

דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?

מאת

ישראל גלעד*

עניינה של רשימה זו הוא בניתוח ביקורתי של דוקטרינת הנזק הראייתי. דוקטרינה זו מבקשת לפתור בעיות של אי ודאות בזהי הגורם העובדתי לנזק נתון על ידי הפיכת אי הודאות עצמה לנזק בר פיצוי בעוולת הרשלנות. במישור שיקולי המדיניות מראה הניתוח כי דוקטרינת הנזק הראייתי נשענת על בסיס צר יחסית של שיקולי הרתעה וצורך מתקן. בחינה רחבה יותר של שיקולים אלה, ושילובם בשיקולי עלות חברתית ופיזור, מראים כי אימוץ הדוקטרינה עלול להביא להרחבת יתר של האחריות בנוזקין, במורד "המדרון החלקלק", תוך ערעור עקרונות יסוד של אחריות זו המושתת על גרימה להכדיל מיצירת סיכון. כן מצביע הניתוח על מרכיב משמעותי ובעייתי של אחריות חמורה הכרוך בדוקטרינה. בחינה פרטנית של קבוצות המצבים השונות שבהן מוצע להחיל את הדוקטרינה אכן מצביעה על חולשותיה של דוקטרינת הנזק הראייתי בהשוואה להסדרים שבאמצעותם נפתרות כיום בעיות של אי ודאות. לא זו בלבד שהדוקטרינה מביאה להרחבת יתר של האחריות בנוזקין אלא שלעיתים היא גם מצמצמת אותה שלא לצורך. מסקנת הדיון היא שהשימוש בדוקטרינה ראוי שיהיה זהיר ומוגבל.

פתח דבר. א. פריצת גרי האחריות – על מטרות ואמצעים. 1. על מטרות דיני הנזקין; 2. חובת הזהירות; 3. הנזק נשוא האחריות; 4. בעיית המדרון החלקלק; 5. התרשלות וצפיות; 6. עוד על העלות החברתית של הדוקטרינה; 7. סיכום ביניים. ב. ניתוח המקרים השונים; 1. כללי; 2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה; 3. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה; 4. מקרים של גרם נזק כאשר לא ידוע אם הנזק נגרם בעוולה; 5. דיבוי מעולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק המשותף לכולם; 6. נזק שחלקו נגרם בעוולה וחלקו שלא בעוולה. ג. סיכום והערות סיום. ד. אחרית דבר.

* דיקאן הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

פתח דבר

במאמר שפורסם לא מכבר על "דוקטרינת הנזק הראייתי"¹ מציגים המחברים תזה מקורית, שיטתית ומתוחכמת, הפורצת נתיבים חדישים בתחום האחריות בנוזיקין. עיקרה של תזה זו הוא שניתן וראוי להטיל אחריות בגין עוולת הרשלנות על נתבע שיצר באשמו מצב של אי-ודאות עובדתית, השוללת מן התובע את היכולת לדעת מי או מה גרם לו לנזק נתון. אי-ודאות זו, כך נטען, פוגעת באוטונומיה של התובע, ולכן ראוי שתזכה אותו בפיצוי המשקף את הערך הכלכלי של הפגיעה בזכות לדעת. ערך זה ניתן לאומדן על-פי הפגיעה בסיכויי התובע להצליח בתביעה בשל הנזק. מחברי המאמר טוענים כי דוקטרינה זו מתיישבת בעיקרה עם מטרות דיני הנוזיקין, שהן צדק מחלק והרתעה. הם בוחנים אחד לאחד את סוגי המצבים השונים שבהם נוצרת אי-ודאות באשר לגורמים של נזק נתון, מנתחים את ההסדרים הקיימים בכל אחד ממצבים אלה, ומצביעים על יתרונותיה של דוקטרינת הנזק הראייתי בהשוואה להסדרים הקיימים, מהיבטי הצדק המחלק וההרתעה.

לדוקטרינה המוצעת שלוש מטרות². הראשונה היא הצעת בסיס תיאורטי חדש ועצמאי להסדרי אחריות קיימים. המחברים טוענים כי תפיסת הנזק הראייתי מחליפה שורה של דוקטרינות משפטיות אחרות, ויתרונה הוא "בהציעה שיטה כוללת וקוהרנטית לפתרון בעיות של אי-ודאות בגרימת נזק". המטרה השנייה היא הרחבת תחומי האחריות בנוזיקין: "דוקטרינת הנזק הראייתי מציעה בסיס נורמטיבי לאחריות שלא הוכר עד כה". המטרה השלישית היא צמצום האחריות המוטלת כיום מכוח הדוקטרינות האחרות, אם אלה תוחלפנה על-ידי דוקטרינת הנזק הראייתי. אין ספק כי מרכז הכובד של התזה המוצעת, והחידוש העיקרי שבה, הם בהרחבה של תחומי האחריות בנוזיקין. הדיון להלן יתמקד אפוא בפן זה.

בשעתו התעוררו בלבי ספקות באשר ליתרונותיה הנטענים של דוקטרינת הנזק הראייתי. עתה, עם קריאת המאמר, התחזקו בי ספקות אלה, כמו גם החשש כי דוקטרינה

1 א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191 (להלן: "המאמר"). מאמר זה מפתח ומשלים דברים שכתבו המחברים במקום אחר: A. Porat & A. Stein "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" 18 *Cardozo L. Rev.* 1891 (1997). מאמר זה (להלן: "המאמר המוקדם") זכה לתגובה מיידית; ראו R. D. Friedman "Dealing with Evidentiary Deficiency" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1961.

2 המאמר, לעיל הערה 1.

זו עלולה להביא לתוצאות בלתי רצויות, בעיקר בשל הרחבת האחריות בנוזיקין. בשל חשיבותה הרבה של הסוגיה ראיתי לנכון לשתף את הקוראים בספקות ובחששות אלה. יצוין, כי הדברים שלהלן מתייחסים בעיקרם להיבט המהותי/נוזקי של התזה הנטענת³, ופחות להיבט הראייתי, שאינו מצוי בתחום מומחיותי⁴.

בחלק ב' של המאמר אבחן תחילה עד כמה מתיישבות הדוקטרינה והרחבת האחריות הכרוכה בה עם מטרות דיני הנוזיקין ועם התפיסה הרווחת באשר למבנה עוולת הרשלנות ולגבולותיה. אטען, כי המחברים ממעיטים ממשקלם של שיקולי מדיניות מצמצמי אחריות, כמו גם מביטויים המשפטי של שיקולים אלה – חובת הזהירות וההגבלות על נזקים כלכליים טהורים ובלתי ממוניים. אצביע על סכנת "המדרון החלקלק" הכרוכה בגישה זו, וכן על המגמה מרחיקת הלכת של הטלת אחריות חמורה במסגרת הדוקטרינה. בחלק ג' אבחן את מצבי חוסר הוודאות השונים שעליהם מציעים המחברים להחיל את הדוקטרינה. זאת, תוך השוואת תוצאות הפעלת הדוקטרינה לתוצאות המתקבלות מהחלת פתרונות אלטרנטיביים המוכרים בארץ ובעולם. בחלק זה אבקש להמחיש הן את הטענה כי הדוקטרינה מרחיבה את האחריות הנוזיקית ומגדילה את עלויותיה יתר על המידה, והן את הטענה כי ערכה המוסף של הדוקטרינה ביחס לחלופות, עד כמה שהוא קיים, אינו גדול.

א. פריצת גדרי האחריות – על מטרות ואמצעים

1. על מטרות דיני הנוזיקין

הדיון במאמר מתמקד בשתיים ממטרות דיני הנוזיקין: צדק מתקן והרתעה. משיקול הצדק המתקן נגזר "היגד א" המונח בבסיס התזה, והוא "יצירת סיכון באשם שגרמה לנזק מצדיקה הטלת חבות של פיצוי על יוצר הסיכון ואף מצדיקה הענקת זכאות לפיצוי למי שניזוק מהסיכון"⁵. אכן, צדק מתקן והרתעה הם מטרות חשובות של דיני הנוזיקין. עם זאת, בניחות מטרות דיני הנוזיקין קיימים שני מרכיבים חשובים נוספים: פיזור הנזק והתחשבות בעלויות החברתיות של האחריות בנוזיקין. שני מרכיבים אלה, לדוגמא, הם

3 חלקים א' ו-ב' למאמר.

4 חלק ג' למאמר והנספח.

5 שם, בעמ' 198.

חלק ב"משוואה הבסיסית" של קלברזי⁶. ניתוח מלא של דוקטרינת הנזק הראייתי ראוי שייתחם גם למרכיבים אלה, בעיקר כאשר דוקטרינה זו מובילה להרחבת תחומי האחריות בנוזקין. נראה, כי מתן המשקל הראוי למרכיבים אלה עשוי היה לשנות את מסקנות הניתוח.

הדברים אמורים במיוחד לגבי ההתחשבות בעלות החברתית של האחריות בנוזקין⁷. כל תביעת נזיקין כרוכה בניצול משאבים חברתיים של הצדדים ושל מערכת בתי-המשפט, משאבים שבהם ניתן היה לעשות שימוש אלטרנטיבי לטובת הפרטים בחברה. פתיחת שערי האחריות והגדלת זרם התביעות, ביניהן תביעות סרק ותביעות סחטניות, עלול לגבות מן החברה מחיר יקר, לשבש לחלוטין פעילות לגיטימית ורצויה של המזיק, ולהביא להצפה ולסחימה של בתי-משפט, שכבר כיום כורעים תחת נטל כבד מנשוא. קיימות הערכות שונות באשר לעלות החברתית של פתיחת שערי האחריות, אך הכל יסכימו כי בהעדר מנגנונים כלשהם של בקרה, סינון ופיקוח, עלות החברתית של האחריות עלולה "לבלוע" בנקל את תרומתה לצדק מתקן, להרתעה ולפיזור. מאחר שיש בדוקטרינת הנזק הראייתי כדי להרחיב משמעותית את תחומי האחריות בנוזקין ראוי היה לבחון סיכונים אלה⁸.

6 G. Calabresi *The Costs of Accidents* (New Haven, 1970). המחברים מסתמכים בהרחבה על קלברזי לענין שיקול ההרתעה. ראו המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 209, הערה 45. לדיון במיגוון הרחב של מטרות דיני הנזיקין ראו D. More "Human Rights from a Tort Law Perspective" 12 *Tel-Aviv U. Stud. L.* (1994) 81, 90-93.

7 מרכיב הפיזור בהקשר זה אינו חד-משמעי. הטלת אחריות נוספת על מזיק באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לקדם את מטרת הפיזור אם תיצור תמריץ למזיק לכסח את עצמו בהעדר תמריץ דומה לניזוקים. גם כאשר לשני הצדדים תמריצי ביטוח, הטלת אחריות על מזיק עשויה לשפר פיזור קיים על-ידי ביטוח זול יותר או אפקטיבי יותר. עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם דווקא הטלת אחריות בנוזקין פוגעת במטרת הפיזור. כאשר מזיק אחד גורם נזק לקבוצה גדולה של ניזוקים, שכל אחד סובל נזק קטן, הטלת אחריות על מזיק עלולה להביא לריכוז נזק שאלמלא האחריות היה מתפזר. ידגים זאת מקרה המטרד הסביבתי, וראו דוגמא 5 במאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 224-226. זאת ועוד: קיומו של פיזור באמצעות ביטוח, כעניין שבעובדה, מציב סימני שאלה מעל תפיסת הצדק המתקן, שהרי בעלות הביטוח נושאים לרוב מי שלא גרמו לנזק באשם.

8 ההתייחסות היחידה במאמר לבעיית ריבוי התביעות היא באמירה שבעיה זו אינה קשורה לשיקול הצדק המתקן. ראו המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 201. במאמר המוקדם (לעיל, הערה 1), בעמ' 1913-1917, מצויה התייחסות לבעיית העלות שיוצרת דוקטרינת הנזק הראייתי, אלא שזו מתמקדת בעיקרה לא בעלות של ריבוי התביעות, אלא בהגדלת עלות הדין כתביעה נתונה. לגופו של עניין נטען שם, כי העלות הגבוהה של הדוקטרינה מרדקת בשל תרומתה של האחרונה להרתעה ולצדק המתקן. להנחה זו לא מובא כל ביסוס, וממילא כוחה אינו יפה יותר מאשר ההנחה ההפוכה, דהיינו: שנוקי הדוקטרינה גדולים מתועלתה. דומה שבעניין זה, בשל ההשפעות הברורות של הדוקטרינה על ריבוי

גם גישת המחברים לסוגיית ההרתעה מעוררת קושי. הצורך בהרתעה נוצר כאשר מזיק גורם בפעילותו לנזק חברתי (social cost), אך אינו מתחשב בנזק זה כאשר הוא מחליט על היקף פעילותו וטיבה, כלומר: כאשר הוא מחציץ את העלות החברתית⁹. עקב החצנה זו של הנזק החברתי, רמת הזהירות בפעילות נתונה עלולה להיות גמוכה מדי והיקף הפעילות גדול מדי. כדי למנוע זאת יש לבצע פעולה של הפנמה, דהיינו: להפוך את העלות החברתית המוחצנת לעלות פרטית של המזיק. על-פי התפיסה הכלכלית, דיני הנזיקין הם המכשיר לביצוע ההפנמה באמצעות הטלת אחריות על המזיק. הפנמה אופטימלית צריכה להיות במידת הנזק החברתי שהוחצן. מבחינת המזיק, נטל האחריות בנוזיקין צריך לשקף נזק זה. כאשר נטל האחריות קל יותר נוצרת בעיה של הרתעה חסרה, וכאשר נטל האחריות כבד מדי נוצרת בעיה של הרתעה יתר. הרתעה יתר מעלה את רמת הזהירות של המזיק מעל לרמה האופטימלית, ומקטינה את היקף פעילותו מתחת לרמה האופטימלית. הרתעה יתר עלולה להיות גרועה יותר מהרתעה חסרה או מהעדר הרתעה כלשהי. במקרה האחרון תרומת האחריות בנוזיקין היא שלילית.

להרתעה יתר כמה גורמים: הערכה מופרזת מצד המזיק בדבר נטל האחריות הצפוי, חששו מפני ריבוי תביעות על כל הכרוך בכך, שנאת סיכון של מזיקים ומבטחים, הסטיגמה השלילית של האחריות, וכן הפגמת נזק שאינו משקף עלות חברתית אלא נזק פרטי בלבד¹⁰. דוקטרינה המבקשת להרחיב משמעותית את תחומי האחריות בנוזיקין ראוי שתתמודד התמודדות ממשית עם האפשרות של הרתעה יתר¹¹, בעיקר על רקע התהפוכות שידעו המשפט האמריקני והאנגלי במגמות האחריות בעשורים האחרונים¹². גם שיקול הצדק המתקן אינו תומך חד-משמעית בהטלת אחריות על גורם הנזק הראייתי. הטלת אחריות מוצדקת משיקולי צדק כאשר האשם הוא אשם סובייקטיבי, דהיינו: כאשר גורם הנזק, כאינדיבידואל, היה מסוגל לפעול אחרת. אלא שהאשם

התביעות ועלותן, נטל ההוכחה הוא על המחברים. במקום אחר במאמר המוקדם (שם, בעמ' 1898), מוזכר טיעון "ריבוי התביעות" כטיעון חשוב אך בלתי רלבנטי. לביקורת טענה זו של אי-הרלבנטיות ראו להלן, בסעיף 3, בטקסט שליד הערות 34 ו-35.

9 לעניין זה ראו בהרחבה I. Gilead "Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost" 17 *Int'l. Rev. L. & Econ.* (1997) 589.

10 שם.

11 גם כאן, ההתייחסות היחידה לבעיה של הרתעה יתר היא באמירה שבעיה זו אינה קשורה לשיקול הצדק המתקן. ראו המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 201. אין כל ניסיון להתמודד עם בעיה זו לגופה.

12 למגמת צמצום האחריות במשפט האמריקני ראו G. T. Schwartz "The Beginning and Possible End of the Rise of Modern American Tort Law" 26 *Ga. L. Rev.* (1992) 601. למגמת צמצום האחריות ברשלנות במשפט האנגלי ראו *Murphy v. Brentwood DC* [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.) ו-*Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.).

המשמש בסיס להטלת אחריות ברשלנות הוא אשם אובייקטיבי, הנבחן לפי הסטנדרט הגבוה, והלא תמיד מציאותי, של האדם הסביר. לאחריות ברשלנות יש אפוא סממנים של אחריות חמורה, ולכן לא ניתן לומר כי בכל מקרה הטלתה מתבקשת מאליה משיקולי צדק מתקן. אי-הצדק שבאחריות בולט במיוחד כאשר אשם "טכני" מוביל לאחריות בהיקף ניכר. היה אפוא מקום לבחון אם, ועד כמה, האחריות המוצעת מבוססת על אשם "טכני", במיוחד נוכח הצעת המחברים (הנדונה להלן, בסעיף 5), "להגמיש" את דרישת הצפיות. זאת ועוד: כאשר קיימים ופועלים מנגנוני פיזור המפזרים את הנזק מהמזיק אל קבוצת הביטוח שאליה הוא משתייך, ואל הניזוקים עצמם, טיעון הצדק המתקן מאבד הרבה מעוצמתו¹³.

2. חובת הזהירות

על-פי דוקטרינת הנזק הראייתי תוטל על גורם הנזק הראייתי אחריות בעוולת הרשלנות. לרשלנות, כידוע, שני מרכיבים: מרכיב ההתרשלות ומרכיב חובת הזהירות. מרכיב החובה הוא המסננת המבחינה בין התרשלות שיש עמה אחריות בנוזקין להתרשלות שאין עמה אחריות בנוזקין¹⁴. חובת הזהירות, כאמצי הבקרה על היקף האחריות, קשורה בקשר הדוק לשיקולים מצמצמי האחריות שהוזכרו לעיל. תפקידה הוא לשלול אחריות בלתי צודקת: לחסום אחריות שעלותה החברתית גדולה מתועלתה בשל בזבוז משאבים חברתיים, למנוע סתימה של בתי-המשפט, הרתעת יתר, ריכוזו של נטל שכבר פוזר¹⁵, וכן כל תוצאה שלילית אחרת של האחריות בנוזקין. בתזה המוצעת נפקד מקומה של חובת הזהירות. הטיעון המנחה – "היגד א" – הוא, כאמור, זה: "יצירת סיכון באשם שגרמה לנזק מצדיקה הטלת חבות". אשם מוגדר כ"התנהגות בלתי סבירה", כלומר כהתרשלות¹⁶. מהיגד א נפקד אפוא מקומה של חובת הזהירות האמורה לפקח ולווסת את היקף האחריות ברשלנות. נראה, כי הצגה זו של האחריות ברשלנות משתלבת היטב בגישה מרחיבת האחריות המאפיינת את המאמר. מוזכרים בו שיקולים להטלת אחריות

13 ראו לעיל, הערה 7.

14 ראו י' גלעד "על יסודותיה של עוולת הרשלנות במשפט הנוזקין הישראלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 319; א' פורת "דיני נוזקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ד-תשנ"ה) 373; י' גלעד "על 'הנחות עבודה', אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גודל האחריות ברשלנות" משפטים כו (תשנ"ו) 295. ראו גם B. S. Markesinis & S. F. Deakin *Tort Law* (Oxford, 3rd ed., 1994) 68-70. חובת הזהירות אינה המסננת היחידה; לצידה פועלת גם המסננת הסיבתית.

15 ראו לעיל, הערה 7.

16 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 198, הערה 16.

(צדק מתקן והרתעה), אך כמעט שלא מוזכרים שיקולים נגדה¹⁷. על-פי גישה זו אין אפוא צורך להיזקק למסגרת של חובת הזהירות.

3. הנזק נשוא האחריות

הנזק שבגיניו מוטלת אחריות על-פי הדוקטרינה המוצעת הוא, כאמור, פגיעה באוטונומיה של האדם, פגיעה בזכות לדעת מה גרם לנזק, על רקע האפשרות שנוק זה נגרם בעוולה. זהו במהותו נזק בלתי ממוני "טהור", כלומר: פגיעה בשלמות הרוחנית של הנפגע שאינה נובעת מפגיעה פיזית בו או ברכשו. המחברים מוסיפים, כי "הדרך להערכת הנזק מבוססת על כך שלזכות זו יש ערך כלכלי"¹⁸. הערך הכלכלי הוא שוויה של הזכות למידע, שווי הנמדד על-פי ההסתברות, אלמלא הנזק הראייתי, להצליח בתביעה משפטית¹⁹. נזק זה הוא נזק כלכלי "טהור". על-פי הדוקטרינה, הנזק בר התביעה הוא אפוא שילוב, שאינו מוגדר בבירור, של נזק בלתי ממוני טהור עם נזק כלכלי טהור.

הקושי הוא שהכרה בנזקים אלה בעולות הרשלנות אינה דבר המובן מאליו. הכרה באחריות בשל סוגי נזקים אלה מרחיבה את מעגלי התובעים והאחריות בנוזקין, ועלולה בנקל לגרום לקשת התוצאות הבלתי רצויות שנמנו לעיל – בזכו משאבים יקרים, הרתעת יתר, אי צדק וסתימת בתי-המשפט. בשל כך גייסו בתי-המשפט בעולם האנגלו-אמריקני ובישראל את חובת הזהירות וכלים אחרים, כדי לשלול או להגביל את האחריות בשל סוג זה של נזקים.

בישראל, על-פי מסורת המשפט המקובל, נשללה לחלוטין האחריות בשל נזק בלתי ממוני טהור עד להחלטה בעניין גורדון²⁰. במקרה זה הוכרה אחריות בשל פגיעה קשה בזכות יסוד – מעצר שווא של אדם עקב התרשלות של רשות שלטונית²¹. בית-המשפט הדגיש, כי גם במקרה זה יש להגביל את האחריות ל"מעגל הסיכון הראשוני"²². ביטוי מובהק לגישה המצמצמת את האחריות לסוג נזק זה הוא הגבלת זכאותם לפיצוי של בני משפחתו של מי שנפטר עקב עוולה. פקודת הנזיקין הגבילה את זכאותם, כתלויים, אך ורק לנזק הממוני שסבלו. בן-זוג, צאצא והורה אינם זכאים לפיצוי כלשהו על הסבל

17 ראו לעיל, הערות 8 ו-11. הקשר אחר שבו מוזכרים שיקולי מדיניות אחרים, ללא פירוט, הוא לצורך הטלת אחריות כאשר שיקולי הצדק המתקן אינם תומכים בכך. ראו שם, בעמ' 203.

18 שם, בעמ' 254.

19 שם, בעמ' 203-207.

20 ע"א 243/83 עדיית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

21 ראו גם ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סדהן, פ"ד מב(3) 733.

22 עניין גורדון (לעיל, הערה 20), בעמ' 142.

הנפשי הניכר בשל מות בן-הזוג, ההורה או הצאצא. זכאותם לפיצוי הוכרה רק במצבים שבהם נגרם להם נזק נפשי קשה במיוחד כתוצאה מחשיפה לסבלו של בן המשפחה. מאחורי הגבלה זו של האחריות ניצבים אותם שיקולים מצמצמים שנדרשו לעיל, והדברים נאמרו בצורה הברורה ביותר בעניין אלסוחה²³. יצוין, כי מגמה מצמצמת זו התחזקה לאחרונה, כפי שמעידה שורה של פסקי-דין שבהם נדחו ניסיונות להרחבת הזכאות של קרובי משפחה בשל נזק בלתי ממוני טהור, על אף חומרתו הגדולה יחסית של הנזק²⁴. מידת ההכרה בנוק בלתי ממוני טהור במשפטנו היא אפוא מוגבלת²⁵. על רקע זה, לא

23 ברע"א 444/87 אלסוחה נ' עזבון דהאן וז"ל, פ"ד מד(3) 397, אומר הנשיא שמגר, בעמ' 432-431: "... גרימת נזק גוף לפלוגי יכולה להסב נזקים נפשיים מגוונים למספר בלתי מסוים של נפגעים... אחריות בנוזיקין... תביא לידי כך שהמוזיק... ימצא עצמו חייב לפצות מספר רב של בני אדם, אשר האירוע הרשמי השפיע בדרך כלשהי על רגשותיהם ועל חוסנם הנפשי... תוצאה כזו אינה מתקבלת כמובן על הדעת, הן מבחינת הנטל הכבד על המזיק בפרט ועל ההתנהגות האנושית בכלל, והן מבחינת ההכבדה על מערכת המשפט... החלה בלעדית של מבחן הצפיות תביא לריבוי תביעות, ובהן, מן הסתם, תביעות בגין נזקים קלי ערך, תביעות סרק ותביעות בדויות... מדיניות משפטית סבירה אינה יכולה לתת ידה לכך".

24 ברע"א 4446/90 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ברנע (לא פורסם) נדחתה תביעתה של התובעת, שחזתה בנוק קשה שנגרם לבתה אשר נסעה עמה במכונית, כשידית ההילוכים חדרה לעינה וגרמה לעוורון בעין שנפגעה. לאם נגרמה נזק נוסף פוסט-טראומטית. ברע"א 5256/92 בן-מאיר נ' סלונקינס תקדין-עליון 95(2) 154, נדחתה תביעת פיצויים של התובעת שסבלה תגובת אבל עקב מות בעלה בתאונת דרכים. התובעת שמעה את התרחשות התאונה, זיהתה את בעלה שנפגע נסעה עמו באמבולנס לבית החולים, שם נפטר מקץ יום. ברע"א 3798/95 הסנה, חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' חטיב, פ"ד מט(5) 651, נדחתה תביעת התובע אשר נפצע בתאונה בה נהרגה אשתו. התובע סבל מנזק פוסט-טראומטית, נזק שנגרם לו כתוצאה מן הבית, ותביעתו נדחתה למרות שהוא עצמו נפגע בתאונה. ברע"א 5803/93 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267, הייתה התובעת עדת ראיה למות אמה, שקיפחה את חייה בתאונת דרכים כשהשתיים צעדו יחדיו לצד זו. התביעה נדחתה בשלוש ערכאות. בפסקה 6 לפסק-דינה חזרה ומאמצת השופטת שטרסברג-כהן את שיקולי המדיניות העומדים מאחורי צמצום האחריות על-ידי תנאים נוקשים: "תנאים אלה היו פרי מדיניות שביקשה למנוע תביעות שאמיתותן מוטלת בספק, למנוע הטלת נטל כבד מדי על מוזיקים למיניהם, וכן נתנו הם ביטוי לחשש להצפת בתי המשפט כתביעות של נפגעים משניים". ראו גם ברע"א 2879/97 גיל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, תקדין-עליון 97(3) 457, בו נדחתה תביעתו של קטין בן עשר וחצי אשר נפגע בתאונת דרכים כאשר אמו נפגעה קשה לנגד עיניו.

25 על מגמה זו עומד השופט קציר בספרו פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה רביעית, 1997) בצינו, כי "אחרי עניין אלסוחה חלה הקשחה בנוגע לתנאי על דבר חומרת הפגיעה שהוצב בו... הייתה כאן, במידה רבה, חזרה להלכה העתיקה שנקבעה עוד בשנות החמישים על דבר הצורך בנוק מוחשי למקרים של פגיעה בנפש בלא פגיעה בגופו של התובע" (שם, בעמ' 674). אשר לעניין סוהן (לעיל,

ברור מה מביא את המחברים להניח כי הזכאות לפיצוי בשל הנזק הקל יחסית של פגיעה באוטונומיה דרך "הזכות לדעת" היא מובנת מאליה ואינה מצריכה כלל דיון²⁶. לגבי ידי, אחריות ברשלנות לסוג זה של נזק, אם בכלל, חייבת להיות מוגדרת ומתוחמת היטב.

גם באשר לנזק הכלכלי הטהור, נקודת המוצא של המשפט האנגלו-אמריקני היא שלילה של האחריות לנזק זה. גישה זו ידועה כ"כלל השלילה" (the exclusionary rule)²⁷. כלל השלילה מבוסס על הטעמים להגבלת האחריות שנסקרו לעיל. שני החריגים המרכזיים שהתפתחו לכלל השלילה הם אחריות בשל מצגים רשלניים ואחריות בשל שירות רשלני. חריגים אלה מבוססים על הרציונלים המיוחדים של מצג והסתמכות (reliance) ונטילת אחריות (assumption of responsibility) ומוגבלים על-ידם. מחוץ לחריגים אלה, ההכרה בנזק כלכלי טהור מוגבלת בהיקפה. המשפט האנגלי, לדוגמא, חזר בו מהניסיון להרחיב את האחריות לסוג נזק זה²⁸. גם המשפט הישראלי הכיר באחריות לנזק כלכלי טהור, בעיקר כשזו מבוססת על הסתמכות על מצג ונטילת אחריות, תוך הקפדה על כך שאחריות זו לא תרחיב יתר על המידה את מעגל הזכאים לפיצוי²⁹. הכרה באחריות לנזק כלכלי טהור שלא על בסיס הסתמכות על מצג או נטילת אחריות הוגבלה למקרים מיוחדים, כאלה שבהם נושא המזיק (עו"ד, בנק או רשות ציבורית) כתובת אמונים מיוחדת כלפי הניזוק³⁰. המחשה לגישה המצמצמת לנזק כלכלי טהור

הערה (21), בו הוכרה זכאות בשל הנזק הנפשי של עגינות, זהו מקרה מיוחד של רשות ציבורית אשר לא אכפה צו של רשות שופטת.

26 אומנם ניתן לטעון, כי מקורן של ההגבלות הנ"ל על זכאות בני המשפחה בהיותם נפגעים עקיפים, ולא נפגעים ישירים כבמרבית מקרי הנזק הראייתי. בסופו של דבר, מקור ההגבלה הוא בחשש מפני הרחבת מעגלי הזכאים, וחשש זה הוא חשש ממשי כשמדובר בהכרה "בזכות לדעת", כפי שיובהר להלן. בסעיף 4, בדיון בבעיית "המדרון החלקלק".

27 ראו לענין זה B. P. Feldthusen *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss* (Toronto, 3rd ed., 1994).

28 עניין Murphy (לעיל, הערה 12).

29 הקפדה זו מודגשת היטב בעניין וינשטיין, בו הוגבלה האחריות בטכניקות שונות שלא כאן המקום לפרטן. מאחורי הגבלות אלה עמדו השיקולים המצמצמים, דהיינו מהחשש מאחריות "בסכום בלתי מוגדר, לזמן בלתי מוגדר וכלפי סוג אנשים בלתי מוגדר". ראו המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, אגודה שיתופית בע"מ, פ"ד ח 1317, 1341. במהלך השנים הוגמשו התנאים היקף האחריות גדל, אך כל העת נזהר בית-המשפט שלא להרחיב יתר על המידה את היקף קבוצת התובעים. ראו, לדוגמא, דע"א 5379/95 "סהר" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פ"ד נא(4) 464.

30 ראו, לדוגמא, ע"א 1170/91 בכור נ' יחיאל, פ"ד מח(3) 207, לענין חובת זהירות של עורך-דין כלפי מי שאינו לקוחו; ע"א 168/86 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' לה בודיאר בע"מ, פ"ד מב(3) 77, לענין

מצויה בדחייה השיטתית של תביעות נגזרות, שבהן טען התובע לנזק כלכלי שנגרם לו עקב פגיעה פיזית באחר או ברכושו של אחר³¹.

כיצד מתמודדים המחברים עם בעיית האחריות לנזק כלכלי טהור? טענתם הפוזיטיבית היא שההלכה בישראל שונה מהותית ממקורותיה במשפט המקובל. לשיטתם, כלל השלילה אינו חלק מהמשפט הישראלי, שכן "בתי משפט בארץ אינם נותנים בדרך כלל את הדעת על כך שמדובר בנזק כלכלי, ומחילים לגביו אמות-מידה דומות לאלה שהם מחילים באשר לנזק פיזי"³². על רקע סקירת הפסיקה שלעיל, אמירה זו נשמעת מוקשית³³. בהיבט הנורמטיבי מועלית הטענה, כי האחריות בשל נזק ראייתי

חובת זהירות של בנק כלפי צד שלישי; וע"א 196/90 ירמיהו עיני, חברה לבניין בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית, פ"ד מז(2) 111, לעניין רשויות ציבור. מצבים נוספים שבהם הוטלה אחריות לנזק כלכלי טהור, הניתנים להסבר באופן שאינו מביא להרחבה בלתי רצויה של מעגלי האחריות, הם של גרימה מכוונת (ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' ציוק ז"ל, פ"ד מא(3) 169; אחריות בעלת אופי שטרי (ע"א 542/87 קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית נ' עוזאד, פ"ד מדר(1) 422; ונזק כלכלי טהור "המחליף" נזק פיזי (ע"א 248/86 עובדן לילי חנשוילי ז"ל נ' "רוחם", חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529. במקרה האחרון נבלע נזק גוף שגרם מזיק מוקדם בנזק גוף שגרם מזיק מאוחר ללא קשר לנזק המוקדם. בית-המשפט קבע כי שני המזיקים אינם אחראים לנזק הגוף המוקדם מרגע שנבלע על-ידי המאחר: המזיק המוקדם משום שלא נתפס, לפי מבחן "הסיבה שבלעדיה אין", כגורם עובדתי הכרחי לנזק, והמזיק השני משום שהנזק המוקדם היה קיים בעת שפגע בניזוק. כדי למנוע נפילה של הניזוק "בין הכיסאות" הוחלט כי המזיק השני יחוב בשל הנזק המוקדם לא במישורין, אלא בעקיפין, בשל הנזק הכלכלי של אובדן התביעה נגד המזיק המוקדם. בדרך זו "הומר" נזק פיזי לנזק כלכלי טהור. לא כאן המקום לדון בבעייתיות שהלכה זו מעוררת. יצוין רק כי ניתן היה ללכת בדרך פשוטה ביותר, ללא היוקקות לנזק הכלכלי. זאת על-ידי אימוץ מבחן מרחיב יותר של סיבתיות עובדתית, מבחן "הדיות" אשר הוזכר בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 114. מאחר שהמזיק המוקדם היה גורם "מספיק" לנזק, הגם שלא גורם הכרחי, ניתן היה לחייבו בשל הנזק המוקדם על אף היבלעו של זה על-ידי הנזק המאוחר. מנקודת מבט זו, אובדן זכות התביעה של הניזוק כנגד המזיק הראשון נגרם לא על-ידי המזיק השני, אלא בשל "מחוללו" של בית-המשפט לאמץ את מבחן "הדיות"...

31 ראו ע"א 111/68 לפידות חברת מחפשי נפט בע"מ נ' שליטר, פ"ד כב(2) 390, 379; ד"ר 24/81 חנוכיץ נ' כהן, פ"ד לח(1) 413, 420; ע"א 64/89 גבאי נ' לוזון, פ"ד מח(4) 673; ע"א 206/87 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' עובדן המנוח ד"ר אדיסון, פ"ד מה(3) 72, 79-80; ע"א 38/74 זבדה נ' זמיר, פ"ד כט(1) 785; ע"א 134/56 הסוכנות היהודית לא"י נ' שכטר, פ"ד יא 1329, 1332; ע"א 331/75 "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של עובדים בע"מ נ' פלאצי, פ"ד לב(1) 63, 71.

32 המאמר (לעיל, הערה 1), הערה 32, בעמ' 201.

33 ראו לעיל, הערות 29-31. עניין וינשטיין, שעליו מסתמכים המחברים בעניין זה (שם, הערה 23), עסק כאמור בחריג המוכר לכלל השלילה – הודעת שווא רשלנית, שבו האחריות מבוססת על הסתמכות על

באה במקרים רבים כתחליף לאחריות לנזק פיזי, ולכן לא מתקיים במקרים אלה החשש מפני הרחבה יתרה של חוג התובעים³⁴. טענה זו אינה משכנעת. הגבלה אפקטיבית על חוג התובעים קיימת כאשר האחריות לנזק הכלכלי מותנית בקיומה של אחריות לנזק פיזי, כלומר: כאשר הראשונה נלווית או נספחת לאחרונה. במקרה זה, הכרה באחריות לנזק כלכלי אינה מגדילה את מעגל התובעים ואת מעגל הנתבעים. לעומת זאת, המחברים מציעים אחריות לנזק כלכלי במקרים שבהם אין אחריות לנזק פיזי, ובמקרים שבהם קיים ספק משמעותי אם בכלל נגרם נזק פיזי בעוולה. בכך הם מרחיבים באופן משמעותי הן את חוג התובעים והן את חוג הנתבעים. הצעד הקטן, כביכול, של מעבר מהגבלה הדורשת אחריות לנזק פיזי, להגבלה המסתפקת בקיומו של נזק פיזי, גם כשאין לגביו אחריות או אשם, מרחיב משמעותית את מעגלי התביעה³⁵. יתרה מזאת: מקריאת הדברים עולה, כי המחברים אינם מתנים ומגבילים את תחולתה של דוקטרינת הנזק הראייתי למצבים שבהם קיים נזק פיזי. הם מציינים שכך יקרה לעתים קרובות כדי להפיס את דעת החוששים מהרחבת האחריות, אך מבחינתם הרחבת האחריות אינה נתפסת כבעייתית ואינה מצדיקה את הגבלת הדוקטרינה. הן במבוא למאמר והן בסיכומו לא מוזכרת כל הגבלה של הדוקטרינה ל"נזק פיזי". נהפוך הוא – הדגש הוא על הפגיעה באוטונומיה ועל הנזק הכלכלי הטהור של אי-הצלחה בתביעה, ללא הגבלה ברורה על סוג הנזק הישיר שקיומו מצמיח את עילת הנזק הראייתי. בדברי הסיכום אף נשאלת שאלת החלת הדוקטרינה בדיני החוזים ובתחום המשפט המינהלי, תחומים שבהם נזקי הגוף נדירים יחסית³⁶.

מצג ונטילת אחריות. בסיס זה אינו מתקיים לרוב בהקשר הנזק הראייתי. ראינו גם כי וינשטיין והפסיקה שבעקבותיו הקפידו להגביל את מעגלי הזכאים לפיצוי כשל נזק כלכלי טהור. ראו גם ת' גורון "חובת הזהירות ברשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב (תשנ"ה) 126, בעמ' 181-182. המחברת מציינת, ובצדק, כי הטענה שלפיה בעיית הנזק הכלכלי הטהור אינה מתעוררת כלל במשפטנו היא "חפזה מדי". כדבריה שם, "הבעיה קיימת. פתרונה ממתין למקרה מתאים... באופן שיחאפשר ויתחייב דיון מקיף וישייר בסוגייה זו". עוד יצוין, כי דיון מקיף בבעיה העקרונית של נזק כלכלי, יחד עם אימוץ הגישה המצמצמת, מצוי בת"א (ת"א) 1586/63 בריקמן נ' "עתיד", קרוי משא בע"מ, פ"מ עח 76.

34 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 202.

35 בהקשר זה ראו להלן, הדיון בעניין חנשוילי (לעיל, הערה 30).

36 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 255. במאמר המוקדם (לעיל, הערה 1), בעמ' 1898, דוחים המחברים את טיעון "ריבוי התביעות", באמנם כי האחריות לנזק ראייתי מותנית בכך שקיים נזק פיזי או נזק אחר שהוא בר תביעה. גם מאזכור זה של "נזק אחר" עולה, כי לשיטת המחברים קיומו של נזק פיזי אינו תנאי הכרחי. ואכן, כמה עמודים לאחר מכן, בעמ' 1905, מובא מקרה של הפליה בעבודה ללא כל זיקה לנזק פיזי. עוד יצוין, כי האמירה שם, בעמ' 1898, כי דוקטרינת הנזק הראייתי היא auxiliary

עמדנו לעיל גם על בעיית הרתעת היתר, הנובעת מכך שהנזק המופנם באמצעות הדוקטרינה אינו נזק חברתי אלא נזק פרטי בלבד, שאינו טעון הפנמה. בעניין זה המחברים מסתפקים באזכורה של בעיה סבוכה זו³⁷.

4. בעיית המדרון החלקלק

נוכח האמור לעיל נראה, כי הדוקטרינה המוצעת מעוררת את בעיית המדרון החלקלק (slippery slope). בעיקרה מבקשת הדוקטרינה להגן על זכותו של אדם לדעת כיצד ניוזק, כאשר לזכות זו ערך כלכלי המבוטא בסיכויי הצלחה אפשריים בתביעת נזיקין; אך משתוכר זכות זו, היכן יוצב הגבול? מדוע שלא כל פגיעה בזכות לדעת תיחשב כבת פיצוי? מדין קל וחומר ניתן לטעון להטלת אחריות כל אימת שאי-מסירת מידע חשפה את התובע לנזק פיזי לגוף או לרכוש. בכך תיפתח הדרך להטלת אחריות רחבה ובעייתית בשל מחולל להזהיר או מחולל להציל. כן קיימים מצבים נוספים של פגיעה בזכות לדעת הגורמת לנזק כלכלי, כגון אי-מסירת מידע הרלבנטי להשקעה כספית. בהקשר זה קיימת סכנה של הרחבה בלתי ראויה של האחריות בשל מצגים רשלניים על דרך המחלול. והאם מדובר רק במניעת מידע ספציפי? מדוע לשלול זכאות ממי שעקב התרשלות הוריו או מערכת החינוך לא זכה להשכלה נאותה, ואיכר עקב כך כושר השתכרות? ומן העבר האחר, מדוע שלא נכיר בכל התרשלות הפוגעת בסיכויי אדם להצליח במשפט כיוצאת אחריות? מדוע שלא תוטל אחריות על מי שברשלנות העיד עדות מטעמו של התובע או נגדו, ופגע בסיכויי³⁸? על מי שברשלנות עיכב עד בדרכו לבית-המשפט? והאם ההגנה על האוטונומיה ועל הזכות לדעת חלה גם במקרים שבהם הנזק הוא אך ורק בלתי ממוני

— כלומר: נלווית או נספחת לנזק אחר שהוא בר תביעה — אינה תואמת את מהותה האמיתית דוקטרינה שבאה להטיל אחריות במצבים שבהם אין אחריות לנזק פיזי.

37 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 201, הערה 24. ראו Gilead (לעיל, הערה 9). בעיה זו קיימת בהקשר של הנזק הראייתי. בכל אותם מקרים שבהם גורם הנזק הראייתי אינו גורם הנזק הישיר, אלא צד שלישי, כרי כי הנזק שגרם אותו צד שלישי לתובע הוא נזק כלכלי פרטי: התובע אינו יכול לקבל תשלום העברה ממי שגרם אולי לנזק הישיר. הטענה, כי הצד השלישי גרם בעקיפין גם לנזק חברתי בכך שמנע את האפשרות של הפנמת הנזק הישיר אל המזיק הישיר, יוצרת סוג חדש של נזק חברתי — מניעת הפנמה — ומעוררת שאלות סבוכות.

38 נזכיר כי בע"א 572/74 רייטמן נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ, פ"ד כט(2) 57, נדחתה תביעה שכזו משיקולים של הרתעת יתר.

טהור³⁹? וכיצד יחושב או הפיצוי? ובהכללה, כיצד בדיוק ייקבעו הנושאים, העניינים או העובדות שאי-ידיעתם מקימה את הזכויות לפיצויים?

5. התרשלות וצפיות

בתביעת פיצויים בשל נזק ראייתי על התובע להראות כי הנתבע התרשל. התרשלות כאן משמעה מעשה או מחדל שגרמו לנזק ראייתי הניתן לצפייה, ואשר ניתן וראוי היה למנועו⁴⁰. הן הצפייה והן המניעה נבחנים לפי מבחן האדם הסביר. המחברים מציינים, כי "דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לפעול במקרים בהם ההתנהגות העוולתית שגרמה לנזק הישיר – או זו העשויה להיות גורם לו – מתמזגת עם ההתנהגות שגרמה לנזק הראייתי"⁴¹. קביעה זו מעלה את סוגיית היחס בין ההתרשליות השונות. האם מה שנחשב כהתרשלות בהקשר הנזק הישיר ייחשב גם כהתרשלות בהקשר הנזק הראייתי? מאחר שהתרשלות מותנית בצפיות סבירה של נזק, השאלה העיקרית היא האם גם הנזק הראייתי, כמו הנזק הישיר, הוא בגדר הצפייה הסבירה של הנתבע. תשובה שלילית לשאלה זו תותיר בעינה את התרשלות התובע כאשר לנזק הישיר, אך תשלול התרשלות זו בכל הנוגע לנזק הראייתי. המחברים ערים לקושי זה, ואף מודים כי העדר צפיות שולל את תחולת הדוקטרינה דווקא באחד המצבים העיקריים שבהם היא אמורה לחול (מקרה הציידים)⁴². עם זאת, ניכרת נטייה להפחית מחשיבותה של בעיה זו באמצעות הטיעונים הבאים, שאינם נקיים מקשים.

טיעון אחד הוא שאת צפיות הנזק הראייתי ניתן לגזור מצפיות הנזק הישיר, גם אם בפרעל האחרון לא היה ניתן לצפייה. כיצד? על-ידי העלאת רמת ההפשטה של הצפיות הנדרשת. מי שצריך לצפות כי התרשלותו תגרום נזק ישיר צריך גם לצפות את האפשרות כי התובע יתקשה להוכיח נזק זה בשל גורם כלשהו אשר ייצור אי-ודאות⁴³. מטיעון זה עולה חזקה, אולי אפילו חלוטה, לפיה אם הוכחו צפיות והתרשלות בגרימת הנזק הישיר, הרי שמניה וביה הוכחו גם צפיות והתרשלות בגרימת הנזק הראייתי. אם לכך הכוונה, הרי שזוהי תוצאה בלתי רצויה. היא תביא להטלת אחריות בשל נזק ראייתי בכל מקרה

39 כפי שמשמע מהמאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 198, הערה 17. תשובה חיובית ודאי שאיננה מתיישבת עם הרעיון העומד מאחורי ההלכה שנסקרה לעיל, השוללת פיצוי מתובע שכן משפחתו נהרג לנגד עיניו, וסובל מנזרווה פוסט טראומתית. ראו לעיל, הערה 24.

40 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 202. כאשר לגרימה בדרך המחדל הטהור קיימת אי בהירות מסוימת. המחברים מבהירים כי מחדל טהור אינו עילה להטלת אחריות על פי שיקולי צדק מחקן (שם, בעמ' 199-200). אין התייחסות לשאלה זו בהקשר של שיקולי ההרתעה.

41 שם, בעמ' 195.

42 ראו שם, והשוו עמ' 194 לעמ' 202, הערה 27, ולעמ' 216, הערה 65.

43 שם, הפסקה המשותפת לעמ' 202-203.

שבו קיים סיכוי כלשהו כי הנתבע גרם לתובע נזק ישיר בהתרשלות. ימחיש זאת המקרה שבו קיימת הסתברות של 20% כי הנזק נגרם בשל התרשלות הנתבע והסתברות של 80% כי מקור הנזק בגורם אחר. על-פי המוצע יחוב הנתבע בגין נזק ראייתי ששיעורו 20% מן הנזק הישיר, גם אם לא הייתה יכולת צפייה קונקרטית של מעורבות הגורם האחר. קונסטרוקציה זו תיצור למעשה משבצת חדשה ורבת היקף של אחריות בשל יצירת סיכון, להבדיל מאחריות בשל גרימת נזק⁴⁴. כל תובע שאינו מצליח להוכיח, על-פי מאזן ההסתברויות, כי נזקו נגרם על-ידי הנתבע, יעלה לחלופין את הטענה של נזק ראייתי כדי להיפרע לפחות על חלק מנזקו.

הטיעונים הנוספים להצדקת אחריות, על אף העדר צפיות קונקרטית של הנזק הראייתי, הם שניתן וראוי "להגמיש" את דרישת הצפיות בהקשר זה ואף לוותר עליה לחלוטין. טיעון אחד מניח את קיומן של "סיבות טובות... להטלת אחריות על גורמי נזק ראייתי" המצדיקות ש"לא להקפיד עם הניזוק הקפדה יתרה"⁴⁵. אך מהן בדיוק אותן סיבות? האם מדובר גם בשיקולים שאינם שיקולי צדק מתקן ולהרתעה? ומדוע נעשה שימוש בשיקולים "האחרים" רק לצורך הרחבת אחריות אך לא לצורך הגבלתה⁴⁶?

טיעון אחר להצדקת ויתור על דרישת הצפיות של הנזק הראייתי הוא שדרישת הצפיות באה להגן על הנתבע מפני חיובו בנזק בלתי צפוי, ולכן "אם צפה הנתבע את האפשרות שמעשהו העולתי יסב לתובע נזק פסי, חיוב הנתבע בפיצוי שאינו עולה בשיעורו על הפיצוי שהיה נפסק בגין הנזק הפיסי, אפילו העילה לכך היא גרם נזק ראייתי, אינו מעורר קושי"⁴⁷. הבעייתיות שבטיעון זה היא, שהוא מעמיד את אחריות התובע לא על בסיס של גרימת נזק אלא על הבסיס הבעייתי של יצירת סיכון⁴⁸. כאשר הבסיס לאחריות הוא גרימת נזק, וקיימת בעניין זה אי ודאות, הנתבע לא יחוב בשל הנזק הישיר, וממילא חיובו בנזק הראייתי הבלתי צפוי מהווה הרעה של ממש במצבו, שלא כנטען.

"הגמשת" דרישת הצפיות או ויתור עליה, בשיטה שבה האחריות מבוססת על גרימה, מובילים למעשה להטלת אחריות חמורה על גורם הנזק הראייתי. אחריות מסוג זה

44 זאת על אף שהמחברים מסתייגים מאחריות על בסיס יצירת סיכון (שם, בעמ' 205). הדין להלן, בקטגוריות השנייה והשלישית, יראה כי על אף הסתייגות זו דוקטרינת הנזק הראייתי מובילה להלכה למעשה להרחבה משמעותית של האחריות בשל יצירת סיכון.

45 שם, בעמ' 203.

46 ראו לעיל, סעיפים 2 ו-3. עוד יצוין, כי על-פי ההלכה הפסוקה נדרשת צפיות של סוג הנזק. ראו ר"ג 12/63 לזאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701. מאחר שנוק פזי ונזק ראייתי הם ללא ספק נזקים מסוגים שונים, כרי כי על-פי הדין כיום לא ניתן לוותר, כמוצע, על צפיות הנזק הראייתי.

47 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 203.

48 ראו לעיל, הערה 44.

חורגת מההיגד הבסיסי – "היגד א" – שעל-פיו מוטלת האחריות בשל גרימת נזק באשם. חריגה זו מחייבת בחינה מחודשת של שיקולי הצדק המתקן וההרתעה שבבסיס הדוקטרינה, ולמעשה של הדוקטרינה כולה.

6. עוד על העלות החברתית של הדוקטרינה

בפתח הדברים עמדנו על הצורך לבחון את עלותה החברתית של הדוקטרינה המוצעת במונחים של אובדן משאבים חברתיים. עתה נוכל להרחיב קמעא. בתי-המשפט יידרשו לפתח סטנדרד התנהגות חדש, שיקבע כיצד צריך להתנהג כדי שלא לגרום לנזק ראייתי. כן יידרש גם דיון נרחב בשאלת היקפה של חובת הזהירות בסיטואציות אלה⁴⁹. חברות הביטוח שיתבקשו לבטח אחריות זו יצטרכו להתמודד עם קשיי ההערכה של סיכוני האחריות הבלתי ידועים, ולנסח פוליסות מתאימות. הפעילויות החשופות לסיכון המשפטי של אחריות לנזק ראייתי תתייקרנה, כאשר אי-הוודאות ושנאת הסיכון עלולים לגרום לייקור יתר ולצמצום בלתי ראוי בהיקף פעילויות אלה. קיימת גם סכנה מוחשית של ריבוי התדיינויות באותו עניין: תובע שנכשל במשפט הראשון בהוכחת אחריותו של המזיק הישיר, ינסה את מזלו בשנית בתביעה כנגד גורם הנזק הראייתי. במשפט המאוחר, בכפוף לכללי מעשה-בית-דין, ישובו ויידונו סוגיות שהוכרעו במשפט הראשון. גם אם התובע יקדים לתבוע בעילה הראייתית תיווצרנה בעיות קשות. התובע יצטרך להראות כי בשל הנזק הראייתי היה נכשל במשפט ההיפותטי על הנזק הישיר, כי לא היה נכשל במשפט זה אלמלא הנזק הראייתי, וכן לכמת את הפער שבין הסתברות הכישלון להסתברות ההצלחה. כל אלה הן ללא ספק משימות קשות. והאם יורשה התובע לטעון לחלופין, באותה תובענה, הן לנזק ישיר והן לנזק ראייתי? נוסף על כך, המחברים מכירים בקיומו של "מתח פנימי" בין מטרות האחריות לנזק הישיר למטרות האחריות לנזק הראייתי⁵⁰.

7. סיכום ביניים

ראינו, כי הדיון בדוקטרינת הנזק הראייתי מתמקד יותר בשיקולי צדק מתקן והרתעה ופחות בשיקולי העלות החברתית הכרוכה בהפעלת הדוקטרינה. ראינו, כי גם טיעון ההרתעה אינו מקנה לבעיה של הרתעת יתר וגורמיה השונים – כמו גם להבחנה בין נזק חברתי לנזק פרטי – את המשקל הראוי. עמדנו גם על הבעייתיות שבהישענות על הצדק המתקן בשיטה המטילה אחריות על בסיס אובייקטיבי ומפזרת את הנזק. עוד ראינו, כי ההתמקדות בשיקולים התומכים באחריות "מנטרלת" את חובת הזהירות, ופותחת בכך פתח לאחריות בשל נזקים כלכליים טהורים ובלתי ממוניים טהורים בהיקף החורג

49 ראו לעיל, סעיפים 3 ו-5.

50 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 210-211, 218-219, 231, 237.

משמעותית מהמקובל כיום. הרחבה זו יוצרת את בעיית "המדרון החלקלק" ואת שאלת גבולות האחריות על-פי הדוקטרינה. עוד נוכחנו לדעת, כי יצירתה של "עילת גיבוי" עצמאית – העילה בשל נזק ראייתי – יוצרת בעיות לא פשוטות של התרשלות וצפיות, וכי הניסיונות לפתור בעיות אלה מובילים בכיוון של הטלת אחריות על בסיס סיכון, להבדיל מבסיס גרימה, ואף להטלת האחריות החמורה. לאור כל האמור עד כה, נעבור עתה לניתוח קונקרטי של תוצאות הפעלת הדוקטרינה באופן המוצע על-ידי המחברים.

ב. ניתוח המקרים השונים

1. כללי

המחברים מסווגים את המקרים השונים שבהם מתעוררת בעיית אי-הוודאות בגרימת נזקים לחמש קבוצות, כשבכל קבוצה נבחנים ההסדר הנוהג, תוצאות החלת הדוקטרינה והצדקת תוצאות אלה. נלך גם אנו בדרך זו.

ראוי לציין, כי ההסדרים הנוהגים כיום במצבים של אי-וודאות בגרימת נזקים הם שילוב של פתרונות ראייתיים ופתרונות מהותיים. הפתרונות הנפוצים, הראייתיים, מעבירים את נטל ההוכחה לעניין גרימת הנזק מן התובע אל הנתבע, מקילים בכמות הראיות הנדרשת לצורך ההוכחה של גרימת הנזק, או מניחים הנחות עובדתיות לטובתו. על אף שמדובר לכאורה בכלים "טכניים", הטעמים לשימוש בכלים אלה הם שיקולי צדק ויעילות. הפתרונות המהותיים משנים או מרחיבים את בסיס האחריות המהותית בנוזק, וגם זאת מאותם שיקולים. מבחינה זו, דוקטרינת הנזק הראייתי היא פתרון מהותי נוסף לצד הפתרונות הקיימים. השאלה שתיבחן להלן היא מהו הערך המוסף של פתרון מהותי זה, והאם סימנו של הערך המוסף הוא חיובי או שלילי.

2. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות המעוול אינה ידועה

בקבוצה זו נכללים המקרים של ריבוי מזיקים בכוח, דהיינו: מקרים שבהם לא ידוע מי מבין קבוצת המזיקים בכוח גרם בפועל לנזק. המחברים מבחינים, ובצדק, בין מצבים שבהם כל המזיקים בכוח התרשלו (תת-הקבוצה הראשונה), לבין מצבים שבהם רק חלק מהם התרשלו (תת-הקבוצה השנייה).

בתת-הקבוצה הראשונה מובאים שני מצבים: שני ציידים שירו ואין יודעים מי האחד שפגע, ומאות יצרני תרופות שייצרו תרופה פגומה ואין יודעים של מי התרופה שפגעה

בתובע. בשני המקרים נראה כי הדין בישראל אינו מסייע לתובע להתגבר על אי-הוודאות. הדין האמריקני, לעומת זאת, מצא פתרונות לשני המקרים. במקרה הציידים הועבר הנטל אל כל אחד מן היורים להוכיח כי לא הוא פגע בנתבע. מאחר שהרמת הנטל לא הייתה אפשרית, חויב כל אחד מהציידים במלוא הנזק. העברת הנטל במצב זה מוצדקת משיקולים של צדק (תובעים אשמים מול ניזוק תמים) ויעילות (הרתעה). קשה לראות מה מוסיפה דוקטרינת הנזק הראייתי לפתרון זה, נהפוך הוא – המחברים עצמם מכירים בכך כי קיים קושי בהחלת הדוקטרינה, משום שהנזק הראייתי שגרם כל יורה, להבדיל מן הנזק הפיזי, לא היה צפוי⁵¹. אך גם אם נניח כי הנזק הראייתי היה צפוי וכי נגרם בהתרשלות, נראה כי הניזוק יהיה זכאי כלפי כל צייד רק למחצית נזקו, ולכן מצבו יהיה נחות בהשוואה למצבו בהסדר הנוהג של העברת הנטל⁵². כך, לדוגמא, אם אחד הציידים חדל פירעון לא יזכה הניזוק אלא למחצית נזקו. גם אם נניח כי הדוקטרינה מובילה לאותה תוצאה כהעברת נטל ההוכחה, ברי שאין עמה ערך מוסף חיובי.

גם מקרה יצרני התרופות נפתר בארצות-הברית על-ידי העברת נטל ההוכחה לכל אחד מן היצרנים, שנדרש להראות שלא הוא שיווק את התרופה הפוגעת. אלא שכאן, יצרן שלא הרים את הנטל לא חויב במלוא הנזק אלא רק בחלק מהנזק, לפי חלקו בשוק התרופה בעת שיווקה. זוהי דוקטרינת "האחריות לפי נתח שוק" (market share liability – MSL). פתרון משולב זה של העברת הנטל וחלוקת הנזק נראה ראוי הן מהיבט הצדק והן מהיבט היעילות, בהינתן מספרם הגדול של הנתבעים.

ספק רב אם דוקטרינת הנזק הראייתי תורמת תרומה חיובית כלשהי להסדר המתוחכם של MSL. המחברים טוענים לשני יתרונות⁵³: היתרון האחד הוא שבעוד שדוקטרינת ה-MSL סוטה מעיקרון האחריות האישית, שכן היא מוותרת על הוכחת

51 ראו לעיל, סעיף 5, הטקסט ליד הערה 42.

52 אומנם המחברים טוענים כי התובע יהיה זכאי מכל צייד למלוא נזקו וכי הציידים יתחלקו ביניהם (ראו המאמר, לעיל, הערה 1, בעמ' 216), אך קשה להבין מדוע. המחברים עצמם מציינים (שם, בעמ' 217), כי המבחן הרלבנטי להערכת זכותו של התובע כנגד כל מזיק בקבוצה הוא מכפלת הנזקים בפועל בסיכוי שהמזיק הספציפי הוא זה שגרם לנזק. כאן הסיכוי הוא 50%, ולכן כל צייד צריך לחוב במחצית הנזק. יתרה מזאת: המחברים מציינים כי במקרה של שלושה ציידים יחוב כל צייד רק לשליש מן הנזק (שם, הערה 67 בעמ' 217). אכן, המקרה של שני ציידים שונה מהמקרה של שלושה ציידים במונחים של נטל הוכחה (במקרה שני ציידים קיים ספק שקול בשאלת הגרימה, בעוד שבמקרה של שלושת הציידים מאזן ההסתברות הוא לרעת התובע), אך לא ברור מהו השוני בין המקרים במונחים של נזק ראייתי. ואכן, האפשרות של חלוקת הנזק גם במקרה של שני הציידים מועלית כתלופה אפשרית על-ידי המחברים (שם, בעמ' 216, הערה 65).

53 שם, בעמ' 223-224.

הזיקה שבין מזיק קונקרטי לניזוק קונקרטי, דוקטרינת הנזק הראייתי מבוססת על זיקה קונקרטית בין השניים. הנתבע הקונקרטי גרם לניזוק הקונקרטי נזק ראייתי. טענות הנגד הן שתיים. ראשית, אין להבין בהכרח את דוקטרינת ה-MSL כסוטה מתפיסת האחריות האישית. כל פועלה הוא להעתיק את נטל הוכחת האחריות האישית מהתובע אל הנתבע, שצריך לשלול את אפשרות האחריות האישית⁵⁴. שנית, גם דוקטרינת הנזק הראייתי לוקה בפגם חמור לא פחות, והוא ויתור על דרישת הקשר הסיבתי העובדתי בין ההתרשלות לבין נזק הראייתי. בכל מקרה שבו קבוצת המזיקים בכוח גדולה משניים יכול כל מזיק לטעון שלא הוא גרם לנזק הראייתי, שכן גם בלעדי רשלנותו היה מזיק אחר גורם לנזק זה⁵⁵. היתרון האחר שלו טוענים המזיקים הוא שדוקטרינת הנזק הראייתי ניתנת להחלה במצבים אחרים של ריבוי אשמים שבהם בתי-המשפט לא רצו להחיל את דוקטרינת ה-MSL, או שזו אינה ניתנת להחלה. על כך ניתן לתמוך: אם בתי-המשפט מצאו לנכון שלא להטיל אחריות על קבוצת אשמים משום ששיקולי יעילות או הרתעה לא הצדיקו או שללו אחריות שכזו, מהו הטעם להציע להם מכשיר אחר להשגת תוצאה שאינם מעוניינים בה?

ניתן אפוא לסכם ולומר: צודקים המזיקים בטענתם, כי כשמדובר בקבוצת אשמים שגורם בלתי מזוהה מתוכה גרם לנזק, וכאשר ששיקולי צדק ויעילות מצדיקים זאת, ראוי לאמץ הסדרים שיטילו אחריות על הקבוצה כולה. עם זאת, ספק אם יש לדוקטרינת הנזק הראייתי ערך מוסף חיובי בהשוואה להסדרים המיוחדים הנוהגים בארצות-הברית, הראויים לאימוץ במקרים המתאימים.

מכאן לתת-הקבוצה השנייה, דהיינו: מצבים שבהם התרשל רק חלק בלתי מזוהה של קבוצת הגורמים בכוח לנזק. דוגמא לכך היא קבוצת רופאים המטפלת בחולה שניזוק

54 שלילה המבוססת לא על הסתברות אלא על הוכחה פוזיטיבית שלא הוא שיוזק את התרופה המסוימת. הכבדה זו על הנתבעים, כמו גם ריבוי מספרם, מסבירים מדוע אחריותם כאן, שלא כבמקרה הציידים, היא חלקית ולא "יחד ולחוד".

55 המזיקים ערים לקושי זה, אך טוענים כי מאחר שהתובע יהיה מוכן לשלם כסף עבור התשובה לשאלה אם היצרן המסוים גרם לנזק, יש לראות את היצרן כגורם נזק ראייתי. ראו שם, בעמ' 217. לא ברור כיצד נכונות זו לשלם פותרת את בעיית הקשר הסיבתי העובדתי. גם המבחן המוצע של נכונות לשלם מעורר שאלות לא פשוטות. נניח כי בפני התובע עומדים עשרה מזיקים בכוח, שאחד מהם, בהסתברות השווה לכולם, גרם לו נזק של 100. כמה יהיה הניזוק מוכן לשלם עבור קבלת המידע המלא לגבי כל אחד מן העשרה? הדבר מותנה, קודם כל, ביכולת לקבל מידע על כל המזיקים בכוח, שכן אחרת עלול הניזוק לשלם עבור המידע החלקי ועדיין להיכשל בתביעתו. בהנחה של מידע מלא, האם יהיה התובע מוכן לשלם את אותו הסכום לכל אחד מן העשרה? סביר להניח כי יהיה מוכן לשלם 10 עבור המידע על המזיק הראשון בכוח (הנזק כפול הסתברות של 1/10). אך משהתברר לו כי לא הראשון גרם לנזק, האם לא יהיה מוכן לשלם 11 עבור המידע על המזיק השני בכוח (הנזק כפול הסתברות של 1/9), וכך הלאה?

עקב רשלנות אחד מהם, שזהותו אינה ידועה. בדרך כלל, שיקולי צדק והרתעה אינם מתיישבים עם הטלת אחריות על מי שלא הוכחה אשמתו, וכך נוהג גם המשפט הישראלי. דוקטרינת הנזק הראייתי אינה מועילה כאן, מה גם שבהעדר אשם מוכח לא ניתן ממילא, כעדות המחברים, לבסס את עילת הנזק הראייתי⁵⁶. עם זאת טוענים המחברים לשני יתרונות של הדוקטרינה בהקשר זה: היתרון האחד הוא ביכולת להטיל אחריות על צד שלישי – בית-החולים, בדוגמא שלעיל. זאת, בהנחה שמחדלו לנהל רישומים מתאימים יצר את אי-הודאות. היתרון האחר הוא ביכולת להטיל בכל זאת אחריות קיבוצית גם על מי שלא התרשל, אם במקרה המסוים הדבר מוצדק משיקולים של הרתעה וצדק מתקן⁵⁷. גם כאן אחריות זו מותנית בהתרשלות בניהול רישומים.

נראה כי יתרונות אלה מוטלים בספק. חיובו של בית-החולים, כעדות המחברים⁵⁸, יכול להיעשות בדרך האחריות השילוחית, או באמצעות אחריותו המוסדית הישירה של בית-החולים למתרחש בין כתליו. יתרונן של דרכים חלופיות אלה הוא שאין הן מצריכות הוכחת התרשלות ראייתית. באשר למצבים שבהם הטלת אחריות קיבוצית מוצדקת משיקולי צדק ויעילות, אם בכלל קיימים כאלה, הרי שניתן לעשות כן באמצעות העברת נטלי ההוכחה או הנחות עובדתיות, ולא להיזקק לדרישה המגבילה של התרשלות ברישומים⁵⁹.

נמצא, אפוא, שגם בתת-הקבוצה השנייה קשה להצביע על ערך מוסף חיובי של דוקטרינת הנזק הראייתי בהינתן האלטרנטיבות לה.

3. מקרים של גרם נזק בעוולה כאשר זהות הניזוק אינה ידועה

קבוצת המקרים השניה עניינה לא באי-ודאות באשר לאשם שגרם לנזק אלא באי-ודאות באשר לזהות הניזוק שלו נגרם הנזק באשם. אי-ודאות זו נוצרת כאשר קבוצת אנשים סובלת נזק, אך רק לחלק מהם, שזהותו אינו ידועה, נגרם הנזק עקב אשמו של המזיק, בעוד שנוקם של האחרים מקורו בסיבה אחרת. דוגמא לכך היא מפעל מזהם, אשר מעלה את מספר הלוקים במחלה מסוימת משמונים למאה, אך מבלי שניתן לדעת מי הם העשירים הנוספים שחלו עקב הזיהום. מאחר שההסתברות שכל חולה לקה במחלה עקב הזיהום היא 20% בלבד, לא יצליח איש מהם להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין מחלתו לבין הזיהום.

56 שם, בעמ' 217.

57 שם, בעמ' 222-223.

58 שם, בעמ' 213, הערה 51.

59 להתרשלות ברישומים ראו להלן, הטקסט ליד הערה 86.

פתרון אפשרי לבעיה זו, המוזכר על-ידי המחברים, הוא אימוץ הדוקטרינה של פגיעה בסיכוי שלא לחלות⁶⁰. על-פי דוקטרינה זו, המופעלת הלכה למעשה בהקשר אחר⁶¹, תוטל על המפעל המזהם אחריות משום שהזיהום פגע בסיכויים שהיו לכל חולה שלא לחלות במחלה. דוקטרינה זו עוקפת את הבעיה הסיבתית של הוכחת הקשר שבין האשם למחלה על-ידי הכרה בנזק של אובדן סיכוי שלא לחלות כנזק עצמאי ובר פיצוי. מאחר שהסיכוי שאבד הוא 20%, יזכה כל חולה לפיצוי בשיעור של 20% מנזקו.

המחברים סבורים כי תוצאה זו של פיצוי חלקי לכל חולה היא תוצאה ראויה, אך לטענתם ראוי להגיע לתוצאה זו באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי ולא באמצעות דוקטרינת הפגיעה בסיכוי. האחרונה, לטענתם, ניצבת על בסיס רעוע⁶²: ראשית, משום שהתפיסה המסורתית של דיני הנזיקין, המעוגנת בשיקולי צדק מתקן, מטילה אחריות על בסיס גרימת נזק ולא על בסיס יצירת סיכון. היחשפות לסיכון אינה מהווה נזק; שנית, דוקטרינת הסיכון מחייבת, לדעתם, הטלת אחריות כלפי כל האוכלוסייה שנחשפה לסיכון, ולא רק כלפי מי שלקה במחלה. לעומת זאת, דוקטרינת הנזק הראייתי מבוססת על גרימת נזק, ומטילה אחריות רק כלפי מי שלקה במחלה. הטלת אחריות באמצעותה, לטענת המחברים⁶³, תשיג אפקט רצוי של הרתעת המזהם, וכן תביא לפיצוי חלקי (בשיעור של 20%) של הניזוקים הבלתי ידועים.

טיעונים אלה אינם משכנעים. ראשית נבחן את התוצאה שאליה אמורה להוביל דוקטרינת הנזק הראייתי. כאשר קבוצה גדולה באוכלוסייה לוקה במחלה, ורק חלק קטן ובלתי ניתן לזיהוי מתוכה לקה בה עקב עוולה, מפצה הדוקטרינה את כל אוכלוסיית החולים בשיעור חלקי התואם את תוספת הסיכון שיצר המזיק. חולשתו העיקרית של הסדר זה אינה רק בהענקת פיצוי לקבוצות גדולות באוכלוסייה שכלל לא סבלו נזק, אלא בעלות החברתית הגבוהה של הפעלתו. נניח כי מאה אלף איש באוכלוסייה לוקים במחלות כלי הנשימה, וכי עשרה אחוזים מתוכם לקו בכך עקב זיהומים שמקורם עוולתי. על-פי המוצע, תוגשנה תביעות של מאה אלף חולים, שכל אחד מהם יהיה זכאי לפיצוי על עשירית מנזקו. מאחר שבכל מקרה הנזק הוא אינדיבידואלי, יצטרכו בתי-המשפט לדון בכל תביעה בנפרד. אין צורך להכביר מלים כדי לתאר את העלות החברתית העצומה הכרוכה בכך, לרבות הטלת עומס בלתי נסבל על בתי-המשפט. וכל זאת לשם מה? כדי להעניק לתשעים אלף איש פיצוי שאינו זכאים לו, ולעשרת האלפים הזכאים לפיצוי רק עשירית מנזקם. מדיניות משפטית סבירה אינה צריכה לתת ידה לכך.

60 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 204-206, 225-226.

61 ראו להלן, הקבוצה השלישית.

62 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 205-206.

63 שם, בעמ' 225-226.

מהו אפוא הפתרון הראוי? יש להכיר בכך שדיני הנזיקין אינם חזות הכל ואינם המזור לכל תקלה. פתרונות מועדפים הם פיקוח ישיר על פעולת המזהמים⁶⁴ וחיוכם במסים או בקנסות. כל אלו ייצרו את האפקט ההרתעתי המבוקש בעלות נמוכה יחסית. הקדשת כספי המס או הקנס לטיפול באוכלוסיית החולים ולפיתוח טכנולוגיות מניעה תעשה ודאי צדק גדול יותר עם אוכלוסיית החולים מאשר פיצויי הנזיקין הבעייתיים. אין אפוא מקום להתערבות דיני הנזיקין במצבים אלה⁶⁵.

ומכאן להסתייגות העקרונית של המחברים מהדוקטרינה האלטרנטיבית של אחריות על בסיס יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי שלא לחלות. טענתם האחת, כזכור, היא שזו מטילה אחריות על בסיס של יצירת סיכון להבדיל מהבסיס המסורתי של גרימת נזק. בטענה זו יש לכאורה ממש. אכן קיימת בעייתיות לא פשוטה בהטלת אחריות על בסיס יצירת סיכון. הקושי בטענת המחברים הוא שהאלטרנטיבה המוצעת, דוקטרינת הנזק הראייתי, מגיעה למעשה, הגם שבדרך שונה, לאותה תוצאה בעייתית שאליה מגיעה הדוקטרינה האחרת, ואף מחמירה בעייתיות זו במידה משמעותית, שכן היא מגדילה מהותית את מספר המצבים שבהם תתקבל תוצאה זו⁶⁶. טענתם הנוספת של המחברים היא שהדוקטרינה האחרת מחייבת את פיצוי כל האוכלוסייה שנחשפה לסיכוני המחלה ולא רק את אלה שלקו בה בפועל. התשובה לכך היא שיש להבחין בין אחריות המבוססת אך ורק על יצירת סיכון *ex ante*, לבין אחריות שלצד יצירת הסיכון מותנית גם בכך שסיכון זה גרם בפועל, *ex post*, לאובדן סיכוי. מי שלא סבל נזק ולא עתיד לסבול נזק כתוצאה מהתנהגות הנחבצ לא יכול לטעון לאובדן סיכוי שלא להינזק. ההשוואה הרלבנטית היא אפוא לא בין דוקטרינת הנזק הראייתי לדוקטרינה של יצירת סיכון, אלא בין הראשונה לבין דוקטרינה משולבת של יצירת סיכון ואובדן סיכוי. האחרונה, בניגוד לטענת המחברים, אינה מאפשרת הטלת אחריות רק על בסיס חשיפה לסיכון. הדיון בסעיף הבא יראה כי זו אכן הדוקטרינה שאומצה בישראל.

סיכומו של דבר: הכרה בזכאות קיבוצית וחלקית של קבוצה גדולה של ניזוקים בכוח, על אף שרק חלק קטן ממנה ניזוק הלכה למעשה, אינה רצויה. כזו היא גם תרומתה המוצעת של דוקטרינת הנזק הראייתי בהקשר זה.

64 הרתעה ספציפית בלשונו של קלברזי (לעיל, הערה 6).

65 גם במקרה הגזות נפתרה הבעיה על-ידי חקיקה מיוחדת. ראו במאמר (לעיל, הערה 1), כעמ' 194-195. שאלה מעניינת היא מהו הדין הראוי כאשר הסיכון לפגיעה פיזית עקב מטריד סביבתי מביא לידיעת ערך נכסי המקרקעין באזור.

66 ראו הדיון לעיל, בקטגוריה השנייה, הדיון להלן, בקטגוריה השלישית, וכן לעיל, הערה 44.

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

בקבוצה השלישית מדובר במקרה השכיח שבו אדם סבל נזק שלו שני גורמים אפשריים: עוולת הנתבע וגורם אחר. כאשר עולה בידי הנתבע להראות כי ההסתברות שנוזקו נגרם על-ידי העוולה היא למעלה מ-50%, יזכה לפיצוי מלא. במקרה של ספק שקול יוכל לזכות בפיצוי מלא רק אם נטל השכנוע יועבר אל הנתבע. במקרים שבהם הסתברות הגרימה בעוולה קטנה מ-50%, ייבשל התובע בשל אי-הוכחת קשר סיבתי עובדתי. קבוצת מקרים זו דומה לקודמתה. בשתי הקבוצות ההסתברות שנוזקו של התובע נגרם בעוולה קטנה מ-50%.⁶⁷

במשפט הישראלי, בעקבות המשפט האמריקני, אומצה הדוקטרינה המשולבת של יצירת סיכון ואובדן סיכוי בסוג אחד של מצבים – "אובדן סיכויי החלמה". במסגרת זו הוכרה זכאותו של חולה לפיצוי בשל הנזק העצמאי של "אובדן סיכויי החלמה", על אף שההסתברות כי מחלתו הייתה נמנעת אלמלא ההתרשלות הרפואית הייתה קטנה מ-50%. הערכת נזק זה נעשתה על-ידי מכפלת הנזק בהסתברות מניעתו אלמלא ההתרשלות.⁶⁸ המחברים מציעים להגיע לאותה תוצאה באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי⁶⁹, בהבדל חשוב אחד: לשיטתם, זכאותם של תובעים לפיצוי בשל הנזק הראייתי, הנמדד על-פי אובדן הסיכוי שלא להיפגע בעוולה, אינה צריכה להיות מוגבלת להקשר הרפואי של אובדן סיכויי החלמה, אלא שניתן וראוי להחילה במצבים אחרים שבהם הסיכוי שהתובע ניזוק בעוולה קטן מ-50%.⁷⁰

בהינתן הבעייתיות הרבה שבמעבר מאחריות על בסיס של גרימת נזק לאחריות על בסיס של יצירת סיכון או אובדן סיכוי קשה להבין הרחבה זו. אומנם, מבחינה עיונית המחברים מגיעים אל הפיצוי בדרך העוקפת של גרימת נזק ראייתי, אך התוצאה, כפי שראינו, זהה לזו המושגת בדרך הישירה של פיצוי בשל יצירת סיכון ואובדן סיכוי.

67 ההבדל הוא שבקבוצה השנייה מדובר בקבוצה גדולה של ניזוקים בכוח וכאן בניזוק יחיד. הברל זה אינו מהותי, שכן גם בקבוצה השלישית אותו מזיק – בית-חולים, למשל – יכול לעמוד מול קבוצה גדולה של חולים שאינם יכולים להוכיח קשר סיבתי בין התרשלות הצוות הרפואי לנזקו של כל אחד מהם.

68 ראו דיון ואסמכתאות אצל המחברים במאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 228-229. לפסקי-דין זרים ראו *Smith v. State Dept. of Health & Hosp.* 676 So. 2d 543 (La. 1996); *Hardy v. Southwestern* S.W. 2d 594; *Bell Telephone Co.* 910 P. 2d 1024 (Okla. 1996); *Kilpatrick v. Bryant* 868 (Tenn., 1993); *Lawson v. Laffiere* C.C.L.T. (2d) 119 (1991).

69 המאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 229-231.

70 זאת בכפוף אומנם לקיום צפיות והתרשלות, אך נזכיר כי דרישת הצפיות הוגמשה משמעותית. ראו לעיל, בסעיף 5.

הבעייתיות, כאמור, היא בתוצאה ולא בדרך. הגישה הראויה לסוגיה זו היא להמעיט ככל שניתן באחריות ישירה או עקיפה, המבוססת על יצירת סיכון ואובדן סיכוי⁷¹. ניתן וראוי להשתמש בטכניקה משפטית זו רק במצבים מוגדרים ומוגבלים, שבהם שיקולי צדק ויעילות מצדיקים היוזקות לה. לא כאן המקום לדון בשאלה האם אימוצה של הדוקטרינה בהקשר הרפואי של "אובדן סיכויי החלמה" היה מוצדק. נראה, כי בכל מקרה ראוי להגבילה למצבים של פגיעה ממשית בסיכויי החלמה⁷². מה שברור הוא, שיש לנהוג זהירות רבה בהרחבת תחולתה של דוקטרינת יצירת הסיכון או אובדן הסיכוי מחוץ להקשר הרפואי⁷³. ההצעה להרחיב את תחומי תחולתה, בדרך עקיפה של הכרה בנזק ראייתי, מעוררת בעיל בעיה קשה של ריבוי חביעות על כל הכרוך בכך, וזאת אף מבלי להיכנס לשאלות מורכבות של הרחעה וצדק⁷⁴.

5. ריבוי מעוולים שפעלו בנפרד וגרמו לנזק המשותף לכולם

לקבוצה הרביעית שייכים המקרים הנפוצים של מעוולים שאומנם פעלו בנפרד, אך הנזקים שגרמו נכרכו זה בזה באופן שמקשה על איתור חלקו של כל מזיק בנזק הכולל. ברי, כי פטור המזיקים מאחריות בשל הקושי בהפרדת הנזק הוא פתרון בלתי ראוי בעליל, הן מבחינת שיקולי צדק והן מבחינת שיקולי יעילות. הדרך הנפוצה לטיפול בקושי זה היא העברת הנטל אל כל מזיק הנדרש להוכיח את חלקו בנזק המשותף. חוסר היכולת לעשות כן מביא לחיוב כל אחד מן המזיקים בנזק כולו. כך נוצרת החבות יחד ולחוד. פתרון זה מבוסס על ההנחה, כי בשלב הבא יוכל המזיק ששילם יותר מכפי חלקו בנזק לחזור אל המזיקים האחרים בתביעת השתתפות, ולהיפרע מהם את חלקם בפיצוי ששילם. בסוף התהליך נושא אפוא כל מזיק בחלקו והניזוק מקבל פיצוי מלא.

71 הכוונה היא כמובן לנזקים שנגרמו בעבר. לגבי נזקים עתידיים התחשבות בהסתברויות של נזקים אלה היא הכרחית. ראו ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393.

72 ראו *Delaney v. Cade* 873 P. 2d 175 (Kan. 1994).

73 לטענה כי הדוקטרינה מוגבלת להקשר הרפואי ולטעמי ההגבלה ראו עניין *Hardy* (לעיל, הערה 68), בעמ' 1024.

74 המחשה לבעייתיות הרבה שמעוררת דוקטרינת אובדן הסיכוי מצויה במצבים שבהם ההסתברות שרשלנות הצוות הרפואי מנעה החלמה גדולה מ-50%. במקרה זה יכול התובע להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזקו, אך אם תוחל עליו הדוקטרינה ייאלץ להסתפק בפיצוי חלקי במידת ההסתברות שהוכחה. כך אכן נפסק בע"א 4059/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369. באופן זה הפכה דוקטרינה שנועדה לסייע לתובע שאינו עומד בנטל ההוכחה לדוקטרינה הפוגעת בחובע שכן עומד בנטל זה. ספק אם תוצאה זו רצויה, והדברים טעונים בירור וליבון.

לכאורה, הסדר זה מעורר קושי: אם הנזק אינו ניתן לחלוקה בתביעת הניזוק את המזיקים, כיצד זה ניתן לחלקו בתביעת ההשתתפות בין המזיקים לבין עצמם? התשובה לכך היא שקיימים מבחני חלוקה שונים. חוסר היכולת לחלק הוא תולדה של מבחן חלוקה מחמיר, מבחן הגרימה בפועל (ex post) הדורש הצבעה קונקרטית על חלק הנזק שגרם בפועל כל מזיק. מבחן חלוקה נוח יותר הוא מבחן הסיכון (ex ante), הבוחן מהו הסיכון היחסי שיצרה התרשלותו של כל מזיק. מבחן חלוקה שלישי הוא מבחן האשמה היחסית של המזיקים. בעוד שבמערכת היחסים ניזוק-מזיקים מקובל להחיל את המבחן המחמיר של גרימה בפועל שאינו מאפשר חלוקה, הרי שביחסים הפנימיים בין המזיקים מוחל בעיקר המבחן השלישי, כשלצידו המבחן השני⁷⁵. האפשרות המוענקה לניזוק להיפרע מכל מזיק את מלוא נזקו, וההכבדה הכרוכה בכך מבחינת המזיקים, מוסברים באופן הבא: כאשר הוכח כי מדובר במזיק שגרם באשמו לנזק, יש ליתן עדיפות לניזוק התמים וללכת לקראתו בכל מה שנוגע לפיצוי⁷⁶. מנגד ניתן לטעון כי ההכבדה על המזיקים היא גדולה מדי, מה גם שקיימת אפשרות כי מזיק ששילם לא יוכל להיפרע מהמזיקים האחרים, ולכן ראוי לאמץ מבחן חלוקה נוח יותר – מבחן הסיכון – גם במערכת היחסים שבין הניזוק למזיקים. טענה יפה ומעניינת של המחברים בהקשר זה היא שבית-המשפט העליון מוכן לאמץ את מבחן החלוקה הנוח יותר – מבחן הסיכון – כשמדובר בנזק רכוש, אך מקפיד להפעיל את המבחן המחמיר – מבחן הגרימה בפועל – כשמדובר בנזק גוף⁷⁷.

עד כאן ההסדר הקיים. האם אימוץ דוקטרינת הנזק הראייתי ישפר את המצב הקיים? נראה שלא. דוקטרינה זו תאפשר לניזוק לתבוע מכל מזיק אך ורק את חלקו של אותו מזיק בנזק לפי מבחן החלוקה הנוח של הסיכון. בכך ייפגע ההסדר הקיים של אחריות יחד ולחוד של המזיקים, הסדר המאפשר לניזוק להיפרע את מלוא נזקו מכל אחד מן המזיקים⁷⁸. ההסדר הקיים, נזכיר, הוא הסדר גמיש, המאפשר הן הטלת אחריות מסוג יחד ולחוד (אימוץ המבחן המחמיר של גרימה בפועל) והן חלוקת אחריות (אימוץ

75 סעיף 84 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש], ג"ח תשכ"ח 266.

76 מכאן שיש שוני מהותי בין קבוצה זו לבין המקרים בקבוצה הראשונה שבהם לא הוכח כי האשם גרם לנזק כלשהו. לגישה אחרת, לפיה אין הבדל מהותי בין הקבוצות ראו במאמר (לעיל, הערה 1), בעמ' 232.

77 שם, בעמ' 233-235.

78 אומנם המחברים טוענים (שם, בעמ' 236-237) כי במקרה של שני מזיקים יחובו השניים יחד ולחוד, אך כאמור הנמקת תוצאה זו על-פי ההיגיון הפנימי של דוקטרינת הנזק הראייתי היא בעייתית. ראו לעיל, הערה 52. המחברים מכירים בכך שמשלושה מזיקים ואילך האחריות תהא נפרדת ולא יחד ולחוד. פיצול זה של הסדר האחריות בין מצב של שני מזיקים לבין מצב של יותר משני מזיקים (שם, בעמ' 238) נראה מלאכותי.

המבחן הנוח יותר של הסיכון). גמישות זו תאבד עם אימוץ דוקטרינת הנזק הראייתי. בעיה נוספת מתעוררת, כעדות המחברים, במצבים שבהם הניזוק הוא הגורם לנזק הראייתי⁷⁹.

6. נזק שחלקו נגרם בעוולה וחלקו שלא בעוולה

לקבוצה החמישית שייכים המקרים שבהם ידוע כי התובע גרם באשמו נזק לנתבע, אך נזק זה נכרך בנזק שמקורו בגורם ללא אשם, וההפרדה בין השניים קשה. בשני מקרים מסוג זה, שנדונו בבית המשפט העליון, הוחלט בסופו של דבר לאמץ למעשה מבחן חלוקה מחמיר, שמנע את חלוקת נזק הגוף שנגרם שם בין הגורמים באשם לגורמים ללא אשם⁸⁰. המחברים טוענים, ובצדק, כי תוצאה זו, שלפיה המזיק משלם לניזוק יותר מכפי הנזק שגרם אך ללא זכות חזרה אל הגורם ללא אשם, אינה מתיישבת עם שיקולי צדק והרעיה⁸¹. הצעתם היא לפתור בעיה זו באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי, שתאפשר את חלוקת הנזק בין הגורם באשם לגורם שלא באשם בהתאם לסיכון שיצר כל גורם. במקרה זה פועלת דוקטרינת הנזק הראייתי לצמצום האחריות הקיימת כיום. אך האם דוקטרינת הנזק הראייתי היא הדרך היחידה להשיג תוצאה זו?

דרך אחרת, פשוטה יותר, היא לאמץ במישרין את מבחן החלוקה הנוח יותר – מבחן הסיכון – במקום המבחן המחמיר של גרם נזק בפועל. בדרך זו ניתן יהיה להפחית מן האחריות הניזוקית את חלקו של הגורם ללא אשם, ללא הבעייתיות וההגבלות של דוקטרינת הנזק הראייתי. יתרה מזאת: בהסדר הקיים ניתן לשלב את מבחני החלוקה השונים כך שמבחן החלוקה הנוח יופעל להפחתת חלקו של הגורם ללא אשם, והמבחן המחמיר של הגרימה בפועל יופעל על קבוצת מזיקים. תמחיש זאת הדוגמא הבאה⁸²: הניזוק הותקף על ידי חמישה כלבים. לשלושה מהם בעלים שגרמו לנזק באשםם ושניים מהם כלבי רחוב. נניח כי כל כלב יצר סיכון זהה. על-פי שתי הגישות ניתן יהיה לתבוע משלושת הבעלים רק 3/5 מן הנזק, אך בעוד שדוקטרינת הנזק הראייתי תחייב את הניזוק לתבוע כל אחד משלושת בעלי הכלבים על חמישית מנזקו, מאפשר ההסדר הקיים לתבוע את כל המזיקים כחייבים יחד ולחוד, כאשר לגביהם, כקבוצה, יופעל מבחן החלוקה המחמיר. החלה של שני מבחני חלוקה שונים על אותו אירוע מתבקשת במקרים

79 שם, בעמ' 237-238. כאשר הניזוק הוא שגרם לקושי בהפרדת הנזק לגורמיו ניתן, על-פי ההסדרים הקיימים, להפעיל לגביו את מבחן החלוקה הנוח יותר וכך לשלול אחריות ביחד ולחוד.

80 ע"א 285/86 נגד נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284; ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהוזר, פ"ד מד(2) 89.

81 שם, בעמ' 238-241.

82 דוגמא זו מבוססת על פסק-הדין בעניין מלך (לעיל, הערה 80).

כאלה משיקולי צדק, מה גם שפיצול דומה מתרחש ממילא כל אימת שמבחן החלוקה לצורך ההשתתפות בין המזיקים שונה ממבחן החלוקה כתביעת הגיוזק נגד המזיקים.

ג. סיכום והערות סיום

בחניה פרטנית של קבוצות המצבים השונות המחישה את חולשותיה של דוקטרינת הנזק הראייתי שעליהן הצביע הדיון הכללי. בקבוצה הראשונה, במקרים של חוסר יכולת לזהות את האשם שגרם לנזק, אין לדוקטרינה יתרון ממשי על פני החלופות הראייתיות של העברת נטל ההוכחה או על פני החלופות המהותיות של אחריות שילוחית ואחריות מוסדית. בפוטנציאל ההרחבה שבה טמון סיכון של פריצת גדר האחריות הראויה. בקבוצה השנייה, במקרים של חוסר יכולת לזהות את הניזוק שלו נגרם הנזק, אין כלל מקום להתערבות דיני הנזיקין. הפעלת הדוקטרינה באופן שיפצה בעיקר את מי שלא ניזוק מעוררת בעיות של צדק, הרתעה וריבוי תביעות. בקבוצה השלישית, במקרים של חוסר יכולת לדעת האם אשם נתון גרם לנזק נתון, מביאה הדוקטרינה הלכה למעשה, אם גם בעקיפין, להטלת אחריות על בסיס של יצירת סיכון ואובדן סיכוי. בכך מתאפשרת הרחבה בעייתית של האחריות בנזיקין מעל ומעבר להרחבה המוגבלת, השנויה אף היא במחלוקת, של "אובדן סיכויי החלמה". בקבוצה הרביעית, במקרים של קושי בחלוקת נזק נתון בין מעוולים נפרדים, פוגעת דוקטרינת הנזק הראייתי בגמישות הקיימת כיום אשר מאפשרת בחירה בין אחריות יחד ולחוד לבין אחריות נפרדת. הדוקטרינה אינה מכירה באחריות יחד ולחוד, למעט אולי במקרים שבהם המעוולים הם שניים ולא יותר⁸³. בקבוצה החמישית, במקרים של נזק שחלקו נגרם בעוולה וחלקו שלא בעוולה, אשר מאפשרת אומנם הדוקטרינה צמצום ראוי של האחריות שהוכרה במשפטנו, אך לאותה תוצאה ניתן להגיע בנקל, וביתר גמישות, באמצעות אימוץ דין מהותי המכיר במבחני חלוקה נוחים יותר.

במבט כולל נראה, כי חולשותיה של הדוקטרינה נובעות דווקא ממה שמוצג כיתרונה הגדול – היותה "שיטה כוללת וקוהרנטית לפתרון בעיות של אי־ודאות בגרימת נזק"⁸⁴. הרצון להציע פתרון אחד וכולל למצבים שונים ומגוונים מחייב מטבעו הצבת בסיס אחריות רחב וגורף. מכאן צומחת הסכנה של פריצה בלתי מבוקרת של גדר האחריות על תוצאותיה הקשות (המדרון החלקלק). כלליותה של הדוקטרינה היא גם הגורם

83 לעיל, הערות 52 ו-78.

84 לעיל, הערה 2, הטקסט הצמוד לה.

לנחיתותה היחסית בהשוואה לפתרונות האלטרנטיביים, פתרונות ה"אד הוק" הראייתיים והמהותיים. עדיף להתאים לבעיה קונקרטית פתרון קונקרטי, מאשר לנסות ולפתרה בפתרון שדווקא בשל כלליותו עלול שלא להתאים לקושי המסוים⁸⁵. החתירה לפתרון כולל היא זו שהצריכה יצירת משבצת חדשה של אחריות ברשלנות, על כל הבעייתיות הכרוכה בהוכחת התרשלות עצמאית, צפויות עצמאית, והתנגשות אפשרית בין התביעה הישירה (נזק ישיר) לתביעת הגיבוי (נזק ראייתי). ואכן, משנתקל בית המשפט העליון בבעיה של נזק ראייתי (למשל, העדר רישומים רפואיים), העדיף לטפל בה לא בדרך של הסדר האחריות נפרד אלא בדרך המסורתית, והראויה, של העברת נטל ההוכחה או שימוש בהנחות עובדתיות⁸⁶.

בכל האמור לעיל אין כדי לגרוע מן ההערכה שלה ראויים המחברים על מאמץ אינטלקטואלי מרשים שהציב מכנה משותף לסוגיות שונות, תוך הארתן מזווית חדשנית ומרתקת. זאת ועוד: אין לכחד כי מאחורי הגישות השונות לדוקטרינת הנזק הראייתי ניצבות השקפות עולם שונות, זו של המחברים, הרואה בעין יפה את הגדלת תחומי האחריות בניקין, וזו של הכותב, הדוגלת בשימוש זהיר ומרוסן במכשיר רב עוצמה ומסוכן זה. ריבוי הדעות והגישות מרחיב את יריעת הדיון ומפרה את החשיבה, ואלו אכן מטרותיה של רשימה זו.

ד. אחרית דבר

קראתי בעניין ובהנאה את תגובתם של פורת ושטיין להערותיי על מאמריהם בסוגיית הנזק הראייתי⁸⁷. אני מכיר להם תודה על שזיכוני בתגובה כה מפורטת ומעמיקה. מקובל, ובצדק, להעניק במחלוקות מסוג זה את זכות המילה האחרונה לכותב המגיב להערות, אך דומני כי במקרה זה היקף התגובה, תוכנה ואיכותה, מצדיקים כמה מילות הדגשה והבהרה אף מצדי. כדי שלא לייגע את הקורא יתר על המידה אעשה כן בקיצור נמרץ.

טענה מרכזית שהעליתי בהערותיי היא שיש בדוקטרינת האחריות ברשלנות לנזק ראייתי כדי לפרוץ, ובחזית רחבה, את גודי האחריות, הן הקיימים והן הראויים. זאת, מכיוון שכרוכה בה הכרה רחבה בזכות לפיצויים הן בשל נזק כלכלי טהור (אובדן סיכויי

85 לעדיפות הפתרונות הקיימים על פני הדוקטרינה דאן Friedman (לעיל, הערה 1).

86 ראו הדיון בחלק ג למאמר, לעיל הערה 1.

87 א' פורת, א' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל (תש"ס) 349 ולהלן: התגובה.

הצלחה (במשפט) והן בשל נזק בלתי ממוני טהור (פגיעה באוטונומיה בהיבט של הזכות לדעת). ראיתי בכך סכנה מוחשית של פתיחת סכרי האחריות לשיטפון של תביעות, על כל התופעות השליליות הכרוכות בכך: הרתעת יתר, שיבוש פעילויות רצויות והעלאת מחירן, עלות התדיינות גבוהה, תביעות סרק ותביעות קנטרניות, הטלת עומס כבד על בתי המשפט וכיו"ב. תגובתם של עמיתי לטענה זו אינה חד-משמעית. מצד אחד הם טוענים כי "דוקטרינת הנזק הראייתי לא תעלה באופן ניכר את מספרם של משפטי הנוזקין"⁸⁸ אלא תגרום רק ל"העלאה צנועה", אם בכלל⁸⁹. ריסון זה יושג על-ידי שימוש במכשיר חובת הזהירות, שעל העדרה מן הדיון התרעתי בהערותיי, באופן שיגביל את הדוקטרינה בעיקר למצבים שבהם הנזק ראייתי משקף למעשה נזק פיזי. האחריות לנזק ראייתי שאינו משקף נזק פיזי תוכר, לדבריהם, רק בצמוד להכרה בחובת זהירות בשל נזק כלכלי טהור⁹⁰. כפי שצינתי בהערותיי, הגבלה מעין זו של תחולת הדוקטרינה למקרים של נזק פיזי אכן מפחיתה משמעותית את הסיכונים הכרוכים בה, ואילו שוכנעתי כי מדובר אכן בהגבלה אפקטיבית המהווה חלק אינטגרלי מן הדוקטרינה, היה חששי מפני פריצת גרדי האחריות קטן. דא עקא, שהתמונה הכוללת העולה מן המאמר והתגובה נותרה זו של גישה מרחיבת אחריות, שאינה מוגבלת למצבי הנזק הפיזי⁹¹. בסיכום מאמרם מציגים המחברים בסיס אחריות כללי ובלתי מסויג: פגיעה באוטונומיה של הפרט ובזכותו לדעת כאשר לפגיעה זו ערך כלכלי⁹². יתרה מכך: בפתח המאמר מציעים המחברים להחיל את הדוקטרינה גם בתחום דיני החוזים והמשפט המינהלי⁹³. הרחבה זו ודאי שאינה מתיישבת עם הגבלת הדוקטרינה לנזק פיזי. גם בתגובתם, המסייגת כביכול את הדוקטרינה, מצויות אמירות מרחיבות למכביר. המחברים ממליצים, תוך הדגשת הבדלי העמדות שבינינו, להטיל אחריות בשל נזקים ראייתיים "במקרים רבים"⁹⁴, ומצהירים כי את הדוקטרינה יש להחיל "באופן אחיד, קוהרנטי ובלתי מתפשר", להבדיל

88 שם, בעמ' 358.

89 שם, בעמ' 360.

90 שם, בעמ' 367-368.

91 בהקשר זה תמונה הסתמכותם של המחברים על פסק-הדין בעניין אלטוזה כראיה לנטיית בית-המשפט העליון בישראל להרחיב את האחריות ולהמעט כביכול במשקל השיקולים של הרתעת היתר, הצפת היתר וסכנת תביעות הסרק (הערה 24 לתגובתם). ההפך הוא הנכון – בהערה 23 לעיל הבאתי ציטוט חד-משמעי מפסק-הדין, המעיד על המשקל הרב שניתן בו לשיקולים אלה. בהערות 24 ו-25 לעיל הובאה שורת אסמכתאות לנטייה המובהקת של בית-המשפט בעת האחרונה להגביל עד מאוד, ואף להצר, את האחריות לנזק בלתי ממוני טהור בשל החשש מהרתעת יתר והצפה.

92 המאמר, לעיל הערה 1, בעמ' 254.

93 שם, בעמ' 193-194.

94 התגובה, לעיל הערה 87, בעמ' 361.

מן הדרך הזהירה של הליכה ממקרה למקרה⁹⁵. הם חוזרים על עמדתם לפיה ראוי להשתמש בדוקטרינת הנזק הראייתי במצבים של אפליה בתעסוקה, שהם כמובן מצבי נזק כלכלי שאינו קשור כלל לנזק פיזי⁹⁶. כמו כן אין הם מבהירים כיצד והיכן יושם, לשיטתם, הגבול בין הכרה באחריות לנזקים כלכליים ובלתי ממוניים הלוכשים צורה של נזק ראייתי, לבין שלילת האחריות באותו סוג של נזקים כאשר הם לובשים צורה אחרת. סיכומו של דבר: קשה להשתחרר מן הרושם, כי הסייגים והמגבלות על הדוקטרינה המובלטים בתגובה אינם חלק אינטגרלי שלה אלא באו להכשיר את הלבבות לקליטת דוקטרינה שהיא במהותה מרחיבת אחריות ופורצת פרץ רחב ועמוק בגררי האחריות המקובלים והראויים⁹⁷.

אשוב ואציין, כי גם בהקשר של נזק פיזי אין אימוץ הדוקטרינה נקי מקשיים, וכי יש להסתייג מהניסיון להשתמש בה כדי לכפות "אימפריאליזם נזקי" על מצבים שדיני הנזיקין אינם מסוגלים להתמודד עמם כראוי. הדרך הנאותה לטפל במפעל מזהם, המגדיל ב-2% את מספר אלפי הנפטרים ממחלה, היא הדרך הפלילית והמנהלית ולא הדרך הנזיקית. מתן פיצוי של 2% לכל אחת מאלפי משפחות הנפטרים, כעולה מהצעת המחברים, על אף שידוע כי לגבי 98% מהן אין כל קשר בין המוות לזיהום, הוא לגבי ידי הסדר בלתי ראוי לפי כל קנה מידה.

הנקודה הבאה שברצוני להבהיר היא, שבניגוד לרושם המוטעה שיוצרת אולי תגובת המחברים באשר לעמדת, זו אינה שוללת בעיקרון הטלת אחריות במצבים המאופיינים על-ידי המחברים כ"נזק ראייתי". טענתי היא שניתן וראוי להטיל אחריות, במקרים המתאימים, באמצעות הכלים המשפטיים הקיימים בארץ ובעולם – ולא באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי⁹⁸. לכן אין לייחס לי, כעולה מן התגובה, עידוד התנהגות הגורמת נזק ראייתי⁹⁹, העדפת פתרון פשטני וגורף של "אין אחריות"¹⁰⁰, העדפת "החזק" על פני ה"חלש"¹⁰¹ או גישה הפוגעת בשוויון בפני המשפט¹⁰². נהפוך הוא –

95 שם, בעמ' 376.

96 הערה 16 בתגובתם והטקסט המלווה.

97 ואכן הם מסיימים את תגובתם באמירה "אף אם נהלך אט-אט ממקרה למקרה, נמצא עצמנו, בסוף הדרך, מאמצים דוקטרינה זו במלואה", שם, בעמ' 376.

98 כך, לדוגמא, כשרצה בית-המשפט בישראל לחלק את הנזק במקרה שבו התעוררה לאחרונה בעיה דומה לזו שדונה בהוליס, בחר לעשות כן באמצעות המכשיר המשפטי של "אוכרן סיכויי החלמה" ולא באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי. ראו ע"א 4384/90 ואחורי נ' בית חולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, וכן ע"א 1892/95 מ' קאסם אבו סעדה נ' שדות בתי הסוהר – משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704.

99 התגובה, לעיל הערה 87, בעמ' 362.

100 שם, בעמ' 368.

101 שם, בעמ' 362-363.

העדפתי את הכלים המשפטיים הקיימים נובעת, בין השאר, גם משום שאלה מאפשרים הטלת אחריות ראויה, או מתן פיצוי הולם, כאשר דוקטרינת הנזק הראייתי אינה מצליחה לעשות כן. בהקשר זה הצבעתי על חולשה ממשית של דוקטרינת הנזק הראייתי, הפוגעת בתובעים, והיא חוסר יכולתה להטיל אחריות ברשלנות במצבים שבהם הנזק הראייתי אינו ניתן לצפייה (כבדוגמת הציידים). הפגיעה שפוגעת דוקטרינת הנזק הראייתי בתובעים הראויים לפיצוי מומחשת יפה דווקא על-ידי פסק-הדין בעניין הוליס, לו הקדישו המחברים דיון כה נרחב. הפתרון שאליו הגיע בית-המשפט הקנדי – פיצוי מלא של התובעת על-ידי העברת נטל ההוכחה בשאלה הסיבתית אל יצרן המוצר הפגום – הוא לגבי ידי הפתרון הראוי. הפתרון המוצע על-ידי המחברים, פיצוי חלקי של הניזוק בשל האפשרות ההיפותטית שהנזק לא היה נגרם על אף הפגם במוצר, הוא לטעמי בלתי צודק בנסיבות המקרה. זו היתה גם דעתו של בית-המשפט העליון בישראל בעניין ועקנין¹⁰³. במקרה זה התעוררה השאלה ההיפותטית האם הניזוק היה מגיב לאזהרה, אילו ניתנה. בית-המשפט הניח, אף ללא העברת נטל ההוכחה, כי האזהרה הייתה מונעת את הנזק, ופסק לתובע פיצוי מלא, ולא פיצוי חלקי כפי שעולה משיטת המחברים¹⁰⁴. גישת המחברים פוגעת באורח ממש גם ב"חלשים" מובהקים, כחולה ניזוק העומד מול הממסד הרפואי ומתקשה להוכיח את רשלנותו בשל רישומים לקויים. כיום הדין הוא שנטל השכנוע לעניין העדר הרשלנות עובר אל הממסד הרפואי, אשר ישא באחריות מלאה אם לא יצליח להרימו¹⁰⁵. לשיטתם של המחברים תביא החלת הדוקטרינה במקרים אלה לפיצוי חלקי¹⁰⁶. האם זוהי התוצאה הצודקת? האם ראוי דווקא במקרים אלה לפגוע בניזוק החלש, בהסתמך על טיעון הרחעת היתר, כפי שעושים המחברים¹⁰⁷? באותם מקרים שבהם דוקטרינת הנזק הראייתי אינה מגינה כראוי על ניזוקים, תווית "מגן החזקים על חשבון החלשים" מתאימה יותר לדוקטרינה זו מאשר לאלטרנטיבות המקובלות שבהן אני תומך.

המחברים בתגובתם ערים למגבלות אלה של הדוקטרינה בהגנה על הניזוקים, ומציעים לכך תשובות שאף הן אינן נקיות מקשיים. כאשר לתחולת הדוקטרינה במצבים שבהם הנזק הראייתי הוא בלתי צפוי, הצעתם היא להרחיב את הדוקטרינה כך שבמסגרתה תוטל גם אחריות חמורה, דהיינו: אחריות המבוססת לא על התנהגות בת

102 שם, בעמ' 376.

103 עניין ועקנין, לעיל הערה 30.

104 שם, בעמ' 145.

105 ראו לאחרונה ע"א 6330/96 א' בנגר, קטינה נ' בית החולים הכללי ע"ש ד"ר הלל יפה, פ"ד נב(1)

145, ובעקבותיו ע"א 3263/96 קופת חולים הכללית נ' שבדי, קטין, פ"ד נב(3) 817.

106 התגובה, לעיל הערה 87, בעמ' 361-362.

107 שם, בעמ' 356.

אשמה אלא על עצם הגרימה של נזק, הגם שאינו ניתן לצפייה. זוהי הרחבה משמעותית מאוד ובעייתית מאוד של דוקטרינה המושתתת במקורה על אדני הרשלנות. המחברים מבקשים לרכך קושי זה באמרום כי האחריות החמורה לא תתול אלא במצבים שבהם יש זהות בין המעוול הראייתי לבין הגורם האחראי לנזק הישיר¹⁰⁸. במצבים אלה, ההתנהגות הרשלנית שמאחורי הנזק הישיר אמורה לשמש בסיס גם להטלת האחריות החמורה בשל הנזק הראייתי, הבלתי צפוי, שגרמה אותה התנהגות. הקושי בהנמקה זו הוא כפול. ראשית, זו הופכת את האחריות בשל הנזק הראייתי לנגזרת של האחריות לנזק הישיר. הראשונה "תופסת טרמפ" על האחרונה. תלות זו בעילה "העיקרית" עומדת בניגוד לטענת המחברים כי דוקטרינת הנזק הראייתי היא דוקטרינה עצמאית הנשענת על רגליים משלה. שנית, ייתכנו מצבים שבהם האחריות לנזק הישיר תוטל במסגרת הסדרים של אחריות חמורה ואף מוחלטת לנזקי גוף (תאונות דרכים). במצבים אלה, בהעדר אשמה כלשהי, לא ניתן לקשור את הנזק הראייתי לאשמה כלשהי או לצפיות נזק כלשהו, ובכך תהפוך דוקטרינת הנזק הראייתי להסדר טהור של אחריות חמורה, בבחינת גולם שקם על יוצרו.

תשובה נוספת בפי המחברים למגבלות הדוקטרינה, והיא שאין הם שוללים את החלתן של האלטרנטיבות כתגבור לדוקטרינה וכתמיכה בה¹⁰⁹. יתרה מזאת: הם טוענים בתגובתם כי דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה אף לחזק את התשתית הנורמטיבית של חלופות קיימות¹¹⁰. אך כיצד ניתן ליישב פתיחות זו כלפי החלופות עם הביקורת שמותחים המחברים על החלופות, ועם הטענה כי לפחות חלק מחלופות אלה, כהעברת נטל השכנוע, מוביל לתוצאות משפטיות בלתי רצויות?

ומכאן ליחס שבין דוקטרינת הנזק הראייתי לבין החלופה של הטלת אחריות על בסיס יצירת סיכון, חלופה שביטוייה העיקריים כיום הוא האחריות הקיימת בשל "אובדן סיכויי החלמה". בהערותיי טענתי כי האחריות המוטלת בשל הגברת סיכון קרובה במהותה ובתוצאתה לאחריות המוטלת מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי, שכן שתיהן מובילות לפיצוי חלקי על בסיס הסתברות; עוד טענתי, כי יש להגביל ולצמצם אחריות מסוג זה. בתגובתם המחברים אכן מכירים בקרבה הנ"ל, בציינם כי האחריות בשל "אובדן סיכויי החלמה" היא "דוקטרינת הנזק הראייתי בצורתה הבלתי מפותחת"¹¹¹. אולם, במקום להתמודד עם הקשיים העקרוניים שיוצרת חלוקת הנזק על בסיס הסתברות, המחברים מתמקדים דווקא ביתרונות גרסתם על פני הגרסה המתחרה של "אובדן סיכויי

108 שם, בעמ' 364.

109 שם, בעמ' 369.

110 שם, בעמ' 274-275.

111 שם, בעמ' 371.

החלמה¹¹². לא למותר יהיה אפוא לשוב ולהזכיר, ראשית, כי חלוקת האחריות על בסיס הסתברות מערערת את הבסיס המסורתי של דיני הנזיקין, בסיס הגרימה, ושנית, כי מדובר בחרב פיפיות: הכרה בזכאות החלקית של מי שאינו יכול לעמוד בנטל הוכחת ההסתברות שמתחת ל-50% באה על חשבון שלילת הזכאות המלאה ממי שיכול להוכיח הסתברות שמעל 50%.

לסיום: דוקטרינת הנזק הראייתי היא יצירה חדשנית, מקורית ומעניינת, אך ללא הצבת סייגים וגדרות ברורים, שאינם מצויים בהצעת המחברים, הפסדה עלול להיות גדול משכרה, ועדיפים עליה כלים אחרים, מתאימים יותר.

112 יצוין, כי גם היתרונות שרואים המחברים בדוקטרינת הנזק הראייתי אל מול "אובדן סיכויי ההחלמה" נתונים בספק. ראשית, ניתן להתווכח האם אכן קיים כשל הגיוני בתפיסה שלפיה תרומה לסיכון שהתמשש היא בבחינת נזק, אך גם אם המחברים צודקים בטענתם, הרי שהמשפט כידוע אינו מערכת טהורה של טיעונים לוגיים אלא אמצעי להכרעה צודקת וראויה בסכסוכים, שבה גם לפיקציות תפקיד נכבד. שנית, המחברים טוענים (שם, בעמ' 373) כי ייתכן שוני בין שיעורי הפיצויים שיפסקו לפי כל אחת מן הגישות. על כך ניתן להעיר כי לא ברור מהניתוח מהי דרך החישוב ה"נכונה" יותר, מה גם שלא נראית מניעה לאמץ את דרך החישוב המוצעת על-ידי המחברים אף תחת הדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה".