

דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת

מאת

אריאל פורת* ואלכס שטיין**

מאמר זה משיב לביקורת שנמתחה על-ידי פרופ' ישראל גלעד על דוקטרינת הנזק הראייתי אשר פותחה על-ידי מחבריו בשני פרסומיהם הקודמים. אגב כך, מחזק המאמר את עמדת המחברים שלפיה יש לדוקטרינת הנזק הראייתי אחיזה איתנה בכל אחת מתורות היסוד של האחריות בנויקין: תורת ההרתעה היעילה ותורת הצדק המחזק. כמרכן מראה המאמר, כי דוקטרינת הנזק הראייתי מביאה לתוצאות ראויות גם מההיבט החלוקתי. מטעמים אלו, אין מקום לחשוש מהרחבתה היתרה של האחריות בנויקין בעקבות אימוצה של הדוקטרינה. עוד מדגיש המאמר, כי לדוקטרינה זו יש הצדקה מעשית-פרגמטית מרובה: בניגוד לעמדתו של פרופ' גלעד, אין לחשוש מכך שאימוץ הדוקטרינה יביא לריבוי התדיינות; כמרכן יש לדוקטרינה זו עדיפות ברורה על פני תחליפיה (שעליהם ממליץ פרופ' גלעד). דוקטרינת הנזק הראייתי באה לפתור בעיות קשות אשר מתעוררות במשפטי נזיקין שנפתחים ממילא: בתור שכזו, עתידה הדוקטרינה לצמצם את היקף ההתדיינות הקיים ואף לקדם פשרות. במסגרת זו, מציג המאמר את יישום הדוקטרינה בתביעת נזיקין שעניינה רשלנות רפואית ועילתה מושתתת על העדר הסכמה מדעת מצד המטופל. הוכחת הנזק בגדרן של תובענות כאלה ידועה זה מכבר כקשה ביותר בשל בעיית הסיבתיות העמומה. המאמר מראה, כי דוקטרינת הנזק הראייתי מפסקת לבעיה זו פתרון נאות. הדבר נעשה אגב דיון בפסק-דינו החשוב של בית-המשפט העליון הקנדי אשר ניתן בפרשת *Hollis* (ולא נדון במאמריהם הקודמים של המחברים).

א. מבוא. ב. פרשת הוליס: העובדות וההכרעה. ג. פרשת הוליס לאור דוקטרינת הנזק הראייתי. ד. דוקטרינת הנזק הראייתי ותורת הנזיקין הכללית. ה. דוקטרינת הנזק הראייתי והמקרים הטיפוסיים של סיבתיות עמומה. ו. הערות סיכום.

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

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

אנו מודים לטל בן-נתן (תלמידת שנה ד בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים) על עזרתה בהכנת רשימה זו לפרסום.

א. מבוא

רשימה זו באה להשיב להסתייגויות אשר הועלו על-ידי פרופ' ישראל גלעד¹ ביחס לדוקטרינת הנזק הראייתי, שנדונה בשניים ממאמריו². אנו נשיב להסתייגויות אלה מכמה זוויות. תחילה, נציג בפני קוראנו את פסק-דינו של בית-המשפט העליון הקנדי (בפרשת הוליס³), שבגדרו עלה והוכרע מקרה טיפוסי של נזק ראייתי. דיונו בפסק-דין זה יציג את יתרונותיה של הדוקטרינה ככלי משפטי אשר מביא לתוצאות ראויות במשפטי נזיקין, לאור מטרותיהם המקובלות של דיני הנזיקין (הרתעה יעילה וצדק מתקן). דיון זה גם יבליט את עדיפותה של הדוקטרינה על פני הפתרונות השונים אשר ניתנו – אד-הוק – על-ידי בתי-המשפט בארצות-הברית, באנגליה, בקנדה ובישראל, לבעיה של סיבתיות עמומה (indeterminate causation) במשפטי נזיקין. לאחר-מכן נשיב לנקודות הביקורת הכלליות, שאותן מעלה פרופ' גלעד ביחס לדוקטרינה, בהישענו על התורה הכללית של דיני הנזיקין. במסגרת זו נראה, כי לדוקטרינת הנזק הראייתי – המומלצת על-ידינו כראויה לאימוץ בדין הישראלי ומחוצה לו – יש תשתית מוצקה בתיאוריה של דיני הנזיקין, ובה שזורים עקרונות היסוד של האחריות הנזיקית. לבסוף, נענה להשגות שהעלה פרופ' גלעד ביחס לניתוח המקרים הטיפוסיים של נזק ראייתי, אשר נעשה על-ידינו במאמרו השני. במסגרת אותו ניתוח, חילקנו את מקרי הסיבתיות העמומה בדיני הנזיקין לקבוצות ולתת-קבוצות טיפוסיות, הצענו פתרון לכל קבוצה וקבוצה – כשכל פתרון מבוסס על דוקטרינת הנזק הראייתי – והצבענו על העדיפות שיש לפתרונות המוצעים על-ידינו לעומת אלו הקיימים. פרופ' גלעד סבור, כי הפתרונות שהצענו טומנים בחובם יותר נזק מאשר תועלת, ואילו אנו, מהטעמים שיובאו להלן, נותרנו איתנים בדעתנו.

מובן מאליו הוא, שאת דברינו דכאן נביא רק בקצירת האומר. בטרם נפרט את תגובתנו, ברצוננו להודות לפרופ' גלעד על שראה להעמיד את מאמרינו לדיון ביקורתי, מעניין ומפרה מחשבה, ועל שפרש בפנינו את עיקרי השגותיו עוד קודם לכן, בשעה שמאמרינו היו בגדר טיוטות. מעטים הם אנשי האקדמיה שעבודתם זוכה כה מהר להתייחסות מעמיקה, מפרת מחשבה וחברית מצד עמית. נתמזל מזלנו.

1 "גלעד 'דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?' משפטים ל (תש"ס) 315.

2 ראו A. Porat & A. Stein "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" 1891 Cardozo L. Rev. (1997) 18 (להלן: "LFU"); 'א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (התשנ"ח) 191 (להלן: "דנ"ר").

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

ב. פרשת הוליס: העובדות וההכרעה

סוזן הוליס סבלה ממום צורני מולד בחזה, ובהגיעה לגיל 23 ביקשה לתקנו על-ידי השתלת שדיים תותבים, העשויים מסיליקון. מנתח פלסטי שתל בגופה שדי סיליקון, שאחד מהם נקרע כעבור 17 חודשים. חומר שדלף אל רקמותיה של גב' הוליס גרם לה לכאבים. לבסוף, הוחלף שד הסיליקון הפגום בשד סיליקון חדש, דבר שהצריך שני ניתוחים. גב' הוליס באה על תיקונה הפיזי, להוציא כמה צלקות שנשארו על גופה. דא עקא, היא נותרה חרדה לאפשרות שחלקיקי סיליקון נמצאים עדיין בגופה ומסכנים את בריאותה. מחרדה זו אין גב' הוליס יכולה להשתחרר. גב' הוליס חוששת גם מפני קרע בשדי הסיליקון החדשים שלה. בשל חששה זה היא נמנעת מהתעמלות, מעבודה פיזית מאומצת ומכל פעילות אחרת העלולה לגרום לקרע כאמור. כתוצאה מכך זנחה גב' הוליס את עבודתה כאופה. כל הרעות הללו חברו אל העינוי הכירורגי שממנו סבלה גב' הוליס במשך שבע שנים רצופות. גב' הוליס החלה אפוא לסבול מדיכאון ונזקקה לעזרה פסיכיאטרית.

בהגיעה לגיל 30 הגישה גב' הוליס תביעת נזיקין בגין מכלול הנזקים שספגה. טרנזיטתה העיקרית הופנתה אל היצרן של שדי הסיליקון, שאחד מהם, כאמור, נקרע בהיותו מושתל בגופה. לטענת גב' הוליס, היצרן שיווק את שדי הסיליקון שייצר מבלי להזהיר את רוכשי המוצר מפני האפשרות של קרע לאחר ההשתלה. שדי סיליקון לא נמכרו, כמובן, במישרין לידי אנשים אשר חפצו בהשתלתם. הם נמכרו אך ורק לרופאים מומחים, שמתפקידם היה להתאימם לצורכי המטופלים, ובכללם גב' הוליס. גב' הוליס טענה אפוא שחובת האזהרה, אשר, כאמור, חלה על היצרן, לא קוימה על-ידי היצרן בעמדו מול הרופא שטיפל בה. מכיוון שבאותה עת נרשמו אצל היצרן כ-60 תלונות בנוגע לקרע בשדי סיליקון, היצרן מחויב היה, לדברי גב' הוליס, להעמיד את הרופא שטיפל בה על הסיכון האמור. אילו עשה כך היצרן, חייב היה הרופא להעביר את המסר לגב' הוליס באופן שזו תוכל לגבש הסכמה מודעת לניתוח. לטענת גב' הוליס, הסכמה זו לא גובשה על-ידיה בשל אי-מתן אזהרה כאמור.

טענתה זו של גב' הוליס, שהושתתה היטב בראיות ובדין הקנדי, אכן נתקבלה על-ידי בית-המשפט העליון דשם. קבלתה של טענה זו העלתה לדיון את שאלת הנזק אשר נגרם לגב' הוליס עקב אי-מתן האזהרה הדרושה על-ידי היצרן. האם מתקיים קשר סיבתי בין התרשלות היצרן, שבאי-מתן אזהרה כאמור, לבין נזקיה של גב' הוליס? לדברי גב' הוליס, קשר זה אכן מתקיים: אילו הגיעה לאוזניה האזהרה הדרושה, היא היתה נמנעת מהשתלת השדיים המלאכותיים, והסבל אשר נגרם לה, כאמור, היה נחסך ממנה לחלוטין. אף שדברים אלו של גב' הוליס נאמרו בעדותה שבפני בית-משפט, לאחר שגב' הוליס נשבעה להעיד עדות אמת, אמיתותם של הדברים לא היתה נקיייה מספקות. דברים אלו של גב' הוליס יכול שניזונו מחוכמה שלאחר המעשה, בשעה ששאלת הקשר

הסיבתי (העובדתי), אשר נתעוררה במקרה דנן, נענית על-פי החוכמה שלפני המעשה. למרות ספק זה האמין בית-המשפט לגב' הוליס, וקבע כי היא היתה דוחה את רעיון ההשתלה אילו הוזהרה כראוי.

קביעתו זו של בית-המשפט לא היתה בגדר סוף-פסוק. האזהרה החסרה אמורה היתה להיות ממוענת אל הרופא של גב' הוליס, ולא אל גב' הוליס במישרין. מכאן עלו השאלות הבאות:

1. האם הרופא היה מעביר את המידע לידי גב' הוליס אילו הובא המידע לידיעתו?
2. מה היה מייצג הרופא לגב' הוליס, נוכח מספרם המועט של מקרים שבהם נקדעו שדי סליקן לאחר השתלתם?

ראיות שהונחו בפני ערכאות השיפוט אשר דנו בפרשת הוליס לא אפשרו הכרעה בשאלות אלה. אלה הן שאלות היפותטיות שעניינן מצבי דברים המנוגדים להתרחשויות הלכה למעשה (counterfactuals). שאלות כאלה ידועות כקשות להכרעה גם כשזו נשענת על תורת הסיכויים ההסתברותית. עבור מצבי דברים שבהם לא ניתן כלל לקבוע עובדות יש בדין הקנדי כלל הכרעה משפטית, שלפיו פועלות שיטות משפט רבות (ובכללן השיטה הישראלית). לפי הכלל האמור, במצבי דברים אלו תוכרע השאלה העובדתית לחובתו של בעל-הדין אשר סומן על-ידי הדין כמי שנושא בנטל השכנוע. בנטל זה נושא התובע כל אימת שמדובר בעובדות המרכיבות את עילת תביעתו, וכך הוא גם לגבי גב' הוליס. תביעתה של גב' הוליס נראית, על כן, לפחות לכאורה, כתביעה שנידונה לכישלון בשל חוסר הוכחה.

תוצאה זו היא בוודאי תוצאה קשה, ושופטי הרוב של בית-המשפט העליון הקנדי ביטאו זאת בפסק-דינם, שבו הוחלט לקבל את תביעתה של גב' הוליס. דחיית התביעה בשל הסברה כי המידע הדרוש לא היה נמסר לגב' הוליס, גם אם רופאה היה מקבלו מהיצרן, היתה מעמידה את גב' הוליס במצב גרוע מזה שבו היתה עומדת אם הסברה ההיפותטית דנן היתה חלק מהמציאות. אילו עמדה גב' הוליס במצב האחרון, היא יכלה לתבוע את רופאה בגין רשלנות רפואית אשר שללה ממנה הסכמה מודעת לניתוח. דא עקא, שהמצב האחרון איננו חלק מן המציאות ועל כן אינו ברי-תביעה. השימוש במצב הזה כהתרחשות אפשרית, כשהחלופה היא הנחת התקינות ביחס לפעולותיו המשותרות של הרופא, נראה על כן בעייתי עד מאוד.

בית-המשפט העליון הקנדי פתר את הקושיה בקבעו, כי אילו עשה היצרן את אשר מוטל עליו והעביר את האזהרה הדרושה לרופא, הרי שהעובדות הנחוצות לכירורג התביעה היו ידועות: או שהרופא היה מזהיר את גב' הוליס הלכה למעשה (ואז נזקיה היו נמנעים), או שלא היה מזהירה (ואז נזקיה היו נגרמים, אך היתה עומדת לה, בגין נזקים אלה, עילת תביעה כנגד הרופא). בכל אחד ממקרים אלו, לא היה כלל מקום לבחינה הבעייתית מעיקרה של אפשרויות היפותטיות. בית-המשפט מצא אפוא את היצרן אחראי לא רק לעזולה המהותית נושא ההתדיינות – שהיא, כאמור, פגיעה בזכותה של גב'

הוליס לקבל מידע בנוגע לסיכוני ההשתלה – אלא גם לשלילת יכולתה הראייתית של גב' הוליס להוכיח את טענתה כי הנזקים שספגה אכן נגרמו לה על-ידי אותו מעשה עוולה. מטעם זה העביר בית-המשפט את נטל השכנוע מכתפיה של גב' הוליס, התובעת, אל היצרן הנתבע. הדבר קבע, כמובן, את תוצאת המשפט: היצרן נמצא אחראי לנזקה של גב' הוליס. בית-המשפט קבע את אשר קבע (ברוב דעות) בהישענו, במידה רבה, על ההיקש למקרה הציידים, שנדון בהרחבה במאמרינו⁴.

פסק-הדין שניתן בפרשת הוליס מהווה, על כן, הכרה כמעט מפורשת (אם כי בלתי-מלאה) בדוקטרינת הנזק הראייתי⁵. יצוין, כי הכרה מלאה בדוקטרינה זו, כמוצע

4 ראו 1 D.L.R. [1952] *Cook v. Lewis*, ראו גם 199 P.2d 1 (1948) *Summers v. Tice* (פסק-דין אמריקני, המבוסס על עובדות זהות, ובו ניתנה הכרעה זהה). לדיונו במקרה הציידים, ראו *LFU*, בעמ' 1901-1902; 1930-1931.

5 המקרה שנדון בפרשת הוליס מעורר אף את השאלה הבאה: מה הדין כאשר גורם עוולתי אחד גורם (במובן מסוים) לנזק, אך אלמלא גורם לו, היה הנזק נגרם ממילא על-ידי גורם עוולתי אחר, אשר במצב העניינים הקיים לא גרם בפועל לכל נזק? זוהי סיטואציה המוכרת בספרות המשפטית כסיטואציה של גורם ממשי וגורם היפותטי לנזק. פתרון אפשרי אחד למקרה כזה הוא להטיל את האחריות על הגורם העוולתי הראשון, בהיותו "גורם מספיק" לנזק, אפילו שאין הוא בכוחו גורם-שבלעדי-אין (*causa sine qua non*). פתרון אחר, אשר אומץ בארץ, הוא להטיל את האחריות על הגורם העוולתי הראשון בגין שלילתה של עילת התביעה נגד הגורם השני. על-פי פתרון זה, הגורם העוולתי הראשון, בעצם פועלו, מנע מצב עניינים שבו הנזק היה נגרם על-ידי הגורם העוולתי השני (ההיפותטי), ושאו היה התובע זכאי לתבוע פיצויים בגין הנזק מהגורם השני האמור. ראו ע"א 248/86 עיבוק לילי חנשוילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529; א' פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (בעריכת א' רחן צבי, התשנ"ב) 221, 251.

חשוב להדגיש, כי שאלת הגורם הממשי והגורם ההיפותטי – לפחות על-פי ההשקפה אשר אומצה ביחס אליה בארץ – אינה מעלה בהכרח את שאלת הנזק הראייתי. בבסיס השאלה הראשונה עומדת ההנחה שאין כל קושי לדעת מה אירע בפועל בעולם האמיתי ומה היה קורה בעולם ההיפותטי, אלמלא פעולתו של הגורם העוולתי הראשון. על-פי ההשקפה האמורה, בפרשת הוליס ניתן היה, על כן, לטעון שאילו היצרן (הגורם העוולתי הראשון) היה מוסר את המידע הרלבנטי לרופא, מצב הדברים היה אחד משני אלו: (1) הנזק היה נמנע, או (2) הנזק היה נגרם על-ידי הרופא (הגורם העוולתי השני), ולגב' הוליס היתה עומדת עילת תביעה נגד הרופא. מניעת האפשרות של התובעת להגיע למצב (1), כמו גם מניעת אפשרותה להגיע למצב (2), מהווה גרימת נזק אשר מחייבת הטלת אחריות על הגורם העוולתי הראשון. לפיכך, אין זה מעלה או מוריד שאין אנו יודעים אם אלמלא פעולתו של הגורם העוולתי הראשון היה מתקיים מצב (1) או מצב (2). די בכך שאנו משוכנעים שאחד משני המצבים הללו היה מתקיים אלמלא העוולה. כאמור בטקסט, בית-המשפט העליון הקנדי הגיע לאותה תוצאה, אולם הנמקתו היתה שונה במקצת.

בעיה הוזה לזו שנדונה בפרשת הוליס נתעוררה בישראל בע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171. עניינו של פסק-דין זה הוא תביעת נזיקין אשר הוגשה בגין מותה של יולדת

על-ידינו, יכלה להוליד, במקרה דנן, פסק-דין יותר משכנע. בית-המשפט דשם קבע, כזכור, כעניין שבעובדה, שגב' הוליס היתה דוחה את רעיון ההשתלה אילו ידעה מראש כי אחד משדי הסיליקון עלול להיקרע בגופה. כפי שכבר נאמר, קביעה זו נתבססה על השערה אשר נשאבה מעדות שלאחר המעשה, שהושמעה על-ידי גב' הוליס. דבר זה גם חשף את שופטי הרוב לביקורת מפייהם של שופטי המיעוט. לעדותה זו של גב' הוליס גם נתלוותה חקירה נגדית – מביכה וחסרת תכלית – בנוגע לתדמיתה העצמית, בהיתן הפגם הצורני בשדיה. בחקירה זו היו שזורות שאלות על יחסה של גב' הוליס לשדיה ועל זיקתן – בעיניה – לסיכוייה להינשא. דברים אלו היו נחשכים אילו קבע בית-המשפט את אשר מכתוב השכל הישר: אין כל אפשרות לדעת, אפילו כעניין של הסתברות גרידא, מה היתה עושה גב' הוליס עם המידע על כ-60 מקרים של קרע בשדי סיליקון, אשר הושתלו, מבלי להיקרע, בגופיהן של רבבות נשים. מסקנה מתבקשת זו צריכה היתה להוביל לשאלה נוספת: באשמתו של מי מהצדדים אין כל אפשרות להכריע בשאלה דנן הכרעה עובדתית?

גם לשאלה זו יש תשובה מתבקשת. אילו לא מעשה העוולה, אשר ברצע, כפי שבוצע, על-ידי היצרן, ניתן היה לדעת בבירור מה היתה עושה גב' הוליס עם המידע שבפועל

בבית-החולים הנתבע. הריונה של היולדת הסתכן, אולם רופאיה לא ראו לנכון להפסיק בהתאם לאחת האסכולות הרפואיות המקובלות. לפי האסכולה המקובלת השנייה, ראוי היה להפסיק את ההריון. בחירת הרופאים באסכולה הראשונה לא היתה, כשלעצמה, בבחינת רשלנות, שכן הסיכון ליולדת, אשר נכרך לשמירת הריונה, היה יחסית קטן. העובדה שהסיכון הקטן הזה נתממש הלכה למעשה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין הרשלנות, שקיומה נבחן בראייה פרוספקטיבית שלפני קרות הנוק. דא עקא, מתומר הראיות עלה שהמנוחה לא הוזהרה, כפי הנראה, בנוגע לסיכון שבהמשך הריונה. אם אכן כך הוא הדבר, הסכמת המנוחה לטיפול לפי האסכולה הראשונה ולא לפי האסכולה השנייה לא היתה הסכמה מודעת, בדיוק כמו במקרה של הוליס. בית-המשפט העליון קבע, על כן, כי מן הדין להחזיר את התיק לערכאה הראשונה (בית-המשפט המחוזי בירושלים) כדי שזו תברר את העובדות הרלוונטיות. כן קבע בית-המשפט העליון, כי במקרה שבית-החולים יימצא אחראי לנוק כאמור, פיצויים שיגיעו לתובעים יערכו לפי הסיכוי שהמנוחה היתה בוחרת בהפסקת הריונה אילו הועמדה כרבעי על הסיכון שבשמירת ההריון. את הסיכוי הזה יידרש בית-המשפט המחוזי לאמוד "על דרך האומדן השיפוטי" ו"תיתכן גם הערכה הסתברותית אשר תוכל לשמש בסיס לחיוב המשיבים רק בחלק מן האחריות וממילא רק בחלק יחסי מן הנוק" (שם, בעמ' 191-ג1). ראו בעניין הזה ע"א 231/84 (להלן, הערה 29). עמדתו של בית-המשפט העליון בעניין פיצויים בגין שלילתה של הסכמה מודעת של המטופל לטיפול הרפואי שניתן לו קרובה, אפוא, לעמדתנו. עם זאת, אנו סבורים שבכל מקרה כזה מן הראוי לבסס את אחריות הנתבע על דוקטרינת הנוק הראייתית, ולא על "פגיעה בסיכויי החלמה". ראו להלן, בטקסט הסמוך להערות 27-35.

נגזל ממנה⁶. הסיבתיות העמומה במקרה דנן היתה, אפוא, תולדה ישירה של עוולת היצרן. עוולה זו פגיעה פגיעה מהותית בזכותה של גב' הוליס לגבש הסכמה מודעת (או אי-הסכמה מודעת) להשתלת השדיים המלאכותיים. נוסף על כך פגיעה עוולה זו – ראייתית – ביכולתה של גב' הוליס להוכיח במשפטה כי היתה שוללת את דעיון ההשתלה אילו קיבלה את האזהרה הדרושה. במצב דברים זה על היצרן לשאת בתוצאת עוולתו, שהיא הנזק הראייתי אשר נגרם לגב' הוליס.

אומדנו של נזק זה אינו פשוט. מאמרנו מציעים שיטה להערכת נזקים ראייתיים כגון זה שבפנינו. בבסיסה של שיטה זו ניצבת ההשקפה שבמצבים מסוימים יש לראות באינטרס של אדם לדעת כיצד הוא ניזוק אינטרס מוגן, הנגזר מזכות האדם לאוטונומיה, וכי פגיעה באינטרס זה מזכה בפיצוי כספי. שיטתנו גוזרת את דמי-הנזק הראייתי מהפיחות אשר חל בסיכויי ההצלחה של התביעה בשל הנזק הראייתי שנגרם לתובע. בצדה של שיטה זו, אנו ממליצים על העברת נטל השכנוע כתורפה בשל הנזק הראייתי. בתרופה זו – שאף בית-המשפט העליון הקנדי ראה להעניקה לגב' הוליס – יש להשתמש בזהירות מרובה, וזאת בשל הסכנה של פיצוי-יתר והרתעת-יתר הטמונה בה. סכנה זו אכן נתממשה בפרשת הוליס. בפרשה זו, ההסתברות שגב' הוליס היתה בוחרת בהשתלתם של שדי סיליקון – גם אילו היתה ערה לאפשרות של קרע באחד מהם – לא היתה מבוטלת כלל ועיקר. הדבר הקטיץ את סיכויי התביעה ex ante, לפני קרות הנזק הראייתי, ובתור שכוזה משפיע הדבר על מידתו של הנזק הראייתי אשר נגרם לגב' הוליס. אם כך, לתרופה שמסירה את נטל השכנוע מכחפי הנפגע מנזק ראייתי, תוך שהיא מעבירה אל שכמו של המעוול הראייתי, יש מעלות משל עצמה. מעלות אלו יכול שתקזנה את נזקיהם של פיצוי-יתר ושל הרתעת-יתר, ועל כך עמדנו במאמרנו הקודמים.

ג. פרשת הוליס לאור דוקטרינת הנזק הראייתי

נעבור עתה להדגמת הטעמים התומכים בדוקטרינת הנזק הראייתי, אשר תיעשה באמצעות פרשת הוליס. אחד הטעמים הללו הוא הגנת האוטונומיה של הפרט. אין ספק בכך שהאוטונומיה של גב' הוליס נפגעה על-ידי העמידתה העוללתית במצב שבו אין היא מודעת למכלול סיכויי ההשתלה בעת שנתנה את הסכמתה לניתוח. הסכמתה של גב' הוליס לניתוח לא היתה, אם כן, הסכמה מודעת. כמו כן גרמה הפעולה העוללתית של היצרן לכך שגב' הוליס לא ידעה – אף לאחר המעשה – את סיבת הנזק אשר נגרם לה, דבר ששלל ממנה את היכולת לאמוד את זכויותיה כלפי היצרן, לעמוד על זכויות אלו,

6 מכאן ואילך אנו מניחים, כפי שעשה בית-המשפט העליון הקנדי, שאלמלא העוולה שבוצעה על-ידי היצרן היה המידע הדרוש מגיע לגב' הוליס באמצעות הרופא.

כל אימת שהן קיימות, ולמצותן בגדרה של התדיינות משפטית. מהטעמים שהובאו במאמרינו, שלילת יכולתה זו גם היא מהווה פגיעה באוטונומיה של גב' הוליס, ועיקרון הצדק המתקן מחייב את תיקון הפגיעה.

טעם נוסף התומך בהטלת אחריות בגין נזק ראייתי הוא הרתעה. הרתעה יעילה תושג אם היצרן, כבעניינו, יישא בנזקי התנהגותו הרשלנית וכך יפנימם. במקרים הטיפוסיים, שבהם לא ניתן להוכיח את נזקי התנהגותו הרשלנית בדרגת הוודאות הדרושה, הרתעה יעילה תושג אם היצרן יישא בתוחלת נזקיו. דוקטרינת הנזק הראייתי, כפי שהוצעה במאמרינו, אכן משיגה מטרה זו. הפעלתה של דוקטרינה זו, כתמריץ לשמירת מידע העשוי להיות רלבנטי במשפט, גם תמזער את הנזקים הראייתיים גופם. דבר זה יסייע בידי בתי המשפט בקביעת ממצאים עובדתיים במשפטי נזיקין.

אומדן הנזק הראייתי ניתן להמחשה מטפורית מועילה באופן הבא. נניח, שהראיה אשר נשללה מגב' הוליס – שהיא תוכן החלטתה שלפני הניתוח במצב של מידע שלם – מצויה בתוך קופסא נעולה. ראיה זו, לאחר שתוצא מתוך הקופסא, תוגש לבית המשפט ותכריע את המשפט לכאן או לכאן. ברי הוא, כי שווי הקופסא מבטא את הנזק הראייתי אשר נגרם לגב' הוליס. נזק זה נגרם, על כן, לגב' הוליס על-ידי שלילת הקופסא מידה. כמו כן ברור, שהקופסא – כאשר היא נעולה ולתוכה אין ניתן להציץ – שווה לשווי הנזק המוכח שנגרם לגב' הוליס, המוכפל בהסתברות שהראיה שתוצא מן הקופסא תאמת את טענתה כי לא היתה מסכימה להשתלה אילו הוזהרה כנדרש על-ידי היצרן. מכיוון שאמיתותה של טענה זו היא עניין אפשרי, אך לא וודאי, ראוי הוא שפיצוייה של גב' הוליס – ואחריותו המקבילה של היצרן – יופחתו כמידת הסתברותה של טענת היצרן כי גב' הוליס היתה בוחרת בהשתלה גם אילו הוזהרה כראוי. במקום שניתן לקבוע את ההסתברויות של הטענות המנוגדות הללו, יש ללכת לפי ההסתברויות. במקום שלא ניתן לקבוע הסתברויות אלו יש לקבוע, בהתאם לתורת ההסתברות, כי הסיכויים הקיימים – לכאן ולכאן – הם סיכויים שווים. במצב דברים זה, ההסתברות שהראיה שבקופסא (ההיפותטית) תאמת את טענתה של גב' הוליס תהא שווה ל-0.5. התוצאה שתתקבל בדרך זו תפצה את גב' הוליס על נזקה הראייתי באופן שיחייב את היצרן להפנים את תוחלת הנזק הישיר אשר נקשר להתנהגותו הרשלנית (המוערכת על-פי המבחנים שלפני המעשה). כך תיווצר הרתעה יעילה ביחס לנזקים הישירים⁷.

7 פרופ' גלעד מעיר, כי אומדנו של הנזק הראייתי בדוגמת הציידים, כפי שנעשה על-ידינו במאמרינו השני בסוגיה (ד"ר (לעיל, הערה 2) בעמ' 216) איננו תואם את שיטת ההערכה דלעיל, שעליה המלצנו כעל שיטה כללית להערכת נזק ראייתי ביתר הדוגמאות שבשני המאמרים. ראו גלעד (לעיל, הערה 1) בהערה 56. בדוגמת הציידים, המשקפת את עיקרי עובדותיו של המקרה שנדון ב-"Summers v. Tice" (לעיל, הערה 4) שלושה אנשים יצאו למסע צייד. שניים מהם ירו מתוך רשלנות לעברו של השלישי, אולם רק אחד מהם פגע בו, ולא ניתן לזהות את הפוגע משום שהציידים השתמשו בכלי נשק

תוצאה זו מראה, כי נזק ראייתי, בהיותו מוצמד לנזק הישיר (שהוא, על-פי מהותו, בר-תביעה ללא עוררין), איננו נזק כלכלי טהור, כפי שטוען פרופ' גלעד. האחריות לנזק ראייתי משרתת את מטרת ההרתעה ומגשימה את עיקרון הצדק המתקן ביחס לנזקים הישירים. יתרה מזו: דוקטרינת הנזק הראייתי מביאה להפחתת הנזקים הראייתיים עצמם, ועל כך הרחבנו במאמרינו.

הנזק הראייתי שנגרם לגב' הוליס גם היה נזק צפוי. היצרן צריך היה לצפות לא רק את הפגיעה הברורה ביכולתה של גב' הוליס לגבש הסכמה מודעת להשתלת שדי הסיליקון, אלא גם את חוסר האפשרות להוכיח את טיבה של החלטתה ההיפותטית של גב' הוליס במצב שבו היתה מצויה אילו קיבלה מן היצרן את האזהרה הדרושה. העובדה שבירור עובדותיו של המקרה הצריך את הוכחתה של החלטה היפותטית זו נובעת, כאמור, מהעדרה של החלטה אמיתית. העדרה של החלטה אמיתית – קרי: הנזק הראייתי – היה צפוי מראש כנובע במישורין מהתרשלות היצרן. במלים אחרות, מה שהיה במתחם הצפיות הסבירה בפרשת הוליס הוא לא רק הנזק הישיר גופו, אלא גם המנגנון הסיבתי העומם שלו, שאינו ניתן להבהרה ראייתית. תופעה זו כינינו במאמרינו "נזק ללא כתובת", ובהקשר הזה הבהרנו, כי במקום שאדם גורם לנזק ללא כתובת (של השולח, במקרה דנן), מן הראוי לחייבו בנזיקין.

עוד אמרנו במאמרינו – ונשוב ונאמר כאן – כי רואים אנו במוסד הצפיות, כיצירה נורמטיבית, גם כלי להרחבתו של מתחם הצפיות הקיים בפועל במידה שתמצא ראויה על-פי המטרות של דיני הנזיקין. צפיות בת-קיימא איננה, לדידנו, בגדר קולר שעליו יש

ובתחמשת זהים, ואין בידינו ראיות נוספות כלשהן. במקרה זה יש לומר לגבי כל אחד משני הידדים כי הוא גרם לתובע את הנזק הפיזי שבגינו הוגשה התביעה, ואם הוא לא גרם לתובע את הנזק הפיזי, הרי שהוא גרם לו נזק ראייתי: אילו לא נורתה לעברו של התובע הירייה אשר לא פגעה בו, התובע יכול היה לזהות בבירור את היורה שפגע בו. ההסתברות שכל נתבע גרם לתובע את הנזק הישיר שלו או, לחלופין, את הנזק הראייתי, מגיעה אפוא כדי 100%. הנזק הראייתי שלל מהתובע את כל תביעתו נגד המעוול הישיר. כך יוערך הפסדו של התובע מנקודת ראותו שלו, ובנקודת ראות זו אכן יש ממש. מכאן התוצאה שעליה המלצנו, ולפיה חייב המעוול הראייתי לפצות את התובע בשווי תביעתו נגד המעוול הישיר, והנתבעים יחויבו בפיצוי כאמור ביחד ולחוד. נתבע שיטען כי הוא לא המעוול הראייתי, כמוהו כמורה בהיותו המעוול הישיר.

לעומת זאת, לפי שיטת ההערכה הכללית של נזק ראייתי, סיכויי ההצלחה של תביעת התובע בגין נזק הישיר הם 50% ביחס לכל נתבע. מסיבה זו – כך ניתן לטעון – מחויב כל נתבע לשלם לתובע 50% מדמי הנזק הישיר שלו, תוצאה שפרופ' גלעד מצביע עליה כעל תוצאה ראויה (ראו גלעד, שם). אנו סבורים ששתי חלופות אלו אפשריות, וזאת ביארנו בכל אחד ממאמרינו (ראו דנ"ר (שם), בעמ' 216, הערה 65, LFU (לעיל, הערה 2), בעמ' 1930-1931). יצוין, כי אם נוסיף לדוגמת הציידים צייד-יורה אחד או יותר, נזקו של התובע יחושב לפי שיטת ההערכה הכללית דלעיל, והדברים הובהרו בדנ"ר (שם), בעמ' 217, הערה 67, ובעמ' 236-237.

לתלות את כללי האחריות בנוזיקין. הקולר שעליו יש לתלות את כללי האחריות בנוזיקין – ועמם את עיקרון הצפיות הנורמטיבית – ראוי שיהא בנוי משיקולים נורמטיביים כגון הרחעה וצדק מתקן. מנקודת ראות זו, הטלתה של אחריות בגין נזק ראייתי תייסד מניה וביה את הצפיות הדרושה במקרים עתידיים, ודברים שלא נהוג היה, בעבר, ליתן עליהם את הדעת ייכנסו לגדרם של דברים שיש להביאם בחשבון אגב פעילות הטומנת בחובה נזק לזולת. מובן מאליו הוא, שחוסר אפשרות לצפות נזק פלוני יכול שישפיע על ההחלטה שלא להטיל אחריות בגין אותו נזק, אולם ראוי הוא, בכגון דא, שנבדיל בבירור בין נזקים בלתי-צפויים לבין נזקים בלתי-נצפים הלכה למעשה. משטר משפטי שאינו מטיל אחריות בגין נזקים בלתי-נצפים, אף כשעקרונית ניתן לצפותם מראש, הוא משטר שכונה אקלים חברתי של רשלנות ומטפח ולזול באינטרס הזולת. על משטר כזה בוודאי שלא נוכל להמליץ, ונוסיף, כי מה שאמרנו לגבי הצפיות חל בשינויים המחויבים גם על חובת הזהירות. לעניינים כלליים אלו עוד נידרש בהמשך.

מכאן נעבור לנושא אחר, שהוא החלטתה של גב' הוליס להגיש את התובענה מעיקרה, שיש להניח לגביה כי נתקבלה באמצעות עורכי-הדין שייצגו את גב' הוליס. עורכי-דין אלו לא יכלו לדעת את הדרך שבה יבסס, לבסוף, בית-המשפט העליון של קנדה את אחריותו של היצרן. אנו מניחים שעורכי-דין אלו נהגו בעניין הזה כדרכם של רוב עורכי-הדין: הם העמידו אל מול עיניהם את הנזק הניכר שנגרם לגב' הוליס, כשבצדו התחושה הכללית של "לא בסדר" שאפפה את המקרה כולו. העיקרון הידוע שלפיו אין אחריות בגין "רשלנות באוויר" ("negligence in the air will not do")⁸ הוא עיקרון שכבודו במקומו מונח, כאשר מקומו בשעת ההכרעה על-ידי בית-המשפט. מה שנשקל ברגיל לצורכי הגשתה של תביעה, על-ידי מי ששוקל להגישה, הוא ההסתברות שיימצא קולר משפטי כלשהו אשר עליו ניתן יהיה לתלות את אחריות הנתבע, ובמקום שיש תחושה כללית של "לא בסדר" יש גם הסתברות בלתי-מבוטלת שהקולר הדרוש אכן יימצא.

נקודה זו חשובה לענייננו בשל הביקורת שבאה מפיו של פרופ' גלעד, לפיה תוביל הדוקטרינה המומלצת על-ידינו להגדלה ניכרת במספר ההתדיינויות ובהיקפן. לביקורת זו, כביקורת אפשרית, נתנו את דעתנו במאמרנו הראשון שעסק בנושא. נשוב ונאמר, כי דוקטרינת הנזק הראייתי לא תעלה באופן ניכר את מספרם של משפטי נזיקין. דוקטרינה זו עתידה לפעול במשפטים שיפתחו ממילא, דבר המומחש על-ידי הגשת התובענה על-ידי גב' הוליס על רקעה של מפת-משפט שבה הדוקטרינה לא הופיעה. סביר להניח, כי כך ינהגו התובעים גם במצבים דומים אחרים, מבלי שהדוקטרינה המוצעת על-ידינו תוכר כבת-קיימא. גדולה מזו: הכרעת המשפט לחובתה של גב' הוליס לא היתה מונעת

8 ראו פסק-דינו המפורסם של השופט קרדו (1928) 99 N.E. 162, *Palsgraf v. Long Island R. Co.*.

תביעה מטעמה של תובעת אחרת, גב' סמית, במרקם עובדתי דומה. היקף הנזק שנגרם לגב' סמית והתחושה הכללית של "לא בסדר" היו מניעים את גב' סמית לחפש עוגן משפטי אחר לאחריות היצרן. עורכי-דינה של גב' סמית בוודאי ינסו, במקרה כזה, להשעין את אחריותו של היצרן גם על דוקטרינת הרשלנות המסורתית.

הערכת מצב זו ניזונה לא רק מהחבונותנו בדרך שבה מוגשות תובענות נזיקין. היא ניזונה גם ממחקרים רבים בתחום הפסיכולוגיה הקוגניטיבית⁹. מחקרים אלה הראו, כי אנשים נוהגים, באופן שיטתי, לייחס רשלנות בהסתכלות לאחור (ה-hindsight) ולא במבט פרוספקטיבי שלפני קרות הנזק (ה-foresight). במקרים שבהם נגרם לתובע נזק כבד, ותחושת המצב הכללית (ה-"situation sense" של קרל לואליץ¹⁰) היא תחושה של "לא בסדר", הסתכלות לאחור נוטה להגדיל באופן משמעותי את ההסתברות הסובייקטיבית, שבעיני המתבונן בתמונת המצב, כי הנתבע (הקשור לנזק קשר כלשהו, ולו קשר עקיף) אכן התרשל. הערכת מצב זו, הידועה כ-"hindsight bias", מניעה את המעריך להגיש תביעת נזיקין בין משום שהוא מזהה את הערכתו עם מצב הדברים לאשורו, ובין משום שהוא מאמין כי כך יוערכו הדברים על-ידי השופטים¹¹. יצוין, כי קביעתה של רשלנות בהסתכלות לאחור גם יכול שתניב תוצאה נכונה, והסקת מסקנות במתכונת של *res ipsa loquitur* ("הדבר מדבר בעד עצמו")¹² משמשת לכך דוגמא.

במצבי דברים שבהם עסקינן, התחושה הכללית של "לא בסדר" מולידה גם את תחושת העוול אצל התובע. התובע חש – סובייקטיבית – כי אם הנתבע יימנע מלפצותו, הדבר לא יהא הוגן. תחושה כללית זו איננה ניתנת להנהרה שתתרגמה לשפת המשפט ותמקמה בגדרה של דוקטרינה משפטית מוכרת. למרות זאת, תחושת העוול שיש לתובע מניעה אותו "ללכת אל הצדק" כדי לתקן את המעוות מבחינתו ולנקום בנתבע ה"בלתי-הוגן". תחושות ומאווים אלו יכול שיהיו סובייקטיביים ומוצדקים כאחד, שכן במקרים לא מעטים ישנה התאמה בין הדין לתחושת הצדק. אולם, גם בלא התאמה כאמור ייטה התובע הטיפוסי להגיש תובענת נזיקין במצב שתיארנו, וזאת אף אם יעמיד

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

10 ראו K.N. Llewellyn *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston, 1960) 238 וכן W.L. Twining *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (2nd ed., Oklahoma, 1985) 216-227, 257-264.

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

12 ראו Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 9), בעמ' 1532-1523.

13 ראו סעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; ע"א 206/89 רו' נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805.

לנגד עיניו את האפשרות שהשקעתו בתביעה לא תישא פרי¹³. נטייה זו חוברת אל ייתוס הנזק שנגרם לתובע לרשלנות הנתבע, בדרך של הסתכלות לאחור, חיבור היצר סינרגיה קוגניטיבית האחראית להגשתן של תובענות נזיקין רבות.

ברי הוא, אפוא, כי התביעות שבהן מדובר תוגשנה ממילא, עם דוקטרינת הנזק הראייתי או בלעדיה. הדוקטרינה המוצעת עשויה רק לחזק את הרצון לתבוע, הקיים ממילא, במקרים שבהם ספג התובע נזק ראייתי מידי הנתבע. ייתכן, כי ניתן בשל כך לייחס לדוקטרינה אחריות להעלאה צנועה במספר ההתדיינות, אולם בשום אופן לא ניתן להאשימה בפריצת סכרים שלפריצתם אחראים גורמים אחרים. גדולה מזו: הדוקטרינה המוצעת על-ידינו תצמצם, הלכה למעשה, את היקפם של משפטי נזיקין במצבים הטיפוסיים שבהם עסקינן על-ידי העמדת פתרון קוהרנטי-אחיד לבעיה משפטית סבוכה. הפתרון האחיד הטמון בדוקטרינת הנזק הראייתי גם יגדיל במידה ניכרת את מספרן של הפשרות. פתרון אחיד זה – המשולב עם הכלל של "השתק פלוגתא", אשר חל על כל בעל-דין שהיה לו יומו במשפט – מגדיל את מחירו של הסיכון להפסיד במשפט אצל נתבע מוסדי, דוגמת היצרן בפרשת הוליס, שהוא הנתבע הטיפוסי במשפטים שבהם עסקינן. נתבע מוסדי, אשר מולו עשויים לעמוד תובעים רבים שמצבם דומה, ימאן, ברגיל, להסכים לפשרה משום שזו עלולה להוות איתות פומבי לחששותיו ולהזמין תביעות נוספות. נתבע מוסדי, שהפסדו במשפט אחד על יסוד דוקטרינת הנזק הראייתי עשוי לסמנו כחייב בדין במשפטים רבים נוספים, ייטה להגיע לפשרה עם התובע חרף איתותי החולשה הכרוכים בכל פשרה כאמור. הזמנת תביעות נוספות, שתוצאותיהן אינן ברורות, לעולם עדיפה לנתבע מוסדי על פני הפסד בטוח בתביעות נוספות.

דוקטרינת הנזק הראייתי לא הוצעה על-ידינו כמודל עיוני גרידא. אין מדובר כאן ברעיון לשם רעיון, אשר בא להאדיר תורה לשם האדרתה (ובאומרנו זאת אין אנו באים לפקפק בתועלת שיש בהאדרת תורה לשמה). הצעתנו נולדה על רקע של בעיות מעשיות שנתעוררו במשפטי נזיקין ושלא זכו עדיין לפתרון משפטי נאות. בעיות אלה נסקרו בהרחבה במאמרינו, ולא כאן המקום לשוב ולפרטן. די אם נשאל, בהקשר דנן, מה תהא התרופה המשפטית שפרופ' גלעד היה מעמיד לגב' הוליס? קשה עד מאד להניח, שפרופ' גלעד היה מצדד בדחיית תביעתה. נראה לנו, כי ההפך הגמור הוא הנכון. מדברי הביקורת שהועלו על-ידי פרופ' גלעד ביחס לעמדתנו עולה, כי הוא עצמו היה בוחר בפתרון שאומץ על-ידי בית-המשפט העליון הקנדי. פרופ' גלעד היה ממליץ על העברת נטל השכנוע משכמה של גב' הוליס אל כתפיו של היצרן הנתבע. מכיוון שהעברתו של נטל השכנוע היא מעשה שדרכו להיעשות רק בגמר מלאכת השפיטה – בשעה

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

שהעובדות הנדרשות להכרעה אינן ברורות, ולאיש מהצדדים אין עוד הזדמנות להוכיח דבר או חצי דבר – העברת נטל השכנוע אל הנתבע פירושה קביעת כלל הכרעה אשר מסמן את כיסי הנתבע כפתוחים לטובת התובע. אם כך הוא הדבר, על מה בדיוק יישען – נורמטיבית – כלל ההכרעה שפרופ' גלעד מכיר בחיוניותו, אם לא על העובדה שאי-הוודאות העובדתית (קרי: הנזק הראייתי) נגרמה עליידי עוולתו של הנתבע?

ברי הוא, כי הכרה כמשענת נורמטיבית זו לכלל ההכרעה הדרוש תהווה הכרה חלקית בדוקטרינת הנזק הראייתי; ואם אכן יש נכונות להכיר בדוקטרינה זו הכרה חלקית, מדוע לא הכרה מלאה? הכרה חלקית בעיקרון משפטי מביאה להחלה מקוטעת של העיקרון ובכך היא פוגעת בהחלתו השוויונית של המשפט. לעתים אין מנוס מלשלם מחיר זה למען מטרות משפט אחרות, אולם מהן בדיוק אותן מטרות שלמענן ראוי להקריב את השוויון בסוגיה דנן? ראינו, כי אימוצה המלא של דוקטרינת הנזק הראייתי לא יוליד התדיינויות רבות אשר לא היו נפתחות ממילא. אולם גם אם דוקטרינה זו היתה מביאה להגדלה משמעותית במספר ההתדיינויות, לא היה זה ברור כלל ועיקר שמטעם זה אין היא ראויה לאימוץ. כפי שכבר נאמר, כדבריו של פרופ' גלעד יש משום דאגה יתרה מפני פריצת סכר בתחום האחריות בגין נזקים ראייתיים. כפי שכותב פרופ' גלעד, הדבר שבהם אנו ממליצים להטיל אחריות בגין נזקים ראייתיים. כפי שכותב פרופ' גלעד, הדבר אכן מהווה סלע המחלוקת העיקרית שבינו לבינינו (והמחלוקת, כמובן, מצויה כולה בתחום המדיניות המשפטית).

בטרם נדון בנקודה חשובה זו, ברצוננו להעיר הערה אחת. דאגתו של פרופ' גלעד מופנית בעיקרה אל הבעיה של הרתעת יתר בגדרם של דיני הנזיקין. אם כך הוא הדבר, תמוהה בעינינו תמיכתו של פרופ' גלעד בהעברת נטל השכנוע אל שכמו של האחראי לנזק ראייתי במקרים דוגמת פרשת הוליס. ניכר הוא, שהדבר מביא לפסק-דין אשר מזכה את התובע במלוא תביעתו, בשעה ששיעורו של הנזק הראייתי שנגרם לתובע (השווה, כאמור, לתוחלת הנזק הישיר שלו, על-פי האומדן שלפני מעשה העוולה) נופל מכך בהרבה. אשר על כן, הפתרון שבו תומך פרופ' גלעד, הוא אשר מביא להרתעת יתר במקרים דוגמת הוליס, בשעה שפתרוננו שלנו בא למנועה. באשר למקרים האחרים, כפי שכתבנו במאמרינו הקודמים, העברת נטל השכנוע לא תסייע במאומה לתובע אשר ספג נזק ראייתי ונותר בלא ראיות. כאשר הסתברות תביעתו של התובע אינה מגיעה לסף של 50% בעטיו של הנזק הראייתי, הרי שלהעברתו של נטל השכנוע – שעניינו, כאמור, כלל הכרעה במצבים של "תיקו ראייתי" – לא תהא כל נפקות. הרתעת המזיקים במקרים כאלה תהא על כן תת-אופטימלית. בחירה זו בין הרתעת יתר להרתעת חסר היא תוצאה הכרחית של כלל משפטי שמשמעותו היא "הכל או לא כלום". מטעם זה גם המלצנו על כלל אחר, העשוי לשרת טוב יותר את עניין ההרתעה. המלצתנו לא שללה את התרופה

המשפטית אשר באה בדמותה של העברת נטל השכנוע מהתובע אל הנתבע. תרופה זו מתאימה, לדעתנו, לכמה מצבי דברים, ועליהם עמדנו¹⁴.

כאן המקום לשוב אל כלל אי-האחריות, שבו, כאמור, דוגל פרופ' גלעד. מה משמעו של כלל זה? אי-אחריות בנוזקין משמעה חירות הוהפלדיאנית, קרי: חופש פעולה אשר בכללו החירות להסב נזק לזולת, מבלי לחוב עקב כך בחובת פיצוי כלשהי. צמצומה של האחריות בנוזקין, משמעו הרחבת החירות להסב נזקים. שיטתו של פרופ' גלעד, הממליצה לצמצם את האחריות בגין נזקים ראייתיים, מביאה אפוא להרחבתה של החירות להסב נזקים אלו. המדובר הוא, כאמור, לא רק בחירות להסב לזולת נזק ראייתי גרידא, אלא גם בחירות להסב לזולת נזק פיזי, תוך שלילת יכולתו של אותו זולת להוכיח את סיבת הנזק. חירות זו תנוצל, ברגיל, על-ידי מי שבכוונו לנצלה. היא תפגע, ברגיל, באנשים שאין בכוחם להגן על עצמם מפני נזקים ראייתיים. מייצגם הטיפוסי של נפגעים אלו הוא אדם הסופג נזק פיזי "ללא כתובת השולח" במצב דברים של סיבתיות עמומה. הכוח להסב נזקים כאמור נתון, ברגיל, בידיהם של מפעלי תעשייה, שפעילותם כרוכה בסיכונים שונים למי שנחשף לה, בשעה שנפקותם הסיבתית של סיכונים אלו – בכל הקשור לתהליך הגרימה של הנזקים הפיזיים הישירים – איננה ברורה. נפקות סיבתית זו היא לעתים בלתי ברורה, משום שלא ניתן כלל לבררה מחמת מגבלותיו של הידע הקיים. נפקות זו יכול שתישאר בלתי ברורה גם בעטיו של הרצון לא לדעת, המאפיין, למרבה הצער, תעשיות לא מעטות (חלקן אף עוסקות בהנדסת סיכונים, במובן של "risk management"). הכוח להסב נזקים כאמור נתון, ברגיל, גם לרופאים בעמדם מול פציינטים, כפי שמודגם על-ידי פרשת הוליס ועל-ידי מקרים נוספים שנדונו במאמרינו הקודמים. כוח זה נתון, כמובן, גם בידיהם של אנשי מקצוע אחרים, כל אימת שקיים פער מידע בינם לבין מי שנוזק לשירותיהם. כוח זה מצוי גם אצל מי שמנהל רישומים ומרכז מידע בנוגע לזולת כדבר שבחובה (על-פי דין או מכוח חחה). דברינו מכוונים בעיקר אל רופאים ומוסדות רפואיים, בכל הקשור לרישומים בנוגע לבדיקות ולטיפולים שהם מבצעים¹⁵, אולם לא רק אליהם. דברינו מכוונים גם למעבידים, המנהלים רישומים בנוגע לקבלת עובדים ולקידומם בעבודה, רישומים הנדרשים לעתים קרובות במשפטים שעניינם הפליה בתעסוקה¹⁶. הפרת חובת הרישום וכן השמדת רישומים אף הן גורמות, לשיטתנו, נזק ראייתי בר-תביעה, וגם במצבי דברים אלו מדובר, ברגיל, בכוחות בלתי-שווים.

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

15 ראו LFU (שם), בעמ' 1914-1916 ; 1951, וכן דנ"ר (לעיל, הערה 2), בעמ' 250-251.

16 ראו *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), ודינונו בפסק-דין זה ב-LFU (שם), בעמ' 1905-1906.

בגדרו של טיפול בבעיית הנזק הראייתי לא ניתן על כן – וגם לא ראוי – להתעלם מדפוס זה של "חזק מול חלש". דוקטרינת הנזק הראייתי, שעליה המלצנו, גיונה גם משיקול חברתי זה (ועל כן יש לה הצדקה גם מטעמי הצדק החלוקתי). שיקול זה מצטרף אל השיקולים הנגזרים מתורת הנזיקין הכללית (צדק מתקן והרתעה יעילה). דוקטרינת הנזק הראייתי בפירוש נועדה למנוע מצבי דברים המאופיינים באמרה הידועה "might makes right". דוקטרינה זו, כפי שכבר אמרנו, אינה רק מושתתת לוגית על תורת האחריות בנזיקין. דוקטרינה זו גם קשורה קשר אמפירי-אינסטרומנטלי לבעיות שבמציאות ולפתרון, ובכך עיקר כוחה.

ד. דוקטרינת הנזק הראייתי ותורת הנזיקין הכללית

כפיו של פרופ' גלעד חמש נקודות ביקורת, שאותן הוא מעמיד על אדניה של תורת הנזיקין הכללית. נקודת הביקורת הראשונה שמעלה פרופ' גלעד נוגעת לבעיית העלות המנהלית הכרוכה בשימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי. פרופ' גלעד מעלה חששות שמא העלות המנהלית הכרוכה בריבוי תביעות, עקב אימוץ הדוקטרינה, ובהצפת בתי-המשפט בתביעות שוללת את ההצדקה להעמדת תרופות משפטיות ייחודיות בגין נזק ראייתי. לביקורת זו השיבונו אגב דיוננו בפרשת הוליס, ועוד נעיר לגביה כמה הערות. נקודת ביקורת שנייה עניינה חששו של פרופ' גלעד מהרתעת יתר, שהיא תופעה שלילית לכל הדעות. הרתעת יתר משמעה, שמזיקים בכוח יימנעו מפעילויות מועילות או יקטינו את היקפן באופן שאינו מוצדק מבחינה חברתית, עקב החשש המופרז מהטלת אחריות משפטית, שיווצר בלבם. נקודת ביקורת שלישית עוסקת בחובת הזהירות. הטלת אחריות בגין רשלנות – וזו העולה שבגדרה ראוי, לדעתנו, לאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתי – מחייבת הכרה בקיומה של חובת זהירות. חובת זהירות, בהקשר הנוכחי, משמעה חובתו של המזיק בכוח להימנע מלגרום נזקים ראייתיים על דרך של התרשלות. פרופ' גלעד טוען שלא עסקנו במאמרנו בחובת זהירות, ולמעשה הנחנו את קיומה כמובן מאליו. נקודת ביקורת רביעית נסבה על אופיו של הנזק הראייתי כנזק כלכלי טהור ועל הבעייתיות שיש בהטלת אחריות בגין נזק מסוג זה. פרופ' גלעד לא השתכנע מטעוננו כי חרף אופיו זה של הנזק הראייתי ראוי להטיל אחריות בגינו. הוא אף מביע חשש (בפרק "בעיית המדרון החלקלק") כי עלול להיווצר סחף אשר יביא להטלת אחריות במקרים רבים אחרים שבהם נפגעת זכותו של אדם לדעת כיצד אירעו נזקיו, וככלל זה מקרים שבהם הנזק נושא התביעה נגרם עקב מחדל גרידא. נקודת ביקורת חמישית מתמקדת בעניין הצפיות: נזק ראייתי לעתים קרובות אינו צפוי, ובשל כך אין זה ראוי להטיל אחריות בגינו. לטענת פרופ' גלעד, אנו מקלים עם דרישת הצפיות הקלה בלתי הולמת. בנקודה זו עסקנו אגב דיוננו בפרשת הוליס, ובפרק זה ניחד לה רק מלים ספורות.

מאחר שקיים מכנה משותף אחד לכל נקודות הביקורת שפורטו לעיל – והוא חששו של פרופ' גלעד מפני הרחבת יתר של האחריות בנוזיקין – ננסה להשיב על כולן יחדיו. אכן צודק פרופ' גלעד, כי הטלת אחריות בגין רשלנות מחייבת קיומה של חובת זהירות (נקודה שלישית). אולם מהו המבחן לקיומה של חובת זהירות? המבחן הוא כפול: מצד אחד, צריך הנזק להיות בר-צפייה מן הבחינה הטכנית, ומצד שני, עליו להיות בר-צפייה מן הבחינה הנורמטיבית. איננו סבורים שיש לוותר על דרישות אלה. אכן, אם הנזק הראייתי אינו צפוי טכנית, קיים קושי ממשי להחיל את הדוקטרינה (נקודה חמישית). בכל הדוגמאות שנדונו במאמרו, המקרה היחיד שעורר את בעיית הצפיות הטכנית הוא דוגמת הציידים. בכל שאר המקרים נתקיימה דרישה זו בלא כל ריכוך שהוא. חשוב אולי להבהיר, בהקשר זה, מה משמעותה של דרישת הצפיות ביחס לנזק ראייתי: משמעותה היא שהנתבע צפה, או יכול היה לצפות באורח סביר, שעקב התנהגותו בת האשם עלול להיווצר אצל התובע קושי לדעת מי גרם לו לנזק, כולו או חלקו. אמת, יש להניח שבמרבית הדוגמאות שנדונו, הנתבע לא צפה שתוטל עליו אחריות משפטית בגין הנזק הראייתי כשלעצמו, ובוודאי שלא ידע על דוקטרינת הנזק הראייתי. אולם לכך אין כל קשר לשאלת הצפיות הטכנית: צפיות זו מתייחסת לגרימת הנזק כדבר שבעובדה, ולא לנשיאה באחריות משפטית בגינו. ברי הוא, לדעתנו, כי מי שגורם לזולת נזק ישיר או יוצר כלפיו סיכון ממשי לגרימתו של נזק ישיר, והנזק הישיר צפוי הוא, בפועל או בכוח – אולם הוא נזק "ללא כתובת", בשל העדרו של מידע לגבי סיבת גרימתו – אותה צפיות ממש, אשר מכסה את הנזק הישיר גופו, מכסה גם את חוסר הכתובת, קרי: את הנזק הראייתי. כך הוא לגבי כל אותם מקרים שבהם הנתבע האחראי לנזק ראייתי הוא אותו נתבע שלו מיוחסת (או עשויה להיות מיוחסת) האחריות לנזק הישיר שנגרם לתובע (ועניין האחריות לנזק הישיר לוט, כאמור, בערפל, בגלל הנזק הראייתי). ביקורתו של פרופ' גלעד בנקודה זו יפה, על כן, רק לגבי הטלת אחריות עצמאית לחלוטין בגין נזק ראייתי במקרים שבהם אין זהות בין המעוול הראייתי לבין הגורם שיכול להיות אחראי לנזק הישיר (דוגמת עורך-דין שאיבד ראייה מכרעת אשר יכלה לסייע ללקוחו¹⁷). דא עקא, שלגבי קבוצת המקרים האחרונה המלצנו במפורש להקפיד על קיומה של הצפיות הטכנית ולא להטיל אחריות בהעדרה¹⁸. ביקורתו של פרופ' גלעד, ככל שהיא נוגעת לקבוצת מקרים זו, היא אפוא בבחינת התפרצות לדלת פתוחה.

נעבור עתה לשאלת הצפיות הנורמטיבית. המעמיד שאלה זו לדין, כמוהו כשואל: "האם רצוי שתוטל אחריות בנוזיקין על מי שהתורשל וגרם נזק לחברו?". השאלה שנשאלת בהקשרנו היא אפוא זו: האם רצוי להכיר באחריות בגין גרימת נזק ראייתי

17 ראו Velasco v. Commercial Bldg. Maintenance Co., 215 Cal. Rptr. 504 (Cal. Ct. App. 1985), ודיונו בפסק-דין זה ב-LFU (לעיל, הערה 2), בעמ' 1921.

18 ראו LFU (שם), שם.

בהתרשלות, או שמא יש להימנע מכך? במסגרת הדיון בשאלה זו תעלה מניה וביה בעיית ההוצאות המנהליות (נקודה ראשונה) וכן הבעיה של הרתעת יתר (נקודה שנייה). השאלות שתישאלנה הן, האם בעיות אלה הן אכן בעיות של ממש בהקשר לענייננו, וכיצד הן עומדות אל מול יתרונותיה של דוקטרינת הנזק הראייתי. לשאלות אלה ניסינו להשיב בשני מאמריו, ושם פירטנו לגביהן בהרחבה. לא היה, על כן, מקום לטעון כנגדנו שאיננו עוסקים בשאלה בדבר חובת הזהירות: כמעט רק כה אנו עוסקים בשני המאמרים כאחד. לדעתנו, לדוקטרינת הנזק הראייתי יש יתרונות משמעותיים ביותר. דוקטרינה זו מביאה לכך שמזיקים בכוח יהיו נתונים למשטר של הרתעה אופטימלית. היא מביאה גם לעשיית צדק מתקן עם נזיקים שונים שנפגעו בגופם או ברכושם, ואין ביכולתם – מסיבות שונות, שהנתבע אחראי להן – לתבוע פיצוי בגין נזיקיהם הישירים. סיווגו האנליטי של נזק ראייתי ככלכלי (נקודה רביעית) אינו מעלה ואינו מוריד לעניין זה. כך, למשל, סבורים אנו שטוב יהיה – הן מבחינת הרתעה והן מבחינת צדק מתקן – שמפעל אשר פולט קרינה רדיואקטיבית והורג עשרים בני אדם בשנה¹⁹ ישלם בגין הנזקים שגורם, ולא יימלט מן הדין. כן אנו סבורים שטוב שיצרן תרופות פגומות וגורם עקב כך נזקי גוף קשים לא יתחמק מתשלום פיצויים, אפילו אם קיימים כמה יצרנים המייצרים את אותה תרופה ולא ברור מי מביניהם הוא היצרן המסוים שגורם לנזקיו של התובע הספציפי²⁰. כמו כן מנסים אנו להראות שהרתעה אופטימלית וצדק מתקן יושגו על-ידי החלתה של דוקטרינת הנזק הראייתי גם במסגרת קבוצות מקרים אחרות. דברים אלה נדונו בהרחבה במאמריו, ולא נחזור עליהם כאן.

האם יתרונות ברורים אלה יקוּצוּ על-ידי עלויות של הרתעת יתר ועל-ידי הוצאות מנהליות גבוהות, שבהן לוקה, כביכול, הדוקטרינה? לא ולא. באשר להרתעת יתר (נקודה שנייה), אין אנו סבורים שזו תהא התוצאה של הפעלת הדוקטרינה. דוקטרינה משפטית, המביאה לכך שכל מזיק יראה לנגד עיניו, בסופו של חשבון, את תוחלת נזקיו העולתיים הישירים כאיום המרחף מעל ראשו, היא דוקטרינה שמביאה להרתעה אופטימלית ולא להרתעת יתר. אנו סבורים גם, שבהעדרה של דוקטרינת הנזק הראייתי תיווצר הרתעת חסר, שחסרונותיה ברורים מאליהם. ואף זאת יש לזכור: דוקטרינת הנזק הראייתי מנסה לקרב את מצב העולם הקיים, שבו יש נזקים ראייתיים, למצב העולם ההיפותטי, שבו אין נזקים ראייתיים. זהו יתרונה הגדול ביותר של הדוקטרינה. כמו כן שואפת הדוקטרינה להביא לכך שבטווח הארוך ייגרמו פחות נזקים ראייתיים. כך, למשל, בדוגמה של מפעל שפולט קרינה רדיואקטיבית והורג עשרים בני אדם מדי שנה, לא תיווצר כל הרתעת יתר אם המפעל ישלם, בסופו של דבר, פיצויים שיכסו את הנזקים הפיזיים שגורם. במקרה זה, כבמקרים רבים אחרים, מה שיעמוד לנגד עיניהם של בעלי

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

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

המפעל, בעת שיכלכלו את צעדיהם עובר לאירוע הנזק, הוא תוחלת נזקיו הישירים ועולותיים של המפעל, ולא סכום אחר – בלתי-אופטימלי – העולה על תוחלת זו או נופל ממנה. דברים אלו ניתן להסב על נקלה אף לדוגמת היצרנים²¹, ולמעשה גם לכל יתר הדוגמאות שנדונו במאמרינו.

נעבור עתה לעניין ההוצאות המנהליות. פרופ' גלעד מעלה חשש שמא בתי-המשפט יוצפו בתביעות בעקבות הכרה בדוקטרינת הנזק הראייתי (נקודה ראשונה). הוא אף מזכיר את בעיית המדרון החלקלק: הכרה בנזק ראייתי במקרים מסוימים עלולה להביא להכרה בו ובנזקים שכמותו אף במקרים רבים אחרים, שבהם המחיר החברתי הכרוך בכך עלול להיות כבד מנשוא. בתי-המשפט עלולים למצוא את עצמם מוצפים בתביעות, וזאת יש למנוע. בבעיה אפשרית זו עסקנו בהרחבה במאמרו שהתפרסם בארצות-הברית²², וגם כאן עסקנו בה באופן חלקי אגב דיונו בפרשת הוליס. למה שכבר נאמר על-ידינו בהקשר דגן נוסף אך זאת: בצדק התריעו בתי-משפט בעבר שיש להיזהר משנה זהירות מהשימוש בטיעון ההצפה בתביעות²³. טיעון זה הועלה בעבר, בכמה הקשרים, נגד הטלת אחריות בנזיקין, ולאחר שנדחה הטיעון והוטלה האחריות, לא פקדה אותנו הצפת תביעות שעניינן האחריות החדשה²⁴. העמדת כלל אחריות חדש יוצרת, כמובן, תמריץ למימוש הכלל על-ידי הגשת תובענות חדשות, אולם מכאן ועד להצפת בתי-המשפט הדרך רחוקה. החלטה להגיש תובענה בעניין ממוני ניזונה, ברגיל, מסיכויי התובענה להתקבל, מהסכום שעתיד להיפסק לטובת התובע אם יזכה במשפט, וכן מהעלויות הכרוכות בניהול התובענה. העמדתו של כלל חדש אשר קובע אחריות בנזיקין, אין בה, כשהיא לעצמה, כדי להשפיע השפעה ניכרת על החלטות בדבר הגשת תובענות. החלטות אלו תושפענה, בעיקר, מתוכנו של הכלל החדש בהשוואה לכללי האחריות הקיימים, כמזמיני תביעות. עובדות המקרה והראיות שבאמתחתו של התובע, אשר קובעות את סיכויי ההצלחה של תביעתו, וכן ההוצאות אשר תיכרנה בניהול התביעה ושיעור הפיצויים הצפוי במקרה שהתביעה תצלח – כל אלה ייבחנו באורח השוואתי, בגדרו של הכלל החדש מזה ובגדריהם של כללי האחריות הקיימים מזה. זאת ועוד: במקום שמדובר בתובענה בעלת סיכויים טובים להתקבל, קיים סיכוי ניכר שהצדדים לתובענה יתפשרו ביניהם, אם לפני המשפט ואם באחד משלבי המוקדמים. כפי שכבר אמרנו

21 ראו *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (1980). כמו כן ראו *LFU* (לעיל, הערה 2) בעמ' 1916, 1918 ואילך.

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

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

24 כך היה, למשל, עם האחריות שהוטלה בגין נזק בלתי-ממוני שאינו נלווה לנזק גוף (ראו פסק-הדין בעניין עיריית ירושלים, שם) ועם ההכרה בעילת תביעתו של הניזוק העקיף ברע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397.

בעניינה של אחריות לנזק ראייתי, אחריות זו תתלווה על-פי רוב לאחריות לנזק הישיר, כאשר שני סוגי האחריות הללו מיוחסים לאותו נתבע. במקרים טיפוסיים אלו, המכונים בפנינו "נזק ללא כתובת", ענייננו בתובענות שתוגשנה ממילא, בגדריהם של כללי האחריות הקיימים, וזאת מהטעמים שכבר פורטו. כפי שנאמר לעיל, דוקטרינת הנזק הראייתי אף תורמת לסילוקן של תובענות מסוג זה בדרך של פשרה. במקרים נדירים יותר, שבהם תוגשנה תובענות בגין נזק ראייתי לבדו – כאשר הנתבע שלו מיוחסת האחריות בגין אותו נזק אינו יכול להיות אחראי לנזק הישיר – יחול כלל הרשלנות שעליו המלצנו, ולפיו הנתבע לא יימצא אחראי באין אפשרות סבירה לצפות מראש את הנזק הראייתי. כלל זה עתיד לצמצם את מספר התביעות שתוגשנה בגין נזק ראייתי בלבד.

במישור עקרוני יותר, לטעון בדבר הצפת בתי-המשפט בתביעות נזיקין יש מקום (אם בכלל) באחד משני המצבים הבאים: (1) כאשר מדובר בנזקים זניחים, שאין זה ראוי להטריח את מערכת המשפט בגינם; (2) כאשר קיים חשש ממשי לתביעות סרק. ענייננו אינו נכנס לגדרו של אחד המצבים הללו. נזק ראייתי אינו נזק קטן וחסר חשיבות. בכל המקרים שנדונו במאמרינו מדובר בנזק ראייתי שבעטיו אין התובע יכול לזכות בפיצוי בגין נזקי גוף או נזקי רכוש ממשיים. מטעם זה, גם החשש מפני תביעות מפוברקות בגין נזקים ראייתיים הוא חשש רגיל, הא ותו לא. חשש זה אינו גדול יותר מהחשש הקיים בנוגע לתביעות נזיקין רגילות, שעניינן נזקי גוף או נזקי רכוש. מסיבה זו הוספנו וטענו במאמרינו, כי אף בסיווגו האנליטי של נזק ראייתי כנזק כלכלי אין כדי לשנות את המסקנה שיש להטיל אחריות בגינו. אין לתת לסיווגים הפורמליים לטשטש את המהות. בסופו של דבר, עסקינן בנזקים פיזיים שהנתבע מנע (או ייתכן שמנע) תביעה בגינם כמעשה בראשם על-ידי יצירת הנזק הראייתי אצל התובע. נזקים אלו אינם חסרי חשיבות, וכאמור אין כל חשש ממשי שיירבו תביעות מפוברקות בגינם (בהשוואה למצב הקיים ממילא). נזק ראייתי הוא נזק שהתובע יידרש להוכיחו במשפט ככל נזק אחר, ולא די יהיה לטעון לקיומו. חזקה על בתי-המשפט שלא יפסקו פיצוי בגין נזק ראייתי אלא לאחר שיווכח בפניהם שזק זה אכן נגרם בפועל²⁵.

אמת, ייתכנו לעתים נזקים ראייתיים המחבטאים כפגיעה בראיות שמתייחסות לקיומם של נזקים כלכליים. בהקשר מיוחד זה, עומדת לזכותנו ההגנה של "ממה נפשך". אם הנזקים הכלכליים שבהם עסקינן לא יהיו בני-תביעה מלכתחילה (מסיבות טובות יותר או טובות פחות), ועל כן לא תקום לגביהם כל חובת זהירות, ברור הוא כי התביעות שעניינן נזקים ראייתיים נלווים תיפולנה אף הן. מאידך גיסא, אם תחליט שיטת המשפט

25 מי שאינו מאמין בחזקה זו בהקשרו של נזק ראייתי מחויב, לדעתנו, להסביר מדוע הוא מאמין בה במקום שמדובר בהתדיינויות שעניינן נזקים אחרים (בהנחה שאין מדובר בהבעת ספקנות כוללת ביחס לעשייה השיפוטית בכללותה).

להכיר בנזקים כלכליים כנזקים בני-תביעה, גם נזקים ראייתיים נלווים יוכרו כנזקים בני-תביעה. הא בהא תליא. המכשיר המשפטי שמוליכנו לתוצאה זו הוא חובת הזהירות. אין אנו טוענים, כי בגין כל נזק ראייתי, באשר הוא, תקום חובת פיצוי. נזק ראייתי, ככל נזק אחר, כפוף למבחניה של חובת הזהירות.

באשר למקרים שנדונו במאמרינו, אנו סבורים שקיימים טעמים טובים להטיל בהם אחריות בגין הנזק הראייתי. בכל אחד ממקרים אלו עובר הנזק הראייתי את מבחניה של חובת הזהירות (אולי אף בהצטינות יתרה). לאור זאת, ראוי, לדעתנו, לדחות את טענת "המדרון החלקלק" שהועלתה על-ידי פרופ' גלעד. לפי טענה זו, אם נכיר באחריות בגין נזק ראייתי במקרים מסוימים – לאחר שמצאנום מקיימים את אמות המידה של חובת הזהירות – עלול הסכר להיפרץ, ונמצא עצמנו, במהרה, מכירים בתביעות נזיקין רבות שהן תביעות בלתי-ראויות. בעינינו אנו, טיעון זה כמוהו כטיעון שאין להטיל אחריות בגין נזקי גוף ורכוש, שכן ישנם מקרים של נזקי גוף ורכוש שבהם אין זה ראוי להכיר בחובת זהירות, והסכר עלול להיפרץ. על כן, טיעון "המדרון החלקלק" משול בעינינו לטרוניה של אדם האומר: "אני מאד אוהב לאכול בננות, אולם נמנע מאכילתן מפני שאחרי אכילתה של בננה אחת אני רוצה לאכול את השנייה, את השלישית, את הרביעית, את החמישית, וכך עד אין קץ. בשעה שאין זה בריא לאכול כמות מופרזת של בננות". אנו סבורים, כי נצא ידי חובתנו אם נאמר לאדם כזה "אכול שתי בננות ואחר כך הרף"²⁶. טיעון "המדרון החלקלק", שעליו נסמך פרופ' גלעד, קורא הלכה למעשה להעדרת פתרונות פשטניים וגורפים לבעיות משפטיות ("אין אחריות לנזק ראייתי בכל מקרה") על פני פתרונות עדינים יותר, הרגישים לכל הבדל מהותי בין מצבים שונים שבהם קיים נזק ראייתי. הפתרון העדין יותר, שעליו אנו ממליצים, מבחין בין נזק ראייתי מסוג אחד, אשר בגינו ראוי שתקום חובת פיצוי, לבין נזק ראייתי מסוג אחר, שבגינו אין מקום להטיל אחריות בנזיקין.

ה. דוקטרינת הנזק הראייתי והמקרים הטיפוסיים של סיבתיות עמומה

פרופ' גלעד סבור גם, כי בעניינים אחדים דוקטרינת הנזק הראייתי כלל אינה מוסיפה על הפתרונות הקיימים במשפט הנוהג, ולעתים אף גורעת מהם. כן הוא סבור, שבמקרים אחדים המשפט הנוהג לא הכיר באחריות במצבים שבהם אנו מציעים להחיל את

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

דוקטרינת הנזק הראייתי, ויש להניח שהסיבות לכך טובות אף למניעת החלתה של דוקטרינה זו.

לאור דברים אלה, חשוב שנבהיר – עוד בטרם נשיב לגוף הביקורת – כי אין אנו רואים בדוקטרינת הנזק הראייתי את חזות הכל. דוקטרינה זו לא הוצעה על-ידינו כדוקטרינת-על, אשר באה להחליף את שלל הפתרונות המשפטיים המקבילים ועל-ידי כך ליצור דיני נזיקין חדשים. לא זו היתה כוונתנו, וחבל שדברינו לא הובנו כהלכתם. עם זאת, דוקטרינת הנזק הראייתי איננה רק כלי טכני שייעודו הרחבת האחריות בנזיקין משיקולים חיצוניים, שאינם מצויים בכלי עצמו (אף שבמקרים רבים הדוקטרינה אכן מביאה להרחבת האחריות). המדובר הוא בדוקטרינה משפטית בעלת הצדקה נורמטיבית משל עצמה. הצדקה זו ניזונה משיקולים שבמהות, ואלו פורטו בהרחבה במאמרינו. אנו סבורים שאכן ישנם מצבים שבהם יצירת קושי ראייתי אצל תובע בנזיקין מצדיקה, כשלעצמה, את הטלתה של חובת הפיצוי על הנתבע אשר יצר את הקושי. בכך אין כדי לגרוע מהסדרים משפטיים מקבילים. הסדרים מקבילים אלו עשויים לעתים להביא להטלת אחריות רחבה יותר בהשוואה לזו שתוטל על-ידי דוקטרינת הנזק הראייתי. לעתים תהא האחריות המקבילה צרה יותר, ולעתים היא לא תקום כלל. ריבוי עילות הוא תופעה נפוצה במשפט, והכלל הוא שעילה אחת אינה שוללת את חברתה.

נקודה אחרונה שראוי להדגישה בהקשר דנן היא זו: כמה מן הפתרונות המקבילים, אשר קיימים בדין הנוהג, ניזונים משיקולים הקשורים לנזק ראייתי ולאחריות שראוי להטיל בגינו. לדידנו, על פתרונות אלו ניתן להשקיף – ולעתים אף ראוי להשקיף – כעל דוקטרינת הנזק הראייתי בצורתה הבלתי-מפותחת, ועל כך עמדנו כבר במאמרו הראשון בנושא²⁷. דוגמא מובהקת לכך היא הדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה", שבגבולותיה הצרים נראית בעיני פרופ' גלעד עדיפה על-פני דוקטרינת הנזק הראייתי²⁸. הדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה" הורגמה על-ידינו באמצעות המקרה הבא: אדם נחקל לבית חולים במצב שבו היה צריך לנתחו מיד. לפי המידע הרפואי, ניתוח זה היה מעמיד לחולה סיכויי החלמה בשיעור של 75%. בשל רשלנות הרופאים נדחה הניתוח למועד מאוחר יותר, וסיכויי החלמתו של החולה ירד ל-25%. החולה לא החלים והלך לעולמו²⁹. הדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה" מעמידה לתובע בגין מקרה זה פיצוי

27 ראו LFI (לעיל, הערה 2), בעמ' 1896-1897; 1902-1905.

28 ראו גלעד (לעיל, הערה 1), בעמ' 338-339.

29 בנתון לשינויי עובדות, שנעשו לשם פישוט הדברים, מקרה זה נגזר מהמקרה אשר נדון בפסק-דין של בית-הלורדים [1987] 1 A.C. 750. *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*. במקרה זה החליט בית-הלורדים שלא להכיר באובדן סיכויי החלמה כנזק ברתביעה. כך הוחלט גם בפסק-דין עקרוני אחר, שניתן על-ידי בית-המשפט העליון של קנדה: *Lawson v. Laferrriere*, 78 D.L.R. (4th) (1991) 609. מהבחינה ההלכתית, ספק אם ניתן לראות בהלכות אלו סף פסוק, ותיתכנה התפתחויות

בשיעור של 50% מהנזק המלא אשר אירע במקרה דנן. פיצוי זה משקף את ההפרש שבין סיכויי החלמתו של המנוח בשעת התקבלותו לבית-החולים לבין סיכויי החלים לאחר דחייתו הרשלנית של הניתוח (באין ראיות, אנו מניחים, לטובת הרופאים הנתבעים, שהניתוח גופו בוצע כדבעי).

דרך זו נראית בעינינו אנומלית. סיכויים שהיו ואינם, ובצדם סיכונים אשר נוצרו עקב הפחתת הסיכויים, מהווים יחדיו ישות מושגית-לשונית, שבינה לבין העובדות כהווייתן אין ולא כלום. המציאות, כפי שאנו מכירים אותה, מורכבת מאירועים דיכטומיים (כגון אירוע של נזק או אירוע של העדר נזק), אשר יכול שיתרחשו ויכול שלא יתרחשו. נוסע שטס במטוס ומגיע בבטחה ליעדו איננו נתון, מבחינה אובייקטיבית, להתרסקות-בראשית-התהוותה בעטיו של סיכוי התרסקות נמוך, אשר נלווה לכל טיסה וטיסה. גם במקרה של תקלה חמורה במטוס, אשר אירעה לנגד עיניו של הנוסע ולבסוף תוקנה, אין מדובר, מבחינה אובייקטיבית, בראשית התרסקות, וזאת גם אם הנוסע חשש שהמטוס יתרסק. המציאות האובייקטיבית שבדוגמא זו היא מציאות שכוללת בתוכה את התקלה, אשר אירעה כפי שאירעה, ואת הפחד שאחז בנוסע, הא ותו לא. אין מציאות זו כוללת סיכונים וסיכויים כלשהם. אלה האחרונים שייכים לסטטיסטיקה, וכשם שאירועים אינדיבידואליים אינם מעניינים של סטטיסטיקה, כך גם העניינים שבסטטיסטיקה אינם נחלתו של אדם אינדיבידואלי (גם כשמחשבתו נתונה להם). אדם אינדיבידואלי, המעורב באירוע פלוני, יכול שיצא ממנו ניזוק ויכול שיצא ממנו בלא פגע, אולם לא יכול שיצא מן האירוע "כמעט ניזוק".

במקרה הניתוח שבו עסקינן, אילו הניתוח בוצע בזמן וכלא רשלנות, הוא יכול היה להציל את המנוח ויכול היה גם שלא להצילו. במקרה האחרון, מותו של המנוח היה מיוחס סיבתית לגורם שאינו קשור לרופאים. בפועל בוצע הניתוח באיחור, ולאחר שהמנוח נפטר עלינו לשקול שתי אפשרויות שכל אחת מהם מצביעה על התרחשות סיבתית אחרת. ייתכן שהמנוח נפטר כתוצאה מרשלנות הרופאים, וייתכן שבשל מצבו הרפואי לא ניתן היה להצילו מלכתחילה, ועל כן הגורם האחראי למותו איננו קשור כלל לרופאים. שתי האפשרויות הללו ממצות יחדיו את קשת ההתרחשויות האפשריות. קשת זו אינה כוללת – ואף לא יכולה לכלול בתוכה – שום תגודות בסיכויים או בסיכונים. תגודות כאלה, וכן כל הערכה הסתברותית שנלווית אליהן, אינן בגדר "התרחשות". הן אינן משקפות מצבי דברים. הן משקפות רק את מצב הידיעה הבלתי-מושלם שלנו בנוגע

נוספות בסוגיה. בגדרו של הרין הישראלי, אובדן סיכויי החלמה מהווה נזק ברתביעה. ראו ע"א 231/84 קופת החולים של ההסתדרות הכללית נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, וכן ע"א 5049/91, 2939/92 קופת החולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369, 376-377. לדינונו בסוגיה זו ובזיקתה לדוקטרינת הנזק הראייתי ראו LFU (לעיל, הערה 2), בעמ' 1902-1905; דנ"ר (לעיל, הערה 2), בעמ' 227-231 (קבוצה שלישית של מקרים טיפוסיים).

להתרחשות הדברים, אשר לא צפינו ואותה אנו מנסים לשחזר³⁰. הרצון לפצות את התובע במקרים כאלה נובע מכך שהנתבע נהג ברשלנות ויצר את מצב הידיעה הבלתי-מושלם, שאותו כינינו בשם "סיבתיות עמומה".

אם כך הוא הדבר, הרי שהדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה" אינה אלא דוקטרינת הנזק הראייתי בצורתה הבלתי-מפותחת. הדוקטרינה של "אובדן סיכויי החלמה" חלה רק במקום שהסיכון הרלבנטי הוחמר – סטטיסטית – ברשלנות הנתבע ואחר-כך נתממש הלכה למעשה. לפי הדעה הרווחת, אין להחיל דוקטרינה זו במקרים שבהם לא אירע (ולא צפוי שייגרם) כל נזק (בנתון לראיית החיים בצלו של סיכון כנזק פסיכולוגי בר-פיצוי, שהוא ראש נזק נפרד ואינו נוגע לענייננו)³¹. כאשר מכונית שבה נהג יהודה נעקפת, במהירות של 200 קמ"ש, על-ידי מכונית הנהוגה בידי רבקה, אין ספק שיהודה נחשף לסיכון אשר נבע מרשלנותה של רבקה, אולם באין תאונה ובאין נזק, איש לא יחייב את רבקה בפיצויים לטובת יהודה. הוא הדין בחולה שרופאיו התרשלו בעת שטיפלו בו, אולם אחר כך הביאוהו על תיקונו, ללא כאב וסבל מיותרים. מזלו של חולה זה הוא גם מזלם של רופאיו, ואין לחייבם בפיצויים כלשהם³².

אם כך הוא הדבר, כיצד ניתן לדבר על יצירת סיכון כראש נזק אמיתי? פרופ' גלעד סבור, כי העתקת הדגש מ"יצירת סיכון" ל"אובדן סיכוי" מביאה את הדברים על תיקונם, אולם אין זה כך. אכן ניכר הוא, כשתי הדוגמאות האחרונות, כי ידיעתנו על העובדה, שלתובע אשר נחשף לסיכון לא נגרם (וגם לא ייגרם) כל נזק, היא המוכיחה שלא אבד לו גם כל סיכוי בר-ערך. בדרך זו תימנע הדוקטרינה של "אובדן סיכויים" מלפצות את התובע מבלי שתאבד על-ידי כך את זהותה העצמית. דא עקא, שלדרך זו יש מחיר, והוא ישולם בדוגמת הניתוח שבה פתחנו. הרופאים שנתבעו בגין פטירת המנוח יטענו כי למנוח לא אבדו סיכויי החלמה כלשהם, שכן גורלו נחרץ עוד לפני שנתקבל לבית-החולים. הרופאים יטענו, במלים אחרות, כי כדי להוכיח אובדן של סיכויי החלמה במקרה דנן, על התובע להוכיח שהמנוח נמנה עם החולים שאותם ניתן לרפא באמצעות הניתוח. העובדה שחולים אלו מרכיבים רוב של 75% היא עובדה סטטיסטית גרידא, שאינה מעלה ואינה מורידה בעניין המנוח. נתון כללי זה אינו מוכיח כלל את סיכויי החלמתו האינדיבידואלית של המנוח. ההוכחה הנדרשת תתאפשר רק אם נראה אותה בנתון הסטטיסטי האמור. אולם, אם נחליט לעשות כן ונשייך את המנוח לחולים

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

31 ראו דנ"ר (לעיל, הערה 2), בעמ' 197-198, והמקורות הנזכרים שם, בהערה 14.

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

בני-החלמה, הסיבתיות אשר קושרת את מותו לרשלנות של רופאיו תוכח במלואה, ולא רק על דרך של "פגיעה בסיכויי החלמה".

המסקנה שאותה יש להסיק ביחס לדוקטרינה של "פגיעה בסיכויי החלמה" תפוצל אפוא לשלוש מסקנות-משנה:

א. אם לא נראה בסטטיסטיקה ראייה שבכוחה להוכיח אירוע אינדיבידואלי (שייכות המנוח, לפני מעשה הרשלנות של רופאיו, לקבוצת המחלימים, להבדיל מקבוצת הלא-מחלימים), הדוקטרינה לא תעזור לתובע (שייכשל בהוכחת האובדן של סיכויי החלמתו של המנוח).

ב. אם נראה בסטטיסטיקה ראייה כאמור (ועל-ידי כך נשייך את המנוח לקבוצה של בני-החלמה), תהיה הדוקטרינה למיותרת (שהרי התובע יוכיח אז את הסיבתיות המלאה, ואובדן סיכויי החלמתו של המנוח יהא לאובדן ההחלמה הממשית שלו)³³.

ג. הדוקטרינה תוכל לשרוד רק אם נניח את מבוקשה ונמצא בעצם הסיכון הסטטיסטי הכללי משום פגיעה בסיכויי החלמתו של המנוח, ואם כך נעשה, נחזור אל הבעיות הבלתי-פתירות שנכרכות לרעיון של פיצוי בגין סיכון גרידא (אשר נובעות מכך שהמנוח לא יכול היה להשתייך, לשיעורין, לקבוצת המחלימים ולקבוצת הלא מחלימים כאחד). נראה, על כן, כי רק דוקטרינת הנזק הראייתי יכולה לשכור מעגל שוטה זה של בעיות-ער-אין-קץ.

לדברי פרופ' גלעד, התוצאות אשר מושגות בגדרה של דוקטרינת הנזק הראייתי תהיינה זהות לפיצוי בגין יצירת סיכון ולפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה. דברים אלו אינם מדויקים. בדוגמת הניתוח, למשל, הפיצוי אשר ישולם לתובע בגין העמדתו הרשלנית של המנוח בסיכון (או בגין פגיעה רשלנית בסיכויי החלמתו) יהא, כאמור, שווה ל-50% מכלל הנזק שאירע³⁴. בגדרה של דוקטרינת הנזק הראייתי תושג תוצאה שונה. נניח שהראיה המכרעת, שבכוחה להסיר את הערפל מסיבת הפטירה, מצויה בקופסא נעולה, ונראה מה שווייה של קופסא זו עבור התובע והנתבעים כאחד. אנחנו יודעים שהמנוח נשתייך לחולים שניתוחם נדחה. מתוך כל 100 חולים כאלה, 25 חולים עתידים להישאר בחיים חרף דחיית הניתוח, ואילו 75 ילכו לעולמם בשל מחלתם. כמו

33 הסקת מסקנות עובדתיות בדרך זו תחייב נקיטת עמדה בנוגע ליחסי הגומלין המורכבים שבין "הסתברות גרידא" לבין ה"משקל הראייתי". לדיון מקיף בהצבתן של אמות-המידה הראויות בנוגע לשני אלו, ראו A. Stein "An Essay on Uncertainty and Fact-finding in Civil Litigation, With Special Reference to Contract Cases" 48 U. Toronto L. J. (1998) 299; ראו גם A. Stein "Judicial Fact-Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism about their Combination" 1 Int. J. Evidence & Proof (1996) 25.

34 זהו אומדן פיצויים מקובל, לפי הדוקטרינה שמטילה אחריות בגין יצירת סיכון ולפי הדוקטרינה של "פגיעה בסיכויי החלמה".

כן יודעים אנחנו שהמנוח נשתייך ל-75 חולים אלו, שגורלם לא שפר. בקבוצה אחרונה זו מצויים 25 חולים שגורלם היה זהה גם אילו נותחו מבעוד מועד: מחלתם היתה מכריעתם בכל מקרה. בקבוצה זו גם מצויים 50 חולים שניתן היה להצילם אלמלא ההתרשלות שדחתה את ניתוחיהם. מה שלא מצוי בדינו, הוא המידע שבעזרתו ניתן לשייך את המנוח לאחת משתי הקבוצות האחרונות. מידע זה נותר נעול בקופסא. הוא איננו בנמצא בשל רשלנותם של הרופאים. אלמלא אותה רשלנות, שכאמור דחתה את הניתוח, היה המנוח יודע היכן הוא עומד מבחינת זכויותיו, וכך גם התובע אשר בא בנעלי המנוח בעקבות פטירתו. לא נותר לנו, אפוא, אלא להעריך הסתברותית את סיכויי פועלה של הראיה שבקופסא. סיכויים אלה הם ברורים. ההסתברות שהראיה, לאחר שתוצא מן הקופסא, תקשור את מות המנוח לרשלנות רופאיו מגיעה כדי 67% (50/75). ההסתברות שהיא תנקה את הרופאים מן האחריות למות המנוח היא 33% (25/75). שיעורו של הנזק הראייתי אשר נגרם לתובע שווה, על כן, ל-67% מהנזק הישיר המלא. שיעור זה משקף גם את סכום הפשרה הרצונית אשר היתה מושגת בין בעלי-הדין, אילו ניהלו ביניהם משא ומתן המותנה בתנאי הכא: באין פשרה רצונית תיפתח הקופסא, והראיה שבתוכה תוצא לאור ותכריע את המשפט לכאן או לכאן. הפיצוי המוענק לתובע כגין נזקו הראייתי (67% מהנזק הישיר) נמצא אפוא שונה מהפיצוי שהיה מוענק לו בשל חשיפת המנוח לסיכון, תוך פגיעה בסיכויי החלמתו (רק 50% מהנזק הישיר). נזק ראייתי הוא נזק ייחודי ואמיתי, וכך גם הפיצוי המוענק בגינו. המדובר הוא בפיצוי שמוענק בגין פגיעה ממשית באוטונומיה, להבדיל מפיצוי בשל פגיעה סטטיסטית באנטומיה (שעליו ממליצות הדוקטרינות שביקרנו).³⁵

הבסיס הנורמטיבי העצמאי של הדוקטרינה, הוא שמסביר מדוע מוצדק, לעתים, להטיל אחריות בנזיקין גם במקרים שבהם הוחלט בעבר על-ידי בחי-משפט שלא להטיל את האחריות. מטרתנו העיקרית היא לשכנע את קוראי מאמרנו שבחי-המשפט מתחייבים

35 באומרו זאת, אין אנו מוציאים מכלל אפשרות מקרים של חפיפה בין שיעורי הפיצויים שייפסקו לפי שתי הגישות. הסתברות גרימתו של הנזק הישיר על-ידי הנתבע, והסתברות הטענה שהמידע החסר היה מזהה את הנתבע כמי שגרם ברשלנותו לאותו נזק ישיר, הן שוות. דבר זה מודגם על-ידי דוגמת המפעל שפולט קרינה רדיואקטיבית וכן על-ידי הדוגמה של יצרני תרופות גנויות שגורמות למחלת הסרטן. דא עקא, הסתברות אלו לא תמיד תחפופנה את דרגת הסיכון שלו נחשף התובע על-ידי מעשהו הרשלני של הנתבע (או מחדלו הרשלני). דרגת סיכון כאמור, ועמה הפיחות אשר חל בסיכויי ההטבה במצב התובע עקב חשיפתו לסיכון, הם נתונים המחושבים *ex ante*, מבלי להתחשב בהשפעתה ההסתברותית הנוספת של גרימת הנזק – במקום שלגרימת הנזק אכן יש השפעה הסתברותית משל עצמה – על הסתברותו של הקשר הסיבתי שבו עסקינן. במקרים רבים, מצבן הדל של הראיות אינו מאפשר לקבוע השפעה כאמור, ומכאן החפיפה בין הפיצוי על-פי דוקטרינת הנזק הראייתי לבין הפיצוי הנגזר מאומדן הסיכונים והסיכויים הרלבנטיים. ברם, כאשר ההשפעה האמורה היא ידועה (כמו בדוגמת הניתוח הדחוי), חפיפה זו לא תתקיים.

לשקול, נוסף על השיקולים המוכרים העוסקים באחריות בנוזיקין, גם את העובדה שהנתבע גרם באשמו לנזק הראייתי. שיקול זה לא נשקל במקרים רבים כאשר הוחלט בעבר על-ידי בתי-המשפט שלא להטיל אחריות בנוזיקין. אנו סבורים ששיקול זה אכן צריך להביא, בחלק מהמקרים, להטלת אחריות.

פרופ' גלעד מצביע על כך שקיימות דוקטרינות משפטיות נוספות, כגון דוקטרינת ה-MSL (Market Share Liability), אשר מובילות לתוצאות זהות לאלו שמושגות בגדרה של הדוקטרינה המוצעת על-ידינו. כן הוא סבור שאף לדוגמת הציידים יש פתרון נאות אשר מושג, במשפט האמריקני, באמצעות דוקטרינה מיוחדת, והיא דוקטרינת האחריות החלופית. כפי שכבר אמרנו, דבר זה, כשלעצמו, איננו פוסל את דוקטרינת הנזק הראייתי. אדרבא, דוקטרינת הנזק הראייתי תספק, במקרים רבים, הנמקה נוספת אשר תוביל לתוצאות דומות (או זהות) לאלו המושגות באמצעות דוקטרינות אחרות. אך חשוב מכך: בהציעה בסיס נורמטיבי חדש עשויה דוקטרינת הנזק הראייתי להשביע את רצונם של אלה אשר לא שוכנעו בצדקתן של דוקטרינות חלופיות. דוקטרינת ה-MSL ודוקטרינת האחריות החלופית, שאותן מזכיר פרופ' גלעד, הן אולי הדוגמאות המובהקות לכך. דוקטרינת ה-MSL לא אומצה עד עצם היום הזה בישראל. היא אף נדחתה בכמה וכמה מדינות בארצות-הברית³⁶. דוקטרינת האחריות החלופית ודומותיה נדחו בישראל במפורש³⁷. בתי-המשפט סברו שדוקטרינה זו סותרת את עקרונות האחריות האינדיבידואלית שבבסיס דיני הנוזיקין. פרופ' גלעד נוטה שלא להסכים לכך, ולמעשה אף אנו סבורים כמותו, לפחות ביחס לחלק מן המקרים³⁸. תורת האחריות האינדיבידואלית אכן איננה חזות הכל. עם זאת, אין היא תורה מופרכת. היא שכנעה רבים וטובים³⁹. דוקטרינת הנזק הראייתי מאפשרת להגיע לתוצאות דומות, מהנמקות אחרות, שלהן כוח נורמטיבי עצמאי אשר יכול שישנה את דעתם של השוללים את דוקטרינת ה-MSL ואת דוקטרינת האחריות החלופית. השכנוע האמור אפשרי משום שדוקטרינת הנזק הראייתי מוצדקת גם על-פי תורת האחריות האינדיבידואלית (קרי: עיקרון הצדק המתקן). באשר לאוחרים בדוקטרינת ה-MSL ובדוקטרינת האחריות החלופית, אלו יזכו לחיזוק מהותי נוסף. קיומו של נזק ראייתי הוא מכנה משותף של המצבים הטיפוסיים המטופלים על-ידי שתי דוקטרינות אלה. שיקול הנזק הראייתי מחזק, על כן, את התשתית הנורמטיבית שבבסיסן.

36 לגבי עניינים אלה ראו א' פורת "אחריות קיבוצית בדיני נוזיקין" משפטים כג (תשנ"ד) 311, 314, 324, בהערה 42.

37 ראו ע"א 496/72 ארוגי נ' פינק ובניו בע"מ, פ"ד כו(2) 547; ע"א 83/82 צים חברת השייט הישראלית בע"מ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ, פ"ד לו(1) 640, 1-1642.

38 ראו פורת (לעיל, הערה 36), בעמ' 334 ואילך.

39 ראו, למשל, J. England *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, 1993) 219-226.

הכרה במרכזיותו של שיקול הנזק הראייתי תומכת בהעמדתו על פסים עקרוניים. ישנם מקרים שבהם דוקטרינת הנזק הראייתי מביאה להטלת אחריות, בשעה שזו איננה מוטלת בגדרו של הדין הנוהג. כוונתנו למקרים שבהם אין בסיס נורמטיבי כלשהו להטלת האחריות בנוזיקין, זולת הנזק הראייתי אשר נגרם באשמת הנתבע. מקרהו של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית ומקרי הגזות (אלו שאינם מכוסים על-ידי חוק הגזות) הם הדוגמאות המובהקות לכך. במקרים אחרים מעמידה דוקטרינת הנזק הראייתי מודל ביקורתי לפתרונות שאומצו במשפט הנוהג, שלדעתנו ראוי לשפרם. הסוגיה של פגיעה בסיכוי להירפא, שהוכרעה באופנים שונים באנגליה ובארצות-הברית⁴⁰, וכן המקרה הישראלי של ניתוח לכריתת תוספתן (פרשת נגר⁴¹) מדגימים את הפן הזה של הדוקטרינה.

ו. הערות סיכום

השאלה אם הרמנו את נטל השכנוע בטעמים שפרשנו לטובתה של דוקטרינת הנזק הראייתי היא שאלה שעומדת להכרעת הקוראים, ולא לנו להכריע בה. הדברים שנכתבו על-ידינו לרבנו דיים, וכל שנותר בפינו הוא הערת-סיכום. צודק פרופ' גלעד באומרו, בסוף מאמרו, כי הבדלי ההשקפה אשר נתגלעו בינו לבינינו בנוגע להטלת אחריות בגין נזק ראייתי, מקורם בהבדלי השקפה בסיסיים יותר בנוגע לגבולות האחריות בנוזיקין. נושא אחרון זה הוא רחב מכדי להידון בתגובה לתגובה למאמר. נאמר אפוא בקצרה, כי אנו סבורים שגם מי שהשקפתו היא שאחריות בנוזיקין יש להטיל במסורה, אינו יכול לשלול את הצורך בהטלתה במקרים של גרימת נזק ראייתי מתוך רשלנות. הטלת אחריות בגין גרימת נזק ראייתי במקרים אשר נדונו במאמרינו היא מוצדקת באותה מידה שבה מוצדקת הטלת אחריות בגין נזקים פיזיים (לגוף או לרכוש) במקרי רשלנות מוכרים. הטלת אחריות בגין גרימת נזק ראייתי אף היא משרתת את מטרותיהם המסורתיות של דיני הנוזיקין, ואינה מוסיפה לדינים אלה מטרות חדשות ובלתי-מוכרות. המחלוקת שבינינו לבין פרופ' גלעד נוגעת גם ליסודותיו הכלליים של המשפט. פרופ' גלעד דוגל בקביעתם של כללי האחריות בנוזיקין ממקרה למקרה, תוך הימנעות מיצירת כללים רחבים. כדרכם של המתנגדים לכללים רחבים, הוא מזהה אותם כגורפים.

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

41 ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284. בעניין הזה ראו דניר (לעיל, הערה 2), בעמ' 238-241, 250 (קבוצה חמישית של מקרים טיפוסיים); וכן LFU (לעיל, הערה 2), בעמ' 1959-1960. העדפתנו נתונה להכרעה אשר ניתנה בעניין דומה על-ידי הנשיא ו' זיילר בת"א (י-ם) 733/91 שרביט נ' המרכז הרפואי שערי צדק, אשר לא זכה לפרסום.

להשקפה זו מקום נכבד בהגות שבתורת המשפט, וזאת מטעמים מובנים. לא מוכר לנו ולו עיקרון משפטי אחד אשר שואף להחלה כללית ואין מכרסם בו ספק נורמטיבי כלשהו. מסיבה זו גם לא נוכל להתחייב במתיחתו של עיקרון כלשהו, אשר נקוט בדינו, עד לקצהו הלוגי, ללא כל מחסום וסייג. כתוצאה מכך מעדיפים רבים מאתנו, ובכללם פרופ' גלעד⁴², להלך בזהירות ממקרה למקרה ולקבוע כללי משפט טיפין-טיפין, כדרכו של המשפט המקובל האנגלי, מראשית התהוותו ועד הלום⁴³. אל מול גישה זו עומדת גישה אחרת, הרואה בהנהגתם של עקרונות משפט כלליים ערך משפטי-חברתי חשוב, ואולי אף בסיסי ביותר. מקרים שביניהם לא ניתן להבדיל ראוי שיקבלו פתרון משפטי זהה. אנשים שבאים אל הדין, ראוי שיקבלו ממנו יחס שווה. גם הכוונת התנהגות באמצעות דין ראוי שתהא כללית וברורה. להחלת נורמות משפטיות באופן אחיד, קוהרנטי ובלתי-מתפשר (או "גורף", לפי לשונו של פרופ' גלעד) יש אפוא מעלות ברורות, ולא כאן המקום להאריך בתיאורן⁴⁴. נציין רק שלנוק ראייתי ולאחריות משפטית בגינו יש חשיבות כללית שמעבר לדיני הנזיקין⁴⁵. דבר אחרון זה מדגים את העדיפות שיש למבט כולל על הדברים שבעשיית המשפט על פני הליכה ממקרה למקרה, המצרה את זווית הראיה. עוד נציין, כי לדוקטרינת הנוק הראייתי יש אחיזה איתנה גם בטעמים פרגמטיים, ובאלה דנו בהרחבה במאמרינו (ואף כאן פירטנו אותם באופן חלקי). נראה לנו, על כן, כי אף אם נהלך אט-אט ממקרה למקרה, נמצא עצמנו, בסוף הדרך, מאמצים דוקטרינה זו במלואה.

42 ראו גלעד (לעיל, הערה 1), בעמ' 343 נציין, כי במאמר הביקורת שנכתב על מאמרו הראשון בסוגיה, מביע ריצ'ארד פרידמן עמדה זהה. ראו R.D. Friedman "Dealing with Evidentiary Deficiency" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1961.

43 להצדקת הגישה האמורה, שניתנה באחרונה, ראו C.R. Sunstein *Legal Reasoning and Political Conflict* (New-York, 1996) 35-61.

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

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