

התיישנות בנזיקין – הצעה לשינוי החוק

מאת

ישראל גלעד

חלק שני

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 אירוע הנזק במשפט 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 השוואתית; 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 לשינויו. 6. ריכוז המסקנות.

1. מועד "אירוע" הנזק

1. חשיבות השאלה

למועד "אירועו", התרחשותו, של הנזק חשיבות רבה. ראינו, כי לגבי כל התביעות שהנזק הוא עילתן הקונקרטית אירוע הנזק משמש נושא הראוי של ההתיישנות, דהיינו: כנקודת-המוצא לפתיחת מירוץ ההתיישנות²⁶¹. אמנם מדובר בנקודת-מוצא בלבד, ובמקרים רבים תידחה פתיחת המירוץ מכוח פעולת כללי ההשעיה, אך עדיין

261 בדין הקיים יפים הרברים רק לגבי עוללות קבוצה ב. על-פי הצעתנו, יורחב הסדר זה על כל התביעות שהנזק הוא עילתן.

קיימת חשיבות מרובה לנקודת-המוצא²⁶². זאת ועוד: על-פי הדין הקיים (אותו נציע לשנות) יש חשיבות למועד האירוע גם במצבים שבהם נתגלה הנזק באיחור. סעיף 89 (2) לפקודה קובע תקופת-גג של עשר שנים מיום אירוע הנזק, שבסיומה תתיימן תביעה אפילו נתגלה הנזק באיחור. אירוע הנזק מהווה אפוא את נקודת-הפתיחה של תקופת ה"חסימה"²⁶³.

את הדיון בסוגיית ה"אירוע" נפתח בהצגת המצבים הטיפוסיים שבהם מתעוררת שאלת מועד אירועו של הנזק ובהבאת האלטרנטיבות השונות לקביעת מועד זה. אחר כך נסקור בקצרה את השימוש באלטרנטיבות השונות במשפט האנגלי, האמריקני והישראלי. נחתום את הדיון בהערכת הדין הרצוי ובבדיקת הצורך בהכנסת שינוי בדין הקיים.

2. בעיית מועד ה"אירוע" ודרכי פתרונה

(א) תיחום הבעייתיות – המצבים הטיפוסיים

שאלת מועד אירועו של הנזק אינה מתעוררת כל עוד לא התגבש "האשם" שממנו צמח הנזק. התגבשות ה"אשם" היא אפוא המועד המוקדם ביותר לאירוע הנזק. מן העבר האחר מצוי מועד הגילוי של הנזק – ברור כי נזק שנתגלה הוא ודאי נזק שאירע. טווח הזמנים מצוי אפוא בין ה"אשם" לבין מועד גילוי של הנזק. מיקומו של מועד האירוע בתוך טווח זה אינו בעייתי בכל אותם מצבים שבהם התגבשות ה"אשם" וגילוי הנזק הם ברוזמניים (כמו, למשל, במרכיב תאונות-הדרכים). הבעייתיות נוצרת כאשר קיים פער זמנים בין מועד התגבשותו של ה"אשם", מחד גיסא, ובין מועד גילוי של הנזק, מאידך גיסא; היכן למקם את אירוע הנזק בקטע-הזמן שתחילתו ב"אשם" וסופו בגילוי? אורך הקטע תלוי, כמובן, בטיבו של הגילוי הנדרש. ככל שהדרישה תהא מחמירה יותר (עם התובע), כך ייקטן הקטע הרלבנטי על ציר-הזמן.

המצבים שבהם מתעוררת שאלת מיקומו של אירוע הנזק על ציר הזמן הם לרוב מצבי הנזק הסמוי (latent). המצב הטיפוסי בנזקי גוף הוא זה של מחלות סמויות, ובו עסקנו בהרחבה במקום אחר²⁶⁴. מצב טיפוסי בנזקי רכוש הוא של נזקים עקב תכנון ובנייה לקויים של מבנה²⁶⁵. במצב של מחלה סמויה קטע-הזמן הרלבנטי הוא בין מועד תחילת החשיפה לחומר רעיל לבין מועד גילוי המחלה או סימפטומים מובהקים שלה. מתי אירע הנזק? בתחילת החשיפה? בתום החשיפה? בנקודת-זמן כלשהי בתוך תקופת-החשיפה? במועד שבו היתה יכולת מדעית לגלות את הנזק? במועד שבו היתה יכולת לגלות את הנזק באמצעים סבירים²⁶⁶? במצב של מבנה פגום קטע-הזמן הרלבנטי הוא החל מיום תכנון המבנה ועד לרגע גילוי הנזק למבנה (התמוטטות, סדקים, שקיעה). מתי התרחש הנזק? בעת התכנון? ביום שאושרו תוכניות-הבנייה? בעת כיצוע התכנון

262 זאת בהנחה, שנטל הוכחת תנאי כלל הגילוי או כלל משעה אחר אכן מוטל על התובע.

263 ראה לעיל, בסעיף ט, 5.

264 גלעד (לעיל, הערה 6), 501–502.

265 השאלה נדונה בשעתו בוויים (לעיל, הערה 151), 298–302; ולאחרונה בשיכון עובדים (לעיל, הערה 77), 104–105; בדרוקר (לעיל, הערה 245), 167–168; ובת"א (ת"א) 419/85, 433 בליכאום

ואח' נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"מ תש"ן א' 228.

266 ראה להלן, בהערות 285–287, לתשובות שניתנו לשאלות אלה בארצות-הברית.

הלקוי? עם השלמת המבנה? עם מחדל מאוחר לתקנו? ביום שבו היה ניתן לגלות את הנוזקים?²⁶⁷

(ב) הצעד הראשון – קביעת הנוזק הרלבנטי

כשבאים לקבוע, לצורך התיישנות, את מועד אירועו של הנוזק בתביעה מסוימת, יש קודם-כול להחליט מהו הנוזק שאת מועדו מבקשים. הנוזק הרלבנטי הוא אותו נזק המשמש נושא לטענת ההתיישנות. להערכתנו, חלק לא מבוטל של המבוכה וחוסר-הבהירות הקיימים בסוגיית ה"אירוע" נובע מאי-הקפדה על כלל בסיסי זה. לשם המחשה נניח, כי שאיפת חומר רעיל גורמת, עם כל שאיפה, לצלקות מיקרוסקופיות בריאות. לאחר-מכן מתגלים קשיי נשימה. בשלב שלישי מתפתחת מחלת-ריאות, ולאחריה – סרטן-הריאה. הקשרים הסיבתיים בין ארבע התופעות אינם ידועים. מתי אירע הנוזק? ניסיון לקבוע את מועד האירוע של סרטן-הריאה, למשל, ייתקל בקשיים רפואיים וראייתיים שלא תמיד ניתן להתגבר עליהם: מתי החל התהליך הממאיר? באיזה שלב תהליך זה היה בלתי-נמנע? כך גם לגבי מחלת-הריאה. אלא שלא תמיד יש צורך אמתי להתמודד עם קשיים אלה. אם, במקרה הנדון, היה די בקשיי הנשימה כדי לפתוח את מירון ההתיישנות, הרי שכל ההתלבטות שלעיל מיותרת. נביא דוגמא נוספת: מבנה התמוטט לאחר ששקע מעט וניבעו בו סדקים קלים. מתי אירע הנוזק? אם בשקיעה ובסדיקה לא היה די כדי לפתוח את מירון ההתיישנות²⁶⁷, הרי שאין צורך להתלבט – ברור שההתמוטטות היא הנוזק הרלבנטי. התמקדות בנוזק הרלבנטי לטענת ההתיישנות הספציפית "תנפה" את כל הנוזקים האחרים, בין המאוחרים (כבדוגמא הראשונה) ובין המוקדמים (כבדוגמא האחרונה), ותמנע דיון עקר ומיותר בשאלות עובדתיות ומשפטיות קשות.

כיצד ייעשה הניפוי? על כך השיבונו למעשה בפרק הרביעי, בעת שעסקנו בסוגיית פיצול הנוזקים.

(ג) האלטרנטיבות: הסתברות, התממשות וגילוי

בהנחה שהניפוי הנחוץ אכן נעשה, כיצד ייקבע מועד האירוע של הנוזקים הרלבנטיים על-פני טווח-הזמן האפשרי? להלן נצביע על שלוש אלטרנטיבות אפשריות. האלטרנטיבה הראשונה, הפועלת בכיוון הקדמתו של מועד ה"אירוע", היא אלטרנטיבת ה"הסתברות". מבחן ההסתברות בודק את מידת ההסתברות שהסיכון אשר יצר "אשמו" של הנתבע אכן יביא לגרימת נזק. כאשר קיים פער-זמנים בין "אשמו" של הנתבע לבין התרחשות הנוזק, ניתן לראות ב"אשמו" של הנתבע את יצירת הסיכון, ובהופעת הנוזק – את התממשות הסיכון. "אשמו" של הנתבע פותח ומקדם את "התהליך המזיק" המסתיים בהופעת הנוזק. זוהי ה"הסתברות". מידת ההסתברות היא עניין עובדתי. לעתים גרימת הנוזק היא תוצאה הכרחית ובלתי-נמנעת של התהליך המזיק שה"אשם" יוצר. במקרה שכזה קיימת "ודאות מוחלטת", הסתברות של 100%. בדרך-כלל לא קיימת ודאות מוחלטת שכזו. "אשמו" של נתבע יוצר סיכון ברמת-הסתברות

Ketteman v. Hansel Properties Ltd. [1984] 1. W.L.R. 1274 (C.A.), 1288 267

*267 בליבאים (לעיל, הערה 265), 251.

מסוימת. הסתברות הנזק הולכת וגדלה עם הזמן. בין בשל הימשכות ה"אשם" ובין בשל גורמים אחרים, סביבתיים, טבעיים ואנושיים. נדגים: עובד נחשף לחומר רעיל. החשיפה פותחת את ההליך המזיק. בתקופת החשיפה הראשונה ההסתברות של הופעת מחלה בעתיד קטנה מאוד, אך ההסתברות הולכת וגדלה ככל שהחשיפה נמשכת. תורמים לכך גם העובדה שהעובד מעשן ורגישותו המיוחדת לחומר הרעיל. בשלב מסוים ההסתברות מגיעה לרמה של "קרוב לוודאי" – התהליך המזיק עודנו הפיך, אך הסיכוי לכך קלוש. הרגע הקריטי הוא כאשר מערכת ההגנה החיסונית מתמוטטת והפגיעה הגופנית הופכת ל"ודאית", לשאלה של זמן. תהליך דומה קיים גם בנזקי רכוש. תכנון לקוי של מהנדס יוצר סיכון של התמוטטות. הסיכון ההולך וגדל עם שיטת הבנייה, חריגות מהתוכנית המקורית, חפירות בקרקע שכנה, תחזוקה לקויה של המבנה וכו'. בהקשר זה מקובל להשתמש בהבחנה בין נזק לבין פגם. הפגם במבנה הוא היוצר את הסיכון. את ההסתברות. כי ייגרם בעתיד נזק. לפי מבחן ההסתברות יש אפוא לפתוח את מירון ההתיישנות לא עם התממשות הנזק אלא עם הוצאות הפגם המבשר את הופעתו²⁶⁸. הנזק "אירע" כבר בשלב זה.

מהו תוכנו של מבחן ה"הסתברות"? כיצד נקבעת על-פיו נקודת-הזמן של אירוע הנזק? התשובה לכך היא, שקביעת מועד האירוע נעשית על-ידי קביעת מידת ההסתברות מינימלית. זוהי מידת ההסתברות שמעליה ייחשב נזק העלול להתממש בעתיד כאילו כבר התממש. מבחן זה נוח לנתבע כיוון שהוא "מקדים את המאוחר" – רואים את הנזק כאילו כבר התממש רק בגלל הסתברותו הגבוהה או הכרחיותו. הפעלת המבחן מחייבת אפוא את קביעת רמת-ההסתברות הנדרשת – "ודאות מוחלטת", "ודאות קרובה" או כל מבחן הסתברותי אחר²⁶⁹. טול, לדוגמא, תובע שהודבק, במודע או במתכוון, במחלת ה-Aids. מתי אירע נזקו? ביום שבו הועבר אליו הנגיף או ביום שבו כשלה המערכת החיסונית? לשם כך יש לבדוק מהי ההסתברות שנושא נגיף יחלה במחלה, ולראות אם הסתברות זו עומדת בסטנדרט שנקבע.

האלטרנטיבה השנייה לקביעת מועד אירוע הנזק היא מבחן ה"התממשות" – הנזק מתרחש באותו יום שבו הסיכון מתממש בפועל, באותו יום שבו סבל התובע את הנזק הרלבנטי לטענת ההתיישנות. על-פי מבחן זה לא די בכך שהסיכון הופך לוודאי, אלא נדרשת התממשותו בפועל; הנזק לגוף מתרחש לא עם כישלון המערכת החיסונית אלא עם ביטוייו הפיזיים של כישלון זה. הנזק למבנה הוא היווצרות הסדקים והשקיעה בפועל ולא חולשת היסודות שהפכה תופעות אלה להכרחיות. מבחן זה מאחר את מועד הגילוי בהשוואה למבחן ה"הסתברות". מאידך גיסא, אין מבחן זה מייחס חשיבות למועד גילוי של הנזק.

המבחן השלישי, המאחר עוד יותר את מועדו של אירוע הנזק, הוא מבחן הגילוי. לפי מבחן זה רואים את הסיכון כמתממש לא במועד התממשותו האובייקטיבית, אלא רק במועד שבו עמדה התממשות זו בקריטריון כלשהו, הקבוע מראש, של גילוי. קריטריון זה יכול עקרונית לנוע בין קצוות כלל הגילוי – בין יכולת גילוי מדעית לבין גילוי

268 על ההבחנה בין defect לבין actual damage ראה בתזכיר מס' 74 של הוועדה הסקוטית (לעיל, הערה 218), עמ' 52–54 והאסמכתאות שם.

269 לרמת ההסתברות הנדרשת קיימת "רצפה"; מתחת לרמת ההסתברות מסוימת אפשר שלא יתקיים התנאי המקביל של "ציפיות" ולא תיווצר כלל אחריות.

בפועל. עם זאת, מאחר שאימרוץ מבחן גילוי מאוחר ל"אירוע" שקול למעשה להכנסת כלל הגילוי בדלת האחורית, הדעת נותנת ששיטה שאמצה כלל גילוי מפורש לא תאמץ מבחן של גילוי לצורך ה"אירוע", ושאם תעשה כן – תבחר בכלל גילוי מוקדם (כ יכולת גילוי על-ידי המדע).

3. על מבחני אירוע הנזק במשפט האנגלי, האמריקני והישראלי

מבדיקת הפסיקה האנגלית, האמריקנית והישראלית עולה כי לא ניתן להצביע על אחד משלושת המבחנים החלופיים כמבחן אקסלוסיבי. המבחנים קיימים ומשמשים זה לצד זה. עם זאת, אפשר שכתקופה מסוימת ייגבר כוחו של אחד מהם אשר יהפוך להיות דומיננטי. כך, לדוגמא, נוצר כיום הרושם שמבחן ההתממשות הוא המבחן הדומיננטי. השינוי במעמדם היחסי של מבחני האירוע נובע – כפי שנראה מיד – משינויים ומהתפתחויות בחלקי האחרים של הסדר ההתיישנות.

נעבור עתה לסקירה קצרה של הפסיקה שעסקה בסוגיית אירוע הנזק. נפתח את הסקירה במשפט האנגלי שבו זכתה לאחרונה סוגיא זו לדיון נרחב. למשפט זה נייחד את עיקר הסקירה.

כלל הגילוי ושיקולי הדעת שניתן לבית-המשפט בהסדר 1975 בקשר עם התיישנות בנזקי גוף, דחקו לשוליים את סוגיית מועדו של אירוע הנזק בנזקי גוף. לעומת זאת, בנזקי רכוש, סוגיית אירוע הנזק הפכה בתריסר השנים האחרונות נושא מרכזי בדיון ההתיישנות בנזיקין²⁷⁰. הדיון האנגלי היטלטל בתקופה זו מצד אל צד, ונראה שרק הרחבתו של כלל הגילוי גם על נזקי רכוש ב-Latent Damage Act 1986 תשקיט את המים הסוערים.

הסיטואציה השכיחה שבמסגרתה נדונה סוגיית אירוע הנזק היא של מבנה, או חלק של מבנה, שגרם נזק בשל היותו פגום. ה"אשם" הרלבנטי היה בתכנון המבנה, בהקמתו או בפיקוח על התכנון וההקמה. בפסיקה משנת 1975 מצאנו את מבחן ה"הסתברות" – נקבע שם כי הנזק אירע ביום הנחת היסודות או ביום מסירת המבנה לתובע²⁷¹. בשנת 1976 נהפכת הקערה על פיה, ומבחן ה"הסתברות" הומר במבחן הגילוי²⁷². השינוי אמנם אינו חד-משמעי²⁷³ וכך גם טיב הגילוי הנדרש. אך הכיוון ברור – מהסתברות לגילוי. הרקע לשינויים: ההפליה השרירותית, שהריפורמה בדיון ההתיישנות יצרה בין התובע בנזקי גוף ובין התובע בנזקי רכוש: בעוד שהראשון נהנה מכללי הגילוי ומשיקולי הדעת, היה האחרון חשוף להתיישנות לפני גילוי נזקו. אימוצו של מבחן הגילוי נועד, כנראה, לצמצם את הפער. ההתפתחויות בפסיקה עלו על שולחנה של

270 לסקירת ההלכות שלהלן ראה, Current Law Statutes Annotated 1986 (London, 1987), I c. 37 1-4. ההתפתחויות בדיון הסקוטי בסוגייה זו נדונות בתזכיר מס' 74 (לעיל, הערה 218).

271 Higgins v. Ayrton Borough Council [1975] 2. All E.R. 589 (Q.B.) המסתמך על פסקי-דין קודמים.

272 Sparham – Souter v. Town and County שני פסקי-הדין המובילים את שינוי הכיוון הם Ann v. Merton London Borough Council [1976] 1.Q.B. 858; Developments (Essex) Ltd [1978] A.C. 728.

273 ראה Law Reform Committee, Twenty-First Report, 1977, Cmnd. 6923, 8-10, 16 נטען שם כי טעם הפסק של ההלכות הנ"ל אינו ברור.

ועדת-הריפורמה, שהחליטה, ברוב דעות, ולאחר דיון יסודי בסוגיא²⁷⁴, להמליץ על דחייתו של מבחן הגילוי, לצורותיו השונות, כמבחן ה"אירוע"²⁷⁵. המלצת הוועדה לא באה לידי ביטוי מפורש בחוק מ-1980. אך הזרע נקלט. בשלהי שנת 1982 בית-הלורדים מכריז בפסק-דין *Pirelli*²⁷⁶ על ביטולו של מבחן הגילוי תוך שהוא מחיל מבחן של "התממשות". עם זאת, נאמר בהחלטה כי במצבים שבהם קיימת "ודאות מוחלטת" שהנזק יתממש בעתיד (*doomed from the start*), ייחשב הנזק כמתרחש ביום שבו נוצרת ודאות שכזו. המבחן שנוצר שם היה אפוא מבחן מעורב: "התממשות" בדרך-כלל, ו"ודאות מוחלטת" בכל אותם מצבים חריגים שבהם ודאות שכזו קיימת. בית-הלורדים שלל את השימוש במבחן ה"הסתברות", כאשר זו אינה עולה כדי "ודאות מוחלטת"²⁷⁷.

בעקבות החלטת בית-הלורדים החלו בתי-המשפט להפעיל את מבחן ה"התממשות" כמבחן אירוע הנזק²⁷⁸. הפן האחר של ההחלטה — מבחן הודאות המוחלטת (*doomed from the start*) לא היכה שורשים וכמעט שלא יושם הלכה למעשה. בתי-המשפט נמנעו מהחלתו הן באמצעות הקביעה כי במקרה שלפניהם אין קיימת ה"ודאות המוחלטת" הנדרשת, והן על-ידי פרשנות מצמצמת שלפיה נדרשת מיידיות של הנזק הודאי. עוד הציבו השופטים סימני-שאלה באשר לתוכנו של מבחן זה ויכולת הפעלתו, והדגישו כי הורתו באמירת-אגב²⁷⁹. ואכן, משעלה העניין לבחינה מחודשת בבית-הלורדים²⁸⁰, נסתם למעשה הגולל על שלוחה זו של מבחן ה"הסתברות"²⁸¹, ומבחן ה"התממשות" הפך דומיננטי. יצוין, כי גם ועדת-הריפורמה העדיפה מבחן זה על-פני מבחן הגילוי, מחד גיסא, ומבחן ה"הסתברות", מאידך גיסא²⁸².

האם התייצבות הדין סביב מבחן ה"התממשות" תאריך ימים? איננו בטוחים בכך. אפשר בהחלט כי עד מהרה תשוב המטוטלת לנוע אל עבר מבחן ה"הסתברות" או מבחן אחר לאירוע הנזק. אינדיקציה להמשך התנודות בסוגייה זו מצויה בהתפתחות ההלכה באנגליה בעניין הנזק הכלכלי. לעניין זה יש להבחין בין נזק כלכלי הכרוך מטבעו בנזק פיזי לנכס — נזק פיננסי המשקף ומבטא את הנזק הפיזי, לבין נזק כלכלי "טהור" — אבדן כספי שאינו קשור לנזק פיזי כלשהו. שאלת הנזק הכלכלי הכרוך בנזק פיזי עלתה כאשר ביקשו נתבעים כתביעות על נזק פיזי להקדים את מועד ה"אירוע" על-ידי שימוש

274 שס, 6-17.

275 ראה מסקנות הו"ח בעמ' 74.

276 *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners* [1983] 1 All E.R. 65 (H.L.).

277 שס, בעמ' 72.

278 *Harris; Dove v. Bankhams Patent Locks Ltd.* [1983] 2 All E.R. 833 (Q.B.) (לעיל, הערה 66); *Ketteman; Kensington AHA v. Wettern Composites* [1985] 1 All E.R. 346.

279 *Harris*; 343-342, (לעיל, הערה 66), *Harris*; 840, (לעיל, הערה 278), *Dove*, (לעיל, הערה 66), *Kensington*; 37, 28-26, *Ketteman*; 351-350, (לעיל, הערה 278), *Jones v. Stroud DC* [1988] 1 All E.R. 5 (C.A.), 13; 1288, (267) *Pirelli* (לעיל, הערה 276), היה, שעובדות המקרה שם התאימו למעשה להפעלת המבחן של

doomed from the start, ובכל-זאת הופעל מבחן ה"התממשות".

280 *Ketteman v. Hansel Properties Ltd.* [1988] 1 All E.R. 38 (H.L.).

281 שס, 50-51, 52-53, 59, 64.

282 דו"ח מס' 24 (לעיל, הערה 170), 9-13.

בפן הכלכלי של הנוזק. הסתברות הנוזק, כך נטען, מורידה את ערכו של הנכס החשוף לסיכון, ופוגעת לכן באינטרס כלכלי של התובע עוד בטרם התממש הנוזק הפיזי. הפגם הפיזי יוצר נזק כלכלי, ובוה די כדי לפתוח את מירון ההתיישנות. טענה זו נדחתה, בדרך כלל, על ידי בתי המשפט שסירבו להקדים את הפן הכלכלי של הנוזק לפן הפיזי שלו²⁸³. לגבי סוג זה של נזק כלכלי, שלמעשה אינו אלא ביטוי של נזק פיזי, נשמר אפוא מבחן ה"התממשות". שונים הם פני הדברים לגבי הנוזק הכלכלי ה"טהור". בתביעות שעילתן היחידה היא נזק כלכלי מסוג זה, לרוב תביעות נגד עורכי דין בשל עצה משפטית מוטעית, נעה ההלכה בין מבחן ה"הסתברות" למבחן ה"התממשות" ואינה מוצאת מנוח. קודם להחלטה בעניין *Pirelli* אומץ בפסיקה מבחן ה"הסתברות" – לצורך התיישנות אירע הנוזק ביום בו נוצר המסמך המשפטי הפגום ולא ביום התממשות הפגם לנזק כספי²⁸³. לאחר שמבחן ה"הסתברות" נדחה במפורש ב-*Pirelli* לעניין נזק פיזי²⁸³, קבעו פסקי-דין מאוחרים כי גם לגבי נזק כלכלי נדרשת התממשות בפועל ולא די ב"פגם"²⁸³. הפסיקה הקודמת פורשה מעתה כרוח זו²⁸³. אלא שלאחרונה שבה ועלתה קרנו של מבחן ה"הסתברות" ושוב הוחלט כי פגם במסמך המשפטי, אפילו אין כל ודאות כי יוביל לנזק כלכלי כלשהו, ייחשב ל"אירוע" נזק לצורך התיישנות²⁸³. אפשר שהחלטה זו תשפיע בהמשך גם על קביעת מועד ה"אירוע" לגבי נזקים פיזיים, ושוב תעלה קרנו של מבחן ה"הסתברות".

בארצות-הברית התעוררה שאלת מועד אירועו של הנוזק בעיקר על רקע גל התביעות נגד יצרנים ומעבידים בגין מחלות סמויות. השאלה עלתה הן בהקשר של התיישנות בנוזקין (באותם אזורי-שיפוט שבהם לא אומץ כלל הגילוי) הן בהקשר הביטוחי (חבותו של מבטח לאחריות היצרן או המעביד)²⁸⁴. גם כאן נמצא את ההתלבטות בין מבחן ה"הסתברות" לצורותיו השונות²⁸⁵, מחד גיסא, לבין מבחן הגילוי לצורותיו השונות.

283 *Dove* (לעיל, הערה 278), 840 *Ketteman* (לעיל, הערה 267), 1289 *Ketteman* (לעיל, הערה 280), 51–52, 53–52 *Harris* (C.A.) (לעיל, הערה 66), 25–26.

283 ראה את החלטת בית-המשפט לערעורים בעניין 86 *W.L.R.* [1982] *Forster v. Outred & Co. I.* התובעת במקרה זה משכנה נכסי-מקרקעין להבטחת הלוואה שנטל בנה. בהסתמך על ייעוץ משפטי רשלני. מאוחר יותר פשט בנה את הרגל, והמשכנתא מומשה. בית-המשפט קבע כי הנוזק אירע לא במועד המאוחר של המימוש, אלא ביום של אקט המשכון. במועד זה היה מימוש המשכנתא בגדר אפשרות בלבד.

283 *Pirelli* (לעיל, הערה 276), 72.

283 *UBAF Ltd. v. European American Banking Corp.* [1984] 2 All E.R. 226 (C.A.) 234–235.

283 *UBAF* (לעיל, הערה 283), 253 הוסבר כי ב-*Foster* (לעיל, הערה 283) נגרם בפועל נזק לתובעת כבר בעת רישום המשכנתא עקב ירידת ערך המקרקעין בשל השיעבוד.

283 *D.W. Moore & Co. v. Ferrier I* [1988] W.L.R. 267 (C.A.)

284 על-פי לשון פוליסה טיפוסית, יכסה המבטח את חבות המבוטח לשלם פיצויים "...because of bodily injury ...caused by an occurrence" *Epstein* (לעיל, הערה 83), 496.

285 "מבחן ה"הסתברות" הרחב ביותר הוא מבחן "החשיפה הראשונה", שלפיו מתרחש הנוזק החל מן המגע הראשון בין החומר המסוכן ובין גופו של התובע. ראה *Steinhardt* (לעיל, הערה 233), 1299;

Birnbaum (לעיל, הערה 176). בהקשר הביטוחי ראה *Insurance Co. of N. Am. v. Forty-Eight* (1980) Special Project; *Insulations, Inc.*, 633 F. 2d 1212 (1980) *Epstein* (לעיל, הערה 83), 497.

כאמור, חולשתו של המבחן היא בכך שהוא מקדים את המאוחר ומכיר בנזק במועד שבו טרם התממש ושבו לא היה ביטחון כי יתממש; ולחלופין, שהוא פותח את מירון התיישנות עם נזק מזערי שאינו מצדיק הגשת תביעה. ראה *Neubaur v. Owens-Corning*

מאידך גיסא²⁸⁶, כשבתווך מצוי מבחן ה"התממשות"²⁸⁷. בפסיקה הישראלית לא התפתחה גישה אחידה ושיטתית למועד אירועו של הנזק. נמצא בה הן את מבחן ה"הסתברות"²⁸⁸ הן את מבחן ה"התממשות"²⁸⁹, ואף את צלו של מבחן הגילוי²⁹⁰. גם מקומו של מבחן "הודאות המוחלטת" לא נעדר^{290*}.

Fiberglas Corp. 686 F. 2d 570 (1982); *Eagle-Picher Indus. Inc. v. Liberty Mut. Ins. Co.* 682 F. 2d 12 (1982), בעמ' 18-20. מבחן הסתברות צר יותר הוא מבחן "הודאות המוחלטת", שמשמעותו בהקשר הרלבנטי היא, שהמוטטות המערכת החיסונית כך שהמחלה הופכת לרואית ("body's defenses being overwhelmed"), *Insurance* (לעיל, הערה 285), 1217-1218. ראה גם G.B. Agrawal, "Asbestosis — Who Will Pay the Plaintiff" 57 *Tulane L. Rev.* (1983) 1491.

286 בהקשר הביטוחי הופיע מבחן הגילוי ככלל "הופעת הנזק" (manifestation theory) ראה *Eagle-Picher* (לעיל, הערה 285); *Special Project* (לעיל, הערה 233), 724-723; ר"ר Epstein (לעיל, הערה 83), 497. מבחן זה, שהוחל גם בהקשר של התיישנות בנויקין *Neubaur* (לעיל, הערה 285) הוא בדרך-כלל מבחן גילוי צר: לא גילוי בפועל ואף לא "גילוי סביר", אלא יכולת גילוי ("when the injury was diagnosable") — שם, 575. או יכולת סבירה לגלות ("when it becomes reasonably capable of medical diagnosis") *Eagle-Picher* (לעיל, הערה 285), 25; ראה גם *Special Project*, 648-649, 724-725; ר"ר Epstein (לעיל, הערה 83), 497. פעולתו של מבחן הגילוי הפוכה לזו של מבחן ההסתברות. הוא מאחר את המוקדם בכך שאינו מכיר בנזק שכבר התממש בפועל (*Insurance* [לעיל, הערה 285]), 1218-1219. עם זאת, יש לעתים השקה בין מבחן ההתממשות ובין מבחן "הופעת הנזק" במתכונתו הצרה. כך יאה כאשר התרחשות הנזק והיכולת לגלותו הם סימולטניים.

287 ראה *Locke v. Johns — Manville* 275 S.E. 2d 900 (1981). בית-המשפט מאמץ את מבחן ה"התממשות" ("The time plaintiff was hurt"), תוך שהוא רוחה במפורש את "הגילוי הסביר" (בעמ' 905-906). לאימוץ המבחן בהקשר הכיטוחי ראה *American Home Prod. v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 565 F. Supp. 1485 (1983), 1497.

288 בע"א 227/55 הופר נ' ד"ר משלר ואח', פ"ד י 828. נמנע מן התוכע לנסוע לטיפול רפואי לחו"ל בשל מכתבו של הרופא הנתבע, שבו קבע כי הטיפול יכול להתבצע בארץ. בעקבות מכתב זה ביטלו קרובי התובע את נכונותם לסייע לו, וכתוצאה מכך כוטלה אשרת-הכניסה. בשל העדר טיפול נאות הידרדר מצבו של התובע. בית-המשפט קבע, כי מועד אירוע הנזק הוא כיום שבו חזרו בהם קרובי התובע מנכונותם לסייע לו. שני התאריכים הנוספים ששקל בית-המשפט היו מועד שליחת המכתב על-ידי הנתבע ומועד ביטול האשרה. ברור כי במקרה זה התממש הנזק לאחר-מכן. עם ההחמרה במצב הגופני בשל העדר הטיפול. בית-המשפט הפעיל אפוא מבחן של הסתברות. בין שלוש רמות ההסתברות שעמדו בפניו העדיף בית-המשפט את האמצעית. בקלינמן (לעיל, הערה 6) לקחה התובעת במחלת קצרת לאחר שנחשפה במשך תשע שנות-עבודה לחומרים כימיים. בית-המשפט קבע כי נזקה אירע לכל אורך תקופת החשיפה, תוך שהוא מסווג את העוולה כמתחדשת (בעמ' 933). פתרון זה מעורר קושי: האם התובעת היתה יכולה להגיש תביעה ביום הראשון לעבודתה? ברור כי במועד זה טרם התממש נזק שהיה מצדיק הגשת תביעה בגינו (ראה *The Paradox of Statutes of Limitations in Toxic Substances Litigation* 76 *Cal. L. Rev.* (1988) 31, n. 965, 973). עד לאירוע מחלת הקצרת, או לפגיעה גופנית אחרת שהיתה מצדיקה הגשת תביעה, לא ניתן לומר כי הנזק התממש. מדוע אפוא נקבע בפסק-הדין כי הנזק אירע כבר ביום הראשון לחשיפה? הסבר אחד הוא, שבית-המשפט לא נתן את דעתו לכך שהאירוע הרלבנטי הוא רק של נזק המצדיק הגשת תביעה. הסבר אחר הוא, שבית-המשפט הסתפק בהסתברות שהנזק יתממש וראה בה "אירוע". אם זוהי התשובה, הרי שבית-המשפט הסתפק בהסתברות נמוכה ביותר — זו שהיתה קיימת ביום החשיפה הראשון. הסתברות זו היא כה נמוכה. עד שספק אם היתה מספקת לצורך יצירת ה"צפיות" הנדרשת בעוולת הרשלנות. בזמיר (לעיל, הערה 7) חזרה השופטת אבנור על הלכת קלינמן (בעמ' 127). בפתאל (לעיל, הערה 6) קבע השופט בך, כי הנזק נגרם לתובע במועד קבלת הטיפול הרפואי, להבדיל ממועד שבו נגרם נזק כתוצאה מן הטיפול (בעמ' 678). בכך

4. היש מקום לחקיקה בסוגיית אירוע הנזק?

האם רצויה התערבות כלשהי של המחוקק בקביעת מועדו של אירוע הנזק? ואם כן, מה צריכים להיות תוכן ההתערבות והיקפה? אנו סבורים כי סוגיא זו, כסוגיית ה"עוולה הנמשכת", אינה יפה להסדר סטטוטורי, וכי בחשבון כולל מוטב להשאירה לשיקול-הדעת של בתי-המשפט במקרים קונקרטיים. גם כאן יהא זה בלתי-מעשי ובלתי-רצוי לנסות ולכפות כללים נוקשים בתחומים שבהם נדרש ואף קיים חופש תמרון גדול. יש לקוות, כי בעתיד תתגבש בפסיקה מדיניות אחידה שתקבע את תחומי הלגיטימיות של שיקול הדעת השיפוטי בסוגיא.

עמדתנו זו מבוססת על ההכרה, כי לא ניתן להעדיף מראש אחד משלושת המבחנים שהוזכרו. המבחן ה"טבעי" לכאורה, מבחן ה"התממשות", אינו נקי מקשיים, שכן התשובה לשאלה מתי אירע נזק מסוים היא לעתים מורכבת ביותר²⁹¹, מה גם שאין ביטחון כי בכל המצבים האפשריים יתן מבחן זה את התשובה הרצויה. מאידך גיסא, לא ניתן לקבוע מראש מתי יהיה ראוי להעדיף מבחן אחר²⁹². בעניין זה דרושה גמישות. לשם המחשת הצורך בגמישות נחזור לסוגיית ההבחנה בין נזק פיזי לנזק כלכלי.

הפעיל גישה הסתברותית. בהקשר של בניית מבנה פגום הופעל מבחן ההסתברות כשיכון עובדים (לעיל, הערה 77). נקבע שם, כי יום האירוע הוא יום מחדלה של החברה הבונה להעמיק את יסודות המבנה (בעמ' 104–105). בוייס (לעיל, הערה 151) הוגבל מבחן ההסתברות באותו הקשר רק למצב שבו קיימים יחסי קרבה בין התובע ובין הנתבע (קרבה חזוית או קשרי-עבודה) (בעמ' 300–301). במיוחד (לעיל, הערה 6), 132, נקבע כי יום אירוע הנזק בעוולת "גרם הפרת חוזה" הוא היום האחרון לקיום החוזה. אם אכן הפרת חוזה היא התממשות הנזק, הרי שבית-המשפט הפעיל את מבחן ההתממשות. לא די בהסתברות שהחוזה יופר, אלא צריך שיופר ממש. בזמיר (לעיל, הערה 7) הבחין השופט י' כהן בין החשיפה לבין אירוע הנזק (בעמ' 129–130). בכך דחה למעשה את מבחן ההסתברות של קלינמן ואימץ מבחן של התממשות. בהקשר של מבנה פגום אומץ מבחן ההתממשות בוייס (לעיל, הערה 151), 301–303; ובדרוקר (לעיל, הערה 245), 167–168. בעניין קלינמן סבר השופט המחזיר, כי אירוע הנזק וגילוי הד הם (לעיל, הערה 6), 932. מול האות ז. שאלת מועדו של אירוע הנזק הכלכלי, שלא בהקשר של התיישנות, עלתה בעמ' 145/71 ודמברנד נ' אגולסקי ואח', פ"ד כה (2), 457, 460. עקב רשלנותו של עורך-דין התקשרה המעוררת בחוזה לרכישת דירה מקבלן שלא היה הבעלים של המגרש שעליו הבית היה אמור להיבנות. בית-המשפט מציין את מועד ההתקשרות בחוזה ואת מועד כשלון העסקה כמועדים אפשריים לאירוע הנזק, מבלי להכריע ביניהם.

²⁹⁰ *בליבאום (לעיל, הערה 265), 249–250.

²⁹¹ הקושי העיקרי שמבחן ה"התממשות" מעורר הוא קושי עובדתי: מתי סבל התובע נזק? על התובע להביא עדות מהימנה אשר *Locke* [לעיל, הערה 287], 905. משימה זו קשה ולפעמים בלתי-אפשרית. האם ניתן להצביע על יום מסוים שבו פרצה מחלה לאחר תהליך דגירה ארוך? מומחים שונים עלולים להגיע למסקנות שונות (*Insurance* [לעיל, הערה 285], 1218). לעתים לא יהא מנוס מהכרעה שרירותית כאשר למועד התרחשות הנזק, כהצעתו של שופט המיעוט ב-*Insurance* (עשר שנים מיום החשיפה הראשון לאסבסט – בעמ' 1229–1231).

²⁹² יהא זה מוטעה לנסות ולהעתיק מבחנים שאומצו באנגליה או בארצות-הברית מבלי לבחון את ההקשר ואת חלקיו האחרים של הסדר ההתיישנות. ברור בעליל כי הפתרונות הביטוחיים אינם יפים לשאלת ההתיישנות בנזיקין. קיים שוני מהותי בין מצב שבו ניוק תובע את המזיק לבין מצב שבו המזיק תובע את מבטחו – *Insurance* [לעיל, הערה 285], 1220–1221. כמרכז יש להבחין בין הסדר התיישנות המכיר בכלל הגילוי לבין הסדר שאינו מכיר בכלל זה; במקרה האחרון צפריה נטייה להכניס את כלל הגילוי בדלת האחורית, דרך מבחן "אירוע" שאינו אלא כלל גילוי מוסווה.

מהו היחס בין נזק פיזי לבין הנזק הכלכלי הכרוך בו? האם מדובר בשני נזקים נפרדים, או אפילו בשתי עילות שונות, או שמא אלה הם שני הפנים של אותו נזק? נראה לנו כי התשובה השנייה היא הנכונה. הנזק הכלכלי הוא הביטוי של הנזק הפיזי והדרך שבה מתורגם הנזק הפיזי לפיצוי כספי. כל הפרדה בין השניים תהא מלאכותית. כזו היתה כאמור עמדת בתי המשפט באנגליה שסירבו להבחין בין הפן הפיזי לפן הכלכלי של נזק למבנה, וזוהי גם עמדת הוועדה הסקוטית שבחנה את הסוגיא²⁹³. ביטוי כפול זה של הנזק שסבל התובע מסבך את שאלת מועד אירוע הנזק. לעיתים הנזק הכלכלי מקדים את הנזק הפיזי. כך יקרה כאשר גילוייו של פגם בגוף, במבנה, או במסמך משפטי, כרוך ב"ירידת ערך" או ב"ביצוע תיקונים" עוד לפני שהפגם התממש לנזק מוחשי. ירידת ערך של נכס, של זכות, או הצורך להשקיע בתיקון הפגם הם דוגמאות טיפוסיות לכך. גם היפוכו של דבר אפשרי — הנזק הכלכלי יכול להתממש רק לאחר הנזק הפיזי. כך יהיה במקרה של נזק פיזי למבנה שלא התגלה בפועל, על אף שגילוייו אפשרי, ואשר טרם הביא לירידת ערכו. כאשר הנזק הכלכלי קודם לפיזי יוצרת הסתברות הנזק הפיזי את התממשות הנזק הכלכלי. כאשר הנזק הכלכלי מאוחר לפיזי היחס מתהפך: התממשות הנזק הפיזי יוצרת את הסתברות הנזק הכלכלי. כיצד ניתן לקבוע בסבך זה את מועד אירוע הנזק לצורך התיישנות? האם ראוי להתעלם מן הנזק הכלכלי ולדבוק בנזק הפיזי? עמדה זו, שננקטה באנגליה, אינה מוצדקת לגופה. מדוע להתעלם מירידת ערך שוק שאירעה בפועל או מעלות תיקונים נדרשים^{293*}? מאידך גיסא לא ניתן להתעלם מן הנזק הפיזי כאשר זה קודם לנזק הכלכלי. אם כך, אולי ראוי לקבוע את מועד ה"אירוע" לפי ההסתברות או ההתממשות של הנזק המוקדם מבין השניים? נראה לנו כי אין מנוס אלא להותיר את הסוגיה להכרעה קזואיסטית של בית המשפט על-פי עקרונות מנחים שיתגבשו במשך הזמן.

ז. היש מקום להעניק לבתי המשפט שיקול-דעת בהחלת הסדר ההתיישנות?

1. השאלה

לא מכבר קרא בית המשפט למחוקק לבחון אם יש מקום "לעדן את תחילת מירון ההתיישנות במבחניו של האדם הסביר", ולשקול, נוסף על כך, את אימוצו של הסדר

293 תזכיר 74 של הוועדה הסקוטית (לעיל, הערה 218), עמ' 54-56.
 *293 זו היתה גם עמדת הוועדה האנגלית (דו"ח מס' 21, לעיל, הערה 273, עמ' 9) עם זאת לא תמיד ניתן להשתמש בנזק הכלכלי כמכשיר להקדמת מועד אירוע הנזק. ירידת ערך השוק של נכס, למשל, אינה מתרחשת כל עוד לא נתגלה הסיכון. היגלות הסיכון היא אפוא תנאי הכרחי להתרחשות הנזק הכלכלי. כאן צצה לה שאלה נוספת: האם הגילוי היוצר את הנזק הכלכלי צריך שיהיה גילוי בפועל, או שמא די גם בגילוי בכח — גילוי סביר? היכול הנתבע לטעון, לדוגמא, כי על אף שהנזק הכלכלי לא נתגלה בפועל היה התובע צריך לגלותו, כך שהיה "גילוי" והנזק הכלכלי התממש? והאם יוכל הנתבע לטעון כי התובע סבל נזק כלכלי משום ששילם עבור הנכס סכום גדול יותר מערכו? לשתי השאלות האחרונות אנו נוטים להשיב בשלילה; ערך הנכס אינו עובדה אובייקטיבית אלא תולדה של ביקוש והיצע המתבססים על מידע קיים באשר לתכונותיו. ונקודה נוספת בהקשר זה: לדעתנו, אין לשעות לטענת התובע כי הנזק לא אירע כל עוד לא מימש או עמד לממש את הנכס. הנזק נגרם בפועל ביום ירידת ערך השוק ללא קשר לכונת המימוש. לעניין זה ראה ע"א 246/70 גרינגרס ואח' נ' זילברמן ואח', פ"ד כה(1) 169, 170.

המעניק לבית-המשפט, בתנאים מסוימים, סמכות להכיר בתביעה שהתיישנה²⁹⁴. המודל ששיווה בית-המשפט לנגד עיניו היה סעיף 33 ל-Limitation Act 1980.²⁹⁵ בהצעות השינוי שהעלינו עד כה ביקשנו אכן "לעזר את תחילת מירון ההתיישנות במבחניו של האדם הסביר". התאמתו של נושא ההתיישנות לזכות המתיישנת, הרחבת שיקול-הדעת השיפוטי בקשר עם העוולות הנמשכות, הכרה עקרונית בפיצול "אשם" בין נזקים שונים והרחבת כלל הגילוי – כל אלה נועדו לרכז את "הפילוסופיה של מועדים קבועים ונוקשים"²⁹⁶. היהיה זה מן הראוי להוסיף לכל השינויים הנ"ל הוראה

294 בוכריס (לעיל, הערה 6), 560–559.

Discretionary exclusion of time limit for actions in respect of personal injuries or death

295

33.—(1) If it appears to the court that it would be equitable to allow an action to proceed having regard to the degree to which—

Discretionary exclusion of time limit for actions in respect of personal injuries or death.

(a) the provisions of section 11 or 12 of this Act prejudice the plaintiff or any person whom he represents; and

(b) any decision of the court under this subsection would prejudice the defendant or any person whom he represents; the court may direct that those provisions shall not apply to the action, or shall not apply to any specified cause of action to which the action relates.

(2) The court shall not under this section disapply section 12(1) except where the reason why the person injured could no longer maintain an action was because of the time limit in section 11.

If, for example, the person injured could at his death no longer maintain an action under the Fatal Accidents Act 1976 because of the time limit in Article 29 in Schedule 1 to the Carriage by Air Act 1961, the court has no power to direct that section 12(1) shall not apply.

(3) In acting under this section the court shall have regard to all the circumstances of the case and in particular to—

- (a) the length of, and the reasons for, the delay on the part of the plaintiff;
- (b) the extent to which, having regard to the delay, the evidence adduced or likely to be adduced by the plaintiff or the defendant is or is likely to be less cogent than if the action had been brought within the time allowed by section 11 or (as the case may be) by section 12;
- (c) the conduct of the defendant after the cause of action arose, including the extent (if any) to which he responded to requests reasonably made by the plaintiff for information or inspection for the purpose of ascertaining facts which were or might be relevant to the plaintiff's cause of action against the defendant;
- (d) the duration of any disability of the plaintiff arising after the date of the accrual of the cause of action;
- (e) the extent to which the plaintiff acted promptly and reasonably once he knew whether or not the act or omission of the defendant, to which the injury was attributable, might be capable at that time of giving rise to an action for damages;
- (f) the steps, if any, taken by the plaintiff to obtain medical, legal or other expert advice and the nature of any such advice he may have received.

296 בוכריס (לעיל, הערה 6), 559.

כללית שתקנה לבית-המשפט סמכות "להחיות" תביעה שהתיישנה נוסף על הריכוך האמורי? היש להמשיך ולהסיט את נקודת-האיזון כבור-דרך נוספת אל עבר התובע? לפני שנשיב לשאלה זו, מן הראוי לסקור בקווים כלליים את הסדר שיקול-הדעת שהוחל באנגליה על התיישנות בנוקזי גוף.

2. הסדר שיקול-הדעת באנגליה

חוט-השדרה של הסדר שיקול-הדעת בדיון האנגלי הוא בשאיפה "לעשות צדק" בין התובע לנתבע. בית-המשפט יפעיל את סמכותו להכיר בתביעה שהתיישנה כאשר הרבר צודק (equitable)²⁹⁷. מהו קנה-המידה לעשיית הצדק? החוק קובע מבחן כפול. ראשית, יש להשוות את מידת הפגיעה שתיגרם לתובע, אם תביעתו תתישן, למידת הפגיעה שיסבול הנתבע עקב ההחלטה להסיר את חסות ההתיישנות²⁹⁸. מבחן זה פניו לעתיד. הוא מציב, זה מול זה, את התועלת שיפיק הניזק מהסרת ההגנה ואת העלות שתיגרם למזיק עקב כך. המבחן השני, המשלים, פונה לעבר. הוא בודק את טיב התנהגותם של הצדדים בעבר כדי לראות, מחד גיסא, אם ראוי הוא התובע ליהנות מזכות-היתר של הסרת המכשול²⁹⁹, ומאידך גיסא — עד כמה תרם הנתבע למחדלו של התובע להגיש את תביעתו כמועד³⁰⁰. המחוקק הדגיש, כי בהפעלת שני המבחנים שומה על בית-המשפט לתת את דעתו לכל הנסיבות של המקרה (all the circumstances of the case)³⁰¹. הדגש הוא על עשיית הצדק בין הצדדים המסוימים לדיון המסוים.

כיצד הופעל ההסדר הלכה למעשה על-ידי בית-המשפט³⁰²? בכפיפות למגבלות שהוטלו בחוק על סוגי המקרים שבהם ניתן להפעיל את שיקול-הדעת³⁰³, ניתן בהכללה לומר כי בתי-המשפט נתנו פרשנות מרחיבה לסמכותם לסייע לתובע וכי בדרך-כלל הנטייה היא להפעיל את שיקול-הדעת לטובת התובע. אין ספק, כי הוראת שיקול-הדעת הסיטה את נקודת-האיזון במידה ניכרת לכיוון התובע. להלן נצביע על מאפיינה של מגמה זו מבלי להיכנס לפרטי ההלכות.

בשורת פסקי-דין קבעו בתי-המשפט כי תחום ההשתרעות של שיקול-הדעת רחב ובלתי-מוגבל (unfettered), כי זה ניתן להפעלה בכל מקרה של התיישנות ולא רק במקרים חריגים וכי בית-משפט של ערעור לא ימהר לשים את שיקול-דעתו במקום שיקול-הדעת של הערכאה שמתחתיו³⁰⁴. הנטייה לטובת התובע משתקפת באימוץ קנה-

297 סעיף (1) 33 רישא.

298 (a) (b) (1) 33 וכן (b) (3) 33 העוסק בהשפעת העיכוב בהגשת התביעה על טיבן של ראיות הצדדים.

299 (a), (d), (e), (f) 33 (3).

300 (c) 33 (3).

301 סעיף (3) 33 רישא.

302 לסקירת ההלכות ראה Todd (לעיל, הערה 10), 42-75 Morgan (לעיל, הערה 217). Current Law Statutes Annotated (לעיל, הערה 168), c/58/33.

303 מקור המגבלות הוא בסעיף (1) 33, המגביל את שיקול-הדעת אך ורק לגבי תביעות המתיישנות מכות סעיפים 11 ו-12 לחוק. כאשר מקור ההתיישנות או חסימת התביעה הוא בדינים אחרים לא יתול הסדר שיקול הדעת. ההסדר לא יחול לכן כאשר הוחל בהליכי תביעה, אך אלה נזנחו (want of prosecution). ראה Walky ו-Thompson (לעיל, הערה 220) וכן Morgan (לעיל, הערה 217) Todd (לעיל, הערה 10), 45-52.

304 פסקי-הדין המנוחה הוא 886, 905-916 Q.B. [1978] *Firman v. Ellis*; ראה גם *Simpson v. Norwest* (לעיל, הערה 220), 477-478 [1980] 2 All E.R. 471 (C.A.). *Thompson; Holst Southern Ltd.* (לעיל, הערה 220).

מידה סובייקטיבי לבחירת טיב התנהגותו, להבדיל מהמבחן האובייקטיבי שבו נבחנת התנהגותו של התובע בהקשר כלל הגילוי³⁰⁵. כך, למשל, נטה בית-המשפט לייחס משקל לנשיות ולתכונות שאינן מוכרות אצל "האדם הסביר", בהתייחסות מקילה של התובע לנוק שסבל³⁰⁶, כרתיעה, אפילו תת-הכרתית, להיכנס לעימות עם מעביד³⁰⁷ או עם עורך-דין³⁰⁸ או כרצון הנאצל שלא להגיש תביעה כאשר תשלומי קצבאות-נכות ושכר מיטביים כפועל את נזקו³⁰⁹.

ביטוי אחר להעדפת התובע מצוי באותם מקרים שבהם הוחלט לאמץ קנה-מידה שולי (marginal) לאומדן הפגיעה בנתבע. במקום לבחון את הפגיעה הכוללת בנתבע עקב הסרת מחסום ההתיישנות, שאז יש ליקח בחשבון את הסכום שייפסק נגדו ואת הזמן והמשאבים שעליו להשקיע בהגנה³¹⁰, נכונה במקרים אלה הפגיעה השולית בנתבע, דהיינו: כיצד תשפיע דחייתו של טענת ההתיישנות על יכולתו להתגונן בהשוואה ליכולתו לפני התיישנות התביעה³¹¹. פרשנות צרה זו לפגיעה בנתבע יוצרת א-סימטריה ברורה בין התובע, שלזכותו זוקפים את הסכום שאפשר ויפרע מן הנתבע³¹², לבין הנתבע, שלגביו אין סכום זה נלקח בחשבון³¹³.

סיכומי של דבר: הסדר שיקול-הדעת שבדין ההתיישנות האנגלי, הן להלכה הן למעשה, שיפר באורח משמעותי את מצבו של התובע בנוק גוף בהשוואה למצבו של הנתבע. נקודת-האיזון הועתקה באורח ניכר אל עבר הראשון.

3. הערכת ההסדר האנגלי – הראוי לאמץ הסדר דומה?

האם מן הראוי לאמץ בדין המקומי הסדר שיקול-דעת במתכונת ההסדר האנגלי? לשאלה זו נשיב בשלילה. לדעתנו, גדולים חסרונותיו של הסדר שכזה מיתרונותיו. לא נכחד כי על-פני הדברים הסדר ממין זה אכן קורץ ומפתה. ראינו, כי עיקר תפקידו של דין ההתיישנות הוא לאזן כהלכה את האינטרסים המנוגדים של מזיקים וניזקים. מה מתאים יותר לכך אם לא מנגנון-איזון שיאפשר את ביצוע האיזון בכל מקרה על-פי נסיבותיו המיוחדות? האין איזון ספציפי זה עדיף על איזון מוקדם ונוקשה, החותך מראש את התוצאה מבלי לבחון אם זו נכונה וצודקת בנסיבות העניין?

- Conry v. Simpson* [1983] 3 All E.R. 369 (C.A.); *Brooks v. JP Coats Ltd.* [1984] 2 All ; 303 E.R. 702 (QB), 713 s; *Bradley v. Hanseatic Shipping* [1986] 2 Lloyd's L.R. 34 (C.A.).
 305 ראה לעיל, ליד הערות 226–229. לסקירת ההלכות ראה אצל Todd (לעיל, הערה 10), 62–67.
 306 *McCafferty v. Metropolitan Police Receiver* [1977] 1 W.L.R. 1073 (C.A.).
 לנזק כ-"an irritating nuisance" (בעמ' 1081).
 307 שם. זאת בניגוד למבחן אובייקטיבי המחייב הגשת תביעה עם כל נזק "משמעותי" (significant).
 308 *Rigby v. Smith & Johnson* (1979) c.L.Y. 1669 המוזכר ב-Current Law Statutes Annotated (לעיל, הערה 302), 33 (3) (a).
 309 *Buck* (לעיל, הערה 167), 809. הניזוק שם נמנע מלתבוע משום ש-"he did not want to sponge".
 310 *Thompson* (לעיל, הערה 220), 301.
 311 *Simpson* (לעיל, הערה 304), 478; וכן *Deeming v. British Steel Corp.* 123 S.J. 303 (1978).
 המוזכר ב-Current Law Statutes Annotated (לעיל, הערה 308). גם Todd (לעיל, הערה 10), 109–110, סבור כי כושרו של הנתבע להתגונן הוא אמת-המידה לבדיקת מידת הפגיעה בו.
 312 *Thompson* (לעיל, הערה 220), 301. הדבר תלוי, כמובן, בסיכויי הצלחת התביעה. גורם רלבנטי נוסף הוא יכולת התובע להיפרע מצד שלישי. ראה Todd (לעיל, הערה 10), 54–58.
 313 אם נדקדק בלשון הסעיפים (a) (1) 33 ו-(b) נראה כי לא-סימטריה כזו יש אכן בסיס בלשון החוק.

עיקרה של תשובתנו לשאלות אלה היא שהן עלותו ותועלתו של הסדר ממין זה לחברה, והן מידת הצדק שבו, צריכים להיבחן לא רק במיקרו אלא גם במקרו. השאלה איננה רק כיצד ישפיע ההסדר על רווחתם של אותם עשרות או מאות שיתדיינו לפיו בעשורים הבאים, אלא גם, ואולי בעיקר, מה תהיה השפעתו על אותם אלפים ועשרות אלפים שיחוו בתוצאותיו כמזיקים בכוח ובפועל או כצדדים שלישיים הנוגעים בדבר. אין ספק, כי הענקת שיקול-דעת רחב לרשות השיפוטית להכיר בתביעות שהתיישנו תכנים מימד חדש של חוסר-ודאות למערכת. הציפייה לצמצום ניכר של תחומי ההתיישנות, אפילו לא תתממש בפועל עקב ריסון שיפוטי נדיר, תגדיל את הסיכון הכספי הצפוי מפעילויות שהנוק הוא תוצר-לוואי שלהן. התוצאה? מאחר שקבוצות המזיקים הגדולות (נהגים, יצרנים, ספקי שירותים ומעבידים) מבוטחות, יש לצפות לגידול בפרמיות הביטוח. מי ישא בעלות הכרוכה בכך? הנושא המידי בעלות תהא קבוצת הסיכון הביטוחי שאליה משתייך המזיק. המזיק עצמו ישא, אם בכלל, בחלק קטן של הנוק שגרם באמצעות גידול בפרמיה האישית שלו. המשמעות: לא המזיקים הם שיסאו בנטל הנוסף הכרוך בהסדר שיקול-הדעת, אלא כל קבוצת-הסיכון הרלבנטית, לרבות חברי הקבוצה שלא גרמו בפועל לנזק כלשהו. זאת ועוד. נטייתם הטבעית של חברי הקבוצה תהא לנסות ולגלגל את הנטל הנוסף מהם והלאה או לפחות להקטין. גלגול הנטל כיצד? על-ידי העלאת המחיר שהקבוצה גובה עבור שירותיה או מוצריה עד כמה שגבייה שכוז אפשרית. התוצאה: עליות מחירים שמהן תיפגע במקרים רבים דווקא קבוצת הנזקים בכוח. הקטנת הנטל כיצד? על-ידי צמצום הפעילות שהנוק היא תוצאה-לוואי חברתית שלה. מי ייפגע עקב כך? במקרים רבים תישא בנטל שוב קבוצת הנזקים בכוח, הצורכת את המוצר או השירות. מועמדים נוספים לשאת בנטל הם ציבורים אחרים הנזקים לשירותי קבוצת-הסיכון וציבורים המספקים שירותים לאותה קבוצה כעובדים. במקרים קיצוניים, שבהם הנטל הנוסף כבר מדי ואינו ניתן כלל לגלגול, תופסק לחלוטין פעילותם של חברים בקבוצת-הסיכון.

המסקנה: עשיית צדק במיקרו עלולה לפגוע ברווחתם של רבים שלא נטלו חלק כלשהו בגרימת הנזקים, בדרך של עליות מחירים, הקטנת הגיוון וההיקף של מוצרים ושירותים ואובדן הכנסות. הטעון שלפיו הביטוח, תרופת-הפלא לכל מזור, יענה גם על הקשיים שהסדר שיקול-הדעת³¹⁴ יוצר הוא טיעון פשטני ומסוכן. יוכיח זאת המשבר שאליו נקלע המשק האמריקני³¹⁵, בין השאר, בשל הסתמכות-יתר על "תרופת-פלא" זו. אין אנו מבקשים לטעון, כי אימוץ הסדר של שיקול-דעת יגרום בהכרח לכל התוצאות הקשות שמנינו לעיל. בסופו של דבר, השאלה היא שאלה אמפירית: מהו משקלו של מרכיב ההתיישנות בקביעת פרמיות-הביטוח ועד כמה ישפיעו שינויים בהסדר ההתיישנות על גודל הפרמיות ועל התנהגות המבוטחים. כפי שהדגשנו בפתח דברינו, התשובה לשאלה זו אינה ידועה וספק אם ניתן בכלל להשיב עליה תשובה

314 734 *Winfield and Jolowicz on Tort* (London, 12th ed., 1984); ראה גם Todd (לעיל, הערה 10), 7, בהערה 29.

315 על המשבר וביטוייו בספרות המשפטית ובעיתונות האמריקנית ראה S. Rept. 99-422, הנלווה להצעת החוק S. 2760 Product Liability Reform Act — מאוגוסט 1986. הצעת החוק והדו"ח מופיעים ב-*American Law of Products Liability 3d* משנת 1987 בכרך primary source documents בחוברת Federal Laws הקטע הרלבנטי. תחת הכותרת "The burden on American Productivity and Commerce" הוא בעמ' 56-60.

אמינה. הנקודה שאותה אנו מבקשים להדגיש היא שהסדר שיקול-הדעת כרוך, מעצם טבעו, בעלויות מהסוג שפורט לעיל וכי יש ליתן לעלויות אלה את המשקל הראוי לאחר בחינה מדוקדקת של הנושא. ספק גדול הוא אם עלויות אלה אכן נלקחו בחשבון בעת שעוצב ההסדר באנגליה. אמנם הצהיר בית-המשפט כי

...Parliament has now decided that uncertain justice is preferable to certain injustice or, in other words, that certainty can be bought at a too high price...³¹⁶

אך כפי שנראה להלן, סביר יותר להניח כי העלויות שהצגנו לא נלקחו כלל בחשבון בעת שגובש ההסדר.

אל העלויות שמנינו לעיל בתחום המקרו יש לצרף עלויות נוספות, בתחום המיקרו, שלהן לא ניתן – לדעתנו – משקל מספיק בהסדר שיקול-הדעת כמתכונתו באנגליה. הפגיעה בנתבע נובעת לא רק מפגיעה בכושרו להתגונן, אלא גם מסיכול ציפיותיו הלגיטימיות שלא להיחשף עוד לתביעה משפטית לאחר שחלף פרק-זמן ארוך מאז התנהגותו הרלבנטית. הנתבע מסתמך על ציפייה זו ומתכנן את פעילותו לפיה. סיכול הציפייה כרוך לכן בנוזק חומרי ופסיכולוגי לא-מבוטל שאינו ניתן לאמידה. היה מי שראה בנוזק זה את טעמו העיקרי של דין ההתיישנות³¹⁷.

עלות רלבנטית נוספת היא זו של בידור התביעות שתוגשנה בעקבות הסדר שיקול-הדעת. כתביעות אלה תידון השאלה הפרלימנטית של הפעלת שיקול-הדעת לפני הדיון בתביעה לגופה. נזכיר, כי הרתיעה הציבורית מדיון בתביעות "חלודות" (stale) היא אחד השיקולים מאחורי הסדר התיישנות. הסדר שיקול-הדעת ממעיט בחשיבותו של שיקול זה.

טענתנו עד כאן היא, שלהסדר שיקול-הדעת יש מחיר חברתי לא מבוטל שממנו חסידיו ההסדר נוטים להתעלם³¹⁸. גם בכך אין די כדי להגיע למסקנה שהסדר זה אינו רצוי. הערכתו הכוללת של ההסדר מחייבת להציב מול מחירו החברתי את תרומתו החיובית לעשיית הצדק בין הצדדים הניצים. אם תרומה זו גדולה מעלותו המשווערת של ההסדר, יהיה זה מן הראוי לאמצו על-אף חסרונותיו. תרומתו של ההסדר תלויה בתמונה הכוללת של דין ההתיישנות. בשיטה שבה שלטת הפישה שמרנית ונוקשה של התיישנות (ללא כלל גילוי למשל) תהא תרומתו של הסדר שיקול-הדעת גדולה. בשיטה גמישה ו"מעודנת" במבחני סבירות התרומה תהיה קטנה הרבה יותר.

מה תהא תרומתו של הסדר שיקול-הדעת, במתכונת ההסדר האנגלי. בשיטתנו? אם נקודת-המוצא היא ההסדר המוצע על-ידינו, הרי שתרומה זו תהיה שולית ביותר. השינויים שהצענו בהקשר לנושא ההתיישנות, העולה הנמשכת, פיצול ה"אשם" וכלל

316 *Firman* (לעיל, הערה 220), 18. ואכן Todd מצביע על כך שההסדר האנגלי מתעלם למעשה מהשלכותיו החשובות של הביטוח (בעמ' 59–62).

317 ...A thing you have enjoyed and used as your own for a long time... takes root in your being... The law can ask no better justification than the deepest instincts of man (O.V. Holmes, "The Path of Law" *Harv. L. Rev* 457 [1897] 477.)

318 ראה Todd. (לעיל, הערה 311):

There s, after all, little intrinsic merit in the limitation defence. If the defendant does not suffer by a delay in the conduct of his defence, the case for barring the plaintiff is certainly weakened

הגילוי הרי נועדו לפתור את בעיית אי-הצדק שנגרם לתובע בדין הנוכחי. הדרך שבה הלכנו היתה לאתר את הסיטואציות הבעייתיות ולטפל בהן לגופן. בכך צומצמה תרומתו הפוטנציאלית של הסדר שיקול-הדעת לאותם מצבים שלא אותרו ולאותם מקרים שבהם הפתרונות המוצעים לא יספקו תשובה נאותה. תרומתו של הסדר שיקול-הדעת לדין ההתיישנות המוצע תהא קטנה מתרומתו לדין האנגלי. שם פתר הסדר זה שתי בעיות מרכזיות: האחת — גילוי מאוחר של הזכות (בעיה שנוצרה על-ידי הוצאת הרכיב החמישי מתחומי כלל הגילוי)³¹⁹. הבעיה האחרת — הופעת נזק מאוחר בהיקף שונה מן הנזק הראשוני³²⁰. בדין המוצע אין צורך בהסדר שיקול-הדעת לצרכים אלה, שכן שתי הבעיות הנ"ל נפתרו בהסדרים הספציפיים. סיכומו של דבר: הערכתנו היא, שתורמתו הצנועה של הסדר שיקול-הדעת לדין המוצע רחוקה מלהצדיק את תשלום המחיר הלא-ידוע הכרוך באימוצו.

כיצד, בכל-זאת, ייעשה צדק עם התובעים בכל אותם מקרים חריגים שהדין המוצע אינו מכסה? הקיים תחליף טוב יותר להסדר שיקול-הדעת? דרך אחת היא להמתין ולראות אם אכן תתעוררנה בעיות שהדין המוצע אינו פותר כהלכה, ואז לנסות ולפתורן בהסדרים ספציפיים משלימים. דרך אחרת היא להקדים תרופה חלקית למכה באמצעות עיצוב הסדר שיאפשר לבתי-המשפט להאריך מראש את תקופת ההתיישנות על-פי בקשת התובע. להערכתנו, יפתור הסדר שכזה חלק לא מבוטל של הסיטואציות הבעייתיות: כל-אמת שיתברר לתובע כי מסיבות שאינן בשליטתו ייבצר ממנו להגיש תביעה במועד (כמקרים של קושי בהשגת ראיה), יבקש ארכה מבית-המשפט. היתרון הגדול של הסדר ממין זה הוא שלנתבע ניתנת התרעה, בתוך תקופת ההתיישנות, על כוונת התובע לתובעו, כך שהוא יכול להכין את הגנתו מבלי לפתח ציפיות מוטעות. בשל קוצר המצע לא נאריך בניתוח יתרונותיו ותסרונותיו של הסדר אפשרי זה.

4. ההסדר האנגלי — גולם שקם על יוצרו?

תימוכין להתנגדותנו לאימוצו של הסדר שיקול-הדעת במתכונת ההסדר האנגלי אנו מוצאים בראיות המעידות על כך, כי המחוקק האנגלי לא התכוון כלל ליצור את הסדר שיקול-הדעת שנוצר בפועל.

מדו"ח הוועדה שגיבשה את הסדר שיקול-הדעת³²¹ עולה בבירור, כי הורתו של הסדר זה היא בצורך למצוא מענה מתאים לבעיה שנוצרה עם הוצאת גילוי העילה המשפטית (הרכיב החמישי) מתחומי של כלל הגילוי³²². הסדר שיקול-הדעת היה "שביל-הזהב" לפתרון בעיה ספציפית זו³²³. הכוונה המקורית אפוא היתה לייעד את שיקול-הדעת למקרים החריגים, הקשים, בלבד³²⁴. הנוסח המרחיב של ההסדר שהציעה הוועדה לא תאם כוונה זו, והוא שגרם לפריצת השערים³²⁵.

319 ראה להלן, בסעיף 4.

320 ראה לעיל, הערה 167 והטקסט לידה.

321 דו"ח מס' 20 (לעיל, הערה 71), 21-23.

322 Todd (לעיל, הערה 10), 43.

323 ראה לעיל, ליד הערות 214-215.

324 Morgan; 43, Todd (לעיל, הערה 217), 109.

325 לגישה מצמצמת יותר בהפעלת שיקול-הדעת ראה 1 [1986] *Pilmore v. Northern Travelers Ltd.* Lloyd's L.R. 552 (Q.B.).

על הסתייגותו של המחוקק מהסדר שיקול-הדעת הרחב ניתן – לדעתנו – ללמוד גם מן ההחלטה שלא לאמץ הסדר זה בנוזקי רכוש. ה-Latent Damage Act 1986, העתיק, כאמור, את הסדר הגילוי שבנוזקי גוף והחילו על נזקי רכוש. לעומת זאת, הסדר שיקולי-הדעת לא הועתק. בדו"ח הוועדה המכילה³²⁶ הוסבר הדבר בחוסר-הודאות הכרוך בהסדר זה³²⁷. ההסדר בנוזקי גוף הוזכר בקיצור ונשלל באמירה הסתמית, שבנוזקי רכוש יש לבצע איזון שונה³²⁸. הסתייגות מהחלת הסדר שיקול-הדעת על נזקי רכוש הביעה גם הוועדה הסקוטית שעסקה בסוגיא, וזאת בשל החשש מחוסר ודאות שייגרם עקב כך ומהשפעתיו של שוק הביטוח³²⁹.

ח. תקופת ההתיישנות ו"זמן ההתיישנות האפקטיבי"

סעיף 5 לחוק ההתיישנות קובע תקופת התיישנות כללית בת שבע שנים. זוהי אפוא גם תקופת ההתיישנות הכללית בנוזקין, בכפיפות להוראות התיישנות מיוחדות בחוקים אחרים. הוראה חשובה ממין זה קיימת בחוק האחריות למוצרים פגומים, הקובע תקופת התיישנות בת שלוש שנים. לפני חוק ההתיישנות היתה תקופת ההתיישנות הכללית בנוזקין בת שנתיים, ואחר-כך הוארכה לארבע שנים³³⁰. מהו האורך האופטימלי של תקופת ההתיישנות בנוזקין? כדי להשיב על שאלה זו, עלינו להבחין בין תקופת ההתיישנות לבין "זמן ההתיישנות האפקטיבי". במושג האחרון כוונתנו לפרק הזמן החולף ממועד היווצרותו של נושא ההתיישנות (אירוע ה"אשם" או הנזק) ועד לנקודת-הזמן שבה טענת ההתיישנות מבשילה. "זמן ההתיישנות האפקטיבי" מורכב אפוא משני קטעי-זמן: הראשון – קטע-הזמן שמנקודת-המוצא ועד לנקודת-הפתיחה בפועל של מירון ההתיישנות. הפער בין שתי הנקודות נקבע על-ידי שורת הסדרים שנדונה לעיל (נושא ההתיישנות, עוללה נמשכת, פיצול ה"אשם", כלל הגילוי וכללי ההשעיה האחרים) ושאותם נכנה "כללי פתיחת המירון". קטע-הזמן השני, הבא בעקבות קודמו, הוא תקופת ההתיישנות הנמנית מתאריך הפתיחה בפועל, שנקבע על-ידי כללי פתיחת המירון. אורכו של כל קטע מקטעי "זמן ההתיישנות האפקטיבי" תלוי באורכו של הקטע האחר. המסקנה: בחיפוש אחר תקופת ההתיישנות האופטימלית חיוני ליתן את הדעת לקטע המוקדם של "זמן ההתיישנות האפקטיבי",

326 דו"ח מס' 24 (לעיל, הערה 170), 10, 11, 23–24.

327 "...any discretion, however tightly formulated, would introduce an element of uncertainty" (10). "Most of those who wrote to us rejected the idea of general discretion on the basis that it introduces an element of doubt ...this is a view that we share (24)

328 בעמ' 24.

329 תזכיר מס' 74 של הוועדה הסקוטית (לעיל, הערה 218), עמ' 60–63. "צוין כי כתזכיר קודם, מס' 45 (לעיל, הערה 54, בעמ' 17–19), הביעה הוועדה בשעתו התנגדות גם לאימוץ הסדר שיקול הדעת בנוזקי גוף. החשש היה ששיקול-הדעת יוביל ל-"an erosion of the safeguards of the defender's position which the law is supposed to provide" (19). למרות המלצתה השלילית של הוועדה, הוכנס בסופו של דבר ההסדר לחוק ההתיישנות הסקוטי בשנת 1980.

330 ראה דיני הנוזקין (לעיל, הערה 5), 718–719, הערה 5.

כפי שנקבע על-ידי כללי פתיחת המירון³³¹, ולבחון את המטרות שכבר הושגו באמצעותן. תפקידה של תקופת ההתיישנות הוא משלים – השגת המטרות שלא הושגו על-ידי כללי פתיחת המירון או שהושגו באורח חלקי. תרומתה של תקופת ההתיישנות להשגת מטרות ההתיישנות תלויה לכן תלות מכרעת בהיקף ובהשפעה הנובעת לכללי פתיחת המירון על השגת מטרות אלה דרך "זמן ההתיישנות האפקטיבי". הדבר גם מחייב לזהירות בבחינה השוואתית של תקופת ההתיישנות, הן בתוך אותה שיטת-משפט הן בשיטות-משפט שונות. ההשוואה תהיה חלקית, ואפילו מטעה, אם לא תוקדם לה השוואה של כללי פתיחת המירון.

ננסח אפוא את השאלה מחדש: מהו האורך האופטימלי של תקופת ההתיישנות בהינתן הסדר ההתיישנות המוצע? (מאחר שהצעתנו מהווה מכלול אחד, נתייחס להלן רק לחלקה הראשון של השאלה ולא לשאלה מהו האורך האופטימלי בהסדר הקיים). תשובתנו לשאלה זו היא כדלקמן: הרעיון המרכזי, השזור בכל הצעות השינוי שהעלנו, הוא שלא לפתוח את מירון ההתיישנות לפני שניתנה לתובע אפשרות סבירה והוגנת לדעת כי עומדת לרשותו עילת תביעה למימוש זכויותיו שנפגעו. בהנחה שמטרה זו אכן תושג בחלקה הגדול, מצמצם תפקידה של תקופת ההתיישנות להבטחת תקופת-זמן מספקת להגשת תביעה זו. מהו משך הזמן המירבי הדרוש לשם הגשת תביעה נזיקין? אין ספק כי תקופת שבע השנים ארוכה מדי³³². להערכתנו די בתקופה בת שלוש או ארבע שנים. שלוש שנים זוהי תקופת ההתיישנות לנזקי גוף הקבועה בחוק האנגלי³³³, וגם התקופה הספציפית הקבועה אצלנו ובאירופה לגבי אחריות למוצרים פגומים³³⁴. עם זאת, מאחר שתקופת ההתיישנות בנוזיקין אינה צריכה לדעתנו להיות שונה מתקופת ההתיישנות הכללית ביתר ענפי המשפט, לא נוכל בשלב זה להמליץ על תקופה מסוימת³³⁵.

331 לאמיתו של דבר מהווים כללי פתיחת המירון רק מרכיב אחד של מערכת כללים רחבה יותר – כללי ההארכה. מערכת זו כוללת כללים המפסיקים ומחדשים את המירון לאחר שהחל, וכללים המארכים את תקופת ההתיישנות. "זמן ההתיישנות האפקטיבי" הוא לכן שילוב של תקופת ההתיישנות וכללי ההארכה. בדיון כאן אין אנו מתייחסים לכללי ההארכה האחרים שלא נדונו ברשימה זו.

332 ראה גם דו"ח מס' 21 (לעיל, הערה 273), 19–20. הוועדה קובעת כי תספיק תקופת התיישנות בת חמש שנים. חשוב להדגיש, כי הדברים נאמרו בהקשר של הסדר התיישנות שלא הכיר בכלל הגילוי והם יפים לכן שבעתיים להסדר המוצע על כלל הגילוי הרחב שבו.

333 סעיף (4) 11 לחוק מ-1980. באשר לנזקי רכוש, ב-Latent Damage Act מ-1986 נקבע בסעיף (3) 14 A (שהוסף לחוק מ-1980) כי תקופת ההתיישנות, בסיטואציות שבהן יכול כלל הגילוי, תהא שש שנים מיום צמיחתה של עילת התובענה או שלוש שנים מיום הגילוי, לפי המאוחר מבין השניים. בכך נוצרה אסימטריה בתקופות התיישנות בין נזקי גוף לנזקי רכוש על-אף הסימטריה המהותית בהסדר תחילת המירון. קשה לעמוד על הגיונה של הבחנה זו. אפשר שהוחלט לשמור על מסגרת שש השנים כדי שלא לרוקן מתוכן ממשי את ההוראה בסעיף 2 לחוק מ-1980, הקובעת תקופת התיישנות כללית בנוזיקין בת שש שנים.

334 Council Directive of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/334/EEC) O.J. Eur. Comm. (No. L 210/29 (1985)). סעיף 10. בארצות-הברית הוצעה תקופה בת שנתיים; ראה S. 2760 (לעיל, הערה 233), סעיף (a) 304.

335 בתזכיר מס' 74 (לעיל, הערה 218, עמ' 58–59) המליצה הוועדה הסקטורית להשאיר על כנה תקופת התיישנות בת חמש שנים בנוזקי רכוש, על אף אימוץ כלל הגילוי לגבי נזקים אלה, ועל אף

נשוב ונעלה בהקשר זה את הצעתנו ליצירת הליך שיאפשר לתובע פוטנציאלי לבקש, מבעוד מועד, את הארכת תקופת ההתיישנות. הסדר ממין זה יפתור את הקשיים שיתעוררו באותם מקרים נדירים שבהם התקופה הקצרה יותר לא תספיק להגשת תביעה בשל עיכובים בהשגת ראיות וכיו"ב.

ט. "מחסום ההתיישנות"

1. "מחסום ההתיישנות" ודרך פעולתו

בדור האחרון הולכת ומתפשטת התופעה של הסדרי התיישנות תלת-שכבתיים. אל שני הנדבכים שהכרנו – כללי פתיחת המירון ותקופת ההתיישנות – מצטרף נדבך שלישי, שאותו נכנה להלן "מחסום ההתיישנות". כלל זה ידוע בארצות הברית ככלל ה-*long stop*, ובאנגליה כ-*repouse*, כלל, בתמצות, קובע תקרה ל"זמן ההתיישנות האפקטיבי". כזכור, נקבע זמן זה על-ידי צירוף של שני הנדבכים הראשונים. בא "מחסום" ההתיישנות וקובע, כי משחלף פרק-זמן נתון ממועד נתון, תתיישן התובענה על-אף שזמן ההתיישנות האפקטיבי על-פי שני נדבכים אלה טרם הושלם.³³⁶ מנקודת-מבט של הנתבע מחסום ההתיישנות מהווה "קריביצורים שני" נגד תובע שלא נחסם על-ידי "קריביצורים הראשון". אם נחסם התובע בקו הראשון, לא יבוא מחסום ההתיישנות לידי ביטוי.³³⁷ בראייה התפתחותית ניתן לראות במחסום ההתיישנות משקל-נגד לכללי פתיחת המירון. על-פי הגישה המסורתית, תקופת ההתיישנות היתה הגורם הדומיננטי בקביעת זמן ההתיישנות האפקטיבי. ההתפתחות שחלה בכללי פתיחת המירון והשעייתו, וכלל הגילוי בראשם, האריכה את זמן ההתיישנות האפקטיבי על-ידי איחור ניכר של מועד תחילת המירון. מחסום ההתיישנות פועל פעולה "מקזזת" על-ידי קיצור תקופת ההתיישנות האפקטיבית בדרך של קביעת תקרה. אופיו ה"דיאקציוני" של מחסום ההתיישנות משתקף לא רק בקיצור זמן ההתיישנות האפקטיבי, אלא גם בהחזרת מימד של ודאות ויציבות למערכת. כל עוד תקופת ההתיישנות היתה הגורם הדומיננטי, הנתבע היה יכול, בכפיפות לקשיים שמקורם בנוזק המאוחר, להעריך מתי תתיישן תביעת הניזוק. היה ניתן לבסס הערכה זו על מניין תקופת ההתיישנות החל ממועד הפתיחה המשווער – מועד ה"אשם" הידוע למזיק. כללי תחילת המירון, בהעתיקם את מרכז הכובד מן המזיק אל הניזוק, מקשים עד מאוד על הערכה זו. נקודת-הפתיחה נקבעת במקרים רבים על-פי נתונים אישיים של הניזוק, הנסתרים מעיני המזיק. מחסום ההתיישנות מחזיר עטרה ליושנה (באורח חלקי) על-ידי קביעת גבול זמן עליון שאותו הנתבע יכול לחשב בקלות יחסית.

שהתקופה המקבילה בנוזקי גוף היא בת שלוש שנים. אין אנו רואים הצדקה להבחנה בין נזקי גוף לנוזקי רכוש בהקשר זה (ראה לעיל, הערה 333).

336 אם מביטים על כללי פתיחת המירון ותקופת ההתיישנות כמערכת אחת, הרי שלפנינו הסדר דו-שכבתי או כפי שהיא מכונה בארצות-הברית: R.A. Epstein, "The Temporal Dimension in Tort Law" 53 U. Chic. L. Rev. (1986) 1175, 1183, n. 19.

337 עניין זה הובהר היטב בזמיר (לעיל, הערה 7), 129–130; ובאגיוף (לעיל, הערה 6), 531–532.

2. השאלות הטעונות הכרעה

היש מקום למחסום ההתיישנות בהסדר המוצע? כיצד ייראה מחסום זה? כדי להשיב על שאלות אלה עלינו לבחון את השפעותיו של המחסום על האינטרסים השונים שאותם דין ההתיישנות בא לאזן, לאתר את תחום ההשפעה החיובי ולעצב בהתאם לכך את הסדר החסימה. עיצוב ההסדר כרוך בהכרעות הבאות: ראשית, קביעת נקודת-הפתיחה שממנה תימדד תקופת החסימה (להבדיל מנקודת-הפתיחה של תקופת ההתיישנות ה"רגילה"). האם תהא זו נקודת-המוצא ("אשם" או נזק) או שמא נקודה מאוחרת או מוקדמת בזמן? שנית, מה יהא אורך התקופה שבסיומה יוצב המחסום (להבדיל, שוב, מתקופת ההתיישנות ה"רגילה")? עשר שנים, שלושים שנה? ושלישית, עד כמה החסימה תהא מוחלטת? האם כל כללי פתיחת המירון והפסקתו יתנפצו אל חומה בצורה או שמא יפתחו בה פתחים, למשל: למקרים של מזיק שהסתיר את "אשמו", או למקרים של העדר כשרות משפטיות אצל הגזיק (disability)? ועוד בהקשר זה: עד כמה יש לאפשר את עקיפת המחסום? התיסללנה דרכי-עקיפין, כמו הכרה בתביעות השתתפות נגד המזיק או אכיפת בטוחות שנתן? לפני שנבחן שאלות אלה כסדרן נביא, בקיצור נמרץ, את המונח הדין באנגליה ובארצות-הברית בסוגיא זו.

3. סקירה השוואתית

לאחר שנדחה פעמיים בהקשר לנזקי גוף³³⁸, נקלט באנגליה לאחרונה רעיון ה"long stop" בהקשר המוגבל של נזקי רכוש שנגרמו ברשלנות³³⁹. לשאלות שהצגנו לעיל ניתנו התשובות הבאות³⁴⁰: נקודת הפתיחה — מעשהו או מחדלו של הנתבע. משך הזמן — חמש-עשרה שנים. אשר למוחלטות החסימה — נקבע במחסום פתח המיועד למי שהיו חסרי-כושר בעת שנוצרה עילתם. הוחלט כי כלל השעיה זה יגבר על הסדר החסימה. כמו-כן נטלה דרך העוקפת את המחסום, וזאת באמצעות הקביעה כי מחסום ההתיישנות לא יביא לפקיעת הזכות, אלא רק למניעת היכולת לאוכפה. קביעה זו פותחת פתח אפשרי להגשת תביעת השתתפות נגד המזיק, אם זו טרם התיישנה, וכן לשלילת תביעת השבה ממזיק ששילם על-אף המחסום³⁴¹.

338 דו"ח מס' 20 (לעיל, הערה 71), 13.

339 Latent Damage Act משנת 1986 הוסף לחוק מס' 14 B, שכותרתו "Overriding time limit".

340 ראה דו"ח מס' 24 (לעיל, הערה 170), 19-23; וכן סעיף A 28 שהוסף לחוק מ-1980.

341 באשר להעלמה מכוונת של עובדות — כאן השאלה היא אם כלל ההשעיה שבסעיף 32 לחוק מ-1980 יגבר על הוראת ה"long-stop". בחוק הסקוטי מ-1973 מטופל ההסדר המקביל, הידוע כ"long negative prescription", בסעיף 7 לחוק. נקודת המוצא הקבועה שם לגבי תביעות נזיקין היא יום אירוע הנזק, אך הוועדה, בתזכיר 74 (לעיל, הערה 218, בעמ' 80-86), המליצה לקבוע את יום מעשהו או מחדלו של הנתבע כנקודת הפתיחה. תקופת החסימה היא 20 שנה, והיא גוברת על כללי הפסקת המרוץ בגין העדר הכושר או עיכוב בהגשת התביעה שנגרם באשמת הנתבע (תזכיר מס' 74, עמ' 88-89). לעומת זאת חל גם על תקופה זו הסדר הפסקת המרוץ בעקבות הודאה. ההתיישנות הזכות לאחר תום התקופה היא מהותית, מאפיין המקטין כאמור את היכולת לעקוף את ההתיישנות במקרה של תשלום בטעות וכו'.

בארצות-הברית נקלט הסדר ה-repose בחקיקת המדינות בשלושה תחומים עיקריים: אחריות בגין טיפול רפואי, בגין מוצרים פגומים ובגין פגמים בבנייה³⁴². להלן תמצית ההסדרים³⁴³: נקודת הפתיחה – במוצרים פגומים הוכרו כמה נקודות חלופיות – מועד ה"אשם" (שהוא מועד הייצור או מועד היציאה משליטת היצרן), מועד קניית המוצר או מועד השימוש הראשון בו. יש שנקבעו שתי נקודות-פתיחה שונות (ייצור וקנייה) עם תקופות שונות לכל חלופה³⁴⁴. באחריות בגין טיפול רפואי הוכרו מועד ה"אשם" או מועד הנזק כנקודות-הפתיחה. באחריות בגין פגמים בבנייה המועדים הם השלמת המבנה, קבלתו או שימוש ראשון בו. משך התקופה – בין שש ל-12 שנים. המועד הנפוץ הוא עשר שנים. מוחלטות החסימה – הוכרו חריגים במקרים של העלמה מכוונת של העובדות, במקרים של ערובה מפורשת לטיב המוצר וכן לגבי קטינים³⁴⁵. באירופה, בתחום האחריות למוצרים פגומים, הוצב המחסום עשר שנים לאחר מועד שיווק המוצר³⁴⁶. ההוראה חוסמת את עקיפת המחסום על-ידי מתן אופי מהותי להתיישנות – הפקעת הזכות³⁴⁷.

4. מחסום ההתיישנות – הדין הרצוי

לעיל הצגנו את השאלות הטעונות הכרעה ואת התשובות שנתנו במקומות שונים לשאלות אלה. כיצד ראוי לעצב את הסדר מחסום ההתיישנות בדין הישראלי? על שאלה זו נבקש להשיב להלן. נקודת-המוצא לדיון תהא הסדר ההתיישנות המוצע כפי שהוצג עד כה. על-רקע הסדר זה נשאל מה תהא התרומה השולית של החלופות האפשריות להשגת מטרות ההתיישנות ונצביע על אותן חלופות שלדעתנו תרומתן היא מירבית.

(א) נקודת-הפתיחה

החלופות האפשריות לעניין נקודות-הפתיחה מצויות בטווח הזמן שבין מעשהו או מחדלו של הנתבע – נקודת-הזמן המוקדמת ביותר – לבין נקודת-הפתיחה בפועל

J. H. Hicks, "The Constitutionality of Statutes of Repose — Federalism Reigns" 38 Vand. 342
L. Rev. (1985) 627 (לעיל, הערה 336), 1218–1206. Prosser; (לעיל, הערה 10),
B.A. Leete, "Products of repose בהקשר האחריות למוצרים פגומים ראה עוד
Liability for Nonmanufacturer Product Sellers — Is It Time to Draw the Line?" 17 Forum
G.T. Schwartz "New: 658–652, (1982) 1250, 1265–1268; Special Project
Products, Old Products, Old Products, Evolving Law, Retroactive Law" 58 N.Y.U. L. Rev.
Am. Law 796, 842–851 (1983); וכן הדו"ח שהוגש לסינט 99–422. בקשר להצעה S.2760, ראה
State Prod Liab 3d (לעיל, הערה 233). בחוברת Federal Laws. לחוקים עצמם ראה שם, בחוברת
Statutes. לחוקי ה-repose בתחום האחריות הרפואית ראה Septimus (לעיל, הערה 10), 74 (הערה
13), 78 (הערה 38).

343 ראה סקירה אצל Hicks (לעיל, הערה 342), 631–628.

344 Special project (לעיל, הערה 233), 641 (הערה 392), 652 (הערה 465).

345 בהצעת החוק הפרדלי (אחריות למוצרים) נקבעה תקופת repose בת 25 שנה לגבי נזקים שנגרמו על-ידי "מוצר הון" (captive good). תחילת התקופה – יום מסירת המוצר לצרכן (סעיף 1) (b) 304 ל-S.2760 (לעיל, הערה 233). עוד נקבע כי המחסום ניתן לעקיפה על-ידי תביעת השתתפות (304 סיפא) וכי לא ייחסמו כלל נזקים שמקורם בחסימה לחומר רעיל (ראה להלן, בסעיף 4 (ו)).

346 סעיף 11 Council Directive (לעיל, הערה 334).

347 "rights ... shall be extinguished" שם.

המאחרת ביותר של ההתיישנות ה"רגילה". בתוכם מצויים – כפי שראינו – מועדי ביניים כמועד התגבשות ה"אשם" (כאשר זה תלוי בנסיבות נוספות), מועד יציאת החפץ המזיק משליטתו של יוצר הסיכון, מועד רכישת החפץ על ידי הניזק, מועד אירוע הנזק וכו'.

מאחר שאחת המטרות של מחסום ההתיישנות היא להתזיר מימד של ודאות למערכת באשר לאורך "זמן ההתיישנות האפקטיבי" ומאחר שודאות זו נדרשת קודם-כול מבחינת הנתבע, הקו המנחה צריך – לדעתנו – להיות קביעת נקודת-זמן שיקל על הנתבע לאתרה. אירוע הנזק אינו עונה אתר תנאי זה. במקרים רבים ידע על כך רק התובע, ובחלק מהם, במקרי הנזק הסמוי, תיעלם עובדת הנזק אפילו מידעת התובע עצמו עד לגילוי מאוחר. מועד היציאה משליטה או מועד הקניה יפים רק לחלק מן הסיטואציות הרלבנטיות. לצורך הסדר כללי נראה לנו, כי מועד מעשהו או מחדלו של הנתבע הוא נקודת-הפתיחה הראויה. לרוב יהא זה גם מועד ה"אשם". במצבים אחרים, שבהם התגבשות ה"אשם" תלויה בהתרחשות נסיבות שאינן תמיד בשליטת הנתבע וידיעתו³⁴⁸, תיקדם נקודת-הפתיחה למועד התגבשותו של ה"אשם". מאחר שנקודת הפתיחה המוצעת על-ידנו תיקדם במקרים רבים למועד היווצרותו של נושא ההתיישנות ("אשם" או נזק), ייחכנו לכן מצבים שבהם תיחסס תביעה עוד בטרם היוולדה. לדעתנו, אין להירתע מתוצאות אלה. את אי-הצדק שאליו נחשף לכאורה התובע ניתן למנוע באמצעות תקופת תסימה ארוכה כפי שיתברר להלן.

(ב) אורך התקופה – מחסום התיישנות "קרוב"

עיקר השפעתו של מחסום ההתיישנות על "זמן ההתיישנות האפקטיבי" תלויה באורך התקופה שבסיומה יוצב. פעולת המחסום תהא שולית, מבחינת מספר תביעות שתתיישנה בגינו, אם יוצב לאחר תקופת-זמן ארוכה, והיפוכו של דבר אם תיקבע תקופת-זמן קצרה. הבחירה היא אפוא בין שתי חלופות: מחד גיסא, מחסום התיישנות "קרוב", אשר יחסום מספר ניכר של תביעות; ומאידך גיסא, מחסום התיישנות "רחוק", שיחסום מספר קטן ואפילו שולי של תביעות.

מהם הנימוקים התומכים במחסום התיישנות "קרוב" (בסביבות עשר השנים)? הנימוק הבולט ביותר הוא הצורך הדחוף בהקטנת הסיכון שבפניו ניצבים המזיק הפוטנציאלי ומבטחו. סיכון זה – כך נטען – גורר אחריו עלויות חברתיות כבדות שאותן יש לצמצם. מהן אותן עלויות? את חלקן הצגנו במהלך הדיון בהשפעותיו השליליות של הסדר שיקול-דעת (עלויות מחירים, הקטנת הכמות והגיוון של המוצרים והשירותים ופגיעה בהכנסות)³⁴⁹. לעלויות אלו ניתן להוסיף את האפשרות שסיכון גבוה מדי יביא לחדלות פירעון של המזיק (crashing liability) או לחוסר-יכולת לרכוש ביטוח אחריות מתאים, כך שתסוכל המטרה המרכזית של דיני הניזקין – מתן פיצוי ראוי לניזק³⁵⁰. טענת התומכים במחסום התיישנות "קרוב" היא, שזה יתרום תרומה משמעותית להקטנת הסיכון העומד בפני מזיקים פוטנציאליים ומבטחיהם, על-ידי

348 ראה לעיל, הערה 3.

349 לעיל, ליד הערות 314 ו-315.

350 ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 500–501, 513–514, 520; וכן לעיל, הערה 315.

קיצוץ ב"זנב הארוך" (long tail) של האחריות. בכך יושג צמצום משמעותי בעלויות החברתיות.³⁵¹

לדעתנו, אין די בנימוק זה כדי להצדיק את הצבת מחסום התיישנות לאחר תקופה קצרה. גם אם נניח כי הטיעון נכון עובדתית, רהיינו: שמחסום "קרוב" אכן יקטין במידה ניכרת את הסיכון שאליו נחשפים מזיקים פוטנציאליים ומבטחיהם³⁵², עדיין נוטה הכף נגד מחסום "קרוב", וזאת, קודם-כול, בשל הפגיעה הקשה והבלתי-יצודקת באותן קבוצות של ניזקים שתביעתם התעכבה בשל אירוע מאוחר של הנזק או בשל גילוי מאוחר של עילת תביעתם³⁵³. יש מידה רבה של שרירותיות ואפליה פסולה בחסימת תביעה של ניזק שפעל כאדם סביר³⁵⁴, רק בשל האופי הנסתר של נזקו, ובעיקר כשמדובר בנוזקים קשים כנזקי המחלות הסמויות³⁵⁵. לא ייפלא אפוא שכתב-משפט בארצות-הברית הרהיבו עוז ושללו תוקף ממספר לא-מבוטל של חוקי repose בטענה שאלו מנוגדים לחוקה, אם בשל אפליה פסולה בין ניזקים (הפרתה של הוראת ה-equal protection) ואם בשל פגיעה אסורה בזכויות הניזקים (הפרת הוראות ה-due process וה-open courts)³⁵⁶. טענה נוספת שהועלתה נגד מחסום "קרוב" היא, שהתועלת אשר תצמח מהקטנת הסיכון תקוּז על-ידי ירידה ברמת הבטיחות של פעילויות הגורמות לנזקים ארוכי-טווח. הקטנת הסיכון תחסן את המזיק הפוטנציאלי מפני אחריות לנזקים המתרחשים או המתגלים באיחור ותקטין את תמריציו למנוע או להפחית נזקים אלה³⁵⁷. זאת ועוד: כשבאים להעריך את תרומתו של מחסום "קרוב" להקטנת העלויות הכרוכות בחשיפת המזיקים ומבטחיהם לסיכון גבוה, יש לזכור כי קיימות דרכים אלטרנטיביות להשגת אותה תוצאה, כמו פרישה מקסימלית של הנטל הביטוחי³⁵⁸ והקמת קרנות שתמוגנה על-ידי הצדדים הנוגעים בדבר, עם מעורבות אפשרית של הקופה הציבורית³⁵⁹.

- 351 P.M. Danzon, "Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets" 13 *J. Legal studies* (1984) 517, 534–543 (לעיל, הערה 342), 633–632, Special Project; (לעיל, הערה 233), 654–653, S. Rept. 99–422; (לעיל, הערה 302), 127–126, T.M. Dworkin, "Product Liability of the 1980s: Repose is not the Destiny of manufacturers" 61 *N.C.L. Rev.* (1982) 33, 34–36.
- 352 יש הטוענים, כי תרומתם בפועל של הסדרי ה-repose הקיימים להקטנת הסיכון ועלויותיו הנלוות היא למעשה צרדית; ראה Hicks (לעיל, הערה 342), 634 וההערות שם; Leete (לעיל, הערה 342), 1266–1265.
- 353 אנו מסכימים לדעת הוועדה האנגלית, שאין מקום להפלות בהקשר זה בין אירוע מאוחר לבין גילוי מאוחר (דו"ח מס' 24 [לעיל, הערה 170]), 19–20; השווה Dworkin (לעיל, הערה 351), 46–47.
- 354 שאם לא כן, תביעתו הייתה נחסמת ממילא על-ידי "קו הביטוחים הראשון".
- 355 גלעד (לעיל, הערה 6). ראה במיוחד 513–514.
- 356 לסקירת הנושא וההחלטות ראה Hicks (לעיל, הערה 342), 635–648; וכן Septimus (לעיל, הערה 342).
- 357 P.R. Rubinfeld, "On Determining the Optimal Magnitude and Length of Liability in Torts" 13 *J. Legal Studies* (1984) 551, 559–560.
- 358 גלעד (לעיל, הערה 6), 520.
- 359 שם, 514, הערה 47. ראה גם P.S. Barth, "A proposal for Dealing with the Compensation of Occupational Diseases" 13 *J. Legal Studies* (1984) 569 באסבסט, הושג בשנת 1985 הסכם בין יצרני האסבסט ובין מבטחיהם הידוע כהסכם ולניגטון (Wallington). מכוח הסכם זה הוקם האיגוד "The Asbestos Claims Facility", שמטרתו הסדרת

סיכומו של דבר: המאזן הכולל של מחסום התיישנות "קרוב" הוא שלילי. עלותו (בעיקר חסימה שרירותית של תביעות ומניעת פיצוי מניזקים שפעלו כאדם סביר) גדולה מתועלתו (הקטנת הסיכון). ואם ישאל השואל: מדוע שימש נימוק הקטנת סיכון לדחיית הסדר שיקול-הדעת³⁶⁰, ואילו כאן נדחה אותו נימוק בהקשר של מחסום ההתיישנות? האין כאן חוסר-עקיבות? על כך נענה, שהתוצאה תלויה במשקלו היחסי של הנימוק במערכת-השיקולים הכוללת. שם היה משקלו היחסי גדול על-רקע תרומתו השולית הקטנה של הסדר שיקול-הדעת, ואילו כאן משקלו היחסי נמוך לעומת מחירו הכבד של מחסום ההתיישנות ה"קרוב".

(ג) אורך התקופה – מחסום התיישנות "רחוק"

מחסום התיישנות "רחוק"³⁶¹ מאופיין, כאמור, בכך שהשפעתו, מבחינת מספר התביעות שתחסמנה על-ידו, מועטה ושולית. מהם הנימוקים בעד הצבת מחסום שכזה ונגדו? שני הנימוקים המרכזיים שהוזכרו בעד המחסום ה"קרוב" ונגדו מאכזרים כאן מחשיבותם. מחד גיסא, אין מדובר עוד בקבוצות של יזמים המופלים לרעה, אלא במקרים יחידים ויצא-ידופן. עלות המחסום במונחי פגיעה בלתי-צודקת בניזקים אינה גבוהה. מאידך גיסא, גם תרומתו של מחסום שכזה להקטנת הסיכון היא שולית, וזאת מאותה הסיבה: מיעוט המקרים שייחסם.

לדעתנו, יתרונותיו של מחסום התיישנות "רחוק" עולים על חסרונו המרכזי – הפגיעה באותם יחידים שייחסמו. נסקור אחד לאחד את השיקולים התורמים למאזן החיובי. ראשית, הפחתת העלויות הכרוכות באחריות הנזיקית, וזאת על-אף שהסיכון הממשי שבו מזיקים פוטנציאליים ומבטחיהם נושאים לא יקטן, כאמור, אלא במידה שולית. פרמיות-הביטוח³⁶² נקבעות, כידוע, על בסיס הציפיות באשר לגודל הסיכון העתידי (סיכון *ex ante*). בהעדר תקרה כלשהי לתקופת ההתיישנות הופכת האחריות הפוטנציאלית לבלתי-מוגבלת (*open ended*). לכך השפעה על גובה פרמיות-הביטוח. חוסר-הודאות³⁶³ פועל, אם מטעמים פסיכולוגיים של שנאת סיכון, ואם כתירוץ, להעלות פרמיות-הביטוח מעבר לסיכון הממשי (*ex post*). יש אפוא בסיס איתן להערכה כי מחסום התיישנות, המחזיר, כאמור, מימד של ודאות באשר לאורך המימדי של תקופת החשיפה לתביעות, יסייע לכן לסגירת פערים בין הסיכון *ex ante* לסיכון *ex post*, ויקטין את הנטל הביטוחי ואת עלויותיו³⁶⁴.

תביעות של יחידים מחוץ לערכאות תוך קביעת הסדרים לחלוקת הנטל בין היצרנים לבין מבטחיהם. ראה ש' הלפרין וא' צוק, "תחולת ביטוח אחריות על מחלות סמויות" ביטוח 62 (תשמ"ח) 42; ביטוח 63 (תשמ"ח) 22.

360 להלן, ז', 3.

361 על אורך התקופה ההופכת את המחסום ל"רחוק" ראה להלן.

362 בין שמדובר בביטוח ממשי ובין שמדובר ב"ביטוח עצמי" כאשר המזיק, על-ידי העלאת מחירים או בדרכים אחרות, יוצר לעצמו קננות לאחריות עתידית. ראה לעיל, הערה 315.

363 חוסר-ודאות לגבי סיכוני האחריות – היקף התביעות הצפוי וגודלן. חוסר-הודאות נובע גם מצפיית שינויים אפשריים בהסדרי האחריות (לרעת המזיק) וגם מיכולת מוגבלת להסתמך על נתוני העבר (שכן תקופת הסיכון בעתיד אינה ידועה).

364 ראה Danzon (לעיל, הערה 351), 541. טיעון זה בדבר ההשפעה השלילית שיש לחוסר-הודאות על העלאת פרמיות-הביטוח אימת אמפירית בארצות-הברית בתחום האחריות למוצרים פגומים. ראה

לקציבת הזמן יתרון ממשי נוסף – "ניקוי מדפים". אחריות "פתוחה" תאלץ את המזיקים הפוטנציאליים ומבטחיהם לשמר ולאגור מסמכים רלבנטיים לתקופה בלתי-מוגבלת. בכך כרוכה עלות לא-מבוטלת. קביעת תקופת חסימה, ארוכה ככל שתהיה, תאפשר לבער את המסמכים המתייחסים לתביעות שנקודת-הפתיחה שלהן ממוקמת מחוץ לתקופת המחסום. תרומה נוספת של מחסום התיישנות "רחוק" היא מניעת אי-צדק מנתבעים שמעשיהם עומדים לביקורת תקופה ארוכה לאחר שנעשו. החשש הוא שנתבעים אלה יישפטו לא על-פי קני מידה של התנהגות סבירה ובטיחות שהיו קיימים בעת ההתנהגות נשוא התביעה, אלא על-פי קני מידה של זמן המשפט, תוך התעלמות משינויים טכנולוגיים, כלכליים וחברתיים שאירעו מאז. נימוק זה הועלה בהקשר של מחסום התיישנות "קרוב"³⁶⁵, אך עיקר משקלו – לדעתנו – בא לידי ביטוי בהקשר למחסום ה"רחוק". נזכיר עוד, כי גם השיקולים האחרים התומכים בהסדר ההתיישנות מקבלים משקל יחסי גבוה יותר ככל שמתארך "זמן ההתיישנות האפקטיבי". כוונתנו לפגיעה בציפיות הלגיטימיות של הנתבע שלא להיתבע, לקשיי המערכת המשפטית בטיפול בתביעות "חלודות" ולהיחלשות העניין הציבורי במימוש זכויות מהותיות שהורתן בעבר הרחוק.

תמציתם של דברים: הרחקת מועד ההצבה של מחסום ההתיישנות מגדילה את יתרונותיו יותר משהיא מגדילה את חסרונותיו ויש בה כדי לשנות את סימנו של המאזן הכולל משלילי לחיובי.

(ד) אורך התקופה המוצע

נוכח המלצתנו לאמץ מחסום התיישנות "רחוק", מה צריך להיות אורכה של תקופת החסימה?

התשובה הנגזרת מן הניתוח שלעיל היא, שיש לשאוף להצבת המחסום בתחילת התקופה שבה הוא מאבד את האפקטיביות שלו בחסימה משמעותית של תביעות. בכך מופחתת במידה ניכרת עלותו העיקרית של המחסום – מניעת פיצוי שרירותית מקבוצות ניזקים, ומאידך גיסא באים לידי ביטוי יתרונותיו.

בהינתן תקופת הדגירה הארוכה של המחלות הסמויות, מן הראוי לקבוע תקופה ארוכה ביחס לנזקי גוף, תקופה שלא תפחת משלושים שנים. מה באשר לנזקי רכוש? היש מקום לקביעת תקופה שונה לגביהם? אנו סבורים שלא. גם בנזקי רכוש תיתכן תקופת דגירה ארוכה. בניה לקויה של מבנה או גשר יכולה לבוא לידי ביטוי רק עשרות שנים מאוחר יותר. גם פגם משפטי בחוזה מכר מקרקעין או בצוואה שערך עורך-דין עלולים להיות נסתרים במשך שנות דור³⁶⁶. זאת ועוד, שוני בתקופות החסימה בין נזקי

U.S. Department of Commerce, *Interagency Task Force on Product Liability – Briefing Report*, Executive Summary 12–13, 20–21.

365 בעיקר בהקשר של אחריות למוצרים פגומים, ראה Special project (לעיל, הערה 233), S. Rept. 99–422; 653 (לעיל, הערה 342), Council Directive: 127–126 (לעיל, הערה 334), 29. העלת החשש גם לגבי תקופות קצרות-יחסית נובעת, בין השאר, ממעורבות המושבעים בהטלת האחריות. יכולתם של אלה להתעלם משינויים בסטנדרטים לאורך זמן נמוכה מזו של שופט מקצועי.

366 ראה בתזכיר מס' 74 של הוועדה הסקוטית (לעיל, הערה 218), עמ' 72–73.

גוף לנזקי רכוש עלול ליצור מצב מלאכותי שבו באירוע מסוים (התמוטטות מבנה למשל) תקום לתובע עילה טובה בגין נזק הגוף שנגרם לו אך תיחסם תביעתו לנזק רכוש שנגרם באותו אירוע. הצעתנו אפוא היא לקבוע תקופת חסימה אחידה של שלושים שנה בנזקי גוף ורכוש כאחד.³⁶⁷

(ה) מוחלטות החסימה

מוחלטות החסימה נקבעת, כזכור, הן על-ידי כמות הפתחים הנפגעים במחסום (כהפעלת כללי פתיחת המירוץ והפסקתו גם על המחסום) הן על-ידי סלילת דרכים לעקיפתו (כהכרה בתביעת השתתפות). מהי מידת החסימה האופטימלית? באילו פתחים ודרכים יש להכיר ואילו ראוי לשלול?

אשר למידת החסימה, דעתנו היא שיש לשאוף, בעיקרון, למידת חסימה גבוהה, דהיינו: לצמצם את מספר הפתחים ודרכי העקיפה. מסקנה זו נגזרת משיקולי המדיניות שאותם הצגנו לעיל. תרומתו הגדולה של מחסום ההתיישנות, במתכונתו המוצעת, היא בהחזרת מימד של ודאות וסופיות למערכת. מחסום מחורר הניתן למעבר ולעקיפה לעתים מזומנות יסכל מטרה זו. צלה של האחריות הבלתי-מוגבלת (open ended) יוסיף לרחף מעל ראשיהם של מזיקים ומבטחים שיתקשו לדעת אם הניזק הפוטנציאלי העומד מולם נכנס לאחד מכללי ההשעיה וההפסקה אם לאו, או אם הם חשופים לתביעת השתתפות. מחסום ההתיישנות ימלא את תפקידו ויתרום את תרומתו החיובית להסדר ההתיישנות אם יצמצם מספר הפתחים ודרכי העקיפה למינימום ההכרחי.

מהו המינימום ההכרחי? פתח אחד ראוי לפרוץ במחסום ההתיישנות במקרים של העלמה מכוונת של עובדות עילת התביעה על-ידי המזיק.³⁶⁸ פתח נוסף יש לייעד למקרים של גרימת נזק בזדון.³⁶⁹ בשני המצבים לא ראוי המזיק להגנת המחסום והוא יודע זאת (פתחים אלה אינם רחבים, שכן ייקשה על התובע להוכיח את מצבו הנפשי של הנתבע). כמו-כן אין להכיר בתביעת השבה של מזיק ששילם-על אף חסימת התביעה. הסיכון של תשלום בטעות צריך לרבוץ על מזיק המודה בחבותו. מעבר לסייגים הנ"ל, יש — לדעתנו — לקבוע הסדר חסימה מוחלט הגובר על כללי ההשעיה וההפסקה למיניהם וכן על תביעות השתתפות.

ומכאן לטכניקה החקיקתית של השגת מידת החסימה הרצויה. ראינו, כי נוהגים להשתמש לצורך זה בהבחנה בין התיישנות "דיונית" המאפשרת את עקיפת המחסום³⁷⁰

367 כהצעת החוק הפדרלית לאחריות למוצרים מוצעת תקופת חסימה בת עשרים וחמש שנים לנזקים שגרמו מוצרים פגומים (למעט חומרים רעילים) (סעיף (1) (b) 304 ל-S.2760, לעיל, הערה 233). נזכיר כי תקופת החסימה לנזקי רכוש היא עשרים שנים בחוק הסקוטי וחמש-עשרה שנים בדיון האנגלי — סעיף 14B לחוק מ-1980 כפי שהוסף על-ידי ה-Latent Damage Act 1986. הוועדה המכינה שקלה תקופות אלטרנטיביות של 12 ו-20 שנים (כבדין הסקוטי) והחליטה כי תקופת 15 השנים מייצגת את האיזון הנכון (right balance). ראה דו"ח מס' 24 (לעיל, הערה 170), 21. 368 כאמור לעיל (בהערה 341), חוסם החוק הסקוטי את תביעת התובע לאחר חום התקופה גם כאשר סיבת האיחור בהגשת התביעה היא תרמית או הטעיה מצד הנתבע. הסדר זה אינו צודק בעינינו. מרוע ליתן פרס לנתבע על התנהגותי הפסולה?

369 ראה הדיון ב-Epstein (לעיל, הערה 336), 1214-1216.

370 כמו באנגליה (לעיל, הערה 340).

לבין התיישנות "מהותית", השוללת דרכי עקיפה³⁷¹. הבחנה זו אינה מתאימה להסדר המוצע. זה מכיל בחובו הן יסודות "דיוניים" (שלילת השבה ממזיק ששילם) הן יסודות "מהותיים" (שלילת תביעת ההשתתפות). יש אפוא צורך בהסדר פרטני של סוגיית מוחלטות החסימה.

(ו) חסימה סלקטיבית?

הנחתנו עד כה היתה, שמחסום ההתיישנות, על פתחיו, הוא כללי בהשתרעותו – חוסם תביעות ניזקין בכל הקשר שהוא – גוף ורכוש. הקיימים הקשרים מיוחדים שלגביהם אין הצבתו רצויה?

תשובה חיובית לשאלה זו ניתנה בהצעת חוק האחריות למוצרים בארצות-הברית, שם הוצאו מתחילת ה-repose נזקים שמקורם בחשיפה לחומר רעיל³⁷². תשובה דומה מופיעה במאמר שפורסם לאחרונה בארצות-הברית.^{372*} המחבר מותח שם ביקורת חריפה על חוקי ה-repose הקיימים שם עד כמה שאלה חלים על מחלות פנימיות שנגרמו כתוצאה מחשיפה לחומרים רעילים. בשל תכונותיהן המיוחדות של מחלות אלה (בעיקר ביטוי קליני מאוחר ובעיות סיבתיות קשות), טוען המחבר כי מטרות דין ההתיישנות תקודמנה במקרה זה דווקא על-ידי ביטול הסדרי ההתיישנות הקיימים. לטענתו עיכוב בהגשת התביעה ישיב את הראיות באשר לגורמי הנזק והיקפו, ישפר את דיוקן של ההחלטות עקב כך, יגדיל את מספר הפשרות, יקטין את מספר תביעות הבוסר ותביעות הסרק, וימנע התדיינות יקרה בענייני התיישנות.

לדעתנו אין מקום בהסדר המוצע לחריג שכזה. טענותיו העיקריות של המחבר יפות נגד תקופות החסימה הקצרות הקיימות בארצות-הברית. כאשר מדובר בתקופת חסימה ארוכת בת שלושים שנים, כמו זו המוצעת, גובר לדעתנו כוחם של השיקולים התומכים בחסימת התביעות. המחבר עצמו מודה כי הסרת מחסום ההתיישנות כרוכה בתוצאות שליליות של אכזריות ודהיינות (בעיקר בקשר עם התנהגות הצדדים כמועד כיצוע העוולה)^{372*}, ושל דחייה מכוונת בהגשת התביעה על-ידי הנתבע משיקולים פסולים^{372***}. אשר על כן מוצעת גם על ידו תקופת חסימה – עשרים שנה לאחר מות הנפגע^{372****}. הצעתו זו אינה עונה את הצורך העיקרי המונח בבסיס הסדר החסימה, החזרת הודאות וסגירת הקצה הפתוח של האחריות. לאחר שנות דור מן הראוי "לסגור את הספרים" ולא להעלות מתהום הנשיה אירועים שזכרם דהה זה מכבר. זאת ועוד, מאחר שמחלות סמויות הן בדרך כלל מחלות תעשיות, ימצא הניזק לרוב את תרופתו בהסדרי הביטוח הסוציאלי, כך שפגיעת המחסום בניזקים פוטנציאלים לא תהא חריפה.

371 כבאירופה בהקשר המצרים הפגומים (לעיל, הערה 347). גם החוק הסקוטי קובע מחסום "מהותי" long negative prescription. ראה תזכיר מס' 45 (לעיל, הערה 54), 11-13.

372 סעיף (1) (b) 304 ל-S.2760 (לעיל, הערה 233).

372* גרין (לעיל, הערה 288).

372** שם, 998-999.

372*** שם, 1004-1008.

372**** שם, 1013.

עוד יצויין כי באותם מקרים שבהם הנזק הסמוי הוא תולדה של "עוולה נמשכת" יחל מרצן ההתיישנות רק עם תום התגבשות העילה³⁷³.
אם אין מקום לחריג של מחלות סמויות, הרי שמקל וחומר שאין להוציא מתחומי הסדר החסימה את כל נזקי הגוף כפי שעושים החוק האנגלי (שלא הכיר מעולם בתחולת הסדר זה על נזקי גוף) והחוק הסקוטי (שביטל את תחולת ההסדר על נזקי גוף)³⁷⁴.

5. מחסום ההתיישנות – הדין בישראל והצעה לשינויו

בדין הישראלי קיימים שלושה הסדרי חסימה שונים: הראשון, החל על עוולות קבוצה א, הוא הסדר שלילי – המחסום לא הוצב כלל (סעיף 89(1) לפקודה). השני, החל על עוולות קבוצה ב (סעיף 89(2) לפקודה) – קובע תקופה של עשר שנים, כשנקודת-הפתיחה היא מועד אירוע הנזק. ההסדר השלישי, המוגבל לחוק האחריות למוצרים (סעיף 6(ב) לחוק) – קובע את יום יציאת המוצר משליטת היצרן כנקודת-הפתיחה ותקופה בת עשר שנים.

בהסדרים אלה בולטת אי-הבהירות בסוגיא המרכזית של מוחלטות החסימה, דהיינו: בשאלת היחס בין הסדר החסימה לבין כללי הפסקת המירוץ והשעייתו, ובשאלת הדרכים לעקיפת המחסום.

הסדר החסימה שבסעיף 89(2) מוגבל, על-פי פשוטו, אך ורק למצבים שבהם נתגלה הנזק באיחור. היש להבין מכך, כי המחסום לא יוצב במצבים שבהם נתגלה באיחור רכיב אחר של כלל הגילוי (זאת, כמובן, בהנחה שכלל הגילוי אכן הורחב על-ידי סעיף 8 לחוק ההתיישנות)³⁷⁴? אם התשובה לכך היא חיובית, הרי שנפער פתח גדול במחסום ההתיישנות – פתח שניתן להסבירו אך קשה להצדיקו. ייעודו המרכזי של מחסום ההתיישנות הוא, כאמור, להיות משקל-נגד ולסייג את פעולתו של כלל הגילוי. מכאן נובע כי יש להציב את המחסום כל-אימת שכלל הגילוי מופעל, ובמלים אחרות: המחסום אמור להיות מופעל סימולטנית עם כלל הגילוי ומקביל לו בהיקפו. אם אכן הורחב כלל הגילוי של סעיף 89(2) לפקודה על-ידי סעיף 8 לחוק ההתיישנות³⁷⁵, הרי שהרחבה זו לא היתה מלווה בהרחבה מקבילה של הסדר החסימה, ומכאן המצב האנומלי של מחסום ההתיישנות המופעל שרירותית רק על רכיב אחד של כלל

373 נזכיר כאן, בקיצור נמרץ, הסדר של "מעין התיישנות" הקיים בארצות-הברית בתחום האחריות למוצרים ואשר ניתן לראותו כהסדר מקביל להסדר ה-repose. כוונתנו לדוקטרינת ה-product's useful safe life. על-פי דוקטרינה זו, תעמוד ליצרן טענת הגנה אם יראה כי הנזק נגרם על-ידי המוצר לאחר שחלפה "תקופת השירות" שלו. מהי "תקופת השירות" על מוצר? התשובה הנפוצה היא, שקיימת חזקה שבדין כי "תקופת השירות" היא בת עשר שנים מיום מסירת המוצר לצרכן (נקודת הפתיחה של ה-repose) וכל הטוען לתקופת שירות ארוכה יותר נושא בנטל להוכיחה. לסקירת גוני ההסדר ודין בהם ראה Schwartz (לעיל, הערה 342), 845–851. ההסדר מצא ביטוי גם בסעיף 304(B) ל-S.2760. ספק גדול הוא בעניינו אם יהא זה מן הראוי לאמץ הסדר דומה בדין האחריות למוצרים בישראל. חזקה על בתי-המשפט שידעו להוציא את המסקנות הנכונות "מתקופת השירות" של מוצר ואין הם זקוקים לצורך זה לקביעות גורפות ושרירותיות של המחוקק.

373 * תזכיר מס' 74 של הוועדה הסקוטית (לעיל, הערה 218), עמ' 73–74.

374 ראה לעיל, סעיף ה, 6. (א).

375 כך סבר השופט כץ בפתאל (לעיל, הערה 6), 682–683.

הגילוי³⁷⁶. גם שאלת היחס בין מחסום ההתיישנות לבין כללי ההשעיה וההפסקה האחרים נותרה ללא מענה (לאחרונה הושארה בצריך עיון בהקשר של השעיית המירון לגבי קטיין)³⁷⁷. לא ידוע לנו על דיון כלשהו בסוגיא של עקיפת המחסום על-ידי תביעת השתתפות.

שאלת מוחלטות החסימה מתעוררת גם לגבי הסדר החסימה המיוחד שבחוק האחריות למוצרים פגומים. הסדר זה אינו מתייחס כלל לכללי השעיית המירון והפסקתו. האם בכך ביקש המחוקק לומר כי החסימה היא מוחלטת במובן ששום כלל של השעיה או הפסקה אינו עומד כנגדה^{377*}? ואשר לדרכי העקיפה התלויות, כאמור, בסיווג ההתיישנות כ"דינית" או כ"מהותית", גם כאן אין התמונה ברורה. לשון המחוקק "לא תוגש תובענה" אינה מצביעה באורח ברור לכיוון ה"דיני" או לכיוון ה"מהותי"³⁷⁸. עד כאן הצגת הדין הקיים. נפנה עתה להערכתו. לדעתנו, הדין הקיים לוקה במספר גדול של ליקויים והוא טעון שינוי יסודי. נפתח תחילה בליקויים הנובעים ממבנה ומגיוון ההסדר הקיים.

על ליקוי אחד כבר צמדנו לעיל – אי-הבהירות באשר לתוכן ההסדרים. ליקוי שני הוא בעצם קיומם של שלושה הסדרים שונים לקבוצות שונות של מעשי נזיקין. מדוע יחול הסדר חסימה בעוולות קבוצה א' ולא בעוולות קבוצה ב'³⁷⁹? מדוע נקבעו נקודות פתיחה שונות בפקודת הנזיקין ובחוק האחריות למוצרים? אלו הן רק מקצת מן השאלות שהגיוון הנוכחי מעורר. הרושם הברור הוא, שהשוני בין ההסדרים אינו תולדה של הרצון להתאים הסדר לטיב מעשה הנזיקין, אלא הוא תוצאה של הבחנות "זרות"³⁸⁰ וחקיקה לא-מתואמת³⁸¹. ליקוי שלישי, כרוך, הוא סימן-השאלה המרחף על הויקה שבין ההסדרים השונים: עד כמה הם מוציאים זה את זה³⁸²?

ומכאן לשאלה המהותית והיא, עד כמה תוכן ההסדרים הקיימים תואם את מודל הדין הרצוי שפותח לעיל. לדעתנו, השוואת השניים מלמדת על ליקויים מרכזיים בתוכן הדין הקיים המצריכים תיקון.

נפתח בנקודת-הפתיחה של תקופת החסימה. ראינו כי "אירוע הנזק" (סעיף 89(2)) אינו מהווה נקודת-פתיחה ראויה וכי יש להעדיף על-פניו את מועד מעשהו או מחדלו

376 על-אף העדר הצדקה עניינית להצבה סלקטיבית של מחסום ההתיישנות יש לכך, בסופו של חשבון, תוצאה חיובית. זאת משום שהליקוי בהיקף מאפשר את עקיפתו של ליקוי חמור יותר בתוכן הסדר החסימה – אורך התקופה. כפי שנראה להלן, ההסדר המקומי לוקה בתקופת חסימה קצרה במיוחד. הצבה סלקטיבית של המחסום מצמצמת את היקף הפגיעה שהתקופה הקצרה גורמת. מטעם זה הצענו בשעתו את הפרשנות המצמצמת להיקף הסדר החסימה כדי להתגבר על כביית החסימה המוקדמת במקרי המחלות הסמויות. ראה גלעד (לעיל, הערה 6), 516.

377 אגיוף (לעיל, הערה 6), 532.

377* כפי שסבר השופט ברק בטייכנר (לעיל, הערה 245), 600–601.

378 לא-הבהירות באשר למשמעות ה"דינית" או ה"מהותית" של הצירוף "לא תוגש תובענה". ראה בריני הנזיקין (לעיל, הערה 5), 142.

379 ראה לעיל, סעיף ב', 4.

380 כהבחנה בין עוולות קבוצה א' ובין עוולות קבוצה ב'.

381 אי-הרחבת הסדר החסימה במקביל להרחבת כלל הגילוי על-ידי סעיף 8 לחוק ההתיישנות; יצירת הסדר מקורי בחוק האחריות למוצרים.

382 האם, למשל, יוכל תובע שנחסם בחוק האחריות למוצרים להשתית את תביעתו על עוולת הרשלנות וליהנות מהסדר החסימה הנוח יותר שבסעיף 89 (2) לפקודה? ראה לעיל, הערה 11 סיפא.

של הנתבע. יש אפוא לתקן בהתאם לכך את ההסדר הכללי של נקודת-הפתיחה. ההסדר הקיים בתחום האחריות למוצרים אינו טעון תיקון, שכן הוא תואם את נקודת-הפתיחה המוצעת.

הבעיה המרכזית בהסדר הקיים היא אורך תקופת החסימה. תקופת עשר השנים יוצרת מחסום התיישנות "קרוב"³⁸³ — מחסום שאותו דחינו לעיל כבלתי-רצוי³⁸⁴. הפתרון: הארכת תקופת החסימה במתכונת הצעתנו לעיל³⁸⁵.

אשר למוחלטות החסימה — גם פה קיימת, כאמור, אי-בהירות אודות תוכן ההסדרים הקיימים. אלא שגם האלטרנטיבות הקיימות אינן תואמות את הדין המוצע: חלקן "פתוח" מדי (כמו כן אי החלה של המחסום על כל רכיבי כלל הגילוי) וחלקן "סגור" מדי (חסימה טוטלית שבחוק האחריות למוצרים). גם כאן נציע שינוי כללי במתכונת הדין הרצוי.

סיכומי של דבר: נוכח ריבוי הליקויים בדין הקיים יש צורך בכנייה, מן היסוד, של הסדר חסימה חדש וכללי המבוסס על ניתוח הדין הרצוי.

י. ריכוז המסקנות

להלן ריכוז השינויים המוצעים בהסדר ההתיישנות הנוכחי בנוזקין:

(1) ביטול השוני הקיים בין הסדר ההתיישנות בעוולות שהנוזק הוא יסוד בהן לבין ההסדר בעוולות שהנוזק אינו יסוד מיסודותיהן. בשני סוגי העוולות ייקבע נושא ההתיישנות ("אשם" או נזק) לא על-פי הגדרת העוולה, אלא, עד כמה שהדבר ניתן, על-פי תוכן העילה הקונקרטית שנגדה נטענת טענת ההתיישנות. נקודת-המוצא למניין תקופת ההתיישנות תיקבע בהתאם.

(2) קביעת מועדו של נושא ההתיישנות ב"עוולה נמשכת" תימסר לשיקול-דעתו הבלעדי של בית-המשפט. בהתאם לכך תבוטל ההוראה הקיימת המחייבת את ראייתו של מועד יחידת ה"אשם" האחרונה כנקודת-המוצא למניין התקופה בעוולות שהנוזק אינו יסוד בהן.

(3) לבית-המשפט יינתן שיקול-הדעת, שאינו קיים כיום, לפצל נזק הנובע מ"אשם" אחד על-ידי קביעת נקודת-מוצא שונה לנזק מוקדם ולנזק מאוחר. הפעלת שיקול-הדעת תוגבל למצבים שבהם נשללה מן התובע יכולת סבירה לתבוע בגין הנזק המאוחר בתוך תקופת ההתיישנות של הנזק המוקדם, ושבהם מחדלו של התובע לתבוע בגין הנזק הראשוני היה מחדל סביר. תנאים נוספים לפיצול העילה הם שוני מהותי בהיקף הנזק המאוחר ביחס לזה המוקדם, והפעלה מהירה של כוח התביעה ביחס לנזק המאוחר לאחר שנוצר התנאים להפעלתו.

383 להמחשת הבעיה ראה דחיית התביעה בעניין הורוביץ (לעיל, הערה 60), 91.

384 ראה לעיל, הערה 376. הצעה לביטול מחסום ההתיישנות העלה הנשיא התורן דבורין ברייגר (לעיל, הערה 45), 481. נעיר כאן, אגב אורחא, כי נעלמה מעניינו הסתירה שמצא סגן הנשיא וינגרד בעניין שיכון עובדים בין פסקי-הדין זמיר לבין בוכריס (לעיל, הערה 77), 105–106. אגו שותפים לדעה שסתירה שכזו אינה קיימת (דדוקר, לעיל, הערה 245, 168).

385 לעומת זאת, מ' חשין, אינו נוקט עמדה באשר לאורך הנוכחי של התקופה (דיני הנוזקין) [לעיל, הערה 5], 726.

(4) כלל הגילוי המאוחר יורחב ויאוחד. ההרחבה ביחס לדין הקיים תיעשה על-ידי הכללת כל מרכיבי הידיעה בדבר קיומה של עילה תביעה קונקרטית בתחומי כלל הגילוי. בהקשר זה למונח "עילת תביעה" תינתן משמעות מרחיבה, כך שתיכלל בו כל עילת תביעה העולה מן האירוע נשוא התביעה. ההאחדה תיעשה על-ידי החלת הכלל על כל העוולות הנשלטות על-ידי פקודת הנזיקין. יישמר מבחן "הגילוי הסביר" בכל הנוגע לטיב הגילוי הנדרש. נטל הוכחת הגילוי המאוחר יוטל על התובע.

(5) תקופת ההתיישנות בנזיקין תקוצר לשלוש או ארבע שנים, אך בכפוף לתקופת ההתיישנות הכללית.

(6) יבוטלו כל הסדרי "מחסום ההתיישנות" הקיימים. במקומם יבוא הסדר אחיד וכללי על פיו יוצב "מחסום ההתיישנות", לכל סוגי הנזק, לאחר חלוף שלושים שנים מיום המעשה או המחדל נשוא עילת התביעה. החסימה תהא מוחלטת, למעט מקרים של העלמה מכוונת של עובדות וגרימת נזק בזדון.

מסקנה מרכזית אחרת העולה מן הדיון היא, שאין להקנות לבית-המשפט שיקול-דעת כללי במתכונת שיקול-הדעת שהקנה המחוקק האנגלי לבית-המשפט לגבי תביעות בגין נזקי גוף. לעומת זאת, הוצע להשאיר על כנו את הדין הקיים המותיר את שאלת מועד "אירוע" הנזק לבית-המשפט.
