

**דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה  
במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים**

מאת

אריאל פורת\*, אלכס שטיין\*\*

מבוא

חלק א: ההצדקות להכרה בדוקטרינת הנזק הראייתי

1. נזק ראייתי, צדק מתקן ודיני הרשלנות הנוהגים  
(א) מקומו של צדק מתקן בדיני הנוזקין  
(ב) יצירת סיכון באשם (היגד א): תנאי האשם, בעיית המחדל, נזק כלכלי ושאלת הצפיות  
(ג) עניין הנזק (היגד ב): כל הנזק הישיר או רק חלקו?

2. נזק ראייתי והרתעה

חלק ב: יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי במצבי אי־ודאות בגרימת נזקים

1. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה  
(א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה  
(ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי  
(ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי  
(ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?  
(ה) דוקטרינת הנזק הראייתי לעומת דוקטרינת ה-MSL
2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה  
(א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה  
(ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי  
(ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי  
(ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?
3. מקרים של גרם נזק כאשר לא ידוע אם הנזק נגרם בעוולה  
(א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה  
(ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי  
(ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי  
(ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?

\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

\*\* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

תודתם של המחברים נתונה לישראל גלעד, חנוך דגן, עמרי ידלין, אסף יעקב וטל שני על הערותיהם החשובות. כן מודים המחברים לנועה קציר על עזרה במחקר.

4. מקרים של גרם נזק בעוולה על-ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול
- (א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה
- (ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי
- (ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי
- (ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?
- (ה) במה נבדלת דוקטרינת הנזק הראייתי מן הדרכים המשפטיות האחרות?
5. מקרים של גרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו לא בעוולה, כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם המעוול ואיזה חלק גרם גורם לא-עוולתי
- (א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה
- (ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי
- (ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי
- (ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?
- חלק ג: נזק ראייתי כעילה להעברת נטל השכנוע
1. הדין הכללי וטעמיו
2. אחריות הנתבע לנזק ראייתי כעילה להעברת נטל השכנוע
- סיכום ומסקנות
- נספח: חלוקת נטל השכנוע בהתדיינות אזרחית: ניתוח כלכלי

### מבוא

אי־ודאות לגבי עובדות במשפט פוגעת באכיפת הדין על-ידי בית־המשפט. הכרעת בית־משפט שאינה משקפת את העובדות כהווייתן מביאה לידי הקצאה בלתי־ראויה של זכויות וחובות. במשפטי נזיקין, תוצאתה הישירה של אי־ודאות זו היא הקצאה בלתי־צודקת ובלתי־יעילה של נזקים. אי־ודאות קיימת בכל משפט, וודאות מוחלטת אינה, כידוע, בהישג־יד. מכיוון שאי־ודאות זו אינה רצויה, מערכת המשפט חפצה להפחיתה במידת האפשר כל אימת שהדבר אינו מטיל עלויות בלתי־סבירות.

במשפט שאי־הוודאות בו גובעת ממעשה ידי אדם בעל שם וכתובת, ואינה רק פועל יוצא של מאגר המידע הבלתי־שלם ושאר המגבלות הנתונות שמכשילות את חקר האמת, עולה השאלה בדבר אחריותו של אותו אדם לתקלה הראייתית שיצר. הטלת אחריות על יוצרו של נזק בהתנהגות עוולתית היא מנהגו הראשוני של המשפט. האם ראוי להטיל אחריות על מי שיצר או החמיר את אי־הוודאות בהליך המשפטי וגרם בכך "נזק ראייתי"? שאלה זו עולה פעמים רבות במשפטי נזיקין, אך אין היא מוגבלת למשפטים אלה דווקא. זו שאלה כללית חשובה, והיא ראויה לתשובה כללית נאותה. מענה עקרוני לשאלה זו יקבע אם יש מקום לייסד במשפטנו את דוקטרינת הנזק הראייתי. בכך תיפתר השאלה "האם", אך לא השאלה "כיצד". שאלה אחרונה זו, המניחה תשובה חיובית לשאלה הראשונה, מצריכה הכרעה בשאלות פרטניות יותר. מענה שיינתן לשאלות אלה יעצב את דמותה של

דוקטרינת הנזק הראייתי ויתווה את גבולותיה, הן מבחינת עצם החבות בנוקי אי-הוודאות והן מבחינת שיעור הפיצוי המגיע לניזוק. במאמר שהתפרסם לאחרונה הצענו להכיר בקיומה של דוקטרינת הנזק הראייתי. באותו מאמר עסקנו בהצדקות התיאורטיות לקיומה של דוקטרינה זו.<sup>1</sup> מטרתו העיקרית של המאמר הנוכחי היא להתוות את דרכי יישומה של הדוקטרינה במצבים שונים שנגרם בהם נזק ראייתי. מטרה נוספת היא לעמוד על ההצדקות של הדוקטרינה באספקלריה של המשפט הנוהג.

על-פי דוקטרינת הנזק הראייתי, מוטלת על הנתבע אחריות כלפי התובע אם התנהגותו העוולתית שללה מן התובע את היכולת או את הסיכוי להוכיח את המרכיבים של עילת תביעתו נגד מי שגרם לו נזק, שלילת יכולת או סיכוי הוכחה היא "הנזק הראייתי" שנגרם לתובע, והוא נבדל מן הנזק הישיר שגרמה ההתנהגות העוולתית של הנתבע או של אדם אחר (או של קבוצת בני-אדם) כמשמעותה המוכרת בדיני הנוזיקין.<sup>2</sup> לפי השקפתנו, דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לחול על מצבים שונים שקיימת בהם אי-ודאות באשר לגרימת נזקים.<sup>3</sup> מצד אחד, דוקטרינה זו עשויה לחול על מצבים בהם

- 1 Ariel Porat & Alex Stein "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1891. לדיון ביקורתי בתיוה שהצענו ראו: R.D. Friedman "Dealing with Evidentiary Deficiency" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1961.
- 2 Joseph H. King Jr. "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" 90 *Yale L.J.* (1981) 1353, 1390-1394. למיטב ידיעתנו, נעשה במושג "נזק ראייתי" לראשונה שימוש בארץ בע"א 285/86 נגד ב' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (להלן: עניין נגד). ראו דיון בו להלן, פרק 5.
- יש להבחין בין גרם נזק ראייתי, לבין שלילת עילת תביעה במישור המהותי עקב מעשה עוולה. במקרה השני, מעשה העוולה יוצר מצב חדש, בו אין עומדת לתובע עילת תביעה שהיתה עומדת לו אלמלא מעשה העוולה. מקרה אחרון זה נידון בע"א 248/86 עיזבון לילי חננשווילי נ' "רותם" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (להלן: עניין חננשווילי). כן ראו אריאל פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות העובדתית לשם הרחבת היקף האחריות הנוזיקית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 240, 245-256 (להלן: פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות"); ע"א 597/89 טייטו נ' כמאל, פ"ד מו(2) 874.
- 3 עיקר יישומה בסיטואציות נוזיקיות, אך יכולה להיות לה תחולה אף בסיטואציות אחרות בהן נשלל מאדם הסיכוי לזכות בתביעתו עקב גרם נזק ראייתי. למקרים מתחום דיני החוזים, בהם ניתן להסביר דוקטרינות משפטיות קיימות תוך שימוש ברעיון הנזק הראייתי, ראו: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1896-1897. לדוקטרינת הנזק הראייתי יכול שתהא תחולה גם במשפט המינהלי. סלו, למשל, פסק-דין אנגלי מפורסם, *Robertson v. Minister of Pensions* [1948] 2 All E.R. 767, שעסק בתוקפו

מעוול מסוים או מעוולים מסוימים גרמו נזק לגיזוק, אך חלקו של המעוול או של כל אחד מהמעוולים בגרימתו אינו ידוע. דוגמה לכך היא המקרה בו התובע מותקף בו־זמנית על־ידי שני כלבים, כל כלב שייך למעוול אחר, ולא ניתן לדעת לאיזה חלק מנזקיו של התובע גרם כל כלב. כל אחד מהמעוולים גרם לחלק מהנזק הישיר, אך נוסף על כך גם לנזק ראייתי בעטיו אין התובע יכול לדעת איזה נזק בדיוק גרם לו כל מעוול. עקב גרם הנזק הראייתי, אין הוא יכול לתבוע איש בגין נזקו הישיר.<sup>4</sup>

מצד אחר, הדוקטרינה עשויה לחול במצבים בהם לא ידוע כלל מי המעוול שגרם לנזקו של התובע, ולעיתים אף לא ידוע אם הנזק נגרם על־ידי מעשה עוולה כלשהו. פסק־דין אמריקאי ידוע עשוי לשמש דוגמה לכך: שלושה אנשים יצאו יחדיו לציד שלווים. התובע, אחד מהשלושה, צעד לפני חבריו הנתבעים, ונפגע בעינו מכדור תועה שנורה מרובהו של אחד מהם. מסתבר ששני הנתבעים ירו בכלי נשקם בעת ובעונה אחת, ולא היה ניתן לדעת מי מהם הוא זה שפגע בעינו של התובע. שניהם התרשלו בעצם ביצוע הירי: האחד גרם לנזק ישיר ואילו האחר גרם לנזק ראייתי, שכן בשל ירייתו הרשלנית אין התובע יכול להצביע על המעוול שגרם לנזק הישיר. ירייה רשלנית זו איינה את ערכה ההוכחתי של הראייה שהיה בכוחה לזהות את המעוול הישיר. אף בדוגמה זו, עקב גרם הנזק הראייתי, אין הגיזוק יכול לתבוע איש בגין נזקו הישיר.<sup>5</sup>

דוגמה נוספת ממחישה כיצד גרם נזק ראייתי עלול למנוע את התובע מדעת אם נזקו הם תוצאה של מעשה עוולה אם לאו. דוגמה זו מבוססת על פרשת הגזות. עולים ממדינות צפון־אפריקה עברו בארץ בשנות החמישים טיפולים שונים נגד מחלת הגזות, ובכללם

ובהשלכותיו של אישור שהכיר בנכותו של העותר (קצין בכיר לשעבר בצבא בריטניה) כנכות שנבעה משירותו הצבאי במלחמה. אישור זה ניתן בשעתו על־ידי משרד המלחמה, ואילו משרד הגמלאות – בעל הסמכות לתת אישורים כאלה, אליו פנה העותר לקבלת גמלה כנכה צבא – סירב להכיר בתוקפו של האישור, ודרש שהעותר יוכיח לפניו את הקשר הסיבתי בין נכותו לבין שירותו במלחמה. העותר טען לפני בית־המשפט כי לא אסף ולא שמר את הראיות, כגון תעודות רפואיות, שיכלו להוכיח את סיבת נכותו, משום שסמך על האישור הממלכתי שניתן לו, כאמור, על־ידי משרד המלחמה. מטעם זה – טען העותר – מנועות עתה כל זרועות השלטון מלכפור בעובדת היותו נכה מלחמה. בית־המשפט קיבל את טענת העותר, בקובעו כי אכן קמה לו, לעותר, טענת מניעות נגד השלטון, וכי משרד הגמלאות מושק מלכפור במעמדו כנכה מלחמה. בפסק־דין זה יש משום הכרה בנזק ראייתי שנגרם לאזרח על־ידי רשות שלטונית כבסיס להחלטה של דוקטרינת המניעות של המשפט המינהלי על פעולותיהן של רשויות השלטון. רשות שלטונית לא תוכל איפוא להיבנות מן הנזק הראייתי שנגרם לאזרח כאמור. לדיון כללי בדוקטרינה, ראו אלכס שטיין "הבטחה מינהלית" משפטים יד (תשמ"ה) 275, 279.

4 דוגמה זו מבוססת על דיג 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (להלן: עניין מלך). ראו דיון להלן פרק ב.

5 דוגמה זו מבוססת על *Summers v. Tice* 199 P. 2d 1 (Cal. 1948) (להלן: עניין *Summers*). ראו הדיון להלן פרק ב.

הקרנות. לימים הסתבר כי טיפולים אלה גרמו לרבים מהם מחלות שונות. יחד עם זאת, במקרים רבים לא היה ניתן לדעת אם מחלה שלקה בה אדם שעבר את הטיפולים נגד גזת נגרמה עקב הטיפולים או בלא כל קשר להם. אף כאן, אם נניח, לצורך הדוגמה, שמתן הטיפולים היווה עוולה נזיקית שהמדינה אחראית לה, אייכולתו של תובע במקרה מסוים לדעת כיצד נגרמו נזקיו, וממילא שלילת כל סיכוי תביעה בגין נזקים אלה, הן תוצאה של גרם נזק ראייתי על-ידי המדינה.<sup>6</sup>

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לפעול במקרים בהם ההתנהגות העוולתית שגרמה לנזק הישיר – או זו העשויה להיות גורם לו – מתמזגת עם ההתנהגות שגרמה לנזק הראייתי ומתרחשת בז'מנית לה. במקרים אלה – כבדוגמות שהובאו זה עתה – ההתנהגות העוולתית היא אחת, אך תוצאותיה הן נזק ראייתי, מחד גיסא, ונזק ישיר (או סיכון לנזק ישיר), מאידך גיסא. ממילא, המזיק הישיר (או מי שעשוי להיות המזיק הישיר, אם מדובר בסיכון בלבד) והמזיק שיצר את הנזק הראייתי הם אותו אדם. אולם דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לפעול אף במקרים בהם קיימת הפרדה ברורה בין ההתנהגות שיצרה או היתה עשויה ליצור את הנזק הישיר לבין ההתנהגות שיצרה את הנזק הראייתי. במקרים אלה אין כל הכרח שיוצר הנזק הישיר – או מי שעשוי להיות יוצרו – ויוצר הנזק הראייתי יהיו אותו אדם. יתרה מזו, במקרים אלה אף יכול שיהא פער זמנים בין גרם הנזק הישיר לבין גרם הנזק הראייתי: לעיתים הראשון יקדם בזמן לאחרון, ולעיתים האחרון יקדים את הראשון. טול מקרה של רופא הגורם באורח רשלני נזק לחולה שבטיפולו, אך באופן שאינו מאפשר לדעת איזה חלק מהנזק הוא תוצאת המחלה בה לקה החולה לפני שטופל ואיזה חלק מהנזק הוא תוצאת עוולתו של הרופא. אייכולת לדעת את חלקו של הרופא בגרם הנזק נובע, כך נניח, מאי-ניהול רישומים נאותים על-ידי עובדי בית-החולים בו טופל החולה. אי-ניהול רישומים כאמור עשוי להוות גרם נזק ראייתי בעוולה.<sup>7</sup>

דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה להביא לידי כך שנטל השכנוע יועתק מכתפיו של התובע לכתפיו של הנתבע, כך שאם כפות המאוננים יזוותרו מעוינות בסוף המשפט, יזכה התובע בתביעתו בגין הנזק הישיר. זה הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי, והוא יידון בחלקו האחרון של המאמר. אולם לעיתים קרובות, העברת נטל השכנוע לא תהווה פתרון ראוי. ראשית, טכניקה זו מתאפשרת רק במקרים בהם מי שגרם לנזק הראייתי הוא גם הנתבע בגין הנזק הישיר. כאשר גורם הנזק הראייתי וגורם הנזק הישיר אינם זהים, העברת נטל השכנוע לגורם הנזק הישיר לא תהא מוצדקת. שנית, יהיו מקרים רבים בהם העברת נטל השכנוע לא תסייע לתובע כלל: גרם נזק ראייתי ישלול מהתובע, לעיתים,

6 חוק לפיצוי נפגעי גזת, תשנ"ד-1994, פותר את הבעיה המוצגת בטקסט באופן חלקי. על-פי החוק, מי שעבר הקרנות נגד גזת ולקה באחת המחלות המנויות בתוספת לחוק זכאי לפיצוי בשיעור הנקוב בחוק.

7 במקרה שנידון בטקסט, אף הרופא גרם לנזק ראייתי, נוסף לנזק הישיר. זאת ועוד: אם בית-החולים אחראי שילוחית לעוולת הרופא, ייחוב גם הוא בגין הנזק הישיר והנזק הראייתי כאחד. השוו להלן הערה 51. לדיון בדוקטרינת הנזק הראייתי כבסיס להעברת נטל השכנוע אל הנתבע ראו להלן חלק ג.

את הסיכוי להצליח בתביעתו בגין הנזק הישיר אפילו כאשר נטל השכנוע רובץ על כתפיו של הנתבע. כך, למשל, ייתכן שבסוף המשפט במקרה הגזות יתברר כי הסיכוי שמחלתו של התובע נגרמה עקב הטיפולים שעבר פחות מ-50% שלישית, העברת נטל השכנוע תביא לעיתים לידי פיצויי-יתר של התובע; למשל, כאשר ברור לחלוטין שחלק מנזקו אינו תוצאה של מעשה עוולה, אולם הנתבע אינו יכול לבודד חלק זה מתוך הנזק הכולל.<sup>8</sup> במקרה כזה תעמיד העברת נטל השכנוע את התובע במצב טוב יותר מהמצב בו היה עומד אלמלא היה נגרם לו הנזק הראייתי. ייתכן שאלמלא נזק זה היה התובע זוכה בפיצוי חלקי בגין נזקו הישיר או לא היה זוכה בפיצוי כלל, אך הוא יזכה בפיצוי מלא עקב העברת נטל השכנוע מכוחה של דוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>9</sup>

בכל המקרים בהם העברת נטל השכנוע אינה מהווה פתרון הולם תעמוד לתובע עילת-תביעה נזיקית בגין הנזק הראייתי נגד מי שגרמו במעשה עוולה. זה הפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי, ובו נעסוק בשני חלקיו הראשונים של המאמר. עילת-התביעה תתבסס במקרים אלה, בדרך-כלל, על עוולת הרשלנות, ותהא כפופה למגבלות החלות על עוולה זו, אם כי אין כל מניעה עקרונית להכיר באחריות בגין גרם נזק ראייתי אף במסגרתן של עוולות אחרות, כגון העוולה של הפרת חובה חקוקה או עוולת המטרד.<sup>10</sup>

מהותה הנזיקית של דוקטרינת הנזק הראייתי מעוררת שאלות נכבדות באשר לאופן הערכתו של נזק זה. לעיתים אין מתעורר בכגון דא כל קושי, זאת כאשר שיעור הנזק הראייתי זהה בגודלו לשיעור הנזק הישיר, מכיוון שפיצוי בגין אותו נזק ישיר היה התובע יכול לתבוע במלואו, ובוודאות, מן המעוול הישיר אלמלא נגרם לו הנזק הראייתי. זה המצב, למשל, בדוגמת הכלבים ובדוגמת הציידים. אולם במקרים אחרים יהא שיעורו של הנזק הראייתי קטן משיעורו של הנזק הישיר, שכן ייתכן שהתובע איבד רק סיכוי לתבוע פיצוי בגינו. זה המצב, למשל, בדוגמת של מחלת הגזות ובדוגמת של אי-ניהול הרישומים על-ידי בית-החולים. טענתנו היא שהטלת אחריות על גורם הנזק הראייתי לפי תוחלתו של הנזק הישיר שנגרם בעוולה מוצדקת במקרים אלה. כך, למשל, בדוגמת הגזות, הפיצוי שיהיה התובע זכאי לו יהיה שווה למכפלת שווי הנזק הקיים בסיכוי ההסתברותי שנוזק זה נגרם עקב הטיפולים העולתיים שעבר התובע בשעתו. אנו מציעים לפתרון זה כמה הצדקות המבוססות על שיקולי צדק מתקן ועל שיקולי הרתעה כאחד. הצדקתנו העיקרית היא זו: גרם הנזק הראייתי מהווה פגיעה באוטונומיה של אדם, ובאופן ספציפי יותר, בזכותו לדעת כיצד אירע נזקו שעה שקיימת אפשרות ממשית שמקורו בעוולה. גובה הפיצוי שייפסק לתובע צריך, לשיטתנו, לשקף את שוויה של הזכות למידע שנשללה מן התובע עקב גרם הנזק הראייתי.<sup>11</sup>

שני פנים לדוקטרינת הנזק הראייתי: לעיתים הדוקטרינה משמשת כטכניקה משפטית להשגת תוצאות ראויות שאפשר להצדיקן אף בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי, אם כי

8 עניין נגר, לעיל הערה 2. ראו הדיון להלן פרק ב5.

9 ראו פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות", לעיל הערה 2, בע' 250.

10 סעיפים 63 ו-44 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], בהתאמה.

11 Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1926–1934. ראו להלן פרק א(ג).

ספק אם הן ניתנות להשגה בגדרן של דוקטרינות משפטיות מוכרות יותר. בסוג זה של מקרים, כוחה של הדוקטרינה מצוי בפתרון השיטתי שהיא מציעה למקרים שונים של אי־ודאות בגרימת נזקים. אולם דוקטרינת הנזק הראייתי מספקת גם *הצדקות עצמאיות* להטלת אחריות במקרים מסוימים, שלא היו קיימות בלעדיה. תחולתה על סוג אחרון זה של מקרים היא סוד כוחה העצמאי, ומן־הסתם גם ההיבט המעניין ביותר שלה. ההצדקות העצמאיות להטלת אחריות בגין נזק ראייתי נידונו בהרחבה במאמרנו הקודם.<sup>12</sup> בחלקו הראשון של המאמר הנוכחי נציג בקצרה הצדקות אלה באספקלריה של המשפט הנוהג, ונבהיר את אופיה של דוקטרינת הנזק הראייתי. בחלק השני נבחן בפירוט את דרכי יישומה של הדוקטרינה במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים. אגב כך נעמד גם על ייחודה ועל היתרונות שיש לה על פני דוקטרינות משפטיות אחרות, אלה שכבר מוכרות היטב ואלה שעשויות להתקיים בגדרן של הדין הנוהג. כן נבחן אימתי דוקטרינת הנזק הראייתי מהווה הצדקה יחידה להטלת אחריות משפטית, ואימתי היא משמשת טכניקה משפטית להטלת אחריות כאשר ההצדקות לכך מצויות מחוצה לה. בחלק השלישי של המאמר נבחן אימתי גרם נזק ראייתי צריך להביא לידי העברת נטל השכנוע מן התובע אל הנתבע.

#### חלק א: ההצדקות להכרה בדוקטרינת הנזק הראייתי

##### 1. נזק ראייתי, צדק מתקן ודיני הרשלנות הנוהגים

###### (א) מקומו של צדק מתקן בדיני הנוזקין

על־פי עקרונות הצדק המתקן, 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 זה עם זה. השבת מצב העניינים לקדמותו מתקנת אס־כ־ן הפרה זו של שוויון.<sup>13</sup> מלומדים המדגישים את מרכזיותו של עקרון הצדק המתקן בדיני הנוזקין חלוקים בשאלה מהם מאפייניה של אותה פגיעה עוולתית שעקרון הצדק המתקן מחייב את תיקונה.<sup>14</sup> מייחדים את כולם ההתבוננות במאפיינים השונים של אירוע הנזק והניסיון

<sup>12</sup> Porat & Stein, *ibid*.

<sup>13</sup> אריסטו אתיקה – מהדורה ניקומאכוס (תרגום י"ג ליבס, תשמ"ה) 118.

<sup>14</sup> Richard A. Epstein "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Studies* (1973) 151; George Fletcher "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 537; Jules L. Coleman "Corrective Justice and Wrongful Gain" *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 184; Jules L. Coleman *Risks and Wrongs* (Cambridge, 1992) 329–385; Ernest J. Weinrib "Understanding Tort Law" 23 *Val. U. L. Rev.* (1989) 485; Ernest J. Weinrib *The Idea of Private Law* (Cambridge & London, 1995) 145–170

ללמוד מהם, ומהם בלבד, אם היתה הפגיעה עוולתית. אין הם בוחנים אלא את מעשיו של המזיק (ולעיתים גם את אלה של הניזוק). מכאן, שהשיקול של קידום טובתה של החברה בכללותה או אופן חלוקת המשאבים בה אינם עומדים לנגד עיניהם, וכך גם שיקולים הנוגעים במזיק ובניזוק שאינם קשורים באירוע הנזק, כגון עושרו של האחד או דלותו של האחר. לדין, לדיני הניזוק יש מטרה אחת, והיא "להיות דיני ניזוקין",<sup>15</sup> מבלי לשמש כלי להשגת מטרת אחרות שהינן חיצוניות ליחסים שבין המזיק והניזוק הקונקרטיים. לשם בחינת השאלה אם דוקטרינת הנזק הראייתי עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן, ישמשו אותנו שני היגדים (פרופוזיציות) המשקפים, על-פי תפיסתנו, עקרונות אלה, ואשר אף עולים בדרך-כלל בקנה אחד עם דיני הרשלנות הנוהגים. היגד א: יצירת סיכון באשם<sup>16</sup> שגרמה לנזק<sup>17</sup> מצדיקה הטלת חבות של פיצוי על יוצר הסיכון ואף מצדיקה הענקת זכאות לפיצוי למי שניזוק מהסיכון. היגד ב: שיעור החבות ושיעור הזכאות הם כשיעור הנזק שנגרם.<sup>18</sup>

- מיוחד שהוא עומד עליו, כדי שתוצדק הטלת אחריות על הגורם לנזק. לדעתו, אשם אינו תנאי להטלת אחריות; Fletcher גורס שהטלת אחריות מוצדקת כאשר יצר הנתבע סיכון בלתי-הרדי כלפי התובע, וזה האחרון ניזוק עקב כך. אף לשיטתו, אשם אינו תנאי הכרחי להטלת אחריות; Coleman טוען במאמרו (מ-1987) שעל-פי עקרונות הצדק המתקן, יש לבטל נזקים עוולתיים ורווחים עוולתיים כאשר היותם עוולתיים במקרים מסוימים מותנה באשם בנתבע ובמקרים אחרים לא (אם כי בכתיבה מאוחרת יותר שינה Coleman את דעתו, וטען כי השבת רווחים עוולתיים אינה מבוססת על שיקולי צדק מתקן; Jules L. Coleman "The Practice of Corrective Justice" 37 *Ariz. L. Rev.* (1995) 15, 27; Weinrib סבור כי משטר משפטי של רשלנות מוצדק מטעמי צדק מתקן. Weinrib "Understanding Tort Law", *ibid.*, at p. 526. 15
- 16 התנהגות באשם מובנה במאמר זה התנהגות בלתי-סבירה, וזו יכולה להיות התנהגות רשלנית פזיזה או מכוונת (אם כי, כמובן, לא כל התנהגות מכוונת היא בלתי-סבירה). השאלה אם פגיעה בניזוק עשויה להיחשב לפגיעה עוולתית גם בלעדי אשם אינה קלה כלל ועיקר, והיא שנויה במחלוקת בין המלומדים שעסקו בנושא. ראו: Epstein, *supra*, note 14; Fletcher, *supra*, note 14. שני מלומדים אלה סבורים שעקרונות הצדק המתקן מאפשרים הטלת אחריות במקרים מסוימים אף בהיעדר אשם, לעומת Weinrib *The Idea of Private Law*, *supra*, note 14, at pp. 171–203. החולק על כך.
- 17 לעמדה שראוי להטיל אחריות על יוצר הסיכון אף בלעדי גרם נזק, ראו: Christopher H. Schroeder "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 439; Christopher H. Schroeder "Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law" 38 *UCLA L. Rev.* (1990) 143; Glen O. Robinson "Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 779, 789–791. אם יצירת הסיכון גרמה לפחד, פחד זה עשוי להיחשב לנזק.
- 18 לניתוח היגד זה, ראו אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-ניזוקין" משפטים כג (תשנ"ד) 311 (להלן: פורת "אחריות קיבוצית").



**(ב) יצירת סיכון באשם (היגד א): תנאי האשם, בעיית המחל, נזק כלכלי ושאלת הצפיות**

אחריות לנזק ראייתי מתיישבת עם עקרון הצדק המתקן אם הנזק הראייתי נגרם על-ידי התנהגות בת-אשם. לפיכך, אם גרם הנתבע באשמו נזק ישיר לניזוק, ובאותה התנהגות עצמה גרם אף לסטטוס קווי הגבול שבין נזק זה לבין נזק אחר שנגרם על-ידי מעוול אחר (כגון בדוגמת הכלבים), הרי שהנזק הראייתי, ממש כמו הנזק הישיר, נגרם על-ידי התנהגות בת-אשם. כך גם כאשר התנהגותו בת-אשם של הנתבע יכולה שגרמה ויכול שלא שגרמה לנזק הישיר, אולם בלי ספק יצרה את הנזק הראייתי. דוגמת הציידים ממחישה מצב עניינים מעין זה.

דוקטרינת הנזק הראייתי מוצדקת מטעמי צדק מתקן אף במקרים שאין בהם התמזגות בין ההתנהגות שיצרה את הסיכון לנזק הישיר לבין ההתנהגות שיצרה את הנזק הראייתי, אם התנהגות אחרונה זו היא התנהגות בת-אשם. יש לכך חשיבות מיוחדת במקרים בהם לא ניתן לומר בוודאות שהתנהגות הנתבע שיצרה את הסיכון לנזק הישיר הינה בת-אשם. אם נניח, למשל, שבדוגמת הציידים לא הוכח אשמו של איש מהציידים בכיצוע הירי, אך הוכח ששניהם נקטו פעולות בלתי-סבירות ששללו את אפשרות זיהויו של המעוול הרשולן (להלן: הווריאציה לדוגמת הציידים), תוצדק הטלת אחריות על שניהם מטעמי צדק מתקן. חשוב להדגיש כי בהיעדר אשם בגרם הנזק הראייתי לא תוצדק הטלת אחריות בגינו מטעמי צדק מתקן. לפיכך, אם בווריאציה לדוגמת הציידים עשו הציידים פעולות מסוימות שמנעו בדיעבד את אפשרות זיהויו של המעוול הישיר, אולם פעולות אלה אינן בנות-אשם, לא תוצדק הטלת אחריות בגין הנזק הראייתי אף-על-פי שנוק כזה אכן נגרם, מן הבחינה העובדתית, על-ידי כל אחד משני הציידים.<sup>19</sup> כך, למשל, אם אחד הציידים, שזהותו אינה ידועה, לא ירה את הירייה שפגעה בתובע, אלא פשוט נכח בוירת האירוע, ונוכחותו שללה מהתובע את היכולת להוכיח את זהותו של המעוול.

נקודה נוספת שחשוב לעמוד עליה היא שגרימת נזק ראייתי על-ידי מחל – כל עוד מדובר במחל באשם<sup>20</sup> – עשויה להצדיק הטלת אחריות מטעמי צדק מתקן. דברים אלה דורשים הרחבה מסוימת.

במקרה בו נגרם הנזק הראייתי על-ידי מחל באשם, אך גורם הנזק האמור אינו קשור כלל לנזק הישיר (או ליצירת סיכון לנזק ישיר), לא תקום נגד יוצר הנזק הראייתי תביעת פיצוי מטעמי צדק מתקן. הטעם לכך הוא שמחל טהור – כפי שנכנה סוג כזה של מחל – אינו מהווה יצירת סיכון. הסיכון נוצר למעשה ממקור אחר, והנתבע שהיה יכול למנוע את בעיית הזיהוי אינו בגדר יוצר סיכון. אין לומר במקרה כזה שהנתבע הפר את

19 אין זה מן הנמנע שהטלת אחריות בגין נזק ראייתי אף בהיעדר אשם תעלה בקנה אחד עם עקרונות של צדק מתקן; Epstein, *supra* note 14; Fletcher, *supra* note 14. בעניין זה לא נעסוק, שכן אנו סבורים שדיני הנוזקין בארץ, ככל שהם משקפים עקרונות של צדק מתקן, שוללים באופן עקרוני הטלת אחריות בהיעדר אשם.

20 מחל באשם הינו, בהקשר הנידון כאן, מחל שאדם סביר לא היה חודל.

השוויון שבין בני־אדם (כדברי אריסטו). נתבע זה, לכל היותר, לא מנע את הפרת השוויון. מטעם זה ממש אין המשפט הנוהג, המושתת לפחות בחלקים נרחבים שלו על עקרונות הצדק המתקן, נוטה להטיל חובת הצלת.<sup>21</sup> עם זאת, במקרי מחדל לא־טהור תהא המסקנה שונה. כוונתנו בראש ובראשונה לאותם מקרים בהם הנוק הראייתי נוצר עקב התנהגות אקטיבית של הנתבע, אם כי בלעדי אשם, ואף־על־פי שהיה ביכולתו למנוע את הנוק הראייתי בשלב אחר כלשהו על־ידי התנהגות סבירה, הוא לא עשה כן. בווריאציה לדוגמת הציידים, אילו היתה פתוחה לפני הציידים דרך כלשהי לברר לאחר מעשה מי מהם פגע בניזוק, והם בחרו ב"שכ ואל תעשה", יצדיק מחדלם, בהנחה שנוצר באשם, הטלת אחריות בגין גרימת הנוק הראייתי. טענתנו היא כי מקרה דוגמת זה מהווה יצירת סיכון באשם שגרמה לנוק הראייתי. אף־על־פי שיצירת הסיכון (=הירי) לא הוכחה כבת־אשם, וההתנהגות בת־אשם, בעומדה לבררה (=המחדל), אינה בגדר יצירת סיכון, ההתנהגות כולה, במובנה הרחב, מהווה יצירת סיכון באשם, והיא שגרמה לנוק הראייתי. אין מדובר כאן בעניין סמנטי גרידא, אלא ברעיון יסודי, הדרוש להבנת פועלם של עקרונות הצדק המתקן במקרי מחדל. הטלת חובת פיצוי על הנתבע מוצדקת מטעמי צדק מתקן במקרי מחדל באשם כאשר מדובר בהימנעות פסולה מלסייע לתובע להיחלץ ממצב שהנתבע גרם להימצאותו בו – אפילו לא היתה גרימה זו עוולתית כשלעצמה.<sup>22</sup>

21 אכן, Epstein, שעסק בקשר שבין דיני הניזקין לבין עקרונות הצדק המתקן, הרגיש כי גרימת נזק במחדל טהור (כאשר גרימה מוגדרת לפי מבחן האלמלא) אינה מצדיקה פיצוי. Epstein, *supra* note 14.

22 בארץ, שאלת קיומה של חובת הצלה טרם הוכרעה למעשה. בתחום המשפט הפלילי, ראו, לאחרונה, ע"פ 119/93 לורנס נ' מ"י, פ"ד מח(4) 1. בתחום דיני הניזקין הוכרה חובת זהירות של מעוול כלפי מי שנהלץ באופן סביר להצלת הניזוק: ע"א 290/63 נחום נ' ישראל, פ"ד יז 2657. כן ראו על חובת הצלה, מרים בן־פורת "עודה לזולת" עיוני משפט ז (תש"ם) 269; אליעזר בן־שלמה "החובה להציל נפשות" הפרקליט לט (תש"ן) Saul Levmore "Waiting for Rescue: An Essay on the Evolution and Incentive Structure of the Law of Affirmative Obligations" 72 *Virg. L. Rev.* (1986) 879; Ernest J. Weinrib "The Case for a Duty to Rescue" 90 *Yale L.J.* (1980) 247. כך, אם ירה ראובן בשמעון בלא כל אשם, ושמעון נפל לבריכה פצוע והחל טובע, וראובן נמנע מלהציל אותו אף־על־פי שהיה יכול לעשות כן בנקל, ראוי להטיל על ראובן אחריות מטעמי צדק מתקן (הדוגמה מושאלת ממאמרו של: James B. Ames "Law and Morals" 22 *Harv. L. Rev.* (1908) 97, 112 ברכבם את הדרך עקב תקלה טכנית שאירעה שלא באשם, ונמנעים מלהזהיר עוברים ושבבים שהכביש חסום אף־על־פי שהיו יכולים לעשות כן בנקל, יהא מוצדק להטיל עליהם אחריות מטעמי צדק מתקן כלפי אדם שלישי שנפגע עקב הסימת הדרך, ושלא היה נפגע אילו הוזהר מבעוד מועד. ראו פסק־דין *Montgomery v. National C & T*, in

קושי לכאורי נוסף בהקלתה של דוקטרינת הנזק הראייתי מתעורר עקב היות הנזק הראייתי כלכלי במהותו. קושי זה מוכר היטב לכל מי שמצוי בפסיקה האנגלו-אמריקאית העוסקת בדיני הרשלנות: הנטייה שם היא לא להודרו להכיר באחריות נזיקית בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור.<sup>23</sup> האם יש בכך כדי למנוע הטלת אחריות נזיקית בגין גרם נזק ראייתי? התשובה לכך שלילית, וזאת משני טעמים.

ראשית, ככל שמדובר בעקרונות הצדק המתקן, אין אנו סבורים שיש מקום להבחנה בין גרם נזק ברשלנות לגופו ולרכושו של אדם לבין גרם נזק לכיסו. מעשה העוולה מהווה פגיעה בשוויון בין בני-האדם אף כאשר הנזק הוא כלכלי בלבד, ועליכן חיובו של המעוול בגזקיו של הגזוק מוצדק. אכן, בין הסיבות בגינן ניכרת במשפט הנוהג רתיעה מסוימת מלהכיר באחריות נזיקית בגין גרם נזק כלכלי טהור לבין עקרונות הצדק המתקן אין ולא כלום: הרתיעה נובעת מהחשש שאם תוכר עילת-תביעה בגין גרם נזק כזה ביד נדיבה, יורחב במידה ניכרת חוג התובעים בגין מעשה עוולה, בתי-המשפט יוצפו בתביעות, ואף תיווצר תופעה של הרתעת-יתר של המזיק.<sup>24</sup>

שנית, אף אם יש אמת בכך שהטעמים התומכים בהטלת אחריות בגין גרם נזק פיסי, לגוף או לרכוש, חזקים יותר מבחינת הצדק המתקן מאשר אלה המצדיקים הטלת אחריות בגין נזק כלכלי טהור – וכאמור, אנו מטילים ספק בכך – נזק ראייתי קרוב יותר במהותו לנזק פיסי מאשר לנזק כלכלי. אכן, מבחינה אנליטית, נזק ראייתי ניתן במקרים רבים לסיווג כנזק כלכלי, מכיוון שגרימתו אינה מלווה בפגיעה פיסיית כלשהי, אלא רק

*ibid*, at pp.) Epstein, *supra* note 14, at pp. 191–192, בו אכן נפסק כך. (191–194) סבור כי בשני מקרים אלה מוצדק להטיל אחריות על גורמי הנזק מטעמי צדק מתקן, עקב היותם גורמי הנזק במובן הנדרש, לדעתו, כדי שתוצדק הטלת אחריות נזיקית. לדעת Epstein, אילו היה המשפט הנוהג עקבי, לא היתה מוטלת אחריות בשני המקרים הנ"ל: מצד אחד אין המשפט הפוזיטיבי מכיר בחובת הצלה, ומצד אחר אין מוטלת אחריות בגין גרימה שאינה גרימה באשם. לדעתנו, אפילו אם המשפט הפוזיטיבי אינו מכיר בגרימה שלא באשם כבסיס להטלת אחריות נזיקית, ואף אינו מכיר באופן רגיל בחובת הצלה, אין כל קושי לוגי בהטלת אחריות כאשר לגרימה שלא באשם מתלווה מחדל רשלני "לחלץ את התובע מהבוץ" שהנתבע עצמו הכניסו אליו.

23 תמר גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב (תשנ"ה) 93; 126, 139; Winfield & Jolowicz *On Tort* (14th ed., by W.V.H. Rogers, 1994) 93; 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317. בתי-המשפט בארץ אינם נותנים בדרך-כלל את הדעת על כך שמדובר בנזק כלכלי, ומחילים לגביו אמות-מידה דומות לאלה שהם מחילים כאשר לנזק פיסי.

24 גדרון, שם, בע' 136–138. כן השוו: James A. Henderson "Process Constraints in Tort" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 901; Fred C. Zacharias "The Politics of Torts" 95 *Yale L.J.* (1986) 698. לדעה שבמקרים רבים, נזק כלכלי אינו נזק חברתי כלל, שכן הוא נובע מהעברת עושר מאחד לאחר, ראו: William Bishop "Economic Loss in Tort" 2 *Oxf. J. Leg. Stud.* (1982) 1.

בשלילת סיכוי התביעה בגין הנזק הישיר. אולם עיון מדוקדק עשוי להביאנו לסיווג שונה. לא במקרה הדוגמות שהובאו, ואלה שעוד יובאו בהמשך המאמר, עוסקות רובן ככולן בנזק ראייתי המתבטא בפגיעה בסיכוייו של הניזוק הישיר לזכות בפיצוי בגין נזק פיסי. הטלת אחריות בגין נזק ראייתי תורמת אס־כן לא־אחת לתיקון מצבו של מי שניזוק נזק פיסי, אפילו אם הפיצוי שניתן לו מסווג – אנליטית – כפיצוי בגין נזק כלכלי טהור. אשר על־כן, אף הטעם להגבלת הפיצוי בגין נזק כלכלי טהור, שהינו החשש מפני הרחבה יתרה של חוג התובעים בגין מעשי עוולה, אינו מתקיים במקרה של נזק ראייתי כל אימת שמדובר בשלילת יכולתו של הניזוק הפיסי לבוא על תיקונו המלא.

עניין אחרון שראוי לעמוד עליו הוא בעיית צפיותו של הנזק הראייתי מנקודת־מבטו של גורם הנזק הראייתי. צפיות של סוג הנזק שאירע, בפועל או בכוח, מהווה בשיטת משפטנו תנאי הכרחי להטלת אחריות נזיקית, במיוחד כשמדובר בעוולת הרשלנות.<sup>25</sup> יש מקום אף לטענה שצפיות מהווה תנאי הכרחי להטלת אחריות נזיקית על־פי עקרונות הצדק המתקן: בהיעדר צפיות – אין אשם, ואף אין אצל המזיק יכולת אמיתית לבחור בין דרכי פעולה חלופיות. לפיכך לא יתא זה מוצדק להטיל אחריות בגין נזק בלתי־צפוי.<sup>26</sup> האם הנזק הראייתי ניתן לצפייה במקרים הטיפוסיים בהם הוא נגרם? לדעתנו, יש להשיב על שאלה זו בחיוב. התחושה שנוק מסוים אינו צפוי נובעת לעיתים מהנחתו של המזיק כי הנזק שמדובר בו למעשה אינו נזק, או שאינו נזק בר־פיצוי. כך, בדוגמת הגזות, יכולה להיטען טענה שהמדינה, בעת שנתנה לחולי הגזות טיפולי הקרנות למיניהם, לא צפתה שתגרום נזק ראייתי אף אילו יכלה לצפות את האפשרות שתסב לניזוקים את נזקיהם הישירים. אך בטענה זו אין ממש. אם אכן היה הנזק הישיר בר־צפייה, כך גם לגבי הנזק הראייתי: הא בהא תליה. אם צפתה המדינה (או יכלה לצפות) שטיפולי הגזות עלולים לגרום מחלות שונות, היא צפתה (או יכלה לצפות) שלא יהיה ניתן לדעת לעיתים אם אדם שלקה במחלה לקה בה עקב הטיפולים או בלא כל קשר אליהם.<sup>27</sup> צפייתה

25 ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 123–126 (להלן: עניין ועקנין); ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 128–129.

26 ישראל גלעד "על היחס בין ההיבט הפיסי להיבט הנורמטיבי של עוולת הרשלנות" משפטים טו (תשמ"ו) 446; אריאל פורת "עוולת הרשלנות על־פי פסיקתו של בית־המשפט העליון מנקודת־מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (א' רוזן־צבי עורך, תשנ"ז) 373, סעיף 34.10. יש אף דעה שעקרונות הצדק המתקן אינם מתנים הטלת אחריות נזיקית בצפיות טכנית, ובכך יתרונם על פני עקרונות המשפט הפוזיטיבי. Epstein, *supra* note 14, at pp. 168–171.

27 אם כי רמת הצפיות של הנזק הראייתי תהא לעיתים שונה מרמת הצפיות של הנזק הישיר. טלו את דוגמת הציידים: אף־על־פי שכל אחד מהנתבעים היה יכול לצפות שירייה עלולה לגרום נזק גוף לתובע, ספק אם כל אחד מהם היה יכול לצפות שיארע אותו אירוע נדיר במיוחד, בו הוא וחברו יירו בעת ובעונה אחת, ותיווצר בעיית ויהוי נדירה למדי, כמו זו שאירעה בפועל. אך מקרה זה חריג, ובמקרים אחרים אין כל ספק שהנזק

התנייחה אס"כ לא לנזק ישיר גרידא, אלא לנזק ישיר ללא כתובת. אייכולתה של המדינה לצפות בשנות החמישים שתוטל עליה אחריות בגין נזק ראייתי אינה מעלה או מורידה.

זאת ועוד, יכולת הצפייה של הנזק אינה שאלה עובדתית טהורה. התשובה לה מושפעת לא מעט משיקולי מדיניות, החורגים משיקולי הצדק המתקן. הדבר בולט בעיקר עת שחלה עוולת הרשלנות, שלשיקולי מדיניות יש במסגרתה תפקיד מכריע בהגדרה של חובת הזהירות המוטלת על אדם ביחסיו עם זולתו.<sup>28</sup> אשר על-כך, אם יש סיבות טובות (מחוץ לטעמי צדק מתקן) להטלת אחריות על גורם נזק ראייתי, יש לשער שהנטייה תהא, לפי המשפט הנוהג, לא להקפיד עם הניזוק הקפדה יתרה, ולא להזדרז להסיק שנוק ראייתי במקרה כזה או אחר היה בלתי-צפוי. סיבות אלה אכן קיימות, והן יפורטו בהמשך המאמר. עוד יש לומר כי הצפיות הטכנית (בין אם יש לה מקום כלשהו בין שיקולי הצדק המתקן ובין אם לאו) מיועדת להגן על הנתבע, שלא יחויב לשאת בנזקים רבים מאלה שהיה יכול לצפות בעת שביצע את מעשה העוולה. אם כך הדבר – לפחות במקרים בהם גורם הסיכון לנזק הישיר וגורם הנזק הראייתי הם אותו אדם – אין חשש ממשי של פגיעה בלתי-ראויה בעקרון הצפיות: אם צפה הנתבע את האפשרות שמעשהו העוולתי יסב לתובע נזק פיסי, חיוב הנתבע בפיצוי שאינו עולה בשיעורו על הפיצוי שהיה נפסק בגין הנזק הפיסי, אפילו אם העילה לכך היא גרם נזק ראייתי, אינו מעורר קושי.

### (ג) עניין הנזק (היגד ב): כל הנזק הישיר או רק חלקו?

על-פי ההיגד השני המשקף את עקרונות הצדק המתקן, העולה בקנה אחד עם הדין הנוהג, שיעור החבות בפיצוי ושיעור הזכאות לפיצוי הם כשיעור הנזק שנגרם בפועל. היגד זה אינו מעורר כל קושי במקרים שאין בהם ספק כי נזקו הישיר של התובע נגרם כולו עקב התנהגות עוולתית, אף שלא ניתן לדעת מי גרמו באשמו. בסוג זה של מקרים, כבדוגמת הציידים ובדוגמת הכלבים, ברור ששיעור הנזק הראייתי חופף את זה של הנזק הישיר, ואם אכן קיימת זכאות של הניזוק לפיצוי בגין הנזק הראייתי, הוא יפוצה, הלכה למעשה, בעבור כל נזקו הישיר.

כפי שניזכר להלן, המקרים הבעייתיים ביותר, שאין להם פתרון מספק בדין הנוהג, הם מקרים אחרים. כוונתנו למקרים שמתעוררת בהם שאלה אם נזקו של התובע, כולו או

הראייתי היה צפוי. ראו, למשל, את *Haft v. Lone Palm Hotel* 478 P. 2d 465 (Cal. 1970) (להלן: עניין *Haft*), שעובדותיו מפורסות להלן בהערה 100. שם מודגש במפורש שהחובה להציב מציל בבריכת שחייה נועדה, בין היתר, למנוע בעיות ראייתיות אם יארע מקרה סביעה, ולא רק על-מנת להציל את מי שטובע. שם אף מובחן המקרה הנידון ממקרה הציידים, בו היתה שאלת הצפיות קשה יותר.

28 מי שסבור שדיני הניזקין צריכים לשקף את עקרונות הצדק המתקן סבור ששיקולי מדיניות וצדק מתקן הם דבר והיפוכו; Fletcher, *supra* note 14, at pp. 542-543, 569-573.

חלקו, נגרם עקב התנהגות עוולתית. במקרים אלה, הענקת פיצוי מלא לתובע בגין נזקו הישיר מכוחה של דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה להעמיד אותו במצב טוב מזה שהיה עומד בו אלמלא נגרם לו הנזק הראייתי. לפיכך, החלת הדוקטרינה במצבים כאלה באופן המזכה את התובע בפיצוי מלא בגין נזקו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. החלה זו של הדוקטרינה גם אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הפיצוי החלים בדין הנוהג.<sup>29</sup>

דוגמה (אנלוגית לדוגמת הגוות) המייצגת קבוצה חשובה של מקרים שקיימת בהם אי־ודאות באשר לגרימת נזקים תמחיש את הדברים. מפעלו של הנתבע פולט קרינה רדיואקטיבית שיש בה כדי לגרום למחלת הסרטן. באיזור המושפע מן הקרינה מובחנת עלייה של 25% במספר מקרי הסרטן: בעוד שבעבר חלו בסרטן שמונים בני־אדם מדי שנה, לקו במחלה בשנת החשיפה לקרינה מאה בני־אדם.<sup>30</sup> עם זאת לא ניתן לדעת מי מבין חולי הסרטן באיזור לקה במחלה עקב הקרינה הרדיואקטיבית ומי לקה בה בלא כל קשר לכך. מאה האנשים שלקו בסרטן תובעים את בעל המפעל. יישום דוקטרינת הנזק הראייתי בדוגמה זו, כך שהנתבע יחויב לשאת בנזקי המחלה של כל מאה בני־האדם שלקו בה, יביא לידי כך שהנתבע יישא בסכום גבוה בהרבה מזה שהיה נדרש לשאת בו אלמלא הנזק הראייתי, ואף שמונים מבין מאה הניזוקים יקבלו פיצוי אף־על־פי שלא נגרם להם כל נזק עקב מעשה עוולה. קיומו של הנזק הראייתי פעל אס־כן לטובתם. אלמלא נזק זה, רוב הסיכויים שכל תובע ותובע בנפרד לא היה מקבל פיצוי כלשהו, ובשל נזק זה הוא זוכה בפיצוי מלא.<sup>31</sup>

שינוי קל בדוגמת הכלבים יספק דוגמה שנייה, המייצגת אף היא קבוצת מקרים שקיימת בהם אי־ודאות באשר לגרימת נזקים: נניח שאחד משני הכלבים שתקפו את התובע הינו כלב ללא בעלים (להלן: הווריאציה לדוגמת הכלבים). אף כאן, הטלת מלוא האחריות לנזק על הבעלים של הכלב האחר, ככיכול בגין הנזק הראייתי שגרם, תביא לידי כך שהניזוק יקבל פיצוי גבוה מזה שהיה מקבל אלמלא נגרם לו הנזק הראייתי; שהרי אלמלא נגרם לו נזק זה, הוא היה מוכיח את הנזק המדויק שגרם לו כל כלב והיה זוכה בפיצוי נמוך מזה בו יזכה אם תיושם על המקרה דוקטרינת הנזק הראייתי.<sup>32</sup>

29 אם כי ראו עניין נגר, לעיל הערה 2, והדיון להלן פרק 5.

30 לצורך פישוט הדיון נניח שאין כל אפשרות שמי שלא לקה במחלה בשנת החשיפה ילקה בה בעתיד. ראו הדיון להלן פרק 2. לפסק־דין שעסק באחריותה של מדינת־ישראל לנזקי קרינה של עובד בקריה למחקר גרעיני בנגב, ראו ת"א (ת"א) 1070/92 עזבון המנוח איטח היים ז"ל נ' איטח (טרם פורסם) (להלן: עניין איטח). במקרה זה לא נדרש בית־המשפט לשאלות מעין אלה העולות במאמר, שכן נקבע כי הוכח הקשר הסיבתי שבין הקרינה לבין מותו של הניזוק.

31 ראו הדיון שם.

32 ראו הדיון להלן פרק 4.

אכן, פתרון של פיצוי מלא לניזוקים בשתי הדוגמות דלעיל אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן, ולדעתנו, גם אין לדבוק בו. אי-הענקת כל פיצוי (לפי הנטייה המסתמנת בדין הגוהג ביחס לדוגמת המפעל), גם היא אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות אלה.<sup>33</sup> פתרון נוסף הוא לפצות כל אחד מהתובעים שלקו במחלה בפיצויים על-פי ההסתברות שנפגעו על-ידי הנתבע. לפי פתרון זה יפוצה כל אחד מהתובעים בדוגמת המפעל בגין 20% מנזקיו. הבסיס המשפטי של פתרון זה עשוי להיות חשיפה לסיכון או פגיעה בסיכוי: החשיפה לקרינה הרדיואקטיבית הגבירה את הסיכוי של כל אחד מהתובעים ללקות במחלה, או, מזווית אחרת, הפחיתה את סיכוייו לא ללקות במחלה כלל. גודל הנזק של הפגיעה בסיכוי מתבטא במקרה שבדוגמת המפעל ב-20% מהנזק הכולל. דא עקא, בסיס משפטי זה הוא בסיס רעוע. בראש ובראשונה יש לציין שהיחשפות לסיכון אינה מהווה נזק כשלעצמה על-פי עקרונות הצדק המתקן ועל-פי דיני הניזוקין המסורתיים. לפיכך, מי שנחשף לסיכון שלא התממש – לא ניזוק, וממילא אין לו עילת תביעה נגד איש.<sup>34</sup> אולם גם אם נשקף על החשיפה לסיכון כעל פגיעה בסיכוי, ועל-כן כעל גרם נזק,<sup>35</sup> מתעורר קושי: האומנם ניתן לומר שהקרינה הרדיואקטיבית הגבירה את הסיכוי של כל התובעים ללקות במחלה, או שמא רק את הסיכוי של חלקם? אם בוחנים שאלה זו *ex post*, סיכוייהם של 80% מהתובעים ללקות במחלה לא הוגברו על-ידי הקרינה: הם היו לוקים במחלה כך או אחרת! לעומת זאת, אם בוחנים את השאלה *ex ante*, הרי אף אם כל התובעים נחשפו לסיכון, הם נחשפו למעשה לסיכון נמוך בהרבה מסיכוי של 20% ללקות במחלה. כך, בדוגמת המפעל, אם סך כל התושבים שהיו חשופים לקרינה הרדיואקטיבית היה 10,000, נזקי הפגיעה בסיכוייו של כל תושב מתבטאים ב-0.2% מהנזקים שהיו עלולים להיגרם לו אילו נפגע מהקרינה. לפיכך, הפיצוי בו יזכה כל תובע יהיה בגין כ-0.2% מנזקיו בפועל. זאת ועוד, דבקות בעיקרון לפיו פגיעה

33 ראו הדיון שם.

34 בהקשר של עולת הרשלנות, ראו: William L. Prosser and W. Page Keeton *Torts* (St. Paul, 5th ed., 1984) 165. אם יצירת הסיכון גרמה להטרדה, פחד וכדומה, יכול שיהיה הניזוק זכאי לפיצוי. גם אילו ראו דיני הניזוקין ביצירת סיכון כשלעצמה גרם נזק, היה הפיצוי צריך להיות בגין יצירת הסיכון, ולא בגין הנזק שהתרחש בסופו של דבר, ושאינו בהכרח תולדה של סיכון זה. יש בדרך-כלל פער משמעותי בין השניים (למעשה, זה הפער שבין תוחלת הנזק הנמדדת *ex ante* לבין הנזק בפועל הנמדד *ex post*). לניסיון להשתית הטלת אחריות על רעיון של יצירת סיכון, אם כי באופן מלאכותי, לדעתנו, ראו: David Rosenberg "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 851, 885-887. לכך שפיצוי על סיכון אינו מתאפשר בעולמה של סיבתיות דטרמיניסטית, ראו: Stephen R. Perry "Risk, Harm, and Responsibility" *Philosophical Foundations of Tort Law* (David Owen ed., 1995) 321, 322-326.

35 להצדקה של פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי, ראו: King, *supra* note 2. ראו ביתר פירוט: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1902-1905.

בסיכוי מהווה כשלעצמה נזק ברי-תביעה מחייבת ליתן פיצוי דומה לכל התושבים האחרים, אף שבפועל הם לא לקו במחלה כלל.<sup>36</sup>

הקושי המתואר לעיל נובע מכך שפיצוי בגין פגיעה בסיכוי עשוי להתיישב עם עקרונות הצדק המתקן, ואף לעלות בקנה אחד עם גישתו של הדין הנוהג, באותם מקרים שעולה בהם שאלה היפותטית באשר לגרם נזקים. כך, אם אדם נחשף לסיכון המגביר את סיכוייו ללקות במחלה, ועודנו בריא בעת שבית-המשפט נדרש לשאלה היפותטית אם ילקה במחלה בעתיד, פסיקת פיצויים עקב פגיעה בסיכוי אפשרית, ואף יש לה בסיס במשפט הנוהג.<sup>37</sup> לא כן כאשר בית-המשפט נדרש להכריע בשאלה עובדתית באשר להתרחשות שאירעה בעבר. במקרה כזה – כבדוגמת המפעל – אין מדובר בפגיעה בסיכוי, ולמצער, פיצוי בגין פגיעה כאמור הינו בעייתי מאוד.

דוקטרינת הנזק הראייתי מספקת בסיס משפטי איתן לפסיקת פיצוי לכל תובע בשיעור של 20% מנזקיו בפועל. פתרון זה טוב אף לווריאציה לדוגמת הכלבים, ולדעתנו הוא עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן.

על-פי הפתרון המוצע, כחלק מהגנת האוטונומיה של אדם, ראוי להכיר בזכותו לדעת כיצד נגרמו נזקיו, לפחות באותם מקרים שקיימת בהם אפשרות ממשית שכולם או חלקם נגרמו על-ידי גורם עוולתי.<sup>38</sup> פגיעה עוולתית באוטונומיה של אדם תוך מניעת מידע כאמור, היא גרימת הנזק הראייתי, אשר צריכה לזכות את הנפגע בפיצוי ששוויו כשוויה של הזכות למידע שנשללה ממנו. שווי הזכות בדוגמת המפעל הוא המכפלה של גודל הנזק הישיר שנגרם לניזוק והסיכוי שהוא נגרם על-ידי המפעל, או בווריאציה לדוגמת הכלבים, גודלו של חלק הנזק שניתן לשער שגרם כלבו של המעוול. כדי להעריך את הסיכוי שהנזק נגרם על-ידי המפעל, או כדי לאמוד את חלק הנזק שגרם כלבו של המעוול, ניתן להיזקק לכל המידע שקשור לאירוע הנזק. בהיעדר מידע לעניין זה, יש להחיל את החוקה של שוויון הגורמים (בווריאציה לדוגמת הכלבים) או להסתפק בנתונים סטטיסטיים קיימים (בדוגמת המפעל).

הבסיס לאומדן המוצע של הפיצוי הינו זה: הנתבע יצר אצל התובע אי-ודאות ומנע אותו מדעת מה בדיוק גרם לנזקיו; נתבע זה לא רק גרם לתובע נזק לא-ממוני, כפי שקורה במקרים רבים אחרים בהם נפגעת האוטונומיה של אדם, אלא גם פגע באינטרס

36 על הבעייתיות שכמציאת פתרון בסוג כזה של מקרים, ראו: Richard Delgado "Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 881; Rosenberg, *supra* note 34

37 להלן הטקסט להערות 101-105.

38 אדם שנשלל ממנו מידע בנוגע לזכויותיו הוא אדם שהוגבל בבחירה בין קווי פעולה שמטרתם לשמור על רווחתו ולהגדילה. אדם שבחירתו מוגבלת כאמור הוא אדם פחות אוטונומי. השוו: John Stuart Mill "On Liberty" *John Stuart Mill: Utilitarianism*; Porat & Stein, *On Liberty: Essay on Bentham* (M. Warnock ed., 1962) 228-229; *supra* note 1, at p. 1926, note 106



בעל ערך כלכלי ברור של התובע.<sup>39</sup> ניתן להציג אינטרס זה, היפותטית, באופן הבא: בידי התובע מצויה קופסה סגורה, ובתוכה ראייה מכרעת, שבכוחה לשפוך אור על האופן בו נגרם נזקו הישיר. התובע אינו יודע אם הראייה שבקופסה תגרום לדחיית התביעה או לקבלתה. הנתבע, שגרם באשמו לנזק הראייתי, מונע למעשה מהתובע את פתיחת הקופסה. עקב כך עליו לפצותו. שווי הקופסה, או שווי הזכות לפותחה ולגלות את תוכנה – דהיינו, שווי הזכות למידע שישפוך אור על אופן התרחשותו של הנזק – הן בדוגמת המפעל והן בווריאציה לדוגמת הכלבים, כשוויה של תוחלת הנזק העוולתי של התובע. אכן, אין כל ספק שהתובע היה מוכן לשלם כסף על־מנת לרכוש את הזכות לפתוח את הקופסה. כמו־כן ברור שהתובע היה דורש סכום כסף לשם מכירת הקופסה. הערך הכלכלי של הזכות לדעת מה מסתתר בקופסה, קרי: לדעת כיצד בדיוק נגרמו נזקיו של התובע, נובע אס־כן מהפוטנציאל הגלום בה לזכות במשפט נגד המעוול הישיר. כאשר אין כל ספק שהנזק שנגרם לתובע נגרם על־ידי מעשה עוולה, וכאשר ברור כי תוכן הקופסה ישפוך אור מלא על אופן התרחשותו של הנזק הישיר, יהיה שוויה של הקופסה כשוויו של הנזק הישיר, שכן, באמצעות המידע המצוי בקופסה יוכל התובע לזכות בפיצוי מלא בגין נזק זה.<sup>40</sup> התובע יהא נכון לשלם בעד הקופסה סכום הנופל אך במעט מסכום הפיצויים שהוא צופה שייפסק לטובתו במשפט שינהל נגד המעוול הישיר (בהתעלם, כמובן, מ"הוצאות העסקה", כגון הוצאות ניהול המשפט, סיכוני גבייה, טרחה וכדומה).<sup>41</sup> המצב שונה כאשר קיים חשש שהראייה שבקופסה לא תסייע לתובע לזכות בפיצוי (כבדוגמת המפעל), או תסייע לו לזכות בפיצוי חלקי בלבד (כבווריאציה לדוגמת הכלבים). במקרה כזה, שוויה של הקופסה לדידו יקטן; גודלו של הסכום שהוא יהא מוכן לשלם בעד הקופסה (או לחלופין, שידרוש כדי למוכרה) ישתנה בשתי הדוגמות דלעיל בהתאם לתוחלת נזקיו העוולתיים הישירים. בדוגמת המפעל, יהא סכום זה שווה למכפלת נזקיו בפועל בסיכוי ההסתברותי שהנזק נגרם עקב אשמו של המפעל; בווריאציה לדוגמת הכלבים ייגזר סכום זה מהחלק שניתן לשער כי נגרם על־ידי כלבו של הנתבע.<sup>42</sup>

39 על הצורך להבחין בין השאלה הסיבתית (causation) לבין השאלה של הערכת ערכו של האינטרס הנפגע (valuation), ראו: King, *supra* note 2. כן ראו ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' משטרת ישראל, טרם פורסם (להלן: עניין אבו סעדה).

40 כאשר יש אפשרות שהמידע ישפוך אור חלקי על אופן התרחשותו של הנזק, שווי הקופסה קטן בהתאם. כך, למשל, אילו היה מדובר בדוגמת הכלבים בשלושה כלבים או יותר, ראו דיון להלן הטקסט להערה 126.

41 זאת עקב שנאת־סיכון: להלן הערה 42. לחלופין, התובע יהא נכון לוותר על הקופסה תמורת סכום הנופל אך במעט מהסכום שהוא צופה שייפסק לטובתו כפיצויים.

42 Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1926–1934. למעשה, אין זה ברור כלל ועיקר שבדוגמת המפעל ובווריאציה לדוגמת הכלבים היה התובע מוכן לשלם את תוחלת נזקיו העוולתיים על־מנת לזכות במידע הנוגע באופן גרימת נזקיו. סביר יותר להניח, אף בהתעלם מהוצאות העסקה הכרוכות בניהול משפט, בסיכוני הגבייה וכדומה, ששנאת־הסיכון, המאפיינת בני־אדם בדרך־כלל, היתה גורמת לכך שהתובע יהיה מוכן לשלם

## 2. נזק ראייתי והרתעה

מטרה חשובה של דיני הנזיקין<sup>43</sup> היא הרתעה, או ליתר דיוק, הרתעה אופטימלית. הרתעה אופטימלית מכוונת לכך שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר.<sup>44</sup> מכאן שהרתעה אופטימלית מכוונת ליעילות כלכלית. הרתעה אופטימלית תושג על-ידי הטלת אחריות על מונע הנזק הזול ביותר. בדרך זו הוא יתומרץ למנוע את הנזק כאשר עלות המניעה נמוכה מתוחלתו. מונע הנזק הזול ביותר הוא זה שלהטלת

פחות מתוחלת הנזק בעד הזכות למידע, כמו גם שיהיה מוכן למוכרה בפחות מתוחלת זו אילו היתה בידיו. למרות זאת, הערכת הנזק הראייתי צריכה להיעשות – אם היא נזקקת לשווי שהיה התובע נותן לזכות למידע – מתוך הנחה שהתובע ניטרלי לסיכון. זאת לא רק על-סמך שיקול הצדק הדיסטריבוטיבי – שאין זה ראוי להנות את המזיק משנאת-הסיכון של הניזוק, אלא בעיקר משום שהנתבע-המזיק, הוא שגרם באשמו לאי-הוודאות שיצרה למעשה את שנאת-הסיכון האמורה. יתרה מזו, באותם מקרים בהם מי שגרם לנזק הראייתי בהתנהגותו בת-האשם הוא אף זה שלגביו, ורק לגביו, קיים סיכוי שגרם לנזק הישיר, כולו או חלקו, הטיעון בעד הערכת הנזק הראייתי, בהנחת ניטרליות לסיכון, חזק עוד יותר. זאת מכיוון שבמקרים אלה ניתן להיוקק, לשם הערכת שוויה של הזכות למידע שנמנעה מהתובע עקב התנהגותו בת-האשם של הנתבע, לא רק לשווי שהיה התובע-הניזוק נותן לה, אלא באותה מידה לשווי שהיה הנתבע נותן לה. (אם קיימת גם אפשרות שאחד אחר גרם בעוולה לנזק הישיר, כולו או חלקו, ייתן הנתבע לקופסה ערך נמוך יותר מאשר התובע. לכוונתם ההיפותטית ex ante של המזיק והניזוק, כבסיס לקביעת כללי אחריות בדיני נזיקין, ראו: Jules L. Coleman "Contracts and Torts" 12 L. & Phil. (1993) 71.) מאחר שהנחה של שנאת-הסיכון חלה גם על הנתבע, היה זה מיכן למכור את הזכות למידע לתובע – אילו היה רשאי ויכול למוכרה, או לרכוש את הזכות האמורה אילו היה המידע ברשות התובע – בסכום גבוה יותר מתוחלת הנזק העזולתי. מאחר שפנייה לשווי האמיתי שהיה הנתבע נותן בעד הזכות למידע היתה מוליכה למסקנה ששווי זכותו של התובע גבוה מתוחלת הנזק; ואילו פנייה לשווי האמיתי שהיה התובע נותן היתה מוליכה למסקנה ששווי הזכות האמורה נמוך מתוחלת הנזק; הרי פנייה לשווי המחושב בהנחת ניטרליות לסיכון – דהיינו, פנייה לתוחלת הנזק – מניבה את הפתרון המאוזן ביותר. טיעון אחרון זה אינו מבוסס על עקרונות הצדק המתקן. אכן נראה שלא ניתן למצוא אמות-מידה להערכת הנזק תוך התמקדות בשיקולי צדק מתקן בלבד ובהתעלם משיקולים דיסטריבוטיביים.

43 וגם של דיני העונשין, כמוכן. אלא שלאלה האחרונים מגבלות מסוימות שדיני הנזיקין עשויים להתגבר עליהן; Guido Calabresi *The Costs of Accidents* (New Haven & London, 1970) 107–113.

44 Calabresi, *ibid.*, at pp. 68–94. להצגה תמציתית של תורת ההרתעה, ראו פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 344–347.

האחריות עליו יש את הסיכוי הרב ביותר להפחית למינימום את סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן.<sup>45</sup>

45 יש הסבורים ש"מונע הנזק הזול ביותר" הוא מבחן לקיומה של תכונה, ויש הרואים בו מבחן לקיומה של יכולת קונקרטיה במקרה הנידון. על-פי דרך ההסתכלות הראשונה, שאנו מאמצים, מונע הנזק הזול ביותר הינו למעשה "השוקל הטוב ביותר": זה היכול לשקול כראוי אם וכיצד להוציא הוצאות למניעת הנזק, והמסוגל לפעול על-סמך שקילתו זו. אין זה מעלה או מוריד אם היתה לו במקרה הקונקרטי הנידון יכולת למנוע את הנזק בעלות נמוכה אם לאו. די בכך שהוא בעל יכולת שקילה עדיפה על זו של אחרים. הטלת אחריות עליו תיתן לו תמריץ למנוע את הנזק כאשר כדאי כלכלית לעשות כן, ואף תעודדו לפתח שיטות ואמצעים למניעתו לעתיד לבוא. יחד עם זאת, כאשר מניעת הנזק יקרה מדי ובלתי-כדאית, חזקה על "השוקל הטוב ביותר" שיעדיף לא למנוע, אלא לשאת בעלותו. בדרך זו השוקל הטוב ביותר מתמרץ לפעול להקטנת סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן, שהרי כל אלה מוטלים עליו. Calabresi, *ibid*, at pp. 135-173, 244-265; Guido Calabresi & John T. Hirschhof "Toward a Test for Izhak England: Strict Liability in Torts" 81 *Yale L.J.* (1972) 1055 "The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 *J. Leg. Stud.* (1980) 27, 33-51 בספרו הנ"ל דיבר Calabresi על "מונע הנזק הזול ביותר", ובמאמר שכתב כעבור זמן עם Hirschhof פיתחו השניים את מבחן "השוקל הטוב ביותר", הבא למעשה לסייע באיתורו של "מונע הנזק הזול ביותר". על-פי דרך ההסתכלות השנייה, מונע הנזק הזול ביותר הוא זה שהיה יכול למנוע בפועל את הנזק בעלות נמוכה יותר מכל אחד אחר, וכן בעלות נמוכה יותר מתוחלת הנזק. אם לא עשה כן, ורק אז, תוטל עליו האחריות לנזק שנגרם. בדרך זו יהא למונע הנזק הזול ביותר תמריץ למנוע את הנזק, שהרי אם לא יעשה כן, ייאלץ לשאת בנזקים שתוחלתם רבה יותר מהעלות שהיה יכול להשקיע במניעה. התנהגותו תביא על-כן לידי הקטנת סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן. שיטה זו הינה שיטת הרשלנות הנוהגת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית. בשיטת הרשלנות ייוותר הנזק על כתפי הניזוק אם היה הוא דווקא, ולא המזיק, מונע הנזק הזול ביותר (וכן אם איש מהם לא היה מונע נזק זול). Richard A. Posner "A Theory of Negligence" 1 *J. Leg. Stud.* (1972) 29; Richard A. Posner "Strict Liability: A Comment" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 205 מעטים בהם יתחלק הנזק בין המזיק לבין הניזוק מכוחה של הגנת האשם התורם, המביאה לידי חלוקת אחריות: זאת כאשר יש טעם לתמרץ התנהגות זהירה הן אצל המזיק והן אצל הניזוק. בספרות המשפטית-הכלכלית, הגנת האשם התורם בדיני הניזוקין זוכה בתמיכה בעיקר עקב היותה "הרע במיעוטו" (second-best) בעולם של מידע חסר. ראו: David Haddock & Christopher Curran "An Economic Theory of Comparative Negligence" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 49; Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen "An Economic Case for Comparative Negligence" 61 *N.Y.U. L. Rev.* (1986) 1067; Daniel L. Rubinfeld "The Efficiency of Comparative Negligence" 16 *J. Leg. Stud.*

בהקשר של נזק ראייתי יש להרתעה שתי מסדות-משנה. מן הצד האחד, הטלת אחריות לנזק ראייתי צריכה להביא לידי הקטנת סך הנזקים הישירים והוצאות מניעתם בהינתן הנזק הראייתי. טענתנו היא כי בהיעדר יכולת, עקב הנזק הראייתי, להקצות למונע הזול ביותר של הנזקים הישירים את הנזקים שגרם בפועל על-ימנת שיפעל באופן אופטימלי להקטנתם, דוקטרינת הנזק הראייתי צריכה להקצות לו נזקים, כך שתמריצו יהיו קרובים ככל האפשר לתמריצים שהיו מנת-חלקו אלמלא הנזק הראייתי. הטלת אחריות על המונע הזול ביותר של הנזקים הישירים בשיעור תוחלת נזקיו, מכוחה של דוקטרינת הנזק הראייתי, מגשימה מטרה זו, ומאפשרת הרתעה אופטימלית בהינתן קיומו של נזק ראייתי.

מן הצד האחר, דוקטרינת הנזק הראייתי צריכה להביא לידי צמצום בעיות הזיהוי של גורמי הנזק. על דוקטרינה זו להביא לידי הקטנת סך הנזקים הנגרמים עקב קיומם של נזקים ראייתיים על-אף קיומה של דוקטרינת הנזק הראייתי (להלן: נזקי הנזקים הראייתיים) והוצאות מניעתם. נזקי הנזקים הראייתיים הם הנזקים הנגרמים עקב כך שבמקרים שקיים בהם נזק ראייתי, ועל-אף התחולה של דוקטרינת הנזק הראייתי, אין הנזקים הישירים מוקצים במדויק למונעי הנזק הזולים ביותר שלהם. מכאן שנזקי הנזקים הראייתיים הם הרתעה תת-אופטימלית ביחס לנזקים הישירים, בהשוואה לזו שהיתה מתאפשרת אלמלא הנזקים הראייתיים.

שתי מסדות-משנה אלה, מכוונות בסופו של דבר, להשגת אותה מטרה: הרתעה אופטימלית ביחס לנזקים הישירים. יחד עם זאת קיים ביניהן מתח פנימי. אילו עמדה מסרת-המשנה הראשונה לבדה, היה ראוי לחייב בגין הנזק הראייתי את מונע הנזק הזול ביותר של הנזקים הישירים. לעומת זאת, אילו עמדה מסרת-המשנה השנייה לבדה, היה ראוי להטיל אחריות בגין הנזק הראייתי על מונע הנזק הזול ביותר של הנזק הראייתי.<sup>46</sup> במקרים שקיימת בהם זהות בין שני סוגים אלה של מונעי הנזק הזולים ביותר, אין מתעורר כל קושי, ושתי המטרות יקודמו יחדיו; אולם כאשר זהות זו אינה מתקיימת, יידרשו כללי עדיפות שיקדמו מסרת-משנה אחת, אפילו על חשבון מסרת-המשנה האחרת. דוגמת המפעל תסייע להמחשת הדברים. בדוגמה זו, כזכור, יפצה המפעל, על-פי דוקטרינת הנזק הראייתי, כל חולה סרטן שקיים סיכוי שמחלתו נגרמה עקב החשיפה לקרינה. התוצאה תהא שהמפעל יישא הלכה למעשה בנזקים שגרם בפועל. בהנחה שהמפעל הוא המונע הזול ביותר של הנזקים הישירים, תביא הטלת אחריות עליו לידי כך

(1987) 375; Samuel A. Rea "The Economics of Comparative Negligence" 7 *Int'l Rev. L. & Economics* (1987) 147; Steven Shavell *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge & London, 1987) 5-32 עם זאת, צידוק נפוץ לחלוקת אחריות עקב אשם תורם הינו נימוק של הגינות בין המזיק לבין הניזוק. ראו: Gary T. Schwartz "Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal" 87 *Yale L.J.* (1978) 697.

46 אם כי זה לא יפעל תמיד למניעת הנזק הראייתי. ראו להלן הערה 47.

שמלכתחילה יהא עליו לכלכל את צעדיו כאשר תוחלת נזקיו עומדת לנגד עיניו, ולא גדול קטן ממנה בהרבה, כפי שהיה קורה אילו נדחו תביעות התובעים השונים במלואן עקב בעיות ההוכחה הניצבות לפנייהם. דוקטרינת הנזק הראייתי תביא אס-כך לידי הרתעה אופטימלית, אך זאת בנתון קיומם של נזקים ראייתיים. העולם היה כמובן טוב יותר אילו לא היו בו בעיות ראייתיות, והיה ניתן לזהות במדויק את כל מי שנפגע כתוצאה מהקרינה, ולחייב את המפעל בהתאם. כדי לקדם מטרה אחרונה זו של הפחתת בעיות הזיהוי, יש להטיל אחריות על המונע הזול ביותר של הנזק הראייתי. בדוגמת המפעל, המפעל עונה בבירור על אמת-מידה זו, ועל-כך אין מתעורר כל קושי.<sup>47</sup> המתח בין שתי מטרות-המשנה של ההרתעה ייווצר אם דווקא התובעים השונים יהיו המונעים הזולים ביותר של הנזקים הראייתיים; כך, למשל, אילו היה בכוחם לנקוט אמצעים פשוטים יחסית שהיו מאפשרים לדעת אם מחלתם נבעה מן הקרינה אם לאו, והם בחרו לא לעשות כן. אם כאלה הם פני הדברים, תעלה השאלה: איזה פתרון עדיף, הקצאת הנזקים הישירים למונע הנזק הזול ביותר שלהם, בהינתן קיומם של נזקים ראייתיים, או הקצאת נזקים אלה למונעי הנזק הזולים ביותר של הנזקים הראייתיים, על-מנת למוער נזקים אלה ולהביא לידי הרתעה אופטימלית ביחס לנזקים הישירים לטווח הארוך?

הדיון שיערך בחלקו הבא של המאמר ימחיש את אופן פועלם של שיקולי הרתעה אלה במצבים שונים של גרם נזק ראייתי. דיון זה גם יציע דרכי איזון במצבים שאין בהם זהות בין המונע הזול ביותר של הנזקים הישירים לבין המונע הזול ביותר של הנזק הראייתי.

### חלק ב: יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי במצבי איזודאות בגרימת נזקים

בחלק זה ייבחנו חמש קבוצות מקרים שמתעוררת בהם בעיית אי-הוודאות בגרימת נזקים:

1. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה;
2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה;
3. מקרים של גרם נזק כאשר לא ידוע אם הנזק נגרם בעוולה;
4. מקרים של גרם נזק בעוולה על-ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול;

47 הטלת אחריות על המפעל לא תפחית בהכרח את הנזקים הראייתיים. ייתכן שהמפעל יעדיף לשאת בנזקים כמוכתב על-פי דוקטרינת הנזק הראייתי מאשר בנזקים שהוא גורם בפועל, מן הטעם שהוא סבור שמוטלת עליו אחריות על פחות מהנזקים שהוא גורם בפועל. יתרה מזו, אף אם המפעל נושא בנזק שהוא גורם בפועל, הוא לא ישקיע משאבים בפתרון הבעיה הראייתית, שכן הוא לא ירוויח מכך דבר. ראו ביתר פירוט להלן הערה 72.

5. מקרים של גרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו לא בעוולה, כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם המעוול ואיזה חלק גרם גורם לא-עוולתי. ביחס לכל אחת מקבוצות המקרים יישאלו שלוש שאלות. ראשית, איזה פתרון מושג במשפט הנוהג בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי? שנית, מהו הפתרון שדוקטרינת הנזק הראייתי מניבה? שלישית, האם ניתן להצדיק את התוצאות המושגות באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי עלי-פי שיקולים של הרתעה וצדק מתקן אף בהתעלם מן ההצדקות הפנימיות של הדוקטרינה? השאלה השלישית אינה למעשה אלא זו: האם דוקטרינת הנזק הראייתי ניתנת להצדקה אינסטרומנטלית?

1. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה<sup>48</sup>

(א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה

בקבוצה זו נכללים מקרים שלא ניתן להוכיח בהם כי הנתבע גרם לנזקו של התובע במעשה עוולה, אם כי ניתן להוכיח כי הנתבע נמנה עם קבוצה מוגדרת של בני-אדם שאחד או יותר מתוכם, שאינם מזוהים, גרמו לנזקו של התובע במעשה עוולה. קיימת אסימטריה הסתברות כלשהי שהנתבע גרם לנזקו של התובע במעשה עוולתי. בקבוצה זו ניתן לחלק לשתי תת-קבוצות:

התת-קבוצה הראשונה כוללת מקרים בהם הוכח אשמו של הנתבע, אך לא הוכח כי היה זה הוא שגרם לנזק; עם זאת ידועה קבוצת אנשים, שהוא נמנה עימה, שמישהו מתוכם גרם לנזק באשמו. שתי הדוגמות הבאות ימחישו תת-קבוצה זו:

דוגמה 1: דוגמת הציידים שנידונה בחלקו הראשון של המאמר.<sup>49</sup>

דוגמה 2: מאות יצרנים של תרופות ייצרו ושיווקו תרופה וזה המיועדת לנשים הרות לשם הקטנת הסיכון של הפלה טבעית (כינויה - DES). כעבור עשרים וחמש שנים התברר שיש לתרופה תופעת-לוואי נוראה: רבות מהבנות שנולדו לנשים שהשתמשו בה לקו בסרטן הרחם. הבעיה היא שזהותו של היצרן הספציפי שיצר את התרופה הספציפית בה השתמשה האם של התובעת הספציפית אינה ידועה. עם זאת מוכח כי בכל היצרנים דבק אשם שהתבטא בכך שלא בדקו את התרופה כראוי לפני ששיווקה, שהתעלמו ממצאים שונים שהעידו על הסיכונים הכרוכים בשימוש בה ושלא הזהירו מפניה את הצרכניות בדרך כלשהי. הם גם שיווקו את התרופה בשמה הגנרי, ולא בסימנו המסחרי של כל יצרן ויצרן.<sup>50</sup>

התת-קבוצה השנייה כוללת מקרים בהם לא הוכח אשמו של הנתבע ולא הוכח כי היה

48 פרק זה עוסק למעשה בשאלת האחריות הקיבוצית. ראו על כך בהרחבה, פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18.

49 לעיל הטקסט להערה 5.

50 דוגמה זו מבוססת על *Sindell v. Abbott Laboratories* 607 P. 2d 924 (Cal. 1980) (להלן: עניין *Sindell*).

זה הוא שגרם לנזק; עם זאת, ידועה קבוצת אנשים, שהוא נמנה עימה, שמישהו מתוכה גרם לנזק באשמו. אף כאן יסייעו שתי דוגמות להמחשת המקרים הנכללים בתת-קבוצה זו:

דוגמה 3: התובע אושפז בבית-חולים עלימנת לעבור ניתוח לכריתת תוספתן. במהלך הטיפול הוא ניזק בכתפו עקב רשלנות של אחד מבין שמונת חברי הצוות הרפואי שטיפל בו. לא ניתן לדעת את זהותו של המזיק.<sup>51</sup>

דוגמה 4: התובע מייבא מטענים דרך הים. כשקיבל מטען מסוים, הסתבר לו שהמטען ניזוק. אף-על-פי שאין כל אפשרות לזהות את המעוול שגרם לנזק באשמו, ברור שהוא אחד משניים (בהסתברות זהה לגבי כל אחד מביניהם): חברת הספנות שהובילה את המטען או הרשות הממשלתית שקיבלה את המטען מחברת הספנות והעבירה אותו לבעליו בשלב מאוחר יותר. אירועי נזק מעין אלה מתרחשים לעיתים קרובות, ובחלק ניכר מהמקרים אין זהות המעוול ידועה.<sup>52</sup>

51 דוגמה זו מבוססת על פסק-הדין *Ybarra v. Spangard* 154 P. 2d 687 (Cal. 1944) (להלן: עניין *Ybarra*). במקרים רבים עשויה הבעיה להיפתר על-ידי הטלת האחריות שילוחית על האחראי למעשיהם של כל חברי הצוות הרפואי. ראו למשל: *Lindsey County Council 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 v. Minister of Health* (1954) 2 All E.R. 131, 137 (C.A.).

לדחיית תביעה עקב כך שלא היה ברור מי מחברי הצוות הרפואי גרם לנזק, ולא היה מישהו האחראי שילוחית לכולם, ראו: *Morris v. Winsbury-White* (1937) 4 All E.R. 494; *Mahon v. Osborne* (1939) 1 All E.R. 535 (C.A.); *Health, ibid*, at p. 137, גילה Denning L.J. נכונות, באמרת-אגב, להעביר את נטל ההסבר לשני הנתבעים, שרק אחד מהם גרם לנזק באשמו.

52 דוגמה זו מבוססת על ע"א 83/82 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד (1) 640 (להלן: עניין צים). במקרים נוספים הנכללים בגדר התת-קבוצה השנייה, ראו ע"א 496/72 ארוגי נ' י' פינק ובניו בע"מ, פ"ד (2) 547 (להלן: עניין ארוגי); ע"א 600/86 עמיר נ' קונפינו, פ"ד (3) 233 (להלן: עניין עמיר). לדיון בהם, ראו פורת "אחריות קבוצית", לעיל הערה 18, בע' 316-321. למעשה, ניתן לדבר על תת-קבוצה נוספת. תת-קבוצה זו כוללת מקרים בהם הוכח כי הנתבע גרם לנזק, אך לא הוכח אשמו; עם זאת ידועה קבוצת אנשים, שהוא נמנה עימה, שמישהו מתוכה גרם לנזק באשמו. לדוגמה, אירעה תאונת-דרכים בה היו מעורבים שלושה כלי-רכב ובה ניזוק רכושו של צד שלישי, הוא התובע במשפט. אחד משלושת הנהגים היה רשולן, אם כי לא ידוע מי הוא מבין השלושה. לתת-קבוצה זו יש מקום אם מניחים כי לעצם הגרימה, אפילו בלעדי אשם, יש משמעות נורמטיבית כלשהי. לדיון בתת-קבוצה זו, ראו פורת "אחריות קבוצית", שם, בע' 326, 340-341, 357-360.

## (ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראיית

תתיקבוצה א: פתרון אחד למקרים הנכללים בתתיקבוצה א עשוי להימצא בעיקרון לפיו מעוולים במשותף - ומי שסייע למעשה העוולה בכללם - אחראים יחד ולחוד לנזק שגרמו.<sup>53</sup> אלא שפתרון זה אינו מתאים כפי הנראה לדוגמה 1, שכן ההנחה היא ששני הציידים - אף שיצאו יחד לציד - לא ביצעו את העוולה במשותף ואף לא סייעו זה לזה בביצועה.<sup>54</sup>

אשר לדוגמה 2, פתרון המעוולים במשותף עשוי להתאים אם נניח שבמקרה המתואר בדוגמה זו, הסיכון לגיוזקים השונים נוצר, בין היתר, עקב אי-גילוי מידע על-ידי היצרנים, שנבע מעצימת-עיניים או לפחות מרשלנות. ניתן לסבור שאשמים באי-גילוי המידע כל היצרנים שהיצרן הספציפי שמוצרו גרם לנזק באופן ישיר נמנה עימם. כולם היו שותפים ליצירת אוזירה של ביטחון במוצר שהם מייצרים, ואיש מהם אינו יכול לרתוך בנקיון כפיו. ניתן על-כן לראות בהם, אפילו אם בדוחק-מה, מעוולים שביצעו יחדיו מעשה עוולה (אפילו לא נדברו ביניהם ממש), או מעוולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד.<sup>55</sup> כן אפשר לסבור שהם סייעו זה לזה בשתיקה, מטעמים אינטרסנטיים ברורים. מכאן שלפי דרך זו, כל אחד מהם אחראי למלוא הנזק כלפי כל אחד מהגיוזקים.<sup>56</sup> בסך-הכל, דרך זו לוקה במלאכותיות רבה, ולא אחת נדחתה במפורש על-ידי בתי-המשפט בארצות-הברית.<sup>57</sup>

ניתן לסכם ולומר, כי דיני הנזיקין המסורתיים אינם מספקים פתרון שיטתי וברור

53 סעיף 11 לפקודת הנזיקין; אהרן ברק דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (גד טדסקי עורך, מהדורה 2, תשל"ז) סעיף 282; ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזיאן, פ"ד (לו) 701 (להלן: עניין אדרי); Winfield & Prosser & Keeton, *supra* note 34, at pp. 322-324; Jolowicz, *supra* note 23, at pp. 624-626.

54 עניין 5 Summers, *supra* note 5.

55 אם כי עשויה לעלות השאלה אם כל אחד מהם הוא גורם-בלערי-אין לנזק. ראו להלן טקסט להערה 66.

56 בעניין Collins v. Eli Lilly Co. 342 N.W. 2d 37 (Wisc. 1984), cert. denied 469 U.S. 826 (1984) (להלן: עניין Collins), ביסס בית-המשפט העליון של מדינת ויסקונסין את הטלת האחריות על יצרניות ה-DES על כך שכולן תרמו ליצירת הסיכון ממנו נזוקו התובעות השונות. התוצאה היתה שכל היצרניות נמצאו אחראיות, יחד ולחוד, למלוא הנזק. עם זאת נקבע כי יצרנית שתוכיח כי במקרה נתון לא המוצר שלה גרם לנזק תפטור עצמה מאחריות. ליצירת סיכון כבסיס גורמטיבי להטלת אחריות קיבוצית, ראו: Robinson, *supra* note 17. לביסוס דוקטרינת ה-Market Share Liability (שמהותה תוסבר להלן בטקסט להערה 60) על כך שכל היצרניות היוו גורם עובדתי לנזק בהיותן שותפות ליצירת סיכון, וכי סיבתיות עובדתית מודרכת משיקולי מדיניות משפטית, ראו: Nancy 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.

57 עניין 50 Sindell, *supra* note 50. אך ראו לעיל הערה 56.



למקרים הנמנים עם תת־קבוצה א. עם זאת ראוי לציין כי בארצות־הברית מוטלת אחריות בשתי הדוגמות דלעיל, אך זאת באמצעות שתי דוקטרינות מיוחדות שפותחו כדי לפתור את המקרים שבדוגמות. דוגמת הציידים (דוגמה 1) נפתרת בכך שנטל הראיה עובר לכל אחד מהנתבעים, ועליהם להראות שלא גרמו לנזק, שאם לא יעשו כן, יחוייבו כלפי הנזוק לשאת במלואו. פתרון זה אומץ לראשונה בפסיקה בקליפורניה,<sup>58</sup> ונקלט מאוחר יותר ב־*Restatement of Torts*.<sup>59</sup> דוגמת היצרנים (דוגמה 2) נפתרת בחלק ממדינותיה של ארצות־הברית באמצעות דוקטרינה שאומצה אף היא לראשונה בקליפורניה: Market Share Liability Doctrine (להלן: MSL). על־פי דוקטרינה זו – שהופעלה עד כה רק במקרים המיוצגים על־ידי דוגמה 2 – כל יצרן יהא אחראי לחלק מהנזק על־פי נתח השוק שהיה לו במועד בו צרכה אימה של התובעת את תרופתו. נתח השוק משקף באופן כללי את הסיכון שיצר כל יצרן בלפי התובעת. לאורך זמן, הטלת אחריות זו אמורה להביא לידי כך שכל יצרן ישלם, פחות או יותר, על הנזקים שגרם בפועל.<sup>60</sup>

**תת־קבוצה ב:** בשיטה משפטית המתנה הטלת אחריות באשם ובסיביות לא ניתן לכאורה להטיל אחריות על איש במקרה שבדוגמות 3 או 4. דוגמה 3 נפתרה אומנם בקליפורניה בדרך של הטלת אחריות על כל חברי הצוות הרפואי שטיפלו בתובע, אך זאת בדרך של פיתוח דוקטרינה מיוחדת לצורך זה.<sup>61</sup> נמתחה אף ביקורת על הפתרון הקליפורני, וניתן לומר שבסך־הכל הוא לא נקלט בפסיקה האמריקאית.<sup>62</sup> דוגמה 4 נידונה

58 עניין *Summers, supra* note 5. פתרון זה אף אומץ בקנדה במקרה דומה להפליא לזה שנידון בקליפורניה: *Cook v. Lewis* (1952) 1 D.L.R. 1.

59 *Restatement Second, Tort 2d*, §433B & III. 9.

60 *Sindell, supra* note 50; *Collins, supra* note 56; *Martin v. Abbott Laboratories* 689 P. 2d 368 (Wash. 1984); *Hymowitz v. Eli Lilly And Co.* 539 N.E. 2d 1069 (N.Y. 1989).

פסק־דין שנפסקו במדינות שונות בארצות־הברית ושאימצו עקרונית את דוקטרינת ה־Market Share Liability נבדלים זה מזה בעניינים שונים: יש שאיפשרו לתובעת לתבוע מכל אחת מהנתבעות את מלוא הנזק, כך שעול הגבייה והאיתור של היצרניות השונות של התרופה הוטל על הנתבעות, ויש שהגבילו את התובעת והרשו לה לתבוע מכל נתבעת פיצוי בהתאם לחלקה בשוק, ולא יותר; יש שהכירו בזכותה של כל נתבעת לנסות להוכיח כי לא היא שגרמה לנזק במקרה הנידון, שאז תפתור עצמה מאחריות, ויש ששללו זכות כזו ממנה; יש שבדקו את נתח השוק של כל אחת מהנתבעות לפי השוק הלאומי, ויש שעשו כן על־פי שוק בעל היקף מצומצם יותר; ויש שהתנו את קיום עילת־תביעתה של התובעת בכך שתבע יצרניות שהיה להן יחד חלק מהותי בשוק, ויש שלא התנו תנאי כזה. לאסמכתאות בעניין, ראו פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 325–324.

61 עניין *Ybarra, supra* note 51. בית־המשפט הרחיב שם למעשה את דוקטרינת ה־*Res Ipsa Loquitor*.

62 לביקורת על פסק־הדין ועל השימוש שנעשה בו בעקרון ה־*Res Ipsa Loquitor*, ראו:

בבית-המשפט העליון בישראל, ששלל, באמרת-אגב, את האפשרות להטיל אחריות על הנתבעים.<sup>63</sup> בפסק-דין אחר, שעסק במקרה נוסף הנמנה עם תת-קבוצה ב, קבע בית-המשפט העליון במפורש שדין התביעה להידחות.<sup>64</sup>

### (ג) יישומה של דוקטרינת הנוק הראייתי

בתת-קבוצה הראשונה אין יישומה של דוקטרינת הנוק הראייתי מעורר קושי מיוחד: המעוול הישיר או מי שעשוי להיות המעוול הישיר גרמו בהתנהגותם העוולתית לא רק נזק ישיר או סיכון לנזק ישיר, אלא אף נזק ראייתי. בדוגמת הציידים (דוגמה 1) יחויב כל אחד משני הנתבעים לשאת בנזק הראייתי שגרם בהתנהגותו בת-האשם, נזק ששיעורו כשיעור נזק הגוף שנגרם לתובע. ביחסים ביניהם תחולק האחריות בין הנתבעים לפי מידת אשם או לפי מידת הסיכון שיצרו כלפי הניזוק, ובהיעדר נתונים כלשהם לגבי מידות אלה – שווה בשווה.<sup>65</sup> בדוגמת היצרנים (דוגמה 2), לעומת זאת, יחויב כל אחד מן היצרנים לשאת בחלק מנזקה של כל תובעת, בהתאם לסיכון לנזק פיסית שיצר כלפיה, כאשר נתח השוק שהיה לו במועד בו צרכה אימה של התובעת את תרופתו מהווה אמת-מידה לקביעת סיכון זה ולפסיקת פיצויים בהתאם. הטעם לכך הוא שלהבדיל מדוגמת הציידים, בדוגמת היצרנים אין לומר שכל יצרן גרם לתובעת באשמו נזק ראייתי היתה כשיעורו לנזקה הפיסי. למעשה, ממבט ראשון היה ניתן לחשוב שכל אחד מן היצרנים יוכל להתגונן מפני תביעתה של התובעת בטענה כי אף בלעדי הנוק הראייתי

Warren A. Seavey "Res Ipsa Loquitur: Tabula in Naufragio" 63 *Harv. L. Rev.* 643 (1950). הפסיקה המאוחרת יותר בארצות-הברית לא הלכה בדרך-כלל בעקבות *Ybarra*; Prosser & Keeton, *supra* note 34, at p. 253. אם כי יש גם פסקי-דין שאימצו הלכה זו: Stephen A. Spitz "From Res Ipsa Loquitur to Diethylstilbestrol: The Unidentifiable Tortfeasor in California" 65 *Ind. L.J.* (1990) 591, 606 & n. 100. לדיון ראו פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 327–328, 342–360, 361.

63 עניין צים, לעיל הערה 52.

64 עניין ארוג'י, לעיל הערה 52. בפסק-דין שלישי, שניתן לפני שנים אחדות על-ידי בית-המשפט העליון שלנו בקשר לתת-קבוצה ב, הביעה השופטת נתניהו דעה אוהדת, אם כי באמרת-אגב ובדעת יחיד, על אפשרות הטלתה של אחריות קיבוצית במצבים מסוימים: עניין עמיר, לעיל הערה 52. לדיון, ראו פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 319–321.

65 אם כי יש להודות שבעניין הציידים עשויה להתעורר שאלת צפיותו של הנוק הראייתי. ראו לעיל הערה 27.

דרך חלופית, שאיננו נוטים לקבלה, היא לחייב כל אחד מהנתבעים כלפי התובע במחצית מנזקיו. פתרון כזה יכול להיות מבוסס על כך שמנקודת-ראותו של כל אחד מהנתבעים, שווי הקופסה שמצויה בה הראיה המכרעת שבכוחה לשפוך אור מלא על אופן התרחשותו של הנוק הוא כשווי מחצית הנוק הפיסי. ראו לעיל הערות 39–42 והטקסט הנלווה להן. אנו סבורים שנקודת-מבטו של התובע-הניזוק היא החשובה לעניין זה.

שהוא גרם, לא היה כפי הנראה בידיה של התובעת לתבוע פיצויים בגין נזקה הפיסיים, שכן אף בלעדי אותו יצרן, רוב הסיכויים שלא היה בכוחה של התובעת להצביע על היצרן שגרם לנזקה אלה. אולם, כזכור, טענתנו היא כי יש לאמוד את הפיצוי בגין הנזק הראייתי בהתאם לשווי זכותו של התובע למידע, שנשללה ממנו על-ידי הנתבע בהתנהגותו העוללתית. בדוגמת היצרנים, יש על-כן לשאול את השאלה: מהו המחיר שהיתה התובעת מוכנה לשלם כדי לדעת אם היצרן הספציפי הנתבע במשפט הוא שגרם לנזקה הפיסיים אם לא? <sup>66</sup> התשובה לשאלה זו היא כי התובעת היתה מוכנה לשלם בעד מידע זה סכום כסף שהינו מכפלת נזקה בפועל בסיכוי שהיצרן הספציפי אכן גרם לנזקה אלה. סיכוי זה מתבטא בנתח השוק של היצרן, כאמור לעיל, <sup>67</sup> סיכומו של דבר, דוקטרינת הנזק הראייתי תביא בדוגמת היצרנים לידי פתרון זהה לזה המושג בארצות-הברית באמצעות דוקטרינת ה-MSL, על-פי גרסתה הרווחת. <sup>68</sup>

בתת-קבוצה השנייה קיים קושי ביישום הדוקטרינה, וניתן לסבור שהיא לא תחול: לכאורה, בשתי הדוגמות המדגימות תת-קבוצה זו של מקרים, לא ניתן להצביע על איש שגרם באשמו לנזק הראייתי שנגרם לתובעים. אולם עיון מדוקדק יותר עשוי להביאנו למסקנה שונה, אם נניח שלפחות אחד הנתבעים או אדם שלישי היה יכול למנוע את הנזק הראייתי בדרך סבירה כלשהי, ויש מקום להטיל עליו חובה לעשות כן. בדוגמה 3 תיתכן למשל הטלת אחריות על בית-החולים שצריך היה לנהל רישום מסודר אשר היה מאפשר

66 לעיל הערה 65 בשינויים המחויבים.

67 כך גם אם היו בדוגמת הציידים שלושה ציידים שיצרו סיכון באשם, ולא שניים בלבד, היה מקום לחייב כל אחד מהם בגין נזק ראיתי ששיעורו שליש מהנזק הפיסי שנגרם לתובע.

68 כאמור, יש גרסה על-פיה כל יצרן אחראי לכל הנזק, ורק ביחסים הפנימיים שבין היצרנים, נטל הנשיאה בנוק מחולק לפי נתח שוק. לעיל הערה 60. פתרון נוסף שאיננו נוטים לדבוק בו כיום (בעבר הציע אותו אחד מאיתנו כאפשרות: פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 376), הגם שאין הוא בלתי-אפשרי, הוא לראות בכל אחד מהיצרנים שגרם לנזק הראייתי גורם משפטי לכל הנזק הראייתי שנגרם לתובעת עקב פועלם של כל היצרנים. פתרון זה יהא מבוסס על כך שכאשר כל אחד מגורמים אחרים הוא גורם מספיק לנזק, אפילו אין הוא גורם-בלעדי-אין, ניתן לדאוגו כגורם משפטי לנזק על-פי מבחן ה"דיות" (The Sufficiency Test), העשוי להחליף במקרים מעין אלה את מבחן ה"אלמלא". דאו עניין ועקנין, לעיל הערה 25, בע' 144; עניין נגר, לעיל הערה 2, בע' 292. כן ראו: Richard W. Wright "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts" 73 Iowa L. Rev. (1988) 1001. כן ראו: Herbert L.A. Hart & Tony Honoré *Causation in the Law* (Oxford, 2nd ed., 1985) 122-129. לפי שיטה זו, ביחסים שבין היצרנים השונים, תחולק האחריות לפי מידת האשם או לפי מידת הסיכון שיצרו כלפי ציבור הניזוקות, כאשר נתח השוק של כל יצרן ויצרן משקף מידת סיכון זו באופן סביר.

לניזוק לדעת מי פגע בו. אפילו אין מוטלת על בית-החולים אחריות שילוחית לעוולותיהם של חברי הצוות הרפואי (ולצורך דוגמה זו, כך הנחנו), אין בכך כדי לפטור את בית-החולים מהחובה לנהל רישומים נאותים שיסייעו לחולים לדעת מה אירע להם שעה שהיו במצב בו לא יכלו לראות או לשמוע דבר.<sup>69</sup> בדומה לכך, בדוגמה 4 ייתכן שכל אחד משני הנתבעים היה יכול לנהל רישומים מדויקים, שאף בהם היה כדי לפתור את הקושי הראייתי שהניזוק ניצב לפניו. אף כאן יש מקום להטיל חובה כזו, ואילו ניתן למנוע מלכתחילה את בעיית הזיהוי בעלות סבירה, היה מן הראוי להטיל אחריות עקב אי-מניעתה.

#### (ד) האם דוקטרינת הנוק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?<sup>70</sup>

**התת-קבוצה הראשונה:** במסגרת התת-קבוצה הראשונה, הטלת אחריות משפטית על כל הנתבעים מוצדקת הן מהיבט ההרתעה והן מהיבט הצדק המתקן. **מהיבט ההרתעה,** הטלת אחריות על כל הנתבעים בשתי הדוגמות דלעיל, כך שבסופו של דבר יישא כל נתבע בחלק מהנוק, מביאה פחות או יותר לידי כך שכל מעוול-בכוח יכלכל את צעדיו כאשר תוחלת נזקיו הישירים עומדת לנגד עיניו.<sup>71</sup> אכן, על כך מושתתת תורת ההרתעה בדיני הנוזקין: המעוול-בכוח, שעתיד להיות אחראי בגין הנוזקים שיגרם, יראה לנגד עיניו את תוחלת נזקיו, ובהתאם לכך יחליט כיצד לנהוג. שחרור הנתבעים מאחריות בכל המקרים בהם לא ניתן לזהות את גורם הנוק מביא לידי כך שהמעוול-בכוח, היודע כי חלק מנזקיו ייגרם בגסיבות שלא יהיה ניתן בהן לזהות את גורם הנוק, יכלכל את צעדיו מתוך הנחה שיישא בפחות נזקים מכפי שיגרם למעשה. הדבר מביא לידי הרתעת-חסר: לא תוחלת נזקיו עומדת לנגד עיניו, אלא תוחלת נזק קטנה ממנה בשיעור ניכר. המעוול-בכוח יהיה נכון להשקיע במניעת נזקים פחות משהיה נכון להשקיע אילו עמד לנגד עיניו מלוא תוחלת נזקיו. דברים אלה בולטים בדוגמת היצרנים, שם אירועי נזק שזהות המעוול אינה ידועה בהם הינם אירועים חוזרים ונשנים. הם בולטים פחות בדוגמת הציידים ובמקרים אחרים בהם אירועי נזק כאלה הינם נדירים וחד-פעמיים.

הקצאת הנוזקים למעוולים השונים הגורמים נזקים "בלי כתובת", באמצעות דוקטרינת הנוק הראייתי, אינה מדויקת, וחשוב מכך, היא לא תגרום להם בהכרח להשקיע השקעה אופטימלית במניעת הנוק.<sup>72</sup> לעיתים, מניעת הנוק הראייתי עצמו היא שתשרת טוב יותר

69 ראו הפסיקה הישראלית בעניין זה, להלן הערות 179, 181, 183 והסקסט הגלווה להן.

70 כאמור לעיל, בחינת התוצאות נעשית תוך התעלמות מן ההצדקות הפנימיות של דוקטרינת הנוק הראייתי מתוך מגמה לבחון אם הדוקטרינה מוצדקת אינסטרומנטלית.

71 ההנחה היא שהמעוול הוא מונע הנוק הזול ביותר. אם הנחה זו אינה מתקיימת, הרי שדיני הנוזקין אינם מכוונים מלכתחילה להביא לידי הרתעה אופטימלית, ועל-כן אין טעם לדון בהרתעה בהקשר עניינינו.

72 זאת מכיוון שהם יחששו שבשל הקשיים הראייתיים, לא יעלה בידם להוכיח בבית-המשפט שאכן הצליחו להקטין את הנוק, ועל-כן יחוייבו לשאת בנזקים כפי שחוייבו

את מטרתם ההרתעמית של דיני הנזיקין, וזו תתאפשר לא־אחת דווקא על־ידי הותרת הנזק הראייתי על כתפי הנזוק. מכאן שעלול להיווצר המתח שדיברנו על אודותיו לפני־כן, בין הרצון להקצות את הנזקים הישירים למונעי הנזק הזולים ביותר שלהם **בהינתן הנזק הראייתי** לבין הרצון לתמרץ את מניעת הנזק הראייתי עצמו.

האם, בדוגמות שהובאו, תקודם המטרה למנוע או להקטין נזקים ראייתיים טוב יותר אם יוטל הנזק הראייתי על המזיקים או אם יוותר על כתפי הנזיקים? נראה כי הן בדוגמת הציידים והן בדוגמת היצרנים, הנתבעים הם המונעים הזולים ביותר של הנזק הראייתי.<sup>73</sup> על־כן, הטלת אחריות עליהם תביא, מן הצד האחד, לידי כך שלנגד עיניו של כל מעוול בכוח תעמוד תוחלת נזקיו הישירים פחות או יותר, ותתרום, מן הצד האחר, למניעת הנזקים הראייתיים עצמם.<sup>74</sup>

**מבחינת הצדק המתקן**, המקרים הנכללים בתת־קבוצה הראשונה קשים יותר. בדוגמת הציידים יצרו שני הנתבעים סיכון כלפי התובע. עם זאת, הנזק נגרם עקב הסיכון שיצר אחד מהשניים שזהותו לא היתה ידועה. האחר יצר אומנם סיכון, אך סיכון זה לא גרם לכל נזק שהוא. יצירת סיכון לבדה אינה מצדיקה הטלת אחריות על־פי עקרון הצדק המתקן, ואכן, דיני הנזיקין הנוהגים אינם מכירים באב־נזק כזה.<sup>75</sup> האפשרות היחידה להצדיק הטלת אחריות בדוגמת הציידים בעקרון הצדק המתקן הינה הכרה בנזק הראייתי, להבדיל מהנזק הפיסי, כנזק בר־חבות על־פי עיקרון זה.<sup>76</sup>

המצב שונה בדוגמת יצרני התרופות. במקרים אלה יצרו הנתבעים סיכון באשם, ואילו

לעשות מלכתחילה, לפני שהשקיעו במניעת נזקים. אומנם, סך כל הנזקים יקטן במידה מסוימת, כך שלמעשה יישא המזיק שהשקיע במניעה בפחות נזקים מאלה שנשא בהם קודם־לכן. אולם התועלת שתצמח למזיק זה מהשקעתו האמורה תהיה אך חלק קטן מהתועלת שהניבה השקעתו במניעה – תועלת שתתחלק למעשה בין כל המזיקים, ובכללם אלה שלא השקיעו במניעה דבר. החשש ל־free riding יפחית אס־כן את תמריצייהם של המזיקים השונים להשקיע במניעת נזקים, אפילו היו עושים כן אלמלא הקשיים הראייתיים. ראו: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1937–1939; פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 352–353.

73 לעיל פרק א2 והערה 45.

74 אך לעיתים העניינים מורכבים יותר. ראו דיון מפורט: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1937–1939; פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 351–369.

75 היגד א, לעיל. ראו לעיל הערה 34.

76 עם זאת, אף בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי, ניתן לטעון כי אף־על־פי שהטלת אחריות בדוגמת הציידים אינה תואמת את עקרונות הצדק המתקן, היא עדיפה, בשל עקרונות אלה ממש, על אי־הטלת אחריות כלל. על־פי טיעון זה, עדיף מצב בו יקבל הנזוק פיצוי מלא ואחד הנתבעים שלא גרם לנזק יהויב לפצותו בגין מחצית נזקו על מצב בו יוותר הנזוק בלא כל פיצוי ואיש מן הנתבעים לא יהויב לפצותו. טיעון זה, שניתן לכנותו "טיעון הרע במיעוט", מבוסס אס־כן על הרעיון שעדיפה סטייה קלה יחסית מעקרונות הצדק המתקן על סטייה בוטה יותר. קבלת טיעון זה מעוררת בעייתיות רבה. מכל מקום,

התובעים נפגעו על-ידי התממשות סיכון שנוצר באשם. אילו היה ניתן לזהות את הסיכון שיצר נתבע מסוים עם הסיכון בגינו נפגע תובע מסוים, לא היה מתעורר כל קושי: החבות לפצות והזכות לפיצוי אינם מוטלים בספק.<sup>77</sup> כך, אם נראה בכל הנתבעים שותפים ליצירת הסיכון שעקב התממשותו ניזוקו התובעים השונים, יצדיק עקרון הצדק המתקן הטלת אחריות על כולם. לעומת זאת, אם יש לראות בכל נתבע ונתבע כאילו יצר סיכון באופן עצמאי, כפי שראו את הרברים רוב בתי-המשפט האמריקאיים בדונם בבעיה זו ובאמצע את דוקטרינת ה-MSL, עולה במלוא חריפותה השאלה אם יש מקום להטיל אחריות על הנתבע ולהכיר בזכאותה של התובעת לפיצויים על-פי עקרון הצדק המתקן. לדעתנו, התשובה שיש ליתן לשאלה זו הינה חיובית, ולא רק מהטעם שיצירת הנזק הראייתי כשלעצמה מצדיקה פיצוי על-פי עקרון הצדק המתקן. אולם לפני שנפרט את שיקולינו, ברצוננו להציג את ההיגד השלישי של צדק מתקן, שראוי לדעתנו לצרפו לשני ההיגדים שנידונו בחלקו הראשון של המאמר.

**על-פי ההיגד השלישי (להלן: היגד ג), אין כל הכרח שהחייב בפיצוי על-פי עקרון הצדק המתקן ישלמו דווקא למי שניזוק על-ידו; ושמי שזכאי לפיצוי על-פי עקרון הצדק המתקן יפוצה דווקא על-ידי המזיק שפגע בו.**

היגד ג אינו משקף את המשפט הנוהג. בדיני הניזוקין הנוהגים קיים הכלל שהמעוול מפצה את ניזוקו. מכאן נובעת המסקנה שלא תיתכן זכאות לפיצוי של הניזוק בלעדי חובת פיצוי קורלטיבית של המזיק שפגע בו, וכן שלא ייתכן מצב בו המזיק חב בפיצוי אך לא כלפי הניזוק שפגע על-ידו.<sup>78</sup>

מסקנה זו אינה הכרחית כלל ועיקר מבהינת הגשמתו של הצדק המתקן. אנו סבורים שאם ניתן להראות שהפיצוי שהמעוול משלם – ששיעורו כאמור כשיעור הנזק שגרם – תורם לתיקון מצבו של הניזוק שפגע עקב אשמו, חיובו בפיצוי יעלה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן גם אם הפיצוי לא ישולם ישירות לניזוק בו פגע.<sup>79</sup> נבהיר דברים אלה ביתר פירוט באמצעות דוגמת היצרנים.

אין בו כדי לשנות את המסקנה שהטלת אחריות נזיקית בדוגמת הציידים אינה תואמת את עקרון הצדק המתקן.

77 היגדים א ו-ב, לעיל הטקסט להערות 16-18.

78 על ההכרח בשמירת הקשר מניזוק-ניזוק ועל ההצדקות לכך עומד בהרחבה Weinrib, התומך את טיעונו זה בתורתו של אריסטו: *Weinrib "Understanding Tort Law", supra note 14; Weinrib The Idea of Private Law, supra note 14, at pp. 56-83.*

79 כמה מלומדים בולטים העוסקים בכתיבהם בעקרון הצדק המתקן בדיני הניזוקין אינם רואים כל קשר הכרחי בין חבות המזיק וזכאות הניזוק, ולרידם, דיני הניזוקין הפוזיטיביים קושרים בין השתיים מטעמים שאינם טעמי צדק מתקן. Coleman "Corrective Justice", *supra note 14, at p. 188*; Fletcher "Fairness and Utility", *supra note 14, at pp. 556-561*. מדבריו של Fletcher עולה כי ראיית דיני הניזוקין כאינסטרומנטליים להשגת טובת הכלל וההתרכזות בשיקולי רווח והפסד, להבדיל מבהינת הפרט שגרם לנזק, הן שיצרו את הקשר המוכר בין חבות וזכאות. לביקורת על

בדוגמת היצרנים, הנתבע יצר סיכון באשמו, ובדרך זו גרם נזק (אם כי לאו דווקא לתובעת הספציפית). מכאן שעל-פי עקרון הצדק המתקן מוצדק לחייבו בפיצוי בגובה הנזק שגרם.<sup>80</sup> לתובעת נגרם נזק עקב התממשותו של סיכון שנוצר באשם (אם כי לאו דווקא על-ידי הנתבע), וכאותה לפיצוי בגין נזקה מוצדקת בשל כך על-פי עקרון הצדק המתקן.<sup>81</sup> אמת, לו היה ניתן לזהות את יוצר הסיכון ממנו נפגעה התובעת, היה הפיצוי משולם לה על-ידי יוצר הסיכון; אך אין כל הכרח בכך. במקרה של בעיית זיהוי, הטלת אחריות על כל אחד מהנתבעים לפי נתחי השוק תביא לידי כך שמי שגרם נזק באשמו על-ידי יצירת סיכון ישלם בגינו, ומי שניזוק עקב התממשותו של סיכון שנוצר באשם יפוצה על נזקיו.<sup>82</sup> דוקטרינת הנזק הראייתי משיגה תוצאה זו בדיוק. אך חשוב מכך: הטלת אחריות על כל היצרנים יוצרת מצב שכל מי שיצר באשמו סיכון שגורם לנזק תורם לכך שהניזוק שנפגע מהסיכון שנוצר על-ידו יפוצה בגין נזקיו. אכן, תרומה זו אינה מתבטאת בפיצוי ישיר המועבר מהמוזיק אל הניזוק שנפגע עקב אשמו; תרומה זו מתבטאת בכך שכל המעוולים מאפשרים, בתשלומי הנזקים שיחוייבו בהם, הענקת פיצוי לכל ניזוק וניזוק. אומנם, במקרה בודד שיידון בבית-משפט ימצא נתבע אחד משלם פיצויים למי שנפגע על-ידי נתבע אחר; ברם, במקרה אחר שיידון בבית-משפט יפוצה מי שניזוק בשל אשמו של הנתבע האחר על-ידי הנתבע האחר. דרך זו של "החלפת" תבויות הפיצוי בין המעוולים לבין עצמם היא שמאפשרת למעשה הענקת פיצוי לכל ניזוק, ומטעם זה היא מוצדקת משיקולי צדק מתקן. למעשה, ניתן לומר שהחלטה של דוקטרינת הנזק הראייתי על דוגמה 2 מביאה בסופו של דבר לידי אותו מצב פחות או יותר שהיו המוזיקים והניזוקים מגיעים אליו אילו היו כל העובדות ברורות לאשורן, וכל ניזוק היה יכול להצביע על מוזיקו.<sup>83</sup>

כך, ראו: Richard A. Posner "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" 10 *J. Leg. Stud.* (1981) 187, 197; Weinrib "Understanding Tort Law", *ibid.*, at pp. 510-514; Weinrib *The Idea of Private Law*, *ibid.*, at pp. 63-66. בכתיבה מאוחרת יותר חזר בו Coleman מטענתו בדבר היעדר הקשר בין חבות המוזיק לזכאות הניזוק; *supra* note Coleman "The Practice of Corrective Justice", at p. 26.

לגישה עליפיה החבות לפצות על יצירת סיכון בלבד, בגובה תוחלת הנזק, עשויה לקום מטעמי צדק מתקן בלא תלות בשאלה אם נגרם נזק, ולא דווקא כלפי הניזוק, ראו: Schroeder "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks", *supra* note 17. לביקורת, ראו: Izhak Englund *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) 221-222.

80 היגד א, לעיל הטקסט להערות 16-17.

81 היגד א, שם.

82 היגדים א-ב, לעיל הטקסט להערות 16-18.

83 על-כן, אפילו לא היינו מאמצים את היגד ג, על-פיו עקרון הצדק המתקן אינו מחייב שהפיצוי לניזוק יבוא מכיסו של המעוול שפגע בו, עדיין היה ניתן לסעון כי במקרה

מסקנתנו הינה אם־כן שפרט להצדקה "הפנימית" של דוקטרינת הנזק הראייתי, יש לה, לדוקטרינה זו, הצדקה חיצונית־אינסטרומנטלית. את התוצאה המושגת באמצעותה בדוגמה 2 ניתן להצדיק בשיקולי צדק מתקן אף באופן עצמאי. המאפיין דוגמה זו, להבדיל מדוגמה 1, הוא היותם של אירועי הנזק שזהות המעוול בהם אינה ידועה אירועים חוזרים ונשנים אצל קבוצה מוגדרת של מוזיקים בכוח.<sup>84</sup>

**התת־קבוצה השנייה:** במסגרת התת־קבוצה השנייה, הטלת אחריות על כל מי שקיים סיכוי שגרם באשמו לנזק הישיר מוצדקת מטעמי הרתעה, אך ספק רב אם היא מוצדקת גם מטעמי צדק מתקן.

**מהיבט ההרתעה,** הטלת אחריות על כל מי שקיים סיכוי שגרם באשמו לנזק הישיר, וחלוקת נטל הנזק בין כל אלה על־פי שיעור הסיכוי האמור, ובהיעדר מידע על שיעור זה – חלוקה שווה בשווה,<sup>85</sup> מקרבת לכך שכל מעוול בכוח יראה לנגד עיניו, שעה שהוא מכלכל את צעדיו עובר לאירועי הנזק, את תוחלת הנזק האמיתית של פעילותו. אומנם, בהיעדר כל מידע לגבי אשמו, אם היה בכלל אשם כזה, תהא התוצאה מדויקת פחות מאשר במסגרת התת־קבוצה הראשונה, אך עדיין תהא הטלת אחריות עדיפה על הותרת הנזק כולו על כתפי הניזוק ושחרור המעוולים־בכוח מכל אחריות. אף כאן הדבר בולט יותר כאשר מדובר באירועי נזק חוזרים ונשנים שזהות המעוול אינה ידועה בהם, כגון בדוגמה 4 (הנזק למטען), ופחות כאשר מדובר באירועי נזק חד־פעמיים, כגון בדוגמה 3 (הנזק לכתף). בדומה לתת־קבוצה הראשונה, גם כאן עלול להיווצר מתח בין הרצון להקצות נזקים למונעים הזולים ביותר של הנזקים הישירים בהינתן קיומו של הנזק הראייתי לבין הרצון למנוע נזק זה עצמו. מכל מקום, בשתי הדוגמות הקונקרטיות שהובאו, נראה שהמעוולים בכוח השונים הם המונעים הזולים ביותר של הנזק הראייתי, לפחות ex post (הדבר בולט בעיקר בדוגמה 3, שם קיים חשש ידוע לקשר־שתיקה), וייתכן מאוד שאף ex ante (לפחות בדוגמה 4, ואולי אף בדוגמה 3, באמצעות ניהול רישומים מתאימים מלכתחילה).

שבדוגמה 2, דוקטרינת הנזק הראייתי יוצרת מנגנון שסופו להעביר עושר מהמוזיק לניזוק שנפגע על־ידו, ממש כפי שהדבר קורה במקרה הניזקי הטיפוסי, בו הניזוק יכול להצביע על המעוול שפגע בו. על־מנת שתהיה פעולתו של המנגנון מדויקת ככל האפשר, אמת־המידה על־פיה יש לחלק את נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים הינה הסיכון שיצר כל אחד מהנתבעים בהתנהגותו בת־האשם. חלקו של כל נתבע בשוק עשוי לשקף סיכון זה, אם כי אין הכרח שכך יהיה תמיד.

84 לדעה שונה, ראו: Robert A.B. Bush "Between Two Worlds: The Shift from Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury" 33 *UCLA L. Rev.* (1986) 1473

85 למעשה, מהיבט ההרתעה, ייתכן שהיה עדיף להטיל על הנתבעים השונים אחריות לפי מידת הסיכון אף בהיעדר מידע על אירוע הנזק הקונקרטי, על־פי נתונים סטטיסטיים או אחרים, מסוג אלה המשמשים חברות־ביטוח בבואן למיין מבוטחים לפי מידת הסיכון שבפעילותם.



כזכור, דוקטרינת הנוק הראייתי לא תביא לידי הטלת אחריות על כל המעוולים-בכוח בדוגמה 3, אלא, כפי הנראה, על בית-החולים בלבד, אם זה לא ניהל רישומים שהיה בהם כדי לפתור את בעיית הזהוי. אם נניח שבית-החולים עשוי להיות אף המונע הזול ביותר של הנוק הישיר, ולא רק של הנוק הראייתי, תביא דוקטרינת הנוק הראייתי לידי הרתעה אופטימלית. לא כן אם אין הוא המונע הזול ביותר של הנוק הישיר, או אם, אף שהוא המונע הזול ביותר כאמור, לא תוטל עליו אחריות מן הטעם שבעיית הזהוי אינה קשורה לאי-ניהול רישומים נאותים על-ידי. במקרים אחרונים אלה תקצר ידה של דוקטרינת הנוק הראייתי להביא לידי הרתעה אופטימלית. בדוגמה 4, לעומת זאת, ייתכן שהדוקטרינה תביא לידי הטלת אחריות על שני המעוולים-בכוח, וכל אחד מהם יישא בסופו של דבר בתחלת נוקיו, ובכך היא תתרום להרתעה אופטימלית.

**מבחנית הצדק המתקן** מתעורר קושי שלא התעורר במסגרת התת-קבוצה הראשונה: הטלת אחריות על המעוולים-בכוח השונים עלולה להביא לידי הטלת אחריות על מי שלא יצר כלפי הניזוק כל סיכון שהוא, ובוודאי לא סיכון באשם. עם זאת, אף כאן ניתן לטעון כי במקרים של אירועי נזק שזהות המעוול אינה ידועה בהם, והחוזרים ונשנים אצל קבוצה מוגדרת של מוזיקים-בכוח, הטלת אחריות על כל בני הקבוצה, וחלוקת נטל הנוק ביניהם לפי אמת-מידה של מידת הסיכון שפעילותם יוצרת כלפי הניזוקים, עשויות לעלות בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. החלטה של דוקטרינת הנוק הראייתי על דוגמה 4 (הנוק למטען), בדומה להחלטה הדוקטרינה על דוגמה 2 (יצרני התרופות), עשויה ליצור מנגנון להעברת עושר ממזיק שיצר סיכון באשם לניזוק שנפגע עקב התממשותו של אותו סיכון, הגם שהמזיק אינו משלם דווקא לניזוק שלו. לעומת זאת, בדוגמה 3 (הנוק לכתף), הטלת אחריות על חברי הצוות הרפואי תביא לידי כך שבני-אדם שלא גרמו נזק כלשהו יפצו ניזוק שנפגע מידי של מעוול בלתי-מוזנה. הדבר יעמוד בסתירה לעקרונות הצדק המתקן, אלא אם יסתבר כי חברי הצוות הרפואי (או אחדים מהם) גרמו באשם לנזק הראייתי. במקרה אחרון זה, אותם טעמי צדק מתקן התומכים בדוקטרינת הנוק הראייתי יתמכו בהטלת אחריות על יוצריו של הנוק הראייתי. כך גם תוצדק, מאותם טעמים, הטלת אחריות על בית-החולים אם הוא לא ניהל רישומים כראוי ועקב כך נגרם הנוק הראייתי.

#### (ה) דוקטרינת הנוק הראייתי לעומת דוקטרינת ה-MSL

האם לשימוש בדוקטרינת הנוק הראייתי בקבוצת המקרים הנידונה יש יתרונות כלשהם על דוקטרינת ה-MSL? האין היא למעשה "אותה גברת בשינוי אדרת"? ראשית, יש להדגיש כי לשתי הדוקטרינות בסיס רעיוני שונה. את דוקטרינת הנוק הראייתי ניתן להשתית בנקל על עקרונות האחריות האישית, ואין היא מהווה סטייה מהם. דוקטרינת ה-MSL, לעומת זאת, עשויה להיתפס כסטייה הכרחית מעקרונות אלה.<sup>86</sup>

86 England *The Philosophy of Tort Law*, supra note 79, at pp. 219–223. לדעה שונה, ראו: Rosenberg, supra note 34, at pp. 881–885; פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 18, בע' 337–339.

לפיכך, אף מי שסבור שאין לאמץ את דוקטרינת ה־MSL עקב סטיית מעקרונות האחריות האישית עשוי לא להתנגד לאימוץ הדוקטרינה של הנוק הראייתית. שנית, דוקטרינת הנוק הראייתית רחבת-החולה הרבה יותר מדוקטרינת ה־MSL. זו האחרונה יושמה עד כה רק במקרי היצרנים של תרופות ה־DES המודגמים בדוגמה 2. בתי-משפט לא נאותו להרחיבה מעבר לכך. הם סברו שרק במקרי ה־DES קיימת אמת-מירה ברורה לחלוקת נטל הנשיאה בנוק, זאת עקב זהות המוצרים שייצרו כל היצרנים.<sup>87</sup> דוקטרינת הנוק הראייתית, לעומת זאת, בהיותה מבוססת על גרם נוק ראייתית, אינה מתנה את תחולתה בקיומה של אמת-מירה כה מדויקת של חלוקה כבמקרי ה־DES, והרעיון שבבסיסה שריר וקיים אף בלעדיו. למעשה, דוקטרינת הנוק הראייתית חלה גם במקרי נוק שזהות המעוול אינה ידועה בהם, כשהם אינם חוזרים ונשנים אצל קבוצה מוגדרת של מעוולים-בכוח. היא עשויה לחול לעיתים אף על מקרים שלא הוכח בהם אשם של איש ביצירת סיכון מן הסוג שהתממש וגרם לנזקיו הישירים של הניזוק. במובן זה, היא מרחיקת-לכת יותר מאשר דוקטרינת ה־MSL, שאף אם תורחב בעתיד, לא תחול על מקרים אלה.

## 2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה

### (א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה

בקבוצה זו נכללים מקרים שלא ניתן להוכיח בהם כי הנתבע גרם לנזקו של התובע במעשה עוולה, שכן קיימת אפשרות שהנוק נגרם על-ידי גורם לא-עוולתי, אם כי ניתן להוכיח שהנתבע גרם במעשה עוולה נזק לבני-אדם בלתי-מוזוהים המרכיבים קבוצה מוגדרת שהתובע נמנה עימה. קיימת אס-כך הסתברות כלשהי שהנתבע גרם לנזקו של התובע במעשה עוולתו. הדוגמה הבאה תמחיש קבוצה זו של מקרים.

דוגמה 5: דוגמת המפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית והמעלה את מספר מקרי הסרטן באזור החשוף לקרינה משמונים למאה.<sup>88</sup> דוגמת הטיפולים שניתנו לעולים מצפון-אפריקה נגד מחלת הגזות שייכת אף היא לקבוצת מקרים שנייה זו.<sup>89</sup>

87 כך, בתי-משפט סירבו להחיל את דוקטרינת ה־MSL במקרים של עובדים שנחשפו לאזבסט ולקו בסרטן אך לא יכלו להצביע על יצרן האזבסט שמוצרו גרמו לכך. מקרים אלה הובחנו ממקרי ה־DES בכך שמוצרי האזבסט אינם זהים, וכי שוק האזבסט מורכב מאוד, וקשה להגדיר את חלקו של כל יצרן בו. ראו: *Goldman v. Johns-Manville Sales Corp.* 514 N.E. 2d 691 (Ohio 1987); *Case v. Fibreboard Corp.* 743 P. 2d 1062 (Okla. 1987). לפירוט ראו פורת "אחריות קיבוצית", שם, בע' 324, ה"ש 42.

88 ראו הדוגמה בפירוט, לעיל הטקסט להערות 30-31. למקרה ידוע הנמנה עם קבוצה זו של מקרים, ושהסתיים בסופו של דבר בפשרה, ראו: *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation* 597 F. Supp. 740, aff. 818 F. 2d 145, כן ראו עניין איטח, לעיל הערה 30, ותיאורו שם.

89 לעיל הטקסט להערה 6.

קיים דמיון בין קבוצת מקרים זו לבין קבוצת המקרים הראשונה: במקרים הנכללים במסגרת שתי הקבוצות קיימת אי־ודאות באשר לזהותו של הגורם היחיד לנזקו של התובע. עם זאת קיים שוני חשוב: בעוד שבקבוצת המקרים הראשונה אין כל ספק שהנזק לתובע נגרם במעשה עוולה, קיימת בקבוצת המקרים השנייה אפשרות סבירה מאוד שהנזק נגרם לא על־ידי מעשה עוולה.<sup>90</sup> אולם על־אף שוני זה, גם במסגרת קבוצת המקרים השנייה וגם במסגרת חלק מהמקרים הנמנים עם קבוצת המקרים הראשונה קיימת דרך להטיל אחריות על הנתבעים באופן שישאו פחות או יותר בנזקים שגרמו בפועל.<sup>91</sup>

### (ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי

**פתרון אפשרי אחד** הוא לדחות את התביעה בכל אותם מקרים בהם ההסתברות שהתובע נפגע על־ידי הנתבע פחותה מ־50%; זאת מכיוון שהתובע אינו יכול להוכיח את תביעתו על־פי מאזן ההסתברויות. על־פי פתרון זה תידחה התביעה במקרה שבדוגמה 5. **פתרון אפשרי שני** הוא לפצות את כל אחד מהנתבעים שלקו במחלה בגין חשיפה לסיכון או פגיעה בסיכוי. בפתרון זה דנו בתלקו הראשון של המאמר, וסברנו שיש בו בעייתיות.<sup>92</sup>

### (ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי

בדוגמה 5, גרם הנזק הראייתי מתבטא בכך שבעליו של המפעל לא רק גרם נזק פיסי או יצר סיכון לנזק פיסי, אלא גם שלל מן התובע את היכולת לדעת כיצד אירעו נזקיו. מלבד ראשון, דוקטרינת הנזק הראייתי אינה מסייעת בפתרון המקרים הנמנים עם קבוצת המקרים השנייה, מכיוון שהקושי של כל ניזוק להוכיח כי הנזק הפיסי נגרם על־ידי הנתבע יתקיים אף אם ינסה להוכיח כי בגרם הנזק הראייתי הסב לו הנתבע נזק ממשי כלשהו. כך, בדוגמה 5, אין איש מהניזוקים יכול להוכיח שאלמלא הנזק הראייתי, הוא היה זוכה בפיצוי כלשהו. למעשה, קיים סיכוי של 80% שלא היה זוכה בפיצוי כלל. אולם אם נכונה עמדתנו כי הנזק הראייתי מתבטא בשלילת זכותו של אדם לדעת מה פגע בו מקום שיש אפשרות שנפגע על־ידי גורם עוולתי, יהיה הפיצוי שכל ניזוק וניזוק זכאי לו כשווי הזכות לדעת מה פגע בו. בנתוני דוגמה 5, שווי זכות זו יהא 20% מהנזק שנגרם

90 אגב, ייתכן לעיתים שמאפייניהם של שתי הקבוצות יתמוגו. כך ייתכן, למשל, שהנזק נגרם על־ידי גורם לא־עוולתי, או על־ידי אחד מכמה גורמים עוולתיים מוזהים. כך היה קורה בדוגמה 5 לו התקיימו באיזור מפעלים אחדים שיוצרים קרינה רדיואקטיבית. דוגמה 5 יכולה להסתבך עוד יותר כאשר קיימת אפשרות, נוסף לאפשרויות שצויינו, שהנזק נגרם עקב כוחם המצטבר של שני גורמים או יותר.

91 אלה הם המקרים בהם אירועי הנזק שהות המעוול אינה ידועה בהם חוזרים ונשנים אצל כל אחד מהנתבעים.

92 לעיל הטקסט להערות 33–37. לפתרון באמצעות תביעה ייצוגית, ראו: Delgado, *supra*, note 36, at pp. 899–902.

לתובע, נזק שהיה יכול להיגרם על-ידי גורם לא-עוולתי, אך גם על-ידי הקרינה שפלט המפעל.<sup>93</sup>

### (ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?

נראה כי דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה במסגרת קבוצה זו תוצאות רצויות, הן מהיבט ההרתעה והן מבחינת הצדק המתקן.

**מהיבט ההרתעה,** הטלת אחריות על המפעל, בדוגמה 5, תביא לידי כך שהמפעל יישא, בסופו של דבר, בנזקים שהוא גורם לסביבתו. בהנחה שהוא המונע הזול ביותר של הנזקים הפיסיים הנגרמים לתושבי הסביבה, תהא דוקטרינת הנזק הראייתי מוצדקת במקרה זה מטעמי הרתעה. זאת ועוד, בסוג זה של מקרים, המפעל הוא אף המונע הזול ביותר של הנזקים הראייתיים. לא ברור אומנם אם יהיה לו כדאי להשקיע כספים במניעה של בעיית הזיהוי; ייתכן מאוד שיהיה אדיש לכך, מתוך הנחה שכך או אחרת, עם בעיית הזיהוי או בלעדיה, יהא עליו לשלם פיצויים באותו שיעור.<sup>94</sup> האם עולה מכך שדווקא הותרת הנזק הראייתי על כתפי הניזוקים עשויה לתרום לפתרון בעיית הזיהוי? נראה שלא. יכולתם המוגבלת של הניזוקים לפתור את בעיית הזיהוי, לצד היתרון הכולט שבהקצאת הנזקים הפיסיים למפעל, תצדיק בסופו של דבר את הטלת האחריות עליו. אגב, חיובו של המפעל לשאת ביותר מ-20% מהנזק שנגרם לכל ניזוק וניזוק בדוגמה 5 היה מתמרץ אותו בעוצמה רבה יותר להקטין את הנזקים הישירים, מחד גיסא, ולפתור את בעיית הזיהוי, מאידך גיסא.

**גם מבחינת הצדק המתקן** מוצדקת הטלת אחריות על המפעל בדוגמה 5, לפחות כאשר הנתחן הוא שגרם הנזק על-ידי המפעל גובע מיצירת סיכון באשם. חיובו של המפעל לשאת ב-20% מנזקיו של כל ניזוק וניזוק מבטיח שהמפעל יישא בנזק שגרם, לא פחות ואף לא יותר. אומנם, איש מהתובעים השונים שניזוקו לא יזכה בפיצוי מדויק על הנזק שנגרם לו עקב פעילותו העוולתית של המפעל; אחדים מהניזוקים יקבלו פיצוי נמוך מן הנדרש על-פי עקרון הצדק המתקן, ולמעשה, רובם יזכו בפיצוי שאינם זכאים לו כלל. ברם, הפגיעה בעקרון הצדק המתקן תהא בלי ספק פחותה מזו שהיתה נגרמת אלמלא היה המפעל מפצה את הניזוקים השונים כלל; מה גם שההצדקה הפנימית שבבסיסה של דוקטרינת הנזק הראייתי תומכת בהענקת פיצוי לכל ניזוק וניזוק, מטעמי צדק מתקן, בשיעור של 20% מנזקו. מבחינה זו אין ספק שהפתרון המוצע עדיף על פתרון של היעדר פיצוי.<sup>95</sup>

93 לעיל הטקסט להערות 38-42.

94 לעיל הערות 47 ו-72.

95 אין מתעוררת כאן דילמת "הרע במיעוטו" (לעיל הערה 76), מכיוון שאין כאן בעיית קיוון היתרונות של הפתרון האחד, בהשוואה לפתרון אחר, אל מול חסרונותיו, בהשוואה לאותו פתרון אחר. בענייננו, לפתרון המוצע אין כל חסרון מהיבט הצדק המתקן לעומת פתרון לפיו הנזקים כולם נותרים על כתפי הניזוקים והמפעל אינו משלם מאום. דילמת

### 3. מקרים של גרם נזק כאשר לא ידוע אם הנזק נגרם בעוולה

#### (א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה

הקבוצה השלישית כוללת מקרים שלא ניתן להוכיח בהם כי הנתבע גרם במעשה עוולה נזק כלשהו, ובכלל זה נזקו של התובע, שכן קיימת אפשרות שהנזק נגרם על-ידי גורם לא-עוולתי. עם זאת ניתן להוכיח שהנתבע חשף את התובע לסיכון על-ידי התנהגותו העוולתית, וקיימת הסתברות שעקב כך נגרמו נזקיו. *דוגמה 6*: כמו *דוגמה 5*, אלא שהתובע לבדו היה חשוף לקרינה. לפיכך אף אין מובחנת כל עלייה במספר מקרי הסרטן באיזור.

*דוגמה 7*: התובע נפצע בדרך והובא לבית-חולים. הבדיקות הרפואיות נעשו ברשלנות ומצבו הקשה לא אובחן. כעבור חמישה ימים נעשה אבחון ראוי, אך בשלב זה כבר לא היה ניתן למנוע מהתובע נכות צמיתה. אלמלא הרשלנות באבחון הראשוני, היה לתובע סיכוי של 25% להחלים מן הפגיעה. מכאן שרשלנות הצוות הרפואי שללה מהתובע, לכאורה, סיכויי החלמה של 25%.<sup>96</sup>

יש לשים-לב שקיים דמיון רב בין קבוצה 3 לבין קבוצה 2. למעשה, ממבט ראשון נראה שאין כל הבדל ביניהן: במקרים הנכללים בשתי הקבוצות חשף הנתבע את התובע לסיכון, אך לא ניתן לדעת אם הנזק של התובע נגרם עקב חשיפה זו או עקב גורם אחר. למרות דמיון זה, קיים שוני חשוב בין שתי הקבוצות: בעוד שבקבוצת המקרים השנייה אין כל ספק שהנתבע גרם לנזק, אם כי לא ידוע למי בדיוק, בקבוצת המקרים השלישית לא ברור כלל אם הנתבע גרם לנזק.

#### (ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי

פתרון אחד למקרים הנכללים בקבוצה זו הוא לדחות את התביעה, לפחות כל עוד הסיכוי שהנזק הסופי נגרם עקב מעשה עוולה של הנתבע גופל מ-50%. הבסיס המשפטי לפתרון זה הוא שעילת-התביעה – המתייחסת לנזק שאירע בפועל – לא הוכחה על-פי מאזן ההסתברויות. פסיקה אנגלית העוסקת בתביעות בגין רשלנות רפואית נוטה ללכת בכיוון זה, וכך אכן פסק בית-הלורדים לפני שנים אחדות במקרה המובא ב*דוגמה 7*.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> "הרע במיעוטו" היתה מתעוררת לו היה צריך להכריע בין הפתרון המוצע לבין פתרון של פיצוי מלא, או בין פתרון של פיצוי מלא לבין פתרון על-פיו לא יינתן פיצוי כלל.

<sup>96</sup> דוגמה זו מבוססת על פסק-דין *Hoston v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All E.R. 909 (H.L.) (להלן: עניין *Hoston*).

<sup>97</sup> *Ibid.* אם כי לא נדחתה שם, מבחינה עקרונית, האפשרות לפסוק פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרה של רשלנות רפואית, אלא נקבע שעובדות המקרה הגידון אינן מצדיקות פסיקה כזו. כן ראו *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988] 1 All E.R. 871 (H.L.), שעסק אף הוא ברשלנות רפואית, ושנפסק גם-כן על-ידי בית-הלורדים. שם היה מדובר בנזק שהיה יכול להיגרם מרשלנות רפואית שבוצעה כלפי התובע, אך גם מכמה

**פתרון שני** הוא ליתן לתובע פיצוי מלא, לפחות כל אימת שקיים סיכוי ממשי שהוא אכן ניוזק עקב הסיכון שיצר כלפיו הנתבע. הבסיס המשפטי לפתרון זה הוא שבמקרים מסוימים הנמנים עם קבוצת המקרים הנדונה, שיקולי צדק תומכים בהעברת נטל השכנוע לנתבע. בפועל, העברת נטל השכנוע אינה אלא כסות לקביעת כלל אחריות לטובת התובע. פתרון זה נקט לא אחת בפסיקה אנגלית במקרים של חשיפת עובדים לחומרים מסוכנים על-ידי מעבידיהם. בית-הלורדים קבע בעניין זה שדי בכך שהמעביד יצר סיכון שהיה אסור לו ליצור, ושנזקיו של העובד עשויים להיות תוצאה של היחשפותו לסיכון האמור, שתוטל על המעביד אחריות לכל נזקיו של העובד, אלא אם-כן יוכיח באופן פוזיטיבי שהנזק נגרם עקב סיכון אחר.<sup>98</sup> בפסיקה האמריקאית, לעומת זאת, ניתן למצוא דוגמות לכך שבמקרים של חשיפה לחומרים מסוכנים או לקרינה (כבדוגמה 6), בית-המשפט מקל את נטל ההוכחה שחל על התובע בכל הנוגע בקיומו של קשר סיבתי בין הסיכון שיצר הנתבע לבין הנזק שנגרם לתובע. לפי גישה זו, התובע אינו נדרש לקיים בהוכחתו את מידת ההוכחה הרגילה שנדרשת במשפט אזרחי.<sup>99</sup> בפסק-דין אמריקאי, שאף בו לא היה ניתן לדעת אם הנזק שנגרם לתובע נגרם עקב מעשה עוולה, הוטלה אחריות מלאה על הנתבע גם משום שעקב מהדלו בריאהשם, לא היה ניתן לדעת מה בדיוק גרם לנזקיו של התובע. בפסק-דין זה ניתן למצוא שימוש ברור ברעיון המונח בבסיסה של דוקטרינת הנזק הראייתי שאנו מציעים.<sup>100</sup>

**פתרון שלישי** הוא לפצות את התובע בגין פגיעה בסיכוי לא להינזק. על-פי פתרון זה ייפסק לתובע פיצוי המשקף את הסיכוי שאכן הנתבע הוא שגרם לנזקיו. הבסיס המשפטי לכך הוא שסיכוייו של אדם לא להינזק הם כשלעצמם אינטרס בריהגנה, ואם פגע המזיק באינטרס זה, עליו לפצות את הניזוק בשל כך. בפסיקה הישראלית והאמריקאית יש

גורמים נוספים, לא-עוולתיים. התביעה נדחתה מכיוון שלא הוכח הקשר הסיבתי בין הרשלנות הרפואית לבין הנזק שאירע.

98 *McGhee v. National Coal Board* [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) כן ראו פסק-דין שהלך באותה דרך: *Bryce v. Swan Hunter Group* [1988] 1 All E.R. 659.

99 ראו למשל: *Allen v. U.S.* 588 F. Supp. 247 (1984).

100 עניין *Haft, supra* note 27. באותו עניין הוגשה תביעה לפיצויים עקב גרם מותם של אב ובנו שטבעו בבריכת-שחייה של המלון הנתבע. הטענה הייתה שהתאונה הייתה נמנעת אילו קיים המלון את חובתו שבחוק ומציב בבריכה מציל במועדים הרלוונטיים. הבעיה הייתה שלא היה ניתן לדעת כיצד אירעה הטביעה, ועל-כן אף לא היה ניתן להעריך אם נוכחותו של מציל הייתה מונעת את הטביעה. בית-המשפט הטיל על בית-המלון הנתבע את האחריות למלוא הנזק, בין היתר בנימוק שהחובה להציב מציל בבריכה לא נועדה רק למניעת מקרי טביעה, אלא אף כדי שיהיה ניתן לעמוד על סיבות אירועם של נזקים מסוג זה שאירע במקרה הנידון. מכאן שקשיי ההוכחה נגרמו עקב הפרת החובה על-ידי המלון, ועל-כן הטלת מלוא האחריות לנזק עליו מוצדקת. לניתוח פסק-הדין ולביקורת עליו, ראו: Saul Levmore "Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 691, 705-710.

תמיכה מסוימת בדרך זו במקרים של רשלנות רפואית, כאשר רשלנותו של הנתבע הפחיתה את סיכויי החלמתו של התובע (כבדוגמה 7).<sup>101</sup> הפסיקה האנגלית לא דחתה דרך זו במפורש,<sup>102</sup> אם כי, כפי שצוין לעיל, היא נוטה להכריע בין פיצוי מלא לבין דחיית התביעה במלואה, ולא ללכת בדרך ביניים של פסיקת פיצוי לפי סיכוי. בפסיקה אנגלית מוכרת אומנם האפשרות לפסוק פיצויים על-פי סיכויים, הן בתחום של דיני חוזים<sup>103</sup> והן בתחום של דיני הנוזקין,<sup>104</sup> אך זאת רק כאשר מתעוררת שאלה לגבי התקיימותם של מצבים עתידיים או היפותטיים. אפשרות זו נשללת כאשר השאלה העומדת לדיון עוסקת בהתרחשותו של אירוע מסוים בעבר.<sup>105</sup>

בעוד הפתרון של פגיעה בסיכוי מתאפשר בדוגמה 7 (רשלנות רפואית), יישומו בדוגמה 6 (הקרינה) יהא מאולץ ומלאכותי, מהטעמים שכבר הזכרנו בהקשר אחר.<sup>106</sup> מלאכותיות זו לא תהא קיימת בדוגמה 7. אכן, במקרה זה ניתן לומר שהרשלנות הרפואית חשפה את התובע ex ante לסיכון, המתבטא בהגברת סיכוייו להיוותר נכה מ-75% ל-100%.<sup>107</sup>

### (ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי

גרם הנזק הראייתי בדוגמות 6 ו-7 מתבטא בכך שעקב התנהגותו בת-האשם של

101 ראו ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' פאתה, פ"ד מב(3) 312; ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (להלן: עניין רחמן); ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709, 724-723 (להלן: עניין ברנשטיין); עניין אבו סעדה, לעיל הערה 39; *Herskovits v. Group Health* 664 P. 2d 474 (Wash, 1983) (להלן: עניין *Herskovits*). כן ראו: 238 *Dan B. Dobbs Law of Remedies* (St. Paul, 2nd ed., 1993). לתמיכה בפתרון זה, ראו אף 2 *King, supra note 2*.

102 ראו עניין 916-919 *Hoston, supra note 96*, at pp. 916-919.

103 *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 K.B. 786.

104 *Harvey McGregor On Damages* (London, 15th ed., 1988) 360-367.

105 על הבחנה זו, ראו עניין 915 *Hoston, supra note 96*, at p. 915.

106 לעיל הטקסט להערות 34-36.

107 אם כי ניתן לטעון שקיימת אותה בעיה כמו בדוגמות 5 ו-6: קיים סיכוי של 25% שהנכות נגרמה עקב הרשלנות הרפואית, וסיכוי של 75% שהיא נגרמה בלא כל קשר אליה. יש אולי להבחין (בהתבסס על ההבחנות שבמשפט הנוהג) בין מקרים בהם שינתה הרשלנות הרפואית את מצב העניינים ויצרה סיכון חדש לבין מקרים בהם הוסיפה הרשלנות הרפואית סיכונים על אלה הקיימים בלעדיה. בעוד שבמקרים מהסוג השני עולה שאלה עובדתית באשר להתרחשות שאירעה בעבר: איזה סיכון גרם לנזק? הרי במקרים מהסוג הראשון עולה שאלה היפותטית: מה היה קורה, אילו היה הסיכון "הקודם" קיים במקום זה החדש. הבעייתיות שבהבחנה זו מדגישה את יתרונותיו של הפתרון המוצע להלן, המבוסס על דוקטרינת הנזק הראייתי. השוו עניין אבו סעדה, לעיל הערה 39, פסקה 25.

הנתבע, אין התובע יכול לדעת כיצד אירעו נזקיו הפיסיים, וממילא אין הוא יכול לתבוע פיצוי בגינם. יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי בדוגמות 6 ו-7 מביא לידי כך שאחריותו של הנתבע תהא בהתאם לשווי הזכות למידע שנשללה ממנו, ושווי זה נקבע על-פי הסיכוי שזנזקיו של התובע נגרמו עקב אשמו של הנתבע. בדוגמה 6 יהא הפיצוי בשיעור של 20% מסך הנזק הכולל, ובדוגמה 7 25% ממנו.

אשר לדוגמה 6, לא יהא כל הבדל – מבחינת יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי – בינה לבין דוגמה 5, שנידונה כבר, והדברים שנאמרו ביחס לדוגמה 5 יפים אף ביחס אליה. גם בדוגמה 7 (הרשלנות הרפואית) תהא הטלת אחריות על-פי הסיכוי מוצדקת: הרשלנות הרפואית שם, אף אם לא גרמה נזק פיסי, לפחות שללה מן התובע את הזכות לדעת מה גרם לו לנזק. שוויה של זכות זו נקבע בדוגמה זו בהתאם להפחתה שחלה בסיכויי ההחלמה של התובע עקב הרשלנות הרפואית. אגב, אם בדוגמה 7, היו סיכויי ההחלמה אלמלא הפגיעה 50%, וירדו עקב הרשלנות הרפואית ל-25%, לא יהיה הפיצוי שווה ל-25% מהנזק שאירע, אלא לשליש ממנו; זאת מכיוון שמבין שבעים וחמישה מקרי נזק שקדמה להם רשלנות רפואית כזו נגרמו עשרים וחמישה מקרים עקב הרשלנות הרפואית, ואילו חמישים מקרים נגרמו בלא כל קשר לכך. מכאן שהסיכוי שהנזק נגרם במקרה נתון עקב הרשלנות הרפואית הוא 25/75, דהיינו, שלישי. לעומת זאת, אילו נבחנה שאלת הנזק לפני שהיה ידוע אם הסיכון יתממש לכדי נזק, היה הפיצוי הנאות 25% מן הנזק שעלול להיגרם לתובע: כאן, מבין מאה מקרים שקדמה להם רשלנות רפואית כזו, ייגרם נזק עקב הרשלנות הרפואית רק בעשרים וחמישה מקרים, בחמישים מקרים ייגרם הנזק בלא כל קשר לרשלנות ואילו בעשרים וחמישה מקרים לא ייגרם נזק כלל. מכאן שהסיכוי שייגרם בעתיד נזק עקב הרשלנות הרפואית הוא 25/100, דהיינו 25%. דוקטרינת הנזק הראייתי מייצרת אס-כך את ההבחנה הבעייתית בין תביעה בגין פגיעה בסיכוי, לגביה נדרשת הערכת סיכויי התרחשותו של אירוע עתידי או היפותטי, לבין תביעה בגין פגיעה בסיכוי, לגביה נדרשת הערכה באשר להסתברות התרחשותו של אירוע בעבר. כך או אחרת, ערכה של זכות התובע לדעת מה גרם לו לנזק תימדד באותה שיטה.

#### (ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?

מהיבט ההרתעה, הענקת פיצוי לניזוק בכל מקרה שקיים סיכוי שהנתבע גרם לנזקיו באשמו רצויה מאוד. היעדר כל פיצוי עלול להביא לידי כך שלא יהא למעוול-בכוח כל תמריץ למניעת הנזק. חשש זה בולט בדוגמה 7 (רשלנות רפואית): במקרים רבים, רשלנות רפואית מתבטאת בהקטנת סיכויי החלמה שאינם גבוהים במיוחד מלכתחילה. האם יהיה סביר לשחרר רופאים מאחריות לרשלנות רפואית במקרים כאלה ולשלול קיומו של תמריץ נזיקי להקטנת נזקים מסוג זה?<sup>108</sup> לפיכך, הענקת פיצוי לניזוק בהתאם לסיכוי שהנזק נגרם באשמו של הנתבע משרתת את מטרתם ההרתעית של דיני הנזיקין, בהעמידה לנגד עיניו של המעוול-בכוח, לפני

108 ראו עניין *Herskovits, supra note 101*, at p. 477.



מעשה, את התוחלת האמיתית של נזקיו. אפשרות זו עדיפה מהיבט ההרתעה על האפשרות של פסיקת פיצוי מלא, היוצרת הרתעת ייתר.

פסיקת פיצוי על-פי סיכוי בקבוצת המקרים השלישית עשויה להיתקל בקושי באותם מקרים בהם המונע הזול ביותר של הנוק הראייתי הוא הניזוק דווקא. לזה יהיה אינטרס ברור להותיר את בעיית זיהויו של גורם הנוק בעינה כאשר הוא יודע שכפי הנראה לא אשמו של הנתבע גרם לנזקיו, וכי הותרת בעיית הזיהוי בעינה תזכה אותו לפחות בפיצוי חלקי. נראה שהחשש מפני שלילת תמריצים מהניזוק לנסות למצוא את הגורם האמיתי לנזקיו הוא שעשוי להסביר את ההבחנה בין תביעות הצופות פני עתיד לבין תביעות הממוקדות בעבר, שיש לה בסיס מסוים בפסיקה האנגלית. לפי הבחנה זו, אין מקום לפסיקת פיצוי בגין אובדן סיכוי כאשר מדובר באי-ודאות לגבי אירוע עובדתי בעבר, להבדיל מאירוע היפותטי או עתידי.<sup>109</sup> חשש זה אף יכול להצדיק הבחנה בין מקרים בהם הקושי לזהות את גורם הנוק הוא קושי כללי מובנה, הנובע מסיבות אובייקטיביות, כגון היעדר יכולת מדעית ליתן פתרון לבעיה, וזאת להבדיל מקושי הנובע מאי-הצלחת התובע במקרה הקונקרטי הנידון, להוכיח את עלות-תביעתו.

*מבחינת הצדק המתקן* ניתן להצדיק פיצוי על-פי סיכוי בקבוצת המקרים הנידונה כאן רק אם ייאמר כי סיכוייו של אדם לא להיפגע הם נכס, שפגיעה בו מזכה בפיצוי על-פי עקרון הצדק המתקן. אולם גם אם ייאמר כך, מתעורר קושי ממשי בדוגמה 6, מכיוון שגודל הסיכוי שנפגע במקרה זה הינו קטן במידה ניכרת מ-20%, מהסיבות שפורטו לעיל.<sup>110</sup> לעומת זאת, ההצדקה שהבאנו לדוקטרינת הנוק הראייתי מהיבטו של הצדק המתקן תצדיק פיצוי בשתי הדוגמות, 6 ו-7. כפי שכבר נאמר, בשתיהן נראה בבירור כי הנתבע פגע בדרך עוולתית בזכותו של התובע לדעת כיצד נגרמו נזקיו. שוויה של זכות זו ראוי שיוערך בהתאם לגודל הסיכוי שהניזוק נפגע באשמו של הנתבע.

4. מקרים של גרם נזק בעוולה על-ידי מעוולים שפעלו בנפרד כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם כל מעוול

#### (א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה

קבוצה זו כוללת מקרים בהם ברור שהנתבע גרם במעשה עוולה לחלק מסוים מנזקו של התובע, אולם גודלו של חלק זה אינו ניתן להוכחה; יתרת נזקו של התובע נגרמה על-ידי מעוול אחר, אף כאן יסייעו שתי דוגמות:

*דוגמה 8:* התובע הותקף בו-זמנית על-ידי שני כלבים. כל כלב שייך למעוול אחר. לא ניתן לדעת לאיזה חלק מנזקו של התובע גרם כל כלב.<sup>111</sup>

*דוגמה 9:* ליבוליו של התובע נגרם נזק על-ידי עדרים שפלושו לשדותיו במשך שלושה ימים. עדריו של הנתבע פלושו לשדות באחד משלושת הימים בלבד, ואילו העדרים

109 לעיל הטקסט להערות 102-105. כן ראו עניין אבו סעדה, לעיל הערה 39, פסקה 25.

110 לעיל הטקסט להערות 34-36.

111 דוגמה זו מבוססת על עניין מלך, לעיל הערה 4.

האחרים, השייכים לאדם אחר, פלשו בשני הימים האחרים בלבד. לא ניתן לדעת לאיזה חלק מנוקיו של התובע גרמו עדריו של הנתבע.<sup>112</sup>

קיים דמיון מסוים בין קבוצה זו לבין קבוצה 1. במקרים הנכללים בשתי הקבוצות אין כל ספק שכל נזקו של התובע נגרם על-ידי התנהגות עוולתית.<sup>113</sup> אומנם, במקרים הנכללים בקבוצה 1 נגרם הנזק על-ידי גורם אחד בדרך-כלל, שזהותו אינה ידועה, אך ידועה קבוצה מוגדרת של בני-אדם שהמעוול שגרם לנזק באשמו נמנה עימה; ואילו במקרים הנכללים בקבוצה 4 ידועה זהות המעוולים כולם, אלא שלא ידוע חלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק. אולם מזווית-מבט אחרת, השוני האמור בין שתי הקבוצות אינו שוני ממשי: אם נגדיר את נזקיו של הניזוק כמורכבים ממצבור גדול של פרטי נזק, הרי במקרים הנכללים בקבוצה 4 קיים לגבי כל פריט ופריט אותו קושי הקיים במקרים הנכללים בקבוצה 1 לגבי הנזק כולו. במילים אחרות: במקרה הנכלל בקבוצה 4 ניתן לומר לגבי כל אחד מפרטי הנזק כי ידועה קבוצה מוגדרת של בני-אדם (קרי: המעוולים שגרמו בנפרד לחלקיו השונים של הנזק) שהמעוול שגרם לפריט נזק זה באשמו נמנה עימה, ממש כפי שאמרנו לגבי הנזק כולו במקרה הנכלל בקבוצה 1.<sup>114</sup>

112 דוגמה זו מבוססת על ע"א 304/68 גינוסר, קבוצת הנוער העובד להתיישבות שיתופית בע"מ נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (להלן: עניין גינוסר).

113 בכך קבוצות 1 ו-4 אף שונות מקבוצות 2 ו-3, הכוללות מקרים בהם אין זה ברור כלל אם התובע נפגע מגורם עוולתי או מגורם לא-עוולתי.

114 נראה שהקרבה של קבוצה 4 היא יותר לתת-קבוצה א של קבוצה 1 מאשר לתת-קבוצה ב שלה; מכיוון שבמקרים הנמנים עם תת-קבוצה א של קבוצה 1 התנהגותם של כל הנתבעים היתה עוולתית (כמו בקבוצה 4), שלא כמו במקרים הנמנים עם תת-קבוצה ב, בהם כל הנתבעים, להוציא זה שגרם באשמו לנזק, לא התנהגו התנהגות עוולתית (אלא, לעיתים, יצרו בעוולה נזק ראייתי).

להדגמת הקרבה המתוארת בטקסט בין שתי הקבוצות, ראו מקרה שניתן לשייכו לשתי הקבוצות כאחת: *Fitzgerald v. Lane* [1987] 2 All E.R. 455 (C.A.) (להלן: עניין Fitzgerald). באותו מקרה נפגע התובע משני כלי-רכב, בזה אחר זה. נשאלה השאלה מי אחראי לנזק העיקרי שנגרם לו. בסופו של הדיון בבית-המשפט הסתבר שקיימות שלוש אפשרויות להסברת גרם הנזק: שתיים קשורות לפגיעה של הרכב הראשון ואחת לפגיעה של הרכב השני. השאלה היתה אם ניתן להטיל אחריות לנזק עיקרי זה על הנוהג ברכב השני, שגרם לנזק זה, כאמור, רק אם התקיימה בפועל אפשרות מסוימת אחת מבין שלוש האפשרויות. בית-המשפט לערעורים השיב על שאלה זו בחיוב. מצד אחד ניתן לשייך מקרה זה לקבוצת המקרים הרביעית: שני מעוולים שפגעו בתובע וגרמו לו נזק, ולא ברור מי גרם לאיזה חלק מהנזק. מצד אחר ניתן להשקיף על הנזק העיקרי במבודד ובנפרד משאר הנזק. לגבי נזק עיקרי זה עולה לכאורה שאלה המשייכת את המקרה דווקא לקבוצה הראשונה: מי מבין שניים גרם בעוולתו לנזק העיקרי. אגב, ראוי לציין כאן שהשאלות נשאלות למעשה רק ביחס לחלקו בנזק של הנוהג ברכב השני, שכן, כך או

**(ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי**

ניתן לפתור את הבעיות המתעוררות במקרים הנכללים בקבוצה הרביעית בדרכים אחדות. על-פי דרך אהת יקפיד בית-המשפט על הכלל שהתובע צריך להוכיח את תביעתו על-פי מאון ההסתברויות. לפי דרך זו, תביעתו של הניזוק עשויה להידחות כליל או להתקבל רק ביחס לאותו חלק מהנזק שאין מתעורר לגביו כל ספק כי גרם על-ידי הנתבע. כמה פסקי-דין אמריקאיים תומכים בדרך זו, אך זאת במקרים בהם גרם גורם אחד לנזק כולו, ואילו חלקו המדויק של גורם אחר אינו ידוע.<sup>115</sup> בפסקי-דין אמריקאיים אחרים ננקטות דרכים אחרות, שיפורטו להלן.

על-פי דרך אחרת יחיל בית-המשפט חוקה הניתנת לסתירה כי הנתבע אחראי לחלק מהנזק. חלקו של הנתבע בגרם הנזק ייקבע, לפי דרך זו, על-פי היחס בין מידת הסיכון שיצר הנתבע כלפי התובע לבין מידת הסיכון שיצר כלפיו המעוול האחר, ובהיעדר מידע לעניין זה – שווה בשווה. בדוגמה 8 ניתן לעשות שימוש בעוצמתם היחסית של הכלבים כאינדיקציה למידת הסיכון שהיתה בכל אחד מהם עובר לאירוע הנזק.<sup>116</sup> בדוגמה 9 ניתן לעשות שימוש בגודל העדרים שפלשו בימים השונים, בסוגם ובמספר השעות ששהו בשדותיו של התובע.<sup>117</sup> ככל שירבו הנתונים שיש בהם כדי להצביע על מידתו היחסית של הסיכון לו חשף הנתבע את התובע, כן תהא קביעת חלקו של הנתבע בגרם הנזק מדויקת יותר.

לדרך זו יש בסיס מסוים בפסיקה הישראלית, אם כי כנראה רק במקרים של נזקי

---

אחרת, הנוהג ברכב הראשון הינו גורם-בלעדי-דין לנזק כולו: אלמלא פגע בתובע, מן-הסתם לא היה התובע נפגע כלל על-ידי הרכב השני.

115 ראו *Huddel v. Levin* 537 F. 2d 726 (1976) 737–739 (להלן: עניין *Huddel*). באותו מקרה היה מדובר באדם שנהרג בתאונת-דרכים. עובדו תבע הן את הנהג הרשלן שפגע ברכבו של המנוח והן את יצרנית הרכב, שיצרה, לפי הנטען, משענת-יראש פגומה, שאלמלא היתה פגומה, לא היה המנוח נהרג. נקבע כי הנטל על התובע להראות מהו הנזק הנוסף שנגרם למנוח עקב ייצור המוצר הפגום, שאם לא יעלה בידו לעשות כן, תידחה תביעתו נגד יצרן הרכב. לא כן תביעתו נגד הנהג הרשלן שפגע ברכבו של המנוח, שהרי ממנו, כך או אחרת, הוא זכאי לפיצוי מלא. באותו פסקי-דין היתה אף דעה חולקת לעניין זה: *Ibid.*, at pp. 744–747. כן ננקטה דרך זו בעניין *Ryan v. Mackolin* 237 N.E. 2d 382–383 (1968) 377 (להלן: עניין *Ryan*) שם היה מדובר בשתי תאונות שאירעו במרווח זמן של חמישה חודשים.

116 בדרך זו הלך בית-המשפט העליון בע"א 448/83 קורנהויזר נ' מלך, פ"ד מב(2) 573. בדיון הנוסף בעניין מלך, לעיל הערה 4, נהפכה הקערה על-פיה, ולפי דעת הרוב, כל אחד מהמעוולים-הבעלים של הכלבים אחראי למלוא נזקיו של התובע. דעת המיעוט בדיון הנוסף היתה כדעת הרוב בערעור האורחי.

117 בעניין גינורסר, לעיל הערה 112, שדוגמה 9 מבוססת עליו, נקבעה אחריותו של הנתבע בהתאם למספר הימים בהם שהו עדדיו בשדותיו של התובע לעומת מספר הימים בהם שהו בו עדדים אחרים. נראה שלא היו לבית-המשפט נתונים מפורטים יותר.

רכוש.<sup>118</sup> דרך זו ננקטת בפסיקה אמריקאית כאשר התובע נזוק פעמים מספר על-ידי נזיקים שונים בטווחי זמן ארוכים יחסית בין פגיעה לפגיעה.<sup>119</sup> דרך שלישית לפתרון היא חיובם של שני המעוולים בכל נזקו של התובע. ההנמקה הנפוצה ביותר לדרך זו היא שכאשר הנזק שנגרם אינו ניתן להפרדה, מן הראוי שישאו הנתבעים בנזק כולו, אפילו אם משמעות הדבר היא שכל מעוול גושא בנזקים רבים יותר מכפי שגרם למעשה, ובלבד שלא יקופחו זכויותיו של הנזוק. במילים אחרות, הנזוק נהנה במקרה זה מן הספק.<sup>120</sup>

הנמקה אפשרית אחרת לדרך השלישית, שאינה נזקקת לשיקול של העדפת נזוק חף על מויק אשם, היא שאלמלא כל אחד מהגורמים העוולתיים, לא היה נגרם סוג הנזק שנגרם בפועל, אפילו אם במובן הפשוט של המלה, כל גורם אינו גורם-בלעדיו-אין למלוא הנזק. על-פי דרך הנמקה זו, לו פעל כל אחד מהמעוולים לבדו, היה נגרם לתובע נזק, אך נזק זה היה שונה במהותו, ולא רק בכמותו, מזה שנגרם לו בפועל. במילים אחרות, לפעולתם הבוזמנית של שני הגורמים העוולתיים היה משקל סגולי מיוחד, והנזק שאירע חורג אל מעבר לסך הנזק שהיה נגרם על-ידי המעוול האחד, לו פעל לבדו, וסך הנזק שהיה נגרם על-ידי המעוול האחר, לו פעל לבדו. תוספת זו היא שהופכת את הנזק הכולל לשונה במהותו מזה שהיה נגרם על-ידי כל גורם עוולתי בנפרד, ועל-כן, כל גורם עוולתי מהווה במובן מסוים גורם-בלעדיו-אין לנזק כולו.<sup>121</sup>

ההנמקה האחרונה לדרך השלישית לא תביא לידי הטלת מלוא האחריות לנזק על הנתבע בכל המקרים הנמנים עם הקבוצה הרביעית. בעוד שבדוגמה 8 ניתן לטעון באופן סביר למדי כי נזק הנובע מתקיפתם הבוזמנית של שני כלבים אינו סך הנזק שהיה נגרם על-ידי כל אחד מהכלבים לו פעל לבדו (דבר שהוא נכון בוודאי לגבי הנזק הנפשי, ואולי אף לגבי הנזק הפיסי), לא כן בדוגמה 9. בדוגמה זו, העוסקת בנזק רכוש גרידא, הנזק הכולל שנגרם לתובע אינו אלא סך הנזקים העוולתיים שהיו נגרמים לו אילו פעל כל אחד מהמעוולים לבדו. הנזק של התובע הוא הנזק הרכושי שנגרם לו ביום הראשון, הנזק הרכושי שנגרם לו ביום השני והנזק הרכושי שנגרם לו ביום השלישי. אין כאן כל "תוספת נזק" עקב פועלם הסמוך בזמן ובמקום של שני המעוולים. לעומת זאת, אם תאומץ

118 שם; פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות", לעיל הערה 2, בע' 247.

119 ראו את *Loui v. Oakley* 438 P. 2d 393 (Hawaii 1968) (להלן: עניין *Loui*). בית-המשפט מדגיש כי מדובר בשאלה של מדיניות משפטית: האם להטיל את מלוא האחריות על הנתבע שגרם לתאונה הראשונה בה נפגעה התובעת, לפטור אותו מאחריות כליל או להטיל עליו אחריות חלקית? הפתרון של הטלת אחריות חלקית על-פי הערכה גסה של חלקו של הנתבע בגרם הנזק נראה לבית-המשפט עדיף, ואם גם חלוקת האחריות כאמור אינה אפשרית, סבר בית-המשפט שיש לחלק את האחריות שווה בשווה. השוו: עניין *Ryan, supra note 115*, ותיאורו לעיל הערה 115.

120 לפתרונות השונים, ולתמיכה שהם זוכים בה בפסיקה האנגלית, ראו: *Hart & Honoré, supra note 68*, at pp. 227-229.

121 פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות", לעיל הערה 2, בע' 248.

ההנמקה הראשונה, עשויה האחריות כולה להיות מוטלת בשתי הדוגמות על הנתבעים השונים.<sup>122</sup>

במשפט הגהג בישראל רווח השימוש בדרך השלישית, אולם רק כאשר מדובר בגרם נזק גוף. בכך ניתן למצוא רמז מסוים לנטיית הפסיקה לאמץ את דרך ההנמקה השנייה.<sup>123</sup> במשפט האנגלו-אמריקאי, לעומת זאת, שאף נטייתו היא לאמץ את הדרך השלישית, נעשה שימוש בהנמקה הראשונה. כך, כאשר מדובר בתובע שניזוק בתאונת-דרכים, ולא ניתן לדעת מי מבין שני מעוולים (או יותר) שפעלו בנפרד גרם לכל חלק מנזקיו, הנטייה היא להטיל אחריות לכל הנזק על שני המעוולים. ההנמקה המופיעה בפסיקה האנגלית היא שדי בכך שכל אחד מהמעוולים יצר סיכון כלפי התובע, ושהנזק שנגרם הוא תוצאה אפשרית של יצירת הסיכון, כדי להצדיק הטלת אחריות על כל יוצרי הסיכון כל עוד לא הוכח חלקו המסוים של כל אחד מהם בגרם הנזק. הפסיקה האנגלית החילה על מקרים אלה את הכלל שהוחל באנגליה על קבוצה 3 במקרים של חשיפת עובדים לחומרים מסוכנים על-ידי מעבידיהם.<sup>124</sup> אף בפסיקה אמריקאית קיימת תמיכה די רחבה בדרך זו, הן במקרים של שתי תאונות-דרכים המתרחשות בזו אחר זו והנזק שנגרם אינו ניתן לייחוס למזיק זה או אחר, הן במקרים של מטרדים מספר הגורמים נזק שאינו ניתן לחלוקה בין גורמיו והן במקרים אחרים.<sup>125</sup>

122 ראו להדגיש שגם מי שמסכים שבקבוצת המקרים הרביעית נכללים מקרים בהם גרם פועלם המצטבר של שני הגורמים העוולתיים לנזק שונה במהותו מן הנזק שהיה נגרם על-ידי כל מעוול לבד - דהיינו, גם מי שמאמץ את ההנמקה השנייה שהובאה - אינו חייב להסכים שיש להטיל על כל מעוול אחריות למלוא הנזק. הן קיים הבדל ברור בין מקרה בו אלמלא הגורם העוולתי, לא היה נגרם נזק כלל, לבין מקרה, כזה הנידון כאן, בו אלמלא הגורם העוולתי, היה נגרם נזק, ואולי אף נזק רב, אלא שמהותו היתה שונה. לפיכך עשויה הדרך השלישית להיראות מחמירה מדי עם הנתבע - ותהא ההנמקה לדרך זו אשר תהא - בה במידה שהדרך הראשונה עשויה להיראות מחמירה מדי עם התובע. הדרך השנייה היא זו המוצאת את האיזון הנאות, כך ניתן לטעון, בין ניזוק לבין מזיק, ובכך יתרונה.

123 שהרי לפי דרך הנמקה זו מוצדק דין שונה לנזקי גוף ולנזקי רכוש: לעיל הטקסט להערות 121-122. השוו עניין מלך, לעיל הערה 4, לעומת עניין גינוסר, לעיל הערה 112. כן ראו עניין אדרי, לעיל הערה 53.

124 עניין *Fitzgerald, supra note 114*, ותיאור המקרה לעיל הערה 114. כן ראו לעיל הטקסט להערה 98. כן ראו: *Dingle v. Associated Newspapers Ltd* [1961] 2 Q.B. 162 (C.A.).

125 ראו: *Chrysler Corp. v. Todorovich* 580 P. 2d 1123 (Wyo. 1978), שעובדותיו דומות לעובדות פסק-דין בעניין *Huddel, supra note 115*, אלא שבית-המשפט הגיע שם לתוצאה שונה. כן ראו הדעה החולקת בעניין *Huddel, ibid*, at pp. 744-747. במקרה אמריקאי מהסוג שנידון בעניין *Fitzgerald, ibid*, ובו הגיע בית-המשפט האמריקאי לאותה תוצאה, ראו: *Micelli v. Hirsch* 83 N.E. 2d 240 (Ohio 1948); *Maddox v. Donaldson* 108 N.W. 2d 33 (Mich. 1961).

## (ג) יישומה של דוקטרינת הנזק הראייתי

גרם הנזק הראייתי בדוגמות 8 ו-9 מתבטא בכך שכל אחד מן המעוולים שגרם לחלק מנוזקו הישירים של התובע אף שלל ממנו את היכולת לבודד חלק זה של הנזק מסך הנזק הכולל ולתבוע פיצויים בגינו. החלטה של דוקטרינת הנזק הראייתי תביא לידי כך שבשתי הדוגמות, 8 ו-9, תוטל אחריות על כל אחד מהנתבעים בשיעור זהה לשיעור נזקו הישירים של התובע, ונטל הפיצויים יחולק ביניהם לפי האשם או מידת הסיכון שיצרו בהתנהגותם כלפי התובע. למעשה, בשתי דוגמות אלה, החלטה של דוקטרינת הנזק הראייתי היא אולי הטבעית והפשוטה ביותר: אלמלא הנזק הראייתי שגרם כל אחד מהנתבעים לתובע, היה זה יכול לתבוע מכל נתבע בדיוק את הנזק שנגרם לו.

העניינים מסתבכים במקצת כאשר מספר הנתבעים גדול משניים. כך, נניח שבדוגמה 8 הנזק גרם על-ידי שלושה כלבים, וכל בלב שייך למעוול אחר. במקרה זה, שיעור הנזק הראייתי שגרם כל מעוול הינו רק שליש משיעור הנזק הפיסי שנגרם לתובע. הטעם לכך שהתובע אינו יכול לתבוע את מלוא שיעור הנזק הפיסי מכל מעוול הוא שאף בלעדי גרם הנזק הראייתי על-ידי נתבע אחד ספציפי, לא היה התובע יכול לתבוע פיצויים בגין כל נזקו הפיסיים. לפיכך יש להעריך את הנזק הראייתי שגרם אותו נתבע בהתאם לשווי הזכות למירע ששלל מן התובע. בהיעדר נתונים כלשהם, להוציא קיומם של שלושה

ראו אף את 746 (*Town of Sentinel v. Riley* 43 P. 2d 742 (Okla. 1935)). באותו עניין הוטלה על גורם מטרד אחריות למלוא נזקו של התובע אף-על-פי שפעלו באיזור גורמי מטרד נוספים, שתרמו את חלקם לנזק הכולל. בית-המשפט ראה בגורמים השונים גורמים "מספיקים" לנזק כולו (אף-על-פי שניתן לומר כי למעשה, כל גורם גרם לחלק מהנזק, שאינו ניתן לזיהוי), ועל-כן ייתכן שיש להבין הלכה זו בחלה על מקרים בהם כל הנזק נגרם, במובן ה-*Sufficiency Test*, על-ידי כל אחד מהגורמים הרלוונטיים. למקרים נוספים של מטרדים בהם הגיעו בתי-משפט לאותה תוצאה, ראו: *Landers v. East Texas Salt Water Disposal Co.* 248 S.W. 2d 731 (Tex. 1952); *Velsicol Chemical Corp. v. Rowe* 543 S.W. 337 (Tenn. 1976).

למקרה בו הוטלה אחריות יחד ולחוד על שני רופאים עקב רשלנות רפואית שאירעה על-ידי כל אחד מהם לחוד בהפרש של ימים מספר, ולא היה ניתן לדעת למה בדיוק לייחס את הנזק, ראו: *Gilson v. Mitchell* 205 S.E. 2d 421 (Ga. 1974).

ראו אף את 596 P. 2d 460 (*Azure v. The City of Billings* 596 P. 2d 460 (Mont. 1979)). באותו עניין הותקף אדם על-ידי אחר, ונזקו הוחמרו עקב מחול שלא-כדין של המשטרה לאפשר לו לקבל טיפול רפואי מייד לאחר שעצרה אותו. כאשר תבע פיצויים בגין נזקו, לא היה ניתן לדעת איזה חלק מהנזק הוא תוצאה של התקיפה ואיזה חלק הוא תוצאה של המחול הרשלני. בית-המשפט הטיל על העירייה, בשירותה פעלה המשטרה, אחריות לכל הנזק, והנימוק העיקרי לכך היה שעדיף שמויק ישלם יותר מכפי הנזקים שגרם מאשר שניזוק יקבל פיצוי על פחות מהנזק שנגרם לו על-ידי המעוול הנתבע. השוו לעניין אבו סעדה, לעיל הערה 39.

כלבים שווי-עוצמה שתקפו את התובע בו־זמנית והשייכים לשלושה מעוולים שונים, יש להניח כי במקרה הממוצע היה המידע שנשלל מהתובע על-ידי נתבע אחד ספציפי מאפשר לתובע לזכות בשליש מנזקיו הפיסיים, ועל-כן זה אף שיעורו של הנזק הראייתי שגרם כל אחד משלושת המעוולים.<sup>126</sup>

### (ד) האם דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?

מדיבט ההרתעה, דוקטרינת הנזק הראייתי מביאה לידי כך שכל מעוול נושא, בסופו של חשבון ובממוצע, בנזק שגרם.<sup>127</sup> לפיכך יראה כל מעוול לנגד עיניו, עובר לאירוע הנזק, את התוחלת האמיתית של נזקיו, פחות או יותר. דרך זו עדיפה עליכן על הדרך לפיה נדחות התביעות נגד הנתבעים השונים, אם אין התובע מצליח להוכיח את חלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק, שכן דרך זו מביאה לידי הרתעת-חסר. הרתעת-חסר זו מורגשת בעיקר כאשר אירועי נזק שלא ניתן לדעת בהם לאיזה חלק מהנזק גרם כל מעוול אינם נדירים. כך, בתחום תאונות-הדרכים, אין זה נדיר שאדם נפגע משני כלי-רכב בזה אחר זה, ונגרמים לו נזקים שונים, באופן שלא ניתן להפריד ביניהם. שחרור גורמי הנזק מאחריות במקרים כאלה יפגום בהרתעה.

עם זאת יש לשים-לב שלעיתים הניזוק דווקא הוא המונע הזול ביותר של הנזק הראייתי. טול לדוגמה אדם שנפגע בתאונה, וכעבור שנה נפגע בתאונה אחרת. קיים קושי ראייתי לדעת לאיזה נזק גרמה כל תאונה. נזק ראייתי זה היה נמנע לו סרת הנפגע להיבדק אצל רופא במהלך השנה שחלפה בין שתי התאונות. האם מוצדק, משיקולי הרתעה, להטיל את האחריות לנזק הראייתי על המזיק הראשון או השני, כך שייאלצו לשאת במלוא הנזק ביחסיהם עם הניזוק? אם המטרה היא למנוע נזקים ראייתיים, הרי במקרה זה היה הניזוק יכול למנוע נזק זה בעלות נמוכה יחסית. הסלת אחריות עליו עשויה לעודד, לטווח ארוך, התפתחות של נוהג להיבדק בתוך זמן קצר אחרי כל תאונה. היוזמה להיווצרות נוהג כזה יכול שתבוא מחברות-ביטוח המבטחות ביטוחי מחלה ונכות והנושאות בפועל לפחות בחלק מהנזקים הנגרמים לאדם. אלה יתנו את תשלום התגמולים בכך שהמבוססת ייבדק זמן קצר לאחר תאונה שאירעה לו, וזאת, בין היתר, על-מנת למנוע מראש היווצרות נזק ראייתי שחברת הביטוח עשויה לשאת בו בסופו של דבר.<sup>128</sup>

126 דרך אחרת היא לחייב את כל שלושת המעוולים במלוא שיעור הנזק הפיסי מן הטעם שכל אחד מהם הוא גורם מספיק לנזק הראייתי. נראה לנו שאפילו אם ניתן להתזקק בפתרון זה במקרה של שלושה מעוולים שחלקו המדויק של כל אחד מהם בגרם הנזק הפיסי אינו ידוע, פתרון זה נהפך לבעייתי ככל שמספר המעוולים גדל. השוו לעיל הטקסט להערות 65-68.

127 כזכור, הנחתנו היא שהמעוול הוא מונע הנזק הטוב יותר, שאלמלא כן, במסטר משפטי המבוסס על הרתעה, לא היתה מוטלת עליו אחריות מלכתחילה. ראו לעיל הערה 71.

128 ראו את עניין *Loui, supra note 119*; וכן את עניין *Ryan, supra note 115*, at pp. 382-383. כן ראו *King, supra note 2*, at pp. 1391-1394.

במקרים כאלה יהא צורך להחליט אם עדיף להטיל את האחריות על המונע הזול ביותר של הנזק הישיר ולהביא לידי כך שיישא בכל נזקי פעילותו העוולתית, או להותיר את הנזק על כתפי הניזוק בתקווה שכך יתמעטו המקרים בהם ייגרם נזק ראייתי. מבחינת הצדק המתקן, במקרה של שני מעוולים, כבדוגמות 8 ו-9, התוצאה שדוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תהא מוצדקת רק אם ניתן לראות בכל אחד מהנתבעים את הגורם בעוולה לנזק כולו. הדבר מתאפשר כאשר הנזק שנגרם עקב פעולתם הכול זמנית של שני המעוולים שונה בטיבו ובמהותו מהנזק שהיה גורם כל אחד מהמעוולים אילו פעל לבדו.<sup>129</sup> במקרה של יותר משני מעוולים, התוצאה שדוקטרינת הנזק הראייתי מניבה תהא מוצדקת רק מאותם טעמים של צדק מתקן המצדיקים דוקטרינה זו גופא.

*(ה) במה נבדלת דוקטרינת הנזק הראייתי מן הדרכים המשפטיות האחרות?*

דוקטרינת הנזק הראייתי מניבה לעיתים תוצאות דומות לאלה של הדרך המשפטית השנייה, המביאה לידי הטלת אחריות על כל נתבע לחלק מהנזק בהתאם למידת הסיכון שיצר כלפי הניזוק; ולעיתים לאלה של הדרך המשפטית השלישית, המביאה לידי הטלת האחריות על כל הנתבעים לכל הנזק.

זהות התוצאות לדרך השנייה מתקיימת כאשר מדובר ביותר משני מעוולים. זהות התוצאות לדרך השלישית מתקיימת כאשר מדובר בשני מעוולים, וכאשר הנזק הישיר מוגדר ככזה שאינו ניתן להפרדה, או, בדרך ההנמקה שהצענו, כאשר הנזק הישיר הכולל שונה בטיבו ובמהותו מהנזק שהיה גורם כל מעוול לו פעל לבדו. דוקטרינת הנזק הראייתי תביא לידי הטלת אחריות על כל אחד משני המעוולים לנזק ששיעורו זהה למלוא הנזק הישיר, אף כאשר הנזק הישיר הכולל אינו אלא סך הנזק שגרם כל אחד מהמעוולים בנפרד, כאשר לא ניתן לדעת מה חלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק.

יש אף לשים לב שדוקטרינת הנזק הראייתי עשויה להביא לידי שחרורו של מעוול מאחריות לנזק כלשהו במקרים בהם היתה האחריות מוטלת עליו על-פי הדרך השנייה או השלישית: זאת כאשר הניזוק הוא המונע הזול ביותר של הנזק הראייתי, וכאשר בשקלול הסופי, הותרת הנזק כולו על כתפיו עדיפה.

5. מקרים של גרם נזק, חלקו בעוולה וחלקו לא בעוולה, כאשר לא ידוע איזה חלק מהנזק גרם המעוול ואיזה חלק גרם גורם לא-עוולתי

*(א) הצגת המקרים הנכללים בקבוצה*

במקרים הנכללים בקבוצה זו ניתן להוכיח כי הנתבע גרם במעשה עוולה לחלק מסוים מנזקו של התובע, אם כי לא ניתן להוכיח לאיזה חלק מתוך הנזק הכולל שנגרם. יתרת נזקו של התובע נגרמה על-ידי גורם לא-עוולתי. דוגמה 10: התובע אושפז בבית-חולים על-מנת לעבור ניתוח לכריתת תוספתן.

129 לעיל הטקסט להערה 121.



במהלך הטיפול הוא נזקק עקב התנהגות רשלנית של אחד הרופאים. עקב רשלנות זו נזקק התובע לניתוח נוסף לזה שהיה עליו לעבור מלכתחילה. זמן קצר לאחר שעבר את שני הניתוחים, לקה בנכות נפשית. לא ניתן לדעת אם הנוק, כולו או חלקו, נגרם עקב הניתוח הראשון או השני.<sup>130</sup>

**דוגמה 11:** שריפה פרצה בספרייתו של התובע מסיבה לא־ידועה. שירותי הכבאות שהוזעקו למקום לא פעלו כראוי. עד שכובתה האש, נשרפו ספרים רבים. חלקם נשרפו עוד לפני שהיו מכבי־האש צריכים להגיע וחלקם לאחר־מכן, עקב רשלנותם של הכבאים. לא ניתן לדעת איזה חלק מהנוק נגרם עקב הרשלנות של שירותי הכבאות ואיזה חלק נגרם בלא כל קשר לרשלנות זו.<sup>131</sup>

קבוצה 5 נראית דומה לקבוצה 4, אולם קיים ביניהן הבדל משמעותי, העשוי להשליך על הפתרונות המשפטיים הראויים למקרים הנכללים בגדרן. הבדל זה נעוץ בכך שבמקרים הנכללים בקבוצה 5, להבדיל מהמקרים הנכללים בקבוצה 4, נגרם חלק מהנוק על־ידי גורם לא־עוולתי.

לקבוצה 5 יש קרבה מסוימת לקבוצה 2 (מסוג דומה לקרבה הקיימת בין קבוצות 4 ו־1<sup>132</sup>): במקרים הנכללים בשתי הקבוצות, אין לומר שכל נזקיו של התובע נגרמו עקב מעשה עוולה, והסתלת אחריות מלאה על הגתבע או על הגתבעים השונים עלולה לפצות את הניזוק יותר מכפי נזקו "העוולתי". אך למעשה, הדמיון רב עוד יותר: ניתן לומר שלו חילקנו, רעיונית, את הנוק שנגרם במקרה הנמנה עם קבוצה 5 לחלקים רבים ומסוימים של הנוק (דבר שניתן לעשות, באופן מוחשי מאוד, במקרה כדוגמה 11), היה ניתן לומר שלגבי כל אחד מחלקי הנוק עולה השאלה אם הוא נגרם רק על־ידי הגתבע, או שמא רק על־ידי הגורם הלא־עוולתי, ממש כשם שהשאלה נשאלת במקרים הנכללים בקבוצה 2 לגבי הנוק כולו.

### (ב) פתרונות משפטיים בלעדי דוקטרינת הנוק הראייתי

הפתרונות המשפטיים למקרים הנכללים בקבוצה החמישית דומים לאלה הנכללים בקבוצה הרביעית, ראוי להוסיף אך זאת: פתרון המביא לידי כך שהגתבע יישא במלוא הנוק (הדרך השלישית, בקבוצה 4) יהיה בעייתי במסגרת הקבוצה החמישית יותר מאשר במסגרת הקבוצה הרביעית. מן הצד האחר, פתרון כזה מחמיר במיוחד עם המעוול הגתבע: לזה האחרון אין אל מי לחזור, לאחר ששילם את מלוא הנוק, שלא כמו במקרה הנמנה עם הקבוצה הרביעית, בו הוא יכול לחזור אל המעוול האחר. מן הצד האחר, פתרון זה נותן במיוחד לניזוק התובע: הוא זוכה בפיצוי על מלוא נזקיו אף־על־פי שחלקם נגרמו על־ידי גורם לא־עוולתי, שלא כמו במקרה הנמנה עם הקבוצה הרביעית, בו נגרמו כל נזקיו עקב מעשי עוולה שבוצעו כלפיו.

130 עניין נגר, לעיל הערה 2.

131 דוגמה זו מבוססת על *City of Oakland v. Pacific Gas & Electric Co.* 118 P. 2d 328 (Cal. 1941) (להלן: עניין *Oakland*). האחריות לכל הנוק הוטלה על שירותי הכבאות.

132 לעיל הטקסט להערות 113–114.

על-אף האמור לעיל, נראה שבדין הנוהג בארץ אין כל הבחנה בין קבוצות 4 ו-5. הנטייה להטיל את מלוא האחריות לנוק על כל המעוולים במקרים הנמנים עם קבוצה 4 דבקה אף במקרים הנכללים בגדר קבוצה 5.<sup>133</sup>

### (ג) יישומה של דוקטרינת הנוק הראייתי

גרם הנוק הראייתי בדוגמות 10 ו-11 מתבטא בכך שהמעוול שגרם לחלק מנזקיו הישירים של התובע אף שלל ממנו את היכולת לבודד חלק זה של הנוק מסך הנוק הכולל ולתבוע פיצויים בגינו. בדומה ליישום הדוקטרינה בקבוצות 2 ו-3, אף כאן אין דוקטרינה זו מביאה לידי פיצוי מלא של הניזוק על כל נזקיו. הנוק שהניזוק זכאי לו יהיה שווי הזכות לדעת מה במדויק גרם לנזקיו. אילו ידע זאת, היה מקבל פיצוי חלקי. אין על-כן מנוס מלנסות להעריך, במידת האפשר, את שיעור הפיצוי שהיה זוכה בו אילו ידע מה גרם לנזקיו. מידת הסיכון שיצר המעוול לעומת זו שיצרו הגורמים הלא-עוולתיים עשוי לשמש אמת-מידה מתאימה להערכת שווי הזכות לדעת מה גרם לנזקיו. בהיעדר מידע לעניין זה, נראה שייחוס חלקים שווים של הנוק לגורמיו השונים יהיה פתרון הולם. יש לציין שבמקרה שבדוגמה 10 ייתכן שהנוק הראייתי נגרם לא רק על-ידי המעוול הישיר, אלא על-ידי צד שלישי, כגון בית-החולים שלא ניהל רישומים כראוי, ושאליו היה עושה זאת, היה הנוק הראייתי נמנע. במקרה כזה, שיעור הפיצויים בהם יחויב בית-החולים ייגזר משיעור הנוק בו יחויב הרופא שרשלנותו גרמה לחלק מנזקי התובע.<sup>134</sup>

### (ד) האם דוקטרינת הנוק הראייתי מניבה תוצאות רצויות?

מהיבט ההרתעה, הטעמים המצדיקים הטלת אחריות במקרים הנכללים בקבוצה 4 מצדיקים הטלת אחריות בגין הנוק הראייתי אף במקרים הנידונים כאן. יש רק להדגיש כי בעוד שבקבוצה הרביעית, דוקטרינת הנוק הראייתי מביאה לידי הקצאת נזקים למעוולים השונים באופן דומה לזה המושג על-פי הגישה הרווחת בדין הנוהג, הרי שכאן, דוקטרינת הנוק הראייתי מביאה לידי הקצאת נזקים למעוולים בשיעור פחות מזה שמקצה להם בדרך-כלל על-פי הדין הנוהג. הדין הנוהג, בהטילו את כל הנוק על כתפי המעוול אף שהלה גרם רק לחלקו, מביא לידי הרתעת-יתר. לא כן דוקטרינת הנוק הראייתי. הבדל זה בולט כאשר אירועי נזק שלא ניתן לדעת בהם איזה חלק מהנוק נגרם על-ידי גורם עוולתי ואיזה חלק נגרם על-ידי גורם לא-עוולתי אינם אירועים נדירים. בשתי הדוגמות

133 בארץ ראו עניין נגר, לעיל הערה 2; עניין מלך, לעיל הערה 4; פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיית", לעיל הערה 2, בע' 243-251. כן ראו עניין *Oakland, supra note*

131. וכן: Hart & Honoré, *supra note* 68, at p. 231.

נראה שהגישה יכולה להיות שונה אם הגורם הלא-עוולתי שגרם לחלק מהנוק הוא התנהגותו הרשלנית של התובע עצמו. ראו: *Deutsch v. Connecticut Co.* 119 A. 891 (Con. 1923).

134 ראו לעיל הערה 7.

אף נראה כי לנתבעים יש עדיפות על התובעים בכל הנוגע במניעתו של הנזק הראייתי עצמו. מכל מקום, אין ספק שהתובעים אינם המונעים הזולים ביותר של הנזק הראייתי. מבחינת הצדק המתקן, הטלת אחריות בגדרה של קבוצה זו תהא בעייתית למדי אם נתעלם מן ההצדקה שביסודה של דוקטרינת הנזק הראייתי גופא; זאת מכיוון שהטלת אחריות לנזק על מי שלא הוכח לגביו כי גרם לנזק שהוא נתבע בגינו – כמו גם הענקת פיצוי לניזוק בגין נזק גדול יותר מכפי שהוכח שנגרם לו על-ידי מעשה עוולה – אינה מתיישבת עם עקרונות הצדק המתקן. עם זאת יש להודות כי הטלת אחריות מלאה על המעוול, כפי שנעשה בדרך-כלל בדין הנוהג, אינה פתרון טוב יותר מהיבט הצדק המתקן.

### חלק ג: נזק ראייתי כעילה להעברת נטל השכנוע

#### 1. הדין הכללי וטעמיו

תובע בהתדיינות אורחית נדרש, ברגיל, להוכיח את העובדות שבבסיס תביעתו לפי מאזן ההסתברויות. הוא יזכה במשפטו כל אימת שהסתברות טענותיו עולה על הסתברות הטענות שכנגד. הוא יפסיד במשפטו אם הסתברות הטענות שבפי הנתבע, השוללת את עילתו, עולה על הסתברות טענותיו. כלל זה ייקרא להלן "כלל העדיפות הראייתית" או "כלל העדיפות"<sup>135</sup>. לכלל העדיפות אין תחולה במצב של "תיקו ראייתי", כשכפות המאזניים מעוינות ולאיש מבעלי-הדין אין עדיפות ראייתית על משנהו. לגבי מצבי דברים אלה דרוש כלל הכרעה אחר, שיסמן את אחד מבעלי-הדין כמי שנושא בנטל השכנוע או ביתר דיוק, בסיכון שבאישכנוע. הדין הכללי שלנו מסמן את התובע כמי שישא, ברגיל, בנטל ובסיכון כאמור. לפי דין זה, כשטענות התובע והטענות שכנגד נתונות במצב הוכחתי מאוזן, תהא יד התובע על התחונה.<sup>136</sup> כלל זה ייקרא להלן "כלל הנטל". קביעת עובדות במשפט היא עניין של הסתברות, ולא של ודאות.<sup>137</sup> הכרה מפורשת בכך מצויה בגופו של כלל העדיפות הראייתית. יחד עם זה, קביעת עובדות במשפט אינה פונקציה של הסתברות מתמטית שנבנית על אדני התורות של פסקאל ובייס.<sup>138</sup> קביעת עובדות במשפט מיוסדת על הסתברות מסוג אחר. הסתברות זו נגזרת ממידת התמיכה הראייתית בטענה שבמחלוקת. לפי תפיסה זו, קביעתה של עדיפות ראייתית היא עניין של ביסוס מסקנות בראיות בנות-קיימא, ולא בסיכוי הימורי המתייחס לבלתי-ידוע.<sup>139</sup>

135 ראו אליהו הרנון דיני ראיות (חלק א, תש"ל) 189–193.

136 שם.

137 לדיון מקיף בבעיה זו, בסיבותיה ובדרכי פתרונה השונות, ראו: Alex Stein "The

Refoundation of Evidence Law" 9 *Can J.L. & Juris.* (1996) 279

L.J. Cohen *The Probable and the Provable* (parts II–IV, Oxford, 1997) 138

139 Alex Stein "Judicial Fact-Finding and the Bayesian; ראו גם: *Ibid*, part IV 139  
Method: The Case for Deeper Scepticism About their Combination" 1 *Int'l J.*  
*Evidence & Proof* (1996) 25

מידת הביסוס העובדתי היא עניין של השוואה: יש טענות שבעובדה המבוססות יותר, ויש טענות המבוססות פחות. מידה זו נתונה להערכה לפי נסיון החיים הכללי, והטענה שיש לה ביסוס ראייתי מוצק יותר מוכרזת למנצחת.<sup>140</sup>

במצב של תיקו ראייתי, לעולם מדובר בטענות הסותרות אלה את אלה, וזאת כאשר אין ספק שרק מערכת אחת של הטענות משקפת את העובדות כהוייתן. דא עקא, האמת אינה בהישג יד. תיקו ראייתי אינו ראי המציאות. תיקו ראייתי משקף את הידוע לשופט בעת ההכרעה, הא ותו לא. בתור שכזה, הוא משקף גם את מידתו של הבלתי-ידוע. במצב שניתן לזקוף בו עדיפות ראייתית לאחד הצדדים, מידת הידוע תעלה, בדרך-כלל, על מידתו של הבלתי-ידוע. במצב של תיקו ראייתי, מאזן המידע שבידי השופט אינו חיובי. מאזן זה הינו אפסי, ולעיתים אפילו שלילי. לפיכך ראוי לסווג את מצבי העדיפות הראייתיות כ"מקרים קלים" יחסית. במקרים אלה, השופט יכול - ומן-הסתם גם חייב - להיאחז בעדיפות הראייתית הקיימת ולפסוק לטובתו של בעל העדיפות. מצב של תיקו ראייתי הוא "מקרה קשה". במקרה כזה, הכרעת השופט אינה מתבקשת מאליה, אף-על-פי שהיא דרושה באותה מידה. שלא כמדען או כהיסטוריון, אין השופט יכול להימנע מן ההכרעה בהתדיינות. אי-הכרעתו בהתדיינות משמעה הכרעה לטובת הסטטוס-קוו, דהיינו: דחיית התובענה, וזו תוצאה משפטית לכל דבר, הטעונה הצדקה. תוצאה משפטית זו יש להשעין על שיקולים משפטיים תקפים. מכאן נובע הצורך בכלל ההכרעה, שכינינו אותו "כלל הנטל".<sup>141</sup>

תיאור תמציתי זה רחוק מלהקיף את המורכבות שבקביעת העובדות במשפט, והוא גם לא נועד לכך.<sup>142</sup> תיאור זה נדרש כדי לעמוד על טיבו של תיקו ראייתי, מצב-דברים שהמשפט מפעיל בו את כלל הנטל. מצב-דברים זה אינו מתקיים רק בשוליה הצרים של הסתברות מתמטית של 0.5. אילו היה הדבר כך, היה ניתן לומר שתיקו ראייתי הוא מצב חריג שאינו מתקיים כמעט במציאות. אולם הרבר אינו כך. תיקו ראייתי הוא מקרה עובדתי קשה, שלא ניתן לייחס בו עדיפות ראייתית לאיש מבעלי-הדין. כך הדבר כאשר טענות התובע וטענות הנתבע מבוססות באותה מידה. התדיינות שניצבות בה, זו מול זו, עדות התובע ועדות הנתבע היא מקרה טיפוסי של תיקו ראייתי. מקרה טיפוסי זה אינו עומד לבדו. משפט מורכב, שמובאות בו ראיות רבות התומכות במסקנות שונות והסותרות אלה את אלה, מהווה דוגמה מובהקת לא-פחות של תיקו ראייתי. בעבר שלטה במשפטנו השקפה שראתה בכלל הנטל משום מוצאו האחרון של השופט, מעין "כלל מפלט" שהיה מותר להיוקק לו רק לאחר שמוצו כל שבילי ההכרעה האפשריים, יהיו צרים ובלתי-בטוחים ככל שיהיו.<sup>143</sup> השקפה זו חייבה את השופט לנסות לקבוע עדיפות

140 ראו Cohen, *ibid*, part III.

141 ראו חיבורו הקלסי של: James B. Thayer "The Burden of Proof" 4 *Harv. L. Rev.* (1890) 45.

142 ראו Stein, *supra* note 137.

143 כלשונו של לורד Halsbury:

"I must admit that... the conclusion I have come to is that I cannot say that I can

ראייתית לטובת אחד מבעלי-הדין, ולו עדיפות ראייתית קלה ואף מזערית, אשר כל-כולה נשענת על תחושת השופט, ואין בצידה הנמקה של ממש.<sup>144</sup> נראה כי ימים אלה חלפו ואינם עוד. מגמתם העכשווית של בתי-המשפט היא לא להסס מסיווגם של מקרים שקשה להכריע בהם הכרעה עובדתית כ"מקרים קשים", שיש להכריע בהם על-פי כלל הנטל. קבוצת המקרים הקשים הלכה איפוא והתרחבה, תוך לבישת ממדיה הטבעיים.<sup>145</sup> ממדים אלה אינם ענקיים. ברוב המקרים ניתן לקבוע עדיפות ראייתית לטובת אחד מבעלי-הדין היריבים ולהכריע במשפט על-פי כלל העדיפות. אולם ממדים אלה אינם זניחים כלל ועיקר, ומכאן נובע השימוש הגובר בכלל הנטל.

הכרעה במשפט לפי כלל הנטל טומנת בחובה סיכון של טעות, וכך גם הכרעה לפי כלל העדיפות. סיכון זה קיים כל אימת שמדובר בהכרעה לפי הסתברות, להבדיל מהכרעה שמשענתה ודאות. סיכון של טעות קיים בכל משפט, והכללים דלעיל אינם באים אלא לחלקו בין בעלי-הדין.<sup>146</sup> חלוקת הסיכון לפי כלל העדיפות גראית טבעית, אך אין היא מובנת מאליה. מחיר התממשותו של סיכון יכול שיהא כבד מנשוא לגבי מי שנדרש לשלמו. פסק-דין שאינו נשען על עובדות כהווייתן יכול להפוך עשיר לעני ומאושר לאומלל. הוא יכול לסכל את מימושו העצמי של אדם, לבטל את ימי זוהרו ולהעמיד תחתיהם ימי שחור. יחד עם זאת, אין מנוס מסימונו של לפחות בעל-דין אחד כמי שישא בסיכון של טעות. בשל כוח זה, ולשם פתרונו האחד של בעיית אי-הוודאות, הושתת דינו – וכמותו שורה ארוכה של דיני ארצות אחרות – על דה-איגדיוודואליזציה של הסיכון האמור. הדבר נעשה על-ידי תרגומו של נושא המריבה בהליך אורחי רגיל לשקלים, כאשר שקל נתפס כשקל, הא ותו לא, ובתור שכזה, הוא שווה לעני ולעשיר כאחד. לפי השקפה זו (וזה אינה אלא השקפה), שקלים המגיעים כדין לתובע אינם שקולים פחות משקלים שמגיעים כדין לנתבע, ולהיפך. המדובר בשוויון נורמטיבי, שאינו

---

come to a satisfactory conclusion either way; but then the law relieves me from the embarrassment which would otherwise condemn me to the solution of an insoluble problem, because it directs me in my present state of mind to consider upon whom is the burden of proof." *Winans v. Attorney-General* [1904] A.C. 287, 289

144 ע"א 21/64 וורביצ'יק נ' שינגרטן, פ"ד יח(3) 95, בית-המשפט העליון הסתייג מהשקפה זו בע"א 414/66 פישביין נ' פול, פ"ד כא(2) 453, 464–467; וראו אליהו הרנון "כיצד על השופט לנהוג כאשר אינו יודע אם להאמין לתובע או לנתבע?" הפרקליט כא (תשכ"ה) 415.

145 ראו, למשל, ע"א 497/85 אשל נ' ריט, פ"ד מב(1) 89; ע"א 449/89 פלוק נ' Wright, פ"ד מו(2) 92; ע"א 1845/90 סיני נ' מיגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(5) 661; ע"א 5185/93 הי"מ נ' מרום, פ"ד מט(1) 318; ע"א 789/89 עמר נ' קופ"ח של ההסתדרות הכללית, פ"ד מו(1) 712 (להלן: עניין עמר); ע"א 206/89 רוז נ' בית חולים אלישע, פ"ד מז(3) 805.

146 ראו: Stein, *supra* note 137, at pp. 322–327, 333–338.

רגיש – במודע – להבדלים בין מצביהם האישיים של בעלי-הדין. הוא מסמל את עמדתה הניטרלית של המדינה כמיישבת סכסוכים בין פרטים באמצעות בתי-המשפט שלה. בעומדה בעמדה זו, על המדינה לכבד את הפרטים הסרים למרותה באופן שווה. כאשר היא שוגה לטובת הנתבע, בהשאירה אצלו את שקליו של התובע, היא מסיבה כמובן נזק לתובע; וכאשר היא שוגה לחובת הנתבע, בהעבירה את שקליו לידי התובע, היא מסיבה נזק לנתבע. מכיוון שמדובר בשיעור זהה של שקלים, עליו נסב הסכסוך בין התובע לנתבע, מידת צערה של המדינה על השקלים האבודים חייבת להיות שווה בשני המקרים הללו. כך גם אמצעי מנע שראוי לנקוט בהם כדי להקטין את משגי השיפוט.<sup>147</sup> אמצעים אלה ראוי שיגנו על התובע ועל הנתבע במידה שווה.

השקפה זו אכן עשויה להצדיק את כלל העדיפות הראייתית. היא עשויה להצדיק גם את כללי ההוכחה המיוחדים שאינם מסתפקים בעדיפות ראייתית גרידא כבסיס לנתינתו של פסק-דין בעניין אזרחי. כוונתנו לכללים הדורשים "הוכחה ברורה ומשכנעת" כל אימת שמדובר בטענה שקבלתה חורגת אל מעבר לתוצאתה הממונית, באשר היא עשויה להמיט קלון על בעל-דין או לפגוע בזכות הנמנית עם זכויותיו היסודיות.<sup>148</sup> כוונתנו גם לכללים החלים בתובענה המייחסת חוב לאדם שנפטר, שלא נשאל את פיו,<sup>149</sup> וכן – מאותם טעמים ממש – בתובענה נגד נפקה.<sup>150</sup> בכל אחד ממצבים אלה, שקליהם של התובע והנתבע שווים אומנם אלה לאלה, אולם שוויון זה רחוק מלהתקיים ביחס לתחמושת הראייתית שבידי בעלי-הדין. מכאן נובעת ההחמרה הראייתית המטילה נטל נוסף על התובע על-מנת לקיים איזון בינו לבין הנתבע. יוצא איפוא שכלל העדיפות הוא כלל שכוחו עימו במשפט אזרחי רגיל, שעניינו ממון, ובעל-דין המוחזקים כשווים. עיקרון זה של שוויון מסביר גם את כלל ההכרעה הנוסף, המתלווה אל כלל הנטל, וכאן המקום להציגו. לפי כלל זה, נטל השכנוע מוצמד לבעל העילה, כל צד למשפט נדרש להוכיח את עובדות עילתו שלו לפי מאון ההסתברויות. עליו לבסס עדיפות ראייתית לגבי עובדות אלה, שאם לא כן, תידחה טענתו. בדרך זו, כל בעל-דין מסומן גם כמי שסופג את הסיכון של טעות בהתקיים תיקו ראייתי לגבי אחת מעובדות עילתו.<sup>151</sup> התובע את חברו בגין הפרת חוזה נדרש לבסס את עדיפותו הראייתית ביחס לכריתתו של

*Ibid.*, at pp. 333–342 147

148 ראו ע"א 69/75 פלונית נ' אלמוני, פ"ד לא(1) 203; ע"א 624/88 גולד נ' מעוז, פ"ד מד(1) 497, 503; ע"א 678/86 חניפס נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מג(4) 177; לעניין פגיעה בזכויות-היסוד ראו: Santosky v. Kramer 445 US 745 (1982) (שלילת זכויות הורות); Addington v. Texas 441 US 418 (1979) (אשפוז כפוי במוסד לחולי-נפש); *Schneiderman v. United States*; *Woodby v. I.N.S.* 385 US 276 (1996); 320 US 118 (1943) (שלילת אזרחות וגירוש מהמדינה).

149 ראו, למשל, ע"א 777/80 שרייבר נ' שטרן, פ"ד לח(2) 143.

150 ראו סעיף 20(ב) לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950.

151 ע"א 642/61 טפר נ' מרלה, פ"ד טז 1000.

החוזה והפרתו על-ידי הנתבע, וכן ביחס לנזק שהסבה לו הפרה זו. ביקש הנתבע להימלט מאחריותו החוזית מחמת "טעות", "הטעיה" או "סיכול", לא יותר לו הדבר אם אין לו עדיפות ראייתית לגבי טענתו. הוא הדין לגבי טענות הגנה אחרות שבכווחו של הנתבע להעלותן נגד התובע, כגון ביטול החוזה עקב הפרתו על-ידי התובע, חוסר תום-לב ואי-הקטנת הנזק, בעל-דין שאין לו עדיפות ראייתית לגבי "שלו" לא יקבל את שלו. יוצא אפוא שכלל הנטל מתפצל לשני כללי הכרעה סימטריים, המחלקים את נטל השכנוע, ועימו את הסיכון של טעות, בין תובעים ונתבעים. חלוקה סימטרית זו של הנטל מקיימת אף היא איוון ושוויון בין בעל-דין יריבים. שוויון זה לא היה מושג אילו הופעל כלל הנטל באופן שיטתי לרעת התובע כל אימת שקיים תיקו ראייתי. הדבר היה הופך את התיקו לנצחון הנתבע, תוך הבעת דאגה יתרה לשקליו בהשוואה לשקלים של התובע. כלל כזה היה על-יכן מפלה את התובע לטובת הנתבע.<sup>152</sup>

בין כלל העדיפות הראייתית לבין עקרון השוויון קיים מתח מסוים. בכל מקום בו גרסת התובע היא רק מסתברת, ואינה ודאית, גם לגרסת הנתבע יש הסתברות כלשהי. במצב-דברים זה, שוויון מחייב את חלוקתם היחסית של דמי המריבה לפי הסתברות צדקתו של כל בעל-דין. לפי שיטה זו, כל בעל-דין היה זוכה רק לתוחלת הסכום שבמחלוקת, ולעולם לא לסכום הזה כולו. מנתו היתה שווה לשוויין ההסתברותי של טענותיו, כששווי זה מוכפל בדמי המריבה. מנה זו היתה משקפת את מה שטענותיו שוות. איש מבעל-דין היריבים לא היה זוכה ביותר מכך או בפחות מכך, ומכאן השוויון המדוד והמדויק יותר שביניהם.<sup>153</sup>

שיטה זו לא אומצה על-ידי הדין הכללי, וגם לא היה ראוי לאמצה. אימוצה היה מחולל מהפכה בדין המהותי, תוך הפיכת ההיררכיה שבינו לבין כללי הראיות והפרוצדורה. הדין המהותי מושתת על המבנה הדיכוטומי של זכויות וחובות ושל היתרים ואיסורים במובן הרחב יותר. אימוצה של שיטת החלוקה ההסתברותית היה מביא לידי הריסתו של מבנה זה. עולמן היציב יחסית של זכויות וחובות מלאות היה מוחלף בעולם בלתי-יציב, שרק זכויות וחובות חלקיות מוכרות בו. עולם אחרון זה הוא עולמן של תרופות בלתי-שלמות בשל הפרתו של חוזה. הוא גם עולמן של הלוואות שלמות שהחזרתן אינה שלמה, ושל פיצויים בלתי-שלמים בשל נזקים שלמים. חוסר יציבות זה ייטיב עד מאוד עם מפירי ההבטחות ועם מבצעי עוולות. אם חוסר יציבות זה הוא מחיר השוויון, עדיפה היציבות על השוויון. כך אומר הדין המהותי, ונראה שיש לו סיבות טובות לומר כך.<sup>154</sup>

דין כללי זה אינו פועל בגפו. הוא מוקף בחריגים, הלוכשים ברגיל צורה של חוקות

152 Dabe A. Nance, לדעת אחרת, ראו: Stein, *supra* note 137, at pp. 333-338. "Civility and the Burden of Proof" 17 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* (1994) 647.

153 Ronald J. Allen "A Reconceptualization of Civil Trials" 66 *B.U.L. Rev.* ראו: (1986) 401.

154 Stein, *supra* note 137, at pp. 335-336. האמור לעיל אינו מתייחס למצבים מיוחדים שהמשפט המהותי עצמו קובע בהם תרופות חלקיות.

משפטיות הניתנות לסתירה, חריגים אלה ניוונים מטעמיהם המיוחדים התומכים בהעדפת סוג מסוים של טעות על משנהו, נושא שאין לו נגיעה בענייננו.<sup>155</sup> ניתן להסביר דין כללי זה גם כמקדם יעילות כלכלית. לפי ניתוח כלכלי פשוט, כלל העדיפות הראייתית, ולצידו כלל משלים המעדיף את הנתבע על התובע במצבי תיקון ראייתי, מניבים תוצאה כלכלית אופטימלית: מיקסום הרווחה החברתית, המושג על-ידי חיסכון בעלויות. ניתוח זה, המוכר היטב בספרות האנגלו-אמריקאית, מובא בנספח למאמר.<sup>156</sup> לפי ניתוח זה, כלל העדיפות הראייתית ממוער טעויות שיפוט ומניב חסכונות אחרים. לפי ניתוח זה גם אין מקום, ברגיל, לחלוקת נטל השכנוע בין התובע והנתבע. בהתדיינות אורחית רגילה יש ללכת לפי הכלל התלמודי "המוציא מחברו עליו הראיה",<sup>157</sup> דבר המוסבר על-ידי חיסכון בעלויות התדיינות, לרבות עלויות אכיפה, וכן בעזרת ההבדל הכלכלי שבין "לא לתת" לבין "לקחת", שביסודו ההנחה הכללית בדבר ערכו השולי הפוחת של הכסף.<sup>158</sup> ניתוח כלכלי זה תקף במישור הנורמטיבי, באשר הוא עוסק בדין רצוי מבחינת שיקולי יעילות. מי שמבקש להסביר באמצעותו את הדין הקיים יתקשה ליתן הסבר כלכלי לחלוקתו של נטל השכנוע, המטילה על כל צד את הנטל להוכיח את "שלו". ניתן לטעון, כמובן, שהעברת הנטל אל הנתבע מתייחסת לסוג מסוים של טענות, שקבלתן, במצב של תיקון ראייתי, תיצור חוסר יעילות. לנו נראה כי ניסיון כזה לא יעלה יפה,<sup>159</sup> אולם לא בכך קא עסקינן.<sup>160</sup>

## 2. אחריות הנתבע לזקק ראייתי כעילה להעברת נטל השכנוע

נושא זה נידון בהרחבה במאמרנו הקודם.<sup>161</sup> במסגרת זו נעמוד על עיקריו, תוך

155 ראו, למשל, ע"א 192/85 קצין התגמולים נ' הכט, פ"ד מר(3) 646.

156 לעניין זה ראו: Alex Stein "Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: The Law, Its Rationale, A New Theory, and Its Failure" 50 *U. Miami L. Rev.* (1996) 335 והמקורות הנסקרים שם.

157 בבא קמא, מו, ב.

158 ראו: Stein, *supra* note 156, at pp. 342-343, footnotes 37-38, והמקורות שנידונו שם.

159 Stein, *ibid*, at pp. 336-338.

160 יצוין במאמר מוסגר שקיים קשר מורכב בין הכללים בדבר חלוקת נטל השכנוע והתמריצים ההתנהגותיים שביחס למעשי נזיקין. הגדלת מספרן של החלטות שיפוטיות נכונות לא תביא תמיד לידי חלוקה יעילה של התמריצים. דיוק בקביעת עובדות במשפט יביא לידי חלוקתם היעילה רק כשהוא משקף את מערכת המידע שלפני הפעולה נושא המשפט. באין חפיפה כאמור, לא ניתן להבטיח תכנון כלכלי נאות ביחס לנזקים ומניעתם. ראו: Louis Kaplow "The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis" 23 *J. Leg. Stud.* (1994) 307, 309, 358-362.

161 Porat & Stein, *supra* note 1



התמקדות בדין הישראלי. בדין זה, כפי שהוא מצא עד כה את ביטויי בהלכות השופטים, קיימת הכרה מצומצמת באחריות לנזק ראייתי כאשר זה נגרם עלידי רשלנות הנתבע. אחריות זו שימשה במקרים אחדים עילה להעברת נטל השכנוע מכתפי התובע אל שכמו של הנתבע.<sup>162</sup> בכל המקרים בהם נעשה הדבר היה מדובר בתובענות שהוגשו בגין רשלנות רפואית, מקרים שפער המידע בין הגתבעים והתובעים נמנה עם מאפייניהם העיקריים.<sup>163</sup> כמה משופטיו של בית-המשפט העליון העירו אומנם, אגב-אורחא, כי הדוקטרינה פתוחה לשימוש גם בתחומים אחרים,<sup>164</sup> אולם הערות אלה טרם הולידו דין מחייב. כמו-כן פסק באחרונה בית-המשפט המחוזי בירושלים כי נזק ראייתי מהווה גם עילת-תביעה עצמאית.<sup>165</sup> זו היא החלטה תמציתית שניתנה בגדרה של בקשת סילוק על-הסף. קשה על-כן לבסס עליה תחזיות כלשהן בנוגע להתפתחות הדוקטרינה.

גניח עתה שלפנינו מצב של תיקו ראייתי ושהנתבע אחראי לאי-הוודאות הקיימת משום שגרם לנזק ראייתי ברשלנות. גניח גם שהדין הכללי שהצגנו לפני-כן מחלק את נטל השכנוע על-פי תורת השוויון (הנחה התואמת כאמור את המצב המשפטי הקיים). במצב-דברים זה יש לראות את הנתבע כמי שהפר את האיוון והשוויון שבינו לבין התובע. בהתדיינות רגילה, כל צד מקדם את עניינו. יש להניח שאגב כך הוא חושף את יריבו לסיכון של טעות שיפוטית, שהרי האמת אינה בדינו ואת מצב-הדברים לאשורו לא נדע. השיפה זו לסיכון של טעות מותרת משום שהיא הדדית.<sup>166</sup> השיפה זו מהווה חלק מעקרונ השוויון.<sup>167</sup> הסבתו הרשלנית של נזק ראייתי לצד שכנגד פירושה השיפתו לסיכון בלתי-הדדי, ודבר זה מפר את השוויון. במצב של תיקו ראייתי, הכרעה לטובת התובע, שתתחייב בעקבות העברת נטל השכנוע אל הנתבע, תתקן הפרה זו ותשיב את השוויון למקומו.<sup>168</sup>

גניח כעת שהדין הכללי ניוון משיקולי יעילות ושהכרעתו לטובת הנתבע במצב של תיקו ראייתי נשענת על החסכוניות הכלכליים שהוצגו לעיל. האם הכרעה לחובת הנתבע,

162 ראו להלן הערות 176-184 והסקסט הסמוך להן.

163 ראו, למשל: Dieter Giesen *International Medical Malpractice Law: A Comparative Study of Civil Liability Arising from Medical Care* (Tubingen & Martinus Nijhoff Pub., Dordrecht, 1988) 513-514.

164 ראו עניין חננשווילי, לעיל הערה 2; עניין מלך, לעיל הערה 4; עניין עמיר, לעיל הערה 52. במקרים אלה עלתה סוגיית הנוק הראיתי רק בין השיטין.

165 המ' 5183/96 פורסט נ' גוטמן (טרם פורסם). החלטה זו ניתנה על-ידי השופט א' רובינשטיין. אנו מודים לעו"ד אסף פוזנר על שהפנה אליה את תשומת-ליבנו.

166 השוו: Fletcher, *supra* note 14.

167 במצבים בהם יכולתו של צד אחד לנהל את משפטו עולה באופן ניכר על זו של הצד האחר עשויה לצמוח חובה לסייע לצד החלש על-ידי הענקת סיוע משפטי או בדרך אחרת שתמתן את ההליך האדוורסרי. ראו: Alan Wertheimer "The Equalization of Legal Resources" 17 *Phil. & Pub. Affairs* (1988) 303.

168 ראו: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1920-1926.

שנמצא אחראי לנזק ראייתי, תניב חיכוכון בעלויות שיקוז את הסכונותיו של הדין הכללי? על שאלה זו יש להשיב בחיוב, וזאת משלושה טעמים עיקריים. הטעם הראשון ברור: הפיכתו המוצעת של נטל השכנוע תניא נתבעים (כפועל או בכוח) מגרימת נזקים ראייתיים. תובעים, שתיקו ראייתי אינו מיטיב עימם אינם זקוקים לתמריץ זה, ועל־כן מוצע להפעילו, ברגיל, רק ביחס לנתבעים.<sup>169</sup> יתר הטעמים התומכים בכלל המוצע דורשים יתר פירוט.

העדיפות שניתנת לנתבע על־פי הדין הכללי מהווה לגביו תמריץ ברור לערפול עובדות באופן שייצור אי־ודאות, ועימה תיקו ראייתי. נתבע שמשוכנע בצדקתו לא ינהג כך, כמובן, אולם הדין צריך לטפל גם בנתבעים אחרים, ובכללם נתבע המקמק, המעלה ראיות וטענות עובדתיות מעורפלות, שקשה אומנם לתת בהן אמון, אך הפרכתן אף היא אינה קלה. נתבע היודע כי יפסיד במשפט במצב של תיקו ראייתי יימנע מערפול העובדות, ויציג את ראיותיו – ועימן את התיוה העובדתית שלו – ללא כחל וסרק. הדבר יאפשר בחינה הוגנת של ראיות התיוה, ואם אין הן אמינות, יהא לתובע קל יותר להפריכן. בנקודה זו חשוב לשים־לב לפועלו הדו־כיווני של הכלל המוצע. שופט הפועל לפיו יידרש כמובן לבדוק, בכל מצב של תיקו ראייתי, אם מצב זה נגרם ברשלנות הנתבע. פרט לכך יידרש השופט לבדוק, בכל מקום שמצא שקיים נזק ראייתי, אם נזק זה יצר אי־ודאות, ועימה תיקו ראייתי. פועל דו־כיווני זה של הכלל יעתיק את הדגש מהכרעה עובדתית שעל יסוד ראיות אל ההכרעה המשפטית המיוסדת על שיקולי אשם. שיקולים אלה יסמנו את הנתבע כמי שיספוג את הסיכון של טעות במצב של אי־ודאות. ביודעו זאת מראש, ישתדל הנתבע להביא את המקרה למצב שניתן להכריע בו הכרעה עובדתית. השתדלות זו, שתנגש כמובן עם נסיון התובע להוכיח את ההיפך, תתרום לבירור האמת, ואולי אף תתקן את הנוקים הראייתיים.<sup>170</sup>

שיקול נוסף שתומך בכלל המוצע הוא הקטנת מספר ההתדייגויות בדרך של סילוקן על־ידי פשרה. כעולה מהדוגמות שנידונו בפרקים הקודמים, במקרים רבים של גרימת נזק ראייתי על־ידי הנתבע מדובר בנתבע מוסדי, כגון מפעל תרופות, מפעל החושף את סביבתו לחומרים מסוכנים, בית־חולים וכדומה. נתבע כזה ימאן להתפשר בהתדייגות כדי ליצור לעצמו מוניטין של "נתבע קשה", גם כאשר הוא צופה שידו תהא על התחתונה. הוא ימאן להתפשר כדי להחליש את רצון התובעים בכוח להגיש נגדו תביעות נוספות,

169 ייתכנו מצבים שיהיה בהם מקום להיביא את התובע בגין נזק ראייתי שגרם ברשלנותו באופן שיסיר מהנתבע את נטל השכנוע כל אימת שזה חל עליו. זאת ועוד: במצב שתובע יוצר בו נזק ראייתי באופן שמאפשר לו, לכאורה, ליצור לעצמו עדיפות ראייתית, יידרש בית־המשפט ממילא לתת את דעתו על הראיות החסרות, דבר שיביא לידי חוסר הכרעה כל אימת שמדובר בנזק ראייתי משמעותי. בנסיבות כאלה קיימת בארצות־הברית אפשרות נוספת: מחיקת כתב־תביעה עקב הכשלת הליכי הגילוי ביחס לראיות, סנקציה שתופעל רק במקרים חמורים. ראו: *Hirsch v. General Motors Corp.*, 628 A. 2d 1109 (N.J. Super. L. 1993).

170 ראו: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1932–1934.

תמריץ שלילי שנגזר מהיות הנתבע "שחקן חוזר".<sup>171</sup> העברת נטל השכנוע בהתאם לכלל המוצע עשויה להניע נתבע כזה להתפשר. היא עשויה להניעו להתפשר לא רק על-ידי הגדלת סיכוייו להפסיד במשפט, אלא גם משום שהפסדו במשפט יהא הפסד לגופו, שיישען על ההכרעה הפוזיטיבית לגבי העובדות שבמחלוקת. הכרעה זו תקים השתק-פלוגתא נגד הנתבע, כמי שהיה לו לגביה יומו בבית-המשפט.<sup>172</sup> השתק זה יגרור אחריו הפסדים נוספים בתביעות המבוססות על מערכת עובדתית זהה. חששו של הנתבע מהפסדים נוספים אלה יניעו לשאת-ולתת עם התובע במטרה להגיע לפשרה.

הכלל המוצע מייקר לכאורה את ההתדיינות, בהכניסו למערכת סוגיה משפטית חדשה. התדיינות סביב השאלות בנוגע לקיומו של הנזק הראייתי ולאחריות לגביו תטיל ללא ספק עלות חברתית נוספת, שיש להביאה בחשבון. נראה לנו כי אף עלות זו תקוץ על-ידי החסכוניות המשמעותיים שהצבענו עליהם לעיל, זאת ועוד: עלות זו יש להשוות עם עלויות ההתדיינות בצילו של הדין הקיים כאשר מדובר בהתדיינות שמצוי בה נזק ראייתי. לפי הדין הקיים, אם מדובר בנזק ראייתי משמעותי, לעולם יכול התובע לנסות לשכנע את בית-המשפט שהנזק נגרם על-ידי הנתבע במתכוון. אם יעלה בידי התובע לעשות כן, יגדיל הדבר את סיכוייו לזכות במשפט במידה ניכרת, שהרי במקרה זה יוסקו מסקנות ראייתיות לחובת הנתבע.<sup>173</sup> בהיותו מודע לכך, ישתדל התובע לייחס לנתבע את הכוונה הנדרשת, דבר הכרוך בהוצאות שיהיו זהות פחות או יותר לאלה שתגרום הפעלתו של הכלל המוצע. נשוב ונציין כי סיכויי פשרה במקרים כאלה לא יהיו מן הגבוהים, במיוחד כאשר מדובר בנתבע מוסדי. נתבע כזה (וגם נתבע אחר) לא יהא נכון לשלם לתובע בעד סילוק תביעתו יותר משוויה כמטרד. תובע ממוצע, שאינו פסימי יתר על המידה ביחס לסיכוייו לייחס לנתבע את הכוונה הנדרשת, לא יסכים להסדר זה. גדולה מזו, מקרים שיושגו בהם פשרות שיסלקו תביעות כאלה תמורת תשלום דמי-מטרד לתובעים ימנו בתוכם פשרות בלתי-יעילות רבות. פשרה יעילה היא פשרה שסכומה קרוב לתוחלת הנזק אשר יכול שנגרם על-ידי הנתבע.<sup>174</sup> תשלומם של דמי-מטרד לתובע אינו מקיים אחר תנאי זה.

הפעלתו של הכלל המוצע כפופה למגבלות, בעטיין יש לקיימו ככלל שיוזי. ראשית, כאשר אין מדובר בתיקו ראייתי, אין לכלל המוצע תחולה. כלל זה אינו יכול לסייע לתובע שהסתברות טענותיו, לאחר שנגרם לו נזק ראייתי, נופלת מן ההסתברות התומכת בתיות הנתבע. עם זאת ברור שדחיית תביעותיהם של תובעים כאלה תוביל להתרעה בלתי-יעילה ביחס למעשי נזיקין. ראוי על-כן לאפשר לתובעים כאלה להגיש תובענות ישירות בגין נזיקיהם הראייתיים, כמוצע בחלקיו הקודמים של המאמר.

*Ibid* 171

172 לדיון בשימוש זה בהשתק-פלוגתא ראו נינה ולצמן מעשה-בית-דין בהליך אזרחי (תשנ"א) 529-540.

173 השוו לע"א 465/88 הבנק למימון וסחר בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה(4) 651, 658-659.

174 Lucian A. Bebchuk *On the Difference Between Settlement Terms and the Expected Judgment* (unpublished manuscript, 1996)

הפעלת הכלל המוצע עשויה להוביל גם לפיצויי־יתר. הדבר יקרה במצבים שיש לגביהם ודאות שהנתבע גרם רק לחלק מנזקיו הישירים של התובע, אם בכלל. בדרך שגויה זו הופעל הכלל (בדמותו הישנה) בפסק־הדין הראשון מבין אלה שזכו בפרסום ובהם תופעה של נזק ראייתי, *Armory v. Delamirie*,<sup>175</sup> במקרה זה היה מדובר בטבעת, ובה יהלום, שנמסרה לטיפולו של צורף. במהלך הטיפול הוכנסה לטבעת, מחמת טעות, אבן אחרת. מטעם זה הודרכו המושבעים על־ידי השופט "to presume the strongest" נגד הצורף הנתבע, על־ידי אומדנה של האבן שאברה כבעלת הערך הרב ביותר שניתן להעלותו על הדעת, וזאת אף־על־פי שהיה ברור שהתובע לא היה יכול לרכוש לעצמו תכשיט יקר־ערך. בית־המשפט העליון שלנו הלך אף הוא בדרך זו בעניין נגר,<sup>176</sup> וכבר אמרנו כי אין זו הדרך הראויה.<sup>177</sup>

גישה שנראית לנו נכונה נקט בית־המשפט המחוזי בירושלים בעניין שרביט נ' המרכז הרפואי שערי צדק.<sup>178</sup> במקרה זה היה מדובר ברשלנות רפואית שמצאה את ביטויה באי־אבחון של סרטן שד אצל התובעת בבדיקתה הראשונה. בזמן שהתגלתה מחלתה, כבר התגמדו סיכויי ההישרדות של התובעת לעומת סיכויי מותה. רופאי התובעת לא נשאו באחריות לעצם התהוות הסרטן בגופה. הם נשאו באחריות רק לגבי ההחמרה שחלה, אם חלה, במצבה, כשנקודת־המוצא לעניין זה היא הזמן בו בדקו את התובעת לראשונה. אחריות זו לא הוכחה כלל, אולם התובעת התקשתה להוכיח את היקפה. חוות־דעת של מומחים, שהוגשו בעניין זה, דיברו על מהירויות שונות של התפתחות הסרטן. תיות ההתפתחות האטית צמצמה את היקף אחריותם של הרופאים, ואילו תיות ההתפתחות המהירה הרחיבה אותו במידה ניכרת. כל תיוה לא היתה, כאמור, אלא היפותיזה, הא ותו לא, שהרי לא היה ניתן לשחזר לאחור מעשה את שאכן התחולל בגופה של התובעת. לא היה ניתן להכריע בין הדעות של מומחים אלה, ועל־כן היה ראוי, לפי כלל הנטל הרגיל, להעדיף את התיוה שהיטיבה עם הרופאים. ברם, מצב זה של אי־ודאות נבע גם הוא מרשלנות הרופאים. אילו לא התרשלו, ייתכן שלא היה מצב התובעת מידרדר; ואם היה מצבה מידרדר חרף הטיפול הנאות, לא היתה התובעת ניזוקה במישור הראייתי. היא היתה יודעת שסיבת ההידרדרות במצבה הרפואי אינה נעוצה ברשלנות רפואיה. מטעם זה קבע בית־המשפט שיש להעדיף חוות־דעת רפואית המיטיבה עם התובעת. במילים אחרות: בקביעת נזקי התובעת יש לצאת מן ההנחה שמצבה הידרדר במהירות המרבית.

גישה דומה נקט בית־המשפט העליון ביהם להסרים ברישומים רפואיים ולהיעדרם, בעיה חמורה שהתעוררה בתובענות שעניינן רשלנות רפואית. אי־ניהול תקין של

175 93 Eng. Rep. 664 (K.B. 1772).

176 לעיל הערה 2.

177 ראו לעיל הערה 8 והערה 133, והסקסט הכמוך להן.

178 ת"א (י"ם) 733/91 שרביט נ' המרכז הרפואי שערי צדק (טרם פורסם) (ניתן על־ידי הנשיא ו' ויילר).

רישומים רפואיים מהווה רשלנות.<sup>179</sup> הדבר מהווה גם הפרת חובה חקוקה ואף עבירה פלילית.<sup>180</sup> אייניהולם התקין של רישומים רפואיים מסב לחולה נזק ראייתי. בית המשפט העליון קבע על-כך במקרים אחדים כי הדבר יהווה עילה לסטייה מכלל הנטל הרגיל ולהעברת נטל השכנוע אל הנתבע.<sup>181</sup> כך נהגו גם כמה בתי המשפט בארצות הברית.<sup>182</sup> בפסק-דינו של בית המשפט העליון שניתן באחרונה עלו ספקות באשר להפיכה זו של כלל הנטל במצב של חוסר רישומים רפואיים.<sup>183</sup> השופט ד' לויין סבר כי במצבים אלה יש

179 ראו עניין רחמן, לעיל הערה 101, בע' 376.

180 ראו חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, סעיפים 17, 18, 26 ו-28, יחד עם סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. כן ראו ע"א 6330/96 בנגר נ' בית החולים ע"ש ד"ר הלל יפה (טרם פורסם) פסקה 17 (להלן: עניין בנגר), ותיאורו להלן בהערה 184.

181 ראו ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720, 724; ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 259-260; עניין נגר, לעיל הערה 2; עניין עמר, לעיל הערה 145, בע' 721; עניין בנגר, שם, ותיאורו להלן בהערה 184. כמו-כן ראו פסק-דינה של השופטת יהודית צור בת"א (י"ם) 776/94 עזבון המנוח רון ארטו ז"ל נ' ד"ר י' מלימובקה (טרם פורסם). במקרה זה היה מדובר ברשלנות רפואית, ובצידה נזק ראייתי משני סוגים: (1) מחסור ברישומים רפואיים בנוגע לטיפול בחולה שלקה במלנומה ושמצבו הוחמר ללא תקנה בשל אי-אבחון המחלה במועד; (2) היעלמות שומה שהוסרה מעורו של החולה ונשלחה לבדיקה ולאבחון. כל אחד מנזקים אלה הוכר כנזק ראייתי. בשל כל אחד משניהם (ומחמת שניהם כאחד) עבר נטל השכנוע - ועימו הסיכון של טעות בהכרעה תחת אי-ודאות - מהתובעים אל הנתבעים. הנטל הועבר כאמור בכל הקשור לקביעת היקפו של הנזק העיקרי, שנגזר, ברובו, מקיצור תוחלת החיים של החולה (המנוח) עקב הרשלנות הרפואית שבאי-אבחון של מחלתו במועד. בלשונו של בית המשפט: "...הנתבעים גרמו לתובעים 'נזק ראייתי' ושללו מהם ראיה מרכזית בעלת משמעות מכרעת במשפט ולפיכך הנטל עליהם להוכיח את מצבו הרפואי של המנוח במועד מעשה ההתרשלות והמסקנות מהעדר הראיה המרכזית פועלות לחובתם." (פסקה 38 לפסק-הדין; ההדגשה במקור).

הדבר איפשר לבית המשפט לקבוע, כי אילו אובחנה המחלה במועד, היה ניתן לרפא את החולה ריפוי מלא (או כמעט מלא). בית המשפט קבע איפוא שחיייו של החולה לא היו מתקצרים כפי שהתקצרו בפועל, בהשוואה לתוחלת החיים הרגילה, אילולא הרשלנות הרפואית הנ"ל. יצוין כי בית המשפט מנה גם את סעיף 17 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996, כבסיס לקביעתו שהיעדרם של רישומים רפואיים נאותים מסב נזק ראייתי לחולה.

ראו פסקות 18-19 לפסק-הדין.

פסקי-הדין הבולטים ביותר בעניין זה הם: *Bondu v. Gurvich* 473 So. 2d 1307 (Fla. App. 3 Dist. 1984); *Sweet v. Sisters of Providence in Washington* 881 P. 2d 304 (Alaska 1994).

183 עניין ברנשטיין, לעיל הערה 101, בע' 721 ג-ד; 725.

להעביר אל הנתבע את הנטל של הבאת ראיות, הא ותו לא. לדעת השופט קדמי – דעה שנראית לנו נכונה מבחינת הרצוי והמצוי כאחד – הנטל שעובר אל הנתבע הוא נטל השכנוע, ולא רק נטל הבאת ראיות, בעוד שהשופט שטרסברג-כהן השאירה שאלה זו בצריך-עיון. בפסק-דין נוסף של בית-המשפט העליון, שניתן מאוחר יותר, נקט השופט אור בעמדה כזו של השופט קדמי.<sup>184</sup>

טעמי הגישה הרואה בנזק ראייתי עילה להעברתו של נטל השכנוע, עימו יועבר אל הנתבע גם נטל הבאת ראיות, כבר פורטו והוסברו לעיל. לא נותר לנו איפוא אלא להסביר מדוע העברת הנטל של הבאת ראיות לא תספק תרופה נאותה למי שניזוק נזק ראייתי. ראשית, חשיבות הנטל של הבאת ראיות פחתה בעקבות מעברה של הפרוצדורה האורחית שלנו למשטר של גילוי מלא של ראיות (המסויג בחסיונות המגינים על סודיות המידע במצבים מיוחדים<sup>185</sup>). בעל-דין שגילה את כל הראיות שבאמתחתו – בדרך של גילוי מסמכים, בתשובה לשאלון או על-ידי הבאתן בקדם-משפט או במשפט גופו – לא ניתן עוד לחייבו בנטל הבאת ראיות. ראיות שהיו בשליטתו הובאו במשפט (או נמסרו לצד שכנגד באופן המאפשר את הבאתן במשפט). באשר לראיות שהיו ונשארו חסרות, יפה לגביהן האמרה *nemo dat quod non habet*. הוא הדין לגבי רופא או בית-חולים

184 עניין בנגר, לעיל הערה 180. באותו מקרה, שעסק גם הוא בתביעת רשלנות רפואית, נעלמו, עקב רשלנותו של בית-החולים, שני מסמכים רפואיים שהיו עשויים לשמש ראיות במשפט לשם הוכחת קשר סיבתי ולשם הוכחת רשלנותם של הרופאים. בית-המשפט העליון קבע אומנם כי רשלנות הרופאים הוכחה אף בלעדי מסמכים אלה, אך התייחס אף למשמעות המשפטית של רשלנות בית-החולים בשמירת המסמכים הרפואיים. לדברי בית-המשפט, המחלף הרשלני בשמירת המסמכים אינו רק פוגם באפשרויות הטיפול בחולה בעתיד, אלא גם שולל ממנו ומבית-המשפט ראייה בעלת חשיבות במקרה של התדיינות עתידית בין החולה לבין הרופא או המוסד. שם, פסקה 16. מחלף זה פועל, לדברי בית-המשפט, לחובת הרופא או המוסד הרפואי בהתדיינות משפטית בין החולה לבינם בכל אותם מקרים שקיומו של רישום נאות היה בו כדי להבהיר את העובדות שבמחלוקת (שם, שם). עוד מוסיף בית-המשפט כדלקמן: "נוסיף, במאמר מוסגר, שיש הרואים בהתרשלות, אשר כתוצאה ממנה לא נערכו רישומים רפואיים נאותים, עניין המהווה עילה לתביעה בגין 'נזק ראייתי' שנגרם לחולה, אשר מנע ממנו להוכיח את תביעתו..." (שם, שם).

בהמשך פסק-דינו קובע בית-המשפט כי במקרה הנידון גרם בית-החולים ברשלנותו ל"נזק ראייתי" שאינו ניתן לתיקון. עקב כך עבר לנתבעים הנטל לשלול את קיומה של הרשלנות ושל הקשר הסיבתי בין מעשי הרופאים לבין הנזק הפיסי שנגרם לחולה. בנטל זה – מסכם בית-המשפט – לא עמדו (שם, פסקה 18). אגב פסק-הדין, בית-המשפט עומד אף על כך שאי-שמירת המסמכים הרפואיים מהווה הפרת תקנות בריאות העם (שמירת רשומות), תשל"ז-1976, וכן הפרת חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996 (שם, פסקה 17).

185 ראו אלכס שטיין "חסיון בנק-לקוח בריגי הראיות" משפטים כה (תשנ"ה) 45.

שחשף במשפט את כל ראיותיו, ואלה לא כללו את הרישומים החסרים – מפני שאינם. רישומים אלה לא נמנו מעולם עם ראיותיו, ואין הוא יכול לחשוף אותם משום שאין ביכולתו ליצור יש מאין. במצבים אלה, העברת הנטל של הבאת ראיות לא תטיל על המזיק הראייתי כל סנקציה כל אימת שנטל השכנוע יהולק בין הצדדים על-פי הכלל הרגיל. הניזוק הראייתי יישאר איפוא בלא תרופה, והמדיניות שנידונה לעיל תימצא מסוכלת. מדיניות זו ניתן לקיים רק על-ידי העברת נטל השכנוע או על-ידי התרת תביעה ישירה נגד המזיק הראייתי.

השימושים הראויים בנטל הבאת ראיות הם שימושים דיוניים גרידא. נטל זה ראוי להטיל על בעל-דין שהראיות המרכזיות מצויות בשליטתו, דבר העשוי לרוקנו מיתרונו. אין מקום לחייבו בנטל השכנוע, תוך סטייה מן הכלל הרגיל, מכיוון שהדבר יגרום להפסדו במשפט במצב של תיקו ראייתי, אף לאחר שרוקן עצמו מיתרונו בהרימו את הנטל של הבאת ראיות. אם ננהג כך, נמצא עצמנו מחייבים את בעל היתרון פעמיים: בפעם הראשונה – בשל יתרונו האמיתי, ואילו בפעם השנייה – בשל יתרונו ההיסטורי, שהיה ואיננו.<sup>186</sup> נטל של הבאת ראיות ראוי להטיל גם על בעל-דין שטענותיו מנוגדות למהלך העניינים הרגיל, כפי שגלמד מנסיון החיים הכללי. אין לחייב את בית-המשפט בשקילת אפשרויות עובדתיות בלתי-רגילות כאשר הטענות המצביעות על אפשרויות אלה אינן מלוות בקבלות בדמותן של ראיות. מאידך גיסא, אין להשתמש בכגון דא בנטל השכנוע, שהרי מהלך העניינים הרגיל חייב ממילא להדריך את בית-המשפט בהכרעותיהם. לאחר שנשקל מהלך זה – כפי שהוא חייב להישקל – על-ידי בית-המשפט, וכפות המאזניים נותרו בכל זאת מעוינות, תהווה הטלת נטל השכנוע על בעל-דין שטענתו מנוגדת למהלך הרגיל ספירת-כפל. אם ננהג כך, נמצא עצמנו רושמים פעמיים אותה הסתברות ממש לחובת אותו בעל-דין.<sup>187</sup> חלוקתו מחדש של נטל השכנוע תהא על-כך מוצדקת רק מסעמי מדיניות מהותית, כפי שמוצע כאן לגבי מצבים שהנתבע נמצא בהם אחראי לנזק ראייתי.<sup>188</sup>

כאן המקום לסכם את הדין הרצוי, ככל שהוא נוגע בהעברתו של נטל השכנוע כתרופה לנזק ראייתי שנגרם על-ידי הנתבע:

- (1) תרופה זו תופעל, כאמור, בין הצדדים להליך העיקרי בו נידון הנזק הישיר. נזק ראייתי שגרם אדם שהינו זר להתדיינות העיקרית יהא ברתביעה בתובעת נזיקין נפרדת שתוגש נגד אותו אדם.
- (2) תובענה נפרדת ראוי שתוגש גם לגבי נזק ראייתי שגרם הנתבע בהתדיינות העיקרית כל אימת שמדובר במצבים הבאים:

186 ראו: Stein, *supra* note 156, at pp. 336–338.

187 Vaughn C. Ball "The Moment of *על*: בהישען על: *Ibid.*, at pp. 338–339  
Truth: Probability Theory and Standards of Proof" 14 *Vand. L. Rev.* (1961) 807,  
817–818.

188 ראו גם: Porat & Stein, *supra* note 1, at pp. 1942–1954.

- (א) מצב בו העברת נטל השכנוע לא תשנה את תוצאת ההתדיינות העיקרית, ועל-כן לא תועיל לניזוק;
- (ב) מצב בו לא ניתן לייחס לנתבע את כל הנזק הישיר, כך שחיובו בנטל השכנוע, המבטיח את הפסדו במצב של תיקו ראייתי, יוביל לפיצויי-יתר ולהרתעת-יתר. במילים אחרות ראוי ששימושם של בתי-המשפט בדוקטרינת הנזק הראייתי כבסיס להעברת נטל השכנוע אל הנתבע יהא שיורי בלבד. כך יהיה ניתן להבטיח את מימוש מטרותיהם של דיני הניזוקין.

### סיכום ומסקנות

מאמר זה תומך בהכרה בדוקטרינת הנזק הראייתי לשם פתרון מצבי אי-ודאות בגרימת נזקים. על-פי המוצע, יש להטיל אחריות על אדם בגין נזק ראייתי שגרם באשם. במקרים מסוימים תוביל הדוקטרינה לפיצוי התובע בגין כל נזקיו הישירים, ולעיתים תפצה אותו אך באופן חלקי. הענקת הפיצוי מבוססת על כך שגרימת נזק ראייתי מהווה פגיעה באוטונומיה של אדם, הכוללת את זכותו לדעת מה גרם לנזקיו, כאשר קיימת אפשרות ממשית שניזקים אלה נגרמו עקב מעשה עוולה. הדרך להערכת הנזק מבוססת על כך שלזכות זו יש ערך כלכלי.

הצדקותיה של הדוקטרינה עשויות לנבוע מעקרונות ההרתעה וכן מעקרונות הצדק המתקן. מובן שאף ניתן לנסות להצדיק אותה מן ההיבט של צדק חלוקתי, בהעריפה במקרים רבים את הניזוק החף על המזיק האשם.

מהיבט ההרתעה, דוקטרינת הנזק הראייתי מוצדקת בכך שהיא מביאה לידי הקצאה אופטימלית של הנזקים הישירים בנתון קיומו של הנזק הראייתי, וכן שהיא תורמת להמעטת הנזקים הראייתיים עצמם כשלב-ביניים להקצאה יעילה יותר של הנזקים הישירים. מבחינת הצדק המתקן, דוקטרינת הנזק הראייתי מוצדקת בכך שהיא מביאה לידי הטלת אחריות נזיקית על מי שיצר סיכון באשם, וגרם בדרך זו לנזקיו הראייתיים של התובע. במקרים רבים היא מוצדקת גם עקב כך שהיא מביאה לידי הקצאת הנזקים הישירים למי שגרמם באשמו.

ניתן לעיתים לחשוב שעדיף, מהיבט ההרתעה, להותיר את הנזק הראייתי על כתפי הניזוק אפילו גרמו הנתבע באשם. הטעם לכך הוא שלעיתים הניזוק דווקא הוא המונע הזול ביותר של הנזק הראייתי אף אם הנתבע הוא המונע הזול ביותר של הנזק הישיר. למרות זאת אנו סבורים שכרוב המקרים לא ראוי ללכת בדרך זו. ראשית, מהיבט ההרתעה, טוב שהנזקים הישירים יוקצו למונע הזול ביותר שלהם. ניתן אומנם לטעון שמטרה זו תושג טוב יותר, לטווח הארוך, אם יוותר הנזק הראייתי על כתפי הניזוק, אולם קשה בדרך-כלל להסיק זאת באופן חד-משמעי. שנית, מהיבט הצדק המתקן – אף במקרים בהם הותרת הנזק הראייתי על כתפי הניזוק עשויה להמעיט את הנזק הראייתי – מן הראוי להטיל את האחריות לנזק הראייתי על הנתבע שגרם לו בהתנהגותו העוולתית. על-פי קווים מנחים אלה, ניתן לבחון את תוצאות יישומה של דוקטרינת הנזק



הראייתי בכל קבוצות המקרים שנידונו בחלק ב. למעשה, בכל קבוצות המקרים ראוי, לדעתנו, להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי ולהטיל אחריות לנזק זה על הנתבע שגרם לו באשמו. המקרה הבולט ביותר בו ראוי, לדעתנו, להותיר את הנזק הראייתי על כתפי הניזוק הוא זה בו אדם נפגע פגיעה אחת, וכעבור פרק-זמן ארוך יחסית נפגע פגיעה נוספת, ואין אפשרות לדעת ממה נובעים נזקיו, כולם או חלקם. כאן ראוי שיישא הניזוק-התובע בנזק הראייתי, ולא הנתבע.

לצידה של דוקטרינת הנזק הראייתי קיימות דוקטרינות משפטיות נוספות העשויות לפתור, באופן מלא או חלקי, את בעיית אי-הוודאות בגרימת הנזק. יתרוגה של דוקטרינת הנזק הראייתי אינה רק בהציעה שיטה כוללת וקוהרנטית לפתרון בעיות של אי-ודאות בגרימת נזק, אלא גם בהציעה פתרון אף למקרים שאינם נשלטים על-ידי דוקטרינות אחרות. דוקטרינה זו אינה רק טכניקה שמאפשרת להגיע להקצאתם הראויה של הנזקים הישירים; היא נשענת על בסיס נורמטיבי עצמאי להטלת אחריות. דברים אלה בולטים במקרים הנכללים בקבוצות 2 (לא ידועה זהות הניזוק), 3 (לא ידוע אם נגרם נזק בעוולה) ו-5 (לא ניתן לדעת איזה מחלקי הנזק נגרם בעוולה ואיזה לא-בעוולה). במקרים אלה, דוקטרינת הנזק הראייתי מציעה בסיס נורמטיבי להטלת אחריות שלא הוכר עד כה, והוא שגרם נזק ראיתי באשם מהווה פגיעה שלא-כדין בזכותו של אדם לדעת ממה נזק כאשר קיימת אפשרות ממשית שהוא נזק עקב מעשה עוולה. זאת ועוד: בקבוצות 2 ו-3, הדוקטרינה מביאה לידי הטלת אחריות במקרים שאין מוטלת בהם אחריות כלל במשפט הנוהג, ואילו בקבוצה 5 היא מביאה לידי הטלת אחריות חלקית, מקום שהנטייה העכשווית היא להטיל אחריות מלאה או לפטור מאחריות כליל. בקבוצה 1, לעומת זאת, הדוקטרינה מביאה לידי הטלת אחריות במקרים הנפתרים בארצות-הברית, בחלקם, באמצעות דוקטרינת ה-MSL. אלא שדוקטרינת הנזק הראייתי הינה בעלת תחולה רחבה יותר מהדוקטרינה האמריקאית; הדבר בולט באותם מקרים שלא הוכח בהם אשמו של הנתבע ביצירת הסיכון לנזק הישיר, אך גם במקרים אחרים.

דוקטרינת הנזק הראייתי מעוררת שאלות יישומיות רבות שלא נידונו במאמר. די להזכיר כאן את שאלת האשם התורם ליצירת נזק ראיתי, ואת השאלה אם ראוי לעיתים להטיל אחריות מוגברת בגין גרם נזק ראיתי. כמו-כן מתעוררת שאלת תחולתה של הדוקטרינה בדיני החוזים ואף בתחום המשפט המינהלי.<sup>189</sup> אולם נראה לנו שהשאלה הקשה ביותר היא זו שבבסיסה הרעיוני של דוקטרינת הנזק הראייתי: מהם גבולות זכותו של אדם לדעת כיצד נפגע?

נספח

חלוקת נטל השכנוע בהתדיינות אזרחית: ניתוח כלכלי\*

סימנים

- D = הסכום נושא המחלוקת בהתדיינות
- $p_1$  = הסתברות שתיות התובע הינה נכונה
- $p_2$  = הסתברות שתיות הנתבע הינה נכונה

$$1 > p_1 > 0; 1 > p_2 > 0; p_1 + p_2 = 1$$

(0 מייצג אי־אפשרות ו־1 מייצג ודאות מוחלטת, כמקובל בתורת ההסתברות).

ההחלטות הבאות בחשבון הן כדלקמן:

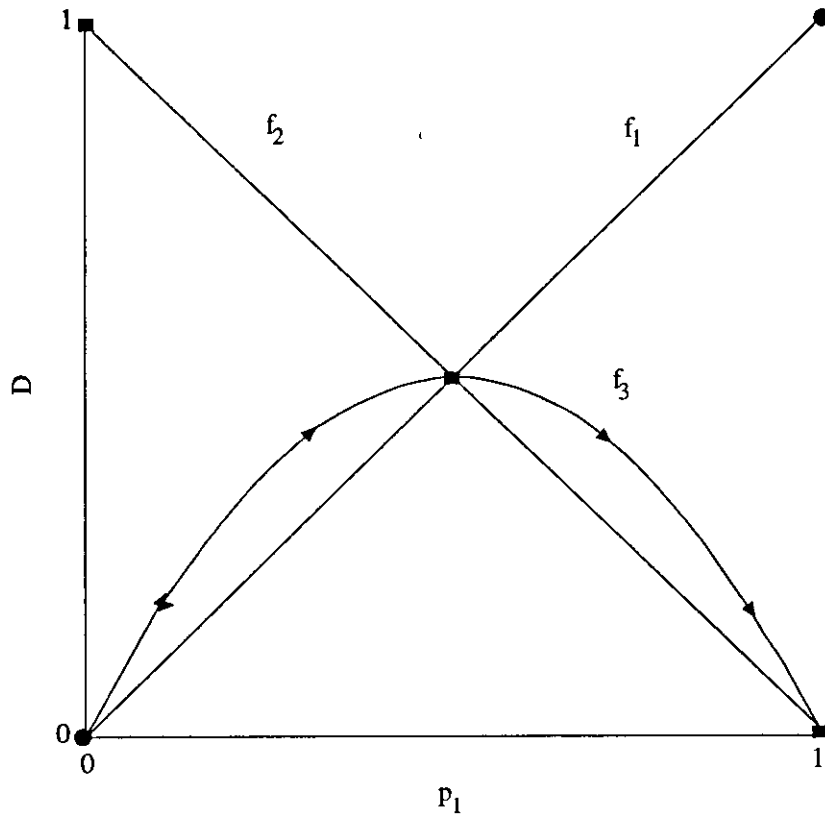
- $d_1$  = התובע מפסיד (הסיכון של טעות בפסק־הדין, בהשוואה לעובדות כהווייתן, מוטל על התובע).
- $d_2$  = הנתבע מפסיד (הסיכון של טעות בפסק־הדין, בהשוואה לעובדות כהווייתן, מוטל על הנתבע).
- $d_3$  = פשרה המשקפת את תוחלת ההתדיינות של כל צד, כשנושא המחלוקת בהתדיינות מחולק לפי ההסתברויות  $p_1$  ו־ $p_2$ .

המציאות שמחוץ לידעתנו של בית־המשפט יכולה לתמוך בתובע ( $S_1$ ) או בנתבע ( $S_2$ ) באופן מוחלט. דבר זה מאפשר לאמוד את נזקיה הממוצעים (והנזקים לטווח ארוך) של כל החלטה דלעיל:

החלטה	נזק, אם $S_1$	נזק, אם $S_2$	סה"כ נזק
$d_1$	$p_1 D$	0	$p_1 D$
$d_2$	0	$p_2 D$	$p_2 D$
$d_3$	$p_1 p_2 D$	$p_2 p_1 D$	$2 p_1 p_2 D$

לפיכך, בהינתן פונקציות ההפסד ( $f_1, f_2, f_3$ ) הצמודות, בהתאמה, לכל החלטה והחלטה ( $d_1, d_2, d_3$ ), ניתן להציג תמונת־מצב ברורה כדלקמן:

\* מבוסס על Stein, *supra* note 156, והמקורות הנסקרים שם. המודל הפורמלי שמובא להלן נסמך על: David Kaye "The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation" *Am. B. Found. Res. J.* (1982) 487, 493.



תרשים זה מראה בבירור שכלל העדיפות הראייתית הוא הכלל האופטימלי: יש לזכות את בעל-הדין שיש לו עדיפות ראייתית בכל דמי-המריבה.

התרשים מראה אדישות ביחס לבחירת ההחלטה האופטימלית במצב של תיקו ראייתי. דבר זה נכון רק בנוגע להקצאתם של דמי-המריבה גופם, להבדיל מעלויות אחרות, שגם אותן יש להביא בחשבון. עם עלויות אלה נמנות עלויות התדיינות, שיהיו גבוהות יותר אם יזכו התובעים בסכום כלשהו במצב של תיקו ראייתי. האפשרות של זכייה במצב זה תגדיל את מספרן של תביעות בלתי-מבוססות, שחלקן לא היו מוגשות כלל אלמלא האפשרות לזכות בהן. עם עלויות אלה נמנות גם עלויות האכיפה הנוספות: פסק-דין שניתן לטובת התובע הינו ברי-אכיפה. פסק-דין לטובת הנתבע אינו כרוך באכיפה, ועל-כן יש להעדיפו במצב של אדישות ביחס לדמי-המריבה גופם. עלויות אלה יוגדלו גם על-ידי ההבדל הכלכלי שבין "לא לתת" לבין "לקחת", המושתת על ההנחה הכללית בדבר ערכו השולי הפוחת של הכסף. לא הרי השקל העליון המצוי אצל אדם כהרי שקלו התחתון (ה"bottom dollar"). לכל שקל יש ערך רב יותר בהשוואה לכל שקל שמעליו. העברת שקל מנתבע ממוצע לתובע ממוצע מוסיפה איפוא לעושרו הפונקציונלי של התובע פחות משהיא גורעת מעושרו הפונקציונלי של הנתבע.

לפי גישה אחרת, המודל דלעיל אינו רגיש דיו לבעיית ההפסדים הגדולים במשפט. הפסד של סכום ניכר מסב למי שספג אותו נזק העולה על שיעורו הנומינלי, וזאת בשל ערכו השולי הפוחת של הכסף. מטעמי נוחות חישובית גרידא, מקובל לחשב הפסד גדול בשיעור נומינלי  $D$  כ- $D^2$ . הדבר מוביל למסקנה שהכלל האופטימלי הוא כלל הפשרה, הנסמך על  $d_3$ \*\*\*.

החלטה	נזק, אם $S_1$	נזק, אם $S_2$	סה"כ נזק
$d_1$	$p_1 D^2$	0	$p_1 D^2$
$d_2$	0	$p_2 D^2$	$p_2 D^2$
$d_3$	$p_1(p_2 D)^2$	$p_2(p_1 D)^2$	$p_1 p_2 D^2$

לדעתנו, ניתוח זה אינו מביא בחשבון את התמריץ הכללי לא לכבד את כללי הדין המהותי בהינתן כלל הכרעה  $d_3$ . תמריץ זה, שיישאב מן הידיעה שלא יהיו מנצחים בשום משפט, יסב נזקים חברתיים שיעלו על הסכונותיו של כלל ההכרעה.\*\*\*

\*\* ראו: Neil Orloff & Jerry Stedinger "A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the Evidence Standard" 131 *U. Pa. L. Rev.* (1983) 1159, 1165–1168.

\*\*\* ראו: Stein, *supra* note 137, at pp. 335–336.