבת ביותר לנפגע. ראה עניין אלסוטה, לעיל הערה 6 ופסק-דין *Alcock*, לעיל הערה 23.

28 בעניין 91 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. Ltd.* (1992) D.L.R. (4th) 289, 369: Stevenson. אומר השופט

"...the concept of proximity may be seen as an umbrella, covering a number of disparate circumstances in which the relationship between the parties is so close that it is just and reasonable to permit recovery in tort".

29 ראה להלן בסעיף טז.

30 Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 75; "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 361-362.

31 Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 77; "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 362.

הוספת תנאי מגביל לאחריות. בעניין *Anns* נקבע כי קרבה, במשמעות של זיקה מיוחדת בין המזיק לניזוק, אינה תנאי מספיק לאחריות במקרי התרשלות³². תנאי נוסף, מצמצם אחריות, הוא שבית-המשפט ישתכנע כי לא קיימים נימוקים מיוחדים המצדיקים את שלילת האחריות. קיומה של קרבה רק יוצר "חזקת חובה" וזו ניתנת לסתירה אם ישתכנע בית-המשפט בקיומם של נימוקים כאמור. במלים אחרות: בית-המשפט שילב לראשונה, במוצהר ובמישרין, שיקולי מדיניות "גולמיים", ללא תרגום משפטי, בתהליך ההכרעה בשאלת ערכה החברתי של האחריות.

בשנות שלטונו של "המבחן הכפול" – מבחן הדורש גם קרבה וגם היעדר נימוקים שוללי-אחריות – ננטשה גישת המשכצות המוגדרות והופעלה עולה כללית של רשלנות. בתקופה זו אכן חלה התפתחות מרחיבת-אחריות במשפט האנגלי, בעיקר בתחומי ההכרה בנוק הכלכלי הטהור מחוץ למשבצת המסורתית של הסתמכות על הודעת-שוא רשלנית³³.

באמצע שנות השמונים השתנתה המגמה. בשורה של החלטות סויג המבחן הכפול והוגבל, עד אשר בוטל סופית בעניין *Caparo*³⁴. במקביל חלה נסיגה של ממש מהגישה מרחיבת-האחריות שהזינה את המבחן הכפול של *Anns*. פסק-הדין בעניין *Murphy* ביטל את הלכת *Anns* בהיבט של הרחבת ההכרה באחריות לנוק כלכלי טהור³⁵. מהם אפוא מרכיביה של דרישת החובה באנגליה כיום? הגישה החדשה, הבאה לידי סיכום וגיבוש בפסק-דין *Caparo*³⁶, החליפה את "חזקת החובה" בדרישה מחמירה יותר והיא שהטלת אחריות תהיה הוגנת, צודקת וסבירה בנסיבות העניין³⁷. כיום הוכחת התנאי המסורתי של קרבה או "רעות" שוב אינה יוצרת "חזקת חובה". בית-משפט יכיר בחובה רק אם יגיע למסקנה כי יהיה זה סביר,

32 *Anns v. London Borough of Merton* [1977] 2 All E.R. 492, שבו הוטלה אחריות על רשות מקומית בשל פיקוח לקוי על בניית מבנה שגרם נזק כלכלי.

33 פסקי-הדין הבולטים בנושא ההכרה בנוזקים כלכליים טהורים הם *Anns* ו-*Junior Books Co. Ltd. v. Veitchi Co.* [1983] A.C. 520, שבו הוכרה חבותו של קבלן-משנה בגין נזק כלכלי שגרם למזמין העבודה אצל הקבלן הראשי על-אף היעדר קשר תוצי ביניהם.

34 *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 1 All E.R. 568, שבו הוחלט כי רואי-חשבון של תאגיד אינם חבים כלפי רוכשי מניות בחברה בגין מצג-שוא רשלני שנעשה כלפי החברה.

35 *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 A.C. 378. ראה גם B.S. Markesinis & S. Deakin "The Random Element of their Lordship's Infallible Judgment – An Economic and Comparative Analysis of the Tort of Negligence From *Anns* to *Murphy*" 55 *The Modern L. R.* (1992) 619.

36 *Caparo* לעיל הערה 34, בעמ' 574.

37 שורשיה של דרישת ההגיונות, הצדק והסבירות מצויים בפסק-הדין *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.* [1985] A.C. 210. ראה "עוולת הרשלנות", לעיל, הערה 2, בעמ' 364-366.

צודק והוגן להטיל אחריות. עם זאת, גם המבחן החדש נזקק במישורין לשיקולי מדיניות "גולמיים" – הצדק, ההגינות והסבירות של *Caparo* אינם שונים במהותם מן השיקולים המיוחדים של *Anns*. מטעם זה הביע בית-המשפט ב-*Caparo* ספק ביכולת ליצור עוולת רשלנות כללית ואופרטיבית כאמצעות עקרונות כלליים כמו קרבה, צדק, הגינות וסבירות, ונטה לשוב ולאמץ את גישת הקטיגוריות המסורתית.

ו. ישראל – עלייתה ונפילתה (הזמנית) של "חזקת החובה" בגרסתה המקומית

להבדיל מן המשפט האנגלי, שבו הרשלנות היא יצירה שיפוטית, פקודת הנוזקין בישראל קובעת מסגרת סטטוטורית היוצרת עוולת רשלנות ומגדירה את יסודותיה. סעיפים 35 ו-36 לפקודה מגדירים את יסוד ההתרשלות ויסוד החובה שנדונו לעיל כיוצרי אחריות בעוולת רשלנות. אמנם, הגדרה זו מבוססת על פסק-דין *Donoghue*, אך עם חקיקתה קיבלה חיים משפטיים משל עצמה³⁸. בעוד שבמשפט האנגלי העדיפו בתי-המשפט לפעול בתוך משבצות עובדתיות מוגדרות שבהן הוכרה אחריות בגין התרשלות, מבלי צורך להיזקק לנוסחת *Donoghue* ולשאלת קיומה של חובה, הכרעה בשאלת האחריות ברשלנות כמשפט הישראלי היתה תלויה כבר מתחילתה בהכרעה בשאלת קיומה של חובה.

דיוקא משום שהמסגרת החקוקה חייבה את בתי-המשפט להפעיל את עוולת הרשלנות ואת יסוד החובה מצמצם-האחריות, הגיע המשפט בישראל כבר בשלב מוקדם להכרה כי לצד מבחן הקרבה כמבחן-עזר יש לשלב בקביעת יסוד החובה גם שיקולי מדיניות "גולמיים" נעדרי תרגום משפטי. עוד כעניין ברקוביץ הודגש "היסוד המוסרי חברתי" של החובה³⁹. הבנה זו, שאליה הגיעו בתי-המשפט באנגליה רק לאחר-מכן, יכולה היתה לחסוך למשפט הישראלי את תהפוכות המשפט האנגלי. לא כך קרה. על רקע הזיקה ההדוקה בין עוולת הרשלנות בישראל לבין שיטת-האם האנגלית ראה בית-המשפט העליון צורך לתת גם כמשפט הישראלי ביטוי להתפתחויות כמשפט האנגלי. "חזקת החובה" של פסק-דין *Anns*⁴⁰, בשינוי צורה, יובאה אל המשפט הישראלי ושולבה בדין המקומי. בפסק-דין גורדון, תוך

38 על הקשר ההדוק בין הגדרת הרשלנות ב-*Donoghue* ובין הגדרתה בפקודה ראה פריצקר ואח' נ' פרידמן, לעיל הערה 22, בעמ' 686. למשמעות העצמאית שקיבלה ההגדרה כמשפט הישראלי ראה י' אנגלרד "חצי יובל לפקודת הנוזקין האזרחיים – בעיות ומגמות" משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 564, 571.

39 ע"א 360/59 חיוח"מ נ' ברקוביץ, פ"ד יד 206, 213.

40 לעיל הערה 32.

הפניה ל-"Anns, נאמר: "נמצא, כי הכלל הוא, שבמקום שהנזק הוא צפוי (כענין פסי) חובה לצפותו (כענין נורמטיבי), אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים המצדיקים צמצום החובה או שלילתה חרף יכולת הצפייה"⁴¹. בין "חזקת החובה" המקומית לזו האנגלית התקיימו שני הבדלים שבמהות: ראשית, במשפט האנגלי "חזקת החובה" היתה חלק מניסיון לצמצם את יסוד החובה על-ידי הוספת תנאי מגביל חדש – התנאי השולל חובה כאשר הוכח קיומם של שיקולים המצדיקים זאת. "חזקת החובה" בגורדון הרחיבה את גבולות החובה המוכרים, בקובעה כי יש להניח קיומה של חובה בהיעדר שיקולים מיוחדים לשלילה. שנית, ועיקר, בעוד שבמשפט האנגלי הבסיס ל"חזקת החובה" היה קיומה של קרבה בין המזיק לניזוק, בגורדון הסתפק בית-המשפט בקיומה של צפיות פיזית אצל המזיק. השוני בין שתי נקודות-המוצא הוא גדול. כפי שראינו, הקרבה כדרישה של זיקה מיוחדת בין המזיק לניזוק היא מסגרת נורמטיבית חשובה בפני עצמה. היא מקנה לבית-המשפט יכולת לשלול חובה משיקולים נורמטיביים עוד לפני יצירתה של "חזקת החובה". לעומתה, לצפיות הפיזית אין כל אפקט של סינון, שהרי היא קיימת בכל התרשלות. "חזקת החובה" של גורדון קובעת אפוא בכל מקרה שבו קיימת התרשלות כי יש להניח קיומה של חובה, אלא אם זו נשללת משיקולים מיוחדים.

כותב שורות אלה, מתח ביקורת במספר הזדמנויות על "חזקת החובה" של גורדון כמבחן-עזר להכרעה בשאלת ערכה החברתית של האחריות, בטענה כי מדובר במכשיר "גס" המפר את האיזון המורכב והעדין הנדרש בעת ההכרעה בשאלת מאזנה החברתית של אחריות והסוטה מ"חזקת החובה" האנגלית⁴². קביעת נקודת-מוצא המניחה באורח גורף כי אחריות רצויה בכל מקרה של התרשלות, אלא-אם-כן ישנם שיקולים מיוחדים המצדיקים את שלילתה, מטה את הכף באורח ברור בעד אחריות תוך שהיא ממעיטה, בדרך מיכנית, ממשקלם של השיקולים נגד האחריות. ואכן, כצפוי, פעלה "חזקת החובה" להרחבת תחומי האחריות בעוולת הרשלנות⁴³.

בענין לוי חל שינוי בגישה לחזקת החובה⁴⁴. בית-המשפט המחוזי התבסס על חזקה זו בחייבו את המדינה בגין מחדלי הפיקוח על הביטוח⁴⁵. בית-המשפט העליון

41 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 129.

42 ראה י' גלעד "על היחס בין ההיבט הפיזי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות", לעיל הערה 19, בעמ' 446; "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 363; "אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 6, בעמ' 392-393; "אחריות רשויות ציבור, ב", לעיל הערה 3, בעמ' 72-73.

43 ראה "אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 6, בעמ' 399-401 ובהערה 245; וכן הדיון בענין צבאח, להלן בפרק י.

44 לוי, לעיל הערה 3, בעמ' 65-66.

45 ת.א. (חי') 635/84 לוי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"מ (תשנ"א) (א) 453, 474.

פתח באומרו, כי "גזירתה של הצפיות הנורמאטיבית מן הצפיות הטכנית לעולם אינה אוטומטית". לאחר-מכן צמצם למעשה את תחולתה של "חזקת החובה" למצבים של מעשה אקטיבי של הנתבע שגרם לנזק גוף, כאשר גם אז קיומו של "ריחוק ענייני" בין הצדדים יכול שישלול חזקה זו. גישה זו משתלבת היטב בתפישה הכוללת של עוולת הרשלנות שבפסק-דין לוי, אשר תוצג בהמשך⁴⁶.

ז. עניין סבג ו"הנחת העבודה" –

"חזקת החובה" מתרחבת ל"חזקת התרשלנות"

בעניין סבג נקבע פה אחד, כי עובד במתקן גלישה למים התרשל בכך שאפשר גלישה לפני שהגולש הקודם, הניזוק, יצא מתחום הנחיתה. מפעיל מתקן-הגלישה והעירייה המפקחת נמצאו עקב כך חייבים ברשלנות כלפי הניזוק שנפגע בגופו על-ידי הגולש המאוחר⁴⁷. הטלת אחריות כנסיבות אלה נראית טבעית ומתבקשת כנסיבות המקרה שבו נוצר סיכון גוף ממשי הניתן למניעה בקלות יחסית. ה"חידוש" בפסק-הדין הוא בהנמקה שבה עטפה השופטת דורנר את החלטתה. לדבריה, בעוולת הרשלנות "...נקודת המוצא הראויה כ'הנחת עבודה' היא כי יוצר הסיכון (המוזק) אחראי לנזק, ובלבד שהסיכון היה ניתן לחיזוי. הלוא דומה כי כרגיל הצדק דורש כי מי שיישא בעלות הנזק הוא הגורם לנזק ולא הנפגע"⁴⁸.

קביעה זו היא חדשנית ומרחיקת-לכת. לא זו בלבד שהיא מחזירה במשתמע את "חזקת החובה" על כנה, לאחר שזו כמעט שבוטלה בלוי, אלא שהיא יוצרת חזקה נוספת, חסרת-תקדים – "חזקת התרשלנות". על-פי "הנחת העבודה", יצירתו של סיכון צפוי יוצרת חזקה של התנהגות בלתי-ראויה, של התרשלנות. על יוצר הסיכון תוטל במקרה זה אחריות, אלא-אס-כן ייווכח בית-המשפט כי על-פי מבחן-העזר הבוחן את ההסתברות להתממשות הסיכון, את שיעור הנזק הצפוי, את עלות המניעה ואת האינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון התנהגות זו היא ראויה. להבדיל מ"חזקת החובה", הדורשת הוכחת התרשלנות כיסוד מקדמי לאחריות ומרחיבה את תחומי החובה, "הנחת העבודה" מסתפקת בצפייתו של הסיכון ומניחה הן את קיומה של התרשלנות והן את קיומה של חובה. "הנחת העבודה" היא אפוא מבחן-עזר משפטי בעל משמעות מהפכנית. ואכן, השופט ברק הסתייג מרצות מ"הנחת עבודה", שבה ראה "סטייה מדיני הנזיקין בכלל ומדיני

46 להלן בפרק טז.

47 לעיל הערה 4.

48 שם, בסעיף 7 לפסק-הדין של השופטת דורנר.

הרשלנות בפרט". לדעתו, זו עלולה להביא להרחבה מהותית ובלתי-רצויה של האחריות ברשלנות, אשר "תשעבד את השופט לאינטואיציה הראשונית שלו, תחת להעביר את האינטואיציה במבחן הרציונאליזם".

השופט חשין ביקש לדרך תוצאה זו בציינו, כי "אותה 'הנחת עבודה' אינה אמורה ליצור לא חובה שבדין ולא נטל הוכחה...וכל כולה לא נוצרה היא אלא לדרך חשיבה 'מקוצרת'...להקל על בית משפט של ערכאה קמא שעה שהיא דנה בנושא של חבות בנזיקין". בהבהרות אלה הוא מבקש להרגיע את החשש מפני הרחבת האחריות עקב "הנחת העבודה": "משאמרנו דברים שאמרנו – והקורא יראה ויידע – יוצבו גדרות ותאסר הסגת-גבול". השופט דורנר הסכימה לדבריו אלה בדבר מהותה של "הנחת העבודה". לעומתם, השופט ברק ראה באפיון "הנחת העבודה" כדרך-חשיבה "מקוצרת" המסייעת לשופט משום "פרופוזיציה טאוטולוגית" שאינה מרככת את הסטייה שהנחת העבודה סוטה מדיני-הנזיקין, בכלל, ומדיני-הרשלנות, בפרט. עמדת השופט ברק משכנעת. קשה לראות מה ההבדל שבמהות בין "הנחת עבודה", המעבירה את נטל ההוכחה לעניין האחריות ברשלנות אל הנתבע בכל מקרה של נזק צפוי שגרם, לבין "הנחת עבודה" שמכוחה רשאי השופט להניח כי הנתבע אחראי, אלא-אם-כן התקיימו נסיבות המצדיקות את גלגול הנזק אל הניזוק. בשני המקרים "הנחת העבודה" מביאה להטלת אחריות במקרים שבהם זו לא היתה מוטלת בלעדית. לא ב"קיצור דרך" מדובר, אלא ב"דרך אחרת".

ח. תוצאותיה של "הנחת העבודה"

התוצאה המתקבלת מ"הנחת העבודה" קשה. כמעט שלא תמצא פעילות אנושית אקטיבית שאין עמה סיכונים צפויים כלשהם. נהיגה ברכב, זהירה ככל שתהיה, יוצרת סיכונים צפויים של פגיעה ברכוש בנסיבות של החלקה או בלימת-חירום. מוצר פיזי "תמים" עלול לגרום נזק כאשר הוא נופל, מושלך או כאשר נתקלים בו. שירות הניתן בזהירות ובהקפדה ראויים עלול בכל-זאת, בנסיבות מסוימות, לגרום נזק למקבל השירות או לצדדים שלישיים. עובדים ייפגעו במקומות-עבודה גם אם המעביד ינהיג סידורי בטיחות אופטימליים. הרשלנות, כהסדר אחריות בנזיקין, מתאפיינת בכך שאין היא מטילה אחריות אלא על יצירת סיכונים צפויים בלתי-סבירים. מכאן ההלכה המושרשת, שלפיה "אין דין שכל יצירת סיכון מטילה על אדם אחריות לכל תוצאה מזיקה שתגרם בעקבותיה, אפילו אפשר לחזותה

מראש⁴⁹, "הדין מבחין בין סיכון סביר לבין סיכון בלתי סביר"⁵⁰. "הנחת עבודה", שמכוחה תיראה כל התנהגות, היוצרת סיכון צפוי, כהתנהגות בלתי-ראויה כל עוד לא קבע בית-המשפט אחרת, בייחוד כאשר היא מלווה "חזקת חובה" – מערערת סדרי-בראשית. זהו צעד ראשון וממשי, למעבר מהסדר מבוקר של רשלנות להסדר גורף של אחריות חמורה⁵¹. ואכן, בחינת ההנמקה הרעיונית ל"הנחת העבודה" מאששת מסקנה זו.

ט. הגרימה כבסיס לאחריות בנזיקין

"הנחת העבודה" מבוססת על ההשקפה, כי "...כרגיל הצדק דורש כי מי שיישא בעלות הנזק הוא הגורם לנזק ולא הנפגע"⁵². תפישה פשטנית זו, הרואה בעצם העובדה של גרימת הנזק בסיס מספיק להטלת אחריות על הגורם, זרה ומנוגדת לרוחה של הרשלנות. כאמור, זו רואה הצדקה בהעברת נטל הנזק מן הניזוק אל המזיק רק אם נפל פגם בהתנהגותו של המזיק⁵³. המינימום הנדרש לצורך זה הוא ההתרשלות במשמעות של סטייה מרמת זהירות של האדם הסביר⁵⁴. הטלת אחריות על התנהגות שאינה פגומה נעשית מחוץ לרשלנות, במסגרת ההסדר האלטרנטיבי

49 ע"א 333/56 סולל בונה בע"מ נ' נציה ואח', פ"ד יב 619, 622.

50 ועקנין, לעיל הערה 7, בעמ' 127.

51 במאמרו בספר השנה תשנ"ד/ה, לעיל הערה 3, מציע אריאל פורת, בסעיף 2.2, לראות את הנחת העבודה כמתייחסת לסיכון מיוחד או חריג ולצמצם את תחולתה לסיכונים אלה כצעד ראשון לקראת הנהגת אחריות מוגברת, שאינה תלויה באשם, בסוג זה של סיכונים. לדעתו, מגלשת-המים נשוא הדיון היא אכן "דבר מסוכן" היוצר סיכון מיוחד. אך האם ניתן לפרש את דברי השופטים דורנר וחשין כחלים רק על סיכונים מיוחדים או חריגים? נראה שלא. נהפוך הוא: השופט חשין מבחין בין סיכונים מיוחדים, שלהם יוחדו הוראות סעיפים 38-41 לפקודת הנזיקין, ובין סיכונים סתם – "עדת מקרים רבים בני-בלי-שם, שהברית התיכון בהם הוא יצירתו של סיכון". כאשר למשטר האחריות הראוי לגבי סיכונים מיוחדים או חריגים – שאלה זו מורכבת ולא כאן המקום לדון בה.

52 סעיף 7 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

53 O.W. Holmes *The Common Law* (Boston, 1881) 144-150.

54 יש הסוברים, כי קביעת אשמה על-פי סטנדרט אובייקטיבי שייכת גם היא במהותה לתחום האחריות החמורה ולא לרשלנות. על הדעות השונות ראה England *The Philosophy of Tort* 23-24 (Aldershot, I, 1993). Law על המעבר מאשמה מוסרית על בסיס סובייקטיבי לאשמה חברתית על בסיס אובייקטיבי ראה J.G. Fleming "The Role of Negligence in Modern Tort Law" 53 *Va. L. Rev.* (1967) 815, 815-818; A.A. Ehemzweig "Negligence without Fault" 54 *Cal. L. Rev.* (1966) 1422, 1449, 1459.

של האחריות החמורה (strict liability). ואכן, אלה המצדדים באחריות החמורה, בין משיקולים של צדק מתקן, כאפשטיין⁵⁵, בין משיקולים של יעילות, כקלברז⁵⁶ – תוקפים את הרשלנות ומציעים להחליפה באחריות חמורה. קיימת אפוא סתירה פנימית בלתי-ניתנת ליישוב בהצעה להציב להסדר רשלנות נקודת-מוצא המבוססת על תפישה של אחריות חמורה.

יתירה מכך: גם הבסיס הרעיוני של אחריות חמורה המבוססת על גרימה הוא בעייתי. ייחודה של האחריות החמורה בהשוואה לאחריות על בסיס אשם (fault-based liability) הוא בהיותה מוטלת על התנהגות רצויה מבחינה חברתית. אך מהי ההצדקה להטלת סנקציה על פעילות רצויה מבחינה חברתית?

ההסדרים המודרניים של אחריות חמורה, כאלה החלים על תאונות-דרכים⁵⁷, מוצרים פגומים⁵⁸, בטיחות בעבודה⁵⁹ ואחריות שילוחית⁶⁰ מבוססים בעיקרם לא על גרימה, אלא על רעיונות של פיזור נזק ויכולת טובה יותר של המזיק למנוע את הנזק. ההסדרים המסורתיים שקדמו לרשלנות, כעוולות ה-trespass למיניהן, אמנם נתפשים כהסדרי אחריות חמורה המבוססים על גרימה, אך תפישה זו שנויה במחלוקת ומוצעים לה הסברים אחרים⁶¹. כיום ניכרת מגמה להחדיר אלמנטים

55 לסקירה ולביקורת גישתו של אפשטיין (ושל גישה פלטשר החומך בהטלת אחריות חמורה על סיכונים חד-צדדיים) ראה I. England "The System Builders — A Critical Analysis of Modern American Tort Theory" 9 J. Legal Stud. (1980) 27, 57–68 (להלן: אנגלרד, "ניתוח ביקורתי"). ראה גם אנגלרד, לעיל הערה 54, בעמ' 25, 27.

56 G. Calabresi "Does the Fault System Optimally Control Primary Accidents Costs?" 33 Law & Contemp. Prob. (1968) 429; G. Calabresi & J.T. Hirschoff "Towards a Test for Strict Liability in Torts" 81 Yale L. J. (1972) 1055.

57 חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975. ראה י' אנגלרד פיצוי נפגעי תאונות דרכים (מהדורה שניה, תש"ן) 7–9.

58 ראה "אחריות חמורה למוצרים" לעיל הערה 6, בעמ' 181–196.

59 ע' בר שירה הפרת חובה חקוקה (דיני הנזיקין — העוולות השונות, ג' טדסקי עורך, מהדורה שניה מאת רפנה לוינסון-זמיר (1989) 31.

60 דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי, עורך, י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין, מהדורה שניה תשל"ז) 459–464.

61 ברשימתו, "Transformation of Tort Liability in the Nineteenth Century — The Visible Hand" 4 Oxford J. Legal Stud. (1984) 46. כי תפישת האחריות הנזיקית לפני המאה ה"ט כאחריות המבוססת על גרימה בלבד אינה נכונה. ניתוחו מעלה כי הטלת האחריות היתה מותנית, ראשית, בדרישה של יצירת סיכון (risk generation) אשר הגבילה את האחריות לסוגי נזק, לתהליכי גרימה ולמקורות סיכון מסוימים; ושנית, ביכולתו של התובע להגן על עצמו. עוד הוא מראה, כי כבר אז שולב רעיון האשמה במבחני האחריות הן לעניין יכולתו של התובע להגן על עצמו הן כתנאי להטלת אחריות על המזיק במקרים של מחדל — אי-מניעת סיכון שיצרו אחרים. Holmes לעיל הערה 53, בעמ' 2–4 טען, כי האחריות המסורתית

של אשמה לעוולות ה־trespass⁶², כמו גם לעוולת המטרד⁶³. הסדר האחריות החמורה בגין דבר העלול לגרום נזק בהימלטו, שהתפתח במקביל לרשלנות⁶⁴, מעורר עד היום סימני־שאלה באשר להצדקותיו⁶⁵, והנטייה היתה, ועודנה, לצמצם את תחולתו⁶⁶.

בספרות המשפטית מצויה הדוקטרינה המצדדת באחריות חמורה על בסיס גרימה בעמדת מגננה⁶⁷. נטען כנגדה, כי ההכרעה בשאלת הגרימה מחייבת הערכה נורמטיבית של טיב התנהגותו של המזיק, כך שלא ניתן למעשה להפריד בין שאלת האשמה לשאלת הגרימה. עוד נטען, כי מבחני הגרימה עמומים וקשים ליישום וכי ההתמקדות בגרימה כשיקול של צדק מתקן, תוך התעלמות משיקולי צדק מחלק וצרכים חברתיים, תביא לתוצאות בלתי־רצויות. הגישה הכלכלית למשפט מן העבר האחר מתמקדת ביעילותם של הסדרי־האחריות, בעיקר מהיבט ההרתעה. גרימת הנזק כשלעצמה אינה נחשבת כנקודת־מרוצא ראויה להטלת אחריות. תפישה זו בולטת אצל קוז. במאמרו המפורסם על בעיית העלות החברתית הדגיש קוז

בנויקין יצאה למעשה מהנחה של גרימה מכוונת, כלומר: היתה מבוססת על אשמת המזיק. ראה קרצ'מר, לעיל, בעמ' 46. ראה גם H. Winfield "The Myth of Absolute Liability" 42 Fleming; L. Q. Rev. (1946) 37, לעיל הערה 54, בעמ' 816; אנגלרד, "גיתוח ביקורתיות", לעיל הערה 55, בעמ' 28-27; "חצי יובל לפקודת הנויקין האורחיים" משפטים ה (תשל"ה) 573-572, 564.

62 Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 404, 413-414.
63 על דרישת האשמה במטרד ראה Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 430-433. לאחרונה, בעניין Cambridge Water Co. v. plc Eastern Leather [1994] 2 W.L.R. 53 חזר בית־הלורדים והדגיש את הקרבה הגדולה שבין מטרד לרשלנות וקבע כי האחריות בגין מטרד מותנית בצפיותו של הנזק הנגרם על־ידו.

64 הכלל של Rylands v. Fletcher (1865) 159 All E.R. 737.
65 Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 463.

66 תחולת הסדר זה צומצמה בעיקר באמצעות הגבלתה למצבים של שימוש בלתי־רגיל (non-ordinary) בקרקע. ראה Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 472-473. ראה גם "אחריות חמורה למוצרים", לעיל הערה 7, בעמ' 214-215. בעניין Cambridge Water Co., לעיל הערה 63, נוספה לכך הדרישה כי הנזק צריך להיות צפוי. בישראל לא חרגה האחריות המקבילה מתחומי הרשלנות, ו"חומרתה" מתבטאת בהפיכת נטל ההוכחה (סעיף 38 לפקודת הנויקין). במשפט המקובל הוגבלה בהיקפה גם האחריות החמורה לנזקים שגרמו בעלי־חיים מסוכנים. ראה Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 474-485. בישראל מושתתת אחריות זו על הפיכת נטל ההוכחה ברשלנות (סעיף 40 לפקודת הנויקין), אם כי לאחרונה הוטלה אחריות חמורה על בעלי־כלבים (סעיפים 41-44 לפקודת הנויקין). גם הסדר זה ניתן להסביר בשיקולי הרתעה ופיזור.

67 ראה ביקורתם של אנגלרד ואחרים על פלטשר ואפשטיין, לעיל הערה 55.

את ההדדיות שבגרימת הנזק. הנזק הוא תולדה של התנגשות בין פעילות המזיק לפעילות הניזוק ולכן שתי הפעילויות "גורמות" לו⁶⁸. קלברזי, המצדד באחריות חמורה, עושה כן על בסיס ההנחה כי זו תתעל את האחריות אל "המונע הזול ביותר" (cheapest cost avoider) ולא משיקולי גרימה⁶⁹. גם פוזנר, השלישי במניין "האבות המייסדים" של הניתוח הכלכלי, מבסס את הצעתו להסדר משולב של רשלנות וכיסויי אחריות חמורה על שיקולי יעילות, להבדיל מגרימה⁷⁰. על רקע כל האמור לעיל ניתן היה לצפות כי תוצג בסבב תשתית כלשהי לאמירה המבססת אחריות בנזיקין על גרימה.

י. סכנותיה של "הנחת העבודה" – ההחלטות בצבא וא' חליף

"הנחת העבודה" של השופט דורנר מייצגת השקפה מרחיבה בדבר אחריות בנזיקין, אשר מצאה ביטוי קודם בשני פסקי-דין מוקדמים. שני אלה מעידים על סכנותיה של "הנחת העבודה".

במקרה האחר, בעניין בלוי ואח' נ' טפחות⁷¹, נדונה שאלת אחריותו ברשלנות של בנק אשר לא מסר ללקוח אחד, לווה, מידע על קשייו העסקיים של לקוח אחר, חברת-בנייה. נטען כי לו נמסר מידע זה, לא היה הלווה מתקשר בעסקת קניית דירה מחברת-הבנייה והיה נמנע הנזק שסבל עקב התמוטטותה. השופט דורנר קבעה, כי בנסיבות אלה מוטלת על הבנק חובה לגלות ללווה פרטים על מצבה העסקי של חברת-הבנייה, כך שאי-גילוי, כאמור, הוא בגדר התרשלנות המובילה לאחריות. קביעה זו הסתמכה על כך שהבנק ידע על קשייה של חברת-הבנייה ולפיכך צפה את הנזק ללווה. כן הסתמך בית-המשפט על "חוקת החובה" של

68 1 (1960) 3 J. Law & Econ. R.H. Coase "The Problem of Social Cost". בעמ' 3 מצביע קוז על האופי ההדדי של גרימת הנזק תחת הכותרת "The Reciprocal Nature of the Problem". בעמ' 13, לאחר הצגת מצבים של גרימת נזק, הוא מציין: "If we are to discuss the problem in terms of causation, both parties cause the damage" ראה לעניין זה "גלעד" על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 467-462, 421.

69 ראה גלעד, לעיל הערה 68, בעמ' 476-478.

70 W.M. Landes & R. Posner *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, Mass., 1987) 54-84.

71 ת.א. (י"ם) 46/91 בלוי ואח' נ' "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ, תקדין – מחוזי 706 (3)91.

גורדון⁷². בית-המשפט העליון, הבהיר פה אחד, כי האיזון הנדרש במקרה זה לצורך הקביעה מהי התנהגות ראויה הוא יותר מורכב ועדין ממה שסברה השופטת⁷³. מול האינטרסים הפרטיים והשיקולים החברתיים המיוצגים על-ידי חובת הגילוי ניצבים אינטרסים ושיקולים חשובים לא פחות, המיוצגים על-ידי חובת הסודיות הבנקאית. נתקבלה טענת הבנק המערער, כי בית-המשפט קמא לא בחן כהלכה את הבעיות העוללות להיווצר במקרה של הטלת חובת גילוי כאי-ודאות וכהיעדר אמות-מידה ברורות לפעילותם של בנקים: "גישה זו מרחיקת לכת ואינה מאזנת כראוי בין החובות השונות המוטלות על בנק"⁷⁴. "הנחת העבודה", הלא-מפורשת במקרה זה, הביאה את השופטת דורנר לקבוע כי סירוב מוצדק למסור מידע הוא התרשלות. יתירה מזאת: בית-המשפט הכיר בכך שבנסיבות דומות מסירת מידע ללווים יכולה להביא להתמוטטות חברת-בנייה שאלמלא מסירת המידע היתה נחלצת מקשייה⁷⁵. במקרה זה אפשר שהבנק ימצא את עצמו נתבע על-ידי חברת-הבנייה בשל גילוי המידע. מאחר שנוק זה היה צפוי בעת מסירת המידע, "הנחת העבודה" יכולה להוביל לקביעה כי הבנק התרשל במסירת המידע. התוצאה בעייתית על פניה: הבנק, המצוי בין הפטיש של חובת הגילוי ובין הסדן של חובת הסודיות, עלול להימצא רשלן הן אם ימאן למסור מידע הן אם יחליט למוסרו. האיזון הנכון – כך נקבע – הוא לחייב את הבנק לגלות את דבר קיומו של ניגוד האינטרסים שבו הוא מצוי בין לקוחותיו ולא למעלה מכך⁷⁶.

בעניין א' חילף נ' משטרת ישראל קבעה השופטת דורנר, כי "עצם ניהול חקירה על-פי מידע לא נכון מהווה ראיה לכאורית כי המשטרה התרשלה בהערכת המידע שעל-פיו פתחה בחקירה ושבעטיה נפגע הנחקר. הטענה כי המשטרה בדקה את המידע כהלכה תהווה בנסיבות כאלה טענת הגנה, שהנטל להוכיחה הוא על המשטרה"⁷⁷. זוהי "הנחת עבודה" היוצרת "חזקת התרשלות" ו"חזקת חובה", הדומה לזו שבסבג, אלא שכאן הבסיס להנחה אינו היכולת לצפות את הנזק במועד החקירה, אלא העובדה, שהתבררה בדיעבד, כי המידע שהוביל לחקירה לא היה נכון. האם "הנחת עבודה" זו מאזנת כהלכה בין זכויותיו של נחקר לבין האינטרס הציבורי במניעת עבירות וחקירתן? נראה שלא. ראשית, ייתכנו מצבים שבהם יש

72 שם, בסעיפים 9 ו-11.

73 עניין צבאח, לעיל הצהר 26, בעמ' 604-606.

74 שם, בעמ' 606.

75 שם, בעמ' 605.

76 מטעם זה אימץ בית-המשפט בסופו של דבר את התוצאה שהשופטת הגיעה אליה והטיל אחריות על הבנק המערער, שהתרשל בכך שלא גילה ללקוח כי הוא מצוי במצב של ניגוד אינטרסים כמלווה לרוכש הדירה וכנושה של חברת-הבנייה. קביעה זו ראויה לדין נפרד.

77 בג"צ 64/91 א' חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(5) 658, 653.

הצדקה מלאה לחקירת חשוד ללא בדיקה מקדימה של המידע נגדו. כך במקרים של פשע חמור העומד להתבצע וכך במקרים שבהם אימות המידע עלול להכשיל את החקירה. "חזקת התרשלות" במקרים אלה עלולה להביא להדבקת תווית של התרשלות לדרך חקירה נכונה ורצויה כל-אימת שהמשטרה תתקשה להוכיח את סבירות הערכה או משום שתעדיף במקרים מסוימים שלא לחשוף מקורות מידע ושיטות חקירה. גם כאן, כבעניין בלוי ואח' נ' טפחות, "הנחת העבודה" מכניסה את הנתבע למלכוד. אי-בדיקת מידע היא התרשלות כלפי הנחקר. בדיקת מידע עלולה לסכל את החקירה ואף להיחשב כהתרשלות כלפי קורבן העבירה. מעבר לשאלת ההתרשלות עולה שאלת "חזקת החובה". באיזו מידה אכן ראוי, כעניין שבמדיניות, להתיר ככלל תביעות-נזיקין נגד המשטרה בגין התרשלות בבדיקת מידע שהוביל לחקירת חשוד? התרה גורפת של תביעות ממין זה, גם בהיעדר "חזקת התרשלות", עלולה לגרום להססנות ולזהירות-יתר של המשטרה בבואה לחקור חשדות, לריבוי תביעות-סרק או תביעות נקמניות נגד חוקרי המשטרה על כל הכרוך בכך, לחשיפת דרכי-החקירה של המשטרה ולפגיעה במקורות המידע שלה. האיוון הנדרש במצבים אלה בין האינטרס הציבורי החיוני במלחמה בפשיעה ובין כבודו ורווחתו של הפרט הנחקר הוא עדין ומורכב במיוחד⁷⁸. אכן, ייתכנו מקרים שבהם נסיבות החקירה ותוצאותיה, לרבות אמיתות המידע שהוביל אליה, יצדיקו לא רק הטלת אחריות על המשטרה, אלא גם את העברת נטל ההוכחה אליה באשר לאי-התרשלותה, אך מכאן ועד "הנחת עבודה" גורפת רב המרחק. זהו שימוש במכשיר קהה במקום שבו נדרש איזמל-מנתחים⁷⁹.

יא. הגישה הראויה – גישת השופט ברק

השופט ברק בעניין סבג הסתייג, כאמור, נחרצות מ"הנחת העבודה" ולא ראה בהצגתה כ"קיצור דרך" בלבד משום ריכוך שלה⁸⁰. לפי האמור לעיל, ברי כי עמדה זו מבטאת את הגישה הראויה לסוגיא. בצדק שולל השופט ברק את התפישת הסיבתית המונחת ביסוד "הנחת העבודה" באומרו: "דיני הנזיקין שלנו אינם מבוססים על תפיסה זו. 'סיבתיות' היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לאחריות בנזיקין". בצדק הוא מציין, כי יש להימנע מלהניח קיומה של התרשלות מעצם

78 לגישה זהירה לאחריות המשטרה ולמורכבות הסוגיא ראה "אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 6, בעמ' 371-372, 394-395.

79 עם זאת, חשוב לציין כי הדברים הנ"ל נאמרו לא במסגרת תביעת נזיקין נגד המשטרה, אלא כדי לפטור את המשטרה מן הצורך למסור לעותר את שם המתלונן שהביא לפתיחת החקירה.

80 ראה לעיל, בסעיף ז.

גרימתו של נזק צפוי. חששו מפני שינוי מהותי בכללי האחריות ובכללי ההוכחה ונטילת כתוצאה מ"הנחת העבודה" הוא חשש מבוסס. פסקי-דין של השופט דורנר בעניין טפחות ובעניין א' חליף מעידים על כך. אמנם, "הנחת העבודה" מציעה לשופט המהלך בעקבותיה דרך קלה יותר, אך קלות זו נובעת מהתעלמות מלאכותית מקשיים הכרוכים באיזון העדין והמורכב הנדרש הן לצורך הערכת ההתנהגות (התרשלות) והן לשם הטלת אחריות בגין התרשלות (חובה).

יב. עוד על "חזקת החובה"

לצד ביקורתו על "הנחת עבודה", המניחה קיומה של התרשלות מעצם יצירתו של סיכון צפוי, מוסיף השופט ברק את הדברים הבאים: "הנחת עבודה מדויקת יותר – והכל אך בתחום הרשלנות שבנזיקין, ולא בדין הנזיקי הכללי – יכלה להיות זו, שיוצר של סיכון צפוי (חזוי) ובלתי סביר – אחראי לנזק. עם זאת הייתי נמנע גם מ'הנחת עבודה' זו. צפיות וסבירות הם מונחים עמומים. נדרשת תמיד בחינה עניינית ורגישה של הערכים המתנגשים המונחים ביסוד ההכרעה".

מדברים אלה נראה, כי השופט ברק שולל לא רק את "חזקת התרשלות" שביסוד "הנחת העבודה", אלא גם מסתייג מ"חזקת החובה". כך עולה מן האמירה, שלפיה יצירתו של סיכון צפוי ובלתי-סביר (התרשלות) אינה צריכה ליצור הנחה של אחריות (חובה). אם זוהי אכן כוונתו⁸¹, הרי שלפנינו התפתחות מעניינת בתפישת הרשלנות של השופט ברק. נזכיר, כי "חזקת החובה" במשפט הישראלי באה לעולם בפסק-דין גורדון שניתן על-ידי השופט ברק⁸². אם אמנם, כפי שעולה לכאורה מדבריו, חזר בו השופט ברק בסבג מ"חזקת החובה" שיצר בגורדון, מדוע עשה כן? תשובה אפשרית היא, שהשופט ברק העריך מחדש את "חזקת החובה" לאחר שעמד על הדינמיקה הבלתי-רצויה שהיא יוצרת. "חזקת החובה" המקורית ביקשה ללמוד מקיומה של צפיות פיזית על קיומה של חובה. "הנחת העבודה" הלכה

81 דרך אחת ליישב את האמירות השונות בגורדון ובסבג לעניין "חזקת החובה" היא לפרש את "חזקת החובה" של גורדון כמוגבלת לחובה מושגית כלבד, בעוד שבסבג שלילתה היא לעניין החובה הקונקרטית. ואכן, בעניין ועקנין מופיעה "חזקת החובה" בהקשר של החובה המושגית (להלן הערה 82). אך האם ניתן לכרוך את הצפיות הפיזית עם החובה המושגית? מעצם טבעה הצפיות הפיזית יכולה להיכתן רק בנסיבות קונקרטיות, בעוד שתובת הזהירות המושגית מתעלמת מהנסיבות הקונקרטיות.

82 ראה לעיל, בסעיף ו. למעשה כבר בפסק-דין ועקנין, לעיל הערה 7 בעמ' 123, נאמר "כי מקום שניתן לצפות נזק, כענין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה". כאן הוגבלה "חזקת החובה" לחובה המושגית.

צעד נוסף והסיקה מקיומה של צפיית פיזית גם על קיומה של התרשלות⁸³, תוך חציית קווים אדומים. אפשר שעל רקע זה הגיע השופט ברק למסקנה, כי אין מקום להנחות עבודה כלליות – לא ל"חזקת התרשלות" ולא ל"חזקת חובה". בכך ממשיך השופט ברק את המגמה בפסק-דין לוי שבו – כפי שראינו – סריגה מאוד "חזקת החובה"⁸⁴. כותב שורות אלה, שדעתו לא היתה נוחה מ"חזקת החובה" כבר בעת יצירתה⁸⁵, שמח לברך על התפתחות זו.

יג. "חזקת החובה" ו"חזקת התרשלות" – סיכום והערכת מצב

שני תנאי-היסוד לאחריות ברשלנות הם התנהגות בלתי-ראויה של גורם הנזק ומאזן חברתי חיובי להטלת אחריות. המסגרת המושגית שהותאמה לתנאי הראשון היא "התרשלות" הנקבעת לפי סטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר. המסגרת המושגית שהותאמה לתנאי השני היא "חובת הזהירות". הלבוש המשפטי של התנאי הראשון לא עורר בדרך-כלל קשיים מיוחדים. "ההתרשלות" היא מסגרת מושגית נוחה שכללים משפטיים ומבחני-עזר יצקו לתוכה תכנים קונקרטיים התואמים בעיקרם את שיקולי המדיניות ותהליכי האיזון שברקע. הבעייתיות בהערכת התנהגות כהתרשלות נובעת יותר ממורכבות תהליך האיזון ופחות מלבוש המשפטי. לעומת זאת, המסגרת של "חובת הזהירות" והנסיגות לקונקרטיזציה שלה התגלו כמקור לקשיים רבים. לחובת הזהירות אין משמעות פנימית. "הצורך לצפות" – מבחן הצפיית הנורמטיבית – הוא מסגרת ריקה נוספת המערפלת יותר משהיא מבהירה. אמנם, מבחן ה"קרבה" או ה"רעות" במשמעות של זיקה מיוחדת בין המוזק לגיוזק יצק תכנים קונקרטיים למסגרת החובה, אך כושר הסינון של מבחן זה מוגבל, מה גם שניתן לרוקנו מתוכן כאשר ה"קרבה" הופכת שם נרדף לאחריות.

מטעמים אלה לא הוכרה בשעתו באנגליה עוולת רשלנות כללית. פסק-דין *Anns* ניסה לפתור בעיה זו על-ידי הפניה ישירה לשיקולי מדיניות כאמצעי לצמצום תחומי האחריות במקרים שבהם קיימת קרבה. בהקשר זה יצר "חזקת חובה" המניחה קיומה של חובה מקיומה של קרבה. פסיקה אנגלית מאוחרת מצאה, ובצדק, כי "חזקת חובה" פוגעת בתהליך האיזון הראוי ומטה אותו באורה מלאכותי לכיוון הרחבת האחריות. פסק-דין *Caparo* הציב ליסוד החובה מבנה דו-שלבי של קרבה

83 כאמור לעיל, הסתמכה השופטת דורנר בעניין טפחות על "חזקת החובה" של גורדון, ראה לעיל הערה 71, בסעיפים 9 ו-11.

84 ראה לעיל, בסעיף ו.

85 ראה לעיל הערות 42 ו-43. לביקורת על החלת "חזקת חובה" כללית ברשלנות (presumptive liability thesis) ראה גם *Feldthusen*, לעיל הערה 8, בעמ' 9-16.

ושיקולי מדיניות "גולמיים" לצד מגמת חזרה לגישה שמרנית המסתייגת מעולות רשלנות כללית. בסופו של דבר המשפט האנגלי דחה אפוא את "חזקת החובה" המבוססת על קיום קרבה.

בישראל, שבה נקבעו המסגרות המושגיות בחוק, אומץ למעשה מבנה הדומה ל-*Caparo* כבר בתחילת הדרך, אלא שהסתמכות שלא לצורך על המשפט האנגלי הביאה בגורדון ליצירתה של "חזקת חובה" מקומית המבוססת לא על קרבה, כאחותה האנגלית, אלא על עצם קיומה של צפיות פיזית. בפסק-דין לוי צומצמה "חזקת חובה" זו באורח ניכר, אך "הנחת העבודה" של פסק-דין סבג שבה ומאמצת אותה ואף גוזרת ממנה את "חזקת ההתרשלות". זו מבקשת ללמוד מצפיות הפיזית של הסיכון על טיבה הפגום של ההתנהגות שיצרה אותו ובכך היא מעוותת את תהליך האיוון המורכב הנדרש לצורך הערכת ההתנהגות. החלטות שניתנו ברוח "חזקת הרשלנות" מעידות על כך. "הנחת העבודה" מטשטשת אפוא את הגבולות בין רשלנות לאחריות חמורה ומכוונת את הפסיקה לדרך מסוכנת של הרחבת אחריות המונחת על התשתית הרעועה של גרימה כמקור לאחריות.

היכן מצוי אפוא המשפט הישראלי בסוגיית חזקות הרשלנות למיניהן? עמדתנו היא, שניתן וראוי לטעון כי "הנחת העבודה" בסבג היא אמירת-אגב אינטואיטיבית שאינה משקפת את דרכה של הפסיקה בישראל. ראשית, זו לא נדרשה לגוף ההחלטה. שנית, השופט ברק, כיום הנשיא, הסתייג ממנה נחרצות, ולדעתו משקל רב. שלישית, גם השופט חשין, בהסכמת השופטת דורנר, ביקש לרכך את התוצאות העולות מן ההנחה גם אם לא הראה כיצד הדבר נעשה. רביעית, "הנחת העבודה" בסבג אינה מתיישבת עם ההלכה החשובה שנקבעה בלוי לעניין מבנה האחריות ברשלנות ואשר אימצה את גישת המשפט האנגלי ב-*Caparo* תוך צמצום "חזקת החובה" עד כמעט לביטולה. ל"חזקת ההתרשלות" אין זכר בפסק-דין לוי. לכך יש להוסיף את ההתפתחות הנחזית בעמדתו של השופט ברק לעניין "חזקת החובה", דהיינו: את הסתייגותו ממנה בסבג. סיכומו של דבר: הדרך הנכונה היא דרך-המלך, דרך האיוונים המורכבים וההכרעות הקשות הן בשאלת ההתרשלות הן בשאלת החובה. "קיצורי הדרך" למיניהם, באמצעות חזקות החובה וההתרשלות, אינם מובילים אל היעד המבוקש. מן הראוי ש"הנחת העבודה" תיחשב כאפיוודה חולפת.

י. חזקות הרשלנות וחובת הזהירות המושגית

מאז פסק-הדין בעניין יערי⁸⁶ נבחנת בפסיקה שאלת חובת הזהירות בשני שלבים. תחילה נבדק קיומה של חובת זהירות מושגית בין סוג המזיקים הנדון ובין סוג הניזוקים הנדון בהינתן סוג הנזק שנגרם וסוג הפעילות שגרמה לו. בדיקה זו נעשית שלא על רקע נסיבותיו של האירוע הקונקרטי נשוא התביעה. לאחר הכרעה חיובית בשאלת החובה המושגית נבחנת שאלת חובת הזהירות הקונקרטית בין המזיק המסוים לניזוק המסוים, הפעם על רקע הנסיבות המסוימות של האירוע, הנזק הקונקרטי והפעילות הקונקרטית שגרמה לו. כותב שורות אלה בחן בשעתו בהרחבה את יתרונותיו ואת חסרונותיו של פיצול זה בין מרכיבי החובה⁸⁷.

כיצד מצטיירת הבחנה זו על רקע הדיון לעיל? ברי, כי חובת הזהירות המושגית היא מכשיר אפקטיבי ביותר להגבלת האחריות בנזיקין. שלילתה של חובה מושגית בסיטואציה מסוג מסוים מחסנת למעשה את כל המצבים הנכללים בסוג זה מפני אחריות. אך האם שלילה גורפת של אחריות בדרך זו מתיישבת עם האיוון המורכב הנדרש בעת ההכרעה בשאלת האחריות במקרים קונקרטיים? נראה שלא. ואכן, כותב שורות אלה טרם נתקל במקרים שבהם נשללה חובה מושגית. אם כך, מהי המשמעות של הכרה בחובה מושגית? הערכת המחבר היתה, כי הכרה בחובת זהירות מושגית יוצרת מעין "חזקת חובה קונקרטית". בית-המשפט ייטה יותר להכיר בקיומה של חובה קונקרטית במקרה מסוים כאשר הוכרה חובה מושגית בסוג זה של מקרים. ניתן לטעון, כי תוצאה זו אינה רצויה מאותה סיבה ש"חזקת החובה" ו"חזקת ההתרשלות" אינן רצויות. היא מטה מראש את הכף לכיוון הטלת אחריות תוך שיבוש תהליך האיוון הנדרש בנסיבותיו הקונקרטיים של המקרה⁸⁸.

הגישה הראויה היא להגביל את חובת הזהירות המושגית לתפקיד שמילאה בפועל — פריצת מחסומי האחריות וביטול החסינויות שהקנה המשפט האנגלי למחזיקי מקרקעין נגד מסיגי גבול⁸⁹, לגורמי נזק בלתי-ממוני טהור⁹⁰, לרשויות-ציבור⁹¹, ולמצבי ההולדה בעוולה⁹². החובה המושגית היא במה ראויה לדיון בשאלות עקרוניות של הרחבת גבולותיה של האחריות בנזיקין. מחוץ לפריצות-דרך אלה,

86 ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מ"י, פ"ד לה (1) 769.

87 "עוולת הרשלנות" לעיל הערה 2, בעמ' 357-350.

88 שם, בעמ' 355-354.

89 ראה עניין יערי, לעיל הערה 86.

90 עניין גורדון, לעיל הערה 41, בעמ' 142.

91 ע"א 862/80 עיריית חדרה ג' זוהר ואח', פ"ד לז (3) 757; עניין גורדון, לעיל הערה 41.

92 ע"א 518/82, 540 זייצוב ואח' נ' כץ ואח', פ"ד מ (2) 85.

שאינן שכיחות, ניתן, ומוטב, בלעדיה. לעניין זה יפים דברי השופט חשין בסבג⁹³: "...לא בכל משפט נזיקין המתברר והולך לפני בית משפט... יש וראוי להתחיל מבראשית ולדבר על מקורותיה ודרכי יצירתה של חובת הזהירות, על ערכים חברתיים, על אינטרס הציבור להקמתה של חובה ועוד. לא בכל משפט מתעוררת שאלה של יעקרון, ואנו לא נעיר ולא נעורר שאלת יסוד עד שתחפץ". דברים אלה של השופט חשין, שנאמרו כתמיכה ב"הנחת העבודה", ניתן להבינם כהסתייגות מן הצורך לדון בכל מקרה של רשלנות בשאלת קיומה של חובה מושגית⁹⁴. הסתייגות מחובת הזהירות המושגית משתמעת גם מדברים שנאמרו בלוי: "חובת זהירות כללית קיימת תמיד... בית המשפט אינו דן בחובת זהירות בעלמא, אלא בחובת זהירות בגין אותם אירועים ספציפיים בהם מדובר"⁹⁵. כל שנותר עתה הוא לבחון האם וכיצד ניתן לשפר את תפישת יסוד החובה.

טו. היש צורך בדרישת החובה?

מן הדיון עד כה עולה, כי חזקת הרשלנות השונות שגדונו לעיל אינן תורמות בהכרח תרומה חיובית לקונקרטיזציה של תנאי ההתרשלנות והחובה. מאחר שיסוד החובה הוא, כאמור, המעורפל והבעייתי מכין השניים ומאחר ש"חזקת החובה" אינה מסייעת בקונקרטיזציה ראויה שלו, שבה ונשאלת שאלת התוכן הקונקרטי שיש לצקת למסגרת מושגית זו. אך האומנם יש צורך בתנאי זה לאחריות? בספרות המשפטית נפוצים טיעונים הרואים בחובת הזהירות דרישה מיותרת ומכבידה⁹⁶. הטוענים זאת אינם מתכחשים לצורך להגביל את האחריות במצבים

93 לעיל, הערה 4.

94 אם אמנם לכך כיוון השופט חשין, הרי שמתקבלת לכאורה תוצאה מוזרה: השופט חשין תומך ב"הנחת העבודה" מרחיבת האחריות בשל הסתייגותו מחובת הזהירות המושגית שגם היא מרחיבת אחריות. ההסבר לקושי זה הוא, שדבריו של השופט חשין כווננו נגד מורכבותו היתירה של המודל המצריך בחינה של חובת זהירות מושגית ושל חובת זהירות קונקרטית בכל מקרה של רשלנות.

95 עניין לוי, לעיל, הערה 3, בעמ' 67. ראה "אחריות רשויות ציבור, ב", לעיל, הערה 3, בעמ' 66 והערה 305. עם זאת, כפי שצוין שם, בית המשפט בלוי עושה שימוש בחובת הזהירות המושגית, על-אף הסתייגותו המשתמעת ממנה, כאשר הוא מכיר בקיומה של "קרבה" בין המפקח על הביטוח לנפגעים שאינם מבוטחים (בעמ' 83-84).

96 ידועה בעניין זה אמירתו של הלורד Buckland המתאר את חובת הזהירות עוד בתחילת דרכה כ-"An unnecessary fifth wheel on the coach incapable of sound analysis and possibly productive of injustice". W.W. Buckland "The Duty to Take Care" 51 L.Q.R. (1935) 637. Fleming, לעיל, הערה 7, בעמ' 139, מטיל ספק באיזו מידה "...any generalization

שזו אינה רצויה מבחינה חברתית. טענתם היא, כי לצורך זה אין ליצור מסגרת מושגית נפרדת של חובת זהירות, אלא להשתמש בכלים משפטיים הקיימים ממילא. כללי הסיבתיות וריחוק הנזק ואף ההתרשלות מוזכרים כתחליפים ראויים לחובה⁹⁷. טיעונים אלה אינם משכנעים. כפי שהובהר, ההתרשלות אינה יכולה להיות תחליף לחובה, שהרי מדובר בשתי שאלות שונות לחלוטין — הערכת ההתנהגות והערכת האחריות. גם הכללים הסיבתיים אינם תחליף לחובה. אלה בוחנים *ex post* אם תהליך הגרימה המסוים שהוביל מהתנהגות לנזק נתון שייך לסוג תהליכי הגרימה שבגינם הוכרה ההתנהגות *ex ante* כבת-אחריות⁹⁸. ההכרה בהתנהגות כבת-אחריות קודמת לבדיקה הסיבתית ואינה יכולה להיעשות במסגרתה⁹⁹. זוהי רתימת העגלה לפני הסוסים. ובאשר לריחוק הנזק שלא במשמעותו הסיבתית, ריחוק זה אינו אלא שם נרדף לדרישת הקרבה שהיא חלק אינטגרלי של יסוד החובה¹⁰⁰. נזק רחוק הוא נזק הנגרם שלא במסגרת יחסי-קרבה, כלומר: בהיעדר חובה. טול לדוגמא את סוגיית הנזק הכלכלי הטהור או הבלתי-ממוני הטהור. הקביעה כי אלו אינם בני-פיצוי בהיותם "רחוקים" אינה אמירה סיבתית. האחריות תישלל גם כאשר נזקים אלה הם תוצאה צפויה, ישירה וטבעית של התרשלות המזיק. האחריות נשללת משום שאינה רצויה בשל שיקולי מדיניות¹⁰¹ ומבחינה זו דווקא הקביעה כי השלילה נובעת מהיעדר חובה היא פחות מלאכותית מן הקביעה כי הנזק הוא "רחוק".

about 'duty' can hope to serve as a guide to *reasoned* judgement in the great variety of individual cases" ומעריך כי מוטב היה בלעדי החובה. קרצ'מר, לעיל הערה 61, בעמ' 64-66, טוען כי חובת הזהירות נועדה במקור לאפיין את המצבים שבהם תוטל על הנתבע אחריות בגין מחדל להגן על התובע מפני סיכון שיצר גורם שלישי. לדעתו, החובה בהקשר של יצירת סיכון על-ידי הנתבע היא מושג ריק מתוכן שלכל היותר מצביע על האינטרסים המוגנים.

97 ראה D. Howarth "Negligence After Murphy — Time to Re-think" 50 *Cam. L. J.* (1991) 58, 72, 94; וכן Fleming, לעיל הערה 7, בעמ' 136.

98 ראה "עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 326-328.

99 Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 75.

100 להבחנה בין ריחוק במשמעות הסיבתית לריחוק במשמעות של זיקה המצדיקה הטלת אחריות ראה פריצקר נ' פרידמן, לעיל הערה 22, בעמ' 692.

101 ראה Feldthusen, לעיל הערה 8, בעמ' 11-12.

טז. מבנה יסוד החובה באנגליה ובישראל – פסק-דין לוי

בהנחה כי יסוד החובה הוא מסגרת חיונית וחשובה של האחריות ברשלנות, מה צריכים להיות מרכיביו השונים וכיצד יש לצקת לתוכם תכנים קונקרטיים? נבחן תחילה את מבנהו הנוכחי של יסוד החובה באנגליה ובישראל.

המבנה החדש של יסוד החובה במשפט האנגלי, על שני מרכיביו, סוכם וגובש, כאמור, בפסק-הדין בעניין *Caparo*¹⁰². המרכיב הראשון, המסורתי, הוא קיומה של קרבה (*proximity*) או "קרבה" (*neighbourhood*) בין המזיק לניזוק. המרכיב השני, שהחליף את "חוקת החובה" של *Anns*, הוא הכרת בית-המשפט בכך שהטלת אחריות בנסיבות המקרה היא הוגנת, צודקת וסבירה (*fair, just and reasonable*). עמדנו על כך, שגם המבחן החדש נזקק במישורן לשיקולי מדיניות "גולמיים" באמצעות מושגי הצדק, ההגינות והסבירות וכי מטעם זה הביע בית-המשפט ב-*Caparo* ספק ביכולת ליצור עוולת רשלנות כללית ואופרטיבית באמצעות עקרונות כלליים ונטה לשוב ולאמץ את גישת הקטיגוריות המסורתית.

בעניין לוי עיצב בית-המשפט העליון מודל מקומי של יסוד החובה, הנשען על תפישת החובה של *Caparo* והדומה לה, אך עם זאת סוטה ממנה בכמה היבטים. המרכיב הראשון של חובת הזהירות זהה לזה האנגלי – קיומם של קרבה או "שכנות"¹⁰³. מבחני-העזר שהציג בית-המשפט למרכיב הקרבה, מעבר לקיומה של צפיית פזיות הם אלה: סוג הפעולה שבה מדובר, ההבחנה בין מעשה למחדל, מקור הנזק שנגרם לניזוק, סוג הנזק שנגרם לניזוק, הסתמכות הניזוק על מצג המזיק, תרומת המזיק לסיכון, נטילת אחריות על-ידי המזיק, מידת הפיקוח והשליטה שיש למזיק על התהליך גורם הנזק ועוד¹⁰⁴. לעומת זאת, לא ברור מהו המרכיב השני של חובת הזהירות. במקום אחד מוצג זה כזהה למרכיב השני של *Caparo*, דהיינו: "מסקנה שיפוטית כי הוגן צודק וסביר שתוטל חובת זהירות נורמטיבית מכוח הדין"¹⁰⁵. במקום אחר מופיע המרכיב השני תחת הכותרת השונה של "שיקולי מדיניות ציבורית" – נימוקים במדיניות משפטית שבגינם יימנע בית-המשפט מלקבוע קיומה של חובת זהירות¹⁰⁶. ממקום שלישי עולה, כי נימוקי המדיניות הציבורית אינם למעשה מרכיב של חובת הזהירות, אלא תנאי נוסף השולל אחריות

102 ראה לעיל בסעיף ה.

103 עניין לוי, לעיל הערה 3, בעמ' 65-66.

104 שם, בעמ' 66-69.

105 שם, בעמ' 66. עם זאת אפשר שבית-המשפט הזכיר את המרכיב השני של *Caparo* לצרכי השוואה בלבד.

106 שם, בעמ' 69-70.

גם כשמזכרת חובת הזהירות¹⁰⁷. בית-המשפט מציין, בעקבות *Caparo*, כי במרכיב השני מדובר בנימוקי מדיניות כלליים שאינם קשורים דווקא לדיני-הנזיקין – נימוקים הנובעים מתפקידם של דיני-הנזיקין בהכוונה נורמטיבית של התנהגות הפרטים והשלטון¹⁰⁸. במסגרת מרכיב זה יצר בית-המשפט את חריג שיקול-הדעת לאחריותן של רשויות-ציבור ובאמצעותו פטר את המדינה מאחריות ברשלנות כלפי מי שניזוק מהתמוטטות חברת-ביטוח וטען לפיקוח לקוי¹⁰⁹. בית-המשפט כלוי לא הבהיר כיצד משתלב מודל החובה שיצר עם ההבחנה המקובלת בפסיקה בין חובה מושגית לחובה קונקרטית. כפי שצוין, ניתן למצוא בדבריו הסתייגות מחובת הזהירות המושגית, אך זו אינה חד-משמעית¹¹⁰.

יז. על הגישה הראויה ליסוד החובה

האם המבנה המשותף ל-*Caparo* וללוי, שעל-פיו מורכבת החובה מיסוד הקרבה כמבחן משפטי ומשיקולי מדיניות "גולמיים" או חרץ-נוקיים תחת הכותרת של הגינות, צדק וסבירות או של "שיקולי מדיניות ציבורית", הוא אכן המבנה הראוי ליסוד בעייתי זה?

נפתח בדרישת הקרבה. אמנם, זהו כלי משפטי רב-ערך לסינון אחריות בלתי-רצויה. במשמעותו המקורית מבחן זה מאפשר לבית-משפט להתנות את האחריות בקיומה של זיקה בין הניזוק למזיק – זיקת זמן ומקום, זיקה הנובעת מקשר מיוחד ביניהם, מהיכרות, מהסתמכות, מהיותו של הניזוק חלק מקבוצה מצומצמת, מהסתברות גבוהה של נזק ועוד. מבחן הקרבה יוצר "מעגלי סיכון", כשבמעגלים הפנימיים מצויים קבוצות קטנות-יחסית של ניזוקים, ובחיצוניים – מעגלים גדולים יותר. מאחר ששיקולים מרכזיים נגד הטלת אחריות הם הרתעת-יתר, הכבדת-יתר על מזיקים וריכוז תביעות, הרי שליטה על מעגלי הזכאות באמצעות הקרבה מאפשרת פיקוח ראוי על היקפי האחריות. פסקי-הדין גורדון ובמיוחד אלסוזה ממחישים את חשיבותה וערכה של שיטת "מעגלי הסיכון"¹¹¹. עם זאת, יש להיזהר מנטייה

107 שם, בעמ' 86, 89. לבעייתיות שבמודל לוי ראה ב"אחריות רשויות ציבור, ב", לעיל הערה 3, בעמ' 72-73, והערה 346 שם.

108 שם, בעמ' 69-70.

109 לגיתוח הלכת לוי בהקשר לאחריות רשויות ציבור ראה "אחריות רשויות ציבור, ב", לעיל, הערה 3, בעמ' 64-78; ת' גורדון, "אחריותו של המפקח על הביטוח להתמוטטות חברת ביטוח", המשפט, מרץ 1995, בעמ' 32; ספר השנה תשנ"ד/ה, לעיל הערה 3.

110 ראה לעיל הערה 95 והטקסט לידה.

111 בעניין גורדון לעיל, הערה 41, בעמ' 142, הכיר בית-המשפט בהגבלת האחריות בגין נזק בלתי-ממוני טהור "...למי שנופל במעגל הסיכון הראשוני, כלומר זה שכלפיו כוונה הפעולה המזיקה". בעניין אלסוזה לעיל הערה 6, וב-*Alcock* לעיל הערה 23, הוגבלה האחריות בגין

רווחת להפוך גם את מבחן הקרבה למסגרת מושגית ריקה מתוכן. כך יקרה כאשר דרישת הקרבה מזוהה לא עם זיקה מיוחדת בין המזיק לניזוק, אלא עם כל המצבים שבהם הטלת אחריות אינה רצויה. כאשר החובה נשללת, לדוגמא, לא משום שאין מתקיימת אחת מזיקות הקרבה הנ"ל, אלא משום שאין רוצים להטיל אחריות בגין נזק כלכלי או בלתי-ממוני טהור או משום שאין רוצים להטיל אחריות בגין מחדל — שימוש בדרישת הקרבה לצורך זה הוא מלאכותי. דרך זו הופכת את הקרבה למושג נרדף ל"חובת הזהירות", ל"צורך לצפות" ול"שיקולי מדיניות"¹¹², פוגעת בתרומתו החשובה לקונקרטיזציה של יסוד החובה וחושפת אותו לביקורת¹¹³. הגישה הראויה היא להגביל את השימוש ביסוד הקרבה למשמעותו המקורית — דרישת זיקה מיוחדת, מסוגים שונים, בין המזיק לניזוק כאמצעי לשליטה ולבקרה על גבולות האחריות על-ידי הגבלת "מעגלי הסיכון". פסק-דין לוי נוטה לאמץ דווקא את המשמעות המרחיבה של מושג הקרבה¹¹⁴ וכאן יש מקום לשינוי גישה, כאמור.

נזק נפשי שנגרם למי שהיה עד מקרוב לפגיעה פיזית באמצעות מעגלי-סיכון שונים. כך, לדוגמא, נקבע, כי מעגלי-הסיכון המוכרים מוגבלים לפגיעה נפשית ממשית וחמורה, לדרגת גבוהה של קרבה משפחתית או אחרת וכן לקרבה של זמן ומקום. ראה גם לעיל הערות 22-27 והטקסט לידן.

112 בעניין *White v. Jones* [1993] 3 All E.R. 481 אומר השופט Nicholls V-C, כי האלמנטים של קרבה, מחד גיסא, והמדיניות המבוססת על צדק וסבירות, מאידך גיסא, "are no more than two labels under which the court examines the pros and cons of imposing liability in negligence in a particular type of case" (בעמ' 488). בעניין *Caparo*, לעיל הערה 34, בעמ' 633, אומר לורד Oliver, כי השניים "are facets of the same thing".

113 בעניין *Norsk*, לעיל הערה 28, בעמ' 387, אומר השופט Stevenson: Proximity expresses a conclusion, a judgement, a result, rather than a principle... The concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability.

בעניין *Alcock*, לעיל הערה 23, בעמ' 115 אומר הלורד Oliver: ...the concept of 'proximity' is an artificial one which depends more upon the Court's perception of what is a reasonable area for the imposition of liability than upon any analogical deduction.

Fleming, לעיל הערה 7, בעמ' 138, סבור כי מושג הקרבה יכול להפוך ל-"convenient excuse for not disclosing any specific reasons behind a decision for or against a finding of 'duty'".

ראה גם *Markesinis*, לעיל הערה 2, בעמ' 75; ו"עוולת הרשלנות", לעיל הערה 2, בעמ' 362. 114 בעניין לוי לעיל הערה 3, בעמ' 66-67, מובאים סוג הפעילות גורמת-הנזק, ההבחנה בין מעשה למחדל וסוג הנזק שנגרם כמרכיבים של דרישת הקרבה.

לצד דרישת הקרבה, ובנפרד ממנה, יש להסתייע במבחני-עזר משפטיים נוספים כהבחנה בין מעשה למחדל, בין סוגי נזקים שונים, בין סוגי פעילויות וסוגי מזיקים ובין מצבים שונים של היסוד הנפשי אצל מזיקים. יש לשלב מבחני-עזר אלה עם יסוד הקרבה כדי להגביר את יכולת השליטה והבקרה על גבולות האחריות ואת מידת ההתאמה בין הכלים המשפטיים למטרות האחריות. כך, לדוגמא, נכון לקבוע כי "מעגלי הסיכון" והקרבה בנזק פיזי יהיו רחבים הרבה יותר ממעגלי הסיכון והקרבה בנזק שאינו פיזי¹¹⁵, או קביעה דומה לעניין מעשה אקטיבי של יצירת סיכון מול מחדל למנוע סיכון שיצר גורם שלישי. כלומר: השימוש בחובה כמסגרת אחריות יהיה אינטנסיבי יותר כאשר מדובר בסוגי נזק או בסוגי פעילות שהטלת אחריות בגינם היא בעייתית. בית-המשפט בלוי הלך בדרך זו, בהציגו מבחני-עזר אלה ואחרים ובעשותו בהם שימוש. זוהי גישה ראויה. עם זאת, מוטב היה לעשות כן לא במסגרת יסוד הקרבה, כפי שנעשה בלוי, אלא מחוצה לו, כמוסבר לעיל.

כמובן יש להכיר בכך כי לא תמיד ניתן וראוי להכריע בשאלת קיומה של חובה באמצעות כלים משפטיים המתווכים בין שיקולי המדיניות להכרעה השיפוטית. יש שנדרשת היוקקות ישירה לשיקולי מדיניות "גולמיים"¹¹⁶. דוגמא מובהקת לכך היא סוגיית אחריותן של רשויות-ציבור¹¹⁷. בית-המשפט בלוי אכן הלך בדרך זו בהוציאו ממעגל האחריות סוג מסוים של שיקול-דעת. טכניקה אחרת, שגם לה הד בלוי, היא להגביל את האחריות במצבים מסוימים, מטעמי מדיניות, להתרשלות חמורה, להבדיל מהתרשלות סתם, כלומר: להרחיב את מתחם הסבירות הנזיקי¹¹⁸. את ההכרעה הסופית בשאלת קיומה של אחריות ברשלנות במקרה מסוים ואת הכלל המשפטי העולה מן ההכרעה יש להשתית על ראייה כוללת ועל שילוב של מבחן הקרבה, מבחני-העזר הנוספים ושיקולי המדיניות ה"גולמיים". יש לזכור כי מדובר באמצעים שונים, המשלימים זה את זה והשולבים זה בזה, להשגת יעדיה של האחריות ברשלנות. מכאן ביקורתנו על פסק-דין לוי, שבו פיצל בית-המשפט בין מבחן הקרבה לבין שיקולי המדיניות הציבורית. בית-המשפט שם מיקם את חריג "שיקול הדעת הרחב" לאחריותן של רשויות-ציבור בתחום שיקולי המדיניות הציבורית, בנפרד מיסוד הקרבה, ובכך יצר חריג רחב מדי ונוקשה מדי לאחריות¹¹⁹. פיצול השיקולים הרלבנטיים למשבצות נפרדות ומוכחנות עלול להביא לסטייה מן האיזון הראוי.

סיכומי של דבר: ההכרעה בשאלת קיומה של חובה המוטלת על מזיק צריכה

115 כפי שנקבע בגורדון, לעיל הערה 41.

116 Markesinis, לעיל הערה 2, בעמ' 76.

117 ראה "אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 6, בעמ' 369, 372, 390-392.

118 עניין לוי, לעיל הערה 3, בעמ' 81, 89.

119 "אחריות רשויות ציבור, א", לעיל הערה 3, בעמ' 77.

להתקבל לאחר בדיקה ואיזון כוללים של מידת הקרבה בין הצדדים, מבחני-העזר האחרים ושיקולי המדיניות. בעיקרו של דבר הלך פסק-דין לוי בדרך זו ועל כך יש לברך. את מודל החובה שכללי ניתן לשפר על-ידי הבחנה בין מבחן הקרבה למבחני-עזר אחרים ועל-ידי הסרת ההפרדה שנוצרה בין שיקולי המדיניות הציבורית לקרבה ככל שזו מונעת איזון והיזון הדדיים. אלה ישפרו את מודל החובה במשפט הישראלי, ועמו – את ההבנה ויכולת היישום של עוולת הרשלנות בכללותה. זאת, כמובן, בכפיפות למחיקתה של "הנחת העבודה" של סבג מתמונת דין-הרשלנות בישראל.

יח. הערת סיום – חובת זהירות או חובת פיצויים?

לסיום, מן הראוי להתעכב בקיצור על תוכנה של דרישת החובה הנושאת בנטל סינון האחריות. מהו תוכן החובה? על-פי המקובל, תוכן החובה הוא לנקוט אמצעי-זהירות ראויים, כלומר: לא להתרשל. כאן מתעורר קושי. הקביעה כי אין חובה מתפרשת כמו הקביעה שאין צורך לנקוט אמצעי זהירות, כלומר: כהיתר להתרשל. זוהי תוצאה קשה. כיצד זה מתיר הדין לנהוג שלא בסבירות? נראה כי קושי זה הוא אחת הסיבות להסתייגות מדרישת החובה.

האם אין זה מן הראוי לאמץ תוכן אחר ליסוד החובה? חלופה אפשרית היא לקבוע כי החובה בה מדובר היא חובה לפצות את הניזוק¹²⁰. חובה לא להתרשל לעולם קיימת, אך לא תמיד היא מלווה חובה לשלם פיצויים. בכך יושג שוויון ראוי בין הרשלנות לעוולה של הפרת חובה חקוקה. גם את החובה החקוקה יש לקיים, אך עם זאת הפרתה אינה גוררת פיצוי אוטומטי בנוזקין. ההבדל בין שתי העוולות הוא במקור החובה, כאשר החובה ברשלנות היא יצירה שיפוטית ולא חובה חקוקה. קבלת הצעה זו מחייבת שינוי הגדרת הרשלנות בפקודת הנוזקין¹²¹.

120 ואם ישאל השואל, כיצד תתפרש חובת הפיצוי בעבירות הרשלנות הפלילית? התשובה תהיה, שאין להטיל אחריות בפלילים בגין רשלנות, אלא רק באותם מקרים שבהם דיני-הנוזקין היו מכירים בקיומה של חובת פיצויים. לרשלנות הפלילית ראה מ' קרמניצר "על הרשלנות בפלילים יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד (תשנ"ד) 71.

121 ניסוח אפשרי מחודש לעוולת הרשלנות ברוח זו יקבע:
עשה אדם, במתכוון או שלא במתכוון, מעשה שאדם סביר לא היה עושה באותן נסיבות בשל פגיעה צפויה באחר, הרי זו התרשלנות. ואם התרשל כלפי אדם אחר שלו חב חובת פיצויים הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנות נזק לזולתו עושה עוולה.
הוראה זו מייחדת את דרישת הצפייה להתרשלנות, ברוח האמור לעיל, ומקנה ליסוד החובה משמעות של חובת פיצויים, להבדיל מן החובה שלא להתרשל.