

התיישנות בנזיקין – הצעה לשינוי החוק

מאת

ישראל גלעד

חלק ראשון

א. מבוא; 1. על הצורך בריפורמה; 2. הסוגיות הנבחנות; 3. שיקולי המדיניות הרלבנטיים; 4. עקרונות ההסדר המוצע. **ב. נושא ההתיישנות – "אשם" או נזק?** 1. השאלה ומשמעותה; 2. ההלכה ותוצאותיה – יצירת שני הסדרי התיישנות שונים; (א) ההלכה; (ב) תוצאות ההלכה – חלוקת העילות בין שני הסדרי התיישנות שונים; (1) כאשר אירוע הנזק מאוחר מן ה"אשם"; (2) כאשר אירוע הנזק מוקדם לתום ה"אשם"; (3) השפעת כלל הגילוי המאוחר; 3. הדין הרצוי – התאמת נושא ההתיישנות לעילת התביעה הקונקרטית; 4. הערכת הדין הקיים; 5. הצעה לשינוי. **ג. התיישנות ב"עוולות נמשכות";** 1. מהי "עוולה נמשכת"? (א) "הימשכות" כפונקציה של חזרה ושל רציפות; (ב) נושאי ההימשכות – "אשם" וגרימת הנזק; (ג) "אשם" נמשך; (ד) גרימה נמשכת של נזק; 2. סוגי "העוולה הנמשכת" – התחדשות, התארכות ודחיסה; 3. התחדשות, התארכות ודחיסה – האלטרנטיבות ומשמעותן; 4. הצגת השאלות – תוכן ההסדר ושיטת ההסדר; 5. התיישנות ב"עוולות נמשכות" – הדין הקיים; 6. התיישנות ב"עוולות נמשכות" – השינוי המוצע בדין; 7. על שימוש לקוי בדוקטרינה של "עוולה נמשכת"; (א) עיכוב המירוץ עד לתום ה"אשם" בתביעות שהנזק הוא עילתן; (ב) "אשם" מאוחר מלאכותי; (ג) דחיית מירוץ ההתיישנות בתקופת המשך הקשר בין המזיק לבין הניזוק; (ד) עיכוב המירוץ עד להשלמת הנזק. **ד. התיישנות הנזק המאוחר – פיצול ה"אשם" בין יחידות נזק שונות;** 1. השאלה; 2. ההלכה וטעמיה; 3. רוחב ההלכה – גדר הספקות; 4. ביקורת ההלכה; (א) היכן מצוי "האיזון העדיף"? (ב) היש להבחין בין נזק מאוחר עצמאי לבין נזק "המשך"? 5. הדין הרצוי; 6. פיצול ה"אשם" ו"השתק עילה"; 7. פיצול ה"אשם" ו"יריחוק הנזק"; 8. השינוי המוצע והיקפו; 9. פיצול ה"אשם" בדין האנגלי. **ה. כלל הגילוי;** 1. מבוא; 2. חלקי כלל הגילוי – רוחב הגילוי, טיבו ונטל הוכחתו; 3. כלל תגילוי – הדין הרצוי; (א) רוחב כלל הגילוי; (1) מושאי

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מכיר תודה לפרופ' סטיב גולדשטיין ולעו"ד יעקב מלצר על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת אני חב לתלמידי מנחם בלטמן ו"ל, חבר מערכת משפטים, שנלקח מאתנו בטרם עת. מנחם ריכז את עבודת המערכת על המאמר והרים לו רבות.

הגילוי – הזכות לסעד, יכולת מימושה, וכדאיות המימוש; (2) מאפייני הזכות; (3) רכיבי כלל הגילוי; (ג) טיב הגילוי; (ג) נטל הוכחתו של תנאי כלל הגילוי. 4. כלל הגילוי במשפט הנזיקין האנגלי; (א) סקירה כללית; (ב) רוחב כלל הגילוי; (1) הסדר 1963; (2) הסדר 1975 והמחלוקת בסוגיית גילוי הזכות; (ג) טיב הגילוי; (ד) נטל הוכחתו של תנאי הגילוי; 5. על כלל הגילוי בארצות-הברית; 6. כלל הגילוי – הדין בישראל; (א) על היחס שבין סעיף 8 לחוק ההתיישנות ובין סעיף 89 לפקודת הנזיקין; (ב) רוחב כלל הגילוי בדין הישראלי; (ג) טיב הגילוי הנדרש ונטל ההוכחה; (ד) השינוי המוצע.

חלק שני (יופיע בחוברת הבאה)

1. מועד "אירוע" הנזק; 1. חשיבות השאלה; 2. בעיית מועד ה"אירוע" ודרכי פתרונה; (א) תיחום הבעייתיות – המצבים הטיפוסיים; (ב) הצעד הראשון – קביעת הנזק הרלבנטי; (ג) האלטרנטיבות – הסתברות, התממשות וגילוי; 3. על מבחני ה"אירוע" במשפט הנזיקין האנגלי, האמריקני והישראלי; 4. היש מקום לחקיקה בסוגיית אירוע הנזק? 5. היש מקום להעניק לבתי-משפט שיקול-דעת בהחלת הסדר ההתיישנות? 1. השאלה; 2. הסדר שיקול-הדעת באנגליה; 3. הערכת ההסדר האנגלי – הראוי לאמץ הסדר דומה? 4. ההסדר האנגלי – גולם שקם על יוצרו? 5. תקופת ההתיישנות ו"זמן ההתיישנות האפקטיבי". 6. "מחסום ההתיישנות"; 1. "מחסום ההתיישנות" ודרך פעולתו; 2. השאלות הטעונות הכרעה; 3. סקירה חשואתית; 4. מחסום ההתיישנות – הדין הרצוי; (א) נקודת-הפתיחה; (ב) אורך התקופה – מחסום התיישנות "קרוב"; (ג) אורך התקופה – מחסום התיישנות "רחוק"; (ד) אורך התקופה המוצע; (ה) מוחלטות החסימה; (ו) חסימה סלקטיבית? 5. מחסום ההתיישנות – הדין בישראל והצעה לשינוי. 6. ריכוז המסקנות.

א. מבוא

1. על הצורך בריפורמה

הסדר ההתיישנות בנזיקין מורכב כיום בעיקר משילובן של שתי מערכות-דין. המערכת האחת, הייחודית להתיישנות בנזיקין, מצויה בסעיף 89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). המערכת האחרת מורכבת מן ההסדרים הכלליים של ההתיישנות המצויים בחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות). על שילוב זה אפשר שתחול מערכת-דינים נוספת, ספציפית, כמו, למשל, הוראת סעיף 6 לחוק האחריות למוצרים פגומים, תשמ"מ-1980 (להלן: חוק האחריות למוצרים). לצורך בריפורמה של ההסדר הקיים שתי סיבות עיקריות. הסיבה האחת היא האופן שבו משתלבות מערכות-הדינים הנפרדות לכלל הסדר כולל. כפי שנראה בהמשך, שורר עד היום ערפל סמיך סביב שאלות בסיסיות באשר ליחס הקיים בין מערכות-הדין השונות. הסיבה האחרת היא תוכנם של הסדרי ההתיישנות הקיימים. "מאז הוחק חוק ההתיישנות, לא נערכה בדיני ההתיישנות רפורמה משמעותית. חוק ההתיישנות מבוסס

בעיקרו על פילוסופיה של מועדים קבועים ונוקשים. גישה זו אינה מחויבת המציאות¹. הריפורמה שנעשתה לא מכבר בהסדרי ההתיישנות בנוזקין של חוק ההתיישנות האנגלי² תעיד על חיוניות הנושא ועל הצורך בעדכון של הדין. מטרת רשימה זו היא לבחון, אחת לאחת, את הסוגיות המרכזיות של הסדר ההתיישנות הנוכחי בנוזקין, לעמוד על תכניו של הדין הקיים בכל סוגיא, להשוות תכנים אלה לתכניו של הדין הרצוי, ולהציע שינויים, בדרך של חקיקה, על בסיס ההשוואה הנ"ל. במלאכה זו נסתייע בשתי שיטות-משפט זרות: המשפט האנגלי ומשפט ארצות-הברית. דרך הבדיקה לא תהא אחידה, אלא תתאים את עצמה לאופי המיוחד של הסוגיא הנדונה. לעתים נפתח בדין הרצוי ולעתים נקדים את המצוי לרצוי. גם שילובו של המשפט הזר לא ייעשה באותו האופן בכל הסוגיות: בחלק מן הסוגיות יידון זה כמכלול אחד ובחלק אחר ישולב אל תוך הדיון במשפט המקומי – הכול בהתאם לחשיבות המשפט הזר לדין המצוי או לזה הרצוי.

2. הסוגיות הנבחנות

בחרנו ברשימה זו להתמקד בשמונה סוגיות שנראו לנו כמרכזיות בהסדר ההתיישנות בנוזקין. עניינה של הסוגיא הראשונה הוא בנושא ההתיישנות, דהיינו: במערכת העובדות המהווה תנאי הכרחי מוקדם להעלאת טענת התיישנות. קביעת נושא ההתיישנות תקבע את נקודת-המוצא למניין תקופת ההתיישנות. הסוגיא השנייה היא זו של "העוולה הנמשכת", שעניינה הוא בקביעת נושאי ההתיישנות בטיפוס מיוחד של עילות – עילות המתייחדות בתכונת ההמשכות של יסודותיהן. במסגרת הסוגיא השלישית נמקד את המבט באחד מנושאי ההתיישנות – בנוזק. כאן נבדוק את השאלה האם ומתי יש להכיר בקיום נקודות-מוצא שונות לנזק מוקדם ולנזק מאוחר. הסוגיא הבאה ידועה ככלל הגילוי. כאן נבחן מהם המצבים שבהם גילוי מאוחר של נתון רלבנטי מביא או צריך להביא להשעיית נקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות מנקודת-המוצא למועד הגילוי. הסוגיא החמישית עוסקת אף היא בנוזק, אך הפעם הדגש הוא על אירוע הנזק. מתי נחשב נזק ככזה ש"אירע"? הסוגיא השישית מעלה לדיון עקרוני את שאלת שיקול-הדעת השיפוטי – נושא השזור בכל הסוגיות הקודמות. כאן נבדוק את שאלת רוחבו הראוי של שיקול-הדעת הזה. הסוגיא השביעית מתמקדת בתקופת ההתיישנות, דהיינו: באורך פרק-הזמן שמפתיחת המירון ועד למועד שבו תבשיל טענת ההתיישנות. את הרשימה יחתום הדיון בהיקפו ובתוכנו של הסדר ההתיישנות ממין מיוחד – הסדר שנכנה מחסום ההתיישנות. מחסום ההתיישנות קובע את התנאים שבהם תיחסם תביעה על-אף שתקופת ההתיישנות טרם הושלמה או טרם החלה. הסוגיות שבהן לא נדון ברשימה זו הן ספיציפיות באופיין. נזכיר מתוכן את סוגיית ההתיישנות במקרה של מות הניזק (התיישנות נגד יורשים ותלויים); התיישנות בעוולת הגזל (היש להכיר בהתיישנות רוכשת?); התיישנות בעוולת התרמית (השלכותיו של סעיף 7 לחוק ההתיישנות); והתיישנות תביעות השתתפות והשבת. לכך יש להוסיף את

1 בוכריס (להלן, הערה 6), 559. השופט ברק אומר שם: "בטרם אסיים, ברצוני להפנות את השומת-לב המחוקק, כי יש מקום לשקול, אם לא הגיעה העת לבחון מחדש את הסדרי ההתיישנות שלנו".

2 לסקירת ההתפתחויות בדין האנגלי ראה להלן, בסעיף 4 (א).

הסוגיא הכללית של התאמת הסדרי ההתיישנות הכלליים שבחוק ההתיישנות, בעיקר כללי השעיית המירון והפסקתו, למאטריה הנזיקית. בשאלות אלה נדון בעתיד.

3. שיקולי המדיניות הרלבנטיים

הצעות השינוי שנוכח להלן תתבססנה, כאמור, על השוואת הדין הקיים לדין הרצוי. בהערכת הדין הרצוי ננחה את עצמנו באמצעות שיקולי המדיניות המונחים בבסיסו של הסדר ההתיישנות². תשיבותם של שיקולים אלה מצדיקה את הצגתם המרוכזת כבר בפתח הרשימה.

מטרה מרכזית של דין ההתיישנות בנוזקין היא להגן על נתבעים, בפועל ובכוח, מפני הפגיעה הכרוכה בהיחשפות לתביעה המוגשת באיחור רב. האיחור כאן נמדד מנקודת-מבטו של הנתבע, דהיינו: מנקודת-הזמן שבה הושלמה התנהגותו נשוא התביעה. כל עוד הנתבע רואה את עצמו כחשוף לסיכון של תביעה, חזקה עליו שישמור את ראיותיו וינקוט אמצעים לקדם את פני הסיכון, בעיקר על-ידי שמירת המשאבים הדרושים. עם חלוף הזמן מתבססות ציפיות אצל הנתבע שלא ייתבע עוד בעתיד. ציפיות אלה מחלישות את כושר ההתגוננות של הנתבע ומקטינות את מידת מוכנותו לסיכון. סיכולן של ציפיות אלה על-ידי חשיפת הנתבע לתביעה מאוחרת פוגע בנתבע המופתע "הנתפש" עם כושר ההתגוננות לקוי, וללא המשאבים הדרושים.

האיחור בהגשת התביעה תומך בדין ההתיישנות גם כאשר ממקדים את המבט בתובע. תובע שאיחר בהגשת תביעתו ניתן לראותו כמי שוויתר מכללל על זכויותיו. אך אפילו לא ויתר, הרי שנחלש מעמדו כתובע הראוי לסעד; מי ש"ישן על זכויותיו", מי שיצר ציפיות-שווא אצל הנתבע והרע את מצבו, אינו זוכה לאהדה יתירה. האיחור כאן נמדד מנקודת-מבטו של התובע.

הארכת תקופת בירורן של תביעות אינה עולה בקנה אחד גם עם האינטרס הציבורי. אוברדן העניין הציבורי כתביעות שהעלו חלודה והתנונו, הרתיעה מלהפר סטטוס קוו שנשמר תקופה ארוכה והקושי המעשי בכירור תביעות עתיקות — כל אלה עומדים ביחס ישר לזמן שחלף מאז האירוע נשוא התביעה.

עד כאן שיקולי המדיניות ה"קלאסיים". המציאות המודרנית מלמדת כי להגבלת משך הזמן שבו ניתן להגיש תביעה יש חשיבות רבה החורגת מן המשולש של מזיק, ניזק והמערכת המשפטית. תקופת האפקטיביות של תביעות פוטנציאליות קובעת את גודל הסיכון שאליו נחשפות קבוצות גדולות וחשובות כמו יצרנים, ספקי שירותים ומבטחים. פעילותן של קבוצות אלה, המתוכננת בין השאר גם בהתאם לסיכונים הכרוכים, תושפע אפוא על-ידי אורך תקופת האפקטיביות של תביעות פוטנציאליות. מאחר שלפעילות זו השפעה על רווחתם של פרטים רבים בחברה, נמצא שהסדרי ההתיישנות משליכים על רווחתם של רבים שאינם צדדים, גם לא בכוח, להתדיינות משפטית. דעתנו היא, שלא תמיד ניתן לשיקולים אלה המשקל הראוי להם, ועוד נתעכב על כך בהמשך.

אל מול כל שיקולי המדיניות התומכים במוסד ההתיישנות ניצב שיקול יחיד, אך כבד-משקל, הפועל לצמצום תחומי ההתיישנות. זהו הרצון שלא לשלול מן התובע את הזכות שהקנה לו המשפט המהותי לקבלת סעד נגד מי שביצע כלפיו עוולה.

² ראה להלן, הערה 176.

4. עקרונות ההסדר המוצע

כל הסדר התיישנות נתון משקף נקודה מסוימת של איזון בין שיקולי המדיניות שלעיל. שינויים בדין מסיטים את נקודת-האיזון. שיפורו של דין ההתיישנות הנוהג מצריך אפוא בדיקת האיזון הקיים, הערכת האיזון הראוי ומציאת הדרך המתאימה ביותר למעבר מן הקיים אל הראוי.

עד כאן להלכה. למעשה נוכחנו לדעת כי הן הערכתו של ההסדר הנוהג, הן הצבעה על ההסדר הראוי והן מציאת הדרך הנאותה למעבר מן המצוי אל הרצוי כרוכים בקשיים לא-מבוטלים.

הקושי האחד הוא טיבה הערכי של ההכרעה בשאלת האיזון הראוי. הסטת נקודת-האיזון, המשתקפת בדין הקיים, לכל כיוון שהוא (למשל: הרחבתו של כלל הגילוי המאוחר) כרוכה בדרך-כלל בקידום אינטרסים של קבוצה אחת על-חשבון פגיעה באינטרסים של קבוצה אחרת (למשל: העדפת תובעים על-פני נחבעים). האם שינוי זה צודק? התשובה לשאלה זו היא בסופו של דבר תשובה אישית, שמקורה בערכיו ובהשקפת-עולמו של המשיב. מבחינה זו אין כל יתרון לתשובתו האישית של הכותב על-פני דעה נוגדת שיש אולי לקורא. אשר על-כן הגבלנו את עצמנו, עד כמה שהדברים אמורים בהכרעה ערכית, להציע רק את אותם שינויים בדין, המשקפים אמנם דעה אישית, אך לגביהם ניתן להניח קיומה של הסכמה רחבה באשר לטיבם הערכי.

הקושי השני הוא העדר נתונים אמפיריים על אופן ההשפעה של הדין הקיים ושל שינויים בו. כיצד, למשל, משפיע הדין הקיים על גובה פרמיות-הביטוח ודרכן על מחירי מוצרים ושירותים? וכיצד תשפיע הגדלת היקף שיקול-הדעת של בית-המשפט על גורמים אלה? ניתן להעריך, כי צמצום היקפה של טענת ההתיישנות וחוסר-הוודאות הכרוך בכך יביאו לעליית מחירים ופרמיות, אך מה תהיה מידת ההשפעה? לא זו בלבד שנתונים כאלה אינם קיימים בהווה, אלא שספק הוא אם ניתן להגיע למסקנות אמניות על-סמך מחקרים אמפיריים. מחירי הפרמיות והמוצרים מושפעים על-ידי גורמים רבים וקשה לבדוד את השפעותיו של דין ההתיישנות. כך, למשל, על-אף שחלפו שלושים שנה לאחר הרחבתה של אחריות היצרן למוצריו, עדיין חלוקות הדעות בארצות-הברית באשר לטיב ההשפעה של שינוי זה בדין³. מטעם זה נמנענו מלהציע שינויים בדין, אם, מחד גיסא, הפוטנציאל החיובי של השפעתם אינו גדול, ומאידך גיסא היקף השפעתם השלילית אינו ידוע.

שני העקרונות שלעיל הם שהנחנו אותנו בהחלטה שלא להציע שינויים קונצפטואליים בדין הקיים. בפרק השביעי נדחה את ההצעה להקנות לבית-המשפט שיקול-דעת רחב לדחות טענת ההתיישנות, וזאת על-בסיס ההערכה כי אל מול תרומתו הפוטנציאלית המעטה של שינוי זה היקף השפעתו השלילית אינו ידוע. כמורכב לא "נתפתח" לאמץ הסדר כללי שלפיו נדחית טענת התיישנות כל-אימת שהעוכב בהגשת

3 ראה, למשל, את הרשימה G.L. Priest, "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 Yale L. Rev. (1987) 1521. ברשימה זו המחבר מציג ומנתח חלק מן ההסברים הרבים שניתנו למשבר המחירים והביטוח הפוקד בעת האחרונה ענפי מוצרים ושירותים בארצות-הברית. ריבוי ההסברים מצביע על הקושי שבאיתור הסיבות לשינויים בפרמיות ובמחירי מוצרים.

התביעה היה סביר. כפי שנראה, הדין הקיים מכיר בסבירות התנהגותו של התובע, במקרים מסוימים, כעילה להשעיית מירון ההתיישנות. אם סבירות התנהגותו של התובע היא טעם מספיק להשעיה, מדוע להגבילה לאותם מקרים ולא להכיר בה ככל מקרה של התנהגות סבירה? מדוע שלא לאמץ מעין הסדר של "שיהוי" שבו טיב התנהגות התובע היא הקריטריון המרכזי? תשובתנו השלילית לשאלה זו נגזרת משני העקרונות הנ"ל: ראשית, אימוץ הסדר של "שיהוי" יביא להסטה ניכרת של האיזון לטובת התובעים ולרעת הנחבצים. זוהי החלטה ערכית שלהערכתנו, הנסמכת גם על בדיקה השוואתית, לא קיימת לגביה הסכמה רחבה. שנית, השפעותיה של הכרעה שכזו, שיש בה כדי לצמצם באורח ניכר את תחומי ההתיישנות, אינם ניתנים להערכה. אם מזיקים פוטנציאליים יראו בה ביטול דהפקטו של ההתיישנות, הרי שהשפעתה השלילית עלולה להיות גדולה. אשר על-כן החלטנו בפרק החמישי שלא להרחיב את כלל הגילוי המאוחר מעבר לגילוי מאוחר של הזכות. סבירות התנהגותו של התובע בהקשר זה היא אמנם תנאי הכרחי להשעיית המירון, אך לא תנאי מספיק.

לעומת זאת, נציע, על רקע בדיקת משפט משווה, הכנסת שינויים בדין באותם הקשרים שבהם קיימת – להערכתנו – הסכמה רחבה, קיצור תקופת ההתיישנות (בפרק השמיני) והארכת תקופת החסימה (בפרק התשיעי) הם מסוג השינויים שלגביהם נניח הסכמה שכזו. כמובן נציע להקנות לבית-משפט סמכות להשעות את מירון ההתיישנות על-ידי פיצול עילת התביעה, במצבים מסוימים, בין נזק מוקדם ובין נזק מאוחר (בפרק הרביעי). איסור הפיצול פוגע – לדעתנו – לא רק בתובע אלא גם בנחבצע ולכן שינוי הדין ישפר את מצבם של שני הצדדים.

סוג אחר של שינויים שנציע להלן נועד לא להסדת נקודת-האיזון לכיוון זה או אחר, אלא לביטול כללים קיימים שאינם מתיישבים עם מהותה של ההתיישנות או היוצרים הבחנות שרירותיות. בפרק הבא נציע לבטל את ההבחנה הקיימת לעניין נושא ההתיישנות בין עוולות שהנזק הוא יסוד מיסודותיהן לבין העוולות האחרות. נראה שזוהי הבחנה הזרה למהותו ולמטרותיו של דין ההתיישנות. בפרק החמישי נציע, ראשית, כלל גילוי אחיד לכל העוולות, ושנית, להרחיב את כלל הגילוי על כל רכיבי הגילוי המאוחר של זכות התביעה, מכלי להוציא מכלל זה את גילוי קיומה של זכות שבדין. זאת, משום שלא מצאנו בסיס ממשי להבחנה בין רכיב זה לבין הרכיבים האחרים. בפרק התשיעי נציע מחסום התיישנות אחיד לכל העוולות.

שינויים אחרים שנציע בדין הקיים מקורם בהערכה, כי קיימות סוגיות שאינן מתאימות להסדר סטטוטורי בשל מורכבתן ובשל הגמישות הרבה הנדרשת לגביהן. כזו היא סוגיית העוולה הנמשכת (הפרק השלישי) שבה נציע לבטל את ההסדר החלקי הקיים. מטעם זה נציע גם שלא להסדיר בחוק את הסוגיא המורכבת של מועד "אירוע" הנזק.

ב. נושא ההתיישנות – "אשם" או נזק?

1. השאלה ומשמעותה

עניינה של סוגיית נושא ההתיישנות הוא בשאלה הפרלמנטרית: מה מתיישן? מהו האירוע הבסיסי, ההכרחי, להיווצרותה של טענת ההתיישנות?

לשאלה יסודית זו שתי תשובות חלופיות: "אשמו" של הנזקע והנזק ש"אשם" זה גרם. "אשמו" של הנזקע משמע התנהגותו, מעשהו או מחדלו, המקיימים אחר כל תנאי האחריות בעוולה הרלבנטית, למעט התנאי של גרימת הנזק. זהו ה"אשם" כהגדרתו בסעיף 64 לפקודת הנזיקין³. על-פי חלופה זו נוצרת התשתית לטענת ההתיישנות עם אירוע ההתנהגות העונה על דרישות העוולה הרלבנטית. הנושא החלופי של ההתיישנות הוא האירוע של גרימת נזק על-ידי ה"אשם". כאן לא די בהתנהגות, באירוע ה"אשם"⁴, כדי שתיווצר התשתית הנ"ל, אלא נדרשת התרחשות נוספת – שה"אשם" יגרום לנזק. מהי משמעות ההכרעה בין האלטרנטיבות השונות? קביעת נושא ההתיישנות מובילה קודם-כול לקביעת נקודת-הזמן המוקדמת ביותר שממנה ניתן למנות את תקופת ההתיישנות; להלן נכנה נקודת-זמן זו נקודת-המוצא לפתיחת מירון ההתיישנות. כל עוד לא התגבש הנושא לטענת ההתיישנות, כל עוד לא הושלם האירוע הכסיסי – הרי שלא נוצרה כלל נקודת-מוצא לתחילת המניין. קביעת נושאי התיישנות שונים תביא אפוא לקביעת נקודות-מוצא שונות בכל המצבים שבהם קיים פער זמנים בין ה"אשם" ובין הנזק. מהי החשיבות שיש לקביעת נקודת-המוצא? במקרים רבים קיימת זהות בין נקודת-המוצא לבין נקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות, ומכאן חשיבותה הגדולה של הראשונה. יתירה מזאת: לקביעת נושא ההתיישנות חשיבות מרובה גם במקרים שבהם מאוחרת נקודת-הפתיחה בפועל מנקודת-המוצא – איחור הנגרם על-ידי כללי השעיית המירון שכראשם כלל הגילוי. כפי שיתברר בהמשך, קביעת נושא ההתיישנות משליכה גם על תוכנו ואופן הפעלתו של כלל הגילוי. סיכומו של דבר: להכרעה בשאלת נושא ההתיישנות ("אשם" או נזק) השפעה גדולה על קביעת נקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות, בין באמצעות נקודת-המוצא ובין באמצעות כלל הגילוי.

משעמדנו על חשיבות הבחירה בין החלופות נשוב עתה ונשאל: מהו הנושא הראוי של ההתיישנות? מה צריכה להיות נקודת-המוצא הראויה – ה"אשם" או הנזק שנגרם על-ידי "אשם" זה?

³ בעוולות שבהן גרימת הנזק אינה תנאי מתנאי האחריות, שקול ה"אשם" לעוולה. בעוולות שבהן גרימת הנזק היא תנאי מתנאי האחריות, שקול ה"אשם" לעוולה מינוס נזק. "אשם" כולל אפוא לא רק את מחדלו של הנזקע, אלא גם נסיבות נוספות הנדרשות בהגדרת העוולה כתנאי לאחריות; ראה טדסקי, דיני הנזיקין (להלן, הערה 5), 124. בעוולת ה"תרמית", למשל, נדרשת, נוסף על ההיצג הכוזב על יסודותיו העובדתיים והנפשיים, גם הסתמכות של התובע על המצג. הסתמכות זו היא חלק מן ה"אשם" כהגדרתו בסעיף 64 הנ"ל. דוגמא נוספת: התנאי בעוולת ה"נגישה" שההליך יסתיים לטובתו של התובע (סעיף 60 לפקודה). ראה *Restatement, second, Torts, sec. 899*, pp. 441–442. טענה אפשרית היא, שלעתים הנסיבות הנ"ל שייכות לא ליסוד ה"אשם" אלא ליסוד הנזק (ראה *M. Franks, Limitation of Actions* [London, 1959] 194). על משמעות השוני בין ההתנהגות לבין ה"אשם" נשוא ההתנהגות ראה להלן, ליד הערה 348.

⁴ יש להבחין בין ה"אשם" במשמעותו הטכנית האמורה לבין אשם במשמעות של התנהגות רשלנית או זדונית; מפר חובת חקוקה, למשל, או יוצר מטרד, שהתנהגותו סבירה, אינו בראשם במשמעות האחרונה הגם שהתנהגותו היא "אשם" במשמעות הראשונה.

2. ההלכה ותוצאותיה – יצירת שני הסדרי התיישנות שונים

(א) ההלכה

על-פי ההלכה הפסוקה נקבע נושא ההתיישנות – ובעקבותיו, נקודת-המוצא – בהתאם לסוג העוולה שעליה נסמכת התביעה. אם העוולה היא מסוג העוולות שבהן גרימת הנזק אינה תנאי מתנאי האחריות (להלן: עוולות קבוצה א), הרי שאירוע ה"אשם" הוא נושא ההתיישנות. לעומת זאת, אם העוולה הרלבנטית שייכת לקבוצת העוולות שבהן גרימת הנזק היא כן תנאי מתנאי האחריות הרלבנטית (להלן: עוולות קבוצה ב)⁵ אוראז תשמש גרימת הנזק על-ידי ה"אשם" כנושא ההתיישנות. תוצאה זו מתקבלת במישרין מן הפירוש שניתן בפסיקה⁶ להוראה המצויה כיום בסעיף 89 לפקודה⁷. על-פי פירוש זה סעיף 89 (1) עוסק בעוולות קבוצה א⁸, בעוד שסעיף 89 (2) מיוחד לעוולות קבוצה ב⁹.

(ב) תוצאות ההלכה – חלוקת העילות בין שני הסדרי התיישנות שונים

מאחר שנקודת-המוצא שבסעיף 89 (1) שונה מזו שבסעיף 89 (2), יצרה ההלכה הנ"ל מצב שבו חל הסדר התיישנות אחד על עוולות קבוצה א, והסדר התיישנות אחר – על

- 5 למיון העוולות לפי דרישת הנזק ראה א' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין (מאגנס, מהדורה שניה, תשל"ז) (להלן: דיני הנזיקין) 172–177.
- 6 ע"א 269/53 פרבר נ' ברוך, פ"ד ח 701, 703; ע"א 340/61 מיוחס נ' שיף ואח', פ"ד טז 128, 132; ע"א 590/67 קלינמן נ' ד"ר מירון חרושת כימית בע"מ ואח', פ"ד כב(2) 929, 932; ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד לח(3) 673, 679; ע"א 165/83 בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ ואח', פ"ד לח(4) 554, 557; ע"א 220/84 אגיוף נ' קיבוץ גבת – אגודה שיתופית ואח', פ"ד מ(1) 528, 529; כן ראה דיני הנזיקין, גלעד, "התיישנות בנזיקין ומחלות סמויות" משפטים יד (תשמ"ה) 500, 502–503.
- 7 89. לעניין תקופת התיישנות כתובענות על עוולות – "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחד מאלה:
- (1) מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל;
- (2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שבו אירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק.
- כע"א 831/80 זמיר נ' כימיקלים ופוספטים בע"מ, פ"ד לז(3) 122, 126, הועלתה הטענה כי הסיפא לסעיף 89(1) חלה גם על עוולת הרשלנות. הגם שטענתה זו עומדת בניגוד להלכה שלפיה מיוחד סעיף 89(1) לעוולות קבוצה א, לא דחה בית-המשפט את הטענה מטעם זה, אלא מטעם עובדתי. האם יש לראות בכך הסתייגות של בית-המשפט שם משורת פסקי-הדין (לעיל, הערה 6) שבהם אומצה ההלכה הנ"ל? מאחר שלא היתה התייחסות מפורשת להלכה, ספק בעינינו אם זו היתה אכן הכוונה. לעניין סיווגה של עוולת הרשלנות ראה עוד להלן, בהערה 10.
- 8 בפרבר (לעיל, הערה 6) הוזכרו "לשון הרע" ו"תקיפה".
- 9 הוזכרו בפסיקה "גרם הפרת חוזה" (מיוחס, לעיל הערה 6); "הפרת חובה חקוקה" (קלינמן, לעיל, הערה 6) וכמובן, "רשלנות" (פתאל ובוכריס, לעיל, הערה 6).

עוולות קבוצה ב¹⁰. להלן נצביע על ההבדלים בין הסדרי ההתיישנות¹¹ – תחילה תחת ההנחה שנקודת-המוצא היא אכן נקודת-הפתיחה בפועל, ואחר-כך תוך בדיקת ההשפעה שיש לכלל הגילוי על נקודת-הפתיחה בפועל.

10 חלוקת העוולות, לצורך התיישנות, לשתי הקבוצות הנ"ל, מאפינת את המשפט המקובל. לאנגליה ראה 332–333 Franks; Clerk & Lindsell on Torts (London, 15th ed. 1982) (לעיל, הערה *3). S. Todd, *Limitation Periods in Personal Injury Claims* (London, 1982) 14–15; 197–190 Developments in the Law, "Statutes of Limitation" 63 *Harv. Law Rev.* ראה. 1177, 1200–1201 (1950); וכן בריסטייטמנט (לעיל, הערה *3), 441–443; עוולות הרשלנות, עלי-פי הגדרתה, שייכת לקבוצה ב. נושא ההתיישנות בעוולה זו הוא לכן הנוק: Prosser and Keeton on the Law of Torts (St. Paul, 5th ed., 1984) 164–165. כיצד ניתן אם כך להסביר את אותם מקרים שבהם נקבע כי מירון ההתיישנות ייחל עם ההתנהגות הרשלנית ולא עם הנוק (Developments) [לעיל, הערה 10], 1201. לעניין רשלנות מקצועית: ריסטייטמנט [לעיל, הערה *3], 443. לעניין אחריות למוצרים פגומים? ההסבר העיקרי הוא, שבאותם מקרים קמה לתובע עילה חלופית, שבסיסה חזית, כך שההתנהגות הרשלנית היוותה במקביל גם הפרת חוזה. מאחר שמירון ההתיישנות בעילה חזית מתחיל לרוב ביום הפרת החוזה, החל מניין ההתיישנות במקרים אלה מיום זה שהוא גם יום ההתנהגות הרשלנית (Developments) [לעיל, הערה 10], 1201–1202. הסבר זה יפה הן לרשלנות רפואית (S. S. Septimus, "The Concept of Continuous Tort As Applied to Medical Malpractice – Sleeping Beauty for Plaintiff, Slumbering Beast for Defendant" 12 *Tort & Ins. L.J.* [1986] 71, 79) והן לאחריות למוצרים פגומים (ריסטייטמנט [לעיל, הערה *3], 433; וכן פסקי-הדין: 330 F. Supp. 1134 (1971); *Boains v. Lasar MFG. Co.* 335 N.E. 2d 275 (1985); *Shacil v. Sturm, Ruger Co., Inc.* 300 S.E. 2d 735 (1983). הקדמת מירון ההתיישנות להתנהגות הרשלנית גם שלא תוך הסתמכות על עילה חזית חלופית (*Landrine v. Mego Corp.* 464 N.Y.S. 2d 516 [1983]) היא אפוא חסרת-בסיס.

11 חלוקת העוולות בין שני הסדרי ההתיישנות יפה גם לגבי הוראות נזקיות מחוץ לפקודה. ראה ע"א *Sidder Tanker Corp.* 80/84 נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ ואח', פ"ד לט' (1) 393, 442–439, שהרחיב את תחולת הוראותיה הכלליות של הפקודה. חשיבות מיוחדת יש להוראות חוק האחריות למוצרים פגומים. ה"עוולה" מוגדרת בחוק זה כך (סעיף 2א):

יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר...

סעיף 6 לחוק קובע:

(א) תקופת ההתיישנות של תביעה לפי חוק זה תהא שלוש שנים.

(ב) לא תוגש תובענה לפי חוק זה אלא תוך עשר השנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן.

לאיזו קבוצה משתייכת "עוולה" זו? לפי פשוטה של הגדרת האחריות, "עוולה" זו שייכת לקבוצה ב. שכן הנוק הוא יסוד מוסדרות האחריות. מאידך גיסא, סעיף 6(ב) קובע כי תחילת מניין תקופת החסימה בת עשר השנים הוא מתום שנת יציאתו של המוצר משליטת היצרן. זאת בניגוד לסעיף 89(2) המתנה תקופת חסימה דומה לעוולות קבוצה ב החל מיום אירוע הנוק. האם יש להבין מסעיף זה כי ה"עוולה" של אחריות חמורה למוצר פגום שייכת לעוולות קבוצה א (כפי שנפסק ב-*Landrine* [לעיל, הערה 10]. לדעתנו, התשובה שלילית: ה"עוולה" משתייכת לקבוצה ב. הטעם למניין תקופת עשר שנים דווקא משנת השיווק יחבר בהמשך, בפרק התשיעי.

לא נעסוק כאן בשאלת היחס בין ההסדר הספציפי של חוק האחריות למוצרים להסדר הכללי של ההתיישנות בנוזקין. השאלה היא האם תובע, שהוראות חוק האחריות למוצרים אינן נוחות לו, יכול "לברוח" להסדר ההתיישנות הכללי ואם כן – מתי? לסוגיא ראה ד' מור "הצעת חוק האחריות למוצרים פגומים תשל"ט–1979" עיוני משפט ז (תשל"ט) 114, 155–158; מ' ע' ראזק, "היקף תחולת הוראות פקודת הנוזקין על חוק האחריות למוצרים פגומים, תשמ"ז–1980" הפרקליט לו (תשמ"ז) 444–446. השינוי המוצע בחוק אמור לייתר את הצורך בתשובה לשאלה זו.

(1) כאשר אירוע הנזק מאוחר מן ה"אשם"

בכל אותם מקרים שבהם אירוע הנזק מאוחר לאירוע ה"אשם"¹² יחל מירון ההתיישנות בעוולות קבוצה א עם אירוע ה"אשם", ובעוולות קבוצה ב — עם אירוע הנזק¹³. נמצא שמצבו של ניזק שסבל נזק מאוחר, התובע בעוולה מקבוצה א, גרוע ממצבו של ניזק, כאמור, התובע בעוולה מקבוצה ב. פרק-הזמן שבין ה"אשם" לבין הנזק נחשב אצל הראשון כחלק מתקופת ההתיישנות, בעוד שאצל האחרון אין הוא נלקח במניין. במקרה הקיצוני, שבו פרק-הזמן שבין אירוע ה"אשם" לבין אירוע הנזק ארוך מתקופת ההתיישנות, תתיישן תביעתו של התובע הראשון לפני שהחל מירון ההתיישנות אצל התובע האחרון.

(2) כאשר אירוע נזק מוקדם לתום ה"אשם"

כאשר "אשמו" של הנתבע היא מסוג ה"אשם" הנמשך, דהיינו: "אשם" אחד המשתרע לאורך תקופה¹⁴, ייתכן מצב של נזק "מוקדם": נזק מסוים כבר אירע, אך ה"אשם" עודנו נמשך והולך. כאשר, למשל, נחשף עובד לחומר מסוכן, אפשר שהנזק או חלקו יתגבש, יתפתח ויצטבר כבר בשלבים מוקדמים של תקופת החשיפה ("האשם")¹⁵. במצבים אלה יתחיל מניין ההתיישנות בעוולות קבוצה א עם תום ה"אשם", דהיינו: בתום התקופה שלאורכה נמשך ה"אשם", בעוד שבעוולות קבוצה ב ייפתח מירון ההתיישנות לא יאוחר מתום תקופת הגרימה של הנזק¹⁶. תוצאה זו נגזרת מהסיפא לסעיף 89 (1): "היה המעשה או המחל נמשך והולך — היום שבו חדל". על-פי לשונה, הוראה זו ייחודית לעוולות קבוצה א¹⁷. ההבדל בין שתי הקבוצות במצבים אלה הוא בהסדר החל על הנזק "המוקדם", דהיינו: הנזק שנגרם לפני תום ה"אשם"; בעוד שבעוולות קבוצה ב יתחיל מירון ההתיישנות לא יאוחר ממועד גרימת הנזק¹⁸, נדחה מניין ההתיישנות בעוולות קבוצה א למועד תום ה"אשם". במקרה הקיצוני, שבו פרק-הזמן שבין גרימת הנזק לבין תום ה"אשם" ארוך מתקופת ההתיישנות, תתיישן תביעתו של התובע בעוולה מקבוצה ב לפני שהחלה ההתיישנות בתביעתו של התובע בעוולה מקבוצה א. אם במקרה של נזק מאוחר היה מצבו של תובע מקבוצה א נחות בהשוואה למצבו של תובע מקבוצה ב, הרי שכאן, כשהנזק הוא "מוקדם", נהפכת הקערה על פיה, והתובע מקבוצה א זוכה ביתרון.

12 דוגמא טיפוסית למצבים הנ"ל הן המחלות הסמויות. ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 501–502; Septimus (לעיל, הערה 10), 71–72.

13 נזכיר, כי המדובר במקרים שבהם אין תחולה לכלל הגילוי המאוחר, אם משום שאירוע הנזק וגילוי סימולטניים ואם משום שהכלל אינו בר-החלה על-פי המצב המשפטי קיים.

14 להבחנה בין טיפוס ה"אשם" הנמשך ראה להלן, בסעיף ג, 2.

15 מחלת הסיליקוזיס, למשל, מתחילה להתפתח אצל עובדים החשופים לריכוז גבוה של אבק אחרי תקופה של ששה חודשים. ע"א 506/82 זונטג ואח' נ' עובד המנוח מנדלסון דוד ואח', פ"ד מ(3) 113, 115–116; ראה גם גלעד (לעיל, הערה 6), 502.

16 ראה לעיל, הערה 13.

17 ראה דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 722–725.

18 ראה להלן, בסעיף ג, 1 (ד).

(3) השפעת כלל הגילוי המאוחר

כאמור, כלל הגילוי המאוחר¹⁹ משפיע השפעה חשובה על קביעת נקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות. כיצד משפיע אפוא כלל זה על הסדרי ההתיישנות השונים לקבוצות-העוולה השונות? היש בו כדי לצמצם את השוני בין ההסדר החל על קבוצה א לבין זה החל על קבוצה ב? התשובה לשאלה האחרונה תהא חיובית אם יתברר כי הכלל פועל באופן שווה על שתי קבוצות העוולה, דהיינו: שהוא דוחה את נקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות לאותה נקודת-זמן בשתי הקבוצות.

כיצד פועל כלל הגילוי המאוחר על שתי קבוצות העוולה? בדיקת סוגיית ההשעיה בגין גילוי מאוחר מצביעה על קיומם של שני כללי גילוי שונים ששאלת היחס ביניהם טרם הוכרעה²⁰. כלל אחד מצוי בסעיף 89 (2) לפקודה והוא משעה את נקודת-הפתיחה של מירון הזמן למועד הגילוי המאוחר של הנזק. כלל זה חל על עוולות קבוצה ב. הכלל האחר מצוי בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, ועל פיו יושעה המירון עד לגילוי המאוחר של "העובדות המהוות את עילת התובענה". כלל זה רחב יותר מעמיתו, שכן הוא מאחר את נקודת-הפתיחה לא רק למועד גילוי הנזק המאוחר, אלא גם למועד גילוי העובדות היוצרות את ה"אשם". השפעת כלל הגילוי המאוחר על השוני שבין הסדרי ההתיישנות תלויה אפוא ביחס שבין סעיף 8 ובין סעיף 89 (1). מחד גיסא (קבוצה א), וביחס שבין סעיף 8 לסעיף 89 (2), מאידך גיסא (קבוצה ב). שאלת היחס בין סעיף 8 לבין סעיף 89 היא שאלה סבוכה עוד נשוב לדון בהמשך. בהקשר הנוכחי די בבדיקת היבט אחד שלה – מצבי הגילוי המאוחר של הנזק, כזכור, מטרתנו היא לבדוק אם יש בכלל הגילוי כדי לקרב את נקודת-הפתיחה בפועל של הסדרי ההתיישנות השונים.

מה תהא אפוא נקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות בכל אחת מן הקבוצות, במקרים שבהם התגלה הנזק באיחור²¹? כאשר לעוולות קבוצה ב, ברור כי נקודת-הפתיחה תהא מועד גילוי הנזק המאוחר, אך מה באשר לעוולות קבוצה א? כדי להשיב על שאלה זו יש להניח קודם לכך הנחה כלשהי באשר ליחס שבין סעיף 8 ובין סעיף 89 (1) – סוגיא שטרם הוכרעה, כאמור. זיקה אפשרית אחת היא שההסדר בסעיף 89 (1) הוא הסדר ממצה ביחס לעוולות קבוצה א – הסדר הרווחה מפניו את סעיף 8. התוצאה: מכלל הגילוי נשללת דריסת-רגל כלשהי – ה"אשם" ממשיך להוות את נקודת-הפתיחה בפועל. לעומת זאת, אם נניח, שסעיף 89 (1) אינו דוחה מפניו את סעיף 8, אריאז מתעוררת השאלה כיצד יש להבין את המושג "עילת התובענה" שבסעיף 8. קיימות שתי דרכי פרשנות אלטרנטיביות. האחת: "עילת התובענה", משמע: יסודות האחריות כהגדרתם בעוולה הרלבנטית. זוהי פרשנות *in abstracto*²². גם על-פי פרשנות זו (הזיקה השנייה) ה"אשם" ממשיך להוות את נקודת-הפתיחה בפועל, שכן הנזק אינו חלק מעילת התובענה *in abstracto*. דרך הפרשנות האחרת: "עילת התובענה" אינה אלא היסודות שעליהן נשענת התביעה המסוימת. זוהי פרשנות *in concreto* (הזיקה

19 לדיון בכלל הגילוי ראה להלן, בפרק החמישי; וכן גלעד (לעיל, הערה 6), 505–510, 516, 518.

20 לשאלת היחס בין סעיף 89 לפקודה לבין סעיף 8 לחוק ההתיישנות ראה להלן, ה, 6, (א).

21 הניתוח להלן מתייחס לכלל הגילוי הקיים ולא לזה המוצע.

22 תימוכין לכך ניתן למצוא בפרשנות שניתנה בפסיקה למונח "עילת תובענה" בסעיף 89 לפקודה. חלוקת העוולות לשתי קבוצות נובעת הרי מפרשנות *in abstracto* למונח זה.

השלישית). אם זוהי הפרשנות הנכונה, הרי שיש בה כדי להפוך את גילוי המאחר של הנזק לנקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות גם בעוולות קבוצה א²³. השפעת כלל הגילוי על קירוב נקודת-הפתיחה בפועל של קבוצה א לקבוצה ב במצבי הגילוי המאחר של הנזק תלויה אפוא בזיקה שתאומן. על-פי שתי הזיקות הראשונות לא יחול כלל הגילוי על עוולות קבוצה א, וה"אשם" יוסיף לשמש נושא ההתיישנות של תביעה המושתתת על עוולה מקבוצה א. תובע הנשען על עוולה מקבוצה ב ייהנה, לעומתו, מדחייתת של פתיחת המירון ממועד אירוע הנזק למועד גילוי. התוצאה: לא זו בלבד שכלל הגילוי לא מקרב את ההסדרים השונים זה לזה, אלא שיש בו כדי להגדיל את המרחק ביניהם. לעומת זאת, אימוצה של הזיקה השלישית מקרב את ההסדרים וסוגר את הפער בין שתי הקבוצות. עם זאת, יביא אימוץ זיקה זו לתוצאה מוזרה: מתעלמים מן הנזק בעת אירועו, אך מתחשבים בו בעת גילוי המאחר. תוצאה זו נובעת ממתן משמעויות שונות למונח "עילת התובענה": בעוד שעל-פי הזיקה השלישית ניתנה למונח זה משמעות *in concreto* בהקשר לכלל הגילוי שבסעיף 8, הרי שהפסיקה העניקה למונח זה משמעות *in abstracto* בהקשר של סעיף 89. בנקודה זו, בפרשנויות השונות של המונח "עילת התובענה", מצויים – לדעתנו – הן חולשתו של הדין הקיים הן הדרך לתיקונו, כפי שיובהר להלן.

3. הדין הרצוי – התאמת נושא ההתיישנות לעילת התביעה הקונקרטית

טענתנו העקרונית היא, כי בקביעת נושא ההתיישנות ונקודת-המוצא שלה יש לשים את הדגש לא על הגדרתה הפורמלית של העוולה, אלא על טיבה של התביעה הקונקרטית שכלפיה נטענת טענת ההתיישנות. טיב זה נקבע לצורך זה בהתאם לזכות שאותה מבקשים לממש באמצעות התביעה הקונקרטית. מטרות דיני הנזיקין מוגשמות באמצעות הזכויות שהאחריות מקנה. כאשר באים להגביל את הזכויות הנ"ל דרך מוסד ההתיישנות, ראוי וחיוני להתאים את הסדרי ההתיישנות לטיב ולמטרה של הזכות המסוימת שכלפיה נטענת ההתיישנות. המסקנה: הנושא הראוי של ההתיישנות הוא עילת התביעה *in concreto* ולא עילת התביעה *in abstracto*. מסקנה זו מביאה אותנו אל השאלה מהם סוגי הזכויות וכיצד תותאם להן קביעת נושא ההתיישנות. הזכות המרכזית שאותה מעניקים דיני הנזיקין היא זכותו של הנזק לפיצויי השבה בגין נזק²⁴. זהו לב לבם של דיני הנזיקין, כפי שמעיד עליהם שמם. במקרים שבהם התביעה היא לפיצויי השבה בגין נזק, צריך אפוא אירוע הנזק לשמש נושא ההתיישנות²⁵. לעניין זה אין מקום להבחין בין עוולות קבוצה א לבין עוולות קבוצה ב. כאשר גרימת הנזק היא המקור והתכלית של התביעה, אין לייחס כל רלבנטיות לכך שגרימת הנזק אינה תנאי פורמלי לאחריות בעוולות מסוימות. המסקנה ברורה: בתביעה לפיצויי השבה בגין נזק צריך הנזק לשמש נושא ההתיישנות הן בעוולות קבוצה א הן בעוולות קבוצה ב.

23 תימוכין לפרשנות *in concreto* ניתן למצוא בהלכה שראתה בזהות הנתבע עובדה מהווה רכיב של עילת התביעה. זהות הנתבע היא חלק מעילת התביעה *in concreto*. ראה להלן, ליד הערות 248–252.

24 דיני נזיקין (לעיל, הערה 5), 3–8, 571–573.

25 סוגיית אירוע הנזק נדונה בפרק השישי.

מהו נושא ההתיישנות הראוי כאשר הזכות הנטענת איננה לפיצויי השבה, אלא לתרופה אחרת שריני הנזיקין מעניקים כציווי²⁶, כהשבה בעין²⁷, כפיצויים נומינליים²⁸ וכפיצויים לדוגמא²⁹ (להלן: תרופה אחרת)? על-פי הניתוח שלעיל תלוי הדבר במקור התרופה המבוקשת. אם מקור התרופה האחרת הוא בנזק שגרם ה"אשם" – ימשיך הנזק לשמש נושא הראוי. אך מה כאשר מקור התרופה האחרת הוא אך ורק ב"אשמו" של הנזק? האם גם כאן ישמש ה"אשם" נושא הראוי הן במקרים שבהם לא גרם ה"אשם" לנזק הן במקרים שבהם גרם לנזק? התשובה לכך היא שבהקשר זה אין מנוס מלהבחין בין עוולות קבוצה א לבין עוולות קבוצה ב. מאחר שבעוולות קבוצה ב לא צומחת זכות לתרופה כלשהי בהעדר נזק, הרי שלא נוצר כלל נושא להתיישנות קודם לאירוע הנזק. התוצאה: לא ניתן להתאים את נושא ההתיישנות לזכות המתיישנת – בעוולות קבוצה ב ישמש אירוע הנזק נושא ההתיישנות גם כאשר הזכות הנטענת מתבססת על ה"אשם". רק באותם מקרים שבהם אירוע ה"אשם" מאוחר לאירוע הנזק, ניתן לחזור אל ה"אשם" כנושא ההתיישנות, דהיינו: לקבוע את נקודת-המוצא למועד אירוע ה"אשם" ולא למועד אירוע הנזק. לעומת זאת, בעוולות קבוצה א, אין כל קושי ביצירת ההתאמה בין נושא ההתיישנות לבין הזכות המתיישנת – ה"אשם" ישמש נושא ההתיישנות כלאימת שהזכות נושא התביעה נשענת עליו.

מה צריך להיות נושא ההתיישנות כאשר התביעה היא הן לזכות שמקורה בנזק הן לזכות שמקורה ב"אשם"? אין אנו רואים כל מניעה לקבוע נושאים שונים לזכויות שונות. כך, למשל, יש לאפשר לעובד לתבוע פיצויים לדוגמא, בשל "אשם" מתמשך, על-אף שתביעתו לפיצויי השבה התיישנה, בין שעילתו היא בעוולה מקבוצה א ובין שהיא בעוולה מקבוצה ב.

בפתח דברינו אמרנו כי קביעת נושא ההתיישנות משליכה גם על אופן הפעלת כלל הגילוי. לדעתנו, יש להתאים את מושאי הגילוי לנושא ההתיישנות. כך, למשל, כאשר הנזק הוא נושא ההתיישנות, מן הראוי לעכב את מירון ההתיישנות עד לגילוי המאוחר של הנזק, גם כאשר הנזק אינו מיסודות האחריות בעוולה³⁰.

לסיכום הדין הרצוי כפי שהוא מצטייר בעינינו: יש לשאוף להתאמה האפשרית המירבית בין נושא ההתיישנות לבין הזכות שנגדה נטענת ההתיישנות. על רקע זה, נשוב עתה להעריך את הדין הקיים.

4. הערכת הדין הקיים

דומה שאין צורך להרחיב את הדיבור על תולשותיו של הדין הקיים בסוגיית נושא ההתיישנות בנזיקין. קיומם של הסדרי התיישנות שונים לשתי קבוצות העוולה יוצר אפליה בין תביעות הזהות מהותית רק בשל השוני בעוולה המשמשת בסיס לתביעה (תקיפה ורשלנות)³¹. לא זו בלבד שאין הצדקה עניינית לאפליה זו, אלא שגם תוכן

26 דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 544–555. לא נעסוק כאן במשמעות שיש להתיישנות הזכות לציווי.

27 שם, 556–565. סוגיית ההתיישנות במיטלטלין לא תדון, כאמור, ברשימה זו.

28 שם, 575–578.

29 שם, 579–584; ראה גם ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2), 225, 237–240.

30 ראה להלן, בסעיף ה, 3, (א), (3).

31 ראה לעיל, סעיפים ב, 2, (ב), (1) רב, 2, (ב), (2).

האפליה (מי נהנה ממנה) נקבע באופן שרירותי על-פי יחס הזמנים שבין ה"אשם" ובין הנזק במקרה הקונקרטי. עוד ראינו, כי כלל הגילוי אינו מקרב בהכרח את ההסדרים ואפשר שיש בו אף כדי להגדיל את השוני ביניהם.³²

מקור הקשיים שהדין הקיים יוצר הוא בקביעת נושאים שונים להתיישנות – "אשם" לעוולות קבוצה א ונזק לעוולות קבוצה ב. מדוע נקבעו נושאים שונים לקבוצות השונות? מן הפסיקה שיצרה את ההבחנה בין הקבוצות³³ עולה תשובה פורמלית המתבססת על סעיף 6 לחוק ההתיישנות. על-פי סעיף זה יחל מירון ההתיישנות ביום שבו נולדה "עילת התובענה" – מונח המוגדר בסעיף 89 לפקודה. מאחר שבכוונות קבוצה א נולדת "עילת התובענה" עם ה"אשם", וכעוולות קבוצה ב – עם ה"נזק", הרי שפיצול הסדר ההתיישנות הוא לכאורה תוצאה הכרחית של מיון מוקדם ומחייב זה של העוולות לשתי הקטיגוריות. במלים אחרות: הדין הקיים מושתת על זיהוי "עילת התובענה" בהקשר ההתיישנות עם סיווגן של עוולות הפקודה על-פי יסוד הנזק.

האומנם מחייב המיון הכללי של העוולות על-פי דרישת הנזק את פיצולם המקביל של הסדרי ההתיישנות? אנו סבורים שלא. ניתן גם ניתן לקבוע הסדר התיישנות אחיד לכל העוולות בפקודה ומחוצה לה, מבלי לערער את המיון הנתון של העוולות על-פי דרישת הנזק. הדרך לכך קצרה ופשוטה: את המושג "עילת תובענה" בהקשר ההתיישנות יש להבין לא כ"יסודות האחריות בעולה" (עילת תובענה *in abstracto*), אלא כיסודות שעליהן נשענת עילת התביעה המסוימת (עילת תובענה *in concreto*). אילו פורש המונח "עילת תובענה" מלכתחילה באורח זה, היינו מגיעים על-נקלה לדין הרצוי לשיטתנו, דהיינו: לקביעת נושא ההתיישנות לא על-פי הגדרתה הכללית של העולה אלא על-פי הזכות הקונקרטית שאת מימושה התובע מבקש. מתן משמעות *in concreto* למונח "עילת התובענה" אינו כרוך בשום קושי מושגי; מן המפורסמות היא שמונח זה אינו אלא מונח-מסגרת שתוכנו משתנה מהקשר להקשר. כך, למשל, למונח זה יש משמעות שונה בהקשר של פתיחת הליך מאשר בהקשר של "מעשה בית-דין"³⁴. אין כל מניעה פורמלית לאמץ בהקשר ההתיישנות פרשנות *in concreto* של המונח, אם זו מתבקשת משיקולי הדין הרצוי.³⁵

לגופו של עניין נעיר, כי ההבחנה בין עוולות שבהן נזק נדרש שבהן נזק כיסוד אחריות ובין עוולות שבהן יסוד זה אינו נדרש היא הבחנה חיצונית וזרה לדין ההתיישנות. הסיבה להבחנה זו – כפי הנראה – "... אינה מצויה במדיניות משפטית מכוונת ומודעת של המחוקק, אלא בקוי האופי המיוחדים של המשפט המקובל האנגלי..."³⁶, שבו שימשו דיני הנזיקין לא רק לפיצוי אלא גם כלי ליצירת זכויות ולאכיפתן. הוויתור על גרימת נזק כתנאי לאחריות נועד במקורו ליצור לתובע זכויות, בעיקר קנייניות, שלא היו נוצרות לו הנזק היה תנאי לאחריות. אלה הן הזכויות לתרופות האחרות שאותן מנינו קודם. כאשר

32 ראה לעיל, הערה 21.

33 ראה לעיל, הערה 6.

34 ע"א 477/68 הופמן נ' מיכאלי לויטל, פ"ד כג (2) 52, 54–55, והאסמכתאות שם.

35 כאמור (לעיל, הערה 23 והטקסט לידה) ניתנה לסעיף 8 לחוק ההתיישנות פרשנות *in concreto*. מאחר שסעיף 89 הוא שלוחה של חוק ההתיישנות (וזנטג [לעיל, הערה 15], 118–119), ניתן להרחיב פרשנות זו גם עליו.

36 י' אנגלרד, "חצי יובל לפקודת הנזיקין האזרחיים-בעיות ומגמות" משפטים ה (תשל"ד) 564, 572.

הזכות הנתבעת אינה לתרופה אחרת, אלא לפיצוי השבה, בטל ממילא הרציונל לווייתור על דרישת הנזק. סיכומו של דבר: ההבחנה בין קבוצות העוולה אינה רלבנטית לעניין ההתיישנות, ואין כל טעם וצורך ב"קליטתה" שם, אלא עד כמה שהדבר הכרחי³⁷. נוסף עוד ונעיר, כי חולשתו של הדין הקיים אינה רק בפיצול ההסדרים, אלא גם בהעדר קרתיחום ברור ביניהם. ראשית, קיים חוסר-בהירות בשאלה האלמנטרית אילו עוולות משתייכות לקבוצה א ואילו לקבוצה ב. האם צריך שיסוד הנזק יהיה מפורש כדי שעוולה תשתייך לקבוצה ב או שמא די בכך שהוא משתמע³⁸? שנית, התובע יכול לבחור לעצמו את הסדר ההתיישנות הנות לו כל-אימת שעובדות המקרה משתבצות הן בעוולה מקבוצה א הן בעוולה מקבוצה ב. תחום "החפיפה" הרחב בין העוולות הפרטיקולריות לבין עולות המסגרת של הרשלנות³⁹ יוצר כושר תמרון לא-מבוטל בין הקבוצות.

5. הצעה לשינוי

הצעתנו היא לבטל את החלוקה הקיימת כיום בין קבוצה א ובין קבוצה ב ולקבוע, כי בכל העוולות ייקבע נושא ההתיישנות על-פי טיבה של עילת התביעה הקונקרטית. כאשר הזכות הנטענת היא לפיצוי השבה או כאשר מקורה הוא בנזק שנגרם לנתבע, ישמש הנזק כנושא ההתיישנות, הן בעוולות שהנזק הוא יסוד בהן הן בעוולות המכירות באחריות גם ללא נזק. כאשר הזכות נשוא התביעה נשענת לא על הנזק, אלא על ה"אשם", יש לראות ב"אשם" את נושא ההתיישנות בעוולות קבוצה א וכן גם בעוולות קבוצה ב כל-אימת שה"אשם" מאוחר לנזק.

ג. התיישנות ב"עוולות נמשכות"

1. מהי "עוולה נמשכת"?

לאחר שביררנו עקרונית את סוגיית נושא ההתיישנות הראוי, נפנה עתה לבחון סוגיא זו בהקשר המיוחד של העוולות המכונות "עוולות נמשכות"⁴⁰. בשל מורכבותה וחיבתה של "העוולה הנמשכת", ראינו לנכון לנסות ולעמוד על התכונות והמאפיינים של סוג זה של עוולות קודם לדיון בהסדר ההתיישנות היפה להן.

(א) "הימשכות" כפונקציה של חזרה ושל רציפות

מהי "הימשכות"? הימשכות היא אפיון של תופעה על-פי מימד הזמן. תופעה היא "נמשכת" כאשר היא מתרחבת על יותר מאשר יחידת-זמן אחת. מהי יחידת-הזמן שעל-

37 ראה לעיל, ליד הערה 29.

38 דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 721.

39 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פד לט(1) 113, 127-122.

40 מהניתוח בפרק הקודם עולה שיש להבחין בין "עוולה נמשכת" מחד גיסא, לבין "אשם נמשך" או "גרם נזק נמשך" מאידך גיסא נשוא ההימשכות שונה בכל קטיגוריה, וממילא גם עובדת ההימשכות ותנאיה. לדעה אחרת ראה Septimus (לעיל, הערה 10), 72, הערה 4.

פיה נקבע אופיה הנמשך של תופעה? הדבר תלוי בטיב התופעה הנבדקת. כאשר, למשל, נבדקת התופעה של "אשם", תהא יחידת-הזמן הרלבנטית זו הנדרשת להשלמת "אשם" עצמאי. אם התופעה הנבדקת היא עילה קונקרטית – יהווה פרק-זמן הנדרש להשלמת העילה את יחידת-הזמן הרלבנטית. שיעור יחידת-הזמן תלוי אפוא בנושא הבדיקה. עם זאת, בהקשר הרלבנטי של ההתיישנות, קיימת יחידת-זמן מינימלית והיא היום הקלנדרי. מה שאירע באותו יום ייחשב כאירוע חד-פעמי, גם אם חזר האירוע על עצמו בכל שנייה. מאפייניה של תופעה נמשכת הם שניים: חזרה ורציפות. תנאי ראשוני לקיומה של הימשכות על-פני זמן הוא, שבכל יחידת-זמן רלבנטית תחזור התופעה על עצמה. מתי תיחשב תופעה ככזו החוזרת על עצמה? כאשר קיימת זהות מהותית בין תופעה מאוחרת ובין תופעה מוקדמת. אם תופעה ביחידת-זמן אחת שונה באורח מהותי מזו שביחידת-זמן אחרת, הרי שלא מתקיימת תכונת החזרה; אין הימשכות של תופעה אחת, אלא התרחשות של תופעות שונות. מתי תיחשבנה תופעות כזהות מהותית? על כך נעמוד בהמשך.

מאפיין הכרחי אחר של תכונת ההימשכות הוא רציפות החזרה. בהעדר רציפות מאבדת התופעה החוזרת על עצמה את אחידותה והופכת מתופעה נמשכת אחת לשורת תופעות זהות על-פני ציר הזמן. בהמשך נתייחס לשאלת פער הזמנים הנדרש בין תופעות כדי שלא תיקטע הרציפות.

(ב) נושאי ההימשכות – "אשם" וגרימת הנזק

מהן התופעות ששאלת הימשכותן רלבנטית להקשר ההתיישנות? תשובתנו: כל התופעות המרכיבות את עילת התביעה הקונקרטית. כדי שעילה קונקרטית תיחשב כנמשכת, צריכים – לדעתנו – כל מרכיביה לקיים אחר תכונת ההימשכות. מרכיביה של העילה הקונקרטית הם, כזכור, ה"אשם" שהתנהגות זו יוצרת וגרימת הנזק על-ידי ה"אשם". הימשכות מרכיב אחד של עילת התביעה, שאינה מלווה בהימשכות מרכיביה האחר, אינה יוצרת – לדעתנו – עילה נמשכת לצורך התיישנות. עניין זה יובהר בהמשך.

(ג) "אשם" נמשך

"אשם", נזכיר, הוא התנהגותו (מעשה או מחדל) של הנתבע, העונה אחר דרישות העולה שעליה מתבססת התביעה הקונקרטית (למעט גרימת הנזק). "אשם" ייחשב כנמשך כאשר מתקיימות בו תכונות החזרה והרציפות⁴¹. השאלה המרכזית בהקשר זה

41 "ספק גדול הוא אם בכלל ניתן לרכוש על-ידי פרסקריפציה זכות לגרימת מיטרד באמצעות עשן, ריח או רעש, דברים שאינם ניתנים למדידה מדויקת וההטרדה הנגרמת על-ידיהם משתנה תכופות ואף נפסקת מפעם לפעם; ואין רכישה זכות לגרימת מיטרד בלי שתהא ודאות ויציבות בגורם המיטרד הניתן לקביעה ולמדידה מדויקת" (ע"א 302/63 רייס נ' קופף ואח', פ"ד יח(3) 309, 314). הדברים נאמרו בהקשר של רכישה זכות מכוח שימוש רב שנים – נושא המוסדר כיום בדיני זיקת ההנאה שבחוק המקרקעין. ראה ד' קרצ'מר מיטרדים בסדרה דיני הנזיקין העוללות השונות (ירושלים, חש"מ), 139–145.

היא שאלת היחס בין הימשכות ההתנהגות נשוא הה"אשם לבין הימשכות הה"אשם המבוסס על התנהגות זו. האם, ועד כמה, מעידה הימשכות אחת על ההימשכות האחרת?

לדעתנו אפשר ש"אשם" ייחשב כנמשך גם אם ההתנהגות אינה כזו. השאלה אם "אשם" נתון מקיים את תכונות החזרה והרציפות תלויה בהגדרת האחריות בעוולה הרלבנטית, ולא בחזות החיצונית של ההתנהגות. הגדרת האחריות היא שתקבע, למשל, אם קיימת אותה זהות מהותית הנדרשת כתנאי לתכונת החזרה. מחדל לאתר את מקור כאבי-הבטן של חולה אינו דומה להתנהגות של השארת תחבושת בבטנו. שהייה שלא כדין במקרקעי הזולת אינה דומה לכניסה המוקדמת לאותם מקרקעין. עם זאת, אפשר שבשני המקרים הנ"ל ייחשבו ה"אשמים" המאוחרים כחזרה על ה"אשמים" המוקדמים, אם הגדרת האחריות בעוולה הרלבנטית "סובלת" זאת.

עוד נעיר, כי קיומן של התנהגויות עצמאיות אינו מעיד בהכרח על קיומם של "אשמים" עצמאיים. יש לבחון אם ההתנהגויות השונות אכן יוצרות "אשמים" נפרדים או שמא מתמזגות ההתנהגויות לכלל "אשם" אחד שאינו ניתן לחלוקה. הסיטואציה הטיפוסית שבה מתעוררת שאלה זו היא כאשר להתנהגות אקטיבית, היוצרת מקור לנזק מתמשך, מתלווה מחדל מתמשך להפסיק את התרחשות הנזק.⁴² דוגמא למצב שכזה היא הקמת מבנה שיש עמו יצירת מטורד או הסגת גבול כלפי התובע.⁴³ האם מחדל של הנתבע להפסיק את הפגיעה בתובע הוא "אשם" עצמאי, הנפרד מ"אשם" יצירת המטורד, או שמא נבלע המחדל במעשה שקדם לו?⁴⁴ דוגמא אחרת: האם הכנסת עצם זר לגופו של חולה, המלווה במחדל לאתר את מקור כאביו המאוחרים, הם "אשם" אחד או שמא

42 יכולתו של הנתבע להפסיק את התרחשות הנזק היא, כמובן, תנאי הכרחי לאפיון התנהגותו כ"מחדל". ללא יכולת זו לא מתקיים התנאי הבסיסי של "אשם" נמשך, ראה דיני הנוזקין (לעיל, הערה 5), 724, הערה 7.

43 C.T. McCormick, "Damages for Anticipated Injury to Land" 37 *Harv. L. Rev.* 574 (1923-1924) Developments; (לעיל, הערה 10), 1207-1205, *Prosser*; (לעיל, הערה 10), 84-83.

44 השאלה הועלתה לא רק בהקשר של התיישנות (האם יתחיל המירון עם המעשה הראשוני או עם המחדל שבעקבותיו), אלא גם בהקשר היכולת לפצל את ההתדיינות; האם התובע חייב לחבוע בהווה גם על נזקים שיגרמו מחדלו בעתיד, שאם לא כן יושקע בעתיד ("אשם" אחד), או שמא נתונה לו גם בעתיד הזכות לתבוע בגין נזקים עתידיים (ריכוז "אשמים"). ראה בריסטייטמנט (לעיל, הערה 3), סעיף 930, עמ' 548-551. על-אף זהות השאלה בשני ההקשרים (האם ניתן לפצל את ה"אשם") מדובר למעשה בשתי שאלות שונות. זאת משום שהשיקולים הרלבנטיים משתנים מהקשר להקשר. בהקשר של תביעות עוקבות השיקול הרלבנטי הוא מניעת הטרדה של הנתבע ושל בית-המשפט כאשר היה ניתן לסיים את ההתדיינות בתביעה אחת. בהקשר ההתיישנות, השיקול הרלבנטי הוא האיחור בהפעלת כוח התביעה. השוני בשיקולים הרלבנטיים אפשר שיביא לחשבות שונות לאותה השאלה. כך, לדוגמא, אין סתירה בין הקביעה כי לצורך תביעות עוקבות מדובר ב"אשם" אחד, בעוד שלצורך ההתיישנות מדובר בריכוז "אשמים". משתבע התובע, היה עליו לרכז את כל סעדיו באותה תביעה, לרבות הסעדים בגין מחדל בעתיד. אם לא תבע, אין מניעה לראות במחדל עתידי "אשם" בעומד בפני עצמו. נשוב לדון בקשרי-הגומלין שבין תביעות עוקבות ובין תביעה מאוחרת להלן, בסעיף ד, 6.

ניתן לראות במחדל המאוחר "אשם" העומד בפני עצמו⁴⁵? השאלה מתעוררת בסיטואציות נוספות⁴⁶ ולא רק בנוזקין⁴⁷. הניתוח לעיל מעיד בבירור על המידה הגדושה של שיקול-הדעת הכרוכה בהחלטה בשאלת הימשכותו של "אשם" מסוים. הן ההכרעה בשאלת החזרה והן ההכרעה בשאלת הרציפות נעשות בתוך תחום רחב של שיקול-דעת. טול, לדוגמא, את עניין הרציפות. מהי הרציפות הנדרשת? האם יש צורך ברציפות על בסיס יומי? ואם לא, מה פרק-הזמן המירבי היכול לחצוץ בין יחידת-"אשם" אחת ובין הבאה אחריה מבלי לגרוע מאופיה המתמשך⁴⁸?

(ד) גרימה נמשכת של נזק

נעיר תחילה, כי הניתוח לעיל יפה לכל התביעות שהנזק הוא עילתן הקונקרטית. אין להבחין לעניין זה בין עוולות מקבוצה א לבין עוולות מקבוצה ב. תוצאה זו נובעת מן הגישה הקונקרטית שאומצה בפרק הקודם.

כדי שיחידת-"אשם" תהפוך ליחידת אחריות לנזק, צריך ה"אשם" לגרום, על-פי מבחני הסיבתיות הרלבנטיים, לנזק הנדרש באותה עוולה. הימשכותה של עילת תביעה תלויה אפוא בקיומה של גרימה נמשכת. טיבה של הגרימה הוא זה שיקבע את אורך יחידת-הזמן הרלבנטית ליחידת אחריות ואת תכונות החזרה והרציפות של עילת התביעה. הזיקה בין עילת התביעה ובין ה"אשם" דומה מבחינה זו לזיקה בין ה"אשם" ובין ההתנהגות. כך, למשל, כאשר כמה יחידות: "אשם" גורמות ליחידת-נזק אחת, ה"אשם" הוא אמנם נמשך, אך העילה היא אחת. כמובן אין זהות הכרחית בין משך יחידת-ה"אשם" ובין משך יחידת-האחריות לנזק.

נדגים את הטיעון דלעיל: עובד נחשף במקום עבודתו לחומרים מסוכנים ללא אזהרה או אמצעי-מיגון. "אשמו" של המעביד הוא "אשם" המתמשך לאורך עשר שנות עבודתו

45 ע"א (ת"א) 517/82 ריינר נ' פרידלנדר ואח', פ"מ תשמ"ג (ב) 475, 480-479 Septimus (לעיל, הערה 10), 71, הערה 1.

46 האם המחל להחזיר נכס שנלקח מבעליו יוצר אשם נפרד או שמא נבלע מחדל זה באקט הראשוני של עיכוב הנכס? ראה דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 724, הערה 7. בעניין Leonhard v. United States 633 F. 2d 599 (1980) הוסתר ילדיו של התובע על-ידי רשויות המדינה כדי להגן עליהם מפני נקמת הפשע המאורגן. ממתי נמדדת התיישנות עילת התובע נגד המדינה? האם מאקט ההסתרה הראשוני, שאז "Subsequent acts in furtherance and concealment should not give rise to new or renewed causes of action" (עמ' 614) או שמא מתום המחל מלגלות לו את מקום הימצאות ילדיו (last overt act)? בית-המשפט מצא, כי בעובדות המקרה התיישנה התביעה בשתי האפשרויות (עמ' 612-615).

47 בע"א 109/63 "שמשון" בע"מ נ' איון, פ"ד יז 2019, לא היתה אחידות-דעים בשאלה אם הזכות לקבלת שכר ראוי בשל עבודה שנעשתה בשלבים התגבשה בכל שלב ושלב או שמא בתום העבודה כולה. האם מחדלו החזור של המעסיק לשלם שכר ראוי יצר רצף של הפרות (ריבוי "אשמים") או שמא רק הפרה ("אשם") אחת?

48 בע"א 35/71 חברת ישראל אוסטרליה בע"מ ואח' נ' מושב בני דרור בע"מ, פ"ד כז (1) 225, תפשה הנתבעת מקרקעין שלא כדין ונטלה את פירותיהם. בית-המשפט קבע, כי אופיה המתמשך של העילה תלוי בסיווג האירוע. אם האירוע יסווג כ"גזל", הרי שהעוולה אינה נמשכת כיוון שהגזל אירע במועדים שונים. לעומת זאת, אם יסווג האירוע כ"הסגת גבול", יש לדאוג בו עילה מתחדשת בשל רציפותו (בעמ' 228).

של העובד — "אשם" החוזר על עצמו מדי יום. בשנה השנייה מתפתחת אצל העובד עקב החשיפה מחלה תעשייתית כלשהי. המחלה הולכת ומחמירה בשמונה השנים הבאות שבהן עבד. האם המשך החשיפה מן השנה השלישית ואילך הוא עילה נמשכת? תלוי בנוזק. אם החמרת המחלה אינה קשורה סיבתית להמשך החשיפה, אלא זוהי התפתחות "פנימית" שלה, הרי שלצד ה"אשם" המתמשך לא קיימת עילה נמשכת — העילה התגבשה בשנה השנייה ומאז לא נוצרה עוד. לעומת זאת, אם המשך החשיפה תרם תרומה סיבתית להחמרת הנוזק, כך שקיימות יחידות-נוזק שנגרמו על-ידי החשיפה המאוחרת, יהיה מספר העילות כמספר יחידות-הנוזק הקיימות. אם, למשל, יתברר כי חשיפה שבוועית גרמה ליחידת-הנוזק, הרי שמספר העוולות יהיה שביעית ממספר ה"אשמים" לאותה התקופה.

כמו ההכרעה בשאלת הימשכות ה"אשם", גם ההכרעה בשאלת הימשכות הגרימה כרוכה במידה לא-מבוטלת של שיקול-דעת — שיקול-דעת המאפיין בדרך-כלל את סוגיית הגרימה.

משעמדנו על טיבה ומרכיביה של העילה הנמשכת, נפנה עתה לבחון את אופן קביעת מועד היווצרותו של נושא ההתיישנות — את זמנה של נקודת-המוצא בעילה מיוחדת זו.

2. סוגי "העוולה הנמשכת" — התחדשות, התארכות ודחיסה

נניח עתה, כי כל מרכיבי עילת התביעה עונים אחר תנאי החזרה והרציפות הנדרשים. כיצד ישפיע הדבר על קביעת המועד של נקודת-המוצא למירון ההתיישנות? כיצד ישפיע הדבר על היקף הזכות המתיישנת? מסתבר שהתשובה אינה נתונה מראש, אלא מצריכה הכרעה נורמטיבית נוספת. הצורך בהכרעה נוספת נובע מתכונת ההתפצלות שבה נתונה העילה הנמשכת. העילה הנמשכת — על-פי הגדרתה — היא אוסף של עילות "קטנות" החוזרות על עצמן ברציפות. העילות "הקטנות" הן אמנם זהות, אך יחד עם זאת גם עצמאיות. עצמאות העילות "הקטנות" היא היוצרת את פוטנציאל ההתפצלות. דהיינו: את היכולת לפצל את העילה הנמשכת למספר עילות תביעה כמספר העילות "הקטנות" המרכיבות אותה. את העילה הנמשכת ניתן אפוא לראות משתי זוויות-ראייה שונות. מזווית-ראייה אחת תצטייר העילה הנמשכת כעילה אחת, המשתרעת על-פני תקופה ארוכה. מנקודת-מבט זו העילה היא עילה מתארכת. מזווית-הראייה האחרת תצטייר העילה הנמשכת כאוסף של עילות עצמאיות. מכאן נראית העילה הנמשכת כעילה מתחדשת. הצורך בהכרעה נורמטיבית נוספת הוא אפוא הצורך להכריע בין ראיית העילה הנמשכת כעילה מתארכת לבין ראייתה כמתחדשת⁴⁹. סיווגה של עילה כעילה מתארכת מצמיח שאלה נוספת הטעונה הכרעה — שאלת זמן העילה. האם זמן העילה היא כל תקופת ההתרחשויות נשוא התביעה או שמא קיימת נקודת-זמן מסוימת בתוך התקופה, שלתוכה "דוחסים" את כל ההתרחשויות נשוא

49 הניתוח שלעיל עומד בניגוד לדעה "שאין לדבר ב'עוולה נמשכת' אלא בלשון העם" וכי נכון לדבר על העוולה מתחדשת (דיני הנוזקין, 723–724, הערה 6). הסוגים מתקיימים זה לצד זה, וההכרעה ביניהם — כפי שיובהר להלן — היא הכרעה נורמטיבית.

התביעה ושאותה רואים כזמן העילה⁵⁰? נקודת-הזמן אפשר שתהיה בתחילת התקופה, בסוף התקופה או במועד כלשהו בתוך התקופה⁵¹.

3. התחדשות, התארכות ודחיסה – האלטרנטיבות ומשמעותן

מתי מתעורר הצורך להכריע, בשלב ראשון, בין התחדשות לבין התארכות, ולקבוע, בשלב השני, את נקודת-הדחיסה (אם נבחרה אופציית ההתארכות?) צורך זה מתעורר בעיקר במצבים שבהם ההתיישנות חוצה את תקופת ה"נזק" או את תקופת ה"אשם", לפי העניין. במצבים אלה עברה תקופת ההתיישנות על חלק אחד של הנזק או ה"אשם", אך טרם חלפה על חלקו האחר. הבחירה בין התחדשות לבין התארכות, ואופן הדחיסה, הם שיקבעו אם ועד כמה ייחסם התובע על-ידי טענת ההתיישנות.

מהן נפקויות סיווגה של עילה כמתארכת? עולה מתארכת משמע עילה המורכבת מ"אשם" אחד שגרם לנזק אחד. מאחר שה"אשם" או ה"נזק" נחצים על-ידי תקופת ההתיישנות, יש לעבור לשלב השני ולקבוע את זמן ה"אשם" או ה"נזק". אם נקודת-הזמן היא מחוץ לתחום ההתיישנות, כמו נקודת-ההתחלה, תתיישן העילה כולה. אם נקודת-הזמן היא בתוך תחום ההתיישנות, תידחה טענת ההתיישנות לחלוטין. סיווגה של העולה כמתארכת במצבים הנ"ל מוביל אפוא לפתרון קצוות של "הכול או לא כלום".

כאשר עילה מסווגת כמתחדשת, מתקבלת תוצאה שונה. מאחר שיחידות ה"אשם" או יחידות האחריות לנזק נחשבות ליחידות עצמאיות, הרי שיש להפריד ביניהן; יחידות שמחוץ לתחום ההתיישנות תתיישנה, בעוד שיחידות בתוך תחום ההתיישנות לא תתיישנה. זהו פתרון של "פשרה" מעצם טבעו.

כיצד תשפיענה ההכרעות האלטרנטיביות השונות על התובע, מחד גיסא, ועל הנתבע, מאידך גיסא? העדפות כל צד בין התארכות ובין ההתחדשות תלויות בכיוון הדחיסה: אם תידחס העילה לנקודת-זמן בתוך תקופת ההתיישנות, יעדיף התובע את ההתארכות – זו שוללת לחלוטין את טענת ההתיישנות בעוד שההתחדשות שוללת אותה רק לגבי אותן יחידות-האחריות המצויות בתוך התקופה. לעומת זאת, אם תידחס העילה לנקודת-זמן מחוץ לתקופת ההתיישנות, אוראו יעדיף התובע את ההתחדשות המצילה לפחות חלק מעילתו מפני התיישנות. נניח, לשם המחשה, כי במצב משפטי נתון נטיית הדין היא, מחד גיסא, לדחוס את ה"אשם" קדימה, אל תום תקופת הסגת הגבול, ומאידך גיסא – לדחוס את הנזק אחורה, אל הנזק הראשוני שהסגת-הגבול גרמה⁵². במצב זה יעדיף התובע כלל התארכות כאשר ה"אשם" הוא נושא ההתיישנות, וכלל התחדשות – כאשר הנזק הוא נושא ההתיישנות.

מהו, אם כך, הסדר ההתיישנות הראוי ל"עולה נמשכת" בהינתן האלטרנטיבות שלעיל ונפקויותיהן?

50 מונח ה"הידחסות" לקוח מדיני הניזקין. 723.

51 קביעת זמן העילה נדרשת לא רק בעילות שהוכרו כמתארכות, אלא גם בעילות מתחדשות שיחידות-הזמן שלהן ארוכות.

52 זוהי, בהכללה, מצב הדין אצלנו, ראה להלן, בסעיף ג, 5.

4. הצגת השאלות – תוכן ההסדר ושיטת ההסדר

ניתוח סוגיית "העוולה הנמשכת" הראה כי בפני מקבל ההחלטה, שופט או מחוקק, ניצבות שאלות רבות המחייבות הכרעה. כך, למשל, אפשר שמקרה "דגיל" יחייב את שרשרת ההחלטות הבאות:

- (א) האם יחידות ההתנהגות עוקבות יוצרות "אשמים" נפרדים?
- (ב) האם קיים שוויון מהותי בין ה"אשמים" הנ"ל? (חזרה).
- (ג) האם סמוכים ה"אשמים" זה לזה? (רציפות).
- (ד) הקיים קשר סיבתי בין ה"אשמים" העצמאיים לבין יחידות-נזק?
- (ה) התסווג העילה כמתארכת או כמתחדשת?
- (ו) אם סווגה כמתארכת – מהו מועד הדחיסה של הנזק או של ה"אשם"⁵³?

בעיצוב הסדר ההתיישנות הראוי לסוג מיוחד זה של עילות, חשוב אפוא לא רק ליתן את הדעת לכל השאלות הרלבנטיות, אלא גם להקפיד על סדר בדיקה נכון ועל הרמוניה פנימית בין התשובות לשאלות השונות (הרמוניה שאינה נשמרת תמיד, כפי שניווכח להלן). הוסף לכך את רוחבו של תחום שיקול-הדעת הכרוך בהכרעה בשאלות השונות, והרי לפניך סוגיא מורכבת ורב-תפנים, המציבה אתגר של ממש בפני כל המבקש להסדירה מראש באורח כולל וממצה.

לשאלה מה צריכה להיות ההכרעה הנורמטיבית בכל שאלה ושאלה יש להקדים אפוא שאלה פרלימינריות: מי צריך להכריע – השופט או המחוקק? ברור בעליל, כי המחוקק לא יוכל להכריע מראש בכל הבעיות העלולות להתעורר בשלבי ההכרעה השונים. השאלה מצטמצמת אפוא להיקף שיקול-הדעת היפה לרשות השיפוטית. את דעתנו בשתי הסוגיות, מיהות המכריע וטוב ההכרעה, נביא להלן. קודם-לכן מן הראוי לסקור בקצרה את הדין הקיים בסוגיית ההתיישנות ב"עוולות הנמשכות".

5. התיישנות ב"עוולות נמשכות" – הדין הקיים

בסיפא לסעיף 89 (1), שאותה ייחדה, כזכור, הפסיקה לעוולות קבוצה א, קבע המחוקק את ההוראה הבאה לגבי תחילת המידוך: "היה המעשה או המחזל נמשך והולך – היום שבו חדל". על-פני הדברים הוראה זו קובעת כי בעוולות קבוצה א יש, ראשית, לבחור באלטרנטיבה של התארכות ה"אשם", להבדיל מהתחדשותו, ושנית, לקבוע את

53 הבחירה בין סיווג עילה כמתארכת או כמתחדשת ובין מועדי העילה השונים אינה ייחודית לסוגיית ההתיישנות. הקשר אחר שבו התעוררה השאלה הוא סוגיית התביעות העוקבות. האם תובע ראוי לייחד תביעה רק לחלק מנזקי העבר שגרמה עילה נמשכת? לתשובה שלילית לשאלה זו בהקשר לעולות הסגת הגבול ראה הופמן (לעיל, הערה 34), 56: "אמנם... נולדו למערערים עילות תביעה לתשלום דמי נזק מיום ליום, אבל כאשר אנו משקיפים על עילות אלה אחורנית, הופכת התקופה כולה לתקופה נמשכת ועילות התביעה, שהיו נפרדות בהיולדן, התמזגו בדעכד לעילה אחת כוללת...". נזכיר כי אין מניעה עקרונית לכך שעילה תסווג כמתחדשת בהקשר אחד וכמתארכת בהקשר אחר או שייקבעו לה מועדים שונים בכל הקשר, אם הדבר מתבקש משוני בשיקולי המדיניות היפים לכל הקשר, ראה לעיל, הערה 44.

זמן העילה (מועד הדחיסה) ליום האחרון של ה"אשם"⁵⁴. הסדר ממין זה נוח לתובע; טענת ההתיישנות תידחה לגבי האשם כולו, כל-אימת שחלק כלשהו של ה"אשם" מצוי בתוך תקופת ההתיישנות⁵⁵.

האם שוללת ההוראה מבית-המשפט את שיקול-הדעת לסווג "אשם" כ"אשם" מתחדש במקום אשם מתארך? תוצאה זו אינה הכרחית. ניתן לפרש את ההוראה כקובעת שאם ה"אשם" הוא מתארך, יחל מירון ההתיישנות ביום שחדל ה"אשם". פרשנות זו מצמצמת את משמעות ההוראה הנ"ל לקביעת זמן ה"אשם" ומותירה בידי בית-המשפט את ההחלטה הפרלימנרית באשר לסיווגו של זה כמתארך או כמתחדש. ואכן, בית-המשפט הכיר בעוולת הסגת-הגבול⁵⁶, השייכת לקבוצת א, כעוולה מתחדשת⁵⁷. גם במשפט המקובל נמצא סיווג של עוולות קבוצה א כמתחדשות⁵⁸.

בסעיף 89 (2) לפקודה, המוגבל על-פי ההלכה לעוולות קבוצה ב, אין הוראה כלשהי ביחס ל"עוולה הנמשכת"⁵⁹. הפסיקה סווגה כמה מקרים של רשלנות נמשכת כעילה מתחדשת⁶⁰. הניתן עקרונית לסווג גם עוולות מקבוצה ב כעוולות מתארכות? האם העדר הוראה מקבילה לסיפא של 89 (1) מלמד על הסדר שלילי? על-אף שמן הספרות⁶¹ והפסיקה⁶² משתמע שלא תיתכן "התארכות" בעוולות קבוצה ב, אין אנו סבורים שתוצאה זו הכרחית. כאמור לעיל, ניתן לפרש את הסיפא של 89 (1) כמגבילה לקביעת זמן ה"אשם", ולא כמחייבת את סיווגו כנמשך. על-פי פרשנות זו, סעיף 89 (1) אינו עוסק כלל בסיווג עוולות למתחדשות או למתארכות, וממילא לא ניתן להסיק ממנו הסדר שלילי לגבי 89 (2). בשתי הקבוצות מסור סיווגן של עילות התביעה לשיקול-דעתו של בית-המשפט.

על-אף שמלשון החוק אין משתמעת בהכרח הגבלה עקרונית על סיווג עוולות קבוצה ב כעוולות נמשכות, קיימת בפועל רתיעה מסיווג שכזה מחשש לפגיעה בתובע. מדוע?

54 ראה דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 722–725 סעיף (a) (1) 17 ל-Prescription and Limitation Act 1973 (Scotland) קובע, כי ההתיישנות בעוולות נמשכות תחל מיום הנזק או מיום תום ה"אשם", לפי המאוחר מבין השניים. הוראה זו אינה מבחינה בין עוולות קבוצה א עוולות קבוצה ב. ה-Scottish Law Commission, בתזכיר מס' 45 מ'17 באפריל 1980, שבה ובחנה הוראה זו והציעה להשאיר אותה על כנה. לא מצאנו בחוק ההתיישנות האנגלי הוראה מפורשת בעניין העוולות הנמשכות.

55 החוק הסקוטי מ'1973 (לעיל, הערה 54) מחיל, כאמור, הסדר זה על כל העוולות.

56 בני דרור (לעיל, הערה 48), 228: ע"א (חי') 38/79 טכניון נ' לוי, פ"מ חש"מ (ב) 185, 189–192.

57 מצאנו נטייה מקבילה גם במשפט הפלילי. בע"פ 18/74 חברת "נינו" נ' בסן, פ"ד כח (2) 834, עבר הנאשם עבירה של ייחוד כזוב. בית-המשפט המחוזי סיווג את העבירה כמתארכת ודחם אותה אל תחילת התקופה. התוצאה היתה שהעבירה התיישנה. בערעור שונה הסיווג לעבירה מתחדשת, והנאשם הורשע בגין התקופה שטרם התיישנה. בעש"מ 7/80 בן שמעון נ' נציב שירות המדינה, פד לה (2) 622, 632, נדחתה טענה שיש לדחוס את עבירת המשמעת אל תחילת התקופה, והעבירה סווגה כמתחדשת.

58 Franks (לעיל, הערה *3), 191 Clark & Lindsell; (לעיל, הערה 10), 332.

59 בוכריס (לעיל, הערה 6), 557, מול האות א: דיני הנזיקין, 724.

60 קלינמן (לעיל, הערה 6), 933–935, ובעקבותיו זמיר (לעיל, הערה 7), 127: ת"א (חי') 1359/75 הורוביץ נ' חברת חשמל לישראל בע"מ, פ"מ תשלח (1) 86, 91; ריינר (לעיל, הערה 45), 479–480. ראה גם דיני נזיקין, 724–725, וגלעד (לעיל, הערה 6), 504.

61 דיני הנזיקין, 724. המחבר מבקר תוצאה זו.

62 זמיר (לעיל, הערה 7), 127.

סיווג עוולה מקבוצה ב כעוולה נמשכת מחייב לראות את הנוזק שנגרם על-ידיה כנוזק אחד ומתמשך, ולא כשרשרת נזקים עצמאיים. לאן "יידחס" נזק זה לצורך ההתיישנות? להבדיל מן ה"אשם", שלגביו "דחיסה" קדימה היא טבעית ואפילו מתבקשת, קיים קושי בדחיסה קדימה של הנוזק⁶³. הדחיסה הטבעית של הנוזק – ועל כך נרחיב את הדיבור בהמשך – היא דווקא אחורה, לנקודת ההתחלה. האחדה ודחיסה לאחור של יחידות נזק עצמאיות תביא לפגיעה בלתי-הוגנת בתובע – חסימת התביעה גם לגבי יחידות נזק שאירעו בתוך תקופת ההתיישנות⁶⁴. לא יפלא אפוא שרווחת המגמה לסווג את עוולות קבוצה ב כמתחדשות. יתירה מזאת; בתי-המשפט מצאו דרך לשלב את סיווג העוולה כמתחדשת עם דחיסה קדימה של הנוזק. תוצאה "מוזרה" זו⁶⁵ הושגה באמצעות דיני הראיות: נקבע, כי אם לא יצליח הנתבע להראות איזה חלק מן הנוזק התיישן ואיזה לא, הרי שיש לראותו כמי שנכשל בהוכחתה של טענת ההתיישנות. התובע יזכה לסעד על כל יחידות הנוזק שנגרם לו⁶⁶. תוצאה זו שקולה למעשה לדחיסה קדימה של הנוזק. סיכומו של דבר: החוק הקיים קובע הסדר של "דחיסה לפני" לגבי עוולות מקבוצה א שסווגו כמתארכות⁶⁷. כל יתר העניינים הטעונים הכרעה נותרו בחוק ללא מענה ברור.

6. התיישנות ב"עוולות נמשכות" – השינוי המוצע בדין

נשוב עתה אל השאלה שהצגנו לפני סקירת הדין הקיים: נוכח ריבוי ההכרעות הנדרש בכל שלבי הטיפול ב"עוולה הנמשכת", מה צריכה להיות חלוקת העבודה בין המחוקק ובין השופט? אילו הכרעות ראוי למסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט, ואלו הכרעות מוטב לעשות מראש וברור החקיקה?

שקלנו בדבר והגענו למסקנה, כי מוטב שהמחוקק ימשוך כליל את ידיו מסוגיית "העוולה הנמשכת" ולא יעסוק כלל בהסדרתה. בהתאם לכך, הצעתנו היא לבטל את הסיפא לסעיף 89 (1). המשמעות המעשית של "אי-הסדר" המוצע הוא מתן שיקול-דעת נרחב לבית-המשפט, בסיטואציות של "עוולות נמשכות", להקדים את מועד תחילת המירוץ ולאחריו, הן על-ידי "כיווץ" או "מתחה" של "אשם" או נזק על-פני ציר הזמן הן באמצעות ההכרעה המוקדמת באשר לעצם קיומה של "עוולה נמשכת". מאחורי המלצתנו זו לא ניצבים הסכמה לדרך טיפולם של בתי-המשפט בסוגיית עד כה ושביעות-רצון ממנה. נהפוך הוא: בסעיף הבא נראה, כי לא תמיד ניצלו בתי-המשפט

63 מצבים של דחיסת הנוזק קדימה הם בדרך-כלל מצבים אנומליים. ראה להלן, בסעיף ג, 6 (ד).

64 הדחיסה לאחור תיעשה לא עד יחידת-הנוזק העצמאית המוקדמת ביותר, אלא עד אותה יחידת נזק הגדולה מספיק כדי לפתוח את מירוץ ההתיישנות. ראה להלן, סעיף ו', 2, (ב), והדיון בפסק-דין קלינמן, בהערה 288.

65 התוצאה היא "מוזרה" במונח ש"דחיסה" מאפיינת בדרך-כלל עוולות מתארכות. ההתארכות היא שיוצרת את הצורך בקביעת נקודת-זמן כלשהי להתיישנות.

66 ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 504, הערה 25; גם באנגליה פסקו כי נטל הוכחת ההתיישנות רובץ על הנתבע. ראה Todd (לעיל, הערה 10), 16; 1 [1985] Congregational Union v. Harris & Harris, 343 (Q.B.), 1 All. E.R. 335. לאחרונה, בערעור על ההחלטה הנ"ל (15 [1988] 1 All. E.R.), החליט בית-המשפט לערעורים כי התובע דווקא הוא הנושא בנטל להראות כי תביעתו לא התיישנה (בעמ' 30, 34).

67 החוק מתייחס אפוא רק לחוליה האחרונה, החמישית, בשרשרת ההחלטות שהצגנו בסעיף הקודם.

כראוי את שיקול-הדעת שהוקנה להם. יתירה מזאת: אנו ערים לכך, כי שיקול-דעת רחב בהקשר זה עלול לכרסם בהסדרים שיוצעו בפרקים הבאים. אך עם כל זאת סבורים אנו, כי שכרו של כל ניסיון להסדר חקיקתי של הסוגיא יצא בהפסדו. הטעמים שבבסיס סברה זו הם שניים: הגמישות הרבה הנדרשת בהקשר זה וקוצר-ידו של המחוקק לעצב את ההסבר הגמיש הנדרש.

ייעודו המרכזי של מוסד ההתיישנות, כאמור, הוא להשיג איזון ראוי בין זכותו המהותית של התובע לסעד לבין פגיעה באינטרסים לגיטימיים של הנחבע ושל צדדים שלישיים, הנגרמת על-ידי עיכוב משמעותי במימוש הזכות⁶⁸. השגת האיזון הראוי מחייבת מידה מסוימת של גמישות בהסדר ההתיישנות. גמישות משמעה אפשרות להגיע לתוצאות שונות בנסיבות שונות כדי להשיג את האיזון הראוי למקרה המסוים. גמישות זו אינה נטולת-מחיר. לחוסר-הוודאות הכרוך בה השפעות שליליות על היכולת להשיג איזון הראוי⁶⁹. בכל מגזר ומגזר של הסדר ההתיישנות יש אפוא לשאוף לרמת הגמישות האופטימלית. ואכן, לצד התנגדות עקרונית להגמשה טוטלית, הצענו ונציע להלן הגמשה של הסדרים קיימים⁷⁰. מהי הגמישות האופטימלית בהקשר "העולה הנמשכת"? נוכחנו לדעת, כי הסדר סוגיא זו מצריך מידה רבה של גמישות. האם ניתן להשיג גמישות זו בדרך החקיקה? ברי לנו שהדבר אינו אפשרי. הטעם המרכזי לכך הוא, שהזיקה ההדוקה בין השאלות השונות והצורך בהרמוניה בין התשובות השונות מחייבים הסדר חקיקתי שלם — הסדר החובק את כל השאלות הרלבנטיות. הסדר חלקי יהא בהכרח שרירותי, מה גם שקל יהא לעוקפו ולרוקנו מתוכן דרך השאלות שלא הוסדרו. הערכתנו היא כי הסדר שלם של סוגיא זו בדרך החקיקה אינו מעשי. הסדר המכריע באורח שיטתי, עקיב והרמוני בכל השאלות הטעונות הכרעה (תנאי ההימשכות, סיווג העילה ומועד) והקובע שורה ארוכה של הסדרים אלטרנטיביים למגוון הסיטואציות האפשריות, הוא — לדעתנו — למעלה מכוחות המחוקק⁷¹.

להלן נבקש להוכיח טענה זו באמצעות בדיקת ההסדר החלקי הקיים בסיפא לסעיף 89(1). להוראה זו אח ורע בחוק הסקוטי⁷² והיא משקפת נקודת-מוצא מוכרת גם במשפט המקובל. זהו ה"last wrongful act"⁷³, שזכה בשנים האחרונות⁷⁴ לעדנה מחודשת בדמות ה"last exposure rule"⁷⁵. נניח, לצורך הפשטות, כי רחיסה לפנים של "אשם" נמשך היא אכן ההסדר העקרוני הראוי, דהיינו שבעילה נמשכת מקבוצה א נכון לקבוע את תום תקופת ה"אשם" כנקודת המוצא של פתיחת מרוץ ההתיישנות. שאלתנו

68. לסקירת שיקולי המדיניות ראה להלן, בסעיף א, 3.
69. לדיון מפורט בהשפעותיו השליליות של חוסר-הוודאות ראה להלן, בסעיף ז, 3, ובסעיף ט, 4, (ב).
70. הצענו הגמשה בקביעת נושא ההתיישנות (בפרק שני) ונציע הגמשה בהסדרי "פיצול ה'אשם'" (פרק רביעי), כ"כלל הגילוי" (פרק חמישי) ובסוגיית "אירוע הנזק" (בפרק השישי). נתגדר ל"שיקול-דעת כללי" בפרק השביעי.
71. ראה Law Reform Committee, 20th Report, 1974, cmd. 5630 (להלן: "דו"ח מס' 20"), 12.
72. להלן, הערות 54 ו-55.
73. Leonhard (לעיל, הערה 46), 613.
74. עם התפרצות גל התביעות הגדול בקשר למחלות הסמויות. ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 500.
75. מירון ההתיישנות נגד מי שנחשף לחומר רעיל מתחיל ביום החשיפה האחרון — ראה Steinhardt v. Johns — Manville Corp. 430 N.E. 2d. 1297 (1981); Everhart v. Rich's, Inc. 194 S.E. 2d 425 (1972), 428.

תהא האם ניתן להסתפק בהוראה זו, או שמא יש לסייגה ולהגמישה באופן שיאפשר סטיה מן הכלל במקרים מסוימים על-ידי קביעת זמן אחר לעוולה (כתחילת התקופה (first invasion)⁷⁶) או מועד כלשהו בתוך התקופה).⁷⁷ נביא להלן שני מצבים בהם רצויה לדעתנו סטיה מכלל "תום האשם".

המצב הראשון הוא, כאשר טענת התיישנות בנוזיקין מצטלבת עם טענת התיישנות קניינית. נניח כי תביעה קניינית לסילוק יד התיישנה וכי פרק-הזמן שחלף מאז התיישנות זו קצר מתקופת ההתיישנות בנוזיקין. הפעלת הכלל שבסעיף 89 (1) סיפא תוביל לתוצאה שלפיה התובע זכאי לשכר ראוי עבור כל משך ההחזקה שעד להתיישנות הקניינית. די בכך שיחידת-"אשם" כלשהי מצויה בתחומי ההתיישנות כדי להפוך את ה"אשם" כולו לבר-תביעה. תוצאה זו אינה מתיישבת – לדעתנו – עם הסדר ההתיישנות הקנייני שבא להגן על המחזיק מפני תביעה כלשהי בגין המקרקעין לאחר חלוף תקופת ההתיישנות. ההסדר הקנייני כמוהו בהסדר של דחיסה לאחר – לתחילת תקופת ההחזקה.⁷⁸ חיובו של המחזיק בתשלום שכר ראוי לכל תקופת ההחזקה שקדמה להתיישנות הקניינית עוקף את הסדר ההתיישנות הקנייני ומסכל את מטרתו. אמנם הוחלט אצלנו בשעתו⁷⁹, כי התיישנות התביעה הקניינית לסילוק יד סותרת את הגולל גם על תביעת השכר הראוי, אלא שהדברים נאמרו לגבי תביעת שכר ראוי שהתייחסה להחזקה לאחר שהבשילה ההתיישנות הקניינית ולא להחזקה בתוך תקופת ההתיישנות הקניינית.⁸⁰ ההנמקה שניתנה שם לתוצאה היתה שבהעדר זכות לאכיפת ההחזקה זכות הבעלות הופכת לערטילאית, ואין די בה כדי להצמיח זכות לשכר ראוי. אפילו נניח כי הנמקה זו מבוססת⁸¹, הרי שאין בה כדי לחסום תביעה בנוזיקין המתייחסת לתקופה שעד להתיישנות הקניינית. בתקופת-ביניים זו לבעלים היתה יכולת לאכוף את החזקתו וממילא גם זכות לשכר ראוי. קושי דומה אפשר שיתעורר גם לגבי עוולת הגזל.⁸²

76 S. I. Birnbaum, "First breath's' Last Gasp – The ; 1205. (לעיל, הערה 10). Developments
"Discovery Rule in Product Liability Cases" 13 Forum (1977-78) 279, 282

77 בת"א (ת"א) 433/85, 419 שיכון עובדים בע"מ נ' בליבאום ואח', פ"מ תשמ"ז (א) 89, התרשלה הנתבעת, חברת בנייה, ביציקת יסודות הבניין ובמחדל לתקן את הפגמים שיצרה היציקה הלקויה. מחדלה זה התמשך לאורך תקופה ארוכה. משעלתה שאלת ההתיישנות, בחר בית-המשפט לרחוס את המחדל המתמשך אל תוך שני מועדים שנראו לו כמתאימים – אחד בתום תקופת ההתיישנות והאחר מתוצה לה (בעמ' 100). באותה מידה היה ניתן לראות במחדל האמור עילה מתארכת אחת עם מועדי הידחסות שונים או עילה מתחדשת בתדירות שונות.

78 American Law of Property (Boston, 1952) III 828-829.

79 ע"א 153/71 יורשי אלטשולר נ' בנינים ברחוב אלנבי בתל אביב בע"מ ואח', פ"ד כו(1) 693.

80 בעמ' 699.

81 ראה ד' אבן, "התיישנות זכות הבעלות והזכות לשכר ראוי" עיוני משפט ג (תשל"ד) 950. המחברת טוענת, כי שלילת הזכות להחזקה אינה שוללת בהכרח את הזכות לשכר ראוי. הזכות להחזקה ממשיכה להתקיים למרות ההתיישנות ואפשר שדי בזכות זו, הגם שאיננה אכיפה, כדי להקים תביעה שכר ראוי. ראה גם י' מירון, "הזכות לשכר ראוי למרות התיישנות זכות הבעלות" עיוני משפט ד (תשל"ה) 200.

82 ראה ע"א 94/66 קריניצי ואח' נ' תיק, פ"ד כ(3) 197, 200. פתרון אפשרי אחר לבעיית ההתנגשות בין ההתיישנות הקניינית לנוזיקית הוא לקבוע בחוק את עליונות ההסדר הקנייני במצבים הנ"ל. דרך נוספת לצמצם את תוצאותיו של המתקל האמור היא לסווג את העילה בנוזיקין כמתחדשת. סיווג, כאמור, יגביל את הזכות לשכר ראוי לתקופה שבתוך תקופת ההתיישנות בנוזיקין.

דרך אפשרית להתגבר על קושי זה, הנובע מקיום מערכת כפולה של זכויות קנייניות⁸², היא להתאים את דין ההתיישנות בנוזקין לדין ההתיישנות בקניין כאשר השניים מצטלבים. בהקשר הרלבנטי ניתן להשיג זאת על-ידי דחיסת ה"אשם" לאחר — למועד יחידת-ה"אשם" הראשונה — במקרים שבהם התיישנה תביעה קניינית מקבילה. תוצאה זו אינה אפשרית על-פי הדין הקיים: סעיף 89 (1) מחייב דחיסה לפני — ליחידת-ה"אשם" האחרונה. המסקנה: הסדר ההתיישנות הקיים אינו גמיש דיו, ויש להגמישו באופן שיאפשר דחיסה גם לאחר במצבים מסוימים.

מצב נוסף שבו דחיסת ה"אשם" לפני אינה מביאה לפתרון הראוי הוא אותם מקרים שבהם נחשף הנתבע להשפעת חומר רעיל במשך תקופה ארוכה, כאשר הנתבעים, מעבירו או היצור, בוטחו על-ידי מבטחים שונים לאורך תקופת החשיפה. מי מהמבטחים אחראי לכסות את אחריות הנתבע? דחיסת ה"אשם" ליום החשיפה האחרון מצביעה לכאורה על המבטח של פרק-זמן זה כמי שאמור לשאת בנטל לבדו. לתוצאה זו חסרונות רבים, ועדיפה עליה פריסה של האחריות על-פני מבטחים רבים ככל האפשר⁸³. אמנם נכון שההכרעה בשאלת "זמן" העולה לצורך התיישנות אינה חותכת את שאלת אחריותו החוזית של מבטח האחריות, אך עם זאת לא ניתן להתעלם מהקשר שבין הסוגיות⁸⁴.

נסכם: הגמישות הרבה הנדרשת בשימוש בדוקטרינה של ה"עולה הנמשכת", והקושי שביצירת הסדר חקיקתי שיתן מענה כולל וממצה לצורך זה, מצביעים — לדעתנו — בכיוון של השמטת נושא זה מן ההסדר החקיקתי והותרו לשיקול-דעתו של בית-המשפט. על-אף מחירו של האחרון — מחיר שימוש מיד — יש להעדיפו, בחשבון כולל, על-פני הסדר נוקשה.

7. על שימוש לקוי בדוקטרינה של "עולה נמשכת"

גמישותה של דוקטרינת ה"עולה הנמשכת" מאפשרת לבית-המשפט ל"כווץ" ול"מתוח" את העולה, ובכך לשלוט על תחילת מירון ההתיישנות. בעיקרון, זהו מצב רצוי, ומכאן המלצתנו להשאיר ואף להרחיב את שיקול-הדעת השיפוטי בסוגיא. עם זאת, אין להתעלם מכך שלא תמיד מופעל שיקול-הדעת זה בתחומיו הלגיטימיים. מקורן של ה"חריגות" בהפעלת שיקול-הדעת מצוי — לדעתנו — בנטייה הטבעית לסייע לתובע על-ידי הפעלת הדוקטרינה בדרך שתביא לשלילתה של טענת ההתיישנות⁸⁵, תוך

⁸² על המקור הכפול של זכויות קניין בישראל ראה אנגלרד (לעיל, הערה 36), 581–586. ⁸³ לסקירת הנושא ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 520, והאסמכתאות שם; וכן R. A. Epstein, "The Legal and Insurance Dynamics of Mass Tort Litigation" 13 *J. Legal Studies* (1984) 475, 495–505.

⁸⁴ כך, למשל, ניתן לסווג גם את העילה הביטוחית כעילה מתחדשת; ראה לעניין זה D.J. Howard, "Continuous Trigger" Liability — Application to Toxic Cases and the Number of Occurrences" 22 *Tort & Ins. L.J.* (1987) 624. לעניין קביעת מועד העולה במצבים של חשיפת עובדים ראה עוד E.M. Vokoun, "Using the Last Exposure Rule in the Determination of Liability of Employers and Insurers For Occupational Diseases" 20 *Forum* (1984/85) 102.

⁸⁵ ריסטיטמנט (לעיל, הערה 3), 444.

עקיפת מכשולים שאינם נראים לבית-המשפט⁸⁶. טענתנו היא, שגמישות הדוקטרינה מוגבלת וכי קיימים "מתיחות" ו"כיווצים", החורגים מתחום השימוש הלגיטימי בשיקול-הדעת בסוגיא. להלן ננסה לאתר חריגות אלה.

(א) עיכוב המירוץ עד לתום ה"אשם" בתביעות שהנוזק הוא עילתן

כאמור, קיימים מצבים שבהם נמשך ה"אשם" גם לאחר תום תהליך גרימתו של נזק על-ידי יחידות מוקדמות של אותו "אשם". אלה הם מצבי "הנוק המוקדם", שבהם ה"אשם" המאוחר אינו תורם עוד סיבתית לנוק נשוא התביעה. מקרה טיפוסי הוא של עובד שניזוק עקב חשיפה לחומר רעיל, ולאחר-מכן ממשיך להיחשף לאותו חומר, אך מבלי שהחשיפה המאוחרת תורמת סיבתית להחמרת נזקיו. על-פי ניתוחנו לעיל, הנוק, ולא ה"אשם" אמור לשמש נושא ההתיישנות בתביעות שהנוק הוא עילתן הקונקרטית. על מירוץ ההתיישנות להיפתח אפוא לא יאוחר ממועד הנוק האחרון שנגרם ולא ביום שבו חדל ה"אשם". ה"אשם" המאוחר אינו רלבנטי עוד בשל העדר קשר סיבתי בינו לבין הנוק נשוא התביעה.

למרות זאת נמצא, הן בחקיקה הן בפסיקה, נטייה לעכב את מירוץ ההתיישנות בתביעה שעילתה היא נזק שגרם "אשם" מוקדם עד לתום ה"אשם" המאוחר (מדובר, כמובן, בעילה שסווגה כמתארכת). אצלנו קובע זאת סעיף 89 (1) סיפא לגבי עוולות קבוצה א'⁸⁷. בחוק הסקוטי מ-1973 נקבע הדבר לגבי כלל העוולות⁸⁸. בארצות-הברית נפסק כך ביחסי עובד ומעביד⁸⁹, ואף אנו הצענו דרך זו כדי לעקוף את מחסום עשר השנים שבסעיף 89 (2)⁹⁰.

מהי ההצדקה לעיכוב המירוץ עד לתום ה"אשם"? הצדקה שכזו קיימת כאשר ה"אשם" הנמשך ממשיך לגרום לנוק. ניתן אז לומר כי העילה טרם הושלמה⁹¹. ואכן, נראה שבתזכיר הוועדה הסקוטית, שבו הומלץ לשמר את הסדר עיכוב המירוץ עד לתום ה"אשם", ההתייחסות היא ל"אשם" הממשיך לגרום לנוק⁹². אך כיצד יוסבר עיכוב

86 כך, למשל, הצענו בשעתו לעקוף את מחסום עשר השנים שבסעיף 89 (2) במקרים של חשיפה ממושכת לחומר רעיל על-ידי מתיחת העולה לכל אורך תקופת החשיפה. אפילו ייגרם הנוק בתוך התקופה ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 517.

87 לעיל, בסעיף ג, 5.

88 לעיל, הערה 54.

89 907-909 (1980), 621 F. 2d 902. *Fletcher v. Union Pac. R. Co.* במקרה זה נפגע עובד בגבו בשל ביצוע עבודה גופנית קשה. מאותו יום ואילך סבל כאבים במקום הפגיעה. 13 שנים לאחר-מכן הגיש תביעה, על-פי חוק, נגד מעבידו. טענת ההתיישנות של המעביד נתקבלה אמנם ביחס לאירוע של יום התאונה, אך נדחתה בסופו של דבר בשל "אשם" נמשך מאוחר של המעביד. ה"אשם" הנמשך שיוחס למעביד – אי-שיכונו של העובד הפגוע בתפקוד שהיה מסייע לחיקון הנוק בגב. טענת ההתיישנות נדחתה על-אף העדר קשר סיבתי של ממש בין חומרת מצבו של העובד לבין ה"אשם" המאוחר, כי "the statute of limitation may be tolled untill tottrious conduct ... ceases" (908).

90 לעיל, הערה 86.

91 ראה להלן, בסיפא לסעיף ג, 7, (ד).

92 תזכיר מס' 45 (לעיל, הערה 54), 14-15.

המירון במצבים שבהם ה"אשם" המאוחר אינו ממשיך לייצר נזק? הצדקה אפשרית היא, שכל זמן שנמשכת התנהגותו בת"ה "אשם" של המזיק, אין זה מן הראוי לזכותו בחסות ההתיישנות. דחיית המירון על-פי הסבר זה היא מעין סנקציה כלפי המזיק. הסבר זה אינו נקי מקשיים: מדוע יש להגביל את דחיית המירון רק למצבים של אשם "נמשך" ולא בכל מקרה של אשם מאוחר?⁹³ ומדוע להטיל סנקציה על המזיק כאשר "אשמו" נובע מאחריות חמורה או מוחלטת, כלומר: מהתנהגות של אדם סביר? לסיכום: בהעדר קשר סיבתי בין "אשם" מאוחר ובין נזק נשוא התביעה, עיכוב את מירון ההתיישנות עד לתום ה"אשם" המאוחר אינו נקי מספקות.⁹⁴

(ב) "אשם" מאוחר מלאכותי

לעיל עמדנו על השאלה, מתי יחידות התנהגות שונות יוצרות "אשמים" נפרדים ומתי הן מתמזגות לכלל "אשם" אחד.⁹⁵ שימוש לא-ראוי בדוקטרינת העוולה הנמשכת בהקשר זה הוא משני סוגים: האחד, הכרה בהתנהגות המהווה חלק טבעי של "אשם" מוקדם כ"אשם" העומד בפני עצמו; הסוג השני — סיווג "אשמים" שונים כ"אשמים" הוהים מהותית, תוך ראיית ה"אשם" המאוחר כהמשכו של המוקדם. הפיכת התנהגות, המהווה חלק טבעי מ"אשם" מוקדם, ל"אשם" העומד בפני עצמו, תיעשה בדרך-כלל בסיטואציה של מעשה אקטיבי המהווה מקור לנזק מתמשך והמלווה במחדל מתמשך להפסיק את הנזק. ימחיש זאת מקרה המוצר הפגום. יצרן ייצר מוצר שיש בו סיכון בטיחותי. ייצורו ושיווקו של המוצר, ללא אזהרה מתאימה, מהווים את "אשמו" של היצרן, "אשם" המתבטא בתכנונו ובייצורו של מוצר פגום, והמתגבש לכל המאוחר ביום השיווק. מה דינו של המחדל המתבטא בהעדר אזהרה? זה ניתן לכאורה לסיווג כ"אשם" נוסף המתמשך לאורך התקופה שלאחר השיווק. אנו סבורים כי סיווג כאמור הוא שימוש "חורג" בדוקטרינת "העוולה הנמשכת" העדר אזהרה מאוחרת נבלע ב"אשם" המוקדם של תכנון, ייצור ושיווק של מוצר מסוכן ללא אזהרה. הפיכת המחדל ל"אשם" העומד בפני עצמו היא מלאכותית. אין להבין מהאמור לעיל כי העדר אזהרה מאוחרת לעולם לא ייחשב כ"אשם" עצמאי. ייתכנו מצבים אשר בהם מחדל מאוחר

93 כאותם מקרים שבהם ה"אשם" המאוחר הוא הסתרת ה"אשם" המוקדם מעיני התובע: *Koppes v. Pearson* 384 N.W. 2d 381 (1986).

94 Developments (לעיל, הערה 10), 1205; שופט המיעוט בעניין *Fletcher* (לעיל, הערה 89), 910. הסתייג מעמדת הרוב באשר לדחייה, וסירב להרחיק לכת עד כדי "...to say that a continuing tort extending into the statutory period but unaccompanied by injury within that period will bring forward preperiod injuries". גם בהקשר של אחריות מעבידים לחשיפה יוצרת האחריות לבין עובדים הושם הדגש בפסיקה האמריקנית על הקשר הסיבתי שבין החשיפה יוצרת האחריות לבין הסיכון: כלל ה"last exposure" הוחלף בכלל ה"last injurious exposure" — *Vokoun* (לעיל, הערה 84), 112–116. הקשר נוסף שבו עלתה שאלת הקשר הסיבתי בין ה"אשם" ובין הנזק הוא התיישנות תביעות בגין אפליה. דעות השופטים נתלקו כשאלה אם די במדיניות של אפליה כדי ליצור עילת תביעה או שמא נדרשת לשם כך פגיעה בפועל — *Berry v. Board of Sup'rs of L.S.U.* 715 F. 2d — 971 (1983), 979.

95 ראה לעיל, הערות 42–47 והטקסט לידן.

להזהיר אכן יוצר "אשם" עצמאי ומאוחר. כך יהיה כאשר היצרן רכש, או היה צריך לרכוש, מידע מאוחר באשר לסיכוני המוצר, או כאשר נתגלו אמצעי-בטיחות חדשים, והאזהרה אפקטיבית ואפשרית מבחינת כלכלית⁹⁶. במקרים אלה נוצרה חובה מאוחרת, חדשה, ההופכת את המחדל ל"אשם". לא כן כאשר החובה להזהיר היא אותה החובה שהיתה קיימת במועד השיווק.

הסוג האחר של שימוש לא-ראוי בשיקול-הדעת מתבטא, כאמור, בהפיכת "אשמים" שונים ל"אשמים" והים מהותית, תוך משיכת ה"אשם" המוקדם קדימה אל תוך האשם המאוחר. דוגמאות: פגיעה בעובר בשל שיטת-עבודה לקויה והחמדת נזקו לאחר-מכן בשל שיבוץ בתפקידים לא-מתאימים הם — לדעתנו — שני "אשמים" שונים ולא "אשם" נמשך⁹⁷. השארת עצם זר בגופו של חולה ומחדל מאוחר לגלות את מקור כאביו⁹⁸, אף הם לדעתנו — "אשמים" שונים ולא אשם אחד מתמשך. אנו ערים לכך שמבחינת הזהות המהותית אינם ברורים ומוסכמים וכי ייתכנו חילוקי-דעות בשאלה זו⁹⁹. עם זאת, אין למתוח את השוויון המהותי אל תחום האי-סבירות.

(ג) זחיית מירוך ההתיישנות בתקופת המשך הקשר בין המזיק לבין הניזוק

סטייה גדולה יותר מהשימוש הלגיטימי בשיקול-הדעת הכרוך בדוקטרינת ה"עוולה הנמשכת" מצויה — לדעתנו — בהלכה הדוחה את מירוך ההתיישנות כל עוד עומד בעינו הקשר שבמסגרתו ענול המזיק כלפי הניזוק. לא "אשם" מאוחר הוא העומד כאן בבסיס הדחייה, אלא רק עובדת הימשכותו של הקשר בין השניים. כוונתנו בעיקר להלכה הדוחה את מירוך ההתיישנות נגד רופא עד לתום הקשר בינו לבין החולה — הלכה הידועה כ-*termination of physician patient relationship*¹⁰⁰. להלכה זו

96 לעניין החובה הנמשכת להזהיר ברין האחריות למוצרים פגומים בארצות-הברית ראה, B. W. Bell, "The Manufacturer's Duty to Notify of Subsequent Safety Improvement" 33 *Stan L. Rev.* (1981) 1087; V. Schwartz, "The Post-Sale Duty to Warn — Two Unfortunate Forks in the Road to a Reasonable Doctrine" 58 *N.Y.U. L. Rev.* (1983) 892; *Gracyalny v. Westinghouse Elec. Corp.* 723 F.2d 1311 (1983), 1318-1319; *Feldman v. Lederle Lab* 97 N.J. 429 (1984), 456-457, גם עוולת "כליאת השווא" מעלה את שאלת היחס בין אקט הכליאה לבין המחדל מלשחרר הבא בעקבותיו. בדרך-כלל מתייחסים לכליאה כיחידה נמשכת אחת, כלומר: מחדל אי-השחרור נחשב כ"אשם" נמשך העומד בפני עצמו (ריסטיימנט [לעיל, הערה 3], Lindsell, 441; [לעיל, הערה 10], 332). אך כאשר מאסר השווא הוא תוצאה של התנגדות לשחרורו של התובע ממאסר, רואים את העוולה כחד-פעמית, ומחדל הנתבע להביא לשחרורו של התובע "נבלע" בהתנגדות המקורית (Lindsell, שם).

97 ראה לעיל, הערה 89, מקרה *Fletcher*.

98 לעיל, הערה 45.

99 בהקשר קרוב, של אפליית עובדים, העיר בית-המשפט כי קשה למתוח קו ברור מתי אקטים של אפליה הם "related closely enough to constitute a continuing violation" ומתי — "they are merely discrete, isolated, and completed acts which must be regarded as individual violations" (*Berry*) [לעיל, הערה 94], 981.

100 D.W. Louisell & H. Williams, *Medical Malpractice* (New York, 1977), I, 375-379; Septimus (לעיל, הערה 10), 80.

שלוחות גם בתחום יחסי מעביד-עובד¹⁰¹. וריאציה אחרת שלה מתלה את המירון עד אשר הסתיים הטיפול הרפואי בפגיעה נשוא עילת התביעה¹⁰². מדוע צריך המשך הקשר, גם כשאין עמו "אשם", לשמש עילה לעיכוב פתיחתו של המירון? הצדקה לעיכוב המירון בשל המשך הקשר קיימת אולי בשני מצבים מיוחדים: הראשון – כאשר העיכוב בהגשת התביעה הוא תולדה מוצדקת של המשך הקשר, כמו במקרה של עובד החושש למקום עבודתו; המצב השני הוא שלא הוכח אם המשך הקשר היה מלווה ב"אשם" אם לא. במצב זה ראוי אולי להכריע את הספק נגד הנתבע על-ידי יצירת ההנחה שהתנהגות שתחילתה ב"אשם" גם סופה ב"אשם". מבלי להכריע בשאלות אלו, נראה לנו כי לא ניתן לגזור ממצבים אלה הצדקה לכלל "המשך הקשר" במתכונתו הרחבה¹⁰³.

(ד) עיכוב המירון עד להשלמת הנזק

התריגה הצורמת ביותר מן השימוש הראוי בדוקטרינת ה"עוולה הנמשכת" מצויה – לדעתנו – בנסיונות הנדירים להחיל דוקטרינה זו במקרים של החמרת נזק שגרם "אשם" אחד (שאינו נמשך) על-ידי דחיסה לפנים של הנזק למועד החמרתו, נקבעת למירון ההתיישנות נקודת-פתיחה מאוחרת המיטיבה עם הניזק. הפסול שבשיטה זו בולט לעין: בהעדר "אשם" נמשך אין עילה נמשכת ולא ניתן כלל להפעיל את הדוקטרינה. על מצבים אלה יש להחיל את הכלל הרגיל שלפיו נוצרת עילת התביעה, לצורך התיישנות, עם הנזק הראשוני, ולא עם החמרתו. לכלל זה קיים אמנם חריג, שיידון להלן בהרחבה (בפרק הבא), אלא שתחומי החריג צרים ומחוץ להם יש לבקש את החלת הדוקטרינה של עילה נמשכת על נזק שאין מאחוריו "אשם" נמשך¹⁰⁴. לשאלה, שהושארה אצלנו לאחרונה בצורך עיון, אם החמרה הדרגתית במצבו של הניזק הופכת את "אירוע הנזק" לתהליך מתמשך כאשר האשם הוא חד-פעמי¹⁰⁵, יש אפוא להשיב בשלילה¹⁰⁶. הכלל צריך להיות, שעילת התביעה לצורך התיישנות מתגבשת עם הנזק הראשוני.

האם ניתן לדחוס את הנזק לפנים במקרים שבהם קיים "אשם" מתמשך? שאלה זו

101 Fletcher (לעיל, הערה 89), 908.

102 Louisell (לעיל, הערה 100), 374–375; Septimus (לעיל, הערה 10), 80–81.

103 נחזור ונזכיר כי הן דחיית המירון עד לתום ה"אשם" (לעיל, סעיף ג, 6, (א) הן דחייתו עד לתום הקשר (לעיל, סעיף ג, 6, (א)). יעכבו למעשה את מירון ההתיישנות רק במקרים של נזק מוקדם (ל"אשם" או לתום הקשר). כאשר הנזק (אירוע או גילוי, לפי העניין) מאוחר לתום ה"אשם" או הקשר, יחל מירון ההתיישנות – לשיטתנו – עם הנזק, מבלי שהימשכות ה"אשם" או הקשר תתרום לדחייה כלשהי.

104 ראה דיני הניזקין (לעיל, הערה 5), 724, הערה 7.

105 פתאל (לעיל, הערה 6), 680.

106 בארצות-הברית נמצא אמנם מקרים שבהם נדחה מירון ההתיישנות עד להשלמת הנזק: ב" Jones v. Texas & P. Ry. Co 51 So. 582 (1910) נקבע, כי מירון ההתיישנות של תובע שבהמתו נפגעה על-ידי רכבת יחליל לא מיום הפגיעה בבהמה, אלא מיום מותה. ב" U.S. v. Barge, 635 F. 2d 110B (198), 1100–1111 נקבע כי תביעת המדינה, על-פי החוק, נגד מזהם מים, מתגבשת רק עם האקט האחרון של ניקוי דויהום. ראה גם Developments (לעיל, הערה 10), 1207, הערה 263. עם זאת, התפישה השלטת היא, שהנזק הראשוני הוא הפותח את המירון.

מתעוררת רק במקרים שבהם סיווגה העילה כמתארכת¹⁰⁷. סיווגה של עילה כמתחדשת מפריד, כאמור, בין חלק הנזק שבתוך תקופת ההתיישנות לבין זה שמחוץ לה. עם זאת ראינו כי באמצעות דיני הראיות ניתן, גם תחת סיווג זה, ל"משוך קדימה" אף את אותו חלק נזק שכבר התיישן¹⁰⁸. פיצוי חלקי בגין חלק הנזק שהתיישן אפשרי גם במצב הבא: כאשר נזקים שהתיישנו החמירו את הנזק שנגרם לתובע בתוך תקופת ההתיישנות, יהיה התובע זכאי לפיצוי בגין החמרה זו, הגם שמקורה בנזק שהתיישן, מכוח הכלל שהמזיק נושא באחריות לסיכונים הנובעים ממצבו המיוחד של הנזק¹⁰⁹.

השאלה הרלבנטית היא אפוא, האם ניתן לדחוס קדימה את הנזק במצבים שבהם סיווגה עילה נמשכת כמתארכת. מאחר שעילה מתארכת נתפשת כעילה אחת – עם "אשם" אחד ונזק אחד – דעתנו היא, שגם כאן צריך לחול עקרונית הכלל שלפיו מתחיל מירון ההתיישנות עם הנזק הראשוני ולא לאחר שהתגבש הנזק כולו. עם זאת, אין להתעלם מייחודה של העילה הנמשכת. כך, למשל, יהא זה לגיטימי לדחוס קדימה את הנזק שגרם "אשם" מוקדם אל נקודת-הזמן שבה הושלם ה"אשם" המאוחר שהמשיך לגרום נזק. זאת, משום שלא יהא זה מן הראוי לפתוח את מירון ההתיישנות כל עוד לא הושלם ה"אשם" יוצר הנזק.

ד. התיישנות הנזק המאוחר – פיצול ה"אשם" בין יחידות נזק שונות

1. השאלה

להלן נתייחס למצב שבו תקופת ההתיישנות חוצה את הנזק שבגינו התובע זכאי לתרופה לשני חלקים: חלק המצוי מחוץ לתקופת ההתיישנות (להלן: הנזק המוקדם) ונזק המצוי בתוך תקופת ההתיישנות (להלן: הנזק המאוחר). הנזק המוקדם התיישן. האם יתיישן עקב כך גם הנזק המאוחר? הדיון בשאלה זו מתייחס בעיקר למצבים שבהם שני הנזקים נובעים מ"אשם" אחד שאינו "אשם" נמשך. כאשר ה"אשם" הוא "אשם" נמשך המסווג כמתחדש, השאלה אינה מתעוררת, שכן כל נזק הוא רכיב של עילת תביעה עצמאית הנשענת על מערכת-עובדות הייחודית לה. כאשר ה"אשם" הנמשך מסווג כמתארך, השאלה הנ"ל רלבנטית, למעט אותם מצבים שבהם מאפשר אופיה הנמשך של העילה את דחיסתו לפנים של הנזק.

ניתן לנסח את השאלה באופן אחר: האם ניתן לפצל "אשם" אחד לעילות תביעה שונות, לצורך התיישנות. כאשר העילות נבדלות זו מזו רק ביסוד הנזק¹¹⁰? ואם כן, מתי? (הבעיה אינה קיימת, כמובן, באותם מקרים חריגים שבהם נפסקים פיצויים עתיים).

107 ראה, למשל 57, 435 So. 2d (1983) 55, *Cazalas v. Johns — Manville Sales Corp.*

108 ראה לעיל, הערות 65 ו-66. והטקסט לידן.

109 Todd (לעיל, הערה 10), 15–16.

110 ראה בדיני הנוזקין (לעיל, הערה 5), 729, הערה 20.

2. ההלכה וטעמיה

התשובה העולה מן הפסיקה לשאלה שהוצגה לעיל היא, שהתיישנות הנזק המוקדם גוררת אחריה את התיישנות הנזק המאוחר¹¹¹. לצורכי התיישנות נתפש הנזק שנגרם על-ידי ה"אשם" כיחידה אחת ה"נדחסת" אל המועד שבו אירע או התגלה¹¹², לפי העניין, הנזק הראשוני. במלים אחרות: אין מתירים פיצול "אשם" אחד לעילות תביעה שונות. אם אלה נבדלות זו מזו רק במועד הנזק.

מה ייחשב לנזק ראשוני הפותח את מירוץ ההתיישנות לגבי כלל הנזקים שגרם ה"אשם"? תשובת הפסיקה: די בנזק "כלשהו"¹¹³ או ב"סימני נזק"¹¹⁴, ובכלבד שהנזק אינו עניין של "מה בכך" על-פי סעיף 4 לפקודת הנזיקין¹¹⁵.

מהם טעמיה של הלכה זו? אליבא דבית-המשפט, כלל זה משקף את אותו "...איוון עדין בין האינטרס של המזיק הפוטנציאלי לבין האינטרס של הניזוק הפוטנציאלי, תוך שמירה על אינטרס הציבור כולו"¹¹⁶. כיצד? הניזוק זכאי לאפשרות הוגנת להכין את תביעתו כראוי ולתבוע את נזקו. אפשרות זו קיימת אם נגלה לו נזק שאינו של "מה בכך". מאידך גיסא, פתיחת מרוץ ההתיישנות עם הנזק הראשוני מגנה על המזיק מפני אובדן ראיות ועל בתי-המשפט מפני עיסוק בתביעות שאבד עליהן הכלח. זאת ועוד: ההלכה במתכונה הקיימת מוציאה את המפתח לתחילת תקופת ההתיישנות מן הניזוק, ומגנה בכך על ציפיותיו הסבירות של המזיק¹¹⁷.

3. רוחב ההלכה – גדר הספקות

האם ההלכה שלעיל חלה על כל נזק מאוחר או שמא קיימים נזקים מאוחרים שאינם נתפשים במצודתה, דהיינו: שאינם מתיישנים עם התיישנות הנזק הראשוני? את הנזקים השונים הנגרמים עובדתית על-ידי "אשם" ניתן למיין לפי שלושה מאפיינים: דרך התפתחות, סוג או טיב והיקף¹¹⁸. נבחן את הזיקה בין הנזק המוקדם

111 פרבר (לעיל, הערה 6), 703–704; ע"א 74/60 נמר נ' שרותי נמל מאוחדים, פ"ד טו 255, 262; מיוחס (לעיל, הערה 6), 133; זמיר (לעיל, הערה 7), 128; בוכריס (לעיל, הערה 6), 557–559; אגיוף (לעיל, הערה 6), 530–531; הורוביץ (לעיל, הערה 6), 90; ת"א (חי') 1124/77 ידיד נ' בית החולים רוטשילד בע"מ, פ"מ תשלח (2) 315, 318–319; שיכון עובדים (לעיל, הערה 77), 105–106; ראה גם דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 729. מעטים המקרים שבהם נשקלה או ניתנה תשובה אחרת. ראה להלן, הערות 150 ו-151.

112 לעניין זה לא מצאנו בפסיקה הבחנה בין אירוע הנזק לבין גילויו (ראה דיני הנזיקין [לעיל, הערה 5], 729). במקרים שבהם חל כלל הגילוי על הנזק, ייקבעו מועדי הנזק המוקדם והמאוחר כאחד על-פי מועד הגילוי.

113 נמר (לעיל, הערה 111), 262.

114 זמיר (לעיל, הערה 7), 128.

115 בוכריס ואגיוף (לעיל, הערה 111), שם; ראה דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 729. הערה 17.

116 בוכריס, 558.

117 אגיוף (לעיל, הערה 111). הניזוק במקרה זה הקטין את נזקיו הראשונים באמצעות ניתוח משהתחדשו כאביו, תבע בשל הנזק המאוחר ונדחה.

118 ראה י' גלעד, "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד (תשמ"ד) 31–33. שם השתמשנו במיון הנ"ל בהקשר אחר – סוגיית ריחוק הנזק.

לנזק המאוחר על-פי כל אחד משלושת המאפיינים הנ"ל. ראשית, דרך ההתפתחות, כאן השאלה היא, האם הנזק המאוחר קשור סיבתית לנזק המוקדם או שמא קיימת שרשרת גרימה עצמאית הקושרת אותו ל"אשם" – שרשרת שבה הנזק המוקדם אינו משמש תוליה, דהיינו: אינו מהווה תנאי הכרחי. במקרה הראשון הנזק המאוחר הוא נזק "המשך". במקרה השני הנזק המאוחר הוא נזק עצמאי. המאפיין השני הוא סוג הנזק או טיבו. ההבחנה הבסיסית היא בין נזקי גוף ובין נזקי רכוש, כאשר בכל קבוצה ניתן להמשיך ולמיין לתתי-קבוצות, כגון נזק גופני מול נזק נפשי או נזק כלכלי מול נזק פיזי לנכס. המאפיין השלישי מבחין בין הנזקים על-פי מידת האובדן (רווחה, נוחות וכיו"ב) הכרוכה בהם.

השאלה היא אפוא איזה נזק מאוחר מתיישן עם התיישנות הנזק הראשוני? האם כל נזק מאוחר או שמא יוצא מכלל זה נזק השונה מן הנזק הראשוני בתהליך התפתחות, בסוג, בהיקף או באחד מהם? פסקי-הדין שיצרו את ההלכה נשוא הדיון עסקו בדרך-כלל בנזק מאוחר שלא היה עצמאי ושהשתייך לאותו סוג של הנזק הראשוני. השוני היה שוני בהיקף¹¹⁹. האם יש להסיק מכך שההלכה אינה חלה על נזק עצמאי או נזק מסוג שונה, ושזה לא יתיישן עם הנזק הראשוני? או שמא בתי-המשפט כוללים בהיקף הנזק גם נזקים עצמאיים ונזקים מסוג שונה¹²⁰? נראה ששאלה זו עודנה פתוחה.

4. ביקורת ההלכה

בבחינת תוכן ההסדר הראוי בסוגיא זו יצאנו גם אנו מנקודת-המוצא שהנחתה את בית-המשפט, דהיינו: שדין התיישנות צריך ליצור את האיזון האופטימלי בין אינטרס הנזיק, אינטרס המזיק והאינטרס הציבורי. למרות זאת, מסקנתנו היא שהשגת האיזון הרצוי מחייבת, בניגוד לקו הפסיקה, הכרה עקרונית, מסויגת אמנם, בפיצול "אשם" אחד, לצורך התיישנות, לעילות תביעה שונות.

(א) היכן מצוי "האיזון העדין"?

להלן נבחן את השלכותיה של ההלכה השוללת פיצול דרך האירוע ההיפותטי הבא: עקב עוולה פלוני סובל נזק המתרחש או מתגלה בסמוך ל"אשם". זהו הנזק המוקדם. פלוני מחליט שלא להגיש תביעה בגין נזק זה בשל אחד או יותר מן הטעמים הבאים: הנזק הוטב על-ידי צד שלישי (מבטח פרטי, המוסד לביטוח לאומי, מעביד, בן-משפחה וכיו"ב); הנזק נעלם כמה ימים לאחר הופעתו; הנזק הוקטן על-ידו¹²¹; סיכויים קלושים להצליח בתביעה; סיכוי קלוש להיפרע מן המזיק; חשש לאבד מקום עבודה; גודל הנזק והפיצוי הצפוי אינם מצדיקים את ההשקעה והשחיקה הכרוכים בניהול הליך משפטי ממושך. נניח עוד, כי החלטתו של פלוני היא החלטה סבירה מנקודת-מבט של ניזק סביר המצוי בנעליו. לאחר שחלפה תקופת התיישנות על הנזק המוקדם, פלוני לוקה

119 ראה בוכרים (לעיל, הערה 6), 557–558.

120 בדיני הנזיקין (לעיל, הערה 5) מחייס המחבר מ' חשין לנזק עצמאי ולנזק "המשך" מבלי להבחין ביניהם (בעמ' 729).

121 אגיוף (לעיל, הערה 6), 529.

בנוק נוסף — הנזק המאוחר. נזק זה, שהבשיל לאטו, התפתח במישורין מן ה"אשם" של המזיק, ללא תלות בנזק המוקדם. הנזק המאוחר גם שונה בטיבו מן הנזק המוקדם, והיקפו גדול יותר במידה ניכרת. עד להתרחשותו הנזק המאוחר היה בלתי־ידוע או ספקולטיבי ולכן לא בר־תביעה.

אימוץ הלכה האוסרת באורח גורף פיצול "אשם" לעילות שונות (לצורך התיישנות) ייצור מצב בלתי־רצוי. ראשית, מן הניזק נשללת למעשה הזכות המהותית לפיצוי על נזק קשה שסבל, וזאת על־אף שפעל כאדם סביר. מענישים את הניזק על לא עוול בכפו. שנית ועיקר, ניזק שיבקש שלא להיקלע למצוקה זו, יאלץ להגיש תביעה בגין הנזק המוקדם, הגם שאינו מעוניין בכך, רק כדי שלא יחסם בעתיד אם וכאשר יסבול נזק מאוחר. יתירה מזאת: אם פסק־הדין בעניין הנזק המוקדם ייצור "השתק עילה" גם לגבי הנזק המאוחר, הרי שהתובע עלול להיכנס למלכוד השולל ממנו את זכותו המהותית לפיצוי על הנזק המאוחר: אם לא יתבע, יתיישן הנזק; אם יתבע, יהיה מושקע לגביו. מה יוכל התובע לעשות כדי שלא להיקלע למלכוד זה? היכול לבקש, בדיון הראשון, פיצול סעדים על־פי תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984? המכשול העיקרי להסתייעות בהוראת הפיצול הוא, שהפיצול אפשרי רק כשמדובר ב"סעדים שונים"¹²². הפיצול הרלבנטי למצבי הנזק המאוחר יהיה בדרך־כלל פיצול כמותי של אותו סוג סעד — פיצויי השבה. על־פי פשוטה לא תחול אפוא הוראת הפיצול על מקרה הנזק המאוחר. עם זאת, ניתנה לא מכבר פרשנות מרחיבה לסמכות הפיצול¹²³, ואם זו תשתרש, אפשר שגם הנזק המאוחר יתפש במצודתה. במקרים שבהם לא יוכל להשיג מראש אישור לפיצול עילתו, לא תיוותר בפני התובע המבקש שלא להיקלע למלכוד אלא הדרך של נקיטת תכסיסי השהייה כדי לעכב קבלת החלטה חוסמת¹²⁴.

למותר לציין, כי תוצאה זו רחוקה מן האיזון שאותו ההתיישנות מבקשת להשיג. למעשה מנוגד איסור הפיצול לאינטרסים של כל הצדדים הנוגעים בדבר. הניזק נאלץ להשקיע זמן, משאבים כספיים ואנרגיה בתביעה שאינו רוצה בה כלל. המזיק ודאי שאינו מעוניין בהתדיינות, הן בשל עלותה הן בשל תוצאתה — חיוב אפשרי בגין הנזק המוקדם. למעט היכולת להציג ראיות "טריות" הנוגעות ל"אשמו"¹²⁵ והאפשרות להשיג "השתק עילה", לא צומחת למזיק שום תועלת מן ההתדיינות הראשונה. מאחר שבשלב זה התרחשות הנזק המאוחר בעתיד היא ספקולטיבית גרידא, ברי כי המזיק יעדיף את הסיכון הערטילאי של משפט מאוחר על־פני העלות המיידית והמוחשית של המשפט המוקדם. ואשר לבתי־המשפט, אלה ימצאו את עצמם טרודים בתביעות־סרק ששני הצדדים אינם מעוניינים בהן¹²⁶. זאת ועוד; נראה לנו כי בית־המשפט מקנה בהקשר זה משקל־יתר לחשיבות האינטרס של שמירת ראיות הנתבע. אמנם נכון שיכולת הנתבע להוכיח אם זכאותו נחלשת עם השנים, אך אין לשכוח כי תהליך דומה עובר גם על

122 לניתוח הסוגיא ראה ב' רוטנברג, "פיצול סעדים" משפטים טז (תשמ"ז) 390, 410–413.

123 כוונתנו לפסק־הדין 832/79 "המגן" חברה לביטוח בע"מ נ' יאנג אלום בע"מ, פ"ד (4) 449, המנותח אצל רוטנברג (לעיל, הערה 122), שם.

124 *Wilson v. Johns — Manville Sales Corp.* 684 F. 2d 111 (1982), 119–120.

125 הממצאים שייקבעו על־סמך ראיותיו ה"טריות" ישמשו אותו במשפט הנזק המאוחר מכוח כלל "השתק הפלוגתא".

126 ראה *Fearson v. Johns — Manville Sales Corp.* 525 F. Supp. 671 (1981), 674.

התובע הנושא בנטל השכנוע¹²⁷. נוסף על כך, יש לזכור כי מעבר הזמן אינו פועל בהכרח לרעה על כושר ההוכחה של הצדדים. הדברים אמורים לא רק לגבי הוכחת גרימתו, טיבו והיקפו של הנזק המאוחר, שאז ברור כי הזמן משפר את כוח ההוכחה¹²⁸, אלא גם לגבי אשמו של הנזק¹²⁹.

המסקנה: במצב היפותטי זה ה"איזון העדין" מחייב לא שלילה, אלא דווקא הכרה עקרונית בפיצול עילת התביעה בין הנזק המוקדם ובין הנזק המאוחר. כך שהנזק המאוחר לא ייתישן עם התיישנותו של הנזק המוקדם.

(ב) היש להבחין בין נזק מאוחר עצמאי לבין נזק "המשך"?

האם תשתנה המסקנה שלעיל במצב שבו הנזק המאוחר אינו נזק עצמאי הנובע במישרין מן ה"אשם", אלא נזק "המשך" – התפתחות של הנזק המוקדם? מבחינת שיקולי המדיניות, אין – לדעתנו – שוני מהותי בין נזק ישיר ובין נזק המשך: גם כאן יש להכיר עקרונית ב"פיצול העילה" לצורך התיישנות. יתירה מזאת: מאחר שחסימת התביעה עקב "השתק עילה" מסתברת יותר במקרה של נזק המשך מאשר במקרה של נזק עצמאי – כפי שיובהר להלן – יירבו דווקא כאן מצבי "המלכוד" על תוצאותיהם השליליות. עמדתה העקרונית של הפסיקה, השוללת פיצול עילה במצבי התרחבות של נזק מוקדם, אינה עומדת – לדעתנו – במבחן הביקורת כשל אותם הנימוקים שפורטו לעיל.

בין נזק "המשך" מאוחר לבין נזק עצמאי מאוחר לא קיים אפוא שוני מהותי מבחינת שיקולי המדיניות הרלבנטיים לפיצול התביעה. עם זאת קיים ביניהם שוני ביכולת הפורמלית לפצל את ה"אשם". כאשר "אשם" אחד גורם לשני נזקים בלתי-תלויים, קל יותר לפצל את האירוע לשתי עילות שונות. עצמאות העילות נובעת מכך שכתביעת הנזק המאוחר ניתן להתעלם לחלוטין מן הנזק המוקדם. כאשר הנזק המאוחר הוא נזק "המשך" לנזק המוקדם, התביעה המאוחרת צריכה לכלול את כל יסודות התביעה המוקדמת, לרבות הנזק המוקדם¹³⁰. במובן זה לא ניתן לומר כי תביעה מאוחרת שכזו מבוססת על עילה עצמאית. ואכן, במקרים שהבאנו ושבהם הכירו בתי-משפט בארצות-הברית בפיצול "אשם" בין נזק מוקדם למאוחר, נעשה הדבר תוך הדגשת עצמאות הנזק המאוחר והבלטת העובדה ששני הנזקים אינם נמצאים על אותה שרשרת סיבתית המשתלשלת מן האשם, אלא על שרשרות נפרדות¹³¹.

בהתנגשות זו בין שיקולי המדיניות התומכים עקרונית בפיצול גם כאשר הנזק המאוחר הוא נזק "המשך", לבין הקושי הפורמלי הכרוך בכך, מן הראוי כי תגבר ידם

127 ראה זונטג (לעיל, הערה 15), 125; דו"ח מספר 20 (לעיל, הערה 71), 9; *Raymond v. Eli Lilly & Co.* 371 A. 2d 170 (1977), 176.

128 Wilson (לעיל, הערה 124), 119.

129 גלעד (לעיל, הערה 6), 513.

130 נציין את האשם כ-a, את הנזק המוקדם כ-b, את הנזק המאוחר הבלתי-תלוי כ-c ואת נזק המשך כ-d. כאשר הנזקים עצמאיים, קיימות שתי עילות שונות $a+c$ ו- $a+b$. כאשר הנזקים אינם עצמאיים, נבלעת העילה $a+b+d$ בעילה $a+b$.

131 ראה *Jackson v. Johns — Manville Sales Corp.* 727 F. 2d 506 (1984), 519–520 שם.

של שיקולי המדיניות. התוכן (התוצאה) חשוב יותר מן הצורה. זאת ועוד: ניתן, ולו גם בדוחק, להתגבר גם על הקושי הפורמלי. כיצד? ניתן לגרוס כי עצמאותו של הנזק המאוחר יכולה להיבחן לא רק על-פי קנה-המידה הסיבתי, דרך התפתחותו מן ה"אשם", אלא גם על-פי קנה-המידה האחרים, סוג והיקף. לצורכי התיישנות ניתן לראות בנוק מאוחר, השונה מן הנזק המוקדם כסוגו או בהיקפו, נזק העומד בפני עצמו בגלל ייחוד זה.

לסיכום: סירובה העקרוני של הפסיקה להכיר, לצורכי התיישנות, בפיצולו של "אשם" אחד בין נזק מוקדם לבין מאוחר, אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות שמאחורי ההתיישנות בניזקין. הלכה זו אינה משקפת את האיוון הראוי, וזאת בין שהיא מוגבלת לנזקי "המשך" ובין שהיא חובקת את כל מקרי הנזק המאוחר.

5. הדין הרצוי

ראשית, נבהיר ונדגיש כי ביקורתנו את ההלכה מכוונת אך ורק לחוסר-הנכונות העקרוני להכיר בפיצול "אשם" בין נזק מוקדם ובין נזק מאוחר. טענתנו היא שיש מצבים חריגים שבהם פיצול שכזה צריך להיעשות. בכפפות לכך מקובלת עלינו הגישה כי בדרך-כלל, כנקודת-מוצא, פיצול שכזה אינו ראוי, וכי אין להכיר בו, כעניין שבשגרה, רק משום שהנזק המאוחר שונה מהמוקדם בדרך התפתחותו, בטיבו או בהיקפו¹³². מטעם זה התנגדנו עקרונית ל"דחיסה" קדימה של הנזק בעילות נמשכות (מתארכות).

מהם אפוא אותם מצבים חריגים שבהם ראוי לסטות מן הכלל? להלן נצביע על ארבעה תנאים מאפיינים שיש בהם – לדעתנו – כדי להצדיק פיצול. ראשון שבהם הוא חוסר-יכולתו של התובע, בתוך תקופת ההתיישנות של הנזק המוקדם, לזכות בפיצוי בגין הנזק המאוחר, אם משום שזה לא היה צפוי כלל ואם בשל הסתברותו הנמוכה. התנאי השני הוא, שהימנעותו של התובע לתבוע פיצוי בשל הנזק המוקדם היתה סבירה. התנאי השלישי הוא, שהתובע לא השתהה בהגשת תביעתו בגין הנזק המאוחר לאחר שנוצרו התנאים לכך. המכנה המשותף לכל שלושת תנאים אלה הוא שהתובע פעל כפי שתובע סביר תחתיו היה נוהג. לעומת זאת, אם השתהה, ללא הצדקה, בהגשת תביעה, אם בשל הנזק המוקדם ואם בשל הנזק המאוחר, אין הוא ראוי לפריבילגיה זו. סבירות האיחור היא, כאמור, תנאי הכרחי, הגם שלא מספיק, לחסימתה של טענת התיישנות¹³². התנאי הרביעי הוא, שהפגיעה של הנזק המאוחר בתובע תהיה גדולה באורח מהותי מזו של הנזק המוקדם. אין זה מן הראוי להטריח את התובע ואת המערכת המשפטית בתביעה חריגה אם תרומתה של זו לרווחתו של התובע אינה משמעותית.

מתפישת הפיצול כ"זכות יתר" המוענקת לתובע מתבקש, כי הנטל להוכיח את קיום תנאי הפיצול הנ"ל צריך ליפול על הנהנה מזכות זו. התובע הוא הצריך לשכנע את בית-המשפט כי למרות התיישנות הנזק המוקדם יש להתיר לו לתבוע בגין נזקו המאוחר. האם יש להבחין, לעניין פיצול הנזק, בין נזק שאירע באיחור לבין נזק שנתגלה באיחור? אין אנו רואים טעם ענייני בהבחנה שכזו. כלל הגילוי בא, בין השאר, להשוות

Catchcart v. Keene Indus. Insulation 471 A. 2d 493 (1984), 506 132

*132 ראה לעיל. בסעיף א, 4.

את מעמדו של נזק שנתגלה באיחור לנזק שאירע באיחור. כוחה של "השוואת מעמד" זו יפה גם בהקשר של פיצול "אשם"¹³³.

6. פיצול ה"אשם" ו"השתק עילה"

"מה שמונח ביסוד רעיון ההתיישנות הוא שלא להעמיד את הצד שכנגד במצב יותר גרוע מאשר היה לו היתה מוגשת נגדו התביעה תוך זמן ההתיישנות"¹³⁴. האין הדין המוצע עומד בניגוד לרעיון יסודי זה כך יקרה לכאורה בכל אותם מצבים שבהם תביעה נוספת של הניזק, בגין הנזק המאוחר, היתה נחסמת על-ידי "השתק עילה" שמקורו בתביעה קודמת בגין הנזק המוקדם, אילו הוגשה כזו. הדין המוצע מאפשר לניזק לעקוף מחסום זה דווקא בשל מחדלו לתבוע על הנזק המוקדם. על-פני הדברים קיימת אפוא "התנגשות" בין הדין המוצע לבין דין "השתק העילה"; הראשון מתיר פיצול "אשם" שאינו מוכר על-ידי האחרון, ובכך מרע את מצבו של הנזק בהשוואה למצב שבו היה מצוי לו הוגשה נגדו התביעה בגין הנזק המוקדם¹³⁵.

נניח כי הסדר הפיצול המוצע אכן יביא ל"התנגשות" האמורה עם הדין הנוהג של "השתק העילה". האם "התנגשות" זו מהווה שיקול נגד אימוץ הסדר הפיצול המוצע? על כך נשיב בשלילה, וזאת משני טעמים.

הטעם הראשון הוא, שאין התנגשות בין הסדר הפיצול המוצע לבין הרציונל שעליו מושתת כלל "השתק העילה". הכלל האוסר על פיצול עילה לתביעות עוקבות (Claim Splitting Rule)¹³⁶ אינו כלל מוחלט. איסור הפיצול אינו עניין של צדק טבעי, אלא "...an artificial rule of positive law introduced on the balance of convenience and inconvenience"¹³⁷. כידוע, מטרת כללי ההשתק היא למנוע את הטרדת הנזק והמערכת המשפטית כתביעות עוקבות שמקורן אחד¹³⁸. עם זאת קיימת בדרך כלל הכרה עקרונית בכוחו של בית-המשפט להתיר לתובע לפצל את תביעתו¹³⁹ משיקולי יעילות או נוחות או כאשר קיים אינטרס לגיטימי המצדיק זאת¹⁴⁰. מדוע שלא יינתן לבית-המשפט שיקול-דעת מקביל לפצל, הגם שבדיעבד, עילות לצורכי התיישנות?

133 השוני בין אירוע ובין גילוי יכול לבוא לידי ביטוי בנטלי הראיה. ראה להלן, בסעיף ה', 3, (ג).

134 ע"א 522/77 איגוד עולמי של יוצאי ווהלין נ' פינקלשטיין בע"מ ואח', פ"ד לב(2) 17, 25; ראה גם פתאל (לעיל, הערה 6), 688.

135 לקשר בין התיישנות ובין "מעשה בית דין" ראה גם Developments (לעיל, הערה 10), 1203.

136 ע"א 259/83 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' סקום (ישראל) בע"מ, פ"ד לט(4) 141, 145–146; Bower & Turner, *The Doctrine of Res Judicata* (London, 2nd ed., 1969); Restatement, Second, Judgments, vol. I, sec. 24, 25 (2); 380–382 (בעיקר בעמ' 211–212).

137 *Darely Main Colliery Co v. Mitchell* [1886] A.C. 127 (H.L.), 138, "Principles of res judicata are not ironclad, but must be applied to accomplish justice in light of public policy" (לעיל, הערה 131), 521. ראה גם Bower (לעיל, הערה 136), 111.

138 Bower (לעיל, הערה 136), 10.

139 ראה סעיף 26 לריסטיטוטנט (לעיל, הערה 136), 233–234. הייחוד בדין הישראלי הוא בסמכות שניתנה לבית-המשפט לפצל עילה מראש, בעת הדיון המוקדם. ראה לעיל, הערות 122–123, והטקסט לידן.

140 ריסטיטוטנט, שם; רוטנברג (לעיל, הערה 122), 393–394.

זאת ועוד: אובדן התביעה המאוחרת מוסבר בכך שהתובע היה יכול לרכוש את כל טענותיו ובקשותיו בתביעה אחת, ולמרות זאת בחר לפצל את תביעותיו. הפיצול המכוון הוא היוצר את ההטרדה ואת "עונשה"¹⁴¹. רציונל זה אינו קיים במקרים שבהם הצענו להכיר בפיצול עילה לצורך התיישנות. כזכור, מותנה פיצול זה בכך שהתובע לא היה יכול לתבוע בתביעה המוקדמת את הסעד המתבקש בתביעה המאוחרת. הטרדה אמנם יש כאן, אך זוהי הטרדה בלתי-נמנעת ובלתי-מכוונת מבחינת התובע, ומן הראוי להתחשב בכך כשבאים להכריע בגורל תביעתו.

לא זאת אף זאת: המשפט המקובל מכיר בפיצול "אשם" אחד בין נזקים שונים כאשר הנזקים הם מסוגים שונים – נזק גוף, מחד גיסא, ונזק רכוש, מאידך גיסא¹⁴². לא ניכנס כאן לשאלה מדוע הוכר דווקא פיצול זה, ומהם טעמיו. נסתפק כאן בציון העובדה שפיצול "אשם" בין נזקים שונים הוא תופעה מוכרת גם בתחום כללי "מעשה בית-דין". הטעם השני לאי-ההירעת עין מקיומה של "התנגשות", כאמור, הוא שהנתבע אינו נפגע כלל מהתנגשות זו, ולחלופין שהפגיעה בו מוצדקת לגופה. הנתבע לא יפגע באותם מצבים שבהם הוא עצמו היה מעדיף את הסיכון של תביעה מאוחרת, בגלל הסתברותה הנמוכה, על-פני הוודאות של תביעה מוקדמת, גם אם זו יוצרת השתק. באשר למצבים האחרים שבהם הנתבע כן ייפגע על-ידי פיצול, אין לשכוח כי מול פגיעה זו ניצב האינטרס הלגיטימי של התובע העונה לכל ארבעת תנאי הפיצול. אין כל פסול בעקבות כללי סופיות בדיון באמצעות דין ההתיישנות אם התוצאה המתקבלת ראויה. כללי סופיות הדיון אינם כלילי השלימות¹⁴³, ותיקונם ה"עקיף" רצוי כשלעצמו. נוסף עוד ונעיר, כי אין כל קושי מושגי בכך ש"עילה" תפוצל לצורך התיישנות ולא לצורך "מעשה בית-דין"¹⁴⁴. על-אף הקרבה העניינית, אין לשכוח כי בין השניים קיים שוני מהותי. בעוד שההתיישנות מגבילה את הזכות המהותית בגלל העדר התדיינות משפטית, עושים כן כללי ההשתק בגלל קיומה של התדיינות מוקדמת¹⁴⁵. זהות התוצאה לעניין הפיצול אפשרית ואולי אף רצויה¹⁴⁶, אך איננה הכרחית.

7. פיצול ה"אשם" ו"ריחוק הנזק"

שאלת פיצול הנזק ליחידות שונות אינה ייחודית לדיני ההתיישנות ול"השתק העילה". היא נשאלת גם בהקשר של "ריחוק הנזק". פה נדרש הפיצול כדי לקבוע את חלקי הנזק שעליהם יש להחיל את מבחן ה"קרבה" (שהוא מבחן ה"צפיות"). כבר הערנו, כי לצורך

141 סקום (לעיל, הערה 136), 145; ראה גם ע"א 246/66, 247/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 593, 591.

142 141 Q.B. (1884) *Brunsdon v. Humphrey*; להבחנה זו הדים גם במשפט האמריקני – ריסטיטמנט (לעיל, הערה 136), 197; ריסטיטמנט (לעיל, הערה 3*), 441; ראה גם ע"א 242/66 יעקובסון נ' גז ואח', פ"ד כא(1) 85, 102.

143 על תחושת חוסר-הנוחות ביחס לכלל השתק העילה והצורך בצמצום ראה אצל רוטנברג (לעיל, הערה 122), 401–400.

144 ראה בריסטיטמנט (לעיל, הערה 136), 195 *Wilson*; (לעיל, הערה 124), 117–118.

145 ראה לעיל, הערה 44.

146 *Jackson* (לעיל, הערה 131), 521. בית-המשפט הסתמך על סעיף 26(f) לריסטיטמנט (לעיל, הערה 139), בהכירו בנזק המאוחר כנזק עצמאי לצורך התיישנות.

זה משמש גם כאן המיון המשולש של הנזק לפי תהליך התפתחותו, סוגו והיקפו¹⁴⁷. הלכה שקנתה לה שכיחה בהקשר זה, היא שאין לפצל נזקים בגלל שוני בהיקף – נזקים המצויים על אותה שרשרת סיבתיות משפטית והמשתייכים לאותו סוג ייחשבו כיחידת נזק אחד, יהיה היקף הנזק אשר יהיה¹⁴⁸. ראינו כי הפסיקה אימצה תפישה דומה גם בהקשר של פיצול ה"אשם" לצורך התיישנות. מהי הזיקה בין שני ההקשרים? היש מקום להסיק מן האחד על האחר?

דעתנו היא שאין להקיש מתחום "ריחוק הנזק" על תחום ההתיישנות, היות שמדובר בשתי סוגיות שונות. החלטה שלא לפצל עילה חיטיב עם הניזק בהקשר של "ריחוק הנזק" (פיצוי על נזק בהיקף בלתי-צפוי), אך תפגע בו בהקשר של התיישנות (הנזק התיישן), מה שמלמד על השוני בשיקולי המדיניות. זאת ועוד: ההלכה בדבר היקף הנזק בהקשר של "ריחוק הנזק" אינה מבחינה כלל בין נזק שגדל באיחור לבין נזק שגדל מיד עם גרימתו. גורם הזמן, שהוא הדומיננטי בהתיישנות, אינו גורם מהותי בהקשר זה.

8. השינוי המוצע והיקפו

הצעתנו היא לשנות בדרך החקיקה את הדין הקיים ולהכיר בכוחו של בית-המשפט לפצל "אשם" אחד, לצורך התיישנות, בין נזקים שונים. בהפעלת כוח הפיצול יונחה בית-המשפט על-ידי המבחנים שפורטו בסעיף 5 לעיל.

באשר לעוצמת השינוי הכרוך בדין המוצע – הדבר תלוי ברוחב ההלכה הקיימת (לעיל, סעיף 3). כזכור, זו שוללת את פיצול הנזק המאוחר כאשר זה שונה ב"היקפו" מהנזק המוקדם. אם ב"היקף" הכוונה היא רק לנזק מאוחר שהוא מסוגו של הנזק המוקדם והמצוי על אותה שרשרת סיבתית, הרי שהדין המוצע ישנה את ההלכה רק לגבי נזקים מאוחרים במשמעות מצומצמת זו. לגבי נזקים מאוחרים שאינם נזקי "המשך" יהווה הדין המוצע הסדר ראשוני ולא שינוי הלכה. לעומת זאת, אם מתרחבת ההלכה השוללת פיצול על כל סוגי הנזק המאוחר, הרי שהשינוי המוצע יהיה רחב-היקף. ההצעה להכיר עקרונית בפיצול ה"אשם" בין יחידות נזק שונות אינה חדשנית. בעבר הוצע פיצול, כאמור, על-פי המבחן הכללי של "זהות מהותית" בין הנזקים השונים¹⁴⁹. להצעה זו היה הד בפסיקה, אך לא יותר מכך¹⁵⁰. ראוי עוד להזכיר כי דווקא בית-המשפט מחזיק הוא זה שהכיר בשעתו, בהחלטה חריגה, בפיצול גורף¹⁵¹. עוד נדגיש כי ההצעה אינה מבחינה בין פיצול בנזקי גוף לפיצול בנזקי רכוש. הטעמים המצדיקים פיצול יפים עקרונית לשני סוגי הנזק¹⁵². עם זאת, יש להניח כי בשל חומרת הפגיעה הכרוכה בנזקי גוף, הנטייה תהיה לפצל בסוג נזקים זה גדולה יותר מאשר בנזקי רכוש.

147 גלעד (לעיל, הערה 118), 31–43.

148 שם, 35, 39–40.

149 דיני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 729 (מ' חשין).

150 זמיר (לעיל, הערה 7), 128–129. מבחן "הזהות המהותית" של מ' חשין מופעל שם לצד ההלכה של "סימני נזק". ראה גם יריד (לעיל, הערה 111), 321.

151 ת"א (חי') 1303/70 וייס נ' עמידר החברה לאומית וכו' ואח', פ"מ עו 296, 303.

152 באנגליה הוכר הפיצול קודם-כול בנזקי רכוש; ראה להלן, הערה 155, והקסט לידה.

9. פיצול ה"אשם" בדין האנגלי

עד לשנת 1963 לא היתה בחוק ההתיישנות הכללי באנגליה התייחסות מיוחדת לנושא הנזק המאוחר. סוגיא זו נדונה במסגרת ההוראה הכללית שלפיה נפתח מירון ההתיישנות מיום היווצרותה של עילת תביעה¹⁵³. שאלת פיצולה של עילת תביעה במקרה של אירוע נזק מאוחר הושארה אפוא לבתי המשפט. לצד ההכרה בפיצול ה"אשם" בין נזק גוף לנזק רכוש¹⁵⁴ הכירה הפסיקה בפיצול "אשם" בהקשר ההתיישנות לפחות במצב אחד נוסף – נזקים הנגרמים עקב מניעת תמיכה ממקרקעין. כאשר חפירה באדמת הנחבע גרמה לשקיעה חוזרת ונשנית של אדמת התובע, הוכרה כל שקיעה כיוצרת עילת תביעה חדשה לצורך ההתיישנות¹⁵⁵. להלכה זו הדים במשפטנו¹⁵⁶. האם הוגבלה ההכרה בפיצול רק לעילה זו? היה מי שסבר, כי אין מניעה להרחיב את ההכרה בפיצול לכל העוולות שהנזק אינו יסוד בהן¹⁵⁷. ואמנם, בפסיקה מן השנים האחרונות ניתן למצוא פיצול "אשם" לצורך ההתיישנות בין נזק רכוש מוקדם ובין נזק רכוש מאוחר¹⁵⁸. סיכומי של דבר: עוד לפני תיקון דיני ההתיישנות הכירה הפסיקה באנגליה בפיצול "אשם" בין נזק מוקדם ובין נזק מאוחר לפחות בקטע מסוים של נזקי רכוש.

בשנת 1963 הוספו לחוק ההתיישנות הוראות המעכבות את פתיחת מירון ההתיישנות בנזקי גוף. בין השאר נקבע שם כי מירון ההתיישנות יעוכב עד שיתבררו "The nature and extent of the personal injuries"¹⁵⁹. על-פי פשוטה של ההוראה, היה ניתן לפצל עילות לצורך ההתיישנות לא רק כאשר הנזק המאוחר שונה בטיבו (nature) מהנזק המוקדם, אלא גם כאשר היא שונה ממנו בהיקפו (extent). פרשנות זו עמדה למבחן ונדחתה¹⁶⁰. גידול מאוחר של היקף הנזק – כך נקבע – ידחה את פתיחת מירון ההתיישנות אך ורק באותם מקרים שבהם הנזק המוקדם היה כה מזערי, עד שאין בו כדי להביא אדם סביר להגיש תביעה¹⁶¹. המבחן שנקבע לפרשנות ההוראה

153 סעיף (1) 2 לחוק מ-1939.

154 לעיל, הערה 142; *Darely* (לעיל, הערה 137), 144–145.

155 זהו פסק-דין *Darely* (לעיל, הערה 137). ראה *McGregor on Damages* (London, 14th ed., 1980), 208, 218. קיים ניסיון להסביר הלכה זו באמצעות הדוקטרינה של "עוולה נמשכת". מניעת התמיכה היא אשם נמשך היוצר נזק נמשך: *Lindsell* (לעיל, הערה 10), 332–333; *Franks* (לעיל, הערה 3), 191, הערה 15. לדעתנו, הסבר זה אינו עומד בפני הביקורת. החפירה היא אקט חד-פעמי (*Franks*, 190). המחדל המלווה אותה נבלע באקט זה. הפיכתו ל"אשם" עצמאי היא מלאכותית. ראה לעיל, הדיון בסעיף ג, 7, (ב).

156 ע"א 407/54 בית משותף ג פתח תקוה בע"מ נ' למפרט, פ"ד י 1104, 1106.

157 *Franks* (לעיל, הערה 3), 191.

158 *Harris* (QB) (לעיל, הערה 66), 343. בית המשפט במקרה זה פיצל "אשם" אחד של הנחבעים (רשלנות בחכנון מבנה ופיקוח על הקמתו) בין שני נזקים שונים שנגרמו למבנה, וקבע לכל סוג של נזק מועד אחד לפתיחת המירון.

159 סעיף (b) (3) 7 לחוק מ-1963. מאחר שהחוק האנגלי, וגם הישראלי, קובעים את מועד גילוי הנזק, להבדיל ממועד אירוע הנזק, כנקודת הנזק. נדונה כאן שאלת הפיצול תוך התייחסות למועדי הגילוי של הנזק המוקדם והמאוחר. דיון שיטתי בכלל הגילוי ייערך להלן, בפרק החמישי.

160 *Goodchild v. Greatness Timber Co. Ltd.* [1968] 2 Q.B. 372.

161 שם, 380.

זהה למעשה לגישה הנוכחית של הפסיקה הישראלית לסוגיית¹⁶². לדעתנו, הרחיק בית-המשפט לכת בפרשנותו המצמצמת להוראה. לא היה צורך לוותר באורח עקרוני וגורף על הסמכות לפצל "אשם" בכל מקרה של גידול מאוחר בהיקף הנזק. היה עדיף לקבוע – כהצעתנו – כי על-אף שבדרך-כלל לא יפוצל "אשם" בגלל שינויים בהיקף הנזק הראשוני, ניתן לחרוג מן הכלל במקרים המצדיקים זאת. העובדה שבמקרה נשוא ההחלטה לא היה מקום לפיצול (שכן הימנעותו של התובע מלתבוע בגין הנזק המוקדם לא היתה מטעם ראוי¹⁶³), לא הצדיקה שלילה גורפת של הפיצול.

חולשתה זו של הפרשנות הצרה שניתנה להוראה זו צפה ועלתה לאחר-מכן כאשר בפני בית-המשפט ניצב תובע שהימנעותו מלתבוע בגין הנזק המוקדם נראתה לבית-המשפט כמוצדקת¹⁶⁴. כבול על-ידי הפרשנות המצמצמת הנ"ל, נמנע בית-המשפט מלפצל "אשם" בגין גידול מאוחר בהיקף הנזק, תוך שהוא מצהיר, פה אחד, כי לו היה בידיו שיקול-דעת היה עושה כן¹⁶⁵. הצהרה זו לא נותרה אות מתה. משניתן לאחר-מכן לבית-המשפט שיקול-דעת כללי לדחות טענת התיישנות¹⁶⁶, הופעל זה עד-מהרה כדי לפצל "אשם" בגין החמרה מאוחרת בהיקף הנזק¹⁶⁷, תוך עקיפת ההלכה האוסרת על פיצול שכזה¹⁶⁸.

השורה התחתונה: בתי-משפט באנגליה מכירים עקרונית ביכולת לפצל "אשם" אחד בין נזק גוף מוקדם ובין נזק גוף מאוחר גם כאשר בנזק המאוחר הוא נזק "המשך". הם עושים כן במסגרת שיקול-הדעת שהקנה להם המחוקק. הגישה המצמצמת במתכונת הדין הישראלי, השוללת פיצול, כאמור, קנתה לה אמנם שביטה תקופה מסוימת, אך זה למעלה מעשור שהיא ניתנת לעקיפה ונעקפת דרך שיקול-הדעת הכללי.

על-אף הדמיון המהותי בין הצעתנו לשינוי הדין בארץ בסוגיית זהו לבין המצב הנוכחי של הדין האנגלי, אין השניים זהים. בדין האנגלי נעשה הפיצול באמצעות שיקול-הדעת

162 לעיל, הערות 111 ו-112 והטקסט לידן.

163 *Goodchild* (לעיל, הערה 160), 381, 382.

164 *Miller v. London Electrical* [1976] 2 Lloyd's. L.R. 284 (C.A.).

165 שם, 287, 288.

166 ראה להלן, בפרק השביעי.

167 *Buck v. English Electric Co Ltd.* [1977] 1 W.L.R. 806 (Q.B.), 809–811.

168 ההלכה המצמצמת, הדוחה את פתיחת המירוץ למועד גילוי נזק ה"המשך" רק כאשר הנזק המוקדם הוא זעיר, עוגנה בחוק מ-1975 ומ-1980 בהוראה שלפיה אחד מנושאי הגילוי הוא "that the injury in question was significant" (סעיף (1) (a) לחוק מ-1980). מתי ייחשב הנזק המוקדם ל-"significant"? כאשר

...the person whose date of knowledge is in question would reasonably have considered it sufficiently serious to justify his instituting proceedings for damages against a defendant who did not dispute liability and was able to satisfy a judgement (סעיף (2) לחוק מ-1980).

נראה כי המבחן האנגלי רחב יותר ונוח יותר לתובע מאשר מקבילו הישראלי. בעוד שהאחרון הוא מבחן אובייקטיבי, הבוחן אם "אדם סביר" היה מגיש תביעה בגין נזק נתון (בוכריס [לעיל, הערה 6], 559), הרי שהראשון הוא מבחן מעורב, אובייקטיבי וסובייקטיבי כאחד. סבירות התנהגותו של הניזק נבחנת, למשל, לא על-רקע המידע והאינטליגנציה של האדם הסביר, אלא על רקע המידע והאינטליגנציה של הניזק המסוים. ראה Todd (לעיל, הערה 10), 23–26. *Current Law statutes*. *Annotated 1980* (London, 1980) II, c. 58/14. בהערת לסעיף (1) (a) 14.

הכללי שמוקנה שם לבית-המשפט לסטות מהוראות חוק ההתיישנות, ועל-פי מבחני ההפעלה של שיקול-דעת זה. לעומת זאת, הצעתנו, היא לקבוע בחוק הוראה מפורשת שתתן לבית-המשפט שיקול-דעת ייחודי לסוגיית פיצול ה"אשם" על-פי התנאים שמנינו. את גישתנו לשאלת שיקול-הדעת הכללי ורוחבו הראוי נבחן להלן, בפרק השביעי.

עד כאן באשר לנזקי הגוף. באשר לנזקי רכוש, כבר ראינו כי הפסיקה באנגליה הכירה בפיצול "אשם" בין נזקים שונים (על-פי מועד האירוע), ולו גם בתחומים מצומצמים. לאחרונה הוחל באנגליה כלל הגילוי, כמתכונתו בנזקי גוף, גם על נזקי הרכוש שנגרמו ברשלנות¹⁶⁹. במקביל נמנע המחוקק, במתכוון, מלתת לבית-המשפט שיקול-דעת דומה לזה המסור לו ביחס לנזקי גוף¹⁷⁰. אפשר שכתוצאה מן החקיקה החדשה, ובתחומיה, נשללה מבית-המשפט יכולת הפיצול: מחד גיסא הוא כבול על-ידי ההלכה (שעוגנה בחוק) המאפשרת פיצול במקרה של נזק "המשך" רק כאשר הנזק המוקדם מיזערי¹⁷¹, ומאידך גיסא אין מסור לו שיקול-דעת המאפשר עקיפת מגבלה זו. אם זוהי אכן התוצאה, הרי שאינה ראויה. כאמור, אין טעם ענייני להבחין בין נזקי גוף ובין לנזקי רכוש לעניין פיצול ה"אשם" לצורך התיישנות. נזכיר, כי גם בארצות-הברית פוצל "אשם" בין נזק גוף מוקדם לבין נזק גוף מאוחר, הגם שבדרך-כלל הדבר נעשה תוך הדגשת "עצמאותו" של הנזק המאוחר¹⁷².

ה. כלל הגילוי

1. מבוא

כלל הגילוי המאוחר משתייך לקבוצת הכללים המצמצמים את תחומי פעולתה של טענת ההתיישנות. במצבים שבהם מוחל הכלל, כאשר קיים פער בין המציאות העובדתית והמשפטית לבין השתקפותה של מציאות זו בתודעת התובע, מושעה נקודת-הפתיחה בפועל של מידון ההתיישנות מנקודת-המוצא הרלבנטית עד למועד שבו התובע מגלה, בפועל או בכוח, את העובדות הטעונות גילוי¹⁷³. על-ידי דחיית מועד ההפעלה של שעון-זמן מתארכת בפועל התקופה שבה התובע רשאי להגיש את תביעתו מבלי שתיטען נגדה התיישנות.

טעמי הכלל גלויים לעין. כאשר האיחור בהפעלת כוח התביעה נובע מכך שהתובע לא גילה, או לא היה צריך לגלות, כי קמה לו עילת תביעה בת-מימוש, נחלש, אם לא

169 Latent Damage Act 1986 הוסיף לחוק מ-1980 את סעיף 14 A, המחיל את הסדר הגילוי שבסעיף 14 על נזקי רכוש.

170 Law Reform Committee, 24th Report, 1984, cmnd. 9390, 23-24, 170

171 וזהו, בזכור, הלכת Goodchild (לעיל, הערה 160). שנקלטה בחוק דרך הוראת ה-significant injury (לעיל, הערה 168). הוראה מקבילה ביחס לנזקי רכוש מצויה בסעיף 14 A.

172 לעיל, הערות 124, 126 ו-131, וראה גם Baldridge v. Howard 708 S.W. 2d 62 (1986), שם בית-המשפט קובע כי הגילוי צריך שיתייחס לטיב (nature) הנזק (בעמ' 65-66).

173 להבחנה בין הפסקת המידון לבין השעיתו ראה ג' טדסקי, "הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז (תשמ"ז) 335, 362-363.

בטל, רציונל דין ההתיישנות עד כמה שזה מתמקד בתובע. בהעדר ידיעה, כאמור, לא ניתן לראות את התובע כמי שוויתר, ואין לבוא אליו בטרזניה על "שישן על זכויותיו" או על שיצר ציפיות אצל הנתבע והרע את מצבו. ידיו של התובע נקיות. תכליתו של כלל הגילוי היא בפשטות, לעשות צדק עם התובע, אם פעל כאדם סביר¹⁷⁴.

ההתלבטות סביב החלתו והיקפו של כלל הגילוי נובעת מכך, שבצדק שהכלל עושה עם התובע כרוכים אי-צדק לנתבע ועומס על המערכת המשפטית¹⁷⁵. עיכוב מועד ההתיישנות, דרך כלל הגילוי, מסכל את ציפיותיו של הנתבע, חושף אותו לתביעה שלקראתה אין הוא ערוך מבחינת ראיות ואמצעים ומחייב את המערכת לדון בתביעות "חלודות" שכירון קשה. לכך יש להוסיף את תוצאותיו השליליות של הגדלת הסיכון הניצב בפני נתבעים פוטנציאליים ומבטחיהם¹⁷⁶. אשר על-כן אמרנו בפתח דברינו כי סכירות התנהגותו של התובע היא תנאי הכרחי, אך לא תנאי מספיק לחסימת טענת התיישנות. נעיר כי התלבטות זו בין אינטרס התובע שפעל כאדם סביר לבין האינטרסים האחרים המונחים על הכף, אינה ייחודית לכלל הגילוי: כל הכללים לפתיחת המירון והשעייתו¹⁷⁷ כרוכים בהתלבטות דומה¹⁷⁸.

האם כלל הגילוי הקיים משקף את נקודת-האיזון הנכונה בין האינטרסים המתנגשים או שמא מן הראוי להסיטה? קודם שנפנה להערכת הדין המצוי והרצוי נציג תחילה את אבני-הבניין שמהם מורכב כלל הגילוי.

2. חלקי כלל הגילוי – רוחב הגילוי, טיבו ונטל הוכחתו

שלושה הם חלקי כלל הגילוי המשפיעים על איזון האינטרסים המושג באמצעותו. ראשון במעלה הוא רוחב הגילוי הנדרש; העניינים שגילויים נדרש כתנאי לפתיחת מירון ההתיישנות. כלל גילוי רחב, החובק מספר גדול של מושאי גילוי, מסיט את האיזון לכיוון התובע. היפוכו של דבר כאשר כלל הגילוי צר ומושאי מעטים. שני במעלה, טיב הגילוי הנדרש. הקפדה יתירה עם התובע, כמו, למשל, הכרה בגילוי כלי-אימת שקיימת יכולת, ולו קלושה, לגלות את הטעון גילוי, תצר את היקפה של פעולת הכלל. יחס סלחני לתובע, המחבטא, לדוגמא, בדרישת גילוי בפועל, יביא לתוצאה הפוכה. אחרון ברשימה – נטל ההוכחה. מיהו הנושא בנטל להראות כי יש או אין לעכב את מניין העתים עד למועד הגילוי הנטען? מיהו הנושא בסיכון במצב של ספק שקול בשאלה זו? להלן נבחן את חלקי כלל הגילוי באופן הכא: נפתח בשאלת הדין הרצוי. לשם כך יש

174 בזכרים (לעיל, הערה 6), 557.

175 יעקובסון (לעיל, הערה 142), 99–100.

176 לשיקולים שמאחורי מוסד ההתיישנות ראה ע"א 158/54 דה ברוטון ואח' נ' בנק המזרחי ואח', פ"ד י 687, 695: הצעת חוק ההתיישנות, תשי"ז–1957, ה"ח 280, 283; י' ויסמן, "ההתיישנות והמדינה" משפטים יד (תשמ"ד) 3, 5–3; טרסקי (לעיל, הערה 173), 372–373; ראה גם לעיל, סעיף א.3; ולהלן, והערה 317.

177 סעיפים 9–17 לחוק ההתיישנות.

178 לדיון בשאלה עד כמה כללי ההפסקה וההשעיה הקיימים ממלאים את מטרותיו של מוסד ההתיישנות ראה טרסקי (לעיל, הערה 173), 362–374.

להצביע בשלב ראשון, על תחום האיוון המבוקש, ובשלב שני – על דרך תרגומו להסדר גילוי מתאים של כל אחד מחלקי כלל הגילוי. לאחר מכן נבדוק את ההתפתחויות במשפט האנגלי בסוגיא זו, תוך הצעה לעבר הדין בארצות-הברית. על-רקע זה נציג וננתח את הדין בישראל. הצעות לשינויים בדין תסכמנה ותסיימנה את הדין בסוגיא.

3. כלל הגילוי – הדין הרצוי

(א) רוחב כלל הגילוי

(1) מושאי הגילוי – הזכות לסעד, יכולת מימושה, וכדאיות המימוש

את מושאי הגילוי ניתן למיין באופנים שונים וברמות שונות. אנו מצאנו את המיון הבסיסי הבא כמתאים לצרכינו. בראש הרשימה – קיומה של הזכות. מושא הגילוי הוא עצם היווצרות כוח תביעה בידי התובע בגין אירוע קונקרטי. אחריו ברשימה – היכולת לממש בפועל את כוח התביעה. דוגמא טיפוסית – כתובתו של הנתבע. אי-גילוי כתובת זו שולל לעתים את היכולת לממש את כוח התביעה. שלישית בתור – כדאיות המימוש. זו תלויה בכמה גורמים, כגון סיכויי הצלחת התביעה, עלותה, ערך התרופה היכולת לאוכפה על הנתבע ועוד. אלה הם – לשיטתנו – מושאי הגילוי, בסדר היורד מן הכבד אל הקל.

מה צריכים להיות מושאי כלל הגילוי? עמדנו היא שרק המושא הראשון – קיומה של הזכות. שני המושאים האחרים, יכולת המימוש וכדאיותו, אינם מושאים ראויים לכלל הגילוי. מדוע? משום שהרחבת כלל הגילוי לתחומים אלה תסיט את נקודת-האיוון הסטת יתר לכיוון התובע. במלים אחרות: הערכתנו היא שהתרומה החיובית של הרחבה שכזו – עשיית צדק עם תובע שפעל כאדם סביר – תהא קטנה מן האפקט השלילי: הפגיעה בנתבע, העמסת המערכת בתביעות "חלודות" וההשפעה השלילית על פרמיות ומחירים. כפי שנראה בהמשך, כלל הגילוי, הוא יציר הדור האחרון. עד לאימוצו התעלמו מאי-הצדק שנגרם לתובע במקרה של אי-גילוי סביר. מדוע? לא בשל עיוורון ואטימות לאינטרס התובע, אלא בגלל האינטרסים הלגיטימיים האחרים – אינטרסים העומדים בעינם גם כיום. בקבלת כלל הגילוי הקיים הוסטה אפוא נקודת-האיוון במידה ניכרת לטובת התובע, ואישית אין אנו רואים הצדקה להסטה נוספת. אילו היה ניתן להצביע על קיומה של הסכמה רחבה באשר לצדק שבהסטה נוספת, היינו מבטלים את דעתנו מפני הסכמה זו. להערכתנו הסכמה שכזו אינה קיימת, ותעיד על כך העובדה ששיטות-המשפט שבחנו מתלבטות בדרך-כלל בשאלת רוחבו של כלל הגילוי בתוך מושא הגילוי של הזכות, ולא מחוצה לו. מאחר שגם מידת השפעתה השלילית של הרחבה זו על פרמיות ומחירים אינה ניתנת להערכה, נמצא שעל-פי שני העקרונות המנחים אין מקום להרחבת כלל הגילוי מעבר לגילוי קיומה של זכות תביעה.

(2) מאפיין הזכות

הגבלנו את כלל הגילוי לגילוי קיומה של זכות התובע. מה ייחשב לצורך זה כזכות? ומהם רכיביו של גילוי זה? והאם צריך כלל הגילוי להתייחס לכל רכיבי הגילוי או שמא רק לחלקם?

נכון תחילה בטיבה של הזכות הטענה גילוי. לזכות זו שני מאפיינים חשובים: המאפיין הראשון – נזכיר – הוא שאת נושא ההתיישנות יש לקבוע, עקרונית, *in concreto*, על-פי טיבה של עילת התביעה הקונקרטית, ולא *in abstracto*, על-פי היסודות העיוניים של העוולה הרלבנטית. עניין זה נדון בהרחבה בפרק השני במהלך בדיקתה של סוגיית נושא ההתיישנות הראוי. לכך יש, כאמור, השלכה על כלל הגילוי. תמחיש זאת הדוגמא הבאה: נניח, כי התביעה היא לפיצוי בגין נזק בעוולה מקבוצה א וכי הנזק נתגלה אחרי שנתגלה ה"אשם". במקרה זה גילוי הנזק הוא הגילוי הרלבנטי הגם שהנזק אינו יסוד מיסודות האחריות בהגדרת העוולה.

המאפיין האחר והמשלים של הזכות הוא, שאין בוחנים את גילוי העילה הספציפית הנזכרת בכתב-התביעה, אלא את גילוי העילות העולות מן האירוע נשוא התביעה. נניח כי אירוע מסוים הקים לתובע עילות תביעה ברשלנות ובתרמית. העובדות של עילת הרשלנות היו גלויות לנתבע, אך הוא נמנע מלתבוע. משחלפה תקופת ההתיישנות, נתגלו לו עובדות המקימות גם את עילת התרמית (למשל: שהמידע המטעה נמסר בכוונה). היהנה התובע מכלל הגילוי? אנו סבורים שלא. התובע גילה את זכותו לסעד המבוקש לפני שחלפה תקופת ההתיישנות. תובע סביר כנעליו היה תובע ברשלנות. אין הצדקה עניינית למחדלו של התובע לתבוע. הוא-הדין כאשר נגרם לתובע נזק A גלוי ונזק B סמוי, והוא נמנע מלתבוע בגין הנזק הגלוי. הגילוי המאוחר של נזק B לא יעמוד לו לתובע, אלא-אם-כן יתקיימו לגביו התנאים המצדיקים את פיצול ה"אשם", כאמור בפרק הקודם.

קיים דמיון בולט בין המאפיין השני של הזכות לבין רוחב המושג "עילת תביעה" לצורך "מעשה בית-דין"¹⁷⁹. הדמיון אינו מקרי. אותו היגיון המצדיק השתק רחב במקרה של תביעה עקיבה מצדיק חסימה רחבה במקרה של תביעה מאוחרת. עם זאת, אין אנו מציעים לאמץ את כללי הסופיות בהקשר זה, זאת מטעמים שעליהם כבר עמדנו¹⁸⁰.

(3) רכיבי כלל הגילוי

על אילו רכיבים של גילוי הזכות לסעד ראוי להחיל את כלל הגילוי? הרכיבים הפוטנציאליים הם אלה: (א) המעשה או המחדל והנסיבות החיוניים ליצירת הזכות

179 "כשאנו באים עכשיו לרון בשאלה מהי עילת התביעה המוגנת בטענת ההתיישנות... ברי שלא מן הדין לנהוג כאן על-פי המבחן האומר לנו אם גילה כתב התביעה עילת תובענה או לא." "...עילת התובענה... פירושה העיסקה או המעשה המזכיר לדיון" (ע"א 203/63 עזבון בורנשטיין ואח' נ' "עזרות" ואח', פ"ד יח(1) 306, 312). כאשר לרוחב המושג "עילת תביעה" לצורך "מעשה בית-דין" ראה רוטנברג (לעיל, הערה 122), 405–410; והריסטייטמנט (לעיל, הערה 136), סעיף 24.

180 ראה לעיל, הערה 44, וסעיף ד. 6.

לסעד; (ב) הנזק שנגרם; (ג) הקשר הסיבתי העובדתי בין המעשה או המחדל ובין הנזק; (ד) קיומו וזהותו של נתבע; (ה) הכרת המשפט בארבעת הרכיבים הנ"ל או בחלק מהם, כיוצרי זכות לתובע (כך כלול גם הקשר הסיבתי המשפטי). מבין חמשת הרכיבים הנ"ל רק הראשון והאחרון חיוניים בכל תביעה. השניים מרכיבים יחדיו את ה"אשם" שבלעדיו לא תקום תביעת נזיקין. על הרכיב השני והשלישי, הנזק והקשר הסיבתי, ניתן לוותר בתביעות שעילתן "אשם" בלבד. הרכיב הרביעי אינו חיוני אם התביעה אינה מצריכה את זיהויו של נתבע מסוים כלשהו¹⁸¹. נחזור ונזכיר, כי על-פי המאפיין השני של הזכות אין מצטמצמים לזכות הנטענת בכתב-התביעה, אלא בוחנים את הזכות לסעד העולה מן האירוע נשוא התביעה.

נשוב לשאלה שבה פתחנו: על אלה רכיבים ראוי להחיל את כלל הגילוי? תשובתנו הפעם מרחיבה: על כל הרכיבים. מדוע? מן הטעם הפשוט שאין כל בסיס ענייני להבחנה בין הרכיבים בהקשר של כלל הגילוי. כל רכיב, כמושא לגילוי, מקדם, מחד גיסא, את עשיית הצדק עם התובע, אך מאידך גיסא פוגע בנתבע, מעמים את המערכת המשפטית ומגדיל את הסיכונים הניצבים בפני נתבעים ומבטחיהם. החלה סלקטיבית של כלל הגילוי מחייבת לכן את בדיקת תרומתו "נטו" של כל רכיב, ואת ניפויים של אותם רכיבים שתורמתם "נטו" שלילית. דא עקא, שבחינת התרומה היא משימה מורכבת ביותר, שכן קיימים יחסים גומליניים וזיקות הדדיות בין הרכיבים השונים. אפשר כי רכיב שתורמתו היא חיובית בכלל גילוי שבו שלושה רכיבים ניב "תוצר" שלילי בקבוצה של ארבעה רכיבים, וההיפך. הקושי להעריך את תרומתם היחסית של הרכיבים השונים הוא שהביא אותנו למסקנה כי אין הצדקה להחלה סלקטיבית של כלל הגילוי וכי יש להחילו על כל רכיבי הגילוי של הזכות כמקשה אחת.

נבחן, לדוגמא, את הרכיב השנוי ביותר במחלוקת מבין החמישה. זהו הרכיב החמישי — גילוי העובדה שהמשפט מכיר באירוע ככזה המקנה זכות לתובע. כדי להוציא רכיב זה מתחומי כלל הגילוי צריך להראות כי תרומתו כמסגרת כלל זה היא שלילית או לפחות קטנה במידה משמעותית מתרומתם של הרכיבים האחרים. האומנם כך? השוואת הרכיב החמישי לרכיב המהווה את הגרעין הקשה של כלל הגילוי, הנזק (הרכיב השלישי), אינה מראה זאת. אשר לאי-הצדק שבחסימת תביעתו של התובע, אין אנו רואים הבדל בין אי-הצדק שבחסימת תובע שנוקו נסתר מעיניו לבין אי-הצדק שבחסימת תובע שזכותו נסתרת מעיניו. ניתן לטעון, שבבחינת הנתבע קשה יותר דווקא פגיעתו של הרכיב השלישי; כאשר נזקו של התובע גלוי לעין כול ורק זכותו נסתרת מעיניו, אפשר שהנתבע יצור למצב ומכין את הגנתו. כאשר הנזק נסתר מעין כול, גם הנתבע שוקט על שמריו, והגנתו מתנוונת. נמצא שפגיעת הרכיב החמישי בנתבע (כמושא לגילוי) קטנה מפגיעת הרכיב השלישי. במהלך הסקירה ההשוואתית בהמשך נציג ונבקר טיעונים נוספים שהובאו נגד הכללת הרכיב החמישי בתחומי כלל הגילוי. מהחלת כלל הגילוי על כל חמשת הרכיבים של גילוי הזכות אין להסיק על שוויון במידת ההשפעה שיש לרכיבים השונים על צמצום תחומי ההתיישנות. מידת

181 לתביעות שבהן זהות הנתבע אינה בהכרח רכיב הכרחי בזכות לסעד ראה יעקובסון (לעיל, הערה 142), 103–104.

האפקטיביות של כל רכיב בדחיית מירון ההתיישנות תלויה לא רק בשכיחותו, אלא גם בטיב הגילוי הנדרש. ניתוח הסוגיא של טיב הגילוי יראה כי קיימת הצדקה עניינית להבחין בין הרכיבים השונים באשר לטיב הגילוי הנדרש. בסופו של דבר קיים אפוא שוני במשקל הסגולי של הרכיבים השונים.

קודם שנפנה לעסוק בטיב הגילוי, נעיר הערה באשר לתחולתו של כלל הגילוי על ראיות התובע¹⁸². גילוי קיומן של ראיות מתאימות קשור בדרך-כלל ליכולת המימוש או לכדאיותו, וכנזה אינו צריך להימנות על מושאי כלל הגילוי. עם זאת, קיימים מצבים שבהם גילוי ראה כמוהו כגילוי אחד מרכיביה של הזכות. ימחיש זאת המקרה הבא: עובד שנחשף לחומר רעיל תקופה ארוכה "חושד" כי החומר גרם לו לנזק, אך אינו יכול להוכיח זאת כיוון שדעות המדענים חלוקות בעניין. בפרסומו של מחקר, המוכיח באורח חד-משמעי את הקשר הסיבתי, יש לראות, לצורך כלל הגילוי, לא רק ראה לקיומו של קשר סיבתי, אלא גילוי של הקשר הסיבתי. ההבחנה בין גילוי ראה ובין גילוי רכיב של הזכות במקרים שכאלה אמנם קשה, אך מחויבת המציאות. הסכנה הרובצת לפתח היא ניסיון מלאכותי להרחיב את כלל הגילוי על-ידי החלתו על עובדות הנוגעות ליכולת מימושה של הזכות או לכדאיותה ולא לעצם קיום הזכות.

(ב) טיב הגילוי

כלל הגילוי משעה את מירון ההתיישנות עד לגילוי מושאי השונים של כלל זה. מה נחשב "כגילוי" לצורך זה? מה סוגר את הפער בין המציאות העובדתית והמשפטית לבין השתקפותה בתודעתו של התובע המסוים?

בקצה האחד של קשת האפשרויות נמצא את הגילוי בפועל. כל עוד לא נודעה לתובע המסוים העובדה הרלבנטית, נמשכת השעיית המירון. "עצימת עיניים" תיחשב, כמובן, לידיעה בפועל. בקצה האחר של הקשת מצויה יכולת הגילוי (discoverability). עובדה שניתן לגלותה בדרך כלשהי תיחשב כעובדה שנתגלתה. סוג זה של גילוי תואר כגילוי ל"עין המדע"¹⁸³. בתווך מתבלט מבחן הגילוי הסביר: עובדה "מתגלית" כאשר האדם הסביר, בנעלי התובע, היה לומד בפועל על דבר קיומה¹⁸⁴. מייחסים לתובע המסוים את תכונותיו של האדם הסביר ושואלים כיצד זה היה פועל באותן נסיבות שבהן התובע היה מצוי, והאם היה רוכש את המידע. בין המרכז, כלל הגילוי הסביר, לבין הקצוות קיימים צירופים נוספים. בין הגילוי בפועל ובין הגילוי הסביר מצוי מבחן גילוי מעורב: אובייקטיבי וסובייקטיבי. על-פי מבחן זה אין מייחסים לתובע המסוים את כל תכונותיו של האדם הסביר, אלא רק חלק מהן. כך, למשל, ניתן לבדוק את סבירות התנהגותו של התובע לא על רקע המידע שהיה צריך להיות בידי אדם בעל כישורים שכליים סבירים, אלא על רקע המידע שהיה בפועל לתובע שכישוריו השכליים נמוכים יותר. בין הגילוי

182 ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 509.

183 בלשוננו של חשין (726–728).

184 סבירות "פרסונלית". שם, 728.

הסביר ובין יכולת הגילוי מצוי מבחן הגילוי ב"אמצעים סבירים" (להבדיל מגילוי בדרך כלשהי)¹⁸⁵.

עמדתנו בסוגיית טיב הגילוי היא שיש לאמץ את מבחן הגילוי הסביר. תוצאה זו מתבקשת במישורין מן הרציונל הכללי לכלל הגילוי שהוא לסייע רק לתובע שמחדלו מלתבוע היה מחדל סביר. סבירות זו, כזכור, איננה תנאי מספיק, אך היא תנאי הכרחי. לכן יש לדחות את הסדר של גילוי בפועל המגן גם על תובעים שמחדלם אינו סביר על-חשבון האינטרסים הלגיטימיים האחרים. גם מבחן מעורב אובייקטיבי/סובייקטיבי מביא לאותה תוצאה, אם כי בהיקף קטן יותר. ומה באשר להסדר של יכולת גילוי, דווקא או מרוכך? מאחר שהדין הנוהג עתה — כפי שנראה מיד — הוא של גילוי סביר, אין אנו מוצאים טעם כלשהו לסגת לאחור ולהחמיר עם הנתבע דווקא בנקודה זו.

מתי ייחשב התובע כמי שפעל כאדם סביר להשגת המידע הרלבנטי? מהו עומס החקירה והדרישה שיש להטיל על התובע בקשר עם כל אחד מהמשתתפים הרכיבים הרלבנטיים? התשובה לשאלות אלה נגזרת מהנטל הכללי המוטל על כל תובע פוטנציאלי להקטין את נזקיו ולפעול למימוש זכויותיו. הנטל הראשוני הוא לגלות את דבר אירוע הנזק. על התובע הסביר מוטל הנטל להעמיד את עצמו ואת רכושו לבדיקות מסוג ובתדירות ההולמים את הסיכונים שאליהם נחשף. משנתגלה נזק, צומח לו נטל נוסף: על התובע לעשות מאמץ ממשי ויעיל במטרה לאתר את מקורות הנזק כדי להקטין ולמנוע את הישנותו. עומס החקירה והדרישה צריך שיעמוד ביחס ישר לעוצמת הנזק ולחשיבות של איתור מקורותיו. גילה התובע כי הנזק קשור עובדתית למעשה או למחדל של צד שלישי, יש לדרוש ממנו לאתר את הצד השלישי ולבחון היטב אם קמה לו זכות נגדו. ככל שגדלים ההסתברות האובייקטיבית של קיום עילת תביעה וחשיבותה לתובע, כך יש להגדיל את עומס החקירה והדרישה לגבי רכיבים אלה. כך, לדוגמא, אין להירתע מלדרוש מן התובע לבקש "חוות-דעת נוספת" של רופא או עורך-דין, כאשר הדבר מתבקש בנסיבות המקרה¹⁸⁶.

סיכומו של דבר: סבירות הגילוי תלויה במושא הגילוי, במידע שכבר הצטבר אצל התובע (בפועל או בכוח), בגודל הנזק ובסיכויי מניעתו ובסיכויי ההצלחה של תביעה פוטנציאלית.

קיומם של עומסים שונים על רכיבי גילוי שונים משפיע, כאמור, על מידת ההשפעה שיש לכל רכיב על צמצום תחומי ההתיישנות. הכבדת העומס על התובע לעניין גילוי הרכיב החמישי, למשל (גילוי הזכות), תביא בפועל לכך שמירון ההתיישנות יעוכב אך ורק במקרים נדירים בגלל רכיב זה. על-ידי הפעלת שיקול-הדעת הגלום במבחן הסבירות יוכל בית-המשפט להגדיל או להקטין את משקלם הסגולי של הרכיבים השונים על-פי תפישתו את תחומי האיזון הראוי.

185 סבירות "טכנית". שם.

186 * בת"א (ר"ם) 67/87 זיסברג נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (טרם פורסם) נפסק, כי בנסיבות המקרה לא היה על התובעת לבקש חוות-דעת רפואית נוספת.

(ג) נטל הוכחתו של תנאי כלל הגילוי

האם התובע הוא הנושא בנטל לשכנע כי נתקיימו תנאי כלל הגילוי במקרה שלו או שמא הנתבע הוא זה הצריך לשכנע שתנאים אלה לא נתקיימו? שאלה זו תתעורר במצבי "הספק השקול" כאשר משקלה של גרסת כל צד הוא 50%.

את התשובה לשאלה זו יש לחפש בהגדרת מעמדו של כלל הגילוי בהסדר ההתיישנות. אם נראה בכלל זה חריג להסדר הכללי – טענת הגנה נגדו – הרי שהתובע הוא הצריך לשאת בנטל. משהוכיח הנתבע את טענת ההגנה שלו, את טענת ההתיישנות, התובע צריך להוכיח את קיומו של הסייג. לעומת זאת, אם נראה בכלל הגילוי חלק אינטגרלי של הסדר ההתיישנות, יסוד מיסודותיו, אזי יש להטיל את הנטל על הנתבע הנושא בנטל השכנוע לגבי הגנתו.

מאחורי הבחירה בין שתי החלופות צריכים לעמוד שיקולים נורמטיביים. החלופה הראשונה תיטיב עם הנתבע על-חשבון התובע. החלופה השנייה תביא לתוצאה הפוכה. דעתנו האישית היא, שבשלב זה ראוי להתייחס לכלל הגילוי כחריג להסדר ההתיישנות הכללי. הכלל, בהיקפו המוצע, מיטיב הטבה של ממש עם התובע על-חשבון האינטרסים הלגיטימיים האחרים. הטלת הנטל על התובע תרכך את עוצמת השינוי ותקל בכך על התפתחות הדין.

4. כלל הגילוי במשפט הנזיקין האנגלי**(א) סקירה כללית**

עד לשנת 1963 נמנה באנגליה זמן ההתיישנות החל מיום היווצרותה של עילת התביעה¹⁸⁶. המשפט האנגלי לא הכיר עקרונית בהשעיית המירוץ עד למועד הגילוי של רכיב כלשהו. הרגישות הגוברת לאי-הצדק שסבל התובע עקב כך באה לידי ביטוי בולט ומפורסם בפסק-הדין בעניין *Cartledge*¹⁸⁷, שבו נאלץ בית-המשפט לחסום את תביעתו של עובד שלקה במחלה תעשייתית לפני שנודע לעובד דבר הנזק. בעקבות ההחלטה מינתה הממשלה בשנת 1961 את הוועדה הידועה כוועדת-דייוויס (Davies) כדי לבחון את הצורך בשינוי דין ההתיישנות לגבי נזקי גוף המתגלים באיחור. ועדת-דייוויס המליצה על השעיית המירוץ עד למועד "היריעה" של התובע על הנזק וסיבתו¹⁸⁸. חוק ההתיישנות מ-1963 גיבש את המלצות הוועדה ונתן להן תוקף מחייב (להלן: הסדר 1963)¹⁸⁹. הסדר 1963 עורר קשיים בכמה הקשרים, לרבות בהקשר של רוחב כלל הגילוי¹⁹⁰. בשל קשיים אלה נתבקשה ה-*Law Reform Committee*, שכבר ישבה

186 סעיף 2 לחוק ההתיישנות מ-1939.

187 *Cartledge v. Jopling & Sons Ltd.* (1962) 1. Q.B. 189 שאושר על-ידי בית-הלורדים, A.C. 758 (1963).

188 Report of the Committee on Limitation of Actions in Cases of Personal Injury (1962), Cmd. 1829.

189 Limitation Act 1963. החוק תוקן על-ידי ה-*Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* 1971.

190 Todd (לעיל, הערה 10), 3-5; דו"ח מס' 20 (לעיל, הערה 71), 5-7.

באותה עת על מרוכת ההתיישנות, ליתן עדיפות לסוגיית ההתיישנות בנוקזי הגוף. בדו"ח מס' 20 המליצה הוועדה, בין השאר, על הכנסת שינויים בכלל הגילוי¹⁹¹. המלצות הוועדה שימשו בסיס לחוק המתקן משנת 1975 (להלן: הסדר 1975), אשר שולב בחוק ההתיישנות החדש מ-1980¹⁹².

הצורך בהחלת כלל הגילוי על נוקזי רכוש התעורר כאנגליה בעקבות שורה ארוכה של פסקי-דין שבהם התלבטו בתי-המשפט בשאלת מועד האירוע של נזק הרכוש שהתגלה באיחור. חילוקי-הדעות וחוסר-הבהירות סביב שאלת האירוע המריצו את ה-Law Reform Committee לבחון את הנושא ולהגיש את המלצותיה בדו"ח מס' 24 של הוועדה¹⁹³. ה-Latent Damage Act 1986 (להלן: הסדר 1986) גיבש את המלצות הוועדה. תמציתו של השינוי שהחוק הכניס בדין ההתיישנות היתה הרחבת תחולתו של הסדר הגילוי הקיים בנוקזי גוף גם על נוקזי רכוש שנגרמו ברשלנות¹⁹⁴, וקביעת תקרה למועד הגשת תביעה בגין נזקים אלה¹⁹⁵. נפנה עתה לבחון ולהעריך את הדרך שבה טופלו שאלות רוחב הגילוי, טיבו ונטל הוכחתו, על-ידי ההסדרים מ-1963 ומ-1975 כפירושם בפסיקה.

(ב) רוחב כלל הגילוי

(1) הסדר 1963

רוחב כלל הגילוי (date of knowledge) בהסדר 1963 נקבע על-ידי שילוב ההוראות הבאות: (א) נשוא הגילוי הן "עובדות מהותיות המתייחסות אל עילת התביעה" (material facts relating to the cause of action)¹⁹⁶; (ב) העובדות הבאות תיחשבנה כמהותיות¹⁹⁷; (1) נזק שנגרם על-ידי "אשם"¹⁹⁸; (2) טיב והיקף הנזק שנגרם¹⁹⁹; (3) עצם הזיקה ומידת הזיקה שבין האשם לנזק; (ג) תנאי לחלוטו של כלל הגילוי על עובדה מהותית הוא שזו תהיה בעלת "אופי מכריע" (decisive character). המבחן שנקבע לטיב "המכריע" של העובדה המהותית היה זה: כאשר אדם סביר זקוק לעובדה זו כדי לקבוע אם לתביעתו יש סיכוי סביר להסתיים בהצלחה ולהניב פיצוי המצדיק את הגשתה²⁰⁰.

- 191 מסקנות הוועדה מופיעות בעמ' 50-51 לדו"ח.
- 192 כיום מצוי הסדר הגילוי בנוקזי גוף בסעיפים 11 ו-12, ובעיקר בסעיף 14 לחוק מ-1980 (החוק נכנס לתוקף ב-1.5.1981; ראה Todd [לעיל, הערה 10], 6, הערה 24).
- 193 דו"ח מס' 24 (לעיל, הערה 170).
- 194 הדבר נעשה על-ידי הוספת סעיף 14A לחוק ההתיישנות מ-1980.
- 195 על-ידי הוספת סעיף 14B לחוק מ-1980, עניין התקרה (המחסום) יידון בפרק התשיעי.
- 196 סעיף 1 (3) ל-Limitation Act 1963.
- 197 סעיף 7 (3) לחוק.
- 198 סעיף (a) 7 (3) מדבר ב-"...negligence, nuisance or breach of duty..." החלופה השלישית. הפרת חובה חקוקה פורשה בפסיקה באורח רחב והוחלה על עילת תביעה הצומחת לתובע עקב נזק גוף, בין שהמעשה רשלני ובין שהוא מכוון. ראה: Letang v. Cooper [1965] 1 Q.B. 232, 245; Long v. Hepworth [1968] 3 All E.R. 248 (Q.B.), 255.
- 199 לעיל, הערה 159 והטקסט לידה.
- 200 סעיף 7 (4) לחוק מ-1963.

על בסיס הנוסחה הסטטוטורית יצרו בתי-המשפט את הדוקטרינה של "עילת התביעה הראויה" (worthwhile cause of action). מירון ההתיישנות נגד הנתבע – כך נקבע – יושעה עד שידע התובע, בפועל או בכוח, כי קמה לו "עילת תביעה ראויה"²⁰¹. במסגרת זו של עילת תביעה ראויה כללו בתי-המשפט את ידיעת זהותו של הנתבע²⁰² ואת הידיעה שמעשהו או מחדלו של הנתבע עולים כדי "אשם"²⁰³. נשווה את רוחב כלל הגילוי על-פי הסדר 1963 לרוחב הכלל כפי שהוצע על-ידינו. זכור, הצעתנו היתה להחיל את דרישת הגילוי על כל חמשת הרכיבים של גילוי הזכות. הסדר 1963 תואם את הצעתנו זו: שלושת הרכיבים הראשונים (המעשה או המחדל; הנזק; הקשר הסיבתי העובדתי) מופיעים בחוק באורח מפורש וברור²⁰⁴. השניים האחרים הושלמו על-ידי הפסיקה. לעומת זאת, חרג כנראה כלל הגילוי שבהסדר 1963 מעבר לגילוי קיומה של הזכות. הן המבחן לטיב המכריע של העובדה המהותית והן כותרת הדוקטרינה השיפוטית מצביעים עקרונית על יכולת מימושן של הזכות וכדאיות המימוש כמושאים של כלל הגילוי²⁰⁵. דחינו לעיל הרחבה כזו של כלל הגילוי.

(2) הסדר 1975 והמחלוקת בסוגיית גילוי הזכות

בחזית רוחב כלל הגילוי בהסדר 1975²⁰⁶ מראה, כי ההסדר החדש הוחל הפעם על כל

- 201 Todd (לעיל, הערה 190).
- 202 *Clark v. Forbes Stuart (Thames street) Ltd.* [1964] 1 W.L.R. 836 (C.A.); *Walford v. Richards* [1976] 1 Lloyd's L.R. 526 (C.A.)
- 203 חריג בולט להכללת ה"אשם" בכלל הגילוי הוא פסק הדין שידון להלן, בעניין *Central Asbestos Co. Ltd. v. Dodd* [1973] A.C. 518 (H.L.)
- 204 דרישת הקשר הסיבתי מופיעה בסעיף (c) (3) לחוק מ-1963 הכולל בין העובדות המהותיות את העובדה שהנזקים "were attributable" ל"אשם". נחזור ונזכיר כי מדובר בקשר סיבתי עובדתי ולא משפטי, שכן הקשר סיבתי משפטי שייך לרכיב החמישי של קיום עילת תביעה. ראה Todd (לעיל, הערה 10), 27; *Current Law Statutes Annotated* (לעיל, הערה 168), 58/14, בהערות לסעיף (b) (14).
- 205 טיעון נגד אפשרי הוא, שלא ניתן להרחיב את רשימת העובדות המהותיות מעבר לזו המפורטת בסעיף (3) 7, והמובלת, על-פי פשוטה, לרכיבי הזכות.
- 206 Definition of date of knowledge for purposes of sections 11 and 12 14.—(1) In sections 11 and 12 of this Act references to a person's date of knowledge are references to the date on which he first had knowledge of the following facts—
(a) that the injury in question was significant; and
(b) that the injury was attributable in whole or in part to the act or omission which is alleged to constitute negligence, nuisance or breach of duty; and
(c) the identity of the defendant; and
(d) if it is alleged that the act or omission was that of a person other than the defendant, the identity of that person and the additional facts supporting the bringing of an action against the defendant;
and knowledge that any acts or omissions did or did not, as a matter of law, involve negligence, nuisance or breach of duty is irrelevant.

רכיבי גילוי הזכות²⁰⁷ למעט רכיב אחד — הרכיב החמישי (קיומה של זכות בעולם המשפט)²⁰⁸. מהו הרקע להשמטה זו? מה ניתן ללמוד ממנה? הכללתו של הרכיב החמישי בכלל הגילוי נעשתה כאמור, על-ידי הפסיקה, על-דרכו הסדר סטטוטורי שלא היה חריג משמעי בסוגיא²⁰⁹. צירופו של רכיב זה היה חלק אינטגרלי מדוקטרינת ה-worthwhile cause of action שהנחתה את הפסיקה²¹⁰. דוקטרינה זו משלה בכיפה עד להחלטת בית-הלורדים משנת 1973²¹¹, שהציבה סימן-שאלה מעל דוקטרינה זו. מול שני שופטים שתמכו בדוקטרינה, התייצבו שניים אחרים שביקשו להוציא את הרכיב החמישי מתחולת כלל הגילוי. השופט החמישי, בעל קול החכרעה, נקט עמדת-כינויים²¹², אך לגופה של ההחלטה הצטרף לשניים שתמכו בהשאת ההלכה הקיימת על כנה. חילוקי-הדעות בבית-הלורדים לא הוציאו את הרוח ממפרשי הדוקטרינה. בהחלטה מאוחרת של בית-המשפט לערעורים נקבע, כי בהעדר טעם פסק כרוך בהחלטת בית-הלורדים יש להמשיך ולהכליל את הרכיב החמישי בכלל הגילוי²¹³.

(2) For the purposes of this section an injury is significant if the person whose date of knowledge is in question would reasonably have considered it sufficiently serious to justify his instituting proceedings for damages against a defendant who did not dispute liability and was able to satisfy a judgment.

(3) For the purposes of this section a person's knowledge includes knowledge which he might reasonably have been expected to acquire —

(a) from facts observable or ascertainable by him; or

(b) from facts ascertainable by him with the help of medical or other appropriate expert advice which it is reasonable for him to seek;

but a person shall not be fixed under this subsection with knowledge of a fact ascertainable only with the help of expert advice so long as he has taken all reasonable steps to obtain (and, where appropriate, to act on) that advice.

207 ס"ק (a) (1) 14 עוסק ברכיב השני (הנזק). הסעיף מצמצם את דרישת הגילוי ביחס לרכיב זה לנזק "משמעותי" (significant), המוגדר בסעיף 14(2). עניין זה נדון בהרחבה בפרק הקודם. ס"ק (b) מפרט שני רכיבים: א) מעשהו או מחדלו של הנזק (הרכיב הראשון) ואת הקשר העובדתי בינם לבין הנזק (הרכיב השלישי). ס"ק (c) מכניס מפורש את הרכיב הרביעי, זהות הנזק, אל ההסדר הסטטוטורי (רכיב זה לא היה מפורש בהסדר 1963). ס"ק (d) עוסק אף הוא ברכיב הרביעי ומכניס למסגרתו גם את זהות העובר, כאשר התביעה היא נגד המעביד באחריות שילוחית (ראה Todd [לעיל, הערה 10], 28–30).

208 המחוקק טרח (בסיפא לסעיף 14(1)) להצהיר מפורשות, כי רכיב זה אינו נכלל בכלל הגילוי ולא הסתפק בהשמטתו מרשימת מושאי הגילוי.

209 לא היה ברור אם ה"אשם" שצוין כאחד ממושאי הגילוי הוא "אשם" במובן העובדתי, מעשה או מחדל של הנזק או "אשם" במובנו המשפטי.

210 ראה לעיל, סעיף ה, 4, (כ), 1.

211 פסק-דין Dodd (לעיל, הערה 203).

212 שם, 544–555.

213 *Harper v. National Coal Board* [1974] 2 All E.R. 441 (C.A.).

אוזן קשובה יותר לרחשי לבם של הלורדים המסתייגים והמתלכטים הטתה ה-Law Reform Committee, שישבה באותה עת על מדוכה זו. לאחר בחינה מעמיקה של היבטי הסוגייה השונים²¹⁴, גיבשה הוועדה את "שכיל-הזהב" הבא: הרכיב החמישי אמנם יוצא רשמית ממסגרת כלל הגילוי, אך יוחזר למסגרת זו, בעקיפין, ובאורח חלקי, באמצעות הוראת שיקול-דעת שתאפשר לבית-המשפט, בין השאר, שלא להחיל את הסדר ההתיישנות במצבים שבהם אדם סביר, בנעלי התובע, לא היה יודע על קיום עילת תביעה²¹⁵. התוצר הסיפי: בית-המשפט הוא שיחליט, בכל מקרה לגופו, אם מן הראוי להחיל את כלל הגילוי גם על הרכיב החמישי. המלצה זו של הוועדה אומצה כלשונה על-ידי המחוקק בחוק מ-1975²¹⁶. החלת כלל הגילוי באנגליה על הרכיב החמישי היא אפוא החלה סלקטיבית וגמישה²¹⁷.

מהי ההצדקה העניינית להוצאה חלקית זו של הרכיב החמישי מתחומי כלל הגילוי? האם עדיף ההסדר האנגלי הנוכחי על-פני ההסדר, שהוצע על-ידינו, המחיל את כלל הגילוי על רכיב זה כמו על יתר הרכיבים האחרים? כדי להשיב על שאלות אלה נבחן את הנימוקים שהובאו כתמיכה להסדר האנגלי.

בהצעת ההסדר החדש הסתמכה ה-Law Reform Committee על שלושה טיעונים הלקוחים מהחלטת בית-הלורדים²¹⁸. הטיעון הראשון הוא שהכללת רכיב זה בכלל הגילוי תביא לפגיעה לא-הוגנת בנחבע, ובמלים אחרות, שמחיר עשיית הצדק עם התובע באמצעות רכיב זה גדול משכרה. חולשת הטיעון היא בכך שאין הוא מסביר על מה מבוססת הערכה זו. ניתוחנו את סוגיית רוחבו של הכלל הגילוי העלה, כי לא ניתן להעריך מראש את תרומתו "נטו" של כל אחד מרכיבי "הזכות לסעד" וכי כל הבחנה בין רכיבים אלה תהא שרירותית. הראנו שם, כי תרומת הרכיב החמישי לעשיית הצדק עם התובע אינה פחותה מזו של רכיבים אחרים וכי פגיעתו בנחבע אולי אף קטנה יותר מפגיעת האחרים. סיכומו של דבר: אין הטיעון מביא טעם כלשהו להבחנה בין רכיב זה של הזכות לסעד לבין רכיביה האחרים.

הטיעון השני, הוא שהכללת הרכיב החמישי בכלל הגילוי עומדת בסתירה לכלל הקובע כי זכויותיו וחובותיו של אדם אינן תלויות בידיעתו את החוק. זהו הכלל המוכר יותר בגרסה שלפיה "אי ידיעת החוק אינה פוטרת מעונש" (Ignorance of the law is no excuse). אם הכוונה בטיעון זה היא לכך שאדם מוחזק תמיד, לכל דבר ועניין, כמי

214 ראה דו"ח מס' 20 (לעיל, הערה 71), 16–21.

215 ראה את המלצות הוועדה בסעיף 69 לדו"ח (בעמ' 26–28), ובמיוחד את סעיף קטן (f) (5) 69.

216 סעיף קטן (f) (5) 69 הנ"ל הוא כיום סעיף (f) (3) לחוק מ-1980. סעיף 33 מופיע להלן, בהערה 295.

217 במקרים רבים הופעל שיקול-הדעת במקרים של עורכי-דין שהתירשו במימוש כוח התביעה שקם לתובע. ראה D. Morgan, "Limitation and Discretion — Procedural Reform and Substantive Effect" 1 *Civil Justice Q.* (1987) 109, 111–112. בהערה 220. על-אף שהסיטואציה הטיפוסית אינה של עצה מוטעית באשר לקיומה של עילת תביעה, אלא אי-פתיחת הליך או הזנתו, ניתן לכרוך את השניים בחבילה אחת, בכל אותם מקרים שבהם סיבת המחדל היא בהערכה מוטעית של עורך-הדין באשר לקיום עילה כאמור. לרשלנות. עורכי-דין באי מתן מידע ללקוח בעניין ההתיישנות ראה ע"א 479/65 וידר נ' הרנזי, פ"ד כ(1) 468.

218 דו"ח מספר 20 (לעיל, הערה 71), 17–18. טיעונים אלו אומצו גם על-ידי ה-Scottish Law Commission ב-74 Consultative memorandum No. 74 שצסק Prescription and Limitation of Actions Latent Damages. ראה עמ' 37–42 לתזכיר.

שיודע את החוק, כך שמנוע הוא אף מלטעון כי לא היה צר לזכויותיו, הרי שהטיעון חורג — לדעתנו — מן התחום הראוי. מטרתו המרכזית של הכלל הנ"ל היא להגן על התובע מפני טענת "לא ידעתי" שהנתבע מעלה ולא ההיפך. הכרת הדין הישראלי ב"טעות בחוק" — כטענת הגנה בתביעה חוזית (סעיף 14 (ד) לחלק הכללי של חוק החוזים) — תעיד כי יש מצבים שבהם אי ידיעת החוק מוכרת כלגיטימית.

הטיעון השלישי הוא, שהשעיית המירוץ עד לגילוי קיומה של הזכות בעולם המשפט תביא למצב בלתי-נסבל באותם מקרים שבהם גילוי הזכות הוא תולדה של שינוי בהלכה — שינוי "המגלה" לתובע כי יש באמתתה זכות טובה. החשש הוא ששינוי ממין זה, בשל אופיו הדקלרטיבי וחלותו על עילות שנוצרו לפני עשייתו, "יקים לתחייה" את כל אותן עילות תביעה שלא מומשו בעבר בשל ה"טעות" ששררה אז באשר לתוכנו ה"נכון" של הדין²¹⁹. דעתנו היא שחשש זה הוא חשש שווא; החלת כלל הגילוי על הרכיב החמישי אינה כרוכה בהחלתו על שינוי הלכה. נזכיר, כי תוכנו של הרכיב החמישי הוא הכרה בפועל של המשפט בקיומה של זכות. הכרה שכזו, כעובדה משפטית, לא היתה בנמצא לפני שינוי ההלכה. שינוי ההלכה אינו אפוא גילוי של עובדה קיימת, אלא יצירת עובדה חדשה, וככזה אין הוא מושא של כלל הגילוי.

עד כאן טיעוני הוועדה. טיעון רלבנטי נוסף שעלה בפסיקה לעתים תכופות הוא שלתובע קיימת עילה חלופית נגד עורך-דינו²²⁰. הפגיעה הכרוכה בהוצאת הרכיב החמישי מתחומי כלל הגילוי תתוקן במלואה, או לפחות בחלקה, על-ידי תביעה נגד עורך-הדין שרשלנותו הסתירה מעיני התובע את עילתו. טיעון זה רחוק מלשכנע. ראשית, בין אדם לפרקליטו קיימים לעתים יחסי קרבה — קרבה שיש בה כדי להקשות על התובע להיכנס למצב של עימות. שנית, סיכויי ההצלחה של תביעה זו קלושים, שכן הם תלויים גם ביכולת התובע להוכיח את רשלנותו המקצועית של עורך-הדין — משימה שאינה קלה; וגם ביכולתו להוכיח את הצלחת תביעתו נגד המזיק. שלישית, מאחר שההליך החלופי פותח שתי חזיתות, יהא זה הליך יקר שכדאיותו לתובע מוטלת בספק. שיקול נוסף נגד התביעה החלופית הוא, שהחשש מתביעות שכאלה ימריץ עורכי-דין להגיש תביעות-סרק כדי שלא להיחשף לסיכון של תביעת הלקוח²²¹. זאת ועוד: טיעון העילה החלופית, גם אם נאמץ לגופו, אינו מסביר את הטיפול המיוחד ברכיב החמישי. גילוי של כל אחד מארבעת הרכיבים האחרים תלוי אף הוא, לעתים, בחוות-דעת מקצועית של עורך-דין, רופא ואחרים. חוות-דעת רשלנית תקים לתובע עילת תביעה חלופית גם ביחס לרכיבים האחרים של גילוי הזכות. מדוע, אם כך, הוצא דווקא הרכיב החמישי מתחומי כלל הגילוי?

טיעון אפשרי נוסף הוא שהסדר הקיים ביחס לרכיב החמישי — שיקול-דעת על-פי נסיבות המקרה המסוים — הוא בעיקרון הסדר טוב יותר מאשר כלל הגילוי, שכן הוא מאפשר השגת איזון טוב יותר בין האינטרסים המתנגשים. טיעון זה יידון בהרחבה

219 לפישה שלפיה ההלכה "מרחפת בחלל האוויר" גם לפני שכית-המשפט נותן לה ביטוי בפסק-דין ראה המ' (י"ם) 196/69 פרומין ובניו בע"מ נ' מנהל מס המכס והבלו, פ"מ עז (תשל"ג) 219, 223.

220 שלושת פסקי-הדין המרכזיים לעניין זה הם *Walky v. Firman v. Ellis* [1978] 3 W.L.R. 1 (C.A.); *Precision Forgings Ltd.* [1979] 1 W.L.R. 606 (H.L.); *Thompson v. Brown Construction* (Ebbw Vale) Ltd. (1981) 2 All E.R. 296 (H.L.); ראה לעיל, הערה 217.

221 לסקירת הסוגיא ראה *Morgan* (לעיל, הערה 217), 120–122.

ויידחה בפרק השביעי. אך גם אם הטיעון נכון לגופו ואין הוא מצדיק את ההחלה הסלקטיבית של כלל הגילוי. אם שיקול-דעת קוואיסטי עדיף, מדוע שלא יוחל על כל הרכיבים של גילוי הזכות?²²²

נחזור ונסכם: על-אף ההסדר השונה באנגליה, אין אנו רואים לנכון לסטות מן הרוחב המוצע של כלל הגילוי.

(ג) טיב הגילוי

אשר לטיב הגילוי הנדרש, אין הבדל של ממש בין הסדר 1963 ובין הסדר 1975. שני ההסדרים אוחדים במבחן "הגילוי הסביר"²²³. אמנם בשלב מסוים היתה התלבטות אם מן הראוי לייחס לתובע מידע שמומחה היה צריך למסור ולא מסר בפועל²²⁴, אך בסופו של דבר דחה המחוקק במפורש החמרה זו של המבחן²²⁵.

בניתוחנו את הסוגיא הכחנו בין מבחן גילוי סביר לבין מבחן גילוי מעורב – אובייקטיבי/סובייקטיבי. יש הטוענים כי האחרון ולא הראשון, הוא מבחן הגילוי באנגליה²²⁶. טענה זו נסמכת על הוראה בהסדר מ-1963 שלפיה יש לבדוק אם התובע: "had taken all such actions (if any) as it was reasonable for him..." הדגש על "for him" מלמד – על-פי הטענה – על ההיבט הסובייקטיבי של מבחן הגילוי²²⁷. משענת נוספת לטענה משמשת החלטת בית-המשפט לערעורים, שלפיה יש לבדוק את כל הנסיבות שבהן פעל התובע המסוים לרבות הזמן שעמד לרשותו, מצב-בריאותו, נגישות לאמצעי מידע שונים ועוד²²⁸.

לדעתנו, לא החוק ולא ההחלטה הנ"ל מלמדים בהכרח על מבחן סובייקטיבי. גם מבחן הגילוי הסביר בוחן את התנהגות התובע תוך התחשבות בנסיבות הפיזיות והאובייקטיביות שבהן היה מצוי. המבחן הופך לסובייקטיבי כאשר "משלימים" עם תכונות שכליות, תכונות נפשיות או דרכי התנהגות, הנמוכות מן הסטנדרט הסביר; כאשר מעניקים לגיטימציה למעשה או למחדל שאינם רצויים על-פי מבחנים אובייקטיביים. לא ראינו כי החוק או הפסיקה הרחיקו לכת עד לכך במסגרת כלל הגילוי. הדבר בולט על-רקע הסדר שיקול-הדעת, שבו נקבע מבחן סובייקטיבי²²⁹. השורה התחתונה: מבחן טיב הגילוי האנגלי תואם את המבחן המוצע.

222 השילוב הספציפי של הסדר שיקול-הדעת לרחיית מירון ההתיישנות עם סדר-הדין באנגליה יצר תוצאה אנומלית שלפיה מצבו של תובע שלא פתח כלל בהליך עדיף על מצבו של תובע שפתח הליך אך הזניחו (want of prosecution); ראה להלן, הערה 303.

223 סעיף 7 (5) לחוק מ-1963, וכיום סעיף (3) 14 לחוק מ-1980, המובא לעיל, הערה 206.

224 דו"ח מספר 20 (לעיל, הערה 71), 23–27.

225 הסיפא לסעיף (3) 14 (לעיל, הערה 206).

226 דו"ח מס' 20 Todd; 23 (לעיל, הערה 10), 19–21. בתזכיר הוועדה הסקוטית בעניין הנזקים הסמויים מוצע לאמץ גישה סובייקטיבית: ראה לעיל, הערה 218, בע' 43–45.

227 סעיפים (c) (b) 7 (5) לחוק מ-1963.

228 Newton v. Cammel Laird & Co. Ltd. (1969) 1 W.L.R. 415, 421.

229 ראה להלן, הערות 305–309 והטקסט לידן.

על מי מוטל הנטל להוכיח את תנאי הגילוי? מתפישת כלל הגילוי כחריג להסדר ההתיישנות המסורתי נובע שנטל הוכחת הגילוי רובץ על התובע.²⁴¹ סיכומו של דבר: בחינת קווי התגבשותו הנמשכת של הסדר הגילוי במשפט הנזיקין בארצות-הברית מראה כי בתחומי חלותו ההסדר שם תואם בדרך-כלל את הצעתנו. קיימת אמנם מגמה להצר את רוחב הכלל (בהשוואה להצעה), אך מגמה זו שנויה במחלוקת ואינה נתמכת בנימוקים כבדי-משקל.

6. כלל הגילוי – הדין בישראל

(א) על היחס שבין סעיף 8 לחוק ההתיישנות ובין סעיף 89 לפקודת הנזיקין

הסדר הגילוי בדין הנזיקין הישראלי מורכב כיום משתי הוראות חוק: סעיף 89 לפקודת הנזיקין וסעיף 8 לחוק ההתיישנות.²⁴² מהו היחס בין שתי הוראות אלה ומהו ההסדר העולה מהרכבתן?

שאלת היחס בין ההוראות הנ"ל נחלקת לשתי שאלות-משנה: האחת – שאלת היחס בין סעיף 8 לחוק ההתיישנות לבין סעיף 89 (1) לפקודת הנזיקין, והאחרת – שאלת היחס בין סעיף 8 לחוק ההתיישנות ובין סעיף 89 (2) לפקודת הנזיקין. את השאלה הראשונה כבר בדקנו, בפרק השני, במהלך הדיון בסוגיית נושא ההתיישנות. עמדנו שם על שתי הזיקות האפשריות: האחת – דחיית סעיף 8 מפני סעיף 89 (1). תחת הנחה זו אין לכלל הגילוי דריסת-רגל כלשהי בעוולות קבוצה א. על-פי הזיקה האחרת, מצטבר הסדר סעיף 8 על הסדר סעיף 89 (1). במקרה זה יחול כלל הגילוי שבסעיף 8 במלואו על עוולות קבוצה א.

מורכבת יותר היא שאלת היחס בין סעיף 8 לבין סעיף 89 (2). כאן תיתכנה שלוש זיקות: האחת – אי-תחולה של סעיף 8 על עמיתו. תחת הנחה זו מוגבל כלל הגילוי החל על עוולות קבוצה ב לגילוי מאוחר של הנזק כמפורט בסיפא לסעיף 89 (2). זיקה אלוטנטיבית שנייה – שני ההסדרים מצטברים. על-פי זיקה זו ייבלע למעשה כלל הגילוי הצר שבסיפא לסעיף 89 (2) בכלל הרחב של סעיף 8, שיחול במלואו על עוולות קבוצה ב. לעומת זאת, אימוץ הזיקה השלישית כרוך בהחלה סלקטיבית של סעיף 8 – הסעיף יחול על כל רכיבי הגילוי הנזכרים בסעיף 8, למעט רכיב הנזק שבו סעיף 89 (2) מטפל במפורש. תחת זיקה זו ייתכן, למשל, שטיב הגילוי הנדרש על-ידי סעיף 89 (2) יהא שונה מן הגילוי הסביר הנדרש בסעיף 8.

עד כאן באשר לזיקות האפשריות בין שני הסעיפים הנ"ל. מהם צירופי הזיקות האפשריים? מהן ההרכבות החלופיות של הסעיפים 8 ו-89 (1), מחד גיסא, עם 8 ו-89 (2), מאידך גיסא? לצד שני הפתרונות הקיצוניים של תחולה מלאה של סעיף 8 על שתי קבוצות העוולה, מחד גיסא, ודחייה של סעיף 8 על-ידי ההסדר הספיציפי של דיני הנזיקין, מאידך גיסא, נמצא עוד ארבעה פתרונות-ביניים.²⁴³ הוסף לגיוון זה את השוני

241 ראה, למשל, O'Keeffe (לעיל, הערה 234), 873.

242 לסקירת ה"היסטוריה" של כלל הגילוי ראה פתאל (לעיל, הערה 6), 681–682.

243 (א) תחולה מלאה של סעיף 8 על סעיף 89 (1) ותחולה סלקטיבית על 89 (2); (ב) דחיית סעיף 8 על-ידי סעיף 89 (1) עם תחולה סלקטיבית שלו על סעיף 89 (2); (ג) תחולת סעיף 8 רק על עוולות קבוצה א; (ד) כנ"ל לגבי קבוצה ב.

הקיים בהסדר הנוכחי בין קבוצות העוולה השונות, והרי לפניך שורה ארוכה של הסדרים חלופיים השונים זה מזה במידה ניכרת.

כיצד הכריעה הפסיקה בין האפשרויות השונות? התשובה, בתמצות, היא שאין הכרעה חד-משמעית, אם כי המגמה המסתמנת היא להחיל את כלל הגלוי שבסעיף 8 על הסדרי סעיף 89 לפקודה. בדיון בעוולה מקבוצה א, עוולת הגזל, הניח בית-המשפט כמובנת מאליה את תחולתו של סעיף 8 לחוק²⁴⁴. האם ניתן ללמוד מכך שסעיף 8 אכן הוחל על עוולות קבוצה א? מקור הספק הוא בכך ששאלת היחס בין סעיף 89 לפקודה ובין סעיף 8 לחוק לא נדונה כלל, מה גם שהדיון התנהל במקביל על בסיס קנייני. את סוגיית היחס בין סעיף 89 (2) לפקודה ובין סעיף 8 לחוק בדקנו במקום אחר²⁴⁵. מסקנתנו שם היתה כי גם בסוגיא זו ההלכה אינה חד-משמעית, על-אף שבולטת המגמה להחלה חלקית של סעיף 8 (מגמה שבה תמכנו משיקולים עניינים ופרשניים)²⁴⁶.

מה צריך להיות היחס בין שני הסעיפים הנ"ל? התשובה בפשטות היא, שבהקשר של ריפורמה בחוק אין טעם ליתן את הדעת לסוגיא זו. ברור בעליל, כי אין מקום לכפל הקיים וכי יש לקבוע הסדר אחד ויחיד להתיישנות בנוזקין. על תוכנו של ההסדר הרצוי כבר עמדנו. כל שנותר הוא להשוות בין ההסדר המוצע לבין כל אחד משני ההסדרים הקיימים כדי לעמוד על טיבו והיקפו של השינוי הנדרש בדיון.

(ב) רוחב כלל הגילוי בדין הישראלי

סעיף 89 (2) לפקודה מוגבל – על-פי לשונו – לגילוי מאוחר של הרכיב השלישי בלבד – הנזק. סעיף 89 (1) לפקודה אינו עוסק כלל בכלל הגילוי. הסדר הגילוי בפקודת הנוזקין הוא אפוא צר ביותר. לעומת זאת, סעיף 8 לחוק, מגדיר את מושאי הגילוי באורח רחב יותר: "העובדות המהוות את עילת התובענה". מה רוחבו של כלל הגילוי על-פי נוסחה זו?

244 יעקובסון (לעיל, הערה 142), 93, 94, 101. ראה דיני הנוזקין (לעיל, הערה 5), 732; וכן ע"א 97/77, בר"ע 48/77 זוננבר נ' קלוגמן, פ"ד לא(3) 466, שם הניח בית-המשפט את תחולת סעיף 8 לחוק על עוולת לשון-הרע תוך הסתמכות על יעקובסון.

245 גלעד (לעיל, הערה 6), 507–509, ובמיוחד הערות 38 ו-43. ראה לאחרונה ד"נ 36/84 טייכנר ואח' נ' איר פרנס נתיבי אויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589, 601, 642. לדעתנו, לא דייק בית-המשפט המחוזי בשיכון עובדים (לעיל, הערה 77), 110, בסברתו כי בפתאל (לעיל, הערה 6) אכן הוחל סעיף 8 לחוק על סעיף 89 (2) לפקודה. בריינר (לעיל, הערה 45), נחלקו דעות שופטי בית-המשפט המחוזי בסוגיא. מדברי השופט דבורין משתמעת תמיכה בהחלה חלקית של סעיף 8 (בעמ' 481). השופט טלגם מצטרף לדעתו, אך טוען למעשה להחלה מלאה (בעמ' 483). לעומתם, השופט בן דרור מעדיף להשאיר את השאלה פתוחה (בעמ' 484). כת"א (חי') 1781/83 מדינת ישראל נ' דרוקר זכריה חברה קבלנית בע"מ ואח', פ"מ תשמז(ב) 166, 161. הניח בית-המשפט את תחולת סעיף 8 על עוולת הרשלנות. לעומת זאת, נמצא הסתייגות מהחלת סעיף 8 על (2) בדידי (לעיל, הערה 219), 322; וכן אצל טדסקי (לעיל, הערה 173), 375–374.

246 השיקול הענייני היה סיוע לנפגעים ממחלות סמויות (גלעד [לעיל, הערה 6], 516). השיקול הפרשני הוא, שיש לראות את סעיף 89 לפקודה כחלק מן ההסדר הכללי של חוק ההתיישנות ולא כהסדר עצמאי העומד בפני עצמו. בעניין זוטנג (לעיל, הערה 15), 117–119, אכן הוחלט כך. ראה גם ריינר (לעיל, הערה 45), 480–481; ולאחרונה ויסברג (לעיל, הערה 185*), שם הופעלה ההחלה הסלקטיבית של סעיף 8.

הדין המרכזי בסוגיא זו נסוב סביב שאלת הכללתו של הרכיב הרביעי, זהות הנתבע, בכלל הגילוי. הוחלט כי רכיב זה אכן שייך ל"עובדות המהותיות"²⁴⁷. לעומת זאת, מקום מגוריו של הנתבע הוצא מתחומי כלל הגילוי²⁴⁸. לדעתנו, יש חשיבות עקרונית לשתי שלוחותיה של ההלכה באשר לזהות הנתבע. הכללת הרכיב הרביעי בתחומי כלל הגילוי מעידה — לדעתנו — על מתן פרשנות *in concreto* למושג "עילת תובענה" בסעיף 8 לחוק, להבדיל מהמשמעות *in abstracto* שניתנה למונח המקביל בסעיף 89 לפקודה²⁴⁹. מאחר שזהות הנתבע (להגביל מעובדת קיומו) איננה נכללת ב"עילת התובענה" כהגדרתה בעוללות השונות, היה ניתן לאפיינה כ"עובדה המהווה את עילת התובענה" רק אם "עילת התובענה" תתפרש *in concreto*, כלומר: כתביעה המסוימת שיש לפלוני כנגד אלמוני. כך גם עולה מהנמקות השופטים להלכה²⁵⁰. חלק זה של ההלכה תומך אפוא בגישה הקונקרטית המנחה אותנו לאורך הדין כולו²⁵¹. חלקה האחר של ההלכה, דחיית מקום מגורים של הנתבע כמושא לגילוי, מצביע — לדעתנו — על צמצום של מושאי כלל הגילוי לגילוי קיומה של הזכות, להבדיל מהיכולת לממש את הזכות או לכדאיות המימוש²⁵². מה באשר ל"גרעין הקשה" של כלל הגילוי — שלושת הרכיבים הראשונים? אלו נכללים בתחומי סעיף 8 הן על-פי פשוטו הן על-פי הגיונה של ההלכה. על-פי פשוטו כיצד? ברי, כי "העובדות המהוות את עילת התובענה" כוללות קודם-כול את הנזק וסיבתו. על-פי הגיונה של ההלכה כיצד? לידיעת זהות הנתבע אין משמעות, אלא-אם-כן ידוע כי הוא זה שגרם לנזק. הכללת הרכיב הרביעי בכלל הגילוי מחייבת לכן את הכללת שלושת הרכיבים הראשונים²⁵³. מה באשר לרכיב החמישי — קיום הזכות? האם נכלל זה בכלל הגילוי של סעיף 8

247 זוהי הלכת יעקובסון (לעיל, הערה 142). הלכה זו לא זכתה להסכמה כללית. בפסק-הדין הסתייג ממנה השופט ברנזון, ולאחר-מכן — גם השופט י' כהן (זוננבר [לעיל, הערה 244], 470). תומכים בה השופטת בן-פורת (זוננבר, שם, 472) והשופט בך (פתאל [לעיל, הערה 6], 684). טדסקי (לעיל, הערה 173) מאמץ את דעת-המיעוט של ברנזון (367–368).

248 זוננבר (לעיל, הערה 245). השופטת בן-פורת, באמרת-אגב, הביעה את דעתה כי מקום מגוריו של הנתבע כן נכלל בתחומי כלל הגילוי של סעיף 8 (בעמ' 472).

249 ראה דיון בסוגיא זו לעיל, בסעיף ב, 3.

250 "העילה" היא עילה לתביעתו של התובע דווקא, ונגד אותו נתבע שהוא תובעו, כך ח' כהן ביעקובסון (לעיל, הערה 142), 90, הנשען על מבחן *in concreto* מובהק: "כל עובדה שהתובע יצטרך להוכיחה, אם תוכחש, כדי לתמוך בזכותו להשגת פסק הדין מבית המשפט". כך גם השופט קיסטר: "נראה לי שעל השאלה מהן העובדות המהוות את עילת התובענה, אין להשיב אלא בהתייחס לאותה תובענה מסוימת אשר בה דנים" (בעמ' 101). השופט ממשיך ומונה מקרים שבהם זהות הנתבע לא תהיה חלק מעילת התביעה המסוימת (בעמ' 103–104). לעומתם, השופט ברנזון נוקט גישה *in abstracto*.

251 בכפיפות להנחה שסעיף 8 לחוק אכן חל על עוללת קבוצה א (סעיף 89 (1)). ראה לעיל, סעיף ה, 6, (א).

252 ראה הדין לעיל, סעיף ה, 3, (א), (2). על הוצאת העובדות הנוגעות להוצאת התביעה מתחומי כלל הגילוי ניתן ללמוד גם מנמר (לעיל, הערה 111), 261, 262. נטייה הפוכה ניתן למצוא אצל השופט בך בפתאל (לעיל, הערה 6), 684, מול האות ג.

253 ראה פתאל, שם. השופט בך מגיע למסקנה זו בדרך של קלייחומר.

לחוק? נראה כי התשובה לכך שלילית²⁵⁴. הכללת רכיב זה בכלל הגילוי אינה מתיישבת עם לשונו של סעיף 8. ניתן, אולי, על-דרך הפלפול, לטעון כי הדין הוא "עובדה משפטית" היוצרת את הזכות. הקושי הוא שהדין אמנם יוצר את הזכות, אך לא "מהווה" אותה. הדין הרי חיצוני לזכות שאותה הוא מגדיר, וקשה לראות כיצד ניתן ברבעת לראות בו גם רכיב מרכיביה. החלתו של כלל הגילוי על הרכיב החמישי מחייבת – לדעתנו – את שינוי הגדרתם של מושאי הגילוי שבסעיף 8 לחוק.

(ג) טיב הגילוי הנדרש ונטל ההוכחה

סעיף 89 (2) לפקודה נוקט לשון סתמית: "נתגלה הנוזק". מהו טיב הגילוי הנדרש לפיו? גילוי בפועל, יכולת גילוי או הסדר ביניים כלשהו? השאלה הושארה בשעתו בצריך עיון²⁵⁵. כיום נראה כי הרוחות מנשבות בכיוון מבחן "הגילוי הסביר"²⁵⁶. סעיף 8 לחוק קובע מבחן של "זהירות סבירה". על-פי פשוטו של מקרא, זהו מבחן "הגילוי הסביר". כך סבר גם בית-המשפט²⁵⁷. על מי מוטל נטל הוכחתו של תנאי הגילוי המאוחר? נפסק כי הנטל רובץ על התובע, תוך סיווג כלל הגילוי כחריג להסדר ההתיישנות הכללי²⁵⁸. על-אף שתמכנו בתוצאה זו, אינו בטוחים כי הלכה זו אינה ניתנת לערעור. ראשית, התקדים שעליו הסתמך בית-המשפט לא עסק בנתבע המתגונן מפני טענת התיישנות, אלא בתובע הטוען להתיישנות²⁵⁹. שנית, מלשון החוק לא משתמע שסעיף 8 הוא אכן חריג להסדר ההתיישנות הכללי²⁶⁰.

254 פרוימן (לעיל, הערה 219), 223. עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה רמזיה להכללת גילוי הזכות בין מושאי הגילוי: בפתאל, השופט בך מציין את העוולה (684, מול האות ד) ואת הרשלנות (685, מול האות ד). כמושאי גילוי, תוך שהוא מסתמך על הדוקטרינה האנגלית של ה"worthwhile cause of action" (שבוטלה, כאמור, בהסדר 1975).

255 נמר (לעיל, הערה 58), 260–261. ראה דיני נזיקין, 728, הערה 16. השאלה הושארה פתוחה בהדורובין (לעיל, הערה 60), 90; זמיר (לעיל, הערה 7), 128; וידיד (לעיל, הערה 219), 319.

256 בפתאל (לעיל, הערה 6) הופעל מבחן ה"גילוי הסביר" על-ידי שני השופטים שסברו כי סעיף 8 לחוק חל על המקרה (עמ' 685–688). השופט ברק (בעמ' 688) הצטרף לדעה זו, הגם שהשאיר את שאלת תחולתו של סעיף 8 הנ"ל פתוחה. מכאן משתמע שלדעתו מבחן ה"גילוי הסביר" הוא גם מבחן של סעיף 89 (2). בבוכרים (לעיל, הערה 6), 559, שב השופט ברק והפעיל את מבחן ה"אדם הסביר", הפעם בהקשר קרוב של השאלה מתי הגשת תביעה בגין הנוזק נחשבת סבירה. ראה גם אגיוף (לעיל, הערה 6), 530.

257 פתאל (לעיל, הערה 256). על-אף ההסכמה באשר לתוכן המבחן, נחלקו השופטים בשאלה אם פעל התובע המסוים כאדם סביר אם לאו. סלע-המחלוקת היה סבירות מחדלו של התובע מלפנות לרופא על-אף הכאבים שסבל וההידרדרות במצבו. הרוב סבר שמחדל זה לא היה סביר. לדעתנו, פסק הרוב כראוי. נטל הקטנת הנוזק (לעיל, בסעיף ה, 3, (ב)) מחייב במקרה של סבל מתמשך ומחמיר פנייה למומחה מקצועי כדי לאתר את מקורותיו ולנסות להפסיקו או להמעיטו. למבחן ה"זהירות הסבירה" שלא בהקשר הנזיקי, ראה, למשל, ע"א 212/62 סטריכלבין ואח' נ' אפשטיין ואח', פ"ד טז 2377, 2380; ע"א 80/73 אוסלקה נ' מלון וושינגטון בע"מ ואח', פ"ד כח (1) 162, 165.

258 זוננברד (לעיל, הערה 245), 471.

259 ע"א 40/60 יולזרי נ' נבון ואח', פ"ד יד 2199, 2204. התובע תבע בעלות במקרקעין במסגרת הליכי הסדר.

260 בית-המשפט סבר, כי סעיף 6 לחוק ההתיישנות ("תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה

(ד) השינוי המוצע

הפער הקיים בין כל אחד מהסדרי הגילוי הקיימים לבין הסדר הגילוי הרצוי, חוסר-הבהירות באשר ליחס בין ההסדרים אלה והצורך ביצירת הסדר אחיד לשתי קבוצות העוולה – כל אלה מלמדים בבירור על הצורך ביצירת כלל גילוי חדש וכולל במתכונת הסדר הגילוי הרצוי שהוצג לעיל.

(חלקו השני של המאמר – בחוברת הבאה)

עילת התובענה" קובע את הכלל וסעיף 8 קובע את היוצא-מן-הכלל במקרה שבו "עילת התובענה" אינה ידועה. מאחורי הנמקה זו עומדת הסברה, כי המושג "עילת התובענה" זהה בתוכנו בשני הסעיפים; ולא היא: בעוד שבסעיף 8 מושג זה משמש במשמעות של ה"עובדות המקימות את זכותו של התובע לסעד" (בין שנפרשו *in concreto* ובין שנפרשו *in abstracto*), הרי שמשמעותו בסעיף 6 היא היום שבו נולדה עילת התובענה לצורך התיישנות. יעיד על כך סעיף 89 (2) הקובע, כי "היום שבו נולדה עילת התובענה" אינו אלא יום גילוי הנזק.