

דוקטורינת הנזק הראייתית: תגובה לביקורת

מאת

אריאל פורט* ואלכס שטיין**

מאמר זה מшиб לביקורת שגתה על ידי פרופ' ישראל גלעד על דוקטורינת הנזק הראייתית אשר פותחה עלי ידי מחבריו בשני פרוטומיהם הקודמים. אגב בכך, מחוק המאמר את עמדת המחברים שלפיה יש לדוקטורינת הנזק הראייתית אחזקה אינה בכל אחת מזרות היסוד של האחריות בኒקון: תורה ההורתה העילית ותורת הצדקה, כמרכן מראהו המאמר, כי דוקטורינת הנזק הראייתית מביאה לתוצאות ראיות גם מההיכט החלוקתי. מטעמים אלו, אין מקום להחשש מההבחנה היתרונה של האחריות בኒקון בעקבות אימוצה של הדוקטורינה. עוד מוגיש המאמר, כי לדוקטורינה זו יש הצדקה מעשית-פרוגמטית מרובה: בגיןו של פרופ' גלעד, אין לחוש מכך שאימוץ הדוקטורינה יביא לריבוי התוצאות; כמו כן יש לדוקטורינה זו עדיפות ברורה על פני תחילה (שליחות ממילץ פרופ' גלעד). דוקטורינת הנזק הראייתית באה לפטור בעיות קשות אשר מתעוררת במשפטי נזק נזק שנפחים מילא. בהור שוויג, עוזירה הדוקטורינה לצמצם את היקף התוצאות הקיטס ואך לקדם פשרה. במסגרת זו, מציג המאמר את יישום הדוקטורינה בתביעת נזק נזק שענינה רשותה רפואית ועילה מושתמת על העדר הסכמה מדעת מצד המטופל. הוכחת הנזק בגין של תוכבונת כללה ידועה זה מכבר כקשה ביותר בשל בעית הסיבות העוממת. המאמר מראה, כי דוקטורינת הנזק הראייתית מפסקת לבעה זו פתרון נאות. הדבר נעשה אגב דין בפסק-דין החשוב של בית-המשפט העליון הקנדי אשר ניתן בפרשת *Hollis* (ולאណון במאמריהם הקודמים של המחברים).

א. מכוא. ב. פרשת הוליס: העובדות וההכרעה. ג. פרשת הוליס לאור דוקטורינת הנזק הראייתית. ד. דוקטורינת הנזק הראייתית ותורת המיקין הכללית. ה. דוקטורינת הנזק הראייתית והmarkerים הטיפוסיים של סיבות עזומה. ו. העורות סיכום.

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

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

אנו מודים לטל בנים (מלמדת שנה ד בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים) על עזרתו בהכנות רשיימה זו לפרוסום.

א. מבוא

רshima זו באה להסביר להסתיגיות אשר הועלן על ידי פרופ' ישראאל גלעד¹ ביחס לדוקטרינה הנזק הראייתי, שנדרנה בשנים ממאמרינו.² אנו נשיב להסתיגיות אלה מכמה זויות. תחיליה, נציג בפני קוראינו את פסק-דיןו של בית-המשפט העליון הקנדי (בפרשנות הוליס³), שבגררו עלה והוכרע מקרה טיפוסי של נזק ראייתי. דיןנו בפסק-דין זה יציג את יתרונותיה של הדוקטרינה ככל משפטית אשר מביא לוצאות ראויות במשפט נזקיין, לאור מטרותיהם המקובלות של דין הנזקין (הרעה עיליה וצדקה מתקן). דין זה גם יבליט את עדיפותה של הדוקטרינה על פני הਪתרונות השונים אשר ניתנו – איד-הוק – על ידי בית-המשפט בארץ-הברית, באנגליה, בקנדה ובישראל, לבעה של סיבתיות עמוּמה (indeterminate causation) במשפט נזקיין. לאחר-כך נשיב לנקודת הביקורת הכללית, שאוותן מעלה פרופ' גלעד ביחס לדוקטרינה, בהישענו על התורה הכללית של דין הנזקיין. במסגרת זו נראה, כי לדוקטרינה הנזק הראייתי – המומלצת על-ידיינו כראוי לאמרץ בדן היושאל ומתחזה לו – יש חשיבות מוצקה ב邏יאוריה של דין הנזקיין, ובבה שורדים עקרונות היסוד של האחירות הנזקנית. לבסוף, נענה להשגות שהעללה פרופ' גלעד ביחס לניתוח המקרים הטיפוסיים של נזק ראייתי, אשר נעשה על-ידיינו באמצעותו השני. במסגרת אותו, חילקונו את מקרי הסיבתיות העומוּמה בדין הנזקיין לקבוצות ולתת-קבוצות טיפוסיות, הצענו פתרון לכל קבוצה וקבעו – ככל פחרון מבוסס על דוקטרינת הנזק הראייתי – והצבענו על העדריפות שיש לפתרונות המוצעים על-ידיינו לעומת אלו הקיימים. פרופ' גלעד סבור, כי הਪתרונות שהצענו טומניים בחובם יותר נזק מאשר תועלת, ואילו אנו, מהטעמים שיובאו להלן, נותרנו איתנים בדעתנו.

מובן מאליו הוא, שאת דברינו דכאן נביא רק בקציתה האומר. בטרם נפרט את תגובתנו, ברצוננו להוכיח לפרופ' גלעד על שראיה להעמיד את מאמרינו לירין ביקורתינו, מעוניין ומספרה מחשבה, ועל שפרש בפנינו את עיקרי השגוחות עוד קודם לכן, בשעה שמאמרינו היו בגדר טוויות. מעטים הם אנשי האקדמיה שעבדותם זוכהכה מהר להתייחסות מעמיקה, מפרת מחשבה וחברית מצד עמית. נתמלז מזלו.

1. כי גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם חורם נטל השכנו?" *משפטים לתש"ס* 315.

2. ראו "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" A. Porat & A. Stein *"Cardozo L. Rev."* 18 (1997) 1891.

3. הצדקות לaicותה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בجرائم נזקם" עיוני משפט כא (התשנ"ח) 191 (להלן: רנ"ר).

Hollis v. Dow Corning Corp., 129 D.L.R. (4th) 609 (1995)

ב. פרשת הוליס: העובדות וההכרעה

סוזן הוליס סבלת מmom צורני מולד בזהה, ובהגיעה לגיל 23 בקשה לתקנו על-ידי השתלה שדים תותבים, העשויים מסיליקון. מתחה פלסטי שטל בגופה שדי סיליקון, שאחד מהם נקרע כעבור 17 חודשים. חומר שדרף אל וקמותיה של גב' הוליס גרם לה לבאים. לבסוף, הוחלף שדר הסיליקון הפגום בשדר סיליקון חדש, דבר שהציריך שני ניתוחים. גב' הוליס באה על תיקונה הפיזי, להוציא כמה צלקות שנשארו על גופה. דא עקא, היא נותרה חרודה לאפשרות שחלקיים סיליקון נמצאים עדין בגופה ומסכנים את בריאותה. מהרודה זו אין גב' הוליס יכול להשתחרר. גב' הוליס חוששת גם מפני קרע בשדי הסיליקון החדשים שלה. בשל חששה זה היא נמנעת מהתעמלות, מעבודה פיזית מאומצת ומכל פעילות אחרת העוללה לגרום לקרע כאמור. כחורה מכח ונמה גב' הוליס את עבודתה כאופה. כל הרעות הללו חוביל להעינוי הכירורגי שמננו סבלה גב' הוליס במשך שבע שנים רצופות. גב' הוליס החלה אפוא לטבול מדיכאון ונזקקה לעזרה פסיכיאטרית.

בהגיעה לגיל 30 הגיעה גב' הוליס תביעה נזקין בגין מכלול הנזקים שספגה. טרוניתה העיקרית הופנתה אל הייצן של שדי הסיליקון, שאחד מהם, כאמור, נקרע בהיותו מושתל בגופה. לטענה גב' הוליס, הייצן שיוקן את שדי הסיליקון שייצר מבלי להזהר את רוכשי המוצר מפני האפשרות של קרע לאחר ההשתלה. שדי סיליקון לא נמכרו, כמובן, במישרין לידי אנשים אשר חפזו בהשתלתם. הם נמכרו אך ורק לרופאים מומחים, שמתפקידם היה להתחאים לצורכי המטופלים, ובכללם גב' הוליס. גב' הוליס טענה אפוא שחוות האזהרה, אשר, כאמור, חלה על הייצן, לא קיימה על-ידי הייצן בעמדתו מול הרופא שטיפל בה. מכיוון שבאותה עת נרשמו אצל הייצן כ-60 תלונות בוגוע לקרע בשדי סיליקון, הייצן מחויב היה, לדברי גב' הוליס, להעמיד את הרופא שטיפל בה על הסיכון האמור. אילו עשה כך הייצן, חייב היה הרופא להעביר את המסר לנג' הוליס באופן שוו תוגל לגבש הסכמה מודעת לניטהה. לטענת גב' הוליס, הסכמה זו לא גובשה על-ידיה בשל אי-מתן אזהרה כאמור.

טענה זו של גב' הוליס, שהרטחתה היבבר בראיות ובדין הקני, אכן נתקבלת על-ידי בית-המשפט העליון دمشם. קבלתה של טענה זו העולטה לדין את שאלת הנזק אשר נגרם לב' הוליס עקב אי-מתן האזהרה הדורושה על-ידי הייצן. האם מתקיים קשר סיבתי בין התרששות הייצן, שבאי-מתן אזהרה כאמור, לבין נזקיה של גב' הוליס? לדברי גב' הוליס, קשר זה אכן מתקיים: אילו הגיעה לאוזניה האזהרה הדורושה, היא הייתה נמנעת מהשתלת השדים המלאכותיים, והסביר אשר נגרם לה, כאמור, היה נחסך ממנה חולותין. אף שדברים אלו של גב' הוליס נאמרו בעודותה שבפני בית-משפט, לאחר שגב' הוליס נשבעה להעיר עדות אמרת, אמיתותם של הדברים לא הייתה נקייה מספקות. דבריהם אלו של גב' הוליס יכול שנזקנו מוחכמה שלאחר המעשה, בשעה ששאלת הקשר

הסיבתי (העובדתי), אשר נתעורה במקרה דנן, נعنيת על-פי הוכמה שלפני המעשה. למורת ספק זה האמין בית-המשפט לגבי הוליס, וקבע כי היא הייתה דוחה את רעיון ההשתלה אליו הזהירה בראי.

קבעתו זו של בית-המשפט לא הייתה בגדר סוף-פסוק. האזהרה החסורה אמורה הייתה להיות ממוגנת אל הרופא של גב' הוליס, ולא אל גב' הוליס במישרין. מכאן עלו השאלה הבאות:

1. האם הרופא היה מעביר את המידע לידי גב' הוליס אילו הובה המידע לידעתו?
2. מה היה מייעץ הרופא לגבי הוליס, נוכח מספרם המועט של מקרים שבהם נקרועו שדי סיליקון לאחר השתלה?

ראיות שהונחו בפני ערכאות השיפוט אשר דנו בפרש תוליס לא אפשרו הכרעה בשאלות אלה. אלה הן שאלות היפותטיות שענינן מצבי דברים המוגדים להתרחשויות הלכה למשעה (counterfactuals). שאלות כאלה ידועות כקשה להכרעה גם כזו נשענת על תורת הסיכויים הסתברותית. עברו מצבי דברים שבהם לא ניתן כלל לקבוע עובדות יש בדין הקניי כלל הכרעה משפטי, שלפיו פועלות שיטות משפטיות ורבות (ובכלן השיטה הישראלית). לפי הכלל האמור, במצבים אלו מוכרע השאלה העובדתית לחובתו היישראלית. לעומת כן, addCriterion הדין כמו שנושא בנטל השכנוע. בנטל זה נושא התובע של בעל-הדין אשר סומן על-ידי הדין כלפיו שונשא בנטל השכנוע. בנטל זה נושא גב' הוליס. כל אימת שמדובר בעובדות המרכיבות את עילה תביעה, וכך הוא גם לגבי גב' הוליס. תביעה של גב' הוליס נראה, על כן, לפחות לכואיה, כתביעה שנידונה לכישלון בשל חוסר הוכחה.

מוצאה זו היא בודאי תוצאה קשה, ושופטי הרוב של בית-המשפט העליון הקניי ביטאו זאת בפסק-דין, שבו הוחלט לקבל את תביעה של גב' הוליס. דחיתת התביעה בשל הסברה כי המידע הדורש לא היה נמסר לגבי הוליס, גם אם רופאה היה מקבלו מהיצן, הייתה מעמידה את גב' הוליס במצב גרווע מזה שבו הייתה עומדת אס הסברה היפותטית דין הייתה חלק מהממציאות. אילו עמדה גב' הוליס במצב האחורי, היא יכולה היתה את רופאה בגין רשלנות רפואית אשר שללה ממנה הסכמתה מודעת לניטות. דא עקא, שהמצב האחורי אינו חלק מן המציאות ועל כן אינו בריתבעה. השימוש במצב זה כהתיחסות אפשרית, כשהחלופה היא הנחת התקינות ביחס לפעולותיו המשוערות של הרופא, נראה על כן בעייתי עד מאד.

בית-המשפט העליון הקניי פתר את הקושיה בקביעו, כי אילו עשה היצן את אשר מוטל עליו והעביר את האזהרה הדורשא לרופא, הרי שהעובדות הנחותו לבירור החביבה היו ידועות: או שהרופא היה מזוהיר את גב' הוליס הלכה למשעה (או נזיקה היו נמנעים), או שלא היה מזוהיר (או נזיקה היו נגרים), אך היה כלל מקום לבחינה אלה, עילה תביעה כנגד הרופא. בכל אחד מקרים אלו, לא היה כלל מקום לבחינה הבלתי-邏輯ית מזיקה של אפשרויות היפותטיות. בית-המשפט מצא אפוא את היצן אחראי לא רק לעוולה המהותית נושא ההתדיינות – שהוא, כאמור, פגעה בדוחתה של גב'

הויליס קיבל מידע בנוגע לסיכון ההשתלה – אלא גם לשילית יכולת הראייתית של גב'. הוליס להוכחה את טענה כי הנזקים שספגה אכן נגרמו לה על-ידי אותו מעשה עוללה. מטעם זה העביר בית-המשפט את נטל השכנוע מכתפיה של גב' הויליס, התובעת, אל היצן הנتابע. הדבר קבע, כמובן, את תוצאות המשפט: היצן נמצא אחראי לנזקה של גב' הויליס. בית-המשפט קבע את אשר כרע (ברוב דעתו) בהישענו, במידה רבה, על היקש למקרה הצידים, שנדון בהרחבה במאמרינו⁴.

פסק הדין שניין בפרשת הויליס מהוזה, על כן, הכרה כמעט מפורשת (אם כי בלתי-מלאה) בדוקטרינת הנזק הראייתי⁵. צוין, כי הכרה מלאה בדוקטרינה זו, כמפורט

⁴ ראו I 1 D.L.R. [1952] 1 P.2d 1 (1948). ראו גם *Cook v. Lewis*, 199 (1948) (פסק דין אמריקני, המבוסס על עבדות והוה, ובו ניתנה הכרעה זהה). לדיוננו במקורה הצידים, ראו *U.L.F.U.* בעמ' 1901-1931; 1930-1950.

⁵ המקור שנון בפרשת הויליס מעורר אף את השאלה הבאה: מה הדין כאשר גורם עולמי אחד גורם (במובן מסוים) לנזק, אך אלמלא גורם לא, היה הנזק נגרם מילא-על-ידי גורם עולמי אחר, אשר במצב העניינים הקיימים לא רעם בפועל לנזק? זהה סיטואציה המכורת בספרות המשפטית כתיאוריה של גורם ממשי וגורם היפוטטי לנזק. פרטנן אפשרי אחד ל蹶ה כזה הוא להטיל את האחוריות על הגורם העולמי הראשון, בהיווצרו "גורם מספק" לנזק, אפילו שכן הוא בכחית גורם-שבולדיר-אין (*causa sine qua non*). פרטנן אחר, אשר אומץ בארץ, הוא להטיל את האחוריות על הגורם העולמי הראשון, בגין שלילתה של עליות הנסיבות נגד הגורם השני. על-פי פרטנן זו, הגורם העולמי הראשון, בעצם פועלו, מעמיד עניינים שבו הנזק היה נגרם על-ידי הגורם העולמי השני (ההיפוטטי), וזאת היה התובע זכאי לתחום פיצויים בגין הנזק מהגורם השני האמור. ראו ע"א 248/86 עזיבון ליל וגהנשטייל ז"ל נ' רותם חביבה לביתוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529; א' פורת "דרני הנזקן" סדר השנה של המשפט בישראל תשכ"א (בעריכת א' רוזן צבי, התשנ"ב) 221, 251.

חשוב להזכיר, כי שאלת הגורם הממשי והגורם ההיפוטטי – לפחות על-פי השקפה אשר אומצה ביחס אליה בארץ – אינה מעלה בהכרח את שאלת הנזק הראייתי. בסיס השאלת הראשותה עומדת התנחה שאין כל קושי לדעת מה אירוע בפועל בעולם האמתי ומה היה קורה בפועל ההיפוטטי, אלמלא פעלתו של הגורם העולמי הראשון. על-פי השקפה האמורה, בפרשת הrels ניתן היה, על כן, לטעון שайлן היצן (הגורם העולמי הראשון) היה מוסר את המידע הרלבנטי לדופא, מצב הדרכים היה אחד משני אלו: (1) הנזק היה נמנע, או (2) הנזק היה נגרם על-ידי הרופא (הגורם העולמי השני), וליבר הוליס היה עלה הנסיבות נגד הרופא. מניעת האפשרות של החובעת להגיע לנצח (1), כמו גם מניעת אפשרותה להגיע לנצח (2), מחייבת גרים נזק אשר מחייבת הטלה אחוריות על הגורם העולמי הראשון. לפיך, אין זה מעלה או מוגדר שאין אנו יודעים אם אללא פועלתו של הגורם העולמי הראשון הייתה מתקדים מנצח (1) או מנצח (2). די בכך שאנו משוכנעים שאחד משני המוצבים הללו היה מאמין העולה. כאמור בטקסט, בית-המשפט העליון הקנדי הגיע לאותה תוצאה, אולם הנתקחו היתה שונה במקצת.

בעיה הוזה לו שנדונה בפרשת הויליס נחוורה בישראל בע"א 4384/90 ואתوري נ' בית המשפט לניידן, פ"ד נא(2) 171. עניינו של פסק דין זה הוא תביעה נזקן אשר הוגשה בגין מוותה של يولדה

על-ידיינו, יכלה להוליך, במקורה דנן, פסקידין יותר משכנע. בית-המשפט דשם קבע, כזכור, עניין שבעובדה, שבג' הוליס היהת דותה את רעינו החשתלה אילו ידעה מראש כי אחד משדי הסיליקון עלול להיקרע בגופה. כפי שכבר נאמר, קביעה זו נחובסה על השערה אשר נשאהה מעודות לאחר המעשה, שהושמעה על-ידי גב' הוליס. דבר זה גם חשף את שופטי הרוב לביקורת מפיה של שופטת המיעוט. לעודותה זו של גב' הוליס גם נתלוותה חקירה נגידית – מביכה וחסרת תכלית – בנגוע לתרמיתה העצמית, בהינתן הפגם הצורני בשדייה. בחקירה זו היו שורות שאלות על יחסה של גב' הוליס לשדייה ועל זיקתן – בעיניה – לסייעיה להנישא. דברים אלו היו נחכמים אילו קבע בית-המשפט את אשר מכתיב השכל הישר: אין כל אפשרות לדעת, אפילו ענין של קרע בשדי סיליקון, אשר הושחלו, הייתה עשו גב' הוליס עם המידע על 60 מקרים של קרע בשדי סיליקון, אשר הושחלו, מבלי להיקרע, בגופיהם של ריבבות נשים. מסקנה מתבקשת זו צריכה היהת להוביל לשאלת נוספה: באש灭תו של מי מהצדדים אין כל אפשרות להכריע בשאלת דנן הכרעה עובדתית?

גם לשאלת זו יש תשובה מתבקשת. אילולא מעשה העולה, אשר בוצע, כפי שבורעע, על-ידי הייצן, ניתן היה לדעת בבירורו מה היהת עשו גב' הוליס עם המידע שבפועל

בבית-החולים הנتبער. הרינה של היולדת הסתבר, אלום רופאה לא ראו לנכון להפסיק בהתאם לאחת האסכולות הרופאיות המקובלות. לפי האסכולה המקובלת השנייה, ראוי היה להפסיק את ההריון. בחריטת הרופאים באסכולה הרואונה לא הייתה, ככלעצמה, בבחינת רשלנות, שכן הסיכון לילדות, אשר נערך לשימירת הרינה, היה יחסית קטן. העובדה שהסיכון הקטן הזה נטמеш הלהה למשעה אינה מעלה ואנייה מוריידה לעניין הרשלנות, שקייםנה נוכח בראייה פרוספקטיבית שלפני קרותה הנזק. דא עקא, מתחומר הראיות עליה שהמנוחה לא הווירה, כפי הגראה, בוגנע לסיכון שהמשן הרינה. אם אכון כך הוא הדבר, הסכמת המנוחה לטיפול לפי האסכולה הרואונה ולא לפי האסcoleה השנייה לא הייתה הסכמה מודעת, בידיק כמו במקורה של הוליס. בית-המשפט העליון קבע, כל כן, כי מן הדין להוכיח את התיק לרוכאה הרואונה (בית-המשפט המחווי בירושלים) כדי שוד תברור את העובדות הדרושים. כן קבע בית-המשפט העליון, כי במקורה שבבית-החולים ימצא אחראי לנזק כאמר, פיציזים שניעו לחובעים יערכו לפי הסיכוי שהמנוחה היהת בוורתה בהפסקת הרינה אילו העומדה כרביעי על הסיכון שבשימור הרינו. את הסיכוי זהה יידרש בית-המשפט המחווי לאמוד "על דרך האומדן השיפוטי" ו"תייחסן גם הערכה הסתבוכותית אשר תוכל לשמש בסיס לחיבור המשפטים רק בחלק מן האחוויות וממילא רק בחלק יחשך מן הנזק" (שם, בעמ' 191ג-ד). ראוי בעניין זהה ע"א 231/84 (להלן, העrhoה 29). עמדתו של בית-המשפט העליון בעניין פיציזים בגין שלילתה של הסכמה מודעת של המטופל לטיפול הרופאי שניתן לו קרויה, אפוא, למחרתנו. עם זאת, אנו סבורים שככל מקרה כהה מן הראוי לבסס את אחזריות הנتبער על רוקטרינה הנזק הריאתי, ולא על "פגיעה בסיכויי החלמה". ראוי להלן, בטקסט הסמן להערות 27-35.

נגול ממנה⁶. הסיכתיות העוממת במקורה Dunn הייתה, אפוא, תולדה ישירה של עולות הייצן. עוללה זו פגעה מהותית בזכותו של גב' הוליס לגבות הסכמה מודעת (או אי-הסכם מודעת) להשתלה השדים המלאכותיים. נוסף על כך פגעה עוללה זו – ראייתית – ביכולתה של גב' הוליס להוכיח במשפטה כי הייתה שוללת את רעיון ההשתלה אליו קיבלת האזהרה הרורשה. במצב דברים זה על הייצן לשאת בתוצאת עולתו, שהיא הנזק הראיתית אשר נגרם לבב' הוליס.

אומדןו של נזק זה אינו פשוט. מאמרינו מציעים שיטה להערכת נזקים ראייתיים כגון זה שבפניו. בבסיסה של שיטה זו ניצבת ההשערה שבמצבים מסוימים יש לראות באינטרס של אדם לדעת כיצד הוא נזוק אינטראקטיבי, הנזoor מזכות האדם לאוטונומיה, וכי פגעה באינטרס זה מזכה בפיצוי כספי. שיטחנו גוזרת את דמי-הנזק הראיתית מהפיקחות אשר חל בסיכון ההצלה של התביעה בשל הנזק הראיתית שנגרם לתובע. בצדיה של שיטה זו, אנו ממליצים על העברת נתן השכנוע כתויפה בשל הנזק הראיתית. בתויפה זו – שאף בית-המשפט העליון הקניי ראה להעניקה לבב' הוליס – יש להשתמש בזהירות מוגבה, וזאת בשל הסכמה של פיצוייתו והרעת-יתר הטמונה בה. סכנה זו אכן מתמשה בפרשת הוליס. בפרשא זו, הסתברות שגב' הוליס הייתה בוחרת בהשתלים של שדי סיליקון – גם אילו הייתה ערוה לאפשרות של קרע באחד מהם – לא הייתה מבוטלחה כלל ועיקר. הדבר הקטן את סיכון התביעה ex ante, לפניה קרות הנזק הראיתית, ובתוור שכואה משפייע הדבר על מידתו של הנזק הראיתית אשר נגרם לבב' הוליס. אם כך, בתויפה שמסירה את נתן השכנוע מכחפי הנגע מנזק ראייתית, חזק שהיא מעבירתו אל שכמו של המועל הראיתית, יש מעילות משל עצמה. מעילות אלו יכול שתקוזנה את נזקיהם של פיצוייתו ושל הרעת-יתר, ועל כך עמדנו במאמרינו הקודמים.

ג. פרשת הוליס לאור דוקטורינת הנזק הראיתית

נעבור עתה להדגמת הטעמים החומכים בדוקטורינת הנזק הראיתית, אשר תיעשה באמצעות פרשת הוליס. אחד הטעמים הללו הוא הגנת האוטונומיה של הפרט. אין ספק בכך שהאוטונומיה של גב' הוליס נפגעה על-ידי העמדתה העולותית במצב שבו אין היא מודעת למכלול סיבוני ההשתלה בעט שנהנה את הסכמתה לנימוח. הסכמתה של גב' הוליס לנימוח לא הייתה, אם כן, הסכמה מודעת. כמו כן גרמה הפעולה העולותית של הייצן לכך שגב' הוליס לא ידעה – אף לאחר המשעה – את סיבת הנזק אשר נגרם לה, דבר ששכל ממנה את יכולת לאמוד את זכויותיה כלפי הייצן, לעומת עליות אלו,

⁶ מכאן ואילך אנו מניחים, כפי שעשה בית-המשפט העליון הקניי, שאלמלא העוללה שבוצעה על-ידי הייצן היה המידע הדorous מניע לבב' הוליס באמצעות הרופא.

כל אימת שהן קיימות, ולמצותן בגדה של התקינות משפטית. מהטעמים שהובאו במאמרינו, שלילת יכולתה זו גם היא מזויה פגעה באוטונומיה של גב' הוליס, ועיקרון האדק המתוקן מחייב את תיקון הפגיעה.

טעם נוסף החומך בהטלה אחריות בגין נזק ראייתי הוא הרתעה. הרתעה יعلלה תושג אם הייצרן, כבעניינו, יישא בנזקי התנהגותו הרשלנית וכך יפנימם. במקרים הטיפוסיים, שבhem לא ניתן להוכיח את נזקי התנהגותו הרשלנית בדרגת הودאות הדורשה, הרתעה יعلלה תושג אם הייצרן יישא בתחולת נזקי. דוקטרינה הנזק הראייתי, כפי שהוצעה במאמרינו, אכן מSIGNA מטרה זו. הפעלה של דוקטורינה זו, כתמرين לשימוש מידע העשי להיוות לרבעתי במשפט, גם תמצער את הנזקים הראייטים גופם. דבר זה ישיע בידי בתי המשפט בקביעת מצאים עובדיתיים במשפט נזקן.

אומדן הנזק הראייתי ניתן להמחשה מטפורית מועליה באופן הבא. נניח, שהראיה אשר נשלה מגב' הוליס – שהיא החלטתה שלפני הניתות במצב של מידע שלם – מצויה בתחום קופסה נعلاה. ראייה זו, לאחר שתוצאה מתחוץ הקופסה, תוגש לבית המשפט ותזכיר את המשפט לכאן או לכאן. ברוי הו, כי שווי הקופסה מבטא את הנזק הראייתי אשר נגרם לגב' הוליס. נזק זה נגרם, על כן, לגב' הוליס עליידי שלילית הקופסה מידה. כמו כן ברור, שהקופסה – כאשר היא נعلاה ולהוכה אין ניתן להציג – שווה לשווי הנזק המוכח שנגרם לגב' הוליס, המוכפל בהסתברות שהאייה שתוצאה מן הקופסה תאמת את טענתה כי לא הייתה מסכימה להשתלה אילו הוזהה כנדרש עליידי הייצרן. מכיוון שאmittothah של טענה זו היא עניין אפשרי, אך לא ודאי, ראוי הוא שפיצוייה של גב' הוליס – ואחותיוו המקבילה של היצרן – יופחוו כמידת ההסתברותה של טענת היצרן כי גב' הוליס הייתה בוחרה בהשתלה גם אילו הוזהה כראוי. במקומות שנייהן לקבע את ההסתברויות של הטענות המנגדות הללו, יש ל选取 לפיקד הסתברויות. במקומות שלא ניתן לקבוע הסתברויות אלו יש לקבע, בהתאם לזרת ההסתברות, כי הסיכויים הקיימים – לכאן ולכאן – הם סיכויים שווים. במצב דברים זה, ההסתברות שהראיה שבקובפסא (ההיפותטית) תאמת את טענתה של גב' הוליס תהא שווה ל-0.5. התוצאה שתתקבל בדרך זו תפיצה את גב' הוליס על נזקה הראייתי באופן שיחיב את הייצן להפנים את תחולת הנזק הישיר אשר נקשר להטהגוותו הרשלנית (המודרך עלי-פי המבחנים שלפני המעשה). כך תיווצר הרתעה יعلלה ביחס לנזקים הישירים.⁷

⁷ פרופ' גלעד מעד, כי אומדנו של הנזק הראייתי בדוגמת הצידים, כפי שנעשה עלי-ידינו במאמרנו השני בסוגיה (דנ"ר (לעיל, הערה 2) בעמ' 216) איננו תואם את שיטת הערכה דלעיל, שעליה המלכנו על שיטה כללית להערכת נזק ראייתי ביתר הדוגמאות שבשני המאמרים. ראו גלעד (לעיל, הערה 1) בהערה 56. בדוגמת הצידים, המשקפת את עיקרי עובודותיו של המקה שנדון ב-*Tice v. Summers* (לעיל, הערה 4) שלושה אנשים יצאו למסע ציד. שניים מהם ירו מתחוץ רשלנות לעברו של השלישי, ואולם רק אחד מהם פגע בו, ולא ניתן להוכיח את הפגיעה מסווג שהצדדים השתמשו בכלי נשק

חוצאה זו מראה, כי נזק ראייתי, בהיותו מוצמד לנזק הישיר (שהוא, על-פי מהותו, בר-תביעה ללא עורריין), אינו נזק כלכלי טהור, כפי שטען פרופ' גלעד. האחוריות לנזק ראייתי משרתת את מטרת הרטעה ומגשימה את עיקרנן הצדק המתקנן ביחס לנזקים הישירים. יתרה מזו: דוקטורינת הנזק הריאיטי מביאה להפחחת הנזקים הריאיטיים עצם, ועל כך הרחיבנו במאמרינו.

ה.nzק הריאיטי שנגרם לגבר הוליס גם היה נזק צפוי. היצורן צריך היה לצפות לא רק את הפגיעה הבורורה ביכולחה של גבר הוליס לגבות הסכמה מודעת להשתלת שדי הסיליקון. אלא גם את חוסר האפשרות להוכיח את טיבת השלה היפוטטית של גבר הוליס במצב שבו הייתה מצויה אילו קיבלה מן היצורן את האזהרה הדורושה. העובדה שבירור עובדותתו של המקורה הצורך את הוכחתה של החלטה היפוטטית זו נובעת, כאמור, מהעדרה של החלטה אמיתית. העדרה של התרשלות הייצן – קרי: הנזק הריאיטי – היה צפוי מראש כנובע במתרשלות הייצן. במקרים אחרות, מה שהיא במתחם הנסיבות הסבירה בפרשנות הוליסט הוא לא רק הנזק הישיר גוף, אלא גם המנגנון הסיבתי העמוס שלו, שאינו ניתן להבהיר ראייתית. תופעה זו כינינו במאמרינו "nezק לא כתובת", ובקשר זהה הבהירנו, כי במקרה שאדם גורם לנזק ללא כתובת (של השולח, במקורה דן), מן הרואין לחייבו בגיןין.

עוד אמרנו במאמרינו – ונשוב ונאמר כאן – כי רואים אנו במודד הנסיבות, כיצירה נורמטטיבית, גם כלי להערכתו של מתחם הנסיבות הקיימים בפועל במידה שתמידה וראיה על-פי המטרות של דיני הנזקן. ציפויות ת-קיימה איננה, לדידנו, בגדר קולר שעלי יש

ובתחמושת חיים, ואין בידינו דעתך נוספת כלשahn. במקורה זה יש לומר לגבי כל אחד משני היוצרים כי הוא גורם לתובע את הנזק הפיזי שבגינו הוגש התביעה, ואם הוא לא גורם לתובע את הנזק הפיזי, הרי שהוא גורם לו נזק ראייתי: אילו לא נורתה לעברו של התובע היוריה אשר לא פגעה בו, התובע יכול היה להיות בבירור את היורה שפגע בו. ההסתברות שככל נתבע גורם לתובע את הנזק הישיר שלו או, לפחות, את הנזק הריאיטי, מגיעה אפילו כדי 100%. הנזק הריאיטי של מתובע את כל תביעתו נגד המועל הישיר. כך יערוך הפסדי של התובע מנוקדת והואו שלו, ובנקודות רואות זו אכן יש ממש. مكان החוצאה שעלה המלצנו, ולפיה חייב המועל הריאיטי לפצות את התובע בשווי תביעתו נגד המועל הישיר, והנתבעים יחויבו בפיצויי כאמור ביחיד ולהתוו. נתבע שיטען כי הוא לא המועל הריאיטי, כמוו כmodoה בהתוועדו המועל הישיר.

לעומת זאת, לפי שיטת הערכה הכללית של נזק ראייטי, סיכוי ההצלחה של תביעת התובע בגין נזק הישיר הם 50% ביחס לכל נתבע. מסיבה זו – כך ניתן לטעון – מחריב כל נתבע לשלם לתובע 50% מדמי הנזק הישיר שלו, חוצאה שפروف' גלעד מצביע עליה כעל חוצאה ראייה (ראו גלעד, שם). אנו סבורים ששתי הלופות אלו אפשריות, וזאת ביאורנו בכל אחד ממאמרינו (ראו דני'ר (שם), בעמ' 216, הערת 65, LFU (לעיל, הערת 2, בעמ' 1930-1931). יזכיר, כי אם נוסיף לדוגמת הצידים ציד-יורה אחד או יותר, נזקו של התובע יחויב לפאי שיטת הערכה הכללית דלעיל, והדברים הובאו בדני'ר (שם), בעמ' 217, הערת 67, ובעמ' 237-238.

لتחולות את כללי האחוריות בניזקין. הקולר שעלי יש לחולות את כללי האחוריות בניזקין – ועםם את עיקנון הצפויות הנורמטטיבית – ראוי שיהא בניי משיקולים נורמטיביים כגון הורתעה וצדקה מתקן. מנוקדת ראות זו, הטלהה של אחוריות בגין נזק ראייתי_Tisיסר מניה וביה את הצפויות הדורשנה במרקם עתידיים, ודברים שלא נהוג היה, בעבר, ליתן עליהם את הדעת ייכנסו לגדלים של דברים שיש להבאים בחשבון אגב פעילות הטומנת בחובה נזק לזרות. מובן מآلיו הוא, שהוסר אפשרות לצפות נזק פלוני יכול לשיפיע על החלטתה שלא להטיל אחוריות בגין אותו נזק, אולם ראוי הוא, בכגון דא, שנבדיל בבירורו בין נזקים בלתי-צפויים לבין נזקים בלתי-נוצפים הלאה למעשה. משטר משפטינו שאינו מטיל אחוריות בגין נזקים בלתי-נוצפים, אף כشعරונית ניתן לצפות מראש, הוא משטר שבונה אקלים חברתי של רשלנות ומ�풷ח ולזרול באינטראז הזרות. על משטר זהה בודאי שלא יוכל להמלין, ונוסף, כי מה שאמרנו לגבי הצפויות חול בשינויים המוחווים גם על חובת הזהירות. לעניינים כלליים אלו עוד נידרש המשך.

מכאן נעבור לנושא אחר, שהוא החלטתה של גב' הוליס להגיש את התובענה מעיקרה, שיש להניה לנכיה כי נתקבלה באמצעות עורכיה הדין שייצגו את גב' הוליס. עורכי-דין אלו לא יכלו לדעת את הדרך שבה יבسطו, לבסוף, בימת-המשפט העליון של קנדיה את אחוריותו של הייצן. אנו מניחים שעורכי-דין אלו נהנו בעניין זהה כדורכם של רוב עורכי-הדין: הם העמידו אל מול עיניהם את הנזק הניכר שנגרם לגב' הוליס, כשבצדתו החושה הכלילית של "לא בסדר" שאפפה את המקרה כולו. העיקנון הדיעות שלפיו אין אחוריות בגין "רשלנות באוויר" ("negligence in the air will not do") הוא עיקנון שכובדו במקומו מונח, כאשר מקומו בשעת ההכרעה על-ידי בימת-המשפט. מה שנשקל ברגע לזרcoli הגשתה של תביעה, על-ידי מי משוקל להגישה, הוא ההסתברות שימצא קולר משפטני כלשהו אשר עליו ניתן לתולות את אחוריות הנתבע, ובמוקם שיש תחשוה כללית של "לא בסדר" יש גם הסחבות בלתי-מכובלת שהקולר הדorous אכן ימצא.

נקודה זו חשובה לעניינו בשל הביקורת שבאה מפיו של פרופ' גולדען, לפיה תוביל הדוקטורינה המומלצת על-זינו להגדלה ניכרת במספר התזיניונות ובהיקפן. לביקורת זו, כביקורת אפשרית, נתנו את דעתנו במאמרנו הראשון שעסוק בנושא. כאמור, כי דוקטורינת הנזק הראייתי לא تعالה באופן ניכר את מספרם של משפטי נזקין. דוקטורינה זו עתידה לפעול במשפטים שייפתחו מילא, דבר המנוח על-ידי הגשת התובענה על-ידי גב' הוליס על רקע של מפתח-משפט שבו הדוקטורינה לא הופיעה. סביר להניח, כי כך ינהגו החובעים גם במקרים דומים אחרים, מבלי שהדוקטורינה המוצעת על-ידיינו יוכר כבת-קימה. גזרה מזו: הכרעת המשפט להובמה של גב' הוליס לא הייתה מונעת

8 ראו פטקי-דין המפורטים של השופט קורדייז (1928) 162 N.E. 99. *Palsgraf v. Long Island R. Co.*

תביעה מטעמה של תוכעת אחרת, גב' סמית, במרקם עובדתי דומה. היקף הנזק שנגרם לגב' סמית והתחווה הכללית של "לא בסדר" היו מניעים את גב' סמית לחפש עוגן משפטית אחר לאחריות היצרן. עורכידינה של גב' סמית בודאי יגסו, במקרה זהה, להשעין את אחוריותו של היצרן גם על דוקטורין הרשלנות המסורתית.

הערכת מצב זו נזונה לא רק מהתבוננותנו בדרך שבה מוגשות תובענות נזקן. היא נזונה גם מחקרים רבים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית.⁹ מחקרים אלה הראו, כי אנשים נהגים, באופן שיטתי, ליחס רשלנות בהסתכלות לאחרו (hindsight) ולא במבט פרוספקטיבי שלפני קרות הנזק (foresight). במקרים שבהם נרתם לתובע נזק כבד, ותחווה המצב הכללי (ה-"sense of situation" של קרל לואלין¹⁰) היא תחווה של "לא בסדר", הסתכלות לאחרו נוטה להגדיל באופן שיטתי את ההסתברות הסובייקטיבית, שביעי המתבונן בתמונה המצב, כי הנتابע (הקשר לנזק הקשור אליו) קשור עקיף) אכן התרשל. הערכת מצב זו, הידועה כ-", hindsight bias", מנעה את המעריך להגיש תביעה נזקן בין משום שהוא מזהה את הערכתו עם מצב הדברים לאשווו, ובין משום שהוא מאמין כי יוציאו הדברים על-ידי השופטים.¹¹ יצוין, כי קביעה של רשלנות בהסתכלות לאחרו גם יכול שתنبي תוצאה נכונה, והסקת מסקנות במתכונת של *res ipsa loquitur* ("הדבר מדבר בעד עצמו"¹²) משמשת לכך דוגמא.

במצבי דברים שבהם עסקין, התוחווה הכללית של "לא בסדר" מולדיה גם את תחווהת העול אצל התובע. התובע חש – טובי-קטיבית – כי אם הנتابע ימנע מլפצתו, הדבר לא יהיה הוגן. תחווה כלית זו איננה ניתנת להנחה שתתרגם לשפת המשפט והתקמה בגדרה של דוקטורינה משפטית מוכרת. למורות זאת, תחווה העול שיש לתובע מניעה אותו "ללכת אל הצד" כדי לתקן את המעוות מביחינו ולנקום בנتابע ה"בלתי-הוגן". תחוויות ומאורות אלו יכול שייפוי טובי-קטיביים ומוסדרים כאחד, שכן במקרים לא מעטים ישנה התאמה בין הדין לתחווה הצד. אולם, גם بلا התאמה כאמור ייטה התובע הטיפוסי להגיש תובענות נזקן במצב שתיארנו, וזאת אף אם יעמיד

9. ראו C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Jolls, Sunstein & Thaler : 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471).

10. ראו K.N. Llewellyn *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston, 1960) 238, וכן W.L. Twining *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (2nd ed., Oklahoma, 1985)

11. ראו W.L. Twining *Rethinking Evidence* (Oxford, 1990) 228-232.

12. ראו סעיף 41 לפקודה הנזקן [נוסח חדש]; ע"א 89/206 ר' בית חולים אילישע בע"מ, פ"ד מז(3) .805

לנגד עיניו את האפשרות שהשකעתו בתביעה לא מישא פרי¹³. נטיה זו חוברת אל יהוס הנזק שנגרם לתוכע לרשותה הנتابע, בדרך של הסתכלות לאחרור, חיבור היוצר סינרגיה קוגניטיבית האחראית להגשותן של תובענות נזקנן רבות.

ברי הוא, אפוא, כי התביעות שבahn מדבר תוגשה ממילא, עם דוקטרינה הנזק הראיתי או בלעדיה. הדוקטרינה המוצעת עשויה רק לחזק את הרעיון לתובע, הקים ממילא, בנסיבות שבהם ספג התובע נזק ראוי מיד הנتابע. יתכן, כי ניתן בשל כך ליחס לדוקטרינה אחריות להעלאה צנואה במספר התחדניות, אולם בשום אופן לא ניתן להאשימה בפריצת טכרים שלפריצתם אחרים גורמים אחרים. גدولה מוז:

הdockטרינה המוצעת על-ידיינו תצמצם, הלכה למעשה, את היקף של משפט נזקנן בנסיבות הטיפוסיים שבהם עסקין עלי-ידי העמדת פתרון קו-הונטי-אחד לבעה משפטית סבוכה. הפתרון האחד הטמון בdockטרינה הנזק הראיתי גם יגדיל במידה ניכרת את מספן של הפשורות. פתרון אחד זה – המושלב עם הכלל של "השתק פלוגנתא", אשר חל על כל בעל-דין שהיה לו יומו במשפט – מגדיל את מחירו של הסיכון להפסיד במשפט אצל נתבע מוסדי, דוגמתה היצרן בפרשנות הוליס, שהוא הנتابע הטיפוסי במקרים מסוימים שבו עסquine. נתבע מוסדי, אשר מולו עשויים לעמוד תובעים ובאים שמאצחים בהםים עסquine. ימאן, ברגע, להסביר לשרה משומ שזו עלילה להוות איתה פומבי להשווותיו ולהזמין תביעות נוספות. נתבע מוסדי, שהפסדו במשפט אחד על יסוד dockטרינה הנזק הראיתי עשוי לסמן כחיב בדין במשפטים רבים נוספים, ייטה להגיע לפשרה עם התובע חרף איתו החולשה הכרוכים בכל פשרה כאמור. הזמנת תביעות נוספת, שתזעואהיהן אין ברורות, לעולם עדיפה לנتابע מוסדי על פני הפה בטוח בתביעות נוספות.

dockטרינה הנזק הראיתי לא הוצעה על-ידיינו כמודל עיוני גרידא. אין מדובר כאן ביעון לשם רעיון, אשר בא להאריך תוויה לשם האדרטה (ובאמתנו זאת אין אנו באים לפקס בטעלה שיש בהادرת תורה לשמה). הצענו לנויה על וקע של בעיות מעשיות שנתעוררו במשפט נזקנן ושלא וכן עדין לפתרון משפטי נאות. בעית אלה נסקרו בהרחבה במאמיינו, ולא כאן המקום לשוב ולפרטן. כי אם נשאל, בהקשר דן, מה תהא הת蘋פה המשפטית שפוף' גלעד היה מעמיד לגב' הוליס? קשה עד מאד להניח, שפוף' גלעד היה מצד בדיחה תביעה. נראה לנו, כי ההפרק הגמור הוא הנכון. מדברי הביקורת שהוועל על-ידי פופ' גלעד ביחס לעמדתו עולג, כי הוא עצמו היה בווח בפתרון שאומץ על-ידי בית-המשפט העליון הקני. פופ' גלעד היה מלילן על העברות נטל השכנוע משכמתה של גב' הוליס אל נתפיו של היצרן הנتابע. מכיוון שהעבירות של נטל השכנוע היא מעשה שדרכו להיעשות רק בגמר מלאכת השפטה – בשעה

13 ראו Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 9), בעמ' 1489-1504.

שהעובדות הנדרשות להכרעה אין בוראות, ולאיש מהצדדים אין עוד הזדמנות להוכיה דבר או חצי דבר – העברת נטול השכנוו אל הנתקע פירושה קביעה כלל הכרעה אשר מסמן את כיסי הנתקע כפתרונות לטובת התובע, אם כך הוא הדבר, על מה לבדוק יישען – נורמטיבית – כלל ההכרעה שפروف' גלעד מכיר בחינויו, אם לא על העובדה שא"ה הودאות העובדיות (קרי: הנזק הריאיטי) נגרמה על ידי עולתו של הנתקע?

ברי הוא, כי הכרה במשענת נורמטיבית זו לכל הכרעה הדרושה תהווה הכרה חילקית בדוקטרינה ונזק הריאיטי; ואם אכן יש נוכנות להכיר בדוקטרינה זו הכרה חילקית, מדוע לא הכרה מלאה? הכרה חילקית בעיקרון משפטית מביאה להחלעה מוקעת של העיקרון ובכך היא פוגעת בהחלתו השוויונית של המשפט. לעיתים אין מנוס משללים מהיר זה למטען מטרות משפט אחרות, אולם מהן לבדוק אותן מטרות שלמען ראוי להזכיר את השווין בסוגיה דנן? ראיינו, כי אימוץ המלא של דוקטרינה הנזק הריאיטי לא יולדת התדריניות ורבות אשר לא היו נפתחות ממילא. אולם גם אם דוקטרינה זו הייתה מביאה להגדלה משמעותית במספר התדריניות, לא היה זה ברור כלל ועיקר שמדובר זה אין היא ראויה לaimon. כפי שכבר נאמר, בדבריו של פרופ' גלעד יש משום דאגה יתרה מפני פריצת סכיר בתחום האחריות בנזק. הוא דוגל בא"ה אחריות במקרים מסוימים שבהם אנו ממליצים להטיל אחריות בגין נזקים ריאיטיים. כפי שכותב פרופ' גלעד, הדבר אכן מהווע סלע המחלוקת העיקרית שבינו לבינו (והמחלקה, כמובן, מציה כולה בתחום המדיניות המשפטית).

בטרם נדון בנקודת ה视 точה זו, ברכזנו לעיר העראאת. דאגתו של פרופ' גלעד מופנית בעיקר אל העבריה של הרעתה יתר בוגדים של דיני הנזק. אם כך הוא הדבר, תמורה בעינינו תמייתו של פרופ' גלעד בהעברת נטול השכנוו אל שכמו של האחראי לנזק ריאיטי במקרים דוגמת פרשת הוליס. ניכר הוא, שהדבר מביא לפסק-דין אשר מזכה את התובע במלוא תביעתו, בשעה ששעوروו של הנזק הריאיטי שנגורם לתובע (השווה, כאמור, לתוחלת הנזק היישר שלו, על-פי האומרן שלפנוי מעשה העולה) נופל מכך בהרבה. אשר על כן, הפתרון שבו חומך פרופ' גלעד, הוא אשר מביא להרעתה יתר במקרים דוגמת הוליס, בשעה שפותרונו לנו בא למנעה. באשר לקרים האחרים, כפי שתכתבו במאמרינו הקודמים, העברת נטול השכנוו לא תסייע במאומה לתובע אשר ספג נזק ריאיטי ונותר בלבד ראייתו. כאשר הסתרות תביעתו של התובע אינה מגיעה ל██% של 50% בעטיו של הנזק הריאיטי, הרי שלהעברתו של נטול השכנוו – שעוניינו, כאמור, כלל הכרעה במצבים של "זיקו ריאיטי" – לא תהא כל נפקota. הרעתה המזיקה במקרים כאלה תהא על כן חח-אופטימלית. בחירה זו בין הרעתה יתר להרעתה חסר היא ווצאה הכרחית של כלל משפטי שימושו והיא "הכל או לא כלום". מטעם זה גם המלצנו על כלל אחר, העשו לשורה טוב יותר את עניין ההרעתה. המלצנו לא שללה את התרופה

המשפטית אשר באה בדמותה של העברת נטל השכנוע מהותכע אל הנتابע. תרופה זו מתאימה, לדעתנו, לכמה מעצבי דברים, ועליהם עמדנו¹⁴.

כאן המקום לשוב אל כלל אי-האחריות, שבו, כאמור, דוגל פרופ' גלעד. מה משמעו של כל זה? אי-האחריות בנזקן משמעה חירות הוהפלדיאנית, קרי: חופש פעולה אשר בכללו החירות להסביר נזק לוולת, מבלי לחוב עקב בכך בחובת פיצויו כלשה. צמצומה של האחריות בנזקן, משמעו הרחבת החירות להסביר נזקים. שיטתו של פרופ' גלעד, הממליצה לצמצם את האחריות בגין נזקים ראייתיים, מביאה אפוא להרחבתה של החירות להסביר נזקים אלו. המדובר הוא, כאמור, רק בחירות להסביר לוולת נזק ראייתי גרידא, אלא גם בחירות להסביר לוולת נזק פיזי, תוך שלילת יכולתו של אותו זולת להוכיח את סיבת הנזק. חירות זו תנצל, ברגע, על-ידי מי שכוחו לנצללה. היא תפגע, ברגע, באנשים שאין בכוחם להגן על עצם מפני נזקים ראייתיים. מיצגם הטיפוסי של נפגעים אלו הוא אדם הסופג נזק פיזי "ללא כתובות השולח" במצב דברים של סיכון עזומה. היכול להסביר נזקים כאמור נתון, ברגע, בידייהם של מפעלי תעשייה, שפעילותם כרוכה בסיכונים שונים למי שנחשף לה, בשעה שנפקידם הסיבתי של סיכונים אלו – בכל הקשור לתחליק הגירמה של הנזקים הפיזיים היישרים – אינה ברורה. נפקות סיבתיות זו היא לעיתים בלתי-ברורה, משום שלא ניתן לכל לבורר מהמת מגבלותיו של הידע הקיים. נפקות זו יכול שתישאר בלחץ-בירורו גם בעטיו של הרצן לא לדעת, המאפיין, למרבה הצער, העשיות לא מעטות (להלן אף עוסקות בהנדסת טכנולוגים, במובן של "risk-management"). היכול להסביר נזקים כאמור נתון, ברגע, גם לרווחאים בעמדם מול פצייניטים, כפי שמודגם על-ידי פרשת הוליס ועל-ידי מקרים נוספים שנדרשו במאמרינו הקודמים. כוח זה נתון, כמובן, גם בידיים של אנשי מקצוע אחרים, כל אימת שקיים פער במידע ביניהם מי שנזקק לשירותיהם. כוח זה מצוי גם אצל מי שמנהיל רישומים ומרכז מידע בנוגע לוולת הדבר שבחבנה (על-פי דין או מכוח חזחה). וברינו מכוננים בעיקר אל רופאים ומוסדות רפואיים, בכל הקשור לרישומים בנוגע לבדיקות ולטיפולים שהם מוצעים¹⁵, אולם לא רק אליהם. וברינו מכוננים גם לבעלידים, המנהלים רישומים בנוגע ל渴בקות עוברים ולקיים בעבודה, רישומים הנדרשים לעתים קרובות במשפטים שעניהם הפליה בחשוסקה¹⁶. הפרת חובת הרישום וכן השמדת רישומים אף הן גורמות, לשיטחנו, נזק ראייתי בראתיבעה, וגם במצבם דברים אלו מדובר, ברגע, בכוחות בלתי-שוויים.

14. ראו *LFU* (עליל, הערה 2, בעמ' 1895; 1941-1960).

15. ראו *LFU* (שם), בעמ' 1914-1951; 1916-1919, וכן *דןיר* (עליל, הערה 2), בעמ' 250-251.

16. ראו (1989) 490 U.S. 228 (*Price Waterhouse v. Hopkins*), בעמ' 1905-1906.

בגדרו של טיפול בבעיית הנזק הראייתי לא ניתן על כן – וגם לא ראוי – להתעלם מdafos זה של "חזק מול חלש". דוקטרינה הנזק הראייתי, שעליה המלצנו, ניזונה גם משיקול חברתי זה (ועל כן יש לה הצדקה גם מטעמי הצדק החלוקתי). שיקול זה מצטרף אל השיקולים הנגזרים מהתורת הנזקיין הכללית (צדק מתקן והרעתה עיליה). דוקטרינה הנזק הראייתי בפירוש גוזעה למונע מכך דברים המאופיינים באמרה הידועה "*might makes right*". דוקטרינה זו, כפי שכבר אמרנו, אינה רק מושחתת לוגית על תורת האחריות בזקין. דוקטרינה זו גם קשורה קשר אמפיריאיסטומנטלי לעניות שכמציאות ולפתרונות, ובכך עיקר כוחה.

ד. דוקטרינות הנזק הראייתי ותורת הנזקיין הכללית

כפי של פروف' גלעד חמש נקודות ביקורת, שאוון הוא מעמיד על ארניה של תורת הנזקיין הכללית. נקודת הביקורת הראשונה שמעלה פروف' גלעד נוגעת לבעיית העלות המנהלית הכרוכה בשימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי. פروف' גלעד מעלה חששות שמא העלות המנהלית הכרוכה בריבוי תביעות, עקב אימוץ הדוקטרינה, ובಚפות בתירה המשפט בתביעות שלולות את ההצדקה להעמדת תרופות משפטיות יהודיות בגין נזק ראייתי. לדוגמה זו השיבונו אגב דיוונו בפרשת הוליס, ועוד נער נגידיה כמה העורות. נקודת ביקורת שנייה עניינה החשו של פروف' גלעד מהותעת יתר, שהיא תופעה שלילית לכל הדעות. הרותעת יתר משמעה, שמדוברים בכוח ימינו מפעליות מסוימות או יקחנו את היקפן באופן שאינו מוצדק מבחינה חברתית, עקב החשש המופוץ מהטלת אחריות משפטית, שיוציאר בלבם. נקודת ביקורת שלישית עוסקת בחותם הזיהורות. הטלת אחריות בגין רשלנות – וזה העולה שבגדורה ראוי, לדעתנו, לאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתי – מחייבת הכרה בקיים של חובת והירות. חובת והירות, בהקשר הנוכחי, משמעה חובתו של המזיק בכוח להימנע מלגורום נזקים ראייטיים על דרך של התDSLות. פروف' גלעד טוען שלא עסקנו במאמנו בחותם והירות, ולמעשה הנחנו את קיומה כמכוןarial. נקודת ביקורת רביעית נסבה על אופיו של הנזק הראייתי כנקך כלכלי טהור ועל הבעיתיות שיש בהטלת אחריות בגין נזק מסווג זה. פروف' גלעד לא השתכנע מטעונו כי חוף אופיו זה של הנזק הראייתי ראוי להטיל אחריות בגיןו. הוא אף מביע חשש (בפרק "בעיית המדורון החלקלק") כי עלול להיווצר סחף אשר יביא להטיל אחריות במרקם רבים אחרים שבהם נפגעת זכותו של אדם לדעת כיצד אידעו נזקי, וככלל זה מקרים שבהם הנזק נושא התביעה נגרם עקב מחדל גידא. נקודת ביקורת חמישית מתחקמת בעניין הצפויות: נזק ראייתי לעחים קרובות אינם צפוי, ובשל כך אין זה ראוי להטיל אחריות בגיןו. לטענת פروف' גלעד, אנו מקלים עם דרישת הצפויות הקלה בלתי הולמת. בנקודת זה עסקנו אגב דיוונו בפרשת הוליס, ובפרק זה ניהוד לה רק מילים ספורות.

מאחר שקיים מכנה משותף אחד לכל נקודות הביקורת שפורטו לעיל – והוא חשש של פרופ' גלעד מפני הרחבה יתר של האתירות בנזיקין – ננסה להסביר על כוון ייחודי. אכן צודק פרופ' גלעד, כי הטלה אתירית בגין רשלנות מחייבת קיומה של חובת והירות (נקודה שלישית). אולם מהו המכון לקיומה של חובת והירות? המכון הוא כפוף: מצד אחד, צריך לנזק להיות בר-צפיה מן הבדיקה הטכנית, ומצד שני, עליו להיות בר-צפיה מן הבדיקה הנורמטיבית. איננו סבוריים שיש לוותר על דרישות אלה. אכן, אם הנזק הריאיתי אינו צפוי טכנית, קיים קושי ממש להחיל את הדוקטרינה (נקודה חמישית). בכל הדוגמאות שנדרנו במאמרנו, המקהלה היחידה שעוררת בעיתת הצפיפות הטכנית הוא דוגמת הצידים. ככל שאור המקרים נתקיים ודרישה זו בלא כל ריבוך שהוא. השוב אولي להבהיר, בהקשר זה, מה משמעותה של דרישת הצפיפות ביחס לנזק ריאיתי: משמעותה היא שהנתבע צפה, או יכול היה לצפות באורח סביר, שעקב התנהגוו בת האשם עלול להיווצר אצל התובע קושי לדעת מי גרם לו לנזק, כלו או חלקו. אמת, יש להניח שבמრבית הדוגמאות שנדרנו, הנתבע לא צפה שתוטל עליו אחריות משפטית בגין הנזק הריאיתי כשלעצמו, ובוודאי שלא ידע על דוקטרינה הנזק הריאיתי. אולם בכך אין כל קשר לשאלת הצפיפות הטכנית: צפויות זו מתייחסת לגרימת הנזק כדבר שבעודכה, ולא לנשיאה אחריות משפטית בגין. ברי הוא, לדעתנו, כי מי שגורם לזלחת נזק ישיר או יוצר כלפיו סיכון ממש לגרימתו של נזק ישיר, והנזק הישיר צפוי הוא, בפועל או בכוח ממש, אשר מכסה את הנזק הישיר גופו, מכסה גם את חוטר הכתובת, קרי: את הנזק הריאיתי. כך הוא לגבי כל אוחם מקרים שבהם הנתבע האחראי לנזק ריאיתי הוא אותו נתבע שלו מיווססת (או עשויה להיות מיווססת) האתירות לנזק הישיר שנגרם לחובע (ונענין האתירות לנזק הישיר לוט, כאמור, בפרט, בגין הנזק הריאיטי). ביקורתו של פרופ' גלעד בנקודת זה יפה, על כן, רק לגבי הטלה אתירית עצמאית לחולוטין בין נזק ריאיתי במרקמים שבהם אין זהות בין המועל הריאיטי לבין הגורם שיוכל להיות אחראי לנזק הישיר (רוגמת עזר-דין שאיבד ראייה מכרעת אשר יכללה לסייע ללקוחו¹⁷). דא עקא, שלגבי קבוצת המקרים האחוונה המלפני במפורש להקפיד על קיומה של הצפיפות הטכנית ולא להטיל אחריות בהעדרה¹⁸. ביקורתו של פרופ' גלעד, ככל שהיא נוגעת לקבוצת מקרים זו, היא אפוא בבחינת התפרצויות לדלת פתוחה.

נעבור עתה לשאלת הצפיפות הנורמטיבית. המעים שאליה זו לדין, כמו כן בשאלת: "האם רצוי שתוטל אחריות בנזיקין על מי שהתרשל ונרגם נזק לתברוא?" השאלת נשאלת בהקשרינו היא אפוא זו: האם רצוי להכיר באחריות בגין גרים נזק ריאיתי

17 ראו Velasco v. Commercial Bldg. Maintenance Co., 215 Cal. Rptr. 504 (Cal. Ct. App. 1985), ודיווננו לפקס-ידיין זה ב- LFU (עליל, העירה 2), בעמ' 1921.
18 ראו LFU (שם), שם.

בהתrelsות, או שמא יש להימנע מכך? במסגרת הדין בשאלת זו עליה מניה וביה בעיתת ההצעות המנהליות (נקודה ראשונה) וכן הבעה של הרעתה יתר (נקודה שנייה). השאלה שtoiשלהה זו, האם בעיות אלה הן אכן בעיות של ממש בהקשר לעניינו, וכיידן הן עומדות אל מול יתרונותה של דוקטורינת הנזק הראיתית. לשאלות אלה ניסינו להסביר בשני מאמרינו, ושם פירטנו לגביהם בהרחבה. לא היה, על כן, מקום לטעון לנו שאננו עוסקים בשאלת דברת חוכת התהירות: כמעט רק בה אנו עוסקים בשני המאמרים אחד. לדענו, לדוקטורינת הנזק הראיתית יש יתרונות ממשמעותיים ביותר. דוקטורינה זו מכיאה לכך שמדוברים בכוח היו נתונים למשטר של הרעתה אופטימלית. היא מביאה גם לעשיית צדק מתקן עם נזוקים שונים שנפגו בגופם או ברוכשם, ואין ביכולתם – מסיבות שונות, שהנתבע אחראי להן – לתבוע פיצוי בגין נזוקיהם. סיוגו האנליטי של נזק ראייתי כלכלי (נקודה רביעית) אינו מעלה ואין מוריד לעניין זה. כן, למשל, סבורים אנו שטוב יהיה – הן מבחינת הרעתה והן מבחינת צדק מתקן – שפעל אשר פולט קרינה רדיואקטיבית והורג USERSים בני אדם בשנת¹⁹ ישם בגין הנזקים שגורם, ולא ימלט מן הדין. כן אנו סבורים שטוב שיצר המיצור תרופות פגומות וגורם עקב לכך גורקי קשים לא יתחמק מתשלום פיצויים, אפילו אם קיימים כמה לצרנים המיצרים את אותה תרופה ולא ברור מי מביניהם הוא היוצר המוסיף שגורם לנזקי של החובע הספציפי²⁰. כמו כן מנסים אנו להראות שהרעתה אופטימלית וצדקה מתקן יושגו עליידי החלטה של דוקטורינת הנזק הראיתית גם במסגרת קבוצות מקרים אחרות. דברים אלה נזרנו בהרחבה במאמרינו, ולא נחזור עליהם כאן.

האם יתרונות ברורים אלה יקווזו על-ידי עליות של הרעתה יתר ועל-ידי ההצעות המנהליות גביהו, שבזהן לocket, כביכול, הדוקטורינה? לא ולא. באשר להרעתה יתר (נקודה שנייה), אין אנו סבורים שזו תהא התוצאה של הפעלת הדוקטורינה. דוקטורינה משפטית, המביאה לכך שככל מזוק ייאח לנגד עניין, בסופו של חשבון, את תוחלת נזקי העוותחים הישירים כאזם המרחק מעל ראשו, היא דוקטורינה שمبיאה להרעתה אופטימלית ולא להרעתה יתר. אנו סבורים גם, שבהדרה של דוקטורינת הנזק הראיתית תיווצר הרעתה חסר, שהחוכרותיה בורורים מآلיהם. ואף זאת יש לזכור: דוקטורינת הנזק הראיתית מנסה לקרב את מצב העולם הקיים, שבו יש נזקים ראייטיים, למצב העולם ההיפותטי, שבו אין נזקים ראייטיים. והוא יתרונה הגדול ביותר של הדוקטורינה. כמו כן שואפת הדוקטורינה להביא לכך שבתוות הארוך יגמו פחות נזקים ראייטיים. כך, למשל, בדוגמה של מפעל שפולט קרינה רדיואקטיבית והורג USERSים בני אדם מר' שנה, לא תיווצר כל הרעתה יתר אם המפעל ישלם, בסופו של דבר, פיצויים שייכסו את הנזקים הפיזיים שגורם. במקרה זה, כבמקרים רבים אחרים, מה שיעומו לנגד עיניהם של בעלי

19. ראו דנ"ר (לעיל, העונה 2), בעמ' 224-226 (קבוצה שנייה של מקרים טיפוסיים).

20. ראו דנ"ר (שם), בעמ' 212-224 (קבוצה ראשונה של מקרים טיפוסיים).

המפעל,بعث שיככלו את צעדיהם עובר לאירוע הנזק, הוא תוחלת נזקי היחסים ועולתיים של המפעל, ולא סכום אחר – בלתי-אופטימלי – העולה על תוחלת זו או נופל ממנה. דברים אלו ניתן להסביר על נקלה אף לדוגמת היצרנים²¹, ולמעשה גם לכל יתר הדוגמאות שנדרנו במאמרינו.

נעביר עתה לעניין הוצאות המנהליות. פרופ' גלעד מעלה חשש שמא בתיח'ה משפט יוצג בתביעות בעקבות הכרה ברוקטריה הנזק הראייתי (נקודה ראשונה). הוא אף מזכיר את בעיטה המדרון החקלק: הכרה בנזק ראייתי במקרים מסוימים עלולה להביא להכרה בו ובנזקים שכמותו אף במקרים רבים, שבתם המחיר החברתי הכרוך בכך עשוי להיות כבד מושוא. בתיח'ה משפט עלולים למצואו את עצם מוצפים בתביעות, וזאת יש למנווע. בבעיה אפשרית זו עסקנו בהרחבה במאמרנו שהחפרנס בארץות-הברית²², וגם כאן עסקנו בה באופן חלקי אגב דיזנו בפרשנות הוליס. למה שכבר אמר עליידינו בהקשר דן ונוסף אך זאת: בצדκ התירועו בתיח'ה משפט בעבר שיש להיזהר משנה זהירות המשימוש בטיעון ההצפה בתביעות²³. טיעון זה הועלה בעבר, בכמה הקשיים, נגד הטלת אחירות בנזקן, ולאחר שנדרה הטיעון והוטלה האחירות, לא פקדת אותו הצפה תביעות שעניןן האחירות החדשה²⁴. העמדת כל האחירות חדש יצרת, כמובן, תמרין לימיוש הכלל על-ידי הגשת תובענות חדשות, אולם מכאן ועד להצפת בתיח'ה משפט הדרך וחוקה. החלטה להגיש תובענה בעניין ממוני נזונה, ברגע, מסיוכי התובענה להתקבל, מהסכים שעתידי להיפסק לטובת התובע אם יזכה במשפט, וכן מהעלויות הכרוכות בניהול התובענה. העמדתו של כלל חדש אשר קובע אחירות בנזקן, אין בה, בשהייא לעצמה, כדי להשפיע השפעה ניכרת על החלטות בדבר הגשת תובענות. החלטות אלו תושפענה, בעיקר, מתוכנו של הכלל החדש בהשוואה לכלי האחירות הקיימים, כሞמי תביעות. עובדות המקורה והראיות שבאמתתו של התובע, אשר קובעות את סיכוי ההצלחה של תביעתו, וכן הוצאות אשר תיכרנה בניהול התביעה ושיעור הפיצויים הצפוי במקורה שה汰עה תצליח – כל אלה ייבחנו באורח השוואתי, בגדרו של הכלל החדש מזה ובגדרויהם של כללי האחירות הקיימים מזה. זאת ועוד: במקומות שמדובר בתובענה בעלת סיכויים טובים להתקבל, קיים סיכוי ניכר שהצדדים לתובענה יתאפשרו ביניהם, אם לפני המשפט ואם באחד משלבי המוקדים. כפי שכבר אמרנו

21. ראו (1980) 21 Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924 (לעיל, העדה 2 בעמ' 1916, 1918 וайлך).

22. ראו LFU (שם), בעמ' 1949, 1917-1913 .1953-1949.

23. ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 135, 113.

24. כך היה, למשל, עם האזריות שהוטלה בגין נזק בלתי-מנוני שאינו נלווה לנזק גופ (ראו פסק-הדין בעניין עיריית ירושלים, שם) ועם ההכרה בעילת תביעה של הנזק העיקרי בرع"א 444/87 אלסוהה נ' עיובון המנתה דור דהאן זיל, פ"ד מוז (3) 397.

בעניינה של אחירות לנזק ראייתי, אחירות זו תחולוה על-פי רוכב לאחירות לנזק הישיר, כאשר שני סוגים האחריות הללו מיוויסים לאורכו נחבע. במקרים טיפוסיים אלו, המכונין בפינו "נזק ללא כהות", עניינו בתובענות שתוגשנה מילא, בגדיריהם של כלבי האחירות הקיימים, וזאת מהטעמים שכבר פרטנו. כפי שנאמר לעיל, דוקטרינה הנזק הריאיטי אף תורמת לסילוקן של תובענות מסווג זה בדרך של פשרה. במקרים נדירים יותר, שבתם תוגשנה תובענות בגין נזק ראייתי בלבד – כאשר הנתקע שלו מיוחסת האחירות בגין אינו יכול להיות אחראי לנזק הישיר – יהול כל הرسلנות שעליו המלצנו, ולפיו הנתקע לא יימצא אחראי בגין אפשרות סבירה לצפו מראש את הנזק הריאיטי. ככל זה עתיד לצמצם את מספר התביעות שתוגשנה בגין נזק ראייתי בלבד.

במישור עקרוני יותר, לטען בדבר הצפת בתיחוות נזקין יש מקום (אם בכלל) באחד משני המוצבים הבאים: (1) כאשר מדובר בנזקים זניחים, שאין זה ראוי להטריח את מערכת המשפט בגיןם; (2) כאשר קיים חשש ממשי לתביעות טרף. עניינו אינו נכנס לגרונו של אחד המוצבים הללו. נזק ראייתי אינו נזק קטן ותרח השיבות. בכל המקרים שנדרנו במאמרינו מדובר בגין נזק ראייתי שבטעו אין הטעוע יכול לזכות בפיוץ בגין נזקי גוף או נזקי דכוש ממשיים. מטעם זה, גם החשש מפני תביעות מפוברקות בגין נזקים ראייטיים הוא חשש רגיל, והואותו לא. חשש זה איננו גדול יותר מהחשש הקיים בקשר לתביעות נזקין רגילה, שענין נזקי גוף או נזקי דכוש. מסיבה זו הוטפנו וטענו במאמרינו, כי אף בסיגנו האנאלטי של נזק ראייתי בגין נזק ראייטי אין כדי לשנות את המסקנה שיש להטיל אחירות בגיןם. אין להתח על טיגרים הפורמלים לטשטש את המהות. בסופו של דבר, עסוקין בנזקים פיזיים שהנתבע מען (או יתכן שמנע) תביעה בגין במעשה בר-אשם עליידי יצירת הנזק הריאיטי אצל הטעוע. נזקים אלו אינם חפרי חשיבות, וכאמור אין כל חשש ממשי שיירבו תביעות מפוברקות בגיןם (בהשוואה למצב הקיימים מילא). נזק ראייתי הוא נזק שהותבע יידרש להוכחו במשפט בכל נזק אחר, ולא ידי יהיה לטען לקומו. חזקה על בתיחוות שלא יפטקו פיצוי בגין נזק ראייטי אלא לאחר שייכוח בפניהם שנזק זה אכן נגרם בפועל.²⁵

אמת, יתכן לעיתים נזקים ראייטיים המחייבים בפגעה בריאות שמתיחסות לקיוםם של נזקים כלכליים. בהקשר מיוחד זה, עומדת לזכותנו ההגנה של "מהה נפש". אם הנזקים הכלכליים שבהם עסוקין לא יהיו בני-תביעה מלכתחילה (מסיבות טבות יותר או טובות פחות), ועל כן לא חוקם לגבייהם כל כוותה זיהירות, ברור הוא כי התביעה שענין נזקים ראייטיים נלווה טיפולנה אף הן. מאידך גיסא, אם תחילית שיטת המשפט

25 מי שאינו מאמין בחזקה זו בהקשרו של נזק ראייטי מחייב, לדעתנו, להסביר מדוע הוא מאמין בה במקרים שמדובר בהתקדיינות שענין נזקים אחרים (בחנחה שאין מדובר בהבעת ספקנות כוללת ביחס לעשייה השיפוטית בכללותה).

להכיר בזוקים כלכליים כנזקים בני-חברה, גם נזקים ראייתיים נלוים יוכרו כזוקים בני-חברה. הא בהא תלי. המכריר המשפט שמליכנו לתוצאה זו הוא חובת הוחרות. אין אלו טענים, כי בגין כל נזק ראייתי, באשר הוא, תקום חובת פיצוי. נזק ראייתי, ככל נזק אחר, כפוף ל מבחנה של חובת הוחרות.

באשר למקרים שנדרנו במאמרינו, אנו סבורים שקיים טעם טובים להטיל בהם אחוריות בגין הנזק הראייתי. בכל אחד מקרים אלו עוכר הנזק הראייתי את מבחנה של חובת הוחרות (אולי אף בהצעתיות יתרה). לאור זאת, ראוי, לדעתנו, לדוחות את טענה "המודון החלקלק" שהועלתה על-ידי פרופ' גלעד. לפי טענה זו, אם נכיר באחריות בגין נזק ראייתי במקרים מסוימים – לאחר שימושם מקיימים את אמות המירה של חובת הוחרות – עלול הסבר להיפרן, ונמצא עצמנו, במהרה, מכירים בתביעות נזקין ובוות השחן תביעות בלתי-ראויות. בעניינו אנו, טיעון זה כמהו בטיעון שאין להטיל אחוריות בגין נזקי גופו ורכושו, שכן ישנים מקרים של נזקי גופו ורכושם אין זה ראוי להכיר בחובה והירות, והסביר עליל להיפרן. על כן, טיעון "המודון החלקלק" משול בעניינו לטרוניה של אדם האומר: "אני מード אווב לאוכל בננות, אולם נמנע מאכילתן מפני שאחרי אכילתה של בינה אחת אני רוצה לאכול את השניה, את השלשית, את הרבעית, את החמשית, וכך עד אין קץ. בשעה שאין זה בריא לאכול כמה מופרזת של בננות".²⁶ אנו סבורים, כי נצא ידי חובתו אם נאמר לאדם כזה "אכול شيء בננות ואחר כן הרף".²⁶ טיעון "המודון החלקלק", שעליו נסמך פרופ' גלעד, קורא הלכה למעשה להעדרת פחרונות פשטיניים וגורפים לבעיה משפטית ("אין אחוריות לנזק ראייתי בכל מקרה") על פני פתרונות עדינים יותר, הפטرون העדין יותר, שעליו אנו ממליצים, מבחן בין נזק ראייתי מסוג אחד, נזק ראייתי. הפטרון העדין יותר, שעליו אנו ממליצים, מבחן בין נזק ראייתי מסוג אחר, שבגינו אין מקום להטיל אחוריות בזוקין.

ה. דוקטרינת הנזק הראייתי והמקרים הטיפוסיים של סיבותיות עמוונה

פרופ' גלעד סבור גם, כי בעניינים אחדים דוקטרינה הנזק הראייתי כל אינה מוטיפה על הפטרונות הקיימים במשפט הנווה, ולעתים אף גורעת מהם. כן הוא סבור, שבמקרים אחדים המשפט הנווה לא הכריר באחריות במצבים שבהם אין מצעים להחיל את

.F. Schauer "Slippery Slopes" 99 *Harv. L. Rev.* (1985) 361 26

דוקטורינה הנזק הריאתי, יש להניח שהסיבות לכך טובות אף למניעת החלטה של דוקטורינה זו.

לאור דברים אלה, חשוב שນבادر – עוד בטרם נשיב לגוף הביקורת – כי אין אנו רואים בדוקטורינה הנזק הריאתי את חזות הכל. דוקטורינה זו לא הועצה על-ידיינו כדוקטורינה-על, אשר באה להחליף את שלל הਪתרונות המשפטיים המקבילים ועל-ידי כך לצור דין נזקן חדשם. לא זו היתה כוונתנו, וחבל שדברינו לא הובנו כhalbם. עם זאת, דוקטורינה הנזק הריאתי איננה רק כלי טכני שייעודו הרחבת האחריות בנזקן משיקולים חיצוניים, שאינם מצויים בכלל עצמו (אף שבמקרים רבים הדוקטורינה אכן מביאה להרחבת האחריות). המדובר הוא בדוקטורינה משפטית בעלת הצדקה נורמטטיבית משל עצמה. הצדקה זו ניזונה משיקולים שבמהותם, ואלו פורטו בהרחבתה במאמורינו. אנו סבורים שכן ישנים מעצים שבהם יצירה קושי ראייתי אצל טובע בנזקן מצדקה, כשהלעצמה, את החלטה של חובת הפיצוי על הנחבע אשר יצר את הקושי. בכך אין כדי לגרוע מהסדרים משפטיים מקבילים. הסדרים מקבילים אלו עשויים לעיתים להביא להטלת אחריות וחייב יותר בהשוואה לו שוטוט על-ידי דוקטורינה הנזק הריאתי. לעיתים תהא האחריות המקבילה צרה יותר, ולעתים היא לא תקום כלל. ריבוי עילות הוא תופעה נפוצה במשפט, והכללו הוא שעה אחת אינה שוללת את חברתה.

נקודה אחרת שראוי להציגה בהקשר דין היא זו: כמה מן הਪתרונות המקבילים, אשר קיימים בדיון הנוגג, ניזונים משיקולים הקשורים לנזק ראייתי ולאחריות שראוי להטיל בಗינו. לדידנו, על פתרונות אלו ניתן להשיקף – ולעתים אף רואוי להשיקף – בעל דוקטורינה הנזק הריאתי בצורתה הבלט-מפוחתת, ועל כך עמדנו כבר במאמורנו הראוי בנושא.²⁷ דוגמא מובהקת לכך היא הדוקטורינה של "אובדן סיכוי החלמה", שבגבולותיה הצדדים נראית עניין רפואי, גלעד עדיפה על-פני דוקטורינה הנזק הריאתי.²⁸ הדוקטורינה של "אובדן סיכוי החלמה" הורגמה על-ידיינו באמצעות המקרה הבא: אדם מקבל לביהר חולמים במצב שבו היה צריך לנתחו מיד. לפי המידע הרפואי, ניתוח זה היה מעמיד לחולה סיכוי החלמה בשיעור של 75%. בשל רשלנות הרופאים נדחה ניתוחה למועד מאוחר יותר, וסיכוי החלמו של החולה ירד ל-25%. החולה לא החלם והלך לעולמו.²⁹ הדוקטורינה של "אובדן סיכוי החלמה" מעמידה לתובע בין מקרה זה פיצוי

27 דאו *LFU* (לעיל, הערא 2), בעמ' 1896-1902; 1897-1905.

28 דאו גלעד (לעיל, הערא 1), בעמ' 338-339.

29 בנתן לשינוי עובדות, שנעושו לשם פישוט הדברים, מקרה זה נגיד מהקרה אשר נדון בפסק-דין של בית-ההלוודים 750 [1987] 1 A.C. 750 ב-*Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*. במקרה זה נגדיר מקרה זה החלטת בית-ההלוודים שלא להכיר באובדן סיכוי החלמה לנזק ברתוביה. כך הוחלט גם בפסק-דין *Lawson v. Laferrriere*, 78 D.L.R. (4th) 609 (1991). מהבחינה ההלכתית, ספק אם ניתן לדאות בהלכות אלו סוף פסק, ותיתכנה התפתחותיו

בשיעור של 50% מהנק המלא אשר אירע במקרה דנן. פיצוי זה משקף את ההפרש שבין סיכון החולמו של המנוח בשעת התקבלתו לבית-החולמים לבין סיכון להחלים לאחר דחייתו הרשלנית של הניתוח (בain ראיות, אנו מנהחים, לטובה הרופאים הנתבעים, שהניתוח גופו בוצע כדכعي).

דרך זו נראית בעינינו אונומליות. סיכונים שהיו ואינם, ובצדם סיכונים אשר נוצרו עקב הפחתת הסיכויים, מהווים יחריו ישות מושגית-לשונית, שבינה בין העובדות כהוויותן אין ולא יכולים. המזיאות, כפי שאנו מכירים אותה, מורכבת מאירועים דיכוטומיים (כגון אירוע של נזק או אירוע של העדר נזק), אשר יכול שיתרחשו ויכול שלא יתרחשו. נסע שטס במטוס ומגיע בבטחה ליעדו איננו נתון, מבחינה אובייקטיבית, להתרסקות-בראשית-התהוויה בעיטו של סיכוי התרסוקות נמוך, אשרollo להל תיסח וטישה. גם במקרה של חקלת חמומה במוטוס, אשר אירעה נגד עינו של הנושא ולבסוף תוקנה, אין מדובר, מבחינה אובייקטיבית, בראשית התרסוקות, וזאת גם אם הנושא חשש שהמטוס יתרסק. המזיאות האובייקטיבית שבדוגמא זו היא מציאות שכוללת בתוכה את התקלה, אשר אירעה כפי שארעה, ואת הפחד שאחו בוגשו, הוא והו לא. אין מציאות זו כוללת סיכונים וסיכויים כלשהם. אלה האחרונים שייכים לסתטיסטיקה, וכשם שאירועים אינדיבידואליים אינם מעוניינה של סטטיסטיקה, כך גם העוניינים שבסטטיסטיקה אינם נחלתו של אדם אינדיבידואלי (גם כמשמעותו נונה להם). אדם אינדיבידואלי, המעורב באירוע פלוני, יכול לצאת ממנו ויזוק יוכל לצאת ממנו ללא פגע, אולם לא יכול שיצא מן האירוע "כמעט נזוק".

במקרה הניתוח שבו עסקין, אילו הניתוח בוצע בזמנם ובלא רשלנות, הוא יכול היה להציג את המנוח ויכול היה גם שלא להציגו. במקרה האחרון, מותו של המנוח היה מיריחס סיביתית לגורם שאינו קשור לרופאים. בפועל בוצע הניתוח באיתור, ולאחר שהמנוח נפטר עליינו לשקל שוי אפשרות שכל אחת מהם מצביעה על התראחות סיביתית אחרת. יתכן שהמנוח נפטר כתוצאה מרשלנות הרופאים, ויתכן שבסל מצבו הרופאי לא ניתן היה להציגו מלכתחילה, ועל כן הגורם האחראי למותו אינו קשור כלל לרופאי. שתי האפשרויות הללו מוכיחו יהידי את קשת ההתרחשויות האפשריות. קשה זו אינה כוללת – ואף לא יכולה לכלול בתוכה – שום תנודות בסיכויים או בסיכויים. תנודות כאלה, וכן כל הערכה הסתורותית שנלווית אליהן, אין בגדר "התוחשות". הן אין משקפות מוצבי דרכם. הן משקפות רק את מצב הדעת הבלתי-מושלם שלו ברגע

נוספות בסוגיה. בגדרו של הרין הישראלי, אוכדן סיכון החולמה מהו זה בריתכיעה. ראו ע"א 231/84 קופת החוליםים של ההסתדרות הכללית נ' פאה, פ"ד מב(3) 312, וכן ע"א 5049/91 2939/92 קופת החוליםים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369, 377-376. ליריננו בסוגיה זו ובזיקתה לדוקטרינת הנזק הריאיתי ואו *LFU* (לעיל, הערה 2, עמ' 1905-1902; דנ"ר (לעיל, הערה 2), עמ' 227-221 (להלן שלישית של מקרים טיפוסיים).

להתרחשות הדברים, אשר לא צפינו ואחתה אנו מנסים לשחו³⁰. הרצון לפיצות את התובע במקרים כאלה נבע מכך שהנתבע נהג ברשנות ויצר את מצב הידענה הכלחיד-מושלם, שאותו כינוו בשם "סיכון עוממה".

אם כך הוא הדבר, hei שהדוקטורינה של "אובדן סיכוני החלמה" אינה אלא דוקטורינה הנזק הראייתי לצורחה הבלתי-mphothata. הדוקטורינה של "אובדן סיכוני החלמה" חילה רק במקרים שהatican הרלבנטי זהה – סטטיסטי – ברשנותו הנתבע ואותר-כך נתmesh הילאה למשה. לפי הדעתה הרווחת, אין להציג דוקטורינה זו במקרים שבhem לא אידיע (ולא צפוי שייגרם) כל נזק (בנตอน לראיית החיים בצלו של סיכון נזק פטיאולוגי בדר-פיזי, שהוא ראש נזק נפרד ואינו נוגע לעוניינו)³¹. כאשר מכונית שבנה יהודה נזקפת, במקרה של 200 קמ"ש, על-ידי מכוניות הנהוגה בידי רבקה, אין ספק שהיהודיה נחשף לסיכון אשר נבע מרשלנותה של רבקה, אולם בגין תאונתה ובאין נזק, איש לא יחייב את רבקה בפיצויים לטובות יהודה. הוא הדין בחולה שופאו החישול בעת שמייפול בו, אולם אחר כך הביאו על התקונו, ללא כאב וסלול מוותרים. מולו של חוליה זה הוא גם מולם של דופאיו, ואין לחייבם בפיצויים כלשהם³².

אם כך הוא הדבר, כיצד ניתן לדבר על יצירה סיכון כראש נזק אמיתי? פרופ' גלעד סבור, כי העתקה הדגש מ"יצירת סיכון" ל"אובדן סיכוני" מביאה את הדברים על תיקונם, אולם אין זה כך. אכן ניכר הוא, בשתי הדוגמאות האחרונות, כי ידעתנו על העובדה, שהחובע אשר נחשף לסיכון לא נגרם (וגם לא ייגרם) כל נזק, היא המובילה שלא אבד לו גם כל סיכוני בר-ערך. בכך זו חימנעה הדוקטורינה של "אובדן סיכוני" מלפצות את התובע מבלתי שתאבד על-ידי כך את זהותה העצמית. דא עקא, שלדורן זו יש מהיר, והוא ישולם בדוגמה הניתוח שבנה פחחנו. הרופאים שנتابעו בגין פטרת המנוח יטענו כי למנוח לא אבדו סיכוני החלמה, שכן גורלו נחרץ עד לפני שנטקלבל לבית-החולמים. הרופאים יטענו, כמובןים אחרות, כי כדי להוכיח אובדן של סיכוני ההחלמה במקרה דנן, על התובע להוכיח שהמנוח נmana עם החולים שאותם ניתן לרפא באמצעות ניתוח. העובדה שחולים אלו מרכיבים רוכב של 75% היא עובדה סטטיסטית גרידא, שאינה מעלה ואני מורידה בעניין המנוח. נתן כלל כי אין מוכיח כלל את סיכוני החלמו האינדי-בידואלי של המנוח. הוכחחה הנדרשת תאפשר רק אם נראה אותה בנตอน הסטטיסטי האמור. אולם, אם נחליט לעשות כן ונשייך את המנוח לחולים

30 ראו S.R. Perry "Risk, Harm and Responsibility" *Philosophical Foundations of Tort Law* (D.G.Owen ed., Oxford, 1995) 321.

31 ראו דבּיְדָי (לעיל, הערך 2, בעמ' 197-198), והמקורות הנזכרים שם, בהערה 14.

32 לדעה אחרת, שלפיה ראוי להטיל אחריות נזקית בגין יצירת סיכון גרידא, ראו C.H. Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 439.

בנוי החלמה, הסיבות אשר קושרת את מותו לרשלנות של רופאיו תוכח במלואה, ולא רק על דרך של "פגיעה בסיכון החלמה".

המסקנה שאומה יש להסיק ביחס לדוקטרינה של "פגיעה בסיכון החלמה" הפרוץ אפוא לשלוש מסקנות-משנה:

א. אם לא נראה בסטטיסטיקה ראייה כאמור (ועל-ידי כך נשיך את המנוח לקבוצה של המנוח, לפני מעשה הרשלנות של רופאיו, לקבוצת המחלמים, להבדיל מקבוצת הלא-מחלמים), הדוקטרינה לא תזעור לתובע (שייכשל בהוכחת האובדן של סיכון החלמו של המנוח).

ב. אם נראה בסטטיסטיקה ראייה כאמור (ועל-ידי כך נשיך את המנוח לקבוצה של בנוי החלמה), תהיה הדוקטרינה למיותרת (שהרי התובע יוכיח אז את הסיבות המלאה, ואובדן סיכון החלמו של המנוח יהיה לא אובדן הבדיקה המשנית שלו) ³³.

ג. הדוקטרינה תוכל לשורוד ורק אם נניח את מבוקשה ונמצא בעצם הסיכון הסטטיסטי הכללי משום פגיעה בסיכון החלמו של המנוח, ואם כך נעשה, נתזרר אל הטעיות הבלתי-פתוריות שנרכות לועין של פיצוי בגין סיכון גרידא (אשר נקבעות מכך שהמנוח לא יכול היה להשתין, לשיעורין, לקבוצת המחלמים ולקבוצת הלא-מחלמים כאחד). נראה, על כן, כי רק דוקטרינת הנזק הריאית יכולה לשבור מעגל שוטה זה של בעיות-עד-אין-כך.

לדברי פרופ' גלעד, התוצאות אשר מושגות בגרדה של דוקטרינת הנזק הריאית ההייננה זהות לפיצוי בגין יצירה סיכון ולפיצוי בגין אובדן סיכון החלמה. דברים אלו אינם מדויקים. בדוגמה הניתוה, למשל, הפיצוי אשר ישולם לתובע בגין העמדתו הרשלנית של המנוח בסיכון (או בגין פגיעה ושלנית בסיכון החלמו) יהיה, כאמור, שווה ל-50% מכלל הנזק שאירע³⁴. בגרדה של דוקטרינה הנזק הריאית תושג תוצאה שונה. נניח שהריאה המכרצה, שכוכחה להסביר את הערפל מסיבת הפטירה, מציה בקופסה נעללה, ונראה מה שוויה של קופסה זו עברו התובע והנתבעים כאחד. אנחנו יודעים שהמנוח נשתייך לחולים שניתוחם נדחה. מתוך כל 100 חולים כאלה, 25 חולים עמידים להישאר בחיים חרב דחית הניתוח, ואילו 75 ילכו לעולם בשל מחלתם. כמו

³³ הסקת מסקנות עובדיות בדרך זו תהייב נקיטת עמדה בונגע ליחמי הגומלין המורכבים שכינן הסתברות גרידא" לבן ה"משקל הריאיתי". לדין מקייף בהצתן של אמות-המידה הריאית בונגע שני אלון, ראו Stein "An Essay on Uncertainty and Fact-finding in Civil Litigation, With Special Reference to Contract Cases" 48 U. Toronto L. J. (1998) 299 "Judicial Fact-Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism about their Combination" 1 Int. J. Evidence & Proof (1996) 25

³⁴ זה אומרן פיצויים מוקבל, לפי הדוקטרינה שמטילה אחריות בגין יצירה סיכון ולפי הדוקטרינה של "פגיעה בסיכון החלמה".

כн' יודעים אנחנו שהמנוח נשתייך ל-75 חולים אל', שגורלם לא ספר. בקבוצת האתורונה זו מצויים 25 חולים שגורלם היה זהה גם אילו נוחתו מבעוד מועד: מחלתם הייתה מכירעתם בכל מקרה. בקבוצה זו גם מצויים 50 חולים שניין היה להצלם אלמלא היהתרשלות שדרתמה את ניתוחיהם. מה שלא מצוי בידינו, הוא המידע שבנערו ניתן לשיך את המנוח לאחת משתי הקבוצות האתורוניות. מידע זה נותר נעלם בקובפסא. הוא איננו נמצא בשל רשותם של הרופאים. אלמלא אותה רשות, שאמור דחחה את הניתוחה, היה המנוח יודע היכן הוא עמד מבחינה וכיוויתו, וכן גם התובע אשר בא בעלי המנוח בעקבות פטירו. לא נותר לנו, אפוא, אלא להעריך הסתברותית את סיכון פועליה של הרואה שבקופסא. סיכויים אלה הם ברורים. ההסתברותית שהרואה, לאחר שתוצאו מן הקופסא, תקשר אותו מנוחה לרשותו רופאי מגיעה כדי 67% (50/75).

ההסתברות שהיא תנקה את הרופאים מן האחריות למוות המנוח היא 33% (25/75). שיעورو של הנזק הראיאתי אשר נגרם לתחובע שהוא, על כן, לפחות 67% מהנזק הישיר המלא. שיעור זה משקף גם את סכום הפרשה הרצונית אשר הייתהמושגת בין בעל-הדין, אילו ניהלו ב涅יהם משא ומתן המותנה בתנאי הבא: באין פשרה רצונית תיפתח הקופסא, והראיאיה שבתוכה תוצאה לאור ותכרע את המשפט לכאן או לכאן. הפיצוי המוענק לתחובע בגין נזקו הראיאתי (67% מהנזק הישיר) נמצא אפוא שונה מהפיצוי שהזיה מוענק לו בשל חשיפת המנוח לסייעון, תוך פגיעה בסיכון החולתו (רק 50% מהנזק הישיר). נזק ראייתי הוא נזק יהודי ואתיי, וכך גם הפיצוי המוענק בגיןו. המדבר הוא בפיצוי שਮוענק בגין פגיעה ממשית באוטונומיה, להבדיל מפיצוי בשל פגיעה סטטיסטית באנטומיה (עליזן ממליצות הדוקטורינות שביקרנו)³⁵.

הבסיס הנורמיibi העצמאי של הדוקטורינה, הוא שמסביר מדויק מוצדק, לעיתים, להטיל אחריות בנזקן גם במקרים שבהם הוחלט בעבר על-ידי בית-משפט שלא להטיל את האחריות. מטרתנו העיקרית היא לשכנע את קוראי מאמרנו שהח'י-המשפט מתחייבם

³⁵ באמורנו זאת, אין לנו מוצאים מכלל אפשרות מקרים של חפיפה בין שיעורי הפיצויים שייפסקו לפוי שחי הגישות. הסתברות גירמותו של הנזק הישיר על-ידי הנטבע, והסתברותה הטעונה שהמירות החסר היה מזהה את הנטבע כמו שגורם ברשותו לאוthon נזק ישיר, הן שות. דבר זה מודגם על-ידי דוגמת המפעל שפולט קרינה רדיואקטיבית וכן על-ידי הדוגמה של יצרי תרופות גרגיות שגורמות למחלת הסרטן. אך, הסתברותה אלו לא תמיד תחפוףנה את דרגת הסיכון שלו לנשען החובע על-ידי מעשאו הרשלני של הנטבע (או מחדרו הרשלני). דרגת סיכון כאמור, ומה הפגיעה אשר חל בסיכון ההטבה במצב החובע עקב חיפויו לסיכון, הם תנאים המחוושבים ex ante, מבלי לתחשב בהרשעה ההטבוחית הנוטפת של נורמת הנזק – במקרה של גרגיות הנזק אכן שיש השפעה הסתברותית مثل עצמה – על הסתברותו של הקשר הסיבתי שבו עסוקין. במקרים רבים, מכאן הול של הריאות אינםאפשר לקבוע השפעה כאמור, ובaan החפיפה בין הפיצוי על-פי דוקטורינה הנזק הריאיאתי בין הפיצוי הנגרם מאומדן הסיכון והסיכויים הרלבנטיים. ברם, כאשר ההשפעה האמורה היא ידועה (כמו בדוגמה הניתוח הדרחי), חפיפה זו לא תתקיים.

לשקל, נוסף על השיקולים המוכרים העוסקים באחריות בגיןין, גם את העובדה שהנתבע גרם באשמו לנוק הראייתי. שיקול זה לא נשלח במקרים רבים כאשר הוחלט בעבר עליידי בתי המשפט שלא להטיל אחריות בגיןין. אנו סבורים שシיקול זה אכן ציריך להביא, בחלק מהמקרים, להטלת אחריות.

פרופ' גלעד מצבייע על כך שקיימות דוקטרינות משפטיות נוספות, כגון דוקטרינה Market Share Liability (MSL), אשר מובילות לתוצאות זהות לאלו שמוסgentה בגדירה של הדוקטרינה המוצעת עליידיינו. בכך הוא סבור שכך לדוגמת הצידים יש פתרון נאות אשר מושג, במשפט האמריקני, באמצעות דוקטרינה מיוחדת, והיא דוקטרינה האחריות החלופית. כפי שכבר אמרנו, דבר זה, ככלצמו, אינו פועל את דוקטרינה הנוק הראייתי. אדרבא, דוקטרינה הנוק הראייתי תספק, במקרים רבים, הנמקה נוספת אשר תוביל לתוצאות דומות (או יותר) לאלו המשוגנות באמצעות דוקטרינות אחריות. אך חשוב מכך: בהצעה בסיס נורמטיבי חדש עשוי דוקטרינה הנוק הראייתי להשביע את רצונם של אלה אשר לא שוכנעו בעדרתן של דוקטרינות החלופיות. דוקטרינה ה-MSL מושבה רק בנסיבות האחוריות החלופית, שאוthon מוכיח פרופ' גלעד, הן אולי הדוגמאות ודוקטרינה האחוריות החלופית, נדוחה כבמה וכמה מדיניות בארכזיה הבריטית.³⁶ דוקטרינה האחוריות החלופית ודומיה נדוחו בישראל במפורש.³⁷ בתי המשפט סבור שדוקטרינה זו סותרת את עקרונות האחוריות האינדיבידואלית שבבסיס דיני בגיןין. פרופ' גלעד נוטה שלא להסתמך לכך, ולמעשה אף אנו סבורים כמוותו, לפחות ביחס לחלק מן המקרים.³⁸ תורה האחוריות האינדיבידואלית אכן אינה חזות הכל. עם זאת, אין היא תורה מופרcta. היא שכנה רבים וטובים.³⁹ דוקטרינה הנוק הראייתי מאפשרת להגיע לתוצאות דומות, מהנקודות الأخירות, שלחן כוח נורמטיבי עצמאי אשר יכול לשינוי את דעתם של השוללים את דוקטרינה ה-MSL ואת דוקטרינה האחוריות החלופית. השכנוע האמור אפשרי משום שדוקטרינה הנוק הראייתי מצדקת גם על-פי תורה האחוריות האינדיבידואלית (קרי: עיקרון הצדק המתתקן). באשר לאוחזים בדוקטרינה ה-MSL ובדוקטרינה האחוריות החלופית, אלו יוכלו להיות מהותי נסף. קיומו של נוק ראייתי הוא מכנה משותף של המצביעים הטיפוסיים המtoplט עליידי שתי דוקטרינות אלה. שיקול הנוק הראייתי מחזק, על כן, את התשתית הנורמטיבית שבבסיסן.

³⁶ לגבי עניינים אלה ראה או' פורת "אחריות קיבוצית בדיני בגיןין" משפטים כג (תשנ"ד) 311, 314, 324, בהערה 42.

³⁷ ראו ע"א 496/72 ארוגאי נ' פינק ובנו בעימ', פ"ד כו(2) 547; ע"א 83/82 ציט חברת השיטות הישראלית בע"מ ב' המגן חברה לפיתוח בע"מ, פ"ד לט(1) 640-1.

³⁸ ראו פורת (עליל, העונה 36, בעמ' 334 וAIL).

³⁹ I. Englund *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) 219-226.

הכרה במרכיזותו של שיקול הנזק הראיתית תומכת בהעמדתו על פסים עקרוניים. ישנו מקרים שבהם דוקטורינה הנזק הראיתית מביאה להטלה אחוריות, בשעה שזו אינה מוטלת בגדרו של הדין הנוגה. כוונתנו למקרים שבהם אין בסיס נורומטיבי כלשהו להטלה האחוריות בנזקן, זולת הנזק הראיתית אשר נגרם באשמת התבע. מקרהו של מופעל הפלט קרינה ודיואקטיבית ומקרי הגוזת (אלו שאנכם מכוסים על-ידי חוק הגוזת) הם הדוגמאות המובהקות לכך. במקרים אחרים מעמידה דוקטורינה הנזק הראיתית מודל ביקורתית לפתרונות שאומצו במשפט הנוגה, שלדעתי ראוי לשפרם. הסוגיה של פגיעה בסיכון להיפא, שהוכרעה באופןים שונים באנגליה ובארצות-הברית⁴⁰, וכן המקרה הישראלי של ניתוח לऋתת תוספטן (פרשנת גנרי⁴¹) מדגימים את הפן הזה של הדוקטורינה.

ו. הערות סיכום

השאלה אם הרmono את נטל השכנוו בטעמי שפרשו לטובתה של דוקטורינה הנזק הראיתית היא שאלה שעומדת להכרעת הקוראים, ולא לנו להכריע בה. הדברים שנכתבו על-ידינו לובנו דיים, וכל שוחר בפניו הוא העורחות-סיכום. צורך פרופ' גלעד בואמו, בסוף מאמריו, כי הבדלי השקפה אשר נתגלוו בין לבינינו לבין נוגע להטלה אחוריות בגין נזק ראייתי, מקורם בהבדלי השקפה בסיסיים יותר בנוגע לגבولات האחוריות בנזקן. נשא אחרdon זה הוא רחוב מכדי להידון בתגובה לתגובה למאמר. נאמר אף באקדמה, כי אנו סבורים שגם מי שהשקפו היא שאחוריות בנזקן יש להטיל במסורת, אין יכול לשלול את הצורך בהטלה במרקמים אשר נדרנו במאמרינו היא מוצדקת באחת מידה שבה בגין גרים נזק ראייתי במרקמים אשר נדרנו במאמרינו היא מוצדקת באחת מידה שבה מוצדקת הטלה אחוריות בגין נזקים פיזיים (לגבי או לרוכש) במרקם רשלנות מוכרים. הטלה אחוריות בגין גרים נזק ראייתי אף היא משרתת את מטרותיהם המסורתיות של דיני הנזקן, ואני מוסיפה לדינים אלה מטרות חדשות ובלתי-מודרכות.

המחלוקה שבינינו לבין פרופ' גלעד נוגעת גם ליחסותיו הכלליים של המשפט. פרופ' גלעד דוגל בקביעתם של כללי האחוריות בנזקן ממקרה למקרה, תוך הימנעות מיצירת כללים רחבים. כורכם של המתנגדים לכללים רחבים, הוא מזהה אותם כגורפים.

40 ראו *LFU* (לעיל, הערה 2), בעמ' 1905-1902; *דב"ד* (לעיל, הערה 2), בעמ' 231-227 (קבוצה שלישית של מקרים טיפוסיים).

41 ע"א 285/86 גנרי נ' רילסקין. פ"ד מג(3) 284. בעניין זהה ראו *דנ"ר* (לעיל, הערה 2), בעמ' 241-238, 250 (קבוצה חמישית של מקרים טיפוסיים); וכן *LFU* (לעיל, הערה 2), בעמ' 1959-1960. העדפנתנו ניתונה להכרעה אשר ניתנה בעניין דומה על-ידי הנשיא ר' זילר בת"א (י-ס) 733/91 שרביט נ' המוציא הרופאי שערץ צדק, אשר לא זכה לפטום.

להשופה זו מקום נכבד בהגות שבתורת המשפט, וזאת מטעמים מוכנים. לא מוכר לנו ולוי עיקרון משפטី אחד אשר שואף להחללה כללית ואין מכרסם בו ספק נורטטיבי כלשהו. מסיבה זו גם לא נוכל להתחייב במתיחתו של עיקרון כלשהו, אשר נקודט בידינו, עד לקצחו הולוגי, ללא כל מחסום וסיג. כתוצאה לכך מעדים רבים מתנו, ובכללם פרופ' גלעד⁴², להלן בזהירות מוקהה למקרה ולבסוף כללי משפט טיפק-טיפין, בדרךו של המשפט המקביל האנגלי, מרשותה מהותתו ועד הלום⁴³. אל מול גישה זו עומדת גישה אחרת, הרואה בהנחהות של עקרונות משפט כליליים ערך משפט-חברתי חשוב, ואולי אף בסיטי ביותר. מקרים שביניהם לא ניתן להבדיל ראוי שיקבלו פרטורן משפטី זהה. אנשים שבאים אל הדין, ראוי שיקבלו ממנו יחס שווה. גם הכוונת התנהגות באמצעותות דין ראוי שתהא כללית וברורה. להחלה נורמות משפטיות באופן אחד, קוחהרנטי ובلتיר-מתפיש (או "גנוף"), לפי לשונו של פרופ' גלעד) יש אפוא מעלה בזרות, ולא כאן המקום להאריך בתיאורן⁴⁴. נציג רק שلونך ראייתי ולאחריות משפטית בגיןו יש חשיבות כללית שמעבר לדיני הנזקין⁴⁵. דבר אחרון זה מדגים את העדיפות שיש למבט כולל על הדברים שבעשיית המשפט על פני היליכה ממקרה, המקרה את זווית הראייה. עוד נציג, כי לדוקטרינה הנזק הראייתי יש אחוזה איתה גם בערים פרוגמטיים, ובאליה דנו בהרחבתה במאמרינו (ואף כאן פירטנו אותו באופן חלק). נראה לנו, על כן, כי אף אם נהלק אט-אט ממקרה למקרה, נמצא עצמנו, בסוף הדין, מאמצים דוקטרינה זו במלואה.

42 ראו גלעד (לעיל, העраה 1), בעמ' 343 נציג, כי במאמר הכךורת שנכתב על מאמרנו הראשון בסוגיה, מביע ריצ'רד פרידמן Umderה זהה. ראו "R.D. Friedman "Dealing with Evidentiary Deficiency"

18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1961

43 C.R. Sunstein *Legal Reasoning and Political Conflict* (New-York, 1996) 35-61 להצדקת הגישה האמוראה, שנימנה באחרוננה, ראו העראה 3.

R. Dworkin *Law's Empire* (London, 1986) chs. 6 & 7

44 ראו LFU (לעיל, העראה 2), בעמ' 1897-1896, העראה 11; וכן דניר (לעיל, העראה 2), בעמ' 194-193, העראה 3. כמו כן ראו שטיין (לעיל, הגראה 33), בעמ' 344-341, 48 *U. Toronto L. J.*