אחריות קיבוצית בדיני־נזיקין

מאת

אריאל פורת*

השאלה אם ראוי וניתן להטיל אחריות קיבוצית מתעוררת בדיני־הנזיקין, כאשר לא ניתן לעמוד על זהותו של המעוול אשר גרם לנזקו של התובע, אם כי ידועה קבוצה מוגדרת של בני־אדם אשר המעוול נמנה עליה. הפסיקה הישראלית הסתייגה עד כה מרעיון האחריות הקיבוצית ולא נטתה לאמץ את הגישה, אשר זכתה לתמיכה במשפט האמריקני, שעל־פיה יש מקום להטלת אחריות קיבוצית במקרים מסוימים.

מאמר זה בוחן את הבסיס התיאורטי להטלת אחריות קיבוצית ומציע דרכים שבאמצעותן ניתן לקלוט עיקרון כזה לתוך שיטת משפטנו הן בדרך חקיקתית והן בדרך פסיקתית. הדיון נסב על שלוש קבוצות של מקרים, שבהם עשוי להיות טעם בהטלת אחריות קיבוצית: האחת עניינה במקרים שבהם הוכח אשם בהתנהגותו של כל אחד מהנתבעים, אך לא הוכח קשר סיבתי בין התנהגותו של מי מהם לבין נזקו של התובע; השנייה עניינה במקרים שבהם הוכח קשר סיבתי בין התנהגותו של כל אחד מהנתבעים לבין נזקו של התובע, אך לא הוכח התנהגותו של מי מהם היתה בת־אשם; והשלישית עניינה במקרים שבהם לא הוכח קשר סיבתי בין התנהגותו של מי מהנתבעים לבין נזקו של התובע וכן לא הוכח אשם בהתנהגותו של איש מהם.

הבחינה התיאורטית מתמקדת בשאלת התאמתו של עקרון האחריות הקיבוצית לעקרונות הצדק המתקן ולעקרונות ההרתעה אשר מהווים תשתית אפשרית לדיני־הנזיקין הפוזיטיביים. מסקנה אחת העולה מן הדיון התיאורטי היא, שעקרון האחריות הקיבוצית נתמך בדרך כלל בשיקולי הרתעה. מסקנה שנייה, אשר עשויה להיראות לכאורה כבלתי־אפשרית היא, שלעתים אף שיקולי צדק מתקן תומכים בהטלת אחריות קיבוצית. בהמשך המאמר מוצעות "טכניקות משפטיות" הקיימות בשיטת־משפטנו, שבאמצעותן יכולים בתי המשפט לקלוט את עקרון האחריות הקיבוצית במקרים מסוימים, אם ישתכנעו כי כך רצוי לעשות. בין היתר מוצע להרחיב את השימוש ברעיון "הנזק הראייתי", אשר בתי־המשפט אימצוהו בפסיקתם, ובאמצעותו להביא בפועל להטלת אחריות קיבוצית במקרים המתאימים. לבסוף מובאות המסקנות העולות הן מן הדיון התיאורטי והן מן הדיון

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.
תודתי נתונה לאייל בנבנישתי, לזוהר גושן, לישראל גלעד, לאלון הראל, לאירית חביב־סגל, לאילת יבין, לאסף יעקב, לאנדרי מרמור ולתמנע פורת, על הערותיהם רבות החשיבות לגרסה קודמת של המאמר. כן אני מודה למשתתפי הסמינריון המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב, למשתתפי הסמינריון המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ולחברי מערכת "משפטים" על הערות חשובות נוספות שהעירו לי.

בטכניקות המשפטיות, ומוצע באילו מקרים רצוי להטיל אחריות קיבוצית ובאילו מקרים ניתן אף לעשות כן בדרך פסיקתית.

א. מבוא. ב. עמדת הפסיקה הישראלית. 1. הפסיקה הישראלית עד פסק־דין עמיר: דחיית רעיון האחריות הקיבוצית; 2. פסק־דין עמיר — ניצנים לגישה שונה?; **ג. קבוצות מקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית.** 1. קבוצה א: לא הוכח קשר סיבתי; 2. קבוצה ב: לא הוכח אשם; 3. קבוצה ג: לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם; 4. חתכי מיון נוספים; **ד. שיקולי צדק מתקן להטלת אחריות קיבוצית.** 1. שיקולי צדק מתקן בדיני־נזיקין; 2. צדק מתקן ורעיון האחריות הקיבוצית; **ה. שיקולי הרתעה להטלת אחריות קיבוצית.** 1. שיקולי הרתעה בדיני־נזיקין; 2. הרתעה ורעיון האחריות הקיבוצית; **ו. תמריצים לגילוי האמת.** 1. תחירה לגילוי האמת — על שום מה?; 2. תמריצים לפני מעשה; 3. תמריצים לאחר מעשה; **ז. שיקולים נוספים.** 1. פיזור נזק; 2. העדפת ניזוק חף על־פני מזיק ״אפשרי״ אשם; **ח. הניתן לקלוט את עקרון האחריות הקיבוצית בלעדי התערבות חקיקתית?;** 1. כללים מדיני ריבוי מעוולים, ריבוי גורמים, משתפים ומשדלים; 2. כלל ״הדבר מעיד על עצמו״ והעברת נטל השכנוע לנתבע; 3. פסיקת פיצויים על־פי הסתברות; 4. תביעה ייצוגית; **ט. מסקנות.**

א. מבוא

דיני־הנזיקין של ישראל, בדומה לדיני־הנזיקין בשיטות־משפט רבות אחרות, מבוססים על רעיון האשם האישי. משמעות הדבר, שתנאי הכרחי להטלת אחריות נזיקית על אדם הוא, שההתנהגות אשר בגינה הוא נתבע היתה בת־אשם. השאלה מהי התנהגות בת־אשם הטובה להטלת אחריות — נענית על־ידי דיני־הנזיקין, המגדירים התנהגויות מסוימות כעוולות[1]. התנהגות עוולתית, היא אפוא התנהגות בת־אשם, ובגינה עשויה להיות מוטלת אחריות נזיקית[2].

הטלת אחריות נזיקית עשויה להביא את בית־המשפט לצוות על האחראי הנזיקי להימנע מהתנהגותו בת־האשם, כמו גם לחייב אותו לפצות את הניזוק בגין נזקיו. סעד הפיצויים הוא הסעד השכיח; וכדי שתוטל על אדם החובה לפצות את הניזוק, הכרחי קשר סיבתי בין התנהגותו בת־האשם לבין הנזק שנגרם לניזוק. לקשר הסיבתי שני פנים: הראשון, עובדתי; והשני, משפטי. המבחן העיקרי[3] לקיומו של קשר סיבתי עובדתי הוא מבחן ה״אִלמלא״. לפי מבחן זה, מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין התנהגותו של הנתבע לבין הנזק, כאשר אלמלא התנהגות זו לא היה נגרם הנזק. לעומת זאת, המבחן לקיומו של קשר סיבתי משפטי אינו אחיד, ובפסיקה מוזכרים שלושה מבחנים מתחרים: מבחן הציפיות, מבחן הסיכון ומבחן ״השכל הישר״[4]. כל שלושת המבחנים מבוססים בעיקרם על שיקולי מדיניות משפטית, וייעודם ״לסנן״ גורמים עובדתיים לנזק, אשר שיטת־המשפט אינה חפצה להטיל אחריות בגינם[5].

מכל האמור עד כה ניתן ללמוד, שדיני־הנזיקין כפי שהם בישראל מציבים שני תנאים הכרחיים, אם כי לא תמיד מספיקים, להטלת אחריות על אדם לנזקיו של אחר: ראשית, התנהגותו של הראשון היא בת־אשם; ושנית, התנהגות זו היא שגרמה, עובדתית, לנזק[6]. מטבע הדברים, התובע הוא שצריך להוכיח שני תנאים אלו, ורק אם ישכנע את בית־המשפט, על־פי מאזן הסתברויות, כי אכן מתקיימים הם — הוא עשוי לזכות בתביעתו.

רשימה זו נסבה דווקא על אותם מקרים, שבהם אין בכוחו של התובע הניזוק להוכיח את קיומו של אחד משני התנאים, או את שניהם, אך יחד עם זאת

1 סעיף 64 לפקודת הנזיקין (להלן: הפקודה).

2 חריג אפשרי לכך הוא עקרון האחריות השילוחית, המכיא לא אחת להטלת אחריות על אדם שאין בו כל אשם במובן המקובל של המלה.

3 במקרים מסוימים מבחן זה לא מתאים, שאז כפי הנראה יאומץ מבחן אחר תחתיו. כך, למשל, במקרה של שני גורמים חלופיים לנזק. ע״א 145/80 ועקנין נ׳ המועצה המקומית בית שמש, פ״ד לז(1) 113, 144; ע״א 285/86 נגר נ׳ וילנסקי, פ״ד מג(3) 284, 292 (להלן: נגר); י׳ אנגלרד, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (מהדורה 2, ג׳ טדסקי עורך, תשל״ו) 194 (להלן: אנגלרד, דיני הנזיקין); י׳ גלעד, ״הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי — בחינה מחודשת״ משפטים יד (תשמ״ד) 15, 18 (להלן: גלעד, ׳סיבתיות׳).

4 ראה למשל: ע״א 576/81 בן שמעון נ׳ ברדה, פ״ד לח(3) 1 (להלן: בן שמעון).

5 בן שמעון, שם, עמ׳ 7.

6 כאמור, תנאים אלו אינם תמיד מספיקים. ייתכן שלמרות התקיימם לא תוטל על הנתבע אחריות, בשל העדר קשר סיבתי משפטי (משיקולים של מדיניות משפטית), בשל היותו של הנזק ״רחוק מדי״ (ראה סעיף 76 לפקודה), או בשל קיומה של הגנה או חסינות לנתבע.

יכול הוא להצביע על קבוצת אנשים, אשר אחד או יותר מתוכה, אך לא כל המשתייכים אליה, גרמו לנזקיו, בהתנהגותם בת־האשם. שיטת־משפט הדבקה בקנאות בעיקרון, שלא תוטל אחריות נזיקית על אדם לנזקיו של זולתו, אלא אם הוכח על־פי מאזן הסתברויות שהתנהגותו בת־האשם גרמה להם — לא תכיר בעילת תביעה לניזוק במקרים אלו[7]. התוצאה תהיה, שהניזוק ייוותר בלא כל פיצוי. לעומת זאת, שיטת־משפט המוכנה ״להגמיש״, במקרים מסוימים, את דרישת האשם האישי ואת דרישת הסיבתיות העובדתית, עשויה להגיע לתוצאה שונה ולהכיר ב״אחריות קיבוצית״. הטלת אחריות קיבוצית פירושה חיובו של כל מי שמשתייך לקבוצה שהמעוול האלמוני משתייך אליה לשאת בנזקיו של הניזוק — כולם או חלקם[8]. הפסיקה בישראל דחתה עד כה את רעיון האחריות הקיבוצית מניה וביה. ההנמקה היתה קצרה בדרך־כלל, ותמציתה היא שאין לוותר על דרישת

7 זאת, כמובן, בהנחה, שאין לראות בקבוצת־האנשים שעליה נמנה המעוול, קבוצת־מעוולים במשותף, מסייעים או משדלים, שאז נראה שאין כל חריגה מהעיקרון: במובן מסוים, כל אחד מהמעוולים במשותף, המסייעים או המשדלים גרם לנזק באשמו. לעניין אחריות שילוחית, ראה לעיל הערה 2. כן ראה R. A. B. Bush, "Between Two Worlds — The Shift From Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury" 33 *U.C.L.A.L.Rev.* (1986) 1473, 1476.

8 במקרה הטיפוסי שבו מתעוררת שאלת האחריות הקיבוצית, ההסתברות שכל אחד מבני הקבוצה שעליה נמנה המעוול גרם לנזק, פחותה מ־50%. אולם שאלת האחריות הקיבוצית עשויה להתעורר אף במקרה שבו ההסתברות גבוהה מ־50%, אך הערכתה אינה מבוססת על ראיות המתייחסות לאירוע הנזק הספציפי. דוגמא מוכרת בספרות המשפטית (בווריאציות שונות) היא זו: בעיר מסוימת פועלות שתי חברות־מוניות. לאחת 60% מהמוניות הפועלות בעיר ולשנייה 40% בלבד. בתאונה מסוימת נפגע אדם הידוע כי נפגע על־ידי מונית, אך אינו יכול לזהות למי מחברות־המוניות היא שייכת. ההנחה היא, כי בוודאות נפגע על־ידי מונית השייכת לאחת משתי החברות. אפשרות אחת היא לפטור מאחריות את שתי חברות המוניות, שכן אין להטיל אחריות בנזיקין על מי אשר לא הוכח הקשר שלו לאירוע הנזק בראיות המתייחסות לאותו אירוע. אפשרות שנייה היא להטיל אחריות על חברת־המוניות שלה שייכות 60% מהמוניות בעיר, שכן הוכחה אחריותה על־פי מאזן הסתברויות. האפשרות השלישית היא לחייב את שתי החברות לשאת בנזק, ביחס ישר לסיכון שכל אחת מהן יצרה, והמתבטא במקרה זה במספר מוניותיה. האפשרות השלישית אינה אלא הטלת אחריות קיבוצית. ראה S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge & London, 1987) 115–120; J.J. Thomson, "Remarks on Causation and Liability" 13 *Phil. & Pub. Aff.* (1984) 101, 127–133. השיקולים השונים בעד הטלת אחריות קיבוצית ונגדה, שיובאו בהמשך, ולבנטים לדוגמת המוניות בשינויים המחויבים, ומסקנתי בסופו של דבר כי ראוי להטיל אחריות קיבוצית במקרים מסוימים — יפה אף לדוגמא זו. הטלת אחריות קיבוצית מעלה בעיה בעלת תחולה רחבה בהרבה מנושא המאמר והיא, אם ניתן וראוי להטיל אחריות על אדם לחלק מהנזק, מן הטעם שההסתברות שהוא גרם לו. בהתחשב בראיות השונות הקיימות לעניין זה, היא פחותה מ־100% ולעתים פחותה מ־50%. ראה Shavell (לעיל). בעיה נוספת, אף היא בעלת תחולה רחבה מנושא המאמר היא, אם יש או רצוי שתהא אפשרות להטיל אחריות על אדם על־פי נתונים, בכלל זה נתונים סטטיסטיים, שאינם מצביעים על קשר שלו לאירוע נזק ספציפי. במאמר זה איני מתכוון לדון בבעיות כלליות אלו. עם זאת, השיקולים שיוצגו בהמשך, יש בהם — כך אני סבור — כדי לשכנע שבמקרים רבים אשר בהם לא ידועה זהות המעוול, אך ידועה קבוצת־אנשים שהוא משתייך אליה, השימוש בנתונים שאינם קושרים את בני הקבוצה לאירוע הנזק הספציפי, ובכלל זה נתונים סטטיסטיים, וקביעת אחריותו של אדם רק לחלק מהנזק לפי נתונים אלה — הם הכרחיים. זאת ועוד: ההסרונות שיש אולי בשימוש בנתונים כאלה אינם באים לידי ביטוי ברבים מהמקרים שבהם מוצדקת הטלתה של אחריות קיבוצית. כך הטיעון, שלפיו שימוש בנתונים סטטיסטיים שולל תמריצים להבאת ראיות המתייחסות לאירוע הנזק הספציפי, אינו משמעותי כאשר טבעו של המקרה הוא כזה, שהסיכוי של התובע להביא ראיות הוא אפסי; והטיעון שלפיו נתונים סטטיסטיים הם לעתים מטעים ובלתי־אמינים אינו בעל־תוקף במקרים שנתונים אלה הם האלטרנטיבה היחידה אשר באמצעותה ניתן להגיע, קרוב ככל האפשר, לחקר האמת, שאמינותם מובטחת ושקל לבית־המשפט להבין אותם. גם הטיעון ששימוש בנתונים סטטיסטיים

האשם האישי בדיני־הנזיקין. עם זאת במקביל נפסקו כמה פסקי־דין, אשר הגמישו באופן משמעותי את הדרישה להוכיח סיבתיות עובדתית על־פי מאזן הסתברויות. לאחרונה, בפסק־דין **עמיר נ' קונפינו**[9], שנפסק על־ידי בית־המשפט העליון, הובעה לראשונה דעה — שהיא אמנם דעת־יחיד ואמרת אגב — שעל־פיה התפתחות פסיקתית עתידית עשויה להביא להכרה בעקרון האחריות הקיבוצית, בנסיבות המתאימות לכך. אכן, בארצות הברית, הוטלה אחריות קיבוצית בנזיקין עוד לפני שנים רבות, מבלי שקדמה לכך התערבות חקיקתית כלשהי.

מטרתה של רשימה זו לשכנע, כי ראוי להכיר בעקרון האחריות הקיבוצית בנזיקין, בהתקיים התנאים המתאימים לכך. מטרה נוספת היא לבחון אם ניתן ורצוי לאמץ עיקרון זה אף בלעדי התערבות חקיקתית.

תחילה תוצג עמדת הפסיקה הישראלית בשאלת האחריות הקיבוצית. לאחר־מכן יוצע מיון של המקרים הטיפוסיים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית לקבוצות. על בסיס מיון זה יובאו שיקולי מדיניות משפטית בעד אימוץ עקרון האחריות הקיבוצית ונגדו ויותווּ גבולותיו. אגב כך תידונה שתי שאלות־משנה, היוצאות מן ההנחה שמוטלת אחריות קיבוצית: האחת, האם עדיפה הטלת אחריות למלוא הנזק על כל אחד מבני־הקבוצה שהמעוול האלמוני משתייך אליה או שמא לחלקו בלבד; והשנייה, על־פי איזה קריטריון רצוי לחלק את נטל הנשיאה בנזק בין בני הקבוצה. בהמשך הרשימה תיבחנה טכניקות משפטיות העשויות לאפשר את אימוץ עקרון האחריות הקיבוצית בדיני־הנזיקין הפוזיטיביים, בלעדי התערבות חקיקתית. לבסוף יסוכם הדיון ותוצגנה המסקנות העולות ממנו[10].

נוגד את רעיון האחריות האישית המבוססת על רעיונות של צדק מתקן אינו משכנע, כפי שיסתבר להלן בפרק ד. על השימוש בנתונים סטטיסטיים ובראיות שאינן קושרות את הנתבע לאירוע הנזק הספציפי בסוגים מסוימים של מקרים אשר עשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית ראה Bush, *supra* note 7, at p. 1493, 1514–1516; D. Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases — A 'Public Law' Vision of the Tort System" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 851, 868–874; N.L. Firak, "The Developing Policy Characteristics of Cause-in-Fact Alternative Forms of Liability, Epidemological Proof and Trans-Scientific Issues" 63 *Temple L. Rev.* (1990) 311, 328 *et seq.*.

9 ע"א 600/86 **עמיר נ' קונפינו**, פ"ד מו(3) 233 (להלן: עמיר).

10 מקרה ה"ראי" של אחריות קיבוצית הוא "זכאות קיבוצית". מקרה של זכאות קיבוצית מתקיים כאשר ידועה זהות המעוול, ידועה קבוצת בני־אדם שעליה נמנה, או נמנים, הניזוקים, אך לא ידועה זהותם המדויקת. דוגמא טיפוסית לכך היא המקרה של מפעל הפולט קרינה רדיו־אקטיבית באיזור מאוכלס, ובכך מתבצעת עוולה. על־פי נתונים סטטיסטיים ניתן להראות, שמספר מקרי הסרטן באיזור עלה עקב החשיפה לקרינה. עם זאת, אין אפשרות לדעת מי מבין חולי־הסרטן נפגע כתוצאה מהקרינה ומי לקה במחלה בלא כל קשר לכך. הגם שמתעוררות במקרה כזה בעיות דומות לאלו המתעוררות במקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית, אין מאמר זה עוסק בבעיית הזכאות הקיבוצית. נושא אחרון זה ראוי למחקר נפרד. אגב, ייתכנו מקרים שכהם מתעוררת בעיה של זכאות קיבוצית, ובמקביל — בעיה של אחריות קיבוצית. כך, אם נשנה במקצת את הדוגמא שהובאה זה עתה, ונניח כי באיזור פועלים כמה מפעלים, כי קרינה רדיו־אקטיבית דלפה מאחד המפעלים, כי אין כל אפשרות לדעת מאיזה מפעל הדליפה וכי עקב כך עלה מספר מקרי הסרטן באיזור. ראה R. Delgado, "Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 881.

ב. עמדת הפסיקה הישראלית

1. הפסיקה הישראלית עד פסק־דין עמיר — דחיית רעיון האחריות הקיבוצית

בכמה פסקי־דין דחה בית־המשפט העליון את רעיון האחריות הקיבוצית. בכולם, להוציא אחד, מדובר היה באימרות־אגב.

פסק־הדין הראשון בעניין זה הוא פינס נ׳ בן עמירה[11]. באותו מקרה היה מדובר בתאונת־דרכים שהיו מעורבים בה שני כלי־רכב. נוסע באחד מכלי הרכב קיפד בתאונה את חייו. מניתוח אירוע התאונה השתכנע בית־המשפט, כי היא נגרמה עקב אשמם של שני הנהגים וכי יחס אשמם הוא 20%:80%. עם זאת, לא היה בכוחו לקבוע, מיהו הנהג שאשמו מגיע לכדי 80% ומיהו זה שאשמו מהווה 20% בלבד[12]. בית־המשפט העליון פסק, ששני הנהגים חבים כלפי עזבון הניזוק ותלוייו על כל הנזק יחד ולחוד, וביחסים שביניהם יחולק נטל הנשיאה בנזק שווה בשווה. בדרך למסקנתו זו השווה בית־המשפט את המקרה הנדון לפניו למקרה אחר, שבו נגרם לאדם נזק עקב התנהגותם של שניים, כאשר רק בהתנהגותו של אחד מהם היה אשם, אך לא ברור מיהו מבין השניים. בית־המשפט הביע דעתו, שבמקרה זה לא יפסק פיצוי כלשהו לטובת הניזוק, שכן זה לא הצליח להוכיח את תביעתו. לדבריו:

> גם מבחינת הצדק וההגיון איני רואה כל דרך להטיל אשמה — ולו רק מחציתה — על אדם שהוא ex hypothesis חף מפשע. כשם שהנפגע נשאר בלי תרופה, מקום שאינו יודע מי פגע בו, כך סבורני שאין להושיע לו אפילו יש בידו להצביע על קבוצת בני אדם שאחד מהם (אך לא כולם) מן ההכרח שהיה הפוגע. קשה גם לראות כיצד ניתן לחייב אדם בהשתתפות לפי ס׳ 84 לפקודת הנזיקין בלי לדעת, ואף בלי אפשרות לדעת, אם אמנם הוא ״מעוול אחר״, כאמור באותה הוראה[13].

בית־המשפט היה עֵר לדמיון הרעיוני בין מקרה זה לבין המקרה שנדון בפניו; שהרי בשני המקרים הטלת אחריות על שני הגורמים לנזק וחלוקת נטל הנשיאה בו שווה בשווה תביא לכך, שאדם ישא בנזקים מעבר לאלו שבהם היה נושא אילו העובדות היו ברורות לאשורן, ואילו הנזק היה מחולק בין הגורמים השונים על־פי אשמם היחסי. עם זאת, בית־המשפט הדגיש את השוני בין שני המקרים: במקרה הנדון בפניו, להבדיל מהמקרה האחר, שני הנהגים גרמו לנזק באשמם, ועל־כן אחריותם יחד ולחוד כלפי הניזוק למלוא הנזק אינה יכולה להיות מוטלת בספק.

11 ע״א 411/70 פינס נ׳ בן עמירה, פ״ד כה(2) 284 (להלן: פינס).

12 היה מדובר בהתנגשות חזיתית בין שני כלי־רכב. בית־המשפט השתכנע, כי התאונה אירעה עקב סטייה של שני כלי־הרכב שמאלה, אלא שלא היה ברור מי סטה ראשון ומי סטה אחריו. בית־המשפט סבר, כי זה שסטה ראשון אשם ב־80% ואילו האחר ב־20%. שם, עמ׳ 298.

13 שם, עמ׳ 291.

בהנחה זו, הפתרון הסביר היחיד הוא — כך סבר בית־המשפט — לחלק את הנזק בין השניים שווה בשווה. פתרון אחר, שלפיו לא יוכל נהג אחד לחזור לחברו ולתבוע ממנו השתתפות באופן שזה האחרון ישא ביותר מ־20% מסך הנזק[14], יביא לתוצאה הבלתי־רצויה, שהתובעים הם אלה שיקבעו בסופו של דבר את אופן חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין שני הנהגים[15].

מקרה שני, היחיד שבו דחייתו של רעיון האחריות הקיבוצית היוותה את הרציו דיסידנדי של פסק־הדין, הוא **ארוג״י נ׳ פינק ובניו בע״מ**[16]. באותו עניין ניזוקה משאיתם של המערערים עקב התפוצצות כלשהי במנוע. הסתבר שעובר לפיצוץ, טופלה המשאית בשני מוסכים שונים. בית־המשפט הניח כנראה, כי ההתפוצצות אירעה עקב רשלנות כלשהי, כפי הנראה רשלנות של אחד מבעלי־המוסכים. עם זאת, לא ניתן היה לדעת מי מבין בעלי המוסכים התרשל וגרם לנזק. בית־המשפט העליון דחה את תביעתם של המערערים ונימק זאת בכך, שעל־פי הלכת **פינס** אין מקום להטלת אחריות קיבוצית, שכן אחריות בנזיקין מבוססת על אשם אישי. אכן, בלשונו של בית־המשפט, המערערים מצאו עצמם ״נופלים בין הכסאות״.

בפסק־דין שלישי, **צים חברת השיט הישראלית בע״מ נ׳ המגן חברה לביטוח בע״מ**[17], נקרתה לבית־המשפט הזדמנות נוספת להביע את דעתו באשר לרעיון האחריות הקיבוצית. באותו מקרה מדובר היה בתביעת שיבוב שהגישה חברת־ביטוח כנגד חברת צים וכנגד רשות הנמלים. התביעה היתה בגין אובדן שש חבילות־ברזל שהובילה חברת צים עבור מבוטח של חברת־הביטוח. חברת צים טענה להגנתה, שחבילות־הברזל אבדו בהיותן בחזקתה של רשות־הנמלים ואילו רשות־הנמלים טענה, שחבילות־הברזל האבודות מעולם לא נמסרו לה על־ידי חברת צים. בית־המשפט המחוזי חייב את שתי הנתבעות בנזקי המבוטח וחילק ביניהן שווה בשווה את נטל הנשיאה בנזק. בית־המשפט העליון, לעומת זאת, הטיל את מלוא האחריות לנזק על חברת צים, ועליה בלבד. לדבריו, לאור הלכות **פינס** ו**ארוג״י** לא היה מקום לחייב את שתי הנתבעות כאחת, שכן אין לוותר על דרישת האשם האישי. עם זאת, לאחר ששוכנע כי בשלב פריקת המטענים היו חבילות־הברזל של המבוטח במצב של תפזורת, קבע בית־המשפט, כי על חברת צים רבץ הנטל להוכיח שהמטען נפרק בשלמותו; ומכיוון שלא עלה בידה לשאת בנטל זה, האחריות לנזקים מוטלת עליה[18].

לצד נחישותו של בית־המשפט העליון, שלא לוותר על הצורך בהוכחת אשמו

14 מהמת הספק, כביכול, שלא לחייב נתבע לשלם יותר משהיה חייב לשלם לו העובדות היו ידועות.

15 **פינס**, (לעיל, הערה 11), עמ׳ 293. פתרון אפשרי נוסף הוא, ששני הנהגים יחובר כלפי המזיק ב־40% מהנזק, ובדרך זו איש מהם לא ישא בסופו של דבר ביותר מ־20% מסך הנזק. פתרון זה אינו מתיישב עם העיקרון, שכאשר מעוול אחד הוא ״גורם בלעדיו אין״ לנזק, חייב הוא כלפי הניזוק לשאת במלואו. שם, עמ׳ 292.

16 ע״א 496/72 **ארוג״י נ׳ פינק ובניו בע״מ**, פ״ד כז(2) 547 (להלן: **ארוג״י**). כן ראה ת״א (נצ׳) 1169/85 **הסנה — חברה לביטוח בע״מ נ׳ ציון**, פ״מ תש״ן (2) 411.

17 ע״א 83/82 **צים חברת השיט הישראלית בע״מ נ׳ המגן חברה לביטוח בע״מ**, פ״ד לט(1) 640 (להלן: **צים**).

18 לדחייה נוספת של רעיון האחריות הקיבוצית, באמרת־אגב, ראה פסק־דינו של השופט בך (שהיה ברעת־מיעוט בתוצאת פסק־הדין), בעניין ד״נ 15/88 **מלך נ׳ קורנהויזר**, פ״ד מד(2) 89, 118-119 (להלן: **מלך**). כן ראה לעניין זה ת״א (נצ׳) 335/83 **עטר נ׳ פיניציה בע״מ**, פ״מ תשמ״ח(2) 457, 469-470

האישי של הנתבע כתנאי לחבותו, ניכרת לאחרונה נטייה לגמישות רבה באשר להוכחת הסיבתיות העובדתית[19]. כך, כאשר הניזוק נפגע על־ידי שני מעוולים שפעלו בנפרד (ובאופן דומה: אם ניזוק על־ידי מעוול וגורם נוסף שאינו בר־חבות) ולא ניתן היה לדעת לאיזה חלק מהנזק גרם כל אחד, נטה בית־המשפט העליון לייחס לשני המעוולים (או למעוול האחד, כאשר מדובר במעוול וגורם שאינו בר חבות) אחריות למלוא נזקיו של הניזוק, אפילו עלול היה הדבר להביא לכך שמעוול אחד ישא בנזקים רבים יותר מאלו שגרם להם בפועל[20]. הגם שבית־המשפט העליון עשה שימוש בטכניקות משפטיות, שהעיקרית בהן היא העברת הנטל למעוול הנתבע, להוכיח לאיזה חלק מהנזק לא הוא גרם, שאם לא יעשה כן יחויב במלואו[21] — אין להתעלם מהמטרה הדיסטריביוטיבית של בית־המשפט העליון להעדיף ניזוק חף על־פני מזיק אשם, אפילו במחיר חיובו של זה האחרון בנזקים להם לא גרם[22].

על־אף נטייתו המתוארת של בית־המשפט העליון לגמישות מסוימת באשר להוכחת הסיבתיות העובדתית, חשוב להדגיש זאת: נכונותו של בית־המשפט להקל עם הניזוק בעניין זה ניכרת רק באותם מקרים שבהם הוכח כי הנתבע (או הנתבעים) היה בעל אשם וגרם לפחות לחלק מהנזק. כשאלו היו פני הדברים, מוכן היה בית־המשפט ״להסתכן״ בהטלת אחריות על מעוול לנזק אשר אולי לא גרם לו. לעומת זאת, אם לא הוכח על־פי מאזן הסתברויות כי הנתבע היה בעל־אשם, נדחתה התביעה. כך עולה מהפסיקה אשר סירבה לאמץ את רעיון האחריות הקיבוצית ועמדה על הצורך להוכיח אשם אישי כתנאי להטלת אחריות.

השאלה — מה הדין אם לא ניתן להצביע על מי שגרם לנזק, אך ניתן להצביע על קבוצת־אנשים אשר מישהו הנמנה עליה עשה כן ובכל חברי הקבוצה יש אשם — טרם נענתה מפורשות בפסיקה הישראלית[23].

(להלן: עטר) (בערעור לבית־המשפט העליון לא עלתה השאלה: ע״א 166/88 פניציה בע״מ נ׳ עמר, פ״ד מה(2) 457).

19 א׳ פורת, ״דיני נזיקין״ ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ״א (תשנ״ב, א׳ רוזן־צבי עורך) 221, 256-240.

20 מלך, (לעיל, הערה 18) , ונגר, (לעיל הערה 3).

21 טכניקה נוספת היא ראייתו של הנזק ככזה שאינו ניתן להפרדה על־פי טבעו, לפחות כשמדובר בנזקי גוף. מלך, שם, עמ׳ 108.

22 שאלמלא כן יכול היה בית־המשפט לבחור באחת משתי דרכים: האחת, דחיית התביעה כנגד המעוול, כדי שלא יחוייב בנזקים שלא הוא גרם להם, או קבלתה החלקית, כדי שיעור הנזק שלגבי גרימתו על־ידי הנתבע לא מתעורר כל ספק; והשנייה, הטלת אחריות על המעוול הנתבע אך לחלק מהנזק, תוך שימוש בקריטריון־חלוקה כלשהו, כגון עוצמתם היחסית של גורמי הנזק. הדרך הראשונה לוקה בהעדפת המזיק על־פני הניזוק, אם כי ניתן לטעון, שהיא עולה בקנה אחד עם דחיית רעיון האחריות הקיבוצית. הדרך השנייה מאוזנת יותר, אך בית־המשפט העליון בעניין מלך, שם, עמ׳ 107-109, סירב להזקק לה (שם דובר בקריטריון־חלוקה על־פי עוצמתם היחסית של הכלבים אשר גרמו לנזקיו של התובע ושהיו בבעלותם של אנשים שונים). בפסק־דין קודם של בית־המשפט העליון, ע״א 304/68 גנוסר נ׳ דחאברה, פ״ד כג(1) 366, שעסק בנזקי רכוש, נקטה דרך זו.

23 בעניין עמיר, (לעיל, הערה 9), שיתואר להלן, אין התייחסות מפורשת לשאלה, אך ייתכן שניתן ללמוד את גישתו של בית־המשפט העליון אליה מתוך התייחסותו לפסק־דינו של בית־המשפט המחוזי. ראה להלן, ליד הערה 24.

2. פסק־דין עמיר — ניצנים לגישה שונה?

פסק־דין עמיר עניינו בתאונת־עבודה שבה נהרגו כמה אנשים ונגרם נזק רכוש רב. התאונה אירעה עקב קריסתה של תקרת מבנה שהיה בשלבי בנייה, במהלך ניסיון לפרק את העמודים שתמכו בה. הדעות היו חלוקות באשר לגורם התאונה או לגורמיה: תכנון רשלני, בנייה לקויה, פירוק בלתי־זהיר של העמודים שתמכו בתקרה, העמסת־יתר של התקרה עובר לפירוק העמודים, היעדר פיקוח מקצועי צמוד או העדר תיאום בין הגורמים השונים המעורבים בעבודת הבנייה. לפיכך, ארבעה נתבעים היו "מועמדים" להיות המעוולים שגרמו לתאונה: המהנדס; המתכנן, שהיה אף האחראי על הפיקוח (ובכלל זה הפיקוח על־פירוק העמודים שתמכו בתקרה); הקבלנים אשר בנו את שלד המבנה (ובכלל זה אף את העמודים שתמכו בתקרה), ביצעו בפועל את פירוק העמודים והעמיסו על התקרה בלוקים עד לקריסתה; מזמין העבודה, שהיה מחויב על־פי תקנות הבטיחות בעבודה לדאוג למינוי מנהל־עבודה שיפקח על קבלני־המשנה השונים; וחברת־הקבלנות, אשר בנתה את קונסטרוקציית־הפלדה של גג המבנה.

בבית־המשפט המחוזי נפסק, כי עקב קיומן של ראיות לכאורה לאחריותם של כל אחד מהנתבעים, הנטל עליהם להוכיח שלא התרשלו או שלא התקיים קשר סיבתי בין התרשלותם לבין התאונה. מאחר שבית־המשפט סבר כי בנטל זה לא עמדו, הטיל את האחריות להתרחשות התאונה על כולם ואף קבע את אופן חלוקתה ביניהם.

בית־המשפט העליון סירב לאמץ את גישתו של בית־המשפט המחוזי. השופט אור, שנתן את חוות־הדעת העיקרית בפסק־הדין, היקשה: "האם מוצדק יהיה להטיל חבות על נתבע פלוני שנכלל בקבוצת האחראים לבנייה, רק מכיוון שברור שחלק מקבוצה זו אחראי לתוצאה ומבלי שקימות נסבות המעלות קיומה של אחריות כזו מצדו דווקא? לדעתי התשובה שלילית"[24]. השופט הסתמך על הלכת **פינס**, והוסיף: "כפי שנקבע בפסה"ד הנ"ל האחריות בנזיקין מבוססת אצלנו על אשם אישי, ואין מקום להטלת אחריות קבוצית כאשר נפגע אדם על־ידי אחד משנים ואין בידו להוכיח מי מן השניים היה המעוול"[25]. לבסוף, תוך התייחסותו לטכניקה הספציפית של העברת נטל הראיה שנקט בית־המשפט המחוזי, קבע השופט אור:

> ברי שאם בסוף הדיון לא ברור מי מכמה נתבעים הוא האחראי לקרות התאונה, אזי אין מקום להטיל אחריות על מי מהם שאחריותו האישית לא הוכחה. כך גם, אם אין ראיות לכאורה לאחריות אחד הנתבעים — אף שברור שמי מהם אחראי/ם — אין להעביר אל מי מהם מלכתחילה את נטל ההוכחה. אם יועבר נטל ההוכחה אל כל הנתבעים להוכיח שלא התרשלו, רק מכיוון שברור שמי מהם אחראי, כל נתבע שלא יעמוד בנטל זה ימצא אחראי לקרות התאונה, על אף שכל מה שהוכח נגדו, הוא רק שהוא נמנה בין אלה שחלק מהם

24 עמיר, (לעיל, הערה 9), עמ׳ 8.
25 עמיר, שם, עמ׳ 9.

> אחראי לקרות התאונה. תוצאה כזו סותרת את העקרון והתוצאה המשפטית על־פי מה שנקבע בע.א. 411/70 (הלכת **פינס**[26] — א׳פ׳) ויתר פסקי־הדין שהוזכרו לעיל (הלכות **ארוג׳י**[27] **וצים**[28] — א׳פ׳).

למרות דבריו אלה, הגיע השופט אור בסופו של דבר למסקנה, שיש להטיל אחריות נזיקית על שלושה מבין ארבעת ה״מועמדים״ להיות מעוולים. הטעם לכך הוא, שלפי דבריו של בית־המשפט המחוזי עצמו, די היה בראיות שהובאו בפניו כדי לשכנע, ששלושה אלו התרשלו וגרמו לתאונה. מכאן, שבהעברת נטל ההוכחה אליהם לא היה כדי להשפיע על התוצאה אליה הגיע בית־המשפט המחוזי, וזו נותרה, אפוא, על כנה. לא כן לגבי הנתבעת הרביעית, חברת־הקבלנות אשר בנתה את קונסטרוקציית־הפלדה של גג המבנה. אחריותה נקבעה בבית־המשפט המחוזי מהטעם שלא הצליחה לשאת בנטל ההוכחה שהועבר אליה, בהתאם לגישתו של בית־משפט זה, ובשל כך בלבד. השופט אור לא קיבל את קביעתו של בית־המשפט המחוזי ופטר את הנתבעת הרביעית מכל אחריות. זאת, לא רק משום שדחה את גישתו של בית־המשפט המחוזי לעניין העברת נטל ההוכחה, כאמור לעיל, אלא אף מכיוון שסבר, כי הוכח בראיות פוזיטיביות שגם אם התרשלו קבלני קונסטרוקציית־הפלדה, לא היה כל קשר סיבתי בין התרשלותם לבין אירוע התאונה.

השופטים מלץ ונתניהו הסכימו לפסק־דינו של השופט אור. עם זאת, העירה השופטת נתניהו הערת־אגב, שחשיבות מיוחדת לה לענינינו:

> רק מעבר לנדרש אוסיף כי אינני שוללת התפתחות עתידית בפסיקה שלנו, כפי שנעשתה בפסיקה האנגלו־אמריקאית, שבהתקיים נסיבות המצביעות בבירור על מעשה רשלני, שהתובע אינו מסוגל לזהות את האחראי המסוים לו, יעבור הנטל על כל אחד ואחד מקבוצת האנשים שהנסבות מצביעות עליו כאחראי אפשרי, להראות כי לא בו האשם... הפסיקה שלנו דחתה גישה זו עד כה על אף התוצאה הקשה לתובע ׳הנופל בין הכסאות׳ מאין יכולת לזהות את האחראי לנזקו מתוך אלה שהוא נמצא בבירור ביניהם. הטעם לכך הוא בתפיסה שהאחריות בנזיקין מבוססת על אשם אישי... אינני שוללת התפתחות אחרת אצלנו. השאלה היא מדיני הראיות... כללי הראיות הם גם מכשיר ליישום מדיניות ראויה, וכבר עשינו שימוש בכללי הראיות בדבר העברת נטל הראיה, בעקבות פסיקה של ארצות הברית, כדי ליישם מדיניות המבקשת להקל עם תובע הנתקל בקושי לזהות או לאתר את האחראי לנזקו (בהמשך מפנה השופטת את הקורא, בין היתר, להלכות **מלך**[29] **ונגר**[30] — א׳פ׳)[31].

26 לעיל, הערה 11.
27 לעיל, הערה 16.
28 לעיל, הערה 17.
29 לעיל, הערה 18.
30 לעיל, הערה 3.
31 עמיר, (לעיל, הערה 9), עמ׳ 28-30.

ניתן לסכם ולומר, שבעוד שפסק־דין עמיר עשוי להיראות כפסק־דין נוסף, הדוחה באמרת אגב את רעיון האחריות הקיבוצית ותו לא, ניתן למצוא בו ניצנים לגישה שונה. למעשה, לראשונה בפסיקתו של בית־המשפט העליון, מתגלה נכונות כלשהי לדכך את הדרישה להוכיח אשם אישי כתנאי להטלת אחריות נזיקית, ולו גם באותם מקרים מיוחדים־במינם, שבהם ברור כי התובע ניזוק מהתנהגות עוולתית, לא ידוע מי המעוול, אך ידועה קבוצת־האנשים עליה הוא נמנה.

ג. קבוצות מקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית

לפני שאדון בטיעונים השונים בעד הטלת אחריות קיבוצית ונגדה, אפתח בהצגתן של שלוש קבוצות מקרים עיקריות שבהם עשויה להיות מוטלת אחריות כזו. המקרים כולם מבוססים על פסקי־דין ישראליים, אמריקניים ואנגליים, ואגב תיאורם יובאו בקצרה הפתרונות המשפטיים שניתנו להם בבתי־המשפט השונים. הצגת קבוצות המקרים חיונית לדיון בטיעונים השונים, שכן לחלקם יש תוקף שונה לגבי כל אחת ואחת מהקבוצות. כפי שניווכח מיד, היעדר היכולת להוכיח אשם והיעדר היכולת להוכיח קשר סיבתי הם שעומדים בבסיס החלוקה לקבוצות.

קבוצה א. מקרים שבהם הוכח אשמו של הנתבע, אך לא הוכח כי הוא שגרם לנזק; עם זאת, ידועה קבוצת־אנשים שעליה הוא נמנה, אשר מישהו מתוכה גרם לנזק באשמו.

קבוצה ב. מקרים שבהם הוכח כי הנתבע גרם לנזק, אך לא הוכח אשמו; עם זאת, ידועה קבוצת־אנשים שעליה הוא נמנה, אשר מישהו מתוכה גרם לנזק באשמו.

קבוצה ג. מקרים שבהם לא הוכח אשמו של הנתבע ולא הוכח כי הוא שגרם לנזק; עם זאת, ידועה קבוצת אנשים שעליה הוא נמנה, אשר מישהו מתוכה גרם לנזק באשמו.

מיון המקרים אשר עשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית לקבוצות דלעיל, אינו המיון הרלבנטי היחיד. קיימים חתכי־מיון נוספים (שיפורטו מיד לאחר הצגת שלוש הקבוצות), היוצרים למעשה תת־קבוצות לכל אחת מקבוצות המקרים העיקריות. הדיון בשיקולי־המדיניות המשפטית יבהיר את חשיבותם.

1. קבוצה א — לא הוכח קשר סיבתי

במקרים הנכללים בקבוצה הראשונה, נעדר התובע יכולת להוכיח על־פי מאזן הסתברויות קשר סיבתי עובדתי בין אשמו המוכח של הנתבע לבין הנזק שנגרם לתובע.

דוגמא אחת טיפוסית לסוג זה של מקרים ניתן למצוא בפסק־דין אמריקני שנפסק עוד בשנות הארבעים על־ידי בית־המשפט העליון של קליפורניה, Summers v. Tice[32]. באותו עניין מדובר היה בשלושה אנשים שיצאו יחדיו לציד שלווים. התובע, אחד מבין השלושה, צעד לפני שני חבריו הנתבעים, ונפגע בעינו מכדור

32 199 P. 2d 1 (1948) (להלן: עניין *Summers*).

תועה שנורה מרובהו של אחד מהם[33]. הסתבר, ששני הנתבעים ירו־בכלי נשקם בעת ובעונה אחת ולא ניתן היה לדעת מי מהם הוא זה שפגע בעינו של התובע. עם זאת נקבע, ששניהם התרשלו, ועלתה השאלה אם ניתן להטיל עליהם את האחריות לנזקיו של התובע, כאשר לא ניתן להוכיח על־פי מאזן הסתברויות, את הקשר הסיבתי בין אשמו של כל אחד מהם לבין הנזק. בית־המשפט האמריקני קבע, שהנטל על הנתבעים להוכיח כי לא גרמו לנזק, ומאחר שלא עמדו בו — אחראים הם יחד ולחוד לנזקי התובע; זאת, גם אם אינם בגדר מעוולים במשותף. בית־המשפט הדגיש בפסק־דינו, כי תוצאה זו היא התוצאה ההוגנת, שכן כך נמנע מצב ששני הנתבעים הרשלנים יתחמקו מאחריות, ואילו התובע יישאר ללא תרופה. כן הוסיף בית־המשפט, כי תוצאה זו מוצדקת אף בכך, שהנתבעים נמצאים במצב טוב יותר מהתובע להביא ראיות שיאפשרו לקבוע מי מביניהם פגע בעינו של התובע. העיקרון שנקבע בעניין Summers, אומץ לאחר־מכן ב־Restatement האמריקני, ופסק־הדין עצמו משמש אחת הדוגמאות המובאות שם[34]. מקרה נוסף, שעובדותיו דומות להדהים לעובדותיו של פסק־דין Summers, נפסק בקנדה באותו אופן[35].

דוגמא שנייה לסוג המקרים הנכללים בקבוצה הראשונה מצויה בפסק־דין אמריקני אחר, Sindell v. Abbott[36], שנפסק אף הוא על־ידי בית־המשפט העליון של קליפורניה, ובפסקי־דין רבים שבאו בעקבותיו, ושנפסקו על־ידי בתי־משפט במדינות שונות בארצות הברית. מסכת העובדות בכל פסקי־הדין היתה דומה: החל משנות הארבעים יוצרה בארצות הברית תרופה מסוימת (ששמה המקוצר D.E.S) על־ידי למעלה מ־200 חברות שונות ונמכרה למאות אלפי נשים בהריון, כתרופה שיש בה כדי להקטין את הסיכון להפלה טבעית. לאחר כ־25 שנים מאז החלו לשווק את התרופה התברר, שיש לה תופעת־לוואי נוראה: רבות מהבנות שנולדו לנשים אשר השתמשו בה לקו במחלת־הסרטן. אלו חפצו לתבוע את החברה שיצרה את התרופה בה השתמשו אימותיהן בעת שהרו אותן, אך נתקלו בבעיה קשה: זהותה של החברה הספציפית שיצרה את התרופה בה השתמשה האם לא היתה ידועה! עם זאת הוכח, כי בכל החברות דבק אשם אשר התבטא בכך, שלא בדקו כראוי את תרופת ה־D.E.S. לפני ששיווקוה, שהתעלמו מממצאים שונים אשר העידו על הסיכונים הכרוכים בשימוש בה ושלא הזהירו מפניה את הצרכניות בדרך כלשהי[37]. בתביעותיהן של הנשים שלקו במחלת־הסרטן (בנותיהן של צרכניות התרופה), עסק פסק־דין Sindell ופסקי־הדין שבאו בעקבותיו. בית־המשפט העליון

33 למעשה התובע נפגע משני כדורים, אך הפגיעה בעין, המשמעותית מבין שתי הפגיעות, נגרמה על־ידי אחד הכדורים בלבד. ראה עניין *Summers* (לעיל, הערה 32).

34 *Restatement Second, Torts 2d*, s. 433B(3) & Ill. 9. הכלל שנקבע ב־*Restatement* מתייחס למצב שבו התנהגותם של שניים אז יותר היתה עוולתית, אך לא ניתן לדעת מי אשר גרם לנזקו של התובע.

35 *Cook* v. *Lewis* (1952) 1 D.L.R. 1. לביקורת על פסק־הדין ראה T. B. Hogan, "*Cook* v. *Lewis* Re-examined" 24 *M. L. Rev.* (1961) 331.

36 607 P. 2d 924 (1980) (להלן: עניין *Sindell*).

37 מדובר היה בפגם בדגם/בתכנון. ראה ד׳ מור, ״אחריות בנזיקין למוצרים פגומים״ **עיוני משפט** (תשל״ז) 303, 319 ואילך; י׳ גלעד, ״אחריות חמורה למוצרים — חוק האחריות למוצרים פגומים, תש״ם-1980״ **מחקרי משפט** ח (תש״ן) 179, 200-201, 238 ואילך (להלן: **גלעד, אחריות למוצרים**).

של קליפורניה, בחן באותו פסק־דין דוקטרינות משפטיות שונות העשויות להביא להטלת אחריות על החברות היצרניות, ודחה אותן אחת לאחת[38]. לבסוף קבע דוקטרינה חדשה, המהווה לדבריו הרחבה של עקרון Summers, והנקראת מאז Market Share Liability, כלומר: אחריות לפי חלק בשוק. על־פי דוקטרינה זו, כפי שנקבעה בעניין Sindell, כל אחת מהחברות הנתבעות אחראית כלפי התובעת לנזקיה, אלא אם תצליח להוכיח שלא היא יצרה את התרופה בה השתמשה אמה של התובעת. זאת, בתנאי, שהנתבעות יצרו חלק מהותי מתרופות ה־D.E.S. שנמכרו בשוק[39]. ביחסים שביניהן, קבע בית־המשפט — יחולק נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעות, לפי החלק שהיה לכל אחת מהן בשוק תרופות ה־D.E.S., אשר בו רכשה אמה של התובעת את התרופה[40]. ההנמקה העיקרית של בית־המשפט בעד אימוץ הדוקטרינה החדשה היתה, בדומה להנמקה שבבסיס פסק־דין Summers, העדפתה של תובעת חפה מכל אשם על־פני נתבעות רשלניות. כן הדגיש בית־המשפט, כי לנתבעות ששיווקו תרופות אשר סיכוניהן מתממשים רק כעבור זמן רב, יש חלק

38 העיקרון שנקבע בפסק־דין *Summers* נקבע כלא חל ישירות, שכן עניינו במצב שבו הסיכוי שכל אחד מהנתבעים גרם באשמו לנזק הוא 50%, ולא סיכוי מִזערי ככאן. כמו־כן נדחתה תחולת הדוקטרינה של מעוולים במשותף, בראש־ובראשונה מכיוון שלא הוכחה הבנה או חוכנית משותפת בין הנתבעים שלא לבדוק כראוי את התרופה ושלא להזהיר מפני הסיכונים שהיא צופנת בחובה. נוסף על כך, נדחתה דוקטרינה המכונה "Enterprise Liability" (להלן, ליד הערה 51). בית־המשפט קבע בעניין *Sindell* (לעיל, הערה 36), שדוקטרינה זו אינה חלה כאשר התעשייה כללה מספר כה רב של יצרנים וכאשר היצרנים פעלו על־פי סטנדרטים אשר אומצו על־ידי הרשויות המפקחות על התעשייה, כבמקרה הנדון בפניו (הגם שבדבקות זו בסטנדרטים שאימצו הרשויות אין כדי לפטור את הנתבעות מאחריות נזיקית).

39 הסיבה שהוכאה בפסק־הדין לתנאי זה (שיכונה להלן "תנאי החלק המהותי בשוק") היא, שלא ייווצר מצב שיהיה סיכוי רב כי המעוול האמיתי לא יחויב בלל בדין.

אם מפרשים את פסק־דין *Sindell* (לעיל, הערה 36) כמטיל על כל נתבעת אחריות כלפי התובעת למלוא הנזק (וחלוקתו על־פי החלק בשוק נעשית רק ביחסיהן הפנימיים), הרי שתנאי החלק המהותי בשוק מובן היטב. כלעדיו עלול *היה להיווצר מצב, שנתבעת אשר לה חלק קטן מאוד בשוק חייבת לשאת* בסופו של דבר, לאחר בירור תביעות ההשתתפות בין הנתבעות השונות, בחלק ניכר מהנזק. לעומת זאת, אם מפרשים את פסק־הדין כמטיל על כל נתבעת אחריות כלפי התובעת לחלק מהנזק (בהתאם לחלקה בשוק), אין היגיון רב בתנאי החלק המהותי בשוק; שהרי שיעור הפיצויים שבהם תחויב כל נתבעת לא ישפע מן השאלה, מי נתבע יחד עמה. מכאן, שהצבת תנאי זה בעניין *Sindell* עשויה לחזק את הטענה, שיש לפרשו בדרך הפרשנות הראשונה דלעיל. ראה A.D. Twersky, "Market-Share — A Tale of Two Centuries" 55 *Brooklyn L. Rev.* (1989–1990) 863, 874, note 16.

אגב, ניתן אף לחשוב על וריאציה נוספת של דוקטרינת ה־Market Share Liability. לפי וריאציה זו, אחריותה של כל נתבעת כלפי התובעת תהיה לחלק מהנזק, אך לא לפי חלקה בשוק, אלא לפי חלקה ביחס לנתבעות האחרות וכאופן שהתובעת תפוצה על מלוא נזקיה. אם נניח שהנזק הוא 1,000 וישנן חמש נתבעות, אשר לכל אחת מהן 10% מהשוק, הרי שלפי וריאציה זו כל אחת תחורב כלפי התובעת ב־200 (ולא ב־100). התובעת תוזכה בפיצוי על מלוא נזקיה, ולא על חציים בלבד. וריאציה זו מחייבת כנראה גם היא לאמץ את תנאי החלק המהותי בשוק; ויש מי שסבור כי וריאציה זו היא שאומצה בעניין *Sindell*: ראה Thomson (לעיל, הערה 8), 120-124.

40 יש ספק מסוים אם יש לפרש את פסק־הדין כמטיל על כל נתבעת אחריות כלפי התובעת למלוא הנזק (שאז החלוקה היא ביחסים הפנימיים שבין הנתבעות) או כמטיל עליה אחריות כזו לחלקו בלבד. כאמור, אִזכור תנאי החלק המהותי בשוק תומך בדרך הפרשנות הראשונה (לעיל, הערה 39). עם זאת, יש המפרשים את פסק־הדין על־פי דרך הפרשנות השנייה, וכך אף פורש לבסוף בקליפורניה: *Brown* v. *Superior* Ct, 751 P. 2d 470, 485–487 (Cal. 1988) (להלן: עניין *Brown*).

עיקרי ביצירת הבעיה המיוחדת לזהות את מי שגרם לנזקה של התובעת וכי הטלת אחריות עליהן מוצדקת משיקולים של פיזור נזק והרתעה[41].

פסקי־הדין המאוחרים יותר, שנפסקו במדינות שונות בארצות־הברית ושאימצו, עקרונית[42], את דוקטרינת ה־Market Share Liability — נבדלים זה מזה בעניינים שונים: יש שאפשרו לתובעת לתבוע מכל אחת מהנתבעות את מלוא הנזק, כך שעול הגבייה והאיתור של היצרניות השונות של התרופה הוטל על הנתבעות[43], ויש שהגבילו את התובעת והרשו לה לתבוע מכל נתבעת פיצוי בהתאם לחלקה בשוק ולא יותר[44]; יש שהכירו בזכותה של כל נתבעת לנסות ולהוכיח כי במקרה

41 בית־המשפט מציין, שבסופו של דבר תשא כל חברה פחות או יותר בנזקים שנגרמו על־ידי התרופה שהיא יצרה: *Sindell, ibid.*, at p. 937. ראה דיון להלן, פרקים ה, ז1.

42 הבסיס הרעיוני לא היה תמיד זהה. היו שדחו את הבסיס הרעיוני של *Sindell* ונימקו את פסיקתם בדרך שונה אשר הביאה גם כן להטלת אחריות לפי חלק בשוק (או באופן דומה). בשל הבסיס הרעיוני השונה, ישנם הבדלים מסוימים אף בתוצאות בעניינים מסוימים כמפורט להלן. ראה למשל את *Collins* v. *Eli Lilly & Co.*, 342 N.W. 2d 37 (Wisc. 1984), cert. denied 469 U.S. 826 (1984) (להלן: עניין *Collins*); וכן את *Martin* v. *Abbott Laboratories*, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984) (להלן: עניין *Martin*) לעומת *Sindell*. ישנם גם פסקי־דין במדינות שונות אשר דחו את הדוקטרינה כליל, בדרך־כלל בהנמקה שזהו עניין למחוקק לענות בו ולא לבתי־המשפט, וכן משום הקושי המנהלי הרב ביישומה: *Zafft* v. *Eli Lilly & Co.*, 676 S.W. 2d 241 (Mo. 1984); *Mulcahy* v. *Eli Lilly & Co.*, 386 N.W. 2d 67 (Iowa 1986); *Smith* v. *Eli Lilly & Co.*, 560 N.E. 2d 324 (Ill. 1990).
בתי־משפט סירבו בדרך־כלל להחיל את הדוקטרינה במקרים שאינם מקרי D.E.S. כך סירבו להחיל אותה במקרים של עובדים שנחשפו לאזבסט ולקו בסרטן, אך לא יכלו להצביע על יצרן־האזבסט שמוצריו גרמו לכך. מקרים אלה הובחנו ממקרי ה־D.E.S. בכך, שמוצרי האזבסט אינם זהים וכי שוק האזבסט מורכב מאוד וקשה להגדיר את חלקו של כל יצרן ויצרן בו. ראה *Goldman* v. *Johns Manville Sales Corp.*, 514 N.E. 2d 691 (Ohio 1987); *Case* v. *Fibreboard Corp.*, 743 P. 2d 1062 (Okla. 1987). כן סירבו בתי־המשפט להחיל את הדוקטרינה במקרים שבהם נפגעו בני־אדם משימוש בתרכיב פגום, אך לא ידעו מי היצרן, מבין אלו שמייצרים את התרכיב, אשר יצר את התרכיב המסוים שבו השתמשו. מקרים אלה הובחנו ממקרי ה־D.E.S. בכך, שכאשר מדובר בפגם בהליך הייצור, להבדיל מפגם בדגם, לא מתקיים החנאי שכל היצרנים התרשלו; שבמקרי התרכיבים, הזמן לגילוי הפגיעה עקב השימוש בתרכיב הפגום אינו רב במיוחד; ושהטלת אחריות על היצרנים השונים תספק להם תמריץ שלילי לפיתוח תרכיבים חדשים. ראה *Sheffield* v. *Eli Lilly & Co.*, 192 Cal. Rptr. 870 (1983); *Shackil* v. *Lederle Laboratories*, 561 A. 2d 511 (N.J. 1989). במקרה אחד הכירו בדוקטרינת ה־Market Share Liability, שכן מדובר היה בתרכיב אשר לקה בפגם בדגם: *Morris* v. *Parke, Davis & Co.*, 667 F. Supp. 1332 (Cal. 1987). במקרה אחר מדובר היה באדם חולה המופיליה, אשר עקב שימוש בתרופה למחלתו — תרופה שהיה בה פגם בדגם — נדבק באיידס. לאחר שנפטר, הגישה אמו תביעה כנגד כל היצרנים שבנה רכש מהם את התרופה בזמנים שונים, אך לא יכלה להצביע על היצרן (או היצרנים), אשר בשל המוצר שלו נדבק בנה במחלה. בית־המשפט סירב להחיל את דוקטרינת ה־Market Share Liability בנימוק, שדוקטרינה זו לא חלה במקרים שבהם ניתן לזהות את כל היצרנים אשר הניזוק עשה שימוש במוצריהם: *Polle* v. *Alpha Therapeutic Corp.*, 696 F. Supp. 351, 354 (Ill. 1988).

43 *Abel* v. *Eli Lilly & Co.*, 343 N.W. 2d 164 (Mich. 1984) (להלן: עניין *Abel*); *Collins* (לעיל, הערה 42), 51. בעניין *Collins* (לעיל, הערה 42), 52-53 נקבע, כי החלוקה בין הנתבעים לבין עצמם תיעשה לפי עקרונות של אשם משווה ולא לפי החלק בשוק, שהוא מרכיב אחד ולבנטי, אך לא יחיד.

44 *Brown, supra* note 40, at p. 485–487; *Martin, supra* note 42, at p. 383; *MacCormack* v. *Abbott Laboratories*, 617 F. Supp. 1521 (Mass. 1985); *Hymovitz* v. *Eli Lilly Co.*, 539 N.E. 2d 1069 (N.Y. 1989) (להלן: עניין *Hymovitz*). בפסק־הדין האחרון נקבע, כי קריטריון החלוקה הוא האשם היחסי של הנתבעות, כשזה נמדד לפי מידת הסיכון שכל אחת מהן יצרה כלפי הציבור.
לא־אחת קיים קושי להוכיח את חלקו של כל נתבע בשוק. על־כן היו בתי־משפט שפסקו, כי ישנה חזקת חלוקה שוויונית של השוק בין הנתבעים, אך חזקה זו ניתנת לסתירה וכל נתבע יכול לנסות ולהוכיח

הנדון לא היא שגרמה לנזק, שאז תפתור עצמה מאחריות[45] ויש ששללו זכות כזו ממנה[46]; יש שבדקו את החלק בשוק של כל אחת מהנתבעות לפי השוק הלאומי[47] ויש שעשו כן על־פי שוק בעל היקף מצומצם יותר[48]; ויש שהִתנו את קיום עילת תביעתה של התובעת בכך, שתתבע יצרניות שלהן היה יחד חלק מהותי בשוק[49], ויש שלא הִתנו תנאי כזה[50].

מקרים מסוג דומה למקרי ה־D.E.S., הם מקרי ה־Blasting Caps (להלן: "חזיזים"). אף במקרים אלה התעוררה לעתים קרובות בעיית זיהוי: מוצר מסוים, שהופעל על־ידי חומר־נפץ, גרם במקומות שונים בארצות־הברית נזקים לילדים ששיחקו בו. לעתים לא ניתן היה לדעת מי היצרן אשר יצר את המוצר שגרם לנזק. עם זאת, ניתן היה להצביע על קבוצת־יצרנים אשר "היצרן המבוקש" נמנה עליה. בפסק־דין שעסק בכמה אירועי נזק כאלה נקבע, כי הנטל עובר לכל אחד מחברי הקבוצה להראות שהניזוק לא נפגע ממוצר שיוצר על־ידו, ואם לא יעמוד בנטל זה — יחויב לשאת במלוא הנזק. פסקי־דין אלה קדמו לפסק־דין Sindell, ובוססו על דוקטרינה הנקראת Enterprise Liability. התנאים שנקבעו לתחולתה של דוקטרינה זו הם, שאין קבוצת הנתבעים מונה מספר רב של יצרנים (ובשל תנאי זה נקבע שאין היא חלה על מקרי ה־D.E.S.) ושהתובע הוכיח על־פי מאזן הסתברויות שהמוצר יוצר על־ידי אחד מהם (הגם שאינו יכול להוכיח על־ידי מי בדיוק). ההנמקה לאימוץ הדוקטרינה היא, שהנתבעים כולם דבקו בסטנדרטים לקויים של בטיחות אשר רווחו בתעשייה הרלבנטית ושיתפו פעולה בייצור ובתכנון של המוצר. על כן יש לראות בכולם ככאלו שיצרו את הסיכון והיו בעלי יכולת פיקוח עליו[51]. במובן מסוים ניתן לראות בדוקטרינה זו הרחבה של רעיון האחריות המשותפת של מעוולים שפעלו בצוותא

שחלקו בשוק קטן יותר: A.B. Nace, "Market Share Liability — A Current Assessment of a Decade-Old Doctrine" 44 *Vanderbilt L. Rev.* (1991) 395, 409. *Martin, supra* note 42, at p. 383; *Conley* v. *Boyle Drug Co.*, in:

45 כך נקבע בעניין *Sindell, supra* note 36, at p. 937. ואכן, באותו מקרה הצליחה אחת הנתבעות לפטור את עצמה מאחריות בדרך זו. כן ראה *Martin, supra* note 42, at *Collins, supra* note 42, at p. 52; p. 382.

46 Windfall. ההנמקה שהובאה לכך היתה, כי הפתרון האחר יביא *Hymovitz, supra* note 44, at p. 1078 לאותה נתבעת אשר יצרה תרופה שקל לזהות אותה או ששיווקה את תרופותיה לבתי־מרקחת מסוימים (אולם אם תוכיח יצרנית, כי לא מכרה כלל את התרופה לשימושן של נשים הרות בעת שאמה של התובעת היתה בהריון, לא תוטל עליה אחריות. *ibid*, at p. 1078 & n. 2). הנמקה זו יש להבין על רקע הבסיס המשפטי שנקבע בפסק־דין זה על־ידי בית־המשפט לערעורים של ניו־יורק, שלפיה אחריות כל אחת מהנתבעות קמה בשל השתתפותה ביצירת סיכון לציבור, ברשלנות. לתימוכין בכך, ראה אף Nace, *supra* note 44, at p. 426–428.

47 *Hymovitz, supra* note 44, at p. 1078. לתמיכה בכך ראה גם Nace, *ibid*, at p. 425–426; Twerski, *supra* note 39, at p. 870–872; D.A. Fischer, "Products Liability — An Analysis of Market Share Liability" 34 *Vanderbilt L. Rev.* (1981) 1623, 1644.

48 בפסק־דין שנפסק בפלורידה, צמצם בית־המשפט את השוק ככל האפשר, ואפילו השוק של פלורידה נראה לו רחב מדי. *Conley*, in: Nace, *supra* note 44, at p. 408–409.

49 *Sindell, supra* note 36, at p. 937.

50 *Collins, supra* note 42, at p. 48; *Martin, supra* note 42, at p. 382.

51 *Hall* v. *E. I. Du Pont De Nemours & Co., Inc.*, 345 F. Supp. 353 (N.Y. 1972) (להלן: עניין *Hall*).

חדא. פסק־דין Sindell ופסקי־הדין שבאו בעקבותיו, הלכו, למעשה, כברת־דרך נוספת בכיוון הרחבתו של מעגל האחריות הנזיקית.

דוגמא שלישית לקבוצה הראשונה של מקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית ניתן למצוא בעובדות של פסק־דין עמיר[52], אם נכניס בהן שינויים "קלים". גניח שבית־המשפט היה משתכנע באותו עניין, כי כל הנתבעים היו רשלנים, אך לא יכול היה לקבוע רשלנותו של מי גרמה לתאונה. אם כך היו פני הדברים, היה זה מקרה אנלוגי, לפחות במידה מסוימת, לשתי הדוגמאות הקודמות שהובאו. למעשה, מפסק־דינו של בית־המשפט העליון בעניין עמיר ניתן ללמוד, שאלמלא הוכח הקשר הסיבתי בין אשמם של הנתבעים לבין התאונה, לא היה מנוס מדחיית תביעותיהם של עזבונות הניזוקים ותלויהם, וזאת בניגוד לעמדתו של בית־המשפט המחוזי. הטלת אחריות קיבוצית בדרך כזו או אחרת לא נראתה לבית־המשפט העליון אפשרית; ורק מסקנתו הסופית, שהוכח בראיות פוזיטיביות כי הנזק נגרם עקב אשמם של כמה נתבעים, הביאה אותו לקבל את התביעות השונות.

2. קבוצה ב — לא הוכח אשם

במקרים הנכללים בקבוצה השנייה, נעדר התובע יכולת להוכיח על־פי מאזן־הסתברויות את אשמו של הנתבע, הגם שלא מתעורר ספק באשר להיות התנהגותו גורם עובדתי לנזק.

בעניין **פינס**[53], עסק בית־המשפט במקרה דומה למקרים הנכללים בגדר קבוצה זו. כזכור, שם מדובר היה בתאונת־דרכים לה גרמו שני נהגים, ובה ניזוק נוסע באחד מכלי־הרכב. לבית־המשפט היה ברור ששניהם אשמים בגרימתה ביחס של 20%:80%, אך לא ניתן היה לדעת מיהו זה שאשמו מגיע לכדי 80% ומיהו זה שאשמו 20% בלבד. לו היה המצב שונה במקצת, באופן שהיה מסתבר, כי הגם ששני הנהגים גרמו עובדתית לתאונה רק אחד מהם היה אשם בגרימתה אך זהותו לא היתה ידועה — היה זה מקרה הנופל בדיוק בגדרה של הקבוצה השנייה הנדונה בתת־פרק זה.

הפסיקה האנגלית עסקה לא אחת במקרים הנכללים בגדר קבוצת המקרים השנייה. הסיטואציה העובדתית היתה בדרך־כלל זו: אירעה תאונה שבה היו מעורבים שני כלי רכב; לא ברור מי משני הנהגים היה רשלן, אם כי ברור שאחד מהם היה כזה; ההסתברות שהראשון היה רשלן זהה להסתברות שהשני היה רשלן. בכמה פסקי־דין נתגלתה נטייה מסוימת להעביר לכל אחד משני הנהגים שהיו מעורבים בתאונה את הנטל להוכיח שלא התרשל; שאם לא יעשה כן, יחויב לשאת במלוא נזקיו של התובע. במרבית המקרים שבהם נטו שופטים אנגלים לסבור כך, היתה הנחתם, כי נוסף על האפשרות שרק אחד משני הנהגים התרשל, קיימת אפשרות נוספת, והיא ששני הנהגים התרשלו בעת ובעונה אחת. אפשרות נוספת זו מביאה למסקנה, שההסתברות להתרשלותו של כל אחד משני הנהגים גבוהה מ־50%[54].

52 לעיל, הערה 9.

53 לעיל, הערה 11.

54 *Bray* v. *Palmer* [1953] 2 All E.R. 1449 (C.A.); *France* v. *Parkinson* [1954] 1 All E.R. 739 (C.A.). ראה במיוחד את פסק־הדין *Baker* v. *Market Harborough Co-operative Society*

3. קבוצה ג — לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם

במקרים הנכללים בקבוצה השלישית נעדר התובע יכולת להוכיח על־פי מאזן־הסתברויות הן את אשמו של הנתבע והן את הקשר הסיבתי העובדתי בין התנהגותו של הנתבע לבין הנזק.

עובדותיו של פסק־דין ארוג׳י[55] מהוות דוגמא טובה למקרה הנכלל בקבוצת־מקרים זו. כזכור, באותו עניין אירעה התפוצצות במנוע משאיתו של התובע. לא היה ברור מי מהנתבעים התרשל וגרם לנזק, למרות שהיה סביר מאוד להניח כי אחד מביניהם עשה כן. בית־המשפט העליון סירב להטיל אחריות על מי מהנתבעים והתביעה נדחתה[56].

אף עניין **צים**[57] יכול היה לשמש דוגמא למקרה הנכלל בקבוצת־המקרים השלישית. שם עלתה השאלה, מי גרם באשמו לאובדן חבילות־הברזל שהובלו על־ידי חברת צים. אלמלא השתכנע בית־המשפט העליון בסופו של דבר, שעל חברת צים הנטל להראות כי מסרה את המטען לרשות־הנמלים בשלמותו ושבנטל זה לא עמדה — היו ניצבים בפני בית־המשפט שני נתבעים, אשר אחד מהם בלבד, שזהותו אינה ידועה, גרם כנראה לאובדן באשמו. אילו כך היו פני הדברים — הבהיר בית־המשפט — היתה התביעה נדחית[58].

דוגמא שלישית, בה הוכרה אחריות קיבוצית, הוא פסק־דין אמריקני, Ybarra v. Spangard[59], שנפסק בשנות הארבעים על־ידי בית־המשפט העליון של קליפורניה. באותו עניין אושפז התובע בבית־חולים כדי לעבור ניתוח לכריתת התוספתן. לאחר הניתוח, כאשר התעורר מתרדמתו, גילה שכתפו ניזוקה. מטבע הדברים לא יכול היה התובע לדעת מי מבין חברי הצוות הרפואי שטיפל בו בעת שהיה שקוע

Ltd [1953] 1 W.L.R. 1472. בפסק־דין זה הביע Somervell L.J. את דעתו, כי כאשר ברור כי רק אחד משני הנהגים רשלן, אך לא שניהם, מן הראוי לדחות את התביעה. לעומת זאת, סבר Denning L.J., כי במקרה כזה בית־המשפט צריך להחליט על מי מהשניים יש להטיל אחריות. לגופו של עניין הסכימו כל השופטים, שבמקרה הנדון בפניהם קיימת אפשרות ששני הנהגים כאחד התרשלו, ועל־כן האחריות הוטלה על שניהם. בפסק־דין מאוחר יותר, שעסק ברשלנות רפואית, הביע Denning L.J. דעה, באמרת־אגב, כי כאשר אחד גרם לאחר נזק באשמו, אך לא ידוע מיהו מבין שניים, יש לניזוק עילת תביעה כנגד השניים ולכל אחד מהם עובר הנטל ליתן הסבר מדוע לא הוא שגרם לנזק: *Roe* v. *Minister of Health* [1954)] 2 All E.R. 131, 137 (C.A.).

בפסיקה האמריקנית המגמה היא לפטור מאחריות את הנהגים המעורבים בתאונה כאשר לא ברור מי מהם התרשל. Prosser & Keeton, *The Law of Torts* (St. Paul, 5th ed. by P. Keeton, 1984) 251–252. עם זאת, ישנם אף פסקי־דין שבהם הועבר הנטל לנהגים הנתבעים להראות שלא התרשלו: *Vahey* v. *Sacia*, 126 Cal. 3d 171 (1981).

55 לעיל, הערה 16.

56 ניתן אולי היה לסבור שקיימת הסתברות כלשהי ששני הנתבעים התרשלו; זאת נוסף על ההסתברות שרק אחד מהם התרשל. אם כך הדבר, ניתן היה לחייבם בדין. השווה הדיון לעיל, ליד הערה 54. עם זאת, ייתכן שהיתה אף הסתברות כלשהי שאיש מביניהם לא התרשל, שאז עשויה ההסתברות להתרשלותו של כל אחד מהם לפחות מ־50%.

57 לעיל, הערה 17.

58 שם, עמ׳ 642.

59 154 P. 2d 687 (1944) (להלן: עניין *Ybarra*).

בתרדמה גרם לנזק, ועל־כן תבע את כולם[60]. בית־המשפט הרחיב את תחולתו של כלל ״הדבר מדבר בעדו״ (res ipsa loquitor), העביר את הנטל לכל אחד מהנתבעים להראות שלא הוא שגרם באשמו לנזק[61], ומצא בדרך זו את כולם אחראים יחד ולחוד כלפי התובע. הטעם העיקרי לפסיקה זו — כפי שמובהר בפסק־הדין — הוא נחיתותו הברורה של התובע ביחס לנתבעים בכל הקשור להשגת מידע שישפוך אור על אופן גרימתו של הנזק. היותו של התובע חסר־הכרה בעת שניזוק ושליטתם המוחלטת של הנתבעים במצבו הפיסי באותה עת, היוו אפוא עובדות מטריאליות בעיני בית־המשפט. כמו־כן נראה לבית־המשפט כי אין זה סביר, שחולה, אשר ניזוק עקב רשלנותו של אחד מחברי הצוות הרפואי שטיפל בו, ימצא עצמו בלא פיצוי רק בגלל שאין הוא יכול להצביע על האדם הספציפי שפגע בו[62].

בתי־משפט באנגליה סירבו להחיל עיקרון דומה לזה שנקבע בעניין Ybarra על מקרים שבהם ניזוק אדם עקב רשלנותו של אחד מחברי הצוות הרפואי שטיפל בו ואשר זהותו אינה ידועה. עם זאת, בכמה מקרים באה הבעיה על פתרונה, בשל השימוש בדוקטרינת האחריות השילוחית. הנהלת בית־החולים בו טופל החולה נמצאה אחראית באחריות שילוחית לעוולותיהם של כל חברי הצוות הרפואי, וממילא לא היה זה מעלה או מוריד מי בדיוק מבין חברי הצוות פגע בניזוק־התובע[63].

4. חתכי מיון נוספים

המקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית ניתנים למיון לא רק על־פי סיבתיות ואשם אלא גם על־פי כמה חתכים נוספים[64]:

(1) **מספר בני־הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזקו של התובע.** ישנם מקרים שבהם מספר בני־הקבוצה שעליה נמנה המעוול הוא שניים: למשל, עניין Summers (הציידים), דוגמת שני הנהגים שהיו מעורבים בתאונה וברור

60 לא נמצא אף אחד שניתן היה לייחס לו אחריות שילוחית למעשי כולם.

61 לדברי בית־המשפט, כל אחד צריך לספק הסבר באשר להתנהגותו־שלו. *Ybarra, supra* note 59.

62 לביקורת על פסק־הדין ועל השימוש שנעשה בו בעקרון ה־*Res Ipsa Loquitor* ראה W.A. Seavy, "*Res Ipsa Loquitor* — Tabula in Naufragio" 63 *Harv. L. Rev.* (1950) 463. הפסיקה המאוחרת יותר בארצות־הברית לא הלכה בדרך־כלל בעקבות *Ybarra*: Prosser, *supra* note 54, at p. 253. אם כי ישנם גם פסקי־דין שאימצו הלכה זו: S.A. Spitz, "From *Res Ipsa Loquitor* to Diethylstilbestrol — The Unidentifiable Tortfeasor in California" 65 *Ind. L. J.* (1990) 591, 606 & n. 100.

63 לשימוש בדוקטרינת האחריות השילוחית לעניין זה ראה, למשל, *Lindsey County Counsil* v. *Marshall* [1936] 2 All E.R. 1076 (H.L.); *Gold* v. *Essex County Council* [1942] 2 All E.R. 237 (C.A.); *Collins* v. *Hertfordshire County Council* [1947] 1 All E.R. 633; *Cassidy* v. *Ministry of Health* [1951] 1 All E.R. 574 (C.A.); *Roe, supra* note 54.
לדחיית תביעה מפני שלא היה ברור מי מחברי הצוות הרפואי גרם לנזק ולא היה מישהו האחראי מבחינה שילוחית לכולם ראה *Morris* v. *Winsbury-White* [1937] 4 All E.R. 494; *Mahon* v. *Osborne* [1939] 1 All E.R. 535 (C.A.). בעניין *Roe, supra* note 54, at p. 137, גילה Denning L.J. נכונות, באמרת־אגב, להעביר את נטל ההסבר לשני הנתבעים, אשר רק אחד מהם גרם באשמו לנזק. לעיל, הערה 54.

64 החתכים שיפורטו להלן מבוססים רק על מאפיינים עובדתיים של המקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית.

שרק אחד מהם התרשל, עניין ארוג׳י (התפוצצות המשאית) והווריאציה לפסק־דין צים (אובדן חבילות הברזל). לעומת זאת, ישנם מקרים שבהם מספר בני־הקבוצה רב מאוד: עניין Sindell (מקרי ה־D.E.S.) עשוי לשמש דוגמא טובה לכך. דוגמא נוספת היא זו שבה ננשך אדם על־ידי כלב אלמוני עקב מעשה עוולה של בעליו, אך זהות הבעלים אינה ידועה. כל בעלי הכלבים, שכלביהם עשויים היו להיות במקום אירוע הנזק בזמן שאירע מהווים את הקבוצה שעליה נמנה המעוול הספציפי[65]. דוגמא קיצונית עוד יותר היא זו שבה נפגע הולך־רגל על־ידי רכב מנועי בתאונת ״פגע וברח״. ייתכן שעשרות אלפי נוהגים ברכב נמנים על הקבוצה שממנה ״יצא״ הנהג אשר פגע בניזוק. אכן, בארץ, במקרה אחרון זה, יפוצה הניזוק על־ידי קרנית, כך שציבור הנוהגים כולו, הממן את קרנית (דרך פרמיות ביטוח־החובה) ישא בנזקיו[66]. בין שני הקצוות קיימים מקרים רבים אחרים. כך, למשל, הווריאציה לעניין עמיר (התמוטטות התקרה), עניין Hall (החזיזים) ועניין Ybarra (הפגיעה בכתף).

כפי שניווכח בהמשך, בחתך מיון זה אפשר לעשות שימוש לשם הבחנה בין מקרים שבהם ניתן להטיל אחריות קיבוצית על־פי המשפט הפוזיטיבי בארץ, לבין מקרים שבהם לא ניתן להטיל אחריות כאמור[67].

(2) **מידת תדירותם של ארועי נזק לכל אחד מבני־הקבוצה, שבהם לא ניתן לזהות את המעוול אשר גרם להם.** לעתים כל בני־הקבוצה, עליה נמנה המעוול שגרם לנזקו של התובע, גרמו נזקים לניזוקים רבים אחרים בזמנים שונים, כאשר זהות המעוול לא היתה ידועה. כך היה במקרים של Sindell, ו־Hall, וכנראה אף בווריאציה לעניין צים. שונה היה המצב במקרים האחרים שהובאו לעיל כדוגמאות. במקרים אלה אירוע הנזק שגורמו העוולתי בלתי־מזוהה היה לגבי הנתבעים אירוע חד־פעמי, ולא היה מקום להניח שמי מהם גרם לניזוקים אחרים כלשהם, נזקים מסוג זה שאירע לתובע, כאשר זהות המעוול לא היתה ידועה.

בהמשך הדברים יתבהר, שחתך מיון זה ישמש לשם הבחנה בין מקרים שבהם תוצדק הטלת אחריות קיבוצית מטעמי צדק מתקן לבין מקרים שבהם לא תוצדק הטלת אחריות כאמור[68].

(3) **מידת תדירותם של אירועי נזק בסוג הפעילות שבמסגרתה נפגע התובע ושבהם לא ניתן לזהות את המעוול שגרם להם.** גם אם אירוע הנזק שגורמו העוולתי אינו מזוהה הוא חד־פעמי לגבי הנתבעים במקרה נתון, עדיין אפשר שאירועי נזק כאלה אינם כה נדירים בסוג הפעילות שבה מדובר. טול, למשל, את דוגמת שני הנהגים שהיו מעורבים בתאונה ורק אחד מהם היה רשלן. אמנם, בעבור כל אחד מהשניים מדובר באירוע נדיר וחד־פעמי, שמן־הסתם לא יחזור על עצמו; אך כאשר בוחנים את פעילות הנהיגה כולה, עשוי אירוע מסוג זה שלא

65 ראה הערתו של השופט בך בעניין מלך (לעיל, הערה 18), 119.

66 ראה סעיפים 12(א)(1) ו־15 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל״ה-1975, ס״ח 234; צו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מימון הקרן), תשל״ז-1977, ק״ת 937.

67 להלן, תת־פרק ח2.

68 להלן, פרק ד.

להיחשב לאירוע כה נדיר. דברים דומים ניתן אולי לומר גם על מקרה דוגמת Ybarra (הפגיעה בכתף) ועל מקרה דוגמת Summers, לפחות במדינה שבה פעילות הציד היא פעילות נפוצה ורווחת.

חתך מיון זה ישמש לאחר־מכן לשם הבחנה בין מקרים שבהם שיקולי הרתעה מצדיקים בבירור הטלת אחריות קיבוצית, לבין מקרים שבהם שיקולי הרתעה אדישים, או כמעט אדישים, להטלת אחריות קיבוצית[69].

(4) **סיכויי היותו של אירוע הנזק מבוטח.** ישנם אירועי נזק אשר בני־הקבוצה עליה נמנה המעוול נוהגים לבטח מפניהם, כשם שישנם אירועי נזק אשר כמעט שאין מבטחים מפניהם. דוגמת שני הנהגים, שרק אחד מהם היה רשלן, היא קיצוניות אחת: בארצנו, ביטוח צד ג (בגין נזקי־גוף) לנהג ברכב הוא חובה, וגם כשאינו כזה סביר הדבר שנהגים ירכשו אותו מרצונם. גם במקרים כמו **צים** או כמו ארוג'י סביר להניח שקיים ביטוח, ואולי אף במקרים של רשלנות רפואית, כב־Ybarra. במקרים של תאונות־ציד, כב־Summers, ייתכן שההסתברות לקיומו של ביטוח נמוכה יותר, אם כי הדבר עשוי להשתנות ממקום למקום.

חתך מיון זה, כמו חתך מיון מס' 3, יסייע להבחין בין מקרים שבהם שיקולי הרתעה תומכים תמיכה חזקה וברורה בהטלת אחריות קיבוצית לבין מקרים שבהם תמיכתם רפה יותר. יש לשים לב לכך, שחתך זה עניינו במאפיין עובדתי (יש ביטוח או אין) ולא במאפיין ערכי (סביר שיהיה ביטוח או לאו). מאפיין אחרון זה יידון בפרק נפרד, כשיקול עצמאי להטלת אחריות קיבוצית במקרים מסוימים[70].

ד. שיקולי צדק מתקן להטלת אחריות קיבוצית

1. שיקולי צדק מתקן בדיני־נזיקין

אין בכוונתי לדון במסגרת רשימה זו בשאלה הסבוכה, מה מקומם של שיקולי צדק מתקן בדיני־הנזיקין וכיצד הם עומדים מול שיקולים אחרים, כמו הרתעה, פיזור נזק וחלוקת עושר בחברה[71]. לצורך הדיון כאן אצא מתוך הנחה, שיש לה מהלכים אצל מלומדים רבים העוסקים בנושא, ואשר אף אני נוטה להאמין

69 להלן, פרק ה.

70 להלן, פרק ז 1.

71 התומכים בחשיבותם של שיקולים אחרונים אלה רואים את דיני־הנזיקין כאינסטרומנטליים, זאת להבדיל מאלה המדגישים את מקומם של שיקולי הצדק המתקן בדיני־נזיקין. להבחנה זו ולדומות לה ראה I. Englard, "The System Builders — A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 *J. Leg. Stud.* (1980) 27, 27–30; R.A. Posner, "The Concept of Corrective Juctice in Recent Theories of Tort Law" 10 *J. Leg. Stud.* (1981) 187, 187–188 (Posner, "The Concept of Corrective Juctice"); G.P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 Harv. L. Rev. (1972) 537 (Fletcher, "Fairness and Utility"); E.J. Weinrib, "Understanding Tort Law" in: *Tort Law* (Dartmouth, E.J. Weinrib ed. 1991) 201, 202–205 (Weinrib, "'Understanding Tort Law").

בנכונותה, שלדיני־הנזיקין יש (פוזיטיבית) וראוי שתהיה (נורמטיבית) גם מטרה להגשים עיקרון של צדק מתקן, אם כי יש וראוי שתהיינה להם אף מטרות נוספות[72].

הבחנה מוכרת, שעליה עמד עוד אריסטו, היא בין ״צדק מחלק״ לבין ״צדק מתקן״[73]. שיקולי צדק מחלק מתייחסים לאופן חלוקתם הצודקת של טובין ונטלים שונים בין פרטי החברה. הטיעון כי ראוי שנזק שנגרם יפוזר בין בני־אדם רבים ככל האפשר ולא יוטל על אדם יחיד, יכול להיחשב כטיעון המבוסס על שיקולי צדק מחלק. כך גם הטיעון שראוי כי עשירים ישאו בנזקים, ולא עניים, או הטיעון שמי שעוסק בפעילות מסוג מסוים הרצויה לחברה לא ישא בנזקים ואילו מי שעוסק בפעילות אחרת, פחות רצויה, ישא בהם.

לעומת זאת, באומרנו ״צדק מתקן״, מכוונים אנו לעיקרון של צדק, שלפיו יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית של אדם בחברו, כך שישוב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה זו. אריסטו ביסס עיקרון זה של צדק על כך, שפגיעה עוולתית מהווה הפרה של השוויון הקיים בין בני־אדם בעסקיהם איש עם רעהו. השבת מצב העניינים לקדמותו מתקנת אפוא הפרה זו של שוויון[74].

שאלת־המפתח היא, אימתי ניתן לומר על פגיעה של אדם בחברו, שהיא פגיעה עוולתית, ואשר על־כן מחייבת את השבת המצב לקדמותו. אריסטו הדגיש בכתביו, שלעניין זה אישיותו של המזיק או הניזוק אינה מעלה ואינה מורידה. ״אין זה משנה כלל״ — אומר אריסטו — ״אם איש הגון קיפח נבל או נבל — איש הגון... החוק אינו משַווה לנגד עיניו אלא את הנזק שנגרם, לפי סימני ההיכר המייחדים אותו בתור שכזה, והוא מתייחס לשני הצדדים כאילו הם שווים, כשיש להכריע בשאלה אם אחד עשה ואחד נעשה לו עוול, ואם אחד גרם ואחד נגרם לו נזק״[75].

מלומדים המדגישים את מרכזיותו של עקרון הצדק המתקן בדיני־הנזיקין חלוקים בשאלה מהם מאפייניה של אותה פגיעה עוולתית, אשר עקרון הצדק המתקן מחייב את תיקונה. חלקם מנסים להיאחז בדבריו של אריסטו, המצוטטים לעיל[76] כדי לבסס את התיאוריה של צדק מתקן שבה הם מחזיקים. המייחד את כולם הוא

72 Englard, *supra* note 71, at p. 68–69; I. Englard, *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) 64–70, 85–90; G.P. Fletcher, "The Search for Synthesis in Tort Theory" 2 *L. & Phil.* (1983) 63 (Fletcher, "The Search for Synthesis"); J.L. Coleman, "Moral Theories of Torts — Their Scope and Limits, Part II" 2 *L. & Phil.* (1983) 5, 35–36 (Coleman, "Moral Theories of Torts"). לדעה כי דיני־הנזיקין אינם אינסטרומנטליים כלל, ראה Weinrib, "Understanding Tort Law", *supra* note 21, at p. 226 *et seq.*

73 אריסטו, **אתיקה — מהדורת ניקומאכוס** (תרגם י׳ ג׳ ליבס, תשמ״ה) 116-120. כן ראה E.J. Weinrib, "Toward a Moral Theory of Negligence Law" 2 *L. & Phil.* (1983) 37, 38–39 (Weinrib, "Toward a Moral Theory"); I. Englard, "The Basis of Tort Liability — Moral Responsibility and Social Utility in Tort Law" 10 *T.A.U. Stud. in L.* (1990) 89.

74 אריסטו, שם , עמ׳ 118.

75 אריסטו, שם, שם.

76 ראה Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71, at p. 547, n. 40. נראה כי אף אפשטיין וקולמן מבססים את התיאוריות שלהם על אריסטו, או לפחות נעזרים בו. ראה Posner, "The Concept of Corrective Juctice", *supra* note 71, at p. 188. יש המבססים תיאוריות של צדק מתקן בדיני־נזיקין אף על רולס וקאנט, נוסף על אריסטו. להסתמכות על רולס, ראה Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71, at p. 550. להסתייעות בקאנט ראה Weinrib, "Toward a Moral Theory", *supra* note 73, at p. 49–62.

ההתבוננות במאפיינים השונים של אירוע הנזק, והניסיון ללמוד מהם, ומהם בלבד, אם הפגיעה היתה פגיעה עוולתית. אין הם בוחנים אלא את מעשיו של המזיק (ולעתים גם הניזוק). מכאן, שהשיקול של קידום טובתה של החברה בכללותה או אופן חלוקת המשאבים בה אינם עומדים לנגד עיניהם ואף לא שיקולים הנוגעים למזיק ולניזוק שאינם קשורים באירוע הנזק, כגון עושרו של האחד או דלותו של האחר. לדידם, לדיני־הנזיקין יש מטרה — כפי שניסח זאת אחד המלומדים — "להיות דיני־נזיקין"[77] ולא לשמש כלי להשגת מטרות אחרות שאינן עשיית צדק בין המזיק לניזוק הקונקרטים.

הגם שרב המשותף בין אלו הסבורים כי דיני־הנזיקין נועדו להגשים את עקרון הצדק המתקן, רבה אף המחלוקת. זו נוגעת לשתי שאלות חיוניות מאוד להבנת עקרון הצדק המתקן: השאלה הראשונה היא, אימתי פגיעתו של המזיק בניזוק תיחשב לפגיעה עוולתית; והשאלה השנייה היא, כיצד יתוקן מצב העניינים, לאחר שנקבע כי הפגיעה אכן היתה עוולתית.

נפתח בשאלה הראשונה. יש מי שסבור (אפשטיין), שבכל מקרה שהמזיק גרם נזק לניזוק, מחייב עקרון הצדק המתקן את השבת המצב לקדמותו. "גרימה" לעניין זה אינה מוגדרת על־פי "מבחן האלמלא". הכוונה היא לגרימה במובן החזק של המלה — גרימה בלשון בני־אדם ולא בשפת המשפטן[78]. על־כן, כאשר א מכה את ב הריהו גורם לו נזק; כך גם כאשר א מפחיד את ב; כאשר א מכריח את ג להכות את ב; וכאשר א יוצר תנאים מסוכנים אשר הסיכון בהם מתממש ומזיק ל־ב. על־פי תפישה זו של צדק מתקן שאלת הרשלנות אינה רלבנטית כלל[79].

אחרים גורסים (ויינריב ופוזנר), כי עקרון הצדק המתקן מחייב תיקון המצב רק כאשר התנהגותו של המזיק היתה רשלנית. פגיעה באדם שאינה תוצאת רשלנותו של אחר אינה מקנה זכות לפיצוי ואף לא יוצרת חובה לפצות[80].

בין שני הקצוות ישנם כאלה הסבורים, כי העובדה שהתנהגותו של המזיק היא

77 Weinrib, "Understanding Tort Law", *supra* note 71, at p. 242.

78 בשפת המשפטן, כל גורם עובדתי שבלעדיו לא היה נגרם הנזק, עשוי להיקרא גורם לנזק. לא כן בשפתו של מי שאינו משפטן. זה האחרון יחפש קשר חזק יותר של גרימה. אפשטיין מציע ארבע פרדיגמות של מקרים שבהם מתקיים תנאי הגרימה במובנה החזק, ואלו מפורטות בטקסט שלהלן.

79 R.A. Epstein, "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 151. למעשה, בהתקיים יסוד הגרימה ישנה הנחה prima facia לקיומה של אחריות. הנחה זו ניתן לסתור אם הנתבע מוכיח שעומדת לו הגנה סיבתית, במובן החזק של סיבתיות שעליו עומד אפשטיין כתנאי לאחריות. ראה R.A. Epstein, "Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability" 3 *J. Leg. Stud.* (1974) 165. להתפתחות מאוחרת יותר בתיאוריה של אפשטיין, ראה R. Epstein, "Nuisance Law — Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints" 8 *J. Leg. Stud.* (1979) 49. לביקורת על אפשטיין, ראה England, *supra* note 71, at p. 57–63; R.A. Posner, "Strict Liability — A Comment" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 205. 217–220; Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at p. 193–194; Fletcher, "The Search for Synthesis", *supra* note 72, at p. 64–72; G.T. Schwartz, "The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability" 15 *Ga. L. Rev.* (1981) 964, 979 *et seq.*; J.L. Coleman, "Moral Theories of Torts", *supra* note 72, at p. 30–35; J.L. Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain" *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 184, 193–196 (Coleman, "Corrective Justice").

80 Weinrib, "Toward a Moral Theory", *supra* note 73; Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71.

רשלנית עשויה להיות רלבנטית לעניין הגדרת הפגיעה כעוולתית, אם כי במקרים מסוימים בלבד. מלומד אחד (פלטצ׳ר) סבור, כי פגיעתו של א ב־ב תצדיק פיצוי רק אם א יצר כלפי ב סיכון בלתי־הדדי וכתוצאה מסיכון זה ניזוק ב. סיכון בלתי־הדדי מתקיים כאשר מלכתחילה פעילותו של א מסכנת את ב יותר מאשר פעילותו של ב מסכנת את א. סיכון בלתי־הדדי אף מתקיים כאשר מלכתחילה יצרו א ו־ב סיכונים הדדיים זה כלפי זה, אך א התרשל ובדרך זו יצר סיכון בלתי־הדדי כלפי ב[81]. מלומד אחר (קולמן) סבור, שעקרון הצדק המתקן מחייב ביטולם של רווחים ונזקים עוולתיים. כך הדבר כאשר אלו נוצרו על־ידי פגיעה עוולתית של הנתבע באינטרסים לגיטימיים של התובע או על־ידי פגיעה, אפילו בלתי־עוולתית, בזכויותיו. פגיעה אחרונה זו מתאפיינת בהיותה מעין חילוט של דבר השייך לאחר (Taking). שיטת־המשפט, היא הקובעת מתי מדובר בפגיעה בזכויות ומתי בפגיעה באינטרסים לגיטימיים. פגיעה עוולתית באינטרסים לעניין זה היא פגיעה מכוונת או כזו הנגועה בפזיזות או ברשלנות[82].

שאלה שנייה, אשר אף לגביה אין תמימות־דעים, היא כיצד לתקן את מצב העניינים שנוצר עקב פגיעה עוולתית. אריסטו סבר, שהניזוק זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו, ואילו המעוול צריך להשיב את הרווח שהפיק כתוצאה ממעשה העוולה. אולם אריסטו מבאר, כי ״משמש השם ׳רווח׳ במקרים כאלה בדרך כלל, גם כשלגבי כמה מהם אין זה השם המתאים, למשל מי שפצע אדם...״[83]. כלומר, אריסטו גורס כי המעוול ישיב את רווחיו, אך מכוחה של פיקציה אלו תמיד יהיו בשיעור נזקיו של הניזוק.

אכן, גם בין המלומדים בני־זמננו ניכרת הסכמה בדרך־כלל שהמזיק חב בנזקים שגרם ולא רק ברווחים שהפיק בפועל ממעשה העוולה. חריג לכך הוא קולמן, הסבור שעקרון הצדק המתקן מחייב ביטולם של נזקים עוולתיים ורווחים עוולתיים. על־כן — לשיטתו — עקרון הצדק המתקן אינו מחייב את המזיק לשאת בפיצויים מעבר לרווחיו, אם כי אף לדבריו יתכן שהדבר יהיה מוצדק מטעמים אחרים[84].

81 פלטצ׳ר מכיר אף בהגנות מסוימות העומדות למזיק, שקיומן עשוי להביא למצב, שבו טעמי צדק מתקן יחייבו פיצויו של הניזוק, אך לא מכיסו של המזיק. פלטצ׳ר היה למעשה הראשון שעמד על כך, שאין הכרח לראות את זכות הניזוק לפיצוי כשלובה בתוכה המזיק לפצות. לדידו הפרדה בין השתיים אפשרית, מבלי שייפגעו כלל עקרונות הצדק שהוא דוגל בהם. Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71. לביקורת על פלטצ׳ר, ראה Englard, *supra* note 71, at p. 63–68; Posner, "Strict Liability — A Comment", *supra* note 79, at p. 215–217; Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at p. 191–192; Schwartz, *supra* note 79, at p. 979 *et seq.*; Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain", *supra* note 79, at p. 191–193; Epstein "A Theory of Strict Liability", *supra* note 79, at p. 165, note 42; G. Calabresi & J.T. Hirschoff, "Toward a Test for Strict Liability in Tort" 81 *Yale L.J.* (1972) 1055, 1078–1081.

82 כמו פלטצ׳ר, גם לדידו של קולמן, יכול שהניזוק יהיה זכאי לפיצוי מטעמים של צדק מתקן, אך למזיק לא תהיה כל חובה קורלטיבית כלפיו. לתיאוריה של קולמן, ראה Coleman, "Corrective Justice", *supra* note 79. התיאוריה של קולמן חייבת לסמוך על תיאוריה של זכויות, ואכן הוא מפתח אותה במאמר אחר: J.L. Coleman, "Rethinking the Theory of Legal Rights" *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 28. לביקורת עליו, ראה Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71.

83 אריסטו, (לעיל, הערה 73), 118.

84 Coleman, "Corrective Justice", *supra* note 79, at p. 185–186.

2. צדק מתקן ורעיון האחריות הקיבוצית

(א) טענות של צדק מתקן

עקרון הצדק המתקן עשוי להיראות כנוגד לרעיון האחריות הקיבוצית. הטעם לכך הוא, שבבסיס רעיון האחריות הקיבוצית עומד ויתור על הצורך בקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות הנתבע לבין נזקו של התובע, שהוא — כך נראה ממבט ראשון — תנאי הכרחי להטלת אחריות נזיקית על־פי עקרון הצדק המתקן[85]. אכן, ההצדקות להטלת אחריות קיבוצית המובאות בפסיקה ובספרות המשפטית, מבוססות בדרך־כלל על שיקולי הרתעה, שיפורטו בפרק הבא. הנטייה היא לומר, שהטלת אחריות כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן[86], המזוהה בדרך־כלל עם רעיון האחריות האישית[87].

עם זאת נראה לי כי אין זו מסקנה נכונה, לפחות לא ביחס לכל המקרים שבהם עשויה להיות מוטלת אחריות קיבוצית. בחינת הדברים תיעשה לאורן של מספר טענות, אשר כפי שאנסה להראות משקפות את עקרון הצדק המתקן:

טענה א. יצירת סיכון רשלנית (וכמובן אף מכוונת) שגרמה לנזק, מצדיקה הטלת חבות של פיצוי על יוצר הסיכון כמו גם שמצדיקה הענקת זכאות לפיצוי למי שניזוק מהסיכון.

טענה ב. גרם נזק מהווה תנאי הכרחי (אם כי לא מספיק) להטלת החבות לפצות על הנזק ולהענקת הזכאות לפיצוי בגינו.

85 ראה R.W. Wright, "The Efficiency Theory of Causation and Responsibility — Unscientific Formalism and False Semantics" 63 *Chi-Kent L. Rev.* (1987) 553.

86 אך ראה Rosenberg, *supra* note 8, at p. 881–885. כן ראה C.H. Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 439; C.H. Schroeder, "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law" 38 *UCLA L. Rev.* (1990) 143; והדיון הביקורתי בתיאוריות אלה אצל Englard, *supra* note 72, at p. 219–223.

87 לדיון מקיף על כך, ראה Bush, *supra* note 7. מחבר זה מנסה להראות שעקרון הצדק המתקן וכמו־כן, התיאוריה הפוליטית של הליברליזם — שני בסיסים אפשריים לרעיון האחריות האישית — אינם עולים בקנה אחד עם רעיון האחריות הקיבוצית (או הזכאות הקיבוצית. ראה לעיל, הערה 10). לדבריו, בתי־משפט ומלומדים שהציעו לאמץ את רעיון האחריות הקיבוצית סברו, כי סטייה מעקרון האחריות האישית מוצדק בטעמים כלכליים או תועלתניים. עם זאת, מציע המחבר הצדקה משלו לאחריות קיבוצית, אותה הוא שואב מהתיאוריה הקומיוניטרית (The Communitarian Theory). המציתה של תיאוריה פוליטית זו, העומדת, ואולי אף מגשרת, בין ליברליזם (תיאוריה פוליטית המעמידה את הפרט במרכז) ובין מה שהמחבר מכנה Social Welfarism (תיאוריה פוליטית המציבה את טובת החברה בכללותה כערך עליון) היא, שהפרט יכול לבטא, לעצב ולפתח את עצמיותו רק באמצעות קשר לאחרים המרכיבים את הקהילה המאפשרת לו לעשות כן. *ibid.*, at p. 1537 *et seq.* לדעת המחבר אחריות קיבוצית מערערת את המזיקים הפוטנציאליים לשיתוף־פעולה ולסולידריות, וכך — ליצירת אותה קהילה שבבסיס התיאוריה הקומיוניטרית. *ibid.*, at p. 1543 *et seq.* מכאן גוזר המחבר אף מתי יש להכיר באחריות קיבוצית ומתי לא. לדבריו, יש להטיל אחריות קיבוצית כאשר אפשרית אינטראקציה כלשהי בין בני הקבוצה. כך, יצרנים המייצרים מוצר דומה (כמו במקרי ה־D.E.S.) עשויים לשתף פעולה ולפעול כקהילה. מכאן שהטלת אחריות קיבוצית עליהם מוצדקת לפי התיאוריה הקומיוניטרית. לא כן כאשר מדובר במזיקים שאין כל אפשרות, ולו גם פוטנציאלית, לשיתוף־פעולה ביניהם. הטלת אחריות קיבוצית במקרה אחרון זה עשויה להיות מוצדקת כלכלית, אך היא מהווה פגיעה באינדיבידואליזם ואינה מוצדקת על־פי התיאוריה הקומיוניטרית. *ibid.*, at p. 1543 *et seq.*

טענה ג. שיעור החבות ושיעור הזכאות הם כשיעור הנזק שנגרם.

טענה ד. אין כל הכרח, שהחייב בפיצוי על־פי עקרון הצדק המתקן ישלם דווקא למי שניזוק על־ידו; ומי שזכאי לפיצוי על־פי עקרון הצדק המתקן יפוצה דווקא על־ידי המזיק שפגע בו.

שלוש הטענות הראשונות משקפות את המשפט הפוזיטיבי בישראל. לא כן הטענה הרביעית. נבחון עתה בקצרה את מידת התאמתן לעקרון הצדק המתקן.

על נכונותה של **טענה א** קשה לחלוק. כל מי שסבור כי דיני־הנזיקין נועדו להגשים את עקרון הצדק המתקן, יסכים שיצירת סיכון רשלנית אשר גרמה לנזק היא פגיעה עוולתית המצדיקה את תיקונה. התנהגות רשלנית הגורמת נזק מפֵרה את עקרון השוויון שעליו עומד אריסטו ומשנה את הסטטוס־קוו בדרך בלתי־ראויה[88]. המחלוקת תהיה, אם פגיעה בניזוק עשויה להיחשב לפגיעה עוולתית גם בלעדי רשלנות. כפי שנוכחנו לעיל, שאלה זו אינה קלה כלל ועיקר.

אימוץ **טענה ב** כנכונה אינו מעורר קושי, וכפי שניווכח להלן, מביא הדבר לצמצום המקרים שבהם תוצדק הטלת אחריות קיבוצית מטעמי צדק מתקן. הנימוק לאימוץ הטענה הוא פשוט למדי: הן הבסיס הרעיוני לעקרון הצדק המתקן הוא שנגרם נזק הדורש תיקון, וממילא בלעדי נזק אין מה לתקן. על־כן, יצירת סיכון לבד אינה מצדיקה פיצוי[89].

את **טענה ג** ניתן לחלק לשתי טענות־משנה: שיעור הזכאות הוא כשיעור הנזק; ושיעור החבות הוא כשיעור הנזק. טענת־המשנה הראשונה אינה בעייתית. הן עקרון הצדק המתקן מחייב השבת מצב לקדמותו, ומה לך דרך טובה יותר לשם השגת מטרה זו מאשר פיצויו של הניזוק בשיעור נזקו?! טענת־המשנה השנייה בעייתית קצת יותר. לעתים קרובות המעוול לא הפיק רווח ממשי כלשהו מהפגיעה בניזוק. חיובו לשאת בנזק אינו משיב אפוא את המצב לקדמותו, אלא מעביר עושר ממנו לניזוק. מטעם זה סבור קולמן, שעקרון הצדק המתקן כשלעצמו אינו מחייב שהמזיק יעביר לניזוק (או לכל אחד אחר) יותר מאשר את דמי־התעשרותו מהפגיעה העוולתית[90]. אכן, פירוש עקרון הצדק המתקן כמצדיק את השבת המצב לקדמותו ותו לא מביא לקבלת טענתו של קולמן. ברם, ניתן להבינו בדרך שונה ולהגדירו כפי שהגדירו אריסטו. כזכור, אריסטו עמד על כך שהמעוול משיב את רווחיו, אך שיעורם של אלו — לדבריו — אינם אלא כשיעור הנזק שגרם. מכאן, שעקרון הצדק המתקן במובנו השני יותר משמשקף הוא רעיון של תיקון מצב, משקף הוא רעיון של תיקון מצבו של הניזוק, ולו־גם על חשבון שינוי־לרעה במצבו של המעוול.

טענה ד אינה משקפת את המשפט הפוזיטיבי. במשפט הנזיקין הפוזיטיבי נוהג הכלל שהמעוול מפצה את הניזוק. מכאן נובעת המסקנה, שלא תיתכן זכאות לפיצוי הניזוק בלעדי חובת פיצוי קורלטיבית של המזיק אשר פגע בו, כשם שלא ייתכן מצב שבו המזיק חב בפיצוי, אך לא כלפי הניזוק שנפגע על־ידיו.

88 אם כי יש מי שמפרש, כי אריסטו כיוון בפגיעה עוולתית לפגיעה מכוונת: Coleman, "Corrective Justice", *supra* note 79, at p. 197.

89 אם יצירת הסיכון גרמה לפחד, עשוי פחד זה להיחשב לנזק. להלן, הערה 93.

90 Coleman, "Corrective Justice", *supra* note 79, at p. 185–186.

מסקנה זו אינה הכרחית כלל ועיקר, לפחות לו דיני־הנזיקין היו מושתתים רק על המטרה להגשים את עקרון הצדק המתקן. שניים מהמלומדים בני־זמננו, העוסקים בכתביהם בעקרון הצדק המתקן בדיני־הנזיקין, אינם רואים כל קשר הכרחי בין חבות המזיק לזכאות הניזוק, ולדידם דיני־הנזיקין הפוזיטיביים קושרים בין השתיים מטעמים שאינם טעמי צדק מתקן[91]. אכן, ניתן לחשוב על שיטת־משפט המגשימה את עקרון הצדק המתקן בדרך שונה מזו הנוהגת אצלנו. כך, למשל, ניתן היה לגבות מכל מעוול פיצוי על הנזקים שגרם, ומן הכספים שיצטברו בקרן מיוחדת שתוקם לעניין זה לפצות את כל מי שניזוק עקב פגיעה עוולתית. שיטה כזו דומה במידה רבה לשיטה המבוססת על ביטוח סוציאלי שבמסגרתה כל ניזוק זוכה בפיצוי מהיר, מבלי שעליו לאתר את המזיק שפגע בו ולגבות ממנו פיצויים. אכן, אם את עקרון הצדק המתקן יש להבין כמחייב תיקון מצב, ולו גם על חשבון המעוול, די בכך שניזוקים זוכים בפיצוי על נזקיהם העוולתיים ומעוולים מממנים את תיקון אותו מצב, אפילו אם מסיבה כזו או אחרת אין המעוול משלם לניזוק ״שלו״. טול מקרה שבו אדם פגע בחברו פגיעה עוולתית, אך זהותו של הניזוק אינה ידועה. למרות זאת הנזק קיים. המעוול חב בפיצוי שיתרום לתיקון המצב. אם ניתן להראות שהפיצוי שמשלם המעוול תורם לתיקון מצבו של הניזוק, חיובו בפיצוי אפילו לא לניזוק שנפגע על־ידו עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן.

בהנחה שארבע הטענות שהוצגו לעיל נכונות, עולה השאלה אם הטלת אחריות קיבוצית תואמת לעקרון הצדק המתקן. נראה שהתשובה לשאלה זו אינה אחידה, והיא משתנה על־פי קבוצות המקרים השונות העשויות להתאים להטלת אחריות קיבוצית, ואף־על־פי תת־הקבוצות הנמנות בגדרן.

(ב) קבוצה א: לא הוכח קשר סיבתי

הטלת אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בקבוצה א (לא הוכח קשר סיבתי) לעתים תוצדק משיקולי צדק מתקן ולעתים לא. במקרה דוגמת Summers (ציידי־השלווים)[92] יצרו שני הנתבעים סיכון כלפי התובע. עם זאת, הנזק נגרם עקב הסיכון שיצר אחד מהשניים שזהותו לא היתה ידועה. השני אמנם יצר סיכון, אך סיכון זה לא גרם לכל נזק שהוא. יצירת סיכון לבד אינה מצדיקה הטלת אחריות על־פי עקרון הצדק המתקן ואכן, דיני־הנזיקין הפוזיטיביים אינם מכירים באב־נזק כזה[93]. האפשרות היחידה (והדחוקה משהו) להצדיק הטלת אחריות במקרה דוגמת Summers, בשיקולי צדק

91 Coleman, "Corrective Justice", *ibid.*, at p. 188; Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71, at p. 556–561. מדבריו של פלטצ׳ר עולה, כי ראיית דיני־הנזיקין כאינסטרומנטליים להשגת טובת הכלל וההתרכזות בשיקולי רווח והפסד — זאת להבדיל מבחינת הפרט שגרם לנזק — הן שהביאו לקיומו של הקשר המוכר בין חבות לזכאות. לביקורת על כך, ראה Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at p. 197; Weinrib, "Understanding Tort Law", *supra* note 71, at p. 226–230.

92 לעיל, הערה 32.

93 טענה ב, לעיל, ליד הערה 87. ראה סעיף 2 לפקודת הנזיקין, הגדרת ״נזק״. לעניין עוולת הרשלנות, ראה Prosser, *supra* note 54, at p. 165. אם יצירת הסיכון גרמה להטרדה, לפחד וכדו׳, יכול שהניזוק יהיה זכאי לפיצוי. ראה ע״א 243/83 **עיריית ירושלים** נ׳ גורדון, פ״ד לט(1) 113, 138-140. גם לו ראו דיני־הנזיקין ביצירת סיכון כשלעצמה גרם נזק, הפיצוי צריך היה להיות בגין יצירת הסיכון ולא בגין הנזק שהתרחש בסופו של דבר ושאינו בהכרח תולדה של סיכון זה. בדרך־כלל יש פער משמעותי בין השניים

מתקן, היא לומר שכל אחד מהנתבעים גרם ברשלנותו ל״נזק ראייתי״, כלומר: שלל מהתובע את האפשרות להצביע על מי שפגע בו[94].

הגם שהטלת אחריות קיבוצית במקרה דוגמת Summers אינה תואמת את עקרון הצדק המתקן, ניתן לטיעון שהיא עדיפה, בשל עיקרון זה ממש, על־פני אי־הטלת אחריות כלל. על־פי טיעון זה, עדיף מצב שבו הניזוק יקבל פיצוי מלא, ואחד הנתבעים שלא גרם לנזק יחויב לפצותו בגין מחצית־נזקיו, על־פני מצב שבו הניזוק ייוותר בלא כל פיצוי, ואיש מן הנתבעים לא יחויב לפצותו[95]. טיעון זה, שניתן לכנותו ״טיעון הרע במיעוטו״, מבוסס אפוא על הרעיון, שעדיפה סטייה קלה יחסית מעקרון הצדק המתקן על־פני סטייה בוטה יותר. קבלת טיעון זה מעוררת בעייתיות רבה[96]. מכל־מקום, אין בו כדי לשנות מהמסקנה, שהטלת אחריות קיבוצית במקרה דוגמת Summers, אינה תואמת לעקרון הצדק המתקן.

איזה פתרון מכתיב עקרון הצדק המתקן לווריאציה לפסק־דין עמיר[97] (התקרה שהתמוטטה), שלפיה כל הנתבעים באותו עניין היו רשלנים אך לא ניתן לדעת רשלנותו של מי גרמה לנזק? נראה שלו עקרון הצדק המתקן היה בראש מעיינינו, לא היה מנוס מלהציע לדחות את התביעה, כפי שסבר בית־המשפט העליון שמן הראוי לעשות. אמנם, כל אחד מהנתבעים היה רשלן ביצירת סיכון, אך על־פי הווריאציה לפסק־הדין, הנזק נגרם עקב התממשותו של סיכון אחד מבין הסיכונים השונים. מכאן, שכמו בעניין Summers, הטלת אחריות על כל הנתבעים היתה מטילה אחריות נזיקית על מי שלא גרם נזק כלשהו (להוציא, אולי, נזק ראייתי[98]), והדבר לא היה תואם לעקרון הצדק המתקן[99].

שונה המצב במקרים המודגמים בפסקי־הדין בעניין תרופת ה־D.E.S. ובעניין החזיזים. במקרים אלו יצרו הנתבעים סיכון ברשלנות, ואילו התובעים נפגעו מפני סיכון שנוצר כתוצאה מרשלנות. אם ניתן לזהות את הסיכון שיצר נתבע מסוים עם הסיכון שבגינו נפגע תובע מסוים, לא מתעורר כל קושי, שכן החבות לפצות והזכות לפיצוי אינם מוטלים בספק[100]. כך בעניין החזיזים (פסק־דין Hall[101]), סבר בית־המשפט האמריקני, אשר הכיר בדוקטרינה של Enterprise Liability, כי

(למעשה זהו הפער שבין תוחלת הנזק הנמדדת ex ante, (להלן, ליד הערה 137), לבין הנזק בפועל, הנמדד ex post). עם זאת, יש שניסו להשתית הטלת אחריות במקרי זכאות קיבוצית (לעיל, הערה 10) על רעיון של יצירת סיכון, אם כי באופן מלאכותי במקצת: Rosenberg, *supra* note 8, at p. 885–887.

94 ראה להלן תת־פרק ח1. את השאלה אם יצירת נזק ראייתי מצדיקה הטלת אחריות מטעמי צדק מתקן אשאיר כאן כשאלה פתוחה, הדורשת עיון מעמיק. ראה Thomson, *supra* note 8, at p. 117–118.

95 לטיעון מעין זה, אם כי לא בהכרח בהקשר של צדק מתקן, ראה G.L. Williams "Comment" 31 *Can. B. Rev.* 315, 317.

96 השאלה העולה היא, אם ניתן להשוות בין סטייה מסוג אחד מעקרון הצדק המתקן לבין סטייה מסוג שני. אף שאלה זו דורשת עיון מעמיק שאין בכוונתי לבצעו במסגרת רשימה זו. לדיון מקיף בעניין ראה Summers, *supra* note 32. מההיבט של צדק והגינות, ראה Thomson, *supra* note 8, at p. 102–120.

97 לעיל, הערה 9.

98 לעיל, ליד הערה 94.

99 אך ראה טיעון ״הרע במיעוטו״, לעיל, ליד הערות 95-96.

100 טענות א ו־ג, לעיל, ליד הערה 87.

101 לעיל, הערה 51.

כל הנתבעים היו שותפים ליצירת הסיכון אשר עקב התממשותו ניזוקו התובעים השונים.

לעומת זאת, אם יש לראות בכל נתבע ונתבע כאילו יצר סיכון באופן עצמאי — כפי שראו את הדברים מרבית בתי־המשפט האמריקניים בדונם בבעיית ה־D.E.S. ובאמצם את דוקטרינת ה־Market Share Liability — עולה במלוא חריפותה השאלה, אם יש מקום להטיל אחריות על הנתבע ולהכיר בזכאותה של התובעת לפיצויים על־פי עקרון הצדק המתקן. לדעתי, התשובה שיש ליתן לשאלה זו היא חיובית. הנתבע יצר ברשלנותו סיכון ובדרך זו גרם לנזק (אם כי לאו־דווקא לתובעת). מכאן, שעל־פי עקרון הצדק המתקן מוצדק לחייבו בפיצוי בשיעור הנזק שגרם[102]. אשר לתובעת, נגרם לה נזק עקב התממשותו של סיכון שנוצר ברשלנות (אם כי לאו דווקא על־ידי הנתבע). זכאותה לפיצוי בגין נזקיה מוצדקת בשל כך על־פי עקרון הצדק המתקן[103]. אמת, לו ניתן היה לזהות את יוצר הסיכון שממנו בדיוק נפגעה התובעת, היה הפיצוי משולם לה על־ידי יוצר הסיכון. אך אין כל הכרח בכך[104]. למעשה, במקרי ה־D.E.S. לא היתה כל אפשרות כזו. הטלת אחריות על כל אחד מהנתבעים במקרי ה־D.E.S. הביאה לכך, שמי שגרם ברשלנותו, על־ידי יצירת סיכון, לנזק, שילם בגינו; ומי שניזוק עקב היחשפות לסיכון שנוצר ברשלנות, פוצה על נזקיו[105]. אך חשוב מכך: המשטר המשפטי שנקבע במקרי ה־D.E.S. יצר מצב, שכל מי שיצר ברשלנותו סיכון שגרם לנזק, תרם לכך שהניזוק אשר נפגע מהסיכון שנוצר על־ידו, יפוצה בגין נזקיו. אכן, תרומה זו לא התבטאה בפיצוי ישיר מהמזיק לניזוק שנפגע עקב רשלנותו, אלא בכך, שכל המעוולים אִפשרו, בתשלומי הנזקים שבהם חויבו, הענקת פיצוי לכל ניזוק וניזוק. אמנם, במקרה האחד, שנדון בבית־המשפט, נמצא נתבע אחד משלם פיצויים למי שנפגע על־ידי נתבע אחר. ברם, במקרה אחר שיידון בבית־המשפט יפוצה מי שניזוק בשל רשלנותו של הנתבע הראשון, על־ידי הנתבע האחר. דרך זו של ״החלפת חבויות הפיצוי״ בין המעוולים לבין עצמם, שבבסיס דוקטרינת ה־Market Share Liability, היא המאפשרת למעשה הענקת פיצוי לכל ניזוק, ומטעם זה מוצדקת היא משיקולי צדק מתקן. אגב, דרך אחרת, כגון גביית פיצויים מכל המזיקים יוצרי הסיכון באמצעות קרן סטטוטורית וחלוקתם בין כל הניזוקים נפגעי הסיכון היתה דרך צודקת לא פחות, ואולי אף יותר, אך דרך כזו לא היתה בנמצא. הדרך האחרת, שלפיה אין הנתבעים משלמים פיצוי כלשהו ואין הניזוקים זוכים בפיצוי כלשהו, עומדת בסתירה ברורה לעקרון הצדק המתקן.

את התאמתה של דוקטרינת ה־Market Share Liability לעקרון הצדק המתקן ניתן להסביר אף באופן זה: דוקטרינת ה־Market Share Liability, מביאה בסופו של דבר,

102 טענה א, לעיל, ליד הערה 87. לו הסכמנו לדעתו של קולמן, שהחבות לפצות היא בשיעור רווחיו של המזיק ממעשה העוולה, (לעיל, ליד הערה 84), היתה עולה השאלה, מהם הרווחים במקרי ה־D.E.S.: האם הרווח הכללי שנפל בחלקו של כל נתבע ממכירת התרופה או שמא הריווח שהופק על־ידו ממכירה שגרמה לנזק.

103 טענה ב, לעיל, ליד הערה 87.

104 טענה ד, שם.

105 טענות א-ג, שם.

לאורך זמן, פחות או יותר לאותו מצב אליו היו מגיעים המזיקים והניזוקים לו כל העובדות היו ברורות לאשורן ולו יכול היה כל ניזוק להצביע על מי שגרם ישירות לנזקיו. על־כן, אפילו לא היינו מאמצים את הטענה, כי עקרון הצדק המתקן אינו מחייב שהפיצוי לניזוק יבוא מכיסו של המעוול שפגע בו, עדיין ניתן היה לטעון כי דוקטרינת ה־Market Share Liability אינה יותר מאשר קביעת מנגנון שסופו להעביר עושר מהמזיק לניזוק שנפגע על ידו, ממש כפי שקורה הדבר במקרה הנזיקי הטיפוסי, שבו יכול הניזוק להצביע על המעוול שפגע בו. כדי שפעולתו של המנגנון תהיה מדויקת ככל האפשר, הקריטריון שעל־פיו יש לחלק את נטל הנשיאה בנזק (או את האחריות כלפי הניזוק[106]) הוא הסיכון שכל אחד מהנתבעים יצר בהתנהגותו הרשלנית. חלקו של כל נתבע בשוק עשוי לשקף סיכון זה, אם כי אין הכרח שתמיד כך יהיה[107].

שאלה חשובה היא, אם צריך להיות קשר כלשהו בין הסיכון שיצר המזיק הרשלן לבין הסיכון ממנו נפגע הניזוק התובע במשפט; האם מתחייב, למשל, על־פי עקרון הצדק המתקן, שכל בני־הקבוצה שעמם נמנה הרשלן אשר גרם לנזק, יצרו סיכון דומה או זהה כלפי הניזוקים השונים? שאלה זו נוגעת למעשה להגדרת בני־הקבוצה שניתן לתובעם: האם כל מי שעלול להיות הרשלן שגרם לנזק שייך לקבוצה הנתבעת או רק מי שמתקיים בו תנאי כזה או אחר[108]? לדעתי, אין מקום להעמדת תנאים מִקדמיים להגדרת בני־הקבוצה מעבר למה שנאמר עד כה: די בכך שניתן להראות כי המזיק הרשלן תורם בפיצויים שהוא משלם (ששיעורם אינו עולה על שיעור הנזק שגרם) לפיצוי מי שניזוק על־ידו, או כי בסופו של דבר מושגת תוצאה שכל ניזוק מפוצה למעשה, על־ידי המזיק הרשלן שפגע בו. תנאים אלה יתקיימו רק כאשר לגבי כל בני־הקבוצה אירועי נזק מסוג זה שאירע, בהם זהות המעוול שגרמם אינה ידועה, הינם חוזרים ונשנים (חתך מיון נוסף מס׳ 2[109]). מטעם זה סביר לצפות, שבדרך־כלל מדובר יהיה בקבוצה מוגדרת, עם ״תכונות משותפות״ של חבריה (יצרני־תרופות, למשל) או עם קשר כלשהו ביניהם[110]. כאשר בני־הקבוצה הם אקראים, בדרך־כלל לא יתקיים תנאי הנזק החוזר ונשנה שבו זהות המעוול אינה ידועה, והטלת אחריות קיבוצית תגרום לכך שמי שלא גרם ברשלנותו

106 להלן, תת־פרק (ה).

107 בעניין Hymovitz, *supra note* 44 נקטה דרך חלוקה לפי אשמן היחסי של הנתבעות, כשזה נמדד לפי מידת הסיכון שכל אחת מהן יצרה כלפי הציבור. לטיעון שהחלת דוקטרינת ה־Market Share Liability במקרי ה־D.E.S. אינה עולה בקנה אחד עם רעיון האחריות האישית (המבוסס בין היתר על עקרון הצדק המתקן), שכן אין דיוק בהקצאת נזקיהם של הניזוקים למזיקים ראה Bush, *supra* note 7, at p.1483. עם זאת, במקרים כאלה שימוש בנתונים סטטיסטיים מביא לדיוק רב. ראה Rosenberg, *supra* note 8, at p. 869–874. כן ראה לעיל, הערה 8. לדעתי, חשובה היא ההתירה להקצאה מדויקת של נזקים. גם אם מטרה זו אינה מושגת במלואה, מחמת שהראיות אינן מאפשרות זאת, עדיין המשטר המשפטי הוא כזה המוצדק על־ידי עקרון הצדק המתקן. יש לזכור, כי גם במקרה הנזיקי הטיפוסי הרגיל, היעדר ראיות טובות מונעות לעתים הענקת פיצוי מלא לניזוק, כמו שעלולות הן להביא לכך שאדם ישלם בעבור נזקים שלא גרמם. בכך אין כדי לשנות מהמסקנה שהמשטר המשפטי האמור מוצדק על־פי עקרון הצדק המתקן.

108 Bush, *ibid.*, עומד על קשר הכרחי בין בני־הקבוצה — הוא הקשר שהופך אותם לקהילה. ראה לעיל, הערה 87.

109 לעיל, תת־פרק ג 4.

110 כגון כמה בני־אדם הפועלים יחד כל העת בסוג מסוים של פעילות והגורמים לעתים לנזקים שהרשלן

לנזק כלשהו ייאלץ לפצות את הניזוק. תוצאה כזו אינה תואמת את עקרון הצדק המתקן.

(ג) קבוצה ב: לא הוכח אשם

רשלנותו של הנתבע עשויה להיראות בעיני רבים תנאי הכרחי להטלת אחריות עליו על־פי עקרון הצדק המתקן. עם זאת, כפי שראינו לעיל, רבים סוברים שרשלנות אינה תנאי הכרחי, לפחות לא בכל המקרים, להטלת אחריות מטעמי צדק מתקן. כך, מי שסבור כי די בגרימה (בלשון בני־אדם) להצדיק הטלת אחריות, יסכים בלי ספק שתנאי זה מתקיים כאשר, למשל (בדוגמא שהובאה לעיל לקבוצה זו של מקרים), מכוניתו של א פגעה ב־ב (נוסע או הולך־רגל). אחרים המתנים, מטעמי צדק מתקן, קיומה של אחריות נזיקית ברשלנות אך רק במקרים מסוימים — עשויים לסבור שבדוגמת המכונית הפוגעת באדם, רשלנות אינה הכרחית[111], כמו גם שעשויים הם לסבור אחרת[112].

מובן שאין באפשרותי לדון ברשימה זו באחת השאלות המרכזיות לה מנסים לתת מענה אלה העוסקים בתיאוריה של דיני־הנזיקין בכלל, ובתיאוריות של צדק מתקן בפרט; והיא, אם משטר משפטי המבוסס על רשלנות עדיף על משטר משפטי אחר, שאינו מבוסס על כך. די לומר כאן, שאין תמימות־דעים בעניין סבוך זה, ועל־כן השאלה, אם הטלת אחריות קיבוצית מוצדקת משיקולי צדק מתקן במקרים שבהם כל אחד מבני־הקבוצה גרם לנזק אך רק אחד מהם התרשל — נותרת ללא מענה.

המצב עשוי להיות שונה, אם מדובר במקרים חוזרים ונשנים של גרם נזק על־ידי כמה מזיקים הפועלים בנפרד, כאשר בכל פעם הרשלן עשוי להיות מישהו אחר מביניהם (חתך מיון נוסף מס׳ 2[113]). אמנם, קצת קשה לדמיין מצבים כאלה, אך אם בכל־זאת יתרחשו, הטלת אחריות קיבוצית תעלה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן, מטעמים דומים לאלו שהובאו בהקשר לפסקי־הדין שעסקו ב־D.E.S. ובחזיזים. הטלת אחריות קיבוצית במקרים אלו עשויה לשמש מנגנון אפשרי, אפילו לא יחיד, להעברת עושר ממזיק רשלן לניזוק, אשר נפגע עקב היחשפות לסיכון אשר יצר אותו מזיק ממש. גם במקרה זה חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים (או חלוקת האחריות כלפי הניזוק) צריכה להיעשות לפי מידת הסיכון לגרם נזק רשלני

שגרמם אינו מזוהה. ראה למשל, את הווריאציה לעניין **צים**, (לעיל, הערה 17), שתידון בגדר קבוצת המקרים השלישית — להלן, ליד ההערות 119-121.

111 על־פי פלטצ׳ר, מדובר במקרה כזה בנזק שנגרם עקב התממשות סיכון לא־הדדי, ועל־כן שיקולי צדק מתקן מחייבים הטלת אחריות. לעיל, ליד הערה 81.

112 כדוגמא למקרה של פגיעה באינטרס לגיטימי (שאז בלי רשלנות לא תוצדק הטלת אחריות), מביא קולמן פגיעה פיסית מפעילויות מסוכנות או ממוצרים פגומים. Coleman, "Corrective Justice", *supra* note 79, at p. 189.

113 לעיל, תת־פרק ג 4.

שכל אחד מהם יצר בפעילותו[114], כך שכל נתבע ישא בסופו של דבר בפיצויים המשקפים קרוב ככל האפשר את גודל הנזקים שגרם ברשלנותו[115].

(ד) קבוצה ג: לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם

המקרים הנכללים בקבוצה השלישית הם הקשים ביותר להטלת אחריות קיבוצית. שני היסודות הנתפשים על־ידי רבים כבסיסיים ביותר להטלת אחריות — סיבתיות ורשלנות — אינם מתקיימים. ראינו כי אפשר לסבור שעקרון הצדק המתקן עולה בקנה אחד עם הטלת אחריות על גורמי נזק למרות היעדרה של רשלנות, לפחות במקרים מסוימים (קבוצה ב). גם נוכחנו, כי עקרון הצדק המתקן מאפשר הטלת אחריות על מזיק רשלן גם בהיעדר קשר סיבתי בין התנהגותו העוולתית לבין נזקו של התובע (קבוצה א). האם יכול שיהיו מקרים, שבהם תוצדק הטלת אחריות מטעמי צדק מתקן למרות היעדר קשר סיבתי והיעדר רשלנות?

נראה, שבעניין ארוג׳י[116] (המשאית שהתפוצצה) לא היה בכוחו של עקרון הצדק המתקן להצדיק את קבלת התביעה. הטלת אחריות על שני הנתבעים היתה מביאה לתוצאה, שמי שלא גרם לנזק ואף לא היה רשלן[117] יחויב לשאת בנזקיו של הניזוק. עניין ארוג׳י קשה יותר להטלת אחריות אפילו מעניין Summers (ציידי השלווים). אף לגביו טענתי, ששיקולי צדק מתקן לא יכולים היו להצדיק את קבלת התביעה. עם זאת, שם ניתן היה אולי לטעון שכל אחד מהנתבעים גרם ברשלנותו לפחות ל״נזק ראייתי״. זאת אין לומר על הנתבעים בעניין ארוג׳י. סביר להניח שאחד מבין שניהם לא היה רשלן כלל. אמנם השתלשלות המאורעות הביאה לכך שגרם לנזק ראייתי, אך זאת בלא כל רשלנות. חיובו בדין בנסיבות אלה יהיה צעד מרחיק־לכת שקשה מאוד להצדיקו בטעמים של צדק מתקן[118].

לעומת זאת, הווריאציה לעניין **צים**[119] (אבדן חבילות־הברזל, בהנחה שלא ניתן היה לדעת מיהו שגרם לנזק ומיהו שהיה אשם), עשויה לחייב תוצאה שונה. כך אם נניח, שמדובר באירוע נזיקי שאינו עומד לבדו, אלא הוא חלק משורת אירועים דומים שבהם נגרמים נזקים למטעניהם של אנשים הנזקקים לשירותיהן של חברת צים ורשות־הנמלים (חתך מיון נוסף מס׳ 2[120]). אכן, לא אחת קורים אירועים מעין אלו ועולה השאלה, אם הנזק נגרם עקב רשלנות של צים או של רשות־הנמלים. בדומה למקרי ה־D.E.S., אימוץ רעיון האחריות הקיבוצית יביא לקביעת אחריותו של מזיק רשלן וזכאותו של ניזוק שנפגע ממעשה רשלני. בדרך זו ייווצר מנגנון, אשר בסופו של דבר יביא להעברת עושר ממזיק רשלן למי שניזוק על־ידיו. מובן,

114 להכדיל מתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית. עניין זה יפותח להלן, בפרק ה.

115 אשר להגדרת הקבוצה אשר על חבריה עשויה להיות מוטלת אחריות קיבוצית, ראה לעיל, ליד הערות 108-110.

116 לעיל, הערה 16.

117 טענות א ו־ב לעיל, ליד הערה 87.

118 אך ראה טיעון ״הרע במיעוטו״, לעיל, ליד הערות 95-96. אשר להגדרת הקבוצה אשר על חבריה עשויה להיות מוטלת אחריות קיבוצית, ראה לעיל, ליד הערות 108-110.

119 לעיל, הערה 17.

120 לעיל, תת־פרק ג 4.

שחלוקת נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעות, חברת צים ורשות־הנמלים, צריכה להיעשות בהתחשב בגודל הסיכון שכל אחת מהן יצרה לגרם נזקים ברשלנות. סביר להניח כי נתון זה, ניתן ללמוד, בין היתר, מבדיקת אירועי הנזק שבהם ישנה אפשרות לזהות מי מבין השתיים גרמה לו ברשלנותה[121].

את שנפסק בעניין Ybarra (פגיעה בכתף במהלך ניתוח), פסק־דין המהווה את הדוגמא השלישית הנכללת כקבוצת המקרים השלישית, קשה מאוד להסביר במושגי צדק מתקן. התוצאה העולה מפסק־דין זה היא, שאנשים אחדים אשר לא התרשלו ולא גרמו כל נזק חויבו לשאת בנזקיו של התובע. הצדקתו האפשרית של פסק־הדין, עשויה אפוא לבוא רק ממקור אחר[122].

(ה) אופן הטלת האחריות הקיבוצית: לכל הנזק או לחלקו?

בבסיסו של הדיון בפרק זה היו גלומות עד כה ההנחות, שלא קיימת בעיה לאתר את הנתבעים השונים המרכיבים את הקבוצה שהמעוול נמנה עליה, ושאין קושי לגבות פיצויים או השתתפות מכל אחד מהם. אם הנחות אלה היו מציאותיות תמיד, לא היתה חשיבות רבה לשאלה, אם הטלת אחריות קיבוצית משמעה חיובם של כל הנתבעים יחד ולחוד כלפי הניזוק למלוא נזקיו או חיובו של כל אחד מהם כלפיו לחלק מהנזק, לפי מידת הסיכון שבו העמיד את הניזוק ושכמותו (כגון במקרי ה־D.E.S., לפי חלק בשוק). התוצאה הסופית, כך או אחרת, היתה זהה. אולם מאחר שהנחות אלה אינן מציאותיות בדרך־כלל, בולטת חשיבותה של שאלה זו[123].

נראה, שאם המטרה היא לקדם צדק מתקן, יש להטיל את האחריות הקיבוצית באופן שיגבר הסיכוי, כי ניזוקים הזכאים לפיצוי מטעמי צדק מתקן יפוצו פיצוי מלא על נזקיהם ושמזיקים החייבים בפיצוי מטעמים אלו ישלמו פיצוי מלא על הנזקים שגרמו. כאשר בעל הסיכויים הטובים יותר לאתר את בני־הקבוצה שמתוכה יצאו המעוול או המעוולים שגרמו לנזקו של התובע ואף לגבות מהם דמי־השתתפות הוא הנתבע ולא התובע (כמו, אולי, במיקרי ה־D.E.S.) — הטלת אחריות עליו למלוא הנזק עשויה לקדם טוב יותר צדק מתקן מאשר חיובו בחלק מהנזק בלבד. זאת מכיוון שרק אם יחויב במלוא הנזק[124], יהיה לו תמריץ לנסות ולאתר את כל חברי־הקבוצה ולאחר־מכן אף לגבות מהם דמי־השתתפות. לעומת זאת, כאשר דווקא התובע הוא בעל הסיכויים הטובים יותר לאתר את בני־הקבוצה ולגבות מהם פיצויים, הטלת אחריות על כל נתבע ונתבע לחלק מהנזק בלבד (לפי קריטריון החלוקה הרלבנטי) עשויה להיות מועדפת על־פי עקרון הצדק המתקן. כך תוגשם המטרה שניזוקים הזכאים לפיצוי יזכו בפיצוי מלא ושמזיקים החייבים בפיצוי יחויבו בפיצוי מלא (או קרוב לכך ככל האפשר)[125].

במקרים שבהם לא ניתן להצביע על עדיפותו של הנתבע על־פני התובע או

121 יש לקחת בחשבון אפשרות, שיש קשר בין אי־היכולת לדעת מי גרמה לנזק לבין היותו נגרם דווקא על־ידי נתבעת מסוימת.

122 אך ראה טיעון ״הרע במיעוטו״ לעיל, ליד הערות 95-96.

123 ראה לעיל, הערה 39 והטקסט לידה.

124 או לפחות מעבר להלקו היחסי.

125 אך זהו טיעון בעייתי. הטלת אחריות על אחד מבני־הקבוצה לכל הנזק עלולה להותיר את כל הנזק עליו (אם לא יצליח לאתר את שאר בני־הקבוצה ולגבות מהם), ועקרון הצדק המתקן יימצא נפגע. מנגד

להיפך, עקרון הצדק המתקן אינו מספק תשובה ברורה לשאלה בדבר אופן הטלת האחריות הקיבוצית. אולם ייתכן, שכאשר ניתן להראות כי כל אחד מהנתבעים יצר ברשלנותו ״נזק ראייתי״[126], תועדף הטלת אחריות למלוא הנזק על הנתבעים, כך שהסיכון של אי־איתור או אי־גביה משאר בני־הקבוצה יהיה עליהם.

(ו) הערה לעניין גרם נזק באשם שאינו התרשלות

מי שסבור שדיני־הנזיקין בישראל מבוססים על עקרון הצדק המתקן וכי על־כן כל פגיעה בת־אשם על־פי פקודת הנזיקין או כל דין אחר (ולא רק פגיעה רשלנית) היא פגיעה אשר עקרון הצדק המתקן מחייב את תיקונה — לא יתקשה ליישם את הניתוח שנעשה בפרק זה על מקרה הנכלל באחת משלוש קבוצות המקרים שנדונו ואשר בו נפגע הניזוק מעוולה כלשהי (שאינה דווקא עוולת הרשלנות).

לפי תפישה זו, התוצאה תהיה שאחריות קיבוצית תוטל בכל אותם מקרים שבהם אירוע הנזק אינו חד־פעמי, אלא חוזר ונשנה וכל אחד מבני־הקבוצה גרם על־ידי מעשה עוולה (ולאו דווקא רשלנות) לנזקים כלשהם (חתך מיון נוסף מס׳ 2[127]).

(ז) סיכום

לו צריך היה להכריע בשאלת האחריות הקיבוצית לפי שיקולי צדק מתקן בלבד, נראה כי אחריות קיבוצית היתה מוטלת לפחות במקרים שבהם אירוע הנזק אינו חד־פעמי אלא חוזר ונשנה וכל אחד מבני־הקבוצה גרם ברשלנות לנזקים כלשהם (חתך מיון נוסף מס׳ 2[128]). מקרי ה־D.E.S. (קבוצה א) והווריאציה לפסק־דין **צים** (קבוצה ג) הם דוגמאות טובות לכך.

קשים יותר הם המקרים שבהם הנזק נגרם באירוע חד־פעמי לגבי בני־הקבוצה. המקרים שבהם הוכח קשר סיבתי אך לא הוכחה רשלנות (ראה קבוצה ב) אינם ברורים, אם כי אפשר לטעון שלפחות במקרים מסוימים תוצדק הטלת אחריות קיבוצית. טיבם של מקרים אלו תלוי בשאלה, איזו תיאוריה של צדק מתקן אנו מאמצים. המקרים שבהם הוכחה רשלנות, אך לא הוכח קשר סיבתי (ראה קבוצה א), כנראה אינם מתאימים להטלת אחריות קיבוצית לפי שיקולי צדק מתקן. עם זאת ניתן אולי לומר, כי כל אחד מהנתבעים יצר ברשלנותו לפחות נזק ראייתי ובשל כך הטלת אחריות עליו תהיה מוצדקת. כן יכול שיש משקל מסוים אף לטיעון ״הרע במיעוטו״. המקרים שבהם לא הוכחה רשלנות ולא הוכח קשר סיבתי (ראה קבוצה ג) הם הקשים מכולם. הטלת אחריות קיבוצית בגינם אינה יכולה להיות מעוגנת בשיקולי צדק מתקן. טיעון ״הרע במיעוטו״ אף הוא נחלש[129].

הניזוק יזכה בפיצוי מלא. האם עדיף מצב זה על מצב אחר, שבו בן־הקבוצה הנתבע ישא בחלק מהנזק, אך הפיצוי לניזוק יהיה חלקי? כך או כך, לא תושג תוצאה התואמת לעקרון הצדק המתקן. כפי שציינתי לעיל ״קיזוזים״ בעניין זה הם בעייתיים — לעיל, ליד הערות 95-96 והערה 96. הטיעון שבטקסט, מבוסס אפוא על הרציון, שיש לקבוע כללים משפטיים אשר יגבירו את הסיכוי שיוגשם הצדק המתקן.

126 לעיל, ליד הערה 94.

127 לעיל, תת־פרק ג 4.

128 שם.

129 שכן אם תוטל אחריות קיבוצית במקרה כזה, ישא בנזק אדם שאינו רשלן ואינו גורם לנזק. נראה, כי

באותם מקרים שבהם הטלת אחריות קיבוצית מוצדקת משיקולי צדק מתקן, תומכים שיקולים אלה אף בחיובו של הנתבע למלוא הנזק שנגרם לתובע אם הוא בעל יכולת עדיפה על־פניו לאתר את חברי הקבוצה שהמעוול נמנה עליה ואף לגבות מהם דמי־השתתפות. לא כן אם התובע נהנה מעדיפות כזו: אז הטלת אחריות על חלק מהנזק היא הפתרון המועדף. מכל־מקום, כך או אחרת, אופן חלוקת הנטל בין הנתבעים השונים צריכה להיעשות בהתאם למידת הסיכון לגרם נזק או (בהתאם לתיאוריית הצדק המתקן שאנו מאמצים) לגרם נזק רשלני שכל אחד מהם יצר.

ה. שיקולי הרתעה להטלת אחריות קיבוצית

1. שיקולי הרתעה בדיני־נזיקין

מטרה חשובה של דיני נזיקין[130] היא הרתעה, או ליתר דיוק הרתעה אופטימלית. הרתעה אופטימלית מכוונת לכך שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר[131]. מכאן, שהרתעה אופטימלית מכוונת ליעילות כלכלית. הדוגמא הבאה עשויה לסייע בהבנת הדברים: בסוג מסוים של תאונות־עבודה נגרמים מדי שנה נזקים המסתכמים במאה אלף ש״ח. נניח כי קיימות שלוש דרכים אפשריות (ולא יותר) ל״טיפול״ בבעיה. האפשרות האחת היא למנוע את התאונות כליל. הוצאות המניעה השנתיות מסתכמות בסך מאה־וחמישים אלף ש״ח. שיעור ההוצאות עשוי לשקף את עלות נקיטתם של אמצעי־מניעה פוזיטיביים (כגון אביזרי־בטיחות), כמו גם את מחיר ההימנעות מהפעילות שבמסגרתה נגרמים הנזקים, כולה או חלקה (כגון, מחיר סגירת המפעלים שבהם נגרמות התאונות או מחיר צמצום הפעילות בהם). האפשרות השנייה היא לצמצם את מספר התאונות ו/או את חומרת פגיעתן, כך שבכל שנה ייגרמו נזקים ״רק״ בחמישים אלף ש״ח. הוצאות המניעה השנתיות מסתכמות בסך שלושים אלף ש״ח ואף כאן הן משקפות את עלותם של אמצעי־מניעה פוזיטיביים ו/או את מחיר צמצום היקף הפעילות שבמסגרתה נגרמים הנזקים. האפשרות השלישית היא להותיר את המצב כמות שהוא ולא לעשות דבר.

לו מטרתם של דיני־הנזיקין היתה להרתיע הרתעה מקסימלית ולהביא למניעתן של תאונות בכל מחיר, ראוי היה להם לגרום לכך שתתממש האפשרות הראשונה. אולם מניעתן של תאונות בכל מחיר אינה מטרה של דיני־הנזיקין או של דינים אחרים כלשהם. למעשה, אין אנו, כחברה, מעוניינים במניעה בכל מחיר. לו כך רצינו, היינו נאלצים לוותר על פעילויות רבות וחשובות שעיסוק בהן בלעדי תאונות

הסטייה מעקרון הצדק המתקן בוטה במקרה מעין זה יותר מאשר במקרה אחר (ותהא תיאוריית הצדק המתקן שנאמץ באשר תהא), שבו מוטלת אחריות על מי שהוא גורם, אך אינו רשלן, או על מי שהוא רשלן, אך אינו גורם.

130 וגם של דיני־העונשין כמובן. אלא שלאלה האחרונים מגבלות מסוימות שדיני־הנזיקין עשויים להתגבר עליהן: G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven & London, 1970) 107–113.

131 Calabresi, *supra* note 130, at p. 68–94; ד׳ מור, ״גורם ההרתעה במלחמה בתאונות דרכים״ ספר לובנברג (ד׳ פרידמן וי׳ שילה עורכים, תשמ״ח) 257, 287-293. לגישה ביקורתית באשר למטרה ההרתעתית של דיני הנזיקין, ראה י׳ גלעד, ״על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין״ משפטים כב (תשנ״ג) 421.

כלשהן אינו אפשרי. כן היינו מחויבים להשקיע משאבים אינסופיים בפעילויות למניעת תאונות ואף לוותר בשל כך על טובים רבים אשר מתאפשרים ונרכשים בדרך־כלל תוך שימוש במשאבים אלה.

האפשרות השנייה היא זו אליה יחתרו דיני־הנזיקין, אם מטרתם היא להרתיע באופן אופטימלי. עם התממשותה תושג יעילות כלכלית. אמנם, תאונות תיגרמנה, אך סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה המינימום האפשרי. אפשרות זו עדיפה על־פני האפשרות השלישית (אפשרות ה״שב ואל תעשה״), כמו גם על־פני האפשרות הראשונה (שהיא תוצאה של הרתעה מקסימלית). היא מושתתת על תפישת־עולם ריאלית: במניעה מוחלטת לעתים קרובות אין אנו מעוניינים (בנתון קיומן של הוצאות מניעה גבוהות), אך בחתירה לאופטימום — בהחלט כן.

השאיפה להרתעה אופטימלית עשויה לעורר תמיהה, לפחות ממבט ראשון. כידוע, תאונות גורמות לא־אחת לנזקי גוף ולעתים — אף למוות. הכיצד — יטען הטוען — ניתן (נורמטיבית, ואף טכנית) להשוות נזקים אלה, ששיעורם אינו ניתן לכימות, עם הוצאות מניעה אשר מתבטאות לעתים קרובות בממון בלבד או בוויתור על הנאות? הכיצד ניתן לומר — ימשיך הטוען — שאין זה רצוי להוציא מאה־וחמישים אלף ש״ח הוצאות מניעה (בדוגמא דלעיל), כאשר האלטרנטיבה היא שייגרמו נזקים, ובכלל זה נזקי גוף? התשובה לטיעון זה היא, שהשוואות מעין אלו ממילא הן לחם־חוקנו, אף אם איננו נוטים להודות בכך, משום הכרח בל־יגונה. החלטה של רשות מקומית להשקיע כספים בהקמת טיילת חדשה מבטאת לעתים הסכמה בשתיקה לכך שתאונות־דרכים הנגרמות לעתים תכופות בכביש־דמים שניתן לשפרו בהשקעה מתאימה של משאבים — אותם משאבים שיושקעו במקום זאת בטיילת — תמשכנה להיגרם. החלטה זו מבוססת על מחשבה שההנאה מהטיילת החדשה עדיפה על־פני ה״חיסכון״ בחייהם (ובגופם) של אלה שעתידים להיפגע על כביש־הדמים ושהיו נותרים בחיים (או נותרים ללא פגע) אילו היה משופר כביש זה במקום הקמתה של הטיילת. אין זאת אלא שהרשות ערכה (אפילו שלא במודע) מאזן שיקולי ״רווח והפסד״, תוך ששקללה אף את ערך חיי התושבים ושלמות גופם. באותה מידה חוטא כל אחד מאתנו ״חטא״ דומה, בשעה שהוא מחליט לצאת עם משפחתו לטיול, הרחק ממקום מגוריו. אף אם מדחיק הוא עניין זה, החלטתו לצאת לטיול היא פרי שיקולי ״רווח והפסד״: מהצד האחד, עומדת הנאתו והנאת בני־משפחתו מהטיול, ומהצד השני, עומד הסיכון להיפגע בתאונת־דרכים או בתאונה אחרת במהלך הטיול.

אכן, בשתי הדוגמאות (הקמת הטיילת והיציאה לטיול) משווה אדם, אפילו שלא מדעת, בין הוצאות המניעה לבין נזקי התאונות. הוא מנסה להפחית למינימום את סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן. הוא כמובן זה אשר מגדיר לעצמו את גודל הנזק ולעתים גם את שווי הוצאות המניעה, אך אין הוא מנסה להימנע מתאונות בכל מחיר. במלים אחרות: אין דרך אחרת מאשר לערוך השוואות ״מוזרות״ לעתים בין סיכון לנזקי גוף לבין מחיר הוויתור על טובים שונים (וטובים ממוניים בכלל זה), ואין אפשרות להימנע מליתן ערכים גשמיים אגב כך לנזקי גוף ולחיי־אדם. כלום בתי־המשפט אינם מעריכים בכסף מדי יום ביומו נזקי גוף ומוות בפוסקם פיצויים?! המחלוקת האפשרית אפוא, אם יש להוציא הוצאות מניעה מסויימות

וכך למנוע נזק מסוים, אינה באמת ובתמים אם יש לחתור לאופטימום, אלא מהו האופטימום; מה משקל וערך יש ליתן לנזק כזה או אחר או להוצאות מניעה כאלה או אחרות.

הדעות חלוקות באשר לשאלה כיצד ניתן להשיג הרתעה אופטימלית באמצעות דיני־הנזיקין. אפשר להצביע בעניין זה על שתי אסכולות מרכזיות: יש הסוברים, ובראשם פוזנר, כי משטר משפטי של רשלנות מביא להרתעה אופטימלית. הטעם לכך הוא, שנוסחת הרשלנות הכלכלית, המאומצת על־ידי פוזנר, מגדירה התנהגות של מזיק כהתנהגות רשלנית המקימה אחריות נזיקית, כאשר המזיק יכול היה למנוע את הנזק בהשקעה שעלותה נמוכה יותר מתוחלתו. תוחלת הנזק היא מכפלת הסיכוי להתרחשותו של הנזק בגודלו הצפוי אם יתרחש, במבט של ״לפני מעשה״ (*ex ante*). בדרך זו מתומרץ מי שיכול למנוע את הנזק בעלות הנמוכה יותר מתוחלתו לעשות כן, וניתן תמריץ שלילי למניעתו למי שיכול לעשות זאת בעלות הגבוהה יותר מתוחלת הנזק. כך פועל ״המזיק הפוטנציאלי״ לצמצום סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן, ומגביר את הסיכוי להשגת יעילות כלכלית. דיני־הנזיקין, מרתיעים אותו אפוא באופן אופטימלי (תיאוריה זו תכונה להלן ״תיאוריית הרשלנות״)[132].

יש הסוברים, והראשון בהם הוא קלברזי, כי דווקא משטר משפטי שאינו מבוסס על רשלנות יגשים את מטרת ההרתעה האופטימלית. לדברי קלברזי, בנזק צריך לשאת זה שהינו ״מונע הנזק הזול ביותר״ — יהא זה המזיק הישיר, הניזוק או כל אחד אחר. ״מונע הנזק הזול ביותר״ הוא ״השוקל הטוב ביותר״, דהיינו: זה אשר יכול לשקול כראוי אם וכיצד להוציא הוצאות למניעתו של הנזק ואשר יכול לפעול על־סמך שקילתו זו. הטלת אחריות עליו תמריץ אותו למנוע את הנזק כשכדאי כלכלית לעשות כן, ואף תעודדו לפתח שיטות ואמצעים למניעתו לעתיד לבוא. עם זאת, כאשר מניעת הנזק יקרה מדי ובלתי־כדאית, חזקה על השוקל הטוב ביותר שיעדיף שלא למונעו, אלא לשאת בעלותו. בדרך זו מתומרץ השוקל הטוב ביותר לפעול לצמצום סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן, שהרי כל אלה נופלים עליו. השאלה אם התרשל בגרימת הנזק או לא התרשל אינה רלבנטית כלל (תיאוריה זו תכונה להלן ״תיאוריית השוקל הטוב״)[133].

האופן שבו הרשלן או השוקל הטוב ביותר, לפי העניין, נושא בעלות הנזקים שפעילותו גורמת לאחרים אינו בהכרח תשלום מכיסו בעבור הנזק שגרם בפועל. במקרים רבים אירועים נזיקיים ״מכוסים״ על־ידי ביטוח, וחברות־הביטוח הן הנושאות בנזקיהם. ברם עובדה זו אינה משנה לענייננו, מכיוון שפרמיית־הביטוח

132 R.A. Posner, "A Theory of Negligence" 1 *J. Leg. Stud.* (1972) 29; Posner, "Strict Liability — A Comment", *supra* note 79; W.M. Landes & R.A Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge & London, 1987) 54–84. לביקורת ראה Englard, *supra* note 71, at p. 51–56. הניתוח הכלכלי מסתבך במקצת כאשר בהתנהגותו של הניזוק יש אשם תורם. בהמשך המאמר אצא מתוך הנחה, שעלותה של מניעת הנזק על־ידי הניזוק היא גבוהה ביותר ולפיכך אין בהתנהגותו אשם תורם.

133 Calabresi, *The Costs of Accidents, supra note* 130, at p. 135–173, 244–265; Calabresi & Hirschoff, *supra note* 81. לביקורת, ראה Englard, *supra note* 71, at p. 33–51. בספרו הנ״ל דיבר קלברזי על ״מונע הנזק הזול ביותר״, ובמאמר שכתב לאחר־מכן עם הירשוף פיתחו השניים את מבחן ״השוקל הטוב ביותר״, הבא למעשה לסייע באיתורו של ״מונע הנזק הזול ביותר״.

שהמבוטח משלם אמורה לשקף את הנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם על־ידי פעילותו לאחרים (ביטוח צד ג) ושבגינו תקום אחריותו הנזיקית[134]. במשטר משפטי של רשלנות, פרמיית־הביטוח תיקבע בהתאם לנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם על־ידי פעילות רשלנית של המבוטח. לעומת זאת, במשטר משפטי המבוסס על "תיאוריית השוקל הטוב", ובהנחה שהמבוטח הוא השוקל הטוב, פרמיית־הביטוח תיקבע בהתאם לנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם על־ידי פעילותו של המבוטח — תהיה זו פעילות רשלנית או לא רשלנית. במלים אחרות: באמצעות פרמיית־הביטוח משלם המבוטח מראש כביכול את שהיה משלם על־פי חישובי הסתברות — אלמלא היה מבוטח — לאלו שהיו ניזוקים על־ידו.

כיצד ישפיע הדבר על תמריציו של המבוטח? מצד אחד, שאיפתו תהיה להקטין את שיעור הפרמיה, דהיינו את שיעור הנזק שהוא צפוי הסתברותית לגרום, ושלו הוא עלול להימצא אחראי. ההנחה היא, שאם המבוטח ינקוט פעולות שיש בהן להוריד את רמת הסיכון שיגרום לנזק בעבורו יימצא אחראי, תפחת הפרמיה בהתאם לכך, כשם שאם יעלה אותה, תתייקר היא בעבורו[135]. מצד שני, המבוטח לא ישקיע במניעה מעבר להנחה שיקבל בפרמיה, דהיינו: מעבר לשיעור שבו יפחת הנזק שהוא צפוי, הסתברותית, לגרום ואשר הוא עלול להימצא אחראי לו[136]. התוצאה תהיה, שכל מבוטח ישאף להקטין את סך הנזק האמור והוצאות מניעתו. בכך תתקיים הרתעה אופטימלית ותושג יעילות כלכלית[137].

134 שיעור הפרמיה משקף את הנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם לאחרים ושבגינו יהיה אחראי. אך אין זהות בין השניים. הראשון גבוה יותר, והוא המחיר שמשלם המבוטח בתמורה לכך שחברת־הביטוח תיטול על עצמה את הסיכון שיארע נזק אשר המבוטח יהיה אחראי בגינו. היותם של בני־אדם בדרך־כלל "שונאי סיכון" (להבדיל מ"אוהבי סיכון" או "נייטרלים לסיכון") הוא המצדיק והמאפשר קיומם של מנגנוני־ביטוח. לעניין מקומו של ביטוח בהקשר להרתעה, ראה Shavell, *supra* note 8, at p. 186–199.

135 הנחה זו אינה מתגשמת בדרך־כלל במלואה. בין אם בגלל התערבות חקיקתית בשיעור הפרמיה (כפי שנעשה הדבר בישראל לעניין ביטוח־חובה לרכב מנועי — ראה צו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שיעורי דמי ביטוח), תשנ״א-1990, ק״ת 365); ובין אם משום שהמין של המבוטחים לקבוצות־סיכון הופך משלב מסוים לבלתי־כדאי להברות־הביטוח. מכאן, שהמבוטח אינו משלם חמיד פרמיית־ביטוח העומדת ביחס ישר לנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם לאחרים ושבגינו יימצא המבוטח אחראי. לעניין השפעת מיונם של המבוטחים לקבוצות־סיכון על פעולתו של מנגנון הביטוח, ראה G.L. Priest, "The Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L.J.* (1987) 1521, 1539–1550.

136 כאמור, באמירה זו יש אי־דיוק מסוים, בשל היעדר זהות בין הנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם, לבין שיעור הפרמיה. ראה לעיל, הערה 134.

137 במשטר משפטי המבוסס על תיאוריית "השוקל הטוב" יוקטן למעשה סך כל הנזקים והוצאות מניעתם. במשטר משפטי של רשלנות יוקטן סך הנזקים הניגרמים ברשלנות והוצאות מניעתם. הנזקים שאינם תוצאת רשלנות לא יימנעו, אך כך צריך להיות על־פי תיאוריית הרשלנות; שהרי על־פי הגדרתם, הם נזקים שעלות מניעתם גבוהה מגודלם. ניתן להקשות ולשאול, מדוע לא יימנעו כל הנזקים הרשלניים כך שהפרמיה חרד לאפס? הן כל נזק רשלני הוא כזה, שעל־פי הגדרתו כדאי, כלכלית, למונעו! התשובה לכך היא, שהוצאות מניעתם של נזקים העלולים להיגרם ברשלנות מכוונות לעתים קרובות להפחית מהסיכון שהמזיק הפוטנציאלי יתרשל ויגרום נזק. ההנחה היא, שלעתים בני־אדם מתרשלים אפילו אם כלכלית אין הדבר כדאי עבורם, והדרך הטובה ביותר למנוע את נזקי התרשלותם היא להפחית את הסיכוי שיועמדו במצבים שכהם הם עלולים להתרשל ולגרום לנזק. לדוגמא: אם נהג רכב עלול לגרום תאונות ברשלנות עקב בלימה אטית מדי של רכבו (הנובעת מתגובה אטית שלו, המוגדרת כהתרשלות), לעתים יוציא הוצאות מניעה לשם רכישת בלמים באיכות גבוהה, שתגובתם מהירה במיוחד, אשר יקטינו את הסיכוי שיגרום נזק ברשלנות. ראה ביתר הרחבה, להלן, ליד הערות 142-143.

הדיון עד כאן מחייב להבהיר הבחנה חשובה שבה ייעשה שימוש בהמשך הפרק. הבחנה זו היא בין תוחלת נזק לבין תוחלת נזק כללית. תוחלת הנזק מבטאת את הסיכון שיגרם נזק מהתנהגות ספציפית של אדם — רשלנית או בלתי־רשלנית. לשם הגדרתה של תוחלת הנזק, יש ממילא חשיבות רבה לנתוני אירוע הנזק, אם אירע. אלה מאפשרים להבהיר את הסיכוי שהיה קיים לגרם נזק עובר לאירועו כמו גם את גודלו הצפוי באותה עת. לעומת זאת, תוחלת נזק כללית תשמש אותי כדי לבטא את הסיכון שייגרם נזק מפעילותו הרגילה והמתמשכת של אדם. נזק זה יכול להיות תוצאה של התנהגותו הרשלנית של אותו אדם, אך גם תוצאה של התנהגות לא־רשלנית. הביטוי תוחלת כללית של נזקים רשלניים תשמש אותי כדי לבטא את הסיכון שייגרם נזק מפעילותו הרגילה והמתמשכת של אדם כתוצאה מרשלנותו. נתוני האירוע שבו נגרם נזק בפועל אינם רלבנטים לשם הגדרת תוחלת הנזק הכללית (או התוחלת הכללית של נזקים רשלניים). הנתונים הרלבנטיים הם אלה המצביעים על מידת הסיכון שיש בפעילותו של אדם באופן כללי. נתונים אלה יכולים להתייחס לאופי הפעילות ולסוגה, למידת האינטנסיביות שלה, לדרך התנהגותם הצפויה של אלו הפועלים במסגרת הפעילות וכדו׳. לעתים יהיו אלו נתונים המתייחסים ספציפית לפעילות המסוימת או לפועלים המסוימים במסגרתה (כגון שיעורי נזקים שנגרמו במסגרת הפעילות בעבר ואמצעי בטיחות הננקטים בפועל) ולעתים יהיו הנתונים סטטיסטיים (כגון מידת הסיכון שיש בדרך־כלל בסוג הפעילות שמדובר בה ובסוג הפועלים בגדרה לפי נתוני גיל, מצב בריאותי, תכונות פיסיות וכדו׳). מטבע הדברים, הנתונים הסטטיסטיים ישלימו את הנתונים הספציפיים ויאפשרו להעריך בדיוק רב ככל האפשר את מידת הסיכון לגרם נזק מהפעילות (או לגרם נזק ברשלנות, כאשר עסקינן בתוחלת כללית לנזקים רשלניים).

למרות ההבדל בין תוחלת נזק לתוחלת נזק כללית יש להדגיש כי השימוש בהן נעשה לאותה מטרה: לבטא את גודל הסיכון לאירועו של נזק, בהתאם לסיכוי אירועו ולגודלו הצפוי — אם ייארע. על־כן, מי ששואף להקטין את סך הנזקים הנגרמים מפעילות כזו או אחרת, ישאף להקטין את תוחלת הנזק הכללית כמו את תוחלת הנזק המתייחסת לאירוע ספציפי.

מעתה ואילך יתמקד הדיון בתיאוריית־הרשלנות. הסיבה לכך היא, שהמשטר המשפטי בישראל — כפי שהוא משתקף בדיני־הנזיקין הכלליים — הוא בעיקרו משטר משפטי של רשלנות. לא רק שעוולת המסגרת העיקרית בפקודת הנזיקין היא עוולת הרשלנות, אלא שאף את עוולת המסגרת השנייה — הפרת חובה חקוקה — ניתן להשתית על בסיס רעיוני של הרתעה הדומה במהותו לבסיסה הרעיוני של עוולת הרשלנות[138]. על־כן, תיאוריית הרשלנות, המסכירה בין היתר את פועלם של שיקולי הרתעה במשטר משפטי של רשלנות[139], היא רלבנטית לענייננו יותר מתיאוריית השוקל הטוב (עם זאת, הדברים שייאמרו לגבי תיאוריית הרשלנות ניתנים בדרך־כלל ליישום דומה אף לגבי תיאוריית השוקל הטוב). לפיכך, אף

138 הבסיס הרעיוני האפשרי הוא, שסטנדרט ההתנהגות שנקבע בחיקוק הינו תוצאה של שקילת ״רווח מול הפסד״ על־ידי המחוקק, ממש כפי שסטנדרט ההתנהגות שנקבע על־ידי בית־המשפט בהחילו את עוולת הרשלנות הוא תוצאה של שקילה דומה.

139 מעבר לכך שהיא מצדיקה משטר זה.

התייחסותי בהמשך הדברים לשלוש קבוצות המקרים, שבהן עשויה להיות מוטלת אחריות קיבוצית, תיעשה מתוך הנחה שאשם = התנהגות רשלנית. במקרים שבהם שוויון זה לא מתקיים, אין טעם לדון בהצדקה ההרתעתית (או הכלכלית) להטלת אחריות קיבוצית לפי תיאוריית הרשלנות, שכן הטלת אחריות כלשהי על מי שאינו רשלן אינה מוצדקת על־פיה.

בפרק זה אני יוצא מתוך הנחה, כי במקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית, אי ידיעת זהותו של המעוול שגרם לנזק היא נתון קבוע, אשר לניזוק או לבני־הקבוצה שהמעוול האמור נמנה עליה, אין כל שליטה עליו. בפרק הבא אעסוק בשאלה, כיצד הטלת אחריות קיבוצית (או אי־הטלתה) עשויה להשפיע על תמריציהם של הצדדים הנוגעים לעניין, ולסייע בפתרון בעיית הזיהוי, ואף אסביר כיצד קשור הדבר להרתעה אופטימלית.

2. הרתעה ורעיון האחריות הקיבוצית

(א) קבוצה א: לא הוכח קשר סיבתי

האם שיקולי הרתעה מחייבים קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התנהגותו של הנתבע לבין נזקו של התובע כתנאי להטלת אחריות עליו? לעתים — כך ניתן לסבור — מן הראוי להטיל אחריות על מי שהתנהגותו אינה רצויה, גם אם לא גרם לנזקיו של התובע. למעשה — אפשר להמשיך ולטעון — אם מטרת ההרתעה היתה המטרה היחידה של דיני־הנזיקין, לא צריך היה לשנות כהוא זה אם נגרמה בפועל תוצאה מזיקה. אמנם, אם לא נגרמה כל תוצאה מזיקה, היתה עולה השאלה למי ישולמו הפיצויים; אך נראה ש״בעיה״ זו ניתן היה לפתור על נקלה[140]. טיעון דומה פועל היטב אף בתחום דיני־העונשין. גם בתחום זה אפשר לסבור שיש להעניש על התנהגות כלתי־רצויה, בלי קשר לתוצאתה. אמנם, כידוע, דיני־העונשין הפוזיטיביים אינם מקבלים טיעון זה במלואו, אך בוודאי אינם מתעלמים ממנו: במקרים רבים התוצאה היא חלק מהאקטוס ראוס של העבירה, אך עדיין ניסיון כושל להשיג תוצאה הוא בגדר עבירה בפני עצמה. עם זאת העונש בגין עבירת הניסיון קל יותר, כידוע, מהעונש בגין העבירה השלמה, מסיבות שלא כאן המקום לפרטן והמיוחדות בדרך־כלל לתחום המשפט הפלילי[141].

אם הנחתנו היא שמטרת דיני־הנזיקין היא הרתעה אופטימלית, קל יהיה להבין על שום־מה מוטלת על הרשלן אחריות לנזקים שגרם — לא פחות, אף גם לא יותר. כפי שהוסבר לעיל, הרתעה אופטימלית מכוונת להקטין את סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן. על־פי תיאוריית הרשלנות — שבה כאמור נתרכז, חשוב שהמזיק הפוטנציאלי יכלכל את צעדיו, תוך שיניח כי ישא בנזקים שיגרום ברשלנות. לכן חשוב שאכן ישא בנזקים אלו. אם יהיה צפוי לשאת בפחות מהנזקים שיגרום, יורתע הרתעת חסר: הגם שפעילותו אינה רצויה הוא עלול להתמיד בה ולגרום

140 כגון, שהתשלומים ישולמו לקרן לפיצוי נפגעים שאינם זוכים לפיצוי מלא, מסיבה כלשהי, או לקרן שתפעל לשם מניעת נזקים בעתיד.

141 ראה ש׳ ו׳ פלר, יסודות בדיני עונשין (תשמ״ז), כרך ב 174-178; G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, 1978) 368–371.

נזקים; והגם שהוא יכול למנוע את הנזקים בעלות נמוכה מתוחלתם, עלול הוא לבחור שלא לעשות כן. ניתן להמחיש את הדברים על־ידי דוגמא: בעל־מפעל יכול למנוע נזקים של חמישים אלף ש״ח לעובדיו (בממוצע שנתי) באמצעות השקעה (שנתית) באביזרי־בטיחות שעלותם שלושים אלף ש״ח. יעילות כלכלית מצדיקה את ההשקעה באביזרי־בטיחות. אם בעל־המפעל יֵדע כי ישא בכל הנזקים שהם תוצאת התנהגותו הרשלנית (התנהגות המתבטאת בהפעלת המפעל בלי אמצעי־בטיחות ראויים), ישקיע שלושים אלף ש״ח ותושג יעילות כלכלית. לעומת זאת, אם בעל־המפעל ישא רק במחצית הנזקים שגרם, אך לא בכולם, יעדיף שלא להשקיע באביזרי־בטיחות ולשאת בנזקים של עשרים־וחמישה אלף ש״ח. תוצאה זו אינה יעילה מבחינה כלכלית, והיא נובעת מהרתעת־חסר.

גם חיובו של אדם בנזקים רבים יותר מאלה שגרם בפועל אינה רצויה, שכן הדבר יביא להרתעת־יתר ולאי־יעילות כלכלית. עניין זה מורכב קצת יותר. לכאורה אם חפצים שהרשלן יורתע כראוי, מה טוב יותר מאשר להעמידו בסיכון של תשלום פיצויים ששיעורם רב ככל האפשר? מדוע להגביל את ה״סנקציה״ שתוטל עליו לנזקים שגרם בלבד? הטעם העיקרי[142] לכך הוא זה: לעתים קרובות ראוי לעודד אדם להימנע מלהיכנס למצב שבו התנהגותו עלולה להיות רשלנית, מתוך הנחה שלעתים, ברגע נתון, עלול הוא להתרשל, אפילו אם מבחינה כלכלית אין הדבר כדאי עבורו. יש לעודד אותו אפוא, להוציא הוצאות מניעה, שתכליתן להפחית מהסיכון שיתרשל ויגרום לנזק. אולם הוצאות מניעה אלה ראוי שלא תעלנה על הנזק אשר יימנע עקב הוצאתן. על־כל־פנים, כך מתבקש אם המטרה היא לחתור ליעילות כלכלית. אם אדם יחויב לשאת ביותר מהנזקים להם גרמה התנהגותו הרשלנית, עלול הוא להוציא הוצאות רבות יותר למניעת נזקים הנגרמים כתוצאה מרשלנות מאשר רצוי היה, מבחינה כלכלית, שיוציא. על־כן תהיה זאת הרתעת־יתר. לעומת זאת, אם יחויב לשאת בדיוק בנזקים שגרם ברשלנותו, יוציא את אותן הוצאות שמבחינה כלכלית רצוי שיוציא — ההרתעה תהיה אופטימלית ויגבר הסיכוי שתושג יעילות כלכלית. אף דברים אלה ניתן להמחיש בדוגמא: אדם גורם נזקים בשיעור של אלף ש״ח בנהיגתו הרשלנית (בממוצע שנתי). הנזקים כולם נגרמים עקב בלימה אִטית מדי, שהיא בגדר התרשלות. ניתן להחליף את הבלמים בבלמים מאיכות טובה יותר, כך שלמרות תגובתו האיטית יחסית של הנהג, כל הנזקים הנגרמים עקב בלימתו האִטית יימנעו. עלות החלפתם של הבלמים הקיימים בבלמים האיכותיים (בממוצע שנתי) היא אלף וחמש־מאות ש״ח. אם יחויב הנוהג לשאת בנזקים רבים יותר מאלה שגרם — נניח — בשיעור של אלפיים ש״ח בשנה, יהיה לו תמריץ ברור להחליף את הבלמים. התנהגות זו תהיה בלתי־כלכלית ותינבע מהרתעת־יתר. לעומת זאת,

142 טעם נוסף על זה המובא להלן בטקסט הוא, שהרתעת־יתר עלולה לעתים לגרום לכך, שבני־אדם לא־רשלניים המעריכים כי התנהגותם עלולה להימצא על־ידי בית־המשפט, כריעבר, התנהגות רשלנית, יוציאו הוצאות מניעה מעבר לתוחלת הנזק של התנהגותם. להשפעתן של טעויות בתי־משפט על התנהגויות במשטר משפטי של רשלנות, ראה G. Calabresi, "Optimal Deterence and Accidents" 84 *Yale L.J.* (1975) 656, 656–662; G. Calabresi & A.K. Klevorick, "Four Tests for Liability in Torts" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 585, 618 *et seq.*.

אם ישלם בדיוק עבור הנזקים שגרם, לא יחליף את הכלמים, ויגבר הסיכוי שתושג יעילות כלכלית. ההרתעה תהיה אופטימלית.

עד כאן למדנו, שקשר סיבתי עובדתי בין התנהגותו הרשלנית של המזיק לבין הנזק מביאה להרתעה אופטימלית. הטלת אחריות על מזיק רשלן בגין פחות מהנזקים שגרם תביא להרתעת־חסר, ואילו הטלת אחריות עליו בגין יותר מהנזקים שגרם תביא להרתעת־יתר. אך כאן מתעוררת השאלה, מדוע לחייב את המזיק הרשלן בגין הנזקים שגרם בפועל ולא בגין תוחלת הנזקים של התנהגויותיו הרשלניות? הן דיני־הנזיקין תמרצו את הנתבע לכלכל את צעדיו לפי תוחלת נזקים זו; מדוע ליתן ליד המקרה לקבוע את שיעור הנזק שבו ישא? זוהי שאלה נכבדה, ולא כאן המקום לנסות וליתן לה מענה[143]. הנחתי ברשימה זו היא, כי קיים מצב משפטי נתון שבו החייב הנזיקי משלם על כל הנזקים שגרם להם בהתנהגויותיו הרשלניות[144]. בכפיפות להנחה זו ברור, שחיובו לשאת נוסף על כך בתוחלת כלשהי של נזק אשר בפועל לא נגרם על־ידו — יביא להרתעת־יתר כמוסבר לעיל. עם זאת, אפשר שבלעדי הנחה זו ניתן היה להשיג את מטרת ההרתעה האופטימלית גם בדרך חלופית של חיוב האדם, שעל התנהגותו מעוניינים דיני הנזיקין להשפיע, בתוחלת הנזקים של התנהגויותיו הרשלניות[145] ולא בנזקים שגרם ברשלנותו בפועל. אף בהיעדר אפשרות לחייב את האדם בנזקים שגרם, חיובו בגין תוחלת הנזקים של התנהגויותיו הרשלניות הופך להיות פתרון סביר למדי[146].

האם המסקנה העולה מהדיון עד כה היא, שבקבוצת המקרים הראשונה אין מקום להטיל אחריות קיבוצית מהטעם שלא הוכח קשר סיבתי בין התנהגות הנתבע הרשלן לבין נזקו של התובע? התשובה לשאלה זו היא שלילית. כל שעולה מהדיון הוא, שיש להימנע מהרתעת־יתר (וכמו־כן — מהרתעת־חסר). אין להטיל על אדם לשלם פיצויים מעבר לנדרש לשם כיסוי הנזקים להם התנהגותו הרשלנית גרמה. יתרה מזו: כפי שניווכח מיד, ראוי להכיר בחריגים אפילו לעיקרון זה.

אפתח במקרי ה־D.E.S. ודומיהם[147]. חיובה של כל אחת מהנתבעות הרשלניות

143 נראה שדי להזכיר את הקושי הפרקטי לאתר כל מי שהתנהגותו רשלנית ולגבות ממנו פיצויים לפי תוחלת הנזק של התנהגותו, אפילו לא גרמה לנזק. גרם הנזק מהווה אפוא דרך נוחה יחסית לאתר התנהגות רשלנית, ולעתים עשוי אף להוות אינדיקציה מסוימת לחומרתה. נוסף על כך, הטלת אחריות בגין נזק שנגרם — ולא, למשל, בגין תוחלת נזק — ממחישה למזיק הפוטנציאלי באיזה פיצוי עתיד הוא לשאת אם לא ינקוט פעולות־מניעה כאלה או אחרות. לדיון מקיף בשאלה מדוע מוטלת אחריות בנזיקין רק כאשר נגרם נזק בפועל, ראה G. Calabresi, "Concerning Cause and the Law of Torts — An Essay for Harry Kalven ,Jr." 43 *U. Chi. L. Rev.* (1975) 69; G.O. Robinson, "Multiple Causation in Tort Law — Reflections on the DES Cases" 68 *Va. L. Rev.* (1982) 713, 737–738.

144 בכפוף למגבלות מסוימות, בעיקר של ריחוק הנזק.

145 יש להבחין בין תוחלת הנזקים של התנהגויותיו הרשלניות לבין תוחלת כללית של נזקיו הרשלניים. בעוד שהראשונה עניינה בצירוף תוחלות הנזק של התנהגויות רשלניות ספציפיות שאירעו בפועל, הרי השנייה עניינה בסיכון שאדם יגרום נזקים רשלניים באופן כללי בעת עיסוקו הרגיל והמתמשך בפעילותו. ראה לעיל, ליד הערה 137.

146 לכך כי לעתים, מהיבט ההרתעה, ניתן לוותר על סיבתיות עובדתית ולהטיל אחריות על מי אשר הגביר את הסיכון לאירוע הנזק, אפילו אי־אפשר להראות שגרם לו, ראה Calabresi, "Concerning Cause", *supra* note 143, at p. 86–87.

147 Sindell, *supra* note 36.

לשאת בסופו של דבר בנזקיה של כל תובעת לפי חלקה בשוק יביא לידי כך, שכל חברה תישא פחות או יותר בנזקים להם גרמה ברשלנותה כפועל, לא פחות ולא יותר. זוהי הרתעה אופטימלית. רק כך יהיה בעתיד תמריץ כלכלי ברור ליצרניות של תרופות להשקיע משאבים ראויים בבדיקתה של בטיחות השימוש בתרופותיהן, בנִטרול אופטימלי של תופעות־לוואי, בהשקעה ראויה במחקר ובפיתוח וכדו׳[148]. לפטור את הנתבעות מאחריות במקרי ה־D.E.S., כמוהו כמתן "אור ירוק" ליצרניות של תרופות — ולמעשה, לכל מי שפעילותו גורמת נזק אשר קשה לזהותו על ניזוק ספציפי — להמשיך בדרכיו הנלוזות. הדבר יביא להרתעת־חסר. ניתן לומר, שחיובה של כל אחת מהיצרניות בנזק לפי חלקה בשוק אינו אלא חיובה בסופו של דבר בתוחלת הנזקים של התנהגויותיה הרשלניות[149]. כפי שצוין קודם, לא זו הדרך בה הולכים דיני־הנזיקין בדרך־כלל. אך כאשר ברור בעליל, שיש מניעה אובייקטיבית ושיטתית להוכיח קשר סיבתי עובדתי ממשי בין התנהגות רשלנית לנזק ספציפי, חיובו של המזיק לשאת בתוחלת הנזק של התנהגותו זו הופך להיות פתרון טוב למדי. בכך יתומרץ כראוי להקטין את תוחלת הנזק, ובדרך זו — לצמצם את הנזקים הנגרמים על־ידו.

עם זאת, הטלת אחריות קיבוצית אינה מבטיחה באופן מוחלט, שההרתעה תהיה אופטימלית. בעיה אחת העשויה למנוע השגת יעילות כלכלית היא, שלעתים מניעת הנזק (או צמצומו) תוצדק, כלכלית, רק אם כל היצרניות יפעלו במשותף לשם כך, אך לא אם כל אחת מהן תפעל בנפרד[150]. כך, בדוגמת ה־D.E.S., ייתכן שמניעת הנזק היא יקרה מאוד ודורשת מחקר מסובך ומתמשך. עדיין ייתכן שהמניעה מוצדקת כלכלית, שכן עלותן של הוצאות המניעה נמוכות מהנזק הכללי שהתרופה גורמת. יצרנית אחת לא תעמוד לבד בהוצאות כאלה, מה גם שאפילו היתה משקיעה אותן היתה חוסכת לעצמה נזקים שאינם מצדיקים את ההשקעה. זאת ועוד: היצרנית שתשקיע השקעה כזו חשופה לטפילות (freeriding) מצדן של יצרניות אחרות,

148 אמנם, כל יצרנית תגלגל את סך הפיצויים שתחויב בהם ואת הוצאות מניעת הנזקים על הצרכנים, דרך מחירו של המוצר; כרם, עובדה זו אינה גורעת מתמריציה להקטין את הסך האמור כמידת יכולתה, דבר שיאפשר לה להוריד את מחיר המוצר וכך להתחרות בהצלחה ביצרניות אחרות. להצדקות כלכליות של דוקטרינת ה־Market Share Liability, כמו גם לחסרונותיה, ראה בין היתר, Rosenberg, *supra* note 8, at p. 861–877; N. Sheiner, "D.E.S. and a Proposed Theory of Enterprise Liability" 46 *Fordham L. Rev.* (1978) 963, 1003–1006. רשימה אחרונה זו פורסמה לפני שנפסק עניין Sindell, וניתן לומר שצפתה את דוקטרינת ה־Market Share Liability (אפילו אם לא בשמה), לפני שאומצה בפסיקה. לניתוח תמריציהם של יצרנים ראה גלעד, "אחריות למוצרים", (לעיל, הערה 37), 184-187.

149 ייתכן שניתן לטעון כי מדובר בתוחלת כללית של נזקים רשלניים. ראה לעיל, ליד הערה 137. על־פי המינוח שאימצתי ברשימה זו, כאשר ישנם נתונים ספציפיים על ההתנהגות שגרמה לנזק, והסיכון לנזק נבדק לפי זה — מדובר בתוחלת נזק ולא בתוחלת כללית של נזקים רשלניים. לא תמיד חלק בשוק משקף את מידת הסיכון המדויק שיוצרת כל יצרנית. היו אפוא בתי־משפט אמריקניים שדיברו על מידת הסיכון, כאשר החלק בשוק הוא גורם אחד, אך לא יחיד, לבחינתה של מידה זו. ראה לעיל, הערות 43-44. שימוש בחלק בשוק חוסך הוצאות מנהליות שהיו נגרמות לו באמת ובתמים היו בוחנים את כל הגורמים המגדירים את מידת הסיכון שבהתנהגותה של כל יצרנית ויצרנית. ראה הדיון להלן.

150 במשטר משפטי של רשלנות ייתכן לטעון שאי־מניעת הנזק אינה התרשלות במקרה כזה וממילא אין תמריץ לאיש להשקיע במניעתו. הדיון להלן מניח את ההיפך. לפי המצב המשפטי בישראל היינו אומרים כי יש פגם בדגם. (לעיל, הערה 37). נראה, כי קיומו של פגם כזה אינו נמדד לפי יכולתו של כל יצרן ויצרן, לו פעל לבד, לתקן את הפגם. השווה גלעד, "אחריות למוצרים", (לעיל, הערה 37), 201 ואילך.

העלולות לעשות שימוש בתוצאות המחקרים שבהם השקיעה היצרנית הראשונה ממון רב, מבלי לשאת בעלותם (מה שיאפשר להן להוזיל את מחיר התרופה לעומת היצרנית שהשקיעה במניעה ולהתחרות בה בהצלחה)[151]. בעיית הטפילות עלולה אף למנוע שיתוף־פעולה בין היצרניות. הגם ששיתוף־פעולה כדאי לכאורה לכולן, עלולה לחשוב כל יצרנית לעצמה, שמניעת הנזק תתבצע אף בלעדיה והיא תוכל ליהנות מפירותיה מבלי לשאת בעלות כלשהי. לכן יכול שתעדיף לא לשתף־פעולה (או להציע שיתוף־פעולה בתנאים מועדפים לעומת יצרניות אחרות)[152].

בעיה שנייה הנוגעת להטלת אחריות קיבוצית וליעילות כלכלית היא, שלעתים יצרנית כזו או אחרת שתשקיע במניעה, לא תצליח לשכנע את בית־המשפט בשלב מאוחר יותר שאכן הצליחה לצמצם את נזקיה, אפילו אם עשתה כן. התוצאה תהיה, שלמרות השקעתה במניעה, לא יקטן חלקה בנטל הנשיאה בנזקים הנגרמים על־ידי מי מבין חברי הקבוצה עליה היא נמנית, בנסיבות שזהותו אינה ידועה. ממילא יחליש הדבר את תמריציה להקטינם. בעיה זו ודרך אפשרית אחת להתגבר עליה, לפחות במקרים מסוימים, תידון בפרק הבא[153].

בעיה שלישית, עניינה בהוצאות המנהליות הכרוכות בהפעלתו של משטר משפטי המבוסס על אחריות קיבוצית, במקרים דוגמת מקרי ה־D.E.S. אם משטר זה מחייב להטיל אחריות על כל יצרנית בדיוק לפי מידת הסיכון שיצרה בהתנהגותה כלפי התובעת הספציפית, אזי ניהולו של משטר זה הופך להיות יקר מאוד. זאת מכיוון שבכל משפט ומשפט יתעורר מחדש הצורך להעריך את מידת הסיכון שיצרה אותה יצרנית מסוימת בהתנהגותה: ייתכן, למשל, שהיצרנית סיכנה תובעת מסוימת באורח ניכר (למשל: מכיוון שאמה רכשה את התרופה מבית־מרקחת שרכש את עיקר מוצריו מאותה יצרנית), ואילו תובעת אחרת — סיכון אפסי (למשל: מכיוון שבעיר־מגוריה של אִמה כמעט שלא נמכרו כלל מוצריה של אותה יצרנית). דרך אפשרית להתגבר על הבעיה, שאומצה לאחרונה על־ידי בית־המשפט העליון של מדינת ניו־יורק היא כי כל יצרנית ויצרנית תפצה את התובעות לפי חלקה בשוק הלאומי, ואין זה משנה כלל ועיקר מה מידת הסיכון שבו העמידה את התובעת הספציפית. דרך זו חוסכת הוצאות מנהליות (שכן יש לקבוע פעם אחת בלבד את חלקה של כל נתבעת בשוק[154]) וסביר שתביא בסופו של דבר להקצאה מדויקת של הנזקים לנתבעות השונות. ממנה אף עולה, וכך נפסק באותו פסק־דין של

151 השווה K.M. Zitzer & M.D. Ginsberg, "Illinois Rejects Market Share Liability — A Policy Based Analysis of *Smith* v. *Eli Lilly & Co.*" 79 *Kent. L.J.* (1990–1991) 617, 642.

152 השווה S. Rose-Ackerman, "Market-Share Allocations in Tort Law — Strengths and Weaknesses" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 739. לבעיית טפילות בדיני־נזיקין, אם כי בהקשר לדיני־מִטרדים ולאפשרות שהיא מונעת מלהגיע לעִסקאות הרצויות בסופו של דבר לכולם, ראה G. Calabresi & A.D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules & Inalienability — One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089. כנגד האמור בטקסט להערה זו ניתן לטעון, שכמעט תמיד יש בידי היצרן היחיד לפעול לשם מניעת נזקים, לפחות על־ידי מתן אזהרות מתאימות למשתמשים בתרופה. ראה R.A. Bays, "The Market Share Theory: Sindell's Contribution to Industry-Wide Liability" 19 *Houston L. Rev.* (1981) 107, 137.

153 להלן, ליד הערות 194-195.

154 בהנחה שקביעה זו תחייב אותה גם במשפטים אחרים.

בית־המשפט בניו־יורק, שאפילו תצליח יצרנית מסוימת להוכיח כי במקרה נתון המוצר שלה בודאות לא גרם לנזק, לא תפטור את עצמה מאחריות ותחויב לשאת בנזק לפי החלק שלה בשוק. הדרך היחידה בה עשויה יצרנית לפטור את עצמה מאחריות — כך סבר אותו בית־משפט — היא על־ידי כך שתוכיח כי התרופה שלה לא שווקה כלל בתקופה שבו היתה אִמה של התובעת בהריון[155]. בתי־משפט אחרים בארצות־הברית, שלא אימצו את שיטת ״השוק הלאומי״ ואשר סברו כי יש לבחון את השוק הרלבנטי בכל מקרה ומקרה בנפרד, ניסו להתגבר על הקושי להוכיח את מידת הסיכון שיצרה כל יצרנית כלפי התובעת על־ידי שימוש בחזקות ראייתיות. כך, למשל, היו שקבעו חזקה, שעל־פיה חלקה של כל נתבעת בשוק זהה לחלקן של הנתבעות האחרות וכי לכל הנתבעות יחדיו 100% של השוק הרלבנטי; אולם מי שתוכיח כי חלקה קטן יותר, תשא בחלק מהנזק בהתאם לחלקה המוכח בשוק[156]. עלות הפעלתה של שיטה אחרונה זו יקרה יותר מזו הניו־יורקית[157,158].

שתי הבעיות הראשונות שהוזכרו אינן גורעות מן הטענה, שהטלת אחריות קיבוצית עדיפה על־פני אי־הטלתה במקרים דוגמת מקרי ה־D.E.S. לעומת זאת, הבעיה השלישית, עשויה לשמש טענה נגד הטלת אחריות קיבוצית, אם כי נראה שניתן להתגבר עליה בדרכים פחות קיצוניות מאשר על־ידי דחייתה של הדוקטרינה כליל.

קשה קצת יותר הוא מקרה Summers[159] (ציידי השלווים). במקרה זה הטלת אחריות על שני הנתבעים הביאה לכך, שאחד מן השניים חויב לשאת בנזקים,

155 Hymovits, *supra* note 44. לביקורת על גישה קיצונית זו, ראה L.A. Abrams, "The D.E.S. Dilemma — A Study in How Hard Cases Make Bad Law" 59 *U. Cincin. L. Rev.* (1990) 489, 507–512. לתמיכה נלהבת בה, ראה Twerski, *supra* note 39, at p. 872–873.

156 *Martin*, *supra* note 42, at p. 383. כן ראה לעיל, הערה 44.

157 היה מי שטען, שסירובם של בתי־משפט להטיל אחריות קיבוצית על־פי השוק הלאומי, כמו גם נכונותם לפטור מאחריות יצרנית המוכיחה כי במקרה הנתון לא המוצר שלה גרם לנזק, נובעים מדבקות בעקרון הסיבתיות המסורתי, שלמעשה נגטש בעת שאומצה דוקטרינת ה־Market Share Liability. ראה Twerski, *supra* note 39, at p. 870–873. הטלת אחריות קיבוצית לפי חלק שוק, ותהיה הווריאציה שתאומץ כאשר תהיה, מעוררת בעיות קשות הנוגעות לכך שחלק מהיצרניות אינן קיימות עוד; את חלקן אין אפשרות לתבוע בכל המדינות של ארה״ב ואת חלקן בשוק של יצרניות רבות קשה להגדיר. ראה P. D. Rheingold, "The Hymowitz Decision — Practical Aspects of New York D.E.S. Litigation" 55 *Brooklyn L. Rev.* (1989–1990) 883, 894.

158 טיעון נוסף שהובא כנגד דוקטרינת ה־Market Share Liability הוא, שהשימוש בה יביא להצפת תביעות: התובע כמעט שאינו נושא בעלות כלשהי, שכן אין הוא נדרש להביא ראיות להוכחת זהותו של המעוול, והוא יפנה לבית־המשפט בנסיבות, שבהן לא היה עושה כן לו נשא בעלויות הרגילות הכרוכות בהבאת ראיות כאלה. Robinson, *supra* note 143, at p. 732. לחסרונה של הדוקטרינה מהבט ההוצאות המִנהליות בהפעלתה, ראה גם Zitzer & Ginsberg, *supra* note 151, at p. 645–649; A.G. Celli, "Towards a Risk Contribution Approach to Tortfeasor Identification and Multiple Causation Cases" 65 *N.Y.U.L. Rev.* (1990) 635. להצעות אפשריות לפתור את בעיית מקרי ה־D.E.S. ודומיהם, בדרכים חלופיות, בין היתר ביטוח צד א, ראה R.A. Epstein, "The Legal and Insurance Dynamics of Mass Tort Litigation" 13 *J. Leg. Stud.* (1984) 475, 494 *et seq.*; L.L. Boden " Comment on Epstein" 13 *J. Leg. Stud.* (1984) 507, 514 *et seq.*; K.S. Abraham, "Individual Action and Collective Responsibility — The Dilemma of Mass Tort Reform" 73 *Va. L. Rev.* (1987) 845, 883 *et seq.*.

159 *supra* note 32.

הגם שלא גרם לכל נזק שהוא[160] (ולא רק שלא גרם לנזק הספציפי שנתבע בגינו, כבמקרי ה־D.E.S.) (חתך מיון נוסף מס׳ 2[161]). באשר לצייד זה נוצרה לכאורה הרתעת־יתר, וכבר ראינו במה חסרונה.

דרך אחת לענות על טיעון זה היא לומר, כי המקרה שאירע בעניין Summers הוא נדיר, חד־פעמי ומיוחד במינו. במקרים מעין אלו הופכים שיקולי הרתעה להיות מלאכותיים מאוד (חתך מיון נוסף מס׳ 3[162]), והשאלה על מי תוטל אחריות אינה מעלה ואינה מורידה. הטעם לכך פשוט: ביסוד שקילתם של שיקולי הרתעה קיימת הנחה, שמי שיכול למנוע את הנזק שוקל אם למונעו או לא בהתחשב בסיכון שיארע נזק ואשר בגינו הוא יימצא אחראי מחד גיסא, ובהוצאות המניעה, מאידך גיסא. כאשר סיכוי התרחשותו של הנזק הוא אפסי, אין הסיכון משפיע על מערכת שיקוליו של אדם. אכן, זו אחת הדרכים להצדיק, משיקולי הרתעה ויעילות כלכלית, את מבחן הציפיות הטכנית הנוהג לעניין קיומם של חובת זהירות וקשר סיבתי משפטי[163].

נניח עתה, שאין מדובר באירועים חריגים, אלא שקורה מדי פעם בסוג מסוים של פעילות, דוגמת ציד, שנגרם נזק ברשלנות, ואין אפשרות לזהות מי מבין הציידים שהשתתפו בציד ושנהגו ברשלנות גרם לו (להלן: הנחת ריבוי המיקרים). נבחן שתי אפשרויות: האחת, שאיש מבין הציידים לא ישא בנזק (דהיינו: לא תוטל אחריות קיבוצית); והשנייה, שהנזק יחולק ביניהם לפי תוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית של כל צייד וצייד (דהיינו: תוטל אחריות קיבוצית)[164]. תוחלת הנזק תימדד לפי מידת רשלנותו של כל צייד וצייד כלפי הניזוק[165].

איזו מבין שתי האפשרויות יש להעדיף? האפשרות הראשונה גורמת ל״הרתעת־חסר״. כל צייד ידע שישלם פיצויים פחותים מהנזקים שיגרום. על־כן לא תעמוד לנגד עיניו התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים[166], אלא שיעור נזק קטן יותר שבו יחויב לשאת. ממילא הוצאות המניעה שיהיה מוכן להוציא עלולות להיות מועטות יותר מאלו שהיה מוציא אילו ראה לנגד עיניו את מלוא התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים[167]. אמנם, אם הנחתנו היא שנזקי הציד נגרמים לציידים בלבד, כל צייד יקח בחשבון שיקוליו את האפשרות שאולי הוא יהיה הנפגע, אשר לא יוכל לזהות

160 למעשה ייתכן שגרם לנזק. ראה לעיל, הערה 33. לצורך הפשטות הנחתי היא, שהנזק לעין היה הנזק היחיד.

161 לעיל, תת־פרק ג 4.

162 שם.

163 R.A. Posner, *Economic Analysis of Tort Law* (Boston & Toronto, 3rd ed., 1986) 170.

164 לדוגמא: תוחלת הנזק של צייד א היא 10, ושל צייד ב — 20. הנזק שנגרם — 3000. צייד א ישא ב־1000, וצייד ב — ב־2000.

165 כזכור, תוחלת הנזק היא פונקציה של סיכוי אירועו של הנזק וגודלו אם יארע. ככל שמכפלתם גדולה יותר וככל שהוצאות המניעה נמוכות יותר, כך גדלה ההתרשלות. במקרה הציידים הוצאות המניעה המיידיות הן אפסיות. על־כן מידת ההתרשלות תיקבע בעיקרה לפי גודל המכפלה האמורה בלבד.

166 תוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית לא תשפיע עליו בדרך־כלל באורח ממשי. המעשה הרשלני הספציפי נעשה מן הסתם בנסיבות שבהן אין לצפות כי הצייד יפעל על־פי שיקולי ״רווח — הפסד״. לכן ראוי לדכר על השלב שכו יכול הצייד להימנע מלהיכנס למצבים שבהם הוא עלול לגרום לנזק ברשלנות. ובשלב זה עומדת לנגד עיניו התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים. ראה לעיל, הערה 137.

167 אם כי עשויים להתקיים גם תמריצים לא־כלכליים, כגון אי־הרצון לסכן אחרים מטעמים מוסריים.

את מי שפגע בו ועל־כן ייוותר עם הנזק על כתפיו. בדרך זו יקח כל צייד בחשבון חישוביו פחות או יותר[168] את התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים. אולם בהנחה שהניזוקים אינם בהכרח ציידים, בעיית ״הרתעת החסר״ תורגש היטב.

לעומת זאת, האפשרות השנייה מביאה להרתעה אופטימלית. במקרה שנגרם נזק בפעילות הצייד ולא ניתן לזהות את מי שגרם לו, יהיה כל צייד צפוי לשאת בחלק מהנזק, בהתאם לתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית[169]. סביר אפוא להניח, שלנגד עיניו תעמוד התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים, כשם שיש להניח כי את שיעורה ינסה להפחית באמצעות השקעה באמצעי־מניעה.

אחת הטענות שניתן לטעון נגד הניתוח דלעיל היא, שהוא לוקה במלאכותיות רבה: אין זה סביר לצפות שכל צייד וצייד ידייק בשיקולי רווח והפסד עד כדי התחשבות באפשרויות די רחוקות של גרם נזק על־ידי צייד בלתי־מזוהה. מדובר בבני־אדם ששיקוליהם נסמכים לעתים קרובות על מידע חסר או לקוי ואשר אי־רציונליות עשויה לאפיין לא אחת את התנהגויותיהם. אין כל דמיון — ימשיך הטעון — בין דוגמת הציידים לבין יצרניות ה־D.E.S. אשר סביר הרבה יותר להניח שישקלו באמת ובתמים שיקולי רווח והפסד מעין אלה.

תשובה אחת לטיעון זה היא, שגם אם רבים אינם שוקלים במדויק שיקולי רווח והפסד, הרי כאשר מסתכלים לא על הפועל היחיד, הצייד בענייננו, אלא על כל אלו הפועלים במסגרת פעילות נתונה — סביר להניח שסיכוייהם להגיע ליעילות כלכלית רבה יותר אם הכלל המשפטי יהיה שכל אחד נושא בנזקים שגרם בפועל (או בחלק מהנזק, בהתאם לתוחלת נזקיו, אם לא ידוע האם גרם בפועל נזקים וכמה) ולא בפחות (או יותר) מהם.

תשובה שנייה, משכנעת אולי יותר היא, שקיומו של ביטוח הופך את שיקולי הרווח וההפסד מדויקים למדי. קיומו של ביטוח מגדיל את הסיכוי שתושג הרתעה אופטימלית (חתך מיון נוסף מס׳ 4[170]). הציידים, שאולי לא היו מסוגלים להעריך בכוחות עצמם את התוחלת הכללית המדויקת של נזקיהם הרשלניים נדרשים

168 אך לא במדויק. ייתכן, למשל, שלצייד מסוים יש סיכון להיפגע רב מהממוצע; וסיכון לפגוע — פחות מהממוצע, או להיפך.

169 יש לשים לב לכך, שהרתעה אופטימלית תושג אם האחריות לנזק תחולק בין שני הציידים לפי תוחלת הנזק של התנהגויותיהם הרשלניות, ולא רק לפי הסיכוי שכל אחד מהציידים יגרום לנזק כלשהו, בנתון התנהגותו הרשלנית. לכן, אם בדוגמא שהובאה לעיל, בהערה 164, לגבי צייד א סיכוי אירוע נזק כלשהו הוא 1/1000, ושיעור הנזק הממוצע הצפוי (ואליו יש להתייחס) הוא 10,000 (ולכן תוחלת הנזק היא 10); ולגבי צייד ב סיכוי אירוע נזק כלשהו הוא גם־כן 1/1000, אך הנזק הממוצע הצפוי הוא 20,000 (ולכן תוחלת הנזק היא 20) — האחריות לנזק לא תחולק ביניהם שווה בשווה (לפי ההסתברות שמישהו מביניהם גרם לנזק כלשהו), אלא ביחס של 2:1 (צייד א — 1000, וצייד ב — 2000). רק בדרך זו יראה כל צייד לנגד עיניו בדיוק את התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים, לא פחות ולא יותר. קל להמחיש את העיוות שייווצר אם האחריות לנזק תחולק לפי ההסתברות שכל צייד גרם לנזק כלשהו. נניח ששני הציידים שבדוגמא מעורבים יחדיו בכמה תאונות־צייד שבהן לא ניתן לזהות מי מביניהם פגע בניזוק, אך ברור ששניהם התרשלו. סביר להניח, שאפילו אם הסיכוי של שניהם לגרום נזק הוא זהה, בסך־הכל צייד א גרם ל־1/3 מהנזק, ואילו צייד ב — ל־2/3 ממנו. אילו הנזקים יחולקו ביניהם שווה בשווה, נקל לראות שלא תושג הרתעה אופטימלית; לא כן אם הנזקים יחולקו ביניהם ביחס של 2:1. השווה Robinson, *supra* note 143, at p. 757 *et seq.*.

170 לעיל, תת־פרק ג 4.

לשלם פרמיה המשקפת את מידת הסיכון שחברת־הביטוח נוטלת על עצמה. חברת־הביטוח, כמי שמתמחה ב״מסחר״ בסיכונים, תיקבע את שיעור הפרמיה בהתחשב בנתון שבמקרים מסוימים תוטל אחריות קיבוצית, כמו גם בנתון שלא תוטל אחריות כזו. לה תהיה אולי היכולת לעשות את שכל צייד וצייד לא יכול היה לעשות לבדו ולהעריך את סיכוני אירועו של נזק שגורמו אינו מזוהה. על־כן, אם תוטל אחריות קיבוצית — ישא המבוטח בפרמיה המשקפת את התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים; ואם לא תוטל אחריות כזו — ישא בפרמיה נמוכה מהתוחלת הכללית האמורה. תשלום עבור תוחלת כללית זו — לא פחות וגם לא יותר — הוא שיבטיח הרתעה אופטימלית[171].

ניתוח הווריאציה לפסק־דין עמיר[172] (שלפיה כל הנתבעים רשלניים, אך לא ניתן לדעת רשלנותו של מי גרמה לנזק) דומה לניתוח מקרה Summers. השאלה עד כמה שיקולי הרתעה תומכים בהטלת אחריות קיבוצית, תיענה אף כאן לפי מידת תדירותן של תאונות־עבודה בענף הבנייה, שכהן לא ניתן לזהות את המעוול הספציפי. קיומו של נוהג לבטח ביטוח צד ג בענף עשוי אף הוא להיות שיקול בעד הטלת אחריות קיבוצית, מהטעמים שהובאו לעיל.

לסיכומו של תת־פרק זה ניתן לומר, ששיקולי הרתעה מצדיקים הטלת אחריות קיבוצית בקבוצת המקרים הראשונה. בהתקיים **הנחת ריבוי המקרים והנחת קיומו** של ביטוח מתחזק טיעון ההרתעה. אולם התקיימותה של ההנחה השנייה אינה חיונית כאשר בני הקבוצה שהמעוול אשר גרם לנזק נמנה עליה, יכולים להעריך כראוי בכוחות עצמם את סיכון אירועם של נזקים, בכלל, ושל נזקים שגורמם אינו מזוהה, בפרט.

(ב) קבוצה ב: לא הוכח אשם

גם במקרים הנכללים בקבוצה זו, כמו אלו הנמנים על קבוצת המקרים הראשונה, חשיבותם של שיקולי הרתעה בולטת כאשר אירועי הנזק, שבהם לא ניתן לזהות את המעוול אשר גרם להם ברשלנותו, מתרחשים מדי פעם בסוג פעילות מסוים ואינם אירועים חד־פעמיים (חתך מיון נוסף מס׳ 3[173]) (**הנחת ריבוי המקרים**). קיומו של ביטוח עשוי אף הוא להיות גורם בעל חשיבות לעניין זה (חתך מיון נוסף מס׳ 4[174]) (**הנחת קיומו של ביטוח**); אך זאת בעיקר באותם מקרים, שבהם לבני־הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק אין יכולת טובה להעריך כראוי מראש את התוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים, בכלל, ואת התוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים כאשר זהות הרשלן אינה ידועה, בפרט.

כפי שהובהר קודם, על־פי תיאוריית הרשלנות, הרתעה אופטימלית תושג כאשר כל אחד מבני הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק, ישא בנזקים שגרם

171 כאמור לעיל, הערה 134. שיעור הפרמיה למעשה יהיה גבוה יותר מהתוחלת הכללית של הנזקים הרשלניים. מכל־מקום, ניתן לומר כי ההפרש שהמבוטח מוכן לשלם משקף את ״שנאת הסיכון״ שלו. כן ראה (לעיל, הערה 135).

172 לעיל, הערה 9.

173 לעיל, תת־פרק ג 4.

174 שם.

ברשלנות. כאשר אין אפשרות לדעת אילו נזקים גרם ברשלנות (ואם בכלל גרם), חיובו בחלק מהנזקים בהתאם לתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית עשוי להיות פתרון סביר המשרת טוב יותר מכל פתרון אחר את המטרה להרתיע באורח אופטימלי מזיקים רשלנים פוטנציאלים. השאלה העולה בקבוצת המקרים השנייה היא, כיצד ראוי לנהוג בשעה שלא ניתן להעריך את תוחלת הנזק של התנהגויותיהם הרשלניות של בני הקבוצה שעליה נמנה המעוול המזיק. הן במסגרת קבוצה זו של מקרים ההנחה היא, שרק אחד מהגורמים לנזק היה רשלן וזהותו אינה ידועה. שאר בני הקבוצה לא היו רשלנים, אך גם זהותם אינה ידועה. בהיעדר יכולת לדעת מי היה רשלן ומי לא, אין אפשרות לדעת את תוחלת הנזק של התנהגותו של כל אחד מבני הקבוצה (הקשורה קשר הדוק לשאלה אם התרשל) ואף אין דרך לברר למי מביניהם היתה בכלל תוחלת נזק של התנהגות רשלנית — תוחלת נזק המהווה את הבסיס להטלת אחריות במסגרת הקבוצה הראשונה.

האינטואיציה הראשונית היא לחייב הטלתה של אחריות קיבוצית, באופן שכל גורם ישא בסופו של דבר בחלק שווה מהנזק. האם עדיפה אפשרות זו (להלן: ״האפשרות הראשונה״) על־פני אי־הטלתה של אחריות קיבוצית (להלן: ״האפשרות השנייה״)? נבחן שאלה זו על דוגמת הנהגים, שגרמו לתאונה שבה נפגע נוסע או הולך־רגל, מבלי שניתן לדעת מי מביניהם היה הרשלן שגרם לתאונה. כן נניח, שאירועים כאלה קורים לעתים (ואין זה אירוע יחיד וזניח) (הנחת ריבוי המקרים) וכי פעילות הנהיגה בדרך־כלל מבוטחת (הנחת קיומו של ביטוח). הנחה נוספת היא, שבניגוד למצב המשפטי השורר בישראל, חברות־הביטוח אינן מחויבות לגבות שיעורי פרמיה המוכתבים להם על־ידי המחוקק, שיעורים שבינם לבין תוחלת הנזק הכללית של כל נהג ונהג אין ולא כלום[175]. ההנחה האחרונה שנניח היא, שהמשטר המשפטי החל על האירוע הוא משטר משפטי של רשלנות.

אימוץ האפשרות הראשונה יביא להרתעת־חסר של נהגים לא זהירים. חברת־ביטוח המבטחת נהג לא־זהיר תגבה ממנו פרמיה נמוכה יותר משהיתה גובה ממנו לו היתה דרך לזהות תמיד מי גרם ברשלנותו לתאונה. נהג זה ישלם אפוא פרמיה נמוכה יותר מהתוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים, והוא ייצא נשכר מבעיית הזיהוי. לעומת זאת, הנהג הזהיר יורתע הרתעת־יתר. חברת־הביטוח המבטחת אותו תגבה ממנו פרמיה גבוהה יותר משהיתה גובה ממנו לו זיהוי האשם בתאונה היה אפשרי בכל מקרה. הנהג הזהיר ישלם פרמיה גבוהה יותר מהתוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים, וכך למעשה ישלם, באמצעות הפרמיה, בעבור נזקים שלא גרם להם ברשלנות. הוא יימצא נפגע מבעיית הזיהוי.

אימוץ האפשרות השנייה יחריף את תופעת הרתעת־החסר של נהגים לא־זהירים. הנהג הלא־זהיר ״ירוויח״ עוד יותר מבעיית הזיהוי מאשר היה מרוויח לפי האפשרות הראשונה. פרמיית־הביטוח שתיגבה מהנהג הלא־זהיר תפחת בשיעור נוסף. עם זאת, הנהג הזהיר לא ייאלץ לשלם באמצעות הפרמיה בעבור נזקים שלא גרם להם

175 ראה צו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (שיעורי דמי ביטוח), תשנ״א-1990, (לעיל, הערה 135).

ברשלנות. הפרמיה תשקף טוב יותר את התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים, והוא יורתע באופן אופטימלי פחות או יותר[176].

ההכרעה בין שתי האפשרויות איננה חד־משמעית. נקל לראות שעל־פי שתיהן לא תושג הרתעה אופטימלית. כיצד, אפוא, תושג בכל־זאת הרתעה אופטימלית בקבוצה זו של מקרים? כפי שהוסבר קודם־לכן, יש לשאוף לכך שכל נהג יחויב לשאת בנזקים שגרם ברשלנותו. תחליף אפשרי, כאשר לא ברור מי גרם ברשלנותו לנזק, הוא לחייבו בחלק מהנזק לפי תוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית. כך הומלץ לעשות בקבוצת המקרים הראשונה. כאשר התחליף עצמו אינו אפשרי, ראוי לנקוט דרך אחרת אשר תביא קרוב ככל האפשר לכך, שכל נהג ישא בנזקים שגרם (או יגרום) ברשלנות. דרך זו היא, לחייב כל נהג לשאת בחלק מהנזק שנגרם, לפי מידת הסיכון שיש בו לגרום נזק ברשלנות. הערכתו של סיכון זה אינה צריכה להיעשות רק על־פי נתונים הקשורים לאירוע התאונה. לו כך התבצעה ההערכה, נראה כי במקרים רבים הנכללים בקבוצה השנייה של המקרים היתה חלוקת נטל הנשיאה בנזק מתבצעת שווה בשווה. אופן חלוקה כזה אינו יוצר הרתעה אופטימלית כמוסבר לעיל. על־כן יש לבחון אף נתונים נוספים, המעידים על ההסתברות שכל אחד מהנהגים היה רשלן ועל שיעור הנזק שהוא עלול היה (הסתברותית) לגרום ברשלנותו זו. למעשה, נתונים אלה הם המשמשים חברות־ביטוח לקביעת התוחלת הכללית של נזקים רשלניים של כל אחד מהנהגים. על־כן, יהיו טובים לעניין זה נתונים המתייחסים למידת הסיכון שבכל אחד מהנהגים, ובכלל זה נתונים סטטיסטיים המתייחסים לגיל, לוותק בנהיגה, למצב בריאותי וכדו׳, וכן נתונים המתייחסים למידת הסיכון שברכבו[177]. אולם יש לשים לב לכך, שלא כל הנתונים המשמשים להגדרת התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים של נהג יהיו רלבנטיים לשם קביעת ההסתברות שהיה רשלן בגרם התאונה הספציפית. הנתונים שלא יהיו רלבנטיים הם אלה המצביעים על הסתברות מעורבותו של הנהג בתאונה, אך עם זאת אינם מצביעים על ההסתברות שהתרשל בתאונה שמעורבותו בה אינה מוטלת בספק. כך, מידת האינטנסיביות שבה נוהג כל נהג משפיעה על סיכוייו להיות מעורב בתאונה, ועל־כן — אף להיות מעורב בתאונה ברשלנות. אך נתון זה כשלעצמו אינו רלבנטי כלל לבירור ההסתברות שבתאונה ספציפית שאירעה, היה הנהג רשלן.

אימוץ דרך זו יגרום לחברת־הביטוח לגבות מכל נהג פרמיה אשר מחירה ישקף את התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים. הנהג שסיכוייו לגרום נזק ברשלנות קטנים, ישלם פרמיה נמוכה יחסית; ואילו הנהג שסיכוייו לגרום נזק ברשלנות גדולים, ישלם פרמיה גבוהה יותר. כך תושג הרתעה אופטימלית.

אימוץ דרך זו יביא להרתעה אופטימלית אף בהיעדר ביטוח, לפחות אם לבני הקבוצה שעליה נמנה המעוול שגרם לנזק יש יכולת להעריך את התוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים. חיובם לשאת בנזקים שגרמו לפי הסיכוי שהיו רשלנים יחייב

176 אם כי למעשה הפרמיה תוזל יותר מדי, שכן גם נהגים זהירים עשויים לעתים לגרום ברשלנותם לתאונות שבהן זהות הרשלן אינה ידועה.

177 התערבות חקיקתית, אשר תדריך את בית־המשפט כיצד לשקלל את הנתונים הסטטיסטיים השונים, עשויה לחסוך בהוצאות המנהליות הכרוכות בהפעלת המשטר המשפטי המוצע בטקסט.

אותם לשקול מלכתחילה הוצאתן של הוצאות מניעה, תוך התחשבות בכך שישאו בתוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים, לא פחות ולא יותר.

(ג) קבוצה ג: לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם

כמו בקבוצות המקרים הקודמות, אף בקבוצת המקרים השלישית יגדל משקלם של שיקולי ההרתעה אם תתקיימנה הנחת ריבוי המקרים והנחת קיומו של ביטוח (ההנחה האחרונה נחוצה באותם מקרים שבהם לבני הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק אין יכולת טובה להעריך כראוי מראש את התוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים או את התוחלת הכללית האמורה המתייחסת לאירועי נזק שבהם המעוול אשר גרם להם אינו מזוהה).

כמו בקבוצת המקרים השנייה, אף בקבוצת המקרים השלישית אין אפשרות לדעת מהי תוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית של כל נתבע ונתבע. כמו שהוצע שם, אף כאן ראוי לנקוט דרך אשר תביא לכך שכל נתבע יכלכל את צעדיו מתוך הנחה שישא בנזקים ששיעורם כתוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים. זאת ניתן לעשות אם כל נתבע יחויב לשאת בחלק מהנזק בהתאם לתוחלת הכללית האמורה המתייחסת לפעילותו־שלו. להבדיל מקבוצת המקרים השנייה, שבה נתונים המצביעים על סיכויי מעורבותו של כל נתבע ונתבע בתאונה לא היו רלבנטיים, שכן עצם המעורבות היתה עובדה שעליה אין מחלוקת — בקבוצת המקרים השלישית נתונים אלה הם בעלי רלבנטיות ברורה. בקצרה: כל הנתונים שבהם נעשה שימוש כדי להגדיר את התוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים של אדם, ראוי שישמשו לשם קביעת אותו חלק מהנזק בו יחויב כל נתבע לשאת[178].

כיצד ראוי היה לפסוק לפי זה בדוגמאות שהובאו לקבוצת המקרים השלישית? בדוגמת הווריאציה לעניין **צים**[179] (אובדן חבילות־כרזל) ראוי היה להטיל אחריות קיבוצית. הנחת ריבוי המקרים מתקיימת, וסביר להניח שכך גם הנחת קיומו של ביטוח. חלוקת נטל הנשיאה בנזק לפי התוחלת הכללית של נזקים רשלניים (ולא שווה בשווה דווקא) עשויה לשמש פתרון טוב. לשם הערכתה של תוחלת זו ניתן, למשל, לבחון אירועי נזק קודמים שבהם היתה ידועה זהות המעוול. בדרך זו עשוי להתברר מהי ההסתברות שכל אחת מהשתיים גרמה ברשלנותה לנזק במקרה הנדון.

לעומת זאת, בדוגמת ארוג׳י[180] (המשאית שהתפוצצה) ספק אם לשיקולי הרתעה יש משקל ממשי. מדובר באירוע חריג שבו נגרם נזק על־ידי בעלים רשלן של מוסך, ולא ידוע מיהו מבין השניים. אפילו מתקיימת הנחת קיומו של ביטוח, לא נראה ששאלת קיומה של אחריות קיבוצית במקרה חריג מעין זה יעלה או יוריד לעניין השגת מטרת ההרתעה.

כיצד ראוי היה לפתור את מקרה Ybarra[181] (פגיעה בכתף במהלך ניתוח) לו שיקולי הרתעה היו המכריעים בעניין? במציאות העכשווית בישראל, במקרים רבים

178 בכלל זה אף נתונים המתייחסים לשיעור הנזק הצפוי מהתנהגותו הרשלנית של אדם, ולא רק לסיכוי לגרום לנזק ברשלנות. ראה לעיל, ליד הערה 176.

179 לעיל, הערה 17.

180 לעיל, הערה 16.

181 *supra* note 59.

שבהם לא ידוע מי בדיוק מחברי הצוות הרפואי גרם לנזק, יחויב בית־החולים, כמי שאחראי שילוחית לכל עובדיו. במסגרות אחרות, שבהם ניתנים טיפולים רפואיים ואין מי שאחראי שילוחית לכולם, ניתן יהיה לטעון שהטלת אחריות קיבוצית רצויה משיקולי הרתעה רק אם מתקיימת הנחת ריבוי המקרים, דהיינו: רק אם קורה לעתים שנגרם נזק לחולה ולא ברור מי ממטפליו גרם לו ברשלנותו. כיסוי ביטוחי, כך נראה, קיים בדרך־כלל במקרים מעין אלה.

(ד) אופן הטלת האחריות הקיבוצית — למלוא הנזק או לחלקו?

כמו שהוצע בפרק הקודם (שיקולי צדק מתקן), אף כאן התשובה לשאלה אם עדיף חיובו של כל נתבע כלפי התובע במלוא הנזק או בחלקו בלבד, תלויה בשאלה אם לנתבעים יש יכולת עדיפה על־פני התובע לאתר את בני הקבוצה האחרים — קבוצה שהמעוול אשר גרם לנזק נמנה עליה — ולגבות מהם דמי־השתתפות, או שמא דווקא לתובע יש עדיפות בעניין זה. התחשבות בעדיפות האמורה תגביר את הסיכוי שבסופו של דבר כל אחד ישא בנזקי התנהגויותיו הרשלניות או בתוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים. בהיעדר עדיפות יחסית ניתן לומר, ששיקולי ההרתעה אדישים לשאלת אופן הטלתה של האחריות הקיבוצית.

(ה) הערה לעניין גרם נזק באשם שאינו התרשלות

הניתוח בפרק זה מתאים בראש־ובראשונה למשטר משפטי המבוסס על רשלנות. עם זאת, קל ליישם אותו אף על משטר משפטי שבו מוטלת לעתים אחריות גם על מי שאינו רשלן, דוגמת זה הנוהג בישראל.

יישום הניתוח על משטר משפטי שאינו מבוסס רק על רשלנות אפשרי אם נניח, שבמשטר משפטי זה יש לדיני־הנזיקין מטרה להביא ליעילות כלכלית באמצעות הרתעה אופטימלית; ושזו תושג אם כל מעוול ישא בנזקי התנהגויותיו העוולתיות — לא פחות ולא יותר.

בנתון הנחות אלה נראה, שההרתעה תהיה אופטימלית אם באותם מקרים שבהם ניזוק אדם על־ידי מעוול (ולאו דווקא מעוול רשלן) וזהותו של האחרון אינה ידועה, אך ניתן להצביע על קבוצת אנשים שעליה הוא נמנה — ישא כל אחד מבני־הקבוצה בחלק מהנזק שנגרם לפי תוחלת התנהגותו העוולתית (ולאו דווקא הרשלנית), וכשזו אינה ידועה (או שלא ניתן לדעת אם היא קיימת) — לפי התוחלת הכללית של נזקיו העוולתיים (ולאו דווקא הרשלניים)[182].

(ו) סיכום

על־פי תיאוריית הרשלנות, שיקולי הרתעה תומכים בחיובו של כל אחד בנזקי פעילותו הרשלנית. כאשר מתקיימות הנחת ריבוי המקרים (חתך מיון נוסף מס׳

182 אך בקבוצת המקרים השנייה, בהתעלם מהנתונים המתייחסים לסיכויי מעורבותו בתאונה. ראה לעיל, ליד הערה 176.

3[183]) והנחת קיומו של ביטוח (חתך מיון נוסף מס׳ 4[184]) גדל בדרך־כלל הסיכוי שההרתעה תהיה אופטימלית וכי תושג יעילות כלכלית.

בקבוצת המקרים הראשונה חיובו של כל אחד מבני־הקבוצה, עליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק, בחלק מהנזק, בהתאם לתוחלת נזקיו הרשלניים, הוא פתרון טוב. אין זה מעלה או מוריד אם מדובר בבני־קבוצה שכל אחד מהם גרם או גורם נזקים (הגם שלא ברור בדיוק למי) (מקרי ה־D.E.S.) או בבני־קבוצה שרק אחד מהם גרם נזק (פסק־דין Summers), אם כי בסוג המקרים השני קיומו של ביטוח עשוי להיות גורם משמעותי מאוד, המשפיע על פועלם של שיקולי ההרתעה.

בקבוצת המקרים השנייה תושג הרתעה אופטימלית אם תוטל אחריות באופן שכל אחד מחברי הקבוצה ישא בחלק מהנזק לפי מידת הסיכון שיש בו לגרום לנזק ברשלנות, אך תוך התעלמות מסיכויי מעורבותו באירוע הנזק כשלעצמם. מידת הסיכון תיבחן לפי כל הנתונים שיש בהם להצביע עליה, בין היתר נתונים סטטיסטיים. מאחר שלא ניתן לדעת מהי תוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית של כל אחד מבני־הקבוצה, עליה נמנה המעוול הרשלן, הטלת אחריות עליו, כאמור, היא פתרון טוב.

בקבוצת המקרים השלישית תושג הרתעה אופטימלית אם תוטל אחריות באופן שכל אחד מבני־הקבוצה ישא בחלק מהנזק בהתאם לתוחלת הכללית של נזקיו הרשלניים.

השאלה אם רצוי להטיל אחריות קיבוצית באופן שכל אחד מחברי הקבוצה יחויב כלפי התובע למלוא הנזק או לחלקו בלבד, תלויה בשאלה, מי בעל יכולת עדיפה לאתר את בני־הקבוצה ולגבות מהם פיצויים — הנתבעים או התובע.

ו. תמריצים לגילוי האמת

1. חתירה לגילוי האמת — על־שום מה?

הטלת אחריות קיבוצית, נובעת מחוסר־ברירה: האופציה האחרת של שחרור הנתבעים מכל אחריות גרועה ממנה. הטוב ביותר הוא, כמובן, לו ניתן היה לזהות את המעוול שגרם בפועל לנזקו של התובע ולהטיל את האחריות עליו. הטעם האחד, והכמעט אקסיומטי לכך הוא, שידיעת האמת טובה יותר בדרך־כלל מאי־ידיעתה. בטעם כללי זה לא אעסוק ברשימה זו, מה גם שקיימים טעמים קונקרטיים להעדפת מצב שזהותו של המעוול שגרם לנזק ידועה על־פני מצב שבו היא נותרת עלומה.

כפי שראינו, הטלת אחריות קיבוצית אינה נתמכת בכל המקרים בשיקולי צדק מתקן. כך גם אין היא מבטיחה כלל ועיקר דיוק מוחלט בהקצאת נזקי פעילותו של מעוול מסוים לאותו מעוול. על־כן, אף מבחינת שיקולי ההרתעה, לעתים קרובות אין היא אלא הטובה מבין שתי רעות. הטלת אחריות קיבוצית אינה מונעת תופעה אפשרית, שאלו הנמנים על קבוצת הנתבעים הפוטנציאליים, עליה עתיד להמנות המעוול אשר זהותו אינה ידועה, לא יתומרצו כראוי למנוע (או לצמצם) את הנזקים

183 לעיל, תת־פרק ג 4.
184 שם.

שזהות מי שגרמם אינה ידועה. אמנם, כל אחד מהם שימנע נזקים כאלה ישא בסופו של דבר בשעור פיצויים קטן יותר מזה בו היה נושא אלמלא היה פועל למניעת הנזק[185], אך התועלת שתצמח מהשקעתו במניעה עלולה להתחלק בין כל בני־הקבוצה[186]. לכן אפילו אם במקרה מסוים כדאי היה לכל בני־הקבוצה, כקבוצה, להשקיע באמצעים למניעת הנזק, לא יהיה הדבר כדאי בעבורם לעתים קרובות כיחידים[187]. אכן, אופן חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין בני־הקבוצה צריך להיעשות על־פי תוחלת הנזק או התוחלת הכללית של נזקים רשלניים[188], כפי שהוסבר בפרק הקודם, ושיעורן של אלה מושפע מהאמצעים שנקט כל אחד מבני־הקבוצה למניעת הנזק. ברם, קשה להגיע לדיוק בעניין זה וכאמור, שיטות־החלוקה שהוצעו בפרק הקודם אינן אלא ניסיון להתמודד עם מצב בלתי־רצוי, שבו זהותו של המעוול הספציפי אינה ידועה.

מטעמים אלה טוב יהיה אם מספר המקרים שבהם זהותו של המעוול הספציפי אינה ידועה יפחת עד למינימום. כפי שניווכח להלן, אימוץ רעיון האחריות הקיבוצית עשוי להשפיע על התמריצים השונים של אלו העשויים לסייע באיתור המעוול שגרם לנזק. גם לאופן שבו תוטל האחריות — כל נתבע למלוא הנזק או כל נתבע לחלק ממנו בלבד — יכול שיהיה השפעה על תמריצים אלה.

התמריצים לגילוי האמת הם משני סוגים: תמריצים ״לפני מעשה״ (*ex ante*) ותמריצים ״לאחר מעשה״ (*ex post*). התמריצים מהסוג הראשון מתמרצים את הנתבעים והניזוקים הפוטנציאליים לנקוט פעולות לפני אירוע הנזק, שתסייענה לזהות את המעוול שגרם לנזק בפועל; ואילו התמריצים מהסוג השני מתמרצים את הנתבעים והניזוקים לנקוט פעולות לאחר אירוע הנזק, שתסייענה אף הן בחשיפת זהותו של המעוול. בדרך־כלל התמריצים מהסוג השני הם תמריצים להבאת ראיות שתפתורנה את בעיית הזיהוי.

2. תמריצים לפני מעשה

לפני שאירע הנזק, בדרך כלל, הנתבעים הפוטנציאלים, הם ולא הניזוקים הפוטנ־ציאליים, יכולים לנקוט אמצעים שיאפשרו לזהות את הגורם הממשי לנזק, לאחר שיארע. האמצעים השונים שניתן לנקוט משתנים ממקרה למקרה, כשם שיש מקרים אשר בהם אותם אמצעים אינם אפשריים כלל (אלא בעלויות גבוהות מאוד).

טול, למשל, מקרה (דומה למקרי ה־D.E.S.), שבו כמה יצרנים מייצרים תרופה דומה. כל אחד מהם אמור לקחת בחשבון שיקוליו את האפשרות, שהתרופה עלולה לגרום לנזקים שבהם יחויב לשאת. היצרן אמור להבין שאם כך יקרה, סביר מאוד שתיווצר בעיית זיהוי: ייתכן שלא ניתן יהיה לדעת תרופתו של איזה יצרן גרמה לנזקו של כל ניזוק וניזוק. היצרן יכול לנקוט אמצעים למניעת בעיית הזיהוי. הוא יכול, למשל, לבצע רישום מדויק שתובטח אמינותו, ובו יפורט שמו של כל לקוח

185 *או כשמדוכר כפעילות מבוטחת — היה נושא בפרמיה נמוכה יותר.*

186 במקרה של פעילות מבוטחת כולם יקבלו הנחה בפרמיה.

187 ראה להלן ליד הערה 194.

188 *בקבוצת המקרים השנייה — בלעדי הנתונים המצביעים על סיכויי המעורבות בתאונה. ראה לעיל, ליד הערה 176.*

שרכש את התרופה[189]. אמנם, ייתכן שלקוח אשר צרך את תרופתו צרך אף תרופות דומות של יצרנים אחרים, אך לפחות מי שלא צרך את תרופתו לא יוכל לטעון שניזוק ממנה. מובן שאם כל יצרני התרופות ינקטו דרך זו, תצומצם בעיית הזיהוי באופן משמעותי, לכשיארעו נזקים.

דוגמא שנייה ניתן למצוא בווריאציה לפסק־דין צים[190]. נניח שמדי זמן נגרמים נזקים למטענים הנשלחים בים ולא ניתן לדעת מי גרם להם — חברת צים או רשות־הנמלים. גם כאן בידי השתיים למנוע כמעט לחלוטין את בעיית הזיהוי. בדיקה מדוקדקת ואמינה של מצב הטובין בעת שהם ״עוברים ידיים״ היתה פותרת את הבעיה.

דוגמא שלישית עניינה בתופעת בקבוקי־משקה מתפוצצים (תופעה אשר כמעט שנכחדה מארצנו). נניח כי מדי זמן קורה שמתפוצץ בקבוק־משקה, גורם לנזק ולא ניתן לדעת מי היצרן שיצרו[191]. גם בסוג זה של מקרים יכולים יצרנים לנקוט דרכים שתקלנה על הזיהוי לכשייגרם נזק. דרך אפשרית, קלה יחסית, היא צביעת הבקבוק בצבע מסוים אשר יקל על זיהוי היצרן שיצרו.

מן הדוגמאות שהובאו עולה המסקנה, שבמקרים רבים יכולים הנתבעים הפוטנ־ציאלים למנוע מראש את בעיית זיהויו של הגורם לנזק. עם זאת נראה, שלא תמיד יחפצו לעשות כן. כל אחד ואחד מהנתבעים הפוטנציאלים יודרך בעניין זה על־ידי שני שיקולים: עלות נקיטת האמצעים למניעת בעיית הזיהוי והתועלת שתצמח לו מנקיטתם. השיקול הראשון כמעט שאינו מצריך הסבר. לעתים אמצעי מניעתה של בעיית הזיהוי הם כה יקרים עד שאין זה סביר לצפות שמישהו ינקוט אותם. לעומת זאת, השיקול השני, מורכב קצת יותר. לעתים, הגם שעלות מניעתה של בעיית הזיהוי אינה גבוהה, ואפילו זניחה, יהיו נתבעים פוטנציאלים אשר יעדיפו שבעיית הזיהוי תיוותר כמות שהיא ואף תוחרף.

אם לא תוטל אחריות קיבוצית, מרבית הנתבעים הפוטנציאלים ייהנו ממצב שבו לא ניתן לזהות את הגורם לנזק[192]. אולם גם אם תוטל אחריות כזו, יהיו כאלה שלא יהיו מעוניינים בפתרונה של בעיית הזיהוי. מטבע הדברים יהיו אלה אותם נתבעים אשר מעריכים, כי בהיעדר אפשרות של זיהוי ישלמו פחות פיצויים משהיו

189 לעניין זה ראה, Robinson, *supra* note 143, at p. 729, 734–735; R.P. Murray, "Sindell v. Abbott Laboratories — A Market Share Approach to D.E.S. Causation" 69 *Cal. L. Rev.* (1981) 1179, 1202.

190 לעיל, הערה 17.

191 או שלא ניתן לדעת את סיבת הפיצוץ: פגם במוצר, רשלנות הקמעונאי או סיבה אחרת כלשהי. ראה י׳ אנגלרד, **הכלל ״הדבר מדבר בעדו״** (תשכ״ה) 99–100 (להלן: אנגלרד, **הדבר מדבר בעדו**); Prosser, *supra* note 54, at p. 253. כאשר מדובר בבקבוק המיוצר על־ידי יותר מיצרן אחד, עשויה להתעורר השאלה מי מביניהם הוא זה ש״יצר״ את הפגם אשר גרם לנזק. בעיה זו נפתרת חלקית בארץ מכוחו של סעיף 2(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש״ם-1980, שלפיו ״נגרם הנזק על־ידי רכיב פגום, יהיו אחראים הן יצרן המוצר והן יצרן הרכיב״. כן ראה לעניין זה את סעיף 4(א)(1) לחוק; ואת ע״א 166/88 פיניציה בע״מ נ׳ עמר, פ״ד מה(2) 457.

192 להוציא אולי אלה שאינם גורמים נזק כלל או שגורמים נזק קטן, ואשר עלולים להיפגע מהשם הרע שיצא להם כגורמי נזק. אם, למשל, חברת־בקבוקים מייצרת בקבוקים שאינם מתפוצצים כלל, תעדיף שהצרכנים ידעו זאת.

משלמים לו נדרשו לעשות כן לפי תוחלת הנזק הכללית האמיתית שלהם[193] (לצורך פישוט הדיון נצא מתוך הנחה, כי כל מזיק אחראי כלפי הניזוק לכל הנזקים שגרם אף אם אינו רשלן. כדי להתאים את הדיון למשטר משפטי שבו רשלנות מהווה תנאי לאחריות בנזיקין, יש להחליף את המלים ״תוחלת נזק כללית״ במלים ״תוחלת כללית לנזקים רשלניים״). לו חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים היתה מתבצעת שלא לפי תוחלת הנזק הכללית או תוחלת הנזק, אלא, למשל, שווה בשווה — כל מי שתוחלת הנזק הכללית שלו היא מעל הממוצע, היה מעדיף שלא תיפתר בעיית הזיהוי; ואילו מי שתוחלת הנזק הכללית שלו מתחת לממוצע, היה מעדיף לפותרה. חלוקת נטל הפיצויים לפי תוחלת הנזק או תוחלת הנזק הכללית מצמצמת אפוא את מספר הנתבעים שלהם אינטרס להותיר בעינה את בעיית הזיהוי. עם זאת, חלוקת הנטל כמוצע מגדילה את מספר האדישים לפתרון בעיית הזיהוי. כל מי שמשלם פיצוי על־פי תוחלת הנזק הכללית שלו לא יהיה מעוניין להשקיע במניעת בעיה זו, שכן מצבו לא ישתפר עקב כך[194].

מן הדיון עד כה עולה המסקנה, כי במשטר משפטי שבו מוטלת אחריות קיבוצית רק מתי־מעט יתומרצו למנוע את בעיית הזיהוי. אמנם, מספרם של אלה ייקטן עוד יותר במשטר משפטי השולל הטלת אחריות קיבוצית, אך הפער לא תמיד יהיה כה רב.

מסקנה זו אינה נכונה תמיד. בבסיס הדיון עד כה היתה גלומה ההנחה, שאין כל אפשרות סבירה למישהו מהנתבעים למנוע או להקטין את הנזק. כאשר הנחה זו אינה מתקיימת, משתנה התמונה לחלוטין. נניח, למשל, בדוגמת יצרני התרופות (הדוגמא הראשונה לעיל), שאחד היצרנים יכול להשקיע השקעה מסוימת ולמנוע (או לצמצם) את הנזק מתרופתו. אם ההשקעה נמוכה מתוחלת הנזק הכללית המתייחסת לתרופתו, טוב היה, משיקולי הרתעה, אילו השקיע במניעה. בהנחה שבמקרים רבים זיהוי גורם הנזק אינו אפשרי, ייתכן מאוד שליצרן יהיה תמריץ שלא להשקיע במניעה. הטעם לכך הוא החשש שפירות השקעתו ״יחולקו״ בין כל יצרני התרופות. אמנם, אם יצליח להוכיח כי מנע או צמצם את הנזק, השקעתו תהיה כדאית. אך אם ייכשל בכך, השתתפותו בתשלומי הפיצויים לניזוקים, במקרים שבהם לא ניתן לזהות את הגורם לנזק, תשתנה אך במעט. תופעה זו עשויה להימנע אם יצרן התרופות יכול לפתור מלכתחילה, בעלות נמוכה יחסית, את בעיית הזיהוי. במקרה זה מובטח לאותו יצרן שהוא לבד ייהנה מפירות השקעתו במניעת נזקי תרופתו, והוא יתומרץ לעשות כן.

193 במקרה של פעילות מבוטחת, אלה שמשלמים פרמיה נמוכה יותר מתוחלת הנזק הכללית שלהם.

194 דוגמא מספרית תמחיש את הדברים: לנתבע 1 תוחלת נזק כללית 10; לנתבע 2 תוחלת נזק כללית 20; לנתבע 3 תוחלת נזק כללית 30. נניח כי בכל מקרי הנזק שגורם מישהו משלושת הנתבעים זיהוי גורם הנזק אינו אפשרי; וכן נניח כי התוחלת הכללית מתייחסת לתקופה של שנת־פעילות. אם תוטל אחריות קיבוצית בגין כל הנזקים הנגרמים על־ידי שלושת הנתבעים והנזק יחולק ביניהם שווה בשווה, כל נתבע ישא בנזק של 20 בשנה. נתבע 1 יעדיף שתיפתר בעיית הזיהוי (שאז ישא בנזק של 10 בשנה), נתבע 3 יעדיף שלא תיפתר (שאם תיפתר, ישא בנזק של 30 בשנה) ונתבע 2 יהיה אדיש לעניין (כך או אחרת ישא בנזק של 20 בשנה). לעומת זאת, אם יחולק נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים לפי התוחלת הכללית של נזקיהם, יהיו כל השלושה אדישים לבעיית הזיהוי; שכן כל אחד מהם, כך או אחרת, ישא בנזק ששיעורו כתוחלת הנזק הכללית שלו.

דוגמא מספרית תסייע בהמחשת הדברים. נניח כי הוצאות מניעה של יצרן א הן 10. הוצאתן של הוצאות המניעה על־ידי יצרן א ימנעו כליל את הנזקים הנגרמים על־ידי מוצריו ששיעורם 20. מספר היצרנים הוא חמש. בכל אחד מאירועי הנזק אין אפשרות לדעת מוצרו של מי מבין היצרנים גרם לו. לפני הוצאתן של הוצאות המניעה על־ידי יצרן א לכל היצרנים תוחלת נזק כללית (המתייחסת לתרופה הנדונה) זהה, ששיעורה 20. הוצאתן של הוצאות המניעה לא תשכנע בהכרח את בית־המשפט כי תוחלת הנזק הכללית של יצרן א ירדה. כיצד אפוא יפעל יצרן א?

הגם שטוב היה לו יצרן א היה מוציא 10 ומונע נזק של 20, הוא לא יעשה כן; שכן מניעת הנזק תניב לו תועלת בשווי של 4 (הנזק שמנע הוא 20, מחולק בין חמשת היצרנים, שתוחלת הנזק הכללית שלהם תיחשב בעיני בית־המשפט לזהה). אולם נניח עתה הנחה נוספת: יצרן א יכול למנוע את בעיית הזיהוי בעלות נמוכה 1. בכפוף להנחה זו התוצאה תהיה שיצרן א ישקיע 11 (עלות מניעתה של בעיית הזיהוי + הוצאות מניעתו של הנזק) ויחסוך מעצמו, וכמובן מהניזוקים הפוטנציאלים — נזק של 20. פתרון בעיית הזיהוי מבטיח לו, כי כאשר ייגרם נזק על־ידי מוצר שיצרנו אינו מזוהה — לא יחויב הוא לשאת בחלק כלשהו של הנזק[195]. בדרך זו תושג הרתעה אופטימלית (ויעילות כלכלית).

המסקנות העולות אפוא מהדיון הן אלה: ראשית, אי־הטלתה של אחריות קיבוצית תתמרץ כמעט תמיד את הנתבעים הפוטנציאלים שלא לפתור מלכתחילה את בעיית הזיהוי של המעוול אשר גרם לנזק[196]. שנית, במקרים רבים הטלתה של אחריות קיבוצית תתמרץ את מי שמעריך כי הוא עתיד לשאת בנזקים, המשקפים תוחלת נזק כללית גבוהה יותר מתוחלת הנזק הכללית שלו, לנסות ולפתור את בעיית הזיהוי[197]. שלישית, במקרים מסוימים הטלתה של אחריות קיבוצית עשויה לתמרץ נתבעים פוטנציאלים לפתור את בעיית הזיהוי כשלב הכרחי לקראת מניעת הנזק עצמו.

הטלת אחריות קיבוצית וחלוקת נטל הנזק בין הנתבעים השונים בהתאם לתוחלת הנזק או תוחלת הנזק הכללית של כל נתבע ונתבע תספק את התמריצים הרצויים. השאלה, אם ראוי להטיל על כל נתבע אחריות כלפי התובע למלוא הנזק או לחלקו, תלויה גם כאן בשאלה, מיהו זה אשר יכול לאתר בקלות רבה יותר את בני הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק ולגבות מהם פיצויים.

195 לפני הוצאתן של הוצאות המניעה היתה תוחלת הנזק הכללית המתייחסת למוצריהם של חמשת היצרנים 100. כל אחד נושא במצב כזה בנזק של 20. לאחר שיצרן א הוציא את הוצאות המניעה, ירדה תוחלת הנזק הכללית ל־80. אלמלא נפתרה בעיית הזיהוי, כל יצרן היה נושא במצב כזה בנזק של 16 (שכן ההנחה היא שיצרן א אינו יכול להוכיח בבית־המשפט שמנע נזקים). פתרון בעיית הזיהוי, שעלותו 1, מאפשר לזהות איזתי הנזק נגרם על־ידי מוצרו של יצרן א ואימתי על־ידי מוצריהם של ארבעת היצרנים האחרים. לפיכך, לאחר פתרון בעיית הזיהוי, לא ישתתף עוד יצרן א בתשלום הנזקים שלא ידוע איזה מוצר גרמם (ולמעשה לא יישא עוד בנזקים כלשהם, שכן לפי נתוני הדוגמא שבטקסט, לאחר הוצאתן של הוצאות המניעה מוצריו אינם גורמים נזקים כלל). תוחלת הנזק הכללית תהיה 80. אך רק ארבעת היצרנים האחרים ישאו בנזקים שייגרמו.

196 אך ראה לעיל, הערה 192.

197 כדי שלנתבע פוטנציאלי יהיה תמריץ לפתור את בעיית הזיהוי, צריך שעלות הפתרון תהיה נמוכה מההפרש בין סכומי הפיצויים שהוא מעריך שישלם אם לא תיפתר בעיית הזיהוי לבין הפיצויים שהוא מעריך שישלם אם תיפתר (תוחלת הנזק הכללית שלו).

שאלה מעניינת היא, אם רצוי לספק לנתבעים הפוטנציאלים תמריצים נוספים לפתור את בעיית הזיהוי מלכתחילה. במקרים רבים אין הדבר ניתן לביצוע. עם זאת, פעמים הדבר אפשרי. כוונתי לאותם מקרים, שבהם ניתן להצביע על עדיפותו של נתבע אחד על־פני נתבע אחר בפתרון בעיית הזיהוי מלכתחילה, ופתרון זה קל־יחסית (עלותו נמוכה). במצב זה, הטלת מלוא האחריות עליו, ועליו בלבד, או לפחות חיובו כלפי הניזוק במלוא הנזק, כך שנטל האיתור והגבייה מבני־הקבוצה האחרים יהיה עליו — עשויים לתמרץ אותו מלכתחילה למצוא דרכים שתסייענה בזיהויו של המעוול שגרם לנזק בפועל.

3. תמריצים לאחר מעשה

מיהו זה היכול לסייע בפתרון בעיית הזיהוי לאחר מעשה: הנתבעים או התובע־הניזוק? במקרים דוגמת Sindell[198] (מקרי ה־D.E.S.) ו־Hall[199] (החזיזים), הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה (לא הוכח קשר סיבתי), התשובה לשאלה אינה כה פשוטה. מצד אחד, החברות היצרניות מחזיקות במידע העשוי אולי לשפוך אור על זהות המעוול שגרם לנזק. מצד אחר, ייתכן מאוד שמידע כזה אינו קיים כלל, ודווקא לתובעים יש נגישות טובה יותר למידע אשר יקל על בעיית הזיהוי: ייתכן שבמקרים רבים יכולה בתה של האשה שצרכה את תרופת ה־D.E.S., למרות הזמן הרב שחלף, לשחזר את שאירע ולסייע באיתור זה אשר ממנו רכשה אמה את התרופה, כשם שהדבר עשוי להיות אפשרי במקרי החזיזים[200].

בדוגמאות אחרות שהובאו, עדיפותם של הנתבעים על־פני התובעים בהבאת ראיות היתה ברורה למדי. בעניין עמיר (התקרה שהתמוטטה),[201] למשל, ברור היה לחלוטין שלנתבעים קל היה יותר מאשר לתובעים להביא ראיות לפתרון בעיית הזיהוי. בעניין Ybarra[202] (פגיעה בכתף), עדיפותם של הנתבעים על־פני התובע, שהיה שרוי בתרדמה בעת שאירע הנזק, היתה מוחלטת. הראיות, אם אכן נמצאו כאלה, היו כולן בידיהם, ובלי ספק עובדה זו מסבירה טוב יותר מכל דבר אחר את שנפסק באותו עניין. המצב היה דומה אף בווריאציה לעניין צים[203] (אובדן חבילות־הברזל): לחברת צים ולרשות־הנמלים, ובדרך־כלל להן בלבד, סביר שתהיה נגישות לראיות העשויות לפתור את בעיית הזיהוי.

שחרור הנתבעים מכל אחריות במקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית יספק להם תמריץ שלילי ברור להביא ראיות. "קשר של שתיקה" עשוי לשמש עבורם הפיתרון הטוב ביותר. ייתכן מאוד שזה אשר אירע בעניין Ybarra. לחברי צוות רפואי יכול להיות אינטרס לחפות איש על רעהו, ושתיקה עלולה לשרת אינטרס זה[204]. במקרי ה־D.E.S. והחזיזים "קשר השתיקה", עלול היה להיווצר לאו

198 *supra* note 36.

199 *supra* note 51.

200 בעניין Sindell, *supra* note 36, at p. 929–930, סבר בית־המשפט, כי לתובעות ולנתבעות אין עדיפות אלו על־פני אלו. ראה גם Spitz, *supra* note 62, at p. 629–630.

201 לעיל, הערה 9.

202 *supra* note 59.

203 לעיל, הערה 17.

204 Prosser, *supra* note 54, at p. 253; O.C. Adamson, "Medical Malpractice — Misuse of Res

דווקא מ״אחוות רעים״, אלא משיקולי ״שמור לי ואשמור לך״: לא תביא היום ראיות שתזהנה אותי כגורם לנזק ולא אביא מחר ראיות שתזהנה אותך. שיקול דומה יכול להנחות אף את חברת צים ורשות־הנמלים, בהנחה שאי־היכולת לזהות את הנזק משחררת מאחריות את שתיהן.

לעתים אי־הבאתן של ראיות על־ידי נתבעים תינבע מהחשש שאלו עלולות לשמש חרב־פיפיות עבורם: לעתים קשה לנתבע לשער מראש איזה שימוש ייעשה בראיותיו על־ידי בית־המשפט; מה גם שהבאתן של ראיות עשוי לתמרץ נתבעים אחרים להביא ראיות לסתור, כך שנזקן עלול להיות רב מתועלתן. אי־הבאתן של ראיות עשוי, אפוא, להיות פיתרון מועדף עבור נתבעים שאינם מעוניינים ליטול סיכונים. הנתבעים בעניין עמיר, עלולים היו לשקול שיקולים מעין אלו.

הטלתה של אחריות קיבוצית עשויה לפתור את הבעיה. כאשר כל נתבע יודע שהאחריות תוטל עליו, יעשה כל שלאל־ידו כדי להסירה ממנו. התמריץ להביא ראיות הופך להיות ברור וחד־משמעי. אכן, בכל הדוגמאות שהובאו לעיל הטלת אחריות קיבוצית תתמרץ את הנתבעים (להוציא, אולי, הנתבע שהינו המעוול, והיודע זאת) להביא ראיות שיסייעו בפתרונה של בעיית הזיהוי. במקרים רבים הבאת הראיות לא רק שתפתור את בעיית הזיהוי במקרה הקונקרטי הנדון בבית־המשפט, אלא תתרום למציאתו של פתרון כללי של בעיות זיהוי בסוג כזה או אחר של מקרים.

לכאורה, הטלת אחריות קיבוצית תפגע בתמריציהם של תובעים להביא ראיות. מדוע להביא ראיות, אם יזכו בפיצוי מלא אף בלעדיהן? לעומת זאת, אי־הטלתה של אחריות קיבוצית, היא שתתמרץ אותם בצורה הטובה ביותר להביא את כל הראיות המצויות בידיהם[205].

נראה שטיעון זה, אינו משכנע שיש לדחות את רעיון האחריות קיבוצית, וכמה טעמים לכך. ראשית, כפי שראינו, במרבית המקרים הראיות מצויות בידי הנתבעים ולא בידי התובעים. למעשה, אף לא אחת מן הדוגמאות שהובאו מתאפיינת בעדיפות ברורה בהבאת ראיות לתובעים.

שנית, התמריץ הפועל על נתבעים שלא להביא ראיות כשלא מוטלת אחריות קיבוצית חזק לאין־ערוך מן התמריץ הפועל על התובעים שלא להביא ראיות כשמוטלת אחריות כזו. למעשה ניתן לחלוק על כך שלתובעים אין תמריץ להבאת ראיות במשטר משפטי המאמץ את עקרון האחריות הקיבוצית: לעתים, לתובע יש עניין אישי, להביא לדין דווקא את זה שגרם באשם לנזקיו; ולתובע שאינו מצליח להוכיח מי המעוול שגרם לנזקיו, יש לעתים חשש ממשי שלא יזכה בפיצוי מלא. חשש זה נוצר במצב משפטי שבו אופן הטלת האחריות הקיבוצית הוא, שכל נתבע אחראי כלפי התובע רק לחלק מנזקיו (למשל: לפי חלקו בשוק), ולא לכולם. התובע

Ipsa Loquitur" 46 *Minn. L. Rev.* (1962) 1043, 1051 *et seq.* מחבר אחרון זה מבקר את שנפסק בעניין Ybarra.

205 נימוק מעין זה שימש את בית־המשפט העליון של מדינת אילינוי, Smith, *supra* note 42, at p. 339, לשם דחיית דוקטרינת ה־Market Share Liability. בתי־משפט אחרים בארצות־הברית התנו לעתים את החלת הדוקטרינה בכך, שהתובע ישכנע את בית־המשפט כי באמת ובתמים אין בידו כל אפשרות לזהות את המעוול שפגע בו. במלים אחרות: על־פי דרך זו, הדוקטרינה האמורה היא מפלט אחרון לתובע שאין בכוחו לזהות את המעוול שפגע בו. Abel, *supra* note 43, at p. 173.

המבסס את עילת תביעתו על אחריות קיבוצית עלול למצוא את עצמו במצב שבו אינו יכול לאתר את כל בני־הקבוצה אשר עליה נמנה המעוול שגרם לנזקיו. כן עלול הוא לגלות שהגבייה אינה אפשרית מכולם או לפחות יקרה מאוד. אם יוכל להוכיח מי גרם לנזקיו, ובהנחה שמדובר באחד שממנו ניתן לגבות פיצויים על נקלה יעדיף התובע במקרים רבים להוכיח את זהותו ולחסוך לעצמו את הטרחה היקרה — הבלתי־אפשרית לעתים — לאתר את כל בני־הקבוצה שעליה נמנה אותו מעוול ולגבות מהם פיצויים[206]. לעומת זאת, אם שיטת האחריות הקיבוצית היא כזו שכל נתבע אחראי כלפי התובע למלוא נזקיו, עלול להיות לתובע תמריץ שלא להוכיח מי גרם לנזקיו ולזכות בפסק־דין על כל הנזקים כנגד כל הנתבעים או חלקם (ככל שיחפוץ). במקרים רבים, אפשרות זו עשויה להיות מועדפת על־ידו על־פני זכייה בפסק־דין נגד נתבע יחיד — זכייה שתפול בחלקו אם יוכיח את זהותו של המעוול[207]. בכל מקרה לא תהיה בעיני התובע כל עדיפות ממשית להוכחת זהותו של המעוול על־פני אי־הוכחתה (להוציא העניין האישי שהוזכר לעיל), ולכל היותר הוא יהיה אדיש לכך (למשל: כאשר קל מאוד לאתר את המעוול הספציפי ולגבות ממנו).

לסיכום: היותן של הראיות המאפשרות זיהוי בדרך־כלל בידי הנתבעים, והאינטרס החזק במיוחד של הנתבעים במשטר משפטי השולל אחריות קיבוצית שלא להביא ראיות כאלה, מחזקים את הטיעון שהטלת אחריות קיבוצית תתרום לגילוי האמת יותר מאשר אי־הטלתה.

אופן חלוקת נטל הנזק בין הנתבעים השונים אינו משמעותי ביותר, ככל שהדבר נוגע למתן תמריצים להביא ראיות: אלו יתקיימו כל עוד עלות הבאת הראיות עבור כל נתבע ונתבע נמוכה מהסיכון שיחויב לשאת בפיצויים. עם זאת, כפי שראינו, הטלת אחריות על כל נתבע ונתבע לחלק מהנזק, להבדיל מהטלת אחריות עליו לכולו, עשויה לתמרץ טוב יותר את התובע להביא ראיות שיסייעו בגילוי האמת. בדרך־כלל, הנתבעים, כך או אחרת, יתומרצו להביא ראיות אשר יוכיחו כי לא הם גרמו לנזק.

ז. שיקולים נוספים

1. פיזור נזק

יש הסוברים שאחת המטרות של דיני־הנזיקין היא "לפזר" את הנזק לאחר שאירע על בני־אדם רבים ככל האפשר[208]. ריבוי מספרם של נושאי הנזק יפחית מהנטל הכלכלי שהוא גורם. עדיף שאלף בני־אדם ישאו כל אחד בנזק של 1, מאשר שאדם

206 אך אם מדובר באחד שממנו הגבייה קשה במיוחד, יעדיף לתבוע את כולם. לכן התמריץ המתואר בטקסט אינו קיים תמיד.

207 Zitzer & Ginsberg, *supra* note 151, at p. 637.

208 בדרך־כלל נתפש פיזור הנזק כמטרה משנית של דיני־הנזיקין, ולא כמטרה יחידה או עיקרית. אכן, לו מטרתם היחידה (או העיקרית) של דיני־הנזיקין היתה לפזר את הנזק על בני־אדם רבים ככל האפשר, משטר משפטי המבוסס על ביטוח סוציאלי המכסה כל אירוע נזק היה המשטר המשפטי הטוב ביותר. זאת מכיוון שבדרך זו היה הנזק מפוזר על כל אזרחי המדינה ותושביה המשתתפים במימונו של ביטוח זה. אולם מאחר שלדיני־הנזיקין יש מטרות נוספות, קיימים טעמים טובים מדוע אין לפזר את הנזק

אחד ישא בנזק של 1,000[209]. דיני־הנזיקין — כך סוברים אלה המדגישים את מטרת פיזור הנזק — צריכים להטיל אחריות באופן שהנזק יפוזר טוב ככל האפשר. אחת הדרכים לעשות זאת היא להטיל אחריות על מפזר נזק טוב: זה היכול לבטח מפני הנזק ולפזרו בדרך זו על מספר רב של בני־אדם באמצעות מנגנון־הביטוח; או זה אשר יכול לפזרו בעצמו, כגון יצרן היכול לפזר את הנזק על ציבור לקוחותיו על־ידי העלאת מחירו של המוצר שהוא מייצר. יכולת פיזור הנזק של אדם נמדדת בין היתר על־פי כושרו להעריך את שיעור הנזק הצפוי וסיכויי התרחשותו, כמו גם על־פי מידת הרציונליות המאפיינת את התנהגותו[210].

ככל שמדובר ברעיון האחריות הקיבוצית, נראה ששיקולי פיזור הנזק עשויים לתמוך באימוצו במקרים רבים[211]. ראשית, כאשר מדובר בניזוק התובע מספר רב של נתבעים, השיקולים של פיזור הנזק יתמכו בחלוקת נטל הנשיאה בנזק על־ידי רבים, ולא בהטלתו על אדם יחיד. מסקנה זו עשויה להשתנות רק אם הניזוק הוא מבטח טוב יותר או בעל יכולת פיזור עצמית טובה יותר משל הנתבעים. שנית, בחלק ניכר מהמקרים הטיפוסיים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית, כל אחד מהנתבעים בפני עצמו מפזר נזק טוב יותר מהניזוק. כך הדבר במקרים שבהם הנתבעים הם יצרנים (מקרי ה־D.E.S. והחזיזים — קבוצת המקרים הראשונה). לאלה יכולת פיזור עצמית, ועל־כן הטלת אחריות עליהם יכולה להיות מוצדקת גם מטעם זה[212]. כך גם במקרים שבהם נפגע נוסע או הולך־רגל על־ידי כמה כלי־רכב,

על כל כני הציבור. כך, למשל, מי שסבור שלדיני־הנזיקין יש גם מטרה הרתעתית כזו או אחרת, יטען ששיטת הביטוח הסוציאלי אינה טובה; שכן כאשר אדם נושא בתשלום מס קבוע, אין הוא מתומרץ בדרך כלשהי לפעול לשם מניעת אירועי נזק או חומרת פגיעתם. ראה Calabresi, The Costs of Accidents, *supra* note 130, at p. 40 *et seq.* להדגשה מיוחדת של מטרת פיזור הנזק, ראה F. James, "Social Insurance and Tort Liability — The Problem of Alternative Remedies" *27 N.Y.U. L.Rev.* 537 (1952).

209 ראה G. Calabresi "Some Thoughts of Risk Distribution" 70 *Yale L.J.* (1961) 499, 517–519; Calabresi, *The Costs of Accidents*, *supra* note 130, at p. 40 *et seq.*.

210 ראה Calabresi, *The Costs of Accidents*, *ibid*, at p. 50 *et seq.*. לבחינת השיקולים השונים שיכולת פיזור הנזק נמדדת על־פיהם (אם כי לא בסיטואציה נזיקית), ראה, R.A. Posner & A.M. Rosenfield "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law — An Economic Analysis" 6 *J. Leg. Stud.* (1977) 83. כך גם תועדף לעתים, משיקולי יעילות כלכלית, הטלת אחריות על מי שיכול לבטח יחד מספר רב של אירועי נזק דומים מסוג זה שאירע, מאשר הטלתה על מי שיכול לבטח רק את אירוע הנזק היחיד (או מספר קטן של אירועי נזק). הטעם לכך הוא, שבדרך כלל זול יותר לרכוש פוליסת ביטוח אחת המבטחת אירועי נזק רבים, מאשר לרכוש פוליסות־ביטוח רבות, המבטחות כל אחת בנפרד אירוע נזק יחיד (או מספר קטן של אירועי נזק). במלים אחרות: מי שיכול לבטח יחד מספר רב של אירועי נזק הוא "מבטח זול יותר" מזה שאינו יכול לבטח, כאמור, ומטעם זה מוצדקת הטלת האחריות עליו.

211 ראה י' אנגלרד, "הדבר מדבר בעדו", (לעיל, הערה 191), 104-105.

212 נוסף על כך, ביכולתם לבטח אירועי נזק רבים באופן מרוכז. (לעיל, הערה 210). ראה ד' מור, "אחריות למוצרים פגומים — שיקולי מדיניות" עיוני משפט ו (תשל"ח) 78, 80 ואילך. כן ראה לעניין זה ולהסתייגויות מסויימות מכך גלעד, "אחריות למוצרים", (לעיל, הערה 37), 188-192; Zitzer & Ginsberg, *supra* note 151, at p. 643–645. איני נכנס כאן לבעייתיות שיש, בטווח הארוך, בהרחבת אחריותם של יצרנים — בעייתיות הנותנת את אותותיה מזה כמה שנים בארצות־הברית. ראה לעניין זה Priest, *supra* note 135. במצב המשפטי הקיים בארץ, שבו צרכנים אינם מחויבים לבטח ביטוח צד א מפני נזקים ממוצרים פגומים, קשה לומר שהצרכן הוא המפזר הטוב יותר.

ולא ברור במי מבין הנהגים האשם (קבוצת המקרים השנייה). יותר סביר להניח, שהנהגים יבטחו ולא הנוסע או הולך־הרגל[213]. יכולת פיזור עדיפה על־פני הניזוק, בדרך של ביטוח או בדרך של פיזור עצמי, היתה לקבלני־המשנה השונים בעניין עמיר[214], לבעלי המוסכים בעניין ארוג׳י[215], לחברת צים ולרשות־הנמלים בעניין צים[216] ולחברי הצוות הרפואי בעניין Ybarra[217]. בכל המקרים הללו הנתבעים היו מסוגלים להעריך טוב יותר מהניזוקים את שעור הנזק העלול להיגרם ואת סיכויי התרחשותו, כשם שלעתים יכלו הם לפזר את הנזק בעצמם על־ידי גלגולו לציבור הלקוחות הנזקק לשירותיהם.

2. העדפת ניזוק חף על־פני מזיק ״אפשרי״ אשם

דיני־הנזיקין מודרכים לעתים על־ידי שיקולים הנוגעים להעדפת קבוצה אחת של בני־אדם על־פני רעותה — העדפה שאינה נתמכת בהכרח בשיקולי צדק מתקן או בשיקולי יעילות כלכלית. כלל משפטי, שלפיו מעבידים אחראים לנזקי עובדיהם יכול להיות מונחה ממגמה להעדיף את ציבור העובדים על־פני ציבור המעבידים (אם כי גם משיקולים אחרים); וכלל אחר, שלפיו נזק שנגרם בלא אשם של איש נותר על כתפי הניזוק יכול (אך לא חייב) לנבוע ממגמה להעדיף את ציבור המזיקים הלא־רשלנים על־פני ציבור הניזוקים[218].

שיקול אפשרי הנוגע להעדפה כזו, שיש לו מהלכים אף בפסיקה בישראל, הוא, שבין מזיק אשם לניזוק חף עדיף השני על־פני הראשון. העדפה זו הביאה, למשל, לכך שכאשר לא היה ברור לבית־המשפט איזה חלק מנזקו של הניזוק נגרם על־ידי המזיק הרשלן ואיזה חלק לא נגרם על־ידיו, הועבר למזיק הנטל להראות לאיזה חלק מהנזק גרם, שאם לא יעמוד בו יחויב לשאת במלואו[219]. אם אכן קיימת בדיני־הנזיקין העדפה כזו, היא עולה בקנה אחד עם הטלתה של אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בגדר הקבוצה הראשונה (לא הוכח קשר סיבתי). אמנם, פסקי־הדין שנפסקו בארץ אשר מהם עולה ההעדפה האמורה, עסקו במזיק אשם שגרם לנזק כלשהו; ואילו בקבוצת המקרים הראשונה לא תמיד גרמו הנתבעים לנזק (כמו, למשל בעניין Summers[220] (ציידי השלווים) והווריאציה של פסק־דין

213 הנהיגה היא פעילות מאורגנת, וכך־כזו פשוט חול יותר למשתתפים בה לבטח מפני סיכוניה, מאשר למשתתפים בפעילות ההליכה, למשל. ניתן כמובן לחשוב גם על הצדקות מוסריות לכך שהנהגים ישאו בפרמיית־הביטוח מפני הסיכונים שהם יוצרים, ולא הולכי־הרגל הכפופים לסיכונים אלה.

214 לעיל, הערה 9.

215 לעיל, הערה 16.

216 לעיל, הערה 17.

217 *supra* note 59.

218 דאה O.W. Holmes, *The Common Law* (Boston & Toronto, 1881, ed. 1963 by M.D. Howe) 77. שיקול נפרץ שעניינו העדפה כזו הוא שיקול ״הכיס העמוק״: העדפת הטלתה של אחריות על העשיר ולא על העני. ראה Calabresi, "Some Thoughts of Risk Distribution", *supra* note 209, at p. 527 *et seq.*

219 מלך, (לעיל, הערה 18), 114-116; נגר, (לעיל, הערה 3), עמ׳ 293.

220 *supra* note 32.

עמיר[221] (התקרה שהתמוטטה)); אך למרות זאת נראה, שהחלת עקרון ההעדפה העולה מהפסיקה על כל המקרים שבגדר הקבוצה הראשונה לא תהיה משום ״מתיחת־יתר״ שלו[223,222].

ח. הניתן לקלוט את עקרון האחריות הקיבוצית בלעדי התערבות חקיקתית?

1. כללים מדיני ריבוי מעוולים, ריבוי גורמים, משתפים ומשדלים

(א) פירוט הכללים

סעיפים 11 ו־64 לפקודת הנזיקין הם הבסיס הסטטוטורי לדיני ריבוי המעוולים וריבוי הגורמים במשפט הנזיקין. סעיף 11 קובע, כי ״היה כל אחד משני בני אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד״; וסעיף 64 מוסיף, כי ״... רואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק״. סעיפים אחרים בפקודה מסדירים את דיני ההשתתפות בין מעוולים.

הכלל הראשון, העולה בבירור מלשונו של סעיף 11 הוא, כי שניים (או יותר) המבצעים יחדיו מעשה עוולה, אחראים יחד ולחוד לנזקיו של הניזוק (להלן: כלל 1).

מסעיפים 11 ו־64 עולה גם, שכאשר כל אחד משני מעוולים שפעלו בנפרד מהווה ״גורם בלעדיו אין״ לנזק, אחראי הוא כלפי הניזוק למלואו (להלן: כלל 2). בפסיקה נקבע, כי אחריותו של כל אחד מהם היא לכל הנזק, אפילו אם גרמו לנזקים נפרדים, אלא שבסופו של דבר התהווה נזק אחד, אשר על־פי טיבו וטבעו אינו ניתן להפרדה (להלן: כלל 3)[224]. אמנם, בית־המשפט העליון גילה נכונות מסוימת לייחס לכל אחד מהמעוולים אחריות לחלק מהנזק בלבד, כאשר יש בנמצא קריטריון סביר לכך; אך נראה שנכונות זו התייחסה יותר למקרים של נזקי רכוש, ופחות — למקרים של נזקי גוף[225].

בית־המשפט העליון אף קבע, כי כאשר נגרמו נזקים נפרדים על־ידי שני מעוולים

221 לעיל, הערה 9.

222 שיקול זה שימש אף את בית־המשפט העליון של קליפורניה, בעניין Sindell, *supra* note 36, at p. 936; וכפי הנראה, אף בעניין Summers, *supra* note 32. ראה Celli, *supra* note 158, at p. 641, 643. בשני פסקי־הדין דובר על מזיק (או מזיק אפשרי) רשלן (שאינו בהכרח זהה ל״אשם״ — ראה לעיל, ליד הערות 1-2). ראה לעניין זה אף גלעד, ״סיבתיות״, (לעיל, הערה 3), 19; H.L.A. Hart & T. Honore, *Causation in the Law* (Oxford, 2nd ed., 1985) 228–229.

223 לכך שעניין Sindell, *supra* note 36, נפסק בשל העדפת הצרכן הקטן על החברה המסחרית הגדולה, יצרנית התרופות, ועל כל המשתמע מכך, ראה P. J. Zwier, "'Cause in Fact' in Tort Law — A Philosophical and Historical Examination" 31 *De Paul L. Rev.* (1982) 769, 809, 815–816.

224 ע״א 22/75 אדרי נ׳ עזיזיאן, פ״ד ל(1) 701; מלך, (לעיל, הערה 18), 107-109; א׳ ברק, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (לעיל, הערה 3), 480.

225 ראה מלך, שם, 111, והשווה למה שנפסק בעניין גינוסר, (לעיל, הערה 22).

או על־ידי מעוול וגורם נוסף לא־עוולתי (כגון מחלה) וקיים קושי ראייתי להצביע על חלקו של כל מעוול ומעוול (או של המעוול והגורם הלא־עוולתי) בנזק, הנטל על המעוול הנתבע להראות לאיזה חלק מהנזק לא הוא גרם. אם לא יצליח לעמוד בנטל זה, ישא במלוא הנזק (להלן: כלל 4)[226]. ההנמקה שהביא בית־המשפט לפסיקתו זו, כי המעוול הנתבע לא רק שגרם נזק פיסי לניזוק, אלא גם נזק ראייתי. ייתכן שגם במקרה זה, קיומו של קריטריון סביר לחלוקת הנזק עשוי להביא לתוצאה שונה, אם כי עניין זה אינו נקי מספקות[227].

שני הכללים האחרונים (3 ו־4) יצרו מצב, שבו המעוול נושא באחריות לנזקים שלהם לא גרם במובן המקובל של המלה. הדבר בולט בעיקר בכלל 4: הגם שהנזקים הם נפרדים, רק בשל הקושי לדעת מי גרם למה, אחראי הוא לכולם. ניתן לסבור, שדיני־ההשתתפות בין מעוולים ירככו תוצאה זו ויביאו בסופו של דבר לכך, שהמעוול שנשא במלוא הנזק ישופה בדרך כזו או אחרת על־ידי המעוול הנוסף. מסתבר, שלא תמיד כך הדבר. ראשית, כאשר הגורם הנוסף לנזק אינו גורם עוולתי, נטל הנשיאה בנזק נותר כולו על כתפי המעוול אשר לא הצליח להראות לאיזה חלק מהנזק לא הוא גרם[228]. שנית, גם כאשר מדובר בסיטואציה של ריבוי מעוולים, ישנם מצבים שבהם אין אפשרות ממשית למעוול הנתבע לגבות דמי־השתתפות מהמעוול השני. סיבה אפשרית לכך היא, למשל, שזהותו אינה ידועה. במקרה כזה, הטלת האחריות על המעוול הנתבע למלוא הנזק, מהווה סוף־פסוק עבורו[229].

כללים נוספים, שעשויה להיות להם השלכה לענייננו, נוגעים להשתתפות בין מעוולים. בדרך־כלל שיעור דמי־ההשתתפות בין מעוולים נקבע לפי יחס אשמם (להלן: כלל 5)[230], אלא שלעתים עשוי לקרות ששני מעוולים גרמו לנזק, והגם שברור שכל אחד מהם מהווה ״גורם בלעדיו אין״ לו, לא ניתן לדעת מה יחס אשמם בגרימתו. בית־המשפט העליון קבע, שכאשר לא ברור יחס אשמם של המעוולים,

226 מלך, שם, 109-112; נגר, (לעיל, הערה 3).

227 נגר, שם, 294-295. בית־המשפט עמד על כך, שכאשר מדובר בגורם לא־עוולתי ובמעוול, הנזק הראייתי נוצר עקב סמיכות הזמנים שבין מועד אירועו של הנזק הראשון, חסר־החבות, לבין מועד אירועו של הנזק הנוסף, בר־החבות; וכן עקב הזהות בין סוג הנזק שנגרם באירוע חסר־החבות לבין סוג הנזק שנגרם באירוע בר־החבות. נגר, שם, עמ׳ 294. נראה, כי כאשר חלף זמן רב בין שני אירועי הנזק, ההנחה היא שהניזוק צריך היה לברר מה הנזק שניגרם לו באירוע הראשון, ואם לא טרח לעשות כן לא יזכה בפיצוי, אלא על הנזק אשר יוכיח כי נגרם על־ידי המעוול. ראה J.H. King, "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" 90 *Yale L.J.* (1981) 1353, 1390–1394. לגופו של עניין, ספק בעיני אם בעניין נגר עצמו היה מקום להחלת עקרון הנזק הראייתי. ראה לעניין זה, פורת, (לעיל, הערה 19), 250.

228 כפי שאירע בעניין נגר, שם.

229 כפי שאירע בעניין מלך, (לעיל, הערה 18).

230 סעיף 84(ב) לפקודת הנזיקין מורה לבית־המשפט לקבוע את דמי־ההשתתפות שלהם זכאי מעוול אחד כלפי מעוול אחר ״על פי הצדק והיושר בהתחשב עם מידת־אחריותו של האדם לנזק״. נוסח דומה מופיע בסעיף 68 לפקודה, העוסק במידת הפחתת פיצוייו של הניזוק אשר התנהגותו נמצאה בת־אשם תורם. הפסיקה העוסקת בסעיף אחרון זה מלמדת, כי בתי־המשפט בודקים בדרך־כלל את אשמם היחסי של הצדדים, אשר במקרים רבים זהה להתרשלותם היחסית. ראה ע״א 314/75 שור נ׳ מ.י., פ״ד לא(1) 299, 305-306; ע״א 449/81 בן לב נ׳ מגד, פ״ד לח(4) 70.

חייבים הם כלפי הניזוק במלוא הנזק, וביניהם יחולק נטל הנשיאה בו שווה בשווה (להלן: כלל 6)[231].

לבסוף יש להזכיר את הכלל הנוגע לאחריותם של משתפים ומשדלים. כלל זה קבוע בסעיף 12 לפקודה, ולפיו ״לעניין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או עומדים להיעשות על־ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם״ (להלן: כלל 7). להלן נבחן אם כללים אלה עשויים לסייע בקליטה ״פסיקתית״ של רעיון האחריות הקיבוצית.

(ב) שימוש בכללים לקליטת עקרון האחריות הקיבוצית

(1) קבוצה א — לא הוכח קשר סיבתי

קבוצה זו כוללת מקרים שבהם יש אשם בכל בני־הקבוצה עליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק, אלא שזהותו של המעוול אינה ידועה. ניתן לטעון, שיש לראות בכל בני הקבוצה מעוולים יחד (כלל 1), מעוולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד (כלל 2) או מסייעים זה לזה (כלל 7). על־כן אחראים הם לכל הנזק. הבסיס לטיעון זה הוא, שכל בני הקבוצה השתתפו ביצירת הסיכון, אשר התממשותו הביאה לנזק, או לפחות סייעו ביצירתו. על־פי טיעון זה, בעניין Summers[232] (וכמו־כן, בשינויים המחויבים, בווריאציה לעניין עמיר[233] — התקרה שהתמוטטה) שני הציידים יחדיו יצרו סיכון כלפי הניזוק ואף סייעו זה לזה, ואין זה מעלה או מוריד מי היה זה שפגע בו פיסית.

נראה שיש לדחות טיעון זה. סעיף 11 (כלל 1) וסעיף 12 (כלל 7) לפקודה עוסקים בין היתר במקרים שבהם שניים (או יותר) היו שותפים בביצוע מעשה־עוולה אחד, ולא במקרים שבהם כמה בני־אדם השתתפו יחדיו בפעילות, שאינה עוולתית כשלעצמה, ואגב כך אחד מהם ביצע מעשה־עוולה. אכן, בעניין Summers, שני הציידים, יצאו יחדיו לציד ויצרו סיכון מסוים כלפי הניזוק. אך פעילות הציד, אפילו היא יוצרת סיכונים, אינה מעשה עוולה. יצירת הסיכון המיוחד שנבע מההתנהגות הרשלנית של כל אחד מן השנים, נעשתה בנפרד ולא במשותף. הניזוק נפגע עקב התממשותו של הסיכון שיצר האחד, אך לא עקב התממשות הסיכון שיצר השני[234]. ממילא אין שני הציידים בגדר מעוולים יחד או מעוולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד, ואף לא בגדר מסייעים זה לזה בביצוע עוולה. כל פתרון אחר היה מביא לכך, שכל המשתתף בפעילות כלשהי שיש בה סיכונים כאלה או אחרים חב בנזקים שנגרמו על־ידי כל מי שמשתתף בפעילות זו. נראה כי תוצאה זו מרחיקת־לכת ואינה עולה בקנה אחד עם התפישה המסורתית של האחריות הנזיקית[235].

231 פינס, (לעיל, הערה 11).

232 *supra* note 32.

233 לעיל, הערה 9.

234 אפילו יצירת סיכון היתה עוולה, הפיצוי לו היה זכאי הניזוק מכל ציידד היה בגין יצירת סיכון, ולא בגין הנזק הפיסי שנגרם לו. נזק אחרון זה הוא תולדה של סיכון שיצר אחד מבין השנים, שזהותו אינה ידועה. (לעיל, הערה 93).

235 השווה לע״א 269/82 הילמן נ׳ דוד, פ״ד מא(4) 1, שם שני הנתבעים, אשר ירו לסירוגין באקדח ואחד

המצב עשוי להיות שונה במקרים דוגמת Sindell[236] (מקרי ה־D.E.S.) ו־Hall[237] (מקרי החזיזים). במקרים אלו, הסיכון לניזוקים השונים נוצר בין היתר עקב אי־גילוי מידע, שנבע מעצימת עיניים או לפחות מרשלנות. ניתן לסבור, שבאי־גילוי המידע אשמים כל בני־הקבוצה שאליה משתייך היצרן הספציפי, אשר מוצרו גרם לנזק באופן ישיר. כולם היו שותפים ליצירת אווירה של ביטחון במוצר המיוצר על־ידיהם, ואף אחד מהם אינו יכול לרחוץ בנקיון־כפיו. על־כן, ניתן לראות בהם, אפילו אם בדוחק מה, מעוולים שביצעו יחדיו מעשה־עוולה (אפילו לא נדברו ממש ביניהם) (כלל 1) או מעוולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד (כלל 2). כן אפשר לסבור שהם סייעו זה לזה בשתיקה, מטעמים אינטרסנטיים ברורים (כלל 7). מכאן, שלפי דרך זו, כל אחד מהם אחראי כלפי כל אחד מהניזוקים למלוא הנזק. ההשתתפות ביניהם תיעשה בהתאם לכלל 5 (לפי יחס אשמם), ובהיעדר מידע באשר למידת אשמם — על־פי כלל 6 (שווה בשווה)[238].

נחזור עתה למקרים שאינם באים על פתרונם לפי כללים 1, 2 ו־7.

הגם שבעניין Summers אין לראות בציידים מעוולים שפעלו יחד, מעוולים אשר פעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד או כאלה שסייעו זה לזה בביצוע העוולה, הנני סבור שניתן למוצאם חייבים בדין אף על־פי המשפט הפוזיטיבי בישראל. לשם כך אפשר להיעזר בכלל 4. כלל זה מבוסס על הרעיון, שלעתים מעוול יכול לגרום, נוסף על הנזק ה״ישיר״[239], אף לנזק ראייתי. כאשר זהו המצב, הוא נדרש לתקנו, דהיינו: להראות לאיזה חלק מהנזק הישיר לא הוא גרם, שאם לא יעשה כן — ישא במלואו. ניתן להצדיק את כלל 4 בכך, שלמעשה יש לראות בגרם הנזק הראייתי גרם נזק לכל דבר ועניין. אם המעוול אינו מצליח לתקן נזק זה, חייב הוא לפצות את הניזוק

מהם פגע בעוברת אורח — השתתפו יחדיו במעשה־העוולה עצמו, והפרו, כל אחד בנפרד, חובה כלפי הניזוקה. ראה גם ברק, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית, (לעיל, הערה 3), 481-482. בארץ, נראה שסעיפים 11-15 לפקודה ממצים את המקרים שבהם יהיה אדם אחראי למעשה־עוולה שבוצע על־ידי אחר. על־כן, לדוקטרינת ה־joint venture (או ה־joint enterprise) האמריקנית אין תחולה בישראל, ואף בארצות־הברית אין היא חלה על מקרה דוגמת Summers. ראה Prosser, *supra* note 54, at p. 516–522.

236 *supra* note 36.

237 *supra* note 51.

238 אחריותם לפי המצב המשפטי בישראל לא תהיה על־פי חוק האחריות למוצרים פגומים, תש״ם-1980, ס״ח 86, שכן חוק זה מטיל אחריות על יצרן לאותו נזק גוף שנגרם כתוצאה מפגם במוצר שלו (סעיף 2(א) לחוק); ובמקרים דוגמת מקרי ה־D.E.S. והחזיזים לא ניתן לדעת מיהו היצרן שמוצרו הפגום גרם לנזקו של הניזוק התובע בבית־המשפט. בעניין Collins, (*supra* note 42), ביסס בית־המשפט העליון של מדינת ויסקונסין את הטלת האחריות על יצרניות ה־D.E.S. על כך, שכולן תרמו ליצירת סיכון ממנו ניזוקו התובעות השונות. התוצאה היתה, שכל היצרניות נמצאו אחראיות למלוא הנזק יחד ולחוד. עם זאת נקבע, כי יצרנית שתוכיח כי במקרה נתון לא המוצר שלה גרם לנזק, תפטור את עצמה מאחריות. ליצירת סיכון כבסיס נורמטיבי להטלת אחריות קיבוצית, ראה Robinson, *supra* note 143. לביסוס דוקטרינת ה־Market Share Liability על כך, שכל היצרניות היוו גורם עובדתי לנזק בהיותן שותפות ליצירת סיכון וכי סיבתיות עובדתית מודרכת משיקולי מדיניות משפטית, ראה N.L. Firak, "Alternative Forms of Liability — Developing Policy Aspects of the Cause-in-Fact Requirement of Tort Law" 20 *Ariz. St. L.J.* (1988) 1041.

239 בטקסט מובהר מהו ״נזק ראייתי״. לעומת זאת ״נזק ישיר״, הוא כל נזק שגרם המזיק לניזוק ושאינו נזק ראייתי.

בגין הנזקים שנגרמו לו בשל הנזק הראייתי. נזקים אלה מתבטאים באי־יכולתו של הניזוק לתבוע את נזקיו הישירים, אשר אלמלא הנזק הראייתי יכול היה לתובעם על נקלה. מכאן, ששיעורו של הנזק הראייתי אינו אלא כשיעורו של כל הנזק הישיר שנגרם לניזוק.

את רעיון הנזק הראייתי ניתן ליישם על עניין Summers ודומיו, ולמעשה על כל המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה. אפשר לומר, שכל אחד מהנתבעים במקרים הנכללים בקבוצה זו, אפילו לא יצר נזק ״ישיר״ כלשהו, יצר ברשלנותו נזק ראייתי[240]. התוצאה היא שעליו להראות כי לא הוא שגרם לנזק הישיר, שאם לא יצליח בכך — יחויב לשאת במלואו. אם נחזור לרציונלה של כלל זה, אזי נאמר שכל אחד מהנתבעים גרם ברשלנות לכך שהניזוק לא יוכל לתבוע את נזקיו הישירים, ונזקים ישירים אלה שיעורם זהה לשיעורו של הנזק הראייתי.

קושי מסוים לגבי טיעון זה נוגע לאותם מקרים שבהם יש יותר משני נתבעים אשר עשויים היו לגרום לנזק הישיר (עמיר, Sindell ו־Hall). במצב זה יכול כל אחד מהם לטעון, שגם אלמלא התנהגותו הרשלנית שיצרה נזק ראייתי, היה נזק זה נוצר ממילא עקב התנהגותם של האחרים. טיעון זה יש לדחות. בית־המשפט העליון חיווה כבר את דעתו, שלעתים יש להמיר את מבחן האלמלא במבחן אחר, כגון מבחן ה״דיות״ או מבחן ״הגורם המהותי״, המתאים לסיטואציה של גורמים חלופיים לנזק[241]. על־פי שני מבחנים אלה, כל אחד מהגורמים שתרם מהותית לנזק ייחשב גורם לו, הגם שאין הוא ״גורם בלעדיו אין״ להתרחשותו. אימוץ אחד משני המבחנים בענייננו יאפשר להטיל אחריות בכל המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה על אותם נתבעים אשר לא יצליחו להראות שלא הם אשר גרמו לנזקיו של התובע. חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים שיימצאו חייבים בדין תיעשה במקרה זה לפי יחס אשמם (כלל 5), ובהיעדר מידע לעניין זה — שווה בשווה (כלל 6).

יש לשים לב, ששימוש בטכניקת ה״נזק הראייתי״ מאפשר לכל נתבע לפטור את עצמו מאחריות אם יוכיח שלא הוא אשר גרם לנזק הישיר במקרה הקונקרטי. לא כן אם עילת התביעה מבוססת על כללים 2,1 או 7. על־כן, במקרים דוגמת Sindell ו־Hall, אם עילת התביעה תבוסס על כללים אלה, דינו של כל אחד מהנתבעים יהיה כזה של מעוול שגרם לנזקיו של כל ניזוק וניזוק. ממילא לא יוכל נתבע זה

240 כדי שתקום חכות בגין יצירתו הרשלנית של נזק ראייתי, צריך להכיר בקיומה של חובת זהירות של כל אחד מהנתבעים כלפי הניזוק לגבי יצירתו של נזק מיוחד זה. קיומה של חובת זהירות או היעדר קיומה נקבעים על־פי שיקולי מדיניות משפטית. נוסף על יכולת צפיות טכנית, שאינה מעורדת קושי בענייננו. בפרקים הקודמים לרשימה זו הובאו שיקולי מדיניות משפטית להטלת אחריות קיבוצית, אשר יש בהם — לדעתי — כדי להצדיק הסקתה של חובת זהירות, כאמור, שתוצאתה אינה אלא הטלת אחריות קיבוצית. לאופן קביעת קיומה של חובת זהירות או העדרה ראה למשל, ועקנין, (לעיל, הערה 3), 225 ואילך.

241 ועקנין, (לעיל, הערה 3), 144; נגר, (לעיל, הערה 3), 292. ראה גם י׳ אנגלרד, דיני הנזיקין — תורת הנזיקין הכללית (לעיל, הערה 3), 194. שאלה אחרת, שטרם נדונה בארץ היא, אם התנהגות בת־אשם שאינה התרשלות עשויה להקים אף היא עילת תביעה בגין יצירת נזק ראייתי.

או אחר להתגונן בטענה, שהניזוק הספציפי התובע במשפט ניזוק משימוש במוצר שאינו המוצר שלו[242].

(2) קבוצה ב — לא הוכח אשם

להבדיל מקבוצת המקרים הראשונה, בקבוצת המקרים השנייה נכללים מקרים שבהם כל בני־הקבוצה, להוציא אחד, נהגו בלא אשם. הבדל זה בין שתי קבוצות המקרים מונע עשיית שימוש בטכניקות המשפטיות, שבהן נעשה שימוש לשם אימוץ עקרון האחריות הקיבוצית במקרים הנמנים על הקבוצה הראשונה: אין כל דרך לומר שכל בני־הקבוצה הם מעוולים (שפעלו יחד או בנפרד) או מסייעים בביצוע מעשה עוולה; ואין אף אפשרות לעשות שימוש ברעיון הנזק הראייתי, באותו אופן שנעשה בקבוצת המקרים הראשונה[243]; שהרי כל בני־הקבוצה, להוציא אחד, לא גרמו אותו ברשלנות[244].

שאלה מעניינת היא, אם ניתן להרחיב את כלל 6 (אחריות למלוא הנזק וחלוקתו בין המעוולים שווה בשווה, כאשר לא ידוע יחס אשמם) כך שתתאפשר הטלת אחריות קיבוצית אף במקרים הנכללים בקבוצה השנייה.

ממבט ראשון אפשר לחשוב, שיש קִרבה רבה בין הרציונלה של כלל 6 לבין רעיון הטלתה של אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בקבוצה ב. כלל 6 חל במקורו על מקרים שבהם ישנם שני גורמים לנזק (או יותר) ולא ידועה מידת האשם שהיתה בכל אחד מהם (להלן: סוג המקרים הראשון). המקרים הנכללים בקבוצה ב (להלן: סוג המקרים השני) מתאפיינים אף הם בשני מאפיינים אלה. משמעות החלתו של כלל 6 על שני סוגי המקרים — כך ניתן לסבור — היא אחת: אחד מבין אלו שגרמו לנזק נושא במחצית מנזקיו של הניזוק (בהנחה שישנם שני גורמי נזק), הגם שמידת אשמו מחייבת כי ישא בנזק פחות (או שלא ישא בנזק כלל).

בצד דמיון זה קיים הבדל משמעותי בין שני סוגי המקרים. בסוג המקרים הראשון, שני הגורמים הם בני־אשם; ואילו בסוג המקרים השני, רק גורם אחד מבין השניים הוא בן־אשם. הבדל זה יצדיק במשפט הפוזיטיבי תוצאות שונות בשני סוגי המקרים. בסוג המקרים הראשון, אי־יכולתו של התובע להוכיח את יחס אשמם של שני הנתבעים שגרמו לנזקיו אינה מעלה ואינה מורידה. לשם ביסוס עילת תביעתו, די לו להוכיח שבכל אחד מהנתבעים היה אשם, ואשם זה היה ״גורם בלעדיו אין״ לנזק. לאף אחד מהנתבעים שהוכח אשמו אין זכות קנויה כלפי התובע, שהחלוקה הפנימית בינו לבין המעוול האחר תתבצע לפי יחס אשמם או בכל דרך אחרת. אין הוא רשאי לבוא בטרוניה לתובע על שלא הוכיח יחס זה. אמנם, יכול הדבר לקומם לעתים, שמעוול אחד (אשר זהותו אינה ידועה), שהוא האשם ה״משני״, יאלץ לשאת במחצית מנזקיו של הניזוק. אך בה־במידה מקוממת לעתים התוצאה, שאדם אשר התרשל התרשלות קלה שבקלות, מסוג ההתרשלויות שבהן חוטאים כולנו, אך לרוע מזלו גרם לנזק רב — ייאלץ לשאת בסכום פיצויים גבוה במיוחד. בעיה זו

242 אך ראה לעיל, הערה 238.

243 לעיל, ליד הערות 239-242.

244 או באשם אחר כלשהו. (לעיל, הערה 241).

אפוא, שהאשם, ולו גם ״האשם במעט״, חייב לעתים קרובות לשאת במלוא הנזקים שנגרמו על־ידו[245] טבועה בכל משטר משפטי המטיל אחריות על־פי אשם.

לעומת זאת, בסוג המקרים השני, לא הוכיח התובע מרכיב מרכזי של עילת תביעתו: אשמו של כל נתבע ונתבע. אמנם הוא הוכיח גרימה, אך בשיטת משפטנו, בדרך־כלל אין בכך די. החלתו של כלל 6 על סוג מקרים זה, דהיינו: על המקרים הנכללים בגדר קבוצה ב, תהווה אפוא סטייה ברורה מהעיקרון שלפיו אין להטיל אחריות נזיקית על מי שלא הוכח אשמו. שונה הדבר תכלית השוני מהחלת כלל 6 על סוג המקרים הראשון. בסוג מקרים זה ישאו בנזק שווה בשווה שני גורמים בני־אשם, אפילו אם החלוקה הפנימית ביניהם אינה החלוקה הצודקת המתחייבת מיחס אשמם.

דרך אחרת אשר עשויה לעתים (ובאופן אקראי) להביא להטלת אחריות קיבוצית בקבוצת המקרים השנייה היא שימוש ברעיון הנזק הראייתי, אם כי שימוש שונה מזה שנעשה בקבוצת המקרים הראשונה. עניין זה יידון להלן לגבי קבוצת המקרים השלישית, וכוחו יפה אף לגבי קבוצת המקרים השנייה, בשינויים המחויבים[246].

(3) קבוצה ג: לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם

איני סבור שניתן להטיל אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בקבוצת המקרים השלישית תוך שימוש ישיר או אנלוגי בכללים מדיני ריבוי מעוולים, ריבוי גורמים או משתפים ומשדלים. עם זאת, ראוי להצביע על שני חריגים אפשריים:

ראשית, לעתים ניתן אולי להצביע על אשם כלשהו ביצירת הסיכון שהניזוק נפגע בעטיו (כמו שהצעתי לעשות במקרים דוגמת Sindell ו־Hall — ה־D.E.S. והחזיזים, בהתאמה[247]). אם אכן כך הדבר, הטלת אחריות יחד ולחוד על כל בני־הקבוצה עשויה להיות אפשרית[248].

שנית, לעתים ניתן לעשות שימוש ברציונלה של כלל 4 (נזק ראייתי) ולמצוא את כל הנתבעים חייבים בדין. זאת באותם מקרים שבהם ניתן לומר, כי אפילו לא היה אשם בנתבעים בגרם הנזק ה״ישיר״, אשמים הם בכך שהניזוק אינו יכול לזהות את המזיק שגרם לנזקו[249]. כדי לבסס טענה כזו, חייב הניזוק להראות שהיתה התרשלות כלשהי מצד הנתבעים או מי מהם בעניין זה. כך, למשל, בווריאציה לפסק־דין צים (אובדן חבילות־הכרזל) ניתן אולי לטעון, שכל אחת מהנתבעות התרשלה לפחות בכך שלא נקטה אמצעים, לפני מעשה או לאחריו, אשר יאפשרו את זיהויו של המעוול שגרם לנזק. נראה לי, שאין קושי להכיר בקיומה של חובת זהירות של כל אחת מהנתבעות כלפי הניזוק, ואם יוכח כי היו יכולות למנוע את בעיית הזיהוי בעלות שאינה גבוהה יחסית — תיקבע התרשלותן. אם אכן כך הדבר, אפשר יהיה

245 בכפוף למגבלות מסויימות, בעיקר זו הנוגעת ל״ריחוק הנזק״ ולהגנת האשם התורם.

246 ראה גם להלן הטקסט ליד הערות 247-248, במסגרת קבוצה ג, אשר עשוי להתאים, בשינויים המחויבים, אף למקרים הנכללים בקבוצה ב.

247 לעיל, ליד הערות 236-238.

248 למשל: בעניין Ybarra, *supra* note 59, לו נפגע התובע על־ידי אחד מחברי הצוות הרפואי עקב שיטת־עבודה לקויה בה נקט אוהו אחד, אך שאומצה או נוצרה באשמם של כל חברי־הצוות.

249 השווה ע״א 789/89 עמר נ׳ קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ״ד מו(1) 712, 721 (להלן: עמר).

לחייבן בנזקיו הישירים של הניזוק, ששיעורם כשיעורו של הנזק הראייתי. פתרון דומה עשוי היה אולי להתאים גם למקרה דוגמת Ybarra (הפגיעה בכתף), אם כי תאור עובדות המקרה כפי שמופיע בפסק־הדין אינו מאפשר ליתן תשובה ברורה לעניין זה.

את טענת ההגנה האפשרית לכאורה של כל אחד מהנתבעים (כשיש יותר משניים שהיו עשויים לגרום לנזק ראייתי), שגם אלמלא התנהגותו הרשלנית היה נוצר הנזק הראייתי, יש לדחות מאותו טעם שהומלץ לדחות טענה דומה שהובאה במסגרת הדיון בקבוצת המקרים הראשונה[250].

יש לשים לב היטב להבדל בין אופן השימוש בטכניקת הנזק הראייתי במקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה לבין אופן השימוש בה במקרים הנמנים על קבוצת המקרים השלישית. בעוד שבקבוצת המקרים הראשונה הנזק הראייתי נגרם על־ידי אותה התנהגות ממש אשר יצרה את הנזק הישיר או יכולה היתה ליצור אותו, בקבוצת המקרים השלישית הנזק הראייתי נוצר על־ידי התנהגות נפרדת. מטעם זה, טכניקת הנזק הראייתי עשויה להוות הצדקה כללית להטלת אחריות קיבוצית בקבוצת המקרים הראשונה, אך הצדקה חלקית בלבד, ואף אקראית, במסגרת קבוצת המקרים השלישית.

2. כלל ״הדבר מעיד על עצמו״ והעברת נטל השכנוע לנתבע

כלל ״הדבר מעיד על עצמו״ (res ipsa loquitor) קבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין. לפיו, בתובענה בגין רשלנות, בהתקיים שלושה תנאים עובר לנתבע הנטל לשכנע שלא התרשל[251]. זאת להבדיל מהכלל החל בדרך־כלל ואשר לפיו התובע הוא שצריך להוכיח את עילת תביעתו כולה על־פי מאזן הסתברויות. שלושת התנאים הם: (1) התובע לא ידע ולא יכול היה לדעת מה היו הנסיבות שגרמו למקרה שהביא לנזק; (2) הנזק נגרם על־ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו; (3) נראה לבית־המשפט שאירוע המקרה אשר גרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שנקט זהירות סבירה[253,252].

אימוץ גישה דווקנית, המקפידה על התקיימות שלושת התנאים להעברת נטל

250 לעיל, ליד הערה 241.

251 נטל השכנוע, להבדיל מנטל הבאת הראיות. ראה ד״נ 4/69 יצחק נוימן ובניו חברה לביטוח בע״מ נ׳ כהן, פ״ד כד(2) 229 (להלן: נוימן).

252 התנאי השלישי יכונה להלן גם ״תנאי ההתרשלות המסתברת״. השאלה אם התנאי השלישי מתקיים נענית בהתעלם מהראיות של הנתבע המכוונות אך להראות כי עמד בנטל השכנוע. (נוימן, שם, עמ׳ 262). במלים אחרות: אם לאחר שהתובע הביא את ראיותיו נראה לבית־המשפט סביר יותר שהנתבע התרשל מאשר המסקנה ההפוכה, ולאחר שהנתבע הביא את ראיותיו הבאות אך להראות כי בפועל לא התרשל כפות המאזנים נעשו מעורנות — התובע יזכה בתביעתו (בהנחה שמתקיימים גם שני התנאים הראשונים). עם זאת, נראה שהנתבע רשאי לנסות ולהוכיח, כי מאופן אירועו של הנזק ומראיותיו של התובע יש להסיק כי התנאי השלישי לא התקיים. ראה גם את עניין עמר, (לעיל, הערה 249), בעיקר בעמ׳ 718.

253 במקרים מסוימים העשויים להתאים להטלה אחריות קיבוצית ניתן היה אף לדון בשאלה אם ניתן להעביר לנתבע את נטל השכנוע על־פי סעיפים אחרים בפקודת הנזיקין, בעיקר סעיף 38 העוסק בדברים מסוכנים. בסעיף אחרון זה תנאי הוא להעברת נטל השכנוע, כי ״הנתבע היה בעלו של הדבר (המסוכן) או ממונה עליו״, והן זה בדיוק מה שבדרך־כלל לא ניתן להוכיח על־פי מאזן הסתברויות באותם מקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית. ראה עטר, (לעיל, הערה 18), 470.

השכנוע, לא תסייע לנו בקליטת עקרון האחריות הקיבוצית. ראשית, על־פי התנאי השני, חייב התובע, החפץ בהעברת נטל השכנוע לנתבע להראות — על־פי מאזן הסתברויות — קשר סיבתי בין מצבו של נכס שהיה מצוי בשליטה מלאה של הנתבע לבין הנזק שאירע לו. כבר בשל כך אין לסעיף זה תחולה על המקרים הנכללים בקבוצה הראשונה והשלישית: הן בהם קיים בראש־ובראשונה קושי להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין התנהגותם של הנתבעים לבין הנזק; וממילא לא תהיה בדרך־כלל אפשרות להוכיח קשר סיבתי בין מצבו של נכס שהיה מצוי בשליטתו המלאה של כל אחד מהם לבין הנזק[254]. שנית, על־פי התנאי השלישי, חל הסעיף רק במקרים שבהם סביר יותר להניח שהנתבע התרשל מאשר שהנתבע לא התרשל. על־כן סעיף זה לא יחול על מקרים בהם קיימת הסתברות של 50% או פחות מכך שהנתבע התרשל. ממילא לסעיף זה אין תחולה על מקרים שבהם קיימים שני נתבעים או יותר ולא ברור מי מביניהם גרם ברשלנותו לנזק[255], אלא־אם־כן ניתן להוכיח שקיימת הסתברות של למעלה מ־50% שדווקא אחד מהם עשה כן. במקרה אחרון זה אין לדבר עוד על אחריות קיבוצית, אלא על אחריות אישית של אותו אחד[256].

על־כן, כלל ״הדבר מעיד על עצמו״ אינו חל אף לא על אחד מבין המקרים שהובאו כדוגמאות לשלוש קבוצות המקרים שנדונו ברשימה זו. המקרה ה״קרוב״ מכולם לתחום חלותו של הכלל הוא אולי המקרה שבו שני כלי־רכב או יותר היו מעורבים בתאונה שבה נפגע נוסע או הולך־רגל, אך לא ניתן לדעת מי מביניהם התרשל (קבוצה ב). כפי הנראה תנאים 1 ו־2 מתקיימים במקרה זה, ותנאי 3 ״כמעט מתקיים״: הסתברות של 50%, אך לא יותר, שהאחד התרשל; ואותה הסתברות ממש — שהאחר התרשל. לו ניתן היה, למשל, להראות, כי ההסתברות שהאחד התרשל רבה יותר מההסתברות שהאחר התרשל, הכלל היה חל וייתכן מאוד שהתובע היה זוכה בתביעתו. ייתכן גם שהכלל היה חל אם היה מוכח כי ההסתברות שהאחד התרשל לבדו זהה להסתברות שהאחר התרשל לבדו, אך קיימת גם הסתברות ששניהם התרשלו כאחד. במקרה כזה ההסתברות שהאחד התרשל כמו גם ההסתברות שהאחר התרשל היא גבוהה מ־50%. אכן, במקרים כאלו נטו בתי־משפט אנגליים להחיל את כלל ״הדבר מדבר בעדו״[257]. מקרים נוספים הקרובים למדי לתחום חלותו של הכלל הם אלה שבהם מתקיים תנאי 1 ו״כמעט״ מתקיימים תנאים 2 ו־3. כך הם מקרי Summers (קבוצה א), אדוג׳י והווריאציה של עניין צים (קבוצה ג). בשלושת המקרים, על־פי פרשנות מרחיבה של תנאי 2[258], היתה הסתברות של 50%, אך לא יותר, שהתובע ניזוק מנכס שהיה בשליטה מלאה של הנתבע הראשון כפי שהיתה אותה הסתברות ממש שניזוק מנכס אשר

254 אם כי ניתן לחשוב על מקרה, שבו לכמה בני־אדם יש שליטה מלאה בנכס, אך רק אחד מהם שינה את מצבו כך שיגרום לנזק. הנחתי היא, כי הגם שרק אחד עשה זאת, ניתן לראות גם באחרים בעלי שליטה מלאה.

255 עטר, (לעיל, הערה 18), 470.

256 י׳ אנגלרד, ״הדבר מדבר בעדו״, (לעיל, הערה 191), 94-106.

257 לעיל, ליד הערה 54.

258 לגבי (*supra* note 32) *Summers*, גם בלעדי פרשנות מרחיבה ניתן להסיק, כי היתה הסתברות של 50% שהתובע ניזוק מנכס שהיה בשליטתו המלאה של הנתבע האחד, ואותה הסתברות ממש — שניזוק מנכס שהיה בשליטתו המלאה של הנתבע האחר. לגבי שני המקרים האחרים קיים ספק מסוים, שכן במובן הפשוט של המלה הנזק לא נגרם על־ידי נכס שהיה בשליטה מלאה של מי מהנתבעים. בפסיקתו של

היה בשליטתו המלאה של הנתבע השני. כך גם ההסתברות — לגבי כל אחד מהם — אם התרשל, עמדה על 50% בלבד.

האפשרות להסתייע בטכניקה של העברת נטל השכנוע לנתבע לשם הטלת אחריות קיבוצית תתקיים רק אם יורחב הכלל הקבוע בסעיף 41 לפקודה. הרחבה כזו תתאפשר אם תאומץ הסברה, שסעיף 41 משקף מדיניות מסוימת של המחוקק, הניתנת להגשמה אף כשלא מתקיימים כל תנאי הסעיף. מדיניות זו היא להעביר את נטל השכנוע לנתבע כאשר יש לו נגישות טובה יותר מלתובע לראיות העשויות לשפוך אור על אופן התרחשותו של הנזק. תנאים 1 ו־2 משקפים בלי ספק מדיניות זו: התנאי הראשון במפורש, ואילו התנאי השני — במשתמע. השליטה המלאה בנכס אשר הביא לנזק שבבסיס התנאי השני אינה אלא אינדיקציה ליכולתו העדיפה של הנתבע לברר את נסיבות הנזק (ואולי אף למונעו מלכתחילה[259]). אפשר לטעון, שיש להרחיב את הכלל כך שיחול גם על מצבים אחרים שבהם עדיפותו האמורה של הנתבע אינה מוטלת בספק, אפילו לא היתה לו שליטה בנכס כזה או אחר שהביא לנזק. אכן, בפסיקה בארץ התגלתה נכונות מסוימת (אם כי לא תמיד) ללכת בכיוון זה ולא לעמוד בצורה דווקנית על התקיימותו של תנאי 2[260]. אולם הבעייתיות להרחיב את הכלל נעוצה בעיקר בתנאי 3. לו המטרה היחידה של סעיף 41 היתה להעביר לבעל־המידע, או לזה שיש לו נגישות לראיות, את נטל השכנוע, לא היה צורך בתנאי 3. לכן נראה, שסעיף 41 אינו מושתת רק על עדיפותו של הנתבע בהבאת ראיות, אלא גם על התרשלותו המסתברת[261].

למרות זאת ניתן אולי למצוא בפסיקתו של בית־המשפט העליון ניצנים לגישה אחרת. על־פי גישה זו, ישנם מקרים שאינם מקיימים את תנאי 3, אך למרות זאת העברת נטל השכנוע לנתבע תהיה בהם מוצדקת. מקרים אלה מתאפיינים בכך שלנתבע יש קרבה רבה למקורות המידע, שלא כמו לתובע, המגשש את דרכו באפלה. זאת ועוד: נטל השכנוע יעבור לנתבע לא רק כדי שיוכיח כי לא התרשל, אלא גם על מנת שיוכיח שלא אשמו הוא אשר גרם לנזק. בבסיסה של גישה זו מצוי החשש הכבד, שבשל אי־יכולתו של התובע להמציא ראיות לא יעלה בידו להוכיח את עילת תביעתו ועל־כן ייוותר בלא פיצוי[262].

אם אכן תאומץ גישה זו בפסיקה כהלכה מחייבת, עשויה היא ליתן פתרון הולם לפחות לאותם מקרים שבהם בני הקבוצה שעליה נמנה המעוול שגרם לנזק הם

בית־המשפט העליון ניתן להבחין, מצד אחד, במגמה לפרש את תנאי 2 פירוש מצמצם: ע״א 705/78 רמון נ׳ מאוטנר, פ״ד לד(1) 550, 559 (להלן: רמון); ע״א 101/81 דג נ׳ מ.י., פ״ד לח(1) 32, 37-38; ומצד אחר, במגמה לפרשו פירוש מרחיב: רמון, שם, עמ׳ 554; ע״א 323/89 קוהרי נ׳ מ.י., פ״ד מה(2) 142, 164-166. לאחרונה נפסק ע״א 206/89 רז נ׳ בית חולים אלישע בע״מ (טרם פורסם) (ראה פסק דינו של הנשיא שמגר) בו מגמת ההרחבה בולטת במיוחד.

259 עניין זה בעייתי. יכולת למנוע נזק אינה מעידה, כשלעצמה, על התרשלות. עם זאת, יכול שלעתים היא מעידה על־ידיעה באשר לנסיבות של אירוע הנזק.

260 לעיל, הערה 258.

261 להסבר משמעותו של תנאי זה, ראה (לעיל, הערה 252).

262 קוהרי, (לעיל, הערה 258), 165-166. כן ניתן למצוא בפסיקה אף גישה, שלפיה במקרים מסוימים, הגם שלא עובר לנתבע נטל השכנוע, עובר אליו נטל הבאת ראיות המעלות הסבר סביר להתרחשות האירוע ללא התרשלות. ראה עמר, (לעיל, הערה 249), עמ׳ 721.

שניים (חתך מיון נוסף מס' 1[263]). החלתה על מקרים אחרים, שבהם ההסתברות להיותו של כל אחד ואחד מבני הקבוצה המעוול שגרם לנזק פחותה מ־50%, תהיה "מתיחת־יתר" שלה. נראה אף שהנכונות להחיל אותה תהיה רבה יותר בקבוצות המקרים א ו־ב (כאשר "רק" אחד משני יסודות החבות לא הוכח על־פי מאזן הסתברויות) ופחותה במידת־מה בקבוצת מקרים ג (כאשר שני יסודות החבות לא הוכחו על־פי מאזן הסתברויות)[264].

3. פסיקת פיצויים על־פי הסתברות

אחריות קיבוצית משמעה חיובו של כל אחד מבני הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק בפיצויים בשל ההסתברות שפגע בניזוק ועל־פי מידת הסיכון שיצר כלפיו[265]. חישובי הסתברויות, ובכלל זה שימוש בנתונים סטטיסטיים, מסייעים לקביעת חלקו של כל אחד בנזק. האם ניתן למצוא במשפט הפוזיטיבי פסיקת פיצויים על־פי הסתברויות, ובכלל זה הסתברויות הפחותות מ־50%[266]?

בתחום דיני־החוזים נראה שניתן לפסוק פיצויים כנגד המפר בגין פגיעה בסיכוי, כאשר שיעורה נקבע על־פי ההסתברות שההפרה גרמה לנזק כזה או אחר[267]. אולם הדבר נפוץ הרבה יותר דווקא בתחום דיני־הנזיקין. כידוע, אחד מאבות הנזק העיקריים בדיני־הנזיקין המתייחסים לנזקי גוף הוא פגיעה בכושר השתכרות. בגין אב־נזק זה נפסקים פיצויים עקב הפגיעה בכושר השתכרותו של הניזוק בעבר ובעתיד. מטבע הדברים הערכת נזקיו העתידיים של הניזוק היא ספקולטיבית למדי. בית־המשפט נדרש להעריך את תוחלת חייו של הניזוק, תוחלת שנות־עבודתו, סוג עבודתו בעתיד, שיעור השתכרותו ממנה, סוג עבודתו אלמלא נפגע, ההשתכרות שהיה משתכר כה וכדו'. ממילא נאלץ בית־המשפט להעריך סיכויים להתרחשות מצבים עובדתיים כאלה או אחרים בעתיד, כמו גם להתרחשותם של מצבים היפותטיים שהיו מתקיימים אלמלא הפגיעה. על־כן, בתי־המשפט פוסקים פיצויים תוך התחשבות בסיכויים. הצורך להוכיח מצבים עובדתיים אלה על־פי עודף הסתברויות לא קיים[268].

263 לעיל, תת־פרק ג 4.

264 לדעה כי יש להוריד את סטנדרט ההוכחה הנדרש מהתובע, כאשר התנהגותו של הנתבע ראויה לגינוי מיוחד, ראה Dugdale, *supra* note 10, at p. 897. לדעה כי פסק־דין *Summers* מוצדק בין היתר בשל כך שההסתברות שכל אחד מהציידים גרם לנזק היתה 50% (ולא פחות), ראה Celli, *supra* note 158, at p. 642.

265 בהיעדר מידע לעניין מידת הסיכון, לפי תוחלת נזק כללית. ראה ביתר פירוט (לעיל, פרק ה). גם אם מוטלת אחריות על כל אחד מבני־הקבוצה למלוא הנזק, המטרה הסופית היא שכל אחד ישא בחלק מהנזק, לפי מידת הסיכון שיצר.

266 אין בכוונתי להכנס כאן לדיון בשאלה הכללית, אם ראוי לפסוק פיצויים, בדיני נזיקין ובדיני חוזים, על־פי הסתברויות. (ראה לעיל, הערה 8). למעשה, בפרקים העוסקים בשיקולי המדיניות הרלבנטים לשאלת הטלתה של אחריות קיבוצית, ניסיתי לענות עליה בהקשר המיוחד של הטלת אחריות קיבוצית. כאן ברצוני אך להתייחס בקצרה לעמדת המשפט הישראלי בעניין זה.

267 בדרך־כלל מניעת רווח. ראה G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract — A Comparative Account* (Oxford, 1988) 192–194. כן ראה ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתה, פ"ד מב(3) 312, 318; ע"א 679/82, המצוטט שם (ושלא פורסם).

268 ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393. כללית, ראה McGregor on Damages (London, 15th

האם מכאן עלינו ללמוד שבמשפט הפוזיטיבי פסיקה על־פי הסתברויות, ובכלל זה הסתברויות של פחות מ־50% היא מגמה קיימת, כך שהטלת אחריות קיבוצית אינה אלא יישום נוסף של מגמה זו ותו לא? נראה, שקיים הבדל ברור בין המקרים שבהם נעשה שימוש בהסתברויות במשפט הפוזיטיבי לבין השימוש הנדרש לשם הטלת אחריות קיבוצית: בעוד שבהטלת אחריות קיבוצית מדובר בהסתברויות לקיום תנאים הכרחיים להקמתה של האחריות הנזיקית (קשר סיבתי ו/או אשם), הרי במקרים שבהם התחשבו בתי־המשפט בהסתברויות, דובר בהסתברויות לקיומו של נזק בעתיד. למעשה, במקרים אחרונים אלה ניתן אף לומר שבתי־המשפט, בהעריכם, למשל, את סיכויי השתכרותו של אדם, אינם עוסקים אפילו בהסתברויות לקיומו של נזק עתידי, אלא מעריכים נזק קיים בהווה אשר הוכח על־פי מאזן הסתברויות ואשר מתבטא בשלילת סיכוייו העתידיים של הניזוק להתפרנס כפי שהיה מתפרנס עד לפגיעה בו[269].

אכן, קיים הבדל ברור בין שימוש בהסתברויות לשם הערכת שיעור הנזק, או אפילו לשם הערכת סיכויי התרחשותו בעתיד (ואולי גם בעבר), לבין שימוש בהן לשם קביעת "מידת" האחריות. בעוד שבמקרה הראשון מוטלת האחריות על מי שהוכח כי גרם באשמו לנזק, לא כן במקרה השני, שבו מוטלת אחריות על מי שאולי כלל אינו אחראי על־פי עקרונות האחריות האינדיבידואלית הקיימים בשיטת־המשפט. אכן, תופעה מוכרת היא, שדיני־הנזיקין מחמירים עם מזיק שהוכחה אחריותו הראשונית לנזק לשם הענקת פיצוי מלא לניזוק. דוגמא אחת נדונה ברשימה זו בהקשר אחר: מעוול שגרם לחלק מהנזק עלול לעתים למצוא את עצמו אחראי לכולו, אם לא יצליח להוכיח לאיזה חלק מהנזק לא הוא גרם[270]. דוגמא שנייה היא שימוש בקריטריון הצפיות כמבחן האחריות הנזיקית לסוג מסוים של נזק, ואי־שימוש בו לעניין היקף הנזק: מזיק שנמצא אחראי על־פי מבחן הצפיות לסוג הנזק שארע, אינו יכול לחמוק מאחריות למלוא הנזק, אף אם יראה שהיקפו בלתי־צפוי לחלוטין[271].

מכאן, שאפילו שימוש בהסתברויות מוכר בדיני־הנזיקין הפוזיטיביים לשם פסיקת פיצויים לחובתו של מזיק שנקבעה אחריותו הראשונית לנזק, אין הכרח ללמוד מזה לענייננו, שבו עצם קיומה של אחריות הוא השאלה שבמחלוקת. בעניין אחרון זה חייב התובע בדרך־כלל לעבור את הרף של "עודף הסתברויות"

ed., 1988) 222–230. בעניין ועקנין, (לעיל, הערה 3), 145, הושארה ב"צריך עיון" השאלה הכללית, "אם אין לומר, כי באותם מקרים, בהם הוכחת הסתברות אינה קשורה בהוכחת עובדה אלא בהוכחת התרחשות היפוטתית, לא נדרש מאזן ההסתברות הרגיל". בתי־משפט אף מגלים נכונות לפסוק פיצויים בתביעות בגין רשלנות רפואית, כאשר מעשה הרשלנות הפחית הפחתה כלשהי את סיכוייו של התובע להיוותר בחיים או להירפא. במקרה כזה ניתן לומר, שהנזק הוא עצם הפגיעה בסיכוי להיוותר בחיים (ולא גרם המוות אפילו אם אירע בסופו של דבר) או בסיכוי להירפא. בארץ, ראה קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתה, (לעיל, הערה 267). בארצות הברית, ראה *Herskovits* v. *Group Health Cooperative of Puget Sound* 664 P. 2d 474 (1983); Prosser, *supra* note 54, at p. 272.

269 King, *supra* note 227, at p. 1365–1366.

270 לעיל, ליד הערות 226-229.

271 זהו עקרון הגולגולת הדקה. ראה ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701.

כדי שיזכה בתביעתו. עם זאת, אין זה בלתי־אפשרי להרחיב את אופן השימוש בהסתברויות לשם פסיקת פיצויים אף לענייננו על דרך של חקיקה שיפוטית.

4. תביעה ייצוגית

דרך דיונית העשויה לאפשר לעתים להתגבר על בעיית הזיהוי היא שימוש במכשיר התביעה הייצוגית[272]. טול כדוגמא את עניין Sindell (מקרי ה־D.E.S.) ו־Hall (החזיזים): ישנה קבוצה מסוימת של יצרנים אשר אלו הנמנים עליה גרמו נזק לבני־אדם הנמנים על קבוצה מסוימת של ניזוקים. אילו כל אחת מהקבוצות היתה אדם או גוף משפטי אחר יחיד, לא היה מתעורר כל קושי. כך גם ייתכן שהקושי הקיים היה מצטמצם, לו כל הניזוקים היו מבוטחים, למשל, אצל אותה חברת־ביטוח, וזו, לאחר ששיפתה את כולם, היתה תובעת את כל היצרנים בתביעת סובורוגציה[273]. הניתן להגיע לתוצאה דומה תוך שימוש במוסד התביעה הייצוגית, כך שלמעשה תוגש תביעה בשם כל הניזוקים כנגד כל אחת מהחברות היצרניות וייתבע הנזק שנגרם לכל בני הקבוצה המיוצגת?

על־פי התפישה העולה מהפסיקה בארץ, נראה שלא ניתן לעשות שימוש בתביעה ייצוגית באופן המתואר לעיל. הקושי האחד הוא, שבתי־משפט בארץ עמדו על כך שתביעה ייצוגית תתאפשר רק אם הסעד הנדרש על־ידי כל אחד מבני־הקבוצה הוא זהה[274]. כבר בשל כך אין מקום לתביעה ייצוגית בענייננו, שהרי לכל ניזוק נגרם נזק אחר. קושי אחר, בעל חשיבות רבה יותר, נעוץ בכך שהתביעה הייצוגית נתפשת בארץ ככלי דיוני שייעודו העיקרי לחסוך בהוצאות התדיינות. לעומת זאת, שימוש בתביעה ייצוגית במקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית בא להתגבר על קושי במשפט המהותי. לו ניתן היה לעשות שימוש בתביעה ייצוגית בענייננו, היה הדבר מביא למעין ״מיזוג״ זכויותיהם המהותיות של הצדדים בידי מי שמייצג את הקבוצה כולה, וזאת לשם הענקת פיצויים לכל הניזוקים[275].

עם זאת, נכונות להרחיב את השימוש בכלי משפטי זה עשויה להביא להטלת אחריות קיבוצית באותם מקרים המתאפיינים בכך, שכל אחד מהנתבעים אכן גרם

272 תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ״ד-1984.

273 השווה Dugdale, *supra* note 10, at p. 898, המציע את הרחבת רעיון הסובורוגציה כטכניקה אפשרית להכיר בזכאות קיבוצית (לעיל, הערה 10).

274 ס׳ גולדשטיין, ״תביעת־ייצוג־קבוצתית — מה ועל שום מה?״ **משפטים** ט (תשל״ט) 416, 434. אך השווה לסעיפים 10-13 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ״ב-1992, ס״ח 184.

275 לו ניתן היה, עקרונית, לתכנע בתביעה ייצוגית אף לשם מיזוג זכויות ובמטרה להתגבר על קושי בדין המהותי, היתה עשויה להישאל השאלה אם שימוש בתביעה ייצוגית במקרים דוגמת מקרי ה־D.E.S. עולה בקנה אחד עם סעיף 22 לפקודת הנזיקין, שלפיו ״הוכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין״. לדעתי, התשובה לכך היא חיובית. ראשית, לו פירשו בתי־משפט את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כמאפשרת תביעה ייצוגית במקרים כאלה, ניתן היה לומר שמדובר בהמחאה מכוח הדין, וזו הרי מותרת על־ידי סעיף 22 לפקודה. שנית, המחאה מעין זו נועדה לאפשר פיצוי לניזוק שאינו יכול לממש את זכויותיו בדרך אחרת. סעיף 22 לא נועד לשם מניעת המחאה כזו, אלא לשם מניעתה של ״קניית דין״ אשר עלולה היתה להתבצע אגב ניצול מצוקתו של הניזוק. שלישית, ניתן לטעון שבמקרים כאלה אין מדובר כלל בהמחאה, שהרי הניזוק נותר למעשה בעל הזכות לפיצויים, ורק הכוח הדיוני למימוש זכויותיו מועבר לאחר; מה גם שכל ניזוק החפץ בכך יכול להצטרף כצד לתביעה הייצוגית. ראה תקנה 29(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

בבירור לנזקים לבני הקבוצה המיוצגת, ואלו ניתנים לכימות ולחלוקה בין הנתבעים לפי קריטריון סביר[276]. אמנם, תמיד קיים החשש שנתבע זה או אחר יחויב לשאת בנזקים רבים יותר מאלו שגרם למעשה. אולם כאשר ברור שכולם גרמו לנזק לקבוצה אשר בשמה הוגשה התביעה, חיובם לשאת בנזק על־פי קריטריון סביר כלשהו יעלה בקנה אחד עם העיקרון שהניזוק החף, ולא המזיק האשם, הוא הנהנה מן הספק[277].

ט. מסקנות

במאמר זה ניסיתי לבחון אם ראוי להכיר בעקרון האחריות הקיבוצית — עיקרון שנדחה כמה פעמים (בדרך־כלל באמרות־אגב) בפסיקה הישראלית ושאומץ עוד לפני שנים רבות בפסיקה האמריקנית.

תחילה בדקתי אם עיקרון זה עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן. מסקנתי היתה, שצריך להתקיים לפחות תנאי אחד כדי שהטלת אחריות קיבוצית תוצדק משיקולי צדק מתקן, והוא, שכל אחד מבני־הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזקו של התובע, גרם לנזקים כלשהם, וחיובו בדין, יחד עם יתר בני־הקבוצה, יאפשר הענקת פיצוי למי שניזוק על־ידו. הטלת אחריות קיבוצית במקרה זה אף יוצרת מנגנון אפשרי להעברת עושר מן המזיק אשר גרם נזק אל הניזוק אשר נפגע על־ידיו. תנאי שני, העשוי להידרש כדי שהטלת אחריות קיבוצית תעלה בקנה אחד עם שיקולי צדק מתקן הוא, שהתנהגותם של הנתבעים השונים בגרימת הנזקים האמורים היתה רשלנית. תנאי זה הוא תנאי הכרחי רק אם אנו מאמצים תיאוריה של צדק מתקן, המתנה הטלת אחריות נזיקית ברשלנותו של המזיק[278].

הטלת אחריות קיבוצית מוצדקת משיקולי הרתעה בכל המקרים שנדונו ברשימה זו. עם זאת, כאשר בפעילות אשר במסגרתה נגרם הנזק מתעוררת לעתים נדירות שאלת זיהויו של המעוול שגרם לנזק, או כאשר מדובר באירועי נזק שאינם מבוטחים — משקלם של שיקולי ההרתעה קטן.

הטלת אחריות קיבוצית יוצרת תמריצים חיוביים לנקיטת אמצעים לגילוי זהותו של המעוול שגרם לנזק, לפני אירוע הנזק ולאחריו. בדרך־כלל בני־הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לניזקו של התובע, הם בעלי היכולת לפתור את בעיית

276 לשון תקנה 29 ״סובלת״ פרשנות כזו. בארצות־הברית התגלתה נכונות מסוימת להכיר בעילת תביעה ייצוגית כאשר לא ניתן היה לדעת מי מבני־הקבוצה נפגע על־ידי הנתבע. ראה גולדשטיין, (לעיל, הערה 274), עמ׳ 430-431. כן ראה D.F. Covers, "Mass Products Liability Torts" 7 *T.A.U. Stud. L.* 20, 24 *et seq.* (1985–86). כן נעשה בארצות הברית שימוש במוסד התביעה הייצוגית בעניין *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation* 597 F. Supp. 740 (1984), aff. 818 F. 2d 145 (1987). במקרה זה אושר הסכם פשרה שהושג בין הממשל האמריקני לבין מי שייצג (בתביעה ייצוגית) מאות אלפי אנשים שלחמו במלחמת־וייטנם (ובני־משפחותיהם) ושנחשפו אגב כך לחומר כימי, שבו עשה הממשל האמריקני שימוש בעת המלחמה לשם השמדת צמחייה, חומר אשר ההגלה לאחר־מכן כמסרטן. היה זה מקרה טיפוסי של זכאות קיבוצית (לעיל, הערה 10): החומר הכימי הגביר את הסיכוי לחלות בסרטן, אך לא ניתן היה לדעת על מי השפיע בפועל ועל מי לא.

277 לעיל, תת־פרק ד 2.

278 לעניין התנהגות עוולתית שאינה התרשלות ראה לעיל, תת־פרק ד 2(ו).

הזיהוי, ואם לא יוכר עקרון האחריות הקיבוצית, יהיה להם תמריץ ברור במקרים רבים לא לפתור בעיה זו, ואף להחריפה.

שיקולים של פיזור נזק תומכים גם הם במקרים רבים בהטלת אחריות קיבוצית, הן מהטעם שבני־הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק הם רבים, ואילו התובע לעתים הוא אחד; ובעיקר משום שבמקרים רבים, אם כי לא בכולם, בני־הקבוצה הם מפזרי הנזק הטובים יותר.

לבסוף, הטלת אחריות קיבוצית עולה לעתים בקנה אחד עם מטרה חלוקתית המוזכרת לא אחת בפסיקתו של בית־המשפט העליון: העדפת ניזוק חף על־פני מזיק אשם.

אגב הדיון בשיקולי המדיניות המשפטית עסקתי אף בשני עניינים נלווים. האחד, אופן חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים; והשני, אופן הטלת האחריות על כל אחד מהנתבעים כלפי התובע: על כל הנזק או על חלקו. אשר לעניין הראשון, נראה כי הקריטריון המתאים לחלוקת נטל הנשיאה בנזק הוא תוחלת הנזק של ההתנהגות הרשלנית, ובהיעדר אפשרות לדעת מהי תוחלת נזק זו — התוחלת הכללית של נזקים רשלניים[279]. זאת בהנחה שאחריות צריך שתהיה מוטלת על גרם נזק ברשלנות. אשר לעניין השני, כאשר לנתבעים יש עדיפות על־פני התובעים באיתור בני־הקבוצה שהמעוול, אשר גרם לנזק משתייך אליה, כמו גם ביכולת הגבייה מהם, תועדף בדרך־כלל הטלת אחריות לכל הנזק על כל נתבע ונתבע. לעומת זאת, כאשר העדיפות היא לתובעים, תועדף בדרך־כלל הטלת אחריות על כל נתבע ונתבע אך לחלק מהנזק על־פי הקריטריון הרלבנטי לחלוקת האחריות. בהיעדר עדיפות לנתבעים על התובעים או להיפך, נראה כי התשובה לשאלה בדבר אופן הטלת האחריות אינה חד־משמעית והיא עשויה להיות תלויה בתמריצים הרלבנטיים לגילוי האמת, ביכולת פיזור הנזק היחסית של הצדדים ובשאלה אם דבק אשם בהתנהגותם.

ככלל, טוב היה לו עקרון האחריות הקיבוצית היה מאומץ בדרך חקיקתית. לשאלה מתי כדאי שיחול ומתי לא אתייחס מיד. לפני־כן ראוי להדגיש כי ניתן לקלוט אותו, חלקית, בדרך פסיקתית, תוך שימוש בדוקטרינות משפטיות קיימות. הדבר ניתן להיעשות בין היתר תוך שימוש ברעיון ״הנזק הראייתי״, שלפיו, כאשר כל בני־הקבוצה, שהמעוול אשר גרם לנזק נמנה עמה נהגו באופן עוולתי, ניתן לומר שכל אחד מהם גרם באשמו לנזק ראייתי לתובע, אשר אינו יכול להוכיח את עילת תביעתו. מי שמצליח להוכיח שלא הוא גרם לנזק, ייחשב כמי שתיקן את הנזק הראייתי ויצא פטור, ומי שלא יצליח לעשות כן ייאלץ לשאת בכל נזקיו של התובע. יש לשים לב לכך, שטכניקה זו מטילה את מלוא האחריות על כל נתבע ונתבע. חלוקת נטל זה בין הנתבעים השונים תיעשה ביחסיהם הפנימיים על־פי הקריטריון הנוהג אצלנו לעניין זה: בעיקר יחס אשמם של הנתבעים השונים.

טכניקות אחרות עשויות להביא גם הן להטלת אחריות קיבוצית במקרים מסוימים. כך, לעתים, ניתן לראות בכל בני־הקבוצה כיוצרי סיכון משותף עוולתי שממנו נפגע התובע, שגם אז כולם יהיו חבים כלפיו, ואחת היא מי גרם ישירות לנזקיו. דרך

279 אך בקברצת המקרים השנייה, כלעדי הנתונים המצביעים על סיכויי המעורבות בתאונה. (לעיל, ליד הערה 176).

נוספת להטיל אחריות קיבוצית במקרים מסוימים היא לומר, שאפילו הנתבעים לא גרמו באשמם לנזקו הישיר של הניזוק, הם התרשלו ביצירתה של בעיית הזיהוי. דרך אחרונה זו עושה גם־כן שימוש בטכניקת "הנזק הראייתי", אם כי באופן שונה.

את עקרון האחריות הקיבוצית מומלץ לאמץ בדרך של חקיקה. ניתן לעשות זאת בתחומים ספציפיים, כמו במקרי נזק ממוצרים פגומים או בסיטואציות צרכניות למיניהן. ניתן אף לקלוט את העיקרון כעיקרון כללי. במקרה אחרון זה עולה השאלה כיצד להתוות את גבולותיו.

ראשית, נראה כי ראוי להכיר בו לפחות כחל במקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה (לא הוכח קשר סיבתי) ובתוך קבוצה זו — בראש־ובראשונה במקרים שבהם כל בני־הקבוצה, שהמעוול אשר פגע בתובע נמנה עמה גרמו לנזקים במעשי עוולה דומים, כשזהות המעוול לא היתה ידועה. כל שיקולי המדיניות המשפטית שהובאו תומכים בהטלת אחריות קיבוצית במקרים אחרונים אלה, וכפי שצוין, ניתן להטיל אחריות קיבוצית בכל המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה, באמצעות דוקטרינות משפטיות קיימות.

שנית, נראה כי ראוי להכיר בעקרון האחריות הקיבוצית כחל במקרים הנכללים בקבוצת המקרים השנייה (לא הוכח אשם) והשלישית (לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם), כאשר כל בני־הקבוצה שהמעוול אשר פגע בתובע נמנה עליה גרמו לנזקים במעשי־עוולה דומים, כשזהות המעוול לא היתה ידועה.

שלישית, מומלץ לשקול להכיר בעיקרון האמור כחל במקרים אחרים הנכללים בקבוצת המקרים השנייה והשלישית, כאשר מדובר בפעילות מבוטחת.

רביעית, מומלץ לשקול להכיר בעקרון האחריות הקיבוצית במקרים אחרים הנכללים בקבוצת המקרים השנייה, ואולי גם השלישית, כאשר מספר בני־הקבוצה שהמעוול נמנה עמה הוא שניים. במקרה אחרון זה קיימת לעתים קרובות אפשרות ששני בני־הקבוצה הם מעוולים, שאז ניתן להכיר באחריותם אף לפי המצב המשפטי הנוהג[280].

חלוקת האחריות לנזק רצוי שתיעשה בהתאם לתוחלת הנזק של ההתנהגות העוולתית או בהתאם לתוחלת הכללית של הנזקים העוולתיים[281] (לפי העניין), המתייחסת לכל אחד מבני־הקבוצה, שהמעוול אשר גרם לנזק נמנה עמה. אשר לאופן הטלת האחריות — קשה לקבוע אם עדיף מצב, שבו מוטלת אחריות על כל נתבע ונתבע למלוא הנזק על־פני מצב אחר, שבו כל נתבע ונתבע מחויב לשאת אך בחלק מהנזק לפי קריטריון החלוקה הרלבנטי. לפיכך מומלץ להותיר עניין זה לשיקול־דעתו של בית־המשפט, תוך פירוט השיקולים שעליו לשקול (כגון יכולת איתור וגבייה, יכולת פיזור הנזק, אשם ותמריצים לגילוי האמת).

עקרון האחריות הקיבוצית מהווה סטייה מסוימת מהרעיון, שאשם אישי הוא תנאי לאחריות נזיקית. בתחומים מסוימים נינטש רעיון זה במפורש. תחום נזקי הגוף הנגרמים בתאונות־דרכים הוא דוגמא בולטת וחשובה לכך. הכרה בעקרון האחריות הקיבוצית, לפחות בקבוצת המקרים הראשונה, ובמקרים מסוימים הנמנים

280 לעיל, ליד הערות 262-266.

281 אך בקבוצת המקרים השנייה, בלעדי הנתונים המצביעים על סיכויי המעורבות בתאונה. (לעיל, ליד הערה 176).

על שתי קבוצות המקרים האחרות, עולה בקנה אחד עם המטרות שדיני־הנזיקין שואפים להגשים, אפילו אם אינה תואמת באופן מלא את הכללים הקיימים במשפט הנזיקין הפוזיטיבי.