

© רוב, מיעוט וכללי הכרעה, תשפ"ה (צפוי להתפרסם ב-2024)
לקראת הוצאת הספר לאור יעבור המאמר עימוד וסידור סופיים, לרבות התאמת
מספרי העמודים לעותק המודפס

פיצוי על פי הסתברות? כן, אבל...

בנימין שמואלי, * עדן כהן**

לזכרו של פרופ' קמיל פוקס,
מדען ואדם למופת***

המחברים תומכים בפיצוי על פי הסתברות במקרים של סיבתיות עמומה, דהיינו הן במקרים של הגברת סיכון והן במקרים של פגיעה בסיכוי (לרבות אובדן סיכויי החלמה), וזאת גם לאחר הדיון הנוסף בפרשת מלול ופסיקות נוספות שניתנו בנדון בבתי המשפט בישראל. אולם אין להתעלם מכך שבסוגיה זו קשה לראות את הדברים כ"שחור" או "לבן". ההכרה בפיצוי על פי הסתברות צריכה להיות מסויגת בסייגים שונים, אשר לא כולם באו לידי

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, ודקן הסטודנטים, אוניברסיטת בר-אילן; נשיא האגודה הישראלית למשפט וחברה (2019–2024).

** עורך דין, תלמיד לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
רשימה זו מבוססת על הרצאה של המחבר הראשון בכנס "על פי רוב יישק דבר? רוב, מיעוט וכללי הכרעה" (אוניברסיטת רייכמן 25.4.2022). תודתנו למשתתפי הכנס, לעורכי הכרך ולעוזרי המחקר שירן גבאי, מיכאל גורל, דניאל גינת, יעל זיגל, שמואל מרום ושירן סוחוליצקי. תודתנו נתונה גם לחברי המערכת ולעורך הלשוני על עבודה מצוינת.

*** פרופ' קמיל פוקס היה סוקר מוביל בערוצי הטלוויזיה השונים ובעיתון "הארץ", וראש המחלקה לסטטיסטיקה באוניברסיטת תל אביב. המחבר הראשון עבד בעבר עם פרופ' פוקס (ועם פרופ' רון שפירא יבדל"א) על כמה מחקרים שיוחדו לפיצוי על פי הסתברות, והוא מודה לפרופ' פוקס מאוד על כך שהכניס אותו לרזי התחום המעניין מכיוונו של מדען העוסק בסטטיסטיקה, ואפשר לו לעבוד עימו באופן משותף וצמוד ובצורה מרתקת על המחקרים האמורים, אשר צוטטו בהרחבה בערכאות השונות לאורך השנים. פרופ' פוקס היה מופת לעבודה קשה ובלתי מתפשרת, והצליח להפיץ את תורתו בצורות שונות, אפילו לילדים. זכורה הופעתו בתוכנית הילדים לחופש הגדול "רואים שש" בשנות השמונים של המאה העשרים, שבה הסביר לילדים מונחים בסיסיים בסטטיסטיקה וניתח עימם תוצאות סקרים, כגון מדד מצב הרוח של ילדי ישראל בשלבים השונים של החופש הגדול וכן מצב הרוח הלאומי. פרופ' פוקס כתב גם ספרים לציבור הרחב, וכיהן, בין היתר, כנשיא האיגוד הישראלי לסטטיסטיקה. יהי זכרו ברוך!

ביטוי באותו דיון נוסף בפרשת **מלול**, באשר להגברת סיכון, ויותר משני עשורים קודם לכן בפרשת **פאתח**, באשר לפגיעה בסיכון. רשימה זו תנסה להאיר את אותם סייגים ומחסומים הנדרשים להחלת הדוקטרינה של פיצוי על פי הסתברות. חלק מהסייגים הנדרשים מתמקדים בחלק הניתן לייחוס לפעילותו העוללתית של הנתבע – למשל, בדרך ההצבעה על חישוב החלק בר הייחוס וקביעת האומדן; בעמידה על הוכחת אותו חלק במאזן הסתברויות (תחת גישה רווחת שפיצוי על פי הסתברות פירושו הוכחה בהסתברות של פחות מ-50%); בצורך באי-זניחותו של אותו חלק ועוד. רשימה זו גם תעלה מחשבות, קשיים ובעיות שיש מקום להתייחס אליהם בפסיקה כדי לקבוע את גבולות הגזרה של ההכרה בדוקטרינה, ביניהם התאוריה והנפקויות של ראיית פיצוי על פי הסתברות כמהפכה בדיני הראיות לעומת ראייתו כמהפכה בדיני הנזיקין; שאלת תחולתה של הדוקטרינה מעבר לדיני הנזיקין ומעבר לנזקי גוף; הא-סימטריה בין הלכות הפגיעה בסיכון והגברת הסיכון; שאלת הסימטריה בהכרה בפיצוי על פי הסתברות גם בטווח שמעל ל-50% ועד 100%, המשליכה על שאלת המשך תוקפו של מבחן מאזן ההסתברויות, ועוד.

מבוא

- פרק א: דוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות – ההלכות בישראל באשר לפגיעה בסיכון (אובדן סיכויי החלמה) (הלכת פאתח) ובאשר להגברת סיכון (הלכת דיון נוסף מלול)
- פרק ב: כן, אבל... – הצורך בהכרה מתוחמת בדוקטרינה תוך התחשבות בקשיים ומחסומים שונים
1. הבעיה של חישוב החלק בר הייחוס למעוול
 2. ה"כמה" לעומת ה"אם בכלל" – בעיית ההשוואה בין אומדן לעניין עצם הקשר הסיבתי וקיום האחריות הנזיקית לבין אומדן לצורך פיצוי בראש נזק מסוים לאחר שכל רכיבי העוולה הוכחו
 3. פיצוי על פי הסתברות – האם פריצה של דיני הראיות ("עוולה בלתי מוגמרת") או ראש נזק חדש בנזיקין ("עוולה מוגמרת")? תאוריה ונפקויות מעשיות
 4. לא מוכיחים ב-30%! – העמידה על הוכחת החלק בר הייחוס במאזן הסתברויות
 5. אי-זניחותו של החלק בר הייחוס כתנאי להחלת הדוקטרינה
 6. האם יש להכיר בפיצוי על פי הסתברות בכלל, ולא רק בנזקי גוף ובמקרים של אובדן סיכויי החלמה?
 7. בעיית הא-סימטריה 1: אין סימטריה בין הלכות הפגיעה בסיכון (פאתח) והגברת הסיכון (מלול)

8. בעיית הא-סימטריה 2: מדוע בעצם לא להכיר בפיצוי על פי הסתברות גם בטווח שמעל ל-50% ועד 100%? השאלה בדבר המשך תוקפו של מבחן מאזן ההסתברויות
9. תפקידה של הדוקטרינה בשיקולים למתן צו עשה במשפט מנהל/חוקתי ובדיני עבודה: האם עולם ההסתברויות רלוונטי גם לתחומים אלו?

סוף דבר

מבוא

בעשורים האחרונים חלו במשפט הישראלי התפתחויות באשר להכרה בדוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות במקרים של סיבתיות עמומה, הכוללת את הפן של פגיעה בסיכוי (לרבות אובדן סיכויי החלמה), מחד גיסא, ואת הפן של הגברת הסיכון, מאידך גיסא. על רקע שתיקתו הנמשכת של המחוקק בעניין, ההכרה של בית המשפט העליון בכל אחד משני חלקי הדוקטרינה הייתה שונה, והתרחשה בשלבים. בשנת 1988 אומצה בבית המשפט העליון הלכת **פאתח**, היא הלכת הפגיעה בסיכוי,¹ אשר הכירה לראשונה, במקרה של אובדן סיכויי החלמה, באפשרות לפסוק פיצוי יחסי על פי הסתברות (ולכן זוהתה מאוד דווקא עם אובדן סיכויי החלמה ועם הפן של נזקי גוף כתוצאה מרשלנות רפואית). בשנת 2010 קבע בית המשפט העליון, בדיון נוסף בפרשת **מלול**, את הלכת הגברת הסיכון,² המאפשרת להכיר בפיצוי יחסי על פי הסתברות גם במקרים של הגברת סיכון, תוך סיווג ההלכה – בדעת רוב ובשונה מהלכת **פאתח** לגבי פגיעה בסיכוי – למקרים של "הטיה נשנית".³ הלכת **פאתח** באשר לפגיעה בסיכוי נותרה אפוא על כנה, ללא אותו סיווג.

מטרתה של רשימה זו היא להציג את שני חלקי הדוקטרינה ואת ההבדלים ביניהם להלכה ולמעשה בפסיקה, ובתוך כך להתמקד, מחד גיסא, בצורך להכיר בפיצוי על פי הסתברות, בין במקרים של פגיעה בסיכוי (לרבות אובדן סיכויי החלמה) בין במקרים של הגברת סיכון, אך להצביע, מאידך גיסא, על כמה קשיים עיוניים ובעיות מעשיות שיש לשים אליהם לב בדרך לאותה הכרה, ואשר בעקבותיהם עדיין יש אומנם מקום להכיר בדוקטרינה אך ראוי לסייגה בכמה סיוגים מרכזיים, שיוצגו בחיבור. ברשימה זו גם יועלו

1 ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312 (1988) (להלן: הלכת **פאתח** או ע"א **פאתח**).

2 דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד סד(1) 533 (2010) (להלן: דיון נוסף **מלול** או דנ"א **מלול**).

3 פירוש עיקרי ההלכה יובא להלן בפרק א.

מחשבות, קשיים ובעיות שיש מקום שבית המשפט יתייחס אליהם בפסיקותיו, וזאת כדי לקבוע את גבולות הגזרה של ההכרה בדוקטרינה.

בפרק א יוצגו ההלכות שניתנו בבית המשפט העליון בישראל באשר לדוקטרינת הפיצוי היחסי על פי הסתברות – ההלכה בעניין הפגיעה בסיכוי (לרבות אובדן סיכויי החלמה) אל מול ההלכה בעניין הגברת הסיכון. **בפרק ב** יידון הצורך להכיר בדוקטרינה, על שני חלקיה, אם כי בצורה מתוחמת, תוך קביעת גבולות גזרה ברורים והתחשבות בקשיים ומחסומים שונים, הן עיוניים והן מעשיים. כמו כן תופנה קריאה לבתי המשפט – ואולי גם למחוקק, אם תהיה כוונה לחוקק את הדוקטרינה – להביא בחשבון ביישום הדוקטרינה את אותם קשיים ומחסומים, בחלק מהמקרים על ידי הצבת סייגים להכרה המעשית בדוקטרינה. במסגרת אותו פרק נעמוד על כמה סוגיות ונקודות: (1) חישוב החלק בר הייחוס למעוול כבסיס להחלת הדוקטרינה⁴ – נטען כי יש צורך בחישוב (לא מדויק אך כזה שמבטא לפחות הערכה מקורבת) של אותו חלק המיוחס לפעילותו המעוולת של הנתבע, כדי להטיל עליו במאזן הסתברויות אחריות בגובה אותו חלק בר ייחוס, וכי אין די באומדן כללי (אומדן כללי – למשל מטעמי צדק – אינו פסול כמובן, אך אינו שייך לפיצוי על פי הסתברות). (2) שאלת ה"כמה" לעומת ה"אם בכלל" – בעיית ההשוואה בין אומדן לעניין עצם הקשר הסיבתי, אשר בו עסקינן, לבין אומדן נזק לאחר שכל רכיבי העוולה הוכחו.⁵ חלק מההצדקות שהועלו להכרה בדוקטרינה בכלל, ובפרט כאשר האומדן אף אינו מקורב, התבססו על היקשים והשוואות לכך שהפסיקה הנזיקית משתמשת בהערכות לא מדויקות ובאומדנות כלליות כעניין שבשגרה – למשל, כאשר היא מעריכה השתכרות עתידית כדי להורות על פיצוי בעבור אובדן השתכרות זמני או קבוע. יוסבר כי אין בכך כדי לתמוך בהכרה בדוקטרינה, שפירושה התערבות באחד הרכיבים המרכזיים של נוסחת האחריות הנזיקית הבסיסית – הקשר הסיבתי העובדתי (ה"אם בכלל"). התערבות זו, כך נטען, אינה דומה לשימוש בהערכות ואומדנות בשלב השני, לאחר שכבר הוכרה האחריות הנזיקית, על הקשר הסיבתי העובדתי הגלום בה, ונותרה רק השאלה מה יהיה גובה הפיצוי בראשי הנזק השונים (ה"כמה"). (3) השאלה אם פיצוי על פי הסתברות הוא למעשה פריצה של דיני הראיות ("עוולה בלתי מוגמרת") או שמא ראש נזק חדש בנזיקין ("עוולה מוגמרת"), מה שמהווה "מהפכה" בדיני הנזיקין.⁶ לשאלה זו יש נפקויות שאינן רק עיוניות, אלא גם מעשיות, ובכלל זה לשאלה אם יש להכיר בפיצוי לבריאים שנחשפו לסיכון וטרם חלו בתחלואה הקלסית להיחשפות (למשל, במחלת הסרטן) – כגון פיצוי בגין עצם ההיחשפות, בגין חרדות שהם פיתחו מפני תחלואה עתידית או בגין הוצאות שהם הוציאו על בדיקות ואיתור – וגם לשאלות העוקבות אם וכיצד יש להכיר במי שקיבלו פיצוי כזה עקב היחשפות לסיכון ולבסוף חלו ומעוניינים לתבוע שוב, הפעם על עצם התחלואה, כשבפניהם לכאורה מחסומים כגון מעשה בית דין והשתק עילה או השתק

4 להלן בתת-פרק ב1.

5 להלן בתת-פרק ב2.

6 להלן בתת-פרק ב3.

פלוגתא, ואם הפיצוי שקיבלו ב"סיבוב הראשון" יופחת מזה שיקבלו ב"סיבוב השני". (4) הצורך בהוכחת החלק בר הייחוס במאזן הסתברויות⁷ – אחת הטעויות הנפוצות היא לראות בפיצוי על פי הסתברות כהוכחת התביעה כולה בהסתברות של פחות מ-50%, דהיינו תוך חריגה ממבחן מאזן ההסתברויות, ולא היא; את החלק בר הייחוס לפעילות העולתית של הנתבע יש להוכיח בהסתברות של יותר מ-50%, מה שמותיר את מבחן מאזן ההסתברויות על כנו גם כאשר עוברים לעולם ההסתברויות.⁸ (5) אי־זניחותו של החלק בר הייחוס כתנאי להחלת הדוקטרינה, והשאלה כיצד תוגדר לצורך כך זניחות.⁹ (6) השאלה אם יש להכיר בפיצוי על פי הסתברות בכלל – דהיינו, לא רק בנוקי גוף, אלא גם במקרים כגון נזק לרכוש – או שמא יש להכיר בו רק במקרים של הגברת סיכון לנזק גוף ובמקרים של אובדן סיכויי החלמה שמנווטים לדיני הנזיקין.¹⁰ לקראת סיום יידונו שתי בעיות של א־סימטריה בהכרה בדוקטרינה, על שני חלקיה: (7) העדר הסימטריה בין הלכת הפגיעה בסיכוי (פאתח) להלכת הגברת הסיכון (מלול);¹¹ (8) שאלת ההכרה האפשרית בפיצוי על פי הסתברות גם בטווח שמעל ל-50% ועד 100%.¹² (9) נסיים בהעלאת השאלה, המפתיעה משהו, בדבר תפקידה של הדוקטרינה בשיקולי צו עשה במשפט מנהלי/חוקתי ובדיני עבודה: האם עולם ההסתברויות רלוונטי גם לתחומים אלו, אף שאין מדובר בפיצוי חלקי ויחסי, שהוא בבחינת סעד של "אפור", אלא בהחלטה על מתן צו או אי־מתן צו, שהיא בבחינת "שחור" או "לבן", ולכן אין לה לכאורה מה להסתייע בעולם ההסתברויות כלל?¹³ לבסוף נסכם.

פרק א: דוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות – ההלכות בישראל באשר לפגיעה בסיכוי (אובדן סיכויי החלמה) (הלכת פאתח) ובאשר להגברת סיכון (הלכת דיון נוסף מלול)

בפרשת פאתח¹⁴ הוכרה לראשונה בישראל האפשרות לקבל פיצוי יחסי בשל אובדן סיכויי החלמה. באותה פרשה דובר באדם שעבר ניתוח באוזנו הימנית, שבמהלכו נפגע ושותק עצב הפנים שלו. הנזק התגלה רק בחלוף עשרים וארבע שעות, והניתוח השני לתיקון העצב בוצע באיחור של עשרה ימים(!), במקום באופן מיידי. בית המשפט

7 להלן בתת־פרק ב.4.

8 כפי שהוכח, למשל, בע"א פאתח, לעיל ה"ש 1, שם אחוזי הסיכוי של התובע להחלים, שעמדו על 30%, הוכחו בהסתברות של יותר מ-50%, קרי, התובע עמד במאזן ההסתברויות.

9 להלן בתת־פרק ב.5.

10 להלן בתת־פרק ב.6.

11 להלן בתת־פרק ב.7.

12 להלן בתת־פרק ב.8.

13 להלן בתת־פרק ב.9.

14 ע"א פאתח, לעיל ה"ש 1.

המחוזי בנצרת פסק לתובע פיצוי בשיעור מלוא הנזק המוכח.¹⁵ בערעור לבית המשפט העליון טענה הנתבעת (קופת החולים), בין היתר, כי התובע לא הצליח להוכיח במאזן הסתברויות את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות (האיחור באבחון) לבין הנזק הפיזי שנגרם לו (אי-החלמה). לטענתה, אף אילו התגלה הנזק מייד לאחר הניתוח הראשון והניתוח השני היה מתבצע בסמוך, עדיין הסיכוי למניעת הנזק ולהטבתו היה פחות מ-50%. משכך, טענה הנתבעת, לא עמד התובע בכלל מאזן ההסתברויות, הדורש הוכחה ברמה של יותר מ-50%. בית המשפט העליון קבע כי יש ראש נזק אחר, חדש, שהתובע הצליח להוכיח קשר סיבתי אליו, והוא אובדן סיכויי החלים. בנסיבות העניין קבע בית המשפט כי סיכויי ההחלמה של התובע היו 30%. לפיכך חייב בית המשפט העליון (בפסק דין של השופט שלמה לוין, שלחוות דעתו הסכימו השופטים אהרן ברק ואליעזר גולדברג) את קופת החולים בפיצוי בשיעור של 30% מן הסכום שנפסק בערכאה דלמטה. בכך הכיר בית המשפט בשנת 1988, למעשה לראשונה בישראל, בדוקטרינת הפיצוי היחסי במקרים של אובדן סיכויי החלמה, שהוגדר ראש נזק בר פיצוי. דוקטרינה זו נועדה לסייע לתובע להתגבר על קשייו להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי – באותו מקרה בין ההתרשלות לבין הנזק הפיזי של אי-החלמה – במאזן הסתברויות.¹⁶

הלכת הפגיעה בסיכוי, היא הלכת פאתח, לא סויגה במקרים של עוולות המוניות וסדרתיות. אדרבה, ההלכה עלתה וצמחה מתוך מקרה יחידני של אובדן סיכויי החלמה לאדם פרטי, כמו במקרה האמריקני *Herskovits*, שם נפטר התובע מסרטן ריאות, והטענה כלפי הרופא הנתבע הייתה שהוא הפחית את סיכויי ההחלמה של התובע עקב אי-גילוי מוקדם של המחלה.¹⁷

הדיון הנוסף בפרשת **מלול** זימן, בדעת רוב, הלכה אחרת (ככל שניתן להצביע על דעת רוב מהלכה זו¹⁸), אף שיש הרואים בהגברת סיכון ובפגיעה בסיכוי משום

15 ת"א (מחוזי נצ') 459/82 פאתח נ' קופת חולים של ההסתדרות (26.2.1984).

16 הטלת אחריות לפי הסתברות זכתה בצידוד בקרב מלומדים שונים. ראו, למשל, עומר פלד ורונן אברהם "צדק עיוור – מתי על בתי-המשפט להתעלם ממה שרואות עיניהם בחישוב הפיצוי בגין נזק גוף?" **משפטים** נג, ה"ש 93 (צפוי להתפרסם).

17 *Herskovits v. Group Health Coop.*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983).

18 ראו, למשל, יונתן דייזיס "כיצד ניישם את הלכת הסיבתיים העמומה בתביעות רשלנות רפואית? בעקבות דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל נ' עדן מלול (29.8.10)" **רפואה ומשפט** 43, 146 (2011); אלון אגמון ואיתמר מצרי "עמימות יחסית: על הטלת אחריות יחסית כשהסיבתיים עמומה – היבטים של יעילות וצדק לאור הלכת מלול" **הארץ** דין ו 20 (2012); בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי – בעקבות דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל – חיפה נ' מלול" **עלי משפט** י 7 (2012); אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול" **ספר שלמה לוין** 375, 380, 382–386 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים) (2013) (להלן: פורת "אחריות הסתברותית"); עמוס הרמן **דיני נזיקין** 171–172 (מהדורה שנייה 2020); רונן קריטנשטיין ואליעזר ריבלין "אחריות יחסית בבית ספרנו? העולה כיתה בבית ספרנו?" **המשפט** כח 323 (2022).

תמונת ראי זו של זו במסגרת אותה דוקטרינה של פיצוי על פי הסתברות.¹⁹ בפרשת הגברת הסיכון,²⁰ היא פרשת **מלול**, הוגשה תביעה ברשלנות נגד בית חולים על כי איחר בארבעים וחמש דקות בביצוע ניתוח קיסרי בנסיבות של מצוקה לאמה של תינוקת, בנסיבות של פגות ומשקל קטן של העובר (האם הייתה בשבוע העשרים ותשעה + שישה ימים להריונה, וזהו גורם שאינו עוולתי) ודימום במסגרת היריון בסיכון גבוה. בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט יגאל גריל) קיבל באופן עקרוני את התביעה, וקבע בשנת 2002 כי בית החולים התרשל והפר את חובת הזהירות, שכן על פי הנתונים שהיו בידי הצוות הרפואי היה עליהם לצפות צורך בעריכת ניתוח קיסרי דחוף, ולפיכך היה עליהם להיערך לניתוח כזה במהירות רבה יותר. הוא פסק נגד הנתבעים (בית חולים כרמל וקופת חולים כללית) פיצוי יחסי, על דרך האומדנה, בשיעור 40% מהנזקים המוכחים, וזאת לנוכח חוסר הוודאות בהצבעה על סיבתיות עובדתית דווקא בין הטיפול הרשלני לבין הנזק (שיתוק מוחין ופיגור שכלי), ולא בין גורמים אחרים, שיש להניח שאינם עוולתיים, לבין הנזק; שכן נזק מהסוג המתואר יכול לקרות גם עקב הפגות לבדה.²¹ או עקב שילוב של גורמים שונים, ידועים או לא ידועים, עוולתיים או לא עוולתיים.²²

בית המשפט העליון, בערעור ובערעור שכנגד, הפחית בשנת 2005 את הפיצוי ל-20%, על דרך האומדנה, כהערכה כללית שנועדה למנוע אי-צדק.²³ עיקרי ההלכה, מפי השופט מרים נאור (אשר לחוות דעתה הסכימו המשנה לנשיא (בדימוס) אליהו מצא והשופט סלים ג'ובראן; להלן: הלכת הערעור), היו הצגת מבחן בעל שלושה יסודות מצטברים, אשר בהתקיימו יהיה אפשר לפסוק פיצוי על פי הסתברות במקרים של הגברת סיכון. ליסוד של הערכה כללית על דרך האומדנה לשם מניעת אי-צדק, צירף בית המשפט העליון שני יסודות נוספים, מצטברים: הפיצוי על פי הסתברות יופעל במקרים שבהם הנתבע היווה גורם סיכון ממשי ומשמעותי, ולא זניח או מזערי; והתובע עמד במבחן של מאמץ להשיג את מרב הראיות המדעיות, להציגן ולבארן.²⁴

19 בכך נדון להלן בתת-פרק ב7.

20 מן הראוי לציין כי פרשת **מלול** עוסקת לא רק בהגברת סיכון, אלא בסיבתיות עמומה באופן כללי, ולדעת חלק מהשופטים יש אפילו מקום לבחון התייחסות בחקיקה לעמימות ביסודות אחרים של האחריות הנזיקית (ראו, למשל, דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 8–15 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה). אולם הדיון בחיבור זה נסב בעיקר על הגברת סיכון ועל פיצוי על פי הסתברות כפתרון משפטי לסיבתיות העמומה.

21 ת"א (מחוזי חי') 1058/94 **מלול נ' בית חולים "כרמל" חיפה** (נבו 18.7.2002) (להלן: ת"א **מלול**).

22 עניין זה מודגש במיוחד אצל קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" **עיוני משפט** כז 323 (2003), אם כי לא לעניין הספציפי הנדון (המאמר נכתב לפני פסק הדין בערעור).

23 ע"א 7375/02 **בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול**, פ"ד ס' 11 (1) (2005) (להלן: ע"א **מלול**).

24 שלושת היסודות המצטברים נקבעו שם, בפס' 26 ו-29–30. ניתן להוסיף עליהם יסוד רביעי, אשר למעשה הוזכר גם הוא שם, בפס' 26, ומהווה מעין יסוד סף לכניסה לסוגיה מלכתחילה: על התובע

בעקבות פסק הדין בערעור הוגשה בקשה לדיון נוסף, וזה אכן נערך בהרכב של תשעה שופטים, אשר פרסמו את פסק דינם בשנת 2010. ראוי להתעכב על הדעות השונות בפסק הדין, לא רק מפני שהיו שסברו כי קשה לחלץ דעת רוב מהדעות השונות – דבר מרתק כשלעצמו בענייני פרוצדורה – אלא גם כדי להצביע על המורכבות של הנושא בכלל ושל ההלכה בפרט, ועל הצורך לסייג ולתחום אותה היטב בפסיקה בערכאות השונות שלאחר מתן אותה ההלכה.

דעת המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין, שנתפסה כדעת הרוב, הייתה כי יש להכיר בדוקטרינה של הגברת סיכון בעיקר במקרים של "הטיה נשנית". מבחן זה עיקרו הוא החלת הפיזיו על פי הסתברות כמעט רק במקרים של מעוולים סדרתיים והמוניים, כלומר, ב"מחלקה של מקרים המאופיינת ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים ובקיומה של הטיה שיטתית הפועלת לרעתו של אחד הצדדים המתדיינים, אם הכלל בדבר מאזן ההסתברויות מוחל על כל אחד מן המקרים".²⁵ להלן פרטיו של אותו מבחן:

"מבחן ההטיה הנשנית מתגבש אפוא בהתקיים ארבעה יסודות: מזיק; קבוצת ניזוקים; סיכון חוזר ומשותף; הטיה עקבית בהחלת הכלל בדבר מאזן ההסתברויות. חשוב להדגיש ש'מזיק' אינו חייב להיות מזיק יחיד, במובנו הפשוט ביותר, והוא 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, בדוגמה בדבר הזיהום הסביבתי; השני, מצב שבו מבצע המזיק כמה מעשים עוולתיים החושפים בכל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון, ובמצטבר – את הקבוצה כולה. כך הדבר, למשל, בדוגמה בדבר המדיניות הרפואית הרשלנית. הנה כי כן, הגדרתו של הסיכון כ'חוזר ומשותף' עשויה להישען על היקף פרישתו הרחב של המעשה העולתי או על הישגותו.

אולם, בקיומו של מזיק היוצר סיכון חוזר ומשותף אין די. כדי לקיים את המבחן יש צורך בהטיה עקבית המתקבלת מיישומו של הכלל בדבר מאזן ההסתברויות על המקרים המשתייכים לקבוצה".²⁶

השופט ריבלין מדגיש כי הוא אינו סוגר את הדלת בפני תביעות במקרים שאינם המוניים, כגון מדיניות רשלנית של בית חולים או התרשלות של מעביד כלפי עובדיו

להוכיח אי־ודאות מובנית בשאלה איזה מבין גורמי הסיכון המוכרים לנזק, שחלקם עוולתיים, גרם בפועל לנזק של התובע.

25 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (ההדגשות במקור).

26 שם, בפס' 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (ההדגשות במקור). באופן כללי, ההלכה שהמשנה לנשיאה ריבלין מציג נפרשת על פני פס' 20–45 לפסק דינו.

המגבירה את הסיכון של כל אחד מהם לחלות במחלה,²⁷ כלומר, מקרים של עוולה כלפי קבוצה מוגדרת, אף אם היא אינה המונית ממש כמו במקרים של זיהום סביבתי וכיוצא בהם. כמו כן, הוא מסכים עם הגורם השלישי במבחן שהציבה השופטת מרים נאור בערעור בפרשת **מלול**,²⁸ שלפיו יש להביא את מיטב הראיות המהימנות והמספקות בנסיבות העניין.²⁹ אף שמבחן ההטיה הנשנית לא הוזכר במפורש בפסיקה או בספרות ברחבי העולם, השופט ריבלין מציין כי הפרמטרים המרכיבים אותו לקוחים למעשה מהספרות וכן מרציונלים של פסיקות שונות, בעיקר לגבי אחריות בגין נתח שוק ונזקים שחומרים רעילים גורמים במקרים של היחשפות המונית לסיכון.³⁰ הוא סבור כי המבחן שהוא מציג אף מונע זניחות של גורם הסיכון הנחשב (הגורם השני שעליו הצביעה השופטת נאור בערעור)³¹ ומשרת מטרות של אחידות וודאות משפטית, וכי יישומו יתפתח בהמשך הפסיקה.³² לבסוף, לדעתו, במקרה **מלול** לא הוכחה הטיה נשנית, ולכן אין מקום באופן עקרוני לפצות את התובעים.³³ השופט אדמונד לוי הסכים באופן מלא לפסק דינו של השופט ריבלין.

חוות הדעת שנתפסה כדעת המיעוט המרכזית נכתבה על ידי השופטת נאור. פסק דינה בדיון הנוסף היה דומה, אם כי לא זהה, לפסק הדין בערעור. לדעתה, ובשונה מדעת השופט ריבלין, אין הצדקה, מכוח מטרותיהם של דיני הנזיקין, לצמצם את האפשרות לפסוק פיצוי על פי הסתברות במקרים קבוצתיים ולהדירו כמעט לחלוטין ממקרים יחידניים.³⁴ אליבא דשופטת נאור, ובניגוד לדעת השופט ריבלין, יש להחיל את הדוקטרינה של הגברת הסיכון ופיצוי על פי הסתברות גם ביחס לניזוקים פרטניים.³⁵ יתר על כן, גם לגבי מקרים קבוצתיים היא מותירה את מבחן ההטיה הנשנית ב"צריך עיון".³⁶ אף שבאופן עקרוני היא מחרה מחזיקה אחרי הכרעתה בערעור, היא מוסיפה בדיון הנוסף דרישה לקיומו של נזק גוף דווקא (לאו דווקא עקב רשלנות רפואית, אלא גם במקרים של זיהום סביבתי ועוד), ומשאירה ב"צריך עיון" את האפשרות להחיל את הדוקטרינה על נזקים אחרים, וזאת מתוך ש"נזק גוף בלתי מפותח הוא הקרקע החזקה ביותר ליישום השיקול בדבר הצדק המתקן לטובת הכרה בחריג של פיצוי לפי

27 שם, בפס' 35 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

28 ע"א **מלול**, לעיל ה"ש 23, בפס' 29.

29 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

30 שם, בפס' 32–35 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

31 שם, בפס' 42 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

32 שם, בפס' 44 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

33 בהקשר זה עולה שאלת תחולתה הרטרופקטיבית של הלכה שנקבעה זה עתה על מקרה שנדון כעת אך התרחש קודם לכן, והמעוול הפוטנציאלי ושאר הצדדים לא יכלו לדעת ולנחש שזו תהיה ההלכה ולכלכל את צעדיהם בהתאם, ככל שיכלו לעשות כן. אולם דיון בשאלה זו חורג ממסגרת המאמר.

34 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 7–8, 40, 56–61 ו-70 לפסק הדין של השופטת נאור.

35 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת נאור.

36 שם, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת נאור.

הסתברות³⁷. על כל פנים, לדעתה של השופטת נאור, אף אם תעלה טענה שגישתה גורמת להרתעת יתר, יש לכך הצדקה בשל מטרות אחרות של דיני הנזיקין, ובראשן הצדק המתקן וכן הצדק החלוקתי, ומעבר לכך, כאשר מדובר בנזקי גוף, ניתן לקבל גם מצב של הרתעת יתר³⁸. לבסוף, השופטת נאור מציעה להחיל את הפיצוי על פי הסתברות על התדיינויות בדיני הנזיקין בלבד, בדין המהותי, ואינה רואה בכך חריג בדיני הראיות כלל³⁹. לפסק הדין של השופטת נאור הסכימו שלושה שופטים נוספים. השופט אליקים רובינשטיין מסכים לחלוטין עם דעתה, ותומך יתדותיו, בין היתר, בגישה מסוימת בדין העברי. הוא מתנגד לאמירתה של השופטת פרוקצ'יה (שתוצג להלן, ושהיא למעשה גם אמירתה של הנשיאה ביניש) כי אין זה ראוי שהנושא ייפתר במסגרת חקיקה שיפוטית אלא דרושה חקיקה של הכנסת בעניין. הוא סבור כי אין לכך סיבה, וכי הדבר עלול לפגוע בצדק⁴⁰.

השופטת עדנה ארבל מסכימה אף היא עם השופטת נאור. היא מדגישה, אף יותר מהשופטת נאור, את החשיבות שבמטרת ההרתעה המיטבית לצד הצדק המתקן והצורך בצמצום עוצמתן של הטעויות המשפטיות גם במקרים היחידניים⁴¹. היא משווה את הדוקטרינה, בין היתר, לעברות התנהגותיות בפלילים, שאינן דורשות הוכחת נזק⁴². היא אף מדגישה כי בחמש השנים וחצי שחלפו מאז ניתנה הלכת הערעור לא נפרצו הגבולות לעניין הגברת הסיכון על ידי הערכאות השונות שיישמו את ההלכה⁴³. לבסוף, השופטת ארבל קוראת למחוקק להסדיר את הסוגיה, אך אינה סבורה כי בינתיים יש לעכב את ההתפתחות הפסיקתית⁴⁴.

השופט סלים ג'ובראן מסכים אף הוא עם תוצאת פסק הדין של השופטת נאור. כזכור, הוא הסכים עימה גם בפסק הדין בערעור, אך הפעם נימוקיו אחרים. לדעתו, מדובר בשינוי בחריג בתחום הראייתי-הדיוני, ולא בתחום הנזיקי-המהותי. הוא מצמצם את שדה העמימות הנדון לתחום העמימות המדעית דווקא, כמצב נתון במציאות גם מחוץ לכותלי בית המשפט, להבדיל מעמימות עובדתית לפני בית המשפט. גם הוא מסכים שהצדק המתקן מופר ואינו מתמלא אם אין מכירים בדוקטרינה גם במקרים יחידניים. אומנם, במקרים המוניים הפגיעה במטרה זו מודגשת יותר, אך לא כשלעצמה, אלא פשוט משום שמדובר במקרים רבים שבכל אחד ואחד מהם יש פגיעה בצדק. זאת, לא כמו ביישום מטרות הצדק החלוקתי וההרתעה, שם באמת ככל שמדובר במקרים

37 שם, בפס' 62 לפסק הדין של השופטת נאור. בעניין זה היא מפנה למאמר Margaret T. Mangan, *The Loss of Chance Doctrine: A Small Price to Pay for Human Life*, 42 S.D. L. REV. 279 (1997).

38 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 70 ו-139 לפסק הדין של השופטת נאור.

39 שם.

40 שם, בפס' יח-כג לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

41 שם, בפס' 4-5 לפסק הדין של השופטת ארבל.

42 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת ארבל.

43 שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת ארבל.

44 שם.

רבים יותר כן הפגיעה קשה יותר.⁴⁵ אולם השופט ג'ובראן מדגיש כי למעשה אפשר לומר שאין פגיעה בצדק המתקן כל עוד לא הוכח כלל שהמזיק הוא שפגע בניזוק ולכן לא ברור שאפשר לכנות את הנתבע "מזיק" כלל. דהיינו, הצדק המתקן האריסטוטלי (אריסטו) והוויינריי (ארנסט ויינרייב) נכנס לתמונה כאשר ברור, במאזן הסתברויות, שהנתבע גרם נזק לניזוק.⁴⁶ לדעתו, העמימות המדעית אינה מאפשרת להתייחס למקרה כאל כזה המפעיל עקרונות של צדק, שכן אלה נכנסים לתמונה רק כאשר תמונת המציאות האמיתית ברורה, להבדיל ממצבים שבהם יש חוסר מידע מספק על המציאות.⁴⁷ הוא מסביר אפוא אחרת את ההסתמכות הנצרכת על עקרונות של צדק מתקן.⁴⁸

במקרים כאלה דרושה, לדעת השופט ג'ובראן, התגמשות ראייתית,⁴⁹ אך את עצם קיומה של העמימות המדעית, להבדיל מתוכנה, יש להוכיח במאזן הסתברויות.⁵⁰ לאחר מכן, לדבריו, ייבחן הקשר הסיבתי לא לפי מאזן הסתברויות, אלא לפי מבחן של "הסתברות ממשית".⁵¹ עוד סבור השופט ג'ובראן כי כדי להשתמש בדוקטרינה אין להסתפק בראיות כלליות ו"עירומות", אלא בכל מקרה יש להביא ראיות מסוימות פרטניות.⁵² יצוין כי השופטת ארבל אינה רואה הבדל מהותי בין גישותיהם של השופטים נאור וג'ובראן. כאשר לצורך להביא ראיות פרטניות דווקא או כלליות, השופטת ארבל סבורה כשופטת נאור.⁵³

כדי לנסות לחלץ את דעת הרוב ולהבין מהן דעות המיעוט, ניתן לערוך סיכום ביניים כדלהלן: המחלוקות בין דעות השופטים שנסקרו עד כה מתמקדות בשאלת גבולות התפרשותה של ההכרה בדוקטרינה בדבר הגברת הסיכון ופיצוי על פי הסתברות. בגישתו של השופט ריבלין (הטיה נשנית) תומכים עד כה שני שופטים (ריבלין ולוי), ואילו בגישתה של השופטת נאור (תמיכה בהלכת הערעור, בתוספת סייגים של נזק גוף בלבד ובדיני הנזיקין בלבד) תומכים עד כה ארבעה שופטים (נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן).

45 שם, בפס' 5–6 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

46 שם, בפס' 8–9 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

47 שם, בפס' 12 ו-14 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

48 ראו, למשל, שם, בפס' 20 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

49 שם, בפס' 14 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

50 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

51 שם, בפס' 19 לפסק הדין של השופט ג'ובראן, אשר מפנה לדעותיהם של ריצ'רד דלגדו וסטיב גולד: Richard Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-in-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 CALIF. L. REV. 881, 897 (1982); Steve Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 YALE L.J. 376, 395–397 (1986).

52 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 23 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

53 שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופטת ארבל.

שתי שופטות נוספות – הנשיאה דורית ביניש והשופטת אילה פרוקצ'יה – סברו כי לעת עתה, למעשה, אין להכיר בדוקטרינה, ולכן יש לקבל את הבקשה לדיון נוסף ולקבוע כי כעיקרון אין לפצות במקרה זה. פסק הדין של הנשיאה ביניש היה רך יותר, ואילו פסק הדין של השופטת פרוקצ'יה היה נחרץ מאוד.

הנשיאה ביניש סבורה כי הן דעת השופט ריבלין והן דעת השופטת נאור הן קיצוניות, ומציעה, לדבריה, דרך ביניים. היא חוששת ממדרון חלקלק בהעדר קווים תוחמים להכרה בדוקטרינה, זאת עוד מפסיקה קודמת שלה,⁵⁴ ולכן נזהרת מתמיכה בגישתה של השופטת נאור. היא מסכימה למבחן ההטיה הנשנית, אך רק באשר לקבוצה שהשופט ריבלין מדבר עליה, ולא ברור מבחינתה שאין להכיר בדוקטרינה גם במקרים אחרים.

אולם דומה כי הנשיאה אינה מציעה דרך ביניים של ממש, אלא פנייה לשתי חלופות: עידוד פשרה, שהיא מעשית כאשר ההסתברות לקיומו של הקשר הסיבתי היא משמעותית, אף אם אין היא עומדת בהכרח במבחן מאזן ההסתברויות; או הפיכת נטלי השכנוע במקרים חריגים, תוך אי-הכרה נכון לעתה – לפני דיון ציבורי ובחינת האפשרות לחקיקה מתאימה – במציאת פתרון כולל לבעיה של הוכחת הקשר הסיבתי לא באמצעות הכלים המסורתיים הנקוטים על ידינו. על פתרון כזה, לכשימצא לאחר אותו דיון ציבורי ובחינת חקיקה, למלא את העיקר בעיניה, שהוא "שבסופה של דרך לא נטיל על הציבור כולו את הנטל של הפיצוי במסלול דיני הנזיקין. ייתכן שהפתרון הצודק טמון בחלוקה אחרת – ביטוחית, כלכלית או חברתית".⁵⁵ לכן היא מקבלת למעשה את הבקשה של בית חולים כרמל לדיון נוסף, ומציעה באופן עקרוני לא לקבל את הדוקטרינה כלל, נכון לעתה.

השופטת פרוקצ'יה הגיעה לאותה מסקנה כמו זו של הנשיאה ביניש – שיש לקבל את הבקשה לדיון נוסף ושכעיקרון אין לפצות במקרה זה – אולם מטעמים שונים לגמרי מאלה של דעת הרוב, ובנחרצות יתר בהשוואה לגישתה של הנשיאה ביניש. היא סבורה כי גישה המייסדת "מדרג אחריות" כמו בהלכת הערעור מהווה סטייה ומהפך בתפיסת דיני הנזיקין והמשפט האזרחי בכלל, וכי היא זרה למבחן מאזן ההסתברויות, שכן היא מאפשרת הוכחה ברמת ודאות פחותה ממאזן ההסתברויות.⁵⁶

מעבר לכך, לדעתה, מדובר בחקיקה שיפוטית רחבת היקף, שיש להותירה בידי המחוקק כחלק ממבנה סטטוטורי כולל, המביא בחשבון גם השלכות בתחומים אחרים של המשפט – לא רק בתחום הרפואה ולא רק לעניין עוולות המוניות.⁵⁷ כמו כן, לא ברור, לדברי השופטת פרוקצ'יה, מדוע לא לבחון דרכי פתרון לעמימות גם ביחס ליסודות אחרים של העוולה, וכן ביחס לנזקי רכוש ולגבי ענפי משפט אחרים; מדוע לא

54 ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680, 710–711 (1999) (להלן: עניין כהן נ' קופת חולים כללית).

55 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 7 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

56 שם, בפס' 3–4 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה. על כך, בין היתר, נשיג להלן בתת-פרק 4.

57 שם, בפס' 9–17 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

להכיר בדוקטרינה באופן סימטרי גם בטווח שמעל למאזן ההסתברויות; מה יהיו העלויות על כלל הציבור מהתייקרות אפשרית של הביטוח, ועוד.⁵⁸ לדבריה:

"השינויים המהותיים המוצעים בדין הראיות ובמושגי האחריות בנוזקין עשויים להקריין במישורין גם על תפישת האחריות ועל רמת ההוכחה בענפי המשפט האזרחי האחרים, ובכללם דיני חוזים, קניין, משפחה, ועוד. הם משנים סדרי עולם בהסטת האזון שהיה קיים עד כה במערך הסיכויים והסיכונים בין התובע לבין הנתבע ובמידת מעורבותו של הציבור הרחב במערך זה באמצעות נטלי ביטוח ופיזור הנזק. הם טומנים בחובם השפעות 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, בעיקרה, על פי העיקרון בדבר מאזן ההסתברויות – ולמידת ההרמוניה שניתן להשיג בהטמעתו בשיטה הכללית. האחריות היחסית, או האחריות המדורגת, בהשתרשותה בתפישה המשפטית, היא בעלת תחולה כללית במהותה ואינה ייחודית לענף משפטי מסוים, לעילה מסוימת או למרכיב ספציפי בעילה. היא חובקת את זרועות המשפט האזרחי כולו. אפשר שהיא מקרינה גם לתחומי משפט אחרים."⁵⁹

לפיכך, השופטת פרוקצ'יה גם אינה מסכימה עם מבחן ההטיה הנשנית של השופט ריבלין או עם כל מבחן אחר שמקורו בפסיקה, ולמעשה קוראת למחוקק ליטול את המושכות לידיה, באמצעות הקמת ועדה מקצועית שתשתף את מגזרי הציבור הנוגעים בדבר, וכל זאת מבלי להתעלם מחוות דעתם המקיפות של שאר השופטים בפסק דין זה בדיון הנוסף.

אם כן, סיכום הביניים של הדעות נראה כעת כך: במבחן ההטיה הנשנית של השופט ריבלין תומכים שני שופטים – ריבלין ולוי (הנשיאה ביניש תומכת בו באופן עקרוני, אך לא באופן מעשי); ארבעה שופטים תומכים בהלכת הערעור, בתוספת סייגים של נזק גוף בלבד ובדיני הנזיקין בלבד: השופטת נאור – המותירה ב"צריך עיון" את מבחן ההטיה הנשנית לעניין הקבוצתי, אך ככל הנראה הייתה מסכימה להחילו בלית ברירה, בבחינת הרע במיעוטו – ועימה השופטים ארבל, רובינשטיין וגובראן; ודחייה הן של הלכת הערעור והן של קבלת הדוקטרינה בצורה כלשהי בפסיקה נתמכת על ידי השופטת פרוקצ'יה, ובמובן מסוים גם על ידי הנשיאה ביניש.

דעתו של השופט אשר גרוניס מעניינת במיוחד. הוא סבור כי אילו התקבלה דעת המיעוט, המאמצת את הלכת הערעור, היה בכך "משום מהפכה בלתי מוצדקת בדיני

58 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

59 שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

הנזיקין ובדיני הראיות" ומשום שימוש מופרז בשיקול הדעת השיפוטי.⁶⁰ הוא מתייחס למקרים דוגמת המקרה הנדון לפניו, מקרה **מלול**, וקובע בפשטות כי התשתית הראייתית שהונחה לפני הערכאה הראשונה אינה ניתנת לתיאור כמקרה של סיבתיות עמומה. לדעתו, ברור למדי שבמקרה **מלול** הגורם לנזק היה אחר, לא עוללתי, שכן מחוות הדעת הרפואית שהציגה התביעה בבית המשפט המחוזי עלה רק כי יש אפשרות שהנתבע אחראי לנזק, בזמן שהיה גורם אחר ודאי ומוכר להתקיימות תוצאה כמו זו שאירעה. לכן, ובהינתן שאיש מן המומחים לא העיד כי אין אפשרות לקבוע באופן רפואי-מדעי מהו הגורם לנזק, ואף לא ייחס אחוזי הסתברות לכל גורם, יש מקום לקבוע כי אין כאן סיבתיות עמומה כלל. אמירה נגטיבית שלפיה אי-אפשר לשלול שהנתבע היה הגורם לנזק אינה מספיקה לקביעת ממצא עובדתי, להבדיל מאמירה בעלת אופי פוזיטיבי.⁶¹ לדברי השופט גרוניס, אף אילו השתמשו באמירה פוזיטיבית כגון "possible", לא היה זה סטנדרט מספיק להגעה לרף ההוכחה שמעל ל-50%.⁶²

השופט גרוניס דן בכל זאת במקרה **מלול** כאילו מדובר במקרה של סיבתיות עמומה. הוא מדגיש כי לדעתו הצדק המתקן הוא מרכזם של דיני הנזיקין,⁶³ וכי בהליך של דיון נוסף, אשר שקול למעשה לחקיקה, אין להתחשב בפערי כוח ובפערים במשאבים בין הצדדים (דהיינו, בצדק חלוקתי) – מה שניתן לעשות בהליך ערעורי רגיל.⁶⁴ הוא סבור כי פיצוי, אפילו חלקי, בגין יצירת סיכון בלבד, אשר לא הוכח כי גרמה לנזק, אין לו בסיס בדיני הנזיקין, ואם יש רצון לתת ליצירת סיכון ביטוי משפטי, יש לפנות לדין הפלילי, לעברות התנהגות (כגון מתן טיפול רפואי רשלני או בדרך נמהרת) או לקביעת קנסות על התנהגות, גם אם לא גרמה לתוצאה מסוימת.⁶⁵ הוא גם סבור כי פסק הדין של השופט ריבלין אינו עולה בקנה אחד עם צדק מתקן, אולם אינו מפרט בדבר. עם זאת, הוא מציין גם כי "ייתכן שהתנאים בדבר קיומן של קבוצת ניזוקים ושל הטיה עקבית יצדיקו סטייה מוגבלת ומצומצמת מהעיקרון האמור. מכל מקום, איני רואה צורך להביע עמדה סופית בעניין".⁶⁶ אם כן, השופט גרוניס מצדד במבחן מאזן ההסתברויות כמות שהוא, וסבור כי פיצוי על פי הסתברות עלול להוביל להכרעות שגויות רבות ולמהפכה לא מוצדקת בדין;⁶⁷ אך הוא אינו דוחה לגמרי, באופן עקרוני,

60 שם, בפס' 1 ו-16 לפסק הדין של השופט גרוניס.

61 שם, בפס' 4-5 ו-11 לפסק הדין של השופט גרוניס. השוו לביקורת המרכזית על הלכת הערעור שהביעו 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).

62 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 11 לפסק הדין של השופט גרוניס. השופט מפנה בהקשר זה לדבריו של Lord Macmillan בדעת מיעוט (אולם לא לעניין זה) בעניין Jones v. Great Western Railway Co. [1930] 47 TLR 39, 45 (UK).

63 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גרוניס.

64 שם, בפס' 18 לפסק הדין של השופט גרוניס.

65 שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט גרוניס.

66 שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט גרוניס.

67 שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט גרוניס.

אפשרות להכיר בדוקטרינה, במקרים מסוימים, בצורתה הצרה, כפי שהוצגה על ידי השופט ריבלין.

השופט גרוניס מייחס משמעות לכך שהערכאות השונות בעניין **מלול** לא נתנו ערך שווה ליחס בין הגורמים העוולתי והלא-עוולתי, אלא 40% מול 60% בערכאה הראשונה ו-20% מול 80% בערכאה השנייה, וזאת מול 50%-50% במקרה הציידים המפורסם – מקרה *Summers*.⁶⁸ על כל פנים, הוא מדגיש כי לנוכח השוני בפסיקה בין הערכאות, ובהינתן שאין נתונים כלל, היה אפשר לפסוק גם כל שיעור פיצוי אחר, והדבר מעיד על השרירות שבשיקול הדעת השיפוטי הנרחב דווקא בנוגע לשיעור האחריות, להבדיל מאומדנה לעניין כימות הנזק.⁶⁹

גם השופט גרוניס חושש ממדרון חלקלק, בעיקר לתחומים אחרים של המשפט ולהכרעות שרירותיות גם שם, שיגרמו לכך שפסקי דין רבים ייפסקו למעשה כפשרה אף שאין הם אמורים להיות כאלה.⁷⁰

מהי התוצאה בפועל של הדיון הנוסף? באשר למקרה הפרטי של **מלול**, כל השופטים – גם אלה האוחזים בדעת הרוב שלפיה יש לקבל את הבקשה של בית חולים כרמל לדיון נוסף – מסכימים שאין לשנות את התוצאה בפועל של הערעור, שעל בית החולים לפצות בשיעור של 20%. לדעת המיעוט, הדבר ברור; ואילו לדעת הרוב, עקב חלוף הזמן והתשלום בפועל, אין לחייב את התובעים להחזיר בחזרה את הכספים, כדי לא להתעמר בהם, וכדי לא לחזור ולעסוק בצורה לא מעשית וחסרת תוחלת בפרטי המקרה עצמו שנים כה רבות לאחר קרות הנזק.⁷¹

מהי למעשה דעת הרוב בדיון הנוסף? נראה כי דעת הרוב דוחה את ההכרה בפיצוי על פי הסתברות ובאחריות יחסית בדרך שבה הם הוכרו בערעור ואף בדעת המיעוט של השופטת נאור בדיון הנוסף, שעיימה הסכימו השופטים רובינשטיין וארבל, וכן השופט ג'ובראן, אם כי מטעמים שונים. לפיכך ברור לנו למדי שהלכת הערעור בוטלה. אך האם מוכרת כיום בישראל אחריות יחסית על פי הסתברות, בין על פי המתווה של מבחן

68 שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופט גרוניס, אשר מאזכר שם את *Summers v. Tice*, 199 P.2d 1 (Cal. 1948). נציין, עם זאת, כי לא ברור מהי הנפקת דווקא של שוויון בין הגורמים. אילו דובר בשלושה גורמים שלכל אחד מהם הסתברות של שליש, כלום היה המצב צריך להיות שונה אף הוא? אמת, כאשר יש שני גורמים בלבד ואין מידע מי מהם גרם, החלק בר הייחוס שווה לשניהם – 50%, וזה קרוב מאוד למעבר של מבחן מאזן ההסתברויות, הדורש אך מעט יותר מ-50%. לכן יש תחושת החמצה אם התביעה תידחה לגמרי. אבל בפועל אין הבדל אם מדובר בשלושה גורמים והחלק בר הייחוס של כל אחד מהם 33.33%, אלא שאז תחושת ההחמצה פחותה (ובמקרה של עשרה גורמים שלכל אחד מהם מיוחסים 10% תחושת ההחמצה פחותה כמובן עוד יותר).

69 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לפסק הדין של השופט גרוניס. על נקודה אחרונה זו נעמוד להלן בתת-פרק ב2.

70 שם, בפס' 15 ו-17 לפסק הדין של השופט גרוניס.

71 ראו, למשל, שם, בפס' 45 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. נציין כי דומה שהשופטים הבינו כי הבקשה לדיון נוסף היא עקרונית, ונועדה, מבחינת בית החולים, למנוע הטלת פיצויים במקרים דומים בעתיד, ופחות לעסוק בתשלום במקרה הספציפי.

ההטיה הנשנית של השופט ריבלין ובין על פי מתווה אחר? כאמור, השופט לוי מסכים למבחן ההטיה הנשנית לחלוטין. השופטת פרוקצ'יה למעשה דוחה לחלוטין אפשרות כזו, וסבורה כי יש להותיר זאת למחוקק. הנשיאה ביניש אינה שוללת אפשרות זו, אך חוששת ממדרון חלקלק ומותירה אף היא את האפשרות למחוקק. השופט גרוניס סבור למעשה בצורה דומה, אם כי הוא מוכן להכיר, לפחות באופן עקרוני, במבחן ההטיה הנשנית, ולו במקרים מסוימים.

מכאן שתמיכה בלתי מסויגת בהטיה הנשנית מובעת על ידי שני שופטים בלבד – 2:7. שניים אחרים מוכנים אולי להכיר בדוקטרינה, אולם בצורה תחומה ומצומצמת מאוד, ולא בצורה שהוצגה על ידי השופט ריבלין. כך שהמרב שניתן להציג לעניין זה הוא 4 מול 5. אך ייתכן שניתן לחלץ מכאן תמיכה – ולו מצומצמת ומסוימת – באחריות יחסית על פי הסתברות של ארבעה שופטים, ועימם תמיכה נרחבת הרבה יותר של ארבעה שופטים אחרים, ומכאן לקבוע כי אף על פי שההלכה היא שבנסיבות פסק הדין ובמקרים דומים אין להכיר בדוקטרינה, במקרים של מעולים סדרתיים והמוניים יש להכיר באחריות על פי הסתברות כמעט על פי כל השופטים. מזווית אחרת, ברור שגם דעת המיעוט של ארבעת השופטים מוכנה להכיר במקרים של עוולות המוניות וסדרתיות (לצד מקרים אחרים), ולכן מספר התומכים בהטיה נשנית בפועל הוא 6: גישת ריבלין – 2; וגישת נאור – 4 (כ"רע במיעוטו", אף שנאור עצמה השאירה זאת ב"צריך עיון"). אם כך הדברים נתפסים, אזי גם כאן יש רוב לגישת השופט ריבלין, אף שרק שני שופטים סברו כך במפורש (ריבלין ולוי), אך רוב קטן יותר – של 6. אולם אם אין תופסים כך את הדברים, אזי אין רוב לגישת השופט ריבלין ואין רוב של יותר מארבעה לשום גישה. במקרה זה, אם נקיש מהגישה האמריקנית (אשר לא בהכרח אומצה בישראל) של plural opinion, להבדיל מ-majority opinion, אזי הקבוצה הגדולה ביותר היא זו המצדדת בגישתה של השופטת נאור דווקא (כמובן גישתה בדיון הנוסף, ולא בערעור), ולכן היא זו שצריכה להיות ההלכה, לפחות ברמה מסוימת.

אם כן, אם נקבל את גישת "הרע במיעוטו", אזי דומה שיש הסכמה של שישה מתוך תשעת השופטים לגבי פיצוי יחסי על פי הסתברות במקרים של מעולים המוניים וסדרתיים המקיימים את מבחן ההטיה הנשנית, ושניים נוספים תומכים בכך באופן קלוש או באוביטר, כלומר – 6:3 או אפילו 8:1.

אם לא נקבל את גישת "הרע במיעוטו", אזי במבחן ההטיה הנשנית דוגלים שני שופטים (ריבלין ולוי) ועוד שניים לכל היותר באוביטר (ביניש וגרוניס), כך שאין לכך רוב (4 מתוך 9). לפחות שופטת אחת מתנגדת להחלת הדוקטרינה בפסיקה (פרוקצ'יה), וכנראה שתי שופטות מתנגדות לכך בפועל (גם הנשיאה ביניש). מספר התומכים בהלכת הערעור (עם הסייגים של דיני נזיקין בלבד ונזק גופני בלבד) הוא 4 (השופטים נאור, רובינשטיין, ארבל וג'ובראן). זו הסיעה הגדולה ביותר בפסק הדין, אם אין הסכמה ל"רע במיעוטו". אומנם, ככל הנראה אין בישראל הלכה שלפיה במצב של העדר רוב הסיעה הגדולה ביותר היא שקובעת את ההלכה, אך כך אולי ראוי.

לגבי הכרה בפיצוי בגין הגברת סיכון במקרים יחידניים, דוגמת **מלול**, ברור שאין רוב בדיון הנוסף, שכן לכל היותר 4 (מתוך 9) תומכים בכך ממש (נאור, ארבל, רובינשטיין

וג'ובראן). בכל מקרה, כאמור, ההלכה היא ש"אין נוגעים" באובדן סיכויי החלמה ובפגיעה בסיכוי, שכבר הוכרו בהלכת פאתח גם במקרים יחידניים כמו מקרה פאתח עצמו, וללא הסייג של הטיה נשנית.

ככלל, בהמשך הדרך ראו בתי המשפט במבחן ההטיה הנשנית משום דעת הרוב בפרשת **מלול**, המהווה תקדים מחייב.⁷² בפסיקה מאוחרת יותר אף נקבעה נוסחה לחישוב הגברת הסיכון, ובעקבותיה נקבעה גם נוסחה לחישוב הפגיעה בסיכוי.⁷³ בית המשפט בוחן למעשה את ההסתברות להתרחשות התוצאה המזיקה בהינתן ההתרחשויות לעומת ההסתברות להתרחשותה בהינתן העדר התרחשויות.

פרשיות **פאתח ומלול** אינן ממצות כמובן את הדיון בפיצוי על פי הסתברות, אך אלה ההלכות התקדימיות הבסיסיות. אומנם קצרה היריעה בחיבור זה מלדון בכל העניינים שהועלו בחוות הדעת של השופטים השונים בערכאה הראשונה, בערכאת הערעור ובדיון הנוסף בפרשת **מלול**, כמו גם בהלכות רלוונטיות אחרות, אולם בחרנו לייחד את הדיון בפרק הבא לכמה מבין הסוגיות שעלו באותן פסיקות, אשר חלקן טרם זכו בקביעות מוחלטות וודאיות שסייגו את הדוקטרינה ויתחמו אותה היטב, כפי שראוי לדעתנו לעשות.

72 ראו, למשל, ע"א 7547/99 **מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ**, פ"ד סה (1) 144, פס' 5 לפסק הדין של השופטת חיות (2011). כך סבור גם השופט ריבלין עצמו. ראו אלה אסקלסקי ורומן צ'רני "שוויון וצדק על כפות המאזניים: ריאיון עם שופט בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין" **דין ודברים** ח 297, 314 (2015). לביקורת על תוצאה זו ראו ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** כרך ב 1447 (2012).

73 ע"א 10399/08 **פרוטס נ' צירגייב** (אר"ש 4.4.2011). נוסחה זו קיבלה למעשה את הגישה שאין מדובר אלא בפיצוי יחסי הסתברותי ("אחריות יחסית 'בתחפוש' – שם, בפס' 5). לעניין הגישות השונות של ראש נזק עצמאי או פיצוי חלקי ראו להלן בתת-פרק ב3. כבר בהלכה קודמת (ע"א 4975/05 **לוי נ' מור**, פס' 11 (אר"ש 20.3.2008)) נעשה חישוב מסוים של שיעור הפגיעה בסיכוי. השופטת חיות מסבירה שם כי הפחתת סיכויי ההחלמה מ-80% ל-60% פירושה עליית הסיכון לתמותה מ-20% ל-40%, כך שהסיכוי שההתרחשויות היא שגרמה לנזק היא 50%, ולא 20%, כשיעור הפיצוי היחסי שפסקה ערכאה קמא.

בעניין **צירגייב**, שם, הציג המשנה לנשיאה ריבלין את שיטת החישוב שנפסקה להלכה ואף הוזכרה לאחרונה שוב במאמרו עם קריטנשטיין (קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בפרק ו למאמרם). את שיטת החישוב הוא שאב מפרשה אחרת: ע"א 44/08 **שירותי בריאות כללית נ' קסלר** (אר"ש 19.5.2009) – פרשה שעסקה בהגברת סיכון ואשר פסק הדין בה ניתן לפני הדיון הנוסף בפרשת **מלול**. פרשת **קסלר** תידון להלן בתת-פרק ב8. כן ראו אצל פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 18. קריטנשטיין וריבלין מסבירים כי בנוסחה האמורה בוחנים למעשה את שיעור הסיכון הכללי קודם להתרחשויות (a), מפחיתים אותו משיעור הסיכון לאחר ההתרחשויות (b), ואז מחלקים שוב בשיעור הסיכון לאחר ההתרחשויות (b):[b-a].

פרק ב: כן, אבל... – הצורך בהכרה מתוחמת בדוקטרינה תוך התחשבות בקשיים ומחסומים שונים

אנו תומכים בהכרה עקרונית בדוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות במקרים של סיבתיות עמומה – הן בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי והן בפיצוי בגין הגברת סיכון. לדעתנו, שומה על בתי המשפט (ועל המחוקק, אם תגיע השעה לחוקק את הדוקטרינה, כמשאלתה של השופטת פרוקצ'יה ולמעשה גם של הנשיאה דאז ביניש) לנקוט משנה זהירות ביישום הדוקטרינה. יש לתחום אותה ולהכיר בה בצורה מסויגת, תוך התחשבות בעניינים שונים, שאת חלקם נעלה כאן.

1. הבעיה של חישוב החלק בר הייחוס למעוול

בבית המשפט המחוזי בחיפה בפרשת **מלול** הכיר השופט גריל בדוקטרינת הגברת הסיכון ופסק 40% מגובה הנזק המוכח, כביכול כהשתקפות של פיצוי על פי הסתברות.⁷⁴ פירושם של דברים, למעשה, הוא שבית המשפט העריך ב-40% את הסיכוי שהנזק נגרם על ידי הגורם העוולתי. זאת, אף שהמומחה הרפואי שהעיד לא אמד כלל, אפילו לא בצורה גסה, את החלק בר הייחוס לגורם העוולתי הנתבע, אלא רק העיד כי אין לשלול באופן עקרוני ותאורטי קיומו של קשר סיבתי בין הגורם העוולתי לבין הנזק, ואף זאת תוך שהוא מציין כי לדעתו לא זה המקרה בפרשה זו. מבחינת בית המשפט היה זה מספיק כדי לקבוע שהחלק בר הייחוס לפעילות העוולתית של בית החולים הוא 40%, דהיינו, שבשניים מתוך כל חמישה מקרים כאלה בית החולים אחראי לנזק, וזאת אף שלא הובאו כל ראיות סטטיסטיות לאחוז כזה או אחר. השופטת נאור, בערעור, נוזפת בתביעה שלא הביאה כל ראיה סטטיסטית, וממשילה זאת לבניית הפירמידה על ידי העבדים העברים ללא קבלת תבן ללבנים, וזאת כעונש על דרישת משה ואהרן מפרעה "שלח את עמי" – התביעה לא סיפקה תבן, דהיינו נתונים שניתן להיבנות מהם, והשופטת נאור "מענישה" אותם בהפחתת הפיצוי מ-40% ל-20%, גם כאן מבלי שיש לפניה שום נתון על אחוז כזה או אחר.⁷⁵ האם זהו אכן פיצוי על פי הסתברות?

למעשה, השאלה היא זאת: האם נכיר בפיצוי על פי הסתברות רק כאשר ניתן לחשב את החלק בר הייחוס למעוול, דהיינו את ההסתברות שהוא אכן זה שגרם לנזק, ולא גורם אחר, עוולתי או לא עוולתי, וכך יהיה אפשר לבודד את חלקו ולהצביע על אחוז שיתורגם לאחוז מהנזק המוכח כבסיס לפיצוי? בשאלה זו התגלעה מחלוקת בספרות בשנת 2003 (כשנתיים לפני פסק הדין בערעור בפרשת **מלול**), כאשר קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא סברו כי הצבעה כללית על אומדנה – ללא חישוב, ולו מקורב – של

74 ת"א מלול, לעיל ה"ש 21.

75 ע"א מלול, לעיל ה"ש 23, בפס' 29.

החלק בר הייחוס אינה יכולה להוות בסיס לפיצוי על פי הסתברות, אלא לכל היותר להלכה המאפשרת פיצוי שמתבסס למעשה על הערכה כללית שרירותית, למשל מטעמי צדק, ללא קשר הכרחי להסתברויות, שכן פיצוי על פי הסתברות מחייב הוכחת החלק בר הייחוס למעוול-הנתבע, ולו בקירוב, ולא על דרך של הערכה כללית באומדנה;⁷⁶ ואילו אריאל פורת סבר כי יש ערך גם בהצבעה על חלק בר ייחוס באחוז שאינו מהווה אומדן מקורב, מכיוון שהמשפט אינו מדע מדויק, וגם בעניינים אחרים תחומי המשפט השונים, ובכלל זה דיני הנזיקין, פונים להערכות כלליות, ולא מדויקות או אפילו מקורבות.⁷⁷

האם הפסיקה בהמשך הדרך הכריעה במחלוקת זו? השופטת נאור מקבלת באופן עקרוני את הגישה של הערכה כללית על דרך אומדן – הן בפסק הדין בערעור, שם שימש הדבר אחד מבסיסי ההלכה, והן בפסק דינה בדיון הנוסף.⁷⁸ לכאורה, בכך היא מקבלת את דרכו של פורת. אך למען האמת, דומה שאין כך הדבר. נראה שהיא אפילו לא פסעה בדרכו של פורת, אלא בדרך של אומדנה כללית שאינה מבוססת על הסתברויות כלל, גם לא על אומדן שאינו מקורב אבל נשען על נתונים סטטיסטיים, שהרי היא מסבירה כי לעיתים הוכחה שהעניין אינו נופל בגדר נתונים סטטיסטיים – למעשה, הוכחה שאי אפשר להוכיח – די בה כבסיס לפסיקה על דרך אומדנה כללית. לעניין זה ייתכן שפסק הדין של השופט גרוניס בדיון הנוסף בעניין **מלול** היה המדויק ביותר – פירושם של דברים, לדעתו, שאין כאן כלל שאלה של פיצוי על פי הסתברות, ולכן מלכתחילה לא היה מקום לפסיקה זו בערעור. כאמור, לדבריו, השוני בין הפסיקה בבית המשפט המחוזי לבין הפסיקה בערעור בבית המשפט העליון, וכן העובדה שבמקרה **מלול** לא היו כלל נתונים בנמצא ולכן היה אפשר לפסוק גם כל שיעור פיצוי אחר, מעידים על השרירות שבשיקול הדעת הנרחב דווקא בנוגע לשיעור האחריות, להבדיל מאומדנה לעניין כימות הנזק⁷⁹ – הבחנה שנדגיש בחלק הבא.

השופטת נאור בדיון הנוסף מסבירה למעשה כי יש מקרים שאפשר לפסוק בהם על פי אומדנה כללית, שאינה מבוססת על נתונים הסתברותיים לגבי המקרה הנדון. השופט ריבלין מחרה מחזיק בצורה כללית אחרי גישתו של פורת, אם כי הוא מציין גם כי אף שדבריה של השופטת נאור מקובלים עליו, "בה בעת, יש להדגיש כי אם פסיקת פיצוי לפי הסתברות תיעשה ללא בסיס ראוי לגבי שיעור ההסתברות, עלולים יתרונותיה של הדוקטרינה, אף במקרים המתוחמים הנדונים כאן, להישחק. לכן, יש להקפיד על כך

76 פוקס, שמואלי ופירא, לעיל ה"ש 22, אשר נכתב בתגובה על מאמרו הראשון של אריאל פורת בנדון: אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" **עיוני משפט** כג 605 (2000). ראו גם שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, אשר נכתב ופורסם לאחר הערעור בפרשת **מלול** אך לפני הדיון הנוסף, ולמעשה ביקר את ההלכה שנפסקה בערעור.

77 לביקורת על מאמרו של פוקס, שמואלי ופירא, לעיל ה"ש 22, ראו אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" **עיוני משפט** כז 357 (2003) (להלן: פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי"); אריאל פורת **נזיקין** כרך א 371–372 (2013).

78 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 128–134 לפסק הדין של השופטת נאור.

79 שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט גרוניס.

שההכרעה השיפוטית הרגילה של 'כן או לא' תומר בהכרעה יחסית רק מקום שהדבר נשען על ראיות מהימנות ומספקות.⁸⁰ קיימים מקורות נוספים, בפסיקה ובספרות, המאפשרים להסתייע בראיות סטטיסטיות שאינן מצביעות על המקרה הספציפי אלא על נתונים כלליים באשר לקבוצת מקרים,⁸¹ אך לא על אומדנה כללית שאינה קשורה לסטטיסטיקה כלל – אפילו לא של נתונים מחקרניים ממקרים רבים אחרים, ולא מהמקרה הספציפי – כפי שנעשה בעניין **מלול** בבית המשפט המחוזי ובערעור בבית המשפט העליון. כדברי בועז שנור, "כל הגישות הנסמכות על מעבר לפסיקה לפי סיכויים, מסתמכות על ראיות סטטיסטיות".⁸²

דומה כי השאלה אם האומדן צריך להיות מקורב לפחות או שמא הוא יכול להיות כללי מאוד ואפילו לא מקורב – בבחינת "משפטים אינם מדע מדויק" – טרם הובררה עד תום, וההתמקדות הייתה יותר בשאלה אם ניתן לפסוק על דרך האומדנה באופן כללי מטעמי צדק גם ללא נתונים הסתברותיים, מה שלדעתנו אין לראות כלל כפיצוי על פי הסתברות. הסתמכות על נתונים הסתברותיים כלליים ממחקרים אחרים ופוטנציאליים אינה שקולה להבאת ראיות לחלק בר ייחוס במקרה קונקרטי, ולו בצורה של אומדן מקורב, ואפילו היא לא נעשתה כאמור במקרה **מלול**.

2. ה"כמה" לעומת ה"אם בכלל" – בעיית ההשוואה בין אומדן לעניין עצם הקשר הסיבתי וקיום האחריות הנזיקית לבין אומדן לצורך פיצוי בראש נזק מסוים לאחר שכל רכיבי העולה הוכחו

לעיל הזכרנו שפורת גורס כי יש להכיר בפיצוי על פי הסתברות גם כאשר אין אומדן, אפילו מקורב, לחלק בר הייחוס לפעילותו של המעוול-הנתבע, שכן אין מדובר במדע מדויק אלא במשפט, ומביא ראיה לדרכו זו ממקרים אחרים שבהם דיני הנזיקין פונים לאומדנות על דרך של הערכה כללית. הוא מדגים זאת, למשל, מפסיקת פיצוי עתידי בגין אובדן השתכרות וכן מהערכת האשם התורם לצורך ההפחתה מהפיצוי לתובע או משיעור הנזק הלא-ממוני מסוג כאב וסבל, אשר לעיתים קשה לאומדן אף בצורה מקורבת.⁸³ גם השופטת טובה שטרסברג-כהן פוסעת בדרך

80 שם, בפס' 31 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

81 גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" **ספר שלמה לוי** 395, 414 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013); David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure*, 97 HARV. L. REV. 849 (1984). *Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 849 (1984).

82 בועז שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי-גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים" **מחקרי משפט** כג 559, 574 (2007).

83 פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 77, בעמ' 363–364. ראו גם פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 373; ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* 101–129 (2001).

דומה בפסיקותיה,⁸⁴ וכך למעשה גם השופטת נאור בפסק דינה בדיון הנוסף בפרשת מלול:

"בקטיגוריה של סיבתיות עמומה באשר לעצם גרימת הנזק, סביר כי אין בידי מי מהצדדים ראייה סטטיסטית ספציפית בעניינו של הניזוק... בהיעדר ראייה סטטיסטית ספציפית, רשאי בית המשפט להסתמך על ראיות בדבר הסתברות סטטיסטית כללית לצורך פסיקת פיצוי לפי הסתברות. לשיטתי, ייעשה הדבר כמבואר רק בהתקיימן של אמות המידה לתחולת החריג בדבר האחריות היחסית. כשנפתחים שערי החריג בדבר האחריות היחסית, ורק אז – לאמור: לאחר שהתובע הוכיח, בין היתר, כי מתקיימת בעניינו סיבתיות עמומה באשר לעצם גרימת הנזק – רשאי בית המשפט להסתמך על ראיות סטטיסטיות בדבר הסתברות כללית לצורך שומת הפיצוי היחסי לפי הסתברות. הראיה הסטטיסטית הכללית עניינה הוא הערכת הסתברות כללית-פוטנציאלית, קרי: אם ההתרשלות עלולה הייתה לגרום לנזק מהסוג שבו נפגע התובע, בהסתמך על ראיות מדעיות, על מחקרים אפידמיולוגיים ועל הערכות סטטיסטיות...

בדיני הניזקין בישראל, נעשית הסתמכות על ראיות סטטיסטיות כלליות כדבר שבשגרה כאשר העובדה שבמחלוקת טמונה באירוע עתידי, כגון הערכה בדבר משך חייו לעתיד של התובע או הפוטנציאל להשתכרותו בעתיד... בין היתר, נעשה שימוש בנתונים סטטיסטיים בדבר השכר הממוצע במשק כמשקף 'קריאה אמיתית של העתיד שהיא מצידה מבוססת על ההנחה כי הקידמה תביא עימה שוויון'...

נחזור לשאלת הראיות הסטטיסטיות. לדעתי, חישוב הפיצוי בחריג של האחריות היחסית עשוי להתבסס גם על אמדן. כאמור, בגדרי החריג בדבר האחריות היחסית, חובתו של בית המשפט היא להכריע בסכסוך בין הצדדים על פי הראיות שלפניו ובמגבלות הידע המדעי הקיים. פרט למקרים נדירים, על בית המשפט להכריע בסכסוך על פי הנתונים שלפניו... על רקע זה, גישתי היא כי, במקרים מתאימים, רשאי בית המשפט לפסוק פיצוי לפי הסתברות גם בדרך של אמדן (כפי שנעשה בעניין מלול). הדבר נעשה בעבר בהקשר של אבדן הסיכויים להחלמה... ובהקשר של היעדר הסכמה מדעת... על רקע זה, דעתי היא כי ניתן לעשות שימוש בדרך של אמדן 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 עשוי גם לשקף הערכה הסתברותית המבוססת על ניסיון החיים ועל עדויות המומחים והמשוקללת עם

84 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 602 (1999); עניין כהן נ' קופת חולים כללית, לעיל ה"ש 54, בעמ' 704.

הערכה בלתי מדידה של משקל הראיות שהוצגו לתמיכה בגרסתו הסיבתית של כל

צד".⁸⁵

אין חולק כי הפסיקה בדיני הנזיקין אכן משתמשת במקרים כאלה באומדנות, אפילו לא מקורבות, אולם שתי הערות לנו על כך. האחת, במקרים רבים אין מדובר בפסיקה על פי נתונים הסתברותיים סטטיסטיים, אלא לכל היותר קיימת הערכה כללית של סיכוי שתובע-ניזוק היה מחליף עבודות או מקודם וכיוצא באלה. הערכה זו יכולה להיות מדויקת יותר או פחות, אך אין מדובר בנתונים סטטיסטיים, לפחות לא בהכרח. וכבר אמרנו שאין לנו התנגדות למבחני הערכה כללית המבוססים על צדק או על כל בסיס רציונלי אחר, אך אין מדובר בפיצוי על פי הסתברות, למרות דבריה של השופטת נאור בנדון, אלא לכל היותר, כאמור, יש הסתמכות על נתונים הסתברותיים-סטטיסטיים פוטנציאליים או כלליים ממחקרים אחרים וממקרים אחרים, ולא קונקרטיים למקרה הנדון. כאמור, במקרה **מלול** אפילו "תבן" כזה לא הוצג לפני בית המשפט.⁸⁶

הערתנו האחרת היא שאי-אפשר להביא ראיה מה"כמה" אל ה"אם בכלל".⁸⁷ במקרים שנזכרו לעיל, כגון הערכת השתכרות, בתי המשפט משתמשים בהערכות כלליות המבוססות על אומדנות, אשר במקרים רבים אכן אינן מתבססות על הסתברויות, אלא הן שרירותיות באופן יחסי. אולם מצב זה מניח את הדעת, אינו מטריד ומצריך פחות הסברים, שכן בכל המקרים הללו התובע כבר נמצא אחרי הוכחת רכיבי התביעה השונים בנוסחת האחריות הנזיקית – הוא כבר הוכיח את יסודות העוולה הרלוונטיים, את הנזק שנגרם לו ואת הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי בין ההתנהגות העוולתית לנזק. כעת, כאשר פונים לראשי הנזק הממוניים (כגון הערכת אובדן השתכרות עתידית) או הלא-ממוניים (כגון הערכת נזק נפשי), זהו שלב שני שאחרי ההוכחה הבסיסית הראשונית של יסודות התביעה המרכזיים (מקרים של חישוב הפחתה עקב אשם תורם אומנם שייכים עדיין לשלב של נוסחת האחריות הנזיקית, אך לשלב השני, של ההגנות, לאחר שהתובע כבר הוכיח את כל רכיבי תביעתו). בשלב זה אך הגיוני הוא שתביעתו של התובע לא תידחה רק מכיוון שאין הוא יכול להצביע במדויק, ואפילו בקירוב, על היקף הנזק שנגרם לו, בייחוד כאשר מדובר בהערכה עתידית או כאשר מדובר בנזקים שקשה לכמתם באופן אריתמטי. כאן הגיוני מאוד שבית המשפט יקבל הערכות כלליות – כפי שהוא עושה בפועל – ולא ידחה את התביעה רק מכיוון שאין ראיות סטטיסטיות למקרה הקונקרטי, דהיינו שאין הוא יכול להוכיח מסגרת מדויקת או מקורבת של שיעור נזקיו, אחרי שכבר הוכיח כי יש לו נזק ויש קשר סיבתי בין עוולת הנתבע לבין אותו נזק. אולם כאשר אין מדובר ב"כמה", אלא ב"אם בכלל" – ולענייננו, באחד היסודות המצטברים

85 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 128, 130 ו-134 לפסק הדין של השופטת נאור (ההדגשה הוספה).

86 יש לעיין אם גישתה כאן עולה בקנה אחד עם גישתה בעניין אחר, שם היא נותרה בדעת מיעוט: ע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח(5) 215 (2004) (להלן: ע"א **קרישוב**). בקשה לדיון

נוסף נדחתה על ידי השופטת ביניש בדנ"א 5707/04 **מדינת ישראל נ' קרישוב** (אר"ש 5.1.2005).

87 להרחבה ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 889–891.

ההכרחיים לניהול תביעת נזיקין, הוא יסוד הקשר הסיבתי העובדתי – קשה להביא ראיה מהשלב השני, האחר.

ודוק: אין בכך כדי לומר שאין מקום להערכה כללית על דרך האומדנה – למשל, מטעמי צדק – או בהישענות על נתונים סטטיסטיים ממקרים אחרים וממחקרים אפידמיולוגיים אחרים אף בשלב הראשון של יסודות העוולה. אך כדי לעשות כן קשה להסתמך על הערכות הנעשות בשלב השני שלאחר כניסת התובע לגדר נוסחת האחריות הנזיקית, ובוודאי אין להסתמך על אותן הערכות כלליות מן השלב השני כדי לבסס פיצוי על פי הסתברות דווקא, ועוד בשלב הראשון.

3. פיצוי על פי הסתברות – האם פריצה של דיני הראיות ("עוולה בלתי מוגמרת") או ראש נזק חדש בנזיקין ("עוולה מוגמרת")? תאוריה ונפקות מעשיות

בספרות נדונה הבחנה בין שני מודלים אפשריים להבנת הדוקטרינה. מודל אחד הוא מהפכה בדיני הראיות. דהיינו, דיני הנזיקין יתנהלו כמו עד עתה, ללא שינוי מהותי, אלא שיש הקלה ראייתית לתובע-ניזוק שמתקשה להוכיח סיבתיות עובדתית בין המעשה העולתי של הנתבע לבין הנזק שנגרם לו. אם יוכיח התובע כי החלק בר הייחוס לפעילות העוללתית של הנתבע, אחרי בידודו מגורמים אחרים, הוא 30%, לדוגמה, אזי פירוש הדבר הוא שיש סיכויים של 30% שהיה זה הנתבע שאכן גרם את הנזק במעשהו העוללתי. במצב כזה הנזק לתובע הוא נזק בשיעור 100%, אולם הוא יקבל רק 30% ממנו, כמכפלת הנזק בחלק בר הייחוס שניתן להוכיחו בהסתברות ולשייכו לנתבע הספציפי. הלה אומנם גרם את הנזק בכללותו או לחלופין לא גרם אותו כלל למרות פעילותו העוללתית (או שצירוף שלו ושל גורמים עוללתיים או לא עוללתיים/אחרים הוא שיצר את הנזק), אך במעבר לעולם ההסתברויות הוא יישא ב-30% ממנו.

המודל האחר הוא מהפכה בדיני הנזיקין דווקא, בדמות הכרה בראש נזק חדש שלא הוכר עד עתה, והוא פגיעה בסיכוי או הגברת סיכון. לפי מודל זה, אין שינוי בדיני הראיות, אלא דווקא בדיני הנזיקין. הנתבע, בפעילותו העוללתית, הגביר את הסיכון של התובע לחלות או פגע בסיכוייו להחלים. עצם הגברת הסיכון או הפגיעה בסיכוי יוכרו כראש נזק עצמאי (אולי בדומה לראש נזק של פגיעה באוטונומיה או אפילו כחלק ממנו). מכאן, שאם ניתן לבודד את החלק בר הייחוס לפעילות הנתבע ולהעמידו, על פי הסתברות, על 30%, אזי פירוש הדבר הוא שפסיקת פיצוי יחסי בשווי 30% מהנזק הגופני מהווה 100% מהנזק או מראש הנזק החדש. במילים אחרות, הנתבע אשר בפעילותו העוללתית הגביר את הסיכון של התובע ב-30% או הפחית את סיכוייו להחלים ב-30% ביצע נזק שלם, והתובע יפוצה על כך פיצוי מלא, שיוערך ב-30% מהנזק שהוכיח.

את המודל הראשון ניתן לכנות "עוולה בלתי מוגמרת", שכן יש התפשרות ראייתית על יסוד הסיבתיות העובדתית (בשונה מהמצב עד ההכרה בדוקטרינה, שם לא נפסק לתובע דבר), והפיצוי שנפסק נתפס כפיצוי חלקי למי שהוכיח את החלק בר הייחוס

במאזן הסתברויות.⁸⁸ דומה שהשופט ג'ובראן בדיון הנוסף בפרשת **מלול** מחזיק בגישה זו, שהדוקטרינה משקפת שינוי בתחום הראיית־הדיני, ולא בתחום הנזיקי־המהותי.⁸⁹ לפי מודל זה, מבחינת מטרותיהם של דיני הנזיקין, חלק מהמטרות אומנם אינן מתמלאות לגמרי, שכן הפיצוי חלקי וההרתעה חלקית, והמעוול אינו מתקן את נזקו בצורה מלאה, אולם מצב זה עדיף על המצב הקודם של אי־פיצוי כלל במקרים הללו.

את המודל השני ניתן לכנות "עוולה מוגמרת", שכן לפי מודל זה כלל יסודות העוולה הוכחו, לרבות הסיבות העובדתיות, אלא שהנזק מוגדר אחרת. כעת מצטרף לנזקים או לראשי הנזק המסורתיים דבר מה חדש, בדמות סיכוי שהופחת או סיכון שהוגבר, המוגדר כעת כנזק או כראש נזק עצמאי. לכן העוולה מוגמרת, שכן כל יסודותיה התקיימו, והפיצוי מחושב כחלק היחסי מתוך הנזק שאירע, אך אין זה פיצוי חלקי, אלא פיצוי מלא.⁹⁰ מבחינת מטרותיהם של דיני הנזיקין, המודל השני ממלא לכאורה את מטרות הצדק המתקן וההרתעה במלואן (אם כי לפי קריטנשטיין וריבלין,⁹¹ מסקנה זו נכונה רק במקרים של הטיה נשנית, ולא במקרים יחידניים).⁹² אכן, נראה שגם השופט נאור, אשר השתיתה את פסק דינה בדיון הנוסף בפרשת **מלול** בעיקר על אדני הצדק המתקן, רואה בפיצוי על פי הסתברות משום חלק מהדיון המהותי בדיני הנזיקין, ולא כחריג לדיני הראיות.⁹³

לכאורה, ההבדל בין המודלים הוא עיוני בלבד, ואין לו נפקות מעשית. אך יש לפחות נפקות מעשית אחת מעבר לשינוי סדרים – עד כדי מהפכה – במערכת דינים אחת (ראיות) או אחרת (נזיקין): המודל השני מאפשר פיצוי למי שנחשפו לסיכון או שסיכויים להחלים נפגע אך (עדיין) לא חלו או נפגעו, וייתכן גם שלעולם לא יחלו, שכן עצם ההעמדה בסיכון או הפגיעה בסיכון מוגדרות נזק או ראש הנזק, ואינן מחייבות תוצאה מעבר לכך. תהיה בעיה לחשב פיצוי במקרים כאלה, אך זו בעיה שניתן לפתור אותה בדרכים שונות.⁹⁴ אריאל פורת גם סבור כי הנחשף לסיכון יוכל לבחור אם לתבוע כעת על נזק עתידי או לחכות ולראות אם הנזק מתממש ואז לתבוע על הנזק עצמו.⁹⁵ על כל פנים, המודל הראשון אינו מאפשר פיצוי במקרים כאלה, שכן שם מדובר בפיצוי חלקי

88 לשימוש במונח "פיצוי חלקי" ראו, למשל, דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 107 לפסק הדין של השופט נאור.

89 שם, פסק הדין של השופט ג'ובראן.

90 להרחבה ראו, למשל, בנימין שמואלי "אחריות נזיקית כלפי בריאים שנחשפו לסיכון או: הגברת סיכון – הדור הבא" **מחקרי משפט** כט 269 (2013) (להלן: שמואלי "אחריות נזיקית כלפי בריאים"); Benjamin Shmueli, "I'm Not Half the Man I Used to Be": Exposure to Risk Without Bodily Harm in Anglo-American and Israeli Law, 27 EMORY INT'L L. REV. 987 (2013).

91 קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בפרק א.

92 לדיון במודלים שונים אל מול דוקטרינת הנזק הראייתי ועוד, ראו שני, לעיל ה"ש 81.

93 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 107 ו-139 לפסק הדין של השופט נאור.

94 להצעות שונות ראו, למשל, Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Future Harm*, in PERSPECTIVES ON CAUSATION 221 (Richard Goldberg ed., 2011).

95 פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 18, בעמ' 380.

מתוך הנזק שנגרם, כך שאם לא נגרם נזק מסורתי, אין נזק אחר שניתן להצביע עליו, וממילא אחד מהיסודות המצטברים של העוולה אינו מתקיים, ולפיכך התביעה, אם הושתתה על עוולה הדורשת הוכחת נזק, כגון עוולת הרשלנות, תידחה. יש גם מקרים שבהם מי שנחשפו לסיכון לא חלו (בינתיים לפחות) במחלה האופיינית לאותה היחשפות אך סובלים מנזקים אחרים. למשל, הם חרדתיים מפאת החשש שהם יחלו בעתיד או שהם מוציאים הוצאות על איתור מחלה אפשרית (למשל, הם נשלחים מדי פעם לבדיקות הדמיה יקרות כדי לבחון אם המחלה דוגרת אצלם, והבדיקות אינן מכוסות על ידי הביטוח הרפואי). בעניין זה נשמעה קריאה להכיר בפיצוי למי שנחשפו לסיכון וסובלים נזקים כאלה, ואכן יש מדינות בעולם המאפשרות פיצוי במקרים כאלה.⁹⁶

ברצוננו להעלות נפקות אחרת, אשר ככל הנראה לא נדונה עד כה. נכנה אותה "הסיבוב השני", והיא עוסקת בענייני פרוצדורה המשפיעים על המהות – על היכולת להגיש תביעות במקרי תחלואה מצד בריאים שנחשפו לסיכון וקיבלו פיצוי, למשל על חרדה או הוצאות, ולאחר מכן חלו. בין אותם עניינים: מעשה בית דין, התיישנות ופיצול סעדים. השאלה היא, אם כן, אם תביעה ב"סיבוב שני" אפשרית לנוכח מעשה בית דין, ואם יש צורך בפיצול סעדים. שאלת הפיצוי ב"סיבוב השני" נדונה עד כה בהקשר המהותי בלבד.⁹⁷ אולם אף אם תהיה אפשרות תביעה במישור המהותי, יש לעבור מחסומים פרוצדורליים, כגון מעשה בית דין (*res judicata*), היוצר השתק עילה (*cause of action estoppel*) או השתק פלוגתא (*issue estoppel*), והצורך בפיצול סעדים,

96 ראו המקורות לעיל בה"ש 90. במאמרים אלו נדונו גם סוגיות נוספות, כגון שאלת ההבחנה בין בריאים שנחשפו לסיכון מתמשך ואשר ייתכן שהמחלה דוגרת בקרבם לבין בריאים לגמרי שהסיכון כלפיהם הוגבר באופן חד-פעמי ואינו יכול לדגור בקרבם (למשל, הם כמעט החליקו על רצפה רטובה או על קליפת בננה, אך הם לא החליקו ולא ניזוקו, ומאחר שהמטרד הוסר, הם גם אינם יכולים להינזק ממנו בעתיד).

97 שאלה פרוצדורלית מסוימת נדונה בכל זאת אצל Porat & Stein, *Liability for Future Harm*, לעיל ה"ש 94, והיא מעין שאלת הימור – יש כאן הימור על הסיכויים לפירעון, בעיה המכונה collective action. ככל שיתבעו בריאים רבים יותר, הקופה העומדת לרשות המזיק לצורך פיצוי תתכווץ, ויפחת הסיכוי שהוא יהיה בר פירעון כאשר הסיכון יתממש והבריא ייהפך לחולה ואז ירצה לתבוע. יש בכך משום תמריץ לתבוע מהר ככל האפשר כדי לקבל פיצוי, אפילו קטן יחסית, מאשר לעמוד מול שוקת שבורה בעתיד. ראו גם את דעת המיעוט בעניין Ayers v. Township of Jackson, 189 N.J. Super. 561, 461 A.2d 184 (1983). פורת ושטיין רואים בכך בעיה, בעיקר במצב של מעולים סדרתיים. הם מציעים לטפל בכך בין דרך הפסיקה, שתבחן בכל מקרה לגופו אם יש חשש ממצב של אי-פירעון ותחליט בהתאם, ובין באמצעות חקיקה, שעל פיה תוקם קרן מיוחדת לפיצוי שאליה יפרישו מעוולים כספים. עוד יש לציין כי פורת ושטיין מציעים לאפשר לתובע לבחור בין שתי ברורות: האחת, תביעה כעת על הנזק העתידי, לפי מכפלת ההסתברות בשיעור הנזק הצפוי (בהתאם למודל הראשון של פיצוי חלקי, שכינינו אותו "עוולה בלתי מוגמרת", אשר רק אותו הם מציינים); והאחרת, תביעה בהמשך הדרך, כאשר הסיכון יתממש, אלא שאז ההנחה שלהם היא שיהיה אפשר לקבל פיצוי מלא על כלל הנזק, שכן יהיה אפשר להוכיח קשר סיבתי לפעילות המזיק במאזן הסתברויות.

שכן אי-אפשר להיפרע פיצויים בגין אותה עילה יותר מאשר פעם אחת;⁹⁸ זאת, לא רק כדי למנוע פיצוי כפול, אלא אף כדי לשמש מחסום דיוני מפני קבלת תביעה, אף שיש לה מקום מבחינה מהותית-נוזיקית, מחשש לריבוי תביעות. כך, למשל, ייתכן שתחסם תביעה ב"סיבוב השני" בגין ראש נזק הנובע מאותו מעשה שעליו הוגשה תביעה ב"סיבוב הראשון" והתקבל פיצוי בגין ראש נזק אחר.⁹⁹ בדומה לכך, אם התובע מבקש ב"סיבוב השני" פיצוי בגין נזק שלא היה ידוע לו בעת ניהול ההליכים ב"סיבוב הראשון", ייתכן שתביעתו תידחה עקב מחסום דיוני שלפיו על כל הנזקים להתברר בתביעה אחת.¹⁰⁰ עם זאת, כללי התיישנות, כגון התיישנות שלא מדעת,¹⁰¹ מתגברים לעיתים על מחסום זה, ואף הפסיקה האמריקנית אפשרה לעיתים לפצל סעדים במקרים מיוחדים – למשל, כאשר "a new and unforeseen medical condition arises"

98 יש להבחין בין המקרה דנן למקרה של עוולה נמשכת, שם הניזוק זכאי לפיצויים גם לעתיד. לעניין עוולה נמשכת מול התיישנות ראו י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין **דיני הנוזיקין: תורת הנוזיקין הכללית** 722 (מהדורה שנייה מתוקנת ומעודכנת, ג' טרסקי עורך 1976). במקרי הדגירה ניתן לומר שהשפעת מעשה העוולה נמשכת, אולם העוולה עצמה כבר אינה נמשכת בהכרח.

99 ראו שם, בעמ' 630–632; נינה זלצמן **מעשה-בית-דין בהליך אזרחי** 80 (1991). על "אותו מעשה" ("same claim") ועל המבחנים הרחבים ל-"claim" בפסיקה האמריקנית ראו Car Carriers, Inc. v. DONALD HARRIS, DAVID CAMPBELL, Ford Motor Co., 789 F.2d 589 (7th Cir. 1986) השווה & ROGER HALSON, REMEDIES IN CONTRACT AND TORT 130 (2d ed. 2005).

100 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 98; ישראל גלעד "התיישנות בנוזיקין ומחלות סמויות" **משפטים** יד 500 (1985); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" **משפטים** לד 301, 356, ה"ש 186 (2004) וההפניות שם. לפסיקה וספרות זרות על הצורך לדון בנזקים באותה תביעה ראו Fitter v. Veal (1701) 88 Eng. Rep. 1506; Eller v. R.R., 52 S.E. 305 (N.C. 1905); Smith v. Cincinnati, N. O. & T. P. Ry. Co., 189 S.W. 367 (Tenn. 1916); Perry's Adm'r v. Louisville & N.R. Co., 251 S.W. 202 (Ky. 1923); Dearden v. Hey, 24 N.E.2d 644 (Mass. 1939); W.V.H. ROGERS, WINFIELD AND JOLOWICZ ON TORT 936 (17th ed. 2006). לחסימת התביעה ב"סיבוב השני" ראו Daniel v. Kansas City, M. O. Ry. Co. v. Shutt, 104 P. 51 (Okla. 1909); City of Tucson, 79 P.2d 516 (Ariz. 1938).

101 ס' 8 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958: "נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא יכול היה למנוע אותן, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה". בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] קיים סעיף מיוחד לנושא זה – ס' 89 – ודומה שהחלק הרלוונטי לענייננו הוא ס' 2: "...לא נתגלה הנזק ביום שאירע – [היום שנולדה עילת התובענה] הוא] היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק". ראו משה קשת **הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי: הלכה ומעשה** כרך א 727–729 (מהדורה חמש-עשרה 2007). ס' 8 לחוק ההתיישנות חל גם על פקודת הנוזיקין. ראו קשת, שם, בעמ' 728–729. ראו גם DAN B. DOBBS, PAUL T. HAYDEN & ELLEN M. BUBLICK, TORTS AND COMPENSATION: PERSONAL ACCOUNTABILITY AND SOCIAL RESPONSIBILITY FOR INJURY 323 (6th ed. 2009) על התיישנות לא מדעת – the discovery rule – ומסבירים כי הדבר עוצר את מירון ההתיישנות (limitation); Wilson v. El-Daief, 964 A.2d 354, 359 (Pa. 2009).

"after the conclusion of the action".¹⁰²

לדעתנו, אם מלכתחילה ניתן הפיצוי בעבור נזק נפשי או הוצאות, אזי לא אמורה להיות בעיה של מעשה בית דין במקרה של "סיכוב שני", אולי בשונה מהמצב הפרוצדורלי הקיים, שכן מדובר בסוגי נזקים שונים הנובעים מאותו מעשה רשלני של חשיפה לסיכון.¹⁰³ נראה שמדובר בשתי עילות שונות של תביעה הצומחות לניזוק מאותו מעשה עוולתי – האחת היא נזק גוף והאחרת היא נזק רכוש או נזק נפשי. אלה שני ראשי נזק שונים, אשר עולים אומנם מאותו מעשה עוולה אך יש להחשיבם לענייננו כשתי עילות תביעה שונות. לפיכך, במקרה כזה דומה שמעשה בית דין אינו צריך לחסום

102 Eagle-Picher Industries, Inc. v. Cox, 481 AM. JUR. 2D Actions § 114 (2d ed. 2010). ראו גם So. 2d 517 (Fla. Dist. Ct. App. 1986); Bailey v. Metropolitan Property Liability Ins. Co., 505 N.E.2d 908 (Mass. App. Ct. 1987); Burns v. Jaquays Min. Corp., 752 P.2d 28 (Ariz. Ct. App. 1987).

103 על מעשה בית דין ועל כלל סופיות הדיון, השומר על האינטרס הציבורי (הקטנת העומס, הקטנת עלויות ההתדיינות ושמירה על יוקרתה של מערכת המשפט כדי שלא יהיה אפשר לנסות שוב ושוב "להבקיע" ולקבל סעד באמצעותה) וכן על האינטרס של בעלי הדין (אי-הטרדה שנית בשל אותה עילה או פלוגתא ואי-צורך לשמור ראיות), ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** כרך א 3–4, 265, 524 (מהדורה שלוש-עשרה 2020); יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** 169 (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך 1995); אליהו וינוגרד **תקנות סדרי הדין האזרחי** 173–181 (מהדורה רביעית 2002); דוד בר-אופיר **סדר דין מקוצר בהלכה הפסוקה** 61 (מהדורה תשיעית מעודכנת ומתוקנת 2008); קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 662–667; זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 12–15, 79; איריס מרקוס **מעשה בית דין: השתק עילה והשתק פלוגתא – הלכה ומעשה** (2022). העיקרון של מעשה בית דין אומץ בפסיקה הישראלית. ראו, למשל, את דברי הנשיא אגרנט בע"א 246/66 **קלחינר נ' שמעוני**, פ"ד כב(2) 561, 583–584 (1968). כן ראו GEORGE SPENCER BOWER & ALEXANDER KINGCOME TURNER, THE DOCTRINE OF RES JUDICATA 20–86 (2d ed. 1969); Zollie Steakley & Weldon U. Ruminations on Res Judicata, 28 Sw. L.J. 355 (1974), Howell, Jr. לשם קץ להתדיינות בשל אותה עילת תביעה (interest rei publicae ut sit finis litium) ראו זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 80; CLERK & LINDSELL ON TORTS 1958–1959 (19th ed. 2006). על ס' 77 לפקודת הנזיקין, אשר אינו מאפשר להיפרע פיצויים או סעד אחר בשל אותה עוולה אם כבר נתבעו קודם לכן, ראו זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 79; אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 98, בעמ' 630–632, ס' 383, ROGERS, לעיל ה"ש 100, בעמ' 936; HARVEY MCGREGOR, MCGREGOR ON DAMAGES 243 (15th ed. 1988). העיקרון של מעשה בית דין מכיל למעשה שלושה תנאים מצטברים: הכרעה סופית על ידי בית משפט מוסמך לגופו של עניין, זהות הצדדים או חליפיהם וזהות העילה. ראו ע"א 2360/99 **בחר נ' דיור בנין ופיתוח בע"מ**, פ"ד נה(4) 18 (2001); Amstadt v. U.S. Brass Corp., 919 S.W.2d 644, 652 (Tex. 1996). כן יצוין כי אף אם התביעה נדחתה ב"סיכוב הראשון", מעשה בית דין נכנס בעיקרון לתמונה, אף אם מבחינה מהותית ניתן לדון בתביעה שכן התובע לא נפרע כבר עבור אותה עילה. ראו זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 80; CLERK & LINDSELL ON TORTS, שם. ליחס בין ס' 77 לפקודת הנזיקין לבין כלל ההשתק הרחב שבתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, ולבחינת ההתאמה בין מעשי החקיקה השונים וכן בינם לבין השלכותיהם ראו זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 83–88.

את האפשרות לתבוע ב"סיבוב השני".¹⁰⁴ מדוע אין מדובר בשתי מסקנות משפטיות (נזק גוף ונזק נפשי או הוצאות) הצומחות מאותה קבוצת עובדות? המבחן לזהות העילה הוא אם התובע היה יכול והיה חייב לרכז את כל טענותיו בנוגע למעשה העוולה בתובענה אחת.¹⁰⁵ ודוק: התדיינות קודמת חוסמת התדיינות נוספת באותו עניין שהועלה, נדון וכבר הוכרע, וגם בעניינים אשר היה אפשר להעלותם ב"סיבוב הראשון" ולא כך נעשה.¹⁰⁶ אולם דומה שהמקרה דנן אינו מקרה כזה, שכן הנזק הגופני טרם התפתח, ולפיכך מדובר בעילות שונות המצריכות סעדים שונים ונפרדים. דהיינו, הנזק הגופני לא היה קיים כלל במועד "הסיבוב הראשון", ולכן התביעה בגינו לא הייתה יכולה להצטרף לתביעה שהוגשה ב"אותו סיבוב" בגין הדגירה, הנזק הנפשי או ההוצאות. אם מדובר בשני סעדים שונים הנובעים מאותו מעשה, אך לא בשתי עילות שונות אלא בעילה אחת המאפשרת שני סעדים שונים, גם אז דומה שאין בעיה של מעשה בית דין והשתק עילה,¹⁰⁷ ולכל היותר יש לבקש פיצול סעדים.¹⁰⁸ כלומר, אם ב"סיבוב הראשון", כאשר יש נזק אחד, מתבקש סעד אחד ויש רצון לשמור את האפשרות לתבוע בעתיד על נזק אחר שעשוי להתפתח כתוצאה מאותו מעשה, הדבר מצריך בקשה לפיצול סעדים בתביעה ב"סיבוב הראשון".¹⁰⁹

בבסיס הבקשה לפיצול סעדים ניצבת השמירה על הזכות לתבוע אם יתממש בעתיד הנזק הגופני.¹¹⁰ אומנם בדרך כלל אין לעודד פיצול סעדים, מחשש לבזבוז זמן שיפוטי,

104 השוו גורן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 524; זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 82; קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 619–620 ו-622; *Brunsdan v. Humphrey* (1884), 14 Q.B. 141 (CA).

105 זוסמן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 170–173; וינוגרד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 178; קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 619–622 ו-669–674. בדין האמריקני מדובר במבחן ה-"same transaction", המורכב מ-"a single core of operative facts which give rise to a remedy", ולפיו את כל התביעות הנובעות מאותו מעשה או עסקה יש לתבוע בכתב תביעה אחד. ראו *Alexander v. Chicago Park Dist.*, 773 F.2d 850, 854 (7th Cir. 1985). מבחן זה נהיה נרחב ביותר במדינות שונות בארצות הברית. ראו *Hagee v. City of Evanston*, 729 F.2d 510, 513 n.5 (7th Cir. 1984).

106 *Federated Dep't Stores v. Moitie*, 452 U.S. 394, 398 (1981).
107 ראו, למשל, וינוגרד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 177–178; קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 615–616, 618, 622 ו-625–628; דודי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 216–227 (התשס"ז).

108 לפי תק' 25(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.
109 ראו, למשל, וינוגרד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 177. בקשה לפיצול סעדים תתקבל גם אם ב"סיבוב הראשון" אין יכולת להעריך שיעור נזק מסוים. ראו זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 87. והשוו *KEVIN M. McDONALD, SHIFTING OUT OF PARK: MOVING AUTO SAFETY FROM RECALLS TO REASON* 201 (2006).

110 שאם לא כן ייראה הדבר כוויתור על הסעד העתידי ויביא לידי מחיקת התביעה השנייה. ראו גורן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 523–524 והאסמכתאות שם. כאן אין מדובר בעילות שונות, אלא בסעדים שונים מאותה עילה, ולכן דומה שפיצול הסעדים רלוונטי (שם, בעמ' 524–525). אם התובע יחלה כבר במהלך הדיון בתביעה הראשונה, הוא יוכל להגיש בקשה לתיקון התביעה במקום עתירה לפיצול סעדים (שם, בעמ' 532–533).

לפגיעה בנתבע ולריבוי התדיינויות.¹¹¹ אך המקרה דנן דווקא מתאים לפיצול סעדים, עקב האופי של הגברת הסיכון במקרה שזו מתפתחת למעשה בשלבים. מכיוון שהפיצול אפשרי (בין היתר) במקרים שבהם מתבקשים סעדים המגינים על אינטרסים מוגנים שונים,¹¹² דומה שזהו מקרה מתאים לכך. חסימת זכות תביעה ב"סיבוב השני" במקרים המתאימים הללו של נזק נפשי או הוצאות ב"סיבוב הראשון" עלולה לפגוע בתובע ולהעשיר את הנתבע באופן לא מוצדק, ולהיות מנוגדת למטרותיהם של דיני הנזיקין: פיצוי, צדק מתקן, הרתעה יעילה וצדק חלוקתי. זאת ועוד, במקרה דנן ייתכן שהפיצול דווקא יעיל את ההליך וימנע התארכות של הדיונים באשר לסיבוכיות העובדתית ב"סיבוב הראשון", שם הנזק הגופני, המחייב סעד נוסף, טרם נהיה מגובש ומוגדר דיו.¹¹³ נוסף על כך, אם התובע יוכל להוכיח שפיצוי בשלב הראשון יוכל לסייע במניעה, באיתור או לפחות בהקלה במקרה שהנזק הגופני יתממש בהמשך הדרך, אזי דומה שיהיה אפשר לשכנע את בית המשפט ביתר קלות בחשיבות העקרונית של השימוש בכלי של פיצול סעדים. דומה כי כל מטרותיהם של דיני הנזיקין תומכות במקרה כזה בתוצאה של פיצוי בשלב הראשון בעבור נזקים נפשיים של חרדה או בעבור הוצאות. המטרות כולן תומכות גם בתוצאה של פיצוי על פי הסתברות כאשר יש נזק ("הסיבוב השני"). לפיכך אין סיבה לא לאפשר את הפיצוי ב"שני הסיבובים" גם יחד, אם מבחינה מהותית-עיונית יש לו מקום וניתן להסדיר זאת גם במישור הפרוצדורלי.¹¹⁴

111 גורן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 524; קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 634–635.

112 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 98, בעמ' 633.

113 על פי קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 628–631; שוורץ, לעיל ה"ש 107, בעמ' 217–218 ו-223; CLERK & LINDSELL ON TORTS, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1958–1959 והאסמכתאות שם; Jenkins v. Richard Thomas and Baldwins Ltd. [1966] 1 WLR 476; Stevens v. William Nash Ltd. [1966] 1 WLR 1550.

114 המקרה של דגירה בלבד בעייתי יותר בהקשר זה, דהיינו האפשרות לקבל פיצוי בגין הדגירה האפשרית של המחלה, בוודאי לפי המודל של עוולה מוגמרת (יש כמובן גם מקרים שבהם הסיכון חלף עבר ואינו יכול לדגור, כגון במקרה שבו אדם כמעט החליק והמפגע הוסר). לכאורה מדובר במקרה של בעיה בהערכת הנזק בשלב הראשון, המאפשר לפצל סעדים (ראו שוורץ, לעיל ה"ש 107, בעמ' 217). אך ייתכן בהחלט שהתביעה ב"סיבוב הראשון" סותמת את הגולל מבחינה פרוצדורלית, מכוח מעשה בית דין, על תביעה כזו ב"סיבוב השני", שכן מדובר באותו סוג נזק (גופני, ולא נפשי או הוצאות) ולכן באותו סעד, ואי-אפשר לפצל סעד אחד מעילה אחת, אלא רק שני סעדים שונים הנובעים מאותה עילה (קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 622–624; גורן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 526, המסביר כי אין לפצל סעד אחד לסעדי משנה אחדים בתביעות נפרדות; CLERK & LINDSELL ON TORTS, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1959). לפיכך דומה שגם בקשה לפיצול סעדים לא תועיל במקרה זה. עם זאת, מכיוון שמבחינה מהותית יש מקום לאפשר תביעה ופשוט להפחית את הפיצויים שהתקבלו ב"סיבוב הראשון" מאלה שיתקבלו ב"סיבוב השני" (השוו שוורץ, לעיל ה"ש 107, בעמ' 223), אל לה לפרוצדורה לחסום מימושה של זכות מהותית, מה גם שמחסום זה של מעשה בית דין ניתן להסרה בשיקול דעתו של בית המשפט (ראו, למשל, ע"א 89/64 האז נ' מני, פ"ד יח(3) 435 (1964); ע"א 329/73 מלון סטפניה בע"מ נ' עזבון מילר, פ"ד כח(1) 19, 19 (1973); ע"א 1041/97 סרור נ' נעלי תומרס בע"מ, פ"ד נד(1) 642, 658 (2000); ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת

בכל המקרים הללו ניתן להציע כי בדומה לתביעות בגין נזקי גוף, שם יש בעיה להעריך את הנזק העתידי, יש לאפשר את התביעה ב"סיבוב הראשון" ולפסוק פיצויים עיתיים דווקא במקרים שנמצא כי מתאימים לכך מבחינה מהותית. מנגנון זה מאפשר לתובע (וגם לנתבע) לחזור לבית המשפט ולבחון את גובה החיוב עקב שינוי נסיבות.¹¹⁵

ישראל, פס' 12–19 (אר"ש 12.10.2009); וכן את הדיון בפסיקה זו אצל זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 92–93. על שיקול דעת זה ניתן כמובן להשיג במסגרת ערעור, שכן מדובר בהכרעה סובייקטיבית הנתונה לכל הפגמים האפשריים שמצויים בשיקול הדעת המשפטי. כאמור, לאפשרות של פיצול סעדים יש סימנים גם בפסיקה האמריקנית – ראו לעיל ה"ש 102. הרציונל מאחורי פיצול סעדים הוא לא להותיר חלק מהנזק לתביעה נפרדת וכך לחלק לסכומים סעד אחד של פיצויים (גורן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 526; ע"א 61/77 **אנגיל נ' מייש**, פ"ד לא(3) 673, 675 (1977)). כשם שבעניין של עוולה נמשכת מאפשרים לתובע לתבוע בעילת תביעה נוספת גם לאחר הגשת התביעה הראשונה באותה עוולה (גורן, לעיל ה"ש 103, בעמ' 525, המדגים זאת מעוולת הסגת גבול; ע"א 477/68 **הופמן נ' מיכאלי-לויטל**, פ"ד כג(2) 52 (1969)), אין סיבה לא לפעול באותה צורה גם כאן. אומנם תובענה צריכה באופן עקרוני להכיל את מלוא הסעד, אך במקרה זה הדבר אינו אפשרי במועד הגשת התובענה.

לכל זאת יש משמעות מיוחדת לא רק לנוכח הצורך למלא את מטרת ההרתעה והצורך בתיקון הנזק מבלי שהפרוצדורה תתקע מקלות בגלגלי המהות, אלא גם לאור פסיקתו של בית המשפט העליון בישראל שלפיה זכות התביעה בנוזקין היא זכות חוקתית, בהיותה זכות קניינית השייכת לניזוק. ראו את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 1, פס' 23–24 לפסק הדין של הנשיא (בדימ') ברק (2006). על כך ראוי להוסיף גם את דבריו של השופט אליעזר ריבלין בספרו אליעזר ריבלין **תאונת הדרכים: סדרי דין וחשוב הפיצויים** 932 (מהדורה חדשה מעודכנת 1999): "הזכות לפיצויים הבאים להשיב לקדמותו את מצבו של מי שניזוק... היא זכות קניינית כמשמעותה בחוק היסוד" (אם כי יש לציין כי הדברים הושמטו ככל הנראה מהמהדורות החדשות יותר של הספר).

אם כן, אם מבחינה מהותית, ולו לפי אחד המודלים, קיימת זכות תביעה נזיקית והיא חוקתית, אל לה להידחות משיקולים פרוצדורליים. לפיכך, בכל מקרה שבו יש ראיות מדעיות המצביעות על הסתברות ממשית ולא זניחה לקיומה של דגירה ולהתפרצות אפשרית של המחלה בעתיד, יש לאפשר פיצול סעדים למשך כל אותו פרק זמן שבו יהיה אפשר להשתמש בזכות זו, ולא לקבל טענה של מעשה בית דין. ניתן להשעין הצעה זו על הקונסטרוקציה הקיימת של פיצול סעדים יחד עם הרציונל שאל לו למחסום דיוני לחסום זכות מהותית ושלבית המשפט יש שיקול דעת לעקוף מחסום זה. אך ניתן גם לפסוע ב"דרך המלך", ללא הסתייגות במעקפים למיניהם, ולחוקק תוספת לדיני הפרוצדורה בדמות "זכות דיונית עתידה". זכות זו תישען על זכות מהותית (נזק מסוג של דגירה), ועיקרה מעקף לדיני ההתיישנות ולדיני ההשתק. חקיקתה של זכות זו תאפשר ודאות משפטית ויציבות משפטית, ולא תותיר את ההחלטה בכל מקרה נתון אך ורק לשיקול דעתו של בית המשפט. לא נרחיב כאן מעבר לכך בהצעה זו. נציין רק כי בכל מקרה שבו תתאפשר תביעה ב"סיבוב השני" ייתכן שיהיה השתק פלוגתא לנתבע מלטעון להעדר סיבתיות עובדתית, לאחר שנקודה זו כבר הוכרעה לחיוב ב"סיבוב הראשון" (ראו וינוגרד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 179–180; קשת, לעיל ה"ש 101, בעמ' 674–680), אך דיון בנקודה זו חורג ממסגרת החיבור.

¹¹⁵ זלצמן, לעיל ה"ש 99, בעמ' 80–81; וינוגרד, לעיל ה"ש 103, בעמ' 174; CLERK & LINDSELL ON TORTS, לעיל ה"ש 103, בעמ' 1957.

התממשות הנזק במקרים של הגברת סיכון, אף במקרי דגירה בלבד, עשויה בהחלט להיחשב שינוי נסיבות כזה, וכך הפרוצדורה לא תחסום זכות מהותית. שאלה אחרת, מתבקשת, היא אם במקרים שבהם יהיה אפשר לקבל פיצויים ב"שני הסיבובים" יהיה מקום להפחית בפעם השנייה את הפיצוי שהתקבל בפעם הראשונה או שמא מדובר בשני נזקים שונים, אף ששניהם קשורים בקשר סיבתי לאותה התנהגות עולתית שהגבירה את הסיכון.

לפי המודל של עוולה בלתי מוגמרת ופיצוי חלקי ויחסי, ראוי לאפשר לתובע לתבוע בכל אחת מן הקטגוריות הרלוונטיות. אם כאשר היה בריא, דהיינו כאשר לא התממש (עדיין) הסיכון לחלות בנזק הגופני הטיפוסי להיחשפות לסיכון, היה לו נזק מסוג אחר – כגון נזק נפשי מחרדה או נזק מסוג של הוצאות על איתור, היערכות ומניעה – והוא תבע על נזקיו אלו וקיבל פיצוי, ראוי שהוא יוכל לתבוע גם כעת, כאשר חלה.¹¹⁶ במקרה כזה הוא יקבל פיצוי בהתאם לחלק בר הייחוס לנתבע, משום שהתביעה הראשונה הייתה לפיצוי בעבור נזק נפשי או הוצאות בלבד, ורק התביעה השנייה היא לפיצוי בעבור נזק גופני. מדובר בנזק כבד יותר ומסוג אחר. אם יוכל כעת, לאחר שחלה, להוכיח במאזן הסתברויות קשר סיבתי לפעילות העולתית של המזיק, הוא יקבל כמובן את כל הפיצוי על נזקו, ולא רק פיצוי בשיעור יחסי על פי הסתברות.

באשר לחרדתיים, במשפט האנגלו-אמריקני המצוי קיימת מחלוקת בשאלה אם יש לאפשר את התביעה כאשר הסיכון התממש ואותם חרדתיים אכן חלו.¹¹⁷ אם ניתן פיצוי, ודומה כי ראוי שיינתן, נראה שאין להפחית במקרה כזה מן הפיצוי של החולה את הפיצוי שניתן לו כאשר היה בריא, שכן מדובר בסוגי נזקים שונים לגמרי ובשתי עולות שונות, ולכן יש לפצות על כל אחד מהנזקים בנפרד.

כאשר מדובר בנזק ראשוני של הוצאות ורק לאחר מכן בהתממשות הסיכון לנזק גופני, מדובר גם כן בנזקים שונים היוצאים מאותו שורש, אך ההוצאות קשורות לנזק הגופני, שכן הן נועדו לאתרו או למונעו. לפיכך ייתכן שמדיניות משפטית ראויה במקרה כזה היא להפחית מן הפיצויים היחסיים והחלקיים בגין הנזק הגופני (או מן הפיצויים המלאים, אם כעת הוכיח קשר סיבתי במאזן הסתברויות) את הפיצויים שכבר ניתנו בעבר

116 יצוין כי אם הסיכון התממש לגבי בריאים אשר נחשפו לסיכון ורק הוציאו הוצאות, יכולה לעלות טענה שיש כאן נזק ראייתי אם חלק מהבדיקות שנערכו לאותם בריאים מגבירות סיכון בעצמן. מדוע? כי כעת לא יהיה אפשר להוכיח לאיזה חלק אחראי המעוול ואיזה חלק מהגברת הסיכון נובע מן הבדיקות המגבירות סיכון בעצמן. זה המצב, לדוגמה, אם גם היחשפותו של התובע לסיכון וגם הבדיקות שנערכו לו (למשל, כאלה שחושפות לקרינה ברמה גבוהה) עלולות לגרום לאותו נזק (למשל, סרטן). אך דומה שבעיה זו עיונית גרידא, ואינה מעשית כלל, שכן בשני המקרים מדובר באותו נתבע: אותו נתבע הגביר את הסיכון מלכתחילה, ובגללו גם נערכו אותן בדיקות המגבירות סיכון כשלעצמן. כך שלמרות הבעיה הראייתית, מאחר שמדובר באותו נתבע, הוא ממילא ישלם על הגברת הסיכון כולה, ואין משמעות לחוסר האפשרות לחלק בין רכיבי התשלום. במילים אחרות, נזק ראייתי במקרים כאלה בעייתי רק כאשר יש יותר מנתבע אחד.

117 ראו Porat & Stein, *Liability for Future Harm*, לעיל ה"ש 94.

בגין ההוצאות על איתורו או מניעתו של נזק זה, אף שמדובר כאמור בשני סוגים שונים של נזקים.

באשר לבריאים שיש חשש שכתוצאה מההיחשפות לסיכון המחלה דוגרת אצלם, אם הניזוק תבע ב"סיבוב הראשון" על נזק עתידי לפי הסתברות, כהצעת פורת ושטיין,¹¹⁸ הוא לא יוכל לתבוע על כך ב"סיבוב שני" כאשר הסיכון מתממש, אף אם כעת הוא יכול אפילו להוכיח את הנזק כולו במאזן הסתברויות ומוכן להפחית את הפיצויים החלקיים שכבר קיבל ב"סיבוב הראשון". במקרה כזה יצטרך התובע להחליט אם לתבוע על עצם הגברת הסיכון שבדגירה ולקבל פיצוי חלקי או שמא "להמר", דהיינו לחכות להתממשות אפשרית של הסיכון ואז לתבוע על הנזק כולו, אך לא יהיה אפשר להחזיק את המקל משני קצותיו.

הקטגוריה של "בריאים לגמרי" למעשה אינה רלוונטית כאן, שכן נכללים בה רק מי שנחשפו לסיכון חד-פעמי שלא התממש ואשר אינו נמשך (כגון, כאמור, מי שנחשפו לסכנת החלקה על רצפה רטובה אך לא החליקו, וכעת המפגע כבר הוסר), ולכן אין מציאות שבה הסיכון יתממש והנחשף לו ייהפך לניזוק בעקבות הפעילות העוללת המקורית.

לפי המודל של ראש נזק עצמאי כתוצאה מעוולה מוגמרת, התוצאה דומה בשתי הקבוצות הראשונות לעיל – של החרדתיים ושל הבריאים בעלי ההוצאות – וברור שיש לאפשר להם לתבוע, שכן הגברת הסיכון כאשר היו בריאים נחשבה נזק או ראש נזק בפני עצמו. היא אפשרה פיצוי למי שהיה להם נזק מסוג אחר (נפשי או הוצאות), וכעת יש לאפשר להם לתבוע על נזקם הגופני. גם כאן, לאלה שנותרו בריאים לגמרי לאחר שנחשפו לסיכון שאינו נמשך האפשרות של תביעה אם חלו אינה רלוונטית, שכן הם אינם יכולים לחלות, והסיכון אינו יכול להתממש עוד כתוצאה מהפעילות העוללת.

באשר לקבוצת הבריאים שיש חשש לדגירת המחלה אצלם, ראוי שמי שמשתייך לאותה קבוצה יוכל לתבוע ולקבל פיצוי מלא כגובה הגברת הסיכון. זהו מקרה מובהק שבו ראוי לכאורה להפחית את הפיצויים שהתקבלו בעבור הגברת הסיכון גרידא מן הפיצויים שיתקבלו בעבור הנזק הגופני, שכן הדגירה כלפי הבריא והסיכון שהתממש כלפיו לאחר שחלה קשורים לאותו נזק בדיוק, ואם התקבל קודם לכן פיצוי רק בעבור הדגירה, יש להפחיתו כעת מהפיצוי שמתקבל בעבור הסיכון שהתממש. כך גם יהיה איזון בין עצם האפשרות לתבוע פיצוי בעבור דגירה, כאשר אין נזק אחר (עם כל החששות הפרוצדורליים והחשש שמא הקופה תתרוקן עד שאנשים יחלו ממש), לבין עצם האפשרות לתבוע ב"סיבוב שני" – ההפחתה מהווה איזון ראוי, והיא גם תתמרץ חלק מהניזוקים לא לתבוע ב"סיבוב שני", שכן הם יקבלו רק את ההפרש, ולעיתים הדבר לא יהיה כדאי להם.

טבלה 1 מציגה את האפשרויות השונות בחתך של מודלים.

טבלה 1: אפשרות התביעה במקרה של התממשות הסיכון, לפי קבוצת ההשתייכות ולפי המודל

לפי מודל 1 – מודל העולה הבלתי-מוגמרת (פיצוי חלקי ויחסי)	לפי מודל 2 – מודל העולה המוגמרת (ראש נזק עצמאי)	
לא רלוונטי, הסיכון אינו יכול להתממש.	לא רלוונטי, הסיכון אינו יכול להתממש.	בריאים לגמרי
ראוי שיוכל לתבוע, וראוי שיקבל פיצוי בהתאם לחלק בר הייחוס לנתבע, משום שהתביעה הראשונה הייתה בעבור נזק נפשי בלבד, ורק התביעה השנייה היא בעבור נזק גופני. אך לפי הספרות והפסיקה בארצות הברית ובאנגליה, יש כאן מחלוקות. (אם יוכל כעת, לאחר שחלה, להוכיח במאזן הסתברויות קשר סיבתי לפעילות העוולתית של המזיק, יקבל כמובן את כל הפיצוי על נזקו, ולא רק פיצוי בשיעור יחסי על פי הסתברות.) דומה שלא ראוי להפחית את הפיצויים שקיבל בתביעה הראשונה, אך נראה שאין זה ראוי, כי מדובר בסוגי נזקים שונים לגמרי ובשתי עוולות מוגמרות, ולכן יש לפצות על כל נזק כזה בנפרד.	ראוי שיוכל לתבוע, וראוי שיקבל פיצוי מלא כגובה הגברת הסיכון, משום שהתביעה הראשונה הייתה בעבור הוצאות בלבד, ורק התביעה השנייה היא בעבור נזק גופני. מדובר בנזק כבד יותר ומסוג אחר, אם כי הוא קשור לנזק הראשוני של ההוצאות. לפיכך ייתכן שראוי להפחית את הפיצויים שקיבל בעבורן. (אם יוכל כעת, לאחר שחלה, להוכיח במאזן הסתברויות קשר סיבתי לפעילות העוולתית של המזיק, יקבל כמובן את כל הפיצוי על נזקו, ולא רק פיצוי בשיעור יחסי על פי הסתברות.)	בריאים חרדתיים
ראוי שיוכל לתבוע, וראוי שיקבל פיצוי בהתאם לחלק בר הייחוס לנתבע, משום שהתביעה הראשונה הייתה בעבור הוצאות בלבד, ורק התביעה השנייה היא בעבור נזק גופני. מדובר בנזק כבד יותר ומסוג אחר, אם כי הוא קשור לנזק הראשוני של ההוצאות. לפיכך ייתכן שראוי להפחית את הפיצויים שקיבל בעבורן. (אם יוכל כעת, לאחר שחלה, להוכיח במאזן הסתברויות קשר סיבתי לפעילות העוולתית של המזיק, יקבל כמובן את כל הפיצוי על נזקו, ולא רק פיצוי בשיעור יחסי על פי הסתברות.)	ראוי שיוכל לתבוע, וראוי שיקבל פיצוי מלא כגובה הגברת הסיכון, משום שהתביעה הראשונה הייתה בעבור הוצאות בלבד, ורק התביעה השנייה היא בעבור נזק גופני. מדובר בנזק כבד יותר ומסוג אחר, אם כי הוא קשור לנזק הראשוני של ההוצאות. לפיכך ייתכן שראוי להפחית את הפיצויים שקיבל בעבורן. (אם יוכל כעת, לאחר שחלה, להוכיח במאזן הסתברויות קשר סיבתי לפעילות העוולתית של המזיק, יקבל כמובן את כל הפיצוי על נזקו, ולא רק פיצוי בשיעור יחסי על פי הסתברות.)	בריאים בעלי הוצאות

לפי מודל 1 – מודל העולה הבלתי-מוגמרת (פיצוי חלקי ויחסי)	לפי מודל 2 – מודל העולה המוגמרת (ראש נזק עצמאי)
אם לא קיבל פיצוי עד כה, ראוי לאפשר לו לתבוע, וראוי שיקבל פיצוי בהתאם לחלק בר הייחוס לנתבע. כאן הפחתה אינה רלוונטית, כי לא התקבל קודם לכן כל פיצוי. אם תבע ב"סיבוב הראשון" על נזק עתידי לפי הסתברות, כהצעת פורת ושטיין,¹¹⁹ לא יוכל לתבוע על כך ב"סיבוב שני" כאשר הנזק מתממש, אף אם כעת יכול אפילו להוכיח את הנזק כולו במאזן הסתברויות ומוכן להפחית את הפיצויים החלקיים שכבר קיבל ב"סיבוב הראשון".	ראוי שיוכל לתבוע, וראוי שיקבל פיצוי מלא כגובה הגברת הסיכון. זהו מקרה מובהק שבו ראוי לכאורה להפחית את הפיצויים שכבר קיבל ב"סיבוב הראשון", שכן הדגירה והסיכון שהתממש קשורים לאותו נזק בדיוק, ואם התקבל קודם פיצוי רק בעבור הדגירה, כעת יש להפחיתו מהפיצוי שמתקבל בעבור הסיכון שהתממש. יש בכך משום מדיניות ראויה, המאפשרת פיצוי, מחד גיסא, אך מתמדת לא להגיש תביעה ב"סיבוב השני", מאידך גיסא, עקב ההפחתה.

4. לא מוכיחים ב־30%! – העמידה על הוכחת החלק בר הייחוס במאזן הסתברויות

יש הסבורים כי פיצוי על פי הסתברות פירושו הוכחת התביעה בחלק בר הייחוס – למשל, שאם החלק שניתן לייחסו באופן הסתברותי לנתבע הוא 30%, אזי הדוקטרינה של סיבתיות עמומה מאפשרת את הוכחת התביעה ב־30% – ולא היא. יש לדייק: הפעלת הדוקטרינה, לפי כל אחד מהמודלים שהורחב עליהם בחלק הקודם, דהיינו אפילו לפי המודל הראשון של פיצוי חלקי לפי עולה בלתי מוגמרת, אין פירושה הוכחת תביעה ב־30%, אלא במאזן הסתברויות.¹²⁰ כלומר, יש לשכנע את בית המשפט ברמת ודאות של יותר מ־50% שהחלק המיוחס באופן הסתברותי לפעילות העוללתית של הנתבע הוא 30%. אמרו מעתה: את הפחתת הסיכוי או את הגברת הסיכון בשיעור של 30% יש להוכיח ביותר מ־50%.¹²¹

119 Porat & Stein, *Liability for Future Harm*, לעיל ה"ש 94, בעמ' 234–235.

120 השוו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 16 לפסק הדין של השופט ג'ובראן. השופט ג'ובראן סבור כי אף שפירושה של הדוקטרינה הוא התגמשות ראייתית-דיונית, ולא נזיקית-מהותית, את עצם קיומה של העמימות המדעית, להבדיל מתוכנה, יש להוכיח במאזן הסתברויות. לעומתו, השופט פרוקצ'יה (שם, בפס' 4) חוששת שהחלת הדוקטרינה כפי שנעשתה בערעור בפרשת מלול פירושה סטייה ומהפך בתפיסה של דיני הנזיקין ושל המשפט האזרחי בכללותו, ושהיא זרה למבחן מאזן ההסתברויות, שכן היא מאפשרת הוכחה הפחותה ממאזן הסתברויות.

121 להרחבה ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 860.

להבדל זה תהיה נפקות, בין היתר, בדיון להלן בשאלה אם יש מקום להכיר בחלק בר ייחוס שמעל 50% ומתחת ל-100% – אחת משאלות הא-סימטריה שיידונו בהמשך.¹²²

5. אי-זניחותו של החלק בר הייחוס כתנאי להחלת הדוקטרינה

הצורך שהחלק בר הייחוס לפעילותו של המעוול-הנתבע לא יהיה זניח הוזכר כבר בערעור בפרשת **מלול**, שם ציינה אותו השופטת נאור כאחד משלושת הפרמטרים המצטברים למבחן לפסיקת פיצוי על פי הסתברות במקרים של הגברת סיכון.¹²³ כך פסק גם השופט יצחק עמית בפרשת **דנינו**, שבה נדונה פגיעה בסיכוי.¹²⁴ השופט עמית מציע שם לא לפסוק פיצוי יחסי בגין אובדן סיכויי החלמה כאשר שיעור האובדן זניח, וזאת משני שיקולים: (א) יש קושי בהענקת פיצוי במקרים שבהם הקשר הסיבתי זניח, שכן במקרים שבהם הסיכון גבוה והסיכוי להתרשלות נמוך ביותר, ספק אם יש מקום לדיון בפיצוי ההסתברותי. זאת ועוד, אם יוכר שיעור זניח, יוביל הדבר לתוצאה לא רצויה של קיזוז אותו שיעור גם במקרים של שיעור גבוה ביותר, ולא זניח. בדוגמה שהשופט עמית מביא, "...אדם שלא החלים מניתוח שסיכויי ההצלחה שלו הם 95%, ובעקבות התרשלות צנחו סיכויי ההצלחה ל-5%, לא יזכה לפיצוי מלא אלא רק לפיצוי יחסי בשיעור של כ-95% מגובה הנזק".¹²⁵ (ב) שיקולים של מדיניות משפטית – הכרה בשיעור זניח תוביל לתביעות רבות גם מצד חולים שמלכתחילה סיכויי החלמתם היו נמוכים, אשר יצטרכו להוכיח רק את ההתרשלות ושיעור כלשהו של אובדן סיכויי החלמה. מצב כזה אינו רצוי ויוביל לעומס על מערכת המשפט. עוד מוסיף השופט עמית כי גם ללא אימוץ כלל המחריג שיעור זניח נראה שהפרקטיקה המשפטית תוביל לכלל כזה. הואיל וממילא שיעור האובדן של סיכויי ההחלמה מבוסס על אומדן והשערה סטטיסטית, אי-אפשר למעשה להעריכו בדיוק של אחוזים ספורים, ודה פקטו הערכת השיעור לא תהיה זניחה, אלא יותר מכך. יוצא אפוא כי כדי להעריך אובדן סיכוי בשיעור זניח, יש צורך ברמת דיוק גבוהה, מה שאינו שכיח (ונוסף כי יש לכך בדרך כלל גם עלויות גבוהות). הערכת אובדן הסיכוי על ידי בית המשפט במקרים זניחים משולה אפוא למדידה מדויקת של גרמים באמצעות משקל אדם, דבר שאינו אפשרי כמובן. השופטים אסתר חיות ועוזי פוגלמן אינם מסכימים בהכרח עם השופט עמית בנקודה זו. הם סבורים כי הסוגיה של פיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה בשיעור זניח אינה טעונה הכרעה במקרה **דנינו**, ועל כן אינם רואים צורך לנקוט בה עמדה. זה היה גם אחד הטעמים לכך שהבקשה לדיון נוסף בנדון לא התקבלה.¹²⁶

122 להלן בתת-פרק 8. לניתוח כלכלי של פיצוי בגין אחריות הסתברותית מתחת ל-50% ראו פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 18, בעמ' 386–389.

123 ע"א **מלול**, לעיל ה"ש 23, בפס' 26.

124 ע"א 3900/14 **דנינו נ' המרכז הרפואי הלל יפה**, פס' 34–39 (אר"ש 2.12.2015) (להלן: ע"א **דנינו**).

125 שם, בפס' 36.

126 דנ"א 595/16 **בית החולים הלל יפה בחדרה נ' דנינו**, פס' 8 (אר"ש 14.3.2016) (להלן: דנ"א **דנינו**).

לפי השופט ריבלין, אין להיזקק למבחן אי-הזניחות, שכן מבחן ההטיה הנשנית שהוא מציג כבר מסייג דיו את הדוקטרינה של הגברת הסיכון, כך שיש מקום עקרוני להפעילה גם במקרים זניחים יחסית, כל עוד עומדים בפרמטרים למבחן ההטיה הנשנית.¹²⁷

מעבר לשאלה העקרונית בדבר ההתחשבות בפרמטר הזניחות, עולה השאלה – אשר לא הוכרעה עדיין בפסיקה – כיצד הזניחות נמדדת. האם יש למדוד אותה באחוזים? אם כן, מהו הגבול התחתון שמתחתיו לא יוכר פיצוי על פי הסתברות? שמא יש למדוד אותה בכלל בסכומים? הרי חצי אחוז מנזק של מאות מיליוני שקלים גבוה לאין ערוך מחלק בר ייחוס של 40% מתביעה של כמה אלפי שקלים. לעיתים "דין פרוטה כדין מאה", מה גם ש"פרוטה" לאחד אינה תמיד בגדר "פרוטה" גם לאחר, כך שייתכן שהזניחות תהיה גם היא יחסית – לנסיבות ולעושרו של התובע. עם זאת, יש להניח ולקוות שבתי המשפט ידעו להמשיך לזהות זניחות של גורם סיכון, ולא יאפשרו מתן פיצוי בעבור גורם כזה.

6. האם יש להכיר בפיצוי על פי הסתברות בכלל, ולא רק בנזקי גוף ובמקרים של אובדן סיכויי החלמה?

ראינו שהשופט נאור בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת **מלול** מוסיפה דרישה להחלת הדוקטרינה של פיצוי על פי הסתברות רק במקרים שבהם קיים נזק גוף דווקא (מרשלנות רפואית, אך גם ממקרים של זיהום סביבתי ועוד). לדעתה, נזק גוף מהווה את הבסיס החזק ביותר ליישום שיקול של צדק מתקן, והיא גם אינה חוששת מהרתעת יתר כאשר מדובר בנזקי גוף. כאמור, היא מותירה ב"צריך עיון" את האפשרות להחיל את הדוקטרינה על נזקים אחרים, ואף מציעה להחיל את הדוקטרינה מלכתחילה על

"גם לא מצאתי לקבל את טענות המבקשים כי קשיותה וחשיבותה של ההלכה מצדיקות דיון נוסף. המבקשים טענו כי בפסק הדין אומצה גישה שלפיה ייפסק פיצוי יחסי גם במקרים שבהם הפגיעה בסיכויי ההחלמה היא זניחה, גישה המעדיפה באופן מובהק את הניזוק על פני המזיק. אולם, השופטים **חיות ופוגלמן** ציינו שניהם, ברחל בתך הקטנה, כי הם אינם קובעים מסמרות בשאלת הפיצוי על פגיעה זניחה בסיכויי ההחלמה. משלא נקבעה בעניין זה הלכה בפסק הדין, אין בסיס לטענת המבקשים" (ההדגשות במקור).

127 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 42 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. פרמטר הזניחות הוזכר גם על ידי השופט אליהו מצא באמרת אגב בדנ"א 6714/02 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' מרדכי** (אר"ש 7.4.2003); על ידי השופט רובינשטיין בע"א 9656/03 **עזובן מרציאנו נ' זינגר** (אר"ש 11.4.2005); ועל ידי השופטת שטרסברג-כהן בעניין **דעקה**, לעיל ה"ש 84, בפס' 15 לפסק דינה. ראו גם שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 889; אושרית סיסו וורד שפילמן "סיבתיות עמומה" – האם התפזר הערפל? בעקבות ע"א 7375/02 בית חולים כרמל נגד **מלול הארת דין** ב 165, 178 (2005); ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?" **משפטים** ל 317, 339 (1999) (להלן: גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי").

התדיינות נזיקות בלבד.¹²⁸ השופטת פרוקצ'יה, לעומתה, סבורה כי יש להותיר את כל ההכרעות הללו בידי המחוקק, שאמור ליצור מבנה סטטוטורי כולל שיביא בחשבון גם השלכות בתחומים אחרים של המשפט – לא רק בתחום הרפואה ולא רק לעניין עוולות המוניות.¹²⁹ כזכור, השופטת פרוקצ'יה גם מעלה את התמיהה מדוע אין לבחון דרכי פתרון לעמימות גם ביחס ליסודות אחרים של העוולה, ולא רק כלפי סיבתיות, וכן ביחס לנזקי רכוש ולגבי ענפי משפט אחרים.¹³⁰

קריטנשטיין וריבלין מסבירים כי ההיגיון בפסיקת פיצוי יחסי הסתברותי דווקא במקרים של רשלנות רפואית, ולא במקרים אחרים, הוא שבתחום זה הנתבעים ברוב המקרים הם כיס עמוק, בדמות חברות ביטוח כשחקנים חוזרים לעניין זה.¹³¹ נוסף על כך, הפיצוי היחסי ההסתברותי ניתן ומוצדק דווקא היכן שמדובר בנזקי גוף, ולא בנזקים אחרים, שבהם יש מקום רב יותר להותיר את התובע בלא כל פיצוי על פי כלל מאזן ההסתברויות הקלסי.¹³² עם זאת, כמסקנה העולה מניתוח הפסיקה הקיימת, קריטנשטיין וריבלין רואים לנכון להחיל את הדוקטרינה לא רק על נזקי גוף ולא רק על תחום הטיפול הרפואי.¹³³

128 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 62, 70, 107 ו-139 לפסק הדין של השופטת נאור. ראו גם לעיל ליד ה"ש 37–39.

129 שם, בפס' 9–17 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

130 שם, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה. כן ראו את דבריה שם, בפס' 4 לפסק דינה, המצוטטים לעיל ליד ה"ש 59.

131 קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בפרקים ו-ז. יצוין כי השופטת נאור הציעה כאמור להגביל את הפיצוי בגין הגברת סיכון למקרים של נזקי גוף, אך לא רק מרשלנות רפואית, אלא גם מזיהומים סביבתיים. אולם כנראה שגם שם יש בדרך כלל מבטחים או לפחות גופים גדולים בעלי כיס עמוק – המזהמים עצמם. ראו גם בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים 177, 205 (2007). והשוו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2, בפס' 78 לפסק הדין של השופטת נאור: "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... גם שיקול זה – של תמריץ לגילוי האמת – אינו מוגבל בהכרח לקיומה של קבוצת ניזוקים...".

132 ע"א 676/10 עזבון אליהו נ' קופת חולים לאומית, פס' 4 (אר"ש 13.7.2011): "למעשה, מקרים של רשלנות רפואית הם המקרים היחידים שבהם הפיצוי ההסתברותי נותר משוחרר מסייגי 'ההטיה הנשנית'...".

133 קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18. לדבריהם, מחד גיסא, אליבא דהלכת פאתח, לעיל ה"ש 1, היה ברור שהדוקטרינה של אובדן סיכויי ההחלמה חלה גם בענפי משפט אחרים, כגון דיני החוזים; מאידך גיסא, הם מסבירים כי יש ניגוד ("אוקסימורון") בין הלכת פאתח לדיון נוסף מלול, לעיל ה"ש 2, ובגלל המבולקת הזו – שנוצרה כאשר הלכת פאתח "אותרגה", ולא שונתה או סויגה בדיון נוסף מלול – ניתן לאתר פסיקות לפיצוי יחסי במקרים יחידניים שאינם מקרים של הטיה נשנית. נוסף על כך, בחלק ניכר מהפסיקה בערכאות הנמוכות לא הוטלה הגבלה על ההכרה בפיצוי לפי הסתברות דווקא במקרים של נזקי גוף (והשוו ת"א (שלום ת"א) 28549-07-18 סלומון נ' ברדה (אר"ש

אכן, יש לציין כי מקרים של פגיעה בסיכוי נדונו בפסיקות שונות בארץ ובפסיקה המשווה לאו דווקא לעניין אובדן סיכויי החלמה בעניין הרפואי ולא רק לעניין נזקי גוף. נדונו מקרים כגון היחשפות לחומרים רעילים (שם הנזק הוא אכן נזק גוף), אך גם ענייני חוזים שונים, רשלנות מקצועית של מהנדסים או עורכי דין, השמדה רשלנית שגרמה לאובדן סיכויים, כגון השמדה של חומרים לתביעה, של כרטיס הגרלה או של חומרים לראיון קבלה לעבודה.¹³⁴ אפשר להסכים שיש חשיבות מיוחדת להפעלת הדוקטרינה במקרים של רשלנות רפואית בפרט ונזקי גוף בכלל, בין היתר עקב קיומו של ביטוח והאפשרות לפזר נזקים, אך אין סיבה נראית לעין לצמצם את תחולתה במקרים אחרים. לכן, אף שמטרתנו באופן כללי היא לתחום את הדוקטרינה ולצמצמה, דווקא בהיבט זה של סוגי המקרים שהדוקטרינה תחול עליהם אין סיבה מיוחדת לצמצום. אף אם נזקים בדיני הנזיקין בכלל, ואולי נזקי גוף בפרט, הם פלטפורמה מתאימה במיוחד להחלת הדוקטרינה לפי הצדק המתקן, כפי שהשופט נאור סבורה, אין הדבר מוריד מהאפשרות להשתמש בה גם במקרים אחרים.

נדגים זאת ממקרה שנדון בערכאות בעניין פיצוי בגין נזק ממזני של אובדן השתכרות, ולדעתנו היה יכול דווקא להצליח אילו השתמשו במסגרתו בפגיעה בסיכוי, והיה בו משום העברת מסר חברתי ומשפטי חשוב. באחת הפרשיות שבהן נדון פיצוי נזיקי בגין סרבנות גט היה התובע רב צבאי שהשתחרר מהצבא וחיפש, כגמלאי, פרנסה כרב קהילה. לטענתו, עקב היותו מסורב גט נגרמה לו לא רק פגיעה ביכולתו למצוא זוגיות למרות היתר נישואים שקיבל, שכן נשים ששמעו כי הוא מסורב גט ברחו ממנו

8.2.2021), שם נאמר במפורש כי ניתן לסטות מכלל מאזן ההסתברויות רק במקרים של נזקי גוף; וכן ת"א (שלום ת"א) 8648-03-18 **שלוש נ' עדני** (אר"ש 21.12.2020). זאת, בניגוד אפילו לגישת המיעוט של השופט נאור בדיון נוסף **מלול**, שביקשה להגביל את ההכרה בהגברת הסיכון רק במקרים של נזק גוף. לטעמם של קריטנשטיין וריבלין, הפרשנות שניתנה בערכאות הנמוכות לדיון נוסף **מלול** (מבחן ההטיה הנשנית) לא היטיבה עם הפרשנות הראויה להלכת **פאתח**, כחריג המאפשר סטייה מכלל מאזן ההסתברויות. למעשה, בפועל נוצרו בערכאות הנמוכות פסיקות סותרות הנעדרות כל אחידות וקוהרנטיות בין המשמעות המקורית של הלכת **פאתח** לבין ההלכה שביקש דיון נוסף **מלול** להנחיל. קריטנשטיין וריבלין מציעים כפתרון להכיל גם את מקרי הפגיעה בסיכוי תחת כנפיו של מבחן ההטיה הנשנית שנקבע בדעת הרוב בדיון נוסף **מלול** (קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בפרק ח), שזה למעשה מה שרצה המשנה לנשיאה ריבלין לעשות מלכתחילה (דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 39 לפסק דינו), אולם נסוג מכך עקב רצונו – כפי שהוא מסביר כיום (ראו אסקלסקי וצ'רני, לעיל ה"ש 72) – להציג אחדות דעים, ולו לעניין זה, עם השופט נאור ודעת המיעוט.

¹³⁴ לסקירת מקרים שונים בפסיקה בישראל ובחוץ לארץ ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 863–864. על אלה ניתן להוסיף גם מקרים כגון *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786, שם אדם לא אפשר לחברו להשתתף בתחרות שהמנצח בה זכה בפרס כספי גדול. התביעה נסבה על הפרת חוזה, שנטען כי התרחשה באותו מקרה, ובית המשפט אכן העריך את נזקו של התובע בהתאם לסיכויי זכות בתחרות אילו השתתף בה. כן ראו ע"א 679/82 **עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ**, פס' 8 לפסק הדין של השופט ברק ופס' 3 לפסק הדין של השופט לוי (נב' 13.4.1988); אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" **משפטים** כג 311, 382 (1994) והאסמכתאות שם. לאסמכתאות נוספות ראו קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בפרק ה.

מייד (ועל כך הוא פוצה – במסגרת תביעת הנזיקין בגין סרבנות גט שהגיש נגד אשתו בבית המשפט לענייני משפחה – בהיבט הלא-ממוני של הנזקים הנפשיים שנגרמו לו עקב הסרבנות), אלא גם פגיעה בהיבט הממוני מסוג של אובדן השתכרות. לדבריו, בכל בית כנסת שרצה להתקבל אליו כרב הוא סורב. טענה זו לא הוכחה, ולכן התביעה ברכיב זה נדחתה.¹³⁵ היה אפשר לפנות לפיצוי על פי הסתברות בפרק של פגיעה בסיכוי, ולנסות, למשל, לאתר כמה מועמדים היו לאותה משרה בכל קהילה ומה היו סיכוייו של התובע להתקבל למשרה בכל פעם, אשר אבדו עקב סרבנות הגט של אשתו. מכיוון שמדובר ביותר ממשרה אחת שהוא לא התקבל אליה מטעמים אלו לטענתו, יהיה אפשר להכפיל את הסיכוי הממוצע להתקבל בכלל הקהילות שאליהן פנה – וזהו בעצם החלק בר הייחוס לסרבנותה של האישה (אשר לעיתים לא יהיה פשוט לחשבו, בהינתן שייתכן שגם אילולא היה מסורב גט לא היה מתקבל לעבודה בכל אותם מקומות) – במשכורת הממוצעת שהוצעה למשרת רב בכלל הקהילות הללו, למשך כמה חודשים למצער. כך היה מועבר מסר חשוב שנוזקי הסרבנות יפוצו. פיצוי כזה היה מניב הרתעה ועולה בקנה אחד גם עם צדק חלוקתי, וכל זאת גם בהיבט של נזק ממוני, ולא רק נזק לא ממוני, וגם אם יש בעיה להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין הפעילות העוולתית לנזק. פסיקה כזו, שיכולה לראות סרבנות של גברים ושל נשים כעוולה המאפשרת פיצוי, ולו יחסי, בגין ראש נזק ממוני, ולא רק בגין ראש נזק לא ממוני, יכולה לתרום למאבק בסרבנות הגט. זו מטרה חשובה דייה, אף שאין מדובר כאן ברשלנות רפואית ובנזק גוף.

מעבר לעניין המהותי עצמו, דומה שכאשר מדובר בדוקטרינה שהוכרה בפסיקה בלבד, ולא בחקיקה, מיקודה רק בסוג נזק מסוים ואי-החלטה על סוגי נזקים אחרים הם בעייתיים כשלעצמם. בדרך כלל איננו מוצאים חלוקה של דיני הנזיקין לנזקים בני פיצוי מול כאלה שאינם בני פיצוי כתוצאה מאותה התנהגות עוולתית, מעבר להבחנה ברורה בחקיקה בין מקרים שבהם העוולה חלה רק על נזק מסוים, כגון נזק גוף בלבד (למשל, בתאונות דרכים או מוצרים פגומים, שם ההבחנה ברורה שכן מדובר באחריות מוחלטת או חמורה ויש רצון לצמצמה מטעם זה) או נזק ממון בלבד (למשל, במקרי מטרד מסוימים). ביקורת זו דומה במידה מסוימת לביקורת שהובעה על דוקטרינת קיזוז הסיכונים של אריאל פורת, אשר הציע ליישמה במשפטי רשלנות רפואית בלבד, ורק בחלק ממקרי הרשלנות הרפואית.¹³⁶

135 תמ"ש (משפחה-י) 18561/07 ש"ד נ' ר"ד (נבו 26.5.2010).

136 אריאל פורת "אחריות מופרזת, קיזוז סיכונים ורפואה מגנטית" **עיוני משפט** 9 (2006); Ariel Porat, *Offsetting Risks*, 106 MICH. L. REV. 243 (2007). הביקורת נסבה, בין היתר, על ניסיון זה לחלק את דיני הנזיקין לשניים בצורה שאין לה כנראה אח ורע. ראו גם Benjamin Shmueli, *Offsetting Risks in Tort Law: Theoretical and Practical Difficulties*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 137, 144–145 (2009).

7. בעיית הא-סימטריה 1: אין סימטריה בין הלכות הפגיעה בסיכוי (פאתח) והגברת הסיכון (מלול)

ניתן לראות הגברת סיכון כתמונת ראי של פגיעה בסיכוי, כך שהגברת סיכון של מאן דהוא לחלות, למשל מהיחשפות לקרינה, מקבילה לפגיעה בסיכוי שלו לא לחלות.¹³⁷ זו אכן דעתנו. אומנם, אפשר גם להצביע על הבדלים שונים בין הדוקטרינות, מינוריים יותר או פחות, כגון שפיצוי בגין פגיעה בסיכוי עוסק בעמימות בשאלת גובה הנזק, ולכן הוא צופה פני עבר וברור יותר שיש לקבלו, ואילו הגברת סיכון עוסקת בשאלת העמימות לגבי עצם גרימת הנזק.¹³⁸ אולם בהקשר זה רק נזכיר בקצירת האומר כי גם במקרים של פגיעה בסיכוי יש לעיתים עמימות בשאלת עצם גרימת הנזק על ידי הנתבע, שפעילותו הייתה עוולתית, שכן ייתכן שהנזק נגרם על ידי גורם אחר, עוולתי או לא עוולתי, או על ידי שילוב של כמה גורמים, שהנתבע הוא אחד מהם או לא (ואכן, העמימות הסיבתית יכולה לנבוע מגורמים שונים ולהיות רלוונטית לסיטואציות שונות).¹³⁹ כך שלא יהיה זה מדויק לומר שהעמימות בפגיעה בסיכוי היא רק ביחס לגובה הנזק ולכן קל יותר לפסוק אותו, ושהגברת סיכון מהווה "קפיצת מדרגה".

על כל פנים, לדעתנו, אף אם ניתן לאתר הבדלים מסוימים בין הדוקטרינות, אין סיבה להתייחס באופן שונה לגמרי לשתייהן, ובוודאי לא להכיר רק באחת מהן. אך גם המצב הפסיקטי השורר כיום בישראל הוא מוזר ולא תקין: אם מבחן ההטיה הנשנית אכן מייצג את דעת הרוב בהלכת הגברת הסיכון בדיון נוסף **מלול**, מבחן זה לא הוחל על הלכת **פאתח**, היא הלכת הפגיעה בסיכוי, ואין זה מקרה – חלק מהשופטים אומרים זאת במפורש בדיון הנוסף, בבחינת "אם כבר הכרנו בראש נזק של אובדן סיכויי החלמה **בפאתח**, לא ניגע בו כעת".¹⁴⁰ אם הדוקטרינות זהות או דומות למצער, וממילא הדיון הנוסף בהרכב

137 ראו, למשל, דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2 בפס' 36 ו-39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. המשנה לנשיאה ריבלין מסביר כי אין הבדל בין השתיים, וכמוהו גורסים מלומדים שונים בארץ ובעולם. לסקירה ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 860, ה"ש 16. כן ראו גלעד דיני **נזיקין** – **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 1423; שני, לעיל ה"ש 81, בעמ' 400; עניין **כהן נ' קופת חולים כללית**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 701–702; עניין **קסלר**, לעיל ה"ש 73, בפס' 20: "דוקטרינת 'אובדן סיכויי החלמה' או דוקטרינת 'הגברת סיכון ללקות במום או במחלה', שהינה צדו השני של אותו מטבע... עשויה בנסיבות המתאימות לשמש כאחד הכלים העומדים לרשות בית המשפט בהתמודדות עם בעיית העמימות הראייתית..."; ע"א 8279/02 **גולן נ' עזבון מנחם**, פ"ד סב(1) 330, פס' 13 לפסק הדין של השופט גרוניס (2006), שם הוא מעלה את הדעה כי יש סימטריה בין הדוקטרינות. כן ראו את פסק דינה של השופטת חיות בעניין **מור**, לעיל ה"ש 73, שם חישבו החלק בר הייחוס לפגיעה בסיכוי נעשה דרך העלייה בסיכון לחמותה, מה שמערב (בצורה נכונה, לדעתנו) בין פגיעה בסיכוי להגברת סיכון.

138 ראו דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 94–99 לפסק הדין של השופטת נאור.

139 ראו הצעת הקטגוריות השונות אצל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 76.

140 ראו, למשל, דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת ארבל, בפס' 3 לפסק הדין של הנשיאה ביניש ובפס' 49 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

של תשעה שופטים פתח את הסוגיה ודן בה בהרחבה כה רבה, אזי דומה שהיה מקום לכל הפחות לנסות לבחון קבלת הלכה אחידה לשני סוגי הדוקטרינות, לכאן או לכאן.¹⁴¹

8. בעיית הא-סימטריה 2: מדוע בעצם לא להכיר בפיצוי על פי הסתברות גם בטווח שמעל ל-50% ועד 100%? השאלה בדבר המשך תוקפו של מבחן מאזן ההסתברויות

כזכור, השופטת פרוקצ'יה סברה, בדיון הנוסף בפרשת **מלול**, כי יש להסדיר את כל הסוגיה של פיצוי על פי הסתברות בחקיקה, מכיוון שסוגיה זו סבוכה וכוללת רבדים שונים. לצורך כך היא מעלה שאלות שונות, כבדות משקל, וביניהן השאלה הבאה: "ככל שמוכרת אחריות מדורגת של הנתבע הפחותה מ-50%, כיצד ניתן להצדיק אי הכרה סימטרית בהפחתת אחריותו של המזיק בהתאם לאותו שיעור שבו הוכחה בפועל אחריותו מעל למאזן ההסתברויות?"¹⁴²

זו למעשה הייתה הטענה של בית חולים שערי צדק בפרשת **שערי צדק נ' כהן**:¹⁴³ אם לא הוכח שהנזק נגרם בעקבות התרשלותו של בית החולים באשר לניתוח להחלפת מפרק ירך, אלא רק שקיימת הסתברות שהתרשלותו הובילה לקרות הנזק, אזי אף אם הסתברות זו גבוהה מ-50%, שיעורה הוא שצריך להיות האחוז מהנזק שעליו לשלם, ולא 100%. אף שדומה כי בפסק הדין בעניין **פאתח** נפתח הפתח לקביעה כזו,¹⁴⁴ דחה השופט ריבלין טענה כזו בעניין **שערי צדק נ' כהן**, וזאת פחות משלושה שבועות לאחר פסק הדין בערעור בפרשת **מלול** בשנת 2005, אם כי נימוקיו היו שלמעשה אין כאן עמימות סיבתית.¹⁴⁵

141 דהיינו, להכרה בשתי הדוקטרינות, לאי-הכרה בשתייהן או להכרה בשתייהן רק במקרים של הטיה נשנית. כאמור, קריטנשטיין וריבלין תומכים בהכפפה של הלכת **פאתח**, לעיל ה"ש 1, ושל הלכת הפגיעה בסיכוי כולה למבחן ההטיה הנשנית שנקבע בדיון נוסף **מלול**, לעיל ה"ש 2, אף שהוא נפסק לעניין הגברת סיכון. ראו קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בפרק ז.

142 דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

143 ע"א 7469/03 **המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן** (אר"ש 17.4.2005) (להלן: עניין **שערי צדק נ' כהן**).

144 ע"א **פאתח**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 319.

145 עניין **שערי צדק נ' כהן**, לעיל ה"ש 143, בפס' 3, 10 ו-12: "המשיב הוכיח, אפוא, במאזן ההסתברויות, כי אלמלא הרשלנות הוא היה נופל בתחום הרחב של ניתוחים מצליחים... 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... במסגרת הערכת הנזק הזה נדרש בית-המשפט, מטבע הדברים, גם לאומדן. עם זאת, הדרישה המקובלת מקדמת דנא, של הוכחת יסודות האחריות במאזן ההסתברות – בעינה עומדת... בנסיבות אלה צדק בית-המשפט המחוזי משבחר שלא לפנות לראש הנזק של אוכדן סיכויי החלמה. אין זה המקרה שבו מתקיימת עמימות ראייתית המצדיקה היאחזות בראש נזק חלופי זה, כמשענת לניזוק שנשללו ממנו הכלים הנקוטים ברגיל. ההוכחה הסטטיסטית לא באה להמיר את כללי ההוכחה הרגילים. מקומה באותן מקרים יוצאי דופן שבהם מתקיימים טעמים המצדיקים זאת. לעומת זאת, מקום בו מלמדות הראיות כי החולה לא הפסיד דבר בשל האיחור במתן הטיפול הרפואי,

קריטנשטיין וריבלין מעלים במאמרם את הסברה כי "מטעמי סימטריה אין סיבה לשלול את הפיצוי ההסתברותי מעל 50%. הסיבה לכך היא כי הרתעת יתר כלפי הפרט תפגע בהתנהגותו, ומדובר בתוצאה שאינה רצויה מטעמי יעילות".¹⁴⁶ בפסק הדין בדיון הנוסף בפרשת **מלול**, בשנת 2010, הייתה גם השופטת נאור מוכנה לצעד כזה:

"...כאשר הניזוק הוכיח שיעור הסתברות מעל 50%, ייקבע הפיצוי בגובה שיעור ההסתברות שהוכח ולא תתבצע 'השלמה' לכדי שיעור של 100%. הטעם לכך הוא שמרגע שנפתחו שערי החרג בדבר 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 'הכול או לא כלום'. אם נאמר כי חריג האחריות היחסית מתיר 'השלמה' לכדי שיעור של 100%, יביא הדבר לתוצאה של הרתעת יתר חריפה... בדברים אלה יש כדי להסיר את החשש שמא החרג בדבר האחריות היחסית יופעל באופן העלול לעוות את קביעת הפיצויים... כמו גם את החשש שמא 'יבלע' החרג את הכלל הרגיל. בדברים אלה יש כדי להבהיר כי קיים קו גבול ברור בין הכלל הרגיל לבין חריג האחריות היחסית, וכי האחרון אינו 'תחליף' או 'קיצור דרך' לכלל הרגיל. בדברים אלה יש כדי להביא להתאמה בין חריג האחריות היחסית לבין הדוקטרינה בדבר אבדן הסיכויים להחלמה. גם 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'... אכן, שתי הדוקטרינות [חריג האחריות היחסית (כתחליף למבחן ההטיה הנשנית אליבא דפורת) והדוקטרינה של אובדן סיכויי ההחלמה (שהוכרה בפרשת **פאתח** ולמעשה לא בוטלה בדיון נוסף **מלול**) – המחברים] הן עקביות בקביעת הפיצוי על פי הסתברות לאורך טווח ההסתברות, ללא 'השלמה' של הפיצוי לכדי פיצוי מלא, כשיטת הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות".¹⁴⁷

ובאותה מידה – גם מקום בו עולה מן הראיות כי החולה הפסיד הכל – אין להידרש לראש הנזק האמור. ענייננו מצוי בתחום המקרים מן הסוג האחרון. בענייננו ידוע מה היה מצבו של המשיב קודם למעשה ההתרשלות – ובעניין זה לא היתה עמימות ראייתית – וידוע גם במידה מספקת מה היה מצבו אלמלא ההתרשלות... אכן, עולם הרפואה נתון לספקות ולא־ודאות. כל טיפול רפואי עשוי לשאת עמו סיכון מסוים, אפילו הוא מבוצע כהלכה. אולם אין זה מקובל ואין זה ראוי, בכל מקרה שבו נכשל ניתוח בשל התרשלות הצוות הרפואי, להפחית מסכום הפיצוי סכום המתיימר לבטא את אותו סיכון, אפילו יהא זה סיכון ערטילאי או מזערי". לדיון נרחב בפרשה זו, בהשלכותיה וביחסה לפסיקות קודמות, כגון פרשת **פאתח** והערעור בפרשת **מלול**, ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 891–894.

¹⁴⁶ קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 344.

¹⁴⁷ דנ"א **מלול**, לעיל ה"ש 2, בפס' 135 לפסק הדין של השופטת נאור. וראו פורת "אחריות

מהו אותו חשש שהביעו שמואלי, שפירא ופוקס ואשר השופטת נאור מדברת עליו?

"...בהנחה שהדוקטרינה, אכן, מופעלת באופן בלתי-סימטרי, הדין יוצר עיוות שיטתי בקביעת הפיצויים לפי דיני הנזיקין, שכן 'לכל מטבע שני צדדים': הנתבעים ישלמו באופן שיטתי יותר מן הנזקים שלהם יגרמו, שכן הם ישלמו את מלוא הנזק כשהסתברות הקשר הסיבתי עולה על 50%, אך ישלמו רק את תוחלת גרימת הנזק על ידם כשהסתברות [הוכחת הקשר הסיבתי] נמוכה מ-50%. מובן, כי העלות העודפת תגולגל על כלל הפעילות נשוא תביעת הנזיקין, שבה מדובר (פעילות רפואית, בניין, חרושת וכיו"ב), תייקר אותה שלא לצורך, ובכך יועבר עושר באופן שרירותי מכלל העוסקים באותה פעילות אל המעטים שיזכו בתביעות נזיקין בגין פעילות זאת. בנוסף, תשלום פיצויים מעל לאחוז הפגיעה במקרה כזה נראה כעודף פיצוי או כעונש לנתבע, שעלול להביא להרתעת-יתר. אך יש הטוענים כי, למעשה, אין מדובר כאן באי-סימטריה, שכן במקרים רבים מעולים כלל אינם נתבעים מסיבות, כגון בעיות הוכחה, נזקים קטנים מדיי שלא שווה לתבוע בגינם ועוד; ולכן אם תהיה סימטריה, לא תהיה הרתעה מספקת, ואם לא תהיה סימטריה, בסך הכל ישלמו מעולים על נזקים ממוצעים שהם גורמים. אחרים מדגישים, כי הדבר נכון במיוחד כלפי רופאים, שכן אחוז נמוך של נפגעים מרשלנות רפואית תובע, ותביעות רבות אינן מתקבלות, ואילו במקרים אחרים (כגון רשלנות מקצועית או אובדן סיכוי עסקי) צריך כל מקרה להיבדק לנסיבותיו.

דומה איפוא, כי הלכת הגברת הסיכון בעייתית – בין אם היא תופעל באופן סימטרי ובין אם לאו. לדעתנו, סופו של מבחן מאזן ההסתברויות ואי העמידה, אפילו בפרשנות המקלה יותר שלו (המאפשרת לשכנע את בית המשפט באמינות האומדן, כשאין די ראיות מדעיות) ימיט אסון על הדין האזרחי. משכך, יש, לדעתנו, להפעיל אותו בכל זאת באופן בלתי סימטרי כפי שעולה מהלכת **[שערי צדק נ' כהן]**¹⁴⁸, עם הקשיים הנובעים מכך, דהיינו רק במקרים שמתחת ל-50% ורק בהתאם לקריטריונים ברורים ונוקשים מעבר לאלה שהוצגו בהלכת **מלול**. הפעלתה של הגברת הסיכון במקרים שמעל ל-50% תגרום לריבוי התדיינויות, מכיוון שבכל מקרה יטען הנתבע שאין מדובר בהסתברות 1 לקיום הנזק, דהיינו

הסתברותית", לעיל ה"ש 18, בעמ' 389–390, הסבור כי כל השיח בין השופטים בדנ"א **מלול** בעניין פיצוי הסתברותי כאשר הקשר הסיבתי העובדתי הוא מעל 50% (הטיה נשנית כלפי מעלה) הוא בבחינת אמרות אגב בלבד, ואין לחלץ מכך הלכה. יוער כי מאמרו זה של פורת פורסם בשנת 2013, ומאז חלו התפתחויות שונות בפסיקה, כפי שנראה להלן.
148 עניין **שערי צדק נ' כהן**, לעיל ה"ש 143.

בהוכחת קשר סיבתי עובדתי של 100%, וינסה לפעול בדרך שבה ניסה המערער, בית החולים 'שערי צדק', לילך בה באותו מקרה שנדון כאן".¹⁴⁹

אנו סבורים כי באופן עקרוני יש מקום לחשוש כך גם כעת, אך מפנים גם לסיבות – שהוצגו באותו ציטוט ממש – מדוע יש לחשוב בכל זאת על קבלת סימטריה, דהיינו, מדוע יש להכיר בחלק בר הייחוס שמעל ל-50% במקום להכיר ב-100% מהנזק המוכח. ייתכן גם שהדברים קשורים להשקפה בנוגע לשאלה אם מדובר במודל של עוולה בלתי מוגמרת ופיצוי חלקי או במודל של ראש נזק עצמאי ועוולה מוגמרת.¹⁵⁰ על כל פנים, אחת הסיבות לקבלת הסימטריה היא שאם מבינים ומיישמים את שהדגשנו לעיל¹⁵¹ – שאין מוכיחים תביעה ב-30% או ב-70%, אלא מוכיחים את החלק בר הייחוס במאזן הסתברויות – אזי כשם שמוכיחים במאזן הסתברויות (קרי, ביותר מ-50%) הגברת סיכון או פגיעה בסיכוי בחלק בר ייחוס בשיעור של 30%, כך אפשר להוכיח במאזן הסתברויות גם חלק בר ייחוס של 70%. אם כך מבינים ומיישמים זאת, לא יהיה זה סופו המוחלט של מבחן מאזן ההסתברויות, כמתואר במסגרת החשש שהועלה לעיל, ולא יהיה מצב שבו תביעות לא יתקבלו ב-100%.¹⁵² מדוע? בעולם הרגיל של הוכחת תביעות יש למבחן מאזן ההסתברויות מקום רגיל – אם תביעה הוכחה ביותר מ-50%, מתקבל הפיצוי המלא עקב הוכחת הנזק כולו. אם יש קושי בהוכחת הקשר הסיבתי ביותר מ-50% ועוברים לעולם ההסתברויות (אך זאת אם באמת עוברים להסתברויות, ולא מעבירים נטל או פוסקים אומדנה כללית מטעמי צדק ללא נתונים הסתברותיים קונקרטיים המאפשרים להגיע לאומדן החלק בר הייחוס, ולו בקירוב), עדיין שומרים על מעמדו של מבחן מאזן ההסתברויות, שכן את החלק בר הייחוס, יהא גודלו אשר יהא, מוכיחים ביותר מ-50%. במילים אחרות, יש כאן שני מסלולים חלופיים, אשר יועדפו אד הוק לפי האסטרטגיה של התובע ולפי הנסיבות. אם התובע רוצה להוכיח את תביעתו ולקבל פיצוי על כלל נזקו, עליו לפנות לכללים הראייתיים הרגילים ולהוכיח את כל נזקו במאזן הסתברויות, דהיינו, ביותר מ-50%. במקרה של סיבתיות עמומה, דהיינו כאשר לא ברור שניתן להצביע על קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק במאזן הסתברויות, אזי פתוחה לפניו הדרך למסלול החלופי, שהוא עולם ההסתברויות. שם אפשר להצביע על חלק כזה או אחר הניתן לייחוס לנתבע, אשר לעולם לא יהיה 100%. אם הדרך האחרונה היא שנבחרה, פירוש הדבר הוא שמאזן ההסתברויות ישמש אותנו לא כדי לומר שהתובע הצליח להוכיח את מלוא תביעתו ביותר מ-50%, אלא שהחלק המיוחס לנתבע, שיכול להיות גם מעל 50%, הוכח במאזן הסתברויות. לדעתנו, אלה אכן

149 שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 894–895.

150 ראו לעיל בתת-פרק ב.3.

151 ראו לעיל בתת-פרק ב.4.

152 בהקשר זה השוו פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 18, בעמ' 360–375; Ariel Porat, *Misalignments in Tort Law*, 121 YALE L.J. 82, 108–109 (2011).

צריכים להיות מסלולים חלופיים, ממש כטענות משפטיות חלופיות שניתן לטעון באותו כתב תביעה ואין צורך בהכרח לבחור ביניהן אקס אנטה.

האם הפסיקה הייתה מוכנה ללכת בדרך זו, מעבר לאמירות תאורטיות יותר, דוגמת זו של השופטת נאור בדיון נוסף **מלול** או בפרשת **פאתח**? התשובה חיובית, אולם לפי שעה נרשמו רק מקרים מעטים כאלה.

ייתכן שהפסיקה בעניין **אפשטיין**¹⁵³ – שם התקבלה טענה של עורך דין כי אין להחיל עליו אחריות של 100% (אלא פחות מכך) במקרה של אובדן סיכויי הצלחה של תביעה – הכירה למעשה, כבר בשנת 2011, באפשרות לפסוק פיצוי בשיעור חלק בר ייחוס שהוא יותר מ-50% במקרה של פגיעה בסיכוי, אם כי כזה שאינו מקרה של אובדן סיכויי החלמה ואינו קשור כלל לנזק גוף או לתחום הרפואי. באותה פרשה נדונה תביעה שהוגשה נגד עורך דין שייצג בני זוג בהליכים שונים הנוגעים בהלוואות שנטל הבעל ללא ידיעת אשתו. האישה תבעה את עורך הדין ברשלנות מקצועית בגין נזקים שנגרמו לה כתוצאה ממתן ייעוץ משפטי שגוי, שהתבטא בכך שהוא לא ייעץ לה בדבר אפשרותה להתנתק מחובות בעלה. לטענתה, עורך הדין היה אמור לציין לפניה, כלקוחתו, כי עומדת לה טענת פטור מתשלום חובות מסוימים, ולמעשה, לטענתה, בשל רשלנותו המקצועית היא שילמה כספים בנסיבות שבהן היא הייתה יכולה לנסות להימנע מכך. בית משפט קמא פסק לזכות האישה באופן חלקי, וחייב את עורך הדין לשאת בחלק מתשלומי החוב שהאישה שילמה.¹⁵⁴ בערעור טען עורך הדין כי הפיצוי שקיבלה האישה כמוהו כפיצוי בגין פגיעה בסיכוי, וכי יש לבחון מה היה הסיכוי להצלחת האישה אילו ידעה את המידע המשפטי האמור והייתה פועלת על פיו. הוא שכנע את בית המשפט כי גם אילו ידעה האישה כי באפשרותה לכפור בחבותה, היא לא הייתה בוחרת לעשות כן. עורך הדין השתמש אפוא בדוקטרינת הפגיעה בסיכוי וביקש להחילה באופן סימטרי כלפי תביעת האישה ("לרעת התובעת"). בית המשפט קיבל את טענתו, וקבע כי ניתן לראות את הפיצוי המגיע לאישה כפיצוי בגין הפגיעה בסיכוי שנגרמה לה בשל אי-קבלת הזדמנות לטעון לכך שהחובות המדוברות אינם חלים עליה. בית המשפט העריך את אובדן ההזדמנות (שנגרם עקב כך שנמנעה מהאישה האפשרות לטעון כי אין היא נושאת בחובות המדוברות ולפעול למען שמירת זכויותיה) בשיעור של 70% – הווה אומר, שיש סיכוי של 70% שהיא הייתה מעלה את טענת הפטור ומצליחה בה – ובהתאם לכך הפחית 30% מסך הפיצוי שנפסק בערכאה הראשונה.¹⁵⁵

כמה תובנות לנו על פסק הדין. **ראשית**, בעוד שבבית משפט קמא קיבלה האישה את הפיצוי במסגרת הוכחת התרשלנות של הנתבע מבלי שהועלו בעיות של סיבתיים, בערעור השתמש עורך הדין בדוקטרינת הפגיעה בסיכוי כטענת הגנה ("מגן", ולא "חרב") בנסיבות העניין, ממש כפי שביקש בית חולים שערי צדק לעשות בעניין **שערי**

153 ע"א (מחוזי חי') 651/08 **גאגין נ' אפשטיין** (אר"ש 5.9.2011) (להלן: ע"א **אפשטיין**).

154 ת"א (שלום חי') 8349/04 **אפשטיין נ' גאגין** (אר"ש 11.5.2008).

155 ע"א **אפשטיין**, לעיל ה"ש 153, בפס' 51–52 לפסק הדין של השופט כהן.

צדק נ' כהן ולא הצליח.¹⁵⁶ עורך הדין משכנע את בית המשפט כי המסגרת הנורמטיבית לפיצוי התובעת הוא בעצם פגיעה בסיכוי, ומבקש להפחית את הפיצוי המגיע לה על פי הסיכוי האמיתי, לטענתו, שהאשה הייתה מצליחה. טענה זו, שהתקבלה הפעם, עולה בקנה אחד עם הגישה הסבורה כי הלכת **פאתח** יצרה למעשה פיצוי יחסי הסתברותי ואחריות יחסית ב"תחפוש".¹⁵⁷ **שנית**, קשה לא להבחין בדמיון, ולו מסוים, בין הפיצוי היחסי שנפסק בערעור לבין טענת הגנה מסוג אשם תורם,¹⁵⁸ ככל שאין מדובר בנזקי גוף, שכן הוכח שם כי האשה, אף שלא קיבלה את העצה הראויה מהנתבע, ידעה בכל זאת את המידע מפי עורך דין אחר שעזמו הייתה בקשר (אם כי הוא לא ייעץ לה באופן רשמי ולא קיבל תמורה בעבור הייעוץ) ואף על פי כן לא פעלה. ייתכן שיש כאן אפילו מצב שהוא יותר מאשם תורם – מצב שבו אין קשר סיבתי עובדתי בין התרשלותו של עורך הדין לבין הנזק, שכן גם אילו ייעץ לה לעשות כן, ייתכן מאוד שהיא עדיין לא הייתה עושה דבר, שהרי עורך דין אחר ייעץ לה ובכל זאת היא לא עשתה דבר. זאת, בדומה לפסיקות קלסיות בעניין רשלנות רפואית, שם לעיתים יש להוכיח סיבתיות עובדתית מסוג של "אילו ידעתי את המידע שלא נמסר לי תוך הפרת חובה, הייתי פועל בדרך אחרת".¹⁵⁹ הדברים נאמרים בזהירות, שכן טענה נגדית באותו מקרה יכולה להיות שעורך הדין האחר ייעץ לה בעניין ללא תמורה ובאופן לא רשמי, ואילו ייעץ לה כך דווקא עורך הדין שלה, המייצג אותה, היא הייתה פועלת בהתאם, ולו משום שקבלת שתי חוות דעת זהות הייתה מחזקת אותה לנהוג כך. לפיכך הקשר הסיבתי העובדתי אינו נופל, וגם אין בהכרח אשם תורם.

מקרה אחר הוא פסק הדין משנת 2014, הפעם של בית המשפט העליון, בעניין **עזבון פלונית נ' בית החולים אסף הרופא**.¹⁶⁰ באותו מקרה דובר באישה שעברה ניתוח לקיצור קיבה, ואשר אחרי מנוחה של כמה ימים בבית החולים שוחררה לביתה. בעקבות מחושים שונים ביקרה האישה כמה פעמים אצל רופאים מטעם בית החולים, אולם אלה לא ערכו בדיקות נוספות לגילוי סיבוכים כתוצאה מהניתוח, ואחרי שלושה שבועות נפטרה

156 עניין **שערי צדק נ' כהן**, לעיל ה"ש 143.

157 עניין **צ'ירגייב**, לעיל ה"ש 73, בפס' 5 ו-9.

158 ס' 68 לפקודת הנזיקין.

159 יוער כי בית המשפט היה ער לסיבותיה האישיות של התובעת לא לפעול. ראו, בין היתר, ע"א **אפשטיין**, לעיל ה"ש 153, בפס' 50 לפסק הדין של השופט כהן: "...בית המשפט קמא קבע, שהמשיבה היתה מעוניינת תחילה בשמירה על התא המשפחתי, אך מצב זה השתנה, ובמועד כלשהו קיבלה המשיבה החלטה לנתק את עצמה מענייניו של המשיב. בית המשפט קמא לא הצליח לקבוע מהו המועד המדויק בו קיבלה המשיבה את החלטתה לפעול באופן נפרד מהמשיב. לקביעה זו השלכות בעיקר לעניין תביעתה של המשיבה לקבלת מחצית מכספי פיצויי הפיטורים של המשיב. בכדי לפעול למען שמירת חלקה בכספים אלה היתה המשיבה צריכה ראשית לכל להגיע להחלטה בדבר סיום היחסים בינה לבין המשיב. משלא ניתן לקבוע מתי החליטה המשיבה לנתק עצמה מענייני המשיב, ודאי שלא ניתן לדעת האם ומתי היתה המשיבה מחליטה לפעול למען שמירת זכויותיה בכספיו של המשיב".

160 ע"א 1693/09 **עזבון פלונית נ' בית החולים אסף הרופא** (אר"ש 3.9.2014).

האישה כתוצאה מתסחיף ריאתי. לשם הוכחת הרשלנות הוכח כי האישה לקתה בארץ לב משמעותי (טכיקרדיה – מצב שבו קצב הלב מהיר גם במנוחה) ואף על פי כן לא נערכו בדיקות תסחיף ולא נלקחו המדדים שהיו יכולים להצביע על התוויה לטיפול שהיה בכוחו למנוע את מותה. לגבי הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק ציין בית המשפט כי אילו נעשו הבדיקות האמורות (אשר כל רופא סביר היה צריך להורות עליהן בצל החשש מתסחיף ריאתי), היה אפשר לאתר את הסכנה ולשפר את סיכויי החלמתה של המנוחה. מן הנתונים שהוצגו לפני בית המשפט עלה כי אילו הוענק לאישה הטיפול הרפואי האמור, היה בכך כדי להגדיל את סיכויי החלמתה ב-¹⁶¹66% בית המשפט מגיע למסקנה כי הפיצוי בגין אובדן סיכויי ההחלמה יינתן אך ורק בשיעור אותו אחוז יחסי, וזאת אף שהסיכוי שאבד היה גדול כאמור מ-50%. בית המשפט מסביר כי על פי הלכת פאתח (כפי שהובחרה), ועל פי הפסיקה בדנ"א מלול ובעניין צ'ירגייב, מכיוון שאלמלא ההתרשלות היה למנוחה סיכוי של 66% לשרוד, יעמוד הפיצוי על 66% משיעור הנזק שנגרם בעקבות מותה.

כשנה לאחר מתן פסק הדין בעניין עזבון פלונית ניתן פסק הדין בפרשת דנינו, שם הגיע השופט עמית, שהיה ער להלכה האמורה, למסקנה אחרת.¹⁶² הוא הציג בפסק דינו ארבע גישות שונות לעניין היקף הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה:

א. בכל מקרה שבו הוכח אובדן סיכויי החלמה ייפסק פיצוי יחסי, בלי קשר לשאלה מהו שיעור הסיכויים שאבדו לתובע.¹⁶³

ב. פיצוי יחסי לפי הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה יינתן רק במקרים שבהם סיכויי ההחלמה שאבדו פחותים מ-50%. בכל מקרה שבו הסיכויים גבוהים מ-50% ייפסק פיצוי מלא, בהתאם לכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות. גישה זו מבטאת א-סימטריה בין הסתברות שנוטה לטובת המזיק לבין הסתברות שנוטה לטובת הניזוק, ומעדיפה באופן מובהק את האחרון על הראשון.

ג. יש להחיל את הדוקטרינה רק במקרים המתאפיינים בעמימות סיבתית, אך לא במקרים שבהם ניתן להגיע למסקנה מסוימת, לגבי קיומו של קשר סיבתי או העדרו, ברמה קרובה לוודאות.

ד. הגישה הרביעית, המהווה שילוב של הגישה השנייה והגישה השלישית, תומכת ביצירת כלל א-סימטרי שיחול רק במקרים של עמימות סיבתית, כלומר, פיצוי יחסי יינתן רק במקרים שבהם הפגיעה בסיכויי ההחלמה נמוכה מ-50% אך אינה זניחה.¹⁶⁴

השופט עמית מציין, תוך התייחסות לעניין עזבון פלונית, כי –

161 שם, בפס' 30 לפסק הדין של השופט מלצר.

162 ע"א דנינו, לעיל ה"ש 124.

163 שזה מצב של סימטריה מלאה, בניגוד לגישה ד להלן, שאותה העדיף השופט עמית.

164 ע"א דנינו, לעיל ה"ש 124, בפס' 26.

"בהלכת פאתח אומצה הגישה הראשונה, לפיה גם אובדן סיכויים מעל 50% מזכה את הניזוק בפיצוי יחסי... גישה זו היתה הגישה הדומיננטית בפסיקה עד שניתן פסק הדין בעניין **מלול**. בהתאם, במקרים מסויימים נפסק פיצוי יחסי בגובה 70% מהנזק... ואף למעלה מכך. גם לאחר שניתן פסק הדין בעניין **מלול** ניתן פסק דין אשר המשיך בדרך זו, וזיכה את התובע בפיצוי יחסי בגין אבדן של 66% מסיכויי ההחלמה..."¹⁶⁵

והינה, חרף הפסיקה הקודמת, שהשופט עמית היה ער לה ואף אזכר אותה, הוא בוחר בגישה הרביעית, שלפיה אם סיכויי ההחלמה שנגרעו גבוהים מ-50%, יש לפסוק פיצוי מלא לטובת הניזוק. גישה זו למעשה "מאמצת את עקרון הא-סימטריות במובן זה שפגיעה בסיכויי החלמה בהסתברות של מעל 50% – תוביל לפיצוי מלא, ולצד זאת – איננה מזכה את התובע בפיצוי כלשהו בגין פגיעה בסיכויי החלמה זניחים".¹⁶⁶ לגישתו זו של השופט עמית הסכימו השופטים חיות ופוגלמן.

בקשה לדיון נוסף נדחתה, משלא היה בדבר משום הלכה חדשה או סתירה להלכה קודמת, אלא רק פיתוח של ההלכה שנקבעה כבר בדיון נוסף **מלול**.¹⁶⁷ הנשיאה נאור קובעת למעשה, שש שנים לאחר פסק הדין בדיון נוסף **מלול**, כי בפרשות **פאתח ומלול** לא ננקטה הלכה בעניין זה, אלא למעשה סוג של אוביטר, וסוקרת בקצרה פסיקות שונות וסותרות בסוגיה.¹⁶⁸

האם בסוגיה של הגברת סיכון הייתה גם כן מוכנות של הפסיקה לפסוק פיצוי בגין חלק בר ייחוס שמעל 50%, נניח 70%? נרשם לפחות מקרה אחד כזה, בפסיקת בית המשפט העליון, דווקא כשנה לפני הדין הנוסף בעניין **מלול**, אם כי היה זה אחד

165 שם, בפס' 27.

166 שם, בפס' 28. לנימוקיו לעניין זה ראו שם, בפס' 29 ואילך. ראו גם פסיקה קודמת לע"א דנינו: ע"א (מחוזי ת"א) 3459/06 **שוורץ נ' עזובן פילוסוף**, פס' 32 (נבו 25.2.2008), שם קבע השופט ישעיהו שנלר כי "המשיבים הוכיחו כי מבחינה הסתברותית מעל ל-51%, ובמקרה דנן אף מעל ל-85%, המנוחה היתה מחלימה. די בכך על מנת להגיע למסקנה כי משכך זכאים המשיבים למלוא נזקם". לפסק הדין הצטרפו בהסכמה השופטים קובי ורדי ודליה גנות. ראו גם הרמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 172.

167 דנ"א דנינו, לעיל ה"ש 126.

168 שם, בפס' 7: "...בעניין **פאתח** לא נקבעה כל הלכה לגבי מקרים שבהם אבדן סיכויי ההחלמה הוא בשיעור העולה על 50%, שכן בנסיבות המקרה שנדון שם סיכויי ההחלמה שאבדו היו פחותים מכך. בנוסף, גם מעניין **מלול** לא עולה עמדה ברורה, וודאי שלא הלכה, בנוגע לשאלה האם יש לפסוק פיצוי הסתברותי גם במקרים שבהם ההסתברות לגרם הנזק עולה על 50%... למעשה, פסיקתו של בית המשפט בשאלה זו מאז הדיון הנוסף בעניין **מלול** לא הייתה אחידה (כך למשל, [בעניין **עזובן פלוגית**, לעיל ה"ש 160] הופעלה הדוקטרינה 'לרעת' הניזוק, במובן זה שנפסק לו פיצוי יחסי בשיעור של 66%. מנגד, היו מקרים שבהם בית המשפט נמנע מלהפעיל את הדוקטרינה כאשר הוכח במאזן ההסתברויות קשר סיבתי בין ההתרשלות ובין הנזק...). לנוכח חוסר הבהירות ששרר בדיון קודם לכן, אין לומר כי פסק הדין מושא הבקשה סתר הלכה קודמת ברורה של בית משפט זה".

המקרים שבהם קבע בית המשפט העליון במפורש כי אין הבדל בין הגברת סיכון לפגיעה בסיכוי. בשנת 2009, בעניין **קסלר**, פסק השופט יורם דנציגר (בהסכמת השופטים פרוקצ'יה ורובינשטיין) פיצוי בשווי 70% מהנזק המוכח, כשיעורה של הגברת הסיכון שיוחסה לנתבעת (חישבו שם היה בסיס לנוסחה בפרשת **צירגייב**¹⁶⁹). בערכאה הראשונה בבית המשפט המחוזי נפסק כי אי־אפשר לקבוע בוודאות מלאה מה גרם לנזקי התובע, ונקבע, על דרך האומדנה, כי רשלנות הנתבעת תרמה אך ל-50% מנזקי התובע. בערעור בבית המשפט העליון ערך השופט דנציגר חישוב לקביעת השיעור, והעמידו על 170.70%

מעניין שהשופט נאור לא הביאה מקרה זה בחשבון בפסק דינה בדיון נוסף **מלול**, וגם לא בהחלטתה לא לאשר דיון נוסף בפרשת **דנינו**, כאשר קבעה כי אין למעשה הלכה בנדון. האם היא סברה שאי־ההכרעה בנושא זה בדיון נוסף **מלול** נהפכה להלכה גם לעניין זה, למרות ההלכה מן השנה שלפני כן בפרשת **קסלר**? בבית משפט השלום נרשם בשנת 2018 מקרה של פסיקה דומה נוספת באשר להגברת סיכון, אולם ללא התייחסות לענייני הסתברות כלל, כך שאין שם אפשרות לעקוב אחר מקורה של פסיקה זו.¹⁷¹

169 עניין **צירגייב**, לעיל ה"ש 73.

170 ראו עניין **קסלר**, לעיל ה"ש 73, בפס' 22: "...אין בידי לקבל את טענת המערערת לפיה גם אם קיים קשר סיבתי בין אי מתן הקומדין למשיב לבין האירוע המוחי, הרי שהיא הגבירה את הסיכון של המשיב ללקות בו באחוזים בודדים בלבד וכי יש להגביל את אחריותה לנזקיו בהתאם. לכאורה, בטענתה של המערערת טעם רב. משנקבע כי הסיכון שהמשיב ילקה באירוע מוחי כאשר הוא אינו נוטל קומדין הינו 10% ואילו הסיכון כי הוא ילקה באירוע מוחי כאשר הוא נוטל קומדין הינו 3%, הרי שלכאורה ההפרש בין שני נתונים אלו הוא שאמור לשקף את הגברת הסיכון שהביאה המערערת בכך שלא העניקה למשיב טיפול בקומדין. ולא היא. יש לזכור כי הסיכון לכך שהמשיב ילקה באירוע המוחי **אכן התרחש** במקרה דנן, כך שהמשיב משתייך **להלכה למעשה** לאותם 10% שלוקים באירוע מוחי. מכאן, שעבור המשיב עמד הסיכון ללקות באירוע מוחי, הלכה למעשה, על 100%. משכך, ובהתאמה, הרי ש-3% של סיכון ללקות באירוע מוחי אגב נטילת הקומדין מהווים **עבור המשיב** 30% סיכון (100 x 3/10). נזקו של המשיב בפועל, אם כן, הינו ההפרש שבין שני הנתונים האחרונים, דהיינו 70% הגברת סיכון... 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..." (ההדגשות במקור). לאמירה שהגברת סיכון ופגיעה בסיכוי הן שני צידי של אותו מטבע ראו שם, בפס' 20.

171 ת"א (שלום ת"א) 6565-09-12 **פלונית נ' אלמוני** (נבו 18.6.2018), שעסק בתביעת נזיקין של קורבן ניצול מיני. מדובר בבעל אטליז שניצל מינית, במקרה יחיד, ילדה בת אחת־עשרה מהיישוב שבו גרים שניהם ומשפחותיהם. בית המשפט דן, בין היתר, בשאלת הקשר הסיבתי בין הניצול המיני לבין נכותה הנפשית של הילדה. מחד גיסא, בית המשפט קובע כי אין חולק בדבר נכותה הנפשית של הילדה. בנפרד מהניצול המיני של הנתבע, הילדה עצמה נולדה עם גורמים גנטיים בעייתיים, גדלה ברקע משפחתי קשה ולא פשוט (ההורים צרכו סמים, האישה עסקה בזנות, ופסק הדין מוסיף עוד תיאורים על חיים קשים ועלובים), ובין היתר לקתה בהתפרצויות זעם כבר מגיל קטן. מאידך גיסא, ברור כי למעשיו של הנתבע יש תרומה לנזקים הנפשיים של הילדה. אם כן, לפנינו מקרה קלסי של סיבתיות עמומה מסוג של הגברת סיכון – ייתכן מאוד שחלק מהנזק נגרם בעוולה וחלקו לא בעוולה,

לסיכום, ראינו כי השימוש בדוקטרינות הפגיעה בסיכוי והגברת הסיכון, בניית סימטרי, עשוי לשמש גם טענת מגן (דהיינו, טענה להפחתת פיצוי מ-100%, כפי שנטען בעניין **שערי צדק נ' כהן** ובעניין **אפשטיין**), ולא רק טענת חרב. אף שיש היגיון בסימטריה, למרות החששות המלווים את יישומה, לא ברור שזו ההלכה כיום.

9. תפקידה של הדוקטרינה בשיקולים למתן צו עשה במשפט מנהלי/חוקתי ובדיני עבודה: האם עולם ההסתברויות רלוונטי גם לתחומים אלו?

בג"ץ **לוי** עסק במקרה של קצינה, משרתת קבע, אשר פוטרה בניגוד לנהלים בדבר פיטורי עובדת בהיריון.¹⁷² לאחר שובה של הקצינה מחופשת הלידה ("תקופת לידה והורות") הודיעו לה רשויות הצבא כי היא משוחררת מצה"ל, הואיל ואין כעת בנמצא תפקיד מתאים עבורה. אף שהודיעה שהיא שוב בהיריון, לא נמנעו רשויות הצבא מלהמשיך בהליכי השחרור, מבלי לעשות את הפעולות הנדרשות במקרה של משרתת בהיריון. תאריך שחרורה לא שונה חרף בקשתה, גם לאחר שערערה בדבר. לפיכך היא עתרה לבג"ץ על הפגיעה בזכויותיה, והדיון נסב אפוא על כך שהפיטורים נעשו בזמן היותה בהיריון.

בג"ץ נתן צו על תנאי המורה למשיבים (שר הביטחון, הרמטכ"ל, ראש אכ"א ועוד) ליתן טעם מדוע לא יאפשרו לקצינה להמשיך בשירותה הצבאי, לנוכח העובדה שהליך הפסקת שירותה אושר בזמן היותה בהיריון. לאחר מכן דן בג"ץ בעתירה לגופו של עניין, ומעבר לפיצוי הכספי שניתן לקצינה והארכת תקופת שירותה בצה"ל, קרא לצה"ל – בדעת רוב בנקודה זו – להתאמץ למצוא לה תפקיד הולם למשך כחמישה חודשים, על מנת שתוכל להשלים עשר שנות שירות בצה"ל. השופט ניל הנדל נימק את קריאתו זו בשלושה טעמים. הראשון הוא שפיטורי אישה בהיריון בניגוד לדין מהווים פגיעה חמורה בזכויותיה. הנימוק השני הוא שמשך השירות המצטבר של הקצינה מתקרב לתקופה של כעשר שנים, מה שמקנה לה זכויות נוספות, ודבר זה לא הובא בחשבון בעת ההחלטה לשחררה מצה"ל. הנימוק השלישי הוא הרלוונטי לענייננו. השופט הנדל

והשאלה היא מה חלקו של הנתבע בנסיבות העניין. בית המשפט הגיע למסקנה כי יש להטיל על הנתבע אחריות לשני שלישים מנזקה של הילדה, אולם לא הזכיר פיצוי על פי הסתברות. על דיון זה יש להוסיף מקרה דומה שבו שכן השגיח על ילדה כשמרטף והתעלל בה מינית כמה פעמים, ואף איים עליה שיגזוז את צמותיה אם תספר. השכן נתבע על ידי הילדה, ובית המשפט חייב את הנתבע לשלם לה פיצויים, אך בבית המשפט העליון (רע"א 9670/07 **פלונית נ' פלוני** (אר"ש 6.7.2009)) נדחתה האפשרות להוסיף רכיב של הגברת סיכון להתפתחות תסמינים שונים אצל הילדה בעקבות ההתעללות. יצוין כי באותו מקרה לא נרשמו נזקים לילדה נכון לאותו זמן, וייתכן שהתוצאה הייתה שונה אילו הוכחו נזקים. לפי ההיגיון של פיצוי לבריאים שנחשפו לסיכון והגברת סיכון כראש נזק (ראו לעיל בתת-פרק 3), דומה כי היה זה מקרה קלסי לפסיקת פיצויים. להרחבה ראו שמואלי "אחריות נזיקת כלפי בריאים", לעיל ה"ש 90, בעמ' 301–303. עולה השאלה אם במקרה של התממשות נזק כעבור זמן היה אפשר לתבוע שוב. בשאלה זה עסקנו לעיל בשלהי תת-פרק 3.

172 בג"ץ 7000/08 **לוי נ' שר הביטחון** (אר"ש 7.6.2010).

מסביר כי שחרורה של הקצינה במועד שנקבע, ובניגוד לדין, פגע למעשה בסיכויה לנסות להשתלב בעבודה לאחר חופשת הלידה. אילו השתלבה בעבודה לאחר החופשה, היה הדבר מקנה לה את האפשרות להמשיך בעבודתה ולזכות בזכויות הנובעות משירות של עשר שנים. נקודה זו מתחזקת אף יותר כאשר מחזירים לקצינה את הימים שנגרעו ממנה לא כדין, שאז חסרים לה רק חמישה חודשים לצבירת ותק של עשר שנות שירות, אשר יש לו כאמור חשיבות לעניין זכויות סוציאליות עם השחרור.¹⁷³

גם בעניין **אפשטיין** שאב בית המשפט ראייה לחיזוק מסקנתו המשפטית כי פגיעה בסיכוי ובהזדמנות של לקוח לטעון טענה משפטית כמוה כפגיעה בסיכוי.¹⁷⁴ אומנם שם היה הדבר לרעת התובעת, הואיל והנתבע שכנע את בית המשפט כי לפנינו אחריות יחסית לנזק, ולא מלאה, ולכן נעשה השימוש בדוקטרינת הפגיעה בסיכוי. בכל אופן, בוודאי אפשר ללמוד מכך ומבג"ץ לוי יסוד חשוב בדבר חשיבותה של הדוקטרינה כמקור לביסוס מסקנה משפטית ולנימוקה, גם כאשר הענף המשפטי הנדון אינו נזקי גוף, וגם כאשר הסעד המבוקש אינו פיצוי.

אמת, כאשר הסעד המתבקש הוא פיצוי, ומוצג נזק בשיעור מסוים, אפשר להצביע על פיצוי יחסי או חלקי שהוא אחוז מאותו נזק מלא שהוכח, וכך לפסוק משהו שאינו "שחור" או "לבן", אלא "אפור" (ולו לפי המודל של פיצוי חלקי ועוולה בלתי מוגמרת, אם כי גם לפי המודל של ראש נזק עצמאי ועוולה מוגמרת, שלפיו ניתן פיצוי מלא, שיעורו של אותו פיצוי הוא מכפלת החלק בר הייחוס בנזק המלא). לכאורה, בענייני צווים – כגון צו להחזרה לעבודה או צו לקידום בעבודה – אין "אפור", אלא רק מתן צו או אי-מתן צו, ולכן אין רלוונטיות להסתברויות. אולם אמרתו של השופט הנדל בבג"ץ לוי, אשר אוזכרה כאמור גם בפסיקה נוספת מאוחרת יותר, מצביעה על כך שניתן למצער להשוות מקרים שבהם הסעד המבוקש הוא צו למקרים שבהם הסעד המבוקש הוא פיצויים. ואף שכאן הבקשה היא ל"לבן" (דהיינו, לצו), ולא ל"אפור", ועל בית המשפט להכריע אם לקבלה או לדחותה, ניתן למצוא באותה השוואה חיזוק וסיוע לצורך ההכרעה האמורה. ואולי, כך ניתן להרהר, פסק הדין של השופט הנדל, המורה למשיבים להתאמץ למצוא לקצינה עבודה למשך חמישה חודשים,¹⁷⁵ הוא אותו סעד "אפור" שבין קבלת העתירה ומתן ציווי לבין דחייתה – מעין "סעד רך" בדמות המלצה שיהיה קשה לסרב לה אם היא מגיעה מפי בית המשפט. האומנם?

173 ראו, שם, בפס' 8–9. השופטת ארבל הסכימה לפסק דינו של השופט הנדל. הנשיאה ביניש הסכימה אף היא לפסק הדין ברכיבים של הפיצוי, אך סברה כי אותה קריאה והמלצה למצוא לעותרת מקום בשירות קבע לחמישה חודשים נוספים אינה במקומה, מכיוון שבמהלך הדיונים נעשו נסיונות כאלה, בהמלצת בית המשפט, ואלה מוצו ולא צלחו.

174 ע"א **אפשטיין**, לעיל ה"ש 153, בפס' 51 לפסק הדין של השופט כהן.

175 בג"ץ **לוי**, לעיל ה"ש 172. המלצה זו ניתנה בדעת רוב של השופט הנדל, שעזימה הסכימה כאמור השופטת ארבל. הנשיאה ביניש אומנם לא הצטרפה להמלצה זו, אך זאת, כאמור, מכיוון שההמלצה כבר הועלתה במהלך הדיונים והנסיונות מוצו ולא צלחו. אין זאת אלא שעצם ההמלצה הייתה מקובלת גם על הנשיאה ביניש, ולא רק באופן עיוני, אלא גם באופן מעשי.

סוף דבר

רשימה זו היא נדבך נוסף בכתיבה על אודות דוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות במקרים של סיבתיות עמומה, הכוללת את הפן של פגיעה בסיכוי (לרבות אובדן סיכויי החלמה), מחד גיסא, ואת הפן של הגברת הסיכון, מאידך גיסא.

סקרנו את שתי ההלכות המרכזיות בדוקטרינה: הלכת פאתח,¹⁷⁶ אשר כוונה את הפיצוי בגין פגיעה בסיכוי; והלכת מלול,¹⁷⁷ אשר יצרה, בדעת רוב, אפשרות לפנות לפיצוי על פי הסתברות רק במקרים של הטיה נשנית. הדגשנו את הצורך להכיר בדוקטרינה, על שני חלקיה, אך בצורה מתוחמת, תוך קביעת גבולות גזרה ברורים ותוך התחשבות בקשיים ובמחסומים שונים, הן עיוניים והן מעשיים, וקראנו לבתי המשפט – ואולי גם למחוקק, אם תהיה כוונה לחוקק את הדוקטרינה – לנקוט משנה זהירות ביישום הדוקטרינה, לתחום אותה ולהכיר בה בצורה מסויגת, תוך התחשבות בעניינים שונים, שעל חלקם עמדנו ברשימה זו.

ראינו כי אין תמימות דעים באשר לאופן חישובו של החלק בר הייחוס למעוול כבסיס להחלת הדוקטרינה. הסברנו כי אין די באומדן כללי של אותו חלק בר ייחוס, אלא יש צורך בחישוב כלשהו שלו, ולו מוערך בקירוב, כדי להטיל על הנתבע אחריות יחסית בגובה החלק בר הייחוס, והכל בכפוף להוכחת אותו חלק במאזן ההסתברויות. הוסבר כי אין בכך כדי לשלול אפשרות לפסיקת אומדן כללי לפיצוי מטעמי צדק, אבל אם עוברים לעולם ההסתברויות, אזי הסתברות היא שצריכה להיות שם המשחק, ולא אומדן כללי שאינו מבוסס על הסתברויות כלל, ויש בעייתיות גדולה גם בהצבעה על אומדן בהסתברות כללית, ולא קונקרטית למקרה, המסתמכת רק על מחקרים קודמים או פוטנציאליים.

כן עסקנו בבעיית ההשוואה בין אומדן לעניין עצם הקשר הסיבתי (שאלת ה"אם בכלל") לבין אומדן נזק לאחר שכל רכיבי העוולה הוכחו (שאלת ה"כמה"). אומנם, כפי שהצביעו שופטים ומלומדים בספרות, הפסיקה משתמשת כעניין שבשגרה בהערכות ובאומדנות בדיני הנזיקין, כגון להערכת השתכרות עתידית לצורך פיצוי בעבור אובדן השתכרות זמני או קבוע. אולם הסברנו כי אין בכך כדי לתמוך בהכרה בדוקטרינה, שפירושה התערבות בנוסחת האחריות הנזיקית הבסיסית, כלומר, באחד הרכיבים המרכזיים שלה – הקשר הסיבתי העובדתי (ה"אם בכלל"). אין הדבר דומה לשימוש בהערכות ואומדנות בשלב השני, לאחר שכבר הוכרה האחריות הנזיקית, על הקשר הסיבתי העובדתי הגלום בה, ונותרה רק השאלה מה יהיה גובה הפיצוי בראשי הנזק השונים (ה"כמה").

כן עמדנו על נפקות מיהותה של דוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות: האם היא הובילה למהפכה בדיני הנזיקין עם יצירתו של ראש נזק חדש, בדמות פגיעה בסיכוי או

176 ע"א פאתח, לעיל ה"ש 1.

177 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 2.

הגברת סיכון, שאז מדובר בעוולה מוגמרת והפיצוי היחסי מהווה למעשה 100% מראש הנזק החדש והעצמאי, או שמא מדובר במהפכה בדיני הראיות, דהיינו בעוולה בלתי מוגמרת, שכן יש התפשרות והקלה ראייתית בהוכחת הקשר הסיבתי העובדתי, ולכן ניתן פיצוי חלקי למי שהוכיח את החלק בר הייחוס במאזן הסתברויות? נפקות מעשית אחת של ההכרעה בין עוולה מוגמרת לעוולה בלתי מוגמרת היא האפשרות לפסוק פיצוי ל"בריאים", קרי, למי שנחשפו לסיכון אך הוא טרם התממש. אם מדובר בראש נזק חדש ועצמאי, אזי יש להעניק פיצוי אפילו רק על עצם החשיפה לסיכון, ואם לא ברור כיצד מפעילים את דיני הנזיקין ללא נזק, היא הנותנת: זהו ראש הנזק החדש – עצם ההעמדה בסיכון (או הפגיעה בסיכוי). נפקות נוספת היא ביחס לשאלה אם וכיצד יש להכיר ב"בריאים" שכבר קיבלו פיצוי עקב ההיחשפות לסיכון (בגין חרדות שפיתחו מפני תחלואה עתידית או הוצאות שהוציאו על בדיקות ואיתור) ולבסוף חלו ומועוניינים לתבוע שוב אך ניצבים בפני מחסומים כגון מעשה בית דין והשתק עילה או השתק פלוגתא. הוצעו מנגנונים פרוצדורליים שונים להתמודדות עם בעיה זו, תוך התייחסות למצבים בריאותיים שונים אפשריים.

אחת ההדגשות החשובות, לטעמנו, היא העמידה על כך שהוכחת החלק בר הייחוס תהיה במאזן הסתברויות, קרי מעל 50%, ולא בשיעור החלק בר הייחוס. במילים אחרות, חלק בר ייחוס בשיעור 30% יוכח ברמת ודאות של יותר מ-50%. זו אינה הוכחת תביעה ב-30%. חשובה גם ההדגשה – שאכן צוינה בכמה פסיקות אך היו גם פסיקות שלא הכריעו בה – כי יש צורך שהחלק בר הייחוס לא יהיה זניח.

כן צידדנו בהחלט הפיצוי בגין פגיעה בסיכוי גם במקרים שאינם בהכרח נזקי גוף, חרף העובדה שהיו דעות וטעמים שונים בדבר. הדגמנו זאת, בין היתר, מאותו גבר מסורב גט שנפגעו סיכוייו לשמש בתפקיד רבני בשל סרבנות הגט מצד אשתו, שם היה אפשר לערוך שימוש אפשרי בפיצוי על פי הסתברות. זאת, לצד שורה של פסיקות מהארץ ומהעולם אשר הכירו – יש לומר בצדק – בפיצוי על פי הסתברות במקרים של פגיעה בסיכוי והגברת סיכון לא רק בדיני הנזיקין ולא רק בעניינים רפואיים, גם אם אפשר להבין נקודת מבט הרואה דווקא בנזקי גוף משום פלטפורמה מתאימה במיוחד להחלת הדוקטרינות.

לקראת סיום הבאנו לדיון שתי בעיות של א־סימטריה בהכרה בדוקטרינה, על שני חלקיה. ראשית, א־סימטריה המבדילה בין הפגיעה בסיכוי (הלכת פאתח) לבין הגברת הסיכון (הלכת דיון נוסף מלול); שנית, הא־סימטריה בשאלת הפיצוי על פי הסתברות בטווח שמעל 50% ועד ל-100%. הראינו כי הפסיקה לא פרצה כעיקרון את תחום הא־סימטריה, אם כי ניתן בהחלט לזהות פסיקות בערכאות השונות – ובכלל זה, ובעיקר, בבית המשפט העליון – שהכירו באפשרות לפסוק פיצוי בגין חלק בר ייחוס הגבוה מ-50%. למרות החשש המובן מפריצת דיני הראיות במקרה כזה, לצד חששות נוספים, פרוצדורליים ומהותיים, הצענו, בזהירות, לבחון את המהלך בחיוב, כל עוד שומרים על העיקרון שהדגשנו בדבר הוכחת החלק בר הייחוס – גם זה הקטן מ-50% וגם זה הגדול ממנו או שווה לו – במאזן הסתברויות.

לבסוף, בעקבות אמירה בבג"ץ, שצוטטה גם בפסיקה האזרחית, נדונה האפשרות

שפגיעה בסיכוי תשמש לא רק לשם מתן סעד של פיצוי חלקי או יחסי, אלא גם כסיוע וחזוק מסוימים אפשריים אפילו לסעד של צו – אף שבאופן טבעי לעניין צו מחפשים בדרך כלל סעד של "שחור" או "לבן", דהיינו מתן צו או אימתן צו, ואי אפשר לתת 30% או 70% ממנו – ואולי אף כבסיס או חיזוק וסיוע למתן סעד "רך" של המלצה. אחרי ככלות הכל, אין להתעלם מכך שבסוגיית הסיבתיות העמומה בכלל ובפיצוי על פי הסתברות בפרט אכן קשה לראות את הדברים כ"שחור" או "לבן". ההכרה בפיצוי על פי הסתברות צריכה להיות מסויגת בסייגים שונים, אשר לא כולם באו לידי ביטוי בדיון נוסף בפרשת **מלול** בנוגע להגברת סיכון ובפרשת **פאתח** בנוגע לפגיעה בסיכוי. ברשימה זו ניסינו להאיר את אותם סייגים ומחסומים הנדרשים להחלת הדוקטרינה של פיצוי על פי הסתברות, כמו גם להעלות מחשבות, קשיים ובעיות שיש מקום להתייחס אליהם בפסיקה כדי לקבוע ולקבע את גבולות הגזרה של ההכרה בדוקטרינה; כל זאת מבלי לאיין הצעות אחרות, חלופיות, למקרים של סיבתיות עמומה, כגון העברת נטל השכנוע על פי דוקטרינת הנזק הראייתי,¹⁷⁸ אשר אומצה במקרים רבים בפסיקה, וזאת במקרים המתאימים.¹⁷⁹

178 אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא 191 (1998). ראו גם את ביקורתו של גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי", לעיל ה"ש 127, ואת תגובתם של פורת ושטיין על ביקורת זו במאמרם אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל 349 (1999). כן ראו PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 83, בעמ' 160–184; Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891 (1997).

179 לדיון בהצעה זו לעניין סיבתיות עמומה דווקא ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 61, בעמ' 895–899; סיסו ושפילמן, לעיל ה"ש 127, בעמ' 169–170. ליישום בפסיקה ראו עניין **מרדכי**, לעיל ה"ש 127, בפס' 6. ראו גם את דעת השופט לוי בע"א **קרישוב**, לעיל ה"ש 86, וכן את דעת השופט רובינשטיין – במעין אמרת אגב שזכתה בהסכמתם של הנשיא ברק והשופט גרוניס – בעניין **מרציאנו**, לעיל ה"ש 127.