

סיבתיות עמומה ונזקים שניוניים: על בעיה חדשה-ישנה ועל פתרונות אפשריים לה

מאת

רועי ששון*

אחד התנאים לחיוב נתבע בגין נזק שניוני לפי דיני הנזיקין בישראל הוא קשר סיבתי בין הנזק הראשוני לנזק המאוחר, השניוני. יש מקרים שבהם קל להצביע על קיומו או היעדרו של קשר כאמור. לעומתם יש מקרים שבהם בשל "סיבתיות עמומה" אין אפשרות לדעת אם הנזק השניוני נגרם כתוצאה מהנזק הראשוני או שמא כתוצאה מגורם אחר שאינו עולתי. במקרים אחרונים אלה עוסק מאמר זה.

בחלקו הראשון של המאמר נבחנת לראשונה הסוגיה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים, אשר מתעוררת בין השאר בשל המבנה הייחודי של הדיון בנזקים שניוניים בישראל. תופעת הסיבתיות העמומה עומדת בשנים האחרונות בחזית המחקר והפסיקה בדיני הנזיקין, והמאמר מוסיף נדבך לדיון בתופעה ומקשר בינה לבין עולם הנזקים השניוניים. המאמר מוסיף נדבך אף לדיון בנושא הנזקים השניוניים, אשר עד כה נדון מנקודת המבט של שיקולי המדיניות המשפטית בלבד, וטרם נדונו השאלות העובדתיות המתעוררות בגדרה. הבעיה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים עשויה להתעורר – ואף התעוררה במקרים מכוננים בפסיקה הישראלית – אולם טרם נדונה בספרות ובפסיקה, והטענה בחלק זה של המאמר היא כי יש לתת עליה את הדעת. עיקר חלקו הראשון של המאמר עוסק אפוא בהצגת הבעיה והמחשת הרלוונטיות שלה למשפט הישראלי.

בחלקו השני של המאמר נעשה שימוש בתובנות ובניסיון שהצטבר במשך שנים רבות של דיונים בתופעת הסיבתיות העמומה מחד ובנזקים שניוניים מאידך, כדי להעריך מהי הגישה שיש לנקוט במצב שבו מתעוררת סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים. השאלה המרכזית שנבחנת היא אם הכללים המסורתיים והמקובלים בדיני הנזיקין והמשפט האזרחי בכלל – כלל מאזן ההסתברויות ומבחן ה"אלמלא", המובילים לתוצאה בינארית ("הכול או כלום") – הם הכללים המתאימים להתמודדות עם הסוגיה המתוארת, ומהם הכללים האפשריים האחרים. בתוך כך, כולל המאמר סקירה של הפתרונות השונים שהוצעו להתמודדות עם סיבתיות עמומה, כגון פתרונות מסוג העברת נטל, החלת כללים של אחריות יחסית והכרה בראשי נזק הסתברותיים. המאמר עומד על

* בוגר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. טיוטה ראשונה למאמר נכתבה במסגרת סמינר לתואר בוגר בנושא "דיני הנזיקין בעולם האי-ודאות" בהנחיית ד"ר גיא שני. אני מודה בראש ובראשונה לד"ר גיא שני, שהידע הרב שלו, הערותיו, והליווי שנתן לכל אורך הדרך שיפרו את המאמר לאין ערוך. תודתי נתונה גם לחברי מערכת כתב העת משפטים על הערות חשובות ומועילות.

יתרונותיהם וחסרונותיהם של הפתרונות השונים, ובוחן את התאמתם למקרים של סיבתיות עמומה בעולם הנזקים השניוניים.

מבוא. א. סיבתיות עמומה ונזקים שניוניים – הצגת הבעיה. ב. נזקים שניוניים במשפט הישראלי. 1. עיקרי הדין הנוהג בישראל; 2. ריחוק הנזק; 3. נזקים שניוניים: האומנם רק שאלה של ריחוק הנזק או שמא גם שאלה עובדתית?; ג. הערכת הפתרונות המוצעים להתמודדות עם מצבי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים. 1. מבוא לדיון בפתרונות לבעיית הסיבתיות העמומה; 2. מאפיינים המבחינים את הסיבתיות העמומה ביחס לנזקים שניוניים מהסיבתיות העמומה ביחס לנזקים ראשוניים; 3. הפתרונות הבינאריים – העברת הנטל; 4. הפתרונות היחסיים-הסתברותיים; ד. סיכום.

מבוא

תופעת הסיבתיות העמומה, על פניה השונים, עומדת בשני העשורים האחרונים בחזית המחקר והפסיקה בתחום דיני הנזיקין בעולם בכלל ובישראל בפרט. הביטוי "סיבתיות עמומה" (אשר לעתים מכונה "עמימות סיבתית") מתאר מצב שבו קיימת אי-ודאות מובנית, הנובעת ממגבלות הידע האנושי, בדבר קיומה או היעדרה של סיבתיות עובדתית. הדגש בהגדרה זו הוא על הקושי המובנה, ומכאן שקושי הנובע מתמונה לא שלמה של הראיות או מהתנהלות ראייתית קלוקלת של הצדדים אינו מוגדר כסיבתיות עמומה. בהתאם להגדרה האמורה אין תובע יכול – במקרים של סיבתיות עמומה – להביא ראיות אינדיווידואליות המוכיחות קיומו של קשר סיבתי עובדתי קונקרטי בין ההתנהגות העוללתית לבין הנזק שאירע לו. היות שלפי כללי ההוכחה וההכרעה המסורתיים בדיני הנזיקין נדרש התובע להוכיח את כל יסודות העוולה, ובהם הקשר הסיבתי העובדתי, על פי כלל מאזן ההסתברויות, התוצאה ה(כמעט) הכרחית במקרים של סיבתיות עמומה היא דחיית תביעתו של הנזוק.¹ תוצאה זו, שאינה תמיד ראויה וצודקת, היא המניע לכתיבה

1 השאלה אם סיבתיות עמומה תוביל בהכרח לדחיית התביעה תלויה בשאלה אם בית המשפט מוכן להישען על ראיות סטטיסטיות-הסתברותיות, להבדיל מראיות אינדיווידואליות המתייחסות למקרה הספציפי, לצורך קביעת קיומו של קשר סיבתי עובדתי לפי כלל מאזן ההסתברויות (ראו למשל, David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law"* 97 HARV. L. REV. 849 (1984). מובן, כי אם בית המשפט מוכן להיזקק לראיות הסתברותיות, יוכל התובע להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי תוך שימוש בנתונים סטטיסטיים אם אלה פועלים לטובתו. אולם אם בית המשפט מסרב להיזקק לראיות הסתברותיות, אזי התובע עומד בפני שוקת שבורה, בייחוד במקרים של סיבתיות עמומה. מבחינת המשפט הנוהג אפשר לומר כי הנטייה בשיטות המשפט השונות היא להיזקק לראיות אינדיווידואליות ולא להסתפק בראיות הסתברותיות גרידא במסגרת הבחינה לפי כלל מאזן ההסתברויות (על כך ראו Mary Dant, *Gambling on the Truth: The Use of Purely Statistical Evidence as a Basis for Civil Liability*, 22 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 31, 42-47 (1988).

הענפה העוסקת בבחינת פתרונות אפשריים לבעיית הסיבתיות העמומה ואשר קוראת להגמשת כללי ההוכחה וההכרעה המסורתיים.

רשימה זו נועדה להוסיף עוד נדבך לדיון בתופעה, ולהאיר קבוצה נוספת של מקרים של סיבתיות עמומה אשר טרם ניתנה עליהם הדעת בפסיקה ובספרות, וששמילא לא נערכה בעניינם בחינה והערכה של דרכי ההתמודדות האפשריות. עד כה, התמקד הדיון במקרים שבהם הסיבתיות העמומה נוכחת בקשר הסיבתי שבין התרשלות הנתבע לבין נזק ראשוני אשר נגרם לתובע (נזק ראשוני הוא נזק שנגרם מהתרשלות הנתבע). קבוצת נזקים אחרת שבה עוסקים דיני הנזיקין היא קבוצת הנזקים השניוניים. המונח "נזק שניוני" מתאר נזק אשר נטען שנגרם בעקבות הנזק הראשוני שנגרם לניזוק (ולא ישירות מן ההתרשלות). בנזקים מסוג זה, ובהתקיים תנאים מסוימים, יכול הניזוק לתבוע את "המזיק המקורי" – קרי, המזיק שנמצא אחראי לנזקו הראשוני – גם בגין הנזק השניוני.² כפי שנראה בהמשך, הסיבתיות העמומה יכולה להתקיים גם בקשר הסיבתי שבין הנזק הראשוני לנזק השניוני, ובקבוצת מקרים זו תתמקד הרשימה.

למחקר זה שתי מטרות עיקריות: המטרה הראשונה היא הצגת הבעיה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים, הגברת המודעות לה וחיידוד השוני בינה לבין סיבתיות עמומה ביחס לנזקים ראשוניים. התמודדות עם בעיה זו תקדם ניתוח מובנה יותר של הדיון בנזקים שניוניים מחד, ושל הדיון בסיבתיות עמומה מאידך. היות שהבעיה המתוארת טרם עלתה לדיון, זוהי גם המטרה המרכזית של הרשימה. המטרה השנייה היא נורמטיבית – בחינת הכלים האפשריים להתמודדות עם בעיה זו במשפט הישראלי ועמידה על יתרונותיהם וחסרונותיהם. במיוחד אבחן אם, ובאיזה אופן, מתאימים הפתרונות שהוצעו להתמודדות עם סיבתיות עמומה בעניין נזקים ראשוניים גם לקבוצת המקרים הנדונה ברשימה.

מבנה הטיעון יהיה זה: אתחיל בהצגת הבעיה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים (פרק א). החלק העוקב יקדש להצגת עיקרי הדיון בפסיקה ובספרות בדבר נזקים שניוניים. בתוך כך, אעמוד על הקשיים בדיון הקיים בנוגע לנזקים שניוניים ועל הזנחת הבעיה העובדתית. בנוסף, אמחיש כיצד בעיה זו נוכחת הלכה למעשה גם במשפט הישראלי, אלא שטרם זכתה להתייחסות הולמת (פרק ב). בהמשך הרשימה אעבור לדיון בפתרונות האפשריים לבעיית הסיבתיות העמומה ביחס לנזקים שניוניים. תחילה אעמוד על המאפיינים המייחדים את הסוגיה שבה מתמקדת הרשימה. לאחר מכן, ייסקרו הפתרונות האפשריים לבעיה בהתבסס על פתרונות שהוצעו להתמודדות עמה בנוגע לנזקים ראשוניים. הפתרונות יסווגו לשתי קבוצות עיקריות, לפי מאפייניהם – הפתרונות הבינאריים והפתרונות היחסיים-הסתברותיים. ביחס לכל אחד מן הפתרונות אעריך אם ראוי להחילו בעולם הנזקים השניוניים (פרק ג).

2 לא כל נזק שהוא מאוחר כרונולוגית לנזק הראשוני ייחשב לנזק שניוני. על ההבחנה אעמוד בפרק ב. עוד אעמוד בפרק ב על התנאים שבהם תוכר תביעה של ניזוק נגד המזיק המקורי לפיצוי עבור נזק שניוני.

לפני שנתחיל דרושה הערה מקדמית. בספרות ובפסיקה מקובל לחלק את מקרי הסיבתיות העמומה לארבעה סוגים עיקריים – עמימות ביחס לזהות הניזוק; עמימות ביחס לזהות המזיק; עמימות ביחס לגודל הנזק; עמימות ביחס לעצם גרימת הנזק.³ כל סוג עמימות הוא עולם ומלואו. ברשימה זו אתמקד רק בסוג האחרון, קרי בעמימות ביחס לעצם גרימת הנזק, שהוא סוג העמימות הנפוץ ביותר והמעניין ביותר מבחינה משפטית. בסוג זה של סיבתיות עמומה הסיטואציה היא שהוכחה התרשלות בהתנהגות הנתבע, והעמימות מתמקדת בשאלה אם התרשלות זו הייתה הגורם לנזק או שמא גורם אחר שאינו עולתי, כאשר תאורטית שניהם יכולים להיות הגורמים לנזק. יובהר כי המאמר עוסק במקרים שבהם הגורם העולתי והגורם שאינו עולתי הם גורמים חלופיים לנזק. כאשר הגורם העולתי והגורם הלא-עולתי הם גורמים מצטברים, כלומר שרק בהצטברותם נגרם נזק, אין מתעוררת בעיה, שכן מבחני הסיבתיות המקובלים והמסורתיים ניתנים להחלה פשוטה.

א. סיבתיות עמומה ונזקים שניוניים – הצגת הבעיה

אדם ניזוק מהתנהגות עוולתית של אדם אחר. לאחר זמן מה איתרע מזלו של הניזוק והוא ספג נזק נוסף. תנאי הכרחי (אם כי לא מספיק) לחיוב המזיק המקורי בגין הנזק הנוסף הוא קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הנזק הראשוני לבין הנזק הנוסף, המאוחר יותר. רשימה זו עוסקת במקרים שבהם קיימת סיבתיות עמומה ביחס לקשר הסיבתי האמור. להמחשת הבעיה אפתח בדוגמה: לראובן יש גורמים מולדים שמציבים אותו בקבוצת סיכון להתפתחות מחלת האפילפסיה. נניח שבשל התנהגות רשלנית של שמעון, למשל הפלת חפץ על ראשו של ראובן, נגרם לראובן נזק מוחי (הנזק ה"ראשוני"). אין מחלוקת בדבר אחריותו וחבותו של שמעון בגין הנזק המוחי. כעבור שנתיים מתפתחת אצל ראובן מחלת האפילפסיה (הנזק ה"שניוני"), וקיימת עמימות סיבתית בשאלה אם האפילפסיה נגרמה מהנזק המוחי, שהוא גורם סיכון עצמאי להתפתחות אפילפסיה, או כתוצאה מהגורמים המולדים שקיננו בגופו של ראובן.

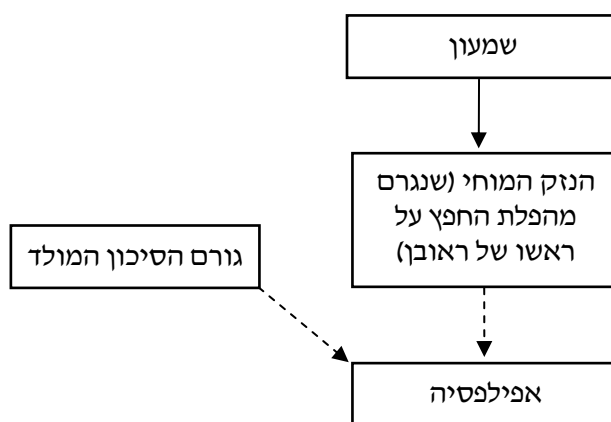
לפי משפט הנזיקין הישראלי, אם האפילפסיה נגרמה כתוצאה מהנזק המוחי, אזי בכפוף לתנאים אחרים שיידונו בהמשך יחוב שמעון גם בגין נזקי האפילפסיה. אולם, אם הגורמים לאפילפסיה הם הגורמים הטבעיים (שאינם עולתיים), ראובן אינו זכאי לפיצוי עבור נזקו כלל, ומשמעון בפרט. בשל הסיבתיות העמומה המאפיינת את הסיטואציה אי אפשר לקבוע איזה מן הגורמים הוביל לנזק השניוני, והמשמעות היא שלפי כללי ההכרעה של המשפט האזרחי הנוהגים בדיני הנזיקין – ובפרט כלל מאזן ההסתברויות –

3 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פס' 15 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 29.8.2010) (להלן: דנ"א מלול).

תביעתו של ראובן תידחה משום שלא הצליח להוכיח באופן פוזיטיבי קיומו של קשר סיבתי עובדתי.

במבט ראשון נראה שהסוגיה דומה למקרים אחרים של סיבתיות עמומה שנדונו בפסיקה ובספרות,⁴ אלא שבדוגמה שלעיל הקשר הסיבתי שבמחלוקת אינו הקשר שבין ההתרשלות לבין הנזק הראשוני אלא בין הנזק הראשוני לנזק המאוחר.⁵ על המשמעויות הנובעות משוני זה אעמוד בהמשך הרשימה. את הבעיה המתוארת אפשר להציג בפשטות בתרשים הבא:

תרשים 1



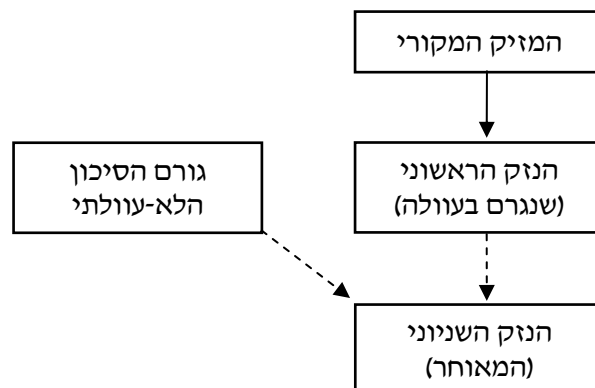
הקו המלא מציג תהליך גרימה ידוע וברור.
הקו המקווקו מציג תהליך גרימה שאינו ידוע.

4 ראו למשל גלגוליה השונים של פרשת מלול: דנ"א מלול, שם; ע"א 7375/02 בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פ"ד ס"ד (1) 11 (2005) (להלן: ע"א מלול). בפרשה זו התגלעה עמימות סיבתית בשאלה אם הנזק של שיתוק מוחין שממנו סבלה התינוקת עדן מלול נגרם בשל היותה פגה או שמא מההתרשלות של הצוות הרפואי בדקות שקדמו ללידה.

5 ויודגש, מקרים שבהם לא ידוע אם הגורם לנזק מסוים הוא גורם סיכון מוקדם לאותו נזק או שמא התרשלות הנתבע, הם מקרים שכיחים של סיבתיות עמומה ובהם מתמקדת הכתיבה בנושא. ההבדל הוא שבענייננו מדובר במצב שבו ידוע כי ההתרשלות גרמה לנזק הראשוני, אלא שלא ידוע אם הנזק הראשוני הוא הגורם לנזק השניוני או שמא גורם הסיכון הלא-עוולתי. כפי שאפשר לראות בתרשים 2 בהמשך, גורם הסיכון הלא-עוולתי אינו קשור לנזק הראשוני אלא רק (אם בכלל) לנזק השניוני.

אל המקרה המוצג לעיל, מקרה האפילפסיה, עוד אחזור בהמשך, אולם המקרים האפשריים אינם מתמצים בכך. אפשר להעלות על הדעת מקרים רבים שבהם נזק ראשוני מסוים (לגוף או לרכוש) מהווה "גורם סיכון" לנזק מאוחר יותר שהתממש, וקיימת עמימות בשאלה מהי השרשרת הסיבתית שגרמה לנזק המאוחר, ובפרט אם נגרם על ידי המזיק המקורי או על ידי גורם סיכון שאינו עולתי.⁶ זאת ועוד, בהמשך אראה שאף בפסקי הדין המכוננים בעניין נזקים שניוניים בישראל נראה שהתעוררה בעיה של סיבתיות עמומה אשר בתי המשפט לא נתנו עליה את הדעת, ולכן לא זו בלבד שמדובר בבעיה חשובה מבחינה עיונית ומשפטית, אלא שגם במשפט הנוהג היא נוכחת-נפקדת. את המקרה הכללי אפשר להציג כך:

תרשים 2



כאמור, עד כה התמקד הדיון בסיבתיות העמומה במקרים שבהם העמימות נוצרה בקשר שבין ההתנהגות העולתית לבין הנזק הראשוני, ואילו בחינת הקשר הסיבתי בין הנזק הראשוני לנזק השניוני – אשר נדרשת בשל המבנה הייחודי של הדיון בנזקים שניוניים במשפט הישראלי – טרם נעשתה. אשר לנזקים שניוניים, בית המשפט לא תמיד נותן את דעתו על שאלת הקשר הסיבתי העובדתי, אף במקרים שבהם היה ראוי לעשות כן. אף הדיון האקדמי התמקד בהיבטים אחרים של הנזקים השניוניים, ובייחוד בהיבט המשפטי

6 בהמשך הרשימה אתמקד בנזקי גוף, אולם מאפיינים דומים יכולים להתקיים גם בנזקי רכוש ובנזקים בלתי ממוניים. דוגמה אפשרית בנושא נזקי רכוש היא זו: הניחו בניין שהיה רעוע ומועד לשיפוץ בשל סכנת קריסה, אולם טרם שופץ. במסגרת בנייה בחלקה הסמוכה פגע הקבלן (ברשלנות) בבניין המועד לשיפוץ וגרם לו נזק (שהוא הנזק הראשוני). בחלוף כמה שנים קרס הבניין לחלוטין, וקיימת עמימות בשאלה אם הוא קרס בגלל הנזק הראשוני שגרם הקבלן או משום שהיה רעוע קודם לבנייה בחלקה הסמוכה.

של ריחוק הנזק. רשימה זו נועדה להדגיש את הקושי העובדתי המתעורר בעניין נזקים שניוניים ולבחון מה הדין הראוי במקרים שבהם אי אפשר לקבוע שמתקיים קשר סיבתי עובדתי בין שני הנזקים, משום שמדובר בסיטואציה של סיבתיות עמומה.

ב. נזקים שניוניים במשפט הישראלי

1. עיקרי הדין הנוהג בישראל

לא כל נזק מאוחר לנזק הראשוני מבחינה כרונולוגית ייחשב לנזק שניוני. על פי דיני הנזיקין בישראל, על מנת שזנזק מאוחר יוגדר כנזק שניוני ושניתן יהיה לחייב בגינו את המזיק המקורי, יידרש התובע להוכיח קיומם של כמה תנאים מצטברים.

תנאי מקדמי הוא שהמעורבים (הניזוק והמזיק) בנזק הראשוני יהיו גם המעורבים בנזק המאוחר. כלומר, נזק מאוחר שנגרם לניזוק המקורי על ידי מזיק אחר אינו נזק שניוני, והוא מקים עילת תביעה עצמאית ונפרדת.

פרט לזהות הצדדים נדרשים גם תנאים בעלי מאפיינים מהותיים: ראשית, נדרשת אחריות של המזיק לנזק הראשוני לפי תנאי העוולה הרלוונטית. אם מדובר בעוולת הרשלנות, נדרש שיתקיימו חובת זהירות, התרשלות, וקשר סיבתי עובדתי ומשפטי.⁷ שנית, נדרש קיומו של "אירוע מובחן" שהוביל לנזק המאוחר. דרישה זו, שהעלה לראשונה פרופ' גלעד ושאומוצה לאחרונה בפסק הדין בעניין לנדרמן,⁸ מחייבת שהנזק המאוחר יהיה יחידת נזק נפרדת, שהיא תוצאה של תהליך גרימה ("אירוע") מובחן מזה שנגרם לנזק הראשוני ולא המשך של תהליך הגרימה המקורי.⁹ אם מתקיים התנאי, אפשר לומר שלפנינו נזק שניוני. הדרישה נועדה בין השאר "לסנן החוצה" מקרים של החמרה בנזק הראשוני, למשל כאשר הנזק הראשוני הוא גידול סרטני שבחלוף הזמן פיתח גרורות באיברים נוספים. החמרה כאמור אינה נזק שניוני, ולפי הכללים המקובלים בישראל המזיק המקורי חב בגינה באופן אוטומטי במסגרת חבותו בגין הנזק הראשוני.¹⁰

7 לסקירה מקיפה בדבר יסודות עוולת הרשלנות ומודלים שונים לניתוחה ראו ישראל גלעד דיני הנזיקין – גבולות האחריות כרך א 417–473 (2012) (להלן: גלעד "גבולות האחריות"), ולאחרונה ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, פס' 8–27 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 15.7.2013).

8 רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב הנדסה ושות' (1993) בע"מ, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.12.10).

9 להרחבה על משמעות הביטוי "אירוע מובחן" וכן על מבחני עזר מוצעים לאיתור אירוע מובחן, ראו ישראל גלעד "הסיבתיות במשפט הנזיקין הישראלי – בחינה מחודשת" משפטים יד 36–38 (1984) (להלן: גלעד "הסיבתיות").

10 פרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8, פס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "אם לא מאותר אירוע מובחן – כי אז ייחשבו שני הנזקים כרכיבים של יחידת נזק אחת. במקרה כזה הנזק הראשוני ו'הנוסף' אינם אלא יחידת נזק אחת, והמזיק חב בכלולה. אם, לעומת זאת, מתקיים אירוע מובחן כזה – הוא מפריד בין שתי יחידות של נזק – הנזק הראשוני והנזק השני, או אז נכנסים אנו ל'עולם ריחוק הנזק'".

שלישית, לאחר שנכנסנו ל"עולם הנזקים השניוניים" על התובע להוכיח קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין הנזק השניוני לנזק הראשוני. דרישה זו, והסיבתיות העמומה שעשויה לבוא בגדריה, עומדת במוקד רשימה זו. הדרישה לקשר סיבתי עובדתי יוצרת זיקה בין המזיק המקורי לבין הנזק השניוני אולם תוחמת את עולם הנזקים השניוניים ומוציאה ממנו את הנזקים המאוחרים שאינם קשורים לנזק הראשון. ודוק: עניינה של הדרישה הוא בקשר שבין שני הנזקים, ואינו בקשר שבין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק השניוני, אשר היה הופך את הנזק השניוני לנזק ראשוני נוסף.¹¹ לבסוף, לאחר שנקבע שהניזוק ספג נזק שניוני שנגרם בעקבות הנזק הראשון, יש לבחון את אפשרות ייחוס הנזק השניוני למזיק המקורי באמצעות מבחני ריחוק הנזק – מבחנים של מדיניות משפטית¹² אשר בכל הנוגע לנזקים שניוניים משמשים בתפקיד דומה לתפקיד שממלאת דרישת הקשר הסיבתי המשפטי ביחס לנזקים ראשוניים.¹³

הדיון המשפטי בעניין נזקים שניוניים מערב שני שיקולים עיקריים ונוגדים, אשר האיזון ביניהם מוביל לקביעת היקף אחריותו של המזיק המקורי לנזקים השניוניים.¹⁴ מחד, קיימת הצדקה להטיל על המזיק המקורי אחריות גם לנזק השניוני שנגרם לניזוק החף,¹⁵ משום שנוק זה הוא חלק מההשתלשלות העובדתית שתחילתה בהתנהגותו של

ראו גם ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בניזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי (בעקבות דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד)" משפטים לד 385, 393–394 (2004) (להלן: גלעד וגוטל). יש לציין שגלעד וגוטל מבקרים את הכלל המחייב את המזיק בכל חומרת הנזק הראשוני.

11 טלו לדוגמה רופא שהתרשל והזריק לחולה מינון גבוה מדי של חומר מסוים. בעקבות זאת לקה החולה בדלקת מקומית חריפה באזור הזריקה. כשבוע לאחר מכן החלו להופיע אצל החולה נזקים ניירולוגיים מסוימים שנובעים גם הם מהתרשלותו של הרופא. במקרים כגון אלו, שבהם אין קשר סיבתי עובדתי בין הנזק הראשוני למאוחר אולם יש קשר סיבתי עובדתי בין ההתרשלות לבין הנזק המאוחר, ייחשבו שני הנזקים לנזקים ראשוניים (למרות פער הזמנים בהופעתם) ויידונו בהתאם.

12 להרחבה בנושא ריחוק הנזק ראו להלן בהמשך פרק זה.

13 בפרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8, ערך המשנה לנשיאה ריבלין דיון בנקודות הדמיון והשוני בין דמותו הראויה של יסוד הקשר הסיבתי המשפטי לבין הגישה הראויה לשאלת ריחוק הנזק. בין השאר נקבע (בפס"ד 7-9, 12 לפסק הדין) כי המבחן הראוי ליסוד הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן הסיכון שמפניו נועד ההסדר המשפטי להגן. יישומו הקונקרטי של מבחן הסיכון בעולות הרשלנות הוא מבחן הסיכון הצפוי (או בשמו הנוסף – מבחן הצפיות). קביעה זו סותמת את הגולל על המצב האנומלי ששרר בפסיקה לפני כן (ראו למשל ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה, פ"ד לחן (3) 1 (1984)), אשר לפיו בחינת הקשר הסיבתי המשפטי נעשתה תוך היוקקות לשלושה מבחנים שונים מבלי להכריע ביניהם – מבחן הסיכון, מבחן השכל הישר ומבחן הצפיות. יצוין כי גישת הסיכון אומצה גם בס' 365(ב)2 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות).

14 ראו למשל פרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

15 לתמיכה בהטלת אחריות גם על נזקים שחורגים בהיקפם מה"רגיל" ראו למשל דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נו(4) 721, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור (2003) (להלן: דנ"א קליפורד) וכן ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701, 713 (בפסק דינו של השופט ברנזון) (1964) (להלן: ד"נ רינגר). נזק שניוני, כמו גם נזקים שחומרתם אינה צפויה, הוא נזק שחורג בהיקפו מנזק "רגיל".

המזיק והמשכה בנזק הראשוני.¹⁶ מאידך עומד הצורך להגביל ולתחום את האחריות הנזיקית בעניין נזקים מאוחרים, כאלו שמבחינה אינטואיטיבית (ופעמים רבות גם מבחינת הזמן, המקום והזיקה) רחוקים מהתנהגותו העוללתית ובת-האשמה של המזיק.¹⁷ ראוי לציין כי בכל הנוגע לנזקים שניוניים שונה המשפט הישראלי משיטות המשפט האחרות בעולם. בשיטות המשפט האחרות, ובפרט בארצות הברית ובאנגליה, אין הפרדה ברורה בין הנזק הראשוני לשניוני, והדיון בכל מה שחורג מנזקים "רגילים" חוסה תחת דוקטרינות כוללניות של ריחוק הנזק (Remoteness of Damage) או היקף האחריות (Scope of Liability).¹⁸ לעומת זאת הניתוח המשפטי בישראל הוא במבנה שפורט לעיל, כלומר ניתוח המפריד בבירור את הדיון בנזק שניוני מנזק ראשוני. לטעמי, מבנה הניתוח הייחודי בישראל ראוי יותר מבחינה עיונית ואנליטית, ומבחינת ההבנה העמוקה יותר של נזקים שניוניים.¹⁹ עם זאת, מבנה ייחודי זה טומן בחובו גם קשיים, ובהם העובדה שנוצרת בהכרח "שרשרת" עובדתית (בהשלכות הנובעות מכך אדון בהמשך), וכן התובנה שהסיבתיות העמומה יכולה להתקיים גם בקשר הסיבתי שבין הנזק הראשוני לשניוני, ולא רק בקשר שבין ההתרשלות לנזק הראשוני.

בישראל הדיון האקדמי והפסיקתי בעניין נזקים שניוניים התמקד, כמעט ללא יוצאים מן הכלל, בשאלת ריחוק הנזק – קרי התנאי של ייחוס הנזק השניוני למזיק המקורי לפי שיקולים של מדיניות משפטית – ולא בשאלות האחרות שמעוררת ההתמודדות עם נזקים אלו.²⁰ תחילה אסקור בתמצות את עיקרי הדיון בפסיקה בישראל. כאמור, דיון זה אמנם התמקד בסוגיה אחת בלבד, אולם הצגתו נדרשת הן לשם הבאת התמונה במלואה, הן בשל הקשר שיש לו לשאלה העובדתית העומדת במוקד המאמר. לאחר מכן אפנה להצגת הסוגיות העובדתיות שעשויות להתעורר בעולם הנזקים השניוניים, ובייחוד שאלת הסיבתיות העמומה.

16 ביטוי לגישה זו אפשר למצוא בתורת "שוויון הגורמים", שככלל גורסת שכל גורם עובדתי הוא גם גורם משפטי, למעט חריגים מסוימים. ראו למשל יצחק אנגלרד "הקשר הסיבתי" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 179–180 (גד טדסקי עורך, 1969) (להלן: אנגלרד "הקשר הסיבתי") וכן גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 27–28.

17 ודוק: השיקולים הם אחרים מאלו שנשקלים בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי לנזק הראשוני. ראו גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 20–21, וכן STREET ON TORTS 160 (John Murphy ed., 12th ed. 2007).

18 ראו למשל WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT 268–272, 290–318 (W.V.H. Rogers ed., 17th ed. 2006) כן ראו RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL AND EMOTIONAL HARM §29 (2010) (להלן: RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS).

19 נדמה שאת המבנה הייחודי ראוי לזקוף לכתובתם של מלומדים בנושא, ובייחוד לכתובתם של פרופ' גלעד, שהיה הראשון לעמוד על המבנה הראוי.

20 יש לציין שהדיון הקיים מאופיין, או לפחות אופיין עד לאחרונה, בבלבול ובהיעדר טרמינולוגיה משותפת ביחס לסוגיות האמורות. ראו למשל יצחק אנגלרד "על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנזיקין" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל 55, 60 (להלן: אנגלרד "על היקף האחריות").

2. ריחוק הנזק

העוגן הסטטוטורי לחיוב המזיק המקורי בגין הנזק השניוני בישראל (כמו גם לחיובו בשל החמרת נזק ראשוני) מצוי בסעיף 76(1) לפקודת הנזיקין.²¹ אולם, בשל לשונו העמומה של הסעיף עיקר הפיתוח המשפטי בסוגיית ריחוק הנזק והנזקים השניוניים נעשה בפסיקה ובכתיבה האקדמית,²² וראשיתו בפרשת רינגר.²³ בפרשה זו דובר באדם שנפגע בגבו בתאונת דרכים בשל רשלנותו של הנהג הפוגע.²⁴ בעקבות הפגיעה אירעה אצל הניזוק התפרצות של גידול ממאיר מסוג כורדומה (סוג נדיר ביותר של מחלת הסרטן). אמנם, בפסק הדין עצמו לא נערך הדיון בנזקים שניוניים במפורש. עם זאת, מקובל לראות במקרה רינגר מקרה שבו פגיעת הגב היא נזק ראשוני והגידול הסרטני הוא הנזק השניוני.²⁵ בגלגולה הראשון של הפרשה בבית המשפט העליון קבע בית המשפט הלכה עקרונית, ולפיה כדי לייחס נזק מאוחר למזיק המקורי יש להוכיח שהנזק המאוחר היה צפוי. כפי שנראה מיד, דרישת הצפיות הזו – וכן תחומי התפרשותה והחריגים לה – היא לב-לבו של הדיון הקיים עד כה בסוגיה הסבוכה של ריחוק הנזק. במקרה הנדון פסק בית המשפט שהתפתחות הכורדומה לא הייתה צפויה (בעיקר בשל נדירותה של מחלה זו), אולם בכל זאת פסק שיש להטיל אחריות על המזיק גם בגין נזקי הכורדומה, בקבעו שצפיותה של חומרת הנזק המאוחר – בניגוד לעצם קיומו של הנזק המאוחר – אינה הכרחית. במילים אחרות, היה על המזיק לצפות אפשרות שיתרחש נזק מאוחר, אך הוא יהיה אחראי לנזק זה אף אם לא צפה שיתרחש נזק חמור כגון כורדומה. צפיית חומרת הנזק אינה הכרחית בין שחל על המקרה עקרון "הגולגולת הדקה" (קרי הנזק החמור התפתח בשל חולשותיו הגופניות המוקדמות של הניזוק, נדירות ככל שתהיינה), שממילא הוא בבחינת חריג לדרישת הצפיות, ובין שחומרת הנזק אינה צפויה מסיבה

21 ס' 76 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266: "סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוללת הנתבע". הוראה זו אומצה, כמעט כלשונה, בסעיף 457 להצעת חוק דיני ממונות.

22 הדיון בנושא נערך במספר מועט יחסית של מקרים, אולם אלו הם מקרים מכוננים וחשובים מבחינה הלכתית. ברשימה זו נדונו רק המקרים שעיצבו את ההלכה, אולם קיימים מספר מקרים נוספים שבהם נדון הנושא (גם הם אינם רבים). לסקירה וניתוח של מקרים אחרונים אלה ראו גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 38–39, וכן אנגלרד "על היקף האחריות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 66–73.

23 ד"ר רינגר, לעיל ה"ש 15. לגלגולה המוקדם של הפרשה ראו ע"א 390/62 רינגר נ' ליאון, פ"ד יז 1662 (1963) (להלן: ע"א רינגר). לפרשת רינגר קדם פסק הדין בעניין מלכה (ע"פ 47/56 מלכה נ' היועה"מ, פ"ד י 1543 (1956)), אולם לא עולה ממנו חידוש הלכתי הרלוונטי לענייננו שכן הלכתו מוכלת בהלכת רינגר.

24 פסק הדין נדון בתקופה שקדמה לחקיקת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234. באותה תקופה נדרשה הוכחת רשלנות על מנת לחייב את הנהג הפוגע, ולא נהג משטר האחריות המוחלטת הנוהג כיום.

25 גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9.

אחרת.²⁶ לפיכך, משום שעצם קיומו של נזק גוף בתאונת דרכים הוא צפוי (ויודגש, ההסתפקות היא בכל נזק גוף), שוב אין נפקות לשאלת הצפיות של גודל הנזק.²⁷ בדיון הנוסף בפרשת רינגר השאיר בית המשפט העליון את התוצאה על כנה, אולם העיקר בו הוא ההסכמה המפורשת עם ההלכה העולה מהגלגול הראשון של הפרשה. מהדיון הנוסף עולה שכאשר תובע מוכיח שסוג נזק מסוים הוא צפוי כתוצאה מההתנהגות העוולתית של המזיק, הוא יזכה בדינו ואינו צריך להוכיח שחומרת הנזק צפויה (חריפה ככל שתהא)²⁸ ושהנזקים המאחרים הספציפיים היו צפויים. לפי הסיווג המקובל בספרות לעניין פועלה של דרישת הצפיות,²⁹ בית המשפט דורש אך ורק צפיות של טיב הנזק ומוותר כמעט לחלוטין על צפיות של היקף הנזק ושל תהליך גרימתו. לאור קביעה נוספת בפסק הדין, שלפיה כל נזקי הגוף חד הם (קרי כולם שייכים לאותו "סוג"), נוצר מצב שבו כאשר נזק גוף מסוים הוא צפוי, גם אם מדובר בנזק קל, אזי כל נזק גוף מאוחר ייחשב לצפוי.³⁰ הלכה זו הקימה ביקורות שלפיהן מדובר בהרחבה לא ראויה ואף אבסורדית של דרישת הצפיות וריקון מוסד ריחוק הנזק מתוכן, שכן ייעודו לתחום את האחריות לנזקים שניוניים.³¹

נקודת הציון החשובה הבאה נרשמה בפרשת קליפורד. בפרשה זו, אשר גם לה שני גלגולים בבית המשפט העליון,³² נדון עניינה של רביד, ילדה בת חמש אשר במהלך טיפול שנייני שגרתי ספגה נזקים נוירולוגיים וקוגניטיביים קשים כתוצאה מזריקת אלחוש רשלנית שגרמה לחדירת חומר ההרדמה לעורק והגעתו למוח.³³ בית המשפט

26 קיימת דעה שלפיה "גולגולת דקה" אינה חריג לדרישת הצפיות אלא נכללת בה, משום שמזיק צריך לצפות את קיומם של אנשים הסובלים מחולשות מיוחדות (ראו למשל ע"א רינגר, לעיל ה"ש 23, פס' 13 לפסק דינו של השופט זילברג). לביקורת, המוצדקת לטעמי, על גישה זו ראו אנגלרד "הקשר הסיבתי", לעיל ה"ש 16, בעמ' 226–227.

27 ע"א רינגר, לעיל ה"ש 23, בפסק דינו של השופט ברנזון (ובניגוד לדעתו של השופט זילברג).
28 ד"נ רינגר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 709 (בפסק דינו של השופט כהן): "מה שאדם סביר צריך לצפות מראש אינה התוצאה מפגיעתו אלא עצם פגיעתו בלבד. לא את מימדי הנזק האפשריים, כי אם רק את אפשרות גרימת הנזק מסוגו או מטיבו של הנזק שלמעשה נגרם". יש לציין שביחס למקרה הנדון, נדמה כי לפי עמדות מרבית השופטים גם לו היה נקבע שיש צורך לצפות את חומרת הנזק, התוצאה הייתה זהה בשל כלל הגולגולת הדקה, שהוא חריג לדרישת הצפיות.

29 גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 31–33.
30 ע"א רינגר, לעיל ה"ש 23, בפסק דינו של השופט ויתקון, ובד"נ רינגר, לעיל ה"ש 15, בפסק דינו של השופט זוסמן.

31 ראו למשל גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 35–36; גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 402–403. במאמרם הנ"ל מביאים גלעד וגוטל דוגמא שמדגישה את האבסורד שבפסיקת בית המשפט בפרשת רינגר – מקרה בו אדם סופג נזק כתוצאה מתאונת עבודה. בבית החולים הוא מותקף על ידי חולה במיטה השכנה ונגרם לו נזק נוסף. על פי הלכת רינגר נראה שהמזיק המקורי יחוב גם על הנזק הנוסף, שהרי מדובר בנזק גוף שהוא צפוי לפי הלכה זו.

32 דנ"א קליפורד, לעיל ה"ש 15; לגלגול המוקדם ראו ע"א 935/95 משה נ' קליפורד, פ"ד נב(4) 736 (1998) (להלן: ע"א קליפורד).

33 השאלה אם הזריקה – ובפרט השימוש במזרק מהסוג שבו השתמש הרופא (מזרק שאינר-שואב) – מהווה התרשלות הייתה אחת השאלות שנדונו בערעור ובדיון הנוסף. שאלה זו אינה מענייננו ולכן

(מפי השופט אור בדעת הרוב)³⁴ המשיך את הקו שקבעה הפסיקה בפרשת רינגר כמעט ארבעה עשורים לפני כן. תחילה קבע בית המשפט שהנוקים הקשים הם נזקים שניוניים (הנזק הראשוני באותו מקרה היה השפעות גופניות חולפות כגון אובדן תחושה, נמנום וסחרחורות).³⁵ בנוסף, אף על פי שהנזק המאוחר והקשה לא היה צפוי,³⁶ פסק בית המשפט שהמזיק המקורי חב בו, והתבסס על שני נימוקים: לפי הנימוק האחד, על הנזק המאוחר חלה דוקטרינת "הגולגולת הדקה", קרי רגישותה הגופנית המיוחדת של רביד גרמה לנזק המאוחר. דוקטרינה זו היא חריג לדרישת הצפיות, ולכן אין צורך לצפות את הנזק השניוני; הנימוק השני מבוסס על יישום הלכת רינגר. יישום ההלכה מביא למסקנה שמשום שזנקי הגוף הראשוניים היו צפויים, המזיק המקורי (הרופא קליפורד) אחראי גם לנזקי הגוף השניוניים (החמורים והלא צפויים) של רביד, שהתפתחו מאוחר יותר.³⁷

פסק הדין בעניין קליפורד ספג ביקורות רבות בספרות. חלק מן הביקורות נסבו על המצב המשפטי הלא רצוי שיצרה הלכת קליפורד. כך, נטען שפסק הדין מביא להרחבת יתר של האחריות לנזקים מאוחרים וחותר תחת עקרונות יסוד של צדק והרתעה יעילה.³⁸ בתוך כך מדיגישים המבקרים את הקביעה בדבר היעדר הצורך לצפות את הליך הגרימה (ולו בקווים כלליים), ואת רמת ההפשטה הגבוהה שנוקט בית המשפט בסיווג הנזקים, אשר מתבטאת למשל בקביעה שכל נזקי הגוף הם סוג נזק אחד ובפוטנציאל להחלטה גם מחוץ לתחום נזקי הגוף. ביקורות אחרות מתמקדות בניחות העובדתי של בית המשפט. בכלל זאת נטען שהנזק החמור שנגרם לרביד הוא למעשה נזק ראשוני, בין משום שבהיעדר אירוע מובחן הוא בבחינת החמרה של הנזק הקל,³⁹ ובין משום שלא מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין הנזק הקל לנזק החמור אלא רק בין ההתרשלות לבין הנזק החמור

לא נרחיב בה. מכל מקום, בדיון הנוסף קבע בית המשפט שהתנהגותו של הרופא עולה כדי התרשלות, אך גם קביעה זו אינה נקייה מביקורת. ראו למשל רונן פרי "הכל צפוי והרשלנות נתונה (עוד על דני"א 7794/98 משה נ' קליפורד)" משפטים לה 359, 361–399 (2005).

34 בדיון הנוסף קיימות מספר גישות שונות זו מזו. ברשימה זו אתמקד בהלכה שנקבעה מפי השופט אור ואציין את העמדות האחרות במידת הצורך. לניתוח מקיף יותר וביקורתי של הגישות הנוספות בפסק הדין ראו פרי, שם, וכן גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 10.

35 דני"א קליפורד, לעיל ה"ש 15, פס' 11 לפסק דינו של השופט אור.
36 ולא זו בלבד, אלא שמדובר במקרה הראשון שתועד בעולם כולו שבו זריקת ההרדמה גרמה לנזקים מהסוג והחומרה של אלו שנגרמו לרביד בפועל. ראו שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט אור.

37 שם, פס' 13–15 לפסק דינו של השופט אור. יש לציין שגישה אחרת לפרש את פסק הדין בפרשת רינגר עולה ממאמרו של פרי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 406–417. לשיטתו, הלכת רינגר כוללת את אימוץ עקרון הגולגולת הדקה ותו לא (ולכן הפרשנות שנתן השופט אור להלכת רינגר אינה נתמכת בטקסט ומציבה את פסיקתו בעניין קליפורד על יסודות רעועים למדי). פרשנות זו לפסק הדין רגישה יותר לעמדות השונות שעלו בדיון הנוסף, אולם משום שפרשנות זו של פסק הדין ממילא מקובלת פחות ומשום שלא בכך עיקר עניינו, לא ארחיב בנושא.

38 ראו פרי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 419–425.

39 הפתרון לביקורת זו הוא אימוץ הדרישה לאירוע מובחן. דרישה זו אכן אומצה מאוחר יותר בפסיקה (פרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8).

(ולכן שניהם נחשבים נזקים ראשוניים).⁴⁰ עוד טוענים המבקרים שניתן היה לפתור את המקרה באמצעות דוקטרינת "הגולגולת הדקה",⁴¹ או בחלופות מרוככות אחרות, ולא היה צורך להיזקק לפתרון הקיצוני שננקט. לסיכום נקודה זו, המקרה הקשה שנדון בפרשת קליפורד וההלכה שנקבעה בעקבותיו, בבחינת "Hard cases make bad law";⁴² עוררו קשיים לא פשוטים בסוגיית ההכרה באחריות מזיקים לנזקים שניוניים.⁴³ רשימה זו לא נועדה להוסיף על הדיון באופייה הראוי של דוקטרינת ריחוק הנזק ולכן אסתפק בכך.⁴⁴

3. נזקים שניוניים: האומנם רק שאלה של ריחוק הנזק או שאלה גם שאלה עובדתית?

אם כן, הדיון בספרות ובפסיקה התמקד בשאלה המשפטית של ריחוק הנזק. התמקדות זו באה במובנים מסוימים על חשבון דיון בשאלה חשובה אחרת המתעוררת בעניין נזקים שניוניים, אשר עוסקת ברכיב העובדתי של נזקים אלו. אפשר לסבור כי הן פרשת

40 גישה זו הובעה גם בדנ"א קליפורד, לעיל ה"ש 15, בפס' 19 לפסק דינו של השופט אנגלרד, ובע"א קליפורד, לעיל ה"ש 32, בפס' 10 לפסק דינה של השופטת ביניש ובפס' 2 לפסק דינו של השופט לוין, אשר כלל לא נדרשו לסוגיית ריחוק הנזק נוכח קביעתם שמדובר בנזק ראשוני. ראו גם גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 399-401; פרי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 405-406.

41 מנגד, קיימת דעה שגם בהנמקה זו יש קשיים במקרה הנדון, שכן קיומה של גולגולת דקה אצל רביד לא הוכח. ראו גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 406-407.

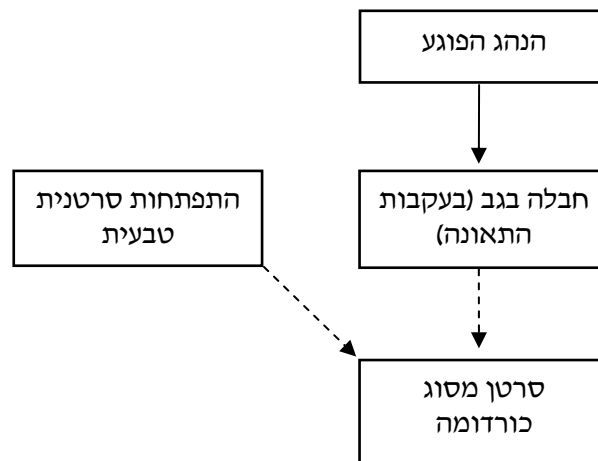
42 נדמה כי בשל המקרים הקשים הנדונים במשפט הנוזקי אזהרה זו נכונה ביתר שאת בתחום משפט זה. מקובל לסבור כי המקור לאמרה מצוי ב- Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197, 400 (1904).

43 ניתוח מעניין נוסף של פרשת קליפורד (הן שאלת ההתרשלות והן שאלת האחריות לנזק המאוחר והלא צפוי), ואגב דיון בנושא אחר ומנקודת מבט שונה, הוצע לאחרונה (גיאת שני ואמיר שמואלי "משרתם של שני אדונים? מבחן הצפיית בעוללת הרשלנות: בין עלויות מידע לבין שיקולי מדיניות" עיוני משפט לד' 141 (2011)). ניתוח זה אינו עומד במוקד דיוננו ולכן לא נדון בו, אולם יש לציין שהמאמר פותח צוהר לתפיסה אחרת ומובנית יותר של מבחן הצפיית ושל הפעלתו הראויה בגרדי היסודות השונים בעוללת הרשלנות.

44 יש לציין שבפרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8, ניכרת נסיגה מסוימת של בית המשפט, לפחות מבחינה רטורית, ממגמת הרחבת האחריות לנזקים שניוניים, ואפשר ללמוד על כוונה לתחום מחדש את היקף האחריות לנזקים אלה, בין השאר בשל קביעת מבחני עזר שמקטינים את מרחב הצפיות. עם זאת יש לציין כי באותו מקרה קבע בית המשפט בלי כל קושי שהנזק השניוני לא היה צפוי. דובר אפוא במקרה "קל" מבחינה משפטית, ולכן לא התחדדה נפקותה המשפטית של נסיגת בית המשפט ממגמת הרחבת האחריות. בפרשת לנדרמן דובר באדם שנפגע בראשו וברגלו בתאונת עבודה. בעקבות התאונה עבר הניזוק לעבוד במקום אחר, שם קרתה לו תאונת עבודה נוספת שבה הניזוק נפגע בידו. מובן כי יש קשר סיבתי עובדתי בין הנזקים (שכן אלמלא התאונה הראשונה לא היה מגיע הניזוק לעבוד במקום העבודה השני), אולם מנגד היה ברור כי הנזקים הם רחוקים, ולכן אין להטיל על המזיק המקורי (המעסיק הראשון) אחריות בגין הנזק השניוני, בין השאר בשל המרחק בזמן ובמקום בין התאונות.

קליפורד הן פרשת רינגר מעוררות קשיים לא פשוטים בדבר דרישת הקשר הסיבתי העובדתי. למשל, בפרשת רינגר ספק רב אם הוכח שהתפתחות הסרטן קשורה עובדתית לנזק שספג הניזוק בגבו (עקב התאונה), שכן קיים סיכוי שהסרטן התפתח באופן טבעי ואינו קשור לתאונה. את הסיטואציה בפרשת רינגר אפשר להציג כך:

תרשים 3



הנה כי כן, הקושי הזה לזה שהוצג בתחילת הרשימה במקרה האפילפסיה ובמקרה הכללי: האם הכורדומה נגרמה כתוצאה מהחבלה בגב (שהיא גורם אשר עשוי להביא לסרטן מסוג זה) או שמא מהתפתחות סרטנית טבעית? התשובה לשאלה זו עשויה להכריע את תוצאת ההליך הנזיקי ולקבוע אם הנהג הפוגע יחויב בגין נזקי הסרטן או לא. בפרשת קליפורד המצב מעט מורכב יותר, שכן כפי שצוין לעיל, אין זה ברור כלל מבחינה אנליטית שמדובר במקרה של נזק שניוני, אולם קביעת בית המשפט שלפיה אכן מדובר בנזק שניוני מביאה עמה גם את הקושי העובדתי.

בית המשפט לא התעלם מן הקשיים הללו. בפרשת רינגר לא הצליחו הרופאים המומחים (ובעקבותיהם בית המשפט) להוכיח באופן פוזיטיבי קיומו של קשר סיבתי ספציפי בין החבלה הראשונה לבין הגידול הסרטני, אלא התבססו על נתונים סטטיסטיים על אודות גידולים מסוג כורדומה ותאונות דרכים.⁴⁵ אף על פי כן דעת הרוב בבית

45 ע"א רינגר, לעיל ה"ש 23, עמ' 1679–1680. יש לציין שהשופט זילברג העלה גם הוא את השאלה העובדתית, אולם משום שבדעת המיעוט שלו שלל את האחריות מהטעמים של צפיות וריחוק הנזק הוא קבע שאינו נדרש להיזקק לשאלה העובדתית.

המשפט העליון פירשה את מסקנת בית המשפט המחוזי ככזו שקובעת קיומו של קשר סיבתי,⁴⁶ ולכן הדיון העובדתי לא התחדד ולא השפיע על התוצאה. בפרשת קליפורד לא עמד בית המשפט על התהליך המקשר בין שני הנזקים, ולכן קשה להבין מדוע מצא כי קיים ביניהם קשר סיבתי עובדתי, בייחוד משום שמבחינת "האינטואיציה הרפואית" אין קשר בין תוצאות הלוואי השגרתיות שספגה רביד לבין הנזקים החמורים יותר (כלומר קשה לרמות כיצד האחד יוביל לשני).⁴⁷ תוצאה סבירה לא פחות היא שבמקרה הנדון לא מתקיים קשר סיבתי עובדתי בין שני הנזקים, ולכל הפחות המסקנה היא שאי אפשר לומר באופן פוזיטיבי שקשר כאמור התקיים, בין השאר בשל מגבלות הידע הרפואי במקרים כאלו (המקרה של רביד היה המקרה הראשון מסוג זה שתועד ברפואה העולמית).⁴⁸ אם כן, המקרים המכוננים בפסיקה ביחס לנזקים שניוניים היו למעשה מקרים שבהם התקיימו קשיים עובדתיים לא מבוטלים בקשר שבין הנזק הראשוני לנזק השניוני, אף שהדיון בהם התמקד בריחוק הנזק.

נקודה זו חשובה בשל התפתחות אחרת בפסיקה הישראלית, והיא הקלות שבה נוטים להכריזו בתי המשפט שמדובר בסיבתיות עמומה, ואף ב"ספק שקול".⁴⁹ דוגמאות טובות לכך הן ההכרה של בתי המשפט בסיבתיות עמומה גם במקרים של נזק ראייתי מובנה,⁵⁰ וכן במקרים כגון עניין מלול.⁵¹ אחת הסיבות האפשריות לקלות זו היא הימנעותו של בית המשפט משימוש בראיות סטטיסטיות-הסתברותיות לשם קביעה פוזיטיבית בעניין קשר סיבתי ספציפי (להבדיל מקשר סיבתי פוטנציאלי).⁵² המגמה האמורה, בשילוב הקשיים העובדתיים שמתעוררים במקרים שצוינו לעיל, מביאה לכך שטענה סבירה תהיה שאילו פרשת רינגר (ובדוחק אף עניין קליפורד) היה מגיע לפתחו של בית המשפט כיום, היה ממהר בית המשפט לקבוע שמדובר בסיבתיות עמומה ופונה לבחינת הכלים שנועדו

46 ודוק: פירוש זה אינו מובן מאליו. ראו הדברים המובאים בפסק דינו של השופט ברנזון, שם, בעמ' 1679, ובייחוד את קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה: "תשובה לשאלה זו [של הקשר הסיבתי העובדתי] יכולה להיות לכל היותר שאין מן הנמנע כי קיימת אפשרות של קשר סיבתי זה". נדמה שהסיוג בדברים אלה מדבר בעד עצמו.

47 ראו פרי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 402.

48 ככלל ראוי לציין שמקרים של גולגולת דקה פעמים רבות "מועדים" ללקות בעמימות סיבתית בגלל הקשיים המובנים בהוכחה שאכן מדובר ברגישות מיוחדת שקיננה בגופו של הניזוק.

49 ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191, 243 (1998) (להלן: "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות"). להרחבה ולדיון ביקורתי בהשלכות של מגמה זו ראו גיא שני חזקות רשלנות – העברת נטל ההוכחה בדיני הנוזקין 27–28 (2011) (להלן: שני "חזקות רשלנות"); גיא שני "הנזק הראייתי ו"עונשו": בשבחי מעבר מהמודל הקיים של העברת הנטל למודלים של מידתיות ואינדיקטיביות" משפטים מא 315, 335–340 (2011) (להלן: שני "הנזק הראייתי ועונשו").

50 להרחבה ראו להלן בהמשך הרשימה.

51 לביקורת על ה"קלות" בהכרזה על סיבתיות עמומה במקרה זה ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, בפס' 3–5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס.

52 ראו לעיל ה"ש 1.

להתמודד עם עמימות זו.⁵³ נקודה זו ממחישה מדוע הבעיה שהוצגה בפתח הדברים, ושעומדת במוקד הרשימה, היא בעיה חשובה בעולם הנוזקים השניוניים, שעד עתה נעלמה מן העין ופינתה את מרכז הבמה לדיון בריחוק הנוזק. ויודגש: מגמת בתי המשפט לקבוע שמדובר בסיבתיות עמומה היא לעתים קרובות מתבקשת, וניתן אף לומר שהיא במובנים רבים טבעית, בין השאר משום שלעתים עולם המדע והרפואה אינו מספק תשובות חותכות וחד-משמעיות ומתקשה לקבוע בהכרח אם "היה או לא היה" קשר סיבתי במקרה קונקרטי.⁵⁴ עם זאת, העובדה שמגמה זו היא טבעית ומתבקשת אינה הופכת אותה לחפה מבעיות.

זה המקום להעיר שמקרים שמתגלעים בהם קשיים עובדתיים בקשר שבין הנוזק הראשוני לשניוני אינם ייחודיים לישראל. אף על פי שצוין שהמבנה המשפטי של הדיון בנוזקים שניוניים שונה מהמבנה בשיטות משפט אחרות, מבחינה עובדתית גם שיטות משפט אחרות נתקלות במקרים מהסוג המתואר ברשימה,⁵⁵ ולהלן אציג שתי דוגמאות, מני רבות, להמחשה. בפרשת *Anderson v. Baxter*⁵⁶ דובר בעובד שנחתך בידו בעת עבודתו, ובעקבות זאת סבל מזיהום וטופל בשלו משך זמן רב (הנוזק הראשוני). כחודש לאחר הטיפול לקה העובד בדלקת ריאות ונפטר כמה ימים לאחר מכן (הנוזק השניוני). התובעת, אלמנת המנוח, טענה כי הנוזק הראשוני הוא שהוביל להתפתחות הנוזק השניוני. הרופא שטיפל במנוח סירב לקבוע בוודאות שהחידק שפגם בידו של המנוח עבר במחזור הדם לריאות וגרם למוות, אולם טען כי מדובר באפשרות סבירה ביותר ("Extremely possible and likely").⁵⁷ בית המשפט קבע כי לא ניתן להסתפק בכך, וכי אין אמירה זו דומה לאמירה פוזיטיבית וודאית בדבר קשר סיבתי.⁵⁸ דוגמה נוספת

53 לדיון בכלים אלו יוקדש הפרק הבא.

54 ראו למשל ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215, פס' 41 לפסק דינה של השופטת נאור (2004): "נטל השכנוע" (אם נשתמש במונח משפטי) בעולם המדע גבוה הרבה יותר מאשר במשפט האזרחי [...] על כן – כך הטענה – המשפט מפרש בצורה מוגזמת את הססנותו של עולם המדע מפני הכרה בקשר (association) או בקשר סיבתי בין חומר (או תופעה) לבין מחלה [...] מטרת המשפט היא להכריע הכרעה סופית בענין העומד על הפרק, ואילו מוקד המדע הינו ריפוי או מניעת מחלה ולא הכרעה ודאית".

55 ראו המקרים המועלים במאמר Estil Vance, *Liability for Subsequent Injuries*, 42 TEX. L. REV. (1964) 86. בתחילת המאמר מציינת המחברת כי היא עוסקת באותם מקרים שבהם הנוזק השניוני לא היה נגרם אלמלא הנוזק הראשוני. עם זאת, הלכה למעשה חלק מהמקרים המתוארים במאמרה הם מקרים הסובלים מקשיים עובדתיים (ובחלקם הקשיים העובדתיים אף הביאו לאי-הטלת אחריות). עניין זה מדגים כיצד הנחת העבודה המושרשת באשר לנוזקים שניוניים, היא ההנחה שמתקיים קשר סיבתי עובדתי, אינה מוצדקת.

56 *Anderson v. Baxter*, 285 Pa. 443 (1926).

57 שם, בעמ' 446.

58 שם, בעמ' 447: "The testimony of an expert that he is certainly not prepared to state that the disease in question resulted from the injury, but that such result is extremely possible and likely, is not equivalent to an assertion of his professional opinion that in fact it actually did so." אם אכן מדובר במקרה של סיבתיות עמומה, הרי שבית המשפט מבקש מהרופא (ומהתובעת)

הממחישה את הקושי אפשר למצוא בפרשת Drakulich.⁵⁹ בעניין זה דובר בעובד שסבל מפגיעות שונות בשל הרמת משא כבד במהלך עבודתו (הנזק הראשון), ובמשך שנה טופל בעקבות הנזקים. לאחר כשנה התגלה כי הניזוק סובל מסרטן בכבד, וזמן קצר לאחר מכן הוא נפטר (הנזק השניוני). בפני בית המשפט עמדה עדות מומחה יחידה, ובה נטען כי אי אפשר לדעת מהו הגורם למחלת הסרטן, אך עם זאת נטען שיש אפשרות שהנזק הראשוני הוא הגורם לה. בית המשפט דחה את התביעה בקבעו שהתובעת (אשת הניזוק) לא עמדה ברף ההוכחה המוטל עליה. קביעה זו מעוררת קשיים לא מעטים, במיוחד משום שמפסק הדין עולה כי לא הוגשה חוות דעת שבה הובאו ראיות לסתור את האפשרות שבין הנזקים קיים קשר סיבתי עובדתי.

קיימים מקרים נוספים שבהם התמודדו בתי המשפט עם עובדות דומות, אולם ברשימה זו לא ארחיב בהם.⁶⁰ מכל מקום, נדמה כי בתי המשפט בארצות הברית מדגישים, ופעמים רבות בצדק, שהשערות והערכות כלליות, להבדיל מקביעות פוזיטיביות הנוגעות למקרה הקונקרטי, אינן מספקות כדי לעמוד ברף ההוכחה של מאזן ההסתברויות.⁶¹ דא עקא, שבמקרים של סיבתיות עמומה והשערות וההערכות הכלליות הללו הן כל מה שיש בידי התובע, שכן מדע הרפואה אינו מצליח לספק תשובה קונקרטית יותר.

לסיכום חלק זה, נדרשים כמה תנאים לשם חיוב המזיק המקורי בנזק שניוני שספג התובע. התנאים המרכזיים המעוררים קושי הם הקשר הסיבתי העובדתי שבין הנזק הראשוני לנזק השניוני, ודרישת הצפיית שמציבה דוקטרינת ריחוק הנזק לשם ייחוס האחריות למזיק המקורי.⁶² הדיון בפסיקה ובספרות עד כה התמקד אך ורק בשאלת

ממצא שאינו אפשרי. ודוק: יש מקרים אחרים שבהם בית המשפט הסתפק באמירות דומות כדי לקבוע שקיים קשר סיבתי עובדתי. ראו למשל Sundquist v. Madison R. Co., 197 Wis. 83 (1928).

59 Drakulich v. Industrial Commission, 137 Ohio St. 82 (1940).

60 ראו למשל D. Richard Joslyn, Annotation, *Proximate Cause: Liability of Tortfeasor for Injured Person's Subsequent Injury or Reinjury*, 31 A.L.R. 3d 1000 (1971) וכן A.M. Swarthout, Annotation, *Sufficiency of Expert Evidence to Establish Causal Relation Between Accident and Physical Condition or Death*, 135 A.L.R. 516, 517-532 (1941) המקרים המובאים במקורות אלה אינם מוקדשים אך רק לשאלה העובדתית שבה עוסקת רשימה זו, אולם בחלקם מתוארים מקרי נזקים שניוניים שמהם אפשר ללמוד על היעדר ראיות אינדיווידואליות בדבר הליך הגרימה שאירע בפועל. לא כל מקרה כזה הוא מקרה של סיבתיות עמומה, אולם בחלק מן המקרים הסיבה היא אכן חוסר היכולת של הרפואה לספק מסקנה חותכת.

61 Swarthout, שם, בעמ' 517. לדיון מעניין באשר לאופן שבו תופס המשפט ראיות מדעיות ראו דניאל פיש "קביעת התנאים להוכחת עניינים מדעיים במשפט: פילוסופיה ולא מדע" המשפט טו 275 (2010).

62 בדיון הנוסף בפרשת רינגר, לעיל ה"ש 15, ניטש ויכוח בשאלה אם מבחן הצפיית הוא המבחן המתאים לבחינת ריחוק הנזק (ראו גם אנגלרד "על היקף האחריות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 82-85). עם זאת בחלוף הזמן התקבע מבחן הצפיית כמבחן הרלוונטי לבחינת ריחוק הנזק, קביעה שאושררה בדנ"א קליפורד, לעיל ה"ש 15, ולאחרונה בפרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8. כזכור, בפסק הדין בפרשת

ריחוק הנזק וביישומה הראוי של דרישת הצפיות, ולצורך זאת נקבעו הלכות ואף מבחני עזר.⁶³ מן הפסיקה אנו למדים שהגישה היא הקלה ניכרת בדרישת הצפיות ביחס לנזקים שניוניים, עד כדי איונה מבחינה מעשית במקרים מסוימים, למשל במקרים שהנזק הראשוני והנזק השניוני הם מאותו סוג, ובייחוד נזקי גוף. התנאי הנוסף שעלול לעורר (וכפי שתואר לעיל אכן מעורר, בארץ ובעולם) קשיים בדבר אחריות המזיק המקורי לנזקים שניוניים, הוא הקשר הסיבתי העובדתי בין הנזק הראשוני לשניוני והעמידות הסיבתית שעלולה לבוא בגדרו. תנאי זה והאופן הראוי להתמודד עם הקשיים שהוא מציב טרם זכו לדיון בספרות או בפסיקה אף על פי שמבחינה מעשית ועיונית היה ראוי שהדיון יתעורר. יתרה מכך, ייתכן שהתמודדות עם השאלות העובדתיות הייתה חוסכת במקרים מסוימים את התוצאות הבעייתיות והקשיים הנובעים מההתמקדות במבחני ריחוק הנזק. בפרקים הבאים אתמקד בשאלת הסיבתיות העמומה, אולם – כפי שיובהר בהמשך – למצב המשפטי בדבר ריחוק הנזק קיימת השפעה מסוימת גם עליה.

ג. הערכת הפתרונות המוצעים להתמודדות עם מצבי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים

1. מבוא לדיון בפתרונות לבעיית הסיבתיות העמומה

המבחן המסורתי לקיומו של קשר סיבתי עובדתי, המעוגן בפקודת הנזיקין ובהצעת חוק דיני ממונות,⁶⁴ הוא מבחן ה"אלמלא" (או מבחן ה"הכרחיות"). התובע נדרש להוכיח שאלמלא התנהגות הנתבע לא היה נגרם הנזק.⁶⁵ מבחינה ראייתית על התובע להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי – כמו את שאר רכיבי העוולה הנזיקית – על פי כלל מאזן ההסתברויות, אשר דורש שהסבירות שטענתו של התובע נכונה תהיה גדולה מהסבירות

לנדרמן קבע המשנה לנשיאה ריבלין שהמבחן הראוי ליישום הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן הסיכון. עם זאת, ולמרות הדמיון בין יסוד הקשר הסיבתי המשפטי לבין ריחוק הנזק, דחה המשנה לנשיאה ריבלין (בפס' 12 לפסק דינו) את הטענה שיש להחיל מבחן זה גם על ריחוק הנזק וקבע שבאשר לריחוק הנזק יישאר על כנו מבחן הצפיות (לטענה שמבחן הצפיות אינו מתאים לכל סוגי העוולות אלא רק לעולות הרשלנות, טענה שכאמור נדחתה בפרשת לנדרמן, ראו פרי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 417–418).

63 פרשת לנדרמן, לעיל ה"ש 8, פס' 13 לפסק הדין לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. יש לציין שמבחני העזר הוצעו לראשונה במאמרו של גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 37–38.

64 ס' 64 לפקודת הנזיקין וס' 365 (ב) להצעת חוק דיני ממונות. מבחן זה הוא המקובל גם בשיטות משפט אחרות. ראו למשל סעיף 26 ל-RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS, לעיל ה"ש 18, וכן EUR. GRP. ON TORT LAW, PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW: TEXT AND COMMENTARY art. 3:101 (2005).

65 גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, כרך ב, בעמ' 1345–1346; JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS 219–221 (9th ed. 1998).

שאינה נכונה, ומכאן שעל טענתו להיות נכונה בלמעלה מ-66.50% אם יעמוד התובע בדרישה, הוא יזכה בתביעתו ויפוצה פיצוי מלא על נזקו, וזאת אף אם הוכיח את טענתו ב-51% בלבד. אם לא יעמוד במשימתו, יפסיד התובע ויצא בידיים ריקות, וזאת גם אם טענתו הוכחה ב-49% ואף ב-50% בדיוק. משטר בינארי זה, של "הכול או כלום", מאפיין אפוא את דרישת הקשר הסיבתי, ולמעשה את דיני הנזיקין ואת מרבית תחומי המשפט האזרחי בכלל.

מאז ומתמיד סיטואציות שונות – שגרתיות יותר או פחות – אתגרו את משפט הנזיקין משום שלא הצליחו לקבל מענה ראוי בגדרי המבחנים המסורתיים, הן מבחינת המהות (קשיים במבחן ה"אלמלא") הן מבחינת הפרוצדורה (כלל מאזן ההסתברויות). לפיכך פעלו בתי המשפט והמחוקקים ברחבי העולם ליצירת פתרונות המגמישים את הכללים המסורתיים. כיום נדמה שכבר אין חולק על התפיסה שבמקרים מסוימים יש להגמיש את הכללים כדי להגשים בצורה טובה וראויה יותר את מטרות דיני הנזיקין,⁶⁷ והמחלוקת – שמוצאת ביטוי בדיונים ענפים בפסיקה ובספרות האקדמית – מתמקדת בהיקף ההגמשה, קרי מהו היקף החריגה מהכללים; במצבים שבהם ראוי להגמיש, ובתוך כך ניסיון לבצע קטגוריזציה של מקרים ופתרונות; ובשאלה מהם הכללים הראויים להגמשה.

בישראל הדיון בהגמשת דרישת הסיבתיות העובדתית החל לפני שנים רבות, אולם נדמה שבשני העשורים האחרונים, עם העמידה על המכשולים שמציבה הסיבתיות העמומה בפני הכללים המסורתיים, הועלה הנושא אל מרכז הבמה הנזיקית.⁶⁸ בתוך כך נדונו בהרחבה השיקולים המצדיקים את ההגמשה אל מול שיקולים התומכים בהותרת הכללים המסורתיים ומתנגדים להגמשה. כיום עומד לרשות בית המשפט ארסנל שלם של פתרונות אשר משנים את אופן הוכחת יסוד הקשר הסיבתי העובדתי במקרים שבהם הכללים המסורתיים אינם נותנים מענה הולם.⁶⁹ את הפתרונות הללו אפשר לחלק לשתי

66 שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 18. ודוק: הדרישה אינה שטענתו של התובע תהא מסתברת יותר מזו של הנתבע, אלא שתהא מסתברת יותר מהאפשרות שהיא עצמה אינה נכונה. נפקותה של הגדרה זו מתבטאת כאשר טענותיהם של הנתבע והתובע אינן "משלימות" (חלות על כל מצבי העולם) ויש אפשרות שלישית, ובה הן התובע הן הנתבע טועים. למשל, אם טענת התובע נכונה ב-40%, טענת הנתבע נכונה ב-35% וקיים תרחיש שלישי, שנכון ב-25%, התובע לא יצליח להוכיח את תביעתו לפי כלל מאזן ההסתברויות אף על פי שטענתו נכונה יותר מזו של הנתבע (40% לעומת 35%), משום שהיא אינה נכונה יותר מהאפשרות שאינה נכונה (40% לעומת 60%).

67 ראו למשל Guido Calabresi & Jeffrey O. Cooper, *The Monsanto Lecture: New Directions in Tort Law*, 30 VAL. U. L. REV. 859, 868–870 (1996). עוד על מגמת המעבר מכללים בינאריים לכללים גמישים יותר ראו אהוד גוטל "הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים 829, 845–847 (2006).

68 ראו למשל ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* (2001).

69 היטיב לתאר את הדברים השופט מצא בדנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נו(6) 385, 450 (2003): "דיני הנזיקין המסורתיים מציעים פתרונות מעשיים למצבי סיבתיות עמומה שבהם יהיה זה מרחיק לכת לדרוש מן התובע להוכיח, באורח פוזיטיווי, קיום קשר סיבתי עובדתי ישיר בין עולתו של הנתבע לבין הנזק שנגרם לו, על-פי מבחן האלמלא (הוא מבחן

קבוצות עיקריות: ⁷⁰ קבוצה אחת היא קבוצת הפתרונות הבינאריים, שהם פתרונות המבוססים על העברת נטל מכוח דוקטרינות שונות. הבינאריות של הפתרונות הללו נובעת מכך שהתוצאות האפשריות היחידות הן שהתובע יקבל "הכול" או "כלום", ממש כמו בכלל מאזן ההסתברויות המקורי, אם כי החלת הפתרונות תעביר אותו ממצב של "כלום" למצב של "הכול". הקבוצה השנייה היא קבוצת הפתרונות היחסיים-הסתברותיים. קבוצה זו מאופיינת בחלוקת הסיכונים בין התובע לבין הנתבע על דרך של פיצוי יחסי אשר מחושב לפי ההסתברות לכך שהנתבע גרם לנזקו של התובע. ⁷¹ ספרים, מאמרים ופסקי דין רבים נכתבו על הפתרונות השונים, ורשימה זו קצרה מלהכיל את הדיונים המרתקים. ⁷² ברשימה זו אביא רק מעט מן הדיונים הללו, ככל שהם רלוונטיים לענייננו.

הסיבה בלעדית אינן). בנסיבות כאלה, משהוכיח התובע את עוללתו של הנתבע, וכן הוכיח את נזקו שלו ואת ייתכנותו האפשרית של קשר סיבתי עובדתי בין העוולה לבין הנזק, עשוי משפט הנוזיקין לסייע בידו למלא את החסר בהוכחת קיומו של קשר סיבתי עובדתי. 'סיועו' של המשפט עשוי להתבטא בדרכים מוכרות שונות: בהעברת הנטל לנתבע שיידרש להוכיח היעדרו של קשר סיבתי; בקביעת חזקות לחובת הנתבע ביחס לגזרות מסוימות של יריעת המחלוקת הסיבתית; בהטלת אחריות על 'מעוולים במשותף', שחלקו של כל אחד מהם בגרימת הנזק אינו ידוע; בהגדרת נזק כ'נזק שאינו ניתן לחלוקה', אשר על המעוול לשאת בכולו, אף שגרם רק לחלקו; ובהכרה במבחני סיבתיות עובדתיים אלטרנטיביים למבחן 'האלמלא' (כגון 'מבחן הדיות' או 'מבחן הגורם המהותי') [...]. כן יצוין, כי על דוקטרינות הסיבתיות המסורתיות נוספו בשנים האחרונות דוקטרינות חדשות, שעיקר פועלן הוא בעקיפת הבעייתיות ואי הצדק הכרוכים לעתים בהפעלה נוקשה של 'מבחן האלמלא' המסורתי. בין דוקטרינות חדשות אלו, שחלקן כבר אומצו (בהקשרים שונים) גם בפסיקה, ניתן למנות דוקטרינות לפיצוי הסתברותי בגין אובדן סיכויי החלמה, או בגין פגיעה בסיכוי ויצירת סיכון, ובתביעות מסוג MSL (Market Share Liability) וכן את דוקטרינת האחריות הקיבוצית ואת דוקטרינת הנזק הראייתי".

70 החלוקה המוצעת ברשימה זו אינה "נקייה" או מקובלת באופן מוחלט. בין הפתרונות בכל קבוצה קיימים הבדלים, וקיימות דעות שלפיהן פתרון כזה או אחר צריך להימצא בקטגוריה שונה מהמתואר כאן (ראו למשל בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים לז 177, 186-187 (2007) (להלן: שנור "הבסיס העיוני"). ממאמרו של שנור משתמעת חלוקה לפתרונות ראייתיים לעומת פתרונות המשנים את הדין המהותי). עם זאת נדמה שהחלוקה המוצעת כאן משקפת ומצליחה לתת מסגרת לכלל הפתרונות המשמשים להגמשת דרישת הסיבתיות העובדתית, ולמצער לפתרונות המקובלים יותר. חלוקה כרוח דומה, אם כי לא זהה, מצויה בספרו של פרופ' גלעד, לעיל ה"ש 65, בעמ' 1352-1353.

71 מראש אציין שבהמשך הרשימה אתייחס רק לפתרונות הרלוונטיים במשטר אחריות המבוסס על גרימה. לדיון במשטר אחריות המבוסס על פיצוי לפי יצירת סיכון ראו למשל אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000) (להלן: פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי") וכן בועז שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי-גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים" מחקרי משפט כג 559, 577-585 (2007) (להלן: שנור "נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים").

72 לחיבור מעניין בדבר היחס בין הפתרונות הבינאריים והיחסיים שהתקבלו בפסיקה ראו גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" ספר שלמה לוי 395 (2013) (להלן: שני "נקודות המפגש").

לכלל הפתרונות שיידונו להלן ישנם מאפיינים משותפים, לפחות בכל הנוגע לאופן יישומם במשפט הישראלי. תחילה, מאחורי הפתרונות עומד מניע משותף, אם כי לא בלעדי, והוא הרצון להיטיב עם התובע. במקרים של סיבתיות עמומה יובילו הכללים המסורתיים כמעט תמיד להפסד של התובע, שנעדר אפשרות פוזיטיבית להוכיח את טענתו (כמעט, משום שקיימים מקרים חריגים שבהם על אף הסיבתיות העמומה ייטה בית המשפט לפסוק שמתקיים הקשר הסיבתי העובדתי לפי כלל מאזן ההסתברויות ולהימנע מהדיון המורכב).⁷³ מצב זה נתפס ככזה המביא לכדי אי-צדק הפוגע בתובע. מסיבה זו הפתרונות הוחלו בישראל, אם הוחלו, כמעט רק לטובתם של תובעים. הפתרונות הבינאריים, שעניינם העברת נטל, ממילא יכולים לפעול כמעט רק לטובת התובעים כאשר מדובר בשאלה של קשר סיבתי.⁷⁴ אולם נדמה שגם מרבית הפתרונות היחסיים-הסתברותיים הוכרו עד כה בעיקר במקרים שמיטיבים עם התובע,⁷⁵ קרי בחלק של הסקאלה שנמוך מ-50% (בין 0% ל-50%) ולא בחלק שמעל 50% (בין 50% ל-100%).⁷⁶ מכנה משותף נוסף לפתרונות הוא שהחלתם נבחנה לעניין נזקים ראשוניים בלבד, וטרם נבחנה החלתם לעניין נזקים שניוניים. בחינה זו תיעשה בהמשך הרשימה.⁷⁷

2. מאפיינים המבחינים את הסיבתיות העמומה ביחס לנזקים שניוניים מהסיבתיות העמומה ביחס לנזקים ראשוניים

אחת משאלות המפתח בבחינת הסוגיה שבמוקד הרשימה היא מה מייחד את המקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים מהמקרים ה"קלאסיים" של סיבתיות עמומה, קרי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים ראשוניים. בתוך כך עולה השאלה אם ראוי לסטות מכלל מאזן ההסתברויות גם במקרים אלה בשל מאפייניהם הייחודיים. ואם התשובה לכך חיובית, עולה שאלה שלישית והיא מהי הדרך העדיפה לעשות זאת. במילים אחרות, בחלק זה אבחן מהם ההבדלים בין ההתמודדות עם הסיבתיות העמומה בגדריו של הנזק

73 זו הגישה שנקט בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311 (Can.). בישראל מקרה מפורסם מסוג זה הוא פרשת קרישוב, לעיל ה"ש 54. יצוין שפרשת קרישוב מעלה שאלות מעניינות נוספות בנוגע ליסוד הקשר הסיבתי העובדתי, ובהן מעמדן של ראיות סטטיסטיות-מדעיות ונפקותו של קשר סיבתי סטטיסטי (פוטנציאלי). לדיון בהן ראו שנור 'נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים', לעיל ה"ש 71, בעמ' 569-577.

74 בזירות אחרות, שבהן הנטל הוא על הנתבע מלכתחילה, העברת הנטל תיטיב אתו ותפגע דווקא בתובע. דוגמאות למצבים אלו הן ההגנות בדיני נזיקין, דוקטרינת האשם התורם והקשרים נוספים, אולם הם אינם מענייננו כאן.

75 קיימות הצעות לפתרונות שחלים באופן שוויוני על הנתבע והתובע, אולם הן טרם התקבלו כהלכה. הדוגמה היחידה ככל הנראה לפתרון "שוויוני" שהתקבל כהלכה היא "חריג ההטיה הנשנית" שהציע המשנה לנשיאה ריבלין בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3. חריג זה יידון להלן בהרחבה בהמשך.

76 גלעד 'גבולות האחריות', לעיל ה"ש 7, בעמ' 1428-1429.

77 נדמה כי הדבר נובע, לפחות חלקית, מהעובדה שבעיית הסיבתיות העמומה ביחס לנזקים שניוניים לא "עלתה על השולחן" עד כה.

הראשוני לבין ההתמודדות בגדריו של הנזק השניוני, ומהן המשמעויות האופרטיביות שאפשר לגזור מהבדלים אלה. אי לכך, גם מבחינה מתודולוגית נקודת הייחוס לבחינת השיקולים תהיה השוני ("דלתא") בתחולתם ובעצמתם בין שני סוגי המקרים (מקרי הנזק הראשוני ומקרי הנזק השניוני). ברי כי על מנת להחליט אם להגמיש את כללי הסיבתיות העובדתית במקרים של סיבתיות עמומה יש לבחון תחילה את השיקולים בעד ונגד הגמשת הכללים.

טיעון ראשון שאפשר להעלות נגד הסטייה ממאזן ההסתברויות במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים מקשר בין המצב המשפטי ביחס לריחוק הנזק לבין המצב המשפטי (הרצוי) בדבר הקשר הסיבתי העובדתי. לפי טיעון זה, היות שבית המשפט העליון הרחיב את מתחם האחריות לנזקים שניוניים ואת ההכרה בהם הרחבה ניכרת,⁷⁸ הרחבה נוספת שתבטא בהגמשת כללי הסיבתיות העובדתית אינה רצויה. לטיעון זה, המערב מין בשאינו מינו, אי אפשר להסכים. ככל שישנן בעיות בדין הנוהג בעניין ריחוק הנזק ודרישת הצפיות בו, המביאות לאחריות יתר לנזקים שניוניים, פתרון צריך להימצא בגדרי המבחינים והתנאים המתאימים לכך – קרי בגדרי שאלות של ריחוק הנזק – ואין זה ראוי להיעזר בהחמרת תנאי הקשר הסיבתי העובדתי, שהרי "אין מתקנים עוול בעוול". את המידה שבה רצוי להגמיש את כללי הקשר הסיבתי העובדתי יש לבחון באופן עצמאי ומנותק משאר ההלכות החלות על הסיטואציה. איני מתעלם מהבעיה ומחוסר הצדק שאפשר שייווצר מהגמשת כללי הסיבתיות העובדתית שתביא לחיובו של מזיק שלכאורה לא היה אמור לחוב כלל משום שלא צפה את הנזק (ושנחשב כאילו צפה אותו רק מכוח ההלכות המרחיבות בנושא ריחוק הנזק). עם זאת, חוסר צדק זה מוטב שיתוקן באמצעות טיפול באיבר ה"חולה" ולא באיבר ה"בריא".

טיעון נוסף, והחשוב יותר בענייננו, עניינו בהשלכות של התארכות השרשרת הסיבתית בשל קיומם של שני נזקים. מטרתנו הבסיסית היא לחייב את המזיק המקורי בגין הנזק השניוני רק אם הוא עצמו גרם לו, ולהימנע מחיובו אם לאו. לפי טיעון זה, הגמשת הכללים להוכחת הקשר הסיבתי העובדתי בין הנזק הראשוני לשניוני – ובייחוד כשמדובר במקרים שבהם הנזק הראשוני עצמו הוכח "בקושי" או למרות קיומה של סיבתיות עמומה בעניינו (נניח, בשל היפוך נטל ההוכחה) – יביא לתוצאה כוללת לא רצויה של חיוב המזיק בגין נזק שהסיכוי שהוא אכן גרם לו הוא מזערי. תחילה אמחיש זאת במצב ה"קל". טלו לדוגמה מצב שבו הקשר הסיבתי העובדתי לנזק הראשוני הוערך ב-70%. במצב כזה, אם ההסתברות שקיים קשר סיבתי עובדתי בין הנזק הראשוני לשניוני מוערכת ב-50% (המקרה הפרדיגמטי של סיבתיות עמומה), אזי הסיכוי שהמזיק המקורי הוא אכן הגורם לנזק השניוני הוא למעשה 35% בלבד. המצב מחמיר אם הנזק הראשוני עצמו הוכח באמצעות היפוך נטלי הוכחה (כלומר, ההסתברות שהמזיק גרם

78 ראו לעיל בפרק ב ברשימה זו.

לנזק הראשוני היא 50%), שכן אז ההסתברות לגרימת הנזק השניוני על ידי המזיק הראשוני היא 25% בלבד, סיכוי שככלל היה מביא "בקלות" לדחיית התביעה.⁷⁹ חשש דומה מפני ההשלכות של התארכות השרשרת הסיבתית העלה לאחרונה פרופ' גלעד בספרו.⁸⁰ הדיון שם התמקד בשרשרת של נזקים ראייתיים בגדרי דוקטרינת הנזק הראייתי, אולם הדברים יפים מקל וחומר גם לענייננו, שכן במקרים של נזקים שניוניים מדובר בשרשרת של נזקים שההפרדה ביניהם ברורה הרבה יותר (נזכיר למשל את הדרישה שהנזק השניוני ייגרם כתוצאה מאירוע מובחן). גלעד מציין שאפשר להתגבר על בעיית התארכות השרשרת הסיבתית באמצעות קביעה שמרגע שנמצא שקיים קשר סיבתי ביחס לחוליה הראשונה (ואצלנו מדובר בנזק הראשוני), בין שהוכח "בקושי" ובין שהקשר הוערך בקרוב ל-100%, יש להתייחס לממצא זה כאילו הוכח קיומו ב-100% ולהתייחס לנזק השני במנותק. לפי גישה זו, הקשר הסיבתי לנזק השניוני יוערך ב-50% וחומרת הבעיה פוחתת. אולם כפי שציין גם גלעד עצמו, ליצירת פיקציה זו בעיות רבות ובמיוחד עיוות התמונה העובדתית המלאה והאמיתית וחשש מפני הגעה לתוצאות לא רצויות. לסיכום נקודה זו, משום שהדיון בנזקים שניוניים מאופיין מעצם טיבו וטבעו במצב של התארכות השרשרת הסיבתית, נדמה כי יש לתת את הדעת על שיקול זה, המצדיק ריסון בהגמשת הכללים באופן שירכך את ההטבה עם התובע (שהרי ראינו כי הטבה זו עומדת בבסיסן של ההגמשות הנוהגות ושל מרבית ההגמשות המוצעות).⁸¹ בנוסף, על כף המאזניים המתנגדת להגמשת הכללים, או קוראת להגמשה מרוסנת, עומדים גם מרבית השיקולים שהועלו נגד הגמשת הכללים ביחס לנזק ראשוני. רבים מהם מובאים בעמדות שופטי הרוב שדחו את פתרון האחריות היחסית בפרשת מלול. בכלל זאת נטען כי הגמשת כללי הסיבתיות העובדתית עלולה להביא להרחבת יתר של האחריות בנזיקין; להגדלת היקף ההתדיינות, נוכח העובדה שתחת כלל גמיש יוגשו תביעות אשר לא יוגשו לפי הכלל המסורתי (משום שלפי הכלל המסורתי הן צפויות להידחות); להגדלת עלות ההתדיינות, בהנחה סבירה שעלות יישומם של הכללים החדשים תהא גדולה מעלות יישומם של הכללים המסורתיים (למשל, משום שיישומם כרוך בהשקעת זמן שיפוטי רב יותר); ואף לערעור יסודות השיטה הנזיקית המקובלת, המבוססת על משטר של גרימה ולא של יצירת סיכונים.⁸²

79 במצב של שרשרת סיבתית ארוכה יותר, שבה קיימים נזקים מאוחרים לנזקים השניוניים, התוצאה אף מחמירה. כך, ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי בין התנהגות המזיק לבין הנזק השלישוני, בהינתן 50% לקיומו של קשר סיבתי עובדתי בין כל אחת מהחוליות, יהיה 12.5% בלבד, וכך הלאה.

80 גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1358-1360.

81 יש לסייג את הדברים ולציין שגם במצב שבו שני הנזקים הוכחו ב-70%, יימצא שהנזק המאוחר קשור למזיק המקורי בפחות מ-50% (ההוכחה תהיה ב-49%). עם זאת, במצב כזה אין חולק שתוטל אחריות על המזיק המקורי. תפיסה זו טבועה עמוק בשיטת המשפט, ועל כן איני טוען שבכל שרשרת סיבתית אין להטיל אחריות אלא שיש לשים לב להשלכות הנובעות מכך.

82 על טיעונים אלה ראו גם להלן, בהערות 128-133 והטקסט הצמוד להן.

מנגד קיימים שיקולים התומכים בהגמשת הכללים. שיקולים אלו דומים במהותם לשיקולים שנטענים לטובת הגמשת הכללים ביחס לנזקים ראשוניים, ולכן אדון בהם בתמצית. השיקול הראשון והמרכזי בעד הגמשת כללי ההוכחה המסורתיים של הקשר הסיבתי העובדתי הוא שיקול הצדק. המונח "שיקולי צדק" הוא רחב ורב-משמעויות, אך אנסה, בקצרה, לזקק את ההיבטים שלו המתייחסים להקשר הנדון כאן. היבט אחד הוא העדפת הניזוק-התובע החף והתמים בהתנגשות עם הנתבע-המזיק המתרשל וה"אשם".⁸³ להיבט זה של העדפת התובע החף אפשר למצוא התייחסות גם בהקשר הספציפי של נזקים שניוניים.⁸⁴ יתרה מכך, בנזקים שניוניים, בשונה מהמצב בעניין נזקים ראשוניים, לא זו בלבד שהנתבע התרשל אלא שכבר הוכח שגרם לנזק כלשהו, הוא הנזק הראשוני. על כן, שיקול העדפת התובע החף רלוונטי ביתר שאת לעניין נזקים שניוניים, ואפשר לטעון שביחס אליהם עצמתו חזקה יותר.⁸⁵ ההיבט השני של שיקול הצדק הרלוונטי לענייננו הוא השאיפה להימנע מתוצאה לא צודקת. שני היבטים אלו עמדו כגורם מניע מאחורי מרבית הדוקטרינות שפותחו להתמודדות עם סיבתיות עמומה והובעו במפורש בחוות-הדעת של השופטת נאור בפרשת מלול.⁸⁶ המצב שבו תובע לא

83 ראו למשל דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 52 לפסק דינה של השופטת נאור (והאסמכתאות הרבות המובאות שם). נוכח הכללת שיקולים מסוג העדפת התובע החף, אין זה מפתיע כי טענה מקובלת היא שמקרים של סיבתיות עמומה הופכים את יסוד הקשר הסיבתי העובדתי ליסוד שבגדרו מתבצעות הכרעות ערכיות משמעותיות וניתן מקום נכבד לשיקולי מדיניות. ראו למשל, Erik S. Knutsen, *Ambiguous Cause-in-Fact and Structured Causation: A Multi-Jurisdictional Approach*, 38 TEXAS INT'L. L.J. 249, 258-262 (2003), והאסמכתאות המובאות שם. לדיון תאורטי עקרוני בשיקול זה של העדפת הנפגע מהסיכון על פני יוצר הסיכון או הנטל, הרלוונטי גם בהקשרים שמתוחך לתחומי דיני הנזיקין, ראו אם שגב שקלול ערכים ואיוון אינטרסים 36 (2008).

84 ראו ד"נ רינגר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 713 (בפסק דינו של השופט ברנזון): "נכון הדבר, כי ייתכנו מקרים שבהם עלול הנזק הנובע ממצבו המיוחד של הנפגע להיות מעל לכל פרופורציה ל'אשמת' המזיק. במקרה כזה עלולה אולי להיראות במבט ראשון הטלת האחריות לנזק כולו על המזיק כבלתי צודקת. אולם הדבר צריך להישקל במאזני הצדק, לא רק מבחינת המזיק, אלא גם מבחינת הניזוק, ואזי ייתכן מאד שכפות המאזניים ייטו דווקא לצד האחרון. הוא ניזוק ועל מישוהו לשאת בתוצאה. כלום צודק הוא להעביר את הנטל משכמו של המזיק, אשר ביצע מעשה עוולה, אל שכמו של זה האחרון, שהוא לגמרי חף מכל אשמה?" (הדברים מצוטטים בהסכמה בדנ"א קליפורד, לעיל ה"ש 15, פס' 16 לפסק דינו של השופט אור). אמנם לא דובר שם בשאלת הסיבתיות העמומה והדברים נאמרו אגב הדיון בשאלת הצפיות, אולם ההקשר הוא של אחריות לנזקים שניוניים ולכן הדברים יפים גם לענייננו.

85 טענת נגד לטיעון זה היא שהעדפת התובע החף נובעת ממידת האשמה של שני הצדדים ולא מתוצאת מעשיהם. לפי קו טיעון זה, אין מקום להבחין בין נתבע שהתרשל ולא ידוע אם גרם נזק (כמו למשל במצב של סיבתיות עמומה ביחס לנזק ראשוני), לבין נתבע שהתרשל וגרם נזק כלשהו, שהרי הגורם ההופך את הנתבע ל"אשם" הוא ההתרשלות ולא הנזק שנגרם. מכל מקום, אף אם מקבלים טענה זו, עדיין אין חולק שהתובע החף עדיף על שני סוגי הנתבעים האמורים.

86 השופטת נאור כתבה את דעת הרוב העיקרית בע"א מלול, לעיל ה"ש 4, ואת דעת המיעוט העיקרית בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3. שני פסקי הדין שכתבה עשירים ביותר מבחינה תאורטית. לעניין שיקול

יוכל, באופן א-פריורי, להוכיח את תביעתו רק בשל עמימות סיבתית המאפיינת את הסיטואציה, נתפס כמצב לא צודק והשאיפה היא להימנע ממנו.⁸⁷ זאת, הן לעניין נזקים ראשוניים הן לעניין נזקים שניוניים. להשלמת התמונה יצוין כי לא הכול מסכימים ששיקולי הצדק פועלים אך ורק לטובת התובע ולטובת הגמשת הכללים. למשל, טענה אפשרית היא שעקרון הצדק המתקן – אחד העקרונות העומדים בבסיס דיני הנזיקין – מופר דווקא כאשר יש סטייה ממאזן ההסתברויות, ובעיקר כשמדובר במעבר לשיטה של אחריות יחסית.⁸⁸ זאת משום שעקרון הצדק המתקן במובנו הבסיסי דורש שמזיק יפצה ניזוק בדיוק בשיעור הנזק שאתו מזיק גרם לאותו ניזוק. מובן אפוא שמעבר לכלל יחסי ולפיצוי חלקי לא יוכל להגשים את הצדק המתקן במובנו הבסיסי. עם זאת, ועל אף הטענות הנוגדות, נדמה ששיקול הצדק (על שני היבטיו שצוינו לעיל) הוא השיקול העיקרי העומד בבסיס גישתם של התומכים בהגמשת הכללים.

שיקול נוסף בעד הגמשת הכללים מתמצה באמירה ש"קשר סיבתי עובדתי הוא קשר סיבתי עובדתי", בכל מקום שבו יש להפעילו. על פי טיעון זה, המתמקד במהותו של רכיב הקשר הסיבתי העובדתי כיסוד פיזי-מדעי,⁸⁹ העובדה שהוכחתו בענייננו נדרשת ביחס לקשר שבין הנזק הראשוני לשניוני (ולא בין ההתרשלות לבין הנזק הראשוני) אינה משנה את הכללים הקבועים בדין, לרבות ההגמשות שנעשו והחריגים שהוכרו לכלל מאזן ההסתברויות. טענה זו נכונה בעיקרה. העובדה שמדובר בנזק שניוני אינה משנה את כללי המשחק ואת אופיו של מבחן הקשר הסיבתי העובדתי, ועל כן אין מקום לתפיסה השוללת לחלוטין את הגמשת מבחן מאזן ההסתברויות אם ימצא שיש בכך צורך. עם

הצדק ראו דבריה בע"א מלול, פס' 26 לפסק דינה: "ראוי עם זאת, לדעתי, לרכך את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין התרשלות לבין נזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים שבהם גישת 'הכול או לא כלום' גורמת לאי-צדק. אי-צדק זה יכול להתעורר למשל בהקשרים שבהם מוכח שקיימת אי-ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עוותתיים, גרם בפועל לנזקו של התובע" (ההדגשה הוספה – ר"ש). כך הבין גם המשנה לנשיאה ריבלין את עמדתה של השופטת נאור (ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 4 לפסק דינו). על ההיבט של שיקול הצדק המתבטא בהעדפת התובע החף ראו דנ"א מלול, פס' 52–54 לפסק דינה של השופטת נאור.

87 הדוגמאות לגישה זו רבות. ראו למשל גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1346 ו-1351; ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים 805 (2007) (להלן: גלעד "הערות לקודקס"); גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 10, בעמ' 419 (בהקשר של אחריות יחסית); אלכס שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית: הכרעה לפי מאזן הסתברויות, אחריות בשל פגיעה בסיכויי החלמה ודוקטרינת הנזק הראייתי (בשולי ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר)" עיוני משפט כג 755, 763 (2000).

88 ראו הדיון שעורך השופט גובראן בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 3–11 לפסק דינו. יצוין כי השופט גובראן הצטרף לעמדת המיעוט התומכת בהחלת אחריות יחסית, אולם טעמיו היו שונים מאלה של השופטת נאור.

89 על אופיו של הקשר הסיבתי העובדתי כיסוד מדעי-פיזי ראו למשל אנגלרד "הקשר הסיבתי", לעיל ה"ש 16, בעמ' 228–229; גלעד "הסיבתיות", לעיל ה"ש 9, בעמ' 16; WINFIELD & JOLOWICZ, לעיל ה"ש 18, בעמ' 269.

זאת, ייתכן שנוכח השיקולים האחרים שהועלו מקרים אלו של סיבתיות עמומה ביחס לנזק השניוני מצדיקים גישה אחרת לאופן הגמשת הכללים. מאפיין אחרון של מקרי נזקים שניוניים הרלוונטי לענייננו הוא היעדר יתרון ראייתי לנתבע. אסביר: בסיטואציות נזיקיות רבות הנוגעות לנזקים ראשוניים זוכה הנתבע ליתרון על פני התובע בכל הנוגע לגישה לראיות. היתרון יכול לנבוע משליטה בנכס שבשטחו נגרם הנזק (כגון בעל בית מלון ואורחיו), משליטה באופן שבו יתנהל האירוע (למשל רופא המנתח חולה) ועוד. סיטואציות של טיפול רפואי, שבהן לחולה אין כל השפעה על מהלך העניינים, הן סיטואציות נפוצות מאוד המדגימות את הטענה. לעומת זאת, הסיטואציה הטיפוסית של נזק שניוני אינה כזו. הטעם לכך הוא שלאחר שנגרם הנזק הראשוני, ובעיקר במקרים שבהם חלף זמן רב מקרות הנזק הראשוני לקרות הנזק השניוני, ההנחה היא כי דרכיהם של המזיק המקורי ושל הניזוק נפרדו. אם הנחה זו נכונה, מובן כי אי אפשר עוד לומר שלמזיק-הנתבע יש יתרון בראיות הנוגעות לאירוע הנזק השניוני, ובפרט ראיות הנוגעות לקשר הסיבתי בין שני הנזקים. יתר על כן, ייתכן שהמצב הוא הפוך, קרי שאם יש יתרון ראייתי, דווקא התובע הוא בעל היתרון. למשל, אם לאחר הנזק הראשוני פנה התובע-הניזוק לרופא פלוני כדי שהאחרון יבצע בו בדיקות, ברי כי המידע והשליטה שיש לתובע על מצבו הרפואי רבים מאלה המצויים בידי הנתבע. אפשר לסכם ולומר אפוא שבמרבית הסיטואציות של נזקים שניוניים "מאבד" הנתבע את היתרון הראייתי שהיה לו, אם היה לו, ביחס לנזק הראשוני. מאפיין זה של אובדן היתרון הראייתי הוא מאפיין עובדתי של הסיטואציות שבהן עוסקת רשימה זו, וכשלעצמו הוא אינו שיקול בעד או נגד הגמשת הכללים. עם זאת, הוא בעל חשיבות בעיצוב הפתרון הראוי, ועל כך אעמוד בהמשך.

אם כן, למקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים ישנם מאפיינים שונים ומיוחדים שתוארו לעיל, ובהם התארכות השרשרת הסיבתית, מובהקות השיקול של העדפת התובע החף והיעדר יתרון ראייתי לנתבע. מאפיינים אלה מאפשרים לשרטט סביב המקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים "קו גבול", ולהפכם לתת-קבוצה של מקרים בתוך הקבוצה הגדולה והמגוונת של מקרי סיבתיות עמומה הנוגעת לעצם גרימת הנזק. מהלך דומה של "תחיתת" קבוצות כבר נעשה בעבר בעניין נזקים ראשוניים מסוג אובדן סיכויי ההחלמה, נזקים ראייתיים וכן בעניין מקרים שחוסים תחת חריג ההטיה הנשנית. אשר לפתרון הראוי לקבוצת מקרים זו, מוטב כי הדיון בנושא זה ייערך בזהירות ובשים לב לשיקולים הקוראים להגמשה מרוסנת יותר של הכללים המסורתיים (ובפרט להשלכות של אורך השרשרת הסיבתית), תוך חיפוש אחר פתרונות שהם מאוזנים ושוויוניים. להערכת פתרונות שונים אשר עשויים לחול בענייננו נעבור כעת.

3. הפתרונות הבינאריים – העברת הנטל**(א) הצגת הפתרונות**

לקבוצת הפתרונות הבינאריים מאפיינים משותפים. מבחינה תוצאתית החלתם משמרת את המצב שבו רק אחד הצדדים נושא בסוף המשפט בנזק כולו (כלומר אין חלוקה של הסיכונים). עם זאת, היא משנה את זהות הנושא בנזק – התובע עובר ממצב של "כלום" למצב של "הכול", ואילו הנתבע עובר ממצב של פטור מלא למצב של חבות מלאה לנזק, וזאת על דרך של העברת הנטל מהתובע לנתבע.⁹⁰ מכאן נובע אחד היתרונות החשובים של פתרונות אלו – ההתאמה למציאות שאף היא "בינארית". ההנחה המקובלת היא שבמציאות יכול להתרחש אחד משני מצבים – המזיק גרם, או לא גרם, למלוא הנזק (בהנחה שכל הגורמים האפשריים לנזק הם חלופיים ולא מצטברים). מצבי ביניים אינם אפשריים. על כן הפתרונות היחסיים בהכרח חוטאים למציאות העובדתית, ואילו תוצאות בינאריות מבטאות עמדה שעשויה להתיישב עמה.⁹¹ זאת ועוד, היות שפתרונות אלו "עוקפים" את הכלל של מאזן ההסתברויות ואינם מתנגשים בו חזיתית, כפי שעושים חלק מהפתרונות היחסיים, הם "קלים יותר לעיכול" על ידי בתי המשפט אף על פי שבמובנים מסוימים תוצאתם דרמטית הרבה יותר בהשלכותיה (שכן מדובר במעבר מנקודת קיצון אחת לאחרת).

אף הרציונל המוביל את השימוש בפתרונות הבינאריים הוא משותף, ולעתים אף מקבל ביטוי מפורש בתנאים הנדרשים להחלתם. הרציונל הוא שלילת היתרון שיש לנתבע בהליך המשפטי, הנובע משליטתו (או מנגישותו וזמינותו העדיפה) בראיות, בנכסים או באירוע הנזיקי.⁹² מקרה מובהק הוא טיפול רפואי, שבו התובע הניזוק אינו

90 בישראל הנטל המועבר הוא נטל השכנוע, ובשל מאפייניה של שיטת המשפט הישראלית, ובעיקר העובדה שהבחינה כולה נעשית בסוף המשפט, התוצאה של ניצחון התובע (בשל אי-עמידת הנתבע בנטל שהועבר אליו) היא כמעט ודאית. ראו גיא שני "כלל הדבר מעיד על עצמו בדיני הנזיקין – בחינה מחודשת" משפטים לה 81, 124–134 (2005) (להלן: שני "הדבר מעיד על עצמו"); שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 25–36, 59–67; ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון אלברט, פס' 23 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.12.2006).

91 שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 19–20; גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1380. ודוק: תוצאה בינארית נכונה יותר גם מנקודת מבט שלפיה תפקיד בית המשפט הוא לקבוע "אמת עובדתית" ביחס לאירוע הנזיקי. על כך ראו Charles Nesson, *The Evidence or the Event?* On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts, 98 HARV. L. REV. 1357 (1985). עם זאת אפשר להטיל ספק ביכולתו של בית המשפט להיתפס כקובע אמת עובדתית כאשר הוא מסתמך על העברת נטל, פתרון שבמהותו פועל במישור הראייתי ולא במישור ה"מציאות".

92 לעניין זה יפים במיוחד דברי השופט (כתוארו אז) ריבלין בע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, פס' 17 לפסק דינו (2001), אגב דיון ביחס שבין כלל "הדבר מעיד על עצמו" לבין חזקת הנזק הראייתי, שהם שני הפתרונות הבינאריים העיקריים: "בשני המקרים קיים יתרון לנתבע מבחינת היכולת להוכיח את עניינו במשפט: במקרה הראשון, לנתבע יותר יכולת מאשר לתובע לדעת 'מה היו הנסיבות שנגרמו למקרה שהביא את הנזק' (סעיף 41 לפקודה); גם במקרה האחר – גרימת חסר

מחזיק בתוצאות הבדיקות, אינו שולט על אופן עריכתן, ולעתים אף מצוי בהרדמה או מחוסר הכרה ואינו יודע מה מתרחש בסביבתו.⁹³ רציונל זה הוא שהופך את הפתרונות הבינאריים ליעילים ביותר במקרים מסוימים (למשל מקרים שבהם יש צורך לתמרץ את הצדדים לשמור וליצור ראיות), אולם כפי שנראה בהמשך, הופך אותם גם לבעלי יכולת מועטה, אם בכלל, לפתור בעיות של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים.

קיימים כמה מקורות שמכוחם מועבר נטל השכנוע לפתחו של הנתבע בהקשר הסיבתי. ברשימה יידונו שלושה פתרונות בינאריים – חזקת הנזק הראייתי; כלל "הדבר מעיד על עצמו"; והעברת נטל מכוח שיקולי מדיניות. המקור הראשון, והעצמתי ביותר, הוא חזקת הנזק הראייתי או ה"פן הראייתי" של דוקטרינת הנזק הראייתי.⁹⁴ בתמצית, דוקטרינת הנזק הראייתי (על שני היבטיה)⁹⁵ נועדה לתת מענה לקשיים עובדתיים שהם תוצאה של התנהגות קלוקלת של הנתבע. הפן המהותי-נזיקי של הדוקטרינה מציע הכרה בראש נזק עצמאי המבוסס על הנזק הראייתי שגרם הנתבע, ואילו הפן הראייתי מציע העברת הנטל לפתחו של הנתבע להוכיח את הנזק המקורי.⁹⁶ העברת הנטל דורשת הוכחת שלושה תנאים:⁹⁷ עמימות עובדתית או חסר ראייתי (בפסיקה נקבע שהוא יתקיים רק אם קיים קושי ממשי להוכיח אחד מיסודות התביעה); שליטה של הנתבע בראיות או עדיפות בגישה אליהן. בהקשר זה החזקה מעגנת במפורש את הרציונל של יתרון הנתבע על התובע בהליך המשפטי; ואשם של הנתבע בגרימת הנזק הראייתי. בכך מוציאה הדוקטרינה מתחולתה את גורמי הנזק הראייתי ה"תמימים". בהתקיים תנאים אלו עובר הנטל אל הנתבע בעניין אותו יסוד שלגביו מתקיימת העמימות. עד עתה יושם התנאי בעיקר ביסודות ההתרשלות והקשר הסיבתי.

בחלוף השנים קנה לו השימוש בדוקטרינה אחיזה חזקה במשפטנו, בעיקר בתחום הרשלנות הרפואית, למשל כפתרון לליקויים בתיעוד וברישום הרפואי. אולם, בשנים

ראייתי ברשלנות – היה לנתבע יתרון מבחינת הנגישות לחומר הראיות שהיה אמור להיות בשליטתו במועדים הרלוונטיים. אם חרף היתרון הזה לא הצליח להטות את הכף לטובתו – תוטל עליו אחריות". ראו גם שני "הנזק הראייתי ועונשו", לעיל ה"ש 49, בעמ' 366: "הכלי של העברת נטל הוא כלי מקובל להתמודדות עם בעיות של עמימות עובדתית ושל חוסר שוויון בגישה לראיות".

93 לחיזוק העמדה שלפיה תחום הרשלנות הרפואית הוא הכר הפורה והנפוץ ביותר למקרים של סיבתיות עמומה, תוך ציון הקשרים נוספים שבהם היא עשויה להתעורר, ראו למשל בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן ההסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 855, 862–863 (2007) (להלן: שמואלי, שפירא ופוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי").

94 להרחבה על הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי ראו "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 244–251; שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 297–411; שני "הנזק הראייתי ועונשו", לעיל ה"ש 49.

95 על ההיבט המהותי של דוקטרינה ראו להלן ה"ש 161.

96 שני "הנזק הראייתי ועונשו", לעיל ה"ש 49, בעמ' 318–319.

97 לניתוח מפורט יותר של התנאים ראו שם, בעמ' 325–328 (והאסמכתאות המובאות שם).

האחרונות נרשמת הרחבה ניכרת באופן החלת החזקה, אשר לעתים חותרת תחת הרציונלים של יעילות וצדק שמלכתחילה הביאו ליצירתה.⁹⁸ ההרחבה המשמעותית ביותר של חזקת הנזק הראייתי, ששימשה מטרה לביקורות רבות, היא החלת החזקה במקרים של "נזק ראייתי מובנה".⁹⁹ אלו הם מקרים שבהם הנזק הראייתי נובע מההתרשלות שגרמה לכאורה גם לנזק העיקרי.¹⁰⁰ דוגמה אפשרית היא מקרה שבו פנה מטופל לרופא בטענה כלשהי, והרופא התרשל משום שלא ערך בדיקות מתאימות. בסופו של דבר ניזוק אותו מטופל. בהתרשלותו גרם הרופא לנזק ראייתי בכך ששלל מהמטופל את האפשרות לדעת מהו הגורם לנזקו (גורם שיתכן שהיה מתברר לו בוצעו הבדיקות).¹⁰¹ ישנם מקרים רבים נוספים שבהם הסיטואציה מלמדת על נזק ראייתי מובנה. אם מאמצים פרשנות רחבה לחזקת הנזק הראייתי המובנה, למעשה אפשר "לתרגם" כמעט כל מקרה של סיבתיות עמומה למונחי נזק ראייתי מובנה,¹⁰² לרבות מקרים המצויים מחוץ לתחום הרשלנות הרפואית.¹⁰³ לכן, ההכרה בנזק ראייתי מובנה היא גם הצוהר העיקרי שדרכו חודרת דוקטרינת הנזק הראייתי לעולם הסיבתיות העמומה.¹⁰⁴ אם כן, לצד התוצאות הצודקות

- 98 גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1364–1369; שני "הנזק הראייתי ועונשו", לעיל ה"ש 49, בעמ' 342–365. כך, למשל, החזקה הוחלה גם בתחומים שמחוץ לתחום הרשלנות הרפואית. המקרה המובהק הוא ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פ"ד נט(4) 310 (2005), שבו דובר על רשלנות של המשטרה בחקירה ואיסוף של ראיות. יש לציין שבאותו מקרה נרשמה הרחבה נוספת לדוקטרינה, שכן גורם הנזק הראייתי אינו הגורם שנטען לגביו שגרם לנזק העיקרי. הרחבה זו מעוררת אף היא שאלות לא פשוטות. עוד ראו לאחרונה ע"א 4584/10 מדינת ישראל נ' שובר, פס' 114(ד) לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 4.12.2012).
- 99 ההבחנה בין נזק ראייתי מובנה לנזק ראייתי נפרד נטבעה על ידי ד"ר שני (ראו למשל שני "הנזק הראייתי ועונשו", לעיל ה"ש 49, בעמ' 333–335) ואומצה לאחרונה בבית המשפט העליון בע"א 4022/08 אגבבה נ' ד.י.ש חברה בע"מ, פס' 13–14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.10.2010). את ההכרה הראשונה בחזקת הנזק הראייתי המובנה בפסיקה, אם כי ללא שימוש במינוח זה, מקובל לייחס לפסק הדין בע"א 9328/02 מאיר נ' ד"ר לאור, פ"ד נח(5) 54 (2004). לדיון מעניין בנושא הנזק הראייתי המובנה ראו פרשת שובר, לעיל ה"ש 98, פס' 114(ד) לפסק דינו של השופט עמית ופס' 21(ד) לפסק דינו של השופט הנדל.
- 100 ראו פרשת גולן, לעיל ה"ש 90, פס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס.
- 101 במקרה זה ייתכן שאי-ביצוע הבדיקה ייחשב אף כפוגע בסיכויי ההחלמה של המטופל. ראו שני "נקודות המפגש", לעיל ה"ש 72, בפרק ג.
- 102 שם, בעמ' 409: "הנזק הראייתי טמון בחוסר האפשרות להשיב לשאלה 'מה היה קורה אילו' בנסיבות שבהן הנזק יכול להיות תוצאה של ההתרשלות אך גם תוצאה של גורם שאינו עולתי [...] למעשה, בכל מקרה שבו הוכחה התרשלותו של הנתבע וקיים קשר סיבתי פוטנציאלי בין ההתרשלות לבין נזקו של התובע – כלומר ההתרשלות היא גורם סיכון לנזק – עשויה להישמע טענה בנוסח הלכת מאיר".
- 103 ואכן, פיצוי במקרה של נזק ראייתי מובנה ניתן גם מחוץ לעולם הרשלנות הרפואית. ראו למשל ע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כץ, פס' 15–16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.1.2009).
- 104 ד"ר שני מתאר היטב את משמעות החלת החזקה במצב של סיבתיות עמומה. ראו שני "נקודות המפגש", לעיל ה"ש 72, בעמ' 405: "אפשר לומר כי המשמעות של הכלל במצבים שבהם הוא חל, בית המשפט מסתפק בהוכחת קשר סיבתי פוטנציאלי בין התרשלותו של הנתבע לבין נזקו של

לכאורה שפתרון זה עשוי להביא, ההכרה בנזק מסוג זה טומנת בחובה פוטנציאל בעייתי להרחבת האחריות בנוזקין,¹⁰⁵ והחלתו אינה תמיד מתיישבת עם הרציונל שצוין לעיל להעברת נטל, קרי הרציונל של עדיפות ראייתית של הנתבע. בהמשך אדון באפשרות להכיר בחזקת הנוזק הראייתית המובנה בעולם הנוזקים השניוניים.

מקור נוסף להעברת הנטל הוא כלל "הדבר מעיד על עצמו". זהו כלל סטטוטורי,¹⁰⁶ שלשם החלתו על התובע להוכיח כי נסיבות האירוע היו לא ידועות (התנאי הראשון); שליטה של הנתבע בנכס שגרם לנזק (התנאי השני); ושהמסקנה בדבר קיום התרשלות מסתברת יותר ממסקנה בדבר היעדרה של התרשלות (התנאי השלישי).¹⁰⁷ בהקשר הסיבתי הוחל הכלל רק במקרים מעטים, למשל בפרשת דביר, שבה הועבר הנטל לרשות מקומית (הנתבעת), שנדרשה להוכיח שאף אילו הייתה מבצעת בדיקות ביטחון בבית ספר שבאחריותה, לא היה נמנע הנוזק הנגרם מנפילת דלת על עובדת ניקיון בבית הספר.¹⁰⁸ עם זאת, בספרות הועלו ספקות באשר להתאמתו של הכלל לפתור בעיות של סיבתיות, הן משום שתנאי הכלל מותאמים לקביעת ההתרשלות (זהו "ביתו הטבעי") ולא לקביעת הקשר הסיבתי,¹⁰⁹ הן משום החשש מפני החלת יתר באותם מקרים שבהם אין יתרון לנתבע.¹¹⁰ כפי שיודגש בהמשך, שיקולים אלה יפים שבעתיים כשמדובר בנוזקים שניוניים.

התובע; בכל הנוגע לקשר הסיבתי הספציפי, נטל השכנוע עובר אל כתפיו של הנתבע, ואין לצפות כי יוכל להרימו שהרי מגבלות הידע האנושי (היוצרות את הסיבתיות העמומה) הן גם מגבלותיו שלו".
105 שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 337–343; גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1364–1369.

106 הכלל מעוגן בסעיף 41 לפקודת הנוזקין. יצוין כי חזקות שפועלן דומה מצויות בסעיפים 38–40 לפקודת הנוזקין. חזקות אלה הן כמעט "אות מתה" במשפט הישראלי ואינן רלוונטיות כלל בהקשר הסיבתי. להרחבה על החזקות הללו ראו שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 199–294, וכן עופר דרורי "על אופיה של האחריות הנוזקית – האחריות לנוזקי כלב" הפרקליט מו 384 (2002); גלעד "הערות לקודקס", לעיל ה"ש 87.

107 לדין מקיף בכלל זה ובתנאיו, לרבות מנקודת מבט ביקורתית, ראו שני "הדבר מעיד על עצמו", לעיל ה"ש 90; שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 73–196; יצחק אנגלרד הכלל "הדבר מעיד בעדו" ביני הנוזקין (1967); PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 68, בעמ' 84–100.

108 ע"א 5425/97 עיריית קריית מוצקין נ' דביר, פ"ד נג(3) 172, בפסק דינו של השופט אור (1999). החלת הכלל בהקשר הסיבתי נעשתה גם במשפט האמריקאי (ראו למשל Ybarra v. Spangard, 154 (Cal. 1944) (P.2d 687), אולם גם שם נדמה שמדובר בהחלה חריגה של הכלל.

109 עם זאת יש לציין שהעברת הנטל ביסוד התרשלות מביאה למעשה להעברת הנטל גם בעניין ההקשר הסיבתי העובדתי, ולכן סביר יהיה להניח שיימצא כי מתקיים קשר סיבתי כאמור. ראו למשל גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1373–1374.

110 שני "חזקות התרשלות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 139–149; גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1374–1375. ככלל יוער כי למעט חזקת הנוזק הראייתית המובנה, הפתרונות הבינאריים אינם מתייחדים למקרים של סיבתיות עמומה. יתרה מכך, ייעודם העיקרי הוא העברת הנטל בשאלת ההתרשלות, ובמקרים שבהם מדובר באשם של הנתבע. סיבתיות עמומה מעצם הגדרתה אינה עוסקת

יש מקרים שבהם העברת הנטל אינה מבוססת על דוקטרינה סדורה, אלא מיושמת מכוח שיקולי מדיניות ובנסיבות קונקרטיות. זהו פתרון חריג אך בעל פוטנציאל לסייע במקרים שבהם קיים חוסר שוויון ראייתי והכלים האחרים אינם מתאימים בשל אי-קיום תנאי מתנאים, או כאשר קיים חוסר צדק משווע. מקרה מוכר של העברת נטל מסוג זה הוא מקרה הציידים המפורסם בארצות הברית.¹¹¹ במשפט הישראלי נדמה שפתרון זה יושם בפרשת מלך, שבה מתייחס בית המשפט להעברת נטל ההוכחה כאל "מכשיר לעשיית צדק".¹¹²

(ב) הקושי המובנה בהחלת פתרונות בינאריים על הסוגיה

פתרונות בינאריים אומצו זה מכבר במשפט הישראלי במצבים שונים, לרבות בהתמודדות עם סיבתיות עמומה. משכך, הם לכאורה "קלים יותר לעיכול", והחלתם אינה דורשת פיתוח או פריצת גבולות. זאת ועוד, טענה אפשרית היא שלאור ההכרעה בדנ"א מלול, ששללה במובן מסוים היזקקות לכלל הכרעה יחסי (ועל כך אעמוד בהרחבה בהמשך), התעצם מעמדם של הפתרונות הבינאריים, שהפכו לכלי כמעט בלעדי להגמשת הכללים המסורתיים. אף על פי כן חוסר התאמתם לסיטואציה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים הוא מובהק למדי, משני טעמים עיקריים: הטעם הראשון השולל את החלת הפתרונות הבינאריים על הסוגיה הנדונה במאמר נובע מאופיים הדקוני והמוחלט של הפתרונות הבינאריים – מעבר ממצב של "כלום" למצב של "הכול". מאפיין זה, אשר מציב קשיים ועשוי להביא לתוצאות קיצוניות

באשמו של הנתבע. עם זאת הם עשויים לשמש פתרון – ואכן ננקטו במקרים מסוימים – גם להתגברות על סיבתיות עמומה.

111 Summers v. Tice, 199 P.2d 1 (Cal. 1948). במקרה זה מדובר בשלושה ציידים שיצאו לצוד שלווים (quails), כשהם חמושים ברובים. במהלך הציד אחד הציידים, סאמרס, התקדם במעלה הגבעה שעליה טיפסו השלושה, כשלפתע זוהה שליו מעל ראשו של סאמרס. שני הציידים שנותרו מאחור ירו לעבר השליו, אולם למרבה הצער שני כדורים פגעו בסאמרס. לא היה ברור מי משני הציידים פגע בו. בנסיבות אלה, לפי כלל מאזן ההסתברויות אי אפשר יהיה לחייב אף אחד מן הציידים, משום שאי אפשר היה להוכיח שאחד מהם גרם לנזקו של סאמרס בהסתברות הגבוהה מ-50%. כאמור, במקרה זה בחר בית המשפט העליון בקליפורניה להיזקק לפתרון של העברת הנטל.
112 ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89 (1990) (נזקי גוף מנשיכות כלבים). מקרה נוסף שאפשר לייחסו להעברת נטל "סתם" תוך התבססות על שיקולי מדיניות הוא ע"א 101/81 דג נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 32 (1984). בעניין זה קבע השופט בייסקי בפס' 6 לפסק דינו ש"גם במקרים, ש[בהם] הסעיף 41 הנ"ל [כלל הדבר מעיד על עצמו – ר"ש] אינו ניתן להפעלה, הוכחת הרשלנות אפשרית באמצעות ראיות נסיבתיות, וגם אז עשוי הנתבע להתחייב באחריות, אלא אם יוכיח, שלא הייתה התרשלנות מצידו [...] סעיף 41 הנ"ל אינו בא למצות את כל מצבי העובדות, שבהם תעבור על הנתבע החובה למתן הסבר של היעדר רשלנות [...]". כן ראו ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989).

ולהטבת יתר עם התובע גם באשר לנזקים ראשוניים,¹¹³ בעייתי אף יותר בעולם הנזקים השניוניים, עולם שבו הנטייה לסייע לתובעים קטנה יותר. זאת, בפרט נוכח ההשלכות של התארכות השרשרת הסיבתית והקטנת הסיכוי שהנזק השניוני אכן התרחש בשל מעשי הנתבע. אם כן, אמנם הפתרון של היפוך הנטלים נועד לשרת את הצדק,¹¹⁴ אך נדמה שבמקרה האמור הוא מביא דווקא לחוסר צדק, ולכן במרבית המקרים לא יהא ראוי להיזקק לו.

הטעם השני נשען על הרציונלים העומדים בבסיס הפתרונות הבינאריים. פתרונות אלה כאמור מתבססים על רציונל של שלילת היתרון של הנתבע בגישה לראיות ולנכסים רלוונטיים ובשליטה עליהם. יתרון זה מצדיק, מסיבות שונות (כגון תמריצים ליצירת ושימור ראיות), את העברת נטל ההוכחה לפתחו של הנתבע. דא עקא, כפי שצוין בהרחבה לעיל, שבמקרים הטיפוסיים של נזקים שניוניים יתרון זה אינו קיים, ואף ייתכן שהמצב הוא הפוך – כלומר שהיתרון הוא דווקא של התובע-הניזוק. וכך למה? בנזקים ראשוניים הפעולה או המחדל שהובילו (או לא הובילו) לנזק בוצעו בסיטואציה שבשליטת הנתבע, והדוגמה המובהקת לכך היא רשלנות רפואית. לעומת זאת מרגע קרות הנזק הראשוני ואילך, במרבית המקרים הניזוק הוא בעל המידע על מצבו הגופני, על הטיפולים שקיבל, על הסממנים המקדימים לקרות הנזק השניוני (אם היו כאלה) וכיוצא באלה. אם כן, במקרה הטיפוסי של נזק שניוני, הנתבע – הוא המזיק המקורי – רחוק פיזית ורעיונית מהגישה לראיות, ועל כן לא ראוי לחייבו מכות פתרונות שבבסיסם עומדת השאיפה לשלול יתרון מסוג זה.¹¹⁵

מנגד אפשר לטעון כי קבוצת מקרים שבהם לא מתקיימת ההנחה בדבר היעדר היתרון הראייתי של הנתבע, היא קבוצת המקרים שבהם גרם הנתבע נזק ראייתי מובנה אשר שלל מהתובע את היכולת לדעת מהו הגורם האמיתי לנזק השניוני. במקרים אלה, לפי הטענה, עדיין יש יתרון ראייתי של הנתבע, ממש כמו ביחס לנזקים ראשוניים. אדגים את הנקודה באמצעות מקרה האפילפסיה שהופיע בתחילת הרשימה. טלו מצב שבו שמעון הוא רופא שהתרחל, ובהתרחלותו גרם לראובן לנזק מוחי-נוירולוגי. מאוחר יותר התברר שראובן סובל מאפילפסיה (הנזק השניוני), אולם בשל סיבתיות עמומה אי אפשר לדעת מהו הגורם לה, וראובן עומד בפני שוקת שבורה. זהו מקרה של נזק ראייתי מובנה, שכן

113 ראו למשל ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, פס' 15–18 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1999) (להלן: עניין יהונתן כהן). ראו גם שני "הנזק הראייתי ועונשו", לעיל ה"ש 49, והפתרונות המוצעים שם, בעמ' 366–371, להתגבר על קשיים אלו (לדיון ביקורתי בפתרונות אלה ראו גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1371–1372).

114 שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 41–42.

115 טיעון בעל אופי דומה מעלה פרופ' גלעד ביחס להבדל שבין שימוש בפתרונות הבינאריים כדי לקבוע קיומה של התרחלות לבין שימוש בהם כדי לקבוע ממצא בדבר קשר סיבתי עובדתי, שלגביו יתרונו של הנתבע בראיות מוטל בספק (ראו גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1357–1358). דברים אלו יפים שבעתיים בענייננו, מהסיבות האמורות.

אלמלא ההתרשלות של שמעון ובית החולים בגרימת הנזק המוחי, לא הייתה מתעוררת עמימות באשר לגורם האפילפסיה. במקרה כזה אפשר אולי לטעון כי שמעון ובית החולים זוכים ליתרון ראייתי, ולכן להעביר לפתחם את הנטל מכוח הפן הראייתי של הדוקטרינה ולחייבם במלוא הנזק השניוני. מקרה נוסף שמדגים את ההחלה האפשרית של דוקטרינת הנזק הראייתי המובנה על נזקים שניוניים הוא המקרה הבא: בעל בית מלון מתרשל באי-הצבת מציל בכֶּכָּה. באין מציל טבע אדם בברכה.¹¹⁶ חייו של האדם ניצלים ברגע האחרון, אולם לריאותיו חדרו מים רבים וריאותיו ניזוקו. כעבור כמה שנים סובל האדם ממחלת ריאות קשה, המביאה למותו. מתעוררת עמימות סיבתית בשאלה מהו הגורם למחלת הריאות הקשה (ולמות) – האם הנזק המוקדם לריאות, או שמא התפתחה המחלה באופן טבעי. אף במצב זה, לפי חזקת הנזק הראייתי המובנה, אפשר להעביר את הנטל לבעל בית המלון, שכן בהתרשלותו מנע מהתובע את האפשרות לדעת מהו הגורם לנזק השניוני.

אכן, מבחינת הגיונה של חזקת הנזק הראייתי המובנה, אין מניעה שהפטרון יוחל במקרים של סיבתיות עמומה לנזקים שניוניים. נכון גם לומר שנעדרת ההנחה באשר לאובדן היתרון הראייתי של הנתבע. עם זאת, יש סיבות אחרות השוללות את החלת חזקת הנזק הראייתי המובנה במקרים של נזקים שניוניים. כזכור, ההכרה בנזק ראייתי מובנה היא ההרחבה בעלת הפוטנציאל הבעייתי ביותר של דוקטרינת הנזק הראייתי בישראל, בעיקר אם מאמצים פרשנות רחבה לחזקת הנזק הראייתי המובנה.¹¹⁷ ההחלה על נזקים שניוניים אך מעצימה את הביקורת שנשמעת ממילא על מגמת הרחבה זו. ודוק: המקרים שתוארו לעיל הם מקרים של פרשנות רחבה יחסית של חזקת הנזק הראייתי המובנה. לפי פרשנות רחבה זו, במקרים של סיבתיות עמומה כמעט כל נזק ראשוני הוא למעשה נזק ראייתי, במובן שהוא מונע את האפשרות לדעת בבירור מהו הגורם לנזק השניוני. פרשנות כזו לחזקת הנזק הראייתי, בפרט ביחס לנזקים שניוניים, תביא לפריצת גבולות לא ראויה.¹¹⁸ בנוסף, אשר לכשל הראשון של הפתרונות הבינאריים, הוא הכשל שצוין לעיל בדבר תוצאתם הדרקונית של פתרונות אלו, מובן שגם חזקת הנזק הראייתי המובנה לוקה בו, וזה טעם נוסף לאי-החלתה.

לסיכום נקודה זו, משני הטעמים שצוינו לעיל – התוצאה הדרקונית והסתירה לרציונל העומד בבסיס הפתרונות הבינאריים – נראה כי הפתרונות הבינאריים ככלל אינם

116 עד כה העובדות מזכירות מקרה אמיתי שאירע בארצות הברית. פסק הדין המפורסם הנוגע למקרה זה הוא *Haft v. Lone Palm Hotel*, 478 P.2d 465 (Cal. Sup. Ct. 1970). המקרה מובא במאמר Ernest J. Weinrib, *A Step Forward in Factual Causation*, 38 MOD. L. REV. 518, 525 (1975).

117 ראו למשל שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 340–341.
118 כאמור, החלת החזקה במקרי נזקים שניוניים מותנית באימוץ הפרשנות הרחבה של חזקת הנזק הראייתי המובנה. עם זאת נדמה שלעת עתה אין זו הגרסה המקובלת בישראל, שכן בפועל בתי המשפט לא עשו שימוש בחזקה במלוא ה"פוטנציאל" (השלילי) הטמון בה, ויישומה הוגבל לעת עתה למקרים בעייתיים פחות. ראו שני "חזקות רשלנות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 341.

כלים מתאימים לפתרון הבעיה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים. אעבור עתה לבחון את קבוצת הפתרונות השנייה.

4. הפתרונות היחסיים-הסתברותיים

קבוצת הפתרונות היחסיים-הסתברותיים מאגדת פתרונות שהמשותף להם הוא קביעת פיצוי יחסי אשר מבוסס, למצער אמור להיות מבוסס, על נתונים הסתברותיים. את הפתרונות אפשר לחלק לשתי גישות הנבדלות ביניהן בקונסטרוקציה המשפטית ובבסיס העיוני שמכוחו מוטל הפיצוי היחסי. גישה אחת, שאכנה אותה גישת האחריות היחסית ה"טהורה", מבקשת להחליף את כלל מאזן ההסתברויות בכלל הכרעה יחסי. לפי גישה זו, הנזק הנתבע הוא הנזק המוחשי שנגרם (נזק גוף למשל), והתובע זוכה לפיצוי בשיעור הסיכוי שהנתבע גרם לו את הנזק. הגישה השנייה היא גישת ראשי הנזק. לפי גישה זו ניתן הפיצוי בגין ראש נזק נפרד, שהוא מעצם טיבו ואופיו ראש נזק "הסתברותי". התובע במצב זה אינו עותר לקבלת פיצוי בגין הנזק המוחשי אלא בגין ראש הנזק ההסתברותי (לדוגמה, הגברת הסיכון לחלות במחלה כלשהי, להבדיל מפיצוי בגין עצם המחלה). ראש הנזק החדש מוכח לפי כלל מאזן ההסתברויות, קרי בהסתברות הגבוהה מ-50%¹¹⁹ ולכן לכאורה אינו עומד בסתירה לכללים המסורתיים. בישראל נדונו כמה פתרונות יחסיים מסוג ראש הנזק הנפרד, למשל ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה.

לכאורה, כאמור, גישת ראשי הנזק מאפשרת הגעה לתוצאה יחסית (כלומר תוצאה שאינה בינארית), תוך שמבחינה פורמלית היא מצליחה להימנע מעימות חזיתי עם כלל מאזן ההסתברויות. עם זאת, לאחרונה הובעה בפסיקה ובספרות העמדה שראשי הנזק הנפרדים, בפרט באופן שבו נדונו ויושמו בישראל, מהווים למעשה "אחריות יחסית בתחפושת"¹²⁰ טעם עיקרי לכך הוא שבתי המשפט לא יישמו את ראשי הנזק כאילו היו נפרדים ועצמאיים אלא הטילו עליהם מגבלות שהדגישו את הקשר בינם לבין הנזק

119 ראו למשל עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 113, פס' 19 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (יצוין כי המשנה לנשיאה ריבלין הסתייג לעיתים מגישת ראשי הנזק. ראו להלן ה"ש 122); ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נא(2) 704 (1997). ודוק: ההוכחה בראשי נזק אלו מבוססת על ראיות הסתברותיות-סטטיסטיות ולא על ראיות אינדיווידואליות.

120 ראו למשל ע"א 10399/08 פרוטס נ' צירגייב, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 4.4.2011). במקרה הנדון דובר על ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה, אולם הדברים יפים גם לשאר ראשי הנזק הנפרדים. יש לציין שדוקטרינת אובדן סיכויי החלמה נותרה מקובלת בפסיקה על אף דברים אלו, בין השאר משום שהשתרשה עמוק בשיטת המשפט שלנו (דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, בפס' 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1448). ודוק: אף על פי שגישת ראשי הנזק מהווה אף היא פתרון יחסי-הסתברותי, התוצאות ההסתברותיות שאליהן היא מביאה אינן זהות לאלו שמביאה גישת האחריות היחסית ה"טהורה". על הפערים העשויים להתעורר מיישום הגישות היחסיות השונות ראו למשל שנור "הבסיס העיוני", לעיל ה"ש 70, בעמ' 186-193.

המוחשי, ובכך הפכו אותם לדומים להטלת אחריות יחסית טהורה בגין הנזק המוחשי. עמדה זו, החושפת את העובדה שראשי נזק נפרדים הם פיקציה משפטית,¹²¹ מהווה שיקול כללי נגד השימוש בראשי נזק נפרדים, ולכן רלוונטית גם לענייננו. אין בכך כמובן כדי לשלול את העובדה כי התוצאה שאליה מביאות הגישות היחסיות, ובתוכן גם גישת ראשי הנזק, היא לעתים צודקת. עם זאת, מן הראוי לעמוד על ה"מחירים" הכרוכים בבחירה בגישה זו. זאת ועוד, לא למותר לציין שמשום שמדובר ב"אחריות יחסית בתחפוש" הרי שהשיקולים שיידונו להלן – התומכים בהחלת אחריות יחסית טהורה והמתנגדים לה לעומת כלל מאזן ההסתברויות – חלים גם על ראשי הנזק הנפרדים. תחילה אבחן את גישת האחריות היחסית הטהורה ואת השאלה אם ראוי לסטות בשבילה מכלל מאזן ההסתברויות. כאמור, השיקולים שיועלו בגדרי גישה זו יהיו רלוונטיים גם לדיון בראשי הנזק. לאחר מכן אפנה לבחון מספר ראשי הנזק, אשר הוצעו כפתרון לבעיות של הוכחת הקשר הסיבתי העובדתי.

(א) כלל הכרעה יחסי – אחריות יחסית "טהורה" ואחריות יחסית "מותאמת"
הדיון בפתרון של אחריות יחסית טהורה הוא המעניין ביותר. בתמצית, המצדדים בגישה זו סבורים כי כלל מאזן ההסתברויות וההכרעה הבינארית אינם מספקים תוצאה צודקת וראויה במקרים של סיבתיות עמומה. לפיכך מוחלפים הכללים המסורתיים בכלל ישיר של אחריות יחסית – מתן פיצוי לתובע לפי עצמת טענתו מבחינה הסתברותית. למשל, תובע שטענתו משכנעת ב-70% יפוצה על 70% מנזקו (ולא על 100%), ואילו תובע שטענתו משכנעת ב-30% יפוצה על 30% מנזקו (ולא יפסיד בתביעה). אחריות יחסית "טהורה" מדוע? משום שבגישה זו אופן ההגעה לתוצאה היחסית טומן בחובו התמודדות חזיתית עם הכללים המסורתיים והחלפתם באחרים, וזאת בניגוד לניסיון ליישב את התוצאה היחסית עם הכללים המסורתיים (כפי שעושים פתרונות יחסיים אחרים, שיידונו בהמשך).

השאלה הראשונה הטעונה בחינה היא אם במקרים של סיבתיות עמומה יש הצדקה לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות ומעבר לכלל הכרעה יחסי. אם התשובה חיובית, או אז פתוחה הדרך לבחון אם נכון יהיה להחיל את כלל ההכרעה היחסי האמור גם נוכח המאפיינים הייחודיים במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים. אתחיל בשאלה הראשונה, אשר עומדת בלב מחלוקת עמוקה בספרות, ואשר עמדה במוקד הדיון והמחלוקת בגלגוליה השונים של פרשת מלול. דפים רבים נכתבו על שאלה זו, ולכן אציג את הדיון בקצרה. כבר עתה ייאמר כי התשובה לשאלה היא מורכבת ובעלת פנים רבים.

121 ראו גם גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1442–1443.

הנחת המוצא, ועליה אין חולק, היא שהכרעה לפי מאזן הסתברויות היא הגישה הנכונה במרבית המקרים הנדונים בדיני הנזיקין. הטעמים לכך חזקים ומבוססים.¹²² כך הדבר, בין השאר משום שתוצאת הכלל המסורתי משקפת ביתר דיוק את הדין המהותי, אשר אינו יחסי אלא עוסק בחובות וזכויות מוחלטות, ואת המציאות, שבה אירועים קרו או לא קרו. לעומת זאת, כלל יחסי מוותר מראש על השאיפה לשקף את המציאות, ויש שטענו כי משום שהמציאות היא בינארית, הכלל היחסי מביא ל"פיצויים בלתי-שלמים בשל נזקים שלמים".¹²³ אף על פי כן, במקרים מסוימים לאחריות היחסית ה"טהורה" ישנם יתרונות על פני הכללים המסורתיים. יתרונות אלה מתחדדים במקרים של אי-ודאות "קשה", כגון מקרים של סיבתיות עמומה או של "תיקו" ראייתי. במצבים אלה סבורים תומכי הגישה היחסית כי היא מגדילה את הסיכוי לעשיית צדק,¹²⁴ בניגוד לגישה המסורתית שלפיה "ייתקו הדין את ההר". בנוסף, גישה יחסית עשויה לקדם הרתעה יעילה יותר,¹²⁵ בפרט במקרים שבהם כלל מאזן ההסתברויות מוביל להרתעת יתר או הרתעת חסר שיטתית.¹²⁶

עם זאת, גישת האחריות היחסית הטהורה טומנת בחובה כמה סכנות וחסרונות אשר ראוי לשקול כאשר בוחנים אפשרות ליישמה:¹²⁷ ראשית, טענה רווחת היא שהכלל הבינארי – בין כלל מאזן ההסתברויות בלבד ובין שנלווה אליו פתרון של העברת נטל במצב של כפות מאזניים מעוינות – ממזער את עלות הטעות השיפוטית הכוללת (שהיא שקלול של כמות הטעויות וגודלן). לפי טענה זו, בעוד שגודל הטעות האפשרית לפי כלל בינארי רב יותר, הרי שכמות הטעויות גדולה יותר לפי כלל יחסי (למעשה, בכל הכרעה

122 ראו למשל דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 11–12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין והאסמכתאות המובאות שם.

123 ראו למשל "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", לעיל ה"ש 49, בעמ' 245–246. ראו גם דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 53 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

124 Michael Abramowicz, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, 89 CAL. L. REV. 231, 281–286 (2001).

125 לניתוח מפורט יותר של גישת האחריות היחסית ה"טהורה" בראי מטרות דיני הנזיקין, ובתוך כך גם סוגיית ההרתעה היעילה, ראו שנור "נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים", לעיל ה"ש 71, בעמ' 585–609.

126 השאיפה לתקן עיוות שיטתי בהרתעה עומדת בבסיס החרגי של "הטיה נשנית" שהציע המשנה לנשיאה ריבלין בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3. חריג זה יידון בהרחבה בהמשך.

127 ברשימה זו אביא את עיקר הביקורות. לדיון מעמיק יותר ראו למשל שנור "הבסיס העיוני", לעיל ה"ש 70, בעמ' 209–215; שנור "נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים", לעיל ה"ש 71, בעמ' 585–609; גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1379–1386 והאסמכתאות המובאות שם; גלעד "הערות לקודקס", לעיל ה"ש 87, בעמ' 781; ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל' 317 (2000) (להלן: גלעד "האם הורם נטל השכנוע?"); שמואלי, שפירא ופוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי", לעיל ה"ש 93, בעמ' 869–891; קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות ברבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2003) (להלן: פוקס, שמואלי ושפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי").

יחסית יש טעות כלשהי בדבר המצב העובדתי האמיתי, שבו הנתבע גרם או לא גרם (לנוק), וכך גם העלות הכוללת של הטעויות.¹²⁸ קביעה זו ראוי לסייג. לא בטוח כלל שבאותם מקרים שבהם האי-ודאות גדולה במיוחד – למשל במקרים של סיבתיות עמומה או כאשר הראיות מצביעות על תיקן ראייתי – יש עדיפות לתוצאה בינארית על פני תוצאה יחסית מבחינת עלות הטעות. הסיבה לכך היא שהסתברות הטעות (כמות הטעויות) במקרים אלו גדלה, ויש לכך השפעה גם על עלות הטעות הכוללת.¹²⁹ שנית, המעבר לגישה של אחריות יחסית צפוי להגדיל את מספר ההתדיינויות ואת עלותן. זאת, משום שתביעות מסוימות שלא יוגשו לפי כלל בינארי, בעיקר משום שסיכויי הצלחתן מוערכים בפחות מ-50%, תהפוכנה כדאיות לפי כלל יחסי. סיבה נוספת היא שבכל התביעות יידרש בית המשפט לקבוע ממצאים לעניין ההסתברות במקרה העומד בפניו, תהליך הגזול זמן שיפוטי לא מבוטל ועלויות לא מבוטלות (במיוחד למשל אם לשם קביעת ההסתברות נדרשת הזמנת עדים מומחים או הגשת חוות דעת מקצועיות). שלישית, יש קושי יישומי של ממש באמידת ההסתברויות. בספרות הוטל ספק בעצם יכולתו של בית המשפט להגיע לממצא הסתברותי מדויק, אפילו בעלות גבוהה.¹³⁰ רביעית, גישה של אחריות יחסית טומנת בחובה אפשרות לתוצאות לא רצויות: מחד קיים חשש ממשי מפני הטיה שתוביל להרתעת יתר אם הפתרון יוחל בעיקר לטובת תובעים, וזו כאמור הנטייה הטבעית. מאידך, אם ייושם הפתרון באופן שוויוני מתעוררת תחושת אי-נוחות, הנובעת מהפגיעה בתובעים אשר לפי הכלל המסורתי זכאים לפיצוי מלא ולכן לפי כלל יחסי יורע מצבם. חמישית, לגישת האחריות היחסית פוטנציאל לבצע מהפכה

128 על כך ראו גם David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 7 AM. B. FOUND. RES. J. 487 (1982); Neil Orloff & Jerry Stedinger, *A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard*, 131 U. PA. L. REV. 1159 (1983) דווק: גישות אלה מתבססות על הנחה של אדישות בין טעות לטובת התובע לבין טעות לטובת הנתבע. הנחה זו אינה נתמכת בהכרח במציאות, וקיימים ממצאים המראים שטעות לטובת התובע היא הרסנית יותר. ראו למשל איל זמיר ואילנה ריטוב "מסתבר שהנטל כבד יותר" עורך הדין 15, 76 (2012).

129 יתרה מכך, הניתוח המקובל מלמד שבנקודת הספק השקול או ה"תיקן" הראייתי (קרי, כשההסתברות היא 50% בדיוק) יש שוויון בעלות הטעות הכוללת בין הכלל ההסתברותי לבין הכלל של "הכול או כלום". ראו Kaye, לעיל ה"ש 128.

130 לעניין זה ראו פוקס, שמואלי ושפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 127 (גישה המדגישה את הקושי בקביעת ההסתברויות הנכונות) ומנגד את הגישה העולה ממאמרו של אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כו 357 (2003) (להלן: פורת "מדע מדויק או משפט"). טענת נגד אפשרית היא שאין להיבהל מהקושי של בתי המשפט לאמוד את הגודל היחסי, שכן הם ממילא נדרשים לעשות כן בזירות אחרות בדיני הנזיקין, כגון במקרים של אשם תורם. עם זאת, במקרי אשם תורם מעריך בית המשפט את אשמו של התובע, וזוהי הערכה נורמטיבית בעיקרה. במקרי סיבתיות עמומה, בניגוד למקרי אשם תורם, מדובר בהערכת הסתברות מדעית, וזוהי משימה לא פשוטה כלל ועיקר.

ולערער את יסודות השיטה הנזיקית ואת המשפט האזרחי כולו.¹³¹ נדמה שמאחורי טיעון זה עומד החשש מפני פגיעה בוודאות המשפטית וחדירה של נימות סובייקטיביות ותלויות-שופט להכרעה השיפוטית.¹³²

בישראל נדונה בהרחבה האחריות היחסית ה"טהורה" בשני גלגוליה של פרשת מלול. עדן מלול נולדה טרם הזמן הצפוי ללידה וסבלה מנזקים נוירולוגיים וקוגניטיביים קשים. בכל הערכאות נקבע שהייתה התרשלות, המתבטאת בין השאר בעיכוב בטיפול מרגע תחילת הדימום ועד הניתוח הקיסרי, אולם התגלעה עמימות סיבתית ביחס לגורם הנזק. שני הגורמים האפשריים המשמעותיים היו עצם הפגות (ובמצב זה לא יוכח קשר סיבתי, ומלול תפסיד בתביעה) וההתרשלות הרפואית (מלול תזכה בפיצוי). בבית המשפט המחוזי ובערעור בבית המשפט העליון נפסק פיצוי המבוסס על אחריות יחסית, אם כי בית המשפט העליון הפחית את הפיצוי שהעניק המחוזי מ-40% ל-20%. בדיון הנוסף שינה בית המשפט העליון בדעת רוב את התוצאה וקבע כי אין להחליף את כלל ההכרעה של מאזן ההסתברויות בכלל הכרעה יחסי בכל מקרי הסיבתיות העמומה בנוגע לעצם גרימת הנזק,¹³³ בכפוף לחריג במקרים של "הטיה נשנית".¹³⁴ לכן, מן הבחינה העקרונית נדחתה גם תביעתה של מלול.¹³⁵ יש לציין כי עוד בפסק הדין בדיון הנוסף נקבע שההכרעה בו אינה מהווה סוף פסוק בדיון באחריות יחסית.¹³⁶ נדמה שאמירה זו נכונה בעיקר נוכח הדעות הרבות שהובעו בפסק הדין, ונוכח העובדה שאף שופטי הרוב הציגו גישות שונות זו מזו.

אם כן, מן הפסיקה והספרות עולות כמה תפיסות באשר להתמודדות עם מקרי סיבתיות עמומה, ובכל הנוגע לאפשרות להגמיש את כלל מאזן ההסתברויות. המתנגדים להגמשת כלל מאזן ההסתברויות באופן גורף וא-פרירי, אם כי נדמה שהמחזיקים בגישה

131 סוגיה זו עמדה במוקד חוות הדעת של מרבית השופטים ששללו את החלת האחריות היחסית בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; פס' 4 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פס' 13 לפסק דינו של השופט גרוניס.

132 שם, בפס' 16 לפסק דינו של השופט גרוניס.

133 יש לציין שהכרה בגישה יחסית במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לגודל הנזק הוכרה במשפטנו בכמה מקרים (למשל עניין גולן, לעיל ה"ש 90, וכן ע"א 448/83 קורנהויזר נ' מלך, פ"ד מב(2) 573 (1988)). עם זאת הכרה זו מעוררת פחות קשיים, שכן העוולה כולה הוכחה לפי מאזן ההסתברויות – ובמילים אחרות הוכח שאשמו של המזיק הספציפי הוביל לנזק של הנזוק הספציפי – והשאלה היחידה היא לעניין שיעור הנזק שגרם המזיק מתוך נזקו הכולל של הנזוק.

134 על ההלכה היוצאת מפסק הדין בדיון הנוסף, כמו גם על חריג ההטיה הנשנית, אעמוד בהמשך.

135 מן הבחינה העקרונית בלבד, משום שמן הבחינה המעשית הוחלט להשאיר בידי מלול את הפיצויים שכבר קיבלה תוך מתן פטור לבית החולים מתשלום פיצויים עתידיים (על היבט זה של הפער בין ההלכה לבין ההכרעה הקונקרטית ראו בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה ספציפי (בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול)" עלי משפט 7 (2012)).

136 ראו למשל דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור ופס' 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

זו מעטים, יסרבו לראות באחריות יחסית טהורה כפתרון לבעיות של סיבתיות עמומה, וממילא יסרבו לעשות כן כשמדובר בנזקים שניוניים. לעומתם, יש התומכים במעבר לכלל הכרעה יחסי בכל מקרי הסיבתיות העמומה (כמו ארבעת שופטי המיעוט בפרשת מלול), או בחלק מן המקרים (לדוגמה, השופט ריבלין ופרופ' גלעד). בעיני תומכים אלה נותרות פתוחות שתי שאלות חשובות בכל הנוגע לענייננו: אם ראוי להחיל את גישת האחריות היחסית הטהורה במקרי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים, וכך אם החלה כזו היא מעשית במשפט הישראלי לאחר פסיקת בית המשפט בפרשת מלול. לבחינת שאלות אלה אעבור כעת.

כזכור, עולם הנזקים השניוניים הוא עולם שבו הנטייה לטובת תובעים במקרים של סיבתיות עמומה קטנה יותר, בעיקר נוכח התארכות השרשרת הסיבתית (ולכן הקטנת הסיכוי שהמזיק המקורי אכן גרם לנזק השניוני). דווקא תוצאה יחסית עשויה לתת ביטוי לכך, למשל אם שיעור הפיצוי ייקבע תוך התחשבות בכל חלקי השרשרת. מכל מקום, ככל שראוי להגמיש את הכללים המסורתיים לטובת אחריות יחסית, לשיטתי נדמה כי ראוי לאמץ גישה של אחריות יחסית "מותאמת", קרי אחריות יחסית טהורה הכפופה לכמה קווים מנחים, אשר יקטינו את החששות הטמונים במעבר מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של אחריות יחסית. ראשית, מוצע כי כלל האחריות היחסית יאומץ רק במקרים הספציפיים של סיבתיות עמומה ביחס לנזק שניוני.¹³⁷ מדובר בתת-קבוצה מוגדרת, קטנה וניתנת להפרדה משאר מקרי הסיבתיות העמומה הנוגעים לעצם גרימת הנזק. המשמעות היא שהפתרון המוצע אינו טומן בחובו פוטנציאל להשפעה רחבה ולערעור יסודות השיטה הנזיקית, כפי שאיים לעשות הפתרון המוצע בפרשת מלול. בנוסף, הסכנה מפני "הצפה" של בתי המשפט בתביעות והגדלת עלויות ההתדיינות אף היא אינה ממשית משום שמדובר במקרים מעטים וחריגים. מקרי הנזק השניוני כשלעצמם הם מקרים מעטים,¹³⁸ ומקל וחומר אפשר לקבוע זאת לגבי מקרים אלו המצויים תחת סיבתיות עמומה. יצוין שהגבלת התחולה של האחריות היחסית רק לקבוצת מקרים

137 בהקשר זה נזכיר את הריסון הנדרש מבתי המשפט בקביעה אם מקרה מסוים הוא לאמיתו של דבר מקרה של סיבתיות עמומה ואת הצורך בהימנעות מהנטייה הקיימת לסווג כמעט כל חסר ראייתי כסיבתיות עמומה. ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופסק דינו של השופט גרוניס. זו גם התשובה לטענה שפתרון של אחריות יחסית עלול לעורר קושי משום שיוצר לניזוקים ולנתבעים שהראיות אינן מיטיבות עמם, תמריץ להעלים ראיות (או לא לחשוף אותן) כדי להיכנס לעולם של סיבתיות עמומה. ההתמודדות עם חשש זה ראוי לה שתיעשה בהקפדה מדוקדקת של בתי המשפט על קיומה של סיבתיות עמומה אמיתית ועל היעדרן של ראיות אינדיווידואליות שבכוחן לפתור את הסבך הסיבתי, ולא באמצעות כריתת הענף של החלת הפתרון היחסי.

138 אין בידי נתונים אמפיריים על מספר המקרים המדובר, אולם הנחה זו היא סבירה נוכח מיעוט המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בעניין נזקים שניוניים לעומת המקרים של נזקים ראשוניים.

מסוימת ומתוחמת עולה בקנה אחד עם חריג ההטיה הנשנית בפרשת מלול שהציע השופט ריבלין ועם הצעותיו של פרופ' גלעד.¹³⁹ שנית, הפתרון יוחל באופן סימטרי, הן לטובת התובע הן לטובת הנתבע. במילים אחרות, במצב של סיבתיות עמומה תקבע ההסתברות את שיעור הפיצוי, בין שהוא בתחום שבין 0%–50% (לטובת התובע) ובין שהוא בתחום שבין 51%–100% (לטובת הנתבע).¹⁴⁰ תנאי זה מסייע ליצור איזון ראוי יותר בין הנתבע לתובע, והוא מחמיר עם התובע לעומת הפתרון היחסי שהוצע בפרשת מלול.¹⁴¹ הדרישה להחלה סימטרית מבטאת אפוא גישה מאוזנת יותר.

שלישית, מומלץ שבשני מתחמי הקיצון, זה הקרוב ל-100% וזה הקרוב ל-0%, ההכרעה תיוותר בינארית ולא יחסית.¹⁴² כך, כאשר ההסתברות שהנוזק השניוני נגרם בעקבות הנוזק הראשוני תהא גבוהה מרף הקיצון העליון, יזכה התובע בכל מבוקשו, ואילו במקרים שבהם ההסתברות תהא נמוכה מהרף התחתון, יפסיד התובע ויצא בידיים ריקות. דרישה זו תמנע ניצול לרעה של הפתרון היחסי, שיתבטא בהגשת תביעות גם במקרים של קשר סיבתי קלוש וזניח, ובנוסף תמנע חוסר צדק במצבים שבהם הסיכויים מיטיבים מאוד עם התובע אך הוא אינו יכול להוכיח בראיות אינדיווידואליות את תביעתו. יש לציין שבפרשת מלול הציעה השופטת נאור שהפתרון היחסי לא יחול במצב של הסתברות זניחה או מזערית. לשיטתה, במצב כזה התובע יפסיד.¹⁴³ ההצעה להתעלם משני מתחמי הקיצון היא אפוא הגרסה הסימטרית להצעתה של השופטת נאור, והיא מתבקשת לאור הדרישה שלעיל בדבר החלה סימטרית.¹⁴⁴ איני מתיימר לקבוע ברשימה

139 גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1453–1454: "אפשר וראוי להכיר בכיסים קטנים ומתוחמים היטב של אחריות יחסית גם במצבי המקרה הקשה [...] כמו כן אין לשלול על הסף הכרה בכיסים נוספים של אחריות יחסית העומדים בקריטריונים להחלטה".

140 במקרה זה הביטוי 51% מתאר כל הסתברות מעל ל-50%.

141 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3; ע"א מלול, לעיל ה"ש 4; ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן (פורסם בנבו, 17.4.2005) (להלן: עניין זכריה כהן).

142 להרחבה על גישה זו, שבספרות זכתה לכינוי Mixed Verdicts, ראו Abramowicz, לעיל ה"ש 124. אפשר לטעון שבעניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 141, היה רציונל זה, קרי היות ההסתברות לקרות הנוזק קרובה לנקודת הקיצון, שהביא את השופט ריבלין לקבוע כי אין להיזקק לראש הנוזק של אובדן סיכויי החלמה אלא יש לפצות את התובע במלוא הנוזק (ראו למשל בפס' 12 לפסק הדין).

143 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 116 לפסק דינה של השופטת נאור.

144 ההצעה להתעלם ממתחמי הקיצון יוצרת הבחנה מסוימת בין נתונים סטטיסטיים "חזקים" וחד-משמעיים לנתונים סטטיסטיים "חלשים", שהרי לפי ההצעה נתונים סטטיסטיים חזקים מובילים לתוצאה דומה לזו שאליה מובילים נתונים אינדיווידואליים (כלומר תוצאה בינארית של "הכול או כלום"), ואילו נתונים סטטיסטיים שאינם חד-משמעיים מביאים לתוצאה יחסית. הבחנה זו אינה מובנת מאליה, אולם נדמה שהיא מוצדקת, שכן בשל הדרישות המחמירות להסקת מסקנות בתחום הסטטיסטיקה נדמה שבמצבי הקיצון הסטטיסטיים יש קרבה אמיתית למצב של ודאות, ולכן בחינת השיקולים המעורבים (כגון הסתברות הטעות) מובילה למסקנה שנדרשת תוצאה בינארית. לחיזוק נקודה זו אשאיר את הקורא עם השאלה המעניינת איזה תמהיל ראייתי משכנע יותר בעיניו – ראיות

זו את שיעור הרף העליון והתחתון. קביעה כזו דורשת מחקר המבוסס על נתונים אמפיריים והיוועצות בגורמים רפואיים ומשפטיים שונים. ייתכן אפילו שעל שיעור הרף להשתנות בהתאם לנסיבות, שהרי במצבים מסוימים הסתברות של 80% תשקף מקרה שהוא "כמעט ודאי" ומקרים אחרים שבהם רק הסתברות של 95% תוגדר ככזו. היגיון דומה חל גם לעניין ההסתברויות הנמוכות, המצויות בצדה השני של הסקאלה.

רביעית, ההוכחה ההסתברותית צריכה להיות מבוססת, מהימנה ונתמכת בנתונים.¹⁴⁵ ההקפדה על נתונים הסתברותיים מהימנים מתיישבת עם עמדת הרוב בפרשת יהונתן כהן¹⁴⁶ ועם האופן שבו יושמו פתרונות יחסיים במשפט המשווה.¹⁴⁷ אילולא הקפדה זו קיים חשש רב לזילות הפתרון ולפגיעה בשאיפה לשקף נאמנה את הסיכון שהוגבר או הסיכוי שנפגע. כדי להקל את קביעת ההסתברות אפשר לקבוע שיטה של "עוגני הסתברות" שלפיהם יפסוק השופט כדי להימנע מקביעת ההסתברות המדויקת, קביעה אשר גוזלת זמן ומשאבים רבים מבית המשפט. למשל, אפשר לקבוע 11 תוצאות אפשריות – 0%, 10%, 20% וכך הלאה – ובלבד שהקביעה תיתמך בראיות הסתברותיות אמיןות ומבוססות.¹⁴⁸

אם כן, סבורני כי החלת אחריות יחסית מותאמת ראויה במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים. היא מאפשרת להביא בחשבון את אורך השרשרת הסיבתית ולקבוע את שיעור הפיצוי תוך התחשבות בכל חלקי השרשרת; היא מונעת את המצב שבו התובע מפסיד, תמיד, שלא באשמתו אלא ב"אשמת" מגבלות הידע האנושי, אך מנגד משקפת גישה מאוזנת ואינה פועלת אך ורק לטובת התובע; היא מאפשרת להגיע לתוצאות צודקות ולהרתעה יעילה מבלי להערים קשיים מיותרים ותוך שהיא מתמודדת עם רבים מהטיעונים המתנגדים לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות. ער אני לכך שהצעה

סטטיסטיות שמעידות על 95% לקיומו של קשר סיבתי (ונזכור שבמצב כזה התובע מפסיד בתביעתו לפי כלל מאזן ההסתברויות) או שמא ראיות אינדיווידואליות שמעידות על 51% לקיומו של קשר כאמור (ולכן לפי כלל מאזן ההסתברויות מזכות את התובע ב"הכול"). לטעמי, התשובה לשאלה זו אינה מובנת מאליה כלל.

145 אחת הביקורות על הפתרון היחסי נוסח מלול גורסת שבית המשפט פתח בפרשה זו צוהר להוכחת הסתברות על דרך של אומדנה והסתפק בהוכחות הסתברותיות חלשות ביותר. ראו שמואלי, שפירא ופוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי", לעיל ה"ש 93, בעמ' 869–884 וכן פוקס, שמואלי ושפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 127. לעמדה שונה ראו פורת "מדע מדויק או משפט?", לעיל ה"ש 130.

146 עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 113.

147 שמואלי, שפירא ופוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי", לעיל ה"ש 93, בעמ' 878–883 והאסמכתאות המובאות שם.

148 על כך ראו גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1444–1445 וכן Ariel Porat, *Offsetting* *Risks*, 106 MICH. L. REV. 243, 272–273 (2007). יש לציין שאי אפשר לשלול שהליך קוגניטיבי של התקבעות לעוגני הסתברות מתבצע כבר כיום אצל השופטים, וניתן ללמוד על כך למשל מהתוצאה שהתקבלה בעניין מלול (20% פיצוי בבית המשפט המחוזי ו-40% בערעור בבית המשפט העליון) ומהתוצאה שהציעה השופטת שטרסברג-כהן בעניין יהונתן כהן (30%).

זו, כמו כל הצעה אחרת להחלת אחריות יחסית, אינה מתיישבת עם המובן הבסיסי של עקרון הצדק המתקן. עוד מודע אני לכך שככל פתרון יחסי, אף האחריות היחסית המותאמת אינה משקפת את המציאות הבינארית.

אחר דברים אלה, ועל אף האמור, עדיין יוכל לשאול השואל כיצד מתיישבת החלת הפתרון עם דחיית דוקטרינת האחריות היחסית במשפט הישראלי, כפי שנקבע בדנ"א מלול בפני הרכב שופטים מורכב בבית המשפט העליון, ולאחר דיון ארוך ומעמיק. זאת ועוד, משום שהחלת הפתרון היחסי נדחתה כשדובר בעולם הנזקים הראשוניים – עולם שהאיזון העקרוני בו, במקרים של סיבתיות עמומה, נוטה לטובת תובעים – נדמה שמקל וחומר יש לדחות את הפתרון ולדבוק בכללים המסורתיים כשמדובר בנזקים שניוניים. אכן, תהייה זו סבירה. עם זאת, יש כמה הערות אשר מקהות את עוקצה של טענה זו. הדיון הנוסף נסב על האפשרות להחיל אחריות יחסית כתאוריה המחליפה את הכללים המסורתיים בכל מקרי הסיבתיות העמומה באשר לעצם גרימת הנזק (שעניינם נזקי גוף).¹⁴⁹ הבנה זו של פסק הדין מתיישבת טוב יותר עם התוצאה בגלגולה המוקדם יותר של פרשת מלול,¹⁵⁰ ועם נימוקי חלק משופטי הרוב שהתריעו וחששו מפני "מהפכה" וערעור עקרונות היסוד של השיטה הנוזיקית הנוהגת. זאת ועוד, גם מההכרה האפשרית בחריג ההטיה הנשנית (אשר מציע פתרון יחסי לקבוצת מקרים מסוימת)¹⁵¹ ומ"איים" נוספים של אחריות יחסית המקובלים במשפט הישראלי,¹⁵² מתבקשת המסקנה שביית

149 ה"מנדט" שניתן להרכב המורחב היה לדון בשאלה כללית אף יותר. כך, לפי הוראת המשנה לנשיא חשין עניינו של הדיון הנוסף הוא "פסיקת פיצוי בדיני הנוזיקין על-פי הסתברות" (דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול (החלטה מיום 29.8.2010)). בפועל התמקד הדיון במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין: "ענייננו מצטמצם כאמור לדרך הראויה לפסיקת פיצוי-לפי הסתברות בדיני הנוזיקין במקום שבו קיימת אי-ודאות לגבי עצם קיומו של קשר סיבתי. זאת, מתוך הבנה שהדרך היחסית יש לה באופן עקרוני מקום בדיני הנוזיקין של-ימינו, ומתוך צורך ליתן מסגרת רעיונית בתיישום להמשך ההתמודדות עם האתגר שדרך זו מציבה" (ההדגשות הוספו – ר"ש).

150 ע"א מלול, לעיל ה"ש 4, פס' 26 לפסק דינה של השופטת נאור: "[...] לדעתי ראוי לרכך את הכלל הדורש הוכחת קשר סיבתי בין התרשלות לבין נזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים שבהם גישת 'הכול או לא כלום' גורמת לאי-צדק. אי-צדק זה יכול להתעורר למשל בהקשרים שבהם מוכח שקיימת אי-ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי סיכון מוכרים לנזק, שחלקם עולתיים, גרם בפועל לנזקו של התובע. במקרים אלה נוכל לתת לכל גורם אפשרי, הן זה שיש עמו אשם הן זה שאין עמו אשם, את המשקל המתאים בנסיבות העניין".

151 ראו להלן בהרחבה.

152 הדוגמה הבולטת ל"אי" מסוג זה היא דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה, שתידון בהמשך. יצוין כי קיימות דוגמאות נוספות להסדרים של אחריות יחסית במשפט הישראלי, כגון דוקטרינת האשם התורם וחלוקת נזק בין נתבעים לפי סעיף 84 לפקודת הנוזיקין. עם זאת, בל נשכח ששתי הדוגמאות האחרונות משקפות מצב שבו מזיק פלוני חויב באחריות מלאה לנזק שהוא גרם, אולם גורמים אחרים (אשם תורם של הניזוק; חלקו של מעוול אחר בנזק) מביאים להפחתה בשיעור הנזק שעליו לשלם. שונים מקרים אלה ממקרה שבו מוטלת מלכתחילה אחריות יחסית באופן שאינו מתיימר לשקף את

המשפט לא דחה את האחריות היחסית באופן גורף אלא סירב להכיר בה כדוקטרינה מקיפה וכוללת במקרי הסיבתיות העמומה,¹⁵³ ושקיימת פתיחות מסוימת להכרה ב"איים" נוספים של אחריות יחסית.¹⁵⁴ לא אכחד, ה"רוח" הכללית הנושבת מפסק הדין היא רוח של שלילת האחריות היחסית. עם זאת יש להדגיש שפתרון האחריות היחסית המותאמת, משום שנסב אך על קבוצה מוגדרת של מקרים, אינו עומד בהכרח בסתירה לקביעת בית המשפט העליון בדנ"א מלול. בנוסף, המתווה שהוצע לעיל – של החלת הפתרון באופן סימטרי, תחימה למקרים מעטים ואי-החלה בהסתברויות קיצוניות – מנטרל חלק מן החששות המוצדקים שהעלו שופטי הרוב בפסק הדין.¹⁵⁵

לסיכום חלק זה, בכל הנוגע להכרה באחריות יחסית, גם לאחר פרשת מלול, רבות השאלות מן התשובות (אם תרצו, עדיין קיימת עמימות בנושא העמימות הסיבתית). רק בהמשך הדרך נדע, בכפוף למקרים שיגיעו לפתחו של בית המשפט, מהי נכונותו של בית המשפט להשאיר פתח להחלת כלל הכרעה יחסי כאשר מדובר בקבוצות של מקרים תחומים, אשר יש בהם היגיון בהטלת אחריות יחסית, וכאשר אין פגיעה ביסודות השיטה (כפי שאכן אירע בעניין חריג ההטיה הנשנית, שבו ארחיב מיד). אם אכן יתאפשר פתח כזה, דעתי היא שהחלת אחריות יחסית מותאמת במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים – בהתבסס על הקווים המנחים המוצעים – היא התפתחות נכונה,

המציאות במלואה (ראו לעיל בפרק 3.ג.). לכן, מדוגמת האשם התורם ומסעיף 84 אפשר להסיק, לכל היותר, ששיטת המשפט ובתי המשפט יודעים להתמודד עם קביעת אחריות יחסית, ואיני טוען כי אפשר להסיק מהם בהכרח פתיחות לרעיון של כלל הכרעה יחסי.

153 לדעה דומה ראו אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול" ספר שלמה לוי 375, 385 (2013): "ובכל זאת ניתן לומר על פסק הדין כדלקמן: [...] יש רוב ברור לכך שבאופן עקרוני קיים חריג לכלל הראייתי הרגיל של מאזן ההסתברויות, בדמותה של אחריות הסתברותית. שבעה שופטים תמכו בעמדה זו [...] יש רוב לכך שאין די בתנאים שהציבה השופטת נאור להטלת אחריות הסתברותית" (ההדגשה הוספה – ר"ש). ראו גם דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, שהיה אחד משופטי הרוב: "פסק-דין זה לא בא לחלוק על התובנה הבסיסית המשתקפת בפסיקה בישראל, לרבות בפסק-הדין נשוא הדיון הנוסף, ובשיטות אחרות, שלפיה כלל מאזן ההסתברויות – עם כל חשיבותו – אינו חזות הכול, והתוצאה של 'הכול או לא-כלום' – מושרשת ככל שתהיה – אינה יפה לכל הנסיבות. כפי שיתברר, קיימים שיקולים כבדי משקל התומכים בפתיחת פתח לפתרונות החורגים מן הגישה המסורתית של כלל מאזן ההסתברויות על תוצאתו הבינארית [...]".

154 אף שופטי ההרכב המורחב בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, הכירו בכך שההכרעה בפסק הדין אינה סותמת את הגולל על הדיון באחריות יחסית, אלא שפסק הדין הוא בגדר הבהרה המאפשרת להמשיך ולפתח את הדיון ולצעוד ממקרה למקרה. ראו, לדוגמה, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נאור ופס' 55 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

155 טענה נוספת כמובן היא שהעובדה שבית המשפט קבע מה שקבע אינה מלמדת שזו התוצאה הראויה מבחינה נורמטיבית. בנוסף, לכל הטוענים שעצם הקביעה של בית המשפט היא בעלת תוקף נורמטיבי, או למצער מהווה "סוף פסוק" מבחינה פרקטית, נזכיר שפתרון האחריות היחסית נדחה בפרשת מלול על חודו של קול, ולא זו בלבד אלא שלא הייתה תמימות דעים מלאה בין כל שופטי הרוב באשר לסיבה לדחיית הפתרון של אחריות יחסית.

מהטעמים שפורטו לעיל. מנגד, מובן כי בית המשפט יוכל לדבוק בתוצאה של הדיון הנוסף בעניין מלול אף כשידובר במקרים פרטניים ותחומים. כאמור, קיימים שיקולים אפשריים התומכים גם בגישה זו.

(ב) חריג ההטיה הנשנית

בפרשת מלול הציע השופט ריבלין את חריג ההטיה הנשנית, אשר ככל הנראה מהווה דוגמה יחידה לאחריות יחסית טהורה שהתקבלה כהלכה.¹⁵⁶ החריג עוסק במקרים שבהם ההסתברות נוטה באופן שיטתי לצדו של התובע או הנתבע. במקרים אלה יוצרים הכללים המסורתיים הרתעת יתר או הרתעת חסר, לפי העניין, ובית המשפט מצא כי ראוי להחליפם בכלל הכרעה יחסי. החלת חריג ההטיה הנשנית מתאפשרת בהתקיים ארבעה תנאים מצטברים:¹⁵⁷ מזיק או קבוצת מזיקים; היוצרים סיכון חוזר ומשותף; לקבוצת ניזוקים; בנסיבות שבהן קיימת הטיה שיטתית בשימוש בכלל מאזן ההסתברויות.

במילים אחרות, חריג ההטיה הנשנית ייכנס לפעולה במקרים שבהם מזיק מסוים גרם לסיכון לאנשים רבים שלקו בנוזק, אלא שלא ברור למי מהם נגרם הנזק ממעשיו של המזיק ולמי מהם נגרם הנזק כתוצאה מגורם אחר (נניח, גורם שאינו עולתי). אולם לא די בכך, משום שהתנאי האחרון להחלת החריג דורש שבירור תביעותיהם הפרטניות של חברי קבוצת הניזוקים לפי כלל מאזן ההסתברויות יביא, באופן שיטתי, לכך שאחד הצדדים – התובעים או הנתבע – יזכו בתביעה. התשובה לשאלה מי מהצדדים ינצח תלויה בנתונים הסטטיסטיים באשר לשיעור הסיכון שגרם הנתבע. למשל, כאשר ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי לגבי כל אחד מחברי הקבוצה (בנפרד) קטנה מ-50%, אף אחד מהם לא יוכל להוכיח את הקשר הסיבתי. במקרים אלה ציין בצדק השופט ריבלין כי "משמעות הדבר היא שתינתן בפועל לנתבע – שהסב נזק ממשי – חסינות מפני אחריות נזיקית".¹⁵⁸ לעומת זאת, כאשר הסיכון שיצר הנתבע לכל אחד מבני הקבוצה גדול מ-50%, יזכה כל אחד מחברי הקבוצה בתביעתו נגד הנתבע-המזיק. במצב זה תתרחש התוצאה ההפוכה, והיא שהנתבע יישא באחריות גדולה מכפי הנזק שגרם. החריג

¹⁵⁶ החריג אומץ על ידי השופטים ריבלין, ביניש ולוי. השופטים גרוניס, נאור וג'ובראן הותירו אותו בצריך עיון, ואילו לעמדת השופט רובינשטיין, שהצטרף לעמדת המיעוט ותמך בהחלת אחריות יחסית, גורלו של חריג ההטיה הנשנית כגורל האחריות היחסית (ראו תמצית ההחלטה בדנ"א מלול, לעיל ה"ש 3). כפי שאפשר לראות, מבחינה מהותית מסתמן רוב בבית המשפט להכרה בחריג, שהרי הן שופטי הרוב (שסירבו להכיר באחריות יחסית כדוקטרינה כללית) הן שופטי המיעוט (שהיו מוכנים ללכת רחוק יותר מהחריג המוצע ולהכיר באחריות יחסית על דרך הכלל) יסכימו להחלתו. נראה שמסע ההכרה בחריג ההטיה הנשנית הושלם, או כמעט הושלם, נוכח פסק הדין בע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ (פורסם בנבו, 13.7.2011). כן ראו ההחלטה בדנ"א 6181/11 שירותי בריאות כללית נ' Brown and Williamson Tobacco corp., פס' 8-9 (פורסם בנבו, 26.1.2012).

¹⁵⁷ שם, פס' 8 להחלטה; דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 22 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.
¹⁵⁸ שם.

חל אפוא באופן סימטרי, בין כאשר מאזן ההסתברויות נוטה לטובת הנתבע (ההסתברות השיטתית נמוכה מ-50% או שווה ל-50%) ובין כאשר הוא נוטה לטובת התובע (ההסתברות השיטתית גבוהה מ-50%).

אפשר להניח כי בחריג זה עוד ידובר רבות בספרות ובפסיקה, אך האם החריג רלוונטי גם למקרים של נזקים שניוניים? אף על פי שהדבר טרם נבחן או נדון במקרים מסוג זה, סבורני כי התשובה חיובית. טלו לדוגמה מקרה שבו חברת תרופות מייצרת תרופה פגומה, הנמכרת ל-100 מטופלים. כעת הניחו כי התרופה גרמה לכל מי שנטל אותה נזק של פיגמנטציה בעור (הנזק הראשוני). כעבור כמה שנים מתגלה כי קבוצה מסוימת מתוך נוטלי התרופה חולה בסרטן העור (הנזק השניוני), אשר פיגמנטציה בעור היא אחד מגורמי הסיכון לו. מבחינה סטטיסטית ידוע כי חלק מחולי הסרטן חלו בשל הנזק הראשוני, ואילו האחרים חלו בשל גורמים טבעיים. עם זאת, אין לדעת מהו הגורם למחלה של כל אחד מהחולים, בשל הסיבתיות העמומה החלה על הסיטואציה. במצב כזה מתקיימים תנאי חריג ההטיה הנשנית – מדובר במזיק (חברת התרופות), אשר יצר לכל אחד מקבוצת המטופלים סיכון ללקות בנזק השניוני, וקיימת הטיה שיטתית בשימוש בכלל מאזן ההסתברויות. כך, ככל שהנתונים הסטטיסטיים מלמדים, נניח, שהפיגמנטציה מגדילה את הסיכון ללקות בסרטן ב-30%, הרי שההטיה תהיה לטובת הנתבע. לעומת זאת, אם למשל יתברר שהפיגמנטציה מגדילה את הסיכון ללקות בסרטן ב-60%, ההטיה תהיה לטובת קבוצת התובעים.¹⁵⁹

אם כן, מבחינה עובדתית אפשר לתאר מצבים שבהם יחול חריג ההטיה הנשנית על נזקים שניוניים. האם יש לומר כי ראוי להחילו במצבים אלה? לשיטתי, התשובה חיובית. ראוי להחיל את החריג באותם מקרים של נזקים שניוניים שבהם מתקיימים תנאיו. קיום תנאיו של החריג מבטיח כי אכן מדובר במקרה המצדיק סטייה מכלל מאזן ההסתברויות,¹⁶⁰ וכי מדובר בקבוצה תחומה ולא גדולה של מקרים. זאת ועוד, העובדה שמדובר בחריג סימטרי מבטיחה שההגמשה לא תהיה אך ורק לטובת התובע וכי היא תהיה מאוזנת. במובן זה טובה החלת חריג זה מהחלת כלל יחסי לא סימטרי, כמו זה שנדון בגלגול הראשון של פרשת מלול. בנוסף, גם כאן – כמו בגישת האחריות היחסית הטהורה או המותאמת – יחסיות הפיצוי מאפשרת להביא בחשבון את התארכות השרשרת הסיבתית ולקבוע את שיעור הפיצוי תוך התחשבות בכל חלקי השרשרת.

159 מצב מורכב אף יותר עשוי להתקיים כאשר הנזק הראשוני לא נגרם לכלל נוטלי התרופה אלא רק לחלקם, באופן שאף הנזק הראשוני חוסה תחת חריג ההטיה הנשנית. למשל, בדוגמה שהובאה לעיל הניחו כי הפיגמנטציה לא נגרמה כעניין הכרחי, אלא היא תופעת לוואי שהתגלתה אצל חלק מנוטלי התרופה (נניח שאותו חלק גדול מספיק כדי לקבוע ששיווק התרופה מהווה התרשלות של חברת התרופות). לאחר מכן, חלק מתוך אותם חולים לוקה גם בסרטן העור. אפשר לראות כי אף כאשר לנזק הראשוני מדובר בסיכון שיטתי ורשלני שיצרה חברת התרופות לכל נוטלי התרופה, ועשויה להתקיים הטיה שיטתית של מאזן ההסתברויות בהתאם לגודל הקבוצות.

160 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 23–27 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

לסיום, צריך לזכור שהחלתו של חריג זה אינה כרוכה בשינוי הדין הקיים, שכן מדובר בחריג שככל הנראה התקבל כהלכה. מבחינה פרקטית, זהו יתרון נוסף שיש להחלת חריג ההטיה הנשנית.

לא למותר לציין שגישת האחריות היחסית המותאמת, החלה כמעט בכל מקרי הסיבתיות העמומה ביחס לנזקים שניוניים, רחבה יותר מחריג ההטיה הנשנית. למעשה, חריג ההטיה הנשנית מוכל כמעט במלואו בתוך גישת האחריות היחסית המותאמת. במילים אחרות, בכל המקרים שבהם מתקיימים תנאי החריג ניתן יהיה להחיל גם את גישת האחריות היחסית המותאמת, למעט במקרים חריגים, אך לא להפך.¹⁶¹ למשל, במקרה שבו אין מדובר בקבוצת ניזוקים אלא בניזוק בודד, תחול גישת האחריות היחסית המותאמת אך לא יחול חריג ההטיה הנשנית. אי לכך, אם יתקבל הטיעון שהוצע לעיל בזכות אחריות יחסית מותאמת, לא תהיה לחריג ההטיה הנשנית משמעות אופרטיבית בעולם הנזקים השניוניים, ומשמעותו העיקרית תהיה בתחום הנזקים הראשוניים. לעומת זאת אם לא תתקבל גישת האחריות היחסית, יהפוך חריג ההטיה הנשנית – כפתרון הסתברותי יחיד שניתן להחלה בסיטואציות של נזקים שניוניים – לבעל משמעות אופרטיבית רבה.

(ג) ראשי נזק יחסיים-הסתברותיים

קיימים כמה ראשי נזק הסתברותיים שנדונו כפתרונות לקשיים בסיבתיות העובדתית. מקצתם אף הוכרו ואומצו במשפט הישראלי. ראשי הנזק העיקריים שנדונו הם ראש הנזק של הגברת סיכון ואובדן סיכוי (והמקרה הפרטי של אובדן סיכויי החלמה); הפן המהותי של דוקטרינת הנזק הראייתי;¹⁶² וראש הנזק של פגיעה באוטונומיה.¹⁶³ נוכח חוסר

161 מקרים חריגים אלה עשויים להיות מקרים שבהם הסיכון שיוצר המזיק הוא בהסתברויות קיצוניות, הקרובות ל-100% או ל-0%. במקרים אלה לא תחול גישת האחריות היחסית המותאמת (בשל ההמלצה שהגישה לא תחול במתחמי הקיצון), אולם חריג ההטיה הנשנית עשוי לחול, משום שתחולתו במתחמי הקיצון לא נשללה.

162 מדובר בראש נזק כלכלי-טהור, המבטא את הפגיעה בסיכוי של הניזוק לזכות בתביעה בגין נזק אחר ומוחשי (והפיצוי משתלם בשיעור סיכויי התביעה שאבדו) ואת זכותו של ניזוק לדעת מה גרם לנזקו. הפתרון הוצג אמנם כדוקטרינה מאחדת רחבה כדיני הנזיקין ("דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", לעיל ה"ש 49; PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 68), אך עם זאת, מבחינת הקונסטרוקציה המשפטית הוא למעשה ראש נזק. הגישה העקרונית בפסיקה בישראל היא דחיית הדוקטרינה או הימנעות מדין מעמיק בה (עניין גולן, לעיל ה"ש 90, בפס' 35 לפסק דינו של השופט גרוניס), ואף במקרים שניכרת בהם גישה ניטרלית (ואף אוהדת) כלפיה היא לא יושמה (ראו למשל רע"א 7953/99 פילבר נ' המרכז הרפואי שערי צדק, פ"ד נד(2) 529 (2000); דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, פס' 102-105 לפסק דינה של השופטת נאור). להרחבה ולדין בספרות בעניין הדוקטרינה, הצדקותיה והביקורות עליה ראו "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות", לעיל ה"ש 49; PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 68; גלעד "האם הורם נטל השכנוע?", לעיל ה"ש 127; אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל' 349 (2000); Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty*; Richard .D. ; *Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891 (1997)

התאמתם של שני ראשי הנזק האחרונים לסיטואציה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים,¹⁶⁴ אתמקד בראש הנזק של אובדן סיכוי והגברת סיכון, ובתוך כך אעמוד גם על שיקולים החלים על כלל ראשי הנזק.

ראש הנזק של אובדן סיכוי והגברת סיכון, כפי שמלמד שמו, מאפשר לתובע לזכות בפיצוי כאשר הנתבע הגביר את הסיכון שיתרחש משהו רע לתובע (כלומר משהו שירע את מצבו ביחס למצבו הקיים), או כאשר הנתבע הפחית את הסיכוי שיקרה לתובע משהו טוב (קרי משהו שישפר את מצבו ביחס למצבו קיים). ראש הנזק של אובדן סיכוי

שורר Friedman, *Dealing with Evidentiary Deficiency*, 18 CARDOZO L. REV. 1961 (1997); שורר "נזקי גוף שנגרמו מזיהומים סביבתיים", לעיל ה"ש 71, בעמ' 609–613; שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 763–767.

163 במצב זה הפיצוי ניתן בגין עצם שלילת אפשרותו של אדם לקבל החלטה בעניינו שלו. נעשה שימוש בראש הנזק באותם מקרים שבהם לא מוכח כי האדם היה מקבל החלטה אחרת מזו שהתקבלה, ולכן לפי הכללים המסורתיים לא מתקיים קשר סיבתי עובדתי ביחס לנזק המוחשי. אשר לראש נזק זה היה בית המשפט העליון פורץ דרך בהיותו בית המשפט הראשון בעולם שהכיר בו. המקרה הראשון שבו הוכר ראש הנזק היה ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999) (להלן: פרשת דעקה), ועם הזמן ניכרת הרחבת גבולותיו של ראש הנזק – הן מבחינת שיעור הפיצוי שניתן בגינו (ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (פורסם בנבו, 16.6.2005); ע"א 10611/07 ענתבי נ' בן-דוד (פורסם בנבו, 22.2.2011)), הן מבחינת המקרים שבהם הוא חל (למשל הפרשה המפורסמת בעניין הסיליקון בחלב של חברת "תנובה". ראו ע"א 1338/97 תנובה נ' ראבי, פ"ד נז(4) 673 (2003); ע"א 10085/08 תנובה נ' ראבי (פורסם בנבו, 4.12.2011)). להרחבה בסוגיית הפגיעה באוטונומיה ראו גם: צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007); יונתן דיוויס "התפתחות עילת התביעה של פגיעה באוטונומיה כעילת תביעה עצמאית" רפואה ומשפט 45, 112 (2012); אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012).

164 חוסר ההתאמה של הפן המהותי של דוקטרינת הנזק הראייתי מתבטא בכך שאפשרות קבלתה בישראל היא קטנה למדי, אולם גם משום שהיא מתייחדת למקרים שבהם יש אשם בהתנהלות הראייתית של הנתבע, ואלו אינם המקרים הטיפוסיים שבהם מתמקדת הרשימה, כפי שכבר צוין לעיל בעניין הפתרונות הבינאריים. כהערת אגב יצוין שאין בדברים אלו כדי לשלול שימוש בפן המהותי-נזקי של דוקטרינת הנזק הראייתי כלפי צד ג', שאינו המזיק המקורי, אשר הייתה לו גישה לאותן ראיות והתרשל בטיפול בהן או ביצירתן, למשל הרופא שטיפל בניזוק לאחר שהאחרון ספג את הנזק הראשוני. בכל אופן, ברי כי במצב כזה אין מדובר בנזק שניוני אלא בנזק ראשוני שגרם אותו צד ג', ולכן אין הרשימה עוסקת בכך. אשר לראש הנזק של פגיעה באוטונומיה, נדמה שלעניינו ראש נזק זה רלוונטי פחות משום התמקדותו, לפחות במקרה הטיפוסי, בסוגיית ההסכמה מדעת. קשה לדמיין אפשרות שבה הפגיעה באוטונומיה היא נזק שניוני שמתפתח מנזק ראשוני מוקדם יותר, שהרי פגיעה כזו מעצם טבעה דורשת אקט נוסף של אי-כיבוד זכותו של הניזוק לעצב את חייו כרצונו (כך עולה למשל מפרשת דעקה, שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט אור. ראו גם יעקב, שם, בעמ' 11, 17). אילו בוצע אקט נוסף זה בשלב שבין הנזק הראשוני לנזק השניוני, אזי הנזק השניוני לא היה עוד נזק שניוני אלא נזק ראשוני של פגיעה באוטונומיה. בנוסף, גם אם ניתן היה לתאר מצב שבו פגיעה באוטונומיה היא נזק שניוני, הרי שמעצם ההגדרה של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה לא נראה שיכולה להתקיים סיבתיות עמומה ביחס אליו.

החלמה, שיידון בהמשך, הוא למעשה "מקרה פרטי" של אובדן סיכוי, אשר מתייחס למקרים שבהם הסיכוי שאבד הוא הסיכוי להחלים ממחלה. מבחינת הגיונם של הדברים אפשר להחיל את גישת הגברת הסיכון אף על מקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים. אם נחזור למשל למקרה האפילפסיה שנדון לעיל, ברי כי בגרימת הנזק המוחי הגביר המזיק המקורי את הסיכון של הניזוק ללקות באפילפסיה, שהרי הוסיף לו גורם סיכון שלא היה קיים.¹⁶⁵ משכך, נותר לבחון אם הכרה בראש נזק של הגברת סיכון או אובדן סיכוי היא פתרון ראוי לבעיית הסיבתיות העמומה במקרים אלו. אקדים ואומר שלטעמי ההכרה בראש נזק כאמור אינה רצויה ואינה ישימה.

לראש הנזק של הגברת הסיכון יש תומכים בספרות,¹⁶⁶ אך בפסיקה הישראלית נדחתה הדוקטרינה. ראש הנזק של הגברת סיכון לחלות במחלה, ונדמה שהגברת סיכון בכלל, עלה לדין בפסק הדין בעניין יהונתן כהן.¹⁶⁷ בפרשה זו ביקשה השופטת שטרסברג-כהן, התומכת המובהקת בגישת הגברת הסיכון בפסיקה הישראלית, להכיר בפיצוי יחסי מכוח ראש נזק של הגברת סיכון, אולם נותרה בדעת מיעוט. השופטים ברק וביניש הותירו את ראש הנזק בצריך עיון, וכהערת אגב ציינה השופטת ביניש שהכרה בהגברת סיכון היא בגדר "צעד נוסף" אשר ספק אם ראוי להכיר בו.¹⁶⁸ על עמדת הפסיקה הישראלית נשמעו ביקורות. נטען, למשל, שקשה למצוא שוני רלוונטי בין ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה – אשר הוכר בפסיקה ויוצג בהמשך – לבין ראש הנזק הכללי יותר של הגברת סיכון ואובדן סיכוי,¹⁶⁹ ולכן לא ברור מדוע התקבל הראשון

165 נוכח הדוגמה שהובאה לעיל, ועוד רבות אחרות, אין זה מפתיע שיש בלבול מסוים בספרות ובפסיקה באשר למונח "הגברת סיכון". כך, יש הטוענים כי הגברת הסיכון חופפת מבחינה עניינית את גישת האחריות היחסית הטהורה. איני רואה מקום להיכנס לסוגיה זו. אמנם, יש נקודות דמיון לא מבוטלות מבחינה מהותית בין שתי הדוקטרינות. עם זאת, ההפרדה שנערכה ברשימה זו בין אחריות יחסית "טהורה" לבין ראש הנזק של הגברת סיכון מבוססת על הקונסטרוקציה המשפטית השונה של שתיהן – באחת הגברת הסיכון מתבטאת במעבר לכלל הכרעה יחסי. באחרת הגברת הסיכון מתבטאת בראש נזק חדש שאותו יש להוכיח לפי כללי ההוכחה וההכרעה המסורתיים.

166 ראו למשל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 71 (יש לציין שפורת מחזיק בגישה שלפיה פיצוי לפי דוקטרינה של הגברת סיכון עדיף דווקא במקרים שבהם אותו סיכון טרם התממש); Joseph H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts*; *Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L.J. 1353 (1981).

167 עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 113.

168 שם, בפס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. הצעד ה"נוסף" הוא ביחס לראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה, אשר כבר אומץ לפני כן במשפט הישראלי.

169 גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1419, 1423–1424. לחיזוק הטענה שאין שוני אמיתי בין הדוקטרינות ראו דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, בפס' 16, 47–49 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. יתרה מכך, גם לו היה שוני שמצדיק אי החלה על כל הגברת סיכון ואובדן סיכוי, ודאי שניתן היה להכיר במקרה הדומה במאפייניו לאובדן סיכויי החלמה, והוא המקרה של הגברת הסיכון לחלות, שכן ההבדל היחיד בין שני המקרים הוא מצבו של הניזוק עובר להתרשלות (באובדן סיכויי

ונדחה השני. מכל מקום, בניגוד לראש הנזק הספציפי של אובדן סיכויי החלמה לא הכירה הפסיקה בדוקטרינה כללית של הגברת סיכון (או פגיעה בסיכוי) בהזדמנויות שהיו לה לעשות כן,¹⁷⁰ ולאחרונה – בדנ"א מלול – נדחתה הדוקטרינה במפורש.¹⁷¹

נוסף על ההיבט המעשי של דחיית הדוקטרינה במשפט הנוהג, בהסדר של ראש נזק נפרד גלומים קשיים עיוניים אינהרנטיים. אחד העיקריים שבהם עניינו ההתמודדות עם מקרים שבהם לא התממש הנזק. אם אכן מדובר בראש נזק נפרד, אזי הוא ניתן להוכחה גם, ואולי בעיקר, כשהנזק הממשי לא התממש. כל עוד התרשל אדם ובעקבות התרשלותו זו הוגבר הסיכון או אבד סיכוי, הרי שראש נזק עצמאי יצדיק פיצוי אף אם בסופו של דבר לא נגרם הנזק המוחשי (שכן הנזק של הגברת סיכון התרחש בהחלט).¹⁷² קושי עיוני נוסף מתעורר בדבר השאלה לטובת מי תיושם ההכרה בראש הנזק. אפשר למשל להכיר בראש הנזק לטובת התובע בלבד, קרי ראש הנזק יוחל רק במקרים שבהם הסיכון גדל בפחות מ-50%, ואילו במקרים שבהם גדל הסיכון בלמעלה מ-50%, יפוצה התובע בגין כל הנזק. כאמור, נדמה שזו הנטייה בפסיקה הישראלית. עם זאת, החלה רק לטובת התובע אינה מתיישבת עם ההכרה בראש נזק הסתברותי עצמאי, שכן ראש נזק עצמאי "אמיתי" יחול גם במקרים שבהם הסיכון גדל בלמעלה מ-50%.¹⁷³ יתרה מכך, החלת הדוקטרינה לטובת התובע בלבד יוצרת הרתעת יתור כלפי נתבעים, וכך ציינתי גם בדיון בגישת האחריות היחסית הטהורה. נוכח קשיים אלה ביקש לאחרונה פרופ' גלעד לבטל את דוקטרינת אובדן הסיכוי כדוקטרינה עצמאית (באופן פרטני יותר דיבר גלעד

החלמה בוצעה ההתרשלות כשהניזוק היה חולה, ואילו בהגברת סיכון היא הגבירה את הסיכון של ללקות במחלה בעתיד).

170 שנור "הבסיס העיוני", לעיל ה"ש 70, בעמ' 208; דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, בפס' 36 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

171 מפתיע לציין שאף השופטת נאור, שהייתה מובילת העמדה שלפיה יש להחיל אחריות יחסית, דחתה את האפשרות להיזקק לראש הנזק של הגברת סיכון (דנ"א מלול, לעיל ה"ש 3, בפס' 84–98 לפסק דינה של השופטת נאור). יש לציין שבפסק דין מוקדם לפרשת מלול ציין השופט רובינשטיין שמבחינה עיונית ועקרונית אינו רואה מניעה להחיל את הדוקטרינה של הגברת סיכון (ראו רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, בפס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.7.2009)).

172 ראו למשל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 71, בעמ' 630–631. אמנם אפשר להבין את קביעתו של בית המשפט, המבוססת על שיקולי מדיניות חזקים ונכונים כגון הרתיעה הברורה ממתן פיצוי ללא קיומו של נזק מוחשי וההשלכות ההרסניות על עלויות ההתדיינות והעומס בבתי המשפט, אך אין בכך כדי לפתור את הקושי.

173 לכאורה, מבחינה מעשית, עניין זה מתיישב עם ההיגיון. במקרה שבו אובדן סיכויי החלמה עולה על 50%, ממילא לא ייזקק התובע לראש הנזק האמור, שכן הוא יוכל לתבוע מלכתחילה את הפיצוי בגין הנזק העיקרי ולזכות בתביעה. תשובה אפשרית לטעון זה מציע שני (שני "נקודות המפגש", לעיל ה"ש 72, בה"ש 93). שני מזכיר שבראש הנזק של הגברת הסיכון מתבסס התובע על ראיות סטטיסטיות. לפי כלל מאזן ההסתברויות הנטייה היא לא להיזקק לראיות סטטיסטיות אלא לדרוש ראיות אינדיווידואליות. אי לכך, אף אם התובע מוכיח הגברת סיכון של מעל ל-50% בנתונים סטטיסטיים, אין הדבר אומר שיצליח לזכות בתביעה בגין הנזק העיקרי.

על אובדן סיכויי ההחלמה) וקרא להכיר בה כחלק מדוקטרינה של אחריות יחסית טהורה, תוך החלטה באופן סימטרי (ולא רק לטובת התובע).¹⁷⁴

סיבה נוספת לחוסר ההתאמה של גישת הגברת הסיכון לעולם הנזקים השניוניים נובעת מחיבור בין ההלכות הנוהגות בישראל בעניין ריחוק הנזק לבין הקונסטרוקציה המשפטית של ראש נזק נפרד. כזכור, לפי הלכות רינגר וקליפורד – המקלות מאוד על תובעים-ניזוקים – אם הנזק הראשוני הוא נזק גוף, אזי כל שאר נזקי הגוף השניוניים ייחשבו צפויים, ולכן המזיק המקורי יחוב בגינם. דא עקא, שאם נתייחס ליצירת ראש הנזק הנפרד בכובד ראש,¹⁷⁵ נגלה שהוא אינו נזק גוף או רכוש אלא נזק מסוג אחר, של הגברת סיכון או פגיעה בסיכוי. משכך, לא יוכל התובע-הניזוק ליהנות מהלכת קליפורד, והוא יידרש להוכיח שסוג הנזק החדש היה צפוי – משימה לא פשוטה כלל. זה אמנם אינו שיקול חזק נגד החלת גישת ראשי הנזק, שכן כפי שציינתי קודם לכן, את הבעיות בהלכות ריחוק הנזק יש לפתור בגדרי ריחוק הנזק. עם זאת, הבאתי שיקול זה כדי לעמוד באופן מלא על השלכות הבחירה בדוקטרינת ראש הנזק הנפרד. ההכרה בגישת ראשי הנזק כדי להקל בהוכחת הסיבתיות העובדתית עלולה אפוא להוביל לפגיעה קשה בתובע בהוכחת הסיבתיות המשפטית וריחוק הנזק.¹⁷⁶

לסיכום נקודה זו, גישת הגברת הסיכון עשויה לכאורה לשמש פתרון גם למקרים של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים, בייחוד בקרב מי שמגיע למסקנה כי ראוי להגמיש במקרים אלה את כלל מאזן ההסתברויות ולעבור לכלל יחסי. עם זאת, נוכח הקשיים שהובאו לעיל, התומכים במעבר לכלל יחסי צריכים, לגישתי, להעדיף את הפתרון של אחריות יחסית טהורה (או מותאמת) על פני גישת הגברת הסיכון, ועל פני ראשי נזק עצמאיים בכלל.¹⁷⁷ יתרה מכך, האחריות היחסית הטהורה משקפת גישה

174 גלעד 'גבולות האחריות', לעיל ה"ש 7, בעמ' 1442–1443, 1448–1449.

175 וכך לכאורה מצופה מאתנו כאשר מדגיש בית המשפט שיתרונה של דוקטרינת ראש הנזק הנפרד הוא בכך שאינה סוטה מכלל מאזן ההסתברויות ושמדובר בראש נזק עצמאי.

176 אפשר לטעון שהבעיה המוצעת כאן היא מלאכותית משום שאובדן סיכוי או הגברת סיכון מתייחסים לסיכון מסוג מסוים, ולכן לצורך הלכת קליפורד הם נזקים מאותו סוג. לפי טענה זו, אם מדובר בהגברת סיכון לחלות, אזי לפנינו הגברת סיכון לנזק גוף, ולכן אם הנזק הראשוני הוא נזק גוף, אז הגברת הסיכון לנזק גוף נוסף צפויה בדיוק כשם שנוזק הגוף הנוסף עצמו הוא צפוי. גם אם בטענה זו יש ממש – וספק אם כך הדבר לאור הניסיונות להדגיש שהנזק שנגרם הוא הגברת הסיכון ולא נזק גוף – הדוקטרינה של ראש נזק נפרד בעייתית מטעמים אחרים שצוינו.

177 טענה אפשרית היא שדווקא בעולם של נזקים שניוניים יש להכיר בפיצוי בגין הגברת סיכון גם אם הנזק טרם התגבש בשל החשש מפני התיישנות אם יוכרו התביעות רק כשהנזק השניוני התממש (לדיון בהטלת אחריות נזיקית לפני שהתגבש הנזק ראו למשל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל ה"ש 71; Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Future Harm, in PERSPECTIVES*; ON CAUSATION 221 (Richard S. Goldberg ed., 2011); עניין פלונית, לעיל ה"ש 171, פס' יז-כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין, ופסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). טענה זו קשה לקבל מכמה טעמים: ראשית, גם אם התיישנות אכן יוצרת בעיה, כפי שגורסת הטענה, לא ברור כלל אם הפתרון לכך הוא הכרה באחריות לנזקים שניוניים לפני שהתגבש הנזק. מדובר בהרחבה ניכרת

משפטית כנה ואמיתית יותר מגישת ראש הנזק הנפרד,¹⁷⁸ ומשמרת את התפיסה שלפיה האחריות מוטלת בגין הנזק המוחשי והעיקרי ולא בגין נזקים ערטילאיים יותר. לפני סיום, כמה מילים נדרשות בנושא ראש הנזק הספציפי של אובדן סיכויי החלמה. ראש נזק זה, להבדיל מראש הנזק הכללי יותר של אובדן סיכוי, השתרש עמוקות במשפט הישראלי ונותר רלוונטי גם לאחר הדיון המעמיק בפתרונות היחסיים בדנ"א מלול. באמצעות דוקטרינה זו אפשר לפצות אדם שלקה במחלה אולם בשל התרשלות המזיק (ברגיל מדובר בהתרשלות רפואית) נפגעו סיכויי החלמתו מן המחלה. היקף הפיצוי לפי ראש נזק זה ניתן בגין אותם סיכויי החלמה שנשללו מן התובע.¹⁷⁹ יובהר כי הדוקטרינה עוסקת במצבים שבהם הניזוק היה חולה עובר להתרשלות הרפואית. כלומר, ראש נזק זה אינו דן במצב שבו ההתרשלות הגבירה את הסיכון לחלות אלא במצב שבו היא פגמה בסיכוי להחלים ממחלה קיימת. הצעד הראשון לאימוץ הדוקטרינה במשפט הישראלי נעשה בפרשת פאתח,¹⁸⁰ שבה הוכרה הדוקטרינה לראשונה. מפרשה זו עולה כי אפשר להחיל את הדוקטרינה גם "לרעת התובע", כלומר גם במקרים שבהם הפגיעה בסיכויי ההחלמה מוערכת במעל ל-181.50% ברבות השנים נראה כי מבחינה מעשית נרתעת הפסיקה מהחלת ראש הנזק לרעת התובע, והוא מיושם בעיקר לטובת התובע, קרי כאשר סיכויי החלמה שאבדו נמוכים מ-50%. פרשה חשובה נוספת בהתפתחות הדוקטרינה היא פרשת פרוטס,¹⁸² שבה נקבע במפורש כי הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה יינתן רק במקרים שבהם לא החלים החולה מהמחלה, וזאת אף על פי שסיכויי החלמה נפגעים גם כאשר החולה מבריא.

וחסרת תקדים של האחריות, שתוביל למצב לא רצוי שבו כמעט לכל תביעה לנזק ראשוני תתלווה תביעה בגין הגברת סיכון לנזק מאוחר כלשהו שנוצר סיכון שיתרחש. למעשה, לפי טענה זו ההתיישנות אינה בעיה ייחודית לנזקים מאוחרים הנתונים לעמימות סיבתית, אלא בעיה החלה על כל הנזקים המאוחרים, לרבות אלה שהקשר הסיבתי העובדתי בהם ברור ומוכח. שנית, מבחינה אמפירית הטענה מאבדת מעוקצה, שכן ככל הידוע לי, באותם מקרים שהתעוררו לעניין נזקים שניוניים (והגיעו לבית המשפט העליון) לא חלפו יותר משבע שנים מאז התגבשות הנזק הראשוני להתגבשות הנזק השניוני, ולכן ממילא לא הייתה מתקבלת טענת התיישנות מפי הנתבע.

178 לעדיפותם של פתרונות כנים שמתעמתים חזיתית עם הבעיות ואינם מנסים "לעקוף" אותן באמצעות אקרוטיקה משפטית ופיקציות ראו גם שני "הנזק הראיתי ועונשו", לעיל ה"ש 49, בעמ' 382-383.

179 על האופן הראוי לחישוב אובדן סיכויי החלמה ראו עניין פרוטס, לעיל ה"ש 120. בפרשה זו סתם המשנה לנשיאה ריבלין את הגולל על פסיקות סותרות בשאלת חישוב הפיצוי.

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

181 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט ש' לוי. יש לציין שלאחר פסיקה זו היו מקרים, אם כי בודדים, שבהם אכן יושמה הדוקטרינה גם במקרים שבהם אובדן הסיכוי הוערך בהסתברות שהיא גבוהה מ-50%. ראו ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה, פ"ד מט(3) 709 (1995); ע"א 5049/91 קופ"ח של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (1995); ע"א 44/08 שירותי בריאות כללית נ' קסלר (פורסם בנבו, 19.5.2009). עם זאת אלו הם מקרים חריגים, ומקובל לחשוב שהחלה היא בעיקר לטובת התובע. ראו גלעד "גבולות האחריות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 1428-1429.

182 עניין פרוטס, לעיל ה"ש 120.

ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה, כפי שעוצב במשפט הישראלי, סובל מהקשיים שמהם סובל כל ראש נזק עצמאי, ובכלל זאת הקשיים העיוניים הנובעים מאי-הכרה בנזק שלא התממש, מהחלה לטובת התובע בלבד ומחוסר כנות משפטית. מלבד זאת מעורר ראש הנזק הספציפי של אובדן סיכויי החלמה חשש נוסף, שעניינו פתיחת דלת להכרה בראשי נזק ספציפיים וצרים נוספים, שיתפתחו כתלות בנסיבות המקרים שיידונו בבתי המשפט (כך, בחלוף הזמן יוכל להתפתח למשל ראש נזק של אובדן סיכויי תביעה כתגובה לרשלנות מקצועית של עורך דין, וראשי נזק רבים אחרים).¹⁸³ מצב כזה עלול להביא לפגיעה בוודאות המשפטית, לתיחום לא מושכל של האחריות הנזיקית, ולהתרחקות מהמצב הרצוי שלפיו הניזוק תובע בגין הנזק המוחשי שנגרם לו. מכל מקום, על אף קשיים אלו אימץ בית המשפט את הדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה, ומכך אין להתעלם. על כן בכל זאת אבקש לבחון אם הדוקטרינה מתאימה לחול גם במקרים של נזקים שניוניים. לטעמי התשובה לכך היא שלילית, לפחות במרבית המקרים. אובדן סיכויי החלמה נגרם בשל התערבות חיצונית, רפואית לרוב, אשר מביאה להרעה או לאי-הטבה במחלה קיימת. לעומת זאת בנזקים שניוניים טיפוסיים אין התערבות של המזיק המקורי לאחר הנזק הראשוני, ואם קיימת התערבות כזו, היא תהיה מעשה רשלני נפרד, ולכן אובדן סיכויי החלמה ייחשב לנזק ראשוני. לפיכך, ספק רב אם ניתקל במצבים שבהם הנזק השניוני הוא נזק מסוג אובדן סיכויי החלמה. עם זאת, לא למותר לציין שיתכן שיבוא בפני בית המשפט מקרה חריג של נזקים שניוניים שאכן נופל בגדרי הדוקטרינה ושלא חשבתי עליו ברשימה זו. במקרים חריגים אלו, מבחינה פורמלית יוכל בית המשפט לפצות על סמך דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה מבלי לעורר התנגדות או לשנות את הדין הנוהג. עם זאת, ראוי לזכור את הקשיים העיוניים הטמונים בדוקטרינה, בעיקר לעומת החלופה של אחריות יחסית "טהורה".

סיכום

מחקר זה מהווה, לפני הכל, ניסיון ראשון להאיר את הדיון בנזקים שניוניים מנקודת מבט מאתגרת וחדשה אשר נעלמה מן השיח הקיים בסוגיה. הרשימה ביקשה לתת תוכן אמיתי ליסוד הקשר הסיבתי העובדתי שבין הנזק הראשוני לנזק השניוני ולהתמודד עם קושי מרכזי העלול להתעורר בגדרו – הקושי של סיבתיות עמומה. בתוך כך ניתנו דוגמאות, מעשיות ותאורטיות, לקיומו של קושי זה.

183 דוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה מעצם טבעה מתאימה רק, או כמעט רק, למקרים של רשלנות רפואית. ראו ששון "הבסיס העיוני", לעיל ה"ש 70, בעמ' 192–193. עם זאת יוער כי מדובר במקרים לא מעטים.

לאחר מכן נבחנו הדינים החלים על נזקים שניוניים והפתרונות שהוצעו בפסיקה ובספרות להתמודדות עם מצבי סיבתיות עמומה. נעשה שימוש בתוכנות הנלמדות משני התחומים, תוך מתן משקל למאפיינים המייחדים מצבי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים – כגון השלכות התארכות השרשרת הסיבתית, אובדן היתרון הראייתי של הנתבע, מובהקות השיקול של העדפת התובע החף והעובדה שמדובר בקבוצת מקרים תחומה ומצומצמת – כדי להעריך מהם הפתרונות העשויים להימצא ראויים במצבים אלה.

תחילה נבחנה השאלה אם ראוי לסטות מכלל מאזן ההסתברויות ולעבור לכלל הכרעה יחסי, בין על דרך אחריות יחסית טהורה ובין על דרך של ראשי נזק כגון הגברת סיכון או אובדן סיכויי החלמה. התשובה לכך, כפי שנטען לעיל, אינה חד-משמעית, משום שאף אם מבחינה עקרונית ראוי לסטות מכלל מאזן ההסתברויות במקרי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים, אין זה ברור שניתן יהיה לעשות כן בדין הישראלי לאחר פרשת מלול. מכל מקום, אם תהיה לבתי המשפט נכונות מסוימת להגמיש את הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות, טענתי כי הדרך העדיפה לעשות כן היא באמצעות אימוץ גישת האחריות היחסית ה"מותאמת" – הקובעת כלל הכרעה יחסי, הכפוף לקווים מנחים שהצעתי באשר לאופן החלתו – ולא באמצעות הכרה בקונסטרוקציה של ראשי נזק הסתברותיים. כמו כן צוין שבמקרים שבהם מתקיימים תנאיו של חריג ההטיה הנשנית, אף הוא פתרון יחסי, החלתו תהיה ראויה אף כשמדובר בנזקים שניוניים. אשר לאפשרות להיזקק לפתרונות בינאריים – המבוססים על העברת הנטל לפתחו של המזיק המקורי – נטען שככלל הם אינם פתרונות הולמים לסיטואציה של סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים, נוכח התוצאה הדרקונית של החלתם, ובשל אי-התאמתם למאפיינים ייחודיים של הסיטואציה, כגון אובדן היתרון הראייתי של הנתבע (למעט במקרים של נזק ראייתי מובנה. יצוין כי העברת הנטל במקרים אחרונים אלה מעוררת קשיים לא מבטלים, שעליהם עמדתי לעיל).

אמנם הערכת הפתרונות השונים נעשתה בהקשר של המשפט הישראלי והדין הייחודי הנוהג בו בעניין נזקים שניוניים, אולם הדיון הנורמטיבי והעלאת הבעיה אל פני השטח חשובים גם מנקודת מבט רחבה יותר, שכן הנושא העומד במוקד הרשימה טרם נדון גם בשיטות משפט אחרות אשר הלכה למעשה מתמודדות עם סוגיות עובדתיות דומות.¹⁸⁴ לסיים, רשימה זו אינה מתיימרת להציע מודל סדור ויחיד להתמודדות עם מצבי סיבתיות עמומה ביחס לנזקים שניוניים והיא אינה מבקשת להקיף את כל שניתן לומר בסוגיה. תחת זאת, והיות שהדיון בנושא טרם התעורר עד כה, מטרתה העיקרית היא לחשוף את הבעיה, ובנוסף היא מבקשת להצביע על היתרונות והחסרונות של משטרים אפשריים. יש לקוות כי תינתן הדעת, בפסיקה ובספרות, על הסיבתיות העמומה (והקשיים העובדתיים האחרים) המתעוררת בעולם הנזקים השניוניים. אם כך יהיה, ניתן יהיה להמשיך את הדיון בסוגיה ולעמוד באופן מושכל יותר על גבולותיה.

184 ראו לעיל בה"ש 55–60, והטקסט הצמוד להן.