

כלל "הדבר מעיד על עצמו" בדיני הנזיקין –

בחינה מחודשת

מאת

גיא שני*

כלל "הדבר מעיד על עצמו", המעוגן במשפט הישראלי בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תואר לאחרונה כחריג לדרישת ההוכחה האינדיבידואלית, לאמור – ככלל המאפשר לתובע בנזיקין לזכות בתביעה באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא. הצגה זו של הכלל מעוררת את השאלה מה טיבן של הראיות, אותן צריך בית המשפט לשקול, בבואו לבחון האם קמה תחולה לכלל: האם אלה ראיות התובע בלבד? או שמא הראיות הסטטיסטיות גרידא של שני הצדדים? ואולי על בית המשפט לבחון את מכלול הראיות שהובאו במשפט – סטטיסטיות וספציפיות גם יחד? בשאלה זו נחלקו שופטי בית המשפט העליון בפסקי-דין שניתנו לאחרונה.

המאמר פותח בסקירה קצרה של תולדות הכלל ושל הגישה הרואה בו כחריג המאפשר הוכחה סטטיסטית בתביעות רשלנות. בהמשך, בוחן המאמר שלושה מודלים שהוצעו בפסיקה, בנוגע לראיות המשמשות את בית המשפט לצורך הכרעה בשאלת תחולת הכלל. המאמר יטען כי המודלים שאומצו בפסקי-הדין סולן ושטרנברג – מודל ראיות התובע בלבד ומודל הראיות הסטטיסטיות בלבד – מעוררים קשיים לא מבוטלים. הקושי העיקרי הוא הכרעה בשאלת תחולת הכלל על-יסוד תשתית ראייתית חסרה ואף בלתי-רלבנטית. דווקא המודל השלישי – מודל הראיות כולן – שנדחה בפסקי-הדין האלה, מהווה פתרון לקשיים אלה, ומתווה דרך עדיפה להשגת התכלית של מתן אפשרות לתובע, במקרים מתאימים, לזכות בתביעה באמצעות הוכחת התרשלנות הסטטיסטית של הנתבע. אלא שמודל זה אינו עולה בקנה אחד עם תפיסת הכלל, מקדמת דנא, ככלל של העברת נטל (ובמשפטנו – ככלל של העברת נטל השכנוע). המאמר יציע לנטוש תפיסה

* תלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. נוסח קודם של המאמר הוגש בשעתו כעבודת סמינר בקורס "רשלנות", בהנחיית פרופ' ישראל גלעד. אני מודה לפרופ' גלעד על הערות מאירות עיניים. תודתי העמוקה נתונה גם לתמי קריכליכץ, לנדב שוקר, לרענן גלעדי, לדורין לוסיג, לאשתי עירית שביי-שני ולחברי מערכת כתב העת משפטים על הערות והצעות מצוינות.

אחרונה זו של הכלל, ובמסגרת זו ינתח באופן ביקורתי את ההלכה הותיקה שנפסקה בפרשת גוימן.

א. מבוא. ב. כלל "הדבר מעיד על עצמו" – ציוני דרך. 1. קורותיו ומבנהו של הכלל; 2. מקצת הקושיות ביחס לנפקותו של הכלל; ג. כלל "הדבר מעיד על עצמו": הוכחת התרשלות בראיות סטטיסטיות. 1. מה בין ראיות סטטיסטיות גרידא לבין ראיות ספציפיות? 2. הניתוח של פורת ושטיין; 3. המודלים: אימתי נבחנים התנאים לתחולת הכלל ומהן הראיות הרלבנטיות לעניין זה; 4. מודל הראיות כולן במסגרת המבנה הדו-שלבי של הכלל – מעגל שוטח; ד. העברת נטל השכנוע לנתבע? ה. סיכום.

א. מבוא

על אף ותיקותו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" בדיני הנזיקין, הוא ממשיך ומעסיק מלומדים ופוסקים התרים אחר משמעותו, נפקותו ותוצאותיו. לא בכדי נאמר על כלל זה כי הוא מהווה את אחד הכללים המסורתיים ביותר של דיני הנזיקין.¹ לאחרונה הוקדש פרק לכלל זה בספרם של פרופ' פורת ופרופ' שטיין,² הטוענים, בין היתר, כי נפקותו של הכלל טמונה בכך שהוא מאפשר לתובע בנזיקין להוכיח את התרשלות הנתבע באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא, לאמור: ראיות שכל פועלן בכך שהן מסווגות את המקרה לקטגוריה כללית של רשלנות (להלן גם: "ראיות כלליות").³ על פי פורת ושטיין, ככלל, ביסוס של טענה בדבר התרשלות הנתבע צריך להיעשות באמצעות הוכחה אינדיבידואלית של מעשה או מחדל קונקרטי העולים כדי התרשלות. לשיטתם, כלל "הדבר מעיד על עצמו" מבטא חריג לכלל זה, שכן הוא מתיר לתובע – במקרים שבהם הוכחה אינדיבידואלית כאמור איננה אפשרית, והנכס שגרם לנזק היה מצוי בשליטת הנתבע – להסתפק בהוכחת התרשלות סטטיסטית. מתוך תפיסה זו ביחס למהותו ולתפקידו של הכלל מוסיפים פורת ושטיין ומבהירים את פועלם של התנאים לתחולתו ואת תוצאותיו.

על רקע הצגה זו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" – שאומצה בפסיקה של בית המשפט העליון – מתעורר דיון חדש ומחודש בשאלות שונות הנוגעות לכלל. אחת השאלות המרכזיות היא אלו ראיות הן רלבנטיות לצורך הכרעה בשאלת

1. Allen M. Linden, *Canadian Tort Law* 210 (4th. Ed., 1988).

2. Ariel Porat & Alex Stein, *Tort Liability Under Uncertainty* 84-100 (2001).

3. שם, בעמ' 87; עוד על טיבן של הראיות הסטטיסטיות ראו פרק 1.1 להלן.

תחולתו של הכלל: האם הראיות הסטטיסטיות של התובע בלבד? האם גם הראיות הסטטיסטיות של הנתבע? האם יש להתחשב גם בראיות ספציפיות שמביא מי מהצדדים? בשאלות אלה הביעו שופטי בית המשפט העליון גישות שונות. לפי גישה אחת, שאותה ניתן לדלות מדברי השופט יצחק אנגלרד בפסק הדין בעניין סולן,⁴ על בית המשפט לבחון אך ורק את הראיות (הכלליות) שהביא התובע במסגרת פרשת התביעה.⁵ גישה זו תיקרא להלן: מודל ראיות התובע בלבד. לפי גישה אחרת, העולה מדברי השופט טובה שטרסברג-כהן בפסק הדין בעניין סולן, יש לבחון את הראיות הסטטיסטיות של התובע ושל הנתבע גם יחד. גישה זו תיקרא להלן: מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד. שתי הגישות האלה, על יתרונותיהן וחסרונותיהן, הוצגו ונותחו בפסק דינו של השופט אליעזר ריבלין בעניין שטרסברג.⁶ השופט ריבלין לא הכריע בין השתיים אולם קבע שיש לדחות גישה אפשרית שלישית, שתיקרא להלן: מודל הראיות כולן, ולפיה במסגרת ההכרעה בדבר תחולתו של הכלל יש להתחשב גם בראיות הספציפיות שהביא הנתבע. ראיות אלה, כך הבהיר השופט ריבלין, מקומן בשלב מאוחר יותר, שבא בעקבות החלטת הכלל, לאמור: השלב שבו מנסה הנתבע להפריך את חזקת ההתרשלות הצומחת מן הכלל.

מחלוקת זו בין שופטי בית המשפט העליון חושפת כמה כשלים הטבועים בכלל "הדבר מעיד על עצמו", כפי שהתפתח במשך השנים. במאמר זה אציג את העמדה כי מבין שתי הגישות הראשונות, מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד עדיף על מודל ראיות התובע בלבד. הטעם העיקרי לכך הוא שלדעתי אין להפקיד בידי של התובע בלבד את הכוח להביא ראיות סטטיסטיות בדבר ההסתברות לקיומה של התרשלות. הענקת שליטה בלעדית לתובע בעניין זה עלולה לגרום חוסר-צדק כלפי הנתבע, והיא אף פותחת פתח לניצול לרעה של הכלל ולהחלתו במקרים בלתי-מתאימים. לעומת זאת, מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד מבטיח כי התמונה הסטטיסטית שתוצג בפני בית המשפט תהא מאוזנת. אלא, שגם מודל אחרון זה אינו נקי מקשיים, בין היתר משום שהפיצול הנוצר מכוחו בין ראיות כלליות לבין ראיות ספציפיות – כשרק אלה הראשונות רלבנטיות לעניין תחולת הכלל – משמעותו כי לעתים תוכרע שאלת התקיימותו של הכלל על יסוד הנחה סטטיסטית שאיננה מתחשבת בראיות ספציפיות שהביא מי מן הצדדים, ועל כן,

4 ע"א 1146/99 קופת חולים כללית נ' סולן, פ"ד נה(4) 898.

5 כפי שיובהר להלן, זוהי לדעתי משמעות דבריו של השופט אנגלרד, אף כי הדברים אינם מוצגים בפסק דינו בדיוק באותו אופן.

6 ע"א 8151/98 שטרסברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539.

בפועל, איננה רלבנטית למקרה המסוים. בכך עלול להיות משום קיפוח של התובע או של הנתבע.

בהמשך אציג את יתרונותיו של מודל הראיות כולן. לדעתי, מודל זה משיג את מטרתו של הכלל לפתוח פתח להוכחת התרשלות באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא, וזאת תוך הימנעות מהקשיים המתעוררים ביישום המודלים האחרים. זאת ועוד: אנסה להראות כי מודל זה קיבל ביטוי – אף כי לא מפורש – בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון. עם זאת נראה כי קיים קושי ליישם מודל זה במסגרת הסטטוטורית הקיימת. ב־140 שנות קיומו נתפס כלל "הדבר מעיד על עצמו" ככלל היוצר מבנה דו־שלבי: בשלב הראשון נבחנת השאלה אם מתקיימים התנאים לתחולת הכלל, ואם התשובה חיובית קמה חזקת התרשלות; ובשלב השני יכול הנתבע להרים את הנטל שהועבר אליו. במשפט הישראלי אף נפסק, בעניין גוימן,⁷ כי הנטל המועבר לתובע מכוח הכלל הוא נטל השכנוע. כפי שיובהר, החלה של מודל הראיות כולן משמעותה כי השלב השני הוא חסר כל תוכן ולנתבע אין אפשרות לעמוד בנטל שהוטל על שכמו. במילים אחרות: מודל הראיות כולן אינו מתיישב עם התפיסה המסורתית של הכלל ככלל של העברת נטל, והוא גם אינו עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בעניין גוימן. לדעתי, ראוי לשנות את פניו של כלל "הדבר מעיד על עצמו": יש לסטות מהתפיסה המסורתית שלפיה הכלל, בהתקיים התנאים לתחולתו, מביא להעברת הנטל לנתבע, ובוודאי אין מקום לדבוק בהלכה לפיה הכלל מביא להעברת נטל השכנוע לנתבע. יש לייחד לכלל את התפקיד של איתור המקרים המתאימים שבהם ראוי לאפשר לתובע להוכיח את תביעתו באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא.⁸

7 ד"ג 4/69 גוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229.

8 במאמר זה אני, כנקודת מוצא, כי הצטרפותם של שני התנאים הראשונים לתחולתו של הכלל – עמימות ראיתית ושליטה של הנתבע בנכס שגרם לנזק – אכן יוצרת טעם טוב לפתיחת פתח להוכחת התביעה באמצעות ראיות סטטיסטיות. השגה על הנחה זו, אף כי היא אפשרית, חורגת מגבולות מאמר זה. עם זאת, שיקולי המדיניות יובאו ויידונו בהמשך ככל שהם רלבנטיים לניתוח השאלות המתעוררות במאמר.

ב. כלל "הדבר מעיד על עצמו" – ציוני דרך

כבסיס לדיון בסוגיות המצויות במוקד מאמר זה אדרש לסקירה קצרה, בקליפת אגוז, של הדרך שעשה כלל "הדבר מעיד על עצמו" – או בשמו הלטיני: *Res Ipsa Loquitur* – מאז הגה אותו השופט Pollock בשנת 1863⁹ ועד היום.

1. קורותיו ומבנהו של הכלל

כלל "הדבר מעיד על עצמו" נוצר במשפט המקובל על רקע האפשרות שניתנה לנתבע בתביעות רשלנות לטעון, בתום פרשת התביעה, כי לא הוכחה רשלנות ולו לכאורה (no case to answer). אם אכן היה השופט מוצא שהתובע כשל בהבאת די ראיות להוכחת רשלנותו הלכאורית של הנתבע, התיק כלל לא היה עובר להכרעת המושבעים, וכבר באותו שלב היה ניתן פסק דין לטובת הנתבע. לעומת זאת, אם הגיע השופט למסקנה שפרשת התביעה מבססת לכאורה את אשמו של הנתבע, היה האחרון נדרש להביא את ראיותיו שלו.¹⁰ במשטר משפטי כזה הניזוק מצא את עצמו לא פעם מול שוקת שבורה, בלא יכולת להעביר לנתבע את נטל הבאת הראיות, וזאת אך משום שלא ידע איך בפועל נגרם הנזק. כדי לפתור קושי זה קבעה הפסיקה את כלל "הדבר מעיד על עצמו". תיאור ממצה של הכלל נתן השופט Erle בשנת 1865:

Where a thing is shown to be under the management of the defendant... and the accident is such as, in the ordinary course of things, does not happen if those who have the management of the machinery use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation from the defendant, that the accident arose from want of care.¹¹

9 בפסק הדין בפרשת *Byrne v. Boadle*, (1863) 2 H&C 722 ("There are certain cases of) which it may be said *res ipsa loquitur*... [T]he mere fact of an accident's having occurred (is evidence of negligence"

10 David Howarth, *Textbook on Tort* 85 (1995).

11 *Scott v. London and St. Katherine Docks Co.*, (1865) 3 H&C 596. באותה פרשה שהה התובע בקרבת טחטן של הנתבע כששק סוכר נפל עליו וגרם לו נזק; ראו גם *Langham v. Governors of Wellingborough School & Fryer* (1932) 101 LJB 513, שם חזר בית

הכלל *Res Ipsa Loquitur* עודו שריר וקיים במרבית שיטות המשפט של המשפט האנגלו-אמריקני.¹² ביסודו של הכלל מונחת התפיסה כי בנסיבות מסוימות, עצם התרחשותה של תאונה יוצר חזקה או מתיר מסקנה בדבר קיומה של התרשלות מצד הנתבע. בנסיבות כאלה, הכלל מאפשר לבית המשפט להגיע למסקנה בדבר התרשלות הנתבע על אף היעדרן של ראיות המצביעות על מעשה או מחדל רשלני ספציפי מצדו.¹³

על פי הנוסחה המקובלת, הכלל *Res Ipsa Loquitur* חל במקרים שבהם התובע מוכיח את התקיימותם של התנאים הבאים:¹⁴ ראשית, כי אין בנמצא ראיות ספציפיות שבאמצעותן ניתן ללמוד על האופן שבו אירע הנזק.¹⁵ הגיונו של תנאי זה בכך שהכלל נועד לסייע לתובע המגשש באפלה ואינו יודע מה היו הנסיבות הספציפיות של המקרה.¹⁶ כאשר ניתן ללמוד מהראיות שהובאו בפני בית המשפט על נסיבות התאונה, אין הצדקה להחלת הכלל;¹⁷ שנית, כי לנתבע הייתה שליטה

המשפט על עיקרי הדוקטרינה, אם כי קבע שאינה חלה בנסיבות המקרה – נזק שנגרם לתלמיד בית ספר מכדור גולף שבו הכה תלמיד אחר.

12 בארצות-הברית, למשל, אומץ הכלל על ידי בתי המשפט בכל המדינות למעט שלוש (מישיגן, פנסילבניה ודרום-קרוליינה); ראו 57B Am. Jur. 2d, §1819. הכלל חל גם באנגליה ובמדינות נוספות השייכות למשפחת המשפט המקובל. בקנדה פסק בית המשפט העליון בשנת 1998 כי הכלל חסר נפקות; ראו *Fontaine v. British Columbia (Official Administrator)* [1998] 1 S.C.R. 424. בשיטות המשפט של הקונטיננט לא זכתה הסוגיה לדיון מעמיק, אם כי גם שם ניתן לזהות כללים בעלי דמיון לכלל "הדבר מעיד על עצמו". לדיון כללי ראו *International Encyclopedia of Comparative Law – Torts XI 2* (Andre Tunc ed. 1986) 13.102, 103, 104, 105.

13 Howarth, הערה 10 לעיל, בעמ' 86.

14 ראו, למשל, *Sherman v. E. P. Capps v. American Airlines, Inc.*, 303 P. 2d 717, 718 (1956); *Gray v. Mountaire Poultry Co., Inc.*, 419 S.W. 2d 619, 621 (1967); *Biggs v. Logicon, Inc.*, 663 F. 2d 52 (1981). ניסוח זה אינו כולל דרישה מפורשת לשליטה על הדבר שגרם לנזק, ותחת זאת נוקב הסעיף בדרישה כי "conduct of the plaintiff and third persons, are sufficiently eliminated by the evidence".

15 ראו, למשל, *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*, [1950] 1 All ER 392.

16 ראו *Watzig v. Tobin*, 642 P. 2d 651, 656 (1982).

17 ראו *Gray v. Baltimore and Ohio Railroad Company*, 24 F. 2d 671 (1928). עם זאת, אין הכרח שכל נסיבות התאונה תישארנה עלומות; יש ותקום תחולה לכלל גם כשנסיבות התאונה התבהרו באופן חלקי. ראו *Ballard v. North British Rly Co.* [1923] SC 43, 54. ברי בעיני כי במקרים אלה יחול הכלל רק לגבי אותן נסיבות עלומות, שהרי הכלל אינו נחוצ לגבי אותו חלק של ההתרחשות שלגביו אין אי-ודאות.

בלעדית על הדבר שגרם לנזק.¹⁸ תנאי השליטה מורכב למעשה משניים: הוכחת הדבר שגרם לנזק, והוכחת שליטה בלעדית של הנתבע על דבר זה בשעת התאונה או בשעת ההתרשלות הנטענת. ההיגיון שבבסיס תנאי זה הוא שאם השליטה אינה נתונה בידיו של הנתבע, הדבר אינו מדבר בעד רשלנותו שלו דווקא;¹⁹ ושלישית, כי הנסיבות הן כאלה שאירוע הנזק לא היה מתרחש ברגיל אלמלא אשמו של הנתבע.²⁰ פסקי דין רבים נקבו אף בתנאי נוסף – שהתובע

- 18 *Lloyde v. West Midlands Gas Board* [1971] 2 All ER 1240; *Ward v. Tesco Stores Ltd.* [1976] 1 All ER 219; *Lynden Transport, Inc. v. Haragan*, 623 P. 2d 789, 794 (1981); *Stillman v. Norfolk & Western Railway Co.* 811 F. 2d 834, 837 (1987) אין מניעה להחיל את הכלל בתביעה נגד מעביד אם החפץ שגרם לנזק היה בשליטת אחד מעובדיו, וזאת גם אם לא הוכח מי מן העובדים שלט בחפץ. ראו, למשל, *Cassidy v. Ministry of Health* [1951] 1 All ER 574, שם קמה תחולה לכלל בתביעה נגד בית חולים על אף שהתובע לא יכול היה להצביע מי מחברי הצוות הרפואי היה אחראי לנזק שנגרם.
- 19 ראו *Calabretta v. Easson v. London & North Eastern Railway Co.* [1944] KB 421; *Lynden Transport, Inc. v. National Airlines, Inc.*, 528 F. Supp. 32 (1981) הערה 18 לעיל; ראו גם *Pattle v. Wildish Construction Co.*, 529 P. 2d 924 (1974), שם נקבע כי משמעות תנאי השליטה אינה בהכרח החזקה פיזית בנכס, ודי בכך שנראה לבית המשפט כי ההתרשלות שעליה מעיד הדבר היא של הנתבע ולא של אחר; ראו עוד, *Ballow v. Monroe*, 699 P. 2d 719 (1985).
- 20 ראו עניין *Stillman*, הערה 18 לעיל, בעמ' 836-837; *Ashland v. Ling-Temco-Vought, Inc.*, 711 F. 2d 1431, 1437 (1983) במשפט האנגלו-אמריקני התעוררה בעבר השאלה אם התנאי השלישי עניינו הניסיון והידע הכללי של כל אדם, או שמא יכול התובע להסתמך גם על עדויות של מומחים. בפסק הדין *Mahon v. Osborne* [1939] 1 All ER 535 החיל השופט Goddard את הכלל במקרה שבו נותרו ספוגיות בגופו של אדם לאחר גיתוח (עמ' 561). לעומת זאת, השופט Scott קבע כי הכלל אינו חל במקרים כגון אלה, שבהם אין לשופט די ידע כדי להגיע למסקנה בדבר קיומה של התרשלות (עמ' 541). עיון בפסיקה מאוחרת יותר מעלה כי הכף נוטה באופן ברור לדעה המכירה באפשרות להחיל את הכלל בתביעות של רשלנות רפואית וכן בתביעות אחרות, תוך הסתמכות על עדויות של מומחים. ראו, למשל, עניין *Cassidy*, הערה 18 לעיל; *Miller v. Van Newkirk*, 628 P. 2d 143, 146 (1981); *Buckelew v. Grossbard*, 435 A. 2d 1150 (1981); ראו גם *Fish v. Kapur*, 176 All ER 1437 (1948). לדיון נרחב בנושא זה במשפט האמריקני ראו Karyn K. Ablin, "Res Ipsa Loquitur and Expert Opinion Evidence in Medical Malpractice Cases: Strange Bedfellows," 82 Va. L. Rev. 325 (1996); קושי אחר ביישום התנאי השלישי עלול להתעורר במקרים, שבהם התאונה שאירעה היא נדירה. או אז קשה במיוחד לקבוע אם "ברגיל" אין תאונה מסוג זה מתרחשת שלא עקב התרשלות. ראו David Kaye, "Probability Theory Meets Res Ipsa Loquitur," 77 Mich. L. Rev. 1456, 1461-1463 (1979).

עצמו לא תרם במעשיו לקרות התאונה.²¹ אלו הם, אם כן, התנאים לתחולת הכלל, ובהתקיימם קמה הנחה בדבר התרשלותו של הנתבע. כדי להפריך את הנחת ההתרשלות הצומחת מן הכלל צריך הנתבע להציג הסבר סביר לגבי מה שאירע – הסבר שאין בו משום אשם מצדו.²²

כידוע, מוסד חבר המושבעים אינו מוכר במשפט הישראלי, ובמשפטים אורחיים אין שלב שבו הנתבע יכול לטעון טענת "אין על מה להשיב".²³ אף על פי כן אימץ המחוקק המנדטורי את הכלל *Res Ipsa Loquitur*, המלווה את משפט הנוזקין הישראלי מימיו הראשונים ועד היום. תחילה קיבל הכלל ביטוי בסעיף 54 לפקודת הנוזקין האורחיים,²⁴ ולאחר מכן לבש מחלצות אלגנטיות יותר – אם כי זהות במהותן – בהוראת סעיף 41 לפקודת הנוזקין:²⁵

בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה.

21 ראו, למשל, עניין *Stillman*, הערה 18 לעיל; *Harlan v. Six Flags over Georgia, Inc.*, 699 F. 2d 521 (1983); *Lynden Transport, Inc.*, הערה 18 לעיל; *E. P. Capps*, הערה 14 לעיל; עם זאת, היו פסקי דין שבהם דרישה זו לא נזכרה; ראו, למשל, *Koppinger v. Cullen-Schiltz & Associates*, 513 F. 2d 901 (1975).

22 ראו *American Elevator Co. v. Briscoe*, 251 F. 2d 171 (1958); *Schweitzer v. Gilmore*, 572 P. 2d 534, 537 (1977).

23 לעומת זאת, לבאשם במשפט פלילי עומדת טענת "אין להשיב לאשמה". ראו סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. ייתכן, כי הוספת שלב ביניים כזה גם במשפט האזרחי הייתה פותרת מקצת מן הקשיים שיוצגו בהמשך דברינו. זהו, כמובן, שינוי בעל משמעויות החורגות מהנושא של כלל "הדבר מעיד על עצמו" בתחום דיני הנוזקין. הפתרונות שיוצגו ברשימה זו נסמכים בעניין זה על השיטה הקיימת.

24 שזו לשונו: "בכל תביעה שתובא בקשר לאיזה נזק, ובה יוכח: כי לתובע לא היתה ידיעה, או אמצעי ידיעה, על המסיבות אשר גרמו, למעשה, למאורע שגרר אחריו את הנזק, וכן כי הנזק נגרם על ידי איזה רכוש, אשר השליטה המלאה עליו היתה בידי הנתבע, ולבית המשפט ייראה, כי התרחשות המאורע שגרם לנזק, מתיישבת עם אי-נקיטת הנתבע וזהירות מתקבלת על הדעת, יותר מאשר עם נקיטתו, מוטל יהא על הנתבע להראות, כי לא היתה שום רשלנות, שאחריה עליו, בקשר למאורע שגרר אחריו את הנזק".

25 פקודת הנוזקין [נוסח חדש].

הנה כי כן, גם במשפט הישראלי מותנית הפעלתו של הכלל בהתקיימותם של שלושה תנאים: הראשון, כי "לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק" (להלן: "התנאי הראשון" או "תנאי אי-הידיעה של נסיבות המקרה לאשורן"); השני, כי "הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו" (להלן: "התנאי השני" או "תנאי השליטה"); והשלישי, כי "נראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה" (להלן: "התנאי השלישי" או "תנאי אי-הזהירות המסתברת").²⁶ על פי הסעיף, בהתקיים התנאים האלה כולם, "על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".

2. מקצת הקושיות ביחס לנפקותו של הכלל

ותיקותו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" בנוף המשפטי, כמו גם הניסיונות שנעשו בפסיקה²⁷ ובספרות²⁸ לרדת לשורש מהותו, לא פוזרו את הערפל שסביב מטרותיו, נפקותיו ותחום התפרסותו. במסעותיו הותיר הכלל חותם שונה במדינות שונות. אכן, "הכלל הוא עתיק, אך גדריו משתנים עם הזמנים, ונפקותו משתנה בשיטות משפט שונות".²⁹ היו שכינו את הכלל בשמות גנאי כגון "מימרה לטינית אומללה",³⁰ וטענו בציניות כי אלמלא היה מדובר בביטוי לטיני איש לא היה רואה בו עיקרון (principle);³¹ רבים ביקשו למזער את חשיבותו של הכלל וגרסו כי אין בו כל רבותא. כך, למשל, מחברי האנציקלופדיה הבינלאומית למשפט השוואתי סבורים כי במהותה האמרה *Res Ipsa Loquitur* אינה מבטאת יותר מאשר הכרה גרידא בסוג מסוים של ראיות נסיבתיות.³² ברוח זו התבטאו

26 נטל השכנוע לעניין קיומם של שלושת התנאים רובן לפתחו של התובע. ראו עניין גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 262; ע"א 789/89 עמר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד (1) 712, 717.

27 בין פסקי הדין הראשונים של בית המשפט העליון שבהם נדון הכלל ניתן למנות את ע"א 135/51 פלדמן נ' שרייבר, פ"ד ז 553 ואת ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז 674.

28 ראו, למשל, יצחק אנגלרד, הכלל "הדבר מדבר בעדו" בדיני הנזיקין (תשכ"ה); Mark Shain, *Res Ipsa Loquitur – Presumptions and Burden of Proof* (1945).

29 דברי השופט ריבלין בעניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 555.

30 דברי השופט לגדוי בעניין גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 237.

31 דברי הלורד Shaw בעניין Ballard, הערה 17 לעיל.

32 International Encyclopedia of Comparative Law, הערה 12 לעיל, בסעיף 13.97.

מלומדים ופוסקים רבים במדינות המשפט האנגלו-אמריקני,³³ וכאמור, גם במשפט הישראלי זכה הכלל – למצער בתחילת הדרך – להתייחסות מזלזלת-משהו מצד כמה משופטי בית המשפט העליון.³⁴ הרחיק-לכת בית המשפט העליון בקנדה, שפסק בשנת 1998 כי הכלל *Res Ipsa Loquitur* הוא חסר-ערך משאין הוא מוסיף דבר על הכללים הרגילים בדבר ראיות נסיבתיות, וכי יוטב לו למשפט אם יוצא כלל זה לגמלאות.³⁵

תפיסה זו, הרואה את כלל "הדבר מעיד על עצמו" כחסר תוכן עצמאי, נגזרת בעיקר מהתנאי השלישי לתחולתו. כאמור לעיל, תנאי זה קובע כי תובע המבקש להסתמך על הכלל נדרש להראות כי "אירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה". אם עלה בידי התובע להוכיח כי כך הדבר – טוענים המבקרים – ממילא אין הוא נזקק לכלל, שכן אם שילוב בין ראיות, ובכלל זה ראיות נסיבתיות, הופך גרסה מסוימת למסתברת יותר, ממילא יאמץ בית המשפט גרסה זו. טענה נגזרת היא כי לא זו בלבד שהכלל מיותר אלא שהוא גם יוצר אנומליה, משום שאין הוא מסתפק בעובדה שהתרחש הרשלני מסתבר יותר אלא דורש – כדי לגבש מסקנה בדבר התרשלנות הנתבע – שהתובע יוכיח תנאים נוספים כמו תנאי השלישה, ונוסף על כל אלה הכלל גם מותנה (במרבית שיטות

33 ראו, למשל, עניין *Lloyde*, הערה 18 לעיל, בעמ' 1246; *Sweeney v. Erving*, 228 U.S. 233 (1912); *George Foltis, Inc. v. New York*, 38 N.E 2d 455 (1941); *Clark v. Gibbons*, 426 P. 2d 525, 532 (1967); *Watzig*, הערה 16 לעיל, בעמ' 653; *William L. Prosser, "Res Ipsa Loquitur in California"*, 37 Cal. L. Rev. 183 (1949). מלומד אמריקני אחד טען כי הכלל מהווה מעין "נוגדן" נגד הרתיעה השיפוטית מפני שימוש בראיות נסיבתיות. ראו *Stephen A. Spitz, "From Res Ipsa Loquitur to Diethylstilbestrol: The Unidentifiable Tortfeasor in California"*, 65 Ind. L.J. 591, 593 (1990).

34 השופט לגדוי הביע את הדעה שהכלל "אינו מיוחד או יוצא דופן, כי הרי בתהליך של ניתוח ההוכחות והסקת המסקנות מהן נעזר השופט תדיר בשיקולים שיסודם בנסיון הכללי שלו". ראו עניין *פלדמן*, הערה 27 לעיל, בעמ' 555. מדובר, אליבא דשופט לגדוי, ב"ישום של כללים ידועים מכבר בדיני הראיות ובמיוחד בנוגע לראיות נסיבתיות, לסיטואציה מסוימת: כאשר החפץ שגרם לנזק היה בשליטתו של הנתבע ומאזן ההסתברויות נוטה לצד רשלנות הנתבע, הוכיח התובע את תביעתו לכאורה, אם כי הנסיבות שגרמו לקרות התאונה אינן ידועות במלואן". ראו עניין *גוימן*, הערה 7 לעיל, בעמ' 238 (ההדגשה במקור). גישה דומה ביחס לאמרה *Res Ipsa Loquitur* הביע השופט וילברג, באומרו כי זו "אינה לא הלכה, לא חידוש ולא עקרון". ראו עניין *פריצקר*, הערה 27 לעיל, בעמ' 682; על השאלה אם כלל "הדבר מעיד על עצמו" הוא בבחינת "דוקטרינה" ראו עוד *Gilbert v. Korvette, Inc.*, 327 A. 2d 94, 97 (1974).

35 עניין *Fontaine*, הערה 12 לעיל; על הדין בקנדה ראו *Philip H. Osborne, The Law of Torts* 48-50 (2000).

המשפט האנגלו-אמריקני) בשיקול דעתו של בית המשפט.³⁶ התוצאה היא שכלל הבא להיטיב עם התובע לכאורה מרע עמו.

מצדו האחר של המתרס, בישראל ובמדינות אחרות, יש התרים אחר נפקויות עיוניות ומעשיות לכלל "הדבר מעיד על עצמו".³⁷ מלומדים ופוסקים ציינו כי לא הרי כלל הראיות הנסיבתיות כהרי כלל "הדבר מעיד על עצמו". זה הראשון, כך הבהירו, עניינו בהסקת מסקנה בדבר מעשה רשלני מסוים מהנסיבות הספציפיות של המקרה האינדיבידואלי, ואילו האחרון עניינו בגזירת מסקנה מניסיון החיים האנושי, שלפיו תאונות מהסוג הנדון אינן מתרחשות בדרך כלל בלא התרשלות כלשהי.³⁸ במילים אחרות: כאשר בראיות נסיבתיות "רגילות" עסקינן, המסקנה הנובעת מהן נוגעת למעשה רשלני מסוים של הנתבע; לעומת זאת, כאשר בכלל "הדבר מעיד על עצמו" עסקינן, הראיות אינן מצביעות על מעשה רשלני פרטיקולרי של הנתבע. אדרבה, תנאי מוקדם לתחולת הכלל הוא שנסיבות המקרה אינן ידועות. משמעותו של הכלל היא אפוא האפשרות הניתנת מכוחו להגיע למסקנה שיפוטית שהנתבע ביצע מעשה רשלני כלשהו שגרם לנזקו של התובע.³⁹ היטיב לבטא זאת פרופ' אנגלרד בציינו כי יש להבחין בין שני מקרים: המקרה ה"קלאסי" של שימוש בראיות נסיבתיות, שבו המעשה הרשלני לא הוכח במישרין אולם ניתן להסיקו מנסיבות התאונה, המצביעות עליו כגורם מסתבר של אירוע התאונה. מקרה אחר הוא כשנסיבות התאונה נותרות בלתי-ידועות והמעשה הרשלני המסוים לוט בערפל, וכל שהוכח בבית המשפט הוא עצם התרחשות

36 ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 84-100. דוגמה לאנומליה זו ניתן למצוא בע"א 600/86 עמיר נ' קונפינו, פ"ד מו(3) 233, שם קבע השופט תיאודור אור - בלי שהתבסס על סעיף 41 לפקודה - כי "הלכה היא, שלעתים יש בנסיבות אופן קרות המקרה כדי להצביע על רשלנות לכאורה מצד הנתבע, ובמקרה כזה עובר נטל הראיה אל הנתבע להראות, שעל-אף ההסתברות לכאורה בדבר קיום התרשלות מצדו, לא כן הוא" (שם, בעמ' 240). הו אומרים, הנטל עובר לנתבע משום שנסיבות המקרה מדברות בעד עצמן (קרי: בעד התרשלות לכאורה של הנתבע), וזאת מבלי שהתובע נדרש לחלוף מעל משוכות נוספות שהיו ניצבות בפניו אילו בחר במסלול שמתווה כלל "הדבר מעיד על עצמו". ראו עוד ע"א 101/81 דג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 32, 38.

37 כבר בשנת 1958 נאמרו, בפסק הדין Weiss v. Axler, 328 P. 2d 88, 91, הדברים האלה: "... the more we are removed from 'the horse and buggy days', the more intensified and diversified our industrialism, mechanics and science become, the more technology and automation advance, the more the doctrine of res ipsa loquitur should take on a stellar role in the law of negligence."

38 ראו Tayer v. York Ice Machinery Corp., ;Turner v. Wallace, 217 N.E. 2d 11, 13 (1966) 119 S.W. 2d 240 (1938).

39 ראו Spitz, הערה 33 לעיל, בעמ' 592.

התאונה; עם זאת, ניסיון החיים מלמד כי תאונה מסוג זה לא הייתה מתרחשת אלמלא מעשה רשלני כלשהו. זהו המקרה שבו נזקק התובע לכלל "הדבר מעיד על עצמו".⁴⁰ נכון יהיה אפוא לומר כי פועלו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" הוא דווקא במקרים שבהם נסיבות התאונה לא הוכחו בראיות ישירות או נסיבות.

נפקות נוספת של כלל "הדבר מעיד על עצמו" במשפט הישראלי נובעת מההלכה שנקבעה בפסק דין גוימן. באותה פרשה קבעו רוב השופטים כי הערך המוסף הסמון בכלל נעוץ בכך שהנטל המועבר מכוחו אל שכמו של הנתבע אינו נטל הבאת הראיות גרידא כי אם נטל השכנוע. על כן, אם בסופו של משפט כפות המאזניים מעוינות וקמה תחולה לכלל – יזכה התובע בתביעתו.⁴¹ לאחרונה, כאמור, נושבת רוח חדשה בשיח אודות כלל "הדבר מעיד על עצמו". זו מצאה את ביטוייה בניתוחם של פורת ושטיין ובפסקי דין של בית המשפט העליון. ניגש עתה לבחינת התפתחות זו.

ג. כלל "הדבר מעיד על עצמו": הוכחת התרשלות בראיות סטטיסטיות

בפרק הקודם הצגתי את הוויכוח עתיק-היומין בשאלה אם הכלל *Res Ipsa Loquitur* הוא בעל תוכן עצמאי ונפקות אמיתית או שמא אין הוא מוסיף דבר

40 אנגלרד, הערה 28 לעיל, בעמ' 12–13; ראו גם Harry Street, *On Torts* 262 (10th. Ed., Margaret Brazier & John Murphy eds., 1999).

41 לרוב, גישה זו אינה מקובלת בשיטות משפט אחרות; ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 89. באנגליה, למשל, נטל השכנוע בדבר קיומה של רשלנות נשאר בדרך כלל על כתפי התובע; ראו Ng Chun Pui v. Lee Chuen Tat [1988] R.T.R. 298 (אך ראו דברי הלורד Evershed בפסק-הדין [1956] 1 All ER 182 Moore v. R Fox & Sons Ltd). הכוח הסמון בכלל עשוי להשתנות ממקרה למקרה, בהתאם למידת השכנוע הסמונה במסקנה בדבר התרשלות. ראו Street, הערה 40 לעיל, בעמ' 262–263; דין דומה חל בקנדה, וראו לעניין זה פסק דין Fontaine, הערה 12 לעיל; גם בארצות-הברית מקובל שהכלל אינו מביא להעברת נטל השכנוע אל הנתבע; ראו עניין Ashland, הערה 20 לעיל, בעמ' 1441; 1441 (1987) Clark v. Norris, 734 P. 2d 182, 185. בהתקיים התנאים להחלת הכלל, יורה השופט למושבעים, כי רשאים הם (אך אינם חייבים) להסיק קיומה של התרשלות מעצם קרות התאונה; ראו Mark F. Grady, "Res Ipsa Loquitur and Compliance Error," 142 U. Pa. L. Rev. 887, 891 (1994). לגישה מרחיבה יותר בדבר נפקותו של הכלל בארצות-הברית ראו Neace v. Laimans, 951 F. 2d 139, 141 (1991); Stone's Farm Supply, Inc. v. Deacon, 805 P. 2d 1109, 1114 (1991).

על הכלל הידוע, המתיר הוכחה עובדת באמצעות ראיות נסיבתיות. ניתוחם של פורת ושטיין את הכלל⁴² מקדם את הדיון צעד נוסף. נקודת המוצא לניתוחם היא שהכלל בא ליתן בידי התובע את האפשרות – שאינה עומדת לו כדבר שבשגרה – להוכיח את התרשלותו של הנתבע באמצעות "ראיות סטטיסטיות גרידא", לאמור: ראיות שכל פועלן בכך שהן מסווגות את המקרה לקטגוריה כללית של רשלנות.⁴³ במה דברים אמורים? בפרק זה נבקש תחילה לעמוד בקצרה על ההבחנה בין ראיות סטטיסטיות גרידא לבין ראיות ספציפיות; לאחר מכן נרחיב אודות התזה המוצגת בספרם של פורת ושטיין ונדון בשאלות המתעוררות בעקבותיה ובעקבות פסקי הדין של בית המשפט העליון.

1. מה בין ראיות סטטיסטיות גרידא לבין ראיות ספציפיות?

פורת ושטיין קובעים כי ברגיל תובע במשפט אזרחי אינו יכול להוכיח את תביעתו אך ורק באמצעות "ראיות סטטיסטיות גרידא" (naked statistical evidence).⁴⁴ ההבחנה בין "הוכחה סטטיסטית" לבין "הוכחה אינדיבידואלית" – או בין ראיות סטטיסטיות גרידא לבין ראיות ספציפיות – טעונה הבהרה. במובן מסוים ניתן לומר שכל ראיה הבאה להוכיח עניין שבעובדה היא בסופו של דבר "סטטיסטית", וכל הוכחה במשפט היא בסופו של דבר "הסתברותית". זאת, למצער, במובן זה שלא ניתן להגיע למסקנה עובדתית כלשהי על יסוד נתונים אמפיריים בלא שלב כלשהו של הנחה אינדוקטיבית – ולו ההנחה שדברים הם בדרך כלל כפי שהם נראים.⁴⁵ אין ספק כי ניסיון החיים בדבר "הסתברויות" ו"שכיחויות" משפיע על רבות מההכרעות העובדתיות המתקבלות במשפט.⁴⁶ במה מתייחדות אפוא הראיות הסטטיסטיות משאר הראיות?

42 Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 84–100.

43 שם, בעמ' 87.

44 שם. ביחס לראיות שהן סטטיסטיות-מתמטיות גרידא נהוג לצטט את הדברים שנאמרו בפסק-הדין *Sargent v. Massachusetts Accident Co.*, 29 N.E. 2d 825, 827 (1940): "It has been held not enough that mathematically the chances somewhat favor a proposition to be proved... The weight or ponderance of evidence is its power to convince the tribunal which has the determination of the fact, of the actual truth of the proposition to be proved..."

45 Laurence H. Tribe, "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process," 84 *Harv. L. Rev.* 1329, 1330 n. 2 (1971).

46 ראו רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות, חלק א – ביקורות מסורתיות", עיוני משפט יט(1) 205, 224 (תשנ"ד). אמנם בפועל, במסגרת ההליך המשפטי, לרוב אין

עיקר ההבחנה הוא בכך שבשונה מן הראיה הספציפית (הישירה או הנסיבתית), המבקשת ללמדנו דבר-מה על מקרה פרטיקולרי ("היה או לא היה"), הראיה הסטטיסטית אינה מכוונת לאירוע מסוים ובכוחה לחשוף אך ורק נתונים כלליים על קבוצת מקרים. לכשעצמה, הראיה הסטטיסטית אינה מצביעה על שיבוצו הנכון של המקרה המסוים בגדרי הקבוצה, ולכן היא אינה מאפשרת היסק ישיר על סמך מידע ספציפי אלא לכל היותר היסק עקיף המתבסס על מידע קיבוצי.⁴⁷ במילים אחרות: ראיות סטטיסטיות מספקות תחזית ביחס למה שאירע או ביחס למה שעתיד לקרות, אך הן אינן מלמדות אם התחזית היא אכן נכונה.⁴⁸ אכן,

מכמתים ממש את ההסתברות ואין מרבים להשתמש בטרמינולוגיה ובמתודות מתמטיות, אולם אין בכך כדי לגרוע מנכונות הקביעה שהערכת ההסתברות היא לחם חוקם של אנשי המשפט; ראו Kaye, הערה 20 לעיל, בעמ' 1456.

47 כדברי השופטת דליה דורנר: "[שיטת ההסתברות המתמטית] אינה מתייחסת לנאשם האינדיבידואלי, אלא מבוססת על סטטיסטיקה" – וזאת לעומת השיטה האידוקסיבית, שבה "... ניתן להגיע למסקנה מרשיעה על-ידי צירוף מספר ראיות נסיבתיות הנוגעות לנאשם האינדיבידואלי"; ראו ע"פ 6359/99 מדינת ישראל נ' קורמן, פ"ד נד (4) 653. כפי שניתן לראות, דבריה של השופטת דורנר נאמרים על הוכחה במשפט פלילי, אך במישור ההגדירי, ובהתחשב בעובדה שהדרישות ההוכחתיות במשפט פלילי מחמירות יותר, הדברים יפים מקל וחומר גם למשפט האזרחי. ראו גם ע"פ 3974/92 אוזלאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (2) 565. יש ראיות שאף כי כל פועלן בחשיפת נתונים סטטיסטיים, המסקנה הנובעת מהן היא למעשה ספציפית. מדובר בעיקר בראיות מדעיות, המצביעות על ודאות כמעט מוחלטת של ההסתברות. טלו את הראיה הגלומה בבדיקת D.N.A, כפי שנותחה, למשל, בע"פ 9724/02 אבו-חמאד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.10.2003). באותו מקרה הורשע אדם בעבירות מין על יסוד בדיקת דנ"א, וכה אמר השופט מישאל חשין: "ובאמרנו כי השכיחות של אפיון גנטי זהה בקרב האוכלוסייה הערבית היא שכיחות של 1 ל-7.4 מיליארד – לא כל שכן שכיחות של 1 ל-16.5 מיליארד בקרב האוכלוסייה היהודית – כמו הוספנו ואמרנו כי יש זהות בין המערער לבין האדם שאנס את המתלוננת". אכן, נראה לי שכאשר ההסתברות הנגזרת מן הנתון הסטטיסטי קרובה מאוד ל-0% או ל-100% – עד שמתגבשת ודאות כמעט מוחלטת לכאן או לכאן – הראיה הסטטיסטית כמו חולצת את האדם או את המקרה המסוים מתוך הקבוצה, ובכך מזהה אותם ספציפית. מכאן גם הנכונות של בתי המשפט, בארץ ובמדינות אחרות, לבסס ממצאים – אפילו במשפט הפלילי – על ראיות כאלו (ראו עניין אבו-חמאד והאסמכתאות המזכורות שם). ניתן להמשיך במתווה זה ולגרס כי השאלה אם ראיה מסוימת היא "סטטיסטית" או "ספציפית", היא למעשה שאלה של דרגה ושל רמת הפשטה, לאמור: אין מדובר בסיווג חד לשתי קטגוריות מתוחמות היטב.

48 השימוש במונח "תחזית" מצריך התייחסות: במבט ראשון, השימוש בראיות סטטיסטיות, המספקות לכל היותר "תחזית הסתברותית", עשוי להיות רלבנטי רק לצפיית אירוע עתידי אך לא לגבי הקביעה מה התרחש או לא התרחש באירוע ספציפי בעבר. לגבי זה האחרון – "either it did or it didn't - period", (Tribe, הערה 45 לעיל, בעמ' 1344). מכאן ההבחנה

"Statistical evidence could be used to bet on what happened, but not to resolve the bet".⁴⁹ באמצעות ראיות סטטיסטיות נוכל לכל היותר לדעת על השכיחות היחסית של התרחשויות מסוימות, אך כוחן של ראיות אלה תש בהגיענו למעבר מן הכלל אל הפרט.⁵⁰

ראיות סטטיסטיות עשויות לספק מידע קיבוצי בהקשרים שונים ומגוונים.⁵¹ בכלל זה עשויה הראיה הסטטיסטית להתייחס לעצם קיומו של מעשה עוולתי;⁵²

שערך בית משפט בארצות-הברית בין השימוש המקובל בלוחות תוחלת חיים לצורך צפיית העתיד לבין הכרעה באמצעותם בשאלה אם אדם מסוים מת אם לאו (People v. Risley, 108 N.E. 200 (1915)). טיעון זה, הבא לשלול באופן כללי שימוש בראיות סטטיסטיות לגבי הוכחת אירוע מן העבר, אינו עומד כשלעצמו בפני הביקורת. לא אופיו העיתי של האירוע הוא הנותן, לעניין השימוש בראיות סטטיסטיות, כי אם היעדרן של ראיות אחרות. חסר זה שכיח אולי כשמדובר בצפיית העתיד, אך הוא עלול להתקיים גם כשמדובר בשחזור העבר. אין הבדל שבמהות בין זה לבין זה, ואף ניתן לומר שהנחות עובדתיות לגבי העבר הן בבחינת "תחזית" לגבי השאלה מה היה מתברר לו היה בדינו מידע נוסף (Tribe), הערה 45 לעיל, בעמ' 1345-1346).

David A. Fischer, "Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox," 46 Vand. L. Rev. 1201, 1219 n. 43 (1993) 49

יפה לכאן ההבחנה שערך Gold בין השימוש במבחן "מאון ההסתברויות" לצורך שאלת סטנדרט השכנוע, לבין השימוש בו לצורך שאלת נטל ההוכחה המהותי. ברגיל, מוטל על התובע הנטל להוכיח עובדות מסוימות. לגבי כל אחת מעובדות אלה על בית המשפט להכריע אם היא התקיימה אם לאו. לצורך כך משמש מבחן מאון ההסתברויות, המגדיר את סטנדרט השכנוע הנדרש כדי שבית המשפט יקבע שעובדה מסוימת אכן התקיימה. הנה, אפוא, במקרה הטיפוסי, רק השאלה של רמת האמונה או רמת השכנוע של בית המשפט בקיומן של העובדות נבחנת במונחים של הסתברות. העובדות עצמן נקבעות כ"נכון" או "לא נכון", כ"היה" או "לא היה". לא כך כשבראיות סטטיסטיות עסקינן. או אז ההבחנה האמורה מתאימת, והעובדה הטעונה הוכחה שוב איננה מוגדרת במונחים של "היה או לא היה" ו"נכון או לא נכון" כי אם במונחים של הסתברות. ההסתברות אינה משרתת עוד את בית המשפט כאמת-מידה לקביעת התקיימותה או אי-התקיימותה של עובדה מסוימת, וההסתברות הסטטיסטית היא היא ה"עובדה" שהראיה חותרת להוכיח. ראו Steve Gold, "Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence," 96 Yale L.J. 376, 382-386 (1986). טלו, למשל, את ההבחנה בין הוכחה, במאון ההסתברויות, של העובדה כי מחלת הסרטן שבה לקה התובע נגרמה בשל חשיפה לאסבסט, לבין הוכחה באמצעות ראיות סטטיסטיות של העובדה שיותר מ-50% מנקרי הסרטן נגרמים בשל חשיפה לאסבסט. במקרה הראשון ההסתברות נסבה על מידת השכנוע הדרושה כדי לעמוד בנטל להוכיח עובדה מסוימת; במקרה השני, ההסתברות עצמה היא נשוא ההוכחה. להגדרת העובדה הטעונה הוכחה במונחים הסתברותיים ראו, למשל, Jackson v. Johns-Manville Sales Corp., 727 F. 2d 506 (1984).

ראו Tribe, הערה 45 לעיל, בעמ' 1339. 51

היא עשויה להתייחס לקשר הסיבתי;⁵³ היא עשויה להתייחס לזהותו של המעוול;⁵⁴ ואף יכול כי תיגע ביסוד הנפשי.⁵⁵ אלא, שעל פי הגישה המקובלת, תובע בנוזקין

- 52 טלו את המקרה הבא: אשה עוברת ניתוח, ועם התפוגגות השפעתו של סם האלחוש היא מתעוררת ומגלה כי נגרם לה נזק מסוים. מסתבר לה כי נזק זה עלול להיגרם בשל התרשלות הרופא המנתח, אולם יש והוא נגרם אף בלא שהייתה כל התרשלות מצדו. דא עקא, שאין בידי הניזוקה כל ראיה ספציפית המסייעת לקבוע אם בעניינה-שלה התרשלת הרופא אם לאו. לעומת זאת, יש בידה מחקרים אמנים, שמהם עולה כי ב-80% מן המקרים שבהם מתרחש נזק מהסוג שאירע לה, הרי זה בשל התרשלותו של הרופא. זוהי ראיה סטטיסטית, המלמדת שקיימת הסתברות של 80% שהנזק נגרם בשל מעשה עוולתי.
- 53 דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשה המצערות שעניינה השפעת הצלילה במימי נחל הקישון על בריאותם של תיילים. לשם בדיקת הנושא הוקמה ועדת חקירה בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר, שתפקידה היה, בין היתר, לבחון אם מתקיים קשר סיבתי בין זיהום מימי הנחל לבין מחלת הסרטן שבה חלו התיילים. לשם כך נדרשה הוועדה, למשל, לבדיקות אפידמיולוגיות-סטטיסטיות, המשוות את התחלואה בסרטן בקרב הקבוצה שנחשפה לזיהום ביחס לתחלואה בקרב הקבוצה שלא נחשפה אליו. בדיקות אלה באו ללמד על ההסתברות הסטטיסטית לקיומו של קשר סיבתי בין החשיפה לחומרים המזהמים שהיו במים לבין מחלת הסרטן שבה חלו התיילים. ראו החלק הראשון והחלק השני של הדו"ח שפרסמה הוועדה בשנים תשס"א ותשס"ג (בהתאמה), ועדת החקירה בענין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של תיילי צה"ל שהופעלו במקום; ראו גם ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב (לא פורסם, 2.6.2004) באשר לראיות אפידמיולוגיות-סטטיסטיות, המשמשות להוכחת קשר סיבתי בין חשיפה לאסבסט לבין מחלת סרטן מסוג Non-Hodgkin's Lymphoma; כמו כן ראו הדיון בהערה 62 להלן.
- 54 שתיים מהדוגמאות הקלאסיות, שהספרות בנושא זה הרבתה לדוש בהן, עוסקות במצבים של אי-ודאות לגבי זהות המעוול. הראשונה – דוגמת האוטובוסים הכחולים (שקיבלה "גרסאות כיסוי" רבות) – מקורה בפסק הדין *Smith v. Rapid Transit, Inc.*, 58 N.E. 2d 754 (1945). מדובר באדם שנפגע על ידי אוטובוס בתאונת פגע וברח, ואינו יודע לאיזו חברה שייך האוטובוס. עם זאת, יש בידי ראיה המלמדת כי חברת האוטובוסים הכחולים מחזיקה ומפעילה 80% מן האוטובוסים הנוסעים בנתיב שבו אירעה התאונה. הוא מבקש להציג ראיה זו כמשפט כדי לעמוד בנטל הוכחת זהות המזיק. הדוגמה האחרת, שזכתה לכינוי "פרדוקס המסתנגנים" (the paradox of the gatecrasher), נהגתה על ידי L. Jonathan Cohen, בספרו *The Probable and the Provable* (1977) 75, והיא מתארת מצב שבו 1,000 איש מבקרים במופע רודאו, ורק 499 מתוכם שילמו עבור הכניסה. מאחר שלא הונפקו כרטיסי כניסה לא ניתן לדעת מי במסתגנים ומי במשלמים. התובע גורס כי לגבי כל אחד מן המבקרים קיימת הסתברות מתמטית של 50.1% (קרי: מעבר למאזן ההסתברויות) שהוא אכן מסתגן.
- 55 כך, למשל, רופא הנתבע בגין רשלנות גורס כי לא ידע ולא היה עליו לדעת על קיומו של טיפול חדשני, והוא מבקש לבסס טענה זו על ראיה סטטיסטית שלפיה 98% מן הרופאים לא הכירו באותה עת את הטיפול החדשני.

אינו יכול לזכות בתביעתו על יסוד ראיות סטטיסטיות בלבד.⁵⁶ אמנם ראיות מסוג זה אינן בהכרח בלתי-קבילות במשפט, אולם לרוב משקלן נמוך.⁵⁷ ברגיל, על התובע במשפטי נזיקין להרים את נטל ההוכחה באמצעות ראיות ספציפיות, פריטיקולריות, המובילות את בית המשפט (ובשיטות מסוימות – את חבר המושבעים) ל"אמונה" ביחס למה שבאמת אירע, כיצד ועל ידי מי.⁵⁸ לפי התפיסה המקובלת, אמונה כזו אינה יכולה לקום מכוח "ראיות סטטיסטיות גרידא".⁵⁹ יש

56 ראו Spitz, הערה 33 לעיל, בעמ' 594–595; James Brook, "Inevitable Errors: The Preponderance of the Evidence Standard in Civil Litigation," 18 *Tulsa L.J.* 79, 89 (1982); *Smith*, הערה 54 לעיל, בעמ' 755; 406 F. 2d 1315; *Guenther v. Armstrong Rubber Co.*, 1339 (1969); *Tribe*, הערה 45 לעיל, בעמ' 1339; Charles Nesson, "The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts," 98 *Harv. L. Rev.* 1357, 1379 (1985).

57 ראו David H. Kaye & David A. Freedman, "Reference Guide on Statistics," in *Reference Manual on Scientific Evidence* 83, 86 (2d ed., 2000); כן ראו עניין קרישוב, הערה 53 לעיל, שם סקרה השופט מרים נאור את ההלכות בארצות-הברית הנוגעות לשאלת קבילותן או פסלותן של ראיות מדעיות-סטטיסטיות. השופט נאור קבעה כי שיטת המשפט אצלנו שונה – ראיות רלבנטיות הן קבילות, אולם על בית המשפט לקבוע את משקלן (פסקה 24 לפסק דינה). השופט נאור סברה כי "אף כראיה יחידה, אין בנתון סטטיסטי – במנותק ממידת המהימנות שלו – כדי להכריע את הפלוגתא... בטיפול בראיות סטטיסטיות, נדרשת זהירות מצד השופט מפני טעויות לוגיות נוספות, שקל לטעות בהן. חלק מטעויות אלה נופלות בעת צירוף מספר הסתברויות יחד, או בעת צירוף ראיות הסתברויות לראיות אחרות" (פסקה 23 לפסק דינה). ראו גם פרשת אברחמאד, הערה 47 לעיל, באשר לקבילותה כראיה של בדיקת דנ"א ובאשר לאפשרות להרשיע אדם על בסיס ראיה זו בלבד.

58 Fischer, הערה 49 לעיל, בעמ' 1218; דוגמה להסתמכות של בית המשפט על מחקרים מדעיים-סטטיסטיים לצד נתונים הנוגעים למקרה הספציפי, לשם הוכחת קשר סיבתי בין חשיפה לאסבסט לבין מחלת סרטן מסוג לימפומה, ראו בעניין קרישוב, הערה 53 לעיל, דעת הרוב מפי השופטים דורנר ולוי, ודעת המיעוט מפי השופט נאור.

59 ראו עניין *Smith*, הערה 54 לעיל, בעמ' 755; וכן Richard W. Wright, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts," 73 *Iowa L. Rev.* 1001, 1051-1065 (1988). המלומד Shaviro ביקש להסביר גישה זו – שלפיה "אמונה אמיתית" בנכונות הפסק אינה יכולה לצמוח מראיות סטטיסטיות גרידא – באמצעות המודל הפסיכולוגי הבא: לאחר שהגורם המכריע (בית משפט או חבר מושבעים) מגיע, על יסוד ראיות ספציפיות, למסקנה שגרסה עובדתית מסוימת מסתברת יותר מגרסה אחרת, אמונתו בנכונות של גרסה זו נוטה להתקשה וחוסר-הוודאות שבלבו מתפוגג. לפיכך, הגורם המכריע חש בטוח יותר כי מסקנתו משקפת את אשר התרחש בפועל. תהליך דומה אינו מתקיים, לפי הטענה, כשמדובר בראיות סטטיסטיות. המסקנה הנובעת מראיות אלה נותרת "הסתברותית" לכל

לציין כי הרתיעה מפני שימוש בראיות סטטיסטיות במשפט – כפי שהוצגה, למשל, בפסק הדין *Sargent*⁶⁰ – זכתה לתמיכה מזה ולביקורת מזה.⁶¹ עם השנים איבדה רתיעה זו משהו מכוחה, ובהקשרים מסוימים ניכרת נכונות רבה יותר בפסיקה ובספרות לאפשר שימוש בראיות סטטיסטיות גרידא.⁶² עם זאת, עדיין נכון יהיה לומר כי "... בתחום המשפטי נדיר השימוש בסטטיסטיקה ממש, כלומר, קבלת החלטות על בסיס בדיקה שיטתית של שכיחותם היחסית של מקרים

אורך הדרך. לדעת Shaviro טענה זו – גם אם היא נכונה מבחינה אמפירית – אינה מהווה הצדקה מוסרית ממשית לעמדה הגורסת כי אין לבסס הכרעה שיפוטית על ראיות סטטיסטיות. ראו Daniel Shaviro, "Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice," 103 *Harv. L. Rev.* 530, 540-542 (1989).

60 ראו הציטוט בהערה 44 לעיל.

61 ראו האסמכתאות בהערות שוליים 44-59, וכן רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות, חלק ב' – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ(1) 141 (תשנ"ו).

62 כך, למשל, בארצות-הברית, יש המכירים באפשרות להוכיח סיבתיות עובדתית באמצעות ראיות סטטיסטיות, בתביעות המכונות "Toxic Torts". מדובר בתביעות בגין נזקים הנגרמים מחשיפה לחומרים רעילים, שהקושי בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי נובע בהן, בין היתר, מאי-יכולת לקשור את המחלה במקרה ספציפי לגורם ספציפי, ומכך שהמחלה פורצת לא פעם שנים רבות לאחר החשיפה. הראיות הסטטיסטיות יכולות להראות כי מספר מסוים של מקרי חולי, באוכלוסייה מסוימת, נגרם מחמת ההרעלה נשוא התביעה, אך אין בכוחן לזהות באילו מקרים המחלה אכן נגרמה בשל ההרעלה ובאלו מקרים היה זה בשל גורם אחר. ראו *Gold; Elam v. Alcolac, Inc.*, 765 S.W. 2d 42, 176-178 (1988). הערה 50 לעיל, והאסמכתאות שם; *Fischer*, הערה 49 לעיל, בעמ' 1218-1219; וכן ראו *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), שם נקבעו התנאים לקבילותה של עדות מדעית, שעיקרם קיומו של ידע מדעי (scientific knowledge) שיש בו כדי לסייע לבית המשפט להבין את הסוגיה שבמחלוקת או להכריע בה (fit); לדיון בקושי המובנה להוכיח את קיומו של קשר סיבתי עובדתי בתיקים שעניינם "נזקי חומרים רעילים" ראו עניין קרישוב, הערה 53 לעיל. בין היתר ציינה שם השופטת נאור כי לעתים קיים קושי להוכיח לא רק את הקשר הסיבתי הספציפי בין חשיפתו של התובע לחומר הרעיל לבין המחלה שנתגלתה אצלו, אלא גם את הקשר הסיבתי הפוטנציאלי, כלומר: את היותה של החשיפה גורם סיכון למחלה. בכל הנוגע לתהליכי ההתפתחות של מחלות ולסיכון הטמון בחומרים כימיים שונים – כך כתבה השופטת נאור – לא פעם רב הנסתר על הגלגה, ומכאן הקושי להראות כי החשיפה מסוגלת, ולו בנסיבות כלשהן אצל אנשים כלשהם, לגרום למחלה. הפתרון, לפי פסק הדין בעניין קרישוב, עשוי להימצא בראיות סטטיסטיות (אפידמיולוגיות, סוקסיקולוגיות וכדומה), המצביעות על זיקה סיבתית הסתברותית בין חשיפה לחומר מסוים לבין מחלה מסוימת בקבוצות של אנשים. ראוי לציין כי השופטת דורנד ביקרה בפסק דינה את פסק הדין של השופטת נאור, שהסתייע בחומר אקדמי בדבר ראיות מדעיות-סטטיסטיות מבלי שחומר זה, שאינו בגדר ידיעה שיפוטית, נכלל בתשתית הראייתית שהובאה בפני בית המשפט המחוזי.

בקבוצות גדולות".⁶³ נראה, כי השיקול העיקרי התומך בגישה העקרונית השוללת הכרעה במשפט על סמך ראיות סטטיסטיות הוא עיקרון האשם. אכן, קשה לדבר על אשם מכוח סטטיסטיקה. קשה לומר על אדם כי דבק בו רבב מוסרי או חברתי על יסוד ראיות המצביעות אך ורק על השתייכותו לקבוצה מסוימת שרוב מבין חבריה אשם. על כך ייאמר כי מדובר בענישה קבוצתית החותרת תחת עיקרון הצדק המתקן.⁶⁴

- 63 שפירא, הערה 46 לעיל, בעמ' 224; על ההבחנה בין קביעת הסתברות על פי שכיתות לבין קביעתה לפי כמות הראיות הקיימות התומכות בטענה העובדתית, והעמדתה למול כמות הראיות האידאלית, ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 44-46.
- 64 ראו Fischer, הערה 49 לעיל, בעמ' 1218-1219; ברוח זו נטען עוד כי הכרעה במשפט על יסוד ראיות סטטיסטיות משקפת בחירה מודעת ב"הקרבנות" חפים מאשם על מזבח התועלת החברתית – קביעת תגמול לחירותו של אדם. יש בה משום "הימור" בנוגע לנתבע הספציפי, שכל חסאו עשוי להסתכם בהשתייכות לקבוצה מסוימת במשוואה הסטטיסטית. לפי גישה זו יש להתייחס לנתבע כאל אינדיבידואל הנבחן על פי מעשירשלו (ראו עוד אצל Adrian A. S. Zuckerman, "Law, Fact or Justice?" 66 B.U. L. Rev. 487 (1986); Laurence H. Tribe, "An Ounce of Detention: Preventive Justice in the World of John Mitchell," 56 Va. L. Rev. 371, 385-387 (1970)). עם זאת ראוי להדגיש כי הגישה המסורתית של דיני הנזיקין בדבר אחריות אינדיבידואלית (או "הוכחה אינדיבידואלית") אינה עוד נחלת הכלל, וניתן לגלות בה, בהקשרים אלה ואחרים, פרצות ההולכות ומתרחבות (ראו, למשל, אריאל פורת, "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות", משפטים (לג) 477 (תשס"ג); עניין קונפינו, הערה 36 לעיל, דברי השופט אור בעמ' 241-242, ובמיוחד דברי השופטת נתיניהו בעמ' 251-253; ובהקשר הגדון כאן ראו Shaviv, הערה 59 לעיל, בעמ' 537). בין הטענות שהועלו נגד השימוש בראיות סטטיסטיות גרידא ניתן למנות עוד את החשש מפני הכרעה שיפוטית מוטעית. האפשרות של פסק דין מוטעה קיימת אמנם גם במשפטים אזרחיים (ופליליים) שאינם נדונים על פי ראיות סטטיסטיות, אך לפי הטענה, כשבראיות סטטיסטיות עסקינן, אפשרות זו נהפכת תכופות לוודאות. להמחשת נקודה זו טלו את הדוגמה הבאה: ניתוח מסוים כרוך בסיכון לסיכון. ב-60% מן המקרים שבהם מתממש הסיכון הדבר נובע מהתרשלות של הצוות הרפואי, וביתר המקרים התממשות הסיכון אינה תוצאה של התרשלות. כאשר מתממש הסיכון במקרה ספציפי לא ניתן לדעת לאיזו קבוצת מקרים הוא משתייך: לקבוצת מקרי ההתרשלות או לקבוצת המקרים האחרת. ניתן לקבוע כי הסיכוי הסטטיסטי לקיומה של התרשלות בכל אחד מן המקרים הוא 60%, אולם השלילת אחריות על יסוד נתון זה משמעותה חיוב בית החולים בגין כל המקרים שבהם התממש הסיכון – אף כי מבחינה סטטיסטית הוא גרם רק ל-60% מהם. תוצאה זו, כך נטען, אינה צודקת (Brook, הערה 56 לעיל, בעמ' 102) ואף אינה יעילה מבחינת חלוקת נטלים ויצירת תמריצים (Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* § 21.2 (1972)). מאידך גיסא נטען כי ראיות ספציפיות (כגון עדות ראייה) אינן, באופן אינהרנטי, מהימנות יותר מראיות סטטיסטיות, ואלה כמו אלה עלולות להביא להכרעה מוטעית [הערת עורכים:

לצורך רשימה זו אינני נדרש לפתרון הסוגיה הכללית, המורכבת, בדבר משקלן הרצוי של ראיות סטטיסטיות ומקומן ההולם במשפט. תהא אשר תהא העמדה בעניין זה, לענייננו חשובה הבנת פועלו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" במסגרת השיטה הקיימת. מטרתי איננה לערער את הנחות היסוד בדבר מעמדן של ראיות סטטיסטיות במשפט וכדבר תפקידו של הכלל *Res Ipsa Loquitur*, כפי שתיארו פורת ושטיין בספרם. מטרתי היא לתור אחר הדרך המיטבית ליישום הכלל בהינתן הנחות יסוד אלה. לפיכך, בהמשך דבריי, הדיון בשיקולי המדיניות הרלבנטיים יתמקד רק בהיבטים הנוגעים לתכלית זו. עתה, משעמדתי על עיקרי

לבעייתיות בעדות ראייה ראה דורון מנשה, רביע עאסי "טעות בזיהוי חזותי של חשודים: הומנה למחקר ורפורמה", משפטים לה(1) 205 (תשס"ה), אברהם מ. לוי "התייחסות קצרה ואזהרה לטעות בזיהוי חזותי של חשודים: הומנה למחקר ורפורמה" עתיד להתפרסם במשפטים לה(2) (תשס"ה). כל ההבדל הוא שכאשר בראיות סטטיסטיות עסקינן, סיכון הטעות אינו מוטווה אלא גלוי על פני השטח. והטיעון ממשיך: הרתיעה מפני הטלת אחריות על פי ראיות סטטיסטיות נובעת מחוסר-נכונות להכריז קבל עם ועדה על הסיכון לטעות (ראו Shaviro, הערה 59 לעיל). ספק גם אם שיקולי הגינות או יעילות תומכים תמיד במתן פטור מאחריות כשהראיות הן סטטיסטיות גרידא, ויש המציעים בהקשר זה פסיקת פיצויים יחסיים (לסקירה וניתוח ראו Nesson, הערה 56 לעיל, בעמ' 1381-1385 וכן בהערות שוליים 80; לניתוח ביקורתי ראו Fisher, הערה 49 לעיל. דיון זה הוא למעשה חלק מסוגיה רחבה יותר – הבחירה בין השיטה המסורתית של "הכל או כלום" לבין השיטה היחסית). טיעון אחר נגד השימוש בראיות סטטיסטיות העלה Nesson. לשיטתו, העיקר הוא בשאלה כיצד מתקבל פסק הדין בציבור. אף כי בית המשפט רואה לנגד עיניו רק את הראיות ולא את האירוע עצמו, עליו להציג את פסק הדין כהצהרה ביחס למה שאירע ולא ביחס לראיות גרידא. רק כך, על פי Nesson, יוכל בית המשפט להעביר מסר משפטי-נורמטיבי ולהשיג אפקט הרתעתי באמצעות פסק הדין. פסק דין המבוסס על הסתברות מתמטית גבוהה לכך שאירוע מסוים התרחש עלול שלא להתקבל כהלכה על ידי הציבור אם אין בו משום הצהרה על ההתרחשות בפועל. לכל היותר, פסק דין כזה ייתפס כהימור המבוסס על הראיות (Nesson, הערה 56 לעיל). אלא, שגם טיעון פטרוני זה אינו חף מביקורת, בין היתר לאור הטענה כי האמת והשקיפות חשובות ממראית העין ומן המיתוס, מה גם שספק אם מכחינה אמפירית פסק דין המבוסס על ראיות סטטיסטיות וזכה תמיד, מניה וביה, לחוסר אמון אינטואיטיבי (Shaviro, הערה 59 לעיל, בעמ' 544-553). לבסוף ראוי לציין כי מחלוקות רבות אודות נפקותן של ראיות סטטיסטיות במשפט נובעות מן הקושי של בתי המשפט להבין מתקרים מדעיים וסטטיסטיים, ליישם, ולהכריע בין נתונים סותרים – ומן העובדה שהמדע והמשפט מדברים תכופות בשפות שונות, בין היתר משום שכל אחת משתי דיסציפלינות אלה באה להגשים תכלית אחרת ודורשת נטל הוכחה שונה. לדיון נרחב בבעיות אלה ראו עניין קרישוב, הערה 53 לעיל, בעיקר בסעיפים 37-42 לפסק דינה של השופטת נאור, ובסעיפים 10-11 לפסק דינה של השופטת דורנר. כן ראו Tribe, הערה 45 לעיל, המנתח טעויות שנפלו בפסקי דין שביקשו להכריע על בסיס נתונים מתמטיים-סטטיסטיים.

ההבחנה בין ראיות סטטיסטיות גרידא לבין ראיות ספציפיות אגש לבחון ביתר פירוט את האופן שבו ניתחו פורת ושטיין את כלל "הדבר מעיד על עצמו".

2. הניתוח של פורת ושטיין

הבסיס לניתוחם של פורת ושטיין את כלל "הדבר מעיד על עצמו"⁶⁵ מצוי בהבחנה בין שתי דרכים להוכחת התרשלות: האחת אינדיבידואלית והאחרת סטטיסטית. לשיתם, תובע המבקש לבסס טענה בדבר התרשלות הנתבע נדרש ברגיל להציג ראיות ספציפיות (case-specific evidence), המייחסות לנתבע מעשה (או מחדל) קונקרטי שגרם לנזק ויש בו משום התרשלות. זוהי הוכחה אינדיבידואלית; בהוכחה סטטיסטית גרידא לא סגי.⁶⁶ לדעת פורת ושטיין, מתוך נקודת מוצא זו מתבררת חשיבותו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" כחריג, שבמקרים הנכנסים לתחומו מאפשר להוכיח את קיומה של הנחה סטטיסטית בדבר התרשלות הנתבע. הכלל מאפשר זאת בכך שהוא מתיר הסקת מסקנה נגד הנתבע על יסוד ראיות המסווגות את המקרה לקטגוריה כללית של התרשלות, כלומר: מלמדות כי במרבית המקרים תאונה מהסוג שאירע לא הייתה מתרחשת בלא התרשלות כלשהי.⁶⁷ פורת ושטיין מדברים על הנחה סטטיסטית הנובעת מהניסיון

65 לעת הו נתמקד בחלקו הראשון של הניתוח, שכותרתו "Res Ipsa Loquitur and Statistical Negligence" (Porat & Stein), הערה 2 לעיל, בעמ' 85-92. המשך הניתוח של פורת ושטיין יידון בפרק ד' להלן.

66 ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 87. וההסבר: "A person should be held responsible only for what he or she did individually rather than for being affiliated by the judge to some statistically significant group of people, in which the wrongdoers form the majority" (שם).

67 שם, בעמ' 87-88. פורת ושטיין מדברים על "עיקרון ההתרשלות הסטטיסטית" (the statistical negligence principle). לפי עיקרון זה, "... naked statistical evidence that merely typifies the case at hand as belonging to a general negligence category will not open the defendant's pockets to the plaintiff; however, it might do so when the *res ipsa loquitur* presumption enters the scene" כפי שהודגם לעיל, ראיות סטטיסטיות גרידא עשויות, עקרונית, לשמש להוכחת עניינים שונים (ראו הערות 51-55 לעיל והסקסט הסובב אותן). הראיה הסטטיסטית שכלל "הדבר מעיד על עצמו" מדבר בה באה לפתור את השאלה מה אירע ומה גרם לנזק. הכלל – כך מורה אותנו סעיף 41 לפקודה – עוסק במצבים שבהם קיימת אי-ודאות בשאלה "מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק", כלשון התנאי הראשון לתחולת הכלל. בהתקיים התנאים לתחולת הכלל, עובר לנתבע הנטל להוכיח כי לא התרשל או כי לא נתקיים קשר סיבתי כנדרש לשם

האנושי המשותף (common experience of mankind), אך ראוי להדגיש כי לדידי הנחה זו יכולה לצמוח גם מעדויות של מומחים.⁶⁸ על פי פורת ושטיין, כאשר הכלל נבחן באספקלריה זו מתברר מדוע הוא אינו מיותר: עסקינן בחריג לתפיסה השוללת הוכחת התרשלות באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא. חריג זה מאפשר העברה של סיכון הטעות אל כתפי הנתבע במקרים של אי-ודאות, בהתבסס על הוכחה סטטיסטית.⁶⁹ עוד מתבהרת חשיבותם של התנאים להחלת הכלל מעבר לעצם קיומה של התרשלות סטטיסטית (התנאי השלישי), ובכך ניתן מענה גם לטענה בדבר האנומליות הטמונה בכלל:⁷⁰ התנאי של אי-ידיעת נסיבות המקרה לאשורן הוא המצדיק פנייה לראיות סטטיסטיות, ותנאי השליטה (כמו גם התנאי הנפוץ במשפט האנגלו-אמריקני שלפיו התובע לא תרם לקרות האירוע) יוצר אינדיבידואליזם של ההנחה הסטטיסטית לנתבע המסוים.⁷¹

הטלת אחריות עליו; ראו התנאי השלישי לתחולת הכלל וכן פרשת שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 556–557.

68 ראו הערה 20 לעיל.

69 מידת הסיכון המועבר נגזרת מן השאלה באיזו גרסה של הכלל נוקטת השיטה המשפטית – הגרסה החזקה (שלפיה החלת הכלל מטילה על הנתבע את הנטל לשכנע, במאון ההסתברויות, כי לא התרשל), או הגרסה החלשה (שלפיה הנתבע יוצא ידי חובתו בהביאו ראיות המעיינות את מאוני ההתרשלות). ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 87–92, וכן הערה 41 לעיל ופרק ד' להלן.

70 לטענה בדבר היותו של הכלל מיותר ואנומלי ראו הערה 36 לעיל והטקסט הסובב אותה.

71 Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 88, 91; יוצא, כי שאלת זהותו של המעוול אינה מוכחת כאן על ידי ראיות סטטיסטיות (השוו הערה 54 לעיל) אלא באמצעות הוכחת השליטה, במסגרת התנאי השני לתחולת הכלל. השליטה מסמנת את הנתבע כמי שנושא באחריות; ראו גם פסק דין *Ashland*, הערה 20 לעיל, בעמ' 1438: "The purpose of the [control] element is to link the defendant with the probability, already established, that the accident was negligently caused." יש המפרשים את הכלל שנקבע בפסק הדין *Smith* (הערה 54 לעיל), שלפיו לא די ב"עדיפות מתמטית" כדי להביא להטלת אחריות על הנתבע, כך: על התובע, המבקש להסתמך על ראיות סטטיסטיות, להביא ראיה כלשהי שאיננה סטטיסטית – ראיה "אינדיבידואלית" – בדבר זהות הנתבע. בהיעדר ראיה כזו לא ניתן לחייב את הנתבע בפיצויים ואף לא ניתן להעביר לפתחו את נטל הראיה. פרשנות זו, כך נטען, מבססת את פסק הדין *Smith* על אדנים מוצקים יותר מאשר פרשנות אחרת, שלפיה בית המשפט באותה פרשה התכוון שאין להטיל אחריות אלא בהתקיים עדיפות מתמטית ברורה – "טווח ביטחון" גבוה בהרבה מ-50%. ראו והשוו Tribe, הערה 45 לעיל, בעמ' 1341, בהערת שוליים 37. ניתוח זה עשוי ליישב את קיומו של הכלל *Res Ipsa Loquitur* – הכולל תנאי של שליטה – לצד הגישה המשתקפת בפסק הדין *Smith*.

ניתוחם של פורת ושטיין את כלל "הדבר מעיד על עצמו" נזכר בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת שטרנברג, שם נכתב כי "ניתן לייחס לכלל נפקות מעשית גם מקום בו הוא מעביר את נטל הבאת הראיות לבדו, או אף במקום בו הוא אך מתיר להסיק קיומה של התרשלות", וזאת "בהנחה שברגיל אין הדין מתיר לנו למצוא את הנתבע רשולן בהסתמך על ראיות בדבר הסתברות כללית, 'סטטיסטית', של התרשלות... במקרה כזה, יש נפקות לכלל, שאינו פוסל קביעת רשלנות בהסתמך על ראיות כלליות".⁷² רמז לגישה דומה ניתן למצוא גם באופן שבו בחרה ועדת הקודיפיקציה לנסח את כלל "הדבר מעיד על עצמו" במסגרת הצעת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות:

נגרם נזק על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, ולא התבררו דיין נסיבות המקרה, ונראה כי הנסיבות הכלליות של המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה כי הנזק נגרם על ידי הנכס בשל סיכון שיצר הנתבע בהתרשלות, מאשר עם המסקנה כי לא התרשל, על הנתבע הראיה כי לא גרם לנזק בהתרשלותו; לענין זה, אין נפקא מינה אם עילת התובענה נגד הנתבע היא בשל עוולת הרשלנות או בשל עוולה אחרת.⁷³

72 עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 556; לאחר הגשת הרשימה לדפוס ניתן פסקדין נוסף המאמץ ניתוח זה. ראו ע"א 4152/03 חסונה נ' בית החולים ביקור חולים (לא פורסם), 3.2.2005; ראט גם ע"א 9313/03 חביאללה נ' בית חולים נצרת E.M.M.S (לא פורסם, 5.1.2005).

73 סעיף 485 להצעה, שהועמדה לעיון הציבור בחודש אפריל 2004 (ההדגשה הוספה). דברי ההסבר להצעת הוועדה, שפורסמו גם הם, אינם מבהירים את פרשנות "הנסיבות הכלליות" המוזכרות בסעיף. עם זאת, ראוי להביא כאן את האמור בדברי ההסבר אודות הסעיף: ההוראה חוזרת על ההוראה הקיימת, במספר שינויים. שינוי אחד הוא שינוי נוסח, בסדר התנאים: התנאי השני בהוראה הקיימת, תנאי השליטה בנכס, עבר להיות התנאי הראשון, ואילו התנאי הראשון, היעדר הידיעה, עבר להיות התנאי השני. שינוי זה נועד להבהיר, כי הדגש בסעיף הוא על שליטת הנתבע בנכס. שינוי נוסף נוגע לבירור הנסיבות: התנאי הראשון (בהוראה המוצעת השני) שונה כך שהביטוי "לתובע לא הייתה ידיעה" הוחלף בביטוי "ולא התבררו נסיבות המקרה", ובכך מובהר כי העיקר הוא מה שידוע לבית המשפט אודות נסיבות האירוע, ולא מה שנמצא בידיעת התובע, וכי המועד שבו עדיין לא ברורות הנסיבות, המצדיק את הפעלת הסייג, הוא מועד הדיון המשפטי, ולא מועד האירוע.

שינוי אחר הוא בתנאי השלישי אשר מבהיר, כי העיקר הוא האם נגרם הנזק על ידי הנכס בשל סיכון שיצר הנתבע בהתרשלותו, ולא אם נהג בחוסר זהירות באופן כללי, כמו בהוראה הקיימת בפקודה.

הגישה הרואה בכלל "הדבר מעיד על עצמו" חריג המאפשר הוכחה סטטיסטית בתביעות רשלנות מאירה את הכלל באור בהיר יותר ומסבירה את הגיונם של התנאים לתחולתו. עם זאת, היא גם מעוררת שאלות חדשות, שחלקן העסיקו את בית המשפט העליון בפסקי הדין בעניין סולן ושטרנברג. נציג עתה שתיים מהשאלות הללו, ונאמר כבר עתה שקיימת ביניהן זיקה הדוקה. השאלה הראשונה היא מי רשאי להביא בפני בית המשפט ראיות סטטיסטיות לעניין תחולת הכלל: האם התובע בלבד או שמא גם הנתבע? השאלה השנייה היא מה דינן של ראיות ספציפיות המובאות במשפט על ידי מי מן הצדדים? במבט ראשון, שאלה אחרונה זו עשויה להעלות תמיהה: אם קיימות ראיות ספציפיות, מדוע זה נידרש לכלל "הדבר מעיד על עצמו", המתיר הכרעה במשפט על יסוד ראיות סטטיסטיות גרידא? תמיהה זו מתחזקת לאור העובדה כי במשפט הישראלי בית המשפט מכריע בשאלת תחולתו של הכלל בסוף המשפט, כשכל הראיות מצויות בפניו, ובכלל זה הראיות הספציפיות – אם הובאו. בפועל הדברים אינם כה פשוטים; כפי שאסביר בהמשך, כאשר מובאות בפני בית המשפט על ידי מי מהצדדים (כלומר: גם על ידי הנתבע) ראיות ספציפיות, המצביעות באופן פוזיטיבי על הליך גרימתו של הנזק, אכן אין מקום להיזקק מלכתחילה לכלל "הדבר מעיד על עצמו".⁷⁴ אולם, לפעמים מובאות לבית המשפט ראיות ספציפיות שאינן מגלות כיצד אירע הנזק בפועל. ראיות ספציפיות אלה מסוגלות אך "לעדן" או "לכוונן" (to fine tune) את הסטטיסטיקה – להתאים אותה למקרה המסוים. במילים אחרות: אם אמרנו קודם כי נחיצותו של הכלל היא בנסיבות שבהן הליך גרימתו של הנזק שרוי בערפל, הרי שערפל זה יכול להיות סמך יותר או סמך פחות. להפגתו החלקית תורמות לעתים ראיות ספציפיות, לרבות כאלה הנוגעות למקרה הפרטיקולרי התחום בזמן ובמקום.

להבחנה זו, בין ראיות סטטיסטיות גרידא לבין ראיות ספציפיות המעדנות את הסטטיסטיקה (אך אינן חושפות את הנסיבות המדויקות של המקרה), יש חשיבות מרובה להבנת המשך דברינו, ולכן אנקש להמחישה כבר עתה באמצעות דוגמה מן הפסיקה. בפרשת עמר⁷⁵ דובר במקרה שבו נולדה תינוקת בניתוח קיסרי, שבמהלכו התגלו קשיים בהחדרת ציגורית חמצן לכלי הנשימה של האם

כיוון ששאלת ההתרשלות עולה בחוק המוצע בעוולות נוספות, ולא רק ביחס לעוולת הרשלנות, מוצע שחזקת ה"דבר המעיד על עצמו" תחול הן לעניין תביעות על פי עוולת רשלנות, והן לעניין תביעות על פי עוולות אחרות.

74 ראו פרק 4.ג. להלן. עמדתי זו מנוגדת לדעה הנשמעת תדיר, שלפיה הראיות הספציפיות של הנתבע מקומן בשלב שבו הוא מנסה להרים את הנטל שהועבר אליו מכוח הכלל. ראו הערות 127–131 להלן והסקסט הסובב אותן.

75 עניין עמר, הערה 26 לעיל.

(אינטובציה). כתוצאה מקשיים אלה יצאה התינוקת לאוויר העולם כשהיא סובלת משיתוק מוחין. בתביעה נגד בית החולים הובאו עדויות מומחים, שמהן התברר כי כישלון בביצוע אינטובציה יכול להיגרם כתוצאה מרשלנותם של המרדמים – אך גם מסיבות שאינן כרוכות ברשלנות כגון נתונים אנטומיים של המטופל (השמנת יתר, צוואר קצר או נפיחות לשון), בצקת בדרכי הנשימה או היעדר תנוחה מתאימה לחשיפת הקנה. עדויות אלה של המומחים הן בבחינת ראיות כלליות. כלל "הדבר מעיד על עצמו" פותח פתח להכרעה במשפט על יסוד ראיות מסוג זה. באותה פרשה לא היו אלה הראיות היחידות שהוצגו בפני בית המשפט. על אף שלא הובאו ראיות ספציפיות המלמדות על אשר אירע (ולפיכך התקיים התנאי הראשון לתחולת הכלל),⁷⁶ הובאו גם הובאו ראיות ספציפיות – כאלה הנוגעות לניזוק הספציפי ולאירוע המסוים – שעידנו את הסטטיסטיקה. כך, למשל, התברר כי במסמכי בית החולים אין כל רישום בדבר קיומה של בצקת בדרכי הנשימה או בדבר קשיים בהשגת תנוחה מתאימה לחשיפת קנה הנשימה. עוד הוכח כי האם סבלה ממשקל יתר, אך בניתוחים אחרים שעברה – עובר ללידה ואחריה – נעשתה בה אינטובציה בלא כל קושי. ראיות אלה כולן הן ראיות ספציפיות. אמנם אין בכוחן להכריע בשאלה מה בפועל גרם לאינטובציה הכושלת, אך הן מתייחסות למקרה המסוים ומשנות את מאזן הסיכויים הנובע מהסטטיסטיקה הטהורה. בכך ראיות אלה הופכות את הסטטיסטיקה לרלבנטית יותר למקרה. אולם, האם הן משפיעות על שאלת תחולתו של כלל "הדבר מעיד על עצמו"?⁷⁷ במענה לשאלות אלה הציעה הפסיקה שלושה מודלים שונים: מודל ראיות התובע בלבד, מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד ומודל הראיות כולן. באלה נעסוק עתה.

3. המודלים: אימתי נבחנים התנאים לתחולת הכלל ומהן הראיות הרלבנטיות לעניין זה

כאמור, הגדרת תפקידו של הכלל *Res Ipsa Loquitur* באמצעות הבחנה בין הוכחה ספציפית (אינדיבידואלית) לבין הוכחה סטטיסטית אינה מהווה סוף פסוק ביחס לשאלת התשתית הראייתית הרלבנטית לבדיקת תחולתו של הכלל. ואכן,

76 שם, בעמ' 717.

77 יצוין, כי הראיות הספציפיות "המעדנות" עשויות להיות מסוגים שונים. הן יכולות להיות ישירות או נסיבתיות. הן עשויות להתייחס לניזוק, למזיק או לאירוע הנזק. מדובר בכל ראייה הבאה בפני בית המשפט ומעדנת את הסטטיסטיקה בדרך של שלילת האפשרות או של שינוי ההסתברות לכך שגורם תאורטי זה או אחר הוא שגרם לתאונה במקרה המסוים.

ניתן לגלות בפסיקה גישות שונות בעניין זה. את שורשיה של המחלוקת ניתן למצוא בויכוח ישן נושן שניסח בין שופטי הרוב לשופטי המיעוט בפרשת גוימן. נפתח, אם כן, בהצגת עמדות השופטים בפסק דין גוימן, ולאחר מכן ננתח את פסקי הדין סולן ושרנברג.

(א) הגישות בפסק הדין בפרשת גוימן

בפרשת גוימן מצאו עצמם שופטי הרוב והמיעוט בחזיתות שונות, אלה מול אלה. המחלוקת העיקרית, כך נדמה, נסבה על טיב הנטל המועבר מכוח כלל "הדבר מעיד על עצמו". בשאלה זו אדון בהרחבה בהמשך; עתה אבקש להתמקד במחלוקת שנתגלעה בין השופטים לגבי סוגיה אחרת, משנית לכאורה, הנוגעת לשלב שבו נבדקים שלושת התנאים לתחולת הכלל. הצגת מחלוקת אחרונה זו מהווה מצע חשוב להמשך דיונו.

ובכן, בפסק דין גוימן הביע השופט לנדוי, בדעת מיעוט, את עמדתו כי "... לשם בדיקת שלושת התנאים המוקדמים [להחלת הכלל; ג' ש'] כאילו משקיף בית-המשפט אחורנית אל שלב הביניים שבתום פרשת-התביעה".⁷⁸ זאת, על רקע התקדימים האנגליים שמהם נשאב הנוסח הסטטוטורי המופיע בסעיף 41 לפקודת הנויקין. השופט לנדוי הוסיף והסביר, כי בדומה לסיטואציה במשפט הפלילי שבה יכול הסנגור לסעון כי "אין להשיב לאשמה" אך אינו עושה כן, "גם כאן יתחשב בית-המשפט גם בראיות שהובאו תוך כדי פרשת העדויות של הנתבע ויש בהן כדי להוכיח תנאי משלושת התנאים המוקדמים".⁷⁹ כל זה, הדגיש השופט לנדוי, "כפוף לעיקר, שבפועל נעשית הערכת העדויות כולן בתהליך אחד ויחיד בסוף המשפט".⁸⁰

בדברים אלה יש חוסר-בהירות מסוים. השופט לנדוי מבקש להחזירנו – לצורך בחינת התקיימותם של התנאים לתחולת הכלל – אל השלב המתודי, ה"וירטואלי",⁸¹ של סיום ראיות התביעה; כלומר: לגישתו, בחינת השאלה אם קמה תחולה לכלל נעשית כעיקרון על פי ראיות התובע בלבד. אולם, השופט

78 עניין גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 245; ראו גם בעמ' 241 לפסק הדין: "ואשר לענין ההסתברות [התנאי השלישי; ג' ש], ברור, לדעתי, שהוא מתייחס לשלב-ביניים בדין, בתום פרשת הראיות מטעם התובע, כאשר נעשית בחינה מוקדמת של הראיות שהובאו עד לאותו שלב....".

79 שם, בעמ' 245–246.

80 שם, בעמ' 246.

81 כלשונו של השופט ריבלין בעניין שרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 560.

לנדוי מוכן להתחשב גם בראיות שהובאו תוך כדי פרשת העדויות של הנתבע, אשר "יש בהן כדי להוכיח תנאי משלושת התנאים המוקדמים". כפי הנראה, ניסוח זה מלמד כי לדעת השופט לנדוי אין להתחשב בראיות שתכליתן לשלול את התקיימותו של איזה מהתנאים האלה, כי אם רק בראיות התומכות בהתקיימות התנאים. מעל כל אלה מרחפת קביעתו של השופט לנדוי כי הערכת מכלול העדויות נעשית בתהליך אחד ויחיד, בתום המשפט – שכן קביעת גורלו של המשפט על פי "פיצול רעיוני של העדויות", כלשונו, עלולה להביא לסיבוכן.⁸² לדעתי, קשה ליישב קביעה אחרונה זו עם ההבחנה שערך השופט לנדוי עצמו בין ראיות שהן רלבנטיות לבחינת התקיימותם של התנאים לתחולת הכלל (קרי: הראיות המובאות בשלב פרשת התביעה, בתוספת ראיות המובאות בפרשת ההגנה ומוכחות את תנאי הכלל), לבין הראיות האחרות המובאות במשפט.

חוסר-בהירות מתגלה גם בדבריו של הנשיא אגרנט, המחזיק בדעת הרוב באותה פרשה. לדעתו, כדי להיווכח אם עלה בידי התובע להוכיח את קיומם של התנאים לתחולת הכלל, "חייב בית-המשפט לבדוק את ראיותיו גם מבחינת מהימנותן ומשקלן, ובהתחשב בראיות הנגדיות שהביא הנתבע (אם הביא) לענין התנאים הנדונים".⁸³ עולה מכאן, כך הסביר הנשיא אגרנט, "שהבדיקה הזאת חייבת להיערך בסוף המשפט, לא רק מפני שאצלנו לא קיים שלב הביניים 'אין מה להשיב', אלא גם משום שסיבו של הענין אינו מאפשר את עריכת בדיקתו בשלב יותר מוקדם...".⁸⁴ בהמשך דבריו הבהיר הנשיא אגרנט שכאשר בית המשפט בודק בתום המשפט אם התקיימו התנאים לתחולת הכלל, עליו להתחשב בראיות הנתבע – בין שיש בהן כדי להוכיח את התקיימות איזה מבין התנאים האלה ובין שיש בהן כדי לפגום במהימנותן ובמשקלן של ראיות התובע. אולם, "לא ישעה בית-המשפט אל הראיות של הנתבע, המכוונות אך להראות, כי הוא מילא את 'חובת הראיה', עליה דובר בסיפא של סעיף 41".⁸⁵

הנה, אפוא, לדעת הנשיא אגרנט, בדיקת התנאים לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו" נעשית בסוף המשפט, תוך התחשבות בראיות הנתבע – למעט אותן ראיות שכל תכליתן להרים את הנטל שהועבר אל שכמו מכוח הכלל.⁸⁶ אלא מאי? יש לזכור כי הואיל והבחינה נעשית בסוף המשפט, אין הפרדה

82 עניין נוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 246.

83 שם, בעמ' 261.

84 שם.

85 שם, בעמ' 262.

86 ראו גם דברי השופטת שושנה נתניהו בעניין עמר, הערה 26 לעיל, בעמ' 718: "הבחינה, אם אמנם יצא התובע ידי חובת השכנוע, נעשית על-פי מצב הראיות בסופו של המשפט, תוך התחשבות במשקל עדויות התביעה מחד ובראיות הנגדיות של הנתבע מאידך".

טכנית-כרונולוגית בין ראיות הנתבע, המתייחסות לתחולתו או לאי-תחולתו של הכלל, לבין ראיות הנתבע, הבאות להרים את הנטל שהועבר אליו מכוח הכלל. הנשיא אגרנט אינו מבהיר מהי ההבחנה המחזית בין אלה לבין אלה. יתר על כן: הנשיא אגרנט עצמו מאשר בהמשך דבריו, בהתייחס לדברים שנכתבו בספרות,⁸⁷ כי אם השכיל הנתבע להוכיח הסבר המתיישב עם היעדר רשלנות מצדו לא פחות מאשר עם היפוכו של דבר, כי אז נשטט למעשה הבסיס מתחת לתנאי השלישי:

אמת, משהוכיח הנתבע הסבר כאמור, כי אז יוצא למעשה כי בתום המשפט נשטט הבסיס מתחת לתנאי השלישי, המצריך שעודף ההסתברויות יצביע על מסקנת הרשלנות.⁸⁸

מכאן, שגם הראיות שהנשיא אגרנט מסווג ככאלה שהנתבע מביא לצורך הרמת הנטל שהועבר אליו רלבנטיות, מבחינה עקרונית, למסקנה המקדמית בדבר התקיימותו של התנאי השלישי. למרות זאת, הנשיא אגרנט קובע שבית המשפט לא ישעה אליהן בבואו לבחון את התקיימות התנאי השלישי. יוצא, שלפי גישתו על בית המשפט להכריע בשאלה האם מתקיים התנאי השלישי תוך התעלמות מראיות מסוימות, אף שהן רלבנטיות לשאלה זו עצמה. מתעוררת הקושיה, מדוע יש להתעלם מראיותיו של הנתבע, המציגות הסבר חלופי, חף מאשם, להסבר שהציע התובע, ובה בעת יש להתחשב בראיות אחרות של הנתבע, שתכליתן לפגום במהימנותו ובמשקלן של ראיות התובע. בסופו של דבר, אלה וגם אלה גורעות מכוחן, ממחימנותן וממשקלן של ראיות התובע, ומשפיעות – כך לדברי הנשיא אגרנט עצמו – על שאלת התקיימותו של התנאי השלישי. כדי להיחלץ מן הקושי הוסיף הנשיא אגרנט וכתב:

אולם, בדיקת השאלה, אם תנאי זה [התנאי השלישי; ג' ש'] נתמלא, נערכת על-סמך ההוכחה הלכאורית של התובע בלבד (הגם שעדות מצד הנתבע יכול שתמלא את החסר בה). על-כן, אם מן ההוכחה הזו נובע, שאירוע המקרה 'מעיד על עצמו', כי

87 רופוס, "הדבר מדבר בעדו", הפרקליט יב 217, 227–228 (תשס"ו): "בהיות כפות המאזניים שקולות, כיצד יהיה זה 'נראה לבית המשפט, כי אירוע המקרה מתיישב עם אי-שמירת הנתבע על זהירות מסתברת יותר מאשר עם שמירתו על זהירות כזו?' ועל כרחך תאמר, למרות לשון הסיפא לסעיף 54, הדורש מהנתבע להוכיח שלא היתה 'רשלנות, אשר הוא אחראי לה', שהנתבע יצא ידי חובתו, כיוון שהשמיט את אחד היסודות מתחת לסעיף 54 כולו, הוא התנאי השלישי הנ"ל".

88 עניין גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 300 (ההדגשה במקור).

או קמה חזקה בדבר רשלנות הנתבע, העומדת בתקפה – זו מצוות המחוקק – עד שיוכיח הנתבע חוסר רשלנותו. במילים אחרות, כפות המאזניים, אשר, בתום פרשת ההוכחה הלכאורית של התובע, היו מטות כלפי מסקנת הרשלנות, ממשיכות, מכוח אותה חזקה מן הדין, להטות כלפיה, אפילו אם הוכיח הנתבע הסבר המתיישב עם חוסר רשלנות מצדו לא פחות מאשר עם היותו רשלן; שהרי הסבר כזה משמעו איננו אלה להוסיף לכל אחת משתי כפות המאזניים הנ"ל משקל שווה ואי-אפשר יכול לגרום, בדרך זו, להורדת הכף המטה כלפי רשלנות הנתבע עד כדי שהיא וזו המטה כלפי חוסר רשלנות – תהיינה מאוזנות.⁸⁹

מן המקובץ עולה כי לדעת הנשיא אגרנט, הגם שהסברו של הנתבע עשוי בתום המשפט לשמוט את הקרקע מתחת לתנאי השלישי – שכן אין עוד הסתברות עדיפה לקיומה של התרשלנות – עדיין אין מתחשבים בו לצורך בחינת התקיימותו של הכלל. בחינה אחרונה זו נעשית רק על סמך "ההוכחה הלכאורית של התובע", כשעדות מצד הנתבע יכולה אך "למלא את החסר בה", כלשונו. דא עקא, שדבריו אלה של הנשיא אגרנט סותרים לכאורה את קביעתו הקודמת, כי בחינת ראיות התובע נעשית בסוף המשפט, תוך בחינת מהימנותן ומשקלן לאור ראיות הנתבע (כלומר: ראיות הנתבע יכולות גם לגרוע מראיות התובע). אל נוכח חוסר-בהירות זה בפסק הדין המנחה בפרשת גוימן, אין תמה שכאשר שבה המחלוקת ונתגלעה בין שופטי בית המשפט העליון בפסקי דין מהעת האחרונה (ובעיקר בפסק הדין סולן), מצאו השופטים משני עברי המתרגם תימוכין לגישתם בפסק הדין גוימן בכלל ובפסק דינו של הנשיא אגרנט בפרט.⁹⁰

(ב) גישת השופט אנגלרד בפסק דין סולן: "מודל ראיות התובע בלבד"

גישתו של השופט אנגלרד בסוגיה שבה אנו עוסקים קיבלה ביטוי ברור בפסק הדין בפרשת סולן. לשיטתו, התנאי השלישי "אינו נבחן על רקע מכלול הראיות, כפי שהן עומדות לנגד עיני בית המשפט בסיום כל העדויות, אלא השלב המכריע לבחינת קיומו הוא בסיום פרשת התביעה". את הטעם שביסוד גישתו זו הסביר השופט אנגלרד בזו הלשון:

89 שם (ההדגשה במקור).

90 השופט אנגלרד בעניין סולן, הערה 4 לעיל, בעמ' 905-906 והשופט שטרסברג-כהן שם, בעמ' 909.

לו היו בוחנים את קיומו של עודף ההסתברות בסוף כל הראיות, הרי הכלל 'הדבר מעיד על עצמו' היה מאבד כל משמעות עצמית. הנימוק לכך הוא כי מצב של עודף הסתברות לקיומה של רשלנות על יסוד מכלול הראיות, די בו כדי לחייב את הנתבע באחריות בנוזקין על-פי כללי ההוכחה הרגילים. יתרה מזו, בשלב הסופי של המשפט, כשמכלול הראיות בפני בית המשפט, אין עוד מקום לדבר על ראיות לכאורה או על הסתברות לכאורית של רשלנות. נמצא, כי בשלב זה אין כל משמעות להעברת נטל השכנוע מכוח החזקה המשפטית הקבועה בסעיף 41 לפקודה. לכן, השלב המכריע לבדיקת קיומו של תנאי ההסתברות הוא, כאמור, בסוף פרשת התביעה.⁹¹

נראה, כי השופט אנגלרד ביטא גישה קיצונית אף יותר מזו של השופט לגדוי. לדעתו, הראיות היחידות הרלבנטיות לעניין תחולתו של התנאי השלישי הן ראיות התובע. השופט אנגלרד לא התייחס לשאלת סוג הראיות שהתובע או הנתבע רשאים להביא – סטטיסטיות או ספציפיות, ולמעשה כלל לא הזכיר הבחנה זו. מדבריו ניתן להבין שלגד ענינו עומדות רק שתי דרכים אפשריות: האחת – בחינת הראיות של התובע בלבד, והאחרת – בחינת מכלול הראיות שהובאו במשפט. השופט אנגלרד לא התייחס – לפחות לא בהנמקתו – לקיומה של אפשרות אחרת, המבחינה בין ראיות כלליות לבין ראיות ספציפיות, וקובעת כי בשלב בחינתו של התנאי השלישי על בית המשפט לשקול את הראיות הכלליות של הנתבע אך לא את הראיות הספציפיות מטעמו. מתוך תפיסה זו של השופט אנגלרד צומחת הברירה שהציג בפנינו – הכרעה בשאלת תחולתו של הכלל אך ורק בהתבסס על הראיות שמביא התובע או הכרעה בשאלת תחולתו של הכלל על יסוד הראיות כולן, כשלדעתו משמעות הדבר היא איבוד נפקותו של הכלל.⁹² מטבע הדברים, מבין שתי החלופות הללו בחר השופט אנגלרד באפשרות הראשונה.

91 שם, בעמ' 905.

92 במאמר מוסגר אציין כי עמדתו זו של השופט אנגלרד – ולפיה הכרעה בשאלת קיומו של התנאי השלישי על יסוד מכלול הראיות מייתרת את הכלל – עומדת, לדעתי, בסתירה מסוימת לדברים שבספרו. כפי שפורט בהערה 40 לעיל ובסקסט הסובב אותה, פרופ' אנגלרד הסביר את ייחודו של הכלל בכך שהוא מאפשר לתובע לזכות בתביעתו על אף שהסיבה המדויקת לתאונה אינה ידועה, וזאת כשניסיון החיים מלמד שתאונה מסוג זה לא הייתה מתרחשת בלא מעשה רשלני כלשהו. לדעתי, נפקות אחרונה זו של הכלל אינה מתאימת גם אם נבחן הכלל "בסוף כל הראיות". ארחיב בעניין זה בהמשך הדברים.

על אף שהשופט אנגלרד ביכר כאמור שלא לדון במפורש בסוג הראיות המשמשות להכרעה בשאלת תחולתו של הכלל,⁹³ ועסק רק בשאלה מי רשאי להביא ראיות לעניין זה, אני סבור כי בפסק דינו משתקף מודל ראיות התובע בלבד.⁹⁴ לא זו בלבד, אלא שפסק דינו של השופט אנגלרד נותן ביטוי חד וברור למשמעויות של יישום מודל זה. צאו וראו כיצד הגיע השופט אנגלרד למסקנה כי בפרשת סולן התקיימו התנאים לתחולת הכלל: בעובדות אותה פרשה עבר התובע ניתוח אלקטיבי לתיקון בקע מפשעתי וכתוצאה מהניתוח נפגע אחד מאשכיו. המומחה הרפואי מטעם התובע הסביר כי בשל התייעוד הלקוני והחלקי שנערך ביחס לניתוח אין ביכולתו לדעת מה היה התרחיש המדויק שהביא לפגיעה. עם זאת, סבר המומחה, נסיבות המקרה מצביעות על פגיעה בכלי דם כתוצאה מביצוע פעולה בלתי-זהירה כלשהי במהלך הניתוח. לעומתו, המומחה מטעם הנתבעים – וכמוהו גם המומחה מטעם בית המשפט – סבר שקיימת אפשרות עקרונית שהפגיעה לא נגרמה בשל התרשלות של הצוות הרפואי. בית המשפט המחוזי קבע כי בנסיבות אלה כפות המאזניים מעוינות.⁹⁵ השופט אנגלרד, לעומת זאת, קבע כי לצורך בדיקת התקיימותו של הכלל יש לבחון את ראיות התובע בלבד, קרי: אך ורק את חוות הדעת מטעמו. מאחר שחוות דעת זו הצביעה על אפשרות אחת ויחידה – שהצוות הרפואי חטא בהתרשלות כלשהי – הגיע השופט אנגלרד לכלל מסקנה כי התובע עמד בנטל ההוכחה לעניין התנאי השלישי.

לפנינו אפוא יישום מובהק של מודל ראיות התובע בלבד. בהיעדר ראיות המלמדות כיצד אירע הנזק במקרה הספציפי, בית המשפט נזקק לעדויות מומחים אודות הגורמים האפשריים להתרחשות של נזק מהסוג שאירע. אולם, חלף ההיוקקות לראיות הכלליות כולן (כפי שעשה בית המשפט המחוזי) בחן השופט אנגלרד, בבואו להכריע בשאלת התקיימות הכלל, אך ורק את אלה של התובע. לדעתי, המקרה שנדון בפרשת סולן מדגים היטב את הקושי הטמון במודל ראיות התובע בלבד. מודל זה מעניק בלעדיות לתמונת המצב הכללית-סטטיסטית שהתובע מציג, ובכך מפקיד בידיו כוח רב להעביר את הנטל אל שכמו של הנתבע – וספק אם יש הצדקה לכוח זה. יש לזכור כי הסקת מסקנה משפטית על

93 ספרם של פורת ושטיין אוזכר בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן כ"עומד להתפרסם"; אין לדעת אם היה מונח גם בפניו של השופט אנגלרד.

94 מתוך שהשופט אנגלרד אינו מסייג את הראיות שהתובע רשאי להביא לראיות כלליות בלבד, נראה כי אין מניעה להביא בחשבון הכלל גם ראיות ספציפיות של התובע, אם יש כאלה; נדון בהן בהמשך.

95 ומכאן המסקנה המתבקשת כי בית המשפט המחוזי סבר, לאור מכלול הראיות הכלליות שבפניו, כי ההסתברות לקיומה של התרשלות היא 50% וכזו היא גם ההסתברות להיעדר התרשלות.

יסוד ראיות וטענות של צד אחד בלבד למשפט – בלא להעביר את אלה במבחן המהימנות והמשקל ובלא להעמידן אל מול הראיות והטענות של הצד שכנגד – איננה דבר נפוץ.⁹⁶ כאשר נעשה הדבר הוא נעשה תכופות לטובת הצד שנגדו הובאו אותן ראיות או נטענו אותן טענות.⁹⁷ לא כך כשמישם מודל ראיות התובע בלבד במסגרת כלל "הדבר מעיד על עצמו". כאן, בחינת ראיות התובע נעשית לצורך הכרעה בשאלה אם קמה תחולה לכלל, ובפרט אם קיימת "התרשלות סטטיסטית" מצד הנתבע. אם המסקנה חיובית, נטל השכנוע עובר אל כתפי הנתבע. ברור כי יש במסקנה זו כדי להרע את מצבו של הנתבע, וזאת מבלי שניתן לו פתחון פה בשאלה אם אכן התקיימו תנאי היסוד להתקיימות החזקה. ודוק: גם כשמדובר בחזקות אחרות במשפט, הנטל להוכיח את עובדות היסוד המקימות את החזקה מוטל על הטוען לתחולתה.⁹⁸ לא שמענו כי בבחינת שאלה זו – שאלת התקיימותן של עובדות היסוד – נתונה בלעדיות לראיות התובע ואין שומעים את הנתבע.⁹⁹ הסקת מסקנה בעניין קיומה של הנחת התרשלות על יסוד

96 אם כי קיימות נסיבות מיוחדות ויוצאות-דופן שבהן עשויה להינתן החלטה שיפוטית במעמד צד אחד. ראו, למשל, תקנות 366–367 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, העוסקות בסעדים זמניים. כאשר ניתן סעד *ex parte*, החוק קובע מנגנוני הגנה על הצד האחר. ראו ביחס לסעדים זמניים – נוסף על המנגנונים הקבועים בתקנות שצוינו לעיל – את חובת הפקדת העירבון הקבועה בתקנה 364 לתקנות סדר הדין האזרחי.

97 סלו לדוגמה את תקנה 100 לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת כי "בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, לצוות על מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, על יסוד אחד הנימוקים האלה: (1) אין הכתב מראה עילת תביעה...". הפסיקה קבעה כי בבואו להפעיל סמכותו זו ינהג בית המשפט במשנה זהירות, ולא יעשה כן אלא במקום שבו "ברור ונעלה מכל ספק הוא, שעל יסוד העובדות שטען להן לא יוכל התובע לזכות בסעד שביקש". ראו יואל זוסמן, סדרי הדין האזרחי 384 (שלמה לוי עורך, מהדורה שביעית, 1995); וכן ע"א 3510/99 ולעס ג' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל, פ"ד נה(5) 826. יוצא, כי במקרה כזה בית המשפט מסיק מסקנה שיפוטית על יסוד טענות של בעל דין אחד, אולם מי שיוצא נשכר מאותה מסקנה שיפוטית הוא בעל הדין האחר. דוגמה נוספת, קרובה אף יותר לענייננו, מצויה בסעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982. כאשר נאשם טוען עם סיום פרשת התביעה כי "אין להשיב לאשמה", בית המשפט יזכה אותו אם ימצא שאפילו יינתן לראיות התביעה מלוא האמון וידענק להן מלוא המשקל הראייתי – עדיין לא יהא בהן כדי לבסס הרשעה. ראו ע"פ 638/85 מדינת ישראל ג' בוטרוס, פ"ד מ(2) 658; כן ראו והשוו ע"פ 405/80 מדינת ישראל ג' שדמי, פ"ד לה(2) 757. אף כאן המסקנה הנגזרת מבחינת ראיות התביעה – בלא להעבירן בשבט הביקורת של מהימנות ומשקל – היא לטובת הנאשם שנגדו הובאו אותן ראיות.

98 ראו, למשל, ע"פ 348/67 פלוגי ג' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 225, 231.

99 סלו לדוגמה את החזקה הקבועה בסעיף 22 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], תשי"ט–1959, לפיה "...חייל שמת כתוצאה מחבלה, ממחלה או מהחמרת מחלה, שארעו

ראיות התובע בלבד יש בה מידה של אי-צדק, והיא גם מנוגדת למדיניות המשפטית הראויה. על עניין אחרון זה עמדה השופטת שטרסברג-כהן:

אילו נבחן קיומם של תנאי הכלל רק על בסיס החומר הראייתי שהוצג על-ידי התובע, התוצאה הייתה כי ברוב המקרים של המקרים היה על בית המשפט להחיל את הכלל ולהעביר את נטל השכנוע בדבר העדר רשלנות אל כתפי הרופאים. תוצאה זו אינה נראית לי, באשר היא אינה מתיישבת עם מדיניות משפטית ראויה... אין המשפט אמור להעמיד את הרופאים במצב של 'אשמים' לכאורה, ולהעביר באופן גורף את נטל השכנוע לשכמם על סמך ראיות התובע בלבד.¹⁰⁰

אכן, מי יתקע לידינו כי התובע יציג תמונת מצב כללית-סטטיסטית שלמה, נכונה ומדויקת? הרי אין לשלול את האפשרות כי התובע – אם בשגגה, אם ברשלנות ואם בזדון – יחשוף רק חלק מהתמונה – אותו חלק העולה בקנה אחד עם האינטרס שלו במשפט. כל המצוי בתיקי רשלנות רפואית מכיר ויודע כי ברוב רובם של המקרים, חוות-הדעת שמגישים הצדדים הן שונות ולעתים אף סותרות. דוגמה לכך ראינו בפרשת סולן, שם העמדה שהביעה חוות-הדעת הרפואית מטעם התובע בדבר הגורמים האפשריים לנזק הייתה שונה בתכלית מהעמדה שהביעו המומחים מטעם הנתבע ומטעם בית המשפט. האם, בכל הנוגע להחלת כלל "הדבר מעיד על עצמו", יש הצדקה ליתן עדיפות א-פריורית לחוות-הדעת מטעם התובע? נראה לי כי התשובה לכך היא בשלילה. כלל זה, ובפרט התנאי השלישי לתחולתו, תר אחר קיומה של הסתברות כללית-סטטיסטית לכך שהייתה התרשלות כלשהי מצד הנתבע. אין להחיל את הכלל בטרם הוכח כי

בתקופת שירותו, רואים אותו כמי שמת עקב שירותו וזולת אם הוכח היפוכו של דבר". המבקש להסתמך על החזקה גדרש להוכיח כי מות החייל נגרם כתוצאה מחבלה או ממחלה שאירעו בתקופת השירות. האם בבואו של בית המשפט להכריע בשאלה זו, הנוגעת לעובדת היסוד, לא יינתן כל משקל לראיות הנתבע, המבקשות להראות כי החבלה או המחלה לא אירעו בתקופת השירות? לדעתי, התשובה לכך חייבת להיות שלילית. סיפת הסעיף, המאפשרת לנתבע לסתור את החזקה ("זולת אם הוכח היפוכו של דבר"), נסבה על מקרה שבו כבר עבר הנטל. היא מתירה לנתבע להביא ראיות המלמדות כי המוות לא אירע עקב השירות; אך מה אם באמתחתו של הנתבע ראיות בדבר עצם השאלה האם מת החייל כתוצאה מחבלה או ממחלה שאירעו בתקופת השירות? אלה מקומן בשלב הראשון, שבו נבחנת השאלה אם הנטל עובר לנתבע; אין עניינן בהפרכת החזקה אלא בבדיקת עצם קיומה.

100 עניין סולן, הערה 4 לעיל, בעמ' 911.

התרשלות סטטיסטית כזו אכן קיימת; כפי שאין בוחנים את קיומה של התרשלות "רגילה" על יסוד ראיות התובע בלבד, כך גם אין לבחון את קיומה של התרשלות "סטטיסטית" – ולו לצורך החלת הכלל – בהתעלם מראיות הנתבע.

(ג) גישת השופט שטרסברג-כהן בפסק דין סולן: "מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד"

השופט שטרסברג-כהן נקטה, כאמור, גישה שונה מזו של השופט אנגלרד. לשיטתה, "ההכרעה בשאלת תחולתו של הכלל אינה זהה להכרעה בגורלה של התביעה גופה", ובחינת התנאי השלישי בסוף המשפט, על יסוד מכלול הראיות, אינה גורמת לכלל לאבד משמעות. זאת, לאור "ההבדל המהותי בין ההשלכה הראייתית של התקיימותו של התנאי השלישי של הכלל, המעביר את נטל השכנוע ובין ההכרעה בתביעה גופה". לפיכך סברה השופטת שטרסברג-כהן כי אין טעם להימנע מליתן את הדעת לראיות הנתבע לעניין הפעלת הכלל.¹⁰¹

השופטת שטרסברג-כהן לא פירטה בפסק דינה מה מייחד את "ראיות הנתבע לעניין הפעלת הכלל", מהראיות הצריכות להכרעה בגורל התביעה כולה. עם זאת הפנתה השופטת בעניין זה לספרם של פורת ושטיין. ניתן להסיק מכך, שככל שמדובר בתנאי השלישי היא התכוונה להבחנה בין ראיות כלליות-סטטיסטיות (של התובע ושל הנתבע), שהן הראיות הרלבנטיות להכרעה בשאלת תחולת הכלל, לבין ראיות ספציפיות-אינדיבידואליות, ה"נכנסות לפעולה" רק בשלב ההכרעה בגורל התביעה.¹⁰² כך, מכל מקום, הבין השופט ריבלין את גישתה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק דינו בפרשת שטרנברג, שניתן בבית המשפט העליון זמן קצר לאחר מתן פסק הדין בפרשת סולן.¹⁰³ גלך, אם כן, בעקבות פסק הדין בפרשת שטרנברג, שם הוסברה גישה זו – אותה כינינו "מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד" – כך:

101 שם, בעמ' 910–911. יצוין, כי גם בארצות-הברית קבעה הפסיקה שעדות מומחה מטעם הנתבע עשויה למוטט את ההנחה העולה מראיות התובע, שלפיה התאונה לא הייתה מתרחשת בלא התרשלות מצד הנתבע, ובכך לטרפד את החלת כלל "הדבר מעיד על עצמו". ראו עניין *Calabretta*, הערה 19 לעיל.

102 מסקנה זו מתיישבת גם עם דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת סולן, כי בכוא הנתבע להרים את הנטל שהועבר אליו הוא יכול לעשות כן על ידי הוכחת תרחיש לא עוולתי שגרם לנזק או על ידי הוכחת אמצעי זהירות סבירים שנקט. המדובר בראיות ספציפיות הנדחות, אליבא דהשופטת שטרסברג-כהן, לשלב הרמת הנטל.

103 עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 561. השופטת שטרסברג-כהן ישבה בהרכב שנתן את פסק הדין בפרשת שטרנברג, אך לא הוסיפה על הדברים שכתבה בפסק דין סולן והסתפקה בהפניה אליהם.

[גישה זו] מבחינה בין הראיות הכלליות המובאות על ידי הנתבע לבין הראיות הקונקרטיות המובאות על ידו – שרק אלה הראשונות תובאנה בחשבון בעת בחינת קיומו של התנאי השלישי... לצורך בדיקה זו [של התקיימות התנאי השלישי] אין כל חשיבות לכך שהנתבעים הצליחו להוכיח כי גורמים אפשריים מסוימים הנגועים באשם לא נתקיימו בפועל במקרה מסויים זה. הוכחה קונקרטית זו היא חלק מפרשת ההגנה, היא אינה מובאת בחשבון הבדיקה של התנאי השלישי...¹⁰⁴

הנה כי כן, לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, בשלב שבו נבחנת שאלת התקיימותו של התנאי השלישי לתחולת הכלל אין מתחשבים בראיות ספציפיות, אפילו כאלה שכל נפקותן בעידון הסטטיסטיקה. כך, ראיות שיש בהן כדי "להוכיח כי גורמים אפשריים מסוימים הנגועים באשם לא נתקיימו בפועל במקרה מסויים זה" אינן משפיעות על ההכרעה בעניין תחולת הכלל, וניתן להיזקק להן אך ורק בשלב שבו נבדקת השאלה אם הורם הנטל שהועבר אל כתפי הנתבע: "בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, לאמור: בלי שפונה בית-המשפט לפרטי המקרה".¹⁰⁵ מודל זה משמעותו יצירת "פיצול רעיוני של העדויות", כלשונו של השופט לנדוי, ואף שעדיף הוא בעיני על גישתו של השופט אנגלרד – שכן הוא יוצר איזון בין הצדדים ומאפשר לשניהם להביא ראיות בדבר ההסתברות הסטטיסטית לקיומה של התרשלות – עדיין הוא טומן בחובו כמה קשיים. הקושי העיקרי נובע מכך שמודל זה אינו נותן מענה מלא לחשש – שעליו עמדנו קודם ביחס לגישתו של השופט אנגלרד – מפני הכרעה בשאלת תחולתו של הכלל על יסוד תשתית חסרה או בלתי-רלבנטית.¹⁰⁶

אכן, גם לאחר שמתקבלת תמונת מצב כללית-סטטיסטית שלמה, הנשענת על הראיות הכלליות של התובע ושל הנתבע גם יחד, תמונת מצב זו אינה בהכרח משקפת נאמנה את ההסתברות הסטטיסטית בנסיבות המקרה הקונקרטי. כך, למשל, יכול שגורם אפשרי לתאונה, שהציע המומחה מטעם התובע, יישלל על ידי ראיות הנתבע – לא באופן כללי כי אם במקרה הספציפי – ובכך ישנה את המאזן ההסתברותי ויעמיד אותו באור הקונקרטי הנכון.¹⁰⁷ לדוגמה, ראיות מטעם הנתבע, המצביעות על כך שנקט אמצעי זהירות כנגד אחד הגורמים האפשריים לתאונה,

104 שם, בעמ' 561-562.

105 שם, בעמ' 562 (ההדגשה במקור).

106 ראו שם, בעמ' 563.

107 ראו ניתוחנו את עניין עמר, הערות 75-77 לעיל והטקסט הסובב אותן, וכן הדיון להלן בנוגע לעניין ישראליפט.

עשויות להשיג תוצאה זו באמצעות שלילת האפשרות (או הפחתת ההסתברות) שאותו גורם אכן גרם לתאונה המסוימת. הימנעות דווקנית מבחינתן של ראיות ספציפיות, לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, עלולה אפוא להביא למסקנה שיפוטית בדבר הסתברות סטטיסטית לקיומה של התרשלות, שאינה הולמת את נסיבות המקרה המסוים.

כבר בשלב זה נעיר כי אין זו סופה של בדיקת הראיות, שהרי ניתנת לנתבע אפשרות להביא ראיות ספציפיות כדי להרים את הנטל המועבר אליו מכוח הכלל. עוד נתייחס לעניין זה, אך לעת עתה נסתפק בהדגשת העובדה שמודל הראיות הסטטיסטיות בלבד מביא לכך שהכלל עלול להיות מוחל על יסוד מסקנה סטטיסטית מופשטת שאיננה רלבנטית למקרה. במילים אחרות, הנטל עלול להיות מועבר לנתבע על אף היעדרה של התרשלות סטטיסטית. זאת ועוד: כפי שיובהר מיד, יישום של מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד עלול, בסופו של דבר, להביא לכך שהכלל לא יוחל על אף קיומה של התרשלות סטטיסטית בנסיבות המקרה. בכך תהא משום פגיעה בתובע, שהכלל מלכתחילה בא להיטיב עמו.

טענות אלה ניתן להמחיש באמצעות פסק הדין בפרשת ישראל¹⁰⁸, שם נדונה תביעת פיצויים שהגישה משפחתו של אדם שנפל אל מותו בפיר של מעלית נגד החברה שייצרה ותחזקה את המעלית. במשפט התברר כי הנורית "מעלית כאן" הייתה דלוקה בקומה ג' – שם ביקש המנוח להיכנס למעלית – ודלת המעלית באותה קומה לא ננעלה, אף כי תא המעלית עצמו עלה מקומה ג' לקומה אחרת. המנוח, שפתח את דלת המעלית וצעד קדימה, דרך לתוך חלל ריק וצנח מטה. הסיבה הממשית לתאונה נותרה עלומה, אולם במהלך המשפט הוצעו לה כמה גורמים אפשריים. באשר לשאלה מדוע עלתה המעלית לקומה גבוהה יותר על אף שהדלת בקומה ג' לא ננעלה הועלו שלושה הסברים אפשריים: קצר חשמלי, הפעלה ידנית של המעלית על ידי אחד מדיירי הבית ותקלה במערכת הבלמים.¹⁰⁹ נניח, לצורך הדוגמה, כי מבחינה סטטיסטית "טהורה" ההסתברות שכל אחת מן האפשרויות האלה היא שגרמה לתאונה היא זהה (קרי: 33% לערך), וכי רק האפשרות האחרונה (תקלה במערכת הבלמים) כרוכה בהתרשלות מצד הנתבעת.¹¹⁰

108 ע"א 241/89 ישראל (שרותים) תשל"ג בע"מ ג' הינדלי, פ"ד מט(1) 45.

109 שם, בעמ' 74–76.

110 השופט מצא קבע באותו מקרה כי "משעלה בידי המשיבות [הן התובעות; ג' ש'] להניח תשתית להערכה שיפוטית, שאת אירוע התאונה סביר לייחס לתקלה במנגנון הנעילה של הדלת או במערכת הבלמים, יצאו הן בכך גם ידי חובתן להוכיח רשלנות לכאורה מצד המערערת [היא החברה הנתבעת; ג' ש']. הלוא המערערת הייתה מופקדת על בדיקת

בפרשת ישראל לפט התייחס המומחה מטעם התובעים רק לאפשרות של תקלה במערכת הבלמים. לפי גישת השופט אנגלרד – מודל ראיות התובע בלבד – כאן צריכה הייתה להיעצר הבדיקה לעניין תחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו", שהרי לעניין זה חי בית המשפט, לגישתו, אך ורק מפי התובע. בעיניי, כאמור, גישה זו אינה מוצדקת והיא מגבשת חזקה בדבר "התרשלות סטטיסטית" של הנתבע, על אף שלאמיתו של דבר – ולו מבחינה סטטיסטית טהורה – ייתכן שאין התרשלות כזו.

לעומת זאת, לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, על בית המשפט לבחון גם את הראיות הכלליות של הנתבע. בפרשת ישראל לפט הציעו המומחים מטעם החברה הנתבעת שני הסברים חלופיים שאינם נגועים ברשלנות מצד הנתבע (קצר חשמלי והפעלה ידנית). על בסיס ההנחה שהצגנו לעיל – שההסתברות ביחס לכל אחד משלושת ההסברים החלופיים היא כ-33% – נוטה עתה הכף לכיוון המסקנה שאין לייחס לנתבע "התרשלות סטטיסטית" (שכן ההסתברות הסטטיסטית לכך שהתאונה אירעה בלא התרשלות היא 66% לערך). מודל זה נותן מענה ראוי במקרים שבהם לא הובאו בפני בית המשפט ראיות כלשהן בדבר נסיבות המקרה, ועל בית המשפט להגיע למסקנה סטטיסטית "טהורה" בדבר הגורמים האפשריים לתאונה מסוג זה. אולם, כאשר מובאות בפני בית המשפט ראיות הנוגעות למקרה הספציפי, המצביעות על ההסתברות הסטטיסטית הרלבנטית לתאונה המסוימת שאירעה, ואין מתחשבים בהן לצורך החלת הכלל – מתקבלת תוצאה מוקשה.

ראיות ספציפיות כאלה אכן הובאו בפרשת ישראל לפט. בית המשפט המחוזי שם שלל את האפשרות כי האירוע התרחש עקב קצר חשמלי, וקבע גם שהאפשרות שהמעלית הועלתה מקומה ג' בהפעלה ידנית היא בלתי סבירה; כלומר: בית המשפט המחוזי שלל את שני הגורמים החפים מאשם שהציעו המומחים מטעם הנתבעת או, למצער, קבע כי הסבירות שהם אשר גרמו לנזק הספציפי היא נמוכה ביותר. מפסק הדין לא ברור מהו הבסיס לשלילת האפשרות הראשונה (קצר חשמלי), אך לגבי האפשרות השנייה – הפעלה ידנית של המעלית – נהיר כי קביעת בית המשפט המחוזי באשר לאי-סבירותה נשענת על ראיות הנוגעות למקרה הספציפי, לאמור: "על התרשמותו [של בית המשפט המחוזי] מביקורו במקום, על קשיי הגישה לחדר המכונות, ועל ההתחשבות בשעת האירוע וביתר נסיבות העניין".¹¹¹ אלו הן ראיות ספציפיות הנוגעות לאירוע עצמו, ובכוחן לשנות את המאזן הסטטיסטי באמצעות שלילת האפשרות (או הפחתת ההסתברות)

תקינותה של המעלית. לכן, היה זה מחובתה לבדוק, באורח שוטף, את מנגנוני המעלית ולעשות מבעוד מועד את הדרוש למניעת תקלות כאלה". שם, בעמ' 77.

111 שם, בעמ' 76.

שאתה הגורמים התאורטיים לסוג כזה של תאונה אכן גרם לאירוע הנזק במקרה המסוים. מדובר אפוא בראיות המעדנות את הסטטיסטיקה (להבדיל מראיות המגלות מהו, אל נכון, התרחיש שגרם לנזק). הגישה הסוברת כי אין מתחשבים בראיות ספציפיות כאלה הייתה מביאה לתוצאה שלפיה לא הוכחה "התרשלות סטטיסטית", וזאת על יסוד התחשבות בגורמים אפשריים לנזק מסוג זה שהוכח כי לא התקיימו במקרה הספציפי (הפעלה ידנית); במילים אחרות: על יסוד ראיות כלליות שאין להן, הלכה למעשה, רלבנטיות למקרה הנדון. ואכן, גישה זו לא הנחתה את בית המשפט העליון בפרשת ישראל לפט. בית המשפט העליון צעד בנתיב שהתווה בית המשפט המחוזי, וקבע כי "הונחה תשתית מספקת להערכה שיפוטית... כי אירוע התאונה מתיישב יותר עם קיומה מאשר עם היעדרה של התרשלות מצד המערער".¹¹²

כאן המקום להסב את תשומת הלב לעניין שכבר רמזנו עליו לעיל, לאמור, כי הראיות הספציפיות שהובאו בפרשת ישראל לפט, כמו גם אלה שהובאו בפרשת עמר, היו ראיות שהיטיבו עם התובע, כלומר: ראיות שבאו לשלול גורמים אפשריים חפים מאשם שהציע הנתבע. עד כה הנחנו שבמקרים שבהם נדון כלל "הדבר מעיד על עצמו", הראיות היחידות שיש לתובע הן ראיות כלליות, ואילו לנתבע עשויות להיות הן ראיות כלליות והן ראיות ספציפיות. בפועל אין הדבר כך. לעתים התובע אינו יודע באופן מלא מהו התרחיש שגרם לנזק,¹¹³ אך עדיין יש בידיו ראיות הנוגעות למקרה וחושפות חלק מן התצורה. ראיות אלה, אף כי הן מתייחסות למקרה הספציפי, כל נפקותן בעידון הסטטיסטיקה ובהפיכתה לרלבנטית יותר למקרה. אין בכוחן לגלות באופן פוזיטיבי מה היה הליך הגרימה בפועל, אך הן עשויות ללמד כי תרחישים מסוימים העולים מן הראיות הכלליות אינם רלבנטיים (או רלבנטיים פחות) למקרה המסוים. מה דינן של ראיות ספציפיות כאלה? נראה לי, כי אם מאמצים את מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, השולל מן הנתבע את האפשרות להביא ראיות ספציפיות לעניין תחולת הכלל, אזי משמעות הדבר היא שגם התובע אינו יכול להביא ראיות כאלה. בגדר מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, אין מקום להפך את האיזון בין הצדדים כך שאחד מהם – התובע – יהא רשאי להביא ראיות ספציפיות המעדנות את הסטטיסטיקה,

112 שם, בעמ' 76-77.

113 לו היו בידיו ראיות המוכיחות את הליך הגרימה במקרה הספציפי כלל לא היינו מצויים במגרשו של כלל "הדבר מעיד על עצמו", שהרי התנאי הראשון לתחולת הכלל לא היה מתקיים.

והאחר – הנתבע – יהא מנוע מכך. הדברים שאמרנו לעיל, בדיוננו אודות מודל ראיות התובע בלבד וחוסר-האיוון הגלום בו,¹¹⁴ יפים במידה רבה גם לכאן. טלו את המקרה הבא: לתובע נגרם נזק על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, והראיות הכלליות של התובע מצביעות על שני גורמים אפשריים להתרחשות התאונה; כל אחד מהם נגוע בהתרשלות של הנתבע, ולכל אחד מהם הסתברות שווה (קרי: 50%). אף הנתבע הביא ראיות כלליות, המצביעות על שני גורמים אפשריים נוספים לקרות התאונה – שניהם אינם נגועים בהתרשלות מצדו, ולכל אחד מהם הסתברות שווה (קרי: 50%). לאורן של ראיות אלה הגיע בית המשפט למסקנה שקיימים ארבעה גורמים אפשריים לתאונה, ושהסתברות שכל אחד מהם הוא שגרם בפועל לתאונה היא שווה (קרי: 25%). בנסיבות כאלה, התנאי השלישי אינו מתקיים, שכן מבחינה סטטיסטית האפשרות שהנזק נגרם בגין התרשלות אינה מסתברת יותר מהאפשרות האחרת. עתה נניח כי באמתחתו של התובע מצויות גם ראיות שמהן עולה בבירור כי אחד הגורמים החפים מאשם לא גרם לנזק הקונקרטי. ודוק: אין מדובר בראיות ספציפיות המגלות את הסיבה הממשית לנזק כי אם בראיות "מעדנות" גרידא. האם על בית המשפט להתחשב בראיות אלה? אם נשיב לשאלה זו בחיוב הרי שיש תחולה לכלל; לעומת זאת, אם נשיב לה בשלילה אזי אין תחולה לכלל.

כפי שראינו בפרשת ישראלפוט, הראיות הספציפיות אכן באו לשלול את הגורמים החפים מאשם, קרי: לתמוך בתחולת הכלל. כך היה גם בפרשת עמר, שם, כאמור, נגרם נזק לעובר בשל קשיים בביצוע אינטובציה במהלך ניתוח קיסרי. באותה פרשה ציין בית המשפט כי מעדויות המומחים עולות סיבות אפשריות שונות לקושי בביצוע אינטובציה, חלקן כרוכות בהתרשלות מצד הצוות הרפואי וחלקן לא. אלא, שבית המשפט הוסיף וקבע כי הגורמים שהעלו המומחים, המתיישבים עם היעדר התרשלות, לא הלמו את נסיבות המקרה כפי שהוכחו בראיות. לפיכך קבע בית המשפט כי הכף נוטה למסקנה שהאירוע מתיישב יותר עם חוסר-זהירות מצד הצוות הרפואי בביצוע האינטובציה מאשר עם המסקנה ההפוכה. זוהי, אם כן, דוגמה נוספת למקרה שבו הראיות הספציפיות אמנם לא הצביעו על מעשה רשלני מסוים, אך שללו תרחישים אפשריים שאין בהם אשם ובכך הביאו לשינוי במאזן ההסתברות הסטטיסטי ולהתאמתו למקרה הנדון.¹¹⁵

114 ראו פרק ג.3(ב) לעיל.

115 ראו עוד ת"א (מחוזי חיפה) 758/96 ירון נ' קופת חולים של ההסתדרות (לא פורסם, 9.2.2000); וכן ראו *Lynden Transport, Inc.*, הערה 18 לעיל, שם נקבע שאם קיימים כמה גורמים אפשריים לתאונה, וההסתברות לגבי כל אחד מהם שווה, התובע עדיין יכול

מתוך שבפרשות ישראלפט ועמר הובאו בחשבון הכלל ראיות ספציפיות – ולו כאלה שבאו לשלול, ביחס למקרה המסוים, גורמים שאין בהם אשם – אני למד כי בפסקי הדין הללו לא אומץ מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד.¹¹⁶ הטעם לכך הוא, שלפי מודל אחרון זה – כך עולה מפסקי הדין בפרשות סולן ושטרנברג – גשלת מן הנתבע האפשרות להביא ראיות ספציפיות לעניין התקיימותו של התנאי השלישי, ולדעתי, כאמור, אין מנוס מלקבוע כי דין דומה צריך לחול גם על הראיות הספציפיות של התובע. אם התנאי השלישי דן בהסתברות סטטיסטית "טהורה", שאין לה נגיעה לנסיבות המקרה הספציפי – וכך אכן מורה אותנו מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד – אזי משמעות הדבר היא שהראיות הספציפיות כולן מודרות בשלב זה. יש בתוצאה זו כדי ליתן משנה-תוקף למסקנתנו כי הגישה השוללת את האפשרות להביא ראיות ספציפיות לעניין תחולת הכלל משמעותה הכרעה בעניין זה על יסוד תשתית עובדתית חסרה או בלתי-רלבנטית.

עתה ניתן לשוב לטענה כי הפיצול שמודל הראיות הסטטיסטיות בלבד יוצר בין ראיות כלליות (המובאות בחשבון הכלל) לבין ראיות ספציפיות (שאין מתחשבים בהן בשלב זה) – גם אם הוא מלאכותי – אינו משמעותי מבחינה מהותית. זאת, מן הטעם שבשלב השני, לאחר החלת הכלל, ניתנת לנתבע האפשרות להרים את הנטל המועבר אליו מכוח הכלל באמצעות הראיות הספציפיות שבידיו. כך יוצא שבסופו של יום הנתבע אינו מקופח, וגורל התביעה מוכרע על בסיס הראיות כולן. טענה זו אינה עומדת בפני הביקורת. אמנם, לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, החלת הכלל אינה סוגרת בפני הנתבע את הדלת, והוא יכול – בתום השלב השני שבו יביא את ראיותיו הספציפיות – לצאת פטור מאחריות; אלא שקיפוחו של הנתבע נובע משילובו של מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד עם הלכת נוימן. לכך עוד אשוב,¹¹⁷ אולם עתה ברצוני להתמקד בקיפוחו של התובע דווקא.

הראיתי לעיל, כי לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, בשלב הראשון, שבו נבדקת תחולת הכלל, התובע – כמו הנתבע – אינו רשאי להביא ראיות ספציפיות, אם יש בידיו כאלה. תחולת הכלל נבדקת על פי הראיות הסטטיסטיות – בלבד. במבט ראשון ניתן לסבור, שכמו הנתבע גם התובע יוכל למצוא לו בהקשר זה רווח והצלה בשלב השני, שבו יותר לו להציג את הראיות הספציפיות

להביא להחלת כלל "הדבר מעיד על עצמו" באמצעות הצגת ראיות השוללות גורמים חפים מאשם.

116 ברי כי מודל ראיות התובע בלבד אף הוא לא אומץ שם, שהרי בית המשפט התייחס גם לראיות מטעם הנתבע אודות הגורמים האפשריים לקרות התאונה, והכול – לגבי עצם השאלה אם נתקיימו התנאים לתחולת הכלל.

117 ראו פרק ד' להלן.

שבידיו. דא עקא, שמבחינתו הדבר עלול להיות מאוחר מדי. וכל כך למה? נוכל לראות זאת בבהירות אם נשוב לדוגמה הסכמטית שהוצגה לעיל, שבה הראיות הכלליות של שני הצדדים מציגות ארבעה גורמים אפשריים להתרחשות התאונה – שניים הכרוכים בהתרשלות ושניים שאינם כרוכים בהתרשלות – בהסתברות שווה. בידי התובע ראייה ספציפית המלמדת בוודאות כי אחד הגורמים האפשריים החפים מאשם לא גרם לתאונה הקונקרטית. לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, ראייה זו אינה רלבנטית בשלב הראשון. בהיעדרה לא מתקיים התנאי השלישי לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו", שכן בהתחשב בראיות הסטטיסטיות בלבד אין עדיפות למסקנה בדבר קיומה של התרשלות על המסקנה בדבר היעדר התרשלות. משלא קמה תחולה לכלל, לא נפתח פתח להכרעה במשפט על יסוד הראיות הסטטיסטיות, וממילא לא תתממש תקוותו של התובע להראות "בשלב השני" (שאליו כלל לא מגיעים) כי הסטטיסטיקה "הטהורה" המעוינת אינה רלבנטית, וכי הסטטיסטיקה הנכונה נוטה לטובתו.¹¹⁸

לסיכום פרק זה נותר לנו לעמוד על מסקנה חשובה נוספת, העולה מתוך הדיון שערכנו בפרשות ישראלפט ועמר. כוונתי לכך שעובר למתן פסקי הדין בפרשות סולן ושטרנברג קבעה למעשה הפסיקה (אמנם בלא דיון עקרוני ובלא היכרות עם הניתוח המאוחר של פורת ושטיין), כי בשלב הבדיקה של התנאי השלישי נבחנות גם הראיות הספציפיות, השוללות חלק מהגורמים האפשריים לבזק. הנה כי כן, הפסיקה החילה בפועל את מודל הראיות כולן. עולה השאלה מדוע בכל זאת נדחה מודל זה בפרשות סולן (במשתמע) ושטרנברג (במפורש)?

(ד) המודל השלישי: בחינת הראיות כולן

לאור עמדתנו, כי שני המודלים שאומצו בפסקי-הדין סולן¹¹⁹ – מודל ראיות התובע בלבד ומודל הראיות הסטטיסטיות בלבד – מעוררים קשיים לא מבוטלים, עלי לבחון מודל אפשרי שלישי, שהועלה ונשלל על ידי בית המשפט העליון בפרשת

118 הקושי הנובע מאי-ההתחשבות בראיות הספציפיות של התובע עשוי להיפתר אם נוקטים את מודל ראיות התובע בלבד. כזכור, מודל זה מתיר אך לתובע להביא ראיות לצורך ההוכחה של הכלל, וניתן לסבור כי ראיות אלה יכולות להיות הן כלליות והן ספציפיות; ראו הערה 94 לעיל. זהו, לשעמי, השיקול המשכנע ביותר שניתן להציג בתמיכה למודל זה אל מול מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, אלא ששיקול זה משקלו פחות בעיניי ממשקלם של השיקולים נגד מודל ראיות התובע בלבד.

119 כאמור, בפסק הדין בעניין שטרנברג השופט ריבלין לא ראה צורך להכריע בין שתי גישות אלה.

שטרנברג, אך הוחל למעשה בפרשות קודמות כגון ישראל פט ועמר. לפי מודל זה, כאשר בית המשפט בוחן את שאלת תחולתו של כלל "הדבר מעיד על עצמו", עליו להתחשב במכלול הראיות שהביאו הצדדים, בין שהן בעלות אופי כללי-סטטיסטי ובין שהן בעלות אופי ספציפי-אינדיבידואלי (ומעדות את הסטטיסטיקה). יתרונו של מודל זה על שני קודמיו ברור: מודל זה מבטיח כי בהתקיים שני התנאים להכרעה במשפט על פי ראיות כלליות – קרי: אידיעת נסיבות המקרה לאשורן ושליטת הנתבע בהפץ שגרם לנזק – תוכרע שאלת "ההתרשלות הסטטיסטית" אך ורק על בסיס בחינה כוללת של הראיות והמסקנה שתתקבל תהא רלבנטית ככל האפשר למקרה. לא תוסקנה מסקנות המשפיעות על המשפט על יסוד תשתית חסרה, ולא יופר האיוון בין הצדדים מבחינת יכולתם להציג ראיות לגבי השאלה שבמחלוקת.

אף על פי כן נדחה מודל זה בפרשת שטרנברג, וזאת משני נימוקים עיקריים. הנימוק הראשון היה כי מודל זה אינו עולה בקנה אחד עם הפסיקה ועם לשון החוק, הדוברת בהסתברות כללית. הנימוק השני היה כי אם בשלב בדיקת תחולתו של הכלל נבחנות הן הראיות הכלליות והן הראיות הספציפיות, אזי אין כל רבותא בכלל שכן "נוצרת זהות בין האפשרות להוכיח את קיומו של התנאי השלישי שבכלל 'הדבר מדבר בעדו', לבין האפשרות להוכיח את התביעה עצמה – אף בלא להתחשבות בכלל".¹²⁰

כפי שאראה בהמשך, מודל הראיות כולן אכן אינו מתיישב עם האופן שבו נתפס ומנוסח כלל "הדבר מעיד על עצמו" מאז היוולדו ועד היום, לאמור: ככלל של העברת נטל. עם זאת, מבחינה מהותית ניתן להציג טיעוני נגד ביחס לשני הנימוקים שהובאו בפרשת שטרנברג.

120 עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 561–562. בית המשפט העליון מוסיף שם ומסביר, לגבי הנימוק השני:

אם נדרש התובע להוכיח, על יסוד הראיות כולן, בסוף המשפט, את התקיימות התנאי השלישי לכלל, הרי ברי כי אם יצליח לעשות כן, ממילא הוכחה תביעתו, גם בלא הסתייעות בכלל. ואילו אם נדרש הוא לכלל הואיל ולא הוכחה תביעתו על יסוד הראיות כולן – ממילא לא יעלה בידיו, על יסוד אותן ראיות, להוכיח את קיומו של הכלל...

בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, לאמור, מבלי שפונה בית המשפט לפרטי המקרה... לצורך בדיקה זו אין כל חשיבות לכך שהנתבעים הצליחו להוכיח כי גורמים אפשריים מסוימים הנגועים באשם לא נתקיימו בפועל במקרה מסויים זה. הוכחה קונקרטית זו היא חלק מפרשת ההגנה, היא אינה מובאת בחשבון הבדיקה של התנאי השלישי, וממילא לא יהא בה כדי לשנות מן המסקנה כי במקרים מעין אלה, קיימת, בדרך כלל, הסתברות רבה יותר, כי גורם הנגוע ברשלנות גרם לנזק...

אשר לנימוק הראשון, לפיו מודל הראיות כולן אינו עולה בקנה אחד עם הפסיקה ועם לשון הוראת החוק הדוברת בהסתברות כללית, סבורני כי השאלה הצריכה תשובה כאן היא מהי אל נכון ההסתברות הכללית הרלבנטית. האם זו הסתברות כללית המתייחסת לקטגוריה של תאונות, או שמא הסתברות כללית המתייחסת לתאונה הספציפית – ועל כן מביאה בחשבון מאפיינים ייחודיים לה? על פי הדעה הראשונה, עלינו לבחון תמיד אם הניסיון האנושי הכללי מלמדנו שבהקשרים זהירות ראויה חבית אינה נופלת על עוברי אורח ברחוב מחלון גבוה, עגורן אינו מתמוטט, רכבות אינן מתנגשות, מטוסים אינם מתרסקים, אבני חצץ אינן מתגלות בלחם, מעליות אינן נופלות, ניתוחים פשוטים אינם נכשלים וכלי ניתוח אינם נשארים בגוף התולה לאחר הניתוח.¹²¹ על פי הדעה האחרת, יש לשאול אם במקרה הספציפי שהובא בפני בית המשפט, בהתחשב במאפיינים המיוחדים אותו, קיימת הסתברות כללית לקיומה של התרשלות.¹²² לדוגמה: האם בנסיבות המקרה (למשל: מזג האוויר ששרר בעת התאונה, כישוריו וניסיונו של הטייס, גיל המטוס ותחזוקתו) יש סיכוי סטטיסטי גבוה יותר לכך שהתרשלות המטוס אירעה בשל התרשלות הנתבע מאשר לכך שאירעה מסיבה אחרת.¹²³ לעתים שתי הדעות מתמזגות – באותם מקרים שבהם אין כלל ראיות המייחדות את המקרה המסוים מיתר המקרים ב"קבוצת התאונות מסוג זה", ובמילים אחרות: נסיבות המקרה הספציפי לוטות בערפל מוחלט. אולם, במקרים רבים אחרים, על אף שהנסיבות המדויקות של התאונה אינן ידועות, עדיין יש ראיות ספציפיות המגלות טפח. ראיות אלה עשויות, למשל, להבהיר כי גורמים מסוימים העלולים לגרום תאונות מסוג התאונה שאירעה לא גרמו בפועל לתאונה הספציפית. במקרים אלה קמה חשיבות להבחנה בין שתי הדעות שהזכרתי. לכשעצמי, סבורני כי המסקנה האמיתית שאנו תרים אחריה היא אם הדבר מדבר בעד התרשלותו הסטטיסטית של הנתבע במקרה הספציפי – ולא דווקא בקטגוריה מופשטת,

121 ראו דוגמאות אלה ואחרות, המובאות אצל פורת ושיינ, לצורך המחשת עיקרון "התרשלות הסטטיסטית"; Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 88–89.

122 עמדה זו הביע בית המשפט העליון בקנדה בפסק הדין Fontaine, הערה 12 לעיל.

123 הבחנה זו מזכירה במשהו את ההבחנה המוכרת בין חובת זהירות "מושגית" לבין חובת זהירות "קונקרטית". הפן ה"מושגי" של חובת הזהירות דובר, בעיקרו של דבר, בהיקף החובה בניזקין בסוגים של אירועים. לעומת זאת, הפן האחר – ה"קונקרטי" – בוחן אם בנסיבות הספציפיות של המקרה צמחה מתוך החובה המושגית גם חובה פרטיקולרית (ראו ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (1) 113; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד (1) 113). על הבחנה זו נמתחה ביקורת (ראו, למשל, ישראל גלעד, "על יסודותיה של עוללת הרשלנות במשפט הנויקין הישראלי", עיוני משפט יד 319 (תשמ"ט) וכן ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 802).

לעתים בלתי-דלבונית, של תאונות. תמיכה לכך ניתן למצוא באופן שבו יושם הכלל בפרשות ישראל-פוט, עמר ואחרות.

הנימוק השני שהובא בפסק דין שטרנברג הוא כי בחינת הראיות כולן – הכלליות והספציפיות – לצורך הכרעה בדבר תחולתו של כלל "הדבר מעיד על עצמו", יוצרת זהות בין האפשרות להוכיח את קיומו של הכלל לבין האפשרות להוכיח את התביעה (וליתר דיוק: את חלק מיסודותיה של עוולת הרשלנות).¹²⁴ אכן, בחינה זו וזהות זו חותרות תחת המבנה הדו-שלבי של הכלל בנוסחו דהיום, ותפיסתו ככלל של העברת נטל. עניין זה יידון להלן, אולם עתה אבקש לטעון כי מבחינה מהותית מודל הראיות כולן אינו בהכרח שולל מהכלל את נפקותו, וזאת אם מייחדים לכלל את הייעוד של מתן אפשרות לתובע להוכיח את יסודות תביעתו באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא. כפי שראינו, ההנחה היא שכאשר לא מתקיימים התנאים לתחולת הכלל, לא ניתן ברגיל להוכיח את התביעה באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא, למצער כשהן לבדן.¹²⁵ כלל "הדבר מעיד על עצמו" מאפשר זאת. החלת מודל הראיות כולן אינה גורעת דבר מהפונקציה הזו של הכלל. הכלל ממשיך לשמש כצינור להזרמת ראיות סטטיסטיות גרידא, אך אלה נבחנות אל מול הראיות הספציפיות הקיימות, בלא שהנטל מועבר על יסוד מסקנה סטטיסטית בלתי-דלבונית למקרה.

מן האמור עולה כי אין מניעה עקרונית לאמץ את מודל הראיות כולן ועדיין לשמור על ייחודו של הכלל ועל תכליתו ככל שמדובר בתכלית של פתיחת פתח להוכחת תביעה בנוזקין באמצעות ראיות סטטיסטיות גרידא. אלא, שהקושי ליישב מודל זה עם תפיסת כלל "הדבר מעיד על עצמו" ככלל של העברת נטל (או "כלל היוצר חזקה") – תפיסה הנגזרת מנוסחו דהיום של הכלל – בעינו עומד. סוגיה זו תידון בפרק הבא.

4. מודל הראיות כולן במסגרת המבנה הדו-שלבי של הכלל – מעגל שוטה

כלל "הדבר מעיד על עצמו" נתפס מקדמת דנא ככלל היוצר חזקת התרשלנות הניתנת לסתירה. ביטוי ברור לתפיסה זו של הכלל מצוי בהוראת סעיף 41 ע"מ, הקובעת כי בהתקיים התנאים לתחולת הכלל "על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנוזק התרשלנות שיחוב עליה". שני המודלים המשתקפים בפסק דין סולן – מודל ראיות התובע בלבד ומודל הראיות הסטטיסטיות בלבד –

124 דברים דומים השמיע השופט אנגלרד בפרשת סולן, הערה 4 לעיל, וראו הציטוט מדבריו בסקסט סביב הערה 91 לעיל.

125 ראו פרק 1.1 לעיל.

עולים בקנה אחד עם תפיסה זו. הטעם לכך הוא ששני המודלים הללו מורים להתעלם מראיות של הנתבע, כולן או מקצתן, בשלב בחינת תחולתו של הכלל, ומותירים את בדיקתן של ראיות אלה לשלב שבו הנתבע נדרש להפריך את חזקת ההתרשלות; כלומר: מודלים אלה אינם מאיינים את האפשרות של הנתבע להרים את הנטל שהועבר אליו לאחר הוכחת התנאים לתחולת הכלל.

דא עקא, שהן מודל ראיות התובע בלבד והן מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד עלולים, כפי שראינו, ליצור קשיים עיוניים ומעשיים. משמעות החלתם של מודלים אלה היא שהכלל עלול להיות מופעל גם במקרים שבהם אין בפועל אף לא התרשלות סטטיסטית, ומאידך גיסא ייתכנו מקרים שבהם לא יופעל הכלל למרות קיומה של התרשלות כזו (בהתחשב במכלול הראיות, לרבות הראיות הספציפיות של התובע).¹²⁶ מודל הראיות כולן נמנע מאותם קשיים אך נתקל במשוכה אחרת, והיא התפיסה של הכלל ככלל של העברת נטל – כלל היוצר חזקה. אכן, תפיסה אחרונה זו של הכלל, שיש לה, כאמור, ביטוי סטטוטורי מפורש, מאתגרת את מודל הראיות כולן, שכן אם – כמצוות מודל זה – כל הראיות לעניין ההתרשלות נבחנות כבר בשלב הראשון (שבו בודקים אם קמה תחולה לכלל), לא נותרות בידי הנתבע ראיות לשלב השני, שבו עליו להפריך את חזקת ההתרשלות שצמחה מן הכלל.

תשובה אפשרית לכאורה לקושי זה ניתן למצוא בתיאור הבא: בשלב הראשון, שלב הפעלת הכלל, בוחנים את ההסתברות הכללית הרלבנטית למקרה, תוך העמדת הראיות הסטטיסטיות במבחן הנסיבות הידועות אודות התאונה (כמתחייב ממודל הראיות כולן). אם מתברר שהתקיימה התרשלות סטטיסטית רלבנטית, עובר הנטל אל הנתבע להראות כי במקרה הספציפי נגרם הנזק שלא עקב התרשלות מצדו. על פי גישה זו, כבר בשלב הראשון צריך בית המשפט להיכנס לגופו של מקרה במובן זה שהוא בוחן אם התקיימה התרשלות סטטיסטית רלבנטית. בהנחה שהתשובה לכך היא בחיוב, על הנתבע להראות שבכל זאת, במקרה המסוים, לא התרחשה התאונה עקב התרשלות מצדו. הנתבע נדרש למעשה להצביע על תרחיש לא עוולתי ספציפי שגרם לנזק. לגישה זו ניתן למצוא תמיכה בפסקי דין שונים, שהגדירו את משימתו של הנתבע בשלב השני באופנים הבאים: הוכחת "ממצא פוזיטיבי" השולל את קיומה של רשלנות מצדו,¹²⁷ הוכחת "התרחיש שגרם לנזק שאיננו תרחיש עוולתי",¹²⁸ הוכחת "הסבר המעלה את הסיבה המדויקת, שגרמה לתאונה, ושסיבה זו אין בינה לבין רשלנות מצדו

126 ראו פרק ג.3(ג) לעיל.

127 דברי השופט אנגלרד בעניין סולן, הערה 4 לעיל, בעמ' 906.

128 דברי השופט שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 912.

[של הנתבע] ולא כלום",¹²⁹ הוכחת "הסיבה המדויקת שגרמה לנזקו של התובע השוללת רשלנות [מצד הנתבע]",¹³⁰ הוכחת "הסבר סביר לאירוע המנקה [את הנתבע] מאחריות"¹³¹ ואמירות נוספות שמהן עולה כי על הנתבע לפזר את הערפל הרובץ על המקרה ולהוכיח כי התאונה נגרמה בשל גורם שאין בו משום אשם מצדו.

למעשה, גישה זו מבחינה בין ראיות ספציפיות המעדנות את הסטטיסטיקה (הנבחנות כבר בשלב הראשון) לבין ראיות ספציפיות החושפות את הליך הגרימה באופן פוזיטיבי (הנשקלות רק בשלב השני). כך, למשל, ראיות ספציפיות שכל כוחן בשלילת אחד הגורמים האפשריים לנזק יובאו בחשבון הכללי, ואילו ראיות ספציפיות המצביעות על הסיבה המדויקת שגרמה לתאונה ישמשו רק בשלב סתירת החזקה. אלא, שהבחנה זו – בין ראיות ספציפיות "מעדנות" לבין ראיות ספציפיות "פוזיטיות" – אין לה בסיס לעמוד עליו במקרים שבהם מוחל כלל "הדבר מעיד על עצמו". הטעם העיקרי לכך הוא שהוכחת התקיימותם של התנאים לתחולת הכלל והוכחת תרחיש לא-עוולתי שגרם לנזק אינן יכולות לדור בכפיפה אחת: זו מוציאה את זו ולהפך. כדי להבהיר זאת, אבקש "לשחזר" את אופן פעולתו של כלל.

הבדיקה אם מתקיימים התנאים לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו" נעשית תמיד בסוף המשפט, לאחר שהובאו הראיות כולן. על כך אין מחלוקת.¹³² לשיטתי, אם בתום המשפט הראיות מצביעות על הסיבה האמיתית לנזק או על האופן המדויק שבו אירע (ודי לצורך כך בהוכחה במאזן ההסתברויות), אין מקום להיוקק לכלל "הדבר מעיד על עצמו". עמדתי זו טעונה הבהרה. ברי, שכאשר התובע מביא ראיות המצביעות במאזן ההסתברויות על מעשה רשלני ספציפי של הנתבע, אין צורך בכלל וממילא אין לו תחולה. כך מורה אותנו במפורש התנאי הראשון, הוא תנאי אי-ידיעת נסיבות המקרה לאשורן. אולם, לדעתי, גם אם הנתבע מביא ראיות ספציפיות המראות במאזן ההסתברויות כי הנזק נגרם בדרך

129 דברי הנשיא אגרנט בפרשת גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 304.

130 דברי השופט שטרסברג-כהן בע"א 1/01 שי שמעון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל ולא פורסם, 18.7.2002, פסקה 11 לפסק דינה.

131 דברי הנשיא שמגר בע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805, 820.

132 ראו עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 560; עניין עמר, הערה 26 לעיל, בעמ' 718. גם אלה הסוברים כי יש לבחון את הראיות שהובאו בפרשת התביעה בלבד (ראו עמדות השופטים לנדוי ואנגלרד לעיל) אינם חולקים על כך שבפועל נעשה הדבר בסוף המשפט;

ראו גם *Faulkner v. Pezeshki*, 337 N.E. 2d 158 (1975).

שאינן בה משום התרשלות מצדו לא יחול הכלל.¹³³ זאת, הואיל והכלל *Res Ipsa Loquitur* פועל, מעצם טיבו, באטמוספירה של אי-ודאות. כאשר הנסיבות ידועות לבית המשפט – בין מפי התובע ובין מפי הנתבע – אין מקום להחלת הכלל.¹³⁴ טענה זו נתקלת לכאורה בקושי בדמות התנאי הראשון של הכלל. כזכור, על פי ניסוחו של תנאי זה בסעיף 41 לפקודה, ניתן הדגש לחוסר-ידיעתו של התובע את נסיבות האירוע.¹³⁵ בעבר אף דובר על כך שהמועד לבחינת ידיעתו או אי-ידיעתו של התובע הוא מועד התרחשותו של אירוע הנזיקין, ואין נפקא מינה אם במהלך המשפט לובנו עובדות המקרה.¹³⁶ אלא, שאין היגיון בגישה זו, המסתפקת, לצורך החלת הכלל, בחוסר-ידיעה של התובע בעת אירוע הנזק – והפסיקה הבחינה בכך. כך, למשל, בפרשת שטרנברג נקבע שהכלל מופעל "מקום בו נותרו פרטי ההתרחשות המזיקה עלומים גם במהלך המשפט".¹³⁷ הוא שאמרנו:

133 ראו גם פסק דין *Turner*, הערה 38 לעיל, בעמ' 14: "It is not the function of the res ipsa maxim to permit the characterization of known acts as negligence per se, nor is it its function, where the evidence discloses all the physical causes of the injury... to permit an inference of some other unknown force or fault constituting negligence... We think the res ipsa instruction is to be used only where the evidence at the close of the case has failed to reveal the instrumentality that produced the effect..."

134 ראו *Porat & Stein*, הערה 2 לעיל, בעמ' 91: "To justify his reliance on the presumption, the plaintiff must also demonstrate the unavailability of individualized evidence that could point to the defendant's negligence or faultlessness"

135 וזו לשונו של התנאי הראשון: "לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק".

136 ראו ע"א 375/62 גיספן נ' אליצור, פ"ד יח(3) 165, 170; ע"א 169/77 שורץ נ' ליברמן, פ"ד לב(3) 561, 565; עניין עמר, הערה 26 לעיל, בעמ' 717; עניין נוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 257 (דברי הגשיא אגרנט; אך ראו עמדת השופט לנדוי, שם, בעמ' 245).

137 פרשת שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 558; ראו גם ע"א 377/85 נעים נ' משרד החינוך והתרבות, פ"ד מב(1) 153, שם, לכאורה, מתגלה סתירה פנימית בדבריו של השופט וינוגרד אודות התנאי הראשון. מחד גיסא קבע השופט כי "לכל הדעות, הכלל אינו ניתן להחלה, כאשר כל נסיבות התאונה נתבררו" (עמ' 156); מאידך גיסא הוא קבע כי "הזמן הקובע לצורך הידיעה הוא זמן ההתרחשות של התאונה" (עמ' 157). והשאלה: מה אם התובע לא ידע מה גרם לתאונה בזמן התרחשותה, אולם נסיבותיה התבררו בשלב מאוחר יותר, למשל במהלך המשפט? סתירה פנימית דומה ניתן למצוא גם בעניין נוימן, הערה 7 לעיל, עמ' 251–252, 257–255. יצוין, כי בשיטה האנגלו-אמריקנית הכלל מנוסח תכופות באופן שההתמקדות אינה בידיעתו של התובע דווקא אלא בשאלה אם התבררו נסיבות התאונה. ראו *Porat & Stein*, הערה 2 לעיל, בעמ' 84 ("other evidence that could shed light on the course of the events is unavailable") וכן בעמ' 87, הערת שוליים 5; ראו עוד *Barkway*, פסק-דין *K.M. Stanton, The Modern Law of Tort* 76 (1994), הערה 15 לעיל.

כלל "הדבר מעיד על עצמו" פועל באטמוספירה של אי-ודאות. כאשר העובדות ידועות המשפט מוכרע לפיהן, והכלל לא יופעל אם הוכח במאזן ההסתברויות תרחיש ספציפי המצביע על התרשלותו של הנתבע או על היעדר אשם מצדו. רק אם בסוף המשפט, לאחר שנחשפו הראיות כולן, קיימת אי-בהירות לגבי עובדות המקרה – רק אז יבחן בית המשפט אם קמה תחולה לכלל.¹³⁸

המסקנה המתבקשת מניתוח זה היא שקיים קושי מובנה בתפיסה הגורסת כי הפעלת הכלל מעבירה אל הנתבע את הנטל להוכיח, בראיות ספציפיות פוזיטיביות, תרחיש לא עוולתי שגרם לנזק. זאת, משום שאם יש בידי הנתבע ראיות כאלה ממילא לא יופעל הכלל מלכתחילה (ושוב נזכיר כי בבואו של בית המשפט להכריע בשאלת תחולתו של הכלל, כל הראיות כבר מונחות בפניו). במילים אחרות: בפועל לא ייתכן מצב שבו יתקיימו התנאים להחלת הכלל (ובכלל זה התנאי הראשון), ובה בעת יהא בידי הנתבע לעמוד בנטל המוסל עליו מכוח הכלל ולהצביע במאזן ההסתברויות על הליך גרימה חף מאשם שהביא לנזק. כאשר הנתבע מציג במהלך המשפט ראיות משכנעות המצביעות על כך שהנזק אינו פרי התרשלות מצדו, אלא תוצאה של תרחיש לא-עוולתי ספציפי, לא אמורה לעלות על הפרק השאלה אם התקיימו התנאים להחלת הכלל. אם נקבע כי תנאים אלה מתקיימים – ממילא היה זה לאחר שנתברר כי אין בידי הנתבע ראיות ספציפיות, המוכיחות באופן פוזיטיבי שהאחריות לתאונה אינה רובצת לפתחו-שלו אלא לפתחו של גורם מסוים אחר.

הנה כי כן, פסקי הדין שסברו כי הנטל המועבר לנתבע מכוח הכלל הוא להוכיח את הסיבה המדויקת לתאונה, שאינה כרוכה בהתרשלותו, הטילו עליו את הבלתי-אפשרי. אך ניתן לטעון שגם אם דרך זו – הוכחת תרחיש לא-עוולתי ספציפי שגרם לנזק – אינה פתוחה בפני הנתבע בשלב השני, עדיין עומדת לו דרך אחרת להרים את הנטל, והיא להוכיח שנקט אמצעי בטיחות סבירים בנסיבות

138 ניסוח כלל "הדבר מעיד על עצמו" על ידי ועדת הקודיפיקציה מאמץ גישה זו, בקובעו כתנאי להחלת הכלל כי "לא התבררו דיין נסיבות המקרה". ראו סעיף 485 להצעה. דברי ההסבר לעניין שינוי זה בנוסח הכלל מדברים בעד עצמם, וראוי לצטט את החלק הרלבנטי בשנית: "התנאי הראשון (בהוראה המוצעת השני) שונה כך שהביטוי 'לתובע לא הייתה ידיעה' הוחלף בביטוי 'ולא התבררו נסיבות המקרה', וכך מובהר כי העיקר הוא מה שידוע לבית המשפט אודות נסיבות האירוע, ולא מה שנמצא בידעת התובע, וכי המועד שבו עדיין לא ברורות הנסיבות, המצדיק את הפעלת הסייג, הוא מועד הדיון המשפטי, ולא מועד האירוע"; ראו גם פסק דין *Turner*, הערה 38 לעיל, בעמ' 14: "Where, at the conclusion of the evidence in a case, the specific and actual force which initiated the motion, or set the instrumentality in operation, is known, there is no room for inference that some other unknown negligent act or force is responsible".

העניין.¹³⁹ זהו, למעשה, סוג אחר של ראיות ספציפיות. בניגוד לראיות שדיברנו בהן קודם, המוכיחות באופן פוזיטיבי תרחיש ספציפי שגרם לנזק (ועל כן שוללות, כאמור, מראש, את תחולת הכלל), עתה עוסקים אנו בראיות המצביעות על כך שנגקטו אמצעי זהירות למניעת תרחיש עוולתי זה או אחר העולה מן הראיות הכלליות. לדעתי, כאשר במודל הראיות כולן עסקינן, גם ראיות ספציפיות מסוג זה אינן עומדות לנתבע בשלב השני. נסביר: אם יש בידי הנתבע ראיות שלפיהן נקט אמצעי זהירות סבירים, אזי מקומן של ראיות אלה אינו בשלב הפרכת ההנחה בדבר התרשלות, אלא מדובר בראיות ספציפיות "מעדנות", המהוות נתון רלבנטי להכרעה בשאלה אם קמה הנחה כזו. אכן, אמצעי זהירות באים למנוע גורמי תאונה אפשריים. על כן, אם ננקטו אמצעי זהירות, פוחתת או נשללת ההסתברות שהתאונה נגרמה בעקבות אותם גורמים שאמצעי הזהירות שנקטו באים לקדם. לשון אחרת: הוכחת אמצעי זהירות סבירים משנה, ביחס למקרה הספציפי, את ההסתברות העולה מן הראיות הסטטיסטיות גרידא. לכן, מודל הראיות כולן, המניח כי הראיות הספציפיות המשפיעות על ההסתברות הסטטיסטית נשקלות כבר בשלב בדיקת התקיימותו של התנאי השלישי, אינו יכול להתיישב עם דחיית בדיקתן של ראיות אלה לשלב השני.¹⁴⁰

מן המקובץ עולה שכאשר במודל הראיות כולן עסקינן, השלב השני ריק מכל תוכן ראייתי. צליחת התנאי הראשון – הוא תנאי אי-ידיעת נסיבות המקרה לאשורן – מלמדת כי בסוף המשפט אין בפני בית המשפט ראיות של מי מהצדדים, החושפות את הסיבה המדויקת לתאונה. מכאן, שכל הראיות הספציפיות הקיימות בתיקי כלל "הדבר מעיד על עצמו" – לרבות אלה המתייחסות לאירוע עצמו, המתוחם בזמן ובמקום – כוחן רק בהתאמת הסטטיסטיקה למקרה המסוים (בין בדרך של שלילת גורמים אפשריים לנזקים מן הסוג הנדון, בין בדרך של

139 ראו, למשל, עניין רו, הערה 131 לעיל, בעמ' 819; עניין סולן, הערה 4 לעיל, בעמ' 911; עניין גרמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 304; ראו גם עניין Barkway, הערה 15 לעיל.

140 ודוק: ראיות ספציפיות מן הסוג האחר, שדיברנו בו קודם, קרי – כאלה החושפות את הליך הגרימה באופן פוזיטיבי – אינן מצויות בידי הנתבע בשלב השני לפי כל אחד מן המודלים שהוצגו במאמר זה. זאת, כאמור, משום שראיות ספציפיות כאלה שוללות מראש את תחולת הכלל, ומשהחל – ממילא היה זה לאחר שנתברר כי במהלך המשפט לא הוצגו ראיות כאלה. לא כך הוא לגבי ראיות ספציפיות מן הסוג בו אנו עוסקים עתה, קרי: כאלה המלמדות כי במקרה הקונקרטי נקט הנתבע אמצעי זהירות סבירים למניעת תרחיש עוולתי כלשהו, העולה מן הראיות הכלליות. כאן, יש נפקות להבחנה בין המודלים שכן ראיות אלה, ככל שהן מעדנות את הסטטיסטיקה, נבחנות לפי מודל הראיות כולן כבר בשלב הראשון, ואילו לפי המודלים האחרים – ממתנות לתורן בשלב השני. מכאן האפשרות של הנתבע להרים את הנטל המועבר אליו מכוח הכלל, לפי המודלים האחרים, לעומת אי-יכולתו לעשות כן, לפי מודל הראיות כולן.

שינוי ההסתברות הסטטיסטית להתרחשות כל אחד מן הגורמים האפשריים, ובין בדרך אחרת), או כפי שכינינו אותן קודם – ראיות ספציפיות "מעדנות". הואיל והנחת המודל היא שבראיות ספציפיות ממין זה יש להתחשב בשלב הראשון (שלב הבחינה אם נתקיימו התנאים לתחולת הכלל), הרי שהשלב השני הוא פשוט מיותר. הנתבע מיצה את ארסנל הראיות שלו כבר בשלב הראשון, ודבר לא נותר בצקלונו בשלב השני.¹⁴¹ אשר על כן, אין מנוס מהמסקנה שהמבנה הדו-שלבי של הכלל, ותפיסתו ככלל של העברת נטל – כלל היוצר חזקת התרשלות אך אינו מכריע בהכרח את גורל המשפט – אינם מתיישבים עם מודל הראיות כולן. לעניין זה מאלף לבדוק מה היו הראיות הספציפיות שנבחנו "בשלב השני" בפרשת ישראלפט (שם, כזכור, יושם מודל הראיות כולן). כפי שראינו, באותה פרשה העלו המומחים מטעם החברה-הנתבעת את האפשרות שהמעלית הועלתה על

141 עיון בפסיקה הישראלית, הנוגעת לכלל "הדבר מעיד על עצמו", מלמד באורח מובהק שכמעט בכל המקרים שבהם קבע בית המשפט כי קמה תחולה לכלל, לא עלה בידי הנתבע לסתור את החזקה הצומחת ממנו. ראו, למשל, עניין עמר, הערה 26 לעיל; עניין מולך, הערה 4 לעיל; עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל; עניין שי שמעון, הערה 130 לעיל, פסקדין הרוב; עניין ישראלפט, הערה 108 לעיל, פסקדין הרוב; ת"א (תדרה) 1861/95 אלמגור נ' איצקוביץ (לא פורסם, 8.6.2002); ת"א (מתוזי חיפה) 10176/97 עבדאללה נ' פקר פלדה בע"מ (לא פורסם, 19.3.2001); ת"א (עכו) 4592/94 חסארמה אמנה נ' בנק ערבי ישראלי בע"מ, תק"ש 399 (2514); ועוד פסקי דין רבים אחרים. במקרים הנדירים שבהם נקבע כי הכלל חל והחזקה הופרכה, היה זה בעקבות החלה בלתי-נכונה של הכלל. ראו ת"א (מתוזי חיפה) 316/98 אפללו נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (לא פורסם, 14.7.2002), שם קבע בית המשפט המתוזי כי האירוע נבחן לאורו של כלל "הדבר מעיד על עצמו", מאחר שמתקיימים תנאי אי-ידיעת נסיבות המקרה לאשורן ותנאי השליטה. בית המשפט כלל לא התייחס לשאלה אם נתקיים התנאי השלישי, ולגוף העניין קבע כי מתוור הראיות עולה שהצוות הרפואי פעל בלא התרשלות כלשהי. נשאלת השאלה מדוע זה נכשלים הנתבעים, פעם אחר פעם, בהרמת הנטל המועבר אליהם. תוצאה זו ברורה ומתבקשת, לאור הניתוח לעיל, כשמדובר במודל הראיות כולן, אך לפי המודלים האחרים, משהוחל הכלל הנתבע יכול להביא ראיות ספציפיות, המשנות את מאזן ההתרשלות הסטטיסטית, ולצאת מן המשפט כשירו על העליונה. ניתן להעלות על הדעת תשובות שונות לכך, ובכלל זה האפשרות כי בתי המשפט נוטים להשתמש בכלל כאמצעי להסלת אחריות במקרים שבהם נראה הדבר רצוי בעינם. אפשרות נוספת וסבירה, בעיני, היא שבפועל בתי המשפט אינם מפצלים את הראיות, ומסקנתם בדבר קיומה של התרשלות אינה פועל יוצא של הליך מחשבתי דו-שלבי כי אם של הליך מחשבתי חד-שלבי. בין אם הדברים מפורשים בפסק הדין (כפי שהיה בפרשות ישראלפט ועמר), ובין אם אינם כה ברורים, נראה לי כי סביר להניח שבחיי המעשה הראיות נבחנות בהליך אחד כולל, והתוצאה המתקבלת משפיעה הן על המסקנה בדבר תחולת הכלל הן על המסקנה בדבר ההכרעה במשפט.

ידי מאן דהו מדיירי הבית בהפעלה ידנית. בית המשפט דחה טענה זו כשדן בתנאי השלישי, בקובעו כי היא אינה מתיישבת עם הראיות הספציפיות שנתגלו. כך נשללה אפשרות תאורטית זו ונסללה הדרך לקביעה כי הכלל מתקיים. או אז בא בית המשפט לבחון אם עמדה החברה-הנתבעת בנטל שהועבר אל שכמה. אין תמה כי בית המשפט שב אל אותה תזה בדבר הפעלה ידנית של המעלית, דחה אותה, והסיק כי הנטל לא הורם:¹⁴² לו היו בידי הנתבעת ראיות ספציפיות המצביעות על תרחיש חף מאשם שגרם לנזק, יש להניח שמלכתחילה לא היה בית המשפט נזקק לכלל. משנוקק, והחיל את הכלל על יסוד בחינת ההסתברות הסטטיסטית הרלבנטית למקרה, לא הייתה לנתבעת כל אפשרות להרים את הנטל.¹⁴³

טלו מקרה נוסף: בפרשת *Fontaine*¹⁴⁴ עסק בית המשפט העליון בקנדה בתאונה שאירעה עקב סטייה של רכב מן הכביש, שהביאה למותם של הנוסע והנהג. האופן שבו אירעה התאונה לא נתברר לאשורו במהלך המשפט; עם זאת נמצא כי תנאי מזג האוויר בזמן המשוער שבו התרחשה התאונה היו קשים ביותר. רעיתו של הנוסע הגישה תביעה לפיצויים וטענה כי התאונה נגרמה בשל התרשלות הנהג. בית המשפט קבע, כי לצורך בחינת תחולתו של הכלל *Res Ipsa Loquitur* יש להתחשב בנסיבות הרלבנטיות של המקרה הספציפי כפי שהן עולות מן הראיות. נפסק, כי לא די במסקנה מופשטת שלפיה במרבית המקרים סטיית רכב מן הכביש נגרמת בשל התרשלות הנהג; אלא יש לבחון אם בנסיבות הפרטיקולריות של המקרה, כפי שהן נלמדות מן הראיות, קמה הנחה בדבר התרשלות.¹⁴⁵ בית המשפט קבע, כי הרוחות והגשמים העזים בשעה המשווערת של

142 עניין ישראלפוט, הערה 108 לעיל, בעמ' 83.

143 ראו גם עניין עמר, הערה 26 לעיל, שם נקב בית המשפט באותן ראיות הן בהתייחסו לניסיונו של הנתבע לשלול את התקיימותו של התנאי השלישי ובכך למנוע את החלת הכלל, והן בהתייחסו לניסיונו של הנתבע להרים את נטל השכנוע לאחר החלת הכלל. למותר לציין, כי משלא צלח הנתבע את המשוכה הראשונה לא הייתה כל אפשרות שהוא יחלוף על פני השנייה.

144 הערה 12 לעיל.

145 ובלשונו של בית המשפט (ההדגשות הוספו):

It has been held on numerous occasions that evidence of a vehicle leaving the roadway gives rise to an inference of negligence. Whether that will be so in any given case, however, can only be determined after considering the *relevant circumstances of the particular case*...

The question that must be asked is whether, *in the particular circumstances established by the evidence*, the accident would ordinarily occur in the absence of negligence.

התאונה מספקים הסבר אפשרי חלופי לתאונה, ובכך משנים את מאזן ההסתברויות באופן שאין לומר עוד כי ברגיל לא הייתה התאונה מתרחשת אלמלא התרשלותו של הנהג.

דרך ניתוח זו של בית המשפט העליון בקנדה היא נכונה, לטעמי. אף אני סבור כי אין כל משמעות אמיתית, ולא ראוי שתהיה משמעות ראייתית, לראיות סטטיסטיות מופשטות שאינן רלבנטיות לנסיבות הידועות של המקרה המסוים. כאשר קיימים נתונים על אודות ההתרחשות הספציפית, ראוי כי תינתן להם הנפקות המתאימה בטרם יניבו הראיות הכלליות תוצאה. אכן, לראיות הספציפיות יכול שתהא השפעה רבה על המסקנה הסטטיסטית: הן עשויות להטות את הכף הסטטיסטית לכאן או לכאן. לפיכך, ראוי כי ראיות אלה תילקחנה בחשבון ההכרעה הסטטיסטית.¹⁴⁶ עם זאת, בפרשת *Fontaine* לא נחלץ בית המשפט בקנדה מהרטוריקה הטיפוסית שלפיה, בהתקיים התנאים לתחולת הכלל מועבר הנטל לנתבע, ובכוחו של זה האחרון לשלול את הנחת ההתרשלות באמצעות הצעת הסבר אלטרנטיבי סביר, שאינו כרוך בהתרשלות מצדו ושיש בו כדי לאזן את כפות המאזניים. עמדתי היא כי אפשרות אמיתית כזו אינה עומדת לנתבע אם הולכים לפי תפיסתו של בית המשפט הקנדי ביחס לראיות הצריכות לתנאי השלישי (קרי: אם מאמצים את מודל הראיות כולן). הא ראייה, שגם בזו הפעם קבע בית המשפט הקנדי – בבחינת למעלה מן הצריך – כי גם לו הייתה קיימת בנסיבות המקרה הנחה בדבר התרשלות הנתבע, הרי שעלה בידי האחרון להציג הסברים אלטרנטיביים שכוחם לפחות ככוחה של ההנחה המוסקת מן הכלל. בית המשפט לא ציין כל הסבר נוסף על אלה שהוצגו קודם לכן בפסק הדין – לאמור: תנאי מזג האוויר הקשים.

עתה ברור, כי מודל הראיות כולן – הבוחן בשלב הראשון את מלוא המידע הרלבנטי למסקנה בדבר התרשלות סטטיסטית – מיתר את השלב השני של הרמת הנטל על-ידי הנתבע. האם יש בכך פגם מהותי? כאמור, התשובה לכך שלילית. כדי לממש את התכלית שהכלל מבקש להשיג – מתן אפשרות לתובע להוכיח את תביעתו בראיות סטטיסטיות, במקרים של אי-ודאות לגבי נסיבות המקרה ושליטת הנתבע על הנכס שגרם לגזק – אין צורך בשימור המבנה הדו-שלבי הקיים של הכלל. במקום לעגן תכלית זו בכלל של העברת נטל, ניתן וראוי לעגנה בכלל של הכשר לראיות. לא עוד כלל הקובע תנאים להקמתה של חזקה, כי אם כלל

146 גם בתי המשפט בארצות-הברית קבעו כי החלת הכלל תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. ראו *Hopkins v. Chesapeake Utilities Corp.*, 290 A. 2d 4, 7 (1972); *Snethen v. Gomez*, 432 P. 2d 914 (1968).

הקובע תנאים למתן הכשר לראיות סטטיסטיות.¹⁴⁷ משהוכשרו – ייכנסו הראיות הסטטיסטיות למסת הראיות כולן. בפועל, משמעות הכלל המוצע היא כי במקרים שבהם נסיבות התאונה אינן ידועות, אך התובע הוכיח שהנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע שליטה עליו, ניתן יהיה להוכיח את התביעה באמצעות ראיות כלליות, ובלבד שאלה – כאשר הן נבחנות לאור הראיות כולן – מצביעות על קיומה של התרשלות סטטיסטית במקרה הקונקרטי.

שינוי זה אינו סמנטי בלבד. אין הוא בא להתמודד רק עם המלאכותיות שבמבנה הדו-שלבי, או עם הקושי המעשי להבחין בין ראיות סטטיסטיות, ראיות ספציפיות ומה שביניהן. מעבר ליתרונות אלה, השינוי המוצע חותר לפתור את הבעיות המהותיות הכרוכות במודל הראיות הסטטיסטיות בלבד (שהוא, לדעתי, המודל העדיף מבין שני המודלים המשמרים את תפיסת הכלל ככלל היוצר חזקה), ובכלל זה – הותרת התובע, במקרים מסוימים, בלא יכולת ליתן ביטוי לראיות הספציפיות שבידיו, המעדנות את הסטטיסטיקה.¹⁴⁸

ברם, עדיין לפנינו מהמורה נוספת. במשפט הישראלי, מאז פסק הדין בפרשת נוימן, ההלכה היא כי הנטל המועבר לנתבע מכוח כלל "הדבר מעיד על עצמו" הוא נטל השכנוע. נטל השכנוע מבטא את החובה העיקרית המוטלת על בעל דין – להוכיח את טענותיו כלפי יריבו. בעל הדין הנושא בנטל השכנוע חייב להוכיח את העובדה השנויה במחלוקת, שאם לא יעשה כן תיפול ההכרעה לחובתו. לעומת זאת, נטל הבאת הראיות מבטא חובה ה"גלווית" לנטל השכנוע, שמשמעה החובה להביא ראיות לשם עמידה בנטל השכנוע, הממשיך לרבוץ על הצד הנושא בו מלכתחילה.¹⁴⁹ בפועל, המשמעות העיקרית של ההבחנה בין הנטלים גלומה בכך שאם בסופו של משפט כפות המאזניים מעוינות – יזכה הצד שנטל השכנוע

147 ראוי להזכיר כאן את דבריו של השופט זוסמן, עוד בע"א 387/61 הפנר נ' ברכה, פ"ד טז 813, בהתייחסו לייחודו של סעיף 41 על רקע סביבתו החקיקתית: "... בעוד שהסעיפים 51 עד 53 [היום סעיפים 38-40; ג' ש'] ועד בכלל ענינם אבות נזיקין מיוחדים, חפצים מסוכנים שהיו ברשות הנתבע, שחזקתם הוסיפה סכנה לזולת, אין לנו כאן, בסעיף 54 [היום סעיף 41; ג' ש'], אב נזיקין מיוחד אלא הכשר שניתן לראיה..." (שם, בעמ' 818. ההדגשה הוספה). הדברים מובאים בהסכמה אצל השופט לנדוי, בעניין נוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 241. ודוק: הביטוי "הכשר" אין עניינו כאן בקבילות ראיות. כפי שכבר צוין, ראיות סטטיסטיות גרידא אינן בהכרח בלתי-קבילות במשפטנו. ההכשר שבו אנו דוברים מכון בעיקר למשקלן של הראיות הסטטיסטיות ולמעמדן. בהתקיים התנאים לתחולת הכלל גדל משקלן של ראיות מסוג זה, ובית המשפט יכול להטיל אחריות על הנתבע בהסתמך עליהן.

148 לניתוח בעיה זו ראו פרק ג.3 (ג) לעיל.

149 ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117; עניין נוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 290-291; ראו גם ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504.

לא היה מוטל על כתפיו.¹⁵⁰ אם כן, הלכת נוימן משמיעה לנו שכלל "הדבר מעיד על עצמו" אינו רק כלל המתיר הוכחת התרשלות בראיות כלליות. הכלל עושה דבר נוסף – הנחת נטל השכנוע לפתחו של הנתבע, וכפועל יוצא מכך חיובו בגזיקין כשהכפות של מאזני ההתרשלות הסטטיסטית מעוינות. הלכה זו אינה מתיישבת עם הצעתי, כפי שתוארה לעיל, לשנות את פניו של הכלל ולהפכו ל"כלל של הכשר ראיות" גרידא. הצעתי תוחמת את פועלו של הכלל לתפקידו הראשון (קרי: פתיחת פתח להוכחת התרשלות באמצעות ראיות כלליות), ואין היא מתיימרת להשיג את התפקיד האחר, שמייצגת לו הלכת נוימן (קרי: העברת נטל השכנוע לנתבע, וכנגזרת מכך הטלת אחריות עליו כשמאזני ההתרשלות שקולים). אלא, שבעיניי הלכת נוימן היא "החטא הקדמון" והגיעה השעה לבטלה. כך בוודאי אם מקבלים את הצעתי ובוחרים במודל הראיות כולן (בחירה שדרך המלך ליישומה, לדעתי, היא שינוי סטטוטורי שיביא לזניחת תפיסתו של הכלל ככלל של העברת נטל ומעבר ל"כלל של הכשר ראיות"); כך גם אם בוחרים באחד משני המודלים האחרים – מודל ראיות התובע בלבד או מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד. להלן אציג את טעמי לכך.

ד. העברת נטל השכנוע לנתבע?

בשיטת המשפט הישראלית מקובלת אם כן הגרסה התזוקה של כלל "הדבר מעיד על עצמו", ולפיה הנטל המועבר מכוחו אל כתפי הנתבע הוא נטל השכנוע.¹⁵¹ זאת, להבדיל מהגישה במשפט האנגלו-אמריקני, הנוטה אל הגרסה החלשה של הכלל, שלפיה הנטל המועבר אל הנתבע הוא נטל הבאת הראיות בלבד, לאמור: אם כפות המאזניים מעוינות לא תוטל אחריות על הנתבע.¹⁵² גישה אחרונה זו של

¹⁵⁰ עניין נוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 291.

¹⁵¹ Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 86, 92–93.

¹⁵² ראו הערת שוליים 41 לעיל. למעשה, כפי שהסבירו פורת ושטיין, לגרסה החלשה שני ביטויים. האחד, מנדטורי, עוסק בהעברת נטל הבאת הראיות, ולפיו כאשר הנתבע מציג הסבר מזכה, שכוחו ככוחה של גרסת התובע, הוא יהיה פטור מאחריות, אולם אם כשל בהבאת הסבר כזה יחויב תמיד בדיון. לעומת זאת, לפי הביטוי האחר לבית המשפט יש שיקול דעת המאפשר הימנעות מחיוב הנתבע – אפילו לא עלה בידי האחרון להביא הסבר חף מאשם, המנטרל את הנחת התרשלות. בפועל, פורת ושטיין קובעים כי אין נפקות אמיתית להבחנה בין שני ביטוייה של הגרסה החלשה, וזאת משום שאין להניח כי בית המשפט יאזן לפטור מאחריות נתבע שראיותיו לא הצליחו לעיין את מאזני ההתרשלות; ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 92–93.

המשפט האנגלו-אמריקני מתיישבת, לדעתי, בצורה טובה יותר עם ההיגיון העומד ביסודו של כלל "הדבר מעיד על עצמו". על פי היגיון זה, לעתים ההסתברות נוטה לכיוון המסקנה שהנתבע התרשל על אף שאין בנמצא ראיות (ישירות או נסיבתיות) המצביעות על מעשה רשלני מסוים.¹⁵³ הכלל מתיר לתובע להביא ראיות כלליות כדי להוכיח הסתברות זו לקיומה של התרשלות, אך אין לראות אותו כיוצר בסיס עצמאי להטלת אחריות או כחריג לכללים הרגילים בדבר הצורך של התובע להוכיח את גרסתו.¹⁵⁴ כלל "הדבר מעיד על עצמו" חוסה – הן מבחינה "גאוגרפית"¹⁵⁵ הן מבחינה מהותית – תחת משטר האחריות על בסיס אשם, ואין להשתמש בו כאמצעי להטלת אחריות חמורה או מוגברת.¹⁵⁶ יש לראות בו מכשיר להרחבת הכלים הנתונים בידי התובע להוכחת התרשלותו של הנתבע, ולא אמצעי למתן יתרון לתובע שאינו יודע את פרטי הרשלנות על תובע שידוע

153 ראו עניין *Bucklew*, הערה 20 לעיל; *Kaufman v. Fisher*, 371 P. 2d 948 (1962).

154 ראו והשוו *Briones v. McMullen v. Carlinville Area Hospital*, 450 N.E. 2d 5, 9 (1983).

Miller v. Gerber Products Co., 62 S.E. 2d 821, 824 (1986); *Mobil Oil Corp.*, 501 N.E. 2d 821, 824 (1986).

155 סעיף 41 נמצא בסימן ד' לפקודה, שכותרתו "רשלנות".

156 ראו *Skaggs Drug Centers, Inc. v. City of Idaho Falls*, 407 P. 2d 695 (1965); *Stewart v. Crystal Coca-Cola Bottling Co.*, 68 P. 2d 952, 954 (1937); *George Foltis, Inc. v. New York*, 38 N.E. 2d 455 (1941).

כבר בעניין נוימן הוזהר השופט לנדי מפני "... המגמה הצפה ועולה פה ושם בפסיקה האנגלית, לתת לכלל 'הדבר מעיד על עצמו' פירוש מרחיב, שלא לפי משמעותו הטבעית, כדי להשיג בדרך עקיפין זו תוצאות הנראות רצויות מבחינה חברתית, דהיינו הכבדת האחריות על נתבע המפעיל מכונות או מכונות אחרות, עד כדי הטלת אחריות מוחלטת עליו" (הערה 7 לעיל, בעמ' 243); השימוש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" ליצירת "אחריות חמורה מוסוית" אכן מסתמן לעתים בשיטות המשפט השונות; ראו, למשל, *Howarth*, הערה 10 לעיל, בעמ' 87. המחבר מביא כדוגמה את המקרה שנדון בפרשת *Ward*, הערה 18 לעיל, שם החליק התובע בגלל יוגורט שנשפך בחנותו של הנתבע. הוכח כי רצפת החנות נוקתה חמש-שש פעמים ביום וכן כל אימת שמי מהעובדים הבחין בנוזל שניגר. בית המשפט לא ראה בכך הסבר כיצד יכולה הייתה התאונה להתרחש בלא אשם, ומשלל עלה בידי הנתבע להראות כיצד בדיוק אירעה התאונה – מידע זה לא היה מצוי בידי איש – נמצא הנתבע אחראי בחנוכה. בכך, למעשה, הוטלה עליו אחריות חמורה; ראו עוד *Grady*, הערה 41 לעיל, בעמ' 893. לדעת המחבר, הפסיקה מטילה אחריות מכוח כלל "הדבר מעיד על עצמו" על חברות תעופה בגין התרסקויות מטוסים שסיבתן לא נודעה, מן הטעם שחברות התעופה הן היחידות שיכולות לנקוט אמצעים למניעת הנזק ובכך מהוות את המונע הכול ביותר של הנזק. לפסיקה כזו ראו, למשל, *Cox v. Northwest Airlines, Inc.*, 379 F. 2d 893 (1967); *Becker v. American Airlines, Inc.*, 200 F. Supp. 839 (1961); *Haasman v. Pacific Alaska Air Express*, 100 F. Supp. 1 (1951).

אותם. הבנה זו של הכלל מנציחה את המסקנה שאם בסופו של המשפט, לאחר בחינת הראיות כולן, גרסתו של התובע בדבר הסתברות סטטיסטית לקיומה של התרשלות אינה עדיפה על זו של הנתבע – אין להטיל אחריות על האחרון.¹⁵⁷ אלא שעמדת המשפט הישראלי היא, כאמור, אחרת. על פי הלכת נוימן, כאשר קמה תחולה לכלל, ולאחר בחינת הראיות כולן מתברר שכפות המאזניים מעוינות – יזכה התובע בתביעתו. אין תמה אפוא שפורת ושייין קבעו שהגרסה החזקה של הכלל נותנת "משקל יתר" לראיות הכלליות, ומשמעותה – ספירה כפולה (double-counting) שלהן.¹⁵⁸ הגרסה החזקה של הכלל אינה מתיישבת עם שיקולים של צדק (מתקן וחלוקת) ושל הרתעה, השוללים הטלת אחריות בנוזקין במקרים שבהם לא הוכחה, במאזן ההסתברויות, גרסת התובע כי הנתבע התרשל.¹⁵⁹

שמה בכל זאת קיימים נימוקים המצדיקים תוצאה זו? על פי פורת ושייין, הניתוח הכלכלי עשוי לתמוך דווקא בגרסה החזקה של הכלל.¹⁶⁰ לשיטתם, הכלל מזהה את הנתבע כמי שהוא באופן טיפוסי "המונע הזול ביותר" של הנזק שנגרם, כלומר: מי שמצוי בעמדה הטובה ביותר לערוך מאזן עלות-תועלת בין עלויות התאונה לבין עלויות מניעתה ולפעול בהתאם. במה דברים אמורים? התנאי של אי-ידיעת נסיבות המקרה לאשורן והתנאי בדבר היעדר אשם מצד התובע (המקובל במשפט האנגלו-אמריקני) מסמנים את התובע כמי שאפשרותו לצפות את הנזק ולהעריך את העלות הכרוכה במניעתו היא מוגבלת יחסית; במקביל, תנאי השליטה ותנאי אי-הזהירות המסתברת מזהים את הנתבע כאדם שנמצא בעמדה הטובה ביותר לחזות את הנזק ולחשב את עלות מניעתו. התוצאה היא שיש אפוא, סבירות גבוהה – אם לא ודאות ממש – שהנתבע הוא המעריך הטוב ביותר של

157 ראו *Hahn v. Eastern Illinois Office Equipment Co.*, 355 N.E. 2d 336 (1976); *McKeever v. Phoenix Jewish Community Center*, 374 P. 2d 875 (1962).

158 ראו *Porat & Stein*, הערה 2 לעיל, בעמ' 93–95. בהקשר זה הביאו פורת ושייין מדבריו של V. C. Ball במאמרו "The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof," 14 *Vand. L. Rev.* 807 (1961). עיקר הטיעון הוא כי מצב של שוויון ראיתי אינו נוצר אלא לאחר שנלקחו בחשבון הראיות שהובאו כמשפט וכן הניסיון הכללי שבאמצעותו נבחנו הראיות הללו ונקבע כוחן הראיתי. התנאים לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו" – תנאי אי-הזהירות המסתברת, תנאי השליטה והתנאי בדבר היעדר אשם תורם של התובע – הם כולם חלק בלתי-נפרד מהמסקנה הסופית שלפיה קיימת שקילות ראיתית; הם כבר תרמו את עוצמתם לראיות התובע ואפשרו לזה האחרון להעמיד את גרסתו בקו אחד עם זו של הנתבע. משמעות הדבר היא שאם ייפרץ המבוי הסתום באמצעות אותם תנאים ממש, והכף תיטה לטובת התובע, יהא בכך משום ספירה כפולה שלהם.

159 *Porat & Stein*, הערה 2 לעיל, בעמ' 94.

160 שם, בעמ' 95–97.

הנזק, וככזה הוא גם המונע הזול ביותר שלו. לפיכך, הטלת אחריות על הנתבע תביא לתוצאה אופטימלית מנקודת מבט כלכלית. הגרסה החזקה של כלל "הדבר מעיד על עצמו" – מוסיפים ומסבירים פורת ושטיין – תרתיע נתבעים כאלה מפני גרימת נזק; היא תחסוך את העלויות הכרוכות בבדיקה שיפוטית, בכל מקרה ומקרה, מיהו המונע הזול ביותר, ותתווה קיצור דרך, שהצדקתו בכך שבטוחה האורך הוא יספק יותר תוצאות נכונות מאשר תוצאות בלתי-נכונות.¹⁶¹

ניתוח זה מגלה פנים חדשות בהלכת גרימן, שאימצה את הגרסה החזקה של הכלל. עם זאת, לדעתי, הניתוח מעורר כמה קושיות. על פי פורת ושטיין, התובעים בתיקי *Res Ipsa* מצויים בעמדה לא נוחה לצפיית הנזק ולאמון עלות מניעתו, ואכן כך; אולם בכך לא סגי כדי להטות את הכף לרעת הנתבע.¹⁶² פורת ושטיין מוסיפים כי הנתבע הוא שמצוי בעמדה הטובה ביותר לצפות את הנזק ואת עלות מניעתו, וזאת על יסוד שני נדבכים: האחד – עדיפותה של ההסתברות הכללית לקיומה של התרשלות, והאחר – שליטת הנתבע בחפץ שגרם לנזק. אשר לגדבך הראשון, כבר הבעתי את דעתי כי השאלה החשובה איננה אם קיימת התרשלות סטטיסטית בשלב-ביניים פיקטיבי, אלא אם בסופו של המשפט ניתן לגזור מן הראיות של שני הצדדים מסקנה בדבר התרשלות – ולו סטטיסטית-דל-בנטית – מצד הנתבע. על כן, אם בתום המשפט מאוני ההתרשלות מעוינים – לאמור: אין עדיפות לגרסת ההתרשלות על הגרסה האחרת – אזי אין לדבר על הסתברות כללית לקיומה של התרשלות, וממילא אין לראות נתון זה כתורם לזיהוי הנתבע כמונע הזול ביותר.

נותרנו, אפוא, עם טיעון השליטה. ואכן, נראה כי השליטה על הנכס המזיק היא הנתון העיקרי העומד ביסוד מסקנתם של פורת ושטיין בדבר היותו של הנתבע המונע הזול ביותר, המצדיקה הטלת אחריות עליו גם כשכפות המאוזנים מעוינות, כלומר: התרשלותו – ולו הסטטיסטית-דל-בנטית – לא הוכחה. מסקנה זו נשמעת אולי הגיונית, אך היא גם נשמעת מוכרת: הניתוח של פורת ושטיין מקרב אותנו למשטר של אחריות חמורה (strict liability).¹⁶³ גם אם לא הוכחה אפילו התרשלות סטטיסטית, מוטלת על הנתבע אחריות מתוקף היותו המונע הזול

161 דברים באותה רוח כתב הנשיא שמגר בעניין רו, הערה 131 לעיל, בעמ' 817-818.

162 ראו רופוס, הערה 87 לעיל, בעמ' 227.

163 ואכן, פורת ושטיין נסמכים בספרם על הגדרת "המונע הזול ביותר" במאמרם של Guido Calabresi ו-Jon T. Hirschoff: "Toward a Test for Strict Liability in Torts," 81 Yale L.J. 1055 (1972) (ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 95, בהערת שוליים 46 והטקסט הסובב אותה). במאמר הנזכר ביקשו Calabresi ו-Hirschoff לבסס את התפיסה המבכרת הטלת אחריות חמורה על "המערך הטוב ביותר" על הטלת אחריות על הרשלן לפי נוסחת Hand (השוו גם לדברי Porat & Stein, שם, בהערת שוליים 47).

ביותר, ובלשונם המדויקת יותר של שטיין ופורת – המעריך הטוב ביותר (best assessor).¹⁶⁴ ניתן אמנם לטעון כי זוהי תוצאה ראויה, אך יש לזכור כי על שאלת משטר האחריות הראוי בנוזיקין נישטת מחלוקת קשה,¹⁶⁵ ומכל מקום ספק אם כלל "הדבר מעיד על עצמו" מהווה אכסניה מתאימה ליצירת משטר של מעין אחריות חמורה. בהקשר זה ראוי לציין כי תנאי השליטה – המצדיק, לדעת פורת ושטיין, את הנסיגה מכללי האחריות הרגילים – קיבל בפסיקה פרשנות גמישה, המרחיבה את משמעות התיבה "נכס" ומפחיתה את הוויקה הגדרשת בין הנתבע לבין הנכס שגרם לנזק, תוך הרחבת "מעגל השולטים" אל מעבר לגבולות השליטה הפיזית, הרצופה והבלעדית.¹⁶⁶

מעבר לכך – וזה אולי העיקר – יש לזכור שאם לא מתקיים התנאי הראשון, התובע יודע או יכול לדעת מה היו למעשה נסיבות המקרה – שליטת הנתבע על הנכס שגרם לנזק לא תביא להטלת אחריות עליו אם כף ההתרשלות אינה שוקלת יותר מן הכף האחרת. כשהנסיבות ידועות, אין תחולה לכלל "הדבר מעיד על עצמו", וכעיקרון, הטלת אחריות לפי עוולת הרשלנות תיעשה אך ורק אם הוכחה התרשלותו של הנתבע במאון ההסתברויות, ואין נפקא מינה אם שלט הנתבע בנכס שגרם לנזק אם לאו. האם קיומה של עמימות לגבי נסיבות המקרה מצדיק דין שונה? לדעתי, קשה להצדיק עמדה שלפיה במקרים שהתובע מציג גרסה לגבי

164 כפי שנאמר בהערה 156 לעיל ובסקסט הסובב אותה, השימוש בכלל "הדבר מעיד על עצמו" כאמצעי להטלת אחריות חמורה, והביקורת על שימוש זה, אינם חדשים עמנו.

165 ראו, למשל, Richard A. Posner, "A Theory of Negligence," 1 J. Leg. Stud. 29 (1972); Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970). לניתוח כללי, ראו ישראל גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזיקין", משפטים כב(2) 421 (תשנ"ג).

166 פורת ושטיין עצמם מדגישים כי בתיקי רשלנות רפואית בתי המשפט מתעלמים תכופות מתנאי השליטה או מניחים את קיומו; Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 84, בהערת שוליים 2. בהקשר הישראלי מפנים פורת ושטיין לעניין רו, הערה 131 לעיל, בעמ' 819; בפועל, מגמה זו – קרי: פרשנות ליברלית של תנאי השליטה – אינה מוגבלת למקרים של רשלנות רפואית; ראו עניין ישראל פיסט, הערה 108 לעיל, בעמ' 78–83. לביקורת על מגמה זו ראו דבריו של השופט אנגלרד בעניין שי שמעון, הערה 130 לעיל; ראו גם עניין Calabretta, הערה 19 לעיל; 443 N.E. 2d 569; *Lynch v. Precision Machine Shop Ltd.*, 40–41 א"י, 41 סעיף 41 לפקודה לזה של שכניו, סעיפים 38–40 ו-41א–41ג, השוואת היקף הפרישה של סעיף 41 לפקודה לזה של שכניו, סעיפים 38–40 ו-41א–41ג, ממחישה את הקושי. בעוד שסעיף 41 מסתפק בשליטה על הנכס שגרם לנזק – כל נכס, יהא סיבו אשר יהא – הסעיפים האחרים מתייחסים לשליטה, לבעלות או לאחריות בקשר לדברים המגלמים סיכון מיוחד או מוגבר, קרי: "דבר מסוכן", אש ובעלי-חיים. עם זאת יש להדגיש שקיימים הבדלים נוספים בין הסעיפים, והשוואה מלאה ביניהם מצריכה דיון נרחב, החורג מגבולות רשימה זו.

נסיבות המקרה, ומאזני ההתרשלות מעוינים, לא תוטל אחריות על הנתבע (גם אם שלט בנכס שגרם לנזק), ואילו במקרים שבהם התובע אינו מציג גרסה, ומאזני ההתרשלות (הסטטיסטית-רלבנטית) מעוינים, תוטל גם תוטל אחריות שכזו אם רק שלט הנתבע בנכס.¹⁶⁷ הוא שאמרנו: פתיחת הפתח להוכחת התרשלות סטטיסטית אין משמעותה כי גם כשהתרשלות כזו אינה מוכחת, בסופו של יום, תוטל אחריות על הנתבע – אלא שזו נפקותו של כלל "הדבר מעיד על עצמו", בגרסתו החזקה.

לכאורה ניתן היה לטעון כי השליטה היא בבחינת "הקש ששובר את השוויון הסטטיסטי", כלומר: לאחר שהגיע בית המשפט למסקנה שכפות המאזניים הסטטיסטיות מעוינות, באה השליטה ומטה את הכף לחובת הנתבע. לדעתי, טענה זו אינה עומדת בפני הביקורת. שליטת הנתבע בנכס היא חלק אינטגרלי מהמסקנה שכפות המאזניים הסטטיסטיות מעוינות. מתוך שהשליטה היא תנאי להתלת הכלל היא ממצה את כוחה הראייתי בדרך אל המסקנה הסופית, ואינה יכולה להוסיף משקל גם לאחר מכן.¹⁶⁸ למעשה, תכופות ניתן לראות בשליטה הנחת יסוד לחישוב הסטטיסטי.¹⁶⁹ סל, לדוגמה, את החלת כלל "הדבר מעיד על

167 דברים ברור זה השמיע השופט לנדוי בעניין גוימן: "במקרה כזה [שבו לפי ניסיון החיים נראה לכאורה שהייתה התרשלות של הנתבע; ג' ש' בא התנאי המוקדם הראשון שבסעיף 41 להשוות את מעמדו של התובע, שאינו יודע ואינו יכול לדעת את פרטי רשלנותו של הנתבע, למעמדו של תובע אחר היודע את פרטי הרשלנות שעה שהוא מביא את ראיותיו לבית-המשפט. אך בשום אופן לא יוסב מעמדו של התובע שאינו יודע לעומת התובע שידוע, כאילו כלפי הראשון חייב הנתבע בתוקף הסעיף 41 לשכנע את בית-המשפט בתוסר רשלנותו, בעוד שכלפי השני, שלא הוכיח את קיום התנאי הראשון שבסעיף 41, תידחה התביעה אם הנתבע אך נתן הסבר סביר המראה על חוסר רשלנות מצדו. איני רואה כל הגיון בהפליה כזאת לטובת הראשון. אדרבא, על-פיה נגיע לתוצאות שהדעת אינה סובלתן" (הערה 7 לעיל, בעמ' 238; ההדגשות במקור). בהמשך הדברים הדגים השופט לנדוי את האבסורד, לשיטתו, הנובע מן הגישה המפלה לרעה את התובע היודע לעומת התובע שאינו יודע, וסיכם: "כל הפליה כזאת כמדה כקביעת דין מהותי שונה לכל אחד מהם ללא כל הצדקה עיונית" (שם, בעמ' 239).

168 ביחס לספירה הכפולה של התנאים לתחולת הכלל ראו Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 93–95, והדיון בהערה 158 לעיל.

169 השוו לדבריו של הנשיא אגרנט בעניין גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 258: "עובדת השליטה, כאמור, הינה העובדה המרכזית, מבין הנסיבות החיצוניות של התאונה, אשר בגללן ניתן (אם ניתן) לייחס את סיבת קרותה לרשלנות מצד הנתבע. במילים אחרות: העובדה, כי התובע נפגע באמצעות נכס שהיה נתון או בשליטת הנתבע, ממלאה תפקיד מרכזי בתהליך של הסקת המסקנה, כי זה האחרון הוא הנושא באחריות, בשל התרשלותו, להתהוות התאונה המזיקה". ומן הדברים האלה לענייננו: השליטה על הנכס המזיק היא נתון בעל השפעה רבה בדרך אל המסקנה בדבר ההסתברות הכללית לקיומה של התרשלות

עצמו" במקרים של רשלנות רפואית. הפסיקה קבעה כי מתקני בית החולים מצויים בשליטתו.¹⁷⁰ נניח כי התובע סבל מזיהום בעת ששהה בבית החולים, והראיות הסטטיסטיות מלמדות שבאחוז מסוים מן המקרים נגרם זיהום מסוג זה בשל התרשלנות המוסד הרפואי, ואילו ביתר המקרים הגורם הוא אחר. ניתן לחוש כי השליטה כבר טבועה בתוך הסטטיסטיקה. החישוב הסטטיסטי מניח את השליטה כבסיס לאומדן ההסתברות הכללית שהנזק אירע בשל התרשלנותו של בית החולים. אלמלא השליטה, התרשלנותו של בית החולים כלל לא הייתה מהווה גורם אפשרי לנזק.¹⁷¹

יש הטוענים, כי שליטתו של הנתבע על הנכס שגרם לנזק מנביעה את המסקנה כי הוא ולא אחר היה בעמדה המאפשרת לו ליתן הסבר על סיבת התאונה. לפי גישה זו, מטרתו של כלל "הדבר מעיד על עצמו" היא להתמודד עם סיטואציה שבה הנתבע יודע (או צריך לדעת) את האמת לאשרה לגבי מה שאירע, אך מסרב לחושפה.¹⁷² פורת ושטיין מחזקים גישה זו בטענה שכלל "הדבר מעיד על עצמו" מזהה את הנתבע לא רק כמונע הזול ביותר של הנזק שנגרם בתאונה, אלא גם כמי שבכוונו להפחית את אִי-הודאות העובדתית האופפת את נסיבות התאונה (ובמילים אחרות: כמונע הזול ביותר של הנזק הראייתי, הן לפני התרחשותו של נזק זה הן לאחריה). לדעתם, נגישותו של הנתבע לראיות, הנגזרות משליטתו בנכס שגרם לנזק, הופכת את ההשערה כי הנתבע מכמין את הראיות ומונע בכך את האפשרות לאשש או להפריך את החשד בעניין התרשלנותו, למסתברת יותר מהשערות אחרות לגבי הסיבה לעמידות הראייתית (כלומר: חסר בראיות מטעמים אובייקטיביים או מטעמים הקשורים בתובע). לדעתם, בנסיבות אלה קמה הצדקה נוספת להכריע לטובת התובע במצבים של שוויון ראיתי.¹⁷³

מצד הנתבע. על כן, אין מקום ליתן משקל נוסף לנתון זה לאחר שכבר נתגבשה המסקנה כי מאזני התרשלנות מעוינים.

170 עניין רו, הערה 131 לעיל, בעמ' 819.

171 במובן זה ניתן לראות בהוכחת השליטה משום ראייה ספציפית המעדנת את הסטטיסטיקה – כזו המובאת בחשבון, לפי כל מודל, כבר בשלב הראשון שבו נבחנים התנאים לתחולת הכלל (שהרי מדובר בתנאי עצמאי להפעלת הכלל). אלמלא הנתון הספציפי של השליטה, היו הנתונים הסטטיסטים בדבר הגורמים האפשריים לנזק שונים בתכלית.

172 רופוס, הערה 87 לעיל, בעמ' 689; 227, (1944). 687, 154 P. 2d 687, *Ybarra v. Spangard*.

Henderson v. Jenkins, [1970] AC 282.

173 Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 97–100.

אלא, שיש לזכור כי קיימות דוקטרינות חלופיות להעברת נטל במצבים של עמימות ראייתית, והעיקרית שבהן היא דוקטרינת הנזק הראייתית.¹⁷⁴ לדוקטרינה זו שני פנים. פן אחד הוכר זה מכבר בפסיקה, ולפיו חסר בראיות – כגון אי-עריכת רישומים רפואיים או אי-שמירתם – עשוי להביא להעברת נטל השכנוע מכתפיו של התובע אל שכמו של הנתבע.¹⁷⁵ הגישה המקובלת בפסיקה בית המשפט העליון היא שרק במקרים שבהם החסר בראיות נגרם בשל התרשלות מצד הנתבע ניתן להעביר אליו את נטל השכנוע לגבי עניין שניתן היה להוכיחו אלמלא חסר זה.¹⁷⁶ כך יוצא, שהשילוב בין שני רכיבים – שליטה על ראיות (קיימות או פוטנציאליות) ואשם בהיעדרן – מביא לתוצאה של העברת נטל השכנוע. לאור פסיקה זו, קשה להלום פרשנות שלפיה די בשליטה על החפץ המזיק (שאננה תמיד זהה לשליטה על הראיות),¹⁷⁷ שאין בצדה בהכרח אשם ביחס להיעדר הראיות, כדי להעביר את נטל השכנוע לנתבע לפי כלל "הדבר מעיד על עצמו".¹⁷⁸

174 על פניה השונים של דוקטרינת הנזק הראייתית ראו Ariel Porat & Alex Stein, "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable," 18 *Cardozo L. Rev.* 1891 (1997); אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתית: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים סיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", עיני משפט כא 191 (תשנ"ח); לביקורת ראו ישראל גלעד, "דוקטרינת הנזק הראייתית: האם הורם נטל השכנוע?", משפטים ל 317 (תש"ס); לתגובה לביקורת ראו אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתית: תגובה לביקורת", משפטים ל 349 (תש"ס); וכן ראו אליעזר ריבלין, "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה", בתוך ספר שמגר – מאמרים ג 22, 63–66 (תשס"ג).

175 ראו, למשל, ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709; ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרזו רפואי ספיר, פ"ד נא(4) 687; עניין עמר, הערה 26 לעיל, בעמ' 721; ע"א 612/78 פאר נ' קופר, פ"ד לה(1) 720; ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 253; המחלוקת בדבר מהות הנטל המועבר ובדבר היקפו (ראו פרשת ברנשטיין הנ"ל) הוכרעה, כך נראה, בפסק הדין בעניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, שם נקבע כי מדובר בנטל השכנוע ביחס לאותם עניינים שהיו יכולים להתברר אלמלא החסר הראייתית.

176 דברי השופט אור בעניין דרוקמן, הערה 149 לעיל, בעמ' 132; דברי השופט ריבלין בע"א 6696/00 בית החולים המרכזי עפולה נ' מינטו (לא פורסם, 2.9.2002). גישה שונה הציעה השופטת שטרסברג-כהן בפרשת דרוקמן, בעמ' 127.

177 אנגלרד, בספרו, הדגיש כי הקשר בין שליטה על הנכס לבין ידיעת נסיבות התאונה אינו הכרחי; ראו אנגלרד, הערה 28 לעיל, בעמ' 69.

178 ראוי להדגיש כי אין בתנאי השלישי, המופיע בכלל "הדבר מעיד על עצמו" ולא בדוקטרינת הנזק הראייתית, כדי להעלות או להוריד לעניין מסקנתי זו. כאמור, אינני מוצא כל חשיבות מיוחדת לממצא שלפיו בשלב ביניים פיקטיבי קיימת עדיפות למסקנה בדבר קיומה של התרשלות על מסקנה בדבר היעדרה של התרשלות. אנו עוסקים כעת

נראה, אם כן, כי דוקטרינת הנזק הראייתי, בפן הראייתי שלה, נותנת מענה ראוי ועדיף במצבים שבהם "היה לנתבע יתרון מבהינת הנגישות לחומר הראיות שהיה אמור להיות בשליטתו במועדים הרלבנטיים".¹⁷⁹ על כן, אם הנתבע מכמין את הראיות, גונז אותן או אחראי בדרך אחרת להיעדרן – תעמוד לתובע הטענה כי נגרם לו נזק ראייתי המצדיק את העברת נטל השכנוע. יצוין, כי בתי המשפט עמדו בהזדמנויות שונות על הקרבה בין דוקטרינת הנזק הראייתי לבין כלל "הדבר מעיד על עצמו",¹⁸⁰ ולא פעם העדיפו להחיל את הראשונה ולהימנע מהכרעה בשאלת תחולתו של האחרון.¹⁸¹ הבחירה להעביר את נטל השכנוע על בסיס דוקטרינת הנזק הראייתי (הכוללת יסוד של אשם בגרימת נזק זה), ולא לעשות כן על יסוד כלל "הדבר מעיד על עצמו", הולמת, לדעת, את העובדה שאנו מצויים תחת כנפיו של משטר הרשלנות. יש בבחירה זו כדי להוות מחסום מפני היגררות לאחריות חמורה.¹⁸²

פן אחר של דוקטרינת הנזק הראייתי הוא הפן הנויקי, שלפיו ניתן להטיל אחריות בגין עוולת הרשלנות על נתבע שיצר באשמו מצב של אי-ודאות

בשאלה אם ראוי להכריע את המשפט לטובת התובע במקרים שבהם, בתום המשפט, מאזי ההתרשלות שקולים, שהרי זו הנפקות של העברת נטל השכנוע לנתבע. אם בסופו של המשפט אין עדיפות למסקנה בדבר קיומה של התרשלות, אזי לא ניתן "לקזז" את הדרישה לאשם בגרימת החסר הראייתי, הנכללת בדוקטרינת הנזק הראייתי ואינה מופיעה בכלל "הדבר מעיד על עצמו", עם התנאי השלישי, המופיע באחרון (הכלל) ולא בראשונה (הדוקטרינה).

179 הציטוט מעניין שטרנברג, הערה 6 לעיל, בעמ' 557.

180 ראו בעיקר עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל; ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד נח(2) 535.

181 ראו, למשל, ת"א (מחוזי חיפה) 124/98 כהן נ' נקים (לא פורסם, 5.11.2002); במקרים אחרים החיל בית המשפט את שתי הדוקטרינות גם יחד; ראו, למשל, עניין שטרנברג, הערה 6 לעיל; ת"א (מחוזי חיפה) 758/96 ירדן נ' קופת חולים של ההסתדרות (לא פורסם, 9.2.2000); ת"א (מחוזי ים) 1336/98 עוז נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (לא פורסם, 31.10.2000).

182 לביקורת על הגישה המרחיבה את פירושו של הכלל *Res Ipsa Loquitur*, "שלא לפי משמעותו הטבעית, כדי להשיג בדרך עקיפין זו תוצאות הנראות רצויות מכחינה חברתית, דהיינו הכבדת האחריות על נתבע המפעיל מכוניות או מכונות אחרות, עד כדי הטלת אחריות מוחלטת עליו", ראו עניין נוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 243. השופט לנדוי הציע שם כי "...אם ימצא המחוקק שיש להעביר את נטל השכנוע על הנתבע במצבים עובדתיים מסויימים, כגון תאונה הנגרמת על-ידי מכונית, בנוסף על אלה הנזכרים בסעיפים 38 עד 40, ייעשה-נא הדבר בדרך חקיקה מפורשת, ולא בדרך השימוש בהוראת חוק שלא נועדה לכך על-פי תכנה המקורי". כידוע, באשר לתאונות הדרכים אכן שונה מאז משטר האחריות, עם חקיקתו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975.

עובדתית, השוללת מהתובע את היכולת לדעת מי או מה גרם לנזק. מדובר אפוא בעילת תביעה בנזיקין העומדת לתובע בגין "הנזק הראייתי" שהוסב לו. שטיין ופורת רואים את כלל "הדבר מעיד על עצמו" כגרסה מוגבלת של דוקטרינת הנזק הראייתי, אולם הם סבורים שהחלת הדוקטרינה הכללית תיתן פתרון הולם יותר לבעיית אי-הוודאות.¹⁸³ לשיטתי, כלל "הדבר מעיד על עצמו" – במיוחד בגרסתו החזקה – פורץ את גבולות דוקטרינת הנזק הראייתי במובן שהצגתי לעיל, כלומר: העובדה שאין הוא כולל דרישה לאשם בגרימת הנזק הראייתי, ומסתפק בדרישה של שליטה על הנכס שגרם לנזק (להבדיל משליטה על הראיות החסרות).

מן האמור עולה כי ההלכה שלפיה כלל "הדבר מעיד על עצמו" מביא להעברת נטל השכנוע לנתבע אינה ראויה. לאמיתו של דבר, מודל הראיות כולן כבר מקהה את עוקצה של הלכה זו. הטעם לכך הוא שהלכת נוימן, בדבר העברת נטל השכנוע, מניחה שלא כל הראיות נבחנות לצורך התנאי השלישי, ושקיים שלב שני אפקטיבי שבו ניתנת לנתבע אפשרות להרים את הנטל שהועבר אליו מכוח הכלל. כפי שראינו, הנחה זו מתקיימת רק אם נוקטים את מודל ראיות התובע בלבד או את מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד. לפי מודלים אלה, בשלב השני עומדת לנתבע האפשרות להביא את ראיותיו – הכלליות והספציפיות (לפי מודל ראיות התובע בלבד) או הספציפיות בלבד (לפי מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד). הלכת נוימן משמיעה לנו כי גם אם המסקנה הסופית בתום שני השלבים (קרי: לאחר בחינת הראיות כולן) הינה כי מאזני ההתרשלות מעוינים – עדיין תוטל אחריות על הנתבע (בשל נטל השכנוע המוטל על כתפיו).

שונה הדין – למעשה, אם כי לא להלכה – אם נוקטים את מודל הראיות כולן. טלו פעם נוספת את פסקי הדין בפרשות ישראל פיש ועמר, שם, כזכור, הוחל מודל זה מבלי משים. הגם שהרטוריקה בפסקי הדין הללו עודנה כי הנטל המועבר לנתבע הוא נטל השכנוע,¹⁸⁴ בפועל אין הדבר כך. נזכור: לפי מודל זה, כל הראיות – הכלליות והספציפיות – נבחנות כבר בשלב בדיקת התנאים לתחולתו של הכלל. בידי אף אחד מן הצדדים אין ראיות המצביעות על תרחיש ספציפי שגרם לנזק (שאחרת אין מתקיים התנאי הראשון), ואנו נותרים עם ראיות סטטיסטיות וראיות ספציפיות "מעדנות", הנבחנות יחד בגדרי התנאי השלישי ומפיקות מסקנה סטטיסטית רלבנטית למקרה. אם בסופה של הבדיקה הסטטיסטית

183 Porat & Stein, הערה 2 לעיל, בעמ' 97-98.

184 ראו, למשל, דברי השופט מצא בעניין ישראל פיש, הערה 108 לעיל, בעמ' 83 ("בכך עבר הנטל לכתפי המערער לשכנע את בית המשפט כי התאונה לא אירעה עקב רשלנות שהיא נושאת באחריות לה").

מתברר כי כפות המאזניים מעוינות, אזי אין תחולה לכלל (שהרי הנטל להוכיח את התקיימות התנאים לתחולת הכלל, לרבות התנאי השלישי, רובץ תמיד על כתפי התובע¹⁸⁵). השלב השני, שבו נטל השכנוע מוטל על הנתבע, הוא ממילא קליפה ריקה. כך יוצא שמודל הראיות כולן, כפי שיושם בפסיקה, מבטיח כי התובע יזכה בתביעתו רק אם יעלה בידיו להוכיח בסופו של משפט את קיומה של התרשלות סטטיסטית רלבנטית.

ה. סיכום

שלושה מודלים הוצעו בפסיקה ביחס לראיות הצריכות בחינה בשלב שבו בית המשפט בודק אם מתקיימים התנאים לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו". לדעתי, את המודל הראשון – מודל ראיות התובע בלבד – יש לדחות, בעיקר משום שהוא מעניק לתובע כוח בלעדי להציג בפני בית המשפט תמונת מצב סטטיסטית שעלולה להיות בלתי-נכונה, ובכך להביא להחלת הכלל. נותרו, אפוא, שני מודלים – מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד ומודל הראיות כולן. לדעתי, מודל הראיות כולן הוא המודל העדיף. מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד מאפשר אמנם לשני הצדדים להציג בפני בית המשפט ראיות סטטיסטיות גרידא, אולם הוא שולל מהם את האפשרות להראות, לצורך בחינת תנאי הכלל, כי הנתונים הסטטיסטיים "הטהורים" אינם הולמים את נסיבות המקרה הידועות. לפיכך, המסקנה שאליה יגיע בית המשפט בדבר קיומה של התרשלות סטטיסטית או בדבר היעדרה עלולה להיות בלתי-רלבנטית לאירוע. אמנם, החלת הכלל אינה סוף פסוק, וניתן לבחון את הראיות הספציפיות, המעדנות את הסטטיסטיקה, לצורך השאלה האם הרים הנתבע את הנטל שהועבר אליו, אולם כרוכים בכך שני קשיים מהותיים עיקריים. קושי אחד הוא הפגיעה האפשרית בתובע עקב אי-היכולת להביא ראיות ספציפיות המשנות את התמונה הסטטיסטית כבר בשלב הראשון. לדעתי, לא ניתן לפתור את הקושי האמור במסגרת מודל הראיות הסטטיסטיות בלבד, והתוצאה היא שייתכנו מקרים שבהם מתקיימים שני התנאים הראשונים לתחולת הכלל, וקיימת גם התרשלות סטטיסטית רלבנטית – אולם בשל העובדה שהתובע אינו יכול להציג את ראיותיו הספציפיות כבר בשלב

185 "... המסקנה בדבר התרשלות הנתבע כגורם התאונה המזיקה חייבת להיות מוסקת על-פי המבחן של עודף ההסתברויות, כך שאם המסקנה הנוגדת נראית שקולה כנגדה, אזי לא נתקיים התנאי [השלישי; ג' ש'] ואין מקום לתחולת הכלל"; דברי הנשיא אגרנט בעניין גוימן, הערה 7 לעיל, בעמ' 259.

הראשון לא ניתן יהיה להפעיל את הכלל. הקושי האחר הוא הטלת אתריות על הנתבע גם כשמתברר, לאחר צליחת שני השלבים, כי אפילו התרשלות סטטיסטית-רלבנטית לא הוכחה. קושי זה נובע מההלכה שלפיה הנטל המועבר מכוח הכלל הוא נטל השכנוע, ומכאן שזהו קושי הגיתן לפתרון, ובלבד שהפסיקה תיאות לסטות מהלכת נוימן.

מודל הראיות כולן מגשים את מטרת הכלל, שהיא מתן אפשרות לתובע להוכיח בראיות סטטיסטיות את תביעתו במצבים של עמימות ראייתית ושלטיה של הנתבע על הנכס שגרם לנזק. מודל זה נמנע מפיצול רעיוני, מלאכותי וקשה ליישום בין הראיות. המודל אף מביא – אמנם בעקיפין, ובלא להכריז על כך – לתוצאה החיובית של ביטול הלכת נוימן, הגורסת שאם קמה תחולה לכלל, ובתום בדיקת הראיות מאזני ההתרשלות מעוינים, יד התובע על העליונה. דא עקא, שמודל זה מתקשה להתאים את עצמו למבנה הדו-שלבי של הכלל ולתפיסתו המסורתית ככלל של העברת נטל. הפסיקה בעבר, כנראה בלא מודעות, "דילגה" מעל מכשול זה, ובפועל החילה את הכלל רק כשהוכחה התרשלות סטטיסטית-רלבנטית על בסיס הראיות כולן; בה בעת, המשמעות הייתה כי לנתבעים באותן פרשות לא הייתה כל אפשרות להרים את הנטל, משמע: החלת הכלל חרצה את גורל המשפט. ניתן לכאורה להמשיך בדרך זו, אלא שנראה כי אם צפו הדברים ועלו על פני השטח, ייטיב המחוקק לעשות אם ישנה את הכלל ויהפוך אותו מ"כלל של חזקה" ל"כלל של הכשר ראיות סטטיסטיות".

1

2

3