



בבית המשפט העליון

דנ"א 4693/05

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' ג'ובראן

המבקשות : 1. בי"ח כרמל-חיפה
2. קופ"ח כללית

נגד

המשיבים : 1. עדן מלול
2. צפורה מלול
3. ארמונד מלול

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק-דין של בית-המשפט
העליון מיום 31.3.05 בע"א 7375/02 שניתן על-ידי כבוד
השופטים א' מצא, מ' נאור וס' ג'ובראן

בשם המבקשות : עו"ד פרופ' רון שפירא ; עו"ד אבימור יעקב

בשם המשיבים : עו"ד יוסף ליאון

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. בתיק זה הוחלט על קיום דיון נוסף "בנושא של פסיקת פיצויי בדין הנזיקין על-פי הסתברות". פסק-הדין נשוא הדיון הנוסף – ע"א 7375/02 – נכתב על-ידי השופטת מ' נאור, והסכימו לו המשנה לנשיאה (בדימוס) א' מצא והשופט ס' ג'ובראן. בפסק-הדין נפסקו למשיבים פיצויים בשיעור של 20% מן הנזק שנגרם להם.

2. המשיבה 1 נולדה ביום 18.3.1992, בבית החולים כרמל בחיפה (העותר 1). היה זה לאחר שאמה, אשר הייתה בשבוע ה- 29 + 6 להריונה, הגיעה לבית החולים בעקבות ירידת מי-שפיר. נפסק, כי בשעה 20:30, בבית החולים, החל דימום בשל היפרדות שליה, וכי המשיבה 1 חולצה מרחם אמה בניתוח קיסרי שהחל בשעה 21:00. בלידתה שקלה המשיבה 1 1,345 גר'. למרבה הצער התברר כי המשיבה 1 לקתה במחלה של החומר הלבן של המוח (PVL), וכי בשל כך היא סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי – נכות של 100%.

בית המשפט המחוזי, ובעקבותיו גם בית המשפט העליון, פסקו כי העיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי – פרק זמן של 45 דקות לערך – היה רשלני. זאת, בהתחשב במכלול נסיבותיו של המקרה, ובכלל זה: עברה המיילדותי של האם, העובדה שמדובר היה בהריון בסיכון גבוה, והירידה המוקדמת של מי השפיר. כל אלה, כך נקבע, חייבו היערכות לביצוע מידי של ניתוח קיסרי, ואילו בפועל, כאמור, חלף פרק זמן של כ- 45 דקות מאז שהחל הדימום ועד שהוחל בניתוח.

3. דא עקא, שעדיין נותר סימן שאלה ביחס לזיקה הסיבתית שבין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם למשיבה 1. בהקשר זה נזכרו שני גורמים אפשריים לנזק של המשיבה 1: הראשון, עצם הפגות והמחלות הנלוות לה. זהו גורם לא עוולתי מוכר למחלת ה-PVL. המומחים הרפואיים שהעידו בעניין זה – שניהם מטעם העותרים – סברו כי נזקיה של המשיבה 1 הם תוצאה של גורם לא עוולתי זה. השני, הדימום עקב היפרדות השליה, וביתר דיוק – התמשכות הדימום אל מעבר לזמן הסביר. זהו גורם עוולתי. בית המשפט המחוזי, וכמוהו גם בית המשפט העליון, מצאו בחוות-הדעת עיגון לכך שדימום אצל האם עלול לגרום ל-PVL אצל הילוד, וכי הממצאים התקינים שנמדדו אצל המשיבה 1 לאחר הניתוח הקיסרי אינם שוללים את האפשרות שנגרם נזק מוחי קודם לכן, בגלל הדימום, בפרק הזמן שבו התעכב הניתוח. בית המשפט העליון סיכם כך את הדברים:

בית המשפט [המחוזי] קבע כי פגות כשלעצמה וסיבוכיה הינם גורם סיכון מוכר וממשי לפגמים בהם לוקה עדן [המשיבה 1]. מסקנה זו מעוגנת היטב בחוות הדעת של מומחי המערערים ואין יסוד להתערב בה. הפגות במקרה זה היתה כח עליון. אין לייחס בגינה אשם לאיש. גם היפרדות השלייה והדימום שנגרם ממנה הם גורמים שאין לייחס בגינם אשם. בשל היפרדות השלייה

והדימום שבעקבותיה היה צורך – ועל כך לא חלק איש – בביצוע ניתוח קיסרי. בצד גורמים אלה, שאין עמם אשם, היתה, בנסיבות העניין, כפי שקבע בית המשפט, התרשלות כלפי התובעים: אי ביצוע ניתוח קיסרי בדחיפות מספקת, שחשף את האם לדימום מוגבר. דימום יכול, על דרך העקרון, וגם לדעת ד"ר וייץ מטעם בית החולים וקופת החולים, לגרום לנזק ממנו סובלת עדן. הטענה שהבדיקות התקינות שוללות אפשרות זו לא התקבלה על ידי בית המשפט.

4. על יסוד ההנחות הללו ניגש בית המשפט העליון לבחון את השאלה כיצד יש להתמודד במקרים שכאלה עם בעיית העמימות הסיבתית. וכך נוסחה ההלכה בעניין זה, בשתי פסקאות הליבה של פסק-הדין (פסקאות 25 ו-26):

אני מבקשת לצרף דעתי לדעותיהם של השופטים הסוברים שבקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) ונזק (מוכח), במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא. בדרך זו צעדה הערכאה הראשונה, ועל דרך העיקרון הדברים מקובלים אף עליי. אדגיש כי גם באותם מקרים בהם נוכל, לדעתי, לנקוט בדרך זו, אין המדובר בזניחה מוחלטת של נטל השכנוע על פי מאזן ההסתברות. עדיין מוטל על התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברות שהנתבע התרשל כלפיו, שהתרשלות זו יצרה גורם המסוגל לגרום לנזק המסוים שנגרם לו, שניתן וצריך היה לצפות נזק זה, וכי קיימים סיכויים ממשיים – אף אם לא ניתן להוכיח ששיעורים עולה על 50% – שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק. כמו כן עליו להוכיח, על פי מאזן ההסתברות, כי בעניינו קיים קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על-פי 'מבחן האלמלא'.

למען הסר ספק, אני מבקשת לרשום מילות הסתייגות והבהרה: אין אני מציעה לזנוח את הכלל הרגיל לפיו על התובע בנזיקין להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין ההתרשלות והנזק על פי מאזן ההסתברות. אין אני מציעה גם לקבוע כלל שכוחו יפה בכל מקרה של טענה בעניין רשלנות רפואית. אין בכך צורך, ובמקרים רבים ניתן וגם צריך להוכיח (או לשלול), בתביעה בעניין רשלנות רפואית, את מלוא שרשרת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על-פי מאזן ההסתברות. ראוי עם זאת, לדעתי, לרכך את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין התרשלות ונזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים בהם גישת 'הכל או לא כלום' גורמת לאי צדק. אי צדק

זה יכול להתעורר, למשל, בהקשרים בהם מוכח שקיימת אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עוולתיים, גרם בפועל לנזקו של התובע. במקרים אלה, נוכל לתת לכל גורם אפשרי, הן אלה שיש עמם והן אלה שאין עמם אשם, את המשקל המתאים בנסיבות העניין. ועוד: אני מציעה להביא בחשבון רק גורמים משמעותיים ולהתעלם מסיכונים זניחים ומזעריים...

הנה כי כן, בית המשפט הכיר באפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של עמימות סיבתית לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות, וזאת בהתקיים תנאים מסוימים ובראשם ההנחה כי כלל מאזן ההסתברויות גורם לאי-צדק בנסיבות העניין. בדרכו למסקנה זו, הילך בית המשפט העליון בנתיבי פסיקה קודמת, והצביע על כך שבמקרים מסוימים הוכרה האפשרות לסטות מן הכלל של "הכול או כלום" בדיני הנזיקין, לכיוון כללים המביאים לפיצוי חלקי. על רקע זה ראה עצמו בית המשפט העליון כממשיכה של דרך שניצנה כבר נראו בפסיקה. בית המשפט הכיר בקושי המעשי הכרוך לעיתים בהערכת משקלו של כל אחד מגורמי סיכון, לצורך קביעת גובה הפיצוי, אך קבע כי יש להתמודד עם הקושי הזה וכי על בעלי הדין להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות שניתן להביאן.

5. במקרה המסוים שלפנינו, קבע בית המשפט העליון כי אין לדבוק בדרישה של הוכחה במאזן ההסתברויות, אלא "להסתפק בהוכחת סיכון מחשי", ששיעורו ייקבע בדרך האומדנה. בית המשפט הטעים כי הראיות שהובאו לעניין תרומתו האפשרית של הדימום למחלת ה-PVL "הן יחסית דלות". המשיבים (הם התובעים) לא הביאו לעדות מומחים בתחום הרלבנטי (נוירולוג ילדים או מומחה לרפואת ילדים), ונתלו למעשה באמירות כאלה ואחרות של מומחי הצד שכנגד. בנוסף, לא הובאו נתונים הסתברותיים באשר לקשר בין דימום לבין הנזק, מה עוד שהדימום – כך הזכיר בית המשפט – לא היה באחריות בית החולים, אלא רק העיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי. נסיבות אלה, ואחרות שנזכרו בפסק-הדין, הביאו כולן את בית המשפט העליון למסקנה כי יש מקום להעמיד את הפיצוי במקרה זה על שיעור של 20% מן הנזק, זאת חלף השיעור של 40% שקבעה הערכאה הדיונית.

6. העותרים רואים בפסק-הדין של בית המשפט העליון – מהפכה בכל הנוגע לרף ההוכחה הנדרש במשפט האזרחי. ההלכה שנקבעה – כך הם סבורים – סוטה מדוקטרינת "אובדן סיכויי החלמה" שאומצה זה מכבר בשיטתנו, וכן היא חורגת מהפסיקה בשיטות משפט אחרות; ההלכה שנפסקה עלולה, לשיטתם, ליצור תמריצים בלתי ראויים, והיא אף עלולה לפגוע בתובעים, שיאלצו להסתפק בפיצוי חלקי גם כשהקשר הסיבתי מוכח בלמעלה מ-50%. שהרי השיטה המוצעת בפסק-הדין צריך שתפעל לשני הכיוונים. ודוק: העותרים מדגישים כי אין הם מבקשים "לדחות את ההתפתחות המשפטית המייחסת משמעות לעצם הגדלת סיכויי הפגיעה בקרבן". עתירתם היא לסייג את ההלכה "כך שתחול בעיקר במקרים של עוולות הכרוכות בחשיפת אוכלוסייה גדולה לגורמי סיכון המוניים".

דגש רב שמים העותרים על נושא ההוכחה של הגברת הסיכון. סבורים הם כי בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף לא הותוותה דרך הולמת בסוגיה זו הנוגעת לתשתית הראייתית הדרושה על-מנת שבית המשפט יאות לפסוק פיצוי בגין הגברת סיכון. ואכן, בענייננו – כך הם טוענים – לא הובאו נתונים מספיקים המאפשרים לקבוע את חלקו של הגורם העוולתי בהגברת ההסתברות לקרות הנזק, גם לא נעשה ניסיון מצד המשיבים-התובעים להביא נתונים כאלה. לדעת העותרים, את הגברת הסיכון יש להוכיח במאזן ההסתברויות, ולשם כך הם מציעים שני מבחנים: האחד, עניינו מובהקות סטטיסטית של 95% או 99% ($p\text{-value} < 0.05$ או $p\text{-value} < 0.01$), והאחר, מבוסס על קביעת רווח בר-סמך מתאים. בהקשר זה מדגישים העותרים כי גם במקום שבו לא ניתן לבצע כימות מספרי מדויק של ההסתברות, עדיין יש לפעול לפי הלוגיקה של היסקים סטטיסטיים. זאת לא נעשה במקרה זה – כך לשיטתם – ובית המשפט העליון, שלא קיבל לידיו ראיות מספקות, ביצע אומדנה שאין לה תימוכין. העותרים חוששים מפני "מדרון חלקלק" ומבקשים מבית המשפט "לתת סימנים ברעיון הגברת ההסתברות, לסייגו כהלכה ולהגדירו באופן שלא יחולל זעזוע בשיטה המשפטית כולה".

7. המשיבים סבורים לעומתם כי קו-הטיעון שהציגו העותרים חורג מגדרי הדיון הנוסף כפי שנקבעו. עוד הם טוענים, כי יש להותיר את ההלכה שנפסקה על מכונה, וכי בצדק בחר בית המשפט העליון, בנסיבות העניין, בדרך האומדנה. המשיבים סוקרים פסקי-דין שיצאו מבית משפט זה ומוצאים בהם עיגון לדוקטרינת אובדן סיכויי החלמה, שלדעתם אין להבחין בינה לבין הדוקטרינה של הגברת הסיכון לחלות. לעמדתם, שיטת

הפיצוי היחסי מונעת את השרירות ואת חוסר-הצדק הכרוכים בכלל של "הכול או לא-כלום"; היא מאפשרת הרתעה יעילה וחלוקה צודקת של הסיכונים, והיא גם שומרת, כלשונם, על "איזון פנימי" שכן לפי פרשנותם את פסק-הדין, ההלכה שנקבעה בו "נותנת לתובע המצוי מתחת לרף ה- 51% ונוטלת מהתובע המצוי מעל לרף זה". זאת ועוד, המשיבים סבורים כי עלה בידם להוכיח את כל התנאים לפסיקת פיצוי יחסי. כך קבע בית המשפט המחוזי, כך קבע גם בית המשפט העליון, ולדעת המשיבים אין להתערב במסקנה זו.

המשיבים סבורים כאמור כי הבחירה בדרך האומדנה במקרה זה – מוצדקת. ראיות סטטיסטיות – כך הם מציינים – עשויות לעיתים לסייע לבית המשפט אך היעדרן אינו מכריע בהכרח את גורל התביעה. על בית המשפט לבסס את הכרעתו על מכלול הנתונים שבפניו, וכך נעשה בענייננו, כאשר בית המשפט העליון אף התערב בהערכתה של הערכאה הדיונית – שלא בצדק לדעת העותרים. בנסיבות המקרה, סבורים המשיבים כי הנטל להביא חוות-דעת לעניין חלקם היחסי של גורמי הסיכון האפשריים מוטל היה על העותרים, שביקשו לייחס את הנזק לפגות ולסיבוכיה. המשיבים גורסים כי בכגון דא קמה תחולה לדוקטרינת הנזק הראייתי וכן לכלל "הדבר מעיד על עצמו" – הכול לגבי הוכחת שיעור הגברת הסיכון.

8. עמדתי היא כי אין להתעלם לחלוטין מעצם האפשרות ליישם את דוקטרינת האחריות היחסית – פיצוי-לפי-הסתברות – בדיני הנזיקין. בכך מצטרפת עמדתי לזו המונחת ביסוד פסק-הדין בערעור נשוא הדיון הנוסף. משבאים לבחון אפשרות זו יש צורך, לדעתי, להגדיר בצורה ברורה את אמות המידה ליישומה של דוקטרינה זו, ובלשון העתירה, יש "לתת סימנים ברעיון הגברת ההסתברות, לסייגו כהלכה ולהגדירו באופן שלא יחולל זעזוע בשיטה המשפטית כולה". לעניין אמות-המידה הצריכות לסוגיית הפיצוי-לפי-הסתברות אין דרכי זהה לזו שהותווה בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף.

גדרי הדיון הנוסף

9. הדיון הנוסף במקרה זה מתייחס – כפי הוראתו של המשנה לנשיא מ' חשין – לשאלה של "פסיקת פיצוי בדין הנזיקין על-פי הסתברות". בפרט, נוגעת השאלה להתמודדות דיני הנזיקין עם סוגיית העמימות הסיבתית באמצעות "פסיקת פיצוי על-פי הסתברות". יש להבהיר כבר בפתח הדברים כי אין זו, כלל-וכלל, שאלה חדשה. העיסוק בה בספרות המשפטית, וכן בפסיקה בארץ ובמדינות אחרות, הוא עתיק ורב.

ריבוי הדיונים, יש לציין, לא הוביל מעולם למסקנות חד-משמעיות. יותר מכך, ולא פחות חשוב מכך, המחלוקת בסוגיה זו קשה, הגישות רבות וספק רב אם נמצא – אם ניתן למצוא – פתרון כולל הנותן מענה לכלל הבעיות הכרוכות בסוגיה זו (על הקושי בחילוץ אמת מידה עקבית מן הדיונים הנרחבים בסוגיה זו ראו David A. Fischer, *Tort* (Recovery for Loss of a Chance, 36 WAKE FOREST L. REV. 605 (2001)).

לכך נפקות כפולה: ראשית, פסק-דין זה לא בא לחלוק על התובנה הבסיסית המשתקפת בפסיקה בישראל, לרבות בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף, ובשיטות אחרות, שלפיה כלל מאזן ההסתברויות – עם כל חשיבותו – אינו חזות הכול, והתוצאה של "הכול או לא-כלום" – מושרשת ככל שתהיה – אינה יפה לכל הנסיבות. כפי שיתברר, קיימים שיקולים כבדי משקל התומכים בפתיחת פתח לפתרונות החורגים מן הגישה המסורתית של כלל מאזן ההסתברויות על תוצאתו הבינארית של "הכול או לא-כלום". בה בעת, וזה הדגש השני, נראה כי הגיעה העת להכליל תחת מסגרת רעיונית אחידה את המקרים שבהם ראוי ליישם את הדרך של פיצוי-לפי-הסתברות. בכך יהיה, מחד גיסא, כדי לשמור על יסודות השיטה, ומאידך גיסא, כדי להתוות את אמות-המידה להמשך ההתפתחות בפסיקה עתידית.

10. יש לציין עוד בפתח הדברים כי פתרון בעיית העמימות הסיבתית על דרך של פיצוי-לפי-הסתברות, אינו הפתרון היחיד. לצדו – פתרונות אחרים כפי שכתב השופט א' מצא באחת הפרשות:

דיני הנזיקין המסורתיים מציעים פתרונות מעשיים למצבי 'סיבתיות עמומה' שבהם יהיה זה מרחיק-לכת לדרוש מן התובע להוכיח, באורח פוזיטיווי, קיום קשר סיבתי עובדתי ישיר בין עוולתו של הנתבע לבין הנזק שנגרם לו, על-פי "מבחן האלמלא" (הוא "מבחן הסיבה בלעדיה אין"). בנסיבות כאלה, משהוכיח התובע את עוולתו של הנתבע, וכן הוכיח את נזקו שלו ואת ייתכנותו האפשרית של קשר סיבתי עובדתי בין העוולה לבין הנזק, עשוי משפט הנזיקין לסייע בידו למלא את החסר בהוכחת קיומו של קשר סיבתי עובדתי. "סיועו" של המשפט עשוי להתבטא בדרכים מוכרות שונות: בהעברת הנטל לנתבע, שיידרש להוכיח היעדרו של קשר סיבתי; בקביעת חזקות לחובת הנתבע ביחס לגזרות מסוימות של יריעת המחלוקת הסיבתית; בהטלת אחריות על "מעוולים במשותף", שחלקו של כל אחד מהם בגרימת הנזק אינו ידוע; בהגדרת נזק כ"נזק שאינו ניתן לחלוקה", אשר על המעוול לשאת בכולו, אף שגרם רק לחלקו; ובהכרה במבחני סיבתיות עובדתיים אלטרנטיביים למבחן ה"אלמלא" (כגון "מבחן הדיות"

או מבחן "הגורם המהותי" (...). כן יצוין, כי על דוקטרינות הסיבתיות המסורתיות נוספו בשנים האחרונות דוקטרינות חדשות, שעיקר פועלן הוא בעקיפת הבעייתיות ואי הצדק הכרוכים לעתים בהפעלה נוקשה של "מבחן האלמלא" המסורתי. בין דוקטרינות חדשות אלו, שחלקן כבר אומצו (בהקשרים שונים) גם בפסיקה, ניתן למנות דוקטרינות לפיצוי הסתברותי בגין אובדן סיכויי החלמה, או בגין פגיעה בסיכוי ויצירת סיכון, ובתביעות מסוג MSL (Market Share Liability) וכן את דוקטרינת האחריות הקיבוצית ואת דוקטרינת הנזק הראייתי...

(דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק - חברה ישראלית לתקשורת (לא פורסם, 11.8.2003)).

אף שפותרונות אלה כולם הובאו יחד אין הם נכללים בקטגוריה אחת. חלקם מתיישבים היטב עם השיטה הבינארית, ואילו אחרים דורשים בחינה זהירה ואחראית. חשוב להטעים, כי הדיון במכלול ההסדרים בדין הקיים ובדין המוצע חורג ממסגרת דיון נוסף זה שעניינו אך בפסיקת פיצוי-לפי-הסתברות, ובפרט במצבים של עמימות סיבתית. לא באנו לדון בדוקטרינות אחרות שאינן מובילות לפיצוי-לפי-הסתברות ושעשויות לחול גם הן על מצבים של עמימות סיבתית. שאלת היחס בין דוקטרינות אלה לבין הגישה שתוצג כאן תיוותר לליבון עתידי אם וכאשר יידרש. כמו-כן אין פסק-דין זה עוסק במצב דברים שבו קיים קשר סיבתי מוכח בין ההתרשלות לבין קיומו של נזק והעמימות נסבה על שיעור הנזק שניתן לייחס לגורמים מעוולים מתוך נזק כולל (ראו הפותרונות שניתנו בע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38 (2000); ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט (טרם פורסם, 14.12.2006); ולעומת זאת: ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989); ראו גם ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 776-781, 788-791 (2007) (להלן: גלעד "הערות לקודקס")). ענייננו מצטמצם כאמור לדרך הראויה לפסיקת פיצוי-לפי-הסתברות בדיני הנזיקין במקום שבו קיימת אי-ודאות לגבי עצם קיומו של קשר סיבתי. זאת, מתוך הבנה שהדרך היחסית יש לה באופן עקרוני מקום בדיני הנזיקין של-ימינו, ומתוך צורך ליתן מסגרת רעיונית בת-יישום להמשך ההתמודדות עם האתגר שדרך זו מציבה.

תמונת מצב: הכלל של "הכול או לא כלום" והחריגים בדין הישראלי

11. נקודת המוצא המוסכמת על הכול היא שהדרך הרגילה להוכחת תביעה בנזיקין היא הוכחת יסודות העוולה כולם – חובת זהירות, התרשלות, קשר סיבתי ונזק – על-פי

מאזן ההסתברויות. במוכן זה פועלים דיני הנזיקין על-פי סטנדרט ההוכחה המקובל במשפט האזרחי ככלל. יישומה של אמת-מידה זו בתביעה נזיקית משמעותו היא שכאשר עולה בידי התובע לעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו, זוכה הוא בפיצוי מלא בגין הנזק שנגרם לו. לעומת זאת כאשר לא עולה בידו להוכיח את תביעתו במאזן ההסתברות, אין הוא זוכה בפיצוי כלשהו. כלל זה, שזכה לכינוי "הכול או לא-כלום", ניצב בלב תפיסתו של המשפט המקובל, ומשפטנו-שלנו בכלל זה, בכל הנוגע לסטנדרט ההוכחה ולאופייה הבינארי של ההכרעה השיפוטית. כך כתבה השופטת ט' שטרסברג-כהן:

הכלל הראייתי הבסיסי הרווח במשפט האזרחי בשיטתנו המשפטית, כבשיטות משפט רבות אחרות, הוא כי נטל ההוכחה רובץ על התובע ומידת ההוכחה היא עודף הסתברות, בבחינת הכלל עתיק היומין "המוציא מחברו עליו הראיה". על-פי כלל זה, יזכה התובע בתביעתו אם ירים את נטל הוכחתה בשיעור העולה על 50%. שאז, תוטל החבות או האחריות במלואה על הנתבע. לא עמד בכך, יפסיד את כל תביעתו. כלל זה הוא לכאורה יעיל, הוגן, רציונלי, אחיד וישים לכל משפט אזרחי (ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999)). [ההדגשה במקור].

אכן, ברוב המקרים מדובר בכלל ראוי, מוצדק ויעיל. הוא משקף את התפיסה הבסיסית שלפיה תפקידו של בית המשפט הוא לקבוע את מערכת העובדות הצריכה להכרעה השיפוטית וליישם עליה את הדין המהותי. תוצאתו הבינארית של כלל "מאזן ההסתברויות" מקיימת יחס-של-גומלין עם הדין המהותי אשר דובר בזכויות מלאות ובחובות מלאות, ולא במדרג של אחריות. זהו תנאי הכרחי לשיטת משפט השואפת לקדם נורמות ברורות ולהכווין התנהגות על-פיהן (ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 191, 245 (1998); Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357 (1985)). בהתאם לכך – ובשונה ממנגנונים חלופיים של פתרון סכסוכים, המבוססים על עקרונות של פשרה, גישור וחלוקה – ההליך השיפוטי מושתת ברגיל על הכרעה בין שני צדדים ניצים המציגים כל אחד את גרסתו ומבקשים לשכנע את בית המשפט בנכונותה. זאת, חרף קיומה לעיתים של עמימות – חזון נפרץ בהליכים משפטיים – אשר אין בה כדי לייתר את הצורך בהכרעה.

12. על רקע התפיסה הבינארית של ההכרעה השיפוטית, כלל מאזן ההסתברויות מביא להתערבותו של המשפט במערכת היחסים שבין הצדדים המתדיינים רק כאשר מרבית הסיכויים מצביעים על הצדקה לכך. באופן זה מוביל הכלל להשאת ההכרעות הנכונות ולהקצאה שוויונית של סיכון ההכרעה המשפטית השגויה בין הצדדים. באלה יש כדי לקדם הן שיקולים של צדק הן שיקולים של הרתעה נאותה. יתרה מזאת, כלל מאזן ההסתברויות מוביל לתוצאה יעילה מבחינה חברתית שכן הוא ממזער את עלויות הטעות הכרוכות בהכרעה שגויה, וזאת על יסוד הנחה שבדיני הנזיקין הכרעה שגויה עלולה לפגוע בכל אחד מבעלי הדין במידה שווה (ראו: David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 7 AM. B. FOUND. RES. J. 487 (1982); ARIEL (PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 18-22 (2001)). אמת, הכרעה לפי מאזן ההסתברויות אינה ערוכה לנכונות ההכרעה אולם יתרונותיו של הכלל, על פני כלל המקרים הבאים לפני בית המשפט, עולים על חסרונותיו בהשוואה לכל אמת מידה הוכחתית אחרת.

ודוק: המרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות, על תוצאתו הבינארית, בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות, ללא מבחן תוחם ראוי, תוביל לפריצת גבולות בלתי-רצויה אשר תפגע בהגשמת מטרותיו של הדין ותרבה הכרעות שגויות ועלויות הנובעות מטעויות שיפוטיות. כאמור, התפיסה הבינארית של "הכול או לא-כלום" מקבילה למציאות שאף היא, בהקשר הסיבתי, לעולם בינארית; המציאות היא שהנתבע גרם לנזק או שלא גרם לנזק. אין מציאות "יחסית" ולכן תוצאה יחסית אינה משקפת את המציאות. זאת וגם זאת: בתי המשפט החילו את הפתרון של פיצוי-לפי-הסתברות, ברוב רובם של המקרים, על-מנת לסייע לתובעים המצויים בפני קושי הוכחתי של ממש ומתקשים לעמוד ברף של מאזן ההסתברויות. אך זאת לדעת: אימוץ הפתרון של פיצוי-לפי-הסתברות אינו יכול להיעשות רק במקרים שבהם התובע מתקשה לעמוד ברף מאזן ההסתברויות. יש להחיל פתרון זה – בהקשרים שבהם הוא מאומץ – גם לטובת נתבעים, שיוכלו לטעון להפחתת הפיצויים כאשר אין ודאות מלאה, וזאת חרף העובדה שהתובע הוכיח את תביעתו במאזן ההסתברויות, קרי: מעבר ל- 50% (לדיון נרחב בקשיים המתעוררים ביישום גורף של פתרונות יחסיים ראו ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל 317 (1999); ישראל גלעד "תגובה: הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים לו(3) 855 (2006)).

13. עם זאת, חרף מרכזיותו של כלל מאזן ההסתברויות, המבוססת על שיקולים חשובים של הוגנות ושל יעילות, אין זה עוד כלל חובק כל ולאורך השנים הכירה

הפסיקה בישראל בחריגים לו. חריגים כאלה הוכרו גם מעבר לפתרונות יחסיים המצויים בגדרי הכלל המסורתי עצמו, כגון אשם תורם וחלוקה פנימית בין מעוולים הנושאים בחבות ביחד ולחוד. יאמר מיד כי המסגרת הדוקטרינארית לחריגים אלה אינה אחידה והתפתחה ממקרה קשה אחד למשנהו. אכן, הייתה זו התפתחות של משפט מקובל נוסח דיני הנזיקין בישראל, שלא עלתה על כל ביטוייה בקנה אחד עם מגמות בתחום זה בשיטות משפט אחרות.

14. באופן כללי ניתן להצביע על שלוש דרכי התמודדות עיקריות עם סוגיית העמימות הסיבתית שקיבלו ביטוי בפסיקתנו. דרך אחת שבה הילכה הפסיקה הייתה זו של הכרה בראש נזק עצמאי של אובדן סיכויי החלמה (ראו: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988); ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704 (1997)). במקרים שבהם נקבע כי התרשלות בטיפול הרפואי פגעה בסיכויי של המטופל להחלים, אולם לא ניתן היה לקבוע לפי מאזן הסתברויות את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שהוסב למטופל באי-החלמתו, נפסק כי אפשר לקבוע אחריות בגין נזק אחד שנגרם לו, לאמור: עצם הפגיעה בסיכויי החלמה. כלשונו של השופט ש' לויין בעניין פאתח: "מקובלת עליי ההשקפה, שאובדן סיכויי החלמה, שנגרם עקב הרשלנות, יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק בר-פיצוי" (שם, בעמ' 320). ודוק: גישה זו לא מבקשת לפצות את הניזוק עבור הנזק המוחשי שנגרם לו בפועל – אי-החלמתו – אלא נדרשת לנזק זה אך לצורך הערכת שיעורה של הפגיעה בראש הנזק החלופי – אובדן סיכויי החלמה. נזק חלופי זה מוערך בשיעור מסוים מתוך הנזק המוחשי שנגרם בפועל. הכרה זו בראש נזק חדש במצב של עמימות סיבתית מסיטה אפוא את הקושי הטמון בהוכחת יסוד הקשר הסיבתי באופן המייתר את הצורך בחריגה מכלל מאזן ההסתברויות. עמדתי על כך בפרשה אחרת:

הרעיון העומד מאחורי הדוקטרינה הוא קביעת ראש-נזק של 'אובדן סיכויי החלמה', כאשר על התובע להראות כי נתקיימו יסודות העולה ביחס לראש-נזק זה. הדוקטרינה אינה סוטה מן הכלל הרגיל של 'הכל או כלום'. שהרי, מחייבת היא את התובע להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הנתבע גרם ברשלנות לנזק מן הסוג האמור, ומשנקבע שכך הוא, החבות נסבה על הנזק כולו... המדובר כאן בנזק של פגיעה בעצם סיכויי החלמה, להבדיל מן התוצאה העשויה להתגשם בסופו של יום (ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן (טרם פורסם, 17.4.2005)).

וכדבריה של השופטת שטרסברג-כהן:

הדוקטרינה של אובדן סיכויים מאזנת באופן ראוי בין האינטרס הציבורי שבהרתעה מפני פעולות רפואיות רשלניות, לבין הימנעות מהרתעת-יתר של הרופאים בעבודתם ולבין אינטרס הניזוק להיפצות על הנזקים שנגרמו לו. כמו כן, היא מאפשרת להתמודד עם קשיים במישור הוכחת האחריות לנזק הסופי, בלי לפרוץ את הגדר של דרישת הסיבתיות העובדתית, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק אחר (אובדן הסיכוי) שלגביו אין מתעוררים קשיי ההוכחה (ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים כללית, פ"ד נג(2) 680 (1999) (להלן: עניין יהונתן כהן)).

15. הנה כי כן, יש להוכיח את קיומה של הפגיעה בסיכויי החלמה ואת היקפה לפי מאזן ההסתברויות. יוער כי הפיצוי בגין ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה לא יוחד רק למקרים שבהם לא היה ניתן להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי העובדתי על-פי מאזן הסתברויות; הדוקטרינה עשויה לחול גם במקרים המצויים מעבר לרף ה-50%. עמד על כך השופט ש' לויין בעניין פאתח:

לפי עקרונות כלליים של דיני הפיצויים, שומה על גורם הנזק, המפר או המזיק, 'לאזן' את העוול שנגרם לנפגע כתוצאה מהבאתו עקב האירוע נושא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע. לעניין זה אין, לדעתי, הבדל בין מקרה, שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50%. הואיל ובשני המקרים לא יזכה הניזוק בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות. (שם, בעמ' 320; ההדגשה הוספה – א' ר').

ואכן, במקרים אחדים הכירה הפסיקה בראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה גם כאשר האובדן עמד על שיעור העולה על 50%. זאת תחת הקביעה כי הורם נטל ההוכחה לפי מאזן הסתברויות באופן המקיים זכות לפיצוי עבור מלוא הנזק (ראו: ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (1995); ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709 (1995)).

16. על בסיס פסיקה זו, נשמעה גישה כי ראוי להרחיב את ההכרה בראש הנזק של פגיעה בסיכויי החלמה גם למקרים של הגברת סיכון בתחום הרפואי. הגיונה של הצעה זו טמון בכך שהבחנה בין מצב שבו ההתרשלות בטיפול הרפואי הפחיתה את סיכויי

ההחלמה לבין מצב שבו היא הגבירה את הסיכוי לחלות אינה מהותית. בשני המקרים יתכן שההתרשלות בטיפול הובילה להרעה במצבו של המטופל. זו הייתה עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין יהונתן כהן:

המקרה הטיפוסי שבו הוחלה במשפט הישראלי הדוקטרינה של אובדן סיכויים הוא אובדן סיכויי החלמה. בעניין דגן מדובר באובדן הסיכוי שלא ללקות בליקוי הולדה, או בהגברת הסיכון ללקות בו. הבדל זה אינו מהותי. כך או כך, קיימת אפשרות שלולא ההתרשלות היה התובע אדם בריא או בריא יותר.

יצוין כי גישה זו הקוראת להרחבת ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה לא אומצה בהלכה הגם שהגיונה הפנימי לצדה. הנשיאה (אז השופטת) ד' ביניש הציבה תמרורי אזהרה ברורים מפני הרחבה זו בציינה באותה פרשה:

נראה כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים כאשר לא ניתן להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראוי היא בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק. ללא סייגים הנוגעים לשיעור הסיכוי או הסיכון שיש להכיר בהם ביחס לנזק הכולל, עלול להיפתח פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את השטיח מתחת לרגלי השיטה הבנויה בעיקרה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק.

הנשיאה ביניש הדגישה אפוא, בפרט, את הצורך בתיחום הרחבה זו, אם תתקבל, למקרים שבהם שיעור הסיכוי שבו מדובר משמעותי דיו כדי להצדיק מעבר לראש נזק חלופי.

17. דרך שנייה לפסיקת פיצויים הסתברותיים הוצעה בפסיקה בהקשר של הסכמה מדעת לטיפול רפואי. שם נבחן יסוד הקשר הסיבתי העובדתי שבין אי-קבלת הסכמתו של המטופל לטיפול לבין הנזק שנגרם בעקבות הטיפול, על-פי השאלה כיצד היה נוהג המטופל אילו היה מיודע כראוי. שאלה זו היא היפותטית בהגדרתה ולפיכך עשויה להתעורר לגביה עמימות. במקרים אלה הוצע מבחן הערכת הסיכויים שנועד להעריך באופן היפותטי את הסיכוי שהניזוק היה מסרב לקבלת הטיפול אילו היה מיודע כראוי,

ועל בסיסו לקבוע את שיעור הפיצוי. גם מבחן זה סויג בתנאי שמדובר ב"סיכוי של ממש", שאינו "זניח או מזערי". אמרה על כך השופטת שטרסברג-כהן בעניין דעקה:

דומה, כי במצב שבו לא ניתן להוכיח את הקשר הסיבתי שבין התרחשות היפותטית לנזק, אלא על סמך ניחושים וסברות המתייחסים להתנהגות אנושית משוערת, שכלל לא אירעה בפועל, אין מבחן עודף ההסתברות מחד גיסא, או העברת הנטל מאידך גיסא, מניחים את הדעת. מבחנים אלו אינם נותנים בידי השופט את הכלים הטובים ביותר על-מנת להגן במידה הראויה על כל האינטרסים המשמשים בזירה ולאזן ביניהם.

...

נראה לי, כי המבחן הראוי, במקרים שבהם קביעת מימצא בעניין הקשר הסיבתי אינה קביעה של עובדות אלא בחירה בין אפשרויות היפותטיות של התנהגות אנושית, הוא מבחן הערכת הסיכויים, שלפיו יש להעריך את סיכויי ההתרחשות ההיפותטית; מבחן זה הוא המבחן היישומי הראוי, גם כעניין של מדיניות.

אף גישה זו לא התגבשה לכלל הלכה, אם כי במספר מקרים נוספים המתייחסים לנושא ההסכמה מדעת, לא נשללה אפשרות זו ולמעשה נותרה בצריך עיון. כך למשל, בע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997), כתב השופט מצא כי:

...הקשר הסיבתי בענייננו אינו טעון קביעה על-פי מבחני הסיבתיות המקובלים... למבחנים אלה נזקקים לצורך חיובה (במלואה) או שלילתה (מכול וכול) של אחריות הנתבע לגרימת נזקו של התובע. הווי אומר: על-פי מבחנים אלה אין קשר סיבתי לחצאין והשאלה העומדת להכרעה היא אם התקיים קשר סיבתי אם לאו, בחינת 'הכול או לא כלום'... מבחנים אלה, המיועדים לאפשר הכרעה על-פי מבחן עודף ההסתברויות, אינם יאים למקרים בהם ניצב בית-המשפט בפני הצורך להעריך באופן היפותטי כיצד היה נוהג חולה פלוני אילו העמידוהו הרופאים מראש על הסיכון והסיכוי הטמונים בטיפול רפואי מסוים (שם, בעמ' 191).

יוזכר, למען שלמות התמונה, כי הגישה שהתקבלה על דעת רוב השופטים בעניין דעקה הייתה שונה. נקבע, כי לצד ראש הנזק הנסב על פגיעת הגוף שנגרמה לחולה שטופל ללא הסכמתו קיים ראש נזק נוסף, מובחן ועצמאי, שעניינו עצם הפגיעה באוטונומיה של החולה. תביעה לפיצוי בגין ראש נזק אחרון זה, בשונה מתביעה לפיצוי בגין נזק הגוף, אינה מצריכה הוכחת קשר סיבתי בין הפרת החובה לספק לחולה

את המידע הנחוץ לו לבין נזק הגוף שנגרם לו (ראו פסק-הדין של השופט ת' אור שם, והסכמת השופטים א' ברק, ש' לוין, מ' חשין וי' אנגלרד).

18. הדרך השלישית, שהיא למעשה וריאציה נוספת ופיתוח של התפיסה המכירה באפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות בהוכחת הקשר הסיבתי, מצאה ביטוי בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה. דרך זו הכירה באפשרות לסטות מן הכלל המחייב הוכחה של הקשר הסיבתי העובדתי במאזן ההסתברויות, וזאת במקרים המקיימים מספר תנאים: ראשית, נדרש כי התובע הוכיח במאזן ההסתברויות את התרשלותו של הנתבע כלפיו, וכן הוכיח כי ההתרשלות היא גורם סיכון לנזק המסוים שנגרם לו (ושהנזק הוא צפוי); שנית, על התובע להראות כי סוגיית הקשר הסיבתי שרויה בעמימות מובנית; ושלישית, כי גורם הסיכון העוולתי הוא משמעותי (אף אם אינו עולה על 50%), ואינו זניח או מזערי. בית המשפט העמיד את ההלכה על יסודות הצדק; יש לסטות מן הכלל של "הכול או כלום" לפי מאזן ההסתברויות – כך הבהיר – במקום שבו כלל זה מביא לתוצאה בלתי-צודקת.

מבין פסקי הדין שבהם מצאה חברתי השופטת נאור תמיכה בדרך זו, ראוי להזכיר את דבריו של השופט מצא בדנ"א 6714/02 קופת חולים של ההסתדרות נ' שי שמעון (לא פורסם, 7.4.2003). שם התעוררה שאלה אם הנזק – שיתוק – שהוסב לתובע-הילוד נגרם עקב מעשה עוולתי – אי-ביצוע ניתוח קיסרי שהוביל לאירוע של "כליאת כתפיים" – או עקב גורם אחר, לא-עוולתי. וכך נפסק באותו מקרה (במסגרת ההחלטה שדחתה את הבקשה לדיון נוסף):

לדעתי, יצירה רשלנית של סיכון, ובלבד שאין המדובר בסיכון זניח, מצדיקה את העברת הנטל לנתבע להוכיח היעדר קשר סיבתי בין התרשלותו לבין הנזק (ראו: ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497, 516); ואילו לעובדה שמדובר בסיבתיים עמומה ניתן לתת ביטוי, במקרים המתאימים, בדרך של קביעת פיצוי הסתברותי לפי שיעור הסיכון שהוגבר (ראו את דעת היחיד של השופטת שטרסברג-כהן בע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, 697-703; וכן את ההלכות שנפסקו בנושאים קרובים: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, לעניין אובדן סיכויי החלמה; וע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 190-192, לעניין אי קבלת הסכמה מדעת לטיפול רפואי).

19. חשוב לומר כי הבחירה בכל אחת מן הדרכים הנזכרות לפסיקת פיצוי יחסי, או בדרך אחרת המובילה לתוצאה זו, יש לה נפקויות עיוניות ומעשיות. אין זהות בין הגישות השונות מבחינת ההיגיון העומד בבסיסן, מבחינת היקף התפרסותן האפשרי ואף מבחינת סכום הפיצוי שעשוי להשתלם לפיצוי כתוצאה מיישומן (ראו בועז שנוור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים 177, 186-193 (2007); אך ראו ע"א 4975/05 לוי נ' מור (לא פורסם, 14.3.2007)).

העמימות הסיבתית הולידה אפוא עמימות פסיקתית באשר לדרכי ההתמודדות הראויות עם הקושי. בית המשפט קבע דיון נוסף זה על-מנת לנסות ולהסיר ככל האפשר מעמימות זו. נדרשנו אפוא להעריך מחדש את האתגר העומד לפנינו ולהציע, בהסתמך גם על ניסיון העבר, דרך התמודדות אחידה, עקבית וזהירה עימו, לקראת המשך התפתחותה של הפסיקה בתחום זה במקרים השונים. הסדרה זו, בדרך של פסיקה מתגבשת, נדרשת גם לאור היעדרה של חקיקה כוללת בתחום זה, והותרת הסוגיה – באופן מודע ככל הנראה – לליבון פסיקתי יסודי (ראו גלעד "הערות לקודקס", בעמ' 776-781).

הצדקת החריגה מכלל מאזן ההסתברויות: מבחן ההטיה הנשנית

20. השאלה העקרונית הניצבת לפנינו היא מהן הנסיבות המצדיקות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות. נסיבות אלה יש לגזור על-פי היתרונות והחסרונות של שני הכללים ביחס להקשר העובדתי. כאמור, הדוקטרינות שהוצעו בפסיקה עד כה לשם התמודדות עם שאלה זו התאפיינו בהצעת כללים הבוחנים את העובדות של כל מקרה כשהוא לעצמו. מבחן תוחם מרכזי הנזכר לא פעם בפסיקה עניינו שיעור ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי. לשיטתי, ראוי להגדיר את מבחן החריגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד כי אם במישור רחב יותר הבוחן את קיומה של הטיה נשנית ב"מחלקה" מוגדרת היטב של מקרים.

21. כפי שכבר צוין, כלל מאזן ההסתברויות אינו מתיימר למנוע לחלוטין הכרעות שגויות ואינו חף מחסרונות, אך יש בו, על דרך הכלל, כדי להתמודד בצורה המיטבית עם חוסר הוודאות הטבוע בהליך האזרחי. כאשר הוא מוחל על מקרים בודדים הנעדרים הטיה שיטתית לטובת אחד הצדדים יש בו, כאמור, כדי להשיא את מספר ההכרעות הנכונות, להשיג את מידת ההרתעה הרצויה ולמזער את עלויות ההכרעות השגויות. מצב-הדברים שבו יתרונות אלה עלולים להתאיין הוא כאשר המקרה הנדון משתייך

למחלקה של מקרים המאופיינת ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים, ובקיומה של הטיה שיטתית הפועלת לרעת אחד הצדדים המתדיינים אם כלל מאזן ההסתברויות מוחל על כל אחד מן המקרים.

המצבים שבהם מזיק יוצר סיכון חוזר ונשנה כלפי קבוצה של אנשים, אולם לא ניתן לדעת אצל מי מהם הסיכון התממש בפועל, עשויים להתרחש בהקשרים שונים. כך למשל, גורם המפיץ זיהום סביבתי עלול ליצור סיכונים בריאותיים כלפי ציבור רחב. כך גם, גורם רפואי עלול לפגוע בסיכויי הריפוי של קבוצת חולים על-ידי כך שינקוט במדיניות טיפול רשלנית. ובדומה, יצרן של מוצר עשוי להגביר סיכון שחשופים לו הצרכנים ממקורות נוספים. דוגמאות אלה ממחישות מקצת ממגוון המצבים שבהם אפשר שתתגבש הטיה נשנית המצדיקה לפסוק פיצוי-לפי-הסתברות.

22. מבחן ההטיה הנשנית מתגבש אפוא בהתקיים ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. חשוב להדגיש שמזיק אינו חייב להיות מזיק יחיד, במובנו הפשוט ביותר, אלא עשוי להיות כל גורם הנושא באחריות – עצמאית או שילוחית – ליצירת הסיכון החוזר והמשותף. כמו כן, המונח סיכון חוזר ומשותף כולל שני מצבים אפשריים: הראשון, מצב שבו מעשה עוולתי יחיד חושף את קבוצת הניזוקים כולה לסיכון. כך הדבר למשל בדוגמת הזיהום הסביבתי; והשני, מצב שבו המזיק מבצע מספר מעשים עוולתיים החושפים כל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון ובמצטבר את הקבוצה כולה. כך הדבר למשל בדוגמת המדיניות הרפואית הרשלנית. הנה כי כן, הגדרתו של הסיכון כ"חוזר ומשותף" עשויה להישען על היקף פריסתו הרחב של המעשה העוולתי או על הישנותו.

אולם בעצם קיומו של מזיק היוצר סיכון חוזר ומשותף לא די, וכדי לקיים את המבחן יש צורך בהטיה עקבית המתקבלת מיישומו של כלל מאזן ההסתברויות על המקרים המשתייכים לקבוצה. כדברי חברתי השופטת נאור בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף, בהתייחסה לנטל המוטל על תובע המבקש כי יפסק לו פיצוי-לפי-הסתברות: "עליו להוכיח, על פי מאזן ההסתברות, כי בעניינו קיים קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על-פי 'מבחן האלמלא'".

הטיה זו, המובנית בדרך כלל בסוג הסיכונים הנדון, עשויה לפעול לטובתו של המזיק או לטובתה של קבוצת הניזוקים. כך, ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי לגבי כל אחד מבני הקבוצה, הנגזרת למשל מנתונים סטטיסטיים, עשויה להיות נמוכה מ-

50%, ולכן כל אחד מהם יכשל בתביעתו אם יידרש להוכיח את העילה לפי מאזן ההסתברויות. משמעות הדבר היא שתינתן בפועל לנתבע – שהסב נזק ממשי – חסינות מפני אחריות נזיקית. מן העבר השני אפשר שהסיכון שיצר המזיק כלפי כל אחד מבני הקבוצה גבוה מ- 50%. במקרה כזה יוביל כלל מאזן ההסתברויות להטלת אחריות מלאה בתביעות של כל בני הקבוצה, לאמור: אחריות מופרזת העולה על הנזק שגרם המזיק בפועל. אם כן, כאשר פיזור ההטיה במקרים של סיכון חוזר ומשותף אינו מקרי, החלתו של כלל מאזן ההסתברויות מובילה לעיוות בהטלת האחריות הנזיקית הראויה ולפגיעה בהשגת מטרותיו של דין הנזיקין. במצבים אלה, הן שיקולי צדק מתקן הן שיקולי הרתעה ויעילות תומכים במעבר לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות כדי להתמודד עם מספר תוצאות בלתי רצויות במישורים שונים, כפי שיפורט מיד.

23. ראשית, כאשר החלתו של כלל מאזן ההסתברויות מובילה, באופן עקבי, לעיוות בהטלת האחריות הנזיקית ולהכרעות שיפוטיות שגויות, יש בכך משום פגיעה בעיקרון הצדק המתקן. הן הטלה חסרה הן הטלה ביתר של אחריות נזיקית נוגדות את העיקרון שלפיו על המזיק לפצות את הניזוק בגין הנזק שגרם לו בעוולה. הטלה חסרה של אחריות מונעת את השבת מצבם של ניזוקים זכאים לקדמותו. מדובר למעשה בהפרה רחבה של זכויות-ניזוקים הנותרת ללא תגובה נזיקית מתקנת. ההפרה נותרת אפוא "תלויה באוויר". הדברים יפים, בהיפוך, גם ביחס להטלת-יתר של אחריות נזיקית עקב הטיה עקבית לרעת הנתבעים. הטלת אחריות מופרזת כזו מחייבת את הנתבעים באחריות לנזקים שלא גרמו להם בפועל. בשני המקרים הקשר הדו-קוטבי שבין הניזוק לבין המזיק שפגע בו לא מקבל את ביטויו הראוי מהבחינה של צדק מתקן. בשני המקרים מצב-הדברים לאחר הפעלת המנגנון הנזיקי אינו חוזר לקדמותו.

שנית, החלתו של כלל מאזן ההסתברויות על מחלקה של מקרים שבה קיימת הטיה שיטתית אינה רצויה גם מבחינת שיקולי ההרתעה. כאשר החלתו של הכלל מובילה באופן עקבי לכך שלא מוטלת אחריות על הנתבע תיווצר כלפיו הרתעת חסר. הרתעת חסר מעניקה למעשה חסינות לנתבע מפני אחריות בנזיקין למקרים הנמנים על המחלקה הרלבנטית. חסינות זו יש בה כדי לפגוע בתמריצים של הנתבע לנהוג בזהירות הנדרשת ולהקטין את תוחלת הנזקים הנובעים מפעילותו. מן הצד השני, כאשר נתבע נדרש לשאת בנזקים מעבר לאלה שלהם הוא גרם נוצרת הרתעת יתר. הרתעה זו עלולה לפגוע בתמריץ של הנתבע לקיים את הפעילות שמובילה לחבותו בנזיקין אף אם פעילות זו רצויה ומועילה כאשר היא מבוצעת בזהירות סבירה. הנה כי כן, החלת כלל מאזן ההסתברויות בהתקיים הטיה נשנית ביחס לקבוצת ניזוקים עלולה למנוע הפנמה

של הנזקים האמיתיים של הפעילות ולהוביל לכך שהמזיק יראה לנגד עיניו תמונה בלתי-נכונה של מאזן העלות-והתועלת הכרוך בפעילותו.

שלישית, הכרעה על-פי כלל מאזן ההסתברויות במצב שבו קיימת הטיה נשנית אינה ממזערת באופן מיטבי את עלותן של הכרעות שיפוטיות שגויות, ויש לה גם תוצא חלוקתי שלילי. כלל מאזן ההסתברויות עוצב כאמור כסטנדרט הכרעה בכל תיק נזיקין המגיע להתדיינות משפטית תחת ההנחה שכאשר הוא מוחל על פני כלל המקרים המגיעים להתדיינות משפטית יש בו כדי למזער את עלויות הטעות ולפזר אותן באופן שוויוני. כאשר מדובר במזיק היוצר סיכון חוזר ומשותף כלפי קבוצת ניזוקים, וההסתברות מוטית באופן שיטתי לטובת אחד הצדדים המתדיינים, מאבד כלל מאזן ההסתברויות מעילותו והוא מטיל באופן עקבי את עלות ההכרעה השיפוטית השגויה על אחד הצדדים מבלי לנצל את עצם השיטתיות בהטיה כדי להתאים את חבותו של המתדיין החוזר לאחריותו האמיתית על פני כלל המקרים. לשון אחרת, כאשר ניתן לאמוד, ולו בקירוב, את הנזק האמיתי שהמזיק הסב לקבוצת הניזוקים, שימוש בכלל מאזן ההסתברויות כלפי כל ניזוק לא יוכל לבטא אומדן זה ויביא לתוצאה של הטלת חבות נמוכה יותר או גבוהה יותר, לפי כיוון ההטיה. כמו כן, כאשר קיימת הטיה מובנית ושיטתית, מוביל כלל זה לקיבוע עלויות הטעות ולנשיאה חד-צדדית בהן, ומכאן שלא רק שעלות הטעות אינה ממוזערת אלא שהיא נישאת תמיד על-ידי אחד הצדדים המתדיינים בלבד.

24. מֵעֵבֶר לַכֹּלֵל שֶׁל פִּיצוּי-לפִי-הֶסְתַּבְרוּת עֲשׂוּי אֲפּוֹא לִיתֵן מַעֲנָה רְאוּי בִּמְקָרִים שֶׁבֵּהֶם חֲסֻרוֹתָיו שֶׁל כֹּלֵל מֵאֲזֵן הֶסְתַּבְרוּת עוֹלָיִם עַל יִתְרוֹנוֹתָיו הֶרְגִּילִים. הַמְקָרָה הַמּוֹבֵהֶק שֶׁבּוֹ אֵלֶּה הֵם פְּנֵי הַדְּבָרִים הוּא הַמְקָרָה הַמְקִיִּים אֶת מִבְחָן הַהִטְיָה הַנִּשְׁנֵית. בַּמְקָרָה זֶה, אִף כִּי כֹלֵל שֶׁל פִּיצוּי-לפִי-הֶסְתַּבְרוּת אֵינּוּ יֹכֵל לְהַשִּׁיג צֶדֶק מִתְקַן בַּמְלוּאוּ וּכְפִשׁוּטוֹ, יֵשׁ בּוֹ כִּדֵּי לְהַשִּׁיג אֶת הַתּוֹצְאָה הַקְּרוּבָה בִּיּוֹתֵר הָאֲפִשְׁרִית אֵלָיו. כְּאֲמֹרָה, בִּמְקָרִים שֶׁבֵּהֶם קִיַּמְתָּ הִטְיָה לְטוֹבַת אֶחָד הַצַּדְדִּים הַמִּתְדִינִים, כֹּלֵל מֵאֲזֵן הֶסְתַּבְרוּת עוֹלָיִם לְהוֹבִיל לְחִיּוֹב הַנִּתְבַּע מֵעֵבֶר לְנֹזְקִים שֶׁגָּרַם לָהֶם אוֹ לְחִלּוּפִין לְפִיצוּי הַנִּזּוּקִים בְּחֹסֶר עֲבוּר נֹזְקִים עוֹלָתִיִּים שֶׁנִּגְרְמוּ לָהֶם. מְקִשִּׁים אֵלֶּה נִיתֵן לְהִימָנֵעַ עַל-יְדֵי מַעֲבֵר לַכֹּלֵל שֶׁל פִּיצוּי-לפִי-הֶסְתַּבְרוּת. תַּחַת כֹּלֵל זֶה מְזִיקִים מְחֻיָּבִים בְּהַתָּאֵם לְנֹזְקִים שֶׁלָּהֶם גָּרְמוּ וְלֹא מַעֲבֵר לְכַךְ כְּפִי שֶׁכֹּלֵל מֵאֲזֵן הֶסְתַּבְרוּת עֲשׂוּי לְחִיּוֹב. אֲמֵנָם נִזּוּקִים מְסוּיָּמִים עֲשׂוּיִים לְקַבֵּל פִּיצוּי חֲסֵר, אִךְ פִּיצוּיִים מוֹפְחָתִים עֲדִיפִים עַל לֹא כְּלוּם, וִישׁ בָּהֶם כִּדֵּי לְהַשִּׁיב חֲלָקִית אֶת מִצְבָּם לְקִדְמוֹתוֹ. אֲכֵן, חוֹסֵר הִיכּוּלָת לְהַבְחִין בֵּין נִזּוּקִים עוֹלָיִם לְהוֹבִיל לְכַךְ שֶׁחֲלָקִים יִפּוּצוּ עֲבוּר נֹזְקִים שֶׁמְקוֹרָם אֵינּוּ בְּעוֹלָה, אוֹלָם בִּיחֹס לְכֹלֵל קְבוּצַת הַנִּזּוּקִים נִיתֵן לֹאמֹר שֶׁכֹּלֵל שֶׁל פִּיצוּי-לפִי-הֶסְתַּבְרוּת מְשִׁיג צֶדֶק מִתְקַן.

יתרה מזאת, השתתת הפתרון של פיצוי-לפי-הסתברות על מבחן ההטיה הנשנית מתמודדת עם אחד הקשיים המרכזיים – אם לא המרכזי שבהם – הכרוך בפיצוי יחסי במקרים של עמימות סיבתית. גישה המבקשת לפצות-לפי-הסתברות על סמך המקרה הכוודד משמעותה היא הטלת אחריות על נתבעים שיש סיכוי גבוה שלא גרמו כלל לנזק (הכוונה כאן היא למקרים שבהם ההוכחה במקרה הפרטני אינה מגעת כדי הרף של מאזן ההסתברויות). לעומת זאת, גישה המבוססת על מבחן ההטיה הנשנית מספקת מענה לקושי המובנה הזה שכן מתוך התבוננות על כלל המקרים היא מבקשת לאתר מזיקים שגרמו נזק בפועל, ואף לאמוד בקרבה המרבית את הנזק הזה בהתאם לראיות הקיימות (ראו Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact* (Rules for Indeterminate Plaintiffs, 70 CAL. L. REV. 881, 882-883 (1982)).

אכן, מבחן ההטיה הנשנית, המוביל לתוצאה של פיצוי יחסי, אינו מקיים עד-תום את הרעיון המסורתי של הצדק המתקן, הרוואה לנגד עיניו מעבר של מעות מכיסו של המזיק המסוים לכיסו של הניזוק המסוים, בגין הנזק המסוים, בדרך של התבוננות במזיק ובניזוק כאילו אין בלתם. אולם מבחן זה נשען על התובנה שבמקרים מסוימים – מקרים המקיימים את המבחן – הצמדות לנקודת המבט הפרטנית על השניים בלבד, והגשמת תוצאה בינארית ביניהם, מובילה בסופו של יום לתוצאה המרוחקת ביותר מתיקון המצב והשבתו לקדמותו. התאמת מושג הצדק המתקן, במקרים המיוחדים שבהם מוכחת קיומה של הטיה נשנית, היא הכרחית אפוא על-מנת לקדם את מימוש של מושג זה עצמו. כלשונו של המלומד אריאל פורת, בהתייחסו לאחת מן הדוגמאות למקרים חוזרים ונשנים: "בהיעדר חלופה טובה יותר לפיצוי הניזוקים, פתרון זה [פיצוי לפי סיכוי] עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן: המעוול משלם בגין הנזק שגרם, והניזוקים מהתנהגותו העוולתית מקבלים פיצוי כלשהו, הטוב מלא-כלום. המעוול מתקן אם-כן את מצבם, אם כי לא באופן מלא" (אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג(3) 605, 635 (2000)).

25. אימוץ כלל של פיצוי-לפי-הסתברות במקרים המתאימים עולה בקנה אחד גם עם שיקולי הרתעה ויעילות. מבחינת הרתעה נאותה, תחת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות, המיושם במקרים שבהם המזיק יוצר סיכון חוזר ומשותף, המזיק חב – בקירוב – בגין הנזקים שלהם גרם, הגם שהפיצוי אינו משולם לניזוקים שבהם פגע בלבד אלא הוא מתפרש על-פני קבוצת הניזוקים שנחשפו לסיכון החוזר והמשותף. על-כן, מזיקים בכוח מתמרצים לפעול בזהירות הרצויה, מבלי שהטיות עקביות – הידועות להם מראש – תחסומנה את תוצא ההרתעה, ולחלופין, מבלי שפעילותם תושפע מן

החשש לחוב באחריות נזיקית מוגברת. עמד על כך המלומד Rosenberg בהתייחסו ליתרון של פסיקת פיצוי יחסי במקרים של חשיפה המונית לסיכון, במונחים של הרתעה:

Under the proportionality rule, the expected liability confronting firms equals the losses attributable to the tortious conduct. By giving firms precisely the incentive needed to induce them to take optimal care, such a rule enables the system to achieve its optimal deterrence objective (David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 849, 866 (1984)).

26. פועל יוצא נוסף של כלל הפיצוי-לפי-הסתברות, במקרים הראויים לכך, הוא צמצום עלויות הטעות של הכרעות שיפוטיות שגויות. כאשר אחד הצדדים להליך הוא מתדיין חוזר ונשנה, כלל של פיצוי-לפי-הסתברות מצמצם במידה ניכרת את עלות הטעות ביחס אליו משום שחבותו נקבעת בהתחשב במכלול פעילותו. כך למשל, נתבע חוזר ונשנה אשר מחויב בפיצוי-לפי-הסתברות יחויב כפי אחריותו האמיתית על פני הזמן. העובדה כי כלל זה מוביל לפיצוי ניזוקים שנזקם לא נגרם על-ידו אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה (ראו בסוגיה זו Kaye, במאמרו הנ"ל, בעמ' 502). בהקשר זה ראוי להוסיף כי הכלל של פיצוי-לפי-הסתברות נושא עמו יתרון גם מבחינת פיזורן של עלויות הטעות – יתרון שיש לו חשיבות מיוחדת במקרים חוזרים ונשנים. אכן, בעוד שהכלל של מאזן ההסתברויות מְקַבֵּץ את זהותו של בעל הדין הנושא בעלות הטעות במקרים חוזרים ונשנים, הכלל של פיצוי-לפי-הסתברות מאזן את התמונה ומפזר את הפיצוי בין כלל חברי קבוצת הניזוקים – זאת בהיעדר אפשרות לזהות אצל מי מתוכם התממש הסיכון שיצר המזיק לכדי נזק.

27. הנה-כי-כן, באותם מקרים שבהם חסרונותיו של כלל מאזן ההסתברויות עולים על יתרונותיו – וכך הוא הדבר במקום שבו מדובר בנתבע שיוצר סיכון חוזר ומשותף כלפי קבוצת ניזוקים וקיימת הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות – מְעַבֵּר לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות יהיה בו כדי לשרת הן את התכלית של צדק מתקן הן את התכלית של הרתעה נאותה. אין להשקיף על תכליות אלה בהכרח כזרות או נפרדות זו לזו. הרתעה נאותה מפחיתה מעשי עוולה וממילא מונעת את הצורך לתקן אי-צדק. חסינות מפני אחריות נזיקית, כמו-גם אחריות נזיקית מופרזת, אינה הוגנת ויוצרת –

בחוסר הגינותה – תמריצים להתנהגות בלתי-רצויה. אם כן, השיקולים התומכים במעבר לכלל מוגדר ומסויג של פיצוי-לפי-הסתברות שזורים אלה באלה.

הוכחתו של מבחן ההטיה הנשנית

28. בעל-דין המבקש כי בית המשפט יסטה בעניינו מן המבחן הרגיל של מאזן ההסתברויות ויפסוק פיצוי-לפי-הסתברות נדרש אפוא להוכיח את ארבעת היסודות של המבחן: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלתו של כלל מאזן ההסתברויות. כך הדבר בין שבעל-הדין הוא התובע ובין שהוא הנתבע. הדרישה להוכיח את קיומה של קבוצה חורגת ממסגרת הדיון האזרחי המסורתי שבו תובע נדרש להוכיח את עניינו הפרטני בלבד, ומציבה את התובע במקום שבו הוא משמש מעין "תובע ייצוגי" ביחס לקבוצה הנדונה. בדומה להליך ייצוגי, מבחן ההטיה הנשנית דורש למעשה מבעל-דין לטעון מעבר לעניינו הפרטני.

ייאמר מיד, עם זאת, כי אין המדובר בהקבלה בין מבחן ההטיה הנשנית, המתווה את שיטת הפיצוי-לפי-הסתברות, לבין הליך התביעה הייצוגית. בשונה מהליך ייצוגי, התובע המבקש פיצוי-לפי-הסתברות אינו מייצג איש ואינו מבקש פיצוי אלא עבור עצמו בלבד. אולם אין לשלול שהכרה בקיומה של קבוצה מהסוג הנדון עשויה לסייע לתביעתם של תובעים אחרים הנמנים עליה ואף קיים הגיון בתביעה משותפת של חברי הקבוצה במקרים שהדבר מסתייע (יצוין כי בשיטת המשפט הישראלית לא קיים הליך של תובענה ייצוגית המבוסס על עילה נזיקית – וראו חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006).

29. אשר ליסודות המבחן ראוי להדגיש: מבחן ההטיה הנשנית הוא מבחן מהותי ולא באנו לקבוע מסמרות לעניין גודל קבוצת הניזוקים, לעניין שיעור ההטיה ולעניין רמת ההפשטה של המכנה המשותף שבסיכון. מודדים אלה אינם קבועים והם עשויים להשתנות ממקרה למקרה לפי נסיבות העניין. על בית המשפט המפעיל את מבחן ההטיה הנשנית להציב לנגד עיניו את התכליות המהותיות העומדות בבסיס המבחן, כפי שתוארו לעיל. עם זאת, ברי כי בעל-דין הטוען להתקיימותו של המבחן נדרש להוכיח כי כל יסודותיו מתקיימים באורח מובהק, או בלשון אחרת, כי הטעמים העומדים בבסיס המבחן מתגלים באופן ברור.

30. בפרט, יש להדגיש כי יסוד קבוצת הניזוקים דורש הוכחת קבוצת ניזוקים של ממש, ולא קבוצה תיאורטית או היפותטית גרידא. אמנם, הצורך להצביע על קיומה של

קבוצת ניזוקים אינו כרוך בהכרח בסימון פרטני של בני הקבוצה. כאמור, אפשר שמבחן ההטיה הנשנית יתקיים במקום שבו התובע מצביע על סיכון רחב היקף שנוצר על-ידי מעשה עוולה מסוים של הנתבע (זיהום סביבתי למשל) או על-ידי מדיניות עקבית שנקט בה (כגון החלטה מערכתית שלא לבצע בדיקה המשפרת את הסיכוי לזיהוי מחלה מסוימת). הדרישה להצביע על קבוצה ממשית אינה מחייבת אפוא זיהוי פרטני אלא עשויה להתגלות מתוך אופיו של הסיכון עצמו ותחום הפגיעה שלו, ובלבד שאין המדובר בסיכון בעל השפעות תיאורטיות גרידא אלא בסיכון שהשפעתו החוזרת ונשנית קיימת במציאות.

עוד יש לציין כי יסוד קבוצת הניזוקים קשור ביחס של גומלין עם יסוד ההטיה השיטתית, אשר מצדו מצריך כאמור כי בעל-הדין הטוען לקיומו של מבחן ההטיה הנשנית יצביע על כך שעל-פני קבוצת המקרים השייכים ל"מחלקה" הנטענת, מאזן ההסתברויות "מעדיף" באופן עקבי את אחד הצדדים בכל הנוגע לשאלת קיומה או היעדרה של זיקה סיבתית. הטעם לקשר הגומלין בין היסודות נובע מכך ששורש הכשל שיסודות אלה מזהים מצוי ביחס שבין שיעור ההטיה לבין היקפו של הסיכון החוזר. כלומר, כאשר ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי נמוכה, סביר כי תידרש קבוצת ניזוקים גדולה יותר על-מנת לקיים את המבחן; ולהיפך.

31. כדי להוכיח את היסודות המכוננים את מבחן ההטיה הנשנית – לפי מאזן ההסתברויות – נדרשים בעל-הדין להביא את מיטב הראיות ויש להניח כי במקרים שבהם הדבר אינו מתבקש מעצם אופיו של הסיכון, יוכלו להסתייע בכלים הרגילים העומדים לרשותם ובהם חוות-דעת מומחים, חומר מקצועי ועדויות רלבנטיות. אולם ראיות אלה עשויות להשתנות ממקרה למקרה ואיני סבור כי ניתן או ראוי לקבוע מסמרות לגבי סוג הראיות הקבילות לעניין זה. כך הדבר לא רק לגבי עצם קיומה של קבוצה והטיה שיטתית, אלא גם ובפרט לגבי הוכחת שיעור ההטיה, הלוא היא ההסתברות.

אכן, גם כאשר בית המשפט מוצא כי מוצדק באופן עקרוני לילך בדרך של פיצוי-לפי-הסתברות, עדיין עליו לבדוק אם על-פי הראיות שבידיו יש באפשרותו להגיע לכלל מסקנה בדבר שיעור ההסתברות הנכון. בתי המשפט הכירו בעבר באפשרות לפסוק – במקרים מסוימים – על-פי אומדנה או הערכה (ראו, בעניין קרוב, עניין גולן הנ"ל; עניין גיל הנ"ל). בחירה בדרך זו מותנית בכך שבית המשפט סבור כי הדבר אמנם אפשרי על-פי התשתית שהונחה בפניו, ושאינן המדובר בניחוש או בספקולציה גרידא, ומכל מקום אין בה כדי להוות תחליף להבאת מיטב הראיות

שהצדדים יכולים לשים עליהם את ידם באופן סביר. אכן, לא פעם נדרשות ולו ראיות סטטיסטיות או מדעיות שתאפשרנה לבית המשפט לשום את ההסתברות. היטיבה לתאר זאת השופטת נאור בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף:

אכן, עלינו להכיר בקשיים שיש, לעיתים, לעולם המדע להשיב על השאלה מהו הסיכוי שגורם פלוני תרם לתוצאה. קושי כזה מתעורר לא אחת גם בהוכחת קשר סיבתי על-פי מאזן ההסתברויות. עלינו להכיר גם בכשלים המובנים בהערכת הסתברויות שאנו, כשופטים, איננו חסינים מפניהם. על כן – על בעלי הדין או על מי מהם, מוטל הנטל להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות שניתן להביאן. באותם מקרים של סיבתיים עמומה עליהם להביא מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים. כפי שבואר בפרשת פאתח, אם בעלי הדין יכולים להראות שעניינו של הנפגע אינו נופל בגדר הנתונים הסטטיסטיים, עליהם לעשות כן. כבכל עניין בו על בית המשפט להכריע בשאלה עובדתית, על הצדדים להביא לבית המשפט את מיטב הראיות שניתן להביא. להימנעות מהבאת ראיות יש משקל. כך גם להימנעות מחקירה שכנגד. זהו הכלל הרגיל בקביעת ממצאים שבעובדה והערכת ראיות, והוא חל גם בעניין קביעת שיעור הסיכוי שגורם אפשרי מוכר גרם, בפועל, לנזק (פסקה 29 לפסק-הדין).

דברים אלה מקובלים עלי במלואם. כאן המקום להזכיר כי בתי המשפט מורגלים היטב בחלוקת אחריות בגדרי דוקטרינות מסורתיות כגון אשם תורם וקביעת שיעורי אחריות בין מעוולים במשותף. גם בעבר לא היה הפן היישומי לאבן נגף באימוץ ובהחלת הדוקטרינות שנועדו להתמודד עם סוגיית העמימות הסיבתית. אולם בה-בעת יש להדגיש כי אם פסיקת פיצוי-לפי-הסתברות תיעשה ללא בסיס ראוי לגבי שיעור ההסתברות, עלולים יתרונויה של הדוקטרינה, אף במקרים המתוחמים הנדונים כאן, להישחק. לכן יש להקפיד על כך שההכרעה השיפוטית הרגילה של "כן או לא" תומר בהכרעה יחסית רק במקום שהדבר נשען על ראיות מהימנות ומספקות. עוד אוסיף כי יש להניח ולצפות שהתאמת הראיות למבחן ההטיה הנשנית גם היא תפתח עם הטמעתו של המבחן עצמו, מתוך החתירה להגשים את תכליתו המהותית (וראו לעניין זה את מאמרו של אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז 357 (2003), שנכתב בתגובה למאמרם של קמיל פוקס, בנימין שמואלי

ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2003).

מבחן ההטיה הנשנית, "אחריות לפי פלח שוק" ו"נזקי חומרים רעילים"

32. הגיונו של מבחן ההטיה הנשנית ניכר היטב בפסיקות העקרוניות שהכירו בפיצוי-לפי-הסתברות בדין הזר, וזאת חרף העובדה כי כפי הנראה מבחן זה לא הוצע או נדון, באופן מפורש, כמבחן עצמאי וכללי. לשון אחרת: בפועל הפסיקה התייחסה למקרים אופייניים המקיימים את המבחן המוצע. דוגמה מובהקת לכך היא הדוקטרינה של אחריות לפי פלח שוק. דוקטרינה זו נולדה בארצות-הברית על-רקע הפרשה הקשה של תרופות ה-DES. תרופות אלה, שניתנו לנשים בהריון כדי למנוע הפלה טבעית, גרמו כעבור שנים למחלות קשות אצל הבנות של אותן נשים. נמצא, כי היצרנים התרשלו ביצור התרופה: הם לא ביצעו בדיקות נדרשות ולא דיווחו לציבור על חשדות בדבר הסיכונים הטמונים בשימוש בתרופה. דא עקא, שהתרופות שווקו על-ידי מאות יצרנים בשמן הגנרי, ועובדה זו, בשילוב עם הזמן הרב שחלף מאז השימוש בתרופה ועד שנודע דבר-הנזק, שללו את האפשרות לקשר, בכל מקרה ומקרה, את התרופה המזיקה עם היצרן הספציפי. לשון אחרת, כל אחת מן הניזוקות נתקלה – שלא באשמתה – בקושי להוכיח במאזן ההסתברויות את זהותו של הגורם העוולתי המסוים שאחראי לנזקה-שלה.

דחיית התביעות כולן במקרה כזה, בשל הקושי בהוכחת יסוד הקשר הסיבתי, הייתה מובילה לתוצאה קשה במונחים של צדק מתקן והרתעה יעילה, כמוסבר לעיל. לפיכך, החליטו בתי המשפט בארצות-הברית לחייב כל יצרן, בכל אחת מן התביעות, לשאת בחלק מן הפיצוי לפי פלח השוק שלו בעת הרלבנטית, כלומר לפי חלקו בשוק ה-DES (על הסייגים ועל דרכי היישום האפשריות של הדוקטרינה ראו אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" משפטים כג 311, 322-325, והאסמכתאות שם (1994)). כך חתרו בתי המשפט לתוצאה אשר מצד אחד תעניק לתובעות את הפיצוי המגיע להן – פיצוי מלא במקרה זה – ומצד שני, במבט כולל, תטיל על כל יצרן חבות לפי חלקו האמיתי – ככל הניתן – בגרימת הנזקים (ראו *Sindell v. Abbott Labs* 607 P.2d 924 (Cal. 1980); *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, 539 N.E.2d 1069, 1076 (1989); *City of Philadelphia v. Lead Indus. Ass'n*, 994 F.2d 112,127 (1993)).

כדברי בית המשפט בעניין *Sindell*, בעמ' 937:

Each defendant will be held liable for the proportion of the judgment represented by its share of that market unless it demonstrates that it could not have made the product which caused the plaintiff's injuries.... Under this approach, each manufacturer's liability would approximate its responsibility for injuries caused by its own products.

33. אף כי דוקטרינת פלח השוק הוחלה בעיקרה בהקשר של תרופות ה-DES, ההיגיון שעומד בבסיסה הוא הגיונו של מבחן ההטיה הנשנית. מעבר לכך שהימצאותם של כלל המעוולים אפשרה לפצות את הניזוקות עבור מלוא נזקן, הקשר זה ייחודי בשניים: ראשית, לא היה ספק כי התרופות הן הגורם לנזק שהוסב לתובעים; שנית, הסיכון שנשקף מן המוצרים היה זהה. שילובם של אלה אפשר לקבוע את מידת ההטיה ביחס לכל יצרן על-פי פלח השוק שלו. אולם למעשה אין המדובר אלא במקרה ייחודי של מבחן ההטיה הנשנית: במקרה זה מתגבשת "מחלקה" סביב כל יצרן ביחס לכלל הניזוקות שאותן הוא חשף לסיכון חוזר ומשותף. כלומר, ה"מחלקה" כוללת את היצרן ואת כלל הנשים שנחשפו לסיכון שנוצר בהתנהגותו העוולתית. שיעור ההטיה העקבית במסגרת ה"מחלקה" נגזר כאמור על-פי נתח השוק של היצרן. במובן זה יש לראות בדוקטרינת פלח השוק דוקטרינה המחילה את מבחן ההטיה הנשנית על מספר יוצרי סיכון – יצרני התרופות במקרה זה – במקביל.

34. תחום נוסף שבו נשמעה לא אחת הגישה כי מן הראוי לנקוט בדרך של פיצוי-לפי-הסתברות הוא התחום של עוולות המוניות (Mass Torts) ועוולות סביבתיות או עוולות "הרעלה" (Toxic Torts). מקרים אלה מאופיינים לרוב בחשיפת ציבור גדול לסיכון, מבלי שניתן לקשר באופן ספציפי בין היווצרות הנזק במקרה מסוים לבין החשיפה העוולתית. גם במקרים אלה, נטען כי החלת כלל מאזן ההסתברויות עלולה להוביל לחסינות של המעוול שגרם נזק מפוזר ורחב היקף, מפני אחריות נזיקית, זאת תוך פגיעה בתכליות דיני הנזיקין; או לחלופין, להטלת אחריות מופרזת בצבר המקרים.

בפרשה הידועה של *Agent Orange* (In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig., 597 F. Supp. 740), דן בית המשפט בעניינם של חיילים אמריקניים שנחשפו לחומר כימי ששימש את צבא ארצות-הברית לצורך השמדת צמחייה. החומר העמיד את החיילים בסיכון ללקות בשלל מחלות קשות, ואכן רבים חלו בהן, אך כל חייל, כשהוא לעצמו, התקשה להוכיח כי נזקו-שלו נגרם עקב החשיפה ולא ממקור אחר. במסגרת

הדיון בהסדר פשרה שאליו הגיעו הצדדים, בחן בית המשפט את שאלת התאמתו של הפתרון היחסי-קבוצתי בנסיבות המקרה. בית המשפט התייחס לוודאותה של הגרימה העוולתית תחת מעטה העמימות האינדיבידואלי, וציין כי התוצאות הנובעות מהחלת כלל מאזן ההסתברויות:

... are especially troublesome because, unlike the sporadic accident cases, it may be possible to ascertain with a fair degree of assurance that the defendant did cause damage, and, albeit with somewhat less certainty, the total amount of that damage (at p. 836).

בית המשפט הוסיף והציע חלופה "מחלקתית" לדיון הממוקד בתובע הפרטני:

It may be possible—through the use of the class action device—to overcome this obstacle by making a single, class-wide determination of liability and by distributing the damages charged to all defendants as a group among all class members on a pro rata basis.

מבחן ההטיה הנשנית המוצע כאן, שאינו נתון תחת הליך דיוני של תובענה ייצוגית, אינו ממוקד רק במקרים של "עוולות המוניות", ואפשר שלגבי מקרים המוניים של ממש ראוי לשקול פרוצדורות ייצוגיות. אולם לענייננו-עתה חשובה התפיסה כי במקרה המקיים את מבחן ההטיה הנשנית – גם אם לא מדובר בקבוצת ניזוקים "המונית" – הפתרון של פיצוי יחסי לתובע הניצב בפני בית המשפט הוא המענה המיטבי לאור מכלול השיקולים שלעניין. יש לציין כי הפתרון של פיצוי-לפי-הסתברות טרם זכה לאימוץ פסיקתי נרחב, בין היתר מסיבות פרוצדוראליות הקשורות בפתרונות מחוץ לכותלי בית המשפט. אולם בספרות המשפטית ניכרת תמיכה נרחבת בהחלת פתרון מסוג זה במקרים של חשיפה רחבת-היקף לסיכון (ראו למשל: Rosenberg, במאמרו הנ"ל; Steve Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 YALE L.J. 376 1986-1987; אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים לג(2) 477 (2003)).

35. הנה כי כן, חריגות שנצפו בפסיקה הזרה מכלל מאזן ההסתברויות, במקרים של עמימות סיבתית, עולות בקנה אחד עם ההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית. מקרים אלה מהווים דוגמאות מובהקות לקוצר ידו של כלל מאזן ההסתברויות במקרים של חשיפה

חוזרת לסיכון משותף המאופיינים בהטיה עקבית. כאן מבקשים אנו לילך צעד נוסף, זהיר ומתבקש, ולקבוע כי המבחן המצדיק לעבור לפיצוי-לפי-הסתברות הוא מבחן מהותי ולא כמותי והוא אינו מוגבל רק למצבים של עוולות המוניות כמוכנן המקובל. אף כי המצבים שהוכרו בפסיקה הזרה יכללו בדרך כלל במבחן ההטיה הנשנית – זאת לפי הגיונם ובמנותק מסוגיית המסגרת הדיונית – אין המבחן מתמצה במקרים המערבים תובעים רבים ביותר או נזק שהתפרשותו רחבה עד מאוד (אזכיר למשל את הדוגמה של מדיניות אבחון רשלנית בבית חולים, או דוגמה אחרת של התרשלות מעביד כלפי עובדיו המגבירה את הסיכון של כל אחד מהם ללקות במחלה). מבחן ההטיה הנשנית מספק אפוא מסגרת כוללת ואחידה לחריגה מכלל מאזן ההסתברויות, ובפרט במצבים של עמימות סיבתית. כל זאת על-פי אמות מידה מהותיות הנוגעות בשיקולים העומדים ביסוד כלל מאזן ההסתברויות וההצדקות לחרוג ממנו.

השפעתו של מבחן ההטיה הנשנית על פסיקת פיצוי-לפי-הסתברות

36. כאמור, בגדרי דיון נוסף זה לא באנו למחוק את העבר, במוכן זה שאין בדרך הבחינה המותווית כאן כדי למנוע תוצאה של פיצוי יחסי במקרים שנכנסו בעבר לגדרי הדוקטרינות השונות של פיצוי-לפי-הסתברות. אולם המסגרת הרעיונית של מבחן ההטיה הנשנית אינה מובילה לכדי תוצאה זהה לזאת המתקבלת על-פי אותן דוקטרינות בכל המקרים. בחינת המקרים כולם תחת המסגרת הרעיונית של מבחן ההטיה הנשנית עשויה לעיתים לצמצם את תחום-המקרים שבהם ייפסק פיצוי-לפי-הסתברות, ולעיתים – להרחיבו.

בפרט, יש להתייחס לדוקטרינה שהשתרשה במשפטנו בדבר ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה. לדוקטרינה זו, שכאמור אומצה לראשונה בעניין פאתח, יוחס יתרון משמעותי: שימוש במבחן הרגיל של מאזן ההסתברויות ובתוצאה הבינארית הנגזרת ממנו, כשהמבחן והתוצאה גם יחד מוחלים על ראש הנזק החדש. על יתרון זה עמדתי גם אני בעניין זכריה כהן. אולם בראייה לאחור הייתי מדגיש כי היתרון התיאורטי הזה אינו משנה מן העובדה שאימוץ "ראש הנזק" החדש מוביל לתוצאה של פיצוי יחסי (או – חלקי).

חשוב מכך, אל מול היתרון הזה ניצבים מספר חסרונות הן במישור המהות הן במישור היישום. בין היתר, יש לציין את הקושי לתחום את ראש הנזק החדש – לפי הגיונו הפנימי – למקרים של גריעה מסיכויי החלמה דווקא, ולהימנע מהחלתו במקרים אחרים של פגיעה בסיכוי או הגברת סיכון, בתחום הרשלנות הרפואית ומחוצה לו.

אולם הפסיקה לא בחרה בהרחבה כזו, הסוטה באופן חד מתפיסת הסיבתיות הנוהגת ומכללי ההוכחה המקובלים, ואשר לצד הסיוע שהיא מעניקה לניזוקים מסוימים, טמונה בה אפשרות לפגיעה בניזוקים אחרים שיש באפשרותם להוכיח את תביעתם במאזן ההסתברויות אך לא יזכו בפיצוי מלא (ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד(2) 385, 416-419 (2004)). ניתן לומר אפוא כי הפסיקה מיאנה, ובצדק, להמיר בתחום פריסה רחב את הדרישה לנזק במובן המקובל בדרישה לנזק במובן של "פגיעה בסיכוי" או "גרימת סיכון", ככל הנראה מתוך הכרה בעדיפותו של הכלל המסורתי ברוב המקרים.

37. יתרה מכך, אין זו ההסתייגות היחידה שניתן לאתר בפסיקה מנפקויותיה האפשריות של דוקטרינת "ראש הנזק". כך, אימוץ מלא ועקבי של תפיסת הגריעה מסיכוי כ"ראש נזק" אמור להוביל – לפי ההיגיון הפנימי – לתוצאה של פסיקת פיצוי גם במקום שבו הסיכון לא התממש והחולה החלים. לאמור: ראש הנזק הוא עצמאי ואינו תלוי בנזק הפיסי שנגרם או לא נגרם. אלא שהפסיקה, ולא בכדי, מעולם לא קבעה כך, והדבר מעיד על קושי הטמון בדוקטרינה עצמה. אף במישור החישוב בחרה הפסיקה לאחרונה לסטות מן הדרך המסורתית המתקבלת מהגדרת הפגיעה בסיכוי כראש נזק – הפחתת הסיכוי שנותר לאחר ההתרשלות מן הסיכוי שהיה קודם להתרשלות – והלכה בנתיב המתחשב בעובדות הידועות לגבי המקרה, קרי: אי-החלמתו של התובע. כך, בעניין לוי הנ"ל נפסק מפי השופטת א' חיות:

כזכור, העמיד בית משפט קמא את שיעור הפיצוי המגיע למערערים במקרה דנן על 20% לאחר שהפחית מסיכויי ההחלמה שהיו למנוחה ללא ההתרשלות (80%) את סיכויי ההחלמה שנותרו למנוחה לאחר ההתרשלות (60%). דרך זו יש לה אומנם תימוכין בהקשר של ניתוח אובדן הסיכוי במונחים של ראש נזק... אולם, בהקשרים מסוימים היא עלולה להוביל לתוצאה לא מדויקת לפי כללים מקובלים של חישוב סיכויים. זאת בייחוד מקום שידוע בעת עריכת החישוב כי החולה לא החלימה. נראה כי חישוב מדויק יותר על פי כללים אלה מוביל אל המסקנה כי הסיכוי שהתרשלות המשיבים במקרה דנן היא שגרמה לנזק עומד על 50% ולא על 20%... מסקנה זו עולה מן הנתונים שלהלן:

ללא התרשלות - סיכויי החלמה 80% וסיכון לתמותה 20%.
 בשל ההתרשלות - סיכויי החלמה 60% וסיכון לתמותה 40%.

הדרך שהלך בה בית המשפט בעניין לוי יש בה הגיון ענייני והסתברותי, הנעוץ בראש ובראשונה בכך שהיא מצביעה על הסיכוי האמיתי לקיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק; ברם אין זה הנזק של הפגיעה בסיכוי אלא הנזק של אי-ההחלמה. כלומר, גם מתוך הדוקטרינה של ראש נזק חדש – אובדן סיכויי החלמה – בסופו של דבר הפסיקה חתרה לתוצאה המשקפת את ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק הפיסי שנגרם (ראו גם שנוור, במאמרו הנ"ל, בעמ' 186-193 (2007)).

38. ראוי לציין לעניין זה כי הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה נדחתה על-ידי בית הלורדים האנגלי, ברוב של שלושה שופטים מתוך חמישה, בפסק הדין בעניין *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2. באותו מקרה, טען המערער כי התרשלותו של המשיב – רופא שטיפל בו – באבחון מחלתו הפחיתה את סיכויי החלמה שלו בכ- 20%. בדחתו את הדוקטרינה, עמד הלורד Hoffmann על הקושי לראות באובדן הסיכוי להחלים כראש נזק, בהתחשב בכך שבעולם-המציאות הנזק או שנגרם או שלא נגרם בשל ההתרשלות. עוד ציין כי נדרשים טעמים חזקים במיוחד – טעמים שלא הובאו – כדי לסטות מכלל מאזן ההסתברויות. בפרט, ציין כי הניסיונות השונים לתחום את תחולתה של הדוקטרינה – למשל, למקרים שנגרם בהם נזק אחר או למקרים שהעמימות הסיבתית היא תוצאה של מגבלות הידע הרפואי – מלאכותיים ונעדרים עקביות רעיונית. עוד הביע ספק אם חריגה כה משמעותית מהכלל המסורתי אינה מצויה בתחום סמכותו הבלעדי של המחוקק. הברונית Hale עמדה גם היא על גבולותיו הפרוצים של ראש הנזק: “[r]eformulating the damage in this way could lead to some liability in almost every case”. היא הוסיפה כי אימוץ ראש נזק של אובדן סיכויי החלמה יוביל לערעור הוודאות באופן שיפגע בצדדים המתדיינים כולם, ולסיבוך ההליך המשפטי. לבסוף ציינה כי חרף היתרונות השונים הגלומים בראש הנזק, חסרונותיו מכריעים שלא לאמצו.

39. כפי שעולה מסקירת הדין הישראלי בסוגיית הפיצוי-לפי-הסתברות, הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה כראש נזק היוותה אחד מתוך מספר בסיסים רעיוניים להשגת התוצאה של פיצוי יחסי. על-פי המסגרת הרעיונית האחידה המוצעת היום, ולאור הקשיים שצוינו לעיל, נראה היה לי, מצד העקרון, כי אין עוד מקום לדבוק בדוקטרינה זו כבסיס עצמאי לפסיקת פיצוי יחסי. את המקרים שנבחנו בעבר תחת הדוקטרינה הנפרדת של אובדן סיכויי החלמה ניתן לדעת לבחון מעתה לפי מבחן ההטיה הנשנית. הדבר עשוי לצמצם במקרים מסוימים את האחריות אך במקרים אחרים – להרחיבה. על-פי תפישה זו על התובע פיצוי-לפי-הסתברות במקרה שסיכוייו

להחלים נפגעו להראות כי קיימת "מחלקה" של מקרים שעניינו משתייך אליה וכי ביחס למחלקה זו ראוי לעבור מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות – לפי מבחן ההטיה הנשנית. מהצד השני, שוב אין להגביל דוקטרינה כללית זו לטיפול רפואי בלבד משום שההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית אינו תלוי בהקשר הרפואי. תחת מבחן ההטיה הנשנית שוב אין להבחין בין אובדן סיכויי החלמה לבין הגברת הסיכוי לחלות (וראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין יהונתן כהן), הבחנה שאין בה שוני. אלא שהלכה זו, כפי שמציינת חברתי הנשיאה ד' ביניש, השתרשה בינתיים בשיטתנו ונכון אני להצטרף להשקפתה כי היום אין הצדקה לחזור בנו מן הפסיקה שהכירה בראש הנזק העצמאי של "אבדן סיכויי החלמה".

40. הערה נוספת נוגעת לגישה שנשמעה בעבר – אך לא הייתה להלכה – כי יש מקום לפסוק פיצוי-לפי-הסתברות בהקשר של היעדר "הסכמה מדעת" (ראו בעיקר מבחן הערכת הסיכויים שהתוותה השופטת שטרסברג-כהן בעניין דעקה). נראה כי בחינת גישה זו לאורו של מבחן ההטיה הנשנית מצביעה על קושי-של-ממש, ולו מן הטעם ששאלת הקשר הסיבתי בין אי-מסירת מידע לחולה לבין החלטתו בדבר קיום הטיפול הרפואי היא בדרך-כלל עניין סובייקטיבי וקשה לזהות בהקשר זה הטיה עקבית-מובנית שיש בה כדי להצדיק סטייה מכלל מאזן ההסתברויות. אכן, כאמור, תנאי בסיסי להתקיימותו של מבחן ההטיה הנשנית הוא קיומה של הטיה שיטתית בהחלתו של כלל מאזן ההסתברויות. הטיה כזו היא מטבע הדברים פועל יוצא של קושי אובייקטיבי לעמוד ברף ההוכחה של מאזן ההסתברויות – קושי החוזר ונשנה לאורכה של קבוצת המקרים. קושי כזה עשוי למשל לנבוע מן האופי הסטטיסטי של הראיות או מחלוף הזמן בין המעשה העוולתי לבין התגלות הנזק. לעומת זאת, בהקשר של "הסכמה מדעת", סוגיית הקשר הסיבתי אמנם מעוררת קשיים אולם תכופות אלה הם קשיים בעלי אופי שונה ואין מניעה עקרונית, אינהרנטית, שבית המשפט ישתכנע בכל מקרה המגיע לפניו, לפי נסיבותיו ולפי הראיות והעדויות, אם קיים קשר סיבתי אם לאו (ראו למשל ע"א 522/04 מרכז לייזור לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי (לא פורסם, 28.6.2005)). לפיכך, נראה כי בכל הנוגע לנזק הגוף יש לדבוק בהקשר זה בכלל מאזן ההסתברויות (לרבות בעניין הקשר הסיבתי), תוך הסתייעות אפשרית – במקרים מתאימים – בכללי העברת נטל, ותוך התחשבות גם בראש הנזק הנפרד של "פגיעה באוטונומיה".

41. מבחן ההטיה הנשנית משפיע על מספר סוגיות שהועלו בהקשר של פסיקת פיצוי-לפי-הסתברות, וכן על תנאים שהוצעו בפסיקה ביחס לשיטת-פיצוי זו. אחת הסוגיות נגעה לקבילותן של ראיות סטטיסטיות. דעות שונות הובעו באשר לשאלה הכללית בדבר היכולת לקבוע אחריות על בסיס ראיות סטטיסטיות בלבד מבלי שמוצגות לבית המשפט ראיות קונקרטיות הנוגעות למקרה הנדון (ראו L.H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329 (1971), במאמרו הנ"ל). עוקצה של מחלוקת זו מוקהה עם המעבר לתפיסה המבוססת על הסתכלות בעלת אופי קבוצתי.

אכן, כיוון שנקודת הראות עוברת מן המקרה הנדון לקבוצת המקרים שאליה הוא משתייך, ברי כי אין לשלול מניה וביה היזקקות לראיות סטטיסטיות לצורך בירור התביעה – ובלבד שהראיות רלבנטיות ומהימנות. יודגש: לא זו בלבד שבחלק מן המקרים האופייניים שבהם עסקינן – הגם שלא ככולם – ראיות סטטיסטיות ומדעיות הן הראיות המרכזיות או היחידות שניתן לאסוף ולהציג בבית המשפט (כך למשל במקרה של עוולות המוניות – וראו למשל Rosenberg, במאמרו הנ"ל, בעמ' 858, 869; ראו גם הדיון בראיות סטטיסטיות בפסק-הדין בע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004), וכן את דברי השופטת נאור בפסק-הדין נשוא דיון נוסף זה); אלא שמעבר לכך, כאשר מוקד הדיון הוא קבוצה של מקרים, ממילא ראיות שאינן נוגעות ישירות למקרה הנדון אינן מעוררות קושי דומה לזה המתעורר כאשר הממצא המבוקש הוא בעל אופי אינדיבידואלי יותר.

42. תנאי אחר שנדון בפסיקה נוגע לשיעור ההסתברות המאפשר פיצוי-לפי-הסתברות. במספר מקרים נאמר כי אין מקום לפסוק פיצוי-לפי-הסתברות אלא במקום שבו מדובר בהסתברויות משמעותיות, להבדיל מזניחות (ראו למשל דברי הנשיאה ביניש בעניין כהן הנ"ל, בעמ' 711; דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין דעקה הנ"ל, בעמ' 604-605) ודברי הנשיאה ביניש שם, בעמ' 552; דברי השופט מצא בעניין שי שמעון הנ"ל; דברי בעניין זכריה כהן הנ"ל, בעמ' 11; כמו-כן ראו Michael Abramowicz, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, 89 CALIF. L. REV. 231 (2001). דומה כי תנאי זה הוצב בראש ובראשונה מתוך החשש המובן מפריצת גבולותיו של כלל מאזן ההסתברויות ללא היכר. תנאי זה ביקש להציב מגבלה ראויה על ההידרשות לדוקטרינה של פיצוי-לפי-הסתברות. מגבלה זו מוגשמת היום עם המעבר למבחן ההטיה הנשנית. הגיונו של מבחן זה אינו מבחין בין הסתברויות גדולות

להסתברויות קטנות. גם הטיות קטנות עשויות לפגוע ברציותו של כלל מאזן ההסתברויות בהקשר של "מחלקה" מסוימת ולפיכך שוב אין במידת ההטיה כדי לחסום את תביעותיהם של ניזוקים, או כדי לחסום את האפשרות של נתבעים להעלות טענה בדבר הטיה נשנית לרעתם. בה בעת, מבחן ההטיה הנשנית עצמו מהווה מעצור מפני פריצת גבולותיה של דוקטרינת הפיצוי-לפי-הסתברות אל מעבר למקרים המובהקים שבהם היא ראויה. הוא מציע "קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק" (דברי הנשיאה ביניש בעניין יהונתן כהן).

43. יוער לבסוף כי לא בכדי הושם הדגש במבחן ההטיה הנשנית על מקרים שבהם יוצר הסיכון-הנתבע הוא הגורם החוזר ונשנה. במקרים אלה ההצדקות לעבור לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות מתלכדות כולן באופן המובהק ביותר. הצדקות דומות עשויות, למצער בחלקן, לחול גם כאשר מדובר בניזוק-תובע חוזר ונשנה – למשל ניזוק שנחשף לשורה של התנהגויות עוולתיות ולא ידוע איזו מהן הסבה לו נזק – אולם לא בהכרח באותה העוצמה. במקרים אלה בחרו לא פעם בתי המשפט, הן בארץ הן בשיטות זרות, שלא לנהוג על-פי הפתרון של פיצוי-לפי-הסתברות, אלא על-פי פתרונות אחרים כגון העברת נטל, שימוש בחזקות וחיוב באחריות יחד ולחוד. פתרונות מסוג זה שאבו לא אחת מן ההיגיון המורה על העדפת הניזוק-החף על פני הנתבעים שהתנהגותם בת-אשם (ראו למשל Summers v. Tice, 199 P.2d 1 (1948); ד"נ 15/88 מלך נ' קורדוויז, פ"ד מד(2) 89 (1990); Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Proposed Final Draft No. 1, April 6, 2005); והשוו לפתרון היחסי שננקט באנגליה: Fairchild v. Glenhaven Funeral Services [2002] 3 All ER 305; 780-779). יש לציין כי בסופו של יום, כאשר מביאים בחשבון גם את החלוקה הפנימית בין המעוולים, פתרונות אלה הובילו לעיתים לתוצאות הדומות לאלה של כלל של פיצוי-לפי-הסתברות. מכל מקום, הדיון בסוג המקרים הזה, ובהלכות שנקבעו לגביו, חורג ממסגרתו של דיון נוסף זה. יודגש כי אין בכך כדי לשלול את האפשרות שיתכנו נסיבות שבהן יהיה ראוי להחיל את מבחן ההטיה הנשנית על מקרים שבהם הניזוק-התובע הוא הצד החוזר ונשנה. אולם לעת זו, עניין זה יושאר בצריך עיון.

סיכומם של דברים ויישום ההלכה בענייננו

44. עד כה התמודדה הפסיקה עם העמימות הסיבתית תוך קביעת מבחנים המתמקדים במקרה הבודד, ותוך חתירה להשגת צדק פרטני. אין לכחד כי במקרים של עמימות סיבתית יש לעיתים בהחלט כלל מאזן ההסתברויות כדי לאתגר את תחושת

הצדק. אולם תחושה זו אינה חזות הכול והיא עלולה, לטעמי, להטעות. לא כל המקרים של עמימות סיבתית מצדיקים חריגה מכלל מאזן ההסתברויות. על פני רוב המקרים הנדונים, כלל נתיק זה הוא כאמור המוצדק והראוי ביותר. חריגה ממנו מצריכה טעמים חזקים. טעמים אלה ניתן למצוא על-ידי הרחבת נקודת המבט ואיתור הטיה נשנית. ודוק: לא מדובר בדוקטרינה המסירה את הקושי בכל המקרים שיש בהם עמימות סיבתית, או המפיגה תמיד את אי-הצדק שעלול לנבוע מאי-הוודאות. דוקטרינה כזו, חוששני, אין בנמצא ויעידו על כך הניסיונות המגוונים להתחקות אחריה. אף כי גישתנו נותנת מענה לקבוצה מסוימת של מקרי עמימות סיבתית, אין להתעלם מכך שיתכנו מקרים שבהם עמימות סיבתית תמנע מניזוקים לזכות בפיצוי אשר לולא העמימות היו זוכים בו. תוצאה זו היא הרע במיעוטו שכן המרה נרחבת של הכלל הרגיל בדבר הצורך להוכיח את כל יסודות העוולה במאזן ההסתברויות, בכלל מתחרה, תוביל לתוצאות מוקשות אף יותר, לא רק כלפי נתבעים אלא גם כלפי תובעים. את גבולות השיטה אין לפרוץ אלא באופן זהיר ושיטתי. שיטה זו טמונה במבחן ההטיה הנשנית.

נראה לי כי יש במבחן זה כדי ליתן מענה רעיוני מרכזי לסוגית השימוש בפיצוי-לפי-הסתברות במקרים של עמימות סיבתית. חשיבותו של מבחן זה בשתיים: ראשית, יש בו כדי להמיר את הדוקטרינות הקיימות בפסיקה בתחום זה לכדי גוף דוקטרינארי עקבי בעל מסגרת רעיונית אחידה. שנית, יש בו כדי להעצים את הוודאות בדין. שלישית, יש בו כדי להתוות את המשך התפתחותה של הפסיקה אל מול סוגיה סבוכה זו. אכן, יישומו של המבחן אינו בהכרח פשוט בכל המקרים. זיהוי הקבוצה ושומת ההטיה אינם קלים תמיד. אתגר זה עומד לפתחן של הערכאות כולן שידרשו לצקת תוכן אל תוך מבחן ההטיה הנשנית ממקרה למקרה ובהתאם לנסיבות שיבואו לפניו. אולם לעת זו, יש בהנחת אמות המידה להתפתחות הפסיקה חשיבות עקרונית ומעשית כאחת.

45. המקרה של המשיבים הוא מקרה קשה ומצער. בית המשפט העליון קבע כאמור כי קיימים שני גורמים אפשריים לנזקה של המשיבה 1: האחד, הפגות על סיבוכיה; והשני, התרשלותם של רופאי העותר. הגורם הראשון – גורם לא עוולתי – הוא גורם בולט ומסתבר יותר מן השני, ובמידה ניכרת. לנוכח העמימות הסיבתית המקשה להכריע בין גורמים אלה במקרה הספציפי קבע בית משפט זה כי הסיכוי שנכותה של המשיבה 1 נגרם עקב התרשלותו של העותר הוא סיכוי נמוך והוא עומד על 20%. בעובדות אלה יש כדי להצביע על קושי של עמימות סיבתית אולם אין בהן, כשהן לבדן, כדי לקיים את מבחן ההטיה הנשנית המהווה את אבן הבוחן להמרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות. אכן, לפי המבחן שהוצע רק אם היה מתברר כי קיימת במקרה זה הטיה שיטתית בעניינה של קבוצת

ניזוקים שנחשפה לסיכון חוזר ומשותף, ניתן היה לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגרם למשיבה 1 נזק בהתרשלותו נמוך למדי.

במקרה זה – לאחר עיון בפסקי-הדין שניתנו ובחוות-הדעת הרפואיות – לא ניתן לחלץ תשתית ראייתית הנוגעת למודדים הרלבנטיים לחריג העומד במבחן ההטיה הנשנית. טענות המשיבים התמקדו במקרה הנדון ובו בלבד. חוות-הדעת לא כוונו לשאלה הצריכה לעניין פיצוי-לפי-הסתברות. אכן, נראה כי הוכח הקושי לעמוד במאזן ההסתברויות לגבי הקשר הסיבתי בין התרשלות מהסוג הנדון לבין נזק השכיח אצל פגים, אולם התשתית הראייתית הקיימת אינה מאפשרת לקבוע האם המזיק-הנתבע חשף במדיניותו או בדרך התנהלותו הרשלנית קבוצה של ניזוקים לסיכון של מחלות מהסוג הנדון. על רקע הסיכונים הידועים שאינם עולתיים, הנשקפים מעצם הפגות, הדיון בערכאות השיפוט לא בחן את המקרה הנדון באספקלריה שיש בה כדי להצביע על סיכון עולתי חוזר ומשותף. חברתי השופטת נאור אף ציינה כי "נתונים הסתברותיים לגבי שעור המקרים שבהם דימום גורם לנזק לא הובאו על ידי אף אחד מהצדדים, ולא נאמר שאין כאלה" (פסקה 31 לפסק-הדין). בנסיבות אלה, התשתית הראייתית הנוכחית בתיק אינה מספקת לעניין מבחן ההטיה הנשנית – לכאן או לכאן – וממילא לא מאפשרת להכריע באופן פרטני בשאלה של פיצוי-לפי-הסתברות.

על-כן, נשאלת השאלה כיצד יש לסיים מבחינה פרקטית את הפרשה הקשה שמונחת לפנינו. שקלנו להחזיר את הדיון לבית-המשפט המחוזי לשם בירור מלא של טענות אפשריות בנוגע ליישום המבחן המוצע, בנסיבות המקרה. אולם, באנו לכלל מסקנה, כי פתרון זה אינו מעשי בנסיבות העניין. התביעה שלפנינו הוגשה בשנת 1994. פסק-הדין של בית-המשפט המחוזי שבו נפסקו למשיבה פיצויים בגין מקצת מניזוקה, ניתן בשנת 2002. פסק-הדין בערעור שהוגש לבית-המשפט העליון, שניתן בשנת 2005, הפחית בשיעור הפיצויים. היום מצויים אנו שנים רבות לאחר שהוגשה התביעה לראשונה, ושנים רבות לאחר שמרבית הפיצויים שולמו בפועל למשיבה. בנסיבות אלה, נראה כי אין מקום, בעקבות הדיון הנוסף שהוקדש לשאלה המשפטית, להחזיר את הדיון לבית-המשפט המחוזי. קיום דיון מחודש בערכאה המבררת יצריך, מן הסתם, הגשת חוות-דעת ועריכת בירור עובדתי ומשפטי מלא, שלאחריו אפשרות של ערעור לבית-המשפט העליון. הליך כזה יש בו לא רק התעמרות של ממש במשיבים – הם התובעים – אלא חוסר מעשיות מובהק, ונראה כי גם חוסר תוחלת. לפיכך, במקרה המיוחד שבפנינו, משניתנה הכרעה בשאלה המשפטית העקרונית, אין מקום לקיים בירור פרטני נוסף ומחודש בבית-המשפט המחוזי, ויש להתחשב במציאות הנורמטיבית

שנוצרה. סבור אני, לפיכך כי ראוי לאמץ את הצעתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש לפיה יש להותיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה – ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים.

אחר הדברים האלה

46. קראתי בעניין רב את חוות-הדעת המקיפה והנאה של חברתי השופטת מ' נאור, שבאה בעקבות חוות-הדעת שלי. חברתי תיארה את המשותף בין גישותינו ואת המפריד. עם זאת, לאור רוחב היריעה שפרסה חברתי ולמקרא דבריה, ראיתי לנכון להוסיף מספר הדגשות והערות על-מנת להסיר כל אי-בהירות ולהצביע על הקושי שיש, לדעתי, בעמדתה של חברתי.

47. בפסק-דיני נמנעתי מלהתייחס לשאלת הפתרונות הראויים במצבים שבהם ידוע כי קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין חלק מהנזק של התובע, אך בה-בעת קיימת עמימות לגבי גודל הנזק שנגרם בעוולה מתוך הנזק הכולל. בפסיקה הוכרו דרכים שונות לפתרון מצבים כאלה (ראו פס' 10 לפסק-דיני והאסמכתאות שם), אלא שאין מחלוקת כי המקרה שלפנינו אינו נכלל במצבים אלה, שכן העמימות בענייננו היא לגבי עצם קיומו של קשר סיבתי. מן הטעמים שפרטתי, לא ראיתי עין בעין עם חברתי השופטת מ' נאור, הנוטה לראות בראש הנזק העצמאי של אבדן סיכויי החלמה משום עניין של עמימות לגבי "גודל הנזק" להבדיל מ"עצם גרימת הנזק". אמת, במספר פסקי-דין בעבר הוגדר אבדן סיכויי החלמה כראש נזק, אולם הסברה כי העמימות בהקשר זה מתמצית בגודל הנזק בלבד נדמית בעיני כטשטוש של הקושי האמיתי.

כאשר התרשלותו של רופא גרעה מסיכוייו של החולה להחלים, ובמציאות החולה לא החלים, יש רק שתי אפשרויות אמיתיות: או שהחולה היה מחלים אלמלא ההתרשלות, או שהתוצאה (אי-החלמה) הייתה מתרחשת בכל מקרה. במובן יסודי זה העמימות היא לגבי עצם גרימת הנזק. ההכרזה על אבדן הסיכוי להחלים כ"ראש נזק" אינה משנה דבר במציאות – או שהתובע היה מחלים אלמלא ההתרשלות, או שלא. העמימות היא אפוא לגבי עצם גרימת הנזק. יוטעם: גם במקרה שלפנינו ניתן היה במשיכת קולמוס לסווג את עניינה של עדן מלול כ"ראש נזק עצמאי". כך, בענייננו אין יודעים – לפי ממצאיו של בית המשפט העליון – אם נזקה של המשיבה 1 נגרם בשל הגורם העוולתי (התמשכות הדימום) או שמא בשל הגורם הלא-עוולתי (עצם הפגות). כלומר, לפי ממצאים אלה, יש סיכוי שאלמלא ההתרשלות המשיבה 1 לא הייתה סובלת מנזק (כפי שיש סיכוי שגם אלמלא ההתרשלות הנזק היה נגרם). המשיבה 1 איבדה

סיכוי זה בשל ההתרשלות. מה מונע מאיתנו לסווג את אבדן הסיכוי הזה כ"ראש נזק" וכך לראות במקרה זה כמבטא עמימות לגבי "גודל הנזק" בלבד? התשובה לכך ברורה: המניעה נובעת מן ההבנה שסיווג-מחדש זה אינו יכול לשנות את העובדה שבמציאות או שהחולה ניזוק עקב רשלנות רפואית או שהוא לא ניזוק בגללה. אלא שהבנה זו, שחברתי כמובן שותפה לה, יפה באופן עקרוני גם לגבי המקרים שסווגו כאובדן סיכויי ההחלמה.

48. הדברים עולים בבירור מן הנימוקים שמביאה חברתי השופטת מ' נאור לגבי דחיית דוקטרינת הגברת הסיכון. לדבריה, אין לקבל דוקטרינה זו מן הטעם שמדובר בעמימות לגבי אירוע שארע בעבר: "גורם הסיכון העוולתי התממש (או שלא התממש) בעבר. לא ניתן להכיר כאן בראש נזק חדש: 'היות גרם הנזק וגודלו עובדה מוגמרת השייכת כולה לעבר מונע הגדרה מחדש שלו'" (פס' 89 לפסק-דינה של חברתי, הציטוט ממאמרו של אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", בעמ' 627-628). הדברים ברורים גם מהמשך דבריה של חברתי – כך למשל בפס' 90 שם היא כותבת: "כיוון שהנזק העיקרי כבר אירע, אין עוד 'סיכון', ולא ניתן לומר כי הגדלת סיכויי הסטטיסטיים של התובע להינזק שינתה כשלעצמה את מצבו לרעה בעולם האמיתי". אולם מה נשתנה המקרה הזה מהמקרה של "אובדן סיכויי החלמה"? הרי גם במקרה אחרון זה מדובר באובדן סיכוי שהתממש או שלא התממש בעבר – ולא ניתן בדיעבד "להגדירו מחדש"; גם בהקשר של אובדן סיכויי החלמה, לא ניתן לומר, לאחר שהנזק העיקרי כבר אירע, כי הקטנת הסיכוי הסטטיסטי להחלים "שינתה כשלעצמה את מצבו לרעה בעולם האמיתי". קביעתה של חברתי כי הדוקטרינות בכל זאת שונות שכן במקרה של אובדן סיכויי החלמה מדובר בעניין של "גודל הנזק" משקפת בדיוק את הדבר שהיא מתריעה מפניו – הגדרה מחדש ובדיעבד של נזק שארע בעבר.

49. ולבסוף, כפי שציינתי בפסק-דיני, מתקשה אני לראות כיצד ניתן מבחינה עיונית לתחום את הגדרת ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה למקרים שבהם קיימת "וודאות בעניין עצם גרימת נזק של פגיעה בבריאות". חברתי מציינת כי בדוקטרינת אבדן סיכויי החלמה הפיצוי ניתן בגין הפגיעה בבריאות, אך עניין זה אינו נהיר לי. אם מדובר בראש נזק עצמאי אזי הפיצוי ניתן בגין אובדן הסיכוי ולא בגין הנזק הפיזי. אם לעומת זאת הפיצוי הוא בגין הנזק הפיזי ("הפגיעה בבריאות") אזי ברור שקיימת עמימות לגבי עצם גרימת הנזק (שהרי השאלה איננה אם נגרם נזק אלא אם נגרם נזק בעוולה). יותר מכך – אם ההבחנה שמציעה חברתי בכל זאת עומדת, אזי ניתן היה להחילה באותה מידה גם בהקשר של הגברת סיכון, כלומר ליישם את דוקטרינת הגברת

הסיכון – שחברתי מתנגדת לה – רק במקרים שבהם נגרם נזק בריאותי, וכך לסווג את העמימות ככזו שעניינה לעמדתה רק "גודל הנזק".

מכל מקום, כל האמור כך הוא מן הבחינה העיונית. אלא שהפסיקה בפועל לא פרצה את גבולות הכלל שנקבע בעניין פתאח. נהפוך הוא. בית המשפט, מפי חברתי הנשיאה (אז השופטת) ד' ביניש הדגיש את הצורך לקבוע סייגים לאחריות המוטלת על המזיק, והזהיר מפני "פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את השטיח מתחת לרגלי השיטה הבנויה בפסיקה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק" (עניין יהונתן כהן). "נראה" – כך פסקה חברתי הנשיאה שם – "כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים, כאשר לא ניתן להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראויה היא, בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק". בכך נתחמו, לדעתי, גם גבולותיה של הלכת פתאח. חברתי הנשיאה מציעה היום לשמר דוקטרינה זו שנשתרשה כבר בשיטתנו. נראה לי כי לאור כל אלה, בסייגים שהציבה חברתי, וגם בשל החשיבות הקנויה לכך שתצא הלכה אחידה וברורה מבית משפט זה בסוגיה המורכבת שבפנינו, מצרף אני דעתי לדעתה של חברתי הנשיאה בתוצאה זו.

50. חברתי השופטת מ' נאור מציינת גם כי אין לסטות מן הפסיקה בעניין הפגיעה באוטונומיה בגין היעדר הסכמה מדעת – פסיקה שהכתה שורשים בישראל. יובהר כי לא קבעתי אחרת: בפסק-דיני (בפס' 40) ציינתי כי לטעמי אין לאמץ את הגישה – שלא התקבלה כהלכה בבית משפט זה – בדבר פסיקת פיצוי לפי הסתברות בהקשר של היעדר הסכמה מדעת (ראו בעיקר גישת המיעוט של השופטת שטרסברג-כהן בעניין דעקה). הדגשתי כי "בכל הנוגע לנזק הגוף יש לדבוק בהקשר זה בכלל מאזן ההסתברויות (לרבות בעניין הקשר הסיבתי), תוך הסתייעות אפשרית – במקרים מתאימים – בכללי העברת נטל, ותוך התחשבות גם בראש הנזק הנפרד של 'פגיעה באוטונומיה'".

51. חברתי השופטת נאור מסווגת את מקרי העמימות השונים לקטגוריות, ומייחסת את מבחן ההטיה הנשנית המוצע על-ידי למקרים של סיבתיות עמומה לגבי זהות הניזוק – מקרי "העוולות ההמוניות" דוגמת *Agent Orange*. עניין זה מצריך הבהרה. חברתי מכלילה מקרים כמו *Sindell* תחת קטגוריה אחרת – סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק. כפי שהראיתי, ההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית מתקיים גם במקרים אלה שבהם הוחלה בארצות-הברית דוקטרינת האחריות לפי פלח שוק, שכן גם "במקרה זה מתגבשת 'מחלקה' סביב כל יצרן ביחס לכלל הניזוקות שאותן הוא חשף לסיכון חוזר

ומשותף" (פס' 33 לפסק-דיני). כמו-כן הדגשתי כי מבחן ההטיה הנשנית אינו מצטמצם אך ורק למקרים של "עוולות המוניות" (פס' 34-35). חשוב מכך: גם המקרה שלפנינו – מקרה עדן מלול – אינו מצוי בקטגוריה נפרדת של עמימות, ואיני שותף לעמדתה של חברתי – המבוססת על חלוקה לקטגוריות – כי גישתי-שלי "מתנתקת מן המקרה הקונקרטי" שלפנינו, כלשונה. עמדתי היא שכאשר קיימת במקרה קונקרטי אי-ודאות לגבי עצם גרימת הנזק, הכלל הרגיל הוא – וזאת תמיד יש לזכור – שעל התובע להוכיח קשר סיבתי במאזן ההסתברויות, ולעניין זה הוא יכול להסתייע – במקרים מתאימים ואם אכן מדובר בעמימות מובנית – בראיות מדעיות למשל, ובחזקות מתאימות שהדין מעמיד לטובתו. לחלופין, יש באפשרותו של התובע לעתור לפיצוי יחסי, ובלבד שיצביע על קיומה של הטיה נשנית. הנה כי כן, גישתי אינה מתנתקת מן המקרה הקונקרטי אלא מציעה לו פתרון הנסמך על הכללים המקובלים של השיטה בתוספת חריג מתון, ברור ומבורר של פיצוי יחסי במקרים שבהם יישום הכללים הרגילים יוצר עיוות בשל קיומה של הטיה נשנית.

52. חברתי השופטת נאור סוברת כי המבחן המוצע על-ידי מתמקד במזיק וכי "יישום זה מתאים... יותר לעקרון של צדק מעניש מאשר לעקרון של צדק מתקן". לעומת זאת, לשיטתה, המבחן המוצע על-ידה משקף צדק מתקן שכן הוא מתמקד בתיקון מצבו של הניזוק "ולו-גם על חשבון שינוי-לרעה במצבו של המעוול" (פס' 58 לפסק-דינה של חברתי, וכן פס' 50-51). חברתי מדגישה את חוסר השוויון בין המזיק-המתרשל לבין הניזוק-החף, וגוזרת מכך את המסקנה כי גם אם קיימת עמימות לגבי עצם גרימת הנזק הרי שמוצדק לחייב את המתרשל לתקן באופן חלקי את הנזק.

כפי שהבהרתי בפסק-דיני, עניינו של הצדק המתקן במערכת היחסים הביטראלית מזיק-ניזוק, באופן שמתקיימים שלושה יסודות: המזיק אמור לשאת באחריות רק לנזק שהוא גרם; הניזוק צריך לקבל פיצוי רק בגין הנזק שנגרם לו; והמזיק צריך לפצות את הניזוק "שלו" (PORAT & STEIN, בעמ' 133). הצדק המתקן שואל האם התובע סבל אי-צדק מידיו של הנתבע – האם האחרון הפר את השוויון ביניהם (ראו ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW (1995); Ernest J. Weinrib, Restitutionary Damages as Corrective Justice, 1 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 1, 3-4 (2000)). אכן, כפי שציינתי בחוות-דעתי, יש מקום להתאמות בעקרון הצדק המתקן, במקרים מסוימים, באופן שההסתכלות תהא על התמונה בכללותה ולא רק על תביעתו הבודדת של התובע המסוים העומד בפני בית המשפט. כך ניתן ליישב בין תפיסה של צדק מתקן לבין פיצוי יחסי (ראו גם אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות"

מספטים לג 477, 491-492 (2003)). יישוב זה נעשה תוך שמירה בקירוב המרבי על עקרון הקורלטיביות שהוא לב ליבו של הצדק המתקן. לפי הבנתי, תפיסתה של חברתי המתמקדת בניזוק ובנזקו מתרחקת מעיקרון של צדק מתקן. לכך אוסיף כי לטעמי, האלמנט המעניש – אם בכלל – קיים דווקא בגישה המפצה את הניזוק "על חשבון שינוי-לרעה במצבו של המעוול". ממילא ברור כי לפי שיטתי, הן שיקולים של צדק מתקן הן שיקולים של הרתעה תומכים במבחן ההטיה הנשנית, ואין מדובר בהתנגשות חזיתית בין שני השיקולים החשובים הללו.

53. ולעניין ההרתעה: חברתי מציינת בפס' 67 לפסק-דינה כי "עקרון ההרתעה, כשלעצמו, אינו מגביל את מתן הפיצוי לפי הסתברות, בהכרח, למקרה הקבוצתי". זאת שכן "גם במקרה הבודד הקפדה על הכלל הרגיל של 'הכל או לא כלום' עלולה להביא לשחרור המעוול מאחריותו בעוד הניזוק לא יקבל פיצוי כלשהו". חברתי מוסיפה ומציינת כי "כאשר הנתבע יוצא פטור מאחריות מחמת עמימות סיבתית, מתרוקן מתוכן שיקול ההרתעה שהנחה אותנו בקביעת ההתרשלות" (פס' 68 לפסק-דינה של חברתי).

גם עניין זה טעון הבהרה מצדי. ככלל, עקרון ההרתעה היעילה מבוסס על צפייה מראש של המזיק את האפשרות שתוטל עליו אחריות בהתקיים התרשלות וקשר סיבתי לנזק. כל עוד אין הטיה נשנית, כלומר כל עוד אין הטיה עקבית בשל יישומו של כלל מאזן ההסתברויות, אין להניח שהמזיק יכלכל את צעדיו על בסיס ההנחה שתינתן לו "חסינות" מפני אחריות נזיקית. ככלל, העיקרון של "הכול או לא כלום" לפי מאזן ההסתברויות מקיים את תכלית ההרתעה היעילה שכן הוא מביא להטלת אחריות כאשר $P > 0.5$, ושולל הטלת אחריות כאשר $P < 0.5$. לעומת זאת, אם קיימת הטיה נשנית, כלומר המקרים החוזרים מצויים באופן עקבי באחד הצדדים של מאזן ההסתברויות, או-אז בולט החשש מפני הרתעה בלתי-יעילה (הרתעת-יתר או הרתעת-חסר). לעיוות זה ביישום כלל מאזן ההסתברויות מוצע מענה מאוזן ומתוחם במסגרת מבחן ההטיה הנשנית. תיחום זה מבטיח כי הפתרון הרגיל של מאזן ההסתברויות, המשקף את הדין המהותי שדובר בעוולות שלמות ובא לתקן נזקים שלמים, יחול כל אימת שאין בכך עיוות, ולא יחול רק במקרים שבהם הוא סותר באופן ברור את עקרונות הצדק המתקן וההרתעה היעילה.

למותר לציין כי איני רואה בשאלת קיומה של "הטיה נשנית" עניין דיוני גרידא – זאת בשונה מעמדתה של חברתי בפס' 67 לפסק-דינה. עמדתי על כך בפסק-דיני (בפס' 28) וראוי לחזור על הדברים: "מבחן ההטיה הנשנית הוא מבחן מהותי ולא באנו לקבוע מסמרות לעניין גודל קבוצת הניזוקים, לעניין שיעור ההטיה ולעניין רמת

ההפשטה של המכנה המשותף שבסיכון. מודדים אלה אינם קבועים והם עשויים להשתנות ממקרה למקרה לפי נסיבות העניין. על בית המשפט המפעיל את מבחן ההטיה הנשנית להציב לנגד עיניו את התכליות המהותיות העומדות בבסיס המבחן, כפי שתוארו לעיל."

54. הערה אחרונה נוגעת בשאלה האם יש ליישם את כללי ההוכחה באופן עקבי בשני צדדיה של נקודת הספק השקול. לכאורה, חברתי קובעת בעניין זה שתי קביעות שונות: היא מטעימה כי חריג האחריות היחסית עומד לרשותם של ניזוקים בלבד (פס' 118 לפסק-דינה), אך בהמשך קובעת כי גם כשהניזוק מוכיח שיעור הסתברות של למעלה מ-50%, תיושם השיטה היחסית ולא ייפסק פיצוי בגובה 100% מהנזק. אלא שלפי הבנתי, כוונתה של חברתי היא שכאשר הניזוק מוכיח בראיות ספציפיות את קיומו של קשר סיבתי בעניינו הפרטני, יש לראות בו כמי שהוכיח את תביעתו במאזן ההסתברויות ולפסוק לו פיצוי מלא (פס' 118 לפסק-דינה). אם לכך התכוונה כי אז אין כל שוני בין עמדת חברתי לבין עמדתי-שלי – מבחן ההטיה הנשנית המוצע על-ידי חל בנסיבות של סיבתיות עמומה, ואין הוא בא לשלול פיצוי מלא ממי שהוכיח בראיות ספציפיות את קיומו של קשר סיבתי בין התרשלותו של הנתבע לבין הנזק. קביעתה הנוספת של חברתי, כי השיטה היחסית חלה גם כאשר הניזוק מוכיח הסתברות גבוהה יותר מ-50% ($P > 0.5$), מתייחסת אפוא, ככל הנראה, למצב שבו הניזוק לא מציג ראיות ספציפיות אלא רק ראיות בעלות אופי כללי-סטטיסטי (המבססות הסתברות של $P > 0.5$). כלומר, נראה שלפי עמדת חברתי, כאשר התובע מציג רק ראיות כלליות-סטטיסטיות לגבי הקשר הסיבתי, אין לראות בו כמי שהוכיח את תביעתו לפי מאזן ההסתברויות (גם אם הסטטיסטיקה נוטה לטובת גרסתו), ולכן פסיקה יחסית מיטיבה עמו ואינה מפחיתה את שיעור הפיצוי המגיע לו.

לשיטתי, אם זו עמדתה של חברתי, היא מעוררת שאלות כבדות משקל. שאלה יסודית היא האם הוכחת קשר סיבתי (להבדיל למשל מהוכחת זהות המעוול) באמצעות ראיות בעלות אופי כללי-סטטיסטי אינה יכולה להיחשב, ולו במקרים מסוימים שבהם אין אפשרות להציג ראיות ספציפיות, משום הוכחה במאזן ההסתברויות? תשובה שלילית גורפת כפי שעשוי להשתמע מפסק-דינה של חברתי אינו מיטיב עם הניזוקים. לטעמי שאלה מורכבת זו חורגת מן הדיון בתיק זה (ראו למשל David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 851, 857-858 (1984)). יש להבהיר כי ככל שהתשובה לשאלה זו אינה שלילית מוחלטת, אין לומר עוד כי עמדתה של חברתי לא עשויה להוביל לפגיעה בניזוקים. ודוק: אני מחזיק בדעה כי אם בסוג מסוים של מקרים

מאמצים את הגישה היחסית, יש לעשות זאת לכל אורך הדרך ולא "לעצור" בנקודה של $P=0.5$. נראה שגם חברתי סבורה כך (פס' 135 לפסק-דינה). אולם אני מתקשה יותר לקבל את הסברה שלפיה דבקות כזו בשיטה היחסית לא עלולה לפגוע בניזוקים שהוכחו את תביעתם בלמעלה מ- 50% (כתמונת נגד להטבה שמציעה שיטה זו לתובעים המצויים מתחת לנקודת ה- 51%).

55. סוף דבר, השאלה המונחת לפנינו היא אכן מורכבת – מן המורכבות שבדיני הנזיקין. קשה למצוא לה תשובה חותכת אשר "מספקת" את כל השיקולים שעל הפרק. יש לבחור בכלל המיטבי בהתחשב בשיקולי המהות ובצרכי היישום. בפסק-דיני הצעתי את הכלל הראוי בעיני לאור אמות המידה הללו ומתוך הנחת מוצא שלפיה כללי ההוכחה של תביעות נזיקין צריכים לשקף את הרעיון שעוללות נזיקיות הן עוללות שלמות – אין "חצי עוולה" ואין "שמינית נזק" – והצדק המתקן הוא בגרעינו עקרון בילטרלי המצריך הוכחת קשר סיבתי. כללי הוכחה אלה צריכים לשיטתי להיות אחידים וצפויים, ולא להיקבע לפי "אורך רגלו של הצ'נסלור". אכן, כלל המבוסס על עשיית צדק ממקרה למקרה – לפי תפיסתו והערכתו של השופט היושב בדין – אינו מבטיח צדק. כפי שהבהירה הנשיאה בפסק-דינה – הרצון להגיע לתוצאה צודקת במקרה מסוים, אכן עומד בבסיס כל הליך משפטי, אולם יש להיזהר, ככל הניתן, מעריכת שינויים מקיפים בדין המהותי אך בשל הצורך לפתור מקרה מסויים (פיסקה 7 לפסק-דינה). בהתאם לעקרונות אלה הצעתי את החריג המוגדר והמתוחם של ההטיה הנשנית, אשר נשען על עיון כולל במטרות של דיני הנזיקין ושל כללי ההוכחה של תביעות נזיקין, ונמנע מיצירת בקיעים גמישים בשיטה שעלולים לגרוע מן הוודאות המשפטית. כאמור (בפיסקה 49 לפסק-דיני) מצטרף אני לעמדת חברתי הנשיאה באשר להותרת דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה – בגבולות שהוצבו לה בפסיקה – על כנה, וזאת לאור השתרשות דוקטרינה זו ובעיקר הצורך לגבש הלכה אחידה וברורה בפסק דיננו זה. אקווה שבסוף היום פסק-דיננו אכן יביא ליתר בהירות בנושא סבוך זה.

ואשר לתוצאה האופרטיבית: כפי שמציעה חברתי הנשיאה, אציע, כי המשיבים לא יידרשו להחזיר כספים ששולמו להם וכי לא ישולמו להם סכומים נוספים.

המשנה-לנשיאה

השופט א' א' לוי:

אני מצטרף בהסכמה לפסק-דינו הנהיר והמקיף של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, על התוצאה אליה הגיע.

שופט

השופטת מ' נאור:

1. בפסק הדין נשוא הליך זה (להלן – פסק הדין או עניין מלול) קבעתי, בהסכמת המשנה לנשיא (בדימ') מצא ובהסכמת חברי השופט ג'ובראן, כי "בקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) ונזק (מוכח), במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא" (פסקה 25 לפסק הדין). קביעה זו יוחדה להקשרים בהם הוכח כי "קיימת אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עוולתיים, גרם בפועל לנזקו של התובע" (פסקה 26 לפסק הדין).

2. המישנה לנשיא (בדימ') חשין הורה על עריכת דיון נוסף בנושא של פסיקת פיצוי בדין הנזיקין על-פי הסתברות. דעתי כפי שפורטה בפסק הדין מאפשרת פיצוי על-פי הסתברות במקרה בו מתעורר קושי מובנה בהוכחת קשר סיבתי עובדתי. עמדתי נבחנת בדיון הנוסף. שבתי לעיין בשאלה. קראתי בעיון רב את חוות דעתו היפה של חברי המשנה לנשיאה ריבלין, המציע להכיר בפיצוי על-פי הסתברות בתחום המצומצם בו מתקיים "מבחן ההטייה הנשנית". עיינתי במקורות משפטיים רבים, שחלקם נכתבו בעקבות עניין מלול. מכל מלמדי השכלתי. עיון במקורות אלה יש בו כדי לחדד את החשיבה. לאחר כל אלה עמדתי נותרה כשהיתה. בפתח הדברים אעמוד על המשותף, להבנתי, לעמדתי ולעמדת המשנה לנשיאה.

3. הן חברי המשנה לנשיאה והן אני שותפים להכרה כי אף שהכלל הרגיל הוא שעל התובע להוכיח לפי מאזן ההסתברות כי הנתבע הוא שגרם לו לנזק, ואם יוכיח זאת יזכה לפיצוי מלא, לכלל זה יתכנו חריגים. לא לכל הנסיבות יפה התוצאה של "הכל או לא כלום". כן שותפים חברי ואני לדעה "שהדרך היחסית יש לה באופן עקרוני מקום בדיני הנזיקין של ימינו" (פסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה). כמו כן מסכימים חברי ואני כי בעיית הסיבתיות העמומה עשויה לבוא על פתרונה העקרוני על דרך של פיצוי לפי הסתברות. להשקפת שנינו מדובר בחריג לכלל המסורתי של הוכחת כל רכיבי העילה לפי מאזן הסתברויות. לבסוף מסכימים אנו כי נדרש מבחן תוחם לחריג המוצע. דעותינו נחלקו באשר לטיבו של המבחן התוחם את גבולות חריג הפיצוי בגין הסתברות בנסיבות של סיבתיות עמומה. אוסיף עוד ואומר כי אני נוטה לקבל את החריג המוצע על ידי חברי, ואולם, לדעתי, אין זה החריג היחיד. על כך אעמוד בהרחבה בהמשך הדברים.

4. בפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה אז) ב-ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680 (1999) (להלן – עניין יהונתן כהן) נטתה אף היא לגישה לפיה יש מקום לסטות מן התוצאה של "הכל או לא כלום" אך עמדה על הצורך בקביעת סייגים ראויים:

"עקרונית נוטה אני לגישת חברתי [השופטת שטרסברג-כהן] שאינה מציבה את התביעה הנזיקית על הוכחת גרימת הנזק בדרך של 'הכל או לא כלום'... גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים כאשר לא ניתן להוכיח על פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראויה היא בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק. ללא סייגים הנוגעים לשיעור הסיכוי או הסיכון שיש להכיר בהם ביחס לנזק הכולל, עלול להיפתח פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את השטיח מתחת לרגלי השיטה, הבנויה בעיקרה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק" (עניין יהונתן כהן, 710-711).

על עמדה זו חזרה חברתי הנשיאה לאחר מתן פסק הדין בעניין מלול ותוך הפנייה אליו, בציינה כי "מצב של סיבתיות עמומה, [י]תכן כי עשוי לעיתים להצדיק שימוש בקשר סיבתי הסתברותי" (דנ"א 435/08 כדר נ' הרישנו, פסקה 5 (לא פורסם, 4.5.2008) (להלן – עניין כדר)). אבאר מהם המצבים בהם מוצדק הדבר לשיטתי ומהו המבחן התוחם הראוי.

5. לדעתי, כדעת חברי המשנה לנשיאה, יש לדחות את המבחן התוחם שהציעו העותרים, המתבסס על שיקולים של מובהקות סטטיסטית או רווח בר סמך מתאים (סעיף 8 לסיכומי העותרים; פסקאות 6 ו-20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה). אשר לטיבו של המבחן התוחם הראוי לפיצוי לפי הסתברות כמענה לבעיית הסיבתיות העמומה, שונה דעתי מדעת המשנה לנשיאה.

6. המבחן התוחם שהוצע על-ידי חברי המשנה לנשיאה, כ"מסגרת רעיונית אחידה" הוא מבחן ההטייה הנשנית. מבחן זה בוחן את קיומה של הטיה נשנית ב"מחלקה" מוגדרת של מקרים, המאופיינים ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים, ובקיומה של הטיה שיטתית הפועלת לרעת אחד הצדדים המתדיינים אם כלל מאזן ההסתברויות מוחל על כל אחד מן המקרים (פסקאות 20-22 לפסק דינו). המבחן התוחם המוצע על ידי המשנה לנשיאה הוא אפוא מבחן קבוצתי.

7. לעומת זאת, המבחן התוחם שהוצע על-ידי בעניין חלול אינו מוגבל למקרה קבוצתי. עניינו במקרה הבודד והוא אינו מצריך הוכחת הטיה נשנית. בפסק הדין הגדרתי את אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד באופן הבא (פסקאות 25-26):

- א. התרשלות: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי הנתבע התרשל;
- ב. נזק: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי נגרם לו נזק;
- ג. סיבתיות עמומה מובנית: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי קיימת עמימות מובנית בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי המונעת אפשרות להוכיח את תהליך הגרימה שאירע בפועל כמקובל ב"מבחן האלמלא";
- ד. ההתרשלות משקפת גורם סיכון עוולתי פוטנציאלי: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי ההתרשלות היא גורם סיכון לנזק המסוים שנגרם לו ושהיה על הנתבע לצפותו (להלן – גורם הסיכון העוולתי);
- ה. גורם סיכון עוולתי משמעותי: התובע הוכיח שקיים סיכוי ממשי – אף שאינו עולה על 50% – שגורם הסיכון העוולתי גרם בפועל לנזק;
- ו. אי-פסיקת פיצוי לניזוק תהא תוצאה בלתי צודקת.

קבעתי כי בהתקיים התנאים הללו, ניתן להסתפק בקיומו של קשר סיבתי עובדתי הסתברותי לנזק, שייקבע על-פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא. במקרים אלה, כך קבעתי, נוכל לתת לכל גורם אפשרי, הן הגורמים שיש עמם אשם והן אלה שאין עמם אשם, את המשקל המתאים בנסיבות העניין לצורך קביעת היקף הפיצוי הראוי (עניין מלול, פסקה 26). זוהי המסגרת הרעיונית שהצגתי בעניין מלול לפסיקת פיצויים לפי הסתברות.

8. המבחן שמציע חברי המשנה לנשיאה הוא לטעמי, צר מידי, כיוון שהוא שולל פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ובכך, עקרונית, שולל פיצוי בנסיבות המקרה שלפנינו. דומה שהתוצאה העקרונית העולה מגישתו של חברי המשנה לנשיאה היא שאין לפסוק למשיבים כל פיצוי, אלא שמשיקולים מעשיים הוא מציע להשאיר את התוצאה שנקבעה בערעור על כנה. על-פי גישתי, יש אמות מידה עקרוניות לפיצוי לפי הסתברות במקרה בודד ובדין נפסק פיצוי חלקי במקרה הקונקרטי של המשיבים. לדעתי לא ניתן, בהיעדר הסכמה כמובן, להשאיר על כנה את התוצאה האופרטיבית שנקבעה בערעור, אם פיצוי לפי הסתברות אפשרי רק לפי מבחן ההטייה הנשנית (ראו והשוו ההחלטה המוסכמת ב-דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס (לא פורסם, 6.4.2003) לעניין התנאים למתן הדיון הנוסף, שס, בפסקאות 10 ו-12 להחלטת השופט מ' חשין).

המבחן שמציע חברי המשנה לנשיאה הוא, לטעמי, במובן מסוים גם רחב מידי, כיוון שבהתקיים מבחן "ההטיה הנשנית" נסוג הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות לשיטתו של חברי לכל אורך השורה, לטובת הניזוקים ולטובת המזיקים כאחד, בעוד שהחריג שהוצע על-ידי, לעומת זאת, מצומצם וחל רק לטובת הניזוק הבודד, ואין הוא חל לטובת המזיק.

9. אני סבורה כי גישתי הולכת עקב בצד אגודל כהתפתחות טבעית של הפסיקה הקיימת במשפט הישראלי בסוגיה זו ואינה כרוכה בביטולה של פסיקה זו (על הצורך במשנה זהירות בעת ביטול הלכות קדומות ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 242 (2004)). איני מבקשת ליצור "מסגרת רעיונית אחידה" חדשה להכרעה בסוגיה שהעיסוק בה בספרות המשפטית בארץ ובעולם הוא עתיק ורב. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, ספק אם ניתן כלל למצוא לה פתרון כולל (פסקה 9). יפים לענייננו דברים שנאמרו ביחס לדוקטרינת הנזק הראייתי, שהוצעה אף היא כפתרון כולל לבעיית הסיבתיות העמומה:

”עדיף להתאים לבעיה קונקרטית פתרון קונקרטי, מאשר לנסות ולפתרה בפתרון שדווקא בשל כלליותו עלול שלא להתאים לקושי המסוים” (ישראל גלעד “דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?” משפטים ל 317, 343 (תש”ס) (להלן – גלעד האם הורם נטל השכנוע)).

לדעתי יש לדבוק בהתפתחות הזהירה – האופיינית לדיני הנזיקין – ממקרה למקרה. אין לחשוש מפני התקדמות למחוזות חדשים, אך על ההתקדמות להיות קשורה בטבורה לעובדות הקונקרטיות העולות מהמקרה הנדון. אכן, הנורמה הכללית שתצא מבית משפט זה בעקבות הדיון הנוסף באה לפתור את המקרה הספציפי:

”השופט יפעל בצורה בלתי סבירה אם הוא יתעלם מהמקרה הקונקרטי, ויתמקד אך ורק בנורמה הכללית. אין לשכוח כי הנורמה הכללית לא באה אלא כדי לפתור מקרים ספציפיים. [יש לבחון את השאלה – מ”נ] אם המקרה הספציפי אינו מצביע על כך כי יש לשנות את הנורמה הכללית, או ליצור לה חריג לקטגוריה מסויימת של מצבים. בחינה זו לוקחת בחשבון את המקרה הספציפי. היא זו שהביאה לחשיבה מחודשת בסוגיה כולה. אך בחינה זו אינה יכולה להסתפק בנתוניו של המקרה הספציפי. עליה לבחון את השפעתה על ההתרחשויות שהיו בעבר. עליה לחשוב על המצבים האפשריים שיתרחשו בעתיד” (אהרן ברק שיקול דעת שיפוט 231 (תשמ”ז))

10. מאז ניתן פסק הדין בעניין מלול, התקיים לגביו דיון אקדמי נרחב וכן ניתן להתרשם מאופן יישומו במספר לא מבוטל של פסקי דין בערכאות הדיוניות. אפתח בהצגת בעיית הסיבתיות העמומה. בהמשך אנמק את ההצדקות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד. אשתדל גם לענות על ביקורת שהועלתה כנגד גישתי. לבסוף אפרט את אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ואבהיר מספר נקודות הטעונות הבהרה.

הצגת הבעיה – סיבתיות עמומה

11. תכלית המסגרת הרעיונית שהצגתי, כמו גם המסגרת הרעיונית שהציג חברי המשנה לנשיאה, היא לפתור את בעיית “הסיבתיות העמומה” ולכן עלינו להגדירה. נקודת המוצא היא שהוכח כי הנתבע התרשל וכי הוכח קיומו של נזק לתובע. ייעודם של כללי הסיבתיות בדיני הנזיקין הוא לקבוע אם קיימת, מבחינת הדין, זיקה מספקת בין התרשלותו של הנתבע לבין הנזק ממנו סובל התובע (סעיף 64 לפקודת הנזיקין; ישראל גלעד “הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת” משפטים יד 15, 16 (תשמ”ד) (להלן – גלעד הסיבתיות); H.L.A. Hart and Tony Honoré, Causation in ;

(the Law, Part I (2nd ed., 1985)). הסיבתיות היא קו פרשת המים בין החירות של האדם לפעול כרצונו, לקחת סיכונים ואף להתרשל, לבין האחריות שלו למעשיו ולנזקים שגרם כתוצאה מהתנהגותו. יש להבחין בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית: "הסיבתיות העובדתית עניינה בזיקה הפיסיקלית, המדעית, בין האשם לנזק. תפקידה הוא... להצביע על האשמים שהיוו גורם הכרחי או גורם מספיק לנזק. הסיבתיות המשפטית, בשלב שני, מבצעת מיון נוסף, בבחירה מתוך האשמים שגרמו עובדתית לנזק את אלה שהמשפט רואה כגורמי הנזק, את אלה שגרמו משפטית לנזק" (גלעד הסיבתיות, 16).

12. קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין אשם לנזק מוכרע בחלקם המכריע של המקרים באמצעות מבחן ההכרחיות ("הגורם שבלעדיו אין"; באנגלית "but-for" test; ובלטינית - *causa (or conditio) sine qua non*) שעניינו איתור הגורם ההכרחי לנזק (ראו י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 103-105 (מהדורה שניה, תשל"ז) (להלן – אנגלרד ברק וחשין דיני הנזיקין); גלעד הסיבתיות 18-19). מבחן ההכרחיות לא נותן מענה ראוי במצבים בהם נגרם נזק נתון על ידי שני מעוולים או יותר, ללא תלות בין העוולות, כשכל גורם הוא גורם "מספיק" לנזק. כך ביחס לגרימה סימולטנית (ע"א 248/86 עזבון חנשוילי נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529 (1991) (להלן – ענין חנשוילי); ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 775 (2006) (להלן – גלעד הערות לקודקס)) וביחס לגרימה דו-שלבית (ע"א 617/80 גבאי נ' תע"ל, תעשיית עץ לבד קבוצת משמרות בע"מ, פ"ד לו(3) 337 (1982); Towards a "Cause-in-fact in Israeli tort law" in Israel Gilead (1999) ed. A.M. Rabello and A. Gambaro 279, 283 (new European ius commune) (להלן – גלעד קשר סיבתי עובדתי)). במצבים אלה לא ניתן להוכיח את מבחן ההכרחיות כיוון שהנזק המאוחר "כולע" את הנזק המוקדם. השאלה האם ניתן לסטות ממבחן ההכרחיות נותרה בישראל בצריך עיון (ראו דברי השופט ברק ב-ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 144 (1982)). הצעה לאימוץ מבחן של "דיות" מוסדרת בסעיף 366(ב)(1) לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן – תזכיר חוק דיני ממונות) הקובע כי גורם עובדתי הוא "גורם שבלעדיו לא היה הנזק נגרם, ואולם אם נגרם הנזק על ידי יותר מהתנהגות עוולתית אחת, יראו כל אחת מהן כגורם עובדתי"; ראו גם, ביחס לגרימה סימולטנית, סעיף 27 ל- Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm, Proposed Final Draft No. 1 (April 6, 2005) (להלן – טיוטת הריסטייטמנט השלישי) וסעיף 102:3 ל- European Group of Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary (2005) (להלן – דברי ההסבר לעקרונות האירופיים); ה- Principles of European Tort Law (PETL) יכוננו להלן

– העקרונות האירופיים); ביחס למקרים מסוימים של גרימה רב-שלבית ראו סעיף 104:3 (3) לעקרונות האירופיים, כמפורט אצל גלעד הערות לקודקס 776; לדין באנגליה בנושא זה ראו W.V.H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort (17th ed, 2006) p. 274).

יודגש: מבחן ההכרחיות הוא מבחן מן הדין הנזיקי המהותי. בצירוף עם המבחן הראייתי של מאזן ההסתברויות שחל בדין האזרחי כולו, הוא מביא לתוצאה בדיני הנזיקין של "הכל או כלום".

13. בעיית "הסיבתיות העמומה" משמעה אי-וודאות בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי, המונעת הכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של קשר סיבתי עובדתי בין אם לפי מבחן ההכרחיות ובין אם לפי מבחן הדיות (דומה שמקור הביטוי "סיבתיות עמומה" במאמרו של אלכס שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית?" עיוני משפט כג 755 (תש"ס) (להלן – שטיין סיבתיות עמומה)). אי-הוודאות נעוצה בטבעו של נזק הגוף במקרים אלו, הן לאור העובדה שהידע הרפואי ביחס לגורמים להיווצרות הנזק מוגבל הוא והן בשל העובדה שמחלות וליקויים רפואיים עשויים להיות תוצאה של גורמים רבים (לפירוט הסיבות להיווצרותה של סיבתיות עמומה ראו A. Porat & A. Stein, Tort Liability Under Uncertainty 9 (2001) (להלן – Porat & Stein); M. Stauch, The law of medical negligence in England and Germany – A comparative analysis 76 (2008) (להלן – Stauch)). על המסגרת הרעיונית של בעיית הסיבתיות העמומה עמדה בתמציתיות השופטת חיות:

"הכללים הרגילים לפיהם מחויב התובע להוכיח את כל יסודות העוולה במאזן ההסתברויות שאם לא כן תידחה תביעתו, עלולים לעורר קושי באותם המקרים אשר בהם תוצאה כזו אינה עולה בקנה אחד עם המטרות המרכזיות שביסוד דיני הנזיקין. המקרים האופייניים המדגימים קושי זה הם המקרים שבהם קיימת אי ודאות מובנית ביחס להתקיימותו של אחד או יותר מיסודות העוולה, אך בית המשפט סבור כי אם לא תימצא הדרך להתמודד עם אי הוודאות תוחמץ ההזדמנות להטמיע סטנדרטים ראויים ולהגשים תכליות של הרתעה או צדק מתקן" (ע"א 4975/05 לוי נ' מור, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת חיות (לא פורסם, 20.3.2008) (להלן – עניין לוי)).

14. כדברי הנשיא ברק, "התשובה לשאלת הדין באותם המקרים בהם לא ניתן להכריע בשאלת הקשר הסיבתי על יסוד מאזן ההסתברויות, היא סבוכה" (ע"א

2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", פ"ד נג(4) 526, 1623 (1999) (להלן – עניין דעקה)) והיא נותרה שם בצריך עיון. אכן, כפי שצוין לא אחת בספרות המשפטית, השאלה סבוכה היא, אך הסוגיה הונחה לפתחנו בערעור על פסק דינו של השופט י' גריל, שופט הערכאה הראשונה. משהונחה הסוגיה לפתחנו, לא נוכל להסתפק באמירה כי הסוגיה סבוכה. חובתנו במקרה זה היא להגיע להכרעה. כדברי השופט מ' אלון:

"לא בנקל ולא בלי היסוסים באתי להכרעה האמורה, ואילו היה הדבר לאל ידי הייתי מקים את אשר יעצונו חכמינו שמן הראוי ולעתים "למד לשונך לומר איני יודע" (ברכות, ד, א); אך כידוע, פריבילגיה זו אינה נתונה בידי השופט, שהרי מלאך הדין עומד על גביו ואומר לו – פסוק" (ע"א 3/77 Wallace Brothers Commodities Ltd נ' מילוא, פ"ד לג(1) 645, 672 (1979)).

ההכרעה בסוגיה שלפנינו אינה פשוטה. היא מחייבת שקילה ואיזון בין שיקולים רבים שכולם ראויים לתשומת לב. יפים לענייננו דברים שכתב השופט ויתקון:

"כדי להגיע לתוצאה שקולה עלינו לשקול את כל השיקולים השייכים לענין. כאן, כברוב בעיות המשפט והחיים בכללותם, לא הברירה בין טוב ורע היא המקשה עלינו את ההכרעה. הקושי הוא לברור בין שיקולים שונים, שכולם טובים וראויים לתשומת-לב, אך סותרים זה את זה, ועלינו לקבוע את סדר עדיפותם. ובמקרה דנן לא מצאתי את הדבר פשוט" (ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז(2) 1319, 11337 (1963) (להלן – ענין מזיאר)).

15. ב-ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן – עניין גולן) שניתן לאחר פסק הדין בעניין מלול, ציין הנשיא ברק כי "מצבי העמימות העובדתית עימם מתמודדים דיני הנזיקין הם שונים ומגוונים. כך גם ההסדרה המשפטית שלהם... אין להתייחס אל כולם כאל מיקשה אחת" (עניין גולן, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא ברק). בפסק דינו אפיין הנשיא ברק שלושה מצבים טיפוסיים של עמימות: הקבוצה הראשונה היא עמימות ביחס לגודל הנזק. הקבוצה השנייה – קבוצת ביניים – היא סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק. הקבוצה השלישית היא סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק (שם, שם). נראה כי ניתן להוסיף קבוצה נוספת – אף היא קבוצת ביניים – שעניינה סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק (לקטיגוריאציה זו ראו בפירוט גלעד הערות לקודקס 776-777; כן ראו והשוו לקטיגוריאציה אצל Porat & Stein 57-83; כן ראו "Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable" 6 Cardozo L.R., 1891 (1997)). חלוקה זו לקטיגוריות

אינה מוחלטת וניתן להצביע גם על תתי-קטיגוריות, אך יש בחלוקה המוצעת כדי לחדד את המחשבה ולפשט את הדיון בבעיה הסבוכה של הסיבתיות העמומה.

16. המבחן התוחם שהוצע על-ידי בעניין מלול משתייך רק לקבוצה השלישית (סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק). קבוצה זו היא, כדברי הנשיא ברק, "לב ליבה של הסיבתיות העמומה" (שם, פסקה 3). בקבוצה זו נכללים אותם מקרים בהם העמימות היא לגבי הקשר הסיבתי העובדתי בין ההתנהגות בת-האשם לבין הנזק של התובע, כאשר באופן מובנה התובע אינו יכול להוכיח, על פי הכללים הראייתיים הרגילים של מאזן ההסתברות, כי הנתבע שהתרשל גרם לו נזק כלשהו. הנשיא ברק הפנה, בדבריו ביחס לקבוצה השלישית, לעניין מלול בצינו:

"[ה]שאלה המתעוררת במצבים אלה היא האם כאשר התרשלות הנתבע היא גורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, ניתן להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק, שייקבע על פי מידע סטטיסטי או בדרך של אומדנא... הטלת אחריות יחסית, על פי הסתברות בלבד כי לתובע נגרם נזק עקב התנהלות עוולתית של הנתבע, מעוררת שאלות נכבדות... הסוגיה טעונה ללא ספק עיון מקיף ויסודי. העניין תלוי ועומד בפני בית המשפט בדנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' מלול" (ענין גולן, פסקה 3).

עניינו מלול הינו רק ביחס לקבוצה השלישית. בטרם אעבור לפירוט ההצדקות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד (בקבוצה השלישית), אתעכב מעט על איפיון שלוש הקטיגוריות האחרות תוך הבהרת ההבדלים בין הקטיגוריות השונות.

17. ודוק: יש להבחין בין מצבים שבהם לא ניתן להוכיח את "מבחן ההכרחיות" (אך ניתן כנראה להוכיח מבחן של "דיות") כמבחן מן הדין הנזיקי המהותי להוכחת קשר סיבתי עובדתי, לבין מצבים של סיבתיות עמומה, שבהם לא ניתן להוכיח קשר סיבתי עובדתי כלשהו על-פי מאזן ההסתברויות החל בדין האזרחי כולו לרבות בדיני הנזיקין (ראו גלעד הערות לקודקס, 776). עניינו במצבים האחרונים של סיבתיות עמומה, ובשאלה, האם ניתן לקבוע בהם חריג לכלל מאזן ההסתברויות. לטעמי, התשובה היא חיובית, אלא שהחריג לכלל מאזן ההסתברויות יחול לעת הזו, על פי הצעתי, רק בדיני הנזיקין, כאשר הוכח נזק גוף, ובקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. על מגבלות אלה אעמוד בהרחבה להלן. בתמצית, החריג – כמו גם מגבלותיו – נובעים ישירות משיקולי מדיניות של דיני הנזיקין המחייבים

"ריכוך" של כלל מאזן ההסתברויות בתחולתו בדיני הנזיקין והתאמתו למטרות דיני הנזיקין. "ריכוך" זה יביא בהתאם, מקום בו יחול החריג בדיני הנזיקין, לתוצאה של פיצוי יחסי במקום לתוצאה של "הכל או כלום". מדובר אפוא בחריג מהותי בדיני הנזיקין, ולא בחריג ראייתי בדין הכללי. נקודת המוצא ל"ריכוך" האמור היא בעיית הסיביות העמומה. אעבור לאפיון של הקטיגוריות השונות של הסיביות העמומה.

א. קבוצה ראשונה: עמימות ביחס לגודל הנזק

18. עמימות ביחס לגודל הנזק עניינה מצב בו ידוע כי חלק כלשהו מהנזק נגרם בוודאות על ידי התנהגות של נתבע מסוים שהיא בהכרח בת-אשם אך אין יודעים מהו חלק זה אל מול חלקם של הגורמים האחרים, בין שהם בני-אשם ובין שאינם (ראו גלעד הערות לקודקס, 777; אריאל פורת "פיצוי בגין יצרת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 623 (2000) (להלן – פורת פיצוי בגין יצירת סיכון)).

19. בעניין גולן הסכימו כל השופטים כי "הוכח די הצורך שנזק כלשהו, ולו מינימלי, אכן נגרם [לתובע] בשל ההתרשלות" (עניין גולן, פסקה 8 לפסק דינו של השופט גרוניס) ולכן היה מדובר בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק. הנשיא ברק קבע, במפורש ביחס לקטיגוריה זו, כי גישה של פיצוי יחסי לפי הסתברות היא מקובלת, לרבות בדרך האמדן: "אין כל מניעה כי היקף הפיצוי יקבע על פי שיקולים הסתברותיים וכי יפחת מ-100% של נזק" (שם, פסקה 5 לפסק דינו של הנשיא ברק) לרבות בדרך של אמדן (שם, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק; ודומה כי לכך הסכים גם חברי השופט ג'ובראן; וראו דעתו החולקת של חברי השופט גרוניס, שם, פסקאות 31-34). הטעם לכך הוא בעיקרו ש"אין הצדקה לקפח את עניינו של ניזוק חף ולתת עדיפות מוחלטת לעניינו של מזיק בר אשם, שאחראי בוודאות לפחות לחלקו של הנזק. כנקודת מוצא מימים ימימה מעדיף דין הנזיקין את הניזוק התמים על מי שידוע כי גרם לנזק בעוולה" (שם, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק; ראו גם שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט גרוניס). על שיקול מדיניות דומה עמד פרופ' גלעד:

"This pro-plaintiff approach is justified on the ground that the plaintiff's burden of proving the extent of his injury should be lighter than the burden of establishing the defendant's liability"
(גלעד הקשר הסיבתי העובדתי 289)

לעניין פסיקה על דרך האמדן בקטיגוריה זו ראו גם ע"א 423/98 אטד נ' ויינראוב, פסקה 4 לפסק דינו של השופט אור (לא פורסם, 1.3.1999), הנזכר בעניין

מלול, פסקה 23; ראו והשוו למקרה שאיננו בהקשר של רשלנות רפואית - ע"א 304/68 גינוסר, קבוצת הנוער העובד להתיישבות שיתופית בע"מ נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (1969) (להלן - עניין גינוסר); אריאל פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 222 (א' רוזן צבי עורך, תשנ"א) 240-241 (להלן - פורת ספר השנה)). גישה של פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה זו היא מקובלת, גם אם חלק מהנזק שנגרם על ידי גורם שהוא בן-אשם הצטרף לנזק שנגרם על ידי גורם שהוא לא בר-אשם או על ידי שילוב שלהם (ראו גלעד הקשר הסיבתי העובדתי, 288).

20. אשר על כן לא נזקקה הפסיקה, בקטיגוריה זו, לשימוש בדוקטרינות אחרות מלבד פיצוי לפי הסתברות, כגון העברת נטל השכנוע או דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הדיוני או המהותי שלה (עניין גולן, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק). ודוק: הפיצוי לפי הסתברות ניתן בקטיגוריה זו במסגרת הכלל הרגיל של "הכל או לא כלום" ולא כחריג לו. הטעם לך הוא ש"כדי לקיים את הקשר הסיבתי, הניזוק אינו נדרש להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין חלק מוגדר מתוך נזקו. די בכך שיוכיח כי ההתרשלות כלפיו גרמה לו נזק כלשהו. דרישת הקשר הסיבתי מתקיימת, אפוא, בענייננו. העמימות היא בעניין גודל הנזק בלבד" (עניין גולן, פסקה 7)

21. יצוין כי גם באנגליה, בה הגישה לפיצוי לפי הסתברות במצבים של סיבתיות עמומה היא מצמצמת (Stauch, 77, 92), מקובלת בקטיגוריה זו גישה של פיצוי יחסי. פיצוי יחסי נפסק לטובת עובד שנחשף לאסבסט אצל כמה מעבידים, כאשר היתה וודאות כי חלק מהנזק נגרם על ידי לפחות אחד מהמעבידים, אך לא ניתן היה לדעת אצל מי מהם פרצה המחלה (ראו Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd [2002] UKHL 22 (להלן - עניין Fairchild)) לרבות כאשר העובד עסק כעצמאי (ראו Barker v Corus UK Ltd [2006] UKHL 20 (להלן - עניין Barker)). וכך כתב הלורד Hoffmann בעניין Barker בהצדיקו פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה זו:

"In my opinion, the attribution of liability according to the relative degree of contribution to the chance of the disease being contracted would smooth the roughness of the justice which a rule of joint and several liability creates. The defendant was a wrongdoer, it is true, and should not be allowed to escape liability altogether, but he should not be liable for more than the damage which he caused and, since this is a case in which science can deal only in probabilities, the law should accept that position and attribute liability according to probabilities. The justification for the joint and several liability rule is that if you caused harm, there is no reason why your

liability should be reduced because someone else also caused the same harm. But when liability is exceptionally imposed because you may have caused harm, the same considerations do not apply and fairness suggests that if more than one person may have been responsible, liability should be divided according to the probability that one or other caused the harm". (para. 43)

עוד על הדין באנגליה ראו: Janet Smith "Causation - the search for
Jane Stapleton "Cause in fact ; principle" Journal of Personal Injury Law 101 (2009)
; and the scope of liability for consequences" Law Quarterly Review 388 (2003)
דומה כי פסק הדין בעניין Fairchild שייך לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק,
כיוון שבאותו עניין הייתה וודאות כי חלק מנזקו של הניזוק נגרם על ידי לפחות אחד
מהנתבעים, ראו Ariel Porat and Alex Stein "Indeterminate causation and
apportionment of damages: an essay on Holtby, Allen, and Fairchild" Oxf. J. Leg.
Stud. 667, 695 (2003) (להלן – (Porat & Stein on Fairchild)). חקיקה מאוחרת לפסקי
הדין הרחיבה את ההגנה על ניזוקים בתחום הספציפי של נזקי אסבסט וקבעה כי קמה
חבות של המעבידים ביחד ולחוד למלוא הנזק, בכפוף להפחתת הפיצוי בגין אשם תורם
(ראו Compensation Act, 2006; בועז שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין
נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים" מחקרי משפט כג 603, 559, 619 (2007) (להלן –
שנור זיהומים סביבתיים); עוד על החוק ויישומו ראו Ken Oliphant (gen. ed),
Butterworths Common Law Library Series: The Law of Tort (2nd ed, 2007) p. 789
(להלן – Oliphant); כן ראו סעיף 105:3 לעקרונות האירופים).

22. על רקע זה נוטה אני לראות בהכרה הפסיקתית בראש נזק עצמאי של אבדן
סיכויי החלמה כשייכת לענף העמימות ביחס לגודל הנזק ולא ביחס לעצם גרימת הנזק
(ראו והשוו עניין גולן, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק). הטעם לכך הוא שמקובל
לראות באבדן סיכויי החלמה נזק עצמאי שאת גרימתו ניתן וצריך להוכיח במאזן
הסתברויות (ראו ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן, פסקה 10 לפסק דינו
של השופט ריבלין (לא פורסם, 17.4.2005) (להלן – עניין זכריה כהן)). ככל שגרימת
הנזק האמור הוכחה במאזן הסתברויות, אין עמימות סיבתית בשאלת עצם גרימת נזק.
ידוע כי חלקו של הנזק נגרם על-ידי המעוול, אך אין יודעים את חלקו ביחס למלוא
הנזק הנתבע. העמימות היא לכאורה בעניין גודל הנזק בלבד (ראו והשוו ענין גולן,
פסקה 7 לפסק דינו של הנשיא ברק). בעניין זה ישנם חילוקי דעות וניתן להצביע גם על
סיווג אחר (ראו שם, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק). הצבעתי על נטייתי בסוגיה.

כיוון שענין מלול איננו בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, איני נדרשת לקבוע מסמרות בדבר. לעניין אבדן סיכויי החלמה עוד אשוב בהמשך.

23. באופן דומה נוטה אני לראות את ההכרה הפסיקתית בנזק עצמאי של פגיעה באוטונומיה, מחמת היעדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי (ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997) (להלן – עניין ואתורי); דעת הרוב ב-ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, פסק דינו של השופט אור בעמ' 570 ואילך (1999) (להלן – עניין דעקה)). נראה כי במקרים אלה אין עמימות סיבתית בשאלת עצם גרימת נזק, שכן הוכח במאזן הסתברויות שהנתבע גרם לנזק עצמאי בדמות פגיעה באינטרס של התובע באופן עוולתי: הנתבע גרם לפגיעה ב"רווחתו" של האדם ופגיעה זו נכנסת להגדרת המונח "נזק" בסעיף 2 לפקודת הנזיקין (ענין דעקה, 574-575 א (השופט אור); ראו גם פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 626). ככל שגרימת נזק זה הוכחה במאזן הסתברויות, אין עמימות סיבתית בשאלת עצם גרימת נזק (של פגיעה באוטונומיה). העמימות היא בעניין גודל הנזק בלבד.

ב. קבוצה שניה (קבוצת ביניים): סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק

24. סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק עניינה מצב בו ניזוק בודד עומד מול שורה של התנהגויות שכולן בנות-אשם (שני גורמים מתרשלים או יותר), אך אין יודעים מי מהן גרמה לנזקו (ראו גלעד הערות לקודקס, 776; אריאל פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים לג 477, 487 (2003) (להלן – פורת תביעות בגין נזקי עישון)). בשונה מהקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, כאן אין וודאות כי חלק כלשהו מהנזק נגרם על-ידי נתבע מסוים. אי הוודאות היא בשאלה האם נתבע מסוים, להבדיל מכל חבר אחר בקבוצת המתרשלים, הוא המעוול. הקושי הוא בזיהוי "הנתבע הנכון".

25. בקטיגוריה זו גישה של פיצוי לפי הסתברות היא אפשרית, ויש הסבורים שאף הכרחית. זוהי גישתו של פרופ' פורת, גישת "האחריות הקיבוצית": "במקרים רבים אשר בהם לא ידועה זהות המעוול, אך ידועה קבוצת-אנשים שהוא משתייך אליה, השימוש... [ב]נתונים סטטיסטיים, וקביעת אחריותו של אדם רק לחלק מהנזק לפי נתונים אלה – הם הכרחיים" (אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג 311, 314 (תשנ"ד) (להלן – פורת אחריות קיבוצית) כן ראו שם בעמ' 326-321). לגישתו, פתרון זה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן וההרתעה (פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 637).

26. הגישה המקובלת בישראל בקטיגוריה זו אינה חד-משמעית. יש הסבורים כי הדין המצוי בקטיגוריה זו בישראל הוא פיצוי יחסי (ראו אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז 357, 364 (תשס"ג) (להלן – פורת מדע או משפט)). לעומתם יש הסבורים כי זהו רק הדין הרצוי (גלעד הערות לקודקס 780).

בנסיבות מסוימות אימצה הפסיקה פתרון של העברת הנטל לנתבעים באופן המביא לפיצוי מלא של הניזוק. כך למשל אם הוכח במאזן הסתברויות שכל אחד מהנתבעים בני האשם, גרם לנזק כלשהו לתובע, אך נזקו של התובע, במהותו, הוא נזק אחד שלא ניתן להפרדה, רואים את הנתבעים כמעוולים במשותף שקמה להם חבות ביחד ולחוד למלוא הנזק (ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89, 109-112, 115 (1990) (להלן – עניין מלך)). עניין מלך משקף מגמה "להרחיב את אחריותו של המזיק האשם, ולא להותיר ניזוק בלא פיצוי" (פורת 199 השנה, 251). פתרון זה אומץ בסעיף 371(2) לתזכיר חוק דיני ממונות הקובע כי בנזיקין חבים חייבים בחיוב אחד אם "הנזק, כולו או חלקו, נגרם בשל התנהגות עוולתית של כל אחד מהחייבים ולא היה, בנסיבות הענין, בסיס סביר לחלוקת האחריות ביניהם".

ואולם, עניין מלך איננו "המקרה הקשה" של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק, כיוון שבו הייתה כאמור וודאות שכל אחד מהנתבעים אכן גרם לנזק כלשהו. בכך יש לקרב את פסק הדין בעניין מלך לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק (ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 288). גם במישור התוצאה יש קרבה בין הפתרונות, שכן אף אם הטכניקה המשפטית היא של העברת נטל לנתבעים לחוב ביחד ולחוד במלוא הנזק, הרי שבמקרה שבו כל אחד מהנתבעים הוא בר-אשם ואכן גרם לנזק כלשהו, תהא התוצאה הסופית אחריות יחסית, כיוון שבסופו של תהליך תביעות החזרה ההדדיות בין הנתבעים לבין עצמם, כל נתבע ישא בחובת פיצוי יחסי על פי האשמה היחסית שלו (גלעד קשר סיבתי עובדתי 288-289, המפנה בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק וחלוקתו הן לעניין מלך והן ל-ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989) (להלן – ענין נגר), שם בניגוד לעניין מלך, לא היו כל הנתבעים ברי-אשם).

27. "במקרה הקשה", בו לא הוכח במאזן הסתברויות כי מזיק מסוים גרם לנזק כלשהו לתובע, הקפידה הפסיקה על רעיון האחריות האישית, הן במקרה בו כל הנתבעים ברי-אשם (ראו דעת הרוב ב-ע"א 600/86 עמיר נ' קונפינו, פ"ד מו(3) 233 (1992) (להלן – ענין עמיר); אך ראו את דעת היחיד של השופטת נתניהו, שהותירה את

רעיון האחריות הקיבוצית בצריך עיון, שס, 252) והן במקרה בו רק חלק מהנתבעים הם ברי-אשם (ע"א 496/72 ארוג'י נ' פינק, פ"ד כז(2) 547 (1973) (להלן – ענין ארוג'י); ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 287-288).

גישה שונה ביחס "למקרה הקשה" קבועה בסעיף 367 לתזכיר חוק דיני ממונות, שם הוצע לקבוע במפורש כי לבית המשפט שיקול דעת להגיע לפתרון של אחריות יחסית: "הכיר בית המשפט בהתנהגות עוולתית של כמה מזיקים ואין בידו לקבוע מי מהם גרם בפועל לנזק, ישא כל אחד מהמזיקים באחריות מלאה או חלקית לנזק כפי שיקבע בית המשפט" (ראו עניין גולן, פסקה 4).

28. במשפט המשווה קיימות בקטיגוריה זו גישות שונות בשיטות משפט שונות. כפי שמציין פרופ' גלעד במאמר מקיף ומעמיק, בארה"ב נפסק כי כאשר מדובר בשני נתבעים-מזיקים אפשריים עובר נטל ההוכחה אל הנתבעים כך שבפועל הם אחראים ביחד ולחוד למלוא הנזק (לדוגמא, שני ציידים שירו ואין יודעים מי מהם פגע בניזוק, ראו Summers v. Tice, 199 2d 1 (1948); ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 286; שנור זיהומים סביבתיים 617-618). במקרה טיפוסי זה אין וודאות כי חלק כלשהו מהנזק נגרם על-ידי נתבע מסוים. הפתרון של העברת הנטל אומץ בסעיף 28 לטיוטת הריסטייטמנט השלישי. פתרון זה חל כאמור בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק (ראו גלעד הערות לקודקס 779) ובקשר לנזקי גוף בלבד:

"§ 28 Burden of Proof

(a) Subject to Subsection (b), the plaintiff has the burden to prove that the defendant's tortious conduct was a factual cause of the plaintiff's physical harm.

(b) When the plaintiff sues all of multiple actors and proves that each engaged in tortious conduct that exposed the plaintiff to a risk of physical harm and that the tortious conduct of one or more of them caused the plaintiff's harm but the plaintiff cannot reasonably be expected to prove which actor caused the harm, the burden of proof, including both production and persuasion, on factual causation is shifted to the defendants" (Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm, Proposed Final Draft No. 1, April 6, 2005)

בנסיבות אחרות, בהן מספר הנתבעים-המתרשלים האפשריים הוא יותר משניים, נפסק כי יש לחייב את הנתבעים באחריות יחסית לפי דוקטרינת נתח השוק (ראו מקרי DES-, שעניינם תרופות ששווקו על-ידי מאות יצרנים בשמן הגנרי, אשר ניתנו לנשים בהריון כדי למנוע הפלה טבעית וגרמו כעבור שנים למחלות קשות אצל הבנות של

אותן נשים: Sindell v. Abbott Laboratories 607 P.2d 924 (Cal., 1980); ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 286; גלעד הסיבתיות 19; Geraint Howells (gen. ed), Butterworths; Common Law Library Series: The Law of Product Liability (2nd ed., 2007) p. 476-481. גם במקרה זה אין וודאות כי חלק כלשהו מהנזק של התובע נגרם על-ידי נתבע מסוים ולפיכך מדובר לכאורה בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק (כדברי חברי המשנה לנשיאה בפסקה 32 לפסק דינו - "קושי להוכיח במאזן ההסתברויות את זהותו של הגורם העוולתי המסוים" שאחראי לנזק). עם זאת, ניתן לסווג את מקרי ה-DES דווקא בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק: זהות הנתבעים-המזיקים ידועה כיוון שבמקרה זה הנזק נגרם על-ידי כל הנתבעים, כן שזהותם ידועה אך לא חלוקת האחריות ביניהם (ראו דברי ההסבר לעקרונות האירופים, עמ' 49, פסקה 11); בנסיבות אלה, בהן הסיכון שנשקף מכל אחד מהנתבעים הוא זהה, נראה קריטריון חלוקת האחריות לפי נתח-השוק כפתרון ישים ושובה-לב. לחילופין ניתן לסווג את מקרי ה-DES בקטיגוריה שהיא שילוב של שתי הקטיגוריות – סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק והניזוק גם יחד (ראו: J. Spier and O.A. Haazen "Comparative Conclusions on Causation" in Unification of tort law: Causation 127, T.K. (J. Spier ed., 2000), 151), או בכל אחת משתי הקטיגוריות בנפרד (ראו: Graziano, Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, 452-453 (2007) (להלן – Digest of European Tort Law)).

29. העקרונות האירופים מאמצים בקטיגוריה זו פתרון של פיצוי יחסי לפי הסתברות. מטרת העקרונות האירופים ((Principles of European Tort Law (PETL)) היא לקבוע בסיס משותף לדיני הנזיקין במדינות אירופה, בשאיפה להרמוניזציה בתחום זה. העקרונות, המבוססים על מחקר בין-מדינתי מעמיק ומקיף, משמשים השראה לפסיקת בתי המשפט המדינתיים (ראו: B.A. Koch "Principles of European Tort Law" 20 KLJ (2009) 203-205, 203 (להלן – Koch)). וכך קובע סעיף 3:103 (1) לעקרונות האירופים:

"In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage"

(סעיף 3:103 (1) לעקרונות האירופים; ראו גלעד הערות לקודקס 780 בהערת שוליים 78, וכן בעמ' 819)

30. הבסיס המשותף לגישות השונות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק הוא שאין להשאיר את הניזוק ללא פיצוי – "ריבוי 'החשודים בעוולה' הוא שיקול להטלת אחריות ולא שיקול להגבלתה" (ראו גלעד הערות לקודקס, 779; ראו גם גלעד הסיבתיות, 19). ישנו חוסר צדק בולט "בכך שקבוצת מעוולים, שבהתנהגותו של כל אחד מהם יש אשם ואחד מהם אף גרם לנזק, [תהיה פטורה] כולה מהצורך לפצות את הניזוק, וזאת משום שאופי פעילותה מונע מן התובע לדעת מיהו זה שגרם לנזק מתוך הקבוצה כולה" (שנור זיהומים סביבתיים 618). עניין מלול אינו שייך לקטיגוריה זו, אך ישנם קווי דמיון.

ג. קבוצה שלישית (קבוצת ביניים): סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק

31. סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק עניינה מצב בו קבוצת ניזוקים עומדת מול שורה של התנהגויות, שחלקן בנות-אשם וחלקן לא, ואין יודעים מי מהניזוקים ניזוק על ידי ההתנהגות בת-האשם ומי ניזוק על ידי הגורמים האחרים. גם כאן, בשונה מהקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, אין וודאות כי חלק כלשהו מהנזק של ניזוק מסוים נגרם על-ידי נתבע מסוים. אי הוודאות היא בשאלה האם תובע מסוים, להבדיל מכל חבר אחר בקבוצת התובעים, ניזוק על-ידי המתרשל. הקושי הוא בזיהוי "התובע הנכון".

32. גם בקטיגוריה זו מכירים העקרונות האירופים בפתרון של פיצוי יחסי לפי הסתברות, כמפורט בסעיף 103:3 (2):

"If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim"

(סעיף 3:103 (2) לעקרונות האירופים, ראו גלעד הערות לקודקס 780 הערת שוליים 79 וכן בעמ' 819)

33. קטיגוריה זו נדונה בארה"ב במסגרת הפרשה של Agent Orange שהוזכרה על ידי חברי המשנה לנשיאה (In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig., 597 F. Supp. 740 (E.D.N.Y., 1984) (להלן – עניין Agent Orange)). באותו עניין הציע בית המשפט לתובעים, במסגרת הסדר פשרה, פתרון של פיצוי יחסי (pro rata). הייתה וודאות ביחס

לזהות הגורם המזיק - Agent Orange. נאמר כי מקרה זה משתייך לקטיגוריה של מקרים

בהם –

“it may be possible to ascertain with a fair degree of assurance that the defendant did cause damage” (p. 836)

אי-הוודאות במקרה זה היתה דווקא ביחס לזהות הניזוקים האינדיבידואליים:

“It is likely, however, that even if plaintiffs as a class could prove that they were injured by Agent Orange, no individual class member would be able to prove that his or her injuries were caused by Agent Orange” (p. 833)

נראה כי ניתן היה להוכיח כי מספר מסוים של תובעים מבין כלל התובעים אכן ניזוקו עקב החשיפה לחומר המסוכן. עם זאת לא ניתן היה לדעת מי הם הניזוקים הללו מבין כלל התובעים (ראו פורת תביעות בגין נזקי עישון, 485). בית המשפט ציין כי זיהוי הניזוקים על בסיס אינדיבידואלי הוא בלתי אפשרי:

"Any attempt to resolve the problem on a plaintiff-by-plaintiff basis cannot be fully satisfactory" (p. 837).

לפיכך נראה כי מדובר במקרה הנכנס לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. בית המשפט קבע כי כיוון שלא ניתן להגיע לפתרון אינדיבידואלי כאמור, לפי הכלל הרגיל של מאזן הסתברויות, יש לשקול אימוץ פתרון "קבוצתי":

“Since the problem results from a plaintiff-by-plaintiff method of adjudication, one solution is to try all plaintiffs' claims together in a class action thereby arriving at a single, class-wide determination of the total harm to the community of plaintiffs” (p. 837-838)

34. בדומה לפתרון המוצע בפסק הדין בעניין Agent Orange מציע גם חברי המשנה לנשיאה פתרון "קבוצתי". דומה כי הפתרון המוצע בפסק דינו – מבחן ההטייה הנשנית – נועד לפתור למעשה את בעיית הסיבתיות העמומה ביחס לזהות הניזוק. חברי

ציין כי מבחן ההטייה הנשנית רלוונטי ביחס ל"מחלקה של מקרים המאופיינת ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים" (פסקה 21 לפסק דינו). מבחן ההטייה הנשנית מותנה בקיומה של קבוצת ניזוקים (פסקה 22 לפסק דינו). חברי מדגיש כי במצב זה הקושי הוא "חוסר היכולת להבחין בין ניזוקים [באופן ש]עלול להוביל לכך שחלקם יפוצו עבור נזקים שמקורם אינו בעוולה" (פסקה 24). המבחן המוצע על ידו נועד "[ל]פזר את הפיצוי בין כלל חברי קבוצת הניזוקים – זאת בהיעדר אפשרות לזהות אצל מי מתוכם התממש הסיכון שיצר המזיק לכדי נזק" (פסקה 26 לפסק דינו). הפתרון שמציע חברי הוא פתרון המתאים לבעיית הסיבתיות העמומה ביחס לזהות הניזוק. הדוגמא הראשונה שמפרט חברי ליישום הצעתו היא דוגמת הזיהום הסביבתי (פסקה 22 לפסק דינו) שהיא דוגמא מובהקת של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק (ראו גלעד הערות לקודקס, 776). הוא הדין ביחס לדוגמא השנייה שמפרט חברי, דוגמת המדיניות הרפואית הרשלנית, החושפת לסיכון חוזר ונשנה בכל פעם חלק אחר קבוצת ניזוקים (ראו פסקה 22 לפסק דינו).

35. יוצא אם כן שלהבנתי המבחן התוחם המוצע על ידי חברי המשנה לנשיאה חל בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק; הוא אינו נועד להתמודד עם הקטיגוריה שנדונה בעניין מלול, קרי, סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. הדוגמאות המובאות על ידי חברי המשנה לנשיאה מניחות קיומו של מזיק בר-אשם שאחראי בוודאות לפחות לחלק מן הנזק של קבוצת הניזוקים, כשהשאלה היחידה היא לזהות אצל מי מתוך קבוצת הניזוקים התגבש הנזק. זוהי סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. דומה כי "מבחן ההטייה הנשנית" שמאמץ חברי נועד, מעיקרו, לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה האופיינית לתביעות בגין "עוולות המוניות" (ראו והשוו פורת תביעות בגין נזקי עישון 491; פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 637-634; להבחנה בין מקרים שונים של עוולות המוניות וההצדקה להכרה בפסיקת פיצוי יחסי במקרים אלה, ראו קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323, 335-338, 352 (תשס"ג)). בכך הולך חברי המשנה לנשיאה בעקבות הסעד העיקרי המבוקש על ידי העותרים, והוא לסייג את הלכת מלול כך "שתחול בעיקר במקרים של עוולות הכרוכות בחשיפת אוכלוסייה גדולה לגורמי סיכון המוניים, כגון, תביעות ה-DES, ה-Agent Orange, הבנדקטין, הסיגריות וכיו"ב" (סעיף 70 לסיכומי העותרים).

36. חברי המשנה לנשיאה מציע אפוא לאמץ בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק גישה של פיצוי לפי הסתברות במקרה הקבוצתי. ניצניה של עמדה זו מצויים במאמרו של פרופ' פורת, אשר הגדיר "מקרה של זכאות קיבוצית מתקיים כאשר

ידועה זהות המעוול, ידועה קבוצת בני אדם שעליה נמנה, או נמנים, הניזוקים, אך לא ידועה זהותם המדויקת" כמקרה של "זכאות קיבוצית" (פורת אחריות קיבוצית 315 בהערת שוליים 10). "מקרה הראי" לזכאות הקיבוצית הוא מקרה של "אחריות קיבוצית" (ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 287). ביחס למקרים אלה הציע פרופ' פורת לאמץ מבחן קרוב מאוד למבחן ההטייה הנשנית המבוסס בין השאר על מידת ריבויים של אירועי הנזק (שם, 329) והישנותם (שם, 339 וכן בעמ' 343). אכן, רעיון הזכאות הקיבוצית נועד ליתן פתרון לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק (ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 287).

37. אף שנוטה אני כאמור לאמץ את עמדתו של חברי המשנה לנשיאה כפתרון לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק, אבקש להשאיר בצריך עיון. זאת, על אף הנוסח הרחב של החלטתו של המישנה לנשיא (בדימ') חשין בענין עריכת הדיון הנוסף. גישתו של חברי מתנתקת מן המקרה הקונקרטי שנדון בפסק הדין בעניין מלול ופונה לקביעת אחריות במקרה קבוצתי ובקטיגוריה שכלל לא נדונה לפנינו בענין מלול. מן הראוי, לדעתי, לגבש את הגישה המשפטית הראויה על יסוד עובדות של מקרה נדון. דומה כי היישום העיקרי של גישת חברי המשנה לנשיאה הוא כאמור ביחס לעוולות המוניות לרבות עוולות נזקי חומרים רעילים (פסקאות 33 ו-34 לפסק דינו). נושא זה תלוי ועומד לפנינו בעניין אחר וראוי כי הדברים יתלבנו שם על יסוד עובדות המקרה (ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ; וראו גם, בהקשר של חומרים רעילים, בג"ץ 2725/09 אביטל יד-שלום נ' הוועדה הרפואית הארצית לאבק מזיק (החלטה מיום 14.9.2009)).

38. עמדתו של חברי המשנה לנשיאה, הקובעת מבחן אחיד הן על דוגמת הזיהום הסביבתי והן על דוגמת המדיניות הרפואית הרשלנית, טעונה ליבון המצדיק התייחסות נפרדת. ישנם הבדלים בין מקרה של עוולה המונית בגין חשיפה לזיהום סביבתי ונזקי חומרים רעילים, לבין מקרה של רשלנות רפואית. הבדלים אלה עשויים להשפיע בין היתר על מישור ההצדקות לפיצוי יחסי, ובהתאם לכך, זכו במשפט המשווה להתייחסות שונה (לסקירת הבדלים אלה זה בראייה ביקורתית ראו: Boaz Shnoor, Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference Between Medical Negligence and Toxic Torts, 33 *Am. J. Trial Advoc.* 71 (2009) (להלן – שנוור אבדן סיכויי החלמה)).

במסגרת בחינת עמדתו של חברי המשנה לנשיאה לגופו של עניין יהיה מקום לשקול, בין היתר, את השאלה האם ראוי טיפול "נזיקי" במקרים של עוולות המוניות בגין זיהום סביבתי, או שמא עדיף הסדר "חוץ-נזיקי" של הסוגיה, כעניין מערכתית

וציבורי (כדעתו של פרופ' גלעד הסבור כי במקרה של "זכאות קיבוצית" בגין זיהום סביבתי - "It is not a shame to concede that tort law fails in this regard, and that a taxing of the polluter is preferable alternative"; ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 287); כמו גם את השאלה, אם הסדרה שכזו בתחום איכות הסביבה היא עניין למחוקק או לבתי המשפט (לשאלות אלה ואחרות ראו באופן כללי את המאמרים של פורת תביעות בגין נזקי עישון; שנוור זיהומים סביבתיים; Izhak England The Philosophy of Tort Law; (1993) 219).

39. על כן אבקש, כאמור, להשאיר את "מבחן ההטייה הנשנית" בצריך עיון, בכל הנוגע לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. השאלה הטעונה הכרעה בעניין מלול היא סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, קרי, האם נגרם נזק כלשהו לתובע מידי מזיק רשולן. מכל מקום, על-פי הסיווג לקטיגוריות השונות, "מבחן ההטייה הנשנית" אינו חל בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, שהיא, כאמור, "לב ליבה" של הסיבתיות העמומה.

40. יישום גישתו של חברי המשנה לנשיאה בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק מביאה לכאורה למסקנה כי אין מקום לפיצוי לפי הסתברות "במקרה הבודד" (ראו פסקאות 24 ו-44 לפסק דינו של חברי המשנה לנשיאה). ואולם, שיקולי המדיניות שפירט חברי עניינם כאמור בקטיגוריה שונה, ולכן הם אינם חלים באופן זהה בקטיגוריה שנדונה בעניין מלול. לפיכך, אין לטעמי באמור בפסק דינו כדי לשמוט את הקרקע מתחת לגישה של פיצוי לפי הסתברות במקרה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. לפיצוי כזה ישנן הצדקות עצמאיות ונפרדות כפי שאפרט להלן.

ד. קבוצה רביעית: סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק – עניין מלול

41. כאמור הסיווג לקבוצות השונות מסייע לחדד את המחשבה ולמקד את המבחן התוחם שהוצע על-ידי בעניין מלול למצב שהוא "לב ליבה" של הסיבתיות העמומה – אי וודאות ביחס לעצם גרימת הנזק.

42. סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עניינה מצב בו אין בידי הניזוק להוכיח על-פי מאזן הסתברויות כי ההתנהגות בת-אשם של הנתבע גרמה לנזק כלשהו (גלעד הערות לקודקס 776; פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 628). בניגוד לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק ולקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק, כאן לא ניתן להוכיח כי ההתנהגות בת-אשם כלשהי גרמה לנזק כלשהו (ראו והשוו פורת פיצוי

בגין יצירת סיכון 633-634, 636). בניגוד לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק (בה קיימת וודאות כי הנתבע, בהתרשלותו, גרם נזק בעוולה לקבוצה של אנשים והתובע ניזוק מאותו סוג נזק), כאן קיימת אי-וודאות מובנית בשאלה אם בכלל הנתבע, בהתרשלותו, גרם נזק כלשהו לאנשים כלשהם.

יצוין כי סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עלולה להתעורר כאשר, כבעניין מלול, יש גורם סיכון בר-אשם וגורם סיכון שאינו בר-אשם ("טבעי"), ולא ידוע אם בכלל גורם הסיכון העולתי גרם לנזק כלשהו.

43. לגישתי ייתכנו טעמים כבדי משקל לחריגה, במקרים מתאימים, מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. לדעתי במקרים אלה ניתן לפסוק פיצוי יחסי לפי הסתברות לרבות בדרך האמדן. חלקי עם הסבורים כי "בגישת הפיצוי היחסי נמנעת השרירותיות של 'הכל או לא כלום'. היכולת לחלק את הנזקים בין המזיק לניזוק יכולה לקדם הן מטרות של הרתעה – מניעה של הרתעת-יתר או הרתעת-חסר – והן מטרות של חלוקה צודקת והוגנת של הסיכונים" (ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד 385, 419 (תשס"ד) (להלן – גלעד וגוטל)).

ההצדקות לפיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק

44. חברי המשנה לנשיאה אינו עורך הבחנה בין קטיגוריות שונות של סיבתיות עמומה. מבחן ההטייה הנשנית מוגדר על-ידו כ"מסגרת רעיונית אחידה" לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה. לשיטת חברי מבחן ההטייה הנשנית המוצע על-ידו חל אפוא, עקרונית, גם בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. על-פי המסגרת הרעיונית המוצעת על-ידי חברי, שיקולים של צדק מתקן והרתעה מצדיקים פיצוי לפי הסתברות רק במקרה הקבוצתי (פסקה 44 לפסק דינו). כאמור, גם הדוגמאות שמפרט חברי המשנה לנשיאה כוללות מרכיב קבוצתי הן מבחינת היקף פריסת המעשה העולתי והן מבחינת הישנותו (פסקה 22 לפסק דינו). לדעתי מגבלה קבוצתית זו אינה מתחייבת משיקולי המדיניות העיקריים בדיני הנזיקין. שיקולי המדיניות של צדק, הרתעה ושיקולים מערכתיים מצדיקים במקרים מסוימים פיצוי לפי הסתברות הן במקרה הקבוצתי והן במקרה הבודד. כל זאת, ביחס לקטיגוריה הרלוונטית לענייננו – סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

45. השיקול העיקרי ל"ריכוך" הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות הוא שיקול של צדק. במצב של סיבתיות עמומה "עלול הניזוק להימצא במצב בו אין ביכולתו להוכיח, על פי כללי ההוכחה 'הרגילים' במשפט אזרחי, את יסודות עוולת הרשלנות, אף על פי שהותרו בלא כל פיצוי תהא מנוגדת למטרות דיני הנזיקין ובלתי צודקת" (ע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר, פסקה 20 לפסק דינו של השופט דנציגר, בהסכמת חברי השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין (טרם פורסם, 19.5.2009 (להלן – ענין קסלר)). בחינה של פסקי הדין שניתנו בערכאות הדיוניות אשר הסתמכו על עניין מלול מלמדת כי ההלכה נקלטה ונעשה בה שימוש נרחב (ראו למשל: ת"א 690/03 (מחוזי-חיפה) שירי נ' שירותי בריאות כללית, פסקה 43 (טרם פורסם, 4.8.2009); ע"א 1009/06 (מחוזי-נצרת) עארף נ' עווד, פסקאות 23-24 לדעת הרוב (לא פורסם, 27.5.2007) – על פסק הדין הוגשה בקשת רשות ערעור שתידון לאחר מתן פסק הדין בדיון נוסף זה, ראו רע"א 5838/07, החלטה מיום 25.12.2007; ת"א (מחוזי-ירושלים) 3215/01 בדאון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פסקאות 45-47 לפסק דינה של השופטת בן-עמי (לא פורסם, 9.11.2006) – ערעור על פסק הדין נדחה מבלי שנקטה עמדה בדבר ענין מלול, ראו ע"א 10776/06 בדאון נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פסקה 33 לפסק דינו של חברי השופט ג'ובראן, וכן הערותיהם של חברי השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין (טרם פורסם, 30.9.2009)).

המכנה המשותף לפסקי הדין שיישמו את עניין מלול בערכאות הדיוניות הוא תפיסת בית המשפט באותם מקרים, כי מדובר בכלי ראשון במעלה לעשיית צדק בין הצדדים. עמד על כך השופט נ' הנדל בשבתו לדין בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע:

"הרציו בפסק הדין [בעניין מלול] הינו עשיית צדק. המטרה היא למנוע אפשרות שבשל קשיים בהוכחת קשר סיבתי בדרגה הדרושה עלול להוצר מצב שידחו כל התביעות מסוג מסוים נגד בתי-חולים, על אף רשלנותם. עשיית צדק הינה שאיפה מופשטת אך ידיה מגיעות ארצה – לזמן, למקום או למקרה מסוים. ההקשר הוא שמעצב את שיקולי המלאכה" (ע"א (מחוזי-באר-שבע) 1016/04 דגן נ' קצין התגמולים, פסקה 3(ב) לפסק דינו של השופט הנדל, (לא פורסם, 10.4.2005)).

ראו גם:

"דרך זו [פסק הדין בעניין מלול – מ"נ] יש בה מעלות רבות וראיתי לנכון לאמצה, שכן הפתרון הנוצר תוך

שימוש בכלים הללו, הוא צודק יותר, ובכך מוגשמת מטרתו היסודית, הסופית והחשובה של ההליך השיפוטי, שהיא – מתן פסק דין צודק" (ת"א (מחוזי-ירושלים) 3248/01 יונסי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פסקה 135 לפסק דינו של השופט דרורי (לא פורסם, 29.8.2005); יישום פסק הדין בעניין מלול בפסקאות (139-142).

46. אמת, שיקול המדיניות העיקרי הניצב בבסיס עניין מלול הוא הצדק. השאיפה לתוצאה צודקת בנסיבות העניין הקונקרטי היא לב-לבו של ההליך המשפטי. כדברי השופט לנדוי:

"שני קטבים הם במשפט: הלכה ושיקול דעת, וביניהם מתחמתמיד וזרימה בלתי פוסקת. הלכה ברורה ומוגדרת מרבה ביטחון ויציבות... וכן היא הולמת את מזגם של אנשי המשפט השמרניים בדרך כלל והמפגרים אחרי המציאות ונאחזים בנוסחאות המקובלות עליהם, כדי לא לצלול כל פעם מחדש במים האדירים של תופעות החיים המתחדשות ללא הרף. לעומת זאת, דורש הצדק הצרוף ששיקול דעתו של השופט יהא חפשי, ללא כבלים, כדי שיוכל למצוא את הפתרון הנכון לסכסוך שבפניו, על-פי נסיבותיו המיוחדות של העניין, ובכלל זה נסיבותיהם האישיות של בעלי הדין" (משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292 (תשכ"ח)).

אכן, הצדק הוא האידיאל שאליה יש לחתור (ראו טובה שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז 523, 528 (2002)). בענין מלול קבעתי כי תנאי בסיסי לפיצוי לפי הסתברות הוא כי התובע הוכיח כי אי-מתן פיצוי בנסיבותיו יהא תוצאה "בלתי צודקת". על רציונאל בסיסי זה עמד בית משפט זה לפני שנים, בלשונו התמציתית של השופט ויתקון: "מצוקתו של הפרט הנפגע, שנשאר ללא תרופה, עלולה להיות קשה, ותוצאה זו פוגעת ברגש הצדק" (ענין מזיאר, 1339 ד-ה). חריפותם של הדברים ועוצמתם לא קהתה ברבות השנים, והנה שוב נדרשים אנו לשיקול הצדק כמצפן להכרעה בסוגיה הסבוכה הניצבת לפנינו.

47. הדברים בהקשרם בדיני הנזיקין מכוונים לעקרון הצדק המתקן. עקרון הצדק המתקן הוא בעיני שיקול המדיניות המרכזי בדיני הנזיקין. עמד על כך Wright:

"[T]he concept of corrective justice embodied in the tortious-aspect causation requirement clearly continues to control the decision of actual tort cases. Despite more than a half-century of academic assaults on the causation requirement, the courts almost invariably reach results that are consistent with it. The

requirement and the underlying concept of corrective justice exert a very strong normative pull, even when judges do not articulate that pull but rather couch their decisions in the currently fashionable language of loss-spreading and wealth-maximization.” (R.W. Wright “Causation in Tort Law” 73 Calif. L. Rev. 1737, 1827 (1985) (להלן – Wright))

בבסיסו של עקרון הצדק המתקן גלום הרעיון שעל המעוול “לפצות הניזוק על הנזק שנגרם לו, בדרך של השבת המצב לקדמותו בערכים כספיים” (ראו אנגלרד ברק וחשין דיני הנזיקין 25, וכן בעמ' 571; פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 607). יש המזהים את עקרון הצדק המתקן עם רעיון האחריות האישית של המזיק (אנגלרד ברק וחשין דיני הנזיקין, 233; ביטוי לגישה זו ראו בפסקי הדין: ע”א 411/70 פינס נ’ בן עמיר, פ”ד כה(2) 284, 291 (1971) (להלן – ענין פינס); ענין ארוג’י, 551; ענין עמיר 242-241); עוד על האחריות האישית כבסיס לאחריות בנזיקין ראו: ישראל גלעד “על הנהחות עבודה”, אינטואיציה שיפוטית ורציונליות בקביעת גדרי האחריות ברשלנות” משפטים כו 295, 308-311 (תשנ”ו); שנוור זיהומים סביבתיים 606-607; כן ראו E.J. Weinrib, The Idea of “Understanding Tort Law” 23 Val. U. L. Rev. (1989) 485 (Private Law 56-83 (1995)).

48. ככל שמזהים את עקרון הצדק המתקן עם רעיון האחריות האישית של המזיק הרי שהטלת אחריות על המתרשל במצב של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק חותרת תחת עקרון הצדק המתקן (פורת קיבוצית 334; פורת תביעות בגין נזקי עישון 491; שנוור זיהומים סביבתיים 581; רונן פרי “הכל צפוי והרשלנות נתונה” משפטים לה 359, 429 (2005) (להלן – פרי)). יחד עם זאת, ועמד על כך חברי המשנה לנשיאה ריבלין, ניתן לאמץ הגדרה אחרת של עקרון הצדק המתקן המותאמת למצבים של סיבתיות עמומה, ומשיגה קירוב מירבי לעקרון הצדק המתקן. הגדרה זו כרוכה ב”ריכוך” רעיון האחריות האישית באופן המאפשר בנסיבות מסוימות הטלת חובת פיצוי חלקי על הגורם המתרשל. ל”ריכוך” זה כמוצע על ידי חברי המשנה לנשיאה אני מסכימה, באשר גם לגישתי עקרון הצדק המתקן הוא מסגרת רעיונית שלתוכה ניתן ליצוק תוכן נורמטיבי המשתנה לפי אמות המידה של החברה.

49. ואולם, חברי המשנה לנשיאה סבור כי פיצוי לפי הסתברות “במקרה הבודד” אינו עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן “המהותי”, אלא-אם מדובר בפיצוי בגין אירוע חוזר ונשנה (לגישה זו ראו גם פורת קיבוצית 343; Porat & Stein 57). גישתו

ממירה את הקשר הישיר בין המזיק הבודד לניזוק הבודד בקשר בין קבוצת המזיקים לקבוצת ניזוקים ובוחנת את קיום הצדק המתקן באופן קבוצתי (ראו בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים לז 177, 211 בהערת שוליים 150 (תשס"ז) (להלן – שנור הבסיס העיוני); שנור זיהומים סביבתיים 581). לדעתי, אפילו על יסוד הגדרתו של חברי המשנה לנשיאה לצדק מתקן "מהותי", קיימת הצדקה לפיצוי לפי הסתברות גם במקרה הבודד.

50. הגדרתו של חברי המשנה לנשיאה את עקרון הצדק המתקן מתבססת על הגדרתו של פרופ' פורת, שמקורה למעשה בהגדרתו של אריסטו לצדק מתקן:

"פירוש עקרון הצדק המתקן כמצדיק את השבת המצב לקדמותו ותו לא מביא [לשלילת פיצוי – מ"נ]. ברם, ניתן להבינו בדרך שונה ולהגדירו כפי שהגדירו אריסטו. כזכור, אריסטו עמד על כך שהמעוול משיב את רווחיו, אך שיעורם של אלו - לדבריו - אינם אלא כשיעור הנזק שגרם. מכאן, שעקרון הצדק המתקן במובנו השני יותר משמשקף הוא רעיון של תיקון מצב, משקף הוא רעיון של תיקון מצבו של הניזוק, ולו גם על חשבון שינוי-לדעה במצבו של המעוול" (פורת קיבוצית 335; השו" פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 612).

אכן, בנסיבות מסוימות למשפט יש נכונות להשיג את השבת המצב לקדמותו גם על ידי שינוי מצב המזיק לרעה, והדבר תלוי בתפיסת הצדק שבה מחזיקה החברה:

"מהו הנימוק לנכונות המשפט להשיג השבת מצב הניזוק לקדמותו על ידי שינוי מצב המזיק לרעה? ... חוש הצדק דורש כי אדם הגורם נזק חייב לשאת במעמסה הכספית הנובעת ממעשיו... הגורם נזק בכוונה, או מתוך התרשלות סובייקטיבית מן הדין שישלם עבור מעשיו. מבין השניים – המזיק והניזוק – מוצדק הוא בנסיבות כאלה להטיל אחריות דוקא על הראשון. קבלת נימוק זה או דחיתו קשורה ברגש הצדק של כל אחד מאתנו" (אנגלרד ברק וחשין דיני הניזוקין, 27-28).

51. על בסיס זה ניתן לדעתי לאמץ הגדרה של צדק מתקן המתמקדת בתיקון מסוים של מצבו של הניזוק ולו על-חשבון הגורם שהתרשל. הגדרה זו של צדק מתקן איננה "ניטרלית" כלפי הגורם שהתרשל, אלא היא מעמידה אותו בעמדת נחיתות. לאחר שהוכחה התרשלות, לא קיים עוד שוויון בין הנתבע-המתרשל לתובע-הניזוק (ראו והשוו ע"א 9980/06 עיזבון המנוח אטינגר נ' עיריית ירושלים, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (טרם פורסם, 26.1.2009) (להלן – עניין אטינגר): "עקרון

השבת המצב לקדמותו... בא לאיין, ככל שניתן, את תוצאת הפרת השוויון בין המזיק לניזוק".

העדיפות המסוימת שניתנת לניזוק מקורה בפגם שדבק בגורם המתרשל: אפילו קיימת אי-וודאות ביחס לעצם גרימת הנזק, עדיין קיימת וודאות שהנתבע התרשל כלפי התובע ושהתנהגותו פסולה. הקביעה כי הנתבע "התרשל" משמעה שהנתבע הפר את רמת הזהירות הנדרשת על-ידי החברה מאדם סביר בנסיבות הענין. דבקה בנתבע "אשמה חברתית", כדברי הנשיא ברק:

"מושג הסבירות (או ההתרשלות) בעולת הרשלנות הוא מושג אובייקטיבי... הסבירות בעולת הרשלנות אינה מבוססת על 'אשמה' אישית... ביסוד הסבירות מונחת 'אשמה חברתית' (social fault). התפישה הינה כי המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנדרשת על ידי החברה" (ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 506 (2004) (להלן – עניין חמד)).

האשם הוכח לפי מבחן ההסתברויות הרגיל ובכלי ההוכחה הראייתיים המקובלים. בנסיבות אלה, האשם שדבק בהתנהגות המתרשל משליך גם על סוגיית הקשר הסיבתי העובדתי וגובר על "מעטה העמימות האינדיבידואלי" (כלשונו של חברי המשנה לנשיאה בפסקה 34 לפסק דינו; גישה קרובה מבחינה עיונית, המקיימת קשר של איזון הדדי בין יסוד האחריות ליסוד הקשר הסיבתי קיימת באוסטריה, הוצעה על ידי המלומד Bydlinski; ראו: H. Koziol "Causation under Austrian law" in Unification of tort law: Causation 11, 14 (J. Spier ed., 2000); H. Koziol "Problems of alternative causation in tort law" in Developments in Austrian and Israeli private law 177, 178-180 (H. Hausmaninger, H. Koziol, A.M. Rabello, I. Gilead eds., 1999); B.A. Koch, Digest of European Tort Law, 396-398; עוד על הדין באוסטריה ראו להלן, בפרק המשפט המשווה).

52. הגדרה זו של צדק מתקן, בנסיבות של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, מעניקה העדפה לתובע החף על פני הנתבע המתרשל במישור הסעד הסופי. הטעם לכך הוא שאין זה צודק להטיל את מלוא הנזק על שכמו של הניזוק, שהוא לגמרי חף מכל אשמה, כאשר הוכח שהמזיק התרשל (ראו והשוו: ענין מלך, 96ב, 112; ענין חננשוילי 540; ענין נגר, 293; דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721, 755ב (2003); ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701, 713ג-ד (1964); פורת קיבוצית 372 והאסמכתאות שם; גלעד הערות לקודקס 788; שנור זיהומים סביבתיים 574, 591; לגישה

שונה ראו פרי 433). העדיפות במישור הסעד הסופי, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, משמעה שהמתרשל הוא שנושא במחיר מסוים. מחיר זה מתורגם לפיצוי חלקי של הניזוק.

אמנם נראה כי עיקר שימושו של רציונל זה בפסיקה עד כה הוא במקרים בהם הוכח על פי מאזן הסתברויות קשר סיבתי לפחות ביחס לחלק מהנזק (קרי, בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, ראו ע"א 6216/03 נסאר נ' מ.ח.מ בע"מ, פסקה ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 1.8.2005)). אולם רציונל זה חזק דיו כדי לחול גם מקום בו הוכח שהנתבע התרשל, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. ההעדפה של הניזוק החף על פני המזיק המתרשל נעוצה בסופו של דבר בהתנהגותו של המזיק בר-האשם, קרי, בהתרשלותו. התרשלותו היא שמפרה את האיזון במערכת היחסים בין הצדדים.

53. חיזוק לעמדתו זו אני מוצאת בדבריהם של חברי השופטים רובינשטיין וארבל ב- רע"א 1272/05 כרמי נ' טבג (לא פורסם, 2.12.2007) (להלן – ענין כרמי) אשר עסק בסוגיית אחריותו של חולה נפש בניזיקין בכלל ובעוולת התקיפה בפרט. באותו עניין התעוררה השאלה, האם יש לקבל בגדרי מדיניות משפטית ראויה את הטיעון של "בחירה בין שני תמים" (The between two innocents justification), ולהעדיף את הניזוק התם על פני המזיק התם. חברי השופט רובינשטיין ציין כי "הכף נוטה לכיוון קבלת הטיעון" שכן "מקרי הנזיקין הם - תודה לאל - מעטים ובסופו של יום הכף נוטה לעבר הניזוק החף מפשע" (פסקה מ לפסק דינו). דברים אלה יפים מקל וחומר כאשר הנתבע איננו "תם" כלל וכלל אלא הוכחה התרשלותו. חברי השופט רובינשטיין הבהיר כי "המדובר בהכרעה של מדיניות שיפוטית, של חוש צדק. המשפט מבקש לפצות את הניזוק החף מכל אשם, להעמידו ככל הניתן במצבו [לפני העוולה]" (פסקה מג לפסק דינו). חברתי השופטת ארבל הצטרפה (כמוני) לדעתו של חברי השופט רובינשטיין, והוסיפה כי עקרון זה נובע מתכליתם של דיני הנזיקין, ליתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל:

"הגם כי שעטנז תכליות עומד בבסיס דיני הנזיקין (הרתעה, ענישה, עשיית צדק ופיזור הנזק), ברי, כי הבכורה מוענקת, ולדעתי בצדק רב, לתכלית של פיצוי הניזוק והשבתו למצבו בו היה עובר לעוולה הנזיקית שבוצעה כלפיו... תכליתם של דיני הנזיקין היא אפוא ליתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל, כאשר הפיצויים באים לשלול את התוצאה של מעשה הנזיקין" (ענין כרמי, פסקה 4 לפסק דינה של חברתי השופטת ארבל).

54. דרישת הניזוק הבודד לתיקון הנזק או חלקו על-ידי המתרשל דווקא (או המתרשלים), בנסיבות של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, איננה חסרת בסיס מוסרי. המתרשל (או המתרשלים) והניזוק הבודד הם חלק ממערכת יחסים אחת. האירוע מקים הנזק ארע כחלק ממערכת יחסים בין הניזוק הספציפי למתרשל הספציפי (או המתרשלים הספציפיים). במערכת יחסים זו קמה לדעתי זכות תיקון של הניזוק שמולה חובת תיקון של המתרשל, בגין הנזק שאירע, ולו באופן חלקי תוך התחשבות בהסתברות קיומו של קשר סיבתי עובדתי לנזק. ברקע הדברים יש לזכור כי במקרה טיפוסי של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק – רשלנות רפואית – קיימת מערכת יחסים של "שכנות" ואמון בין הנתבע-הרופא או המוסד הרפואי לבין הניזוק-המטופל (ראו ענין דעקה, 576ג, 576ז, 580א (השופט אור), 601ז (השופט שטרסברג-כהן)). במסגרת מערכת יחסים זו קיימת עדיפות לניזוק החף על פני הנתבע המתרשל וקמה חובת תיקון של הנזק על-ידי המתרשל, ולו באופן חלקי (ראו והשוו לעקרון ה-Correlativity של קולמן, Jules L. Coleman "The practice of corrective justice" in Philosophical Foundations of Tort Law 53, 66-67 (David G. Owen ed., 1995); ראו גם התמקדות במעשה ולא בעושה, Jules L. Coleman, Tort law and the demands of corrective justice, 67 Ind. L.J. 349, 371 (1992); כן ראו Christopher H. Schroeder, "Causation, compensation, and moral responsibility" in Philosophical Foundations of Tort Law 347, 352-354 (David G. Owen ed., 1995)).

55. אשר על כן, על-פי ההגדרה האמורה לעקרון הצדק המתקן, עדיפה הטלת אחריות חלקית ופיצוי חלקי על המתרשל, לרבות במקרה הבודד, בהשוואה לחלופה של "הכל או לא כלום" שתוצאתה היא אי-הטלת אחריות כלל והיעדר כל פיצוי לניזוק. ההצדקה היא אפוא בטיעון הרע במיעוטו:

"על-פי טיעון זה, עדיף מצב שבו הניזוק יקבל פיצוי מלא, ואחד הנתבעים שלא גרם לנזק יחויב לפצותו בגין מחצית-נזקיו, על-פני מצב שבו הניזוק יוותר בלא כל פיצוי, ואיש מן הנתבעים לא יחויב לפצותו. טיעון זה, שניתן לכנותו 'טיעון הרע במיעוטו', מבוסס אפוא על הרעיון, שעדיפה סטייה קלה יחסית מעקרון הצדק המתקן על-פני סטייה בוטה יותר" (פורת קיבוצית 337; ראו והשוו שנוור זיהומים סביבתיים 608, 620).

דברים אלה, שנאמרו ביחס לפתרון של הטלת חובת פיצוי מלא, יפים מקל וחומר וביתר שאת להטלת חובת פיצוי חלקי. מתן פיצוי חלקי לפי הסתברות מתקן את

מצבו של הניזוק ולו באופן חלקי, והדבר עדיף על פני מצב שבו הניזוק ייוותר בלא כל פיצוי:

“[T]he law prefers a 50 per. Cent. Chance of doing justice to the certainty of doing injustice” (E.J. Weinrib “A step forward in factual causation” 38 Mod. L. Rev 518, 524 (1975) (להלן – וינריב))

עדיפות זו קיימת גם במחיר של הטלת חובת פיצוי חלקי על נתבע, שהתרשל, אם כי קיים גם סיכוי שלא הוא גרם לנזקו של התובע. לסיכוי זה ניתן ביטוי בכך שחובת הפיצוי המוטלת עליו היא חלקית ולא מלאה. אין בהגדרה זו של עקרון הצדק המתקן דבר המגביל פיצוי לפי הסתברות למקרה קבוצתי בלבד.

56. ניתן לבסס את עקרון ההעדפה האמור גם על רעיון של צדק חלוקתי. שיקולי צדק חלוקתי מתייחסים לאופן חלוקתם הצודקת של טובין ונטלים שונים בין פרטי החברה (ראו ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פסקאות 38-40 לפסק דינו של השופט ריבלין (2005) (להלן – ענין אבו-חנא); פורת קיבוצית 331). הגישה המעדיפה את התובע-הניזוק החף על פני הנתבע-הרשלן משקפת שיקול רחב של צדק חלוקתי חברתי ראוי. שיקולים "דיסטריבוטיביים" עניינם גם ב"העדפת ניזוק חף על פני מזיק 'אפשרי' אשם" (פורת קיבוצית, 371 וראו גם בעמ' 386; ראו גם פורת 597-596; דברי השופט חשין בענין דעקה, 624ג). גישה זו מוצאת את ביטוייה סביבתיים 597-596; דברי השופט חשין בענין דעקה, 624ג). גישה זו מוצאת את ביטוייה בדרך של פיצוי לפי הסתברות כמשענת לניזוק החף, תחת החלופה השוללת ממנו פיצוי כלשהו. אין בהגדרה זו דבר המגביל פיצוי לפי הסתברות למקרה קבוצתי בלבד.

57. חברי המשנה לנשיאה מדגיש אף הוא את חשיבותו של עקרון הצדק המתקן כמצדיק פיצוי לפי הסתברות, שכן לדבריו אם לא יינתן פיצוי ולו חלקי, "ההפרה נותרת אפוא 'תלויה באוויר'" (פסקה 23 לפסק דינו). לכך אני מסכימה. אלא שכאמור לדעת חברי מן הראוי לתקן את ההפרה רק מקום בו מדובר "בהפרה רחבה של זכויות-ניזוקים הנותרת ללא תגובה נזיקית מתקנת" (שם, שם). דעתי כאמור שונה, ואעמוד בהרחבה על הטעמים לכך.

58. ראשית, גישתו של חברי שמה במרכז שיקולי הצדק המתקן את המזיק: חברי מתמקד בהתנהגותו של המזיק בציניו כי פיצוי לפי הסתברות מאפשר "לאמוד, ולו בקירוב, את הנזק האמיתי שהמזיק הסב לקבוצת הניזוקים" (פסקה 23 לפסק דינו);

חברי מוותר על התאמת הפיצוי לניזוק בפועל שכן "הפיצוי אינו משולם לניזוקים שבהם פגע בלבד אלא הוא מתפרש על-פני קבוצת הניזוקים שנחשפו לסיכון החוזר והמשותף" (פסקה 25 לפסק דינו) וכי "העובדה כי כלל זה מוביל לפיצוי ניזוקים שנזקם לא נגרם [על-ידי המזיק] אינה מעלה ואינה מורידה לענין זה" (פסקה 26). המבחן התוחם המוצע על ידי חברי מביא אפוא למסקנה כי המזיק משלם בגין מלוא הנזק שגרם, ואילו הניזוק מקבל פיצוי כלשהו, לעיתים פיצוי חסר ולעיתים פיצוי יתר. יישום זה מתאים לטעמי יותר לעקרון של צדק מעניש מאשר לעקרון של צדק מתקן. אכן, צדק מעניש מתמקד במזיק (פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 617) ואילו צדק מתקן מתמקד בניזוק (ענין חמד, 520 ד (השופט ריבלין)).

לעומת זאת, ההגדרה אותה אני מציעה לאמץ לצדק מתקן מתמקדת, כאמור, בתיקון מצבו של הניזוק. עליה לשאוף ל"תיקון מצבו של הניזוק, ולו-גם על חשבון שינוי-לרעה במצבו של המעוול". הגדרה זו אינה זונחת את מטרת תיקון מצבו של הניזוק גם במקרה הבודד. ואכן, ישנם מלומדים המחזיקים בהגדרה של צדק מתקן המצדיקה פיצוי לפי הסתברות בנסיבות מסוימות גם במקרה הבודד (ולו מטעמים אחרים, ראו למשל גישתו של Schroeder לצדק מתקן: Christopher H. Schroeder, Corrective Justice and Liability for Increasing Risks, 37 UCLA L. Rev. 439 (1990); Schroeder, Causation, p. 354-360; ראו גם שנוור זיהומים סביבתיים 581; שטיין סיבתיות עמומה 770 בהערת שוליים 40).

59. שנית, וכאמור, גישתו של חברי "תפורה" לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. יתכן שההגבלה למקרה הקבוצתי אכן הולמת קטיגוריה זו המאופיינת בקיומה של קבוצת ניזוקים (ראו עניין Agent Orange הנזכר בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק). ואולם, תשובה לקטיגוריה אחת אינה מהווה בהכרח תשובה הולמת לקטיגוריה שנייה. הקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, בה עסקינן בפרשה שבפנינו, אינה מאופיינת בקיומה של קבוצת ניזוקים ולכן גם התשובה אינה צריכה להיות מותנית בקיומה של קבוצת ניזוקים. המאפיינים של הבעיה שונים ולכן גם התשובה שונה.

60. שלישית, יישום המגבלה "הקבוצתית" לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, הוא לטעמי בלתי-פרקטי. כיצד ניתן להטיל על התובע חובה להוכיח דבר מה ביחס ל"קבוצת ניזוקים", שאין לו כל ידיעה לגבי קיומה ומאפייניה? האם קיים לכך הליך דיוני מתאים בדין הקיים? ואם לא, האם וכיצד יש ליצור הליך דיוני מיוחד למטרה זו? (ראו סטיבן גולדשטיין וטליה פישר "יחסי הגומלין בין

תביעות המוניות לתובענות ייצוגיות: היבטים בסדרי דין" משפטים לד 21 (2004); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301 (2004); פורת קיבוצית 384-385). לכאורה, גישתו של חברי ה"מציבה את התובע במקום שבו הוא משמש מעין 'תובע ייצוגי' אינה משתלבת בדין הדיוני הקיים בישראל ביחס לתובענות ייצוגיות, שלעת הזו אינו מכיר בתובענה ייצוגית המבוססת על עילה נזיקית (ראו פסקה 28 לפסק דינו של המשנה לנשיאה).

גם אם ניתן להתגבר על קשיים דיוניים אלה, הרי שבמישור הצדק המתקן אין כל עדיפות בעיני לקיומו של הליך הקבוצתי: ניתן להשיג צדק מתקן ביחס לשיטה כולה על בסיס הצטברות של פסקי דין במקרה הבודד. דומה כי גם במישור המעשי אין לגישת חברי עדיפות, כיוון שאפילו אם יתקיים הליך קבוצתי, סביר מאוד להניח כי יהיו הבדלים בין תובעים שונים באשר לאינדיקציות לנזק אצל כל אחד מהם כך שלא יהיה מנוס בסופו של דבר מבירור אינדיבידואלי, ולו חלקי.

61. לסיכום: תכלית השגת עקרון הצדק המתקן אינה מחייבת נטישת הפתרון האינדיבידואלי ומעבר להליך קבוצתי או ייצוגי. לגישתי, ניתן להשיג את תכליות דיני הנזיקין גם בפתרון של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד-האינדיבידואלי. הבחירה בפתרון "הקבוצתי" מביאה לדעתי לויתור על האפשרות להשיג פתרון צודק במקרה אינדיבידואלי ולכך אין לדעתי מקום.

62. ערה אני לחשש שהובע מפני "פריצת גבולות" (ראו בתמצית, גלעד הערות לקודקס, 781). כיוון שהטעם העיקרי העומד בבסיס פסק דיני הוא שיקול הצדק המתקן, מוצאת אני לנכון לקבוע את הסייג הבא: בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, ובשלב זה של התפתחות ההלכה, חריג הפיצוי לפי הסתברות אותו אני מבקשת לאמץ בדיני הנזיקין, יהיה מותנה בקיומו של נזק גוף. נזק גוף בלתי-מפוצה הוא הקרקע החזקה ביותר ליישום שיקול הצדק המתקן לטובת הכרה בחריג של פיצוי לפי הסתברות (על שיקולים הנובעים מערך קדושת החיים וחשיבותו ראו ענין מזיאר, בעמ' 1333 (השופט זילברג), 1335-ג-1336 א (השופט לנדוי), 1337 ד (השופט ויתקון); ראו והשוו גם Margaret T. Mangan, "Comment, The Loss of Chance Doctrine: A Small Price to Pay For Human Life", 42 S.D.L. Rev. 279 (1997). בשלב זה של התפתחות ההלכה אני סבורה שיש להשאיר בצריך עיון את השאלה אם החריג חל בנסיבות של רשלנות שאינה כרוכה בנזק גוף מוכח, כיוון שנושא זה אינו עולה מעניין מלול (לגישות שונות במשפט המשווה בארה"ב ובאנגליה ראו בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות

והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 855, 881-883 (2007) (להלן – שמואלי, שפירא ופוקס); לגבי חריג של פיצוי יחסי בגין נזקי רכוש ראו פורת ספר השנה (247). ערה אני לכך שניתן למתוח ביקורת על גישה זו ולטעון, כי פתרון עקבי מחייב החלה על כל ענפי הנזיקין, ויש שיאמרו גם על כל ענפי המשפט; אחרים עשויים לטעון להיפך, כי העקביות מחייבת דווקא את דחיית הפתרון המוצע, או אי בחירה בפתרון כלל. כשלעצמי סבורה אני שבסוגיה סבוכה זו יש לצעוד עקב בצד אגודל, תוך הפקת לקחים. בתוך הקטגוריה של תביעה בגין נזקי גוף, איני רואה מקום לצמצום פסיקת פיצוי לפי הסתברות לעילת רשלנות רפואית בלבד, ועל כך – בהרחבה – להלן.

כעת אחזור לשיקול מדיניות מרכזי נוסף לדיני הנזיקין – שיקול ההרתעה.

ב. הצדקה שניה: הרתעה

63. בבסיסם של שיקולי הרתעה אופטימלית גלום הרעיון כי אחריות נזיקית ראוי שתוטל באופן שיתרום לכך שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר (פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 607; פורת קיבוצית 344).

64. לעניין קביעת יסוד ההתרשלות, נפסק כי עקרון ההרתעה הוא מרכיב הכרחי אך איננו חזות הכל. עקרון ההרתעה משתלב ב"נוסחתו" של השופט לרנד האנד (Learned Hand) לקיומה של התרשלות, על פיה, על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק, בשיעור הנזק ובהוצאות למניעת הנזק (ראו עניין חמד, 511א). באותו עניין הבהיר הנשיא ברק כי "אין לקבוע את מושג הסבירות בנוסחה זו או אחרת... האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי" (שם, 511ג). השופט ריבלין ציין באותו עניין כי הנוסחה "אינה חייבת לצמצם עצמה אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית" שכן "פגיעה בצדק – היא עלות, צדק מתקן – הוא תועלת" (שם, 519ה).

כאמור, בענייננו נקודת המוצא היא כי הוכחה התרשלות, בין היתר, תוך התחשבות בשיקולי הרתעה. אי-הוודאות היא ביסוד הקשר הסיבתי, ודומה כי גם ביסוד זה עקרון ההרתעה ושיקולים של יעילות כלכלית אינם חזות הכל.

65. קיימת מחלוקת לגבי ההגדרה של הרתעה אופטימלית וגבולותיה בדיני הנזיקין (ראו ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנזיקין" משפטים כב 421 (תשנ"ג); Israel Gilead, "Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost", 17 Int'l Rev. L. & Econ. 589, 591-600 (1997); כן ראו תמצית

המחלוקת אצל פורת קיבוצית (346). עם זאת, כמסגרת חשיבה, מובן החשש כי חיוב אדם לשאת בפחות מהנזקים שגרם להם בפועל תביא להרתעת חסר. בהתאם מובן גם החשש כי חיוב אדם בגין נזקים שלא גרם להם בפועל תביא להרתעת יתר, דהיינו לפגיעה בלתי מוצדקת בהתנהגויות ראויות, ובהקשר של רשלנות רפואית, ל"רפואה מתגוננת" (גלעד וגוטל, 386; גלעד קשר סיבתי עובדתי 287). יש הסבורים כי הרתעת יתר עלולה להיות גרועה יותר מהרתעת חסר או מהיעדר הרתעה כלשהי (ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל 317, 321 (תש"ס) (להלן – גלעד האם הורם נטל השכנוע)).

על בסיס חשיבה זה היתה מקובלת התפיסה, ביחס לקשר סיבתי עובדתי, כי שיטת "הכל או לא כלום" תביא להרתעה אופטימלית (ראו פורת קיבוצית, 349-351). בתפיסה זו נתגלו בקיעים והובעה הסברה כי שיטה של פיצוי יחסי עשויה אף היא להביא, בנסיבות מסוימות, להרתעה אופטימלית (ראו J. Makdissi "Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability" 67 N.C.L. Rev. 1063, 1067-1069 (1988); S. Shavell "Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability" 28 J.L. & Econ. 587, 589, 594-596 (1985) David Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: (להלן – 711) ; A 'Public Law' Vision of the Tort System" 97 Harv. L. Rev. 849, 862-866 (1984) (להלן – רוזנברג); שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האמנם 'הכל או לא כלום'?" עלי משפט ג 531, 604-605 (תשס"ד) (להלן – לבנוני) והאסמכתאות שם).

66. בהתבסס על הספרות המשפטית קובע חברי המשנה לנשיאה כי פיצוי יחסי יביא להרתעה אופטימלית אך ורק בנסיבות של אירוע "חוזר ומשותף" (פסקה 25 לפסק דינו) ואך ורק אם קיימת "מחלקה" של מקרים לגביה כלל מאזן ההסתברויות מעדיף באופן עקבי את אחד הצדדים בכל הנוגע לשאלת קיומו או היעדר של קשר סיבתי עובדתי (פסקה 30 לפסק דינו). על רעיון דומה עמד באחרונה ד"ר שנוור, בציינו כי עקרון ההרתעה עשוי להצדיק פיצוי לפי הסתברות כאשר –

"עוסקים בפעילות חוזרת שמעלה את הסיכון להתרחשות של נזק, וההסתברות לקיומו של קשר סיבתי בין הפעילות לבין כל נזק ונזק נמצאות תמיד מאותו צד של קו ה-50%" (שנוור הבטיח העיוני 211 וכן בעמ' 217; ראו גם פורת קיבוצית 352).

על רעיון ההטיה עמד קודם לכן פרופ' פורת, אשר בחן האם הענקת פיצוי לפי סיכוי מוצדקת משיקולי הרתעה, וציין:

"אם יש חשש מהטיה המניעה את בתי-משפט למיין, למשל, את רוב מקרי אי-הוודאות לקבוצת המקרים שבהם הסיכוי שהרשלנות הרפואית גרמה לנזק נמוך מ-50%, שיטת האחריות לפי סיכוי עדיפה" (ראו פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 629; כן ראו שם בעמ' 635 יישום מבחנים של "שיטתיות גרם הנזק" ו"הסתברות אופיינית פחותה מ-50%" ביחס לעוולות המוניות).

בהתאם ציינו גם הפרופ' שטיין ופרופ' פורת, כי ההצדקות לכלל של "הכל או

כלום" –

"[D]oes not apply to cases featuring a pattern of recurrent transgression. In such cases, the dichotomous framework of 'yes or no' may lead to a systematic rather than merely occasional distortion in allocating losses in society. This distortion would occur in a group of similar cases that exhibit an asymmetry between the cases in which the 'all or nothing' approach favours the wrongdoers and the cases in which this approach favours the victims... Application of the 'all or nothing' approach in [a recurrent-event category] would lead to a systematic dismissal of lawsuits, that is, to a large-scale denial of compensation to tort victims and to a massive escape of wrongdoers from liability in torts. At its other extreme, this approach would lead to both excessive compensation of victims and excessive liability of wrongdoers. This outcome would amount to both injustice and inefficiency" (Porat & Stein on Fairchild 695; 671-672 בעמ' 695; 671-672)

המסקנה העולה מדברים אלה ברורה: עקרון ההרתעה הוא-הוא הבסיס הרעיוני למבחן ההטייה הנשנית ותכליתו היא מניעת הרתעת-חוסר כתוצאה מהפעלת הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות במקרה הקבוצתי (ראו גם פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 624, 635, 636 בהערת שוליים 77), תוך צמצום החשש מפני הרתעת-יתר וזאת על ידי הגבלת פסיקת הפיצוי רק למקרים של נזק חוזר ונשנה (ראו גם Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs", 19 J. Legal Stud. 691, 691-692, Saul Levmore "705-710 (1990) (להלן – Levmore); 126-127; (Porat & Stein, 126-127).

אימוץ גישה זו מביא, לכאורה, להתנגשות בין עקרון הצדק המתקן, שאינו מגביל פיצוי לפי הסתברות למקרה הקבוצתי, לבין עקרון ההרתעה המגביל פיצוי כאמור. התשובה להתנגשות זו תימצא בנימוקים הבאים.

67. ראשית, עקרון ההרתעה, כשלעצמו, אינו מגביל את מתן הפיצוי לפי הסתברות, בהכרח, למקרה קבוצתי. גם במקרה הבודד הקפדה על הכלל הרגיל של "הכל או לא כלום" עלולה להביא לשחרור המעוול מאחריותו בעוד הניזוק לא יקבל פיצוי כלשהו. במקרים מסוימים עקרון ההרתעה מצדיק פיצוי חלקי, ללא הבחנה בין מקרה קבוצתי למקרה בודד, וזאת כדי למנוע הרתעת-חסר:

"אחת ההצדקות המרכזיות להחלתו של עקרון האחריות ההסתברותית היא החשש מהרתעת-חסר: מזיק הגורם נזקים אשר באופן טיפוסי לא ניתן להוכיח על פי עודף הסתברויות שהם קשורים סיבתית להתנהגותו העוולתית יחסר תמריצים יעילים להפחתתם כל עוד חל הכלל של עודף ההסתברויות. עקרון האחריות ההסתברותית, לעומת זאת, יגרום לכך שהמזיק יפנים מלכתחילה את הסיכון שהוא גורם בהתנהגותו, וקיים סיכוי טוב יותר שתמריציו יהיו יעילים" (ראו אריאל פורת "אחריות מופרזת, קיזוז סיכונים ורפואה מגננתית" עיוני משפט ל 9, 17 (2006) (להלן – פורת אחריות מופרזת)).

אם כך, מהו הטעם למגבלה הקבוצתית? פרופ' שטיין ופרופ' פורת, כדעת חברי המשנה לנשיאה, מגבילים אף הם את החריג למקרה הקבוצתי, כיוון שהם סבורים שהחלת הכלל הרגיל של "הכל או כלום" במקרה הבודד אינה גורמת נזק משמעותי:

"Settling a single liability issue by either 'yes' or 'no' is not the same as settling one thousand liability issues by a thousand 'yes's' or 'no's'. In a single-event category of cases, the injustice and the inefficiency are merely a statistical possibility that materializes sporadically in a world far removed from the judge's desk. In a recurrent-event category, the judge's signature certifying 'yes' or 'no' also certifies the level of concrete injustice and inefficiency in the immediate reality." (Porat & Stein on Fairchild, 671)

הנמקה זו – לפיה חוסר הצדק וחוסר היעילות במקרה הבודד "רחוקים משולחנו של השופט" – אינה תואמת את השקפתי בעניין תפקידו של שופט. כל מקרה המגיע לשולחנו של שופט הוא כל עולמו של המתדיין וההכרעה בו אינה תלויה, ואינה צריכה להיות תלויה לטעמי, בקיומם או בהיעדרם של מקרים דומים לשלו. התביעה היא

אישיות ולא יצוגית; העילה היא אישיות ולא קבוצתית; חוסר הצדק וחוסר היעילות הם אישיים ולא קבוצתיים. אל להם לשיקולי המדיניות להתעלם מן המקרה הבודד כמקרה "זניח".

יוער, כי הקריטריון ה"קבוצתי" מבוסס בין השאר על התנאי של מקרה חוזר ונשנה. קריטריון זה הוא מלאכותי בעיני. הוא משקף שיקול דיוני ולא מהותי. כך למשל, במקרה של תביעה בגין רשלנות רפואית שמתעוררת בה בעיית הסיבתיות העמומה, מציין פרופ' פורת כי ניתן להסב את התביעה מן הקטיגוריה הבודדת לקטיגוריה הקבוצתית באמצעות שינוי שם הנתבע מן הרופא הבודד לבית החולים שבו הוא מועסק או באמצעות דוקטרינה של אחריות שילוחית (ראו פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 635, ראו גם Porat & Stein on Fairchild, 682, בהערת שוליים 41). מובן כי שינוי זה הוא שינוי דיוני, בעוד העילה המהותית של הניזוק – קיומה של התרשלות כלפיו – נותרת בעינה.

68. שנית, ועיקר: יש לזכור כי אנו בודקים את הקשר הסיבתי העובדתי, לאחר שכבר הוכחה התרשלות תוך התחשבות בין היתר בשיקול ההרתעה ב"נוסחת הנד". יש ממשק בין שיקול ההרתעה בשלב קביעת ההתרשלות לשיקול ההרתעה בשלב קביעת הקשר הסיבתי. בסופו של דבר אלה אותם שיקולי הרתעה. כאשר הנתבע יוצא פטור מאחריות מחמת עמימות סיבתית, מתרוקן מתוכן שיקול ההרתעה שהנחה אותנו בקביעת ההתרשלות. הקביעה ש"הנתבע לא נקט באמצעי זהירות מספקים ולפיכך התרשל" אינה מתורגמת לקביעת פיצוי כלשהו בגין הפרת חובת הזהירות במישור הסעד והמתרשל חומק למעשה מכל חובת פיצוי. תוצאה זו חותרת תחת אותו עקרון ההרתעה אשר הנחה אותנו בשלב קביעת ההתרשלות:

"[I]f the defendant is allowed to exploit the inherent evidential difficulty as a defence to his breach of duty, the duty will in effect be unenforceable" (529, וינריב,

נקודה חשובה זו עולה מפסק דין אנגלי בעניין McGhee v National Coal Board (להלן – עניין McGhee) [1973] 1 WLR 1 (לדיון מפורט בפסק הדין ראו M. Hogg, Digest of European Tort Law, 419-421). באותו מקרה עובד שעסק בניקוי אסבסט וחלה בסרטן תבע את מעבידו בגין רשלנות באי-הצבת מקלחות שטיפה לעובדים. התובע טען כי אילו היו מוצבות מקלחות במקום העבודה, הוא היה מתרחץ ומוריד מעורו את האסבסט, אך כיוון שלא היו מקלחות כאלה, הוא נאלץ לנסוע עד לביתו כשהאסבסט לעורו. הידע המדעי באותו זמן לא אפשר להוכיח קיומו של קשר סיבתי

עובדתי בין ההתרשלות לבין הנזק, דהיינו, אם הצבת מקלחות היתה מונעת את התפתחות מחלת הסרטן. זהו אפוא מקרה מובהק של סיבתיות עמומה "מדעית" כתוצאה ממגבלות מדע הרפואה (ראו דברי הלורד Rodger בעניין Fairchild בפסקה 153; כן ראו Oliphant, בעמ' 789). בית הלורדים חייב את המעביד לפצות את העובד בקביעה כי די בכך שאי-הצבת המקלחות הגבירה את משך החשיפה של העובד לסיכון מפני אסבסט המוכר כגורם סיכון אפשרי למחלה. הלורד Kilbrandon הסביר כי זהו מקרה של סיבתיות עמומה:

"This is a case in which the actual chain of events in the man's body leading up to the injury is not clearly known... The pursuer has, after all, only to satisfy the court of a probability, not to demonstrate an irrefragable chain of causation, which in a case of dermatitis, in the present state of medical knowledge, he could probably never do" (p. 10C-G)

הלורד Simon קבע כי אם יצא המתרשל פטור במצב זה של סיבתיות עמומה, לאחר שהוכחה התרשלות באי-נקיטת אמצעי זהירות מחייבים, יינתן בכך היתר שיפוטי להתעלמות של מעסיקים מנקיטת אותם אמצעי זהירות:

"[I]n this type of case a stark distinction between breach of duty and causation is unreal. If the provision of shower baths was (as the evidence showed) a precaution which any reasonable employer in the respondents' position would take, it means that such employer should have foreseen that failure to take the precaution would, more probably than not, substantially contribute towards injury; this is sufficient prima facie evidence... To hold otherwise would mean that the respondents were under a legal duty which they could, in the present state of medical knowledge, with impunity ignore." (p. 8E and 9B)

הלורד Salmon הצטרף לנימוק זה וציין כי אם תידחה התביעה –

"[I]t would mean that in the present state of medical knowledge... an employer would be permitted by the law to disregard with impunity his duty to take reasonable care for the safety of his employees." (p. 12G)

הלורד Wilberforce הגיע אף הוא למסקנה כי על המעביד לפצות את התובע, אך בנימוק אחר – עליו עמדנו בפרק הדן בעקרון הצדק המתקן – והוא העדפת הניזוק החף על פני מי שהוכחה התרשלותו:

“[I]t is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause... In many cases, of which the present is typical, this is impossible to prove, just because honest medical opinion cannot segregate the causes of an illness between compound causes. And if one asks which of the parties, the workman or the employers, should suffer from this inherent evidential difficulty, the answer as a matter of policy or justice should be that it is the creator of the risk who, ex hypothesi must be taken to have foreseen the possibility of damage, who should bear its consequences.” (p. 6D-F).

על נימוק זה חזר הלורד Bingham בעניין Fairchild תוך שהוא מפנה לעניין

: McGhee

“I am of opinion that such injustice as may be involved in imposing liability on a duty-breaking employer in these circumstances is heavily outweighed by the injustice of denying redress to a victim” (Fairchild, para. 33)

העולה מן האמור הוא שפסיקת פיצוי יחסי במקרה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק מגשימה ומשלימה את הקביעה בדבר קיומה של התרשלות, שנקבעה בין היתר על בסיס שיקולי הרתעה.

69. שלישיית, גם אם קיימת פגיעה מסויימת בעקרון ההרתעה, הרי שכאמור, עקרון ההרתעה איננו חזות הכל: “גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכל במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן” (ע”א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע”מ נ’ פידיאס אחזקות בע”מ, פ”ד נג(3) 180, פסקה 23 לפסק דינו של השופט אנגלרד (1999)). שיקול מדיניות של הרתעה כשלעצמו, במקרה הבודד, הוא חלש בהשוואה לשיקול המרכזי של צדק מתקן. הטעם לכך הוא שהטלת אחריות בדרגה כלשהי אינה מורידה ואינה מעלה לעניין השגת מטרת ההרתעה במקרה שהוא בודד וחריג מטבעו, שסיכויי הישנותו בעתיד מלכתחילה הם קלושים (ראו והשוו פורת

קיבוצית 355 ו-360). לכן גם אם יינתן פיצוי-יתר לניזוק לא יהיה בכך כדי לפגוע פגיעה של ממש בעקרון ההתרעה.

70. לסיכום: גם כאן עלינו להיעזר בשיקול הרע במיעוטו. גישתו של חברי המשנה לנשיאה, השוללת פיצוי כלשהו במקרה בודד שאיננו בא בגדר "מקרה קבוצתי" על בסיס שיקול ההרתעה, מביאה לטעמי לפיצוי חסר תוך פגיעה בעקרון ההרתעה האופטימלית במקרה הבודד (למעשה, הדבר מביא להרתעת-חסר). גישתו פוטרת את המתרחש מכל אחריות ובכך נותנת "אור ירוק" לגרימת נזקים עוולתיים במקרה הבודד (ראו והשוו פורת תביעות בגין נזקי עישון 484; פורת מדע או משפט 362; שנוור זיהומים סביבתיים 574). גישתי, החלה הן במקרה הקבוצתי והן במקרה הבודד, מביאה לפגיעה חלשה בעקרון ההרתעה האופטימלית במקרה הבודד (למעשה, במקרים מסוימים, הדבר מביא להרתעת יתר). זוהי פגיעה חלשה ומלאכותית (ראו הנימוק השלישי לעיל) הנתמכת בשיקול מרכזי של צדק מתקן.

אשר על כן, גם בהיבט ההרתעה קיימת הצדקה לפיצוי חלקי במקרה הבודד, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. זאת, בייחוד כאשר גישתי בעניין מלול מוגבלת, לעת הזו, למקרה של בו הוכיח התובע קיומו של נזק גוף. במקרה שבו הנזק הוא נזק גוף ניתן לקבל בהבנה מידה מסוימת של הרתעת-יתר. כך גם בהיבט הצדק המתקן. בכך ניכרת העדפה של רעיון פיצוי הניזוק בגין נזקיו, ולו פיצוי חלקי, על פני היעדר-פיצוי כלל, "אפילו יש בכך משום חיוב המזיק ביותר מכפי הנזקים שגרם" (ראו פורת ספר השנה 245; ראו והשוו שנוור זיהומים סביבתיים 591-592). לגישתי, אף אם פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד עלולה לגרום בנסיבות מסוימות לפגיעה בעקרון ההרתעה (ואיני סבורה שכך הדבר) הרי שמחיר הרתעת-היתר במקרה הבודד נמוך מן התועלת הגלומה בערכים שמקדם מתן הפיצוי היחסי, במונחים של צדק מתקן והגינות.

ג. הצדקה שלישית: צמצום עצמת הטעויות המשפטיות

71. שיקול חשוב נוסף בענייננו, אותו מזכיר חברי המשנה לנשיאה בקצרה ובסמיכות לעקרון ההרתעה, הוא צמצום העלויות של הכרעות שיפוטיות שגויות (פסקה 26 לפסק דינו). אקדיש לכך כמה מילים. גם בעניין זה ישנו שוני בין גישת חברי המשנה לנשיאה לגישתי.

72. כשבית המשפט מכריע על סמך תמונה עובדתית שאינה מלאה, ובייחוד כאשר קיימת סיבתיות עמומה, ההכרעה העובדתית עלולה שלא להתאים למציאות. עקב "טעות" מסוג זה, תביעה מוצדקת עלולה להידחות, ותביעה בלתי-מוצדקת עלולה להתקבל. בהתאם לכך, עלול להיפסק פיצוי-חסר או פיצוי-יתר באופן הפוגע בהרתעה האופטימלית ומכאן הקרבה לשיקול עקרון ההרתעה (ראו והשוו פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 625). כלל מאזן ההסתברויות, ודומה שגם המגבלה הקבוצתית המוצעת על-ידי חברי המשנה לנשיאה, נועדו לצמצם את כמות הטעויות המשפטיות (ראו D. Kaye "The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation" 1982 Am. B. Found. Res. J. 487, 492-494, 496-500, 507-508 (1982) (להלן – Kaye)).

אולם גישת צמצום כמות הטעויות המשפטיות אינה הגישה היחידה האפשרית. תיתכן גישה אחרת, שנועדה לצמצם את עצמת הטעות המשפטית במקרה הבודד, קרי להפחית את מספר "הטעויות הגדולות". לפי גישה זו, האפקט של הטעות המשפטית על הפרט הבודד יהיה נמוך יותר, ואולי אף "מידתי" יותר. ד"ר שנור היטיב להסביר גישה זו:

"כלל הכרעה רצוי לפי גישה זו הוא כלל הכרעה שממזער את מספר הפעמים שבהם בית המשפט יעשה טעויות שהשפעתן על חיי המעורבים גדולה מאוד (טעויות גדולות), ולו במחיר יותר טעויות שמשמעותן לגביי חיי המעורבים היא שולית או קטנה (טעויות קטנות). השקפה זו על מטרתו של כלל ההכרעה הרצוי נובעת מכך שלטעות גדולה של בית המשפט יש הרבה מאוד עלויות שניוניות על חיי המעורבים, בעוד שהרבה טעויות קטנות לא יגרמו לעלויות כאלו. ניתן לומר כי הפחתת גודל הטעויות מביאה לפיזור הנזקים הנגרמים מפעילות השיפוט, תוך חלוקתם בדרך צודקת יותר בין כלל הנהנים מהפעילות השיפוטית... אם מטרת כלל ההכרעה המשפטי היא להפחית את עלות הטעויות או לפזרן בצורה צודקת, על הכלל להפחית את מספר הטעויות הגדולות, וכלל הכרעה הסתברותי אכן עושה זאת. שכן, כאשר בית המשפט פוסק בהתאם לכלל הסתברותי וטועה, יהיה כמעט תמיד היקף הטעות קטן יותר מאשר אילו טעה בית המשפט לפי כלל ההכרעה הרגיל. שהרי לפי כלל ההכרעה ההסתברותי יגיע תמיד חלק מן הכסף שעל גורלו יש להכריע, לידי הצד הצודק" (שנור זיהומים סביבתיים, 588; ראו גם לבנוני 599-600).

ואכן, יש הסבורים כי הטלת אחריות חלקית בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק תקטין את עצמת הטעויות המשפטיות, ובכך תביא גם להרתעה אופטימלית (לדיון בסוגיה זו ראו שנוור זיהומים סביבתיים 587-589 והאסמכתאות שם, המפנה בין היתר ל-Kaye בעמ' 496-500 ו-507-508; שוול 587, 590-606 Michael; Abramowicz, A Compromise Approach to Compromise Verdicts, 89 Calif. L. Rev. (2001) 231, 239-248 (להלן – אברמוביץ)).

הבחירה ביעד של צמצום עצמת הטעות המשפטית והעדפתו על פני יעד של צמצום כמות הטעות המשפטית, היא בחירה ערכית, העשויה להצדיק אף היא הטלת האחריות חלקית משיקולי הרתעה גם במקרה הבודד. אבאר.

73. במצב של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, לא ניתן להגשים כדבעי את תפקידו הבסיסי של בית המשפט לקבוע את העובדות שהתרחשו ("האמת העובדתית") ועל-פיהן לגזור את הדין ("האמת המשפטית"); להבחנה עתיקת היומין בין האמת העובדתית לאמת המשפטית, ולכורה המחייב את המשפט להשלים עם הפער המובנה שבין שתי אלה, ראו למשל: ע"א 323/98 שרון נ' בנוימן, פ"ד נו(3) 245, 260 (2002); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 40, 89-87 (1998); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית" – מניעת מידע מביית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (תש"ס)).

הטעם לכך הוא שבמצב של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, לא די בכך שבית המשפט נדרש להעריך התרחשות עובדתית-היפוטטית במקרה של מחדל רשלני בעבר (קרי, להעריך מה היה קורה אלמלא ההתרחשות, ראו ענין דעקה, 589 (השופט שטרסברג-כהן); והשוו ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר - משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, 719 (1997) (להלן – ענין אבו סעדה); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, 145 (1982) (להלן – ענין ועקנין); גלעד הסיבתיות 17); בית המשפט אף אינו יודע בכלל - ולא ניתן לדעת כלל - מהן העובדות שאירעו בפועל (קרי, מהי "האמת העובדתית" בעניין הליך הגרימה שהתרחש בפועל). לפיכך קיים סיכון שההכרעה המשפטית תהיה שגויה במובן זה שלא תשקף את המצב העובדתי לאשורו (ראו גלעד הערות לקודקס 781; פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 631).

ואולם, חובתו של בית המשפט להכריע בסכסוך במגבלות הידע הקיים. תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא פתרון הסכסוך (ראו שלמה לויין תורת הפרוצדורה

האזרחית מבוא ועקרונות יסוד 76-73 (מהדורה שניה, 2008)) ועל בית המשפט להגשים תפקיד זה גם בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק (שנור הבסיס העיוני 187). הדבר נעשה על ידי חלוקת הסיכון להכרעה עובדתית "מוטעית" בין התובע לנתבע שהתרשל (ראו שנור הבסיס העיוני 209).

74. הן כלל מאזן ההסתברויות והן כלל של פיצוי לפי הסתברות הם כללי הכרעה ערכיים שנועדו לחלק, בצורה זו או אחרת, את הסיכון האמור. חלוקת סיכוני הטעות וגזירת הדין במצב של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק נעשית על בסיס שיקולי מדיניות, תוך הסתייעות בראיות הקיימות ככל שישנן (ראו והשוו שנור זיהומים סביבתיים 573). בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, השאלה איזה מבין המבחנים (מבחן מאזן ההסתברויות או מבחן הפיצוי לפי הסתברות) יחלק את סיכון הטעות טוב יותר לצורך דרישת ההוכחה לקיומו של קשר סיבתי עובדתי, היא שאלה הנתונה להכרעה ערכית. האמירה, כי רק אחד משני המבחנים מקיים את דרישת הקשר הסיבתי העובדתי, משקפת "אמת משפטית" שביסודה שיקולי מדיניות. אכן, גם בקטיגוריה זו דרישת הקשר הסיבתי העובדתי מתמלאת ומוכרעת לפי שיקולי מדיניות:

"[C]ause-in-fact issue may quite often raise questions of legal policy that are even more challenging than questions of legal causation"
(גלעד קשר סיבתי עובדתי 279)

כפי שהכלל נקבע על-פי שיקולי המדיניות, כך גם החריג נקבע על-פי שיקולי

מדיניות:

"Though the *conditio sine qua non* test is in many ways factual, the deviation from the test in multi-causation cases, in particular, is driven by legal and policy considerations" (C. Van Dam, *European Tort Law*, 270 (2006))

אלה הם שיקולי המדיניות של דיני הנזיקין ובראשם עקרון הצדק המתקן. מבחני הקשר הסיבתי העובדתי אף הם כאמור מבחנים נורמטיביים שתכליתם להשיג צדק והוגנות:

"The determination of what happened is in a judicial context not in itself a process that is infected with the higher views of policy. But that is not to say that there can be no interplay between these higher issues and the cause in fact question. For, after all, the very existence of the cause in fact inquiry is the expression of certain more abstract considerations of fairness. At

stake is a balance between the innocent victim's claim to be compensated and the freedom of the defendant to be as wicked as he likes as long as no injurious consequences flow from that wickedness. The weighing of these competing interests is, of course, not a value-free process... [W]e must always be prepared to test the cause in fact process against the underlying policies and purposes that it embodies, and to adjust the ordinary method of dealing with cause in fact if it fails adequately to reflect our more basic notions of fairness" (וינריב, 530)

קיימת זיקה בין הסוגיה של כמות הטעויות המשפטיות ועצמתן לבין עקרון הצדק המתקן. "המשפט כידוע אינו מערכת טהורה של טיעונים לוגיים אלא אמצעי להכרעה צודקת וראויה בסכסוכים" (גלעד האם הורם נטל השכנוע, 348 בהערת שוליים 112). לכן כאשר לא ניתן לדעת מהי התשובה "הנכונה" (האמת העובדתית), וזהו המצב בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, ולמעשה אין מנוס מהכרעה משפטית שיש בה סטייה מן האמת העובדתית (בין אם בכמות ובין אם בעוצמה), על השופט ליתן את התשובה "הצודקת", ובכך להגשים את התפקיד של בית המשפט להכריע בסכסוך הכרעה צודקת.

75. לדעתי, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, פסיקת פיצוי לפי הסתברות משקפת "אמת משפטית" כפי שראוי לראותה - מההצדקות שנזכרו לעיל - לצורך הסכסוך הספציפי העומד לדיון. אין רבותא בכך שבעולם המציאות לא קיים "קשר סיבתי לחצאין" (כלשונו של השופט מצא בעניין ואתורי, 191; ראו גם פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 631; שנוור זיהומים סביבתיים 587). בעולם המשפט ולצרכים משפטיים אין מניעה להכיר ב"קשר סיבתי לחצאין" במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, שבהם ניצב יוצר סיכון רשלן מול ניזוק תמים וההתחקות אחר תהליך הגרימה שהתרחש בעולם המציאות אינה אפשרית, אפילו בקירוב. דעתי זו משקפת הכרעה ערכית המעדיפה את יעד צמצום עצמת הטעות המשפטית ביחס לניזוק הבודד, על פני יעד של צמצום כמות הטעות המשפטית. בחירה זו עולה בקנה אחד עם פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד. שהרי, בעוד ששיקול כמות הטעויות המשפטיות מבוסס בהכרח על קבוצת פסקי דין, הרי ששיקול עצמת הטעות המשפטית נבחן - וניתן להשגה - בכל מקרה לגופו.

76. חלוקת סיכוני הטעות יכולה להיעשות, כמובן, במסגרת הסכמי פשרה, בין ביוזמת בית המשפט ובין בהסכמים הנעשים בין הצדדים. כך נוהגים בתי המשפט

מימים ימימה במסגרת דיון על הסכמי פשרה בהם סיכוני הטעות יחולקו בין הצדדים. עם זאת, לטעמי, חלוקת סיכוני הטעות עשויה להתבצע במקרים נאותים גם ללא הסכמת הצדדים. חריג של פיצוי לפי הסתברות – המאפשר הכרעה צודקת בנסיבות העניין בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק – אינו נשען על הסכמת הצדדים אלא על שיקולי המדיניות המהותיים של דיני הנזיקין (לדעה חולקת, לפיה ב"העדר עיגון חקיקתי מתאים" מחייב הדבר את הסכמת הצדדים, ראו עניין גולן, פסקה 33 לפסק דינו של חברי השופט גרוניס).

77. כאמור, בבחירה הערכית דעתי היא כי יש לבכר את היעד של צמצום עצמת הטעות. אולם לא הייתי שמה על כך את הדגש. כל אחד מהמלומדים המצדדים באחת משתי הגישות – צמצום כמות הטעויות או צמצום עצמת הטעות – מבקש להתבסס על מודלים מתמטיים להוכחת סברתו. העובדה כי בסופו של דבר כל בחירה בין המבחנים השונים (מאזן הסתברויות או פיצוי לפי הסתברות במקרה הקבוצתי או במקרה הבודד) היא בחירה ערכית, מחלישה את ההסתמכות על מודלים כאלה. מודלים מתמטיים אלה, מלבד העובדה שהם מבוססים על הנחות יסוד הניתנות לשינוי ולמניפולציה, מאופיינים, לטעמי, באדישות כלפי עקרונות של צדק. מבחינה זו, ספק רב אם "עלות" של טעות שנעשתה כלפי נתבע, אשר התנהגותו מגיעה כדי התרשלות חמורה, שווה בערכה ל"עלות" של טעות שנעשתה כלפי נתבע תמים שניזוק. לפיכך מסקנתי היא כי ניתן לראות בשיקול צמצום עצמת הטעות המשפטית כשיקול נוסף לתמיכה בפיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

ד. שיקולים נוספים: תמריצים לגילוי האמת

78. פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עשוי להגדיל את הסיכוי לגילוי "האמת העובדתית" ובכך להקטין גם את כמות הטעויות המשפטיות. הטעם לכך הוא שהטלת חובת פיצוי ולו חלקי מתמרצת נתבעים פוטנציאלים לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה (ראו והשוו פורת קיבוצית 366), למנוע קשר של שתיקה בין מזיקים (שם, 367) וככלל לתרום לגילוי האמת (שם, 369).

אכן, הטלת חובת פיצוי יחסי בקטיגוריה זו תהווה תמריץ לנתבעים "לייצר" מידע הסתברותי רלוונטי רב ככל האפשר. למידע מעין זה, באשר לתהליכי גרימתם של נזקים, יש ערך חברתי רב ככלי לפיצוי מדויק וצודק יותר בהתדיינויות משפטיות. כמו כן, בעקיפין, יש בו להביא לשיפור גם בתחומי הרפואה, הביטוח, ניהול הסיכונים ותחומי ידע אחרים. עמד על כך פרופ' פורת בציינו:

”במדינה שבה הכלל המשפטי מאפשר לזכות בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי, התמריץ של גורמים שונים לאסוף מידע על סיכונים ועל שיעורם גדל ומסייע בכך לתובעים לזכות בפיצויים. שוק המידע, זאת יש לזכור, תלוי במידת הביקוש למידע, ושוק המידע בגין סיכונים אינו יוצא מן הכלל... בתחום הרפואי קיימים נתונים רבים על הסתברויות וסיכונים המאפשרים פסיקת פיצויים בגין פגיעה בסיכוי בקלות רבה יחסית. ככל שיזדקקו בתי-משפט לנתונים מעין אלה באופן תכוף יותר, כן יגבר התמריץ לשפר את מאגרי המידע ולשכלל את דרכי ההערכה. כך בתחום הרפואי וכך בתחומים אחרים” (פורת מדע או משפט, 357, 361-362).

דומה כי הנתבעים הטיפוסיים במקרים שבהם עסקינן (התרשלות בהקשר של נזקי גוף) הם גופים מוסדיים גדולים, המהווים – בניגוד לתובעים הטיפוסיים – “שחקנים חוזרים” בזירה המשפטית ולו בסדרה של מקרים בודדים. לפיכך, לגבי נתבעים אלה יש לייחס חשיבות מיוחדת לשיקולים ארוכי טווח של הכוונת התנהגות, החורגים מהמקרה הקונקרטי (השוו לדברי הנשיא שמגר בע”א 206/89 רז נ’ בית חולים אלישע בע”מ, פ”ד מז(3) 805, 818-819 (1993) שנאמרו בהקשר של העברת נטל השכנוע באשר ליסוד ההתרשלות). גם שיקול זה – של תמריץ לגילוי האמת – אינו מוגבל בהכרח לקיומה של קבוצת ניזוקים (ראו והשוו רזנברג, 870-869).

79. התייחסתי לעיקרי השיקולים בדיני הנזיקין. קיימים שיקולי רקע נוספים, אך אין בהם כדי לשנות את המסקנה אליה הגעתי (אשר לשיקול של פיזור נזק, ראו דעתו של פרופ’ פורת, הסבור כי שיקול זה אינו רלוונטי לקיומו או לאי קיומו של קשר סיבתי עובדתי, ראו פורת 1998 השנה, 249).

ה. ההצדקות לפיצוי לפי הסתברות: סיכום ביניים

80. פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק איננו נובע רק מ”סימפטיה מוגברת” כלפי הניזוק (ראו שמואלי, שפירא ופוקס, 888. הוא נובע מעקרונות דיני הנזיקין עצמם ומוצדק מטעמים של צדק מתקן, מטיעון הרע במיעוטו ומרעיון צמצום עצמת הטעות המשפטית. לדעתי הוא אף אינו מצריך חקיקה (לדעה דומה ראו גלעד הערות לקודקס, 778). אימוץ דוקטרינה כלשהי של פיצוי לפי הסתברות יכול שיעשה בדרך של פסיקה ממקרה למקרה. כפי שציין פרופ’ פורת: “אין זה בלתי-אפשרי להרחיב את אופן השימוש בהסתברויות לשם פסיקת פיצויים אף לענייננו על דרך של חקיקה שיפוטית” (פורת קיבוצית 384; לגישה שונה ראו פרי,

434). כמוכּן שבסופו של דבר המחוקק יוכל להביע את דעתו בעניין זה, ומוכּן שאמת-המידה החקיקתית שתיקבע תחייב את בתי המשפט (להסדרת הסוגיה בחקיקה בארה"ב ראו למשל שמואלי, שפירא ופוקס, 879-878). יוער, כי גם דוקטרינת העברת נטל השכנוע, בה נעשה בעבר שימוש בפסיקה, אינה מתבססת על חוק חרות (ראו: ענין פינט, 297ב; ע"א 705/78 רמון נ' מאוטנר, פ"ד לד(1) 550, 554 (1979)) וזאת להבדיל, למשל, מדוקטרינת "הדבר מעיד על עצמו" המעוגנת בסעיף 41 לפקודת הנזיקין, שעיקר עניינה הוא בהעברת הנטל כאשר ליסוד ההתרשלות ולא יסוד הקשר הסיבתי; ראו גלעד וגוטל, 410).

הנה כי כן לטעמי יש לאפשר כאמור, במקרים המתאימים, פיצוי לפי הסתברות גם במקרה הבודד ולא רק במקרה הקבוצתי כפי שמציע חברי המשנה לנשיאה. בטרם אפרט את אמות המידה לגישתי בדבר פיצוי לפי הסתברות, אבקש להסביר מדוע אין לדעתי לאמץ חלופה אפשרית אחרת שהועלתה להתמודדות עם בעיית הסיבתיים העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

חלופה לפיצוי לפי הסתברות: העברת נטל ההוכחה אל הנתבע כפתרון לבעיית הסיבתיים העמומה?

81. חלופה אפשרית אחת להתמודדות עם בעיית הסיבתיים העמומה על רבדיה השונים, חלופה שהיא בגדרי הכלל של "הכל או לא כלום", היא העברת נטל ההוכחה אל הנתבע להוכיח כי הנזק לא נגרם על-ידי התנהגותו בת-האשם (ראו דנ"א 6714/02 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' שמעון, פסקה 6 להחלטת השופט מצא (לא פורסם, 7.4.2003) (להלן – ענין שמעון); לעמדה דומה ראו דעת השופט לוי ב-ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, 288 (2004) (להלן – עניין קרישוב) (בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 5707/04 מדינת ישראל נ' קרישוב (לא פורסם, 5.1.2005) (להלן – ההחלטה בבקשה לדיון נוסף בענין קרישוב); עוד ראו גלעד הערות לקודקס, 777).

העברת הנטל אף היא ביטוי לשיקול שצוין לעיל, בדבר העדפה של הניזוק החף על פני הנתבע המתרשל (ראו והשוו עניין גולן, פסקה 17 לפסק דינו של השופט גרוניס). ואולם, ברובם המכריע של המקרים בהם נעשה שימוש בטכניקת העברת הנטל, אם לא בכולם, הנתבע אינו מסוגל הלכה למעשה להרים את הנטל המועבר אליו. בכך למעשה הפתרון הדיוני הופך לפתרון מהותי: גורל ההתדיינות מוכרע והאחריות למלוא הנזק מוטלת על הנתבע (ראו עניין גולן, פסקה 16 לפסק דינו של השופט גרוניס;

ראו גם ענין דעקה, 601ד (השופטת שטרסברג-כהן)). לפיכך, כדברי חברי השופט גרוניס, זהו פתרון "קיצוני" (ענין גולן, פסקה 21). יש שיאמרו אף שרירותי:

"הכרעה בסכסוך בנסיבות של חוסר ודאות, המעניקה ניצחון ברור ומלא לאחד הצדדים על חשבון רעהו, עלולה להתפרש כשרירותית או מקרית, והסיכויים ל'עשיית צדק' בין הצדדים קטנים" (שנור הבטיס העיוני 182; ראו גם לבנוני, 607).

82. לדעתי יש לדחות את חלופת העברת נטל השכנוע (שתוצאתה הטלת חובת פיצוי מלא על הנתבע-המתרשל) כפתרון לבעית הסיבתיות העמומה, מן הטעם שהיא חותרת תחת מטרות דיני הנזיקין שנסקרו לעיל. להבדיל מפתרון של פיצוי חלקי, היא אינה ניתנת ליישוב עם עקרון הצדק המתקן. היא מנוגדת לעקרון ההרתעה שכן בהעניקה פיצוי מלא יש בה משום פיצוי-יתר מובהק והרתעת-יתר חריפה (ראו שטיין סיבתיות עמומה, 764-765; עניין יהונתן כהן, 700 (השופטת שטרסברג-כהן)).

יוער כי מפסיקה קודמת של בית משפט זה עשוי היה להשתמע כי הוכרה לכאורה חלופה של העברת נטל אל הנתבע במצבים מסוימים של סיבתיות עמומה (ראו ע"א 3108/91 רייבי נ' וויגל, פ"ד מז(2) 497, 516 (1993)). ואולם, בעניין זה מקובלים עלי דברי השופטת שטרסברג-כהן כי פסיקה זו אינה חלה בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק:

"לא נשמטו מעיני פסק דינו של הנשיא שמגר בע"א 3108/91 רייבי נ' וויגל, פ"ד מז(2) 497 (להלן: עניין רייבי) ופסק הדין בע"א 2694/90 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' מימון, פ"ד מו(5) 628 (להלן: עניין מימון), מהם עולה לכאורה, כי די בהגדלת הסיכון לחלות במחלה מסויימת כדי להטיל על הנתבע את האחריות למלוא הנזק. עיון מדוקדק באלה מלמד כי אין הם משליכים באופן ישיר לענייננו, מכיוון שבאף אחד מהם לא עמדו על הפרק - כפי שעומדים בענייננו - מספר סיבות אפשריות שהיה בהן כדי לגרום לנזק, שהסבירה שביניהן איננה עוולתית והגורם העוולתי, ייתכן ולא השתתף כלל בגרימת הנזק" (עניין יהונתן כהן, 702).

מכל מקום, פתרון העברת הנטל משקף הכרעה על בסיס פרוצדוראלי-טכני. זהו פתרון חלקי, המוגבל על-פי הפסיקה הקיימת למקרים שבהם יש ספק שקול לגבי שאלת קיומו של קשר סיבתי בין האשם לנזק (או "תיקו ראייתי" כדברי חברתי הנשיאה בעניין

כדר, פסקה 5) ולפיכך אין לדעתי מקום לאמץ אותו כפתרון כולל לבעית הסיבתיות העמומה (ראו שנוור זיהומים סביבתיים 613; יובהר כי התנאים להעברת נטל ההוכחה לנתבע על-פי סעיפים 41-38 לפקודת הנזיקין אינם מתקיימים בקטיגוריה זו וממילא לא ראוי להחילם, שכן תוצאתם היא פיצוי מלא באופן הנגוע באותם חסרונות האמורים לעיל, ראו שנוור זיהומים סביבתיים, 615-614).

נוכח החסרונות האמורים, דומה כי בחירה בדוקטרינה זו של העברת הנטל, באופן המעניק לתובע פיצוי מלא כפתרון לבעית הסיבתיות העמומה על רבדיה השונים, מחייבת חקיקה "תוך שהמחוקק מודע לכך שהפיצוי אינו משקף דין נזיקי רצוי, אלא מדיניות חברתית רחבה יותר" (שנוור זיהומים סביבתיים 619).

פיצוי לפי הסתברות: הדוקטרינה המשפטית הראויה

83. גישה של פיצוי לפי הסתברות מובילה לתוצאה של חלוקת הנזק בין הצדדים תוך יצירת חריג לכלל המסורתי של "הכל או לא כלום" בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

מהי הדוקטרינה המשפטית הראויה לעיגון חריג זה? ככלל קיימים שלושה בסיסים רעיוניים: דוקטרינת הגברת הסיכון; דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי; ודוקטרינה של אחריות יחסית (ראו שנוור הבטיס העיוני, 185). שלושת הבסיסים הרעיוניים מביאים לתוצאה של מתן פיצוי חלקי לתובע תוך הישענות על נתונים סטטיסטיים או אומדנה. יחד עם זאת, קיימים הבדלים עקרוניים ומעשיים ביניהם (לסקירה מקיפה ויסודית ראו שם, 186-193; כן ראו Wright, 1813-1821). הדוקטרינה העדיפה לדעתי היא הדוקטרינה של אחריות יחסית והיא הבסיס לפסק דיני בעניין מלול. תחילה אפרט מדוע שתי הדוקטרינות האחרות אינן נראות לי מתאימות.

א. פיצוי לפי הסתברות ודוקטרינת הגברת הסיכון

84. מקובל עלי כי הטלת אחריות בגין יצירת סיכון שידוע שלא התממש אינה מוצדקת, וזאת בעיקר מטעמים של חירות האדם לפעול וליטול סיכונים (ראו פורת פיצוי בגין יצירת סיכון, 607) הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא היא אף בלתי מעשית שכן היא מחייבת "לעקוב אחר כל מי שעלול ליצור סיכון עוולתי, לאתר את יצירת הסיכון על-ידיו ולגבות ממנו סכום כסף שישקף את גובה הסיכון שיצר" (שם, 613). לפיכך אם ידוע כי הסיכון לא התממש – אין מקום להטיל אחריות (ראו גם גלעד

האם הורם נטל השכנוע, 337). בהתאם, אם ידוע שהסיכון כן התממש, והוכח לגביו קשר סיבתי עובדתי במאזן הסתברויות על דרך של העדפת גרסת התובע על פני גרסת הנתבע, במילא יחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום" ואין מקום לפיצוי לפי הסתברות אלא לפיצוי מלא (ראו למשל ע"א 2807/96 א.ל.מ.א. בי"ח איטלקי נ' חרדאן (לא פורסם, 23.6.1998)).

85. ואולם, מקום בו לא ידוע אם הסיכון התממש לכדי נזק, אנו נמצאים בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. האם בקטיגוריה זו מוצדקת הטלת אחריות בגין יצירת סיכון? בספרות המשפטית נטען כי אחד הבסיסים העיוניים לפסיקת פיצוי לפי הסתברות בבית משפט זה הוא דוקטרינת הגברת הסיכון, בין היתר בהסתמך על ענין יהונתן כהן, אך הפסיקה לא היתה עקבית בעניין זה (שנור הבטיס העיוני, 208). הועלתה גם האפשרות כי ענין מלול מבוסס על דוקטרינה של הגברת סיכון (ראו ת"א (מחוזי-חיפה) 1047/02 ויצמן נ' מזור שירותי רפואה ואבחון בע"מ, פסקה 35 לפסק דינו של השופט עמית (טרם פורסם, 13.10.2009)). דברים אלה מחייבים הבהרה של עמדתי בנושא.

86. בעניין יהונתן כהן הציעה השופטת שטרסברג-כהן, בדעת יחיד, לפסוק פיצוי לפי הסתברות מכוח דוקטרינה של הגברת סיכון. לפי דוקטרינה זו ייקבע הפיצוי "באופן פרופורציונלי להגדלת הסיכון" (עניין יהונתן כהן, 1697). לדבריה דוקטרינה זו אינה פורצת את "הגדר של דרישת הסיבתיות העובדתית, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק אחר" (שם, 701ב). על פי דוקטרינה זו "הנזק שנגרם למערער עקב התרשלות המשיבה הוא הגברת הסיכון ללקות [במחלה] או פגיעה בסיכוי שלא ללקות [בה]. זהו נזק כשלעצמו, ואין מניעה לפצות את [התובע] על נזק זה" (שם, 703ז, ראו גם שנור הבטיס הרעיוני 198). הנשיא ברק והשופטת ביניש, שישבו בהרכב בעניין יהונתן כהן, השאירו את דוקטרינת הגברת הסיכון בצריך עיון (שם, 708א (הנשיא ברק); 1710 (השופטת ביניש)).

הדיון הנוסף עניינו כאמור בשאלת פסיקת פיצוי על-פי הסתברות בדין הנזיקין. כלום יש לאמץ את דוקטרינת הגברת הסיכון כבסיס העיוני לפיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק?

87. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, דוקטרינת הגברת הסיכון לא אומצה עד כה בישראל (ראו פסקה 37 לפסק דינו; ראו גם שנור הבטיס הרעיוני 208). על הדוקטרינה נמתחה ביקורת (ראו למשל גלעד קשר סיבתי עובדתי, 279-282). היא נדחתה בדעת

רוב באנגליה בפרשת Gregg הנזכרת (הלורד Nicholls בדעת מיעוט היה מוכן להכיר בראש נזק של הגברת סיכון, ראו פסקאות 38 ו-44; ראו גם פסק דינו של הלורד Hope באותו עניין בפסקה 121; יצוין כי גבולות פסק הדין בענין Gregg עדיין שנויים במחלוקת באנגליה, ראו Oliphant בעמ' 791 והאסמכתאות שם וכן Stauch בעמ' 93-94 המציין כי אימוץ של דוקטרינת הגברת הסיכון באנגליה היא רק "עניין של זמן"; יצוין כי גם בקנדה הובעה הסתייגות מדוקטרינה זו – ראו Lawson v Laferriere (1991) 78 DLR (4th) 609; אך השוו לדין באוסטרליה המכיר בדוקטרינה, ראו Walmsley, Abadee and Zipser (eds), Professional Liability in Australia 361-366 (2nd ed, 2007) לפסק הדין של High Court of Australia בעניין Chappel v Hart (1998) 195 CLR 232; גם בגרמניה לא אומצה עד כה דוקטרינת הגברת הסיכון, ראו (Stauch, 91-92).

88. בית המשפט בישראל אינו כבול לדין האנגלי, ולפיכך שקלתי, אם יש להכיר בדוקטרינה האמורה בהקשר הנדון. בפסק דין שניתן באחרונה כתב חברי השופט רובינשטיין כי הוא אינו שולל, "עיונית", מתן פיצוי לפי הסתברות "בגין ראש נזק של 'הגברת סיכון'" וזאת "במקרים המתאימים" (רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, פסקה כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 6.7.2009) (להלן – עניין פלונית); תלויה ועומדת בקשה לדיון נוסף בפסק הדין – דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני). אלא שבאותו עניין, נוכח עובדות המקרה, לא הכריע חברי השופט רובינשטיין את הדין על בסיס זה (עניין פלונית, פסקה יז לפסק דינו ו-כא לפסק דינו). יש מקום להבהיר את הדברים, במיוחד, בהתחשב בעמדה שהובעה בפסיקה כאילו עניין מלול מבטא הכרה בדוקטרינה של הגברת סיכון (כעולה לכאורה מעניין גולן, פסקה 13 לפסק דינו של חברי השופט גרוניס).

89. נוטה אני לדעה כי דוקטרינת הגברת הסיכון אינה מתאימה, רעיונית, לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק באירוע שאירע בעבר (וראו דברי חברי השופט רובינשטיין בפסקה כא לפסק דינו בעניין פלונית, בציינו, ובצדק, כי בעניין מלול דובר ב"עמימות בראיות כלפי העבר"). גורם הסיכון העולתי התממש (או שלא התממש) בעבר. לא ניתן להכיר כאן בראש נזק חדש: "היות גרם הנזק וגודלו עובדה מוגמרת השייכת כולה לעבר מונע הגדרה חדשה שלו" (פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 627-628; כן ראו עמ' 631 ו-638; השוו עניין יהונתן כהן, 701-702ב). ברי כי דוקטרינת הגברת הסיכון אינה יכולה להיכנס בקטיגוריה זו, כיוון שהגברת הסיכון, מטבעה, עניינה בקיומו של סיכון לנזק עתידי, סיכון "פתוח" שטרם ברור אם יתממש אם לאו (וראו דברי חברי השופט

רובינשטיין בעניין פלוניתי, פסקה כ, המכנה זאת כ"דבר שאפשר להתברר"; כן ראו התייחסותו של המשנה לנשיאה ריבלין לסוגיה בפסק דינו בעניין פלוניתי).

תשובתי המטילה ספק בדוקטרינת הגברת הסיכון בהקשר האמור מבוססת על הפרדיגמה שהצגתי בתחילת פסק דיני, ובה סיווג לארבע קטיגוריות של סיבתיות עמומה. לפי חלוקה זו, לדוקטרינת הגברת הסיכון אין "מרחב מחייה" בקטיגוריה הרלוונטית לענייננו – סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. זאת כיוון שכפי שהיא הוגדרה בעניין יהונתן כהן היא מכירה בראש נזק עצמאי חדש – הגברת סיכון כנזק כשלעצמו (ענין יהונתן כהן, 1703) – ולפיכך מקומה, כנראה, בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק. אך לתשובתי יש הצדקות נוספות, מלבד הטעם הפרדיגמטי-סיווגי, הצדקות הנטועות בשיקולים מהותיים. לפי הצדקות אלה שיפורטו להלן, ספק בעיני אם יש בכלל מקום להכיר בראש נזק עצמאי של הגברת סיכון.

90. הכרה בדוקטרינה של הגברת סיכון, בטירתה, מאפשרת לפסוק פיצוי אף אם בפועל לא נגרם כל נזק (אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה של דוקטרינה זו במצבים טיפוסיים של אי ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191, 205-206 (תשנ"ח) (להלן – פורת ושטיין דוקטרינת הנזק הראייתי); אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל 349, 369-373 (תש"ס) (להלן – פורת ושטיין תגובה לביקורת); Porat & Stein בעמ' 116-129; פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 620-621). דוקטרינה זו מוותרת למעשה על הוכחת היסוד השלישי בעולת הרשלנות – נזק. הכרה בדוקטרינה זו היא מהפיכה של ממש בדיני הנזיקין, שכן היא מוותרת על שני יסודות – הן על קשר סיבתי והן על נזק והיא מהווה הרחבה דרמטית של הערכים המוגנים בדיני הנזיקין (ראו Wright, 1816). יודגש: דוקטרינת הגברת הסיכון מאפשרת פסיקת פיצוי יחסי מקום בו קיימת אי-וודאות בדבר עצם קיומו של נזק בעתיד (וזאת להבדיל ממצב בו הניזוק סובל מנזק בהווה, אך קיימת אי-וודאות באשר להיקף התפרסותו העתידי, עניין השייך לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק).

דוקטרינת הגברת הסיכון כפי שהוגדרה בעניין יהונתן כהן מכירה אמנם בנזק עצמאי שעניינו "הגברת סיכון". היא מייחסת משמעות שלילית עצמאית לקבוצת הסיכון הסטטיסטית שאליה השתייך הניזוק קודם להתרחשות הנזק. ואולם, אם המשפט מתנהל לאחר שהנזק העיקרי כבר אירע, כבענייננו בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין עוד משמעות שלילית עצמאית לקבוצת הסיכון הסטטיסטית האמורה. כיוון שהנזק העיקרי כבר אירע, אין עוד "סיכון", ולא ניתן לומר

כי הגדלת סיכוייו הסטטיסטיים של התובע להינזק שינתה כשלעצמה את מצבו לרעה בעולם האמיתי. מכאן שדוקטרינת הגברת הסיכון ערוכה לטפל בנתונים סטטיסטיים הרלוונטיים לשלב שבו הנזק טרם התרחש ולא לשלב שלאחר התרחשותו.

91. מכל מקום, ושלא כמו המודל של הגברת סיכון, המודל שהוצע על-ידי בעניין מלול, אינו מוותר על הוכחה של יסוד הנזק במובן המקובל ובמאזן הסתברויות רגיל. לפי המודל שהוצע על-ידי אם לא הוכח שלתובע נגרם נזק גוף בפועל – הנתבע יוצא פטור (ראו גם שנוור הבסיס העיוני 189). לפי המודל שהוצע על-ידי, הפיצוי ניתן בגין נזק הגוף שהוכח בפועל ולא בגין הגברת הסיכון כשלעצמה. לכך יש השלכה, כמובן, גם על גובה הפיצוי בפועל, שכן הפיצוי משולם כחלק יחסי מנזק הגוף עצמו, תוך מתן ביטוי לחוסר הוודאות שהמתרשל הוא זה שגרם לנזק בפועל (ראו שנוור הבסיס העיוני 190-191). כאן המקום לחזור ולהדגיש כי המודל שהוצע על-ידי בעניין מלול מוגבל להקשר של תביעה בגין נזקי גוף. זאת, הן בשל הצורך להגדיר בבירור את גבולות החריג בדבר פיצוי לפי הסתברות (כפי שאני מציעה להכיר בו לעת הזו), והן מן הטעם שיש הצדקה חזקה לפיצוי יחסי לניזוק החף מקום בו הנזק שהוא סובל ממנו הוא נזק גוף.

92. קיימים קשיים רבים נוספים בהכרה בדוקטרינה של הגברת סיכון. ישנם קשיים פרקטיים ביישום שלה (ראו שנוור זיהומים סביבתיים 582-585). כמו כן יש קשיים במישור חישוב הפיצוי, בין היתר, נוכח הקושי להוכיח את מצבו של התובע לפני ההתרחשות ("העובדות ההתחלתיות האינדיבידואליות" – ראו עניין גולן, פסקה 24 לפסק דינו של השופט גרוניס; פורת מדע או משפט, 361; שטיין סיבתיות עמומה 769, 771), ונוכח הקושי לסמוך על ההסתברות בדבר ש"אפשר שעוד יתברר בעתיד" (ראו עניין פלונית, פסקה כ לפסק דינו של השופט רובינשטיין). הדוקטרינה עלולה, בנסיבות מסוימות, להביא לידי כפל פיצוי (ראו פורת מדע או משפט 358 בהערת שוליים 5). קשיים אלה אינם קיימים במודל שהוצע על-ידי בעניין מלול.

93. אשר על כן, הקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק אינה נשענת כמבואר על הרעיון של הגברת סיכון. חשוב להבהיר עם זאת כי אין בספיקות שהעליתי לגבי הדוקטרינה של הגברת סיכון כדי לגרוע מן ההכרה של בית משפט זה בדוקטרינה קרובה – דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה וזאת נוכח ההבחנה ביניהן, עליה אעמוד מיד.

ב. פיצוי לפי הסתברות: דוקטרינת הגברת הסיכון מול דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה

94. יש להבחין בין דוקטרינת הגברת הסיכון, לגביה הבעתי את ספקותיי, לבין דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה. חברי המשנה לנשיאה סבור כי מבחינת "ההגיון הפנימי" אין הבדל בין הדוקטרינות (ראו פסקאות 36 ו-39 לפסק דינו). עמדה זו מביאה אותו למסקנה כי יש לזנוח, למעשה, הן את דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה והן את דוקטרינת הגברת הסיכון, ולאמץ במקומן מסגרת רעיונית חדשה בדמות מבחן ההטייה הנשנית.

דעתי שונה. לדעתי קיים הבדל בין שתי הדוקטרינות המצדיק התייחסות שונה לכל אחת. הבדל זה מביא אותי למסקנה כי מחד אין לזנוח את דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה המעוגנת היטב בפסיקה (וחלה בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק), ומאידך, אין לקבל את דוקטרינת הגברת הסיכון כבסיס רעיוני לפיצוי לפי הסתברות (בקטיגוריה הרלוונטית, קרי, סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק).

95. לדעתי קיים הבדל בין ראש נזק של אבדן סיכויי החלמה, שהוכר בפסיקה, לבין ראש נזק של הגברת הסיכון, שלא הוכר בפסיקה עד כה, ולא בכדי. מדובר בדוקטרינה "קרובה" אך לא זהה (ענין לוי, פסקה 11 לפסק דינה של השופטת חיות). הקירבה נובעת מכך ששתי הדוקטרינות נועדו להתמודד עם בעיית העמימות הסיבתית; בשתייהן נדרש בית המשפט להעריך מה היה קורה אלמלא ההתרחשות; ובשתייהן נעשה שימוש בנתונים סטטיסטיים או באמדן (לפסיקת פיצוי לפי הסתברות בדרך של אמדן תחת דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה, ראו למשל עניין אבו סעדה, 1719). בהיבטים אלה ניתן לראות בדוקטרינות שני צדדים של אותו מטבע (ראו ענין קסלר, פסקה 20).

96. השוני בין הדוקטרינות הוא ברור כאשר "משבצים" אותן לפרדיגמה של ארבע הקטיגוריות של סיבתיות עמומה. כאמור, נוטה אני לדעה כי דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה שייכת לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק. פסיקת פיצוי לפי הסתברות במסגרת דוקטרינת אבדן סיכויי החלמה מותנית בהוכחת קיומו של נזק פיזי ממשי בפועל שסבל התובע (למצער, סיכון שידוע שהתממש אצל התובע) ואשר טיבו הוא פגיעה בפועל בבריאות התובע:

"אימץ בית משפט זה דוקטרינה שהוחלה על ידי הפסיקה בארצות הברית, והכיר בכך שעצם אובדן סיכויי ההחלמה יכול להיחשב כנזק בר פיצוי. לפי הגישה

האמורה, הסיכויים שהיו לניזוק להחלים מפגיעתו או ממחלתו כמוהם כ'נכס' שהיה בידיו, ואשר נשלל ממנו עקב התרשלות המזיק. הפיצוי הניתן במקרים אלו, שנועד לשקף את שוויו של 'נכס' זה, מחושב כמכפלת הנזק הממשי שסבל התובע בהסתברות שהוא היה מחלים ממנו בעקבות הטיפול" (עניין גולן, פסקה 13 לפסק דינו של השופט גרוניס).

בדוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה ניתן הפיצוי בגין הפגיעה בבריאות, אשר תתכן באופן שהותיר סימנים בגופו של התובע (ראו פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 629) או בכך שהתובע נעשה פשוט פגיע יותר משהיה בעבר (פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 620). כלומר, כאשר אין עמימות ביחס לעצם גרימת נזק. ד"ר שנוור הראה במאמרו המקיף כי הפסיקה לא הביעה נכונות לפצות בגין אבדן סיכויי החלמה כשבסופו של דבר לא נגרם לתובע נזק (שנוור הבטיס 189 והאסמכתאות שם). ואכן בעניין לוי הבהירה השופטת חיות, ביחס לדוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה, כי "אל לו לבית המשפט להתעלם מן המציאות כהווייתה ומהשפעתה על חישוב הנזק"; באותו עניין נעשה חישוב השיעור "בהינתן העובדה ש[החולה] לא החלימה" (ענין לוי, פסקה 11) והפיצוי נפסק כשיעור מסוים מתוך הנזק הכולל (תביעת התלויים; שם, פסקה 11). בדרך זו הלך גם בית המשפט בעניין קסלר, שם קבע בית המשפט, מפי השופט דנציגר, את שיעור הפיצוי בהתבסס על כך ש"הסיכון לכך שהמשיב ילקה באירוע המוחי אכן התרחש במקרה דנן"; השופט דנציגר סיכם כי "שיטת החישוב הנ"ל, אשר משקפת בצורה מדויקת יותר את נזקו האמיתי של הניזוק, אף תואמת את העקרונות הכלליים של חישוב הנזק בדיני הנזיקין, לפיהם על בית המשפט לתת ביטוי, במסגרת חישוב זה, למציאות כהווייתה" (ענין קלסר, פסקה 22). הפסיקה בדוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה מחייבת אפוא וודאות בעניין עצם גרימת נזק של פגיעה בבריאות. לפיכך נראה שהיא שייכת מבחינה רעיונית לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק (כיוון שהוכחה גרימת נזק ממשי בפועל לבריאות התובע) ולא לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק (שבה קיימת עמימות בשאלת גרימת נזק כלשהו).

לעומת זאת, כמבואר לעיל, בדוקטרינת הגברת הסיכון ניתן הפיצוי בגין עצם החשיפה לסיכון, ובמנותק מקיומו של נזק פיזי מוכח. דוקטרינה זו, בטהרתה, מאפשרת כאמור לפסוק פיצוי אף אם לא נגרם כל נזק, ובלבד שקיימת אי-וודאות באשר להתגבשות הסיכון לכדי נזק בעתיד (ראו גם פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 606). הדוקטרינה מאפשרת אפוא מתן פיצוי גם כאשר קיימת אי-וודאות באשר לעצם גרימת הנזק (וזהו אחד הטעמים להגבלתה ואף לדחייתה בארה"ב, ראו שמואלי, שפירא ופוקס, 879).

97. במילים אחרות, וכפועל יוצא של האמור לעיל, ההבדל בין הדוקטרינות הוא שפיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה טעון הוכחת נזק ממשי בפועל של חולי או מום. לעומת זאת פיצוי בגין הגברת סיכון ניתן בטהרתו בגין עצם החשיפה לסיכון אף אם זה לא התממש כדי נזק ממשי בפועל, ולפיכך עשוי להינתן גם לתובע שהוא בריא ושלם. דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה טעונה הוכחת נזק קיים ובכך היא צופה פני עבר. מנגד, דוקטרינת הגברת הסיכון בטהרתה צופה פני עתיד ולכאורה אינה מתנה את הפיצוי בהוכחת נזק ממשי בפועל.

98. לפיכך הכרה בדוקטרינה של הגברת סיכון, כדברי חברתי השופטת ביניש, כתוארה אז, היא בבחינת "צעד נוסף" ביחס לדוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה (עניין יהונתן כהן, 2710). אין המדובר בהכרח בשני הצדדים של אותו מטבע. כאמור, לגישתי, אין לדוקטרינת הגברת הסיכון "מרחב מחייה" בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

99. לסיכום: דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה מעוגנת היטב בדין הקיים ובשיקולי מדיניות ראויים והשתרשה בדיני הנזיקין בישראל (ראו ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ש' לוי (1988) (להלן – עניין פאתח); ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נד(2) 38, פסקה 8 לפסק דינו של השופט אור והאסמכתאות שם (2000) (להלן – עניין גיל)). היא חלק מהכלל הרגיל של "הכל או לא כלום" (ראו ענין זכריה כהן, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין) "הואיל והיא מחייבת את הניזוק להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי המזיק גרם ברשלנותו לנזק מן הסוג של פגיעה בסיכויי ההחלמה" (ענין קסלר, פסקה 20). בגדרי הכלל הרגיל היא מאפשרת מתן פיצוי יחסי על פי שיקולים הסתברותיים המשמשים "כראיה לכאורה וכמורה דרך" (עניין פאתח, 320) או בדרך של אמדן (עניין גיל, 246; ע"א 2493/07 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' אבילפוזוב, פסקה ל"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 7.9.2009)) כאשר הערכת הנזק נעשית על-ידי מכפלת הנזק המוכח בהסתברות מניעתו אלמלא ההתרשלות (לפירוט ויישום שיטת החישוב ראו ענין לוי, פסקה 11; ענין קסלר, פסקה 22). גבולות הדוקטרינה ברורים: היא מהווה רק "משענת לניזוק שנשללו ממנו הכלים הנקוטים ברגיל" (עניין זכריה כהן, פסקה 12); היא אינה חלה מקום בו הוכח קשר סיבתי עובדתי לפי מאזן הסתברויות, או-אז היא אינה מאפשרת למזיקים להפחית מן הפיצוי המלא סכום המתיימר לבטא את הסיכון הערטילאי שאינו נובע מהתרשלותם (שם, שם; ראו גם שמואלי, שפירא ופוקס, 894).

100. לפיכך דעתי שונה מדעת חברי המשנה לנשיאה הקובע כי על פי "המסגרת הרעיונית האחידה המוצעת היום" על-ידו אין עוד מקום לדבוק בדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי (פסקה 39 לפסק דינו). לא שוכנעתי כי יש לסטות מן הפסיקה העקבית הקיימת בנושא זה, וגם לא מן הפסיקה בעניין דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה בגין היעדר הסכמה מדעת שאף היא דוקטרינה שהכתה שורשים עמוקים בדין בישראל (ראו למשל ע"א 522/04 מרכז לייזר לנתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, פסקה 15 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 28.6.2005) (להלן – עניין דיראוי); ראו גם אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" עיוני משפט לא 609, 613-619 (2009) (להלן – יעקב)).

לדעתי אין לסטות מן הפסיקה העקבית האמורה, לא כל שכן כאשר הסטייה עשויה להביא לשינוי היקף האחריות שהיה מקובל עד כה במקרים מסוג זה (כפי שצופה חברי המשנה לנשיאה בפסקה 39 לפסק דינו). חברי המשנה לנשיאה מדגיש כי ההגיון של "מבחן ההטיה הנשנית" אינו תלוי עוד בהקשר הרפואי כפי שתלויה פסיקת אבדן סיכויי ההחלמה. בכך הוא מנתק את החריגים שהוכרו בפסיקה בעבר, תוך התפתחות ממקרה אחד למשנהו, מבסיסם הרעיוני. יצוין כי גם העותרים בדיון הנוסף אינם חולקים על כך כי דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה ראויה היא ומעוגנת היטב במשפט הישראלי (ראו סעיף 63 לסיכומי העותרים).

101. תמצית הדברים עד כה: דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה נטועה במשפט הנזיקין הישראלי ואין לבטלה. דוקטרינת הגברת הסיכון, לעומת זאת, לא התקבלה עד כה כהלכה, ולדעתי היא איננה מתאימה כבסיס רעיוני לפסיקת פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. האם דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי עשויה להיות הבסיס הרעיוני המתאים?

ג. פיצוי לפי הסתברות ודוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי

102. חלופה אפשרית אחרת כבסיס רעיוני לפסיקת פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, היא אימוץ דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה. גם דוקטרינה זו מתמודדת עם מצבים טיפוסיים דומים של סיבתיות עמומה (ראו באופן כללי פורת ושטיין דוקטרינת הנזק הראייתי); אף היא נסמכת על הערכה סטטיסטית בדבר המציאות העובדתית (ראו שנוור הבטיס העיוני 210). עם זאת, הדגש שלה הוא על קיומו של נזק משני שנגרם לראיותיו של התובע ולזכותו

של האחרון לדעת מה גרם לנזקו. היא אינה מתמקדת בנזק העיקרי והממשי שנגרם לתובע.

103. דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה, נכון לעת הזו, לא נקלטה בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו עניין גולן, פסקה 35 לפסק דינו של השופט גרוניס והאסמכתאות שם; ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 551 (2001); ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310, 328 (2005) (להלן – עניין ד'אהר)). היא מעוררת שאלות עיוניות ומעשיות לא פשוטות וזכתה לביקורת בספרות המשפטית (ראו באופן כללי גלעד האם הורם נטל השכנוע).

104. אף שאיני שוללת דוקטרינה זו, לא נזקקתי לה בעניין מלול. בעניין מלול לא נבעה הסיבתיות העמומה מ"אשמת" אחד הצדדים, לרבות הרופא או בית החולים, אלא ממגבלות מדע הרפואה, שאינו מאפשר להתחקות בדרגת ודאות מספקת אחר גורמיה של הפגיעה הקונקרטיית שעמדה לדין. מכל מקום, לא נטען ולא הוכח בעניין מלול כי התרשלות הנתבעים היא שמנעה מהתובעים לדעת אם הנזק נגרם כתוצאה מהאשם. נהפוך הוא: מגבלות הידע המדעי הן שאינן מאפשרות לדעת האם התרשלות הנתבעים היתה בין הגורמים לנזק בפועל. דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה לא נותנת מענה למצב נפוץ בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, בו, כבעניין מלול, לא ניתן לייחס את אי-הוודאות ביחס לנזק לאשמו של הנתבע (ראו שנור זיהומים סביבתיים 617; השו"ע עניין יהונתן כהן, 708ג (הנשיא ברק)). בנסיבות בהן מקור הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק נעוץ במגבלות מדע הרפואה ולא באשמו של הנתבע, אין למעשה תחולה לדוקטרינת הנזק הראייתי:

"אין ממש בטענת הנזק הראייתי שהעלה המערער בהקשר זה. דוקטרינה זו ניתנת ליישם מקום שבו יצר נתבע בהתנהגותו סיטואציה המקשה באופן ממשי על הוכחת היקף הנזק או שאינה מאפשרת אותה. לא כן מקום שבו יכול היה התובע להוכיח את המוטל עליו אך בחר שלא לעשות כן או מקום שבו קשיי ההוכחה אינם קשורים באופן כלשהו בהתנהגות הנתבע" (רע"א 11419/04 אסור נ' רשות הניקוז קישון, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת חיות (לא פורסם, 13.3.2008)).

זאת, להבדיל למשל מ-ע"א 754/05 לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק (לא פורסם, 5.6.2007), פסקה 7 לפסק דינו של השופט ריבלין, שם נקבע כי "חוסר הוודאות העובדתי... נובע ממחדלו הרשלני של הנתבע"; יצוין כי גם באותו עניין לא נזקק בית המשפט להכריע בקליטתה של דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי

שלה, ראו שם פסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין; בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנ"א 6401/07 לוי נ' המרכז הרפואי שערי צדק (לא פורסם, 17.4.2008); ראו גם ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור, פ"ד נח(5) 54, 64-ג66 (2004).

105. אשר על כן, דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה אינה נותנת מענה כולל לבעיית הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק (ראו גלעד קשר סיבתי עובדתי 290). בנסיבות אלה, איני נדרשת להכריע, במסגרת זו, בשאלה האם יש מקום להכיר במשפטנו בדוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה. איני מוצאת מקום לאמץ כעת, בשלב הדיון הנוסף, דוקטרינה אחרת מזו שאימצתי בפסק הדין בעניין מלול. יש הטוענים כי שתי הדוקטרינות מגיעות לרוב לתוצאות דומות (ראו והשוו פורת ושטיין דוקטרינת הנזק הראייתי 205-206; שנוור הבסיס העיוני 180). כאשר הן מגיעות לתוצאות דומות, ישנה לדעתי עדיפות לדוקטרינת האחריות היחסית שהוצעה בעניין מלול; כאשר הן מגיעות לתוצאות שונות, ספק בעיני אם תוצאותיה של דוקטרינת הנזק הראייתי בפן הנזיקי-מהותי שלה הן מוצלחות יותר (ראו דיון מפורט בנושא אצל גלעד האם הורם נטל השכנוע; שנוור זיהומים סביבתיים 610-613).

106. אין בדברים אלה כדי לגרוע מן ההכרה בפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי ומן הפסיקה בעניין זה (ראו עניין ד'אהר, פסקה 19 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') מצא; דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 12.4.2005); כן ראו ע"א 9656/03 עזבון מרציאנו נ' זינגר, פסקה כח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 11.4.2005)).

ד. פיצוי לפי הסתברות והדוקטרינה המשפטית הראויה: חריג האחריות היחסית

107. הפתרון שהצעתי בעניין מלול הוא הכרה בחריג של אחריות יחסית המבוסס על קשר סיבתי הסתברותי (לביטוי "אחריות יחסית" ראו עניין דעקה, 602ג (השופט שטרסברג-כהן); ראו גם גלעד הערות לקודקס, 777; ראו גם שנוור זיהומים סביבתיים 604). חריג זה נותן בידי בית המשפט כלים טובים על מנת להגן במידה הראויה על האינטרסים השונים ולאזן ביניהם. חריג האחריות היחסית הוגדר על-ידי בעניין מלול כך:

"בקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) ונזק (מוכח), במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה

כפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא" (פסקה 25 לפסק הדין).

חריג האחריות היחסית הוא חריג לכלל מאזן ההסתברויות ולתוצאה של "הכל או כלום". הוא נותן בידי בית המשפט, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, שיקול דעת לפסוק פיצוי חלקי שייקבע על-פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא. הפיצוי החלקי צמוד לקיומו של נזק גוף עיקרי שנגרם לתובע ונגזר ממנו (בלא קשר לנזק הראייתי המשני שלו ככל שקיים כזה). חריג האחריות היחסית נובע במישורין משיקולי המדיניות עליהם עמדתי לעיל – צדק מתקן, הרתעה ושיקולים מערכתיים. אני מציעה להחיל את חריג האחריות היחסית רק מקום בו מדובר בהתדיינות דיני נזיקין ולגבי נזקי גוף בלבד. אין צורך לחזור על הדברים. ניתן אפוא להתמקד באמות-המידה לפיצוי לפי הסתברות על-פי חריג האחריות היחסית. תחילה אעמוד בקצרה על העקרונות האירופים והדין האירופי. אחר כך אפנה לכמה הבהרות.

חריג האחריות היחסית

א. חריג האחריות היחסית במשפט המשווה – העקרונות האירופים והדין האירופי

108. בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק מכירים העקרונות האירופים בחריג האחריות היחסית. החריג הוא תוצר של שילוב שני סעיפים בעקרונות האירופים. סעיף 103:3 (1) שכבר הוזכר לעיל קובע:

"In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage"

סעיף 106:3 מרחיב את סעיף 103:3 (1) וקובע:

"The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere"

סעיף 106:3 משלים את סעיף 103:3 ושניהם מבססים חריג של אחריות יחסית

(ראו דברי ההסבר לעקרונות האירופים, עמ' 56). כפי שהסביר Koziol:

"The European Principles suggest a proportional distribution of the loss between the tortfeasor and the

victim, corresponding to the likelihood that the damage has been caused by the tortfeasor or by circumstances or activities in the victim's sphere (Art. 3:103, 3:106 PETL)" (H. Koziol, Digest of European Tort Law, 439)

סעיף 3:106 לעקרונות האירופים עניינו במצב בו יש ריבוי גורמי סיכון פוטנציאליים לעצם גרימת הנזק לתובע, לרבות גורמי סיכון "טבעיים" או גורמי סיכון שמקורם בתובע עצמו. ביחס לגורמי הסיכון ה"טבעיים" או אלה שמקורם בתובע עצמו, קובעים העקרונות האירופים כי אלה נכללים ב-sphere של התובע ואין הוא זכאי לפיצוי בגינם. סעיף 3:103 (2) לעקרונות האירופים יחד עם סעיף 3:106 המרחיב אותו מביאים לתוצאה של אחריות יחסית:

"Probably the most striking rule for most jurisdictions is Article 3:103, which suggests that in cases of alternative causation... the possible tortfeasors shall be liable only in part, corresponding to the likelihood that each may have caused the loss... This solution has the advantage of spreading the risk of insolvency more evenly among the parties involved. That general idea also underlies Article 3:106, where it is extended to risks within the victim's own sphere"(Koch, 209-210)

המונח "activities" משמעו כל פעולה או התנהגות (ראו סעיף 3:101 לעקרונות האירופים) העלולה להוות גורם סיכון לעצם גרימת הנזק לתובע, לרבות גורמי סיכון המצויים בטווח אחריותו של הניזוק, כך שהגדרה זו חלה ביחס לשני הסעיפים ומביאה לתוצאה של אחריות יחסית במקרה הבודד, והאחריות מתחלקת בין התובע לנתבע:

"'Activities' that may have caused the damage in the sense of Art. 3:101 ff. PETL may also be activities or circumstances within the victim's own sphere (see Art. 3:106 PETL). In such cases the victim has to bear his or her loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by circumstances within his or her own sphere. The combined application of Art. 3:103 and 3:106 PETL leads to a proportional distribution of the loss not between several tortfeasors but between a tortfeasor and the victim him- or herself" (T.K. Graziano, Digest of European Tort Law, 435)

העקרונות האירופים אינם דורשים הוכחה של "הטיה נשנית": חריג האחריות היחסית מתקיים גם אם המקרה איננו חוזר ונשנה, ואין חובה להוכיח כי מאזן ההסתברויות יטה באופן שיטתי לטובת אחד הצדדים. מדברי ההסבר לסעיף 3:106

לעקרונות האירופים עולה כי אחריות יחסית חלה גם במקרה הבודד. דברי ההסבר מדגימים את תחולת סעיף 3:106 במקרה בודד של רשלנות רפואית:

“A further example is a medical malpractice case. The patient falls severely ill. Yet, the illness may well have a ‘natural cause’. The doctor is liable to the extent his malpractice may have caused the illness”
(ראו דברי ההסבר לעקרונות האירופים, 58)

והדברים כמו נאמרו בענייננו אנו. מנסחי העקרונות האירופים היו מודעים לחידוש שבחריג האחריות היחסית ביחס למשפט המקובל האנגלי, ובכל זאת המליצו לאמרו:

“As already mentioned supra Art. 3:103, the Group realizes that the approach of Art. 3:106 might be quite a step for the common law... Seen from a European angle, there is hardly a common core to support the balance of probabilities doctrine. Besides, there seems to be some dispute about it in the common law-world as well” (דברי ההסבר לעקרונות האירופים, 57-58)

109. חריג האחריות היחסית שהוצע על ידי בענין מלול עולה בקנה אחד עם העקרונות האירופים המוצעים. הוא קרוב במיוחד לדין האוסטרי, ש”טביעות האצבע” שלו ניכרות בנוסח העקרונות האירופים. בית המשפט העליון באוסטריה אימץ את גישתו העיונית של המלומד Bydlinski שהציע במקרים של סיבתיות עמומה את הפתרון הבא:

“[D]ividing the loss between the parties where it is likely, but not certain, that the defendant has caused the claimant’s injuries, and if another possible cause lies within the latter’s own sphere”
(B.A. Koch, Digest of European Tort Law, 396)

בית המשפט העליון באוסטריה קבע על בסיס הצעתו של Bydlinski כי בהתקיים גורם סיכון פוטנציאלי משמעותי –

“If it should turn out that one possible cause was the sole responsibility of the hospital (the failure to notice the placenta insufficiency), but another equally probable cause within the sphere of the claimant (the umbilical cord), and if it were impossible to decide which ultimately prevailed, then the loss should be divided between the claimant and the defendants in equal shares” (B.A. Koch, Digest of European Tort Law, 398).

(בהתייחס לפסיקת ה-Austrian Oberster Gerichtshof
בעניין 4 Ob 554/95 SZ 68/207, מיום 7.11.1995)

גישה דומה לאחריות יחסית קיימת גם באסטוניה, ובמידה מסוימת גם בהולנד
(ראו H. Koziol, Digest of European Tort Law, 437). חוק החיובים האסטוני (Law of
Obligations Act) קובע, בסעיף 138 –

§ 138. Common liability for damage

(1) If several persons may be liable for damage caused and it has been established that any of the persons could have caused the damage, compensation for the damage may be claimed from all such persons.

(2) A person obligated to compensate for damage shall be released from liability if the person proves that the damage was not caused thereby.

(3) In the case specified in subsection (1) of this section, compensation for damage may be claimed from each person to an extent in proportion to the probability that the damage was caused by the person concerned.

פסיקת בית המשפט העליון באסטוניה, בשבתו כבית משפט הדין בעניינים
אזרחיים, משקפת ריכוך בדרישת הקשר הסיבתי העובדתי (ראו פסק הדין בעניין 3-2-
1-78-06 מיום 3.10.2006, כמצוטט ב- Lahe Janno, "Fault in the Three-stage
Structure of the General Elements of Tort" Juridica International 152-160 (Vol. 1,
2007). יצוין כי גם בפסיקה בצרפת קיימים ביטויים לריכוך דרישת הקשר הסיבתי
העובדתי. ראו החלטה בערעור מס' 06-10967 מיום 22.5.2008 שם קבע ה- Cour de
cassation - Première chambre civile –

"Attendu, cependant, que si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes"

ובתרגום חופשי: "הגם שהטלת אחריות (בנזיקין) בגין מוצרים פגומים טעונה
הוכחה של התרשלות, נזק וקשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, (הרי ש) הוכחת הקשר
הסיבתי עשויה להתבסס על הנחות, ובלבד שהן רציניות, מדויקות ומתיישבות". ה-
Cour de cassation - Première chambre civile חזר על פסיקה זו באחרונה (ראו:
החלטה בערעור מס' 08-12781 מיום 25.6.2009).

העקרונות האירופיים טרם הפכו לחוקים במדינות אירופה, אולם הם מתיישבים היטב עם השקפתי בעניין אחריות יחסית במקרה הבודד, כמוסבר בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף ובפסק דיני זה.

ב. חריג האחריות היחסית: פירוט אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות

110. בצדק ציין חברי המשנה לנשיאה כי "את גבולות השיטה אין לפרוץ אלא באופן זהיר ושיטתי" (פסקה 44 לפסק דינו). מאז מתן פסק הדין בעניין מלול היתה כתיבה אקדמית לא מעטה בנושא, ונתנו גם פסק דין שונים. כתיבה זו יש בה כדי לחדד את המחשבה, ובעקבותיה מתבקשות הבהרות שונות. על כן מוצאת אני להבהיר את תפיסתי לגבי גבולות חריג האחריות היחסית.

111. ראשית, על התובע להוכיח את שני היסודות האחרים של עוולת הרשלנות - התרשלנות ונזק - במאזן הסתברויות רגיל. כמו כן עליו להוכיח קיומו של קשר סיבתי משפטי בין ההתרשלנות לנזק במאזן הסתברויות רגיל (ראו ע"א 2714/02 פלונית נ' מרכז רפואי בני ציון חיפה, פ"ד נח(1) 516, 526ג (2003)). דרישות אלה מצמצמות את שאלת העמימות לנושא הקשר הסיבתי העובדתי בלבד.

פסיקת הערכאות הדיוניות לאחר עניין מלול מלמדת כי במקרים רבים נדחתה טענת התובעים להסתמכות על עניין מלול, לאחר שבית המשפט קבע על-פי מאזן הסתברויות כי לא הוכח יסוד ההתרשלנות (ראו: ת"א (חיפה) 887/01 פלוני (קטין) נ' מדינת ישראל-משרד הבריאות (לא פורסם, 4.12.2005); ת"א (חיפה) 258/02 יונתני נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 6.9.2006); ת"א (נצרת) 1292/01 בסול נ' ד"ר עבדאללה ויליאם (לא פורסם, 3.1.2007); ת"א (חיפה) 993/02 דוד איתמר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.5.2007); ת"א (תל אביב-יפו) 1788/03 אליאב נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 27.8.2007); ת"א (ירושלים) 7357/05 שמעון נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (לא פורסם, 29.10.2007); ת"א (חיפה) 358/98 מגן נ' שירותי בריאות כללית (לא פורסם, 27.1.2008); ת"א (ירושלים) 7113/05 חטמוב נ' שירותי בריאות כללית (טרם פורסם, 21.1.2009)).

כאמור, על התובע להוכיח גם את יסוד הנזק. כפי שצינתי, את חריג האחריות היחסית אני מציעה להחיל, לעת הזו, רק ביחס להתרשלנות ביחס לנזקי גוף.

112. שנית, על התובע להוכיח סיבתיות עמומה מובנית במישור הקשר הסיבתי העובדתי ביחס לעצם גרימת הנזק (הדרישה להוכחת סיבתיות עמומה קיימת גם בקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, ראו עניין גולן, פסקה 26 לפסק דינו של השופט גרוניס). אם לא הוכחה סיבתיות עמומה מובנית ביחס לעצם גרימת הנזק, לא תידון התביעה כלל על בסיס חריג האחריות היחסית אלא על בסיס מאזן ההסתברויות הרגיל (ראו גם עניין כדר, פסקה 5). לעומת זאת, אם הוכחה סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אזי לא יחול הכלל הרגיל של מאזן הסתברויות. הטעם לכך הוא שהפעלת כלי ההוכחה הרגילים בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק מביאה כאמור לתוצאה הנוגדת את עקרונות דיני הנזיקין.

113. טענה של סיבתיות עמומה מובנית ביחס לעצם גרימת נזק גוף עולה, הלכה למעשה, במקרים רבים בתביעות בגין רשלנות רפואית. הדבר נובע מהקושי לקבוע קביעות מוחלטות בעניין הסיבות לחולי או למום. על כן המקרה של רשלנות רפואית הוא מקרה נפוץ להכרה בחריג המוצע (ראו Porat & Stein on Fairchild בעמ' 668). בקרב מלומדים קיימת תמיכה בפסיקת פיצוי לפי הסתברות בעיקר בתחום הרשלנות הרפואית (ראו פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 630, הערת שולים 58 והאסמכתאות שם). אף ששיקולי המדיניות שבבסיס חריג האחריות היחסית הם אופייניים לדיני הנזיקין בכלל, קיים ויכוח אם יש להגביל פסיקה של פיצוי לפי הסתברות למקרים של רשלנות רפואית בלבד, ויש בספרות המשפטית דעות שונות. נושא זה לא התעורר בעניין מלול. כשלעצמי, לא הייתי מגבילה את תחולת חריג האחריות היחסית למקרים של רשלנות רפואית בלבד. חריג האחריות היחסית עשוי לחול, למשל, גם בתביעות בגין זיהום סביבתי (ראו שנוור זיהומים סביבתיים, 619-620). כאמור יש בספרות המשפטית דיון רחב בנושא (לדעה לפיה יש לנהוג זהירות רבה בהרחבת דוקטרינה של פיצוי יחסי מחוץ להקשר של רשלנות רפואית ראו גלעד האם הורם נטל השכנוע 339; להצדקות אפשריות לתחימת פיצוי לפי הסתברות למקרה של רשלנות רפואית בלבד ראו Levmore 720; להצדקות לתחימה להקשר רחב יותר של נזקי חומרים רעילים וסיכונים סביבתיים ראו שוול 606; לדעה לפיה ניתן להחיל דוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות גם מעבר לתחום הרפואי ראו רוזנברג, 897; לדעה לפיה לכאורה אין "מחסום משפטי או לוגי להרחבה" של הדוקטרינה מעבר לתחום הרפואי תוך ביקורת על דעה זו, ראו גלעד וגוטל, 418-419; לטעמים הקיימים להגבלת פסיקת פיצוי לפי הסתברות למקרים של רשלנות רפואית בלבד ראו שנוור אבדן סיכויי החלמה, בחלק השני תת-פרק IV למאמרו, המציג גם ניתוח ביקורתי-ביהיוריסטי מעניין; לדין הקיים בארה"ב בסוגיה זו בהקשר של דוקטרינת הגברת הסיכון המוגבלת שם למקרים של רשלנות רפואית, מצוין בטיוטת הריסטיטמנט השלישי כי "To date, the courts that have accepted lost opportunity as

cognizable harm have almost universally limited its recognition to medical-malpractice cases” Restatement (Third) of Torts : Liability for Physical Harm ראו Hardy v. Southwestern Bell Telephone Co. P., 910 2d (1996), 1024 §. 26 (Basic Principles) (Proposed Final Draft No. 1, 2005) ; ראו גם Paul Davidson – 787 Oliphant המפנה לפסקי הדין – Beary v Pall Mall Investments Taylor (a firm) v White [2004] EWCA Civ 1551 ; לשאלה האם יש למשפט התייחסות ייחודית למקצוע הרפואה ראו באופן כללי: Lord Woolf “Are the courts excessively deferential to the medical profession” in The Pursuit of Justice 343 (Christopher Campbell-Holt ed., 2008).

114. גישתי היא כי את חריג האחריות היחסית יש להחיל לעת הזו בדיני הנזיקין וביחס לתביעות בגין נזקי גוף. חריג זה מתעורר במקרים רבים בעניינים של רשלנות רפואית, אך כאמור לא בהכרח בתחום זה. עניינו במתן פתרון לבעיית הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, עמימות שמקורה, לרוב, במגבלות מדעיות באיתור גורמי סיכון לנזקי גוף (לעניין מגבלות מדע הרפואה בעניין זה, בקטיגוריה הקרובה של עמימות ביחס לגודל הנזק, ראו עניין גולן, פסקה 11 לפסק דינו של השופט גרוניס). אכן, מצב טיפוסי של סיבתיות עמומה מובנית ביחס לעצם גרימת נזק גוף הוא כאשר אין אפשרות מדעית להוכיח או לשלול קיומה של סיבתיות ספציפית על-פי מבחן מאזן ההסתברויות (השוו לדברי ההסבר לעקרונות האירופים, עמ' 57, פסקה 8, שם נותרה בצריך עיון השאלה אם סעיף 3:106 לעקרונות האירופים חל בנסיבות של סיבתיות עמומה מובנית שמקורה במחלוקת מדעית, וראו גם שם, בעמ' 58, פסקה 12). זהו מצב בו "למדע הרפואה אין כיום אפשרות כלשהי לקבוע מהו הגורם המדויק שהביא למחלתו של תובע כלשהו... כלומר, התובע נמצא במצב בו גם שקידה ראויה לא תניב לו כל ראיה נוספת בדבר קיומו של קשר סיבתי מעבר לראיה הסטטיסטית" (שנור זיהומים סביבתיים 608 ; ראו והשוו גם S. Gold "Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence" 96 Yale L.J. 376, 379 (1986-1987)). זהו המצב גם כאשר אפילו ראיות סטטיסטיות אינן בנמצא, שכן מחקר מדעי בנושא לא נעשה מעולם (ראו – W.E. Wagner "Trans-Science in Torts" 96 Yale L. J. 428 (1986) ; לדוגמאות נוספות ראו עניין קרישוב, 230). ודוק: הימנעות התובע מהוכחת נזק אינה מלמדת בהכרח על קיומה של סיבתיות עמומה מובנית (ראו עניין גולן, פסקה 18 לפסק דינו של השופט גרוניס).

115. את הדרישה מן התובע להוכיח סיבתיות עמומה ניתן להדגים בפסק דין שניתן על-ידי לאחר ענין מלול, ב-ע"א 4804/03 מרגליות נ' הסתדרות מדיצינית "הדסה" עין כרם (לא פורסם, 10.5.2006) (להלן – ענין מרגליות)). בית המשפט המחוזי פסק לתובע שם 50% מנזקו, מטעמים שכפי שמוסבר באותו עניין, לא היו מקובלים עלינו (ראו פסקאות 43-44 לפסק דיני). שקלתי באותו עניין, כמצוין שם, אם להציע לחברי המישנה לנשיא חשיין והשופטת ארבל, להכריע בשאלת הקשר הסיבתי על פי האמור בענין מלול, והחלטתי שלא לעשות כן. הבהרתי כי בענין מרגליות, להבדיל מענין מלול, לא עלו טענות ולא הובאו ראיות בסוגיית הסיבתיות העמומה.

116. שלישיית, על התובע להוכיח במאזן הסתברויות כי ההתרשלות היא גורם סיכון משמעותי לנזק המסוים שנגרם לו ושהיה על הנתבע לצפותו (להלן – גודם הסיכון העוולתי). השופטת ביניש (כתוארה אז) ציינה בעניין יהונתן כהן כי נדרשת הסתברות משמעותית כדי להצדיק פיצוי לפי הסתברות (שם, 711; כן ראו דבריה בעניין דעקה, 1552; הנשיאה ביניש חזרה על אמת-מידה זו, תוך הפנייה לעניין מלול, בהסכמת השופטים רובינשטיין וברלינר, ב-ע"א 10344/05 אבו שארב נ' משרד הבריאות, פסקה 32 (טרם פורסם, 18.1.2009); גם השופט גרוניס חזר על אמת-מידה זו בעניין גולן, פסקה 22). בעניין מלול הלכתי בעקבות דברי חברתי השופטת ביניש וקבעתי כי על התובע להוכיח גורם סיכון עוולתי משמעותי. חריג האחריות היחסית אינו מחייב אמת-מידה הסתברותית מספרית-מתמטית וניתן להסתפק בדרישה להסתברות משמעותית (עניין מלול, פסקה 26). למצער מדובר בהסתברות שאינה זניחה (עניין שמעון, פסקה 6) או שאינה מזערית (עניין דעקה בעמ' 1604 (השופטת שטרסברג-כהן)). בהשאלה מן הפסיקה בעניין אבדן סיכויי החלמה, "אין המדובר בסיכוי שולי, רחוק וספקולאטיבי" (ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393, פסקה 7 לפסק דינו של השופט בך (1984) (להלן – ענין ונטורה)). אמת מידה זו מערבת עניינים של חוק ועובדה:

"Determining whether a factor is substantial is not a pure question of fact which is answerable by evidence alone. At the very least it is a mixed question of fact and law requiring a decision as to the applicability of the legal norm to a given state of facts" (532, וינריב, 1990);

להצעה למדרג "מתמטי" ראו -

Saul Levmore "Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs", 19 J. Legal Stud. 691, 722 (1990))

לפיכך אם לא הוכיח התובע שיעור הסתברות משמעותי, ולו בדרך של אמדן, הוא לא יוכל להתבסס על חריג האחריות היחסית, ויחול עליו הכלל הרגיל של "הכל או כלום". בדרישה להוכחת הסתברות משמעותית יש כדי להפחית את החשש מפני הצפה

של בית המשפט בתביעות (לחשש האמור ראו גלעד הערות לקודקס, 781) על-ידי כך שהיא "מנקה החוצה" מקרים שוליים ומחייבת קיומו של רף תחתון שמתחתיו אין מוטלת אחריות על הנתבע (ראו עניין דעקה, דברי השופט שטרסברג-כהן בעמ' 1604-605א; דברי השופט ביניש שם בעמ' 1552). יוער כי בית משפט זה לא ייחס משקל משמעותי לטענת ההצפה, כדברי השופט אור בעניין דעקה:

"הניסיון מלמד, כי בכל אותם מקרים בהם הועלתה הטענה - לרבות בסוגיה של פיצוי בגין הנזק הלא רכושי גרידא - לא התרחשה ההצפה אשר מפניה התריעו. בהעדר תשתית עובדתית מוצקה לטענה זו, לא הייתי מייחס על-כך משקל משמעותי לשיקול זה. זאת ועוד, עלינו לזכור כי עוסקים אנו בדין מהותי, אשר עניינו בזכותם של פרטים לפיצוי בגין פגיעה בזכות יסודית שלהם. עלינו לזכור כי בתי המשפט קיימים כדי לעשות משפט" (עניין דעקה, 578-579; ראו גם בעמ' 1604 (השופט שטרסברג-כהן));

– וכן –

"טיעון זה הועלה בעבר, בכמה הקשרים, נגד הטלת אחריות בנוזיקין, ולאחר שנדחה הטיעון והוטלה האחריות, לא פקדה אותנו הצפת תביעות שעניינן האחריות החדשה" (פורת ושטיין תגובה לביקורת 366; ראו גם אברמוביץ' 287).

ג. חריג האחריות היחסית: גבולות

117. כאן המקום להוסיף דגשים וסייגים נוספים לחריג האחריות היחסית, שהצורך לצינם ולהבהירם התעורר בעקבות הדיון המקיף בספרות ובפסיקה בעקבות עניין מלול.

118. ראשית, חריג האחריות היחסית עומד לרשותם של ניזוקים בלבד. אימוץ החריג של אחריות יחסית ייעשה רק במקרים שבהם התובע מתקשה לעמוד ברף מאזן ההסתברויות בשל קושי מובנה, ויש בחריג כדי לחלץ אותו ממלכודת הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק ולסייע בידו להשיג פיצוי חלקי (יחסי). לגישתי, חריג זה אינו עומד לרשותם של נתבעים בתביעות בהן הוכיח התובע קשר סיבתי עובדתי לפי מאזן הסתברויות. לפיכך, ניזוקים שיש באפשרותם להוכיח את תביעתם במאזן הסתברויות, על יסוד הראיות, חוות הדעת והנתונים הסציפיים שלהם, יזכו בפיצוי מלא ולא בפיצוי חלקי.

בכך כמדומני שונה דעתי מדעתו של חברי המשנה לנשיאה הסבור כי יש להחיל את מבחן ההטייה הנשנית הן לטובת תובעים והן לטובת נתבעים (ראו פסקה 12

לפסק דינו, וראו גם פסקה 36). לטעמי הפעלת חריג האחריות היחסית גם לטובת הנתבעים עלולה לערער יתר על המידה את הגישה המסורתית של מאזן ההסתברויות (ראו גלעד וגוטל, 416, 418-419). הואיל ומדובר בחריג לעיקרון הכללי יש להתייחס אליו ככזה ולפרשו בצמצום, במיוחד לנוכח מרכזיותו של הכלל ממנו הוא יוצא (ראו והשוו, עניין גולן, פסקה 23 לפסק דינו של השופט גרוניס). והעיקר: אחד משיקולי המדיניות העיקריים בבסיס חריג האחריות היחסית הוא כאמור הפגם שבדק בהתנהגות הנתבע-המתרשל. נקודת המוצא המצדיקה פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה זו היא א-סימטריה מוסרית בין התובע (הניזוק) לנתבע (המזיק) שהוכח כי התרשל. נקודת מוצא זו מצדיקה, בהתאמה, א-סימטריה מתקנת בכלים המשפטיים העומדים לרשות הצדדים במשפט. הפגיעה – הנזק – היא נחלתו של הניזוק. החולשה המשפטית – קשר סיבתי עובדתי בלתי ניתן להוכחה עקב סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק – הוא נחלתו של הניזוק. לפיכך גם הפתרון הוא נחלתו של הניזוק ולא של המזיק. בדברים אלה יש כדי להסיר את החשש שמא הדוקטרינה שהוצעה על-ידי בעניין מלול תרע את מצבם של הניזוקים (חשש שהובע אצל גלעד וגוטל, 418-417; וכן אצל שמואלי, שפירא ופוקס, 894).

119. שנית, קו הגבול בין כלל מאזן ההסתברויות לבין חריג האחריות היחסית הוא ברור: על השופט לברר תחילה האם התובע הוכיח את תביעתו במאזן הסתברויות על סמך חומר הראיות שלפניו. לשופט יש שיקול דעת רחב בהערכת העובדות ומשקלן היחסי. כאשר בית המשפט משוכנע כי בידו לקבוע, על-פי מאזן הסתברויות, כי הוכח או נשלל קשר סיבתי עובדתי, ממילא לא מתקיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, שהיא תנאי להיזקקות לחריג האחריות היחסית, ויחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום". עמדה על כך השופטת שטרסברג-כהן בדעת המיעוט בעניין דעקה:

"עלינו להתחיל בבחינת האפשרות ליישם את הכלל הבסיסי, לפיו נטל הוכחת הקשר הסיבתי כאחד מרכיבי העילה, על התובע ומידת ההוכחה היא עודף ההסתברות... רק משיתברר, כי כלל זה אינו עונה על הבעייתיות המיוחדת של המקרה העומד להכרעה, נמצא פתרון בכללים חלופיים שיביאו לתוצאה ראויה וצודקת יותר" (ענין דעקה, 594-595).

לפיכך מקום בו שוכנע בית המשפט כי קיימות בפניו די ראיות הדרושות כדי להכריע במחלוקת העובדתית לפי מאזן הסתברויות עליו לפעול לפי כלל ההכרעה הרגיל של "הכל או לא כלום" (ראו ע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' טרלובסקי, פסקאות 13-15 לפסק דינו של השופט עדיאל בהסכמת הנשיאה ביניש והשופטת ארבל (לא פורסם, 23.1.2007) (להלן – עניין טרלובסקי); ע"א 4022/98 4248/98 הטכניון, מכון

טכנולוגי לישראל נ' טויסטור, פסקאות 4-6 לפסק דינו של השופט אור (לא פורסם, 4.7.1999) (להלן – עניין טויסטור); כן ראו גישה דומה בערכאות הדיוניות בעקבות עניין מלול: ת"א (מחוזי-ירושלים) 4344/02 לוי נ' ברו, פסקה 60 לפסק דינו של השופט ענבר (לא פורסם, 29.9.2005); ע"א (מחוזי-ירושלים) 11219/07 ולד נ' בדיחי, פסקה 7 (לא פורסם, 22.1.2008) (השופטים זילברטל, סולברג ושרנברג-אליעז); ע"א (מחוזי-ת"א) 3459/06 שוורץ נ' עזבון פילוסוף, פסקאות 30-32 לפסק דינו של השופט שנלר (לא פורסם, 25.2.2008). החלת הכלל הרגיל תיעשה כמוכן בהתחשב בכל גורם רלוונטי אחר להכרה באחריות או להפחתתה בדיני הנזיקין הרגילים, לרבות בהגנות הקיימות בדין (כגון אשם תורם, סעיף 68 לפקודת הנזיקין; ראו גם גלעד הערות לקודקס 793).

בהתאם, אם, על-פי מאזן ההסתברויות הרגיל, הוכח קשר סיבתי עובדתי, יזכה התובע בפיצוי מלא (ראו ע"א 9418/04 צוות ברקוביץ-מאגרי בניה בע"מ נ' דמארי, פסקאות יג' ויד' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (לא פורסם, 9.4.2006), שם נפסק כי הוכח קשר סיבתי עובדתי על בסיס מאזן הסתברויות רגיל). אם, על-פי מאזן ההסתברויות הרגיל, הוכח כי הנתבע כלל לא גרם לנזק, יצא הנתבע פטור (ראו עניין לנגפורד, פסקה 6, שם נפסק כי לא הוכח קשר סיבתי עובדתי על-פי מאזן הסתברויות ואף לא הובאו ראיות לצורך פסיקת פיצוי לפי הסתברות; ראו והשוו שנוור הבטיס העיוני 189). בכך ניתן מענה לחשש שמא הנתבע יחויב בפיצוי בגין נזקים שברור בעליל כי לא הוא גרםם (לחשש זה ראו עניין גולן, פסקה 24 לפסק דינו של השופט גרוניס).

120. כאמור, חריג האחריות היחסית עומד לרשותם של ניזוקים בלבד, קרי, התובעים. לכן, גם אם השופט הגיע למסקנה כי התובע לא הוכיח את תביעתו במאזן הסתברויות על סמך חומר הראיות שלפניו. עליו להמשיך ולברר, הכל על פי הנתונים שהובאו בפניו בראיות הצדדים, ועל פי הטענות שנשמעו, האם הדבר נובע מקיומה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. אם התשובה לכך היא חיובית, ובית המשפט סבור כי עקב קיומה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק אין בפניו די ראיות הדרושות כדי להכריע במחלוקת העובדתית לפי מאזן הסתברויות, רק אז נפתחים שערי חריג האחריות היחסית ובית המשפט רשאי להכריע בתביעה על-פי אמות המידה הקבועות בו לפיצוי לפי הסתברות.

121. אשר על כן, כאשר קו הגבול בין הכלל לבין חריג הוא ברור, אין מקום לחשש שמא חריג האחריות היחסית יערער יתר על המידה את הגישה המסורתית של מאזן ההסתברויות.

122. שלישית, חריג האחריות היחסית אינו גורע מדרכי התמודדות נוספות שהוכרו בפסיקה בדיני הנזיקין לגבי בעיית הסיבתיות העמומה בקטיגוריות השונות. הפתרון של פיצוי לפי הסתברות אינו פוגע בדרכי התמודדות נוספות עם סוגיית הסיבתיות העמומה, כפי שקיבלו ביטוי בפסיקת בית משפט זה, כגון ההכרה בראשי נזק עצמאיים של אבדן סיכויי החלמה או פגיעה באוטונומיה במקרים של היעדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי. כאמור נוטה אני לדעה כי ראשי נזק אלה נועדו להתמודד עם בעיית העמימות ביחס לגודל הנזק. לעומת זאת, חריג האחריות היחסית נועד להתמודד עם בעיית הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. לפיכך אין כל סתירה בין הפתרונות השונים – שנועדו להתמודד עם הקשיים השונים כל אחד בקטיגוריה נפרדת.

יודגש: פסיקת פיצוי בגין ראשי הנזק האמורים נותנת סעד לניזוק ומביאה לתוצאה צודקת מבלי להיזקק לחריג של אחריות יחסית. אכן, היסודות הרעיוניים שבבסיס ההכרה בראשי הנזק הללו משולבים ושזורים בגישתי לפיצוי לפי הסתברות בחריג של אחריות יחסית. אלא שדרכי הולכת באותו נתיב רעיוני תוך התאמתו, בשינויים המחויבים, לקטיגוריה חדשה. ההלכה המתפתחת ממקרה למקרה בקטיגוריה זו היא שתסלול את הדרך לאור עקרונות הצדק עליהם עמדת.

יוער כי בעניין דעקה תמכו בחריג של אחריות יחסית, במקרים של היעדר הסכמה מדעת, שתי שופטות: השופטת שטרסברג-כהן במפורש (שם בעמ' 602) והשופטת ביניש תוך הותרת הנושא בצריך עיון (שם בעמ' 1552). דעתן היתה דעת מיעוט לאור קביעות עובדתיות אחרות שעמדו בבסיס דעת הרוב, אשר אימצה לבסוף את הדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה כדוקטרינה המחייבת במקרה של היעדר הסכמה מדעת (ראו פסק דינו של השופט אור בעמ' 570, 1574, 7581; כן ראו שנוור זיהומים סביבתיים, 605). אהדה לרעיון האחריות היחסית הביע גם השופט מ' חשין (ענין דעקה, 624), אחד משופטי הרוב, בעוד יתר השופטים הותירו את השאלה בצריך עיון (ראו גם פורת פיצוי בגין יצירת סיכון 633, בהערת שוליים 66). כאמור, גישתו של חברי המשנה לנשיאה כרוכה בביטול הלכות קודמות. לטעמי מקום בו פיתוח ההלכה הקיימת הוא אפשרי, עדיף הדבר על-פני ביטולה והחלפתה בדוקטרינה חדשה. לגישתי יש לדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה "מרחב מחייה", במקרים של היעדר הסכמה מדעת, וזאת לצד חריג האחריות היחסית. זאת, לאור נטייתי לראות בדוקטרינה של פגיעה באוטונומיה ככזו המכירה בראש נזק עצמאי וככזו השייכת לענף העמימות ביחס לגודל הנזק.

123. רביעית, רואה אני לנכון להבהיר, כי להשקפתי חריג האחריות היחסית אינו חל במשפט הפלילי. שיקולי המדיניות העומדים בבסיס חריג האחריות היחסית כפי שפורטו על-ידי מעוגנים בדין המהותי של דיני הנזיקין. חריג זה יחול, על-פי הצעתי, לעת הזו, בדיני הנזיקין בלבד, מקום שהוכח נזק גוף, ורק בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. רואה אני להדגיש כי לחריג האחריות היחסית אין מקום, להשקפתי, במשפט הפלילי, שהאיזונים בו נשענים של שיקולי מדיניות ואינטרסים מוגנים אחרים (ראו ע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, פסקה 2 לפסק דינו של השופט ברק (1986); ראו גם לבנוני (614)). על האבחנה בין הדין הנזיקי לדין הפלילי, כך שהקשר השונה מצריך איזון שונה, עמדה חברתי השופטת ארבל, ודבריה יפים לענייננו:

"בתכלית 'התרופתית' מתבטאת, בין היתר, האבחנה בין דיני הנזיקין לדין הפלילי. דיני הנזיקין עוסקים במערכת היחסים שבין הפרט לחברו, כאשר קיימת ביניהם הנחה של שקילות, ותכליתם העיקרית, כאמור, היא פיצוי הניזוק והשבת המצב לקדמותו. לעומתם, המשפט הפלילי, עוסק במערכת היחסים שבין המדינה כריבון לבין הפרט, כאשר מטרת מערכת האיסורים הפליליים הן להזהיר מפני הסכנה הנשקפת לערכים החיוניים לקיום החברה ולהתפתחותה התקינה; להרתיע בעלי תודעה חברתית רדודה מפני הפרתם; ולקבוע את אמות המידה של תגובת החברה לאי כיבודם... כלל הוא כי כל איזון בין ערכים משקף את ההקשר בו הוא נערך, כאשר עם שינוי ההקשר משתנה האיזון עצמו... והנה, ככל שהדברים נוגעים לדיני הנזיקין, ההקשר השונה מצריך איזון שונה שבו הדגש מושם, כאמור, על הניזוק ועל הנזק שנגרם לו, בעוד ששאלת מצבו של המזיק, כמו גם מטרותיו ומניעיו, טפלה היא ונלווית להם, ואינה עומדת במוקד הסוגיה. לא זו אף זו. המשפט הפלילי עלול להוביל לשליחתו של הנאשם לבית האסורים, תוצאה אשר אין חולק כי היא קשה ביותר. לעומת זאת, במשפט הנזיקי אופיו של הסעד הוא כלכלי גרידא. הגם שהדבר עשוי לפגוע בקניינו של אדם, ברי כי מדובר בפגיעה פחותה בחריפותה מזו הנגרמת על ידי שלילת חירותו של אדם. כן, יש ליתן את הדעת לגנאי הטבוע בהרשעה בפלילים, שאינו בהכרח מנת חלקו של בעל דין שחויב באחריות נזיקית. ההשלכות האמורות מחייבות במשפט הפלילי נקיטת זהירות יתר בכל הקשור לזכויותיו של הנאשם" (ענין כרמי, פסקה 5 לפסק דינה של חברתי השופטת ארבל)

124. לא אכחד כי כשלעצמי, רואה אני קווי דמיון בין סוגיות אחרות כמו רשלנות תורמת בנזיקין, הקטנת הנזק בחוזים ועוד לבין הסוגיה שלפנינו. המבנה המשותף הוא שכל גורם צריך לשאת ב"תוצאה יחסית" שיש לשייכה אליו. עם זאת, בצד הדמיון יש

גם שוני. סוגיית תחולת חריג האחריות היחסית במשפט האזרחי פרט לדיני הנזיקין חורגת מגבולות הדיון הנוסף כפי שהתוו בידי המישנה לנשיא (בדימ') חשין. אציע לחברי, לעת הזו, לא להרחיב את החריג למשפט האזרחי כולו. אין מדובר בחריג של "פסיקה יחסית" בשיטה המשפטית האזרחית כולה (כמודל המקיף המוצע על-ידי לבנוני, בעקבות אברמוביץ'). זאת, הגם שניתן לראות בחריג האחריות היחסית חלק מהמגמה הכללית הקיימת במשפט האזרחי לעבור מכללים דואליים לכללים יחסיים (ראו שנוור הבטיס העיוני 178; לביקורת על מגמה זו ראו עניין גולן, פסקה 33 לפסק דינו של השופט גרוניס)).

125. חריג האחריות היחסית, עליו עמדתי כאן בהרחבה, אינו גורע כמובן מתחולתם של כללים "יחסיים" אחרים במשפט האזרחי. הטעם לכך הוא שחריג האחריות היחסית נובע מכשל של מאזן ההסתברויות בקטיגוריה תחומה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק בדיני הנזיקין. כשל זה מחייב סטייה נקודתית מכלל מאזן ההסתברויות. סטייה שכזו אינה נדרשת עת ניתן להגיע לתוצאה צודקת באמצעות כללי ההכרעה הרגילים ובמסגרתם. כך, למשל, בדיני החוזים קיימת הכרה עקרונית בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי בתביעות שעילתן הפרת חוזה, כאשר הנזק הנטען הוא הפסד עסקה צפויה. ביחס לתביעות אלה נפסק כי "עקרונית ניתן להעריך סיכויים ואף סיכוי הנופל מחמישים אחוזים זכאי לפיצויים" (ע"א 679/82 עירית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק (לא פורסם, 13.4.1988); וראו גם שם, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ש' לוי; כן ראו [1911] 2 K.B. 786 (A.C.) *Chaplin v. Hicks*; ראו עוד פורת קיבוצית 382 והאסמכתאות שם; עניין פאתח, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ש' לוי).

ד. חריג האחריות היחסית: חישוב הפיצוי בהתבסס על ראיות סטטיסטיות או בדרך

של אמדן

126. בהתקיים אמות-המידה לפיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק (גם במקרה הבודד), להשקפתי בידי בית המשפט שיקול דעת לפסוק את הפיצוי בהתאם לשיעור ההסתברות שגורם הסיכון העוולתי גרם לנזק הגוף שהוכח. עמדתי על כך בענין מלול:

"על בעלי הדין או על מי מהם, מוטל הנטל להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות שניתן להביאן. באותם מקרים של סיבתיות עמומה עליהם להביא מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם

ישנם נתונים - יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים. כפי שבואר בפרשת פאתח, אם בעלי הדין יכולים להראות שעניינו של הנפגע אינו נופל בגדר הנתונים הסטטיסטיים, עליהם לעשות כן. כבכל עניין בו על בית המשפט להכריע בשאלה עובדתית, על הצדדים להביא לבית המשפט את מיטב הראיות שניתן להביא. להימנעות מהבאת ראיות יש משקל. כך גם להימנעות מחקירה שכנגד. זהו הכלל הרגיל בקביעת ממצאים שבעובדה והערכת ראיות, והוא חל גם בעניין קביעת שיעור הסיכוי שגורם אפשרי מוכר גם, בפועל, לנזק" (פסקה 29 לפסק הדין).

איני מוצאת לנכון להרחיב עוד בעניין זה, מה גם שחברי המשנה לנשיאה קבע בפסק דינו כי דברים אלה מקובלים עליו במלואם (פסקה 31 לפסק דינו). מתבקשות עם זאת כמה מילות הבהרה לעמדתי.

127. כאמור, כאשר בית המשפט סבור כי ניתן להכריע את גורל התביעה על בסיס מאזן הסתברויות, יחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום". במובן זה, ההוכחה הסטטיסטית לא באה להמיר את כללי ההוכחה הרגילים (השוו עניין זכריה כהן, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ריבלין). אכן, כשיש ראיות בדבר הסתברות ספציפית בעניינו של הניזוק יש ליתן להן את המשקל הראוי ויתכן שכלל איננו מצויים בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק (ראו והשוו ע"א 10990/05 פינץ נ' הראל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 11.4.2006)). גם להימנעות מהבאת ראיות בדבר הסתברות ספציפית הקיימת בעניינו של הניזוק יש משקל.

128. בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, סביר כי אין בידי מי מהצדדים ראיה סטטיסטית ספציפית בעניינו של הניזוק. בקטיגוריה זו –

"קשה להלום מהי ראיה אינדיבידואלית המוכיחה קשר סיבתי בהקשרים שבהם עסקינן... [דחיית התביעה] מטילה על התובעים-הנפגעים את מחיר חוסר הוודאות המדעית בהיעדר נתונים מספקים ומסקנות הניחנות במובהקות סטטיסטית מספקת" (דורון מנשה "דוח ועדת החקירה בעניין ההשלכות הבריאותיות של פעולות צבאיות בנחל הקישון – הערה ביקורתית" הארת דין א(1) 1, 4 (התשס"ד) (להלן – מנשה)).

בהיעדר ראיה סטטיסטית ספציפית רשאי בית המשפט להסתמך על ראיות בדבר הסתברות סטטיסטית כללית לצורך פסיקת פיצוי לפי הסתברות. לשיטתי הדבר ייעשה

כמבואר רק בהתקיים אמות-המידה לתחולת חריג האחריות היחסית. כשנפתחים שערי חריג האחריות היחסית, ורק אז, לאמור – לאחר שהתובע הוכיח, בין היתר, כי מתקיימת בעניינו סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, רשאי בית המשפט להסתמך על ראיות סטטיסטיות בדבר הסתברות כללית לצורך שומת הפיצוי היחסי לפי הסתברות.

הראיה הסטטיסטית הכללית עניינה הערכת הסתברות כללית-פוטנציאלית, קרי אם ההתרשלות עלולה היתה לגרום לנזק מהסוג שבו נפגע התובע, תוך הסתמכות על ראיות מדעיות, מחקרים אפידמיולוגיים והערכות סטטיסטיות (להבחנה בין קשר סיבתי ספציפי לקשר סיבתי כללי-פוטנציאלי ביחס לנזקי חומרים רעילים ראו ענין קרישוב, 227-229; לטיבם של מחקרים אפידמיולוגיים כראיות הסתברותיות ראו עניין קרישוב, 230-233; ראו והשוו שנור זיהומים סביבתיים 573-570).

129. הספרות המשפטית עמדה על הקשיים בהסתמכות על ראיות סטטיסטיות כלליות. הדוגמא הקלאסית המשמשת את מבקרי ההסתמכות על ראיות כאלה היא "דוגמת האוטובוסים הכחולים והאדומים" (לפירוט הדוגמא ראו שטיין סיבתיות עמומה C. Nesson "The Evidence or the Event? On Judicial זו בסוגיה 769-773; ראו עוד Wright ; Proof and the Acceptability of Verdicts" 98 Harv. L. Rev. 1357 (1985), 1821-1826). לגישתי אין בקשיים האמורים כדי לשלול את חריג האחריות היחסית.

ראשית, "דוגמת האוטובוסים" הנודעת למעשה אינה רלוונטית לענייננו אלא לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק, בה ניזוק בודד עומד מול שורה של התנהגויות שכולן בנות-אשם (כבדוגמת האוטובוסים לפיה ערכו "שתי החברות מסיבה המונית לנהגיהן, ובה שתו כל הנהגים משקאות חריפים בטרם יצאו לכבישי העיר", ראו שטיין סיבתיות עמומה, 770).

שנית, אף אם אניח כי הביקורת העולה מ"דוגמת האוטובוסים" רלוונטית לקטיגוריה שבענייננו – סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, הרי שעדיין אין בה כדי לשלול את חריג האחריות היחסית. עיקור "העוקץ" הטמון בדוגמא זו מצוי בהשקפתי, לפיה השימוש בראיה הסטטיסטית הכללית ייעשה אך ורק לאחר שנפתחו שערי חריג האחריות היחסית. מקובל עלי כי אין לקבוע אחריות יחסית בהסתמך על ראיה סטטיסטית כללית בלבד. ראיה כזו אינה מספקת כדי לפתוח את שערי חריג האחריות היחסית. תנאי הכרחי לתחולת החריג הוא כי בפני בית המשפט נתון ספציפי בדבר התרשלות של הנתבע הספציפי כלפי התובע הספציפי וזאת על-פי מאזן

הסתברויות. בהתקיים נתון ספציפי זה, הנכלל באמות-המידה לתחולת החרג, נפתחים שערי חריג אחריות היחסית. או-אז, להשקפתי, רשאי בית המשפט להסתמך על ראייה סטטיסטית כללית לצורך פסיקת פיצוי יחסי. ההכרעה של בית המשפט לא נשענת על הראיה הסטטיסטית הכללית לבדה, אלא על צירוף של הראיה האמורה לנתון ספציפי בדבר התרשלות של הנתבע כלפי התובע. "ספק רב אם די בנתון [סטטיסטי – מ"נ], כשלעצמו, כדי להקים חבות בנזיקין; אך בהצטרפו לראיות נוספות, הוא עשוי להיות בעל משקל, ולתמוך במסקנה כי מכלול הראיות יש בו כדי לשכנע את בית המשפט בנכונות גרסתו של התובע" (דברי השופט ריבלין ב-ענין דיראוי, פסקה 8). באותו עניין ניתן משקל אף לאי-הצגת נתונים סטטיסטים מתבקשים (ראו שם, פסקה 12).

פרופ' שטיין מצביע על הבעייתיות בקביעת אחריות על יסוד "נתונים סטטיסטיים ערטילאיים" (שטיין סיבתיות עמומה, 769-770). אינני מציעה להטיל אחריות על יסוד נתונים סטטיסטיים ערטילאיים. אני מציעה להטיל אחריות (יחסית) רק כשיש התרשלות מוכחת (לפי מאזן הסתברויות) של הנתבע כלפי התובע. אכן, ראייה סטטיסטית כללית כשלעצמה אינה מקימה חבות בנזיקין. יש ליתן לה משקל רק לאחר שהוכחה התרשלות של התובע כלפי הנתבע. רק תובע שנכנס בשערי חריג האחריות היחסית יכול "ליהנות" מפסיקת פיצוי לפי הסתברות (בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק).

די בשני הטעמים הראשונים שפירטתי עתה כדי ליתן מענה מספק לביקורת שהועלתה. אציין רק כי דבריי לעיל נאמרים מבלי להתייחס לאפשרות, כי שיקולי המדיניות עליהם עמדתי בהרחבה "מכריעים" את הקשיים העולים לכאורה מן הביקורת בדבר שימוש בראיות סטטיסטיות כלליות. אני נדרשת כעת לטעם שלישי זה, שהוא שיקול "חיצוני" לדוגמא (יוער כי כפי שמציין פרופ' שטיין בעצמו, יש הסבורים כי ניתן לבסס תפיסה של צדק העולה בקנה אחד עם פסיקה של פיצוי לפי הסתברות בהסתמך על ראיות סטטיסטיות כלליות; ראו שטיין סיבתיות עמומה, בעמ' 770 הערת שולים 40, בהתייחס לתפיסתו של Schroeder).

130. בדיני הנזיקין בישראל, הסתמכות על ראיות סטטיסטיות כלליות נעשית כדבר שבשגרה כאשר העובדה שבמחלוקת טמונה באירוע עתיד, כגון הערכת משך חיי התובע לעתיד או פוטנציאל השתכרותו לעתיד (ראו ענין ונטורה, 396-399; ענין אבו-חנא, פסקה 7 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 789 (1982); כן ראו שנוור הבטיס העיוני 183). בין היתר, נעשה שימוש בנתונים סטטיסטים בדבר השכר הממוצע במשק כמשקף "קריאה אמיתית של העתיד שהיא

מצידה מבוססת על ההנחה כי הקידמה תביא עימה שוויון" (עניין אטינגר, פסקה 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

לדעתי אין מניעה רעיונית כי ההסתמכות על ראיות סטטיסטיות כלליות תיעשה גם כאשר העובדה שבמחלוקת טמונה באירוע בעבר, כדברי השופט ש' לויין:

"אין מדובר פה בתהליך של קביעת עובדות במובן המקובל שמגמתו לקבוע מה אירע או לא אירע בפועל; אלא התהליך הוא של אמדן לגבי 'מה היה קורה אילו', שאחד ממרכיביו הוא גם תחזית לאחור; ואם בתחזית עסקינן מה לי תחזית לעתיד, מה לי תחזית לעבר?" (עניין פאתח, פסקה 10 לפסק דינו של ש' לויין; ראו והשוו שנוור זיהומים סביבתיים 602, 576).

לפיכך לדעתי, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין מניעה לאמץ אמות מידה הסתברותיות, לרבות בדרך של היעזרות בראיות סטטיסטיות כלליות. כל זאת, כאמור, כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע. השימוש בראיות סטטיסטיות כלליות לצורך זה מתאים את מושגי הסיבתיות המסורתיים למציאות המדעית הקיימת:

"אין מנוס מאימוצן של אמות מידה הסתברותיות. הידע המדעי שברשותנו אינו מאפשר לתעד את אופני ההתפתחות של המחלה בגופו של אדם מסוים ברמת הפירוט הפיסיקלית המלאה, ובכל זאת אנו נוטים לראות בזיקה שבין חשיפה לתנאי סביבה מסוימים, לבין התפתחות המחלה זיקה סיבתית. לאמיתו של דבר, ההכרה במצבים מעין אלה אך האירה צורך, שהיה קיים, כאמור, בלאו הכי, להרחיב את מושגי הסיבתיות המקובלים, המבוססים על איפיון של סיבות כתנאים ולהגמישם. בעשרות השנים האחרונות מתגבשת איפוא הכרה משפטית בכך שאופיין של ההכללות הסיבתיות, ומשום כך – אף של הקביעות הסיבתיות היחידניות, הוא בדרך כלל הסתברותי" (רון שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק א' - ביקורות מסורתיות" עיוני משפט יט 205, 237 (תשנ"ד)).

131. נטל הוכחת שיעור ההסתברות (הכללי) מוטל על התובע ועליו להוכיחו "כנדרש" (כלשון הנשיא ברק בעניין יהונתן כהן, פסקה 6 לפסק דינו). משמעות הדרישה היא שהתובע יניח תשתית ראייתית הולמת לשיעור ההסתברות הכללי. כפי שציינתי בעניין מלול, אם ישנם נתונים - יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך את הנתונים הסטטיסטיים. אל לו לשופט להירתע מהיעזרות והתעמקות בחוות דעת רפואיות המתבססות על מחקרים מדעיים והערכות

סטטיסטיות: "בית המשפט אינו מומחה, אולם כמומחה למומחים, עליו לברר היטב את כל ההיבטים הנוגעים לראיה המדעית שהוצגה לו" (ע"פ 141/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 15.3.2006)).

גם לדעתי התובע אינו נדרש לעמוד בסטנדרט סטטיסטי של מובהקות או רווח בר סמך מסוים (ראו בהקשר זה פסקאות 6 ו-20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה). עליו לעמוד בסטנדרט משפטי של הסתברות כללית משמעותית. אמת המידה היא משפטית ולא מתמטית. עמד על כך גם בית המשפט לערעורים באנגליה, מפי השופט Ormrod:

"The concept of 'probability' in the legal sense is certainly different from the mathematical concept; indeed, it is rare to find a situation in which the two usages co-exist although, when they do, the mathematical probability has to be taken into the assessment of probability in the legal sense and given its appropriate weight" (Re JS (a minor) [1980] 1 All ER 1061, 1066).

אכן, "המושג המשפטי של הסתברות כולל רכיבים של סבירות וצדק, והוא במידה רבה תלוי מדיניות" (מנשה, 9, המסתמך על C. Nesson "Agent Orange Meets Blue Bus: Fact Finding at the Frontier of Knowledge" 66 B.U. L. Rev. 521, 539 (1986)). הדרישה לקיומה של וודאות סטטיסטית, שברוב המוחלט של המקרים אף אינה ניתנת להשגה, עלולה להביא לתוצאה בלתי צודקת במישור המשפטי: "המשפט אינו מתמטיקה, והמשפטן אינו שואף לאותו דיוק שהמתמטיקאי שואף אליו. התעקשות על דיוק... סופה להוביל למשפט פחות טוב" (פורת מדע או משפט 365; ראו גם לבנוני 595-597 והאסמכתאות שם; עוד על השוני בין נקודת הראות הסטטיסטית לזו המשפטית ראו: Ronald J. Allen and Alicia Carriquiry "Factual ambiguity and a theory of evidence reconsidered: a dialogue between a statistician and a law professor" 31 Israel Law Rev. 464 (1997)).

הלכה למעשה, ההכרעה המשפטית בדבר קיומו של שיעור הסתברות כללי ומשמעותי תתבסס, כשיקול עיקרי, על הראיות המדעיות שהוצגו וכן על התבונה וההיגיון לאור מכלול הנתונים הנפרש בפני בית המשפט. בחינת הראיות המדעיות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק תיעשה אפוא "במבט רחב", המתחשב בשיקולי המדיניות שצינתי ומתוך הכרה במגבלות הידע המדעי. חריג האחריות היחסית יוצק תוכן חדש למושג הסיבתיות העובדתית בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, וכמבחן המגשים את סוגיית הסיבתיות עליו להיבחן

מתוך "מבט רחב" (ראו והשוו: Yorkshire Dale SS Co v. Minister of War Transport : [1942] AC 691, 706 (Lord Wright)).

132. לטעמי אל לו לבית המשפט להתחמק מיישום חריג האחריות היחסית מקום בו מתקיימות אמות-המידה להפעלתו. כאמור, תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא להכריע בסכסוכים בין צדדים, בהתחשב במידע הקיים לפניו ובמידע שניתן להביאו. הכרעה לפיה הנתבע שהתרשל "יהנה" מן העמימות העובדתית והתובע יצא עם "לא כלום" היא הכרעה שיש להימנע ממנה.

לפיכך גם אם המחקר המדעי טרם הגיע לרמת ראיה מדעית חד-משמעית, רשאי בית המשפט לקבוע את "האמת המשפטית באשר למציאות המדעית" ולו על סמך ראיות מדעיות חלקיות תוך שהוא מקנה להן משקל הולם ותוך הסתמכות גם על ממצאים אחרים (ראו דעת הרוב המחייבת בעניין קרישוב, עמ' 283ד (השופטת דורנר, אליה הצטרף חברי השופט לוי)). עמדה על כך חברתי השופטת ביניש בהחלטה בבקשה לדיון נוסף בענין קרישוב:

"ההכרעה הסופית בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי נתונה תמיד בידיו של בית-המשפט, אף שברור כי בית-המשפט יפעיל את שיקול-דעתו בהתחשב בחוות-דעתם של המומחים שהעידו בפניו... בהתאם להלכה הפסוקה, אין בהעדרה של 'אסכולה רפואית-מדעית מבוססת' כדי להכריע בהכרח את גורל התביעה, והתובע רשאי לנסות להוכיח קיומו של קשר סיבתי עובדתי אף בהעדרה של אסכולה כאמור; זאת, נוכח הפער הקיים בין רמת ההוכחה המדעית הנדרשת בעולם הרפואה והמדע לבין רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי" (ההחלטה בבקשה לדיון נוסף, פסקה 9).

כדברי חברתי השופטת ארבל, דעת הרוב בעניין קרישוב משקפת נטייה "להקל בדרישת ההוכחה של הקשר הסיבתי העובדתי הפוטנציאלי, וקבעה כי הוא מתקיים למרות העדר ספרות מקצועית המצביעה על קשר כזה, וזאת מאחר שמדובר במחלה נדירה שקשה לבסס אודותיה נתונים סטטיסטיים" (ע"א 5586/03 פרימונט נ' פלוני, פסקה 18 (לא פורסם, 29.3.2007)). לפיכך, לדעתי, אין מניעה כי ההוכחה של שיעור ההסתברות (הכללי) תיעשה, למשל, בדרך של הערכה כללית מטעמו של המומחה המעיד בדרגת וודאות רפואית סבירה. "קריטריון זה הולם את אופי המלאכה השיפוטית שכן בדומה לרופא המטפל, אף בית המשפט אינו יכול לדחות את הכרעתו בשאלה עד לפתרון משביע רצון של הבעיה התיאורטית, כפי שיכול המדען" (מנשה, 5). ראוי כי

חוות הדעת הרפואית תפרט גם את מכלול הנסיבות האינדיבידואליות בעניינו של התובע (כגון עבר רפואי, שלילת אינדיקציות תורשתיות במשפחתו וכדומה).

133. הועלתה תמיהה בספרות המשפטית (שנור הבסיס העיוני, 203-204, בהערת שוליים 115) כיצד מתיישבים פסק דיני (בדעת מיעוט) בעניין קרישוב ופסק דיני בעניין מלול. ההתייחסות לתמיהה זו מאפשרת להבהיר מהו לדעתי יישום נכון של הקריטריונים שנקבעו בעניין מלול. פסק הדין בעניין קרישוב ניתן לפני ענין מלול. בעניין קרישוב המחלוקת העובדתית נסבה סביב הוכחת קיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי, דהיינו, האם החשיפה לגורם הסיכון מסוגלת, אצל אנשים כלשהם בנסיבות כלשהן, לגרום למחלה (ענין קרישוב, פסקה 14). עמדתי היתה כי "הראיות המדעיות שהונחו בפני בית המשפט כשהן לעצמן, אין בהן כדי להוכיח קשר סיבתי עובדתי פוטנציאלי לא מבחינה מדעית, וגם לא מבחינה משפטית". דעת הרוב קבעה כי קשר סיבתי פוטנציאלי הוכח, בין היתר, תוך מתן משקל לכך שכמחצית מעובדי המוסך בו עבד קרישוב נפטרו מסרטן. לעניין זה ציינתי אנוכי כי אכן "בית המשפט המחוזי נתן משקל לענין ששת העובדים שנפטרו, על פי הנטען, מסרטן. אילו סברתי שמסקנתו בענין זה מבוססת היא, יתכן והייתי הולכת בדרכו, אף שהתשתית המדעית האחרת - קלושה היא" (שם, פסקה 85). בעניין קרישוב היתה מחלוקת עובדתית בדבר משמעות הראיות שהיו לפני הערכאה הדיונית בשאלת קיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי. עמדה על כך חברתי השופטת ביניש בהחלטה בבקשה לדיון נוסף בענין קרישוב בציינה כי "עצם העובדה כי שופטי ההרכב נחלקו בדעותיהם בנוגע למסקנות המתבקשות מן הראיות הנסיבתיות בעניינו של קרישוב אין בה כדי להצדיק דיון נוסף" (הבקשה לדיון נוסף בענין קרישוב, פסקה 8).

לעומת זאת, בענין מלול המחלוקת העובדתית לא נסבה כלל ועיקר סביב הוכחת קיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי. נקבע כי קשר סיבתי פוטנציאלי הוכח: "משפחת מלול הוכיחה באמצעות מומחי שני הצדדים שהעיכוב בביצוע הניתוח יכול היה להיות גורם לנזק או לחלקו" (ענין מלול, פסקה 31). בניגוד לענין קרישוב, בעניין מלול היה הקושי טמון בהוכחת קיומו של קשר סיבתי עובדתי פוטנציאלי, דהיינו, בשאלה אם חשיפתה של התובעת לגורם הסיכון גרמה למחלה אצלה. בעניין זה קבעתי כי "לא ניתן להוכיח אם גורם אפשרי זה השתתף בפועל בתהליך הגרימה במקרה זה. על כן, בצדק נקטה הערכאה הראשונה בדרך של הטלת אחריות חלקית וחייבה את המערערים בחלק מנזקי המשיבים" (ענין מלול, פסקה 31).

בעניין מלול (ועל פי דעת המיעוט – בניגוד לענין קרישוב) הוכחה הערכת סיבתיות כללית, לאמור שההתרשלות עלולה היתה לגרום לנזק מהסוג שבו נפגע התובע. בענין מלול נסובה המחלוקת סביב הוכחתו של קשר סיבתי עובדתי ספציפי, כאשר גורם הסיכון ידוע בספרות המקצועית כגורם אפשרי לנזק והוכח קשר סיבתי פוטנציאלי. זאת, בשונה מענין קרישוב, שם לא עבר התובע – לפי דעתי – את המשוכה של הוכחת קשר סיבתי פוטנציאלי, ולפיכך כלל לא הגיע הדיון לשלב של עניין מלול, קרי, דיון בהוכחת קשר סיבתי ספציפי (ראו גם דברי השופטת ביניש בבקשה לדיון נוסף בענין קרישוב, פסקה 7, להבדל בין עניין קרישוב לבין ענין טויסטר).

בבחינת למעלה מן הצורך אעיר כי בענין קרישוב, כלל לא עלתה טענה של פיצוי לפי הסתברות. התובעים בענין קרישוב לא הראו, כבענין מלול, כי קיימת סיבתיות עמומה. מכל מקום אך מובן הוא כי דעת הרוב בענין קרישוב, לעניין דרך ההוכחה ומילוי התנאי בדבר קשר סיבתי עובדתי פוטנציאלי בין חשיפה לחומר מסוכן לבין מחלה, היא כאמור הדעה הקובעת. ביקשתי להבהיר את עמדתי שלי.

134. נחזור לשאלת הראיות הסטטיסטיות. לדעתי חישוב הפיצוי בחריג האחריות היחסית עשוי להתבסס גם על אמדן. כאמור, בגדרי חריג האחריות היחסית, חובתו של בית המשפט להכריע בסכסוך בין הצדדים על פי הראיות שלפניו ובמגבלות הידע המדעי הקיים. פרט למקרים נדירים, על בית המשפט להכריע בסכסוך על-פי הנתונים שבפניו. דברים שנאמרו לעניין תאונות דרכים יפים גם לענייננו:

“It has also been emphasised that where the evidence permits, it is an essential part of a judge’s duty to come to a definite conclusion and he is not entitled to dismiss a claim on the ground that he is unable to decide which party’s negligence caused, for instance, an accident. ... [I]t was not permissible for the judge to conclude that on the balance of probabilities neither had proved a case against the other. It would be rare for road traffic cases to fall into the exceptional category where it was possible for a judge to say ‘I just do not know’ in relation to an accident’s cause.”
(Walton, Cooper and Wood (eds.), Charlesworth & Percy on Negligence 397 (11th ed., 2006)).

אמנם נטל ההוכחה בעניין זה מוטל על התובע, אך האתגר הוא גם של בית

המשפט:

“מלאכת ההתאמה של חוות הדעת של המומחים לדוקטרינות המשפטיות מוטלת, בראש ובראשונה, על

הצדדים עצמם. אלה צריכים לפרוש, באמצעות החקירה ושאלות ההבהרה, תשתית עובדתית מספקת ומתאימה, שתאפשר להם לבסס את טענותיהם כדבעי. מלאכה זו מוטלת, כמובן, גם על בית המשפט, בבואו לפסוק את הדין לפי אותה יריעה שהניחו בפניו הצדדים, ובהתאם לדוקטרינות המשפטיות המתאימות. לעיתים ייטיבו הצדדים ובית המשפט אם יסבירו למומחה מבעוד מועד מהם פני הדברים מנקודת המבט של המשפט, על מנת להקל עליהם לחשוף את הפערים ככל שישנם כאלה" (רע"א 2551/06 לנגפורד נ' א.ג. תום בע"מ, פסקה 5 להחלטתו של השופט ריבלין (לא פורסם, 26.5.2006) (להלן – עניין לנגפורד)).

על רקע זה, גישתי היא כי, במקרים מתאימים, רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי לפי הסתברות גם בדרך של אומדן (כפי שנעשה בעניין מלול). הדבר נעשה בעבר בהקשר של אבדן סיכויי החלמה (עניין גיל, 146; והשוו ל-ע"א 437/73 עאיק נ' רוזמרין, פ"ד כט(2) 225, 232 (1975)) ובהקשר של העדר הסכמה מדעת (עניין ואתורי, 191(ד). על רקע זה דעתי היא כי ניתן לעשות שימוש בדרך של אומדן גם בחריג האחריות היחסית. השיעור ההסתברותי שיאמץ בית המשפט בסופו של דבר, לצורך קביעת הפיצוי החלקי, אינו חייב לשקף נתונים סטטיסטיים או מתמטיים של ממש, אלא יכול גם לשקף הערכה הסתברותית, המבוססת על נסיון החיים ועדויות המומחים, והמשוקללת עם הערכה בלתי מדידה של משקל הראיות שהוצגו לתמיכה בגרסתו הסיבתית של כל צד.

135. אשר לחישוב הפיצוי בפועל: שיעור ההסתברות הכללי והמשמעותי אותו הוכיח התובע, או שנקבע באומדן בית המשפט, הוא כלי עזר מרכזי (אך לא בלעדי) לקביעת שיעור הפיצוי בפועל. ככלל, הפיצוי יקבע כתוצאה מכפלת שיעור ההסתברות המשמעותי שהוכח בנזק הגוף שהוכח. גם כאשר הניזוק הוכיח שיעור הסתברות מעל 50%, הפיצוי ייקבע בגובה שיעור ההסתברות שהוכח ולא תבצע "השלמה" לכדי שיעור של 100%. הטעם לכך הוא שמרגע שנפתחו שערי חריג האחריות היחסית, נקבע הפיצוי על-פי אמות המידה של חריג האחריות היחסית ולא לפי אמות המידה של הכלל הרגיל. אמות המידה של חריג האחריות היחסית הן של פיצוי לפי הסתברות ולא של "הכל או כלום". אם נאמר כי חריג האחריות היחסית מתיר "השלמה" לכדי שיעור של 100%, יביא הדבר לתוצאה של הרתעת יתר חריפה (ראו והשוו פורת תביעות בגין נזקי עישון 488, בהערת שוליים 32).

בדברים אלה יש כדי להסיר את החשש שמא חריג האחריות היחסית יופעל באופן העלול לעוות את קביעת הפיצויים (ראו שמואלי, שפירא ופוקס, 895-894) כמו גם את החשש שמא "יבלע" החריג את הכלל הרגיל. בדברים אלה יש כדי להבהיר כי

קיים קו גבול ברור בין הכלל הרגיל לבין חריג האחריות היחסית, וכי האחרון איננו "תחליף" או "קיצור דרך" לכלל הרגיל. בדברים אלה יש כדי להביא להתאמה בין חריג האחריות היחסית לבין דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה, שגם בה "מקום בו הסיכוי שאבד הינו גבוה יותר מ-50%, לא יזכה הניזוק בפיצוי בגין מלוא נזקו הפיסי, כי אם באותו אחוז ממנו השווה לשיעור סיכויי ההחלמה שהוא איבד בגין התרשלותו של המזיק" (ענין קסלר, פסקה 20, בהסתמך על ענין פאתח, 319 ואסמכתאות נוספות המפורטות שם). אכן, שתי הדוקטרינות עקביות בקביעת הפיצוי על-פי הסתברות לאורך טווח ההסתברות, ללא "השלמה" של הפיצוי לכדי פיצוי מלא כשיטת הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות.

מן הכלל אל הפרט

136. חריג האחריות היחסית מעוגן לטעמי היטב בדיני הנזיקין. הוא יושם הלכה למעשה בפסק הדין בענין מלול. הדיון הנוסף ניתן על ההלכה המשפטית ולא על יישומה. לפיכך יש לדחות את טענות העותרים בכל הנוגע ליישום החריג במקרה הקונקרטי (סעיף 27 לסיכומי העותרים). בין כך ובין כך איני סבורה כי יש לסטות מאומדן הפיצוי שנפסק בפסק הדין. יישום חריג האחריות היחסית לנסיבות עניין מלול מביא לתוצאה שנפסקה בפסק הדין, בהסכמת המשנה לנשיא (בדימ') מצא וחברי השופט ג'ובראן, ואין מקום לשנותה.

בטרם סיום

א. חריג האחריות היחסית ועקרון הוודאות במשפט

137. לא נעלמה מעיני הביקורת כי ההלכה בעניין מלול עלולה לפגוע בוודאות המשפטית (ראו והשוו עניין גולן, פסקה 32 לפסק דינו של השופט גרוניס). תשובתי לכך היא בשניים. במישור העיוני, בעיית הפגיעה בוודאות המשפטית היא בלתי נמנעת בתחומי משפט שונים, וכל שניתן לעשות הוא לשאוף לצמצומה, אך לא ניתן לבטלה לחלוטין. עמד על כך פרופ' מאוטנר, בציינו כי לא ניתן להתגבר על –

"התפקיד המכריע שממלא השופט הפרטיקולרי, האקראי, הייחודי, בתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית, הן בכל הנוגע לחומרים שבהם ישתמש השופט לצורך החלטתו והן בכל הנוגע לתוצאה שאליה יגיע השופט... חוסר היכולת... להתגבר על בעיית הוודאות במשפט הוא בלתי נמנע. הוא בלתי נמנע משום שהיצירתיות והבחירה

הם תמצית האנושיות. כך בחיינו בכלל, וכך בחיינו במשפט... עלינו להשלים עם כך שבמקרים רבים לא נוכל להבטיח למתדיינים בהליכים שיפוטיים שתתקבל בהליך שלהם תוצאה מסוימת אחת שתוכל להיחשב לתוצאה המשפטית 'הנכונה' של ההליך" (מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 241-242, 246 (תשס"ו) (להלן – מאוטנר)).

כאמור, לגישתי, חריג האחריות היחסית מצמצם את עצמת הסטייה של ההכרעה המשפטית מן "האמת העובדתית" ולפיכך פגיעתו בוודאות היא חלשה (השוו ל"אמצעים נוספים הקיימים בדין לצמצום חוסר הוודאות במשפט, מאוטנר, 249-258).

במישור המעשי, אני סבורה כי חריג האחריות היחסית הוא מתוחם וברור. אמנם, קליטת חריג האחריות היחסית בערכאות הדיוניות לאחר עניין מלול היא רחבה אף שיש להודות כי אינה בהכרח עקבית. חלק מפסקי הדין שניתנו בערכאות הדיוניות וצוינו לעיל מצויים בשלב הערעור בבית משפט זה, כפי שצוין בסמוך לאזכורם, ועל כן אמנע מלהיכנס לפרטי הדברים. בטוחה אני כי ברבות הזמן, יתכנס יישומו של חריג האחריות היחסית לכדי גבולות וודאיים. בעניין זה אין לי אלא לאמץ את דברי השופט זמיר, שנאמרו ביחס לדוקטרינת הבטלות היחסית, אך הולמים לטעמי גם לענייננו:

"מידת הוודאות תגדל עם הזמן ככל שההלכה תיעשה מוכרת ומפותחת יותר, כפי שקורה בהלכות חדשות, ומכל מקום, אין בטענה זו כדי למנוע קליטה של הלכות חדשות" (רע"פ 2413/99 גיטפן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 685 (2001)).

ב. חריג האחריות היחסית במשפט העברי

138. מחקר מקיף שנעשה במרכז ליישומי משפט עברי בעקבות עניין מלול מגלה כי קיים עיגון לחריג האחריות היחסית גם במשפט העברי. גישתו של סומכוס (המצויה אמנם במיעוט) ביחס לכלל ההכרעה בממון המוטל בספק עובדתי, כאשר ברור שהספק לעולם לא ניתן יהיה להתברר, היא כי יש לחלוק את הממון. זוהי גישה של פשרה הנובעת משיקולי צדק (ראו יובל סיני "פסיקת פיצוי חלקי על פי אחריות יחסית במקרים של 'סיבתיות עמומה' על פי המשפט העברי" 11 (המרכז ליישומי משפט עברי, 2006) (להלן – סיני); כן ראו שלום אלבק הראיות בדיני התלמוד 334-335 (תשמ"ז) (הנזכר שם). לכלל הרגיל בדבר "המוציא מחברו עליו הראיה" מצוי חריג בדברי הרמב"ם אשר כתב בהלכות מכירה (פרק כ, הלכה יא) כי "זה אומר איני יודע וזה אומר

איני יודע ואינם ברשות אחד מהן יחלוקו" (כמצוטט אצל סיני, 15). בהקשר זה מציין

סיני כי –

"לפי דברי בעל ערוך השולחן הפסיקה לפי הכלל של המוציא מחברו מוצדקת רק כאשר ביכולתו של התובע להביא ראיות להוכחת צדקת תביעתו, מה שאין כן במקום שלא התובע ולא הנתבע יכולים להביא ראיות, שאז יש לפסוק – יחלוקו... רק במקרים של סיבתיות עמומה שלא ניתן בשום אופן להוכיחה בבירור על ידי ראיות מדעיות ואחרות אז אפשר לפסוק פיצויים יחסיים בהתאם לסיכוי המשוער שהנזק ארע כתוצאה מהמעשה העוולתי של הנתבע" (סיני, 17-16).

הוא מסכם כי לפי גישת המשפט העברי –

"יש מקום לפסוק פיצויים יחסיים במקרים של סיבתיות עמומה כאשר מדובר בנזקים הנגרמים בידי אדם... אם ניישם עקרון זה בענייננו הרי שיש יסוד לחיוב בתשלום יחסי במקרים של סיבתיות עמומה כאשר מדובר במקרים של רשלנות רפואית הנוגעת לנזקי אדם... נמצא לפי שיטה זו שבמידה ומדובר בסיבתיות עמומה שהינה פרי ספק עובדתי-אובייקטיבי, שאין כל אפשרות לבררו באמצעות ראיות, הרי שיש יסוד לפסיקת פיצויים יחסיים אף לשיטת חכמים" (סיני, 19).

מהאמור עולה כי המשפט העברי תומך בחריג של אחריות יחסית כבסיס לפיצוי לפי הסתברות, וכי תמיכה זו אינה מוגבלת למקרה הקבוצתי וניתן להחילה גם במקרה הבודד. דומה כי אחד משיקולי המדינות שבבסיס עמדה זו הוא עקרון האשם והעדפת הניזוק החף:

"מדברי אחד מגדולי הפוסקים, בעל קצות החושן, עולה שכאשר ברור לנו שהיה מעשה של התרשלות, ואף ארע נזק, אך אין אנו בטוחים שיש קשר סיבתי בין הנזק להתרשלות אז כענין שבמדיניות משפטית 'כיון שתחלתו בפשיעה (=התרשלות) כל שאנו יכולין לתלות האונס מחמת הפשיעה חייב עד שיבורר בודאי שהאונס אינו מחמת הפשיעה" (סיני, 20, המפנה לקצות החושן, סימן שמ, סק"ד).

המשפט העברי מכיר באפשרות לפסוק, בנסיבות דומות, פיצוי בדרך האמדן:

"בהקשר זה יש להזכיר בראש ובראשונה את תפיסתו העקרונית של רבינו אשר בן יחיאל (הרא"ש), מחכמי ספרד במאה הי"ג, שכתב בתשובה, כי 'נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין יכול להתברר בראיות... ופעמים באומד הדעת' [שו"ת הרא"ש, כלל קז, סימן ו]... ממנה עולה תפיסה עקרונית המתירה לדיין לפסוק על פי אומד הדעת במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות" (ראו יובל סיני ויוסף שרעבי "פסיקת פיצויים נזקיים על פי אומדנא דדיינא" 5-6 (המרכז ליישומי משפט עברי, 2006)).

טיכום

139. פסיקת פיצוי לפי הסתברות בכלל, ופסק הדין בעניין מלול בפרט, מבוססים על הכרעה ערכית. דיני הנזיקין עמוסים בהכרעות ערכיות. פסק הדין בעניין מלול הולך בתלם זה, תוך התפתחות ממקרה למקרה. בענין מלול הצעתי להכיר בחריג לכלל הרגיל של "מאזן הסתברויות". חריג זה הוא חריג האחריות היחסית. הוא נטוע להשקפתי בשיקולי מדיניות עקרוניים בדיני הנזיקין, ומתוחם בגבולות מוגדרים כפי שהתווייתי לעיל. מדובר בחריג הנותן מענה צודק לכשל הקיים בשיטה המסורתית "מאזן הסתברויות" בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. בהיותו חריג גמיש ומאוזן, הוא עשוי למנוע תוצאה בלתי צודקת שהיא תוצר של כשל בשיטה המסורתית. כך נוצרת מערכת שלמה של כלל וחריג אשר משיגה לטעמי את תכליות דיני הנזיקין באופן המיטבי. חריג האחריות היחסית משקף "מודל ביניים" בהשוואה למודלים קיצוניים יותר של אי-מתן פיצוי כלל (על פי הכלל הרגיל של "הכל או כלום") או של מתן פיצוי מלא (על-פי דוקטרינת העברת הנטל או גישות דומות לכך, ראו מנשה, 9-10).

גישתי נובעת משיקולי צדק מתקן, המבקש להיטיב את נזקו של הניזוק על חשבוננו של הרשלן, בשילוב עם צדק חלוקתי. כאשר עולה בידי הניזוק להוכיח על-פי מאזן ההסתברויות את כל יסודות האחריות מלבד יסוד הקשר הסיבתי העובדתי, וכאשר הוא מוסיף ומוכיח על-פי מאזן ההסתברויות כי קיימת בנסיבות עניינו סיבתיות עמומה מובנית ביחס לעצם גרימת הנזק, אין זה צודק להטיל עליו לשאת לבדו בסיכוני הטעות המשפטית הנובעים מעמימות זו. במצב זה, מי שיידרש לממן את הטבת הנזק – ולו

באופן חלקי – יהיה הגורם המתרשל שהיה צריך לצפות נזק זה, ושייתכן שגם גרם לו בפועל.

חריג האחריות היחסית הוא חריג מהותי בדיני הנזיקין, ולא חריג ראיתי החל בדין הכללי. ההכרה בחריג האחריות היחסית אינה נעשית בגדרם של דיני הראיות, שעניינם בשאלה איך ייקבע דבר קיומו של קשר סיבתי. היא נעשית בגדרו של דין הנזיקין המהותי, שעניינו בשאלה מהו קשר סיבתי, ותוך שכלולו של מושג זה עצמו בהתאם לנסיבות החריגות של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. חריג זה "מרכז" את דרישת הסיבתיות העובדתית בדיני הנזיקין, ומביא בהתקיימו, לתוצאה של פיצוי יחסי.

הפיצוי היחסי נקבע בהתאם לשיעור ההסתברות שגורם הסיכון העולתי גרם לנזק הגוף שהוכח או על-פי אומדן. הפיצוי היחסי לא נקבע בהתאם למידה שבה שכנע התובע את בית המשפט בעובדות המקימות את עילת התביעה (שאז מדובר היה בחריג גורף לכלל מאזן ההסתברויות, שחל במשפט האזרחי כולו).

על השופט למצוא, בגדרי סמכותו וערכי היסוד של הדין הקיים, פתרונות חדשים לבעיות חדשות. כדבריו התמציתיים והחריפים של פרופ' פורת:

"לעתים, כדי להשיג את המטרה שלשמה נוצרו כללים משפטיים, נדרש לשנות את הכללים: המטרה חשובה יותר מהכללים עצמם – אלמלא כן יהיו הכללים גולם הקם על יוצרו ... דבקות יתר בכללי הסיבתיות של דיני הנזיקין המסודרתיים אינה משרתת כראוי את המטרות שלשמן נועדו... השינוי הוא, אם כן, במישור האמצעים אך לא במישור המטרות. בכך יתאים את עצמו המשפט למציאות וייענה לה" (פורת תביעות בגין נזקי עישון 483, 490 ו-505).

המודל המוצע על-ידי בפסק דין זה, המבאר את ההצדקות, התוכן והגבולות של חריג האחריות היחסית, משקף, להבנתי, פתרון משפטי גמיש וראוי לבעיית הסיבתיות העמומה. לפי פתרון זה, במצבים בהם קיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק תחול – במגבלות מסוימות – גישה של פיצוי לפי הסתברות המבוססת על חריג האחריות היחסית. חריג זה חל הן במקרה הקבוצתי והן במקרה הבודד כפי שאופיינו בפסק דיני. מנגד, במצבים בהם מתקיים מאזן הסתברויות רגיל, יחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום".

140. עיינתי בתגובתו של חברי המשנה לנשיאה לחוות דעתי. חוות דעתו וחוות דעתי מציבות שתי עמדות עקרוניות שונות. מצטרפת אני למשאלתו של חברי כי בסוף היום פסק-דיננו יביא ליתר בהירות בנושא סבוך זה.

141. אשר על כן, אם תשמע דעתי, נדחה את העתירה לדיון נוסף. העותרים ישלמו למשיבים שכר טרחה בסך 50,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט ט' ג'ובראן:

1. מצטרף אני לעמדתם של חבריי המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת מ' נאור, בכל הנוגע לאפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות, על תוצאת "הכל או לא-כלום" הגלומה בו, במצבים של סיבתיות עמומה בדיני הנזיקין, לטובת דוקטרינה של "פיצוי-לפי-הסתברות". בכל הנוגע לתחומי התפרשותה של דוקטרינה זו, עמדתי כעמדתה של חברתי השופטת נאור, לפיה אין מניעה מלהפעיל דוקטרינה זו אף במקרה הבודד, בנסיבות המתאימות, כאשר לצורך כך אין דרישה להראות כי מדובר בחלק מתופעה היוצרת "הטיה נשנית" כדעתו של המשנה לנשיאה. עם זאת, טעמי לקביעה זו שונים קמעה מטעמיה של חברתי, ובהתאם ייתכן ואף הגבולות אותם אבקש לשרטט להיקף תחולתה של דוקטרינה זו יהיו במבחן המעשה צרים יותר מהגבולות אותם מציבה חברתי, הגם שתמים דעים אני עמה לגבי תחולתה במקרה הנדון.

2. השאלה שבמרכז דיוננו נוגעת למצב בו מתקיים קשר שאינו חד משמעי בין מעשיו הרשלניים של המזיק ופגעיו של הניזוק, בנסיבות בהן קיימת עמימות בשאלה האם מעשי המזיק גרמו לנזק אצל הניזוק, או שמא פגעיו של האחרון הינם תולדה של נסיבות שאינן עוולתיות (הבחנה בין נסיבות אלו ובין נסיבות אחרות של עמימות סיבתית מתוארות היטב בחוות דעתה של השופטת נאור). בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף הסכמתי עם חברתי השופטת נאור לגבי האפשרות העקרונית לראות במצב זה משום חריג לכלל מאזן ההסתברויות הנוהג במשפט האזרחי. כעת נדרשים אנו לסוגיה זו במלוא עוזה, ובחוות דעתה המקיפה העמיקה חברתי לחקור ולדרוש בה. כאמור, מצטרף אני למסקנתה ולעיקר נימוקה, אולם לצערי איני שותף למלוא טעמיה בשלוש נקודות השלובות זו בזו, ואשר ראשיתן בשוני מסוים ביחס למקומם של שיקולי הצדק

המתקן ולגבי דרך יישומם. כתוצאה משוני זה אבקש לראות בפיצוי היחסי משום תולדה של שינוי בתחום הדיוני-ראיתי ולא בתחום הנזיקי-מהותי, תוך צמצום שדה העמימות בו אנו דנים לתחום העמימות המדעית. יובהר עם זאת, כי חרף שוני זה בטעמים העומדים בבסיס השינוי הדוקטרינרי, הרי שמדובר לטעמי באותה גברת אך בשינוי קל של האדרת, כאשר נדמה כי ברוב רובם של המקרים יישומה של גישתי יביא לתוצאות הזרות לגישה של חברתי השופטת נאור.

יישום עקרונות הצדק המתקן

3. נדמה כי בענייננו משמשים עקרונות הצדק המתקן – הדורשים כי יושב על כנו האיזון שהופר בשעה שגרם המזיק נזק לניזוק – ככלי בידי כלל הגישות השונות לסוגיית הסיבתיות העמומה, בין אם אין הן מכירות בה כסוגיה מהותית ובין אם מבקשות הן להרחיב או לצמצם את יישומה. ראוי על כן לעמוד בשנית על מובניה של סוגיית העמימות, בכדי לבחון את האופן בו מתייחסת היא לעקרונות הצדק המתקן.

4. כאמור, ניסוחה הכללי של השאלה נוגע לעמימות הקשר הסיבתי בין רשלנות המזיק לנזקו של הניזוק. מתוך הרחבת נקודת המבט ניתן להתייחס לסוגיה זו, כפי שמתארת זאת חברתי השופטת נאור, כשאלה של עמימות בדבר זהות הניזוק. כך, במקרה פרטני, כאשר קיימת עמימות בשאלה האם נזקו של ניזוק נרחש כתוצאה מהתנהגות רשלנית של המזיק – אשר בהסתברות מסוימת עשויה הייתה לגרום לנזק, ניתן לומר שמדובר בשאלה של עמימות ביחס לגרימת הנזק. מנקודת המבט המרחיבה, בה נבחן ריבוי מקרים בהם התנהגותו של המזיק חזרה על עצמה פעמים רבות ביחס לניזוקים רבים, תוך הסתברות מסוימת לגרימת נזק, ניתן יהיה לנסח את השאלה כך שישנה עמימות באשר למי מביניהם אכן גרם המזיק לנזק (וזאת מתוך הנחה כי ככל שהולך וגדל מספר המקרים, יגדל התואם בין ההסתברות למציאות. ראו: David Rosenberg, *The Casual Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV., 849, 859, fn. 43 (1984). ברי, כי במקרים בהם ממילא המצב המובא בפני בית המשפט נוגע למספר רב של ניזוקים – דוגמת עוולות המוניות, הרי שאין מדובר בהרחבת נקודת המבט, ומלכתחילה השאלה הינה מי מבין "הניזוקים" הרבים אכן ניזוק כתוצאה מעוולתו של המזיק. אלא שהסוגיה אליה נדרשנו כאן אינה מהסוג האחרון, והשאלה על כן הינה האם להחיל את דוקטרינת הפיצוי היחסי בעניינם הפרטני של הצדדים כעומד בפני עצמו, או שמא יש לעשות כן רק לאחר הרחבת נקודת המבט וקביעה האם המקרה שותף למקרים דומים אחרים ומקיים "הטיה נשנית".

5. חברי המשנה לנשיאה, המבקש להתייחס לשאלה זו מתוך נקודת המבט המרחיבה, מבסס את גישתו זו, בין היתר, על הצורך למלא אחר עקרון הצדק המתקן, באמצעות מניעת מצבים של אחריות חסרה או אחריות עודפת, ומניעת פגיעה בקשר הדו-קוטבי בין המזיק לניזוק העומד בלב רעיון הצדק המתקן (ראו פסקה 23 לחוות דעתו). אלא שאין זה ברור לדידי מדוע עקרון הצדק המתקן נפגע רק כאשר מדובר בהטיה נשנית, ובהתאם מדוע יישומו של עקרון הצדק המתקן מקים דרישה זו. השאלה הינה כאמור האם יש להרחיב את שדה ההתבוננות ולבחון את המקרה הנזיקי מתוך ראייה רחבה. כפי שמתאר זאת חברי המשנה לנשיאה, "בדומה להליך ייצוגי, מבחן ההטיה הנשנית דורש למעשה מבעל-דין לטעון מעבר לעניינו הפרטני" (פסקה 28 לחוות דעתו, ובדומה פסקה 44 לדבריו). מילים אחרות, מקום בו קיים חשש כי בשל סיבתיות עמומה יינתן פיצוי בחסר או ביתר ביחס לאחריות בפועל של המזיק, אך מדובר במקרה העובד בפני עצמו, ולא כחלק מתופעה רחבה, יותר הפער על כנו. מנגד, באם הבחינה המרחיבה תגלה כי אותו מקרה שותף למקרים נזיקיים אחרים, יתוקן הפער, או למצער יצומצם.

אכן, ככל שההטיה עקבית יותר ומקיפה יותר נוצרת פגיעה מרובה יותר בעקרון הצדק המתקן. אלא שריבויים של המקרים אינו בהכרח יורד למהותו של עקרון הצדק המתקן. ככל שנאמר שיש בעצם ההטיה משום פגיעה בעיקרון הצדק, הרי שיש למצוא לה מענה כבר במקרה הפרטי, ואין בעצם ריבויים של המקרים כדי לשנות באופן מהותי את העוול שנגרם במקרה היחיד. כפי שמציין אף חברי המשנה לנשיאה, יש לזכור שמדובר בעקרון צדק המתבסס בראש ובראשונה על הקשר בין שני הצדדים הפרטניים, ובשאלה האם הופר האיזון שביניהם. במצב זה אין משמעות לשאלה האם הפגיעה הינה חד פעמית או שיטתית – בכדי להגיע למסקנה לפיה עלינו לשנות את דרך יישומו של עקרון הצדק המתקן עלינו להראות מדוע מעצם מהותו של מקרה מסוים יישום הגישה המקובלת בעניינו תפגע בעקרון הצדק. במידה שהדבר יוכח די יהיה לנו בכך, בעוד ששאלת ריבוי המקרים אינה מעלה ואינה מורידה.

6. מנגד, ברי כי החלתם של עקרונות אחרים של מדיניות משפטית מביאה ליישום שונה מהאמור לעיל. ככל שנראה את השיקול ההרתעתי, שיקול היעילות ושיקול הצדק החלוקתי כגורמים הדומיננטיים יותר, הרי שתוקפם של אלו מתגבר ככל שמדובר בתופעה רחבת היקף ורווחת יותר, שכן מתמקדים הם כידוע בסוגיית חלוקת המשאבים בחברה ובהשאת הטובין בה. אולם לא כך הוא הדבר ככל שענייננו בעקרונות הצדק המתקן, אשר כפי שמציין חברי המשנה לנשיאה מבוסס על "התבוננות במזיק ובניזוק

כאילו אין בלתם". אכן, ניתן לטעון כי הגיונו של מבחן ההטיה מביא לכך שלא פעם יהיה ביישום עקרון הפיצוי היחסי משום קידום של עקרון הצדק המתקן (ראו למשל אריאל פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", עיוני משפט כג(3), 605 (התש"ס) בעמ' 611 (להלן: פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון"), המתייחס לכך שטענה זו עולה בקנה אחד עם ניסוח מסוים של עקרון הצדק המתקן, המוצא ביטוי בחוות דעתם של חבריי). אולם נכונותה של טענה זו אינה נגזרת מתוך הרחבתה של נקודת המבט, המנוגדת כאמור למושכלות היסוד של הצדק המתקן, אלא מתוך ההכרה בכך שאף במקרה הפרטני השינוי הדוקטרינרי יביא לתוצאה צודקת יותר.

7. בדומה למשנה לנשיאה, אף חברתי השופטת נאור רואה בדרישה להוכחת הקשר הסיבתי במאזן ההסתברויות במקרים של סיבתיות עמומה משום פגיעה בעקרון הצדק המתקן, אולם לגישה די בפגיעה במקרה היחיד כדי להביא לשינוי בדרישה זו. כאמור לעיל, שותף אני למסקנתה זו, אולם חולק אני על דעתה בכל הנוגע לאופי הפגיעה ובהתאם למהות השינוי הנדרש.

8. בלב גישה של חברתי השופטת נאור מצויה ההנחה לפיה יישומו של כלל מאזן ההסתברויות על מקרים של סיבתיות עמומה מביא, מעצם מהותה של העמימות, למצב בו נמנע מהניזוק פיצוי על הנזק שנגרם לו מידי המזיק שהוכחה רשלנותו. למותר לציין כי ככל שמדובר היה במצב בו המזיק הרשלן אכן גרם לניזוק את הנזק האמור וחרף זאת נמנע פיצויו של האחרון, היה בכך משום חריגה ברורה מעקרון הצדק המתקן. עם זאת, יש לזכור כי בענייננו עצם השאלה בדבר הקשר בין מעשהו הרשלני של המזיק ונזקו של הניזוק לא הוכחה (על פי הכללים המשפטיים המקובלים), ולמצער מוטלת היא בספק. במצב זה, עצם ההנחה לפיה מדובר במצב בעייתי הדורש פתרון מניחה את המבוקש, לפיו אכן קיים קשר בין המזיק לניזוק (שכן אלמלא קשר זה לא ניתן היה לומר שמדובר בפגיעה בעקרון הצדק המתקן).

פתרונה של חברתי לקושי זה מבוסס על ההבחנה בין המזיק הרשלן והניזוק החף מפשע, תוך התמקדות באשמו של הראשון. מתוך כוונה מודעת להעדיף את הניזוק הנפגע על פני המזיק שהוכחה עוולתו, יוצרת חברתי מצב בו המזיק יפצה את הניזוק על "נזקו", אף אם לא ניתן להוכיח במאזן ההסתברות כי אכן גרם לו, במה שמוצג על ידי חברתי כחריגה מעקרון האחריות במובנו הטהור. כך, בעוד שחברי המשנה לנשיאה מצדיק חריגה זו באמצעות הגבלתה למקרים המציגים הטיה נשנית, הרי שחברתי מצדיקה את החריגה בשם העדפת התובע-הניזוק החף על פני הנתבע-הרשלן (ראו

פסקה 56 לחוות דעתה). אלא שלטעמי אף גישה זו אינה יכולה לעלות בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן.

9. כפי שתואר לעיל, עקרון הצדק המתקן מבוסס על יחס דו קוטבי בין המזיק לניזוק, כאשר מעצם הגדרתם ככאלו החוט המקשר בינם הינו אחריותו של המזיק לניזוק של הניזוק. ככל שהמזיק אינו אחראי לניזוק של הניזוק (ובאופן מעשי, ככל שאחריותו זו לא הוכחה), הרי שמנקודת מבטו של הצדק המתקן כלל לא נגרם "לניזוק" נזק, שכן חלקו לא נגרע על ידי פעולתו הרצונית של אחר, אלא מידי שמיים. במובן זה, על פי עקרון הצדק המתקן, אין משום משמעות לדיבור אודות מזיק ללא קביעת אחריותו לנזק לו גרם במעשיו. דהיינו, באם לא הוכחה אחריותו של המזיק לנזק במקרה הפרטני, הרי שלעובדת התרשלותו אין כל רלוונטיות, שכן כלל לא מתגבש הקשר בין המזיק לניזוק אשר רק בהתקיימו חל עקרון הצדק המתקן. ללא קורלציה בין מעשהו הנזיקי של המזיק ונזקו של הניזוק – המשתקפת באחריותו של המזיק לנזק – הרי שהמעשה כלל אינו נזיקי ואין הוא מהווה מושא לצדק המתקן, אף אם נתלה בו פסול מוסרי בשל עצם ההתרשלות (וראו Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* 60-61, (1995) 63-64 (להלן: Weinrib, *The Idea of Private law*)).

ודוק, בהכפפת הצדק המתקן לקביעה בדבר התרשלותו של "המזיק" יש משום הפיכת הקערה על פיה, כאשר מבחן העזר, אשר משמש ברגיל ככלי להתחקות אחר היווצרותה של האחריות הנזיקית בעולם המעשה, הופך למניע מאחורי קביעת האחריות וכקודם לה. במובן זה, אחריותו של המזיק לניזוק של הניזוק, המהווה את לב ליבו של עקרון הצדק המתקן, הופכת למשנית ושואבת את חיותה מעצם התרשלותו של המזיק, לא כאבן דרך לשם הוכחת האחריות, אלא כהצדקה לקביעתה. יש לזכור כי עצם מהותו של הצדק המתקן הינה יחסית – הן מבחינת היותו ביטוי ליחס השוויוני בין המזיק לניזוק, והן בהיותו ביטוי למידה בה הזיק המזיק לניזוק. ככזה, אין הצדק המתקן עומד בפני עצמו, במנותק מהנזק שגרם המזיק, ואין הוא "מכניס למשוואת הצדק" גורמים שאינם קשורים ליחס זה, דוגמת מעשיו הפסולים של "המזיק" שלא גרמו לנזק (ולענייננו – שלא הוכח כי גרמו לנזק). במילותיו של אריסטו, המנסח הקדום של עקרון הצדק המתקן:

"מעשה הצדק צריך, אפוא, להיות גם אמצעי וגם שווה וגם יחסי לאנשים מסויימים; שאחד מהם יתיר והשני חסיר. באשר הוא שווה, הריהו בין שני דברים, ובאשר הוא צודק, הריהו נוגע לכמה אנשים. מעשה הצדק כרוכים בו, אפוא, לכל הפחות ארבעה נתונים; שהאנשים ביחס אליהם הינו צודק, שניים הם, והדברים

שבהם יתבטא – כלומר הדברים שמתחלקים – גם הם שניים". (אריסטו, אתיקה, מהדורת ניקומאכוס (תרגום יוסף ג' ליבס, תשמ"ה) עמ' 116; וראו Weinrib, The Idea of Private Law, בעמ' 60)

במילותינו אנו, הכנסת "אשמתו" המוסרית של הנחבע כשיקול לקביעת אחריותו מהווה הפרה של עקרון הצדק המתקן, במובן זה שמבקשת היא להכניס לגדרי השוויון את אשר אין לו שווה – מעשה שחרף היותו רשלני לא החסיר מהניזוק ולא גרם לו לנזק (ושוב יש לזכור, כי בעייני המשפט, ככל שהדבר לא הוכח הרי שלא התקיים). כפי שמציין המלומד פרופ' ארנסט ויינריב:

"Tort law is not interested in the defendant's culpability aside from the plaintiff's entitlement to redress. The bipolar nature of tort law requires our asking not only "Why can this plaintiff recover from *this* defendant?" but also "Why can *this* plaintiff recover from *this* defendant?" Even if culpability suffices to implicate the defendant, the plaintiff can complain only about the violation of a right." (Weinrib, The Idea of Private Law, 155-56)

באשמתו של המזיק, כשלעצמה, אין כדי לסייע לנו כדי לקבוע את אחריותו לניזוק, מקום שזו אינה נשענת על רגליה שלה בדמות פגיעה בזכותו של הניזוק על ידי המזיק, תוך כדי קביעת הקשר הסיבתי בין השניים באופן עצמאי – כפי הנדרש על פי דיני הראיות הנהוגים.

10. נדגיש כי אין גם בצירופם של שיקולים של צדק חלוקתי אל שיקולי הצדק המתקן כדי להצדיק הטלת אחריות מקום בו אין היא מתקיימת במלואה, וכאשר אין היא נובעת מהקשר האינטימי בין המזיק והניזוק הפרטניים. לא זו אף זו, הכנסתם של שיקולים מתחום הצדק החלוקתי לגדרי השוויון עליו מבוסס עקרון הצדק המתקן, מערערת היא את נקודת המוצא של עקרון זה:

"Because corrective and distributive justice are the categorically different and mutually irreducible patterns of justificatory coherence, it follows that a single external relationship cannot coherently partake of both. Aristotle's contrast of corrective and distributive justice does not determine whether the law should treat an incident correctively or distributively. But if the law is to be coherent, any given relationship cannot rest on a *combination* of corrective and distributive justification. When a corrective

justification is mixed with a distributive one, each necessarily undermines the justificatory force of the other, and the relationship cannot manifest either unifying structure.

...

The problem with combining corrective and distributive justice within a single relationship is that distributive justice splits asunder what corrective justice joins together. Corrective justice involves the intrinsic unity of the doer and the sufferer of the same harm. A distributive criterion disassembles this unity by selecting a feature morally relevant to only one of the parties to the transaction." (Weinrib, *The Idea of Private law*, 73, 75)

11. ואכן, חברתי השופטת נאור אינה מבקשת לראות בהתרשלותו של "המזיק" משום חזות הכל, שיש בו כדי לגבור על היעדרה של אחריות מצידו לנזקו של "הניזוק", והדבר ייעשה רק במקרים בהם קיים סיכוי ממשי לכך שמעשי המזיק אכן גרמו לנזק, אולם הדבר אינו ניתן להוכחה במאזן ההסתברות בשל עמימות מובנית. בדרך דומה מציינת חברתי כי לא יהיה זה מוצדק להטיל אחריות בגין יצירת סיכון שידוע שלא התממש, מתוך שמירה על חירות האדם לפעול וליטול סיכונים (פסקה 84 לחוות דעתה), כך שגם לעמדתה אין משקל להתרשלותו של אדם – מבלי שהתרשלות זו תביא לנזקו של ניזוק מסוים. אלא שלטעמי המסקנה המתבקשת מהאמור נרחבת יותר, ולפיה כל עוד לא הוכח לשביעות רצונו של המשפט כי נתקיים הקשר הסיבתי בין התרשלות הנתבע לנזקו הנטען של התובע, אין בעובדת ההתרשלות כדי להביא לכל שינוי ביחס המשפטי לסוגיית אחריותו של הנתבע, אף לא בהצטרפה לנסיבות של סיבתיות עמומה. כך, הגם שמצטרף אני כאמור לחברתי בכך שנסיבות של סיבתיות עמומה יש בהן כדי להצדיק את פיצויו של התובע מידי הנתבע, הרי שאין זאת מתוך פניה ל"אשמו" של המזיק או לאור העדפתו של הניזוק החף, שכן כאמור בנסיבות אלו אין כדי להעלות או להוריד בעיני הצדק המתקן. כפי שיובהר מייד, לדידי הטעם העומד מאחורי הפיצוי נעוץ כל כולו במהותה של העמימות.

עמימות מדעית

12. כפי שמציינת חברתי השופטת נאור, מהותה של הסוגיה שהובאה לפתחנו נוגעת למורכבותו ולייחודו של הידע המדעי הנדון בה ובסוגיות הדומות לה, אשר יוצרים מצב של עמימות באשר לקשר הסיבתי. אולם ככל שלגישה של חברתי מצב זה עיקר משמעותו הינה ביצירת התנאים המביאים לאי יכולתו של הניזוק החף להיפרע מהמזיק

המעוול, הרי שלטעמי עמימות זו היא עצמה הדורשת את התייחסותנו, ולא השלכותיה על עשיית הצדק שבין הצדדים. כפי שתואר לעיל, הראייה לפיה המקרה נשוא דיוננו יוצר קושי שכן הניזוק אינו יכול להיפרע מהמזיק הגם שצודק יהיה לאפשר לו לעשות כן, מניחה את המבוקש בדמות יצירת קשר של אחריות בין השניים. מנגד, לדידי, הבעייתיות במצב זה – אשר דורשת את התייחסותנו – נעוצה בעצם אופייה של העמימות, אשר כלל אינה מאפשרת למשפט להתייחס כראוי אל עולם המציאות, ובהתאם כלל אינה מאפשרת את פועלם של עקרונות הצדק.

13. ההתפתחויות במדע, ולענייננו במדע הרפואה, הביאו עמן גילויים רבים על העולם הפיסי ועל פועלו של הגוף האנושי. גילויים אלו שופכים אור על קשרים סיבתיים שבעבר היו סמויים מן העין, ומסייעים לביסוסם של קשרים שבעבר היו מעורפלים. אולם כדרך הטבע, כל תגלית מביאה עמה תעלומה חדשה, וככל שרבות התגליות גדל המסתורין. יותר מאי פעם, דווקא בעקבות התפתחות והתקדמות הידע המדעי, נדמה שרוב הנסתר על הגלוי – לא אך בשל היעדרו של מידע מספק, אלא אף מתוך השינוי ביחסו של המדע אל הידע המצוי בידינו. התקדמותו של המדע מחדדת את מידת אי ידיעתנו והבנתנו את פועלו של העולם, תוך היווצרותם של תחומים שנדמה שאינם ניתנים למובן. נדמה שדי להזכיר את ניסויו המחשבתי הנודע של ארווין שרדינגר, המבקש לחשוף את המימד הפרדוקסאלי והאבסורדי בתורת הקוואנטים, בהצביעו על אפשרות תיאורטית כי ישום תיאוריה זו עשוי להביא להימצאותו של חתול במצב בו הוא חי ומת בעת ובעונה אחת – בטרם נבדק מצבו בפועל, תוך המחשה עד כמה תיאוריה זו אינה ניתנת למובן אנושי רגיל. לענייננו נדמה כי ניסוי מחשבתי זה רלוונטי במיוחד, בהדגישו עד כמה נושא הקשר הסיבתי במדע המודרני לובש כסות ייחודית שאינה עוד תואמת את תפיסתנו הפשוטה אודות פועלו של העולם במציאות (ראו Erwin Schrödinger, *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*, 23 NATURWISSENSCHAFTEN 807 (1935); John Gribbin, *In Search of Schrödinger's Cat: Quantum Physics and Reality* (1984)).

בהתאם, אף מבנה הידע המדעי אינו כשהיה בעבר. בעוד שהעולם המדעי הניוטוניאני התבסס בעיקרו על מושגים של סיבה ותוצאה, הרי שבמהלך שלהי המאה התשע עשרה התערערה תפיסה חד משמעית זו של המציאות והידע המדעי ביסס עצמו יותר ויותר על שאלת הסתברותן של סברות, תוך התרחקות ממושגים ברורים של סיבתיות. בימינו הגיעה גישה זו לאחד משיאיה במכניקת הקוואנטים, בה מבקש עקרון "אי הוודאות" לרשת את המושגים המסורתיים אודות סיבתיות בטבע:

“The causality principle requires that every effect be preceded by a unique cause. This idea had served for over a century as a basic assumption of practically every firm of rational research. [...] The uncertainty principle, Heisenberg asserted, denies this: “In the strict formulation of the causal law – if we know the present, we can calculate the future – it is not the conclusion that is wrong but the premise.” [...] The casual connection between present and future is lost, and the laws and predictions of quantum mechanics become merely probabilistic, or statistical, in nature.” (David C. Cassidy, *Heisenberg, Uncertainty and the Quantum Revolution*, SCI. AM., May 1992, 106, 110-11)

דברים אלו מתייחסים אמנם בראש ובראשונה לתחום הפיסיקה התיאורטית, אולם נכונים הם בכל תחומי המדע המודרני, אשר לא פעם נדרש המשפט לעסוק בהם. ואכן, נדמה שהתקדמותו של המדע מהווה אתגר ייחודי לעולם המשפט. כך, מחד גיסא, ההתקדמות המדעית מרחיקה את שדה הידע ממובנים הניתנים לניתוח ושקילה על ידי גורמים החסרים את ההשכלה המדעית המדויקת בשדה המדעי הפרטני, ובהם בתי המשפט. אמנם, חזון נפרץ הוא שבתי המשפט מכריעים בסוגיות הדורשות שימוש בידע ובכלים מדעיים, כשלשם כך נעשה על פי רוב שימוש בחוות דעת מטעם עדים מומחים. בעשותם כך, מכריעים בתי המשפט באמצעות כלים משפטיים ושיקול דעת שיפוטי, המבוסס לא במעט על ההיגיון ועל ניסיון החיים. אלא שככל שמתקדם הידע המדעי ונהיה ממוקד ופרטיקולארי יותר, תוך היווצרותם של תחומי התמחות ייחודיים ומצומצמים, מרחיק עצמו המדע ממחוזות ההבנה בהם פועל ההיגיון הפשוט. מאידך גיסא, השיח המדעי של ימינו כאמור אינו פועל עוד על פי העקרונות החד משמעיים אשר הנחו אותו בראשיתה של המהפכה המדעית, בייחוד בנושא הסיבתיות, תוך מעבר לראייה הסתברותית של המציאות (וראו Troyen A. Brennan, *Casual Chains and Statistical Links: The Role of Scientific Uncertainty in Hazardous-Substance Litigation*, 73 CORNELL L. REV. 469, 478-83 (1988); Peter Tillers, *Intellectual History, Probability, and the Law of Evidence*, 91 MICH. L. REV., 1465, 1465-66 (1993)).

14. בכל אלו אין משום ניסיון לטעון למהפכה אפיסטמולוגית במשפט, ולכלל הפחות אין צורך להעמיק יתר על המידה בסוגיות אלו בענייננו (לדיון בתפיסת הראיות במשפט האנגלו-אמריקאני כמבוססת על האפיסטמולוגיה האמפריציסטית ועל מקומה של גישה זו כיום ראו Peter Tillers, *Intellectual History, Probability, and the Law of*

(1993) 91 MICH. L. REV. 1465, 1485-90. *Evidence*). אולם נדמה שאין מנוס מלהכיר בשינויים שעברו על אופיו של הידע המדעי בסוגיית הסיבתיות, בכל הנוגע לקביעות אודות הצורך כי המשפט ישקף מציאות עובדתית חד משמעית. בין היתר, נדרשת התפתחות זו בתחום הידע המדעי לבוא לידי ביטוי באמצעות הכרה בעמימות סיבתית הייחודית לו, כחריג לכללים הנהוגים במשפט בהתחקותו אחר פועלו של עולם המציאות:

“...cases of scientific uncertainty involve a special kind of uncertainty, to address which the tribunal of fact needs knowledge going beyond common general knowledge. In such instances, an additional problem flows from the tribunal’s difficulty in relying on its common sense to reach a decision that is truly legal and rests on scientific findings. It is arguable that cases involving scientific uncertainty call more compellingly for a special approach to causation, since the facts known to the tribunal are much more difficult to assess than those involved in pure factual inquiries, for which common sense applied to the lay evidence may often be sufficient to resolve gaps in evidence.”
(Lara Khoury, *Uncertain Causation in Medical Liability* 47 (2006); להלן: Khoury)

במקרים אלו של סיבתיות מדעית עמומה, אין מדובר עוד במציאות חד משמעית אשר בשקידה מספיקה ייתכן וניתן היה להגיע למסקנה משפטית אודותיה באמצעות שימוש בכלים המשפטיים המקובלים, ללא הותרת ספק מובנה. במקרים אלו, בהם הידע אודות המציאות עצמו מצוי בעמימות (בשונה כאמור ממצבים בהם העמימות מקורה בחוסר מידע מספק אודות המציאות), לא ניתן לטעמי לדבוק בקביעתו של חברי המשנה לנשיאה לפיה “התפיסה הבינארית של “הכל או לא-כלום” מקבילה למציאות שאף היא, בהקשר הסיבתי, לעולם בינארית; המציאות היא שהנתבע גרם לנזק או שלא גרם לנזק. אין מציאות “יחסית” ולכן תוצאה יחסית אינה משקפת את המציאות” (פסקה 12 לחוות דעתו; וראו אריאל פורת ואלכס שטיין, “דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת”, עיוני משפט ל 349 (התש”ס), בעמ’ 370; והשוו פסקה 75 לחוות דעתה של השופטת נאור). אכן, על פי רוב, המציאות בה עוסק המשפט הינה חד משמעית, או למצער ניתן לראותה ככזו. אולם בתחום מצומצם זה של עמימות מדעית, בו המציאות עצמה אינה ניתנת להבנה ולניסוח חד משמעי בכלים המדעיים המצויים בידינו כיום, נדמה שאף על המשפט להתאים עצמו למציאות זו ולהגמיש את יומרתו לקבוע קביעות חד משמעיות. במקרים בהם אין בידי המדע לספק הסברים חד משמעיים אודות הסיבות שגרמו להתרחשות כלשהי – אלא אך השערות יחסיות, הרי

שלא ניתן לומר בצורה חד משמעית כי התרחשות זו הינה תולדה אמיתית של סיבה כזו או אחרת (ואף לא לשלול טענה מסוג זה), ולהסיק מכך מסקנות משפטיות. אכן, אין בכך כדי לומר כי המציאות עצמה הינה יחסית או עמומה (הגם שכאמור יהיו אף שיטענו זאת), וניתן לשער שבעתיד יהיה בידינו הסבר מובהק לתופעות שבימינו הינן בגדר השערה בלבד. אלא שענייננו הינו בהווה ובצורך להסיק מסקנות משפטיות-נורמטיביות מידע המצוי בפנינו. כאשר ידע זה, במהותו, אינו חד משמעי, הרי שלא ניתן לראותו כידע הניתן לבירור בכלים המשפטיים המקובלים, ואין כל טעם לראותו ככזה. כך, התייחסו למשמעותה של ראיית עולם זו בסוגיית הסיבתיות מצייני המלומד פרופ' רון שפירא כי:

”בעיית אי-התאמתם של מושגי ההתניה המוחלטת לתיאור הזיקה הסיבתית מתעצמת מקום שיש הכרה באופי הסיבתי של תהליכים סטוכסטיים, כלומר, תהליכים שמחמת טבעם לא ניתן לעשות רדוקציה של תנאי קיומם ללוגיקה דו-ערכית. יתר על-כן, מנקודת-ראות מעשית, ניתן לצרף לקבוצת התהליכים הסטוכסטיים גם תהליכים שיש סברה שיתגלה כדטרמיניסטיים אם ייחקרו עד תום, אולם תיאורם על-פי מצב המחקר הנוכחי אינו מאפשר יצירת מודל דטרמיניסטי. כאשר מתעורר הצורך לדון בגורמיה של מחלת הסרטן, למשל, על רקע מצב הידע הרפואי הנוכחי בדבר האטיולוגיה של המחלה, אין מנוס מאימוצן של אמות-מידה הסתברותיות. הידע המדעי שברשותנו אינו מאפשר לתעד את אופני ההתפתחות של המחלה בגופו של אדם מסוים ברמת הפירוט הפיסיקלית המלאה, ובכל זאת אנו נוטים לראות בזיקה שבין חשיפה לתנאי סיבה מסוימים לבין התפתחות המחלה זיקה סיבתית. לאמיתו של דבר, ההכרה במצבים מעין אלה אך האירה צורך, שהיה קיים, כאמור, בלאו הכי, להרחיב את מושגי הסיבתיות המקובלים, המבוססים על אפיון של סיבות כתנאים, ולהגמישם. בעשרות השנים האחרונות מתגבשת איפוא הכרה משפטית בכך שאופיין של ההכללות הסיבתיות, ומשום כך – אף של הקביעות הסיבתיות היחידניות, הוא בדרך-כלל הסתברותי.” (רון שפירא, “המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק א – ביקורת מסורתיות”, עיוני משפט יט(1), 205 (התשנ”ד), בעמ’ 237).

15. חשוב לתחם במדויק את גדרות השדה בו אנו דנים, ולהבחינו מתחומים אחרים, אשר אף בהם תיתכן עמימות, אולם אין לראות בה משום תופעה ייחודית השונה ממקרים אחרים בהם נדרש בית המשפט להכריע ולקבוע ממצאים עובדתיים אל מול מציאות שאינה בהירה. בראש ובראשונה יש להבחין בין עמימות מדעית ועמימות

עובדתית (ראו Khoury, עמ' 47). הכרעה במקרים בהם אין די מידע אודות אירוע מסוים או למצער לא הובאו בפני בית המשפט נתונים מספיקים שיש בהם כדי לאפשר קביעה מבוססת בדבר הסיבות שהביאו להתרחשותו הינה מעשה שביום יום, בין אם מסיבות מעשיות ובין אם בשל מגבלות ההליך השיפוטי. אלא שענייננו במקרים בהם לא זו בלבד שהיעדר מידע רלוונטי יוצר עמימות באשר לקשר הסיבתי ומקשה על ההכרעה, אלא על מקרים בהם הידע המדעי עצמו, מעצם מהותו, אינו מאפשר קביעה ברורה, בין אם בין כתלי בית המשפט ובין אם מחוצה לו (וראו רון שפירא, "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ(1), 141 (התשנ"ו), בעמ' 186 וה"ש 186).

הבחנה אחרת אותה חשוב להדגיש הינה בין עמימות מדעית ומחלוקת מדעית (ראו Khoury, בעמ' 47-48). מקרים בהם ישנן דעות חלוקות מצד המומחים המדעיים הינם שכיחים, הן בבית המשפט והן בעולם המעשה. לא פעם יימצאו תיאוריות מדעיות הנוגדות זו את זו לכל אורך החזית, ובמקביל סברות מדעיות המציעות תרחישים אפשריים שונים להתרחשותו של אירוע כלשהו, תוך קבלתם או שלילתם של קשרים סיבתיים. גם כאן, ההכרעה בין חוות דעת מדעיות מנוגדות מתבקשת לעיתים שכיחות, והיא נעשית על ידי בית המשפט תוך הפעלת שיקול דעת.

16. במקרים מסוג זה – עמימות עובדתית או מחלוקת מדעית – על בית המשפט להפעיל את הכללים המקובלים המשמשים אותו לשם קביעת מסקנות משפטיות אודות המציאות העובדתית, ובראשם כלל מאזן ההסתברויות, על פי התפיסה לפיה "המוציא מחבירו עליו הראיה". רק כאשר אין ביכולתו של בית המשפט לפעול על פי כללים אלו, שכן אין מדובר בעמימות עובדתית או מחלוקת מדעית אלא בעמימות מדעית, בה עצם הידע המדעי המובא בפניו אינו חד משמעי, ניתן לומר כי בפנינו מצב בו על ייצוג המציאות בבית המשפט לבוא לידי ביטוי בכלל שאף הוא אינו חד משמעי, בדמות הוכחה יחסית-הסתברותית של הקשר הסיבתי. לא למותר לציין, כי על קביעה זו, בדבר עצם קיומה של העמימות המדעית (בשונה מתוכנה) להיות מוכחת בפני בית המשפט על פי כללי ההוכחה הרגילים, על פי מאזן ההסתברויות.

הדוקטרינה הראויה – שינוי במידת השכנוע

17. בפתחו של חלק זה ראוי לשוב ולנסח את מהות דיוננו, במילותיו היפות של המלומד פרופ' אריאל פורת:

"דיני הנזיקין המסורתיים מושתתים על תפיסה של אחריות אינדיבידואלית, שמצידה הושפעה מתפיסת הצדק המתקן מבית מדרשו של אריסטו. בבסיסם מצוי הקשר הבל-יינתק בין מזיק לניזוק. קשר זה משמעו שהניזוק יכול להיפרע מהמעוול שגרם לו נזק – וממנו בלבד. בדרך זו מתקן המעוול את העוול שגרם לו. לפיכך, לא ייתכן לחייב מעוול לפצות את מי שלא הוכח שניזוק על ידו גם אם הוכח שניזוק על ידי התנהגות עוולתית: חובת המעוול היא לתקן את העוול שגרם ולא עוולות אחרות. אכן, כללי הסיבתיות מבטיחים כי במקרה הפרדיגמטי שסביבו עוצבו דיני הנזיקין המסורתיים – מזיק אחד מול ניזוק אחד – רעיון זה יוגשם הלכה למעשה.

אלא, שהרעיון כי המעוול חייב לתקן את מצבו של מי שניזוק על ידו אינו ניתן להגשמה בדרך הרגילה כשמדובר על עוולות המוניות. רעיון זה יוגשם דווקא אם ישונו כללי הסיבתיות הרגילים ויותאמו לעוולות ההמוניות. לעתים, כדי להשיג את המטרה שלשמה נוצרו כללים משפטיים, נדרש לשנות את הכללים: המטרה חשובה יותר מהכללים עצמם – אלמלא כן יהוו הכללים גולם הקסם על יוצרו." (אריאל פורת, תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות, משפטים לג(2), 477 (התשס"ג), בעמ' 483 (להלן: פורת, "תביעות בגין נזקי עישון")

הגם שדברים אלו מתמקדים בסוגיית העוולות ההמוניות, הרי שהדילמה הגלומה בהם נכונה גם לענייננו, בהציגה את הקושי של דיני הנזיקין המסורתיים להתמודד עם המציאות המודרנית. אלא שלטעמי חשוב להקפיד על כך שההתגברות על קושי זה תיעשה לא באמצעות שינוי עיקרון הצדק המצוי בלב המשפט האזרחי מקדמת דנה, אלא באמצעות שינוי הדרך בה מתייחס עקרון זה אל המציאות המורכבת, במישור הראייתי-דיוני.

18. בשונה מחברתי השופט נאור, (ראו פסקה 139 לחוות דעתה), עמדתי הינה כי מיקומו הגיאומטרי של חריג העמימות המדעית הינו בראש ובראשונה בתחום הראייתי, בשאלת הדרך בה ייקבע דבר קיומו של הקשר הסיבתי. אין מדובר עם זאת בחריג תוכני בלבד (דוגמת העברת נטל הראיה) אלא בחריג מהותי-צורני, החורג מהדרך החד ערכית באמצעותה מתייחס ברגיל המשפט אל עולם המציאות. משכך, אף השפעתו חורגת מהתחום הראייתי גרידא, ומשתקפת במהות הקביעה המשפטית המבוססת על קבלתו. כך, הקביעה לפיה הביסוס הראייתי נעשה באופן הסתברותי-יחסי מביאה עמה לקביעה מהותית בדבר התקיימותו של קשר סיבתי יחסי. אלא שיחסיות זו נובעת אך ממהותו של החריג הראייתי עליו היא נשענת. במוכן זה, הן הקשר הסיבתי – ובהתאם הן

אחריותו של המזיק – הינם מלאים ביחס לחלקו היחסי בנוק אשר הוכח באמצעות השימוש בחריג הראייתי.

19. בדומה לעמדתה של השופטת נאור בעניין (ראו פסקאות 81-82 לחוות דעתה), אף לדידי כאשר ניצבים אנו בפני מקרים של עמימות מדעית, אין טעם להעביר את נטל הבאת הראיות אל הנתבע, שכן מעצם טבעם של מקרים אלו, בהם אין כל אפשרות ממשית לקבוע ממצאים מכריעים בדבר הקשר הסיבתי, ממילא לא תהיה בידי הצד השני כל אפשרות להרים את הנטל שהועבר אליו באמצעות ראיות שיהיה בהן די כדי לעמוד בדרישות נטל ההוכחה במובנו המסורתי (ראו H.L.A. Hart & Tony Honore, *Causation in the Law* 410 (2nd ed., 1985)). יתרה מכך, העברת הנטל תביא לתוצאה בעייתית בפני עצמה, בה ישא הנתבע במלוא נזקו של התובע, הגם שאחריותו לנזק זה ודאית פחות ממקרים בהם נעשה שימוש בכללי הבאת הראיות המסורתיים (ראו, למשל, David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, [1982] AM. B. FUND. RES. J. 487, 493). בהתאם, בדומה לגישתה של חברתי, בנסיבות אלו יש להעדיף לטעמי כי יתאפשר לתובע להוכיח את הקשר הסיבתי אף באופן שאינו עונה על דרישת מאזן ההסתברויות, באמצעות הוכחה כי התנהגותו העלוותית של הנתבע היוותה גורם אפשרי ממשי לנזק (ראו דיון בפסקה 116 של השופטת נאור). עם זאת, בשונה מחברתי, איני רואה בכך משום שינוי מהותי בדיני הנזיקין, בדמות יצירת אחריות יחסית, אלא אך הגמשה של הכלל הדיוני-ראייתי, שתוצאתו הינה הוכחה חלקית של הקשר הסיבתי – ברמה של הסתברות ממשית. כפי שמציינת חברתי, בדומה לכלל מאזן ההסתברויות, אף ההסתברות הממשית מהווה הכרעה ערכית בדבר הדרך ליצירתה של "אמת משפטית" מתוך גוף הראיות. במקרים בהם המציאות עצמה, או שמא הידע אודותיה, אינם מאפשרים, מעצם מהותם, ירידה לשורש הקשר הסיבתי, דורשת השמירה על עקרונות הצדק כי ייעשה שימוש בכלי דיוני אשר יישומו מביא לתפיסה צודקת יותר של המציאות, בדמות החלפת כלל מאזן ההסתברויות בכלל של הסתברות ממשית (ראו Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 CAL. L. REV., 881, 897 (1982); והשוו Steve Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 YALE L.J. 376, 395-97 (1986)).

20. בהתאם, כחברתי השופטת נאור, אף לטעמי המסקנה המתבקשת מהוכחת הקשר הסיבתי במידה הנופלת ממאזן ההסתברויות הינה חיוב המזיק בפיצוי יחסי – ביחס למידה בה הוכחה ההסתברות כי גרם לנזק (ראו Gold, בעמ' 397-401; Kaye, בעמ' 397-401).

94-493). ושוב, בשונה מחברתי איני רואה בכך משום חריג למידת או למהות אחריותו של המזיק – חריג המהווה לדידי חריגה מעקרון הצדק המתקן, אלא משום מתן ביטוי לעקרון זה במלוא עוצמתו. כפי שתואר, חריג זה מתקיים לטעמי במצבים בהם העמימות אין מקורה בקשייו של בית המשפט לתור אחר האמת המוחלטת, אלא מקורה בידע "עמום" אודות המציאות עצמה, עמימות המוצאת את מקומה במישור הראייתי. במקרה בו אין הידע האנושי מאפשר לדעת האם פגיעתו של הניזוק הינה אכן תולדה של מעשי המזיק, הרי שלא ניתן לומר, אף לא מבחינה מושגית, כי הוכח בראיות מספיקות הקשר בין מעשי המזיק לנזקו של הניזוק – או לחילופין כי הדבר לא הוכח דיו, ולכל היותר אמירה מסוג זה תהיה אמירה מופשטת וחסרת כל משמעות נורמטיבית.

21. יש לזכור כי על אף ההבחנה החשובה בין הקשר הסיבתי העובדתי למשפטי, הרי שגם הקשר העובדתי הינו יצירה משפטית, ואינו משמש לשם מחקר גרידא אלא לשם הסקת מסקנות משפטיות. בדומה, קביעת מאזן ההסתברויות (וכתוצאה מכך עקרון הכל או לא-כלום) כרף ההוכחה הנדרש לשם הוכחת הקשר הסיבתי העובדתי אינה מתיימרת לשחזר את המציאות כהווייתה, אלא לקבוע קביעה נורמטיבית אודותיה. כך גם קביעת רף ההסתברות הממשית אינה מתיימרת לקבוע דבר אודות המציאות, אלא אודות הדרך בה יש לתרגמה למובנים משפטיים:

"The burden of proof is merely one of a number of items that a court must manipulate in order to produce a just result. It is not a fixed point around which other and sometimes more powerful concepts must revolve like so many planets in the pre-Copernican universe."
(Ernest J. Weinrib, *A Step Forward in Factual Causation*, 38 MOD. L. REV. 518, 528 (1975)) (להלן: Weinrib, *A Step Forward*)".

ואכן, אין לשכוח כי אין עסקינן בקביעת קביעות ריקות אודות המציאות, אלא ביישומם של עקרונות של צדק.

22. עוד יש להבהיר כי העמימות המדעית המתוארת תיתכן הן באופן כללי והן באופן פרטני, דהיינו הן במקרים בהם אין בידי המדע ודאות בדבר הסיבות העומדות מאחורי קטגוריה שלמה של מקרים, והן במקרים של אי ודאות מדעית (בשונה מעובדתית) ביחס לסיבות שהובילו להתרחשותו של אירוע פרטני. איני רואה מקום לקבוע בשלב זה מאפיינים נוספים לעמימות מדעית זו, מעבר להגדרת מהותה כמתואר

לעיל. עם זאת, יש לשוב ולהדגיש, כי הנטל להוכחת התקיימותו של חריג זה מוטל על התובע, ועליו להוכיחו על פי כללי הראיות הרגילים.

23. נקודה נוספת אליה יש להתייחס הינה מהותן של הראיות הנדרשות לשם הוכחתו של הקשר הסיבתי, בשונה ממידתן. בעניין זה אציין, כי בשונה מעמדתה של חברתי השופטת נאור (ראו פסקאות 128-133 לחוות דעתה), לדידי לא תמיד די יהיה בהצגתן של ראיות סטטיסטיות "עירומות", לשם הוכחה כי אכן נוצר קשר בין מעשי המזיק לנזקו של הניזוק – אף ברף של הסתברות ממשית. כפי שלשם הוכחה על פי מאזן ההסתברויות אין די בעצם הבאת ראיות "כלליות" לפיהן דבר מה התרחש בסבירות הגבוהה יותר מהסבירות שלא התרחש, ויש צורך ביצירתה של אמונה שיפוטית לפיה הדבר אכן התרחש במקרה הפרטי (ראו Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 IOWA L. REV., 1001, 1064-65 (1988) (להלן: Wright)); כך, ככלל, אין די לטעמי בראיות סטטיסטיות "עירומות" כשלעצמן כדי לעמוד אף בהוכחה ברמה הפוחתת ממאזן ההסתברויות, ויש צורך בהבאת ראיה שתוכל להזין אמונה זו בדבר התרחשות הדבר בפועל, בצורה מספקת. ברי כי מטבע הדבר, ככל שאין אנו דורשים כי ההוכחה עצמה תיעשה ברמת הסתברות גבוהה, הרי שאף דרישת יצירתה של אמונה זו תהיה פחותה יותר, כמו גם מרכזיותה במערך הראייתי. דבקות חסרת פשרות בגישה המשפטית המסורתית, הדורשת ראיות מוחשיות המצטרפות לכדי אמונה אינטואיטיבית משמעותית ומכרעת כדרך היחידה להתחקות אחר האמת לא זו בלבד שפוגעת היא בעקרונות הצדק עליהם מבוסס המשפט אלא שיש בה כדי לעוות את הדרך בה מתייחס המשפט אל המציאות (וראו Michael J. Saks & Robert F. Kidd, *Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics*, 15 LAW & SOC'Y REV. 123, 145-46 (1980)). מנגד, אין הגמשתה של דרישה זו שקולה בהכרח לביטולה, אלא אך להתאמתה ליחסיות הוכחת הקשר הסיבתי, בכל מקרה לגופו.

עם זאת, ואיני רואה מקום להכריע בסוגיה בשלב זה, ייתכנו מקרים בהם ההשערות המדעיות אודות התקיימותו של קשר סיבתי או היעדרו פועלות בחלל כה ריק, שלא תהיה בנמצא כל אפשרות להתייחס לסבירותן ביחס להשערות אחרות, כך שניתן לומר שכלל אין בנמצא אפשרות לגבש אמונה פרטנית לכאן או לכאן. התייחסות למצב זה כבעיה חסרת פתרון כמוה כהכרה כי לצדק אין ממלכה על שדה העמימות המדעית, וזאת לא ניתן לקבל. נדמה כי יישום הדרישה להוכחה פרטנית במקרים קיצוניים שבקיצוניים אלו תביא לתוצאה לפיה לא ניתן לקבוע כל קביעה משפטית

אודות המציאות, ולכן לעולם המשפט לא תהיה דריסת רגל בתחום זה. ודוק, אין מדובר אך במצב של עיוות דין שיש לתקנו לטובת צד כזה או אחר, אלא במצב של היעדר דין, בו יש לאפשר למשפט לבטא עצמו ביחס למציאות בדרך שונה, אשר ביכולתה להכיל את מושג העמימות המדעית. עם זאת, מוטב יהיה לטעמי כי נותר סוגיה זו פתוחה עד למועד שתידרש הכרעתה.

24. חשוב לשוב ולהדגיש כי הקביעה העובדתית אינה כי ייתכן שהמזיק גרם לנזק, אלא כי בהיעדר יכולת לקבוע אחרת, נראה את המזיק כמי שהוכח שאכן גרם – כעניין שבעובדה – לחלקו של הנזק הבא לידי ביטוי במידה בה סביר שגרם למלוא הנזק. במובן זה כאמור אחריותו אינה חלקית אלא מוחלטת – ביחס לחלקו המוכח בנזק (וראו Weinrib, *The Idea of Private Law*, בעמ' 55-154). נבהיר, כנובע מהאמור, כי ענייננו הינו אך ורק בשאלה המצומצמת של הקשר הסיבתי העובדתי, ואין בקביעתו של זה כדי להביא דווקא לקביעה בדבר קיומו של קשר סיבתי משפטי ובוודאי שלא לקביעה הסופית בדבר האחריות (ראו Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 IOWA L. REV. 1001, 1011-1014 (1988)).

25. ושוב, ימצא מי שיאמר, שעמימותו של המדע אין לה נגיעה לשאלה אחריה מבקש המשפט להתחקות – האם מעשה מסוים הביא לתוצאה מסוימת. הגם ששאלה זו ניתן לנסח באמצעות מבחנים שונים הדורשים רמות שונות של תרומה ובלעדיות, יטען הטוען כי הקשר הסיבתי בעולם המציאות הינו חד משמעי, ועל המשפט להעמיד לנגד עיניו חד משמעיות זו כאידיאל אחריו יש להתחקות. קביעה משפטית כי הוכח קשר סיבתי באופן יחסי-הסתברותי, על פי גישה זו, חותרת תחת חד משמעיות זו של המציאות, שכן "במציאות" קיים קשר סיבתי או שאינו קיים, ולא תיתכן תוצאת ביניים (ראו Wright, בעמ' 1040). תשובה לטענה זו תהיה, כאמור, כי תפקידו של המשפט אינו להתחקות אחר המציאות בעלמא, אלא אך כדי להסיק ממנה קביעות נורמטיביות. משכך, במקרים בהם יכולת התחקות זו מוגבלת במהותה, בשל מגבלות הידע המדעי, אל לה לדוקטרינה המשפטית ליקוב את ההר, ויש לאפשר את ייצוגה של המציאות בדרך המשרתת את עקרון הצדק עליו מושתת המשפט בצורה הנאמנה ביותר.

26. לפני סיום, ולשם הבהרה נוספת, אבקש להבחין בין הדוקטרינה המוצעת להגמשת נטל השכנוע במקרים של עמימות מדעית ובין הדוקטרינות השונות אודות נזק ראייתי. בראש ובראשונה יש להבחין כי דוקטרינות אלו מכוונות בעיקרן למקרים של אי ודאות עובדתית (בשונה ממדעית גרידא), ואשר יתרה מכך נובעת "ממעשה ידי אדם

בעל שם וכתובת, ואינה רק פועל יוצא של מאגר המידע הבלתי-שלם ושאר המגבלות הנתונות שמכשילות את חקר האמת" (אריאל פורת ואלכס שטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות כגרימת נזקים", עיוני משפט כא(2), 191 (התשנ"ח), בעמ' 192 (להלן: פורת ושטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי")); או ממצבים של חוסר איזון בזמינות המידע בין התובע לנתבע שמקורם במהותו ובדרך התנהלותו של הנתבע (פורת, "תביעות בגין נזקי עישון", בעמ' 499). הבחנה זו בין עמימות מדעית ובין תחומים אחרים של אי ודאות באשר לקשר הסיבתי משמעותית במיוחד לאור העובדה שבמקרים של עמימות מדעית, לא ניתן, ולמצער קשה במיוחד לבסס קשר משמעותי בין התנהגותו של המעוול ובין נסיבות אי הידיעה בדבר הקשר הסיבתי, דבר שיש בו כדי למנוע במידה רבה את השימוש בדוקטרינות הנוגעות לנזק ראייתי, המתמקדת בהתנהגות עוולתית זו (וראו פסקה 58 לחוות דעתה של חברתי השופטת נאור).

הבחנה זו מודגשת היטב בדבריו של פרופ' וינריב, המתייחס לפסק דין מקגי הדומה לענייננו – בשאלה האם התנהגותו העוולתית של הנתבע, מפעל לייצור לבנים, גרמה להתפתחותה של מחלת הדרמטיטיס אצל עובדו, על רקע אי ידיעתו של מדע הרפואה אודות הגורמים להתפתחותה של מחלה זו, וזאת בשונה ממקרים אחרים בהם נעשה שימוש בדוקטרינות הנוגעות לנזק ראייתי:

"Despite this similarity, however, one crucial feature separates *McGhee* from this line of cases. Until *McGhee* this reversal of onus of proof was restricted to instances in which the absence of proof was somehow the doing of the culpable defendant. The hunter by shooting at that particular time caused his shot to become indistinguishable from that of his comrade. The captain who refused to turn back let slip the only opportunity of ascertaining whether a rescue would have saved the seaman. The hotel operator who failed to engage a lifeguard not only exposed the victims to an unreasonable risk but deprived them of the presence of a witness whose testimony may have established the circumstances of death. By contrast in *McGhee* the opportunity of proof was not impaired by the defender but was merely absent. In the current state of medical science, the manner in which this disease developed was simply unknown, and this ignorance was of course neither created nor increased by the defender." (Weinrib, *A Step Forward* at 526)

יתרה מכך, מבחינה מהותית של שיקולי הצדק המתקן, יש להבחין כי מובנה המהותי של דוקטרינת הנזק הראייתי אין עניינו בפגיעה בניזוק עצמו – פגיעה בחופש פעולתו כסוכן מוסרי המבקש להביא לידי ביטוי את רצונו החופשי (ראו Ernest J. Weinrib, *Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice*, 2 THEORETICAL INQ. L. 107 (2001)). בדרך זו אין מדובר בפגיעה בתחום הבסיסי המוגן על ידי הצדק המתקן, אלא משום פגיעה פריפריאלית באינטרס של הנפגע להיות מסוגל לתבוע את נזקו (השוו פורת ושטיין, "דוקטרינת הנזק הראייתי", בעמ' 201-202, 206 ה"ש 38). מסיבה זו אף יש להבחין בין הגישה המוצעת ובין הדוקטרינות של יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי (אריאל פורת, "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?", עיוני משפט כ"ז(1) 357 (התשס"ג), בעמ' 358 ה"ש 4; פורת, "פיצוי בגין יצירת סיכון", בעמ' 611, 617-18, 635-36). הגם שבמקרים לא מועטים הפער בין שתי הגישות בעולם המעשה אינו רב, הרי שהרחבת התחום המוגן על ידי דיני הנזיקין המצויה בדוקטרינת הנזק הראייתי מלווה בקשיים רבים, הן מבחינה תיאורטית והן מבחינה מעשית. לטעמי נכון יותר להגביל תחום זה ככל הניתן לפגיעות כנגד האוטונומיה של הנפגע עצמו, המצויות בלב ליבו של עקרון הצדק המתקן.

סוף של דברים

27. כפי שציינתי בראשית דבריי, תמים דעים אני עם עיקר גישה של חברתי השופטת נאור. כפי שתואר, חולק אני על עמדתה בשאלת יישומם של עקרונות הצדק המתקן בסוגיה, וכתוצאה מכך מבקש אני להגביל את יישום דוקטרינת הפיצוי-לפי-הסתברות למקרים של עמימות מדעית בלבד, תוך ביסוסה של דוקטרינה זו על שינוי ראייתי-דיוני בנטל השכנוע באשר להוכחת הקשר הסיבתי. כפי שתואר, אבקש להשאיר בשלב זה בצריך עיון את השאלה באיזו מידה הוכחה זו ניתן שתיעשה באמצעות ראיות סטטיסטיות "עירויות", כאשר לטעמי ברובם של המקרים יש לדרוש את הבאתן של ראיות המבססות רמה מסוימת של אמונה שיפוטית באשר להוכחת המקרה הפרטי, כאשר מידתה של אמונה זו תלויה במידה בה מתבקשת הוכחת הקשר עצמו. ביתר הסוגיות העולות בענייננו מצטרף אני לחוות דעתה של חברתי השופטת נאור, בשינויים המחויבים.

פתח דבר

א. קראתי בעיון את חוות הדעת המקיפות והמאלפות של חברי המשנה לנשיאה וחברתי השופטת נאור. התקשיתי להכניס ראשי בין ההרים הגדולים. אכן, מקרים של הטיה נשנית כשיטת המשנה לנשיאה הם דוגמה טובה לקבוצה בה ראוי להחיל דוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות, אך בסופו יום מקובלת עלי עמדת חברתי השופטת נאור, כי אין לצמצם את הדוקטרינה רק למקרים נדירים אלה. מסיבה זו אבקש להצטרף לדעתה, הן בסוגיית סיווג המקרים בהם ייעשה שימוש בדוקטרינה של אחריות יחסית, והן ביתר הסוגיות שנדרשה להן (ובפרט, אופן יישום הדוקטרינה במקרים בהם הוכחה הסתברות כללית של למעלה מ-50%, והמשך החלתה של דוקטרינת הפיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה). כנודע המציאות האנושית והמשפטית, גם בתחום הנזיקין, לא אחת אינה שחור ולבן אלא גוני אפור. עשיית צדק מחייבת לעתים גמישות שאינה אפשרית בדגם הבינארי (הייתי שמח אילו נמצא לו מונח עברי מתאים) של "הכל או לא כלום". דוקטרינת מיצוע זו אינה פשוטה, ולא בכדי הוקדשו לה דברים נכוחים רבים מפי חברי וחברתי. לטעמי שלי, ממנה פינה ויתד למחוזות נוספים במשפט האזרחי, כפי שייאמר בקצרה להלן.

על ההכרעה במציאות מורכבת

ב. לא אכחד, כי אף שמבחינה עיונית, ואודה גם מבחינה אינטואיטיבית, על פי תחושת צדק, דרכה של השופטת נאור במישור הסיבתיות העמומה נראית בעיני ראוייה - כרוך בה חשש מפני פריצת גדרים, וכלשון המשנה לנשיאה "מדרון חלקלק". אמנם כן, כפי שכותבת חברתי "הן כלל מאזן ההסתברויות והן כלל של פיצוי לפי הסתברות הם כללי הכרעה ערכיים" (פסקה 74; ההדגשה במקור). אימוץ עמדתה, המסויגת לעת הזאת לנזקי גוף, כרוך בהכרעה ערכית, המשנה את אופן חלוקת הסיכונים בדיני הנזיקין; ומבחינות מסוימות - גם את הדגשים העומדים ביסוד הטלת האחריות (ראו רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג (לא פורסם) פסקה מ' לחוות דעתי). אכן, כללים חדשים אלה יחולו אך מקום שהתקיימו התנאים בהם "נפתחים שערי חריג האחריות היחסית" (פסקה 120), אך החשש מפני שני כללי הכרעה שונים המתרוצצים בקרבה של שיטה משפטית אחת אינו מבוטל - והוא משמעותי פחות בשיטתו המצמצמת של המשנה לנשיאה, הנובעת גם מאותו חשש, ובמיוחד מחשש ל"מהפכה" בדיני הנזיקין. מנגד, מצבו של ההרכב הדן בדיון הנוסף - אנו - לעניין הנתונים בעולם העשייה השיפוטית, טוב מזה של קודמו שדן בערעור. מאז מתן פסק הדין בערעור בתיק דנא בבית משפט

זה בשנת 2005 נדרשו ערכאות דיוניות בכה וככה לאופן יישומה של ההלכה שנקבעה בערעור, ודומה כי נעשה בה שימוש זהיר ומידתי. "תקופת מבחן" זו מלמדת, כי חרף השאלות העיוניות והמעשיות שאינן פשוטות, מצליחה המערכת השיפוטית לקלוט את ההלכה החדשה. ועם זאת, האחריות בה עסקינן אינה רק האחריות הנזיקית שבמחלוקת בין בעלי הדין; היא גם אחריותו המוסדית של בית המשפט בהכרעתו. עדיין "המוציא מחברו עליו הראיה" (בבלי, בבא קמא מ"ו א'); עדיין מאזן ההסתברויות הוא עיקר; אך בהיות המציאות שסביבנו "יחסית" – ובכך דומני שאיני רואה עין בעין עם חברי המשנה לנשיאה השולל יחסיות כזאת – ומורכבותה נעשית גדולה בחלוף השנים, כפי שגם הציע חברי השופט ג'ובראן בחוות דעתו הנרחבת, היא מצדיקה פתרונות מורכבים. אלה אינם מתייחדים לעניות דעתי רק למקרים המאופיינים בהטיה הנשנית, והמצויים ברמה "קבוצתית" במישור העיוני, והתפרסותם חורגת מכך.

ג. נזכור כי במשפט הקלאסי – והמשפט העברי בראשיתו בכללו – המציאות היתה שונה, ממוקדת: הכד הנשבר משנתקל בו הזולת – "המניח את הכד ברשות הרבים" (משנה בבא קמא ג', א'), או הבהמה שנגחה אותה בהמה אחרת – "שור שנגח את הפרה" (שם ה', א'), או דוגמאות במשפט הרומי ובמג'לה כל אלה מדגימים זאת בעליל. ועם זאת גם במציאות זו היתה עמימות, כיון שכלי המדידה העומדים לרשות העולם דהאידינא לא היו בנמצא בימים ההם. עם ההתפתחות הטכנולוגית העצומה, במיוחד במאה העשרים, וקפיצת המדרגה שלה בערוב אותה מאה ובראשית מאה זו, נעשתה המציאות מורכבת וסבוכה באופן שונה – ברפואה, בתקשורת, בטכנולוגיה ובכלל; הנתונים התרבו, וגם אם כלי המדידה השתפרו, עולה המורכבות בקצב מהיר. על כן חשיבתנו בתחום הנזיקין בעל כרחיה צריך שתנוע אף היא, וגם אם אין קטגוריות של "חצי עוולה", ישנם קטגוריות של "שמא עוולה", ולא כל שכן שישנן קטגוריות של "שמינית נזק" ששולל חברי (פסקה 55 לחוות דעתו). ואכן על המשפט להיענות לאתגרי המציאות המשתנה, הלובשים ופושטים צורה; ראו א' רוזן צבי, "על משפט ומציאות – עת לעשות הפרו תורתך", הפרקליט, 190 היובל תשנ"ב-1993 (א' גבריאלי, עורך ראשי, מ' דויטש עורך) 27; א' פורת, "תביעות בגין נזקי עישון", משפטים לג(2) תשס"ג, 477, 505. פרופ' רוזן צבי במאמרו הנזכר ציין (עמ' 85):

"העדר חפיפה בין הדין למציאות הנוהגת, בעיקר עקב השתנותה חדשות לבקרים, מחייב בחלק גדול מן המקרים גם התאמה והשלמה. הדין מסדיר, בדרך כלל, את המינימום הנדרש או את המכנה המשותף בכתב. אולם החיים עשירים יותר מן הנורמות הכתובות, מצד אחד, וצופנים את הבלתי צפוי ואת הבלתי ניתן לחיזוי ולהסדר מראש, מצד שני. מעבר ליישום נדרשת איפוא

השלמה, שמשמעותה היא מילוי החסר המתגלה בין הדין למציאות".

דברים אלה יפים, דומני, גם לענייננו. ועוד, עסקינן בנזיקין. אולי מכל תחומי המשפט, נתון תחום זה ביתר לאומדנות, אמנם בראש וראשונה בעניין הנזק העתידי במקרי נזקי גוף – תוחלת חיים, הפסדי השתכרות, עזרת הזולת, הלוטים תדיר בערפילי עתיד. בע"א 153/04 רובינוביץ נ' רוזנבוים (לא פורסם) נזדמן לי לומר (אמנם בדעת מיעוט):

"מציאות החיים היא, שאם בשל קושי אובייקטיבי להעריך במדויק נזק צופה פני עתיד, ולעתים אף בנסיבות עמומות מסוימות במבט לעבר, על בית המשפט להפעיל את ניסיון החיים והשכל הישר...".

המשפט תר אחר דרכים לעשיית צדק, ועל כן קבע עקרונות כלליים שבית המשפט יוצק לתוכם תוכן על פי הסתברויות. באופן עיוני, גם אם ביתר קושי, כך אפשר גם בשאלת האחריות. החשש פן "קופה של מחט" יהפוך ל"פתחו של אולם", שביסוד עמדתו של חברי המשנה הנשיאה, אין להקל בו ראש, אך ניתן להתגבר עליו בשיקול הדעת השיפוטי.

ד. לסיטואציות החותרות לעשות צדק במציאות שאינה "שחור לבן אלא גם לא מעט אפור", ראו ע"א 11120/07 שמחוני נ' בנק הפועלים (לא פורסם), פסקה כ"ז, שם נעשה שימוש בדוקטרינת האשם התורם החוזי; כן ראו רע"א 9488/02 שחר נ' גד (לא פורסם) בדברי השופט טירקל, האומר "במצבים הראויים לכך מביאה חלוקת האחריות לתוצאה צודקת ומוסרית יותר מהכרעה המטילה את מלוא האחריות על צד אחד, ופוטרת את הצד האחר מכל וכל". אך גם ראו דעת המיעוט של הנשיא ברק (שם). לדידי על המשפט לחתור לתוצאה צודקת ומוסרית על-ידי חלוקה, במצבים המתאימים. על הצורך בהרחבת גבולותיה של האחריות, ועם זאת על הזהירות והבקרה הנחוצות באשר לקצב ההרחבה כדי למנוע אחריות חסרת גבולות, ראו פרופ' י' גלעד במאמרו "דיני הנזיקין בפסיקתו של אהרון ברק", 509 ברק (תשס"ט-2009) 482, 527 - 529.

ה. חברי המשנה לנשיאה חושש בצדק, שמא "האהבה תקלקל את השורה", שמא תחושת צדק, גם אם אין לה בסיס משפטי כראוי, עלולה להטעות ולהטות שלא בצדק. ואמנם כן, דומה כי שופט היושב על מדין בנזיקין יודה, כי מקום שלפניו תובע שנזקו גדול וסבלו רב, מידת הרחמים מצויה בלבו, ועל כן מנסה הוא לא אחת לפשר ולהשיג ולוא פיצוי מה; זאת גם אם המישור המשפטי הבינארי, שהוא מעריך על פי חומרי התיק, עלול בסופו של יום להוליד תוצאת אפס ולא מאה בשל המורכבות. בהקשר

אחר, מי עורך דין המייצג נתבעים בתאונות עבודה וברשלנות רפואית (המחוקק פטר מכך בחסכו בחוק הפיצויים לנפגע תאונות דרכים, תשל"ה-1975 את שלב האחריות בהתדיינות בתאונות דרכים), שאינו אומר לשולחותיו חברות הביטוח, אין מנוס מתשלום ולוא ב"ערך מטרד" (nuisance value - מונח לא מוצלח הבא להוריד מן הפרק תביעות המוטלות בספק-ספיקא, אך אולי ישנו אחוז קטן של סיכוי, ובעיקר, ההשקעה המשפטית תהא יקרה, ולכן כדאי לשלם מעט כדי להסירו). אף בערעור לא אחת מנסה בית המשפט, כולל בית משפט זה, לשכנע לתשלום של משהו, אל מול טרגיות ועצב שבמצב התובע – המערער, ודומני כי במיוחד כך בתביעות רשלנות רפואית, שעה שלפניך אדם סובל. ואולם, אם בא רגע הדין, ייקוב הדין ואין מנוס, כך במצב הנוכחי. אך חברי המשנה לנשיאה חושש כנראה, פן לא ייקוב הדין, אלא אותה מידת רחמנות הטבועה בכני אברהם יצחק ויעקב ("רחמנים, ביישנים, גומלי חסדים" – בבלי יבמות ע"ט, א'), תחלחל גם לעולמה של אחריות יחסית, באופן שתקעקע הן את ההכרעה הדווקנית הן את הביטחון המשפטי. איני יכול לשלול חשש זה מכל וכל, אך שוברו הוא – כאמור – באחריות השיפוטית, ובפיתוחה הזוהר של ההלכה ממקרה למקרה. סבורני כי דרכו של חברי היא חלק חשוב, אך לא אכסקלוסיבי, בתמונה הכוללת. מבחן ההטיה הנשנית הוא אתגר ראוי, לטעמי, אך אינו יחיד; אתגר התיק האינדיבידואלי שאינו מגיע לדרגה זו קיים אף הוא. לסיבתיות העמומה מקום במקטעים שונים של המציאות; למשל, נזק אפשרי הנגרם מעישון של הזולת במסעדות (ראו רע"א 9615/05 שמש נ' פוקצ'טה בע"מ (לא פורסם)).

ו. בבואנו לבחון את התנאים לפתיחת "שערי חריג האחריות היחסית", דומה כי התנאי המרכזי שהפסיקה תהיה חייבת להידרש אליו ממקרה למקרה הוא קיומה של "סיבתיות עמומה מובנית" (פסקה 7 בחוות דעתה של השופטת נאור; ההדגשה הוספה). כאן יהא על בתי המשפט להבחין בין עמימות הנובעת מתשתית ראייתית לקויה, לעמימות מובנית. מבחינה זו, "דוגמת האוטובוסים" אליה נדרשת חברתי (פסקה 129) מדגימה את חשיבות התנאי. דוגמה זו מתייחסת לתשתית עובדתית חסרה (היעדרו של עד ראייה היכול לזהות את האוטובוס הפוגע), אך לא לעמימות מובנית - ולפיכך, אין מקום לשקול בה הכרעה יחסית. לאחר שהוכחו כדבעי התרשלות ונזק חייבים בתי המשפט לבחון במשנה זהירות, אם הוכח שהעמימות האופפת את הקשר הסיבתי היא מובנית, או נגזרת של התשתית הראייתית. וכך, פרשה אחר חברתה, ייקבעו סוגי מקרים, וכללים לזיהוי מקרים, בהם מדובר בעמימות מובנית; "סופם של השאלות והקשיים שיתבררו בבתי המשפט שידונו ביישומו של פסק הדין, והם שיכריעו בגדר הדיונים שלפניהם" (דנ"א 4011/04 עיריית ירושלים נ' עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל, פ"ד נט(4) 8, 16 - השופט טירקל).

על ההכרעה במקרי ספק במשפט העברי

ז. חברתי השופטת נאור נדרשה בחוות דעתה למשפט העברי, בעקבות חוות דעתו של ד"ר יובל סיני "פסיקת פיצוי חלקי על פי אחריות יחסית במקרים של 'סיבתיות עמומה' על פי המשפט העברי" (המרכז ליישומי משפט עברי 2006). אבקש להרחיב קמעא יריעה זו. אכן, הכרעת הספקות לא זו בלבד שאינה זרה למשפט העברי, אלא מובנית לתוכו. שאלות אי הודאות ליוו את המשפט העברי מקדמת דנא; זאת אם באשר לסיבתיות, אם באשר לנזק עקיף ושאלת האחריות לגביו, ואם באשר לשיעור הנזק. המשפט העברי, ככל משפט "קלאסי", נוטה לנוסחאות "פורמליות"; ואולם, הדברים אינם מקובעים. את כלל ההכרעה הבסיסי "המוציא מחברו עליו הראיה" מנמק האמורא רב שמואל בר נחמני (בבא קמא מ"ו, ע"ב) בפסוק (שמות כ"ד, י"ד) "מי בעל דברים יגש אליהם" – "יגיש ראייה אליהם". רב אשי כנגדו סבור כי אין צורך בפסוק, ושורת ההיגיון היא: "סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא", (סברה היא שמי שכואב לו כאב, הולך לבית הרופא).

ח. אשר לסיבתיות, התלמוד מלמד, כי מתחילה התלבט המשפט העברי בין שני כללי הכרעה במקרים של ספק. בעוד התנא סומכוס בן הדור החמישי לתנאים (דור עריכת המשנה), נקט: "ממון המוטל בספק חולקין, אבל חכמים אומרים: זה כלל גדול בדין, המוציא מחברו עליו הראיה" (בבלי בבא קמא מו ע"א; לניתוח המקרים להם מתייחסת המחלוקת ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך כ"ד, בערך "יחלוקו"). לעמדתו של סומכוס נדרש הרב ד"ר מיכאל בריס בעבודת הדוקטור שלו "האדם יראה לעיניו" – ספק וספקנות בתורת המשפט של הרמב"ם (אוניברסיטת בר אילן, תשס"ט), בסברו (עמ' 244) כי הרציונל שבבסיס "הפתרון החלוקתי" הוא אופיו החד-צדדי של כלל נטל הראיה, היוצר "משחק סכום אפס", בעוד ש"הצדק אינו בהכרח עם צד אחד". ראו גם, מנגד, ההסברים לכלל נטל הראיה, ובהם האפיסטמיות המעגנת עצמה במציאות כנקודת מוצא עובדתית (עמ' 250-251); ראו גם שם, 140, וכן 146 הע' 24.

ט. להלכה נקבע כלל ההכרעה הבינארי (לענייננו הכרעה לכאן או לכאן), הנקוט באופן עקרוני גם במשפט הישראלי (רמב"ם, הלכות נזקי ממון ט, ג; הלכות איסורי ביאה טו, כו), שלא כסומכוס. אף על פי כן אנו מוצאים, כי במספר סוגיות ננקטה הכרעה המטילה את תוצאות הספק על שני הצדדים. חברתי השופטת נאור התייחסה לדברי הרמב"ם בהלכות מכירה (כ', י"א):

"זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהן יחלוקו".

י. קולמוסים רבים נשתברו בשאלה, כיצד מתיישבת פסיקה זו של הרמב"ם עם כלל ההכרעה הרגיל (ראו דברים שהביאה חברתי מסקירתו המחכימה של ד"ר סיני; כן ראו בנושאי הכלים (הפרשנים) של הרמב"ם שם, ובנושאי הכלים לשולחן ערוך חושן משפט רכג, ב) - אך העובדה היא, שפוסקי הלכה סברו, כי שני כללי ההכרעה יכולים לדור בכפיפה אחת. פסיקה דומה, שגם אליה נדרש ד"ר סיני, אנו מוצאים במקרה של ספק עובדתי לגבי זהות המזיק:

"חמשה שהניחו חמשה חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור, ואם אין ידוע כולן משלמין בשוה" (רמב"ם, הלכות חובל ומזיק ו, י"ד; ההדגשה הוספה - א"ר).

קרי, בשעה שהסיבתיות עמומה, ואין זה ברור אימתי "שברה החבילה את גב הבהמה", יחלוקו המזיקים האפשריים כולם.

י"א. ודוק: אף לשיטת סומכוס הפוסק "חולקין", רק בספק עובדתי מובהק עסקינן שבית הדין עומד עליו מניה וביה, ולא בטענות גרידא (ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך ט', ערך "המוציא מחברו עליו הראיה", תנ"ב), שאם לא כן "לא הנחת חיים לכל בריה וכל אחד יאמר לחברו אתה חייב לי כל אשר לך"; וכן שם כרך כ"ד, ערך "יחלוקו", י"ב, בעקבות הפרשן המרדכי (ר' מרדכי בן הלל-אשכנז, המאה הי"ג) בבא קמא נ'; ועוד, אף לשיטת סומכוס על בית הדין להזהיר עצמו, כדי לפסוק לטובת התובע, שלטענתו הסתברות גבוהה, כדברי הפרשן המאירי (צרפת, המאות הי"ג - הי"ד) (בבא קמא ל"ה, א') "מצד אמתלא (סיבה) חזקה". ד"ר סיני מפנה לקושיה שעלתה בדברי הרמב"ם, שמחד גיסא (הלכות מכירה, כ', י') קבע, כי "המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה, אפילו אמר המוכר איני יודע, על הלוקח להביא ראיה..."; ומאידך גיסא שם, הלכה י"א כתב, "זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו"; לכאורה במקור הראשון ננקט כלל "המוציא מחברו עליו הראיה", ואילו בשני ננקט כלל המיצוע. לעניין סתירה לכאורה זו כתב ר' יחיאל מיכל אפשטיין בעל ערוך השולחן (רוסיה המאה הי"ט - הכ') (חושן משפט רכ"ג, ב'), כי אמירת רמב"ם "יחלוקו" באה במצב של "שמא ושמא", כשהלוקח טוען "שמא, שאין ביכולתו להביא ראיה וכיון שגם

המוכר טוען שמא ושניהם אינם מוחזקים ממש...” - במקרה כזה יחלוקו. אין בדברים אלה כדי לומר, שחכמי ההלכה היו מוכנים להכריע מניה וביה בעמימות מובנית לגבי קיומו של קשר סיבתי על דרך של חלוקת אחריות - ודומה, כי פסיקה כאמור אינה במסגרת שורת הדין (אם כי, כפי שהביאה השופטת נאור, קיימת סמכות לכפות פשרה). אך יש בכל אלה כדי להראות, כי למקרים מיוחדים ייתכנו כללי הכרעה מיוחדים, והעובדה שבנסיבות חריגות קבועות מראש יחול כלל הכרעה ייחודי, אינה זרה לחשיבה המשפטית במשפט העברי.

י”ב. לא למותר להזכיר כאן, כי הפוסק הרב ש”ז אוירבך (ישראל המאה הכ’ (כמובא בספר ועלהו לא יבול מאת נ’ סטפנסקי, ב’ רמ”ג), סבר “שגם חכמים מודים לסומכוס ש’ממון המוטל בספק חולקים”, אלא שאין הכלל הזה נכון לדעתם בשביל להוציא ממון מן המוחזק”, והדבר מבוסס על סברה, קרי, על שורת ההיגיון. הרב ז”נ גולדברג (דיין בית הדין הגדול לשעבר) מעיר שם, כי מקום שאחד מוחזק בחפץ, “לסומכוס יחלוקו ולחכמים המוציא מחברו עליו הראיה”, אבל כשאין אף אחד מוחזק “לכולי עלמא יחלוקו”; ולשיטת הרב גולדברג (עמ’ רמ”ד) “שבמקום שלא ניתן לפסוק דין אמת צריך לפשר ביניהם אף שהפשרה ודאי אמת שהחלוקה אינה אמת, מכל מקום כך הדין לעשות פשרה במקום כזה... במקום שלא ניתן לפסוק דין אמת אמרה תורה לעשות פשרה, ולכן חולקים...” (הדגשה הוספה – א”ר). עוד ראו קונטרס הספקות לר’ יהודה כהנא, (מזרח אירופה, המאה הי”ח) א’ א’; קצות החושן, שפ”ג, צ’; הרב ש’ שקאפ, שערי יושר שער הספקות ג’, האומר – לענין ספקות בתחום טומאה וטהרה ודברי הרמב”ם, “ולוא דמסתפינא (לולא יראתי) מרבתינו הקדושים הייתי אומר דכוונת הרמב”ם ז”ל היא דכל הספקות לא פרשה תורה בהם, והניחה לחכמים לעשות כפי צורך שיראו בכל דבר ודבר” (ראו גם בריס שם, 222, 223); א’ גולאק, יסודי המשפט ד’, 111 (תשכ”ז); ש’ אלבק הראיות בדיני התלמוד (תשמ”ז-1987), 334-335 לביאור מחלוקת חכמים וסומכוס; הרב א’ שינפלד, נזיקין (חוק לישראל בעריכת נ’ רקובר, תשנ”ב-1992, 57-58. ראו גם הרב א’ קשת, קובץ יסודות וחקירות (מהדורת תשס”ה), כללי הספיקות ל’ (עמ’ 79-85).

י”ג. כדי שהתמונה תהא מלאה ככל האפשר נזכיר, כי סוגים אחרים של ספקות מצויים, למשל, בשאלה אם יתרחש נזק בעקבות מעשה פלוני, כגון במי שפורץ גדר בפני בהמת חברו, ואין זה ברור אם ייגרם נזק אם לאו – והנזק יתכן באשר להריסת הגדר, לאבדן הבהמה, או לנזק שתגרום הבהמה. דבר זה נכרך בדין גרמי, דין הנזק העקיף בתורת חז”ל מן הסוג שלגביו מוטל חיוב, להבדיל מגרמא – נזק עקיף הפוטר, ואשר ההבחנה ביניהם גם למדקדק בספרות התורנית לתקופותיה קשה מאוד; רמב”ן,

בקונטרס דינא דגרמי, מביא את טעמי הפטור "שכן יכול הנתבע לומר "מי יימר דנפקא?" (מי יאמר שהבהמה הייתה יוצאת), ואם היתה יוצאת "מי יימר דאבדה" (מי אומר שהיתה הולכת לאיבוד) (ראו שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין, דינא דגרמי (תש"ס) 124 – 126); עוד ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך ו' "גרמא בנזיקין, גרמי", תס"א ואילך; ש' אלבק, פשר דיני הנזיקין בתלמוד (תשכ"ה-1965), 55; אך ראו גם חידושי בעל שרידי אש (הגאון ר' יחיאל יעקב וינברג רוסיא – גרמניה – שוייץ – המאה הכ') על הש"ס, פירוש גחלי אש לרב א"א וינגורט, פ"ד "... היסוד המשפטי בתורת הנזיקין לפי חז"ל בבבלי הוא, שאין עונשין את המזיק אלא מחייבין אותו לשלם לניזק את ההפסד שגרם לו", ובעמ' פ"ה "... במקום ספק, כשאי אפשר לשום את דמי ההיזק מפני שהערוגה שניזוקה נתרוקנה מפירותיה, ואי אפשר לשער אם היתה טעונה פירות הרבה או מעט", ועל פי ההנחה המשפטית שאין המזיק משלם יותר משהזיק, הנה "הדין נותר שבמקום ספק אינו משלם אלא כפי שיעור ההיזק הודאי...".

י"ד. עוד ראו בדומה לסיטואציה שבה נכרכים יחד איסור והיתר, האנציקלופדיה התלמודית כרך י"א ערך "זה וזה גורם", תרצ"ז; הרב מרדכי יפה שלזינגר "זה וזה גורם", מזכרת לכבוד הרב הרצוג בעריכת הרב ש"י זיין וז' ורהפטיג, תשכ"ב, 366; וראו בהיקש הרב א"ד כץ, "האומדן בדיני הראיות, משפטי ארץ ב' (הרב י' אונגר עורך ראשי, הרב ע' רכניץ עורך) תשס"ה, 118-119; ד"ר י' סיני יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל, א' תשס"ט, 210 ואילך.

צדק ומוסר

ט"ו. לדעתי, במישור הרחב יותר עסקינן במשפט העברי בהקשר זה בשאלה של צדק ופרמטרים מוסריים; ראו גם ח' שיין, הצדק במשפט העברי (תשנ"ד), 35; מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (תשכ"ב), 99. לעניין התפיסה המקראית של "ועשית הישר והטוב", (דברים י', י"ח). כותב הרב יחיאל יעקב וינברג, "הענין האלקי – לבירור מהותו של המוסר היהודי", לפרקים (בעריכת הרב א"א וינגורט, הרב א' וקסלשטיין, הרב ש"י וינגורט) (מהדורת תשס"ו) רל"ב, רל"ה: "ביסוד המוסר היהודי הונח העיקר של לא המדרש עיקר אלא המעשה, ומאמר זה אינו צריך להתפרש במובן שימושי, של הוראת דרך בחיים, אלא צריך להתפרש במובן עיוני, במובן של קביעת אופיו וצורתו של שיטת המוסר היהודי; שלא הצד התיאורי, החקירה המנתחת והבסיס המדעי – עיקר; אלא התכלית המעשית-מוסרית היתה לאבן-פנתה של היהדות, והקו היסודי בכל דרכי הכרתה את המושגים והערכות את הערכים". ואף הרב ירוחם ליואויץ, משגיח ישיבת מיר בפולין הליטאית בטרם השואה (דעת חכמה ומוסר א', תשכ"ז, רנ"ב) אומר על

השפיטה "יסוד הדיון וגדרו הוא... שצריך הוא להיות בבחינת 'אהבי ה' שנאו רע' (תהלים צ"ז, י"), שאינו סובל עושק וחמס..."; ולהלן (רנ"ד) "צדק זו מידת דינו של עולם; שנאמר צדק צדק תרדוף". דברים אלה תואמים לדידי את הגישה שבה תמכנו מעלה. אכן, יתכנו מקרים בהם הצדק כולו בצד אחד, אך רבים רבים הם המקרים שבהם ישנו "אמצע" של צדק וראוי לפסוק לפיו.

טו"ו דבר

ט"ו. ברשימתה "הנשיא משה לנדוי – על דרכו כשופט ופסיקתו" (90 לנדוי, א' ברק וא' מזוז עורכים, ב' תשנ"ה, 517) כותבת השופטת נאור, כי כשמונתה לבית משפט השלום יעץ לה השופט לנדוי עצה אחת שנחקקה על לבה כמצפן וכמורה דרך, עצה ששמע הוא עצמו מאביו כשמונה לבית משפט השלום: "השופט עוסק מדי יום ביומו ב'תיקים' רבים, אך עליו לזכור כי לגבי המתדיין כל 'תיק' הוא המשפט האחד והיחיד שיש לו, אל לו, לשופט, בגלל מספרם הגדול של התיקים, להקל ראש בעניין מן העניינים הנדונים לפניו, עליו לראות כל 'תיק' וכל עניין כעולם ומלואו, כפי שרואה אותו מתדיין". בנידון דידן, הכרעה של שחור ולבן במקרים רבים תהא בעלת תוצאה קשה מנשוא למתדיין. אין פירוש הדבר שיש להתעלם מן הצד שכנגד, שהרי לא במשוואה חד צדדית עסקינן, ושוב – כאן תפקידו של בית המשפט.

ט"ז. בנתון לאמור, אצורף קולי במקרה דנא על נסיבותיו לקולה של חברתי השופטת נאור.

אחר הדברים האלה : על "חקיקה שיפוטית" בהקשר דנא

י"ז. והנה למקרא חוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה ראיתי לנכון להוסיף דברים אחדים. חברתי פירטה ביד אמן את המצב המשפטי הקיים עקרונית בדיני הראיות האזרחיים – מאזן ההסתברויות – המשמיע תוצאה של הכל או לא כלום; הכל – אם נעברה "נקודת האיזון" המיתולוגית של 50%; לא כלום – אם לא נעברה. בצדק ציינה חברתי כי לכלל הראייתי משמעות מהותית מרחיקה לכת, נוכח התוצאה הבינארית האפשרית; ולשיטתה גישה המייסדת "מדרג אחריות" כמו בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, מהוה סטייה ומהפך בתפיסת דיני הנזיקין והמשפט האזרחי בכלל, ועל כן הריהי חקיקה שיפוטית רחבת היקף. ההנמקה המרכזית שעליה משתיתה חברתי את עמדתה שיש להותיר נושא זה בידי המחוקק, היא הסתייגותה מ"חקיקה שיפוטית" לגביו, שכן לגישור בין המשפט לצרכי החיים בתיקים הקשים נחוץ לשיטתה מבנה

סטטוטורי כולל, שלגביו תינתן הדעת להשלכות בתחומים אחרים של המשפט, לא רק הרפואה ונזקים המוניים אלא מעבר להם; זאת - תוך הבאה בחשבון של עלויות כלליות, של החשש להרתעת יתר של רופאים ולרפואה מתגוננת, של מצב נתבעים פרטיים אל מול ביטוח ו"כיס עמוק", ושל תפיסת האחריות בתחום האזרחי במקרה של פערי הוכחה בתחומי משפט נוספים. כל אלה מחייבים לדעתה, עיון ברפורמה חקיקתית נורמטיבית לעניין העמימות הסיבתית.

י"ח. דברים עמוקים אלה טעונים התייחסות. כיון שהערות חברתי השופטת פרוקצ'יה תיעלו עצמן לכך שלנוכח רוחב יריעתו, אין הנושא מתאים ל"חקיקה שיפוטית" ועל כן מקומו על שולחן המחוקק, מצאתי לנכון לבאר מדוע לעניות דעתי הדרך והדעה בהן אני תומך, אותן שביטאה חברתי השופטת נאור, מתאימות למלאכת השפיטה ואינן חורגות כל עיקר מגדריה. ראשית, במישור העיוני: נושא זה אינו שונה במהותו מנושאים רבים אחרים שבהם פיתחה השפיטה את המשפט, וכלל ההסתברות עצמו הוא יליד הפסיקה; אולי יסודו מקדמת דנא בתפיסת "המוציא מחברו עליו הראיה" (ראו פסקה ח' לעיל). כותב המלומד א' הרנון (דיני ראיות א', תש"ל, 2121) "מקובל לומר, כי במשפטים אזרחיים מידת ההוכחה היא עודף ראיות או נטיה של מאזן ההסתברות לטובת בעל הדין הנושא בנטל השכנוע..."; המחבר מפנה לע"א 414/66 פישבין נ' דגלס, פ"ד כ"א(2) 453, 471 שם נאמר (מפי הנשיא אגרנט) כי במשפט אזרחי "המערערת יכלה לצאת ידי חובתה להוכיח את צדקת גירסתה... לפי מבחן הסבירות. כידוע, קובע מבחן זה כי הראיות שהובאו במשפט חייבות להראות, שמאזן האפשרויות המסתברות העולות מהן נוטה לגירסת הצד הנושא בנטל השכנוע לגבי השאלה השנויה במחלוקת". כן ראו ע"פ 28/99 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד' 504, 522, שם נאמר מפי השופט - כתארו אז - אגרנט "כלל אוניברסלי הוא, כי בעל דין הטוען טענה מסוימת החשובה לעמדתו במשפט - בין טענה חיובית ובין שלילית - עליו הראיה" אוסיף כי Black's Law Dictionary (מהדורה 8, 2004), ערך "PREPONDERANCE OF THE EVIDENCE" אומר :

"[P]reponderance of the evidence. The greater weight of the evidence, not necessarily established by the greater number of witnesses testifying to a fact but by evidence that has the most convincing force; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other. This is the burden of proof in most civil trials, in which the jury is instructed to find for the party that, on the whole, has the stronger evidence, however slight the edge

may be. — Also termed *preponderance of proof*; *balance of probability*. See REASONABLE DOUBT. Cf. *clear and convincing evidence* under EVIDENCE. [Cases: Evidence 598. C.J.S. *Evidence* §§ 1310–1312, 1315.]

“Criminal convictions are so serious in their consequences that it is felt that an accused person should be freed, if there is any fair or reasonable doubt about his guilt, even though there seems to be considerable likelihood that he did commit the crime.... In *civil cases*, however, the consequence of losing a case, although serious enough in many cases, is not considered to be such as to require so stringent a rule. Accordingly the plaintiff is entitled to a verdict if he proves the case ‘by the preponderance of the evidence.’ In other words, he is entitled to a verdict even though there may be a reasonable doubt as to the liability of the accused, if the jury is satisfied nevertheless that the plaintiff has proved his case.” Charles Herman Kinnane, *A First Book on Anglo-American Law* 562 (2d ed. 1952) ”.

(הדגשה הוספה – א"ר)

אם כלל מאזן ההסתברויות הוא יציר הפסיקה, האם יבש לאחריו מעיין היצירה ?

י"ט. ועוד: אל נשכח, כי השפעה היסטורית מרכזית על שיטת המשפט הישראלית היא זו הבריטית, ושל המשפט המקובל (common law) בכלל, אשר כל כולה "צמיחתה מבפנים", כענפי העץ המשתרגים מן הגזע, או כתאים נחלקים באורגניזם החי. המחוקק בא שני במהלך ההיסטורי. במשפט העברי, מקור השראה מרכזי לנו, כפי שארחיב מעט בהמשך, נוסדה שיטת פרשנות ופיתוח משפטי המבוססת על מלאכת חכמים מדור לדור, מקום שהמחוקק הגבוה-מעל-גבוה – ריבון עולם ותורת משה – הותיר מרחב רב. אין צורך למנות את כל התחומים שבהם פיתח המשפט הישראלי את עצמו בעבודתם של בית המשפט. זכויות האדם הן ראש וראשון לכך, ופיתוחן השיפוטי קדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק יסוד: חופש העיסוק. אך כך גם בדוקטרינות שונות במשפט האזרחי, בדיני עבודה ובמשפט הפלילי (ראו באחרונה כלל הפסילה הפסיקתית בפרשת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, טרם פורסם)). יתר על כן, המחוקק הישראלי גופו, בחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980, הציג בבירור את הדרכים שבהן יפותח המשפט בישראל, וגם אם הפרשנויות לחוק זה חלוקות (ראו למשל ברק, פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית, 491-492), ברור לטעמי המהלך ששירטט המחוקק מניה וביה, כמתיר פרשנות שיפוטית יוצרת. לא למותר להזכיר, כי זו לשונו של סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ-1980:

“ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החרות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל”

בנושא פרשנותו של סעיף זה השתברו קולמוסים, שלא זה המקום לפרטם כי רבים הם (נזכיר רק כדוגמה את פולמוס השופטים ברק ואלון בד"נ 13/80 הנדלט נ' בנק קופת עמ, פ"ד לה(2) 785 ובד"נ 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו(3) 701; ראו גם א' קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט - מציאות וציפיות" עיוני משפט י"א (תשמ"ו) 117, 124-122; י"מ אדרעי, "חוק יסודות המשפט כמקור סטטוטורי לאקטיביזם שיפוטי ולרפורמת מס שיפוטית" עיוני משפט י"ז (תשנ"ג) 597, 609-613.

כ'. איני מבקש לטעת מסמרות, שלפיהם את הנושא דנא הכרח לסווג בקטגוריות שלא נמצאה להן תשובה ב"תנאים המקדימים" של סעיף 1 לחוק יסודות המשפט. אך ממה נפשך - אם לשיטת חברתי השופטת פרוקצ'יה עסקינן בהשלמת חסר, יש תקומה לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, אשר בא במקום סימן 46 לדבר המלך, שהסדיר השלמת חסר במשפטנו בשעתו עד ביטולו בסעיף 2(א) לחוק יסודות המשפט, בשבילים ששורטטו מעלה וישורטטו להלן. ואם לא בכך עסקינן אלא בפרשנות "רגילה", מה מעמנו יהלוך ללכת בדרך של חברתי השופטת נאור, ובפרשנות שיפוטית מקצועית כדרך שנהגו בכלל; להבחנה בין פרשנות להשלמת חסר ראו ברק, שס, 436 ואילך. לשיטתי אלה ואלה יאים.

כ"א. כאמור, חברתי השופטת פרוקצ'יה מציעה להעמיד את המחוקק על הבעייתיות ולשגר את הנושא לטיפולו. חוששני שבכך תיפגע - אף שאין חברתי מכוונת לכך חלילה - האפשרות להשגת צדק במקרים אינדיבידואליים לא מעטים. טחנות המחוקק טחנות באיטיות רבה, ויעידו הצעת חוק דיני ממונות, הצעת חוק ההתיישנות ועוד, שמזה שנים הן כמי השילוח ההולכים לאט, והנושאים מדשדשים במי אפסיים. לבתי המשפט מומחיות מקצועית טובה לבור את התבן מן הבר, ועל כן אין חשש כי השלכות הרוחב ככל שיהיו יטופלו ביד שאינה אמינה דיה. עובדה היא, כפי שצינתי גם למעלה, שבתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום מצאו דרכים להתמודד עם הלכת ע"ד מלול כנתינתה עד הנה.

כ"ב. אכן באופן עקרוני, מה טוב מהפניה למחוקק; אילו חיינו בעולם אידיאלי, ראוי כי דבר חידוש, ובחידוש עסקינן, יבוא מבית מדרשו של המחוקק. אך המציאות אינה

בהכרח כזאת - על פי רוב אינה כזאת. פקודת הנזיקין אמנם תוקנה לא אחת לאורך השנים, אך נושאים כגון זה שלפנינו אינם ממין אותם תיקונים. הוא הדין לפקודת הראיות, שאף היא תוקנה מדי פעם, אולי הראיה הטובה ביותר, למצב המתואר, היא כי חלפו שנים מפסק הדין בערעור עדן מלול, ולא שמענו על יוזמת חקיקה.

כ"ג. אך זו עיקר: לשיטתי פיתוח פרשני של הדין במקרה דנא אינו חורג ממתחם הלגיטימיות הפרשנית. כאמור עסקינן במאטריה שהיא לחם חוקם של בתי המשפט, דבר יום ביומו, וממילא במומחיותם המקצועית. שונה הדבר – למשל – מנושא שינויים בהגדרת המשפחה בישראל, ובסמליה מכבר, כמו נישואי ישראלים שאינם יכולים להינשא בישראל (ראו בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלונית (לא פורסם) (אמנם לאחרונה נתקבל כפתרון חלקי חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010); או נישואין חד מיניים והיחס לרישומם, נושא אחרון זה (ראו רע"א 4447/07 מור נ' ברק (לא פורסם) היה בעיני (בדעת מיעוט, אך דעת הרוב סברה אחרת) ראוי שיונח לפתחו של המחוקק. אך בענייננו ובדומה לו אין כל מניעה לפיתוח על-ידי בית המשפט, וכך אירע פעמים רבות, עד כדי רפורמות מושגיות. ברי כי לשאלה שלפנינו בסיס עיוני, שהמלומדים נדרשו אליו, וחבריי סקרו אותה בכה ובכה. לדידי אין להירתע בכגון דא מיצירתיות שיפוטית, אף כי אצטרף בכל הכבוד לדברי פרופ' אהרון ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), בדונו ב"אקטיביות שיפוטית" מול "פסיביות שיפוטית" (עמ' 213-217), ולשיטתו אין ההבחנות הסמנטיות עיקר, אלא "שופט טוב הוא שופט הבוחר באפשרות הטובה ביותר, וזו יכול שתביא לשינוי ויכול שתשמור על הקיים".

על הפרשנות במשפט העברי

כ"ד. גם במשפט העברי יצירתם של כללי פרשנות ("מידות שהתורה נדרשת בהן") איפשרה הרחבה (כך הן שבע המידות של התנא הלל הזקן (תוספתא – סנהדרין פ"ז), כך הנודעות אולי מכולן - שלוש עשרה המידות של ר' ישמעאל (הקדמת תורת כהנים), שלושים ושתיים המידות של ר' יוסי הגלילי). נמנה כאן, כדי לסבר את האוזן, את שלוש עשרה המידות של ר' ישמעאל:

- "רבי ישמעאל אומר, בשלוש עשרה מידות התורה נדרשת בהן:
- א. מקל וחומר.
 - ב. ומגזרה שוה.
 - ג. מבנין אב מכתוב אחד, ומבנין אב משני כתובים.
 - ד. מכלל ופרט.
 - ה. ומפרט וכלל.
 - ו. כלל ופרט וכלל, אי אתה דן אלא כעין הפרט.

ז. מכלל שהוא צריך לפרט, ומפרט שהוא צריך לכלל.
 ח. כל דבר שהיה בכלל ויצא מן הכלל ללמד, לא ללמד על עצמו יצא, אלא ללמד על הכלל כולו יצא.
 ט. כל דבר שהיה בכלל, ויצא לטעון טוען אחד שהוא כענינו, יצא להקל ולא להחמיר.
 י. כל דבר שהיה בכלל ויצא לטעון טוען אחר שלא כענינו, יצא להקל ולהחמיר.
 יא. כל דבר שהיה בכלל ויצא לדון בדבר החדש, אי אתה יכול להחזירו לכלל, עד שיחזירונו הכתוב לכלל בפירוש.
 יב. דבר הלמד מענינו. ודבר הלמד מסופו.
 יג. וכן שני כתובים המכחישים זה את זה, עד שיבוא הכתוב השלישי ויכריע ביניהם”.

גם בלא שנדרש לכל פרטי המידות, ברי כי אמות המידה הפרשניות, מטבען הן מחדשות. דרך משל, המידה הקרויה גזרה שוה, שעניינה מלים דומות המופיעות בתורה בשני נושאים שונים, לא רק מפרשת מה שכתוב בתורה, אלא גם מלמדת דין מחודש שאינו כתוב בתורה. על שומר שכר נאמר “אם לא שלח ידו במלאכת רעהו” (שמות כ”ב, י’), ועל שומר חינום נאמר “אם לא שלח ידו במלאכת רעהו” (שמות כ”ב, ז’); יורשי שומר שכר פטורים מן השבועה כדי להימנע מתשלום (ראו גם בבלי, שבועות מ”ז, א’), כך גם לגבי שומר חינום; (בריייתא דר’ ישמעאל בראש תורת כהנים; ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך “גזרה שווה”, ה’ תקמ”ו-תקמ”ז).

על אקטיביות ופסיביות שיפוטית במשפט העברי

כ”ה. נושא קרוב הוא “אקטיביות” מול “פסיביות” שיפוטית, שאף לגביו עלו שאלות במשפט העברי. בספרו השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי (תש”ע-2010), נדרש לכך ד”ר יובל סיני, תוך שהוא מגדיר “אקטיביות שיפוטית” כ”נכונותו של השופט לדון במקרה העומד בפניו ולהכריע בו”, ו”פסיביות שיפוטית”, כשהוא מושך ידו מן ההכרעה (ראו עמ’ 417 והאסמכתאות דשם). המחבר מביא (עמ’ 429-430) אמירה הלכתית נודעת של הרמב”ם (הלכות סנהדרין כ”ד, א’), כי “יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהם אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר הוא כן, שהוא דן כפי מה שידוע”; ובהמשך, “שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת” (הדגשות הוספו – א”ר). דבר זה הוצג כמהפכנות משפטית המעמידה את הדיין כ”העמוד העיקרי, כמעט הבלעדי, שכל בנין המשפטים שבין אדם לחברו עומד עליו” (מפי ח”ש חפץ, ראיות נסיבתיות במשפט העברי (תשל”ד), 52, מובא אצל סיני שם, 430). המחבר סיני נדרש מנגד לשאלות של יראת הוראה בין חכמי אשכנז (עמ’ 435)

והתפכחות ושינויים שחלו בכך (עמ' 445-446), וראו גם סיכומו בעמ' 459-460). ולבסוף, מביא הוא (עמ' 461) מדבריו הזכורים של השופט (כתארו אז) זילברג בע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח(1) 4, 21:

"למד את לשונך לומר, 'איני יודע' (ברכות כ' ע"א) אינה הוראה המכוונת של השופט, והוא חייב בדרך כלל להגיע לדעה ברורה ומוחלטת בכל שאלה משפטית המתעוררת בפניו".

כ"ו. ולאשר כבר כתבתי, אטול חירות להוסיף כי דיני הנזיקין במשפט העברי מצאו דרכים לעשיית צדק המביא בחשבון תמונה חברתית רחבה. הכרעות כמו תשלום חצי נזק על ידי שור תם שהזיק, לעומת נזק שלם על ידי שור מועד (ראו שמות כ"ה, ל"ה-ל"ו; בבלי בבא קמא ט"ו, ב'; רמב"ם נזקי ממון ב', ז') באות בקהל זה, מתוך מבט חברתי של מעין "פיזור הנזק", מתוך הנחת אפשרות כי נגיחה תקרה פעם על ידי שורי, פעם על ידי שורך. הראה זאת יפה עו"ד הרב אופיר סעדון בספרו תפסת מרובה, שם מוסבר (עמ' 42), כי ההלכה באה לחלק את הנזק בין המזיק לניזוק, בחינת דמי שימוש ברשות הרבים, וזאת כאיזון (עמ' 41) בין ההגנה על בעלי השוורים - לבין האפשרות כי שוורים יימצאו ברשות הרבים; כביכול הועמדה בפני כלל בעלי השוורים השאלה "האם הם חפצים להציב שומר על כל שור ושור או ליטול את הסיכון שבהמתם תוזק". הרעיון דומה במידה מסויימת לזה שמצא ביטוי בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, קרי, אל מול הויתור על הוכחת האחריות נקבעת הגבלה בגובה הנזק, הנלמד בפרמטרים השונים כמו כאב, סבל והפסד השתכרות, והדברים ידועים. המשפט העברי פירש גם את דיני האומדנות (ראו ש' אלבק, הראיות בדיני התלמוד (תשמ"ז), 299 ואילך, וכן ראו ספרו פשר דיני הנזיקין בתלמוד (תשכ"ה), 75-76).

מקצת על המשפט המשווה

כ"ז. מעניין לציין, כי פולמוס דומה התעורר בשנות השישים למאה הקודמת, בעקבות פסק דין של בית משפט באילינוי שבארה"ב, בשאלה של פיתוח שיפוטי ("חקיקה שיפוטית") בתחום "הרשלנות המשוה" אל מול "רשלנות תורמת", שהיתה הדוקטרינה המוכרת. הדברים דשו בסוגיה דומה לזו שלפנינו, קרי, האם חרישת תלם חדש בשדה המשפט האזרחי בדיני הנזיקין מחייבת הליכה למחוקק, או שמא בידי בתי המשפט לעשות במלאכה. גם אם מים רבים זרמו בנהר המשפטי מאז, סדנא דארעא חד הוא. פסק הדין הוא Maki v. Frelk, 85 III App 2nd 439 (1967), ובו נקבע על ידי בית המשפט העליון של אילינוי, כי שינוי כזה צריך להיעשות על ידי המחוקק אשר בידו

הפקידה החוקה את הסמכות לשנות חוקים. הנה מקצת הדברים שנאמרו במקבץ תגובות
 ב- 21 (Nov) – “Comparative v. Contributory Negligence” – Vanderbilt Law Review –
 889, 6 (1968), בכותרת שבין השאר נאמר בה “Could the Court or the Legislature
 decide?”, ציין פרופ' ג'יימס פלמינג (Fleming) (בעמ' 892):

"The proposition that changing the law is properly and exclusively the function of the legislature runs counter to Anglo-American tradition. It has long been the boast of the common law that it was able to adapt itself to changing conditions".

ובהמשך (עמ' 895) מציין המחבר פלמינג, כי בתחום הנזיקין אין הפרלמנטים
 ממהרים לרפורמות, שכן כוחות האינרציה גדולים בתחום זה – מכאן חשיבות תפקידם
 של בתי המשפט.

כ"ח. פרופ' רוברט קיטון (Keeton) ציין (שם, 906), כי לעתים קרובות אין בתי
 המשפט מזהים את המקומות שבהם כלפי יעדי שיטת המשפט "סטיה שיפוטית מתקדים
 משרתת יותר מאשר מאיימת". אף הוא חולק (עמ' 909) על גישת בית המשפט באותו
 מקרה של Maki, שלפיה המחוקק כשיר יותר לעיצוב כלל חדש. לשיטתו (עמ' 914 -
 915) יש הסכמה גוברת כי על בתי המשפט להגביר פעילותם האקטיבית ברפורמה
 בדיני הנזיקין; הם יכולים לעשות כן כמחוקק במבט רחב ובצעד חד פעמי, והיטב מן
 המחוקק בפיתוח הדרגתי ממקרה למקרה. פרופ' רוברט לפלר (Leflar), לשעבר שופט
 בית המשפט העליון של מדינת ארקנסו, אמר (עמ' 929) דברים דומים, והוסיף "כי
 מקום שהמחוקק אינו מגלה סימן לפעולה, יש הצדקה מלאה לפעולה שיפוטית". פרופ'
 ג'ון וייד (Wade) מאוניברסיטת ונדרביילט הלך אף הוא (עמ' 942) בדרך זו.

אכן, עוד לפני כן במאמרו "Creative Continuity in the Law of Torts", 75
 Harv. L. Review, ציין פרופ' קיטון (עמ' 476) כי "לא נתכנה נוסחה המהווה מורה דרך
 אפקטיבי לפתור בעיה זו (של יצירתיות שיפוטית – א"ר), ואולי לא ניתן לתכנה":

"Depends on whether the policies which underlie the proposed rule are strong enough to outweigh both the policies which support the existing rule and the disadvantages of making a change." But there is more than ample elbow room within each of the three facets of this test.

Appraisal of the disadvantages of change is focused to a considerable degree upon the distinctive disadvantages of decisional in comparison with

statutory change, and it depends upon a host of factors. Among these are (1) the court's confidence in its understanding of the problem type that is exemplified in the single case at hand in comparison with the understanding that might be attained through use of a legislature's investigatory powers, (2) the scope of application and complexity of the precedent under challenge and the feasibility of reforming it through comprehensive legislation, (3) the degree of conviction about the merits of the precedent and the rule proposed in its stead and about the consistency of that appraisal with settled views of significant groups in society, in so far as they can be perceived, (4) the extent of reliance upon the precedent and, in view of such reliance, the probable extent of harm from overruling it, and (5) the magnitude of the change. The last of these factors may be viewed not only in terms of the immediate impact of the proposed change upon particular decisions and thus upon future legal relations, but also in terms of its relation to the larger doctrinal context, its consistency with major currents of doctrine, and its potential impact upon future doctrinal developments".

והנה בהמשך, לאחר כל אלה, דן המחבר בדיוק בשאלה שעתידה היתה לעלות בתיק Maki, ומדבריו עולה תמיכה בפיתוח המשפט בנושא רשלנות תורמת על ידי בתי המשפט, ולשיטתו צריך הדבר להיעשות באופן גלוי, גלוי לב (ראו למשל עמ' 500 - 504).

והשורה התחתונה

כ"ט. איני פטור לבסוף מהעיר שוב, כי סימן ד' לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) שעניינו רשלנות לא תוקן תיקון מהותי של ממש לאורך השנים (למעט בסעיפים משניים) ודבר זה מדבר בעדו, והוא הדין לפרק ד', שעניינו אשם, ובמובן מהותי כך לגבי הפקודה בכלל, למעט תיקונים לא מרכזיים בעיקר בתחומי זיקות המדינה והנזיקין. דיני הנזיקין פותחו בבתי המשפט (ראו, למשל, "הלכת השנים האבודות", ע"א 140/00 עזבון המנוח אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פ"ד נ"ח(4) 486). האם אין בכך כדי להצביע על כך שתפקידם של בתי המשפט בפיתוח המשפט חי וקיים? לדידי, אין פגם ביצירתיות שיפוטית פרשנית בנושא דנא, ועל כן דעתי כשהיתה וכפי שתוארה מעלה, ברוח גישתה של השופטת נאור.

ובעקבות חוות דעתו של השופט גרוניס: ואף על פי כן אחריות יחסית (אילו היה רוב לכך).

ל. חוות דעתו של חברי השופט גרוניס, חותם התיק באיזמל של "היגיון ליטאי" (כמובנו בפולקלור היהודי המזרח-אירופי), לוחמת את מלחמתו של "הסדר הישן", של מאזן ההסתברויות כנתינתו. אף שנותרתי, לצערי, במיעוט (המכובד, יש לומר) של ארבעה תומכים בהליכי עדן מלול, אוסיף דברים אחדים בעקבות דברי חברי. זאת, הן במעגל ה"מקצועי" של דיני הנזיקין ודיני הראיות, והן במעגל הערכי-נורמטיבי של תפיסת תפקידו של בית משפט זה, שיקול הדעת השיפוטי ושאלת הביטחון המשפטי. אמנם כבר נאמר מה בהקשר זה בחוות דעתי, בהתייחס לגישתה של חברתנו השופטת פרוקצ'יה, אך אין בית מדרש, הפעם של השופט גרוניס, בלא גירוי לחידוש. אומר כבר כאן, כי הערתי הערכית העיקרית תהא באשר לרכיב הצדק, אך אלך בעקבות חוות דעת חברי לפי סדרה. נוכח תוצאת פסק הדין, יהיו שורות אלה בחינת "יגדיל תורה ויאדיר".

ל"א. חברי מסכים כי במשפט המודרני ישנה התרחקות מהכרעות בינאריות של "הכל או לא כלום". הוא מדגיש זאת הן בתורת האשם התורם בנזיקין (ואוסיף – היא מצויה כנודע גם בדיני החוזים), והן בדוקטרינת הבטלות היחסית במשפט המינהלי. אך הוא עורך הבחנה בין אלה ובין "הסיבתיות העמומה", שכן בדוקטרינות הללו אין עסקינן בשאלה האם אירע דבר מה ("עובדות") אלא בשאלה מה נפקותו של מה שאירע; ועם שהוא מתקשה במידת מה להתמודד עם "מקרה שני הציידים", הוא קובע את השוני, לשיטתו, בינו לבין ענייננו (עדן מלול), בכך ששם גדר הספקות עומד על 50% בדיוק, ואילו בענייננו היחסיות עמומה, והתוצאה בין שתי הערכאות (40 מול 20) תוכיח. גם אם דברים אלה נכונים עובדתית, עדיין אין בהם מענה לשאלה הבסיסית שלפנינו, שבמהותה אינה שונה מדילמות מאזן ההסתברויות, ובודאי מן האומדנות הנפוצים כל כך בדיני הנזיקין עמוסי אי הודאויות. איני רואה כשלעצמי הבדל עקרוני בין חמישים האחוזים של הציידים לאחוזים הפחותים של פרשת עדן מלול. הלקח מהערתו של חברי השופט גרוניס הוא לטעמי מאמץ פסיקתי שיטתי לדקדוק ככל הניתן בנסיבות המקרה, כדי לקבוע את היחס שבין הגורם הרשלני לגורם ש"מידי שמים" – אך לא פסילתה של דוקטרינת האחריות היחסית מכל וכל.

ל"ב. ושוב אטעים: מאזן ההסתברויות אמנם מבוסס, כדברי חברי, על ניסיון שיפוטי מצטבר – אך הוא דוקטרינה שיישומה נתון לשיקול דעת; מאזן ההסתברות אינו הקשה על קלידי מחשב (שגם היא עלולה להניב תוצאות שונות), אלא נתון הוא לשיקול דעתו של בית המשפט. 51% לעומת 49% שבדוקטרינת מאזן ההסתברויות, הם אמירה

רעיונית, והמלים More likely than not שבאמירת השופט הבריטי הופמן שציטט חברי, או הביטוי Possibly שבדברי השופט מקמילן אותם הביא, הם עצמם משדרים עמימות, וגם אם אינה "אם כל העמימות" בודאי איננה מה בכך במקרים לא מעטים.

ל"ג. חברי שאל שאלה מאתגרת, והיא, האם הדוגלים באחריות יחסית יסכימו למסקנה המתבקשת כי אחריות מסוג זה תושט גם בגדרי הוכחה ברמה שמעל 50%, כלומר, כשהראיות מגיעות לרמת 60%, יקבל הניזוק פיצוי בגובה זה ולא במאה אחוזים. שאלה זו הטרידתני, ועיונית אין להתעלם הימנה. ואולם, לאחר מחשבה, סבורני כי המקרים שבהם תעלה השאלה יהיו חריגים, כשם שהסיבתיות העמומה והאחריות היחסית עצמן הן חריג; על פי רוב מאזן ההסתברויות ברור וכריע את הכף, גם בכל העוצמה.

ל"ד. חברי השופט גרוניס נדרש לשאלת היחס בין דוקטרינת האחריות היחסית לשדה הפשרה, באמרו, כי אם תוצאת השניים זהה, המשמעות בנקיטת דוקטרינה זו היא מתן פסק דין על דרך הפשרה ללא הסכמת הצדדים. השוואה זו שובת לב, אך חלוק אני על תקפותה העקרונית, אם גם יכול שתקרה אגבית. ברע"א 4044/04 בוקרה נ' סגל, פ"ד נח(ט) 894, 899 נזדמן לי לכתוב:

"לדעתי, אכן ככלל החלטת פשרה בראייתן של הבריות היא במיצוע כזה או אחר (לאו דווקא באמצע ה'גיאומטרי' או ה'אריתמטי'), ורוב הפשרות היו כאלה מימות עולם וכך יהיו מן הסתם גם בעתיד. זו גם משמעותה הלשונית הבסיסית של הפשרה. המילון העברי גור מגדיר פשרה כ'משפט שלום בין בעלי דין, התרת סכסוך וטענות ותביעות בין רבים וניצים על דרך ממוצע ושווי, שכל אחד מוותר על זכויותיו'. אין בכך כדי לסתור כל עיקר התחשבות בדין המהותי, שהרי מבקש בית המשפט לעשות צדק והדין המהותי אמור הוא מטבעו לשקף צדק".

ועוד, ההבדל בין הכרעה באחריות יחסית לבין פשרה לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984 או לפי סעיף 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונת דרכים, תשל"ה-1975 הוא, בין השאר, כי לעתים קרובות בפשרות כאלה נקבעות בהסכמת הצדדים תקרה ורצפה לסכום הנפסק, ועל פי רוב אין בית המשפט מנמק – או מנמק כמעט – את הכרעתו; בהחלטה של אחריות יחסית תבוא, וראוי לה שתבוא, הנמקה כדבעי, על יסוד שיקולים משפטיים מהותיים, אף אם ההכרעה באשר לנזק

בהמשך תבוא באומדנה כדרך דיני הנזיקין פעמים רבות. נחזור בסיפת דברינו להשוואה בין הפשרה לדין.

ל"ה. חברי חושש מהעצמת שיקול הדעת השיפוטי הגורמת, בין השאר, להקטנת הודאות ולהגברת החשש ל"שרירות", במובן של הכלטת עמדותיו האישיות של השופט ומערכת ערכיו. כשלעצמי סבורני, שמקום בו מדובר בשופטים מקצועיים – ולא, למשל, בחבר מושבעים בדומה לנוהג בבריטניה ובארה"ב – חשש זה מצומצם יחסית, מעבר לעובדת הבסיס שכל שופט הוא "כברת ארץ קטנה... תבנית נוף מולדתו", כדברי המשורר ש' טשרניחובסקי. חלק מרכזי בחינוך השיפוטי, המערכתי והעצמי, הוא מאמץ מודע ויומיומי ליישם נורמות, ומערכת השפיטה אינה חיה כמולקולות יחידות המתרוצצות זו לצד זו, אלא בסופו של דבר כתזמורת רבת נגנים, ומתוך היררכיית ביקורת. ואם ישאל השואל, ומה באשר למנצח התזמורת בית המשפט העליון, הרי אין אחריו ולא כלום (למעט דיון נוסף, כמו בתיקנו שלנו, ותוצאתו עצמה היא ראייה לבקרת פנים של המערכת, שהרי פסק הדין קמא מתבטל במובן המשפטי)? התשובה היא, ראשית, הזהירות המקצועית המושתתת על אדני ניסיון, ושנית, גם אם יש לכאורה בתחום האחריות היחסית לצעדים שאליהם נדרש חברי, כגון עדות מומחה על שיעור נזק סטטיסטי, מכל מקום, רחוקים אנו, גם אילו נתקבלה דוקטרינת האחריות היחסית, כרחוק מזרח ממערב מ"אורך כף רגלו של הצ'נסלור". על כן חולק אני מאוד על הביטוי "שרירות" שנקט חברי. דברי חברי חוזרים על שכתב – במיעוט – בע"א 8279/02 גולן נ' אלברט (לא פורסם). באותו עניין כתב הנשיא ברק (בדעת הרוב) – אמנם בהקשר לנזק, שהיה לזו ההכרעה שם – כי "במקרה של עמימות בקשר לגודלו של הנזק, באשר אין יודעים מהו חלקם של הנתבעים מול חלקם של הגורמים האחרים, בין שהם עוולתיים ובין אם לאו, קיימת הצדקה כי הפתרון לעמימות העובדתית יהא פסיקת פיצוי בדרך של אומדנא". האומדנה היא לא אחת לחם חוק הכרחי, באין ברירה אחרת, ועיונית אין סיבה שלא תפרוס מצודתה מעבר לנזק.

ל"ו. ואמנם, חברי מציין בהגינותו, כי אומדנה משמשת בפסיקה. היא משמשת - כאמור - רבות בתחום הנזיקין, אמנם על פי רוב בקביעת הנזק, שבו הנסתר מרובה על הנגלה ("הנסתרות לה' אלהינו", דברים כ"ט, כ"ח), כשעסקינן בעתיד – תוחלת חיים, התפתחויות בבריאותו של אדם, השתכרותו; אכן, החידוש שניסתה דוקטרינת האחריות היחסית להציע להעביר נושא זה גם לתחום האחריות, ולטעמי אין בכך במישור המשפטי רבותא, ואחזור לאשר כתבתי מעלה לענין פיתוח המשפט על ידי בית המשפט, יסוד מוסד בעבודה השיפוטית. אכן, עדיפה תמיד הכרעה מדוקדקת שאינה אומדנה, כעצת רבן גמליאל (משנה אבות א, ט"ז): "ואל תרבה לעשר אומדות" (וכדברי

הפרשן ר' עובדיה מברטנורא "שהמפריש מעשרות מאומד אינו ניצול מן הקללה; אם פוחת ממה שראוי ליתן, מעשרותיו מתוקנים ופירותיו מקולקלים, ואם העדיף על שהיה ראוי ליתן, פירותיו מתוקנים ומעשרותיו מקולקלים"; עדיפים דקדוק ופירותיו, אך מה נעשה ולא אחת אין הדבר בגדר האפשר, ואין חולק כי נחוץ שימוש באומדנות.

ל"ז. ולבסוף, "אחרון חביב": חברי חושש ממדרון חלקלק בגישת המיצוע והיחסיות, ו"כל שבית המשפט העליון יעשה הוא להעביר תחת שבט הביקורת את פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים, כשהשאלה שתעמוד בפניו היא האם ההכרעה שנפלה עשתה צדק עם בעלי הדין, והכל בהתחשב באורך רגלו של השופט". זאת, לשיטת השופט גרוניס, במיוחד בערכאות הדיוניות, והוא מוסיף, כי אף "שתחושת הצדק והאינטואיציה השיפוטית, מכוונים במידה מסוימת את דרכו של כל שופט", יש סכנה למשקל מופרז לכך בהכרעות השיפוטיות, ולבריחה מהכרעה לעבר "פשרה ללא הסכמה". חברי בודאי אינו חולק על כך שתפקידם של בתי המשפט הוא להכריע בסכסוכים בצדק; "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק בין-איש ובין-אחיו ובין-גרו" (דברים א', ט"ז); "צדק צדק תרדף" (דברים ט"ז, כ'). החקיקה והפסיקה מלאות ביטוי צדק. זו מהות השיפוט. אין שופט זהה למשנהו, ועל כן יתכנו הבדלים בפסיקה (גם לפי מאזן ההסתברות). אך אין לומר כל עיקר שעסקינן ב"מידת כף רגלו" של שופט. אומר רש"י שם, "צדק צדק תרדף" – הלך אחר בית דין אחר יפה" (על פי הבבלי סנהדרין, ל"ב, א'); וכדברי הפירוש עיקר שפתי חכמים "ולכן נכתב שתי פעמים "צדק"; התלמוד הבבלי אומר שם גם על כפל המלים "צדק" "אחד לדין ואחד לפשרה". אך הדוגמאות לפשרה בה מדובר הן, "שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן, שתיהן טובעות, בזה אחר זה – שתיהן עוברות; וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון (מקום צר – א"ר) ופגעו זה בזה, אם עלו שניהם – שניהם נופלין, בזה אחר זה – שניהן עולין. הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה – תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה לעיירה ושאינה קרובה תידחה קרובה מפני שאינה קרובה; היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות – הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו". עינינו הרואות, כי מושג הפשרה הוא רחב ואינו מצטמצם לסיטואציות וולונטריות גמורות: הרב ע' שטיינזלץ מביא מפי תורת חיים לר' אברהם חיים שור, כי "אף שפשרה כרגיל תלויה ברצון שני הצדדים, מכל מקום כאן שיש חשש סכנה בדבר, חייב הדיין לכפות פשרה בין הצדדים". לא הבאתי דברים אלה אלא לומר, שמושג הפשרה אינו חד ערכי ועשוי הוא להיות קרוב לאחריות היחסית. ולבסוף, אין לטעמי לחשוש מ"ריבוי קולות" של שופטים ומהכרעות בחינת "נתת תורת כל אחד ואחד בידו" (משנה שביעית ב', א'). בסופו של דבר, יש ערך מצטבר לתבונה הקבוצתית ולהיררכיה הערעורית, ואף השכל הישר לא יפקד מקומו.

ל"ח. אחזור לענין הצדק, נשמת אפו של המשפט, שהוא ראשית והוא אחרית. הרמב"ם (הלכות סנהדרין ב', ז') מתאר את מטלות בית הדין, ובהן "שיהיו רודפין את הצדק מחמת עצמן בדעתן..." (וראו גם ח' שיין הצדק במשפט העברי, פרקי מבוא (תשנ"ד-1994)). לעניות דעתי, אילו נתקבלה עמדת ארבעת השופטים התומכים בדוקטרינת האחריות היחסית, ומבלי לפגוע בשאיפתם של כל חברינו כולם לעשיית צדק, היה הצדק נשכר יותר. ואחתום בזאת: במאמרנו (שלי ושל השופט נועם סולברג) "דת ומדינה בישראל בשנת היובל" (פורסם בספר מנחה ליצחק, לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו (תשס"ט), 339 וכן בספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג), 196, 222) הבאנו מדברי ערוך השולחן לר' יחיאל מיכל אפשטיין (המאות הי"ט - הכ'), בהקדמה לחושן משפט, כלהלן:

"וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים, באמת למבין דבר לאשורו, דברי אלוקים חיים המה, ולכולם יש פנים בהלכה; ואדרבה, זאת היא תפארת תורתנו הקדושה והטהורה, וכל התורה כולה נקראת שירה, ותפארת השיר כשהקולות משונים זה מזה. וזהו עיקר הנעימות."

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

1. השאלה שהונחה לפתחנו בדיון נוסף זה היא קשה וכל הכרעה בה גוררת תוצאות משמעותיות המשפיעות על קשת רחבה של עניינים הנידונים בתביעות נזיקין בפני בתי המשפט. חבריי, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת מ' נאור, כל אחד ואחת בדרכו פרשו יריעה רחבה, ובפסקי הדין שלהם דנו דיון מקיף ומעמיק בבעייתיות הרבה של הסוגיה. השאלה המשפטית המורכבת היא באלו נסיבות ניתן לפסוק פיצוי בגין נזק כאשר ההתרשלות והנזק מוכחים, אך קיימת עמימות בנוגע לקיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק עד כי התובע אינו יכול להוכיח ברמה הנדרשת על פי "מאזן ההסתברויות" כי התרשלות הנתבע היא שגרמה לו לנזק.

במלים אחרות, השאלה היא עד כמה ניתן ורצוי לקדם את הגישה לפיה במצבים של עמימות באשר לסיבת הנזק יש לפסוק פיצויים על פי כללי הוכחה יחסיים. תוך התאמת שיעור הפיצוי לרמת ההסתברות של אפשרות גרימת הנזק במידה שהוכחה.

גישה זו מחליפה את התפיסה המסורתית של "הכל או לא כלום", המבוססת על הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על פי "מאזן ההסתברויות".

השאלות המתעוררות בסוגיה זו יורדות לשורש תכלית דיני הנזיקין ועומדות אל מול גישות שונות שחכמי המשפט מתלבטים בהן. חבריי התייחסו בפסקי הדין שלהם לשאלות שביחס אליהן קיימת כתיבה אקדמית עניפה, ואף התייחסו לדעות השונות באשר לתכלית הפיצוי הנזיקי ולתפיסת העולם השיפוטית לגבי תכלית זו. אכן, נראה כי מקרה כדוגמת המקרה שלפנינו מעורר במלוא העוצמה את השאלה האם דיני הנזיקין נועדו אך לצורך הגשמת תפיסה של "צדק מתקן", או שמא עליהם לקדם "הרתעה יעילה" מפני ביצוע עוולות, ואולי אף יש להם תכלית עונשית של מתן ביטוי ל"אשמתו המוסרית" של המעוול.

2. במהלך השנים נדרשו בתי המשפט שלנו ליתן מענה לעניינים הפרטניים שבאו בפניהם והיצירה השיפוטית הביאה להתפתחויות פסיקטיות שהקדימו לא פעם במרוץ אל מול ההתלבטות האקדמית והניתוח העיוני האנליטי. הפיתוח השיפוטי של ההלכה בתחום זה נעשה, בין היתר, כתוצאה ממצב בו נדרש השופט ליתן פתרון מעשי לבעיות הבאות בפניו. הגישה החדשנית שבאה לידי ביטוי בפסק דינה של חברתי השופטת נאור מבטאת את תחושת הצדק של השופט הנדרש להכריע בין ענייניו של תובע, שבמקרים מסוימים פגיעתו או נכותו קשים, אל מול התנהגות שהוא סבור כי הייתה בה התרשלות. במצבים מעין אלה רואה השופט את הגישור על הפער שבין הנזק הקשה לבין מעשה ההתרשלות כחלק מתפקידו; והכל כאשר הכלים המוכרים והמקובלים להערכת הקשר הסיבתי בין המעשה לבין הנזק אינם מאפשרים קביעת ממצאים ברורים. במצב של עמימות מסוג זה, מחפש השופט פתרון הנתפס בעיניו כצודק על אף היעדר ראיות ברמה של "מאזן ההסתברויות", והוא עשוי להגיע לתוצאה של "יחלוקו" בה הנתבע ישא באחריות על פי רמת הוכחה שאינה מגיעה לרמה הנדרשת על פי המקובל ככלל בהליכים אזרחיים. שאלה לעצמה היא הגדרת מצבי העמימות השונים והאם ניתן להגיע לפתרון אחיד למצבים השונים שהם מגוונים. בנוגע לשאלה זו ציין הנשיא ברק בפסק הדין בע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל (טרם פורסם, 14.12.06) (להלן: עניין גולן) כי:

"מצבי העמימות העובדתית עימם מתמודדים דיני הנזיקין הם שונים ומגוונים. כך גם ההסדרה המשפטית שלהם. כל סוג והכללים הראייתיים המתאימים לו. אין להתייחס אל כולם כאל מיקשה אחת. אחת ההבחנות המהותיות בין סוגי המקרים, שהינה חשובה לעניינינו, היא ההבחנה בין עמימות בקשר לעצם גרימת הנזק לבין

עמימות שעניינה גודל הנזק שנגרם. הבחנה זו מביאה לחלוקה גסה של מצבי העמימות לשלוש קבוצות של מקרים. הקבוצה האחת - עמימות שעניינה עצם גרימת נזק לתובע. הקבוצה השנייה - היא קבוצת ביניים - היא מצב שבו ידוע כי עצם גרימת הנזק היא תולדה של התנהגות עוולתית של אחד מן הנתבעים, כאשר כל הנתבעים התרשלו כלפי התובע ולא ידוע מי מהם גרם לנזק. הקבוצה השלישית - אליה משתייך המקרה שלפנינו - היא עמימות שעניינה גודל הנזק שנגרם. קיימות כמובן חלוקות נוספות ותתי-קבוצות נוספות" (ראו עניין גולן, פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא ברק).

נקודת המוצא לדיון היא, שהכל מסכימים כי הכלל נותר זה של הוכחה על פי "מאזן הסתברויות". כן מוסכם כי במקרים מסוימים של עמימות סיבתית יתכנו חריגים לכלל זה בנסיבות בהן הפתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם, ובאותם מקרים ייעשה שימוש בחריג של פיצוי לפי הסתברות. המחלוקת מתייחסת לסוג המקרים בהם ניתן להחיל את החריג כאשר לא הוכחה גרימת הנזק בדרך ההוכחה הרגילה. היקף תחולתו של החריג המאפשר לפסוק פיצויים לפי הסתברות מחייב הכרעות נוספות, כאשר החשובה שבהן היא ההבחנה בין עמימות הנוגעת לעצם גרימת הנזק לבין עמימות הנוגעת לשיעור הנזק. בהקשר זה יצוין, כי בעיני הקושי הטמון ביישום פתרונות של פיצוי חלקי כאשר העמימות היא ביחס לעצם גרימת הנזק הוא משמעותי הרבה יותר לעומת מצבים בהם הוכח כי התרשלות הנתבע גרמה לתובע לנזק והעמימות העובדתית היא ביחס לשיעור הנזק (ראו והשוו: עניין גולן). חבריי המשנה לנשיאה והשופטת נאור נוקטים כל אחד גישה שונה בשאלת העמימות ביחס לעצם גרימת הנזק, וכל אחת מהדרכים המוצעות על ידם נראית בעיני קיצונית. לקשיים הכרוכים בסוגיה זו אין פתרונות אופטימליים, אלא ישנם פתרונות חלקיים שלכל אחד מהם יתרונות וחסרונות. ככל שעמדתי תישמע, אני סבורה כי יש מקום לדרך ביניים, וכך מתחייב משום הצורך ללכת עקב בצד אגודל בעת הצעידה בשביל השיפוטי בנושא זה.

3. הפתרון שמציע חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין באשר לאותם מקרים של "הטיה נשנית" מקובל עלי לצורך אותה קבוצת מקרים; היינו "בהתקיים ארבע יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות" (ראו פסקה 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה). יתרונו הוא בכך שהוא נותן ביטוי ברור לתפקיד ההרתעה של דיני הנזיקין, ויותר מכך הוא אמור לתת מענה לגרימת הנזק כתוצאה מהתרשלות אשר בגין היקפה מצביעה על תופעה שיש לתת לה מענה ציבורי. באותם מקרים פיצוי הניזוקים הפוטנציאליים בהתאם להסתברות שהנתבע הוא שגרם להם לנזק הוא מוצדק. זאת, הן כדי למנוע הרתעת חסר של המזיק-

- שבמצבים של הטיה חוזרת ונשנית לטובתו לא יחויב לעולם לפי כלל מאזן ההסתברויות בפיצוי על הנזקים להם גרם - והן מבחינת הצדק המתקן. על-פי אותה גישה המזיק יישא במלוא העלות של הנזק שנגרם על ידו (בהנחה שכל הניזוקים הפוטנציאליים יגישו תביעות נגדו). אותם ניזוקים, שאכן ניזוקו על ידי המזיק שנתבע, אמנם לא יקבלו את מלוא הפיצוי על הנזק שנגרם להם, אך הם יקבלו פיצוי חלקי; וזאת, תחת האלטרנטיבה של אי-קבלת פיצוי כלשהו לפי כלל מאזן ההסתברויות (ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605, 634-637 (2000) (להלן: פורת)).

מבחן ההטיה הנשנית מקובל עלי לצורך אותם מקרים, אך אני סבורה כי דרכו של חברי מובילה לצמצום יתר של האחריות הנזיקית. כך למשל, לדעתי, אין הצדקה לחזור בנו מהפסיקה שהכירה בראש הנזק העצמאי של "אובדן סיכויי החלמה". דוקטרינה זו כבר השתרשה בשיטתנו והפסיקה אף עמדה על יתרונותיה (ראו: ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988); ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר - משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704 (1997)). אכן, גם דוקטרינה זו מבוססת על מבחני הסתברות, אך היא הוגבלה, למעשה, בפסיקה עד כה, לאותם מקרים בהם הנזק התממש ואף הקשר הסיבתי לעצם קיומו של הנזק, להבדיל משיעור הנזק, הוכח על פי דרכי ההוכחה המקובלות (לעניין זה ראו הדיון של חברתי השופטת נאור בפסקאות 95-101 לפסק דינה). בדונה בפסקאות האמורות הבחינה השופטת נאור בין ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה לבין ראש הנזק של "הגברת הסיכון". אני מסכימה עימה כי יש להבחין בין שני ראשי נזק אלה, וזאת גם בשאלת ההכרה באפשרות לפיצוי לפי הסתברות בנסיבות של אובדן סיכויי החלמה. זאת ועוד, אין להתעלם מכך שהערכה לפי הסתברות אינה זרה לדיני הנזיקין. כך, נעשה שימוש בהערכה על-פי הסתברות כאשר יש לצורך לקבוע את שיעור הנזק העתידי, לרבות הפסדי ההשתכרות (ראו: ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393 (1984); פורת, בעמ' 623-627); או להעריך את החלק מתוך כלל הנזק לתובע, שנגרם כתוצאה מהתרשלות הנתבע (ראו: ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נד(2) 38, 46-47 (2000); ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס - אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 778-779 (2006)). נראה כי הטעם העיקרי לכך הוא כי באותם מצבים העמימות העובדתית נוגעת אך לשיעור הנזק ולא לשאלת עצם גרימתו בעוולה.

4. כאשר לשאלה המרכזית שבה עלינו להכריע, מציינת חברתי כי השיטה המוצעת על ידה מביעה עמדה ערכית, לפיה במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם

גרימת הנזק יש להעדיף "את יעד צמצום עוצמת הטעות המשפטית ביחס לניזוק הבודד, על פני יעד של צמצום כמות הטעויות המשפטיות" (ראו פסקה 75 לפסק דינה של השופטת נאור). היא סבורה על כן שגם אם אין לחלוקת הקשר הסיבתי ביסוס "בעולם המציאות", יש לקיים חלוקה של סיכוני הטעות גם בסטייה מהאמת העובדתית לשם "האמת המשפטית" הראויה, לתת בכך תשובה "צודקת" ו"להגשים את התפקיד של בית המשפט להכריע בסכסוך הכרעה צודקת" (ראו פסקה 74 לפסק דינה של השופטת נאור).

5. השאלה מהי התוצאה הצודקת בנסיבות כדוגמת נסיבות המקרה דנן מעסיקה אותי שנים רבות. במבט רחב יש לי ספק האם הפתרון של פיצוי לפי הסתברות במתכונת המוצעת על ידי חברתי השופטת נאור או במתכונת דומה לה (כגון זו המוצעת על ידי חברי השופט ג'ובראן) אכן מביא לתוצאה צודקת באספקלריה של התוצאות לטווח ארוך. אפשר שפסיקת פיצויים על-פי מבחן ההסתברות כאמור נותנת מענה, כאשר בית המשפט מעדיף תובע חף אל מול נתבע שהוכחה התרשלותו.

בטווח הקצר, בתיק קונקרטי, עשוי הפתרון של פיצוי לפי הסתברות להביא ליתר התחשבות בצד החלש של המשואה - אותו אדם חף הנושא בנזק הבריאותי שנגרם לו, גם אם לא בהכרח עקב התרשלותו של הנתבע. במקרים פרטניים מסוימים אף אני הייתי קרובה למציאת פתרון בדרך של חלוקת הקשר הסיבתי. אולם, בהיעדר קווים תוחמים ברורים יותר אני סבורה כי החשש מפני "מדרון חלקלק" הוא ממשי, ולכן נמנעתי עד כה מלקבל הכרעה מסוג זה. כך למשל, בפסק הדין בע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (1999) השארתי בצריך עיון את השאלה של ההכרה בראש נזק עצמאי של "הגברת סיכון" ובשאלת הוכחת שיעור הסיכון הנדרש לעניין זה, אף כי הבעתי שם את נטייתי לתמוך בהרחבה בזו הלשון:

"אציין רק כי עקרונית נוטה אני לגישת חברתי שאינה מציבה את התביעה הנזיקית על הוכחת גרימת הנזק בדרך של 'הכול או לא כלום'. מסכימה אני גם לכך שכבר צעדנו לקראת אותה גישה בעצם ההכרה בראש נזק של אובדן סיכויי החלמה, אף כי הצעתה של חברתי להכיר בראש נזק של הגברת סיכון היא בבחינת צעד נוסף. אלא שגישה זו, גם אם מייצגת היא השקפה ראויה, מעוררת קשיים רבים גם במישור העיוני הנוגע לעקרונות יסוד בדיני הנזיקין וגם בכל הנוגע לתוצאות המעשיות וההשלכות הנובעות מכרסום בדרישת הוכחת הקשר הסיבתי לנזק שנגרם. נראה כי גישה המצדדת בקביעת פיצוי בגין ראשי נזק עצמאיים כאשר לא ניתן

להוכיח על פי מאזן ההסתברויות שהנזק הכולל נגרם בעוולה, גם אם ראויה היא בנסיבות מסוימות, מחייבת גם קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק. ללא סייגים הנוגעים לשיעור הסיכוי או הסיכון שיש להכיר בהם ביחס לנזק הכולל, עלול להיפתח פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את השטיח מתחת לרגלי השיטה הבנויה בעיקרה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק" (שם, בעמ' 710-711).

דברים אלה מבטאים את השקפתי בנוגע לאפשרות של פיצוי לפי הסתברות, ולא רק ביחס לסוגיית ההכרה בראש הנזק של "הגברת הסיכון". כאמור, שאלת הפיצוי לפי הסתברות מתעוררת במצבים שונים. כך ביחס לנסיבות של היעדר "הסכמה מדעת" (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 551-552 (1999)); או בדוגמא הבולטת של אי-ודאות ועמימות סיבתית בשל חוסר ידע, שבה מתעוררים קשיים דומים (ראו ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004)). בנוגע לאותם מקרים, שמקורם בקוצר ההישג של הידע המדעי, יש לקוות כי במהלך השנים תיפתרנה חלק מהבעיות הנוגעות לעמימות סיבתית זו. בנושאים מסוימים, שהיו עמומים או לא ברורים בעבר, חלו התפתחויות מדעיות שאפשרו להוכיח מבחינה עובדתית את הגורמים לנזקים מסוגים שונים, ומשהוסרו העמימות או חוסר הבהירות ניתנו בדיעבד פתרונות לבעיית הפיצוי בדרך של חקיקה (ראו למשל: חוק פיצוי לנפגעי גזת, התשנ"ד-1994; חוק לפיצוי נפגעי עירו דם (נגיף האיידס), התשנ"ג-1992; חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989). כמובן שפתרונות מעין אלה אינם אידיאליים; אך מדובר בפתרונות המתייחסים ל"עולם המציאות", כלשונה של חברתי, שאינם כרוכים בשינויים דראסטיים בדיני הנזיקין המהותיים.

6. בהיבט המשפטי העלו הדיונים והכתיבה האקדמית מספר פתרונות אפשריים לבעיה שהעמימות הסיבתית יוצרת. כך למשל, קיימת ההשקפה שדוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה עשויה לתת מענה למצבים של עמימות סיבתית ביחס לאופן גרימת הנזק (ראו: אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191, 227-231 (1998); פורת, בעמ' 628-632, 638-639). בעניין זה אף אני כחברתי סבורה כי ההליך שלפנינו אינו ההזדמנות הנאותה כדי לאמץ אותה דוקטרינה שבמידה מסוימת עוקפת את השאלה המהותית. בהחלט יתכן כי במקרים מסוימים התרשלות הנתבע גרמה לכך שמהתובע נשלל מידע בדבר אופן התרחשות הנזק. ייתכן אף כי יהיה מקום בנסיבות המתאימות ליישם את דוקטרינת הנזק הראייתי בפן

הראיית-דיוני שלה על ידי שינוי נטלי ההוכחה, תוך הכרה בגרימת הנזק המשני שנגרם לראיותיו של התובע. אולם נראה כי פתרונות מעשיים אלה הם אפשריים אך במקרים טיפוסיים וחריגים, והם אינם בגדר פיתרון מקיף וכולל לבעיית העמימות הסיבתית (ראו בועז שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים" מחקרי משפט כג 559, 609-613 (2007)). על פני הדברים אני רואה חפיפה מלאה בין המצבים של העמימות הסיבתית לבין עניינים שבהם נגרם נזק ראייתי. מכל מקום, ספק אם דוקטרינה זו נותנת מענה כאשר העמימות הסיבתית נובעת מאי-יכולת רפואית או מדעית מובנית לזהות ולהוכיח את שרשרת ההתרחשויות הסיבתית שגרמה לנזק מסוים.

7. שאלה נוספת שיש לתת עליה את הדעת היא האם גישת הפיצוי היחסי מחייבת, בין היתר, בחינת האפשרות להחיל שיטה של פיתרון יחסי גם על הנתבע, שעליו אנו מטילים את נטל הפיצוי. בהקשר זה יש להתחשב בכך שהרחבת האחריות בנוזיקין עלולה בסופה של דרך ליפול על כתפי הציבור ולא על כתפי המזיק בלבד. מטעמים אלה אני סבורה כי ככל שראוי לשאוף להרחבת האחריות בנוזיקין, יש גם לשאוף לכך שהדבר ייעשה בשיטה עקבית ומאוזנת.

הרצון להגיע לתוצאה צודקת במקרה מסוים אכן עומד בבסיס כל הליך שיפוטי; אולם להשקפתי יש להיזהר ככל הניתן מעריכת שינויים מקיפים בדין המהותי אך בשל הצורך לפתור מקרה מסוים. על כן עלינו לעשות מאמץ, במקרים המתאימים, להגיע בדרך מעשית לתוצאה הצודקת יותר בנסיבותיו של כל עניין. אפשר שהכלי ההולם לכך, בנסיבות הנראות לשופט מתאימות, הינו, בין היתר, עידוד הצדדים למתן פסק דין בדרך של פשרה והסכמה. דרך הפשרה היא מעשית, כמובן, באותם המקרים בהם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי היא ברמה משמעותית, גם כאשר אינה עומדת בהכרח במבחן "מאזן ההסתברויות". ערה אני לכך שגם פתרון זה אינו אופטימלי ובצידו יתרונות וחסרונות, אולם בהעדר פתרונות מושלמים זהו אחד מהפתרונות האפשריים. פתרון אפשרי אחר בנסיבות חריגות עשוי להימצא בהפיכת נטלי השכנוע.

מהטעמים שמניתי, אני סבורה כי החריג של קביעת פיצוי על פי רמת ההסתברות של קשר סיבתי לנזק שנגרם צריך להיות מתוחם, כך שלא ירחיב את האחריות בנוזיקין. הרחבה כזו עלולה להביא להרתעת יתר מפני פעולות לגיטימיות מבחינה חברתית ולפגיעה בלתי מידתית בנתבעים שהם מזיקים אפשריים. העיקר בעיני הוא שבסופה של דרך לא נטיל על הציבור כולו את הנטל של הפיצוי במסלול דיני הנזיקין. יתכן שהפתרון הצודק טמון בחלוקה אחרת ביטוחית, כלכלית או חברתית, אך

פתרון כזה יכול לצמוח רק לאחר דיון ציבורי ובחינת האפשרות לחקיקה מתאימה. אכן, דומה שהעת עוד לא בשלה למציאת פתרון כולל להוכחת הקשר הסיבתי שלא באמצעות הכלים המסורתיים.

אשר על כן, לא ראיתי להצטרף לפסק דינה של חברתי השופטת נאור, על אף נימוקיה שובי הלב. בנסיבות המקרה דנן, בהתחשב בכך שהליך הדיון הנוסף נועד בעיקרו להכריע בשאלה המשפטית העקרונית שהתעוררה במקרה שלפנינו, לעניין הפיזיים למשיבים אני סבורה כחברי המשנה לנשיאה כי יש להותיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים.

ה נ ש י א ה

השופטת ע' ארבל:

1. קראתי את חוות דעתם המקיפות והמרשימות של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת מ' נאור. כל אחד מהם פרש יריעה רחבה ומעמיקה בסוגיה. לאחר בחינת עניין סבוך זה אני מסכימה עם חברי המשנה לנשיאה כי ישנם מקרים שיצדיקו חריגה מכלל מאזן ההסתברויות לטובת דוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות. עם זאת, אני מצטרפת לחוות דעתה של השופטת נאור בכל הנוגע להתפרשותה של דוקטרינה זו, על עיקרי טעמיה. מאחר שנראה כי השופטת נאור לא הותירה אבן בלתי הפוכה, אעמוד בקצרה על הטעמים שביסוד עמדתי.

2. דיון נוסף זה עניינו בפסיקת פיצויים בדיני הנזיקין על-פי הסתברות. חברי התמקדו במקרים שבהם מתקיימת עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק, כפי שאירע במקרה של עדן מלול. במקרים אלו מתעורר קושי מובנה, שבסיסו במגבלות הידע האנושי והמחקר המדעי, להוכיח קשר סיבתי עובדתי. אי הודאות בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי אינה מאפשרת לתובע להוכיח על-פי הכללים הראייתיים הרגילים של מאזן ההסתברויות כי הנתבע שהתרשל הוא שגרם לו נזק כלשהו, קרי שקיים קשר סיבתי בין התנהגותו של הנתבע לנזק שנגרם. במצבים אלה, בהם לכל הדעות הוכחו התרשלותו של הנתבע כמו גם נזקו של התובע, מסכימים שני חבריי כי ניתן יהיה, במקרים מסוימים, להטיל על התובע לפצות את הניזוק בהתאם לאחריותו היחסית הנובעת מראיות סטטיסטיות באשר לקשר הסיבתי או על דרך האומדנא. הלכה זו

משמיעה שינוי יסודי בכללי ההוכחה והפיצוי הנהוגים בדיני הנזיקין, במטרה לתת מענה גם למקרים בהם הידע האנושי המוגבל אינו מאפשר להחיל את הכללים הרגילים הנקוטים בידינו לצורך פיצויו של הניזוק.

3. ההבדל המרכזי בין חבריי נוגע לגבולות שבהם הם תוחמים את התפרשותה של ההלכה החדשה. המשנה לנשיאה ריבלין מציע להגדיר את מבחן החריגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי לפי הסתברות בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד, כי אם במישור מצומצם יותר הבוחן את קיומה של "הטיה נשנית". לצורך כך דורש הוא את התקיימותם של ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. במקרים אלה, ובהם בלבד, מוכן חברי ליישם את כלל הפיצוי על-פי הסתברות. לעומתו סבורה השופטת נאור כי אין להירתע מהחלת כלל האחריות היחסית גם על המקרה הבודד שאינו מקיים את כללי ההטיה הנשנית שאותם פיתח המשנה לנשיאה. עם זאת, גם השופטת נאור אינה סבורה כי יש להחיל את הכלל בכל מקרה שבו קיים קושי מובנה בהוכחת קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק, ולשיטתה יש לצמצם את החלת הכלל למקרים של נזקי גוף בלבד.

4. השופטת נאור מבססת את הכרעתה על שלוש הצדקות: ההצדקה הראשונה - עניינה בשיקול של צדק מתקן. זהו השיקול המרכזי ליישום הדוקטרינה גם על המקרה הבודד, ואכן חברתי סוקרת פסיקה של הערכאות הדיונית שיישמו את הלכת מלול וראו בה כלי ראשון במעלה לעשיית צדק בין הצדדים. גישה זו מאמצת הגדרה של צדק מתקן המתמקדת בניזוק ובתיקון מצבו ולו על חשבון הגורם שהתרשל. כדברי השופטת נאור "העדיפות המסוימת שניתנת לניזוק מקורה בפגם שדבק בגורם המתרשל". שיקול זה חל גם כאשר מדובר במקרה בודד, ואין הוא מוגבל מטבעו למקרה קבוצתי דווקא. במקרה זה מחפש השופט פתרון הנתפס בעיניו כצודק על אף היעדר ראיות ברמה של מאזן הסתברויות להוכחת הקשר הסיבתי, כך שהנתבע יישא באחריות כלשהי בגין התרשלותו. על כך אמר השופט גרוניס בעבר את הדברים הבאים:

"במקרים רבים, בעיקר בתביעות בגין נזקי גוף, לא קיימת אפשרות ממשית לקבוע מה היה מצבו של התובע לולא בוצעה העוולה, לנוכח חוסר הוודאות והיעדר הדיוק בהם מתאפיין מדע הרפואה... הבעייתיות בסיטואציה בה עסקינן טמונה, אם כן, בכך שהתובע מתקשה להוכיח כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין כל חלק שהוא, ולו פרומיל, מתוך הנזק. ברגיל, אמור מצב דברים זה להוביל לדחיית

התביעה, שכן הנטל להוכיח על פי מאזן ההסתברויות את התקיימות כל אחד מיסודות עוולת הרשלנות, לרבות היקף הנזק שנגרם בשל ההתרשלות, מוטל על כתפי התובע. משמעות הדבר היא, כי ניזוק כלפיו בוצעה עוולה אשר החמירה את מצבו, ייצא בידיים ריקות אך משום שעומד בפניו קושי ניכר להוכיח את מידת ההחמרה שאירעה. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם מטרת דיני הנזיקין, שהעיקריות בהן הינן השגת צדק מתקן והרתעת מזיקים פוטנציאליים מפני ביצוע עוולות. על כן, מתעורר הצורך לספק פתרון למצב בלתי רצוי זה" (ראו ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל, פסקה 11 לפסק דינו של השופט גרוניס (לא פורסם, 14.12.06) (להלן: עניין גולן). ההדגשות שלי – ע.א.).

ההצדקה השניה - עניינה בשיקול של הרתעה אופטימאלית. הגם שהשופט נאור שבה ומדגישה שהרתעה אינה "חזות הכל", מבהירה היא כי מתן פטור מאחריות ומפיצוי לאדם שנקבע כי התרשל מחמת עמימות סיבתית עלולה להביא להרתעת חסר. דווקא פיצוי חלקי יביא לפגיעה חלשה יותר, ואולי אף מלאכותית, בעיקרון ההרתעה האופטימאלית. ההצדקה השלישית עוסקת בצמצום עוצמת הטעויות המשפטיות. בעוד שהמשנה לנשיאה סבור כי יש לצמצם את כמות הטעויות המשפטיות, דהיינו צמצום המקרים בהם מתקבלת תביעה בלתי מוצדקת או נדחית תביעה מוצדקת, תומכת השופט נאור בגישה שנועדה לצמצם את עוצמת הטעות המשפטית במקרה הבודד, דהיינו צמצום המקרים בהם בית המשפט יעשה טעויות שהשפעתן על חיי המעורבים גדולה מאוד ("טעויות גדולות"). לטעמה, הטלת אחריות חלקית בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק תקטין את עוצמת הטעויות המשפטיות, ובכך אף תביא להרתעה אופטימאלית.

5. אני שותפה לעמדתה של השופטת נאור כי הצדקות אלו מובילות למסקנה כי יש לאפשר פיצוי על-פי הסתברות במקרים של עמימות סיבתית גם במקרה הבודד. אכן, הרעיון לצמצם את הפיצוי על-פי הסתברות במצבים של סיבתיות עמומה מובנית למקרים בהם מתקיימת "הטיה נשנית", מבוסס על המחשבה שבהצטברותם של המקרים שבהם יצר המזיק סיכון חוזר ומשותף, יינתן פיצוי שישקף את הנזק האמיתי שגרם המזיק, וזאת בשל חישוב התוחלת של אותם מקרים (ולפיכך למעשה, כפי שמציינת השופטת נאור, עשוי להתאים פתרון זה לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק דווקא).

לעומת זאת, פסיקת פיצוי על-פי הסתברות גם במקרה הפרטני עלולה להביא לתוצאה החורגת מהנזק האמיתי שגרם הניזוק. למרות זאת, תוצאה זו עדיפה בעיניי שכן במצבים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין אפשרות להגיע למצב שבו תינתן הכרעה המשקפת את אשר התרחש במציאות על-פי מאזן הסתברויות. במצב דברים זה שבו האמת המשפטית רחוקה מאוד מהאמת העובדתית על-פי הכלל הרגיל של מאזן הסתברויות אין מנוס מבחירת כלל אחר אשר יקרב, ככל הניתן, את האמת המשפטית לאמת העובדתית באותו מקרה. "האמת והצדק ירדו לעולם אוחזים זה-בזה, ודרך האמת תוליך אל הצדק" (דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 92 (1998); ראו גם ע"א 323/98 שרון נ' בנימין, פ"ד נו(3) 245, 260 (2002)).

קירוב זה מתאפשר באמצעות פיצוי על-פי הסתברות שמפחית כאמור את עוצמת הטעויות המשפטיות. יש לזכור כי הוכח שהמזיק התרשל ויצר סיכון בלתי סביר. כאשר מוטל עליו פיצוי על-פי הסתברות ייתכנו מצבים שבהם עשוי הוא להרוויח כאשר הוא אינו נאלץ לשלם את מלוא הנזק שהוא גרם, גם אם יתכן שבמצבים אחרים הוא יפסיד כאשר נאלץ הוא לשלם חלק מנזק שלא הוא גרם בפועל. מצב דברים זה עדיף על פני מצב בו הניזוק, הגורם התמים, לא יפוצה כלל, ובכך מתבטא שיקול הצדק המתקן המוזכר על-ידי חברתי. גם לעניין שיקול ההרתעה סבורה אני כי תוצאה זו עדיפה, שכן תוצאה שבה במקרה הפרטני לא יתאפשר פיצוי על-פי הסתברות משמעה הרתעה חסרה, בעוד שפיצוי חלקי על-פי הסתברות יביא להרתעה האופטימאלית בנסיבות בהתאם להסתברות שייגרם נזק כתוצאה מהסיכון שיצר המזיק. במסגרת שיקול ההרתעה מכיר המשפט בצורך להרתיע לעיתים גם במקרים שבהם לא הוכח קשר סיבתי, ואף לא הוכח נזק. כך, בדין הפלילי קיימות עבירות התנהגות רבות במסגרתן כלל לא נדרש להוכיח גרימת תוצאה כלשהי, ועצם ההתנהגות הפלילית היא המצדיקה הרתעה באמצעות ענישה. להבדיל, במסגרת דיני הנזיקין לא ניתן להסתפק אך בהתרשלותו של אדם לצורך הטלת אחריות עליו (וראו אריאל פורת "יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (תש"ס)). עם זאת, ניתן לתת משקל רב יותר ליסוד ההתרשלות, כך שאם בנוסף גם נגרם נזק, ניתן להגמיש במידת מה את יסוד הקשר הסיבתי באמצעות הוכחתו באופן הסתברותי ומתן פיצוי חלקי לפי מידת ההסתברות. אציין עוד כי בניגוד ליסוד ההתרשלות, הרי ששני היסודות האחרים אינם בשליטתו המלאה של הנתבע, ולפיכך מבחינת שיקול ההרתעה, העוסק בהתנהגותו הנשלטת של אדם, מובן מדוע יסוד ההתרשלות הינו הדומיננטי והחשוב.

6. אכן, דיני הנזיקין המסורתיים מתמודדים באופן מיטבי עם סיטואציות שונות ומגוונות המחייבות פיצויו של ניזוק על-ידי מזיק. הקידמה המדעית והידע המתפתח של המין האנושי מסייעים להגיע לתוצאות צודקות ויעילות יותר גם בדיני הנזיקין. עם

זאת, עדיין קיימת גזרה לא מבוטלת של מקרים שמציאות החיים מביאה לפתחנו בהם אין המדע יכול לתת מענה ותשובה לשאלות הרגילות הנשאלות במסגרת תיק נזיקי. שיטת המשפט שלנו הרגילה להתמודד עם שאלות של "הכל או לא כלום" משווה את היעדר הידע להיעדר הוכחה, ולפיכך אינה מאפשרת באופן מסורתי פיצוי של ניזוק במקרים מעין אלו. לטעמי יש להכיר בכך שמגבלות הידע האנושי מספקות לנו אתגר שלא ניתן לפתור אותו על-ידי הכללים המסורתיים הנוהגים בידינו מזה שנים רבות במסגרת דיני הנזיקין. לפיכך, יש להמשיך ולפתח את דיני הנזיקין כך שיספקו מענה אופטימאלי, מבחינת כל מטרות דיני הנזיקין, גם למצבים מסוג זה. נקודת האיזון במקרים מעין אלו צריכה להשתנות ולהעביר את הדגש אל התרשלות המזיק. כאשר זו מוכחת, לצד נזקו של הניזוק התמים, משיג חריג האחריות היחסית באופן המיטבי ביותר את מטרותיהם של דיני הנזיקין, וממילא גם פתרון צודק יותר במקרה הספציפי.

7. אעיר עוד כי מאחר שהעניין שבפנינו עוסק, ללא חולק, בעמימות הנוגעת לעצם גרימת הנזק, ומאחר שניתן להניח כי מדובר במקרה בודד ולא חלק מסיכון חוזר ומשותף לקבוצה, נראה כי אין מנוס ממתן פתרון לסיטואציה זו, וזו היתה לטעמי מטרתו של הדיון הנוסף. לפיכך אני מסכימה עם הגישה שלפיה לא יהיה זה נכון להסתפק רק בדוקטרינות שפותחו בעבר בפסיקה, אשר אינן נותנות מענה מקיף ושיטתי למקרים שבהם ישנה עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק. כך גם הבאת הצדדים לפשרה או העברת נטל ההוכחה או הציפייה להמשך התקדמות המדע אינם מספקים מענה משפטי אמיתי ומקיף לסוגיה המהותית שהתעוררה ובאה לפתחנו להכרעה. המשנה לנשיאה סבור כי המענה צריך להיות אי מתן פיצוי במקרים מעין אלה. השופטת נאור סבורה כי יש לאפשר פיצוי חלקי במקרים אלו בהתאם לקריטריונים ולמגבלות שקבעה. ניתן אולי למצוא גם דרכי ביניים, אך יש להגדירן וליתן הנחיה והכוונה לערכאות המיישמות את הדין. לטעמי, כאמור, גישתה של השופטת נאור - ראויה היא, ויש בה פתרון מעשי הולם לסיטואציות שמתעוררות.

8. באשר לדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה. קיימת מחלוקת האם דוקטרינה זו משתייכת לקטגוריה של עמימות סיבתית באשר לגודל הנזק או באשר לעצם גרימת הנזק (ראו עניין גולן, פסקה 6 לפסק דינו של הנשיא ברק; כן ראו פסקה 22 לחוות דעתה של השופטת נאור; פסקה 47 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). אכן, דוקטרינה זו עשויה לתת מענה למקרים בהם ישנה עמימות באשר לגורם שיצר את הנזק הסופי, הפיזי, זה שהתרחש בפועל. נכון הוא שאת ראש הנזק העצמאי, של אבדן סיכויי החלמה, צריך להוכיח במלואו על-פי מאזן ההסתברויות, אך בסופו של דבר עשויה הדוקטרינה ליתן מענה למקרים של עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק. כך

למשל מקרה שבו אדם זקוק לטיפול רפואי עקב מחלה. לו היה ניתן לו טיפול רפואי מיטבי היה לו סיכוי של 30% להחלים. ניתן לו טיפול רפואי רשלני והוא ניזוק. אם תיושם דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה יזכה הניזוק ל-30% מנזקו. עם זאת, אפשר להציג את המקרה גם כמקרה של עמימות סיבתית ביחס לעצם גרימת הנזק. לא ניתן לדעת מה גרם לנזק הפיזי: התפתחותה הטבעית של המחלה או המחדל במתן טיפול רפואי רשלני. גם כאן יזכה הניזוק ל-30% מנזקו. המסקנה היא כי באופן מעשי ייתכנו לדעתי מקרים אשר יוכלו להיות מטופלים באמצעות שתי הדוקטרינות. עם זאת, כרי כי דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה נותנת מענה חלקי בלבד לקטגוריה של עמימות באשר לעצם גרימת הנזק. לפיכך, יש הצדקה לאמץ לצידה דוקטרינה מקיפה וכוללת יותר כפי שזו מוצגת בחוות דעתה של השופטת נאור.

9. לא התעלמתי מהחששות לפריצת גדר ולהשלכות הרוחב של פסיקה חדשנית, יש מי שיאמר מהפכנית, מעין זו, החורגת מהכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ויסודות הוכחת העוולה בדיני הנזיקין. עם זאת, אני סבורה כי ניתן להציג מענה שיש בו להקהות מעוצמת החששות האמורים.

ראשית, ניתן לומר כי צעדים ראשונים בפתרון הסוגיה של עמימות סיבתית באמצעות מתן פיצוי חלקי באופן החורג למעשה ממאזן ההסתברויות נעשו כבר על-ידי הפסיקה בעבר. כך הוא, כפי שצינתי, באשר לדוקטרינת אובדן סיכויי החלמה, אשר כאמור אני סבורה כי יש בה מתן מענה מסוים גם למצבים של עמימות באשר לעצם גרימת הנזק (ראו פסקה 8 לעיל; פסקה 47 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה. כפי שצוין, סיווג זה שנוי במחלוקת ויש הסוברים כי דוקטרינה זו כולה משויכת לעמימות באשר לגודל הנזק. ראו פסקה 22 לחוות דעתה של השופטת נאור). דוקטרינה זו התקבלה ויושמה בעבר בפסיקה, ואף כעת מסכימים חבריי, הנשיאה ביניש והמשנה לנשיאה ריבלין, כי ניתן יהיה להמשיך וליישמה, בכפוף למגבלות עליהן עמדו בחוות דעתם (פסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה; פסקה 49 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה). בדעת מיעוט של השופטת שטרסברג-כהן אף נעשה ניסיון להרחיב ולאמץ אף את הדוקטרינה של "אובדן סיכויים" (ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680, 701-702 (1999)). אני רואה בגישתה של השופטת נאור התפתחות של הניצנים הראשונים שנבטו בפסיקה קודמת, העשויה ליתן פתרון מקיף וכולל יותר לסוגיה של עמימות סיבתית, בבחינת "צעד אחד נוסף קדימה" (ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, 45 (2005)).

שנית, יש לזכור כי ההלכה החדשה בעניין מלול ניתנה כבר במסגרת פסק הדין בערעור עוד ביום 31.3.05. מאז, כפי שאף מציינת חברתי השופטת נאור, יושמה פסיקה זו על-ידי הערכאות הדיוניות. בחינה ראשונית זו מלמדת כי ככלל יישום ההלכה נעשה במסגרות שעוצבו על-ידי השופטת נאור בעניין מלול וכי לא נפרצו הגדרות.

שלישית, גם בעתיד ניתן וצריך יהיה לעקוב אחר הפסיקה בסוגיה זו, לבחון אותה, להקפיד על הגדרות הקיימים כמו גם בעת הצורך על קביעת גדרים נוספים או ליתן הכוונה נוספת על מנת לשמור על גבולותיה הראויים של ההלכה. פיתוח המשפט הוא חלק מהותי מתפקידו של בית המשפט ואין להירתע ממנו כאשר הוא נדרש וראוי. "בפיתוח המשפט קיימת נורמה על-פיה ניתן להכריע את הדין, ונורמה זו מגשימה את תכליתה – אך אין היא ראויה עוד ויש צורך בשינויה" (אהרן ברק פרשנות במשפט 534 (כרך ראשון- תורת הפרשנות הכללית, 1992) (להלן: ברק)). בפיתוח המשפט פועל השופט ליצירת דין חדש הבא ליתן מענה לצרכי החיים בהווה ובעתיד. סמכותו של השופט לפתח את המשפט במסגרת החוק הקיים הינה סמכות טבעית הנגזרת ממהות המשפט והשיפוט (ברק, בעמ' 610-609, 613). וכך אמר הנשיא ברק באחת הפרשות:

"שיטתנו המשפטית היא שיטה מעורבת (mixed jurisdiction). קיימים בה היבטים קונטיננטליים (כגון קודיפיקציה וסמכות שיפוטית להשלים חסר בחקיקה) בצד היבטים אנגלו-אמריקניים (כגון הכרה "במשפט מקובל" כמקור למשפט ועקרון התקדים המחייב). קיימת בה יצירה משפטית ושיפוטית עצמאית, הבונה עצמה ומהווה סינתזה של המקורות השונים. כשיטה מעורבת, אנו מכירים בכוחו של בית המשפט ליצור ולפתח "משפט מקובל נוסח ישראלי". חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי" (בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 859 (1991)).

מובן כי מוטב היה לו המחוקק היה נדרש לסוגיה וקובע את עמדתו בה. עם זאת, כל עוד אין המחוקק מסדיר את הדין הנוגע לסיטואציות של עמימות סיבתית שומה על בית המשפט לפתח את המשפט ולמלא את החסר. עם זאת, עדיין לא מאוחר. המחוקק ראוי לו שיידרש לעניין, ויפה שעה אחת קודם.

10. הערה נוספת הינה בעניין חוות דעתו של חברי, השופט ס' ג'ובראן. בסופו של יום המחלוקת בינו לבין גישתה של השופטת נאור נראית לי תיאורטית. מסכימה אני להבחנתו של חברי בין עמימות מדעית ומחלוקת מדעית, אך איני בטוחה כי ישנו הבדל בין המושג של עמימות מובנית, שבו השתמשה השופטת נאור, לעמימות מדעית, בו

משתמש השופט ג'ובראן. על-פי שניהם ודאי לא יכללו במושגים אלו מצבים שבהם לא הובאו בפני בית המשפט נתונים מספיקים. עם זאת, מקרים שבהם אין אפשרות אמיתית לדעת מיהו ומהו הגורם לנזק יוכלו להיחשב תמיד הן כעמימות מובנית והן כעמימות מדעית, בייחוד כאשר ההלכה צומצמה לנזקי גוף, שאז השאלה מה גרם לנזק הגוף יכולה להיות מוצגת תמיד כשאלה מדעית (וראו גם פסקה 114 לחוות דעתה של השופטת נאור). באשר לעמדתו של חברי בנוגע לצורך להביא מלבד ראיות כלליות גם ראיות פרטניות (פסקה 23 לחוות דעתו), שותפה אני לעמדתה של השופטת נאור. מובן כי אם ישנה אפשרות להבאת ראיות פרטניות, אפילו חלקיות, הנטל על התובע להביא אותן, אך הקושי במקרים של סיבתיות עמומה מובנית פעמים רבות אינו מאפשר הבאת ראיות פרטניות כלל, ובמקרים כגון אלו יש לטעמי להסתפק בהבאת ראיות סטטיסטיות.

11. התוצאה היא, כאמור, כי אני מצטרפת לעמדתה של השופטת נאור שעיקרה העדפת עניינו של ניזוק תמים וחלש שנפגע על פני מזיק שהתרשל ואשר בהסתברות מסוימת גרם לנזק. העדפה זו מובילה למסקנה כי בנסיבות מיוחדות יהיה מוכן המשפט להגמיש את כלליו ולהקל עם התובע במשימת נטל השכנוע במאזן הסתברויות ביחס להוכחת הקשר הסיבתי. מדובר בחידוש משמעותי היורד לשורש תכליתם של דיני הנזיקין, בנושא מורכב וסבוך. לאלה מתווסף החשש הממשי ממדרון חלקלק ומהעדר גבולות ברורים. יש להניח כי יישום הפסיקה יעשה על-ידי בתי המשפט בזהירות ובשיקול דעת. ממקרה למקרה ניתן יהיה ללמוד יותר, להפיק לקחים, לבחון וליישם את ההלכה החדשה. כך ניתן יהיה לענות על הצורך של מתן פתרון לבעיות המעשיות באותם מקרים קשים הבאים בפני בית המשפט. כל זאת, כאמור, עד אשר המחוקק ימצא לנכון להידרש לעניין, בתקווה שהדבר יעשה על בסיס החריש שחרשה הפסיקה בעניין, וטוב יעשה אם יקדים ככל הניתן.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. כלל הוא במשפט המצוי, כי מכלול מרכיביה של עילת תביעה במשפט האזרחי טעונים הוכחה על ידי תובע על פי מאזן ההסתברויות. כך הוא בעילה על פי דיני הנזיקין, וכך הוא בכל עילת תביעה אזרחית אחרת, ובכלל זה – בדיני החוזים, הקניין, המשפחה, ובשאר תחומי המשפט האזרחי. די בכך כי מרכיב אחד בעילת התביעה אינו מוכח ברמה העולה על מאזן ההסתברויות כדי שהתביעה תיכשל. נטל הראייה על פי מאזן ההסתברויות משמעו כי הראיות נוטות לתמוך יותר בקיומה של העובדה הטעונה

הוכחה, מאשר באי קיומה (John W. Strong, *McCormick on Evidence* 422 (5th ed.,) (1999). משמעותו של כלל מאזן ההסתברויות היא, כי אם עלה בידו של תובע להוכיח את כל מרכיבי עילתו ברמה העולה על מאזן ההסתברויות – המנוסח לעיתים במונחים מספריים כעולה על 50% – כי אז יזכה בתביעתו במלואה, אפילו רמת ההוכחה אינה מגיעה כדי ודאות המתקרבת ל-100%. אם לא עלה בידו להוכיח את כל מרכיבי עילתו ברמה העולה על מאזן ההסתברויות, כי אז יפסיד את תביעתו במלואה, גם אם רמת ההוכחה אליה הגיע הינה רמה משמעותית, וכל עוד היא נופלת משיעור העולה על 50%. רמת ההוכחה במשפט האזרחי – בכפיפות לחריגים מסוימים – בנויה על תפיסה של מיצוע הסיכונים והסיכויים בין התובע לנתבע, הנשענת על ערכים של הסתברות: אם הוכחו מרכיבי העילה ברמת הסתברות העולה על 50%, כי אז ההנחה הנורמטיבית היא כי עובדות העילה נתקיימו, והתובע זכאי לסעד. ככל שמרכיבי העילה לא הוכחו ברמה הנדרשת, ההנחה הנורמטיבית היא כי עובדות העילה לא נתקיימו, ואין עומדת לתובע זכות לסעד. כלל הראיות במשפט האזרחי המתבסס על מאזן ההסתברויות בנוי על ההנחה כי חיפוש האמת ועשיית צדק בתחום זה אינם נשענים על ודאות עובדתית, שדרכי הוכחתה קשות, ולעיתים קרובות בלתי-מושגות. רמת ההוכחה ההסתברותית אינה חותרת להשגת ודאות. היא שואפת להשיג תוצאה המתיישבת יותר עם התקיימותם של כל מרכיבי עילת התביעה מאשר עם אי התקיימותם. עקרון מאזן ההסתברויות בדיני הראיות במשפט האזרחי מלווה את המשפט דורות רבים. הוא יציר נסיון חיים, והבנה עמוקה של גבולות האפשר והבלתי-ניתן להשגה בחקר האמת במשפט. הוא מבקש ליצור איזון ושיווי משקל בין מתחם הסיכויים והסיכונים של התובע והנתבע, תוך ביסוס שיטה שיש בה בטחון משפטי ויכולת הערכה וניבוי של התוצאה המשפטית. הוא בנוי על ההנחה כי חקר האמת במשפט האזרחי הוא ענין יחסי, ואינו נתון לוודאות מוחלטת. הוא בנוי על תפיסה כי השגת הצדק האינדיבידואלי תוגשם אם התובע יזכה בתביעתו במלואה אם יוכיח אותה ברמה של למעלה מ-50%, אך בה בעת, נדרש להגן על נתבע מפני חיובו בדין אם אחריותו לא הוכחה ברמת הסתברות כזו. "הצדק המתקן" על פי עקרון מאזן ההסתברויות נשען על תפיסה של סימטריה בין התובע והנתבע, שנקודת שיווי המשקל שלה מצויה באמצעו של סולם ההוכחה העשוי שלבים שלבים. נקודת איזון זו מכריעה את התביעה לשבט או לזכות במושגים מוחלטים, בהתאם לשאלה אם רמת ההוכחה עלתה או נפלה מנקודת האיזון. אחריות נתבע לשיעורין איננה מוכרת, למעט בחריגים מסוימים (אשם תורם, אחריות מעוולים במשותף).

2. כלל מאזן ההסתברויות במשפט האזרחי הוא כלל ראייתי, אך פועלו משתרע הרחק מעבר לתחום הדיוני, והשפעתו על הדין המהותי היא קרובה וישירה. משמעותו

היא, כי הוכחה העולה על מאזן ההסתברויות מטילה אחריות אזרחית מלאה על הנתבע ומקנה לתובע זכות מלאה לסעד. הוכחה הנופלת מרמת ההסתברות הנדרשת משמעה כי הנתבע אינו אחראי בדין, וכי התובע אינו זכאי לכל סעד. כלל מאזן ההסתברויות מקרין, אפוא, במישרין על היקף אחריותו של הנתבע, ועל זכותו המהותית של התובע לסעד. זיקתו והשפעתו של כלל זה על הדין המהותי הן משמעותיות ביותר.

3. תפיסת "מדרג אחריות" של נתבע, הנגזרת מרמת ההוכחה שהובאה על ידי התובע, גם אם היא נופלת מרמה העולה על 50%, זרה לעקרון מאזן ההסתברויות, וסוטה סטייה ניכרת מהרציונל הפנימי של דין הראיות, המגדיר את רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי. כלל מאזן ההסתברויות בנוי על הנחת מוצא כי בהתקיים רמת הוכחה מסוימת, העולה על רף נתון, העילה הנטענת הוכחה, ואחריותו של הנתבע מלאה. האפשרות כי רמת הוכחה בדרגה פחותה תניב תוצאה של "אחריות יחסית", הנגזרת מאותה רמה, זרה לעקרון הראייתי המקובל, ומשנה באורח מהותי את נקודת המוצא הבסיסית בהוכחת עילת התביעה האזרחית. משמעותה של "האחריות היחסית" המוסקת מרמת ההוכחה היחסית איננה נשענת עוד על נקודת שיווי המשקל בסולם ההוכחה, הקובעת את הטייתן של כפות המאזניים לזכות התביעה או לכשלונה. היא מייחסת נפקות נורמטיבית לקיומן של ראיות – מסוגים כאלה ואחרים – ברמת עוצמה הוכחתית פחותה מזו הנדרשת על פי מאזן ההסתברויות, כדי לבסס על יסודן קביעה של אחריות יחסית, הנמדדת על פי רמת ההוכחה שהובאה. כלל ראייתי המאפשר הוכחה חלקית של מרכיב מהותי בעילת התביעה, תוך קביעת אחריות חלקית של הנתבע הנגזרת מכך, אינו מסתכם בשינוי מהותי בדיני הראיות בלבד. הוא מביא עמו תמורה עמוקה בכללי האחריות האזרחית בדין המהותי, המאפשר, לראשונה, הכרה באחריות מדורגת של הנתבע, הנגזרת מרמת ההוכחה שהובאה, הפחותה מהרמה הנדרשת לצורך עמידה בכלל ההוכחה על פי מאזן ההסתברויות.

4. האפשרות להכיר ברמת הוכחה הנמוכה ממאזן ההסתברויות, ובאחריות מדורגת הנגזרת ממנה, מהווה מהפכה עמוקה בתפיסת מערך האחריות והזכויות והחובות בדיני הנזיקין, המקרין על המשפט האזרחי כולו. היא יוצרת כלל אחריות חדש, המנביט סעד יחסי בלתי מוכר עד כה, שהוכחתם מתאפשרת על ידי כלל ראיות חדש הנותן נפקות נורמטיבית לרמת הוכחה הפחותה ממאזן ההסתברויות. השינויים המהותיים המוצעים בדין הראיות ובמושגי האחריות בנזיקין עשויים להקרין במישרין גם על תפיסת האחריות ורמת ההוכחה בענפי המשפט האזרחי האחרים, ובכללם דיני חוזים, קניין, משפחה, ועוד. הם משנים סדרי עולם בהסתת האיזון שהיה קיים עד כה במערך הסיכויים והסיכונים בין התובע לנתבע, ובמידת מעורבותו של הציבור הרחב במערך זה

באמצעות נטלי ביטוח ופיזור הנזק. הם טומנים בחובם השלכות מרחיקות לכת בתחומי מדיניות כלליים – חברתיים, כלכליים ומוסריים. הם משפיעים השפעה ניכרת על מתחם הוודאות המשפטית, ועל היכולת להעריך מראש תוצאות משפטיות במחלוקת נתונה. החלתם מעלה שאלות רבות הנוגעות למידת השתלבותו האינטגרלית של חריג "האחריות היחסית" בשיטה הקיימת, הפועלת עדיין, בעיקריה, על פי עקרון מאזן ההסתברויות, ולמידת ההרמוניה שניתן להשיג בהטמעתו בשיטה הכללית. האחריות היחסית, או האחריות המדורגת, בהשתרשותה בתפיסה המשפטית, היא בעלת תחולה כללית במהותה, ואיננה ייחודית לענף משפטי מסוים, לעילה מסוימת, או למרכיב ספציפי בעילה. היא חובקת את זרועות המשפט האזרחי כולו. אפשר, שהיא מקרינה גם לתחומי משפט אחרים.

5. חברי השופטים, בחוות הדעת המעניינות והמעמיקות שכתבו, כל אחד על פי דרכו, הצביעו על הקושי הטמון במצבים מיוחדים בתחום עוולות נזיקין, שבהם קיים מכשול הוכחתי מובנה בהוכחת מרכיב הקשר הסיבתי בין האשם לבין הנזק. הם מתמודדים עם השאלה באלו נסיבות ניתן לפסוק פיצוי בעוולת נזיקין כאשר האשם והנזק הוכחו על פי מאזן ההסתברויות, אך נותר ערפול מובנה ביחס לקשר הסיבתי בין האשם לבין הנזק, עד כי התובע אינו יכול להוכיח על פי מאזן ההסתברויות את הקשר העובדתי בין השניים.

6. חברי מציעים, כל אחד בדרכו, קריטריונים לקביעת אחריות מדורגת במקרה של קושי הוכחתי מסוג זה, אשר תיגזר מרמת ההוכחה המובאת בפועל. הצעתם מתייחסת לעוולות נזיקין, ומתמקדת ברכיב אחד בלבד מתוך העילה – הקשר הסיבתי בין האשם המוכח לבין הנזק המוכח. על פי הצעתם, לפי הענין, האשם והנזק נותרים רכיבים המחייבים הוכחה על פי מאזן ההסתברויות. הקשר הסיבתי, לעומת זאת, נתון להוכחה מדורגת, גם על בסיס רמת הוכחה פחותה ממאזן ההסתברויות, המביאה בסופה של הדרך לאחריות מדורגת של המזיק בהתאם לרמת ההוכחה המובאת.

7. ההצעות המועלות נועדו לגשר על פני פער ניכר בין האמצעים הנתונים בידי בית המשפט לקבוע אחריות מעוול, על בסיס מאזן ההסתברויות, ביחס לכל מרכיבי העוולה, לבין תחושת קוצר היד בהשגת תוצאה משפטית, עקב קשיים אינהרנטיים של הוכחה בהם נתקלים תובעים בסוג מסוים של עניינים. חברי חלוקים במחלוקת עמוקה על קטגוריות המקרים עליהם יחול כלל האחריות המדורגת בשל עמימות הקשר הסיבתי, ובמיוחד בשאלות – האם חריג יחול על המקרה האינדיבידואלי או על

סיטואציה קבוצתית; על איזה סוג נזק הוא יחול; מהן הדרישות ההוכחתיות, ומהם אמצעי ההוכחה הנדרשים לצורך עמידה בנטל ההוכחה.

המשנה לנשיאה ריבלין מציע מבחן של "הטייה נישנית" בהתקיים מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף, והטייה עיקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.

השופטת נאור, מצידה, מצדדת בקביעת חריג המתייחס לניזוק הבודד. הצעתה בנויה על חובת הוכחה של מרכיבי האשם והנזק בעילת התביעה על פי מאזן הסתברויות רגיל, ועל חריגה מרמת הוכחה זו במקרה של עמימות הקשר הסיבתי העובדתי. על פי הצעתה, החריג יחול כאשר התובע יוכיח סיבתיות עמומה מובנית ביחס לעצם גרימת הנזק, ויוכיח במאזן הסתברויות כי האשם הוא גורם משמעותי לנזק שנגרם לו, וכי היה על הנתבע לצפותו; החריג עומד לרשותם של ניזוקים בלבד, ואינו משרת באופן סימטרי את הנתבעים; הפיצוי שייפסק לזכות תובע ייקבע בהתאם לשיעור ההסתברות שגורם הסיכון העולתי הביא להיווצרות הנזק; החריג יחול על נזק גוף בלבד.

השופט ג'ובראן מבקש להגביל את יישום דוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות למקרים של עמימות מדעית בלבד, תוך החלת דוקטרינה זו באמצעות שינוי ראייתי בנטל השכנוע ביחס להוכחת הקשר הסיבתי.

יתר השופטים מביעים כל אחד עמדה המצדדת באחד הקווים העיקריים שהותוו בסוגיה זו, בכפוף להארות, השגות וסייגים כאלה ואחרים.

8. הצעותיהם של חברי לשינוי כללי האחריות ודיני הראיות בנזיקין, בסוג המקרים אליהם הם מתייחסים, הן בבחינת חקיקה שיפוטית בעלת השלכות רחבות היקף, ורבות השפעה. הן מביאות לשינוי מהותי בדיני הנזיקין, ולמהפך בדיני הראיות. הן משנות את נקודת האיזון הקיימת במערך הסיכונים והסיכויים בין המזיק לניזוק, וכורכות בכך היבטים כלכליים, חברתיים ומוסריים מורכבים. האם נושא זה הוא ענין לחקיקה שיפוטית?

9. שאלת-יסוד זו מנסרת באורח בלתי נמנע ברקע הטיפול בסוגיית העמימות הסיבתית וההצעות השונות לקביעת אמות מידה להוכחת מידרג אחריות בהקשר לכך. האם ענין זה הולם פיתוח בחקיקה שיפוטית, או שמא מקומו להיבחן ולמצוא את פתרוננו בחקיקת הכנסת, במסגרת תיקונים מתאימים בדיני הראיות ובדין המהותי

כאחד? הסוגיה נשוא דיון זה מעלה את השאלה היכן עובר קו הגבול בין עריכת שינויים מהותיים בדין שמקומם הטבעי הוא במשפט המקובל המתפתח, יציר ההלכה הפסוקה, לבין שינויים בדין שמקומם להיבחן ולהיקבע בידי הרשות המחוקקת, בדרך של חקיקת הכנסת.

10. שרטוט קו הגבול בין עניינים המתאימים לחקיקה שיפוטית, באמצעות הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בפיתוח המשפט, לבין שינוי הדין המחייב פעולת חקיקה ממש, אינו ענין חד וברור. השאלה, ביסודה, היא – מתי, ובאלו נסיבות, ראוי כי התפתחות המשנה דין מהותי תיעשה בדרך של הכרעה ממקרה למקרה, מן הפרט אל הכלל, בהתקדמות צעד אחר צעד בנתיב השיפוטי; ומתי עליה להיעשות בדרך של חקיקה כוללת, המאפשרת מבט פנורמי רחב היקף על השיטה כולה, ובחינה של כלל הבעיות והצרכים הרלבנטיים להסדרת הסוגיה. אמות המידה להבחנה זו אינן בהירות כל צורכן, אולם נראה, כי נקודת המוצא לכך היא כי שיקול הדעת השיפוטי בפיתוח המשפט אמור להיעשות במסגרת שיטת המשפט, ותוך השתלבות אינטגרלית בה. השיטה המשפטית הומשלה ל"אורגניזם חיי", ששיקול הדעת השיפוטי הוא "אחד הכוחות המפורים את תאיו" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 64 (2004) (להלן – שופט בחברה דמוקרטית)). פיתוח המשפט באמצעות ההלכה המשפטית צריך להיעשות מתוך "תאי הגוף" של השיטה המשפטית, ולא מחוצה להם (שס); מובאים באותו הקשר דבריו (המתורגמים לעברית) של השופט הולמס בפרשת *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917):

"אני מכיר ללא היסוס בכך ששופטים אכן מחוקקים, וחייבים לחוקק. אולם הם יכולים לעשות כן רק במרווח שבין הרקמות; פעולתם מוגבלת בין התנועה המולארית לבין התנועה המולקולרית" (מובא שס, בעמ' 64).

האם השינוי המוצע בפרשה זו – על פי כל אחת מן המתכונות המוצעות – הוא שינוי הצומח באופן טבעי מ"האורגניזם החיי" של שיטת המשפט, והאם הוא מתאים לפיתוח באמצעות המשפט המקובל, או שמא נדרשת פעולת חקיקה לצורך הסדרתו? האם ענייננו בשינוי שהוא בבחינת "אבולוציה" טבעית של המשפט, או ב"רבולוציה" שמשמעה מהפך מהותי בדין, שאינו בגדר פיתוח טבעי, אורגני, בתחומי הדין הקיים, אלא יצירה של דפוס דין חדש, המביא עמו רפורמה עמוקה בתפיסת האחריות האזרחית, בדרכי הוכחתה, ובמהות הסעדים הניתנים בגינה?

11. סוגיית הפיצוי על פי הסתברות מבקשת לגשר בין המשפט לבין צרכי החיים במקרים קשים שבהם כלי המשפט הקיימים אינם מספקים תשובות הולמות למי שניזוק ומתקשה באופן מובנה להוכיח קשר בין הנזק שנגרם לו לבין אשמו של הנתבע. דרכי הגישור על פני הפער הקיים מחייבות, בראש וראשונה, לזהות מהן אותן קטיגוריות של מקרים המצריכות מתן כלים שיפוטיים מיוחדים להשגת תוצאה צודקת; קטיגוריות אלה אינן עשויות בהכרח מעור אחד. הן עשויות להתייחס לניזוק הבודד, ולניזוקים "קבוצתיים", בעת ובעונה אחת; הן עשויות להתייחס לנזקי גוף, ואף לנזקי רכוש, ולנזקים בלתי ממוניים. שנית, יש לאתר את הכלים והאמצעים שבאמצעותם ניתן לגשר על הפער הקיים; אפשר, שגם אמצעים אלה לא יהיו עשויים מעור אחד, אלא יותאמו כל אחד לקבוצת המקרים הרלבנטית; ואפשר, כי יימצאו פתרונות לגישור על פני הפער שהם חיצוניים לשיטה הקיימת, ואינם חלק מתחומי הדין הקיים כלל – כגון פיצוי ניזוקים על בסיס של העדר הוכחת אשם, באמצעות מבנה סטטוטורי שייבנה לצורך כך. מכל מקום, מהות האמצעים שיופקדו בידי בית המשפט עשויה להשפיע השפעה מכרעת על תפיסת האחריות האזרחית על פי הדין המהותי, על הסעדים הניתנים במסגרתו, ועל נקודת האיזון הראויה בין עניינו של התובע לעניינו של הנתבע; נילוויים לכך היבטים כלליים של מדיניות משפטית בתחומי החברה, הכלכלה והמוסר. לשינוי האמור עשויה להיות השפעה על המשפט האזרחי כולו, ועל השיטה בכללותה.

12. הפתרונות המוצעים בענין שלפנינו, לגישור על פני הפער הקיים בין המשפט למציאות, גובלים בשינוי תפיסה בסיסית של מושגי האחריות, הסעד, וכללי הראיות להוכחתם. סוגיית הפיצוי על פי הסתברות חורגת במובהק מגדר ענין של ראיות ורמת הוכחה. היא מביאה עמה שינוי פנימי עמוק במושגי האחריות בדין הנזיקין, ומסיטה את נקודת האיזון בין הניזוק למזיק במרחב הסיכוי והסיכון בו מצוי כל אחד מהם. היא מקרינה במישרין על היבטים של פיזור הנזק, עלויות ביטוח, ומידת הנטל שיוטל על הציבור בעקבות השינוי. היא משפיעה השפעה ישירה על מעמדם של נתבעים, אנשי מקצוע בתחומים שונים, שתחום אחריותם על פי ההצעות יורחב באופן משמעותי, ואפשר אף בעקיפין על אופן פיתוחו של המדע שבו הם עוסקים. אין מדובר, אפוא, בפיתוח שיפוטי טבעי, אינטגרטיבי, של דינים קיימים, אלא בשינוי מהותי של דינים קיימים, המקרין על השיטה כולה. אמנם, השינוי המוצע מתייחס בשלב זה למגזר צר, יחסית, של דיני הנזיקין – שאין הסכמה בין השופטים לגבי מרחב התפרשותו; אולם השינוי המהותי בתפיסת האחריות בנזיקין מקרין מאליו על תחומים רחבים של המשפט האזרחי, ומעלה שאלות רבות שאין מנוס מהתמודדות עימן וממתן תשובות להן. מטבע

הדברים, קשה להקיף שאלות אלה ולהשיב להן במסגרת העשייה שיפוטית, ואלה רק מקצתן:

13. בתחום עוולות הנזיקין עצמן, ככל שמוכרת עמימות בענין הקשר הסיבתי, המצדיקה קביעת אחריות מדורגת, האם אין הצדקה להכיר גם במצבי עמימות העשויים להתרחש ביחס ליסודות האשם ולגרימת הנזק, ומה הרציונל לאבחנה?

כיצד ניתן ליישב בדרך הרמונית בין היפוך נטל ההוכחה הקיים במקרה של עמימות בעוולת הרשלנות ביחס לעצם ההתרשלות (למשל במסגרת כלל "הדבר מדבר בעדו" ודברים מסוכנים), המביא במקרים רבים להטלת מלוא האחריות על המזיק כשלא הצליח לעמוד בנטל ברמה של מאזן ההסתברויות, לבין מצב של עמימות בקשר הסיבתי, שעל פי ההצעות אינו מעביר את הנטל, אך מאפשר קביעת אחריות מדורגת?

ככל שמוכרת תופעת העמימות באמצעי ההוכחה של הקשר הסיבתי, מהי ההצדקה ההגיונית להגביל את החלת החרג לעניינים שבנזקי גוף, ולמצבים של רשלנות רפואית ונזקים המוניים, ולא להרחיבה לעוולות אחרות ולנזקים אחרים, ובכללם נזקי רכוש, שגם לגביהם אפשר וקיימים קשיים הוכחתיים מובנים?

ככל שמוכרת אחריות מדורגת של הנתבע הפחותה מ-50%, כיצד ניתן להצדיק אי הכרה סימטרית בהפחתת אחריותו של המזיק בהתאם לאותו שיעור שבו בפועל הוכחה אחריותו מעבר למאזן ההסתברויות?

מה תהיינה העלויות הכלכליות של הצדדים הישירים ושל הציבור הרחב הנובעות מהשינויים המוצעים, לפי הענין, בתפיסת האחריות בנזיקין; מה תהא השפעת ההלכה החדשה על היקפו של הכיסוי הביטוחי שיידרש, ועל עלויות הפרמיות שתגבינה? והאם הגדלת הסיכון הביטוחי של נתבעים פוטנציאליים לא תביא ל"גלגול" העלויות הנוספות על כתפי כלל ציבור המבוטחים? (בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי: על הגברת סיכון מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 855 (2007)).

כיצד ישפיעו השינויים המוצעים על מעמדם המקצועי של נתבעים בתחומי הרפואה והמדע, שאחריותם תורחב; האם עלולה להיווצר הרתעת-יתר של רופאים, אשר תגביר את הסיכון לרפואה מתגוננת?

מה המענה לשאלות מתחום המוסר העולות בהקשר לשינויים המוצעים, המבקשים להטיל על המזיק אחריות יחסית על פי רמת הוכחה אשר אינה מבטיחה מידת הסתברות ממשית וקונקרטי לאחריותו לנזק שנגרם לתובע, ומה אפקט "האשם" המוטל על נתבע בנסיבות אלה בראייה של אתיקה וצדק במשפט; ומה ההשפעה של החידושים המוצעים על נתבעים פרטיים שאין להם "כיס עמוק", לעומת נתבעים שהם גופים גדולים, המוגנים על ידי ביטוח?

מהן הדרישות הראייתיות שיש להציב בפני תובע במצבים של פיצוי על פי הסתברות? האם כל רמת הוכחה שהיא תספיק לצורך ביסוס אחריות מדורגת בשיעור כזה או אחר, או שנדרש רף מינימום שמתחת אליו התביעה תדחה?

מהו היחס הנכון בין הצורך בגמישות שיפוטית לשם עשיית צדק במקרה הפרטי, לבין חיוניות קיומה של מערכת קריטריונים ברורה, אשר תגדיר בצורה בהירה את התנאים ליצירת האחריות המדורגת בדרך שלא תפגע בבטחון המשפטי, ובגורמי ההסתמכות והציפייה של הצדדים?

מה השפעתם של השינויים המוצעים בתפיסת האחריות בנוזיקין על מושגי האחריות האזרחית בענפי משפט אחרים – חוזים, קניין, משפחה, ואחרים – במצבים בהם עשוי להתקיים קושי הוכחתי מובנה לבסס תביעה? האם לא ראוי גם בהם לגשר על פני פערי הוכחה של אחריות הנתבע, ואם לאו – מהי ההצדקה לשוני? האם ניתן להוביל רפורמה מושגית במגזר צר של דיני הנוזיקין מבלי לפגוע בהרמוניה הנדרשת בשיטה כולה?

14. שאלות אלה – והן אינן מתיימרות למצות את מכלול היבטיו של העניין – אינן ניתנות, מטבע הדברים, לבחינה כוללת ומקיפה במסגרת חקיקה שיפוטית. הן מחייבות ליבון רחב ומעמיק בהליך חקיקתי כולל. הן מצדיקות שיתוף גורמים מקצועיים בהליך הבחינה, ומתן מעמד לגורמים שונים מן הציבור שיש להם ענין ומעורבות במשמעויות שהשינויים המוצעים גוררים אחריהם. מדובר בענין שאינו צומח צמיחה אינטגרלית טבעית מן המשפט הקיים, אלא מהווה מהפך תפיסתי עמוק, ששורשיו ישתרגו לעבר השיטה כולה. הגישור על פני הפער בין הדין הקיים לבין צרכי החיים והמציאות צריך למצוא את פתרונו במעשה חקיקה, לאחר בחינת מכלול ההיבטים, ותוך שיתוף כל הגורמים הנוגעים בדבר. מהותם של שיקולי המדיניות המשפטית בנושא זה הם כה רחבים עד כי בכלים השיפוטיים הקיימים קשה יהיה להקיפם במלוא רוחבם ועומקם (שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 75). רפורמה מוצעת המביאה לשינוי מהותי בתפיסת

האחריות האזרחית והסעדים הניתנים בגינה, פרי מדיניות משפטית בעלת היבטים חברתיים, כלכליים ומוסריים, ראוי לה שתיעשה בדרך של חקיקה (אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 66-67 (1983)).

אכן, עובדות "חקיקתיות" או "חברתיות" כלליות הנדרשות לרפורמה אינן מונחות, דרך כלל, בפני בית המשפט. מלוא רוחבן של שאלות המדיניות הרלבנטיות צריכות להתברר בהליך חקיקה. התייחס לכך השופט פרנקפורטר בענין *Sherrer v. Sherrer*, 334 U.S. 343, 365 (1948):

"Courts are not equipped to pursue the paths of discovering wise policy. A court is confined within the bounds of a particular record, and it cannot even shape the record. Only fragments of a social problem are seen through windows of a litigation".

15. על הדילמות הקשות הכרוכות בשינוי כללי האחריות בנזיקין לצורך התאמתם לצרכי המציאות, ועל עניינו של המחוקק לעסוק בפתרון, עמד השופט אנגלרד בדנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721, 738 (2000):

"הסוגיה של ההסדר הרצוי לגבי תאונות רפואיות עומדת על סדר היום בשיטות רבות. נראה בעליל כי ההסדר המסורתי, הנשען כולו על אחריות הרופא בנזיקין, אינו משביע רצון... אין זה ראוי כי גורלו של נפגע-נזקק יהיה תלוי בגבול – הדק מאד לעיתים – בין אחריות מקצועית לאי-אחריות מקצועית. כן אין זה ראוי כי בית המשפט, תוך מאמץ עליון להושיע את קרבן התאונה, ימצא שמץ של רשלנות אצל הרופא, ממצא העשוי לפגוע קשות בשמו הטוב של הרופא המטפל. לכן, טוב יעשו הגורמים הנוגעים לענין אם ינקטו יוזמה לרפורמה בהסדר הפיזיו של נפגעים מסוג זה, הסדר אשר לדעתי ניתן לבסס על פי הדגם השבדי על ביטוח אישי של החולים. ההנחה היא כי הסדר מעין זה, ובודאי הסדרים חלופיים אחרים, דורשים את התערבותו של המחוקק" (הדגשה לא במקור).

ושמא תיסלל דרך החקיקה לפתור את בעיית הניזוקים במצב של עמימות הוכחתית מובנית בלא צורך לפרוץ את כללי האחריות והראיות הקיימים, פריצה שהשפעתה על השיטה כולה ועל הוויית המעשה השיפוטי מי ישורנה? ושמא תימצא הדרך לפתור את עניינם של הניזוקים במצבים של עמימות במנותק משאלת האשמה, ובלא זעזוע של צירי-היסוד של מושגי האחריות וכללי הראיות להוכחתם – באמצעות

הסדרים סטטוטוריים של פיצוי ללא הוכחת אשם? (ראו רונן פרי "הכל צפוי והרשלנות נתונה" משפטים לה 359, 434 (התשס"ה)).

16. מגוון ההצעות השיפוטיות שהובעו על ידי חברי בסוגיה שלפנינו הוא רב, וחלק מהן – במיוחד אלה של השופטת נאור והמשנה לנשיאה ריבלין – שונות אלה מאלה באופן קוטבי. פלורליזם זה בגישות השיפוטיות השונות מדגים אף הוא את הקושי והמורכבות המובנים בגיבוש הכרעה העשויה להוות תחליף לחקיקת רפורמה נורמטיבית שתביא בכנפיה שינוי משמעותי בתפיסת האחריות האזרחית והסעדים, והראיות הנדרשות להוכחתם, ואשר תשתלב באופן הרמוני בשיטה כולה. המחקר הענף והמעמיק שנעשה בהצעות השונות של חברי, וחשיבתם המקורית והיצירתית, עשויים לשמש נדבך מרכזי בהגדרת הסוגיות, ובסלילת הדרכים לפתרון במסגרת הליך חקיקה פרלמטרי.

17. על רקע כל האמור, דעתי היא כי סוגיית העמימות הסיבתית, על מכלול היבטיה הרחבים, היא עניינו של המחוקק לענות בו. ראוי כי כלל השאלות המורכבות העולות בהקשר לסוגיה זו תיבחנה לעומק בידי ועדה מקצועית, תוך שיתוף מגזרי הציבור הנוגעים בדבר, וכי ההמלצות יגובשו למסגרת הצעה אשר תונח על שולחן הכנסת. בינתיים, הייתי מציעה להימנע מעשיית השינויים המוצעים בענין שהמחוקק צריך לומר בו את דברו, לאחר בחינת שיקולי מדיניות רחבים, המשתרעים מעבר למסגרת הדיונית המתוחמת שהונחה בפנינו. בכל מקרה, יש לאפשר למחוקק להידרש לשאלות אלה בטרם יפסוק בית המשפט את פסוקו (השוו: דנ"א 5161/03 א.ש.ת ניהול פרוייקטים וכח אדם נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 196, 205-206 (2005); בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (לא פורסם, 9.2.2009); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 13 (לא פורסם, 4.5.2006)).

18. מאחר שהליך הדיון הנוסף נסב כל כולו על השאלה העקרונית הנוגעת לעמימות הקשר הסיבתי, אני מצטרפת לעמדה לפיה, גם אם אין מקום לאמץ את דוקטרינת הפיצוי על פי ההסתברות, ראוי להותיר בידי המשיבים את כספי הפיצוי שקיבלו על פי פסק הדין נשוא הדיון הנוסף, ולהימנע מדרישה להשבתם.

מבוא

1. מונחות בפניי שמונה חוות הדעת של חברותיי וחבריי בעניין המורכב שהונח לפתחנו בדיון הנוסף. מצרף אני דעתי לדעתם של הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה והשופט א' א' לוי כי אין להכיר, על דרך חקיקה שיפוטית, באחריות יחסית במצבים של עמימות באשר לקשר הסיבתי בדין הנזיקין, דוגמת המקרה שנדון בפנינו. אכן, ארבעת חברותיי וחבריי הציגו מגוון של דעות באשר לשאלה שעלתה בדיון הנוסף. המשותף לאותן דעות הוא, שאיננו מקבלים את הקביעה של בית משפט זה בפסק דינו מיום 31.3.05 בע"א 7375/02. אילו נתקבלה דעתם של חברותיי וחבריי השופטת מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופט א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן, היה בכך, לעניות דעתי, משום מהפיכה בלתי מוצדקת בדיני הנזיקין ובדיני הראיות. זאת ועוד, ההכרה באחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה, כמוצע על ידי חברותיי וחבריי, תוביל לתוצאות קשות, על פי השקפתי, מבחינת תפיסת תפקידו של בית המשפט העליון בהכרעה במקרים קשים ומבחינת היקף שיקול הדעת השיפוטי הרצוי ותעצים את אי הוודאות המובנית במשפט.

2. בתחילת דבריי אזכיר את הנתונים הבסיסיים שלטעמי חשובים על מנת להבין את ניתוחה של הבעיה שבפנינו. המשיבה 1 (להלן – המשיבה) נולדה בסוף השבוע ה-29 להריון של אמה (האם הינה המשיבה 2 ואילו האב הינו המשיב 3). האם הגיעה לבית החולים (הוא העותר 1) בעקבות ירידת מי שפיר. בשלב מסוים החל דימום כתוצאה מהיפרדות השיליה. המשיבה נולדה בניתוח קיסרי. משקלה בלידה היה 1,345 גרם, כלומר, המשיבה נולדה פגה. התברר, כי המשיבה סובלת משיתוק מוחי ומפיגור שכלי עקב מחלה של החומר הלבן במוח (PVL). נכותה היא בשיעור 100 אחוזים. בית המשפט המחוזי קבע, כי הניתוח הקיסרי לא בוצע במהירות המתחייבת, לאחר שהתברר כי האם סובלת מדימום. עוד נקבע, כי העיכוב בביצוע הניתוח היה בו משום התרשלות. שאלה מרכזית שעמדה בפני הערכאה הדיונית הייתה האם הנזק ממנו סובלת המשיבה נובע מן ההתרשלות, או שהפגות הינה הסיבה לנזק. ברור, כי אם הפגות הינה הסיבה לנזק, הרי אין מוטלת אחריות על בית החולים, שכן מדובר בעניין שלבן אנוש אין שליטה עליו. הפגות הינה נתון קיים, שאין לו כל קשר לעיכוב שחל בביצוע הניתוח הקיסרי. לעומת זאת, אם הנזק נובע מן העיכוב בביצועו של הניתוח, ברי כי בית החולים אחראי לנזק עקב התרשלותו. בפני בית המשפט המחוזי הובאו עדויות של רופאים מומחים שהתייחסו לשאלה מה גרם לנזק, האם אי ביצוע מיידי של הניתוח או הפגות. בית המשפט קבע, כי פגות הינה סיבה ידועה למצבה הקשה של המשיבה. עוד נקבע, כי אף העיכוב בעריכתו של הניתוח

הוא גורם אפשרי למצבה של המשיבה. בפסק דינו של בית משפט זה בערעור תוארה הסיטואציה שנוצרה על רקע פסק דינו של בית המשפט המחוזי ככזו של "סיבתיות עמומה". היינו, בהקשר בו עסקינן, מצב בו אין זה ברור האם הנזק נגרם כתוצאה ממעשה עוולה או עקב נסיבות שניתן לתארן כ"כוח עליון".

3. דרך הילוכי תהיה כדלקמן: תחילה אתייחס לשאלה האם אומנם מדובר במקרה זה ב"סיבתיות עמומה". לשיטתי, התשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי אינה ניתנת לתיאור כיוצרת סיבתיות עמומה. אכן, בפסק הדין שבערעור דובר שוב ושוב על "סיבתיות עמומה" ועל בסיס זה, כך נראה, הוחלט להורות על קיום דיון נוסף. לכאורה צריך הייתי לומר, כי אין על כן מקום לבחון במסגרת הדיון הנוסף את הראיות שהונחו לפני בית המשפט המחוזי. אף על פי כן, נראה לי שיש לכך חשיבות, כפי שנראה בהמשך, שעה שנדון בהשלכה של אחריות יחסית על הכלל בדבר מאזן ההסתברויות בדיני הראיות. לאחר דיון מקוצר בראיות, אבחן את השאלה האם אחריות יחסית תואמת את אבן היסוד של דיני הנזיקין שהיא, לגישתי, צדק מתקן. בהמשך, אתייחס לשאלה האם קיים צידוק במקרה דנא לסייג מעיקרון היסוד של דיני הראיות בדבר מאזן ההסתברויות. לסיים את השלכות השליליות שעוללות להיות לקביעת אחריות יחסית על תפקידו של בית המשפט, על ההעצמה של אי הוודאות המובנית במשפט ועל בריחה מהכרעות קשות. טרם שניכנס לגופם של דברים, אעיר הערה באשר למונחים בהם אעשה שימוש. בהחלטה של המשנה לנשיא מ' חשין לקיים דיון נוסף נקבע, כי השאלה העומדת לדיון היא "פסיקת פיצוי בדין הנזיקין על-פי הסתברות". מונח דומה למושג "הסתברות" חוזר ומופיע בכלל מדיני הראיות הידוע כ"מאזן ההסתברויות". על מנת למנוע תקלה ובלבול בין הסתברות למאזן ההסתברויות מעדיף אני לעשות שימוש במונח של "אחריות יחסית" על פני המונח "פיצוי על-פי הסתברות".

הראיות

4. נבחן עתה את התשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי. בראשית הדברים חובה להדגיש, כי מטעם המשיבים לא הובאו מומחים שתחום התמחותם הוא רפואת ילודים (רפואה ניאונטולוגית). לא זו אף זו, הרופאים המומחים שהובאו מטעם המשיבים, שהם בעלי התמחות במיילדות וברפואת נשים, ציינו במפורש שאינם מומחים ברפואת ילודים. בחינה של חוות הדעת של המומחים מטעם המשיבים ושל עדויותיהם מגלה קו משותף והוא כי לשיטתם לא ניתן לשלול את האפשרות שהנזק למשיבה נגרם עקב העיכוב בעריכתו של הניתוח הקיסרי, וביתר דיוק, עקב כך שנמנעה הספקת חמצן במידה הנדרשת כתוצאה מדימום נמשך בשל האיחור בביצוע הניתוח. אחד המומחים מטעם המשיבים העיד, כי ייתכן שמצב של היפרדות שיליה "יכול לגרום לנזק כפי שסובל ממנו העובר" (פרופ' דוד שר). מומחה נוסף מטעם סבר,

כי מצב של היפרדות שיליה "יכול באופן פוטנציאלי לגרום להיפוקסיה [מחסור בחמצן – א. ג. ... אני לא אמרתי שהיה [היפוקסיה], כי אין לי הוכחה" (פרופ' יוסף שנקר). מטעם העותרים העידו הן רופאים מומחים בתחום המיילדות והן מומחים לרפואת ילדים ולנוירולוגיה של ילדים. המומחים למיילדות מטעם העותרים הדגישו את הפגות כגורם לנזק וזאת עשו אף המומחים לרפואת ילדים. כך הרופא ד"ר רפאל וייץ, שהינו מומחה ברפואת ילדים ובנוירולוגיה של הילד, נשאל האם דימום יכול לגרום לחולי ממנו סובלת המשיבה (PVL). תשובתו הייתה במילים אלה: "באופן תיאורטי כן. אני לא חושב שזה המקרה".

נראה כי התמונה שהתקבלה מן הראיות הינה זו: המומחים לרפואת ילדים ולנוירולוגיה של הילד היו נחרצים בדעתם כי הסיבה הקונקרטית למחלתה של המשיבה הינה הפגות, אף כי קיימת אפשרות תיאורטית שהדימום הנמשך גרם לתוצאה הקשה. המומחים מטעם המשיבים לא שללו את האפשרות שהדימום הנמשך, עקב העיכוב בביצועו של הניתוח הקיסרי, הוא שגרם למחלה וכן הם אמרו כי יכול להיות שהעיכוב בניתוח גרם לתוצאה הקשה.

דעתי היא, כי העדויות הרפואיות וקביעותיו של בית המשפט המחוזי חייבות היו להוביל למסקנה כי הנזק נגרם במקרה זה עקב הפגות ולא עקב האיחור בעריכתו של הניתוח הקיסרי. יש להדגיש, שבית המשפט המחוזי לא קבע כי הוא מעדיף את עדויותיהם של מומחים מסוימים על פני מומחים אחרים. בסיטואציה דוגמת זו שבאה בפני בית המשפט המחוזי, בהחלט ייתכן שבית המשפט יכריע שיש לקבל עדות של מומחית פלונית על פני עדותו של מומחה אלמוני. אילו כך נעשה במקרה הנוכחי, ואילו קבע בית המשפט שיש להעדיף את עדותם של אלה שלא שללו את האפשרות שהנזק נגרם עקב הדימום הנמשך, ייתכן שהממצא המתבקש היה שהנזק אכן נגרם כתוצאה מן הדימום הנמשך, לו אחראי בית החולים. כאמור, התמונה שנתקבלה מן הראיות היתה שהפגות הינה גורם ודאי ומוכר לתוצאה הקשה, בעוד שהדימום הנמשך הינו גורם אפשרי לנזק. נמצאים אנו במצב של ברי ושמא. משכך, פשיטא שברי עדיף. ניתן לנסח את הדברים אף בצורה אחרת, שתשמש אותנו בעת הדיון בסוגיה של מאזן ההסתברויות. כאשר בפני הערכאה הדיונית מובאות ראיות המצביעות על כך שלא ניתן לשלול כי גורם אפשרי מסוים הוא זה שהביא לנזק, בצד ראיות המגלות כי קיים גורם בדוק וידוע לנזק, אין מנוס מקביעת ממצא לפיו הנזק נגרם בשל הגורם הידוע והמוכר.

5. חברותיי וחבריי שתומכים במקרה דנא בקביעה של אחריות יחסית, עשו שימוש חוזר בדיבור "סיבתיות עמומה". מסופקני אם קיים צידוק להתייחס לעניין שבפנינו כמקרה של "סיבתיות עמומה". לטעמי, מושג זה קשור, בדרך כלל, בקושי מובנה להכריע מהי הסיבה לנזק. הקושי המובנה קיים במצבים בהם לא ניתן לקבל תשובה מדעית ברמת ודאות גבוהה בנקודת הזמן הרלוונטית. דא עקא, במקרה הנוכחי לא העיד אף אחד מן העדים המומחים על כך

שההתפתחות הנוכחית של מדע הרפואה היא שאינה מאפשרת לקבוע, לעת הזו, מהו הגורם המדויק לנזקיה של המשיבה. נקודה נוספת שחשוב להדגישה היא, ואף אליה נחזור בהמשך, שאף אחד מן המומחים לא נתן ערך יחסי או הסתברותי לשני הגורמים האפשריים לנזק שנתגלה. כך, אף אחד מן המומחים לא אמר, למשל, שמבחינה סטטיסטית ב-20 אחוזים מן הלידות של פגים במשקל דומה הסיבה לנזק מקורה בדימום נמשך, בעוד שב-80 אחוזים מן המקרים הסיבה היא עצם הפגות.

דיני הנזיקין וצדק מתקן

6. אף שלטעמי ספק אם מוצדק לדבר במקרה זה על "סיבתיות עמומה", הרי נוכח העובדה שמדובר בהליך של דיון נוסף, ולאור הגדרתה של השאלה העומדת על הפרק בהחלטה להורות על דיון נוסף, יש לצאת מן ההנחה שהערכאה הדיונית עמדה במצב בו לא ניתן היה להכריע על יסוד הראיות שהובאו האם הסיבה לנזק נעוצה בהתרשלותו של בית החולים או שמא הסיבה הינה עצם הפגות. כל זאת על יסוד ההנחה שהתפתחות מדע הרפואה כיום אינה מאפשרת לקבוע את הסיבה לנזק. או אז מתעוררת השאלה האם יש לקבוע אחריות יחסית באופן שהגורם שהתרשל יפצה את התובע שלא על פי נזקו המלא, אלא בהתאם לשיעור היחסי של האחריות. כזכור, הערכאה הדיונית העמידה את השיעור היחסי על 40 אחוזים בעוד שבפסק הדין בערעור נקבע שיעור של 20 אחוזים.

7. קיימות ארבע אפשרויות לוגיות באשר לקשר בין הסיבה למסובב בהקשר בו עסקינן:

- א. הגורם לנזק הינו פגות.
- ב. הגורם לנזק הוא הדימום הנמשך כתוצאה מעיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי.
- ג. שני הגורמים הנזכרים תרמו יחדיו לנזק. כל אחד מהם היה גורם את הנזק אפילו האחר לא נתקיים.
- ד. רק אם שני הגורמים האמורים קיימים בעת ובעונה אחת ייגרם הנזק המסוים.

במציאות, אין אפשרות אחרת אלא אחת מבין ארבע האפשרויות הנזכרות. עיקרון היסוד של דיני הנזיקין הוא שהמזיק, היינו זה שגרם לנזק, חייב לפצות את הנפגע כדי הנזק שנגרם לו. ניתן לבטא את הדברים בצורה אחרת: על המזיק להעמיד את הניזוק במצב בו היה האחרון נמצא אלמלא העוולה. כמובן, שכאשר עסקינן בנזקי גוף אין הכוונה להשבה פיזית של הניזוק למצבו קודם העוולה, אלא להשבה כמובן הכספי. כלומר, על המזיק להעמיד לרשות הניזוק את המשאבים הכספיים שיעמידו אותו במצב בו היה הוא נמצא אילו לא העוולה. דיני הנזיקין עוסקים, בדרך כלל, בשני שחקנים, המזיק והניזוק, כאשר הקו המקשר ביניהם הינו מעשה

העוולה, אשר נעשה על ידי המזיק וגרם לנזק. לכלל זה יש אף בסיס מוסרי ברור: אדם הגורם במעשיו או במחדליו נזק לאחר, תוך כדי הפרת חובה, חייב לפצות את הנפגע בשיעור נזקו.

התוצאה של פסק הדין בערעור וכן של חוות הדעת של חברותיי וחבריי הנמנים על המחנה התומך בהכרה ב"אחריות יחסית", אינה מתיישבת עם העקרונות שצוינו. שיטתה של חברתי השופטת נאור, כך על פי הבנתי, אינה מביאה את המקרה שבפנינו בגדר אחת מארבע האפשרויות הנזכרות. נוצרת קטגוריה חדשה לגבי מקרים של "סיבתיות עמומה". היינו, אותם מקרים בהם הידע המדעי הנוכחי אינו מאפשר לקבוע איזו מבין האפשרויות הנזכרות תואמת את המציאות העובדתית. כך, במקרה הנוכחי הוחלט בפסק הדין בערעור לחייב את העותרים לשאת ב-20 אחוזים מן הנזקים, קרי הוטלה אחריות בשיעור האמור. משמע, על העותרים לפצות את התובעים בשיעור 20 אחוזים מן הנזק, למרות שאין קביעה פוזיטיבית כי הנזק נגרם כתוצאה מאשם של העותרים. אכן, אין מחלוקת על כך שהעותר 1 התרשל שעה שהניתוח הקיסרי לא בוצע במהירות המתחייבת. יש על כן הסוברים, כי במצב דברים כזה יש להקל בדרישה של קשר סיבתי במקרים של "סיבתיות עמומה". הליכה בדרך זו משנה, לשיטתי, את הבסיס של עוולת הרשלנות. זאת, משום שהיא מביאה למעשה להטלת אחריות בשל יצירת סיכון. המתרשל יוצר במעשיו או במחדליו סיכון לאחרים ועל כן עליו לפצותם, כך הטענה, אף אם לא ניתן להוכיח שהתרשלותו היא שגרמה לנזק. גישה זו היא בעייתית לפחות משני טעמים, בנוסף על כך שאינה מתיישבת עם הרציונל הבסיסי של דיני הנזיקין. ראשית, הטיפול ביצירת סיכונים נעשה בעולם המשפט באמצעות דינים אחרים. כך למשל, סעיף 338(א)(7) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 מדבר על מתן טיפול רפואי או כירורגי בדרך נמהרת או רשלנית. עבירה זו אינה כוללת בגדר מרכיביה תוצאה אסורה. די ביצירת הסיכון על מנת להביא להרשעה. שנית, אין קשר הכרחי בין הרצון להרתיע מפני יצירת סיכונים לבין הטלת אחריות על פי הנזק שארע. לשון אחר, אם מטרתנו היא למנוע יצירת סיכון, ייתכן שהמניעה או ההרתעה יושגו בצורה טובה יותר על ידי הטלת קנס, שאין דבר בינו לבין שיעור הנזק ממנו סובל התובע.

8. כנגד גישתי ניתן להעלות טענות מטענות שונות. אתייחס לשתי טענות: טענה ראשונה היא, שהמשפט המודרני מתרחק באופן הדרגתי מהכרעות בינאריות, היינו מהכרעות בבחינת "הכל או לא כלום". טענה שנייה הינה שדיני הנזיקין כבר סטו בעבר מעיקרון היסוד בדבר צדק מתקן, למשל במקרה המפורסם של שני הציידים ((Summers v. Tice, 199 P 2d 1 (1948)).

אכן, המתבונן בהתפתחויות של המשפט המודרני בהחלט יבחין כי חלים בו שינויים במובן של התרחקות מהכרעות שהמשמעות שלהן היא כי אחד מבעלי הדין זוכה באופן מלא בעוד שחברו נכשל באופן מוחלט. אביא שתי דוגמאות המצביעות על ההתפתחות האמורה. בדיני הנזיקין התפתח כבר לפני עשרות שנים המושג של "אשם תורם". הנפקות של דוקטרינה

זו היא שהניזוק אינו זוכה לכיסוי מלא של נזקיו, שנגרמו על ידי המזיק, אלא הוא מקבל כיסוי חלקי, הכל בהתחשב באשם היחסי של השניים. דוגמה נוספת מתחום שונה לחלוטין – המשפט המינהלי – היא זו של הבטלות היחסית (או התוצאה היחסית). עצם השימוש במילה "יחסית" בהקשר זה מצביע על הרעיון העומד מאחורי הדוקטרינה; אף שנפל פגם בהחלטה המינהלית, הרי מטעמים שונים אין צידוק לקבוע שאין תוקף להחלטה הפגומה. בהקשר זה נאמר כי: "הרעיון שמאחורי תאוריית הבטלות היחסית הוא אפוא הרצון לעשות צדק יחסי עם כל הגורמים העלולים להיות מושפעים מההכרעה..." (בג"ץ 2758/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' עיריית ירושלים, פ"ד נח(4) 289, 309, מול האות ד' (המשנה לנשיא (בדימוס) ת' אור) (2004)). מדוע לטעמי אין לסטות מהכרעה בינארית במקרים דוגמת זה העומד לדיון?

ראשית, קיים הבדל בסיסי בין שאלת הקשר הסיבתי לבין אותם מקרים בהם סוטה המשפט מהכרעה של הכל או לא כלום. ככל שמדובר בקשר סיבתי עובדתי התשובה לשאלה האם קיים קשר סיבתי היא בהכרח כן או לא. אין מנוס ממתן תשובה חיובית או שלילית, שהרי עוסקים אנו במציאות: האם ההתרשלות היא שגרמה לנזק, או שהנזק נגרם על ידי כוח עליון. בהחלט ייתכן שהידע המדעי העומד לרשותנו בנקודת זמן מסוימת אינו מאפשר להשיב על השאלה. אף אם זה המצב, ניתן להניח שעם התפתחותו של הידע המדעי אפשר יהיה לתת תשובה חד משמעית לשאלה האמורה. לעומת זאת, במקרה של אשם תורם, בין בדיני הנזיקין ובין בדיני החוזים, איננו עוסקים בשאלה עובדתית – האם כך אירע. הדוקטרינה של אשם תורם תואמת באופן מלא את המציאות, שכן בסיטואציות מסוימות הן המזיק והן הניזוק פעלו בסטייה מן הנורמה. על כן, אף קיים בסיס מוסרי לחלוקת האחריות בין שני השחקנים.

המקרה של שני הציידים אכן מציב אתגר קשה. באותו מקרה ירו שני ציידים ונפגע צייד שלישי כתוצאה מהירי. ברור היה, כי הירייה הפוגעת נורתה על ידי אחד משני הציידים. ברם, לא ניתן היה להוכיח מי משני הציידים ירה את הכדור שפגע בצייד השלישי. עוד נוסף, כי בית המשפט קבע ששני הציידים היורים התרשלו. מכאן, שהחֶסֶר הראיתי נגע לסוגיית הקשר הסיבתי בין הירי הרשלני לבין הפגיעה. בית המשפט חייב בסופו של יום את שני הציידים, ביחד ולחוד, בפיצויו של הצייד השלישי. זאת, לאחר שנקבע כי בנסיבות המקרה עבר הנטל לשני הציידים היורים להוכיח מי מהם ירה את הירייה הפוגעת. מששניהם לא הצליחו להרים את הנטל, נקבע כי שניהם אחראים ביחד ולחוד. יש הגורסים, כי מקרה הציידים אינו דומה לענייננו, שכן שם מדובר היה בשני שחקנים שלא היתה מחלוקת כי כל אחד מהם התרשל. לעומת זאת, במקרה שבפנינו אין עסקינן בשני גורמים רשלניים, אלא בגורם עולתי אפשרי אחד בעוד שהאחר אינו כזה. אפשר שלהבחנה זו יש אומנם נפקות. לטעמי, ההבדל נעוץ בתחום אחר. במקרה של הציידים קיימת אפשרות של 50 אחוזים שצייד פלוני הוא הפוגע ובדיוק אותו שיעור

שהפוגע הוא צייד אלמוני. במצב דברים כזה, כנראה שאין מנוס מחיוב הדדי של שני הציידים. חיוב כזה מוצדק יותר מאשר האפשרות האחרת והיא שחרור שניהם מאחריות נזיקית. בענייננו, ואף אם נתעלם מההבדל הנזכר בכל הנוגע לשני גורמים רשלניים, לא נטען כלל ובוודאי שלא הוכח כי קיימת אפשרות זהה, היינו בשיעור 50 אחוזים, שהסיבה לנזק מקורה בגורם הרשלני ולא בכוח עליון. לא זו אף זו, השיעור היחסי שנפסק – 40 אחוזים על ידי הערכאה הדיונית ו-20 אחוזים על ידי ערכאת הערעור – מוכיח כי על פי השקפתן של שתי הערכאות לא ניתן לייחס ערך שווה לגורם הרשלני ולגורם שאינו עוולתי.

9. חברי המשנה לנשיאה, הסובר כי אין לקבל את שנפסק על ידי בית משפט זה בערעור, מציע פיתוח יצירתי של מבחן המכונה על ידו "ההטיה הנשנית". על פי ההצעה ניתן יהיה לפסוק פיצוי יחסי כאשר קיימים מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלט הכלל של מאזן ההסתברויות. אין ספק שקבלתו של המבחן אינה מתיישבת באופן מלא עם העיקרון של צדק מתקן. עם זאת, ייתכן שהתנאים בדבר קיומה של קבוצת ניזוקים והטיה עקבית יצדיקו סטייה מוגבלת ומצומצמת מהעיקרון האמור. מכל מקום, איני רואה צורך להביע עמדה סופית בעניין.

דיני הראיות ומאזן ההסתברויות

10. הכלל הראשוני בדיני הראיות משמיע לנו כי "המוציא מחברו עליו הראיה" (כבא קמא מו, א). משמע, על הטוען טענה עובדתית להוכיח את טענתו. הדין המהותי הוא שקובע מי מבין בעלי הדין אמור להעלות טענה עובדתית מסוימת, ובדרך כלל מדובר בתובע. לאחר שנקבע מי אמור לשאת בנטל ההוכחה, השאלה הבאה הינה – מהי רמת ההוכחה הנדרשת (standard of proof). הרמה הנדרשת במשפט האזרחי הינה זו של מאזן ההסתברויות (preponderance of probability; balance of probabilities; preponderance of evidence). מה המשמעות של מבחן זה? דומה שאין טוב מאשר להשתמש במילותיו של שופט אנגלי (Lord Hoffmann) שאמר:

"The civil standard of proof always means more likely than not".

(Secretary of State for the Home Department v. Rehman [2001] 3 WLR 877, 895).

רמת ההוכחה האמורה נבדלת באופן ברור מזו הנדרשת במשפט הפלילי, שם מדובר על הוכחה מעבר לספק סביר. בתוך האמירה "more likely than not" טמון בהיחבא עניין נוסף,

המוצא ביטוי באחוזים, וזאת באמירה שעל הנושא בנטל להוכיח את טענתו ברמה של מעל 50 אחוזים. כלומר, אין די בכך שגירסתו של צד אחד עדיפה על פני גירסתו של הצד האחר, אלא הגירסה העדיפה חייבת לעמוד ברף מינימאלי המתואר כ-51 אחוזים. עתה, נחזור לדיונו הקצר בתשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט המחוזי.

11. כפי שראינו, המומחים מטעם המשיבים העידו, כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהנזק למשיבה נגרם עקב העיכוב בעריכתו של הניתוח הקיסרי. אמירה כי "לא ניתן לשלול אפשרות" אינה יכולה להוביל לקביעת ממצא עובדתי. יש צורך באמירה בעלת אופי פוזיטיבי. ברור, שעדות האומרת שלא ניתן לשלול אפשרות מסוימת לעניין קשר סיבתי (או לגבי נתון עובדתי אחר כלשהו) אינה מקיימת את הדרישה של מאזן ההסתברויות (ראו והשוו: ע"א 472/89 קצין התגמולים נ' רוט, פ"ד מה(5) 203, 215 מול האות ב' (הנשיא מ' שמגר) (1991); ע"א 6274/92 דזי נ' קצין התגמולים, פ"ד מח(3) 326, 339 מול האות א' (השופט א' מצא) (1994)). מעדויות המומחים שהובאו מטעם המשיבים ניתן לחלץ, ובקושי, אף אמירות לפיהן אפשרי או ייתכן (possible) שמצבה הקשה של המשיבה נגרם בשל האיחור בביצועו של הניתוח הקיסרי. אכן, אמירה בדבר היתכנות (possibility) של קשר סיבתי הינה בעלת אופי פוזיטיבי ונמצאת ברמה גבוהה יותר מאמירה של עד כי אינו שולל אפשרות בדבר קיומו של קשר סיבתי. ברם, אף אמירה בדבר היתכנות אינה מגיעה כדי הרף המינימאלי של 51 אחוזים. יפים לעניין זה דבריו של Lord Macmillan, שאמר:

"If the evidence establishes only that the accident was possibly due to the negligence to which the plaintiffs seek to assign it, their case is not proved".

ובהמשך הוא הוסיף:

"The dividing line between conjecture and inference is often a very difficult one to draw. A conjecture may be plausible, but it is of no legal value, for its essence is that it is a mere guess".

(Jones v. Great Western Railway Company (1931)
144 L.T. 194, 201, 202. דעתו הייתה אומנם דעת מיעוט, אך לא באשר להלכה ולאמירות המצוטטות).

המסקנה המתבקשת לטעמי היא, שהמשיבים כלל לא הוכיחו את שמוטל היה עליהם להוכיח בכל הנוגע לקשר הסיבתי העובדתי. כזכור, אף לא הובאה ראיה כי הידע המדעי-רפואי

הקיים אינו מאפשר לומר האם הנזק נגרם עקב העיכוב בעריכתו של הניתוח או כתוצאה מן הפגות. על כן, אחזור על העמדה שכבר הבעתי (בפיסקה 5 לעיל), כי המקרה אינו מקרה של "סיבתיות עמומה".

12. עתה, אצא מן ההנחה כי המקרה שבפנינו הינו מקרה של "סיבתיות עמומה". ברי, כי עמדתם של חברותי וחבריי המכירה בקיומה של אחריות יחסית, אינה תואמת את הדין הנוהג בכל הנוגע למאזן ההסתברויות. איני מוצא כל צידוק להביא שינוי מהפכני בכלל הנוהג והמקובל בדבר מאזן ההסתברויות. כלל זה מבוסס על ניסיון שיפוטי שנצבר לאורך מאות בשנים. הכלל מביא להשאת מספרן של ההכרעות השיפוטיות הנכונות ולחלוקה של סיכון המשגה השיפוטי באופן שוויוני בין הצדדים (לעניין הקצאה שוויונית של סיכונים המשגה בהכרעה ראו: אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתית: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא(2) 191, 243-246 (1998); דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה" הפרקליט מג 83, 89-91 (1996)). באופן כזה, כלל מאזן ההסתברויות הינו אף הכלל העדיף מבחינת הרווחה המצרפית והוא מביא למזעור של עלויות ההכרעות השגויות (David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 7 Am. B. Found. Res. J. 487 (1982)). לסיום נקודה זו, ניתן להציג שאלה, שלטעמי התשובה לגביה הינה מובנת מאליה, והיא האם הדוגלים באחריות יחסית כאשר זו נקבעת בשיעור הנמוך מ-50 אחוזים, יסכימו למסקנה המתבקשת מדרך הילוכם, כי אחריות מסוג זה תושט אף כאשר ההוכחה היא ברמה שמעל 50 אחוזים? ! במילים אחרות, האם כאשר הובאו ראיות המגיעות מבחינת רמתן, לדוגמה, ל-60 אחוזים, יקבל הניזוק פיצוי בשיעור דומה ולא פיצוי של 100 אחוזים כמקובל וכנהוג? !

מקרים קשים, ודאות ופיתוח המשפט על ידי הערכאה העליונה

13. כפי שהסברתי, על פי השקפתי יש בקביעתה של אחריות יחסית בעניין שבפנינו משום מהפיכה בדיני הנזיקין ושינוי מהפכני בדיני הראיות. לדעתי, הכרה באחריות יחסית במקרה זה עלולה להיות בעלת השלכות מרחיקות לכת ביותר על התפתחותו של המשפט האזרחי ועל תפיסת תפקידה של הערכאה העליונה בהליכים אזרחיים.

14. העניין שהובא בפני הערכאה הדיונית, בפני ערכאת הערעור ובפני המותב הדין בדיון הנוסף הינו קשה מבחינת כל אחד ואחד מן המעורבים. ראשית לכל, המקרה קשה מבחינת המשיבה והוריה. המשיבה נולדה כשהיא סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי. שיעור הנכות

שלה הוא 100 אחוזים. כמובן, שהקשיים של המשיבים הינם מרמה שונה לחלוטין מן הקשיים של העותרים ושל בית המשפט, ואשר אותם נזכיר מיד. לא ניתן כלל להשוות בין הקשיים. עם זאת, חובה להתייחס אף לקשיים של המעורבים האחרים ובמיוחד אלה של בית המשפט. ברי, כי מבחינת העותר 1, הוא בית החולים, אין הנסיבות מרנינות בלשון המעטה. אין ספק שמוסד רפואי המכבד את עצמו מעדיף שלא להיתבע, תוך שנטען נגדו כי הוא התרשל וכי כתוצאה מהתנהלותו הרשלנית נולדה תינוקת הסובלת מחוליים קשים. הגורם הנוסף המעורב בעניין הינו בית המשפט. ברי, כי מקרה דוגמת זה שהובא בפני בית המשפט המחוזי הינו מקרה קשה. הקושי נובע מכך שבפני בית המשפט ניצבת ילדה שנולדה עם מומים קשים. הקושי אף התעצם משהראיות הונחו בפני בית המשפט. זאת, משום שבית המשפט מודע היה לכך שלפסיקתו תהא השלכה כספית משמעותית. אם ייקבע כי התרשלותו של בית החולים היא היא שגרמה לנזק יהיו הילדה והוריה זכאים לקבל סכום כסף נכבד. לעומת זאת, היה וההכרעה תהא שלא קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק, לא יהיו התובעים זכאים לפיצויים נזיקיים. הילדה תהיה זכאית אך ורק לקיצבת נכות כללית וייתכן שלקיצבאות נוספות המשולמות על ידי הביטוח הלאומי. הפער הכספי בין הכרעה לכיוון אחד לבין הכרעה בכיוון האחר הינו משמעותי ביותר. הקושי מבחינת בית המשפט אף הולך וגובר ככל שההליך מתקדם במעלות בתי המשפט. כאשר העניין מגיע לערכאת הערעור חובה על ערכאה זו ליתן את דעתה, בין היתר, לא רק למשמעות של הכרעה במקרה הקונקרטי, אלא אף על ההשלכה של ההכרעה מבחינה תקדימית ומבחינת פיתוח המשפט. הקושי מבחינת בית המשפט מצוי במתח שבין תחושת הצדק לאור הנתונים הספציפיים בתיק שבפניו, לבין ההכרה כי לפסיקה עשויה להיות נפקות בעתיד. שיקול זה בולט אף ביתר שאת כאשר נמצאים אנו במסגרת של הליך דיון נוסף בו יש ליתן משקל יחסי נמוך יותר לעובדות הקונקרטיות וממילא מודגש תפקידו של בית המשפט כיוצר משפט ("חקיקה שיפוטית"). אם יש עוד כלל צורך בהוכחה כי המקרה הינו מקרה קשה אין לנו אלא לבחון את התוצאה הסופית של פסק דיננו בדיון הנוסף. מצד אחד נקבע, ברוב דעות, כי אין להכיר בנסיבות המקרה באחריות יחסית. קביעה זו הייתה צריכה להוביל, לכאורה, לביטול חיובם של העותרים לשאת ב-20 אחוזים מנזקי המשיבים. אף על פי כן נפסק, כי המשיבים לא יידרשו להשיב את הסכומים ששולמו להם.

15. העניין הבא שברצוני להתייחס אליו הוא כיצד מתמודדת ערכאת הערעור עם מקרים קשים מסוג המקרה שבפנינו בו עלו הקשיים שציינתי. יובהר, כי כוונתי לערכאת הערעור שהליך מובא בפניה על דרך ערעור בזכות. נציין מספר דרכים להתמודדות: דרך אחת שבה בית המשפט פועל לעיתים היא לנסות להביא את הצדדים לידי פשרה. דרך שנייה הינה, להכווין את בעלי הדין להגיע להסכמה כי פסק הדין יינתן על דרך הפשרה. דרך שלישית היא ליתן פסק דין על אתר או לנסח את פסק הדין באופן שלא ניתן יהיה להתייחס אליו בעתיד כבעל אופי תקדימי. כמובן, שאין להבין מדבריי, כי בית המשפט יעשה בהכרח שימוש בדרכים האמורות בכל מקרה

קשה הניצב בפניו. בסופו של דבר יש לזכור, כי תפקידה הבסיסי של ערכאת הערעור הינו להעביר תחת שבט הביקורת את פסק דינה של הערכאה הדיונית ולהעמיד את הדין על מכוננו. לעניות דעתי, ובכל הכבוד לחברותיי ולחבריי, הפיתוח של אחריות יחסית במקרה הנוכחי הינו דרך יצירתית וחדשנית שאין לה מקום כאשר בית המשפט ניצב בפני הקשיים שצוינו. ניתן להבהיר את עמדתי על דרך הצגת השאלה הבאה: נניח שהעותרים והמשיבים היו מסכימים, בין בערכאה הדיונית ובין בערכאת הערעור, כי בית המשפט יכריע במחלוקת על דרך הפשרה. דומני שהתוצאה של פסק דין על דרך הפשרה, מבחינת השופטות והשופטים המכירים באחריות יחסית, לא היתה שונה מן התוצאה של פסק הדין שניתן בדרך הרגילה (בין אם זו שנקבעה בערכאה הראשונה ובין זו שנפסקה בערעור). לטעמי, אין לקבל שהכרעה בדרך הרגילה, בנסיבות המקרה שבפנינו, תהא זהה להכרעה על דרך הפשרה. כאשר שני בעלי דין הניצבים משני צידי המתרס עומדים בפני סיכון משמעותי, דוגמת בעלי הדין שבפנינו, קיים היגיון רב מבחינת שניהם להקטין את הסיכון מולו הם עומדים. התנהגות רציונלית עשויה להוביל אותם להתפשר או להסכים שפסק הדין יינתן על דרך הפשרה, שהרי בדרך זו, כך יש לצפות, התוצאה לא תהיה בגדר "הכל או לא כלום". אינני מוטרד מכך שאימוץ של דוקטרינה בדבר אחריות יחסית ישמיט את הקרקע, במקרים מתאימים, מתחת פסק דין על דרך הפשרה. מה שמטריד אותי הוא כיצד ייתכן שהתוצאה הסופית של ההליך הינה זהה, בין אם פסק הדין ניתן על פי הדין ובין אם כפסק דין על דרך הפשרה (אולם ראו ע"א 1639/97 אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה, פ"ד נג(1) 337 (1999)). האם אין ללמוד מכך, כי מה שבית המשפט עושה בפועל, עת שהוא מכיר באחריות יחסית, הוא ליתן פסק דין על דרך הפשרה?! והרי יש לזכור, כי הדין משמיע לנו שפסיקה על דרך הפשרה יכולה להינתן אך ורק אם הצדדים הסכימו להליכה בדרך זו (סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט); סעיף 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975).

16. דומה, שאף חברותיי וחבריי הדוגלים באימוץ של דוקטרינה של אחריות יחסית במצבים של "סיבתיות עמומה" לא יחלקו על כך שיש במהלך האמור, אילו נתקבל, כדי להרחיב ולהעצים את שיקול הדעת השיפוטי. תוצאה כזו אינה רצויה, על פי השקפתי. זאת, משום שהיא מובילה בהכרח להקטנת הוודאות במשפט, לעידוד ההתדיינות במקרים חסרי בסיס ולהגברתו של החשש מפני שרירות בהכרעה השיפוטית. באומרי שרירות כוונתי לחשש שמא עמדותיו האישיות של השופט ומערכת ערכיו ישמשו כמרכיב בולט ומרכזי יתר על המידה בהכרעתו. כמובן, שיהא זה תמים ובלתי מציאותי לחשוב שניתן לנטרל באופן מלא את הפן האישי בהכרעה השיפוטית. עם זאת, בעת שהערכאה העליונה עוסקת בפיתוח המשפט עליה ליתן דעתה לקביעת נורמות שיצמצמו את ההשפעה של תפיסות אישיות, השקפות עולם והטיות על הכרעותיו של השופט. אין צידוק לטעמי להסיג את המשפט לאחור ולחזור לימים בהם

הפסיקה נקבעה על פי אורך רגלו של הצ'נסלור (ראו והשוו: ע"א 141/89 מחמוד נ' שמיר, חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 5.8.91); ראו גם חוות דעתי בע"א 8279/02 גולן נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט ז"ל ע"י דורה מנחם (לא פורסם, 14.12.06) והמקורות המוזכרים שם, בפסקה 32: 670, 674 E.R. (1818) Pritchard v. Gee; Attorney-; General v. Times Newspapers Ltd. [1973] 3 All E.R. 54, 81; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 573 (1983)). על פי תפיסתי, אין מקום לפתח את המשפט באופן שהמרכיב האישי בהכרעה השיפוטית ילך ויגבר. כך היה קורה אילו נתקבלה הדוקטרינה של אחריות יחסית. אם יש צורך בהוכחה להשגותי האמורות, נמצא אותה במקרה שבפנינו. כפי שראינו, בית המשפט המחוזי העמיד את שיעור הפיצוי היחסי לו זכאים המשיבים על 40 אחוזים. ערכאת הערעור הפחיתה שיעור זה במחצית והעמידה אותו על 20 אחוזים. קריאה חוזרת ונשנית של חוות הדעת של חברותיי וחבריי לא תגלה לנו מדוע יש להעדיף שיעור אחד על פני השיעור האחר. כך, ניתן היה לקבוע את השיעור על 25 אחוזים, 30 אחוזים, 35 אחוזים ועוד ועוד (ובלבד שהשיעור יהיה נמוך מ-50 אחוזים). וזאת, בלא שמוסבר ומובהר מדוע נפסק שיעור זה ולא שיעור אחר. משמע, איננו צריכים להרחיק מבטנו לדוגמאות אחרות ואיננו נזקקים להוכחות ממרחקים. די אם נבחן את הפער בין ההכרעה של בית המשפט המחוזי לבין ההכרעה בערעור על מנת שניווכח כי אימוץ הדוקטרינה יגביר את אי הוודאות, הקיימת ממילא, בדין הנזיקין בפרט ובמשפט בכלל. ונזכיר: בפני הערכאה הדיונית לא הובאה כל עדות של מומחה בדבר שיעורו של הסיכוי הסטטיסטי שהנזק נגרם מחמת הדימום והעיכוב בביצוע הניתוח או בגין הפגות.

ייתכן נגדי, כי לעיתים עושים בתי המשפט שימוש באומדנה, בלא שקיים לה בסיס ממשי בראיות. אכן, קיימים מקרים לא מעטים בהם בתי המשפט, כולל ערכאות הערעור, פועלים על דרך האומדנה (דוגמה למקרה בו עשיתי שימוש באומדנה: ע"א 1716/09 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (לא פורסם, 10.6.28)). מה אם כן ההבדל בין אותם מקרים לא מעטים בהם נעשה שימוש באומדנה לבין הליכה בדרך דומה בהקשר לאחריות יחסית? השימוש באומדנה נעשה, דרך כלל, כאשר בית המשפט נתקל בבעיה קשה הנוגעת לכימות הנזק, בין אם בתחום הנזיקין או בענף משפטי אחר. מנגד, בענייננו דרכם של שופטי המיעוט מכניסה אלמנט של ספקולציה לעצם קביעת האחריות. יתרה מזו, ובכך העיקר, השימוש באומדנה על ידי בתי המשפט לא נעשה כחלק מכלל משפטי מרכזי, אלא בא בעיקר כדי ליתן תשובה ראויה במקרים קונקרטיים. לעומת זאת, אימוץ של דוקטרינה בדבר אחריות יחסית משמעותה הכרה בכלל משפטי חדש, בעל תחולה רחבה, שעל פי טיבו ומהותו מעצים את אי הוודאות. יש להבדיל בין מתן פיתרון נקודתי במקרה קשה לבין "חקיקה שיפוטית" שהשלכותיה רחבות ועמוקות. ובמילותיו של פרופ' א' ברק:

”הצורך להכריע בסכסוך האינדיווידואלי, ולהביא פתרון צודק במקרה קונקרטי, מטבעו משפיע על ניסוחה של ההלכה הכללית. אך צדק למתדיין אחד עשוי להביא לאי צדק לשיטה כולה” (אהרן ברק ”חקיקה שיפוטית” משפטים יג 25, 50 (1983)).

17. יטען הטוען, כי ההכרה באחריות יחסית כאשר עסקינן ב”סיבתיות עמומה” אינה פורצת גדרות ואין בה אלא משום צעד קטן נוסף בהתרחקותו ההדרגתית של המשפט המודרני מהכרעות בינאריות. התייחסתי לעניין זה מזווית מסוימת (פיסקה 8 לעיל) ועתה אתייחס לכך מזווית אחרת. מכוון אני לחשש שמא קבלה של עיקרון של אחריות יחסית הינו שלב במדרון חלקלק שאת סופו מי ישורנו. לאמיתו של דבר איננו עוסקים בחשש בלבד. על פי גישתו של חברי השופט א’ רובינשטיין, יש להחיל את מה שהוא מכנה ”מיצוע”, היינו הכרעה יחסית או פיתרון יחסי, אף בכל תחומיו של המשפט האזרחי (פיסקה א’ לחוות דעתו). לא זו אף זו, בפועל כבר נעשו ניסיונות בבית משפט זה ללכת בדרך האמורה מחוץ לתחום של סיבתיות בדיני הנזיקין (ראו עמדותיו של חברי השופט א’ רובינשטיין: ע”א 3760/03 עמרן נ’ צמיר, פ”ד נט(5) 735 (2005); ע”א 2132/08 גורג’י נ’ ברדיצב (לא פורסם, 21.3.10); ע”א 5262/08 מילגד בע”מ נ’ מועצה אזורית מטה אשר (לא פורסם, 29.7.10)). המשך הגלישה במדרון החלקלק עלולה להביא בסופו של דבר לשינוי מהותי בתפקידם של בתי המשפט, ובמיוחד בייעודו של בית המשפט העליון כמפתח ויוצר משפט. הדגש יוסט באופן מלא ומכריע מן ההיבט העקרוני להיבט הקונקרטי. כל שבית המשפט העליון יעשה הוא להעביר תחת שבט הביקורת את פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים כשהשאלה שתעמוד בפניו תהיה האם ההכרעה שנפלה עשתה צדק עם בעלי הדין, והכל בהתחשב באורך רגלו של השופט. הבעיה עלולה להיות חמורה במיוחד בערכאות הדיוניות, שם מכהנים מאות שופטים. אין לכחד, שתחושת הצדק והאינטואיציה השיפוטית מכוונות, במידה מסוימת, את דרכו של כל שופט. עם זאת, בשל כך שגורמים אלה הינם בעלי מרכיב אישי מובהק, קיימת סכנה שיינתן להם משקל מופרז בהכרעות השיפוטיות. גישתו של חברי השופט א’ רובינשטיין עלולה לפתוח פתח בלתי ראוי שיאפשר לשופטים לברוח מהכרעות במקרים בהם קיימת התלבטות קשה. תחת ההכרעה על פי הדין תבוא הפשרה, והכל בלא שבעלי הדין נתנו הסכמתם להליכה בדרך כזו.

18. יש לזכור, כי ההליך שבפנינו הינו הליך של דיון נוסף. בהחלטה בה הורה המשנה לנשיא מ’ חשין על עריכת דיון נוסף הוא כתב, כזכור, כי השאלה העומדת להכרעה הינה – ”פסיקת פיצוי בדין הנזיקין על-פי הסתברות”. העילה הקבועה בדין שבגינה ניתן לערוך דיון נוסף היא ”אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש ...

מקום לדיון נוסף" (סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט). ברור על כן שמרכז הכובד בהכרעה בדיון נוסף הינו פיתוח המשפט. חובה על בית המשפט העליון להכריע בצורה דומה להכרעה של המחוקק. במילים אחרות, ואין להימלט מכך, בית המשפט העליון פועל מבחינה פונקציונאלית כמחוקק בעת שמכריע הוא בהליך של דיון נוסף. על כן, חייב הוא להתנתק במידה משמעותית מן הנתונים האינדיבידואליים ולנפק פיתרון דוגמת זה היוצא מתחת ידיו של המחוקק. יש מי מביין חברותיי וחבריי החוזרים ומדגישים עובדות מסוימות הנוגעות לפערי כוח ולפערים במשאבים בין המשיבים לבין העותרים. חלילה לי מלהפחית במשקלם של אלה. אפשר, שבהליך ערעורי רגיל, וכאשר כפות המאזניים מעויינות, תהא ההכרעה לצד הגורם החלש. לטעמי, אין לכך צידוק בהליך הנוכחי של דיון נוסף, במיוחד על רקע ההשלכות מרחיקות הלכת על כלל המשפט האזרחי שעשויות להיות לאימוץ דוקטרינה של אחריות יחסית.

סיכום

19. בפני בית המשפט הועמדה בדיון הנוסף השאלה של פסיקת פיצוי בדיון הנזיקין על פי הסתברות. זאת, לאחר שבית המשפט העליון פסק במותב תלתא, כי פסיקה כזו, מה שכינית "אחריות יחסית", אומנם אפשרית במקרה דוגמת המקרה הנוכחי. כאמור, דעתי היא שאין להכיר בענייננו באפשרות של השתת אחריות יחסית. משמע, דעתי היא כדעתם של חברותיי וחבריי הנשיאה ד' ביניש, המשנה לנשיאה א' ריבלין, השופטת א' פרוקצ'יה והשופט א' א' לוי, כי יש לבטל את ההלכה שנפסקה בערעור. לא נמצא לי כי קיים צידוק להביא למהפכה בעקרונות יסוד של דיני הנזיקין ודיני הראיות. דעתם של חברותיי וחבריי השופטת מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופט א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן, אינה מתיישבת, להשקפתי, עם ההיגיון הבסיסי של דיני הנזיקין בדבר צדק מתקן. דעתם אף אינה תואמת את אחד מכללי היסוד של דיני הראיות, הוא הכלל בדבר מאזן ההסתברויות. אילו אומץ הכלל בדבר אחריות יחסית היה בכך כדי להביא להעצמה בלתי ראויה של שיקול הדעת השיפוטי ובמקביל לצמצומה של הוודאות המשפטית. לטעמי, אין להכיר במקרה זה באחריות יחסית בנסיבות של סיבתיות עמומה, שכן היא תוביל בהכרח להכרעה עמומות. שעה שבית המשפט העליון פועל למעשה כמחוקק עליו ליתן את הדעת בראש ובראשונה על המשמעות של פסיקתו מבחינת הכוונת התנהגות עתידית. כך במיוחד בעת שעניין נדון בבית המשפט העליון בדיון נוסף. או אז אין מנוס מליתן משקל מופחת לנתונים הקונקרטיים. אין ספק, כי המקרה שהונח בפנינו הינו מקרה קשה מהיבטים שונים. לפיכך, עלינו לכוון את דרכנו על יסוד אזהרתו האלמותית של השופט

— Oliver W. Holmes לפיה —

"Hard cases make bad law".

(Northern Securities Co. v. United States 193 US
197, 400; 48 L. Ed. 679, 726 (1904)).

אילו הוכרה במשפטנו הדוקטרינה של אחריות יחסית, התוצאה הייתה בדיוק זו מפניה
הזהיר השופט האמריקאי הדגול.

על כן, עלינו לקבל את העתירה לדיון נוסף.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, של המשנה-לנשיאה א' ריבלין, ושל
השופטים א' פרוקצ'יה, א' א' לוי וא' גרוניס כנגד דעתם של השופטים מ' נאור, ע'
ארבל, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן כי, ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית
במקרים של סיבתיות עמומה. מסיבה זו הוחלט בדעת רוב לבטל את פסק-הדין שניתן
בע"א 7375/02.

השופטים מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן סבורים כי יש מקום
להכרה בחריג האחריות היחסית במתווה שנקבע בפסק-הדין בערעור – בהדגשים
שונים.

הנשיאה ד' ביניש, המשנה-לנשיאה א' ריבלין והשופט א' לוי סבורים כי יש
מקום להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטייה נשנית. השופטים א' גרוניס, מ' נאור
וס' ג'ובראן הותירו אפשרות זו בצריך עיון. השופט א' רובינשטיין רואה חריג זה כחלק
מכלל החריג של אחריות יחסית וגורלו כגורלו.

השופטת א' פרוקצ'יה סבורה שאין מקום להכיר באחריות יחסית ולסייג את
כלל מאזן ההסתברויות – אלא בדרך של חקיקה.

הוחלט כי מבחינה מעשית לא ייתבעו המשיבים להחזיר לעותרים את הפיצויים ששולמו, ולא יהיו זכאים לתשלומים נוספים.

ניתן היום, י"ט באלול התש"ע (29.8.2010).

שופט

המשנה-לנשיאה

הנשיאה

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט