

התיישנות בנוזיקין ומחלות סמויות

מאת

ישראל גלעד *

א. מבוא

ביסודה של רשימה זו מונחת הטענה, כי דיון התיישנות בנוזיקין אינו נותן תשובה הולמת לבעיית ההתיישנות של תביעות נזיקין במקרים של מחלות סמויות. סוגיית המחלות הסמויות היא כיום נושא מרכזי בדיני הנזיקין בארצות-הברית. במרכז ההתעניינות עומדות מחלות סמויות, רובן ממאירות, הגובעות משלושה מקורות: חשיפה לאסבסט, בעיקר של עובדים;² חשיפת חיילים לחומר הדברה, הידוע כ-"Agent Orange", ומחלות שנתגלו בצאצאי נשים שצרכו את התרופה נגד הפלה, DES.⁴ חשיבות הנושא עומדת ביחס ישר להיקף האדיר, בפועל ובכוח, של התביעות המוגשות בגין מחלות אלה. כך, למשל, הוערך כבר בשנת 1982 מספר התביעות שהוגשו בגין מחלות האסבסט ב-20,000, כאשר 500 תביעות חדשות נתוספו מדי חודש.⁵ מספר האמריקנים שנחשפו לסיכוני האסבסט נאמד ב-11 מיליון⁶ — מהם ימותו 67,000 איש מדי שנה.⁷ מן העבר האחר של המיתרס ניצבים כ-300 יצרנים של כ-3,000 מוצרים.⁸ היקף התביעות הוא כה רחב, עד כי גדול יצרני האסבסט בארצות-הברית ביקש מיפלט בהוראות דיני פשיטת-הרגל.⁹ לא בכדי הובע אפוא החשש כי

* מרצה בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 דין זה שב ונדון לאחרונה בע"א 244/81 פזמאל נ' קופת-הדלים של ההסתדרות הכללית בארץ ישראל, פ"ד לח 673(3) ובע"א 831/80 זמיר נ' כימיקלים ותוספים בע"מ, פ"ד לו (3) 122.

2 I. J. Phillips, "Asbestos Litigation — The Test of the Tort System" 36 *Ark. L. Rev.* (1983) 343, 343—345.

3 R. Williams, "Agent Orange Revisited — Alternatives to Litigation" 6 *Am. J. Trial Advocacy* (1982) 323, 325—326.

4 J. P. Mallor, "Guilt by the Industry — Industry-Wide Liability for Defective Products" 49 *Tenn. L. Rev.* (1981) 61, 77—78.

5 פיליפס (לעיל, הערה 2), בעמ' 344—343.

6 שם.

7 J. A. O'Hare, "Asbestos Litigation — The Dust Has Yet to Settle" 7 *Fordham Urban L.J.* (1978) 55.

8 פיליפס (לעיל, הערה 2), בעמ' 344.

9 ראה Note, "The Manville Bankruptcy — Treating Mass Tort Claims in Chapter 11 Proceedings" 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 1121.

התדיינות המונית זו (mass litigation) עלולה להביא לקריסתם של דיני הנזיקין.¹⁰ גפתח את הדיון בהצגת ייחודן של המחלות הסמויות מבחינת תהליך גרימת הנזק. אחר-כך נביא את הכללים לפתיחת מירון ההתיישנות, תוך הצבעה על חולשתם של כללים אלו מנקודת-מבט של התובע. בחינת שיקולי המדיניות תביאנו למסקנה, כי אין להצדיק חולשה זו מבחינת הדין הרצוי. נאשש מסקנה זו בגישתם של בתי-המשפט בארצות-הברית. בהמשך נצביע על הדרכים לקירוב הדין המצוי אל הרצוי. נסיים בהצגת ההיבט הביטוחי של הבעיה.

א. מחלות סמויות (latent diseases)

מחלה היא סמויה כאשר עובר פרק-זמן ניכר בין מועד היווצרותה בתוך הגוף לבין ביטוייה הסימפטומטי, דהיינו: כאשר קיימת תקופה ארוכה שבה המחלה מקננת בגוף מבלי שניתן לחוש בסימניה.

ניתן להבחין בין שני סוגים של מחלות סמויות על-פי טיבו של הנזק המתהווה בכל סוג. סוג אחד הוא מחלות הנזק הזעיר (מיקרו-טראומה), המתרחש בתדירות גדולה, והמתפתח באופן זה לנזק שממדיו ניכרים. עד לשלב שבו הנזק התדיר מצטבר לכלל נזק ברגילי, המחלה היא סמויה בשל ממדיו הזעירים של הנזק שכבר נגרם. לעומת זאת, בסוג האחר של המחלות הסמויות מתגבש הנזק לממדים ניכרים. תוך זמן קצר מתחילת התהוותו, אך להתהוות זו קודמת תקופה ארוכה של "דגירה" שבה מוכשרת הקרקע להתהוות ולצמיחה מהירות של נזק מסוג זה (להלן: מחלות הדגירה). המחלה היא סמויה בשל קיומה של תקופת הדגירה. לתהליכים המתרחשים בתקופת הדגירה לא גתייחס להלן כנזק בפני עצמו, הן משום שעד שלב מסוים אלו תהליכים הפיכים, והן משום שקשה עד מאוד לאתר ולבודד תהליכים אלה.

להמחשת ההבחנה בין שני סוגי המחלות הסמויות נביא שני סוגי פגיעה שמקורם בחשיפה לאסבסט: מחלת-הריאות, asbestosis, מחד גיסא, והסרטן למיניו, מאידך גיסא.¹¹ asbestosis היא מחלה של נזק מצטבר. כל שאיפה ושאיפה של אבק האסבסט פוגעת פגיעה קטנה בריאות. כל שאיפה קשורה במישרין לנזק מסוים התולך ומצטבר עם חלוף הזמן. הנזק הכולל הוא צירוף של נזקים יומיים שכל אחד מהם התגבש בתאריך מסוים. במקרה הסרטן תהליך הגרימה שונה: לא כל חשיפה לאסבסט גוררת אחריה נזק המותאם לאותה חשיפה. בתקופה הראשונה של החשיפה חל תהליך של היחלשות הדרגתית במנגנוני החיסון של הגוף. עד לנקודה מסוימת זהו תהליך הפיך; הפסקת החשיפה יכולה לקוטעו. קיים שלב בתהליך החשיפה שבו תהליך ההיחלשות הופך לבלתי-הפיך — השלב שבו מערכת-החיסון קורסת תחתיה והמחלה מתגבשת. זהו מועד אירוע הנזק. שלא כבמקרה הנזק המצטבר, מדובר כאן בהתרחשות מוגדרת

10 פיליפס (לעיל, הערה 2), בעמ' 345.

11 על הבחנה זו ראה אצל C. B. Agrawal, "Asbestosis — Who Will Pay the Plaintiff" 57 Tulane L. Rev. (1983) 1491, 1502—1507.

של נזק גדול. גם ממועד זה ואילך לא קיים בהכרח מיתאם בין מידת החשיפה הנוספת לאסבסט לבין קצב התמרתה של המחלה; ברגע שזו נתגבשה קיים תהליך תחמרה פנימי שיש לו דינמיקה משלו. עוצמתו ומתירותו נקבעות מבלי תלות הדוקה בקיומה או במידתה של חשיפה נוספת.

המאפיין הבולט המשותף לשני סוגי המחלות שמגיני הוא אופיין הנסתר. חולף פרק זמן ארוך, עשרות שנים, עד אשר המחלה נותנת את אותותיה. כפי שנראה בהמשך, במהלך הדיון בכלל הגילוי¹², קיים קושי בקביעת המועד שבו הופכת המחלה מסמויה לגלויה. קושי זה משותף לשני סוגי המחלה. לעומת זאת, להבחנה בין סוגי המחלות הסמויות יש השפעה על מועד תחילתו של מגיין ההתיישנות. האופי השונה של תהליך הגרימה בכל סוג של מחלה והשוני הנובע במועדי אירוע הנזק, מכתיבים נקודות מוצא שונות לפתיחת מירון ההתיישנות. יש לכך חשיבות גדולה, כפי שנראה בהמשך¹³. נפנה עתה לדון בבעיית ההתיישנות שמעוררות המחלות הסמויות. לצורך זה נבחרנו את מחלות החשיפה לאסבסט כמקרה מייצג, הן בשל היקף הבעיה והן בשל מורכבותה.

ב. מחלות סמויות ודין ההתיישנות

1. עילות התביעה ומועד לידתן

עילות תביעה בגין מחלות סמויות הנובעות מחשיפה לחומרים מסוכנים או מצריכתם חושתנה בדרך-כלל על עוולת הרשלנות (של היצרן או של המעביד) ועל אחריותו החמורה של היצרן. הוראות ההתיישנות הרלבנטיות מצויות אפוא בשלושה דינים: חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958¹⁴, סעיף 89 לפקודת הגזיקין, וסעיף 6 לחוק האחריות למוצרים פגומים, תשמ"מ-1980 (לגבי עילות שמקורן בחוק זה¹⁵).

תקופת ההתיישנות היא 7 שנים לפי סעיף 5 לחוק ההתיישנות ו-3 שנים בעילה המבוססת על חוק האחריות למוצרים פגומים (סעיף 6(א) לחוק).

נקודת-המוצא של דין ההתיישנות היא, ש"תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התביעה" (סעיף 6 לחוק ההתיישנות). מתי אפוא נולדת עילת התביעה? תשובה על כך קיימת בסעיף 89 לפקודת הגזיקין¹⁶.

"(1) מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל — היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך — היום שבו חדל.

12 להלן, סעיף ב/3.

13 להלן, סעיף ב/1.

14 ס"ח תשי"ח 112.

15 ס"ח תשמ"מ 86. דיון בהוראות ההתיישנות המיוחדות לחוק זה ראה להלן, פסקה 5.

16 עמדתנו, שלפיה הוראות ההתיישנות שמגיני לעיל משלימות זו את זו ומתחלת מערכת דינים אחת, נתמכת בדבריו של השופט בך בפסק-דין פהאל (בעמ' 6). מסקנת השופט שם היא, ש"סעיף 89 בא אפוא להשלים את הוראות חוק ההתיישנות במובן זה, שנקבע בו מתי נולדה עילת התביעה ביחס לעילות הגזיקין; כל זאת לצורך יישום הסעיפים 5 ו-6 של חוק ההתיישנות".

(2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על-ידי מעשה או מחזל – היום שבו אירע אותו הנזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא תוגש תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק".

איזו מן החלופות יפה לענייננו? על-פי הפרשנות שניתנה בפסיקה לסעיף 17 נראה שרק החלופה השנייה היא הרלבנטית.¹⁷ החלופה הראשונה הוגבלה לעוללות שבהן הנזק אינו יסוד מיסודות העוללה, כעוללות התקיפה והוצאת לשון-הרע. בעוללות ממין זה מתגבשת עילת התביעה גם בהעדר נזק. מאחר שנקודת-המוצא למירון ההתיישנות היא, כאמור, מועד צמיחתה של עילת התביעה – יחל מירון זה מיד עם ההתנהגות העוללתית מבלי קשר לנזק. אף אפשר, שעילת התביעה תתיישן לפני שנגרם נזק כלשהו. לעומת זאת, החלופה השנייה תחלה על העוללות שבהן הנזק הוא יסוד מיסודות האחריות.¹⁸ עוללת הרשלנות שייכת ללא ספק לסוג העוללות האחרות ולכן חל עליה סעיף (2)89. מה בדבר עילת האחריות החמורה? בארצות-הברית יש בתי-משפט הסוברים, כי עילת התביעה כלפי היצרן באחריות חמורה מתגבשת ברגע שיוקו של המוצר ולא ברגע גרימת הנזק.²⁰ עמדה זו אינה מקובלת עלינו מטעמים הקשורים לאופייה ולמטרותיה של האחריות החמורה.²¹ אך אין צורך לדון בכך בפרוטרוט הואיל ולשונו של סעיף 2 לחוק מעידה – לדעתנו – בבירור כי גרימת הנזק היא יסוד מיסודות האחריות.²² עם הוצאתה של החלופה הראשונה נשללת האפשרות להחיל על עילות הרשלנות והאחריות החמורה את הסיפא לסעיף (1)89 בדבר המעשה או המחזל הנמשכים. כפי שנראה בהמשך,²³ דווקא הוראה זו יכולה לספק פתרון חלקי לקשיי ההתיישנות בהקשר המחלות הסמויות.

נותרה אפוא החלופה השנייה – סעיף (2)89. הרישא לסעיף חוזרת על נקודת-המוצא לדון ההתיישנות – מועד היווצרותה של עילת התביעה. בעוללות שהנזק הוא יסוד שבהן – יחל מירון ההתיישנות עם אירוע הנזק. בנקודת-מוצא זו מצוי שורש הבעיה שיוצרות מחלות הדגירה, וגם ההבדל בינן לבין מחלות הנזק המצטבר. נבחן, למשל, את השוני בין מחלת ה-asbestosis, מחד גיסא, למחלת הסרטן, מאידך גיסא. מקור שתי המחלות הוא בחשיפה לאסבסט. ראינו כי "אירוע הנזק" במחלת הסרטן הוא אותו

17 ראה סדסקי (עורך), אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנזיקין (מאגנס, מהדורה שנייה, תשל"ו), בעמ' 720 (החלק הדן בהתיישנות נכתב על-ידי מ' חשין) והאסמכתאות שם. ולאחרונה בזמיר (לעיל, הערה 1), בעמ' 126–127, ובפאול (לעיל, הערה 1), בעמ' 679.

18 לשאלה מתי מהווה הנזק יסוד מיסודות העוללה ראה דיני הנזיקין (לעיל, הערה 17), בעמ' 720–721.

19 חילוק דומה מצוי בסעיף 64 לפקודת הנזיקין, שם מוגדר "האשם" בשתי חלופות על-פי הימצאות יסוד הנזק בעוללה.

20 Schall v. Sturn, Ruger Co., Inc., 300 S.E. 2nd 735 (1983); Landrine v. Mego Corp., 464 N.Y.S. 2nd 516 (1983).

21 על רגל אחת – מאפיין מהותי של האחריות החמורה הוא, שהפגם במוצר יכול שיהיה תולדה של אירועים שקרו לאחר שיוק המוצר. ברור, כי במקרה זה קמה עילת התביעה לאחר השיוק.

22 (א) יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שיצר...".

23 להלן, סעיף 4/ה.

שלב בתהליך החשיפה ושבנו תהליכי ההידרדרות הופכים לבלתי-הפיכים. עובר אמנם פרק-זמן מסוים בין תחילת החשיפה לבין שלב אירוע הנזק, אך בדרך-כלל קודם אירוע הנזק לתום תקופת החשיפה. התוצאה היא, שמירוח ההתיישנות מתחיל כבר בתוך תקופת החשיפה, בנקודת-זמן מוקדמת. לעומת זאת, ב-asbestosis הואיל וכל שאיפה גורמת לנזק עצמאי, הואיל וכל שאיפה היא "אירוע נזק" — לא ניתן להצביע על נקודת-זמן מסוימת שבה אירע הנזק. אירוע הנזק מתחיל עם תקופת החשיפה ומסתיים יחד אתה. מתי יתחיל מניין ההתיישנות? ההלכה היא שמניין זה ייעשה בנפרד לגבי כל יחידת-נזק.²⁴ ההתיישנות הנזק המוקדם נמדדת אפוא מתחילת תקופת החשיפה, וההתיישנות הנזק המאוחר — מתום תקופת החשיפה. כאשר תקופת החשיפה ארוכה, התוצאה המעשית היא שחלקו המוקדם של הנזק מתיישן, וחלקו המאוחר — לא. אך זהו רק חלקה הראשון של ההלכה, שעליו הורכבה ההלכה האנגלית אשר לפיה אם אין בידי הנתבע להפריד את הנזק לתקופותיו, דהיינו: להצביע איזה נזק נגרם לפני ההתיישנות, ואיזה לאחריה — תידחה טענת ההתיישנות לגבי כל הנזק.²⁵ נוכח הקושי בחלוקת הנזק מתקבלת התוצאה, שבחלק ניכר מן המקרים תחילת מניין ההתיישנות היא מיום החשיפה האחרון. זוהי נקודת-זמן מאוחרת (בהשוואה לזו של מחלת הדגירה) המשווה את תחילת תקופת ההתיישנות. מנקודת-מבטו של התובע עדיף אפוא שנוזק הנסתר יסווג כמחלה של נזק זעיר מצטבר מאשר כמחלת דגירה. במקום לפתוח את מירוח ההתיישנות עם האירוע החד-פעמי של הנזק בתוך תקופת החשיפה, מאפשר סיווגו של נזק מצטבר לעכב את מועד תחילת ההתיישנות לתום תקופת החשיפה. אפשר שכאן טמון ההסבר לנטיית הפסיקה לסווג את מקרי הנזק הנסתר שעלו לדיון בקליינמן²⁶ (קצרת ואקומה עקב חשיפת עובד לחומרי-הדברה), ודורביץ²⁷ (סרטן-עור שמקורו בחשיפה לחומר המצוי בעמדי-חשמל) וזמיר²⁸ (ירידה הדרגתית בשמיעה עקב רעשים במקום העבודה), כמקרי נזק מצטבר; הורעדף הסיווג שהקל עם התובע. אלא שלא תמיד ניתן להתעלם מן השוני העובדתי שבין מקרי הנזק המצטבר לנזקי מחלות הדגירה. כך בסוגיית האסבסט, ועל-אחת-כמה-וכמה במקרים שבהם החשיפה לחומר המסוכן היא קצרה. דין ההתיישנות המיוחד לגבי הנזק המצטבר מהווה רק פתרון חלקי ביותר לבעיית ההתיישנות במחלות סמויות.

סיכומו של דבר: נקודת-המוצא של דין ההתיישנות, שלפיה מתחיל מירוח ההתיישנות ביום התגבשות עילת התביעה (סעיף 6 לחוק ההתיישנות והרישא לסעיף 89(2) לפקודה), יוצרת מחסום קשה למעבר מבחינתו של התובע שניזוק ממחלה דגירה. אין הוא יכול

24 דיני הניזקין (לעיל, הערה 17) והאסמכתאות שם. ראה גם בפתאל (לעיל, הערה 1), בעמ' 680.

25 קליינמן (להלן, הערה 26), בעמ' 934—935; ודורביץ (להלן, הערה 27), בעמ' 91; ולאחרונה זמיר (לעיל, הערה 1), בעמ' 127. נראה לנו, כי בזמיר הוכנס להלכה סייג מצמצם שלא היה מצוי בה קודם. נאמר שם, כי טענת התיישנות תידחה רק אם הנתבע לא יראה שעיקר הנזק נגרם לפני מועד ההתיישנות. מכאן עולה, כי אם יוכיח הנתבע שעיקר הנזק נגרם לאחר מועד ההתיישנות — לא תתקבל טענת ההתיישנות גם אם אין הנתבע יכול להפריד בין הנזקים שלפני ההתיישנות ולאחריה.

26 ע"א 590/67 קליימן נ' מירון, פ"ד כב(2) 929.

27 ת"א (חי') 1359/75 פליקס ודורביץ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"מ תשל"ח(1) 86.

28 לעיל, הערה 1.

למצוא מיפלט בשילוב ההלכות שהקל על נפגעי מחלות הנזק המצטבר. לא נותר לו אלא להשליך את יהבו על הסייגים לעיקרון הכללי — על הוראות הסיפא לסעיף 289(2) ועל סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

2. סוגי הגילוי המאוחר — נזק וקשר סיבתי

קודם לדיון בסייגים שבסעיפים 289(2) לפקודה ו־8 לחוק ההתיישנות, מן הראוי להדגיש כי קיימים ארבעה גורמים מרכזיים המעכבים את מימושה של עילת התביעה במקרי הנזק הנסתר. הגורם הראשון הוא גילוי מאוחר של הנזק. הגורם השני הוא גילוי מאוחר של הקשר הסיבתי העובדתי בין הנזק לבין אשמו של התובע. התובע יכול לעמוד על היקפו החלקי או המלא של נזק מסוים מבלי לקשור נזק זה לחשיפה לחומר המסוכן²⁹. הגורם השלישי הוא גילוי מאוחר של דבר קיומה של עילת התביעה. אפשר שהניזוק ידע הן על נזקו והן על מקורו, אך לא יהא ער לעובדה כי מערכת עובדות זו מקימה את זכותו לסעד. גורם רביעי הוא השגה מאוחרת של ראיות הנדרשות להוכחת התביעה. הניזוק ידע על קיום עילה, אך לא היו בידו ראיות די הצורך למימושה. בעוד שהגורם הראשון — גילוי מאוחר של הנזק — הוא ממהותה של המחלה הסמויה, אין שאר הגורמים מיוחדים למחלות סמויות דווקא. עם זאת, יש לגורמים אלו משקל מיוחד במחלות אלה; פרק־הזמן הארוך שבין אירוע הנזק לבין גילוי משפיע הן על טשטוש המודעות הסובייקטיבית של התובע והן על קיומה של מודעות אובייקטיבית לגורמים אלה.

השאלה שאותה נבחן להלן היא אם, ועד כמה, נלקחים גורמים אלה בחשבון במסגרת הסייגים המאחרים את תחילתו של מירון ההתיישנות אל מעבר למועד אירוע הנזק.

3. כלל הגילוי המאוחר של הנזק — הסיפא לסעיף 289(2) לפקודה

הוראה שכאילו נתפרה במיוחד עבור המחלות הסמויות מצויה בחלקה הראשון של הסיפא לסעיף 289(2) לפקודה: אם לא נתגלה הנזק ביום שבו אירע יתחיל מניין ההתיישנות ביום שבו נתגלה הנזק. עד כמה יש בהוראה זו כדי להועיל לנפגע מהמחלה הסמויה? התשובה לכך: לא הרבה. זאת על שום חלקה השני של ההוראה הקובע, כי גם במקרה של גילוי מאוחר, כאמור, תתיישן התביעה תוך 10 שנים מיום אירוע הנזק. הוראה זו נוגסת נגיסה של ממש בנפקותו של סייג הגילוי המאוחר: בשום מקרה לא יידחה מועד

²⁹ ראה, למשל, ב־O'Hare (לעיל, הערה 7), בעמ' 59–63. על ההיסטוריה של המחקר המדעי בנושא ראה S. S. Epstein, "Agent Orange Diseases" 19 Trial 11 (1983) 91. כל עוד לא נתגלה ופורסם הקשר הסיבתי שבין החשיפה לנזק, הניזוק יודע על נזקו אך אין הוא יודע שזוהי קשור סיבתי לאשמה של יצרן או מעביד. בפתאל (לעיל, הערה 1), נדון סוג אחר של מקרים שבהם ער התובע לנזקו אך לא לקשר הסיבתי שבינו לאשם. התובע, שסבל מליקויי שמיעה, קיבל בשנת 1962 זריקות לשיפור שמיעתו, אך הללו רק התמירו את ליקויי שמיעתו. התובע חש בהחמרה, כלומר: גילה את נזקו, אך לא עמד על הקשר הסיבתי שבין ההחמרה לנזק אלא מקץ 15 שנה.

פתיחתו של מירון ההתיישנות מעבר ל-3 שנים מיום אירוע הנזק ואין נפקא מינה מתי נתגלה הנזק.³⁰ בהתחשב באורכן של תקופות הדגירה במחלות הסמויות אין בתוספת מירבית זו של 3 שנים כדי לסייע לגיוק סיוע של ממש.

זאת ועוד: אף מימוש של פוטנציאל התארכה המוגבל המצוי בהוראה תלוי במידה רבה בפרשנותם של שני ביטויים המשמשים בה: "נתגלה" ו"נזק". כל אחד משני הביטויים סובל יותר מפרשנות אחת, כאשר כל פרשנות מתקשרת למועד פתיחה אחר של ההתיישנות. נפתח במושג "הגילוי". הפסיקה הבחינה בין גילוי אובייקטיבי (המועד שבו ניתן היה לגלות את הנזק) לבין גילוי סובייקטיבי (המועד שבו נתגלה הנזק לתובע).³¹ חילוק זה אינו ממצה את קשת אפשרויותיה של הפרשנות. חשין מצביע על היבט הסבירות ועל ריבוי המועדים הנובע ממנו.³² ראשית, אופן הגילוי: יש גילוי המותנה בעריכתה של בדיקה שיגרית, ויש גילוי המתאפשר רק לאחר בדיקה על-ידי צוות מיוחד או באמצעים מיוחדים שאינם מקובלים בפרקטיקה. במקרה האחרון הגילוי הוא בלתי-סביר במונח הסכני שהמחלה לא היתה מתגלה גם אילו נערכו הבדיקות המקובלות (סבירות טכנית). ביטוי אחר של היבט הסבירות הוא בהתנהגות הכרוכה בגילוי (סבירות פרסונלית). כאן השאלה היא, אם התובע נהג בסבירות כאשר ניגש או לא ניגש לבדיקה שהיתה חושפת את מחלתו. שני היבטי הסבירות הנ"ל מצטברים. כך, למשל, אפשר שהתובע נהג בסבירות כאשר לא ניגש לבדיקה מקובלת שהיתה מגלה את הנזק. לפנינו אפוא קשת של אפשרויות גילוי, כאשר הגילוי הסובייקטיבי בפועל הוא בקצה הנוח לתובע (עיכוב מירבי של מועד פתיחתו של המירון), והגילוי על-ידי בדיקה בלתי-מקובלת בקצה האחר (מועד הגילוי המוקדם ביותר). אימוצו של פירוש המחמיר עם התובע יקטין עוד יותר את פוטנציאל ההארכה המוגבל של הסייג. בפסיקה טרם ננקטה עמדה בשאלה זו.

המושג האחר הטעון פרשנות הוא מושג הנזק. מהו "הנזק" שגילוי פותח את מירון ההתיישנות? האם די בנזק כלשהו הקשור עובדתית למחלה, גם אם זהו נזק קטן ובלתי-אופייני, או שמא מדובר הכתוב בנזק שהוא מסוגן או מהותו של הנזק בשורא עילת התביעה? הפסיקה בעבר נסתה לפרשנות הראשונה המחמירה עם התובע.³³ הגילוי צריך להתייחס לעצם אירוע הנזק ולא להיקפו של הנזק. חשין ביקר פרשנות זו ותמך בפרשנות השנייה המאחרת את תקופת ההתיישנות.³⁴ לאחרונה, בפסק-דין זמיר, חזר בית-המשפט על הפרשנות המחמירה עם התובע בקובעו כי די בגילוי סימני הנזק.³⁵ קיצורו של דבר: התועלת שיכול הנפגע ממחלה סמויה להפיק מסייג הגילוי המאוחר שבסעיף 89(2), מוגבלת ביותר. בשאלות נוספות הנוגעות לסייג הנ"ל ניגע מיד, אגב הדיון בסעיף 8 לחוק ההתיישנות.

30 ראה זמיר (לעיל, הערה 1), בעמ' 129–130.

31 ע"א 74/60 נמר ב' שירותי נמל כסאחיים, פ"ד טו 255, 260–261.

32 דיני הנוזקין (לעיל, הערה 17), בעמ' 726–728.

33 שם, בעמ' 729 והאסמכתאות המוזכרות.

34 שם, בעמ' 729–730.

4. סייג הגילוי המאוחר – סעיף 8 לחוק ההתיישנות

סעיף 8 לחוק ההתיישנות, שכותרתו "התיישנות שלא מדעת", קובע:

"נעלמו מן התובע עובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה".

לפנינו סייג נוסף לכלל הקבוע בסעיף 6, שלפיו תחילתו של מירון ההתיישנות במועד התגבשותה של עילת התביעה. מהם תוכנו וגבולותיו של כלל זה ועד כמה יכול הוא לסייע לנפגע ממחלה סמויה? התשובה לשאלה זו תלויה ביחס שבין סעיף זה לסעיף 89(2), ובפרשנות הביטוי "עובדות המהוות את עילת התביעה". נדון תחילה ביחס שבין שני הסעיפים.

מנינו קודם ארבעה גורמים המעכבים את מימושה של עילת התביעה. הסיפא לסעיף 89(2) עוסקת במפורש בגורם הראשון – גילוי מאוחר של הנזק. סעיף 8 – על-פי לשונו – מכסה גם הוא גורם זה. דא עקא, ששני הסעיפים אינם מתיישבים. המיגבלה העיקרית, מבחינת התובע, הקיימת בסעיף 89(2) – הגבול העליון של עשר השנים מיזם אירוע הנזק – אינה קיימת בסעיף 8. זאת ועוד: סעיף 8 מדבר על "גילוי סביר" של הנזק (מבחינת התנהגותו של התובע) ובכך גועל את הדלת בפני פרשנויות נוחות פחות לתובע, האפשרויות על-פי סעיף 89(2) (כיכולת מרעית לגלות את הנזק). החלת סעיף 8 על גילוי מאוחר של הנזק יכולה אפוא לפתור את בעייתו של התובע בגין נזקי מחלה סמויה שנתגלו באיחור.

איזו הוראה תגבר בהתנגשות זו? בעניין זה אנו תמימי-דעים עם השין כי סעיף 8 נדחה מפני הסיפא לסעיף 89(2)³⁵. לכך טעמים אחדים: הראשון שבהם הוא סעיף 27 לחוק ההתיישנות, הקובע את עליונותן של תקופות ההתיישנות הנקובות בדינים אחרים. טעם קרוב הוא הכלל שלפיו דין ספציפי דוחה דין כללי. ספציפיות סעיף 89(2) מתבטאת הן בהיותו הוראה נזיקית והן בהתייחסות המפורשת לגילוי המאוחר של הנזק. טעם נוסף הוא, שהחלת סעיף 8 על גילוי מאוחר של הנזק תהפוך את הסיפא לסעיף 89(2) לאות מתה. נוכח העובדה שמחוקק חוק ההתיישנות היה ער לקיומה של ההוראה הספציפית בפקודה³⁶, ובכל-זאת השאירה על כנה – ספק גדול הוא אם פרשנות הממיתה את הסעיף היא אכן פרשנות לגיטימית.

נשוב לביטוי "עובדות המהוות את עילת התביעה". זה-עתה הוצאנו מתחולתו את הגורם הראשון מבין ארבעת הגורמים המעכבים את מימוש העילה. מה באשר לשלושת הגורמים הנותרים?

הגורם השני שמנינו היה הקשר הסיבתי העובדתי בין הנזק לבין אשמו של הנתבע. לשאלה אם גורם זה הוא "עובדה המהוות את עילת התביעה" קודמת השאלה אם אין

35 (לעיל, הערה 1), בעמ' 128.

36 דני הנזיקין (לעיל, הערה 17), בעמ' 732–733. בפתאל (לעיל, הערה 1) בעמ' 683 הושארה שאלה זו בצריך עיון.

37 סעיף 24 לחוק ההתיישנות תיקן את הוראות ההתיישנות שבפקודה.

הוא נתפש בסעיף (2)89 לפקודה. אם התשובה על כך חיובית, הרי שבשל עליונות (2)89 יש לחסר גם גורם זה מתחולת סעיף 8. לשאלה זו פנים לכאן ולכאן. מחד גיסא, ניתן לטעון כי הנזק והקשר הסיבתי העובדתי הקושר את הנזק לאשם הם שני רכיבים של יסוד אחריות אחד – גרם נזק, ולא שני יסודות אחריות עצמאיים. את הדיבור "לא נתגלה הנזק" יש אפוא לקרוא "לא נתגלה גרם הנזק". מטרת המחוקק בהוראה זו היתה להקל עם התובע שלא ידע כי אשמו של הנתבע הצמיח נזק, ולעניין זה אין נפקא מינה אם אי-הידיעה מתייחסת לנזק או לקשר שבינו לבין האשם. מאידך גיסא, ניתן לדקדק בלשונה של ההוראה שאינה מזכירה, ולו בעקיפין, את הקשר הסיבתי. זאת ועוד: בדרך-כלל הגילוי הפיזי של הנזק מהווה את נקודת-המוצא שממנה יתחיל הניזוק לפעול למימוש זכותו. גם אם מודע הניזוק לאשמו של הנתבע, לא ינקוט תראשון פעולה כל עוד לא נתגלה לו היסוד ההכרחי של הנזק. נתגלה הנזק לניזוק יתחקת זה אחר המקור העובדתי של הנזק כדי לאתר את הנתבע, ואחר-כך יתמקד באיתור יסודות האשם ובמציאת ראיות להוכחתו. כוונת המחוקק בסעיף (2)89 היתה לעכב את פתיחתו של מירוץ ההתיישנות אך ורק לגילוי המאוחר של נקודת-הפתיחה לתהליך מימוש הזכות ולא לכל שלביו של תהליך זה. הכללת הקשר הסיבתי בדרישת הגילוי תחיל למעשה דרישה זו על מרבית שלבי המימוש. כדי לגלות את הקשר הסיבתי בין אשם הנתבע לנזק צריך התובע לגלות את זהות הנתבע ואת אשמו. זוהי ודאי הרחבה לא-סבירה של סעיף (2)89. יעיד על כך גם הניגוד שבין סעיף זה לבין סעיף 8 לחוק ההתיישנות. משרצה המחוקק להרחיב את דרישת הגילוי מעבר לנזק, עשה זאת בלשון מפורשת. מבין שתי הפרשנויות הנ"ל נוטה אפוא דעתנו לפרשנות השנייה המוציאה את גורם הקשר הסיבתי מתחולת סעיף (2)89. סימוכין להשקפתנו זו ניתן למצוא בפסק-דין פתאל, אם כי גם שם לא הושגה תמימות-דעים בעניין זה.³⁸

בהנחה שגורם הקשר הסיבתי אינו מסופל בסעיף (2)89 הדרא אפוא קושיא לדוכתא: אילו מבין שלושת הגורמים שאי-גילויים מעכב את מימושה של עילת התביעה (קשר סיבתי עובדתי, קיום עילה משפטית, ראיות) נתפש במצודתו של כלל הגילוי המאוחר אשר בסעיף 8 לחוק ההתיישנות?

נפתח בגורם השלישי: אי-ידיעתו של הניזוק שהעובדות שכבר נתבררו לו מקיימות עילת תביעה. הן מלשונן והן מרוחו של סעיף 8 עולה, כי כלל הגילוי המאוחר חל אך ורק על גילוי מאוחר של עובדות ולא על גילוי מאוחר של הדין. כלל הגילוי המאוחר אינו חל אפוא על גורם זה.

38 לעיל, הערה 1. השופט בד' בעמ' 683 קובע מפורשות, כי סעיף (2)89 אינו חל על גילוי מאוחר של הקשר הסיבתי:

"ברצוני להדגיש שוב... כי הסיפא של סעיף (2)89 אינו חל על המקרה שלפנינו, וכי יש להבחין בהקשר זה הבחן היטב בין התגלות מאוחרת של עובדות בדבר הנזק לבין אי-ידיעת עובדות בדבר איפן גרימת הנזק, בה עסקינן בערעור דגן".

השופט גולדברג מצטרף במשתמע לדעה זו, בהחילו את סעיף 8 לחוק ההתיישנות על גילוי מאוחר של הקשר הסיבתי.

לעומתם, השופט ברק משאיר בצריך עיון את תחילת סעיף 8 לחוק ההתיישנות על המקרה, וממילא גם את שאלת תחולתו של סעיף (2)89 על גילוי מאוחר של קשר סיבתי. לשאלה מהו טעם הפסק ראה להלן, הערה 43.

הגורם הרביעי שהוכרנו הוא גילוי הראיות הנדרשות להוכחת התביעה. גורם זה מעורר קושי: לא תמיד ניתן להבחין בין גילוי הראיה לבין גילוי העובדה שאותה באה הראיה לאשש. ייתכן מצב שבו ידועה עובדה מסוימת בוודאות לניזוק אך אין בידו לאמתה בראיה. כך היה בפרשת נמר³⁹, שם חש העובד בנזקו אך לא הצליח להוכיחו בראיה רפואית. לעומת זאת, יש שגילוי העובדה וגילוי הראיה לעובדה חד הם. מחקר מדעי שהוכיח קשר סיבתי בין חשיפה לחומר מסוים לבין מחלה, מהווה גם גילוי עובדה וגם ראיה לאותה עובדה. האם נובע מכך שיש להפריד בין ראיה לאימות עובדה ידועה לבין ראיה המגלה ומאמתת עובדה בריזמנית? מפרשת נמר שם קבע בית-המשפט, כי כלל הגילוי המאוחר חל על גילוי הנזק ולא על השגת ראיה לקיום הנזק⁴⁰. לא ניתן ללמוד במישורין על עניין זה, שכן בית-המשפט לא הבחין במישורין בין ראיה על עובדה ידועה לבין ראיה שהיא גם עובדה.

לדעתנו, ההבחנה בין גילוי ראיה לעובדה ידועה לבין גילוי ראיה שהיא גם גילוי העובדה, אינה נקיה מספקות. מה הדין כאשר הניזוק חשד בקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין נזקיו לבין חשיפתו לחומר מסוים, אך אין בידו ראיה לקשר זה? האם "ידיעה" היא גם "חשד" במשמע? האם יש להבחין בין עובד שחשד בקיומו של סרטן ולא יכול היה לאמתו לבין עובד שלא חשד כלל? ומה יהא הדין כאשר השגת הראיה אפשרית, אך כרוכה בהוצאות-עתק שהניזוק אינו יכול לעמוד בהן? שאלת גילוי הראיות היא אפוא שאלה פתוחה.

נותר הגורם השני: הקשר הסיבתי. האם הוא אחת מן "העובדות המהוות את עילת התובענה"? הביטוי האחרון גידן ביעקובסון נ' גז⁴¹. השאלה שם היתה אם זהותו של הנתבע, להבדיל מעצם קיומו, היא עובדה המהווה את עילת התביעה? רובם של השופטים בהרכב השיבו בחיוב, תוך פרשנות מרחיבה של הביטוי. נכללות בו לא רק עובדות המקיימות את הזכות המהותית, את הזכות הפוטנציאלית לסעד, אלא גם עובדות הנדרשות למימוש זכות זו. זהות הנתבע היא עובדה מן הסוג האחרון⁴². על רקע החלטת זו והנמקתה נראה לנו, שהקשר הסיבתי העובדתי בין אשם הנתבע לנזק התובע הוא עובדה שעליה חל כלל הגילוי המאוחר שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות. עובדה זו היא יסוד מיסוד האחריות המהותית ולא רק עובדה הנדרשת למימוש הזכות. למסקנה זוהי הגיעו שני שופטים בפרשת פתאל, אך ההחלטה הסופית שם משאירה פתח גם לפרשנות אחרת⁴³.

39 לעיל, הערה 31.

40 שם, בעמ' 261.

41 ע"א 242/66 יעקובסון נ' גז, פ"ד כא (1) 85.

42 עם זאת, אין להבין מפסק-הדין שכאילו כל עובדה שגילוייה דרוש למימוש הזכות נתפשת בסעיף 8. בית-המשפט קבע, כי אין לשלול קטיגורית את תחולתו של כלל הגילוי המאוחר על עובדות שאינן חלק מן הזכות המהותית, אך לא מנה את העובדות שעליהן יחול הכלל: "נראה לי שעל השאלה מהן העובדות המהוות את עילת התובענה אין להשיב אלא בהתייחס לאותה תובענה מסוימת אשר בה דינים".

43 לאחר הוצאת הקשר הסיבתי מתחילת סעיף 89(2) לפקודת הנזיקין (ראה לעיל, הערה 38), עובר השופט כך לשאלה אם נתפש יסוד זה של האחריות בסעיף 8 לחוק ההתיישנות. מסקנתו:

"נראה לי כי כל עובדה, החיונית כדי לבסס את עילת התביעה, שמבלי ידיעתה ואיזכורה לא ניתן להגיש תובענה ולא-כל-שכן להצליח בה, נכללת בין 'העובדות

כיצד משפיעה מסקנה זו על תביעתו של מי שניזוק ממחלה סמויה? להבדיל ממקרי גילוי מאוחר של הנזק, שם אין התובע זוכה להארכה ממשית של תקופת ההתיישנות, תידחה פתיחתה של תקופת ההתיישנות במקרה הגילוי המאוחר של הקשר הסיבתי למועד הגילוי. האם יסיר עיכוב זה את מכשול ההתיישנות מדרכם של נפגעי המחלות הסמויות? התשובה לכך תלויה במידה לא-מעטה בפרשנות הביטויים "גילוי", "ידיעה" ו"נזק". פרשנות אפשרית מחמירה של המונח "גילוי" (יכולת מדעית לגלות) ו"ידיעה" (די בחשד בלבד), ופרשנות קיימת מחמירה של המונח "נזק" (די בגילוי הקשר הסיבתי לנזק הראשוני בלבד, גם אם אין גילוי של הקשר הסיבתי לנזק נשוא התביעה), יכולות להסיג אחורה את פתיחת תקופת ההתיישנות ולסכל בכך את הפוטנציאל המוגבל של סעיף 8 להקל עם ניזוק ממחלה סמויה שגילה באיחור את הקשר הסיבתי בין נזקו לאשם התובע.

5. התיישנות על-פי חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"מ—1980

בסעיף 6 לחוק האחריות למוצרים פגומים, שכותרתו "התיישנות", נאמר:

6. (א) תקופת ההתיישנות של תביעה לפי חוק זה היא שלוש שנים.
(ב) לא תוגש תביעה לפי חוק זה אלא תוך עשר שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן.

סעיף זה מחמיר את מצבו של הניזוק ממחלה סמויה, מבחינת דין ההתיישנות, בהש" וואה למצבו על-פי דיני ההתיישנות הכלליים שנסקרו קודם-לכן. סעיף 6(א) מקצר את תקופת ההתיישנות מ-7 שנים ל-3 שנים. על-אף הקיצור המשמעותי אין פגיעתו של זה גדולה; בעייתו המרכזית של הניזוק אינה משך תקופת ההתיישנות אלא מועד תחילתה. מבחינת זו אין הסעיף משנה דבר, שכן בכפיפות להוראת 6(ב) יחולו גם כאן דיני הגילוי שנסקרו קודם-לכן⁸⁹ מכוח ההוראה המחילה את פקודת הנוזיקין (סעיף 8) והוראת שמירת הדינים (סעיף 10).

המהות את עילת התובענה⁹⁰ במובן סעיף 8 לחוק... ואם זה היה המצב... ביחס לא-ידיעת זהותו של הנזק... הרי חייבת הלכה זו לחול על המקרה שלפנינו, בבחינת קל-וחומר. במקרה דגן התייחס חוסר ידיעתו של התובע לעצם קיומה של העוולה!... נעלמו ממנו עובדות על קשר סיבתי כלשהו בין הטיפול שקיבל ובין החמרת מחלתו.

אף השופט גולדברג סבר כי סעיף 8 חל על גילוי מאוחר של קשר סיבתי. השופט ברק השאיר שאלה זו בצריך עיון.

עמדותיו של השופט ברק, הן לענין אי-תחולת סעיף 89(2) על הקשר הסיבתי (לעיל, הערה 38), והן לענין תחולת סעיף 8 על יסוד אחריות זה, אינן מהוות הלכה פסוקה. אמנם השופט גולדברג קיבל עמדות אלה, אך בסופו של דבר דחה האחרון את התביעה בשל אי-סבירותו של האיחור בגילוי הקשר הסיבתי, בניגוד לדעתו של השופט ברק. המרכיב האחר של דעת הרוב, השופט ברק, השאיר, כאמור, את שאלת הבחירה בין סעיף 89(2) לסעיף 8 בצריך עיון. אין אפוא הסכמה בין שופטי הרוב בענין זה, מה גם שהכרעה בו לא נדרשה להחלטה שנתקבלה. גם לאחר פסק-דין זה יכול בית-המשפט להגיע למסקנה, כי גילוי מאוחר של קשר סיבתי נשלט על-ידי סעיף 89(2) מבלי לסטות בכך מתקדימם.

עיקר הפגיעה הוא בסעיף 6(ב), המגביל את התביעה על-פי החוק לתקופה של 10 שנים מיום יציאתו של המוצר הפגום משליטת היצרן. זוהי הוראה מיוחדת הגוברת הן על הסיפא לסעיף 89(2) (הקובעת תקרה של 10 שנים מיום אירוע הנזק) והן על סעיף 8 לחוק ההתיישנות. מבחינת הניזוק הפגיעה כפולה: ראשית, יש כאן קיצור של התקופה המקסימלית מ-10 שנים לאחר אירוע הנזק ל-10 שנים לאחר שיווק המוצר. הפרש הזמנים בין השיווק לבין אירוע הנזק יכול להיות משמעותי, ואפשר אפילו שהתביעה תתיישן לפני אירוע הנזק. שנית, בעוד שהתקופה המקסימלית בפקודה מוגבלת לגילוי מאוחר של הנזק ואינה חלה על עובדות אחרות המהוות את עילת התביעה, מהווה תקופת עשר השנים בחוק מחסום מוחלט שמפניו גדחים כל סוגי הגילוי המאוחר.

כל עוד עומדת לניזוק עילת תביעה חילונית ברשלנות, לא ייפגע מהוראת סעיף 6. אך מקום שעילתו היחידה נסמכת על אחריותו החמורה של יצרן המוצר הפגום, מועטים הסיכויים שיעלה בידו לדלג מעל משוכת ההתיישנות.

6. סיכום

המחלות הסמויות מתאפיינות בפרק-זמן ארוך החולף בין מועדו של אירוע הנזק (התגבשות המחלה) לבין המועד שבו מצויים בידי הניזוק הנתונים המספיקים למימוש זכותו. מאחורי הפרש זמנים זה עומדים הגילוי המאוחר של הנזק, הגילוי המאוחר של הקשר הסיבתי בין אשם הנתבע לנזק, והגילוי המאוחר של הראיות הנדרשות לביסוס עילת התביעה. מאחר שנקודת-המוצא של דין ההתיישנות היא שתחילת מניינה היא ביום אירוע הנזק, ומאחר שפרק-הזמן הנ"ל ארוך מתקופת ההתיישנות — תיכשל בדרך-כלל תביעתו של הניזוק, אלא-אם-כן ימצא רווח והצלה באחד התריגים המאחרים את תחילתו של מירוצ ההתיישנות. סקירת התריגים הקיימים — כפי שפורשו בפסיקה — העלתה את הממצאים הבאים:

- (א) הניזוק ממחלה סמויה אינו יכול להיעזר בסיפא לסעיף 89(1) בדבר מעשה או מחדל הנמשכים והולכים. זו פורשה כחלה אך ורק על עוולות שהנזק אינו יסוד מיסודותיהן. עילת הניזוק היא לרוב ברשלנות או באחריות חמורה שהנזק הוא יסוד בהן.
- (ב) השיטה המאפשרת לאחר את מירוצ ההתיישנות על-ידי סיווגה של עילת הניזוק תחת הקטיגוריה של עוולה מתחדשת ונזק מצטבר אינה ישימה במקרים שבהם אירוע הנזק הוא מבחינה עובדתית בגדר אירוע חד-פעמי ומוקדם בזמן.
- (ג) עיכוב מועד תחילתה של ההתיישנות על-ידי כלל הגילוי המאוחר שבסעיף 89(2) לפקודת הניזוק אינו מקל הקלה של ממש עם הניזוק. ראשית, עיכוב זה מוגבל ל-3 שנים — פרק-זמן קצר במונחי המחלות הסמויות. שנית, פרשנות מצמצמת (מבחינת הניזוק) לביטוי "נזק" המסתפקת בגילוי נזק ראשוני או סימני נזק — להבדיל מגילוי נזק מסוגו של הנזק נשוא התביעה — נוגסת גם בעיכוב מוגבל זה. כך תעשה גם פרשנות פוטנציאלית מצמצמת למושג "גילוי", התולה את תחילתו של מירוצ ההתיישנות ביכולת גילוי אובייקטיבית והיפותטית.

- (ד) חריג הגילוי המאוחר אשר בסעיף 8 לחוק ההתיישנות יכול אמנם, על-פי לשונו, לפתור את בעיות ההתיישנות של הנפגע ממחלה סמויה, אך זאת רק להלכה ולא למעשה. הסיבה לכך היא בהכפפתו – הבלתי-נמנעת, לדעתנו, מבחינה פרשנית – לסעיף (2)89 לפקודה. הכפפה זו מוציאה מתחולתו את מקרה הגילוי המאוחר של הנזק שהוא המקרה השכיח במחלות הסמויות. לכך יש להוסיף את הפרשנות המצמצמת הקיימת לביטוי "נזק" וזו האפשרות לביטוי "גילוי", המסיגות אחורה את תחילת ההתיישנות גם תחת סעיף 8. נזכיר גם את הפתח שהותיר פסק-דין פתאל להחלת סעיף (2)89 על גילוי מאוחר של קשר סיבתי – פרשנות שתצמצם עד מאוד את הסעד שמציע סעיף 8 לקורבן המחלה הסמויה.
- (ה) סייג מצמצם, נוסף לשני כללי הגילוי הנ"ל, מצוי בהלכה המוציאה את הגילוי המאוחר של ראיות מתחולת סייגי הגילוי. הסתפקות בידיעה שאינה אלא "חשד" שאינו ניתן לביסוס תקדים את תחילת ההתיישנות.
- (ו) מצבו של הניזוק, שעיתו היחידה בחוק האחריות למוצרים פגומים, קשה עוד יותר עקב התחולה הגורפת של מיגבלת עשר השנים והקדמת מועד מניינה, וכן עקב קיצור תקופת ההתיישנות.

השורה התחתונה: בחלק ניכר של התביעות בגין מחלות סמויות יעמוד הניזוק התובע בפני שוקת שבורה; דין ההתיישנות יסתום את הגולל על תביעתו. האם זהו המצב הרצוי?

ג. שיקולי מדיניות

ההתיישנות היא מחסום (בין דיוני ובין מהותי) המונע מבעד התובע לממש זכות שהקנה לו הדין המהותי. מהי ההצדקה לפגיעה בזכות המהותית? על כך שלושה הסברים מסורתיים. הראשון שבהם מתמקד התובע "...החולך לישון על זכויותיו, אינו זכאי לקבל את עזרת בית-המשפט...".⁴⁴ כפי שנראה בהמשך, קיים אינטרס ציבורי בבירור מהיר של סכסוכים. ההתיישנות היא אפוא מעין סנקציה המופעלת כנגד התובע שפעל בניגוד לאינטרס זה. ההסבר השני להתיישנות נעוץ ברצון להגן על הנתבע, "...שעם חלוף תקופה ארוכה אין עוד לצפות מן הנתבע שיסמור על ראיותיו להגנתו, ואין להטרידו בתביעה שכבר יתקשה להתגונן מפניה".⁴⁵ נימוק זה, הגם שהוצג כהמשכו של הנימוק הראשון – הוא בעל קיום משלו. גם אם לא ישן התובע על זכויותיו עדיין ראוי להגן על הנתבע מפני תביעות שההגנה מפניהן קשה בשל חלוף הזמן. ההסבר השלישי להתיישנות חורג מעבר לצדדים המתדיינים. קיימת תחושה אינטואיטיבית כי אין עניין ציבורי במימוש עילות שהורחן בעבר הרחוק. מעבר הזמן כמו מקהה את הנחיצות שבמימוש זכויות מהותיות.

44 יעקובסון (לעיל, הערה 41), בעמ' 91.

45 שם.

מול שלושת ההסברים הנ"ל ניצבת זכותו המהותית של התובע. כיצד ראוי לאזן אינטרסים מבוגדים אלה? על כך לא תיתכן תשובה חד-משמעית וגורפת. משקלם של האינטרסים השונים אינו קבוע, והוא משתנה מהקשר עובדתי אחר למשנהו. נבחן אפוא את משקלם של האינטרסים השונים בהקשר המחלות הסמויות. שיקול הסנקציה נגד התובע שישן על זכויותיו הוא בעל משקל מועט בהקשר זה שבו נובע העיכוב במימוש הזכות מגילוי מאוחר של יכולת המימוש. ראוי להפעיל סנקציה זו נגד התובע רק כאשר מחדלו במימוש הזכות הוא בלתי-סביר, דהיינו: רק כאשר לא פעל כאדם סביר לגלות את הנזק, את הקשר הסיבתי לנזק, או את הראיות הנדרשות לחמיכה בתביעה.

גם שיקול ההגנה על התובע אינו רב-משקל כשמדובר במחלות סמויות. כדי להצליח בתביעתו צריך התובע להגיה את התשתית העובדתית ל-(א) חשיפתו לחומר המסוכן או צריכת חומר זה; (ב) אשמו של התובע; (ג) קיום הנזק; (ד) הקשר הסיבתי בין האשם לנזק. על התובע לנסות ולערער תשתית זו. הוכחת שני הגורמים האחרונים, הנזק והקשר הסיבתי, אינה נעשית קשה יותר עקב חלוף הזמן. נהפוך הוא: המחלה הסמויה מתאפיינת בכך שגורמים אלו מתבררים באיחור⁴⁶. במקרים רבים כך הוא המצב גם ביחס לגורם השני – אשמו של התובע. כאשר אשם זה מתבטא באי-עריכת מחקרי בטיחות, או בהתעלמות ממחקרים שכאלה והשתקתם – מקנה מימד הזמן את הפרספקטיבה הנכונה להערכת התנהגות זו. קיימת סבירות נמוכה שניזוק או נתבע ייתקלו בקושי בהשגת מחקרים מדעיים, גם אם אלו פורסמו עשרות שנים קודם-לכן. הקושי הראיתי מתרכז אפוא סביב העובדות הנוגעות לעצם החשיפה, משכה, מידתה וכו'. כאן יש לזכור כי קושי זה מכביד בראש-ובראשונה על התובע, שעליו רובץ נטל ההוכחה. הוא זה שצריך להראות מתי, כיצד ובאיזו מידה נחשף לחומרים המסוכנים. אם יעלה בידי התובע להגיה תשתית עובדתית זו, הדעת נותנת כי גם התובע לא ייתקל בקושי בהשגת הראיות הנחוצות לו. מאחר שהנתבע הוא לרוב מעסיקו של התובע, ניתן אפילו להגיה כי גגישותו לחומר הראיות תהיה טובה יותר מזו של התובע.

מהו משקלו של אינטרס סופיותו של הדיון? כל עוד מדובר במספר קטן של תביעות מאוחרות אין סופיות הדיון פוגעת פגיעה של ממש בזכויות המהותיות. לכן ניתן להתעלם מפגיעה שולית זאת. שונה המצב בהקשר המחלות הסמויות. ראינו כי בארצות-הברית עומדות מחלות אלה במרכז של במת דיני הנזיקין. סופיות הדיון תפגע כאן בעשרות ואף במאות אלפים של אנשים שניזוקו קשה. נוכח ההיקף האדיר של הפגיעה הצפויה בזכויות המהותיות אין זה רצוי, ואין זה סביר, להעדיף את האינטרס הלא-מגובש של סופיות הדיון.

נמצא אפוא ששלושת ההסברים המסורתיים המצדיקים את ההתיישנות אינם מצדיקים את הפגיעה בזכות המהותית במקרהו של הניזוק ממחלה סמויה. ומכאן לנימוקים חדשניים יותר: בתחילת סעיף א' עמדנו על ההיקף העצום של התביעות בארצות-הברית בגין מחלות סמויות, ועל החשש כי דיני הנזיקין לא יעמדו בנטל זה. נתבע או מבטחו שאין בידם לפצות את התובעים יתפרקו או יפשוטו את רגלם. נתבעים פוטנציאליים אחרים, יצרנים ומעבידים, לא יצליחו, נוכח הסיכון העצום,

⁴⁶ Wilson v. Johns Manville Sales Corp., 684 F. 2nd III., 118-119 (1982).

להשיג ביטוח במחיר סביר, וגם הם צפויים לחיסול עסקיהם. התוצאת תהא שהפעילות הכלכלית תיפגע מבלי שהניזוקים זוכים לפיצוי מלא על נזקיהם. אל מול סכנה זו מן הראוי לעשות שימוש בדין ההתיישנות כדי לחסום תביעות אלה. התשובה העקרונית לטיעון זה היא, שדין ההתיישנות אינו המכשיר המתאים לפתרון הבעיות הכלכליות שמעוררות המחלות הסמויות. זאת לא רק משום שהמכשיר הזה לא נועד לפתור בעיות ממין זה, אלא גם משום ששימוש בו פוגע פגיעה קשה וחד-צדדית בניזוק. הפתרון, כמו, למשל, הקמת קרנות ציבוריות במימון מעורב⁴⁷, צריך להיגזר במישרין על-פי הבעיה הספציפית ולקחת בחשבון גם את האינטרסים הלגיטימיים של הניזוקים. מעבר לטיעון העקרוני ייאמר, כי טרם הוכחו התחזיות השתורות באשר לתוצאות ההכרה בזכויות הניזוקים ממחלות סמויות, וכי פרישה נכונה של תשלומי הביטוח יכולה לפתור או להקל את הבעיה הביטוחית. לעניין האחרון נקדיש את פרק ה.

מסקנתנו: שיקולי מדיניות אינם מצדיקים את הנפת חרב ההתיישנות מעל לראשו של הניזוק ממחלה סמויה. אין לפתוח במגוון ההתיישנות אלא מרגע שבו היה התובע הסביר מגלה את הנזק נשוא עילת התביעה (להבדיל מנזק ראשוני) ואת הקשר הסיבתי העובדתי בין נזקו לבין אשם התובע. לעניין זה אין לראות בחשד גרידא, שאינו יכול להיתמך בראיות, משום גילוי.

האם יפה מסקנה זו גם לדין הישראלי שבו טרם התעורר גל של תביעות בגין נזקי מחלות סמויות, ושאינן כל ודאות כי יתעורר בעתיד? נראה לנו כי התשובה על כך חיובית. ראשית, לא מן הנמנע כי התהליכים שהביאו להתפתחות זו בארצות-הברית יתרחשו גם כאן במועד מאוחר יותר. יעיד על כך חוק האחריות למוצרים פגומים שהכיר עקרונית באחריותו החמורה של יצרן המוצר הפגום עשרים שנה לאחר התפתחות דומה בארצות-הברית, שם נשען חלק גדול של התביעות בגין מחלות סמויות על אחריות חמורה זו. פרשנות החוק היום צריכה להיעשות עם מבט קדימה להשפעות העתידיות של פרשנות זו. שנית, גם אם לא יגדל באופן משמעותי מספר התובעים בגין מחלות סמויות סבורים אנו, כי שיקולי המדיניות עדיין מטילים את הכף לטובת התובע וגגד סיכול תביעתו. נעבור עתה לדין ההתיישנות בארצות-הברית כפי שהוחל במקרי המחלות הסמויות.

ד. הדין בארצות-הברית

בשל ריבוי המדינות וסמכויות השיפוט לא ניתן להצביע על עמדה מגובשת של הדין בארצות-הברית. קשת הדעות משקפת את מרבית הגוונים האפשריים. ואכן נמצא שם החלטות הקובעות אם תחילתו של מירוצ' ההתיישנות ביום אירוע הנזק⁴⁸ (medical

47 על הנסיגות לפתרון חקיקתי של בעיית מחלות האסבסט ראה Special Project, "An Analysis of the Legal, Social and Political Issues Raised by Asbestos Litigation" 36 Vand. L. Rev. (1983) 573, 780—806.

48 S. Demidovick, "Manifestation of One Asbestos-Related Disease does not Trigger the Statute of Limitation on All Separate and Later-Manifested Diseases Engendered by Same Asbestos Exposure" 52 Clin. L. Rev. (1983) 239, 245—246.

(injury) או קודם-לכן, ביום תחילת החשיפה לחומר המסוכן (exposure)⁴⁹, וזאת אפילו תתיישן עילת התביעה לפני שנודע לחובע על קיומה⁵⁰. עם זאת, הנטיה השלטת היא לאחר את עילת התביעה. זהו ה-discovery rule⁵¹. בניגוד לנטיה המצמצמת של הפסיקה בישראל בהחלת כללי הגילוי המאוחר ניתנה לכלל זה פרשנות מרחיבה המקלה עם התובע. נפתח בגורם הראשון: גילוי מאוחר של הנזק. כאן הדרישה היא לגילוי של הנזק נשוא עילת התביעה ואין מסתפקים בגילוי נזק ראשוני או סימני הנזק. ברוח זו נפסק, כי כאשר חשיפה לאסבסט גרמה לשתי מחלות שונות – asbestosis וסרטן – יחול מירון ההתיישנות לגבי כל מחלה בנפרד, עם גילוייה, למרות שהמחלה האחרת, הנובעת מאותה חשיפה, כבר היתה ידועה⁵². לגבי הגורם השני – קשר סיבתי – נפסק כי יחול עליו כלל הגילוי⁵³. לפחות במקרה אחד הוחל כלל הגילוי גם על הגורם השלישי – גילוי מאוחר של הוכחות המשפטיות שמצמיחות עובדות ידועות. נפסק⁵⁴, כי מירון ההתיישנות יחל לא מיום גילוי המחלה, אלא עשר שנים לאחר-מכן, ביום שנודע לחובע משיחה עם עורך-דינו כי יש בידו עילת תביעה.

ביטוי בולט לגישתו של הדין האמריקני מצוי בהלכה בדבר היחס שבין כלל הגילוי המאוחר לבין הוראות חוק הקובעות תקרה לתקופה שבה ניתן להגיש תביעה. בדומה להוראת חלקה השני של הסיפא לסעיף 89(2), ולסעיף 6(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים, נתקבלו בכמה מדינות בארצות-הברית הוראות הקובעות תקרת זמן להגשת תביעה בגין מוצרים פגומים⁵⁵. ראינו, כי הוראות אלה מסייגות באופן משמעותי את נפקות כללי הגילוי המאוחר. נטיית בתי-המשפט בארצות-הברית היא לדחות את הוראות התקרה מפני כלל הגילוי המאוחר במקרי המחלות הסמויות, כך שבמקרים אלו לא תחול הוראת התקרה⁵⁶. לצורך זה לא נרתעו בתי-המשפט מלפסול הוראות חוק אלו כמנוגדות לחוקה⁵⁷. מגמה זו מצאה ביטוי גם במודל חוק האחריות האחיד למוצרים⁵⁸.

49. *Cazalas v. Johns Manville Sales Corp.*, 435 So. 2nd 55 (1983).

50. *Philott v. A. H. Robins Co. Inc.*, 710 F. 2nd 1422 (1983).

51. *Demidovick* (לעיל, הערה 48), בעמ' 241–245.

52. *Jackson v. Johns Manville Sales Corp.*, 727 F. 2nd 506, 519–522 (1984).

53. *Demidovick* (לעיל, הערה 51).

54. *Shalie v. Johns Manville Sales Corp.*, 663 p. 2nd 473 (1983).

55. G. J. Schwartz, "New Products, Old Products, Evolving Law, 58 NYU L. Rev. (1983) 796, 842.

56. *Demidovick* (לעיל, הערה 48), בעמ' 246–251.

57. *Health v. Sears, Roebuck and Co.*, 464 A. 2nd 288, 295–297 (1983).

58. בסעיף 110(B)(2)(d) נאמר:

"The ten (10) year period of repose... shall not apply if the harm was caused by prolonged exposure to a defective product, or if the injury-causing aspect of the product that existed at the time of delivery was not discoverable by an ordinary reasonably prudent person until more than ten (10) years after the time or delivery, or if the harm, caused within ten (10) years after the time of delivery, did not manifest itself until after that time".

מגמת הדין האמריקני תואמת אפוא את המגמה המתבקשת מבחינת שיקולי המדיניות והיא הסרתם של מכשולי ההתיישנות מדרכו של הגיווק התובע בגין מחלה סמויה.

ה. עיכוב מועד ההתיישנות — כיצד ?

נוכח מסקנתנו בדבר הפער בין דין ההתיישנות הקיים לדין ההתיישנות הרצוי, נשאלת השאלה אם וכיצד ניתן במסגרת פרשנות סבירה לקרב את המצוי אל הרצוי ? להלן נצביע על אפשרויות אחדות הנגזרות מן הדיון בסעיף ב.

1. השלטת סעיף 8 על סעיף (2)89

חסרונו הבולט של דין ההתיישנות הוא, כאמור, בתקופת עשר השנים מיום אירוע הנזק המסייגת את כלל הגילוי המאוחר של הנזק. מאחר שסייג זה אינו מופיע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות ניתן לכאורה לעוקפו על-ידי דחיית סעיף (2)89 לפקודה, שבו מצוי הסייג, מפני סעיף 8 הנ"ל.

ראינו שביטול⁵⁹ מכללא של סעיף (2)89 אינו עולה בקנה אחד עם העובדה שמחוקק סעיף 8 בחר להשאיר את סעיף (2)89 על כנו. לא גראה לנו אפוא שדרך זו פתוחה בפני המפרש.

2. הרחבת תחולתו של סעיף 8

בכפופות להוצאת הגילוי המאוחר של הנזק, פתוחה הדרך לפרשנות מרחיבה של הביטוי "העובדות המהוות את עילת התביעה" אשר בסעיף 8 לחוק ההתיישנות — ביטוי הקובע את תחומי כלל הגילוי המאוחר. ניתן להכניס למסגרתו את העובדות המקיימות את אשם התובע, את העובדות הנוגעות לקשר הסיבתי העובדתי שבין אשם זה לנזק, ואף את קיום הראיות הנדרשות לצורך הוכחת התביעה. קיימת אמנם אנומליה מסוימת בפרשנות זו ; קשה להצביע על בסיס הגיוני להבחנה בין גילוי מאוחר של נזק הכפוף למיגבלת עשר השנים שבסעיף (2)89, לבין גילוי מאוחר של הקשר הסיבתי לנזק שאינו כפוף למיגבלה זו. קושי זה יכול להביא למחשבה שסעיף (2)89 לא זו בלבד שאינו נדחה מפני סעיף 8, אלא שהוא אף גובר עליו כשמדובר בתביעות נזקיות. לפי קו מחשבה זה הוראת סעיף (2)89, יחד עם מיגבלת עשר השנים, היא הוראה ספציפית החובקת את כל סוגי הגילוי המאוחר ולא רק את הגילוי המאוחר של הנזק. מטעמים שמנינו לעיל, עמדתנו היא שאפשר, וצריך, להרחיב את כלל הגילוי המאוחר בסעיף 8 לחוק ההתיישנות "על חשבון" הכלל המקביל בסעיף (2)89 לפקודת הגזיקין⁶⁰.

59 לעיל, סעיף ב/4.

60 ראה לעיל את הטקסט הסמוך להערה 38 ואת המסקנות המתבקשות מבחינת שיקולי המדיניות בפרק ג.

3. פרשנות מרחיבה למונחים "גילוי" ו"נזק"

מאחר שהשאלה אם מדובר במימד סובייקטיבי או אובייקטיבי של גילוי הושארה בצריך עיון, אין כל קושי ליתן למונח זה את הפרשנות הרצויה של גילוי סביר – גילוי שהיה מגלה אדם סביר באמצעים סבירים. לעומת זאת, יש לסטות מן הנסיה לפרש את המונח "נזק" כנזק ראשוני או כסימני נזק. מונח זה צריך להתפרש כנזק מסוגו, ממהותו, של הנזק נשוא עילת התביעה. האמור לעיל יפה הן ביחס לסעיף 89(2) לפקודה והן ביחס לסעיף 8 לחוק ההתיישנות. פרשנות מרחיבה זו מתיישבת עם הגיונו של כלל הגילוי המאוחר גם מחוץ לתחום המחלות הסמויות, שכן הגיון זה מחייב לעב את תקופת ההתיישנות כל עוד אין בידי הגנתבע הסביר מידע מספיק למימוש תביעתו.

4. שימוש בסיפא לסעיף 89(1)

לפי הסיפא לסעיף 89(1), כאשר התובע מבסס את תביעתו על מעשה או מחדל הנמשך והולך, יחל מירוך ההתיישנות ביום שבו חדל המעשה או המחדל. בהוראה זו טמון פוטנציאל לדחיית מועד תחילתה של ההתיישנות במקרים שבהם כלל הגילוי המאוחר אינו גותן תשובה מספקת. כאשר תקופת החשיפה לחומר המסוכן נמשכת זמן רב לאחר אירוע הנזק – וכך הם פני הדברים במקרי חשיפה במהלך העבודה – עיכוב מועד תחילתה של ההתיישנות לתום תקופת החשיפה הוא עיכוב משמעותי היכול למנוע את התיישנותה של תביעת הניזוק. הגיונו של כלל המשכיות זה הוא, שכל עוד נמשך והולך המעשה או המחדל המונחים ביסודה של עילת התביעה אין זה מן הראוי להתחיל את מירוך ההתיישנות. לענין זה אין להבחין בין עוללות שהנזק הוא יסוד בהן ובין עוללות שבהן יסוד זה אינו נדרש. כמובן אין נפקא מינה שעילת התביעה נתגבשה באמצע תקופת החשיפה. לצורך ההתיישנות נתפש מעשהו הנמשך של הגנתבע כיחידה אחת שרק עם סיומה מתחיל מירוך ההתיישנות.⁶¹ המכשול העיקרי המונע את מימושו של פוטנציאל זה הוא בהלכה המגבילה את תחולתו של סעיף 89(1) לעוללות שהנזק אינו יסוד בהן. לדעתנו, יש לשנות הלכה זו ולבטל הן את ייחודו של סעיף 89(1) לעוללות ללא נזק והן את ייחודו של סעיף 89(2) לעוללות שהנזק יסוד בהן. הגישה המוצעת היא להחיל עקרונית את שתי החלופות על כל עוללות הפקודה.

הטעם לכך הוא כדלקמן: ההלכה המייחדת כל חלופה של סעיף 89 לסוג אחר של עוללות היתה מבוססת, בעת קבלתה, על דין התיישנות שונה מזה הקיים היום. בפסק-דין פרבר⁶², שבו אומצה, עמד בפני בית-המשפט הנוסח המקורי של סעיף 68 לפקודת הניזוקין האזרחיים, 1944. סעיף זה הכיר רק בנקודת-המוצא הכללית לתחילתה של תקופת ההתיישנות – מועד צמיחתה של עילת התביעה. על רקע זה היה מקום להבחין

61 זאת בניגוד לדעתו של חשין הסבור, כי אין כל מקום לכלל ההימשכות משום שעולה נמשכת אינה אלא אוסף של עוללות הבאות בזו אחר זו. ראה דיני הניזוקין (לעיל, הערה 17), בעמ' 724.

62 ע"א 269/53 פרבר נ' ברך, פ"ד ח 701.

בין עוולות שהנזק הוא יסוד בהן ובין עוולות הנעדרות יסוד זה, ולייחד לכל סוג של עוולה חלופה מיוחדת. כל זאת עד אשר נכנס לתמונה חריג הגילוי המאוחר של הנזק. על-פי הגיונו של חריג זה אין מקום להבחין, לעניין תחולתו, בין עוולות שהנזק יסוד בהן לבין עוולות שבהן אין הוא נדרש, שהרי גם בסוג האחרון מוגשות מרבית התביעות בגין נזק שגרמה העוולה. מדוע להחיל על כלל הגילוי המאוחר על נזק שנגרם ברשלנות (הדורשת נזק) ולא להחילו על נזק שנגרם בתקיפה מכוונת (שאינה דורשת נזק)? מבחינה עניינית אין רגליים להבחנה זו. על רקע הפרשנות המיוחדת כל חלופה של סעיף 89 לסוג מסוים של עוולה צריך היה המחוקק לקבוע כלל גילוי מאוחר שיחול על שתי החלופות, ובהתאם לכך על שני סוגי העוולה. מה שאירע בפועל הוא, שחריג הגילוי המאוחר הוחל רק על סעיף 89(2)⁶³. שילוב זה של ההלכה המיוחדת כל חלופה לסוג עוולה אחר יחד עם השינוי התחיקתי שהחיל את כלל הגילוי המאוחר רק ב-89(2), הביא לתוצאה הקשה שלפיה אין כלל הגילוי המאוחר של הנזק חל על עוולות שהנזק אינו יסוד בהן. תביעתו של נתקף תתיישן בתום 7 שנים מיום התקיפה גם אם הנזק טרם נתגלה.

קבלתו של סעיף 8 לחוק ההתיישנות סיבכה יותר את המצב. השאלה היא, אם מי שניזוק בעוולה שהנזק אינו יסוד בה יכול להיעזר בסעיף זה במקרה של גילוי מאוחר של נזק. אם התשובה לכך שלילית (כלומר: השתיקה בסעיף 89(1) בעניין זה, למול האמור ב-89(2), היא הסדר שלילי), הרי שהאנומליה שעליה עמדנו לעיל עומדת בעינה. אם התשובה לכך חיובית (כלומר: השתיקה אינה הסדר שלילי), כי אז לא זו בלבד שניזוק זה נהנה מכלל גילוי מאוחר של נזק המקביל לזה שבסעיף 89(2), אלא שמצבו אף טוב יותר מזה של ניזוק הכפוף לסעיף 89(2); שכן, בניגוד לאחרון, אין הוא כבול לתקרת 10 השנים. כאן נוצרת אפוא אנומליה הפוכה: מצבו של נתקף טוב יותר ממצבו של ניזוק מרשלנות.

המוצא היחיד משתי האנומליות, הקיימת והאפשרית, היא בקביעת דין התיישנות אחיד לכל סוגי העוולות. הכלל הוא, כאמור, התיישנות מיום שבו נתגבשה עילת התביעה. את שני החריגים לכלל זה, התנהגות עוולתית נמשכת וגילוי מאוחר של נזק, יש להחיל על כל העוולות ולא לייחס כל סייג לסוג מסוים של עוולה. באופן זה תימנענה האנומליות ותתאפשר דחיית פתיחתו של מירוצן ההתיישנות במחלה סמויה הנובעת מחשיפה מתמשכת. אמנם פרשנות ממין זה מתיישבת בדוחק רב עם לשונו הנוכחית של סעיף 89, אך כבר מצינו בהקשר פרשני דומה⁶⁴, כי "...אם הפירוש ההגיוני אינו עולה בקנה אחד עם הנוסח כפשוטו, יחפש בית-המשפט פירוש, ולו גם דחוק ולעתים מלאכותי, כדי שמטרת החקיקה תקום". דעתנו היא, כי גם בתחום דיון מטיפה המדיניות הרצויה לחריגה מהפירוש המילולי.

בהנחה שהפרשנות המוצעת אפשרית, מה יהיה הדין במקרה של התנגשות בין

63 בחוק לתיקון פקודת הנוזיקין האזרחיים (תיקון מס' 2), תשט"ו-1956, ס"ח 78.

64 בג"צ 769/83 האגוד הישראלית של משרד החקירות נ' ועדת הרישוי לפי חוק חוקרים פרטיים, פ"ד לח(2) 571, 580. בעניין זה החיל בית-המשפט דרישת כשירות, תחלה על אדם המבקש להיות חוקר פרטי, גם על גוף שמבקש להיות "האגוד חוקר", וזאת למרות הפרדה ברורה בחוק בין הפרק הדין באדם לבין הפרק הדין בתאגיד.

החריגים? תיאורטית ייתכן מצב שבו חלפה תקופת ההתיישנות מיום גילוי הנזק אך טרם חלפה התקופה מיום תום החשיפה: כאן נציע כלל משלים שיקבע את עליונותו של כלל הגילוי המאוחר על פני כלל העולה הנמשכת; אם חלפה תקופת ההתיישנות מיום גילוי הנזק תתיישן התביעה, אף אם טרם חלפה התקופה מיום תום החשיפה, שכן במקרה זה "ישן התובע על זכויותיו", מה שאין כן במקרה ההפוך. נחזור ונדגיש, כי הפתרון המוצע יסייע לניזוק רק באותן מחלות סמויות שבהן נמשכת החשיפה תקופה ארוכה לאחר אירוע הנזק.

5. שינוי ההלכה

חלק מן הדרכים שהוצעו לעיל (כפרשנות מרחיבה למונח "נזק", החלת כלל הגילוי המאוחר גם על ראיות, וביטול ההבחנה בין הסעיפים 89(1) ו-89(2)) כרוכות בסטייה מן הקו שבו הלכה הפסיקה עד כה. הצבענו קודם על ההצדקות לשינוי כיוון זה על רקע הופעת הבעיה של מחלות סמויות. לכך יש להוסיף את העיקרון הכללי שלפיו יש לפרש על דרך הצמצום את הוראות ההתיישנות והוראות אחרות המגבילות את כוחו של בעל-דין לקבל סעד מהותי⁶⁵.

6. סבירות הגילוי

עד כה התמקד הדיון בדרכים לעיכוב תחילת ההתיישנות, כשהמטרה היא ליתן לניזוק ממחלה סמויה הזדמנות הוגנת לממש את תביעתו. מאידך גיסא, אין להזניח את מטרותיו של דין ההתיישנות. נראה לנו, כי במציאת האיזון הנכון יש להיעזר בחובת "הזהירות הסבירה" הנדרשת מן התובע במימוש עילתו (חובה זו מופיעה במפורש בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, וראוי להחילה גם על סעיף 89(2)). דרישה זו מקנה לבית-המשפט מרחב תימרון מסוים בקביעת המועד לתחילת ההתיישנות, שכן הסבירות היא מושג מסגרת שקביעת תוכנו מסורה לשופט. כך, למשל, יכול בית-המשפט לקבוע סטנדרטים מחמירים יותר של סבירות כשמדובר בגילוי מאוחר של ראיות בהשוואה לאלו שבגילוי מאוחר של נזק. המצב האופטימלי הוא זה שבו מצויים בידי בית-המשפט הן כלים לעיכוב מועד ההתיישנות (שינויי ההלכה שהצענו) והן כלים להקדמתו (דרישת סירות הגילוי). בסופו של חשבון, צריכה ההחלטה ליפול על-פי נסיבות האירוע הנדון⁶⁶.

65 ע"א 611/77 שירביץ נ' רחמן, פ"ד לב(2) 70, 74-75.

66 ראה הטקסט הסמוך להערה 43. בעניין פהאל (לעיל, הערות 1, 29, 38 ו-43) נחלקו דעותיהם של השופטים בהערכת סבירות התנהגותו של התובע. דעת הרוב היתה, שחולה שמצבו מחמיר לאחר טיפול רפואי ואשר במשך שנים רבות אינו טורח לבדוק את סיבת ההחמרה, מתנהג באורח בלתי-סביר ואינו יכול לטעון לגילוי מאוחר. דעת המיעוט היתה, שחולה סביר רשאי לייחס את התחמרה במצבו למחלה ולא לטיפול הרפואי וכי מחולו להיבדק הוא מחול סביר. מחלוקת זו מדגימה את מרחב התימרון שמעניקה דרישת הסבירות של הגילוי המאוחר לבית-המשפט.

ו. ההיבט הביטוחי

בסעיף ג לעיל הבאנו את הטיועון התומך בחסימת תביעתו של הניזוק ממחלה סמויה, בנימוק שהכרה בתביעה תיצור משבר ביטוחי וכלכלי. גרתיב מעט בעניין זה. משבר ביטוחי יכול ללוש אחת משתי הצורות הבאות: חוסר יכולת של המזיק הפוטנציאלי לרכוש לעצמו ביטוח בשל גובהן של פרמיות הביטוח, מחד גיסא, וחוסר יכולת של מבטח לעמוד בנטל חייבויותיו כלפי המבוטח, מאידך גיסא. בשני המקרים אין המערכת הביטוחית מצליחה למלא את ייעודה – פיזור הנוק, והנטל נופל במלוא כובדו על כתפי המזיק העלול לסבול התמוטטות כלכלית עקב כך (crashing liability).

בהקשר המחלות הסמויות השאלה המרכזית היא, מי הם המבטחים הצריכים לשאת בנטל נוקי המחלות הסמויות. כאמור, שכיחים מקרים שבהם עוברות עשרות שנים בין תחילת החשיפה למוצר המזיק לבין גילוי הנוק. במהלך תקופה זו רכש היצרן פוליסות ביטוח רבות. אלו מהן רשאי הוא לממש לאחר שנקבעה אחריותו למחלה סמויה? לכך ניתנו בארצות הברית כמה תשובות.⁶⁷

זרם אחד בפסיקה הטיל את מלוא הנטל הביטוחי על מוציא הפוליסה שהיתה תקפה ביום שבו הופיע הנוק. זהו ה-manifestation rule. כלל זה נוח למבטחים, שכן הוא פותר את מבטחי העבר (עד להופעת הנוק) מכל חבות, ומכשיר קביעת פרמיות ביטוח גבוהות על-ידי מבטחי ההווה והעתיד – פרמיות האמורות לכסות את סיכון הנוק שהתגבש במשך עשרות שנים. חולשתו של כלל זה היא, כאמור, בכך, שפרמיות גבוהות הופכות את הביטוח ליקר מדי מבחינתו של המזיק הפוטנציאלי – תופעה הגוררת את כשלון המערכת הביטוחית.

זרם אחר בחר להתמקד לא במועד הופעת הנוק אלא בתקופת החשיפה שבמהלכה נגרם הנוק (exposure rule). הנטל הביטוחי הוטל על כל מי שביטח את המזיק בתקופה שבה נחשף הניזוק למוצר הפגום. כלל זה משיג פרישה טובה יותר של הנטל הביטוחי מאשר הכלל הקודם, אך גראה שלא די בכך למנוע כישלון ביטוחי; בקביעת גובה הפרמיות שנגבו בעבר לא תמיד הובא בחשבון הסיכון שבמחלות סמויות, מה גם שחלק מן המבטחים אינם קיימים עוד. חוסר האיזון בין גובה החבות בהווה לבין הפרמיות שנגבו בעבר הוא מירשם בדוק לחדלות-פרעון של חברות הביטוח ולכישלון ביטוחי מן הסוג האחר.

מה שנדרש על-פי ניתוח זה הוא פרישה מקסימלית של הנטל הביטוחי על פני מספר מירבי של מבטחים. תוצאה זו מושגת – לדעתנו – על-ידי כלל "ההדק המשולש" (triple trigger). החבות הביטוחית מוטלת על כל המבטחים שביטחו את הנתבע החל מתחילת החשיפה, דרך התקופה שבה היה הנוק סמוי או בשלב התהוותו וכלה במועד הופעת הנוק. ריבוי המבטחים מבטיח פרמיות סבירות בהווה ובעתיד וקיום מקורות מספיקים לפיצוי הניזוק.

מסקנה: קיימת דרך למנוע משבר ביטוחי ואין צורך להתגונן מפניו דווקא בדרך של חסימת זכות התובע באמצעות ההתיישנות.

67 תסקירה להלן מבוססת על Special Project (לעיל, הערה 47), בעמ' 712–713, ועל Agrawal (לעיל, הערה 11), בעמ' 1498–1501, 1508–1506, 1510–1513.

מעשה נבות היזרעאלי

למאמרו של פרופ' א' רופא על מחקר המשפט המקראי¹

מאת

יצחק אנגלרד

יפה עשה פרופ' רופא בהביאו את שיטת מדע המקרא לפני קוראי "משפטים". השיטה הפילולוגית-היסטורית על משמעותה הביקורתית לא רק שמעוררת את עניינו של המשפטן בהקשר המידי של המשפט המקראי, אלא עשויה לתרום להעמקת הבנתו את מהות הפרשנות המשפטית.

המחבר מדגים את שיטתו בניתוח מקורות מקראיים שונים. אחת המסקנות המרכזיות שלו היא, כי יש להבחין בין המשפט הנוהג בפועל בתקופה מסוימת לבין המסופר על תקופה זו בטקסט מאוחר יותר, אשר מחברו ניסה להתאים את העבר להשקפות המאוחרות.

כפי שא' רופא עצמו מציין, אבן-פינה בשיטה זו היא ההבחנה של רבדי יצירה שונים הנשענת על "שיקולים והיקשים מקובלים במדע ההיסטוריה" (בעמ' 478).

דא עקא, בקוראי את המאמר כקורא מעוניין שאינו מומחה בחקר התנ"ך, נתעוררו בי ספקות רבים בדבר נכונותם של השיקולים וההיקשים שעליהם ביסס המחבר את מסקנותיו. הרגשתי היתה, כי המחבר ניגש אל המקורות מתוך תפישה מוקדמת בדבר מניעיהם האידיאולוגיים של סופרים מקראיים שהביאו אותם, כביכול, לידי שיכתוב ההיסטוריה. בעיני המחבר שאיפתם של הסופרים היתה להתאים את הטקסט להשקפות המשפטיות של דורם. צחק המחבר בהעירו, באופן כללי, כי אם מטרתנו היא "לפרש את הכתובים כפי פשוטם במשמעותם המקורית", אל לנו "לשעבד אותם לתפישותיהם הדתיות, המוסריות והמשפטיות של דורות מאוחרים, ובוודאי לא – של דורנו אנו" (בעמ' 478).

הבעיה היא, כי אסור לנו גם לשעבד את הכתובים לתפישותינו "המדעיות" ולפרש את הכתובים כפי פשוטם במשמעותם המקורית; שכן ייחוס כוונה מיוחדת אל סופרי

1 אלכסנדר רופא, "מחקר המשפט המקראי לאור השיטה הפילולוגית-היסטורית" משפטים יג (תשמ"ד) 477.

המקרא הנוגעת למלאכת כתיבתם מעורר בעיה הרמנווטית קשה ועלולה להיות תוצאה בלתי-מודעת של תפישות המקובלות על דורנו.²

ספקותי בדבר מסקנות המחבר התעוררו במיוחד אגב דיונו בסיפור המפורסם של מעשה נבות היזרעאלי (מלכים א' כא). כזכור, איובל, אשתו של מלך אחאב, הביאה למותו של נבות בעזרת עלילת-שווא. היא הצליחה בזויתמה הנפשעת לרכוש למען בעלה את הכרם שחמד בו, אך המעשה הביא עליהם את התוכחה הרת-הגורל של הנביא: "הרצחת וגם ירשת" ? פרטי האישום בעלילת-השווא (ברכת אלוקים ומלך), סדרי הדין (שני עדים) ועונש-המוות (סקילה) תואמים את דיני התורה. התאמה זו, המעידה לכאורה על הגשמת דיני התורה בימי אחאב, אינה מתקבלת על דעת המחבר. לפי גירסתו, הצורך בשני עדים הוא חידוש של ספר דברים שנתחבר בתקופה מאוחרת יותר (עמ' 492–494). לכן לפנינו שיכתוב הסיפור על-ידי סופר מאוחר בהרבה, שלא "דימה" בנפשו שהמשפט בישראל של תקופת המלוכה יכול היה לסטות במשהו מן החוקים הכתובים של תורת משה" (עמ' 484). לפי דעת רופא, אפשר שזמן חיבורו של הסיפור הוא התקופה הפרסית, כלומר: כארבע מאות שנה לאחר המעשה המתואר.

שתי מערכות של ראיות בידי המחבר לביסוס מסקנותיו; האחת לשונית: אחאב נקרא מלך שומרון ולא מלך ישראל, כמו ברגיל בספר מלכים; גדולי המקום נקראים חורים ולא שרים; הפועל "דיבר" משמש במקום "אמר"; בפסוק יב מופיעה צורת עבר "קטל" במקום "ויקטול".

מערכת הראיות האחרת היא עניינית ומסתמכת על איזוהו של מעשה נבות היזרעאלי במקום אחר — בספר מלכים ב ט, כה—כו. והוא, בעת המרד נגד יהורם, בנו של אחאב, מזכיר את המשא הנבואי: "אם לא את דמי נבות ואת דמי בניו ראיתי אמש נאם-ה' ושלמתי לך בחלקה הזאת נאם ה'".

על כך אומר המחבר: "כל פרט בידיעה הזאת סותר את הסיפור הידוע לנו. לא כרם ליד היכלו של אחאב היה לנבות, אלא חלקה, היינו: שדה מחוץ לעיר, על דרך בית-שאן, שעל-כן שם פגש הנביא את אחאב רוכב, ושם נפגשו מרכבות יורם ויהוא; לא לבדו מת נבות, אלא עם בניו יחדיו, שכן לא בית-דין שפט אותו; לפיכך הוא לא הומת ביום, שאז יושב בית-דין (...), אלא נרצח בלילה: 'ראיתי אמש, נאם ה'. דיוק בלשון הכתוב מלמד, שאין מדובר במראה לילה של נביא, אלא במה שה' ראה. הוא ראה את הדם שנשפך בלילה, הוא העד והוא הנוקם ששילם. מסתבר, שרוצחים נשלחו אל נבות בפקודת המלך או המלכה ורצחוהו באישון לילה, אותו ואת בניו יחדיו. הגה-כייכן, במלכים ב ט, כה—כו יש לנו גירסה שונה לחלוטין של המעשה, והיא משוקעת בסיפור מרד יהוא — סיפור שנתחבר, כנראה, זמן לא-רוב אחרי המרד עצמו, לפני תום המאה התשיעית" (עמ' 483–484).

המסקנה העולה מדבריו היא, כי מחבר סיפור המעשה במלכים א' כא לא רק התאים את פרטי המקרה לדיני-התורה, אלא המציא סיפור חדש לגמרי של עלילת-שווא ומשפט-שקר.

² השנתי אינה על הגישה הביקורתית עצמה, אלא על החלק הקונסטרוקטיבי הבא ל"הסביר" את מגיעיהם של אנשים שחיו לפני אלפי שנים ושעל אישיותם וחייהם אין אנו יודעים דבר.

האמת היא, כי רעיון זה ועיקרן של הראיות לאישושו לא אלכסנדר רופא חידשם, אלא כפי שניתן ללמוד מעיון במקורות המוזכרים בהערות שוליים שלו, הם יצאו מבית מדרשם של חוקרי המקרא ולהאזון וי"ל זליגמן.³ במיוחד יש לציין כי הגירסה של רצח לילי הוצעה, לראשונה, עד כמה שעלה בידי לברר, על-ידי וי"ל זליגמן במאמרו על תפישת הנבואה בהיסטוריוגרפיה של ספר דברים ושל דברי-הימים.

איני בא לפסוק בשאלה הקשה של תיארוך פרק כא על חלקיו השונים במלכים א'⁴. תגובתי היא ביקורתית: איני יכול להשתכנע מן הראיות הלשוניות שהובאו על-ידי רופא במאמרו. אשוב אליהן בקצרה: הביטוי "מלך שומרון" מופיע גם במלכים ב א, ג; והשווה גם את המשך הסיפור בפסוק יח: "קום רד לקראת אחאב מלך-ישראל אשר בשמרון".⁵

הראיה בדבר השוני בין השימוש בפועל "דיבר" במקום "אמר" לא נתחזרה לי מתוך דבריו של רופא כאן. אף העיון במקור המצוטט על-ידו, ספרו של א' בנדוד,⁶ לא תרם להבהרת העניין, משום שמשם עולה, לכאורה, כי השימוש בפועל "אמר" הוא דווקא סימן ללשון החכמים. סיוע מסוים לבידור העניין הסגנוני של "דבר" ו"אמר" מצוי בספרו הנזכר של רופא העוסק בשאלה בשני מקומות:⁷ אולם, מסקנותיו של

3 במאמרו מסתפק המחבר בציון כללי של המקורות הבאים: O. Thénius, *Die Bücher der Könige* (Leipzig, 2nd. ed., 1873) 320; J. Wellhausen, *Die Composition des Hexateuch und der historischen Bücher des Alten Testaments* (Leipzig, 3rd. ed., 1899) 281–282; I. L. Seeligmann, "Die Auffassung der Prophetie in der deuteronomischen und chronistischen Geschichtsschreibung" SVT 29 (1978) 260–262. קיימת ספרות ענפה על הנושא וחוקרים רבים נוספים עסקו בבעיות הלשוניות וההבדלים בין שני הסיפורים הנזכרים; ראה A. Šanda, *Die Bücher der Könige I* (Münster, 1911) 461–471; R. Bohlen, *Der Fall Nabot* (Trier, 1978) 33–34, 284–287. על כך שהמחבר לא מצא לנכון להזכיר את הדיון על מעשה נבות אצל ב' אופנהיימר, הנבואה הקדומה בישראל (ירושלים, תשל"ג) 228–206, שהופיע תחילה בצורת מאמר, "מעשה נבות היזרעאלי" ספר יוסף ברסלבי (ירושלים, תשל"ל) 47–78. כן יש לתמוה על שלא הוזכר את ספרו של א' רופא, סיפורי הנביאים (ירושלים, תשמ"ג), שבו נדונות אותן השאלות תוך הרחבה מסוימת, שם, עמ' 38 (הערה 23), 75–76, 90, 122; (הערה 6), 146, 161.

4 מתוך הספרות הענפה עולה, כי השאלה היא מורכבת מאוד ורבים חילקו-הדעות בין החוקרים. ראה O. H. Steck, *Überlieferung und Zeitgeschichte in den Elia-Erzählungen* (Neukirchen-Vluyn, 1968) 32–77; בוהלן (לעיל, הערה 3), 23–31, 288–319; אופנהיימר (לעיל, הערה 3), 209–211.

5 על שאלת זו ראה אופנהיימר (לעיל, הערה 3), בעמ' 208, הגותן הסבר ספרותי לביטוי. ראה גם בוהלן (לעיל, הערה 3), עמ' 53–54, ובמיוחד בעמ' 310–311 שבו ניתן הסבר משכנע לביטוי. דומה כי רופא עומד יחידי בהסברו המקשר את המונח לתקופה הפרסית (במאמרו הנזכר במשפטים, בעמ' 483, הערה 14). וראה את גישתו הזהירה יותר בספרו (לעיל, הערה 3), בעמ' 38: "ייתכן אפוא כי כבר לאחר שנת 731, כשצומצם מאוד שטחה של מלכות ישראל, כונה מלכה מלך שמרון".

6 א' בנדוד, לשון המקרא ולשון החכמים (תל-אביב, מהדורה 2, תשכ"ז) כרך א, 61, 341–342. 7 (לעיל, הערה 3), בעמ' 38–39, 146.

רופא שם לגבי התיארוך הן מסיגות מאוד וזהירות ביותר. ועוד, הראיה הסגנונית כולה נדחת על-ידי אופנהיימר.⁸

השימוש החד-פעמי בצורת העבר "קטל" אינו יכול לשכנע כי הפרק כולו נתחבר בתקופה כה מאוחרת. הוא-הדין לגבי הביטוי "חורים" במקום "שרים"; כפי שהמחבר מעיר בעצמו, מופיע המונח בירמיה כו, כ; ושם לט, ה.⁹

גפנה למשא הנבואי במלכים ב ט, כו. על הקושי של הזכרת מותם של בני נבות עמדו כבר חז"ל, ובעקבותיהם המפרשים המסורתיים, ופירשו מה שפירשו (סנהדרין מח, ע"ב)¹⁰.

הרעיון הנזכר לעיל, כי ה"חלקה" המוזכרת במשא הנבואי אינה זהה עם הכרם הועלה תחילה על-ידי ולהאוזן¹¹ והסכים אתו זליגמן¹². לדעתי, אין כל הכרח לראות סתירה בשימוש בשני המונחים. ולהאוזן לא דייק כאשר תרגם את הביטוי "חלקת נבות", במונח הגרמני Acker, שפירושו שדה-חרישה. זליגמן הלך בעקבותיו של ולהאוזן ותרגם אף הוא באותו מונח הן את הביטוי "חלקת שדה נבות" והן את המלה "חלקה"¹³. חלקה אינה אלא חלק אדמה, אולם גם אם נניח, כי "חלקת שדה נבות" אינה יכולה להיות כרם (השווה שמות כב, ד; במדבר טו, יד), עדיין אין לראות כאן בהכרח סתירה. לפי המסופר במלכים א כא, ב רצה אחאב את הכרם בשביל גן-ירק (השווה דברים יא, י). לאחר מות נבות ירד אחאב אל הכרם לרשתו. ניתן לומר, כי פעולת "הידושה" התבטאה בעקירת הכרם שאותה הספיק לבצע טרם בואו של הנביא¹⁴. יתירה מזו: מזמן מעשה נבות היזרעאלי ועד למרד יהוא עוברות כשלוש-עשרה שנה. הכרם — אות וזיכרון לפשע — מי יעוקהו, מי יסקלהו, מי יטעהו ומי יבנה בו מגדל? האם לא יעלו בו שמיר ושית ונהיה לבתה? לכן, אפשר שבזמן יהורם ויהוא אין עוד כרם, אלא חלקת-שדה הקרויה על-שם נבות היזרעאלי, לדראון עולם¹⁵. אולם, התמיהה הגדולה ביותר מעוררת הפרשנות "המרחיבה" של המלה "אמש" במשא הנבואי: "אם לא את דמי נבות ואת דמי בניו ראיתי אמש נאם ה'". בעוד אשר ולהאוזן עדיין תרגם "אתמול בערב" (gestern abend)¹⁶, אצל זליגמן המשמעות

8 (לעיל, הערה 3), בעמ' 208.

9 על בעיית המונח "חורים" ראה בוחלן (לעיל, הערה 3), בעמ' 375, הערה 193.

10 ראה אופנהיימר (לעיל, הערה 3), בעמ' 225. הסברים היהודיים המסורתיים נדחו על-ידי O. Thénius, *Die Bücher der Könige* (Leipzig, 1849) 312. בדבר הסברים אחרים לשוני

ראה שטק (לעיל, הערה 4), בעמ' 51, הערה 2; בוחלן (לעיל, הערה 3), בעמ' 285, הערה 27, 313; אופנהיימר (לעיל, הערה 3), בעמ' 224.

11 (לעיל, הערה 3), בעמ' 281.

12 (לעיל, הערה 3), בעמ' 260—261.

13 שם.

14 השווה אופנהיימר (לעיל, הערה 3), בעמ' 223—224.

15 השווה גם תניס (לעיל, הערה 10), בעמ' 311, שלפיו הכרם הפך לחלק של גינות המלך סביב הארמון. הסברים אפשריים אחרים אצל שטק (לעיל, הערה 4), בעמ' 51, הערה 2; בוחלן (לעיל, הערה 3), בעמ' 285—286, הערה 29; עמ' 287, הערה 35; 388—390.

16 (לעיל, הערה 3), בעמ' 282. תניס (לעיל, הערה 10), בעמ' 312, תרגם סתם "אתמול". ראה גם A. Sanda, *Das Buch der Könige II* (Münster, 1912) 99.

היא "בסתרי הלילה" (in der Verborgenheit der Nacht)¹⁷, ובעקבותיו רופא "באישון לילה". גירסתם של זליגמן ושל רופא, כי ראיית ה' את דמי נבות ובניו "אמש" מחייבת את המסקנה כי נרצחו בלילה בסתר ללא משפט, אינה מתקבלת על דעתנו.

אם בהשערות עסקינן¹⁸, מדוע לא נעדיף את הגרסה הבאה: נבות היזרעאלי מובא למשפט-מוות אשר — גם אם תחילתו בבוקר — נמשך זמן ניכר נוכח סדרי-הדין הפורמליים. השופטים מתכנסים להתייעצות וגומרים את הדין בגזר-דין מוות. הנידון מוצא מחוץ לעיר (לפי המסופר במלכים א כא, יג), ובהתאם לדין-תורה (השווה ויקרא כד, יד) והשמש כבר באה בעת סקילתו קבל עם ועדה.

ייתכן שנערכה גם תליית הנסקל, הורדתו סמוך ללילה וקבורתו בהתאם לדיני התורה (דברים כא, כב—כג). המשא על ראיית ה' את הפשע "אמש" עשוי להתייחס לרגעים המזעזעים של המתת נבות (ובניו) סמוך לחשיכה וקבורתם בלילה.

איני טוען, כמובן, כי תיאור זה הוא הגרסה הנכונה מבחינה היסטורית או מבחינה המשמעות המקורית של המשא הנבואי. גירסתי אינה אלא פרשנות אפשרית¹⁹, אך עיקר מטרתה היא להביע באמצעותה את תמיהתי על הקלות שבה מוכנים חוקרים לדחות את אמיתותו ההיסטורית של סיפור מקראי וכל זאת בהסתמך על ראיות קלושות. הרחיק לכת זליגמן אשר לא רק טוען כי הוא חש אווירה בלתי-מציאותית בפרטי הסיפור במלכים א כא, אלא כי הוא רואה כאן מקרה שבו גרעין היסטורי כוסה על-ידי שיכבה מאוחרת שהיא פרי-משחקו של דמיון ספרותי (Spiel der literarischen Phantasie)²⁰.

לפי הבנתי, הגרסה החלופית של רצח לילי בפקודת המלך או המלכה מתעלמת מאופיין של הדמויות כפי שהן מצטיירות בפרקים אחרים של ספר מלכים. כך, המלך אחאב נוהג בחסד בבן-ההדד מלך ארם (מלכים א כ, לא—לד), קר-אופי התואם את גישתו המקורית אל נבות (כא, ב).

יתירה מזו: הצורך שראתה המלכה איזבל להעניק למעשה המלך איצטלה של חוקיות מעיד על יסוד חשוב ביותר באיפיון החברה וסדריה²¹. אחד השיקולים הביקורתיים

17 (לעיל, הערה 3), בעמ' 261, הערה 15.

18 דמיונם של אחדים מחוקרי המקרא אינו מכיר גבולות. אחד החוקרים מייחס את מעשה נבות ליהורם בן אחאב. גם הוא הסתמך על המלה "אמש". J. M. Miller, "The Fall of the House of Ahab" VT 17 (1967) 307, 314. וראה את הביקורת הנוקבת של שטק (לעיל, הערה 4), בעמ' 52, הערה 1; וכן בזהלן (לעיל, הערה 3). על המשמעות של "אמש" השווה גם בזהלן, שם, בעמ' 286, הערה 30.

19 אך יש הגורסים כי נגד נבות לא התקיים הליך פלילי רגיל, אלא נערך משפט "פולחני" מקוצר. ראה, H. Seebass, "Der Fall Naboth in 1 Reg. XXI" VT 24 (1974) 474, 480—481. השווה גם בזהלן (לעיל, הערה 3); בעמ' 20—22. גרסה זו אינה נראית לי.

20 זליגמן (לעיל, הערה 3), בעמ' 262. מן הראוי לציין כי זליגמן עצמו, במאמר קודם, לא שלל את המציאות של עריכת-משפט נגד נבות: J. L. Seeligmann, "Zur Terminologie: Nבות" SVT 16 für das Gerichtsverfahren im Wortschatz des biblischen Hebräisch" SVT 16 (1967) 263—264.

21 השווה את גישתו הוורירה יותר של שטק (לעיל, הערה 4), בעמ' 50, הערה 2.