

אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין

מאת

אריאל פורת*

השאלה אם ראוי ונitin להטיל אחריות קיבוצית מחייבת בדיני-הנזיקין, כאשר לא ניתן לעמוד על זהותו של המועל אשר גרם לנזקן של התובע, ידועה כבוצה מוגדרת של בני-אדם אשר המועל נמנה עלייה. הפסיקה הישראלית הסתיימה עד כה מרענן האחריות הקיבוצית ולא נתנה לאמץ את הגישה, אשר זכתה לתמיכה במשפט האמריקני, שעל-פיו יש מקום להטיל אחריות קיבוצית במקדים מסוימים.

מאמר זה בוחן את הבסיס התיאורטי להטלה אחריות קיבוצית ומיצ'ע דרכיהם שבאמצעותם ניתן לקלוט עיקרונות כוח לתוך שיטת משפטנו הן בדרך חקיקתית והן בדרך פסיקתית. הדיון נבס על שלוש קבוצות של מקרים, שבהם עשוי להיות טעם בהטלה אחריות קיבוצית: האחת עניינה במקרה שבאים השבויים אחסן בתנאיו או בנסיבותיו של כל אחד מהנתבעים, אך לא הוכיח קשר סיבתי בין התנאיו או בנסיבותיו של כל אחד מהנתבעים לבין נזקו של התובע, אך לא הוכיח התנאיו או בנסיבותיו של מי מהם היה בת-אישם; והשלישית עניינה במקרים שבאים לא הוכיח קשר סיבתי בין התנאיו של מי מהנתבעים לבין נזקו של התובע וכן לא הוכיח אחסן בתנאיו של איש מהם.

בבחינה התיאורטית מתמקד בשאלת התאמתו של עקרון האחריות הקיבוצית לעקרונות הצדך המתקין ולעקרונות ההורעה אשר מהווים תשתית אפשרית לדיני-הנזיקין הפויזיטיביים. מסקנה אחת הדין התיאורטי היא, שעקנון האחריות הקיבוצית מתמקם בדרך כלל בשיקולי הרותעה. מסקנה שנייה, אשרعشירה להיראות לכאהora כבלתי-אפשרותה היא, שלעתים אף שיקורי צדק מתקין תומכים בהטלה אחריות קיבוצית. בהמשך המאמר מוצעות "טכניות משפטיות" לקיימות בשיטת משפטנו, שבאמצעותן יכוליםathi המשפט לקלוט את עקרון האחריות הקיבוצית במקרים מסוימים, אם ישוכנו כי כך וצוי לעשות. בין היתר מוצע להרחב את השימוש ברעיון "החוק הראייתי", אשר בתיח-המשפט אימצווה בפסקיהם, ובאמצעותו להביא לפועל להטלה אחריות קיבוצית במקרים המתאים. לבסוף מובאות המסקנות העולות מן הדין התיאורטי והן מן הדין

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
תודה נחונה לאייל בנבנשתי, לזהר גושן, לשראל גלעד, לאילן הראל, לאירית חייב-סגל, לאלית יבי, לאסף יעקב, לאנדרי מרמור ולהמן פורט, על העורחותם וברות החשבות לגורסת קודמת של המאמור. כן אני מודה למשתתפי הסמינריון המוחלקי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה תל-אביב, למשתתפי הסמינריון המוחלקי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העבריתohl-הברURI מערצת "משפטים" על העורחות שוסף שעירוי לי.

בtechnיקות המשפטיות, ומצוע באילו מקרים רצוי להטיל אחריות קיבוצית ובailo
מרקמים ניתן אף לעשות כן בדרך פסיקתית.

א. מבוא. ב. עמדת הפסיקה הישראלית. 1. הפסיכה והישראלית עד פסקידין פמי: דתית רעיון האחריות הקיבוצית; 2. פסקידין עמיר — ניצנים לגישה שונה?: ג. קבוצות מקרים העשויות להתאים להטלה אחריות קיבוצית. 1. קבוצה א: לא הוכח קשר סיבתי; 2. קבוצה ב: לא הוכח אשם; 3. קבוצה ג: לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם; 4. חרכי מין נספחים; ד. שיקולי זדק מתקן להטלה אחריות קיבוצית. 1. שיקולי זדק מתקן בדייניטיון; 2. זדק מתקן ורעיון האחריות הקיבוצית; ה. שיקולי הרתעה להטלה אחריות קיבוצית. 1. שיקולי הרתעה בדייניטיון; 2. הרתעה ורעיון האחריות הקיבוצית; ו. תמരיצים לגלוי האמת. 1. חתירה לגלוי האמת — על שום מה?: 2. תמריצים לפני מעשה; 3. תמריצים לאחר מעשה; ג. שיקולים נוספים. 1. פירור נזק; 2. העדפת נזק חף על-פני מזק "אפשרי" אשם; ה. הבזין לקלוט את עקרון האחריות הקיבוצית בלבדית התערבותה חקיקתית?: 1. כללים מדיני ריבוי מעולים, ריבוי גורמים, משותפים ומשדרלים; 2. כלל "הדבר מעיד על עצמו" והעברת נשל השכנוע לנחבע; 3. פסיקת פיצויים על-פי הסברות; 4. הביעה יצוגית; ט. מסקנות.

א. מבוא

דייניזוקין של ישראל, בדומה לדיני-הנזוקין בשיטות-משפט רבות אחרות, מובסים על רעיון האשם האישי. משמעו הדבר, שתנאי הכרחי להטלת אחריות נזקית על אדם הוא, שהתנהגות אשר בוגנה הוא נקבעתה בת-אשם. השאלה מהי התנהגות בת-אשם הטובה להטלת אחריות – עניין עליידי דייניזוקין, המגדירים התנהגויות מסוימות כעולות¹. התנהגות עולות, היא אפוא התנהגות בת-אשם, ובוגנה עשויה להיות מוטלת אחריות נזקית².

hteлат אחריות נזקית עשויה להביא את בית-המשפט לצווות על האחראי הנזוק להימנע מהתנהגותו בת-האשם, כמו גם לחיבר אותו לפצצתו את הנזוק בגין נזקי. סעד הפיצויים הוא הסعد השכית; וכדי שתוול על אדם החובה לפצצתו את הנזוק, הכרחי קשר סבבי בין התנהגותו בת-האשם לבין הנזק שנגרם לנזוק.קשר הסבבי שני פנים: הראשון, עובדתי; והשני, משפטי. המבחן העיקרי³ לקיומו של קשר סבבי עובדתי סבירו עובדתי הוא מבחן ה"אלמללא". לפי מבחן זה, מתקיים קשר סבבי עובדתי בין התנהגותו של הנזק לבין הנזק, כאשר אל מללא התנהגות זו לא היה נגרם הנזק. לעומת זאת, המבחן לקיומו של קשר סבבי משפטי אינו אחד, ובפרט מזכיר שלושה מבחנים מתחומים: מבחן הפסיכולוגי, מבחן הפסיכומטרי ומבחן "השכל היישר"⁴. כל שלושה המבחנים מבוססים בעיקר על שיקולי מדיניות משפטית, וייעודם "לסנן" גורמים עובדיתיים לנזק, אשר שיטת-המשפט אינה חפזה להטיל אחריות בגין⁵.

מכל האמור עד כה ניתן למלודו, שדייניזוקין כפי שהם בישראל מציבים שני תנאים הכרחיים, אם כי לא חמיד מספיקים, להטלת אחריות על אדם לנזקי של אחר: ראשית, התנהגותו של הראשון היא בת-אשם; ושנית, התנהגות זו היא שוגרה, עובדתית, לנזק⁶. מטיבם הדרבים, התובע הוא שצדין להוכיח שני תנאים אלו, ורוק אס ישבנו את בית-המשפט, על-פי מאון הסתברויות, כי אכן מתקיימים הם – הוא עשוי לזכות בתביעתו.

רישמה זו נסבה דוקא על אותם מקרים, שבהם אין בכוחו של התובע הנזוק להוכיח את קיומו של אחד משני התנאים, או את שניהם, אך יחד עם זאת

סעיף 64 לפקודת הנזוקין (להלן: הפקודה).

¹ חריג אפשרי לכך הוא עקרון האתניות השולחנית, המכיא לא את להטלת אחריות על אדם שאינו בו כל אשם במובן המקובל של המלה.

² במקרה מסוים מבחן זה לא מתאים, שאו כפי הנראה יאומך מבחן אחר חתינוי. כך, למשל, במקרה של שני גורמים חולפים לנזק, ע"א 145/80 ועקבנץ נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד ל(1) 144, 113; ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284, 292 (להלן: נגר); "אנגליך, דייניזוקין – תורת המשפט הכללית" (מחודורה 2, ג' טרטקי עורך, תש"ל 194 (להלן: אנגליך, דייניזוקין)); "גולד, "הסבירות במשפט הנזוקין הישראלי – בוחנה מהותה" משפטים ד' (תשמ"ד) 15, 18 (להלן: גולד, "סבירות").

³ ראה למשל: ע"א 81/576 בן שמעון נ' בדקה, פ"ד לח(3) 1 (להלן: בן שמעון).

⁴ בן שמעון, שם, עמ' 7.

⁵ כאמור, תנאים אלו אינם חסרים מטעקים. יתכן שלמרות התקיימים לא תוטל על הנזק עליונות, בשל העדר קשר סבבי משפטי (משמעותם של מדיניות משפטית), בשל יהותו של הנזק "חזק מדי" (ואלה

⁶ סעיף 76 לפקודת).

יכול הוא להציביע על קבוצת אנשים, אשר אחד או יותר מתוכה, אך לא כל המשתייכים אליה, גרמו לנזקן, בהתקנותם בתי-האשם. שיטת-משפט הדобра בקנות בעיקורן, שלא תוטל אחוריות נזקית על אדם לנזקו של זולתו, אלא אם הוכח על-פי מאון הסתריות שהתקנותו בתי-האשם גורמה להם — לא תכיר בעילת תביעה לנזוק במרקם אלו⁷. התוצאה תהיה, שהניוזוק ייוותר בלבד כל פיצוי. לעומת זאת, שיטת-משפט המוכנה "להגמיש", במרקם מסוימים, את דרישת האשם האישי ואת דרישת הסיבות העובדיות, עשויה להגיעה לתוצאות שונות ולהזכיר ב"אחריות קיבוצית". הטלה אחוריות קיבוצית פירושה היובו של כל מי ששתייך לקבוצה שהמעול האלמוני אליה לשאת בנזקו של הנזוק — כולם או חלקם⁸. הפסיקה בישראל דחתה עד כה את רעיון האחוריות הקיבוצית מניה ובה. ההנחה הייתה קצרה בדרך-כל, ומציתה היא שאין לוותר על דרישת

⁷ זאת, כמובן, בהנחה, שאין לראות בקבוצת-האנשים שעלייה נמנה המעול, קבוצת-מעולים במשמעותם או מושלים, שאו וראה שאין כל חילגה מהעיקורן; במונחים אחרים, כל אחד מבני הקבוצה שעלייה המטייעים או המשדרים גורם לנזק באשmeno. לנינין אחוריות שליחות, ראה לעיל העזה 2. כן ראה R. A. Bush, "Between Two Worlds — The Shift From Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury" 33 U.C.L.A.L.Rev. (1986) 1473, 1476.

⁸ במקרה הדיפוט שבו מתעוררת שאלת האחוריות הקיבוצית, הנסיבות טבל אוחז בני הקבוצה שעלייה נמנה המעול גורם לנזק, פחוותה מ-50%. אולם שאלת האחוריות הקיבוצית עשויה להתעורר אף במרקם שבו הנסיבות גבויה מ-50%, אך הערכתה אינה מובסת על ראיות המתייחסות לאירוע הנזק הספציפי. דוגמא מוכרת בספרות המשפט (בוויאזיותו שונת) היא זו: בעיר מסוימת פעולות שתי חברות-מנויות. לאחרת 60% מהטנווה הפעולות בעיר לשינויו 40% בלבד. בחagna מסויימת נגע אום דיזידרי ונגע עליידי מוגני, אך אין יכול להזות למי מהחברות-המנויות היא שייכת. אפשרות אחת היא שמי החבות המוניות, שכן אין להטיל אחריות בנזקן על מי אשר לא הוכת הקשר שלו לאירוע הנזק בראיות המתייחסות לאו דווקא. אפשרות שנייה היא לא להטיל אחריות על חברה מונייה, שכן הוכחאה אחריותה על-פי מאון הסתריות. האפשרות השלישית היא להציג את שתי החבות לשאת בנזק, ביחס ישיר לסיכון כל אחד מהן יזוזה, ומחבב אותה במרקם זה במספר מוגניותה. S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge & London, 1987) 115–120; J.J. Thomson, "Remarks on Causation and Liability" 13 Phil. & Pub. Aff. (1984) 101, 127–133.

קידוצית ונגדה, שיוכאו בהמשך, ולבונטים לדוגמת המוניות בשינויים המתחובבים, ומסקנתי בסופו של דבר כי ראוי להטיל אחריות קיבוצית במרקם מסוימים —יפה אף לדוגמא זו. הטלה אחוריות קיבוצית מעלה בעיה בועלת תחילת ורבה בהרבה מנושא המאמר והיא, אם גזין וואי להטיל אחריות על דודם לחלק מדם, מן הטעם שההאבורות שהוא גורם לו, בהתחשב בראיות השונות הקיימות לנוין זה, היא פחוותה כ-100% ולעתים אף כ-50%. ראה Shevell (לעיל). בעיה נוספת בעילת תחילת רחבה מנושא המאמר היא, אם יש רצוי שתהא אשורה להטיל אחריות על אדם על-פי נתונם, בכלל זה נתונים סטטיסטיים, שאינם מצביעים על קשורו לאירוע נזק ספציפי. במאמר זה איני מתכוון לדון בבעיות כליליות אלו. עם זאת, השקלים שיוצנו בהמשך, יש בהם — כך אי סבר — כדי לשכנע שבמרקם אשר בהם לא ידועה ודוחה המעול, אך ידועה קבוצת-אישים שהוא מושא אלה, השימוש בנתונים שאינם קיימים אתבי הקבוצה לאירוע הנזק הספציפי, בכללה הנתונים סטטיסטיים, וכובעיה אחיזותו של אדם רק לחלק מהנזק לפי נתונם אלה — הם הכרחיים. זאת ועוד: ההסرونות שיש אולי בשימוש בנתונים כאלה אינם יכולים ליזו כרכיבים מהמרקם שלהם ווץ רק הטלת אחריות קיבוצית. כך הטעון, שלפיו שימוש בנתונים סטטיסטיים שלול תMRIIZIM לחcatch ראיות המתייחסות לאירוע הנזק הספציפי, איןו משמעוני כאשר טבעו של המקהלה הוא כזה, שהסבירו של התובע להביא ראיות הוא אPsi; והטעון שלפיו נתונים סטטיסטיים הם לעיתים מטעים ובולדי-אים איןו בעל-זעם באמת, שאמינותם מובטחת וشكل לבית-המשפט להבחן אותם. גם הטעון ששימוש בנתונים סטטיסטיים

אחריות קיבוצית בדיני-לאומי

השם האיש឴י בדיני-לאומי. עם זאת במקביל נפסקו כמה פסקידין, אשר הגמישו באופן משמעותי את הדרישה להוכחה סיבתיות עובדתית על-פי מאון הסתברויות. לאחרונה, בפסקידין עמיר נ' קונגפינו⁹, שקבע על-ידי בית-המשפט העליון, הובעה לאשונה דעה – שהיא אמנה דעת-יחיד ואמרות אגב – שעילפיה התפתחות פסיקטיבית עתידית עשויה להביא להכרה בעקרון האחוריות הקיבוצית, בניסיבות המתאימות לכך. אכן, בארץות הברית, הוטלה אחריות קיבוצית בגין עוד לפני שיטם רבים, מכל שקדמה לכך התעדבות חיקתית כלשהי.

מטרתה של רשימה זו לשכנע, כי ראוי להכיר בעקרון האחוריות הקיבוצית בגין, בהתקיים התנאים המתאימים לכך. מטרה נוספת היא לבחון אם ניתן ורצוי לאמץ עיקרונו זה אף בלאדי התעדבות חיקתית.

תחילה חוצג עדות הפסיקה הישראלית בשאלת האחוריות הקיבוצית. לאחר-מכאן יוצע מין של המקרים הטיפוסיים העשויים להתאים להטלה אחריות קיבוצית לקבוצות. על בסיס מין זה יובאו שיקולי מדיניות משפטית بعد אימוץ עיקרונו האחוריות הקיבוצית ונגדו ויתו גבולותינו. אגב כך תירוננה שתי שאלות-משנה, היוצאות מן ההנחה שモtotת אחריות קיבוצית: האחת, האם עדיפה הטלה אחריות למילוא הנזק על כל אחד מבני-הקבוצה שהמעול האלמוני משתיך אליה או שהוא חלקו בלבד; והשנייה, על-פי איזה קriterioין רצוי לחלק את נטל הנשיאה בין בני הקבוצה. בהמשך הרשימה תיכhnה טcnיקות משפטיות העשויה לאפשר את אימוץ עיקרונו האחוריות הקיבוצית בדיני-הלאומי הפויטיביים, בלאדי התעדבות חיקתית. לבסוף יסומר הדיוון ותוצגה המסגרות העולות ממנה¹⁰.

נוגד את דעתן האחוריות האישית המבוססת על רעיונות של צדק מתקן איןו משכנע, כפי שישתרח לelow בפרק ד. על השימוש בנתוניים טטטיטיים ובראיות שאין קשורות את הנתקע לאיירוע הנזק הספציפי בסוגים מסוימים של מקרים אשר עשויים להטלה אחריות קיבוצית ראה Bush, *supra note* 7, at p. 1493, 1514–1516; D. Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases — A 'Public Law' Vision of the Tort System" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 851, 868–874; N.L. Firak, "The Developing Policy Characteristics of Cause-in-Fact Alternative Forms of Liability, Epidemiological Proof and Trans-Scientific Issues" 63 *Temple L. Rev.* (1990) 311, 328 *et seq.*

ע"א 600/86 עמיר נ' קונגפינו, פ"ד מו(3) 233 (להלן: עמיר).
9
מקרה ה"ראי" של אחוריות קיבוצית הוא " McCabe קיבוצית". מקרה של זכאות קיבוצית מתקנים כאשר יזועה והות המעול, יזועה קבוצה בני-אדם שליטה נמינה, או גנים, הנזוקם, אך לא יזועה והותם המזרוקת. וזאת טטטוטה לכך הוא המקרה של מפעל הפלט קרינה ודריראקטיבית באיזור מאוכלס, ובכך מתבצעת עוללה. על-פי נתוניים טטטיטיים ניתן להראות, שמספר מקרי הסרטן באיזור עליה עקב החשיפה לקרינה. עם זאת, אין אפשרות לדעת מי מכין חוליה-הרטן נגע והזואה מהקרינה ומילקה במחללה בלבד כל קשר לכך. הגם שמתבעורות במרקחה כוה בעיות ודוחות לאלו המתבעורות במרקרים העשוים להזאים להטלה אחריות קיבוצית, אין נאמר זה upscale בביעות הנסיבות הקיבוצית ונשא איזון זה וראי למחקר נפרד. אגב, יתכן מקרים שבהם מתבעורות בעיה של זכאות קיבוצית, ובמקביל – בעיה של אחריות קיבוצית. כן, אם נשווה במרקחה את הרגמה שהובאה זה העיה, ונניח כי באיזור פעולים כמה מפעלים, כי קרינה ודריראקטיבית דלפה אחד המפעלים, כי אין כל אפשרות לדעת מאייה מפעל הדילפה R. Delgado, "Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs" 70 *Cal. L. Rev.* (1982) 881.
10

ב. עמדת הפסיקה הישראלית

1. הפסיקה הישראלית עד פסק-דין עמיר – דחיתת רעיון האחריות הקיבוצית

בכמה פסקי דין דחה בית-המשפט העליון את רעיון האחריות הקיבוצית. בכללם, להוציא אחד, מדובר היה באמרות-אגב. פסק-דין הראשון בעניין זה הוא פינס נ' ב' עמידה¹¹. באותו מקרה היה מדובר בתאות-זרלים שהיו מעורבים בה שני כלי-רכב. נסע באחד מכל'י הרכב קיף בראשונה את היין. מניטהה אירע התאונה שהתחנה בבית-המשפט, כי היא נגרמה עקב اسمם של שני הנהגים וכי יחסשם הוא 20%: 80%. עם זאת, לא היה בכוחו לקבע, מי היו הנהגים שמייע לכי 80% ומהיו זה שאשם מהווים 20% בלבד¹². בית-המשפט העליון פסק, שני הנהגים חביב עזובן הנזוק ותוליו על כל הנזק יחד ולהזד, וביחסים שביניהם יחולק נטל הנשייה בנזק שווה בשווה. בדרך למסקנותו זו השווה בית-המשפט את המקרה הנדון לפניו למקרה אחר, שבו נגרם לאדם נזק עקב התנהגותם של שניים, כאשר רק בהתנהגותו של אחד מהם היה אשם, אך לא ברור מיהו מבין השניים. בית-המשפט הביע דעתו, שבמקרה זה לא יפסיק פיצויו כלשהו לטובת הנזוק, שכן זה לא הצליח להוכיח את תביעתו. לדבריו:

גם מבחן הצדקה וההגון אני רואה כל דרך להטיל אשמה – ولو רק מחייבת – על אדם שהוא ex hypothesis חף מפשע. כשם שהנפגע נשאר בלי תרופה, מקום שאינו יודע מי פגע בו, כך סבוני שאין להושיע לו אפילו יש בידו להציג על קרכזת בני אדם אחד מהם (אך לא כמובן) מן ההכרח שהיה הפוגע. קשה גם לראות כיצד ניתן לחיבר אדם בהשתתפות לפי ס' 84 לפיקודו הנזוקן בלי לדעת, וכך בלי אפשרות לדעת, אם אכן הוא "מעול אחר", כאמור באותה הוראה¹³.

בית-המשפט היה עד לדמיון הרעוני בין מקרה זה לבין המקרה שנדון לפני: שני המקרים הטלה אחריות על שני הגורמים לנזק וחולקת נטל הנשייה בו שווה בשווה תביאו לכך, שאדם ישא בזקדים מעבר לאלו שבhem היה נושא אייל העובדות היו ברורות לאשרון, ואילו הנזק היה מחולק בין הגורמים השונים על-פי אשם היחס. עם זאת, בית-המשפט הדגיש את השוני בין שני המקרים: במקרים הנדון לפני, להבדיל מהקרה האחד, שני הנהגים גרמו לנזק באשםם, ועל-כן אחריותם יחד ולהזד כללו הנזוק למילואו הנזק אינה יכולה להיות מוטלת בספק.

¹¹ ע"א 70/411 פינס נ' ב' עמידה, פ"ד נה(2) 284 (להלן: פינס).

¹² היה מדובר בחתוגנות חומרית בין שני כלי-רכב. בית-המשפט השתקנע, כי התאונה אירעה עקב סטייה של שני כלי-רכב שמאלה, אלא שלא היה ברור מי סטה ראשון ומיל סטה אחריו. בית-המשפט סבר, כי

זה שטה ראשון אשם ב' 80% ואילו الآخر ב' 20%. שם, עמ' 298.

¹³ שם, עמ' 291.

בנהנזה זו, הפטרון הסביר היחיד הוא — כך סבר בית-המשפט — לחילק את הנזק בין השניים שווה בשווה. פתרון אחר, שלפיו לא יכול נהג אחד לחזור לחברו ולתבוע ממנו השתפות באופן שהוא שווה האخرן ישא ביותר מ-20% מסקן הנזק¹⁴, יביא לתוכאה הבלתי-דרוייה, שהתוועדים הם אלה שיקבעו בסופו של דבר את אופן חילוקת נטל הנשייה בзнак בין שני הנהגים.¹⁵

מקרה שני, היחיד שבו דוחיתו של רعيון האחריות הקיבוצית היוויה את הרצוי דיסידנדי של פסק-הדין, הוא ארגזי נ' פינק ובניו בע"מ¹⁶. באותו עניין נזקקה משאייהם של המערערדים עקב התפכחות כלשהי במנועו. הסתבר שעובר לפיצוץ, טופלה המשאית בשני מוסכים שונים. בית-המשפט הינה כנראה, כי ההתפכחות אירעה עקב רשלנות כלשהי, כפי הנראה רשלנות של אחד מבעלי-המוסכים. עם זאת, לא ניתן היה לזרע מי מבין בעלי המוסכים התרשל וגורם לנזק. בית-המשפט העליון דחה את תביעתם של המערערדים ונימק זאת בכך, שעלפי הלכת פינס אין מקום להטלת אחריות קיבוצית, שכן אחריות בגיןין מבוססת על שם אישי. אכן, בלשונו של בית-המשפט, המערערדים מצאו עצם "נופליט בין הכספיות".

בפסק-דין שלישי, צימ' חברת השיט הישראלי בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ¹⁷, נקבעה לבית-המשפט הוזמנות נוספת להביע את דעתו באשר לרعيון האחריות הקיבוצית. באותו מקרה מדובר היה בתביעת שיבוכ שהגישה החברה לביטוח כנגד חכרת צים וכנגד רשות הנמלים. התביעה הייתה בגין אובדן שיש חbillות-ברזל שהובילה חברת צים עבור מכוורת של החברה-הביבוח. חברת צים טענה להגנה, שהbillות-הברזל אבדו בהזקת החזקה של רשות-הנמלים ואילו רשות-הנמלים טענה, שהbillות-הברזל האכוורות מעולם לא נמסרו לה עליידי חברת צים. בית-המשפט查明 כי חברת צים עותמת זאת הנחבעות בזק בית-המשפט העליין, לעומת זאת, בגיןן שווה בשווה את נטל הנשייה בзнак. בית-המשפט הטיל את מלאה האחריות לנזק על חברת צים, ועליה בלבד. לדבריו, לאור הנסיבות פינס וארגזי לא היה מקום לחייב את שתי הנחבעות כאחת, שכן אין לוثر על דרישת האשם האישי. עם זאת, לאחר שוכנע כי בשלב פריקת המטענים היו צים רבע נטל להוכחה שהמתען נפרק בשלמותו; ומכיון שלא עלה בידה לשאת בנטול זה, האחריות לנזקים מוטלת עליה.¹⁸.

לצד נזקיותו של בית-המשפט העליין, שלא לוותר על הצורך בהוכחת אשמו

14 מהמת הספק, בכivel, שלא לחיב נתבע לשלם יותר מאשר חייב לשלם לו העברות היו ידועות.

15 פינס, (עליל', הערת 11), עמ' 293. פרטן אפשרי לנזק ההור, שכן המגעים יחויבו כלפי המזוק ב-40% מהזק, ובדרך זו איש מהם לא ישא בסופו של דבר ביותר מ-20% מסקן הנזק. פרטן זה אוינו מתיחס עם העקרון, שכאשור מעול אחד הוא "וגרום בלבד" לנזק, וחיב הוא כלפי הגיוק לשאת במלואו.

שם, עמ' 292.

16 ע"א 496/72 ארגזי נ' פינק ובניו בע"מ, פ"ד כו(2) 547 (להלן: ארגזי). כן ראה ח"א (נכ') 1169/85 הסנה — חברה לביטוח בע"מ נ' ציין, פ"מ תש"נ (2) 411.

17 ע"א 83/82 צימ' חברת השיט הישראלי בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לט(1) 640 (להלן: צים).

18 לדחיה נוספת בטענה פסק-ה דין), בעניין ד"ג 15/88 מל' נ' קורנתויזר, פ"ר מד(2) 89, 119-118 (להלן: מל'). כן ראה לעניין זה ח"א (נכ') 335/83 עד' נ' פינצ'טה בע"מ, פ"מ תש"ח(2) 470-469, 457.

האישי של הנتابע כחנאי לחבותו, ניכרת לאחרונה נתיחה לגמישות רבה באשר להוכחת הסיבות העובדות¹⁹. כך, כאשר הנזוק נגע על-ידי שני מעולמים שפלו בנסיבות ובאופן דומה: אם נזוק על-ידי מעול וגורם נוספים שאינו ברוחבותו ולא ניתן היה לדעת לאיזה חלק מהנזק גרם כל אחד, נטה בית-המשפט העליון ליחס לשני המעולמים (או למעול האחד, כאשר מדובר במעול וגורם שאינו ברוחבותו) אחוריות למלא נזקו של הנזוק, אפילו עלול היה הרכר להביא לכך שמעול אחד ישא בנזקים ובאים יותר מآل שגרם להם בפועל²⁰. הגם שכית-המשפט העליון עשה שימוש בטכניות משפטיות, שהעיקרית בהן היא העברת הנטול למעול הנتابע, להוכיח לאיזה חלק מהנזק לא הוא גרם, שם לא יעשה כן חוויב במלואו²¹ – אין להתעלם מהמטרה הדיסטרקטיבית של בית-המשפט העליון להידיף נזוק חף על-פני מזיק אשם, אפילו במחיר חיוכו של זה האחrown בנזקים להם לא גרם²².

על-אף נתיתו המתווארת של בית-המשפט העליון לגמישות מסוימת באשר להוכחת הסיבות העובדות, חשוב להציג זאת: נכוונו של בית-המשפט להקל עם הנזוק בעניין זה ניכרות רק באותו מקרים שבهم הוכחה כי הנتابע (או הנتابעים) היה בעל אשם וגרם לפחות חלק מהנזק. שאלותיו היו פנוי הדברם, מוכן היה בית-המשפט "לסתהcn" בהתלה אחוריות על מעול לנזק אשר אויל לא גרם לו. לעומת זאת, אם לא הוכח על-פי מאון הסתברויות כי הנتابע היה בעל-אשם, נדחתה התביעה. כך עליה מהפסיקה אשר סירבה לאמץ את רעיון האחוריות הקיבוצית העמדה על הצורך להוכיח אשם אישי כתנאי להטלת אחוריות. השאלה – מה הדין אם לא ניתן להצביע על מי שגרם לנזק, אך ניתן להצביע על קבוצת-אנשים אשר מישחו הנמנה עליו כן וככל חבר הקבוצה יש אשם – טרם נונתה מפורשת בפסקה הישראלית.²³

(להלן: עטר) (בעורור לבית-המשפט העליון לא עלתה השאלה: ע"א 166/88 פניציה בע"מ נ' עmr.

פ"ז מה(2) (457).

19 א' פורת, "דיני נזקין" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א (תשנ"ב, א' רוזניצקי עורך) 22.

256-240.

20 מלך, (לעיל, העירה 18), ונגר, (לעיל העורה 3).

21 טניקה וסתת היא ראייתו של הנזק ככה שאינו ניתן להפרה על-פי טבע, לפחות כמשמעותו גוף. מלך, שם, עמ' 108.

22 שאלמלא אין יכול היה בתי-המשפט לבחור באחת משתי דרכיהם: האחת, דחית התביעה כנגד המעול, כדי שלא יתויב בנסיבות של נזקים שהוא גרם להם, או קבלת החלוקה, כדי שייעוד הנזק שלגביה גירמו שימוש בקריטריון-חולקה כלשהו, כגון עצמתם יחסי של גורמי הנזק. הוריך הראווה לוקה בהעדרת המזיק על-פני הנזוק, אם כי ניתן לטען, שהוא בקונה אחד עם דמיית רעין האחוריות הקיבוצית. הוריך השניה מארתת יתרה, אך בcourt-המשפט העליון בענין מלך, שם, עמ' 107-109, סירב להזק לה (שם ורב בקריטריון-חולקה על-פי עצמתם והסתה של הכלבים אשר גרמו לנזק של הנتابע ושינוי בנסיבות של אנשים שונים). בפסק דין קורם של בית-המשפט העליון, ע"א 304/68 גנוטר נ' דחאה,

פ"ז בג(1), שעסק בנזקי רכוש, נקתה דרך זו.

23 בענין עמיר, (לעיל, העורה 9), שיתואר להלן, אין חייחוס מפורשת לשאלת, אך ייחן שניתן למדו את גישתו של בית-המשפט העליון אליה מתקן התייחסותו לפסק דין של בית-המשפט המתו. ראה להלן, ליד העורה 24.

2. פסק-דין עמיר – ניצנים לגישה שונה?

פסק-דין עמיר עניינו בתאונה-עבודה שבה נהרגו כמה אנשים ונגרם נזק רכוש רב. התאונה אירעה עקב קריוסטה של תקרת מבנה שהייתה בשלבי בנייה, במהלך ניסיון לפרק את העמודים שתמכו בה. הדעות היו חלוקות באשר לגורם התאונה או לגורם: תכנון ושלבי, בינוי קוויה, פירוק בלתי-זיהיר של העמודים שתמכו בתקרה, העמסת-יתמר של התקרה עובר לפירוק העמודים, היעדר פיקוח מקצועי צמוד או היעדר תיאום בין הגורמים השונים המעורבים בעבודת הבניה. לפיקח, ארבעה נתבעים היו "מוסעים" להיות המעללים שגרמו לתאונה: המהנדס; המכטנן, שהיה אף האחראי על הפיקוח (ובכלל זה הפיקוח על-פירוק העמודים שתמכו בתקרה); הקבלנים אשר בנו את שלד המבנה (ובכלל זה אף את העמודים שתמכו בתקרה), ביצעו בפועל את פירוק העמודים והעמיסו על התקרה בлокים עד לקריוסטה; מומין העבודה, שהיה מחויב על-פי תקנות הבטיחות בעבודה לצאג למיניו מנהל-עכורה שיפחת על קובלני-המשנה השונים; וחברות-הकבלנות, אשר בנתה את קובלני-הפלדה של גג המבנה.

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

בבית-המשפט העליון סידר לאמץ את גישתו של בית-המשפט המתויז. השופט אור, שמנן את חווית-הדרעת העיקרית בפסק-דין, היקשה: "האם מוצדק יהיה להטיל חבות על נתבע פלוני שנכלל בקבוצת האחראים לבנייה, רק מכיוון שרור שחילק מקובצתו זו אחראי לتوزאה ומבלתי שקיימות נסיבות המועלות קיומה של אחריות כזו מצדיו דזוקא? לדעתך התשובה שלילית"²⁴. השופט הסתמן על הלבת פינט, והוסיף: "כפי שנקבע בפסקה"ר הניל' האחריות בנזקין מובוסת אצלן על אנשים אישיים, ואין מקום להטיל אחריות קבוצית כאשר נפגע אדם על-ידי אחד משניהם ואין בידו להוכיח מי מן השניים היה המעוול"²⁵. לבסוף, תוך התייחסותו לטכניתה הספרטיפית של העברות נטל הראייה שנקט בית-המשפט המחויז, קבע השופט אור:

כרי שאם בסוף הדיון לא ברור מי מכמה נתבעים הוא האחראי לקרוות התאונה, אזי אין מקום להטיל אחריות על מי מהם שאחריותו היאשית לא הוכחה. כך גם, אם אין ראיות לכאורה לאחריות אחד הנתבעים — אף שרור שמי מהם אחראי/ם — אין להעביר אל מי מהם מלכתחילה את נTEL ההוכחה. אם יועבר נTEL ההוכחה אל כל הנתבעים להוכחה שלא התרשלו, רק מכיוון שרור שמי מהם אחראי, כל נתבע שלא יעמוד בנטל ההוכחה. אם יועבר נTEL ההוכחה אל כל מה שהוכחה נגדו, הוא רק שהוא נמנה בין אלה שהליך מהם

²⁴ עמיר, (לעיל, העלה 9), עמ' 8.

²⁵ עמיר, שם, עמ' 9.

אחראי לקרות התאונה. תוצאה כזו סותרת את העקרון והטענה המשפטית על-פי מה שנקבע בע.א. 411/70 (הלוות פינס²⁶ – א'פ'). ויתר פסקי-דין שהזכו לעיל (הלכות ארוגי²⁷ וצימ²⁸ – א'פ').

למרות דבריו אלה, הגיע השופט אור בסופו של דבר למסקנה, שיש להטיל אחריות נזקית על שלושה מבין ארבעת ה"מעמידים" להיות מעולמים. הטעם לכך הוא, שלפי דבריו של בית-המשפט המחווי עצמו, די היה בריאות שהובאו בפניו כדי לשכנע, שלושה אלו התרשלו וגרמו לתאונה. מכאן, שבהעברת נתיל ההוראה אליהם לא היה כדי להשဖיע על התזואה אליה הגיע בבית-המשפט המחווי, וזה נותרה, כאמור, על כנה. לא כן לגבי הנتابעת הריבית, חברות-הקבלנות אשר בנתה את קונסטרוקציית-הפלדה של גג המבנה. אחריותה נקבעה בבית-המשפט המחווי מהטעם שלא הצליחה לשאת בנTEL ההוראה שהועבר אליה, בהתאם לגישתו של בית-משפט זה, ובשל כך בלבד. השופט אור קיבל את קביעתו של בית-המשפט המחווי ופטר את הנتابעת הריבית מכל אחריות. זאת, לא ורק משים שדחה את גישתו של בית-המשפט המחווי לעניין העברת נתיל ההוראה, כאמור, לעיל, אלא אף מכיוון שסביר, כי הוכח בריאות פיזיטיביות שגם אם התרשלו קבלני השופטים מלץ ונtinyהו הסכימו לפסק-דין של השופט אור. עם זאת, העירה השופטת נתניהו העתרת-אגב, שהשיכות מיוחדת לה לעניינו:

רק מעבר לנדרש אוסף כי אני שוללת התפתחות עתידית בפסקה שלנו, כפי שנעשה בפסקה האנגלו-אמריקאית, שבהתקיים נסיבות המצביעות בbijור על מעשה רשלני, שהותובע אינו מסוגל להזות את האחראי המסומים לו, יעביר הנתיל על כל אחד ואחד מכביצת האנשים שהנسبות מצביעות עליו כאחראי אפשרי, להראות כי לא בו האשם... הפסקה שלנו דחתה גישה זו עד כה על אף התזואה הקשה לתובע 'הנופל בין הכסאות' מאין יכולת להזות את האחראי לנזקו מtower אלה שהוא נמצא נמצוא בבירור ביניהם. הטעם לכך הוא בתפיסה שהאחריות בניין מבוססת על שם איש... אני שוללת התפתחות אחרת אצלנו. השאלה היא מידי הראיות... כללי הראיות הם גם מכשיר לישום מדיניות ראייה, וכבר עשינו שימוש בכללי הראיות בדבר העברת נתיל הראיה, בעקבות פסיקה של ארצות הברית, כדי לישם מדיניות המבקשת להקל עם טובע הנטקל ב��שי להזהות או לאחד את האחראי לנזקו (בהתאם מפנה השופטת את הקורא, בין היתר, להלכות מלך²⁹ וונגראָפַן³⁰ – א'פ').³¹

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

ניתן לסכם ולומר, שבעוד שפקסידין עמיר עשיר להיראות כפסקידין נוסף, הדוחה באמרת אגב את רעיון האחוריות הקיבוצית ותו לא, ניתן למצואו בו ניצנים לגישה שונה. למעשה, לראשונה בפסקתו של בית-המשפט העליון, מתגלה נוכנות כלשהו לכך את הדרישה להוכיח אשם אישי כתנאי להטלה אחוריות נזקית, ولو גם באוטם מקרים מיוחדים-במינם, שבהם ברור כי התובע ניזוק מהתנהגות עולמית, לא ידוע מי המועל, אך ידועה קבוצת-האנשים עליה הוא נמנה.

ג. קבוצות מקרים העשוית להתאים להטלה אחוריות קיבוצית

לפני שадון בטיעונים השונים بعد הטלת אחוריות קיבוצית ונגדה, אפתח בהציגן של שלוש קבוצות מקרים עיקריות שבהם עשויה להיות מוטלת אחוריות כזו. המקרים כולם מבוססים על פסקידין ישראליים, אמריקניים ואנגלים, ואגב תיאורים יבואו בקצרה הפרטנות המשפטיים שניתנו להם בתי-המשפט השונים. הצגת קבוצות המקרים חיונית לדין בטיעונים השונים, שכן לחلكם יש תקופה שונה לשונה לגבי כל אחת מהקבוצות. כפי שנזכיר מיד, היעדר היכולת להוכיח אשם והיעדר היכולת להוכיח קשור סיבתי הם שעומדים בסיס החקיקה לקבוצות.

קבוצה א. מקרים שבהם הוכח אשמו של הנتابע, אך לא הוכח כי הוא שגרם לנזק; עם זאת, ידועה קבוצת-אנשים שעלייה הוא נמנה, אשר מישחו מותכה גרם לנזק באשםו.

קבוצה ב. מקרים שבהם הוכח כי הנتابע גרם לנזק, אך לא הוכח אשמו; עם זאת, ידועה קבוצת-אנשים שעלייה הוא נמנה, אשר מישחו מותכה גרם לנזק באשםו.

קבוצה ג. מקרים שבהם לא הוכח אשמו של הנتابע ולא הוכח כי הוא שגרם לנזק; עם זאת, ידועה קבוצת אנשים שעלייה הוא נמנה, אשר מישחו מותכה גרם לנזק באשםו.

מיין המקרים אשר עשויים להתאים להטלה אחוריות קיבוצית לקבוצות דלעיל, אין המין הפלנטי היהודי. קיימים התייחסון נספחים (שפורטו מיד לאחר הצגת שלוש הקבוצות), היוצרים למעשה תתקינות לכל אחת מקבוצות המקרים העיקריות. הדין בשיקוליה המדיניות המשפטית יבהיר את חשיבותם.

1. קבוצה א – לא הוכח קשר סיבתי

במקרים הנכללים בקבוצה הראשונה, נעדר התובע יכולת להוכיח על-פי מאzan הסתברויות קשר סיבתי עובדתי בין אשמו המוכחה של הנتابע לבין הנזק שנגרם לתובע.

דוגמא אחת טיפוסית לסוג זה של מקרים ניתן למצוא בפסקידין אמריקני שנפק עד בשנות הארבעים על-ידי בית-המשפט העליון של קליפורניה, v. Summers³². באותו עניין מדובר היה בשלושה אנשים שייצאו יהדו לצד שלווים. התובע, אחד מבין השלושה, צעד לפני שני חברי הנتابעים, ונפגע בעינו מצד אחד

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

תועה שנורה מרובבו של אחד מהם.³³ הסתר, שני הנתבעים יורי-בכלי נשקם בעת ובעוונה אחת ולא ניתן היה לדעת מי מהם הוא זה שפגע עיניו של התובע. עם זאת נקבע, ששניהם התרשלו, ועלתה השאלה אם ניתן להטיל עליהם את האחריות לנקיו של התובע, כאשר לא ניתן להוכיח על פי מazon הסתברויות, את הקשר היסכמי בין אשמו של כל אחד מהם לבין הנזק. בית-המשפט האמריקני קבע, שהנטל על הנתבעים להוכיח כי לא גרמו לנזק, ומאחר שלא עמדו בו — אחראים הם יחד ולחוד לנקי התובע; זאת, גם אם אינם בגדר מעולמים במשותף. בית-המשפט הדגיש בפסקידין, כי תוצאה זו היא התוצאה ההוגנת, שכן כך נמנע מצב שני הנתבעים הרשלנים יתחמקו מחائرות, ואילו התובע ישאר לפחות תודעה. כן הוסיף בית-המשפט, כי תוצאה זו מודרכת אף בכך, שהנתבעים נמצאים במצב טוב יותר מהtoberע להביא וריאות שיאפשרו לקבוע מי מביניהם פגע עיניו של התובע. העיקרון שנקבע בעניין Summers, אומץ לאחר מכן ב-Restatement של פסקידין עצמו משמשacha את הדוגמאות המובאות שם.³⁴ מקרה נוסף, שעובדותיו דומות להדיים לעובdotיו של פסקידין Summers, נפסק בקנדיה באותו אופן.³⁵

דוגמא שנייה לסוג המקרים הנכללים בקבוצה הראשונה מצויה בפסקידין אמריקני אחר, Sindell v. Abbott,³⁶ שנפסק אף הוא על-ידי בית-המשפט העליון של קליפורניה, ובפסקידין רבים שכאו בעקבותיו, ושנספקו על-ידי בית-המשפט במדינות שונות בארצות הברית. מסכת העובדות בכל פסקידין היתה דומה: החל משנות הארבעים יוצרה בארץות הברית תרופה מסוימת (ששמה המקווצר D.E.S) על-ידי למעלה מ-200 חברות שונות ונמכרה למאות אלפי נשים בארה"ן, כתרופה שיש בה כדי להקטין את הסיכון להפללה טבעית. לאחר כ-25 שנים מאז החלו לשוק את התרופה התבדר, שיש לה תופעת-לוואי נוראה: ריבות מהכנות שנולדו לנשים אשר השתמשו בה لكו במחלת-הסרطن. אלו חפזו לתבוע את החברה שיצרה את התרופה בה השתמשו אימוטיתן בעת שהרו אותן, אך נתקלו בבעיה קשה: דוחותה של החברה הספציפית שיצירה את התרופה בה השתמשה האם לא היתה ידועה! עם זאת הוכחה, כי בכל החברות דבק אשם אשר התבטה בכך, שלא בדקו כראוי את תרופת ה-D.E.S. לפניו שיווקה, שהתعلמו מממצאים שונים אשר העידו על הסיכון הכרוכים בשימושה בה ושלא זההו מפניה את הצרכניות בדרך כללשהי.³⁷ בתביעותיהן של הנשים שלקו במחלת-הסרطن (בנויותן של צרכניות התרופה), עסוק פסקידין Sindell ופסקידין שכאו בעקבותיו. בית-המשפט העליון

למעשה התобע נפגע משני כורדים, אך הפגיעה בעין, המשמעותית מבין שתי הפגיעות, גורמה על-ידי אחד הכורדים בלבד. ראה עניין Summers (להלן, הערתא (32).

Restatement Second, Torts 2d, s. 433B(3) & Ill. 9. הכלל שנקבע ב-Restatement מתייחס למצב שבו התנהגוותם של שניהם או יותר היהת עולמית, אך לא ניתן לדעת מי אשר גרם לנזק של התובע.

T. B. Hogan, "Cook v. Lewis" (1952) 1 D.L.R. 1 .Cook v. Lewis (1952) 1 D.L.R. 1 .Re-examined" 24 M. L. Rev. (1961) 331

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

מדובר היה בוגם/בתכנון. ראה ד' מ/or, "אחריות חמורה למוציאים — חוק האחריות למוציאים פגומים, תש"ס-1980" 319, 303 ואלך; י' גלעד, "אחריות חמורה למוציאים — חוק האחריות למוציאים פגומים, תש"ס-1980" 238, 201-200, 179 ואילך (להלן: גלעד, אחריות למוציאים).

של קליפורניה, בין לבין פסק-דין דוקטורינה משפטית שונגה העשויה להביא להטלה אחריות על החברות הייצרניות, ודחה אותן אחת לאחרת.³⁸ לבסוף קבע דוקטורינה חדשה, המהווה לדבריו הרוחבה של עקרון Summers, והנתקראת מזו Market Share Liability, כולם: אחריות לפוי חלק בשוק. על-פי דוקטורינה זו, כפי שנקבעה בעניין Sindell, כל אחת מהחברות הנتابעות אחראית כלפי הובעת לנזקיה, אלא אם תצליח להוכיח שלא היא יוצרה את התווצה בה השתמשה אמה של הובעת. ואת, במקרה, שהנתבעות יצרו חלק מהותי מתרומות הד'-E.S. שנמכרו בשוק.³⁹ ביחסים שכיניןן, קבע בית-המשפט – יחולק נטל הנשיאה בכך בין הנتابעות, לפי החלק שהיא יכולה בשוק תרומות הד'-E.S., אשר בו רכשה אמה של הובעת את התווצה.⁴⁰ ההנחה העיקרית של בית-המשפט بعد אימוץ הדוקטורינה החדשה הייתה, בדומה להנחה שבבטיס פסק-דין Summers, העדפתה של תוכעת חפה מכל אשם על-פני נtabעות רשלנית. אין הדבר שיטתי בבית-המשפט, כי לנtabעות ששיוקו תרופות אשר סיכנויןן מתחממים רק כעבור זמן רב, יש חלק

העיקרין שנקבע כפסק דין Summers נקבע כלול ישירות, שכן עניינו במצב שבו הפטורי של אחד מהותנבעים גורם באשמו לנוק הוא 50%, ולא סכמי קזוערי כאלו. במילון גראתת תחולת הדוקטרינה של מעוילות במשפט, בראש וראשונה מציין של הוימה הבנה או הונאה משוחפת בין הנتابעים שלא לבודק בראי את הרוחה ועללא להזהיר מפני הסיכון שהיא צוותת בחובנה. נושא על כן, גראתת דוקטרינה המכונה "Enterprise Liability" ("להלן, לד העירה" 51). ביטת המשפט קבוע בעניןSindeall (לעיל, העירה 36), שדרקטרינה זו אינה חלה כאשר התעשיה כללה מספקיה ריב של יצינום וכאותה הינו יוצרים פעלן-לפ-טנדנטדים אשר אומצו על ידי הרשות והמקנות על התעשיה, כבקרה הנזון. בפניהם הוגם שבבקשות זו ובסתנודטים שאימצו הרשות אין כדי לפטור את הנتابעות מאתניות נזיות).

הסיבה שהוכחה בפסקורון לתנאי זה (שיכונה לאילן "תגא' חותל המהותי בשוק") היא, שלא יוזר מצב שヒיה סיכוי רב כי המועל האמיטי לא יהיה כל-בדיין.

אם מפרשים את פסקורון Sindell (עליל, העדרה (36) כמפורט לעל' נתבעת אחריות כלפי הוחכמת למולא הנתק (וחולקו עלי' החלק בשוק ונשנית וק' ביחסיתם הפמיים), הרי שתנאי החלק המהותי בשוק מובילו לכך. ככלז' עול' היה להיזכר מצב, שנחבעת אשר לה חלק קמן מאוד בשוק חייבות לשאות בסופו של דבר, לאחר בידור תביעות ההשתתפות בין הנتابעות השונות, החלק ניכר מהונך. לעומת זאת, אם מפרשים את פסקורון כמפורט לעל' נתבעת אחריות כלפי הוחכמת לחולק מהונך (כחאתם ללחקה בשוק), אין הייזון רב בתנאי החלק המהותי בשוק: שורו' שייעו' הפטיזרים שכחם החוויב כל-נתבעת לא ישפיע מן השאלת, מי ינתבע יהוד עמה. מכאן, שהצצת תנאי זה בעניין Sindell עשויה לזרק את הדעתנה, שיש לפרשו בדרך הפרשנות הראושנה ועליל'. ראה A.D. Twersky, "Market-Share — A Tale of

ר.ד. פורסקי, Market Share – A Tale of Two Centuries¹, Brooklyn L. Rev. (1989-1990) 863, 874, note 16. ראה Thomsen, *Two Centuries of Market Share Liability* (לעיל, הערה 8), 124-120.

40 שפוך מסויים אם יש פסקה רין בטמל על כל נבכעת אחריות כלפי הובעת למלא הנזק (שאו חולקה היא ביחסים הפנימיים שבין החכובות) או בטמל עליה אחריות כזו בלבד. כאמור, אזכור תנאי החלק המהוות בשוק ומכאן דורך הפשנות הרשונה (עליל', הערא 39). עם זאת, יש מפרשים את פסקה-הדין על-פי דרך הפשנות השנית. וכך אף פורש לבסוף בຄולפודיה: *Brown v. Brown* (לדהלן: *Superior Ct.* 751 P. 2d 470, 485–487 (Cal. 1988)).

עיקרי ביצירת הבעיה המיחודה לזוות את מי שגורם לנזקה של התובעת וכי הטלת אחוריות עליהם מוצדרת משיקולים של פיזור נזק והרתועה⁴¹. פסיקי-הדין המאוחרים יותר, שנפסקו במדיניות שונות בארצות-הברית ושם אמצו, עקורהנית⁴², את דוקטרינה Market Share Liability – נבדלים זה מזה בעניינים שונים: יש שאפשרו לתובעת לתבוע מכל אחת מהנתבעות את מלאו הנזק, וכך שעול הגבייה והאיתור של היצרניות השונות של התroofה הוטל על הנתבעות⁴³, וויש שהגבילו את התובעת והרשו לה לתבוע מכל נתבעת פיצוי בהתאם לחלוקת בשוק ולא יומר⁴⁴; יש שהכירו בזכותו של כל נתבעת לנסota ולהוכיח כי במרקחה

⁴¹ ב-*בית המשפט מצ'ין*, שבסופו של דבר תsha כל חברה פחות או יותר בעקבם שנגרמו על ידי התורפה שהא צ'ה: *Sindell, ibid.*, at p. 937.

הביבס הרעינו לא היה תמים זהה. יהי שחוון את הביבס הרעינו של *Sindell* וניימקו את פסיקתם בדרכו
 שונה אשר הביבס גם כן להחלה אחריות לפי הילק בשוק (או באופן דומה). בשל הביבס הרעינו השונה,
 ישים הבדלים מסוימים אף בתוצאות בণויים מטורוט להלן, וראה למשל את *Collins v. Eli Lilly & Co.*, 342 N.W. 2d 37 (Wisc. 1984), cert. denied 469 U.S. 826 (1984) (להלן: עניין
 ; וכן את (Collins *Martin v. Abbott Laboratories*, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984) (להלן: עניין
). ישים גם פסקידין במדינות שונות אשר דוחו את הדוקטורינה כליל, בדרכו כלל
 (Martin לעומת *Sindell*). בהגמeka שזו עניין למחוקק לענות בו לא לบทיד המשפט, וכן שם השם הדוקטורינה הרוב בישומה:
Zafft v. Eli Lilly & Co., 676 S.W. 2d 241 (Mo. 1984); *Mulcahy v. Eli Lilly & Co.*, 386 N.W.
 42

הנדון לא היה שגרמה לנזק, שאו מפתור עצמה מה אחירות⁴⁵ ויש שללו זכות כזו ממנה⁴⁶; יש שבדקו את החלק בשוק של כל אחת מהנתבעות לפני השוק הלאומי⁴⁷ ויש שעשו כן על-פי שוק בעל היקף מסוים יותר⁴⁸; ויש שהתנו את קיום עילית תביעה של התובעת בכך, שתחייב יצורניות שלහן היה חלק מהותי בשוק⁴⁹, ויש שלא התנו תנאי זה⁵⁰.

מקרים מסווג דומה למקרי ה-D.E.S., הם מקרי ה-Blasting Caps (להלן: "חוזים"). אף במקרים אלה התעוררה לעיתים קרובות בעיתות זיהוי: מוצר מסוים, שהופעל על-ידי חומר-נפץ, גרם בנסיבות שונות בארכוזה-הברית נזקים לילדים ששיחקו בו. לעיתים לא ניתן היה לדעת מי הייצן אשר יצר את המוצר שגורם לנזק. עם זאת, ניתן היה להצביע על קבוצת-יצרנים אשר "היצין המבוקש" נמנה עליו. בפסק-דין שעסק במקרה אירובי נזק כאלה נקבע, כי הנטול עוכר לכל אחד מחברי הקבוצה להרואות שהניסיוק לא נגע מ מוצר שיצר על-ידי, ואם לא יעמוד בנטול זה – יחויב לשאת במלוא הנזק. פסק-דין אלה קדרמו לפסק-דין Sindell, Sindell, supra note 36, אשר שאל את הנΚראת Enterprise Liability המונח שנקבעו לתחולתה של דוקטורינה זו הם, שאין קבוצת הנתבעים מספר רב של יצורנים (ובשל תנאי זה נקבע שאין היא חלה על מקרי ה-D.E.S.) והثبتובע הוכיח על-פי מאן הסתרויות שהמוצר יוצר על-ידי אחד מהם (ה גם שאינו יכול להוכיח על-ידי מי בדיק). ההנחה לאימוץ הדוקטורינה היא, שהנתבעים כולם דבקו בסטנדרטים לקוים של בטיחות אשר רוחו בתעשיה הרלכנית ושיתפו פעולה ביצור ובתכנון של המוצר. על כן יש לדאות בכלם ככלו שיצרו את הסיכון והיו בעלי יכולת פיקוח עליהם⁵¹. במובן מסוים ניתן לזרא בדוקטורינה זו הרחבה של רעיון האחריות המשותפת של מעולים שפעלו בצוותא

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

Vanderbilt L. Rev. (1991) 395, 409

⁴⁵ אך נקבע בণין: Sindell, *supra* note 36, at p. 937. ואכן, באותו מקרה הצלילה אחת הנתבעות לפטרו Collins, *supra* note 42, at p. 52; Martin, *supra* note 42, at p. 382.

⁴⁶ Windfall, *supra* note 44, at p. 1078. ההנחה שהובהה לכך הייתה, כי הפתרון الآخر יביא לאוויה נחכמת אשר יקרה תרופה שקל להזות אותה או ששיוקה את תרופותיה לבעלי-מקרקחת מסוימים (אילם אם תכיה יצירויות, כי לא מקרה כלל את התroppה לשימושן של נשים הרות בעות שאמנה של ה怨ועה המשפחתי בהריון, לא תוטל עליה אחירות. 2. n. 1078 & *ibid.* at p. 1078 & *ibid.*). הנתקה זו יש להבחן על-ყע הבסיס המשפטיאני בפסק-דין זה על-ידי ביחס-המשפט לעורורים של נוירירוק, שלפיה אחירות כל Nace, *supra* note 44, at p. 426-428

⁴⁷ Nace, *ibid.* at p. 425-426; Twerski, Hymovitz, *supra* note 44, at p. 1078 *et seq.* Hymovitz, *supra* note 44, at p. 1078 *et seq.* Twerski, "Products Liability — An Analysis of Market

Share Liability" 34 *Vanderbilt L. Rev.* (1981) 1623, 1644

⁴⁸ בפסק-דין שנפק בפלורידה, צמצם בית-המשפט את השיק מכל האפשר, ואפילו השוק של פלורידה נראה לו רחוב מdry. Conley, in: Nace, *supra* note 44, at p. 408-409.

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

⁵⁰ Collins, *supra* note 42, at p. 48; Martin, *supra* note 42, at p. 382 *et seq.* Hall v. E. I. Du Pont De Nemours & Co., Inc., 345 F. Supp. 353 (N.Y. 1972) 51 *(להלן: עניין Hall*

חדר. פסקידין Sindell ופסקידין שבאו בעקבותיו, הילכו, למעשה, כברות-דרן נספה בכוון הרחבתו של מעגל האחריות הנזקית. דוגמא שלישית לקובוצה הראשונה של מקרים העשויים להתאים להטלת אחריות קיבוצית ניתן למצוא בעובדות של פסקידין עמיר⁵², אם נכnis בהן שינויים "קליטס". נניח שבית-המשפט היה משתכנע באוטו עניין, כי כל הנتابעים היו רשלנים, אך לא יכול היה לקבוע רשלנותו של מי גרמה לתאונת. אם כך היה פני הדברים, היה זה מקרה אגלוגי, לפחות במידה מסוימת, לשתי הדוגמאות הקודומות שהבאנו. למעשה, מפסקידינו של בית-המשפט העליון בעניין עמיד ניתן לומר, שלא למקרה הוכח הקשר הסיבתי בין אשם של הנتابעים לבין התאונת, לא היה מנוס מדריחת חביבותיהם של צובנות הנזקים וחלויהם, וזאת בגיןו לעמודו של בית-המשפט המחויז. הטלת אחריות קיבוצית בדרך כזו או אחרת לא נראהה לבית-המשפט העליון אפשרית; ורק מסקנתו הסופית, שהוכחה בריאות פוחטיביות כי הנזק גורם עקב אשם של כמה נתבעים, הביאה אותו לקבל את התוצאות השונות.

2. קבוצה ב – לא הוכח אשם

במקרים הנכללים בקבוצה השנייה, נעדר התובע יכולת להוכיח על-פי מאוזן הסתרויות את אשמו של הנtabע, גם שלא מתעורר ספק באשר להיות התנהגו גורם עובדתי לנזק.

בעניין פינס⁵³, עסק בית-המשפט במקרה דומה למקרים הנכללים בוגר קבוצה זו. כזכור, שם מדובר היה בתאונת-דריכים לה גרמו שני נהגים, ובה ניוק נושא באחד מכל-הרכב. לבית-המשפט היה ברור ושניהם אשימים בגרימתה ביחס של 20%:80%, אך לא ניתן היה לדעת מיהו זה אשמו מגיע לכדי 80% ומהו זה אשמו 20% בלבד. לו היה המצב שונה במקצת, באופן שהייתה מסתבר, כי הגם שני הנהגים גרמו עובדתית לתאונת רק אחד מהם היה אשם בגרימתה אך זהותו לא הייתה ידועה – היה זה מקרה הנופל בדיקת גדרה של הקבוצה השנייה הנדרנה בת-פרק זה.

הפסיקת האנגלית עסכה לא אחת במקרים הנכללים בוגר קבוצת המקרים השנייה. הסיטואציה העובדתית הייתה בדרך כלל זו: אירוע תאונה שבה היו מעורבים שני כלי רכב; לא ברוד מי שני הנהגים היה ושלן, אם כי ברוד שאחד מהם היה כזה; ההסתברות שהראשון היה רשלן זהה להסתברות שהשני היה ושלן. בדומה פסקידין נתגלה נטייה מסוימת להעביר לכל אחד משני הנהגים שהו מעורבים בתאונת את הנintel להוכיח שלא התרשל; שאם לא יעשה כן, יהובי לשאת במלוא נזקיו של התובע. ברובית המקרים נטו שופטים אנגליים לסבור כן, היהה הנחתם, כי גוסף על האפשרות שrok אחד משני הנהגים התרשל, קיימת אפשרות נספה, והיא שני הנהגים התרשלו בעה ובעוונה אחת. אפשרות נוספת נספה זו מביאה למסקנה, שהסתברות להתרשלו של כל אחד משני הנהגים גבוהה מ-50%.⁵⁴.

⁵² לעיל, העדרה 9.

⁵³ לעיל, העדרה 11.

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

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

במקרים הכלליים בקבוצה השלישי נדרה הטענה יכולת להוכחה על-פי מאוזן הסתברויות הן את אשמו של הנתבע והן את הקשר הסיבתי העובדתי בין התנהגותו של הנתבע לבין הנזק.

עובדותיו של פסקידין אדרוגי⁵⁵ מהוות דוגמא טובה ל蹶ה הכלל בקבוצתי. מקרים זו. כזכור, באותו עניין ארעה התפרצויות במגוון משאטו של התובע. לא היה ברור מי מהנתבעים המתרשל וגורם לנזק, למוראה שהיה סביר מאוד להניח כי אחד מביניהם עשה כן. בית-המשפט העליון סירב להטיל אחריות על מי מהנתבעים והתביעה נדחתה⁵⁶.

אף עניין צימ⁵⁷ יכול היה לשמש דוגמא ל蹶ה הכלל בקבוצת-המרקם השלישי. שם עלתה השאלה. מי גורם באשמו לאובדןabilis השובל עליידי חברה צימ. אלמלא השתכנע בית-המשפט העליון בסופו של דבר, שעיל חברת צימ הנטול להראות כי מסרה את המטען לרשות-הນמלים בשלמותו ושבנטול זה לא עמדה – היו ניצבים בפני בית-המשפט שני נתבעים, אשר אחד מהם בלבד, שהוותו אינה ידועה, גורם לנראתה לאובדן באשםנו. אילו כך היה פני הדברים – הבהיר בית-המשפט – היהת התביעה נדחתה⁵⁸.

דוגמה שלישי, בה הוכחה אחריות קיבוצית, הוא פסקידין אמריקני, *Ybarra v. Spangard*⁵⁹, שקבע בשנות הארבעים עליידי בית-המשפט העליון של קליפורניה. באותו עניין אוושפז התובע בבית-חולום כדי לעבור ניתוח לכrichtה התוספתן. לאחר הניתוח, כאשר התעורר מתרdump, גילה שכ��פו נזוקה. מטעם הדברים לא יכול היה התובע לדעת מי מבין חברי הוצאות הרפואי שטיפול בו בעת שהיא שקווע

1953] הביע Somervell L.J. בפסקידין זה את דעתו, כי כאשר ברור כי רדק אחד משני הנוגמים רשלן, אך לא שניהם, מן הרואין לדחות את התביעה. לעומת זאת, סבר Denning, L.J., כי ב蹶ה כזה בית-המשפט צריך להחליט על מי מהתנאים יש להוטל אחריות. לגופו של עניין הסכימו כל השופטים, שכ蹶ה הנדרן בנסיבות קיימת אפשרות שתי הנוגמים כאחד החורשל, Denning L.J. מטהו, אשר גורם לאחר מכן, שפקידין מאוחר יותר, שפק בירשותו ופואית, הביע דעה, באמצעות אגב, כי כאשר אחד גורם לאחרו נזק באשמו, אך לא ידוע מיזה מבין שניהם, יש לו זיקוק יעלת תביעה נגד שניהם וכל אחד מהם עובר הנטול לילון הסבר מודע לא והוא שגותם נזק: *Roe v. Minister of Health* [1954] 2 All E.R. 131, 137 (C.A.).

בפסקיקה האמריקנית המגמה היא לפטור מאחריות הנוגמים המעורבים בתאונת כאשר לא ברור מי מהם החורשל. אם כך הדבר, ניתן היה לחיים בדין, השווה הדין לשליל, לדי הערה 54. עם זאת, *Prosser & Keeton, The Law of Torts* (St. Paul, 5th ed. by P. Keeton, 1984) 251–252. עם זאת, ישם אף פסקידין שבודם היעבר הנטול לנוגדים המתבעים להאותו שלא החורשלו: *Vahey v. Sacia*, 126 Cal. 3d 171 (1981).

לעיל, הערה 16.

55 נימן אולי היה לסכור שקיימת הסתברות כלשהי שני הנתבעים החורשלו; ואלה נסוף על ההסתברות שוק אחד מהם החורשל. אם כך הדבר, ניתן היה לחיים בדין, השווה הדין לשליל, לדי הערה 54. עם זאת, ניתן שהייתה אף הסתברות כלשהי שאיש מכיניהם לא החורשל, שאו עשויה ההסתברות להחזרתו של כל אחד מהם לפחות מ-50%.

לועל, הערה 17.

56 שם, עמי 642.

57 642.

58 154 P. 2d 687 (1944) (להלן: עניין *Ybarra*).

59

בתודעה גרים לנוק, ועל-כן תבע את כולם⁶⁰. בית-המשפט הרוחיב את תחולתו של כלל "הדבר מדבר בעדו" (res ipsa loquitur), העביר את הנטול לכל אחד מהנתבעים להראות שלא הוא שגורם באשמו לנזק⁶¹, ומצא בדרך זו את כולם אחרים יחד ולהזוז כלפי התובע. התעם העיקרי לפיקחה זו — כפי שmobahar בפסק-הדין — הוא נחיתותו הברורה של התובע ביחס לנتابעים בכל הקשור להשגת מירע שיפוק או רעל אופן גורימתו של הנזק. היינו של התובע חסר-הכרה בעת שניוק ושליטם המוחלטת של הנتابעים במצבו הפיסי באותה עת, היו אפוא עובדות מטראליות בעיניו בית-המשפט. כמו כן נראה לבית-המשפט כי אין זה סביר, שהולה, אשר ניזוק עקב רשלנותו של אחד מחברי הצוות הרפואי שטיפל בו, מוצא עצמו ללא פיצוי וק-בגלאו אין הוא יכול להציג על האדם הספציפי שפגע בו⁶².

בתי-משפטanganlia סירבו להחיל עיקרון דומה לזה שנקבע בעניין *Ybarra* על מקרים שבהם נזוק אדם עקב רשלנותו של אחד מחברי הצוות הרפואי שטיפל בו ואשר הוותן אינה ידועה. עם זאת, במקרה מקרים בהם הבעיה על פתרונה, בשל השימוש בדוקטרינה האחראית השילוחית. הנהלת בית-החוללים בו טופל החולה נמצאה אחראית באחריות שלוחית לעולותיהם של כל חברי הצוות הרפואי, וממילא לא היה זה מעלה או מורד מי בדיק מבחן חברי הצוות פגע בנזוק החתום⁶³.

4. חתכי מון נוספים

הmarkerim העשויים להתאים להטלת אחוריות קיבוצית ניתנים למון לא רק על-פי סיבות ואמם אלא גם על-פי כמה חתכים נוספים⁶⁴:

- (1) מספר בני-הקבוצה שעליה נמנה המועל אשר גרם לנזוק של התובע. ישנו מקרים שבהם מספר בני-הקבוצה שעליה נמנה המועל הוא שניים: למשל, עניין (הצידים), דוגמת שני הנהגים שהיו מעורבים בתאונת וברור

⁶⁰ לא נמצא אף אחד שניין היה ליחס לו אחוריות שלוחית למעשי כולם.

⁶¹ לדבי בית-המשפט, כל אחד צריך לספק הסבר באשר לההגהחות-ישראל.

⁶² לביקורת על פסק-הדין על השימוש שנעשה בו בערךן ה-*W.A. Seavy* ואות *Res Ipsa Loquitur*

⁶³ .*"Res Ipsa Loquitur — Tabula in Naufragio"* 63 *Harv. L. Rev.* (1950) 463

⁶⁴ יותר באצטדרהבית לא הלכה בדרך-כלל בעקבות אמר כי *Prosser, supra note 54*, at p. 253 : *Ybarra*

⁶⁵ S.A. Spitz, "From *Res Ipsa Loquitur* to Diethylstilbestrol : The Unidentifiable Tortfeasor in California" 65 *Ind. L. J.* (1990) 591, 606 & n. 100

⁶⁶ *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.);

⁶⁷ *Collins v. Hertfordshire County Council* [1947] 1 All E.R. 633; *Cassidy v. Ministry of Health* [1951] 1 All E.R. 574 (C.A.); *Roe, supra note 54*

⁶⁸ לדוחית תביעה מפני שלא היה ברור מי מה חברי הצוות הרפואי גרם לנזק ולא היה מישוד האחראי מבחינה

⁶⁹ *Morris v. Winsbury-White* [1937] 4 All E.R. 494; *Mahan v. Osborne* [1939] 1 All E.R. 535 (C.A.). בעניין, *Roe, supra note 54*, at p. 137.

⁷⁰ .*Denning L.J.*, גילה, נוכנות, אמרת-גב, להעביר את נטול ההסביר לשוני הנتابעים, אשר רק אחד מהם גרם באשמו לנזק, לעיל, העירה

⁵⁴ .*54*

⁷¹ החתכים שיפורטו להלן מבוססים ורק על מאפיינים עובדיתיים של markerim העשויים להתאים להטלת אחוריות קיבוצית.

spark אחד מהם התרשל, עניין ארגזי (התפוצצות המשאית) והווריאציה לפסק-דין צים (אובדן חבילות הברזל). לעומת זאת, ישנו מקרים שבהם מספר בני-הקבוצה רב מאוד: עניין Sindell (מקרי ה-DE.S.) עשוי לשמש דוגמא טובה לכך. דוגמא נוספת היא זו שבה נשך אדם על-ידי כלב אלמוני עקב מעשה עוללה של בעליו, אך זהות הבעלים אינה ידועה. כל בעלי הכלבים, שככליהם עשויים היו להיות במקום אירוע הנזק בזמנן שארע מהווים את הקבוצה שעילה נמנה המועל הספציפי⁶⁵. דוגמא קיצונית עוד יותר היא זו שבה נפגע הולר-רגל על-ידי רכב מגוע בתאונת "פגע וברח". ניתן ש入党ות אף נהגים כרכיב נמנים על הקבוצה שמנתה "יצא" הנג אשר פגע בנזוק. אכן, במקרה אחרון זה, פרוץ הנזק על-ידי קרנית, כך שציבור הנוהגים כולו, המכמן את קרנית (דרך פרמיות ביטוח-החוות) ישא בנזקי⁶⁶. בין שני הנסיבות קיימים מקרים רבים אחרים. כך, למשל, הווריאציה לעניין עמיד (התמוטטות התקרה), עניין Hall (החזים) ועניין Ybarra (הפגיעה בכתף).

כפי שניזוכת בהמשך, בחותם מיין זה אפשר לעשות שימוש לשם הבחנה בין מקרים שבהם ניתן להטיל אחריות קיבוצית על-פי המשפט הפוטיבי בארץ, לבין מקרים שבהם לא ניתן להטיל אחריות כאמור⁶⁷.

(2) מידת תדריותם של אירוע נזק לכל אחד מבני-הקבוצה, שבום לא ניתן להזות את המועל אשר גרם להם. לעיתים כל בני-הקבוצה, עליה נמנה המועל שגרם לנזקו של התובע, גרים נזקים לניזוקים רבים אחרים בזמןם שונים, כאשר הזות המועל לא הייתה ידועה. כך היה במקרים של Sindell, ו-Hall, וכן באירוע בווריאציה לעניין צים. שונות היה המצב במקרים האחרים שהובאו לעיל כדוגמאות. במקרים אלה אירועו שגורמו העולתי בלתי-זמין היה לבני-הנתבעים אירוע חד-פעמי, ולא היה מקום להגיה שמי מהם גרם לנזקים אחרים כלשהם, נזקים מסוג זה שאירוע לתובע, כאשר זהות המועל לא הייתה ידועה.

בהמשך הדברים יתבהיר, שבחותם מיין זה ישמש לשם הבחנה בין מקרים שבהם תצדיק הטלת אחריות קיבוצית מטעם צדק מתון לבין מקרים שבהם לא תצדיק הטלת אחריות כאמור⁶⁸.

(3) מידת תדריותם של אירוע נזק בסוג הפעולות שבמסגרת נפגע התובע ושבהם לא ניתן להזות את המועל שגרם להם. גם אם אירוע הנזק שוגומו העולתי אינו מזוהה הוא חד-פעמי לגביו הנתבעים בקרה נתון, עדין אפשר שאריעי נזק ככלאים כמה נזקים בסוג הפעולות שבה מדובר. טול, למשל, את דוגמת שני הנגנים שהיו מעורבים בתאונת רוק וآخر מהם היה רשלן. אמנם, בעבור כל אחד מהשניים מדובר באירוע נדיר וחד-פעמי, שמן-יחסם לא יחוור על עצמו; אך כאשר בוחנים את פעילות הגהיגת כולה, עשוי אירוע מסוג זה שלא

ראה הערכתו של השופט בר בעניין מלך (לעיל, הערה 18), 119.

ראה סעיפים 12(א)(1) ו-15 לחקיקת פיצויים לנפגעי תאונות דרכם, משלהי-1975, ס"ה 234; צו פיצויים לנפגעי תאונות דרכם (מיון החקון), תשל"ז-1977, ק"ת 937.

⁶⁵ להלן, תת-פרק ח.2.

⁶⁶ להלן, פרק ד.

⁶⁷ 68

להיחס לאירוע כה נדריר. דברים דומים ניתנים אולי לומר גם על מקרה דוגמת Ybarra (הפגיעה בכתף) ועל מקרה דוגמת Summers, לפחות במדינה שבה פעילות הצד היא פעילות נפוצה ורווחת.

חתק מيون זה ישמש לאחר-מכן לשם הבחנה בין מקרים שבהם שיקולי הרתעה מצדיקים בבירור הטלת אחריות קיבוצית, לבין מקרים שבהם שיקולי הרתעה אדישים, או כמעט אדישים, להטלת אחריות קיבוצית.⁶⁹

(4) סיכוי היותו של אירוע הנזק מבטחה. ישם אירוע נזק אשר בני-הקבוצה עליה נמנא המועל נוהגים לבטח מפנים, כמו שישנם אירועי נזק אשר כמעט שאין מבטחים מפנים. דוגמת שני הנוגדים, שرك אחד מהם היה ושלן, היא קיצונית אחת: בארכנו, ביתוח צד ג' (בגין נזקי-גוף) לנוג ברכב הוא חובה, וגם כשאינו כזה סביר הדבר שנוהגים יוכלו אותו מרצו. גם במקרים כמו צים או כמו ארוגי סביר להניח שקיים ביטוח, ואולי אף במקרים של רשלנות רפואי, כב'-Ybarra. במקרים של תאונות-צד, כב'-Summers, יתכן שהסתברות לקיום של ביטוח נמוכה יותר, אם כי הדבר עשוי להשנות מקום למקומות.

חתק מيون זה, כמו חתק מيون מס' 3, יסייע להבחין בין מקרים שבהם שיקולי הרתעה תומכים תמכה חזקה ובזרה בהטלת אחריות קיבוצית לבין מקרים שבהם תמכתם רפה יותר. יש לשים לב לך, שחתק זה עניינו במאפיין עובדתי (יש ביטוח או אין) ולא במאפיין ערכי (סביר שהיא ביטוח או לאו). מאפיין אחרון זה ידוע בפרק נפרד, כשיקול עצמאי להטלת אחריות קיבוצית במקרים מסוימים.⁷⁰

ד. שיקולי צדק מתksen להטלת אחריות קיבוצית

1. שיקולי צדק מתksen לדיני-נזיקין

אין בכונתי לדzon במסגרת רשיימה זו בשאלת הסבוכה, מה מקום של שיקולי צדק מתksen לדיני-הנזיקין וכיידם הם עומדים מול שיקולים אחרים, פיזור נזק וחילקת עושר בחכורה⁷¹. לצורך הדין כאן יצא מתקן הנהה, שיש לה מהלכים אצל מלומדים רבים העוסקים בנושא, ואשר אף אני גוטה להאמין

לහן, פרק ה.

לහן, פרק ז. 1.

69 70 71

התומכים בחשיבותם של שיקולים אתורוגים אלה וואים את דיני-הנזיקין כayetteoricamente, זאת להבדיל מآلלה המודגשים את מקום של שיקולי הצד המתksen לדיני-הנזיקין. להבחנה זו ולזרמה לה ראה I. Englard, "The System Builders — A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 J. Leg. Stud. (1980) 27, 27–30; R.A. Posner, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" 10 J. Leg. Stud. (1981) 187, 187–188 (Posner, "The Concept of Corrective Justice"); G.P. Fletcher, "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 Harv. L. Rev. (1972) 537 (Fletcher, "Fairness and Utility"); E.J. Weinrib, "Understanding Tort Law" in: *Tort Law* (Dartmouth, E.J. Weinrib ed. 1991) 201, 202–205 (Weinrib, "'Understanding Tort Law")

בנכונותה, של דיני-הנזקין יש (פוזיטיבית) ורואי שהיה (נורמטיבית) גם מטרת להגשים עיקרון של צדק מתקן, אם כי יש ורואי שתהיינה להם אף מטרות נוספות.⁷² בחנה מוכרת, שעליה עמד עוד אריסטו, היא בין "צדך מחלוקת" לבין "צדך מתקן".⁷³ שיקולי הצד מחלוקת מתייחסים לאופן חלוקתם הצדוקת של טובין ונטלים שונים בין פרטיה החברה. הטיעון כי רואי שנזרק שנגורם יפוזר בין בני-אדם ובאים ככל האפשר ולא יוטל על אדם יחיד, יכול להיחשב כתיעון המבוסס על שיקולי הצד מחלוקת. כך גם הטיעון שרואי כי עשרים ישואו בנזקים, ולא ענים, או הטיעוןשמי שעוסק בפעולות מסווג מסוים הרצויה לחברה לא ישא בנזקים ואילו מי שעוסק בפעולות אחרת, פחות רציה, ישא בהם.

לעומת זאת, באמרנו "צדך מתקן", מכונים אנו לעיקרון של צדק, שלפיו יש לתקן מצב עניינים שנוצר עקב פגיעה עולתית של אדם בחברנו, כך שישוב להיות כפי שהיא עובדת לפגיעה זו. אריסטו ביסס עיקרון זה של צדק על כך, שפגיעה העולותית מהוות הפרה של השוויון הקיים בין בני-אדם בעסקיהם איש עם רעהו. השבת מצב העניינים לקדמותו מתקנת אפוא הפרה זו של שוויון.⁷⁴

שאלת המכתחח היא, האם ניתן לומר על פגיעה של אדם בחברו, שהיא פגיעה עולתית, ואשר על-כן מחייבת את השבת המצב לקדמותו. אריסטו הוגיש בכתבי, שלענין זה אישיותו של המזיק או הנזק אינה מעלה ואני מוריידה. "אין זה משנה כלל" — אומר אריסטו — "אם איש הגון קיפח נבל או נבל — איש הגון... החוק אינו משווה לנגד עינו אלא את הנזק שנגורם, לפי סימני ההיכר המיחדים אותו בתוד שbezwa, והוא מתייחס לשני הצדדים כאילו הם שווים, כדי להזכיר בשאלת אם אחד עשה ואחד נעשה לו עוול, ואם אחד גרים ואחד נגורם לו נזק".⁷⁵

מלומדים המדגימים את מרכזיותו של עיקרון הצד מתקן בדינרנויקין חולקים בשאלת מהם מאפייניה של אותה פגיעה עולתית, אשר עיקרון הצד מתקן מחייב את תיקונה. חלקם מנוטים להיאחז בדבריו של אריסטו, המציגים לעיל⁷⁶ כדי לבסס את התיאוריה של צדק מתקן שבה הם מוחזקים. המיתח את כולם הוא

England, *supra* note 71, at p. 68–69; I. England, *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) 64–70, 85–90; G.P. Fletcher, "The Search for Synthesis in Tort Theory" 2 *L. & Phil.* (1983) 63 (Fletcher, "The Search for Synthesis"); J.L. Coleman, "Moral Theories of Torts — Their Scope and Limits, Part II" 2 *L. & Phil.* (1983) 5, 35–36 (Coleman, "Moral Theories of Torts") Weinrib, "Understanding Tort Law" 10 *T.A.U. Stud. in L.* (1990) 89. לדעת כי דיני-הנזק אין איסטומונטליים כלל, ראה *supra* note 21, at p. 226 et seq.

E.J. Weinrib, אתקה — זהירות נקמה (תרגום י. ליבס, תשמ"ה) 120–116. כן ראה 72 "Toward a Moral Theory of Negligence Law" 2 *L. & Phil.* (1983) 37, 38–39 (Weinrib, "Toward a Moral Theory"); I. England, "The Basis of Tort Liability — Moral Responsibility and Social Utility in Tort Law" 10 *T.A.U. Stud. in L.* (1990) 89. 73

אריסטו, שם, עמ' 118. 74

אריסטו, שם, שם. 75

ראה כי אף אפשרי Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71, at p. 547. ראה כי אף אפשרי Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at p. 188. יש מבסיסים תיאוריות של צדק מתקן בדינרנויקין Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71, at p. 550. Weinrib, "Toward a Moral Theory", *supra* note 71, at p. 550. note 73, at p. 49–62. 76

התכוונות במאפיינים השונים של איירוע הנזק, והניסיונו ללמידה מהם, ומהם בלבד, אם הפגיעה הייתה פגיעה עולמית. אין הם בוחנים אלא את מעשיו של המזיק (ולעתים גם הנזוק). מכאן, שהשיקול של קידום טובתה של החברה בכללות אוawan חלוקת המשאבים בה אינם עומדים לנגד עיניהם ואף לא שיקולים הנוגעים למזיק ולנזוק שאינם קשורים באירוע הנזק, כגון עושרו של האחד או דלוותו של الآخر. לדרכם, לדיני-הנזקן יש מטרה — כדי שניסח זאת אחד המלומדים — "להיות דין-נזקן"⁷⁷ ולא לשמש כלי להשגת מטרות אחרות שאין עשית נכון בין המזיק לנזוק הקונקרטיטם.

ה גם שרבי המשותף בין אלו הסבורים כי דין-הנזקן נועד להגישים את עקרון הצדיק המתקן, ראה אף המחלוקת. זו נזעת לשתי שאלות חינוכיות מאוד להבנת עקרון הצדיק המתקן: השאלה הריאוונה היא, אםathi פגעהו של המזיק בנזוק תיחס לבגיעה עולמית; והשאלה השניה היא, כיצד יתוקן מצב העניים, לאחר שנקבע כי הפגיעה אכן הייתה עולמית.

נפתח בשאלת הראושונה. יש מי שסבירו (אפשרי), שבכל מקרה שהמזיק גרם נזק לנזוק, מחייב עקרון הצדיק המתקן את השבת המצב לקדמותו. "ארימה" לעניין זה אינה מוגדרת על-פי "מבחן האלטלא". הכוונה היא לנורמה במובן החוק של המלה — גריםה בלשון בני-אדם ולא בשפת המשפט⁷⁸. על-כן, כאשר א' מכח את ב' הריהו גורם לו נזק; כך גם כאשר א' מפחיד את ב'; כאשר א' מכריח את ג' להכוה את ב'; וכאשר א' יוצר תנאים מסוימים אשר הסיכון בהם מתensus ומזיק ל-ב'. על-פי תפישה זו של צדק מתקן שאלת הרשותה אינה רלבנטית כל-כך⁷⁹.

אחרים גובסים (וינריב ופוזנר), כי עקרון הצדיק המתקן מחייב תיקון המצב רק כאשר התנהגותו של המזיק הייתה רשלנית. פגעה באדם שאינה תוכאת רשותו של אחר אינה מקנה זכות לפיצויו וכך לא יוצרת חובה לפגעה⁸⁰.

בין שני הקצוות ישם ככל הפסורים, כי העובדה שהתנהגותו של המזיק היא

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

בשפט המשפטן, כל גורם עבדתי שככלעד לא היה נגרם הנזק, עשוי להיקרא גורם לנזק. לא כן בשפטו

של מי שאינו משפטן. זה האחרון יחשך קשר יותר של גריםה. אפשרי מצע' ארבע פרדיגמות של מקרים שבהם מתקיימות תנאי הגרימה במובנה החוץ, ואלו מפורחות בטקסט שלמה⁷⁷.

R.A. Epstein, "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Leg. Stud.* (1973) 151

הגרימה ישנה הנטה *prima facia* לקומה של אחיזתו. הנטה זו ניתן לסתור אם הנטה מוכחת שומוותה על הגנה סיביתית, במובן החוק של סבירות שלילי עומד אפשרי בתנאי לאחיזתו. ראה R.A. Epstein, "Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability" 3 *J. Leg. Stud.* (1974) 165

R. Epstein, "Nuisance Law — Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints" 8 *J. Leg. Stud.* (1979) 49

England, *supra* note 71, at p. 57–63; R.A. Posner, "Strict Liability — A Comment" 2 *J. Leg. Stud.*

(1973) 205, 217–220; Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at

p. 193–194; Fletcher, "The Search for Synthesis", *supra* note 72, at p. 64–72; G.T. Schwartz,

"The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability" 15 *Ga. L. Rev.* (1981) 964, 979

et seq.; J.L. Coleman, "Moral Theories of Torts", *supra* note 72, at p. 30–35; J.L. Coleman,

"Corrective Justice and Wrongful Gain" *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988)

.184, 193–196 (Coleman, "Corrective Justice")

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

80

Justice", *supra* note 71

רשលנית עשויה להיות רלבנטית לעניין הגדרת הפגיעה כעוותתית, אם כי במקרים מסוימים בלבד. מולמד אחד (פלטצ'ר) סבור, כי פגיעתו של א-ב'צדיק פיזי רק אם א-יצר כלפי ב'סיכון בלתי-הדרי וכותזאה מסיכון זה נזוק ב'. סיכון בלתי-הדרי מתקיים כאשר מלכתחילה פעלותו של א-נסכן את ב' יותר מאשר פעלותו של ב'נסכן את א'. סיכון בלתי-הדרי אף מתקיים כאשר מלכתחילה יוצרו א-ורב סיכונים הדדיים זה כלפי זה, אך א-חרשל ובדרך זו יוצר סיכון בלתי-הדרי כלפי ב'⁸. מולמד אחר (קולםן) סבור, שעקורן הצדיק המתקן מחייב ביטולם של רוחים ונזקים עוותתיים. בכך הדבר כאשר אלו נוצרו על-ידי פגיעה עוותתית של הנושא באינטרסים לגיטימיים של החובע או על-ידי פגיעה, אפילו בלתי-עוותתית, בזכויותיו. פגיעה אחרתנו זו מתאפיינת בהיותה מעין חילוט של דבר השיק לאחר בזיכויתו. שיטת-המשפט, היא הקובעת מתי מדובר בפגיעה בזכויות ומתי בפגיעה (Taking) באינטרסים לגיטימיים. פגיעה עוותתית באינטרסים לעניין זה היא פגעה מכונונה או כזו הנגועה בפיזיות או ברשלנות⁸².

שאלה שנייה, אשר אף לגביה אין תמיינות-דים, היא כיצד לחקן את מצב העניינים שנוצר עקב פגעה עוותתית. אריסטו סבר, שהニーוק זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו, ואילו המועלם צריך להסביר את הרווח שותפקיד כתוצאה מעשה העוולה. אולם אריסטו מבאר, כי "משמש השם 'זרוח' במקרים אלה בדרך כלל, גם כשהסביר כמה מהם אין זה השם המתאים, למשל מי שפצע אדם..."⁸³. ככלומר, אריסטו גורסת כי המועלם ישיב את רוחויו, אך מכוחה של פיקציה אלו תמיד יהיה בשיעור נזקי של הנזוק.

אכן, גם בין המלומדים בני-זמננו ניכרת הסכמה בדרך-כלל שהמויק חב בנזקים שגורם ולא רק ברוחים שהפיק בפועל מעשה העוולה. חריג לנכ' הוא קולםן, הסבור שעקורן הצדיק המתקן מחייב ביטולם של נזקים עוותתיים ורוחים עוותתיים. על-כן — לשיטתו — עkorון הצדיק המתקן אינו מחייב את המזוק לשאת בפיזויים מעבר לרוחויו, אם כי אף לדבריו יתכן שהדבר יהיה מודרך מטעמים אחרים⁸⁴.

⁸¹ פלטצ'ר מכיר אף בהגנות מסוימות העומדרות למזוק, שקיומן עשוי להוביל למעב, שבו טעמי צדק מחייב ייחיבו פיצויו של הנזוק. אך לא מכiso של המזוק. פלטצ'ר היה למשה הראשון שעדր על כך, שאין הכרות לראות את זכות הנזוק לפיצויו של מזוקו. פלטצ'ר היה תומכת המזוק לפיצויו. לדרכו היפה בין השתיים אפשרית, מבל' שייפגעו כל עקרונות הצדיק שהוא דוגל בהם. Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 71, at p. 63–68; Posner, "Strict Liability — A Comment", *supra* note 79, at p. 215–217; Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at p. 191–192; Schwartz, *supra* note 79, at p. 979 *et seq.*; Coleman, "Corrective Justice and Wrongful Gain", *supra* note 79, at p. 191–193; Epstein "A Theory of Strict Liability", *supra* note 79, at p. 165, note 42; G. Calabresi & J.T. Hirschoff, "Toward a Test for Strict Liability in Tort" 81 *Yale L.J.* (1972) 1055, 1078–1081.

⁸² כמו פלטצ'ר, גם לדידו של קולםן, יכול שהニーוק יהיה בכ"י לפיצוי מטעמים של צדק מתקן. אך למזוק לא יהיה כל חובה קורלטיבית לפיצויו. תיאוריה של קולםן, ראה מזוק, אך למזוק לאColeman, "Corrective Justice", *supra* note 79, note 79. התיאוריה של קולםן חייכת למסוק על היוראה של זכויות. ואכן הוא ממחה במאמר J.L. Coleman, "Rethinking the Theory of Legal Rights" *Markets, Morals and the Law* (Cambridge, 1988) 28 note 71.

⁸³ אריסטו, (*לפי*, הערכה 73), 118. Coleman. "Corrective Justice", *supra* note 79, at p. 185–186 ⁸⁴

2. צדק מתקן ורעיון האחריות הקיבוצית

(א) טענות של צדק מתקן

עקרון הצדק המתקן עשוי להיראות כנוגד לרעיון האחריות הקיבוצית. הטעם לכך הוא, שבבסיס רעיון האחריות הקיבוצית עומד ויתור על הצורך בקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות הנتابע לבין נזקו של התובע, שהוא – כך נראה – מבט ראשון – תנאי הכרחי להטלת אחריות נזקית על-פי עקרון הצדק המתקן.⁸⁵ אכן, הצדקות להטלת אחריות קיבוצית המובאות בפסקה ובספרות המשפטית, מבוססות בדרך כלל על שיקולי הרתעה, שיפורטו בפרק הבא. הנטייה היא לומר, שהטלת אחריות כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן⁸⁶, המזהה בדרך כלל עם רעיון האחריות האישית.⁸⁷

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

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

טענה ב. גרם נזק מהוה תנאי הכרחי (אם כי לא מספיק) להטלת החבות לפצואה על הנזק ולהענקת הזכות לפיצוי בגיןו.

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

C.H. Schroeder, "Corrective Justice and Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L. Rev.* (1990) 439; C.H. Schroeder, "Corrective and Liability for Risks, and Tort Law" 38 *UCLA L. Rev.* (1990) 143 אך ראה 86

בתיאוריית אלח אצלן, supr note 72, at p. 219–223 לדין מכך על כן, ראה 7 ראה זה מנסה להראות שעקרון הצדק המתקן וכמו כן, התיאוריה הפלטיסטית של הליברליזם – שני בסיסים אפשריים לרעיון האחריות האישית – אינם יכולים בקנה אחד עם רעיון האחריות הקיבוצית (או הזכאות הקיבוצית). ראה לעיל, הערא (10). לדבריו, בתי-משפט ומלמדים שהציגו לאמץ את רעיון האחריות הקיבוצית סבירו, כי סטייה מעוררת האחריות האישית מודרך בטעמים כלילניים או תועלתיים. עם זאת, מצע המחבר הדורך משלו לאחריות קיבוצית, אותה הוא שואב בתחוםו הקומיניטורי (The Communitarian Theory). תמציתה של תיאוריה פוליטית זו, העומדת, ואולי אף מגורשת, בין ליברלים (תיאוריה פוליטית המבוססת את הפרט כמרכזי) ובין מה שהמחבר מכנה Social Welfarism (תיאוריה פוליטית המבוססת את טובות ההחברה בכללותה כערך עליון) היא, שהפרט יכול לבטא, לפחות ולפעה את עזמיותו ורק באמצעות קשור לאחרים המרכיבים את הקהילה המאפשרת לו לעשות כן. ibid., at p. 1537 et seq. ליתעת המחבר אחריות קיבוצית מגדדת את המזוקים הפוטנציאליים לשיחוך-פעולה ולסולידריות, וכך – ליצירת אותה קהילה שבבסיס התיאוריה הקומיניטרית. ibid., at p. 1543 et seq. מכאן גורו המחבר אף מתי יש להכיר באחריות קיבוצית ומתי לא. לדבריו, יש להטיל אחריות קיבוצית כאשר אפשרות אינטראקטיבית כלשהי בין בני הקבוצה. כן, יוצרים המינים מופר דמה (כמו בפרק ה-ה' D.E.S.) עושים לשחק פעולה לפעול כקהילה. מכאן שהטלת אחריות קיבוצית עליהם מודרכת לפי התיאוריה הקומיניטרית. לא כן כאשר מדובר במזוקים שאין כל אפשרות, ولو גם פוטנציאלית, לשיחוך-פעולה ביניהם. הטלה אחריות קיבוצית במקרה אחרון זה עשויה להיות מודרכת ככליל, אך היא מהוה פגעה באנייבידואליות ואינה מודרכת על-פי התיאוריה הקומיניטרית. ibid., at p. 1543 et seq.

טענה ג. שיעור החבות ושיעור הזכאות הם כשיעור הנזק שנגרם.
טענה ד. אין כל הכרה, שהחיב בפיזוי על-פי עקרון הצדק המתקן ישלם דזוקא למי שניזוק עליוו; ומילוי שוכאי לפיזוי על-פי עקרון הצדק המתקן יפוץ דזוקא על-ידי המזוק שפגע בו.

שלוש הטענות הראשונות משקפות את המשפט הפויזיטיבי בישראל. לא כן הטענה הריבועית. נבחון עתה בקצרה את מידת התאמתן לעקרון הצדק המתקן.
על נכונותה של טענה א' קשה למליך. כל מי שבBOR כי דין-הנין-יקון נועד להגשים את עקרון הצדק המתקן, יסכים שיצירת סיכון רשלנית אשר גרמה לנזק היא פגיעה עולותית המצדיקה את תיקונה. התנהוגות רשלנית הגורמת נזק מפלה את עקרון השוויון שעליו עומדת אריסטו ומשנה את הסטטוס-קווו בדרכ' בלתי-ריאויה⁸⁸. המחלוקת תהיה, אם פגיעה בנזוק עשויה להיחשב לפגיעה עולותית גם בנסיבות רשלנות. כפי שנוכחנו לעיל, שאלת זו אינה קללה כלל ועיקר.

אימוץ טענה בנכוננה אינו מעורר קושי, וכפי שנווכח להלן, מביא הדבר לצמצום המקורים שבهم תוצדק הטלת אחריות קיבוצית מטעם צדק מתקן. הנימוק לaimozן הטענה הוא פשוט למדי: אין הבסיס הערוני לעקרון הצדק המתקן הווא שנגרם נזק הדודש תיקון, וממילא בלאדי נזק אין מה לתיקן. על-כן, יצירת סיכון בלבד אינה מצדיקה פיזויו⁸⁹.

את טענה ג' ניתן לחלק לשתי טענות-משנה: שיעור הזכאות הוא כשיעור הנזק; ושיעור החבות הוא כשיעור הנזק. טענה-המשנה הריאונה אינה בעיתית. אין עקרון הצדק המתקן מהייב השבת מצב לקדומו, ומה לך דרך טוביה יותר לשם השגת מטרה זו מאשר פיזויו של הנזוק בשיעור נזוק? טענה-המשנה השנייה בעיתית קצת יותר. לעתים קרובות המועל לא הפיק רוחה ממש' כלשהו מהפגיעה בגיןוק. חיבורו לשאת בנזק אינו מшиб אפוא את המצב לקדרותו, אלא מעביר עושר מינו לנזוק. מעתם זה סבור קולמן, שעקרון הצדק המתקן כשלעצמיו אינו מהיב שהמזוק יעביר לנזוק (או לכל אחד אחר) יותר מאשר את דמי-התעשנות מהפגיעה העולותית⁹⁰. אכן, פירוש עקרון הצדק המתקן כמצדיק את השבת המצב לקדומוותו והוא לא מביא לקלחת טענתו של קולמן. ברם, ניתן להבינו בדרכ' שונה ולהגדירו כפי שהגדירו אריסטו. כזכור, אריסטו עמד על כך שהמעול מшиб את רוחו, אך שיעורם של אלו — לדבוריו — אינם אלא בשיעור הנזק שגורם. מכאן, שעקרון הצדק המתקן במובנו השני יותר משמשקף הוא ועיזן של תיקון מצב, משקף הוא רעיון של תיקון מצבו של הנזוק, ולרגעם על חשבון שינוי- לרעה במצבו של המועל.

טענה ד' אינה משקפת את המשפט הפויזיטיבי. במשפט הנזקין הפויזיטיבי נהוג הכלל שהמעול מפיצה את הנזוק. מכאן נובעת המסקנה, שלא תיתכן זכאות לפיזוי הנזוק בלאדי חובת פיזוי קורלטיבית של המזוק אשר פגע בו, כשם שלא יתכן מצב שבו המזוק חב בפיזוי, אך לא כלפי הנזוק שנפגע על-ידיו.

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

⁸⁹ אם יצירת הסיכון גרמה לפחות, עשוי פחד זה להיחשב לנזק. להלן, הערה 93. Coleman, "Corrective Justice", *supra* note 79, at p. 185–186

⁹⁰

מסקנה זו אינה הכרחית כלל ועיקר, לפחות לו דיני-הנזקין היו מושתתים רק על המטריה להגשים את עקרון הצדק המתקן. שניים מהמלמדים בני-זמננו, העוסקים בכתבייהם בעקרון הצדק המתקן בדיני-הנזקין, אינם רואים כל קשר הכרחי בין חבות המזיק לזכאות הנזוק, ולדידם דיני-הנזקין הפוזיטיביים קורסים בין השתיים מטעמים שאינם טעמי צדק מתקן⁹¹. אכן, ניתן להשוו על שיטת-המשפט המגשימה את עקרון הצדק המתקן בדרך שונה מזו הנהוגת אצלנו. כך, למשל, ניתן להגיד מכל מעול פיזי על הנזקים שגורם, ומן הנסיבות שייטבשו בכך מיזחתה שתוקם לעניין זה לפצוח את כל מי שנזקק עקב פגיעה עולותית. שיטה כזו דומה במידה רבה לשיטה המבוססת על ביטוח סוציאלי שבמסגרתה כל נזוק זוכה בפיצויו מהיר, מבלי שעליו לאثر את המזיק שפגע בו ולגבוט ממנו פיצויים. אכן, אם את עקרון הצדק המתקן יש להבין כמחיב תיקון מצב, וגם על חשבון המועל, די בכך שניזקים זוכים בפיצויו על נזקים העולתיים ומעולים ממנים את תיקון אותו מצב, אפילו אם מסיבה כזו או אחרת אין המועל משלם לנזוק "שלו". טול מקרה שבו אדם פגע בחברו פגעה עולותית, אך זהותו של הנזוק אינה ידועה. למרות זאת והנוק קיים. המועל חייב בפיצויו שיתרום לתיקון המצב. אם ניתן להראות שהפיצויו משמשם המועל תורם לתיקון מצבו של הנזוק, חייבו בפיצויו אפילו לא לנזוק שנפגע על-ידיו עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן.

בהתבהה שארבע הטענות שהוצנו לעיל נכונות, עולה השאלה אם הטלת אחריות קיבוצית תואמת לעקרון הצדק המתקן. נראה שההשובה לשאלת זו אינה אחדת, והיא משתנה על-פי קבוצות המקרים השונות העשויות להתחאים להטלת אחריות קיבוצית, ואפ-על-פי תתי-הקבוצות הנמנות בגדרן.

(ב) קבוצה א : לא הוכח קשר סיבתי

הטלת אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בקבוצה א (לא הוכח קשר סיבתי) לעיתים תואדק משיקולי צדק מתקן ולעתים לא. במקורה דוגמתה (צדדי-השלוחים)⁹² יצרו שני הנובעים סיכון כלפי החובע. עם זאת, הנזק נגרם עקב הסיכון שיצר אחד מהשניים שזהותו לא הייתה ידועה. השני אמן יוצר סיכון, אך סיכון זה לא גרם לכל נזק שהוא. יצירת סיכון בלבד אינה מצדיקה הטלת אחריות על-פי עקרון הצדק המתקן ואכן, דיני-הנזקין הפוזיטיביים אינם מכירים באביזוק כזה⁹³. האפשרות היחידה והדוחקה משהו) להצדיק הטלת אחריות במקורה דוגמת Summers, בlıklar צדק

Coleman, "Corrective Justice", *ibid.*, at p. 188; Fletcher, "Fairness and Utility", *supra* note 91 טובות הכלל והחרכות בשיקולי רוחה והפיך – זאת להבידיל מבחן הפרט שגורם לנו – הן שהביאו לקיומו של הקשר המוכר בין חבות לזכאות. לביקורת על-פי Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 71, at p. 197; Weinrib, "Understanding Tort Law", *supra* note 71, at p. 226–230.

לעל, הערכה .32 טענה ב, לעיל, ליד הערכה .87. ראה סעיף 2 לפకודת הנזקין, הגדרת "נזק". לעניין עולות הרשותות, ראה טובות הכלל והחרכות בשיקולי רוחה והפיך – זאת להבידיל מבחן הפרט שגורם לנו – הן שהביאו לקיומו של הקשר המוכר בין חבות לזכאות. לביקורת על-פי Posner, "The Concept of Corrective Justice", *supra* note 54, at p. 165 זכאי לפיצוי. ראה ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גודזון, פ"ד לט(1) 113, 140–138. גם לו רואו דיני-הנזקין ביצירת סיכון כשלעצמה גורם נזק, הפיצוי צריך היה להיות בגין יצירת הסיכון ולא בגין הנזק שהתרחש בסופו של דבר ושאינו בהכרח תולדת של סיכון זה. בדרך-כלל יש פער משמעותי בין הטענים

מתוךן, היא לומר שככל אחד מהנתבעים גרם ברשנותו לנזק ראייתי", כלומר: שלל מהותי את האפשרות להציג על מי שפגע בו⁹⁴.

ה גם שהטלת אחריות קיבוצית בקרה דוגמת Summers אינה תואמת את עקרון הערך המתוךן, נRAIN לטיעון שהוא עדיפה, בשל עיקרונו ומהש, על פניו אידלתת אחריות כלל. על-פי טיעון זה, עדיף מצב שבו הנזק קיבל פיצוי מלא, ואחד הנתבעים שלא גרם לנזק יחויב לפצותו בגין מחזית-נזוקו, על-פני מצב שבו הנזק ייוודר ללא כל פיצוי, ואיש מן הנתבעים לא יחויב לפצותו⁹⁵. טיעון זה, שניתן לעכירותו "טיעון הרע במילוטו", מבוסס אפוא על הרעיון, שעדריפה סטייה קלה יהסית מעוררת הערך המתוךן על-פני סטייה בותה יותר. קבלת טיעון זה מעוררת בעיתיות רבה⁹⁶. מכל מקום, אין בו כדי לשנות מהמסקנה, שהטלת אחריות קיבוצית בקרה דוגמת Summers, אינה תואמת לעקרון הערך המתוךן.

איזה פתרון מכתיב עקרון הערך המתוךן לוריאציה לפסקידין עמייר⁹⁷ (התקרה שהסתמוכה), שלפהה כל הנתבעים באותו עניין היו רשלניים אך לא ניתן לדעת רשלנותו של מי גרمه לנזק? נראה שלו עקרון הערך המתוךן היה בראש מעיניינו, לא היה מנוס מהציג לוחות את התביעה, כפי שסביר ביטת-המשפט העליון שמן הראוי לעשות. אמנם, כל אחד מהנתבעים היה רשלן ביצירת סיכון, אך על-פי הוריאציה לפסקידין, הנזק נגרם עקב התממשתו של סיכון אחד מכין הסיכוןים השונים. מכאן, שכמו בענין Summers, הטלת אחריות על כל הנתבעים הייתה מטלה אחריות נזקית על מי שלא גרם נזק כלשהו (להוציא, אולי, נזק ראייתי⁹⁸), והדבר לא היה תואם לעקרון הערך המתוךן.⁹⁹

שונה המצב במקרים המורוגמים בפסקידין בעניין תורוף הד-E.S. D. וכענין החזינים. במקרים אלו יצרו הנתבעים סיכון ברשלנות, ואילו התובעים נפגעו מפני סיכון שנוצר כתוצאה מרשלנות. אם ניתן להזות את הסיכון שיצר נتابע מסוים עם הסיכון שבגינו נפגע חובה מסוימת, לא מתעורר כל קושי, שכן החובה לפצחות והזכות לפיצוי אינם מוטלים בספק¹⁰⁰. כך בענין החזינים (פסקידין Hall¹⁰¹), סביר ביטת-המשפט האמריקני, אשר הכיר בדוקטורינה של Enterprise Liability, כי

(למעשה וזה הפער שבן תוחלת הנזק הנדרת ex ante, ליד העירה 137), לבן הנזק בפועל, הגמדד ex post. עם זאת, יש ש寧טו להשתית הטלת אחריות במקרים זכאות קיבוצית (עליל, העירה 10).

⁹⁴ ראה להלן תח-פרק ח'. את השאלה אם יצירת נזק אראי מצדקה הטלת אחריות מטעמי זדק מתוךן אשאיד כאן כשאלת פתחה, הדורשת עין מעמיד. אלה 117–118 Thomson, *supra* note 8, at p.

⁹⁵ G.L. Williams "Comment" 31 *Can. B. Rev.* 315, 317.

⁹⁶ השאלה העולה היא, אם ניתן להשותה בין סטייה מסוימת אחד מעקרון הערך המתוךן לבין סטייה מסוימת שני. אף שאלה זו דורשת עין מפעמך שאין בכובונתי לבצעו במסגרה רשיימה זו. לדין מכך בעניין ראה Summers, *supra* note 32.

⁹⁷ ליטל, העונה 9.

⁹⁸ ליטל, ליד העירה 94.

⁹⁹ אך ראה טיעון "הרע במילוטו", לעיל, ליד העורת 96–95.

¹⁰⁰ טענה א' ורג, לעיל, ליד העונה 87.

¹⁰¹ לעיל, העירה 51.

כל הנتابעים היו שותפים ליצירת הסיכון אשר עקב החטממשותו נזקקו התובעים השונים.

לעומת זאת, אם יש לראות בכל נtabע ונתבע כאילו יוצר סיכון באופן עצמאי – כפי שהוא את הדברים מרבית בתי-המשפט האמריקניים בדונם בביית ה-D.E.S. ובאמצעות דוקטרינה Market Share Liability – עולה במלוא חrifota ה שאלה, אם יש מקום להטיל אחריות על הנtabע ולהזכיר בזאתה של החטממשות לפיצויים על-פי עקרון הצדק המתתקן. לדעתו, התשובה שיש ליתן לשאלה זו היא חיובית. הנtabע יוצר ברשלנותו סיכון ובדרך זו גורם לנזק (אם כי לא-דווקא לתובעת). מכאן, על-פי עקרון הצדק המתתקן מודרך לחייבו בפיצויו בשיעור הנזק שגורם¹⁰². אשר לתובעת, נגרם לה נזק עקב החטממשותו של סיכון שנוצר ברשלנותו (אם כי לאו דווקא על-ידי הנtabע). וכאותה לפיצויו בגין נזקה מודרכת בשל כך על-פי עקרון הצדק המתתקן¹⁰³. אמת, לו ניתן היה להזות את יוצר הסיכון שמננו בבדיקה נפגעה התובעת, היה הפיצוי משולם לה על-ידי יוצר הסיכון. אך אין כל הכרח בכך¹⁰⁴, למעשה, במקרה ה-D.E.S. לא היה כל אפשרות, על-ידי יצירה סיכון, לנזק, שלם בגין; וכי שינויו עקב היחשפות לסיכון שנוצר ברשלנותו, פוצעה על נזקי¹⁰⁵. אך חשוב מכך: המשטר המשפטי שנקבע במקרה ה-D.E.S. יוצר מכך, שככל מי ייצור ברשלנותו סיכון שגורם לנזק, תרם לכך שהנזק אשר נפגע מהסיכון שנוצר על-ידי, פוצעה בגין נזקי. אכן, תרומה זו לא התחבטהה בפיצוי ישירות מהזיק לנזוק שנפגע עקב רשלנותו, אלא בכך, שככל המעוולים אפשו, בתשלומי הנזקים שביהם חוויבו, הענקת פיצויו לכל נזק ונזוק. אמנם, במקרה האחד, שנדרן בביית-המשפט, נמצא נתבע אחד משלם פיצויים למי שנפגע על-ידי נתבע אחר. ברם, במקרה אחר שיידון בכourt-המשפט יפוצעה מי שנזקק בשל רשלנותו של הנtabע הראשון, על-ידי הנtabע השני. וכך של "החלפת חברות הפסיכי" בין המעוולים לבין עצמם, שבבסיסו דוקטרינה Market Share Liability, היא המאפשרת למשה הענקת פיצויי לכל נזק, ומטעם זה מודרכת היא משיקולי צדק מתתקן. אגב, דרך אחרת, כגון גביית פיצויים מכל המזקקים ווצרי הסיכון באמצעות קרן סטוטורית וחלוקתם בין כל הנזקקים נפגעי הסיכון היה דרך צודקת לא פחות, ואולי אף יותר, אך דרך כזו לא הייתה בנסיבות. הדרך האחרת, שלפיה אין הנtabעים משלמים פיצויי כלשהו ואין הנזקקים זוכים בפיצויו כלשהו, עומדת בסתריה ברורה לעקרון הצדק המתתקן.

את התאמתה של דוקטרינה Market Share Liability לעקרון הצדק המתתקן ניתן להסביר אף באופן זה: דוקטרינה ה-D.E.S., מביאה בסופו של דבר,

¹⁰² טענה א, לעיל, ליד הערה 87. לו הסכמנו לדעתו של קולמן, שהחבות לפצוח היא בשיעור רוחיו של המזק ממשה העולה, לעיל, ליד הערה 84, הימה עלה השאלה, מהם הרוחות במקרי ה-D.E.S.: האם הרוח הכללי שנפל בחולקו של כל נתבע מכירות התרופות או שמא הריווח שהופק על-ידו ממכוורת שוגרמה למקן.

¹⁰³ טענה ב, לעיל, ליד הערה 87.

¹⁰⁴ טענה ד, שם.

¹⁰⁵ טענות א-ג, שם.

לאוון ומן, פחות או יותר לאוון מצב אליו היו מגיעים המקיימים והניזוקים לו כל העובדות היו ברורות לאשרן ولو יכול היה כל נזוק להציג על מי שגרם ישירות לנזקיו. על-כן, אפילו לא הינו מאמצים את הטענה, כי עקרון הצדקה המתתקן אינו מהיב שהפיצוי לנזוק יבוא מכיסו של המועל שפצענו, עדין ניתן היה לטען כי דוקטרינת Market Share Liability אינה יותר מאשר קביעה מגננון שסופה להעביר עoser מהזוק לנזוק שנפגע על ידו, ממש כפי שקרה הדבר במקרה הnicki הטיפוסי, שבו יכול הנזוק להציג על המועל שפצענו בו. כדי שפועלתו של המגנון תהיה מודריקת ככל האפשר, הקרטירון השול-פי יש לחלק את נטל הנשיאה בנזק (או את האחריות כלפי הנזוק¹⁰⁶) הוא הסיכון שככל אחד מהנתבעים יצר בתנהגותו הרשלנית. חלקו של כל נתבע בשוק עשוי לשף סיכון זה, אם כי אין הכרח שתמיד כך יהיה¹⁰⁷.

שאלה חשובה היא, אם צריך להיות קשור כלשהו בין הסיכון שייצר המזוק הרשלן לבין הסיכון ממנו נפגע הנזוק התובע במשפט; האם מתחייב, למשל, על-פי עקרון הצדקה המתתקן, שככל בנייה-קבוצה שעם נמנה הרשלן אשר גורם לנזק, יצרו סיכון דומה או זהה כלפי הנזוקים השונים? שאלה זו נוגעת למשהה להגדרת בנייה-קבוצה שניית לתוכם: האם כל מי שעלול להיות הרשלן שגורם לנזק שייך לקבוצה הנתבעת או רק מי שמתקיים בו תנאי זהה או אחר¹⁰⁸? לדעתו, אין מקום להעמדת תנאים מקדמים להגדרת בנייה-קבוצה מעבר למה שנאמר עד כה: די בכך שניתן להראות כי המזוק הרשלן מתרם בפיצויים שהוא משלם (ששיעורם אינם עולה על שיעור הנזק שגורם לפיצוי מי שנזוק על-ידיו, או כי בסופו של דבר מושגת תוצאה שככל נזוק מפותחה למשהה, על-ידי המזוק הרשלן שפצע בו). תנאים אלה יתקיימו רק כאשר לגבי כל בנייה-קבוצה אירועי נזק מסווג זה שאירוע, בהם זהות המועל שגורם אינה ידועה, הינה חוררים ונשנים (חתק מין נוסף מס' 2¹⁰⁹). מטעם זהסביר לצופות, שכדיין-ככל מדובר בהקוצה מוגדרת, עם "תכונות מסוות" של חבריה (ישראל-טורפות, למשל) או עם קשרו כלפיו¹¹⁰. כאשר בנייה-קבוצה הם אקרים, בדרך-כלל לא ניתן לתאר תנאי הנזק החוזר ונשנה שבו זהות המועל אינה ידועה, והתלת אחריות קיבוצית תגרום לכך שמי שלא גורם ברשלנותו

¹⁰⁶ להלן, ח'ר' פרק (ה).

¹⁰⁷ בעניין note 44 Hyman נקבעה דורך הלוקה לפי אשמן היחס של הנتابעות, כשהזהה נמדד לפי Market Share Liability. מידה דינין שלב אחד מבחן צורה כלפי הצדקה. לטען שהחלות דוקטרינה ה'mboss' בין היתר על עקרון הצדקה במקרי ה-D.E.S. אינה עולה בהקצתה נזקיםם לבנייה-קבוצה האישית (המכוון בין היתר על עקרון הצדקה המתקן), שכן אין דיווק בהקצתה נזקיםם לבנייה-קבוצה אירועי נזק מסווג זה שאירוע, בהם עם זאת, במקרים בהם שימוש סטטיסטיים לבנייה-קבוצה אירועי נזק מסווג זה שאירוע, בהם ראה Rosenberg, note 8, at p.1483. ראה Bush, note 7, at p.869-874. כן בא לעיל, הערכה 8. לדעתו, ישובה הוא ההנחה להקצתה מזריקת של נזקים. אם מטרת זו אינה מושגת במילואא, חמאתה הראית אינן אפשרות זאת, עדין המשפט המשפטית והוא כוה המזוק עלי-ידי עקרון הצדקה המתתקן. יש לציין, כי גם במקרים הנזקי הטיפוסי הרגיל, היעדר וריאות טרובות מוגנות לעתים השנק פיצוי מלא לנייר, כמו שעולויות הן להביאו לכך שארם שלם בעבור נזקים שלא גורם. בכך אין כדי לשנות מהמסגנה שהמשפט האמור מצדך על-פי עקרון הצדקה המתתקן.

¹⁰⁸ Bush, *ibid.* הערכה .87.

¹⁰⁹ לעיל, ח'ר' פרק ג. 4.

¹¹⁰ כגון כמה בני-אדם הפעלים יחד כל העת בסוג מסוים של פעילות וגורמים לעחים לorzים שהרשלן

לנוק כלשהו ייאלי לפצתה את הנזוק. תוצאה כזו אינה מוגמת את עקרון הצדק המתקן.

(ג) קבוצה ב: לא הוכחה אשם

רשילנותו של הנתבע עשויה להויראות בעיני רבית תנאי הכרחי להטלת אחירות עליו על-פי עקרון הצדק המתקן. עם זאת, כפי שראינו לעיל, רבים סוברים שרשלנותו אינה תנאי הכרחי, לפחות לא בכל המקרים, להטלת אחירות מטעמי צדק מתקן. כן, מי שסביר כי די בגרימה (בלשון בני אדם) להוכיח הטלה אחירות, יסביר בלי ספק שתנאי זה מתקיים כאשר, למשל (בדוגמא שהובאה לעיל לקבוצה זו של מקרים), מכונתו של אפגעה ביב (נווע או הוולך-רגל). אחרים המתנים, מטעמי צדק מתקן, קיומה של אחירות נזקית ברשלנותך אך ורק במקרים מסוימים — עשויים לסביר שבדוגמה המכונית הפוגעת באדם, רשלנות אינה הכרחית¹¹¹, כמו גם שעשויהם הם לסביר אחרת¹¹².

МОבן שאין אפשרות לדון ברשימה זו באחת השאלות המרכזיות לה מנסים תחת מענה אלה העוסקים בתיאוריה של דיניה-הנזקן בכלל, ובתייאוריות של צדק מתקן בפרט; והיא, אם משטר משפטים הבוסס על רשלנות עדיף על משטר משפטי אחר, שאינו מבוסס על כך. די לומר כאן, שאין תמיימות-צדקם בעניין סיכון זה, ועל-כן השאלה, אם הטלה אחירות קיבוצית מודצת משיקולי צדק מתקן במקרים שבהם כל אחד מבנייה הקבוצה גורם לנוק אך רק אחד מהם התרשל — נותרת ללא מענה.

המצב עשוי להיות שונה, אם מדובר במקרים חוזרים ונשנים של גורם נזק על-ידי כמה מזקדים הפעילים בנפרד, כאשר בכל פעם הרשלן עשוי להיות מישחו אחר מבנייהם (חץ מין נוסף מס' 2¹¹³). אמנם, קצת קשה לדמיין מצבים כאלה, אך אם בנסיבות יתרהשו, הטלה אחירות קיבוצית תעליה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן, מטעמים דומים לאלו שהובאו בהקשר לפסק יהדין שעסקו ב-D.E.S. ובתזים. הטלה אחירות קיבוצית במקרים אלו עשויה לשמש מגנון אפשרי, אפילו לא יחיד, להעברת עשור מזקך רשלן לנזוק, אשר נגע עקב היחסות לסייעון אשר יוצר אותו מזק ממש. גם במקרה זה חלוקת נטול הנשיאה בנזק בין הנتابעים (או חלוקת האחריות כלפי הנזוק) צריכה להיעשות לפי מידת הסיכון לגורם נזק רשלני

שגורם אינו מזהה. ראה למשל, את הוויאציה לעניין צימ. (לעיל, הערא 17). שתיירן בגדר קבוצה המקרים השישיית — להלן, ליד העזרות 111-121.

¹¹¹ על-פי פלטציג, מדובר במקרה כזה בנק שנגrows עקב התממשות סיכון לא-הודי, ועל-כן שיוקלי צדק מתקן מהיבטים הטלה אחירותו. לעיל, ליד הערא 8.

¹¹² כדוגמא למקרה של פגעה באינטרס לגיטימי (שאזי רשלנות לא תוזדק הטלה אחירות), מביא קילמן פגעה פסית מפעילותות מסוימות או ממויצדים פגומים. מביא קילמן Coleman, "Corrective Justice", *supra note* 4.

.79, at p. 189
לעיל, *חת-פרק ג* 113

של אחד מהם יצר בנסיבות¹¹⁴, אך שכל נתקע ישא בסופו של דבר בפתרונות המשקפים קרוב ככל האפשר את גודל הנזקים שגרם ברשלנותו¹¹⁵.

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

המקרים הנכללים בקבוצה השלישי הם הקשים ביותר להטלת אחריות קיבוצית. שני היסודות הנתפשים עליידי ובאים כבסיסיים ביותר להטלת אחריות – סיבתיות ורשលנות – אינם מתקיימים. ראיינו כי אפשר לסביר שעקרון הצדקה המתקנן עליה בקנה אחד עם הטלת אחריות על גורמי נזק למרות היעדרה של רשלנות, לפחות במקרים מסוימים (קובוצה ב). גם נוכחנו, כי עקרון הצדקה המתקנן לאפשר הטלת אחריות על מזיק רשלן גם בהיעדר קשר סיבתי בין התנהגותו העולמית לבין נזקו של המובע (קובוצה א). האם יכול להיות מקרים, שבהם תואזר הטלת אחריות

מטעני צדק מתקנן למרות היעדר קשר סיבתי והיעדר רשלנות?

נראה, שבעניין ארגזי¹¹⁶ (המשאות שהחפיצו) לא היה בכוחו של עקרון הצדקה להצדיק את קבלת ה大自然ה. הטלת אחריות על שני הנتابעים הייתה מביאה לתחזאה, שמי שלא גרם לנזק ולא היה רשלן¹¹⁷ היהobil לשאת בנזקיו של הנזוק. עניין ארגזי קשה יותר להטלה אחריות אפילו מעוניין Summers (צדדי השלווים), אף לגביו טענתי, ששיקולי צדק מתקנן לא יכולים היו להצדיק את קבלת ה大自然ה. עם זאת, שם ניתן היה אולי לטעון שככל אחד מהנתבעים גרם ברשלנותו לפחות ל"נזק ראייתי". וזאת אין לומר על הנتابעים בעניין ארגזי. סביר להניח שאחד מביניהם לא היה רשלן כלל. אמן השתלשלות המאורעות הביאה לכך שגרם לנזק ראייתי, אך זאת بلا כל רשלנות. היוכו בדיון בסיסות אלה יהיה צעד מרחיק-לכת

שקשה מאוד להצדיקו בטעמים של צדק מתקנן¹¹⁸.

לעומת זאת, הוריאציה לעניין ציט¹¹⁹ (אבלן חבילות-הברזל, בהנחה שלא ניתן היה לדעת מי הם גרם לנזק ומיהו שהוא אשם), עשויה לחיבך תוצאה שונה. אך אם נניח, שמדובר באירוע נזקי שאינו עומד לבדו, אלא הוא חלק ממשותם דומים שבהם נגרמים נזקים למטעןיהם של אנשים הנזקם לשינוייהן של חברות צים ורשות-הנמלים (חתך מيون נסוף מס' 2¹²⁰). אכן, לא אחת קורדים אירופאים מעין אלו ועולה השאלה, אם הנזק נגרם עקב רשלנות של צים או של רשות-הנמלים. בדומה לקרי ה-D.E.S., אימוץ רעיון האחריות הקיבוצית יביא לקביעת אחריותו של מזיק רשלן זוכאותו של נזק שנפגע מעשה רשלני. בדרך זו יוצר מנגןן, אשר בסופו של דבר יכיא להעbara עשר מזיק רשלן למי שנזוק עליידי. מובן,

¹¹⁴ להבדיל מהתלה הנזק של התנהגותו הרשלנית. עניין זה יפותח להלן, בפרק ה.

¹¹⁵ אשר להגדרת הקבוצה אשר על חבריה עשויה להיות מוטלת אחריות קיבוצית, ראה לעיל, ליד העורota

.110-108

¹¹⁶ לעיל, הערה 16.

¹¹⁷ טענהו א' ריב לעיל, ליד הערה 87.

¹¹⁸ אך ראה טיעון "הרע במיעוטו", לעיל, ליד העורות 96-95. אשר להגדרת הקבוצה אשר על חבריה עשויה

להיות מוטלת אחריות קיבוצית, ראה לעיל, ליד העורות 108-110.

¹¹⁹ לעיל, הערה 17.

¹²⁰ לעיל, תapterק ג.4.

שחלוקת נטול הנשייה בזוק בין הנتابעות, חברה ציט ורשות-הगמלים, צריכה להיעשות בהתחשב בגודל הסיכון שככל אחת מהן יוצרה לגורם נזקים ברשלנות. סביר להניח כי נתון זה, ניתן ללמידה, בין היתר, מבדיקה אירופי הנזק שבاه שינה אפשרות להוות מי מבין השתיים גורמה לו ברשלנותה¹²¹.

את שנפק בעניין Ybarra (פגיעה בכ��ף במהלך ניחוח), פסק-דין המהווה את הדוגמא השלישית הנכללת בקבוצת המקרים השלישי, קשה מאוד להסביר במושגי זדק מתקן. התוצאה העולה מפסק-דין זה היא, שנשים אחדים אשר לא התרשלו ולא גרמו כל נזק חוויבו לשאת בזוקו של התובע. הצדקה האפשרית של פסק-דין, עשויה אפוא לבוא רק ממוקור אחר¹²².

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

בבסיסו של הדיון בפרק זה היו גלומות עד כה ההנחה, שלא קיימת בעיה לאחרר את הנتابעים השונים המרכיבים את הקבוצה שהמעול נמנה עליה, ושאין קושי לגבות פיצויים או השתפות מכל אחד מהם. אם הנחות אלה היו מציאות תמיד, לא הייתה חשיבות רבה לשאלה, אם הטלת אחריות קיבוצית ממשעה חיובם של כל הנتابעים יחד ולהזק כלפי הנזוק למליא נזקי או חיובו של כל אחד מהם כלפי חלק מהנזק, לפי מידת הסיכון שבו העמיד את הנזוק ושכמותו (כגון במקרים ה- D.E.S., לפי חלק בשוק). התוצאה הסופית, כך או אחרה, הייתה זהה. אולם מאחר שהנחות אלה אינן מציאות בדין-כלל, בולטות חישובוה של שאלה זו¹²³.

נראה, שאם המטרה היא לקדם זדק מתקן, יש להטיל את האחריות הקיבוצית באופן שיגבר היסכוי, כי נזוקים הזוכים לפיצוי מטעמי זדק מתקן יפיצו פיצוי מלא על נזוקם וشمזיקים החביבים בפיצוי מטעמים אלו ישלמו פיצוי מלא על הנזוקים שגורמו. כאשר בעל הסיכויים הטובים יותר לאחרר את בני-הקבוצה שמתוכה יצאו המעוול או המעוולים שגורמו לנזקו של התובע ואר' לגבות מהם דמי-השתפות הוא הנtabע ולא התובע (כמו, אולי, בימייקי ה- D.E.S.) – הטלת אחריות עליי למלאו הנזק עשויה ל�דם טוב יותר(Zick מתקן מאשר חיובו בחילק מהנזק בלבד). זאת מכיוון שרק אם יחויב במלוא הנזק¹²⁴, יהיה לו תמרץ לנסוט ולאחר את כל חברי-הקבוצה ולאחר מכן אף לגבוט מהם דמי-השתפות. לעומת זאת, כאשר דוקא התובע הוא בעל הסיכויים הטובים יותר לאחרר את בני-הקבוצה ולגבוט מהם פיצויים, הטלת אחריות על כל נחבע ונtabע לחילק מהנזק בלבד (לפי קרייטרין החלוקה הרולבנטית) עשויה להיות מועדרת על-פי עקרון הצדקה המתקן. כך תוגשים המטרה שנזוקים הזוכים לפיצוי יזכו בפיצוי מלא וشمזיקים החביבים בפיצוי יחויבו בפיצוי מלא (או קרוב לכך ככל האפשר)¹²⁵.

במקרים שבהם לא ניתן להציג על עדיפותו של הנtabע על-פני התובע או

121 יש ל淮南 בחשבנן אפשרויות, שיש קשר בין אי-היכולת לדעת מי גורמה לנזק לבין הינו גורם דוקא עלייני נתבעה מסוימת.

122 אך ראה טיעון "הרע במיעוטו" לעיל, ליד העורות 95-96.

123 ראה לעיל, הערה 39 הטעסט לידה.

124 או לפחות מעבר להילן היחס.

125 אך זה טיעון בעייתי. הטלת אחריות על אחד מבני-הקבוצה לכל הנזק עלולה להוותר את כל דינוק עלייו (אם לא יכולת לאחר את שאר בני-הקבוצה ולגבוט מהם), ועקורן הצדקה המתקן ימצא נפגע. מנגד

להיפך, עקרון הצדק המתקן אינו מספק תשובה ברורה לשאלת בדבר אופן הטלת האחריות הקיבוצית. אולם יתכן, כאשר ניתן להראות כי כל אחד מהנתבעים יציר ברשולנותו "נזק ראייתי"¹²⁶, תוערך הטלת אחריות למילוי הנזק על הנتابעים, וכך שהסיכון של אי-איתור או אי-גביה משאר בני-הקבוצה יהיה עליהם.

(ו) הערכה לעניין גרם נזק באשם שאינו התרשלות

מי שסבירו שדיני-הלאומי בישראל מבוססים על עקרון הצדק המתקן וכי אכן כל פגיעה בת-אשם על-פי פקודת הלאומי או כל דין אחר (ולא רק פגעה רשלנית) היא פגעה אשר עקרון הצדק המתקן מחייב את תיקונה — לא יתנסה לישם את הנitorה שנעשה בפרק זה על מקורו הכללי באחת שלוש קבוצות המקרים שנדרשו ואשר בו נפגע הנזוק מעולה כלשהי (שאינה דוקא עולמת הרשלנות). לפי תפישה זו, התוצאה תהיה שאחריות קיבוצית תוטל בכל אותם מקרים שבהם אריע הנזק אינו חד-פעמי, אלא חוזר ונשנה וכל אחד מבני-הקבוצה גרם עליידי מעשה עולמה (ולאו דוקא רשלנות) לנזקים כלשהם (חתקן מ'ון נספ' מס' 2¹²⁷).

(ז) סיכום

לו צוריך היה להזכיר בשאלת האחריות הקיבוצית לפי שיקולי צדק מתקן בלבד, נוראה כי לאחריות קיבוצית הייתה מוטלת לפחות במקרים שביהם אירוע הנזק אינו חד-פעמי אלא חוזר ונשנה וכל אחד מבני-הקבוצה גרם רשלנות לנזקים כלשהם (חתקן מ'ון נספ' מס' 2¹²⁸). מカリ ה- D.E.S. (קבוצה א) והווריאציה לפסק-דין צימס (קבוצה ג) הם דוגמאות טובות לכך.

קשה יותר הם המקרים שבהם הנזק גורם באירוע חד-פעמי לגביו בני-הקבוצה. המקרים שבהם הוכחה קשור סיבתי אך לא הוכחה רשלנות (ראה קבוצה ב) אינם ברורים, אם כי אפשר לטען שלפחות במקרים מסוימים תוטל הטלת אחריות קיבוצית. טיבם של מקרים אלו תלוי בשאלת, איזו תיאוריה של צדק מתקן אנו מאמצים. המקרים שבהם הוכחה רשלנות, אך לא הוכחה קשור סיבתי (ראה קבוצה א), כנראה אינם מתאימים להטלת אחריות קיבוצית לפי שיקולי צדק מתקן. עם זאת ניתן אולי לומר, כי ככל אחד מהנתבעים יצר ברשלנותו לפחות נזק ראייתי ובשל כך הטלת אחריות עליו תהיה מוצדקת. בן יכול שיש מחלוקת מסוימת אף לטעון "הרע במיעוטו". המקרים שבהם לא הוכחה רשלנות ולא הוכחה קשור סיבתי (ראה קבוצה ג) הם הקשיים מכולים. הטלת אחריות קיבוצית בגנים אינה יכולה להיות מעוגנת בשיקולי צדק מתקן. טיעון "הרע במיעוטו" אף הוא נחלש¹²⁹.

הנזוק יזכה בפיצוי מלא. האם עדיף מצב זה על מצב אחר, שבו בני-הקבוצה הנתבע ישא בחלק מהנזוק, אך הפיצוי לנזקיו יהיה חלק? כך או כן, לא תושג הוגאה והואמת ליקירן הצדק המתקן, כפי שציינתי לעיל "קיוזים" בעניין זה הם בעיתונים — לעיל, ליד העורות 96-95 והערכה 96. הטיעון שבתקסיט, מבוסס אפוא על הרגעון, שיש לקבוע כללים משפטיים אשר יגבירו את הסיכוי שיגושם הצדק המתקן.

¹²⁶ לעיל, ליד הערכה 94.

¹²⁷ לעיל, מהפרק ג 4.

¹²⁸ שם.

¹²⁹ שכן אם מוטל אחריות קיבוצית במקרה כזה, ישא בגין אדם שני רשלן ואינו גרם לנזק. נראה, כי 343

באותם מקרים שבהם הטלת אחוריות קיבוצית מזיקה זדק מתקן, תומכים שיקולים אלה אף בחיובו של הנtextbox למלוא הנזק שנגרם לחובע אם הוא בעל יכולת עדיפה על-פניז לאיור את חברי הקבוצה שהמעול נמנה עליה וכן לגבות מהם דמי-השתתפות. לא כן אם התובע נהנה מעדיות כזו: אז הטלת אחוריות על חלק מהנזק היא הפטرون המועדף. מכל-מוקם, כך או אחרת, אופן חלוקת הנTEL בין הנחבים השוניים צריכה להיעשות בהתאם למידת הסיכון לגרם נזק או (בהתאם לתיווחית הזדק המתקן שהוא מאמץ) לגרם נזק רשלני שכל אחד מהם יצה.

ה. שיקולי הרתעה להטלת אחוריות קיבוצית

1. שיקולי הרתעה בדיני-נזיקין

מטרה החשובה של דיני נזיקין¹³⁰ היא הרתעה, או ליתר דיוק הרתעה אופטימלית, הרתעה אופטימלית מכוונת لكن שכן נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמנך ככל האפשר¹³¹. מכאן, שהרתעה אופטימלית מכוונת לעילות כלכלית. הדוגמא הבאה עשויה לסייע בהבנת הדברים: בסוג מסוים של תאונות-עבודה נגרמים מדי שנה נזקים המסתכניםים במאה אלף ש"ח. נניח כי קיימות שלוש דרכים אפשריות (ולא יותר) לטיפול" בעיה. האפשרות האחת היא למנוע את התאונות כליל. הוצאה המונייה השנתوية מסתמכות בסך מאה וחמשים אלף ש"ח. שיעור ההוצאות עשויל לש凱ף את עלות נקייתם של אמצעי-מניעה פוטיטיביים (כגון אביזרי-בטיחות), כמו גם את מחיר ההימנעות מהפעילות שבמסגרתה נגרמים הנזקים, כולל או חלקה (כגון, מחיר סגירת המפעלים שבתאונות או מחיר צמצום הפעולות בהם). האפשרות השנייה היא לצמצם את מספר התאונות ו/או את חומרת פגיעתן, כך שבסך שנה יגרמו נזקים "רף" חמישים אלף ש"ח. הוצאות המונייה השנתوية מסתמכות בסך שלושים אלף ש"ח וכך כאן משקפות את עלותם של אמצעי-מניעה פוטיטיביים ו/או את מחיר צמצום היקף הפעולות שבמסגרתה נגרמים הנזקים. האפשרות השלישית היא להותיר את המצב כמו שהוא ולא לעשות דבר. לו מטרתם של דין-הנזיקין היה להוותה הרתעה מksamילית ולהביא למניעתן של תאונות בכל מחיר, ראוי היה להם לגרום לכך שתתאפשר האפשרות הראשונה. אולם מניעתן של תאונות בכל מחיר אינה מטרה של דין-הנזיקין או של דין-אחרים כלשהם. למעשה, אין לנו, בחברה, מעוניינים במוניה בכל מחיר. לו כך רצינו, היינו נאלצים לוותר על פעילויות רבות וחשובות שעסוק בהן בצדדים תאונות

הסתירה מעקרון הזדק המתקן בוטה במקורה מעין זה יותר מאשר במקורה אחר (וזהו תיאורית הזדק המתקן שנמצא באשר תחא), שבו מוטלת אחוריות על מי שהוא גורם, אך איןו רשלן, או על מי שהוא רשלן, אך אינו גורם.

¹³⁰ וגם של דין-העונשין כמובן. אלא שלאלה ואחרונים בגבולות מסוימות שדין-הנזיקין עשויים להתגבור עליהם: G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven & London, 1970) 107–113.

¹³¹ עליהם: Calabresi, *supra* note 130, at p. 68–94. ספר לבנברג (ד' פרידמן ו' שליח עורכיים, תשמ"ח) 293–287, 257. לגביה ביקורתית באשר למטרת ההזהות של דין-הנזיקין, ראה י' גלעון, "על גבולות הרתעה הייליה בדיי-הנזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 421.

כלשהן אינו אפשרי. כן הינו מחויבים להשكيיע משובים אינסופיים בפעילותם למניעת תאונות ו אף לוותר בשל כך על טובים רבים אשר מתקשים ונרכשים בדרך כלל תוך שימוש במסובים אלה.

האפשרות השניה היא זו אליה יחתרו דייניזיקין, אם מטרתם היא להרתו באופן אופטימלי. עם התמסורתה תושג יעילות כלכלית. אמנם, תאונות חיגרנה, אך סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה המינימום האפשרי. אפשרות זו עדיפה על-פני האפשרות השלישייה (אפשרות ה"שב ואל העשה"), כמו גם על-פני האפשרות הראשונה (שהיא תוצאה של הרותה מקסימלית). היא מושתת על תפישת-עולם ריאלית: במניעה מוחלתת לעתים קרובות אין לנו מעוניינים (בנתון קיומן של הוצאות מנעה גבולהו), אך בחזרה לאופטימום — בהחלט כן.

השאיפה להרותה אופטימלית עשויה לעורר תמייה, לפחות מבט ראשון. כדיוע, התאונות גורמות לא-אחד לנזקי הגוף ולעתים — אף למוות. היכן — יטען הטוען — ניתן (נוירטיבית, ואף טכנית) להשווות נזקים אלה, שישוורם אין ניתן לכימות, עם הוצאות מנעה אשר מabitאות לעיתים קרובות בלבד או בויתור על הנאות? היכן ניתן לומר — ממשיך הטוען — שאין זה רצוי להוציא מההווים אלפי ש"ח הוצאות מנעה (בדוגמא דלעיל), כאשר האלטרונטיקה היא שיגרמו נזקים, ובכלל זה נזקי הגוף? התשובה לטיעון זה היא, שהשווות מעין אלו מミלא הן לחם-חווקן, אף אם איןנו נזקים להודות בכך, משום הכרה בל-יגונה. החלטה של רשות מקומית להשקייע כספים בהקמת טילת חדשה מבטאת לעיתים הסכמה בשתייה לכך שהങנות דרכיהם הנגרמות לעיתים תוכפות בכיביש-דים שניין לשפכו בהשquia מתאימה של מסובים — אותם משאבים שיושקו במקום זאת בטילת — המשכגה להיגרם. החלטה זו מבוססת על מחשבה שההנהה מהטיילת החדשעה עדריפה על-פני ה"חיסכון" בחויהם (ובגופם) של אלה שעתידים להיפגע על כיביש-דים ושהיו נותרים בחיים (או נותרים ללא פגע) אילו היה משופר כביש זה במקומות הקמתה של הטילת. אין זאת שקללה אף את ערך ח"י התושבים ושלמות מאון שיקולי "רוחה והפסדר", תוך שיקולו של ערך רוחה מהטיילת גופם. באותו מידה חוטא כל אחד מatanנו "חטא" דומה, בשעה שהוא מהטיילט יצא עם משפחתו לטילו, הרחק ממקום מגוריו. אף אם מ Dickinson הוא עניין זה, החלטתו לצאת לטילו היא פרי שיקולי "רוחה והפסדר": מהצד האחד, עומדת הנאות והנאת בני-משפטו מהטייל, ומהצד השני, עומדת הסיכון להיפגע בתאונות-דריכים או בתאונה אחרת במהלך הטילו.

אכן, בשתי הדוגמאות (הקמת הטילת והיציאה לטילו) משווה אדם, אפילו שלא מודיע, בין הוצאות המנייה לבין נזקי התאונות. הוא מנסה להפחית למינימום את סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן. הוא מכובן וזה אשר מגדיר לעצמו את גודל הנזק ולעתים גם את שווי הוצאות המנייה, אך אין הוא מנסה להימנע מהתאונות בכל מחיר. במלים אחרות: אין דרך מאשר לעורוך השוואות "מורחות" לעתים בין סיכון לנזקי הגוף לבין מחיר הוויתור על טובים שונים (ו途כים ממוניים בכלל זה), ואין אפשרות להימנע מליין ערכים גשמיים אגב כך לנזקי הגוף ולהחיי-אדם. כלום בתחום המשפט אינם מעריכים בסוף ידי יום ביום נזקי הגוף ומורות בפסקם פיצויים?! המחלוקת האפשרית אפוא, אם יש להוציא הוצאות מנעה מסוימות

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

הדעתות חולקות באשר לשאלת כיצד ניתן להשיג הרותעה אופטימלית באמצעות דיניני-הנזיקין. אפשר להסביר בכך עניין זה על שתי אסכולות מרכזיות: יש הסוברים, ובראשם פוזנר, כי משטר משפט של רשות מביא להרותעה אופטימלית. הטעם לכך הוא, שנוסחת הרשותה רשלנית המקימה אחירות נזיקית, כאשר המזיק יכול היה למנוע של מזיק כהתנהגות רשלנית המקימה אחירות נזיקית, כאשר המזיק יכול היה למנוע את הנזק בהשquaה שעלווה נמוכה יותר מתחולתו. תוחלת הנזק היא מכפלה הסכימית להתרחשותו של הנזק בגודלו הצפוי אם יתרחש, במבט של "לפני מעשה" (*ex ante*). בדרך זו מתומך מי שיכל למנוע את הנזק בעלות הנמוכה יותר מתחולתו לעשות כן, וכן תTRYץ שלילית למניעתו למי שיכל לעשות זאת בעלות הגבואה יותר מתחולת הנזק. כך פועל "המודיק הפוטנציאלי" לצמצום סך נזקי התאונות והזאות מניעתן, ומוגבר את הסיכוי להשגת יעילות כלכלית. דיניני-הנזיקין, מרתיעים אותו אפוא באופן אופטימלי (תיאוריה זו תcona להלן "תיאורית הרשותה"¹³²).

יש הסוברים, והראשון בהם הוא קלברזி, כי דוקא משטר משפטי שאינו מבוסס על רשותות יגישים את מטרת הרותעה האופטימלית. לדברי קלברזִי, בנזק צרך לשאת זה שהינו "מנוע הנזק הזול ביותר" – יהא זה המזיק הישיר, הנזוק או כל אחד אחר. "מנוע הנזק הזול ביותר" הוא "השוקל הטוב ביותר", דהיינו: זה אשר יכול לשקל כראוי ומיצד להוציאו הוצאות למניעתו של הנזק ואשר יכול לפעול על-סמך שקידתו זו. הטלת אחירות עליו תTRYץ אותו למנוע את הנזק שכדיCalcilitה לעשות כן, וכך תעודדו לפתח שיטות ואמצעים למניעתו לעתיד לבוא. עם זאת, כאשר מניעת הנזק יקרה מדי ובלתי-כדראית, חזקה על השוקל הטוב ביזמות שיעדרף שלא למנועו, אלא לשאת בעלותו. בדרך זו מתומך השוקל הטוב ביזמות לפעול לצמצום סך נזקי התאונות והזאות מניעתן, שהרי כל אלה נופלים עליו. השאלה אם התרשל בגרימת הנזק או לא התרשל אינה רלבנטית כלל (תיאוריה זו תcona להלן "תיאורית השוקל הטוב")¹³³.

האופן שבו הristolן או השוקל הטוב ביותר, לפי העניין, נושא בעלות הנזקים שפעילותו גורמת לאחרים אינו בהכרח תשלום מכיסו בעבר הנזק שגרם בפועל. במקרים רבים אירועים נזקיים "מכסים" על-ידי ביתו, וחברות-היביטות זה הנושאות בנזקיהם. ברם עובדה זו אינה משנה לעניינו, מכיוון שפרמיית-היביטה

R.A. Posner, "A Theory of Negligence" 1 *J. Leg. Stud.* (1972) 29; Posner, "Strict Liability 132 — A Comment", *supra* note 79; W.M. Landes & R.A Posner, *The Economic Structure of England*, *supra* note 71, at p. 54–84. לביקורת ראה Tort Law (Cambridge & London, 1987) 51–56. הניחוח הכללי מתקיים במקרה כאשר בתנהגותו של נזיק יש אשם וורם. בהמשך המאמר יצא מחוץ התחום, שולחות של מניעת הנזק על-ידי הנזוק היא גבואה ביותר ולפיכך אין בתנהגותו אשם תורה.

Calabresi, *The Costs of Accidents*, *supra* note 130, at p. 135–173, 244–265; Calabresi & 133 Englad, *supra* note 71, at p. 33–51. לביקורת, ראה Hirschoff, *supra* note 81. בספר הניל ריבר קלברזִי על "מנוע הנזק הזול ביותר", ובמאמר שכח לאחר-מכן עם היושע פיתחו דשנים אה מבחן "השוקל הטוב ביזמות", הבא למשהו לטיען באיתורו של "מנוע הנזק הזול ביותר".

אחריות קיבוצית בדיינרניךין

שהמボיטה משלם אמורה לשקף את הנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם על-ידי פעילותו לאחרים (ביטהה צד ג) ושבגינו תקום אחריותו הנויקית¹³⁴. במשפט משפט של רשות, פרמיית-הביטוח תיקבע בהתאם לנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם על-ידי פעילות רשלנית של המבוטה. לעומת זאת, במקרים משפטים המבוסס על "תיאוריות השוקל הטוב", ובanaganה שהמボיטה הוא השוקל הטוב, פרמיית-הביטוח תיקבע בהתאם לנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם על-ידי פעילותו של המבוטה — תהיה זו פעילות רשלנית או לא רשלנית. במקרה אחד: באמצעות פרמיית-הביטוח משלם המבוטה מראש כביכול את שהיא משלם על-פי חישובי הסתבות — אלמלא היה מבוטח — לאלו שהיו נזוקים עליו.

כיצד ישפייע הדבר על ארժיו של המבוטח? מצד אחד, שאיפתו החיה להקטין את שיעור הפרמיה, דהיינו את שיעור הנזק שהוא ציפוי הסתבותית לגבים, ושלו הוא עלול להימצא אחראי. ההנחה היא, שאם המבוטה ינקוט פעולות שיש בחן להוריד את רמת הסיכון שיגרום לנזק בעבורו יימצא אחראי, תפחית הפרמיה בהתאם לכך, כמו יעלה אותה, תחייב היא בעבורו¹³⁵. מצד שני, המבוטח לא ישקע במניעה מעבר להנחה שיקבל בפרמיה, דהיינו: מעבר לשיעור שבו יפחית הנזק שהוא צפוי, הסתברותית, לגבים ואשר הוא עלול להימצא אחראי לו¹³⁶. התוצאה תהיה, ככל מבוטח ישאף להקטין את סך הנזק האמור והוצאות מניעתו. בכך תתקיים הרתעה אופטימלית ותשוגג יעילות כלכלית¹³⁷.

¹³⁴ שיעור הפרמיה משקף את הנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם לאחרים ושבגינו היה אחראי. אך אין זהות בין השניים. הראשון גבוח יותר, והוא המחריף שמשפט המבוטה תימורא לכך שחברות-הביטוח תיטיל על עצמה את הסיכון שיארע זוק אשר המבוטה יהיה אחראי בגין. הדוחם של בני-אדר בדרכ' כל' שענאי סיכון ("להבדל מ'אהובי סיכון" או "יינדרלים לסיכון") הוא המכזיך והמאפשר קיום של מגנון-ביזוטה. לעניין מקומו של ביטוחה בהקשר להרתעה, ראה p. 186–199 Shavell, *supra* note 8, at p. 186–199.

¹³⁵ דוחה זו אינה מהגשמת בדרכ' כל' למלאה. בין אם בכלל הערכות חקיקתית בשיעור הפרמיה (כפי שנעשה הדבר בישראל לעניין ביטוחה להרכבת רכב מסויע — ראה צו פיצויים לנפגעים האונאות דרכם (שיעור דמי ביטוח), תשנ"א–1990, ק"ת (365); וכן אם משומם שהמomin של המבוטחים לקבוצות-סיכון הופך משלב מסויים לבתיר-כדי לחכורות-הביטחות. מכאן, שהמבוטח אינו משלם חמי פרמיית-ביזוטה העומדת ביחס ישיר לנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם לאחרים ושבגינו יימצא המבוטח אחראי. לעניין השפעת מיניהם של המבוטחים לקבוצות-סיכון על פעולתו של מגנון הביזוטה, ראה G.L. Priest, "The Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L.J.* (1987) 1521, 1539–1550.

¹³⁶ כאמור, באמידה זו יש אידיאק מסויים, בשל היעדר זהות בין הנזק הצפוי, הסתברותית, להיגרם, בין שיעור הפרמיה. ראה לעיל, הערה 134.

¹³⁷ במשפט משפטים המבוסס על "תיאוריות השוקל הטוב" יקטן למעשה סך כל הנזקים והוצאות מניעתם. במקרה משפט של רשלנות ייקטן סך הנזקים הניגרים ברשנות והוצאות מניעתם. הנזקים שאינם תוצאות רשלנות לא יימנו, אך כך יהיה על-פי תיאוריות הרשלנות; שחרי על-פי הגדרות, הם נזקים שלולה מניעתם נבואה מגודלים. ניתן להקשות לשאל, מדוע לא יימנו כל נזקים הרשלנים כך שהפרמיה חורדר לאפס? אין כל נזק רשלני הוא כזה, שעלי-פי הגדרות כדרא, כלכלית, למונעו! התשובה לכך היא, שהוצאות מניעתם של נזקים העולים להיגרם ברשלנות מכוננות לפחות קרובות להפתה מהסיכון שהמomin הפטונצייאלי יתור ולגוז נזק. ההנחה היא, שלעתים בני-אדם מתרשלים אפילו אם כלכליות אין הדבר כדאי עכברים, והדרך הטובה ביותר למונע את נזק המתרשלות היא להפחית את הסיכוי שיעמכו במצביים שכחם הם עלולים להתרשל ולגרום לנזק. לדוגמה: אם נוגכ' כובע עלל גרים האונאות ברשלנות עקב בלילה אטייה מרי של דכישת בלמים באיכות נבואה, שתగוכתם מהירה במילודה, אשר ייקטנו את הסיכוי שיגרום נזק ברשלנות. ראה ביפור הדוחה, להלן, לדי הערות 142–143.

הדיון עד כאן מחייב להבהיר הבחנה חשובה שכיה שינה שימוש בהמשך הפרק. הבחנה זו היא בין תוחלת נזק לבין תוחלת נזק כללית. תוחלת הנזק מבטאת את הסיכון שיגרם נזק מהתנוגות **ספציפית** של אדם – רשלנית או בלתי-ירושלמית. לשם הגדרתה של תוחלת הנזק, יש מילא חשיבות רבה לנזקי אירוע הנזק, אם אייג. אלהאפשרים להבהיר את הסיכוי שהייה קיים לגורם נזק עבור לאירועו כמו גם את גודלו הצפוי באותו עת. לעומת זאת, תוחלת נזק כללית תשמש אותה כדי לבטא את הסיכון שיגרם נזק מפעילותו הרגילה והמתמשכת של אדם. נזק זה יכול להיות תוצאה של התנוגות הרשלימות של אותו אדם, אך גם תוצאה של התנוגות לא-ירושלמיות. הביטוי תוחלת כללית של נזקים רשלניים תשמש אותה כדי לבטא את הסיכון שייגרם נזק מפעילותו הרגילה והמתמשכת של אדם כתוצאה מרשלנותו. נתוני האירוע שבו נגרם נזק בפועל אינם ולבנטים לשם הגדרת תוחלת הנזק הכללית (או התוחלת הכללית של נזקים רשלניים). הנתונים הרלבנטיים הם אלה המצביעים על מידת הסיכון שיש בפועלו של אדם באופן כללי, נתוניים נתוניים המתיחסים לתוצאות הפעילות המשמעות או לפועלם המוסמיים במסגרתו (כגון שיעורי נזקים שנגמרו במסגרות הפעילות בעבר ואמצעי בטיחות הנתקטים בפועל) ולעתים יהיו הנתונים סטטיסטיים (כגון מידת הסיכון שיש בדרך-כלל בסוג הפעולות שמדובר בה ובסוג הפעלים בגדרה לפי נתוני גיל, מצב בריאות, תוכנות פיסיות ועוד). מטבע הדברים, הנתונים הסטטיסטיים ישלימו את הנתונים הספציפיים ויאפשרו להעריך בדיקך רק ככל האפשר את מידת הסיכון לגורם נזק מהפעולות (או לגורם נזק ברשלנות, כאשר עסוקין בתוחלת נזקים רשלניים).

למרות ההבדל בין תוחלת נזק לוחלת נזק כללית יש להדגיש כי השימוש בהן נעשה אותה מטרה: לבטא את גודל הסיכון לאירועו של נזק, בהתאם לסיכון אירועו ולגודלו הצפוי – אם יארע. על כן, מי שואף להקטין את סך הנזקים הנגרמים מפעולות כזו או אחרת, ישאף להקטין את תוחלת הנזק הכללית כמו שתוחלת הנזק המתיחס לאירוע ספציפי.

מעתה ואילך יתמקד הדיון בתיאוריות-ירושלנות. הסיבה לכך היא, שהMASTER המשפטבי בישראל – כפי שהוא משתקף בדיון הנזקין הכלליים – הוא בעיקר משפטי של רשלנות. לא רק שעולמת המסגרת העיקרית בפקודת הנזקין היא עולמת הרשלנות, אלא שאף את עולמת המסגרת השניה – הפרת חוכה חוקה – ניתן להשתתית על בסיס רצינו של הרתעה הדומה במהותו לבטישה הרעינוי של עולמת הרשלנות¹³⁸. על כן, תיאוריות הרשלנות, המסבירה בין היתר את פועלם של שיקולי הרתעה בMASTER משפטי של רשלנות¹³⁹, היא ולבנטית לענייננו יותר מתיאוריות השוקל הטוב (עם זאת, הדברים שיאמרו לגבי תיאוריות הרשלנות נתנים בדרך-כלל ליישום דומה אף לגבי תיאוריות השוקל הטוב). לפיכך, אף

¹³⁸ הבסיס הרעינוי האפשרי הוא, שסטנדרט התנוגות שנקבע בחיקוק הינו תוצאה של שקלת "ירוח מול הפסד" על-ידי המתויק, ממש כפי שסטנדרט התנוגות שנקבע על-ידי בית-המשפט בהחלו את עולמת הרשלנות הוא תוצאה של שקלת דומה.

¹³⁹ מעבר לכך שהוא מצדיקהMASTER זה.

אחריות קיבוצית בדינרנויקו

החויה היחסותי בהמשך הדברים לשולש קבוצות המקרים, שבهن עשויה להיות מוטלת אחידות קיבוצית, תיעשה מתוך הנחה ש�ם = התנהגות רשלנית. במקרים שבהם שווין זה לא מתקיים, אין טעם לדון בהצדקה ההורעתית (או הכלכלית) להטלת אחידות קיבוצית לפי תיאוריה הרשלנות, שכן הטלת אחריות בלבד על מי שאינו רשלן אינה מוצקמת על-פה.

בפרק זה אני יוצא מתחן הנחה, כי במקרים העשויים להתאים להטלת אחידות קיבוצית, אי ידיעת והותו של המועל שגרם לנזק היא נתון קבוע, אשר לנזוק או לבני-הקבוצה שהמעול האמור נמנה עלייה, אין כל שליטה עליו. בפרק הבא עוסק בשאלת, כיצד הטלת אחידות קיבוצית (או אי-הטלה) עשויה להשפיע על תמייציהם של הצדדים הנוגעים לעניין, ולסייע בפתרון בעית הזיהוי, וכך אסביר כיצד קשור הדבר להרעתה אופטימלית.

2. הרעתה ורעיון האחידות הקיבוצית

(א) קבוצה א : לא הוכח קשר סיבתי

האם שיקולי הרעתה מחייבים קיומו של קשר סיבתי עוכדתי בין התנהגותו של הנتبוך לבין נזקו של התובע כתנאי להטלת אחידות עליו? לעיתים – כך ניתן לסביר – מן הרואי להטיל אחידות על מי שהתנהגותו אינה רצiosa, גם אם לא גרם לנזקיו של התובע. למעשה – אפשר להמשיך ולטוען – אם מטרת ההורעתה הייתה המטרה היחידה של דיני-הנדיקין, לא צריך היה לשנות כזו דה אם גרמה בפועל חוצאה מזיקה. אמנם, אם לא נגרמה כל תוצאה מזיקה, היה עליה השאלת מי ישולמו הפיצויים; אך נראה ש"בעיה" זו ניתן היה לפתור על נקלה¹⁴⁰. טיעון דומה פועל היטב אף בתחום דיני-העונשין. גם בתחום זה אפשר לסבור שיש להעניש על התנהגות בלתי-רצואה, בלי קשר ל后果תה. אמנם, בידוע, דיני-העונשין הפוזיטיביים אינם מקבלים טיעון זה במלאו, אך בוודאי אינם מתעלמים ממנו: במקרים רבים ההורעתה היא חלק מהקטוטו וראות של העבירה, אך עדין ניסיון כושל להשיג תוצאה הוא בגרור עבירה בפני עצמה. עם זאת העונש בגין עבירה הניסיון קל יותר, בידוע, מהעונש בגין העבירה השלמה, מיסיבות שלא כאן המקום לפרטן והמיוחדות בדרך-כלל בתחום המשפט הפלילי¹⁴¹.

אם הנחתנו היא שסמות דיני-הנדיקין היא הרעתה אופטימלית, كل יהיה להבין על שום-מה מוטלת על הרשלן אחידות לנזקים שגרם – לא פחות, אף גם לא יותר. כפי שהסביר לעיל, הרעתה אופטימלית מכוונת להקטין את סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן. על-פי תיאורית הרשלנות – שבה כאמור נטרכז, חשוב שהמוני הפוטנציאלי יכול את צערין, תוך שינוי כי ישא בנזקים שייגרם ברשלנות. לכן חשוב שכאן ישא בנזקים אלו. אם יהיה צפוי לשאת בפחות מהנזקים שייגרם, יורתע הרעתה חסר: האם שפעילותו אינה רצiosa הוא עלול להתמיד בה ולגרום

140 כן, שהשלומרים ישולמו רקן לפיצוי נפגעים שאינם זוכים לפיצוי מלא, מסיבה כלשהי, או לפחות שתפקידו לשם מניעת נזקים בעחריו.

141 ראה ש' ו' פלר, *יסודות דיני עונשין* (להלן "פלר"), כרך ב 178-174 G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (London, 1978) 368-371

נקים; והגם שהוא יכול למנוע את הנזקים בעלות נמוכה מתחלה, עלול הוא לבחור שלא לעשות כן. ניתן להמחיש את הדברים עליידי דוגמא: בעל-מפעל יכול למנוע נזקים של חמשים אלף ש"ח לעובדיו (בממוצע שנתי) באמצעות השקעה (שנתית) באכזרי-בטיחות שלושים אלף ש"ח. יูลות כלכלית מזכיקה את ההשקעה באכזרי-בטיחות. אם בעל-המפעל ידע כי ישו בכל הנזקים שהם תועצת התנהגותו הרשלנית (התנהגות המתבطة בהפעלת המפעל בלי אמצעי-בטיחות ראויים), ישקיע שלושים אלף ש"ח ותשוג יעילות כלכלית. לעומת זאת, אם בעל-המפעל ישא רק במחצית הנזקים שגרם, אך לא בכולם, יעדיף שלא להשקיע באכזרי-בטיחות ולשתת בנזקים של עשרים וחמש אלף ש"ח. מוצאה זו אינה עליה מבחינה כלכלית, והיא נובעת מהרטעת-חזה.

גם היוכו של אדם בנזקים רבים יותר מאשר שגורם בפועל אינה רצויה, שכן הדבר יביא להרעת-יתר ולא-יעילות כלכלית. עניין זה מרכיב קצת יותר. כאמור אם חפצים שהרשלן יורתע כראוי, מה טוב יותר מאשר להעמידו בסיכון של תשלום פיצויים שישורם רב ככל האפשר? מדוע להגביל את ה"סקציה" שוטעל עליו לנזקים שגורם בלבד? הטעם העיקרי¹⁴² לכך הוא זה: לעיתים קרובות ראוי לעודד אדם להימנע מלהיכנס למאכ' שבו התנהגותו עלולה להיות רשלנית, מתוך הנחה שלעתים, ברגע נתון, עלול הוא להתרשל, אפילו אם מבחינה כלכלית אין הדבר כדי עבورو. יש לעודד אותו אפוא, להוציאו מונעיה, שתכליתן להפחית מהסיכון שיתרשל וגורום לנזק. ואולם הוצאות מונעיה אלה ראוי שלא העלה על הנזק אשר ימנע עקב הוצאה. על-כל-פנים, כך מתבקש אם המטרה היא לחזור ליעילות כלכלית. אם אדם יחויב לשאת ביחסו מנהזקים להם גרמה התנהגותו הרשלנית, עלול הוא להוציא הוצאות ובנות יותר מאשר מונעיה אופטימלית וגבר הסכוי שתושג יעילות כלכלית רצוי שיוציא — ההרעה תהיה אופטימלית וגבר הסכוי שתושג יעילות כלכלית. אף דברים אלה ניתן להמחיש בדוגמה: אדם גורם נזקים בשיעור של אלף ש"ח בנסיבות הרשלנית (בממוצע שנתי). הנזקים כולם נגרמים עקב בilmה אטיט מדוי, שהיא בוגר המrelsות. ניתן להחליף את הבלים בבלמים מאיכות טובה יותר, כך שלמרות תגובתו האטיט יחסית של הנג, כל הנזקים הנגרמים עקב בilmתו האטיט ימנעו. עלות החלפתם של הבלים הקיימים בבלמים האיקומיים (בממוצע שנתי) היא אלף וחמש-מאות ש"ח. אם יחויב הנוהג לשאת בנזקים רבים יותר מאשר שגרם. — נניח — בשיעור של אלףים ש"ח בשנה, יהיה לו תמרץ ברור להחליף את הבלמים. התנהוגות זו תהיה בלתי-כלכליות ותינכע מהרטעת-יתר. לעומת זאת,

¹⁴² טעם נוסף על זה המובא להלן בטקסט הוא, שהרעת-יתר עלולה לגרום לכך, שבנדי-אדם לא-ירושלים המעריכים כי התנהוגותם עלולה להימצא עליידי בית-המשפט, בראיבר, התנהוגות רשלנית, יוציאו הוצאות מונעיה מעבר לחוללה הנזק של התנהוגותם. להשען של טעויות בית-המשפט על

התנהוגות במשפט מרשלר משפט של רשלנות, ראה "Optimal Deterrence and Accidents" G. Calabresi, "Four Tests for Liability in Torts" 14 J. Leg. Stud. (1985) 585, 618 et seq.

אם ישלם בדוק עבור הנזקים שגרם, לא יחליף את הכלמים, ויגבר הסיכוי שתושג ייעלה כלכלית. ההרתהה תהיה אופטימלית.

עד כאן למדנו, שקשר סיבתי עובדתי בין התנהגותו הרשלנית של המזיק לבני הנזק מביאה להרחתה אופטימלית. הטלה אחריות על מזיק רשלן בגין כתום מהנזקים שגרם תביא להרחתת'חסו, ואילו הטלה אחריות עליו בגין יותר מהנזקים שגרם תביא להרחתת'יתר. אך כאן מוחלת הנזקים של החיבור את המזיק הרשלן בגין הנזקים שגרם בפועל ולא בגין מוחלת הנזקים זום; מדוע ליתן ליד המקרה לקבוע את שיעור הנזק שבו? זהה שאלה נכדיה, ולא כאן המקום לננות וליתן לה מענה¹⁴³. הנהתי ברשימה זו היא, כי קיים מצב משפטי נחן שבו החיבור הנזקי משלם על כל הנזקים שגרם להם בתנהגוותו הרשלנית¹⁴⁴.

בכפיפות להנחה זו ברור, שהובכו לשאת נסף על כך בתוחלת כלשהו של נזק אשר בפועל לא נגרם עלי'ידו — יביא להרחתת'יתר כמוסבר לעיל. עם זאת, אפשר שבלועי הנחה זו ניתן היה להשיג את מטרת ההרחתה האופטימלית גם בדרכ' הלויפית של חיבור האדם, שעל התנהגותו מעוניינים דיני הנזקין לה晌יע, בתוחלת הנזקים של התנהגוותו הרשלנית¹⁴⁵ ולא בנזקים שגרם ברשלנותו בפועל. אך בהיעדר אפשרות לחיבר את האדם בנזקים שגרם, הובכו בגין מוחלת הנזקים של התנהגוותו הרשלנית הופך להיות פתרון סביר למד'ו¹⁴⁶.

האם המשקנה העולה מהדין עד כה היא, שבקוצצת המקרים הראונה אין מקום להטיל אחריות קיבוצית מהטעם שלא הוכח קשר סיבתי בין התנהגות הנtblע הרשלן לבין נזקו של התובע? התשובה לשאלת זו היא שלילית. כל שעולה מהדין הוא, שיש להימנע מהרחתת'יתר (וכמראכן — מהרחתת'חסו). אין להטיל על אדם לשלם פיצויים מעבר לנדרש לשם כסויו הנזקים להם בתנהגוותו הרשלנית גרמה. יתרה מזו: כפי שנזכיר מיד, ראוי להכיר בחרגים אפילו לעירן זה.

נפתח במקרי ה-D.E.S. ודומיהם¹⁴⁷. הובכה של כל אחת מהנתבעות הרשלניות

¹⁴³ נראה שדי להזכיר את הקשי הפרקטי לאtor כל כי בתנהגוותו רשלנית ולגבות ממנו פיצויים לפי מוחלת הנזק של התנהגוותו, אפילו לא גרמה לנו. גרט הנזק מזוהה אפוא דרך נזחה ייחסית לאחר התנהגות רשלנית, ולעתים עשוי אף להזוהה אינדרקטיבית לחומרתה. נסף על כך, הטלה אחריות בגין נזק שנגרם — ולא, למשל, בגין מוחלת נזק — מחמישה למזיק הפטונציאלי באיה פיצוי עמידה הוא לשאת אם לא ייקוט פעולות-מניעה כלאה או אחרת. לדין מקף בשאלת מודעות מיטיןין רון G. Calabresi, "Concerning Cause and the Law of Torts — An Essay" 43 *U. Chi. L. Rev.* (1975) 69; G.O. Robinson, "Multiple Causation in

Tort Law — Reflections on the DES Cases" 68 *Va. L. Rev.* (1982) 713, 737-738

¹⁴⁴ בכפוף למוגבלות מסוימת, בעיקר של רוחו הנזק.

¹⁴⁵ יש להבחן בין מוחלת הנזקים של התנהגוותו הרשלנית לבין מוחלת כללית של נזקי הרשלניות. בעוד שהרשותה עניינה בעירוף מוחלות הנזק של התנהגוויות רשלניות ספציפית שאיתרו בפועל, הרי השוויה עניינה בסיכון שאדם יגורם נזקים רשלניים באוין כליל בעקבות הריגל והמתמשך בפועלותיו. ראה לעיל, ליד העירה 137.

¹⁴⁶ אך כי לעיתים, מהבש ההורחתה, ניתן לחותר על סיבתיות עובדתיות ולהטיל אחריות על מי אשר הגיר את הסיכון לאירוע הנזק, אפילו אי-אפשר להראות שגרם לו, ראה Calabresi, "Concerning Cause".

¹⁴⁷ *supra* note 143, at p. 86-87

¹⁴⁷ Sindell, *supra* note 36

לשאות בוסףו של דבר בנזקיה של כל חובעת לפי חלקה בשוק יbia לדי' כך,-shell
חברה תישא פחות או יותר בנזקים להם גרמה ברשותה כפועל, לא פחות ולא
יותר. זהה הרתעה אופטימלית. רק כך יהיה בעתיד תMRIין כלכלי ברור ליצרניות
של הדרופת להשקייע מושבים רואיים בבדיקה של בטיחות השימוש בתרופתיהן,
בבנטוROL אופטימלי של תופעות-לווא, בהשקרה רואייה במקיר ה-D.E.S., כמווהו מבחן "אור יוק" ליצרניות
לפטר את התנבות מארחיות במקיר ה-D.E.S., כמווהו מבחן "אור יוק" ליצרניות
של תרופות — ולמעשה, לכל מי שפעילתו גורמת נזק קשה להזותו על
ণיזוק ספציפי — להמשיך בדרכיו הנלוות. הדבר יbia להרთעת-חסר. ניתן לומר,
שהזוכה של כל אחת מהיחסניות בנזק לפי חלקה בשוק אינו אלא היבאה בוסףו
ণיזוק ספציפי, חיובו של החגיגותיה הרשלגיות¹⁴⁹. כפי שצ'זון קודם, לא זו
של דבר בתוחלת הנזקים של התנהגוותיה הרשלגית¹⁴⁹. כמי שבעל, שיש מניעה
הדרך בה הולכים דנייה-נזקין בדרכ'-כלל. אך כאשר ברור בעלייל, שיש מניעה
אובייקטיבית ושיטתייה להוכיח קשר סיבתי עובדתי ממש בין התנהגות רשלנית
לNazק ספציפי, חיובו של המזיק לשאת בתוחלת הנזק של התנהגוות זו והופך להיות
פתרונות טוב למדרי. בכך יתומץ כראוי להקטין את תוחלת הנזק, ובדרך זו — לצמצם
את הנזקים הנגרמים על-ידי.

עם זאת, הטלה אחריות קיבוצית אינה מבטיחה באופן מוחלט, שההרתעה תהיה אופטימלית. בעיה אחת העשויה למנוע השגת יעילות כלכלית היא, שלעתים מניעת הנזק (או צמצומו) תזעיק, כלכלית, רק אם כל היצרניות ייפעלו במשותף לשם כך. אך לא אם כל אחת מהן תעסיק בלבד¹⁵⁰. כך, בדוגמה ד'.E.S., יתכן שמניעת הנזק היא יקרה מאד ודורשת מחקר מסובך ומתמשך. עדין יתכן שהמניעה מוצדקת כלכלית, שכן עלותן של הוצאות המניעה נמוכות מהנזק הכללי שהתרופה גורמת. יצדיקה אחת לא עומדת לבד בהוצאות כ אלה, מה גם שאפיילו הייתה משקיעה אותן היתה חוסכת לעצמה נזקים שאינם מצדיקים את ההשקעה. זאת ועוד: היצרניות שתשאקויע השקעה כזו חוותה לטיפולות (freeriding) מזמן של יצרניות אחרות,

149 יתכן שנימוק לטען כי מדובר בתוחלת כליל של נזקים רשליים. ראה לעיל, ליד העזרה 137. על פי המינוח שאמץ בהרשותה זו, כאשר ישנו מתחולות פאצייפיים על התהוננות שגורמה לנזק, איסיכון לנזק נבדק לפי זה – מדובר בתוחלת נזק ולא בתוחלת כלילו של נזקים שליליים. לא תמיד חילק בשוק משקף את מידת הסיכון המשוכן שיצירת כל יצירתיות. היו אפוא בימי-השפט אמריקניים שהסבירו על מידות הסיכון, כאשר החילק בשוק הושג גורם אחד אך לא הייחודי, לבוחינה של מידה זו. ראה לעיל, העדרות 44-43 שימוש בחילק בשוק הוציאו מנהליות שהיו נגנבות לו באמות ובתמים היו בוחנים את כל

150 הנוגרים המגדירים את מידת הפסיכון שבחתונתגונה של כל צירוניות ויצירוניות. ראה הריך להלן.

אחריות קיבוצית בדיינינזיאן

העלילות לעשו שימוש בתוצאות המחקרים שבهم השκעה היצרונית הראשונה ממן ורב, מוביל לשאת בעולותם (מה שיאפשר להן להזיל את מחיר התוropaה לעומת היצרונית שהשκעה במניעה ולהתחווות בה בהצלחה)¹⁵¹. בעית הטפילות עללה אף למנוע שיתוף-פעולה בין היצרניות. גם ששיתוף-פעולה כדי לכורה לכולן, עלולה לחסוב כל יצרנית לעצמה, שמניעת הנזק תבצע אף בלעדיה והוא תוכל להננות מפירותיה מוביל לשאות בעולות כלשהי. בכך יכול שתעדיף לא לשיתוף-פעולה (או להציג שיתוף-פעולה בתנאים מוגדרים לעומת יצרניות אחרות)¹⁵².

בעיה שנייה הנוגעת להטלת אחריות קיבוצית ולעילוות כלכלית היא, שעתים יצרנית כזו או אחרת שתתקיע במנעה, לא תצליח לשכנע את בית-המשפט בשלב מאוחר יותר שאכן הצליחה לצמצם את נזקה, אפילו אם עשתה כן. התוצאה תהיה, שלמרות השקעה במנעה, לא יקטן חלקה בנטל הנשייה בנזקים הנגרמים על-ידי מי מבין חברי הקבוצה עליה היא נמנית, בנסיבות שהזהו אינה ידועה. מילא יהליש הדבר את תmericה להקטנים. בעיה זו וודרך אפשרית את להתגבר עליה, לפחות במקרים מסוימים, תידון בפרק הבא¹⁵³.

בעיה שלישית, עניינה בהוצאות המנהליות הכרוכות בהפעלו של משטר משפטי המבוסס על אחידות קיבוצית, במקרים דוגמת מקרי ה-D.E.S. אם משטר זה מחייב להטיל אחריות על כל יצרנית כדי לפי מידת הסיכון שיצרה בהתגогותה כלפי התוכעת הספציפית, אוី ניהולו של משטר זה הופך להיות יקר מאוד. זאת מכיוון שבכל משפט ומשפט יתעורר מחדש הצורך להעריך את מידת הסיכון שיצרה אותה יצרנית מסוימת בהנחהותה: "יוכן, למשל, שהיצרנית סיכנה תובעת מסוימת באורח ניכר (למשל: מכיוון שאמה רכשה את התוropaה מבית-מרקחת שרכש את עיקר מוצריו אותה יצרנית), ואילו תובעת אחרת — סיכון אפסי (למשל: מכיוון שבעיר-מגוריה של אמה כמעט שלא נמכרו כלל מוצרים אותה יצרנית). דרך אפשרית להתגבר על הבעיה, שואמזה לאחרונה על-ידי בית-המשפט העlian של מדינת נייריווק היא כי כל יצרנית יצרנית תזכה את התובעות לפי חלקה בשוק הלאומי, ואין זה משנה כלל ועיקר מה מידת הסיכון שבו העמידה את התובעת הספציפית. דרך זו חוסכת הוצאות מנהליות (שכן יש לקבוע פעם אחת בלבד את חלקה של כל נתבעת בשוק¹⁵⁴) וסביר שתbia בסופו של דבר להקצתה מדיקת של הנזקים לנتابעות השונות.מנה אף עלה, וכן נפסק באותו פסק דין של

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

S. Rose-Ackerman, "Market-Share Allocations in Tort Law — Strengths and Weaknesses" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 739

ולאפשרות שהיא מונעת מהליגע לפסקאות הרצוויות בסופו של דבר לכולם, ראה G. Calabresi & A.D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules & Inalienability — One View of the Cathedral"

85. *Harv. L. Rev.* (1972) 1089

הចנן החידי לטועל לשם מניטת נקי, לפוחת על-ידי מתן אהרות מתאימות למשתמשים בתוropaה. ראה R.A. Bays, "The Market Share Theory: Sindell's Contribution to Industry-Wide Liability"

151 השווה 19. *Houston L. Rev.* (1981) 107, 137

152 להלן, ליד הערות 195–194.

153 ב亨חה שכיבעה זו תחייב אותה גם במקרים אחרים.

בבית-המשפט בניו-יורק, שאפילו תצליח יצרנית מסוימת להוכיה כי במרקחה נתון המוצר שלה בודאות לא גורם לנזק, לא פטור את עצמה מאחריות ותחייב לשאת נזק לפי חלקו שלה בשוק. הדרך היחידה בה עשויה יצרנית לפטור את עצמה מאחריות – כך סבר אותו בית-משפט – היא על-ידי כך שתוכיה כי התופעה שלה לא שוקה כלל בתקופה שבו הייתה אמה של התובעת בהרionario¹⁵⁵. בתי-משפט אחרים באזורי-הברית, שלא אימצו את שיטת "השוק הלאומי" ואשר סברו כי יש לבחון את השוק היריבי בכל מקרה ומרקחה בנפרד, ניסו להתגבר על הקשיים להוכיה את מידת הסיכון שיוצרה כל יצרנית כלפי התובעת על-ידי שימוש בחזות ראייתית. כך, למשל, היו שקבעו חזקה, שעיל-פה חלקה של כל נتابעת בשוק זהה לחלקן של הנتابעות האחרות וכי לכל הנتابעות יחדיו 100% של השוק הרלבנטי; אולי מι שתוכיה כי חלקה קטן יותר, משא בחלוקת מהנזק בהתאם לחלוקת המוכחה בשוק¹⁵⁶. עלות הפעלה של שיטה אחרת זו יקרה יותר מזו הנירירוקית¹⁵⁷.

שתי הבעיות הראשונות שהוצעו אין גוראות מן הטענה, שהטלת אחריות קיבוצית עדיפה על-פני אי-הטלת במרקמים דוגמת מקרי ה-D.E.S. לעומת זאת, הבעיה השלישית, עשויה לשמש טענה נגד הטלת אחריות קיבוצית, אם כי נראה שניין להתגבר עליה בדרכים פחות קיצוניות מאשר על-ידי דחיתה של הדוקטרינה כליל.

קשה קצת יותר הוא מקרה Summers¹⁵⁸ (צ'ידי השלוויים). במרקחה זה הטלת אחריות על שני הנتابעים הביאה לכך, שאחד מן השניים חורב לשאת בנזקים,

L.A. Abrams, "The D.E.S. Dilemma. לבירוקות על יישה קיצונית זו, ראה Hymovits, *supra* note 44 155

— A Study in How Hard Cases Make Bad Law" 59 *U. Cincin. L. Rev.* (1990) 489, 507–512

לתוכינה נלהבת בה, ראה Twerski, *supra* note 39, at p. 872–873

44. וכך לעיל, העדרה Martin, *supra* note 42, at p. 383 156

157 היה מי שטען, שישרubs של בתי-משפט לחייב אחריות קיבוצית על-פי השוק הלאומי, כמו גם

נכונותם לפטור מאחריות יצרנית כי במרקחה והנזהן לא המוצר של גורם לנזק, וביעים מודבקות בערךן הסביבתי המסורי, שלמעשה נשש בעות שואומצה ודקטרינית Market Share Liability.

ראה Twerski, *supra* note 39, at p. 870–873

שאומץ כאשר היהי, מכוורת בעיות הנוגעות לכך שחלק מהייצירות אין קיימות עוד; אם

חלקו אין אפשרות לתבוע בכל המדינות של ארה"ב באח חלון בשוק של יצרנית ובוחן קשה להגדרה.

P. D. Rheingold, "The Hymowitz Decision — Practical Aspects of New York D.E.S. Litigation" 55 *Brooklyn L. Rev.* (1989–1990) 883, 894

158 טעון נוסף שהובא נגד דוקטרינה Market Share Liability והוא, שהשימוש בה יביא להצפתה

tabiutot: התובע כמעט שואו באלוות כלשהו, שכן אין הוא נדרש להסביר ראיות להוכחת זהותו של

המעויל, והוא יפנה לבית-המשפט בסינויו, שבזה לא היה עושה כן לו שוא באלוות הרגילות הכרוכות

בבאת איתה כאלה, ראה גם Robinson, *supra* note 143, at p. 732.

Zitzer & Ginsberg, *supra* note 151, at p. 645–649; A.G. Celli, "Towards a Risk Contribution Approach to Tortfeasor Identification and Multiple Causation

"Towards a Risk Contribution Approach to Tortfeasor Identification and Multiple Causation D.E.S. Cases" 65 *N.Y.U.L. Rev.* (1990) 635

בדרכיהם הולפיו, בין הייר ביטח א, אהה גם לדצעות אפשרית לפטור את בעיית מקרי ה-הזויים,

R.A. Epstein, "The Legal and Insurance Dynamics of Mass Tort Litigation" 13 *J. Leg. Stud.* (1984) 475, 494 et seq.; L.L. Boden "Comment on Epstein" 13 *J. Leg. Stud.* (1984) 507, 514 et seq.; K.S. Abraham, "Individual Action and Collective Responsibility — The Dilemma of Mass Tort Reform" 73 *Va. L. Rev.* (1987) 845,

883 et seq.

supra note 32 159

אחריות קיבוצית בדיני-לאומי

הגם שלא גרם לכל נזק שהוא¹⁶⁰ (ולא רק שלא גרם לנזק הכספי שנותבע בגינו, כבמקרי הד'-D.E.S.) (חתך מيون נספ' מס' 2¹⁶¹). באשר לציד זה נוצרה לכאהora הרתעתיתר, וכבר רأינו במאחרונה.

דרך אחת לענוה על טיעון זה היא לומר, כי המקרה שארע בעניין Summers הוא נדייר, חד-פעמי ומיחוץ במשמעותו. במקרים מעין אלו הופכים שיקולי הרתעה להיות מלאכותיים מאוד (חתך מין נספ' מס' 162¹⁶²), והשאלה על מי תוטל אחריות אינה מעלה ואינה מורייה. הטעם לכך פשוט: בסוד שיקולם של שיקולי הרתעה קיימת הנחה, שמי יכול למנוע את הנזק שוקל אם למוונו או לא בהתחשב בסיכון שיורע נזק ואשר בגינו הוא ימצא אחראי מחד גיסא, ובהוצאותה המינעה, מайдן גיסא. כאשר סיכוי התורחותו של הנזק הוא אפסי, אין הסיכון משפייע על מערכת שיקוליו של אדם. אכן, זו אחת הדרכים להצדיק, משיקולי הרתעה ויעילות כלכלית, את מבחן הציפיות הטכנית הנהוג לעניין קיומם של חותם והירות וקשר סיבתי משפטי.¹⁶³

נניח עתה, שאין מדובר באירועים חריגים, אלא שקרה מידי פעם בסוג מסוים של פעילות, דוגמת ציד, שנגרם נזק ברשלנות, ואין אפשרות להזות מי מבין הצדדים שהשתתפו בצד ושהנו בוירושלו גרם לו (להלן: הנחתה ריבוי המקרים). נבחן שתי אפשרויות: האחת, שאיש מבין הצדדים לא ישא בנזק (דהינו: לא תוטל אחריות קיבוצית); והשנייה, שהנזק יחולק ביניהם לפי תוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית של כל ציד וציד (דהינו: תוטל אחריות קיבוצית).¹⁶⁴ תוחלת הנזק תימدد לפי מידת רשלנותו של כל ציד וציד ככל הניתן.¹⁶⁵

איזו מבין שתי האפשרויות יש להעדיף? האפשרות הראשונה גורמת ל"הרחתה-חרס". כל ציד שישלם פיצויים מהנזקים שיגרום. על כן לא תעמודו לצד עינוי התוחלת הכללית של נזקי הרשלנים¹⁶⁶, אלא שיעור נזק קטן יותר שבו יחויב לשאת. מAMILIA הוצאות המינעה שייה מוכן להוציא עלולות להזות מועטות יותר מאשר שהוא מוציא אליו ראה לצד עינוי את מילוא התוחלת הכללית של נזקי הרשלנים.¹⁶⁷ אולם, אם הנחתה היא שנזקי הצד נגומים לפחות בצד, כל ציד יקח בחשבון שיקוליו את האפשרות שואלי הוא יהיה הנגע, אשר לא יוכל לדחות

¹⁶⁰ למעשה יתכן שגורם לנזק. ראה לעיל, הערא 3.3. לצורך הפשטות הנחתה היא, שהנזק לעין היה הנזק היחידי.

¹⁶¹ לעיל, מת-פרק ג' 4.

¹⁶² שם.

¹⁶³ R.A. Posner, *Economic Analysis of Tort Law* (Boston & Toronto, 3rd ed., 1986) 170. ¹⁶⁴ לדוגמה: תוחלת הנזק של ציד א' היא 10, ושל ציד ב' – 20. הנזק שגרם – 3.000 – ציד א' ישא ב-1000, וציד ב' – ב-2000.

¹⁶⁵ כזכור, תוחלת הנזק היא פונקציה של סיכוי אי-רווח של הנזק וגודלו אמרע. במקרה ההפוך הוצאות המינעה המינעה המידנית בכל שזרזאות נמוכות יותר, כך גדלה ההרטשות. במקרה ההפוך הוצאות המינעה המידנית הן אפסיות. על כן מידת ההרטשות תיקבע בעיקר לפי גודל המכפלה האמורה בלבד.

¹⁶⁶ תוחלת הנזק של התנהגוותו הרשלנית לא תופיע עלייו בדרך כלל באחור ממשי. המשחה הרשלני הכספי געשה מן הסותם בנסיבות כי הצד יפעיל עלי-פי שיקולי "רווח – הפסד". لكن וairo לזכר על השלב שבו יכול הצד להימנע מההיננס למ恣ים שכחים הוא עלול לנזק ברשלנות.

¹⁶⁷ ובשלב זה עומדת נגד עינוי התוחלת הכללית של נזקי הרשלנים. ראה לעיל, הערא 137.

¹⁶⁸ אם כי עשויים להתקיים גם תמורות לא-כלכליים, כגון איזהרצון לסכן אחרים מטעמים מוסריים.

את מי שפגע בו ועל-כן יותר עם הנזק על כתפי. בדרך זו יקח כל צייד בחשבון חישוביו פחות או יותר¹⁶⁸ את התוחלת הכללית של נזקי הרשלניים. אולם בהנחה שהኒזוקים אינם בהכרח צידים, בעיתת "הרעתה החסר" מורגש היבט.

לעומת זאת, האפשרות השנייה מביאה להרעתה אופטימלית. במקרה שוגרת נזק בפעולות הציד ולא ניתן להזוהה את מי שגרם לו, יהיה כל צייד צפוי לשאת חלק מהנזק, בהתאם לתוחלת הנזק של התנהגותו הרשלנית¹⁶⁹. סביר אפוא להניח, שלנגד עיניו תעמוד המוחלת הכללית של נזקי הרשלניים, כשם שיש להניח כי את שיעורה ינסה להפחית באמצעות השקעה באמצעותי-מניעה.

אחת הטענות שניתן לטען נגד הנזות דלעיל היא, שהוא לוקה במלאותיות רכה: אין זה סביר לצפות שככל צייד וציד יידיק בשיקולי רוחה והפסד עד כדי התחשבות באפשרויות דרי וחזקות של גרם נזק על-ידי צייד בלתי-מזוהה. מדובר בנייד-אדם ששיקוליהם נסמכים לעיתים קרובות על מידע חסר או לקוי ואשר אי-רציניותו עשויה לאפין לא אחת את התנהגוותיהם. אין כל דמיון – ימשיך הטען – בין דוגמת הצידים לבני יצרניות הד-E.S אשר סביר הרובה יותר להניח שישקוו באמות ובתמים שיקולי רוחה והפסד מעין אלה.

תשובה אחת לטיעון זה היא, שגם אם רבים אינם שוקלים במידוק שיקולי רוחה והפסד, הרי כאשר מסתכלים לא על הפעול היהודי, הציד בעניינו, אלא על כל אלוף הפעלים במסגרת פעילות נתונה – סביר להניח שסביריהם להגעה לעילית כלכלית רבה יותר אם הכלל המשפטי יהיה שככל אחד נשא בנזקים שגורם בפועל (או בחלק מהנזק, בהתאם לתוחלת נזקי), אם לא ידוע האם גרם בפועל נזקים וכמה) ולא בפחות (או יותר) מהם.

תשובה שנייה, משכנעת אולי יותר היא, שקיים של ביטוח הופך את שיקולי הרוחה והפסד מדוקים למדוי. קיומו של ביטוח מגדיל את הסיכוי שתושג הרעתה אופטימלית (חתק מיוון נוסף מס' 4¹⁷⁰). הצידים, שואלי לא היו מוטgalים להעריך בכוחות עצם את התוחלת הכללית המדויקת של נזקייהם הרשלניים נדרשים

168 אף לא במידוק. יתכן, למשל, שלצד מיסוי יש סיכון להיפגע רב מהמומוצע; וסבירן לפגוע – פחותה מהמומוצע, או להיפך.

169 יש לשם לב לין, שהרעתה אופטימלית תושג אם האחריות לנזק תחולק בין שני הצדדים לפי תוחלת הנזק של התנהגוותיהם הרשלנית, ולא רק לפי הסיכוי שככל אחד מהצדדים יגורם לנזק כלשהו, בעודן התנהגוותו הרשלנית. לכן, אם בדוגמא שהונאה עליל, בהערכה 164, לפחות (ואלו יש להציגו) הוא 10,000,000 ולבסוף תוחלת הנזק הוא 1/1000, ושייעור הנזק הממוצע הצפוי (ואלו יתנו) הוא גס-כין 1/1000, אף הנזק הממוצע הצפוי הוא 20,000 (ולכן תוחלת הנזק היא 20) – האחריות לנזק לא תחולק ביןיהם שווה בשווה (לפי ההסתברות שמייחסו מביניהם גרם לנזק כלשהו), אלא ביחס של 2:1 (צייד א – 1000, וצייד ב – 2000). רק בכך זוירהה כל צייד לנגד עיניו בדיק את התוחלת הכללית של נזקי הרשלניים, לא פחות ולא יותר. קל להמחיש את העיות שיזכר אם האחריות לנזק תחולק לפי ההסתברות שככל צייד גרם לנזק כלשהו. נניח שני הצדדים שבזוגמא מעורבים יחדיו ככמה תאגות-צדדי שבחן לא ניתן להזות מי מביניהם פגע ב寧וק, אף ברור שנייהם התרשלו. סביר להניח, שאפילו אם הסיכוי של שניהם לגורם נזק הוא זהה, בסך-הכל צייד א גרם ל-1/3 מהנזק, ואילו צייד ב – ל-2/3 ממנו. אילו הנזקים יחולקו ביניהם שווה בשווה, נקל לראות שלא תושג הרעתה אופטימלית; לא כן אם הנזקים יחולקו ביניהם ביחס של 1:2. השווה Robinson, *supra* note 143, at p. 757 *et seq.*

170 לעיל, תר-פרק ג. 4.

לשלם פרטיה המשקפת את מידת הסיכון שהברותה היביטה נוטלת על עצמה. חברותה היביטה, כמו שמתמחה ב"msehor" בסיכון, תקבע את שיעור הפרטיה בהתחשב בכךן שבמקרים מסוימים תוטל אחריות קיבוצית, כמו גם במקרה שלא תוטל אחריות כזו. לה תהיה אולי היכולת לעשות את כל ציד וצד לא יכול היה לעשות לבדו ולהעיר את סיכוןו אידרעו של נזק שגורמו אינו מזוהה. על כן, אם תוטל אחריות קיבוצית – ישא המבottaה בפרטיה המשקפת את התוחלת הכלכלית של נזקי הרשלאים; ואם לא תוטל אחריות כזו – ישא בפרטיה נזקה מהותה של החלטת האמורה. תשלום עבור תוחלת כלית זו – לא פחות וגם לא יותר – הוא שיבתייה הרתעה אופטימלית.¹⁷¹

ניתוח הנויראציה לפסק דין עירין¹⁷² (שלפיה כל הנתבעים רשלניים, אך לא ניתן לדעת רשלנותו של מי גרمه לנזק) דומה לנition מקורה Summers. השאלה עד כמה שיקולי הרתעה תומכים בהטלת אחריות קיבוצית, חיינה אף כאן לפה מידת תדிரותן של האנוונטי-עכודה בענף הבנייה, שכחן לא ניתן להזות את המועל הספציפי. קיומו של נהוג לבטה ביטוח צד ג בענף עשוי אף הוא להיות שיקול بعد הטלת אחריות קיבוצית, מהטעמים שהובאו לעיל.

לסיפורו של תת-פרק זה ניתן לומר, ששיקולי הרתעה מצדיקים הטלת אחריות קיבוצית בקבוצת המקרים הראשונה. בהתקיים הנחת ריבוי המקרים והנחה קיומו של ביטוח מתחזק טיעון הרתעה. אולם התקיימותה של ההנחה השנייה אינה חיונית כאשר בני הקבוצה שהמעול אשר גרם לנזק נמה עליה, יוכולים להעריך כראוי בכוחות עצמו את סיכון אירועם של נזקים, בכלל, ושל נזקים שגורם אינו מזוהה, בפרט.

(ב) קבוצה ב: לא הוות אשם

גם במקרים הנכללים בקבוצה זו, כמו אלו הנמנים על קבוצת המקרים הראשונה, חשיבותם של שיקולי הרתעה בולטות כאשר איוועי הנזק, שבהם לא ניתן להזות את המעול אשר גרם להם ברשלנותו, מתרחשים מדי פעם בסוג פעילות מסוים ואינם אירועים חר-פערניים (חתקן מיין נסף מס' 3¹⁷³) (הנחה ריבוי המקרים). קיומו של ביטוח עשוי אף הוא להיות גורם בעל חשיבות לעניין זה (חתקן מיין נסף מס' 4¹⁷⁴) (הנחה קיומו של ביטוח); אך זאת בעיקר בהתאם למבנה הקבוצה שעלה נמה המעול אשר גרם לנזק אין יכולת טוביה להעירך כראוי מראש את התוחלת הכלכלית של נזקייהם הרשלאים, בכלל, ואת התוחלת הכלכלית של נזקים הרשלניים כאשר זהות הרשלן אינה ידועה, בפרט.

כפי שהובדור קודם, על-פי תיאוריית הרשלנות, הרתעה אופטימלית תושג כאשר כל אחד מבני הקבוצה שעלה נמה המעול אשר גרם לנזק, ישא בזזים שגורם

¹⁷¹ כאמור לעיל, הערא 134, שיעור הפרטיה למעשה היה גבוהה יותר מהתוחלת הכלכלית של הנזקים הרשלניים. מכל-כך, ניתן לומר כי ההפרש שהמחלוקת מוכן לשלם משקע את "שנתה הסיכון" שלו. כן ראה (לעיל, הערא 135).

¹⁷² לעיל, הערא 9.

¹⁷³ לעיל, תת-פרק ג' 4.

¹⁷⁴ שם.

ברשלנות. כאשר אין אפשרות לדעת אילו נזקים גורם ברשלנות (ואם בכלל גורם), יכולים בחלק מהנזקים בהתאם לוחלה הנזק של התנהגותו הרשלנית עשי להיות פתרון סביר המשרת טוב יותר מכל פתרון אחר את המטרה להרHIGHיע בעורח אופטימלי מזוקים רשלניים פוטנציאליים. השאלה העולה בקבוצת המקרים השנייה היא, כיצד ראוי לנוהג בשעה שלא ניתן להעריך את תוחלת הנזק של התנהגוותם הרשלנית של בני הקבוצה שעליה נמינה המועל המזוק. הן במסגרת קבוצה זו של מקרים התנהחה היא, שורך אחד מהגורמים לנזק היה רשלן והותכו אינה ידועה. שאר בני הקבוצה לא היו רשלנים, אך גם והותם אינה ידועה. בהיעדר יכולת לדעת מי היה רשלן ומילא, אין אפשרות לדעת את תוחלת הנזק של התנהגותו של כל אחד מבני הקבוצה (הקשרו קשור הדוק לשאלת אם התרשל) ואך אין דרך למי הביניים היהה בכל תוחלת נזק של התנהגוות רשלנית — תוחלת נזק המהווה את הבסיס להטלה אחרת במסגרת הקבוצה הראשונה.

האינטואיציה הראשונית היא לחיב הטלה של אחריות קיבוצית, באופן שככל גורם ישא בסופו של דבר בחלק שהוא מהנזק. האם עדיפה אפשרות זו (להלן: "האפשרות הראשונה") על-פני אי-הטלה של אחריות קיבוצית (להלן: "האפשרות השנייה")? נבחן שאלה זו על דוגמת הנהגים, שגרמו לתאונת שבת נסע או הולך-רגל, מבלי שnitן לדעת מי מבנייהם היה הרשלן שגרם לתאונת. בן נniaה, שאירועים כאלה קורים לעיתים (ואין זה אירוע היחיד ווניח) (הנתה ריבוי המקרים) וכי פעילות הנהיגה בדרך כלל מובטחת (הנתה קיומו של ביטוח). הנהגה נספתה היא, שבניגוד למצב המשפט השורר בישראל, שיעורי סיכון לבין תוחלת הנזק הכללית של כל נהג ונוהג אין ולא יכול¹⁷⁵. הנהגה الأخيرة שנייה היא, שהמשטר

המשפט החול על האירוע הוא משטר משפטי של רשלנות. אימוץ האפשרות הראשונה יביא להרחתה-חסר של הנהגים לא והדים. אברות-ביטהה המבטחת נהג לא-זהיר תגבה ממנו פרמה נמוכה יותר מאשר גובה ממנו לו הייתה דרך לזהות תמיד מי גורם ברשלנותו לתאונת. נהג זה ישלם אפוא פרמה נמוכה יותר מהתוחלת הכללית של נזקי הרשלנים, והוא יצא נשכר מביעי היזהו. לעומת זאת, הנהג הזהיר יורתה הרחתה-יתיר. חברות-הביטוח המבטחת אותו תגבה ממנו פרמה גבוהה יותר מאשר גובה מהנהגה גבוהה לו זיהוי האשם בתאונת היה אפשרי בכל מקרה. הנהג הזהיר ישלם פרמה גבוהה יותר מהתוחלת הכללית של נזקי הרשלנים, וכן למשה ישלם, באמצעות הפרמה, בעבור נזקים שלא גורם להם ברשלנות. הוא יימצא נפגע מבעיית היזהו.

אימוץ האפשרות השנייה יחויר את תופעת הרחתה-חסר של הנהגים לא-זהירים. הנהג הלא-זהיר "ירוחם" עוד יותר מבעיית היזהו מאשר היה מרוויח לפיה האפשרות הראשונה. פרמיית-הביטוח שתגבה מהנהג הלא-זהיר תפתח בשיעור נסף. עצם זאת, הנהג הזהיר לא יוכל לשלם באמצעות הפרמה בעבור נזקים שלא גורם להם

¹⁷⁵ ראה צו פיצויים לנפגעי תאונות רכבים (שיעור דמי ביטוח), חנ"א-1990, (לעיל, העלה 23).

ברשלנות. הפרמיה תשקוף טוב יותר את התוחלת הכלכלית של נזקי הרשלאים, והוא יורתע באופן אופטימלי פחות או יותר¹⁷⁶.

הכרעה בין שתי האפשרויות איננה חד-משמעית. נקל לראות שעלה-פי שתיהן לא תושג הרתעה אופטימלית. מצד, אפוא, תושג בכל-זאת הרתעה אופטימלית בקבוצה זו של מקרים? כפי שהוסבר קודם-לכן, יש לשאוף לכך שככל הניג חוויב לשאת בנזקים שנגרם ברשלנותו. תחולף אפשרות, כאשר לא בורר מי גורם ברשלנותו לנזק, הוא לחייב בחלוקת מהנזק לפי תוחלת הנזק של התהגתו הרשלאית. כך הומלץ לעשות בקבוצת המקרים הראשונה. כאשר התחליף עצמו אינו אפשרי, ראוי לנקוט דרך אחרת אשר תביא קרוב ככל האפשר לכך, שככל הניג ישא בנזקים שנגרם (או יגרום) ברשלנות. דרך זו היא, לחייב כל לשאת בחלוקת מהנזק שנגרם, לפי מידת הסיכון שיש בו לגורם נזק ברשלנות. הערכתו של סיכון זה אינה צריכה להיעשות רק על-פי נתונים הקשורים לאירוע התאונה. לו כך התבצעה ההערכה, נראה כי במקרים רבים הנכללים בקבוצה השנייה של המקרים הייתה חלוקת נטלה הנשאה בנזק מתבצעת שווה בשווה. אופן חלוקה כזו אינו יוצר הרתעה אופטימלית כמו-בבר. על-כן יש לבחון אף נתונים נוספים, המעידים על ההסתברות שככל אחד מהנגים היה רשלן ועל שיורר הנזק שהוא עלול להיות (הסתברותית) לגורם ברשלנותו זו. למעשה, נתונים אלה הם המשמשים הברורות-ביבטוה לקביעת התוחלת הכלכלית של נזקים רשלניים של כל אחד מהנגים. על-כן, יהיו טובים לעניין זה נתונים המתיחסים למידת הסיכון שברכוב¹⁷⁷. אולם יש לשים לב לכך, שלא כל הנתונים סטטיסטיים המתיחסים לגיל, ל佗ק בנהיגה, למצב בריאותי וכדו', וכן נתונים המתיחסים למידת הסיכון שברכוב¹⁷⁸. רלבנטיים הם אלה המשמשים להגדלת התוחלת הכלכלית של נזקי הרשלאים של הניג יהו רלבנטיים לשם קביעת ההסתברות שהיה לזהב בנהיגה, לתוקן זה הניגים רלבנטיים הם אלה המצביעים על ההסתברות מעורבותו של הניג בתאונת, אך עט זאת אינם מצביעים על ההסתברות שהתרשל בתאונת שמעורבותו בה אינה מוטלת בספק. כך, מידת האנטנטסיות שבה ניג כל הניג משפיעה על סיכוייו להיות מעורב בתאונת, ועל-כן – אף להיות מעורב בתאונת ברשלנות. אךแทน זה כשלעצמם איינו רלבנטיים כל ליבורו ההסתברות שבתאונת ספציפית שאירעה, היה הניג רשלן. אימורן דרך זו יגרום לחברות-הביטוח לגבות מכל הניג שסיכויו לשקר את התוחלת הכלכלית של נזקי הרשלאים. הניג שסיכויו לגבור נזק ברשלנות גודלים, ישם פרמיה נמוכה יחסית; ואילו הניג שסיכויו לגבור נזק ברשלנות אימוץ דרך זו יביא להרתעה אופטימלית.

הקבוצה שעליה נמזה המועל שגורם לנזק יש יכולת להעיר את התוחלת הכלכלית של נזקי הרשלאים. חיובם לשאת בנזקים שנגרמו לפי הסיכון שבו רשלנים יחייב

¹⁷⁶ אם כי למעשה הפרמיה מועל יותר מר, שכן גם הניגים והירותים עשויים לגורם ברשלנותם לתאונות שבון זהות הרשלן אינה ידועה.

¹⁷⁷ המערבות חקיקתי, אשר מודרך את בית-המשפט כיצד לשקלל את הנתונים הסטטיסטיים השונים, עשוייה להשוך בהזאות המנהליות הכרוכות בהפעלת המשטר המשפטי המוצע בטקסט.

אותם לשкол מלכתחילה הוציאו של הוצאות מונעה, תוך התחשבות בכך שישאו בתוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים, לא פחות ולא יותר.

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

כמו בקבוצות המקרים הקודומות, אף בקבוצת המקרים השלישיית יגדל משקלם של שיקולי ההרשות אם תתקיינה הנחת ריבוי המקרים והנחה קיומו של ביטוח (הנחה האחרונה נחוצה בהתאם למקרים שבהם לבני הקבוצה שעליה נמנים המועל אשר גורם לנזק אין יכולת טובה להעדריך כראוי מראש את התוחלת הכללית של נזקיהם הרשלניים או את התוחלת הכללית האמוריה המתיחסת לאירוע נזק שכחם המועל אשר גורם להם אינו מזוהה).

כמו בקבוצת המקרים השנייה, אף בקבוצת המקרים השלישיית אין אפשרות לדעת מהי תוחלת הנזק של החנהגותו הרשלנית של כל נתבע ונחבע. כמו שהוצע שם, אף כאן ראוי לנקרוט דרך אשר תכיא לכך שכל נתבע יוכל את צעריו מתוך הנחה שישא בנזקים שייעורם כתוחלת הכללית של נזקי הרשלניים. ואת ניתנן לעשות אם כל נתבע יחויב לשאת חלק מהנזק בהתאם לתוחלת הכללית האמוריה המתיחסת לפעלותירושלים. להבדיל מקבוצת המקרים השנייה, שבה נתונים המצביעים על סיכויי מעורבותו של כל נתבע ונחבע בתאונת לא היו רלבנטיים, שכן עצם המעורבות הייתה עובדה שעליה אין מחלוקת – בקבוצת המקרים השלישיית נתונים אלה הם בעלי רלבנטיות ברורה. בקרה: כל הנתונים שכחם נעשו שימוש כדי להציג את התוחלת הכללית של נזקי הרשלניים של אדם, ראוי שישמשו לשם קביעת אותו חלק מהנזק בו יחויב כל נתבע לשאת¹⁷⁸.

בצד ראוי היה לפ██וק לפי זה ברוגמות שחוואו לקבוצת המקרים השלישיית? בדוגמה הוריאציה לעניין צימ¹⁷⁹ (אובדן חבילות-כיזול) ראוי היה להטיל אחריות קיבוצית. הנחת ריבוי המקרים מתקיימת, וסביר להניח שכגם הנחת קיומו של ביטוח. חלוקת נטול הנשיאה בנזק לפי התוחלת הכללית של נזקים רשלניים (ולא שווה בשווה וזוקא) עשויה לשמש פתרון טוב. בדרך הערכתה של תוחלת זו ניתן, למשל, לבחון אירוע נזק קודמים שכחם היה יזועה זהות המועל. בדרך זו עשוי להתרבר מהי הסתברות שכל אחת מהשתים גרמה ברשלנותה לנזק במרקחה הנדרן. לעומת זאת, בדוגמה ארוגי¹⁸⁰ (המשאית שהתקפוץזה) ספק אם לשיקולי הרשותה יש משקל ממשי. מדובר באירוע חריג שבו נגרם נזק על-ידי בעליים רשלן של מוסך, ולא ידוע מיהו מבין השניים. אפילו מתקיימת הנחת קיומו של ביטוח, לא נראת שאלת קיומה של אחריות קיבוצית במקרה חריג מעין זה יעלה או יוריד לעניין השוגה מטרת הרשותה.

בצד ראוי היה לפתח את מקרה Ybarra¹⁸¹ (פגיעה בכחף במהלך ניתוח) לו שיקולי הרשותה היו המכרים בעניין? בנסיבות העכשוית בישראל, במקרים רבים

¹⁷⁸ בכלל זה אף נתונים המתיחסים לשיעור הנזק הצפוי מהחנהגותו הרשלנית של אדם, ולא רק לשיקוי לגרותם למשך רשלנותו. ראה לעיל, ליד הערה 176.

¹⁷⁹ לעיל, העונה 17.

¹⁸⁰ לעיל, העונה 16.

¹⁸¹ *supra* note 59.

שבחם לא ידוע מי בדיק מחברי הוצאות הרפואי גורם לנזק, יחויב בית-החולמים, כמו שאחראי שילוחית לכל עובדיו. בנסיבות אחרות, שבhem ניתנים טיפולים רפואיים ופואיים ואין מי שאחראי שילוחית לכלם, ניתן יהיה לטען שהטלה אחריות קיבוצית רצiosa משיקולי התחזה רק אם מתקיימת הנחת ריבוי המקרים, דהיינו: רק אם קורה לעתים שנגורם נזק לחולה ולא ברור מי ממתפליו גורם לו ברשלנותו. כייסי ביטוחי, כך נראה, קיים בדרך-כלל במקרים מעין אלה.

(ד) אופן הטלה אחריות הקיבוצית – למלאו הנזק או לחלקו?

כמו שהוצע בפרק הקודם (שיקולי צדק מתקן), אף כאן התשובה לשאלת אם עדייף הינו של כל נתבע כלפי התובע במלאו הנזק או בחלוקת בלבד, תלולה בשאלת אם לנובעים יש יכולת עירפה על-פני התובע לאחד את בני הקבוצה האחרים – קבוצה שהמעול אשר גורם לנזק נמינה עלייה – ולגבות מהם דמי-השתפות, או שמא דוקא לתובע יש עדיפות בעניין זה. התהשבות בעדריפות האמורה תגביר את הסיכוי שבסופו של דבר כל אחד ישא בנזקי התנהוגיותו הרשלנית או בתוחלת הכללית של נזקי הרשלניות. בהיעדר עדיפות יחסית ניתן לומר, שיקולי הרטעה אידישים לשאלת אופן הטלה של האחריות הקיבוצית.

(ה) הערת לעניין גרט נזק באשם שאינו התרשלות

הניתות בפרק זה מתאים בראש-ובראונה למשטר משפטי המבוסס על רשלנות. עם זאת, קל ליחס אותו אף על משטר משפטי שבו מוטלת לעתים אחריות גם על מי שאינו רשלן, דוגמת זה הנוהג בישראל.

"ישום הנition על משטר משפטי שאינו מבוסס רק על רשלנות אפשרי אם נניח, שבמשטר משפטי זה יש לדיני-הנזקין מטרה להביא לעילות כלכלית באמצעות הרתעה אופטימלית; ושו תושג אם כל מעול ישא בנזקי התנהוגיותו העולותית – לא פחות ולא יותר.

בנתן הנחיתה אלה נראה, שההרתעה תהיה אופטימלית אם באותם מקדים שבהם נזוק אדם עליידי מעול (ולאו דוקא מעול רשלן) והוות של האחרון אינה ידועה, אך ניתן להצביע על קבוצה אנשים שעלייה הוא נמינה – ישא כל אחד מבני-הקבוצה חלק מהנזק שנגרם לפי תוחלת התנהוגותו העולותית (ולאו דוקא הרשלנית), וכשהוא אינה ידועה (או שלא ניתן לדעת אם היא קיימת) – לפי התוחלת הכללית של נזקי העולותיים (ולאו דוקא הרשלניים¹⁸²).

(ו) סיכום

על-פי תיאוריית הרשלנות, שיקולי הרתעה תומכים בחיבורו של כל אחד בנזקי פעילותו הרשלנית. כאשר מתקיימות הנחת ריבוי המקרים (חתק מון גסף מס'

¹⁸² אך בקבוצת המקרים השנייה, בהטעלים מהמנוגים המתיחסים ליכוי מעורכותו בתאונה. ראה לעיל, ליר הערת 176.

³(¹⁸³) והנחה קיומו של ביטוח (חתק מין גוסף מס' 4¹⁸⁴) גדול בדרכּ-כלל הסיני שההרטעה תהיה אופטימלית וכי תושג ייעילות כלכלית.

בקבוצת המקרים הראשונה חיווכו של כל אחד מבני-הקבוצה, עליה נמלה המועל אשר גרם לנזק, בחלק מהנזק, בהתאם לתוחלת נזקי הרשכניים, הוא פתרון טוב. אין זה מעלה או מוריד אם מדובר בבני-קבוצה שככל אחד מהם גרם או גרים נזקים (הגם שלא בורר בדיק למי) (מקרי ה.-D.E.S.) או בבני-קבוצה שرك אחד מהם גרם נזק (פסקדין Summers), אם כי בסוג המקרים השני קיומו של ביטוח עשוי להיות עשוי להיות גורם משמעותית מאוד, המשפיע על פועלם של שיקולי ההרטעה.

בקבוצת המקרים השנייה הרטעה אופטימלית אםTotל אחריות באופןך אחד מחברי הקבוצה ישא בחלק מהנזק לפי מידת הסיכון שיש בו לגרום לנזק ברשלנות, אך תוך התעלמות מסיכון מעורבותו באירוע הנזק בלבד עצם. מידת הסיכון חייבן לפי כל הנתונים שיש בהם להציג עלייה, בין היתר נתונים סטטיסטיים. מאוחר שלא ניתן לדעת מהי תוחלת הנזק של התנהגותו הרשכלנית של כל אחד מבני-הקבוצה, עליה נמלה המועל הרשלן, הטלת אחריות לעילו, כאמור, היא פתרון טוב.

בקבוצת המקרים השלישיה הרטעה אופטימלית אםTotל אחריות באופןך אחד מבני-הקבוצה ישא בחלק מהנזק בהתאם לתוחלת הכללית של נזקי הרשכניים.

השאלת אם רצוי להטיל אחריות קיבוצית באופןך אחד מחברי הקבוצה יחויב כלפי התובע למלא הנזק או לחلكן בלבד, תלויה בשאלת מי בעל יכולת עדיפה לאתר את בני-הקבוצה ולגבות מהם פיצויים — הנתבעים או התובע.

ו. תMRIיצים לגילוי האמת

1. חתירה לגילוי האמת — על-שות מה?

הטלת אחריות קיבוצית, נובעת מיחס-דרירה: האופציה האחורה של שחרור הנתבעים מכל אחריות גרוועה ממנה. הטוב ביחסו הוא, כמובן, לו ניתן היה להזות את המועל שגרם בפועל לנזק של התובע ולהטיל את האחריות לעילו. הטעם האחד, והמעט אקסימטי לכך הוא, שידעת האמת טובה יותר בדרכּ-כלל מאידיעת. בטעם כללי זה לא עוסוק בראשימה זו, מה גם שקיים טעם קונקרטיים להעדרת מצב שזהותו של המועל שגרם לנזק ידועה על-פני מצב שבו היא נותרת עלומה. כפי שראינו, הטלת אחריות קיבוצית אינה נתמכת בכל המקרים בשיקולו צדק מתקן. כך גם אין היא מבטיחה כלל ועיקר דיזוק מוחלט בהקצת נזקי פעילותו של מעול מסוים לאותו מעול. על-כן, אף מבחן שיקולי ההרטעה, לעיתים קרובות אין היא אלא הטובה מבין שתי רעות. הטלת אחריות קיבוצית אינה מונעת תופעה אפשרית, שאלו הנתנים על קבוצת הנתבעים הפטונצייאליים, עליה עתיד להמנות המועל אשר זהותו אינה ידועה, לא יתומרצו כראוי למנוע (או לצמצם) את הנזקים

¹⁸³ לעיל, פרק ג.4.

¹⁸⁴ שם.

שזהות מי שגרם אינה ידועה. אולם, כל אחד מהם שימנע נזקים כלפיו יsha בסופו של דבר בשעור פיזיים קטן יותר מזה בו היה נושא אלמלא היה פועל למניעת הנזק¹⁸⁵, אך התוצאה שתצמיח מהשיקוטו במניעה עלולה להתחלק בין כל בני-הקבוצה¹⁸⁶. לכן אפלו אם במקורה מסוים כדי היה לכל בני-הקבוצה, הקבוצה להשיקע באמצעות למניעת הנזק, לא יהיה הדבר כדי בעבורם לעיתים קרובות כיחדים¹⁸⁷. אכן, אופן הולמת נטול הנשייה בזוק בין בני-הקבוצה צריך להיות עלי-פי תוחלת הנזק או המחללה הכללית של נזקים רשלניים¹⁸⁸, כפי שהוסבר בפרק הקודם, ושיעורן של אלה מושפע מהאמצעים שנקט כל אחד מבני-הקבוצה למניעת הנזק. ברם, קשה להגיע לדיווק בעניין זה וכאמור, שיטות-החולקה שהוצעו בפרק הקודם אינן אלא ניסיון להחמיר עוד עם מצב בלתי-רצוי, שבו זהותם של המועל הספציפי אינה ידועה.

מטעמים אלה טוב יהיה אם מספר המקרים שבהם זהותם של המועל הספציפי אינה ידועה יפחית עד למיניהם. כפי שנווכח להלן, אמור רעיון האחוריות הקיבוצית עשוי להשפיע על התmericים השוניים של אלו העשויים לסייע באיתור המועל שגורם לנזק. גם לאופן שבו חוטל האחוריות — כל נחבע למלאה הנזק או כל נתבע לחلك ממו בלבד — יכול שייהי השפעה על תmericים אלה.

התmericים לגילוי האמת הם משני סוגים: תmericים "לפני מעשה" (*ex ante*) והתmericים "לאחר מעשה" (*ex post*). התmericים מהסוג הראשון מתmericים את הנتابעים והניסיוקים הפוטנציאליים לנוקוט פעולות לפני אירוע הנזק, שתסייענה לזהות את המועל שגורם לנזק בפועל; ואילו התmericים מהסוג השני מתmericים את הנتابעים והניסיוקים לנוקוט פעולות לאחר אירוע הנזק, שתסייענה אף הן בחשיפת זהותם של המועל. בדרך-כלל התmericים השניים הם תmericים להבאת ראיות שהਪטורנה את בעיית הזיהוי.

2. תmericים לפני מעשה

לפני שאירע הנזק, בדרכּ כלל, הנتابעים הפוטנציאליים, הם ולא הנ סיוקים הפוטנטי-ציאליים, יכולים לנוקוט אמצעים שיאפשרו לזהות את הגורם הממשי לנזק, לאחר שיופיע. האמצעים השונים שנחנכו לנוקוט משתנים ממקרה למשהו שיש מקרים אשר בהם אוטם אמצעים אינם אפשריים כלל (אלא בעלות גובהות מאוד).

טול, למשל, מקרה (דומה למקרי ה-D.E.S.), שבו כמה יצורים מייצרים תרופה דומה. כל אחד מהם אמרור לחתכת בחשבון שיקוליו את האפשרות, שהתרופה עלולה לגרום לנזקים שביהם יחויב לשאת. היצור אמרור להבין שם כך יקרה, סביר מאוד שתיווצר בעיית זיהוי: יתכן שלא ניתן היה לדעת תרופתו של איזה יצור גרמה לנזקו של כל נזוק ונזוק. היצור יכול לנוקוט אמצעים למניעת בעיית הזיהוי. הוא יכול, למשל, לבצע רישום מדויק שתובטה אמינותו, ובו יפורט שמו של כל לקוחות

¹⁸⁵ או כמשמעותם בפעולות מוכחות — היה נשא בפרמייה נוכח יותר.

¹⁸⁶ במקרה של פעילות מובטחת כולם יקבלו הנאה בפרמייה.

¹⁸⁷ ראה להלן ליד הערתא 194.

¹⁸⁸ בקבוצת המקרים השנייה — בלידי הנתנים המצביעים על סיכוי המטרוכות בחתנתה. ראה לעיל, לייד הערתא 176.

שרכש את התרופת¹⁸⁹. אמנם, יתכן שלקוח אשר צריך את תרופה זו אף תרופה דומות של יצנים אחרים, אך לפחות מי שלא צריך את תרופה לא יוכל לטען שニוק ממנה. מובן שגם כל יצני התרופות ינקו דרך זו, תזומצם בעית הזיהוי באופן משמעותי, לכשיארעו נזקים.

דוגמא שנייה ניתן למצוא בוראייאה לפסקידין צים¹⁹⁰. נניה שmdi זמן נגרמים נזקים למטופנים הנשלחיםabis בים ולא ניתן לדעת מי גרם להם — חברות צים או רשות-הנמלים. גם כאן כדי השתיים למנוע כמעט לחולוין את בעית הזיהוי. בדיקה מודתקת ואמינה של מצב הטובי בעת שהם "עובדים ידים" הייתה פותחת את הבעיה.

דוגמא שלישית עניינה בתופעת בקבוק-ימשקה מתופצים (חופה אשר במעט שכחודה מארצנו). נניה כי mdi זמן קורה שמתפוץץ בקבוק-ימשקה, גורם לנזק ולא ניתן לדעת מי היצין שיוצרו¹⁹¹. גם בסוג זה של מקרים יכולים יצנים ליקוט דרכם שתקלנה על הזיהוי לכשייגר נזק. דורך אפשרית, קלה יחסית, היא צביעת הבקבוק באבער מסויים אשר יקל על זיהוי היצין שיוצרו.

מן הדוגמאות שהובאו עליה המסקנה, שבמקרים רבים יכולים הנتابעים הפטוני-ציאלים למנוע מראש את בעית/zיהוי של הגורם לנזק. עם זאת נראה, שלא תמיד יחפו לעשוות כן. כל אחד ואחד מהנתבעים הפטונצייאליים ידריך בעניין זה על-ידי שני שיקולים: עלות נקיית האמצעים למניעת בעית/zיהוי והתועלת שתצמץ מהלן מניקיטתם. השיקול הראשון כמעט מצריך הסבר. לעיתים אמצעי מניעתה של בעית/zיהוי הם כה יקרים עד שאין זה סביר לצפות שמשיהם ינקוט אותן. לעומת זאת, השיקול השני, מרכיב קטן יותר. לעיתים, הגם שעלוות מניעתה של בעית/zיהוי אינה גבוהה, ואפלו נזיהה, יהיו נתבעים פוטונצייאליים אשר יעדיפו שבעית/zיהוי תיוותר כמהות שהיא ואף תזהיף.

אם לא חוטל אחריות קיבוצית, מרבית הנתבעים הפטונצייאליים יהנו ממצב שבו לא ניתן לזיהות את הגורם לנזק¹⁹². אולם גם אם חוטל אחריות כזו, יהיו בהחלט שלא יהיו מעוניינים בפרטונה של בעית/zיהוי. מטעם הדברים יהיו אלה אותן נתבעים אשר מעריכים, כי בהיעדר אפשרות של זיהוי ישמרו פחות פיצויים משני

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

¹⁹⁰ לעיל, העונה 17, לעתה אה סינת הפייזן: פגם במזוז, רשלנות הקמעוני או סיבה אחרת כלשהן. דעה כי או שלא ניתן לזיהות אה סינת הפייזן: פגם במזוז, רשלנות הקמעוני או סיבה אחרת כלשהן. דעה כי אגולד, הכלל "הדבר מדבר בעדו" (תשכ"ה) 99–100 (להלן: אגולד, הדבר מדבר בעדו); הדבר מדבר בעדו; Prosser, *supra* note 54, at p. 253.

¹⁹¹ פיניציה בע"מ נ' עמר, פ"ד מה(2) 457.

¹⁹² להוציאו אולי אלה שאינם גורמים נזק כלל או שגורמים נזק קטן, וזאת עלולים להיגע מהשם הרע שזיא להם נורומי נזק. אם, למשל, חברות-בקבוקים מיצרת בקבוקים שאינם מתופצים כלל, תזריר שהצרכנים ידעו זאת.

אחריות קיבוצית בדיני-זיהוי

משלמים לו נדרשו לעשות כן לפי תוחלת הנזק הכללית האמיתית שלהם¹⁹³ (לצד) פישוט הדין נצא מתיק הנחה, כי כל מזיך אחראי כלפי הנזק לכל הנזקים שגרם אף אם אינו רשלן. כדי להתאים את הדין למשטר משפטים שבו רשלנות מהוות תנאי לאחירות בניזקון, יש להחיליפ את המלים "תוחלת נזק כללית" במילים "תוחלת כללית לנזקים רשלניים"). לו חלוקת נטול הנשיאה בגין בין הנتابעים השונים הייתה מתבצעה שלא לפי תוחלת הנזק הכללית או תוחלת הנזק, אלא, למשל, שווה בשווה — כל מי שתוחלת הנזק הכללית שלו היא מעיל המוצע, היה מעדרך שלא תיפטר בעיתת הזיהוי; ואילו מי שתוחלת הנזק הכללית שלו מתחatta למוצע, היה מעדרך לפוטרת. חלוקת נטול הפיצויים לפי תוחלת הנזק או תוחלת הנזק הכללית מצמצמת אפוא את מספר הנتابעים שלהם אינטראס להותיר בעיתת הזיהוי. עם זאת, חלוקת הנטול כמושיע מגידלה את מספר האדים לפוטר בעיתת הזיהוי. כל מי שמשלם פיצויי על-פי תוחלת הנזק הכללית שלו לא יהיה מעוניין להשקייע במניעת בעיה זו, שכן מצבו לא ישתרף עקב לכך¹⁹⁴.

מן הדין עד כה עולה המסקנה, כי במשטר משפטי שבו מוטלת אחריות קיבוצית רק מתי-מעט יתומרכzo למנווע את בעיתת הזיהוי. אמנם, מספרם של אלה יקטן עד יותר במשטר משפטי השולל הטלת אחריות קיבוצית, אך הפער לא תמיד יהיה כה רב.

מסקנה זו אינה נכונה תמיד. בסיס הדין עד כה הייתה גלומה ההנחה, שאין כל אפשרות סבירה למשהו מהנתבעים למנווע או להקטין את הנזק. כאשר ההנחה זו אינה מתקיימת, משתנה התמונה לחלטיין, נניח, למשל, בדוגמה יצרני התרופות (הדוגמא הראשונה לעיל), שאחד היצרנים יכול להשקייע השקעה מסוימת ולmenoוע (או לצמצם) את הנזק מתרופתו. אם ההשקעה נמוכה מתוחלת הנזק הכללית המתייחסת לתרופתו, טוב היה, משיקולי הרטהה, אילו השקיע במניעת. בהנחה שבמקרים רבים זיהוי גורם הנזק אין אפשרות, יתכן מודול שילצ'ן היה תמיין שלא להשקייע במניעת. הטעם לכך הוא החשש שפירות השקעתו "יחולקו" בין כל יצרני התרופות. אמנם, אם יצליח להוכיח כי מנווע או צמצם את הנזק, השקעתו תהיה כדאית. אך אם יכשל בכך, השתפותו בתשלומי הפיצויים לנזקים, במקומות שבהם לא ניתן לזהות את הגורם לנזק, תשתנה אף במעט. תופעה זו עשויה להימנע אם יצרן התרופות יוכל לפחות מלכחילה, בעלות נמוכה יחסית, את בעיתת הזיהוי. במקרה זה מובטח לאותו יצרן שהוא לבד יינה מפרות השקעתו במניעת נזקי תרופתו, והוא יתומרכז לעשות כן.

193 במקורה של פעילות מכוורת, אלה שמשלמים פרמה נמוכה יותר מתוחלת הנזק הכללית שלהם.

194 דוגמא מספרית תמחיש את הדברים: לנtabע 1: תוחלת נזק כללית 10 ; לנtabע 2: תוחלת נזק כללית 20 ; לנtabע 3: תוחלת נזק כללית 30. נניח כי בכל מקרי הנזק שגורם מישחו משלשות הנتابעים זיהוי גורם הנזק אין אפשרות; וכן נניח כי התוחלת הכללית מתייחסת לתקופה של שנתי-פעילות. אם ווטל אחריות קיבוצית בגין כל נזקים הנגרמים על-ידי שלושת הנتابעים והnezק יחולק בינהם שווה בשווה, כל נתבע ישא בנזק של 20 בשנה. נתבע 1 יוציא שיתפתח בעיתת הזיהוי (שהוא בנזק של 10 בשנה), נתבע 3 ידרף שלא תיפטר (שאם תיפטר, ישא בנזק של 30 בשנה) ונtabע 2 יהיה אredis לענין (כך או אחרת ישא בנזק של 20 בשנה). לעומת זאת, אם יחולק נטול הנשיאה בגין בין הנتابעים השונים לפי התוחלת הכללית של נזקיהם, יהיו כל השלשה הראשונים לבעיתת הזיהוי; שכן כל אחד מהם, כך או אחרת, ישא

בNaz ששיעורו כתוחלת הנזק הכללית שלו.

דוגמא מספרית חסיע בהמחשת הרכבים. נניח כי הוצאות מנעה של יצרן A הן על-ידי מוצריו ששיעורם 20. מספר היצרנים הוא המש. ככל אחד מאירוני הנזק אין אפשרות לזרע מוצבו של מי מבין היצרנים גרם לו. לפני הוצאהן של הוצאות המונעה על-ידי יצרן A לכל היצרנים תוחלת נזק כלית (המתיחסת לטרופה הנדרונה) זהה, ששיעורה 20. הוצאהן של הוצאות המונעה לא תשכנע בהכרח את בית-המשפט כי תוחלת הנזק הכללית של יצרן A ירדה. כיצד אפוא יפעל יצרן A? הגם שטוב היה לו יצרן A היה מוציא 10 ומונע נזק של 20, הוא לא יעשה כן; שכן מניעת הנזק תניב לו תועלת בשווי של 4 (הנזק שמנע הרा 20, מחולק בין חמישת היצרנים, שתוחלת הנזק הכללית שליהם מיחסב עניין בבית-המשפט לההה). אולם נניח עתה הנחה נוספת: יצרן A יכול למנוע את בעיית הזיהוי בעלות נמוכה 1. בכספי להנחה זו התוצאה תהיה שיצרן A ישקיע 11 (עלות מניעת השלב בעיית הזיהוי + הוצאות מניעתו של הנזק) ויחסוך עצמו, וכਮובן מהניזוקים נזק על-ידי מוצר שיצרנו אינו מזוהה — לא יהוביל הוא לשאת חלק כלשהו של הנזק¹⁹⁵. בדרך זו תושג הרעתה אופטימלית (וויילוט לככלית).

המסקנות העולות אפוא מהධין הן אלה: דאסית, אי-הטלחה של אחריות קיבוצית תחمرةן כמעט תמיד את הנتابעים הפטונצייאליים שלא לפטור מלכתהילה את בעיית הזיהוי של המועל אשר גרם לנזק¹⁹⁶. שנית, במקרים רבים הטלהה של אחריות קיבוצית תחمرةן את מי שמעירך כי הוא עתיד לשאת בנזקים, המשקפים תוחלת נזק כלית גבוהה יותר מתחלת הנזק הכללית שלו, לנסות ולפטר את בעיית הזיהוי¹⁹⁷. שלישיית, במקרים מסוימים הטלהה של אחריות קיבוצית עשויה לתרוץ נتابעים פוטונצייאליים לפטור את בעיית הזיהוי כשלב הכרחי לקראת מניעת הנזק עצמו.

הטלת אחריות קיבוצית וחלוקת נטול הנזק בין הנتابעים השונים בהתאם לתוחלתה הנזק או תוחלת הנזק הכללית של כל נתבע ונتابע תספק את התමיריצים הרצויים. השאלה, אם ראוי להטיל על כל נתבע אחריות כלפי התובע למלא הנזק או לחלקו, תליה גם כאן בשאלת, מיהו זה אשר יכול לאחר בקהלות רבה יותר את בני הקבוצה שעליה נינה המועל אשר גרם לנזק ולגבות מהם פיצויים.

¹⁹⁵ לפני הוצאהן של הוצאות המונעה הייתה תוחלתה הנזק המתייחס למוצרייהם של חמישת היצרנים הנזק הכללית ל-80. אלמלא נפטרה בעיית הזיהוי, כל יצרן היה נושא במקרה כזה בזק של 16 (שניהם ההנחה היא שיצרן A אינו יכול להוציא בבית-המשפט שבע נזקים). פרטן בעיתות היידי, שלחו ו, אפשר להו אימתן הנזק נגרם על-ידי מוצרו של יצרן A ואימתן על-ידי מוצרייהם של ארבעת היצרנים האחרים. לפיכך, לאחר פטורן בעיתות היידה, לא ישתנה עוד יצרן A בתשלום הנזקים שלא ידועו איזה מוצר גרם (ולמעשה לא יישא עוד בגיןם כלשהם, שכן לפי נתוני הדוגמא שבתקסטט, לאחר הוצאהן של הוצאות המונעה מוצריו אינם גורמים נזקים כלל). תוחלת הנזק הכללית תהיה 80, אך רק ארבעת היצרנים האחרים יshawו בנזקים שייגרמו.

¹⁹⁶ אך ראה לעיל, הערת 192.

¹⁹⁷ כדי שלנתבע פוטונצייאלי יהיה חזרין למרין לפטור את בעיתות היידה, צריך שעלות הפטורן תהייה נמוכה מההפרש בין סכומי הפיצויים שהוא מעריך שישלם אם תיפטר בזקם כלשהם לבין אפיקויים שהוא מעריך שישלם אם תיפטר (תוחלת הנזק הכללית שלו).

שאלה מעניינת היא, אם רצוי לספק לנתקעים הפטנציאליים תמריצים נוספים לפטור את בעית הזיהוי מלכתחילה. במקרים רבים אין הדבר ניתן לביצוע. עם זאת, פעמים הדבר אפשרי. כוונתי לאותם מקרים, שכחם ניתן להציג על עדיפותו של נתבע אחד על-פני נתבע אחר בפרטן בעית הזיהוי מלכתחילה, ופרטון זה קל-יחסית (עלתו נמוכה). במקרה זה, הטלת מלאה האחריות עליו, ועליו בלבד, או לפחות חיבורו כלפי הנזק במלוא הנזק,vrן שנטל האחרות והגביה מבנייה הקבוצה לאחרים יהיה עליו – עשויים לחמץ אותו מלכתחילה למצוא דרכם שתסייענה בזיהויו של המועל שגורם לנזק בפועל.

3. תמריצים לאחר מעשה

מייהו זה יכול לסייע בפרטן בעית הזיהוי לאחר מעשה: הנתבעים או התובע הגזוק? במקרים דוגמת Sindell¹⁹⁸ (מקרי ה- D.E.S.) (החזיזם), הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה (לא הוכח קשר סיבתי), התשובה לשאלת אינה כה פשוטה. מצד אחד, החברות היצרניות מחזיקות במידע העשי אוリー לשפוך או על זהות המועל שגורם לנזק. מצד אחר, יתכן מאוד שמיידע כזה אינו קיים כלל, ודוחוקה לחובעים יש גינויות טוביה יותר למיידע אשר יקל על בעית הזיהוי: יתכן שבמקרים רבים יכולה בתה של האשה שצרכה את תרופת ה- D.E.S., למורת הזמן הרב שהלך, לשחרר את שאירע ולסייע באיתור זה אשר ממנו וכשה אמה את התרופה, כשם שהדבר עשוי להיות אפשרי במקרי החזיזם²⁰⁰.

בדוגמאות אחרות שהובאו, עדיפותם של הנתבעים על-פני התובעים בהבאת ראיות הייתה ברורה למדי. בעניין עמיר (התקרה שהחטוטה)²⁰¹ למשל, ברור היה לאחטיבן שלנתבעים כל היה יותר מאשר לתובעים להביא ראיות בפרטן בעית הזיהוי. בעניין Ybarra²⁰² (פגיעה בכחף), עדיפותם של הנתבעים על-פני החובע, שהוא שורי בתודעה בעת שאירע הנזק, היה מוחלט. הראיות, אם אכן נמצא אצלם, היו قولן בידיהם, ובלי ספק עובדה זו מסכירה טוב יותר מכל דבר אחר את שנפסק באותו עניין. המצב היה דומה אף בוריאציה לעניין צימס²⁰³ (אובדן חיילות-הברזל): לחברת ציט'וס ורשות-הגמלים, ובדרך-כלל להן בלבד, סביר שתהיה גינויות לראיות העשוויות לפטור את בעית הזיהוי.

שחוורד הנתבעים מכל אחריות במקרים העשוויות להתאים להטלת אחריות קיבוצית יספק להם תמרץ שלילי בורר להביא ראיות. "קשר של שתיקה" עשוי לשמש עבורם הפיתרון הטוב ביותר. יתכן מאוד שהאישה אשר אירעה בעניין Ybarra לאחבי צוות רפואי יכול להיות אינטרס לחפות איש על רעהו, ושתייה עלולה לשרת אינטרס זה²⁰⁴. במקרי ה- D.E.S. והחזיזם "קשר השתקה", עלול היה להיווצר לאו

¹⁹⁸supra note 36

¹⁹⁹supra note 51

²⁰⁰ בעניין 929–930, Sindell, supra note 36, at p. 929.

²⁰¹ Spitz, supra note 62, at p. 629–630.

²⁰² לעיל, הערכה 9.

²⁰³ supra note 59

²⁰⁴ לעיל, הערכה 17.

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

דווקא מ"அஹוֹת רַעִים", אלא משיקולי "שמור לי וASHMORE לך": לא תביא היום ראיות שתזהנה אותך כגורם לנזק ולא אביא מחר וראיות שתזהנה אותך. שיקול דומה יכול להנחות אף את חברת צים ורשות-הנמלים, בהנחה שאינה יכולה להזות את הנזק משחררת מאחריות את שתיהן.

לעתים איה-הbatchן של ראיות עליידי נתבעים תינכע מהחשש שאלן עלולות לשמש חרב-פיפויות עכורות: לעיתים קשה לנתחע לשער מראש איזה שימוש יעשה בראיותינו עליידי בית-המשפט; מה גם שhabatn של ראיות עשו למזרץ נתבעים אחרים להביא ראיות לסחורה, כך שנזקן עלול להיות רב מתועלתן. איה-הbatchן של ראיות עשוי, אפוא, להיות פיתרון מועדף עבור נתבעים שאינם מעוניינים ליטול סיכוןם. הנתבעים בעניין עmir, עלולים היו לשקל שיקולים מעין אלו.

הטלחה של אחריות קיבוצית עשויה לפטור את הבעיה. כאשר כל נתבע יודע שהאחריות תוטל עליו, יעשה כל שלאל-ייזו כדי להסירה ממנו. החמרין להביא ראיות הופך להיות ברור וחיד-משמעות. אכן, ככל הדוגמאות שהובאו לעיל הטלה אחריות קיבוצית תחמיר את הנתבעים (להוציא, אולי, הנתבע שהינו המועל, והידוע זאת) להביא ראיות שישו בפרטונה של בעית הזיהוי. במקרים רבים הובאת הראיות לא רק שתפתוּר את בעית הזיהוי בקשר הקונקרטי הנדון בבית-המשפט, אלא תתרום לפחותו של פתרון כללי של בעית זיהוי בסוג זהה או אחר של מקרים.

לכואורה, הטלה אחריות קיבוצית תפגע בתמരיציהם של תובעים להביא ראיות. מודיע להביא ראיות, אם יוכיח בפיציו מלא אף בטעיריה? לעומת זאת, איה-הטלה של אחריות קיבוצית, היא שתתמרץ אותם בצורה הטובה ביותר להביא את כל הראיות המצוויות בידיהם.²⁰⁵

נראה שטייען זה, אינו משכנע שיש לדוחות את רעיון האחריות קיבוצית, וכמה טעמים לכך. ואשית, כפי שראינו, מרכבת המקרים הראיות מצויות בידי נתבעים ולא בידי התובעים. למעשה, אף לא אחת מן הדוגמאות שהובאו מתאפיינת בעדיפות ברורה בהבאת ראיות לתובעים.

שנית, החמרין הופועל על נתבעים שלא להביא ראיות כשלא מוטלת אחריות קיבוצית חזק לאין-עורך מן החמרין הופועל על החובעים שלא להביא ראיות כמשמעות אחריות כזו. למעשה ניתן לחלק על כך שלתוּבאים אין תחמיר להבאת ראיות במשפט משפטים ממש את עקרון האחריות הקיבוצית: לעתים, לחובע יש עניין אישי, להביא לדין ודזוקא את זה שנרגם בשם נזקיו; ולתובע שאינו מצליח להוכיח מי המועל שגורם לנזקיו, יש לעיתים חשש ממש שלא יזכה בפיציו מלא. חשש זה נוצר במצב משפטי שבו אופן הטלת האחריות הקיבוצית הוא, שככל נתבע אחראי כלפי התובע ורק חלקו מנזקיו (למשל: לפני חלון בשוק), ולא לכלום. התובע

205. מחבר אחרין זה מבקר את שגפנסק Ipsa Loquitur" 46 *Minn. L. Rev.* (1962) 1043, 1051 *et seq.*

בעניין Ybarra.

נימוק מען זה שימש את בית-המשפט העlian של מדינת אילינוי, Smith, *supra* note 42, at p. 339, 205 לשם דחיה דקטרינית Market Share Liability. בית-המשפט אחרם בארצות-הברית התנו לעתים את החלט הדוקטרינה בכך, שהותובע ישכנע את בית-המשפט כי באמת ובתמים אין בידו כל אפשרות להזות את המועל שגע בו. במקרים אחדות: עלי-פה דרך זו, הדוקטרינה האמורה היא מפלט אחרון לתובע שאין בכחו להזות את המועל שגע בו. Abel, *supra* note 43, at p. 173.

הmbסס את עילית תביעהו על אחריות קיבוצית עלול למצוא את עצמו במצב שבו איןנו יכול לאחר את כל בנייה הקבוצה אשר עליה נמנה המועל שגרם לנזקיו. כן עלול הוא לגלות שהגביה אינה אפשרית מכולם או לפחות יקרה מאד. אם יוכל להוכיח מי גרם לנזקיו, ובמהנה שמדובר באחד שמננו ניתן לגבות פיצויים על נקלה יעדיף התובע במקרים ובים להוכיח את זהותו ולהוכיח לעצמו את הטורה הקרה — הבלתי-אפשרות לעיתים — לאחרת את כל בנייה הקבוצה שעליה נמנה אותו מעויל ולגבות מהם פיצויים²⁰⁶. לעומת זאת, אם שיטת האחריות הקיבוצית היא כזו שככל נתבע אחראי כלפי התובע למלאו נזקיו, עלול להוות לתובע תמרץ שלא להוכיח מי גרם לנזקיו ולזכות בפסק-דין על כל הנזקים נגד כל הנתבעים או חלוקם (כל שיחפה). במקרים ובים, אפשרות זו עשויה להיות מודעת על-ידי עלי-פני זכיה בפסק-דין נגד נתבע יחיד — זכיה שתפקיד בחילקו אם יוכיח את זהותו של המועל²⁰⁷. ככל מקרה לא תהיה עניין התובע כל עדיפות ממשית להוכיח זהותו של המועל על-פני אידה-הוכחה (להוציא העניין האישי שהוחכר לעיל), וכלל יותר הוא יהיה אדריש לכך (למשל: כאשר קל לאחרת את המועל הספציפי ולגבות ממנו).

לסיכום: היוון של הראות המאפשרות זיהוי בדרכן-כלל בידי הנתבעים, והאינטראקציה במילוי של הנתבעים במשפט משפטיה השולל אחריות קיבוצית שלא להביא ראיות כאלה, מוכיחים את הטיעון שהטלת אחריות קיבוצית תתרום לגילוי האמת יותר מאשר אידה-הוכחה.

אופן חלוקת נטל הנזק בין הנתבעים השונים אינו משנהותי ביחסו, ככל שהדבר נוגע למטען תמריצים להביא ראיות: אלו יתקיימו ככל עוד עלות הבאת הראיות עבור כל נתבע ונתחבב נוכחה מהסבירן שיחזיב לשאת בפיצויים. עם זאת, כפי שראינו, הטלה אחריות על כל נתבע ונתחבב לחלק מהנזק, להבדיל מהטלת אחריות עליון לכולו, עשויה להמרץ טוב יותר את התובע להביא ראיות שישיעו בגילוי האמת. בדרכן-כלל, הנתבעים, כך או אחרת, יתומרצו להביא ראיות אשר יוכחו כי לא הם גרמו לנזק.

2. שיקולים נוספים

1. פיזור נזק

יש סוברים שאחת המטרות של דיינר-הניין היא "לפזר" את הנזק לאחר שארע על בני-אדם רבים ככל האפשר²⁰⁸. ריבוי מספרם של נושאי הנזק יפחית מהנטל הכלכלי שהוא גורם. עדיף שאלף בני-אדם ישאו כל אחד בנזק של 1, מאשר שאדם

²⁰⁶ אך אם מדובר באחד שמננו הגביה קשה במידות, יעדיף לתבוע את כולם. لكن התמרץ המתואר בטקסט אינו קיים תמיד.

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

²⁰⁸ בדרכן-כלל מתפשט פיזור הנזק כמטרה משנית של דיינר-הניין, ולא כמטרה ייחודית או עיקרית. אכן, לו מטרות היחידה (או העיקרית) של דיינר-הניין הייתה לפזר את הנזק על בני-אדם רבים ככל האפשר, משטר משפטי המבוסס על ביטוח סוציאלי המכסה כל אזרח נזק היה המשפט המשפטו הטוב ביותר. זאת מכיוון שבדרך זו היה הנזק מפוזר על כל אזרח המדינה ותושביה המשתתפים במימון של ביטוח זה. אולם מאחר שלדיינר-הניין יש מטרות נוספות, קיימים טעםם טוביים מודע אין לפזר את הנזק

אחד ישא ב侄וק של 1,000²⁰⁹. דיני-הנזקן – כך סוברים אלה המציגים את מטרת פיזור הנזק – צריכים להטיל אחריות באופן שה侄וק יפזר טוב ככל האפשר. אחת הדרכים לעשות זאת היא להטיל אחריות על מפוזר נזק טוב: זה יכול לבטה מפני הנזק ולפזרו בדרך זו על מספר רב של בני-אדם באמצעות מנגנון-הביבטו; או זה אשר יוכל לפזרו בעצמו, כגון יצרן היכול לפחות את הנזק על ציבור לקותתו על-ידי העלתה מהירותו של המוצר שהוא מייצר. יכולות פיזור הנזק של אדם נמדדת בין היתר על-פי כושרו להעיר את שיעור הנזק הצפוי וסבירי התהשרותו, כמו גם על-פי מידת הרצינוליות המאפיינת את התנהגותו²¹⁰.

כל שמדובר בرعון האחוריות הקיבוצית, נואה ששיקולי פיזור הנזק עשויים לתמוך באימוץם במקרים רבים²¹¹. ראשית, כאשר מדובר במקרה התובע מספר רב של נתבעים, השיקולים של פיזור הנזק יתמקו בחלוקת נטל הנשיאה בנזק על-ידי רבים, ולא בהטלתו על אדם יחיד. מסקנה זו עשויה להשנות רק אם הנזוק הוא מבטח טוב יותר או בעל יכולת פיזור עצמית טובה יותר מאשר משל הנתבעים. שנית, במקרה ניכר מהקרים הטיפוסיים להתחאים להטלת אחוריות קיבוצית, כל אחד מהנתבעים בפני עצמו מפוזר נזק טוב יותר מהנזקן. כך הדבר במקרים שבהם הנתבעים הם יצרנים (מקרי ה- D.E.S. והחיזים – קבוצת המקרים הראשונה). אלאה יכולה פיזור עצמת, ועל-כן הטלת אחוריות עליהם יכולה להיות מוצדקת גם מטעם זה²¹². כך גם במקרים שבהם נפגע נושא או הולך-דגל על-ידי כמה כלירכב,

על כל הביבו. כן, למשל, מי שסבור שלדיני-הנזקן יש גם מטרה הותעתית כזו או אחרת, יטען שישית הבתו הסוציאלי אינה טובה; שכן כאשר אדם נשא בתשלום מס קבוע, אין הוא מותמן בירך Calabresi, *The Costs of Accidents*, supra note 130, at p. 40 et seq. F. James, "Social Responsibility — The Problem of Alternative Remedies" 27 N.Y.U. L.Rev.

(1952) 537

G. Calabresi "Some Thoughts of Risk Distribution" 70 Yale L.J. (1961) 499, 517-519; ראה 209

.Calabresi, *The Costs of Accidents*, supra note 130, at p. 40 et seq.

ראה Calabresi, *The Costs of Accidents*, ibid, at p. 50 et seq. 210 פיזור הנזק ונדרת על-פהם (אם כי לא בסיטואציה נזקית), ראה, R.A. Posner & A.M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law — An Economic Analysis" 6 J. Leg. Sud. (1977) 83 ייחד מספר ובר של אירופי נזק זדמים מסוים והאייע, מאשר הטלה על מי שיכל לבטה הנזק היחיד (או מספר קטן של אירופי נזק). הטעם לכך הוא, שבדרכ' כל ול יותר לוכש פוליטה ביטוח אחת המביטה אירופי נזק רבים, מאשר לרוכש פוליטה-ביטוח בבות, המבוחות כל אחת בפדי אירופי נזק יחיד (או מספר קטן של אירופי נזק). במקרים יידר מספר רב של אירופי נזק הוא "מבטה זול יותר" מה שאנו יכול לבטה, כאמור, ומתעם והמצקת הטלת האחוריות עליו.

ראאה "אנגלייך", "הדבר מדבר בעדו", (לעיל, הערכה 191), 105-104.

211 נזק על כן, ביכולתם לבטה אירופי נזק רבים באופן מרוכז. (לעיל, הערכה 210). ראה ד"ר מורה, "אחריות למוצרים פגומים – שיקולי מדיניות" עיוני משפט ו (תש"ח) 78, 80 ואילך. כן ראה לעניין זה ולהסתתיוגיות מסוימת מכך גלדר, "אחריות למוצרים", (לעיל, הערכה 37), 192-188 Zitzer & ; Ginsberg, supra note 151, at p. 643-645. איי ונכם אכן לביעיות שיש, בטוחה האריך, בהרבה אחריותם של יצרנים – בעיינות גונתנו את אותן מושג שרים בראצ'ות-הברית. ראה לעניין זה מפני נזקים ממוצרים פגומים, קשה לומר שהצרך הוא המפוזר הטוב יותר. Priest, supra note 135

ולא ברורymi מ בין הנגאים האשם (קבוצת המקרים השני). יותר סביר להניח, שהנегאים יבטחו ולא הנוטע או הולך-הרגל²¹³. יכולה פיזור עדיפה על-פני הנזוק, בדרך של ביטוח או בדרך של פיזור עצמי, היתה לקבלני-המשנה השוננים בעניין עמי²¹⁴, לבני-המוסכים בעניין אודג'י²¹⁵, לחברת צים ולדשות-הנמלים בעניין צים²¹⁶ ולחברי הצוות הרפואי בעניין Ybarra²¹⁷. בכל המקרים הללו הנתבעים היו מסוגלים להעניק טוב יותר מהניסיוקים את שער הנזק העולל להיגרים ואת סיכויי ההזהשות, כשם שלעתים יכולם לפזר את הנזק בעצמם על-ידי גלגולו לציבור הלקותות הנזק לשירותיהם.

2. העדפת נזוק חף על-פני מזיק "אפשרי" אש

דייניזקץ' מודרניים לעיתים על-ידי שיקולים הנוגעים להעדפת קבוצה אחת של בני-אדם על-פני רועתה – העדפה שאינה נחמתה בהכרה בשיקולי צדק מתקן או בשיקולי עילוות כלללית. כל משפט, שלפיו מעמידים אחרים לנזק עובדים (אם כי גם משיקולים אחרים); וכל אחר, שלפיו נזק שנגרם ללא אשם של איש נותר על כחפי הנזק יכול (אך לא חייב) לנבוע מנגמה להעדרך את ציבור המזיקים הלא-ישראלים על-פני ציבור הנזוקים²¹⁸.

שיקול אפשרי הנוגע להעדפה כזו, שיש לו מHALכים אף בפסקה בישראל, הוא, שבין מזק אשם לנזוק חף עדיף השני על-פני הראשון. העדפה זו היבאה, למשל, לכך שכאשר לא היה ברור לבית-המשפט איזה חלק מנזק של הנזק נגרם על-ידי המזיק והרשלן ואיזה חלק לא נגרם על-ידיו, הועבר למזיק הנintel להראות לאייה חלק מהנזק גרם, שאם לא יעמוד בו יחויב לשאת במלואו²¹⁹. אם אכן קיימת בדייניזקץ' העדפה כזו, היא עולה בקנה אחד עם הטלחה של אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בגדר הקבוצה הראשונה (לא הוכח קשר סיבתי). אמן, פסק-הדין שנפסקן בארץ אשר מהם עולה העדפה האמורה, עסוק במזיק אשם שנגרם לנזק כלשהו; ואילו, בקבוצת המקרים הראשונה לא תמיד גרמו הנتابעים לנזק (כמו, למשל בעניין Summers²²⁰ (צ'ידי השלוויים) והווריאציה של פסק-הדין

²¹³ הינה היא פעילות מאורגנת, וככזו פשטן חול יותר למשתפים בה לבטח מפני טיכוניה, מאשר למשתפים בפעולות ההליכה, למשל. ניתן כמובן לחושם גם על הזרחות מסוירות לכך שהנегאים ישאו בפרמייה-הביטות מפני הטיכונים שהם יוציאים, ולא הוליכ'-הרגל הכספיים לטיכונים אלה.

²¹⁴ ליל. הערת .9

²¹⁵ לעיל, הערת .16

²¹⁶ לעיל, הערת .17

²¹⁷ supra note 59

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

²¹⁹ מל', (עליל, הערת 18), 114-116; נבר, (עליל, הערת 3), עמ' 293.
²²⁰ supra note 32

²²² עמידר²²³ (התקרה שהתמודטה); אך למורות זאת נראה, שהחלפת עקרון ההעדרה העוללה מהפסיקה על כל המקרים שבגדיר הקבוצה הראשונה לא תהיה משומת.
²²³ מתייחס ימ"ר "שלונן".

ח. הניתן לקלוט את עקרון האחריות
הקבוצית בלבד הטעבות חיקתנית?

1. כללים משפטיים מעולים, ריבוי גורמים, משתפים ומשדרלים

(א) פירוט הכללים

סעיפים 11 ו- 64 לפיקודת הנזקין הם הבסיס הסתוטוטורי לדיני ריבוי המעוולות ורוביון הגורמים במשפט הנזקין. סעיף 11 קובע, כי "היה כל אחד משני בני אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והעונש הוא עוללה, יהיו חבים ייחד על אותו מעשה כמעוילים יחד ונינתנים להיתבע עליה יחד ולוחוד"; וסעיף 64 מוסיף, כי "... וואים אדם כמו שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק". סעיפים אחרים בפקודה מסדרים את דיני ההשתתפות בין מעוילים.

הכלל הראשון, העולה בכתבורו מלשונו של סעיף 11 הוא, כי שניים (או יותר) המבצעים ייחדו מעשה עולה, אחרים ייחד ולחוד לנזקי של הנזוק (להלן: הכלל השני).

בהתאם למכשופו של השליטין אף בראש ר' באישר גורמו ובigit ותדרית על-ידי ייוי משולב ליה ופחות — למקרים של נזקי גנו.²²⁵

לעיגל הצעקה 221

²²² Sindell, *supra* note 36, at p. 221; כענין קליינר, ב' עניין של העילן ש' קיוקול זה שימש את בית-המשפט העילן ב' עניין קליפורניה, ב' עניין סינדל, *supra* note 36, at p. 222.

²²³ Celli, *supra* note 158, at p. 936; וכפי הנואר, אף בעניין Summers, *supra* note 32 ראה, 936. וראה, 643. בשני פסקיה זו דבר על מזוק (או מזיק אפשרי) ושלן (שאיו בהברחה זהה ל'אשם" – ראה H.L.A. Hart & T.; 19, (3) 19, ליר' העדרה (2-1). ראה, ליר' עניין זה אך לענין "סבתוות"; לפלי, העדרה (3) Honors, *Causation in the Law* (Oxford, 2nd ed., 1985), 228-229.

²²³ לבד שעניין בסמל הערוף הציבו הקטן על החיבור המסתורית הנזולה, Sindell, *supra* note 36.

¹Philosophical and Historical Examination" 31 *De Paul L. Rev.* (1982) 769, 809, 815-816

224 ע"א 22/75 אדרי נ' עוזייאן, פ"ד ל(1) 109-107; מלך, (לעיל, העלה 18); א' ברק, דיני הנזקיין

— מורה הנזקין הפליט (עמ' 3, העונה 480).

או עליידי מעול וגורם נוסף לא-עוותתי (כגון מחלת) וכיום קושי ראייתי להציג על חלקו של כל מעול ומעול (או של המועל והגורם הלא-עוותתי) בנזק, הנטעל המועל הנתבע להראות לאיזה חלק מהנזק לא הוא גורם. אם לא צליח לעמוד בנטל זה, ישא במלוא הנזק (להלן: כל 4)²²⁶. ההנחה שהביא בית-המשפט לפסקתו זו, כי המועל הנתבע לא רק שגורם נזק פיסי לנזוק, אלא גם נזק ראייתי. יתרון שגורם במקורה זה, קיומו של קרייטריוון סביר לחלוקת הנזק עשוי להביא לתוצאה שונה, אם כי עניין זה אינו נקי מספקות²²⁷.

שני הכללים האחרונים (3 ו-4) יצרו מצב, שבו המועל נושא באחריות לנזקים שלהם לא גורם במובן המקובל של המלה. הדבר בולט במיוחד בכל 4: הגם שהנזקים הם נפרדים, רק בשל הקושי לדעת מי גורם למה, אחראי הוא לכלם. ניתן לסביר, שдинיר השתפות בין מעולים ירככו תוצאה זו ויביאו בסופה של דבר לכך, שהמעול שנשא במלוא הנזק יוסיף בדרך כזו או אחרת על-ידי המועל הנוסף. מסתבר, שלא תמיד כך הדבר. ראשית, כאשר הגורם הנוסף לנזק אינו גורם עולות, נטל הנשיאה בנזק יותר כותלו על כתפי המועל אשר לא הצליח להראות לאיזה חלק מהנזק לא הוא גורם²²⁸. שנית, גם כאשר מדובר בסיטואציה של ריבוי מעולים, ישנו מצבים שבהם אין אפשרות ממש לטעול הנתבע לגבות דמי-השתפות מהמעול השני. סיבה אפשרית לכך היא, למשל, שהוותה אינה ידועה. בקרה כהה, הטלת האחריות על המועל הנתבע למלא הנזק, מהוות סופ-פסק עבורי²²⁹.

כללים נוספים, שעשויה להיות להם השלהה לעניינינו, נוגעים להשתפות בין מעולים. בדרכ-כלל שיעור דמי-השתפות בין מעולים נקבע לפי יחס אשם (להלן: כל 5)²³⁰, אלא שלעתים עשוי לקרות שני מעולים גורמו לנזק, והgam שברור שככל אחד מהם מהוות "גורם בלבד אין"²³¹ לו, לא ניתן לדעת מה ייחס אשם בגרימתו. בית-המשפט העלון קבע, שכאשר לא ברור ייחס אשם של המעולים,

226 מלך, שם, 112-109; נגה, (לעיל, העדה 3).

227 נגה, שם, 295-294. בית-המשפט עמד על כך, שכאשר מדובר בגורם לא-עוותתי ובמעול, הנזק הראייתי נוצר עקב סמיכות הזמנים שבין מועד אירועו של הנזק הראשון, חסורה-החברות, לבין מועד אירועו של הנזק הנוסף, בריחבותו; וכן עקב הווותה בין סוג הנזק שנגרם באירוע חסורה-החברות לבין סוג הנזק שנגרם באירוע בריחבותו. נגה, שם, עמ' 294. נראה, כי כאשר חלףזמן רב בין שני אירועי הנזק, ההנחה היא שהנזק הראשון היה לבורר מה הנזק שניגרם לו באירועו הראשון, ואם לא טrho לשorthcn לא זיכה ביפוי, אלא על הנזק אשר יכול היה נגרם על-ידי המועל. דאה J.H. King, "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" 90 *Yale L.J.* (1981) 1353, 1390-1394.

228 עצמו היה מקום להחלה עקרון הנזק הראייתי. ראה לעניין זה, פרורה, (לעיל, העדה 19), 250.

229 כפי שאירע בעניין נגר, שם.

230 סעיף 84(ב) לפקודה גנו-זיהוי מורה לבית-המשפט לקבוע את דמי-השתפות שלהם וכאי מעול אחד

231 כלפי מעול אחר "על פי הצדק והוישר בהתחשב עם מידת-அחוריותו של האדם לנזק". נסה דומה מופיע בסעיף 68 לפקודה, העוסק במידת הפגיעה פיזייו של תינוק אשר התגנגו נמצאה בתיאשם וחורם. הפסיקה העוסקת בסעיף אחרון המלמה, כי בית-המשפט בודקם בדרכ-כלל את אשם והחוי של האזרדרם, אשר במרקם ריבם וזה להתרשלותם היחסית. ראה ע"א 314/75 ש"ר כ. מ.י., פ"ד לא(1).
.70; ע"א 306-305, 299

חייבים הם כלפי הנזוק בלבד הנזק, וביניהם יהולק נטל הנשיאה בו שווה בשווה (להלן: כלל 6)²³¹.

לבסוף יש להזכיר את הכלל הנוגע לאחריותם של משתפים ומשדרלים. כלל זה קבוע בסעיף 12 לפוקודה, ולפיו "לענין פוקודה זו, המשותף עצמו, מסיע, מייעץ או מפתחה למעשה או למחדל, שנעשה או עומדים להישות על-ידי זולתו, או מצוותה, מרשה או מאורר אותם, והוא חב עליהם" (להלן: כלל 7). להלן נבחן אם כללים אלה עשויים לסייע בຄליה "פטיקתית" של רעיון האחוריות הקיבוצית.

(ב) שימוש בכללים לקליטת עקרון האחוריות הקיבוצית

(1) קבוצה א – לא הוכח קשר סיבתי

קבוצה זו כוללת מקרים שבהם יש שם בכל בני-הקבוצה עליו נמונה המעוול אשר גרם לנזק, אלא שזהוו של המעוול אינה ידועה. ניתן לטעון, שיש לראות בכל בני-הקבוצה מעולמים יחד (כלל 1), מעולמים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד (כלל 2) או מסיעים זה לזה (כלל 7). על-כן אחראים הם לכל הנזק. הבסיס לטיעון זה הוא, שככל בני-הקבוצה השתתפו ביצירת הסיכון, אשר התממשותו הביאה לנזק, או לפחות סייעו ביצירתו. על-פי טיעון זה, בעניין Summers²³² (וכМОРКН, בשינויים מהוויכים, בוראייציה לענין עמיד²³³ – התקורה שהתמודטה) שני הצידים יהודו יצרו סיכון כלפי הנזוק ואף סייעו זה לזה, וזאת או מוריד מי היה זה שפגע בו פיסית.

נראה שיש לדוחות טיעון זה. סעיף 11 (כלל 1) וסעיף 12 (כלל 7) לפוקודה עוסקים בין היתר במקרים שבהם שניים (או יותר) היו שותפים בbijouterie מעשה-עוולה אחת, ולא במקרים שבהם כמה בני-אדם השתתפו יחדיו בפעולות, שאינה עולמתה שלעצמה, ואגב כך אחד מהם ביצע מעשה-עוולה. אכן, בעניין Summers, שני הצדדים, יצאו יהודי לצד ויצרו סיכון מסוים כלפי הנזוק. אך פעילות הצד, אפילו היא יוצרת סיכון, אינה מעשה-עוולה. יצירת הסיכון היחיד שבבעקבותה הרשלנית של כל אחד מן הנסים, נעשתה בנפרד ולא במשותף. הנזק נפגע עקב התממשותו של הסיכון שיצר האחד, אך לא עקב התממשות הסיכון שיצר השני²³⁴. מילא אין שני הצדדים בוגדר מעולמים יחד או מעולמים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד, ואף לא בוגדר מסיעים זה לזה בbijouterie עולמה. כל פרטן אחר היה מביא לכך, שככל המשותף בפעולות כלשהו שיש בה סיכון כאלה או אחרים חב בזוכים שנגרמו על-ידי כל מי שמשותף בפעולות זו. נראה כי תוצאה זו מרחיקת-לכת ואינה עולה בקנה אחד עם התפישה המסורתית של האחוריות הנזקית²³⁵.

231 פינס, (לעיל, הערת 11).

supra note 32 232

לעיל, הערת 9.

233 אפללו יצירת סיכון הייתה עולמה, הפיזי לו היה וכאי הנזוק מכל ציד היה בגין יצירת סיכון, ולא בגין הנזק הפיסי שנגרם לו. נזק אחרון זה הושתולדה של סיכון שיצר אחד מבין הנסים, שהותה אינה ידועה. (לעיל, הערת 93).

234 השווה לע"א 269/82 הילמן נ' דוח, פ"ד מא(4) 1, שם שני הנဟבים, אשר ירו לטיירגן באקדח ואחד

אחריות קיבוצית בדיני-זיקין

המצב עשו לחיות שונה במקרים דוגמת Sindell Hall (ד.ס.ה.)²³⁷ (Marker ה-236). במקרים אלו, הסיכון לינויקים השונים נוצר בין היתר עקב אי-יגלווי מידע, שנבע מעצמה עינית או לפחות מרשלנות. ניתן לסבור, שבאי-יגלוויים המידע אשימים כל בנייהكبוצה שלאלה משתייך היצור הספציפי, אשר מוציאו גומן נזק באופן ישיר. ככל היו שותפים לייצור אודירה של בטיחון במודר המוצע על-ידייהם, ואף אחד מהם אינו יכול לדוחן בנקודות-כפיו. על כן, ניתן לזרות בהם, אפילו אם בדוחק מה, מעולים שביצעו יהודין מעשה-עוולה (אפילו לא נדרשו ממש בינויהם) (כלל 1) או מעולים שפעלו בונפרד וגרמו לנזק אחד (כלל 2). כן אפשר לסבור שהם סייעו זה לזה בשתייה, מטעמים אינטרנסטיבים ברורים (כלל 7). מכאן, שלפי דרך זו, כל אחד מהם אחראי כלפי כל אחד מהגיווקים למלאו הנזק. ההשתתפות בינם תיעשה בהתאם לכלל 5 (לפי יוס אשמס), ובהתאם לכך באשר למידת אשם – על-פי כלל 6 (שווה בשווה).²³⁸

נחזיר עתה למצרים שאינם באים על פתרונות לפי כלליים 1, 2 ו-7.

הגם שבגעניין Summers אין לראות בעמידים מעולמים שפעלו יחד, מעולמים אשר פעלו בפרד וגרמו לנזק אחד או כאלה שסייעו זה לזה ביצוע העווולה, הני סביר שניתן למוצאים חייבם בדיון אף על-פי המשפט הפויזיטיבי בישראל. לשם כך אפשר להיעזר בכלל 4. כלל זה מבוסס על הרעיון, שלעתים מעול יכול לגרום, נוסף על הנזק היישר²³⁹, אף לנזק דאייתי. כאשר והוא המכוב, הוא נדרש לתכננו, דהיינו: להראות לאיזה חלק מהנזק היישר לא הוא גרם, שאם לא יעשה כן — ישא במלואו. ניתן להצדיק את כלל 4 בכך, שלמעשה יש לראות בגורם הנזק הראייתי גורם נזק לכל דבר ועניין. אם המעוול אינו מצליח לתכנן נזק זה, חייב הוא לפצות את הנזוק

האם פג' בעוברת אורות – השתחפו ייחודי במעשה-העלולה עמו, והפכו, כל אחד בונדר, חוכה כלפי הניוקון. ראה גם ברק, דוויי הניוקון – תורה הנזקן הכללית, (לעיל, העורא, 3), 481-482. וכך, נראה שסעיפים 15-11 לפוקה מעצים את המקרים שבהם היה אדם אחראי למעשה-עלולה שבוצע על-ידי אחד. על כן, לדוקטרינה הדואית joint venture (או ה- joint enterprise) האמריקנית אין חוללה בישראל, Prosser, *supra* note 54, at p. Summers, *op. cit.* 516-522.

pra note 36

supra note 51 237

238 אחראיותם לפני המז

²³⁸ אחריותם לפיה המצד המשפטיב בישראל לא תהיה על-פי חוק האחוויות למוציארים פגומים, מש"מ-1980-1986, ס' 86, שכן חוץ והוא מטל אחריות על ייצן לאוטו נוק גן שנגרט כתוצאה מפגם במוצר שלו וסעיף 2(א) לחוק); ובמקדים רוגמה מקרי ה- D.E.S. והוחזים לא ניתן לעת מיזהו היצן שפותחו הפגם גורם לנזקו של הנזק החובע בביטוח המשפט. בענין (supra note 42), ביסס בית המשפט העליון של מדינת ויסקונסין את הטלת האחוויות על יצירותו ה- D.E.S. על כן, שככלו תרמו ליצירת סיכון מוגן בידיוקו התובעות השונות. הוכחאה היה, שככל היצירות נמצאו אחריות למולא הנזק ייחר ולחוד. עס. זאת נקבע, כי יצירויות שתוכננו כי במרקחה נזון לא המוצר שללה גורם לנזק, חפטרו את עצמה לאחריות. Robinson, *supra* note 143. לביסוס ליצירת סיכון כבסטס וומשטי להטלת אחריות קיבוצית, וראה N.L. Firak, "Alternative Forms of Liability — Developing Policy Aspects of the Cause-in-Fact Requirement of Tort

¹ "Law" 20 Ariz. St. L.J. (1988) 1041.

239 בטקס מובהר מהו "זוק ראייתי". לעומת זאת "זוק ישיר", הוא כל זוק שגרם המזיק לניזוק ולאינו נזק ראייתי.

בגין הנזקים שנגרמו לו בשל הנזק הראייתי. נזקים אלה מותבטאים באירועו של הנזוק לתוכו את נזקי הישירים, אשר אלמלא הנזק הראייתי יכול היה לתוכם על נקלה. מכאן, שישوروו של הנזק הראייתי אינו אלא בשיעורו של כל הנזק היישר שנגרם לנזוק.

את רעיון הנזק הראייתי ניתן ליישם על עניין Summers ודו-מיין, ולמעשה על כל המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה. אפשר לומר למור, שככל אחד מהנתבעים במקרים הנכללים בקבוצה זו, אפילו לא יציר נזק " ישיר" בלבדו, יציר ברשלנותו נזק ראייתי²⁴⁰. התוצאה היא שעליו להראות כי לא הוא שגרם לנזק היישר, שאם לא יצאיה בכך — יחויב לשאת במלואו. אם נזהור לרצינוליה של כל זה, אזי נאמר שככל אחד מהנתבעים גורם ברשלנותו לכך שהנזק לא יוכל לתוכו את נזקי הישירים, ונזקים ישרים אלה שייעורו וזה לשיעורו של הנזק הראייתי.

קשה מסוייס לגבי טיעון זה נוגע לאותם מקרים שבהם יש יותר משני נתבעים אשר עשויים היו לגורם לנזק היישר (עמיר, Sindell ו-Hall). במצב זה יכול כל אחד מהם לטעון, שגם אלמלא החנהגו הרשלנית ליצור נזק ראייתי, היה נזק זה נוצר מילא עקב התנהגותם של האחרים. טיעון זה יש לדוחות. בית המשפט העליון חיווה כבר את דעתו, שלעתים יש להזכיר את מבחן האלמלה בבחן אחר, כגון מבחן ה"דיזית" או מבחן "הגורם המהותי", המתאים לסיטואציה של גורמים חלופיים לנזוק²⁴¹. על-פי שני מבחנים אלה, כל אחד מהגורמים שתרכם מהותית לנזק ייחשב גורם לו, הגם שאין הוא "גורם בלבדו אין" להתרשותו. אימוץ אחד משני המבחנים בעניינו יאפשר להטיל אחוריות בכל המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה על אותם נתבעים אשר לא יצילחו להראות שלא הם אשר גרמו לנזקי של התובע. חלוקת נטל הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים שימצאו חייבים בדיון תיישה במקרה זה לפיקח אשם (כלל 5), ובהיעדר מידע לעניין זה — שווה בשווה (כלל 6).

יש לשים לב, ששימוש בטכנית ה"נזק הראייתי" מאפשר לכל נתבע לפטור את עצמו מאחריות אם יוכל להוכיח שלא הוא אשר גרם לנזק היישר במרקחה הקונקרטי. לא כן אם עילית התביעה מבוססת על כללים 1, או 7. על-כן, במקרים דוגמת Sindell ו-Hall, אם עילית התביעה תבסס על כללים אלה, דין של כל אחד מהנתבעים יהיה כזה של מעורל שגורם לנזוקו של כל נזוק ונזוק. מילא לא יוכל נתבע זה

²⁴⁰ כדי שתקיים חקota בגין יצירתו הרשלנית של נזק ראייתי, צריך להזכיר בקיומה של חובת והירות של כל אחד מהנתבעים כלפי הנזוק לגבי יצירתו של נזק מיוחד זה. קיומה של חובת והירות או היעדר קיומה נקבעים על-פי שיקולי מדיניות משפטית. נוסף על יכולת צפיפות טכנית, שאינה מודדת קושי בענייני. בפרקם הקודמים לרשימה זו הובאו שיקולי מדיניות משפטית להטלת אחוריות קיבוצית, אשר יש בהן — לדעתך — כדי להציג הסכמה של חובת זהירות, כאמור, שחוצתה אינה אלא הטלת אחוריות קיבוצית. לאוטן קביעת קיומה של חובת והירות או הדרה או העדרה ראה למשל, וענין, (לעיל, העраה 3, 225) ואילך.

²⁴¹ וענין, (לעיל, העраה 3, 144; נור, (לעיל, העраה 3, 292. ראה גם יי' אנגלרד, דיני הנזקון — חובה הנזקון הכללית (לעיל, העраה 3, 194. אלה אחרות, שטרם נדונה בארץ היא, אם הטענה בתביעת שאינה הטענה עשויה להיקם אף היא עילית התביעה בגין יצירת נזק ראייתי.

משפטים כיג תשנ"ד

אחריות קיבוצית בדיני-זיכוי

או אחר להtagונן בטענה, שהניזוק הספציפי התובע במשפט ניזוק משימוש בمزמר שאינו המוצר שלו²⁴².

(2) קבוצה ב – לא הוכח אשם

להבדיל מקבוצת המקרים הראשונה, בקבוצת המקרים השנייה נכללים מקרים שבהם כל בניה-הקבוצה, להוציא אחד, נהגו בלבד אשם. הבדל זה בין שתי קבוצות המקרים מונע עשיית שימוש בטכניות המשפטיות, שבחן נעשה שימוש לשם אימוץ עקרון האחריות הקיבוצית במקרים הנמנים על הקבוצה הראשונה: אין כל דרך לומר שככל בניה-הקבוצה הם מעולמים (שפעלו יחד או נפרדים) או מסוימים ביצוע מעשה עולה; ואין אף אפשרות לעשות שימוש בראיון נזק הראייתי, באוטו אופין שנעשה בקבוצת המקרים הראשונה²⁴³; שהרי כל בניה-הקבוצה, להוציא אחד, לא גרמו אותו ברשלנות²⁴⁴.

שאלת מעניינת היא, אם ניתן להרחיב את כלל 6 (אחריות למלא נזק וחולקותו בין המעולמים שווה בשווה, כאשר לא ידוע יחס אשם) כך שתאפשר הטלת אחריות קיבוצית אף במקרים הנכללים בקבוצה השנייה.

ממבט ראשון אפשר לחוש, שיש קרבה רבה בין הרצינღה של כלל 6 לבין רעיון הטלחה של אחריות קיבוצית במקרים הנכללים בקבוצה ב. כלל 6 חל במקרה על מקרים שבהם ישנו שני גורמים לנזק (או יותר) ולא ידועה מידת האשם שהיה בכל אחד מהם (להלן: סוג המקרים הראשון). המקרים הנכללים בקבוצה ב (להלן: סוג המקרים השני) מתאפיינים אף הם בשני מאפיינים אלה. ממשמעות החלטתו של כלל 6 על שני סוגי המקרים – כך ניתן לסביר – היא אחת: אחד מבין אלו שגרמו לנזק נושא במחציתו מנזקיו של הניזוק (בנהנחו שישנו שני גורמי נזק), הגם שמידת אשמו מחייבות כי ישא בנזק פחות (או שלא ישא בנזק כלל).

בצד דמיין זה קיים הבדל משמעותי בין שני סוגי המקרים. בסוג המקרים הראשון, שני הגורמים הם בני-אשם; ואילו בסוג המקרים השני, רק גורם אחד מבין השניים הוא כנ"א-אשם. הבדל זה עדיק במשפט הפויזיטיבי הוצאות שונות בשני סוגי המקרים. בסוג המקרים הראשון, אי-יכולתו של התובע להוכיח את יחס אשם של שני הנחבעים שגרמו לנזקיו אינה מעלה ואניינה מoridaה. לשם ביסוס עילית תביעתו, די לו להוכיח שבכל אחד מהנתבעים היה אשם, וاسم זה היה "גורם בלבד אין" לנזק. לאף אחד מהנתבעים שהוכיח אשמו אין זכות קינוי לפני התובע, שהחלוקה הפנימית בין ל貝ין המועל הآخر תבוצע לפי יחס אשם או בכלל דרך אחרת. אין הוא רשאי לבוא בטרונה לחייב על שלא הוכיח ייחס זה. אמן, יכול הדבר לקום עם לעתים, שמעול אחד אשר והותו אינה יוציאה, שהוא האשם ה"משני", יאלץ לשאת במחצית מנזקיו של הניזוק. אך בה-במידה מוקומת לעתים התוצאה, שאדם אשר התרשל התרשלות קלה שבקלות, מסוג ההתרשלות שבחן חוטאים כולם, אך לודע מזלו גורם לנזק רב – יאלץ לשאת בסכום פיצויים גבוה במילhra. בעה זו

242. אך ראה לעיל, הערתה 238.

243. לעיל, ליד הערות 239-242.

244. או באשם אחר כלשהו. (עליל, הערתה 241).

אפוא, שהאשם, ولو גם "האשם במעט", חייב לעתים קרובות לשאת במלוא הנזקים שנגרמו על-ידי²⁴⁵ טבואה בכל משטר משפטី המטיל אחריות על-פי עצמו. לעומת זאת, בסוג המקרים השני, לא הוכחה התובע מרכיב מרכזית של עילית תביעתו: אשמו של כל נחבע ונتابע. אמנים הוא הוכיח גויימה, אך בשיטת משפטנו, בדרך כלל אין בכך די. החלתו של כל 6 על סוג מקרים זה, הדיננו: על המקרים הנכילים בגדיר קבוצה ב, תהווה אפוא סטייה ברורה מהיעיקון שלפיו אין להטיל אחריות נזקית על מי שלא הוכיח אשמו. שונה הדבר תכילת השוני מהתחלת כל 6 על סוג המקרים הראשון. בסוג מקרים זה ישאו בנזק שווה בשווה שני גורמים בני-אשם, אפלו אם החלוקה הפנימית ביניהם אינה החלוקה הצודקת המתיחסת מיחס אשם.

דרך אחרת אשר עשויה לעתים (ובאופן אקראי) להביא להטלה אחריות קיבוצית בקבוצת המקרים השניה היא שימוש ברעיון הנזק הריאתי, אם כי שימוש שונה מזו שנעשה בקבוצת המקרים הראשונה. עניין זה יידן להלן לגבי קבוצת המקרים השלישי, וכוחו יפה אף לגבי קבוצת המקרים השניה, בשינויים המחויבים²⁴⁶.

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

אני סבור שניתן להטיל אחריות קיבוצית במקרים הנכילים בקבוצת המקרים השלישית תוך שימוש ישר או אנלגי בدلלים מדיני ריבוי מעולים, ריבוי גורמים או משתפים ומשדרלים. עם זאת, ראוי להצביע על שני חרגים אפשריים: ראשית, לעיתים ניתן אולי להצביע על אשם כלשהו בגין הנסיבות שהניזוק נפגע בעטייו (כמו שהצטחי לעשות במקרים דוגמת Sindell ו-Hall – ה' D.E.S. והחוזרים, בהתאם²⁴⁷). אם אכן כך הדבר, הטלה אחריות יחד ויחד על כל בני-הקבוצה עשויה להיות אפשרית²⁴⁸.

שנית, לעיתים ניתן לעשות שימוש ברצינღלה של כל 4 (נזק ראייתי) ולמצוא את כל הנتابעים חiyיבים בדיין. זאת באופןם מקרים שבהם ניתן לומר, כי אפלו לא היה אשם בנתבעים בגין הנזק ה"ישיר", אשמים הם בכך שהניזוק אכן יכולゾות את המזיך שגורם לנזקו²⁴⁹. כדי לבסס טענה כזו, חייב הניזוק להראות שהיתה התרשלות כלפי אחד הנتابעים או ממי מהם בענין זה. כך, למשל, בוחריאציה לפסק-דין צים (אובדן חבילות-הברול) ניתן אולי לטען, שככל אחת מהנתבעות התרשלה לפחות במקרה נקתה אמצעים, לפני מעשה או לאחריו, אשר יאפשרו את זיהויו של המועל שגורם לנזק. נראה לי, שכן קושי להכיר בקיומה של חובת והירות של כל אחת מהנתבעות כלפי הנזק, ואם יוכח כי היו יכולות למנוע את בעיית הזיהוי בעלות שאינה גבולה יהסית – תיקבע התרשלותן. אם אכן כך הדבר, אפשר יהיה

245 בכפוף למגבילות מסוימות, בעיקר זו הנוגעת ל"ריווחוק הנזק" ולהגנת האשם התרומם.

246 ראה גם להלן הטעסט ליד העורות 248-247, במסגרת קבוצה ג, אשר עשי להתחאים, בשינויים המחויבים, אף למקרים הנכילים בקבוצה ב.

247 לעיל, ליד העורות 238-236.

248 למשל: בעניין note 59 supra note 59, Ybarra, לי נפגע התובע על-ידי אחד מחברי הזוג הרפואית עקב שטח-עבודה לקירה בה נקט אותו אחר, אך שאומצה או נזרה באשם של כל חבריה-הצאות.

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

לחיזין בנסיבות הנסיבות של הנזוק, ששיעורם כשיעורו של הנזק הריאתי. פתרון דומה עשוי היה אולי להתאים גם לקרה דוגמת *Ybarra* (הפגיעה בכתף), אם כי תאור עובדות המקרה כפי שופיע בפסק-הדין אינו מאפשר ליתן תשובה ברורה לעניין זה.

את טענת ההגנה האפשרית לכאהה של כל אחד מהנתבעים (כשיש יותר משלבים שהיו עשויים לגרום לנזק ריאתי), שוגם אלמלא התנהגותו הירושלמית היה גוצר הנזק הריאתי, יש לדוחות מאתו טעם שהומלץ לדוחות דומה שהובאה במסגרת הדין בקבוצת המקרים הראשונה.²⁵⁰

יש לשים לב היטב להבדל בין אופן השימוש בטכנית הנזק הריאתי במקרים הנכללים בקבוצת המקרים הריאתית לבין אופן השימוש בה במקרים הנמנים על קבוצת המקרים השלישית. בעוד שבקבוצת המקרים הריאתית הנזק הריאתי נגרם על-ידי אותה התנהגות ממש אשר יצרה את הנזק הisher או יכול היה ליצור אותו, בקבוצת המקרים השלישית הנזק הריאתי נוצר על-ידי התנהגות נפרדת. מטעם זה, טכנית הנזק הריאתי עשויה להוות הצדקה כללית להטלה אחריות קיבוצית בקבוצת המקרים הראשונה, אך הצדקה חילונית בלבד, ואף אקרואית, במסגרת קבוצת המקרים השלישית.

2. כלל "הדבר מעיד על עצמו" והעברת נטל השכנוע לנتابע

כלל "הדבר מעיד על עצמו" (*res ipsa loquitur*) קבור בסעיף 41 לפકודת הנזקיין. לפיו, בנסיבות בגין ושלות, בהתקיים שלושה תנאים עובר לנtabע הנטל לשכנוע שלא התרשל²⁵¹. זאת להבדיל מהלול החל בדרכ' כל ואשר לפיו התובע הוא שצורך להוכיח את עילית תביעתו כולה על-פי מazon הסחבויות. שלושת התנאים הם: (1) התובע לא ידע ולא יכול היה לדעת מה היו הנסיבות שגרמו לנזק שהביאו לנזק; (2) הנזק נגרם על-ידי נכון נכס שנתקבל הימה שליטה מלאה עליו; (3) נראה לבית-המשפט שאירוע המקרה אשר גרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שdonebut לא נקט והירות סבירה מאשר עם המסקנה שנקט והירות סבירה.²⁵².

אימוץ גישה דוקנית, המקפידה על התקיימות שלושת התנאים להעברת נטל

²⁵⁰ לעיל, ליד העירה 241.

²⁵¹ נטל השכנוע, להבדיל מטל הבעת הראיות. ראה דין 4/69 יצחק נוימן ובנוו חברה לבליטה בע"מ נ' סגן, פ"ד ד(2) 229 (להלן: נימן).

²⁵² התנאי השלישי יכול להלן גם "תנאי התרשלות המסתברות". השאלה אם התנאי השלישי מתקיים נענית בחתימת מהרואות של הנtabע המכונאות אך להראות כי עמד בנTEL השכנוע. (ニイム, שם, עמ' 262). במלים אחרות: אם לאחר שההtabע הביא את ראיותו ונאה לבתי-המשפט בכירior שנתקבל הירושל מאשר המסקנה והפוכה, ולאחר שההtabע הביא את ראיותו ונאה לבתי-המשפט בכירior שנתקבל הירושל כפוף המאונם ועשה מעירנות — התובע יוציא בתביעהו (כהנחה שמדוברים גם שני התנאים הראשונים). עם זאת, נראה שההtabע רשאי לנוטה ולהוכיח, כי מאפען אירעו של נזק ומראיותו של התובע יש להסתיק כי התנאי השלישי לא הקיים. ראה גם את עניין עמו, (להלן, העירה 249), ביעק בעמ' 718.

²⁵³ במקרים מסוימים העשויים להתאים להטלה חרויות קיבוצית ניתנת היה אף לדון בשאלת אם ניתן להעביר לנtabע את נטל השכנוע על-פי טעיפים חרויים בפקודת הנזקיין. בყירע סעיף 38 העוסק בדברים מסוימים. בסעיף אחרון זה תנאי הוא להעברת נטל השכנוע, כי "הנtabע היה בעל של הרבו (המוסך) או ממונה עלייו", וכן זה בזיהוק מה שבודך כלל לא ניתן להוכיח על-פי מאון הסחבויות באזות מקרים העשויים להתאים להטלה אחריות קיבוצית. ראה עטר, (להלן, העירה 18), 470.

השכנוע, לא תסיעו לנו בקילית עקרון האחירות הקיבוצית. ראשית, על-פי התנאי השני, חיב התובע, החוץ בהערכות נטל השכנוע לנתקע להראות — על-פי מאוז הסתרויות — קשר סיבתי בין מצבו של נכס שהיה מצוי בשליטה מלאה של הנתקע לבין הנזק שאירע לו. כבר בשל כך אין לטעיף זה תחוללה על המקרים הנכללים בקבוצה הראונה והשלישית: הן בהם קיימים בראשות-וכראשונה קושי להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין התנהוגותם של הנתקעים לבין הנזק; וממילא לא תהיה בדרך כלל אפשרות להוכיח קשר סיבתי בין מצבו של נכס שהיה מצוי בשליטתו המלאה של כל אחד מהם לבין הנזק.²⁵⁴ שנית, על-פי התנאי השלישי, חיל הסעיף רק במקרים שבהם סביר יותר להניח שהנתתקע התרשל ממשר שנותקע לא התרשל. על-כן טעיף זה לא יכול על מקרים בהם קיימת הסתברות של 50% או פחות מכך שהנתתקע התרשל. מילא לא טעיף זה אין תחוללה על מקרים שבהם קיימים שני נתקעים או יותר ולא ברור מי מביניהם גרים ברשנותו לנזק²⁵⁵, אלא-אם-כן ניתן להוכיח שקיימת הסתברות של מעתה מ-50% שדווקא אחד מהם עשה כן. במקרה אחרון זה אין לדבר עוד על אחירות קיבוצית, אלא על אחירות אישית של אותו אחד²⁵⁶.

על-כן, ככל "הדבר מעיד על עצמו" אינו חל אף לא על אחד מבין המקרים שהובאו כדוגמאות לשלווש קבוצות המקרים שנדרנו ברשימה זו. המקרה ה"קרוב" מכולם בתחום חלותו של הכלל הוא אולי המקרה שבו שני כל-רכב או יותר היינו מעורבים בתאונת שבча נגע נסוע או הולך-ז格尔, אך לא ניתן לדעת מי מביניהם התרשל (קבוצה ב). כפי הנראה תנאים 1 ו-2 מתקיים ב מקרה זה, ומתנאי 3 "כמעט מתקיים": הסתברות ממש — שהאחד התרשל. לו ניתן היה, למשל, להראות כי ההסתברות ממש רובה יותר מההסתברות שהאחד התרשל, הכליל היה חל ויתכן מادر שהתווע היה זוכה בתביעתו. ניתן גם שהכליל היה מוכח כי ההסתברות שהאחד התרשל לבודו זהה להסתברות שהאחד התרשל בלבד, אך קיימת גם ההסתברות שניהם התרשלו כאחד. במקרה כזה ההסתברות שהאחד התרשל כמו גם ההסתברות שהאחד התרשל היא בגובה מ-50%. אכן, במקרים כאלו נטו בתי-משפט אנגליים להחיל את כל "הדבר מדבר בעדרו"²⁵⁷. במקרים נוספים הקריםים למרי בתחום חלותו של הכלל הם אלה שבהם מתקיים תנאי 1 ו"כמעט" מתקיים תנאים 2 ו-3. כך הם מקרי Summers (קבוצה א), אודג'י והוורייציה של עניין צים (קבוצה ג). בשלושת המקרים, על-פי פרשנות מרחיבת של תנאי 2²⁵⁸, הייתה הסתברות ממש, אך לא יותר, שהתווע ניזוק מנכש שהיה בשליטה מלאה של הנתקע הראשון כפי שהיתה אחת הסתברות ממש שניזוק מנכש אשר

254 אם כי ניתן לחושב על מקרים שבהם בני-אדם יש שליטה מלאה בנכס, אך רק אחד מהם שינה את מצבו כך שיגרום לנזק. הנחתי היא, כי גם שرك אחד עשה זאת, ניתן לראות גם באחרים בעלי שליטה מלאה.

255 עדר, לעיל, העירה 18), 470.

256 יי אングולד, "הדבר מדבר בעדרו", (לעיל, העירה 191), 94-96.

257 לעיל, ליד העירה .54.

258 לגבי note 32, (supra note 258), גם בצד פרשנות מרחיבת ניתן להסביר, כי היהת הסתברות של 50% שהתווע ניזוק מנכש שהיה בשליטהו המלאה של הנתקע האחר. לגבי שני המקרים האחרים קיימים ספק מסוים, שכן במובן שהוא בשליטהו המלאה של הנתקע הראשון לא נגרם עליידי ונכש שהיה בשליטה מלאה של מ-50% מהנתתקעים. בפסקתו של

היה בשליטתו המלאה של הנושא השני. כך גם הסתברות — לגביו כל אחד מהם — אם התרשל, עמדה על 50% בלבד.

האפשרות להסתייע בטעניקה של העברת נטל השכנוע לנושא לשם הטלת אחוריות קיבוצית ותקיים רק אם יורחוב הכלל הקבוע בסעיף 41 לפוקודה. הרוחבה כזו תאפשר אם האומץ הסבירה, שסעיף 41 משקף מדייניות מסוימת של המחוקק. מדייניות זו היא להעביר הנינתה להגשמה אף כשהוא מתקיים כל תנאי הסעיף. מדייניות זו היא להעביר את נטל השכנוע לנושא אשר יש לו נגישות טובה יותר מלהעביד לריאות העשויה לשפוך אור על אופן החרשותו של הנזק. תנאים 1 ו-2 משקפים בלי ספק מדייניות זו: התנאי הראשון במפורש, ואילו התנאי השני — במשמעותו, השליטה המלאה בנכיס אשר הביא לנזק שבבסיס התנאי השני אלא אינדייקציה ליכולתו העדיפה של הנושא לרבות את נסיבות הנזק (ואולי אף למוגעו מלכתילה²⁵⁹). אפשר לטען, שיש להרוחיב את הכלל כך שיחול גם על מצבים אחרים שבהם עדיפותו האמורה של הנושא אינה מוטלת בספק, אפילו לא היתה לו שליטה בכך כהה או אחר שהbia לנזק. אכן, בפסקה בארץ התגלתה נוכחות מסוימת (אם כי לא חמיד) ללכת בכיוון זה ולא לעמוד בצורה דזוקנית על התקיימותו של תנאי 2.²⁶⁰ אולם הביעיות להרוחיב את הכלל נועוצה בעיקר בתנאי 3. לו המטרה היחידה של סעיף 41 הייתה צורך להעביר לבעל-המידע, או זהה שיש לו נגישות לריאות, את נטל השכנוע, לא היה צורך בתנאי 3. לכן נראה, שסעיף 41 אינו מושתת רק על עדיפותו של הנושא בהבאת ריאות, אלא גם על התרשלותו המסתברת²⁶¹.

למרות זאת ניתן אולי למצוא בפסקתו של בית-המשפט העליון ניצנים לגישה אחרת. על-פי גישה זו, ישנו מקרים שאינם מקיימים את תנאי 3, אך למרות זאת העברת נטל השכנוע לנושא תהיה בהם מוצדקת. מקרים אלה מתאפיינים בכך שלנושא יש קרבה רבה למוקורות המידע, שלא כמו לנושא, המוגש את דרכו באפליה. וזאת ועוד: נטל השכנוע יעבור לנושא לא רק כדי שיוכיח כי לא התרשל, אלא גם על מנת שיוכיח שלא אשמו הוא אשר גורם לנזק. בסיסת של גישה זו מצוי החשש הבהיר, שבו של אי-יכולתו של התובע להמציא ריאות לא יעלה בידו להוכיח את עילית תביעתו ועל-כן יווותר ללא פיצויו²⁶².

אם אכן תאמץ גישה זו בפסקה כהלה מהיבית,عروיה היא ליתן פתרון הוולם לפחות לאותם מקרים בהם הקבוצה שעלייה נמנה המועל שגורם לנזק הם

בבית-המשפט העליון ניתן להבחן, מצד אחד, במקרה לפרש את תנאי 2 פירוש מצמצם: ע"א 705/78 רמן נ' מאוטר, פ"ד לד(1) 559 (להלן: רמן); ע"א 101/81 דג נ' מ'., פ"ד לח(1), 32, 38-37. מצד אחר, במקרה לפירוש מרחיב: רמן, שם, עמ' 554; ע"א 323/89 קוורדי נ' מ'., פ"ד מה(2), 142, 166-164. לאחרונה נפק ע"א 206/89 דג נ' בית חמלט אלישע בע"מ (טרם פורסם) (ראה פסק דין של הנשיא שмаг) בו מגמת הראחה בולטת במיוחד.

²⁵⁹ עניין זה בעייתי. יכולת למנוע נזק אינה מידה, ככלעצמה, על התרשלות. עם זאת, יכול שלעתים היא מפיצה על-ידייעה באשר לנסיבות של אריוו הנזק.

²⁶⁰ ליטיל, העדה 258.

²⁶¹ להסביר מஸמו של תנאי זה, ראה (ליטיל, העדה 252).

²⁶² קוורדי, (ליטיל, העדה 258), 166-165. כן ניתן למקרה בפסקה אף גישה, שלפיה במקרים מסוימים, הגם שלא עבר לנושא נטל השכנוע, עובר אליו נטל הבעת ריאות המועלות הסבר להתרשלות האידיע ללא התרשלות. ראה עמר, (ליטיל, העדה 249), עמ' 721.

שניהם (חתק מין נוסף מס' 1²⁶³). החלטה על מקרים אחרים, שבהם ההסתברות להיווטו של כל אחד ואחד מבני הקבוצה המעוול שגורם לנזק פחותה מ-50%, תהיה "מתיחת-יתר" שלה. נראה אף שהנסיבות להחיל אותה תוהיה רבתה יותר בקבוצות המקרים א' ו-ב' (כאשר "יק" אחד משני יסודות החבות לא הוכח על-פי מאיון הסתרויות) ופחותה במידת-מה בקבוצות מקרים ג' (כאשר שני יסודות החבות לא הוכחו על-פי מאיון הסתרויות)²⁶⁴.

3. פסיקת פיצויים על-פי הסתרויות

אחריות קיבוצית ממשעה חיבורו של כל אחד מבני הקבוצה שעליה נמנה המעוול אשר גרם לנזק בפיצויים בשל ההסתברות שפצע בניווק ועל-פי מידת הסיכון שייצור קלפיו²⁶⁵. היישובי הסתרויות, ובכלל זה שימוש בנתונים סטטיסטיים, מסייעים לקביעת חלקו של כל אחד בנזק. האם ניתן למצוא במשפט הפויזיטיבי פסיקת פיצויים על-פי הסתרויות, ובכלל זה הסתרויות הפחותות מ-50%?²⁶⁶

בתהום דין-החויזם נראה שניתן לפסק פיצויים כנגד המפר בגין פגיעה בסיכון, כאשר שיעורו נקבע על-פי ההסתברות שהഫירה גרמה לנזק כזה או אחר²⁶⁷. אולם הדבר נפרק הרבה יותר דוקא בתחום דין-הנזקן. כיצד, אחד מאבות הנזק העיקריים בדייני-הנזקן המתיחסים לנזקי גוף הוא פגיעה בקשרו בעבר אב-АЗק זה נפסקים פיצויים עקב הפגיעה בקשר השתכרותו של הנזק בעבר ובעתיד. מטיב הדברים הערכת נזקי העתידיים של הנזק היא ספקולטיבית למדי. בית-המשפט נדרש להעריך את תוחלת חייו של הנזק, תוחלת שנות-עבורתו, סוג עבורתו בעתיד, שיעור השתכרותו ממנו, סוג עבורתו אלמלא נפגע, ההשתכרות שהיא משתכר בה וכדרו. מילא נאלץ בית-המשפט להעריך סיכויים להתרחשות מצבים עובדיים כאלה או אחרים בעתיד, כמו גם להתרחשות של מצבים היפוטטיים שהיו מתקיים אלמלא הפגיעה. על כן, בתיה-משפט פוסקים פיצויים תוך התחשבות בסיכויים. הצורך להוכיח מצבים עובדיים אלה על-פי עודף הסתרויות לא קיים²⁶⁸.

²⁶³ לעיל, תח'פרק ג'.

²⁶⁴ לדעה כי יש להזכיר את סטנדרט ההוראה הנדרש מהחובע, כאשר התנגדותו של המתבע ראייה לגינוי מיוחד, ראה ש. דוגdale, *supra* note 10, at p. 897. לרעה כי פסקידין Summers מוכיח בין היתר בשל כך שהסתברות של אחד מהצדדים גורם לנזק היהת 50% (ולא פחות), ראה ב'תיר פירות' (לעיל, פרק ח). גם אם Celli, *supra* note 158, at p. 642.

²⁶⁵ בהיעדר מידע לעניין מידת הסיכון, לפי תוחלת נזק כללית. ראה ב'תיר פירות' (לעיל, פרק ח). גם אם מוטלת אחריות על כל אחד מבני הקבוצה למלאו הנזק, המטרה הסופית היא שככל מהនזק, לפי מידת הסיכון שיוצר.

²⁶⁶ אין בכוונתי להכנס כאן לדיון בשאלת הכללית, אם ראוי לפסק פיצויים, בדייני-חויזים, על-פי הסתרויות. (ראה לעיל, הערא 8). למעשה, בפרקם העוסקים בשקלוי המדיניות הרולנטיסים לשאלת הטלחה של אחריות קיבוצית, נסייתי לענות עליה בהקשר המהיר של הטלה אחריות קיבוצית. כאן ברצוני אך לתהייחס בקוצרה לעמדת היישרלי בעניין זה.

²⁶⁷ G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract—A Comparative Account* (Oxford, 1988) 192–194.

מכ(3) 312, ע"א 679/82; ע"א 231/84. קותת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד

²⁶⁸ McGregor on Damages (London, 15th, 1980, 591) חיו נ' ונתורה, פ"ד לח(4) 393. כללית, ראה פ'תיר פירות'.

אחריות קיבוצית בדיני-לאומי

האם מכאן עליינו ללמידה שבמשפט הפויזיטיבי פסיקה על-פי הסתברויות, ובכלל זה הסתברויות של פחות מ-50% היא מגמה קיימת, כך שהטלה אחריות קיבוצית אינה אלא יישום נוספת של מגמה זו ותו לא? נראה, שקיים הבדל ברור בין המקרים שבהם נעשה שימוש בהסתברויות במשפט הפויזיטיבי לבין השימוש הנדרש לשם הטלת אחריות קיבוצית: בעוד שבהתשלטה אחריות קיבוצית מדובר בהסתברויות לקיום תנאים הכרחיים להקמתה של האחריות הנזקית (קשר טיבתי ו/או אשם), הרי במקרים שבהם התחשבו בתמ"המשפט בהסתברויות, דברו בהסתברויות לקיומו של נזק בעיתך. למעשה, במקרים אחדות אלה ניתן אף לומר שבתמ"המשפט, בהערכם, למשל, את סיכוי השתכוותו של אדם, אינם עוסקים אפילו בהסתברויות לקיומו של נזק עתידי, אלא מעריכים נזק קיים בהווה אשר הוכח על-פי מאוזן הסתברויות ואשר מתבטה בשילוח סיכוי העתידיים של הנזק להתרנס כפי שהוא מתרנס עד לפגיעה בו²⁶⁹.

אכן, קיים הבדל ברור בין שימוש בהסתברויות לשם הערכת שיעור הנזק, או אפילו לשם הערכת סיכויי התראחותו בעיתך (ואולי גם בעבר), לבין שימוש בהן לשם קביעת "מידת" האחריות. בעוד שבמקרה הראשוני מוטלת האחריות על מי שהוכח כי גרם באשמו לנזק, לא כן במקרה השני, שבו מוטלת אחריות על מי שאולי כלל אינו אחראי על-פי עקרונות האחריות האינדיבידואלית הקיימים בשיטת-המשפט. אכן, תופעה מוכרת היא, שдинיה-הנזקין מחמירים עם מזק שהובאה אחרותו הראשונית לנזק לשם הענקת פיצוי מלא לנזק. דוגמא אחרת נדונה ברשימה זו בהקשר אחר: מעולש שגורם לכך מהנזק עלול לעתים למצוא את עצמו אחראי לכולו, אם לא יכול להוכיח לאיזה חלק מהנזק לא הוא גרם²⁷⁰. דוגמא שנייה היא שימוש בקריטריון הצפויות כ מבחן האחריות הנזקית לסוג מסוים של נזק, ואיד-שימוש בו לעניין היקף הנזק: מזק שנמצא אחראי על-פי מבחן הצפויות לסוג הנזק שארע, אינו יכול לחמק מאחריות למלא הנזק, אף אם יראה שהיקפו בלתי-צפוי לחולטן²⁷¹.

מכאן, שאנו שימוש בהסתברויות מוכר בדיני-הנזקין הפויזיטיביים לשם פסיקת פיצויים לחובתו של מזק שנקבעה אחראיונו הריאומי לנזק, אין הכרח ללמד מזה לענייננו, שבו עצם קיומה של אחריות הוא השאלה שבמחלוקת. בעניין אחרון זה חייב התובע בדרכּ-כלל לעבור את הرف של "עודף הסתברויות"

ed., 1988) 222–230. בעניין עקנון, (לעיל, הערא (3), 145, הרשאה ב"צריך עיון" השאלה הכללית, "אם אין לומר, כי באוות מקיף, בהם הוחכת הסתברות אינה קשורה בהוכחת עובדה אלא בהוכחת התרחשות היופותית, לא נדרש מאין ההסתברות הרגילה." בתי-משפט אף מגלים נכונות לפסק פיצויים בתביעות בגין רשלנות רפואייה, כאשר מעשה הרשלנות הפאתה הוכחתה כלשהו את סיכויו של החובע להיוורר בתמיים או להירפא. במקרה זה נילן לומר, שהנוק הוא עצם הפגיעה בסיכוי להיוורר בחים (ולא גרם המות אפיו אם אידיע בסופו של דבר) או בסיכוי להירפא. באין, ראה קורת חוויל שאל הסתברויות Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound 664 P. 2d 474 (1983); Prosser, *supra* note 54, at p. 272.

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

לайл, ליד העזרה 229–226 270

זו עקרון הגולגולת הדקה. ראה דין 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד י"ח(4) 701. 271

כדי שיזכה בתביעהו. עם זאת, אין זה בלתי-אפשרי להרוחיק את אופן השימוש בהסתבריות לשם פסיקת פיצויים אף לעניינו על דורך של חקיקה שיפוטית.

4. תביעה ייצוגית

דרך דין-ונית העשויה לאפשר לעיתים להתגבר על בעיית הזיהוי היא שימוש במכשיר התביעה הייצוגית²⁷². טול כדוגמא את עניין Sindell (מקרי ה-DE.S.) ו-Hall (החויזים): ישנה קבוצה מסוימת של יצורים אשר אלו הנמנים עליה גרמו נזק לבני-אדם הנמנים על קבוצה מסוימת של נזקים. אילו כל אחת מהקבוצות הייתה אדם או גוף משפט אחד ייחיד, לא היה מתעורר כל קושי. אך גם יתרון שהקשיש הקיים היה מוצטצם, לו כל הנזקים היו מertoshim, למשל, אצל אותה חברתי-כיביתות, וזו, לאחר שישפה את כולן, היתה תובעת את כל היצרים בתביעה סובורגציה²⁷³. ניתן להגע להתואנה דומה תוך שימוש במוסד התביעה הייצוגית, אך שלמעשה תוגש תביעה בשם כל הנזקים כנגד כל החברים הייצריו ויתבע הנזק שנגרם לכל בני הקבוצה המיזוגת?

על-פי התפיסה העולה מהפסיקה בארכן, נראה שלא ניתן לעשות שימוש בתביעה ייצוגית באופן המתוור לעיל. הקושי האחד הוא, שבתי-משפט בארכן עמדו על כך שתביעה ייצוגית תאפשר רק אם הסדר הנדרש לעלי-ידי כל אחד מבני-הקבוצה הוא זהה²⁷⁴. כבר בשל כך אין מקום לתביעה ייצוגית בעניינו, שהרי לכל נזוק נגרם נזק אחר. קושי אחר, בעל חשיבות רבה יותר, נוצר בכך שהתביעה הייצוגית נתפסת בארכן ככלי דין-ণוני שייעוזו העיקרי לחסוך בהוצאות הדייניות. לעומת זאת, שימוש בתביעה ייצוגית במקרים העשויים להתאים להטלה אחריות קיבוצית בא להתגבר על קושי במשפט המהותי. לו ניתן היה לעשות שימוש בתביעה ייצוגית בעניינו, היה הדבר מבחיא למשמעותו, וזאת לשם הענקת פיצויים לכל הנזקים²⁷⁵.

עם זאת, נכונות להרוחיק את השימוש בכל משפט זה עשויה להביא להטלה אחריות קיבוצית באותם מקרים המתאימים בכך, שכן אחד מהנתבעים אכן גרם

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

273 השווה 898 Dugdale, *supra* note 10, at p. 898, המציג את זהותה רעין הסובורגציה כתכנית אפשרית להכיר בזכאות קיבוצית (עליל, הערא 10).

274 ס' וולדשטיין, "חייבת-ייצוג-קבוצית – מה על שום מה?", משפטים ט (תשס"ט) 434, א' 274 והשווה לסעיפים 13-10 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (బיביות אזרחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184.

275 לו ניתן היה, עקרונית, לתוכע בתביעה ייצוגית אף לשם מיזוג זכויות ובמיטה להתגבר על קושי בדיון המהותי, היתה עשויה להשאלת השאלה אם שימוש בתביעה ייצוגית במקרים דוגמת מקרי ה-DE.S. עליה בקעה אחד עם סעיף 22 לפקודה גנאיין, שלפיו "חותמת לזרופה בשל עוללה, וכן התחבות פלה", אינה ניתנת להמוחאה אלא מכוח הדין". לדעתו, החטובה לכך היא היפות. ראשית, לו פירושו בחירם-משפט את תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי כאמור תביעה ייצוגית במקרים באה, ניתן היה לומר שמדובר בהמוחאה מכוח הדין, וזה היה מותרה לעלי-ידי סעיף 22 לפקודה. שנית, המוחאה מעין זו נועדה לאפשר פיצויו לנזוק שאינו יכול למש את זכויותיו בדרכן אחרת. סעיף 22 לא נועד לשם מניעת המוחאה כו, אלא לשם מניעתה של "קוניות דין" אשר עלולה להיות להחכצע אגב ניטול מזקתו של הנזוק. שלישית, ניתן לטעון שבקרים באה אין מדובר כלל בהמוחאה, שהרי ונזוק נותר למשה בעל הזכות לפיצויים. ווק הכוון הדורי ל민וט זכויותיו מועבר לאחר; מה גם של נזוק החפץ בכאן יכול להצטרכן כדי לתביעה הייצוגית. ראה תקנה 29(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

כברור לנזקים לבני הקבוצה המיצגת, ואלו ניתנים לכימות ולחולקה בין הנתבים לפי קרייטריון סביר²⁷⁶. אולם, תמיד קיים החשש שנחבע זה או אחר יחויב לשאת בנזקים רבים יותר מאשר שגרם למשהו. אולם כאשר ברור שכולם גרמו לנזק לקבוצה אשר בשם הוגשה הטענה, חיובם לשאת בנזק על-פי קרייטריון סביר כלשהו יעלה בקנה אחד עם העיקרון שהኒזוק ההפך, ולא המזיך האשם, הוא הנגנה מן הספק²⁷⁷.

ט. מסקנות

במאמר זה ניסיתי לבחון אם ראוי להכיר בעקרון האחריות הקיבוצית – עיקנון שנדרה כמה פעמים (בדרך-כלל באמורות-אגב) בפסקה הישראלית ושותפם עוד לפני שנים רבות בפסקה האמריקנית.

תחליה בדקתי אם עיקנון זה עולה בקנה אחד עם שיקולי זדק מתקן. מסקנתי היה, שצורך להתקיים לפחות תנאי אחד כדי שהטלת אחריות קיבוצית תצדך משיקולי זדק מתקן, והוא, ככל אחד מבני-הקבוצה שעלה נמה המועל אשר גרם לנזקו של התובע, גרם לנזקים כליהם, וחיובו בדיין, יחד עם יתר בני-הקבוצה, יאפשר הענקת פיצויי למי שנזוק עליידיו. הטלת אחריות קיבוצית במקרה זה אף יוצרת מגנן אפשרי להעברת עושר מן המזיך אשר גרם נזק אל הנזוק אשר נפגע עליידיו. תנאי שני, העשו להידרש כדי שהטלת אחריות קיבוצית תעלה בקנה אחד עם שיקולי זדק מתקן הווא, שהתנהגותם של הנתבים השונים בגרימת הנזקים האמורים הייתה רשלנית. תנאי זה הוא תנאי הכרחי ורק אם אכן מאמצים תיאוריה של זדק מתקן, המתנה הטלת אחריות נזקית בירושנותו של המזיך²⁷⁸.

הטלת אחריות קיבוצית מוצדקת משיקולי הרוחה בכל המקרים שנדרנו בראשימה זו. עם זאת, כאשר בנסיבות אשר במסגרתה נגרם הנזק מתעוררת לעיתים נדירות שאלת זיהויו של המועל שגרם לנזק, או אשר מדובר באירועי נזק שאינם מובטחים – משקלם של שיקולי ההרוחה קטן.

הטלת אחריות קיבוצית יוצרת המרכיבים חיוביים לנקיית אמצעים לגילוי זהותו של המועל שגרם לנזק, לפני אירוע הנזק ולאחריו. בדרך-כלל בני-הקבוצה שעלה נמה המועל אשר גרם לנזקו של התובע, הם בעלי היכולת לפתרו את בעיית

²⁷⁶ לשון תקנה 29 "סובלות" פרשנות כזו. בארץ-הברית והגלה נכונות מסוימת להכיר בעילה תביעה "齊同性" כאשר לא ניתן היה מי מבני-הקבוצה נפגע עליידי התובע. ראה גולדשטיין, (עליל, העלה D.F. Covers, "Mass Products Liability Torts" 7 *T.A.U. Stud. L.* 431-430 (274). כן ראה 1985-86 (20, 24 *et seq.*) (1984), aff. 818 F. 2d 145 "Agent Orange" Product Liability Litigation 597 F. Supp. 740 (1984). במקחה זה אושר הסכם פשרה שהושג בין המஸל האمريקי לבין מי שייצג (בЂЂЂ..). במקורה זה אושר הסכם פשרה שהושג בין המஸל האمريקי לבין מי שייצג (בЂЂЂЂЂЂЂЂЂЂ..). מאות אלפי אנשים שלחו מילוח-ויטטןם (ובני-משפחותיהם) ושנהפו אגב כך לחומר כימי, שבו עשה המஸל האメリקי שימוש בעת המלחמה לשם השמדת צמחיה, והוא מארח התרבות לאחרר-מכן במסרטן. היה זה מקרה טיפוסי של וכאות קיבוציות (עליל, העלה 10): החומר הכימי הגבר את הסיכון לה潦ות בסרטן, אך לא ניתן היה לרעת על מי השפיע בפועל ועל מי לא.

²⁷⁷ עליל, ח-פרק 2.

²⁷⁸ לעניין התנהגות עולמית שאינה המרשota ורא לעליל, ח-פרק 2 (1).

הויזחי, ואם לא יוכר עקרון האחוריות הקיבוצית, יהיה להם תמרץ ברור במרקם רכיבים לא לפתחו בעיה זו, אף להחריפה. שיקולים של פיזור נזק תומכים גם הם במרקם רכיבים בהטלה אחוריות קיבוצית, הן מהטעם שבניה-הקבוצה שעלייה נמנעה המועל אשר גרם לנזק הם ובים, ואילו התובע לעתים הוא אחד; ובעיקר משום שבמרקם רבים, אם כי לא בכללם, בנייה-הקבוצה הם מפוזרי הנזק הוטבים יותר.

לבסוף, הטלה אחוריות קיבוצית עלתה לעיתים בקנה אחד עם מטרת חלוקתי המזוכרת לא אחת בפסקתו של בית-המשפט העליון: העדרת נזק חף על-פני מזיך אשם.

אגב הדיון בשיקולי המדייניות המשפטית עסקתי אף בשני עניינים נוספים. האחד, אופן חלוקת נזק הנשיאה בנזק בין הנתבעים השונים; והשני, אופן הטלה האחוריות על כל אחד מהנתבעים כלפי התובע: על כל הנזק או על חלקו. אשר לעניין הראשון, נראה כי הקריטריון המתאים לחלוקת נזק הנשיאה בנזק הוא וחוללת הנזק של התנהגנות הרשלנית, ובהיעדר אפשרות לדעת מהי תחוללה נזק זו – התחוללה הכללית של נזקים ושלניים²⁷⁹. זאת בהנחה שהאחריות צריך שתהיה מוטלת על גרם נזק ברשלנות. אשר לעניין השני, כאשר לנتابעים יש עדיפות על-פני התובעים באיתור בנייה-הקבוצה שהמעול, אשר גרם לנזק מסוים אליה, כמו גם ביכולת הגביה מהם, תועדף בדרך כלל הטלה אחוריות לכל הנזק על כל נתבע ונתבע. לעומת זאת, כאשר העדיפות היא לתובעים, תועדף בדרך כלל הטלה אחוריות על כל נתבע ונתבע אך לחלק מהnezק על-פני הקריטריון הרלכנטי לחולקת האחוריות. בהיעדר עדיפות לנتابעים על התובעים או להיפך, נראה כי התשובה לשאלת בדבר אופן הטלה האחוריות אינה חר-משמעות והיא עשויה להיות תלולה בחומריצים הרלכנטים לגילוי האמת, ביכולת פיזור הנזק היחסית של הצדדים ובשאלה אם דבק אשם בהתנהגותם.

כללו, טוב היה לו עקרון האחוריות הקיבוצית היה מאומץ בדרך חקיקתית. לשאלת מתי כדי שימושו ומתי לא ATIICHס מיד. לפני כן רואי להציג כי ניתן לקלותו אותו, חלקי, בדרך פסיקתית, תוך שימוש בדוקטרינות משפטיות קיימות. הדבר ניתן להיעשות בין היתר תוך שימוש "הnezק הראייתי", שלפיו, כאשר כל בנייה-הקבוצה, שהמעול אשר גרם לנזק נמנה עמה נגנו באופן עולתי, ניתן לומר שככל אחד מהם גרם באשמו לנזק ראייתי לתובע, אשר אין יכול להוכיח את עילית תביעתו. מי שמצילה להוכיח שלא הוא גרם לנזק, ייחשב כמו שתיקן את הנזק הראייתי ויצא פטור,ומי שלא יצליח לעשות כן ייאלץ לשאת בכל נזקיו של התובע. יש לשים לב לכך, שטכניתה זו מטלת היא מלווה האחוריות על כל נתבע ונתבע. חלוקת נטול זה ובין הנתבעים השונים תישנה ביחסיהם הפנימיים על-פני הקריטריון הנוגע אצלנו לעניין זה: בעיקר יהס אשם של הנתבעים השונים.

טכניות אחרות עשויה להביא גם הן להטלה אחוריות קיבוצית במרקם מסוימים. כך, לעיתים, ניתן לראותה בכל בנייה-הקבוצה כיצוריו סיכון מסוות עולותיהם שמנו נפגע התובע, שוגם או כולם יהיו חבים לפניו, ואחתה היא מי גרם ישירות לנזקו. דרך

²⁷⁹ אך בקבצת המקרים השנייה, בלעדיו הנתבעים המעניינים על סיכוי המעורבות בתאונת. (עליל, ליד העירה .(176

נוספת להטיל אחריות קיבוצית במקרים מסוימים היא למור, שאfilו הנתבעים לא גרמו באשם לנזק הisher של הנזק, הם התרשלו ביצירתה של בעית הזיהוי. דרך אחרונה זו עושה גם-כן שימוש בטכנית "ה.nz הראיית", אם כי באופן שונה. את עקרון האחריות הקיבוצית מומלץ לאמץ בדרך של חקיקה. ניתן לעשות זאת בתחוםים ספציפיים, כמו במקרים נזק מוצריים פגומים או בסיטואציות צרכניות למיניהן. ניתן אף לקלוט את העיקרון עיקרון כלל. במקרה אחרון זה עולה השאלה כיצד להתחות את גבולותיו.

ראשית, נראה כי ראוי להכיר בו לפחות חלק במקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה (לא הוכח קשר סיבתי) ובתוך קבוצה זו — בראש-ובאראשונה במקרים שביהם כל בני-הקבוצה, שהמעול אשר פגע בתובע נמנה עמה גרמו לנזקים במשות עוליה דומים, כשהוזה המועל לא היה ידוועה. כל שיקולו המדיניות המשפטית שהובאו תומכים בהטלה אחריות קיבוצית במקרים אחרים אלה, וכי שבוען, ניתן להטיל אחריות קיבוצית בכל המקרים הנכללים בקבוצת המקרים הראשונה, באמצעות דוקטרינות משפטיות קיימות.

שנית, נראה כי ראוי להכיר בעיקון האחריות הקיבוצית כחלק במקרים הנכללים בקבוצת המקרים השנייה (לא הוכח קשר אשם) והשלישית (לא הוכח קשר סיבתי ולא הוכח אשם), כאשר כל בני-הקבוצה שהמעול אשר פגע בתובע נמנה עליה גרמו לנזקים במשות עוליה דומים, כשהוזה המועל לא היה ידוועה.

שלישית, מומלץ לשקל להכיר בעיקון האמור כחלק במקרים הנכללים בקבוצת המקרים השנייה והשלישית, כאשר מדובר בפעולות מבוטחת.

רביעית, מומלץ לשקל להכיר בעיקון האחריות הקיבוצית במקרים אחרים הנכללים בקבוצת המקרים השנייה, ואולי גם השלישית, כאשר מספר בני-הקבוצה שהמעול נמנה עמה הוא שניים. במקרה אחרון זה קיימת אפשרות קרובות אפשרות שניי בני-הקבוצה הם מעולים, שאז ניתן להכיר באחריותם אף לפני המצב המשפטי הנודג²⁸⁰.

חלוקת האחריות לנזק רצוי שתיעשה בהתאם לתוחלת הנזק של ההתקנות העולתיות או בהתאם לתחלת הכללית של הנזקים העולתיים²⁸¹ (לפי העניין). המתיחסת לכל אחד מבני-הקבוצה, שהמעול אשר גרם לנזק נמנה עמה. אשר באופן הטלה האחריות — קשה לקבוע אם עדיף מצב, שבו מוטלת האחריות על כל נתבע ונחבע למלאו הנזק על-פני מצב אחר, שבו כל נתבע ונחבע מהויב לשאתן אך בחלוקת מהnezק לפי קרייטריון החלוקה הרלבנטי. לפיכך מומלץ להותר עניין זה לשיקול-דעתו של בית-המשפט, תוך פירוט השיקולים שעליו לשקל (כגון יכולות איתתו וגביה, יכולת פיזור הנזק, אשם והריצים לגילוי האמת).

עיקון האחריות הקיבוצית מהויה סטייה מסוימת מהרעיון,asher אישוי הוא תנאי לאחריות נזקית. בתחוםים מסוימים ניתן רענן זה במפורש. תחום נזקי הגוף הנגרמים בתאונות-דריכים הוא ווגמא בולט וחשובה לכך. הכרה בעיקון האחריות הקיבוצית, לפחות בקבוצת המקרים הראשונה, ובקרים מסוימים הנמנים

²⁸⁰ לעיל, ליד העורות 262-266.

²⁸¹ אך בקבוצת המקרים השנייה, בעלי הנסיבות המצביעים על סיכוי המעורבות בתאונת. (לעיל, ליד העורה 176).

אריאל פורת

משפטים כ"ג תשנ"ד

על שתי קבוצות המקרים האחרות, עליה בקנה אחד עם המטרות שדייניה הנזקין שוואפים להגישים, אפילו אם אינה תואמת באופן מלא את הכללים הקיימים במשפט הנזקין הפוזיטיבי.