

מודלים של רשלנות: חלק ב

מאת

ישראל גלעד*

במאמר הקודם "על מודלים של רשלנות: בעקבות ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני" נדונה בהרחבה שאלת המודל הראוי לעוולת הרשלנות, דהיינו סוגיות חלוקת העבודה בין מרכיבי ההתרשלות, הקשר הסיבתי והנזק, היחס בין מרכיבים אלה ותפקיד דרישת הצפיות בכל אחד מהם. הוצע שם להעדיף את מודל הרשלנות של השופט עמית בע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני על פני מודל הרשלנות המסורתי של השופט ברק. בינתיים פורסם פסק דינו של השופט הנדל בע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי, ובו הצעה למודל רשלנות שלישי. עיקרי ההצעה הם לא רק לשמר, כבמודל ברק ובניגוד למודל פלוני, את תפקיד מרכיב החובה כמפקד על הערכת נאותות ההתנהגות, אלא אף להתמקד בתפקיד זה ולהעביר חלק מתפקידה האחר של החובה – הערכת רציות האחריות – אל מרכיב ההתרשלות. זאת לצד ביטול ככלל של ההבחנה במודל ברק בין חובה מושגית לקונקרטית והמרתה בהבחנה בין חובה מוכרת לגבולית ולחדשה. מאמר זה מנתח את מודל הנדל, ומסקנתו היא כי השינויים המהותיים המוצעים בו ביחס לשני המודלים האחרים באשר לחלוקת העבודה בין מרכיב ההתרשלות למרכיב החובה אינם תואמים את התפתחות הדין המצוי והרצוי, ומותירים עמימות לא מעטות וסימני שאלה. בשל החיוניות שבגיבוש מודל רשלנות אחד, מכון ומנחה, בפסיקה הישראלית, במקום השלושה כיום, מותווית דרך לגיבוש מודל שכזה תוך העדפת מודל פלוני.

מבוא. א. מודל הנדל. ב. ההבדלים בין מודל הנדל לבין מודל פלוני. ג. מודל הנדל – הערכה נורמטיבית אל מול המודלים האחרים. 1. תפיסת מרכיב החובה כאכסניה חיונית של שיקולי נאותות ההתנהגות; 2. הצעה להגביל את תפקוד החובה כמסגרת מדיניות ולהטיל תפקיד זה על ההתרשלות; 3. קריאה בעייתית של דרישת הצפיות שבסעיף 36 לפקודת הנויקן; 4. הפיכת ההתרשלות למונח יחסי; 5. אי-הבהרת תכניה ותפקידיה של דרישת הצפיות במרכיב החובה ובמרכיב ההתרשלות; 6. אופן הבנת מודל פלוני; 7. הערכה כוללת של מודל הנדל; ד. לקראת מודל רשלנות מוסכם. 1. ההסכמות; 2. המחלוקת העיקרית הטעונה הכרעה; 3. ההכרעה המוצעת; 4. והיה ותתקבל הכרעה אחרת.

מבוא

בעקבות פסק דינו של השופט עמית בע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני¹ שבו הוצע מודל רשלנות (להלן: מודל פלוני) השונה ממודל הרשלנות המסורתי של השופט ברק (להלן:

* פרופסור (אמריטוס) באוניברסיטה העברית בירושלים ופרופסור במרכז האקדמי שערי משפט. רוב תודות לחברי מערכת משפטים על אתר על הערות חשובות ומועילות בהמשך לתרומתם לחלקו הראשון של המאמר.

1 ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.7.2013) (להלן: עניין פלוני).

מודל ברק), פורסם מעל במה זו במחצית חודש יוני 2014 מאמר שנושאו "מודלים של רשלנות" התומך באימוץ מודל פלוני.² רצה המקרה וכמה ימים לאחר מכן, בטרם יבשה על המאמר הדיו הווירטואלית, פורסם פסק דינו של השופט הנדל בפרשת **וגנר נ' עבדי**,³ ובו דיון נרחב בסוגיית המודל הראוי לעולת הרשלנות, ביקורת על מודל פלוני והצעת מודל רשלנות נוסף (להלן: מודל הנדל). חשיבותה העיונית והמעשית של הסוגיה, חוסר הבהירות והמורכבות הנובעים בהכרח מקיומן של שלוש תפיסות רשלנות בבית המשפט העליון, סמיכות הזמנים לפרסום המאמר הקודם ויתרונות המדיה הווירטואלית (המאפשרת שיח אקדמיה/בית משפט "בזמן אמת") – כל אלה מצדיקים התייחסות לפסק דין וגנר ולמצב שנוצר בעקבותיו במסגרת מאמר המשך (חלק ב) למאמר המקורי. מאמר המשך זה מבקש לתאר את מודל הנדל, להשוותו מבחינה מבנית ונורמטיבית למודל ברק ולמודל פלוני, ולבחון שוב, בעקבות ההתפתחות בוגנר, מהו מודל הרשלנות הראוי למשפט הישראלי. סדר הדיון הוא כדלקמן: בפרק א תוצג תפיסת הרשלנות של השופט הנדל כביטוייה **בפרשת וגנר**. בפרק ב יוצגו ההבדלים בין תפיסת הרשלנות של השופט הנדל לבין מודל פלוני. מהבדלים אלה, ומהשוואה למודל ברק, עולה כי יש לראות בתפיסת הרשלנות של השופט הנדל מודל רשלנות שלישי, וכי זו אכן הייתה כוונתו.⁴ בפרק ג, על רקע ההבדלים בין המודלים השונים, תיעשה הערכה נורמטיבית של מודל הנדל אל מול מודל פלוני ומודל ברק. מהערכה זו עולה כי בכמה היבטים מהותיים מודל הנדל הוא מודל "מהפכני" הסוטה מתפיסות מקובלות של עולת הרשלנות גם בהשוואה למודל ברק. בפרק ד תידון השאלה כיצד לצאת מן הסבך שיוצרים שלושה מודלים שונים, דהיינו מהן הסוגיות שבהן מסתמנת הסכמה ומהן הסוגיות הטעונות הכרעה קודם לקבלת מודל רשלנות מוסכם, או לפחות מחייב.

א. מודל הנדל

מודל הנדל משמר בעיקרון את התפיסה המסורתית המעוגנת במודל ברק, שעל פיה בית המשפט בוחן תחילה את קיומה של חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע לצורך הקביעה

- 2 [ישראל גלעד "על מודלים של רשלנות – בעקבות ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני"](#) משפטים על אתר ז 1 (2014) (להלן: גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א).
- 3 [ע"א 3521/11 וגנר נ' עבדי](#) (פורסם בנבו, 22.6.2014).
- 4 הדברים אמנם לא נאמרו במפורש, וקיימת גם פרשנות שלפיה ביקש השופט הנדל אך ורק להתאים את מודל ברק לעת הזו. ראו **תא"מ (שלום עכו) 7197-12-12 מנאע נ' ספי**, פס' 37 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.7.2014), שם מציינת השופטת זכריה, לאחר אזכור ההחלטה בעניין וגנר, כי "בשלב זה לפחות מצופה כי נדבוק במודל המסורתי תוך התאמתו בשינויים מחויבים למקרים קלים וקשים". אלא שניתוח פסק דינו של השופט הנדל (פרקים א ו-ב להלן) והערכתו הנורמטיבית (פרק ג להלן) מראים כי מדובר במודל עצמאי השונה מהותית לא רק ממודל פלוני אלא גם ממודל ברק. כך עולה גם מדברי השופט הנדל כי "נכון הוא שכיום, עם התפתחות הדינים והעיתים, במקרים רבים אין מתעוררת שאלה חדשה בהיבט של חובת הזהירות המושגית [...] נדמה שאנו נמצאים בנקודת זמן שונה על הציר המשפטי"; [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, בפס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל. ראיית ההחלטה בוגנר כמודל רשלנות שונה ממודל ברק עולה מת"א (שלום ראשל"צ) 38222-04-10 [יקותילוב נ' בנימין](#), פס' 17–20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.7.2014).

אם יש "אשמה" בהתנהגות הנתבע.⁵ החידוש בו בהקשר זה הוא בהחלפת ההבחנה בין חובה מושגית לחובה קונקרטיה בהבחנה אחרת: הבחנה בין מצבי נזק המצויים בליבת האחריות בנזיקין, שבהם מדובר בחובת זהירות מוכרת (כחובת המעביד לספק תנאי עבודה ראויים בהיבט הבטיחות וחובת הרופא למסור למטופל מידע נאות),⁶ לבין מצבי נזק מחוץ לליבת האחריות, המתחלקים לשני סוגים:⁷ הסוג האחד הם מצבי הנזק שבהם הוכרה חובה בחלק מהמצבים ונשללה באחרים והשאלה היא להיכן משתייך המקרה הנדון. אלה מצבי חובת הזהירות הגבולית. סוג המצבים השני מחוץ לליבת האחריות הם מצבים שבהם טרם נדונה שאלת האחריות. אלה מצבי חובת הזהירות החדשה. מוצע כי סיווג משולש זה של החובה (מוכרת, גבולית וחדשה) יקבע את רמת ההפשטה שבה תיבחן שאלת החובה כשאלה מקדמית. במצבי החובה המוכרת תיבחן החובה בנסיבות המקרה המסוים, והבחנה תהיה לרוב מהירה ופשוטה. במצבי החובה הגבולית "השאלה צריכה להיות מנוסחת ברמה פרטנית-מופשטת. כלומר: שאלה היוצאת מתוך עובדות המקרה, אך מגיעה לרמת הפשטה נמוכה".⁸ במצבי החובה החדשה "נוסח שאלת החובה צריך להיות ברמת הפשטה כללית, באופן דומה לבחינת חובת הזהירות המושגית".⁹

משהוכרה חובת זהירות יבחן בית המשפט את הפרתה במסגרת מרכיב ההתרשלות, וכן את התקיימות דרישת הקשר הסיבתי – העובדתי והמשפטי. בהקשר זה מאמץ השופט הנדל את תפיסת הסיבתיות המשפטית שגובשה בעניין [לנדרמן נ' סגיב](#)¹⁰ ואומצה בשורת פסקי דין רבות בפלוני – מבחן הסיכון העולתי.¹¹ "לפי מבחן הסיכון בקשר הסיבתי, שואלים בשלב ראשון מהם הסיכונים ההופכים את ההתנהגות לעולתית, ובשלב שני האם הנזק שנגרם לניזוק הוא התממשות של סיכון כזה".¹²

באשר לסדר בדיקת המרכיבים השופט הנדל אמנם מציין כי במישור המעשי אין חשיבות גדולה לסדר הבדיקה, וכי "הדרישה למעבר לגישה של 'התרשלות תחילה' אינה

5 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

6 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

7 שם.

8 שם.

9 שם.

10 [רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' \(1993\) בע"מ](#) (פורסם בנבו, 30.12.2010). השופט הנדל היה בין שופטי ההרכב.

11 ליישום מבחן הסיכון בפסיקה קודם לגיבושו בעניין [לנדרמן](#) ראו [ע"א 2714/02 פלוני נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה](#), פ"ד נח(1) 516, 526 (2003) ובעקבותיו [ע"א 10094/07 פלוני נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס](#), פסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ופס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 24.11.2010). לאימוץ הלכת לנדרמן ראו [ע"א 5154/10 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה הרצליה נ' כלפון נווה ארזים בע"מ](#), בפס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 22.8.2012); [ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מדינת ישראל](#), פסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 27.8.2012). בעניין [פלוני](#), לעיל ה"ש 1, הוצג המבחן (פס' 23–25) ונדונה תחולתו במצבים שונים (פס' 28–33) ובמקרה הנדון שם (פס' 34–35). לדיון במבחן הסיכון על רקע הפסיקה שלעיל ראו [ישראל גלעד "על ההיקף הראוי של הכרה בסיבתיות משפטית בעולת הרשלנות"](#) מחקרי משפט כט 169 (2013).

12 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 24 לפסק דינו של השופט הנדל.

הכצעקתה במישור המעשי".¹³ עם זאת הוא סבור כי בכל שלושת סוגי החובות ראוי לפתוח בשאלת החובה לא רק במישור העיוני אלא גם במישור המעשי, והוא מסתייג מפתחת הדין בסוגיית ההתרשלות.¹⁴ הוא אף מתפלמס, באופן לא משכנע, יש לומר, עם הטענות כי שיקולי יעילות דיונית ומסר שיפוטי האמור לחנך ולהרתיע מצדיקים לעתים להקדים את הדין בשאלת ההתרשלות לדין בשאלת החובה.¹⁵

13 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. גם השופט דנצינגר, הסבור כי במקרים רבים יש לדחות את הדין בשאלת החובה לאחר ההתרשלות, מצטרף לדעה כי במישור המעשי אין לסדר הדברים חשיבות גדולה; ראו שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.

14 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל: "דעתי היא, אפוא, שיש להעדיף בכל מקרה את הסדר המסורתי של 'חובה תחילה' על פני המודל החדש המוצע של 'התרשלות תחילה'". אחד הטעמים המובא לכך הוא שאם הדין ברשלנות יחל במרכיב ההתרשלות, עלול בית המשפט לשכוח את הצורך בבחינת החובה. השופטים הנדל (פס' 23 לפסק דינו) ושהם (פס' 4 לפסק דינו) אף מעלים סברה שהסטייה מהסדר של "חובה תחילה" היא שהביאה את השופט במחוזי **בעניין וגנר** שלא לבחון את קיומה של חובה בין עורך הדין הנתבע לבין בנק לאומי התובע. אלא שעיון בהחלטת בית המשפט המחוזי מלמד כי השופטת גדות לא "שכחה" את חובת הזהירות אלא סברה כנראה כי זו קיימת ביחסים שבין בנק לאומי לבין הנתבע, שכן בהמשך דבריה דנה השופטת בשאלת קיומה של חובה ביחסים שבין בנק לאומי לבין בנק דיסקונט; ראו **ת"א (מחוזי ת"א) 1051/01 עבאדי נ' בראל**, פס' 45, 51–52 לפסק הדין (פורסם בנבו, 18.3.2011). מכול מקום, הנימוק של "שכחה" פועל לכל הכיוונים: כנגד מודל הנדל ניתן לטעון כי אם הדין יחל בשאלת החובה עלול בית המשפט לשכוח את הדין בשאלת ההתרשלות (או שאלת הקשר הסיבתי וכו').

15 **עניין וגנר**, לעיל ה"ש 3, פס' 10–12 לפסק דינו של השופט הנדל ופס' 4–5 לפסק דינו של השופט שהם. כאמור טיעוני השופט הנדל באשר למסר השיפוטי אינם משכנעים ואף תמוהים. הם אינם משכנעים כי לא ברור מהם מדוע קביעה כי אדם התרשל, הגם שבסופו של דבר אינו נושא באחריות משפטית בשל היעדר קשר סיבתי עובדתי או משפטי או היעדר חובה, אינה מעבירה מסר מרתיע ומחנך. טלו לדוגמה מקרה נפוץ שבו בית המשפט קובע כי רופא התרשל בטיפול רפואי, או לא מסר למטופל מידע נדרש, אך אין להטיל עליו אחריות בשל היעדר קשר סיבתי עובדתי או משפטי לזנז שנגרם למטופל. האין כאן בבידור מסר ראוי, מרתיע, מכוון ומחנך, שלפיו יש לטפל כראוי ולא כפי שקרה בפועל, או ליתן למטופל מידע שבפועל לא נמסר לו? טיעון תמוה המועלה נגד המסר המכוון והמרתיע הוא שלא ראוי שית משפט יכיר בקיומה של התרשלות אם בסופו של דבר החליט שלא להטיל אחריות, וזאת משום שהנתבע לא יוכל לערער על הקביעה כי התרשל והכתם שדבק בו לא יימחה. מהנמקה זו עולה כי בתי משפט ככלל מנועים לקבוע ממצא כלשהו נגד נתבעים אם בסופו של דבר לא יטילו עליהם אחריות. לפי גישה זו, אם בית משפט מחליט בסופו של דבר שלא להטיל אחריות על הנתבע בשל עילה נזיקית, חוזית, עילה בעשיית עושר, קניין וכו', משום שתנאי אחריות מסוים אינו מתקיים, עליו להימנע בפסק דינו מקביעת ממצא כלשהו נגד הנתבע שמא יכתים הדבר את הנתבע שלא יוכל לערער. הדברים אמורים מקל וחומר במשפט הפלילי, שם הכתם גדול יותר. "סתירת פיות" זו מטילה מגבלות בלתי סבירות על שופטים בכל ענפי המשפט ושומטת את הקרקע מתחת לתפקיד המרתיע והמחנך של בתי משפט.

ולסיום, הראיה כביכול שמביא השופט הנדל לתמיכה בטענתו שהמסר בהכרה בהתרשלות ללא אחריות הוא כביכול מסר מבלבל מצביעה דווקא על חולשתה, בבחינת "היא הנותנת". הראיה היא פסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין **בע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום**, פ"ד נח(3) 385 (2004). בפרשה זו כל השופטים הסכימו כי עורך הדין הנתבע התרשל בכך שניסח בשביל לקוחו, מלווה כספים, חוזה הלוואה שהטעה את הלווים התובעים ועשק אותם. המחלוקת בין השופטים הייתה אם מוצדק להכיר בחובה כלפי התובעים בהנחה שאינם לקוחות הנתבע. זאת בשל החשש העקרוני כי הטלת חובה על עורך דין כלפי מי שאינו לקוח תפגע בשירות שיקבל הלקוח – שיקול מובהק של הרתעת יתר הנשקל במסגרת החובה כמסגרת מדיניות. השופט ריבלין (בדעת מיעוט) סבר שיש לשלול את החובה בשל החשש

באשר לתוכנה ולתפקידה של דרישת הצפיות במרכיב ההתרשלות ובמרכיב החובה, השופט הנדל מכיר ב"קושי ממשי" שיוצר ריבוי תפקידיה ומשמעויותיה של דרישת הצפיות במודל ברק.¹⁶ למרות זאת הוא סבור כי יש להותיר את דרישת הצפיות כתנאי להכרה בחובה. הצעתו היא להבחין בין הצפיות הנדרשת במרכיב חובה לזו הנדרשת במרכיב התרשלות כך: "במרכיב החובה, הצפיות של המזיק נבחנת כלפי הזולת, הוא הניזוק-בכוח. במרכיב ההתרשלות, הצפיות מופעלת על הסיכון להתרחשות נזק."¹⁷ מאפיין המייחד את מודל הנדל, שעליו יורחב בהמשך,¹⁸ מצוי בהצעה להעביר חלק מתפקידיה של החובה, כ"מסננת מדיניות" השוללת אחריות לא רצויה, אל מרכיב ההתרשלות.¹⁹

ב. ההבדלים בין מודל הנדל לבין מודל פלוני

אם נדמה את ההבדלים בין מודל ברק למודל פלוני ל"מרחק" נראה כי בעניינים מסוימים השופט הנדל צעד כבדת דרך גדולה ממודל ברק לכיוון מודל פלוני, אך בעניינים אחרים, מהותיים יותר, אף הגדיל את המרחק ממודל פלוני. צעד חשוב של התקרבות למודל פלוני הוא ביטולה בפועל של ההבחנה בין חובה מושגית לחובה קונקרטית, לפחות במצבי הליכה.²⁰ השופט הנדל מאמץ את האמור בפלוני

מהרתעת יתר, אך שופטי הרוב סברו אחרת (הגם שלגופו של מקרה קבעו כי הלוויים היו לקוחות הנתבע). השופט הנדל מפרש את פסק הדין של השופט ריבלין כאילו יש בו מסר מבלבל. מדוע? כי תחילה קבע שעורך הדין הנתבע התרשל, ולאחר מכן, מששלל את חובתו, קבע בכך לכאורה כי "עורך הדין נהג נכונה" ובכך יש כביכול תרתי דסתרי ומסר מבלבל. אך זוהי, בכל הכבוד, פרשנות מוטעית בעליל. השופט ריבלין קבע כי הנתבע התרשל וכי התנהגותו אינה ראויה. הקביעה כי אין חובה בשל שיקול הרתעת היתר לא באה "להכשיר" את ההתנהגות ולהפכה לראויה, ואין בפסק דינו של ריבלין כל סימוכין למסקנה שמייחס לו השופט הנדל כאילו "עורך הדין נהג נכונה". נהפוך הוא, המסר המרתיע והמחנך של השופט ריבלין, אשר פסל את התנהגות הנתבע, נותר ברור לאורך כל פסק דינו גם אם בסופו של דבר שלל את האחריות מטעמי מסננת המדיניות.

באשר ליעילות הדיונית, בפס' 11 לפסק דינו [בעניין וגנר](#) טוען השופט הנדל כי החלת גישת "החובה תחילה" גם במצבים המצויים בליבת האחריות בנזיקין אינה פוגעת ביעילות שכן "בחירת החובה יכולה להיעשות מבלי להעמיק בעובדות המקרה". קביעה זו אינה מתיישבת עם מצוות סעיף 36 [לפקודת הניזוקין](#) לפיה ההכרעה בשאלת החובה צריך שתעשה "באותן נסיבות", כלומר תוך בחינת עובדות המקרה, וגם לא עם מודל ברק שאינו מסתפק בהכרה בחובה מושגית (שאינה מעמיקה בנסיבות המקרה) אלא דורש גם הכרה בחובה קונקרטית (המעמיקה בנסיבות המקרה).

16 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל. כמו כן ראו להלן ה"ש 25.
17 שם. באשר לתפקיד הצפיות במרכיב הקשר הסיבתי, השופט הנדל מאמץ כאמור לעניין זה את ההלכה [בעניין לנדרמן](#), לעיל ה"ש 10.

18 ראו להלן פרק ג.2.

19 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

20 שם, פס' 8-9 לפסק דינו של השופט הנדל: "לעמדתי יש טעם רב בביקורת שהובעה בפסיקה על חובת הזהירות בלבד כיום. אגדיל ואומר כי תומך אני בביטול הגישה לפיה יש לבחון בכל תיק ותיק הן את חובת הזהירות המושגית והן את זו הקונקרטית [...] אציע לשנות את בחינתה של חובת הזהירות כך שתאיים לסוג החובה. אין עוד הצדקה להעביר בכל מקרה את רכיב החובה תחת הבחינה הדוקומנטית

לעניין זה.²¹ צעד חשוב אחר באותו כיוון הוא אימוץ ההבחנה ממודל פלוני בין ליבת דיני האחריות בנזיקין לבין מצבי אחריות שאינם בליבה. הצעתו של השופט הנדל להעלות את רמת ההפשטה של החובה הנבדקת במצבים שאינם בליבת האחריות (מצבי החובה הגבולית והחדשה), דהיינו להרחיב את פרספקטיבת הבחינה ואת השיקולים הנבחנים במצבים אלה, תואמת את הקביעה בפלוני כי במצבי הנזק שאינם מצויים בליבת האחריות בחינת סוגיית החובה תכלול גם דיון בשאלת היקף החובה הראוי וכן "הכרעות ערכיות".²² התקרבות נוספת למודל פלוני עולה במשתמע מהיעדר אזכור במודל הנדל של "חזקת החובה" הבעייתית של מודל ברק, שלפיה יצירתו של סיכון לא סביר וצפוי (התרשלות) מקימה הנחה כללית כי הטלת אחריות רצויה (חובה).²³ כמו כן מכיר השופט הנדל בבעייתיות הקיימת במודל המסורתי בשל טשטוש ההבחנה בין התרשלות לחובה²⁴ ובשל הקושי שיוצר ריבוי משמעויותיה של דרישת הצפיות.²⁵ גם השופט הנדל, כשופט עמית בפלוני, מאמץ את מבחן "הסיכון העוולתי" שגובש ב**לנדרמן נ' סגיב** כמבחן הסיבתיות המשפטית בעוללת הרשלנות.²⁶ התקרבות מסוימת למודל פלוני מצויה גם באשר לסדר הבדיקה של מרכיבי האחריות. אמנם השופט הנדל דבק כאמור בבדיקת החובה בשלב ראשון²⁷ (ועמו השופט שהם²⁸), ואילו מודל פלוני מגמיש את סדר הבדיקה ומתאימו לסוג המצב הנדון, ועם זאת השופט הנדל מציין ש"אין פסול בהחלפת הסדר בין החובה לרכיב ההתרשלות כפי שמוצע במודל החדש משיקולים מעשיים ובמקרה המתאים".²⁹

מנגד דבק השופט הנדל בגישת מודל ברק באשר לכפל תפקידיה של החובה: הן הכרעה בשאלה אם ההתנהגות ראויה, והן ההכרעה בשאלה אם האחריות רצויה (כשלפי מודל פלוני זהו תפקידיה היחיד של החובה³⁰).³¹ יתרה מזאת, לגבי דידו של השופט הנדל תפקידיה העיקרי של החובה הוא לקבוע את סטנדרט ההתנהגות הראויה – את נאותות ההתנהגות.

של חובת הזהירות. הבדיקה הכפולה פעמים רבות מיותרת, ועשויה אף לגרום לערוב בין רכיב החובה ובין רכיב ההתרשלות".

21 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל: "סבור אני שברגיל מוצדק להימנע מבדיקה כפולה של חובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטית. בעניין זה תומך אני בגישה החדשה שמעוגנת כאמור בעמדות קודמות בפסיקה".

22 **עניין פלוני**, לעיל ה"ש 1, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית.

23 ל"חזקת החובה" ראו **גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9–10. השופט הנדל אינו משתמש כלל במינוח המשמש את חזקת החובה שלפיו קיומה של צפיות פיזית (יכולת לצפות) יוצר חזקה של צפיות משפטית/נורמטיבית (צורך לצפות) ולמעשה אינו מבחין בין היכולת לצפות לצורך לצפות; ראו להלן פרק ג.3.

24 **עניין וגנר**, לעיל ה"ש 3, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל: "ערבוב בין רכיב החובה ובין רכיב ההתרשלות".

25 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל: "עוד הועלתה ביקורת על ריבוי תפקידיה ומשמעויותיה של הצפיות [...] הביקורת מצביעה על קושי ממשי במצב הנוכחי". ראו לעיל גם ה"ש 17.

26 ראו לעיל ה"ש 11.

27 ראו לעיל ה"ש 14.

28 **עניין וגנר**, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק דינו של השופט שהם.

29 שם, פס' 18 לפסק דינו של השופט הנדל.

30 **גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4–7.

31 **פרשת וגנר**, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

"מבחינה עיונית, רכיב החובה מהווה תנאי הכרחי לביסוס האשמה ברשלנות"; החובה היא הסיבה לכך שהמעשה הוא אסור ולא מוצדק".³² באשר לתפקידה האחר של חובת הזהירות כמסגרת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה, שהוא כאמור תפקידה היחיד במודל פלוני, נראה כי בסוגיה זו מתרחק מודל הנדל ממודל פלוני יותר מאשר מודל ברק, שגם בו מודגשת חשיבותה של החובה כמסגרת מדיניות.³³ השופט הנדל מסתייג למעשה משימוש בחובה בלבד כמסגרת מדיניות³⁴ ומבקש להפעיל מסגרת זו גם באמצעות מרכיב ההתרשלות.³⁵ מטעם זה השופט הנדל דוחה את גישת מודל פלוני שלפיה דרישת הצפיות אינה תנאי להכרה בחובה אלא רק להכרה בהתרשלות ובקשר הסיבתי. הוא מציין כי "אינני בטוח האם יהיה זה כל כך פשוט להשתחרר מ'כבלי' מבחן הצפיות ביסוד חובת הזהירות".³⁶

השופט הנדל, והשופט שוהם בעקבותיו,³⁷ מוצאים לנכון להדגיש הבדל נוסף הקיים כביכול בין תפיסת הרשלנות המוצעת בוגנר לבין מודל פלוני. זאת בעקבות דברי השופט עמית בפלוני שלפיהם "לכל אדם יש חובה כללית שלא להתנהג בצורה עוולתית על ידי יצירת סיכון כלפי הזולת".³⁸ להבנתם יש לפרש דברים אלה כהכרה "בקיומה של חובה זהירות כללית, חיצונית להתרשלות",³⁹ חובה כללית שהיא חובה משפטית נוספת, לצד החובה הבוחנת את רציות אחריות (מסגרת המדיניות). על בסיס הבנה זו של דברי השופט עמית כגישה חדשה ה"מפרקת את חובת הזהירות כפי שאנו מכירים לשניים",⁴⁰ טוען כלפיה השופט הנדל שהיא מובילה לתוצאה בעייתית של שתי חובות משפטיות מתנגשות, הראשונה חלה "על כל אדם כלפי כל סיכון", "כפפה אחת המתאימה לכל יד" המעקרת את שיקולי נאותות ההתנהגות,⁴¹ והאחרונה מגבילה אחריות על בסיס שיקולי מדיניות בלבד. עיון חוזר ונשנה בדברי השופט עמית בפרשת פלוני⁴² מראה כי פרשנות זו של דבריו מופרכת. ראשית, השופט עמית מבהיר כי החובה הכללית אינה חובה למנוע יצירת סיכון

32 שם, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל. השופט הנדל מוסיף ומקשה "כיצד ניתן לתת משמעות להתרשלות ללא שמניחים קיומה של חובה להימנע מהתנהגות המבטאת התרשלות?". שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל. ברוח זו הוא מבקר את הניסיון "לעקר את חובת הזהירות בעצוב סבירות ההתנהגות". שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

33 ראו [ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון](#), פ"ד לט(1) 113, 135-137 (1985), שם דן השופט ברק במסגרת החובה המושגית בשיקולי המדיניות של הרתעת יתר, הצפת בתי משפט, עלות תביעות ועקיפת סופיות ההליך הפלילי (פס' 23-25). ראו גם [ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן](#), פ"ד מב(3) 733, 739-741 (1988), שם דן השופט ברק בשיקולי מדיניות של הרתעת יתר והצפה (פס' 8-11).

34 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל: "הייתי נזהר מהטלת מירב הכובד על מסגרת של שיקולי מדיניות כרכיב עצמאי. גישה שפונה לשיקולי המדיניות כמסגרת אחרונה, במקום חובת זהירות, עלולה לפגוע בהליך קביעת הרשלנות ולהביא לתוצאות לא רצויות".

35 ראו להלן פרק ד.2.

36 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל.

37 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט שוהם.

38 [עניין פלוני](#), לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

39 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

40 שם.

41 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

42 [עניין פלוני](#), לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.

כלשהו אלא חובה "שלא להתנהג בצורה עוולתית", כלומר לא להתרשל; שנית, השופט עמית מדגיש כי החובה שלא להתרשל אינה חובה משפטית בעוולת הרשלנות אלא חובה מוסרית/חברתית,⁴³ וכי הכרה בהתרשלות אינה מובילה להטלת אחריות בהיעדר חובה משפטית. כפי שהוסבר באריכות בדיון בחלקו הראשון של מאמר זה, החובה החברתית/מוסרית שלא לנהוג באורח לא סביר היא חובה מובנת מאליה, שמקורותיה מצויים במסור ובנורמות חברתיות (לרבות נורמות משפטיות מחוץ לעולת הרשלנות) שאותן מאמץ בית המשפט כאשר הוא מאפיין התנהגות כהתרשלות.⁴⁴ ובאשר ל"חידוש" כביכול שבהצגת חובה כללית יצוין כי גישה המכירה בחובה רחבה (duty of all to all), הגם שלא במשמעות המוצעת לה בפלוני, מצויה אצל Holmes כבר לפני 140 שנים,⁴⁵ וכן בפסק דינו של השופט Andrews בפרשת Palsgraf.⁴⁶ כאמור קיומה של חובה רחבה הוזכר גם על ידי הנשיא שמגר.⁴⁷

באשר לקרבה או לריחוק של מודל הנדל ביחס למודל ברק, במסגרת הדיון להלן בהערכה הנורמטיבית של המודלים השונים נראה כי קיימים הבדלים מהותיים גם בין מודל הנדל לבין מודל ברק.

ג. מודל הנדל – הערכה נורמטיבית אל מול המודלים האחרים

ניתוח ביקורתי של מודל הנדל מצביע על קשיים מהותיים הכרוכים בו לא רק בהשוואה למודל פלוני אלא גם בהשוואה למודל ברק. קושי אחד הוא בתפיסת מרכיב החובה כאכסניה עיקרית של שיקולי נאותות ההתנהגות. קושי שני מצוי בהצעה להגביל את תפקיד החובה כמסננת מדיניות ולהטיל תפקיד זה גם על מרכיב ההתרשלות. קושי שלישי הוא בקריאה בעייתית של [סעיף 36 לפקודת הנזיקין](#) כתומך במודל הנדל, אך למעשה פרשנותו המקובלת אינה מתיישבת עם מודל הנדל אלא דווקא עם מודל פלוני. קושי רביעי הוא הפיכת מושג ההתרשלות למונח יחסי באופן שהתנהגות נתונה יכולה להיחשב ראויה ולא ראויה בעת ובעונה אחת. קושי חמישי מצוי באי-הבהרת תכניה ותפקידיה של דרישת הצפיות ברכיבי החובה וההתרשלות. קושי נוסף טמון באמירות היכולות להתפרש כביקורת לא מוצדקת על מודל פלוני.

43 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית.

44 גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12–14.

45 G. EDWARD WHITE, TORT LAW IN AMERICA – AN INTELLECTUAL HISTORY 57 (Exp. ed., 2003).

46 לדבריו כל אחד (every one) חב כלפי העולם כולו "duty of refraining from those acts that may unreasonably threaten the safety of others". Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 248 N.Y. 339, 350 (1928).

47 ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 67 (1994): "חובת זהירות כללית קיימת תמיד". הדברים מובאים במלואם בעניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית. יצוין כי השופט הנדל בעניין וגנר, לעיל ה"ש 3, מצטט מפסקה זו מדברי שמגר בפס' 9 לפסק דינו אך משמיט את האמירה הפותחת שלפיה "חובת זהירות כללית קיימת תמיד".

1. תפיסת מרכיב החובה כאכסניה חיונית של שיקולי נאותות ההתנהגות

הדיון לעיל בעוולת הרשלנות נפתח בהבחנה הבסיסית בין השאלה אם התנהגות הנתבע ראויה (שאלה 1) לבין השאלה אם הטלת האחריות רצויה (שאלה 3).⁴⁸ המענה לכל שאלה מצוי בשיקולי מדיניות הרלוונטיים לאותה שאלה. לפי מודל פלוני יש לדון בשיקולי המדיניות הנוגעים לנאותות ההתנהגות במסגרת יסוד ההתרשלות, ובשיקולי המדיניות הנוגעים לרציות האחריות במסגרת מרכיב החובה.⁴⁹ השופט עמית מבהיר היטב כי "גם במסגרת יסוד ההתרשלות אנו נדרשים להכרעות נורמטיביות וערכיות. אנו בוחנים אם המזיק התנהג בדרך הראויה מבחינה חברתית, מוסרית, סטנדרטים שנקבעו בחיקוקים אחרים [...] וכיו"ב".⁵⁰ גם במודל ברק נשקלים במסגרת מרכיב ההתרשלות שיקולי מדיניות רחבי היקף הנוגעים לנאותות ההתנהגות. "תוכנה של [...] ההתרשלות [...] נקבע על פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הרלוונטיים להכרעה. מטרתו של האיזון הינה לקבוע את הערך החברתי של התנהגות המזיק [...] האינטרסים והערכים שיש להביאם בחשבון הם האינטרסים והערכים של הניזוק, המזיק והחברה".⁵¹

לעומת זאת השופט הנדל יוצא ככל הנראה מנקודת הנחה שלפיה חלק חשוב ממכלול שיקולי המדיניות שעניינם נאותות ההתנהגות יכול להידון רק במסגרת מרכיב החובה.⁵² מכאן חששו שאם החובה תשמש רק מסננת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה, לא ייתן משקל ראוי למכלול שיקולי המדיניות הנוגעים לנאותות ההתנהגות,⁵³ כמו קיומם של יחסים מיוחדים בין הצדדים מכוח דין או הסכם או זיקה אחרת שנוצרה ביניהם, או התנגשות אינטרסים שלהם,⁵⁴ והדבר עלול להוביל אף "לזילות החובה".⁵⁵

48 גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 3-4.

49 עניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית: "ביסוד ההתרשלות אנו בוחנים האם ההתנהגות ראויה, וביסוד החובה אנו בוחנים האם הטלת האחריות רצויה".

50 שם.

51 ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 509-511 (2004).

52 עניין וגנר, לעיל ה"ש 3, פס' 12-13 לפסק דינו של השופט הנדל: "רכיב החובה מהווה תנאי הכרחי לביסוס האשמה ברשלנות [...] רכיב חובת הזהירות נתפס כיוצר קשר נורמטיבי בין מעשהו של המזיק לזיק שסבל הניזוק [...] החובה היא אמירה נורמטיבית הקושרת את בין המזיק לניזוק ומקימה הצדקה להיזרה". השופט הנדל עומד על "תפקיד חובת הזהירות בעיצוב סבירות ההתנהגות"; שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל. לדעתו העיקרון המאחד של "השכנות", קרבה או זיקה בין המזיק לניזוק, מצוי ביסוד החובה; שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

53 החשש הוא גם מפגיעה בשיקולי מדיניות הנבחנים במסגרת מרכיב ההתרשלות. ראו שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל: "הטלת מלוא כובד שיקולי המדיניות על רכיב עצמאי בסוף הדרך, עלולה להחליש את מעמדו של רכיב ההתרשלות דווקא [...] ככל שמתעוררים שיקולים ייחודיים למקרה הנדון שמצדיקים לשקול האם המזיק הקונקרטי נהג כראוי, אלו מתאימים לשלב בדיקת ההתרשלות [...] התוכן שניתן לסבירות ההתנהגות מושפע משיקולי מדיניות, אשר נכונים להתנהגות בנסיבות עובדתיות מסוימות [...] לגישתי, מוטב שהשיקולים יבחנו בהתאם לתיק ולאמצעי הזהירות שנקטו בו, במקום בסוף הדרך באופן כללי על-ידי 'מסננת המדיניות' שיכולה להיות מנותקת מיחסיהם של המזיק והניזוק".

54 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

55 שם, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

בכל הכבוד, לא ברור מדוע השופט הנדל סבור כי אי אפשר לדון במכלול שיקולי מדיניות הנוגעים לנאותות ההתנהגות במסגרת יסוד ההתרחשות, וכי שיקולים מרכזיים בהקשר זה יכולים להידון רק במסגרת מרכיב החובה. כפי שהבהיר היטב השופט עמית בפרשת פלוני, וכעולה בבירור גם ממודל ברק,⁵⁶ למרכיב החובה אין מונופול על הפעלת שיקולי מדיניות, וכשמדובר בשיקולים הנוגעים לנאותות ההתנהגות, כטיב היחסים בין הצדדים, מעמדם היחסי כ"חזקים" או "חלשים" או נורמות חברתיות ראויות, לאלה מצויה אכסניה ראויה ומרווחת במסגרת מרכיב ההתרחשות. ימחיש זאת המקרה שמביא השופט הנדל של מארח שאינו מוודא כי אורחיו השתויים אינם נוהגים. אכן עולה כאן שאלת מדיניות: "עד כמה אנו רוצים כחברה להטיל חובה פטרנליסטית על המארח".⁵⁷ לשיטתו של השופט הנדל, המענה על שאלת מדיניות זו צריך שיינתן במסגרת מרכיב החובה (האם יש חובת וידוא), אך אין כל מניעה, ואף רצוי יותר, ששאלת מדיניות זו תוכרע במסגרת יסוד ההתרחשות (אם המארח התרשל בכך שלא וידא). הדבר רצוי יותר שכן מוטב ונכון להפריד בין שיקולי המדיניות הנוגעים לנאותות ההתנהגות לאלה הנוגעים לרציות האחריות, ואילו ממודל הנדל אלה דרים בכפיפה אחת וההבחנה ביניהם אינה ברורה ויוצרת בלבול.

2. הצעה להגביל את תפקוד החובה כמסננת מדיניות ולהטיל תפקיד זה על ההתרחשות

מהקושי שנדון לעיל, של תפיסת מרכיב החובה כאכסניה חיונית ומרכזית לשיקולי מדיניות שעניינם נאותות ההתנהגות נובע קושי נוסף במודל הנדל. מאחר שתפקידה העיקרי של החובה, אליבא דשופט הנדל, הוא לבחון את שאלת נאותות ההתנהגות, הרי שלשיטתו יש לצמצם במקביל את תפקודה של החובה כמסננת מדיניות, דהיינו כסנן הנורמטיבי המשמש מסגרת לשיקולי מדיניות שעניינם רציות האחריות. זאת בשל החשש ל"סופה של החובה, כאשר שיקולי מדיניות יתפסו את מקומה".⁵⁸ באיזו מסגרת חלופית יבואו אפוא לידי ביטוי שיקולי מדיניות שעניינם רציות האחריות המוצאים ממרכיב החובה? איזה מרכיב של עולות הרשלנות ישמש מסננת מדיניות נוספת? תשובתו של השופט הנדל, מרחיקת לכת יש להקדים ולומר, היא להעתיק חלק משיקולי מסננת המדיניות ממרכיב החובה למרכיב ההתרחשות. הוא מציע לדוגמה כי שיקול הרתעת היתר, שיקול מובהק של מסננת מדיניות המגביל את האחריות ברשלנות מחשש של "רפואה מתגוננת", יובא בחשבון לא במסגרת מרכיב החובה אלא במסגרת מרכיב ההתרחשות.⁵⁹

56 ראו לעיל ה"ש 49, 51.

57 עניין וגנר, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו של השופט הנדל.

58 שם, סוף פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל.

59 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל: "אפשרות אחרת היא להעניק משקל להשפעה של הרתעת יתר על הרופא בשלב של בחינת ההתרחשות, במקרה המתאים והגבולי. בדיקה זו יכולה להיעשות על פי נסיבות המקרה כחלק מבחינת התועלת מול הנזק של הטלת אחריות בגין נקיטת אמצעים מסוימים. תוצאה כזו עדיפה בעיני מן האפשרות של קביעת התרחשות במקביל לשלילת החובה בשלב של בחינת המדיניות".

בכל הכבוד, קשה להפריז בבעייתיות הכרוכה באימוץ כיום של גישה זו.⁶⁰ הטענה כי יש ליטול מן החובה חלק מתפקידיה כמסנת מדיניות השוללת אחריות שאינה רצויה ולהעבירם למרכיב ההתרשלות עומדת בניגוד מובהק להתפתחותה של עוולת הרשלנות ותפיסת החובה במשפט הישראלי ובמדינות המשפט המקובל. טענה זו כאמור אינה תואמת אף את מודל ברק. חשוב להבין כי משמעותה של הצעה זו היא הורדת סטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר. בדוגמת הטיפול הרפואי, כאשר החשש מ"רפואה מתגוננת" מצדיק אי-הטלת אחריות, הדרך לעשות כן על פי השקפת השופט הנדל היא לא על ידי אי-הכרה בחובה מחשש להתרעת יתר כשיקול של מסנת מדיניות, אלא על ידי הורדת סטנדרט הטיפול הרפואי במסגרת מרכיב ההתרשלות.

קל להביא השקפה זו לכלל אבסורד. ימחיש זאת מקרה שבו הנתבע רצח בזדון את אשת התובע, והנזק היחיד שנגרם הוא נזק נפשי לתובע, נזק שאינו עומד בתנאי אלסוהה.⁶¹ כיום תישלל האחריות בשל היעדר חובה כלפי התובע כניזוק עקיף משיקולי מסנת מדיניות המגבילים אחריות כלפי ניזוקים עקיפים, ואילו יישום דווקני ומלא של הצעת הנדל להשתמש בהתרשלות כמסנת מדיניות יוביל לתוצאה שהאחריות תישלל כיוון שהנתבע לא התרשל, שהרי רצח בנסיבות אלה אינו התרשלות.

המחשה אחרת לתוצאות הבעייתיות הנובעות מגישה זו מצויה במקרה שבו הנתבע גרם בחוסר זהירות נזק פיזי לרכושו של התובע, ומכאן גם צער קל שבגיניו לא ניתן פיצוי בשל החשש מהתדיינות יתר ותביעות סרק. כיום בית משפט יקבע כי הנתבע התרשל, כי הוא חב לתובע חובה בשל הנזק הפיזי ועליו לפצותו בגינו, אך כי הוא פטור מפיצוי בשל הצער הקל בהיעדר חובה בשל סוג זה של נזק משיקולי מסנת מדיניות. לשיטת השופט הנדל, שבה מסנת המדיניות מועברת להתרשלות, יקבע בית המשפט כי התובע אכן התרשל בגרימת הנזק הפיזי לרכושו בחוסר זהירות, אך כי בשל שיקולי מסנת המדיניות יש לקבוע כי אותו חוסר זהירות אינו עולה כדי התרשלות כלפי אותו תובע כשמדובר בצער הקל. כלומר הנתבע, בשל אותה התנהגות, גם התרשל וגם לא התרשל כלפי אותו תובע.⁶²

60 שם, פס' 9, 12, 15 לפסק דינו של השופט הנדל. בהצעתו להגביל ואף לשלול את עיסוקה של חובת הזהירות בשיקולי מדיניות חברתיים מסוג של מסנת מדיניות נסמך השופט הנדל על כתיבתו של Ernest Wenrib. וינריב אכן מבקש ליטול מהחובה את תפקידיה כמסנת מדיניות, אך זאת במסגרת של תפיסה "ראקציונית" החותרת להחזיר את עוולת הרשלנות אל מה שנטען להיות ייעודה המקורי וההיסטורי – עוולה המתמקדת באינטראקציה שבין מזיק לניזוק והמתעלמת משיקולי מדיניות חברתיים. עם זאת וינריב מודע היטב להיותה של המציאות המשפטית שונה, וכי בפועל החובה מופעלת זה זמן רב גם כמסנת מדיניות. לדיון במשנתו של וינריב, ולא-התאמה בין גישת הצדק המתקן שלו לבין המציאות המשפטית ותפיסת הרשלנות המודרנית, אי-התאמה שוינריב מודה בה, ראו Ernest J. Weinrib, *The Disintegration of Duty, in* EXPLORING TORT LAW 143 (M. Stuart Madden ed., 2005). ראו גם [ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות](#) 65–68 (2012) (להלן: גלעד גבולות האחריות). מכל מקום, מאחר שהנדל אינו מוותר על מסנת המדיניות אלא רק מציע להעבירה במידה זו או אחרת ממרכיב החובה למרכיב ההתרשלות, הרי שגישתו אינה מתיישבת עם גישת וינריב, השולל כאמור את מסנת המדיניות כעניין שבעיקרון. מודל הנדל אינו נתמך אפוא על ידי וינריב.

61 [רע"א 444/87 אלסוהה נ' עיזבון דאהן](#), פ"ד מד(3) 397 (1990).

62 לסוגיית "היחסיות" של מרכיב ההתרשלות ראו להלן בפרק ג.4.

המחשה נוספת לתוצאות הבעייתיות שבהעברת מסגרת המדיניות מן החובה להתרשלות מצויה בעובדות ההחלטה בפרשת [רויטמן נ' בנק המזרחי](#).⁶³ נפסק שם כי אין להטיל על מעיד עדות שקר אחריות ברשלנות בשל נזק שגרמה עדות זו, בעיקר בשל החשש מפני הרתעת יתר – פגיעה בנכונות להעיד שתשבש את ההליך השיפוטי. למרות ההתרשלות הברורה הטבועה במתן ביודעין של עדות שקר, התנהגות שהיא גם עבירה פלילית, נשללה החובה של עדים משיקולי מסגרת מדיניות בשל תוצאות שליליות של הטלת האחריות. העברת מסגרת המדיניות למרכיב ההתרשלות, כהצעת השופט הנדל, תביא את בית המשפט לקבוע כי מתן עדות שקר היא התנהגות ראויה.

חומרתה של בעיית ההעתקה של שיקולי מסגרת המדיניות מהחובה להתרשלות תרוכך אם דברי השופט הנדל יתפרשו כמגבילים העברה זו מהחובה להתרשלות רק למצבים של חובה מוכרת, להבדיל ממצבים של חובה גבולית או חובה חדשה.⁶⁴ סימוכין לפרשנות צרה זו הם שדוגמת "הרפואה המתגוננת", שבה מציע השופט הנדל להעביר את שיקול הרתעת היתר ממרכיב החובה למרכיב ההתרשלות, מובאת כהמחשה למצבים ש"בהם חובת הזהירות מוכרת ומבוססת היטב במשפט".⁶⁵ אך גם פרשנות צרה זו מעוררת שורת קשיים. ראשית, ועיקר, קביעת השופט הנדל כי "אין עוררין על חובת הזהירות של רופא כלפי מטופלו"⁶⁶ היא מכלילה, וככזו רחוקה מלשקף את הדין הנוהג והראוי. בהקשר של יחסי רופא-מטופל מצויים לא מעט מצבים שבהם מתעוררות סוגיות עקרוניות הן באשר להתנהגות הנאותה הנדרשת מרופא והן באשר לחשש מ"רפואה מתגוננת". דוגמאות לכך הן היקף תחולתה של עילת הפגיעה באוטונומיה והיקף המידע שאותו נדרש רופא למסור לחולה;⁶⁷ המשאבים שיש להשקיע בהטמעת מידע זה; דינה של התנהגות התואמת פרקטיקה רפואית,⁶⁸ רמת הבקיאיות הנדרשת מן הרופא בספרות חדשנית;⁶⁹ הציוד הרפואי שבו יש להשתמש;⁷⁰ מידת הפירוט הנדרש של הרישום הרפואי;⁷¹ דינה של פגיעה

63 ע"א 572/74 רויטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט (2) 57 (1975).

64 אני מודה למערכת משפטים על אתר על הערה חשובה זו.

65 עניין וגנר, לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

66 שם. ראו גם אמירתו של השופט הנדל כי "חובתו של רופא כלפי מטופל" היא "חובת זהירות המושרשת היטב בפסיקה ובכללי הרשלנות"; שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

67 ראו המחלוקת בין השופטים ריבלין ועמית בע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פס' 47-57, 67-74 לפסק דינו של השופט עמית ופס' 7-15, 45-48 לפסק דינו של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 5.3.2012) וע"א 6936/09 יהודה נ' כללית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 5.3.2012) לעניין היקף ההכרה בעילת הפגיעה באוטונומיה ומבחני הגילוי והיקפו. ראו גם את הגישות השונות בע"א 4960/04 סדי נ' גופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס (3) 590 (2005) לעניין מסירת מידע על בדיקות שאינן קיימות ברפואה הציבורית. ראו גם הגישות השונות באשר לחובה ליידיע בדבר בדיקה כאשר אין חובה לבצע אותה בדיקה בדנ"א 121/11 גרסטל נ' דן (פורסם בנבו, 5.12.2011).

68 ראו גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 60, בעמ' 503-519.

69 ראו עניין יהודה, לעיל ה"ש 67.

70 ראו דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נו (4) 721 (2003) והשוו עם ע"א 1918/08 פולר נ' בית החולים "העמק", פס' 29-30 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.3.2010) לעניין מספר מכשירי מוניטור בבית חולים.

71 ראו גיא שני חזקת רשלנות – העברת נטל ההוכחה כדיני נזיקין 377-387 (2011).

אובייקטיבית באוטונומיה שאין עמה פגיעה סובייקטיבית.⁷² בסוגיות אלה ואחרות⁷³ מתעוררות שאלות שראוי לסווגן, לשיטת השופט הנדל, כסוגיות של חובה גבולית ואף חדשה ולא כסוגיות של חובה מוכרת.⁷⁴ שנית, לא הוסבר הגיונה של העברת שיקולי מסננת המדינות להתרשלות דווקא במצבי החובה המוכרת שבה לכאורה משקל מסננת מדיניות הוא קטן מלכתחילה.

מכל מקום, בין שמדובר בפרשנות צרה של הצעת השופט הנדל להעביר שיקולי מסננת מדיניות מחובה להתרשלות ובין שמדובר בפרשנות מרחיבה, הצעה זו בעייתית לכאורה מטעמים שנמנו לעיל, מה גם שהיא לוקה בעמימות רבה באשר לשיקולי המדיניות שיועברו להתרשלות ואלה שיוותרו בחובה. מדוע, לדוגמה, סבור השופט הנדל כי יש להעביר להתרשלות את שיקול הרתעת היתר של "הרפואה המתגוננת"?

3. קריאה בעייתית של דרישת הצפיות שבסעיף 36 לפקודת הנוזקין

מגמת השופט הנדל להבליט ולחזק את החובה בתפקידה כקובעת את נאותות ההתנהגות, ולהחליש את מעמדה כמסננת מדיניות, מוצאת ביטוי גם בהתייחסותו לסוגיית תחולת דרישת הצפיות על מרכיב החובה. כזכור, על פי מודל פלוני דרישת הצפיות אינה חלה על החובה כמסננת מדיניות, שכן דרישה זו מתמצית בעת בחינת ההתרשלות והקשר הסיבתי. שאלת החובה כמסננת מדיניות נשאלת מלכתחילה רק לגבי נזקים צפויים, שכן האחריות לנזקים שאינם צפויים נשללת בשל היעדר התרשלות או בשל היעדר קשר סיבתי.⁷⁵ לעומת זאת השופט הנדל, אף שהוא מכיר ב"קושי הממשי" הנובע מריבוי תפקידה של דרישת הצפיות, סבור כי אי אפשר להשתחרר מ"כבלי" דרישת הצפיות כשמדובר בחובה.⁷⁶ הטעם לכך לדבריו הוא ש"מבחן הצפיות מעוגן בסעיף 36 לפקודת הנוזקין הקובע שהחובה [...] מוטלת כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש כי יגרם לנזק". אלא שבעניין זה לא דק פורתא. הצפיות הנדרשת בסעיף 36 לצורך הכרה בקיומה של חובה אינה הצפיות במשמעות של יכולת סבירה לצפות את הנזק, שהיא תנאי להכרה בהתנהגות כבלתי ראויה, כסברתו של השופט הנדל. סעיף 36 מתנה את קיומה של חובה בקיומו של צורך לצפות, ומושכלות ראשונים הם שה"צורך" לצפות אינו אלא כינוי לשיקולי המדיניות הבוחנים את שאלת רציותה של האחריות, דהיינו כינוי למסננת המדיניות.⁷⁷ נמצא אפוא שהוראת סעיף 36 לא זו בלבד שאינה תומכת בתפיסת השופט הנדל את מרכיב החובה

72 דנ"א 9416/11 עזבון ראבי נ' תנוכה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2012).

73 כחומרת הסטנדרט החל על רופאי משפחה. ראו ע"א 282/09 עמרני נ' שרותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 16.3.2011).

74 אמנם בעניין פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 14 לפסק דינו, השופט עמית מציין גם הוא כי בליבת דיני הנוזקין מצויים יחסי רופא-חולה אך הוא מדייק ומדגיש כי מדובר בנוזקים פיזיים ובעיקר כי בליבה מצויים רק המצבים "שלגביהם כבר התפתחה חזקת חובה בפסיקה".

75 גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 4-5.

76 ראו לעיל ה"ש 16.

77 ראו בהרחבה גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 60, בעמ' 677-680.

כמופקד על בחינת נאותות ההתנהגות, אלא להפך – תומכת בתפיסת החובה כמסגרת מדיניות על פי מודל פלוני (ואף על פי מודל ברק⁷⁸).

4. הפיכת ההתרשלות למונח יחסי

אחת מהנחות היסוד של הדיון כאן בעוולת הרשלנות היא שהתנהגות נתונה, בהינתן מכלול הסיכונים והתועלות הצפויים שהיא יוצרת במועדה ובנסיבותיה, יכולה להיחשב או התרשלות או התנהגות סבירה. אין היא יכולה להיחשב התרשלות והתנהגות סבירה בעת ובעונה אחת. הרי המשפט חייב לקבוע עמדה אחת בנוגע להתנהגות בהתחשב במכלול תוצאותיה הצפויות: עליו לאפיינה כסבירה או לחלופין כהתרשלות. זהו תנאי הכרחי לקיומה של הרתעה ולכל מסר מחנך ומכוון. תפיסה יחסית של ההתרשלות, שלפיה סבירותה של התנהגות נתונה משתנית עם כל אחד מהסיכונים שהיא יוצרת, דהיינו שהתנהגות נתונה היא סבירה, לדוגמה באשר לסיכונים א, ב ו-ג, אך אינה סבירה באשר לסיכונים ד, ה ו-ו, מעקרת ומנטרלת את היכולת ליצור מסר מרתיע, מחנך או מכוון, והדברים ברורים. לא ייפלא אפוא שמהותה ותמציתה של "נוסחת הנד", הן זו השיפוטית והן זו הכלכלית,⁷⁹ הן הערכת סבירותה של ההתנהגות לפי מכלול תוצאותיה כדי לקבוע את מאזנה הכללי.⁸⁰ לאחר אפיונה של ההתנהגות כהתרשלות, ההבחנה בין הסיכונים השונים שיצרה נעשית על ידי שני המרכיבים ה"יחסיים" של העוולה – הסיבתיות המשפטית והחובה. באמצעותן קובע המשפט, לדוגמה, כי אין אחריות בשל סיכון א כיוון שזה אינו מצוי בתחום הסיכון (היעדר סיבתיות משפטית), וכי אין אחריות בשל סיכונים ב ו-ג כיוון שאין לגביהם חובת זהירות. יצוין כי הבחנה זו בין המוחלט (ההתרשלות) ליחסי (חובה וקשר סיבתי משפטי) הובהרה כבר בפסק הדין המכונן של עוולת הרשלנות בישראל – פריצקר נ' פרידמן.⁸¹

78 פרשת גורדון, לעיל ה"ש 33, בעמ' 131.

79 להבחנה זו בין נוסחת הנד הכלכלית לשיפוטית ראו [גלעד גבולות האחריות](#), לעיל ה"ש 60, בעמ' 296–305.

80 על כך שבהערכת נאותות ההתנהגות יש לבחון את מכלול תוצאותיה הצפויות כלפי כל המושפעים ממנה ראו Robert D. Cooter & Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L.J. 82, 123–129 (2011); ROBERT D. COOTER & ARIEL PORAT, *GETTING INCENTIVES RIGHT – IMPROVING TORTS, CONTRACTS AND RESTITUTION* 49–60 (2014).

81 ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז 674 (1953). בפרשה זו הורה מעסיקו של נהג המשאית הנתבע להסיע את המשאית לאחור. הנתבע עשה כן למרות מגבלות הראייה, ומחץ את המעסיק למוות. השופטים היו תמימי דעים כי היותו של המעסיק מאחורי המשאית, אף שהוא עצמו נתן את ההוראה לנסוע לאחור, הייתה לא צפויה, ולפיכך אין הנהג הנתבע חב ברשלנות בשל התאונה. אלא שהדעות נחלקו אם שלילת האחריות היא בשל היעדר התרשלות או בשל היעדר חובה. נפסק, בדעת הרוב, כי הנסיעה לאחור הייתה התרשלות (בהתחשב במכלול סיכונים הצפויים), וכי יש לשלול את האחריות בשל אי-צפיותו של הסיכון המסוים כלפי המנוח לא בשל היעדר התרשלות אלא בשל היעדר חובה ספציפית כלפיו.

על אף כל האמור לעיל קובע השופט הנדל בפרשת [וגנר](#) שלא רק החובה והקשר הסיבתי המשפטי הם יחסיים⁸² אלא גם ההתרשלות. בפרשה זו לא דיווח עורך הדין הנתבע לרשויות המס, במועד הקבוע בחוק, על עסקת מכר מקרקעין שבה ייצג בתום לב "מוכרים" שהיו בפועל מתחזים. הבנק התובע שהלווה לקונים את הכסף שהגיע ל"מוכרים" המתחזים טען כלפי עורך הדין כי אלמלא האיחור בדיווח הייתה התרמית מתגלית ונמנעת. דרך הניתוח הראויה והמקובלת במקרה זה היא לקבוע שעורך הדין אכן התרשל, שהרי אי-קיום הוראת החוק לעניין דיווח לרשות המס בהיעדר הצדק סביר הוא על פני הדברים התרשלות, אלא שאין הוא חייב כלפי הבנק התובע, משום שהסיכון שיצר כלפי הבנק, צד שלישי מבחינתו, לא היה סיכון המצוי במתחם הסיכון העוולתי (היעדר קשר סיבתי משפטי) או בשל היעדר חובה כלפי הבנק כצד שלישי משיקולי מסנת מדיניות. השופט הנדל אמנם קובע הן היעדר חובה⁸³ והן היעדר קשר סיבתי,⁸⁴ אך על כך הוא מוסיף נימוק של היעדר התרשלות משום ש"אף אם סוגיית ההתרשלות ברורה כלפי לקוחותיו של וגנר, אין זה בהכרח מעלה או מוסיף לבחינת ההתרשלות כלפי בנק לאומי" (ההדגשות שלי – י"ג). מדברים אלה עולה תפיסה יחסית של התרשלות: אי-דיווח לרשויות המס הוא התרשלות כלפי הלקוח אך לא כלפי צד שלישי. כאמור, תפיסה יחסית של מרכיב ההתרשלות אינה ראויה ואינה מקובלת.

5. אי-הבהרת תכניה ותפקידיה של דרישת הצפיות במרכיב החובה ובמרכיב ההתרשלות

השופט הנדל מכיר כאמור ב"קושי ממשי" שיוצר ריבוי תפקידיה ומשמעויותיה של דרישת הצפיות במודל ברק.⁸⁵ למרות זאת, בניגוד למודל פלוני, הוא סבור כי יש להותיר על כנה את דרישת הצפיות הסבירה כתנאי להכרה בחובה, סברה שנדונה ובוקרה לעיל.⁸⁶ מכל מקום, מתוך גישתו, כיצד מציע השופט הנדל להתמודד עם אותו קושי ממשי שבקביעת תכניה ומטרותיה של דרישת הצפיות במרכיב החובה מחד גיסא ובמרכיב ההתרשלות מאידך גיסא?⁸⁷ המענה לכך מובא כאמור במשפט הקצר הזה: "ברכיב החובה, הצפיות של המזיק נבחנת כלפי הזולת, הוא הניזוק-בכוח. ברכיב ההתרשלות, הצפיות מופעלת על הסיכון להתרחשות נזק".⁸⁸ עוד נאמר כי בשני המרכיבים תיבחן הצפיות במועד ההתנהגות (*ex ante*), וכי במרכיב ההתרשלות תיבחן על פי מבחן האדם הסביר.

בשל מורכבותה הגדולה של סוגית הצפיות ובשל הבעייתיות הרבה שהיא יוצרת היה ראוי כי בהצעת מודל התרשלות חדש תידון סוגיה זו ביתר הרחבה ועומק כדי לנסות וליתן מענה לקשיים ניכרים אלה. הדברים אמורים במיוחד נוכח הסטייה המהותית שיש בתפיסה

82 השופט הנדל מכנה את החובה "תורת היחסות" של עוולת הרשלנות. ראו [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

83 שם, פס' 24 לפסק דינו של השופט הנדל.

84 שם.

85 שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל; וראו גם ה"ש 16, 76.

86 ראו לעיל פרק ג.3.

87 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל. באשר לתפקיד הצפיות במרכיב הקשר הסיבתי, השופט הנדל מאמץ כאמור לעניין זה את [הלכת לנדרמן](#), לעיל ה"ש 10.

88 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 17. ראו לעיל גם ה"ש 16.

זו של דרישת הצפיות במודל הנדל ממודל ברק שלפיו במסגרת מרכיב החובה, המושגית והקונקרטי, בוחנים את צפיות הניזוק, את הפעילות המזיקה ואת הנזק ולא רק את צפיות הניזוק כמוצע במודל הנדל.⁸⁹ למרבה הצער, במילים הספורות המוקדשות לנושא קיימת מידה גדולה של עמימות, והנסתר רב על הגלוי. יקצר המצע מלפרט את השאלות שנותרו פתוחות. לשם המחשה להלן כמה מהן: מהו בדיוק תוכן ההבחנה המוצעת בין צפיות הניזוק בכוח (חובה) לבין צפיות הסיכון (התרשלות)? האם צפיות הניזוק בכוח אינה חלק מצפיות הסיכון, וכיצד, אם בכלל, ניתן להבחין בין השניים? ומה באשר לצפיות הפעילות המזיקה, צפיות אופן גרימת הנזק וצפיות הנזק – סוגו והיקפו? והאם הקביעה כי הצפיות במרכיב ההתרשלות היא אובייקטיבית לפי מבחן האדם הסביר משמעה כי הצפיות במרכיב החובה אינה כזו?

יודגש כי השופט הנדל מודע לכך שהצעתו מותירה שאלות פתוחות, והוא מסתפק בהערכה אופטימית כי בעתיד יהיה "ניתן למצוא את החפיפה בין מבחני הצפיות בשלושת היסודות של רכיבי ואף להבליט אותה", וכי בעתיד "יש לעשות מאמץ כדי לשמור על המחיצות".⁹⁰

6. אופן הבנת מודל פלוני

השופט הנדל מבקר את מודל פלוני במילים אלה:⁹¹

המודל החדש איננו חוזר בסוף בדיקת רכיבי עוולת הרשלנות לחובת הזהירות. הוא מחליף אותה ב"שיקולי מדיניות השוללים את הטלת האחריות מקום בו זו אינה רצויה" (עניין פלוני, פס' 13). מוסכם כי שיקולי מדיניות משפיעים על יסוד החובה. ברם, הייתי נזהר מהטלת מירב הכובד על מסננת של שיקולי מדיניות כרכיב עצמאי. גישה שפונה לשיקולי המדיניות כמסננת אחרונה, במקום חובת זהירות, עלולה לפגוע בהליך קביעת הרשלנות ולהביא לתוצאות לא רצויות. תוצאה אחת אפשרית היא שאוסף שיקולי המדיניות כרכיב עצמאי לא יכווין את השופט כיצד לבחון את התקיימותה של החובה. המשמעות האפקטיבית היא הענקת שיקול דעת רחב לבחור מתי להשתמש באילו מהשיקולים. הדבר עשוי ליצור סובייקטיביזציה של הליך הבחינה, וממילא גם חוסר שיטתיות [...] כאשר שיקולי המדיניות מגיעים לזירת ההכרעה לאחר סיום כל המלאכה, החשש מפני חוסר שיטתיות גובר.

פרשנות אפשרית לדברים אלה היא שהשופט הנדל מייחס לשופט עמית כוונה לבצע במסגרת מודל פלוני שינוי מהותי במודל הרשלנות המסורתי – להחליף את מרכיב החובה בתפקידו כמסננת מדיניות במרכיב אחר של "שיקולי מדיניות" סובייקטיביים ולא שיטתיים.⁹² אם זוהי אכן סברתו של השופט הנדל, והדברים אינם ברורים, הרי שסברה זו

89 פרשת גורדון, לעיל ה"ש 33, בעמ' 129–130.

90 עניין וגנר, לעיל ה"ש 3, סוף פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל.

91 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל.

92 אני מודה למערכת משפטים על אתר על הפניית תשומת הלב לפרשנות אפשרית זו.

בטעות יסודה. השופט עמית לא יצר יש מאין ולא הציע להחליף את החובה במרכיב אחר, עצמאי, של "שיקולי מדיניות". הדיון במודל פלוני ב"שיקולי המדיניות" אינו אלא דיון במרכיב החובה כמסנת מדיניות, וזאת במתכונת המוכרת והמקובלת שבה הוא מופעל כעניין של מסורת. הדברים מפורשים שוב ושוב בפסק דינו של השופט עמית ובאופן ברור שאינו מתיישב עם פרשנות אחרת. ראשית, ב"תרשים הזרימה" של מודל פלוני, ליד המילים "שיקולי מדיניות השוללים הטלת אחריות" מופיעה כוכבית שלצדה נכתב "שיקולי המדיניות הם יסוד 'החובה' אשר על פי המודל המסורתי נבדקו בתחילת הדרך";⁹³ שנית, פסק דינו של השופט עמית משובץ באמירות המזהות את "שיקולי המדיניות" עם החובה כמסנת מדיניות: "בסוף הדרך נבחן אם קיימים שיקולי מדיניות בגינם יש לשלול את החובה";⁹⁴ "יסוד החובה בוחן אם הטלת רצויה בהינתן התרשלות" (והוא מפנה בהקשר זה לשיקולי המדיניות של הרתעת יתר והצפה וכו', המעוגנים בפסיקה שיטתית ועקיבה);⁹⁵ "ביסוד החובה אנו בוחנים האם הטלת אחריות רצויה לאור שיקולי המדיניות שלעיל".⁹⁶ מכל מקום, חששו של השופט הנדל כי ייעשה שימוש בשיקולי מדיניות כ"פתח מילוט" מאחריות⁹⁷ אינו מובן, שהרי גם על פי המודל המסורתי אחד מתפקידיה של חובת הזהירות הוא לשמש "פתח מילוט" מאחריות שאינה רצויה.

ביקורת משתמעת נוספת של השופט הנדל על מודל פלוני מצויה בדבריו המייחסים לכאורה לשופט עמית התעלמות מסיווגה של הסיטואציה הנזיקית לארבעת ההיבטים של מזיק, ניזוק, נזק ופעילות.⁹⁸ דא עקא שהשופט עמית מתייחס לארבעה היבטים אלה בדיונו בחובת הזהירות,⁹⁹ ואין בדבריו הסתייגות כלשהי מסיווג זה או דחייתו.

7. הערכה כוללת של מודל הנדל

- 93 [עניין פלוני](#), לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשה הוספה – י"ג).
- 94 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשה הוספה – ג").
- 95 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט עמית.
- 96 שם. ביקורת אחרת של השופט הנדל על מודל פלוני, שמקורה בפרשנות מוטעית של האחרון, היא ש"הגישה החדשה מרוקנת מיסוד החובה את אופיו כיוצר אחריות משפטית. החובה על פי הגישה החדשה אינה עוד מטילה חבות, כי אם מסנת אחריות"; ראו [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל. המענה לטענה זו הוא כי גם לפי מודל פלוני החובה אינה בכחינת פטור או טענת הגנה שנטל הוכחתה מוטל על הנתבע אלא דרישה מהותית שעל התובע לבססה – להראות כי שיקולי מדיניות אינם שוללים הכרה בחובה משפטית לא להתרשל. מכך שמדובר בהוכחת תנאי שלילי אין עולה כי מדובר ב"פטור" מאחריות. אכן, לפי מודל פלוני המרכיב החיובי ביצירת האחריות בעוללת הרשלנות הוא מרכיב ההתרשלות, והחובה משמשת מסנת מדיניות, אלא שגם לפי מודל זה הכרת בית המשפט בחובה היא תנאי ליצירת אחריות – הכרה בחובה (דהיינו בכך שיקולי מדיניות אינם שוללים הטלת אחריות) היא המביאה להטלת אחריות. נמצא אפוא שגם לפי מודל פלוני התרחבות ההכרה בחובה היא המכשיר העיקרי להרחבת האחריות בעוללת הרשלנות.
- 97 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל. לדברי השופט הנדל, שיקולי המדיניות שבסוף הדרך "עשויים לשמש כ'פתח מילוט' מפני התוצאה הכוללת אליה הובילה בחינת ההתרשלות והקשר הסיבתי".
- 98 שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.
- 99 [עניין פלוני](#), לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית.

במבט כולל נראה כי מאזנו הכולל של מודל הנדל, הן בהשוואה למודל פלוני והן בהשוואה למודל ברק, הוא שלילי ביותר. אמנם בכמה היבטים הוא תומך בשינויים ראויים המוצעים גם במודל פלוני, כביטול ההבחנה הקשיחה בין חובה מושגית לקונקרטי; ביטול משתמע של "חזקת החובה"; הגמשה (יחסית למודל ברק) של סדר בדיקת מרכיבי האחריות משיקולים מעשיים; אימוץ מבחן "הסיכון העולתי" (שגובש שנים רבות לאחר היווצרות מודל ברק) כמבחן הסיבתיות המשפטית. בכך הוא מרחיב את בסיס ההסכמה לקראת אימוצו או גיבושו של מודל רשלנות מוסכם ואף מציע כמה תובנות בהקשר זה.¹⁰⁰ כמו כן אפשר שהוא משרד, בהשוואה למודל פלוני, תחושה של יציבות והמשכיות בשל שמירת המבנה המוכר של "חובה-הפרה (התרשלות)-גרימת נזק" להבדיל מהמבנה של "התרשלות-הפרת חובה-גרימת נזק" של מודל פלוני (ושל סעיף 35 לפקודת הנזיקין).¹⁰¹ אלא שכל אלה בטלים בשישים על רקע ה"מהפכה" שהשופט הנדל מבקש להכניס בדיני הרשלנות: הוצאת שיקולי מסננת המדיניות באופן חלקי ממרכיב החובה והעברתם אל מרכיב ההתרשלות תוך הורדת סטנדרט הזהירות ברשלנות ותוך הותרת עמימות רבה באשר למצבי ההעברה (רק מחובה מוכרת או מכל סוגי החובות), טעמיה ובחירת השיקולים המועברים; העצמה ניכרת של הקשיים הגדולים ממילא שכבר קיימים כיום בהבנת תוכנה ומטרותיה של דרישת הצפיות על ידי יצירת הבחנות חדשות בתחום סבוך זה. כל זאת תוך טשטוש נוסף של ההבחנה בין תפקיד החובה בקביעת נאותות ההתנהגות לתפקידה כמסננת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה, טשטוש של ההבחנה הסטטוטורית בין "יכולת" לצפות לבין "צורך" לצפות והפיכתה של ההתרשלות למושג יחסי כשאותה התנהגות מסווגת הן כסבירה והן כלא סבירה. נראה שגם שכר ביטול ההבחנה בין חובה מושגית לחובה קונקרטי עלול בסופו של דבר לצאת בהפסד בשל מורכבותה ועמימותה של ההבחנה בין חובה מוכרת לחובה גבולית ולחובה חדשה, הבחנה שמשמעותה המדויקת ואופן יישומה הלכה למעשה לוטים בערפל. גם האמירות הניתנות לפירוש כביקורת על "חידושים" המיוחסים למודל פלוני (החלפת החובה במרכיב חדש סובייקטיבי ועמום והתעלמות מארבעת היבטי הסיטואציה הנזיקית) מעוררות אי-נוחות. כל אלה מציבים את מודל הנדל שלישי ברשימת העדיפויות בבחירה בין המודלים.

ד. לקראת מודל רשלנות מוסכם

המצב הנוכחי, שבו בפני שופטים, עורכי דין וצרכני המשפט ניצבים שלושה מודלים של רשלנות השונים זה מזה, אינו ראוי בעליל. אין צורך להרחיב באשר לקשיים הרבים שמצב זה יוצר כמו גם פגיעתו במעמד בתי המשפט בעיני הציבור. העיניים נישאות אפוא אל בית המשפט העליון בציפייה שיסדיר את הסוגיה באמצעות גיבושו של מודל שגם אם לא יהא מוסכם על הכול, לפחות יזכה לתמיכת הרוב ויהפוך למחייב ולמנחה. לצורך זה חשוב לבצע "הערכת מצב נכונה לעכשיו" באשר לתחומי ההסכמה והמחלוקת בין המודלים השונים,

100 ראו להלן פרק ד.1.

101 ראו גלעד "מודלים של רשלנות" חלק א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10, הטקסט ליד ה"ש 33.

לאחר את תחומי המחלוקת ולחדד את הסוגיות הטעונות הכרעה. בניתוח במתווה זה מתקבלת התמונה הזאת:

1. ההסכמות

- מוסכם על הכול כי בבואו להכריע בשאלת האחריות בעוולת הרשלנות על בית המשפט להכריע בשלוש שאלות: אם התנהגות הנתבע ראויה, אם קיימת זיקה של גרימה בין התנהגות הנתבע לנזק מושא התביעה, אם הטלת אחריות על הנתבע כלפי התובע בשל נזק זה רצויה בהתחשב בתוצאות שליליות של הטלת האחריות.
- מוסכם על הכול כי כיום מרכיב ההתרשלות מופקד על השאלה הראשונה (אם ההתנהגות ראויה), כי מרכיב הקשר הסיבתי מופקד על השאלה השנייה (הזיקה לנזק), ומרכיב החובה מופקד על השאלה השלישית (אם האחריות רצויה).¹⁰²
- מוסכם, הן על פי מודל הנדל והן על פי מודל פלוני, כי הגיעה העת לבטל את ההבחנה הקשיחה שבמודל ברק בין חובה מושגית לחובה קונקרטית.
- נראה, הן על פי המשתמע ממודל הנדל והן על פי מודל פלוני, כי אין להחיל עוד "חזקת חובה כללית".
- מוסכם, הן על פי מודל פלוני והן על פי מודל הנדל, כי סדר הבדיקה של המרכיבים, על אף הגישות השונות, אינו "מקודש" אלא תלוי גם בשיקולי יעילות ובשיקולי מסר לפי נסיבות העניין ולפי הבנתו של השופט, וכי אין לכבול את ידי השופטים בעניין זה יתר על המידה. יצוין כי גם במודל ברק לא נשללה האפשרות כי בשל שיקולים מעשיים ייבחן תחילה לא החובה אלא מרכיב אחר של האחריות.¹⁰³
- מוסכם, הן על פי מודל הנדל והן על פי מודל פלוני, כי מבחן הסיבתיות המשפטית בעוולת הרשלנות הוא מבחן "התממשות הסיכון העוולתי" כפי שגובש בפרשת לנדרמן נ' סגיב.¹⁰⁴

2. המחלוקת העיקרית הטעונה הכרעה

בהתחשב בהסכמות שלעיל נראה כי המחלוקת העיקרית הטעונה הכרעה לצורך גיבוש מודל מוסכם או לפחות מחייב לעוולת הרשלנות היא באשר לתפקיד מרכיב החובה. השאלה היא זו: האם על החובה למלא תפקיד אחד בלבד – לשמש מסננת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה ומכירה באחריות רצויה, כמוצע במודל פלוני, ולייחד למרכיב ההתרשלות את בחינת נאותות ההתנהגות על כל שיקולי המדיניות הרלוונטיים? או שמא יש להמשיך במסורת של "כפל תפקידים" ו"פיצול האישיות", שלפיה (מודל ברק ומודל הנדל) החובה היא "משרתם של שני אדונים" ומופקדת עם ההתרשלות יחד גם על הערכת נאותות ההתנהגות.

102 המחלוקת בדבר החובה היא בשאלה אם זהו תפקידה היחיד או העיקרי של החובה; ראו שם, בעמ' 4–8.

103 ראו לדוגמה ע"א 7021/99 עיזבון ויצמן נ' סלע, פ"ד נו(1) 822 (2001), שבו נשללה אחריות בשל אי-צפיותו של הנזק על בסיס סיבתיות משפטית מבלי להכריע בשאלת החובה וההתרשלות.

104 עניין לנדרמן, לעיל ה"ש 10. אין בכך סטייה ממודל ברק, שכן הלכה זו גובשה שנים רבות לאחר הצגת מודל ברק. להרחבה ראו לעיל ה"ש 11.

3. ההכרעה המוצעת

הדיון לעיל, בשני חלקי המאמר, מצביע בבירור על עדיפות מודל פלוני במחלוקת זו. כפל תפקידי החובה לא רק מטשטש את ההבחנה בין חובה להתרשלות אלא גם נוגד את הוראת [סעיף 35 לפקודת הנזיקין](#), הקובעת מפורשות כי ההתרשלות קיימת גם בהיעדר חובה. כפל זה יוצר גם קושי לוגי, שכן השאלה אם התנהגות היא ראויה נבחנת כלפי העולם כולו.¹⁰⁵ לעומת זאת השאלה אם קיימת חובה נבחנת תמיד כלפי ניזוק מסוים. נוסף על כך עצם השימוש באותו מושג בשני הקשרים שונים המחילים מבחנים שונים יוצר מטבעו מבוכה ובלבול. כמו כן כפל תפקידיה של החובה יוצר קשיים ניכרים בקביעת תכניה ותפקידיה של דרישת הצפיות הסבירה, "קושי ממשי" בלשונו של השופט הנדל.¹⁰⁶ גם אם לכאורה מודל פלוני אינו מתיישב אינטואיטיבית עם התפיסה המסורתית של "חובה-הפרה (התרשלות)-גרם נזק", הרי שראוי להתאים את עוולת הרשלנות למציאות המשתנה ולהחיל בליבתה תפיסה מותאמת-מציאות של התרשלות-חובה-גרם נזק. מודל הרשלנות שגובש עם היווצרות העוולה בחצי הראשון של המאה העשרים אינו מתאים עוד להתפתחות העצומה שחלה בדיני הרשלנות ובהיקף תחולתה, ונראה שהגיעה העת להסיר את כבלי העבר ולפשט את מודל הרשלנות לטובת יוצרי המשפט וצרכניו.

4. והיה ותקבל הכרעה אחרת

אם יוחלט בכל זאת להמשיך ולהחיל את התפיסה המסורתית באשר לכפל תפקידיה של חובת הזהירות,¹⁰⁷ ראוי כי המודל שיאומץ יחדד את ההבחנה בין שני תפקידיה של חובת הזהירות (הערכת נאותות [סבירות] ההתנהגות מחד גיסא ומסננת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה מאידך גיסא); יבהיר כי בכל תפקיד יש לשקול שיקולים שונים ויפרט שיקולים אלה; יבהיר מהי בדיוק חלוקת העבודה בין החובה לבין ההתרשלות בהערכת סבירות התנהגותו של הנתבע; יבהיר מהם תכניה ותכליותיה של דרישת הצפיות במרכיב החובה על שני היבטיו ובמרכיב ההתרשלות.¹⁰⁸ בלעדי כל אלה לא תבוא הבעיה על פתרונה, וחוסר הבהירות בסוגיית מבנה עוולת הרשלנות והיחס בין מרכיביה יוסיף ויגבה מחיר כבד.

105 לעיל ה"ש 79–80.

106 [עניין וגנר](#), לעיל ה"ש 3, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל.

107 כאמור יש לדחות את הגישה המבקשת להגביל את תפקודה של חובת הזהירות כמסננת מדיניות ולהעביר חלק מתפקיד זה למרכיב ההתרשלות – ראו לעיל פרק ג.2.

108 "חלוקת העבודה" המוצעת על ידי השופט הנדל ב[עניין וגנר](#) היא כאמור ראשונית בלבד ועמומה; ראו לעיל פרק ג.5.