

זהירות! חובה

מאת

אביחי דורפמן*

רשימה זו מחברת בין פרקטיקה לתאוריה כדי ליצור הבנה והבניה מחודשת של חובת הזהירות בעולת הרשלנות. היא עושה כן בשני שלבים עיקריים. ראשית, ניתוח ביקורתי של גישה חדשה המתפתחת בבית המשפט העליון בנושא מקומה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות. שלב זה של הטיעון מצביע על חדשנותה של גישה זו ועל ההשלכות השליליות הנובעות הימנה. שנית, פיתוחה של תאוריה חדשה בדבר צורתה ותוכנה ההכרחיים של חובת הזהירות. במרכזה עומדת תזת יחסי הזהירות: החובה להיזהר היא הדרישה המוטלת על יוצר הסיכון להיפתח, להכיר ולכן גם לכבד את נקודת המבט של נקלע הסיכון. תזה זו, כך נטען, מאירה באור מדויק את הדוקטרינות העומדות במרכז חובת הזהירות, במיוחד דרישות הצפיות הטכנית והנורמטיבית (כולל גם בהקשרים שונים, כמו למשל בעניין נזק כלכלי טהור ונזק נפשי).

מבוא. חלק א – חובת הזהירות במשפט הישראלי: ניתוח ביקורתי. א. חובת הזהירות: דוקטרינה ישנה מול חדשה. 1. מקומה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות: מיווי ראשוני; 2. חובת הזהירות: הגישה המסורתית לעומת ניצניה של מגמה חדשה; ב. משמעות המגמה החדשה: מהומה רבה על לא דבר או מהפכת החובה? 1. דחיית הטיעון בדבר מהומה רבה על לא דבר; 2. החובה כהגנת פטור; ג. על טבעו של הקשר בין החובה לבין ההתרשלות. ד. מחובה יוחסתית לחובה כללית: על הטעמים האפשריים העומדים בבסיס המגמה החדשה. 1. האם קיימת חובת זהירות כללית? 2. ההסבר הרדוקטיבי למגמה החדשה; ה. חובת הזהירות? בחינה נורמטיבית של הגישה החדשה. 1. זילות החובה; 2. אינטרמצו: האם "חובת" הזהירות יכולה שלא להיות חובה? 3. דלותה של החובה הכללית; עושרה של החובה היוחסתית; 4. סיכום ביניים: חובת הזהירות – התקווה החלולה של דיני הרשלנות? חלק ב – חובת הזהירות ויחסי זהירות: הבניה מחודשת. א. הצורה והתוכן של חובת הזהירות היוחסתית: הערות ראשוניות על משפט וחברה. 1. יחסי זהירות: פיתוח מקדמי; 2. יחסי זהירות: צפיות טכנית כדרישה יוחסתית במובן החלש; 3. יחסי זהירות וצפיות נורמטיבית: יוחסתיות במובן החזק; ב. יישום: יחסי זהירות, נזק נפשי ונזק כלכלי טהור. 1. חובת

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודותיי לישראל גלעד, ליועד הלברסברג, לדפנה לוינסון-זמיר, לאיל זמיר, לרונית לויין-שנור ולתלמידי הסדנה במשפט פרטי ומסחרי של האוניברסיטה העברית בירושלים (תשע"א) על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לקורא האנונימי ולמערכת כתב העת משפטים על ההערות המצוינות. נמרוד אברמוב סייע לי רבות במחקר שקדם למאמר זה ועל כך תודתי.

הזהירות ונוק נפשי; 2. חובת הזהירות ונוק כלכלי טהור; ג. חובת הזהירות לאחר הבנייה המחודשת: תרשים זרימה מקוצר. ד. הערה לקראת סיום: יחסי זהירות בעולם רווי פוליסות ביטוח צד שלישי. סיכום.

מבוא

הניחו כי בפני בית המשפט העליון באה עתירה נגד חוקתיותו של חוק המעניק פטור מגיוס לצבא לבחורי ישיבות, בין היתר מפני שהחוק האמור פוגע בזכות לכבוד האדם ובשוויון בין האזרחים. בית המשפט, על פי אותו תרחיש מדומיין, מחליט מטעמים שונים שעליהם אעמוד בהמשך כי הבחינה החוקתית של החוק הפוטר תיעשה כך: ראשית, בית המשפט יבחן אם החוק מידתי, לפי מבחינה השונים של פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שנית, אם החוק אינו צולח את השלב הראשון של הבחינה החוקתית, אז – ורק אז – בית המשפט יבחן את השאלה אם קיימים טעמים טובים – יהא תוכנם אשר יהא – השוללים את החלתה של הזכות החוקתית לכבוד ולשוויון על מקרהו של העותר, ואם כך הוא הדבר, על העתירה להידחות על אתר.¹ מוזר, לא כן?

בחלקה הראשון של רשימה זו אבקש לטעון כי התרחשות בעלת קווים דומים לזו הנזכרת לעיל מתהווה לה בחצי העשור האחרון במסגרת גישתו של בית המשפט העליון לבחינת עוולת הרשלנות שבדיני הנזיקין. התרחשות אחרונה זו, להבדיל מהראשונה, היא כמובן אמיתית. בכמה פסיקות ואמרות אגב מביע בית המשפט את העמדה כי על הבחינה הנזיקית להתחיל בשאלת ההתרשלות – אם הנתבע נקט אמצעי זהירות שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין. רק אם התשובה על שאלה זו שלילית, נבחנת השאלה אם קיימים טעמים טובים השוללים את הנפקות המשפטית של ההתרשלות באמצעות קביעה כי במקרה דנן לא קמה חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע.²

1 ליתר דיוק, מכיוון שהעותר בעתירה כאמור עשוי להיות עותר ציבורי, הזכות הנפגעת מתייחסת לציבור המתגייסים (בין שהעותר משתייך לציבור זה ובין שלא). עם זאת אפשר להתעלם מסיבוך זה, לפחות בהקשר שבו עוסקת רשימה זו.

2 ראו ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385, 401, 408, 420 (2004); ע"א 8526/96 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 23.6.2005); ע"א 10078/03 שתיל נ' מקורות חברת מים בע"מ, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 19.3.2007); ע"א 4842/05 גרניט הנדסה לתעשייה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פס' 10–11 לפסק דינו של השופט חשין (פורסם בנבו, 12.8.2007); ע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 4.1.2009); רע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 24.9.2009); רע"א 7875/06 זלץ נ' הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ, פס' 14–15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 29.11.2009).

כמו במקרה הכדוי שלמעלה, ניצנים אלה של הגישה החדשה של בית המשפט עשויים להיתפס כסותרים אינטואיציות בסיסיות בדבר היחס שבין חובת הזהירות לבין יסוד ההתרשלות, שכן מה משמעות יש לבחינת ההתרשלות – שעניינה למעשה בהפרת חובת הזהירות – אם אין חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים מלכתחילה, ובאנלוגיה למקרה שלמעלה, מה משמעות יש למידתיותו של חוק ללא שהנחנו כי קיימת זכות חוקתית המחייבת את המחוקק להימנע מלפגוע באזרחים בדרכים מסוימות, לא-מידתיות?³

מטרת רשימה זו היא כפולה: ראשית, ניתוח ביקורתי של הגישה הנוזקית החדשה כדי להבין את טבעה ויורתה, ובעיקר אם עסקינן בשינוי תפיסת־מהותי או שמא מדובר בשינוי קוסמטי־שטחי. מכיוון שסבורני כי אכן מדובר בשינוי בתפיסת העומק של עולת הרשלנות, אבקש לבחון את משמעויותיו התאורטיות והמעשיות; שנית, פיתוח של תאוריה חדשה בדבר צורתה ותוכנה ההכרחיים של חובת הזהירות.

בבסיס החלק הביקורתי של הרשימה יעמדו שלוש טענות: פרשנית, מושגית ונורמטיבית. הטענה הפרשנית עומדת על כך שהמגמה הנוזקית החדשה מבקשת לסטות סטייה של ממש מהתפיסה המקובלת בישראל ובמשפט המקובל בדבר היחס שבין

ראוי להבהיר שתי נקודות בנוגע לפסיקה זאת ובנוגע לשימושי בה ברשימה זו. ראשית, כפי שצינתי בטקסט המרכזי, חלק מפסקי הדין הנוכחים עוסקים בגישה החדשה באמרות אגב בלבד. מטרתי, עם זאת, אינה להראות כי גישה זו התקבלה בפסיקתו של בית המשפט העליון, אלא לבחון את הרעיון המונח ביסודה ואת ההשלכות שיש לו אם וכאשר גישה זו תתקבל על מרבית שופטי בית המשפט העליון. שנית, במספר פסקי דין אחרים בתקופה זו אחד ממנהיגי המגמה החדשה – המשנה לנשיאה ריבלין – לא שלל ואף הכיר במשתמע גם בגישה המתחרה עליה ארחיב בהמשך. ראו, למשל, ע"א 1617/04 כים ניר שירותי תעופה בע"מ נ' הבורסה לניירות ערך בתל אביב בע"מ, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 29.6.2008); ע"א 4398/06 החברה העירונית ראשון לציון – לתרבות ספורט ונופש בע"מ נ' הרשות לשמירת הטבע והגנים הלאומיים (פורסם בנבו, 29.3.2009). מטרתי אינה להתמקד בעמדות פרסונאליות של שופט זה או אחר, אלא במגמה החדשה ככזו. במובן זה, ענייני הוא במה שניתן לכנות "אפקט ריבלין", אשר כוחו אינו מוגבל לעמדות שמבטא השופט בפסיקות מאוחרות (לפחות ככל שאלה אינן מבטאות כפירה באותה מגמה חדשה). זאת ועוד, איני מבקש לטעון כי המגמה החדשה המתוארת כאן היא בבחינת תופעה החלטית או מובהקת. יתכן ויש כאן לכל היותר ניצנים של מגמה חדשה. אחזור ואדגיש, ענייני ברעיון המגולם במגמה או בניצני מגמה זו ובמידת חשיבותו לדיני הנוזקין.

3 האנלוגיה בין שני המקרים, למען הסר ספק, היא זו: בחינת ההתרשלות (או חוסר הסבירות) דומה למבחן המידתיות במקרה הכדוי; חובת הזהירות, אשר כנגדה עומדת הזכות של הנקלע־סיכון שייקטו אמצעי זהירות להגן על שלמות גופו, רכושו ועוד, דומה לזכות החוקתית. חשוב לזכור כי זוהי אנלוגיה בלבד, אשר מטרתה להעביר מסר מורכב בפשטות. אין היא משמשת אותי כטענה בעלת כוח עצמאי לחיובה או לשלילתה של המגמה הנוזקית שבה מתמקדת רשימתי. על השימוש באנלוגיות ועל הזהירות המתחייבת מכך ראו אביחי דורפמן "זכות השימוע: אתיקה בינאישית, מוסר פוליטי ומה שביניהם" משפטים מ 279, 284–285 (2010).

יסודותיה השונים של עוולת הרשלנות, בעיקר בין יסודות החובה וההתרשלות. סטייה זו מתבטאת בכך שהחובה מקבלת צורה חדשה של טענת הגנה מסוג פטור. הטענה המושגית מראה כי סטייה זו בלתי אפשרית אלא אם – ורק אם – תחת חובת הזהירות האמורה קמה "חובת זהירות" אחרת, הלא היא חובת זהירות אוניברסלית החלה על כל אדם, תמיד. כאמור, זוהי טענה מושגית, אשר בניגוד לכל טענה פרשנית אינה תלויה בהלך רוחו של בית המשפט אלא היא נובעת כעניין הכרחי מעצם המעבר לבחינה הנזיקית החדשה. לבסוף, הטענה הנורמטיבית מבקרת את תפיסתו המשתמעת של בית המשפט את מושג החובה, תפיסה אשר עולה בקנה אחד עם תובנות האליסטיות עכשוויות בתאוריה של דיני הנזיקין, אך שספק אם ראוי לבית משפט ככזה לאמצן, ולמצער לאמצן מבלי להתמודד עם כמה שאלות לא פשוטות המצריכות דיון ערכי, שאליו אגיע בהמשך. חשש עיקרי אחד המנקר במסגרת הדיון הנורמטיבי בתפיסה הנזיקית החדשה הוא זילות החובה על ידי הפיכתה מסוגיה אורחית בסיסית של חובתנו לזולת לכלי המבטא מסקנה של דיון קודם בדבר תחשיב הרווחה המצרפית. חשש נוסף, שעליו אעמוד בקצרה, הוא התמצת עושרה של חובת הזהירות כמסגרת נורמטיבית להכרעות ערכיות בשאלה מה אנחנו, חברי החברה האזרחית, חייבים זה לזה.

החלק השני, החיובי, של הרשימה יציע שיקום ובנייה מחדש של חובת הזהירות המסורתית תוך העמדתה על יחסי הזהירות שביכולתה ליצור בין יוצר-סיכון לבין נקלע-סיכון. מושאם של יחסים אלה היא נקודת המבט של נקלע-הסיכון – הרעיון המרכזי הוא כי החובה להיזהר היא הדרישה המוטלת על יוצר-הסיכון להיפתח לנקודת המבט של נקלע-הסיכון, להכיר בה, ולכן גם לכבדה. רעיון זה, כך אציע, עשוי לצקת תוכן הכרחי לחובת הזהירות המסורתית, ובכך ולהציע חלופה עדיפה על המגמה החדשה המסתמנת בפסיקת בית המשפט העליון. לבנייה המחודשת המוצעת חשיבות מיוחדת משום שהיא מראה כי היחס הנורמטיבי – יחסי זהירות – שהיא יכולה ליצור בין בני אדם מסוימים הוא מבנה העומק של החובה במונח זה שאי אפשר לפתח הסבר משכנע (ולא כל שכן הצדקה) של החובה מבלי להידרש להיבט זה ולהשפעה החשובה שלו על עיצוב הדוקטרינה של חובת הזהירות, כלומר דרישת הצפיות הטכנית והנורמטיבית.

הרשימה תתקדם כלהלן: החלק הראשון כולל חמישה פרקים: הראשון מציע מבוא קצר לפסיקת בית המשפט העליון בעניין ניתוח עוולת הרשלנות, כדי להניח את התשתית הדוקטרינרית ההכרחית לדיון העיקרי; השני עוסק בפרשנות הגישה החדשה ובעיקר בהתחקות על יומרתה – קוסמטית או מהותית. שלושת הפרקים הנותרים של החלק הראשון מתמקדים בהשלכות המושגיות והנורמטיביות הנובעות מן המעבר לגישה החדשה על חובת הזהירות בפרט ועל עוולת הרשלנות בכלל. החלק השני של המאמר נפרס על פני ארבעה פרקים: הראשון מבקש להציע דרך חשיבה חדשה על חובת הזהירות, כזו הנגזרת מתוך ההבחנה בין הצורה (*form*) המיוחדת של חובת הזהירות לבין

התפקידים (*functions*) שאפשר לקדם באמצעותה.⁴ במרכזה עומדים יחסי הזהירות שביכולתה של החובה ליצור בין יוצר-הסיכון לבין נקלע-הסיכון. פרק זה משלב ניתוח אנליטי מופשט לצד דיון קונקרטי בדוקטרינות מרכזיות לחובת הזהירות, דרישות הצפיות הטכנית והנורמטיבית; הפרק השני יישם את הדיון הקודם בשתי סוגיות דוקטרינריות מרכזיות: הרתיעה המסורתית של דיני הנזיקין של המשפט המקובל להכיר בחובת זהירות הן בענייני נזק נפשי והן בענייני נזק כלכלי טהור. הפרק השלישי יסכם בקצרה את התזה המוצעת; הפרק הרביעי והאחרון יתמודד עם השפעת ביטוח צד ג' על מקומה של חובת הזהירות בחיי המעשה.

חלק א – חובת הזהירות במשפט הישראלי: ניתוח ביקורתי

א. חובת הזהירות: דוקטרינה ישנה מול חדשה

1. מקומה של חובת הזהירות בעולת הרשלנות: מיפוי ראשוני⁵

כידוע, עולת הרשלנות מורכבת מארבעה יסודות שונים: חובת זהירות, הפרת החובה (התרשלות), נזק וקשר סיבתי, המורכב מסיבתיות עובדתית ומשפטית.⁶ עולת רשלנות מתגבשת אם וכאשר כל היסודות האמורים מתקיימים. מכאן גם נובע שאף אם מזיק מסוים נהג באופן שהוא לכל הדעות לא זהיר, ובכך גורם לנזקו של הזולת, אין מתקיים מעשה עוולה כל עוד לא חלה על המזיק, בזמן פעולתו, החובה לנהוג זהירות כלפי הנזוק האמור. תחומים רבים בחיי היום-יום שלנו נופלים במצב דברים זה, למשל הפסד

4 לחשיבות המיוחסת ברשימה זו לצורה על פני תפקיד יש השלכה אחת חשובה שראוי לעמוד עליה כבר עתה. בניגוד לתפיסה המקובלת בתאוריה ובפסיקה, הניתוח שיוצע אינו מתחיל מזיהוי מטרות דיני הנזיקין ומשם עובר אל עבר "גזירת" הפרשנות הנכונה לדין, כזו שתשרת נאמנה את אותן מטרות. כפי שאבקש להראות ברשימה כולה (ובעיקר בפרק השני), הצורה שהחובה לובשת קובעת, במידה מסוימת, את המטרות שאפשר להשיג באמצעותה. אין בכך כדי לומר שמטרות דיני הנזיקין, יהיו אשר יהיו, אינן חשובות, אלא שכפיפותן לצורה המיוחדת של החובה – ולצורה המיוחדת של המשפט הפרטי באופן כללי – מאפשרת לדון במבנה החובה והשלכותיו לעומק, בנימוק מסוים משאלת המטרות.

5 רשימה זו אינה עוסקת במפורש בהצעת חוק דיני ממונות, אולם היא בוודאי חשובה לאופן שבו בתי משפט יפרשו את הסעיף הרלוונטי לכשתהפוך לחוק. דומה כי אין בהצעת החוק ניסיון לסטות מן ההבנה המסורתית שהתגבשה בעניין חובת הזהירות בפסיקת בית המשפט העליון. ראו ס' 386 (ג) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 595, 859 (מלבד שינויים ניסוחיים הגדרת חובת הזהירות נותרת רגישת יחסים, בהדגישה כי הכרה בחובה תיעשה בין השאר "בשים לב לטיב היחסים בין הצדדים").

6 ראו למשל ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 122 (1982).

הכנסות שנגרם לבעל חנות מחסימת המדרכה הסמוכה עקב קריסת מנוף הפועל ברישול בקרבת מקום, או הפסד הכרוך בהחמצת משחק כדורסל בשל פקק תנועה גדול עקב תאונת דרכים שנגרמה על ידי נהג רשלן.

מכיוון שנקודה זו כמעט שאינה זוכה לביטוי בפסיקה ובספרות הנזיקית, חשוב להדגיש כי יסוד החובה הוא ייחודי ביחס לשאר יסודות עוולת הרשלנות. כלומר, הוא לא רק אחד מארבעת התנאים המצטברים לגיבושה של עוולת רשלנות, אלא הוא קודם לוגית ונורמטיבית לכל שאר היסודות. קדימותו הלוגית משמעותה כי אין מובן לדיבור על הפרת חובת הזהירות (התרשלות), וכמו כן על הקשר הסיבתי שבין הפרה זו לבין הנזק, ללא הנחה מוקדמת בדבר היותה של חובה, נקודה שעליה ארחיב בהמשך. קדימותו הנורמטיבית של יסוד החובה מוסברת בכך שקיומה של חובה – היא תוכנה אשר היא – הוא הטעם המשפטי – ואפשר שגם המוסרי – להטלת החובה לפצות ניזוק בגין נזק שנגרם עקב הפרת החובה. במילים אחרות, נפקותם המשפטית, ואולי המוסרית, של הפרת החובה ושל הנזק הנגרם הימנה נקבעת על יסוד קיומה של חובה (שכאמור הופרה וכו'). בהיעדר חובה התרשלות ונזק הם התרחשויות עובדתיות בעולם המשוללות משמעות משפטית-נורמטיבית: אם איני חייב לך זהירות, חוסר זהירות מצדי אולי ראוי לגנאי מוסרי (ככל שיש לי חובת זהירות מוסרית), אבל אין לו תוקף משפטי, בין שנגרם בעקבותיו נזק ובין שלא. ⁷ במילותיו של פרופ' ברק, היעדרה של חובה אינו מתמצה רק בהיעדר גיבושם המלא של יסודות עוולת הרשלנות, אלא משמעותו היא בראש ובראשונה כי אין זה [...] מן הראוי להחיל את דיני הרשלנות על סוג ארוע [זה]".⁸ תפיסה זו מוכרת היטב מדבריו של הלורד רייט (Wright), המקובלים גם כיום במשפט המקובל האנגלי, ואשר נאמרו בתקופה שבה גובשה בארץ ישראל פקודת הנזיקין המנדטורית:

It is [...] essential in English law that the duty should be established: the mere fact that a man is injured by another's act gives in itself no cause of action: if the act is deliberate, the party injured will have no claim in law even though the injury is intentional, so long as the other party is merely

7 לשם המחשה: חוסר זהירות בבחירת מילים הגורם מצוקה רגשית ממשית לזולת, למשל בדיחה שכל אדם סביר היה מזהה אותה כפוגענית. בהיעדר חובה להימנע, באופן סביר, מפגיעה כזו, ה"התרשלות" וה"נזק" חסרים משמעות משפטית-נזיקית.

8 אהרן ברק "עוולת הרשלנות" מבחר כתבים כרך ב 1083, 1086 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). הציטוט בטקסט לעיל מתייחס לבחינה המושגית של חובת הזהירות.

exercising a legal right: if the act involves lack of due care, again no case of actionable negligence will arise unless the duty to be careful exists.⁹

2. חובת הזהירות: הגישה המסורתית לעומת ניצניה של מגמה חדשה

יסוד חובת הזהירות עבר התפתחויות רבות במשפט המקובל בארץ ובעולם. מרבית ההתפתחויות נוגעות לתוכנה של החובה – מה היא כוללת – והיקף השתרעותה. אחת הפרשנויות המקובלות להתפתחות תוכנה של החובה במשפט הישראלי נוגעת לפסקי הדין שניתנו בסוף שנות השבעים ובתחילת שנות השמונים, בעיקר – אך לא רק¹⁰ – על ידי השופט (כתוארו אז) ברק.¹¹ פסיקות אלה, כך נטען במאמר יסוד על דיני הרשלנות בישראל, הפכו את יסוד חובת הזהירות משאלה קונקרטיה הנגזרת מנסיבות המקרה המסוים לשאלה כללית של עיקרון ומדיניות משפטיים שאינה מתמצה באירוע עובדתי מסוים (אם כי כמובן מושפעת גם ממנו).¹² כשלעצמי, איני משוכנע שזוהי הפרשנות הנכונה. יהיה נכון יותר לומר כי פסיקות אלה הביאו לסיסטמיזציה ורציונליזציה של הפסיקות הקודמות להן, ולכן אין מדובר במהפך או אפילו במעבר מגישה אחת לאחרת, אלא בניסיון להעמיד את יסוד החובה באור מדויק.¹³ חובת הזהירות הייתה, ועודנה, חובה יחסית (*relational*) החלה ביחסים שבין יוצר-סיכון לבין נקלע-סיכון מסוים (או

9 Grant v. Australian Knitting Mills Ltd., [1936] A.C. 85 (P.C.) 103. לסקירה היסטורית קצרה ולהפניות לספרות על ההיסטוריה של פקודת הנוזיקין המנדטורית ראו י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית 33–35 (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, 1976).

10 ראו ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד (1) 141, 156 (1975) (השופט (כתוארו אז) שמגר קובע כי "שאלת קיומה או העדרה של חובה היא סוגיה שבדין, הבנויה על חלוקה וסיווג כלליים של פגיעות וסוגי מזיקים וניזוקים, ואשר גבולותיה מושפעים בראש ובראשונה ממדיניות משפטית").

11 ראו בעיקר ע"א 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 769, 775–782 (1980); עניין ועקנין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 123–127; ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לז(3) 757, 765–768 (1983); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 128–137 (1985).

12 ראו ישראל גלעד "על יסודותיה של עוללת הרשלנות במשפט הנוזיקין הישראלי" עיוני משפט יד 319, 320–338, 346 (1989) (להלן: גלעד "על יסודותיה"). עוד ראו יצחק אנגלרד "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני הנוזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא 67, 78–80 (1985–1986).

13 למשל, כבר בפסד הדין בעניין פריצקר עומד בית המשפט העליון על ההבחנה בין צפיות טכנית לצפיות נורמטיבית, כלומר בין מה שיוצר-סיכון "יכול הגיונית לחזות מראש" לבין מה שהוא "חייב, הגיונית, לראותו". ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז 674, 691 (1953). להבחנה דומה ראו ע"א 360/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ, פ"ד יד 206, 213–ה (1960). ההבדל המרכזי בין הבחנה זו לבין ההבחנה שנעשת בפסקי הדין המאוחרים לעניין צפיות טכנית ונורמטיבית הוא בהמשגה, או ליתר דיוק, ב-*naming*.

קבוצה מסוימת של נקלעי-סיכון) באשר לסיכונים מסוימים.¹⁴ דומה כי אין בלשון הצעת חוק דיני ממונות כדי לשנות עובדה זו.¹⁵

למשל, אפילו פסיקה הנתפסת כחדשנית בעיני רבים – פסק דינו של ברק בעניין גורדון¹⁶ – כבר מצויה בחלקה בין שורותיו של פסק דין מוקדם ומרכזי של בית המשפט העליון הישראלי, פרשת פריצקר, הנתפס בעיני כנציג מובהק של תפיסת חובת הזהירות כחובה יוחסתית.¹⁷ בעניינו של גורדון נקבע כי קיומה של צפיות (בכוח או בפועל) של נזק מקימה חזקה, הניתנת לסתירה, כי יוצר-הסיכון צריך גם לצפות נזק זה ולכן לנקוט אמצעי זהירות סבירים למנעו.¹⁸ בפסק הדין בעניין פריצקר, פסק דין מרכזי כאמור בדיני

14 השוו עניין פריצקר, לעיל ה"ש 13, עם ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 65 (1994) (להלן: עניין יצחק לוי) (בית המשפט קובע כי תנאי הכרחי לגיבושה של חובת זהירות הוא קיומם של יחסי שכנות בין המזיק לניזוק). צורתה היוחסתית של חובת הזהירות אינה ייחודית למשפט הישראלי (או למשפט האנגלי שהוא מקור ההשראה לס' 36 לפקודת הניזקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266). לחשיבות הצורה היוחסתית של החובה במשפט המקובל האמריקאי ראו למשל: Marshall v. Burger King Corp., 856 N.E.2d 1048, 1057 (Ill. 2006) ("The touchstone of this court's duty analysis is to ask whether a plaintiff and a defendant stood in such a relationship to one another that the law imposed upon the defendant an obligation of reasonable conduct for the benefit of the plaintiff"); Coates v. Southern Md. Electric, 731 A.2d 931, 936 (Md. 1999) (noting that relationship between the parties is "inherent [...] in the concept of duty"); Huston v. Konieczny, 556 N.E.2d 505, 508 (Oh. 1990) ("In tort law, whether a defendant owes a duty to a plaintiff depends upon the relationship between them").

15 ראו לעיל ה"ש 5.

16 כוונתי להיבט אחד בלבד של פסק הדין בעניין גורדון (לעיל ה"ש 11) – ההתייחסות ליסוד החובה – ולא לכל פסק הדין. כידוע, פסק דין זה הרחיב בצורה ניכרת ופורצת דרך את ההגדרה של נזק בר-פיצוי שבסעיף 2 לפקודת הניזקין.

17 הכוונה לדעת הרוב של השופט אגרנט בעניין פריצקר, לעיל ה"ש 13. ישראל גלעד רואה בפסק דינו של אגרנט ביטוי למה שאני מכנה ברשימה זו "מגמה חדשה" – לשיטתו, "הנתבע התרשל [...] אלא שהתרשלות זו אינה מקימה אחריות [...] משום שבנסיבות המקרה לא נוצרה חובה כלפי המנוח". ראו גלעד "על יסודותיה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 342. ההבחנה המכרעת בציטוט זה, ועליה אני חולק, היא בין קיומה של התרשלות כללית לבין קיומה (או היעדרה) של חובה כלפי אדם מסוים. בכל הכבוד, סבורני כי פסיקת השופט אגרנט משתלבת דווקא עם הגישה המסורתית במשפט המקובל האנגלי והאמריקאי, שלפיה לא רק שחובת הזהירות חלה כלפי אדם מסוים, אלא גם התרשלות היא בהכרח יוחסתית. זאת משום שהתרשלות היא הפרת חובת זהירות, שהיא כאמור יוחסתית. זוהי הרי אמרתו המפורסמת של המלומד האנגלי סר פרדריק פולוק (Pollock), אשר מצוטטת בהסכמה בפסק הדין המוביל בעניין Palsgraf v. Long Island R. Co., 162 N.E. 99, 99 (N.Y. 1928), ולפיה: "Proof of negligence in the air, so to speak, will not do".

18 עניין גורדון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 129-ה ("הכלל הוא, שבמקום שהנזק הוא צפוי (כעניין פיס) חובה לצפותו (כעניין נורמאטיבי), אלא אם כן קיימים שיקולים מיוחדים, המצדיקים צמצום החובה או שלילתה חרף יכולת הצפיה") (ההדגשה הוספה – א"ד). לדיון ביקורתי ב"חזקת החובה" ראו

הנזיקין הישראליים, שניתן כחמש שנים לאחר קום המדינה, קבע השופט (כתוארו אז) אגרנט כי "בדרך כלל אמנם יהיה כל נהג מכונית חייב חובת זהירות כלפי הולכי הרגל המצויים בתחום הפיזי של נהיגתו, באשר בדרך כלל הגיוני הוא להסיק שכל נהג כנ"ל צריך לחזות מראש שהוא עלול לפגוע באותם הולכי הרגל אם לא יזדרז ליתן להם אזהרה מספקת [...] אולם כאמור, אין זה כלל נוקשה [...]”¹⁹ כמו בגורדון, הניח בית המשפט בעניין פריצקר כי קיומה של צפיות טכנית צריך להנביע גם צפיות נורמטיבית (מה "שכל נהג [...] צריך לחזות מראש"). ההבדל בין שני פסקי הדין כאמור אינו משקף שתי גישות שונות בתכלית אלא שתי דרכים שונות לגבש רעיון אחד. לטעמי כאמור זה התיאור הנכון של התפתחות הפסיקה הנזיקית הישראלית בעניין חובת הזהירות באופן כללי.²⁰ לצד זאת בתקופה האחרונה נרשמת התפתחות מעניינת אחרת לחלוטין, והיא עומדת במוקד הרשימה. עניינה הוא צורני (*formal*) ביסודו, אך נלוות לה, כך אטען בהמשך, השלכות חשובות של מהות. בכל שנות הפסיקה הישראלית ניגש בית המשפט לבחינת שאלת התקיימותה של עוולת רשלנות על ידי בחינת קיומה, או היעדרה, של חובת זהירות, ורק אחר כך, ועל סמך קיומה של חובה כאמור, ניגש לבחינת קיומה של התרשלות ושל הנזק הנגרם הימנה (להלן: הגישה המסורתית).²¹ זוהי גישתם גם של מרבית בתי המשפט של המשפט המקובל.²²

אולם בחצי העשור האחרון ניתנו בבית המשפט העליון כמה פסקי דין הכופרים בגישה המסורתית (להלן: המגמה החדשה או הגישה החדשה).²³ על פי המגמה החדשה, יש לבחון תחילה את דבר קיומה של התרשלות: אם יוצר-הסיכון נקט אמצעי

19 ישראל גלעד "על היחס בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות" משפטים טו 446, 449-452 (1986) (להלן: גלעד "על היחס").

20 עניין פריצקר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 692.

21 המקום שבו כן אפשר לראות סימני מהפכה (*revolution*) ולא התפתחות (*evolution*) בפסיקתו המאוחרת של בית המשפט העליון הוא היקף השתרעותה של החובה. הדוגמה המובהקת היא בעניין הטלת חבות נזיקית על המדינה ועושי דברה (ראו למשל ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733 (1988)). דוגמה נוספת היא נכונותו של בית המשפט להכיר בראשי נזק ובסוגי תביעות שלא היו מקובלים בפסיקות קודמות. השוו למשל ע"א 4/57 נדיר נ' כהנוביץ', פ"ד יא 1464 (1957) עם עניין גורדון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 139-140.

22 ראו פסקי הדין לעיל בה"ש 11.

23 ראו למשל DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS § 114, at 269 (2000); SIMON DEAKIN, ANGUS JOHNSTON & BASIL MARKESINIS, MARKESINIS AND DEAKIN'S TORT LAW 74-75 (5th ed. 2003). אפשר לסבור כי סדר הייררכי זה נובע מהעובדה כי חובה במשפט המקובל היא עניין לשופט, ואילו יסוד ההתרשלות מסור (ובאנגליה היה מסור בעבר) למושבעים. כפי שאטען ברשימה זו, חלוקת העבודה בין שופט לבין מושבעים אינה הסיבה לבכירותה של החובה כי אם סממן אחד מני רבים.

23 ראו פסקי הדין לעיל בה"ש 2.

זהירות שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין. אם זו מוכחת כנדרש, ואם היא קשורה סיבתית לנזקו של התובע, אז – ורק אז – עובר בית המשפט לבחון אם יש להכיר (או לשלול) בקיומה של חובת זהירות כלפי התובע. בהנחה שאין טעמים טובים לשלול קיומה של חובה, התרשלות הנתבע והנזק שנגרם בעטייה מגיעים כדי גיבוש עוולת הרשלנות.²⁴ אף על פי שהמגמה החדשה עדיין לא התקבלה על ידי מרבית שופטי בית המשפט העליון, היא מציבה חלופה אטרקטיבית לגישה המסורתית, בין היתר מפני שהיא נתמכת על ידי שופט הנזיקין הבולט ביותר של בית המשפט העליון בהווה (הלוא הוא המשנה לנשיאה ריבלין),²⁵ על ידי חוקרי נזיקין בולטים בישראל, וכן היא מתיישבת עם ה־Restatement השלישי.²⁶ אחד הגורמים האפשריים לאטרקטיביות של המגמה החדשה, כך אפשר לסבור, הוא ביכולתה להציע דרך ניתוח טובה, בהירה ומועילה מזו שמציעה הגישה המסורתית. אך ראשית אגש לפרשנות משמעותה של המגמה החדשה.

ב. משמעות המגמה החדשה: מהומה רבה על לא דבר או מהפכת החובה?

1. דחיית הטיעון בדבר מהומה רבה על לא דבר

כל שתיארתי עד לרגע זה אינו אלא התבוננות על התפתחות מסוימת באופן שבו ניגש בית המשפט לבחינת התקיימותה של עוולת הרשלנות. אולם התבוננות כשלעצמה אינה מתיימרת, ואף אינה יכולה, להסביר את התופעה הנצפית. החשש הוא אפוא כי המגמה החדשה המתוארת לעיל אינה מבטאת שינוי מהותי בתפיסת יסוד חובת הזהירות (או כל יסוד אחר) ומקומו בעוולת הרשלנות. אפשר לסבור כי למעשה הכפפת חובת הזהירות ליסוד ההתרשלות היא פועל יוצא של שיקולים פרגמטיים, כלומר כאלה הנקבעים על ידי טעמים מסדר שני ולא מתוך התנגדות עקרונית לקדימותה של החובה ביחס ליתר יסודות העוולה, ובכלל זה יסוד ההתרשלות. טעמים של נוחות שיפוטית – למשל חיסכון

24 כפי שאטען בהמשך, העניין המרכזי במגמה החדשה אינו בסדר הכרונולוגי של בחינת יסודות העוולה (אם יסוד ההתרשלות "תופס" את החלק העליון של העמוד ואילו יסוד החובה נדחק לתחתיתו). עניינה הוא בשינוי קונצפטואלי של יסוד ה"חובה", או ליתר דיוק, איון של מושג החובה כחובה והקמתה של טענת הגנה שלכל היותר נחזית ל"חובה".

25 כפי שציינתי לעיל בה"ש 2, תמיכתו של ריבלין עצמו במגמה החדשה אינה עקיבה לגמרי, אך אין בכך כדי לפגום בתקפותה או בחשיבותה, הרעיונית והמעשית, לפיתוחה של עוולת הרשלנות במשפט הישראלי.

26 בעניין שני המקורות האחרונים הנזכרים, ראו להלן ה"ש 41–42 והטקסט הצמוד להן. ראוי להדגיש, כפי שאטען בהמשך, כי עיקר התמיכה בספרות ובפסיקה האמריקאית במגמה החדשה נובעת משיקולים שאינם רלוונטיים למשפט הישראלי (קרי חלוקת העבודה בין שופטים לבין מושבעים).

בעלויות של הקדשת זמן לפתרון הסכסוך המשפטי – הם בעיקר עשויים להניע את בית המשפט לאמץ את המגמה החדשה. מכיוון שאלה טעמים חיצוניים לשאלה העקרונית של היחס בין חובת הזהירות להתרשלות, אין באימוצם משום ערעור על הסדר הישן. על רקע זה אפשר לפקפק בעצם קיומה של מגמה חדשה.

אכן, הפרשנות השוללת את קיומה של תפיסה חדשה של עוולת הרשלנות תתקש על כך ששאלת קיומה של חובת זהירות אינה מן השכיחות שבשאלות שעמן מתמודד בית המשפט בתיקי רשלנות. במילים אחרות, המקרה הטיפוסי הוא זה אשר במסגרתו אין מחלוקת של ממש בדבר קיומה של חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק. היסודות הנותרים של העוולה – ובמיוחד יסוד ההתרשלות – וההגנות העומדות למזיק (כגון אשם תורם) הם שמצויים במרכז הסכסוך המגיע לפתחו של בית המשפט. היות שאלה הם פני הדברים, אך טבעי יהיה אם בית המשפט יתמקד במחלוקות העובדתיות והמשפטיות העיקריות ויזניח את העיסוק השיפוטי בעניינים שאין בהם קושי דומה. ומכיוון שעל פי רוב יסוד ההתרשלות נמנה עם הקבוצה הראשונה, ואילו החובה על הקבוצה השנייה, אפשר לראות במגמה החדשה שתוארה לעיל כלא יותר מארגון מחדש, יעיל יותר, של הקצאת משאב השפיטה לצורך הכרעה בתביעות רשלנות. אין בכך משום סטייה, ולו הקטנה ביותר, מהתפיסה המסורתית בדבר היחס בין החובה לבין ההתרשלות (כלומר הפרת החובה) כי אם ביטוי לדרך הטובה ביותר ליישם תפיסה זו במציאות נתונה, אשר מתאפיינת כאמור בסכסוכים שעיקרם שאלת ההתרשלות ולא קיומה של חובה.

פרשנות זאת, כך אטען, יש לדחות משתי סיבות שונות: ראשית, היא עומדת בסתירה לתפיסתו של בית המשפט עצמו את המעבר לגישה החדשה. זאת אפשר ללמוד הן מן ההנמקות המובאות על ידיו והן מההקשר שבו נעשה השימוש בגישה האמורה. אשר להנמקותיו של בית המשפט, אפשר לראות כי מצדדי המעבר לגישה החדשה נוקטים לשון עקרונית התומכת בזניחת הגישה המסורתית בדבר הקדמת חובת הזהירות להתרשלות מטעמים עקרוניים.²⁷ הנימוק הפרגמטי שהוצע לעיל כפרשנות אפשרית של המעבר לגישה החדשה אמנם נזכר בפסיקה, אך נראה שאינו מובא כטעם בלעדי או מכריע, אלא – ואם בכלל – כטעם משלים.²⁸

27 כוונתי היא לפרשות נחום ושחיל (לעיל ה"ש 2), שבהן השופטים ריבלין ולוי, בהתאמה, השתיתו את תמיכתם במגמה החדשה בנימוקים עקרוניים. ההתמקדות בשתי פרשות אלה נחוצה וראויה. עניין נחום מייצג את המקרה הראשון (הידוע לי) שבו השופט ריבלין מתייחס באריכות ובמפורש להקדמת יסוד ההתרשלות; יצוין כי השופט ריבלין נותר בדעת מיעוט, אם כי מחלוקתו עם דעת הרוב (מפי הנשיא ברק והשופטת חיות) עוסקת בשאלות עובדתיות באשר לטיב הקשר בין המערער לבין המשיב, כפי שאפשר להסיקו מחומר הראיות. ואילו בעניין שתיל מתקיים דיון עקרוני וארוך במיוחד בחשיבות אימוצה של המגמה החדשה על חשבון הגישה המסורתית.

28 נימוק פרגמטי מובא כאמרת אגב בעניין גרניט, לעיל ה"ש 2, פס' 11 לפסק הדין ("לשם יעילות הדיון ופשטותו, ניתן וראוי לדון תחילה ביסוד ההתרשלות"). בעניין שתיל, לעיל ה"ש 2, השופט לוי מצביע על היתרון הפרגמטי הצפוי מהקדמת יסוד ההתרשלות על חשבון החובה, אך הוא מציין זאת

חיזוק נוסף (ועצמאי) לחולשת הפרשנות הפרגמטית בדבר נוחות שיפוטית מצוי בטיבם של המקרים שבהם בית המשפט מאמץ את הגישה החדשה. אם המוטיבציה שמאחורי המעבר לגישה זו היא הדומיננטיות של שאלת ההתרשלות במרבית מקרי הנזיקין שבהם בית המשפט נדרש להכריע, הרי שאין מקום לנקוט את הגישה החדשה כאשר שאלה מרכזית היא דווקא זו העוסקת בקיומה של החובה. שכן במקרה האחרון אין צומחת שום תועלת במונחי חיסכון זמן שיפוטי – שאלת החובה אינה שולית להכרעה בסכסוך אלא דורשת את עיקר תשומת הלב מצד בית המשפט. ובכל זאת עיון בפסיקה הרלוונטית מגלה כי בית המשפט אינו נסוג מן הגישה החדשה גם כאשר שאלת קיומה של חובה עומדת במוקד הסכסוך המשפטי שלפניו. שתי דוגמאות בולטות לכך מצויות בפסקי הדין בעניין זלץ ושתיל, שבהם אחת השאלות המרכזיות העומדות להכרעה היא שאלת קיומה של חובת זהירות.²⁹

אבל אפשר שהסיבה המרכזית לדחייתה של הפרשנות האמורה היא כי הגישה החדשה אינה משרתת כלל מטרות פרגמטיות (מן הסוג של נוחות שיפוטית או, בזרוגן הכלכלי, מזעור עלויות אדמיניסטרטיביות). זאת משום שכל שהיא יוצרת הוא שינוי הסדר של בחינת המקרה (התרשלות תחילה; חובה בסוף) מבלי ששינוי זה גורר כעניין הכרחי הזנחת ה"טיפול" ביסוד החובה.³⁰ כל אותם משאבים אינטלקטואליים אשר הוקדשו בעבר, על פי הגישה המסורתית, לבחינת התקיימות החובה, נותרים רלוונטיים גם כאשר יסוד החובה נבחן לאחר יסוד ההתרשלות. אם כן, כפי שהדגשתי לעיל, השינוי

כטעם משלים ולא כטעם מכריע: לשיטתו, המגמה החדשה "לא רק שעולה היא בקנה אחד עם לשון החוק ועם תכליתו, יש בה, להשקפתי, לתרום לבהירות הדיון ולמקדו בשאלות הצריכות הכרעה. דומה, כי אגב כך נוכל אף לפשט מעט את הניתוח המושגי המורכב, להשקפתי יתר על המידה, המלווה לעתים קרובות את עוולת הרשלנות". שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי (ההדגשות הוספו – א"ד).

29 ראו עניין זלץ, לעיל ה"ש 2, פס' 15–18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; עניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 29–42 לפסק דינו של השופט לוי. אפשר לטעון כי בפרשת זלץ, שם, קיים ערבוב (כנראה לא מודע) בין ניתוח אחריותה של מנהלת מפעילת חניון במונחי המגמה החדשה (פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין) לבין ניתוח אחריות בעלי החניון במונחי הגישה המסורתית (פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). אולם נראה כי קריאה טובה יותר (כזו המציגה את פסק דינו של בית המשפט בצורה קוהרנטית) היא כי ההתייחסות לבעלת החניון היא המשך ישיר לניתוח אחריותה של מנהלת מפעילת החניון, כלומר הדיון בחובת הזהירות שבפסקה 17 "ממשיך" את הדיון בחובה שבפסקה 15 כדי לקבוע אם למרות ההתרשלות יש מקום לפטור גם את בעלת החניון מחבות נזיקית בשל שיקולים שונים הנכנסים לגדר "חובת הזהירות". אשר לשתי הנחבעות, אגב, בית המשפט אינו מוצא שיקולים לפטור, ולכן קובע שהתרשלותן בת חבות.

30 על האפשרות שהגישה החדשה מבקשת להביא להזנחת הדיון בחובת הזהירות המושגית ראו את הדיון בפסקה הבאה שבטקסט העיקרי.

הוא בסדר בחינת התקיימות יסודות העוולה ולא בהכרח בתוכן שיוצק בית המשפט לצורך בחינת כל אחד מן היסודות.

איני מתעלם מכך שבחלקם של המקרים שבהם בית המשפט אימץ את הגישה החדשה נעשה הדבר לצד ויתור – מודע ואף מכוון – על בחינת חובת הזהירות המושגית.³¹ אך הקשר בין הגישה החדשה לבין השמטת חובת הזהירות המושגית אינו הכרחי כלל, שכן אם הקושי המרכזי בגישה המסורתית שבגינה צמחה הגישה החדשה הוא חוסר הנחיצות של חובת הזהירות המושגית, להבדיל מזו הקונקרטי, הרי שהצעד המתבקש היה "דילול" חובת הזהירות ולא הכפפתה ליסוד ההתרשלות. במילים אחרות, התגובה הטבעית לביקורת (המוטעית בעיניי)³² על מלאכותיותה של חובת הזהירות המושגית נמצאת בביטולה, נקודה (!). הגישה החדשה פוסעת צעד אחד נוסף – וחשוב, כפי שאטען בהמשך – והוא שינוי סדר בחינת יסודות העוולה. לא רק שצעד זה אינו מתבקש מקבלת הביקורת על חשיבותה של חובת הזהירות המושגית, אלא שבפועל אפשר לראות שגם מצדדי הגישה החדשה אינם זונחים את חובת הזהירות המושגית. אכן, באותם מקרים שבהם מתעורר הצורך לנתח את שאלת קיומה של חובת זהירות (קונקרטי) בין המזיק לניזוק במונחים מופשטים וכלליים, בית המשפט חוזר לאותה שפה מופשטת וכללית המאפיינת את חובת הזהירות המושגית, בין שהוא עושה זאת במודע ובין שלא.³³ במובן זה, אין שוני מהותי בין הגישה המסורתית לבין החדשה משום שגם על פי הגישה הראשונה, חובת הזהירות המושגית נבחנת רק אם המקרה

31 ראו עניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 15–17 לפסק דינו של השופט לוי; עניין גרניט, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק דינו של השופט ד' חשין; עניין טרויהפט, לעיל ה"ש 2, פס' 31 לפסק דינו של השופט דנציגר.

32 הטעות בביקורת על נחיצותה של הבחינה המושגית של חובת הזהירות נשענת לעתים על ההבחנה האמפירית שלפיה בית המשפט מעולם (או כמעט מעולם) לא שלל את קיומה של חובת הזהירות המושגית. ראו למשל עניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 16 לפסק דינו של השופט לוי; ישראל גלעד "על 'הנחות עבודה', אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גודל האחריות ברשלנות" משפטים כו 317, 295 (1996) (להלן: גלעד "על 'הנחות עבודה'") ("כותב שורות אלה טרם נתקל במקרים שבהם נשללה חובה מושגית"). קביעה זו נכונה על פני הדברים, אולם היא מתעלמת מהעובדה שתחומים לא מעטים שבהם מתרחשת פעילות יוצרת-סיכון אינם בני חבות נזיקית, בין היתר בשל היעדר קיומה של חובת זהירות מושגית. תחומים כגון נזק כלכלי טהור (למעט חריגים מסוימים), נזק נפשי (למעט חריגים) ומחדל טהור ממחישים נקודה זאת היטב.

33 ראו למשל עניין פלוני, לעיל ה"ש 2, פס' 32 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (בית המשפט בוחן את שאלת קיומה של חובת זהירות של משרד הבריאות מתוך פרספקטיבה כללית המביאה בחשבון דבר היות המשרד "רשות שלטונית, המחזיקה בסמכויות של פיקוח [...] שיקול דעת בהפעלתן"); עניין זלץ, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (בית המשפט בוחן את שאלת חובת הזהירות משום שזלץ, אחת הנתבעות, היא מנהלת החברה הנתבעת, ועל כן השאלה שהוא מציב לדיון היא "חובת הזהירות של נושאי משרה בחברה כלפי צדדים שלישיים").

המובא להכרעת בית המשפט מעורר שאלות עקרוניות שטרם זכו להכרעה ממצה בעבר.³⁴ לפיכך ההתחקות אחר הפרשנות הטובה ביותר של המהלך שבבסיס הגישה החדשה לעוללת הרשלנות איננה יכולה להיעצר בעניינה של חובת הזהירות המושגית, וזאת במנותק מהשאלה אם הביקורת עליה מוצדקת לגופה.

2. החובה כהגנת פטור

לאחר שהראיתי מדוע אין להתייחס בביטול למעבר מן הגישה המסורתית אל החדשה, אבקש כעת לטעון כי פשרו של מהלך זה מצוי בשינוי מבני במעמדה של חובת הזהירות. וליתר דיוק, ממעמד של חובה הנותנת נפקות משפטית – בסיס נורמטיבי – לדבר קיומה של התנהלות רשלנית, להגנת פטור מחבות בניזיקין. אכן, לעומת הגישה המסורתית, שעל פיה חובת הזהירות מכוננת את עצם האפשרות לייחס תוצאות משפטיות להתרשלות (הגורמת לנזק) בדמות חבות בניזיקין, הרי שלפי הגישה החדשה תפקיד ה"חובה" הוא על דרך שלילת התוצאות המשפטיות הנובעות מקיומה של התרשלות. בכך חובת הזהירות מתפרקת מצורתה כחובה, הלוא היא טעם מנדטורי לפעולה,³⁵ אשר לולא קיומה אין משמעות משפטית לדיבור על הפרת חובה (התרשלות) ולא כל שכן על חבות נזיקית בגין הפרה כאמור.³⁶ הצורה החדשה שהיא לובשת אינה אלא של אוסף שיקולי מדיניות שונים אשר בכוחם להעניק למזיק פטור מההשלכות של התנהלות חסרת זהירות סבירה. כמו כל טענת הגנה מסוג פטור, החובה לשעבר/הגנה בהווה אינה מצדיקה את ההתנהלות הרשלנית, אלא מכירה בכך שעשויות להיות סיבות טובות, למרות

34 למקרה המנותח על פי הגישה המסורתית שבו הבחינה המושגית-המופשטת וזכה לתשומת לב מרכזית, ראו ע"א 3051/98 דרין נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ, פ"ד נט(1) 673, 693 (2004) (בית המשפט דן בשאלת קיומה של חובת זהירות מושגית של נושאי משרה כלפי בעלי המניות ומוצא כי ככלל אין מקום להכיר בחובה כאמור). למקרה נוסף המנותח לפי הגישה המסורתית, אשר בו אין כלל דיון "מושגי", ראו ע"א 393/08 שגיא נ' כפר ביאליק – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פס' 18–20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 23.2.2010). ראוי עוד להזכיר את הבחנתו של השופט (כתוארו אז) חשין, כי "יסכימו הכול, כך דומה עליי, כי לא בכל משפט נזיקין המתברר והולך לפני בית-משפט – בית-משפט שלום או בית-משפט מחוזי – יש וראוי להתחיל מבראשית ולדבר על מקורותיה ודרכי יצירתה של חובת זהירות, על ערכים חברתיים, על אינטרס הציבור להקמתה של חובה ועוד. לא בכל משפט מתעוררת שאלה של עיקרון, ואנו לא נעיר ולא נעורר שאלת יסוד עד שתחפץ". ע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 112 (1995).

35 חובה היא מקרה פרטי ומיוחד של טעם לפעולה בכך שהיא טעם מנדטורי לפעולה. בכך היא שונה ממחיר או מעלות באשר היא מחייבת גם כאשר תחשיב הרווחה האישי או המצרפי מורים את ההפך. ראוי לציין כי בכך אין כוונתי כי חובה היא בהכרח מוחלטת. חובת הזהירות אינה מוחלטת במובן שהיא איננה מחייבת כל מאמץ למנוע נזק אלא רק מאמץ סביר. זה כשלעצמו איננו יכול להפכה לעלות או למחיר. ארחיב טיעון זה בהמשך. ראו להלן ה"ש 127–137 והטקסט הצמוד להן.

36 להרחבה ראו להלן חלק ב, פרק א.3.

ההתרשלות, להימנע מההשלכות הרגילות של מציאת התרשלות במעשי המזיק.³⁷ אפנה להראות (בקצרה) כי המעבר מחובה להגנה אכן נמצא בבסיס אימוצה של הגישה החדשה בידי בית המשפט.

דומה כי בית המשפט ער להיותה של המגמה החדשה ביטוי למעבר מצורה של חובה-כחובה לחובה-כהגנת-פטור. למשל, בפרשת נחום, שבה פותחה לראשונה בפסיקה המגמה החדשה, השופט (כתוארו אז) ריבלין מסביר כי חובת הזהירות תפקידה בזיהוי "המקרים שבהם אמנם התרשל המזיק, אלא ששיקולי המדיניות מביאים את בית-המשפט למסקנה כי לא יהא זה ראוי להטיל עליו אחריות".³⁸ פסקי הדין האחרים חוזרים על תפיסה זו של (היעדר) חובה-כהגנת-פטור. כך הכפפת יסוד החובה ליסוד ההתרשלות מחוללת שינוי דרמטי במבנה עוללת הרשלנות, שכן חובת הזהירות מוצאת אל מחוץ ליסודות עוללת הרשלנות אל משפחת טענות ההגנה העומדות לרשות מזיק רשלין.³⁹ צורת חשיבה זו, ראוי להבהיר, אינה ייחודית למצדדי המגמה החדשה בבית המשפט העליון הישראלי. בתי משפט אמריקאיים, מעטים אמנם, שוללים את קדימותו של יסוד החובה על פני ההתרשלות ומאמצים אף הם את תפיסת החובה-כהגנת-פטור.⁴⁰ ה-*Restatement* השלישי בנויקין הולך בעקבותיהם (אף על פי שמדובר במיעוט של בתי משפט, שכן מרבית בתי המשפט המדינתיים שומרים אמונים לגישה המסורתית בנוגע לחובת הזהירות) בקבעו שהחובה היא למעשה אמצעי לשקילת טעמים בזכות מתן פטור מאחריות בשל התרשלות.⁴¹ נראה שזו גם עמדתם של חוקרי נזיקין מובילים כדוגמת

37 כידוע, הגנה מסוג פטור עומדת בניגוד להגנה מסוג צידוק: ההתקיימות האחרונה שוללת את האופי העולתי של מעשה המזיק (שכן המעשה מוצדק), ואילו הראשונה רואה במעשה משום עוולה אך גם מכירה בטעמים טובים לפטור מן האחריות לגביה, כולה או מקצתה.

38 עניין נחום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408.

39 שאלה נפרדת היא במישור ההוכחה והיא לעניין נטל הבאת הראיות בנוגע להיעדר קיומה של חובה (כלומר, לקיומה של הגנת פטור). בעניין זה אפשר לומר שהשינוי הטמון במגמה החדשה אינו משמעותי בהתחשב בחזקת החובה שהוכרה בפסד הדין בעניין גורדון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 131 (קיומה של צפיות טכנית מגבשת חזקה הניתנת לסתירה בדבר קיומה של הצפיות הנורמטיבית).

40 לפסק דין המייצג עמדה זו ראו: Fazzolari v. Portland Sch. Dist. No. 1J, 734 P.2d 1326, 1331 (Or. 1987) (observing that "'no-duty' is a defensive argument [...]").

41 ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM § 7(b) (2010) (noting that "[i]n exceptional cases, when an articulated countervailing principle or policy warrants denying or limiting liability in a particular class of cases, a court may decide that the defendant has no duty or that the ordinary duty of reasonable care requires modification"). ראו גם W. Jonothan Cardi & Michael D. Green, *Duty Wars*, 81 S. CAL. L. REV. 671 (2008); לביקורת על גישת ה-*Restatement* (ועל דחיית האפשרות לראות בגישה זו משום *re-statement* של הדין האמריקאי) ראו John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law*, 54 VAND. L. REV. 657 (2001); Benjamin C. Zipursky, *Foreseeability in Breach, Duty, and Proximate*

פרופ' אריאל פורת ופרופ' ישראל גלעד, המשתמשים – כל אחד לחוד – במטפורה "מסננת" לתיאור פונקציונלי של מקומה של חובת הזהירות.⁴² ודוק: איני סובר כי חובת הזהירות אינה מביאה דה פקטו ל"סינון" של טענות להתרשלות ובכך לצמצום החבות, הלא היא השורה התחתונה, המוטלת בגין מעשים העשויים לגבש עוללת רשלנות. אך אם כל מה שאפשר לומר על החובה מתמצה בכך שהיא מסננת, הרי שבכך אייננו את החובה כמושג עצמאי. גם החובה (המוסרית או המשפטית) לקיים הבטחות עשויה במקרים מסוימים לסנן טענות בדבר חבות מוסרית או משפטית בגין הפרת הבטחה. אך האם בכך מתמצה "תפקידה"? כאמור, אם כל שאפשר לייחד לחובה (לנהוג זהירות, לקיים הבטחות וכו') מתבטא בפונקציית הסינון שלה, הרי שבהכרח רוקנו את המשמעות שיש לרעיון של חובה מתוכן משפטי ומוסרי.⁴³

לסיכום פרק זה אבקש להדגיש כי על פני הדברים ההבדל המתואר לעיל בין החובה-כחובה לבין החובה-כהגנה הוא צורני בלבד. אפשר ששיקולים זהים הם שקובעים את תוכן החובה על שני מופעי השונים – חובה מחד והגנה מאידך.⁴⁴ עם זאת בפרק הבא אראה שלהבדל הצורני האמור השלכות של מהות על עוללת הרשלנות, כלומר הצורה מכתיבה במידה מסוימת את מהות הדברים. לפלסטיות של מושג החובה, אבקש לטעון, יש גבול המחייב גם את בית המשפט.

Cause, 44 WAKE FOREST L. REV. 1247, 1258–1260 (2009) (מראה את התפיסה הרוויזיוניסטית של חובת הזהירות המוצגת בריסטיטמנט השלישי על דיני הנוזיקין).

42 ראו אריאל פורת "דיני הנוזיקין: עוללת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 373, 386 (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ו) (המאמר להלן: פורת "דיני הנוזיקין") (טוען כי "הבסיס העיוני לקיומה של חובת הזהירות [...] הוא היותה] 'מסננת' הכרחית, המותירה מחוץ למסגרת האחריות הנוזיקית את אותם מקרים שהטלת אחריות משפטית על הרשלת אינה משרתת בהם כראוי את המטרות שבבסיסם של דיני הנוזיקין [...]"); Ariel Porat, *The Many Faces of Negligence*, 4 T.I.L. 105, 109 (2003); גלעד "על 'הנחות עבודה'", לעיל ה"ש 32, בעמ' 320 [...] יסוד החובה הוא מסננת חיונית וחשובה של האחריות ברשלנות". בעניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי בית המשפט חוזר על מטפורת המסננת כחלק מהדיון בחשיבות המעבר מן הגישה המסורתית למגמה החדשה.

43 יש שיטענו בתגובה כי מושג החובה שבשימוש דיני הנוזיקין שונה לחלוטין ממושג החובה המוכר לנו בהקשרים אחרים, הן המשפטיים והן המוסריים. לכך איני יכול להסכים. אין ספק שאפשר לדבר על המשגות שונות של מושג החובה, אך מכאן ועד לניהיליזם מושגי הדרך ארוכה. עוד ראו לעיל ה"ש 35.

44 כפי שהזכרתי לעיל, למעבר מחובה-כחובה לחובה-כהגנה מתלווה בחלק מן המקרים נטייה לזנוח את שאלת חובת הזהירות המושגית. כאמור, אין לבלבל בין שתי התופעות, שכן האחרונה אינה מתניתית בקיומה של הראשונה, ולהפך.

ג. על טבעו של הקשר בין החובה לבין ההתרשלות

שלב זה של הטיעון עוסק בניתוח אנליטי של המגמה החדשה, ובמרכזו תעמוד הטענה שהמעבר מחובה-כחובה לחובה-כהגנה אינו מסוגל להביא לביטולו של יסוד החובה כיסוד הקודם (לוגית ונורמטיבית) לבחינת ההתרשלות. למעשה, הבחינה המשפטית של ההתרשלות מניחה, במובן של קדם-הנחה (*presupposition*), קיומה של חובה; חובה-כחובה ולא חובה-כהגנה. לכן השאלה היחידה היא מהי חובת הזהירות שיש להציב בראש עולת הרשלנות: חובת הזהירות המסורתית או אולי חובה אחרת. המסקנה הנובעת מן הניתוח האנליטי מגלה כי המגמה החדשה יוצרת חובת זהירות חדשה – חובה אוניברסלית וכללית – במקומה של חובת הזהירות המסורתית, שהופכת כאמור לעיל להגנה.

אפשר "להוכיח" את שזה עתה טענתי בצורה פשוטה. מכיוון שיסוד ההתרשלות הוא למעשה יסוד הפרת חובת הזהירות, אין שום משמעות לבחינתו ללא קיומה של חובה,⁴⁵ שכן חובה היא תנאי טרנסצנדנטלי לעצם האפשרות שהתנהגות מסוימת תוכר כהפרת חובה (או התרשלות). אולם חוששני שהגדרת ההתרשלות כהפרת חובה עלולה להיתפס כהנחת המבוקש מקום שנדרש בו טיעון עצמאי המראה כי אין ביכולתה של המגמה החדשה לאיין את קיומה של החובה-כחובה על ידי המרתה לחובה-כהגנה. בכוחו של טיעון זה להראות, שלא על דרך הנחת המבוקש, כי בסופו של דבר התרשלות היא אכן הפרה של חובה, ומכאן גם השאלה שהצגתי לעיל, מהי החובה שיש להציב בראש עולת הרשלנות.

ובכן, הקביעה כי המזיק התרשל היא בבחינת שיפוט ערכי בדבר התנהגותו. אמת המידה למעשה השיפוט הערכי היא סבירות ההתנהגות, כלומר אם היא בבחינת "מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות".⁴⁶ תוכנו של השיפוט נתון למחלוקת: יש הסוברים כי זהו שיפוט כלכלי בעיקרו, שניתן לניסוח פורמלי באמצעות נוסחת הנד,⁴⁷ ולעומתם אחרים רואים בכך שיפוט מוסרי השאוב למשל מתורת הצדק,⁴⁸

45 דרך אחרת לומר דברים דומים היא שיסוד ההתרשלות עוסק בתוכן החובה, ואילו יסוד החובה עוסק בשאלת עצם קיומה של חובה (יהא תוכנה אשר יהא). אי אפשר לחשוב על תוכן החובה מבלי שבהכרח קיימת הנחה ברבר קיומה של חובה.

46 ס' 35 לפקודת הנוזיקין.

47 לנוסחת הנד ראו (United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2nd Cir. 1947).
לפרשנות הכלכלית של הנוסחה ראו: Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. LEGAL STUD. 29, 32 (1972).

48 ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 147–152 (1995); Jules Coleman, *Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method*, in *PHILOSOPHY AND THE LAW .OF TORTS* 183, 205–206 (Gerald J. Postema ed., 2001).

ההגינות, ⁴⁹ הסבירות, ⁵⁰ המידה הטובה (*virtue*) ⁵¹ ועוד. ⁵² יהא תוכנו של שיפוט זה אשר יהא, לא יכול להיות ספק בכך שהוא אפשרי מלכתחילה אך ורק על רקע קיומה של נורמה בדבר התנהגות סבירה, אשר משמשת קו בסיס (*baseline*) להערכת סטיות ממנה. אכן, התרשלות היא לא אך היגד תיאורי של המציאות, כי אם היגד נורמטיבי בדבר פסול התנהגותי מסוים אשר ככזה דורש תיקון, למשל הטלת חבות, ובמקרים מסוימים אף ענישה, אלא אם קיימים טעמים טובים מספיק להימנע מכך. ⁵³

למשל, הדיבור על התרשלות כנקיטה לא יעילה של אמצעי זהירות מניח כי קיימים טעמים טובים לנהוג ביעילות, שאם לא כן אין בסיס לציפייה כי אדם סביר – או יעיל – יפעל אחרת, כלומר ביעילות. התרשלות כעשיית אי-צדק בוודאי מניחה כי המתרשל כשל בניסיונו לעמוד בדרישות הצדק וכן הלאה. כל שיפוט הנעשה לצורך הקביעה אם התנהגות המזיק עולה בקנה אחד עם התנהגות סבירה – יעילה, צודקת, הוגנת וכו' – יוצא מתוך הנחה שהתנהגות סבירה היא נורמה שיש לעמוד בה, ולפיכך סטייה ממנה ראויה לגנאי. בעולם המשפט הנורמה הרלוונטית היא משפטית, וצורתה היא של חובה לנהוג כפי "שאדם סביר ונבון" היה נוהג "באותן נסיבות". ⁵⁴ אם לא כן, למונח המשפטי "התרשלות" ולאמירה "המזיק התרשל" אין שום משמעות נורמטיבית – אין בכוחם לתת טעמים לשופט או לאחרים לעשות משהו בנדון, כגון להטיל חבות נזיקית וממילא גם לשקול אם בנסיבות המקרה יש מקום לפטור מחבות זו. זו גם הסיבה שליסוד ההתרשלות נהוג לקרוא יסוד הפרת החובה. מכאן גם נובע כי אין משמעות ל"התרשלות" במשפט – כשיפוט ערכי בדבר התנהגותו של המזיק – ללא שמניחים קיומה של חובה להימנע מהתנהגות המבטאת התרשלות. לכן כפי שכבר ציינתי לעיל, קיומה של חובה כלשהי הוא תנאי טרנסצנדנטלי לעצם היתכנותה של השאלה המשפטית אם התרשל המזיק (כלומר הפר את החובה). במילים פשוטות, חובה בהכרח קודמת להתרשלות. המסקנה האמורה בדבר קדימותה ההכרחית של החובה להתרשלות גוררת מסקנה נוספת, אף היא מבטאת תובנה מושגית הכרחית באשר לקשר שבין חובה להתרשלות.

Jules Coleman & Arthur Ripstein, *Mischief and Misfortune* (Annual McGill Lecture in Jurisprudence and Public Policy), 41 MCGILL L.J. 91 (1995)

Gregory S. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, 48 STAN. L. REV. 311, 373–379 (1996)

Heidi Li Feldman, *Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law*, 74 CHI.-KENT L. REV. 1431 (2000)

Patrick J. Kelley, *Who Decides? Community* של סטנדרט הסבירות ראו *Safety Conventions at the Heart of Tort Liability*, 38 CLEV. ST. L. REV. 315 (1990)

החובה-כהגנה מסוג פטור עשויה להיות מסגרת לטעמים מחריגים אלה. זה רק מוכיח כי קיימת חובה, חובה-כחובה, שלאורה יש משמעות משפטית להיגד "פלוגי התרשל" וכן להיגד "אף על פי שפלוגי התרשל, יש טעמים טובים לפתור אותו מחבות לתוצאות מעשיו".

54 ס' 35 לפקודת הנזיקין.

המחלוקת האפשרית היחידה בין מצדדי הגישה המסורתית לבין מצדדי זו החדשה היא לא על חובת זהירות, כן או לא, אלא איזו חובת זהירות ראוי להטיל על מזיקים פוטנציאליים (והכוונה היא כמובן לחובה־כחובה ולא לחובה־כהגנה). במילים פשוטות, לא יכולה להימצא עמדה הגורסת כי אפשר לבחון קיומה של התרשלות ללא שהיא מניחה, כעניין הכרחי, קיומה של חובה. כך, ביסוד המעבר מן הגישה המסורתית לחדשה עומדת מחלוקת נורמטיבית בדבר הצורה והתוכן של חובת הזהירות העומדת בבסיס עולת הרשלנות. כפי שכבר הראיתי לעיל, הגישה המסורתית עונה על השאלה האחרונה באמצעות המשגה יחסית של החובה – חובה שמטבעה חלה רק בהתקיים יחסים מיוחדים ולכן קושרת בין המזיק לבין ניזוק מסוים (או קבוצת ניזוקים מסוימת) ועושה כן בהקשר מסוים (למשל, בעניין פעילויות היוצרות סיכון לגוף ולרכוש הזולת, אך לא בהכרח לשלמותו הרגשית). עתה נותר לברר את התשובה הניתנת על ידי הגישה החדשה. ראוי להדגיש כי כוונתי להתמקד בתשובה הנובעת לוגית מעצם אימוץ הגישה החדשה, בין שהיא ניתנת בפועל על ידי מצדדיה ובין שלא.

הפנייה לבחינת ההתרשלות תחילה, ללא תלות בשאלת עצם קיומה של חובה לנהוג בסבירות, חורצת את גורלה של השאלה הנורמטיבית בדבר צורתה ותוכנה הראויים של החובה, או כפי שניסחתי זאת לעיל, "איזו חובת זהירות ראוי להטיל על מזיקים פוטנציאליים?" חובה זו, בניגוד לחובת הזהירות הנובעת מן הגישה המסורתית, היא כללית, וזאת בשני מובנים מובחנים: ראשית, היא חלה כלפי כולי עלמא⁵⁵ ללא קשר ליחסים מיוחדים כדוגמת יחסי שכנות⁵⁶ או יחסים הנתחמים על ידי מתחם הסיכון

55 זוהי עמדת המיעוט של השופט אנדרו בפסק הדין המפורסם והחשוב בדני הנזיקין במשפט המקובל האמריקאי, שאליו אחזור בהמשך. ראו עניין *Palsgraf*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 103 ("Every one owes to the world at large the duty of refraining from those acts that may unreasonably threaten the safety of others"). עוד ראו Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Theory of Torts*, 7 AM. L. REV. 652, 661 (1873) (a requirement of reasonable care is "imposed on all the world, in favor of all"); Henry Terry, *Negligence*, 29 HARV. L. REV. 40, 52 (1915) ("There is a negative duty of due care of very great generality, resting upon all persons and owed [...] regularly to all persons, not to do negligent acts [...]").

56 מקורה של דרישת יחסי השכנות המוכרת במשפט הישראלי היא הפסיקה המפורסמת של בית הלורדים בעניין *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) 580 (appeal taken from Scot.) (observing that "there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances") תפיסה יחסית זו אינה נחלת המשפט המקובל האנגלי בלבד. לעמדת המשפט האמריקאי בעניין ראו למשל *DOBBS*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 582, חלק 6, ה"ש 229, (stating that "[r]elationship of the parties is so pervasively important in determining existence and measure of duty that it often goes unmentioned [...]").

הצפוי.⁵⁷ שנית, היא חלה על כל סוג של סיכון לנזק בר-פיצוי⁵⁸ הנוצר לבריות עקב ההתנהגות הלא סבירה של המזיק הפוטנציאלי. בין היתר הכוונה היא גם לחוסר הסבירות, אם היא אכן מתקיימת,⁵⁹ שבהימנעות מהצלת הזולת, מגרימת הפסד כלכלי טהור, מפגיעה ברגשות ועוד.

כלליותה של חובת הזהירות נובעת מעצם הפנייה לשאלת ההתרשלות כשאלה עצמאית העומדת בראש סדר בחינת התקיימותה של עוולת הרשלנות ללא שקודמת לה השאלה אם במקרה זה (או בסוג זה של מקרים או בכלל) ראוי להכיר בחובה לנהוג זהירות.⁶⁰ זאת ועוד, שאלת ההתרשלות מניחה קיומה של חובה (ומכאן גם נבעה המסקנה כי השאלה ה"אמתית" היא איזו חובת זהירות ולא אם חובת זהירות נחוצה). שילוב זה של שני הטיעונים⁶¹ גורר את המסקנה הזאת: חובה כזו היא בהכרח כללית במובן שעליו עמדתי לעיל. אז, ורק אז, אפשר להבין מדוע מצדדי המגמה החדשה

57 למתחם הסכנה (כחלק משאלת חובת הזהירות ולא בהקשר הסיבתי המשפטי) ראו עניין *Palsgraf*, לעיל ה"ש 17.

58 נזק בר-פיצוי מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנוזיקין והוא כולל "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה"; הפסיקה פירשה הגדרה זו בפירוש הליברלי האפשרי ככוללת למשל פגיעות רגשיות הנובעות מניפוץ אשליות (ע"א 153/04 רובינוביץ' נ' רוזנבוים, פס' 14 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 6.2.2006)). ומאיימתן הנמקה על ידי רשות מנהלית (בע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 17.1.2005)). באופן כללי נראה כי דיני הנוזיקין הנוהגים בישראל מתקדמים במהירות לעבר סגירת הפער בין נזק בר-פיצוי לבין נזק ככזה (הכולל גם נזק שאיננו בר פיצוי).

59 דרך בחינת חוסר הסבירות כאמור היא שאלה נפרדת. הפסיקה הישראלית מאמצת גישה של איזון בין זכות הניזוק לזכות המזיק. אחת הווריאציות של מבחן האיזון היא נוסחת הנד, אם כי בית המשפט הישראלי מעולם לא אימצה כנוסחה אלא כביטוי רעיוני לצורך לאזן בין הזכויות והאינטרסים המתחרים. ראו הוויכוח בין הנשיא ברק לבין השופט (כתוארו אז) ריבלין בע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498 (2004). לעמדה שלפיה לנוסחת הנד אין דריסת רגל בפסיקה האמריקאית במדינות השונות, ודאי שלא ביחס ישר לפופולריות שלה בקרב חוקרי נוזיקין, ראו Stephen G. Gilles, *The Invisible Hand Formula*, 80 VA. L. REV. 1015 (1994); Patrick J. Kelley & Laurel A. Wendt, *What Judges Tell Juries About Negligence: A Review of Pattern Jury Instructions*, 77 CHI.-KENT L. REV. 587, 623 (2002); Benjamin C. Zipursky, *Sleight of Hand*, 48 WM. & MARY L. REV. 1999, 2013-2022 (2007).

60 או במילותיו של ברק (שלטעמי פועל במסגרת הגישה המסורתית), כלליותה של החובה נובעת מעצם בחינת יסוד ההתרשלות מבלי שקודמת לה השאלה אם יש "להחיל את דיני הנוזיקין" על מקרה זה. ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1086.

61 כוונתי לשילוב של (1) קדימותה של שאלת ההתרשלות ככזו שאיננה מותנית בשאלות בדבר קיומה של חובה לנהוג זהירות בזולת במקרה כזה או אחר עם (2) היותה של חובה תנאי טרנסצנדנטלי לעצם קיומה של שאלת ההתרשלות.

פותרים את בחינת עוולת הרשלנות דווקא בשאלת ההתרשלות. אחרי הכול, חובה כללית אינה מצריכה כלל עיון נפרד; היא פשוט קיימת מעצם חלותה האוניברסלית – כלפי כולי עלמא ועל כל סיכון לגרימת נזק בר-פיצוי. זו גם הסיבה שבגינה מצדדי הגישה החדשה מבכרים את שאלת ההתרשלות על פני שאלת החובה; לא מפני שאין חובה אלא מפני שהיא קיימת, תמיד. כך אפשר לראות את המגמה החדשה כפורצת דרך ביחס לזו המסורתית בנתנה לחובת הזהירות המסורתית (החובה היוחסתית) משמעות חדשה של הגנת פטור, ובנוסף מציבה במקומה חובת זהירות אחרת, חובה כללית, אשר ביחס אליה נשאלת שאלת ההתרשלות. כלומר, המגמה החדשה משתמשת שימוש כפול במונח חובה: חובה כללית שהיא בבחינת חובה-כחובה; חובה יוחסתית שהיא אינה באמת חובה אלא בית קיבול לשיקולי פטור מחבות למי שהפר את החובה הכללית.

דומה כי הניתוח המוצע שופך אור על האופן שבו מוצגת המגמה החדשה בפרשות כדוגמת דורנבאום ושתיל.⁶² תחילה מובאת פסקה מפסק דינו של הנשיא שמגר בפרשת יצחק לוי, שלפיה "חובת זהירות כללית קיימת תמיד".⁶³ בהמשך מוסבר כי חובת הזהירות (והכוונה, כך הראיתי לעיל, היא לחובה-כהגנה) ראוי שתישקל לאחר בחינת קיומה של ההתרשלות ואף זאת רק כדי "לבור את אותם מקרים, שבהם התרשל אדם, ואשר לאור שיקולי מדיניות ראוי להטיל עליו אחריות בגין מעשיו, מבין המקרים שבהם אמנם התרשל המזיק, אלא ששיקולי המדיניות מביאים את בית המשפט למסקנה כי לא יהא זה ראוי להטיל עליו אחריות".⁶⁴ הניתוח המוצע פותר את הקושי שעלול להיווצר מהשימוש הסותר במושג החובה – חובה שמצד אחד קיימת תמיד אך מצד אחר איננה מתקיימת אם קיימים שיקולים טובים לפטור את המזיק מאחריות למרות התרשלותו. המגמה החדשה, כך הראיתי, אינה יוצרת קושי מושגי בדיבור הכפול על חובת הזהירות. בהעדיפה לבחון את שאלת ההתרשלות תחילה, מגמה זו מעניקה לחובה אחת – החובה המסורתית – צורה חדשה של הגנה ויוצרת חובה חדשה במקומה – החובה הכללית. מסקנה זו, כך טענתי, נכונה ללא קשר לאופן שבו המגמה החדשה מוצגת בפסיקה; זוהי מסקנה הנובעת מהלוגיקה של הקדמת בחינת ההתרשלות לשאלת החובה (המסורתית). הצגת המגמה החדשה בפסיקה מעוררת קושי נוסף ועניינו בשאלת טיבו של המהלך המוצע על ידיה. כפי שטענתי לעיל, ראוי לזכור כי הסתמכות מצדדי המגמה החדשה על הציטוט מתוך פסק דינו של הנשיא שמגר בפרשת יצחק לוי מוקשית מכיוון שפסק דין זה

62 ראו לעיל ה"ש 2.

63 עניין יצחק לוי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 67.

64 עניין נחום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408. ראו והשוו לעניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי ("סבורני כי במקרה שבפנינו מוטב נידרש תחילה למחדלים אשר, כנטען, גרמו לנזק, ורק לאחר בירור השאלה אם עולים הם כדי התרשלות מצד המדינה, נפנה לבדוק כלום נסיבות המקרה, כמו גם שיקולים הנוגעים בדבר, מצדיקים קביעתה של חובת זהירות [...]") (ההדגשות הוספו – א"ד).

הוא אחד מן המרכזיים ביותר – ומסיבה זאת גם מהשנויים במחלוקת⁶⁵ – שניתנו בפסיקה הישראלית המאוחרת התומכים בגישה המסורתית של חובת זהירות יוחסית ואפילו מעצימים אותה ביחס לפסיקות קודמות (כמו למשל, פרשת גורדון)⁶⁶ על ידי שימת דגש ביחסי שכנות כרכיב הכרחי בבחינת קיומה של החובה גם בהקשר של נזק כלכלי טהור (ובהקשרים אחרים כדוגמת מחדל טהור).⁶⁷ במובן זה ההסתמכות על פסק דין יצחק לוי אינה יכולה להיות תחליף לטעמים שבגינם ראוי לאמץ את השינוי הכפול הטמון במעבר לגישה החדשה (של הטלת חובה כללית במקום יוחסית ושל הפיכת האחרונה להגנת פטור).⁶⁸ שאלה נורמטיבית זו תעמוד במוקד הפרק הבא.

ד. מחובה יוחסית לחובה כללית: על הטעמים האפשריים העומדים בבסיס המגמה החדשה

כיצד אפשר אפוא להסביר את אימוצה של חובה כללית על חשבון חובה יוחסית (שהופכת כזכור לטענת הגנה)? בפרק זה אציע ואדחה את ההסבר שהוזכר זה עתה, קרי חובת הזהירות האוטנטית היחידה היא חובת זהירות כללית המחייבת כל אדם, בכל מצב, לא להתרשל, ואילו חובת הזהירות היוחסית היא לא יותר ולא פחות ממסננת נורמטיבית.⁶⁹ דחיית הסבר זה תוביל אותי לבחון את האפשרות (הסקפטית) שלפיה אין

65 פסק הדין בעניין יצחק לוי אמנם לא נהפך רשמית, אך בכמה פסקי דין מאוחרים חשובים לא אומצה עמדת הנשיא שמגר בעניין שאלת קיומה של חובת הזהירות של רשות מנהלית המפעילה שיקול דעת רחב (עניין יצחק לוי, לעיל ה"ש 14); לסקירה ראו עניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 24 לפסק דינו של השופט לוי. מעניין לציין כי בעניין שתיל, שבו השופט לוי מצטט בהסכמה מעניין יצחק לוי בעניין היותה של החובה כללית, הלכת לוי נדחת. השופט לוי קובע כי "המציאות המשפטית בת זמננו אינה מצדיקה עוד להידרש לכלל גורף בדמותו של [חריג להכרה בחובת זהירות המזוהה עם הלכת לוי ומכונה בז'רגון המשפטי] חריג שיקול הדעת". עניין שתיל, לעיל ה"ש 2, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי.

66 בעניין גורדון אימץ בית המשפט גישה הקרובה למשפט האנגלי הנוהג דאו (גישה המזוהה עם פסק הדין בעניין Anns v. Merton LBC, [1978] A.C. 728 (H.L.) (appeal taken from Eng.) (עניין גורדון, לעיל ה"ש 11). גישה זו, שנהפכה בפרשה מאוחרת יותר (ראו Caparo Industries Plc v. Dickman, [1990] 2 A.C. 605 (H.L.) (appeal taken from Eng.)), היא הליברלית ביותר שידע המשפט המקובל האנגלי באשר לנכונות בית המשפט להכיר בקיומה של חובת זהירות.

67 ראו עניין יצחק לוי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 65–67. לדיון מקיף ברוח זו ראו גלעד "על הנחות עבודה", לעיל ה"ש 32.

68 יש לזכור כי הביקורת על נחיצותה של חובת הזהירות המושגית אינה יכולה להסביר את השינוי הכפול (להבדיל מההסבר מדוע יש לבטל את הבחינה המושגית של חובת הזהירות המסורתית).

69 קיים לפחות עוד הסבר אחד למגמה החדשה, אך לא אדון בו מכיוון שאינו רלוונטי למשפט הישראלי. ההסבר נעוץ בקשיים הנוצרים מחלוקת העבודה בין השופט, האחראי לקביעת קיומה או

צורך לתור אחר הסבר נורמטיבי למגמה החדשה, שכן למושג החובה אין – ומעולם לא היה – תפקיד עצמאי בעולת הרשלנות. אפשרות זו משקפת את שתי הגישות הדומיננטיות ביותר בתאוריה האמריקאית העכשווית של דיני הנזיקין: הניתוח הכלכלי וגישת הקאליזם המשפטי. המשותף לשתיהן היא הנכונות לבצע רדוקציה למושגים משפטיים, ובפרט לחובה. טענתי בהקשר זה תהיה כפולה: ראשית אטען כי אפשר שזו הגישה המנחה (בין שבמודע ובין שלא) את הפסיקה באימוצה את המגמה החדשה. שנית אטען כי אימוץ גישה רדוקטיבית-ספקנית כזו על ידי בית משפט הוא בעייתי מכיוון שגישה כזו עלולה לחתור תחת הלגיטימציה של המשפט וממילא של נשאו המרכזי, בית המשפט.

1. האם קיימת חובת זהירות כללית?

הטיעון בדבר קיומה ונחיצותה של חובת זהירות כללית הוא חלק ממסגרת עיונית רחבה יותר הבוחנת את טיב היחסים בין יסוד החובה לבין ההתרשלות. בעניין זה מוכרת השאלה אם המבחנים לקיומה של חובה זהים למבחנים לקיומה של התרשלות או שונים מהם. בעניין קיימות גישות שונות, כמו למשל העמדה המזוהה עם גישתו המחקרית והשיפוטית של ברק, שלפיה חובת הזהירות בוחנת, במשקפי הצפיות, אם ראוי להחיל את דיני הנזיקין על התנהגות מסוג מסוים ובהקשר מסוים, ואילו יסוד ההתרשלות בוחן, במשקפי הסבירות, אם מי שהוטלה עליו חובת זהירות מילא אותה בנקיטת אמצעי זהירות סבירים.⁷⁰ ההבדל, חשוב להדגיש, הוא לא בין מבחן של צפיות לבין מבחן של סבירות, שכן גם צפיות מכילה מרכיבים משמעותיים של סבירות,⁷¹ אלא בין שאלת קיומה של חובה לבין שאלת תוכנה – מה וכמה אמצעי זהירות יש לנקוט. כישלון במילוי אחר תוכנה של החובה הוא התרשלות. גישה זאת בדבר האוריינטציה השונה של מבחני החובה מחד ושל מבחני ההתרשלות מאידך פותחת את הפתח לניהולם של ויכוחים על

היעדרה של חובה, לבין חבר המושבעים, הקובעים אם החובה הופרה. המגמה החדשה מפחיתה מכוחו של השופט למחוק תביעה נזיקית על הסף בנימוק של היעדר חובה. דחייה כאמור מסלקת את התביעה בטרם הגיעה לשלב המשפט (*trial*) ולכן מונעת מן המושבעים לומר את דברם בנוגע למקרה.

70 ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1088. לביקורת על היעדר עקיבות והקפדה מצד בית המשפט על קיומה של הבחנה זו ראו פורת "דיני הנזיקין", לעיל ה"ש 42, בעמ' 395–401.

71 צפיות נחלקת לשני מרכיבים, ובשניהם עולה שאלה של סבירות: צפיות טכנית או פיזית וצפיות נורמטיבית. הצפיות הטכנית בוחנת אם יוצר הסיכון היה ער – או היה יכול להיות ער, כפי שכל אדם סביר היה יכול להיות ער – לאפשרות שפעילות מסוימת עלולה לסכן קבוצה מסוימת של נקלעי-סיכון בגרימתו של נזק מסוג מסוים. הצפיות הנורמטיבית בוחנת כמה וכמה שיקולים עקרוניים ופרגמטיים, שלפחות בחלקם בוחנים את סבירות הטלתה של חובה לצפות כי הפעילות המדוברת יוצרת סיכון מסוג מסוים לקבוצה מסוימת של אנשים.

מבחני ההתרשלות – אם עליהם לבכר שיקולי רווחה מצרפית או שוויון בחירויות – במנותק מהדיון על שאלת החובה והשיקולים הראויים שישמשו בקביעתה.⁷² הטיעון שאבקש להציג ולדחות אינו מתמקד בשאלה זו של חלוקת העבודה בין חובה לבין התרשלות, ובפרט לא בשאלה אם המבחנים להחלת חובה ולקביעת הפרתה זהים או שונים. עניינו המרכזי הוא בוויכוח שונה בדבר אפשרות קיומה של חובת זהירות כללית אשר משמשת מעין בסיס שעליו מושתתת עוולת הרשלנות (הכוללת את יסוד ההתרשלות, הנזק ויסוד החובה-כהגנה). השאלה שעומדת למבחן היא אם אכן קיימת חובת זהירות כללית כאמור. אם התשובה לכך חיובית, המגמה החדשה, בניגוד למה שטענתי לעיל בפרק ב.2, לא רק שאינה מוותרת על חשיבותה של החובה-כחובה, אלא שהיא מציבה חובה "חזקה" מזו המוכרת בקרב תומכי הגישה המסורתית – החובה היוחסתית. אלא שקיימים טעמים טובים לדחות את הטענה שחובה כללית אכן קיימת במשפט, במוסר (הדאוטולגי או התוצאתני) או במוסר הפוליטי.

קיומה של הגנת פטור מתורגמת בעגה הנזיקית של מצדדי המגמה החדשה ל"אין חובה", ואילו שלילת הגנה כאמור מתויגת כ"יש חובה". אך אסור להתבלבל ולסבור בטעות כי השימוש בלשון החובה בהקשר זה בא על חשבון החובה ה"אמיתית", הלא היא החובה הכללית. ייתכן שאפשר לזהות קו חשיבה זה באמירתו של הנשיא שמגר שנזכרה לעיל, כי "חובת זהירות כללית קיימת תמיד".⁷³ אך הספקות נעלמים, וקו החשיבה הופך לטענה ברורה בכתביה של פרופ' גלעד, המחזיק כן נראה בדיוק בעמדה כי החובה הכללית היא החובה-כחובה, ואילו חובת הזהירות המוכרת מפסיקת בית המשפט (החובה שכינתה חובה יוחסתית) היא מסננת ותו לא.

גלעד כותב כי "חובה לא להתרשל לעולם קיימת, אך לא תמיד היא מלווה חובה לשלם פיצויים".⁷⁴ במקום אחר הוא כותב כי אותה חובה כללית היא "ציווי" שבבסיס עוולת הרשלנות כולה, המורה "אל תתרשל".⁷⁵ החובה מופרת כל אימת שמתקיימת

72 לדוגמה של דיון ביסוד ההתרשלות שאינו מניח הנחות מוקדמות חזקות על יסוד החובה והמבחנים לקיומה, ראו רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעוולת הרשלנות: תיאוריה פרויטיבית וביקורת נורמטיבית" משפטים לח 351 (2008).

73 עניין יצחק לוי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 67 (ההדגשה במקור – א"ד). הסיבה להיסוס ("ייתכן") בטקסט המרכזי היא כי לא ברור מדברי השופט שמגר למה כוונתו בחובה שקיימת "תמיד". בפרט לא ברור אם קיומה התמידי זהה למובן שהוסבר לעיל (חובה החלה כלפי כולי עלמא וביחס לכל סוג של נזק בר-פיצוי), או שמא מדובר בחזקה ניתנת לסתירה על פי נסיבות קונקרטיות (כפי שאפשר להסיק מהמשכה של הפסקה מתוך פסק הדין בעניין יצחק לוי, שבה השופט שמגר קובע כי "בית המשפט אינו דן בחובת זהירות בעלמא, אלא בחובת זהירות בגין אותם אירועים ספציפיים שבהם מדובר"). לחיזוק ההיסוס המתואר ראו גלעד "על 'הנחות עבודה'", לעיל ה"ש 32, בעמ' 305–306.

74 שם, בעמ' 324.

75 גלעד "על יסודותיה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 338.

"התנהגות בלתי סבירה, דהיינו, התנהגות היוצרת סיכון כולל שאינו סביר והניתן לצפייה".⁷⁶

כדי שעמדה זו תצליח בביסוסה של המגמה החדשה עליה להראות, ולמצער להצביע על האפשרות, כי קיימת חובה אוניברסלית לנהוג בסבירות. הכוונה היא לא רק לקיום פורמלי במשפט הנוהג אלא לקיומו של בסיס נורמטיבי המצדיק את האפשרות לחייב בני אדם לנהוג בסבירות, תמיד. גלעד איננו מראה זאת ואף איננו מצביע, ולו בראשי פרקים, על אפשרות כזו. סבורני כי אין זה מקרי, שכן קשה לראות מהם האדנים הנורמטיביים היכולים לשאת חובה כזו. אינני מתכוון לסקור כאן את כל התפיסות הנורמטיביות הקיימות אלא רק להדגים בקצרה את הקושי בדבר ביסוס חובת זהירות כללית תוך פנייה לשלושה מקורות נורמטיביים שונים: משפט, מוסר ורווחה (או יעילות). הדיון בכל אחד מהם יהיה בהכרח לא ממצה, אולם נראה שדי בכך כדי להמחיש את הבעיה הטמונה בעמדה הסוברת כי יכולה להיות חובה אוניברסלית לא להתרשל, כלומר מטרחי להצביע על המשוכות הגבוהות שמחויב לעבור כל מי שמבקש להצדיק את המגמה החדשה כמי שנשענת על חובת זהירות כללית (חובה־כחובה) המצויה מתחת לפני יסודות עולת הרשלנות. די בהן, אני סבור, כדי לבסס חשד של ממש כי חובה כללית לא להתרשל פשוט אינה קיימת.

מקור משפטי לחובה כללית. הניסיון למצוא אחיזה משפטית לקיומה של חובה כללית שלא להתרשל אינה מתיישבת עם אחת התוכנות המרכזיות ביותר בניתוח החשוב שהוצע על ידי הופלד למושג הזכות המשפטית: קיומה של חירות פעולה (*privilege*) אשר מולה עומד היעדר זכות של מי שעלול להיפגע מחירות זו.⁷⁷ בכך ביקש הופלד לעשות דה־מיסטיפיקציה לרעיון, שהיה פופולרי בשעתו, שלפיו קיימת חובה כללית להימנע מלגרורם נזק לזולת. הופלד הראה כי המשפט מכיר בזכות לפעול ללא התחשבות, סבירה או לא סבירה, בזולת גם במצבים שבהם הפעולה צפויה להסב הפסד או נזק כלשהו לזולת.⁷⁸ ניתוחו של הופלד אינו משקף אמת מושגית המוגבלת לתפיסת עולם

76 שם, בעמ' 341. לעמדה דומה ראו David Howarth, *Many Duties of Care or a Duty of Care?* *Notes from the Underground*, 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 449 (2006). הוורת' אינו מתמודד עם הקושי המרכזי הנובע מטיעון החובה הכללית – אם חובה כללית קיימת, ואם כן מה בסיסה הנורמטיבי. הקריטריון המוביל של המחבר בעד המגמה החדשה הוא פשטות ובהירות הניתוח של השאלות המרכזיות (שהן לשיטתו שאלות על אשם בהתנהגות). לא ברור כיצד אפשר "לפסוח" על הקושי האמור ולעסוק בשיקולים מסדר שני (של בהירות, פשטות וכו').

77 Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L.J. 16, 32, 36–37 (1913).

78 ראו Joseph William Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 WIS. L. REV. 975, 1050 (1983) (noting that "Hohfeld's concept of opposites was ideologically designed to demonstrate that to the extent individuals have freedom of action, others have no security").

משפטית מודרנית בלבד, שכן היעדר קיומה של חובת זהירות כללית הוא מקרה פרטי של התפיסה הרומית הקדומה בדבר קיומו של הפסד ללא נזק (*damnum absque injuria*).⁷⁹ ואכן, ספרות פעילות רבות וחשובות בחיינו אינן נשלטות על ידי חובה כללית שלא להתרשל (ואף לא חובה כללית שלא להזיק ביודעין), אלא להפך: הן נשלטות על ידי עיקרון של חירות הופלדיאנית.⁸⁰ כך היא למשל ספרת הפעילות הכלכלית בחברה קפיטליסטית. תחרות בשוק היא התנהגות שאינה כפופה לחובה משפטית כללית של סבירות או התרשלות, אף על פי שיש בכוחה להסב נזקים ממוניים ולא-ממוניים כבדים למפסידים.⁸¹ היעדרה של חובה כזו הוא ביטוי לקיומה של חירות הופלדיאנית להתחרות באחר עד כדי דחיקתו אל מחוץ לשוק; היא ביטוי לחירותו של המעביד לפטר עובד גם אם הטעמים לכך אינם סבירים – אם כי חוקיים – והנזק שהם גורמים – הן הנפשי והן הכלכלי – הוא חמור; היא גם ביטוי לדרישות המחמירות (בהשוואה לעולת הרשלנות) של עולת גרם הפרת חוזה.⁸² דוגמה נוספת לספרת פעילות שאינה נשלטת על ידי חובה כללית שלא להתרשל היא הספרה הרומנטית. יש לי החירות, ולצד שכנגד אין קיימת הזכות למנוע ממני, להיפרד מבת זוגי גם ללא סיבה סבירה; באותה מידה אין קיימת חובה שלא לבגוד בבת הזוג אף על פי שקשה ליישב מעשה כזה עם התנהגות סבירה ועם הנזק הרב שעלול להיגרם למי שנבגד (ואולי גם לילדי הזוג ככל שהבגידה מביאה לפירוק התא המשפחתי). דוגמה מוכרת אחרת לספרות פעילות חשובות שבהן שולטת חירות הופלדיאנית ולא חובה משפטית כללית לנהוג בסבירות הן אלה הקשורות לביטוי

79 לדין מקיף בהיסטוריה של רעיון ההפסד ללא נזק ובתרומתו של הופלד להפרכת קיומה של זכות כללית שלא להיפגע וחובה כללית קורלטיבית שלא להזיק, ראו שם. עוד יוער כי לביקורתי את הטענה בדבר חובה כללית שהיא נורמטיבית, אפשר להוסיף ממד היסטורי חשוב – קיומה של חובת זהירות כללית (משפטית או חוץ-משפטית) אינה יכולה להתיישב עם התפתחותה ההיסטורית של עולת הרשלנות. ראו למשל DAVID ROBERTSON, JUDICIAL DISCRETION IN THE HOUSE OF LORDS 187, 190 (1998).

80 לדין ולדוגמאות נוספות לאלה שאביא להלן, ראו Peter Birks, *The Concept of Civil Wrong*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 31, 37 (David G. Owen ed., 1995).

81 איני טוען כי אין קיימים כללי תחרות הוגנת, וכי כל שחקן בשוק רשאי לעשות כטוב בעיניו. טענתי היא כי אין קיימת חובה כללית לנהוג בזהירות סבירה בענייניו של שחקן אחר בשוק, גם כאשר הנזק שעלול להיגרם לאותו שחקן הוא רב (הן כלכלית והן נפשית עקב איבוד פרנסתו).

82 לפי סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין, העוולה מתגבשת כאשר "מי שביודעין ובלתי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי". הפסיקה הישראלית אמנם טשטשה עד מאוד את ההבדל בין גרימה מכוונת וביודעין של הפרת חוזה לבין גרימה רשלנית שלה, אולם הבדל זה נותר חשוב במשפט המקובל מחוץ לישראל. למצב באנגליה ראו למשל [2008] OBG Ltd v. Allan, 1 A.C. 1 (H.L.) (חבות בגין גרם הפרת חוזה מותנית בשלושה: ידיעה על קיום החוזה; כוונה להביא להפרתו; הגרימה (או השידול) אינה ראויה (למשל מקרה הונאה)).

פוליטי וליצירה האמנותית.⁸³ המשמעות המעשית היא כי לא תיתכן חובה כללית, החלה תמיד, לנהוג בסבירות ככל שהיא מצויה במתח עם חופש הביטוי הפוליטי והאמנותי. רעיון דומה מצוי בספרת יישוב הסכסוכים בשיטה אדוורסרית, שבמסגרתה – וכעניין אינהרנטי לה⁸⁴ – עורך הדין איננו חב, למעט במקרים מיוחדים, חובת זהירות כלפי הצד שכנגד.⁸⁵ כך גם ספרת הפעילות החברתית שלנו, בעיקר עולם המשחק (למשל כדורגל), אינה נשלטת על ידי חובה משפטית כללית שלא להתרשל – בלמה של הקבוצה היריבה אינו מחויב להימנע מלתקל אותי אף על פי שבנסיבות המקרה התיקול אינו סביר באשר הוא יוצר סיכון ניכר לפגיעת גוף. היעדרה של חובת זהירות כללית אינו מאפיין רק ספרות פעילות מיוחדות (וחשובות) בחיינו אלא מורגש גם מחוץ להן. החירות ההופלדיאנית קיימת בקשת רחבה של אינטראקציות יום-יומיות, כמו למשל מקרה הבדיחה הגסה או הגזענית שאזכרה לעיל, עישון סיגריות⁸⁶ או במצב שבו אדם יכול למנוע נזקו של הזולת בנקל, אך חירותו (כולל חירותו לנהוג באופן לא סביר על ידי אי-אזהרת עובר אורח מפני קיומו של בור סמוך או מפני נפילתו ארצה של ארנק) שוללת את קיומה של חובת אזהרה כאמור. לסיכום, הטענה שהמשפט מכיר, להלכה או למעשה, בחובת זהירות כללית אינה יכולה להתיישב עם העובדה שאין עיגון משפטי פוזיטיבי בחקיקה, בפסיקה או בעקרונות היסוד של השיטה של חובה בעניינים כגון אלה שהובאו. יתרה מכך, היא אינה יכולה להתיישב עם הבחירה המודעת של המשפט

83 בפסק הדין המפורסם ביותר בעניין היחס שבין דיני הנוזיקין לבין חופש הביטוי נקבע כי "a finding of negligence in failing to discover the misstatements" of negligence in failing to discover the misstatements" שכן בחברה המחויבת לחופש הביטוי, חובת הזהירות של עיתון כלפי איש ציבור אוסרת על פרסום כוזב רק כאשר הוא נעשה מתוך "actual malice". ראו New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 288 (1964). המחויבות לחופש הביטוי על חשבון חובות התנהגות מדיני הנוזיקין קיבלה ביטוי קיצוני עוד יותר בתקופה האחרונה עת ביטל בית המשפט העליון האמריקאי את החבות הנוזיקית שהוטלה על מי שהפר חובה שלא לגרום נזק נפשי במכוון מכיוון שההתנהגות הפוגענית (משמרת מחאה רועשת אנטי-הומוסבית המשתמשת בביטויים בוטים נגד חללים אמריקאים בזמן הלווייתם) חוסה תחת הגנת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. ראו Snyder v. Phelps, 131 S.Ct. 1207 (2011).

84 על הקשר האינטימי בין מבנה ההתדיינות האדברסרית לבין היעדר חובה כללית של עורך הדין כלפי הצד שכנגד, ראו DANIEL MARKOVITS, A MODERN LEGAL ETHICS: ADVERSARY ADVOCACY IN A DEMOCRATIC AGE 25–102 (2008).

85 כאמור, הפסיקה הישראלית הכירה בחריגים להיעדר החובה, בעיקר באשר להתנהלות עורך דין בעניין צד שאינו מיוצג כשעורך הדין לוקח על עצמו לדאוג לאינטרסיו של הצד הלא מיוצג. ראו להלן ה"ש 277–249 והטקסט הצמוד להן. יוער כי חריג מרכזי זה נפוץ, אם בכלל, במסגרת קיום עסקאות מסחריות ופחות בספרת הפעילות של יישוב סכסוכים באמצעות ליטיגציה בבית משפט.

86 אף כי קיימת חובה האוסרת על בעלי עסקים סגורים לאפשר עישון בתחומיהם, אין חובה משפטית כללית לא לעשן גם כאשר המעשן נמצא בסמוך לאחרים (נניח, ברציף תחנת תל-אביב מרכז סבידור) ואף אם הוא מתבקש לעשות כן על ידי מי שסובל מכך.

להעדיף, במקרים רבים וחשובים, חירות על פני הכרה בחובות כאלה, כמו למשל בדוגמה של השוק הכלכלי או שוק הרעיונות.⁸⁷

מקור מוסרי לחובה כללית. הפסקה הקודמת ביקשה להעלות ספק בשאלת קיומה של חובת זהירות משפטית כללית. אך למעשה הדוגמאות שהובאו לעיל אינן משקפות עמדה ייחודית של המשפט. עמדה זו חופפת בצורה לא רעה את תפיסת המוסר הדאונטולוגי,⁸⁸ ולכן יש בכוחה להראות כי אותו ספק חל גם באשר לתפיסת החובה הכללית שלא להתרשל כחובה מוסרית, חוץ-משפטית. המפתח להבנת החפיפה בין המשפט לבין תפיסת המוסר הדאונטולוגי בנוגע לשלילתה של חובה כללית שלא להתרשל נעוץ בשתי הבחנות בסיסיות בהגות המוסרית-דאונטולוגית: הראשונה מתייחסת לטיב ההתנהגות גורמת-הנזק, ואילו השנייה לטיב הנזק. ההבחנה הראשונה היא בין *doing harm* לבין *allowing harm*, כלומר ההבחנה היא בין מי שפועל לפגוע באחר לבין זה המאפשר התרחשותו של נזק לאחר (בין שנכשל במאמץ למנוע הנזק ובין שנמנע ממאמץ כאמור אף על פי שביכולתו למנוע זאת).⁸⁹ נפקותה היא כי לא כל פעולה (או הימנעות מפעולה) אשר מסכנת את הזולת מחייבת את הפועל (*agent*) המוסרי לנקוט פעולת מנע, מסקנה

87 ראוי לפסול על אתר שתי טענות נגד שעשויות לעלות כנגד הצגת הדברים בטקסט המרכזי. ראשית, אפשר לטעון כי הצגת ספרות הפעילות שבהן אין לכאורה חובה כללית אינה עומדת בסתירה לרעיון החובה הכללית בדיני הרשלנות. זאת משום שאפשר לומר כי קיימת חובה כללית, אך אין קיימת חבות בגין הפרתה, שכן חובת הזהירות היוחסית (החובה-כפטור) מסננת את אותה הפרה. לדוגמה, מצב שבו סוחר פועל באגרסיביות לדחיקת יריבו מן השוק (על ידי שידול לקוחותיו תוך שימוש בחצאי אמתות) יכול להיחשב הפרת החובה הכללית. לצד זאת, אפשר להוסיף, הטעמים בעד קיומה של תחרות חופשית תומכים בפטירת הראשון מחבות נזיקית כלפי השני. שנית, אפשר לטעון כי כל המקרים שהובאו לעיל – או כל מקרה אפשרי אחר – אינם מקרים של הפרת החובה הכללית, שכן כולם מאופיינים בהתנהגות סבירה לחלוטין. סבורני כי שתי טענות הנגד אינן משכנעות. הראשונה אינה אלא פורמליזם ריק – אפשר גם לומר כי קיימת חובה משפטית כללית להעביר כספים למטרות ראויות, אך שבפועל חובה זו נאכפת רק כלפי רשות המסים. השנייה סובלת מהנחת המבוקש הן בהגדרת מושג הסבירות והן בהגדרת הנזק שמפניו מגנה החובה הכללית.

88 מובן שאין "תפיסת מוסר דאונטולוגית" אחת ויחידה, אך לצורך הטיעון הנוכחי די יהיה בהצגה פשטנית זו. הצגה זו אפשרית משום שלמרות קיומן של תאוריות דאונטולוגיות רבות ושונות זו מזו, כולן אוחות במשותף ברעיון הדאונטולוגי הבסיסי: "The value of humanity [is] the foundation of all value" CHRISTINE M. KORSGAARD, THE SOURCES OF NORMATIVITY 145 (1996). במקום אחר מגדירה קורסגארד אנושיות כיכולת להציב מטרות באמצעות בחירה רציונלית. CHRISTINE M. KORSGAARD, CREATING THE KINGDOM OF ENDS 137 (1996).

89 לדיון בהבחנה ולחשיבותה לפילוסופיה של המוסר ראו: Samuel Scheffler, *Doing and Allowing*, 114 ETHICS 215 (2004).

שאינה מתיישבת עם קיומה של חובת זהירות מוסרית כללית.⁹⁰ טעם מרכזי להבחנה הוא הערך העצמאי של חירות הפועל והפגיעה הלא מוצדקת בה עם הטלתה של חובה מוסרית או משפטית לנקוט אמצעי זהירות כשהפועל לא היה שותף ליצירת הסיכון המקורי, אף שביכולתו למנוע את התממשותו.⁹¹ ההבחנה השנייה מדגישה נדבך חשוב נוסף לתפיסה הדאונטולוגית בדבר שלילתה של חובת זהירות מוסרית כללית. הבסיס לה הוא שהכרה באחריותו האישית של כל אדם למהלך חייו מחייבת הבחנה בין מקרי פגיעה באחר (*injury*), שבהם חלה חובה להימנע מגרימתם, לבין מקרי פגיעה בתחרות (*competition harm*), שבהם אין חלה חובה כללית כזו, אף שפציעות אלה אינן חמורות פחות מן הקודמות.⁹² הכוונה כאן היא לא רק לתחרות בשוק הכלכלי, בשוק הרעיונות, במשחקי חברה כמו כדורגל או בספרה הרומנטית, אם כי גם לאלה,⁹³ הכוונה, בצורה יותר כללית, לכל התנהגות המסכה – בכוונה או שלא בכוונה – נזק לאחר על ידי השגת דבר שגם האחר מעוניין בו.⁹⁴ שתי ההבחנות האמורות תומכות בתפיסה המשפטית שהוצגה לעיל בדבר שלילתה של חובת זהירות כללית בהקשרים שונים ורבים של חיינו. הן מראות שתפיסה זו אינה תוצאה של אילוצים או טעמים לבר-מוסריים, והיא אף עולה בקנה אחד עם השקפה מוסרית דאונטולוגית המעמידה במרכזה את החירות והשוויון של האדם הפועל.

מקור תוצאתני לחובה כללית. גם פנייה לתפיסת המוסר המתחרה בדאונטולוגיה – התוצאתנות – לא תושיע. חובת זהירות חוץ-משפטית המשרתת את השאת הרווחה המצרפית – או טוב מצרפי אחר – אינה חלה על כל אדם ואינה דורשת שלא להתרשל

90 הבחנה זו קרובה במידת מה להבחנה הנויקית המסורתית במשפט המקובל בין מחדל רשלני (*mis-feasance*), שבגיניו יכולה לקום חובת זהירות, לבין מחדל טהור (*non-feasance*), שבגיניו אין קמה חובת זהירות למעט חריגים של יחסים מיוחדים.

91 אין בכך משום טענה גורפת כי חובה מוסרית אקטיבית לפעול למען הזולת אינה יכולה להיות מוצדקת בנסיבות מסוימות, או כי אין זה ראוי, מחוץ לעולמה של החובה, לסייע לאנשים במצוקה או למנוע את מצוקתם מבעוד מועד. הטענה היא שחובה מוסרית כאמור אינה כללית או גורפת בחלוטה. לטעון מוסרי התומך בחובת הצלה במקרים קלים בלבד ראו Ernest J. Weinrib, *The Case for a Duty to Rescue*, 90 YALE L.J. 247 (1980); T. M. SCANLON, *WHAT WE OWE TO EACH OTHER* 225 (1998).

92 RONALD DWORKIN, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* 288 (2011) ("It is part of our personal responsibility – it is what makes our separate responsibilities personal – that we accept the inevitability and permissibility of competition harm").

93 ראו והשוו שם, בעמ' 286–291.

94 המשפט המקובל אף הולך צעד אחד רחוק יותר כאשר הוא מפקיע את תחולתה של חובת הזהירות ממסיג הגבול, שהופך לאחר כמה שנות החזקה במקרקעין לבעל זכות מכוח דוקטרינת ה-*adverse possession*. גם זהו מקרה של מעין תחרות (על זכויות ברכוש) אלא שכאן הנוק שמסב מסיג הגבול לבעלים אינו בהשגת דבר שהבעלים מעוניין להשיגו, אלא בהשגת דבר השייך זה מכבר לבעלים (קרי המקרקעין).

"תמיד". קיומה של חובה לא להתרשל אינו מוצדק אפריורית, אלא רק כאשר – ואם בכלל – הטלתה של חובת זהירות במקרה מסוים או בקבוצה של מקרים מסוימים תפיק יותר תועלת מנזק לרווחה החברתית, או לכל טוב חברתי אחר שברצוננו להשיא. זאת אפשר לראות בהתמקדות בפיתוח מסוים של המוסר התוצאתני, כפי שהוא מוכר לעולם המשפט מגישת הניתוח הכלכלי של המשפט. לפי גישה זו, עצם הטלת חובה שלא להתרשל יוצרת עלות חברתית (של נקיטת אמצעי זהירות). לפיכך יש מקום להטילה אך ורק אם התועלת שתצמח לחברה מהטלתה עולה על העלות האמורה. מאחר שכל אירוע נזיקי נגרם מאינטראקציה של לפחות שני פועלים, בהכרח צריכה לעלות השאלה על מי מהם רצוי להטיל את החובה.⁹⁵ התשובה כמובן משתנה ממקרה למקרה, בין היתר לפי האופן שבו כל גורם נושא בעלויות נקיטת אמצעי זהירות והתועלת המופקת מאמצעים אלה (במונחי מניעת תאונות). עקרון "מונע הנזק הזול ביותר" הוא ביטוי מפורסם לכך.⁹⁶ עיקרון זה לא רק שאינו מחייב הטלתה של חובת זהירות כללית, אלא בדיוק להפך – מחייב זהירות בהטלתה, כלומר הטלתה מוצדקת רק אם כדאי למנוע את הנזק הצפוי, ורק אם אין גורם אחר שיכול למנוע את הנזק בהשקעה כלכלית נמוכה יותר. לדוגמה, שאלה פתוחה היא, מנקודת מבט כלכלית, אם קיימת, ועל מי קיימת, חובה לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע פגיעה בזכויות יוצרים של יוצר שספרו שוכפל ונמכר כמקראות לסטודנטים (השכפול והיצירה נעשו על ידי תא סטודנטים הפועל בקמפוס).⁹⁷ באופן עקרוני, אפשר לסמן את תא הסטודנטים, את האוניברסיטה, את מרצה הקורס (שבו נלמדו המקראות) ואת המוציא לאור כמועמדים פוטנציאליים לתואר "מונע הנזק הזול ביותר". ייתכן שהעלויות של מניעת הפרתן של זכויות היוצרים גבוהות במיוחד כאשר הן מוטלות על האוניברסיטה (כפי שאכן נקבע בפסק הדין); ייתכן שהטלת האחריות על ההוצאה לאור היא הדרך היעילה ביותר לטפל בבעיית הפרת זכויות יוצרים (משום שלמוציאים לאור יש לובי חזק היכול להשפיע על המחוקק לסבסד מקראות "חוקיות", או משום שהדבר יתמרץ אותם לחפש אחר טכנולוגיות שימנעו הפרת זכויות יוצרים); ייתכן שמרצה הקורס יכול למנוע את הצורך בהפרת זכויות היוצרים אם יעמיד לרשות

95 ראו Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & ECON. 1, 1–2 (1960)

96 העיקרון הופיע בניסוח אחר (ובמשמעות שונה) בספרו המהפכני של קלברוי: GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 135 (1970) ("[...] an arbitrary initial bearer of accident costs would (in the absence of transaction and information costs) find it most worthwhile to 'bribe' in order to obtain that modification of behavior which could lessen accident costs (most"). העיקרון קיבל את ניסוחו הסופי והמדויק במאמר Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L.J. 1055, 1060 (1972).

97 הדוגמה מושתתת על העובדות (אך לא על הדוקטרינות המשפטיות מעולם זכויות היוצרים) שבע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ (פורסם בנבו, 20.6.2011). הקשר בין דיני זכויות היוצרים לבין דיני הנויקין, כפי שגם התברר בפסק דין זה, הדוק משנהוג לחשוב. להרחבה בנושא ראו: Avihay Dorfman & Assaf Jacob, *Copyright as Tort*, 12 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 59 (2011).

הסטודנטים מספיק עותקים מן הספר או יגביל את הקריאה בספר לעמודים מסוימים שחלקם התפרסמו בכתבי עת נגישים; אולי תא הסטודנטים הוא המועמד הראוי (אם כי אפשר לטעון לעלויות מידע ובירור גבוהות בנוגע לשאלה אם שכפול חלקים מתוך ספר שלא למטרות רווח מהווה הפרת זכויות יוצרים).⁹⁸ הספקולציות שהועלו כאן לא נועדו להראות על מי ראוי להטיל חובה לנקוט אמצעי זהירות, אלא ללמד כי חובת זהירות כאמור אינה קיימת אפריורית. היא אינה לובשת צורה כללית – כזו ש"לעולם קיימת".⁹⁹ קיומה הוא מסקנה של הליך סלקטיבי של מציאת הגורם שעליו כדאי, מנקודת מבט כלכלית, להטיל את נטל נקיטת אמצעי הזהירות.¹⁰⁰

המסקנה המתבקשת מהחיפוש אחר מקורות נורמטיביים אפשריים לחובה כללית היא כי נטל ביסוס התזה בדבר קיומה של חובה כללית הוא כבד במיוחד: קשה לראות מה הבסיס הנורמטיבי של חובה כזו, הן מתוך המשפט והן מחוצה לו, בעולם המוסר הדאונטולוגי או התוצאתני. אך בהיעדר חובה כללית, ולמצער בהיעדר טיעון משפטי מוסרי או כלכלי המגלה ראשית ראייה לחובה זו, עולה בשיא חריפותה התמיהה הזאת: כיצד אפשר לתמוך במגמה החדשה אם במרכזה עומדת ההנחה המוקדמת בדבר קיומה של חובה כללית, אך מתברר כי הנחה זו היא בעייתית ביותר או חמור מזה: פשוט איננה מתקיימת. דומה כי מי שטוען בזכות המגמה החדשה מחויב לתנאי ההצלחה והכישלון של כל מרכיבי טיעונו – ובמקרה דנן עולה החשד לכשל במרכיב מרכזי בטיעון, מסקנה המחייבת נסיגה מהטיעון.

2. ההסבר הרדוקטיבי למגמה החדשה¹⁰¹

ההסבר השני והאחרון שייבחן ברשימה זו הוא גם העומד, כך נראה, ברקע אימוצה של המגמה החדשה. בית המשפט, על פי הסבר זה, נוקט עמדה רדוקטיבית כלפי מושג החובה, ואפשר לשער כי עמדה זו מושפעת משילוב של וריאציה מסוימת ובעלת השפעה

98 אני מניח, לצורכי המחשה בלבד, מצב אפשרי שבו חברי תא הסטודנטים סוברים בכנות ובתום לב כי אין במעשיהם עבירה על החוק.

99 גלעד "על 'הנחות עבודה'", לעיל ה"ש 32, בעמ' 324.

100 למסקנה דומה ראו Jules L. Coleman, *The Structure of Tort Law*, 97 YALE L.J. 1233, 1241–1242 (1988).

101 הסבר רדוקטיבי הוא כזה המסרב להכיר באפשרות כי למושגים שבדיני הנוזיקין (למשל חובה, סיבתיות וכו') יש משמעות ותוכן הכרחיים שאינם נובעים ישירות מהמטרות שדיני הנוזיקין אמורים לשרת. הרדוקציה היא מעשה של שיטוח מושג או רעיון כדי להכפיפו להיגיון פונקציונלי מסוים. ההשלכה המרכזית שיש לגישה כזו היא שהמושג הרלוונטי (למשל חובה) אינו עומד לעצמו – הוא לא יותר מחלון ראווה לרעיונות ולתפיסות אחרים. לדוגמה, ריצ'רד פוזנר סובר בהקשר של מושג הסיבתיות בדיני נזיקין כי "[...] causal concepts play only an incidental role in the economic analysis of torts" RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 191 (7th ed. ראו (2007) (להלן: POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS*)).

גדולה של רֵאליזם משפטי עם גישת הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין.¹⁰² עם זאת טמון בו פרדוקס: העמדה הרדוקטיבית מצליחה להסביר את אימוצה של המגמה החדשה משום שאין היא מכירה במושג החובה בעוולת הרשלנות. ההסבר המוצלח נעוץ בהיעדר החשיבות התאורטית והמעשית של החובה-כחובה, בין שהיא יוחסית ובין שהיא כללית, ולכן הקושי במציאת מקור (משפטי, מוסרי או כלכלי) לקיומה של חובה כללית אינו יכול למנוע את אימוץ המגמה החדשה.

אתחיל בתאור הגישה הרדוקטיבית לחובת הזהירות על פי כל אחד ממקורותיה – התפיסה הראליסטית תחילה והכלכלית אחריה. הצגת הדברים לא נועדה אלא להצביע על מקורות אינטלקטואליים אפשריים למגמה החדשה מבלי לפרוס יריעה מקיפה של מקורות אלה, משימה הדורשת מאמר נפרד. ובכן, על פי התפיסה הראליסטית שאליה אני מכוון, חובת הזהירות נטולת כל תוכן הכרחי, ובמילותיו של פרוסר: “Duty is only a word with which we state our conclusion that there is or is not to be liability; it necessarily begs the essential question.”¹⁰³ הכוונה היא לחובה היוחסית שממנה הסתייג פרוסר (כמו רבים אחרים) נחרצות בטענה כי היא עמומה ולכן חסרת ערך מעשי בהתוויית שיקול הדעת של בית המשפט ובהשגת המטרות שבבסיס דיני הנזיקין – יהיו

102 ראליוזם משפטי מורכב מזרמים שונים. כוונתי היא לווריאציה מסוימת שלו – זו שמאפיינת את כתיבתו של אחד מגדולי הנזיקיסטים של המאה הקודמת, ויליאם פרוסר (Prosser). פרוסר, שהושפע במידה לא מבוטלת מהולמס, מזוהה עם אחד מן המשפטים המפורסמים ביותר בדיני הנזיקין האמריקאיים בקבעו כי: “‘duty’ is not sacrosanct in itself, but is only an expression of the sum total of those considerations of policy which lead the law to say that the plaintiff is entitled to protection”. W. PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON TORTS, § 53, Oliver at 358 (5th ed. 1984). לעמדתו הכללית של הולמס בעניין מושג החובה המשפטית ראו Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897). קשה להגזים בהשפעתו של פרוסר (והולמס ברקע) על גיבוש העמדה הרדוקטיבית כלפי מושג החובה כפי שהיא מוכרת בכתיבה האמריקאית. ראליוזם של פרוסר אינו מנותק מן הגישה הכלכלית למשפט, שכן פרוסר החזיק בדעה שעל דיני הנזיקין לשרת, במילותיו של ג'רמי בנתהם “The greatest happiness of the greatest number” ראו WILLIAM L. PROSSER, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS § 3, at 15 (4th ed. 1971).

103 William L. Prosser, *Palsgraf Revisited*, 52 MICH. L. REV. 1, 15 (1953) (להלן: Prosser, *Palsgraf Revisited*). עוד ראו KEETON, לעיל ה"ש 102 בעמ' 359, פרק 53, חלק 53. פרוסר כמובן לא היה הראשון להעלות טענה זו. לטיעונים מפורסמים ברוח זו ראו למשל W.W. Buckland, *The Duty to Take Care*, 51 L.Q. REV. 637 (1935); Percy H. Winfield, *Duty in Tortious Negligence*, 34 COLUM. L. REV. 41, 48–51, 65–66 (1934) (חובת זהירות בדיני הרשלנות היא פרי מקריות היסטורית). לתזה הפוכה (שלפיה למושג החובה בדיני הנזיקין יש בסיס היסטורי כמו גם נורמטיבי מוצק) ראו ALAN CALNAN, *DUTY AND INTEGRITY IN TORT LAW* (2009).

אשר יהיו.¹⁰⁴ "חובה", לשיטתו של פרוסר, היא לא אחרת משימוש מלאכותי, ולכן מטעה, במונח "חובה" לצורך הכפפת פתרון הסכסוך בין מזיק לניזוק לשיקולי מדיניות כלל-חברתיים.

במהותה תפיסה זו מייחדת לחובה היוחסתית תפקיד של מתן פטור למזיק רשלן בשל טעמי מדיניות טובים, שהקשר בינם לבין מושג החובה רופף עד מאוד. במילים אחרות, החובה היוחסתית היא לכל היותר כלי קיבול לשקילת שיקולים בעד ונגד הטלת חבות על מי שגרם נזק בהתנהלות בלתי סבירה. וזו בדיוק העמדה המייצגת את המגמה החדשה בפסיקת בית המשפט העליון. או כך, אני אטען להלן, אפשר להסבירה.¹⁰⁵ הניתוח הכלכלי מקבל, בשינויים מסוימים שאינם הכרחיים לענייננו, את התפיסה הראליסטית של חובת הזהירות מביית היוצר ההולמסיאני-פרוסריאני.¹⁰⁶ כמו פרוסר, הניתוח הכלכלי מציע בחינה פונקציונלית של עוולת הרשלנות אשר איננה מותירה מקום לחובת הזהירות (היוחסתית) כקטגוריה מובחנת.¹⁰⁷ בחינת ההתרשלות באמצעות נוסחת הנד ומבחן הקשר הסיבתי המשפטי מספיקים לצורך הגשמת מטרתה של עוולת הרשלנות – הקצאה אופטימלית של משאבים במחסור באמצעות הרתעה יעילה של

104 אכן, פרוסר ממקד את חיצו ביקורתו בחובה היוחסתית ואף מצייין כי חובה יוחסתית כלל אינה מוכרת בקונטיננט. ראו Prosser, *Palsgraf Revisited*, לעיל ה"ש 103, בעמ' 12 "[t]he concept [of] (relational duty) as such is unknown to the continental law [...]"

105 העמדה הראליסטית אינה, חשוב להבהיר, נחלת מולדתה, ארצות הברית. עמדה ראליסטית דומה בוטאה על ידי אחד מחשובי החוקרים דיני הנויקין בבריטניה כיום. ראו Tony Weir, *Suicide in Custody*, 57 CAMBRIDGE L.J. 241, 242-243 (1998) ("The function of duty concept at common law is to conduce to an apparent rationalization of a decision, reached on other grounds, that a defendant must – or need not – pay for harm suffered by the plaintiff"); Tony Weir, *The Staggering March of Negligence*, in THE LAW OF OBLIGATIONS: ESSAYS IN CELEBRATION OF JOHN FLEMING 97, 99 (Peter Cane & Jane Stapleton eds., 1998)

106 ראו למשל Edwards v. Honeywell, Inc., 50 F.3d 484, 487 (7th Cir. 1995) (Posner, C.J.) (wondering "[w]hy duty should be an issue in a negligence case is not altogether clear, ("Nowadays one tends to think of negligence, even when one 488 'בעמ' ; however [...]") is a lawyer or judge thinking about the legal rather than the lay term, as a synonym for carelessness. But originally negligence signified carelessness only in the performance of a duty, whether a duty arising from an undertaking (for example that of a surgeon) or a duty imposed by law, such as an innkeeper's duty to look after his guests' goods") Keith N. Hylton, *Duty in Tort Law: An Economic Approach*, 75 FORDHAM L. REV. 1501, 1504 (2006) (noting that "The traditional economic approach, largely due to Posner, has hardly mentioned duty doctrine, save for the case of rescue")

107 JULES L. COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST ראו APPROACH TO LEGAL THEORY 35 (2001) (החובה אינה "עושה את העבודה" בגישת הניתוח הכלכלי של דיני הנויקין) (להלן: COLMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE).

יוצרי-סיכון פוטנציאליים. לכל היותר, אם בחינת ההתרשלות וריחוק הנזק אינם מספיקים, אפשר לייבא לתוך עוולת הרשלנות את החובה-כפסור, אותה מסנתת¹⁰⁸ העוזרת בניפויים של מקרים שבהם למרות קיומם של התרשלות, קשר סיבתי ונזק, ראוי בכל זאת לפטור את המזיק מחבות בנזיקין.¹⁰⁹ כפי שעולה מהניתוח האנליטי המוצע בפרק הקודם, המשגת החובה כהגנה אינה אומרת כי אין חובה לנהוג זהירות, אלא שחובה זו היא חובה כללית; כך מוכרחים להיות הדברים, שכן הדגשת שאלת ההתרשלות כשאלה כללית הקודמת ל"סינון" המתבצע באמצעות חובת הזהירות היוחסתית מניחה קיומה של חובה כללית. זאת ועוד, מכיוון שבחינת ההתרשלות (הפרת החובה הכללית) נעשית מנקודת מבט כלכלית, אפשר אף להוסיף שהחובה הכללית המדוברת היא החובה (הכללית) לנהוג ביעילות (כדי לקדם את הרווחה המצרפית).

עם זאת חובה כללית לנהוג ביעילות אינה, בסופו של דבר, חובת זהירות אלא רק מתחזה לכזו.¹¹⁰ היא אינה מחייבת נקיטת אמצעי זהירות אלא רק מבטאת את המחיר שיידרש מזיק לשלם – בצורת פיצוי לניזוק – עקב בחירתו שלא לנקוט אמצעי זהירות המשרתים את תחשיב הרווחה המצרפית.¹¹¹ חובת הזהירות, במילותיו של פרופ' פורת ובטרמינולוגיה השאובה ממאמרם החשוב של קלברזי ומלמד, היא כלל חבות דה פקטו.¹¹² ככזו היא מאבדת את הסטטוס שלה כחובה, שכן היא איננה נותנת טעמים המחייבים לנקוט אמצעי זהירות כלפי הזולת; נהפוך הוא, היא מותירה בידי יוצר-הסיכון את שיקול הדעת הבלעדי לקבוע כיצד לנהוג בזולת – בזהירות או שלא בזהירות.¹¹³

108 ראו פורת "דיני הנזיקין", לעיל ה"ש 42, בעמ' 386; גלעד "על הנחות עבודה", לעיל ה"ש 32, בעמ' 320. כך גם השופט (כתוארו אז) ריבלין מעיר, באמרת אגב, כי "ניתן לסבור כי שאלת הצפיות מקומה הגיאוגרפי הנכון הוא במסגרת יסודות ההתרשלות והקשר הסיבתי, ואילו חובת הזהירות מתייחדת לאותם שיקולי מדיניות התוחמים את האחריות בנזיקין". ע"א 10083/04 גודר נ' המועצה האזורית מודיעים, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 15.9.2005).

109 אין הכרח כמובן שאותם שיקולים יהיו כלכליים גרידא.

110 בנקודה זו עולה השאלה (הרובצת לפתחה של הגישה הכלכלית) בדבר ההסבר לצורך להתחזות. במילים אחרות, מדוע קיים פער בין המושגים המשפטיים (כגון חובה) והמשמעות ה"אמתית" שלהם. להסבר אפשרי ראו Jody S. Kraus, *Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis*, 93 VA. L. REV. 287 (2007).

111 אמת המידה לקביעת אמצעי הזהירות המשרתים את תחשיב הרווחה המצרפית היא מבחן העלות-תועלת של נוסחת הנד. ראו לעיל ה"ש 47.

112 ראו Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189, 199–200 (2009).

113 השו"ל- Jules L. Coleman & Jody S. Kraus, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 YALE L.J. 1335 (1986), המותחים ביקורת דומה על כלל החבות באשר למושג הזכות (של הנזוק הפוטנציאלי).

על רקע הקדמה קצרה זו אפשר לבחון כיצד הגישה הרדוקטיבית עשויה לשפוך אור על ראיות אימוצה של המגמה החדשה בפסיקה הישראלית, קרי הכרה בחובת זהירות כללית לצד השימוש בחובת הזהירות המסורתית בתפקיד הגנה מסוג פטור. כזכור, השאלה שבה עוסק שלב זה של הרשימה היא השאלה הנורמטיבית מדוע ראוי לעבור מחובה יחסתית לחובה כללית (וכפועל יוצא מכך להמיר את החובה היחסתית לחובה כהגנה). כפי שהראיתי, שיקולי מוסר וקשיי לגיטימציה אינם מסוגלים לספק הסבר משכנע. לעומת זאת הגישה הרדוקטיבית למושג החובה נראית מבטיחה יותר, אם כי הצלחתה נשענת על איון חשיבות המושג לתאוריה ולפרקטיקה של דיני הרשלנות. הגישה הרדוקטיבית מאפשרת לנו לראות כי החידוש המרכזי של המגמה החדשה הוא בתיאור כלכלי או פונקציונלי מדויק יותר של המציאות המשפטית. זהו, במילים אחרות, חידוש בהצגת הדברים בלבד. חובת הזהירות היחסתית, וליתר דיוק היעדרה, הייתה ונותרה טענת הגנה מסוג פטור. מכיוון שכך, החובה שלאורה נקבעת ההתרשלות הייתה ונותרה חובה כללית. המגמה החדשה חושפת עובדה זאת ובכך מעמידה את הדברים על דיוקם. במובן זה היא עולה על הגישה המסורתית מכיוון שהאחרונה, כך מסתבר, שוגה בניתוח הפונקציונלי של חובת הזהירות היחסתית ככל שהיא מייחסת לה משמעות של טעם מחייב לנקוט, לכתחילה, מידה סבירה של אמצעי זהירות כלפי נקלע-סיון מסוים, בהקשרים יחסתיים מסוימים. השאלה הנורמטיבית שעניינה בחינת חשיבות המעבר מחובה יחסתית לכללית מקבלת תפנית מפתיעה כשההתמודדות עמה נעשית בדרך של משיכת השטיח מתחת לרגלי השואל. במובן העמוק של הדברים, אין כל חדש במגמה החדשה, ודאי שלא באופן המיוחס כאן למצדדי מגמה זו.¹¹⁴ כך לפחות מצדדי המגמה החדשה יכולים לטעון.

ובכל זאת, גם אם אניח לרגע כי חידושה של המגמה החדשה מוגבל לחשיפת האמת הפונקציונלית בדבר מקומה של החובה היחסתית בדיני הרשלנות הנוהגים, אפשר להוסיף ולשאול אם ראוי להציב את החובה הכללית בראש עולת הרשלנות, ואילו את החובה היחסתית להעמיד כטענת הגנה (כאשר החלופה המתחרה היא להעמיד את החובה היחסתית בראש העולה). ניתוח פונקציונלי, אשר בוחן את האפקטיביות של כל אחת משתי החלופות האפשריות, צריך להיוותר אדיש לשאלה זו.¹¹⁵ בין שבראש יסודות העולה תימצא חובה כללית, ועמה חובה יחסתית כהגנה, ובין שזו תהיה החובה

114 מובן כי נדרשת בחינה ביקורתית של הבחנה זו (כפי שאכן אציע בהמשך). לפי שעה, מטרתי היא להציג באור החזק ביותר את ההשלכות הנובעות מאימוץ הגישה הראליסטית-כלכלית כלפי חובת הזהירות. האם השלכות אלה אכן מתיישבות עם תפיסה נכונה וראויה של חובת הזהירות? זו שאלה נפרדת (ובה אגע, כאמור, להלן).

115 איני טוען כי אין קיימות חלופות אחרות (ובפרט חובה כללית ללא חובה כהגנה). טענתי עוסקת במישור הנורמטיבי של ההשוואה בין שתי אפשרויות: חובה כללית ולצדה חובה יחסתית כהגנה מחד וחובה יחסתית מאידך.

היוחסתית, אין סיבה עקרונית להניח כי הניתוח המשפטי הפונקציונלי יגיע לכדי תוצאות שונות. לפי האפשרות הראשונה אפשר להניח קיומה של חובה כללית ובכך להפוך את שאלת ההתרשלות ליסוד המרכזי של העוולה, שכן החובה תמיד קיימת, ובהמשך – בשלב הטיעונים להגנת פטור – ליהנות מצמצום החבות בשל הפרת החובה הכללית באמצעות המסננת של החובה היוחסתית. לפי האפשרות השנייה אפשר לבצע את אותו סינון בשלב המקדמי, שלב החובה-כחובה, וכך לצמצם מראש את קשת המקרים שבהם תוטל חבות נזיקית בגין התנהגות הנתפסת כהתרשלות, קרי הפרת החובה היוחסתית. מאחר שההמשגה הראליסטית-כלכלית של חובת הזהירות בדיני הרשלנות היא פונקציונלית, אמת המידה היחידה לבחינת שני התרחישים הללו היא השפעתם על "השורה התחתונה", קרי שאלת החבות הנזיקית, ושאלה זו כאמור אינה צריכה להיות מושפעת מהצורה שלובשת החובה היוחסתית: חובה-כחובה או חובה-כהגנה. מסקנה זו אכן מתיישבת עם הנחת המוצא הרדוקטיבית של הגישה הראליסטית-כלכלית והיא, כזכור, דחיית מושג החובה, שלילת מעמדו העצמאי והחלפתו בכלל חבות דה פקטו. כך עולה כי דווקא חוסר חשיבותה של החובה – חובה-כחובה – לעולות הרשלנות היא שמאפשרת למצדדי המגמה החדשה לרבוך בקיומה של "חובה כללית". וכך בבד חוסר חשיבות זה הוא גם המפתח לתשובת המצדדים לשאלה הנורמטיבית בדבר מיקומה הראוי של החובה היוחסתית.¹¹⁶

מובן שעשויות להיות השפעות פסיכולוגיות – הטיות קוגניטיביות מסוגים שונים – על היושב בדיון, פועל יוצא של סדר בחינת מרכיבי העוולה.¹¹⁷ למשל, ייתכן כי אפשר לחשוב כי הנחתה של חובה כללית בראש העוולה תיטע בשופט תחושה כי האחריות בנוזיקין רחבה, לפחות בתור ברירת מחדל. ולהפך, חובה יוחסתית (כחובה ולא כהגנה) עשויה להביא את השופט לידי שמרנות בהטלת החבות. אינני יודע להעריך את טיבן של

116 חשוב להבהיר כי המסקנה של הדיון בגישה הרדוקטיבית (בדבר חוסר החשיבות של החובה) שונה מהטענה שבה דנתי לעיל בפרק ב.1 והיא כי המגמה החדשה היא רוב מהומה על לא מאומה: הגישה הרדוקטיבית אינה מקבלת את התפיסה המסורתית של חובת הזהירות, ואילו טענת רוב-מהומה-על-לא-מאומה מקבלת תפיסה זו, אך משיקולי נוחות שיפוטית מזניחה את הדיון בחובת הזהירות מכיוון שעל פי רוב הוא אינו מעורר שאלות מעניינות. כזכור, הראיתי כי טענה אחרונה זו אינה פרשנות נכונה של המגמה החדשה משום שאי אפשר להסבירה באמצעות פנייה לשיקולי נוחות שיפוטית (אלא באמצעות תפיסה שונה – רדוקטיבית – למושג החובה).

117 טיעונים כאלה בדבר ההשפעות הפסיכולוגיות של אופן הבחינה המשפטית וסדרה על החלטות בית המשפט מוכרים למשל מהדיון על הצעת השופטת דורנר בפסק דין סבג להכיר כ"הנחת עבודה" שיוצר הסיכון (המזיק) אחראי לנזק, ובלבד שהסיכון היה ניתן לחיזוי. עניין סבג, לעיל ה"ש 34, פס' 7 לפסק דינה של השופטת דורנר ופסק דינו של השופט חשין; לבחינה ביקורתית ראו גלעד "על 'הנחות עבודה'", לעיל ה"ש 32.

השפעות אלה (אם כי קיימים טעמים לא רעים לדחותן),¹¹⁸ אך ראוי להשאיר סוגיה זאת למועד אחר. מטרתי כעת היא לבחון את ההשלכות הנורמטיביות של הגישה הראליסטית-כלכלית לחובת הזהירות; השפעות פסיכולוגיות כאלה ואחרות מעלות שאלות מסדר שני, או שלישי, בלבד, וככאלה אינן ראויות לשלב זה.

* * *

לאחר שטענתי כי תאוריה המצדיקה את המעבר למגמה החדשה בדבר קיומה של חובה כללית – משפטית או חוץ-משפטית – אינה משכנעת, הצבעתי על הגישה הרדוקטיבית כמי שעשויה להצליח במשימה. עם זאת הצלחתה גובה מחיר מתומכיה של המגמה החדשה בדמות זניחת חשיבותה של החובה-כחובה. טיבו של מחיר זה אבקש לברר בפרק הבא. בירור זה שומר על ריחוק ביקורתי מהניסיון הרדוקטיבי להגביל את ניתוח חובת הזהירות, היוחסית או הכללית, לשאלת החבות הנזיקית בלבד.

ה. חובת הזהירות? בחינה נורמטיבית של הגישה החדשה

1. זילות החובה

העמדה הרדוקטיבית שייחסת¹¹⁹ למאמצי הגישה החדשה גובה מחיר לא מבוטל. המחיר הוא זילות החובה. בכך יש משום איום על הלגיטימציה של סמכותו המוסרית של בית המשפט לעשות משפט בין אדם לחברו. כדי להבין טענה ביקורתית זו ראוי לעמוד על שני המרכיבים העיקריים שלה – המרכיב הדוקטרינרי והמרכיב התאורטי. ביקורתי אינה מושתתת על טהרת התאוריה אלא בונה את כוחה מתוך הדוקטרינה של דיני הנזיקין (בישראל ובמשפט המקובל, באופן נרחב יותר). במילים אחרות, המחיר אותו אבקש לחשוף אינו מנותק מהמשפט; נהפוך הוא, הוא מראה כי הגישה החדשה יוצרת פער לא מוסבר בין המשפט לבין ההתייחסות של תומכיה אל המשפט.

מדוע זילות החובה? ובכן, הגישה החדשה כפי שראינו משתמשת בשתי חובות, חובה כללית (חובה-כחובה) וחובה יוחסית (חובה-כהגנה). חלוקה של החובה

118 טעם אחד כזה מצוי בתרומתו המכרעת של הנשיא ברק להרחבת האחריות הנזיקית. גישתו הליברלית של הנשיא בכל שנות כהונתו השיפוטית בבית המשפט העליון לוותה באימוץ העמדה המסורתית בנוגע למהותה של חובת הזהירות. אימוץ זה כמובן עומד בסתירה להנחה כי לבחירה בין חובה כללית (לצד חובה-יוחסית-כהגנה) לבין חובה יוחסית יש השפעה על היקף החבות הנזיקית, או באופן כללי – על השורה התחתונה.

119 הייחוס שאליו אני מכוון הוא פרשני ואובייקטיבי. איני טוען כי שופטת זו או אחרת מאמצת את המגמה החדשה מכיוון שהיא מסכימה עם עיקרי העמדה הרדוקטיבית. הייחוס שעליו אני מצביע "עובד" גם אם בפועל אותה שופטת איננה מכירה את העמדה הרדוקטיבית כלל.

הראשונה, שהיא למעשה החובה היחידה כעת, היא כלפי כולי עלמא וביחס לכל סיכון לגרימת נזק בר-פיצוי. ברם בפועל החבות הנזיקית המוטלת בגין הפרת חובה זו מוגבלת ביותר (בדיוק כפי שהייתה בתקופה שבה שלטה הגישה המסורתית בפסיקת בית המשפט). זכור, ההכרה בחובה כללית ומיצובה של החובה היוחסתית כטענת הגנה אינן מלוות, לפחות לפי שעה, בהרחבת החבות הנזיקית ביחס לפסיקה הקודמת. וכך בהכרח נפער פער בין המקרים שבהם מושלמת עוולת הרשלנות לבין המקרים שבהם מוטלת חבות נזיקית בגינה. כלומר, מכלול המקרים שבהם אדם שבהכרח כפוף לחובה הכללית מבצע עוולת רשלנות – בהפרו חובה ובגרמו נזק לזולת – הוא רחב ביותר. הוא כולל מעשי עוולה שמסתיימים בנזקי גוף ורכוש, נזקים כלכליים טהורים, נזקים נפשיים (טהורים ותוצאתיים), פגיעה ברגשות (כולל עלבון), פגיעה בזכויות יסוד ועוד, ובהם קטגוריות שלמות של מקרים, ולא אך מקרים בודדים וספורדיים, שבהם העוולה אינה יכולה לגבש כלל חבות בנזיקין. הכוונה היא לקטגוריות של תרחישים עובדתיים שאינם מגבשים חבות ברשלנות משום שעל פי הגישה המסורתית אין קמה בגינם חובות זהירות (יוחסתית כמובן), וממילא לא יכולה להתגבש לה עוולת הרשלנות, אך בעידן שבו החובה היוחסתית מפנה מקומה לחובה הכללית אין מנוס מלקבוע כי בוצעה עוולה, ולכן מרכז הכובד עובר לטעמי הפטור (חובה-כהגנה) כאמצעי "לברוח" מהטלת חבות בגין מעשה העוולה, שכאמור הושלמה במלואה. פער זה יוצר מעין דיסוננס נורמטיבי בין קיומה של חובה משפטית לנהוג זהירות לבין הנפקות המשפטית של הפרתה, אשר גורמת נזק. ככל שהפער בין השתיים משמעותי כפי שאכן אטען להלן – מצטייר הרושם כי החובה הכללית חסרת כל חשיבות נורמטיבית. בקצרה, היא פשוט אינה חובה.

הנה דוגמה להמחשת הטענה בדבר זילות החובה או איונה: בעל מוסך מתרשל בתיקון רכב ובכך מונע מסירתו על ידי הבעלים לשוכרו במועד המוסכם. בכך הוא ביצע מעשה עוולה כלפי השוכר ולא רק כלפי הבעלים. זו לפחות המסקנה הנובעת בהכרח מהמשגת חובת הזהירות שהמוסך חב במונחי חובה כללית (שבוודאי הופרה וגרמה לנזק כלכלי טהור לשוכר הרכב). אולם חבות בנזיקין איננה יכולה לקום כל עוד בית המשפט שומר אמונים לכלל השולל פיצוי בגין נזק כלכלי טהור.¹²⁰ אימוץ המגמה החדשה מחייב את בית המשפט להכיר בקיומה של עוולה גם במקרה זה ובד בבד לשלול את החבות בגינה, בין היתר על ידי "הפעלת" החובה-כהגנה, כלומר כמערכת שיקולי הגנה שיש בכוחם לפטור את מי שביצע עוולה מהחבות בגינה.

ניתוח דומה אפשר להציע למשל בעניין עוולת רשלנות שתוצאתה היא נזק נפשי או רגשי. כלל הוא במשפט המקובל כי יוצר-סיכון אינו חייב בזהירות ביחס לנפשו של הזולת.¹²¹ אימוץ המגמה החדשה, ובפרט ההכרה בחובה כללית, עומדים בסתירה לכלל זה. בית משפט, המייחס חשיבות לחובה הכללית, מקבל על עצמו את הרעיון כי כל

120 ראו להלן ה"ש 239–245, והדיון בטקסט הצמוד להן.

121 אך ראו והשוו עם הדיון להלן בחלק ב, פרק ב.1.

התנהגות לא סבירה הגורמת לנזק נפשי או רגשי היא מעשה עוולה (של רשלנות). אך אם השיקולים שתמכו עד כה בשלילת פיצוי בגין נזקים אלה עדיין תקפים, על בית המשפט לייבא את הגנת הפטור (הלא היא חובת הזהירות היוחסתית) כדי לבצע את המהלך אשר ישלול את הנפקות המשפטית – החבות – של הקביעה כי הושלם כאן מעשה עוולה. חשוב להדגיש כי כוונתי היא לא למקרה זה או אחר שבו בית המשפט מוצא לצד הקביעה כי המזיק ביצע עוולה גם כי יש טעם לפטרו מחבות בגינה. בכך אין שום קושי. הבעיה היא כי הדיבור הכפול והדיסוננס הנורמטיבי שהוא יוצר ענינם בקבוצות או בקטגוריות שלמות של מקרים שבהם על בית המשפט להכיר בקיומה של עוולה ובהיעדר חבות בגינה בעת ובעונה אחת.

אפשר לסבור שהדוגמאות שהובאו לעיל משקפות מקרי נזק ייחודיים. כלומר, השלילה הכמעט־קטגורית של חבות במקרים כגון נזק כלכלי או נזק נפשי היא כל כולה תולדה של הנזק המיוחד שנגרם, נזק שאינו לגוף או לרכוש (שהם סוגי הנזק הדומיננטיים בדיני הנזיקין). כלומר, בית המשפט אינו מכיר בנזקים כאלה כנזקים בני תביעה. אולם סברה זו אינה מדויקת מכיוון שהיא איננה מתיישבת עם הפרשנות הרחבה להגדרת נזק בפסיקתו של בית המשפט העליון.¹²² זאת ועוד, בית המשפט אינו נרתע כלל מלהכיר בחבות נזיקית בגין נזק כלכלי או נפשי ככאלה. זאת אפשר לראות למשל בעוולות כגון גרם הפרת חוזה ותרמית (בעניין נזק כלכלי), בעוולות כגון תקיפה ונגישה (בעניין נזקים לא־ממוניים) ואפילו במקרים מסוימים שבהם הפסיקה הכירה בחבותו של מזיק בגין רשלנות שהביאה לנזק כלכלי טהור או לנזק נפשי.¹²³ דומה שהקושי המרכזי אינו באי־היותם של נזק כלכלי או נפשי "נזקים" או בהשפעתם הזניחה על הנזיקין אלא כי קיימים שיקולים אחרים, עקרוניים ופרגמטיים, שעל חלקם אעמוד בקצרה בהמשך.

אך אפשר שהטעם החשוב לאי־היותו של סוג הנזק העיקר הוא שהניתוח המוצע כאן חל גם על נזקי גוף. דוגמה מהתקופה האחרונה (אמנם מהמשפט המקובל האמריקאי) היא סוגיית החשיפה המשנית לאסבסט. בת זוגו של עובד אשר מביא לביתו בגדי עבודה שעליהם נתפסו סיבי אסבסט נחשפת אף היא לסיבים, שהם כידוע קטלניים, דרך ניעורם, כיבוסם וגיהוץם של הבגדים. הנזק שנגרם לה הוא על פי רוב מחלה סופנית. בעולם שבו חלה חובה כללית, אין שום קושי לקבוע כי המעביד (או תופס המקרקעין שבהם נחשף העובד לסיבי האסבסט) ביצע מעשה עוולה, וכי בת הזוג רשאית להיפרע את נזקה הימנו, וזאת ללא קשר לשאלות אחרות של אשם תורם מצד העובד או של היותו גורם זר מתערב. עם זאת בתי המשפט שנדרשו לסוגיה "נעצרו" ביסוד החובה, שכן זו לדעתם השאלה המרכזית, לפני שקבעו (במרביתם של המקרים) כי המזיק אינו חייב חובת

122 ראו לעיל ה"ש 58.

123 לדחייה מפורשת של סוג הנזק כמקור לביסוס של חובת זהירות או לשלילת קיומה ראו את פסק הדין המוביל בעניין המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים, פ"ד ח 1317, 1332 (1954).

זהירות (יוחסית כמובן) כלפי בת הזוג, ובכך דנו את התביעה למחיקה על הסף בטרם נבחנה שאלת ההתרשלות וממילא החבות.¹²⁴ למעשה, אפשר לראות בהיסטוריה של עולת הרשלנות בין היתר היסטוריה של פיתוחה ועיבודה מחדש של חובת הזהירות היוחסית, גבולותיה ותוכנה. במובן זה החשיפה המשנית לאסבסט היא מקרה נוסף, אחד מני רבים, שבו נדרשים בתי המשפט להתמודד עם שאלת גבולה ותוכנה של החובה היוחסית ושל הזכות העומדת מולה; התמודדות זו מביאה בחלק מהמקרים להרחבה בתחולת החובה, אך במקרים אחרים היא מביאה גם להצרתה.¹²⁵ כפי שעוד אראה בהמשך, אין שום סיבה לחשוב כי זה יהיה המקרה האחרון, גם ביחס לנוזקי גוף ורכוש. הדיסוננס הנורמטיבי נוצר אפוא מהכללת (*generalization*) חובת הזהירות ללא הכללה דומה – ולא כל שכן כוונה לביצועה של הכללה דומה – של החבות בגין הפרת החובה. הכול נותר בדיוק כפי שהיה, אלא שחובת הזהירות (חובה-כחובה) הפכה חובת-כול. אבל בדיוק מסיבה זו כלליותה של החובה החדשה היא לא יותר מפנטזיה; כך גם באשר לקביעה שהמזיק ביצע עוולת רשלנות ברגע שבו הפרת החובה הכללית גרמה לנזק כלשהו, קביעה אשר מוחזקת כבת ערובה בידי הגנת החובה-כפסטר, לפחות בכל אותן קטגוריות של מקרים שבהן דיני הרשלנות המסורתיים והעכשוויים מהססים להטיל חבות בנוזקין. על רקע זה האמירה שכל אדם חב בחובת זהירות משפטית כללית

124 *CSX Transp. Inc. v. Williams*, 608 S.E.2d 208 (Ga. 2005); *Nelson v. Aurora Equipment Co.*, 909 N.E.2d 931, 933 (Ill. App. 2009); *Van Fossen v. MidAmerican Energy Co.*, 2009 WL 3786656 (Iowa 2009); *Martin v. Cincinnati Gas and Elec. Co.*, 561 F.3d 439 (6th Cir. 2009) (Kentucky law); *Miller v. Ford Motor Co.*, 740 N.W.2d 206 (Mich. 2007) (In re Certified Question from Fourteenth Dist. Court of Appeals of Texas); *Holdampf v. A.C. & S., Inc.*, 840 N.E.2d 115 (N.Y. 2005) (In re New York City Asbestos Litigation); *Adams v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, No. 91404, 2009 WL 280398 (Ohio Ct. App. Feb. 5, 2009) לעמדה ההפוכה, *Olivo v. Owens-Illinois, Inc.*, 895 A.2d 1143, 1149 (N.J. 2006) כאמור ראו *Satterfield v. Breeding Insulation Co.*, 266 S.W.3d 347, 374 (Tenn. 2008) (extending the duty to "those who regularly and repeatedly come into close contact with the employee's contaminated work clothes over an extended period of time [...]")

125 דוגמה אחת מפורסמת להצרתה של חובת הזהירות היא בעניין נוק נפשי בשל צפייה בפגיעת המזיק בגופו של ניוזק אחר. חובת זהירות כאמור הוכרה בעניין *Dillon v. Legg*, 441 P.2d 912 (Cal. 1968), אך צומצמה בפסק הדין *Thing v. La Chusa*, 48 Cal.3d 644 (1989). דוגמה אחרת היא בהקשר התאגידי, שבו מוכרת התערבות המחוקק אשר הופכת את חובת הזהירות שחייבים נושאי משרה כלפי בעלי מניות לנורמה הניתנת להתניה ובכך מאפשרים הלכה למעשה את המרתה של חובת הזהירות הנזיקית בהסדר הסכמי תוך-תאגידי ולבר-נוזקי לעניין חובת נושאי המשרה לנקוט אמצעי זהירות (במידה וברגה שבעלי המניות מעוניינים). לדיון בתכלית הסגתה לאחור של חובת הזהירות הנזיקית במקרה זה ראו שרון חנס "כלל שיקול-הרעת העסקי" עיוני משפט לא 313, 333–328 (2009).

אין לה שום אחיזה במציאות המשפטית, ולפי שעה לא נראה כי מצדדי הגישה החדשה מבקשים לתת לה אחיזה כאמור מלבד להכיר, במוצהר או במשתמע, בקיומה. זוהי, במילים אחרות, הזילות של החובה, ולפיכך גם של הזכויות העומדות כנגדה (כגון הזכות לשלמות הגוף, הנפש, הרכוש ועוד). אינני סבור שבית משפט רשאי לנקוט פרקטיקה כזו. הלגיטימציה שלו, אחרי הכול, תלויה לא רק בתוצאות פסיקותיו – אם הן מקדמות צדק, יעילות ועוד – אלא גם ברצינות התהומית שבה עליו להתייחס לחובות ולזכויות שהוא שותף ליצירתן ולעיצובן, ואשר חשיבותן לחיינו המשותפים אינה פחותה מחשיבותן של החובות והזכויות הנאכפות בחלקים אחרים של המשפט (כגון משפט חוקתי).¹²⁶

2. אינטרמצו: האם "חובת" הזהירות יכולה שלא להיות חובה?

אפשר לטעון כנגד ביקורתי כי החשש מזילות החובה אינו משכנע משום שחובת הזהירות, על אף שמה, אינה חובה כלל. זוהי כאמור העמדה הרדוקטיבית שהוצגה לעיל כמי שעשויה לספק את הבסיס התאורטי לאימוצה של המגמה החדשה, וכך אכן אפשר להבין מדוע בית המשפט, שבדרך כלל נזהר מיצירת פער ניכר בין זכויות וחובות לבין ההגנה עליהן, איננו מהסס להכריז (גם אם במשתמע) על קיומה של חובה כללית, שהיא תאורטית בעיקרה, ושל חובה יחסית – שהיא למעשה סוגיה הקשורה להגנת הפטור. את השימוש של בית המשפט בשפת החובה יש לייחס אפוא להשתרותו של נוהג לשוני (השימוש ב־duty) ולא לתפיסה דאונטולוגית של מושג החובה בעוללת הרשלנות.¹²⁷

126 נקודה אחרונה זו ראויה לחידוד על דרך האנלוגיה שבה נפתחה הרשימה – זכויות חוקתיות. היה אפשר לטעון כי הלגיטימציה של בית המשפט נמדת לא לפי ההנמקות והשימוש במושגי החובה והזכות אלא לפי תוצאת פסק הדין – המסר שמועבר לעולם דרך השורה התחתונה. על פי תפיסה זו, בית המשפט יכול להכריז על חשיבותן הנעלה של זכויות חוקתיות, ואף להצהיר על זכויות חוקתיות רבות (למשל הזכות החוקתית לדיוור) מבלי שהדבר מיתרגם לפסקי דין המחייבים את המדינה לכבד את הזכויות הללו. מכל מקום, כך אפשר לסבור, אין לדיסוננס זה שבין ההכרה בקיומה של זכות חוקתית לבין אכיפתה בפועל השפעה מכריעה על האופן שבו אנחנו מעריכים את עבודת בית המשפט. המחשבה כאן היא שהלגיטימציה של פסקי הדין מצויה במסר שבית המשפט מעביר באמצעות השורה התחתונה – אם הוצא או לא הוצא צו מוחלט המחייב את המדינה לכבד זכות חוקתית כלשהי. גישה רדוקטיבית אינה יכולה להיות מקובלת על כל מי שמכיר בחשיבותן של זכויות. יותר מכך, היא אינה יכולה להיות מקובלת על כל מי שסבור שמרכיב מרכזי בלגיטימציה של הרשות השופטת הוא מחויבותה לזכויות (ולחובות הקורלטיביות להן). הזכויות והחובות שניצבות במרכז דיני הנוזקין, שלמות הגוף והנפש, אוטונומיה, קניין ועוד, חשובות לא פחות, כך נראה לי, מהזכויות החוקתיות. להרחבה על בעיית הלגיטימציה של בית המשפט במסגרת המשפט הפרטי ראו Avihay Dorfman, *Property and Collective Undertaking: The Principle of Numerus Clausus*, 63 U. TORONTO L.J. 467 (2011).

127 לטיעון ברוח זה, המיושם על דיני הנוזקין בכללותם, ראו Kraus, לעיל ה"ש 110.

אולם קיימים טעמים טובים לדחות את הניסיון להצדיק את זילות החובה באמצעות שלילת תוקפה כחובה. הדרך שבה הגישות הלא-רדוקטיביות על פי רוב פוסעות היא פנייה לטבעה של החובה; החיוב לפעול בצורה זו או אחרת הוא עניין הטבוע בעצם היותה חובה. אף על פי שאני משוכנע בנכונותה של תפיסה תאורטית זו, אבקש לפתח טעמים מעוגני-דוקטרינה אשר מראים כי שלילת תוקפה של חובת הזהירות כחובה אינה אפשרית. בקצרה, מטרתי היא להראות כי דיני הנוזיקין עצמם מייחסים לחובת הזהירות מעמד של טעם מחייב לפעולה.

ציווי לנהוג זהירות סבירה. לעומת הסעד הפרדיגמטי המזוהה עם עוולות מסוימות שהוא מסוג ציווי (למשל, צו מניעה בעוולת מטרד או צו הרחקה בעוולת תקיפה, שבעניינה נזק אינו מרכיב הכרחי), נראה שלא כך הם פני הדברים בעוולת הרשלנות.¹²⁸ אולם השאלה החשובה היא מה אפשר להסיק מן ההתרשמות האמפירית שלפיה סעד ציווי אינו חלק ממערכת הסעדים הניתנים כעניין שבשגרה כנגד מתרשל פוטנציאלי. התשובה שאציע היא כי היעדרותו של סעד הציווי כנגד הפרה של חובת זהירות היא תולדה של אילוצים פרגמטיים, ולפיכך אין היא מעידה שחובת הזהירות לאו חובה היא.¹²⁹

קיימת הכרה מפורשת בקרב מלומדי המשפט המקובל בכך שכל עוולה, ובכלל זה עוולת הרשלנות, עשויה להצדיק מתן סעד ציווי.¹³⁰ ההסבר לכך שסעד זה מוכר להלכה אך פחות, אם בכלל, למעשה מתבסס על טיבו של המעשה מפר חובת הזהירות: התרשלות במובן הפשוט ביותר של המילה. מקרי תקלה או תאונה מתרחשים בדרך כלל כאן ועכשיו או מבלי שהמתרשל תכנן מראש את ביצוע העוולה. בכגון אלה אין אפשרות מעשית לבקש, וכל שכן לקבל, סעד ציווי. אך מכאן אין נובע כלל שאין קיימת חובה לנהוג זהירות. אכן, אף החובה שלא לרצוח ניתנת להפרה בסיטואציות שבהן אין שום אפשרות מעשית לקבל סעד ציווי; ספק אם אפשר להסיק מכך שאין קיימת חובה להימנע מרציחת הזולת.

128 ידועה בהקשר זה הבחנתו של שומר המגילות, הלורד דנינג (Denning), לפיה: "[T]here is no case, so far as I know, where [...an injunction] has been granted so as to stop a man being negligent". Miller v. Jackson [1977] QB 966, 980 (H.L.) (appeal taken from Aust.)

129 לדין נוסף ראו Nicholas J. McBride, *Duties of Care – Do They Really Exist?*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 417 (2004); John Murphy, *Rethinking Injunctions in Tort Law*, 27 OXFORD J. LEGAL STUD. 509, 520–530 (2007).

130 ראו למשל RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS ch. 48 (1979) (סעד ציווי אינו מוגבל לעוולות מסוימות הגם שבעוולות רבות אין מתקיים דיון במתן סעד כאמור); ANDREW BURROWS, REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACTS 420 (2nd ed. 1994) (noting that "there is no reason why [...] an injunction should not be ordered to restrain the commission of any tort").

אולם נראה שסוג טיעון זה לבדו אינו מספיק.¹³¹ תפיסת החובה ככלל חבות דה פקטו, כלומר כמחיר הזכות להתרשל ולא כחובה שלא להתרשל, בהחלט יכולה לקבל את הטענה כי אף שעקרונית חובת הזהירות היא חובה, אין לה נפקות משפטית ככזו. השאלה החשובה ביותר היא כיצד "מורגשת" חובת הזהירות על ידי יוצרי-סיכון פוטנציאליים ולא כיצד היה אפשר "להרגישה" בעולם של עלויות אכיפה, מידע ועסקה אפסיות.¹³² ולכן אפשר לסבור כי חוסר המעשיות של מניעת הפרת חובת הזהירות בצו שולל את ראיית החובה כחובה. על כן נדרשים שני טיעונים נוספים כדי להראות מדוע חובת הזהירות היא חובה, ושהטעמים שהיא נותנת לנמעניה – לנקוט אמצעי זהירות סבירים – מחייבים הם.

ראשית, התבוננות במקרי רשלנות החורגים מאירוע תקלה פשוט וחד-פעמי מגלה כי בתי משפט מעניקים סעד של ציווי שתוכנו מונע יצירת סיכון (לנוק) בלתי סביר למבקש הסעד. אחד המקרים המוכרים בפסיקה האמריקאית הוא של מעביד אשר נמנע מלקיים את חובת הזהירות שלו כלפי עובדיו (למשל למנוע חשיפה מזיקה לעשן סיגריות בזמן העבודה). הסעד הניתן במקרים אלה מבוסס על חשש להפרת חובת זהירות של המעביד (כלפי עובדו) לספק תנאי עבודה בטוחים באופן סביר.¹³³ קיימים גם מקרים אחרים שבהם לדעתי אין כל מניעה להניח כי בתנאים המתאימים בית המשפט יאות לתת סעד של ציווי. מה שנדרש הוא ליצור משולש יחסים אשר מאפשר הפרדה בין הפרת החובה לבין הנזק הישיר הנגרם לניזוק (בעקיפין) מן ההפרה. למשל, א' מתכוון למסור ל-ב' את אקדחו בעוד כשבוע. ג', היודע ויכול להוכיח הוכחה מהימנה כי ב' מתכוון להתנקש בו באמצעות האקדח, פונה לבית משפט בבקשה לצוות על א' להימנע מלהפר את חובת הזהירות שהוא חב כלפיו באמצעות מסירת האקדח ל-ב'. מובן שקיימים הליכים נוספים ש-ג' יכול לנקוט כדי למנוע את מסירת האקדח ואת הפגיעה הצפויה בו, אך אין סיבה

131 לביקורת ברוח זו ראו Jane Stapleton, *Evaluating Goldberg and Zipursky's Civil Recourse Theory*, 75 *FORDHAM L. REV.* 1529, 1540–1546 (2006) (מבקרת את העמדה שלפיה נורמות מדיני הנויקן הן מטבען איסורי פעולה).

132 השימוש במילה "מורגשת" נועד לבטא את המעשיות של החובה – עד כמה צריכים יוצרי-סיכון לראות עצמם מחויבים לנהוג זהירות בזולת. כוונתי היא למעשיות במובן הרחב ולא רק לתחושה הסובייקטיבית של יוצר סיכון – אם הוא "מרגיש" בפועל כי מרחפת מעליו עננת החובה. שאלת מעשיות החובה היא אובייקטיבית – קיימת או לא. טענתי היא שקיומה (האובייקטיבי) צריך להיות בעל הכוח להשפיע על יוצרי-סיכון. אני מהסס להשתמש במילה "תמריץ" מכיוון שאין בעיניי קושי לראות בחובה – חובה, אף אם התמריץ לקיימה אינו אפקטיבי. מערכת התמריצים ניתנת לשינוי, וזו שאלה הנדסית-כלכלית. השאלה אם קיימת חובה היא שאלה נורמטיבית, שכמובן עשויה להיות מושפעת בחלקה משיקולים כלכליים.

133 ראו, למשל: *Shimp v. New Jersey Bell Telephone Co.*, 368 A.2d 408 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1976); *Smith v. Western Elec. Co.*, 643 S.W.2d 10 (Mo. Ct. App. 1982).

להניח כי בקשת צו מניעה נגד א' אינה אפשרית כלל מהסיבה שחובת הזהירות של א' כלפי ג' לאו חובה היא.¹³⁴

שנית, וכאן העיקר, המפתח להוכחה סופית ונחרצת של קיומה המעשי של חובת הזהירות – כחובה ממש – מצוי בהתבוננות בתגובת המשפט לאותם מצבים שבהם יוצר סיכון מודע לכך שדרך פעולה מסוימת עלולה ליצור סיכונים בלתי סבירים לזולת ובכל זאת הוא נכון לנקוט אותה. מודעות זו, חשוב להניח, קמה לכתחילה, והיא מוחזקת ברמת ודאות גבוהה ביותר ואף ניתנת להוכחה באמצעים פשוטים יחסית בבית משפט. זהו מקרה המבחן האולטימטיבי לחובת הזהירות – כאן, ולא במקרה התקלה הפשוטה, אפשר לבחון אם חובת הזהירות אכן באה לידי ביטוי בתגובתו של בית המשפט הן לאפשרות הפרתה והן לתוצאות הפרתה. מקרה זה אכן שונה מאותם מקרים של תקלה פשוטה (נניח שנייה של חוסר ערנות בזמן נהיגה), שכן מעשיות החובה יכולה להיבחן במדויק רק במצב שבו אדם מודע לכך שהתנהגותו יוצרת סיכון לא סביר לזולת, והוא בוחר להתעלם מכך ואולי אף לרצות בכך; אם חובת הזהירות היא אכן טעם מחייב לפעולה, על המשפט להתאים את סעדיו כדי למנוע מיוצרי-סיכון במצב כזה להפוך – במודע ומרצון – את חובת הזהירות מחובה לכלל חבות.¹³⁵ ואכן, זהו מצב שבו המשפט המקובל מכיר במתן סעד ציווי ו/או פיצוי עונשי (שאינו אלא סעד ציווי בדיעבד) ובכך שולל את האפשרות להתייחס לחובת הזהירות כאל כלל חבות.¹³⁶ כלומר, גם במצב שבו מבחינה מעשית אי אפשר לבקש צו מניעה מביצוע העוולה ולקבלו, ההחלטה המודעת להתייחס לחובת הזהירות ככלל חבות מצדיקה פסיקתם של פיצויים עונשיים. מטרתם

134 השופט גרוניס ציין כי "בהקשר לתביעה נזיקית נקבע בעבר כי צו מניעה שכזה, שמטרתו למנוע הפרות עתידיות, יינתן כדי למנוע נזק 'שקרוב לוודאי כי יקרה'" (רע"א 3609/07 שניב תעשיות נייר בע"מ נ' סנו מפעלי ברונס בע"מ, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 1.7.2007). קשה לדמיין מצב שבו בית משפט, אפרופו Deepwater Horizon, מסרב לתת צו המחייב את בעליה של אסדה ימית לקידוח נפט או גז לנקוט אמצעי זהירות סבירים אם וכאשר מבקש הצו, נניח עובד שהוא בבחינת whistleblower, יצביע על ראיות לכאורה לקיומה של אי-הקפדה על הוראות בטיחות בסיסיות.

135 אחת המטרות של המשפט הפלילי היא מניעתם של מקרים שבהם אדם בוחר להמיר כלל קנייני בכלל חבות. כפי שאראה להלן, תגובת המשפט להמרתה המודעת של חובת הזהירות לכלל חבות נושאת אופי דומה, בין היתר פיצוי עונשי. עם זאת אינני סבור כי פיצוי עונשי הוא מרכיב פלילי ש"הוחדר" לתוך המשפט הפרטי. להרחבה בנושא ראו Avihay Dorfman, *What is the Point of the Tort Remedy?*, 55 AM. J. JURIS. 105, 140–162 (2010) (להלן: Dorfman, *What is the Point*).

136 הבחנה זו נכונה אפילו למשפט המקובל האנגלי הנוקט גישה שמרנית (ביחס לאמריקאית למשל) כלפי פסיקת פיצוי עונשי בגין מעשה עוולה. ראו Rookes v. Barnard, [1964] A.C. 1129 (H.L.) (noting that punitive damages may be awarded in the case of torts commissioned for the purpose of profit-making at the victim's expense). למשפט האמריקאי בנושא ראו Dorfman, *What is the Point*, לעיל ה"ש 135, בעמ' 153–158.

של האחרונים היא לא השבת מצב לקדמותו, השבת התעשרות או כל פיצוי אחר על הפסד (או מניעת רווח) לניזוק. אלא המטרה היא לשלול מלכתחילה סוג כזה של התייחסות לחובת הזהירות ולתת ביטוי משפטי לאיסור לראות בטעמים לפעולה שחובת הזהירות נותנת תג מחיר להפרתה. מסקנה זו נראית טבעית כשהמבטים מופנים אל עבר הניזוק הפוטנציאלי – ככל שקיימות זכויות לשלמות הגוף (ולא רק הזכות לשלמות הפיזי בעבור פגיעה בו), הנפש (כנ"ל), הרכוש ועוד, הרי שמולן יקומו חובות לכבדן. אחת מהן, כך ביקשתי להראות, היא חובת הזהירות (היחסתית).

אשר על כן, וכאן אני חוזר לביקורת על זילות החובה, המעבר מחובה יחסתית לחובה כללית, מבלי שהיא מלווה בחבות כללית, אינו יכול להישען על הכחשת כוחה הנורמטיבי של החובה-כחובה. מכאן גם שהדיסוננס הנורמטיבי בין הכרה שיפטית בחובה כללית לבין הנפקות המשפטית המיוחסת בפסיקה להפרתה נותר חריף כאשר היה.

3. זילותה של החובה הכללית; עושרה של החובה היחסתית

האם זילות החובה היא התוצאה השלילית היחידה של אימוץ המגמה החדשה? ברצוני לטעון כעת כי לא רק שאין היא היחידה, היא אף אינה העיקרית. חובת הזהירות היחסתית, כך אטען, היא נכס חשוב בהשתתפות המשפט בעיצוב שאלה בסיסית ביותר של החיים המשותפים שלנו כחברה אזרחית – מה אנו חייבים זה לזה (להלן: שאלת תנאי החיים המשותפים).¹³⁷ החובה הכללית היא הכרעה גורפת, אחת ולתמיד, לשאלה בוערת זו. כדי להמחיש את חשיבותה של שאלת תנאי החיים המשותפים אתמקד בשלוש דוגמאות המוכרות מן העת האחרונה. מטרתן להאיר את ההכרעות הערכיות שבית המשפט נדרש להן במסגרת קביעת קיומה – או היעדרה – של חובת זהירות. כפי שכבר ציינתי לעיל, הכרעות אלה מלוות את דיני הרשלנות ואת יסוד חובת הזהירות היחסתית למן ראשית דרכם. מן הבחינה הזו אין בדוגמאות אלה משום חידוש; חידוש הוא בנושאים הפרטניים שבהם נדרש בית המשפט לעסוק במסגרת כתיבת "רומן השרשרת הניזוקי" שעליו הוא מופקד (עם בתי משפט אחרים מן המשפט המקובל).

המקרה הראשון עוסק בשאלת תנאי החיים המשותפים בהקשר האינטרנטי, ובעיקר בשאלה אם ספקי שירות, בעלי אתרים, מנהלי פורום מטעמם ואחרים חייבים זהירות למשתמשים ביחס לסיכונים הנשקפים לשמם הטוב, לפרטיותם, לנפשם או לגופם מאת משתמשים אחרים. זוהי שאלה, ראוי להדגיש, הקודמת לכל עיסוק בהיקף החובה

137 מודעות לכך ניתן למצוא גם בפסיקה. ראו עניין ברקוביץ, לעיל ה"ש 13, בעמ' 213 (השופט ויתקון מדגיש, בדונו בשאלת הצפיות הנורמטיבית הנדרשת לגיבוש חובת הזהירות, את "היסוד המוסרי והחברתי" של חובת הזהירות היחסתית).

ובמידת הזהירות שהיא דורשת.¹³⁸ למשל, מתעוררת שאלת קיומה של חובתו של אתר לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע ממשתמשיו גישה לפרטים על אודות משתמשים אחרים, כמו למשל גילם הצעיר ואזור מגוריהם. באחד המקרים נבחנה השאלה אם אתר רשת חברתית – MySpace – חייב לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי להגן על משתמשת קטינה מפני משתמש אחר, שמטרתו ניצול מיני.¹³⁹ אף בישראל התעוררה שאלת תנאי החיים המשותפים בעידן האינטרנטי. למשל, שאלה שנדונה כמה פעמים בערכאות הנמוכות היא קיומה של חובה המוטלת על ספק שירות למנוע, באמצעים סבירים, פגיעה בזכויות משתמש על ידי משתמש אחר (למשל במסגרת דיון בפורום).¹⁴⁰ בית המשפט העליון טרם פסק בנקודה זו.¹⁴¹ למותר לציין שהכרזה כי חובת הזהירות היא חובה כללית, ולכן קיימת תמיד, אינה מקדמת את הדיון בשאלת תנאי החיים המשותפים, שכן היא מכריעה את השאלה מבלי לדון בסוגיות המעניינות – והנתונות במחלוקות ציבוריות וערכיות עזות – הדרושות לצורך הכרעה ראויה בעניין.¹⁴²

המקרה השני נוגע לשאלת חובתנו כלפי הזולת בהקשר העסקי. חובת הזהירות היא דרך משפטית להבניית הציפיות והמשמעות החברתית שאנו מייחסים להתקשרויות שלנו

138 אפשר לסווג שאלה זו לתחום של מחדלים טהורים, אשר בגינם הכלל הבסיסי הוא כי אין קיימת חובה לבצע מעשה אקטיבי לטובת הזולת (כגון הצלתו), אלא רק לנקוט אמצעי זהירות כדי להפחית מרמת הסיכון שהחייב עצמו משית על זולתו. אף שאיני מכחיש כי להבחנה בין מחדל טהור למחדל רשלני, יש חשיבות לא מבוטלת במשפט המקובל, איני סבור כי יש בכוחה לעזור בפתרון המקרה הנוכחי. נראה כי השאלה אם ספקית אינטרנט, אתר אינטרנט ומנהלי פורום הם יוצרי-סיכון או צדדים שלישיים הנרתמים להצלת גולשים תמימים מגולשים אחרים, היא דרך אחרת לנסח את השאלה העקרונית המצריכה הכרעה. במילים אחרות, אי אפשר להכריע מקרה זה על ידי טיעון מהסוג של חובת זהירות אינה מתגבשת במקרה של מחדל טהור, מבלי להניח את המבוקש. הסיבה היא לא היעדרם של חריגים לכלל זה, אלא שעצם הקביעה אם מדובר כאן במחדל טהור או במחדל אקטיבי היא שאלה נורמטיבית-ערכית, אשר מתבססת בין היתר על טיעונים בדבר ייחודו של המרחב הבין-אישי האינטרנטי, תפקידו בעיצוב החברה האזרחית ועוד.

139 בית משפט פדרלי בטקסס (שפסק על פי המשפט המקובל הטקסני) ענה בשלילה על שאלה זו, בקבעו כי "To impose a duty under these circumstances for MySpace to confirm or determine the age of each applicant, with liability resulting from negligence in performing or not performing that duty, would of course stop MySpace's business in its tracks and close this avenue of communication, which Congress in its wisdom has decided to protect" ראו: Doe v. MySpace, Inc., 474 F.Supp.2d 843, 851 (W.D. Tex. 2007), *aff'd*, 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008).

140 ראו פסקי הדין המובאים בע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי [1995] החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ, פס' ל"ה לדעת המיעוט של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.3.2010).

141 ראו שם.

142 לדיון מן העת האחרונה בנושא ראו THE OFFENSIVE INTERNET: SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION (SAUL LEVMORE & MARTHA C. NUSSBAUM eds., 2010).

עם בעלי מקצוע, נותני שירותים ועוד. אין כיום ספק למשל כי קבלן העבודה חייב זהירות למזמינה, המעסיק לעובדו, הבעלים לזכייין, ועורך הדין ללקוחו. אך האם חובה זו משתרעת גם על ההגנה על רגשותיו של הצד שכנגד? כלומר, האם המשפט צריך לתקף פגיעות רגשיות שהן תולדה של מערכת יחסים עסקית גרידא, או שמא ההקשר המסוים שבו פועלת מערכת היחסים צריך להיות מגבלה על הציפיות הסבירות של הצדדים לה, ולכן מצוקות רגשיות נותרות "בחוץ". תשובה פשטנית יכולה להתקשקש שאין בסיס הגיוני להבחנה בין נזק כלכלי, למשל עלויות תיקון שיפוץ רשלני שביצע קבלן של בית מגורים, לבין תחושות של אי-שביעות רצון ועגמת נפש, למשל בשל עמידה על טיבו הלקוי של השיפוץ. אך זו אינה הדרך הראויה להכריע בשאלה. הבעיה היא לא (רק) במיון הנזקים לסוגיהם או בפסילת החשיבות של מיון כזה מכול וכול, אלא בשאלה הקודמת לשאלת טיב הנזק, והיא השאלה שנשאלה לעיל: מה אנחנו חייבים זה לזה במסגרת אינטראקציות המתרחשות בספֶרה העסקית. זוהי שאלה שבתי משפט רבים מתלבטים בה והיא נוגעת, שוב, בעיצוב הנורמטיבי של הסביבה העסקית שבה אנחנו פועלים כנותני ומזמיני שירותים שונים. במקרים אחדים קבעו בתי משפט בארצות הברית כי ההקשר העסקי שבו מתקיימת האינטראקציה הוא טעם מכריע לדחיית קיומה של חובת זהירות כלפי רגשותיו של הלקוח או מזמין השירות.¹⁴³ בית המשפט העליון בישראל קבע לאחרונה אחרת. במקרה האמור מצא בית המשפט כי עורך דין התרשל בהערכת השומה הצפויה ללקוחתו ממכירת נכס מקרקעין, אך התרשלותו לא הסבה לה נזק ממוני כלשהו. לצד זאת קבע בית המשפט כי עורך הדין "גרם [ללקוחתו] בהערכתו השגויה צער רב, ולו בשל כך שחיה באשליות לגבי סכום הכסף שיהיה בידה לאחר תשלום המסים".¹⁴⁴ נראה שמעבר לחזרה על התפיסה – הנכונה בעיקרה – כי אין בסיס להבחנה בין סוגי הנזקים,¹⁴⁵ בית המשפט לא עצר לבחון את השאלה העקרונית והערכית בדבר שאלת תנאי החיים המשותפים שלנו בהקשר המסוים שבו היא מציגה

143 ראו למשל Hancock v. Northcutt, 808 P.2d 251, 258 (Alaska 1991) (noting that contractor-homeowner relationships "are not so highly personal and laden with emotion [...] and therefore do not give rise to claims of emotional distress"); Branch v. Homefed Bank, 6 Cal. App. 4th supp. 793 (1992) (דחיית תביעה לגרימה רשלנית של פגיעה רגשית בהקשר של יחסי עובד-מעביד); Orono Karate, Inc. v. Fred Villari Studio Of Self Defense, Inc., 776 F. Supp. 47 (D.N.H. 1988) (דחיית תביעה לגרימה רשלנית של פגיעה רגשית בהקשר של מעניק ומקבל זיכיון; הדחייה מעוגנת במשפט המקובל של מדינות ניו המפשייר, מייין ומסצ'וסטס).

144 עניין רובינוביץ, לעיל ה"ש 58, פס' 14 לפסק דינה של השופטת נאור. הפיצוי שנפסק בגין ניפוץ ה"אשליות" הועמד על 50,000 ש"ח.

145 שם (בית המשפט נסמך על ההלכה שנפסקה בעניין אבנעל, לעיל ה"ש 58).

עצמה.¹⁴⁶ ממילא קיומה של חובת זהירות של נותן שירות כלפי המזמין באשר לרגשותיו של האחרון לא קיבלה את תשומת הלב שלה היא ראויה בטרם "נחקקה" בדין הנוהג משל היה זה ברור מעל לכל ספק שהתיקוף המשפטי של מערכת יחסים עסקית צריך לכלול גם סיפוק רגשי על היבטיו השונים.

המקרה השלישי והאחרון עוסק בשאלת חובתו של רופא כלפי מטופליו בעידן שבו למערכת הבריאות הציבורית קמה מתחרה (ו/או משלימה) – מערכת בריאות פרטית – ובמצב דברים שבו היריון הופך בתודעה הציבורית למחלה (וזאת בין היתר בשל נגישותה של מערכת הבריאות הפרטית). בפרשת ע.ס. נ' קופת החולים של ההסתדרות הכללית¹⁴⁷ דן בית המשפט בשאלה אם רופא מחויב למסור למטופל מידע, ואולי גם המלצה, על בדיקות נוספות על אלה שעשה אף אם אין במקרה המסוים אינדיקציה לצורך בכך.¹⁴⁸ בנסיבות המקרה נמנע הרופא מליידע מטופלת שלו על קיומה של בדיקה "פרטית" משוכללת מזו שביכולתו להציע לה במסגרת המערכת הציבורית.¹⁴⁹ ממילא המטופלת, אישה הרה בגיל מבוגר עם היסטוריה מיילדותית, לא עברה את הבדיקה המשוכללת – סריקה על-קולית לאיתור מומים בגפיים. תינוקה נולד ללא כף יד ימין. נקבע כי אפשר היה לגלות פגם זה באמצעות בדיקה על-קולית בטכנולוגיה המוצעת (באותה תקופה) במערכת הפרטית בלבד. כפי שציין בית המשפט, פגם מסוג זה איננו נכלל בגדר הסיכונים הקשורים למצבה הרפואי המיוחד של האם, ומכאן גם לא התעורר

146 לניתוח כלכלי ביקורתי של פסיקה כמו זו המתוארת לעיל בהקשר (החופף) של הוראת סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 ראו אריאל פורת "שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב 647, 677-683 (1999). פורת מראה כי שיקולי רווחה מצרפית אינם מצדיקים הכרה בנוק רגשי בהקשר העסקי, אך תומכים בתוצאה ההפוכה בהקשרים "לא-מסחריים" (שם, בעמ' 681).

147 ע"א 4960/04 ע.ס. נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד ס(3) 590 (2005). בקשה לדין נוסף נדחתה על אף חידושה של ההלכה שנפסקה. ראו דנ"א 461/06 קופת חולים כללית נ' ע.ס. (פורסם בנבו, 17.7.2006).

148 חשוב להדגיש שדעת הרוב שכתב השופט ריבלין משתמשת בשפת הסבירות (קרי, הפרת החובה) ולא החובה. אולם נראה (וכך גם מתברר ממקרא דעת המיעוט) שהשאלה העומדת לדין היא דווקא עצם קיומה של חובת זהירות – או גילוי – של רופא כלפי מטופליו, ורק אחר כך – ורק אם אכן קיימת חובה כזו – יכולה להתעורר השאלה אם הופרה (למען הסר ספק, "שאלת קיומה של החובה" עוסקת בקיום במונח של existence ולא של fulfillment). ואכן, בהחלטה על דחיית דיון נוסף בפסק הדין הנשיאה ביניש קובעת כי "נפלה [בון] הכרעה באשר לקיומה של חובת גילוי המוטלת על רופא בדבר קיומן של אפשרויות בדיקה נוספות שאינן זמינות על דרך השגרה ברפואה הציבורית". שם, פס' 5 להחלטה.

149 לדין ביקורתי בפסק הדין ולניתוחו לאור רציונל ההרתעה היעילה ראו אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609, 642, 645-646, 649-654 (2009).

צורך רפואי מיוחד בבדיקה על-קולית נוספת ומשוכללת מזו שנעשתה במערכת הציבורית.

הטעם המרכזי בפסק הדין התומך בהכרה בחובת גילוי הוא העצמת האוטונומיה של המטופל בקבלת החלטות על בריאותו.¹⁵⁰ החשש של בית המשפט הוא אפוא מפטרנליזם של רופאים כלפי מטופליהם. אולם, היבט חשוב של החובה במקרה זה נוגע למידת הכרתה של המדינה בחשיבותה של הרפואה הפרטית. בעיניי אי אפשר לזלזל בהיבט זה של חיינו המשותפים בעידן שבו המדינה (וישראל במיוחד) מצויה בהליך מתמשך של התפרקות מאתוס הסולידריות שלה. מכל מקום, ההכרעה לגוף השאלה – אם יש להכיר בחובה האמורה – אינה העניין החשוב היחיד כאן.¹⁵¹ הכרעה כזו תגובש, כמיטב מסורת המשפט המקובל, ברבות השנים ובמאמץ משותף בין-דורי של הקהילה המשפטית. חשובה לא פחות היא ההבנה – ועמה ההפנמה – כי יסוד חובת הזהירות (היוחסית) הוא מיקרוקוסמוס דוקטרינרי של שאלות הנוגעות למהות חיינו המשותפים ולחברה שאנחנו מעצבים, כאן ועכשיו, לדורות הבאים.

ראוי להבהיר כי שלוש הדוגמאות שהובאו לעיל הן אמנם "מעניינות" במיוחד, ואולי (אפשר להניח לצורך הטיעון) אף חריגות בנוף השגרתי משהו של מקרי הרשלנות הבאים בפניו בתי המשפט, אך ייחודן הוא בהמחישן בצבעים עזים וחדים את אופי ההכרעות הטבועות ביסוד חובת הזהירות.¹⁵² כזכור, גם המקרים שכיום נתפסים בעינינו, בצדק, כפשוטים בעבר הלא רחוק העלו שאלות ערכיות חשובות.¹⁵³ שאלת קיומה של חובה

150 המקרה אמנם התרחש טרם קבלת חוק זכויות החולה, התשנ"ו–1996, ס"ח 327, אך מעניין לציין כי החובה שהוכרה בפסק הדין (ולכן גם ההלכה שהוא קובע מכאן ואילך) חורגת מעבר לקבוע בחוק זה. ראו ס' 13 לחוק.

151 לדיון בהשלכות ההכרה בחובת הגילוי על מערכת היחסים ("הדיאלוג") בין רופא לבין מטופל ראו יעקב, לעיל ה"ש 149, בעמ' 649–654 (בית המשפט רואה ברופא המטפל "יועץ" מקצועי ולא שומר סף, המסנן בשביל המטופל את שטף המידע שהוא (המטופל) ממילא יכול להשיג בכוחות עצמו בחיפוש אינטרנטי פשוט). לדיון בנושא חשיבות הרופא בהבניית ידע הייררכי המועבר למטופל בעידן המידע ראו Robert C. Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 U. ILL. L. REV. 939 (2007).

152 מסקנה זו עולה בקנה אחד עם עמדתו של ברק, המכיר במורכבות השיקולים השונים העומדים בבסיס ההכרה בחובת זהירות (שהיא לשיטתו חובה-כחובה ולא רק הגנת פטור). ראו ברק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1093–1096. ביקורת קרובה לזו שמוצעת בטקסט המרכזי על הכפפת שאלת החובה לשאלת ההתרשלות הושמעה על ידי בית המשפט העליון האוסטרלי. ראו *Koehler v. Cerebos* [2005] §19 (Austl.) (noting that "to begin the inquiry by focusing only upon questions HCA 15 at of breach of duty invites error [...] because the assumption that is made about the content of the duty of care may fail to take fundamental aspects of the relationship between the parties into account").

153 ראו למשל את הבחנתו של אחד מגדולי ההיסטוריונים של המשפט המקובל במאה הקודמת: "At the time [during which *Donoghue v. Stevenson* decided] it seemed a triumph to reach a

הייתה, וכנראה תישאר, שאלה ערכית מן המעלה הראשונה: שאלה של "מה אנחנו חייבים זה לזה", ולא רק שאלה של טעמים לפטור מחבות בגין הפרת חובה אוניברסלית. בין שהכרעה בה קלה או קשה, היא לעולם הכרעה. גם אימוצה של חובה כללית מבטאת הכרעה כאמור, אלא שזו הכרעה שרירותית למדי, שכן הדיון הערכי בשאלת תנאי הקיום המשותף שלנו מפנה מקום לקביעה הקטגורית שלפיה יוצר-סיכון – כל יוצר-סיכון – חייב זהירות לזולת. ייתכן שבסופו של יום המסקנה הראויה ביותר היא שיש לאמץ חובה כללית, או חובה שמתקרבת ביומרתה לכדי כלליות, אך למסקנה זו (שהיא קיצונית עוד יותר מהשקפת עולם ימין-ליברטריאנית)¹⁵⁴ יש להגיע באמצעות כוח הטיעון והשכנוע ולא על ידי הקביעה שחובה כזו פשוט קיימת.

4. סיכום ביניים: חובת הזהירות – התקווה החלולה של דיני הרשלנות?¹⁵⁵

תפיסת חובת הזהירות כמסגרת נורמטיבית מרכזית שבתוכה מתקיימות הכרעות ערכיות בדבר החיים המשותפים של בני החברה המודרנית מעלה במלוא העצמה את אחד החששות הכבדים ביותר בעניין חובת הזהירות. דרך אחת לנסח חשש זה היא לציין כי קיים יחס הפוך בין החשיבות שניסיתי לייחס לה לבין בהירותה או אפילו ישימותה. תחושה מוכרת למרבים בקריאת פסקי הדין שנתן בית המשפט העליון בעניינה של חובת הזהירות היא של חוסר בהירות ולעתים אף בלבול, בעיקר בין יסוד החובה לשאלות שנשאלות לצורך בחינת יסוד ההתרשלות.¹⁵⁶ למשל, השימוש במונחים שלא פעם הם עמומים, כגון צפיות טכנית ונורמטיבית, יחסי שכנות, ופנייה לרמת הפשטה גבוהה לצד זו הקונקרטי נותנים מושג קלוש בלבד על תוכנה ההכרחי של החובה. אותה מסגרת נורמטיבית נתפסת לא פעם ככלי ריק או אולי כשדה פרוץ הנעדר כל גדר תוחמת ושביל מכוון – הן את הציבור בחיי היום-יום והן את השופט המיישם הלכות קודמות או יוצר הלכות חדשות. לעתים נראה שחוסר הבהירות הולך ומתגבר באופן אירוני דווקא ככל

manufacturer purely on the basis of wrong, and to exclude any trace of contractual analysis". S.F.C. MILSOM, HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW 400 (2nd ed. 1981).

154 לתפיסת החובה הנוזקית הגנרית כחובה שלא להזיק ראו Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. LEGAL STUD. 151, 203–204 (1973) (noting that "the liberty of one person ends when he causes harm to another"). ראוי לציין שאפילו עמדתו הליברטריאנית של אפשטיין אינה מכירה בחובה כללית רחבה וקטגורית כפי שמצדדי המגמה החדשה מבקשים (במשתמע) להטיל. החובה הנוזקית שלא להזיק שבה תומך אפשטיין אינה כוללת חובת הצלה וכן נראה שאינה כוללת חובת זהירות באשר לסיכונים לגרימת נזק כלכלי טהור.

155 השימוש בביטוי "התקווה החלולה" הוא כמובן מחווה לספר המפורסם GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* (2nd ed. 1991).
156 לביקורת ברוח זו ראו פורת "דיני הנוזקין", לעיל ה"ש 42, בעמ' 375–401.

שמתגברים מאמציו של בית המשפט להנהיר את החובה על מרכיביה השונים.¹⁵⁷ זאת ועוד, תחושה זו של חובת הזהירות כמושג ריק מתוכן הכרחי אינה ייחודית לפסיקתו של בית המשפט הישראלי. כזכור, זוהי בדיוק ההאשמה שהטיח פרוסר ביסוד חובת הזהירות במשפט המקובל.¹⁵⁸

השילוב של חשיבותה הנורמטיבית של חובת הזהירות כמסגרת משפטית לקבלת הכרעות ערכיות בדבר חיינו המשותפים מחד עם חולשת המסגרת ככלי דוקטרינרי ליציקת תוכן הכרחי בגיבוש הכרעות אלה מאידך הוא מרשם לבעיה אשר בהקשרים אחרים היינו מכנים "טרגדיה". המעין-טרגדיה נובעת מכך שאפילו השתוקק בית המשפט להשתמש בחובת הזהירות לצורך מילוי תפקידה החשוב כמוסד המופקד על עיצובה המשפטי של ספרת יחסי הגומלין בין אדם לחברו, אין באפשרותו לעשות כן. נראה שהחובה אינה מספקת את אותה מסגרת, שכן היא נעדרת את אותו תוכן הכרחי שבאמצעותו אפשר בכלל לדבר על מסגרת כלשהי. כמובן, אין בכך כדי לשלול את האפשרות או היכולת המעשית של בית המשפט להכריע בשאלות ערכיות הנוגעות לתנאי החיים המשותפים שלנו, אלא שהכרעה זו נעשית "באוויר" ללא אותה הכוונה ראשונית אובייקטיבית ובסיס דוקטרינרי מוצק שלאורם – ורק לאורם – קמה הלגיטימציה של בית המשפט לקבל הכרעות שהן במהותן אידאולוגיות-פוליטיות (כדוגמת אלה שהובאו לעיל).¹⁵⁹ ייתכן כי בסופו של יום אין בררה אחרת זולת דיון "פתוח" וחסר הבניה דוקטרינרית בשאלת קיומה או היעדרה של חובת זהירות במקרה עקרוני מסוים, למשל, ביחסים שבין מנהל פורום אינטרנטי לבין צד שלישי שלטענתו הוצאה דיבתו על ידי משתתף בפורום. זאת אם אכן אין ביסוד חובת הזהירות אותם חומרי גלם נורמטיביים המאפשרים הבניה, אובייקטיביזציה ורציונליזציה של אותן הכרעות. כך, מונחים כגון צפיות טכנית ונורמטיבית, יחסי שכנות, בחינה מופשטת וקונקרטיה הם בבחינת הודאה (משותפת, אך מהדהדת דייה) בכישלוננו של המשפט המקובל ליצור משפט שאינו (רק)

157 לדיון ביקורתי בניסיונות מרכזיים בפסיקה לפתח את יסוד החובה בצורה שיטתית ראו שם.

158 ראו לעיל ה"ש 103–104 והטקסט הצמוד להן. לביקורת דומה מן האקדמיה המשפטית הישראלית ראו גלעד "על הנחות עבודה", לעיל ה"ש 32, בעמ' 300 ("חובת הזהירות היא מושג עמום [ו]חסר משמעות פנימית [...]").

159 מכאן גם הפיתוי לזנוח את היומרה להכריע הכרעות ערכיות ולהתמקד בניתוח הכלכלי של המקרה כדי לקבוע אם ראוי, משיקולי עלות-תועלת, להכיר בחובת זהירות. אך פיתוי זה אינו מתגבר על הצורך בקבלת הכרעות ערכיות. לדיון בנקודה זו בהקשר הכללי של ההכרעות הערכיות הנלוות לניתוח הכלכלי של המשפט ראו EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, LAW, ECONOMICS, AND MORALITY 105–108 (2010). כמו כן כפי שהראיתי לעיל, הניתוח הכלכלי צריך להיות אדיש לחלוטין להכרעה בין בחינת שאלת קיומה (או היעדרה) של החובה כמסגרת יסוד החובה-כחובה לבין בחינה דומה הנעשית במסגרת הגנת הפטור. אדישות זו היא לטענתי מקור הבעיה, שכן איננו יכולים – כאזרחים, שופטים או חוקרים – "לוותר" על הכרעה ערכית בשאלה הבסיסית של מה אנחנו חייבים זה לזה.

פוליטיקה שאמנם פועל במישור הערכי ולא האינטרסנטי הצר, אך בכל זאת אידאולוגי ופוליטי לעילא. ראוי להבהיר כי הבעיה שאליה אני מכוון אינה בעובדה שבתי משפט נאלצים להתמודד עם מה שמכונה "מקרים קשים" שבעניינם אין תשובה אחת נכונה והחלטית. הבעיה היא אחרת – החשש המכונה כאן טרגדיה הוא כי כל המקרים שבהם מתעוררת שאלה שלא הוכרעה בעבר בדבר קיומה של חובת הזהירות הם בהכרח "קשים", מכיוון שאין שום תוכן הכרחי לחובה זו.

אלא שאין הכרח לקבל את התפיסה שלפיה חובת הזהירות רק מתחזה למסגרת נורמטיבית שבתוכה מתקבלות הכרעות בדבר חובותינו לזולת. כלומר, אין הכרח לקבל את המסקנה העגומה כי צפיות טכנית ומושגית וכן מונחים אחרים הקשורים לחובה ריקים מכל תוכן. ייתכן שפסיקותיו של בית המשפט עד כה לא סייעו בהפגת חשש זה, אך אין בכך כדי לסתום את הגולל על האפשרות לפתח מונחים אלה פיתוח ראוי. בשלב הבא בטיעון המוצע מצויה דרך חשיבה חדשה על חובת הזהירות, אשר יש ביכולתה להפיג את החשש מפני הטרגדיה של דיני הרשלנות. חובת הזהירות היוחסתית, כך אטען, בכל זאת מציעה מסגרת של ממש, כלומר בעלת צורה ותוכן הכרחיים, שעל בסיסה אפשר לגבש הכרעות ערכיות בדבר תנאי החיים המשותפים שלנו. הפן האידאולוגי הכרוך בהכרעות אלה לא נעלם כמובן, אך הוא מתבצע בתוך מסגרת יציבה הכוללת מונחים מגובשים ועשירים בתוכן הכרחי כדוגמת צפיות טכנית, צפיות נורמטיבית ויחסי שכנות.

חלק ב – חובת הזהירות ויחסי זהירות: הבניה מחודשת

א. הצורה והתוכן של חובת הזהירות היוחסתית: הערות ראשוניות על משפט וחברה

Anglo-American law is pervaded on every hand by the idea of relation [...] the existence of some special relation calling for care or involving a duty of care is often decisive of liability.

ROSCOE POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 22–23 (1921)

עד לשלב זה של הטיעון ביקשתי להראות כי קיימים טעמים טובים לדחות את המגמה החדשה בפסיקה בכל הקשור לאימוצה של חובה כללית ולהמרתה של החובה היוחסתית לטענת הגנה מסוג פטור. על פני הדברים נראה כי חזרה אל הגישה המסורתית היא המסקנה המשתמעת מהניתוח המוצע. אך צעד זה, אף על פי שהוא בהחלט אפשרי, אינו הכרחי. הרעיון של החובה היוחסתית ניתן לפיתוח באופנים שונים, והמשותף לכולם הוא השאלה אם במקרה מסוג זה, ולא כל שכן במקרה זה ממש, קמה חובת זהירות. מה אותה

חובה דורשת – כלומר מהי מידת הזהירות – היא שאלה נפרדת אשר מעסיקה את יסוד הפרת החובה (ההתרשלות), ועל כן ראויה להתייחסות נפרדת. ברצוני להניח כאן את היסודות לקראת בנייה מחדש של החובה היוחסתית, כלומר כוונתי לבצר את מעמדה של החובה היוחסתית כנגד ניסיון המגמה החדשה לקצקעה. ואכן, היא אינה עומדת בסתירה להבנה המסורתית של החובה בפסיקה (למשל, להבחנה בין חובה מושגית לבין קונקרטי). נהפוך הוא, בכוחה להציג את מבנה החובה היוחסתית ותוכנה ההכרחי באור מדויק. מאמץ זה, חשוב להבהיר, הוא חלקי בלבד, בעיקר משום שעניינו מתמזה באפיון, להבדיל מההצדקה המוסרית של יוחסתיותה של חובת הזהירות במשפט המקובל. במרכזו יעמדו יחסי הזהירות שביכולתה של החובה ליצור בין יוצר-הסיכון לבין נקלע-הסיכון. מושאם של יחסים אלה הוא נקודת המבט של נקלע-הסיכון. אטען כי החובה להיזהר היא הדרישה המוטלת על יוצר-הסיכון להיפתח לנקודת המבט של נקלע-הסיכון, להכיר בה ולכן גם לכבדה. לבנייה מחדש הראשונית שאציע מיד חשיבות מיוחדת משום שהיא מראה כי היחס הנורמטיבי, יחסי זהירות, שהיא יכולה ליצור בין בני אדם מסוימים הוא הקוד הגנטי של החובה, במובן זה שאי אפשר להעלות הסבר משכנע, ובשלב הבא הצדקה, של החובה מבלי להידרש לחשיבות יוחסתיותה ולהשפעה החשובה שלה על עיצוב הדוקטרינה של חובת הזהירות, כלומר דרישת הצפיות הטכנית והנורמטיבית. הבניית יסוד החובה בדרך זו היא למעשה התוויית המסגרת הנורמטיבית שלתוכה ולאורה מקבל בית המשפט את הכרעותיו הערכיות בעניין שאלת חובותינו לזולת. מסגרת זו מעמידה יסודות יציבים וכללי הכרעה חדים שעל יסודם אפשר לפתח את יסוד החובה על פי המציאות המשתנה שבה פועל בית המשפט.

1. יחסי זהירות: פיתוח מקדמי

כדי להעניק לדיון המופשט בצורה היוחסתית של החובה ממד קונקרטי, אפתח בניתוח קצר של קטע מתוך פסק דין העוסק במקרה רשלנות שגרתי למדי, אך בכל זאת כולל תיאור מדויק ומעניין של המכניקה של נהיגת זהירות בזולת:

The rights of one operating a vehicle and of a pedestrian, on a public highway, are mutual, reciprocal, and equal and neither may use it in disregard of the right of the other to use it, and *each must accommodate his movements to the other's lawful use of it, each must anticipate the other's possible presence, and each must recognize the dangers inherent in the manner in which it may lawfully be used by the other.*¹⁶⁰

160 Mahan v. State, 191 A. 575, 581 (Md. 1937) (ההדגשות הוספו – א"ד).

לצורך פשטות הדיון אתייחס לגרסה חד-צדדית, ולכן רזה יותר, של האינטראקציה בין הנהג לבין הולך הרגל המובאת בקטע זה: רק אחד מהם פעיל, ואילו השני מצוי במצב סביל לחלוטין אשר אינו יוצר סיכון לסביבה (מלבד עצם היותו באותה סביבה כמובן). לפי הצורך, יהיה אפשר לעבות את הניתוח על ידי חזרה לגרסה הדו-צדדית של האינטראקציה, אשר ביכולתה להצמיח יחסי זהירות עשירים מאלה העשויים להתקיים בגרסה החד-צדדית. מכיוון שמטרתי להראות שהצורה המיוחדת של חובת הזהירות היא עצמה יוצרת יחסי זהירות, הרי שעליי להראות שאלה יכולים להתקיים אפילו בגרסה הרזה ביותר של האינטראקציה בין יוצר-סיכון לבין נקלע-סיכון.

ואכן, הקטע המובא לעיל מציין שלושה היבטים הכרוכים באינטראקציה מוצלחת בין יוצר-הסיכון לבין נקלע-הסיכון, שניים מהם קשורים קשר הדוק ליוחסתיותה של החובה ולכן דורשים התייחסות:¹⁶¹ האחד, הצורך לצפות את הימצאותו של נקלע-הסיכון ("each must anticipate the other's possible presence"); השני, הצורך להתאים את התנועות יוצרות-הסיכון לתנועותיו של נקלע-הסיכון, שכאמור נוכחותו האפשרית ניתנת לצפייה ("each must accommodate his movements to the other's lawful use of [the highway]"). ההיבט הראשון מקפל בתוכו את ההכרח הלוגי בקיומה של צפיות (טכנית) כדי שיחסי זהירות כלשהם יוכלו להיווצר. אעסוק בהיבט זה לעומק בהמשך.

ההיבט השני נוגע ללבה של נהיגת זהירות באדם אחר. עניינו בהיותו של אדם אחר משום אילוץ לאופן שבו יוצר-הסיכון יכול וצריך לפעול בעולם. הנהג למשל נוהג זהירות כלפי הולך הרגל כאשר הוא מאט – ואף עוצר, אם יש בכך צורך – בעת שהאחרון פותח בחציית הכביש. נהיגת זהירות כאמור מבטאת, במובן הבסיסי ביותר, צורה של התחשבות בזולת. כפי שאבקש לטעון, מושא ההתחשבות המיוחד את יחסי הזהירות העשויים להירקם באינטראקציה מוצלחת של התנהגות זהירה הוא נקודת מבטו של נקלע-הסיכון, להבדיל למשל מרווחתו או טובתו.¹⁶²

בראשית הדברים ראוי להבהיר כי דיבור על התחשבות, ובפרט התחשבות בנקודת המבט של האחר, אינו צריך להגיע כדי יצירת קשר רגשי מסוג כלשהו בין המעורבים. הוא אף אינו מנביע יצירת היכרות של יוצר-הסיכון עם נקלע-הסיכון. אכן, ההתחשבות יכולה להתרחש ללא מודעתו של נקלע-הסיכון להתרחשותה ואף ללא הכרתו של

161 ההיבט השלישי כרוך בצורך להכיר בסיכוני רקע הנובעים מעצם השימוש החוקי של אדם אחר בדרך ציבורית.

162 ההבחנה בין נקודת מבטו לבין טובתו של אחר מוכרת מהקשרים רבים בחיי היום-יום. למשל, היא באה לידי ביטוי בשאלה מהו האופן הראוי לכבד את ילדינו: האם על הורים לכבד את נקודת מבטו של הילד? או את טובתו? תפיסה אחת מקובלת, ואותה אני מאמץ ברשימה זו, היא כי ההתפתחות המוסרית של ילד – מלידה ועד בגרות – מתאפיינת במעבר הדרגתי מצורת הכיבוד השנייה (המדגישה את טובתו של הילד, כפי שהורה או החברה תופסים זאת) אל עבר הראשונה (המדגישה דחיית שיפוטם ערכיים של ההורים וקבלת נקודת המבט של הילד ככזו). ראו למשל Tamar Schapiro, *What Is a Child?*, 109 ETHICS 715 (1999).

יוצר-הסיכון את זהותו הביוגרפית של נקלע-הסיכון ה"נהנה" מן ההתחשבות. עם זאת עצם קיומה של התחשבות מצד יוצר-הסיכון בנקלע-הסיכון (או בקבוצה המסוימת של נקלע-סיכון שאליהם משתייך נקלע הסיכון הספציפי) היא בעלת חשיבות מוסרית אפילו בתנאי הזרות שבהם היא עשויה להתרחש.

אכן, נכונות הנהג שבדוגמה לעיל להתאים את תנועותיו לתנועות הולך הרגל מבטאת, לפחות במשתמע, הכרה בערך העצמאי של נקלע-הסיכון כפועל המוציא לפועל את כוונותיו להשתמש בדרך כחלק מתכנית פעולה מקיפה יותר, למשל הליכה למכולת. ההתחשבות בכוונותיו של הולך הרגל מובחנת מצורות אחרות של התחשבות בזולת, כגון התחשבות בטובתו או באינטרסים שלו.¹⁶³ זוהי התחשבות בפועל ככזה,¹⁶⁴ במנותק מהשלכות פעילותו על רווחתו או טובתו שלו, וממילא גם על רווחת או טובת הציבור בכללותו. זאת אפשר לראות כאשר רצונו – הפועל באמצעות ייצור כוונות – מצוי במתח עם טובתו, למשל במקרים המכונים "תקיפה רפואית": רופא המחליט לבצע במטופל טיפול שמכל בחינה אובייקטיבית נחוץ לשמירת רווחתו של המטופל, אך עושה זאת בניגוד לרצונו המפורש, מפר חובת זהירות¹⁶⁵, ובמקרים מסוימים אף מבצע עוולת תקיפה.¹⁶⁶ בחזרה למקרה שלנו, הנהג מתחשב בהולך הרגל ובכך מכבדו כפי שהוא מוצא אותו, כלומר בתנאיו של האחרון.¹⁶⁷ הכוונה היא לתנאים שהאחרון קובע מנקודת המבט שלו, באמצעות ייצור הכוונות לחצות את הכביש כאן ועכשיו, להבדיל מהתנאים הנקבעים על ידי רווחתו או טובתו (כפי שהם נראים מנקודת המבט של הנהג או מכל

163 במצב שבו אי אפשר לאתר – או להסיק – כוונות מתוך התבוננות באדם אחר עולה הדרישה לברר בירור אקטיבי את כוונותיו טרם סיכון גופו. המקרה המובהק הוא חולה המצוי במצב חוסר הכרה או במצב פסיכי אחר שאינו מאפשר לדעת אם הוא מסכים לעבור ניתוח. למעט מצב חירום, חובת הרופא היא להשיג הסכמה, כלומר, לברר את כוונות החולה, לפני ביצוע הניתוח. וגם במקרה חירום, כפי שמורה סעיף 24(8) לפקודת הנוזיקין, אפשר לבצע טיפול ללא דיחוי רק אם לרופא אין יסוד להניח כי החולה היה מסרב לקבלת טיפול.

164 עוד ראו DAVID M. ESTLUND, DEMOCRATIC AUTHORITY 143 (2008) (observing, as a matter of what "we do all the time (when I walk into the street, the driver gains [a moral] obligation to slow down [...]").

165 ראו למשל DOBBS, לעיל ה"ש 22, בעמ' 654, חלק 250 (observing that the wrongdoing characteristic of medical battery cases is "not a negligent operation but a failure to respect the patient's right of choice").

166 לחשיבותה ונפקותה המשפטית של ההבחנה בין עוולת התקיפה לבין עוולת הרשלנות ראו נילי קרק-אייל "דוקטרינת 'ההסכמה מדעת' – עילת התביעה הראויה מקום בו הופרה זכותו של המטופל לאוטונומיה" הפרקליט מט 181, 198–208 (2007); יעקב, לעיל ה"ש 149.

167 במובן זה, דוקטרינת הגולגולת הדקה, המבוססת אף היא על העיקרון שלפיו המזיק מוצא את הניזוק כפי שהוא, היא ביטוי דוקטרינרי של יסוד הקשר הסיבתי המשפטי לעיקרון מוסרי בסיסי יותר המופיע כבר בחובת הזהירות, מכיוון שמושא הזהירות שהיא דורשת הוא נקודת מבטו של נקלע-הסיכון. לדוקטרינת הגולגולת הדקה ראו ד"ר 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701 (1964).

נקודת מבט אחרת זולת זו של הולך הרגל).¹⁶⁸ בכך הדרישה לנהוג זהירות כלפי הולך הרגל היא הדרישה לקבל את כוונותיו לפעול בעולם בתור אילוץ המופעל על תכונותיו של הנהג, כזה החל ללא שום קשר לתכנית הפעולה של הנהג. צורה זו של התחשבות – נהיגת זהירות בזולת – מבטאת פעולה חברתית, אמנם רזה ביותר אך בכל זאת בעלת משמעות מוסרית חשובה: הנהג נדרש להיות קשוב או להיות נכון להיות קשוב לכוונותיו של הולך הרגל – למשל לחצות את הכביש – ולקבלן כתביעות עצמאיות (*freestanding claims*) להכרה מכבדת בהן. הכרה מכבדת זו מתבטאת בצורה הבהירה ביותר דווקא כאשר הנהג חולק נחוצות על כוונותיו של הולך הרגל לחצות כאן ועכשיו, כולל מטעמים עקרוניים המביאים בחשבון את טובתו של הולך הרגל עצמו, אך בכל זאת נכון להתאים את תנועותיו כדי לאפשר להולך הרגל להוציא לפועל את כוונותיו שלו, פשוט משום שאלה הן כוונותיו והוא בן אדם, לא פחות ולא יותר.¹⁶⁹

זאת ועוד, הפגנת התחשבות בהולך הרגל על ידי הכרה בכוונותיו כמבססות תביעה עצמאית לבצע התאמות בתנועותיו של הנהג גוברת אפילו על רצונו הטוב של האחרון להבטיח את רווחתו או טובתו של הראשון. כך, אפילו אם התעלמות מהחלטתו של הולך הרגל לחצות את הכביש כאן ועכשיו היא, באיזון כולל, הדבר הנכון ביותר לעשות כדי לקדם את רווחתו של הולך הרגל, ולמצער לשמור עליה, החובה לנהוג זהירות – כלומר החובה להתחשב בנקודת המבט של נקלע-סיכון פוטנציאלי – אינה נסוגה לאחור.

שתי דוגמאות עשויות להאיר את חשיבות ההייררכיה המקופלת בתוך החובה לנהוג זהירות בזולת, שבה מסודרות ההתחשבות בנקודת מבטו של הולך הרגל וההתחשבות בטובתו. ראשית, במקרים רבים הולך הרגל חושב "לי זה לא יקרה". ביכולתו של הנהג ללמד את הולך הרגל האמור לקח חשוב (שאף עשוי להתברר בעתיד כמציל חיים) אם יחשוף אותו לסיכון מוגבר אך מבוקר. למשל, הנהג יכול לבלום את רכבו ממש סמוך להולך הרגל בעת שהוא מתחיל בחציית הכביש, כדי ליצור אצל האחרון תחושת בהלה של כמעט-תאונה, ובכך להביא לשינוי תודעתו, כלומר להפנמת המידה הטובה של זהירות.¹⁷⁰ מובן שבמקרה שבו ה"כמעט-תאונה" הופכת לתאונה ממש בשל ביצוע מרושל מצד הנהג, הנהג צפוי לשאת בחבות הנזיקית כלפי הולך הרגל. הניסיון ללמדו לקח הוא מעשה עוולה – של רשלנות ואולי אף של תקיפה. למותר לציין כי השאלה אם

168 בנקודה זו ראוי לזכור כי הניתוח המוצע לעיל עוסק בעצם הפעולה של נקיטת זהירות – ביחס למה נדרש יוצר-הסיכון לנקוט זהירות כלפי אדם אחר – ולא בשאלה (השונה לחלוטין) של כמה זהירות צריכה להינקט. במילים אחרות, הניתוח המוצע מתמקד בדרישת ההתחשבות ולא בהיקפה או בדרגתה.

169 מובן שהכרה מכבדת בנקודת המבט של הולך הרגל מתקיימת – או יכולה להתקיים – גם במקרים שבהם הנהג מקבל את נחיצות חציית הכביש על ידי הראשון. הטענה בטקסט העיקרי היא שהמצב ההפוך מראה בצורה חדה את מה שמתרחש גם כאשר הנהג אינו חולק על החלטתו של הולך הרגל לחצות את הכביש.

170 לזהירות כמידה טובה (*virtue*) שעל דיני הנזיקין לקדם, ראו Feldman, לעיל ה"ש 51.

התאונה או הכמעט-תאונה עשויות לשרת, לפחות בטווח הארוך, את טובתו של הולך הרגל אינה רלוונטית כלל לצורך גיבוש העוולה. אך גם כוחה של הדוגמה המובאת כאן אינו תלוי באמתות הטענה המהותית בדבר תרומתו של לימוד לקח כאמור לרווחתו של הולך הרגל – גם אם היא תקפה בהקשרים מסוימים, לא ברור אם נסיבות המקרה הנדון נופלות בגדר אותם הקשרים.¹⁷¹ דוגמה זו מדגישה את אי-הכרתם של דיני הנזיקין בטענה מסוג זה. טעותו של נתבע שמעלה טענה מסוג זה היא לא בהכרח בתקפות המוסרית ואולי המשפטית של חשיבות לימוד לקח באמצעות חשיפה מבוקרת של אחרים לסיכונים קלים (כאמור, ייתכן שטענתו תקפה, לפחות בהקשרים מסוימים). הטעות היא קטגורית – נהיגת זהירות באחר במסגרת דיני הנזיקין עניינה בהכרה בנקודת מבטו של האחר וכיבודה ולא בטובתו או ברווחתו.¹⁷² זוהי טעות בזיהוי ההמשגה של כיבוד הזולת המאומצת על ידי דיני הנזיקין, ולא אך בפרשנות שנותן המזיק להמשגה שהוא מבכר. אין זה אומר כי כיבוד נקודת המבט של הזולת אינו יכול גם לקדם את טובתו; ודאי שלעתים הדבר אפשרי. הנקודה היא שקידום טובתו של הזולת הוא לכל היותר בעל קשר אגבי לדרישת המשפט בדבר נהיגת זהירות בנקודת המבט של הזולת. הדוגמה השנייה יורדת לשורש העניין, שכן היא מאלצת את דיני הנזיקין לספק תשובה החלטית וברורה לשאלה מהו מושא החובה לנהוג זהירות, או במילים אחרות ביחס למה נדרש יוצר סיכון לכבד את נקלע-הסיכון. ביכולתה אפוא להראות כי התשובה היא חד-משמעית – נקודת המבט של נקלע-הסיכון. נניח כי שמעון ויהודית, שאינם מכירים זה את זה, נפגשים באקראי בבר. שמעון מבחין ממרחק מסוים כי יהודית עומדת לנגוס בפטרייה תמימת מראה הנחשבת לרעילה במיוחד. אכילתה צפויה קרוב לוודאי לסכן את חייה של יהודית. בשל ההמולה שמסביבם והמרחק המפריד ביניהם הדרך היחידה שיש לשמעון למנוע את מיהודית לנגוס בפטרייה היא הנחתת מכה חזקה על ידה או על פרצופה. וכך הוא אכן עושה. על פי דיני הנזיקין, ככל שקיימת הסתברות גבוהה לכך שכוונותיה של יהודית אינן לסכן עצמה – להפך, כוונותיה הן ליהנות מערב שלו

171 להבחנה שלפיה ניתוח נורמטיבי של רעיון הרווחה או האינטרס של הזולת הוא בהכרח קונטרוברסלי, ראו: STEPHEN DARWALL, WELFARE AND RATIONAL CARE 82 (2002). להצדקה כלכלית של פטרנליזם משפטי ראו Eyal Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VA. L. REV. 229 (1998).

172 Francis C. Bohlen, *Consent as Affecting Civil Liability for Breaches of the Peace*, 24 COLUM. L. REV. 819 (1924); J.B. Ames, *How Far an Act may be a Tort Because of the Wrongful Motive of the Actor*, 18 HARV. L. REV. 411, 412 (1905) ("An act may be a tort, notwithstanding the rightful motive of the actor, because the end does not justify the means").

כבר – כך גוברת גם ההכרה המשפטית בקיומה של הצדקה המכשירה את תוקפנותו של שמעון, ולא אך פוטרת אותו מחבות (במובן של *excuse*).^{173, 174} על פני הדברים דוגמה זו מושכת לכיוון הנגדי מזה שאליו אני מבקש לחתור. במילים אחרות, נראה שמושא חובת הזהירות שאפשר להסיק מקיומה של הצדקה להתעלמות מחובה זו בשעת חירום הוא טובתו של הזולת, ובפרט, האינטרס של יהודית בחיים. אך זו טעות. הטעם הרשמי, הן במשפט הישראלי והן במשפט האמריקאי, לקיומה של הצדקה מצוי בכיבוד נקודת מבטה או בכוונותיה האמתיות של נקלעת-הסיכון.¹⁷⁵ הפריבילגיה ההופלדיאנית המוענקת לשמעון לפגוע ביהודית מעוגנת במחשבה כי אין זה רצונה של נקלעת-הסיכון לחשוף עצמה לסכנה האורבת לה מן הפטרייה. ההנחה היא כי אם היה ברשותה המידע הרלוונטי בדבר רעילותה של הפטרייה, אין ספק שהייתה מנצת מלהמשיך בתכניתה לנגוס בה. ה-*Restatement* האמריקאי אף מדגיש בהערות הרשמיות כי “[t]he mere possibility that the other *might* consent if he were able to do so is not enough.”¹⁷⁶ מובן שעדיין אין בכך משום הוכחה כי הצדקת הפגיעה בהולך הרגל מעוגנת בכיבוד נקודת מבטו. אך הוכחה זו מגיעה, לבסוף, בדמות התגובה של המשפט למצב שבו שמעון יודע – או היה עליו לדעת – כי יהודית לא הייתה מסכימה לחוש את נחת זרועו, וניסיון ההצלה שלו היה מוכתר כמעשה עוולה לכל דבר ועניין, מהסיבה הפשוטה שהמעשה אינו מכבד את נקודת המבט שלה, אפילו שהוא מבטא כבוד לטובתה או לרווחתה.¹⁷⁷ מכאן נובע שבמקרה שבו המשפט איננו מטיל על שמעון חובת זהירות במצב חירום אינו יכול להיות מוסכר על ידי החשיבות שמייחס המשפט לטובתה של יהודית. כפי שהתרחיש שלפיו שמעון יכול לדעת על התנגדותה של יהודית מראה, הסיבה הנכונה היא מחויבות המשפט לרעיון הבסיסי של חובת הזהירות. כלומר, הרעיון

173 ראו ס' (1)24 ו- (8) לפקודת הנויקין. כך גם במשפט המקובל האמריקאי. ראו *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 892D cmt. a (1979)*; *Preston v. Hubbell*, 196 P.2d 113, 115 (Cal. Dist. Ct. App. 1948) (הצדקה להתערבות רפואית עשויה לקום במקרי חירום רפואי כאשר קבלת הסכמה לטיפול אינה מעשית (“impracticable”).

174 מובן שהטעמים התומכים בקיומה של הצדקה נגד מילוי חובת הזהירות אינם מנביעים חובת אזהרה או הצלה במקומה.

175 ראו ההפניות לעיל בה"ש 173.

176 *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 892D cmt. a (1979)* (ההדגשה הוספה – א"ד).

177 תרחיש שכזה יכול להתרחש מסיבות שונות ומשונות. למשל, יהודית מעוניינת לנגוס בפטרייה כדי להרשים את חבריה לבילוי בבר בהפגינה יכולת להתמודד עם מאכלים רעילים, כדי לגרום לעצמה נזק שימנע ממנה להתייצב למילואים ערב מלחמה או פשוט משום שברצונה לסיים את חייה. אם דוגמאות אלה נראות אוטוריות מדי, אפשר במקום זאת להעלות מקרה שבו מנתח יודע, או היה עליו לדעת, כי החולה אינו מסכים לניתוח אף על פי שאין ספק כי הניתוח חיוני לטובתו – רווחתו – של האחרון, וכי סירובו של החולה אינו נובע ממניעים פסולים (למשל חששו מגילוי ראיות מפלילות המוכמנות בגופו).

בדבר היפתחות לנקודת מבטה של נקלעת-הסיכון והכרה מכבדת בה, גם אם הכרה זאת באה על חשבון רווחתה או טובתה. מסקנה זו אינה מפתיעה כאשר מביאים בחשבון כי הכרה מכבדת בנקודת המבט של הזולת היא מחויבות המוכרת בדיני הנוזקין הרבה מעבר לתחומי התפרסותה של עוולת הרשלנות.¹⁷⁸

לקראת סיומו של חלק זה של הטיעון, שבו ביקשתי לפתח בקצרה את רעיון יחסי הזהירות הנוצרים במסגרת חובת הזהירות, ברצוני להבהיר מה אינו כלול בטיעון זה. ובכן, הצבת נקודת המבט של נקלעת-הסיכון בתור מושא החובה לנהוג זהירות עונה על השאלה מה עושה יוצר-הסיכון כאשר הוא פועל למתן את הסיכון האמור (להלן: שאלת המה). לצדה קיימת שאלה אחרת והיא מדוע יוצר-הסיכון עושה את שהוא עושה, כלומר מתאים את נהיגתו לתנועות נקלעת-הסיכון באופן שנקבע, במידה מסוימת, על ידי נקודת המבט של האחרון (להלן: שאלת המדוע). השאלה הראשונה עוסקת באפיון נהיגת זהירות באחר, ואילו השנייה מתעניינת במוטיבציה המניעה את יוצר-הסיכון לפעול על פי האפיון המוצע. לפיכך הנהג שבדוגמה לעיל יכול להכיר בנקודת המבט של הולך הרגל כאילוץ עצמאי המופעל על אופן ההוצאה לפועל של תכנית הנהיגה שלו מסיבות שונות בתכלית, ובכלל זה סיבות שאין בינן לבין רחישת כבוד כלפי הזולת מאומה. למשל, הנהג עשוי להיות מונע לנהוג זהירות כלפי הולך הרגל כי הוא מתומרץ לעשות זאת על ידי המשפט, כי הוא מעוניין לשמש דוגמה אישית לציבור הילדים הצופה בו, או כי הוא חושש מתגובה עוינת של החברה האזרחית. במובן זה החובה לנהוג זהירות אינה מותנית במצב נפשי מסוים בקרב יוצר-הסיכון (למשל, רגשי חיבה כלפי נקלעת הסיכון). במרכז עומדת הנכונות (*attitude*) להיפתח לנקודת מבטו של האחר, להכיר בה ולכן גם לכבדה, תהא הסיבה לכך אשר תהא.

178 כך למשל עוולות כליאת שווא, הסגת גבול במקרקעין ובמיטלטלין (שבעניין דרישת נזק אינה הכרחית לצורך קבלת סעד ציווי וייתכן שגם פיצוי עונשי), עוולת התרמית. כאלה הם פני הדברים גם במשפט המקובל, למשל זה האמריקאי: *Kehele v. Putnam*, 60 N.H. 30 (1880) (a tort of false imprisonment would lie even when "the defendants were actuated by a desire to promote the plaintiff's welfare [by imprisoning her *against her will*]"); *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.*, 563 N.W.2d 154 (Wis. 1997) (השתת פיצוי עונשי בגין הסגת גבול מקרקעי התובעים לאחר אזהרות חוזרות; אין חשיבות לכך שלא נגרם נזק (ממוני ולא ממוני) לתובעים); *KEETON*, לעיל ה"ש 102, בעמ' 741, חלק 107 *as the tortfeasor intended to mislead the plaintiff-victim to form false intentions and to act on them, regardless of whether the lying tortfeasor "had the best of motives, and [...] thought he was doing the plaintiff a kindness"*. לפיתוח תאורטי של מושג ההכרה המכבדת בהקשר של עוולת הסגת הגבול במקרקעין ובמיטלטלין במשפט המקובל ראו, Avihay Dorfman, *The Property Gap: Private Ownership, Trespass, and the Form/Function Mismatch* (Aug. 26, 2011), <http://ssrn.com/abstract=1806440>.

אך למרות הניתוק המושגי בין שאלת המה לבין שאלת המדוע עשויה לקום זיקה נורמטיבית חזקה ביניהן. עצם העובדה כי נהיגת זהירות באדם אחר מניחה קיומה של נכונות להכיר בכוונותיו של אותו אדם כקובעות, במידה מסוימת, את התנהגות יוצר-הסיכון, אינה אדישה נורמטיבית לשאלת המדוע. בפרט מכיוון שצורת האינטראקציה המייחדת את חובת הזהירות היא חברתית, שכן במרכזה הכרה באחר כבעל נקודת מבט עצמאית המציבה עצמה כאילוץ על חיי המעשה של יוצר-הסיכון, הרי שהיא עצמה – בשל היותה צורה חברתית של אינטראקציה – בבחינת טעם עצמאי לפעול על פיה. במילים פשוטות, הערך שבצורה המיוחדת של חובת הזהירות הוא טעם לכך שעל יוצר-סיכון לקבל את הטוב שבהכרה מכבדת בנקודת המבט של הזולת, ולא אך ברווחתו. מהו אותו טוב? זוהי שאלת ההצדקה החורגת מתחומי מאמר זה. אך גם ללא פיתוח מלא ומעמיק של הטוב הטבוע בצורה החברתית של החובה אפשר למצוא לו עיגון ראשוני בהחלט באינטואיציות המוסריות שלנו.

אכן, חשיבותה המוסרית של הכרה מכבדת בנקודת המבט של האחר "מורגשת" היטב בדיעבד, כלומר לאחר שהנהג כשל במילוי חובת הזהירות ודרס את הולך הרגל. אילו כל שהיה ניתן לומר על המוטיבציה של הנהג לקיים (או להפר) חובה זו היה מתמצה באינטרס העצמי שלו להימנע מחבות נזיקית או מסנקציה משפטית או חברתית אחרת, לא היה הגיוני לצפות לכעס או תרעומת מצד הולך הרגל הנפגע, זעם מצד העדים לאירוע, ואף לא תחושות בושה ואשם אצל הנהג עצמו על מעשהו.¹⁷⁹ מישור הביקורת על הנהג היה צריך להתמצות בפגיעה ברווחה המצרפית ובפגיעה באינטרס העצמי שלו במזעור העלויות האישיות הכרוכות בפעולותיו.¹⁸⁰ כלומר, ריקון התשובה לשאלת המדוע מכל תוכן מוסרי ומילוייה באמת מידה בלעדית של רציונליות אינסטרומנטלית¹⁸¹ אינה יכולה להתיישב עם האינטואיציות המוסריות הבסיסיות ביותר שלנו בדבר הבעייתיות של התנהגות הנהג ותוצאותיה – העובדה שהנהג כשל בהכרה בהיותו של

179 לטיעון דומה בהקשרים אחרים ראו THOMAS NAGEL, THE POSSIBILITY OF ALTRUISM 85 (1970); P.F. STRAWSON, FREEDOM AND RESENTMENT 24 (1974); JUDITH JARVIS THOMSON, THE REALM OF RIGHTS 216 (1990).

180 ייתכן שאף ביקורות אלה אינן במקומן אם יתברר כי ההרתעה שדיני הנזיקין יוצרים אינה יעילה (במובן של יצירת התרעת-יתר), ולכן התנהגות הנהג יוצרת "תיקון" ראוי במאזן ההרתעתי הכולל של דיני הנזיקין. על חשיבותה של שמירת מאזן התרעתי כולל בדיני הנזיקין ראו A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869, 888–889 (1998).

181 המונח רציונליות אינסטרומנטלית שאני נוקט מוגדר במונחים הא-מוסריים האלה: "The (most) rational thing to do" has most commonly been taken to mean 'what most conduces to the fulfillment of the agent's aims'. SCANLON, לעיל ה"ש 91, בעמ' 191–192. לטענה שלפיה דיני הנזיקין מכירים באמת מידה שונה מזו של הרציונליות האינסטרומנטלית, היא מידת הסבירות, ראו Keating, לעיל ה"ש 50, בעמ' 373–383.

הולך הרגל משום אילוץ עצמאי על אופן נהיגתו בכביש.¹⁸² מכל מקום, מטרתי איננה לפתח ברשימה זו את התאוריה שתיצור שיווי משקל עם אינטואיציות אלה.¹⁸³ במקום זאת ביקשתי בפסקה זו להראות כי פיתוח תפיסת ההכרה המכבדת במתן מענה לשאלת המדוע, כלומר מדוע התנהגות זהירה של יוצר-הסיכון צריכה ללוש את הצורה המיחדת את חובת הזהירות, אפשרי ואף הגיוני (ככל שהאינטואיציות המוסריות שלנו נטועות בהיגיון). אך זאת כאמור אעשה במקום אחר.

על רקע אפיונם הראשוני של יחסי הזהירות אבקש לעבור לחלק הדוקטרינרי שבבנייה מחדש המוצעת של חובת הזהירות. זאת אעשה על ידי פירוק הצורה היוחסתית של החובה לשני מרכיבים, שהם בבחינת התוכן ההכרחי הנובע מאותה צורה. חלק זה יראה כי יחסי זהירות הם בבחינת מבנה העומק של חובת הזהירות במשפט המקובל ובכלל זה של ישראל.

2. יחסי זהירות: צפיות טכנית כדרישה יוחסתית במובן החלש

חובת הזהירות נותנת טעמים מחייבים לפעולה אשר בכוחם ליצור זיקה נורמטיבית – זיקה של ההכרה בזולת וכיבודו – בין נמען החובה לבין אדם או קבוצה מסוימת של בני אדם. החובה היא יוחסתית בכך שאינה מתפשרת על חובה כללית שאותה חייב יוצר-הסיכון לכולי עלמא, אלא לטובת אדם או קבוצה מסוימת של בני אדם.¹⁸⁴ זיקה

182 כפי שהדגשתי בטקסט עצמו, אינני טוען כי ההסבר היחיד שאפשר להציע לבעייתיות של מקרה הדריסה הוא ההסבר המוסרי, ובפרט היעדר ההכרה המכבדת של הזולת. טענתי היא כי הסבר זה הכרחי (גם אם לא בהכרח מספיק) כדי לתת פשר לאינטואיציות המוסריות שלנו בדבר הבעייתיות והפסול שבמעשה.

183 הכוונה היא למציאת reflective equilibrium בין שיפוט קדם-תאורטי (הנסמך על אינטואיציות מוסריות בריאות) של מצב דברים מסוים לבין התאוריה המסבירה אותו. ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 20 (1971).

184 אני מותיר בצד היבט נוסף של שאלת הצפיות – צפיות באשר לסוג הנזק הנשקף מיצירת הסיכון מושא החובה. גם אם היבט זה הוא חלק אינטגרלי של יסוד החובה (להבדיל מיסוד הקשר הסיבתי המשפטי), צפיות באשר לניזוק פוטנציאלי היא שאלה שקודמת לו מבחינה הגיונית. היעדר קיומה של צפיות באשר לאדם או קבוצה מסוימת של בני אדם מיתר מלכתחילה את שאלת הצפיות באשר לסוג הנזק. בספרם הקלאסי על סיבתיות במשפט הארט והונורה אותזים בגישה הפוכה, הרואה בשאלת הצפיות באשר לניזוק פוטנציאלי טכניקה אפשרית (או אולי proxy) לבחינת קיומה של צפיות באשר לסוג הנזק במסגרת בחינת יסוד הקשר הסיבתי בעולת הרשלנות. ראו H.L.A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW 271–273 (2nd ed. 1985). דיונים זה זולג, באופן לא מפתיע אך גם לא מודע מצדם, משאלות שעניינן בריחוק הנזק וייחוס אחריות להשתלשלות עניינים לא שגרתית לשאלות (שונות בתכלית) של חובת זהירות. על כל פנים, בשל ההטיה שממנה הם "סובלים" לכיוון יסוד הקשר הסיבתי המשפטי, הארט והונורה מייחסים לשאלת הצפיות חשיבות

כאמור מותנית בקיומה של צפיות (טכנית): האפשרות הסבירה לצפות מלכתחילה כי פעולה מסוימת יוצרת סיכון לאדם מסוים או לקבוצת אנשים מסוימת היא תנאי הכרחי לאפשרות יצירת יחסי זהירות בין יוצר-הסיכון לבין נקלע-הסיכון. במילותיו של פסק דין Mahan שהובא לעיל, "each must anticipate the other's possible presence".¹⁸⁵ כפי ש עוד אבהיר בהמשך, צפיות טכנית מבטאת דרישה יוחסתית חלשה במובן של דרישת-קדם לקיומה של חובת זהירות בעלת צורה יוחסתית.

הדגשת חובת הזהירות את יחסי הזהירות בין יוצר-סיכון לבין נקלע-סיכון אינה מקרית. נהפוך הוא, בכוחה להסביר את פשרה של דרישת הצפיות באשר לנקלע סיכון מסוים אף אם הטלת חובת זהירות באשר לנקלע-סיכון שאינם צפויים אינה "מזיקה", ואפשר אף מועילה, לקידום מטרת חובות באמצעות דיני הנזיקין.¹⁸⁶ כפי שאטען כעת, בעוד שהרחבתה של החובה מעבר לנקלע-הסיכון הצפוי אינה יוצרת בהכרח תמריצים לנקיטה לא יעילה של אמצעי זהירות, ועל כן אינה עומדת בסתירה לקידום היעילות או הצדק המתקן באמצעות דיני הנזיקין, יש בכוחה לקדם ערכים חשובים, בעיקר הגינות כלפי ניזוק לא צפוי אשר נפגע על לא עוול בכפו מידי מזיק רשלן (ביחס לנקלע-הסיכון הצפוי); ובכל זאת, חובת הזהירות היוחסתית אינה מוטלת כלפי הניזוק שאינו צפוי. פסק הדין המפורסם בעניין פריצקר¹⁸⁷ הוא מקרה מבחן מצוין להמחשת הטענה. המפתח להבנתו, כך אטען, מצוי בצורה היוחסתית של חובת הזהירות, ובמובן זה ביחסי הזהירות (במובן החלש) היכולים להיווצר, אם בכלל, אך ורק אם יוצר-הסיכון יכול לצפות את הסכנה שהוא יוצר לניזוק המסוים (או לקבוצת הניזוקים שאליה האחרון משתייך).

פסק הדין בעניין פריצקר עוסק בהתרחשות עובדתית יוצאת דופן (מה שלעתיים מכונה בלעז *freak accident*) אשר מאפשרת לבחון בתנאי מעבדה כמעט את שאלת חשיבותה של הצפיות הטכנית. מעניין שהתרחשות עובדתית יוצאת דופן עומדת גם בבסיס פסק הדין שניתן בדיני הנזיקין של המשפט המקובל האמריקאי הנתפס בעיני רבים כחשוב ביותר בעניינה של חובת הזהירות, הלא הוא פסק הדין בעניין *Palsgraf v. Long Island R. Co.*¹⁸⁸ יתר על כן, מעניין כי העובדות הרלוונטיות להכרעה בשאלת

משנית בלבד, מעין מגבלה הנובעת מאילוץ מדיניות פרגמטיים על היקף האחיות בנויקין. שם; הגישות שבהן ארון בטקסט העיקרי (ובכלל זה הגישה המועדפת עליי) אינן שותפות לגישה זו.

185 עניין Mahan, לעיל ה"ש 160, בעמ' 581.

186 לדין עדכני בשאלת מטרתיו השונות של דיני הנזיקין (נוסף על שיקולי יעילות וצדק מתקן) ראו בנימין שמואלי "קליעה למטרה": הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים" משפטים לט 233, 245–254 (2010).

187 ראו לעיל ה"ש 13.

188 ראו לעיל ה"ש 17. פרוסר מציין כי פסק הדין הוא "Perhaps the most celebrated of all tort cases". Prosser, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1.

קיומה של חובה וההכרעה גופה בעניין פריצקר ובעניין Palsgraf זהות (!). בשניהם עולה בשיא חריפותה שאלת הצפיות הטכנית – מדוע עליה להתקיים דווקא באשר לנתבע? 189 בעניין פריצקר דובר במשאית שנכנסה בנסיעה לאחור אל סמטה צרה ללא מוצא כדי לפרוק חצץ לטובת פועלים שעבדו באותה שעה בבניין שבסמטה. המשאית לא יכלה להגיע אל המקום המיועד לפריקת החצץ משום שבשולי הסמטה עמדה ערמת חול שמנעה את התקדמותה. נהג המשאית, פרידמן, ירד מהמשאית כדי להזיז את ערמת החול. עזרו לו מנהל העבודה בבניין, פריצקר, וכמה מפועליו. כשסיימו את הכשרת הדרך, ובעודם עומדים מאחורי זנבה השמאלי של המשאית, הורה מנהל העבודה פריצקר לפרידמן שישוב למשאיתו וימשיך בנסיעה לאחור לכיוון קצה הסמטה, שם יפרוק את החצץ. פרידמן עלה לתא הנהג והתיישב ליד ההגה הימני של המשאית, כשפלג גופו העליון נוטה החוצה (לימין) כדי להיטיב לראות. כך הוא יכול לראות את מה שלפניו, לימניו וייתכן שגם חלק מסוים מהירכתיים האחוריים-ימניים של המשאית. פרידמן נסע לאחור, פרק את החצץ ועלה חזרה למשאית כדי לצאת מן הסמטה (בנסיעה קדימה). אז הבחין בגופו של פריצקר מוטל בקרבת המקום שבו עמד (פריצקר) והורה לפרידמן לשוב למשאית ולהסיעה לאחור. התברר בדיעבד כי פרידמן דרס את פריצקר למוות. 190 הקביעה המעניינת ביותר של בית המשפט המחוזי, אשר אושרה בדעת הרוב של בית המשפט, מפי השופט (כתוארו אז) אגרנט, היא כי –

189 ארתור ריפשטיין הציע פרשנות של פסק הדין בעניין פלסגרף, המבוססת על ההבחנה בין סיכון לנזק רכוש (רכושו של מי שעובד הרכבת עזר להעלותו על רכבת נוסעת) לבין סיכון לנזק גוף (של פלסגרף). ראו ARTHUR RIPSTEIN, EQUALITY, RESPONSIBILITY, AND THE LAW 66-67 (1999). אך זוהי טעות. השופט קרדוזה מציין מפורשות שהחלטתו – כי לא קמה חובה כלפי הניזוקה משום שאי אפשר היה לצפות את הסיכון כלפיה – איננה קשורה להבחנה בין סוגי נזק (רכוש וגוף). ראו Palsgraf, לעיל ה"ש 17, בעמ' 343 (a like result would follow if the interests were the same. Even then, the orbit of the danger as disclosed to the eye of reasonable vigilance "There is room for argument that a) 101 (would be the orbit of the duty"; ראו שם, בעמ' 101 distinction is to be drawn according to the diversity of interests invaded by the act, as where conduct negligent in that it threatens an insignificant invasion of an interest in property results in an unforeseeable invasion of an interest of another order, as, e.g., one of bodily security. Perhaps other distinctions may be necessary. We do not go into the question now. The consequences to be followed must first be rooted in a wrong" . ואכן, ה- Restatement השני דחה מפורשות את חשיבותה של ההבחנה בין שני סוגי הנזק האלה. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 281 cmt. J (1965), ראו גם KEETON, לעיל ה"ש 102, בעמ' 289-290, חלק 43 (discussing Cardozo's dictum and noting its lack of support in the case law). אכן, שאלת קיומה של צפיות באשר לניזוקה קודמת מבחינה לוגית לשאלת סוג הנזק, כאשר הדין בשאלה השנייה מניח את קיומה של תשובה חיובית לשאלה הראשונה.

190 ראו עניין פריצקר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 675-677.

במקרה דנן לא היתה כל רשלנות בת־חיוב מצד הנתבע כלפי המנוח. הנתבע, אמנם, לא נהג לפי כללי הזהירות הראויה: לפני הסיעו את המכונית אחורה בפעם השניה, עליו היה "להבטיח את עצמו שלא יעמוד איש סמוך למכונית מצד שמאל" [...] שהרי מישהו אחר, לא המנוח, עלול היה להגיח פתע לתוך הסימטא [...] הנתבע לא עשה כן [...] ואולם התרשלות 'כללית' זו [...] אינה מספיקה לחייבו בפיצויים [...] שכך צריך להראות שהיה חייב זהירות לגבי האיש שנפגע.¹⁹¹

אגרנט, בהשראת דברי הלורד אטקין בעניין *Donoghue*,¹⁹² הצדיק קביעה זו בהבחינו בין שתי שאלות של צפיות (ובכך הקדים את ההבחנה המוכרת במשפט הישראלי החל משנות השמונים של המאה הקודמת בין צפיות טכנית לבין צפיות נורמטיבית): בין מה שיוצר סיכון ש"יכול הגיונית לחזותו מראש" לבין מה שהוא "חייב" לראות.¹⁹³ לשיטת אגרנט, הסיבה שבגינה פרידמן לא חב זהירות לפריצקר היא היעדרה של צפיות טכנית באשר לאחרון: "לאור מתן ההוראה [לחזור למשאת] על ידי פריצקר למשיב [פרידמן] עובר להסעת המכונית אחורה, לא יכול היה זה האחרון, בשום פנים, להעלות על דעתו שהמנוח עלול להימצא בשטח נהיגתו, או שהוא, המשיב, עלול לפגוע בו".^{194,195} אף שפרידמן חב חובת זהירות כלפי כל נקלע־סיכון המצוי במתחם הסכנה הצפויה (כעניין טכני) – ואמנם הפר אותה בנסיעתו אחורה ללא בדיקה או אזהרה מוקדמת – אין הוא חב חובה דומה כלפי פריצקר משום שלא היה יכול לצפות שהאחרון יעמוד בתוך מתחם זה. קביעה זו יכולה לעמוד, אם בכלל, רק אם יש היגיון מאחורי דרישת הצפיות הטכנית באשר לניזוק המסוים (או לקבוצת נקלעי הסיכון המסוימת שאליה משתייך הניזוק). היגיון זה עומד למבחן קשה במיוחד במקרה דנן משום שלצד הניזוק הלא צפוי (פריצקר) היו עשויים לעמוד ניזוקים שהיותם חשופים לסיכון מאת פרידמן צפויה

191 שם, בעמ' 683–ג.

192 לעיל ה"ש 56.

193 עניין פריצקר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 691.

194 שם, בעמ' 693 (ההדגשות הוספו – א"ד).

195 כפי שטענתי לעיל, היעדר צפיות טכנית באשר לניזוקה המסוימת הוא בדיוק הסיבה שבגינה נמנע השופט קרדוזה מלהכיר בקיומה של חובת זהירות של עובד הרכבת כלפי פלסגרף. קיימת פרשנות שלפיה פסק הדין בעניין *Palsgraf*, לעיל ה"ש 17, עוסק רק ביסוד הקשר הסיבתי המשפטי ולא בחובה כלל, אך זו טעות גם במישור הבנת הנקרא (שכן קרדוזה מדבר מפורשות על חובת הזהירות ועל העובדה שזו חובה יחסית) וגם במישור הדוקטרינרי (שכן, כפי שקרדוזה קובע, ללא קיומה של חובה אי אפשר לומר שנעשה מעשה עוולה (*wrong*) כלפי פלסגרף, וזו קביעה שונה מזו שנעשה מעשה עוולה, אלא שהנוק שהוא גרם "רחוק" מדי ולכן אינו בר־פיצוי, כולו או מקצתו). לדיון בנושא ראו: WEINRIB, לעיל ה"ש 48, בעמ' 159–160; Benjamin C. Zipursky, *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*, 51 VAND. L. REV. 1, 7–15 (1998).

(טכנית). בכך שונה מקרה זה, כמו גם מקרה *Palsgraf*, מהמקרה ה"פשוט" שבו הניזוק הפוטנציאלי היחיד הוא הניזוק שאין לגביו צפיות (או כשקבוצת הניזוקים הפוטנציאליים היא קבוצה שאין לגביה צפיות). הבעיה שפסק דין כגון פריצקר מחדד היא זו: גם אם נדרוש, ובצדק, כי צפיות טכנית באשר לנקלע-סיכון כלשהו הכרחית לצורך קיומה של חובה לנהוג זהירות, מדוע יש הכרח לדרוש צפיות טכנית גם באשר לכל נקלע-סיכון נוסף? במילים אחרות, מדוע קיומה של צפיות טכנית באשר לנקלע-סיכון מסוים איננה תנאי הכרחי ומספיק לצורך קיומה של חובת זהירות באשר לכל נקלע-סיכון, הגם שחלקם אינם צפויים טכנית. החשד הוא שמרגע שסיכון נקלע-סיכון אחד הוא בגדר הצפוי, קמה חובה לנהוג זהירות, ולכן הוספת נקלע-סיכון, שאינו צפוי, אינה מעלה ואינה מורידה לצורך יכולתו הפיזית ומחויבותו המשפטית של יוצר-הסיכון לנקוט אמצעי זהירות, ובכל זאת חובת הזהירות (היוחסתית) איננה קמה כלפי נקלע-הסיכון הנוסף, בנימוק שאין קיימת צפיות ביחס אליו.

כדי להבהיר את המורכבות ואת הקושי בהצדקת דרישת הצפיות הטכנית כלפי הניזוק המסוים, שערנו כי מיד לאחר שפריצקר הורה לפרידמן לשוב למשאית ולהסיעה לאחור, הופיע אדם נוסף ונעמד כמטר מאחורי פריצקר. במצב דברים זה דריסתו של האדם הנוסף מגבשת עוולת רשלנות, ולכן חבות נזיקית של פרידמן כלפי אותו נפגע, ואילו אשר לפריצקר, כפי שנפסק, לא בוצע מעשה עוולה מפני שלא קמה חובת זהירות כלפיו. מקרה מבחן זה ממחיש את הנטל הכבד המוטל על התאוריה של דרישת הצפיות הטכנית להתכבד ולהראות כי התעקשות על דרישה זו אינה בבחינת אבסורד (גם אם אינה כזו במקרה ה"פשוט" שהוזכר לעיל). כפי שאטען כעת, התאוריות המובילות לעניין דרישת הצפיות הטכנית מתקשות להגן על הדרישה, ומכאן עולה המסקנה כי אינן מצליחות לתת הסבר משכנע למהותה של הצפיות הטכנית. לעומתן, חזרה לצורה היוחסתית של החובה וליחסי הזהירות שהיא מנביעה יכולה לתת פשר לדרישת הצפיות הטכנית ולמקומה המרכזי בדוקטרינה של חובת הזהירות.

אחת משתי התאוריות המרכזיות של דרישת הצפיות הטכנית, שראשיתה בביקורתו של הולמס על משטר של אחריות מוחלטת¹⁹⁶ והמשכה בפיתוחים עכשוויים הן בישראל¹⁹⁷ והן מחוצה לה,¹⁹⁸ מדגישה את קיומה של פועלות אפקטיבית (*effective agency*) כתנאי

196 לעיקרה של הביקורת (שהיא מוטיב מרכזי של ספרו) ראו OLIVER WENDELL HOLMES, JR., THE COMMON LAW 93-96 (1881).

197 גלעד "על היחס", לעיל ה"ש 18, בעמ' 449 ("אלמנט הבחירה הוא אלמנט הכרחי בהיווצרותו של אשם. תנאי לקיומה של בחירה אמיתית הוא היכולת לצפות את התוצאות של אלטרנטיבות התנהגות שונות").

198 Stephen R. Perry, *The Moral Foundations of Tort Law*, 77 IOWA L. REV. 449 (1992); Stephen R. Perry, *Libertarianism, Entitlement, and Responsibility*, 26 PHIL. & PUB. AFF. 351, 352 (1997) (חובה לא לגרום נזק לא-צפוי היא דרישה חסרת פשר); Arthur Ripstein, *Justice and Responsibility*, 17 CAN. J.L. & JURIS. 361, 374 (2004) (foreseeability is a

מקדים לאפשרות ייחוסה של אחריות בנוזיקין.¹⁹⁹ הכוונה היא לא רק לאחריות במובן של חבות (*liability*) אלא גם במובן הבסיסי יותר של אחריות ממש (*responsibility*), ומכאן גם חשיבותה של תאוריית הפועלות האפקטיבית לשאלת קיומה של חובת הזהירות. כך היכולת לצפות והיכולת להימנע הן, כל אחת לחוד, שני תנאים הכרחיים לקיומה של פועלות אפקטיבית, אשר ללא התקיימותם אין שום אפשרות מוסרית שאיננה שרירותית להטיל אחריות או להקים חובת זהירות. שכן אם יצירת הסיכון כלפי הזולת אינה בגדר אפשרות הצפייה של אדם סביר, לא יכולה להיות משמעות לחובה הדורשת הימנעות או נקיטת זהירות באשר לאותו סיכון.²⁰⁰ ראוי להבהיר כי דרישת הצפיות אינה אך ביטוי נוסף של דרישת היכולת להימנע מעשיית מעשה, אלא היא תנאי מוקדם לעצם האפשרות לבחור בהימנעות מעשיית המעשה. לכן נראה כי הטלת חובת זהירות על פרידמן באשר לפריצק אינה אפשרית, מבחינה מעשית ותאורטית, משום שפרידמן אינו יכול להגיב כפועל לאותה חובה באשר אינו יכול להיות מודע לקיומה של הסכנה מושא החובה. טענה כזו היא בוודאי נכונה כאשר היא מופנית אל עבר התרחשות עובדתית שלגביה היעדר הצפיות הטכנית היא קטגורית ולכן אין שום נקלע-סיכון צפוי. למשל, בכמה מקרים העלו יצרני אסבסט את הטענה כי בתקופה הרלוונטית לא היה ידוע כלל להלכה ולמעשה כי חשיפת מערכת הנשימה לסיבי האסבסט קטלנית. זוהי סיטואציה, בהנחה שהיא נכונה עובדתית, התומכת בשלילת קיומה של חובת זהירות מהטעם שאין קיימת צפיות טכנית – לא באשר לניזוק-תובע ספציפי אך גם לא באשר לאף אחד אחר. אולם מקרה פריצק (כמו גם *Palsgraf*) שונה, ושוני זה הוא איכותי, וביכולתו, כך אטען, למוטט את הרלוונטיות של תזת הפועלות האפקטיבית כהסבר אפשרי לקיומה של דרישת הצפיות באשר לנקלע הסיכון המסוים (או לקבוצת נקלעי-הסיכון המסוימת).

הבעיה בתזת הפועלות האפקטיבית היא שאינה יכולה להסביר מדוע לא די בכך שפעילותו של המזיק יוצרת סיכון צפוי כלפי נקלע-סיכון אחר, שאינו הנתבע. בהנחה שחובת זהירות קמה כלפי אותו אחר, אין בעצם הרחבת חובת הזהירות כלפי נקלע-הסיכון הלא-צפוי משום פגיעה בפועלות האפקטיבית של יוצר-הסיכון. הרחבה זו

precondition of duty, because “you can’t have a duty to avoid injuring people in ways that T.M. SCANLON, MORAL DIMENSIONS: the issue; you can’t take account of in your actions” (2008) PERMISSIBILITY, MEANING, BLAME 48–52 (דוחה את הגישה שלפיה ה-ought המוסרי יכול להיקבע במנותק משאלות של צפיות סבירה).

199 המונח effective agency לקוח מספרו של קולמן, COLMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE לעיל ה"ש 107, בעמ' 50.

200 במילותיו של הולמס: “Unless my act is of a nature to threaten others, unless under the circumstances a prudent man would have foreseen the possibility of harm, it is no more justifiable to make me indemnify my neighbor against the consequences, than to make me do the same thing if I had fallen upon him in a fit, or to compel me to insure him against lightning”. HOLMES. לעיל ה"ש 196, בעמ' 96.

אינה מוסיפה שום דרישה של הימנעות או נקיטת אמצעי זהירות שאינה מופיעה כבר בחובת הזהירות שהוא חב כלפי נקלע-הסיכון הצפוי (הנקלע "האחר"). כך לדוגמה, כפי שקבע בית המשפט, העובדה כי פרידמן היה יכול לצפות שנסיעתו לאחור יוצרת סיכון לחייהם של נקלע-סיכון – העובדים שמאחורי המשאית – מקימה חובה לוודא שסיכון זה לא יתממש בפועל על ידי נקיטת אמצעי זהירות סבירים (שאותם הוא לא נקט). עמידתו הבלתי צפויה של פריצקר באזור הסכנה איננה מעלה ואיננה מורידה לעניין חובתו של פרידמן. במקרה כזה הטלת חובה על פרידמן גם כלפי פריצקר אינה דורשת מהראשון לעשות את הבלתי אפשרי, במובן זה שהיא דורשת ממנו למזער סיכונים שהוא לא היה מודע להם כלל, ולא היה יכול להיות מודע להם. יכולת השליטה בפעילותו והבחירה בין דרכי עשייה שונות אינן יכולות להיפגע במצב זה, ומכאן גם שהפועלות של יוצר-הסיכון נותרת אפקטיבית כאשר הייתה.²⁰¹

כישלונה של תזת הפועלות האפקטיבית לוקח את הדיון צעד אחד קדימה אל עבר תאוריה חשובה נוספת העשויה לתמוך בדרישת הצפיות הטכנית. אכן, גם אם צפיות באשר לנקלע-הסיכון המסוים איננה הכרחית משיקולי פועלות (ושיקולי מוסר והגינות, במובן הרחב יותר), ייתכן שהטלת חובת זהירות כלפי נקלע-סיכון לא-צפוי חותרת תחת הרציונל הכלכלי שבבסיס דרישת הצפיות.²⁰² בעיה אחרונה זו יכולה לתת את אותותיה

201 טיעון זהה במבנהו אפשר לפתח נגד תאוריה אפשרית אחרת של דרישת הצפיות הטכנית, כזו המתיחסת לחובה היוחסתית ככלי לתיערוף (*prioritizing*) ניווקים פוטנציאליים. ההנחה המכרעת כאן היא שיוצרי-סיכון, כמו שאר המין האנושי, הם בעלי משאבים קוגניטיביים מוגבלים, ולכן אינם יכולים לשאת בעומס (הקוגניטיבי) החובה לנהוג זהירות בסוגים שונים של ניווקים פוטנציאליים. אך הנחה זו, נכונה ככל שתהיה, אינה חלה במקרה הנוכחי. הטלת חובה כלפי נקלע-סיכון כבעניין פריצקר, לעיל ה"ש 13 ובעניין *Palsgraf*, לעיל ה"ש 17, אינה מוסיפה מעמסה קוגניטיבית על זו שכבר קיימת בחובה החלה כלפי ניווקים צפויים). לתזת התיערוף של החובה היוחסתית ראו: John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *The Moral of MacPherson*, 146 U. PA. L. REV. 1733, 1830–1842 (1998).

202 חלק מן הספרות הכלכלית בנושא מתייחס לשאלת הצפיות הטכנית בהקשר הנוכחי דווקא כחלק מיסוד הקשר הסיבתי המשפטי של עולת הרשלנות. זוהי עמדתו של פוזנר, למשל. ראו WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 247 (1987). פורת, המכיר בנחיצותה של צפיות טכנית, התייחס בעבר לסוגיה במסגרת יסוד חובת הזהירות, אך לאחרונה העיר כי ייתכן שאפשר לבחנה במסגרת יסוד ההתרשלות (כלומר "לנתקה" מיסוד החובה). ראו: Ariel Porat, *Expanding Liability for Negligence Per Se*, 44 WAKE FOREST L. REV. 979, 991, n. 29 (2009). השופט (כתוארו אז) ריבלין מציג, באמרת אגב, עמדה דומה בעניין גודר, לעיל ה"ש 108, פס' 7 לפסק דינו. אינני חולק על שגם יסוד ההתרשלות וגם הקשר הסיבתי המשפטי מורכבים בין היתר משאלות של צפיות, אם כי סבורני כי שאלת הצפיות המתעוררת ביסוד הקשר הסיבתי המשפטי שונה בתכלית מזו המתעוררת ביסוד החובה, גם אם קיימת לעתים חפיפה ביניהן. עם זאת שאלת ההתרשלות והקשר הסיבתי אינן רלוונטיות כלל במקום שבו אין חובה חובה כאמור מותנית בקיומה של צפיות טכנית באשר לניזוק-חובע.

באופנים שונים: ראשית, אפשר לסבור כי הטלת חובת זהירות כלפי הניזוק הבלתי צפוי תביא את יוצר-הסיכון, במיוחד אם הוא שונא-סיכון, לידי נקיטת אמצעי זהירות מעבר לנדרש, על פי שיקולי עלות-תועלת, בשל חששו מפני חבות נזיקת כלפי הלא-נודע. אך טיעון זה, גם אם הוא נכון במקרים מסוימים, אינו רלוונטי כלל למקרה בנוסח פריצקר או *Palsgraf*, שכן הטלת חובת זהירות כלפי הניזוק הלא-צפוי אינה דורשת נקיטת אמצעי זהירות נוספים על אלה שנדרשים, משיקולי עלות-תועלת, כלפי הניזוק הצפוי.²⁰³ כפי שכבר הסברתי לעיל, נקיטת אמצעי זהירות בשל הסיכון הנשקף לניזוק הצפוי היא תנאי מספיק לצורך מילוי חובתו של יוצר-הסיכון גם כלפי הניזוק הלא-צפוי. במילים אחרות, סיכון הרתעת-יתר איננו קיים מכיוון שכל שדורשת חובת זהירות כלפי הניזוק הלא-צפוי הוא מילוי החובה כלפי הניזוק הצפוי.²⁰⁴

שנית, ובהמשך ישיר לנקודה הראשונה, אפשר לטעון כי ללא היכולת לצפות כי פעולה מסוימת עלולה ליצור החצנות שליליות, אין בכוחם של דיני הניזוקין לתמרץ את הפועל להביא בחשבון את אותן החצנות, שכן הן אינן ניתנות לצפייה על ידיו. בהיעדר היכולת של דיני הניזוקין לתמרץ יוצרי-סיכון לפעול ביעילות, אין הצדקה כלכלית להשתמש בדיני הניזוקין. מכאן גם נובע כי ההפסד של הניזוק הבלתי צפוי הוא אישי: הוא אינו הפסד רווחה חברתי ולכן אינו מצריך פיצוי.²⁰⁵ השתת חובת פיצוי לטובת הניזוק הבלתי צפוי היא פעולה נומינלית של העברת כספים מאחד למשנהו, אך אין לה כל משמעות ראלית – של הפנמת החצנות, מזעור עלויות מניעת התאונה ומזעור עלויות התאונה עצמה.²⁰⁶ משכך הם פני הדברים, הכרה בחובת זהירות חרף היעדר הצפיות תביא למתן פיצוי לניזוק הלא-צפוי במקרים כמו פריצקר ו-*Palsgraf*, ובכך ייווצר הפסד רווחה חברתי המתבטא בעלויות ההתדיינות המשפטית הנדרשת לצורך הטלת חובת הפיצוי במקרה כזה. טיעון זה אינו משכנע, משתי סיבות מצטברות: הראשונה היא כי עלויות ההתדיינות לא באמת, או לא בהכרח, נמנעות על ידי כלל משפטי הקובע כי בהיעדר צפיות טכנית באשר לניזוק-תובע אין קמה חובת זהירות כלפיו, וממילא לא תוכר חבות בניזוקין לעניין הנזק שנגרם לו. זאת משום שיש צורך בניהול משפט בכדי להכריע כי לא הייתה צפיות טכנית בנוגע אליו – היעדר קיומה הוא מסקנה של הליך שיפוטי ולא קדם-הנחה שלו. ומכיוון שזו אינה שאלה משפטית-עיונית גרידא, אלא

203 נראה כי זוהי גם דעתו של פורת. ראו פורת "דיני הניזוקין", לעיל ה"ש 42, בעמ' 392, ה"ש 58 (מבחין בין היעדר צפיות טכנית באשר ל"סוג" הנזק או "סוג" הניזוק, לבין צפיות באשר ל"אירוע [הנזק]).

204 מובן שבמצב אחר שבו שיקולי עלות-תועלת אינם מצדיקים קיומה של חובה, ולחלופין נקיטת אמצעי זהירות, כלפי הניזוק הצפוי, הרי שלא תקום גם הצדקה כלכלית לחובה כלפי הניזוק הלא-צפוי.

205 על ההבחנה בין הפסד אישי לבין הפסד חברתי ראו למשל: Richard A. Posner, *Common-Law Economic Torts: An Economic and Legal Analysis*, 48 ARIZ. L. REV. 735, 737 (2006) (להלן: *Posner, Common-Law*).

206 LANDES & POSNER, לעיל ה"ש 202, בעמ' 247.

בעיקר שאלה עובדתית-ראייתית, הרי שבהחלט הוצאות ההתדיינות הן בלתי נמנעות, ובמובן זה הן עלויות שקועות.²⁰⁷ מכאן שהטיעון הכלכלי נגד הכרה בחובת זהירות במקרה שבו עסקינן מכוון, אם בכלל, כלפי עלויות ההתדיינות המתווספות לעלויות הקשורות בבירור שאלת הצפיות הטכנית (למשל, עלויות ההתדיינות בשאלת יסוד ההתרשלות וכו'). אפילו באשר לעלויות אלה לא ברור כלל אם אין בצדן תועלת – כלכלית ולא-כלכלית.²⁰⁸ זהו ללא ספק טיעון צנוע הרבה יותר מכפי שהוא נחזה להיות בראשית הדברים.

שנית, לזאת יש להוסיף – או ליתר דיוק לזכור – כי עסקינן במצב עובדתי שבו יוצר-הסיכון הפר חובת זהירות ובכך התרשל כלפי הניזוק הצפוי, וגרם לנוק שאינו "מרוחק" מדי לניזוק הלא-צפוי, מוות במקרה של פריצקר. מתן פיצוי לקרבן של מעשה התרשלות כאמור הוא כשלעצמו טיעון בעל משקל לא מבוטל כנגד החיסכון בעלויות ההתדיינות (שהן כאמור בלתי נמנעות, לפחות בחלקן, לצורך בירור עצם קיומה של צפיות טכנית).²⁰⁹ אפשר גם להוסיף שיקולים נגד הבאתן בחשבון של עלויות התדיינות כמשקל מכריע לשלילת חובת זהירות ופיצוי כלפי הניזוק הלא-צפוי. שיקולים אלה מוצאים ערך מוסף בהליך, כזה שאינו ניתן בהכרח לרדוקצייה לשפת הרווחה המצרפית, ועניינו יצירת מסגרת נורמטיבית שבתוכה אפשר ליצור יחס של הכרה מכבדת של המעוול בקרבן.²¹⁰

מכל מקום, התזה הכלכלית בדבר חשיבותה של הצפיות הטכנית, כמו התזה המדגישה את עניין הפועלות האפקטיבית, אינה נושאת בנטל השכנוע ככל שעסקינן במקרה שבו לצד הניזוק הלא-צפוי קיים גם ניזוק צפוי, הוא המקרה של פריצקר

207 לעומת זאת במובן אחר אלה אינן עלויות שקועות מכיוון שהן עלויות בירור השאלה אם מתקיימת דרישת הצפיות באשר לתובע-ניזוק. זהו הצד השני של שלילת הצפיות. ובהנחה שכלפי ניזוק צפוי קיימים טעמים כלכליים לבירור שאלת התנהגות המזיק, הרי שיש הכרח בהליך משפטי בעניין דרישת הצפיות הטכנית.

208 על תועלת כלכלית אפשרית הצומחת מהתדיינות ראו Joanna C. Schwartz, *What Police Learn from Lawsuits*, 33 CARDOZO L. REV. (2010) (דיון בהזדמנויות לשיפור ביצועי ארגון שמומן המידע ובלקחים שאפשר להפיק מהכרעות בסכסוכים משפטיים). לתועלת במונחי הגברת הלגיטימציה של מוסדות המשפט של התדיינות אדוורסרית בבית משפט ראו MARKOVITS, לעיל ה"ש 84. לתועלת האישית – הלא-כלכלית – הצומחת לצדדים המשתתפים בהליך הנוזקי בבית המשפט ראו Scott Hershovitz, *Harry Potter and the Trouble with Tort Theory*, 63 STAN. L. REV. 67, 74 (2010) (מצביע על האפקט הפסיכולוגי החיובי של יצירת במה ציבורית, בדמות בית המשפט, שבה מתדיינים יכולים לספר את סיפוריהם ("tell their stories")).

209 על מטרת הפיצוי בדיני הנוזיקין ראו שמואלי, לעיל ה"ש 186, בעמ' 249.

210 לטיעונים (מסוגים שונים) ברוח זו ראו: Dorfman, *What is the Point*, לעיל ה"ש 135, בעמ' Scott Hershovitz, *Harry Potter and the Trouble with Tort Theory*, 63 STAN. L. REV. 67 (2010); 139–130.

ו-Palsgraf. סבורני כי כישלון זה אינו עניין שולי משום שהוא מתעורר באותם מקרים אזוטריים. מקרים אלה בסך הכול חושפים את מהותה האמתית של דרישת הצפיות הטכנית – הם מבודדים את הבסיס לדרישה זו מכל גורם חיצוני, ולכן הדרך היחידה לתת הסבר מלא ומספק לה אינו מאפשר התחמקות מהתמודדות ישירה עם מקרים אלה.

שתי התזות שנבחנו כאן – פועלות אפקטיבית ויעילות – אמנם יוצאות מתוך הנחות ותפיסות עולם שונות לחלוטין, אולם לכישלונן אב אחד משותף. אכן, שתיהן כושלות בכך שאינן מבססות את התאוריה של דרישת הצפיות הטכנית על קיומו של קשר כלשהו בין יוצר-הסיכון לבין נקלע-הסיכון המסוים. זהו מקור בעייתן. תזת הפועלות האפקטיבית מדגישה את הקשר הפנימי שבין יוצר-הסיכון לבין כוחות הפועלות שלו (agential powers), ואילו תזת היעילות מדגישה את הקשר שבין יוצר-הסיכון לחברה בכללותה (דרך מושג הרווחה המצרפית). לכן אין זה מפתיע ששתיהן אינן מסוגלות לתת פשר להתעקשות דיני הנזיקין על צפיות כחוט המקשר דווקא בין יוצר-הסיכון לבין נקלע-הסיכון. וכך החשד שבו פתחנו, החשד בדבר האבסורד שבהבחנה בין היעדר פיצוי לפריצק לבין פיצוי מלא לקרבן אחר, אם וכאשר היה עומד לצדו בעת קרות התאונה, לא רק שאינו נעלם אלא אף הופך כבד יותר.

מסקנה זו מחזירה אותי לדיון על יחסי הזהירות ולצורה החברתית המייחדת את חובת הזהירות בדיני הנזיקין של המשפט המקובל. כזכור, למכניקה של נהיגת זהירות בזולת, כפי שהיא מודגמת בפסק הדין *Mahan*, שני היבטים מרכזיים: הצורך להתאים את התנועות יוצרות-הסיכון (למשל נהיגה ברכב) לתנועותיו ותכניותיו של נקלע-הסיכון (למשל חציית הכביש); הצורך לצפות את הימצאותו של נקלע הסיכון (a requirement to "anticipate the other's possible presence"). ההיבט הראשון פותח לעיל והוצג במונחי הכרה מכבדת בנקודת המבט של נקלע-הסיכון. ההיבט השני עוסק בצפיות הטכנית. המפתח הנכון להבנתו הוא בקשר ההדוק שלו עם ההיבט הראשון: צפיות באשר לנקלע-הסיכון המסוים הכרחית מכיוון שבהיעדרה אי אפשר לכוון את יחסי הזהירות שההיבט הראשון מבטא. אכן, אין שום משמעות מעשית או תאורטית להכרה מכבדת בנקודת המבט של נקלע-הסיכון אם יוצר-הסיכון איננו יכול לצפות את הימצאותו של אדם זה (או הקבוצה המסוימת של נקלע-סיכון שאליה הוא משתייך) בתוך מתחם הסכנה שנוצר עקב פעילותו של יוצר-הסיכון. בהיעדר צפיות באשר לנקלע-הסיכון, נקודת המבט של האחרון לעולם איננה יכולה להיות מושא יחסי הזהירות. לפי הסבר זה היותו של נקלע-סיכון אחר בגדר הצפוי אינו יכול להשליך כלל על טבעה של החובה היוחסתית כמי שקושרת יוצר-סיכון עם נקלע-סיכון בקשר של הכרה מכבדת. דרישת

הצפיות הטכנית היא אפוא קונסטיטטיבית לעצם האפשרות ליצור את יחסי הזהירות המאפיינים את החובה היוחסתית.²¹¹

על רקע זה אי אפשר להסתפק בהסבר הצפיות הטכנית רק על ידי פנייה למטרות ולתפקידים חיצוניים ליוחסתיותה של החובה, למשל השגת פועלות אפקטיבית בקרב מזיק פוטנציאלי היא מטרה שאיננה מייחדת את חובת הזהירות דווקא, שכן היא רלוונטית לכל שאלה של ייחוס אחריות מוסרית ו/או משפטית לבני אדם במסגרת דיני הנזיקין, כולל עוולות אחריות חמורה,²¹² ומחוץ להם. כפי שזה עתה הוצע, דרישת הצפיות הטכנית – צפיות גם באשר לנקלע הסיכון המסוים – היא ביטוי של היות החובה יוחסתית. על כן אי אפשר להבינה (לפחות כאשר "לוחצים" עליה באמצעות מקרי המבחן כדוגמת פריצקר ו-Palsgraf) ללא פנייה פנימה, לתוך חובת הזהירות ויחסי הזהירות שהיא יוצרת בשל צורתה הייחודית, במנותק מאותן מטרות חיצוניות לחובה שדרישה זו עשויה לקדם.

3. יחסי זהירות וצפיות נורמטיבית: יוחסתיות במובן החזק

אף על פי שצפיות טכנית באשר לנקלע-הסיכון המסוים הכרחית לצורך יצירת יחסי הזהירות שבבסיס החובה, היא לא בהכרח מספיקה. בעיקר ברצוני להראות כי קיים לפחות עוד תנאי הכרחי אחד אשר הפסיקה הישראלית (בעקבות האנגלית) קוראת אל תוך דרישת השכנות, שהיא מרכיב חשוב של דרישת הצפיות הנורמטיבית, כדי שהכרה בחובת זהירות של יוצר-סיכון כלפי נקלע-סיכון תוכל ליצור את יחסי הזהירות המתאפיינים בהכרה מכבדת בנקודת המבט של האחרון. גם באשר לדרישה זו, פנייה ליחסי הזהירות מאפשרת להעמיד את חובת הזהירות באור המדויק ביותר באשר היא חושפת את התוכן ההכרחי של צורתה היוחסתית של החובה. למשל, בכוחה להצביע במסגרת תאורטית אחת על השיקולים העשויים לתמוך – כעניין של עיקרון ולא אך פשרה – בגישה השלילית, בכפוף לחריגים, של דיני הנזיקין כלפי הכרה בחובת זהירות כלפי ניזוקים הן באשר לנזקים כלכליים טהורים והן באשר לנזקים נפשיים. נניח שהנהג ממקרה Mahan צופה, או ביכולתו הסבירה לצפות, כי חברו של הולך הרגל ייפגע קשות נפשית, כלכלית או פיזית²¹³ בעקבות הנזק שייגרם להולך הרגל

211 מכאן כמובן אין נובע שצפיות טכנית היא גם תנאי מספיק לקיומם של יחסי זהירות במובן שאליו אני מכוון. הטענה בטקסט העיקרי היא כי דרישה זו היא תנאי הכרחי או תנאי מוקדם ליצירת יחסי זהירות.

212 חשיבות הפועלות האפקטיבית לעולות אחריות חמורה כגון הסגת גבול במקרקעין הוכרה בפסיקתו של בית המשפט העליון. ראו למשל ע"א 515/63 נגר נ' דהרי, פ"ד יח(2) 169 (1964).

213 כוונתי בנזק "פיזי" היא לפגיעה בתפקוד החבר בשל תפקוד לקוי של הגוף שאינו מתמצה במחלה או בפגיעה רגשית אחרת. הדוגמה המובהקת היא התקף לב או אירוע מוחי שנגרם בין היתר עקב הידיעה

מהפרת חובתו של הנהג כלפיו. השרשרת הסיבתית המדויקת שמובילה מהפרת אותה חובה אל הנזק לחבר אינה חשובה לענייננו. היא יכולה להיות מוסברת בקשר הרגשי החזק שבין הולך הרגל וחברו, או בעסקה כלכלית רווחית ביותר שהם התכוונו לקדם ביניהם. מכל מקום, מכיוון שהנהג ער – או יכול להיות ער – לכל זה, אפשר לומר שהחבר שייך לקבוצה של נקלע-סיכון שנזקם, הנפשי הכלכלי ו/או הפיזי, צפוי.

אולם מכך אין נובע כי נקיטת אמצעי זהירות על ידי הנהג עשויה להביא ליצירת יחסי זהירות עם החבר.²¹⁴ משום כך אטען כי חובת הזהירות היוחסתית לא תחול ביחסים שביניהם אלא רק (ואם בכלל) בין הנהג והולך הרגל. מסקנה כזו מרמזת כי החובה יוחסתית בבסיסה במובן חזק מזה המגולם בדרישת הצפיות הטכנית.

המפתח להבנת המובן החזק של יוחסתיות החובה הוא בהבחנה שהוצעה לעיל בין המוטיבציה של יוצר-הסיכון לנהוג זהירות לבין נכונותו לעשות כן. הראשונה מעלה את שאלת המדוע, ואילו השנייה מתמקדת בשאלת המה. למשל, הנהג מהדוגמה לעיל עשוי לפעול בזהירות כשהוא בקרבת הולך הרגל, מתוך רצון לשמש דוגמה לילדים או אפילו מתוך דאגה כנה לאינטרסיו הכלכליים או רווחתו הנפשית של חברו של הולך הרגל. בין כך ובין כך, אם זה כדי לשמש דוגמה לילדים או להגן על אינטרסיו הכלכליים או הרגשיים של חברו, על הנהג לנהוג זהירות כלפי הולך הרגל. כלומר, וכזכור, עליו להיות נכון לקבל את כוונותיו של הולך הרגל כתביעות עצמאיות להכרה מכבדת בהן, בצורת הפעלת אילוץ על פעולות הנהיגה שלו עצמו. נכונות זו, המופנית כאמור במלואה אל הולך הרגל, הכרחית ומספיקה לצורך מימוש רצונו לשמש דוגמה או להבטיח את רווחתו של החבר של הולך הרגל. מטעם זה, ככל שצורתה המיוחדת של חובת הזהירות מתבטאת ביחסי הזהירות שהיא יוצרת בין יוצר-סיכון לבין נקלע-סיכון באשר לנקודת המבט של האחרון, על חובה זו לחול כלפי הולך הרגל ולא כלפי חברו. יחסי זהירות יכולים, במילים אחרות, לקום בסיטואציה המדוברת עם הניזוק הראשון, אך לא עם השני. וזהו בדיוק המובן החזק של יוחסתיות החובה – בכוחה "לבודד" בכל מקרה ספציפי של התנהגות זהירה את נקלע-הסיכון (או קבוצת נקלע-הסיכון) אשר נקודת מבטו מתווה ליוצר-הסיכון את ההתאמות הנדרשות בפעולותיו או תנועותיו.²¹⁵ בז'רגון

או המחשבה על פגיעת הנהג בהולך הרגל (ולא בחבר עצמו). שאלה קרובה נדונה לאחרונה בבית המשפט העליון. ראו ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.3.2008).

214 יש הטוענים כי לפחות בהקשר מסוים, אין הצדקה להבחנה בין ניזוקים כדוגמת הולך הרגל לבין ניזוקים כדוגמת החבר. זאת לעניין זכאותם לקבל פיצוי בגין הנזק הכלכלי הנגרם להם מפגיעה פיזית בגופו או ברכושו של הולך הרגל – להולך הרגל נגרם נזק כלכלי תוצאתי, ואילו לחבר נזק כלכלי טהור. לפיתוח של טיעון זה ראו Ronen Perry, *The Economic Bias in Tort Law*, 2008 U. ILL. L. REV. 1573 (2008). כפי שאבקש להראות בטקסט העיקרי, איני מקבל עמדה זו. הטעם לדחייתה הוא הקשר ההדוק בין תזת יחסי הזהירות לבין טיב היחסים (במונחי תזה זו) שיכולים (או שאינם יכולים) להירקם בין הניזוקים השונים עם הטלתה של חובת זהירות כלפי כל אחד מהם.

215 ראוי לזכור כי הדיון נוגע לקבוצת כל הניזוקים הפוטנציאליים הצפויים טכנית.

המשפטי של מעגלי סיכון (או של ישירות) הצורה היוחסתית של החובה ויחסי זהירות שבבסיסה הם שמשרטטים את הגבול הנורמטיבי בין מה שהמשפט מחשיב בתור מעגל הסיכון הקרוב, המורכב מקבוצת הניזוקים ה"ישירים", לבין מעגלים רחוקים יותר, שהם בבחינת ניזוקים "עקיפים".²¹⁶

כפי שהסברתי לעיל, חשוב לזכור כי המוטיבציה של יוצר-הסיכון אינה נזנחת לחלוטין על ידי החובה היוחסתית במובנה החזק גם אם היא משחקת תפקיד משני לנכונות להכיר בנקודת המבט של הזולת. ראשית, האפשרות שהצורה המיוחדת של החובה יוצרת ערך – של הכרה מכבדת – היא כשלעצמה טעם נפרד ועצמאי לרצות לנהוג זהירות. שנית, מוטיבציה עשויה להיות חשובה לעניין הסעד שנותן בית המשפט, בעיקר לפסיקתם של פיצויים עונשיים בשל התנהגות שערורייתית במיוחד כלפי הניזוק.²¹⁷

דרך נוספת, ואולי שיטתית יותר, להציג את המובן החזק של יוחסתיות החובה היא באמצעות פנייה למבחן הסתמכות היפותטי. נניח שכל הנפשות המעורבות במקרה שהובא לעיל הן רציונליות ופועלות על יסוד מודעות מלאה לקיומו של הנהג ולסיכון שהוא מייצר, כולל הסיכון לרווחתו הכלכלית, הנפשית או הפיזית של חברו של הולך הרגל. מבחן ההסתמכות ההיפותטי מאפשר בחינה מהזווית ההפוכה לזו שהוצעה עד כה, שכן בכוחו להבחין בין נקלעי-הסיכון שנקודות המבט שלהם הן מושא נקיטת אמצעי זהירות לבין שאר העולם. למשל, הולך הרגל יכול וצריך לסמוך על הנהג שינהג זהירות כלפי הכוונות והפעולות שלו (של הולך הרגל). וכך גם חברו של הולך הרגל יכול וצריך לסמוך על הנהג שינהג זהירות כלפי הולך הרגל. במיוחד אם ברצונו של החבר להבטיח את שלוותו הנפשית, מצבו הכלכלי או בריאותו הפיזית מפני ההשלכות הכרוכות בנהיגה לא זהירה של הנהג, עליו לסמוך שהנהג יקבל את תכנית הפעולה של הולך הרגל, ולכן גם את הכוונות המצויות ברקעה, כתביעות עצמאיות להכרה בהן. מכאן גם נובע שבמצב דברים זה התנהגות זהירה איננה יכולה ליצור יחסי זהירות בין יוצר-הסיכון לבין המסתמך ההיפותטי (כלומר, חברו של הולך הרגל). לפיכך אין קמה חובת זהירות יוחסתית בין יוצר-הסיכון לבין נקלעי-הסיכון אף על פי שקיימת בעניינו צפיות טכנית ואף על פי שהסיכון שלו הוא חשוף, בין שהוא לנזק נפשי, כלכלי או פיזי, לא בהכרח חשוב

216 לדין בהבחנה בין מעגלי סיכון ולפיתוח מושג הניזוק הישיר בתביעות רשלנות ראו אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר חלק ג 21, 37 (2003); רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397, 436 (1990); ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (פורסם בנבו, 5.6.2007) (להלן: עניין לבנה לוי); Burgess v. Superior Court (Gupta), 831 P.2d 1197, 1201 (Cal. 1992).

217 לשאלת הסעד הנוזקי ולמקומו החשוב של הפיצוי העונשי במסגרתו ראו Dorfman, *What is the Point*, לעיל ה"ש 135.

פחות מרווחתו הרגשית והחומרית של נקלע-הסיכון שכלפיו כן קיימת חובה (בעניינו: הולך הרגל).²¹⁸

ב. יישום: יחסי זהירות, נזק נפשי ונזק כלכלי טהור

ההבחנה העקרונית במונחי יחסי זהירות שבין יחסי הנהג/הולך רגל לבין הנהג/חברו של הולך הרגל מכילה את חומרי הגלם הנורמטיביים שמהם אפשר לבנות מסגרת תאורטית אחת לבחינת דוקטרינות מרכזיות בעולת הרשלנות, כגון נזק כלכלי טהור ונזק נפשי (וכנראה גם מקרים אחרים, כולל למשל נזק גוף שנגרם דרך תיווכו של הקרבן המידי).²¹⁹ על פי רוב, התאוריות המשפטיות המנסות לתת פשר לגישה השלילית של המשפט המקובל להכיר בחבות נזיקית לפגיעה רשלנית המסכה נזק כלכלי טהור או נזק נפשי מטפלות בכל אחת מהשתיים בנפרד, כאילו היה זה ההבדל בין סוגי הנזק שמאיינ את הקשר המושגי והנורמטיבי ביניהן. הדגשת יחסי הזהירות והצורה היוחסית המייחדת את חובת הזהירות מאפשרת לנו לראות כי גישתו השלילית של המשפט המקובל לשני מקרים אלה מצויה בשאלה אחת משותפת. עניינה טיב הקשר שנוצר בין יוצר-הסיכון לנקלע-הסיכון (הסובל בכיסו או בנפשו), ולא טיב הנזק שהוא תוצאת הקשר האמור. טענה זו אינה מפתיעה. אחרי הכול, דיני הנזיקין מכירים בנזק כלכלי טהור או נפשי כנזק בר-פיצוי מחוץ לעולת הרשלנות.²²⁰ ואף במסגרתה של עולת הרשלנות קיימים חריגים לכלל השולל פיצוי בגין גרימת נזק כלכלי טהור או נפשי בהתרשלות.²²¹

218 טענה זו מראה שאף על פי שהשופט (כתוארו אז) ברק צדק באמרו כי ההבחנה בין סוגי נזקים, ובלשונו: בין "כוסו וכיסו" לבין "כעסו" של ניוזק (עניין גורדון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 141), אינה סיבה טובה מספיק להבחין בין האחריות הנזיקית המוטלת בגין פגיעה רשלנית בכל אחד מהם, בכל זאת ייתכנו טעמים טובים אחרים העשויים להמוך בהבחנה המוכרת בין סוגי נזקים שונים לעניין שאלת קיומה של חובת זהירות. ואכן, כפי שאני מראה בטקסט הראשי, ההבחנה איננה נובעת מההבדל בסוג נזק אלא מסוג הקשר שיכול להיווצר לכתחילה (לפני קרות הנזק) בין יוצר-הסיכון לבין הנפגע הפוטנציאלי. למשל, הקשר המובהק שנוצר בנוגע לנזקים כלכליים טהורים הוא מסוג הקשר שנוצר בין הנהג לבין חברו של הולך הרגל, כלומר אי-יכולתו של סוג כזה של קשר להביא לידי יצירת יחסי זהירות היא המקור להבחנה בעניין היעדר ההכרה בחובת זהירות כלפי נזקים כלכליים טהורים, ולא – כפי שמשמע מעמדת השופט ברק (שהיא ללא ספק עמדה תאורטית מובילה בדיני הנזיקין האנגליים-אמריקאיים) – ההבדל בין סוגי הנזק.

219 ראו לעיל ה"ש 124 וההפניות שם; עניין שוויקי, לעיל ה"ש 213.

220 למשל, גרם הפרת חוזה, תרמית (נזק כלכלי טהור). לעניין הכרה בנזק נפשי קיימת במשפט המקובל הכרה בעולתה של פגיעה מכוונת ברגשות (intentional infliction of emotional distress). ראו למשל (State Rubbish Collectors Ass'n v. Siliznoff, 240 P.2d 282 (Cal. 1952)).

221 על כך ראו בפרק זה.

התאוריה המוצעת כאן אכן מראה כי מקור הרתיעה של המשפט המקובל מהכרה בחובת זהירות באשר לרווחתם הכלכלית או הרגשית של נקלעי-סיכון נעוץ בתזת יחסי הזהירות והצורה החברתית של החובה.²²² כמו כן ביכולתה של גישתי המוצעת לתחום במדויק את גבולות הרתיעה המוצדקת – מהם המקרים של גרם נזק כלכלי או נפשי ברשלנות שבעניינם אין מקום לרתיעה. אפנה אפוא לבחינה קצרה של כל אחת מן הדוקטרינות האמורות. חשוב להדגיש שאיני מתיימר להציע בחינה מקיפה ומלאה שלהן אלא רק להדגים כיצד תאוריית יחסי הזהירות שפותחה כאן מציעה מסגרת תאורטית שבאמצעותה אפשר ליצוק תוכן הכרחי לתוך חובת הזהירות היוחסתית.

1. חובת הזהירות ונזק נפשי

אפתח בהצבעה על שלושה סוגי תרחישים עובדתיים שבהם מתעוררת שאלת החבות הנזיקית בגין גרם נזק נפשי ברשלנות:

התרחיש הראשון עוסק במה שקרוי מקרי בהלה (*fright cases*). אלה מקרים שבהם המזיק הפוטנציאלי יוצר סיכון לפגיעה בגופו של הניזוק הפוטנציאלי, והחשש מפני סיכון זה גורם לניזוק מצוקה נפשית בעצמה כזו או אחרת.

התרחיש השני עוסק אף הוא באדם היוצר סיכון לפגיעה בגופו של אדם אחר. השוני מן התרחיש הקודם הוא בכך שאדם שלישי מפתח מצוקה נפשית כלשהי שאינה נובעת מחששו לשלמות גופו אלא מפני צפייתו בנזק הגוף שנגרם לאדם אחר.

התרחיש השלישי עוסק בפעולה שהסיכון הנשקף הימנה הוא בעיקרו – ואולי אך ורק – לפגיעה בנפש או ברגש של הזולת. כלומר הסיכון הנוצר בפעולתו של המזיק הפוטנציאלי הוא בראש ובראשונה לפגיעה רגשית (למשל בית חולים המוסר הודעת שווא רשלנית על פטירתו של בן משפחה).²²³

222 שאיפתי היא לתת הסבר של פרקטיקה שיפוטית בעניין חובת הזהירות. עם זאת אינני טוען כי שופטי המשפט המקובל פועלים במודע (או לא במודע) לפי התאוריה שאני מציע. אין בידי ראיות לכך. מטרחי היא כזכור להבנות מחדש, באופן סימפטי (להבדיל מחשדני) את הפרקטיקה ולהאירה באור המדויק ביותר. השלב השני של הטיעון (שלב ההצדקה) יבקש להראות שאור זה לא רק שהוא המדויק ביותר, אלא שהוא גם הנכון ביותר מבחינה מוסרית.

223 להבדיל משני התרחישים הראשונים, תרחיש זה עוסק בנזק נפשי "טהור" במובן זה שגרם הנזק אינו מותנה סיבתית או בכל דרך אחרת בסיכון או בנזק לגוף. המקרים המובהקים במשפט המקובל לעניין תרחיש זה הם כאמור הודעת שווא רשלנית על פטירת קרוב והחלפת גופת הנפטר בגופה אחרת בטקס אשכבה הנערך לעיני המשפחה. לפסק דין מוביל במשפט המקובל האמריקאי ראו *Fitzsimmons v. Olinger Mortuary Ass'n*, 17 P.2d 535 (Colo. 1932). במשפט הישראלי, המתאפיין בגישה ליברלית מזו האמריקאית לעניין הכרה בחובת זהירות במקרי התרחיש השלישי, טרם גובשה תפיסה סדורה ומגובשת של הדין. לפסק דין חשוב העוסק בתרחיש השלישי ראו עניין *אבנעל*, לעיל ה"ש 58.

הדיון להלן יתמקד אך ורק בתרחיש הראשון וביחסו אל השני; את הדיון בתרחישים השני והשלישי אשאיר למקום אחר. הסיבה המרכזית לבחירה זו היא החשש לשרירותיות המצויה בבסיס ההבחנה שבין שני התרחישים הראשונים, מעין הודאה של המשפט המקובל בכישלוננו ליצור דוקטרינה קוהרנטית המבוססת על עיקרון ולא רק על ערב רב של שיקולים פרגמטיים.²²⁴

קושי מרכזי שהתעורר במשפט המקובל בדבר סוגיית הנזק הנפשי הוא בשאלת הבסיס העיוני להבחנה בין שני התרחישים הראשונים. קושי זה מתחדד ומתעצם בשל הנפקות המשפטית של ההבחנה בין שני התרחישים. ככלל, הניזוק בנפשו המשתייך לתרחיש הראשון זכאי לפיצוי, אך פיצוי כאמור נשלל מזה המשתייך לתרחיש השני. לכלל זה קיים חריג אחד מרכזי, החל גם בישראל מאז פסק הדין בעניין אלסוחה,²²⁵ ותחולתו היא על התרחיש השני, במצב שבו הניזוק בנפשו הוא קרוב משפחה מדרגה ראשונה העומד בכמה קריטריונים נוספים.²²⁶ אך להוציא חריגה זו, והקשיים שהיא עצמה מעוררת, ההבחנה בין התרחישים מצריכה הסבר משום החשש כי היא שרירותית ביסודה.

נניח שמידענו הנהג אינו שומר על נתיב נסיעתו, סוטה לכיוון הולך הרגל אך מצליח להתעשת ולבלום סמוך מאוד להולך הרגל. הולך הרגל ניצל מדריסה, אך הוא נכנס למצוקה נפשית חריפה המתבטאת בתסמונת פוסט-טראומטית. נניח עתה שבמרחק-מה ממקום התרחשות הכמעט-תאונה נמצא הולך רגל אחר אשר לוקה גם הוא בטראומה וזה לזו של הראשון. מכיוון שהולך הרגל השני מצוי מחוץ למתחם הסיכון שנוצר עקב נהיגתו המסוכנת של הנהג, פגיעתו אינה נובעת מחששו לחייו שלו אלא מחוויית הצפייה באירוע האמור. בקיצור, ההבדל היחיד בין שני הולכי הרגל הוא כי חששו של הראשון מופנה לחייו שלו והוא נובע מעובדת הימצאו בתוך מתחם הסיכון לפגיעות גוף. להוציא

224 אחת הסיבות לחשד כי ההבחנה האמורה שרירותית היא כי מבחן הצפיות הטכנית אינו יכול להסביר את הצורך בהבחנה (שכן צפיות טכנית עשויה להתקיים, ברגיל, בשני התרחישים במידה שווה). ראו עניין *La Chusa*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 654 ("[I]t is no less 'foreseeable' that a person outside the 'zone of danger' will suffer emotional distress on observing the injury of a close relative than it is that this person would suffer such distress if he or she were also threatened with injury"). לעניין ההודאה בכשלון, ראו: John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Unrealized Torts*, 88 VA. L. REV. 1625, 1672 (2002) (observing that "[t]he standard account of the law pertaining to negligent causation of emotional distress is essentially an admission of failure, or at least an expression of substantial humility"). ראו Richard N. Pearson, *Liability to Bystanders for Negligently Inflicted Emotional Harm – A Comment on the Nature of Arbitrary Rules*, 34 U. FLA. L. REV. 477 (1982).

225 עניין אלסוחה, לעיל ה"ש 216.

226 שם, בעמ' 432–436. לריכוכם של הקריטריונים ראו למשל עניין לבנה לוי, לעיל ה"ש 216. להרחבת תחולתם לנזק גוף מוחשי שנגרם לניזוק עקיף ראו עניין שויקי, לעיל ה"ש 213.

עובדה קונטינגנטית זו, יתר הנתונים הרלוונטיים חד הם: נזקם של השניים זהה והוא תוצאה של אותה התנהגות לא זהירה מצד הנהג יוצר-הסיכון. אם בעבר נשלט המשפט המקובל על ידי התפיסה כי הולך הרגל הראשון זכאי לפיצוי בגין נזקו הנפשי ככל שיש לנזק זה ביטוי פיזי-מוחשי (למשל התקף לב), הרי שהחל מאמצע המאה שעברה החלה מגמה של ריכוך ניכר של דרישת הביטוי הפיזי של הנזק הנפשי. גישה רווחת ביותר במשפט המקובל האמריקאי בעשורים האחרונים היא כי די בסימפטומים המצביעים על תסמונת פוסט-טראומטית כדי לזכות בפיצוי עבור נזק נפשי שנגרם למי שמצוי בתוך מתחם הסיכון לגוף.²²⁷ גם בית המשפט הישראלי קבע בעניין גורדון כי הדרישה לביטוי מוחשי של הנזק הנפשי אינה ראויה וכי אין לקבלה עוד.²²⁸ לעומת זאת הכלל החל לעניין הולך הרגל השני הוא היעדר הכרה בזכות לפיצוי מהטעם שהנהג אינו חייב זהירות כלפיו.²²⁹ חשוב להדגיש כי ההבחנה האמורה בין שני הולכי הרגל אינה נשענת על קיומה (או היעדרה) של צפיות טכנית כלפי הניזוק ובהתייחס לרווחתו הנפשית. נהפוך הוא, היא נעשית על אף העובדה כי ככלל אין קושי קטגורי

227 ראו, למשל, Daley v. LaCroix, 384 Mich. 4, 15–16, (1970) (stating that a “sudden loss of weight, [...] inability to perform ordinary household duties, [...] extreme nervousness and irritability [...] are facts from which a jury could find or infer a compensable physical injury [...]”); Bowen v. Lumbermens Mutual Casualty Company, 183 Wis.2d 627, 648 (1994) (“The emerging trend in other states appears to be to abolish the requirement of a physical injury”); Comment, *Negligent Infliction of Mental Distress: A Jurisdictional Survey of Existing Limitation Devices and Proposal Based on Objective versus Subjective* Indices of Distress, 33 VILL. L. REV. 781, 802, n.119 (1988) (מונה את המדינות שזנחו את דרישת הביטוי הפיזי).

228 בכך הפך בית המשפט את הלכת נדיר נ' כהנוביץ' (עניין נדיר, לעיל ה"ש 20). ראו עניין גורדון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 139–140. יש לציין כי על פי החלוקה לשלושה תרחישים המוצעת כאן, מקרה גורדון עשוי ליפול בתרחיש הראשון או (על פי הפרשנות הראויה של עובדות המקרה) בשלישי – נזק נפשי טהור. אפשר לומר כי הכרה עקרונית בפיצוי עבור נזק נפשי בתרחיש השלישי הוא, מקל וחומר, הכרה בזכות כאמור החלה במסגרת התרחיש הראשון.

229 האם אפשר להחיל את הלכת אלסוחה על הולך הרגל השני (בהנחה שהוא עומד בתנאיה) גם כאשר לא נגרם נזק גוף להולך הרגל הראשון? פסק הדין איננו מתייחס לאפשרות זו. המקרה המובהק שאליו הוא מכוון הוא תאונה שבה נפגע פיזית הניזוק המידי ובעקבות זאת נגרמת פגיעה נפשית במי שצפה באירוע והתרשם ממנו. אפשר, אולי, לטעון כי לאור הלכת גורדון אין עוד מקום להבחין בין הנזק שנגרם להולך הרגל הראשון – נזק לגוף או לנפש – ולכן יש להכיר בזכות לפיצוי של הולך הרגל השני גם במקרה שבו הנזק להולך הרגל הראשון אף הוא נפשי. מכל מקום, מכיוון שהלכת אלסוחה היא חריג לכלל כנגד פיצוי עבור הולך הרגל השני, אין לחריג זה חשיבות מכרעת לעצם קיומה של ההבחנה בין התרחיש הראשון לשני. להרחבות של הלכת אלסוחה ראו עניין שוויקי, לעיל ה"ש 213 (בעניין נזק גוף לניזוק משני); עניין לבנה לוי, לעיל ה"ש 216 (בעניין ריכוך הדרישה של חומרת הנזק הנפשי שנגרם לניזוק המשני).

לצפות (טכנית) את קיומו של הסיכון לפגיעה נפשית בהולך רגל הנאלץ לחוות בחושי אירוע טראומטי של כמעט-תאונה.²³⁰

האם קיים טעם משכנע להבחנה חדה זו? וליתר דיוק, האם אפשר להסביר את קיומה של חובת הזהירות של יוצר-הסיכון כלפי הולך הרגל הראשון מחד ואת שלילתה בעניינו של השני מאידך? על פני הדברים נראה כי להבחנה האמורה אין שום בסיס רציונלי, אפילו אם היא נעשית מנקודת מבט פרגמטית לעילא. אכן, החששות המוכרים בדבר ההשלכות של הכרה בחובת זהירות כלפי הולך הרגל השני, הצפת בתי משפט והיעדר אפשרות להפריך טענות בדבר נזק נפשי²³¹ אינם יכולים לשכנע גם כאשר לוקחים אותם ברצינות תהומית (מה שלא תמיד נכון לומר באשר לגישתם של בתי משפט).²³² ראשית, החשש מפני "כיום" נזקים נפשיים קיים לפחות באותה עצמה גם בעניינו של הולך הרגל הראשון – קשיי ההוכחה האובייקטיביים של מצוקה רגשית אינם מאפיינים דווקא את

230 עניין *La Chusa*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 654 ([It is no less 'foreseeable' that a person outside) the 'zone of danger' will suffer emotional distress on observing the injury of a close relative than it is that this person would suffer such distress if he or she were also threatened with injury. Thus, the court's role in deciding whether a 'duty' to these persons should be recognized does not depend solely on the 'foreseeability' of the emotional distress, but on these policy considerations" Bourhill v. Young, [1943] AC 92 (H.L.) (appeal taken from Scot.) היא כי סוגיית הצפיות הטכנית אינה הכרחית לשאלת הבסיס הנורמטיבי להבחנה בין שני הולכי הרגל בדוגמה לעיל. במילים אחרות, זוהי שאלה של צפיות נורמטיבית, כלומר יחסיות במובן החזק. 231 ראו למשל את פסק הדין הידוע (כיום, לשמצה) *Mitchell v. Rochester Ry. Co.*, 45 N.E. 354, 354-355 (N.Y. 1896) (asserting that "[i]f the right of recovery [...for the physical injury triggered by the negligent inducement of emotional distress] should be once established, it would naturally result in a flood of litigation in cases where the injury complained of may be easily feigned without detection, and where the damages must rest upon mere conjecture or speculation")

232 אחת ההתקפות המפורסמות על שיקולים פרגמטיים אלה הושמעה על ידי השופט (האנגלי) קנדי: "I should be sorry to adopt a rule which would bar all such claims on grounds of policy alone, and in order to prevent the possible success of unrighteous or groundless actions. Such a course involves the denial of redress in meritorious cases, and it necessarily implies a certain degree of distrust, which I do not share, in the capacity of legal tribunals to get at the truth in this class of claim". *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669 (H.L.) (appeal taken from Eng.) 681 דברים אלה נאמרו כחלק מפסק הדין שביטל את הצורך במה שמכונה *impact rule*, כלל הדורש פגיעה פיזית קודמת לנזק הנפשי לצורך מתן פיצוי בגין נזק נפשי.

אלה המצויים מחוץ למתחם הסיכון.²³³ שנית, גם החשש מהצפת בתי משפט אינו מאפיין הכרחי של היות הניזוק מחוץ למתחם הסיכון. חשש זה עלול להיווצר גם בנוגע לניזוקים המצויים בתוך אותו מתחם. אחרי הכול, הנהג יוצר הסיכון יכול לנסוע באזור הומה אדם, ולכן אירוע תאונתי אחד יכול לגרום מצוקה רגשית קשה למספר רב של אנשים, העומדים כולם בתוך מתחם הסיכון לנזק גוף. שלישית, הסברים פרגמטיים מהסוג הנזכר אינם רלוונטיים כלל בכל אותם מקרים שבהם מספר הניזוקים הפוטנציאליים, בין שהם עומדים בתוך מתחם הסיכון ובין שהם מחוץ מחוצה לו, הוא מלכתחילה מצומצם ביותר.²³⁴ על רקע זה הגיעו בתי משפט ומלומדים למסקנה כי ההתעקשות של המשפט המקובל על מתחם הסיכון כבסיס דוקטרינרי מרכזי לצורך קביעת קיומה, או היעדרה, של חובת זהירות כלפי ניזוק בנפשו היא שרירותיות צרופה.²³⁵

לעומת זאת על פי הגישה המדגישה את הצורה היוחסית של חובת הזהירות, קו הגבול של מתחם הסיכון אינו שרירותי. הוא אף אינו משום אילוץ מציאותי על יכולתו של המשפט לפצות כל מי שאכן נפגע בנפשו ממעשה רשלנות של אחר. קו זה מבטא את הקשר העמוק בין חובת הזהירות לבין יחסי הזהירות שביכולתה ליצור. יחסים אלה יכולים להיווצר רק בין יוצר הסיכון לבין נקלע הסיכון המצוי בתוך המתחם. זהו הסבר עקרוני לכך שחובת הזהירות אינה משתרעת על עניינו של נקלע הסיכון המצוי מחוץ למתחם אף על פי שהשיקולים הפרגמטיים שמוזכרים בהקשר זה אינם שוללים הרחבה כזו של החובה. הסבר זה כבר מצוי בדיון הכללי על המובן החזק של יוחסיות החובה, ולכן אחזור עליו בקיצור נמרץ.

233 האם מי שאינו חושש לחייו (כדוגמת הולך הרגל השני) צפוי להיות חסין יותר מבחינה רגשית בפני מצבים של כמעט-תאונה? סבורני שלא בהכרח. לא קשה להעלות מקרים שבהם עוברי אורח מושפעים קשות מאירועים טראומטיים. בכל מקרה, נראה ששאלה זו אינה ממין העניין, שכן שיקולים בדבר אופן התרחשות הנזק וצפיותו הם שיקולים ה"שייכים" ליסוד הקשר הסיבתי המשפטי (ריחוק הנזק) ולא לשאלת עצם קיומה של חובה. מעניין לציין כי במסגרת בחינת הקשר הסיבתי המשפטי חלה דוקטרינת הגולגולת הדקה, שהיא עמדה ערכית הפוכה לתפיסה שלפיה היעדר חוסן פיזי או נפשי סביר רובץ לפתחו של הניזוק.

234 ואכן, בדוגמה שהובאה בטקסט העיקרי דובר על שני הולכי רגל בלבד (אחד מצוי בתוך מתחם הסיכון לנזק גוף, והשני מחוצה לו).

235 ראו למשל Tobin v. Grossman, 24 N.Y.2d 609, 616 (1969) (noting that the zone of danger limitation on recovery for negligent infliction of emotional distress "has been said to be a [...] limitation on recovery for negligent infliction of emotional distress "has been said to be a 'בעמ' Goldberg & Zipursky; rather arbitrary limiting rule [...]") (observing that "[t]he standard account of the law pertaining to negligent causation of 1672 emotional distress is essentially an admission of failure, or at least an expression of substantial humility").

כאמור לעיל, מושא חובת הזהירות של הנהג הוא נקודת מבטו של הולך הרגל הראשון.²³⁶ ההתאמות שהראשון נדרש לעשות בתנועותיו נקבעות על ידי הימצאו של האחרון במתחם הסיכון – זהו הבסיס לקיומם של יחסי זהירות ביניהם, ומכאן גם לקיומה של החובה. התרשלותו של הנהג היא לא אחרת מאשר הפרת החובה להיכנס ליחסי זהירות עם הולך הרגל. זאת אי אפשר לומר על הולך הרגל השני, המצוי מחוץ למתחם הסיכון, שכן גם אם הימצאותו שם ואפשרות פגיעותו נהירות לכל נהג סביר (כעניין של צפיות טכנית), נקודת המבט שלו אינה יכולה להיות מושאה של חובת הנהג לנהוג זהירות. אכן, שמירה על שלמותו הרגשית דורשת מהנהג הכרה מכבדת בנקודת המבט של הולך הרגל הראשון גם אם הסיבה הפסיכולוגית של הנהג לעשות כן היא דאגה כנה לרווחתו הרגשית של הולך הרגל השני. ומהכיוון האחר, מבחן ההסתמכות ההיפותטי מגלה כי על הולך הרגל השני לסמוך על זהירותו של הנהג כלפי הולך הרגל הראשון.²³⁷

אפשר להקשות ולטעון כי החשש יוצר המצוקה הרגשית הוא מוכוון-גוף, ואילו הנזק המתפתח בעקבותיו הוא נפשי, מה שעלול להעיד על היעדר קשר אינהרנטי בין התייחסות המשפט לתרחיש הראשון לבין ההסבר המוצע לה באמצעות תזת יחסי הזהירות. האין כאן מעשה קפיצה מיצירת סיכון לא סביר לגופו של הולך הרגל הראשון אל זכותו לפיצוי בגין נזק נפשי? סבורני שלא. העובדה שזקו של הולך הרגל מתבטא בנפשו ולא בגופו היא שרירותית לחלוטין מנקודת מבטה של תאוריית יחסי הזהירות. כמי שמצוי בתוך מתחם הסיכון, הולך הרגל חשוף לסיכון (לנזק גוף). העובדה כי סיכון זה התממש כלפי הולך רגל אחר או לא התממש כלל, ותחתיו הופיע נזק נפשי, היא עניין של מזל גרידא. הנהג כשל ביצירת יחסי זהירות עם הולך הרגל, וכישלון זה מצא לו אחיזה באורח מקרי בלבד בנפשו של הולך הרגל. בצדק נאמר בהקשר זה כי קשה לייחס משקל כלשהו לאלמנט שרירותי שכזה.²³⁸ במילים אחרות, מתחם הסיכון שיוצר הנהג תוחם את ה"אזור" שבתוכו ההבחנה בין סוגי הנזק – גוף, רכוש או נפש – הופכת שרירותית, לפחות ככל שהיא מוסברת על ידי תאוריית יחסי הזהירות שפותחה כאן, ובדיוק מאותם טעמים, ההבחנה החשובה בין נזקים שהתרחשו בתוך אותו אזור לבין נזקים שנצמחו מחוצה לו איננה שרירותית כלל.

236 ראו לעיל חלק ב, פרק ב.1.

237 שם.

238 לעניין זה ראו: Wall v. Fairview Hosp. and Healthcare Services, 584 N.W.2d 395, 408 (Minn. 1998) (noting that "[f]ortune smiled [for the bystander] and the imminent calamity did not occur"). לתפיסה רעיונית דומה במשפט הישראלי ראו ע"א 813/81 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' עובון בוסקילה, פ"ד לח(4) 785, 793 (1985).

2. חובת הזהירות ונזק כלכלי טהור

בחלק זה של הבנייה מחדש המוצעת של חובת הזהירות אבקש להראות כי תזת יחסי הזהירות מספקת הסבר עקרוני, להבדיל מפרגמטי, לגישה השלילית של המשפט המקובל לגרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור. הטיעון, כפי שיתברר להלן, עוסק בשתי קטגוריות מסורתיות של נזק כלכלי טהור: נזק כלכלי טהור לניזוק שהוא תוצר לוואי של נזק לגוף או לרכוש של צד שלישי (מקרה המכונה נזק כלכלי ריקושטי) ומתן שירות רשלני שגורם נזק כלכלי טהור (שאינו נלווה לנזק גוף או רכוש) לניזוק שאינו מצוי ביריבות חוזית עם המזיק הרשלן. הטיפול בקטגוריות אלה במאוחד אינו מקרי. הוא נובע מתפיסתי כי הקטגוריה הנוקשה המאפיינת את תחום הנזק הכלכלי הטהור לעתים מועילה אך אינה הכרחית, שכן ההסבר ליחס השלילי כלפי הכרה בחובת זהירות בענייני נזק כלכלי טהור נעוץ בהיעדר יכולתה של החובה ליצור יחסי זהירות בין המזיק והניזוק הכלכלי ולא בהשתייכות של מקרה מסוים לקטגוריה אחת, נניח נזק כלכלי ריקושטי, או אחרת – נניח מתן שירות רשלני.²³⁹

239 במחקרו המקיף בנושא של נזק כלכלי טהור במשפט המקובל מחלק המלומד פלדטהוזן את הנושא לחמישה תחומים שונים: מצג שווא רשלני, מתן שירות רשלני, מוצרים או מבנים פגומים, ריקושטים כלכליים ורשלנות גופי מנהל. על חלוקה זו נמתחה בעבר ביקורת (נכונה בעיניי) גם מצד בתי משפט וגם מצד מלומדים. ראו למשל Jane Stapleton, *Comparative Economic Loss: Lessons from Case-Law-Focused "Middle Theory"*, 50 UCLA L. REV. 531, 542, n. 45 (2002) (להלן: *Stapleton, Comparative Economic Loss*); תמר גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעולות הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי" הפרקליט נ 95, 124–126 (2008). לגישה ביקורתית, אך מסויגת, ראו רונן פרי ריקושטים כלכליים 20 (2002) (להלן: פרי ריקושטים) ("ייתכן, שהמיון לחמש קטגוריות דווקא אינו הכרחי ואף בלתי מוצדק"). חלק חשוב מהביקורת מצוי במלאכותיות ההפרדה לתחומים אלה (למשל, בין מצג שווא רשלני למתן שירות רשלני קיימת חפיפה רבה ואולי אפילו זהות במרכיבים הרלוונטיים לצורך הבנת התאוריה של שניהם; זו גם עמדת בית המשפט העליון בע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב, פ"ד כא(1) 310, 318 (1967)); לצד קושי תמטי זה מתעורר קושי נוסף, גדול יותר בעיני: החלוקה המוצעת על ידי פלדטהוזן היא למעשה פירוק של סוגיית הנזק הכלכלי הטהור. כך, פלדטהוזן סבור כי אי אפשר לפתח תאוריה כללית אחת בנושא. BRUCE FELDTTHUSEN, *ECONOMIC NEGLIGENCE* (urging that "no single theory or test can explain the recovery of economic loss generally") 19 (4th ed. 2000). משום שהיא מסיקה מסקנות נורמטיביות כלליות (על היעדר אפשרות ליצור תאוריה כללית בנושא) מתוך התבוננות במגוון של מקרים והכרעות של בתי משפט. קיומו של מגוון כאמור אינו אומר דבר על שאלת התאוריה של מגוון זה. תפקידה של התאוריה הוא ליצור סדר, להציע בנייה מחדש, במגוון התופעות שהיא עוסקת בהן. הטיעון שאציג בטקסט המרכזי אפוא אינו מקובע בטקסונומיה של פלדטהוזן. עם זאת הניתוח שאני מציע איננו מתיימר לחול על הקטגוריה החמישית שהציע פלדטהוזן (אחריות רשויות מנהליות לנזקים כלכליים טהורים). זאת משום שיחסי זהירות והתפיסה המוסרית שבבסיסם עוסקים ביחסים שבין אדם לחברו. המדינה, כולל המדינה כגוף המשחק בזירת המשפט הפרטי, אינה משתתפת

תוצר לוואי חיובי נוסף של יישום תזת יחסי הזהירות במקרי נזק כלכלי טהור שאותו מבקש להדגיש בטרם אצא לדרך הוא כי ההסבר העקרוני, במונחי יחסי זהירות, שאציע לרתיעת המשפט מהכרה בחובה בענייני נזק כלכלי טהור מראה כי ההסבר הפופולרי ביותר לרתיעה זו – החשש מהטלת אחריות בלתי מוגבלת שיוצרת הרתעת-יתר והצפת בתי משפט – אינו מספק, ולעתים אף אינו נכון.

אפתח בדוגמה טיפוסית המשויכת מסורתית לקטגוריית הנזק הריקושיטי: בעל ספינה מפקיד את ספינתו לטיפול על הרציף. בעל המלאכה מתרשל בטיפול וגורם נזק למדחף הספינה, הגורם להשבתת הספינה לתקופה מסוימת. אדם נוסף שרכש מבעל הספינה זיכיון להפעלה מסחרית שלה עוד בטרם הוכנסה לטיפול, סופג הפסדי הכנסות בשל אותם ימי השבתה – זהו נזק כלכלי טהור.²⁴⁰ הכלל הגדול בדיני הנזיקין במשפט המקובל הוא שיוצר הסיכון – בעל המלאכה – אינו חב בנזיקין כלפי מי שניזוק כלכלית ממעשה רשלנות שלו.²⁴¹ כאן המקום להיזכר בזילות החובה ובדיסוננס הנורמטיבי הנוצרים כאשר בית המשפט המונחה על ידי המגמה החדשה מניח קיומה של "חובה" כללית במקום שבו הפרת "החובה" אינה יכולה לגרור חבות נזיקית. כלל השלילה אינו נובע מעצם הגדרת סוג הנזק ככלכלי טהור. אם למשל בעל הספינה, ולא הזכיקן, היה מתכוון לעשות בה שימוש מסחרי בעצמו, הרי שבמקרה זה בעל המלאכה צפוי לחוב בפיצוי על הנזק הכלכלי שנגרם עקב השבתת הספינה. בנוסף, דיני הנזיקין מכירים בנזק כלכלי טהור כנזק ברי-פיצוי מחוץ לעוולת הרשלנות.²⁴² ואף במסגרתה של עוולת הרשלנות קיימים מספר חריגים לכלל אם כי מספרם מצומצם.²⁴³ כפי שכבר ציינתי בהקשר של משולש היחסים בין הנהג, הולך הרגל וחברו, הכלל נובע מטיב האינטראקציה יוצרת-הנזק. בפרט, הכלל השולל פיצוי עבור גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור חל באותם מצבים שבהם אין מתקיימים, או אין יכולים להתקיים, יחסי

ביחסים אלה ישירות. עמדה זו מקובלת בדין הישראלי, הרואה במקרי נזק כלכלי טהור שהסבה המדינה לפרט כשונים איכותית ממקרים דומים שחלים בין אדם לחברו. ראו ע"א 3464/05 פז חברה נפט בע"מ נ' מדינת ישראל משרד התחבורה מחלקת עבודות ציבוריות, פס' 7 לפסק דינו השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 12.7.2006) (להלן: עניין פז) ("אחריות רשויות ציבור נתפסת כחריג לכלל השלילה הקיים לנזק [כלכלי טהור]"); גדרון, שם, בעמ' 153 ("זהותו המיוחדת של המזיק [רשות ציבורית] הכשירה, כך נראה, את הפיצוי על מכלול הנזקים שעליהם נקרא בית המשפט לפצות").

240 הנזק של בעל הזיכיון הוא כלכלי טהור מכיוון שלא נלווה אליו נזק גוף או רכוש.

241 לפסק דין מוביל (שעליו מבוססת הדוגמה שהבאתי בטקסט הראשי) ראו: Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint, 275 U.S. 303 (1927) (per Holmes J.). לדיון השוואתי נרחב בכלל בהקשר של גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור הבאה בעקבות פגיעה בגופו או רכושו של צד אחר, ראו פרי ריקושטיים, לעיל ה"ש 239.

242 ראו לעיל ה"ש 220.

243 ראו להלן ה"ש 256–270 והטקסט הצמוד להן.

זהירות בין יוצר-הסיכון לבין הניזוק.²⁴⁴ במקרה הנזכר כאן יחסי הזהירות נוצרים, או יכולים להיווצר, בין בעל המלאכה לבין בעל הספינה בדיוק כפי שהודגם במקרה של הנהג והולך הרגל (להבדיל מיחסיהם של הנהג וחברו של הולך הרגל). אם בעל המלאכה, החרד לפרנסתו של הזכין, מעוניין למנוע מהזכין הפסדי הכנסות, עליו לנהוג זהירות כלפי בעל הספינה. עליו להכיר בנקודת מבטו של מי שהספינה נתונה לשליטתו המשפטית כדי למנוע הפסד כלכלי (או אחר) מצדדים שלישיים כדוגמת הזכין.²⁴⁵ ראוי לציין כי הסבר זה מצליח במקום שהסברים אלטרנטיביים לכלל השולל חבות²⁴⁶ נזיקית בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור, שברובם נשענים על הסברים פרגמטיים וקונטינגנטיים לגמרי, נכשלים. אין זה המקום לדון בכל אותן אלטרנטיבות באריכות.²⁴⁷ אציין בקצרה שני הסברים מוכרים בספרות ובפסיקה ואראה כי אינם יכולים

244 ראוי לזכור כי עסקינן ביוחסתיות במובן החזק (צפיות נורמטיביות). ההנחה המקובלת (והכנונה) היא כי ככלל אין מתעורר כאן קושי של היעדר צפיות טכנית. על כך ראו, למשל, RICHARD A. EPSTEIN, CASES AND MATERIALS ON TORTS 1166 (8th ed. 2004).

245 על הקשר המושגי החשוב בין מושג הבעלות הפרטית לבין נקודת המבט של הבעלים, ראו Avihay Dorfman, *Private Ownership*, 16 LEGAL THEORY 1, 16–25 (2010).

246 השימוש במילה "חבות" (בתוך הכלל השולל חבות נזיקית בגין נזק כלכלי טהור) אינו מדויק. חבות, liability, היא תולדה של מסקנה קודמת בדבר קיומה או העדרה של חובת זהירות, הפרתה וגרימת נזק. התיאור המדויק יותר של הכלל צריך אפוא להיות "כלל השולל הכרה בחובת זהירות ביחס לרווחתו הכלכלית גרידא של הניזוק". זוהי גם הדרך שבה נותח הכלל בפסק הדין החשוב ביותר שניתן בעניין בישראל: עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 123, בעמ' 1329. מכיוון שהשימוש במונח חבות היכה שורשים בספרות ובפסיקה, לא ראיתי צורך בתיקונו הסמנטי (מחבות לחובה) ובלבד שהמובן האמיתי – המשמעות הדוקטרינרית – של הכלל ברורה.

247 איני דן בגישה הפלורליסטית לשאלת ההסבר (וההצדקה) לכלל השולל חבות בגין נזק כלכלי טהור. גישה פלורליסטית (או קבוצה של גישות פלורליסטיות) שוללת את האפשרות או הראיות של פיתוחה של תאוריה מוניסטית. הסיבה להימנעותי מניתוח גישה כזו ומאימוצה אינה נובעת דווקא מאי-הסכמה עם פלורליזם ערכי ודוקטרינרי, אלא מתוך מחלוקת מטה-תאורטית בדבר אקלקטיזם תאורטי. כוונתי היא שבעולם שבו ערכים ורעיונות מצויים בהכרח במתח מסוים (וזהו כמובן הנחה שלי; שותפים לה בין היתר הוגים כגון ג'ון סטיוארט מיל, ישעיהו ברלין, ברנרד ויליאמס וג'ון רולס), תאוריה פלורליסטית חייבת לאמץ כלל-אב (*master rule*) שבאמצעותו אפשר לדרג את הערכים והרעיונות המתחרים. הימנעות מיצירת כלל-אב שכזה יוצרת פלורליזם רדיקלי שאינו מתגבש לכלל תאוריה אחת אלא לערב רב של שיקולים ללא תאוריה המאפשרת את ארגונו השיטתי והערכי. החלופה לרדיקליזם הפלורליסטי – גיבוש כלל-אב – מכפיפה את התאוריה הפלורליסטית ללוגיקה של תאוריה מוניסטית, או לכל הפחות לתאוריה המתיישבת (*compatible*) עם תפיסה מוניסטית של מושא התאוריה, שכן גם תאוריות מוניסטיות יכולות לקבל גישה "פלורליסטית" כל עוד הערכים השונים אינם עומדים בסתירה עם הערך המועדף עליהן. לגישה פלורליסטית עכשווית המתמקדת בנזק כלכלי טהור (ובמיוחד בריקושטים כלכליים) ראו פרי ריקושטים, לעיל ה"ש 239; Ronen Perry, *Relational Economic Loss: An Integrated Economic Justification for the*

להסביר את הכלל במקרים פשוטים ובסיסיים כדוגמת משולש היחסים בין בעל הספינה, בעל המלאכה והזכייין.

ההסבר החשוב והפופולרי ביותר לכלל האמור הוא ללא ספק החשש מפני השתתפות חבות מכבידה ביותר על יוצרי-סיכון.²⁴⁸ טלו למשל מקרה של נהג רשולן שבעקבות תאונה שהוא גרם לה נוצר פקק תנועה גדול. הפקק מונע מנהגים אחרים, המצויים הרחק ממקום התאונה, לסגור עסקה חשובה או אולי להפסיד משחק כדורסל שלו רכשו כרטיסים מבעוד מועד. ברי כי בנסיבות אלה הכרה בחבות נזיקת בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור עלולה להשית נטל כבד מנשוא על הנהג הרשולן, במנותק לחלוטין משאלת קיומם או היעדרם של יחסי זהירות בין המזיק לניזוקים השונים. אך ככל שמקרה כזה תומך בשלילת חבות נזיקת, אין בכוחו ליצור כלל בעניין. זאת בעיקר כאשר הכלל האמור חל על מקרים שבהם החשש מריבוי ניזוקים כלכליים איננו קיים, או למצער, לא בהיקף ובעצמה המתוארים במקרה תאונת הדרכים שהובא זה עתה.²⁴⁹ די בקושי זה כדי להראות כי החשש מפני חבות מכבידה אינו יכול להסביר את הכלל נגד חבות בגין נזק כלכלי טהור.²⁵⁰ מובן שאין זה הקושי היחיד. נוסף על קושי זה, קושי המצוי ברמת ההתאמה בין ההסבר המוצע לבין מושאו, קיימים טעמים טובים גם במישור ההצדקה – האם ההגנה על המזיק הרשולן מפני נטל כלכלי כבד מנשוא בהכרח מצדיקה, כעניין של

Perry, *Relational Exclusionary Rule*, 56 RUTGERS L. REV. 711, 771–781 (2004) (להלן: *Economic Loss*).

248 ראו, למשל, Henry E. Smith, *Law and Economics: Realism or Democracy?*, 32 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 127, 140 (2006) (noting that most explanations of the general rule against recovery for pure economic loss “boil down to a pragmatic sense that applying negligence to all economic loss would lead to indeterminate and open-ended liability”); Anita Bernstein, *Keep It Simple: An Explanation of the Rule of No Recovery for Pure Economic Loss*, 48 ARIZ. L. REV. 773, 802 (2006) (observing that “some variation on floodgates is probably the most widely shared understanding of why American tort law rejects claims for economic loss [...]”); Jane Stapleton, *Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence*, 111 L.Q.R. 301, 341 (1995) (“It is because [...] ‘the common law cannot spread its protection too widely’ that we need to develop countervailing principles to restrain the explosive potential of negligence liability”); (להלן: *Duty of Care*).

249 Flaming James, Jr., *Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal*, 25 VAND. L. REV. 43, 55–57 (1972)

250 ואכן, בית המשפט העליון הישראלי אינו שש לאמץ הסבר זה כסיבה מכרעת לשלילת קיומה של חובת זהירות בענייני נזק כלכלי טהור. ראו למשל עניין פז, לעיל ה"ש 239, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; ע"א 4493/05 ירושלמי נ' פולריס יבוא כלים בע"מ, פס' 19 לפסד דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 7.3.2007).

הצדקה מוסרית, מתן פטור, לא כל שכן פטור מלא, מחבות בגין הנטל הכלכלי שהוא משית ברשלנותו על ניוזקים תמימים?²⁵¹

ההסבר השני רואה בכלל השולל חבות בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור ביטוי להעדפת הסדרה הסכמית על פני רגולציה של סיכונים, לרבות הליטיגציה הכרוכה ברגולציה כזו. הכלל, במילים אחרות, מייצג את העדיפות של המשפט להקצאת סיכונים חוזית על פני דיני הרשלנות. למשל, הפתרון הראוי להקטנת הסיכון שאליה הזכייין חשוף הוא בהתקשרות ישירה שלו עם בעל המלאכה או בהוספת נדבך "ביטוחי" להתקשרותו עם בעל הספינה, למשל, קבלת התחייבות מאת בעל הספינה שהוא יקפיד שהסכם בין האחרון לבין בעל המלאכה יהיה חוזה לטובת צד ג', הוא הזכייין. הקצאת סיכונים חוזית עדיפה על פני כללי אחריות נזיקיים מכיוון שהיא משקפת בצורה הנאמנה ביותר את האופן שבו כל צד לעסקה מתמחר את הסיכונים השונים. מכאן שהכלל השולל חבות בגין נזק כלכלי טהור שומר שדיני הנזיקין לא יתפרסו על פני שטח שראוי להותירו לדיני החוזים. להסבר זה שורשים שונים ודגשים שונים. למשל, אפשר לייחסו לגישה הכלכלית למשפט כמו גם לגישה המדגישה את חשיבותה של קבלה אקטיבית של אחריות אישית על פני הסתמכות פסיבית על ההגנה שהדין הכללי, דין הנזיקין, מעניק.²⁵²

אך גם הסבר זה, כמו קודמו, מקיים קשר רופף וקונטינגנטי למדי עם מושאו. שאלת עדיפות ההסדרה החוזית על פני הנזיקית מושפעת במידה לא מבוטלת משאלה אחרת והיא שאלת קיומן של הוצאות עסקה. בעולם שבו הוצאות העסקה בין הנזיק הכלכלי לבין יוצר-הסיכון לנזק כלכלי טהור נמוכות דיין, הסדרה חוזית מאיינת את הצורך בעוולת הרשלנות.²⁵³ הקשר בין ההסבר האמור לבין הכלל בעניין נזק כלכלי טהור רופף מהסיבה שקיימת סבירות די גבוהה, בלשון המעטה, שהוצאות העסקה בעולם האמתי רחוקות מלהיות זניחות. הסברת הכלל במונחי ההייררכייה בין חוזים לבין נזיקין דוחקת החוצה את כל אותם מקרים שבהם הכלל חל אף על פי שהוצאות העסקה גבוהות יחסית. אין שום סיבה להניח כי לא זה המצב במקרה של הזכייין ובעל המלאכה.²⁵⁴ הסבר משכנע של הכלל צריך להראות אפוא מדוע המשפט דבק בכלל נגד פיצוי בגין נזק כלכלי טהור גם אם הוצאות העסקה הרלוונטיות מטות את כפות מאזני העלות-תועלת הרחק מההסדרה החוזית לכיוון עוולת הרשלנות – את זאת ההסבר השני איננו יכול לעשות.

251 לטיעון ברוח זו ראו Stephen R. Perry, *Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence*, 42 U. TORONTO L.J. 247, 263, 266 (1992).

252 להסבר כלכלי ברוח זו, המדגיח את הקשר בין הסדרה חוזית לבין חיסכון בהוצאות ליטיגציה נזיקית, ראו Perry, *Relational Economic Loss*, לעיל ה"ש 247, בעמ' 771–781. להסבר המדגיח אחריות אישית, ראו Stapleton, *Duty of Care*, לעיל ה"ש 248, Stapleton, *Comparative Economic*; לעיל ה"ש 239, בעמ' 553–554, 557.

253 זוהי, במובן חשוב, תאורמת קוז בועיר אנפין.

254 אינני טוען כי הוצאות העסקה במקרה זה הן בהכרח גבוהות ביותר. הטענה היא כי מצב כזה על פני הדברים הוא אפשרי.

נראה שאפשר להחיל מסקנה זו גם על הסברים מוכרים אחרים.²⁵⁵ ההסבר שתאוריית יחסי הזהירות מספקת לא רק שאינו כושל במקום שבו ההסברים שהובאו לעיל כושלים, אלא שבכוחו אף להסביר חריג מרכזי לכלל השולל חבות בגין נזק כלכלי טהור, חריג שאפשר לאפיינו בקיומם של יחסים מיוחדים בין יוצר-הסיכון לבין מי שסבל נזק כלכלי טהור.²⁵⁶ יחסים אלה נוצרים כאשר יוצר-הסיכון מקבל על עצמו את הסתמכותו של

255 כן הם פני הדברים (לפחות) באשר לשניים הבאים: הסבר אחד, המוצע על ידי אנשי הניתוח הכלכלי, מציע את ההשערה שנוק כלכלי טהור מסב הפסד פרטי לניזוק, אך זהו אינו נזק לחברה בכללותה, ולכן אין הצדקה כלכלית להתניע את ההליך המשפטי כדי לתת פיצוי בגינו. ראו Posner, *Common-Law*, לעיל ה"ש 205, בעמ' 736–737; LANDES & POSNER, לעיל ה"ש 202, בעמ' 251. למשל, אם הפסד ההכנסות של הזכין משמעו גידול שקול בהכנסות של זכין מתחרה, הרי שהחברה (*society*) לא ספגה הפסד. ראוי לציין כי בתי משפט לעולם (ככל הידוע לי) אינם בודקים את מצב התחרות בשוק שבו פועל הניזוק כתנאי להחלטה אם להכיר בחובת הזהירות כלפיו. פרט זה מראה כי או שבתי משפט פשוט מניחים כי תמיד קיימת תחרות (ולכן אין נזק חברתי), או שהם שוללים את ההסבר הזה מכול וכול, בין היתר מכיוון שאין שום דרך ליישבו עם המבנה הביטורלי של דיני הניזוקין, המעמיד במרכז מזיק מול ניזוק להבדיל ממזיק מול החברה בכללותה. על כל פנים, הסבר זה נשען לחלוטין על השערה אמפירית, וככזו אין שום סיבה להניח מראש כי היא תמיד חלה – בענייניו של כל ניזוק וניזוק, בכל הקשר והקשר. הכלל השולל חבות בגין נזק כלכלי טהור חל גם כאשר ההשערה אינה תקפה, מה שמוליך למסקנה כי אין בכוחו להסביר את הכלל; הסבר נוסף, שכבר נזכר לעיל (ראו לעיל ה"ש 201), מתמקד בחובת הזהירות היוחסתית כמכשיר לתיערוף ניזוקים פוטנציאליים לפי החשיבות שהחברה מייחסת לקשר שבין המזיק לניזוק הפוטנציאלי. הצורך ליצור העדפות נובע מכך שמשאביו הקוגניטיביים של יוצר-הסיכון הם בהכרח מוגבלים, ולכן אי אפשר להטיל עליו חובת זהירות כלפי כל ניזוק וניזוק מבלי לדלל לחלוטין את המשמעות של פעולה מתוך כיבוד חובת הזהירות. לעתים, אך בהחלט לא תמיד, דילול זה נעשה באופן נחרץ כאשר נוצרת התנגשות בין דרישותיהן של חובות הזהירות החלות בעניין ניזוקים שונים (למשל, הטלת חובת זהירות על עורך הדין כלפי לקוחו בד בבד עם הטלתה של חובת זהירות נוספת ובעלת עצמה דומה לראשונה כלפי צד שלישי). ברם הכלל השולל חבות בגין נזק כלכלי טהור חל גם כאשר אין מתעורר החשש לדילולה של החובה (במובן שהוזכר לעיל). דומה שמקרהו של הזכין יוכיח. אכן, אין בהטלת חובת זהירות על בעל המלאכה כלפי הזכין משום הכבדה באשר לעניין חובת הזהירות שכבר מוטלת עליו כלפי בעל הספינה. כל שעליו לעשות לצורך מילוי חובה זו הוא למלא את החובה האחרת (כלפי בעל הספינה). אחרי הכול, מגבלותיו הקוגניטיביות של בעל המלאכה אינן יכולות לתמוך בשלילת קיומה של חובת זהירות כלפי הזכין. וכך, גם ההסבר הרביעי כושל בגיבוש תאוריה מספקת לכלל השולל חבות בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור.

256 ראו למשל "Where failure to exercise due care creates a risk of economic loss only, courts have generally required an intimate nexus between the parties as a condition to the imposition of tort noting 'the exception [to the] 129 חלק 1001, בעמ' 102, Keeton ; liability') general rule] is a quite narrow one, turning on a special relationship on an assumption of Robert L. Rabin, *Respecting Boundaries*; (responsibility by the negligent promisor [...]"

הניזוק הכלכלי עליו, ובכך פועל מתוך מחויבות לנקודת מבטו של האחרון – ולא, ולמצער לא רק – לנקודת מבטו של נקלע-סיכון אחר.²⁵⁷ פסק דין קלסי שעל בסיסו ובהשראתו נוסח חריג זה, על גווניו השונים, הוא *Glanzer v. Shepard*.²⁵⁸ שם דובר בעסקת מכר של שעועית "על המשקל". המוכר שכר את שירותיו של שוקל מוסמך כדי לאשר את הכמות המדויקת שנמכרה לקונים ושעל בסיסה חושב התשלום; השוקל נפגש עם הקונה ושקל את הסחורה שהוא רכש טרם העמסתה על אנייה, ובהמשך אף שלח לו העתק של תעודת השקילה שהוצאה לפקודת המוכר.²⁵⁹ בדיעבד התברר כי השוקל התרשל במלאכת השקילה ומסר מדידת משקל גבוהה מהאמתית, מה שגרם לכך שהקונה שילם למוכר ביתר.²⁶⁰ מכיוון שהמוכר ירד מנכסיו, הקונה הגיש תביעה נגד השוקל בעילה של רשלנות מתוך כוונה לזכות חזרה בתשלום-היתר, שהוא למעשה נזקו הכלכלי הטהור. בית המשפט, בראשותו של השופט קרדווי, קיבל את התביעה, הכיר בקיומה של חובתו של השוקל כלפי הקונה, ולכן גם בחבותו לנזק הכלכלי הטהור שנגרם לאחרון. על פני הדברים נראה שאין הבדל מהותי בין מקרה זה לבין מקרה הזכייין שמופיע בפסק הדין בעניין *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*. בשניהם מדובר בשתי מערכות יחסים נפרדות: בעל הספינה מול בעל המלאכה מחד, ובעל הספינה מול הזכייין מאידך; מוכר השעועית מול השוקל מחד, ומוכר השעועית מול הקונה מאידך. במקרה הראשון בעל המלאכה והזכייין נותרו זרים במובן שלא התקיימו ביניהם יחסי זהירות, שהם לשיטתי תנאי הכרחי לקיומה של חובת זהירות יוחסתית.²⁶¹ שונים הם פני הדברים בפסק הדין *Glanzer*, המשווין לקטגוריות המסורתיות של מצג שווא רשלני ושל מתן

and the Economic Loss Rule in Tort, 48 ARIZ. L. REV. 857, 867 (2006) (casting the difference between no recovery and recovery for pure economic loss in terms of the difference between the plaintiffs being "strangers" who just happen to be in the wrong place at the wrong time" and standing in "special relationship[s]" with the defendant)

257 ראו עניין נחום, לעיל ה"ש 2, בעמ' 416 ("ביסוד שיטות משפט שונות אכן ניצב הכלל לפיו, ברגיל, אין עורך הדין חב בחובת זהירות כלפי הצד שכנגד. מכלל זה תהא סטייה מקום בו עורך הדין נטל על עצמו אחריות למצג שהציג [...] גישה זו [...] תואמת את פסיקתו של בית המשפט העליון בארץ").

258 135 N.E. 275 (N.Y. 1922).

259 שם, בעמ' 275.

260 המדידה הראתה 228,380 פאונדים, ואילו המשקל האמתי היה נמוך ב-11,854 פאונדים. שם, בעמ' 275.

261 לביטוי מפורש של חשיבות זרותם של בעל המלאכה והזכייין להכרעת בית המשפט ראו *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303, 309 (1927) ("a tort to the person or property of one man does not make the tortfeasor liable to another merely because the injured person – was under a contract with that other *unknown to the doer of the wrong*" (ההדגשה הוספה – א"ד)).

שירות רשלני הגורמים לנזק כלכלי טהור.²⁶² שם מדגיש השופט קרדוזה לאורך כל פסק הדין את הקשר (הלבר-חוזי) המיוחד שנוצר בין הקונה לבין השוקל, קשר שהוא יכנה בפסיקה מאוחרת "bond".²⁶³ כפי שיוסבר להלן, ההסבר שקרדוזה מספק לקיומה של חובת זהירות של השוקל כלפי הקונה כולל בתוכו את כל המרכיבים ההכרחיים להבנת הקשר שנוצר בין הקונה לשוקל כיחסי זהירות במובן שפותח לעיל.

כפי שבית המשפט מצא זאת, השוקל פעל בהזמנתו של המוכר. על רקע התקשרות חוזית זו פעולת השקילה נעשתה גם – ואולי בעיקר – בשביל הקונה. הכוונה היא שהשוקל קיבל על עצמו לעשות את כל הפעולות הנדרשות לצורך ביצוע שקילה מקצועית לפי תכניות העסקיות של הקונה. נכונות זו הייתה אמורה להתבטא בביצוע כל ההתאמות הנדרשות, כולל ההתאמות הנדרשות במובן החלש של הימנעות מחריגה מסטנדרט השוקל הסביר, כדי שתכנית העסקית של הקונה באשר לסחורה תצא לפועל כשורה. בכך נוצרו תנאי הרקע שעל יסודם יכולים להיווצר יחסי זהירות בין השוקל לבין הקונה נוסף על מערכות יחסים אחרות (כדוגמת השוקל-מוכר והמוכר-קונה). ואכן, במילותיו של השופט קרדוזה: "the weigher weighed and certified at the order of one [viz., the seller] with the very end and aim of shaping the conduct of another [viz., the buyers]."²⁶⁴ כלומר, השוקל ראה, או היה מצופה לראות, בפעילות העסקית של הקונה ("the conduct of another") את מושא הזהירות והמקצועיות שעליו להפגין במסגרת פעולת השקילה שביצע.²⁶⁵

חיוזק נוסף להבנת החריג לכלל, בעניין נזק כלכלי טהור, שמציע *Glanzer* במונחי תאוריית יחסי זהירות מצוי בהפעלת מבחן ההסתמכות ההיפותטי שהוצע לעיל. גם כאן ההסבר שנותן בית המשפט לקיומה של חובת הזהירות של השוקל כלפי הקונה "מדבר"

262 המעבר שמבוצע בטקסט מקטגוריית הנזק הכלכלי הריקושיטי (עניין *Robins Dry Dock*, שם) למצג שווא ולמתן שירות רשלניים (עניין *Glanzer*, לעיל ה"ש 258) נועד בין היתר להמחיש כי ההסבר המוצע על ידי תאוריית יחסי הזהירות אינו מוגבל לקטגוריה מסורתית אחת של נזק כלכלי טהור, אלא הוא מתיימר לתת הסבר לבעיה הכללית של רתיעת המשפט המקובל מלהכיר בחובת זהירות בענייני נזק כלכלי טהור. חוסר יכולתה של החובה ליצור יחסי זהירות בין יוצר-סיכון לבין נקלע-הסיכון הוא ההסבר לכלל השלילה, וזהו הסבר המתעלה מעל לקטגוריה מסורתית כזו או אחרת. עוד ראו הדיון בקטגוריות המסורתיות לעיל בה"ש 239.

263 *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441, 446 (N.Y. 1931). יובהר כי קרדוזה מתייחס שם לקשר שנוצר בין הקונה לשוקל בנסיבות פסק דין *Glanzer*, לעיל ה"ש 258.

264 עניין *Glanzer*, לעיל ה"ש 258 (ההדגשות הוספו – א"ד).

265 ניתן כמובן להתווכח עם הקביעה העובדתית של קרדוזה – האם זהו התיאור הטבעי ביותר של אופן עבודת השוקל בנסיבות שכאלה? הטענה שלי אינה נשענת על כך. מטרחי להראות מה בית המשפט חשב באשר למה שצריך להיות המקרה כדי שיהיה מקום להכיר בקיומה של חובת זהירות של השוקל ביחס לקונה. כפי שאני טוען בטקסט המרכזי, מה שבית המשפט תופס כ"מה שצריך להיות" מתיישב בצורה מדויקת עם תיאור יחסי השוקל-קונה במונחי יחסי זהירות.

בשפת יחסי זהירות. אכן, מכיוון שהקונה תכנן את המשך עסקיו באשר לסחורה הנרכשת על פי האינטראקציה שהייתה לו עם השוקל, ובמרכזה פעולת השקילה שנעשתה בנוכחותו, אפשר לומר שהוא הסתמך, או היה יכול להסתמך, על כך שהשוקל ינהג זהירות ומיומנות כלפיו ולא רק כלפי המוכר. בית המשפט ציין בהקשר זה כי השוקל ביצע עבודתו על סמך האמונה כי "on the faith of their certificate payment would be made [by the buyers]"²⁶⁶ וכך תכנית הפעולה של הקונים או הקונה נשלטה ("governed"), במידה מסוימת, על ידי עבודת השוקלים, ולפיכך קובע בית המשפט (תוך שימוש מפורש בשפת ההסתמכות): "Diligence was owing, not only to him who ordered,²⁶⁷ but to him [i.e. the buyer] also who relied"

כפי שהוער לעיל, פסק הדין בעניין *Glanzer* הוא מפסקי הדין המובילים במשפט המקובל העוסקים בהתוויית חריג לכלל השולל חבות בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור.²⁶⁸ חריג הקבלה העצמית שהונהג ב-Restatement השני (והוכר גם בפסיקת בית המשפט העליון הישראלי)²⁶⁹ ומה שמכונה חריג "ניו-יורק" הם למעשה שני עיבודים מתחרים של פסק הדין.²⁷⁰ תאוריית יחסי הזהירות מציעה, כך הראיתי, מסגרת תאורטית שבאמצעותה אפשר להבין את הכלל השולל חבות בגין נזק כלכלי טהור. בשורות האחרונות ביקשתי להראות כי באמצעותה אפשר להבין גם את האופן שבו ניגש בית המשפט לבחון את שאלת קיומו של חריג לכלל. כלומר, שאלת קיומה של חובת זהירות בין יוצר-הסיכון לנזק כלכלי טהור לבין נקלע-הסיכון כחריג לכלל השולל הכרה בה. וכך, גם הכלל וגם החריג לו מקבלים הסבר עקרוני שאינו נובע משיקולים קונטינגנטיים ופרגמטיים כגון חשש מריבוי תביעות (אף אם גם להם יש במקרים מסוימים משקל). זאת ועוד, הסבר זה – כך ביקשתי להראות גם בהקשר של דרישת הצפיות הטכנית ואחר כך

266 עניין *Glanzer*, לעיל ה"ש 258, בעמ' 276.

267 שם, בעמ' 277 (ההדגשות הוספו – א"ד).

268 חשיבותו הוכרה גם בפסק הדין המרכזי שניתן בנושא נזק כלכלי טהור בבית המשפט העליון הישראלי. ראו עניין וינשטיין, לעיל ה"ש 123, בעמ' 1343 א.

269 ראו שם, בעיקר בעמ' 1342 ד-ז, 1343 א-ג, 1346 א-ב.

270 השוו: *Bily v. Arthur Young & Co.*, 834 P.2d 745, 757-760 (Cal. 1992) (אימוץ סע' 552 לריסטייטמנט השני על דיני הנוזיקין; חבות של ספקי מידע לצדדים שלישיים קמה רק אם האחרונים הם ה-*intended beneficiaries* של המידע שמסופק על ידי הראשונים), עם: *Credit Alliance Corp. v. Arthur Andersen & Co.*, 483 N.E.2d 110, 118 (N.Y. 1985) (announcing the New York Rule, saying, in the relevant part, that "there must have been some conduct on the part of the accountants linking them to that party or parties, which evinces the accountants' understanding of that party or parties' reliance"). לבחינה (לא ממצה) של ההבדל בין גרסת ה-*Restatement* לבין גרסת ניו יורק, ראו *First Nat. Bank of Commerce v. Monco Agency Inc.*, 911 F.2d 1053, 1060 (5th Cir. 1990) (La. Law) (בניגוד לכלל ניו יורק, כלל הריסטייטמנט אינו דורש גם היכרות מוקדמת עם הצד השלישי המסתמך על המידע המסופק).

במקרה מסוים של נזק נפשי – הוא חלק ממבנה העומק של החובה היוחסתית, שכן הוא נובע מהרעיון הבסיסי בדבר יחסי זהירות כאינטראקציה נורמטיבית מיוחדת הנוצרת, בנסיבות המתאימות, בין יוצר-הסיכון לנקלע-הסיכון, ומושאה נקודת המבט של האחרון.

ג. חובת הזהירות לאחר הבנייתה המחודשת: תרשים זרימה מקוצר

מטרת חלק זה של הרשימה הייתה עד עתה בנייה מחדש של חובת הזהירות הנוהגת במשפט המקובל, ובכלל זה בישראל, על ידי אפיון מרכיביה הבסיסיים. על רקע דיון זה אבקש לשרטט בקווים כלליים בלבד את יסוד חובת הזהירות, כדי להסביר כיצד הבנייה מחדש המוצעת מתיישבת עם דרך הניתוח של יסוד זה בפסיקה, אשר שמצדדת בגישה המסורתית.

אם כן, חובת הזהירות כוללת שלושה מרכיבים: צפיות טכנית (יוחסתיות במובן החלש), צפיות נורמטיבית (יוחסתיות במובן החזק) ומרכיב נוסף של שיקולי מדיניות (למשל הגינות ורווחה). הצורה היוחסתית של החובה, כך טענתי, קובעת גם את תוכנה ההכרחי של החובה בקשר לשני המרכיבים הראשונים, צפיות טכנית ונורמטיבית. לכן שני מרכיבים אלה הם – כל אחד לחוד – תנאים הכרחיים להכרה בחובת זהירות של יוצר-סיכון כלפי נקלע-סיכון מסוים (או קבוצה מסוימת של נקלע-סיכון). על כן רק אם הם מתקיימים אפשר לעבור למרכיב השלישי של החובה. האחרון כולל בחינת שיקולי המדיניות הרלוונטיים לצורך החלטה אם קיימים טעמים טובים (של מדיניות) לשלול הכרה כאמור.

הסיבה שבגינה בררת המחדל היא כי התקיימות צפיות טכנית ונורמטיבית מבססת חובת זהירות אלא אם שיקולי מדיניות מורים אחרת, היא כי שני הראשונים יחדיו הם תנאים הכרחיים וגם מספיקים לאפשרות יצירתם של יחסי זהירות על ידי הטלת חובת זהירות על יוצר-הסיכון כלפי נקלע-הסיכון. על כן בהיעדר טעמים לשלול, חשיבות יצירתם של יחסי הזהירות – בהנחה שהם אכן חשובים – היא טעם מכריע להכרה בחובת זהירות.²⁷¹ במילים אחרות, קיומן של צפיות טכנית ושל צפיות נורמטיבית יוצר חזקה בדבר קיומה של חובה זהירות; החזקה ניתנת לסתירה על סמך קיומם של שיקולי

271 סיוג הטענה ("בהנחה והם אכן חשובים") נובע מכך שהתאוריה אותה הצעתי ברשימה זו מבצעת אפיון של חובת הזהירות המסורתית ולא הצדקה שלה. בעוד שהראיתי בקצרה מה יכולה לכלול הצדקה כזו (ראו לעיל ה"ש 178–184 והטקסט הצמוד להן), פיתוח שלה יחכה כאמור למועד אחר. לפיתוח ראשוני שלה במקום אחר, ראו Dorfman, *What is the Point*, לעיל ה"ש 135.

מדיניות – כגון הגינות או רווחה – התומכים בשלילת ההכרה בחובה.²⁷² למותר לציין כי על שיקולים אלה להיות כבדי משקל, שאם לא כן יסוד חובת הזהירות יקרוס ויבלע אל תוך האיזון האד-הוקי של שיקולי מדיניות מתחרים – ומשם הדרך אל מה שכיניתי לעיל "תקווה חלולה" קצרצרה.

וביתר פירוט, כפי שכבר הוסבר והודגם, מקרים מסוימים (כדוגמת פסק הדין בעניין פריצקר או מקרים שבהם אין קיימת צפיות כלל, למשל אם יתגלה בעוד כמה שנים מהיום קשר סיבתי בין ניתוח קיצור קיבה וסרטן הקיבה) לא יעברו את המשוכה הראשונה – צפיות טכנית – ולכן לא תתאפשר הכרה בחובת זהירות בגינם, שכן הטלת חובת זהירות איננה יכולה ליצור את יחסי הזהירות, שהם כזכור בבסיס החובה היוחסתית. מקרים אחרים, כמו נזק כלכלי טהור, נזק גוף עקיף ונזק נפשי, יעברו המשוכה הראשונה אך ייכשלו בשנייה – צפיות נורמטיבית – מהטעם שאינם עומדים בדרישת היוחסתיות במובן החזק, ולכן אי אפשר יהיה ליצור יחסי זהירות באמצעות הכרה בחובה לנהוג זהירות. הקטגוריה השנייה של המקרים תעבור את שתי המשוכות הראשונות, אז יידרש בית המשפט לבחון אם ראוי בכל זאת להכיר בקיום חובת זהירות. בחינה זו אינה מוכתבת על ידי תזת יחסי הזהירות, ובמובן זה אין היא מכילה תוכן הכרחי הנובע מצורתה היוחסתית של החובה.

בנקודה זו ראוי להבחין כי ההבדל בין חובת הזהירות ללא ההבניה המחודשת המוצעת לבין זו המוצעת כאן הוא איכותי ובעל חשיבות. הראשונה מורכבת כל כולה מיישום אד-הוקי של שיקולי מדיניות בנסיבות המקרה.²⁷³ השנייה מכילה את דרישות הצפיות – הטכנית והנורמטיבית – כתנאים הקודמים לדיון בשיקולי מדיניות. בכך היא איננה מבקשת להימנע מדיון ערכי פתוח שאינו כפוף לעקרונות ולדוקטרינה משפטיים (דיון שבמקרים מסוימים הוא בלתי נמנע). אולם החובה המוצעת מכפיפה דיון זה למסגרת נורמטיבית יציבה בעלת היגיון מאחד – יחסי הזהירות בין יוצר-סיכון לנזקלע-סיכון.

ראוי להדגיש נקודה זו כדי לא להחמיץ את החשיבות המעשית הגלומה בהבניה המחודשת של חובת הזהירות המוצעת כאן. כפי שכבר ציינתי (בדיון על חובת הזהירות כתקווה חלולה), וכפי שרבים מקוראי הפסיקה הישראלית בנושא בוודאי חשים, בחינת

272 חזקה זו שונה מחזקת החובה שיצר השופט ברק בפרשת גורדון (לעיל ה"ש 11, בעמ' 131). חזקת החובה של גורדון קובעת כי מקום בו מתקיימת צפיות טכנית קיימת גם זו הנורמטיבית. על פי תפיסת – המשקפת, כך הראיתי, בצורה יותר מדויקת את יסוד החובה – חזקה ניתנת לסתירה יכולה לקום רק לאחר שבית המשפט משתכנע בקיומה של צפיות נורמטיבית ולא לפניה. מסיבה זו גישתי אינה חשופה לביקורת שהוטחה כלפי חזקת החובה שהציע ברק בגורדון. ראו גלעד "על היחס", לעיל ה"ש 18, בעמ' 449–452.

273 חובה שכזו עלולה לאמת את החשש, כפי שמבטאו השופט (כתוארו אז) ברק, כי היא לא אחרת מאשר "סוס פרא", המסיג את גבול המשפט". עניין ועקנין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 149.

התקיימותה של חובת הזהירות בפסיקה הישראלית מגשימה כמעט במדויק את החשד, שהעלו ויליאם פרוסר ורבים לפניו ואחריו, שחובת הזהירות היא כלי ריק או מעגלי המבטא מסקנה, להבדיל מטענה, כי יש להטיל חבות בנוזיקין על המתרשל. כך, מושגי הצפיות הטכנית והנורמטיבית נבלעים בתוך העמימות המובנית אל תוך האד-הוקיזם האופף את בחינת התקיימותה של חובת הזהירות. אין ספק שחשד זה מספק רוח גבית למצדדי המגמה החדשה. לעומת זאת ההבניה המחודשת של חובת הזהירות מבקשת להפוך את היוצרות ולהעמיד את חובת הזהירות על יסודות בהירים המושתתים על רעיון בסיסי הנוטע עמוק באינטואיציות המוסריות שלנו – חובת הזהירות היא הדרישה המוטלת על יוצר-הסיכון להיפתח לנקודת המבט של נקלע-הסיכון, להכיר בה ולכן גם לכבדה. כפי שהראיתי לעיל, יסודות הצפיות הטכנית והנורמטיבית הם שני תנאים הכרחיים ומספיקים לכך שדרישת כיבוד זו תתאפשר. אפיון זה לא רק שאינו חשוף לבעיה מובנית של עמימות, אד-הוקיזם או מעגליות, אלא שבכוחו אף לשפוך אור על דוקטרינות בסיסיות בדיני חובת הזהירות של המשפט המקובל, הישראלי והאנגלי-אמריקאי, כפי שהדגמתי באריכות קודם לכן. בכך יש ביכולתה של תזת יחסי הזהירות ליצור את שיווי המשקל הרפלקטיבי הנכסף בין האינטואיציות המוסריות שלנו בדבר האופן שבו עלינו להתייחס, בנסיבות מסוימות, לבני אדם אחרים, פשוט מעצם היותם בני אדם, לבין התאוריה והדוקטרינה המשפטית של חובת הזהירות.²⁷⁴

לקראת סיום אפשר לתהות מה נותר מן הבחינה המופשטת והקונקרטי של חובת הזהירות. ובכן, כפי שצינתי לעיל, קיים הכרח לבחון את שלושת המרכיבים של יסוד חובת הזהירות גם במידה מסוימת של הפשטה. מה שמכונה לעתים חובת זהירות "מושגית" או "מופשטת" היא ליתר דיוק בחינת המקרה על ידי הרחקת נקודת המבט מפרטי פרטיו לא משום שהם אינם חשובים, אלא כדי לקבל את הפרספקטיבה הנכונה, לצדה של הפרספקטיבה הקונקרטי, לצורך הבנת הבעיה הטעונה פתרון, ולצורך פתרון מושכל של הבעיה. איני מכיר פסק דין, לרבות אלה שניתנו על ידי שופטים שביקרו בחריפות את ההישענות על חובת הזהירות המושגית, שבו אין פנייה מפורשת או משתמעת לבחינה מופשטת של האירוע.²⁷⁵ אכן, התמקדות בתובע הקונקרטי, בנתבע הקונקרטי ובהתרחשות הקונקרטי בלבד היא לעולם בלתי מספיקה – על בית המשפט לדעת אם הנתבע הוא למשל שוטר או אולי מורה, ואם התובע הוא עצור בידי השוטר או אולי תלמידו של המורה. גם ההקשר הרחב שבו התקיימה האינטראקציה בין התובע

274 על שיווי משקל רפלקטיבי ראו לעיל ה"ש 183.

275 כמובן שנדרשת זהירות במידת הפשטה עימה עובר בית המשפט. הפשטת יתר איננה מועילה, אך קושי זה אינו רובץ לפתחה של הבחינה המופשטת אלא לביצוע לא מוצלח שלה. עוד ראו לעיל ה"ש 31–34 והטקסט הצמוד אליהן.

לנתבע הוא מכריע, למשל כשמדובר במעצר שנלווית לו חקירה אינטנסיבית של העצור²⁷⁶ או שהמורה והתלמיד מצויים בטיול.²⁷⁷

ד. הערה לקראת סיום: יחסי זהירות בעולם רווי פוליסות ביטוח צד שלישי

תפיסה פופולרית ביותר בשנים האחרונות היא כי הדומיננטיות של הסדרי ביטוח צד שלישי מאיימת להטביע את פועלם האוטונומי של דיני הנזיקין ובמיוחד את דיני הרשלנות. המחשבה העומדת מאחורי תפיסה זו היא כי דבר קיומו של כיסוי ביטוחי לנזקים שאדם עלול לגרום לצד שלישי משנה לחלוטין את התמונה הרומנטית-משהו של יוצר-סיכון הפועל לנוכח נקלע-הסיכון. השינוי הוא בדילול התמריצים המופנים אל יוצר הסיכון, ובכלל זה החובה לנהוג זהירות כלפי נקלע-הסיכון. היש אפוא עתיד ליחסי הזהירות בעולם של ניהול סיכונים קיבוצי באמצעות מאגר של פוליסות ביטוח חבות צד שלישי?

בהחלט כן. התפיסה הפופולרית בדבר ההשפעה השלילית של כיסוי ביטוחי על קיומה של חובת הזהירות היא שגויה; ביכולתו של ביטוח צד שלישי לחזק את הטעמים שמציעה חובת הזהירות. לפני שאראה זאת, חשוב לפתוח בשתי הבהרות: ראשית, ביטוח צד שלישי מניח קיומה של חובת זהירות כלפי הצד השלישי, שאם לא כן אין שום היגיון כלכלי או אחר ברכישת פוליסה כאמור. שנית, חובת הזהירות היוחסית מתימרת לתת טעמים לפעולה שתוכנם הכרה מכבדת בנקודת המבט של הזולת. כיסוי ביטוח יכול להשפיע על המוטיבציה של נמען החובה לפעול מתוך טעמים אלה (או לדחותם), אך הוא אינו יכול לשנותם. טעמים לפעולה פונים אל אדם כפועל על יסוד יכולותיו הביקורתיות לחשוב ולשפוט מה עליו לעשות, במנותק מהעדפותיו ולעתים אף מתוך כוונה מודעת לשנות את העדפותיו ככל שהן אינן מתיישבות עם טעמים אלה.²⁷⁸

276 ראו, לדוגמה, את פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בע"א 4241/06 לוי נ' משטרת ישראל – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.3.2009) (בחנית שאלת קיומה של חובת הזהירות לאור ההקשר של תכלית המעצר לצורך קידום חקירה).

277 עניין גודר, לעיל ה"ש 108; ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802 (1993).

278 ההבחנה המוצעת (בין טעמים לבין תמריצים) תקפה ורלוונטית גם במקרה אחר שבו נטען כי יש מקום להבחין בין יוצר סיכון שהוא אדם פרטי לבין יוצר סיכון שהוא תאגיד (בעיקר תאגיד רב-ממדים) (ראו לעניין זה שמואלי, לעיל ה"ש 186, בעמ' 281–283). התפיסה שלפיה "כניסתו" של אדם למסגרת התאגידית יוצרת ניתוק בינו לבין הטעמים לפעולה שמחייבים אותו (כאדם פרטי) לנהוג זהירות בזולת אינה מובנת מאליה. נראה כי מקורה בתפיסה תרבותית מסוימת (המכונה לעתים *Corporate America*) הרואה בעולם העסקי ספרת פעילות אטומה למוסר ולנורמות התנהגות בסיסיות של כיבוד והכרה בזולת (*morality and legality free zone*). נראה כי הבסיס הפילוסופי

ולענייננו, ביטוח צד שלישי אינו עוין את חובת הזהירות. הוא אף אינו אדיש לה. מנקודת מבטה של תאוריה מיקרו-כלכלית, הפרמיה ותנאים אחרים בפוליסת הביטוח (למשל השתתפות עצמית) מבטאים את תוחלת החבות בנוזיקין של המבוטח.²⁷⁹ לכן קיים קשר חיובי הדוק בין הפרת חובת הזהירות וגרימת נזק לבין ייקור פרמיית הביטוח.²⁸⁰ וכך רכישת ביטוח כאמור מוסיפה לתמריצים שנותנים דיני הנוזיקין למילוי חובת הזהירות. מובן שקיימות פוליסות ביטוח שבהן חברת הביטוח טועה בתחשיב שלאורו מחושבת הפרמיה באופן שהיא אינה משקפת את תוחלת החבות של המבוטח. לעתים הטעות היא מקומית ולעתים היא נעשית בצורה שיטתית יותר; בחלק מהמקרים ה"טעות" היא פרי הרגולציה המחייבת של המדינה, אשר מונעת מחברות הביטוח ליצור פוליסות על סמך שיקולי עלות-תועלת בלבד.²⁸¹ אולם אלה אינן בעיות בהסדרי ביטוח צד שלישי באופן כללי, אלא בעיות באופן היישום של הסדרי ביטוח בפרקטיקה, ובעיקר בהיעדרו של שוק ביטוח תחרותי. ככזו אפוא אין בעליית קרנן של פוליסות ביטוח צד שלישי משום איום בדילול כוחה של חובת הזהירות היוחסתית; ההפך הוא הנכון.

סיכום

רשימה זו מחברת פרקטיקה ותאוריה יחדיו כדי ליצור הבנה והבניה מחודשת של חובת הזהירות בעוולת הרשלנות. המציאות המשפטית שעומדת במוקד המחצית הראשונה של

לתפיסה זו אינו משכנע (ראו בעניין זה Seana Valentine Shiffrin, *The Divergence of Contract* (2007) 120 HARV. L. REV. 708, 747-748) *and Promise*). מכל מקום, תפיסה זו נפגעה קשות מהמשבר הכלכלי החרף שפקד את ארצות הברית ואת העולם בשנת 2008. איני מתכחש לכך כי תפיסה זו נותרה דומיננטית בקרב חוגים מסוימים (בעיקר אלה המזוהים עם עמדות שמרניות נאו-קלאסיות), אך חשוב לזכור כי זוהי עמדה אידאולוגית שאינה נובעת מדיני הנוזיקין ואינה מנביעה מסקנות בנוגע לשאלת החלתם ותוקפם של הטעמים לפעולה שמספקים דיני הנוזיקין לפועלים בחסות התאגיד ולתאגיד עצמו. ובמילים אחרות, זוהי שאלה נורמטיבית שאינה נקבעת על ידי המציאות התאגידית, או ליתר דיוק – לאופן שבו אנחנו (או חלקים מהציבור) תופסים את אותה "מציאות".

Steven Shavell, *On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance*, 25 GENEVA PAPERS ON RISK AND INS. 166 (2000), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=224945; STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 213 (1987).

280 POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS*, לעיל ה"ש 101, בעמ' 201 (it is the present value of any)
 "premium increase that the injurer may experience as a result of being found negligent"
 281 KENNETH S. ABRAHAM, *THE LIABILITY CENTURY*: 201-202; ראו שם, בעמ' 201-202;
 INSURANCE AND TORT LAW FROM THE PROGRESSIVE ERA TO 9/11 231-232 (2008) (דיון בתנאים הכלכליים ליצירת פוליסת ביטוח חבות מיטבית).

מאמר זה היא מגמה חדשה, הנתמכת על ידי שופטים מרכזיים בבית המשפט העליון, המבקשת מצד אחד לדחוק את חובת הזהירות המסורתית אל מחוץ לעולת הרשלנות תוך הפיכתה לטענת הגנה מסוג פטור, ומצד אחר להכיר במקומה בחובה כללית לנהוג זהירות כלפי כל אחד ובכל הקשר אפשרי. מעבר זה, כך טענתי, הוא בעייתי משתי סיבות מרכזיות: ראשית, הוא יוצר דיסוננס חריף בשל הכללת (*generalization*) חובת הזהירות ללא הכללה מקבילה – ולא כל שכן כוונה לביצוע הכללה כזאת – של החבות בנוזקין בגין הפרת החובה (שבעטייה נגרם נזק בר-פיצוי). הכול נותר בדיוק כפי שהיה, אלא שחובת הזהירות המסורתית נזנחה, ובמקומה קמה חובה חובקת-כול. אבל בדיוק מסיבה זו כלליותה של החובה החדשה היא לא יותר מפנטזיה. אי אפשר ליישב דיסוננס חריף זה, כך טענתי, מבלי להביא לזילות החובה, ובכך – לפחות במובלע – לפגוע בלגיטימציה של בית המשפט עצמו כמי שנדרש לקחת ברצינות את המושגים הנורמטיביים (כגון חובה, זכות) בעשותו משפט. שנית, הוויתור על יסוד החובה מחמיץ את חשיבותה של חובת הזהירות בהקשר הרחב יותר והוא של היחס בין המשפט הפרטי והחברה האזרחית. חובת הזהירות, כך הראיתי, היא נכס חשוב בהשתתפות המשפט בעיצוב החיים המשותפים שלנו כחברה. שאלת קיומה של חובה הייתה וכנראה תישאר שאלה ערכית מן המעלה הראשונה: שאלה של "מה אנחנו חייבים זה לזה" ולא, ולמצער, לא רק, שאלה של טעמים לפטור מחבות בגין הפרת חובה אוניברסלית שדבר קיומה ורצינותה לא הוסבר עד כה בפסיקת בית המשפט.

התאוריה שפיתחתי פיתוח ראשוני מבקשת לבצע בנייה מחדש של חובת הזהירות המסורתית המתאפיינת בצורה יוחסתית ולא כוללנית. עניינה מתמצה באפיון של יוחסתיותה של חובת הזהירות במשפט המקובל במונחי יחסי הזהירות שביכולתה ליצור בין יוצר-סיכון לבין נקלע-הסיכון. בנייה זו מראה כי היחס הנורמטיבי, יחסי זהירות, שהיא יכולה ליצור בין בני אדם מסוימים הוא הקוד הגנטי של החובה, במונח זה שאי אפשר לפתח הסבר משכנע (ובשלב הבא הצדקה) של החובה מבלי להידרש לחשיבות יוחסתיותה ולהשפעה החשובה שלה על עיצוב הדוקטרינה הבסיסית של חובת הזהירות, כלומר דרישות הצפיות הטכנית והנורמטיבית. הבניית יסוד החובה בדרך זו היא למעשה התוויית המסגרת הנורמטיבית שלתוכה ולאורה מקבל בית המשפט את הכרעותיו הערכיות בעניין שאלת חובותינו כלפי הזולת. מסגרת זו מעמידה יסודות יציבים וכללי הכרעה חדים שעל יסודם אפשר לפתח את יסוד החובה על פי המציאות המשתנה שבה פועל בית המשפט. תאוריית יחסי הזהירות מציעה, כך הדגמתי, מסגרת תאורטית שבאמצעותה אפשר להסביר שאלות דוקטרינריות מורכבות שלא ניתן להן מענה משכנע עד כה הן בתחום הצפיות הטכנית – שאלת נקלע-הסיכון הלא-צפוי – והן בוו הנורמטיבית – שאלת תיחום מעגלי הסיכון במקרי נזק כלכלי טהור ובמקרי נזק נפשי. הסברים אלה נעוצים ברעיון הבסיסי בדבר יחסי זהירות כאינטראקטייה נורמטיבית מיוחדת הנוצרת, בנסיבות המתאימות, בין יוצר-הסיכון לנקלע-הסיכון ומושאה – הכרה מכבדת בנקודת המבט של האחרון.