

# עמימות יחסית: על הטלת אחריות יחסית כשהסיבתיות עמומה – היבטים של יעילות וצדק לאור הלכת מלול

אלון אגמון ואיתמר מצרי\*

## א. מבוא

### ב. גלגוליו של עניין מלול והכרעת בית המשפט העליון בדיון הנוסף

1. עובדות המקרה
2. הכרעות והנמקות השופטים

### ג. הקשיים המתעוררים ביישום ההצדקה הכלכלית שביסוד פסק הדין

1. ההנחות הכלכליות העומדות ביסוד ההחלטה
2. האומנם הטלת אחריות יחסית תגרום להרתעת יתר?
3. מבחן ההטיה הנשנית ובעיית המידע המתעוררת ביישום הגישה כלכלית

### ד. הקושי בהטלת אחריות יחסית לאור שיקולי צדק מתקן

#### ה. הערך שבסיכוי

1. ההצדקה התיאורטית
2. אחריות לפגיעה בסיכוי לעומת אחריות יחסית

#### ו. דוקטרינת הפיצוי בגין הגברת סיכון ואבדן סיכוי

1. הפסיקה הישראלית
2. משפט משווה
3. הלכה למעשה

#### ז. סיכום

## א. מבוא

בתביעת רשלנות בנוזיקין מוטל על בית המשפט לקבוע על פי מאזן ההסתברויות אם התובע הוכיח את התקיימות יסודות העוולה. על פי הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות, התוצאה היא בגדר "הכול או לא כלום" בנוגע לכל אחד ממרכיבי העוולה. כלומר, אם תובע הצליח להוכיח כי ישנה הסתברות של יותר מ-50% שהנתבע התרשל, אך לא הוכיח שיש סיכוי העולה על 50% שההתרשלות הזאת היא שגרמה לנזק, לא יזכה התובע בפיצוי כלל. עמימות סיבתית מוגדרת כמצב שבו אי-אפשר להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי בעוולת הרשלנות על פי מאזן ההסתברויות. כלומר, אין בידי התובע להוכיח שיש הסתברות של יותר מ-50% שהנזק נגרם עקב ההתרשלות. לעתים הסיבתיות אינה רק קשה להוכחה אלא אף בלתי אפשרית.

בעניין **מלול**, קבע בית המשפט העליון תחילה כי במקרים מסוימים יהיה אפשר לרכז את כלל "הכול או לא כלום" לטובת כלל של "אחריות יחסית". לפי כלל זה, הנתבע יישא באחריות לחלק בנזק שניתן לייחס לו בתהליך גרימת הנזק, גם אם הוא נמוך מ-50%, ולתובע יינתן פיצוי יחסי או פיצוי-לפי-הסתברות. במוקד הארה זו עומדת לדיון הכרעת בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשה זו, אשר הפך את החלטתו הקודמת, וצמצם את המקרים שבהם תוטל אחריות יחסית רק למצבי הטיה נשנית. כפי שיפורט בהמשך, לפי מבחן ההטיה הנשנית, רק כאשר מדובר בתובע שהוא חלק ממחלקה של תובעים, אפשר להעניק פיצוי-לפי-הסתברות.

\* סטודנטים למשפטים, חברי מערכת "הארת דין" בשנת הלימודים תשע"א.

ברשימה זו נסקור תחילה את גלגוליו של עניין **מלול**. לאחר מכן נעמוד על הקשיים ברציונאל הכלכלי שביסוד ההנמקה של דעת הרוב לאור שיקולי הרתעה ויעילות. ראשית נטען כי פיצוי-לפי-הסתברות (פיצוי יחסי) לא בהכרח יגרום להרתעת יתר. כמו כן נראה שמבחן ההטיה הנשנית לא בהכרח עדיף מכלל הפיצוי-לפי-הסתברות לאור שיקולים אלה. בהמשך נטען כי בעיית המידע, המאפיינת את הניתוח הכלכלי במקרים אלו, עלולה לערפל את השלכותיו של הכלל המשפטי. לבסוף נשאל אם מבחן ההטיה הנשנית, ובכלל הטלת אחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה, עולים בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן.

בחלקה השני של ההארה נעמוד על הפתרון שלדעתנו הוא החלופה העדיפה לטיפול במצבים אלו. ננסה להראות כיצד דוקטרינת "אבדן הסיכוי והגברת הסיכון" מבססת נקודת ראות אחרת, אשר בשילוב תרופת הפיצוי היחסי, מסוגלת לתת מענה הולם למקרים שבהם הסיבתיות עמומה. נטען שהסיכוי כשלעצמו הוא אינטרס הראוי להגנה משפטית, ונעמוד על ההבחנה בין גישה זו לגישת האחריות היחסית. בהמשך נסקור את הפסיקה בישראל ובחו"ל ונראה כי דוקטרינת אבדן הסיכוי והגברת הסיכון קנתה מעמד בפסיקה הישראלית, וכי השימוש בה בארה"ב הולך ומתבסס בתור כלל משפטי מוכר. לבסוף נעמוד על האופן שבו לדעתנו ניתן ליישם את הדוקטרינה ולענות על רוב הקשיים אשר עלו בפסיקה.

## **ב. גלגוליו של עניין מלול והכרעת בית המשפט העליון בדיון הנוסף**

### **1. עובדות המקרה**

תחילתה של הפרשה בשנת 1992, אז נולדה עדן מלול בבית החולים כרמל בחיפה כשהיא סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי ולימים הוברר ששיעור נכותה עומד על 100%. אמה הגיעה לבית החולים לאחר ירידת מים מוקדמת בעודה כמעט בשבוע ה-30 להריונה. בבית החולים החל דימום עקב היפרדות השליה ובשל כך בוצע ניתוח קיסרי. בית המשפט המחוזי קבע כי בית החולים התרשל מאחר שהניתוח הקיסרי החל רק כ-45 דקות לאחר תחילת הדימום המסיבי.<sup>1</sup>

עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע שהיו למעשה שני גורמים אפשריים למצבה של הקטינה: האחד הוא **הפגות** והסיכונים הנלווים לה; והשני הוא **הדימום** שממנו סבלה האם. באשר לדימום, נקבע כי בית החולים נושא בחבות כיוון שהיה צריך לצפות את הסיכון, ולבצע מיד ניתוח קיסרי.<sup>2</sup> בית המשפט חילק את הנזק באופן יחסי בין שני הגורמים וקבע בדרך של אומדנה כי הנתבעים יישאו בשיעור של 40% מהנזק, נוכח האפשרות שמצבה של מלול נגרם עקב הפגות.

בדיון בערעור בבית המשפט העליון לא חלקו הנתבעים על הקביעה שהתרשלו, והדיון התמקד בשאלת הקשר הסיבתי בין העיכוב בניתוח הקיסרי לבין מחלתה של עדן.<sup>3</sup> בעניין הסיבתיות שררה כאמור עמימות, שכן לא היה ברור אם המחלה נבעה מהרשלנות או מעצם הפגות. בית המשפט העליון קבע כי

<sup>1</sup> ת"א 1058/94 מלול נ' בית-חולים כרמל חיפה, תק-מח 2002(2) 12797 (2002). נפסק שמדובר בהתרשלות לאור קביעתו של בית המשפט כי ההיריון היה בסיכון גבוה וכי ברשות בית החולים היו הנתונים הדרושים כדי לצפות אפשרות של צורך בביצוע ניתוח. ראו גם אושרית סיסו וורד שפילמן "סיבתיות עמומה – האם התפור הערפלי? בעקבות ע"א בית חולים כרמל נגד מלול" הארת דין ב(2) 165 (אפריל-אוקטובר 2005).

<sup>2</sup> אחריות בית החולים היא לאיחור בביצוע הניתוח ולא לגרימת הדימום.

<sup>3</sup> ע"א 7375/02 בית-חולים כרמל חיפה נ' מלול, תק-על 2005(1) 4239 (2005).

במצב שבו הקשר הסיבתי עמום, ויש כמה גורמים אפשריים לנוק, ואי-אפשר להוכיח אף אחד מהם על פי הכלל של מאזן ההסתברויות, אזי ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות בהתקיים תנאים מסוימים ובראשם התנאי שהכלל גורם לאי-צדק בנסיבות העניין. בעניינה של עדן מלול קבע בית המשפט כי די להוכיח סיכון ממשי ששיעורו ייקבע בדרך האומדנה. עם זאת קבע בית המשפט העליון שיעור פיצוי של 20% ולא של 40% כפי שקבעה הערכאה המחוזית.

בעקבות פסק הדין בערעור התקיים כאמור דיון נוסף, והוא עסק בשאלת הפיצוי היחסי לפי רמת ההסתברות של גרימת הנזק במקרים של קשר סיבתי עמום.<sup>4</sup> בדיון הנוסף הפך בית המשפט העליון את החלטתו הקודמת שניתנה בערעור. בית המשפט קבע ברוב דעות של חמישה שופטים כנגד ארבעה שככלל אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה. עם זאת נראה ששררה הסכמה בקרב מרבית השופטים כי ייתכנו מקרים חריגים שבהם בית המשפט יטיל אחריות יחסית, אף שהקשר הסיבתי לא הוכח לפי הכלל של מאזן ההסתברויות, אך טיבם של חריגים אלה שנוי במחלוקת.

## 2. הכרעות והנמקות השופטים

לדעת השופט ריבלין (שכתב את חוות הדעת העיקרית של דעת הרוב), כלל מאזן ההסתברויות אינו מתאים לכל הנסיבות.<sup>5</sup> הוא לא פסל את האפשרות ליישם את דוקטרינת האחריות היחסית (פיצוי-לפי-הסתברות) בדיני הנזיקין, אך לדעתו יש לסייג את יישומה.<sup>6</sup> לשיטתו, את הנסיבות המצדיקות חריגה מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות יש לבחון בהתחשב בארבעה יסודות המרכיבים את מבחן ההטיה הנשנית: (1) מזיק; (2) קבוצה של ניזוקים (מחלקה מוגדרת של מקרים),<sup>7</sup> אשר יש הסתברות שנפגעו מסיכון דומה; (3) סיכון חוזר ומשותף (אשר מקורו במעשה עוולה יחיד או בכמה מעשי עוולה) שאליו נחשפו במצטבר חברי הקבוצה כולה; (4) הטיה עקיבה (הטיה נשנית) בהחלת כלל מאזן ההסתברויות עקב קושי לקבוע את הקשר הסיבתי.<sup>8</sup>

השופט ריבלין ציין שכאשר פיזור ההטיה במקרים של סיכון חוזר ומשותף אינו מקרי,<sup>9</sup> החלתו של כלל מאזן ההסתברויות מביאה לעיוות בהטלת האחריות הנזיקית הראויה ולפגיעה בהשגת מטרות דיני הנזיקין. במצבים אלה, קבע ריבלין, שיקולי צדק מתקן ושיקולי הרתעה ויעילות תומכים במעבר לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות, כניסיון להתמודד עם התוצאות השליליות אשר ייגרמו עקב החלת כלל מאזן ההסתברויות בנסיבות אלה.<sup>10</sup>

לצד דעתו של השופט ריבלין נשמעו גם נימוקים אחרים לדחיית הטלתה של אחריות יחסית.<sup>11</sup> הנשיאה בייניש קיבלה את הפתרון שהציע השופט ריבלין במקרים של הטיה נשנית, אך סברה כי מבחן

<sup>4</sup> דנ"א 4693/05 בית-חולים כרמל חיפה נ' מלול, תק-על 2010(3) 2674 (2010) (להלן: פרשת מלול).

<sup>5</sup> שם, פסי' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין.

<sup>6</sup> שם, פסי' 8.

<sup>7</sup> שם, פסי' 20.

<sup>8</sup> שם, פסי' 22.

<sup>9</sup> כלומר, החלת כלל מאזן ההסתברויות על המקרים המשתייכים לקבוצה מביאה להטיה עקיבה.

<sup>10</sup> לפי השופט ריבלין, תוצאות אלה כוללות עיוות בהטלת האחריות הנזיקית והכרעות שיפוטיות שגויות ולפיכך פגיעה בעקרון הצדק המתקן; פגיעה בהרתעה, שכן כאשר החלת כלל מאזן ההסתברויות מביאה בעקבות לאי-הטלת אחריות על הנתבע, תיווצר כלפיו הרתעת חסר; אי-מזעור מיטבי של עלות הכרעות שיפוטיות שגויות ותוצא (אפקט) חלוקתי שלילי (פרשת מלול, לעיל הערה 4, פסי' 22-23).

<sup>11</sup> לדעת השופטת פרוקצ'יה הטלת אחריות יחסית, הנגזרת מרמת ההוכחה, מנוגדת למאזן ההסתברויות וסוטה סטייה ניכרת מהרציונאל הפנימי של דין הראיות המגדיר את רמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי. לדעתה, ההצעות להטלת

זה מביא לצמצום יתר של האחריות הנזיקית.<sup>12</sup> לדעתה אין הצדקה לחזור מהפסיקה שהכירה בראש נזק עצמאי של אבדן סיכויי החלמה תוך הגבלת הדוקטרינה למקרים שבהם התממש הנזק.<sup>13</sup> הנשיאה בייניש סברה שהחריג של פיצוי-לפי-הסתברות צריך להיות מתוחם באופן שלא ירחיב את האחריות בנוזקין, שכן לדבריה הרחבה כזו עלולה להביא להרתעת יתר מפני פעולות לגיטימיות מבחינה חברתית ולפגיעה לא מידתית בנתבעים שהם מזיקים אפשריים.<sup>14</sup> עם זאת, נראה שפסק דינה של הנשיאה אינו מגדיר בבירור את היקף החריג המוצע, ובכך נותר עמום.

לדעת השופטת נאור (שכתבה את חוות הדעת העיקרית של דעת המיעוט), במקרים שבהם הסיבתיות עמומה, ניתן להצדיק (בתנאים מסוימים) חריגה מהכלל של מאזן ההסתברויות.<sup>15</sup> שלא כדעתו של השופט ריבלין, טענה השופטת נאור שפיצוי-לפי-הסתברות מוצדק גם במקרה היחיד ולא רק במקרה הקבוצתי.<sup>16</sup> לדעתה פיצוי-לפי-הסתברות מוצדק מטעמים של צדק מתקן, צמצום הטעות המשפטית, טיעון הרע במיעוטו ושיקולים נוספים.<sup>17</sup> עם זאת, סייגה השופטת נאור את החלת חריג האחריות היחסית וקבעה שיש להחילו רק בהתדיינויות בדיני הנזיקין ורק כאשר מדובר בנוזקי גוף.<sup>18</sup>

## ג. הקשיים המתעוררים ביישום ההצדקה הכלכלית שביסוד פסק הדין

### 1. ההנחות הכלכליות העומדות ביסוד ההחלטה

נראה שההצדקה התיאורטית העיקרית להכרעה בפסק הדין נעוצה בגישה התועלתנית, או ליתר דיוק במקרה זה: ביעילות כלכלית.<sup>19</sup> לפי גישה זו, כלל "טוב" יביא למקסום התועלת החברתית או הרווחה המצרפית (או למצער לצמצום ההפסד). כאשר מתברר שפעולתו של מזיק כרוכה בעלויות "חברתיות"

---

אחריות יחסית (בצורתה הרחבה יותר לפי הצעתה של השופטת נאור בדעת המיעוט וכן בצורתה המצומצמת יותר לפי מבחן ההטיה הנשנית שהציע השופט ריבלין) מביאות לשינוי מהותי בדיני הנזיקין ולמהפך בדיני הראיות, והן בגדר חקיקה שיפוטית בעלת השלכות רחבות היקף אף מעבר לנושאים אלה. מכאן, קובעת פרוקציה, ראוי שהסוגיה תוסדר בחקיקה. השופט גרוניס קבע אף הוא שאין להכיר באחריות היחסית (במצב של קשר סיבתי עמום), בעיקר מכיוון שאינה מתיישבת לדעתו עם ההיגיון הבסיסי של דיני הנזיקין בדבר צדק מתקן, וכן בשל אי-ההתאמה לכלל מאזן ההסתברויות שהוא אחד מכללי היסוד בדיני הראיות. בהתייחסו למבחן ההטיה הנשנית שהציע השופט ריבלין, ציין השופט גרוניס שיתכן שהתנאים של קבוצת ניזוקים והטיה עקיבה יצדיקו סטייה מוגבלת מעקרון הצדק המתקן אך הוא השאיר את העניין ביצריך עיון.

12 שם, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

13 שם. ראו גם הרחבה בעניין דוקטרינת אבדן סיכוי החלמה להלן בפרקים ה', ו'.

14 שם, פס' 7.

15 פרשת **מלול**, לעיל הערה 4, פס' 43 לפסק דינה של השופטת נאור.

16 שם, פס' 44.

17 שם, פס' 80.

18 שם, פס' 107, 111. השופט ג'ובראן הצטרף לשופטת נאור וסבר שאפשר לפסוק פיצוי-לפי-הסתברות גם במקרה יחיד, אך הגביל זאת למצבים שבהם יש עמימות מדעית בלבד. השופט ג'ובראן חלק על השופטת נאור ביישום עקרונות הצדק המתקן ושאילת ההצדקה להטלת אחריות יחסית ממנו, וראה בפיצוי היחסי תולדה של שינוי בתחום הדיוני-ראייתי. השופט רובינשטיין ציין שמקרים של הטיה נשנית הם דוגמה טובה לקבוצה שבה ראוי להחיל דוקטרינה של פיצוי-לפי-הסתברות, אך סבר כדעת השופטת נאור שאין לצמצם את הדוקטרינה רק למקרים אלה. השופטת ארבל תמכה אף היא בעמדתה של השופטת נאור באשר לגבולות ההכרה בחריג האחריות היחסית.

19 לאור השיקולים הכלכליים שבו, פסק הדין בפרשת **מלול** הוא עדות נוספת למעמדה של הגישה הכלכלית בדיני הנזיקין בישראל כגישה המובילה בשאלת הטלת האחריות, אשר באה לידי ביטוי בשורה של פסקי דין. אחד מהבולטים שפסקי דין אלה הוא דני"א 7794/98 **משה נ' קליפורד**, פ"ד נו(4) 721 (2003), המבטא את עליונותה של הגישה הכלכלית בשאלת ההתרשלות. לעומת פרשת **קליפורד** (שאמנם עסקה בעיקר בשאלת ההתרשלות ולא בשאלת הקשר הסיבתי) שבה בחן בית המשפט במפורש שיקולים של יעילות כלכלית, בפרשת **מלול** בית המשפט לא נימק את הכרעתו בהצדקות כלכליות מפורשות. להרחבה בעניין מעמדה של התפיסה הכלכלית בדיני הנזיקין בישראל ראו את מאמרו של רונן פרי "יסוד ההתרשלות בעולות הרשלנות: תאוריה פוזיטיבית וביקורת נורמטיבית" **משפטים** לח 351, 354-379 (התשס"ח-התשס"ט).

מסוימות, הניתנות לצמצום על ידי נקיטת אמצעי זהירות, אזי יש ליצור כלל משפטי אשר ירתיע את המזיק מלפעול בלי אמצעי הזהירות ויטיל עליו אחריות בנוזיקין.

מסקנה זו נתמכת בשיקול ההרתעה שמנה השופט ריבלין כאחד משלושה שיקולים לחריגה מכלל מאזן ההסתברויות. בבסיס שיקולי ההרתעה עומד הרעיון שראוי שתוטל אחריות נזיקית כדי למזער את סך הנזקים ואת הוצאות מניעתם.<sup>20</sup> לפי גישה זו, דיני הנוזיקין הם כלי התורם להפחתת העלויות החברתיות הנגרמות בתאונות.<sup>21</sup> השופט ריבלין ציין בצדק שכאשר החלת כלל מאזן ההסתברויות מביאה בעקבות לאי-הטלת אחריות על הנתבע (שהתרשל), תיווצר כלפיו הרתעת חסר. במצב זה הנתבע חסין מאחריות בנוזיקין ואין לו תמריץ לנהוג בזהירות הנדרשת כדי לצמצם את תוחלת הנזקים הנגרמים מפעולתו.<sup>22</sup> עם זאת ציין השופט ריבלין שכאשר נתבע נדרש לשאת בפיצוי על נזקים גדולים יותר מאלה שהסב, נוצרת הרתעת יתר, ומכך משתמע שהטלת אחריות יחסית גם במקרה יחיד תגרום להרתעת יתר. הרתעת יתר עלולה לפגוע בתמריצים של הנתבע לקיים את הפעילות המקימה את חבותו בנוזיקין גם כאשר היא מבוצעת בזהירות הנדרשת.<sup>23</sup>

המסקנה נתמכת גם בשיקולים הכלכליים שחלק מיסודות מבחן ההטיה הנשנית מבטאים. כך, את הדרישה שתתקיים קבוצה של ניזוקים ואת הדרישה להתקיימות סיכון חוזר ומשותף ניתן לראות כביטוי להנחה שבמצבים אלה גדלה ההסתברות להתרחשות הנזק לניזוק כלשהו, ומכאן גם שגדלה תוחלת הנזק.<sup>24</sup> את המסקנה ששיקול ההרתעה הוא שעומד ביסוד מבחן ההטיה הנשנית הטיבה לבטא השופטת נאור בפסק דינה בצינה כי "עקרון ההרתעה הוא-הוא הבסיס הרעיוני למבחן ההטיה הנשנית ותכליתו היא מניעת הרתעת חסר כתוצאה מהפעלת הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות במקרה הקבוצתי, תוך צמצום החשש מפני הרתעת יתר וזאת על ידי הגבלת פסיקת הפיצוי רק למקרים של נזק חוזר ונשנה".<sup>25</sup>

## 2. האומנם הטלת אחריות יחסית תגרום להרתעת יתר?

לדעתנו, אין ודאות שהטלת אחריות יחסית גם במקרה היחיד תגרום להרתעת יתר. נדגיש, כי בית המשפט קבע שבית החולים התרשל, אך נמנע מלהטיל אחריות עקב אי-התקיימות יסוד הקשר הסיבתי בעולת הרשלנות. משמעות הדבר היא שבלי קשר לשאלת הטלת האחריות היחסית, בית המשפט קבע

<sup>20</sup> אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" **עינוי משפט** כג 605, 607 (התש"ס). ראוי לציין שלעניין קביעת יסוד ההתרשלות נפסק כי עקרון ההרתעה הוא מרכיב חיוני אך איננו חזות הכול. לעניין זה מפנה אותנו השופטת נאור בפסק דינה לע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 498 (2004) שבו הבהיר הנשיא ברק שהאדם הסביר אינו רק האדם היעיל אלא גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. כמו כן ציין השופט ריבלין בעצמו באותו עניין כי נוסחת השופט לרנד האנד (Learned Hand) לקיומה של התרשלות – שעל פיה על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק, בשיעור הנזק ובהוצאות למניעת הנזק – אינה חייבת להצטמצם אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית, שכן פגיעה בצדק היא עלות וצדק מתקן הוא תועלת. עם זאת נראה שבפרשת **מלול** התכוון ריבלין, בהתחשבו בשיקולי היעילות, להיבט הכלכלי, שכן הוא התחשב בשיקול הצדק המתקן כשיקול נפרד ועצמאי בתיחום החריג לכלל מאזן ההסתברויות.

<sup>21</sup> הרתעה היא אחת הדרכים להגדלת רווחה חברתית באמצעות דיני הנוזיקין שבהן הניתוח הכלכלי של דינים אלה מתמקד. את ההרתעה בנוזיקין מקובל לקשר עם סנקציה המוטלת על המזיק כדי להביאו לצמצום הנזק שהוא עשוי לגרום או למניעתו. כך, בהקשר הכלכלי ההרתעה היא הכנסת שינוי באמצעות דיני הנוזיקין באחת הפעילויות המתנגשות או בשתיהן, שינוי המשפיע על הרווחה המופקת מפעולות אלה. התוצאה נבחנת על פי המאזן הכולל של השינוי. להרחבה ראו את מאמרו של ישראל גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני-הנוזיקין" **משפטים** כב 421, 429-430 (התשנ"ג-התשנ"ד).

<sup>22</sup> פרשת **מלול**, לעיל הערה 4, פס' 23 לפסק דינו של השופט ריבלין.

<sup>23</sup> שם.

<sup>24</sup> תוחלת הנזק היא מכפלת ההסתברות להתרחשות הנזק בעלות הנזק (ראו התייחסותנו המפורטת לכך בהמשך הפרק).

<sup>25</sup> פרשת **מלול**, לעיל הערה 4, פס' 66 לפסק דינה של השופטת נאור.

שבמצבים כאלה בית החולים צריך לנקוט אמצעי זהירות. אולם, תיאורטית, אם בית החולים לא יישא באחריות כלל, ספק אם יהיה לו תמריץ אמיתי לנקוט אמצעי זהירות בעתיד.<sup>26</sup>

קביעה זו בדבר ההתרשלות מתבססת בין השאר על שיקולי הרתעה.<sup>27</sup> כפי שציינה השופטת נאור בפסק דינה, יש ממשק בין שיקול ההרתעה בשלב קביעת ההתרשלות לשיקול ההרתעה בשלב קביעת הקשר הסיבתי. כלומר, הרציונאל ההרתעתי אשר הנחה את קביעת ההתרשלות צריך להמשיך להנחות את שיקול הדעת גם בקביעת הקשר הסיבתי. השופטת נאור ציינה כי "כאשר הנתבע יוצא פטור מאחריות מחמת עמימות סיבתית, מתרוקן מתוכן שיקול ההרתעה שהנחה אותנו בקביעת ההתרשלות. הקביעה שהנתבע לא נקט באמצעי זהירות מספקים ולפיכך התרשלו אינה מתורגמת לקביעת פיצוי כלשהו בגין הפרת חובת הזהירות במישור התרופתי והמתרשל חומק למעשה מכל חובת פיצוי".<sup>28</sup>

אמנם ייתכן שהרתעת היתר שממנה השופט ריבלין חושש נוגעת להשפעת הכלל על התנהגותם של מי שאינם מתרשלים אבל יש בלבם חשש שמא התנהגותם תיחשב בבית המשפט להתרשלות. במצבים אלה, כאשר סך התועלות החיוביות והשליליות אמור להביא נתבע פוטנציאלי שלא לנקוט אמצעי זהירות, הטלת אחריות יחסית תביא לכאורה להרתעת יתר. מחישוב תוחלת הנזק שהנתבע הפוטנציאלי עורך בהיעדר כלל של אחריות יחסית, מסתבר לו שעלות אמצעי הזהירות גבוהה יותר מעלות הנזק שבו הוא עשוי לשאת. לכן, הוא מעדיף שלא להשקיע באמצעי זהירות. כלל של הטלת אחריות יחסית עשוי לשנות את אינטרס הנתבע הפוטנציאלי, שכן ייתכן שעלות אמצעי הזהירות תהא הפעם נמוכה יותר בשבילו.

עם זאת, טיעון החשש מהרתעת יתר נתקל בקשיים בכמה מישורים. ראשית, לא ברור אם המצב המשפטי כיום של הטלת אחריות לפי כלל מאזן ההסתברויות מביא להרתעה אופטימלית או שמא מביא להרתעת חסר. שנית, עולה השאלה עד כמה נפוצים מעשים ספק-רשלניים ואם לא מדובר בהיקף מצומצם של מקרים. לבסוף, גם אם מדובר בהיקף נרחב, הרי ניתן להימנע מהרתעת יתר על ידי צמצום דוקטרינת האחריות היחסית למצבים שבהם מדובר בהתרשלות ברורה וחד-משמעית, שבהם ברי לכול שהנתבע הפוטנציאלי חייב לנקוט אמצעי זהירות.

### 3. מבחן ההטיה הנשנית ובעיית המידע המתעוררת ביישום הגישה כלכלית

אף שיסוד הקשר הסיבתי לא הוכח במאזן ההסתברויות, היה מוכן בית המשפט בפרשת **מלול** לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת השיקולים הכלכליים שהוצגו לעיל בדבר ההרתעה והעלות החברתית.

<sup>26</sup> מבחינה תיאורטית, הפיצוי היחסי "הטהור", שבו מזיק משלם את מחירם המדויק של הסיכונים שהוא מעורר, מציב את החלופה המובילה להרתעה אופטימלית (ראו Steven Shavell, *Uncertainty Over Causation and the Determination of Civil Liability*, 28 J.L. & BOM. 587, 589 (1985)). נניח שמזיק עומד לפני החלטה אם לנקוט אמצעי זהירות כדי להגן על ניזוק מפני סיכון מסתבר. אם הפעולה הרשלנית מעוררת סיכון ניכר אך שאינו עולה על 50%, למזיק לא יהיה שום תמריץ לנקוט אמצעי זהירות, ותיווצר הרתעת חסר, המזיק לא ייזהר ויעורר סיכונים שונים בעלויות שונות ולא יישא באחריות לכך. לעומת זאת, למזיק היודע שעליו לשלם בעד הסיכון שהוא מעורר אף אם הוא נמוך מ-50%, יהיה תמריץ לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע את הסיכון, וכך תיווצר הרתעה מדויקת (ראו William M. Landes and Richard A. Posner, *Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries*, 13 J. LEGAL STUD. 417, 425 (1984); בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" **משפטים** לו 177, 210 (2007)). מנגד, אם מזיק יודע כי רשלנותו מעוררת סיכון גבוה מ-50%, עלולה דווקא להיווצר הרתעת יתר, אם יהיה עליו לשאת בעלויות גבוהות מאלה שהסיכון שאותו הוא עורר.

<sup>27</sup> פרשת **מלול**, לעיל הערה 4, פס' 68 לפסק דינה של השופטת נאור.

<sup>28</sup> שם.

כאמור, את הדרישה לקבוצה של ניזוקים והדרישה לסיכון חוזר ומשותף לפי מבחן ההטיה הנשנית, ניתן לראות כביטוי להנחה שבמצבים כאלה ההסתברות להתרחשות הנזק לניזוק כלשהו גדלה ומכאן שגם תוחלת הנזק גדלה. כך, ההפרש בין תוחלת הנזק לבין עלות אמצעי הזהירות שאותם אמור המזיק לנקוט כדי למנוע את התרחשות הנזק גדל, ולכן במצבים אלה עדיף מבחינה כלכלית להטיל על הנתבע אחריות בנזיקין. עם זאת, קיימים גם מצבים שבהם הטלת אחריות על הנתבע במקרה היחיד תביא לאותה תוצאה כלכלית עדיפה המתקבלת ביישום מבחן ההטיה הנשנית. בית המשפט ביקש במשתמע לקדם יעילות כלכלית, אך לא בחן במקרה הנדון את הפרמטרים הכלכליים הדרושים.<sup>29</sup> נמחיש את העניין באופן מתמטי.

נתחיל בהצגת המשתנים, נסמן את ההסתברות להיווצרות הסיכון (הסתברות לאיחור במתן מענה לילודת) ב- $Pa$ . את ההסתברות להתממשות הסיכון (ההסתברות שההתרחשות אכן תגרום לנזק) נסמן ב- $Pb$ . את עלות הנזק נסמן ב- $D$ . בהתאם לכך, תוחלת הנזק תהיה  $Pa \times Pb \times D = E$ . לבסוף, המשתנה  $S$  יסמן את עלות אמצעי הזהירות הנדרשים כדי למנוע את היווצרות הסיכון.<sup>30</sup>

מכיוון שבית המשפט קבע שבית החולים התרשל, ניתן להניח שתוחלת הנזק גדולה מעלות אמצעי הזהירות:<sup>31</sup>

$$E > S$$

הדרישה שתהיה קבוצה של ניזוקים והדרישה לסיכון חוזר ומשותף הן ביטוי להנחה שבמצבים אלה  $Pa$  גדל ומכאן ש- $E$  גדל. נכנה את ה- $E$  החדש המבטא את התוחלת כאשר מדובר בקבוצת ניזוקים ובסיכון חוזר ומשותף:  $E^*$ . מכאן נובע ש:

$$E^* > E$$

ולכן ההפסד המצרפי:

$$E^* - S > E - S$$

מכאן שההפסד המצרפי הופך לגדול יותר כאשר מדובר בקבוצת ניזוקים ובסיכון חוזר ומשותף. במצבים אלה השופט ריבלין מוכן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות, וניתן להבין שהדבר נעשה בין השאר לשם הקטנת ההפסד המצרפי. במצב זה מתעוררת השאלה, מדוע הגביל בית המשפט את החריגה מכלל מאזן ההסתברויות רק למצבים אלה אם הוא מוכן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת שיקולי יעילות כלכלית. ייתכנו מצבים גם במקרה היחיד שבהם ההפרש בין תוחלת הנזק לעלות אמצעי הזהירות

<sup>29</sup> על כך נסיף שלדעתנו ראוי שיינתן משקל בשאלת הטלת אחריות בנזיקין לשיקול כלכלי אך לא כשיקול בלעדי ואף לא כשיקול מוביל. אף שיש לשקול שיקול זה, יש לבחון את התועלת הכלכלית על פי קריטריונים ברורים ולצד פרמטרים מדויקים ככל האפשר. מבחן ההטיה הנשנית הוא מבחן ראוי המסייע בהגדלת התועלת הכלכלית, אך נראה כי הוא מצמצם יתר על המידה את מסגרת הטלת האחריות ובכך אינו משיג את התועלת הכלכלית האופטימלית.

<sup>30</sup> ניתן להניח שבמרבית המקרים עלות אמצעי הזהירות קבועה ואינה תלויה במספר הניזוקים.

<sup>31</sup> כאשר תוחלת הנזק (ראו לעיל הגדרה בהערה 24) גדולה מעלות אמצעי הזהירות הדרושים למניעתו, אי-נקיטת אותם אמצעים היא התרחשות (לפי נוסחת לרנד האנד. ראו לעיל הערה 20).

$(E - S)$  יהיה זהה לתוצאה במקרים קבוצתיים. הדבר תלוי בערכים המספריים בכל מקרה ומקרה. לשם המחשת העניין, ניתן דוגמה הכוללת שני מקרים: מקרה א' ומקרה ב'. מקרה א' הוא מקרה קבוצתי שבו יש כמה ניזוקים וסיכון חוזר ומשותף. מקרה ב' הוא מקרה יחיד. בשני המקרים נניח לשם הנוחות כי סל המאורעות מונה 100 מאורעות אפשריים:

מקרה	$Pa$	$Pb$	$D$	$E$	$S$	$E - S$
א'	0.04 (נניח שמדובר בקבוצה של ארבעה מאורעות שבהם מתעורר סיכון)	0.2	200,000 ₪	1,600 ₪	1,000 ₪	600 ₪
ב'	0.01 (שכן מדובר במקרה יחיד מתוך 100 מאורעות אפשריים)	0.4	400,000 ₪	1,600 ₪	1,000 ₪	600 ₪

המסקנה העולה מדוגמה זו היא שההפסד המצרפי עשוי להיות זהה בין שמדובר במקרה קבוצתי ובין שמדובר במקרה יחיד. מכאן שאם בוחנים את מחיר התאונה, אין עדיפות דווקא למקרים הנכללים במבחן ההטיה הנשנית.<sup>32</sup> אמנם ככל שהסיכון מופיע בתדירות גבוהה יותר, כך ההסתברות לאחריותו של הנתבע גדלה, אך בהתייחס לתמונה העובדתית השלמה, תוחלת הנזק עשויה להיות גדולה באותה מידה, גם כאשר הסיכון מופיע בתדירות נמוכה, או אפילו פעם אחת.

בית המשפט לא בדק בפרשת מלול מה ההפרש בין תוחלת הנזק לעלות אמצעי הזהירות שבית החולים נדרש להשקיע ואם אין מדובר בהפרש שמבחינה כלכלית מצדיק אף הוא (לפי הרציונאל הכלכלי שבמבחן ההטיה הנשנית) חריגה ממאזן ההסתברויות והכרה באחריות יחסית. הדבר ממחיש את בעיית המידע שבגישה הכלכלית בנזיקין, אשר לשם יישומה והגשמתה בית המשפט נדרש לנתונים מספריים רבים שלעתים אין הוא דורש שיוצגו לפניו ולעתים אף אין ביכולתו להשיגם.

#### ד. הקושי בהטלת אחריות יחסית לאור שיקולי צדק מתקן

בחינת סוגיית הסיבתיות העמומה לאור שיקולי צדק מתקן מעוררת אף היא קשיים,<sup>33</sup> ולדעתנו מביאה למסקנה ששיקולים אלה אינם מספקים מענה ראוי לשאלה אם יש להטיל אחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה. צדק מתקן משמעותו תיקון עיוות שנוצר בעקבות אינטראקציה בין שני פרטים לפי מתכונת אריתמטית.<sup>34</sup> ביסוד הצדק המתקן הנחה שהצדדים שווים זה לזה. אם הופר השוויון הבסיסי,

<sup>32</sup> הדבר נובע מכך שעלות הנזק וכן הסתברות התממשות הסיכון עשויות להיות שונות ממקרה למקרה.  
<sup>33</sup> לסקירה תמציתית בעניין עקרון הצדק המתקן ראו Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. TORONTO L.J. 349 (2002).  
<sup>34</sup> רונן פרי אופקים חדשים במשפט – ריקושטים כלכליים 456 (התשס"ב).



הנפגע רשאי לתבוע מהפוגע לתקן את העיוות.<sup>35</sup> צדק מתקן כולל שלושה יסודות עיקריים: דו-קוטביות, שוויון מוחלט וקורלטיביות. יסוד הדו-קוטביות משמעותו שהצדק המתקן מקשר בין שני צדדים בלבד, הצד שגרם נזק והצד שסבל נזק וכל רק עליהם.<sup>36</sup> דרישת הקורלטיביות משמעותה קורלציה בין רווח להפסד. הבסיס להטלת אחריות הוא "אחד גרם ואחד נגרם לו נזק".<sup>37</sup> השימוש במונחים של 'רווח' ו'הפסד' הוא מטפורי בלבד והמשמעות היא רווח והפסד נורמטיביים, כלומר אי-התאמה בין המצוי בידיו של צד מסוים לבין מה שצריך להיות בידיו לפי הנורמה החלה על האינטראקציה שבין הצדדים.<sup>38</sup>

השופט ריבלין אמר שיש פגיעה בצדק המתקן כאשר החלתו של כלל מאזן ההסתברויות מביאה בעקבות לעיוות בהטלת האחריות הנזיקית ולהכרעות שיפוטיות שגויות, ולכן הכיר במעבר לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות. השופט ריבלין הסביר שהטלת אחריות בחסר או ביתר נוגדת את העיקרון שלפיו על המזיק לפצות את הניזוק בגין הנזק שנגרם לו בעוולה.<sup>39</sup> לגישתו, במצבים של הטלת אחריות בחסר או ביתר, הקשר הדו-קוטבי שבין הניזוק לבין המזיק שפגע בו אינו מקבל את ביטוי הראוי מבחינת עקרון הצדק המתקן ומצב הדברים לאחר הפעלת המנגנון הנזיקי אינו חוזר לקדמותו.<sup>40</sup>

השופט ריבלין גרס שמבחן ההטיה הנשנית יכול להשיג את התוצאה הקרובה ביותר האפשרית לצדק מתקן,<sup>41</sup> עקב המעבר לבחינת העניין במישור הקבוצתי, וכן עקב הניסיון להטיל אחריות על מזיק שגרם נזק בפועל (לעומת המקרה היחיד שבו עלולה להיות מוטלת אחריות יחסית על נתבע שלא גרם לנזק כלל). עם זאת, לדעתנו, התבוננות במבחן ההטיה הנשנית לאור עקרון הצדק המתקן מביאה למסקנה אחרת. אמנם הבחינה במישור הקבוצתי עשויה להביא לוודאות גבוהה יותר שהנתבע אחראי לגרימת נזק בפעולתו הרשלנית לאחד מחברי הקבוצה, אך הקשר הסיבתי הוא עדיין "הסתברותי". יותר מכך, **כאשר הבחינה נעשית לאור קבוצה ולא לאור המקרה היחיד, אנו חורגים מגבולות הצדק המתקן, שכן כפי שצינו לעיל, ביסודו של הצדק המתקן הדרישה לדו-קוטביות.** מצב המקיים את מבחן ההטיה הנשנית עשוי להביא למתן פיצויים גם למי שלא סבל נזק מהנתבע כלל. אמנם השופט ריבלין היה מודע לכך שאין מדובר בהשגה של צדק מתקן במלואו וכפשוטו ואף ציין זאת.<sup>42</sup> לגישתו, חוסר היכולת להבחין בין ניזוקים עלול להביא לכך שחלקם יפוצו על נזקים שמקורם אינו בעוולה. למרות זאת, לטענתו של השופט ריבלין, בנוגע לכלל קבוצת הניזוקים ניתן לומר שכלל של פיצוי-לפי-הסתברות משיג צדק מתקן.<sup>43</sup>

נראה שעקרון הצדק המתקן אינו מביא אף למסקנה שיש להטיל אחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה במקרה יחיד. אמנם לדעת השופט נאור ניתן לאמץ הגדרה של עקרון הצדק המתקן המותאמת למצבים של סיבתיות עמומה, ומשיגה קירוב מרבי לעקרון הצדק המתקן.<sup>44</sup> בכך הסכימה

35 ש.ם.

36 ש.ם, עמ' 461.

37 ש.ם עמ' 464.

38 ש.ם.

39 פרשת **מלול**, לעיל הערה 4, פס' 23 לפסק דינו של השופט ריבלין.

40 ש.ם.

41 ש.ם, פס' 24.

42 ש.ם.

43 ש.ם.

44

השופט נאור הציעה לאמץ הגדרה המותאמת למצבים של סיבתיות עמומה כחלופה לזיהוי עקרון הצדק המתקן עם רעיון האחריות האישית של המזיק. נאור ציינה שאם מזהים את עקרון הצדק המתקן עם רעיון האחריות האישית של

השופטת נאור לדעת השופט ריבלין, אך סברה שגם על יסוד ההגדרה המרוכבת של צדק מתקן יש הצדקה לפיצוי-לפי-הסתברות גם במקרה היחיד.<sup>45</sup> השופטת נאור סברה שניתן לאמץ הגדרה של צדק מתקן המתמקדת בתיקון מסוים של מצב הניזוק גם על חשבון הגורם שהתרשל. לפי הגדרה זו, גרסה השופטת נאור, הגורם שהתרשל נמצא בעמדת נחיתות. לאחר שהוכחה התרשלותו אין עוד שוויון בינו לבין הניזוק.<sup>46</sup> אך הגדרה זו של השופטת נאור אינה מתיישבת עם יסודות הצדק המתקן. ראשית, עקב אי-הוודאות בנוגע לקיומו של קשר סיבתי, דרישת הדו-קוטביות לא בהכרח מתקיימת, שכן יש ספק אם יש צד שגרם נזק. נוסף על כך אין מתקיימת דרישת הקורלטיביות שבצדק מתקן, שכן הנתבע אינו מפצה על הנזק שהוא גרם אלא על נזק שהוא גבוה מהנזק שהוא גרם (שכן ייתכן שהוא לא גרם נזק כלל) או על נזק הפחות מזה שהוא גרם (שכן אם מתקיים קשר סיבתי, אזי הנתבע גרם למלוא הנזק).

לבסוף, השימוש המנוגד של השופטים בעקרון הצדק המתקן ממחיש את המסקנה ששיקולי צדק מתקן אינם מספקים מענה ראוי וברור לשאלה אם יש להטיל אחריות יחסית במצבים של סיבתיות עמומה.<sup>47</sup>

## ה. הערך שבסיכוי

### 1. ההצדקה התיאורטית

ההצדקה התיאורטית בהגנה על הסיכוי נשענת על שני רציונאליים מרכזיים. הראשון מתבסס על ההנחה שגם כאשר התוצאה איננה ודאית או אף רחוקה מלהיות ודאית, אדם יהיה מוכן לשלם מחיר יקר בעד "עצם הסיכוי להשגת תועלת או להימנע מנזק".<sup>48</sup> סיכוי להחלים ממחלה או לגלות אותה בזמן,<sup>49</sup> סיכוי להצליח בתביעה, סיכוי לזכות בהגרלה וסיכוי להשלים עסקה הוא אינטרס בעל ערך לאדם.<sup>50</sup> כלומר, יש להניח שהסיכוי להשיג תוצאה עדיפה יותר הוא כשלעצמו בגדר נכס בידי האדם,<sup>51</sup> נכס הזכאי להגנה משפטית.<sup>52</sup> לפיכך, בשעה שאדם אחר פגע ברשלנות בנכס זה, יהיה עליו לפצות את הניזוק על פי ערכו הכלכלי האובייקטיבי של הסיכוי שאבד.<sup>53</sup>

---

המזיק, הרי הטלת אחריות על המתרשל במצב של סיבתיות עמומה בנוגע לעצם גרימת הנזק חותרת תחת עקרון הצדק המתקן. ראו פרשת **מלול**, לעיל הערה 4, פס' 47, 48 לפסק דינה של השופטת נאור.

45 שם, פס' 49.

46 שם, פס' 51.

47 כמו כן הדבר ממחיש ש"ריכוך" מושג פורמלי עשוי לאפשר ולהביא לשימוש אינסטרומנטלי, וכך אף עשוי להתפרש "ריכוך" הצדק המתקן בפרשת **מלול**.

48 לדוגמה, אדם הרוכש כרטיס לוטו, יהיה מוכן לשלם סכום נוסף של כסף בשביל הניסיון "לנחש" מספרים נוספים אשר יגדילו את סיכויי הזכייה שלו, אף שהזכייה רחוקה מלהיות ודאית עקב כך. אדם יהיה מוכן להקריב את הנוחות שבנסיעה ברכבו הפרטי לטובת נסיעה ברכבת כדי להפחית את הסיכון לאחר לפגישה עסקית עם לקוח פוטנציאלי עקב פקקי תנועה, אף שברור לו שיתכן מאוד שפגישה זו לא תשיא רווחים כלל.

49 Joseph H. Jr. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L.J. 1353, 1382 (1980)

50 David A. Fischer, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, 36 WAKE FOREST L. REV. 605, 617 (2001) (להלן: פישר).

51 שם, בעמ' 618.

52 ע"א 679/82 עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ, תק-על 88(2) 634, בפס' 8 (1988) ("עקרונות ניתן להעריך סיכויים ואף סיכוי הנופל מחמישים אחוזים זכאי לפיצויים [...]").

53 פורת, לעיל הערה 20, בעמ' 632. נניח הגרלה שבה משתתפים צריכים לנחש מספר מסוים מתוך טווח של מספרים. אולם, מספר אחד לא הוכנס למכונת ההגרלה בשל התרשלות המארגנים. במצב זה, ההכרה בסיכוי תביא לכך שלכל משתתפי ההגרלה אשר "ניחשו" את אותו מספר שנשכח, תקום זכות תביעה לפיצוי על סיכויי הזכייה אשר אבדו עקב התנהגותו

הרציונאל השני מתבסס על ההנחה שההתעלמות מהפגיעה בסיכוי כשלעצמו מביאה לתוצאות לא הוגנות ולא צודקות.<sup>54</sup> נניח לדוגמה מצב שבו היו לתובע סיכויי החלמה בשיעור של 45%, ועקב טיפול רפואי רשלני רשלני סיכויי החלמתו של התובע ירדו ל-5%. על פי כללי הרשלנות המסורתיים, תובע זה לא יזכה לפיצוי על אי-החלמתו, מכיוון שלעולם לא יעלה בידו להוכיח במאזן ההסתברויות שאילולא ההתנהגות הרשלנית הוא היה מחלים.<sup>55</sup> לעומת זאת, תובע שסיכויי החלמתו היו בשיעור של 55% לפני הטיפול הרשלני, יזכה לפיצוי מלא מכיוון שהוא יהיה מסוגל להוכיח שאילולא ההתרשלנות, היה סיכוי סביר יותר שיחלים משלא יחלים. על פי רציונאל זה, ההבחנה בין שני מטופלים אלו איננה צודקת.<sup>56</sup> כאשר לסיכוי יש ערך כשלעצמו, אדם יהיה זכאי לפיצוי על הנזק שהוא סבל, הנובע מחומרת ההתרשלנות, בלי קשר למצבו הקודם.<sup>57</sup>

ההבחנה החשובה ביותר שההכרה בפגיעה בסיכוי כנזק כשלעצמו מציעה, נוגעת לתפקידו של הסיכוי כמרכיב של הערכה (Valuation) לעומת מרכיב של סיבתיות (Causation).<sup>58</sup> באופן זה, הסיכוי עצמו משמש מרכיב בתהליך של הערכת הנזק,<sup>59</sup> ולא מרכיב הקובע את התקיימות הקשר הסיבתי.

## 2. אחריות לפגיעה בסיכוי לעומת אחריות יחסית<sup>60</sup>

בהנחה שהסיכוי הוא אכן אינטרס מוגן, האם ניתן לומר שגם דוקטרינת האחריות היחסית מגנה על הסיכוי עצמו? במה שונה דוקטרינת הפגיעה בסיכוי מדוקטרינת האחריות היחסית?

**ראשית**, הטלת אחריות יחסית חותרת הלכה למעשה תחת הכלל הבסיסי הדורש עמידה במאזן ההסתברויות. לפי הכלל של הטלת אחריות יחסית, הנטל על שכמו של הניזוק הוא להוכיח את ההסתברות שנגרם נזק עקב התנהגותו העוולתית של המזיק, בלי דרישה ששיעור ההסתברות יהיה גבוה

---

העוולתית של מפעל הפיס. כלומר, אם נניח ששכום הזכייה היה 1000 ש"ח, ובהגרלה השתתפו כ-1000 משתתפים, ערכו של סיכוי הזכייה אשר צריך להשתלם כפיצוי לכל אחד מאותם "ניזוקים" מסתכם ב-1 ש"ח לכל אחד. המצב שונה מעט כאשר העניין נוגע לנזקי גוף, ועולה שאלת אופי חישוב ערכו של הנזק: אובייקטיבי או סובייקטיבי. ברמת העיקרון, הדעה הרווחת היא שיש לפצות לפי האומדן האובייקטיבי. ראו אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הניזוקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט(4) 243, 247-249 (התשמ"ג).

רע"א 9488/02 שחר נ' גד, תק-על 2005(1), 3687, 3688 (2005) ("במצבים הראויים לכך מביאה חלוקת האחריות לתוצאה צודקת ומוסרית יותר מהכרעה המטילה את מלוא האחריות על צד אחד, ופוטרת את הצד האחר מכל וכל").

William D. Fletcher Jr. and Jeffrey J. Clark, *The Need for the Uniform Adoption of the Loss of Chance Doctrine in Delaware*, 1 DEL. L. REV. 241, 261-262 (1998).

Todd S. Aagaard, *Identifying and Valuing the Injury in Lost Chance Cases*, 96 MICH. L. REV. 1335, 1335-1336 (1997).

Howard R. Feldman, *Chances as Protected Interests: Recovery for the Loss of a Chance and Increased Risk*, 17 U. BALT. L. REV. 139, 159 (1987-1988).

Joseph H. King, Jr., *Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*, 28 U. MEM. L. REV. 492, 519-515 (1998) ("Courts in some cases seem to have fallen into a semantic trap in their analysis of the causation-valuation dichotomy by insisting on a literal definition of 'chance.' To varying degrees, these cases have preempted the loss-of-a-chance doctrine by applying causation principles to some components of the victim's lost prospects. The end result is essentially a finding that the victim probably had no chance, or at least that the plaintiff failed to introduce sufficient evidence that the victim had a real chance.")

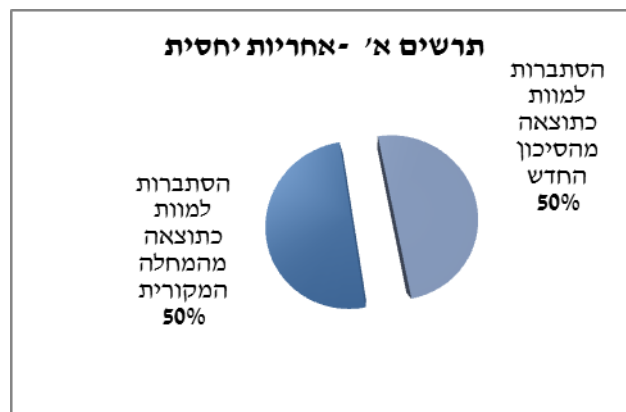
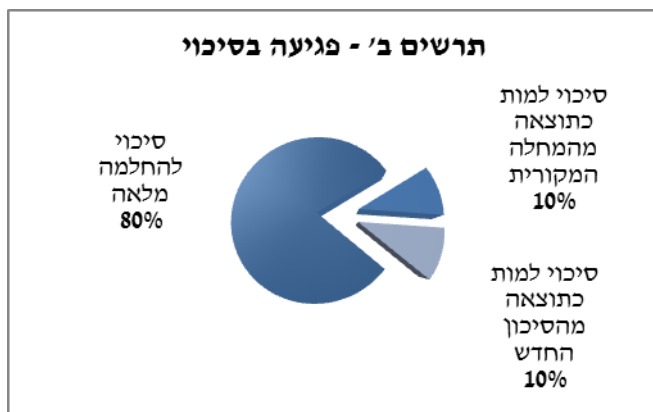
יש המבחינים בין מצבים שבהם "המזיק" מפחית את סיכויי החלמה של "הניזוק" מסכנה קיימת, ובין מצבים שבהם "המזיק" מגביר את הסיכון של הניזוק להיפגע בעתיד. נושא זה והשלכותיו חורגים מהיקפה של הארה זו, אך נציין כי משעה שהסיכוי הוכר כאינטרס אשר עליו יש להגן, אין נפקות מבחינה תיאורטית להבחנה בין סיכוי שאבד עקב מניעה של סיכוי החלמה או עקב הגברה של סיכון לחלות.

חלק זה מבוסס על ניתוחו של שונר, לעיל הערה 26, בעמ' 186-191.

מ-50%. כלל זה הוא שינוי גורף של כללי הראיות במשפט האזרחי,<sup>61</sup> דרישת הוודאות המשפטית והכללים המסורתיים של דיני הראיות.<sup>62</sup> לעומת זאת, הכרה בראשי נזק חדשים היא במסגרת סמכותו של בית המשפט; כאשר הנזק הוא הפגיעה בסיכוי עצמו, השוני היחיד הוא ההכרה בראש נזק חדש: הפגיעה בסיכוי.<sup>63</sup> הניזוק עדיין ייאלץ לעמוד בנטלי הראיות הסטנדרטיים בהוכחת הרשלנות, אולם הקשר הסיבתי שיידרש להוכיח הוא בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק החדש - הפגיעה בסיכוי.

**שנית**, כשלא נגרם נזק כלל או כשהנזק צפוי בלבד, על פי כלל האחריות היחסית אין מקום להטיל אחריות כלל. אולם אם הסיכוי עצמו הוא נכס בר פיצוי, מבחינה תיאורטית אין מקום להבחין בין מצב שבו נפגע הסיכוי ובסופו של דבר התרחש נזק, לבין מצבים שבהם הנזק רק צפוי או אינו צפוי כלל.<sup>64</sup>

**שלישית**, סוגיית הנזק תשפיע על שיעור הפיצוי. ננית, למשל, מטופל אשר סבל ממחלה מסוימת שסיכויי התמותה ממנה עומדים על 10%, ועקב הליך רפואי רשלני אשר חשף את המטופל לסיכון נוסף, סיכויי החלמתו פחתו, וכעת עומדים על 80%. במצב זה, התפלגות הסיכונים היא: 80% שהמטופל יחלים, 10% שהוא ימות עקב המחלה ו-10% שהוא ימות עקב הסיכון שאליו הוא נחשף ברשלנות. מכאן, אם בסופו של דבר ימות המטופל, על פי כלל האחריות יחסית, יורשיו יהיו זכאים ל-50% מהנזק שנגרם (ראו תרשים א').<sup>65</sup> מנגד, על פי דוקטרינת הפגיעה בסיכוי, יורשיו יהיו זכאים לפיצוי בשווי הפגיעה בסיכוי עצמו – 10% בלבד.



61 שם.  
 62 שם. גם הפסיקה בפרשת מלול הכירה בסייגים מסוימים לאימוץ כלל זה.  
 63 כפי שנראה בהמשך, למעשה אין מדובר כלל בראש נזק חדש, אלא בדוקטרינה אשר השתרשה בפסיקה הישראלית משנות השמונים ואילך.  
 64 ראו דיון בשאלת הנזק הצפוי בסעיף 3 לפרק זה.  
 65 מכיוון שהיה למטופל סיכוי של 20% למות, מתוכם 10% שהוא ימות מעצם מחלתו ו-10% שהוא ימות עקב הסיכון שאליו הוא נחשף בעת הטיפול הרפואי.

## 1. דוקטרינת הפיצוי בגין הגברת סיכון ואבדן סיכוי

### 1. הפסיקה הישראלית

בשלהי שנות השמונים הכיר בית המשפט העליון לראשונה במפורש בדוקטרינת אבדן סיכויי החלמה. בפרשת פאתח<sup>66</sup> עסק בית המשפט בתביעת רשלנות אשר התבססה על טענה שרופא התרשל באי-גילוי של ליקוי רפואי בעת ניתוח ובכך הפחית את סיכויי החלמתו של המטופל. בית המשפט מפי השופט לוין קבע כי:

"מקובלת עלי ההשקפה, שאובדן סיכויי החלמה, שנגרם עקב הרשלנות, יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק בר-פיצוי. [...] 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 [...] עדיין לא זנחנו את דיני הראיות, שכן את קביעת מידת הסיכון יש לקבוע לפי מבחן עודף ההסתברויות או לפי אומדן."<sup>67</sup>

בית המשפט קבע כי אבדן הסיכוי הוא נזק עצמאי אשר אותו ואת מידתו צריך להוכיח במאזן ההסתברויות.<sup>68</sup> יתרה מזו, בפסיקתו עמד השופט לוין על העיקרון הבסיסי שלמעשה אומדן הסיכוי אינו משרת פונקציה של קביעת סיבתיות אלא של הערכה. לאחר הכרעה זו, אימצו בתי משפט מחוזיים את הדוקטרינה ופסקו פיצוי על פי הלכת פאתח בעיקר במצבים של אי-גילוי בעיה רפואית בזמן.<sup>69</sup> אולם במקרים שבהם היה בידי התובע לעמוד בנטל ההוכחה גבוה מ-50%, נטו לרוב ללכת על פי הכלל המסורתי ולפסוק פיצוי מלא.<sup>70</sup>

הלכת פאתח אושרה לאחר מכן בפסקי דין נוספים,<sup>71</sup> ובהם בפרשת אבו סעדה.<sup>72</sup> השופט שטרסברג-כהן קבעה שם כי כאשר אי-אפשר לקבוע את הסיכוי במדויק, ניתן על דרך האומדן להעמיד את אבדן הסיכוי על 50%.<sup>73</sup> לעומת גישה רחבה זו, זמן מה לאחר מכן, בפרשת יהונתן כהן,<sup>74</sup> נחלקו

66 ע"א 231/84 קופת-חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, 320 (1988). שם.

67 כלומר, להוכיח שאכן הסיכוי הופחת.

68 ראו, למשל, ת"א (ת"א) 3880/85 כץ נ' גרוד, פ"מ תשי"ו (2) 485; ת"א (מחוזי ת"א) 2680/89 דה בוטון נ' מדינת ישראל, תק-מח(3) 96, 3743 (1996); ת"א (מחוזי י-ם) 373/94 סלמן נ' ד"ר סבירסקי, תק-מח(3) 96, 1910 (1996).

70 ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 942/88 כלפון נ' קופת-חולים של ההסתדרות, תק-מח(3) 1990, 740 (1990), שם נידונה השאלה של פסיקת פיצוי חלקי אף שהתובע עמד בנטל ההוכחה במאזן ההסתברויות: "[...] אולם מה הדין במקום שהנפגע הוכיח על-סמך עודף ההסתברויות את קיומו של הקשר הסיבתי? לפי הגיונם של דברים שיטת חישוב הנזק אינה משתנה גם במקרה כזה. אולם השאלה אינה פשוטה. הלא גם אם המימצא מתייחס למה שהיה קורה בעתיד לו המזיק לא היה מתרשל, עדיין הקשר הסיבתי בין הרשלנות לנזק הינו בגדר עובדה, שאם הוכחה זכאי הנפגע לפיצוי מלא. נטיית מאזן ההסתברות לטובתו מבטאה רק את מידת ההוכחה הדרושה למשפט אזרחי [...] יהא דבר זה כאשר יהא, במקרה שלפנינו הוכח כי סיכויי התובעת להבריאה היו טובים יותר מן הנלמד מהנתונים הסטטיסטיים".

71 בפרשת רחמן, לדוגמה, ניתן להבחין באימוץ גישה שאינה מגבילה את תחולת הדוקטרינה למקרים שבהם אי-אפשר להוכיח את יסודות העוולה במאזן ההסתברויות. שם ניתן לראות שהזכות לפיצוי בגין אבדן סיכוי הוכרה גם כאשר התובע יכול לצלוח את מאזן ההסתברויות במקרים שבהם ההסתברות לנזק גבוהה מ-50% (ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (1995)).

72 ע"א 1892/95 וערעור שכנגד אבו סעדה נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704 (1997).

73 שם.

74 ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נג(2) 680 (1997).

השופטים בעניין תחולתה של הדוקטרינה שכבר החלה לקנות שביתה.<sup>75</sup> במקרה זה העניין נסב על הגברת סיכון ולא על אבדן סיכויי החלמה. לעומת גישתה העקיבה של השופטת שטרסברג-כהן אשר לא ראתה צורך להבחין בין אבדן הסיכוי להגברת הסיכון, שופטי הרוב הביעו התנגדות לא רק לעניין הגברת סיכון אלא אף לתחולתה של הדוקטרינה בכלל. באותה הפרשה שורש ההנמקה נגע בעיקר לחולשת החומר הראייתי, אך הנמקתו של השופט ברק רוויה ספקנות אף באשר לתחולתה של הדוקטרינה. לעומתו, השופטת ביניש אמנם ציינה כי "כבר צעדנו לקראת אותה גישה בעצם ההכרה בראש נזק של אובדן סיכויי החלמה", אך ההכרה בהגברת סיכון נראתה לה מרחיקת לכת. היו שראו בפסיקה זו סממן מסוים להיחלשותה של הדוקטרינה.<sup>76</sup> מאידך גיסא, בפרשות אחרות<sup>77</sup> ואף בבית המשפט העליון, המשיכו לראות בה כגישה אשר קנתה מעמד מבוסס במשפט המקובל הישראלי.<sup>78</sup>

## 2. משפט משווה

בארה"ב, כאשר מדובר במקרה הפשוט של עמימות סיבתית, הנוגע לשאלה אם המזיק גרם או לא גרם לנזק, המבחן המהותי הוא מבחן הסיבה שאין בלתה (But-For Test). עם זאת, במקרים מסוימים בתי משפט בארה"ב פיתחו פתרונות שיפוטניים נוספים למצבים אלה. במקרים מסוימים כאשר יסוד ההתרשלות הוכח וכאשר התובע השקיע את מרב המאמצים בהבאת הראיות, בחרו בתי משפט לרכז את הנטל המוטל על הנתבע.<sup>79</sup> הקלה זו התבטאה באופן שבו מושבעים לעתים הונחו להסתפק בשאלה אם מדובר בגורם מהותי (Substantial Factor) לגרימת הנזק (בשונה מהשאלה אם מדובר בגורם ממשי לנזק),<sup>80</sup> או כאשר רטוריקת בית המשפט הייתה מלווה בנטייה כללית לטובתו של התובע משיקולי מדיניות.<sup>81</sup> במקרים מצומצמים השתמשו בתי המשפט ב"חזקת סיבתיות" (Presumption of

<sup>75</sup> ראו למשל: ת"א (מחוזי י-ם) 136/93 פאר נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, תק-מח 297(2), 967 (1997); ת"א (מחוזי י-ם) 1044/96 יעיש נ' מדינת ישראל, תק-מח 298(2), 2636, 2637 (1998).

<sup>76</sup> ראו, לדוגמה, ת"א (י-ם) 767/95 יוספוף נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, פ"מ התש"ס(1), 529, 552 [...] הדעה המובעת שם [בפרשת יהונתן כהן] אינה מהווה, לעת הזו, הלכה מחייבת, שכן מדובר בדעת יחיד שלא אומצה על-ידי יתר חברי ההרכב. כוונתנו באמור מתייחסת להרחבה בנושא חלוקת האחריות, להבדיל מהחלת חלוקת הסיכונים בנושא הערכת שיעור הנזק, לפי הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה בע"א 6643/95 הנ"ל קבע כבוד הנשיא ברק, כי לנושא ראש הנזק של הגברת הסיכון אין הוא מביע כל עמדה לגופו של עניין. כבוד השופטת ביניש, אף אם נטתה לגישת חברתה, לא הצטרפה לבסוף לדעתה [...]. כך גם בבית המשפט העליון, בפרשת ואתורי ולאחריו בפרשת דעקה, נדונו מקרים שבהם לא נמסר למטופל מידע מספק על הסכנות הצפויות מטיפול רפואי מסוים ומנעו ממנו ברשלנות את הבחירה בטיפול אחר אשר היה בכוחו למנוע את הנזק. בפרשת ואתורי הרטוריקה הצביעה במפורש על פרשנות המקרה כסוגיה של פיצוי על אבדן סיכוי, אולם בפרשת דעקה, לאחר מכן, דעת הרוב נטתה לפרש זאת כמקרה שבו ניתן לאפיין את הנזק כפגיעה באוטונומיה של החולה (ראו והשוו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997) ו-ע"א 2781/93 דעקה נ' ביי"ח "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1998)).

<sup>77</sup> ראו, לדוגמה, ת"א (מחוזי חי') 786/95 עדי נ' בן-דוד, תק-מח 2000(2), 1102 (2000); ת"א (מחוזי י-ם) 1386/97 אלחנתי נ' מדינת ישראל, תק-מח 2000(3), 11370 (2000) ("על הלכה זו נמתחה אמנם ביקורת, ואולם היא עומדת בתוקפה"); ת"א (מחוזי י-ם) 1334/98 מור נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, תק-מח 2000(3), 10537 (2000); ת"א (מחוזי י-ם) 1578/98 מור נ' הסתדרות מדיציניית הדסה, תק-מח 2001(3), 285 (2001).

<sup>78</sup> בפרשת גיל קבע השופט אור, בהסכמת השופטים אנגלרד וריבלין, כי: "[...] סביר להניח גם, שהתפתחות הגידול הקטינה את סיכויי ההחלמה ממנו, ואובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול לשמש כנזק בר-פיצוי [...] דעה זו השתרשה בפסקי-דין אחרים של בית-משפט [...] המצב שמדובר בו [...] כשקיים קושי רב להחליט מהו חלקה של הרשלנות בגרימת הנזק. בנסיבות אלה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות הרופאה לגובה הנזק על דרך האומדנה [...]". ראו ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד נד(2), 38, 46 (2000).

<sup>79</sup> DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS § 173, at 421 (2000); Saelzler v. Advanced Group 400, 23 P.3d 1143 (Cal. 2001); Mayhue v. Sparkman, 653 N.E.2d 1384 (Ind. 1995)

<sup>80</sup> Wex S. Malone, *Ruminations on Cause-in-Fact*, 9 STAN. L. REV. 60, 94-97 (1956); RICHARD A. EPSTEIN, CASES AND MATERIALS ON TORTS 465-466 (8th ed. 2004)

<sup>81</sup> Kwasny v. United States, 823 F.2d 194 (7th Cir. 1987) ;ם

Causation) כאשר היה מדובר במקרים שהוגדרו כרשלנות Per Se, לפיהם בעת ההתרשלות הפר הנתבע סטנדרט סטטוטורי של זהירות או הוראת בטיחות.<sup>82</sup>

סוגיית הגברת הסיכון, במיוחד בנוגע לאחריות למוצרים וחשיפה לרעלים (Toxic Substances) היא אחד הנושאים הבולטים ביותר בפסיקה ובכתיבה האקדמית האמריקנית. סקירת תחום זה והתפתחותו רחבה מהיקפה של הארה זו. בתי משפט פיתחו משטרי אחריות למיניהם ומבחיני סיבתיות כדי לקבוע את היקף האחריות ואת התקיימותה.<sup>83</sup> עם זאת, על אף הגמישות והיצירתיות שגילו בתי המשפט, הכלל המנחה את הניתוח הסיבתי הוא עדיין כלל הסיבה שאין בלתי (But-For Test).<sup>84</sup>

דוקטרינת אבדן הסיכוי החלה להתגבש כאחד הפתרונות הבולטים למקרים אלה בנוגע לרשלנות רפואית, ופיצוי בגין אבדן הסיכוי קיבל תמיכה רבה בשנים האחרונות בבתי משפט בארה"ב.<sup>85</sup> כך, בתי המשפט ביותר מ-20 מדינות הכירו באבדן סיכוי כנוק עצמאי בר פיצוי.<sup>86</sup> על פי ה- Restatements (Third) of Tort, רוב בתי המשפט שהכירו באבדן הסיכוי כנוק עצמאי, הגבילו את עילת התביעה למקרים של רשלנות רפואית.<sup>87</sup> נוסף על כך, גובשו שלושה תנאים להפעלת הדוקטרינה: (א) קיום מערכת חוזית הסכמית בין המטופל לרופא או למוסד המטפל;<sup>88</sup> (ב) ראיות אמפיריות סבירות בנוגע להסתברות לאומדן הסיכוי שאבד; (ג) התובע לא יוכל להוכיח במאזן ההסתברויות את הקשר הסיבתי.<sup>89</sup>

ניתן להניח שהשיקולים המרכזיים בהגבלות שבפסיקה בארה"ב נוגעים בעיקר לשיקולי פיזור הנזק המתעוררים לרוב בתביעות רשלנות רפואית כנגד חברות ביטוח רשלנות רפואית.<sup>90</sup> במקרים אלה הנזק ממוקד יותר וישנם סיכויים פחותים שהנזק נובע מגורמים אחרים;<sup>91</sup> נתונים אמפיריים סבירים

Graham v. Am. Cyanamid Co., 350 F.3d 496 (6th Cir. 2003); Zuchowicz v. United States, 140 F.3d 381, 390-391 (2d Cir. 1998) 82

ראו, לדוגמה, Golden v. CH2M, 528 F.3d 681, 683 (9th Cir. 2008) 83

לסקירה כללית ראו David E. Bernstein, *Getting to Causation in Toxic Tort Cases*, 74 BROOK. L. REV. 51 (2008-2009) 84

JOHN DIAMOND, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* (American Casebook Series and Other Coursebooks), 242-250 (2001); Matsuyama v. Birnbaum, 890 N.E.2d 819, 832 (Mass. 2008); Lord v. Lovett, 770 A.2d 1103 (N.H. 2001); Alberts v. Schultz, 975 P.2d 1279 (N.M. 1999); Jorgenson v. Vener, 616 N.W.2d 366 ((S.D. 2000) 85

Tory A. Weigand, *Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments*, 70 DEF. COUNSEL. J. 301 (2003). במקרים מסוימים הכירו בתי משפט בדוקטרינה בטהרתה – קרי שאין שום דרישה מהותית שצריכה לאפיין את הסיכוי שאבד (לדוגמה, Lord v. Lovett, 770 A.2d 1103 (N.H. 2001) ואף במדינות מסוימות הכירו בזכאות לפיצוי גם במקרה שבו טרם נגרם נזק ממשי כלל. במדינות אחרות נדרש שהפגיעה בסיכוי תהיה פגיעה "מהותית" (Substantial). במדינת קנזס נקבע, לדוגמה, שפגיעה של 10% היא פגיעה מהותית אם היא הסתיימה במוות, ובמקרה מוקדם הרבה יותר, פסק בית המשפט העליון בוושטינגטון, אשר הלך באותה דרך, ש-14% הם פגיעה בסיכוי במידה מספקת לפיצוי בגין הפגיעה בסיכוי. ראו, לדוגמה, *Herskovits v. Group Health Co-op. of Puget Sound* 664 וגם *Pipe v. Hamilton* 56 P.3d 823 (Kan., 2002) p.2d 474 (wash. 1981) 86

Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm § 26 cmt. n (2010) 87  
a contractual relationship exists between patient and physician (or physician's employer), in which "the raison d'être of the contract is that the physician will take every reasonable measure to obtain an optimal outcome for the patient" 88

שם. 89

Boaz Shnoor, *Loss Of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference Between Medical Negligence and Toxic Torts*, 33 AM. J. TRIAL ADVOC. 71, 85-86 (2009) 90

שם, בעמ' 87. 91

ואמינים זמינים לרוב בענף הרפואה,<sup>92</sup> וכן מערכת יחסים ישירה ואישית של הסכמה והתחייבות נקשרה בין הרופא למטופל. זאת ועוד, כפי שנראה בהמשך, הגבלת עילה זו רק למקרים שבהם סיכויי המקוריים של התובע עמדו על פחות מ-50%, מונעים למעשה מאדם אשר צלח את מאזן ההסתברויות וקיבל פיצוי על נזקו, לתבוע שוב ובנפרד פיצוי על הפגיעה בסיכוי עצמו.

באנגליה, המקרה המפורסם בעניין *Gregg v. Scott* הוא אמנם האסמכתה העיקרית לדחיית דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה על ידי בית הלורדים,<sup>93</sup> אך גם בה וגם במדינות אחרות ב-Commonwealth, הכירו בפיצוי על אבדן סיכוי בנוגע לתביעות נזק כלכלי טהור אשר נגרם ברשלנות.<sup>94</sup>

בהקשר זה מעניינת עמדת מערכת המשפט האוסטרלית. שם אמנם טרם נדרש בית המשפט העליון להכריע בעניין מבחינה עקרונית, אך בשורה של מקרים משנת 2004 ואילך,<sup>95</sup> פסיקת פיצוי על אבדן סיכוי החלה לצבור תמיכה במגוון ערכאות,<sup>96</sup> ולא רק במקרים של רשלנות רפואית. בעניין *Burton*,<sup>97</sup> לדוגמה, נקבע כי על המדינה לשלם פיצוי על אבדן סיכוי לשוטר אשר לקה במצוקה פוסט-טראומטית לאחר אירוע ירי. בית המשפט קבע כי על המדינה לפצות את השוטר משום שנהגה ברשלנות כאשר לא סיפקה לשוטר ייעוץ פסיכולוגי, ובכך הגבירה את סיכויי ללקות במצוקה.

### 3. הלכה למעשה

אמנם מעמדה של דוקטרינת אבדן הסיכוי התבסס במשפט הישראלי ובמדינות רבות,<sup>98</sup> אולם כמה בעיות מהותיות עולות מהפסיקה ומציבות אתגרים תיאורטיים ומעשיים לאימוץ הדוקטרינה, ועליהן ננסה להשיב בפרק זה. הבעיה הראשונה נוגעת לנטל הראייתי הנדרש, כפי שנדון בפרשת **יהונתן כהן**.<sup>99</sup> הבעיה השנייה נוגעת לאפשרות הפיצוי במצבים שבהם התובע יכול להצליח גם בתביעת רשלנות רגילה. הפסיקה בישראל, בדומה לפסיקה בארה"ב, הכירה בכלל הקובע כי מעת שהורם נטל ההוכחה במאזן ההסתברויות, תידחה דוקטרינת אבדן הסיכוי מפני הכלל המסורתי.<sup>100</sup> הבעיה השלישית, עניינה שאלה שלא הוכרעה בפרשת **יהונתן כהן**, והיא נחיצותו של נזק.

92 שם, בעמ' 90.

93 על אף דעת מיעוט אוהדת של הלורד ניקולס, קבע בית הלורדים שיהיה זה שינוי דרסטי של דיני הרשלנות הרפואית והרשלנות בכלל, וכי הכרה בראש נזק זה תפגע בוודאות ותגרום להשלכות פיננסיות אשר יהיה קשה לצפותן.

94 פישר, לעיל הערה 50, בעמ' 642 - 648.

95 *Rufo v Hosking* [2004] NSWCA 391; *Tabet v Mansour* [2007] NSWSC 36

96 *James Tibballs, Loss of Chance: A New Development in Medical Negligence Law*, 187 MJA 233(2007)

97 *State of New South Wales v Burton* [2006] NSWCA 12

98 גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – תרופות** 447 (2009), וכן הנדון בפרק ו.2.

99 זמן לא רב לפני פרשת **מלול**, בעניין **קרישוב**, נדונה תביעה של עובד בסדנה אשר במהלך עבודתו נחשף לעבודה באסבסט, ולטענתו לקה בשל כך בסרטן. בידי התובע לא היו למעשה ראיות ממשיות לקשר בין עבודתו למצבו הרפואי, אך הוא סמך ידיו על העובדה ששישה מתוך 14 עובדים אשר עבדו באותה סדנה נפטרו מסרטן. השופט נאור דחתה את תביעתו בקבעה כי: "[...] לא הוכח שחשיפה לאסבסט מגבירה את הסיכון לחלות במחלה בה חלה התובע או ממלאת תפקיד כלשהו בהליך גרימתה [...]". ראו ע"א 1639/01 **קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב**, פ"ד נח(5) 215, 224 (2004).

100 בפרשת **זכריה כהן**, אשר ניתנה זמן לא רב לאחר פרשת **מלול**, אושר סייג זה. באותה פרשה ביקש הנתבע שבית המשפט יכיר בזכותו המוגבלת של הניזוק לקבל פיצוי יחסי בלבד על הפגיעה בסיכוי, אף שהתובע צלח את מאזן ההסתברויות. בית המשפט חזר על סייג זה וקבע כי מעת שנאמד הסיכוי ביותר מ-50%, דוקטרינת הפיצוי היחסי תידחה כאמור מפני הכלל המסורתי. ראו ע"א 7469/03 **המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן**, תק-על(2)2005 406 (2005).



הבעיה הראשונה נוגעת לנטל הראייתי המוטל על התובע. שפירא ופוקס, במאמרם המקיף בנוגע ליסוד ההוכחה הסטטיסטית בהלכת **מלול** הראשונה,<sup>101</sup> עומדים בהרחבה על קושי זה. בבסיסו "הדלות" הראייתית והוודאות הנמוכה אשר מכוחה מוטלת אחריות כלכלית על הנתבע. עם זאת, אף לדעתם, אין בכך כדי לשלול פיצוי על אבדן סיכוי, כל עוד הוכיח התובע במאזן ההסתברויות את שיעור אבדן הסיכוי. גישה זו, התואמת את הסתייגותם של הנשיא ברק והשופטת ביניש בפרשת **יהונתן כהן**, אכן משקפת גם לדעתנו את הגישה הראויה. כך, יש לזכור שאין התובע נדרש להוכיח את שיעור הסיכוי או הנזק באופן מוחלט אלא במאזן ההסתברויות.

הבעיה השנייה עוסקת בתביעה כפולה. האם ראוי לאפשר למעשה לתובע פיצוי גם על אבדן הסיכוי וגם על הנזק עצמו? אמנם אבדן הסיכוי הוא ראש נזק עצמאי, אך אי-אפשר לנתק את הקשר הייחודי בין הנזק לבין הסיכוי להתרחשותו. כלומר, משעה שניתן פיצוי על התממשות הנזק, הרי הוא כפיצוי על אבדן הסיכוי במלואו. לפיכך, יש להגביל את תקרת הפיצוי הכולל שהתובע יכול לזכות בו לגובה הפיצוי על הנזק "ממשי" (שמבטא את אבדן הסיכוי במלואו). אם תובע קיבל פיצוי על אבדן סיכוי, ולאחר זמן נתגלו נסיבות **מהותיות** הנוגעות לקשר הסיבתי, יוכל בית המשפט לפסוק פיצוי נוסף לאותו אדם, אשר סבל מאבדן סיכוי, ובכך **להשלים** את הפיצוי למלוא שיעור הפיצוי על הנזק השלם (ה"ממשי").

הבעיה השלישית נוגעת לסוגיית הנזק שטרם התרחש. האם ניתן לקבל תביעה בגין פגיעה בסיכוי לפני שהתרחש נזק כלשהו? לדעתנו, כעיקרון אפשר להעניק פיצוי לאדם אשר אבדו סיכויי החלמתו או כאשר סיכוייו לחלות הוגברו, בלי קשר לשאלה אם אכן בסופו של דבר ייגרם לו נזק (מלבד הנזק שבפגיעה בסיכוי).<sup>102</sup> ראשית, מבחינה כלכלית, ההנחה היא שמשגבר הסיכון, הוסב לניזוק נזק כלכלי. מבחינה תיאורטית, אדם אשר נחשף לסיכון לנזק עתידי יידרש לשלם פרמיית ביטוח חיים גבוהה יותר.<sup>103</sup> שנית, אדם סבל מפגיעה העלולה להיחשף רק בעתיד, עלול להידרש להתמודד בעתיד עם קשיי התיישנות ועם היעדר זמינות של הוכחות ועדויות הנובעים במישרין מפרק הזמן שעבר. מאידך גיסא, ישנם שיקולים כבדי משקל נגד ההכרה בזכות פיצוי על אבדן סיכוי בלי התרחשות נזק בפועל. טענות כגון החשש ממדרון חלקלק, הערכות ספקולטיביות והצפה של תביעות מעלות את הצורך ליצור מסגרת אשר בה יוכל בית המשפט לפעול.

לגישתנו אין לקבוע כלל נוקשה באשר להכרה או אי-הכרה בפיצוי על אבדן סיכוי כאשר לא התרחש נזק בפועל.<sup>104</sup> כאמור, הפגיעה בסיכוי היא פגיעה כלכלית מוחשית. עם זאת, כאשר הנזק והתממשותו מותנים בגורמים נוספים, כאשר הסתברותו קטנה ולא ודאית (ובכך גדל המרחב לטעות) או

<sup>101</sup> קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עולתית באינטרס" **עיוני משפט** כז 323 (2003). במוקד מאמרם המחברים מבקרים בעיקר את גישת האומדנה של בית המשפט בנוגע לחלקו של המזיק בהליך הגרימה, גישה שאינה מתחשבת כראוי בנתונים לגופם אלא באינטואיציה שיפוטית. בכך הם מבקרים את גישתו של אריאל פורת אשר תמך במידת מה בפרשנות רחבה יותר של הזכות לפיצוי על אבדן סיכוי אף במקרים שבהם אי-אפשר להשיג ודאות מדעית בנוגע לסיכויים. ראו גם את המענה לביקורת: אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" **עיוני משפט** כז(1) 357, 360-365 (תש"ס).

<sup>102</sup> פורת, לעיל הערה 20, בעמ' 628 (דוגמת הרופאה 1).

<sup>103</sup> David A. Fischer, *Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox*, 46 VAND. L. REV. 1201, 1225 (1993).

<sup>104</sup> פירש, לעיל הערה 50, בעמ' 654 ( "The most workable approach is to use the case-specific policy ) considerations identified by Professor Malone for deciding when to lower plaintiff's burden of proving (causation of traditional damage").

כאשר מבחינה רפואית הוא אינו מבוסס דיו, אזי יהיה מוצדק לדחות תביעה מסוג זה. למשל, מפעל מזהם אשר פעל בהתרשלות ייאלץ לפצות על יצירת סיכון עתידי אף אם הוא קטן. עם זאת, כאשר סיכון זה יהיה רחוק, ונתון להשפעה של גורמים רבים, ייתכן שלא יהיה ראוי להכיר בזכות התביעה.

אשר לטענת "המדרון חלקלק", החשש שביסודה הוא שדוקטרינה מסוג זה תביא להצפת בית המשפט בתביעות בגין אבדן סיכוי.<sup>105</sup> עם זאת, יש לזכור שדוקטרינה זו כבר אומצה בהרחבה בפסיקה ואיום זה לא התממש. שנית, הדוקטרינה מופעלת רק במקרים שבהם הוכחה התרשלות. על כן המקרים המובאים לבית המשפט נוגעים לנתבעים רשלנים. ייתכן שיש אינטרס ציבורי שמקרה רשלנות יתברר בבית המשפט מבחינת האפקט הציבורי "המחנד", גם אם אינו מסתיים בחיוב הנתבע הרשלן בפיצוי. ולבסוף, לדעתנו, די בהגבלות העיקריות הנוגעות לנזק, לנטל הראייתי ולרשלנות הרפואית כדי להפיג את החשש מפני ריבוי תביעות מיותרות.

## ז. סיכום

שאלת הטלת אחריות במצבים של סיבתיות עמומה היא מהסבוכות שבשאלות המתעוררות בדיני הנזיקין. התהפוכות בגלגוליו של עניין **מלול**, הדעות המגוונות של השופטים וההכרעה המעורפלת במעט בפסק הדין בדיון הנוסף ממחישות עניין זה. בחינת הרציונאל הכלכלי שביסוד ההנמקה של השופט ריבלין חושפת קשיים מהותיים. השופט ריבלין בחר לצמצם את השימוש בפיצוי-לפי-הסתברות למקרה הקבוצתי בעיקר מחשש להרתעת יתר. עם זאת, מתעורר ספק של ממש בשאלה אם אכן הדבר יביא להרתעת יתר. כמו כן, גם אם נסכים למשקל הרב שבית המשפט נותן להצדקה הכלכלית, גם על פיה ייתכנו מצבים שבמקרה יחיד (ולא רק במקרה קבוצתי כנדרש במבחן ההטיה הנשנית) יהיה יעיל יותר להטיל אחריות על הנתבע. בית המשפט אמנם מבקש לקדם שיקולי יעילות כלכלית, אך אין הוא דורש שיוצגו לפניו הפרמטרים הדרושים לבחינתם או שלמעשה אין ביכולתו להשיגם.

בצד ההצדקה הכלכלית, נראה שבחינת סוגיית הסיבתיות העמומה לאור שיקולי צדק מתקן חושפת אף היא קשיים ומביאה למסקנה שגם שיקולי צדק מתקן אינם מספקים פתרון ראוי לסוגיה. כך, הענקת פיצוי במקרה העומד בתנאי מבחן ההטיה הנשנית מנוגדת לדרישת הדו-קוטביות שביסוד הצדק המתקן. כמו כן הטלת אחריות יחסית במקרה היחיד מנוגדת לדרישת הקורלטיביות שבצדק מתקן.

השינוי הנובע מההכרה בדוקטרינת אבדן הסיכוי והגברת הסיכון והערך המוגן בה, מבסס נקודת ראות אחרת אשר בעזרתה ניתן לבחון מקרים של סיבתיות עמומה בכלים ברורים יותר. שימוש בכלים אלה יכול להביא לתוצאות צודקות יותר, לצד שמירה על הוודאות המשפטית, הכללים המסורתיים והיעילות הכלכלית. ההכרה בדוקטרינה זו מבכרת את האינטרס המוגן המתרוקן מתוכן במהלך מבחנים כלכליים תוצאתיים. טענו בהארה כי דוקטרינה זו למעשה כבר השתרשה בפסיקה בארץ והחלה לצבור תמיכה רבה בארה"ב ובמדינות אחרות, ולכן אין סיבה מהותית להפנות לה עורף. כמו כן טענו כי ניתן להתגבר על הקשיים התיאורטיים והיישומיים שעלו בפסיקה באמצעות הגדרת סייגים ותנאים להחלת הדוקטרינה, המגלמים בתוכם גם שיקולים נורמטיביים. על הסייגים לאזן בין השיקולים שביסוד ההכרה

<sup>105</sup> ראו דיון בעניין הגבלת הדוקטרינה וסכנת "המדרון החלקלק" אצל Robert J. Rhee, *The Application of Finance Theory to Increased Risk Harms in Toxic Tort Litigation*, 23 VA. ENVTL. L.J. 111, 170-171 (2004).

אלון אגמון ואיתמר מצרי "עמימות יחסית: על הטלת אחריות יחסית כשהסיבתיות עמומה – היבטים של יעילות וצדק לאור הלכת מלול" הארת דין ו(1) (התשע"ב) 20

באבדן הסיכוי והגברת הסיכון כראש נזק עצמאי ובין שיקולים מנוגדים, ובהם החשש מריבוי תביעות והחשש שהערכת הסיכוי תהיה ספקולטיבית יתר על המידה. השימוש בכלי זה, ראוי שייעשה מתוך בחינת כל מקרה לגופו, כדי להביא לתוצאה צודקת.