

מאמרים

הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת

מאת

ד"ר ישראל גלעד *

א. פתח דבר

סוגיית הסיבתיות (קשר סיבתי וריחוק נזק) היא אחת הסכוכות בדיני הנזיקין שהרכבתה סביבה מחלוקות ומבוכה.¹ הספרות העניפה שהוקדשה לנושא לא זו בלבד שלא השכילה תמיד לפזר את הערפל סביבה,² אלא שבמידה מסוימת אף תרמה לעיבוי, בבחינת "כל המוסיף – גורע". עם זאת, ראינו צורך בבחינה מחודשת של סוגיא זו בדין הנזיקין הישראלי בשל התפתחויות שחלו בתחום זה בשנים האחרונות. כוונתנו לאימוץ הסדרים של אחריות מוחלטת (חוק פיצויים לגפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975)³ ושל אחריות חמורה (חוק האחריות למוצרים פגומים, תשמ"מ–1980)⁴. כללי הסיבתיות בדין הישראלי עוצבו וגובשו על רקע הסדר הרשלנות, ושאלה היא אם ועד כמה מותאמים כללים אלה להסדרי האחריות החדשים. נסיון להשיב על שאלה זו מחייב בחינה מקפת של כל היבטי הסוגיא וכך נבקש לעשות בהמשך, תוך כדי הישענות על התשתית שהונחה בעבר על-ידי הספרות המשפטית.⁵

נפתח בהבהרות הבסיסיות בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית (סעיפים ב וג) ובין קשר סיבתי לריחוק נזק (סעיף ד). אחר-כך נציג את התונים הרלבנטיים בהקשר הסיבתיות (סעיף ה) ואת הויקה בינם לבין המבחנים המשפטיים המטפלים בסוגיא (סעיף ו). דיון מפורט בקשר הסיבתי ייעשה בסעיף ז ובמסגרתו יוצגו ינותחו

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 J. G. Fleming, *The Law of Torts* (Sydney, 5th ed., 1977) 179 (להלן, פלמינג).

2 H. L. A. Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law* (Oxford, 1959) 1 (להלן, הרט והונורה).

3 ס"ח תשל"ה 234 (להלן, חוק הפיצויים).

4 ס"ח תשמ"מ 86 (להלן, חוק האחריות).

5 כוונתנו בעיקר לג' טדסקי (עורך) "אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין (הוצאת מאגנס, מהדורה 2, תשל"ז) סעיפים 118–136 (להלן, דיני הנזיקין). נשתדל במידת האפשר שלא לחזור על דברים שנכתבו שם ובמקומות אחרים, אלא עד כמה שהקשר הדברים מחייב. אנו מניחים, כי לקורא ידע מוקדם בסוגיא כך שרשימה זו אינה בגדר היכרות ראשונה עמה.

ויבוקרו המבחנים הקיימים תוך בחינת האלטרנטיבות. ריחוק הנזק יוכה לטיפול דומה בסעיף ח. בסעיף ט נעיף מבט מחודש על המשולש של אשם, קשר סיבתי וריחוק נזק. סיכום קצר של הטיועונים יחתום רשימה זו.

ב. על ההבחנה בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית

ייעודם של כללי הסיבתיות בהקשרם הרלבנטי הוא לקבוע אם קיימת, מבחינת הדיון, זיקה מספקת בין אשמו של הנתבע לבין נזק שסבל התובע.⁶ קיומה של זיקה זו מקים את אחריותו של הנתבע לנזק ואת זכותו של התובע לסעדים הנובעים מאחריות זו. נקודת-המוצא היא אפוא שאשמו של הנתבע נתון. "אשם" כאן משמע אשם במובן הטכני של קיום כל היסודות לאחריות למעט יסוד גרימת הנזק, ולא במשמעות של אשמה (blameworthiness), של התנהגות פגומה.⁷

בהקשר זה נפוצה ההבחנה בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית.⁸ הסיבתיות העובדתית עניינה בויקה הפיסיקלית, המדעית, בין האשם לנזק. תפקידה הוא לברור מבין האשמים שקדמו לנזק את אותם האשמים שגרמו עובדתית לנזק, דהיינו: להצביע על האשמים שהיוו גורם הכרחי או גורם מספיק לנזק.⁹ הסיבתיות המשפטית, בשלב שני, מבצעת מיון נוסף, בבחירה מתוך האשמים שגרמו עובדתית לנזק את אלה שהמשפט רואה כגורמי הנזק, את אלה שגרמו משפטית לנזק.

על הבחנה זו בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית קמו עוררין.¹⁰ טענתם היא שרק הסיבתיות העובדתית עוסקת בגרימה, וכי אין משמעות לסיבתיות משפטית בהקשר זה. השאלה מי נחשב בעיני המשפט כגורם כמוה כשאלה על מי רוצה המשפט להטיל אחריות, ושאלה זו נחתכת על-פי מדיניות משפטית ולא על-פי מבחנים כלליים של גרימה. מאחר שהמדיניות המשפטית משתנה מהקשר להקשר ומעוולה לעוולה, לא ניתן להצביע על מכנה משותף שיצדיק את הכללת כל שיקולי המדיניות שמאחורי מיון האשמים תחת קורת-גג משותפת של סיבתיות משפטית.¹¹

מי שסבור, כי קיימים מבחני סיבתיות משפטית אחידים וכלליים שאינם משתנים מהקשר להקשר יחד עם המדיניות – לא יוטרד מביקורת זו.¹² אך מה יאמר מי שאמון על התפישה כי מבחני הסיבתיות צריכים לשקף מדיניות ולהשתנות בהתאם מהקשר להקשר? עמדתנו היא, שלמונח "סיבתיות משפטית" יש משמעות גם תחת תפישה זו,

6 סעיף 64 לפקודת הנזיקין. משמעויות אחרות של כללי הסיבתיות בהקשרים משפטיים אחרים או בהקשרים חוץ-משפטיים אינן מענייננו כאן.

7 דיני הנזיקין, עמ' 122.

8 ע"א 23/61 סימון הולנדר ואח' ב' מנשה ואח', פ"ד יז 449 (להלן, סימון), עמ' 464–465; הרט והגורה, עמ' 5–103; דיני הנזיקין, עמ' 184.

9 מבחני הסיבתיות העובדתית יידונו ביתר פירוט בפרק ג.

10 הרט והגורה, עמ' 43; W. L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (St. Paul, 4th ed., 1971) (להלן, פרוסר), עמ' 237. ראה גם את תפישת שוויין הגורמים במשפט הקונטיננטלי כפי שהיא מובאת בדיני הנזיקין, עמ' 179–180.

11 הרט והגורה, עמ' 5.

12 הרט והגורה, עמ' 123–125. ראה סעיף ז/2 להלן.

כלומר: קיים מכנה משותף לכללים העוסקים בזיקה משפטית בין אשם לנזק גם אם תוכן הכללים משתנה. מכנה משותף זה הוא פוג הנחשבים הנלקחים בחשבון בעת שנבדקת שאלה סיבתית. עניין זה יובהר בסעיפים ה.ו. כאן נסתפק בדוגמא קצרה: מהי הנפקות המשפטית שיש ליתן לאשמו של צד שלישי שתורם לאירוע הנזק? האם יש באשם זה כדי לשלול את אחריותו של הנזק הנזק הנזק? בהקשר זה ייתכנו כללים אחדים. כך, למשל, על-פי כלל אחד תישלל אחריותו של המזיק רק אם מעשה הצד השלישי היה מכונן, בעוד שעל-פי כלל אחר רק מעשה בלתי-צפוי ישלול אחריות זו. שני הכללים הנ"ל, על-אף תוכנם השונה, הם כללי סיבתיות משום שהם מתייחסים לנתון סיבתי – במקרה זה אשמו של צד שלישי. כלל מסוים הוא כלל סיבתי כאשר הוא מתייחס לנתון סיבתי ואין נפקא מינה אם תוכן הכלל משתנה מהקשר להקשר או מתקופה לתקופה עם שינוי שיקולי המדיניות שמאחורי הכלל.

ג. סיבתיות עובדתית

קיומה של זיקה עובדתית בין אשם לבין נזק יזכר בחלק גדול של המקרים ללא כל קושי מיוחד באמצעות המבחן של "הגורם שבלעדיו אין" (causa sine qua non).¹³ אשם הוא גורם עובדתי לנזק כאשר הוא גורם הברחי, כלומר: שאלמלא קיומו לא היה הנזק נגרם. קושי ביישום מבחן זה מתעורר בסיטואציות מסוימות של מחדל.¹⁴ דהיינו: כאשר האשם מתבטא לא ביצירת סיכון שלא היה קיים אחרת אלא בכישלון לנטרל סיכון קיים. מקורו של קושי זה הוא באי-הוודאות השוררת באשר למצב הדברים שהיה נוצר לו הנזק היה ממלא את חובתו ולא היה חוטא במחדל.¹⁵ כאשר הנזק נוצר יצר סיכון, קל לומר כי הנזק לא היה נגרם אלמלא הסיכון. שונים פני הדברים כאשר הסיכון קיים ממילא והשאלה היא, אם הנזק היה מצליח למנוע את מימושו, מחדלו של פלוני מתבטא באי השלכתו של גלגל-הצלה לעבר אלמוני בים סוער. מי לידנו יתקע כי לו נזרק הגלגל היה אכן מגיע לידיו? וגם אם היה מגיע לידיו, האם היה מונע את טביעתו? קשיים דומים יכולים להתעורר בהקשר של התקנת יציאות-חירום באולם במספר מספיק (מנין שהתובע לא היה גרמס גם לו הותקנו יציאות-חירום בנדרש?)¹⁶ בהקשר של מידע על טיפול רפואי (מנין שהחולה לא היה מסכים לטיפול גם אם היה מקבל מידע מקיף?), או בהקשר של קפיצת-ראש למים רדודים (האם שלט המזהיר מפני קפיצת-ראש, לו הותקן, היה מונע אותה?)¹⁷ התובע בעוולת הפרת חובה הקוקה ניצב גם

13 דיני הנזיקין, עמ' 184.

14 פלמינג, עמ' 180; דיני הנזיקין, עמ' 228–229.

15 ההבחנה בין מעשה אקטיבי למחבל אינה מן הקלות ולעתים היא סימנטית גרידא, תולדה של ניסוח (הרט והנוגדה, עמ' 131). ההבחנה שהצענו למעלה בין יצירת סיכון לבין כישלון לנטרל סיכון קיים מצביעה על סוגי המחללים הבעייתיים מבחינה סיבתית ואין היא מוצעת כמבחן כללי להבחנה בין מעשה למחדל.

16 ראה דיני הנזיקין, עמ' 230.

17 מקרה זה נדון לאחרונה בע"א 145/80 ועקרון ג' מועצה מקומית בית שמש ואח', פ"ד לו (1) 113 (להלן, ועקרון).

הוא לעתים לפני בעיה דומה. עליו להראות את הקשר הסיבתי שבין מחדלו של הנתבע לקבל רשיון לפעילותו לבין נזק שנגרם כתוצאה מאותה פעילות.¹⁸

האם יביאו קשיי ראיה מן הסוג הנ"ל לדחיית תביעתו של הניזוק בשל חוסר יכולתו להוכיח סיבתיות עובדתית? הדרך להימנע מתוצאה שכזו היא לשנות את גטלי הראיה: בשלב ראשון להפוך את גטל השכנוע כך שבמקרה של ספק שקול תיטה הכף לחובת הנתבע¹⁹, ובשלב שני להסתפק במידת הוכחת קטנה (פחות מ-50%). אפשרויות אלה תוזכרו לאחרונה בפסיקה מבלי שאומצו הלכה למעשה.²⁰

מבחן "הגורם שבלעדיו אין" אינו מספק תשובה חד-משמעית במקרים שבהם האשם אינו גורם הכרחי לנזק, כאשר ידוע ברמת הודאות הנדרשת כי הנזק היה נגרם ממילא בשל גורם או גורמים אחרים שאינם קשורים באשם. זהו המקרה של סיבות חילופיות.²¹ הסיבה החלופית יכולה להתממש יחד עם האשם הנדון (א ו ב יורים בג, כשפגיעת כל אחד מהם היא קטלנית²²), או לאחריו (א יורה בג בשנתו ולאחריו יורה בו ב בשנית בסוברו כי עודנו ישן). לעתים היא היפותטית, דהיינו: סיבה שלא התממשה בפועל, אך היתה גורמת לאותה תוצאה שגרם האשם לולא התממש זה (ב מרעיל את המים במימיה של ג. מאוחר יותר א נוקב בה חור. ג מת מצמא. מעשהו של ב הוא סיבה חילופית היפותטית).²³ הסיבה החלופית אפשר שתהיה התנהגות בת-אשם, התנהגות ללא אשם, או אירוע ללא מעורבות אנושית (לולא הוצת ביתו של ב על-ידי א היה הברק מציתו). האם קיומה של סיבה חילופית שולל את הוויקא העובדתית הנדרשת בין האשם לבין הנזק? התשובה המקובלת היא שלא²⁴. זיקה זו נוצרת לא רק כאשר האשם הוא גורם הכרחי לנזק אלא גם כאשר הוא גורם מספיק. המבחן הכולל לסיבתיות עובדתית הוא אפוא מבחן הדיות (sufficiency).²⁵ כל אשם שדי היה בו כדי לגרום לנזק ייחשב כגורם עובדתי לו. אך נראה שגם מבחן זה טעון סיווג: על-פי לשונו גם האשמים היוצרים סיבות חילופיות ייחשבו כגורמים עובדתיים (ב שירה בגופה או שהרעיל את המים במימיה). ההלכה המקובלת היא, לעומת זאת, שרק סיבה חילופית שהתממשה סימולטנית עם האשם הנדון תקים אחריות אם יש עמת אשם (כבדוגמת הירי הסימולטני של א ו ב לעבר ג).²⁶ אשם המתווה סיבת חילופית היפותטית, או סיבה חילופית שהתממשה לאחר שהנזק כבר נגרם אינו נתפש בדרך-כלל כקשור עובדתי לנזק, אם א פצע את ג, ואחר ש ב ופגע בג באופן שהיה גורם לאותה פציעה בדיוק, לא יחוב ב בגין הפציעה אלא עד כמה שהחמירה.²⁷ סיכומו של דבר: אשם שגרם בפועל לנזק,

18 ע' ברי-שירה, "הפרת חובה חקוקה" דיני נזיקין העיוולות השונות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש זרי סאקר, ג' מדסקי עורך, תשל"ט) (להלן, ברי-שירה) 36–37.

19 ראה פלמינג, עמ' 181; עיין גם ברי-שירה, עמ' 41.

20 רעקנין, עמ' 144; ראה גם דיני הנזיקין, עמ' 230.

21 הרט והונורה, עמ' 116.

22 שם.

23 שם, עמ' 219–220.

24 שם, עמ' 225.

25 ראה דיני הנזיקין, עמ' 194.

26 שם.

27 ראה פלמינג, עמ' 184–185.

והמהות גורם מספיק להיווצרותה. הוא אשם הקשור לנזק בקשר של סיבתיות עובדתית. לעתים ידועה זהותם של מי שהתנגותם היא בת-אשם, וכן ידוע דבר קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין אשם ממין זה לבין הנזק. דא עקא, שלא ניתן לזהות את מי שעומד מאחורי האשם שגרם עובדתית לנזק. כך היה בפרשת *Sindell v. Abbot Laboratories*.²⁸ התובעת שם סבלה נזק שנגרם על-ידי סם למניעת הפלה. מאחר שהנזק נתגלה שנים רבות לאחר צריכת הסם, ומאחר שסם זה שווק על-ידי מספר גדול של יצרנים מבלי שישא את שם היצרן המסוים, לא עלה ביד התובעת להצביע על היצרן המסוים שייצר את הסם אשר גרם לנזק. גם כאן, כבמקרי המחדל שהובאו לעיל, אחת הדרכים לדלג מעל למשוכת הקשר הסיבתי העובדתי היא להעביר את נטל הראיה בעניין זה אל הנתבע. זוהי אכן הדרך שאומצת באותה פרשה. נקבע כי כאשר מי שנפגע על-ידי הסם תובע חלק ניכר מיצרניו, באופן שחלקם של כלל הנתבעים בשוק המוצר הוא חלק מהותי, עובר נטל זיהוי של יצרן הסם שגרם עובדתית לנזק מן התובע אל כל אחד מן הנתבעים. במלים אחרות: כל יצרן נתבע צריך להראות כי הסם שגרם לנזק התובע לא יוצר על-ידו. לא עשה כן — תושל עליו אחריות לנזק. מידת חבותו של כל יצרן שחויב באופן זה היא על-פי חלקו בשוק המוצר בהשוואה לחלקם של כלל היצרנים שחויבו.²⁹ פתרון זה, המגודג לרעיון האחריות האינדיבידואלית,³⁰ מעוגן כנראה בתחושה כי משהוכח אשמו של הנתבע, אין זה מן הראוי שדווקא הוא ייהנה מן הספק העובדתי, מה שאין כן כאשר אשמו טרם הוכח. תחושה זו מסבירה גם את הגטיה לשינוי נטל ההוכחה במקרה המחדל הנ"ל.

עד כאן באשר לסיבותיות העובדתית.

ד. ההבחנה בין קשר סיבתי לבין ריחוק נזק

הדיון בסיבותיות נעשה לרוב תחת אחת משתי הכותרות: קשר סיבתי (casual link) או ריחוק נזק (remoteness of damage). האם זהו שוני במינוח בלבד, או שמא יש מאחורי הבחנה עניינית בין שני תחומים שונים של הויקה הסיבתית? עיון בספרות העוסקת במשפט המקובל מלמד, כי שני המונחים הנ"ל משמשים שם בעירבובית, כמור נחים נרדפים.³¹ גם הפסיקה בישראל לא שירטטה קו ברור התוחם בין שתי הסוגיות הנ"ל.³² וזאת למרות שהמחוקק ייחד לגושא הסיבתי שתי הוראות חוק נפרדות: אחת

28 588 Cal. 3d 26.

29 ראה: D.A. Fischer, "Products Liability—An Analysis of Market Share Liability", 34 Vand. L. Rev. (1981) 1623.

30 דיני הנזיקין, עמ' 233.

31 כך, למשל, דן פלמינג בסוגיא הסיבתית תחת הכותרת של Remoteness of Damage

(פלמינג, עמ' 179–180). ראה גם P.S. James & D.J. Brown, *General Principles of the Law of Torts* (London, 4th ed., 1978)

(להלן, גיימס ובראון), עמ' 33; דיני הנזיקין, עמ' 183, 188, 212–213.

32 "אנגלרד, "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנוזיקין" מחקר משפט לזכר אברהם רוזנטל (הוצאת מאגנס, תשכ"ד) 55 (להלן, מחקר משפט), עמ' 62.

המזוהה עם סוגיית הקשר הסיבתי (סעיף 64 לפקודת הנזיקין), והאחרת — עם סוגיית ריחוק הנזק (סעיף 76 (1) לפקודה).³³

מה מסתתר אפוא מאחורי ההבחנה בין קשר סיבתי לריחוק נזק? בספרות המשפטית מצאנו את ההסבר הבא:³⁴ הקשר הסיבתי וריחוק הנזק הן שתי סוגיות נפרדות שלכל אחת מטרה ומבחנים משלה. הקשר הסיבתי בין אשם לבין נזק הוא תנאי לאחריות בגין אותו נזק. קירבת הנזק, לעומת זאת, היא תנאי לפיצוי כספי בגינו. קירבת הנזק היא אפוא תנאי מצטבר לקשר סיבתי. האחרון מקיים את האחריות לנזק יחד עם הזכות לכל הסעדים שאינם פיצוי (כסעדים אכיפתיים), אך כאשר הסעד המבוקש הוא פיצוי כספי, כי אז יש להראות שהנזק המסוים אינו רחוק. על רקע זה מוסבר הטשטוש בפסיקה בין שני התחומים הנ"ל: מאחר שמבחן ריחוק הנזק הוא מבחן מצטבר, מחמיר יותר, הרי שבכל מקרה של חביעת פיצויים ניתן לקצר את תהליך הבדיקה ולבדוק במישרין את סוגיית ריחוק הנזק.

למרות שההבחנה הנ"ל מעוגנת לכאורה בלשונה של הפקודה, הדנה במוסד ריחוק הנזק בהקשר של פיצויים — אין אנו מצדדים בה. ייעודם של דיני הנזיקין הוא בראש ובראשונה לפצות את הנזוק על נזקיו (לעניין זה אין נפקא מינה מהי מטרת הפיצוי). תרופת הפיצויים היא התוצאה המיידית והטבעית המתבקשת מן ההכרה באחריות נזקית לנזק מסוים. התגייס הפיצויים בתנאי נוסף, מצטבר על האחריות, אינה מתיישבת עם האופי הבסיסי של תרופה זו. תרופת האכיפה, לעומת זאת, היא תרופה חריגה, התלויה בהתקיימות מספר תנאים פרלימינריים (סעיף 74 לפקודה). האופי השיגרתי של תרופת הפיצוי לעומת תרופות אחרות בולט במיוחד בהסדרי האחריות החדשים (תאונות דרכים ומוצרים פגומים), שבהם כמעט שאין משמעות לסעדים מעבר לפיצוי. ההבחנה שהבאנו לעיל הופכת את סדר הדברים: הפיצויים נתפשים כסעד מועדף, הטעון הוכחת תנאים נוספים מעבר לקיום האחריות, בעוד שהאכיפה נחשבת לסעד ראשוני הנובע במישרין מן האחריות.

לדעתנו, יש מקום לאבחנה בין קשר סיבתי לריחוק נזק, אך על בסיס שונה מזה שהובא לעיל. על-פי ההבחנה המוצעת, הקשר הסיבתי וריחוק הנזק אינם מצטברים אלא משלימים — כל אחד מטפל בתחום הייחודי שלו, כל אחד משיב על שאלה אחרת הנוגעת לאחריות בנזיקין. נקודת המוצא, לאחר שנבחן נושא הסיבתיות העובדתית, היא שאשם נתון גרם עובדתית לנזק שמידתו נתונה. השאלה הראשונה הנשאלת היא, האם קיימת במקרה זה אחריות לתהליך הגרימה הקושר את האשם אל הנזק הראשוני הנובע ממנו? בשאלה זו מטפל הקשר הסיבתי. אם התשובה חיובית, נשאלת השאלה השנייה: עד היכן מגעת אחריותו של המזיק? על אילו נזקים יחוב ועל אילו לא? בשאלה זו מטפל ריחוק הנזק. ההבחנה, כקליפת-אגוז, היא בין עצם קיומה של האחריות בגין תהליך גרימה נתון (קשר סיבתי) לבין תחום הנזקים המכוסים על-ידי אותה אחריות.³⁵

33 התצעה להשתמש בסעיף 76 (1) כדי לפתור בעיות של קשר סיבתי בחוק הפיצויים מעידה על עירוב התחומים בנושא. ראה פ' גולדשטיין, ביטוח נפגעי תאונות דרכים (תל-אביב, תשל"ח), עמ' 76.

34 דיני נזיקין, עמ' 211–212.

35 בדיני הנזיקין, עמ' 187–188, מוזכרת הבחנה קרובה בין קיום אחריות לבין היקפה, אלא שכאמור, שאלת ההיקף נתפשת לא בהקשר של עצם האחריות לנזק מסוים, אלא בהקשר של הסעד בגין אותו נזק.

כללי הקשר הסיבתי משתרעים על התחום שמן האשם עד לנזק הראשוני שנבע ממנו. כללי ריחוק הנזק חובקים את התחום המשתרע מגרימת הנזק ואילך.

ההיגיון העומד מאחורי הבחנה זו הוא, שיש טעם ענייני להבחין בין עצם קיומה של האחריות, מחד גיסא, לבין מידת האחריות, מאידך גיסא. השיקולים הרלבנטיים בהקשר הראשון אפשר שיהיו שונים, או אפילו מנוגדים, לאלו הרלבנטיים בהקשר השני. קיומו של ביטוח, למשל, יכול להצביע בהקשר הראשון לכיוון של הרחבת ההכרה בקיום אחריות מתוך מטרה להגדיל את מספר מקבלי הפיצוי, ובזמן גם לכיוון של הקטנתה של מידת האחריות כדי לאפשר פרמיות גמורות. והחלטה אם ומתי לפצות, וההחלטה בכמה לפצות, אינן ניוונות תמיד מאותן מקורות ולכן ראויות לטיפול נפרד.³⁶ נראה כי בהבחנה המוצעת יש כדי לענות על צורך זה.

התחום בין שתי הסוגיות אינו צריך לטשטש את הזהות הבסיסית ביניהן. תהליך הגרימה הקושר את האשם לנזק הראשוני, ותהליך התפתחותו של נזק זה לכלל נזקים נוספים הם חלקים שונים של מכלול עובדתי אחד (קיומה של סיבתיות עובדתית הוא תנאי בסיסי המלווה הן את סוגיית הקשר הסיבתי והן את סוגיית ריחוק הנזק). שתיהן מטפלות באותם סוגים של תופעות, ושתיהן ניצבות בפני אותם סוגים של נתונים רלבנטיים. שוני בשיקולי מדיניות ובמבחנים הנגזרים מאותם שיקולי מדיניות אינו שולל, כאמור י³⁷, את קיומו של מכנה משותף לכל הכללים המטפלים בסיבתיות מש-פטית. הדיון במכנה המשותף קודם אפוא לדיון במבחני האחריות.

ה. על הנתונים הרלבנטיים בהקשר הסיבתי

את שרשרת הגרימה המסתיימת בנזק ניתן לתאר כמורכבת משלושה סוגי חוליות: אשמו של הנחב, אשם של אחרים (של הניזוק או של צד שלישי) ונסיבות הסוג האחרון, שהוא הרחב ביותר מבחינת מספר החוליות שהוא מייצג, מורכב מהתרחשויות פיסיקליות או מהתנהגויות שאין בהן אשם. הסיבתיות העובדתית בוחנת, כאמור, אם אשמו של הנחב הוא חולייה הכרחית או מספקת בשרשרת הגרימה. הסיבתיות המשפטית, על שני היבטיה (קשר סיבתי וריחוק נזק), בוחנת את משקלו של אשם הנחב בתהליך הגרימה ומשווה אותו למשקל החוליות השייכות לשני הסוגים האחרים – זאת במטרה לקבוע אם היחס בין המשקלות השונים מצדיק הטלת אחריות בגין תהליך הגרימה שיצר את הנזק הראשוני (קשר סיבתי), ובגין תהליכי הגרימה המאוחרים שבמהלכם התעצמו ממדי הנזק (ריחוק נזק).

באלו מאזניים נמדד המשקל היחסי הנ"ל? מהם הנתונים הנלקחים בחשבון בעת עריכת בחינה זו? נצביע כאן על שניים מן הנתונים המשמשים בתהליך השקילה והיוצרים את המכנה המשותף הסיבתי שאותו הוטרנו קודם. נתון מרכזי הוא הנתון ההסתברותי המתמקד בעוצמת הסיכון שיצר האשם.³⁸ השאלה

36 תרט והנורה, עמ' 235.

37 ראה בסיפא לסעיף ב לעיל.

38 מבחני היעילות והשקילות במשפט הקונטיננטלי מבטאים, כנראה, קו מחשבה דומה (ראה דיני הנזיקין, עמ' 180–181).

היא: בהינתן האשם, מהי ההסתברות שזה יוביל לתהליך גרימה שסופו בנזק נשוא התביעה. הסתברות זו עומדת ביחס ישר להסתברותם של שני סוגי החוליות האחרים בתהליך הגרימה, דהיינו: אשם אחר ונסיבות. ככל שהסתברותם של האחרונים קטנה יותר, כך תקטן ההסתברות שאשם הנתבע יוביל לנזק. אם התממשות הסיכון לכלל נזק מותנית בהתרחשויות נדירות, כמעשה מכון של צד שלישי או כמאורע טבע חריג, הרי שההסתברות שאשם הנתבע יתממש לנזק היא קטנה. בהתאם יקטן משקלו הסיבתי של האשם. אם, לעומת זאת, ההתרחשויות המובילות לנזק הן בעלות הסתברות גבוהה (רשלנות צפויה של צד שלישי) או ודאיות (קיומו של חמצן באוויר), כי אז תגדל ההסתברות שהאשם יתממש לנזק ויגדל משקלו הסיבתי של האשם.

חשוב להדגיש, כי קביעת משקל סיבתי על-פי הנתון ההסתברותי צריכה להיעשות בבדיקה מראש (et post) ולא במבט לאחור (et ante). מאחר שרק גורם הכרחי או מספיק ייחשב כגורם עובדתי, לא ניתן, במבט לאחור, לדבר על משקל הסתברותי. תרומתו של כל גורם היא של 100% — בלעדיו לא היה הנזק מתרחש. בבחינה מראש, לעומת זאת, נקבע המשקל ההסתברותי לא על-פי נסיבות המקרה המסוים, אלא על-פי נסיון החיים הכללי³⁹ — מהי ההסתברות של אירוע נזק בהינתן מצב מסוים.

נתון חשוב אחר הוא מידת אשמים של הנתבע, מחד גיסא, ושל הניזוק או צדדים שלישיים, מאידך גיסא⁴⁰. "אשמה" בהקשר זה היא התנהגות הנחשבת כפגומה מבחינה מוסרית או חברתית. קיימת נטיה לתת משקל סיבתי גבוה יותר להתנהגות פגומה ביחס ישר לגודל הפגם. נטיה זו פועלת לרעת הנתבע כאשר התנהגותו היא הפגומה (שאו גדל משקלה ביחס למשקל שני סוגי החוליות האחרים), ופועלת לטובתו כאשר הפגם הוא בהתנהגות הניזוק או צד שלישי (עליית משקלם של אלה מקטינה את משקל התנהגותו). דוגמא מובהקת למשקלו ולדרך פעולתו של נתון סיבתי זה יכולה לשמש ההלכה, שלפיה רשלנות חמורה או מעשה מכון של הניזוק או של צד שלישי שוללים את הקשר הסיבתי בין הנתבע לנזק, אלא-אם-כן הוא עצמו חוטא באותה התנהגות פסולה⁴¹. העלאת משקלה הסיבתי של התנהגות פסולה מקטינה את משקל אשם הנתבע עד לכדי פטור, אך כאשר גם התנהגותו שלו פסולה שב משקלה וגדל תוך קיומו הגידול במשקל ההתנהגות האחרת.

מה היחס בין הנתון ההסתברותי לאופי ההתנהגות? לעתים יצביעו השניים לאותו כיוון⁴², כך יקרה כאשר התנהגות פסולה של הניזוק או של צד שלישי היא גם בעלת הסתברות נמוכה. במקרה זה, כל נתון, באורח עצמאי, מהווה מקור להקטנת משקל אשמו של הנתבע. עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם הנתון ההסתברותי והאופי הפגום של התנהגות יימשכו לכיוונים מנוגדים (משקל הסתברותי נמוך לאשם הנתבע כשיש באשם זה פגם מוסרי קשה). המשקל שיינתן בסופו של דבר לאשם הנתבע יהיה במקרה זה הווקטור של שני הכוחות המנוגדים.

אין לזהות את הנתון של אופי ההתנהגות עם דרישת "זדון" או "אשמה" בעוולה

39 הרט והונורה, עמ' 214—215.

40 שם, עמ' 270—273.

41 **39 ע"פ 478/22 פנקס נ' מ"י, פ"ד כו (1) 617.

40 שם, עמ' 225.

מסוימת. ההתחשבות בטיב המוסרי או החברתי של ההתנהגות אפשרית בהקשר הסיבתי גם כאשר מדובר באחריות חמורה ואפילו מוחלטת. בארצות-הברית היה מי שהציע לכרוך את שאלת הקשר הסיבתי בין פגם במוצר לנוק במידת אשמתו המוסרית של היצרן, כשזו נמדדת על-פי מידת התעלמותו מסיכוני בטיחות למען בצע-כסף לפי רמות שונות של ידיעה ורצייה.⁴¹ מעשה ודוני של צד שלישי עשוי לשלול קשר סיבתי גם בהקשר של אחריות מוחלטת (הטמנת מוקש-נגד-רכב).⁴²

הבאנו לעיל שני נתוני סיבתיות חשובים. אין הם ממצים. נתון אפשרי אחר הוא מעורבותו של כוח עליון. לעתים מעורבות שכזו נלקחת בחשבון במסגרת בדיקת ההסתברות: כוח עליון הוא נסיבה שהסתברותה קטנה ושיש בה כדי להקטין את משקלו היחסי של האשם בתהליך הגרימה. לעומת זאת, ייתכנו מקרים שבהם כוח עליון אינו תנאי הכרחי לנוק אלא רק דרך אחת מני רבות שבה יכול אשם להתממש לכלל נוק. במקרים אלה ניתן לתת משקל מיוחד לעובדה שהנוק התממש באמצעות כוח עליון על-ידי שלילת האחריות, גם כאשר הסתברות הנוק מן האשם היתה גבוהה.

1. מבחני הסיבתיות

כיצד נגזרים מבחני הסיבתיות מן הנחונם שסקרנו לעיל וכיצד משפיעים שיקולי המדיניות המשפטית על המבחנים? מבחני הסיבתיות קובעים קריטריונים מסוימים ביחס לנתוני הסיבתיות הרלבנטיים. ניטול לדוגמא את הנתון ההסתברותי. מאיזו רמת הסתברות ייחשב אשם כקשר סיבתי לנוק? מהי התרומה המינימלית של האשם לסיכון שמתחתיה לא תוכר זיקה סיבתית? על שאלת זו צריך לענות מבחן הסיבתיות. עליו לקבוע, למשל, את סף התרומה ההסתברותית שעל האשם לעבור כדי שיוכל להיחשב כגורם משפטי לנוק. בנקודה זו משתלבים שיקולי המדיניות בתמונת גובהו של סף זה עשוי להשתנות מהקשר להקשר ומעולה לעולה.

כך הם פני הדברים גם באשר לטיב ההתנהגות. מתי תשלול ההתנהגות פגומה של צד שלישי את הזיקה הסיבתית בין אשם הנתבע לנוק? על כך ישיב מבחן הסיבתיות. תשובתו יכול שתשתנה מעניין לעניין, משום ששיקולי מדיניות משפטית שונים מורים לכיוונים שונים. המבחנים יכולים להשתנות במעבר מסוגיא אחת (קשר סיבתי) לאחרת (ריחוק נוק), או במסגרת אותה סוגיא במעבר משיטת אחריות אחת לאחרת (מרשלנות לאחריות חמורה), או אפילו בהקשרים שונים של אותה עוולה.

אין להבין מכאן, כי שיקולי המדיניות לא ישפיעו לעתים במישורין על ההחלטה הסיבתית ולא דרך רמת ההסתברות או טיב ההתנהגות. כל שביקשנו בסעיף זה ובקודם, הוא להצביע על נתונים סיבתיים רלבנטיים היוצרים בסיס משותף לכללי הסיבתיות המשפטית.

D. G. Owen, "The Highly Blameworthy Manufacturer: Implication on Rules 41 of Liability and Defences in Product Liability Action", 10 *Ind. L. Rev.* (1977) 769, 771—774.

⁴² ראה "אנגלרד, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (הוצאת יהלום, תשל"ט) (להלן, אנגלרד), עמ' 28—30.

ז. הקשר הסיבתי בדיון הישראלי

1. סקירה כללית

המבחן הכללי לקשר סיבתי קבוע ברישא של סעיף 64 לפקודת הנזיקין, ולפיו ייחשב אשם כגורם לנזק אם הוא "הסיבה או אחת הסיבות לנזק". בסיפא של הסעיף מנויים חריגים למבחן כללי – מקרה טבעי בלתי־רגיל ואשם מכריע של צד אחר שוללים את הקשר הסיבתי בין אשם הנתבע לגזקי התובע. לא מצאנו בפסיקה דיון עקרוני במשפט מעות הרישא והמבחן הכללי הקבוע בה. ההתייחסות לנושא הקשר הסיבתי נעשתה תוך התעלמות מן הרישא והישענות על מבחני סיבתיות במשפט המקובל. הוזכרו והופעלו מבחני הציפיות, הסיכון והשכל הישר, כאשר המבחן הנפוץ ביותר הוא מבחן הציפיות⁴³.

לעומת זאת, נדונו טענות בדבר שלילת קשר סיבתי על רקע החריגים הסטטוטוריים. החריג הראשון עניינו במקרה טבעי בלתי־רגיל⁴⁴. לגבי החריג השני, המרכזי של אשם מכריע נקבע כי אשם מכריע הוא בעיקרון אשם "בלתי־צפוי". תחילה הוחלט, כי רשלנות חמורה או מעשה מכוון של גורם מחוץ לנתבע ייחשבו תמיד כבלתי־צפויים, כשוללי קשר סיבתי, גם אם היו צפויים בפועל⁴⁵. מאוחר יותר נקבע, כי אין להניח אי־צפיות במקרה של רשלנות חמורה או מעשה מכוון אלא לבחון את קיום הצפיות הלכה למעשה⁴⁶. למרות זאת, נמצא את הנחת אי־הצפיות גם בפסיקה מאוחרת⁴⁷.

החריג השלישי עניינו באשם העצמי שבו לא נדון במסגרת זו. מהו תוכנם של שלושת המבחנים שהוזכרו בפסיקה ומהו היחס ביניהם? היות שמבחינתם אלה נשאנו מן המשפט המקובל נבחן תחילה כיצד נראים מבחינתם אלה בכורח מהצבתם.

2. מבחני הסיבתיות במשפט המקובל

הרחבנו לעיל את הדיון בשאלה, האם יש לכללי הסיבתיות מכנה משותף אחד בכל הקשר שבו הם מיושמים, או שמא בסיס משותף שבו אינו קיים נוכח כפיפותם של המבחנים לשיקולי מדיניות משתנים. קיימת סברה, שלפיה מבחן השכל הישר מייצג

43 סימון, עמ' 465–470. ראה גם דיני הנזיקין, עמ' 202–203. מבחן הסיכון יושם לאחרונה בהקשר של הפרת חובה חקוקה (ועקנין, עמ' 146).

44 על חריג זה והבעייתיות שבו, ראה דיני הנזיקין, עמ' 194, 864–865.

45 סימון, עמ' 467–470. ראה גם בטקסט מעל הערה 40.

46 להתפתחות בנושא ראה ש"ז פלר, "מהות הגורם המתערב הזר והשלכתה על הקשר הסיבתי" משפטים 1 (תשל"ח) 30, 48–53. ביטוי מאוחר לגישת זו מצוי בע"א 688/79 יזבג נ' קובני, פ"ד לו (1) 785, 790, 792.

47 ע"א 233/79 עדני נ' ברמל ואח', פ"ד לה (1) 692, 697; ע"א 198/79 גולדשמיט נ' ארזי, פד לה (3) 399, 407–408.

את האפשרות הראשונה, בעוד שמבחינת הצפיות והסיכון מייצגים את האפשרות השנייה.⁴⁸ מבחן השכל הישר מתואר בהתאם לכך כמבחן קאזולי, דהיינו: מבחן החותך את סוגיית הקשר הסיבתי בכל הקשר על-פי מאפיינים מסוימים של תהליך הגרימה. מבחן הצפיות והסיכון מוצגים כמבחן מדיניות – מבחנים אלטרנטיביים למבחן השכל הישר והנעדרים אופי אחיד.⁴⁹

לפי מבחן השכל הישר, נשלל הקשר הסיבתי המשפטי בין אשם לנוק כאשר מעורב בתהליך הגרימה אשם נוסף העולה כדי רשלנות חמורה או אשם מזוון, או כאשר תהליך הגרימה כרוך בהתרחשות חריגה (abnormal).⁵⁰

התנאי הראשון השולל קשר סיבתי אינו אלא הפרשנות המקורית, שניתנה בפסק-דין סימון לחרג הסטוטורי של אשם מכריע, ואין צורך להרחיב עליו את הדיבור.⁵¹ הוא הדין לגבי התנאי השני, ככל שהוא מתייחס למקרה טבעי בלתי-רגיל (החרג הסטוטורי השני). היבט אחר של התנאי השני שלא הוזכר אצלנו בפקודה, הוא צירוף מקרים נדיר (coincidence), שלפיו יישלל קשר סיבתי כאשר הסתברות המאורעות כפי שאירעו, מנקודת-מבט של אדם בעל מידע רגיל, היתה קטנה מאוד (extremely unlike).⁵² בנוסף לכך, שולל השכל הישר קשר סיבתי גם במקרים שבהם האשם הוא בלתי-רלבנטי להתרחשות הנזק. אלו הם מקרים שבהם תרומת האשם מתבטאת אך ורק במו-נחים של זמן ומרחב, והדוגמא המוכרת בהקשר זה⁵³ היא של נהג המאיץ את רכבו ברשלנות ואחר-כך, לאחר שהאט את מהירות הנסיעה ונהג בזהירות, הוא גורם לתאונה שלא ברשלנות. אלמלא הנהיגה הרשלנית בתחילת הנסיעה, לא היה הנהג מגיע לוירת-התאונה בזמן שהגיע וכך התאונה היתה נמנעת. הטענה היא, שקשר סיבתי ממין זה אינו מספיק ליצירת אחריות משפטית.⁵⁴

עוד קובעים מבחינת השכל הישר, כי שלילת הקשר הסיבתי על-פי שני התנאים שמנינו קודם תיתכן רק כאשר מדובר בהתרחשויות מאוחרות להתנהגות בת-האשם. נסיבות שהיו קיימות בעת ההתנהגות לא תילקחנה בחשבון ואין בכוחן לשלול את הקשר הסיבתי.⁵⁵

על-פי מבחן הצפיות, קיים קשר סיבתי בין אשם הנתבע לנוק כאשר הנתבע צריך⁵⁶ היה לצפות את הנזק כפועל יוצא של אשמו. האם משתרעת דרישת הצפיה גם על תהליך גרימה, או שמא רק על התממשות הנזק? במלים אחרות: האם תהליך גרימה

48 לעיל, הערה 12.

49 הרט והונורה, עמ' 230.

50 שם, עמ' 126–129.

51 ראה שם, עמ' 129–150.

52 שם, עמ' 151–157.

53 שם, עמ' 114–115.

54 שם, עמ' 157; פלמינג, עמ' 181. יש המנסים להגיע לאותה מסקנה בשלב קודם בניתוח הסיבתי, דהיינו: לשלול את הרלבנטיות של גרימה המתבטאת בקשר זמן ומקום בלבד כבר במישור הסיבתיות הטובדתית (הרט והונורה, עמ' 18). לדעתנו, מיון גורמים לפי מבחן של רלבנטיות הוא מיון משפטי ולא עובדתי (ראה דיני הנזיקין, עמ' 195).

55 הרט והונורה, עמ' 160–166.

56 הדגש על צריך להבדיל מכול הוא, כידוע, הכלי שבאמצעותו מוזרמים שיקולי מדיניות אל המבחן.

בלתי-צפוי שהביא לנזק צפוי מקיים זיקה משפטית מספקת בין האשם לנזק? הדעה הדומיננטית היא, שדרישת הצפיות מתייחסת גם לתהליך הגרימה. אפילו חסידי מבחן השכל הישר מסכימים להיגיון שמאחוריה.⁵⁷ ביקורת המושמעת נגד מבחן צפיית תהליך הגרימה היא, שתוצאת המבחן תלויה ברמת ההפשטה שבה מתואר התהליך. ככל שתעלה רמת ההפשטה — כן תגדל הצפיות וההיפך. התוצאה היא מבחן שרירותי תלוי בניסוח.⁵⁸ התשובה לביקורת זו היא, שרמת ההפשטה צריכה להיקבע על-ידי הבחנה בין עובדות מהותיות לבין פרטים טפלים.⁵⁹ שיקול דעת וגמישות יש כאן, שרירותיות — לא.

ניקח לדוגמא את המקרה הבא: השגחה נאותה על אתר-בנייה מחייבת נוכחות קבועה של שומר במקום. החברה המספקת שירותי שמירה מקצה לאתר רק שומר אחד ואינה דואגת לסידור חילופי למקרה שבו לא יוכל עובד זה להגיע לעבודתו. בוקר אחד, לאחר שנפגע על-ידי ברק, לא הופיע השומר ונגרם נזק לאתר. האם תהליך הגרימה, הקושר את האשם שבהעדר סידור חילופי לנזק שנגרם לאתר, הוא תהליך צפוי? על-פי הביקורת שהובאה לעיל זהו עניין שרירותי של רמת הפשטה. אם יתואר תהליך הגרימה לפרטיו, הדעת נותנת שהיפגעות על-ידי ברק אינה התרחשות צפויה. אם, לעומת זאת, יתואר תהליך הגרימה באופן רחב יותר, דהיינו: שנבצר מן העובד להגיע לעבודתו, ייתכן בהחלט שזהו אירוע צפוי; שהרי אפשר שהעובד ייעדר מעבודתו מחמת מאורעות צפויים כמחלה, התפטרות פתאומית וכו'. התשובה לביקורת היא, שאופן תיאור האירוע הנ"ל אינו עניין שרירותי. במקרה זה צריך בית-המשפט לתת דעתו על השאלה, האם יש חשיבות לסיבה המסוימת שמאחורי העדרותו של השומר? האם זהו נתון מהותי לתהליך הגרימה? ההחלטה בשאלה זו היא תולדה של תפישה סיבתית מסוימת ולא החלטה שרירותית תלויה בניסוח.

מבחן הצפיות הוא, כאמור, מבחן חילופי למבחן השכל הישר. לעתים הוא צר יותר (ישלול קשר סיבתי במקום שזה יוכר על-פי מבחני השכל הישר) ולעתים רחב יותר.⁶⁰ יחסיה-גומלין בין שני המבחנים באים לידי ביטוי בהלכה בדבר אשם מכריע השולל קשר סיבתי. ראינו כי הפסיקה בארץ קבעה תחילה, שכל רשלנות חמורה או מעשה מכוער של נזוק או צד שלישי שוללים קשר סיבתי בין אשם הנתבע לנזק, ואחר-כך שונתה ההלכה כך שרק אשם בלתי-צפוי יעשה כן.⁶¹ באנגליה הוסבר שינוי זה בהלכה על רקע המעבר ממבחן של שכל ישר למבחן של צפיות — מעבר שבמקרה זה הרחיב את תחום האחריות.⁶² יש הרואים במבחן הצפיות תהליך בלתי-מספיק למבחן השכל הישר. לפי דעה זו, ממשיכים השופטים להחיל מבחנים קאדוליים של שכל ישר גם תחת המסווה של צפיות.⁶³

57 הרט והונורה, עמ' 232, 244. לאותה מסקנה במסגרת עובדת הרשלנות ראה ע"א 350/77 כיתן בע"מ ג' שרה וייס ואח', פ"ד לג (2) 785 (להלן, כיתן). עמ' 802. לדעה אחרת ראה י' אנגלרד, "עקרונות הגולגולת הזקה ומבחן הצפיות" הפרקליט כ (תשכ"ד) 31 (להלן, הפרקליט), עמ' 36–37.

58 הרט והונורה, עמ' 232–233.

59 שם; ראה גם כיתן, עמ' 803; ופלמינג, עמ' 198–200.

60 הרט והונורה, עמ' 231.

61 ראה הטקסט ליד הערות 45–47.

62 הרט והונורה, עמ' 248.

63 הרט והונורה, עמ' 254.

ועתה למבחן הסיכון: על-פי מבחן זה יוכר אשם שגרם עובדתית לנזק כגורם משפטי, אם הסיכון שיצר הוא מסוג הסיכונים אשר מפניהם מבקש כלל האחריות להגן.⁶⁴ שיקולי המדיניות, שבמבחן הצפיות מוחדרים בעקיפין דרך "הצורך" לצפות, מוצהרים כאן בגלוי כקנה-המידה לקביעת הקשר הסיבתי. מאחר שמבחן הסיכון אינו כפוף לדרישה של "יכולת לצפות" המגבילה את מבחן הצפיות, ובורבעת פתוח לאותם שיקולי מדיניות, נתגבשה הדעה כי מבחן הסיכון אינו אלא גירסא מורחבת של מבחן הצפיות.⁶⁵ שני המבחנים מתאפיינים בכך, שלשיקולי מדיניות יש תפקיד חשוב בעיצוב ההכרעה הסיבתית, אך בעוד שתחת מבחן הצפיות נחבאים שיקולים אלה מאחורי דרישת הצפיות ואף מוגבלים על-ידיה במידה מסוימת, הרי שמבחן הסיכון הוא ביטוי ישיר ומקיף יותר שלהם. היחס בין מבחן הסיכון לבין מבחן השכל הישר הוא בהתאם ליחס שבין האחרון לבין מבחן הצפיות.⁶⁶ שני המבחנים פותרים את בעיית הגורמים הלא-רלבנטיים (זמן ומקום) באורח דומה: על-פי מבחן הצפיות אין צורך לצפות סיכון הקשור לאשם רק בכבלים של זמן ומקום, בעוד שלפי מבחן הסיכון לא נועד כלל האחריות להגן מפני סיכונים שכאלה.

מבחן הסיכון אינו חד-משמעי כפי שנדמה בקריאה ראשונה. כך, למשל, ניתן לנסח מבחן סיכון אחד שיתייחס לתהליך הגרימה ומבחן סיכון אחר שיתעלם ממנו. פלוני נוהג במכונית בדרך פתלתלה על שפת התהום בידעיה שבלמיה פגומים. משברוח גדיר תודף את המכונית אל התהום ונוסע שבתוכה ניווק. האם נזקו הוא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של הנוהג? אם נלקחת בחשבון רק התוצאה הסופית, הנפילה לתהום, אין ספק כי נפילה זו היא בתחום הסיכון. אך אם גם דרך ההתרששות נלקחת בחשבון, כי אז יש מקום לטענה שלפיה תאונה הנובעת ממאורע טבע חריג אינה בתחום הסיכון. נראה שהרט והונורה, בהביאם את מבחן הסיכון, מתייחסים יותר לסיכון של עצם אירוע הנזק מאשר לסיכון של התרחשותו בדרך המסוימת.⁶⁷

3. מבחן שוויון הגורמים

בספר דיני הנזיקין⁶⁸ מציע פרופ' אנגלרד לפרש את הרישא של סעיף 64 לפקודת הנזיקין כקובעת את העיקרון, שלפיו כל אשם הקשור עובדתית לנזק ייחשב גם כגורם משפטי לו (שוויון הגורמים). מיון וסינון האשמים שגרמו עובדתית לנזק ייעשה על-פי פרשנות זו רק במסגרת שני החריגים הסטטוטוריים שבסיפא של סעיף 64. פרשנות זו מאמצת את התפישה הבסיסית של מבחן השכל הישר, שלפיה כל אשם הקשור עובדתית לנזק הוא גם גורם משפטי אלא-אם-כן הוא נתפש באחת מקבוצות החריגים. השוני בין השניים הוא בהיקף החריגים ובתוכנם. מספר החריגים על-פי מבחן השכל הישר גדול יותר מאשר החריגים הסטטוטוריים — הראשון כולל גם את צירוף המקרים

64 שם, עמ' 6, 256.

65 שם, עמ' 256–257; פלמינג, עמ' 202–204.

66 הרט והונורה, עמ' 257–258.

67 למבחן הסיכון, ראה הרט והונורה, עמ' 6, 256–260.

68 דיני הנזיקין, עמ' 192.

הנדיד וגם את חריג הגורמים הבלתי-רלבנטיים (קשר זמן ומקום), שאינם מופיעים בפקודה. באשר לתוכן החריגים המשותפים לשני המבחנים – ראינו כי יש הבדלים בין המשמעות שניתנה לחריגים הסטטוטוריים בפקודה לבין משמעותם על-פי מבחני השכל הישר.⁶⁹

חולשתו של מבחן שוויון הגורמים המוצע הוא, שאין הוא מקנה לבית-המשפט את שיקול-הדעת הדרוש כדי לברור מתוך כלל האשמים שגרמו עובדתית לנזק את אותם האשמים שרצוי להטיל בגינם אחריות משפטית. שיקול-הדעת של בית-המשפט מוגבל למקרים של מאורע טבעי בלתי-רגיל ומעורבות של התנהגות נוספת בת-אשם בתהליך הגרימה. בכל המקרים האחרים חייב בית-המשפט להכיר בקיומו של קשר משפטי אם הוכח הקשר העובדתי ואין בידו כל שיקול-דעת. נחזור לדוגמת האשם הבלתי-רלבנטי – נתיגה רשלנית שהביאה את הנהג לזירת התאונה במועד מסוים. ראינו כיצד כל מבחני הסיבתיות האחרים מתמודדים בהצלחה עם בעיה זו. מבחן שוויון הגורמים יאלץ את בית-המשפט להכיר בקיום קשר סיבתי משפטי במקרה זה. הפתרון המוצע על-ידי פרופ' אנגלרד⁷⁰ הוא להגיע לתוצאה הרצויה של פטור הנהג בנימוק שאין הוא חב חובת זהירות בגין התרשלותו או בנימוק שהנזק רחוק מדי. מבחינה עקרונית לא נראית לנו גישה המחילה מבחן חסר-שיניים והמשוועת לעזרתם של כללים מתחום אחר. מבחינה מעשית אין הפתרון המוצע יפה לכל הסיטואציות האפשריות. נניח כי הנהג מאחר להגיע לזירת התאונה משום שתיקן תקר בצמיג פגום. בין הפגם בצמיג לבין התאונה המאוחרת קיים אפוא קשר עובדתי של זמן ומקום. מאחר שאחריותו של יצרן הצמיג היא על בסיס אחריות חמורה, לא ניתן יהיה במקרה זה לשלול את האחריות מטעמים של העדר חובת זהירות, שהרי חובה זו אינה נדרשת כלל. אחריותו של יצרן הצמיג לנזק אינה מתקבלת על הדעת, אך זו תוצאה המתקבלת מן המבחן המוצע. אין זה אפוא המבחן הסיבתי הרצוי.

הוא-הדין באשר למבחן השכל הישר. גם זה אינו יוצר את המסגרת המתאימה להפ' עלת שיקול-הדעת שיפוטית. אמנם היקף החריגים גדול יותר מאשר במבחן שהצגנו קודם, אך תוכנם נוקשה יותר (מעשה מכון שולל תמיד קשר סיבתי). שיקול-הדעת מוגבל מכיוון אחר. מבחן האמור לשרת בו-זמנית שיטות שונות של אחריות חייב להיות גמיש יותר.

4. מבחן הצפיפות

למבחן הצפיפות שמור מקום מרכזי בסוגיית הקשר הסיבתי הן במשפט המקובל⁷¹ והן בפסיקה הישראלית, שפירשה לפיו את חריג "האשם המכריע" והירבתה להזכירו כמבחן הכללי לקשר סיבתי⁷². האם ראוי לאמץ מבחן זה כמבחן סיבתיות כללי, או שמא מוטב להגבילו לתחום שבו צבר את עיקר כוחו – עולת הרשלנות?

69 ראה, למשל, הטקסט ליד הערות 60–62.

70 דיני הנזיקין, עמ' 195.

71 ראה דיני הנזיקין, עמ' 182–187.

72 ראה, למשל, ת"א (ת"א) 1973/79 בן-ציון נ' מגורי בתיים, פ"מ תש"מ (א) 45 (להלן, בן-ציון) שאושר בע"א 223/80 בן-ציון נ' מגורי בתיים, פ"ד לו (3) 113.

נעמד תחילה על הקשר ההדוק שבין מבחן זה לעוולת הרשלנות. לדעתנו, קשר זה אינו מקרי. ליתר דיוק, אין כאן קשר אלא זהות: מבחן הקשר הסיבתי ברשלנות חייב להיות מבחן של צפיות. הטעם לכך הוא פשוט: יש עוולות שבהן הגדרת תנאי האחריות מתייחסת במישרין גם אל תהליך הגרימה הקושר את האשם לנוק. כך הדבר בעוולות המכוונות הדורשות צפייה בפרעל של תהליך זה, וכך גם ברשלנות הדורשת צפייה בכוח שלו. לעומת זאת, יש הסדרי אחריות (חוק הפיצויים וחוק האחריות, למשל) שבהם אין התייחסות ישירה של הגדרת האחריות אל תהליך הגרימה. הדרישה ברשלנות כי הנזק יהיה תוצאה צפויה של רשלנות כבר מכילה בתוכה את מבחן הקשר הסיבתי. בניסוח אחר: הקשר הסיבתי ברשלנות הוא חלק מחובת הזהירות.⁷³ ההפרדה בין חובת זהירות לקשר סיבתי היא הפרדה מלאכותית, ועל-אף שהיא נפוצה הן במשפט המקובל⁷⁴ והן בפסיקה בישראל.⁷⁵ אימוץ מבחן הצפיות מיותר למעשה גם את חריגי סעיף 64 לפקודה. מאורע טבעי בלתי-צפוי ואשם מתערב לא-צפוי אינם מקיימים ממילא את תנאי המבחן הכללי ואין צורך בחריגים מפורשים לגביהם.

שונים הם פני הדברים כאשר אנו חורגים מתחום הרשלנות. בעוולות הדורשות כוונה, מבחן הצפיות הוא רחב מדי. כאן נדרשת צפייה בפרעל של הנזק ודרך התרח" שותו ולא די בצפייה בכוח (זהו, כאמור, מקרה נוסף שבו הקשר הסיבתי מטופל במישרין בהגדרת העוולה). תנועה בכיוון המנוגד תביא אותנו אל הסדר האחריות החמורה והמוחלטת. טענתנו היא, שמבחן הצפיות בהקשרים אלה צר מדי, עד שהוא עלול להכניס בדלת האחריות את הרשלנות שממנה ביקש המוחק לחרוג. נבהיר מדוע. אמנם אין באימוץ מבחן הצפיות בהסדרי אחריות חמורה ומוחלטת כדי לסכל במי" שרין את המטרות שמאחורי המעבר להסדרים אלה. האחריות החמורה במוצרים פגומים נועדה לחייב את יצרן המוצר הפגום גם במקרים שבהם לא יכול היה, במועד ייצור המוצר, לצפות את קיום הפגם במוצר. האם תאפשר החלת מבחן הצפיות ליצרן ממין זה לטעון, כי הפגם היה בלתי-צפוי וכי אי-צפיות זו שוללת את הקשר הסיבתי? התשובה לכך היא שלילית. הקשר הסיבתי, כאמור, הוא הויקה שבין האשם לבין הנזק. במסגרת הסדר הרשלנות האשם הוא התנהגותו של היצרן בעת ייצור המוצר. טענת היצרן כי הפגם היה בלתי-צפוי היא אפוא טענה רלבנטית בהקשר הסיבתי. במסגרת הסדר האחריות החמורה האשם אינו בהתנהגות היצרן אלא בעצם קיום הפגם. הקשר הסיבתי קושר את הפגם במוצר לנוק שנבע ממנו. הטענה כי הפגם היה בלתי-צפוי אינה טענה רלבנטית בהקשר הסיבתי. אין אפוא סתירה פנימית בהחלה בו-זמנית של הסדר אחריות חמורה עם מבחן הצפיות בקשר סיבתי.

73 דברים ברוח זו נאמרו בע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן, פ"ד ז 674, 692.

74 פרוסר, הערה 10, עמ' 244–245, 250–251.

75 בפרשות כיתן ו"משמר" (ע"א 755/76 "משמר" חברה לטמורה נ' מלחם ואח', פ"ד לג (2) 656) נדונה שאלת רשלנותם של חברות, שסיפקו נשק לשומרים שהעסיקו, למעשי רצח שביצעו אותם שומרים. השופטים הפרידו בין שאלת קיום הרשלנות לשאלת הקשר הסיבתי, כשחלקם אף מגיע למסקנה שיש רשלנות אך נשלל הקשר הסיבתי בשל אשמו המכריע של השומר. אנו שואלים: אם אשמו של השומר לא היה צפוי, הרי ממילא גם הנזק לא היה צפוי ואז חובת זהירות מנין?

עם זאת, דעתנו היא שהעתקת מרכז הכובד באחריות החמורה מן ההתנהגות אל הסיכון שבעקבותיה, מערערת את בסיסו של מבחן הצפיות כמבחן סיבתי כללי; זאת, בשל הקשר ההדוק הקיים בין מבחן הצפיות כפי שהוא מוכר ומיושם ברשלנות לבין רעיון האשמה המונח בבסיס עוולת הרשלנות. לרעיון האשמה שורשים מוסריים המתבטאים בדרישה שהצפיות תיבחן דרך עיניו של הנתבע ועובר להתנהגותו. דרישה זו נועדה להגביל את הטלת האחריות למקרים שבהם יכול היה נתבע סביר לפעול בדרך הנאותה. אך הנתבע המסוים בחר לפעול בדרך אחרת – במקום לבחור בטוב בחר ברע ולכן מוצדק לחייבו. באחריות החמורה הבסיס המוסרי הנ"ל שוב אינו רלבנטי. צפיות הנזק נמדדת, כאמור, לא מן ההתנהגות אלא מן הסיכון שיצרה. אין בודקים מה צפה הנתבע לפני שהתנהג אלא מה היה צופה הנתבע לו ידע על דבר קיום הסיכון, ולאחר שהושלמה התנהגותו. נבדקת הסתברות גרידא ולא שאלה של בחירה נכונה בין אלטרנטיבות. החשש העומד לנגד עינינו הוא, שהחלת מבחן הצפיות בהסדרי האחריות החמורה תסית את הדעת מן התוכן השונה שיש להקנות למבחן זה בהקשרים חדשים. במקום להפעיל את המבחן במתכונתו החדשה ימשיכו בתי המשפט להפעילו במתכונתו הקודמת, השואבת מרעיון האשמה. ייחודם של הסדרי האחריות החמורה והמוחלטת היא בהטלת אחריות, על-אף העדר אשמה. הוויתור על האשמה כתנאי הכרחי לאחריות מוסבר בדרך-כלל על רקע המטרות של פיזור הנזק, הגדלת הבטיחות וצמצום הוצאות ההתדיינות המשפטית וספחיות. בשל הקושי שבניתוק מבחן הצפיות משורשי האשמה שלו, ובשל המורכבות של הפעלת נוסחאות שונות של אותו מבחן (צפיות ממשית ברשלנות מול צפיות מונחת בחמורה), לא מן הנמנע הוא ששיקולי האשמה יחדרו אל הסדרי האחריות החמורה והמוחלטת דרך הדלת האחורית של הסיבתיות, תוך סיכול המטרות שהוזכרו לעיל. בתסדירים הנ"ל עדיף אפוא מבחן סיבתיות הנקי מן הזיקה המיוחדת של מבחן הצפיות לרעיון האשמה. נמצא אפוא שמבחן הצפיות אינו מתאים לשמש מבחן סיבתיות כללי בנויקין.

5. מבחן הסיכון

החיפוש אחר מסגרת מושגית, שתאפשר הכרעה בשאלות הקשר הסיבתי על-פי קנה-מידה גמיש המתאים עצמו לשיטת האחריות ולהקשר הנדון⁷⁶, הביאנו אל מבחן הסיכון כמבחן המתאים לקשר סיבתי. לא במתכונת שראינו במשפט המקובל, המתעלמת מדרך התרחשות הנזק והמתמקדת בסוג הנזק שנגרם, אלא מבחן המוחל גם על תהליך הגרימה. השאלה הנשאלת על-פיו היא, האם תהליך גרימה מסוים הוא בתחום הסיכונים שבגינם מעניק הדין סעדים⁷⁷. ההפנית הישירה לדין המגדיר את האחריות היא היוצרת את הגמישות הרצויה. לא בכדי תואר מבחן זה כמושך ואלגנטי⁷⁸.

76 על הצורך במבחן סיבתי גמיש ראה פרוסר, עמ' 249; דיני הנויקין, עמ' 203–205; ועקנין, עמ' 146.

77 מבחן זה מוסק במישורין מלשונה של עוולת "הפרת חובה חקוקה" ושם אכן אומץ לאחרונה (ועקנין, עמ' 146), אם כי מבלי התייחסות לתהליך הגרימה אלא רק לתוצאה.

78 פלמינג, עמ' 203.

האם קבלת מבחן זה כמבחן כללי לקשר סיבתי מתיישבת עם הפסיקה ולשון החוק? לדעתנו, התשובה לכך היא חיובית. ראינו כי מבחן זה הוכר בפסיקה כמבחן לגיטימי. השימוש המוגבר של הפסיקה במבחן הצפיות נעשה בעיקר בהקשר עולות הרשלנות. ניתן לומר, כי מבחן הצפיות הוא הביטוי הספציפי של מבחן הסיכון בעולות הרשלנות. הסיכונים שבגינם המהוקק מטיל אחריות הם סיכונים צפויים כפי שעולה בבירור מלשון החוק. במעבר לאחריות חמורה, עם השתנות מטרת ההסדרים ושיקולי המדיניות שמאחוריהם, אין כל מגיעה לאמץ קניימדה שונים ולבדוק, למשל, לא את צפיות תהליך הגרימה שמקורו בתאונות דרכים, אלא את היותו בתחום הסיכון התחבורתי (בהקשר חוק הפיצויים) *78.

גם מבחינת לשון החוק אין כל מגיעה לאמץ את המבחן המוצע. החרג הסטטוטורי הראשון אמנם נוסח במונחים של צפיות, אך בוֹבעת נקבע כי שלילת קשר סיבתי תוכר רק כאשר חלקו של מאורע הטבע בתהליך הגרימה הוא "מהותי" *79. אפשר אפוא שמאורע שכזה לא ישלול קשר סיבתי משום שאינו "מהותי", כלומר: אינו מצוי בתחום הסיכון. בחרג הסטטוטורי השני ניתן להגביל את הוהות בין "אשם מכריע" ל"אשם לא־צפוי" לעולות הרשלנות. המבחן הכללי לאשם מכריע הוא אשם שאינו בתחום הסיכון *80.

לא עסקנו, ובמתכוון, בתוכן המוגדר של מבחן הקשר הסיבתי הרצוי בהסדרי תאונות החדשים, ואף לא בשאלה הכללית אם המעבר מאחריות על בסיס רשלנות לאחריות חמורה צריך להיות מלווה בהחמרת מקבילה של מבחני הקשר הסיבתי (מבחינת הנת"ב), או אולי בצמצום מקומו. בקישנו לעסוק אך ורק במסגרות הכלליות, וזאת מתוך אמונה כי קיימת זיקה בין מסגרת לתוכן וכי בחירת מסגרת נכונה היא תנאי וערובה לאימוץ תוכן נכון.

ח. ריחוק הנזק בדין הישראלי

1. סוג הנזק, התפתחותו והיקפו

נזכיר כי על־פי ההבחנה שהצענו בפרק ד, ניתן לסוגיית ריחוק הנזק שלטון ייחודי על כל התחום שמגרימת הנזק הראשוני ואילך. כללי ריחוק הנזק הם שיקבעו על אילו נזקים יחוב הנתבע מתוך כלל הנזקים שנגרמו עובדתית על־ידי אשמו. את הנזק, וממילא את הכללים המטפלים בו, ניתן למיין לפי שלושה היבטים: ההיבט הראשון הוא תהליך הגרימה, תהליך והתפתחות של הנזק; ההיבט השני הוא סוג הנזק או טיב הנזק שנגרם; ההיבט השלישי הוא היקף הנזק שבגינו מוטלת חבות. להמחשת ההיבטים הנ"ל נשתמש במקרה הבא: פלוני נחבל בידו עקב עוולתה של

*78 חוק הפיצויים לא החיל את סעיף 64 לפקדה אלא השתמש במונח סיבתי כללי "עקב השימוש" במסגרת הגדרת "תאונות דרכים". מינוח כללי זה מתיישב עם כל מבחני הסיבתיות שהוזכרו.

*79 דיני הנזיקין, עמ' 200.

*80 כך אכן נעשה בוועקנין, בעולות הפרת חובה חקוקה (עמ' 146–147).

אלמוני. האחריות לנזק זה אינה שנויה במחלוקת. שנה לאחר הפגיעה ביד, בעת שפלוגי מטפס על סולם, הוא חש לפתע בכאב עז ביד שנחבלה; פלוגי נשמט מן הסולם, נחבל בברכו, ואגרטל סיני יקר שהחזיק בידו מתנפץ. האם, ועד כמה, חב אלמוני בגין נזקי הברך והאגרטל?

נפתח בהיבט הראשון של תהליך התפתחות הנזק. החבלה ביד יצרה סיכון של נזקים מאוחרים בשל חולשת היד הפגועה. קיימים כמה תהליכי גרימה שדרכם יכול סיכון זה להתממש. מסקנתנו מן הדיון בסוגיית הקשר הסיבתי היתה, כי למרות שקיימת גמישות מסוימת בקביעת רמת ההכללה של תהליך הגרימה אין זו קביעה שרירותית, אלא קביעה הנסמכת על תפישה סיבתית ושכל ישר. נגיה לצורך הדיון, כי קיימים שלושה תהליכי גרימה אפשריים: פעילות יומיומית שיגרתית (כטיפוס על סולם לצרכים ביתיים), פעילות ספורטיבית ופעילות תריגה (הצטרפות לקטטה). מיון הנזק לפי תהליך התפתחותו מתמקד בתהליך הגרימה. מבחן ריחוק הנזק הרלבנטי, צפיות, סיכון או כל מבחן אחר, מוחל על תהליך ההתפתחות המסוים. כך, לדוגמא, אם הפעילות התריגה אינה פעילות צפויה, לא תוכר אחריות לנזק המאוחר תחת מבחן הצפיות.

ההיבט השני של מיון הנזק, סוג הנזק, מתעלם מתהליך ההתפתחות של הנזק. כאן הקריטריון הקובע הוא סוג הנזק שנגרם. מבחן ריחוק הנזק מוחל על סוג הנזק שנגרם ולא על תהליך התפתחותו. מהו סוג הנזק בהקשר זה? מיון הנזק לפי סוגו יכול להיות כללי (כמו מיון כל הנזקים לשתי קבוצות של נזקי גוף ונזקי רכוש) או ספציפי יותר (כהפרדה בין פגיעה בגוף לפגיעה בנפש, בין פגיעה קלה לפגיעה חמורה, או בין נזק פיסי לנזק כלכלי בנזקי רכוש). לאחר שנקבעו סוגי הנזק השונים מתקבלת ההחלטה בדבר החבות לנזק מאוחר על-ידי החלת מבחן ריחוק הנזק על סוג הנזק שנגרם במקרה המסוים. כך, למשל, אם סוג הנזק לברך במקרה הנדון הוא נזק גופני קל, ואם נזק ממין זה הוא נזק צפוי — הרי שתוטל אחריות לנזק המאוחר תחת מבחן הצפיות.

כאמור, מיון הנזק לפי סוגו שונה ממיון הנזק לפי התפתחותו בכך שאין כל התייחסות לתהליך הגרימה שקדם לסוג הנזק המסוים. נגיה כי פלוגי נפגע בברכו לאחר שהצטרף לקטטה, וכי מבחן ריחוק הנזק הוא מבחן הצפיות. על-פי מיון ההתפתחות, הנזק לברך הוא נזק רחוק — הוביל אליו תהליך גרימה בלתי-צפוי. על-פי מיון הסוג, הנזק לברך הוא נזק קרוב — זהו סוג נזק צפוי. העובדה שצפיות סוג נזק זה מקורה בתהליכי גרימה שלא התממשו במקרה המסוים (פעילות שיגרתית ופעילות ספורטיבית) אינה רלבנטית בהקשר של מיון הנזק לפי סוגו.

קיים תחום נוסף של מיון נזק לפי סוגו שאינו שייך, לדעתנו, לסוגיית ריחוק הנזק. כוונתנו למקרים שבהם סוג נזק מסוים מוצא מראש, ובאופן גורף, ממעגל האחריות ואין נפקא מינה מהן נסיבות האירוע המסוים. דוגמא לכך היא הוצאתו של נזק כלכלי גרידא שאינו גילווה לנזק פיסי. כללים ממין זה אינם כללים סיבתיים, משום שאין הם עוסקים בתהליכי גרימה והתפתחות של נזק אלא בסוג האינטרסים הראויים להגנה משפטית. כללית, אלו מייצגים הכרעות עקרוניות באשר לזכויות ולחובות ולא שיקולים סיבתיים.

גשוב עתה למיון הסיבתי של הנזק לפי התפתחותו ולפי סוגו. אלה הם, כאמור, שני קריטריונים עצמאיים לריחוק נזק. בהינתן מבחן לריחוק נזק (צפיות, סיכון או מבחן אחר), רוחב האחריות לנזקים מאוחרים הוא תולדה של שיטת המיון הפנימי בתוך כל

קריטריון. ככל שהמיון הפנימי בתוך כל קריטריון מפורט יותר, כן תקטן יריעת האחריות, וההיפך. נבחר זאת. נניח כי מבחן ריחוק הנזק הוא מבחן הצפיות. עוד נניח, כי פלוני נפצע בברכו בעת שנפל מצוק במהלך פעילות ספורטיבית של טיפוס על צוקים. על-פי קריטריון תהליך ההתפתחות השאלה היא, אם תהליך הגרימה היה צפוי. אם המיון הפנימי מגדיר את כל סוגי הפעילות הספורטיבית כתהליך גרימה מאותו סוג, הדעת נותנת שזהו תהליך גרימה צפוי; שכן יש לצפות שאנשים יעסקו בפעילות ספורטיבית כלשהי. אך אם, לעומת זאת, המיון הפנימי הוא מפורט יותר, וקיימת הבחנה בין פעילות שיגרית (ריצה, שחייה) לבין פעילות בלתי-שיגרית (טיפוס על צוקים) אפשר שתהליך הגרימה ייחשב כבלתי-צפוי. הוא-הדין באשר לקריטריון סוג הנזק. ככל שידרבו סוגי הנזק כן תקטן הסתברותו של כל סוג נזק ויקטן רוחב האחריות תחת מבחן הצפיות.

ומכאן להיבט השלישי של מיון הנזק, והוא מיון הנזק לפי היקפו. משהוכרה אחריות למשבצת נזק מסוים (בשל תהליך הגרימה או בשל סוג הנזק) עדיין עומדת השאלה אם הנתבע אחראי לכל המשבצת או רק לחלקה. נחזור לאגרסל הסיני שהתנפץ בעת הנפילה מן הסולם. האם אחראי אלמוני למלוא שווי של האגרסל או שמא רק לשווי של אגרסל שכזה? וזהי שאלת היקף הנזק.⁸¹ האם אחראי הנתבע אוטומטית למלוא היקפו של הנזק או אולי רק לחלקו? וכיצד ייקבע חלק זה? האם יוחל עליו המבחן הכללי לריחוק נזק (כצפיות או סיכון) או שמא מבחן ייחודי?

סוגיית ריחוק הנזק מורכבת אפוא הרבה יותר ממה שנראה ממבט ראשון. ההכרעות הנדרשות הן רבות: האם ליישם את קריטריון ההתפתחות, את קריטריון הסוג או שמא את שניהם? מה יהא המיון הפנימי בתוך כל קריטריון? מה יהא המבחן לריחוק הנזק? כיצד לטפל בסוגיית התיקף?

נציג עתה את התשובות שניתנו במשפט המקובל ובמשפט הישראלי לשאלות אלה:

2. ריחוק הנזק במשפט המקובל

כאמור, אין במשפט המקובל הבחנה בין הקשר הסיבתי לריחוק הנזק, והם משמשים בו בעירוביה. התלכות הרלבנטיות הן אלה שעסקו בתהליך גידול ממדיו של נזק ראשוני ובשאלת האחריות לנזק המורחב.

מבחן שקנה לו מהלכים ושיטות בתלכת פולימים⁸² — הוא מבחן הישירות. על-פי מבחן זה, ייחשב נזק מאוחר לתוצאה ישירה של ההתנהגות בת-האשם כל עוד התנאים והכוחות שנוצרו על-ידיה ממשיכים לפעול מבלי מעורבות מאוחרת של כוח חיצוני⁸³ או של גורמים עצמאיים כהתנהגות אנושית אחרת.⁸⁴ ובניסוח אחר: נזק הוא ישיר כאשר הוא נגרם מהתוצאה הפיסית המיידית של ההתנהגות.⁸⁵

81 בהמשך נרחיב את הדיבור באשר להבחנה בין תהליך התפתחות הנזק לבין היקפו (סעיף 5/ח להלן).

82 *Re Polemis and Furness v. Withy & Co., Ltd.* [1921] 3 K.B. 560

83 הרט והונורה, עמ' 165.

84 פלמינג, עמ' 55–194; ג'יימס ובראון (הערה 31), עמ' 33.

85 פלמינג, שם.

במונחים של תהליכי גרימה, קובע מבחן הישירות אחריות בגין תהליכי גרימה ישירים ושולל אחריות לנזקים שמקורם בתהליכי גרימה שאינם ישירים; כך להלכה. למעשה הוטלה באמצעות מבחן זה אחריות גם בגין תהליכי גרימה שאינם ישירים במשמעות של תוצאה פיסית מיידית. תוכנו של המבחן אינו ברור אפוא⁸⁶. על-פי מיונו, זהו מבחן של תהליך גרימה ולא של סוג נזק.

מבחן חילופי, מתחרה, הוא מבחן הצפיות המוזהב עם פסק-הדין הראשון בעניין הונון מאונד⁸⁷. בפסק-דין זה, שבו התנערו השופטים ממבחן הישירות של פולימורס⁸⁸, אומץ מבחן הצפיות כמבחן לקביעת תחבות לנזק מאוחר. אך האם מתייחס מבחן זה רק לסוג הנזק או שמא גם לתהליך הגרימה? התחלטה בפסק-הדין התייחסה במפורש לתהליך הגרימה המסוים שהוביל לנזק. בפסק-הדין השני באותו עניין⁸⁹ יש נסיגה ברורה מהחלת דרישת הצפיות על תהליך הגרימה תוך הדגשת הצורך בצפיית התוצאה (סוג הנזק, על-פי הגדרתו), להבדיל מצפיית תהליך הגרימה שהוביל לתוצאה זו. התמונה המצטיירת משני פסקי-הדין אינה חד-משמעית; לא ברור עד כמה חלת דרישת הצפיות על תהליך גרימת הנזק. לכך נוספה התבונה הידועה בין סוג הנזק (sort, kind) לבין היקף הנזק (extent). על-פי הבחנה זו יש לצפות את סוג הנזק, אך לא את היקפו⁹⁰. הבחנה זו משקפת את חוסר-הבהירות באשר להחלתו של מבחן הצפיות על תהליך התפתחות הנזק. הויתור על צפיית היקפו של הנזק מלמד, כי יש תהליכי גרימה שעליהם לא מוחלת דרישת הצפיות. דרישת צפיותו של סוג הנזק מראה, כי קיימת דרישה כלשהי של צפיית תהליך הגרימה, שכן "סוג הנזק" בהבחנה זו מתייחס לא רק לסוג במובן שהבאנו אנו (טיב הנזק, תוך התעלמות מתהליכי הגרימה שמאחוריו), אלא לסוג הכולל הן טיב והן תהליך התפתחות⁹¹. אי-הבהירות גובעת מהעדר קווי-תיחום ברורים בין סוג לבין היקף. נוכל אפוא לסכם ולומר, כי במשפט המקובל קיימת דרישה מוגבלת של צפיית תהליך הגרימה, אך תוכנה וגבולותיה אינם ברורים.

3. ריחוק הנזק במשפט הישראלי — הלכת רינגר

שלא כסוגיית הקשר הסיבתי, זכתה סוגיית ריחוק הנזק לדיון עקרוני בפסיקה הישראלית במסגרת פרשנותו של סעיף 76 (1) לפקודת הנזיקין⁹². הדי המאבק המקובל בין מבחן הישירות לצפיות נשמעו כאן היטב. בעוד שמיעוט השופטים תמך בשני

86 ראה דיני הנזיקין, עמ' 223—225.

87 *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock and Engineering Co., Ltd.* [1961] A.C. 388 (Wagon Mound No. 1).

88 דחיית מבחן הישירות בפסק-הדין ובפסקי-דין מאוחרים געשתה רק בעולות הרשלנות והמיטורד. בעולות אחרות אפשר שלא תש כוחו של מבחן הישירות. ראה ג'יימס ובראון, עמ' 36—37; פלמינג, עמ' 190—191.

89 *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co.* [1967] 1 A.C. 617 (Wagon Mound No. 2).

90 הרט והגורה, עמ' 231.

91 פלמינג, עמ' 193—194.

92 ע"א 390/62 רינגר נ' ליאון, פ"ד יז 1662 (להלן, רינגר) וד"ב 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח (4) 701 (להלן, הדין הנוסף).

המבחנים כמבחנים מספיקים, דהיינו: שדי בהתקיימות אחד התנאים, ישירות או צפיית, כדי לחייב – סברו מרבית השופטים כי המבחן הבלעדי לריחוק גזק במשפט הישראלי הוא מבחן הצפיית: "הגזק הקרוב הוא גזק שאפשר היה, וצריך היה, לצפותו מראש"⁹³.

למדנו כבר לדעת, כי קביעת המבחן לריחוק גזק היא רק שלב ראשון בהבחנה בין גזק קרוב לגזק רחוק. השלב השני, חשוב לא-פחות, הוא הכרעה בתחולתו של המבחן על היבטי הגזק השונים. האם תחל מבחן הצפיית על סוג הגזק? תהליך התפתחותו? היקפו?

בפסק-דין מלכה, שקדם לגיבוש ההלכה הנ"ל, נקלט הכלל האנגלי המבחין בין סוג הגזק לבין היקפו⁹⁴. סוג הגזק הובן כאן כתהליך המזיק, תהליך הגרימה של הגזק. בהתאם לכך נפסק, כי תהליך הגרימה צריך שיהיה צפוי, אך לא היקף הגזק הנובע מתהליך הגרימה הצפוי. ברוחו ובתוצאותיו קרוב פסק-דין זה לפסק-דין הראשון בעניין הוונג מאונר. התוכן המדויק של ההבחנה בין סוג להיקף לא נדון כאן.

למסקנות שונות הגיעו שופטי הרוב ברינגר ובדיון נוסף. גם כאן אומצה ההבחנה בין סוג להיקף, אך לסוג הגזק ניתנה משמעות שונה מזו שהכרנו במשפט המקובל. מונח זה פורש כמתייחס אך ורק לשיב הגזק, לתוצאות תהליך הגרימה, ולא לתהליך הגרימה עצמו⁹⁵. זהו "סוג הגזק" במשמעות שייחדנו אנו למונח זה. בית-המשפט לא קבע מהו המכנה המשותף לנוקים מאותו הסוג, אלא הסתפק בקביעה הכללית כי כל נזקי הגוף שייכים לאותו סוג.

4. משמעויות הלכת רינגר וביקורתה

משמעויות הלכת רינגר נובעות באופן ישיר מן הדיון בתחילת סעיף זה בשוני בין המיון לפי סוג גזק לבין המיון לפי תהליך התפתחות הגזק. ראינו שם, כי התעלמות מתהליך הגרימה המסוים והתמקדות בתוצאה של כל תהליכי הגרימה האפשריים מגדילת את הסתברות התוצאה. מאחר שמבחן הצפיית הוא, בין השאר, מבחן הסתברותי, יש משמעות מרחיקת-לכת לווייתור על צפיית תהליך הגרימה המשתמע מהלכות רינגר. המחשה לכך מצויה בהלכת רינגר גופה, שבה הוחלט כי הנתבע אחראי לנזקים הנוכחיים עיס מגולגלתו הדקה של התובע. ההתלבטות בשאלת הגולגולת הדקה מקורה בגדירות חולשתו המיוחדת של התובע ותהליך הגרימה הכרוך בה. ברגע שתהליך הגרימה שוב אינו רלבנטי – אין עוד מקום להתלבטות. די בכך שהתוצאה (סוג הגזק) קרובה כדי שתקום אחריות הנתבע.

עוקצו של הווייתור על דרישת הקירבה של תהליך הגרימה מוקהה במידה מסוימת כאשר מיון הגזק לפי סוג, לפי האינטרס הנפגע, הוא מיון מפורט. כאשר התוצאה מוגדרת באופן מצומצם (למשל, על-ידי הבחנה בין מוות, פגיעה חמורה ופגיעה קלה) קטן מספר תהליכי הגרימה המובילים לאותה תוצאה, וממילא קטנה גם הסתברות

93 הדיון הנוסף, עמ' 716.

94 ע"פ 47/56 מלכה ג' היוע"מ, פ"ד י 1543 (להלן, מלכה), עמ' 1548–1549.

95 רינגר, עמ' 1676.

התוצאה. ההתעלמות מתהליכי הגרימה מקוונת על-ידי צמצום מספרם. בהלכת רינגר, לעומת זאת, הרחיק בית-המשפט לכת בקובעו כי כל נזקי הגוף נחשבים כסוג נזק אחד. השאלה היחידה הנשאלת היא, מהי צפיותו של נזק גוף כלשהו. טיב הנזק והדרך שבה נגרם הם חסרי חשיבות.

התוצאה המצטברת של התעלמות מתהליכי הגרימה ומיון רחב של סוגי הנזק היא ריקון מוסד ריחוק הנזק מכל תוכן ממשי. כאמור, נועד מוסד זה לצמצם את מידת האחריות לנזקים מאוחרים. ההלכה במתכונתה הנ"ל אינה מגשימה מטרה זו. נביא, לדוגמא, את חוק הפיצויים ואת חוק האחריות. שני החוקים הנ"ל מטפלים בנזקי גוף בלבד. מאחר שכל נזקי הגוף הם מאותו הסוג ומאחר שתהליך גרימת נזק הגוף אינו רלבנטי, נמצא שכל נזק מאוחר הוא אוטומטית נזק קרוב, כך שאין כל משמעות להחלת סעיף 76 (1) על שני החוקים הנ"ל⁹⁶. ולא זו אף זו: המבחן שאומץ ברינגר מגיב תוצאות המרחיקות לכת הרבה מעבר למבחן הישירות, שממנו ביקשו השופטים להסתייג. מבחן הישירות מטיל אחריות בגין תהליכי גרימה ישירים גם אם אינם צפויים. המבחן שאומץ מכיר באחריות עקב כל תהליכי גרימה שהם, ובלבד שהגיבו תוצאה צפויה. כאשר התוצאה מסווגת בקטיגוריות רחבות, אפשר שמבחן רינגר יביא להטלת אחריות לא רק בגין תהליכי גרימה ישירים שאינם צפויים, כמבחן הישירות⁹⁷, אלא גם בגין תהליכי גרימה שאינם ישירים ושאינם צפויים.

האם קיים מוצא מסבך זה? לדעתנו, התשובה חיובית. ניתן לצמצם את תחולתה של הלכת רינגר ולגבש את מוסד ריחוק הנזק באופן שימלא את תפקידו המקורי — צמצום האחריות לנזקים מאוחרים.

5. התיזה המוצעת

נקודת-המוצא המנחה אותנו היא, שבאופן עקרוני יש להתייחס ולתת נפקות משפטית לתהליכי התפתחותו של הנזק, לתהליך הגרימה הקושר את רכיבי הנזק השונים. ראינו, אגב הדיון בקשר סיבתי, כי מקובל לעשות כן לגבי תהליך הגרימה הבסיסי הקושר את אשמו של הנתבע לנזק הראשוני. אין כל סיבה לסטות מכך כאשר מדובר בתהליכי גרימה מאוחרים הנוגעים למידת הנזק. טענה זו מועלית במנותק משאלת תוכנו של מבחן ריחוק הנזק הרצוי. בין שיתא זה מבחן הצפיות, מבחן הישירות או מבחן הסיכון, מתהליכי הגרימה הנ"ל לא ניתן להתעלם באופן גורף. צפיותו של תהליך הגרימה, או היותו בתחום הסיכון, צריכים להילקח בחשבון בקביעת האחריות למידת הנזק. השאלה הקשה היא, כיצד ומתי ייש ליתן נפקות משפטית לתהליכי הגרימה הקושרים את רכיבי הנזק השונים. תהליכים אלו מורכבים ממספר רב של התרחשויות עובדתיות. האם לגבי כל התרחשויות והתרחשויות יש לשאול אם היתה צפויה או אם היתה בתחום הסיכון? כאן שבה ומשתלבת בדיון התבחנה של המשפט המקובל (שאומצה במלכה)

96 ואכן היה מי שהגיע למסקנה קשה זו. ראה א' ריבלין, "ועוד על תאונות הדרכים ועל הקשר הסיבתי" הפרקליט לד (תשמ"א), 130, 133—134.

97 ראה דיני הניזקין, עמ' 218—219.

בין התפתחות הנזק לבין היקפו⁹⁸. ראינו⁹⁹, כי על-פי הבחנה זו נדרשת בעיקרון "קירבה" של תהליכי גרימה, אך לא ברור לאילו תהליכים היא מתייחסת. התהליכים שאינם רלבנטיים מקובצים תחת הכותרת של "היקף הנזק" שלגביו לא נדרשת "קירבה". להלן ננסה להעניק משמעות להבחנה זו, כדי שניתן יהיה באמצעותה לאפיין תהליכי גרימה רלבנטיים מבחינה משפטית.

תהליך גרימה רלבנטי מבחינה משפטית הוא תהליך שיש לו אופי ייחודי, תהליך המהווה חולייה מוגדרת בשרשרת הסיבתית. להלן נכנה תהליך זה בשם "אירוע". אם בין שני רכיבים שונים של נזק (נזק ליד נזק לברך בדוגמא הקודמת) לא קיים תהליך גרימה העולה לכדי "אירוע", כי אז ייחשבו שני הנזקים כרכיבים של יחידת נזק אחת. הנזק הנוסף ייחשב כחלק מהיקף הנזק הראשוני. אם לעומת זאת, תהליך הגרימה הקורש את שני הנזקים הוא בעל ייחודיות המקנה לו מימד של אירוע, הרי שהנזק הנוסף ייחשב כיחידת נזק נפרדת, עצמאית; לא גידול בהיקף הנזק אלא התווצות של נזק מאוחר העומד בפני עצמו.

הנפקות המשפטית של ההבחנה הנ"ל היא כדלקמן: בהעדר אירוע, כאשר הנזק הנוסף הוא גידול בהיקף הנזק הקודם, אחריותו של הנתבע לנזק הנוסף היא אוטומטית. זוהי משמעות ההלכה שהיקף הנזק אינו צריך להיות קרוב. לעומת זאת, אם הנזק הנוסף הוא תולדה של אירוע, קמה ועולה הדרישה כי אירוע זה יהיה קרוב. רק כאן, בשלב שני, נכנסים לתמונה מבחני ריחוק הנזק. קירבתו של האירוע תיקבע לפי צפיותו, היותו בתחום הסיכון וכו'. השיטה המוצעת היא אפוא דו-שלבית. קודם-כול הבחנה בין יחידות נזק מוקדמות למאוחרות באמצעות מושג האירוע, ורק בשלב שני יישום מבחני ריחוק הנזק על האירועים כדי לבחון את קירבתם. השלב השני מתייחס אם לא מאוחר אירוע, שכן כל רכיבי הנזק ייחשבו במקרה זה כשייכים להיקף הנזק. השאלה המרכזית היא, כמובן, מה הופך תהליך גרימה מסוים לאירוע. לא נוכל להשיב תשובה ממצה על שאלה זו, אך נוכל להצביע על מבחני-עזר שיכסו חלק גדול מן המקרים. המבחן הראשון נסמך על הגתון הסיבתי שהזכרנו שוב ושוב, ההסתברות (ex ante) — במקרה זה הסתברות מראש של תהליך הגרימה. הסתברות נמוכה מעניקה לתהליך גרימה מסוים אופי של אירוע. תהליך גרימה ייחשב לאירוע כאשר הסתברותו נמוכה מתקרה מסוימת. התרחשות שהסתברותה היא 90% אינה יכולה להיחשב כאירוע. נחזור ונדגיש, כי בחינת ההסתברות כאן נעשית במסגרת השלב הראשון לצורך איתור האירוע, וכי להסתברות יש נפקות גם בשלב השני שבו יחלו מבחני ריחוק הנזק על האירוע. כך, למשל, הסתברות של 30% יכולה להיחשב כמספיקה לצורך איפיונו של תהליך הגרימה שזו הסתברותו כאירוע, אך תיחשב בלתי-מספיקה לצורך חיובו של הנתבע בנזק שגרם תהליך זה על-פי מבחן של צפיות (או כמספיקה על-פי מבחן אחר לריחוק נזק).

98 הבחנה זו מוכרת יותר כהבחנה בין פוג הנזק לבין היקפו, אך נוכח ההבחנה בין סוג במשמעות של טיב האינטרס שנפגע (רינגר), לבין סוג המשמעות של תהליך גרימה (המשפט המקובל ומלכה) נשתמש להלן במינוח של תהליך גרימה, התפתחות הנזק, כדי לאזכר את סוג הנזק במשמעותו השנייה.

99 ראה הטקסט ליד הערות 88–90. ראה גם את מיון הנזק בסעיף ח/1 לעיל.

מבחן-עור שני הוא הריחוק בזמן ובמקום. יצירת מרחק של זמן או מקום בין שני רכיבי נזק שונים מקנה לתהליך הגרימה מימד ייחודי הגדל ביחס ישר למרחק. הריחוק הפיסי הוא דאי אינדיקציה ראשונית לריחוק משפטי.

מבחן-עור נוסף הוא מעורבות אנושית. בדרך-כלל נתפשת התנהגות כזו, בין של הניזוק ובין של צד שלישי, כהתרחשות מיוחדת. ככל שהמעורבות האנושית אינטנסיבית יותר (במונחי הסתברות או אשמה) כך תגדל הנטיה לראות בתהליך הגרימה, שהיא חלק ממנו, אירוע. המבחנים שמנינו עד כה יכולים להצביע במקרה מסוים לאותו הכיוון, ובמקרה אחר – לכיוונים נוגדים.

נקודה נוספת שיש בה כדי לסייע בגיבוש ההבחנה היא, שאין להתעלם מנסיבות קיימות כאשר נשקלת ייחודיותו של תהליך הגרימה (כפי שמקובל על-פי מבחני השכל הישר במשפט המקובל). כל התרחשות וכל נסיבה צריכים להילקח בחשבון, ולא רק התרחשויות או נסיבות המאוחרות לגיבוש הנזק הראשוני¹⁰⁰.

לצורך במיון התרחשויות לפי אירועים חשיבות מיוחדת בהקשר לחוק הפיצויים. בסעיף 1 לחוק מוגדרת תאונת-דרכים כ"מאורע שבו נגרם נזק לאדם נזק גוף עקב השימוש ברכב מנועי...". פלוני, שנפצע בתאונת-דרכים (נזק א), ניזוק שנית במהלך הפינוי (נזק ב) וניזוק בשלישית בעת הטיפול הרפואי (נזק ג). אם לפנינו "מאורע" אחד, הרי שמכוח התגדרה הג"ל יחוב האחראי לתאונה הראשונה בגין שלושת הנזקים מבלי שתעלה כלל סוגיית ריחוק הנזק. רק אם נזק ב או ג הם תולדה של מאורעות נפרדים – יתעורר הצורך לבדוק את קירבתם של נזקים אלה. מיון הנזק לפי המאורעות שגרמו לו מתבקש אפוא במפורש מחוק הפיצויים.

מבחני-העור שהצענו לעיל אינם קלים ליישום ואינם ממצים. קושי מיוחד בסיווג התרחשויות לפי אירועים מעורר שיקול-הדעת באשר לרמת התפשטה של תהליך הגרימה. תהליך גרימה שעל-פי המבחנים הנ"ל ייחשב כייחודי, כמאורע, כאשר הוא מתואר בפרוטרוט, עשוי לשנות את צביונו אם יתואר באופן כללי יותר, תוך השמטת פרטים עובדתיים. נתקלנו בטענה זו כאשר עסקנו במבחן הצפיות¹⁰¹, והתשובה שהבאנו שם יפה גם כאן: ההבחנה בין פרטים מהותיים לטפלים היא הבחנה של שכל ישר שבית-המשפט נזקק לה לעתים תכופות (למשל, מבחן העובדות המהותיות המשמש בקביעת טעם הפסק). אלא שזוהי תשובה חלקית. קיימים מקרים שבהם ניתן לתאר אירוע בשתי רמות הפשטה שונות הלגיטימיות באותה מידה. במקרים אלה הופך מושג "האירוע" למכשיר של מדיניות, למסגרת מושגית שניתן להתאימה לתוצאה הרצויה. בהמשך, אגב הדיון בהיקף הנזק, נראה כי לשיקול-דעת זה יש גם צדדים חיוביים.

6. יישום התיזה המוצעת על מקרים שנדונו בפסיקה

נבחן עתה את יישומה של התיזה המוצעת בהקשר הקונקרטי של בעיות שנדונו בפסיקה. בפרשת מלכה הוחמר הנזק הראשוני עקב חדירת חידקי טננוס לאיבר הפגוע. השאלה, לשיטתנו, היא, האם לפנינו אירוע? במקרה זה נראה, כי הנתון המרכזי שצריך להכריע שאלה זו הוא הנדירות של חידקי הטננוס. שכחות גבוהה תשלול אופי ייחודי

100 דעה ברוח זו מובעת בהפרקליט (לעיל, הערה 53), עמ' 33–35.

מתהליך גרימה זה והנוק הנובע ייחשב כחלק מהיקף הנוק שבגיננו תחבות היא אוטו-מטית. אם, לעומת זאת, הידקי הטנוס נדירים, די בעובדה זו כדי להקנות לתהליך הגרימה אופי ייחודי של אירוע. בשלב שני יש להחליט על-פי מבחן ריחוק הנוק אם אירוע זה צפוי, ישיר, מצוי בתחום הסיכון וכו'.

ומכאן לעניין הגולגולת הדקה. האם ניתן להצביע על אופי הייחודי של תהליך הגרימה במקרים של גולגולת דקה? התשובה – לדעתנו – היא חיובית וגם כאן היא נסמכת על השיקול ההסתברותי. נדירותה של תכונה זו היא המקנה לתהליך הגרימה הכרוך בה את האופי של מאורע. בשלב שני יש אפוא לבחון את "קירבתו" של מאורע זה הדעת נותנת, כי ההסתברות המיוערת של התכונה המיוחדת אינה מתיישבת עם "צפיות" האירוע. חיוב הנתבע בגין נזק נוסף שמקורו בגולגולת דקה הוא אפוא חריג למבחן הצפיות¹⁰². לעומת זאת, אם בשלב השני יושם מבחן אחר כמבחן הסיכון, אפשר שהאירוע יוכר כ"קרוב" על-אף אי-צפיותו.

בפסקי-הדין בעניין בן-ציון¹⁰³ נדון האירוע הבא: בשנת 1970 נפגע התובע בידו על-ידי הנתבע. בשנת 1977, בעת שטיפס על סולם, חש לפתע התובע בכאב עז בידו הפגומה. נפל מן הסולם ונחבל קשה בכרכו. האם חב הנתבע לנזקי הכרך? השופט המחוזי דחה אמנם את ההבחנה בין סוג להיקף, אך בו-בעת הוא מאמץ את ההבחנה המקבילה – לדעתנו – בין אירוע "נורמלי" הקושר נזק מוקדם לנזק נוסף לבין אירוע בלתי-רגיל. מסקנתו היא, שבגלל משך הזמן שחלף והעובדה שהנוק הנוסף אירע לאחר תקופת ההחלמה, יש לראות בהתרחשות אירוע בלתי-רגיל¹⁰⁴. מאחר שאירוע זה מאופיין כ"בלתי-צפוי", שולל בית-המשפט את אחריות הנתבע בגינו. מקרה זה ממחיש הן את הנטיה הטבעית להבחין בין תהליכי גרימה רגילים לבין תהליכי גרימה שיש להם אופי ייחודי, והן את השימוש במבחן-העזר המוצע של ריחוק בזמן ובמקום לשם יישום ההבחנה הנ"ל.

האם ניתן ליישב את התיוה המוצעת עם התפתחות הפסיקה עד כה? המכשול לכך הוא בהלכת רינגר ששללה את הרלבנטיות של תהליכי הגרימה. בהתחשב בתוצאות הקשות הנובעות מהלכת רינגר אפשר וצריך לצמצם את תחולתה לנושא הספציפי שנדון שם, דהיינו: מקרה הגולגולת הדקה בנוקי הגוף. פירוש מצמצם זה יפתח את הדרך ליישום השיטה המוצעת בכל ההקשרים האחרים של ריחוק הנוק.

7. היקף הנוק

עד כה התנהל הדיון לאור ההלכה המקובלת, שלפיה תחבות המזיק להיקף הנוקים היא אוטומטית ומלאה, ואינה תלויה בקירבה של היקף הנוק לעוולת הנתבע. כיצד ניתן להצדיק הלכה זו?

101 ראה הטקסט ליד הערות 58–59.

102 לדיון ביחס בין מבחן הצפיות לכלל הגולגולת הדקה ראה את הרשימה בהפרקלים (לעיל, הערה 57). המחבר מגיע לאותה מסקנה בעמ' 38.

103 ראה לעיל, הערה 72.

104 בן-ציון, עמ' 52, 58.

בהקשר המסורתי של רשלנות מוצגת השאלה כבעיה של הגינות. מחד גיסא, אין זה היגיון לחייב את הנתבע בגין נזק שחרג בהיקפו מכל מה שנתבע סביר היה צופה. מאידך גיסא, בבחירה בין הנתבע הרשלן לתובע התמים, מדוע שדווקא האחרון ישא בנטל¹⁰⁵ ? חיובו של הנתבע הוסבר גם על רקע העובדה שבמקרי רשלנות רבים הסיכון אינו מתממש לכלל נזק, והנתבע יוצא נשכר מהתנהגותו הפגומה — שכר זה מקוץ את ההפסד במקרים של נזק חריג. הסבר נוסף הוא, שההגינות מחייבת כי אדם ישא בכל התוצאות של התהליך שאותו החל¹⁰⁶.

בהקשר של אחריות חמורה משתנים השיקולים. כאן השאלה היא איזו קטיגוריה, איזו פעילות, צריכה לשאת בסיכון של נזקים חריגים, וכיצד משפיעה ההלכה בדבר הנזק על עלות הביטוח וגובה הפרמיות ? אם, למשל, סיכון של נשיאה בחבות לכל היקף חריג של נזק עלול לגרום לעלייה דרסטית בפרמיות הביטוח, ולסיכול המטרה של פיזור הנזק, יש היגיון בקביעת תקרות לחבות זו.

במקרים מסוימים עשוי לעלות הצורך לרכז מעט את נזקיות ההלכה המטילה על הנתבע את מלוא האחריות לנזקים חריגים ; זאת, בין משיקולים של הגינות כלפי הנתבע ובין משיקולים של ביטוח. אמצעי לריכוך שכזה מצוי בהבחנה המוצעת בין התפתחות הנזק לבין היקפו. ראינו, כי מושג האירוע הוא במידה מסוימת מושג גמיש שניתן, באמצעות רמות הפשטה שונות, להתאימו לתוצאה הרצויה¹⁰⁷. באמצעות גמישות זאת ניתן לסווג גידול חריג של נזק כאירוע ובאופן זה להכפיף אותו למבחני ריחוק הנזק ולמנוע חיוב אוטומטי בגינו¹⁰⁸.

פתרון אחר הוא לשנות את הדין ולהקנות לבית-המשפט במפורש שיקול-דעת באשר להיקף הפיצוי. ואכן, בתזכיר ההצעה לחוק נזיקין חדש¹⁰⁹ מוצעת ההוראה הבאה תחת הכותרת "הפחתת הפיצויים" :

"25. (א) בית-המשפט רשאי, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, להפחית את

סכום הפיצויים בכל אחת מאלה :

(1) אין כל יחס סביר בין חומרת מעשה הנזיקין לבין גודל הנזק

שנגרם"¹¹⁰.

105 פלמינג, עמ' 197.

106 לשני ההסברים האחרונים ראה הרט והונורה, עמ' 243–244.

107 ראה הטקסט ליד הערה 102.

108 על דרך זו מצביע בית-המשפט ברינגר באימרו (בעמ' 1682) : "... כשהיקף הנזק עובר על כל המשוער (ועל כל מה שניתן לשער), קל לראות בו, בנוק זה, נזק מסוג שונה מן הצפוי".

109 הצעה לחוק נזיקין חדש (משרד המשפטים, מאי 1980).

110 יש המעמידים בספק את עצם תקפותה של ההבחנה בין סוג להיקף בטענה כי אין לתבסס בחוק, מחקרי משפט, עמ' 71. על כך ניתן להשיב : כי זו הבחנה אינהרנטית למושג הנזק ; ושנית, שלשונן המעורפלת של סעיף 76 (1) סובלת גם הבחנה זו. אפשר לומר, כי הרישא לסעיף 76 (1) מתייחסת לסוג הנזק (במובן של תהליך התפתחותו), בעוד שהסיפא ("... ושלא במישרין מעולת הנתבע") מתייחסת להיקפו. זהו אמנם פירוש דחוק, אך כך גם הפירושים האחרים לסעיף.

8. הקטנת הנזק

כיצד משתלבת חובתו של התובע להקטין את נזקו במסכת ריחוק הנזק?
פרופ' אנגלרד סבור, כי אין מקום לכלל עצמאי של הקטנת נזק, משום שכלל זה נבלע ממילא בתוך מוסד האשם העצמי¹¹¹. אף אנו סבורים, כי אין מקום לכלל עצמאי של הקטנת נזק, אולם בניגוד לדעה הנ"ל דעתנו היא שכלל זה הוא חלק ממוסד ריחוק הנזק ולא חלק ממוסד האשם העצמי. כללי האשם העצמי מתנים את הקטנת זכאותו של הנזוק בהתנהגות בת-אשם מצדו, ובמקרים מסוימים אף בהתרשלות חמורה¹¹². לעומת זאת, ניתן לתאר מקרים שבהם יבקש בית-המשפט לצמצם את חובת הפיצוי בגין התנהגות הנזוק גם אם אין התנהגותו בת-אשם (טיפול רפואי שיגרתי דווקא אצל מומחה בעל שם עולמי).

שילוב חובתו של התובע להקטין את נזקו במוסד ריחוק הנזק ייעשה, על-פי התיזה המוצעת, בשני שלבים. בשלב הראשון תיבחן התנהגותו של הנזוק במגמה לבדוק אם היא עולה לכדי אירוע. אם זו התנהגות שיגרתיית ומקובלת ייחשב הנזק הנובע ממנה כחלק מהיקף הנזק, והנתבע יחוב בגינו. אם התנהגות הנזק חריגת ומאופיינת בהתאם לכך כאירוע, יוחלו עליה בשלב שני מבחני ריחוק הנזק אשר יקבעו את חבות הנתבע לנזק המוגדל.

9. מבחני ריחוק הנזק

במסגרת הדיון בסוגיית ריחוק הנזק טיפלנו עד כה בתחומי התחולה של מבחני ריחוק הנזק. עתה נעסוק בתוכן המבחנים. נעשה זאת תחת ההנחה שמבחני ריחוק הנזק חלים עקרונית גם על תהליך התפתחות הנזק, כלומר: שהלכת רינגר ניתנת לאבחון ושאין ליישמה כפשוטה. הטעם לכך הובהר בהרחבה – ההתעלמות מתהליכי הגרימה המשי-תמעת מרינגר מרוקנת את מוסד ריחוק הנזק מכל תוכן ממשי.

נפתח במבחן שנתקבל בפסיקה – מבחן הצפיות¹¹³. אימוץ מבחן הצפיות בהקשר של נזקים מאוחרים תוסבר במשפט המקובל בכך שמבחן זה עקבי, הוגן וקל ליישום¹¹⁴. עקבי על שום מה? על שום שאותו מבחן המשמש בהטלת האחריות משמש גם בקביעת מידת האחריות. דברים אלו יפים אולי לעולות הרשלנות שבה נקבעת האחריות על-פי מבחן הצפיות. עקביות זו אינה קיימת בעולות המכוונות, מחד גיסא, ובאחריות החמורה, מאידך גיסא. בהנחה שהעקביות רצויה – מבחן הצפיות אינו מתאים לשמש כמבחן כללי לריחוק נזק. אך האם עקביות רצויה מלכתחילה? ראינו, כי קיים טעם

111 דיני הנזיקין, עמ' 254.

112 סעיף 4 (ב) לחוק האחריות.

113 מבחן זה מופיע גם בסעיף 18 להצעה לחוק נזיקין חדש (לעיל, הערה 109), שכותרתו "היקף הפיצוי":

"18. הפיצויים יהיו בסכום שיש בו כדי לפצות את הנזוק בעד הנזק שנגרם לו ואשר המזיק ראה או שהיה עליו לראותו מראש, בעת מעשה הנזיקין, כתוצאה מסתברת של המעשה".

114 הרט והונורה, עמ' 234–235.

ענייני להבחנה בין עצם קיום האחריות לבין מידתה, וכי שיקולים היפים בהקשר אחד אינם יפים בהכרח בהקשר האחר. הנימוק השני שהוזכר הוא של הגינות מבחן הצפיות. המבחן הוגן במובן שהוא מטיל אחריות על הנתבע רק בגין נזקים צפויים. אלא שכאמור, הגינות כלפי הנתבע כרוכה בפגיעה בניזוק היוצרת אי-הגינות מקוזה. זאת ועוד: ההלכה שלפיה היקף הנזק אינו צריך להיות צפוי אינה מתיישבת עם נימוק והגינות ה"ל".

נשוב ונבחן את נימוק העקביות. האם קיימת עקביות שכזו, ולו גם בתחום המצומצם של עוולות הרשלנות? במסגרת הדיון בקשר הסיבתי הגענו למסקנה, כי מבחן הצפיות בהקשר זה מתבקש במישורין מעולות הרשלנות, וכי לאמיתו של דבר מבחן הצפיות כאן הוא חלק אינטגרלי של חובת הזהירות. זאת, להזכיר, על רקע הדיון בתהליך הגרימה הקושר את האשם לנזק הראשוני. לדעתנו, לא קיימת עקביות דומה בין עוולות הרשלנות לבין מבחן ריחוק הנזק בעולות הרשלנות. אין בהכרח זהות בין דרך יישומו של מבחן הצפיות ברשלנות ובקשר סיבתי לבין דרך יישומו בריחוק הנזק. השוני הוא בנקודת הזמן שבה נבחנת הצפיות. הן ברשלנות והן בקשר סיבתי נבחנת הצפיות דרך עינו של הנתבע עובר להתנהגותו. מיגבלה זו היא, כאמור, תוצאה ישירה של השיקול המוסרי המונח בבסיס עולות הרשלנות. כאשר נבחנת שאלת ריחוק הנזק, שאלת צפיותו של נזק מאוחר הנובע מנזק מוקדם, לא ניתן להגדיר בבירור את המועד שבו נבחנת צפיות הנזק המאוחר. נניח, לשם המחשה, כי הסתברות נזק כתוצאה של האשם היא 70% וכי הסתברות נזק מאוחר, נזק ב מנזק א, היא גם כן 70%. עוד נניח, כי נדרשת צפיות של 51% כדי לחייב בגין נזק. אם הסתברותו של נזק ב תיבחן עובר להתנהגות הנתבע תתקבל התוצאה של 49% והנתבע יופטר מחבותו לנזק זה. אם, מנגד, תיבחן הסתברותו של נזק ב בהנחה שאירע נזק א — תתקבל התוצאה של 70% והנתבע יחוב. מהו המועד הנכון לבחינת צפיות הנזק? הרט והגורה כינו את הצפיות מראש, לפני אירוע נזק א, בשם צפיות במובן הפרקטי (practical sense), ואת הצפיות בדיעבד, לאחר אירוע נזק א, בשם צפיות במובן תיאורטי (theoretical sense).¹¹⁵ לדעתם, המשמעות הנכונה של צפיות היא במובן פרקטי, בעוד ששימוש במובן התיאורטי מייצג את גטישת מבחן הצפיות וחזרה למבחנים קאזואליים. אחרים, לעומת זאת, סוברים כי הצפיות צריכה להיבחן בדיעבד, לאחר שאירע נזק א.¹¹⁶ מבין שתי הדעות הנ"ל אנו נוטים יותר לדעה השנייה, אך לא באורח גורף. הצפיות ההתחלית של הנזק המאוחר צריכה, בשלב מסוים, להילקח בחש"בן ולהגביל את מידת האחריות לנזקים מאוחרים. הסתברותו ההתחלית של הנזק התמישי בשרשרת נזקים שכל אחד מסתבר מקודמו ב-60%, קטנה מ-5%. לא רצוי להתעלם מכך.

לצורך הדיון כאן אין צורך בקביעה מדויקת של היחס הרצוי בין צפיות בדיעבד לצפיות מראש. החריגה מן הצפיות מראש היא החשובה. חריגה זו מחייבת להפעיל את מבחן הצפיות בהקשר של ריחוק הנזק במתכונת שונה מאשר הדרך שבה הוא מופעל בבדיקת חובת הזהירות בעולות הרשלנות. קביעה זו יפה לרשלנות ומקל-

115 שם, עמ' 250—252.

116 הפרקליט (לעיל, הערה 57), עמ' 37—38; פלמינג, עמ' 195—196.

וחומר שהיא תקפה באחריות התמורה, ששם מלכתחילה נבדקת צפיות הנזק לא מן ההתנהגות אלא מן הסיכון שיצרה ההתנהגות. החשש שבתי-המשפט ימשיכו להפעיל את המבחן במתכונת המוכרת להם, השואבת מרעיון האשמה, שהביא אותנו לפסול את מבחן הצפיות כמבחן כללי לקשר סיבתי, קיים גם בהקשר ריחוק הנזק. גם כאן קיים הסיכון של חדירת שיקולי אשמה לאחריות התמורה דרך מבחן הצפיות תוך סיכול המטרות של התמרת האחריות. מבחן הצפיות אינו מתאים אפוא לשמש כמבחן כללי לריחוק נזק.

מתי האלטרנטיבה? מבחן הישירות לוקה בפגמים דומים לאלה שמנינו במבחן השכל הישר אגב הדיון בקשר סיבתי. זהו מבחן מיכני שאינו פתוח לשיקולי מדיניות הנעדר את הגמישות החיצונית כל-כך בהקשר הסיבתי.

נותר אפוא מבחן הסיכון; קירבתו או ריחומו של תהליך הגרימה שהגדיל את הנזק ייקבעו על-פי הכוונה העולה מן ההסדר החוקי. האם מצוי תהליך גרימה זה בתחום הסיכון שמפניו ביקש המחוקק להגן? זוהי השאלה המתבקשת על-פי מבחן זה. מאותם הטעמים שהמלצנו על קבלת המבחן בסוגיית הקשר הסיבתי נמליץ עליו גם כאן. ניישם את מבחן הסיכון על המקרים שהזכרנו קודם. בעניין מלכה השאלה שתיתה צריכה להישאל היא, האם חדירת חידקים דרך האיזור הפגוע היתה בתחום הסיכון (בהינתן השכיחות של חידקים אלו). בעניין רינגר נקבע, כי התפתחות הנזק הנובעת מרגישות מיוחדת של הגיוק היא בתחום הסיכון. בעניין בן-ציון החלט, כי פגיעות לאחר תקופת ההחלמה אינם בתחום הסיכון. מאחורי כל קביעה ממין זה צריכים לעמוד שיקולי מדיניות העולים מן ההסדר שבחוק והתוחמים את גבולות הסיכון.

ט. אשם, קשר סיבתי וריחוק נזק — קווי תיחום

לאורך רשימה זו הבחנו בין שלושה סוגי כללים: כללים המגדירים את התנאים לקיומו של אשם, דהיינו: הקובעים את יסודות האחריות, למעט יסוד גרימת הנזק; כללי הקשר הסיבתי הקובעים את הזיקה הנדרשת בין האשם לבין הנזק הראשוני; כללי ריחוק הנזק המטפלים באחריות לנזק שהתפתח מן הנזק הראשוני. הקשר הסיבתי וריחוק הנזק נדונו בנפרד בסעיפים 2 ו-3. בסעיף זה נרחיב את הדיבור על אזורי המגע של שלושת הכללים ועל היחס ביניהם. נעשה כן תחילה באופן כללי, אחרי-כך בהקשר האחריות התמורה, ולבסוף — במקרה המורכב של עוולת הרשלנות.

1. אשם וקשר סיבתי

כללי האשם וכללי הקשר הסיבתי יוצרים במשותף מערכת אחת של כללים שאותה נכנה להלן כללי אחריות. כללים אלו מטפלים בשאלת עצם האחריות במסגרת עוולת מסוימת לנזקים הנובעים מאותה עוולה. עניינם של כללים אלו אינו בתחום גבולות אחריות, בקביעת הנזקים שעליהם משתרעת האחריות, אלא בשאלת הפרלימנריות והיא — האם קיימת אחריות. האשם, מחד גיסא, והזיקה בין האשם לנזק הנובע ממנו עובדתית, מאידך גיסא, מגדירים במשותף את התנאים ליצירתה של אחריות זו. מאחר שכללי האחריות מטפלים בעצם קיום האחריות לנזק ולא במידתה, תחום

השתרעותם הוא עד הנזק הראשוני הנובע עובדתית מן האשם. האשם והקשר הסיבתי מקיימים במשותף את האחריות לנזק. אחריות זו קיימת בין אם היא משתרעת על נזקים מאוחרים ובין אם לאו.

2. כללי אחריות וריחוק הנזק

היכן עובר הקו התוחם בין כללי האחריות לכללי הריחוק הנזק? בהקשר זה הרבינו להשתמש במושג של נזק ראשוני. עד אליו מגיעים כללי האחריות, וממנו ואילך מש-תרעים כללי ריחוק הנזק.

מהו בדיוק אותו נזק ראשוני? את התשובה לשאלה זו ניתן לגזור במישורין מן התיזה שהוצעה בסעיף הקודם והנסמכת על מושג "האירוע". תהליך הגרימה שבו מטפל הקשר הסיבתי במסגרת כללי האחריות הוא "האירוע הבסיסי". כל רכיבי הנזק הנובעים בלעדית מאירוע זה מהווים יחידת נזק אחת – הנזק הראשוני. נזק ייראה כנובע בלעדית מן האירוע הבסיסי כל עוד לא ניתן להצביע על אירוע אחר בתהליך התפתחותו של הנזק כמקור לאותו הנזק. ברגע שתהליך גרימה מאוחר מאופיין כאירוע, כל הנזקים הנובעים מן האירוע השני יסווגו כנזק שני ולא עוד כנזק ראשוני. באותו אופן תיעשה ההבחנה בין נזק שני לנזק שלישי באמצעות איפיונו של אירוע שלישי בשרשרת הגרימה. ההפרדה בין יחידות נזק מוקדמות למאוחרות נעשית אפוא באמצעות מושג האירוע. הנזק הראשוני הוא זה הנובע בלעדית מן האירוע הבסיסי – מתהליך הגרימה שבו מטפל הקשר הסיבתי; הנזק השני הוא זה הנובע באופן בלעדי מאירוע שני, וכן הלאה.

נדגיש כי המיון אינו כרונולוגי, אלא סיבתי. אפשר שהנזק המאוחר לאירוע השני ייחשב בכלי-זאת כשייך לנזק הראשוני אם הוא נובע בלעדית מן האירוע הבסיסי ואינו קשור לאירוע השני. נחזור לדוגמת הפגיעה המוקדמת ביד והפגיעה המאוחרת בברך. אם הפגיעה בברך היא תוצאה של אירוע מאוחר, כי אז ייחשבו נזקי הברך לנזק שני. אך אם לאחר הנזק לברך החמיר הנזק שנגרם ליד, ללא כל קשר לפגיעה בברך, ולא ניתן להצביע על אירוע העומד מאחורי החמרת הנזק ליד – תיחשב החמרת נזק זו כחלק מן הנזק הראשוני, על-אף שהיא מאוחרת כרונולוגית לאירוע השני.

ומכאן שלא לתת תחולתם של כללי ריחוק הנזק על הנזק הראשוני. קיימת סברה, שלפיה כללי ריחוק הנזק אינם חלים על הנזק הראשוני אלא רק על הנזקים המאוחרים.¹¹⁷ לשיטתנו טענה זו נכונה בכניפות לכך, שכללי ריחוק הנזק הם המגדירים היכן סופו של הנזק הראשוני ותחילתו של הנזק המאוחר. במלים אחרות: האחריות לנזק הראשוני אינה נקבעת על-ידי כללי ריחוק הנזק אלא על-ידי כללי האחריות. עם זאת, תחום השתרעותם של כללי האחריות, הגבול התוחם בינם לבין כללי ריחוק הנזק, נקבע על-ידי האחרונים.¹¹⁸

117 הפרקלים (לעיל, הערה 57), עמ' 7–36.

118 האם חלים כללי ריחוק הנזק על הנזק הראשוני על-פי הלכת רינגר? נראה שהתשובה לכך היא בחיוב. מאחר שעל-פי הלכת זו אין חשיבות לתהליכי הגרימה אלא רק לסוג האינטרס שניזוק, השאלה הנשאלת בהקשר ריחוק הנזק היא האם הנזק שנגרם הוא מסוג מסוים? ושאלה זו רלבנטית גם לגבי הנזק הראשוני. עקב כך מיטשטשת ההבחנה בין קשר סיבתי לריחוק נזק.

3. אשם, קשר סיבתי וריחוק נזק — אחריות חמורה

הסדר התיאורטי של קביעת מידת האחריות בהסדרי האחריות החמורה הוא כדלקמן: בשלב ראשון יש לבחון את קיומו של אשם על-פי כללי האשם. כך, למשל, תיבדק שאלת קיומו של מוצר פגום או של שימוש ברכב מגועלי. בשלב השני ייבחן האירוע הבסיסי, תהליך הגרימה הקושר את האשם לנזק; זאת במטרה לקבוע אם קיימת במקרה הגדון אחריות לנזק, ומבלי להיכנס לשאלה מהם הנזקים בני-הפיצוי. שאלה זו תוכרע באמצעות מבחן הקשר הסיבתי. אם יושאר על כנו מבחן הצפיות, יוכר קשר סיבתי כאשר הנזק הוא תוצאה של תהליך גרימה שאותו ניתן וצריך לצפות בהנחה שהאשם והסיכון שיצר ידועים. אם יאומץ, כמוצע, מבחן הסיכון, כי-אז תיבחן שאלת היותו של תהליך הגרימה הנ"ל בתחום הסיכון. בשלב השלישי, לאחר שהוכרה האחריות לנזק, תיבדק השאלה של מידת האחריות, תחולתה על נזקים מאוחרים. לשם כך יופרדו יחידות הנזק השונות באמצעות מבחן האירוע, ואחר-כך יוחל מבחן ריחוק הנזק שייבחר (צפיות או סיכון) על האירועים המפרדים בין יחידות הנזק.

4. אשם, קשר סיבתי וריחוק נזק — רשלנות

על-פי הדין הקיים משמש מבחן הצפיות בעולות הרשלנות בשלושה קשרים: חובת הזהירות, קשר סיבתי וריחוק נזק. בכל שלושת ההקשרים נשאלת לכאורה אותה שאלה: האם הנזק שנגרם היה צריך להיות צפוי? במבט ראשון זהו פתח לבלבול ולמבוכה: האם יש משמעות ייחודית למבחן בכל אחד מהקשרים אלה או שמא קיימת חפיפה בין שימושי השונים הן בתוכן המבחן והן בתחולתו?

מהדיון לעיל נגזרת התשובה הבאה: הן מבחינת תוכן המבחן והן מבחינת תחולתו קיימת חפיפה מלאה בין יישומו בחובת הזהירות לבין יישומו בקשר הסיבתי. שני האחרונים חד הם במובן זה שהקשר הסיבתי הוא חלק של חובת הזהירות. מבחן הצפיות משמש אפוא רק בשני הקשרים: עצם קיום האחריות לנזק, מחד גיסא, ומידת האחריות, מאידך גיסא. בשני ההקשרים הנ"ל אין חפיפה בין מבחני הצפיות לא בתחולתם ולא בתוכנם. בהקשר אחד התחולה היא עד לנזק הראשוני, והתוכן הוא צפיות הנזק הראשוני בעיני הנתבע עובר להתנהגותו; בהקשר האחר התחולה היא מן הנזק הראשוני ואילך, ואילו תוכן המבחן הוא צפיות הנזק המאוחר על רקע אירוע הנזק הראשוני.

כל זאת, כאמור, על-פי הדין הקיים. על-פי הצעתנו המבחן לריחוק נזק גם בעולות הרשלנות הוא מבחן הסיכון, וכך מוגבלת תחולתו של מבחן הצפיות להקשר אחד בלבד — חובת הזהירות.

5. נזק מאוחר — נקודת-המבט

ההבחנה שהתווינו לעיל בין קשר סיבתי לריחוק נזק — בין הכללים העוסקים בעצם האחריות לבין אלו המטפלים במידתה — נעשתה מנקודת-מבטו של הגיווק, להבדיל מנקודת-מבטו של המזיק. נסביר הבחנה זו בדוגמא הבאה: א מצית ברשלנות אש. האש מתפשטת לחצרו של ב ומציתה מחסן המצוי בת-חומרי-גפץ שהניח ב במחסן,

בניגוד לכללי הבטיחות, מתפוצץ, וחומרים דליקים המועפים לכל עבר גורמים להת-לקחות באתר מרוחק ולשריפת יער השייך לב. בהנחה שהתפוצצות המחסן הוא אירוע, יסווג הנזק ליער כנזק שני, להבדיל מן הנזק הראשוני שנגרם למחסן. אחריותו של א לנזק היער היא שאלה של ריחוק נזק, בין מנקודת-המבט שלו ובין מזו של ב. גשנה מעט את העובדות. עתה נבין כי היער שייך לג ולא לב. מנקודת-המבט של ג הנזק ליער הוא נזק ראשוני. מנקודת-המבט של א זהו עדיין נזק שני שהתפתח מן הנזק הראשון. אילו כללים יחיל בית-המשפט על הנזק ליער? הנחתנו לאורך כל הדיון הייתה, כי יש להבחין בין מבחני הקשר הסיבתי למבחני ריחוק הנזק. ייתכן אפוא שאם יבדוק בית-המשפט את השאלה מנקודת-המבט של הניזוק, כשאלה של קשר סיבתי, יגיע לתוצאה אחרת מזו שהיתה מתקבלת לו הוחלו מבחני ריחוק הנזק (נקודת-המבט של המזיק). השוני בין התוצאות יכול לבוע, למשל, מכך שהצפיות במסגרת הקשר הסיבתי נבחנות עובר להתנהגות, בעוד שהצפיות בהקשר ריחוק הנזק נמדדת על רקע אירוע הנזק הראשוני. עמדתנו היא, כאמור, שההבחנה בין קשר סיבתי לריחוק נזק נעשית מנקודת-המבט של הניזוק. אחריותו של א לנזקי היער היא שאלה של ריחוק נזק במקרה הראשון (כאשר ב הוא הבעלים של היער), ושל קשר סיבתי במקרה השני (כאשר ג הוא הבעלים).

טענה נגדית היא, שהאחריות לנזקי היער צריכה להיחתך ללא כל קשר לבעלות ביער. ובהכללה, אין זה רצוי שאותה התרחשות תסווג פעם אחת תחת הכותרת של ריחוק נזק ופעם אחרת תחת הכותרת של קשר סיבתי, ותוכרע בהתאם לכך באופן שונה, רק בגלל שוני בזהות הנושא בנזק. תשובתנו היא, שבאופן עקרוני יש חשיבות לזהות הנושא בנזק. לעתים ירצה בית-המשפט לחייב את הנתבע בגין נזק שסבל ג, אך לפטור אותו מאחריות לו אותו נזק היה נסבל על-ידי ב. במקרים אחרים תתבקש התוצאה ההפוכה. אפשר גם שזוהרת הנתבע תיחשב לטפלה ובית-המשפט יבקש להשיג אותה תוצאה ללא קשר לזהות הניזוק. גמישות מבחני הקשר הסיבתי וריחוק הנזק תבטיח את השגת התוצאה הרצויה בכל הקשר. הגדרת ריחוק הנזק מנקודת-המבט של המזיק תחייב את בית-המשפט להתעלם תמיד מזהותו של הניזוק ותפגע בכך בשיקול-הדעת הרצוי.

י. סיכום

להלן תמצית הטענות שהעלינו ברשימה זו:

- (1) יש בסיס להבחנה בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית ולהכרה בכללי הסיבתיות המשפטית כגוף עצמאי של כללים בעל מכנה משותף.
- (2) במסגרת כללי הסיבתיות המשפטית יש להבחין, הן מבחינת תחולה והן מבחינת תוכן ומטרה, בין סוגיית ריחוק הנזק לבין סוגיית הקשר הסיבתי. הבחנה זו נעשית מנקודת-המבט של הניזוקים.
- (3) המבחן המקובל לקשר הסיבתי, מבחן הצפיות, מתאים למימוש בעוולת הרשלנות בתורתו חלק אינטגרלי שלה. אין מבחן זה מתאים לשמש מבחן כללי, ועדיף עליו מבחן הסיכון.

- (4) מבחן ריחוק הנזק צריך להתייחס גם לתהליך התפתחות הנזק ולא רק לסוג האינטרס שנפגע. יש לאבחן בהתאם לכך את הלכת רינגר.
- (5) ההבחנה בין תהליך התפתחות הנזק שלגביו נדרשת קירבה, לבין היקף הנזק שלגביו אין דרישה מקבילה, ניתנת להיעשות באמצעות מושג האירוע. השימוש במכשיר זה מאפשר לקבוע את התייחסות בין כללי הקשר הסיבתי לכללי ריחוק הנזק, ובין הנזק הראשוני לנזק השני השלישי וכו'.
- (6) מבחן הצפיות אינו מבחן מתאים לריחוק נזק, גם לא ברשלנות, ויש להעדיף על פניו את מבחן הסיכון.