

”סיבתיות עמומה” – האם התפזר הערפל?

בעקבות ע”א 7375/02 בית חולים כרמל נגד מלול

אושרית סיסו וורד שפילמן

א. מבוא

ב. מישור תורת האחריות – פתרונות אפשריים לבעיית ”הסיבתיות העמומה”

1. ”דוקטרינת הסיכון”
2. דוקטרינת הנזק הראייתי
3. הביקורות המופנות כלפי הדוקטרינות
4. פסק הדין בעניין כרמל – האם פרץ דרך חדשה מבעד למסך העמימות במישור תורת האחריות?

ג. מישור תורת ההוכחה

1. שימוש בראיות סטטיסטיות והבעייתיות העולה ממנו
2. פסק הדין בעניין כרמל – מהי רמת ההוכחה הנדרשת במקרים של הגברת סיכון?

ד. הערת אזהרה

א. מבוא

הגברת מלול ההרה הובהלה לבית החולים לאחר שהחלה לדמם, בעודה בביתה, עקב היפרדות השליה. בבית החולים עברה ניתוח קיסרי, שבעקבותיו נולדה ילדתה, עדן, כפגה בסוף השבוע ה-26. בית החולים השתהה בעריכת הניתוח. עדן נולדה כשהיא סובלת מנזק. הורי הילדה התקשו להוכיח, על פי מאזן ההסתברויות, שהשיהוי בביצוע הניתוח הוא שגרם לנזק. בית המשפט המחוזי בכל זאת קבע כי בית החולים וקופת החולים אחראים לנזק באופן חלקי, והשית עליהם חיוב בשיעור 40% מן הנזק. על כך ערערו שני הצדדים: הורי הקטינה, כנגד חיוב בית החולים וקופת החולים רק ב-40%, ואילו האחרונים כנגד עצם החיוב. בפסק הדין בעניין **בית חולים כרמל נגד מלול**¹ קבע בית המשפט העליון מפי השופט נאור כי ”דימום יכול על דרך העקרון... לגרום לנזק ממנו סובלת עדן”. אמנם לא הוכח כי כך אכן קרה במקרה דנן, אך בית המשפט העליון סבר שיש מקום לחייב את הנתבעים לשאת באחריות, גם אם בשיעור מופחת (20% במקום 40% כקביעת בית המשפט במחוזי) כדי למנוע הטלת אחריות בדרך של ”הכול או לא כלום” העלולה להביא לידי חוסר צדק. בית המשפט קבע, כי **במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל תיאורטית לגרום לנזק**, שהיה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל – אפשר להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך האומדן. משמע, אפשר שיינתן פיצוי גם במצבים שבהם הקשר הסיבתי איננו עומד במאזן ההסתברויות.

¹ ע”א 7375/02 בית חולים כרמל נ’ עדן מלול (טרם פורסם) ניתן בתאריך: 31/03/2005. להלן- פסק הדין בעניין כרמל.

בכך מצטרפת פסיקתו של בית המשפט לעיסוק רב שנים בשאלת הסיבתיות,² עיסוק שמצא דרכו לפני זמן לא רב גם לפתחה של ועדת החקירה אשר עסקה בקשר שבין הצלילות בנחל הקישון המזוהם ובין מחלת הסרטן של לוחמי השייטת שצוללו שם.³ כידוע, קשר סיבתי בודק אם קיימת זיקה מספקת בין האשם של הנתבע לנזק שנגרם לתובע. המבחן הכללי לקשר סיבתי קבוע ברישא של סעיף 64 לפקודת הנזיקין,⁴ ולפיו ייחשב נתבע כגורם לנזק אם הוא "הסיבה או אחת הסיבות לנזק". על התובע להוכיח קשר סיבתי עובדתי ומשפטי, בין התנהגותו המעוולת של הנתבע כלפיו ובין הנזק,⁵ וזאת לפי מאזן ההסתברות – כלומר מעל 51 אחוזי סיכוי שהנתבע הנו הגורם לנזק. אם יצליח לעמוד בנטל – יפוצה בגין מלוא הנזק שנגרם לו. אם יצליח להוכיח התנהגות עוולתית, אולם לא יצליח להוכיח, לפי "מאזן ההסתברות", קשר סיבתי בין התנהגות זו ובין התרחשות הנזק – לא יוכל לזכות בשום פיצוי. גישה זו של "הכול או לא כלום" מעוררת קושי במקרים שבהם אין ודאות באשר לתהליך גרימת הנזק בפועל. במקרים אלו לא ניתן להוכיח סיכוי העולה על 50% שהנתבע גרם בפועל לנזק. מקרים שבהם קיימת אי-ודאות בזיהוי הגורם העובדתי לנזק, מכונים בשם "סיבתיות עמומה".⁶ הקושי הכרוך במצב זה הנו שלא ניתן להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על פי "מבחן האלמלא".⁷

עניין **כרמל** מעורר קשיים בשני מישורים עיקריים: הראשון, מישור תורת האחריות, שבו נבדקת שאלת הטלת האחריות במקרים של חוסר ודאות. במישור זה מוצעות דוקטרינות שנועדו לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה. נעמוד עליהן בהרחבה ונראה כיצד, אם בכלל, משתלב פסק הדין בעניין **כרמל** עמן.

המישור השני הוא מישור תורת ההוכחה. מישור זה עוסק בשאלה, מה נחשבת הוכחה קבילה במשפטי נזיקין. נעמוד על הקושי העולה מפסק הדין בעניין **כרמל**, בשל הורדת רף ההוכחה

² ראו למשל את החיבור הקלאסי: H.L.A. Hart and A.M. Honore, *Causation in the Law* (Oxford: Oxford University Press, 1959).

³ לוחמי השייטת, פעם אנשים בריאים ומלאי חיים, ניצבו חסרי אונים מול הניסיון להבין כיצד הוכו דווקא הם על ידי האויב האחד שלא ציפו לו: מחלת הסרטן. הניסיון להבין כיצד חלו במחלה האיומה זימן במהרה את החשוד המתבקש - הצלילה במי הקישון. אכן, התחקיר שנערך גילה כי מי הקישון רוויים רעלים מסוכנים וביניהם חומרים הידועים כמסרטנים [דין וחשבון ועדת החקירה בעניין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום (התשס"א)]. אולם האם מחלתם של לוחמי השייטת היתה **תוצאה** של הצלילות שערכו בנחל הקישון?³ כלומר האם מתקיים הקשר הסיבתי הנדרש על פי דיני הנזיקין, המקים יחס מובהק בין הצלילה בנחל הקישון לבין התחלואה בסרטן בקרב הצוללים? המסקנה, הדוחה קיומו של קשר סיבתי, התקבלה בהחלטת רוב חברי הוועדה - פרופ' מאיר וילצ'יק וד"ר גדי רנט. לעומת זאת, יו"ר הוועדה, נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר, קבע בדעת מיעוט כי קיים קשר סיבתי בין הצלילה לתחלואה וכי קשר זה בין מצב הקישון בתקופה הרלוונטית לבין מחלת הסרטן שפגעה בחיילים שצוללו בקישון ונחשפו למימיו הנו "משפטי והגיוני" [לראייה ביקורתית בנושא ועדת החקירה בעניין צלילות השייטת בקישון ראו מאמרו של ד' מנשה "דוח ועדת החקירה בעניין ההשלכות הבריאותיות של פעולות צבאיות בנחל הקישון - הערה ביקורתית" **הארת דין** א(1) (התשס"ד) 1].

⁴ פקודת הנזיקין (נוסח חדש) תשכ"ח 1968, ס"ח 266.

⁵ הסיבתיות העובדתית בודקת מי האשם שגרם עובדתית לנזק, כלומר שהיווה גורם הכרחי או מספיק לנזק. הסיבתיות המשפטית בוררת מבין האשמים שגרמו עובדתית לנזק את האשמים שהמשפט מעוניין לראות אותם כגורמים לנזק. להרחבה ראו: י' גלעד, "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת" **משפטים** יד (תשמ"ד) 15, 16-17.

⁶ א' שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית?" **עיוני משפט** כג (תש"ס) 755, 764 (להלן שטיין- בעיית הסיבתיות העמומה).

⁷ "מבחן האלמלא", או בשמו האחר "הגורם שבלעדיו אין", משמעו, שהאשם הוא הגורם העובדתי לנזק ואלמלא קיומו הנזק לא היה מתרחש. להרחבה ראו: גלעד - "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי - בחינה מחודשת", לעיל הערה 5, ע' 17-19.

אל מתחת ל-50%.⁸ כן נעסוק בשאלה, כיצד צריך התובע, במקרים של סיבתיות עמומה, להוכיח ראייתית את רף ההוכחה החדש, והאם בכלל ראוי בתביעות נזיקין להסתמך על אמות מידה סטטיסטיות שאינן ודאיות מטבען.

במאמר זה נסקור, באמצעות הבחנה בין שני המישורים הנ"ל, את הפתרונות המוצעים בספרות לבעיית הסיבתיות העמומה, נעמוד על השוני בין הדוקטרינות המוצעות והקשיים שנעוצים בפתרונות אלו. לאחר מכן נבחן את הפתרון המוצע בפסק הדין בעניין **כרמל** – נבחן אם הוא מהווה חידוש בכל אחד מן המישורים, וכן נבחן אם הדרך המוצעת בפסק הדין הנה רצויה לאור מטרות דיני הנזיקין במשפט הישראלי.

ב. מישור תורת האחריות – פתרונות אפשריים לבעיית "הסיבתיות העמומה"

בפרק זה נתמקד במישור הראשון שבו מתעורר קושי בגלל פסק הדין בעניין **כרמל**. כפי שראינו, מדובר במצב של חוסר ודאות באשר לגרימת הנזק. נעמוד על הדוקטרינות הבאות לפתור קושי זה, ועל הביקורות המופנות כלפיהן.

עד כה ניתן למצוא בספרות שני כלים משפטיים שנועדו לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה: "דוקטרינת הנזק הראייתית" מצד אחד, והכלל בדבר הטלת אחריות בנזיקין בשל "חשיפה לסיכון" או בשל "הפחתת סיכויי ההחלמה" מצד אחר (אשר מכונה בשם "דוקטרינת הסיכון"). מחלוקת חריפה נתגלעה בספרות באשר לשאלה איזו מן הדוקטרינות הללו עדיפה כפתרון לבעיית אי-הוודאות הכרוכה בתהליך גרימתו של הנזק הישיר. נבחן לאורך פרק זה לאיזו מן הדוקטרינות משתייך פסק הדין בעניין **כרמל** ונעמוד על השאלה אם זו הייתה הדרך הראויה לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה במקרה הספציפי.

1. "דוקטרינת הסיכון"

ניתן לערוך חלוקה המבחינה בין שני יסודות עיקריים בדוקטרינה: האחד הנו פיצוי בגין יצירת סיכון; האחר – פיצוי בגין פגיעה בסיכון.⁹ להלן נעמוד על שני פניה של דוקטרינת הסיכון.

דוקטרינה זו גורסת, כי במצבים שבהם רשלנותו של הנתבע יצרה או החמירה את הסיכון לגרימת הנזק, הוא יחויב בפיצוי בגין יצירת הסיכון או החמרתו.¹⁰ משום שהנתבע בעוללתו גרם ליצירת סיכון כלפי התובע או להחמרת הסיכון שניצב לפניו – תוטל עליו אחריות. התומכים

⁸ במשפט האזרחי, מידת ההוכחה מתבטאת בהטיית מאזן ההסתברות לטובת התובע, כלומר שהוכיח 51 אחוזי הסתברות שמתקיימת טענתו. יש אפוא להגיע לכלל מסקנה כי הגרסה האחת סבירה יותר מהגרסה האחרת. לעומת זאת, במשפט הפלילי רף ההוכחה הנו מעל לספק סביר. בעניין ע"א 475/81 זיקרי יעקב נ' כלל חברה לביטוח, פ"ד מ(1) 604, השופט ברק נועץ הבחנה זו בין המשפט האזרחי לפלילי בכך שהאינטרסים המוגנים בכל אחד מהמשפטים הם שונים. האינטרס המוגן במשפט הפלילי הוא קדושת החיים, ולכן דרושה מידת הוכחה רבה יותר מאשר במשפט האזרחי שבו האינטרס המוגן הנו קדושת החושים.
להרחבה: נ' קנת וחי' קנת, נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי (הוצאת בורסי, התשס"ו 2002) 49.

⁹ A. PORAT & A. STEIN, TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY (Oxford 2001) 101-129

¹⁰ המלומד פורת מתנגד להטלת אחריות בגין יצירת סיכונים במאמרו א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (תש"ס) 605, 638.

בדוקטרינת הסיכון סבורים כי היא מהווה גישת ביניים בין שתי חלופות בלתי רצויות מבחינת הצדק המתקן: האחת – להטיל אחריות על הנתבע בגין מלוא הנזק, כאשר אין ודאות שאכן היה אחראי לכולו. השנייה – לפטור את הנתבע מכל אחריות לנזק, כאשר קיימת אפשרות שגרם לו או לחלקו. דוקטרינה זו מציעה כי הנתבע יחויב בגין הסיכון שיצר או בגין החמרתו. זהו פתרון ביניים, אשר תומכיו רואים אותו כמגשים את עקרונות הצדק המתקן.¹¹

עד כה הכירו בפסיקה על פי דוקטרינה זו, בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי רק במקרים של פגיעה בסיכויי ההחלמה,¹² אולם עד פסק הדין בעניין כרמל, פגיעה בסיכוי לא הוכרה במקרים שבהם נתבקש פיצוי על הגברת סיכון.¹³

פרופסור ישראל גלעד, הנמנה עם תומכי דוקטרינת הסיכון, סבור שיש להחילה רק במקרים שבהם שיקולי צדק ויעילות מצדיקים זאת.¹⁴ כאשר עסקינן ברשלנות רפואית, סובר גלעד, יש להגביל את השימוש בדוקטרינה למצבים שבהם יש פגיעה ממשית בסיכויי ההחלמה.¹⁵ פורת תומך בהטלת פיצוי לפי סיכוי, בין שמדובר בפגיעה בסיכויי ההחלמה ובין שמדובר בהגברת הסיכון, אולם לדידו אחריות לפי סיכוי מוצדקת על בסיס דוקטרינת הנזק הראייתי, שנעמוד עליה בפרק הבא. בארצות-הברית קיימות דעות לכאן ולכאן בנוגע לפסיקת פיצוי לפי פגיעה בסיכוי.¹⁶ נראה כי יש תמיכה רחבה לפסיקה מעין זו בספרות המשפטית האמריקנית.¹⁷

¹¹ ראו עמדת השופטת שטרסברג כהן בע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות, תק-על 99(2) 227 (להלן: פסק הדין בעניין יהונתן כהן).

¹² שטיין – בעיית הסיבתיות העמומה, לעיל הערה 6, 767. ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה הוכר בראשונה בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' פתאח, פ"ד מב(3) 312, שם נאמר: "מקובלת עלי ההשקפה שאבדן סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול להיחשב, הוא עצמו כנזק בר פיצוי. לענין זה אין לדעתי הבדל בין דיני החוזים לבין דיני הניזקין. לפי עקרונות כלליים של דיני הפיצויים שומה על גורם הנזק, המפר או המזיק, ליאזן את העוול שנגרם לנפגע עקב הבאתו עקב האירוע נשוא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע. לענין 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".

פסק הדין בעניין פתאח אושר בפסקי דין מאוחרים יותר [ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(369) 2; ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(709) 3, 723-724; ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' משטרת ישראל, תקדין-עליון 117 (97(2)]. דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה אומצה גם במשפט האמריקני. לעניין זה ראו: Smith v. state Dept. Of Health & Hosp., 676 So. 2d 543 (La.1996); Hardy v. Southwestern, W.2d 594; Bell Telephone co., 910 P. 2d 1024 (Okl. 1996); Kilpatrick v. Bryant 868 (Tenn. 1993); Lawson v. Lafferiere, C. C. L. T (td) 119 (1991).

¹³ בפסק הדין בעניין יהונתן כהן, לעיל הערה 11, השופטת שטרסברג כהן, בדעת מיעוט, הייתה מוכנה להטיל אחריות בגין הגברת סיכון. יתר השופטים לא התנגדו, אך בפועל לא הכריעו בעניין ופתרו את השאלה, שנתעוררה בפסק הדין, בדרך אחרת. נראה שפסק הדין בעניין כרמל מביא לידי מימוש את הרעיון שטמון כבר בפסק הדין בעניין יהונתן כהן.

¹⁴ "גלעד" דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע? "משפטים ל (תש"ס) 317, 339 (להלן: גלעד- האם הורם הנטל?)

¹⁵ גלעד- האם הורם הנטל?, לעיל הערה 14, 339. כמו כן ראו: Delaney v. Cade, 873 P.2d 175 (Kan.1994).

¹⁶ פסק דין התומך בפיצוי לפי סיכוי הוא: Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound 664 p. 2d 474 (1983) דוגמא לפסק דין הדוחה את רעיון פסיקת הפיצוי לפי סיכוי: Dumas v. Cooney, 1 Cal. Rptr. 2d 584 (1991). בפסיקה האנגלית מכירים באפשרות לפסוק פיצוי על פי סיכויי דיני החוזים ובדיני הניזקין, אולם מכירים בכך רק כאשר להתרחשותם של מצבים עתידיים או היפותטיים ולא כאשר מדובר באירועים שקרו בעבר.

¹⁷ J. H. King, Causation Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 YALE L. J. 1353 (1980-1)

ראו גם: G.O.Robinson, Probabilistic Causation and Compensation For Tortious Risk, 14 J. LEG. STUD. 779, 789-790 (1985).

D.Rosenberg, The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law Vision of the Tort System, 97 HARV. L. REV. 851, 855-877 (1984).

בית המשפט אינו מסביר בדיוק את התשתית לפסיקתו בעניין **כרמל**, אך נראה שהשופט נאור בחרה להשתמש בדוקטרינת הסיכון כדי לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה שעמדה בבסיס התביעה. דבריה של השופטת מצביעים על כך שנעזרה בדוקטרינת הסיכון בפן השני שלה, משמע הגברת הסיכון, שכן השופטת פסקה פיצוי לתובעת בגין הגברת הסיכון למחלת ה-PVL, עקב השיהוי בביצוע הניתוח.

כפי שאנו מבינות את פסק הדין, השופטת נאור בחרה שלא להשתמש בדוקטרינת הנזק הראייתי כבסיס משפטי לפסיקת הפיצוי בשל הגברת הסיכון. להלן נעמוד על טיבה של דוקטרינה זו, ונראה אם וכיצד ראוי היה לעשות בה שימוש בפסק הדין בעניין **כרמל**, כחלופה להנמקתו של בית המשפט.

2. דוקטרינת הנזק הראייתי

לפי דוקטרינה זו הנתבע אחראי לנזקו של התובע במקרים שבהם התנהגותו העוולתית שללה מהתובע את היכולת או הסיכוי להוכיח את המרכיבים של עילת תביעתו. שלילה זו של היכולת או הסיכוי היא סוג של נזק, שניתן לכנותו נזק ראייתי, להבדיל מהנזק הישיר שגרמה ההתנהגות העוולתית.¹⁸ הנזק הראייתי בא לידי ביטוי בכך שכתוצאה מהתנהגותו העוולתית של הנתבע, התובע אינו יכול לדעת כיצד אירעו הנזקים הפיזיים ומכאן שהוא אינו יכול לתבוע פיצוי בגינם. האחריות של הנתבע תהיה בהתאם לשווי הזכות למידע שנשללה מן התובע.¹⁹ כך, למשל, לו השופטת נאור הייתה בוחרת להשתמש בדוקטרינה זו בפסק הדין בעניין **כרמל**, חייב היה בית החולים לפצות את התובעת בגין הנזק הראייתי שנגרם לה משום שנשלל ממנה מידע שהיה מאפשר לה לדעת ולהוכיח את הגורם האמיתי לנזק. שתי הצדקות עיקריות מעלים התומכים בדוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקה הראשונה מבוססת על **עקרון הצדק המתקן**. הרעיון שבבסיס עקרון הצדק המתקן הנו חובת השבת המצב לקדמותו, כפי שהיה עובר להפרת חובת הזהירות על ידי א' כלפי ב'. דוקטרינת הנזק הראייתי עולה בקנה אחד עם תורת הצדק המתקן במקרים שבהם התנהגות או מחדל בני אדם של א' גרמו לנזק הראייתי של ב', שכן בהתנהגות או במחדל זה מפר א' את חובתו כלפי ב'.²⁰ מכיוון שבמצבי סיבתיות עמומה לא ברור אם נזקו הישיר

M. Stauch, *Causation, Risk, and Loss of Cance in Medical Negligence*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 205, 223 (1997).

18 א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה" **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 191, 193. (להלן פורת ושטיין הראשון).

בפסק דין קנדי דובר באישה שעברה ניתוח השתלת סיליקון בחזה. לאחר זמן מה דלף החומר אל רקמותיה וגרם לה לכאבים. עיקר תביעתה הופנה כלפי היצרן בטענה שלא הזהיר את הרופאים רוכשי המוצר מפני אפשרות של קרע לאחר ההשתלה. מכאן התעוררה השאלה אם מתקיים קשר סיבתי בין התרשלות היצרן באי מתן האזהרה לבין נזקה של האישה. בית המשפט העליון הקנדי קבע כי אילו היצרן היה מזהיר כראוי את הרופא המטפל, הרי העובדות הנחוצות לבירור התביעה היו קיימות. בית המשפט הטיל אחריות על היצרן לעניין שלילת היכולת הראייתית של האישה להוכיח את טענתה, ובכך למעשה הכיר באופן כמעט מלא בדוקטרינת הנזק הראייתי. להרחבה בגוף פסק הדין: *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, 1995 CanLII 55 (S.C.C.).

19 פורת ושטיין הראשון, לעיל הערה 18, 229-230.

20 פורת ושטיין הראשון, לעיל הערה 18, 199-200. המחברים מסבירים כי הכוונה בהתנהגות שנגרמה במחדל – למחדל "לא טהור", משמע להימנעות פסולה מלסייע לתובע להיחלץ ממצב שהנתבע גרם להימצאותו בו. כך, לדוגמה, בד"נ 15/88 **מלך נ' קורנהייזר**, פ"ד מד(2) 89, 115-112 התובע הותקף על ידי שלושה כלבים, כאשר רק שניים מהם היו בבעלות משותפת של הנתבעים. נקבע, שאין כל בסיס שלפיו ניתן לחלק את הנזק. זאת היות שאין לדעת מהי רמת האחריות של כל אחד מהכלבים לפציעתו של התובע. בסופו של פסק הדין קבע השופט ד'

של התובע, כולו או חלקו, נגרם עקב התנהגותו העוולתית של הנתבע, ומכיוון שאי-בהירות זו היא "באשמתו" של הנתבע, לא יהיה ראוי לאפשר פיצוי מלא או לחלופין היעדר פיצוי בכלל. על כן מוצע פתרון לבעיה זו בדוקטרינת הנזק הראיתי, ולפיה יזכה הנפגע בפיצוי ששוויו כשוויה של הזכות למידע שנשללה ממנו.²¹ יש לציין, כי במצב של היעדר אשם בעניין גרם הנזק הראיתי, כלומר אם התנהגותו או מחדלו של א' אינם בני אשם – לא יתאפשר להטיל אחריות מטעמי צדק מתקן.

ההצדקה השנייה שאותה מעלים תומכי דוקטרינת הנזק הראיתי נשענת על רעיון **ההרתעה האופטימלית**, כלומר על השאיפה שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר.²² ניתן להשיג הרתעה אופטימלית באמצעות הטלת אחריות על מונע הנזק הזול ביותר,²³ כלומר על הגורם אשר הטלת אחריות עליו תפחית את סך נזקי התאונות והוצאות מניעתן באופן האופטימלי. התומכים בדוקטרינת הנזק הראיתי גורסים כי הטלת אחריות על מונע הנזק הזול ביותר, אשר גרם לנזקים הישירים, מביאה לידי הרתעה אופטימלית.²⁴ לפי גישה זו, דוקטרינת הנזק הראיתי אכן משיגה הרתעה יעילה, שכן היא מעודדת את המזיק הפוטנציאלי לשמור מידע (כגון מסמכים רפואיים, תכתובת פנימית ועוד), ולצמצם את הנזקים הראייתיים הגורמים לחוסר היכולת להוכיח קשר סיבתי.

על אף יתרונותיה של דוקטרינה זו, יש המוצאים בה חסרונות רבים וגורסים כי הם עולים על יתרונותיה. עולות ביקורות גם כלפי דוקטרינת הסיכון. בפרק הבא נדון בביקורות כלפי שתי הגישות, וננסה להגיע לכלל מסקנה איזו דוקטרינה ראויה מבין השתיים.

3. הביקורות המופנות כלפי הדוקטרינות

המתנגדים לדוקטרינת הנזק הראיתי, ובראשם גלעד, מעמידים את ביקורתם על חמישה מוקדים עיקריים: ²⁵ (1) חשש כי דוקטרינה זו, אשר מרחיבה את תחומי האחריות בנוזקין משום שהיא

לזין שהמטרה המרכזית בדיני הנוזקין היא פיצוי הניזוק תוך השבת המצב לקדמותו. לכן, ניתן לדחות את חוסר הצדק הנגרם למזיק כאשר עומד מנגד חוסר הצדק שנגרם לניזוק. בע"א 285/86 נגד נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 היה מדובר במקרה שבו הגיע אדם לבית החולים, וכחכנה לניתוח הוחדר לו לוריד מתקן לעירוי נוזלים. עקב רשלנות הרופא שהחדיר את המתקן, נסחף חלק ממנו אל תוך הוריד. לתובע הוכרה נכות נפשית בשיעור של 75%, אשר לדעתו נגרמה עקב רשלנות הרופא. בית המשפט קבע כי אי-יכולתו של התובע להוכיח את חלק הנזק הנובע מרשלנות הנתבע, מהווה נזק ראיתי שמשמעו העברת הנטל לנתבע להוכיח את חלקו בנזק הסופי. שני פסקי הדין הללו מצביעים על גישה של הרחבת האחריות בנוזקין בהקשר הסיבתי. נראה כי הרחבה זו מיועדת לתקן את המצב העוולתי ולפצות את הניזוק כדי להשיבו למצב שבו נמצא עובר לעוולה, ולכן ניכר כי דוקטרינת הנזק הראיתי עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. להרחבה וניתוח של פסקי הדין הנ"ל ראו: א' פורת "דיני הנוזקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (בעריכת א' רוזן-צבי, התשנ"ב) 221, 251.

21 פורת ושטיין הראשון, לעיל הערה 18, 204-206.

22 א' פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג (תשנ"ד), 311, 344. וכן: G. CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 107-113 (New Haven & London, 1970). לגישה המבקרת את המטרה ההרתעתית של דיני הנוזקין ראו: י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנוזקין" משפטים כ"ב (תשנ"ג) 421.

23 במצבים שבהם יש זהות בין מונע הנזק הזול ביותר של הנזקים הישירים ובין מונע הנזק הזול ביותר של הנזק הראיתי, לא מתעוררת בעיה לעניין הטלת האחריות, אולם במצבים שבהם אין זהות בין השניים, עולה השאלה על מי ראוי להטיל את האחריות, על מונע הנזק הזול הישיר, או שמא על מונע הנזק הראיתי. להרחבה בסוגיה זו ראו: פורת ושטיין הראשון, לעיל הערה 18, 211.

24 להרחבה בנושא "הרתעה כללית" ו"המונע הזול" ראו: י' גלעד, "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני הנוזקין", לעיל הערה 22, 476-480.

25 פורת ושטיין הראשון, לעיל הערה 18, 210.

26 גלעד- האם הורם הנטל!; לעיל הערה 14, 320-331. ראו גם תגובה על מאמר זה: א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראיתי: תגובה לבקורת" משפטים ל (תש"ס) 349, 363-364.

מציעה בסיס נורמטיבי לאחריות, שלא הוכר עד כה, תגדיל את מספר התביעות, ותביא לידי הצפת בתי המשפט ולעלות מנהלית גבוהה; 2) חשש נוסף הנו שהדוקטרינה גורמת להרתעת יתר משום שהיא מעלה את רמת הזהירות שחייב בה המזיק מעל לרמה הרצויה, ומקטינה אפוא את היקף פעילותו מתחת לרמה זו. כלל נזיקי המביא לידי הרתעת יתר עלול להיות מסוכן יותר מכלל שתוצאתו הרתעה חסרה או היעדר הרתעה. ואכן, בשל אותו החשש יש גם במשפט האמריקני נטייה לצמצם את גבולות האחריות;²⁶ 3) הטענה היא שדוקטרינת הנזק הראייתי מתעלמת מהצורך לבסס חובת זהירות ומניחה את קיומה כמובן מאליו. בכך היא מזניחה את השיקולים המצמצמים אחריות והמהווים חסם מפני סתימת בתי המשפט ובזבוז משאבים חברתיים; 4) טענה נוספת הנה שהנזק הראייתי הוא למעשה נזק כלכלי טהור, אשר הוכר באופן מצומצם בפסיקה הישראלית. הקושי נעוץ בכך שדוקטרינת הנזק הראייתי מדגישה פגיעה באוטונומיה ונזק כלכלי טהור בלא כל הגבלה חד-משמעית של סוגו של הנזק הישיר אשר קיומו מצמיח את עילת הנזק הראייתי. כך למעשה מורחב מעגל התובעים והנתבעים מעל לרצוי; 5) לבסוף, מועלית טענה לפיה דוקטרינת הנזק הראייתי מגמישה יתר על המידה את דרישת הצפויות שבבסיס הטלת האחריות בנזיקין. למעשה, אין צורך להוכיח את צפויות גרימת הנזק הראייתי, שכן מי שצריך לצפות שהתנהגותו הרשלנית תגרום נזק ישיר צריך גם לצפות את האפשרות כי התובע יתקשה להוכיח את הנזק. הדוקטרינה מביאה אפוא לידי הטלת אחריות חמורה שחורגת מבסיס שיקולי הצדק המתקן וההרתעה שעומדים ביסודה. אותו בסיס המשמש את תומכי הדוקטרינה להצדקת השימוש בה, נשמט אפוא בגלל הגמשת היתר.

גם דוקטרינת הסיכון אינה חפה מביקורת; הביקורת המרכזית המופנית כלפי דוקטרינת הסיכון הנה שהיא תלויה בהוכחת העובדות ההתחלתיות של המקרה, ובלעדיהן לא ניתן יהיה להפעילה. העובדות ההתחלתיות כוללות את מצבו האמיתי של התובע עובר למעשה הרשלנות. האם, למשל, בפסק הדין בעניין **כרמל** הגיעה עדן מלול לבית החולים כאשר כבר סובלת מן הנזק?²⁷ הואיל ולא ניתן להוכיח את העובדות ההתחלתיות הללו לפי מאזן הסתברויות, הרי לא ניתן גם להוכיח שום חשיפה לסיכון או פגיעה בסיכויי החלמה, העומדים בבסיס הדוקטרינה. במצבים כאלה, ניאלץ להשתמש בנתונים סטטיסטיים לשם הפעלת דוקטרינת הסיכון. נקודה זו עומדת בבסיסה של הביקורת המרכזית השנייה המופנית כלפי דוקטרינת הסיכון, והיא – עצם השימוש בנתונים סטטיסטיים. מהות השימוש בנתונים סטטיסטיים היא ויתור על הודאות, אשר הנה חיונית לצורך הטלת אחריות נזיקית על הגורם האמיתי לנזק.²⁸ בנוסף, שימוש זה פותח פתח להגשת תביעות נזיקיות רבות, בייחוד בתחום הרפואה, מכיוון שתחום זה נסב על נתונים סטטיסטיים של סיכונים רפואיים. במקרים כאלה, חוסר הודאות המדעית יכולה לגבות מחיר הן מהתובעים, במקרה שבו הנתונים הסטטיסטיים אינם לצדם, והן מהנתבעים, כאשר הם נאלצים

26 G. T. Schwartz, *The Beninning And Possible End Of The Rise Of Modern American Tort Law*, 26 GA. L. REV 601 (1992)

27 כך למשל, בפסק הדין בעניין **יהונתן כהן**, ייתכן שהיילוד היה סובל משיתוק מוחין גם בלא הזיהום מושא ההתרשלות, משום שנולד פג במשקל ירוד וייתכן שזה הגורם לנזק.

28 יי אנגלרד, א' ברק ומי חשין **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, תשל"ז) 28.

לפצות על נזק אשר ייתכן שלא גרמו לו.²⁹ פתח זה עלול להביא לידי הצפת בתי המשפט בתביעות רבות, וביניהן תביעות שווא.³⁰

כפי שעולה מהאמור לעיל, שתי הדוקטרינות מעלות קשיים ממשיים, שלא ניתן להתעלם מהם. לטעמנו, קשיים אלו מביאים בהכרח לכלל מסקנה כי יש לנהוג בזהירות בהפעלת דוקטרינות אלו. לפיכך השופטים צריכים להיות ערים לקשיים שצוינו ולהימנע ככל הניתן משימוש בדוקטרינות אלו. יש לצמצם את השימוש בהן רק למקרים שבהם אי-הפעלתן של הדוקטרינות יגרום לחוסר צדק משווע כלפי התובע. ההכרעה באשר למקרים שראוי שיכללו בגדר קטגוריה זו צריכה להימסר לבית המשפט לבחינה של כל מקרה לגופו.³¹ במקרים אלו, בהם אין מנוס מלהפעיל את הדוקטרינות, יש לבחור מבין השתיים את זו העולה בקנה אחד, ככל הניתן, עם מטרות דיני הנזיקין. לדעתנו, הדוקטרינה הראויה יותר היא דוקטרינת הנזק הראייתי. בעיית הסיבתיות העמומה, כפי שהוסבר לעיל, מעוררת קושי מתחום תורת הצדק המתקן, שכן לא ניתן לדעת מיהו הגורם האמיתי לנזק. בלא ידועה זו נשמט בסיס מרכזי שאותו דורשת תורת הצדק המתקן לברר טרם שתוטל אחריות משפטית על מאן דהו. על כן, אם נבחר בדוקטרינת הסיכון, הרי נטיל אחריות בגין הנזק הישיר על נתבע שאולי לא גרם לנזק כלל. לעומת זאת, לפי דוקטרינת הנזק הראייתי – האחריות שאותה נטיל נובעת מראש נזק עצמאי, שאיננו הנזק הישיר שנגרם לתובע. לפיכך אין אנו מטילים אחריות בגין נזק שייתכן שהנתבע לא גרם לו, אלא בגין נזק שהנו שלילת מידע, שיסוד הוודאות כן מתקיים בו, כי לולא המעשה העוולתי של הנתבע, היה ניתן לדעת מיהו הגורם האמיתי לנזק. עם זאת, יודגש כאמור כי איננו מציעות להכיר בראש נזק ישיר זה בכל מקרה ובכל מצב, אלא לצמצמו למקרים שבהם שיקולים רחבים יותר, מתחום תורת הצדק המחלק והגינות ההליך, מחייבים מתן מענה שיפוטי. מענה זה, טוענות אנו, ראוי שלפחות לא יסתור את דרישות הצדק המתקן.

4. פסק הדין בעניין כרמל – האם פרץ דרך חדשה מבעד למסך העמימות במישור תורת האחריות?

כפי שחיוונו דעתנו לעיל, השופטת נאור בפסק הדין בעניין כרמל בחרה להשתמש בדוקטרינת הסיכון כדי לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה שעמדה בבסיס התביעה. לדעתנו ברור כי לא בחרה השופטת בדוקטרינת הנזק הראייתי, שכן לא בחנה את נזקי ההוכחה שגרמו להם הנתבעים ברשלנותם. לעומת זאת, דבריה של השופטת מצביעים על כך שנעזרה בדוקטרינת הסיכון בפן השני שלה, משמע בפן הגברת הסיכון. זאת משום שהשופטת פסקה פיצוי לתובעת בגין הגברת הסיכון למחלת ה-PVL, עקב השיהוי בביצוע הניתוח.

²⁹ ד' מנשה, לעיל הערה 3. המחבר גורס כי אין להיצמד יתר על המידה למבחן הסטטיסטי-אפידמיולוגי לשם הוכחת קשר סיבתי. לטעמו, יש לבחון את מכלול הנסיבות ולא להכריע דרך "משקפיים מדעיים צרים הבלתי הולמים את אופיו המיוחד של הקשר הסיבתי".

³⁰ שטיין – בעיית הסיבתיות העמומה, לעיל הערה 6, 769.

³¹ אנו מודעות לקושי העולה מכך שאין אמת מידה ברורה לסיווג המצבים שבהם יהיה ניתן להפעיל את הדוקטרינות, אולם לדעתנו עדיף להשאיר את ההכרעה בדבר מקרי חוסר צדק משווע בידי בית המשפט, באופן שיבחן כל מקרה לגופו.

כפי שצוין לעיל, עד פסק דין זה הכירו בתי המשפט בעילת תביעה בגין פגיעה בסיכוי, רק במקרים של אבדן סיכויי החלמה.³² "ניצן" ראשון לשינוי ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **יהונתן כהן**.³³ פסק הדין עסק במקרה הדומה בעובדותיו למקרה שנדון בפסק הדין בעניין **כרמל**. גם שם התרחש אירוע טראגי, אשר בו לקה התובע במחלת ה-PVL.

שיתוק המוחין שבו לקה המערער, יהונתן כהן, הנו נזק שיכול להיגרם עקב פעולתם של גורמים אחדים, אשר פעלו כגורמים מצטברים או חלופיים. הגורמים הנם: הפגות והמשקל הירוד של המערער, שבית החולים לא היה אחראי להם, ואשר מהווים את הגורם המרכזי והמסתבר ביותר למחלה; הדימום, שאף הוא אינו באחריות בית החולים ואינו עוולתי; והזיהום, שלו אחראי בית החולים. כל אחד מן הגורמים הללו מגביר את הסיכון לקרות הנזק, אך לא ברור אם הזיהום, שנגרם בהתרשלות בית החולים, גרם בפועל לשיתוק המוחין. השופט שטרסברג כהן, בדעת מיעוט, קבעה כי:

... בנסיבות העניין, בו משמשים שלושה גורמים אפשריים שאחד מהם הוא עוולתי, ניתן לאמץ שיעור זה של סיכון ולקבוע כי המשיבה אחראית להגדלת הסיכון של המערער ללקות בשיתוק מוחין ב-30%.³⁴

השופטים ברק ובייניש, בדעת הרוב, לא התנגדו לעמדה זו שהביעה השופטת שטרסברג כהן, אך לא ראו צורך להכריע בשאלות שהעלתה, משום שלדידם בנסיבות המקרה לא הוכחה הגברת הסיכון באופן מבוסס דיו.³⁵

כפי שניתן לראות, פסק הדין בעניין **יהונתן כהן** אכן מהווה ניצן ראשון להלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין **כרמל**, אולם פסק הדין בעניין **כרמל** הנו הראשון שמממש בפועל את האפשרות התיאורטית להטיל אחריות בגין פגיעה בסיכוי, במקרים שבהם המעוול גרם להגברת הסיכון לנזק.

אמנם השופטת נאור משתמשת ברטוריקה מסווה, שכן לדבריה אין חידוש בפסק דינה, והוא מבוסס על מקרים קודמים שבהם הכירה הפסיקה במתן פיצוי חלקי בדרך הסתברותית או בדרך האומדן.³⁶ לכאורה נוצר אפוא הרושם שאין לפנינו פריצת דרך חדשה בעולם הניזקין.

32 ראו לעיל הערה 11.

33 פסק הדין בעניין **יהונתן כהן**, לעיל הערה 11.

34 פסק הדין בעניין **יהונתן כהן**, לעיל הערה 11, 703-704.

35 פסק הדין בעניין **יהונתן כהן**, לעיל הערה 11, 705 -- גישת הנשיא ברק.

36 השופטת נאור גורסת שישנן כמה קטגוריות שבהן הכירו במתן פיצוי חלקי: סוגיית **אבדן סיכויי החלמה** – פסק הדין בעניין **פאתח**, לעיל הערה 12, 319. ע"א 2509/98 **גיל נגד קופת חולים של ההסתדרות הכללית**, פ"ד נד(2) 46-47, 38. פרשת אבו-סעדה, לעיל הערה 12. סוגיית **אי-הסכמה מדעת** – ע"א 437/73 **עאיק (קטינה) נ' ד"ר רוזמרין ואח'**, פ"ד כט(2) 225, 231. כמו כן פסק הדין בעניין **פאתח**, לעיל הערה 12. ראו גם: ע"א 4384/90 **ואתורי ואח' נ' בית החולים לניאדו ואח'**, פ"ד נא(2) 171, 191. ע"א 2781/93 **דעקה נ' בית החולים כרמל**, פ"ד נג(4) 526, 552-553, 569-570, 594-605, 663-664. **חלוקת שיעור הפיצוי בין המזיק לניזוק במקרים שבהם קשה לקבוע את הקשר הסיבתי למלוא היקף הנזק** – ע"א 423/98 **אטד ואח' נ' ויינראוב** (לא פורסם). פסקי דין נוספים הם: ת"א (ח"י) 115/91 **ואיינראוב נ' עטד** (לא פורסם). ע"א 1/01 **מרדכי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של עובדים בא"י**, פ"ד נו(5) 502. דנ"א 6714/02 **קופת חולים נ' שמעון** (טרם פורסם).

אולם לדעתנו פסק הדין בעניין **כרמל אכן מהווה חידוש** בדיני הנזיקין בתחום תורת האחריות, שכן הוא בוחר דרך להטלת אחריות נזיקית, שלא הלכו בה עד כה, והיא דרך הגברת הסיכון.

השאלה הראויה להישאל כעת הנה, **האם חידוש זה ראוי. מחד גיסא**, ניתן לבחון את הטלת האחריות בגין הגברת הסיכון מנקודת מבט שונה, ולפיה אפשרות זו מהווה הרחבת יתר של דיני הנזיקין. לפי נקודת מבט זו, פסק הדין מהווה הגמשה בעייתית של דיני הנזיקין באמצעות יסוד הקשר הסיבתי. יש הרואים בכך מעבר לא ראוי, מהטלת אחריות בגין יצירת סיכון אל אחריות המבוססת על גרימת נזק.³⁷ ניתן להסביר חשש זה לאור העקרונות העומדים בבסיס דיני הנזיקין. הכיצד נרתיע מזיקים פוטנציאליים או נשיב מצב לקדמותו לפי הצדק המתקן, כאשר לא ברור לנו כלל שהנזק אכן נגרם בשל העוולה?

בנוסף, נראה לכאורה שהגישה מיטיבה עם ניזוקים אשר אינם יכולים להוכיח קשר סיבתי על פי מאזן ההסתברויות, אולם בחינה מעמיקה יותר מראה שהגמשה זו יכולה להרע להם. בתביעות שעסקו באבדן סיכויי החלמה, כאשר אבדן הסיכוי עלה על 51%, נפסקו פיצויים לא בגין מלוא הנזק, כנעשה לפי מאזן הסתברויות רגיל, אלא רק בגין שיעור סיכויי החלמה שאבדו.³⁸ לכן, ייתכן מאוד שגם במקרים של הגברת סיכון יפעל בית המשפט בצורה דומה, ויעניק פיצוי בגין שיעור הסיכון שהוגבר בלבד, גם במקרים שבהם הגברת הסיכון עולה על 51%. מה שנראה בתחילה כהגמשה הפועלת לטובת ניזוקים, דווקא עלולה לפעול לרעתם.

גישה זו גם תגדיל את מספר התביעות, משום שניזוק שלא הצליח להוכיח קשר סיבתי לפי מאזן ההסתברויות, ינסה את מזלו במישור החלופי של אבדן סיכוי או הגדלת סיכון. נראה שמלבד הצפת בתי המשפט, ייתכן שההרחבה תביא לידי הארכת ההתדיינות והתייקרותה. זאת משום שכעת יש לבסס את התביעה במישור הסיכוי, שהנו קשה יותר להוכחה. ביסוסה יחייב הבאת חוות דעת רבות ככל האפשר של מומחים, עובדות מורכבות וכיוצא בזה.

מנקודת מבט זו, ייתכן שהחידוש שיוצר פסק הדין בעניין **כרמל** איננו חידוש ראוי. מאידך גיסא, ייתכן שפסק הדין מהווה הליכה בכיוון נכון של הטלת אחריות הסתברותית במקרים שבהם קיים קושי אינהרנטי להוכיח קשר סיבתי. הטלת אחריות בגין פגיעה בסיכוי, מהסוג של הגברת סיכון, מוצדקת בעיקר במקרים שבהם אי-הטלת אחריות תביא באופן שיטתי לידי כך שתובעים לא יזכו בפיצוי, ושמזיקים לא ישלמו פיצוי, ולא יורתעו כראוי. בעניין **כרמל** אמנם לא ניתן לדעת בוודאות שההשתהות בביצוע הניתוח גרמה למצבה של הילדה, אולם ניתן לדעת כי ההשתהות הביאה לידי הגברת הסיכון לחלות. לכן, אם לא תוטל אחריות במקרה זה רק בשל העובדה שלא ניתן לדעת את גורם הנזק האמיתי, נגרום להרתעת חסר של מזיקים פוטנציאליים ולכך יש

³⁷ גלעד – האם הורם הנטל? לעיל הערה 14, 338-339; "י גלעד" על "הנחות עבודה", אינטואיציה שיפוטית ורציונליות "משפטים" כו (תשנ"ו) 295, 308. פרופסור גלעד סבור במאמריו אלו, כי דוקטרינת הנזק הראייתי סופה שתטיל אחריות בגין גרימת נזקים, ואם כך הרי היא בבסיסה דומה להסדרי האחריות החמורה כגון ההסדרים החלים על תאונות דרכים (חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234) ומוצרים פגומים (חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980, ס"ח 86). גם כאשר לאחריות חמורה, מציעים קלברזי ופוזנר שלא להשתית את ההסדר על גרימה. לדיון ראו: "י גלעד, על גבולות ההרתעה היעילה, לעיל הערה 22, 462-467; W.M. Landes & R. Posner, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 54-84 (Cambridge, Mass. 1987).

³⁸ ע"א 2245/91 **ברנשטיין נ' עטייה**, פ"ד מט(3) 709. ע"א 2939/92 **קופת החולים הכללית נ' רחמן**, פ"ד מט(2) 369. כמו כן ראו: "י גלעד, א' גוטל" על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי (בעקבות דני"א 7794/98 משה נ' קליפורד) **משפטים** לד (2) (תשס"ד) 385, 417-419.

השלכות הרסניות, במיוחד בתחום כה רגיש כתחום הרפואה. מההיבט של צדק מתקן, מבחינה ראשונית נראה כי קשה להצדיק את תוצאת פסק הדין בעניין **כרמל**, מכיוון שמטילים אחריות על נתבע שייתכן שעוללתו לא היא שגרמה בפועל לנזק. אולם אם נסתמך על גישתו של פרופ' פורת, הסתמכות שככל הנראה לא נעשתה בפסק הדין, ייתכן שנמצא פתרון לבעיית הצדק המתקן. לגישתו, במקרים של הטלת אחריות לפי סיכוי יש להתבסס על דוקטרינת הנזק הראייתי, ולפתור בכך את בעיית הצדק המתקן.³⁹ לפי דוקטרינה זו, נזק ראייתי שנגרם בעוולה, הריהו ככל נזק שראוי לתקנו. בעניין **כרמל**, עצם ההשתהות בכניסה לניתוח שללה מן התובעת את הזכות לדעת מה גרם לה לנזק, ולכן לפי דוקטרינה זו יש להעניק לה פיצוי בשיעור שווי המידע שנשלל ממנה, פיצוי העולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. גישה זו מחזקת את מסקנתנו לעיל, לפיה מבין שתי הדוקטרינות, דוקטרינת הנזק הראייתי עדיפה.

לסיכום מישור זה – ראינו כי הטלת אחריות בגין הגברת הסיכון מעוררת קשיים ממספר היבטים במישור תורת האחריות. אולם אם בכל זאת בית המשפט בוחר לסלול דרך חדשה זו, הרי לדעתנו, האופן הראוי לעשות כן הנו באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי, אשר מתאימה יותר למטרות דיני הנזיקין, ובייחוד למטרת הנזק המתקן. אמנם לא נעלמה מעינינו הביקורת הרבה המופנית כלפי דוקטרינה זו, אך לעומת חסרונות דוקטרינת הסיכון, עדיפה בעינינו דרך זו.

ג. מישור תורת ההוכחה

במשפט האזרחי מידת ההוכחה הנדרשת נקבעת על פי מאזן ההסתברות, כלומר התובע צריך להוכיח שגרסתו סבירה יותר ב-51% לפחות כדי לזכות בתביעה.

בפסק הדין בעניין **כרמל** קבעה השופטת נאור, כי התובע צריך להוכיח על פי מאזן ההסתברות כי קיים קושי מובנה של "סיבתיות עמומה", ולפיכך לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי. במצבים שבהם הוכחה התקיימות "סיבתיות עמומה", אין מנוס מלאפשר לתובע לנסות להוכיח קשר סיבתי על פי אומדנים סטטיסטיים.⁴⁰

עיון בפסק הדין בעניין **כרמל**, מגלה שני קשיים מתחום תורת ההוכחה הטמונים בפסק הדין. קושי אחד הנו **עצם השימוש** בראיות סטטיסטיות כדי להוכיח את אשמתו של נתבע. הקושי השני הנו **חוסר הבהירות** של פסק הדין באשר למידת ההוכחה הדרושה במקרים של תביעות בגין הגברת סיכון.

1. שימוש בראיות סטטיסטיות והבעייתיות העולה ממנו

דוקטרינת הפגיעה בסיכוי, שבה אנו עוסקים, שלובה מטבעה במחקרים אפידמיולוגיים, אומדנים והסתברויות.⁴¹ לדעתנו, עצם השימוש בהסתברויות לשם הוכחת אשמה עשוי להעלות בעיות לנוכח

³⁹ A. Porat & A. Stein, לעיל הערה 9, 103, 165-160.

⁴⁰ פסק הדין בעניין כרמל, לעיל הערה 1, פסקה 25 לדברי השופטת נאור.

⁴¹ המושג "הסתברות" מתאר תופעות מקריות או תופעות שאינן ודאיות, כגון הטלת מטבע או שליפת קלף מחפיסת קלפים. בתופעות מסוג זה, לא ניתן לדעת בוודאות מה תהיה תוצאת ההליך, אך ברור שישנן תוצאות מסוימות שהן סבירות יותר מאחרות. להרחבה ראו: ו' ליברמן, ע' טברסקי **חשיבה בקורתית – שיקולים סטטיסטיים ושיפוט אינטואיטיבי** (האוניברסיטה הפתוחה 1996) 111.

שתי המטרות העיקריות של דיני הנזיקין: צדק מתקן והרתעה יעילה. מבחינת הצדק המתקן הכרעת אשמה המבוססת על אומדנות לא בהכרח תושג מטרת השבת המצב לקדמותו ויותר מכך, ייתכן שנפגע באדם שבפועל לא גרם לנזק. במצב כזה, גם קיים קושי מובנה להשיג את מטרת ההרתעה היעילה. קביעת אשמה על פי סטטיסטיקה, שמטבעה איננה ודאית, עלולה לגרום מחד גיסא להרתעת יתר, שכן לעתים נטיל אחריות על נתבע שבפועל לא גרם לנזק. לעתים נביא מאידך גיסא לידי הרתעת חסר, במקרים שבהם הנתבע כן גרם לנזק, אבל יישא באחריות רק לחלק מן הנזק ולא למלואו. כמו כן ייתכן שהנתבע לא יישא כלל באחריות אם התובע לא יצליח להוכיח את טענתו לפי אומדן סטטיסטי, כפי שאירע בעניין **הקישון**.⁴²

עיקר הקושי בתביעות בגין פגיעה בסיכוי נעוץ בעובדה שאין דרך לאמוד באופן אמין את הפגיעה בסיכוי. חוסר האמינות מתבטא בקושי לזהות את התרומה הייחודית של גורם סיכון, מקרב קבוצה של גורמים שאולי גרמו לנזק. אילו היה ניתן לבצע הפרדה זו, היה ניתן להפיק נתונים הסתברותיים מספקים להתבסס עליהם בדוקטרינת הפגיעה בסיכוי, אך מכיוון שבחלק מהמקרים לא ניתן לבצע הפרדה זו בין הגורמים האפשריים, לא ניתן גם לערוך אומדן אמין. לפיכך התביעה הנזיקית באותם מקרים איננה מבוססת דיה במישור תורת ההוכחה.⁴³ השופטת נאור גורסת, שבמקרי סיבתיות עמומה, כבכל עניין משפטי, התובע צריך להביא את מלוא הראיות המדעיות. ואכן נראה כי בלא ראיות מהימנות, תיכשל התביעה.

קושי נוסף העולה מהשימוש בנתונים סטטיסטיים נעוץ בסכנה לריבוי יתר של תביעות, משום שיש בו מעין הגמשה של דרישות ההוכחה המוטלות על התובע. סכנה זו באה לידי ביטוי במיוחד בתביעות בגין רשלנות רפואית, שכן תחום הרפואה מאופיין בנתונים סטטיסטיים רבים המצביעים על קשר אפשרי כזה או אחר בין מגוון גורמים רב, ולכן יהיה קל יותר לתובע להיעזר בסטטיסטיקה העומדת לצדו.⁴⁴

השופטת נאור בפסק הדין בעניין **כרמל** ערה לקושי הטמון בשימוש בנתונים סטטיסטיים, אולם היא סבורה כי בכל תחומי המשפט ובייחוד בדיני הנזיקין, משתמשים באומדנים באופן שוטף ולכן השימוש באומדנים במקרים של הוכחת פגיעה בסיכוי אינו חריג.⁴⁵ יש הטוענים כי

⁴² מנשה, לעיל הערה 3, 9. לדברי המחבר: "היצמדותם של רוב חברי הוועדה למבחן הסטטיסטי-אפדימולוגי להוכחת הקשר הסיבתי בין החשיפה למימי הקישון למחלת הסרטן מחמירה יתר על המידה עם הצוללנים בקישון".

⁴³ ק' פוקס, ב' שמואל, ר' שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר וודאות בדבר פגיעה עולתית באינטרס" **עיוני משפט** כז(1) (תשס"ג) 323, 338. לדברי המחברים, ביישום דוקטרינת הפגיעה בסיכוי, גם אם תתקבל, לרוב לא יהיה ניתן כלל לאמוד את ההסתברות המתאימה על פי הניסויים והנתונים העומדים לרשות החוקרים. לדבריהם, גם אם ניתן יהיה לערוך אומדן כלשהו, לא יהיה ניתן לעשותו בצורה אמינה ולא ניתן יהיה לאמוד את הפיצוי המגיע לפי דוקטרינת הפגיעה בסיכוי. המחברים מדגישים כי הבעיות באמידת ההסתברויות אינן טכניות אלא מהותיות, ויש להן השלכות לא רק על היכולת לבצע אומדן אמין, אלא גם על היכולת לקבוע פיצוי לפי דוקטרינת הפגיעה בסיכוי.

⁴⁴ שטיין - בעיית הסיבתיות העמומה, לעיל הערה 6, 769.

⁴⁵ א' פורת במאמרו "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" **עיוני משפט** כ"ז(1) (תשס"ג), 363-365 מונה מקרים מספר שבהם נעשה שימוש בהסתברויות: פסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות, פסיקת פיצויים בגין הוצאות רפואיות, הגנת אשם תורם, חלוקת אחריות בין מעורלים שחלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק אינו ידוע, פסיקת פיצויים בגין פגיעה בסיכוי ובגין הגברת הסיכון. פסקי דין המדגימים את השימוש בהסתברויות במקרים של פגיעה בסיכוי הנם פסקי הדין בעניין **פאתח**, בעניין **יהונתן כהן**, בעניין **דעקה** ובעניין **גיל**. ראו לעיל הערות 11, 12 ו-36.

במשפט אין מנוס מלהסתמך על קריטריונים הסתברותיים.⁴⁶ השופטת נאור מסתמכת על דעתו של פורת הגורס כי "המשפט איננו מתמטיקה, והמשפטן אינו שואף לאותו דיוק שהמתמטיקאי שואף אליו. התעקשות על דיוק... סופה להוביל למשפט פחות טוב".⁴⁷ לדברי פורת, גם כאשר עומדים לפנינו ממצאים חסרים ולא מדויקים לקביעת הסתברויות, יש להיעזר בהם להוכחת פגיעה בסיכוי, כאשר עומדים ביסודה שיקולים מהותיים. לדבריו, עדיף להשתמש בדרך לא מדויקת לאמידת הסתברות, ולא לאפשר לנתבעים להתחמק מאחריות.⁴⁸

בנוסף, ניתן לגרוס כי שימוש בראיות סטטיסטיות דווקא יכול להועיל בטווח הארוך, שכן יש בו כדי ליצור תמריץ לאסוף מידע רב ככל האפשר. בעלי דין פוטנציאליים יאספו מידע כדי שיוכלו להגן על עצמם בעתיד. בצורה כזו, בחלוף הזמן תחום ההסתברויות ייהפך למדויק יותר.⁴⁹

2. פסק הדין בעניין כרמל – מהי רמת ההוכחה הנדרשת במקרים של הגברת סיכון?

פסק דינה של השופטת נאור מעורר חוסר בהירות בדבר רמת ההוכחה הנדרשת לקביעת היקף האחריות בגין הגברת סיכון. לדעתנו, לא ניתן להבין בצורה חד-משמעית ומפורשת מדברי השופטת, אם יש להוכיח לפי מאזן ההסתברויות, כלומר מעל 51%, את שיעור הגברת הסיכון (במקרה דנן – 40%), או שמא ניתן להוכיח שיעור זה ברמת הוכחה הנמוכה מ-51%. מבחינה מתמטית, ייתכן שהתיאור הנכון של מצב הדברים העובדתי בעניין **כרמל** הוא שניתן להוכיח בהסתברות של 40% כי 100% מן הנזק נגרמו על ידי השיהוי. מה נאמר אז? ההבדל בין השניים הנו מהותי. אם ההלכה העולה מפסק הדין הנה שהרף להוכחת שיעור הגברת הסיכון הנו נמוך מ-51%, עולה שאנו עומדים לפני פריצת דרך חדשה עבור ניזוקים פוטנציאליים רבים.⁵⁰ ניזוקים שבעבר לא היה באפשרותם לקבל מענה כלשהו בשל קשיי ההוכחה, כעת יוכלו להוכיח תביעתם ביתר קלות. לכן חוסר הבהירות העולה מפסק הדין מביא לידי קושי יישומי גדול. מבחינה תיאורטית, גם אם החידוש ראוי, מתעוררת השאלה מהו היחס הראוי בין הדוקטרינה ובין כללי הראיות הרגילים, אשר מחייבים פיצוי בגין 100% מן הנזק אחרי שהוכח בהסתברות העולה על 51% כי אכן המעשה המעוול גרם לנזק. האם כעת עלינו להכפיל את הסתברות ההוכחה בגודל הנזק?

⁴⁶ ראו ר' שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות חלק א' -- ביקורות מסורתיות" **עיוני משפט** יט (תשנ"ד) 205, 235-238. לדברי המחבר: "...אין מנוס מאימוצן של אמות מידה הסתברותיות. הידע המדעי שברשותנו אינו מאפשר לתעד את אופני ההתפתחות של המחלה בגופו של אדם מסוים ברמת הפירוט הפיסיקלית המלאה, ובכל זאת אנו נוטים לראות בזיקה שבין חשיפה לתנאי סביבה מסוימים, לבין התפתחות המחלה זיקה סיבתית. לאמיתו של דבר, ההכרה במצבים מעין אלה אך האירה צורך, שהיה קיים, כאמור, בלאו הכי, להרחיב את מושגי הסיבתיות המקובלים, המבוססים על איפיון של סיבות כתנאים ולהגמישם. בעשרות השנים האחרונות מתגבשת איפוא הכרה משפטית בכך שאופיין של ההכללות הסיבתיות, ומשום כך – אף של הקביעות הסיבתיות היחידניות, הוא בדרך כלל הסתברותי."

⁴⁷ פסק הדין בעניין **כרמל**, לעיל הערה 1, פסקה 28 לדברי השופטת נאור. כמו כן ראו: א' פורת במאמרו "מדע מדויק או משפט?", לעיל הערה 45, 365.

⁴⁸ שם, שם.

⁴⁹ A. Porat & A. Stein, לעיל הערה 9, 75-76. כמו כן ראו: פורת – מדע מדויק או משפט, לעיל הערה 45, 361-363.

⁵⁰ י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, לעיל הערה 28, 230. ניתן להבין מדוע פסק הדין מהווה פריצת דרך במישור זה, לאור דברי המחברים: "... דומה כי בתי המשפט המקומיים, אינם נוטים לרכך את הדרישה לכמות ההוכחה הרגילה, גם שעה שהמדובר בשאלה קאוזלית היפותטית. מגמה זו של הפסיקה המקומית, תואמת את גישתה הכללית בתחום האחריות בניזיקין המאופיינת על ידי עמידה מלאה ברעיון האשמה בניזיקין."

לצד שאלה זו עולה השאלה, האם על כל שיעור שהוא ניתן יהיה לקבל פיצוי. אם ניזוק יצליח להוכיח בהסתברות העולה על 51%, כי הנתבע גרם להגברת שיעור הסיכון באחוז אחד בלבד, האם יש לאפשר לו פיצוי? גם על שאלה זו השופטת איננה נותנת מענה.

כפי שראינו לעיל, הרי עצם השימוש בראיות הסתברותיות, אף שהוכחו בהסתברות העולה על 51%, מעלה קשיים ממשיים, בייחוד לאור מטרות דיני הנזיקין. לפיכך אנו רואות קושי בפסק הדין בעניין **כרמל**, אשר לא זו בלבד שהוא משתמש בראיות הסתברותיות, שמטבען וטיבן הנן בעייתיות, אלא ייתכן שהוא אף מוריד את רף ההוכחה הנדרש בשימוש בהן, ועל כל פנים אינו מצמצם את עצמו לחול בנסיבות שבהן עולה שיעור הסיכון באופן משמעותי ואין דרך אחרת להתמודד עם עלייה זו. בכך, לדעתנו יש משום העצמה של הבעייתיות הטמונה בשימוש בראיות סטטיסטיות. גישתנו זו מוצאת סימוכין בדעתו של גלעד, הגורס כי יש להשתמש בדוקטרינת הפגיעה בסיכוי רק במקרים שבהם קיימת פגיעה **ממשית** בסיכוי.⁵¹ לדעתנו, במקרים שבהם רף ההוכחה של הראיות הסטטיסטיות המבססות את גרימת הנזק הוא נמוך, פגיעה ממשית אינה מתקיימת, ולכן אין הצדקה לשימוש בדוקטרינה.

פסק הדין בעניין **כרמל** מעלה אפוא שני קשיים במישור ההוכחה: האחד מתבטא בחוסר בהירות באשר למידת ההוכחה הנדרשת. האחר, אם פסק הדין מתיר מידת הוכחה הנמוכה מ-51%, מתבטא בהרחבה יתרה ולא רצויה של דיני הנזיקין באמצעות הקשר הסיבתי.

ד. הערת אזהרה

בעיית "הסיבתיות העמומה" יוצרת אי-ודאות בזיהוי הגורם העובדתי לנזק. ראינו כי מוכרות בספרות שתי דרכים אפשריות לפתירתה של בעיה זו במישור תורת האחריות: דוקטרינת הנזק הראייתי ודוקטרינת הפגיעה בסיכוי. עמדנו על הקשיים המרובים הכרוכים בשימוש בדוקטרינות אלו, והגענו לכלל מסקנה שראוי לצמצם את הפעלתן ככל הניתן. כן הסברנו כי לדעתנו במקרים שבהם אין מנוס מהפעלת הדוקטרינות, עדיפה דוקטרינת הנזק הראייתי.

ניתחנו את פסק הדין בעניין **כרמל** בשני מישורים נפרדים. במישור תורת האחריות ראינו כי הדוקטרינה שיושמה בפסק הדין הייתה דוקטרינת הפגיעה בסיכוי. הבענו את דעתנו, כי במישור זה מתקיים חידוש, שכן עד כה לא יושמה בפסיקה האפשרות לקבל פיצוי בגין **הגברת סיכון**. ציינו שחידוש זה אולי ראוי, אולם הבענו דעתנו כי ראוי יותר היה לאפשר פיצוי בגין הגברת הסיכון באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי, ולא באמצעות דוקטרינת הסיכוי אשר יושמה בפסק הדין. במישור ההוכחה ראינו כי עולים שני קשיים עיקריים: האחד הנו עצם השימוש בראיות סטטיסטיות אשר הוא בעייתי מטבעו ומטיבו. האחר – חוסר בהירות העולה מפסק הדין באשר לרמת ההוכחה הנדרשת במקרים של הגברת הסיכון. גרסנו כי אם רמת ההוכחה, שאליה התכוונה השופטת, נמוכה מ-51%, יש בכך משום העצמת הקשיים הגלומים בשימוש בראיות סטטיסטיות והרחבה לא ראויה של דיני הנזיקין.

אנו סבורות כי המשפט הישראלי, על שופטיו ומלומדיו, חייב להתבונן בעיניים פקוחות בקשיים הממשיים הכרוכים במצבי "סיבתיות עמומה". קשיים אלו אינם חדשים, וכפי שראינו

⁵¹ גלעד - האם הורם הנטל?, לעיל הערה 14, 339.

נכתב עליהם רבות. בדיוק מסיבה זו, פסק הדין בעניין **כרמל** הוא בעייתי, אף שהביא לידי תוצאה צודקת. נראה כי פסק הדין, הלוקה בבהירותו, רק מוסיף לעמימות הקיימת ואינו מפזר את הערפל השורר במצבי אי-ודאות. זאת ועוד, אי-הבהירות פותחת פתח לניזוקים "לנסות את מזלם" בהוכחת גרימת נזק אשר איננה מבוססת דיה. בד בבד יש בה כדי להרחיב את מעגל המזיקים, היינו כל אדם אשר היה לו פוטנציאל, אף הקטן ביותר, להיחשב למזיק – עלול להיפך, הלכה למעשה, למזיק בפועל. מלבד השלכות מעשיות אלו, חשוב לדעתנו לשמור על עקיבותם של דיני הנזיקין ושל דיני הראיות כאחד, ומהלך המאפשר להוכיח קיומו של קשר סיבתי בהסתברות הקטנה מ-51% אינו מהלך פשוט.