

סיבתיות עמומה – הרחבה מתבקשת או אימפריאליזם סיבתי?

טל אלמקיס*, אסף יעקב**

המאמר עוסק בשילובם של כללי האחריות היחסית במצבים של סיבתיות עמומה, תוך התייחסות לשני כלים משפטיים הנוגעים כיום במשפט הישראלי – חריג ההטיה הנשנית והדוקטרינה של אובדן סיבויי החלמה. טענתנו היא כי יישומם של כללים אלו במשטרי אחריות שונים לא רק שאינו מחייב אחידות, אלא שתחולתם האחידה במצבים שונים עלולה לגרום לעיוות תמריצים לא רצוי. המאמר מראה כי טענות המושמעות באשר לכך שחריג ההטיה הנשנית פותח במטרה לספק חריג כללי ואחיד לכלל מאזן ההסתברויות, שעיקרו מעבר לכללי אחריות יחסית, עלולות לפספס את הדקויות הכרוכות בהתאמת הפתרונות הנכונים למשטרי האחריות השונים, ולהוביל, בין היתר, לכך שלצדדים הרלוונטיים לפעילות לא יהיה תמריץ לנקוט אמצעי זהירות יעילים. אנו טוענים במאמר כי בעוד הרחבת ההסדרים באשר לאחריות יחסית והקלה בכללי הסיבתיות במצבים של אחריות מוחלטת, ללא תחימת גבולות, עלולים להיתפס כבעייתיים, הרחבת תחולתם בהקשר של עוולות הכוונה רצויה ואולי אף מתבקשת. זאת, בין היתר, לנוכח אופיין השונה של עוולות אלו ולאור הרצון לקדם שיקולים של צדק והרתעה בין הצדדים המעורבים. אגב כך המאמר מציע מעבר למודל חדש של בחינת הסיבתיות העובדתית – מגישה של בחינה זהה בכלל המקרים לבחינה שונה בהקשרים שונים אשר מותאמת למטרות דיני הנזיקין שברצון החברה לקדם. ייתכן שמעבר כזה עלול להיתפס כצעד חדשני ורדיקלי, אך טענתנו היא שהדים לו כבר נמצאים בפסיקה הרווחת בישראל, במסגרת דוקטרינות

* בוגרת תואר ראשון במשפטים (LL.B.), תואר שני במשפטים (LL.M.) ותואר שני בממשל (M.A.), בית ספר הארי רדיזנר למשפטים ובית ספר לאודר לממשל, אוניברסיטת רייכמן.

** פרופסור חבר, בית ספר הארי רדיזנר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.

אנו מודים לנועה שלו על הערות מועילות. כמו כן אנו מודים לעוזר המחקר דן קריצר, לחברי מערכת משפט ועסקים ולעורכת ים רז על עבודת עריכה מעולה.

משפטיות אחדות הבאות להתגבר על כשלי הסיבתיות העובדתית במסגרת מצבים של סיבתיות עמומה.

מבוא

פרק א: כללי האחריות היחסית במשפט הישראלי

1. חריג ההטיה הנשנית
 2. אובדן סיכויי החלמה
 3. אחריות יחסית – צמצום מול הרחבה
- פרק ב: יישום כללי האחריות היחסית – רשלנות מול משטר נטול אשם

1. חריג ההטיה הנשנית
 - (א) הכלל המסורתי במקרים הרגילים
 - (ב) החריג במקרי העמימות הסיבתית
 - (1) החריג בצורתו הסימטרית
 - (2) החריג בצורתו הא-סימטרית
 - (ג) סיכום ההשלכות של יישום החריג במשטר נטול אשם
2. אובדן סיכויי החלמה – החשיבות של תחימת הדוקטרינה למשטר של אשם

פרק ג: הרחבת התחולה של כללי האחריות היחסית במעשים מכוונים

פרק ד: סיבתיות עובדתית תלוית הקשר

1. שיקולים נורמטיביים בסיבתיות עובדתית ומעבר לבחינה שונה
2. כוונה, רשלנות ומשטר נטול אשם
3. השלכותיו של רכיב האשם בעולם הסיבתי – מגמות במשפט הישראלי

סיכום

מבוא

ככלל, בבוא תובע להוכיח את תביעתו הנזיקית, עליו להוכיח את יסודות העוולה בשיעור העולה על 50%. קרי, הכלל המשפטי הנהוג בדין הישראלי, המכונה "כלל מאזן ההסתברויות", הוא כלל בינרי המוליד תוצאות של "הכל או לא כלום". על פי רוב הכלל נתפס כיעיל וכמספק לצדדים תמריצים ראויים לפעילות.¹ אף שייתכנו טעויות משפטיות

1 ראו דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד (1) 533, 578 (2010) (להלן: עניין מלול השני); ARIEL PORAT & ALEX STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY 18–22 (2001); גיא שני חזקות רשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 17–33 (2011); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 1346 (2012) (להלן: גלעד גבולות האחריות).

אקראיות בהכרעת בית המשפט, אלה מתפלגות באופן סטנדרטי ללא כל יכולת להסיק מראש לאיזה צד תיפול הטעות ובאיזה שיעור, ולכן, אקס אנטה, מבעד לעיני המזיק, גם בהינתן האפשרות לטעויות אקראיות, הוא לא יחשב את תוחלת הנזק בצורה שונה מספיק שתשנה את התנהגותו.

ברם, לעיתים לא זה המצב. ייתכנו מקרים שבהם תיפול טעות שיטתית בהכרעתו של בית המשפט עקב ההיצמדות לכלל המסורתי. טעות שיטתית זו עלולה לשנות באופן לא ראוי את מערך התמריצים של המשתתפים בפעילות. על כן הוכר זה כבר הצורך במציאת פתרונות שחורגים מהכלל המסורתי, ועם הזמן התפתחו כלים ודוקטרינות שונים שנועדו לשמש חריגים למצבים שבהם הכלל הבינרי אינו מגשים את מטרתו ומוביל לתוצאות לא יעילות.

קבוצת מצבים מיוחדת שלגביה התפתחו פתרונות שונים במשפט הנזיקי היא מצבי "העמימות הסיבתית", שבמסגרתם קיימת אי-ודאות באשר לקיומו של קשר סיבתי.² חלק מהפתרונות הללו שנויים במחלוקת הן בקרב השופטים עצמם והן באקדמיה, והובעו דעות לכאן ולכאן בשאלה אם ראוי להרחיבם להקשרים נוספים או לחלופין דווקא לצמצמם.

במסגרת מאמר זה אנו מתמקדים בשני כלים משפטיים שיישומם מביא לידי החלה של כללי אחריות יחסית. הכלי הראשון הוא חריג ההטיה הנשנית, המחיל כללים יחסיים בצורה מפורשת. כלי זה פותח אומנם על רקע עוולת הרשלנות, אך מטרתו היא לספק מסגרת אחידה וכללית למצבים שבהם הכלל המסורתי כושל בתפקידו.³ האפשרות להשתמש בכלי זה תחת משטר נטול אשם נותרה בגדר שאלה פתוחה בדיון הישראלי, וטרם זכתה בהתייחסות ראויה. אנו סבורים שהגיעה העת לפתח את הדיון בנושא ולעמוד על ההשלכות השונות של יישום הכלל במשטר נטול אשם. הכלי השני הוא הדוקטרינה של אוכדן סיכויי החלמה. גם על דוקטרינה זו הובעו מגוון של דעות באשר לתחומי תחולתה ולאופן שבו יש ליישמה. במאמר זה נבקש להוסיף את דעתנו באשר לכמה מהשאלות שנותרו בלתי פתורות בהקשר זה, על רקע הדיון בכללי האחריות היחסית.

הקו המנחה של הניתוח שאנו מבקשים לקדם הוא שבעוד חלק מן הפתרונות הייצורתיים בפסיקה מולידים תוצאה יעילה למראית עין, מנקודת ראות אקס אנטה עלול להיווצר עיוות תמריצים. לעיתים עיוות זה יביא לידי כך שמזיק מסוים יישא בחבות יתר, והדבר יוביל לצמצום פעילות מיותר ולפגיעה ביעילות; ולעיתים העיוות יגרום לכך שלצדדים יחסרו תמריצים לשפר את התנהגותם ולנקוט אמצעי זהירות נדרש, וזאת עקב העדר יכולת להראות שפעילותם, לאחר שנקטו את אמצעי הזהירות, מסוכנת פחות או שיש בה כדי לפטור אותם מאחריות. עיוותים אלו יש להביא כמובן בחשבון בשעה שמתקבלת החלטה אם ראוי להרחיב את כללי הסיבתיות.

2 יודגש כי מאמר זה אינו עוסק במצבים שבהם הוכח קשר סיבתי והעמימות היא ביחס לשיעור הנזק, אלא בעמימות באשר לעצם גרימת הנזק.

3 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 600.

נוסף על כך, ולצד הדיון בהשלכות השליליות של יישום כללי הסיבתיות במשטר נטול אשם, אנו מבקשים לפתח במאמר זה גם דיון באשר לאפשרות הרחבתם של מנגנוני הסיבתיות היחסית לעולמן של עוולות הכוונה. לשיטתנו, יש מקום לחשוב על יישום שונה ורחב יותר של כללי האחריות היחסית במקרים אלו, לנוכח אופיין השונה של עוולות הכוונה, ובפרט מתוך רצון לקדם שיקולים של הרתעה וצדק.

לפיכך אנו מציעים מודל מחשבתי חדש באשר לשאלת הסיבתיות העובדתית. נציע כי במקום לבחון את הסיבתיות העובדתית באופן אחיד בכלל דיני הנזיקין, יש לבחון אותה באופן משתנה. זאת, לא רק בשל השוני במציאות העובדתית שבית המשפט נדרש להתמודד איתה בעקבות השינויים של העידן המודרני, אלא גם מתוך הבאה בחשבון של משטרי האחריות השונים שהעוולות הנזיקיות יוצרות. המקובל בדיני הנזיקין הוא שהסיבתיות העובדתית מוכחת באופן זהה בכל העוולות השונות, וזאת להבדיל מהסיבתיות המשפטית, שבחינתה מותאמת למשטר האחריות הרלוונטי. כל פרח משפט לומד בתחילת דרכו כי סיבתיות משפטית נבחנת על פי מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר,⁴ ומיושמת באופן שונה ביחס לעוולות שונות. כך, למשל, בעוד בהפרת חובה חקוקה יפנה בית המשפט למבחן הסיכון, בעוולת הרשלנות המבחן המרכזי יהיה מבחן הצפיות.⁵ בין שמאמצים תפיסה שלפיה מדובר בשני מבחנים שונים ובין שעושים שימוש במבחן הסיכון כ"מבחן-על" שאותו מתאימים באופן פרטני לעוולה הנדונה, המציאות היא שהמבחן הסיבתי המשפטי מקבל גוון אחר ביחס לעוולות השונות. אנו נטען כי באופן דומה צריך לבחון גם את סוגיית הקשר הסיבתי העובדתי. גם יישומו אינו צריך להתחקות אחר המציאות באופן מדעי, ויכול לקבל צביון שונה שיתאם טוב יותר את העוולה המסוימת שלגביה הוא מיושם במקרה נתון; לא עוד מבחן סיבתי

4 לשם בחינת הסיבתיות המשפטית הוכרו בפסיקה שלושה מבחנים: (1) מבחן הצפיות, שבמסגרתו בית המשפט בוחן אם המזיק, כאדם סביר, היה צריך לצפות שהתנהגותו תגרום לנזק; (2) מבחן הסיכון, שבמסגרתו בית המשפט בוחן אם הנזק שנגרם מצוי בתוך מתחם הסיכון שיצרה התנהגותו של הנתבע (הגם שלעיתים התוצאה המזיקה נגרמה עקב גורם זר); (3) מבחן השכל הישר, שבמסגרתו בית המשפט בוחן אם ההתנהגות העוולתית תרמה בפועל לנזק, וכן אם התערבות של גורם זר שוללת מבחינה הגיונית את הקשר הסיבתי. להרחבה על מבחני הקשר הסיבתי המשפטי ראו ע"א 4486/11 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פ"ד סו(2) 682, 717–708 (2013); ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" **משפטים** יד 15, 31–24 (1984) (להלן: גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין"); אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 333–326 (מהדורה שנייה, מוחמד ס' ותד עורך 2013); אריאל פורת **נזיקין** כרך א 455–443 (2013) (להלן: פורת **נזיקין**); עמוס הרמן **דיני נזיקין** 177–185 (מהדורה שנייה 2020).

5 הגישה הרווחת היא שבמסגרת עוולת הרשלנות מיישמים את מבחן הצפיות, בעוד בהסדרים של אחריות חמורה ואחריות מוחלטת מיישמים את מבחן הסיכון. בשני המקרים מיישמים לצד המבחן העיקרי גם את מבחן השכל הישר, אשר נתפס לרוב כמבחן נגטיבי ששולל קשר סיבתי במקרים שבהם יש גורם מרכזי אחר לנזק או כאשר ההתנהגות העוולתית היא לא זו שהגדילה את הסיכון לנזק. ראו בעניין זה רע"א 10721/05 "אליהו" – חברה לביטוח בע"מ נ' יונאן 18–10 (אר"ש 9.11.2006); ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" **משפטים** לד 385, 395–396 (2004).

אחד שמתאים לכל העוללות, אלא גוונים של סיבתיות עובדתית, אשר יותאמו – בדומה לסיבתיות המשפטית – לקידום המטרות שהמשפט מנסה להגשים, בין שמדובר במטרות של יעילות והכוונת התנהגות, ובין שמדובר בשיקולים שונים של צדק.

נטען כי ניתן לחשוב על מבחן העמימות הסיבתית העובדתית כעל סוג של רצף: בקצה אחד מצויות עוללות שחכות הנתבע בהן אינה תלויה באשם כלשהו, ומשכך ייתכן שיש מקום להקשיח את כללי הסיבתיות העובדתית ולהיצמד לכללי הסיבתיות המסורתית; בעוד בקצה האחר מצויות פעולות מכוונות שבהן ייתכן שיש מקום לרכך את כללי הסיבתיות העובדתית לשם יצירת הרתעה נזיקת "עודפת" כלפי הגורם המעוול. בין שני הקצוות נציע גישת ביניים כלפי עוללות הרשלנות, שכן מצד אחד, לצורך החיוב הנזיקי יש להראות כי התקיים במזיק יסוד האשם, אך מצד אחר, עומדת לו האפשרות לפטור את עצמו מאחריות אם יוכיח כי לא התרשל ונהג בסבירות.

הבחנה של רצף חדש זה ומיקומם של כללי הסיבתיות העובדתית לאורכו יכולים להיעשות באופנים שונים. גם עצם קיומו של הרצף, המאפשר שינוי בכללי הסיבתיות העובדתית במצבים שונים, יכול להיות שנוי במחלוקת. ניתן לנסות להצדיקו באמצעות שיקולי תועלת ויעילות כלכלית, אך ניתן גם לבחון את ההצדקה לעצם קיומו מטעמים שונים של צדק. אנו בחרנו במאמר זה לא להיצמד לגישה זו או אחרת או להעדיף שיקולים אינסטרומנטליים על שיקולי צדק. בכך אין מאמרנו נבדל ממאמרים רבים אחרים הבוחנים שאלות יסוד במסגרת דיני הנזיקין, אשר מעדיפים לא "לבחור צד" אלא לנסות לבחון באופן מקיף יותר תופעות שונות – הן מההיבט של שיקולי יעילות והן מההיבט של שיקולי צדק.⁶ לפיכך לאורך המאמר נבחן את הצעתנו מבעד לפרספקטיבה של שיקולי צדק ושיקולי יעילות. יצוין כי בכתיבה האקדמית, וכך גם בפסיקה, שיקולים אלו אינם עולים תמיד בקנה אחד זה עם זה.⁷ אולם אנו סבורים כי הפתרון שמוצע על ידינו ניתן להצדקה באמצעות תימוכין משני העולמות גם יחד, באופן שבו השיקולים מתכנסים אל אותו פתרון.

מטרתה של רשימה זו היא על כן כפולה: האחת – לשקף את גבולות האחריות היחסית ולטעון כי יש להיזהר בייבוא חריג ההטיה הנשנית למשטר נטול אשם, לצד פיתוח הרעיון שיש להרחיב את השימוש בכללי האחריות היחסית בעוללות הכוונה; והאחרת, וכלקח שנובע מכך – לכפור במוסכמה כי על מבחני הסיבתיות העובדתית

6 ראו, למשל, גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין", לעיל ה"ש 4; אריאל פורת "אחריות קיבוצית בדיני-נזיקין" **משפטים** כג 311 (1994); אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא 191 (1998); אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" **עיוני משפט** כג 605 (2000) (להלן: פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון"); גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 5; גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1346; אריאל פורת "פרק ו: דיני נזיקין" **הגישה הכלכלית למשפט** 271 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012) (להלן: פורת "דיני נזיקין"); אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול" **ספר שלמה לוי** 375 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים 2013) (להלן: פורת "אחריות הסתברותית").

7 פורת "דיני נזיקין", לעיל ה"ש 6, בעמ' 272–273.

להיות זהים, ולשקול מִעֵבֶר לבחינה שונה בהקשרים שונים, בדומה לבחינת הקשר הסיבתי המשפטי. בחינה שונה זו יכולה להיעשות באמצעות שינוי דיני הראיות לגבי עצם הוכחת הקשר הסיבתי בהקשרים שונים – למשל, שימוש מתירני יותר בדוקטרינת הנזק הראייתי במצבים שבהם עסקינן בעוולות כוונה, הרחבת השימוש בסעיפי העברת הנטל או יצירת חזקות בדבר סיבתיות עובדתית שיחולו על מקרים מסוג אחד אך לא מסוג אחר – או באמצעות שינוי הדין המהותי במונחים של הקשר הסיבתי העובדתי הנדרש. לכאורה מדובר בשתי גישות שונות, אולם התחליפיות בין גישות אלו במסגרת המשפט הרווח גבוהה, ופעמים רבות היכולת לקטלג בבטחה את הכלי ששימש את בית המשפט ככלי של דיני הראיות או ככלי של המשפט המהותי מתערערת. כך הוא, למשל, המקרה של אובדן סיכויי החלמה. מצד אחד ניתן לראות בו יצירת ראש נזק חדש, ובמובן זה שינוי המשפט המהותי, אך מצד אחר ניתן לקטלגו כהקלה בנטל הראייתי שעוזרת להעניק לתובע פיצוי חלקי על הנזק שנגרם לו מקום שאין הוא יכול להוכיחו באמצעות כללי הראיה הרגילים.

המשך המאמר יהיה כדלקמן. בפרק א נתייחס בתמצית לכלל ההכרעה המסורתי ולהכרה בצורך למצוא חריג במקרים שבהם החלת הכלל אינה יעילה או אינה צודקת. נעמוד על שני הכלים המרכזיים כיום במשפט הישראלי שבהם נעשה שימוש במעבר לכלל של אחריות יחסית – חריג ההטיה הנשנית והדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה. בפרק ב נבקש לנתח את יישום כללי האחריות היחסית במשטר נטול אשם ולשקף את הקשיים שעולים מיישום זה. בפרק ג נבקש לבחון את האפשרות להחיל כללי סיבתיות יחסית בצורה רחבה יותר כאשר מדובר בפעולה מכוונת. בפרק ד נתייחס לאפשרות לעבור לבחינת סיבתיות עובדתית שונה במצבים של סיבתיות עמומה, כך שאופן הבחינה יותאם לאופי העוולה. לבסוף נסכם.

פרק א: כללי האחריות היחסית במשפט הישראלי

הכלל המרכזי הנהוג כיום בשיטת המשפט הישראלית להוכחת קיום יסודות העוולה ולקבלת פיצוי בגינה הוא כלל של מאזן הסתברויות, הדורש הוכחה ברמת ודאות העולה על רף של 50%. על כן נקודת המוצא היא שכאשר תובע מקבל את יומו בבית המשפט, עליו לעמוד בנטל הוכחה זה. אם יצליח להוכיח את תביעתו ברמת ודאות של יותר מ-50% – יזכה בפיצוי מלא; אם ייכשל בכך – יצא בלא כלום.⁸

ברוב המקרים כלל מאזן ההסתברויות מהווה כלל יעיל, צודק וראוי, שכן כלל של "הכל או לא כלום" מביא לידי כך שהמשפט יתערב רק במקומות שבהם הסיכוי שקיימת הצדקה להתערבות זו עולה על 50%. אומנם, פסיקה בהתאם לכלל מאזן ההסתברויות אינה מחסנת הכרעה שיפוטית מפני שגיאה אפשרית, אך הסתכלות רחבה על יתרונותיו

8 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 602 (1999).

וחסרונותיו של כלל זה מובילה למסקנה שהוא עדיף ככלל עקרוני בשיטת המשפט.⁹ עם זאת, כבר הוכר בשכבר הימים כי כלל זה אינו חזות הכל וכי תוצאותיו הבינריות עלולות להיות שגויות במקרים מסוימים.¹⁰

גם בהיבט הסיבתי הכירה הפסיקה הישראלית בכך שייתכנו מקרים שבהם יהיה זה בלתי ראוי לדרוש מהניזוק להוכיח את הסיבתיות העובדתית לפי המבחן הקלסי של 50%. מבחן זה מכונה "מבחן האלמלא", ובמסגרתו בית המשפט בוחן אם אלמלא התנהגותו העוולתית של המזיק היה נגרם הנזק לניזוק. חלק מהמצבים הללו מוכרים כמצבים של **עמימות סיבתית** – מצבים המתעוררים כאשר יש אי־ודאות באשר לעצם קיומו של הקשר הסיבתי העובדתי.¹¹ לאורך הזמן פותחו פתרונות שונים שנועדו לסייע לתובע להתמודד עם קשיי ההוכחה המוכנים. חלקם מתיישרים עם הכלל הבינרי ואילו חלקם שומטים את היסודות הבסיסיים של כלל זה. בהקשרים אלו ניתן להבחין, בין היתר, בין כלים ראייתיים דוגמת העברת נטלי ההוכחה, אשר שומרים על הכלל של "הכל או לא כלום" אך מעבירים את הנטל לצד האחר, לבין כלים ששימוש בהם מוביל לפיצוי יחסי וא־בינרי, דוגמת חריג ההטיה הנשנית.¹² כאמור, במאמר זה נעסוק בכלים מהסוג האחרון.

אחד מנסיונות ההתמודדות המרכזיים של דיני הנזיקין עם מצבים של עמימות סיבתית הוא שימוש בפסיקת פיצוי על פי הסתברות, באופן יחסי לאחוז ההוכחה של התביעה. התמודדות עם עמימות בדרך זו אינה חדשה בנוף המשפטי; זה זמן רב שהפסיקה והספרות המשפטית בארץ ובעולם מתמודדות עם מצבים מורכבים אלו. כלל של "אחריות יחסית" מהווה חלופה להכרעה הבינרית: במקום הכרעה חד־משמעית

9 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 578. לסקירה מקיפה של יתרונותיו וחסרונותיו של כלל מאזן ההסתברויות, תוך השוואה לכלל ההכרעה היחסי, ראו בועז שנוור **חביעות נזיקין סביבתיות** 389–402 (2011); גלעד גבולות **האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1380–1385.

10 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 575; ע"א 6102/13 **עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ** 42–43 (אר"ש 24.9.2015); פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון", לעיל ה"ש 6, בעמ' 621–637; שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או לא כלום'?" **עלי משפט ג** 531, 586 (2003); פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 6, בעמ' 376.

11 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 624. הפסיקה והספרות המשפטית זיהו חמש קטגוריות מרכזיות שמאפיינות מצבים אלו: (1) כאשר אין אפשרות לזהות את המזיק; (2) כאשר אין אפשרות לערוך הבחנה בין הנזקים שנגרמו על ידי מזיקים שונים; (3) כאשר אין אפשרות לערוך את הקישור בין הניזוק למזיק; (4) כאשר אין אפשרות להוכיח שההתנהגות העוולתית היא אשר גרמה את הנזק; (5) כאשר אין יכולת לזהות את הגורם שניזוק מהמעשה העוולתי של המזיק מתוך קבוצה של ניזוקים שניזוקו בלא קשר לעוולה. להרחבה ראו עניין **עצמון**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 42–43.

12 ראו בעניין זה דנ"א 6714/02 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' שמעון**, פס" 6 (אר"ש 7.4.2003); דנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נז(6) 385, 450–451 (2003); עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 575–579; ע"א 6332/15 **צללח נ' עדרי** 5–11 (אר"ש 23.11.2017); בנימין שמואל, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" **מחקרי משפט** כג 855, 895–898 (2007); פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 297–304 ו-377–403.

שקובעת אם הוכח ביותר מ-50% שהנזק נגרם על ידי המזיק או שמא ייוותר התובע ללא פיצוי, תהא אפשרות לפנות לעבר הכרעה לפי ההסתברות – כגודל ההסתברות המוכחת להתקיימותו של קשר סיבתי בין הפעולה העוולתית לנזק כך גודל הפיצוי שיינתן לניזוק מתוך הנזק כולו.¹³ ודוק, לא עוד הכרעה של שחור או לבן, אלא מעבר להכרעות בצבעים שונים ומגוונים.

1. חריג ההטיה הנשנית

למעבר לכלל של אחריות יחסית יש השלכות ותוצאות שונות, ובספרות המשפטית ניתן לראות דיון נרחב בהן.¹⁴ הניסיון לשלב כלל של אחריות יחסית במשפט הישראלי עבר כמה תהפוכות. כך, בעניין **מלול הראשון** נפלה מחלוקת אם עיכוב עוולתי בניתוח קיסרי הוא שגרם לבסוף את הנזק שנגרם לתינוקת. בית המשפט הכיר שם בכלל של "אחריות יחסית", וקבע כי הקשר הסיבתי הוכח בשיעור של 20% ועל כן פסק פיצוי בגובה זה. ברי ששיעור זה נמוך מהנדרש בכלל מאזן ההסתברויות הרגיל, אך כאמור מעבר לכלל מסוג אחריות יחסית משנה את התמונה ומאפשר לפסוק פיצוי יחסי ולהגיע להכרעה א-בינרית.¹⁵ בהתאם, במסגרת עניין **מלול הראשון** קבע בית המשפט העליון כי יש מקום לרכך את הכלל הבינרי של "הכל או לא כלום" במאזן ההסתברויות, במקום ששימוש בו יגרם לאי-צדק.¹⁶

אולם בדיון הנוסף באותה פרשה ביטל בית המשפט העליון את הקביעה הזו, בדעת רוב, וקבע כי ככלל אין לחריג זה מקום.¹⁷ לצד הדחייה אומנם הכירו השופטים בכך שיתכנו מקרים מסוימים של עמימות סיבתית שבהם יהיה ראוי לעשות שימוש בפיצוי לפי הסתברות, אך דעותיהם היו חלוקות לגבי סוגי המקרים הללו.

המשנה לנשיאה ריבלין ביקש לתחום את המצבים שבהם ייעשה מעבר לכלל של פיצוי לפי הסתברות **לחריג ההטיה הנשנית**. לשיטתו, המצבים שיש להכניס למסגרת החריג הם כאלה שקיים בהם מזיק אשר יוצר סיכון חוזר ונשנה כלפי קבוצת אנשים, ואין אפשרות לדעת אצל איזה חבר מהקבוצה התממש הסיכון.¹⁸ במקרים אלו הותרת כלל מאזן ההסתברויות על כנו מובילה להטיה שיטתית שאינה ראויה, ולנוכח שיקולים של הרתעה יעילה וצדק מתקן יש לזנוח את הכלל המסורתי ולעבור לפתרון חלופי בדמות פיצוי יחסי. ריבלין סבור כי במקרים שבהם קיים מזיק שיוצר סיכון חוזר ומשותף כלפי

13 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1379.

14 ראו בעניין זה קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" **עיוני משפט** כז 323 (2003); גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 5; שגור **תביעות נזיקין סביבתיות**, לעיל ה"ש 9; גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בפרק 13; פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 6.

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

16 שם, בעמ' 31–32.

17 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1.

18 שם, בעמ' 586–587.

קבוצת ניזוקים, מעבר לכלל של פיצוי יחסי יביא לידי כך ש"בתמונה הכללית" יחוב המזיק בקירוב בגין הנזקים שגרם, והדבר יתמרץ אותו לפעול בזהירות הרצויה, מבלי שהטיה עקבית שידועה לו מראש תחסום את אפקט ההרתעה, מצד אחד, ומבלי שפעילותו תושפע מחשש לחוב באחריות מוגברת, מן הצד האחר.¹⁹

בהתאם לכך קבע ריבלין ארבעה יסודות לעמידה בחריג: (1) קיומו של מזיק; (2) קיומה של קבוצת ניזוקים; (3) הוכחת סיכון חוזר ומשותף; (4) הוכחת קיומה של הטיה עקבית בהחלט מאזן ההסתברויות. את היסודות האלה יש להוכיח לפי מאזן ההסתברויות.²⁰ לגישתו של ריבלין בעניין **מלול השני**, אין להגביל את הגישה לשימוש בחריג זה לניזוק בלבד, אלא גם המזיק יוכל לעשות בו שימוש לשם סטייה מהכלל המסורתי כאשר עולה הצורך בכך.²¹ משכך, על תובע או נתבע שרוצים לטעון לחריג ההטיה הנשנית מוטל הנטל להוכיח את היסודות לעיל.

אם כך, בעניין **מלול השני** ביקש המשנה לנשיאה ריבלין לקבוע את מבחן ההטיה הנשנית כחריג כללי לכל אותם מקרים שבהם הכלל הבינרי המסורתי כושל במלאכתו, ובלשונו:

"מבחן ההטיה הנשנית מספק אפוא מסגרת כוללת ואחידה לחריגה מהכלל בדבר מאזן ההסתברויות, ובפרט – במצבים של עמימות סיבתית. כל זאת, על פי אמות מידה מהותיות הנוגעות בשיקולים העומדים ביסוד הכלל בדבר מאזן ההסתברויות וההצדקות לחרוג ממנו".²²

יודגש כי ריבלין לא תחם את חריג ההטיה הנשנית לקטגוריית נזקים מסוימת. לשיטתו, כל אימת שיש עמימות לגבי עצם גרימת הנזק ניתן לעתור לפיצוי יחסי, ובלבד שיצליח הטוען להראות שיש הטיה נשנית בהתאם ליסודות.²³ לעומת זאת, שופטי המיעוט סברו כי ניתן לעבור לכללים של אחריות יחסית גם במקרה נקודתי, שאינו חוזר ונשנה, כל עוד מדובר במצב של עמימות סיבתית. עם זאת, חלקם סברו כי יש לתחום את החריגה מכלל מאזן ההסתברויות רק לדיני הנזיקין, רק לניזוקים, רק למקרים שבהם הוכח נזק גוף וכן רק למצב שבו קיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.²⁴

19 שם, בעמ' 591.

20 שם, בעמ' 593–594.

21 שם, בעמ' 593.

22 שם, בעמ' 600. על הרצון ליצור כלל אוניוורסלי, שיהא נכון לכלל המקרים שבהם תהיה סטייה מהכלל המסורתי, חזר ריבלין במאמר שפרסם. ראו רונן קריטנשטיין ואליעזר ריבלין "אחריות יחסית בבית ספרנו? העולה כיתה בבית ספרנו?" **המשפט** כח 323 (2022).

23 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 612–613.

24 שם, בעמ' 628.

אין חולק שגישה זו, אשר קודמה על ידי השופטת נאור, לא התקבלה,²⁵ אך בד בבד אי־אפשר לומר באופן חד־משמעי שגישתו של ריבלין התקבלה ושחריג ההטיה הנשנית הוא ההלכה המחייבת כיום, כלומר, שאין מקום לחרוג ממאזן ההסתברויות אלא אם כן עומדים בכל תנאי החריג.²⁶ הלכה לא ברורה מובילה למציאות לא ברורה. במציאות שלאחר עניין **מלול השני** טרם סיפקה הפסיקה תשובה ברורה וחד־משמעית למצבים אלו, וגם בספרות המשפטית ניתן לראות דעות לכאן ולכאן.²⁷

2. אובדן סיכויי החלמה

לצד נסיונותיה של הפסיקה להכניס כללים של אחריות יחסית בצורה פורמלית ומפורשת, יש מקום לציין גם את הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה. בעניין **פאתח**, שקדם לפרשת **מלול**, הכיר בית המשפט העליון לראשונה בראש נזק עצמאי של אובדן סיכויי החלמה.²⁸ שימוש בנתיב זה הוכר כרלוונטי בנסיבות שבהן הייתה התרשלות

25 השופטים ריבלין, לוי, ביניש, פרוקציה וגרוניס אינם מקבלים את גישתה.

26 נדמה שניתן לומר כי חריג ההטיה הנשנית במקרים שבהם הוכחה ההטיה ברמת ודאות של פחות מ־50% התקבל ברוב דעות, שכן השופטים לוי וביניש מסכימים לכך במישרין וסביר להניח שגם שופטי המיעוט מסכימים לכך מקל וחומר. ברם, יצוין כי השופטת נאור ביקשה להשאיר ב"צריך עיון" את האפשרות להחיל פיצוי יחסי גם במקרים שבהם זהות הניזוק אינה ידועה. ראו עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 642. באשר למקרים שבהם ההטיה הנשנית הוכחה ברמת ודאות של יותר מ־50% יש קושי לקבוע אם התקבלה הדעה שיש להטיל אחריות יחסית. להרחבה בשאלה זו ראו פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 6, בעמ' 389–393.

27 ראו ע"א 7547/99 **מכבי שירות בריאות נ' דובק בע"מ**, פ"ד סה (1) 144, 229, 237 (2011), שם ציינו השופטות נאור וחיות כי הן נוטות לאמץ את חריג ההטיה הנשנית אך עדיין מותירות את הסוגיה ב"צריך עיון". בדנ"א 6181/11 **שירותי בריאות כללית נ' brown and wililamson tobacco corp** 6 (אר"ש 26.1.2012) ציין המשנה לנשיאה ריבלין כי מבחן ההטיה הנשנית זכה ככל הנראה בהסכמת רוב חברי ההרכב בדיון הנוסף בפרשת **מלול**. בע"א 1415/13 **ל"ב נ' היינץ רמדיה בע"מ** 15 (אר"ש 22.7.2014) ציין השופט עמית, במאמר מוסגר, כי אף שבמסגרת פסק הדין הם דנו בחריג ההטיה הנשנית כאילו מדובר בהלכה מחייבת, מדובר עדיין בשאלה שהתשובה לה אינה חד־משמעית. בעניין **עצמון**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 50, חזר השופט עמית על עמדה זו, ולסברה זו הצטרף גם השופט זילברטל, שביקש להותיר לעת מצוא את השאלה אם יש להכיר בחריג ההטיה הנשנית וכיצד (שם, בעמ' 62). בע"א 6727/15 **פלוגי נ' משרד הבריאות** 5 (אר"ש 30.7.2017) קבע השופט הנדל כי פסיקת פיצוי יחסי תתאפשר רק בהינתן עמידה בתנאי של חריג ההטיה הנשנית. עוד ראו יונתן דייזיס "כיצד ניישם את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית?" **רפואה ומשפט** 43, 146 (2011); שנור **תביעות נזיקין סביבתיות**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 407; פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 363–364; גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" **ספר שלמה לרין** 395, 405–407 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאיל קרייני עורכים) (2013) (להלן: שני "המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה"); קרייטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 329–330.

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

בטיפול הרפואי שפגעה בסיכויי ההחלמה של המטופל אך אי-אפשר לקבוע בהתאם למאזן ההסתברויות שיש קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין הנזק המוחשי שנגרם לניזוק באי-החלמתו.²⁹ נפסק כי במסגרת נתיב זה ניתן לפצות את הניזוק בגין אובדן סיכויי ההחלמה שנגרם לו עקב ההתרשלות, תוך קביעת שיעור הפיצוי בהתאם לשיעור סיכויי ההחלמה שהוא הפסיד עקב מעשה העוולה.³⁰ ודוק, הפסיקה הכירה בכך שעצם הפגיעה בסיכויי ההחלמה נחשבת נזק בר פיצוי, וכדי שניזוק יקבל פיצוי כזה, עליו להוכיח את כלל רכיבי העוולה בהתאם למאזן ההסתברויות המסורתי.³¹

לכאורה, האחריות בגין אובדן סיכויי החלמה אינה בבחינת אחריות יחסית, שכן היא מגדירה מחדש את הנזק. לאחר ההגדרה מחדש, הנזק הרלוונטי אינו עוד הנזק הפיזי, אלא אובדן הסיכוי. נזק זה מהווה ראש נזק נפרד, ועל כן כדי לזכות בפיצוי כלשהו בגינו נקבע כאמור כי יש להוכיח את כלל יסודות העוולה לפי מאזן ההסתברויות. אולם, למרות קביעתו של בית המשפט ואמירות השופטים, יש שמכירים בכל זאת בגישה זו כאחריות יחסית דה פקטו לכל דבר ועניין.³² נקודה זו וחוסר ההסכמה לגביה התעוררו גם בעניין **מלול השני**. המשנה לנשיאה ריבלין ביקש, בניגוד לעמדתם של חלק מן השופטים בהרכב, לקבוע את ההטיה הנשנית כחריג היחיד לסטייה ממאזן ההסתברויות שמאפשר מעבר לפיצוי יחסי, ועל כן ביקש להחילו גם על אובדן סיכויי החלמה, אך לבסוף בחר להותיר את הלכת **פאתח** על כנה, עקב הרצון לשמור על הלכה אחידה וברורה.³³ נקבע, אם כך, שהדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה ממשיכה אומנם לחול

29 נדמה שכיום אין חולק כי אובדן סיכויי החלמה נועד אך למצבים של רשלנות רפואית, שכן בעניין **פאתח**, שם, הכיר בית המשפט העליון בראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה בתביעות שמקורן ברשלנות רפואית. גם בהמשך הכיר בית המשפט העליון בראש נזק זה כמוגבל לתחום הרשלנות הרפואית. כך, למשל, כאשר השופטת חיות התייחסה לאובדן סיכוי בע"א 4975/05 **לוי נ' מור** 8 (אר"ש 20.3.2008), היא ציינה: "כך הכירה הפסיקה, בין היתר, בזכותו של ניזוק לפיצוי חלקי מקום שבו גרעה התרשלותו המוכחת של הנתבע מסיכויי החלמתו של הניזוק, אך רמת הוודאות בדבר קיומו של קשר סיבתי בין אותה ההתרשלות ובין אי ההחלמה היא עמומה ואינה קרובה לנקודות הקיצון של ההסתברות... למעשה מדובר בפיצוי לפי סיכוי **במתחם מצומצם ומוגדר של רשלנות רפואית**" (ההדגשה הוספה).

30 כלשונו של השופט לוין בעניין **פאתח**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 319: "מקובלת עלי ההשקפה, שאובדן סיכויי החלמה, שנגרם עקב הרשלנות, יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק בר-פיצוי".

31 ראו את השתרשות ההלכה בפסיקה לאורך השנים: ע"א 1892/95 **אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר – משטרת ישראל**, פ"ד נא(2) 704, 715 (1997); ע"א 7469/03 **המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן** 10–7 (אר"ש 17.4.2005); ע"א 2493/07 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' אבילפוזב** 14 (אר"ש 7.9.2009).

32 גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 418; ישראל גלעד "הערות להסדרי הניזוקין בקודקס – אחריות ותורפות" **משפטים** לו 761, 781 (2006); גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1392 ו-1442; שני "המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה", לעיל ה"ש 27, בעמ' 424; קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 348–349.

33 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 600–603 ו-612.

מבלי שיש להוכיח בצידה הטיה נשנית, אך זאת לצד אמירות של המשנה לנשיאה ריבלין כי אין מדובר בראש נזק חדש אלא במעבר לכלל של אחריות יחסית במסווה.³⁴ אולם במאמר מן העת האחרונה, שכתב עם פרופ' קריטנשטיין, טוען ריבלין כי "הותרת הלכת פאתח על מכונה נתבררה בדיעבד כחטא, הלוא הוא החטא הקדמון".³⁵ קריטנשטיין וריבלין סבורים כי הלכת פאתח בצורתה המקורית אינה יכולה עוד לעמוד על כנה, וכי יש להתאימה למצב המשפטי שלאחר עניין **מלול השני**, כך שתובע שרצה לקבל פיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה יצטרך להוכיח עמידה בארבעת התנאים של ההטיה הנשנית על מנת לקבלו.³⁶ עוד ברצוננו להעיר בקשר לאובדן סיכויי החלמה כי בתחילת דרכה של הדוקטרינה הונחו יסודות לשימוש בה גם במקרים שבהם אובדן הסיכוי היה גבוה מ-50%³⁷ ואף לאורך הזמן נעשה בה שימוש במצבים כאלה.³⁸ אולם בפסיקה מאוחרת יותר, בעניין **דנינו**, קבע בית המשפט העליון שכאשר אובדן הסיכוי עולה על 50%, התובע לא יקבל את הפיצוי היחסי בגין הסיכוי שאבד, כי אם פיצוי מלא.³⁹ גישה זו מכונה "הגישה הא-סימטרית" לדוקטרינה, בשל האופן הא-סימטרי שבו היא מוחלת על הצדדים, קרי, צד אחד מקבל תיעדוף ברור על הצד האחר. לשיטתו של השופט עמית, גישה זו מוצדקת לאור שיקולים של צדק מתקן, העדפת האינטרס של הניזוק על האינטרס של המזיק, וכן בשל הרצון לצמצם את חריג האחריות היחסית. בלשונו:

34 שם. על עמדה זו חזר המשנה לנשיאה ריבלין גם בע"א 10399/08 **פרוטס נ' צירגייב** 4 (אר"ש 4.4.2011): "בפועל הפיצוי בגין 'אובדן סיכויי החלמה' אינו פיצוי בגין ראש נזק חדש, כי אם פיצוי יחסי... אין זה ראש נזק חדש שהקשר הסיבתי בינו לבין ההתנהגות המזיקה הוכח על פי מאזן ההסתברויות הרגיל. לשיטתי, אין זה אלא מנגנון של הטלת אחריות יחסית 'בתחפוש'..." בע"א 1535/13 **מדינת ישראל נ' איבי** 49 (אר"ש 3.9.2015) חזר בית המשפט העליון על עמדה זו: "אמנם ההתייחסות לאובדן סיכויי החלמה היא כאל ראש נזק, אך במידה רבה אינו אלא ראש נזק 'בתחפוש'".

35 קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 348.

36 שם, בעמ' 348–349: "בפועל הפיצוי בגין 'אובדן סיכויי החלמה' אינו, אפוא, פיצוי בגין ראש נזק חדש, כי אם פיצוי יחסי. כיוון שכך, יש לו מקום אך באותם מקרים של קיום הטיה חוזרת ונשנית בהפעלת כלל מאזן ההסתברויות כפי שנפסק בעניין **מלול השני**".

37 "לעניין זה אין, לדעתי, הבדל בין מקרה, שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50%. הואיל ובשני המקרים לא יזכה הניזוק בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות." עניין **פאתח**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 319.

38 כך, למשל, בע"א 1693/09 **עוזבון פלוגית נ' בית החולים אסף הרופא** 6, 19–21 (אר"ש 3.9.2014) פסק בית המשפט כי אבדו סיכויי החלמה בשיעור של 66% ולפיכך הפיצוי יהא בגובה של 66% מהנזק שנגרם. עוד ראו ע"א 5049/91 **קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן**, פ"ד מט(2) 369, 378 (1995), שם נפסק פיצוי בגובה של 90%; ע"א 2245/91 **ברנשטיין נ' עטיה**, פ"ד מט(3) 709, 724 (1995), שם נפסק פיצוי בגובה של 75%; ע"א 44/08 **שירותי בריאות כללית נ' קסלר** 15–16 (אר"ש 19.5.2009), שם נפסק פיצוי בגובה של 70%.

39 ע"א 3900/14 **דנינו נ' המרכז הרפואי הלל יפה** (אר"ש 2.12.2015).

"במסגרת המשפט הנוהג ניתן ביטוי, לא אחת, לכך שבקביעת כלל של אחריות יחסית יש מקום להעדיף את האינטרס של הניזוקים על פני האינטרס של הנתבעים... ניתן לטעון כי ברוח הלכת **מלול** [השני], יש לצמצם ככל שניתן את האחריות היחסית. הגם שאבדן סיכויי החלמה נותר כ'אי' של אחריות יחסית גם לאחר הלכת **מלול** [השני], יש אפוא לצמצמו ככל שניתן, ולטובת הניזוק".⁴⁰

3. אחריות יחסית – צמצום מול הרחבה

במאמר שנזכר לעיל סבורים קריטנשטיין וריבלין כי אף שעניין דנינו עסק בדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה, הקביעות בו משקפות את המגמה הכללית יותר של בית המשפט העליון לצמצום כללי האחריות היחסית אף מעבר לצמצום בעניין **מלול השני**.⁴¹ בהתאם לכך, הם מבקשים להתאים את חריג ההטיה הנשנית למגמת הפסיקה כיום, כך שגם הוא יוחל באופן א-סימטרי.⁴² משמעות הדבר היא כי בכל מקרה שבו תופעל דוקטרינת ההטיה הנשנית היא תופעל באופן א-סימטרי שיעדיף את הניזוק בתהליך ההוכחה.

מהמאמר נראה גם כי לצד המגמה המצמצמת של כללי האחריות היחסית, חריג ההטיה הנשנית עדיין נועד להיות חריג כללי. בהמשך לכך, אף שחריג ההטיה הנשנית פותח על רקע עוולת הרשלנות, דומה כי ניתן לומר שבאופן עקרוני ריבלין אינו שולל את אפשרות החלתו גם במסגרת משטר נטול אשם, שכן הרציונל המרכזי שמצדיק את ההטיה הנשנית אינו תלוי באשמתו של המזיק, אלא בנסיבות העובדתיות. גם בפסיקה ובכתיבה האקדמית מפורזות אמירות דומות באשר להרחבת האחריות היחסית.⁴³

40 שם, בעמ' 17. ראו גם את דבריו של השופט עמית בע"א 2278/16 **פלוגית נ' מדינת ישראל** 11 (אר"ש 12.3.2018), שם הוא חוזר על העמדה כי יש מקום לתת העדפה לניזוק, אם כי תוך סיוג הדברים: "גם במבט רחב יותר, דיני הנזיקין מכירים בכללים שנועדו לסייע לניזוק במצבים סבוכים, וניתן להזכיר את הכללים בדבר העברת נטל ההוכחה... ואת הדוקטרינה של אבדן סיכויי החלמה... יובהר מיד כי אלה הם החריגים, אשר חלים במצבים מורכבים מיוחדים, וכמובן לא כל מקרה מגלה הטיה אוטומטית לטובת הניזוק".

41 קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 350–351.

42 שם, בעמ' 351: "...בהיות פסק הדין בעניין **ל.ד. [דנינו]** פסק דין מאוחר להלכת **מלול השני**, נראה כי יש עתה לקרוא את הלכת **מלול השני** בשינויים שנקבעו בעניין **ל.ד. [דנינו]**. אומנם, שינויים אלה נפסקו לגבי מקרה דוגמת **פאתח**, אך כאמור אין עוד מחלוקת שהמקרה של אובדן סיכויי החלמה מושא המשפט בעניין **פאתח** אינו אלא מקרה אחד של הטלת אחריות יחסית. הוּו אומרים: יש לקרוא מעתה את עניין **מלול השני** בכפוף לקביעה החדשה שעקרון הפיצוי היחסי אינו סימטרי".

43 כך, למשל, בעניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 628, סברה השופטת נאור כי יש להכיר בכללים של אחריות יחסית גם במסגרת מקרה נקודתי, דהיינו, ללא דרישה ל"הטיה נשנית". גם פרופ' גלעד סבור כי אין להגביל את הפיצוי היחסי במקרים של עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק לחריג ההטיה הנשנית, אלא "חשוב לנסות ולאתר כיסים נוספים שבהם אחריות יחסית יכולה לקדם את מטרות דיני הנזיקין" (גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1479). דוגמה לכך, לשיטתו, היא מצב שבו "התובע מתקשה לזהות את גורם הנזק מתוך קבוצה לא גדולה של 'חשודים'..." (שם,

לעומת זאת, ניתן לראות אמירות שונות בפסיקה ובספרות המשפטית שמבקשות בכל זאת לתחום היטב את גבולות האחריות היחסית.⁴⁴ בהיבט הזה ראוי לציין את עניין **פלוגי נ' פלוגי**, שם דחה השופט עמית בקשה לרשות ערעור שבמסגרתה נטען, בין היתר, כי מסקנתו של בית משפט קמא שלא הוכח קשר סיבתי עובדתי בין התאונה לאירוע המוות היא שגויה, וכי יש מקום להתאים את חריג "האחריות היחסית" שהוכר בעניין **מלול השני** גם למקרים אלו.⁴⁵ בהחלטה קצרה זו כתב השופט עמית אמירה מעניינת לענייננו:

"למעלה מן הצורך אומר בקצרה כי דוקטרינת 'העמימות הסיבתית' הוכרה אך ביחס לטיפוסי מקרים מסוימים, וביחס אליהם בלבד... הבקשה לא העלתה כל טעם בגינו יש להרחיב דוקטרינה זו כך שתחול אף על נסיבות המקרה הנדון".⁴⁶

בעמ' 1479). נכונות להרחבה נוספת של מבחן ההטיה הנשנית ניתן לראות גם בדבריו הבאים של פרופ' פורת: "הצעתי היא להחיל את הגיונו של מבחן זה אף על מקרים שבהם קיימת אפשרות שהמזיק יכול לזהות מראש אם לפניו מקרה שבו הסתברות הקשר הסיבתי פחותה מ-50%. הרחבה כזו בוודאי מוצדקת משיקולי הרתעה, אך לעתים ניתן לעגן אותה גם בשיקולים של צדק מתקן" (פורת "אחריות הסתברותית", לעיל ה"ש 6, בעמ' 394). נוסף על כך, ד"ר שגור סבור כי במקרים של זיהומים סביבתיים, כאשר נטען כי האשם יצר זיהום סביבתי שגרם לנזק גוף, יש מקום לשלב את הכלל המסורתי עם הכלל היחסי, כך ש"בכל מקרה שבו בית המשפט משתכנע כי ההסתברות שגרסתו של אחד הצדדים נכונה גבוהה בהרבה מההסתברות שגרסתו של הצד השני נכונה, יזכה הצד העדיף במלוא התביעה. מנגד, במקרים שבהם לבית המשפט יש ספקות אמיתיים המשקפים את העובדה כי אין הבדל גדול בין ההסתברויות לנכונות גרסאות הצדדים, יינתן פיצוי יחסי" (שגור **תביעות נזיקין סביבתיות**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 409).

44 לדוגמה, בעניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 628, לצד ההרחבה הפוטנציאלית שהשופט נאור הייתה מוכנה להחיל – דהיינו, שכללי האחריות היחסית יחולו גם במקרה נקודתי – היא סברה כי לעת הזו יש להחיל את הפיצוי היחסי אך במסגרת דיני הנזיקין, ביחס לניזוקים בלבד, ורק בתביעות בגין נזקי גוף. צמצום נוסף של גישה זו ניתן לראות בדבריו של השופט ג'ובראן באותו עניין, אשר הצטרף לעמדתה של נאור אך ביקש להגביל את המבחן שהציעה "למקרים של עמימות מדעית בלבד, תוך ביסוסה של דוקטרינה זו על שינוי ראייתי-דיוני בנטל השכנוע באשר להוכחת הקשר הסיבתי" (שם, בעמ' 746). נוסף על כך, באותו עניין סברה השופטת פרוקצ'ה כי "האפשרות להכיר ברמת הוכחה הנמוכה ממאזן ההסתברויות, ובאחריות מדורגת הנגזרת ממנה, מהווה מהפכה עמוקה בתפישה בדבר מערך האחריות, הזכויות והחובות בדיני הנזיקין, המקרין על המשפט האזרחי כולו" (שם, בעמ' 791), ולכן, לשיטתה, יש להותיר את סוגיית הפיצוי היחסי בידי המחוקק. גם שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 12, בעמ' 856–857, סבורים כי במצבים שבהם אין אפשרות מדעית לאמוד הסתברויות בצורה משביעת רצון אין זה מוצדק להטיל אחריות הסתברותית. לבסוף, לשיטתו של פרופ' גלעד, לצד הצורך לא להגביל את הפיצוי היחסי רק לחריג ההטיה הנשנית במקרים של עמימות באשר לעצם גרימת הנזק, בשעה שנכנסים בגדר חריג זה, אין להחילו "אלא במצבים מוגדרים ומתוחמים (כיסוי אחריות) ולאחר שנבחנו היטב כל השלכות החלת החריג ומאזנו הכולל" (גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1479).

45 רע"א 9265/17 **פלוגי נ' פלוגי** (אר"ש 25.2.2018).

46 שם, בעמ' 3.

יודגש כי המקרה המדובר חסה תחת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. היות שדובר בתוצאה של תאונת דרכים, המשטר שנדון בעניין זה היה של אחריות מוחלטת. אם כך, אף שנאמר כי הבקשה הפרטנית באותו מקרה לא העלתה טעם להרחיב את הדוקטרינה, נראה שעדיין לא נטרקה לחלוטין הדלת על הרחבתה האפשרית. קרי, לא נשללה על הסף האפשרות להרחיב את כללי האחריות היחסית במסגרת משטר של אחריות מוחלטת כאשר המקרה הנכון יגיע.

מחלוקות אלו מעלות בין היתר את השאלה בדבר גבולותיה של האחריות היחסית. כאמור, יש הסוברים כי יש להרחיבה אל מעבר לגבולותיהם של דיני הנזיקין, ויש הסוברים כי יש לצמצמה. כאן ברצוננו להתייחס לשאלה אם יש הצדקה להחיל את כללי האחריות היחסית גם במקרים שבהם המשטר נטול אשם. מדובר בשאלה מהותית וחשובה שיש לתת לה את הדעת, שכן עלינו להיות ערים לכך שבמעבר בין משטרי האחריות החלת כללים של אחריות יחסית עלולה להוליד תוצאות לא רצויות.

לסיכום, מן הדיון עד כה עולה כי בארגז הכלים של המשפט הישראלי מצויים כיום שני כלים מרכזיים לשימוש בכללי האחריות היחסית. **הכלי האחד** הוא חריג ההטיה הנשנית, אשר נולד מתוך רצון ליצור דוקטרינת "מסגרת" אחת כללית שתהווה את החריג לכלל מאזן ההסתברויות. בתחילת הדרך עוצב חריג ההטיה הנשנית כחריג סימטרי שקבע ארבעה תנאים להחלתו ואשר הוציא מגבולותיו את אובדן סיכויי ההחלמה.⁴⁷ אולם בהמשך הדרך ביקשו בספרות הן להכניס את אובדן סיכויי ההחלמה למסגרת החריג והן להתאים את החריג למגמת הצמצום הקיימת בפסיקה ולקבוע כי תחולתו תהא א-סימטרית. עם זאת, חשוב להדגיש כי כיום אין זו ההלכה המחייבת. נכון למועד כתיבתן של שורות אלו, חריג ההטיה הנשנית בצורתו הסימטרית לחוד ואובדן סיכויי ההחלמה לחוד.⁴⁸ **הכלי האחר** הוא אובדן סיכויי ההחלמה, אשר הוכר כראש נזק עצמאי שלפיו ניתן לפצות את הניזוק בגין אובדן הסיכוי שנגרם לו עקב הרשלנות הרפואית.⁴⁹ גם דוקטרינה זו החלה את דרכה כסימטרית, אך כיום, בעקבות עניין דנינו, ההלכה המחייבת היא שיש להחילה בצורה א-סימטרית.

אם כן, השאלה שאנו ניצבים עתה בפניה נוגעת באפשרות היישום של כללי האחריות היחסית במסגרת משטר נטול אשם. בפרק הבא נבחן את האפשרות להחיל את

47 כפי שהוצג לעיל, בעניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, הציע לראשונה המשנה לנשיאה ריבלין את חריג ההטיה הנשנית כמסגרת כללית לחריגה מכלל מאזן ההסתברויות, תוך שהוא מסכים להחריג את הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה – אף שהוא ראה בה פיצוי יחסי – לשם שמירה על הלכה אחידה. כאמור, ספק אם חריג ההטיה הנשנית התקבל כהלכה מחייבת (ראו לעיל בתת-פרק א1).

48 זאת, אם מסכימים להנחת המוצא שחריג ההטיה הנשנית אכן התקבל במשפט הישראלי.

49 ראו לעיל ה"ש 29 והטקסט שלידה.

כללי האחריות היחסית – בתצורות השונות המקובלות בפסיקה והמוצעות בספרות – במשטר משפטי כזה.

פרק ב: יישום כללי האחריות היחסית – רשלנות מול משטר נטול אשם

במסגרת פרק זה נשקף חלק מן הקשיים שעולים באשר ליישומם של כללי האחריות היחסית האמורים במשטר נטול אשם. לאורך הפרק נפרט את הכללים השונים תוך הצגתם במשטר של רשלנות אל מול משטר נטול אשם. זאת, על מנת לשקף את השוני המהותי שנוצר בהשלכות הנורמטיביות במעבר בין משטרי האחריות השונים. בהקשר זה ראוי לציין כי ההצעה של קריטנשטיין וריבלין⁵⁰ היא הצעה מהותית שתשנה את התייחסותם של דיני הנזיקין למצבי העמימות הסיבתית, ועל כן ראוי לתת לה את הדעת בכל במצבים האפשריים.

הפרק יחולק לשני חלקים: **החלק הראשון** יוקדש לדיון בחריג ההטיה הנשנית תחת שני משטרי האחריות. ראשית יוצג ההיגיון הכלכלי של כלל מאזן ההסתברויות המסורתי במקרים ה"רגילים", שבהם אין עמימות סיבתית. לאחר מכן נעבור למקרים הקשים שעבורם נועד חריג ההטיה הנשנית, דהיינו, מצבי העמימות הסיבתית. במסגרת מצבים אלו נבחן תחילה את החלת החריג בצורתו הסימטרית, ולאחר מכן נעבור לבחינת החריג בצורתו הא-סימטרית. במסגרת חלק זה נבחן בעין ביקורתית את הצעתם של קריטנשטיין וריבלין לשינוי מצבי העמימות הסיבתית, בפרט בגרסתה הא-סימטרית. **החלק השני** יוקדש לדוקטרינה של אוכדן סיכויי החלמה, אשר תבחן גם היא תחת שני משטרי האחריות. אף שכיום נדמה כי אין חולק שדוקטרינה זו מוגבלת למשטר של רשלנות בלבד, ובפרט רשלנות רפואית, חשוב לתת את הדעת לקשיים בהרחבתה לאזורי משטר נטולי אשם.

1. חריג ההטיה הנשנית

(א) הכלל המסורתי במקרים הרגילים

לשם הבנת ההיגיון הכלכלי של החריג, יש מקום להסביר תחילה את ההיגיון הכלכלי של הכלל הנהוג במשטרים השונים. נפשט את הדברים באמצעות שתי דוגמאות שונות, אשר ילוו אותנו לכל אורך הדיון:

- **דוגמת הגלגינועים (הקורקינטים) (משטר של רשלנות)** – הניחו לצורך הדוגמה כי בעיר מסוימת ניתן לשכור גלגינועים מחברת השכרה אחת בלבד, וכי הגלגינועים בחברה זו צבועים בצבע אדום ייחודי. ראובן נפגע מגלגינוע בתאונת "פגע וברח",

50 ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט שלידה.

ונגרם לו נזק גוף. רוכב הגלגינוע לא הבחין בראובן בשל העובדה שהגלגינוע לא צויד בפנס, שהיה מאפשר לרוכבו להבחין בו בלילה. אין מדובר במקרה נקודתי, שכן כל צי הגלגינועים של אותה חברה אינו מצויד בפנסים. מכיוון שמשטר האחריות הוא של רשלנות, לשם קבלת פיצוי על הנזק על ראובן להוכיח שחברת הגלגינועים התרשלה. לנוכח העובדות שתוארו, אין כל מחלוקת שהחברה היא הבעלים של הגלגינוע שפגע. כידוע לכל, עוולת הרשלנות מתמרצת את המזיק לנקוט אמצעי זהירות כאשר עלותם קטנה מתוחלת הנזק שהתנהגותו של המזיק יוצרת.⁵¹ לצורך הדוגמה נניח כי אם נשווה בין עלות פנס לבין הפחתת תוחלת הנזק של תאונות הדרכים הנמנעות על ידי התקנתו, יהיה ברור שאי-ציוד הגלגינוע בפנס מהווה פעולה בלתי סבירה, ועל כן נראה שבית המשפט יקבע כי החברה התרשלה וכי עליה לשאת בנזקיו של ראובן. ביכולתה של חברת הגלגינועים להימנע מאחריות נזיקית במקרים עתידיים על ידי היצמדות לסטנדרט הראוי, דהיינו, ציודו של צי הגלגינועים בפנסים. במצב דברים זה יהיה לחברת הגלגינועים תמריץ להתייעל, קרי, לנקוט את אמצעי הזהירות ולהפוך את הגלגינועים שלה לבטוחים יותר לשם קבלת פטור מאחריות.

- **דוגמת המוניות (משטר נטול אשם)** – הניחו כעת כי במדינה מסוימת משטר האחריות בתאונות דרכים הוא של אחריות מוחלטת (בדומה לישראל),⁵² אלא שאחריות זו נופלת תמיד על הבעלים של הרכב. נניח, בדומה לדוגמה הקודמת, כי בעיר מסוימת פועלת חברת מוניות אחת בלבד, אשר מתפעלת מוניות ירוקות בלבד, וכי שמעון נפגע בתאונת דרכים כתוצאה מפגיעת מונית ירוקה כזו. בדוגמה זו חברת המוניות תהא אחראית לנזק, ואין נפקא מינה אם הנזק נגרם כתוצאה מחוסר זהירות, הכרוך באשם של גורם כלשהו, או מתחזוקה לקויה של הרכב, כגון אי-ציודו של הרכב בפנס ראוי. תחת משטר אחריות זה, לנתבע אין כלל זכות להוכיח שבהתנהגותו לא דבק אשם, והאחריות קמה מעצם גרימת הנזק. במצב דברים זה, השקעה של חברת המוניות באמצעי זהירות אולי תפחית את מספר התאונות אך לא תפטור אותה מחובת הפיצוי. לצד זאת, מכיוון שבשוק קיימת חברה אחת בלבד, כך שאין עמימות

51 בהתאם לנוסחת לרנד הנד (Hand), שהשתרשה בפסיקה הישראלית, ייקבע שהנתבע התרשל אם התנהגותו יצרה סיכון שתוחלתו גדולה מעלות המניעה שלו. הנוסחה קובעת כי על מנת שהנתבע יתרשל, המכפלה של הנזק (L) בהסתברותו (P), שהיא תוחלת הנזק (PL), צריכה להיות גדולה מעלותו של אמצעי הזהירות (B) שהמזיק לא נקט. קרי, ייקבע שנתבע התרשל אם PL גדול מ-B והמזיק לא נקט את אמצעי הזהירות שעלותו B. בניסוח מפורט יותר, התנהגותו של המזיק תהא רשלנית אם היה ביכולתו – בהסתכלות אקס אנטה – להפחית את תוחלת הנזק על ידי השקעה באמצעי מניעה שעלותו נמוכה מגודל ההפחתה. להרחבה על נוסחת לרנד הנד ועל קליטתה במשפט הישראלי ראו פורת "דיני נזיקין", לעיל ה"ש 6, בעמ' 296–299; גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 298–299 ו-301–306.

52 יודגש: בדוגמה זו ובדוגמאות הבאות, העוסקות בתחום של תאונות דרכים, אין בכוונתנו להתייחס למנגנון שקבוע בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, על כלל הסדריו, אלא רק להציג סיטואציה של אחריות מוחלטת שאינה תלויה אשם.

לגבי זהות המזיק, לחברת המוניות יהיה תמריץ להפחית את תוחלת הנזק במקרים הראויים, שכן גם אם חברת המוניות תצטרך לשלם תמיד, כדאי לה להפחית את תוחלת הנזק הצפויה מהתאונה אם היא גדולה מעלותם של אמצעי הזהירות. ודוק, גם אם המזיק יודע שהוא יישא באחריות לנזק בכל מקרה – דהיינו, גם כאשר הוא נוהג בסבירות – עדיין התמריצים שיש לו מיטביים, שכן אם הוא יעריך שתוחלת הנזק הצפויה גדולה מעלותם של אמצעי הזהירות, הוא ינקוט אותם לשם מזעור הנזקים, בהינתן שהוא, ורק הוא, יישא בהם.⁵³

כאמור, שתי דוגמאות אלו ממחישות את המקרים הפשוטים, דהיינו, מקרים שבהם אין עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק ולזהות המזיק, ודרך התרחשות הנזק ידועה לכל וניתנת להוכחה ברמת ודאות של יותר מ-50% במאזן ההסתברויות. דוגמאות אלו משקפות את האופן שבו מערך התמריצים עובד בצורה תקינה ויעילה הן במסגרת משטר של רשלנות והן במסגרת משטר נטול אשם, שכן בשני המקרים נשמר התמריץ של המזיק להתייעל ולנקוט אמצעי זהירות.⁵⁴

(ב) חריג במקרי העמימות הסיבתית

חריג ההטיה הנשנית פותח כאמור לשם התמודדות עם מצבי העמימות הסיבתית, דהיינו, מצבים שמתעוררים כאשר קיימת אי-ודאות מובנית המובילה לנחיתות שיטתית של אחד הצדדים באשר להוכחת קיומו של הקשר הסיבתי העובדתי. מקרי העמימות הסיבתית אינם מקרים קלים, והם מאתגרים את פסיקת השופטים.⁵⁵ על כן מציאת כלים

53 לצורך הדיון כאן אנו מתעלמים כמובן מהשפעותיו של המשטר המשפטי על פעולת הניזוק, אשר ביודעו כי הוא יקבל תמיד פיצוי על נזק שייגרם לו עלול להיזהר פחות מהרצוי, בכפוף למנגנון של הרתעה טבעית מפני נזקי גוף. בעניין זה ראו Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. LEGAL STUD. 205, 207 (1973); STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* 9–12 (1987); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 63–67 (1987).

54 למשטר האחריות יש כמובן השפעות גם על אופן פעולתו של הניזוק. כמו כן, במשטרי האחריות השונים יש תמריצים שונים בכל הקשור לרמות הפעילות של המזיק והניזוק. אחריות מוחלטת עשויה לצמצם את רמת פעילותו של המזיק, בעוד רשלנות לא תעשה כן, אלא תצמצם דווקא את רמת הפעילות של הניזוק. להרחבה ראו גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, כרך א, בעמ' 37–43; פורת **נוזקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 25–53; הרמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 39–44.

55 כך, למשל, בעניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, דובר במקרה קשה במיוחד – לתובעת נגרמה פגיעה קשה מאוד, ההליך השיפוטי היה ארוך מאוד, הרופאים שטיפלו בה התרשלו, ולהכרעה בדיון הנוסף היו עלולות להיות השלכות כספיות משמעותיות מבחינת התובעת, שכן הפיצוי (לפחות בחלקו) כבר היה בידיה זמן רב. לא בכדי בחרו השופטים בדיון הנוסף לא לשנות את התוצאה, אף שהיא אינה מתכתבת עם ההלכה שנקבעה, ובכך למעשה התוצאה האופרטיבית של פסק הדין הלכה למעשה מתנגשת בהלכה העקרונית שנקבעה. על מהלך זה נמתחה ביקורת. להרחבה ראו בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי" **עלי משפט** 7, 42–25 (2012). עוד ראו קריטנשטיין וריבלין, לעיל ה"ש 22, בעמ' 333–339, אשר סוקרים את

להתמודדות עם מצבים אלו מתחייבת מהמציאות המורכבת. לצד זאת, ניסיון למצוא כלי אחד כללי מקיף שיהווה את החריג לכלל המסורתי – כפי שריבלין מבקש לעשות באמצעות חריג ההטיה הנשנית – עשוי אומנם לפתור בעיות מסוג אחד אך בו בזמן ליצור בעיות מסוג אחר.

יודגש כי המשנה לנשיאה ריבלין מכיר בכך שחריג ההטיה הנשנית הוא "הרע במיעוטו".⁵⁶ אולם אין ערובה לכך שהתוצאה תמשיך להיות "הרע במיעוטו" גם תחת משטר אחריות ללא אשם. ייתכן שתחת משטר כזה יעלו חסרונותיו של החריג על יתרונותיו, ויהיה זה בלתי ראוי להחילו. על כך נעמוד להלן.

(1) החריג בצורתו הסימטרית

חריג ההטיה הנשנית בצורתו המקורית – הסימטרית – מביא לידי כך שתוטל אחריות על מזיק במקרים שבהם הוא חושף קבוצת ניזוקים לסיכון על ידי התנהגות עוולתית אחת או שורה של התנהגויות עוולתיות. במצבים אלו ההסתברות שהמזיק גרם נזק לכל ניזוק ספציפי יכולה להיות קטנה מ-50% או גדולה מ-50%.

לכאורה, הפתרון של חריג ההטיה הנשנית נראה פתרון לא רע, אשר שומר על התמריץ ההרתעתי ומגשים את עקרון הצדק המתקן כלפי הניזוק ביחס לנזקים שנגרמו. כעת יידרש המזיק לשלם על הנזקים שגרם לניזוק בהתאם לגובה הסיכון לנזק, ואין זה משנה אם אחוז הסיכון נמוך מ-50% או גבוה מרף זה. זאת, בשעה שלפי הכלל המסורתי, כל עוד אחוז הסיכון לנזק היה נמוך מ-50%, היה המזיק פטור מאחריות, ואם אחוז הסיכון היה עולה אל מעל לרף זה, היה המזיק נושא בנזק במלואו. בהנחה שמדובר בריבוי מקרים, הפתרון של חריג ההטיה הנשנית מבטיח שבסופו של דבר ישלם המזיק על סך הנזקים שנגרמו בעוולה. אולם במעבר למשטר נטול אשם עלולה להיווצר בעיית תמריצים. נדגים זאת על ידי דוגמת הגלגיונים ודוגמת המוניות.

כעת נניח, הן בדוגמת הגלגיונים והן בדוגמת המוניות, כי יש שלוש חברות שפועלות. קרי, בעיר מסוימת (שבה התרחשו התאונות לעיל) יש שלוש חברות של גלגיונים (חברה א, שבבעלותה 45% מהגלגיונים בעיר; חברה ב, שבבעלותה 35%; וחברה ג, שבבעלותה 20%) ושלוש חברות של מוניות (חברה A, שבבעלותה 45%

האופן שבו בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים מיישמים את ההלכה שנקבעה בעניין **מלול השני**, שם, ומשקפים את הקשיים והסתירות שעולות ביישום.

56 "אין מדובר בדוקטרינה המסירה את הקושי בכל המקרים שיש בהם עמימות סיבתית או המפיגה תמיד את אי הצדק שעלול לנבוע מאי הוודאות. דוקטרינה כזו, חוששני, אין בנמצא ויעידו על כך הניסיונות המגוונים להתחקות אחריה... תוצאה זו היא הרע במיעוטו, שכן המרה נרחבת של הכלל הרגיל – בדבר הצורך להוכיח את כל יסודות העוולה במאזן ההסתברויות – בכלל מתחרה, תוביל לתוצאות מוקשות אף יותר, לא רק כלפי נתבעים אלא גם כלפי תובעים. את גבולות השיטה אין לפרוץ אלא באופן זהיר ושיטתי. שיטה זו טמונה במבחן ההטיה הנשנית." עניין **מלול השני**, שם, בעמ' 607.

מהמוניות בעיר; חברה B, שבבעלותה 35%; וחברה C, שבבעלותה 20%).⁵⁷ כל הגלינועים של כל החברות צבועים בצבע אדום ייחודי, ובאופן דומה כל המוניות של כל החברות צבועות בצבע ירוק ייחודי.⁵⁸

תחת משטר של רשלנות על התובע להראות כי הגלינוע שפגע בו היה בבעלות החברה שהתרשלה וכי בעקבות זאת נגרם לו הנזק. ללא הוכחת התרשלות מצד החברה שבבעלותה הגלינוע הפוגע או ללא הוכחת קשר סיבתי, הוא לא יוכל לקבל פיצוי. הנפגע יודע כי פגע בו גלינוע אדום ולכן מדובר בגלינוע מושכר, אך מכיוון שהרוכב ברח, הוא אינו יכול להצביע על חברת ההשכרה שהגלינוע שייך אליה. במצב דברים זה הסיכוי שהתובע נפגע על ידי גלינוע בבעלות חברה מסוימת אינו גבוה מ-50%, ולכן אי-אפשר לבסס תביעה אף נגד אחת מן החברות. זאת, משום שלגבי כל אחת מהן לא יהיה אפשר, במסגרת מבחן האלמלא, להוכיח במאזן ההסתברויות את הקשר הסיבתי העובדתי ברמת ודאות של יותר מ-50%. במקרים דוגמת אלה כלל ההטיה הנשנית בא להתגבר על בעיית הקשר הסיבתי. בהנחה שכל חברת גלינועים משלמת על הנזקים שגרמה על פי הסתברות הפגיעה, חריג ההטיה הנשנית מביא לידי הרתעה יעילה. בלעדיו, תחת הכלל המסורתי, המזיקים לא יישאו באחריות לעולם, כך שהם לא יורתעו כלל.⁵⁹ ודוק, תחת הגישה המסורתית, ולנוכח העובדה שלגבי כל אחת מחברות הגלינועים ההסתברות שהיא גרמה את הנזק פחותה מ-50%, הנתבע לא יוכל לעבור את המשוכה להוכחת הכלל. לעומת זאת, החריג – שמתיר מעבר לכללי אחריות יחסית – מאפשר הרתעת מזיקים גם במקרים שבהם ההסתברות נמוכה מ-50%. כך, למעשה, קידום של אחריות לפי פלח שוק פותר באופן נקודתי את הכשל התמריצי שעלול להיווצר לטובת המזיק או לרעתו, ומאפשר לצדדים להגיע לתוצאה יעילה וצודקת.

57 בשתי הדוגמאות ההנחה היא שהניזוק בוודאות נפגע על ידי אחת מהחברות, אך אי-אפשר לדעת על ידי מי מהן.

58 הדוגמה המוצגת, שלפיה יש נתונים לגבי פלח השוק של כל חברה, מעלה בצורה טבעית למדי, במסגרת הדין בכללים של אחריות יחסית, את המחשבה על הדוקטרינה של "אחריות לפי פלח שוק". לפי דוקטרינה זו, במצבים של עמימות סיבתית (כמו בדוגמה שאנו דנים בה, שבמסגרתה הניזוק נפגע על ידי כלי רכב של אחת מהחברות אך אינו יודעים של מי) כל חברה נושאת בנזק בהתאם לפלח השוק שלה (להרחבה על דוקטרינה זו ראו פורת "אחריות קיבוצית בדיני-ניזקין", לעיל ה"ש 6, בעמ' 322–325). אולם בנקודה זו יש להדגיש כי אין אנו מתכוונים ליישום דוקטרינה זו במובנה הפורמלי ובאופן עצמאי, שכן גם דוקטרינה זו לא הוכרה עד כה בצורתה הפורמלית במשפט הישראלי (ראו עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 596–600). זאת ועוד, גם בארצות הברית, מקום לידתה של הדוקטרינה, התנאים הפורמליים לתכולתה וליישומה משתנים ממדינה למדינה. מעבר לכך, בדיון בענייננו ניתן לראות מצבים אחרים של עמימות סיבתית – למשל, כאשר חלק מהגורמים לנזק אינם בני עוולה או כאשר העוולה נגרמה על ידי act of nature. דוקטרינת האחריות לפי פלח שוק אינה מטפלת במצבים אלו ולא יושמה בהם, אך מצבים אלו הם כמובן חלק מהסדר העמימות הסיבתית שנרצה להתייחס אליו. ודוק, אנו דנים ברעיון של האחריות היחסית, ולא בדוקטרינה הספציפית האמורה.

59 זאת, בכפוף להנחה שאין מנגנוני הרתעה אחרים, דוגמת הדין הפלילי.

לעומת זאת, תחת משטר נטול אשם החלת החריג יוצרת בעיה של תמריצים. בדוגמה כעת שמעון נפגע ממונית כאשר התהלך בעיר שבה פועלות שלוש חברות מוניות שונות, כולן בצבע ירוק. הוא יודע בוודאות שהנזק נגרם לו כתוצאה מפגיעת מונית, אך אינו יודע לאיזו חברה שייכת המונית שפגעה בו. נניח כי שמעון בוחר לתבוע את חברת המוניות A, אשר מחזיקה ב-45% מהמוניות בעיר. ברור שללא החריג תביעתו של שמעון נופלת כליל, שכן היא אינה עוברת את הרף הנדרש, הלא הוא 50%. בנקודה זו היתרון של חריג ההטיה הנשנית נכנס לפעולה, שכן אם יוכל שמעון להוכיח את ארבעת תנאי החריג, הוא יוכל לקבל פיצוי יחסי לפי פלח השוק של החברות. בנקודה זו גם נכנס השוני המהותי בין משטר של רשלנות למשטר נטול אשם.⁶⁰ במשטר של רשלנות חברת המוניות A יכולה להוכיח כי היא לא התרשלה, שכן בהעדר התרשלנות אין אחריות. זאת, בדומה לדוגמת הגלינוע. דא עקא, לחברת המוניות בענייננו לא עומדת אפשרות זו, שכן משטר האחריות הוא נטול אשם. תחת משטר זה אין זה רלוונטי כלל כמה השקיעה חברת המוניות A באמצעי זהירות כדי להפוך את מוניותיה לבטוחות יותר, שכן סוגיה זו אינה נבחנת כלל. ודוק, למרות משטר האחריות היחסית, בעוד שבמשטר של רשלנות יכלה חברת המוניות A לפטור את עצמה מאחריות על ידי השקעה באמצעי זהירות, כך שגם אם חברות מוניות אחרות לא השקיעו באמצעי זהירות דומים היא יכלה "לחסן" את עצמה, במשטר נטול אשם אפשרות זו חסומה בפניה. על מנת להמחיש זאת ניתן לתאר מצב שבו שתיים משלוש החברות משקיעות בגלגלים בטוחים יותר לנסיעה בגשם, בשעה שהחברה השלישית אינה עושה כן. כתוצאה מכך מתרחשת תאונה למונית בבעלות החברה השלישית בעת נסיעה בגשם. כעת, בהינתן שזהות החברה שהמונית הפוגעת שייכת אליה אינה ידועה, כל חברות המוניות בעיר יידרשו לשלם על כך, אף ששתיים מהן נקטו את אמצעי הזהירות (הגלגלים).

אומנם, כפי שהראינו לעיל, גם במשטר נטול אשם עשוי להישמר הרציונל ההרתעתי, עקב רצון המזיק להוריד את תוחלת הנזק שהוא נחשף אליה.⁶¹ אולם במצבי עמימות סיבתית תמריצים אלו מתערערים, והממד ההרתעתי, למצער, אינו נשמר במלואו. זאת, משום שכעת קיימות שלוש חברות מוניות, כך שכל סכום שיושקע על ידי חברה אחת באמצעי זהירות לא יוריד את תוחלת הנזק בהתאם למלוא סכום ההשקעה, אלא רק בהתאם לחלק ממנו, על פי שיעור הנתח של אותה חברה בשוק. משכך, מנקודת ראות אקס אנטה עלול להיווצר כשל תמריצי משמעותי, שבו לחברות לא תהיה סיבה להשתפר ולהתקין אמצעי זהירות משום שלא תהא כל משמעות להוכחה שהמונית שלהם מסוכנת כעת פחות. לצורך המחשת נקודה זו ניתן להיעזר בדוגמה מספרית. הניחו מצב שבו קיימות בשוק חברות א, ב ו-ג. כל חברה מחזיקה ב- $\frac{1}{3}$ מהשוק וגורמת תוחלת נזק של 100. סך תוחלות הנזק עומד על 300. כעת חברה א מצאה דרך להפחית את תוחלת הנזק של רכביה באמצעות בלמים מיוחדים. עלות הבלמים היא 50, והתקנתם תפחית את

60 כפי שהוצג לעיל, במשטר נטול אשם, להבדיל ממשטר של רשלנות, החבות אינה תלויה בסבירות התנהגות של המזיק. ראו לעיל בתת-פרק 11(א).

61 שם.

תוחלת הנזק ל-40 (הפחתה של 60). הפחתה זו תקטין את סך תוחלות הנזק בשוק ל-240. ברור שהשקעה כזו היא יעילה ורצויה מבחינה חברתית. אולם היצמדות לחלקה בשוק של חברה א' לשם הטלת האחריות תשית עליה חבות של 80. במצב דברים זה אין לחברה א' סיבה להשקיע בבלמים המיוחדים, שכן עלות ההשקעה בהם – 50 – גדולה מהפחתת חבותה, שעומדת על 20 בלבד.

כשל תמריצי זה מגביר את החשש מפני צמצום לא ראוי של הפעילות, ויוצר תמריצי חסר להתיעלות, היות שלמזיק אין אפשרות לפטור את עצמו מאחריות על ידי השקעה באמצעי זהירות. על כן ייתכן שאף על פי שמבחינה מעשית יש ביכולתו לצמצם את הנזקים שהוא גורם ולהמשיך בפעילות יעילה יותר, הוא יבחר להימנע מפעילות זו, אשר רצויה לחברה בכללותה. זאת ועוד, גם אם בסופו של דבר הוא יבחר להשקיע באמצעי זהירות יעילים, הוא יסבסד בכך את החברות האחרות, אשר פועלות, קרוב לוודאי, מעבר לרמה המיטבית. עלות זו עלולה כמובן להיות מגולגלת בסופו של דבר לציבור בדרך כזו או אחרת. יש להבין כי בשל מערך התמריצים המעוות, פעמים רבות שום חברה לא תנקוט אמצעי זהירות יעילים, על אף קיומם, והצרכנים ישלמו יותר על השירות שניתן להם, ואשר היה אפשר להוזילו. בד בבד תופחת רמת הפעילות, שכן הצרכן השולי לא יוכל לשלם את העלות היקרה יותר הנגבית בשל עיוות התמריצים, בעוד שללא העיוות הוא היה יכול להרשות לעצמו להשתמש בשירות הבטוח יותר.

במצב דברים זה, וכפי שראינו, החלת חריג ההטיה הנשנית במשטר המנותק מאשמו של המזיק עלולה להוביל לעיוות תמריצים לא רצוי ולמנוע השקעה באמצעי זהירות אשר ראויים מבחינה כלכלית, עקב ה"תשואה" הכלכלית המופחתת על השקעה זו, שאינה מופנמת כולה על ידי הצד הנוקט אותה. את עיוות התמריצים הזה יש להביא כמובן בחשבון במסגרת שיקולי המדיניות שבית המשפט נוקט.⁶²

בשולי הדברים נציין כי גם במקרים של רשלנות יכולה להיות יוצא דופן תמריצית דומה אם המזיק אינו יכול לבסס את העובדה שהוא לא התרשל ולפטור את עצמו מאחריות. כך הדבר, למשל, במצבים שבהם נקיטת אמצעי הזהירות או מעשה ההתרשלות אינם נחזים באופן ברור, בשונה מדוגמת הפנס במקרה של הגלינוע, ואי-אפשר להוכיח אם במקרה המסוים הושקעו אמצעי הזהירות הראויים או לא. חשבו, לדוגמה, על מצב שבו תאונה שמעורב בה גלגינוע המצויד בבלמים חדשים לא תחייב את בעליו באחריות, שכן ההנחה לגבי אותו גלגינוע היא שבעליו לא התרשל, אולם תקציבה של החברה מוגבל ועל כן אין באפשרותה להשקיע בהתקנת בלמים חדשים בכל הגלגינועים שבבעלותה או

62 אכן, התמקדות בעצם הסיכון והגדרתו בצורה מדויקת יותר יכולה לצמצם את הבעיה. למשל, אם במקרה דנן יהיה אפשר להוכיח כי למרות חלקה של חברת המוניות בשוק, הסיכון שהיא יוצרת מופחת, שכן הודות לאמצעי הזהירות שנקטה היא פוגעת במספר אנשים קטן יותר, יישאר עדיין התמריץ לנקוט את אמצעי הזהירות. אולם הוכחה כזו היא מסובכת יותר, כמובן, ופוגעת בפשטות הכלל של בחינת הקשר הסיבתי לפי מספר הרכבים בשוק. היא גם פועלת נגד הרעיון של פשטות היישום של אחריות מוחלטת, שכן היא מחייבת בדיקה של הסיכון לגופו והשוואה שלו לסיכונים שנוצרו על ידי גורמים אחרים.

לחלופין יש בידיה המשאבים לעשות כן אך מדובר בתהליך ממושך. במצב עניינים זה, היה אם ייפגע הולך רגל, אותה חברה לא תוכל להראות כי הגלגיוע המסוים שפגע בהולך הרגל היה מצויד בבלמים חדשים (שכן, כזכור, לא ידוע מי פגע) ובכך להוכיח שהיא לא התרשלה. החברה לא תוכל אם כן לפטור את עצמה מחבות אף שהיא הפחיתה את תוחלת הנזק הכללית, שכן היא לא תוכל להראות בוודאות שהגלגיוע המסוים שפגע בניזוק עמד באמות המידה של סבירות. מקרה דומה הוא כאשר נעשתה השקעה באמצעי זהירות אך אי-אפשר להוכיח בדיעבד, בבית המשפט, שהשקעה זו אכן נעשתה. המזיק, אשר יודע זאת מראש, עלול לנקוט קו של אי-מניעת הנזק, עקב עיוות תמריצים דומה לזה שעליו הצבענו בהקשר של אחריות שאינה תלויה אשם. זאת, משום שכל הפחתה של תוחלת הנזק תזכה את החברה המשקיעה בה רק בחלק מגודלה, בהתאם לשיעור הנתח של אותה חברה בשוק.⁶³

(2) החריג בצורתו האסימטרית

כזכור, קריטנשטיין וריבלין מיישרים במאמרם קו עם הנאמר בפסיקה, ומבקשים להחיל את כלל ההטיה הנשנית באופן לא סימטרי מהטעמים שצוינו לעיל.⁶⁴ לכאורה, מטעמי סימטריה אין מקום לשלול את הפיצוי היחסי במקרים שבהם ההסתברות עולה על 50%. הסיבה המרכזית לכך היא השיקול ההרתעתי, שכן החלה א-סימטרית עלולה להוביל להרתעת יתר של המזיק ולתוצאה שאינה רצויה מטעמי יעילות כלכלית. רוצה לומר, אם בית המשפט קובע פיצוי יחסי במקרים שבהם ההסתברות נמוכה מ-50%, אזי עליו לנקוט אותה דרך כלפי הסתברות גבוהה מ-50%, שאם לא כן יישא המזיק בנזק רב מזה שגרם.⁶⁵ בהינתן התפלגות נורמלית, על כל מקרה שבו הסיכוי שהמזיק גרם לנזק גבוה מ-50% קיים מקרה הפוך שבו הסיכוי שהוא גרם לנזק נמוך ממנו. אם על המקרה הנמוך המזיק משלם על פי הסיכון לגרימת הנזק ואילו על המקרה הגבוה הוא משלם על כל הנזק שנגרם, אזי בסך הכל המזיק משלם יותר מהנזקים שהוא גרם. אולם, כאמור, מתוך רצון להתאים את החריג למגמה המצמצמת, סברו קריטנשטיין וריבלין במאמרם כי יש להחיל את החריג באופן א-סימטרי בהתאם לפסיקה המאוחרת בעניין דנינו.⁶⁶ במקרה שבו החריג נהפך לא-סימטרי בעיית התמריצים מוחרפת. גם תחת משטר של רשלנות החלת החריג באופן א-סימטרי עלולה ליצור הרתעת יתר,⁶⁶ אך במסגרת משטר

63 אולם ראו את האמור בהערה הקודמת.

64 ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט שלידה.

65 ראו שמואלי, שפירא ופוקס, לעיל ה"ש 12, בעמ' 894–895; גלעד גבולות האחריות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1448–1450; פורת נזיקין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 355–358.

66 אולם יש מקום לציין את עמדתו של פרופ' פורת, הטוען כי החשש מפני הרתעת יתר במקרה שבו הקשר הסיבתי הוכח ברמת ודאות של יותר מ-50% אינו שווה ערך לחשש במצבים שבהם הקשר הסיבתי הוכח ברמת ודאות של פחות מ-50%. לשיטתו, במקרה שהסתברות הקשר הסיבתי גבוהה מ-50%, ובהנחה של העדר טעויות של המזיק ובית המשפט בהערכת סטנדרט הזהירות, לא אמורה להיווצר הרתעת יתר. אולם לצד זאת הוא מציין כי בעולם האמיתי טעויות בהערכת הסטנדרט

נטול אשם החשש להרתעת יתר מחריף עוד יותר. נחזור לדוגמת המוניות והגלגיונים, אולם הניחו עתה שבעיר שבה אירעה התאונה יש רק שתי חברות של גלגיונים (חברה A, שבבעלותה 70% מהגלגיונים בעיר; וחברה B, שבבעלותה 30%) ורק שתי חברות של מוניות (חברה A, שבבעלותה 70% מהמוניות בעיר; וחברה B, שבבעלותה 30%).

הן ראובן שנפגע מתאונת הגלגיון והן שמעון שנפגע מהמונית יבחרו לתבוע את החברה הגדולה על מנת לקבל פיצוי מלא. שניהם אומנם עשויים לקבל את הפיצוי המבוקש,⁶⁷ אך בעוד שלחברת הגלגיונים א תהיה אפשרות להיחלץ מתשלום הפיצוי על ידי היצמדות לסטנדרט זהירות, לחברת המוניות A לא תהא אפשרות כזו. קרי, חברת המוניות A, אשר ההסתברות שהיא גרמה לנזק עומדת על 70%, תשלם תמיד את מלוא הנזקים. תוצאה זו אינה יעילה שכן נזקים שגרמה חברת המוניות B יוחצנו אל הגורם הלא-נכון. מצב דברים זה יוביל הן להרתעת חסר של חברת המוניות B והן להרתעת יתר של חברת המונית A, שעלולה להוביל בתורה לצמצום לא רצוי של פעילות ראויה מבחינה חברתית.⁶⁸

(ג) סיכום ההשלכות של יישום החריג במשטר נטול אשם

בחינת חריג ההטיה הנשנית במסגרת משטר נטול אשם מלמדת אותנו על הקושי לקבל את החריג כדוקטרינה כללית לכל אותם מצבים שבהם כלל מאזן ההסתברויות נכשל במילוי תפקידו.⁶⁹ לשיטתנו, בשל העובדה שבמשטר נטול אשם החבות אינה תלויה בסבירות התנהגותו של המזיק, החשש לחוב באחריות נזיקית גדל, ומביא לידי כך

עלויות לקרות, ולכן יש מקום להרתיע את המזיק באחריות שהיא שווה לתוחלת הנזקים של פעולותיו הרשלניות. ראו פורת נזיקין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 357–358.

67 בהינתן הוכחה של שאר רכיבי העוולה וארבעת תנאי החריג.

68 זאת, בהנחה שניזוק אינו יכול לקבל פיצוי מעבר לגודל הנזק שנגרם לו. דרך נוספת להתמודד עם חוסר התמריצים של חברה B היא באמצעות הקניית האפשרות לחברה A לחזור אליה. בתביעת החזרה של A כלפי B הטענה תהיה כי מכיוון שיש 30% סיכוי שהיא גרמה לנזק, זהו הסכום שהיא צריכה לשלם ל-A. אולם ברור שמנגנון כזה מסובך ומסורבל ליישום, ומקטין בכך את היתרונות הגלומים בפתרון פשוט.

69 במסגרת הדוגמה שהוצגה לאורך התת-פרק דובר בתחום תאונות הדרכים, שעליו חל במשפט הישראלי משטר של אחריות מוחלטת. אולם ניתן לחשוב על הדברים גם במסגרת תחומים אחרים במשפט הישראלי שאינם דורשים אשם לשם חבות נזיקית. כך, למשל, לגבי נזקי גוף שנגרמו בשל שימוש במוצר פגום אימץ המחוקק משטר של אחריות מוגברת, דהיינו, מודל של אחריות ללא אשם לצד רשימה סגורה של הגנות. אם כך, מצבו של היצרן-הנתבע במסגרת חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980, הוא לכאורה טוב במעט מזה של הנתבע במסגרת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, שכן בעוד שהאחרון יחוב באחריות באופן מוחלט וללא כל תלות באשם, לראשון יש אפשרויות "מילוט" – גם אם מצומצמות – במסגרת ההגנות שמוקנות לו. ברם, גם כאן החלת כללים של אחריות יחסית עלולה להתברר כבעייתית, שכן גם כאן, בניגוד למשטר של רשלנות, לא יוכל היצרן לפטור את עצמו מאחריות על ידי כך שיפעל מראש בצורה סבירה. יודגש כי אף שקיימות ליצרן הגנות במסגרת חוק האחריות למוצרים פגומים, אלה מצומצמות יותר ותלויות בחלקן בניזוק, בניגוד לאפשרות לנקוט פעולה סבירה במסגרת עוולת הרשלנות.

שחסרונות החרג עלולים לעלות על יתרונותיו. ההשלכות השליליות של החלת החרג עלולות להוביל לצמצום פעילות חיונית ורצויה לצד עליית מחירים שתגולגל לבסוף על הציבור כולו. לכן, כמובן, יש לתת את הדעת.

2. אובדן סיכויי החלמה – החשיבות של תחימת הדוקטרינה למשטר של אשם

הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה אומנם החלה את דרכה כדוקטרינה שמוגבלת לתחום של עוולת הרשלנות, ובפרט לתחום הרשלנות הרפואית, וניתן לראות שבתצורה הזו היא גם התפתחה לאורך השנים בפסיקה, כפי שהוצג לעיל, אך לצד זאת יש מקום לעמוד על חשיבות הותרתה במשטרים הדורשים אשם לשם חיוב בניזקין. גם לשיטתנו הלכת פאתח אכן מהווה סוג של פיקציה – הגדרה מחדש של הנזק ומעבר מהנזק עצמו לנזק חלופי של אובדן סיכויי החלמה. לפיכך, תחת אובדן סיכויי החלמה החשש להרתעת יתר אף מתעצם, שכן כעת רכיב ההטיה השיטתית – אשר הצדיק במקרים מסוימים, משיקולים של אובדן הרתעה, את המעבר לכלל של פיצוי יחסי – אינו מתקיים. קרי, היות שהדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה מחילה הלכה למעשה כללים של אחריות יחסית, היא עלולה להוביל להטיות שעליהן דיברנו גם במקרה הנקודתי של מזיק אחד מול ניזוק אחד. במצבים אלו חיוב המזיק באחריות נטולת אשם מביא לידי כך שלמעשה הוא אינו יכול למצוא דרך לחמוק מאחריות על ידי כך שיפעל בסבירות. אם יבחן את תוצאות מעשיו לפני התרחשות הנזק, אזי אם יגרום לנזק בהסתברות של פחות מ-50%, הוא לא יימלט מפיצוי, אלא יחויב לפי הסיכון שגרם, ואם ההסתברות תהיה גדולה מ-50%, הוא ישלם על פי הנזק שנגרם בפועל. מבחינתו, על כן, תוחלת הנזק שבה יצטרך לשאת גדולה בהגדרה מתוחלת הנזק שהוא משית על הניזוק, ואין לו אפשרות לפטור את עצמו מאחריות באמצעות ציות לסטנדרט סבירות כלשהו. מכאן רב הסיכוי שהמזיק יצמצם את רמת פעילותו, וזאת גם במצבים שבהם ראוי ויעיל לקיימה. מסיבה זו נראה שהרחבת הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה לאזורי אחריות נטולי אשם אינה רצויה, למעט במקרים חריגים. זאת, בדומה לניתוח שנעשה, למשל, לגבי שאלת רציותם של פיצויים עונשיים.⁷⁰

70 ראו בעניין זה David G. Owen, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 MICH. L. REV. 1257 (1976); Robert D. Cooter, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, 40 ALA. L. REV. 1143, 1170–1172 (1989); A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 HARV. L. REV. 869, 878–887 (1998) גם בפיצוי עונשי – אם המזיק יכול להתחמק מאחריות, אזי לכאורה אין זה משנה מה גודל הפיצוי שיושת עליו, שכן הוא תמיד יימלט מאחריות. אולם ידוע לכל כי בעולם האמיתי אנשים חבים ברשלנות מסיבות רבות, וזאת למרות האפשרות להתנהג בצורה סבירה ולהימלט מאחריות נזיקית, שהרי אם לא כן לא היינו נתקלים כלל בתביעה נזיקית בשל רשלנות. על כן לפיצוי עונשי יש משמעות גם במסגרת עוולת הרשלנות. זאת ועוד, על מנת להימנע מטעויות שיפוטיות או מהערכה לא נכונה של הנזק, המזיק עלול לנקוט אמצעי זהירות מיותרים, וגם לכן יש עלות מבחינה חברתית.

פרק ג: הרחבת התחולה של כללי האחריות היחסית במעשים מכונים

לצד הצורך לשמור שהסיבתיות היחסית לא תתפשט באופן בלתי מבוקר לאזורים נטולי אשם, יש מקום לחשוב על הרחבתה למחוזות אחרים – פעולות מכונות. בספרות המשפטית ניתן למצוא שלל של הגדרות ליסוד הכוונה.⁷¹ עוולות כוונה רבות באות לשלול התנהגות שהחברה אינה חפצה בה או לפחות אינה חפצה בה על חשבון זכותו של הנפגע. ברבות מהן פגיעה זו בזכותו של הנפגע אינה מוצדקת מבחינה חברתית, גם אם בסופו של דבר הוא יקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו.⁷² זאת, בשונה מהאפיון המסורתי של עוולת הרשלנות, שיכולה לנבוע מתקלה בקיומה של פעולה רצויה, ואשר תשלום פיצוי בגינה מתקן את העיוות החברתי שנוצר ומחזיר את המצב לקדמותו, תוך עידוד המשך קיומה של הפעולה הרצויה. על כן, במשפט המקובל, ברבות מעוולות הכוונה ההתנהגות העוולתית כשלעצמה יכולה להקים לנפגע זכות תביעה, גם אם לא נגרם לו בצידה כל נזק. עצם הפגיעה בזכות מקימה עילת תביעה לנפגע. מובן שלצורך קבלת פיצוי עדיין יהא עליו להראות קיומו של נזק וקשר סיבתי בין נזק זה למעשיו של המזיק. גישה שונה זו שמאפינת את עוולות הכוונה יכולה להצדיק מחשבה מחודשת על שאלת הקשר הסיבתי העובדתי במסגרת. אם נקודת המוצא היא שהחברה אינה חפצה בסוג מסוים של התנהגויות, והראיה לכך היא שחלקן גם נאסרו על ידי המשפט הפלילי ונושאות בצידן עונש, אזי רכיב הרתעתי "נוסף", באמצעות המשפט הנזיקי, יכול לבסס

אבל משמעויות של הפיצוי העונשי גדולה ומרחיבה הרבה יותר בעולם שבו האחריות נטולת אשם. גם אם נשים בצד את הפן המוסרי של פסיקת פיצוי עונשי ללא קיומו של אשם, מבחינה כלכלית, מכיוון שהמזיק אינו יכול לפטור את עצמו מאחריות אלא על ידי צמצום הפעילות, התוצאות יגבילו באופן לא יעיל את רמת פעילותו של המזיק. לדיון בהקשר זה בפסיקה הישראלית ראו, למשל, ע"א 2144/13 עובדון מנצין נ' הרשות הפלסטינאית 41–62 (אר"ש 6.12.2017).

71 כך, למשל, אפשטיין מאפיין את יסוד הכוונה ממעוף הציפור ככזה שלצורך התקיימותו די בכך שהנתבע ביצע פעולה (acted at all). קרי, כל עוד אין מערכת יחסים מיוחדת או חוזית, די בכך שהנתבע עשה מעשה כלשהו, ואף אין זה משנה אם היה בכוונתו לפגוע. מטרת אפיון זה היא לשלול את ההיתכנות שהעוולה נגרמה מתנועת גוף כלשהי שאינה נשלטת. ראו RICHARD A. EPSTEIN, TORTS 6 (1999). באופן דומה, פלמינג מאפיין את יסוד הכוונה בעוולה הספציפית של הסגת גבול כך שאין זה משנה כלל אם מסיג הגבול ידע שהכניסה למקום אינה מותרת, וגם אין זה רלוונטי אם הוא האמין בסבירות ובתום לב שהסגת הגבול המכוננת היא עניין שולי וחסר חשיבות. ראו JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS 40 (8th ed. 1992). להרחבה נוספת על תפיסת יסוד הכוונה בדיני הנזיקין ראו אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" משפטים 227, 235–237 (2018).

72 כך גם אין זה משנה אם המעשה היה אף רצוי מבחינה חברתית. כאן, בניגוד לעוולת הרשלנות, לא יובאו בחשבון שיקולים שנוגעים בתועלת החברתית הכוללת (למעט הגנות ספציפיות שמביאות בחשבון שיקולים חברתיים צרים ומוכנים), אלא הדגש המרכזי יושם בזכויותיו של הנזוק ובאוטונומיית הרצון שלו, וכן במערכת היחסים שבינו לבין המזיק. להרחבה ראו שם, בעמ' 239–249.

ולקדם את אותה מטרה חברתית של מניעת הפעילות הלא-רצויה. מנגנון אחד שקיים במסגרת דיני הנזיקין ואשר מקדם עמדה זו הוא מנגנון הפיצוי העונשי. לפיו, אם המזיק גרם לניזוק נזק בגובה X, הפיצוי שהוא ישלם לניזוק יהיה גדול הרבה יותר, נניח 10X, וזאת על מנת להבטיח שהמזיק יורתע באופן משמעותי מההתנהגות העוולתית שגרמה לנזק. פעמים רבות פסיקת פיצוי עונשי יכולה להיעשות אף מבלי שנגרם נזק כלל. לפי רציונל זה, בדומה לנכונות המשפט להתייחס לעוולות הכוונה באופן מיוחד ולהטיל בגינן פיצוי עונשי, ניתן להצדיק אולי גם חשיבה שונה באשר לדרך ביסוסו של מרכיב הקשר הסיבתי העובדתי.

במשפט האנגלו-אמריקני קיימת מחלוקת באשר לעצם הצדקתו של מוסד הפיצוי העונשי. מחלוקת זו קיימת בין הכתיבה האקדמית לפסקי הדין וכן במסגרת הכתיבה האקדמית עצמה. בתוך האקדמיה יש פערים בין תומכי תאוריות של צדק לבין אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, אך גם בין מחנות שונים של אנשי הניתוח הכלכלי. בשל השימוש שאנו עושים בנושא הפיצוי העונשי, ברצוננו להרחיב מעט בנקודה זו.

ראשית, פסיקת פיצוי עונשי נעשית בארצות הברית רק באחוז זעום של המקרים – פחות מ-5% מהמקרים שמנוהלים לפני בית המשפט.⁷³ אף על פי כן, כאשר בודקים את פסיקת הפיצוי העונשי במצבים של עוולות כוונה, הוצאת דיבה, הונאה ואף מוצרים פגומים, שיעורה גדול הרבה יותר ועומד על כ-12%–30% מהמקרים.⁷⁴ שורש הביטוי "פיצוי עונשי" כשלעצמו מלמד על מהלך ענישתי, ואכן מבחינה היסטורית הוא נפסק אך במצבים שבהם בוסס כי הייתה כוונה של המזיק לפגוע או כי הוא היה אדיש לפגיעה כזו (והמקרה הפרדיגמטי היה תקיפה).⁷⁵ בתחילת הדרך הייתה הדבקות ביסוד הכוונה משמעותית עד כדי כך שאפילו ברשלנות רבתי לא היה די לשם פסיקת פיצוי עונשי, שכן היה צורך בביסוס סטייה משמעותית עוד יותר מהסטנדרט הסביר, והדגש היה בהתנהגות החריגה.

שנית, עולה השאלה אם כיום יש סטייה מתפיסה היסטורית זו ורצון להרחיב את המקרים שבהם יושתו על המזיק פיצויים מוגדלים. התשובה לשאלה זו תלויה בזהות הנשאלים. בתי המשפט, כעניין שבשגרה, סבורים שלא. ומה באשר לכתיבה האקדמית? גם בקרב מלומדים קיימת התלבטות אם להצדיק פיצוי עונשי במצבים נוספים שבהם אין מדובר במעשה שנועד לגרום נזק במזיד.

הגישה הכלכלית רואה בפיצוי כזה פיצוי ראוי מקום שאין די בפיצוי ה"רגיל", שכן האחרון אינו מדרבן את המזיק לנקוט מספיק אמצעי זהירות יעילים מבחינה כלכלית כדי למנוע את הנזק. אנשי הניתוח הכלכלי סבורים כי במקרים אלו – שבהם המזיק מתנהל באופן לא יעיל משום שהוא אינו מורתע מלהתנהג בחוסר סבירות – הרתעה גדולה יותר,

73 Catherine M. Sharkey, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF TORTS 486 (Jennifer Arlen ed., 2013).

74 שם, בעמ' 486.

75 שם, בעמ' 487.

שחבוא לידי ביטוי בפיצוי מעל לגובה הנזק, תוביל לשינוי התנהגותו בכיוון הראוי. אפיון כזה אינו רואה בפיצוי היתר סוג של עונש בהכרח, אלא יישור של מערכת התמריצים של המזיק עם האינטרסים החברתיים, אשר יניע אותו להפנים את הנזקים שהוא גורם ולפעול באופן יעיל מבחינה כלכלית.⁷⁶ גישה כלכלית זו של פיצוי עונשי מבוססת על הפנמת הנזקים, ומתמקדת בכשלים הנובעים מאכיפת חסר של זכויות הנפגעים, מפיצוי חסר או משילוב של השניים. זאת, בשל נסיבות מסוימות או בשל כשלים אינהרנטיים של מערכת המשפט. על כן פיצוי ביתר נדרש מקום שיש גילוי חסר (under detection) של נזקים או נסיבות אחרות שגורמות לאכיפת חסר, אשר מולידה בתורה תוחלת אחריות לא יעילה – כזו שאינה משקפת את הנזקים שנגרמים בפועל על ידי המזיק. תוחלת אחריות מופחתת, באינדוקציה לאחור, תגרום להשקעה מועטה מדי של המזיק באמצעי זהירות ראויים. במילים אחרות, אם המזיק יצפה שהוא לא ישלם על כל הנזקים שהוא יגרום, לא תהיה לו סיבה מספקת לנקוט אמצעי זהירות יעילים על מנת למנוע נזקים אלו.⁷⁷ פסיקת פיצוי עונשי במצבים שבהם מוגשת בכל זאת תביעה ונפסק פיצוי תבטיח אם כן שתוחלת האחריות הנזיקית תשקף את כלל הנזקים שהמזיק גורם, ועל כן תניע אותו להשקיע באופן נאות באמצעי זהירות על מנת להימלט מאחריות. גובה הפיצוי העונשי משתנה ממקרה למקרה, ואמור לדאוג לכך שהמזיק ישקיע את הסכום הראוי באמצעי הזהירות. בשנת 1998 הציעו פולינסקי ושאול מנגנון "פשוט" לקביעת גובה הפיצוי העונשי באופן שיבטיח כי המזיק ישלם על הנזקים האמיתיים שהוא גורם.⁷⁸ מנגנון זה מעמיד את הפיצוי העונשי על סכומים שונים לפי מכפיל, שקובע את היחס שבין הפיצוי כפיצוי על הנזק לבין החלק העודף שהוא בגדר "עונש". לפי מנגנון זה, סכום הפיצוי הכללי המושג על המזיק (החלק של הפיצוי + החלק העונשי) יהיה שווה לנזק מוכפל בהופכי של הסיכוי שהמזיק יימצא חייב כאשר יש למצוא אותו ככזה.⁷⁹ על פי גישה זו, הפיצוי העונשי אינו מוגבל לפיצוי בשל עוולות כוונה, אלא יחול באופן דומה גם ביחס להפרות שאינן מכוונות, כל עוד הפרמטרים של הרתעת חסר מתקיימים.

אולם גישה זו אינה השלטת בתחום הניתוח הכלכלי, ואף לא קנתה לה שביתה בפסיקה, במיוחד לא בזו של בית המשפט העליון בארצות הברית. האחרון שלל הצדקה זו של הרתעה כלכלית לפיצוי עונשי, תוך שימת דגש הולך וגובר ברציונל של ענישה רטרואקטיבית של המזיק.⁸⁰ על כן רבים האקדמאים הסוברים כי בעוד הגישה המסבירה פיצויים עונשיים במונחים של הרתעה מיטבית היא קוהרנטית באופן פנימי, יסודותיה

76 שם.

77 שם.

78 Polinsky & Shavell, לעיל ה"ש 70.

79 שם, בעמ' 889: "[T]he total damages [compensatory plus punitive damages] imposed on an injurer should equal the harm multiplied by the reciprocal of the probability that the injurer will be found liable when he ought to be".

80 Sharkey, לעיל ה"ש 73, בעמ' 488. מדד זה מכונה punitive damages multiplier.

אינם עולים בקנה אחד עם ההתפתחות ההיסטורית של פיצויים עונשיים ועם ההכרה הפופולרית בפיצויים מסוג זה כסוג של עונש.⁸¹ כאמור, תפיסה זו של הרתעה, במובנה הצר, אינה ההיגיון הכלכלי היחיד שניתן לצקת למנגנון הפיצוי העונשי, וכלכלנים רבים אינם מחויבים להסבר זה. רציונל כלכלי חלופי רחב יותר מגיע מהמקום של ביטול הרווח הלא-הוגן שבו זכה המזיק בעקבות המעשה העוולתי, וכן אכיפתן של זכויות קנייניות של הניזוק.⁸² רציונל כלכלי זה מתחבר טוב יותר לדרך ההתפתחות ההיסטורית של הפיצוי העונשי. לפי הסבר זה, המחוזות של הפיצוי העונשי מצויים במתחם של עוולות הכוונה, ומטרתו בהם היא מניעת נטילה פרטית עוולתית מכוונת ובמודע. במצבים אלו של עוולות כוונה החברה מודאגת מהרתעת חסר יותר מאשר מהרתעת יתר, ועל כן המטרה העיקרית היא ביטול הרווח שעשה המזיק והרתעה מוחלטת של פעילות חברתית שאינה פרודוקטיבית או רצויה.⁸³ בהקשר זה מטרתו של מודל הזכויות הקנייניות היא להניע שחקנים לפעול באמצעות מנגנון השוק, ולא לעקוף אותו. הטלת הפיצוי העונשי בשל פגיעה בזכות קניינית תדאג לכך שהמזיק לא יניב רווחים ממעקף של השוק, וכך תשלול ממנו כל תמריץ לפעול באופן כזה.⁸⁴ במילים אחרות, בעוד פיצוי "רגיל" עלול להניע שחקנים לחשוב על האפשרות של נטילה פרטית לא במסגרת השוק כאפשרות מציאותית שתניב להם תועלת, מטרתו של הפיצוי העונשי היא למנוע מהלכים כאלה.⁸⁵ לפי גישה זו, כוחו של הפיצוי העונשי משמעותי במיוחד במקומות שבהם אין שוק, דוגמת פגיעות מכוונות בגוף או בשם הטוב, הסגות גבול למיניהן וכדומה.⁸⁶

81 שם, בעמ' 489.

82 שם.

83 שם, בעמ' 492: "[G]ain elimination is the *primary* goal of punitive damages, because complete deterrence (i.e., stopping the wrongful conduct altogether), rather than some form of optimal deterrence, is the goal. In other words, where punitive damages are used for disgorgement purposes (to teach that 'torts do not pay') rather than for incentive purposes (to teach that 'precautions pay'), society has implicitly chosen a goal of absolute deterrence rather than relative deterrence in tort... the focus... is on eliminating the conduct altogether" (ההדגשה במקור). ראו גם Keith N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, 87 GEO. L.J. 421 (1998).

84 Sharkey, לעיל ה"ש 73, בעמ' 489.

85 שם, בעמ' 493: "[F]aced with the prospect of punitive damages, the actor will be induced to seek voluntary transfer of the entitlement. The primary goal of punitive damages is to induce the defendant to utilize the market in procuring goods. Punitive damages should leave the defendant no better off than if he had used the market, thereby removing the incentives for him to circumvent the market and engage in extra-market activity" (ראו גם David D. Haddock, Fred S. McChesney & Menahem Spiegel, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, 78 CALIF. L. REV. 1 (1990)).

86 Sharkey, לעיל ה"ש 73, בעמ' 493.

כעת נחזור מפיצויים עונשיים לסיבתיות עובדתית. אין זה המקום לפתח במאמר זה רפורמה כוללת בתפיסה של קשר סיבתי עובדתי, והדבר ייעשה במקום אחר.⁸⁷ אף על פי כן, גם בהקשר של חריג האחריות היחסית ניתן לחשוב על יישום שונה של הכללים במקרה של עוולת כוונה, בהינתן אופייה השונה. ייתכן שבמצבים שבהם מדובר בפעולה מכוונת נרצה לקבוע מנגנון גמיש יותר של כללי אחריות יחסית, על מנת לקדם שיקולי הרתעה. בעולם של פעילות מכוונת ניתן לחשוב באופן דומה גם על הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה.⁸⁸ גם שם ייתכנו מצבים שבהם נרצה להגמיש ביתר שאת את הבחינה העובדתית על מנת להרתיע את המזיק ובו בזמן להשתמש ב"ספק" לטובת הניזוק, וזאת משיקולים שחלקם דומים לאלה שהעלה השופט עמית בפסק הדין בעניין דנינו.⁸⁹ במקום כלי הפיצוי העונשי, כלי סיבתי זה יאפשר לנו להטות במקצת את הליך הוכחת הקשר הסיבתי לטובת הניזוק, וכך להגביר את רמת ההרתעה שמופעלת כלפי המזיק, אך לא באופן קיצוני כמו בפיצוי עונשי.

חשוב, למשל, על מצב שבו אדם פצוע הותקף על ידי מזיק ומעוניין להגיש נגדו תביעה בשל עוולת תקיפה. מעבר לביסוסה של עילת תביעה, במצב דברים זה, על מנת לקבל פיצוי, יצטרך התובע להראות כי המזיק אכן גרם לו נזק, שאם לא כן הוא יקבל פיצויים רק בשל עצם מעשה התקיפה. אולם לעיתים לא יעלה הדבר בידו, למשל עקב תנאי הבסיס שבהם התחילה הסיטואציה, דהיינו, לנוכח הפציעה הראשונית שעמיה הגיע הניזוק להתרחשות הנזיקית. אין מדובר במקרה דמיוני – די בכך שרופא טיפל במטופל מבלי לגלות לו דבר על אופי הטיפול או נגר רצונו.⁹⁰ במקרה דוגמת זה, החלה ליברלית של הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה ומעבר לבחינה עובדתית מרוככת יותר וא-סימטרית לטובת הניזוק, כך שבחינת הסיבתיות תיטה לטובתו, עשויות להיות מוצדקות.

87 טיוטה בעניין זה שמורה בידי אחד המחברים.

88 יודגש כי באופן עקרוני השימוש בדוקטרינה מוגבל אך למקרים שבהם נגרם אובדן סיכויים, שכן פיצוי בגין הגברת סיכון – אשר יש הרואים אותו כצד האחר של אותו מטבע – לא התקבל בפסיקה נכון להיום. לדין באפשרות הרחבתה של הדוקטרינה גם למצבים של הגברת סיכון ראו ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית לעובדים בארץ ישראל, פ"ד נג (2) 680 (1999). בעניין זה סברה השופטת שטרסברג-כהן (בדעת מיעוט) כי ניתן לפצות גם על הגדלת סיכון לקרות הנזק (שם, בעמ' 701–702), אך שופטי הרוב השאירו סוגיה זו ב"צריך עיון" (שם, בעמ' 707 ו-710). מאוחר יותר, בעניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 611, 684 ו-776, נדחתה אפשרות זו.

89 עניין דנינו, לעיל ה"ש 39, בעמ' 17–19.

90 בעבר טופלו מקרים אלו תחת עוולת התקיפה. אומנם כיום הנטייה היא לשבצם במסגרת הדוקטרינה של רשלנות והסכמה מדעת, אך עוולת התקיפה עודנה שמורה, גם בהקשר של טיפול הרפואי, לשימוש של התובע במקרים החמורים. להרחבה על ההתפתחות של סוגיית ההסכמה מדעת ראו עניין **דעקה**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 543–547; אסף יעקב "גילוי נאות והסכמה מדעת" **עיוני משפט** לא 609 (2009); יצחק אנגלרד "הסכמה מדעת לטיפול הרפואי: בין אחריות לתאונות רפואיות לבין הגנה על אוטונומיה – קווים להצעת רפורמה" **ספר אליקים רובינשטיין** כרך ב 1443 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים) (2020).

ניתן לבסס טיעון שלפיו הפרת האיזון שקיים בין התובע לנתבע לפי מאזן ההסתברויות הרגיל, תוך העדפת הראשון, תהיה מוצדקת משיקולי הרתעה, ואולי אף משיקולי צדק. דברים אלו מתיישבים גם עם גישתה של השופטת נאור בעניין **מלול השני**, אשר עמדה על כך שבמקרים מסוימים ראוי לאמץ הגדרה של צדק מתקן, המתמקדת בתיקון מצבו של הניזוק על חשבון המזיק⁹¹ – המתיר, שכן לשיטתה –

“העדיפות המסוימת שניתנת לניזוק מקורה בפגם שדבק בגורם המתיר: אפילו קיימת אי ודאות באשר לעצם גרימת הנזק, עדיין קיימת ודאות שהנתבע התירשל כלפי התובע ושהתנהגותו פסולה. הקביעה כי הנתבע ‘התירשל’ משמעה שהנתבע הפר את רמת הזהירות הנדרשת על ידי החברה מאדם סביר בנסיבות העניין. דבקה בנתבע ‘אשמה חברתית’... עדיפות זו קיימת גם במחיר של הטלת חובה לפיצוי חלקי על נתבע שהתירשל, אם כי קיים גם סיכוי **שלא** הוא זה שגרם לנזק של התובע.”⁹²

דברים אלו, שנאמרו ביחס לאפשרות להעניק פיצוי יחסי ב“מקרה נקודתי” במסגרת משטר של רשלנות, יפים ביתר שאת באשר להענקת פיצוי יחסי במקרה של פעולה מכוונת. גישה זו תתחזק עוד יותר אם מדובר ב“כוונה” לא במובנה הנזיקי הצר, אלא במובנה הדומה לזה שבמשפט הפלילי, דהיינו, שהנזק נגרם במזיד מתוך כוונה לפגוע.⁹³ במצבים אלו הרצון להרתיע מפני התנהגות עוולתית חזק הרבה יותר.⁹⁴ זאת ועוד, הקלה בכללי הסיבתיות במקרים של פעולות מכוונות מתכתבת עם האופן שבו המשפט המקובל מתייחס לעוולות כוונה, שכן עוולות כוונה רבות קיימות ביחס להתנהגויות שהמשפט תופס אותן כלא לגיטימיות גם במצבים שבהם לא נגרם בעטיין נזק. במצבים הללו המשפט מוכן להכיר ביכולת להעניק סעד גם ללא רכיב הנזק, דהיינו, עצם ההתנהגות העוולתית כשלעצמה מעניקה לניזוק את זכות התביעה, מתוך רצון להוקיע את ההתנהגויות הללו ולעוקרן מהחברה. בדומה לכך, הגמשת כללי הסיבתיות

91 עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 649 ו-652 (ההדגשות במקור).

92 על ההבדל שבין שני סוגי הכוונה ראו יעקב “שתלטנות הרשלנות”, לעיל ה"ש 71, בעמ' 235–237, שם מוסבר כי יסוד הכוונה בעוולת כוונה בדין הנזיקי – לעומת הכוונה בדין הפלילי – הוא שדי בכך שהנתבע עשה מעשה כלשהו, כך שאין זה משנה אם היה לו רצון לפגוע בתובע.

93 במצב שבו הנזק נגרם מתוך זדון אף גוברת הלגיטימציה להקל על התובע את הוכחת הסיבתיות. זאת, בדומה לאופן ההתייחסות לפסיקת פיצויים עונשיים, שכן לפי ההלכה יוטלו פיצויים עונשיים במקרים שבהם העוולה בוצעה מתוך כוונה או זדון: “חומרת מעשיו של המזיק משמשת אמת המידה הכללית לפסיקת פיצויים עונשיים. בדרך כלל מתפרשת אמת מידה כמתייחסת למעשים מקוממים ונפשעים ביותר, שבוצעו מתוך כוונה (או ‘מעין כוונה’) ולא ברשלנות גרידא” (ע"א 4576/08 **בן-צבי נ' היס** 23–24 (אר"ש 7.7.2011)). עם זאת, הפסיקה לא שללה את הרעיון שלעיתים נדירות יהיה אפשר להסתפק ביסוד נפשי של רשלנות רבתי או אדישות (עניין **עזבון מנשין**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 52). משמע, פיצויים עונשיים מוטלים בזהירות במקרים חמורים ומעוררי סלידה הן מבחינת אופי המעשים עצמם הן מבחינת היסוד הנפשי שנלווה אליהם.

במקרים של פעולה מכוונת מבוססת על אותו רציונל של הוקעה. גם כאן, מכיוון שההתנהגות העוולתית המכוונת היא התנהגות חריגה שלחברה אין רצון בה, תהיה לגיטימציה להגמיש את כללי הסיביות עבור התובע מתוך שיקול הרתעת. גישה זו, של החלה משתנה של כללי הקשר הסיבתי העובדתי, עלולה להיתקל בטענה שהגמשת הכללים לטובת הניזוק במקרים של מעשה מכוון מכניסה שיקולים של צדק מעניש מקום שהצדק המתקן הוא שצריך לתת את הטון.⁹⁴ אכן, שיקולי הצדק המתקן תופסים מקום נכבד במשפט הנזיקי. שיקולים אלו מבוססים על ההכרה שעל המזיק בעוולה לתקן את מצבו של הניזוק והפיצוי שניתן יותאם לניסיון להחזיר את מצבו של הניזוק לקדמותו, בעוד שיקולים של צדק מעניש מתבססים על הרתעת המזיק והענשתו.⁹⁵ עם זאת, על טענה זו ניתן להשיב כי אף שמקומם הטבעי של שיקולי הצדק המעניש הוא הדין הפלילי, אין זה אומר שהם אינם יכולים להיכלל גם במסגרת הדין הנזיקי, בפרט במסגרת עוולת הכוונה.⁹⁶ יתרה מזו, הפסיקה הישראלית כבר הכירה באפשרות לפסוק פיצויים עונשיים במסגרת ההליך האזרחי כאשר המטרה היא לא להשיב את המצב לקדמותו גרידא, אלא גם לשקף את סלידתה של החברה מהתנהגות המזיק ולקדם רציונל של עונש והרתעה. סלידה והרתעה אלו מוצאות את מקומן בסכום הפיצוי המוגבר.⁹⁷ על כן הוכרה האפשרות לפסוק פיצויים עונשיים "במקרים מקוממים ומסלידים במיוחד, ובפרט כאלה שיש עמם מעין כוונה".⁹⁸ לנוכח העובדה שהפסיקה הישראלית כבר הכירה בכך שייתכנו מצבים שבהם פעולה מכוונת תצדיק פסיקת פיצוי עונשי, וזאת אף ללא הוכחת נזק,⁹⁹ אנו טוענים כי הגמשת

94 ראו, לדוגמה, את כתיבתו של השופט בדימוס רובינשטיין בנושא. לטעמו, הכלי של פיצוי עונשי הוא כלי קיצוני, אשר יש לשומרו למקרים מיוחדים ביותר: "כעולה בבירור מן הפסיקה עד הנה, אין פיצויים עונשיים יכולים להיות עניין שגרתי של יום-יום, אלא עליהם להתייחד למקרים חריגים מאוד..." אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור 97, 117 (אהרן ברק, רון סוקול ועוד שחם עורכים 2013).

95 ע"א 140/00 **עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ**, פ"ד נח(4) 563–562, 486 (2004).

96 פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון", לעיל ה"ש 6, בעמ' 607.

97 ראו ע"א 216/54 **שניידר נ' גליק**, פ"ד ט 1331 (1955); עניין **עזבון אטינגר**, לעיל ה"ש 95; ע"א 9474/03 **יורם גריש תשתית ובנין (1992) בע"מ נ' מוסא**, פ"ד סא(3) 603 (2006); רע"א 9670/07 **פלוגי נ' פלוגי** (אר"ש 6.7.2009). ראו גם אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" **מחקרי משפט** כט 571 (2014).

98 ע"א 9656/03 **עזבון מרציאנו נ' זינגר** 17 (אר"ש 11.4.2005). עם זאת, יודגש שכיום אין תנאים אחידים וברורים למצבים שבהם יטילו בתי המשפט פיצוי עונשי, שכן ניתן לראות פסיקות שדרשו רק רכיב של כוונה לעומת כאלה שהתייחסו לזדון או למעשים שמעוררים סלידה מיוחדת. להרחבה על כך ראו קרסין, שם, בעמ' 606–611. מכל מקום, השימוש בפיצויים עונשיים במשפט הישראלי שמור למקרים "חריגים שבחריגים". ראו עניין **פלוגי**, שם, בעמ' 11, 13 ו-15.

99 "בתמצית ניתן לומר שעיקר תכלית הפיצויים העונשיים היא לגמול למעוול על מעשה העוולה שביצע כך שתתקיים הלימה בין הענישה לבין החומרה המוסרית שבמעשיו. בכך גם משתקפת סלידה חברתית מהתנהגות המזיק. בנוסף, חיוב המזיק בפיצויים עונשיים נועד ליצור הרתעה כלפי

כללי הסיבתיות העובדתית והתרה "ליברלית" יותר של פסיקת פיצוי במקרים של עמימות סיבתית, כאשר מדובר בפעולה מכוונת, הן צעד שהוא רדיקלי פחות מפסיקת פיצוי עונשי ואשר משתלב עם מגמת הפסיקה. בעוד בפיצוי עונשי, מעצם הגדרתו, המזיק משלם פיצוי על נזק שהוא לא גרם, כאן הוא משלם על נזק שיש סיכוי (בטווח משתנה – גדול יותר או קטן יותר) שהוא גרם לו, וגובה התשלום נגזר מהסתברות הנזק. אכן, יש לזכור כי המקרה של פסיקת פיצוי עונשי, במיוחד בפסיקה הישראלית, הוא חריג שממעטים ביישומו, אך יש להזכיר גם כי במקרים שבהם עסקינן, בניגוד למקרה של הפיצוי העונשי, אכן קיים נזק, אף אם בו בזמן קיים ספק באשר לעצם גרימתו על ידי הנתבע. במקרים אלו, על פי הטענה, ראוי שהספק יפעל לטובת הניזוק. על כן אין מדובר בהכנסת שיקולים של צדק מעניש במובנם הקלסי, אלא בהתאמתם למשפט הנזיקי ובשילוב מרוכך שלהם ביישום הקשר הסיבתי העובדתי.

מקום שבית המשפט יכול להשתמש בהקלת כללי הסיבתיות או בפיצוי עונשי או בשילוב של השניים, ניתן למצוא כמה יתרונות לשימוש בהגמשת כללי הסיבתיות. ראשית, קל יותר "לעכל" את ההטיה במאזן ההסתברות מאשר את החלופה של הפיצוי העונשי. פשוט בהרבה לחשוב על חיובו של הנתבע בפיצוי בגין נזק שנגרם בהסתברות כלשהי על ידיו מאשר על חיובו בפיצוי בגין "נזק" שמעצם הגדרתו לא נגרם על ידיו. גישה זו מקבלת ביטוי גם בסלידת המחוקק מהפיצוי העונשי.¹⁰⁰ בהקשר זה ניתן להבחין גם ביחס השונה שמקבל מודל הפיצוי העונשי לעומת מודל דומה, של פיצוי ללא הוכחת נזק, אשר נפוץ הרבה יותר במשפט הישראלי.¹⁰¹ מנגנון הפיצוי ללא הוכחת נזק אינו מחויב לפרופוזיציה שהמזיק לא גרם נזק לניזוק – ייתכן שהוא גרם וייתכן שלא – אלא רק שחומרת המעשה וקשיי הראיה מצדיקים חריגה מכלל הפיצוי הרגיל, בדמות הענקת

היחיד והרבים, הרתעה שתמנע את הישנותם של מעשי עוולה. חיוב מזיק בפיצויים עונשיים יגרום לכך שהמזיק יפנים את מלוא הנזק שיצר וימנע לעתיד לבוא מעשיית פעולות פוגעניות. זאת בעיקר במצבים שבהם אין בפיצויים הנזיקיים הרגילים כדי ליצור הרתעה יעילה דיה... (ע"א 2362/19 פלונים נ' הרשות הפלסטינית 47 (אר"ש 10.4.2022)). לעניין האפשרות לפסוק פיצוי עונשי ללא הוכחת נזק ראו, למשל, את דבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת 156 (אר"ש 15.4.2015), שם אפשרות זו משתמעת מדבריו: "המטרה המרכזית שבבסיס דיני הנזיקין היא השבת מצבו של הנפגע, במידת האפשר, למצב בו היה טרם ביצוע העוולה; זאת – באמצעות פיצויים על הנזק שנגרם לו כתוצאה ממעשיו של המעוול... פיצויים ללא הוכחת נזק – או בשמם האחר פיצויים סטטוטוריים, ובאופן דומה גם פיצויים עונשיים – הם בגדר חריג לכך. מטרתם להביע את סלידתה של החברה ממעשיו של המעוול במקרים קשים, וזאת באמצעות הרתעת המעוול, ושכמותו, מביצוע המעשה העוולתי בעתיד, אף אם לא נגרם לאחר נזק, או למצער לא הוכח כי נגרם נזק או לא הוכח שיעורו...". השופט עמית באותו עניין התייחס לאפשרות זו באופן דומה, באומרו כי "תיאורטית, פיצויים עונשיים יכולים להפסק גם בהיעדר נזק, מקום בו מבקש המחוקק להעניש ולגמול על התנהגות זדונית" (שם, בעמ' 180).

100 רובינשטיין, לעיל ה"ש 94, בעמ' 112.

101 ראו, לדוגמה, ס' 29א(ב) (1) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, וס' 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

אפשרות נוספת לניזוק לקבלת פיצוי. לצידה, כמובן, קיימת עדיין דרך המלך של הוכחת הנזק שנגרם וקבלת הפיצוי בגינו. ודוק, בעוד תחת המודל העונשי המזיק מפצה בהגדרה על נזק שהוא לא גרם, תחת הקלת כללי הסיבתיות המזיק מפצה על נזק שאכן נגרם אך קיים קושי בהוכחה שהוא נגרם על ידי המזיק הנתבע.¹⁰² במידה מסוימת המודל של פיצוי ללא הוכחת נזק מזכיר את המנגנון שאנו מציעים, אשר אינו קובע קביעה חד-משמעית בנוגע לדרך התרחשות הנזק מבחינה סיבתית, אלא טוען כי חומרת המעשה והקושי הראייתי מספיקים לצורך הקלה בכללי הסיבתיות הרגילים. המעשה חמור דיו לאיין את הצורך בתשובה חד-משמעית לשאלת אופן התרחשותו של הנזק (או במילים אחרות, הוכחה ברמת ודאות העולה על 50%). זאת, בשונה מהפיצוי העונשי, הקובע בוודאות שלא המזיק גרם את הנזק אך אף על פי כן הוא יישא בו.

אם כן, פיצוי עונשי, בהגדרה, יפצה ללא קשר ישיר לנזק – הוא יכול להיות גדול בהרבה מהנזק, והוא יכול להיפסק אף במצבים שבהם לא נגרם נזק כלל; פיצוי ללא הוכחת נזק יקל על הניזוק כאשר אין ודאות באשר לקיום הנזק או לגודלו; ואילו המודל המוצע שלנו יקל כאשר אין ודאות בדבר הקשר הסיבתי לנזק, דהיינו, בנוגע לשאלה מי גרם אותו ואם הוא נגרם באופן עוולתי. נראה כי למערכת המשפטית ולשופטים יהיה קל הרבה יותר להצדיק את המודל המוצע במצבים שבהם החלופה היא סוג של פיצוי עונשי. זאת, משום שבעוד הפיצוי העונשי, מטבעו, "מעניש" וגובל בספירה הפלילית, כאן ההצעה היא למודל "ביניים" המאפשר לשופטים גישה קלה יותר להכוונת התנהגותם של הצדדים. עקרון החריגה ממאזן ההסתברויות הבינרי כבר קיים בדיני הנזיקין ומיושם במקרים שונים. חריגה מסוימת ממקרי העמימות הסיבתית ביחס לעוולת כוונה אינו מהלך קיצוני כמו הפיצוי העונשי.

יודגש: אין משמעות הדברים שלנוכח הפעולה המכוונת שנקט אדם נגזר גורלו ועליו לשאת באופן שרירותי בפיצוי על נזקים שהוא לא גרם כלל. ההגמשה המוצעת "רק" מעניקה לתובע את עצם האפשרות לעבור לבחינה סיבתית אשר עשויה, במקרים מסוימים, להיות מקילה יותר. עדיין מוטל עליו הנטל להוכיח את יתר מרכיבי העוולה. אומנם, לא נתכחש לכך שיש מקרים שבהם עצם הענקת האפשרות לפיצוי יחסי עשויה להיות עולם ומלואו עבור התובע, אך היא אינה מבטיחה את קבלת הפיצוי.

נגד גישה זו ניתן להעלות טענות שלפיהן פסיקת פיצוי עונשי שמורה למקרים חריגים בלבד ומצדיקה הנמקה שיפוטית מתאימה שתבהיר את חריגות המקרה, בעוד

102 בעניין זה ראו, למשל, את ההבדל בין ס' 7א(ב) לחוק איסור לשון הרע לבין ס' 7א(ג) לאותו חוק. בעוד ס"ק (ב) עוסק בפיצוי "ללא הוכחת נזק" בסכום שלא יעלה על 50,000 ש"ח, ס"ק (ג) קובע שכאשר "הוכח כי לשון הרע פורסמה בכוונה לפגוע" (ההדגשה הוספה), בית המשפט רשאי להכפיל את הפיצוי של הנפגע. דהיינו, במצבים שבהם הוכחה כוונה לפגוע מצד המזיק, המנגנון של פיצוי ללא הוכחת נזק נהפך לפיצוי עונשי. מנגנון דומה מצוי בחוק הגנת הפרטיות. בעוד ס' 29א(ב)(1) עוסק בפיצוי ללא הוכחת נזק עד לסכום של 50,000 ש"ח, ס' 29א(ב)(2) מאפשר לבית המשפט לפסוק כפל פיצוי (פיצוי עונשי) במקרה שבית המשפט מתרשם כי "הפגיעה בפרטיות נעשתה בכוונה לפגוע" (ההדגשה הוספה).

שינוי יישומו של הקשר הסיבתי העובדתי במקרים אלו עלול ליהפך לנורמה, וללא ביסוס משפטי הולם, ועל כן להפוך במידה מסוימת את החריג לכלל. כפועל יוצא מכך, יישום זה עלול אף לזלוג למצבים נזיקיים נוספים, ובכך לשנות את מערך האיזונים הכולל במסגרת דיני הנזיקין. אכן, בטענה זו יש ממש, וממצב דברים זה רצוי להישמר ולהימנע. אף על פי כן, כבר כיום אנו עדים לחריגים במסגרת יישומו של הקשר הסיבתי העובדתי בהקשרים שונים – ובכלל זה העברת נטל הראיה, דוקטרינת הנזק הראייתי ועוד – וחריג נוסף כזה צריך להיבחן לאור יתרונותיו וחסרונותיו.

פרק ד: סיבתיות עובדתית תלוית הקשר

כללי הסיבתיות בדין הישראלי התפתחו רבות, ועודם ממשיכים להתפתח. חלק משמעותי בפיתוחם של כללי הסיבתיות נעשה על רקע עולת הרשלנות, וזה כבר התבססה ההבנה שעם התפתחותם של דיני הנזיקין בישראל יש לחזור ולבחון את הכללים השונים ולהתאימם למציאות המתפתחת.¹⁰³ ובכן, בדומה לדיני הנזיקין, גם הקשר הסיבתי לא קפא על שמריו. הדיונים שנערכו לאורך מאמר זה מלמדים אותנו על הצורך לבחון את כללי הסיבתיות, לעיתים, מנקודת מבט שונה מהפרספקטיבה המסורתית. על כן ייתכן שהגיעה העת לערער על המוסכמה שקיימת כיום בדיני הנזיקין שלפיה מבחני הסיבתיות העובדתית נבחנים באופן זהה בעולות השונות, ולשקול מעבר לבחינה שונה בהקשרים שונים.

כהקדמה לכך יש מקום לציין ממה הקשר הסיבתי מורכב. מרכיב הסיבתיות דורש ככלל הוכחת סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית. הבחינה היא דו-שלבית: בשלב הראשון בוחנים את הקשר הסיבתי העובדתי בין התנהגותו של המזיק לבין הנזק; ובשלב השני בוחנים אם יש גם אחריות משפטית במסגרת יחס זה.¹⁰⁴ בעוד הסיבתיות העובדתית מתמקדת בחיפוש אחר הסבר עובדתי להתרחשות הנזק, הסיבתיות המשפטית מתמקדת בשאלה למי יש לייחס את האחריות.¹⁰⁵ להבדיל ממבחני הסיבתיות העובדתית, שיש להם תחולה דומה בהקשרים משפטיים שונים, מבחני הסיבתיות המשפטית אינם אחידים.¹⁰⁶ במשפט הישראלי הכירו בסיבתיות המשפטית כמסגרת

103 הבנה זו התבססה על רקע חקיקתם של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים וחוק האחריות למוצרים פגומים, אשר הכניסו לדין הישראלי הסדרים מסוג של אחריות מוחלטת ואחריות מוגברת, בהתאמה.

ראו גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין", לעיל ה"ש 4; כרמי, לעיל ה"ש 4.

104 ראו שם, בעמ' 320; הרמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 153.

105 ראו, למשל, ע"א 500/82 עיצוני נ' עזקר בע"מ, פ"ד מ(2) 733, 737–738 (1986); דנ"א 5343/00 קצין התגמולים נ' אביאן, פ"ד נו(5) 742, 732 (2002).

106 להרחבה ראו לעיל ה"ש 4.

נוספת שבמסגרתה יש להכניס שיקולים שישקפו את מטרת החקיקה שלאורה בוחנים את הקשר הסיבתי.¹⁰⁷ אולם יש כאמור מקום לתהות על ההסדר שלפיו מבחני הסיבתיות העובדתית נשארים אחידים בהקשרים משפטיים שונים. על כך יפורט להלן.

1. שיקולים נורמטיביים בסיבתיות עובדתית ומעבר לבחינה שונה

בשונה מהתפיסה המסורתית שלפיה הקשר הסיבתי העובדתי מתחקה אחר המציאות, וכשמו כן הוא – בדיקה עובדתית, כיום יש יותר ויותר מלומדים שמטילים ספק בכך וסבורים שגם במסגרת הסיבתיות העובדתית נכנסים שיקולים נורמטיביים. יפים לעניין זה דבריה של השופטת נאור:

"הן הכלל בדבר מאזן ההסתברויות והן הכלל של פיצוי לפי הסתברות הם כללי הכרעה ערכיים... בקטיגוריה של סיבתיות עמומה באשר לעצם גרימת הנזק, השאלה, איזה מבין המבחנים (המבחן בדבר מאזן ההסתברויות או מבחן הפיצוי לפי הסתברות) יחלק את סיכון הטעות באופן טוב יותר לצורך דרישת ההוכחה לקיומו של קשר סיבתי עובדתי, היא שאלה הנתונה להכרעה ערכית. האמירה, כי רק אחד משני המבחנים מקיים את דרישת הקשר הסיבתי העובדתי, משקפת 'אמת משפטית' שביסודה שיקולי מדיניות. אכן, גם בקטיגוריה זו, דרישת הקשר הסיבתי העובדתי מתמלאת ומוכרעת לפי שיקולי מדיניות..."¹⁰⁸

עם זאת, התפיסה השלטת כיום היא שיש להתייחס לקשר הסיבתי העובדתי באופן זהה בכלל התחומים. כאמור, במסגרת רשימה זו אנו מבקשים להטיל ספק במוסכמה זו. לשיטתנו, יש לשקול מעבר לכללי סיבתיות עובדתית שונים בהקשרים שונים, כך שגם הבחינה העובדתית תושפע משיקולים נורמטיביים, דוגמת מהות הפעולה העוללת ומשטר האחזיות שבמסגרתו בוחנים את הקשר הסיבתי. מטבע הדברים, אלה אשר מוכנים לקבל את הרעיון שבמסגרת הסיבתיות העובדתית נכנסים גם שיקולים נורמטיביים יהיו פתוחים יותר לקבל הרחבה נוספת בדמות מעבר

107 ראו לעיל ה"ש 5.

108 עניין מלול השני, לעיל ה"ש 1, בעמ' 668–669 (ההדגשות במקור). על דברים דומים עמד פרופ' גלעד באומר: "[C]ause-in-fact issue may quite often raise questions of legal policy that are even more challenging than questions of legal causation" (Israel Gilead, *Cause-in-Fact in Israeli Tort Law*, in *TOWARDS A NEW EUROPEAN IUS COMMUNE* 279, 279 (A. Gambaro & A.M. Rabello eds., 1999)). כך סבר גלעד גם במקום אחר, לאחר דיון בסוגיות השונות של הסיבתיות העובדתית: "...גם הכרעות שנחשבו בשעתו כהכרעות בשאלות של עובדה הן הכרעות נורמטיביות הנגזרות ממטרות דיני הנזיקין" (גלעד *גבולות האחריות*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1480).

כללי הכרעה, תשפ"ה סיבתיות עמומה – הרחבה מתבקשת או אימפריאליזם סיבתי?

לבחינה שונה. נוסף על כך, המחשבה לעבור למבחני סיבתיות עובדתית שונים בהקשרים שונים היא אומנם חריגה בנוף אך לא זרה לחלוטין:

"My position is that causation is different in different areas of law, and even within the specific area of tort law there may be found different approaches to the causal inquiry depending on the situation".¹⁰⁹

חשוב לזכור כי בסופו של דבר, בכל דרך שבה נבחר, יהיה תמיד פער כלשהו בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית עקב משתנים שונים, דוגמת הכללים הפרוצדורליים שקובעים את דרכי ההוכחה.¹¹⁰ כך, במקרים מסוימים מידת הקרבה לאמת העובדתית תושפע מדרכים אלו. היטיב לעמוד על כך השופט אֶלון באומרו:

"ומשמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על-פי הנורמות המהותיות והכללים

109 Alexandra D. Lahav, *Chancy Causation in Tort Law*, 15 J. TORT L. 109, 114 (2022). בהמשך לכך, לשיטתה, יש לאמץ גישה לבחינת סיבתיות עובדתית אשר כוללת בחובה שיקולים נורמטיביים: "A better approach would be to adopt a standard that asks whether the event in question has a tendency to lead to the harm alleged. Standards of tort law categorized as 'causation' and which aim to limit liability or allocate damages are not factual or actual descriptions of the world, and ought not be treated as such. Instead, such standards—including but-for cause as well as proximate or legal cause—are better understood as normative choices that attempt to balance peoples' interests in security in our bodies and property and our interest in engaging in actions which may infringe on that security in others. Which of the different causal standards achieves the best balance between security and action is a question that ought to be debated on its own terms; resort to the physics of causality cannot resolve this debate". נוסף על כך, יש פילוסופים שטענו כי הסיבתיות מתפרשת באופן שונה בהקשרים שונים. כך, למשל, הפילוסופית ננסי קרטרייט הציעה שבמקום לחשוב על סיבתיות כמושג יחיד ומונוליתי, יש להשתמש במושגים עבים יותר. ראו Nancy Cartwright, *Causation: One Word, Many Things*, 71 PHIL. SCI. 805, 814–815 (2004). על רעיון זה אמר פרופ' קנת אברהם: "Tort law has not and probably could not employ a series of thick, specific concepts to replace the general notion of but-for cause. But it is worth recognizing that in practice the notion of cause-in-fact is not monolithic and that a rigid but-for test for cause-in-fact may be misleadingly simplistic". ראו Kenneth S. Abraham, *Self-Proving Causation*, 99 VA. L. REV. 1811, 1816 (2013). n.10.

110 נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" **עיוני משפט** כד 263, 264–263 (2000).

הפרוצדוראליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי.¹¹¹

אמת, חולשה מובנית במעבר לכלל של אחריות יחסית היא שהכלל אינו תואם את המציאות העובדתית הבינרית, בניגוד לכלל מאזן ההסתברויות המסורתי, אשר שואף לשיקוף המציאות העובדתית (אף שהוא אינו נוחל תמיד הצלחה, כאמור).¹¹² אם כך, הבחירה אם לדבוק במאזן ההסתברויות או שמא להתיר במקרים מסוימים מעבר לכללים של אחריות יחסית עוזרת לקבוע עד כמה הפער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית יהיה רחב במקרים מסוימים לעומת מצבים שבהם נעדיף לשמור אותו מצומצם יותר. באשר לענייננו, יש מקום לבחון את השיקולים הנורמטיביים במסגרת המצבים והמשטרים השונים, ומכך לגזור את החריג הראוי למצבי העמימות הסיבתית. כאן המקום להדגיש כי אף שבמסגרת מאמר זה אנו עוסקים בחריג לכלל מאזן ההסתברויות במסגרת מצבי עמימות סיבתית, וכן באפשרות למעבר לבחינה עובדתית שונה במצבים אלו, איננו שוללים מקרים נוספים שבהם נבחן את רכיב הקשר הסיבתי העובדתי באופן שונה ביחס למצבים שונים ולעוולות שונות. ברם, סוגיה זו חורגת מגבולות מאמר זה וראויה לפיתוח עתידי.

2. כוונה, רשלנות ומשטר נטול אשם

לשם הבנת הרעיון שיש מקום לעבור לכללי סיבתיות עובדתית שונים בהקשרים שונים, נמחיש את הדברים באמצעות דוגמה שבעזרתה נדלג בין משטרי האחריות השונים. טלו שלושה תרחישים אפשריים: **תרחיש א** – ראובן זרק אבן על לוי במסגרת ויכוח ופגע בראשו (פעולה מכוונת); **תרחיש ב** – ללוי נפלה אבן על הראש עקב התרשלותו של ראובן בהשקיית העציץ שבמרפסת ביתו (משטר של רשלנות); **תרחיש ג** – במסגרת נסיעה על הכביש ניתזה אבן ממכוניתו של ראובן שפגעה בראשו של לוי (משטר נטול אשם).

התוצאה של כל אחד מהתרחישים זהה: לאחר שלוש שנים גילו אצל לוי נזק מוחי. דא עקא, לוי הניזוק אינו מצליח להוכיח את תביעתו בהתאם לכלל של מאזן ההסתברויות, שכן יש עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק, ואי־אפשר להוכיח ביותר מ־50% שהנזק נגרם מהגורם העוולתי (האבן). בהעדר חריגים לכלל מאזן ההסתברויות יצא לוי בלא כלום, אולם למזלו של לוי הוכר הצורך בחריגים לכלל

111 בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 465 (1982).

112 גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1380. ראו גם את דבריו של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 579: "...התפישת הבינרית של 'הכול או לא כלום' מקבילה למציאות שאף היא, בהקשר הסיבתי, לעולם בינרית. המציאות היא שהנתבע גרם לנזק או שלא גרם לנזק. אין מציאות 'יחסית', ולכן תוצאה יחסית אינה משקפת את המציאות".

הבינרי, ואף הוכרו מופעים שונים שלהם. השאלה היא מהם המקרים המתאימים להחלתם של החריגים השונים.

מעבר לכך, גם אם נסבור כי יש מקום עקרוני לשקול הפעלת חריגים לכלל מאזן ההסתברויות, עולה השאלה אם שלושת התרחישים שהוצגו מצדיקים התייחסות זהה בהכרח, ובאופן ממוקד יותר לעניינו – אם במסגרת שלושתם השיקולים לשילוב כללים של אחריות יחסית הם זהים. אנו סבורים כי התשובה היא שלילית. לאורך הדיון לעיל שיקפנו כי בעוד תחת משטר נטול אשם יש חשש משמעותי משילובם של חריגי האחריות היחסית, תחת משטר של רשלנות ופעולות מכוונות יש מקום נרחב יותר לשילובם בעוצמות שונות.

נדמה כי **בתרחיש א**, שבו ראובן זרק במכוון אבן על לוי, נרצה להגמיש את הבחינה העובדתית על מנת להרתיע את ראובן ובו בזמן להשתמש ב"ספק" לטובת לוי הניזוק. לעומת זאת, **בתרחיש ב**, שבו האבן נפלה על ראשו של לוי עקב התרשלותו של ראובן, נרצה להביא בחשבון שני פרמטרים: האחד, שמדובר בהתנהגות רשלנית, ולא מכוונת, כך שלראובן לא הייתה כוונה לגרום ללוי נזק; והאחר, שאחריות הנתבע תלויה בסבירות התנהגותו, כך שלראובן יש היכולת לפטור את עצמו מאחריות באמצעות נקיטת אמצעי זהירות ראויים. אם כך, במשטר של רשלנות ניטה להכניס כללים של אחריות יחסית, אך בזהירות המתבקשת ובהתאם לגבולות מוגדרים. זאת, מתוך הבנה שהסיכון להרתעת יתר במקרים אלו הוא נמוך יחסית, לנוכח יכולתו של ראובן להימלט מאחריות באמצעות התנהגות סבירה. שיקול רלוונטי במקרה כזה יוכל להיות, למשל, אם מדובר במצבים שחוזרים על עצמם ומסכנים קבוצה מוגדרת של אנשים, בדומה לנדרש על פי כלל ההטיה הנשנית, או שמדובר באירוע חד-פעמי. יודגש: ייתכן שהמסקנה המשפטית תהיה כי בשני המקרים יש להגמיש את הבחינה העובדתית, אך תרחיש שבו המזיק פעל בזדון, מתוך כוונה לגרום נזק, יקל את הבחירה באפשרות זו גם בהעדרם של משתנים הנדרשים לביסוס במקרים אחרים.

להבדיל משני התרחישים המתוארים, **תרחיש ג** מעלה את השאלה הקשה ביותר: האם יש מקום לסגור את הדלת לחלוטין בפני פיצוי יחסי במשטר נטול אשם? הדיון שנערך לעיל מלמד כי יש קשיים לא מבוטלים בהחלת חריג ההטיה הנשנית במסגרת משטר זה, עד כדי כך שלעיתים חסרונות החריג עולים על יתרונותיו. אומנם ייתכנו מקרים קשים שבהם מזיק יוצר הטיה שיטתית בכלל מאזן ההסתברויות וגורם נזקים ללא כל הפנמה, אך החלת החריג בהם עלולה להוביל להתפתחות כשלים תמריציים ועיוות ברמת הפעילות הרצויה. על כן, בכל דרך שבה יבחר בית המשפט ללכת בסופו של תהליך, עליו לנקוט זהירות יתרה בקובעו את החריג לגבי מצבים שבהם המשטר נטול אשם, תוך הבאה בחשבון של כלל השיקולים הרלוונטיים.

מן האמור לעיל משתקפת לשיטתנו ההבנה כי יצירת כללים שונים של סיבתיות עובדתית אינה דבר שלילי בהכרח. ייתכן שהיא אף רצויה לנוכח התפתחותם של דיני הנזיקין. יתרה מזו, ייתכן שדווקא במצבים של סיבתיות עמומה, שבמסגרתם קשה למצוא דוקטרינה אחת אחידה שתמודד עם כל הקשיים, יש מקום לעבור לבחינה עובדתית שונה תוך התאמת אופן הבחינה לעולה.

מכל מקום, אין אנו מתיימרים לקבוע אמות מידה מפורטות לגבי האופן שבו יש לבחון את הסיבתיות העובדתית בהקשרים השונים. כאמור, שאיפת המאמר היא בראש ובראשונה לערער על עצם המוסכמה שעל מבחני הסיבתיות העובדתית להיות זהים בכלל ההקשרים.

3. השלכותיו של רכיב האשם בעולם הסיבתי – מגמות במשפט הישראלי

הדיון לעיל שיקף כי ההתחבטות וההכרעה אם לשנות את בחינת הסיבתיות העובדתית אינן צריכות ככלל להיעשות כחטיבה אחת, וכי ייתכן שיש מקום לעבור לבחינת סיבתיות עובדתית בצורה שונה בהקשרים שונים, תוך התחשבות, בין היתר, בשאלת האשם. כעת נעמוד על כך שכבר בדין כיום יש לרכיב האשם השלכות על תחום הסיבתיות העובדתית ועל אופן הפעלת הכלים השונים בתחום זה. קרי, ההבנה שלרכיב האשם יש מקום בקביעת הכלים השונים שייושמו במקרים השונים אינה זרה לתחום הסיבתיות. נדגים זאת להלן על שלושה "תחליפי סיבתיות" שקיימים כיום במשפט הישראלי: ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, דוקטרינת הנזק הראייתי והדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה.

דוגמה ראשונה ומובהקת לכך היא ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה. בדומה לחריג ההטיה הנשנית ולדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה, אשר נולדו כדי להתמודד עם בעיות בהוכחת הסיבתיות, גם את ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה ניתן לראות ככלי משפטי שנוצר לשם התמודדות זהה. בעניין דעקה עברה התובעת ניתוח מבלי שהוסבר לה על הסיכונים הכרוכים בו. בעקבות הניתוח נגרם לתובעת נזק. בית המשפט קבע כי גם אילו הסבירו לתובעת את הסיכונים, בחירתה לא הייתה משתנה, כך שלא הוכח שמתקיים קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק שנגרם לה.¹¹³ משכך, על פני הדברים הייתה התובעת אמורה לצאת בלא כלום. אולם דעת הרוב סירבה לקבל תוצאה כזו, והכירה לראשונה בפגיעה באוטונומיה של המטופל כנזק בר פיצוי, תוך שהיא קובעת כי –

"...יש לראות גם בפגיעה בכבודו של אדם ובזכותו לאוטונומיה, הטבועה בביצוע פרוצדורה רפואית בגופו שלא בהסכמתו המודעת, משום נזק בר-פיצוי דיני הנזיקין. הפגיעה, שלא כדין, ברגשותיו של אדם כתוצאה מאי־כיבוד זכותו היסודית לעצב את חייו כרצונו, מהווה פגיעה ברווחתו של אותו אדם, והיא נכנסת לגדר הגדרת 'נזק' האמורה".¹¹⁴

משכך נקבע כי פגיעה באוטונומיה של המטופל מהווה ראש נזק עצמאי אשר מגן עליו מפני עצם שלילתו של מידע אשר רלוונטי לבחירתו אם לעבור טיפול רפואי. מטרתו

113 עניין דעקה, לעיל ה"ש 8.

114 שם, בעמ' 574.

של ראש נזק זה היא אם כן להתגבר על סיבתיות ההחלטה העובדתית שאינה מתקיימת ולהקל בדרישת הסיבתיות ביחס אליה.¹¹⁵ בהמשך הדרך התפתח ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה למחוזות נוספים. בעניין **תנובה** הרחיב בית המשפט העליון את תחולת ההלכה גם להקשרים נזיקיים אחרים שבהם נשללה יכולת הבחירה מהניזוק, בקובעו כי –

“...ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה אינה מצטמצמת ולא ראוי לה כי תצטמצם למקרים של רשלנות רפואית או לפגיעה באוטונומיה של הגוף בלבד. העקרונות שביסוד ההכרה בראש נזק זה והזכות החוקתית שעליה נועדה הכרה זו להגן, מצדיקים במקרים מתאימים מתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה גם בהתקיים עוולות אחרות...”¹¹⁶

אם כך, לכאורה, היות שמדובר בראש נזק, היינו מצפים שכאשר לתובע נגרם נזק מסוג של פגיעה באוטונומיה הוא יקבל פיצוי בגינה ללא תלות במשטר האחריות. עם זאת, אנו רואים שלא כך הדבר, שכן על מנת לקבל פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, על המזיק להפר את חובת הגילוי.¹¹⁷ למיטב ידיעתנו, עד כה לא הכיר בית המשפט העליון

115 ראו גם יצחק עמית “סוס הפרא של הפגיעה באוטונומיה” **ספר שטרסברג-כהן** 465, 478 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי עורכים 2017), המציין כי בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה יש “ביטוי לרצון של בית המשפט להעניק לתובעת פיצוי בהיעדר מקור אחר לפיצוי. בית המשפט עשה כך גם מקרים אחרים שבהם פיתח מנגנונים וכלים חדשים, שאפשרו לו לפסוק פיצוי לזכות תובע במקרים ראויים למרות הקושי לעשות כן... ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק, אגב ויתור על דרישת הקשר הסיבתי (סיבתיות ההחלטה), אפשרה לשופטי הרוב בפרשת **דעקה** לפסוק פיצוי לתובעת, אם כי מינימלי, מבלי לשלח אותה כשידיה על ראשה”. יצוין כי בתחילת הדרך יועד הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה להיות בהיקף מוגבל וצר יחסית בהשוואה לפיצוי בגין נזק הגוף שנגרם, אך לאורך השנים נרשמה עלייה משמעותית בגובה הפיצויים שניתנו לניזוק בגין ראש נזק זה. לסקירת ההתפתחות בגובה הפיצוי שניתן בגין פגיעה באוטונומיה ראו אסף יעקב ויוני לבני “הקפיצה הגדולה – על גובה הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה” **עיוני משפט** לו 437, 442–446 (2015).

116 ע”א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע”מ נ’ עוזבון ראבי** 38 (אר”ש 4.12.2011) (להלן: **עניין תנובה**).

117 יודגש: הנזק העיקרי והנזק בגין הפגיעה באוטונומיה נבחנים באופן שונה. כך, למשל, במצב של רשלנות רפואית, שאלה אחת היא אם הרופא התרשל בטיפול הרפואי עצמו, ושאלה אחרת היא אם הוא התרשל במילוי חובת הגילוי של הסיכון למטופל. אולם גם אם המשטר של העוולה העיקרית הוא משטר של אחריות מוחלטת, חובת הגילוי תיבחן עדיין לפי משטר של רשלנות. לדוגמה, ברע”א 1519/20 **פלוגית נ’ רעות – שרות נשים סוציאלי** (אר”ש 11.8.2020) קבע בית המשפט העליון כי פגיעה באוטונומיה שנגרמה לנפגע תאונת דרכים כתוצאה מטיפול רפואי רשלני, ואשר הסבה לו תחושות שליליות, מהווה נזק לא ממוני אשר חוסה תחת כלל ייחוד העילה שבחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

– ונראה שאף אין זה ראוי להכיר – בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במשטר של אחריות מוחלטת.¹¹⁸

יתרה מזו, ההתייחסות לפגיעה באוטונומיה כאשר המזיק הפר את חובת הגילוי מתוך כוונה להטעות שונה מההתייחסות לאותה פגיעה במצבים שבהם המזיק לא ידע ולכן הפר את חובת הגילוי, דהיינו, לרכיב הכוונה/הידיעה יש משמעות לעניין החיוב המשפטי בפגיעה באוטונומיה. לשם המחשה ניתן לראות את ההתייחסות של בית המשפט העליון בעניין **סלומון**, שם נטען כי נמכר מזון לילדים מסוג גרבר שריכוז הקדמיום בו הייתה גבוהה מהמותר.¹¹⁹ בפרשה זו הסתייג השופט עמית מהשוואת המקרה לעניין **תנובה**, שכן שם ההטעה נעשתה במודע, תוך הסתרת מידע בכוון ובמידע על ידי יצרן המוצר, אשר החדיר לחלב סיליקון באופן אקטיבי, מתוך מניע שלילי ובניגוד לתקן, ואף לא נשלל סיכון בריאותי. לעומת זאת, בעניין **סלומון** ההטעה נעשתה בתום לב, היצרן לא החדיר את הקדמיום באופן אקטיבי, וכמות הקדמיום שהייתה במוצר יכולה להימצא במוצר גם באופן טבעי. יתר על כן, ליצרן לא היה מניע שלילי, ולא הוכח שכמות הקדמיום עומדת בניגוד לתקן הרלוונטי או שנוצר סיכון בריאותי. לנוכח ההבדלים הללו אמר השופט עמית:

“...ניתן היה לעצור כאן את הילוכנו ולומר כי בנסיבות המקרה דנן, אין להכיר בתביעה, למרות הפגם באי גילוי לצרכן על עצם הימצאות קדמיום במחית הגזר. זאת, הן משום שלא מדובר בתוסף שהוחדר באופן אקטיבי למוצר, הן מאחר שלא נסתרה הטענה כי החומר נמצא גם בטבע, הן מאחר שלא הוכח כי הכמות עומדת בניגוד לתקן, והן מאחר שלא הוכח כי הכמות בצריכה הנתונה גרמה לסיכון בריאותי.”¹²⁰

118 לעניין זה חשובה ההבהרה של השופטת חיות בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 38: “חשוב להדגיש כי בעניין **דעקה** סווגה הפגיעה באוטונומיה כראש נזק לא ממוני במסגרת עוולת הרשלנות ולא כעוולה עצמאית העומדת על רגליה היא. לאחר שניתן פסק הדין בעניין **דעקה** הובעה אמנם הדעה כי מן הראוי לסווג פגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית המקימה עילת תביעה עצמאית... אולם סוגיה נכבדה זו המבקשת להכיר בעוולה חדשה יציר הפסיקה, טרם נדונה לעומקה בפסיקתנו והמקרה דנן אינו מצריך דיון והכרעה בה.”

119 ע"א 4333/11 **סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ** (אר"ש 12.3.2014).

120 שם, בעמ' 13. קביעה זו מתיישבת במידה מסוימת עם הגישה של דעת הרוב בע"א 1338/97 **תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673, 684 (2003)**, שם הסתייגה השופטת נאור באומרה: “החדרת תוספת של סיליקון לחלב בניגוד לתקן היא פגיעה באוטונומיה של הפרט, עם זאת אין להבין מדבריי שכל מקרה של סטייה מהוראות תקן או דיווח לא נכון על תכולתו של מזון יצדיק[] תביעה. עשויים להיות מקרים לא מעטים שבהם סטייה קלה מהוראות תקן זה או אחר, גם כשהדברים נוגעים למזון, לא יהיה בה כדי להצדיק לא תביעה אישית וממילא גם לא תביעה ייצוגית. אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר *de minimis*.” בעניין **תנובה**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 31, הסכימה השופטת חיות עם גישה זו: “אכן, לא בכל מקרה בו נופל

למיטב ידיעתנו, עד היום לא הכיר בית המשפט בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ללא רכיב של אשם, ולא בכדי, שכן אם למזיק אין יכולת לדעת על הסיכון, ממילא גם אין לו יכולת גילוי. לפיכך פסיקת פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במקרים אלו – דהיינו, כאשר למזיק אין יכולת גילוי וכתוצאה מכך אין לו יכולת להתגונן – מדמה מעין מס על הפעילות. במובן זה יש לכך מאפיינים של פיצוי עונשי, והסיכון הוא, בין היתר, צמצום כולל של הפעילות לא לצורך.

אם כך, ניתן למעשה לראות שההתייחסות לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה משתנה בהתאם להתקיימותו של רכיב אשם. על כן ניתן להקביל את הדבר לטענה שהעלינו כאן. כשם שמסתמנת ההבנה שיש קושי לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ללא יסוד של אשם, כך צריכה להתבסס גם ההבנה שיש קושי לעבור לכללים של אחריות יחסית בהעדר רכיב זה – תהיה צורתה של הדוקטרינה אשר תהיה.

דוגמה שנייה שמשקפת את ההתייחסות השונה של המשפט הישראלי לסוגיית האשם היא **דוקטרינת הנזק הראייתי**. גם כלי זה נולד מתוך רצון לספק פתרון לבעיית הסיבתיות העמומה. אריאל פורת ואלכס שטיין פיתחו את דוקטרינת הנזק הראייתי במטרה לתת מענה לבעיית הסיבתיות העמומה בשני אופנים: ראשית, על ידי העברת נטל השכנוע מהתובע אל הנתבע ("הפן הראייתי"); ושנית, על ידי הכרה בנזק הראייתי כראש נזק עצמאי ("הפן הנזיקי").¹²¹

במקרה הקלסי של נזק ראייתי ניתן להצביע על שתי פעולות עצמאיות – אחת שגרמה לנזק (לדוגמה, התרשלות של רופא בטיפול) ואחרת שגרמה לנזק הראייתי (לדוגמה, העדר רשומה רפואית). לעומת זאת, נזק ראייתי מובנה מתרחש כאשר ההתנהגות העוולתית אשר גרמה (או עלולה לגרום) לנזק הישיר מתמזגת יחד עם ההתנהגות שגרמה לנזק הראייתי, דהיינו, ההתנהגות העוולתית של המזיק גורמת הן לנזק הישיר והן לנזק הראייתי.¹²² פורת ושטיין סברו כי דוקטרינת הנזק הראייתי – על שני היבטיה – יכולה לחול הן בנזק הראייתי הקלסי הן בנזק הראייתי המובנה.¹²³

בעוד שהפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי טרם התקבל בפסיקה,¹²⁴ הפן הראייתי של הדוקטרינה התקבל, ומהווה כיום הלכה במשפט הישראלי להעברת נטל ההוכחה לנתבע במקרים המתאימים.¹²⁵ אולם למרות קבלת הפן הראייתי של

פגם ברישום הרכיבים של מוצר מזון מצדיק הדבר פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ובגין תחושות שליליות וייתכנו בהחלט מקרים אשר למרות קיומו של פגם מסוים בדיווח על תכולת המוצר לא יצדיק הדבר מתן פיצוי".

Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage* 121 (1997) 18 CARDOZO L. REV. 1891; Pורת ושטיין, לעיל ה"ש 6; לעיל ה"ש 1.

122 פורת ושטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 195.

123 שם.

124 פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 307–308.

125 ברוב המקרים נעשתה העברת נטל השכנוע כאשר הנזק הראייתי נגרם בשל רשלנות הקשורה להעדרן של רשומות רפואיות, אך העיקרון של העברת הנטל מתפרש גם על סוגים אחרים של רשלנות

הדוקטרינה למשפט הישראלי ויישומו הן כאשר הנזק הראייתי הוא רגיל והן כאשר הוא מובנה, מן הספרות והפסיקה עולות אמירות באשר לצורך בצמצום השימוש בדוקטרינה כאשר מדובר בנזק ראייתי מובנה.¹²⁶ הטעם העיקרי לכך הוא שהעברת נטל ההוכחה במצב שבו הנזק הראייתי הוא מובנה מביאה הלכה למעשה לידי איונו של רכיב הקשר הסיבתי, שכן עצם הוכחת רכיב ההתרשלות – או לחלופין הפרת החובה החקוקה – שקולה להוכחת הקשר הסיבתי. כך, העברת נטל השכנוע במקרים אלו שקולה הלכה למעשה לקבלת התביעה. יפים לעניין זה דבריו של השופט עמית בעניין **ששון**:

"דומה כי השימוש בדוקטרינה נתפס בפסיקה כמעין 'אס' בשרוולו של התובע, מתוך הנחה כי לנתבע אין סיכוי אמיתי להוכיח מה היה מצב הדברים ההיפותטי – אילו הרופא היה מבצע פעולה מסוימת, אילו העיריה הייתה מציבה שלט בחוף, אילו העיריה הייתה דורשת רשיון עסק מחוות הסוסים וכיו"ב. למעשה לא מדובר בהעברת נטל ההוכחה אל הנתבע, שהרי ההוכחה לא קיימת ברשותו של הנתבע ולא יכולה להיות ברשותו הוכחה מה היה מתרחש אילו היה נוקט בהתנהגות חלופית היפותטית, שלא התקיימה במציאות. כך הפכה דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה, ממכשיר להעברת נטל הוכחה למכשיר להטלת אחריות".¹²⁷

אם כך, הרציונל לצמצום השימוש בדוקטרינת הנזק הראייתי דומה לרציונל העומד בבסיס הטענה במאמר זה – בשני המקרים לנתבע אין יכולת אמיתית להתגונן מפני

שגורמת לפגיעה ביכולתו של התובע להוכיח את עילת תביעתו. ראו ע"א 9328/02 **מאיר נ' לאור**, פ"ד נח(5) 54, 64–66 (2004); ע"א 8279/02 **גולן נ' עזובן מנחם**, פ"ד סב(1) 330, 353–354 (2006); פורת **נוזקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 307–310.

126 ראו, למשל, את דבריו של השופט עמית בע"א 4584/10 **מדינת ישראל נ' שובר** 79 (אר"ש 4.12.2012): "החלת הדוקטרינה במצבים של 'נזק ראייתי מובנה' אינה פשוטה... החלת הדוקטרינה בנסיבות כגון דא מחייבת אפוא זהירות וריסון, הן נוכח היחלשות הטעמים העומדים בבסיסה (כגון צמצום יתרון המידע של הנתבע והרתעה מפני הסיכונים הכרוכים בהתרשלות ראייתית), הן מפני החשש מפני ריקון דרישת הקשר הסיבתי העובדתי מתוכן... אין לי אלא להצטרף בהסכמה לביקורת, ואף אני סבור כי יש להישמר מפני החלה מיכנית של דוקטרינת הנזק הראייתי במצב של 'נזק ראייתי מובנה'". על עמדה זו חזר השופט עמית בע"א 3114/12 **ששון נ' משרד הרווחה** 22 (אר"ש 13.4.2014): "...הגיעה העת לחזור ולהרהר אם ועד כמה יש מקום להרחיב את דוקטרינת הנזק הראייתי גם על מצבים של נזק ראייתי מובנה". נוסף על כך, אריאל פורת, אחד ממפתחיה של הדוקטרינה, התבטא באהדה חלקית לטענה שדוקטרינת הנזק הראייתי מתאימה פחות למצבים שבהם הנזק הראייתי הוא מובנה (ראו פורת **נוזקין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 314). לביקורות נוספות בספרות על ההשלכות השליליות של החלת הדוקטרינה כאשר הנזק הראייתי מובנה ראו גיא שני "הנזק הראייתי ו'עונשו': בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" **משפטים** מא 315, 334–335 (2011); גלעד **גבולות האחריות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1362–1363.

127 עניין **ששון**, לעיל ה"ש 126, בעמ' 20.

אחריות, למעט הפסקת הפעילות. כאשר מדובר בנזק ראייתי רגיל ולנתבע יש יכולת להתגונן, יש לגיטימציה רבה להפעלת הדוקטרינה, אולם במצבים שבהם הנזק הראייתי הוא מובנה ולנתבע אין יכולת אמיתית להתגונן, הלגיטימציה להעברת הנטל פחותה בהרבה. באופן דומה יש לראות את הדברים כאשר ליישום כללי האחריות היחסית. דהיינו, כאשר מדובר ביישום במשטר של רשלנות – שבמסגרתו לנתבע יש יכולת להיות פטור מאחריות על ידי השקעה באמצעי זהירות סבירים – קיימת לגיטימציה להפעלת כללי האחריות היחסית, להבדיל מיישום במשטר נטול אשם, שבמסגרתו יכולתו של הנתבע לפטור את עצמו מאחריות באמצעות נקיטת אמצעי זהירות אינה ממשית.¹²⁸

הדוגמה השלישית היא הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה. כפי שהוצג לעיל בהרחבה, המשפט הישראלי הכיר באפשרות לפסוק פיצוי בגין התרשלות בטיפול רפואי אשר פגעה בסיכויי ההחלמה של המטופל, דהיינו, הוכר שעצם הפגיעה בסיכויי ההחלמה נחשבת נזק בר פיצוי.¹²⁹ ראש נזק זה מהווה דוגמה נוספת לכלי משפטי שעושים בו שימוש כאשר יש קושי בבחינת סיבתיות, ואשר אין מיישמים אותו באותו אופן בכל ההקשרים, שהרי מדוע יש להכיר באובדן סיכויי החלמה מפעולה רשלנית של רופא ולא להכיר באובדן סיכויי החלמה ממוצר פגום?

פוטנציאל ההרחבה של הדוקטרינה הוא אינסופי, שכן לכל נזק שנגרם ניתן לחבר נזק נגזר של אובדן סיכויים שהוא לכאורה עצמאי. למרות זאת, כיום, רק ניזוקים שמצויים במסגרת התחום המוגדר של רשלנות רפואית זוכים בהטבה בכללי הסיבתיות, דהיינו, בתחומים שונים יש התייחסות שונה לניזוקים שנגרם הוא אובדן סיכויים. יודגש: במקרה הזה אף מדובר בשוני בין ניזוקים שמצויים תחת אותו משטר אחריות.

מדוגמאות אלו ניתן ללמוד כי כבר כיום קיימת הכרה בסיבתיות עובדתית שונה בהקשרים שונים. היא אינה זרה למשפט הישראלי, ואף מתקיימת לעיתים במסגרת אותה עוולה, דהיינו, נזק שנגרם לראובן במסגרת התרשלות בטיפול רפואי עשוי להיבחן תחת כללים מקילים יותר מנזק שנגרם לשמעון במסגרת התרשלות בהליכים משפטיים. הדוגמאות שהוצגו משקפות נטייה משתנה של בתי המשפט ליצור תחליפים לסיבתיות עובדתית: בעוד במשטר של רשלנות קיימת נטייה רבה יותר לקבל תחליפי סיבתיות,

128 במאמר מוסגר ייאמר כי ניתן לראות את הרציונל הזה גם בפן הנזיקי של דוקטרינת הנזק הראייתי. ראש הנזק הראייתי במקרים שבהם הנזק הראייתי מובנה דומה לסוג המקרים שאנו מדברים עליהם במאמר זה, שכן הוצע כי ראש הנזק הראייתי יוטל בשיעור שהוא המכפלה של הנזק שנגרם בהסתברות שאלמלא הנזק הראייתי היה התובע מקבל פיצוי בגינו, דהיינו, פיצוי לפי הסתברות. ראו פורת ושטיין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 196. קבלת הפן הנזיקי של הדוקטרינה למשפט הישראלי כאשר מדובר בנזק ראייתי מובנה תוביל להשלכות שליליות שדומות לאלה שנלוות להחלה של כללי אחריות יחסית במשטר נטול אשם. כך, בעוד העדר היכולת הממשית של הנתבע לא לחוב בפיצוי יחסי בגין ראש הנזק הראייתי נובע מכך שהנזק הוא מובנה, העדר היכולת של הנתבע להתחמק מאחריות במעבר לכללים של אחריות יחסית במשטר נטול אשם נובע מהעדר רכיב האשם שקודם לרכיב הסיבתי.

129 ראו לעיל בתת-פרק 2.

במסגרת משטר נטול אשם יש קושי לקבל תחליפים אלו עקב ההשלכות השליליות שעוללות להיגרם.

סיכום

במאמר זה ביקשנו לעסוק בתופעת הסיבתיות העמומה, ובפרט במצבים שבהם היא מביאה לידי החלת כללים של אחריות יחסית. כפי שהוצג, זה כבר השתרשה ההבנה שכלל מאזן ההסתברויות אינו יפה לכלל המצבים, ולימים התפתחו כלים שונים להתמודדות עם מקרים שבהם החלת הכלל המסורתי תוביל לתוצאות שאינן צודקות ואף אינן יעילות. לאורך המאמר עסקנו בשני כלים מרכזיים שמוכרים כיום במשפט הישראלי להתמודדות עם סיבתיות עמומה, ואשר החלתם מביאה לידי פיצוי יחסי – חריג ההטיה הנשנית והדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה.

השיח המשפטי הרווח כיום בפסיקה מלמד, לדעתנו, על נטייה לכיוון צמצום האחריות היחסית. אנו סבורים כי כאשר מדובר במשטרים נטולי אשם, קידום גישה זהירה זו ראוי. מנקודת ראות אקס אנטה, החלת כללים של אחריות יחסית במשטרים נטולי אשם עלולה להוביל לשיבוש מערך התמריצים של מזיקים, וכתוצאה מכך לצמצום פעילויות רצויות ולהגברת כאלה שאינן רצויות, ויש לשקול בכובד ראש אם יתרונות המהלך עולים על חסרונותיו. לצד זאת ראינו כי במצבים שבהם מדובר בפעולות מכוונות הניתוח התאורטי תומך בהרחבת השימוש הליברלי בכללי הסיבתיות היחסית, וזאת בשל אופי הפעולות והצורך בהרתעה מפני התנהגויות שאינן רצויות בחברה.

לנוכח דברים אלו הצענו במאמר שכאשר מדובר בעוולות שבהן חבות הנתבע אינה תלויה באשם יש לצמצם את אפשרות ההחלה של כללי האחריות היחסית, ואילו כאשר מדובר בפעולה מכוונת יש אולי מקום לשלב את כללי האחריות היחסית בצורה רחבה יותר בשל הרצון להרתיע את המזיק ולהשתמש ב"ספק" לטובת התובע. להבדיל משני אלה, טענו שכאשר מדובר בעוולת הרשלנות יש לנקוט גישה ביניים, שכן במסגרתה אחריות הנתבע תלויה בסבירות, כך שלמרות הסטייה מהכללים המסורתיים עדיין שמורה בידיו היכולת, במקרים רבים, לפטור את עצמו מאחריות על ידי נקיטת אמצעי זהירות ראויים.

מכל מקום, דומה שהגיעה העת להערכה מחדש ולשקילת פיתוחם של כללי סיבתיות עובדתית שונים בהקשרים שונים של מצבי עמימות סיבתית. נראה שקשה לחלוק על העובדה שקיימים מצבים שמחייבים התייחסות משפטית מיוחדת. אלה נובעים משילובה של מציאות מורכבת עם כללים משפטיים מגוונים. אף על פי כן, השאלה אם יש בכלל להכיר בכללים שונים של סיבתיות במצבים שונים אינה פשוטה למענה. בהכרה בכללי סיבתיות שונים עלולות להיות כרוכות עלויות מערכתיות, שנובעות מחשש לטעויות, מחוסר ודאות, מיישום שונה של כללים שונים במצבים שונים ועוד. מצד אחר, ברור

כללי הכרעה, תשפ"ה סיבתיות עמומה – הרחבה מתבקשת או אימפריאליזם סיבתי?

שאינן פתרון קסם אחד לכל המצבים הבעייתיים או הסדר כללי שיתאים לכלל המקרים, ועל כן יש בהחלט מקום לבחון את האפשרות של תחולה שונה במצבים שונים כפונקציה של העוולה והאשם הטמון בה.