

הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל

בעקבות ע"א 7375/02 בית החולים "כרמל" חיפה נ' מלול;¹ ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' זכריה כהן²

מאת

בועז שנוור*

בעשורים האחרונים גוברת מגמת הפסיקה הישראלית להתגבר על בעיית העמימות הסיבתית באמצעות פסיקת פיצוי חלקי. עם זאת, קיים חוסר בהירות לגבי הכסיס העיוני לפסיקה כזו. בעניין מלול נקבע כי יסודה של פסיקה זו במעבר לכלל הכרעה יחסי, אך בעניין זכריה כהן נקבע כי פסיקת הפיצוי החלקי מתבססת על הכרה בראש נזק של אובדן סיכויי החלמה. רשימה זו סוקרת את ההבדלים המעשיים בין שני הבסיסים לפסיקת פיצוי יחסי, את שיקולי המדיניות השונים שמתעוררים בכל אחד מהם, כמו גם את המגמות העולות מפסקי הדין אשר עסקו בנושא לאורך השנים. מסקנת המאמר היא שעד לאחרונה לא עמדה הפסיקה הישראלית על עצם קיומן של שתי אפשרויות לבסס את פסיקת הפיצוי החלקי, וכי עד היום היא לא עמדה על המשמעות המעשית הנלוות לכל אפשרות. המחבר ממליץ כי הרחבות עתידיות של פסיקת פיצוי חלקי (אם תהיינה) תעשנה באמצעות הרחבת ההכרה בראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה.

מבוא. א. הבסיסים העיוניים לפסיקת פיצויים חלקיים. 1. קביעת פיצוי חלקי בנוזקין – על שום מה?; 2. מעבר לכלל הכרעה יחסי; 3. ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה; 4. הדמיון בין שני הכללים; 5. הבדלים בין הבסיסים לפסיקת פיצוי יחסי; 6. סיכום ביניים; ב. הבסיס העיוני לפיצוי חלקי בפסיקה הישראלית. 1. ההלכה העקרונית: עניין פאחח; 2. יישום ההלכה באבדן סיכוי גבוה מ-50%; עניין רחמן וכרנשטיין; 3. כלל הכרעה יחסי ומקרים של היעדר הסכמה: עניין זאחודי; 4. ואולי ראש נזק? פיצול ההלכה בעניין אבו סעדה; 5. התעלמות מהמחלוקת וצמצום הפיצוי החלקי: עניין יהונתן כהן ועניין דעקה; 7. כלל הכרעה יחסי מפורש: עניין מלול; 8. שלילת הענף של כלל ההכרעה היחסי: עניין זכריה כהן; 9. סיכום הפסיקה; ג. הערכת הגישות השונות ומסקנות לעתיד. 1. הקטנת טעויות; 2. הרתעה יעילה; 3. צדק מתקן; 4. צדק מחלק; ד. סיכום.

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן. תודתי העמוקה נתונה לישראל גלעד ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות, ולאביחי שלום על סיוע במחקר.

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

2 ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' זכריה כהן, תק-על 2005 (2) 406 (2005).

מבוא

בתי המשפט נתקלים פעמים רבות בתביעות נזיקין שבהן מוכחת התנהגותו העוולתית של הנתבע ומוכח נזקו של התובע – אולם יש ספק באשר לקשר הסיבתי העובדתי בין התנהגותו העוולתית של הנתבע לבין נזקו של התובע, ובית המשפט ניצב מול מצב של עמימות סיבתית.³ במצב כזה בית המשפט יכול לפעול בכמה דרכים:⁴ ביכולתו לפסוק לפי נטל השכנוע הרגיל, ואז יפסיד התובע שלא עמד בנטל השכנוע;⁵ מנגד ביכולתו להפוך את נטל השכנוע ולהעבירו אל כתפי הנתבע כך שזה יצטרך להוכיח את היעדר הקשר הסיבתי, ואז יפסיד הנתבע שלא עמד בנטל זה;⁶ עוד יכול בית המשפט להחליט לחלק את סכום התביעה בין הצדדים.⁷ מאמר זה יעסוק בגישה אחרונה זו – גישת הפיצויים החלקיים.

גישת הפיצויים החלקיים היא גישה חדשנית, החורגת מהעמדה הכללית שלפיה בתי המשפט אמורים לפסוק בסכומים בצורה חדה, והולמת את המגמה לעבור מכללים דואליים לכללים יחסיים.⁸ למרות חדשנותה של גישה זו, ואולי בגללה, אימצה אותה הפסיקה הישראלית בכמה מקרים.⁹

מטבע הדברים, אימוץ גישה חדשנית מסוג זה מעורר דיונים רבים. פוג אחד של

- 3 ראו, למשל, את פסקי הדין הנדונים להלן בפרק ב'; כן ראו לאחרונה רע"א 2551/06 לנגפורד נ' א. ג. תום בע"מ (טרם פורסם, 26.5.2006); ע"א 4804/03 מרגליות נ' הסתדרות מדיניות "הדסה" (טרם פורסם, 10.5.2006); ע"א 9418/04 צוות ברקוביץ – מאגרי בניה בע"מ נ' דמארי, תק-על 2004(4) 2065 (2006).
- 4 לתיאור חלק מהדרכים שבהן מתורגמות אפשרויות אלה לכללים משפטיים ראו ענין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 9. כן ראו את דוקטרינת הנזק הראייתי שפותחה כדי לתת מענה לבעיית חוסר הוודאות במשפטי הנזיקין Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*, 18 CARDOZO L. REV. 1891 (1997); ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* (2001). לדיון ביקורתי בדוקטרינה זו ראו ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורס נטל השכנוע?" משפטים ל 317, 339 (1999); Richard D. Friedman, *Dealing with Evidentiary Deficiency*, 18 CARDOZO L. REV. 1961 (1997). לדיון ביקורתי בהרחבת האחריות הנובעת מהדרכים שבהן הפסיקה מתמודדת עם בעיות בקביעת קשר סיבתי ראו ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת האחריות בנזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים לד 385 (2004).
- 5 ראו, למשל, ע"א 6643/95 יהונתן כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680, 710-707 (1999).
- 6 ראו, למשל, ע"א 8151/98 שטרנברג נ' צ'צ'יק, פ"ד נו(1) 539, 553, 564-565 (2001).
- 7 לפסקי דין הנוקטים גישה זו ראו להלן בפרק ב'.
- 8 Guido Calabresi & Jeffrey O. Cooper, *The Monsanto Lecture: New Directions in Tort Law* 1995, 30 VAL. U. L. REV. 859, 868-870 (1996).
- 9 לסקירת המקרים שבהם אומצה גישת הפיצויים החלקיים ראו להלן פרק ב'.

דיונים עוסק בשאלה אם מעבר זה רצוי, ואם כן – באיזו מידה. בשאלה זו יש הבדלי גישות ניכרים בפסיקה¹⁰ וקיימת גם ספרות ענפה.¹¹ ברשימה זו לא נעסוק בשאלה זו לגופה. סוג אחר של דיונים עוסק בבסיס העיוני שעליו אמורים להישען הפיצויים החלקיים. זאת, מתוך הנחה שבבסיסים עיוניים שונים יביאו להוצאות שונות באשר להיקף המעבר הרצוי לפסיקת פיצויים כאלה. דיון מעניין בנושא זה נסב סביב הרעיון להכיר

10 השור, למשל, בין הגישה העולה מעניין מלול, לעיל ה"ש 1, לגישה העולה מעניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2. כן ראו באנגליה: *Gregg v. Scott*, [2005] UKHL 2, [2005] 2 AC 176; *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32; *Barker v. Corus*, [2006] UKHL 20.

11 תקצר הדיעה מלסקור באופן ממצה את הספרות העוסקת בנושא. עם זאת, להלן כמה מהמקורות המשפיעים בחינם: John E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromises – The Uses of Doubt and Reason*, 58 NW. U. L. REV. 750 (1964); John E. Coons, *Compromise as Precise Justice*, 68 CAL. L. REV. 250 (1980); David H. 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); Joseph H. King, *Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L. J. 1353 (1980); Steven Shavell, *Uncertainty Over Causation and the Determination of Civil Liability*, 28 J. L. & ECON. 587 (1985); Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357 (1985); Neil Orloff & Jerry Stedinger, *A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard*, 131 U. PA. L. REV. 1159 (1983); Glen O. Robinson, *Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases*, 68 VA. L. REV. 713 (1982); Glen O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 14 J. LEGAL STUD. 779 (1985); John Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N. C. L. REV. 1063 (1989); Jeff L. Lewin, *Comparative Nuisance*, 50 U. PITT. L. REV. 1009 (1989); Jeff L. Lewin, *Boomer and the American Law of Nuisance: Past, Present and Future*, 54 ALB. L. REV. 189, 276-291 (1990); Saul Levmore, *Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs*, 19 J. LEGAL STUD. 691 (1990); Tamsen Douglass Love, *Detering Irresponsible Use and Disposal of Toxic Substances: The Case for Legislative Recognition of Increased Risk Cause of Action*, 49 VAND. L. REV. 789 (1996); Michael Abramowicz, *A Compromise Approach to Compromise Verdicts*, 89 CAL. L. REV. 231 (2001); Marc Stauch, *Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence*, 17 OXFORD J. LEGAL STUD. 205 (1997); Ariel Porat & Alex Stein, *Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on *Holby*, *Allen* and *Fairchild**, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 667 (2003); שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או לא כלום'?" עלי משפט ג 531 (2003).

בראש נזק חדש – הנזק הראייתי¹² – שאימוצו מביא לפסיקת פיצויים חלקיים. אמנם ראש נזק זה אינו מפצה ישירות בגין סיכונים,¹³ אך אימוצו מביא לפיצוי חלקי הדומה במרבית המקרים לפיצוי שהיה ניתן אילו הוכרה האפשרות לפצות בגין סיכונים.¹⁴ עם זאת, ראש הנזק של נזק ראייתי לא אומץ בפסיקה הישראלית עד היום,¹⁵ ומאחר שעניינה של רשימה זו בהבהרת הבסיסים העיוניים האפשריים לפסיקה הישראלית, היא לא תעסוק בראש נזק זה.

בית המשפט העליון בחר לבסס את פסקי הדין שבהם ניתן פיצוי חלקי על הכרה ישירה יותר בפיצוי בגין סיכונים. הכרה כזו עשויה להתבסס על שני בסיסים עיוניים שונים: בסיס ראש הנזק ובסיס כלל ההכרעה היחסי. מאחורי כל אחד מבסיסים אלה עומדים שיקולי מדיניות נבדלים וכל אחד מהם מביא לתוצאות שונות, אולם עד היום הפסיקה הישראלית לא הבחינה ביניהם.¹⁶ חוסר-הבחנה זה הוביל לחוסר-בהירות לגבי משמעות ההכרה בפסיקת פיצויים חלקיים ולבלבול באשר לדרך שבה יש ליישם הכרה זו. יש להניח כי הבהרת הבסיס העיוני של הפיצויים החלקיים ומשמעותו הייתה עשויה לתרום גם ליישוב חלק מהמחלוקות לגבי היקפה הרצוי של פסיקה מסוג זה. ראוי לציין כי גם בספרות העוסקת בנושא, בארץ ובעולם, לא הוכרה בצורה חדה ההבחנה בין בסיס ראש הנזק לבסיס כלל ההכרעה היחסי.

חוסר-הבהירות באשר לבסיסה של הפסיקה היחסית עלה אל פני השטח בשני פסקי דין שניתנו בחודשים האחרונים. בעניין מלול¹⁷ קבעה השופטת נאור – תוך אמירה שהיא צועדת בעקבות פסיקה קודמת – כי במקרים מתאימים ניתן לפסוק פיצויים חלקיים תוך התבססות על מעבר לכלל הכרעה יחסי.¹⁸ לעומת זאת, בעניין זכריה כהן – שניתן

12 Porat & Stein, לעיל ה"ש 4; PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 4; אלכס שטיין ואריאל פורת "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא 191 (1998); אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל 349 (1999). לביקורת על גישתם ראו Friedman, לעיל ה"ש 4; גלעד, לעיל ה"ש 4; קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוללתית באינטרס" עיוני משפט כז 323 (2004).

13 הוגי ראש הנזק אף טוענים כי אחד היתרונות שלו נעוץ בכך שהוא אינו מפצה בגין סיכונים – פיצוי שלדעתם מוביל לתוצאות לא ראויות (שטיין ופורת "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים", שם, בעמ' 205-206).

14 גלעד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 337.

15 עניין שטרנברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 551.

16 ראו להלן פרק ב'.

17 עניין מלול, לעיל ה"ש 1. הוגשה בקשה לדיון נוסף בפסק הדין והוחלט לקיים בו דיון בהרכב של תשעה שופטים (דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל חיפה נ' מלול (החלטת המשנה לנשיא חשין מתאריך 22.11.2005 והחלטת הנשיא ברק מתאריך 24.11.2005)).

18 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 25-26.

שבועות ספורים לאחר מכן – קבע השופט ריבלין (תוך התעלמות מהפסיקה המהפכנית בעניין מלול) כי פסקי הדין שבהם נפסקו פיצויים חלקיים עשו זאת על בסיס הכרה בראש נזק חדש של "אבדן סיכויי החלמה" ולא על בסיס מעבר לכלל הכרעה יחסי.¹⁹ ברשימה זו ננסה להבהיר את הבסיסים העיוניים השונים לפסיקת פיצויים חלקיים. לצורך כך יוצגו בתחילת הדברים שני הבסיסים העיוניים האפשריים, תוך הבהרת ההבדלים ביניהם. לאחר מכן נבדוק מהו הבסיס העיוני שעליו נשענה הפסיקה בפועל, ואם בכלל נעשתה בה הבחנה בין שני הבסיסים. להבהרת הבסיס העיוני של הפסיקה יש חשיבות רבה שכן המסר העולה היום מהפסיקה בנושא זה הוא עמום. לבסוף אבדוק מהו הבסיס שעליו רצוי להשתית פסיקת פיצויים חלקיים בעתיד לאור המטרות השונות העומדות בבסיס דיני הנזיקין.

רשימה זו לא תעסוק בנושא הגבולות הרצויים לפסיקת פיצויים חלקיים אלא רק בהבהרת הבסיס לפסיקה כזו. שאלת גבולותיה הראויים של פסיקת פיצויים חלקיים אמנם מושפעת במידה רבה מהבסיס שעליו נשענת פסיקה זו, אך היא שאלה נפרדת ויש לדון בה בנפרד.

א. הבסיסים העיוניים לפסיקת פיצויים חלקיים

1. קביעת פיצוי חלקי בנזיקין – על שום מה?

כדי לקבל פיצוי בנזיקין על התובע להוכיח מבחינה מהותית שלושה יסודות מצטברים: הראשון הוא אשם או התנהגות עוולתית²⁰ של הנתבע; השני הוא נזק לו עצמו – לתובע; והשלישי הוא קשר סיבתי ביניהם.²¹ אחד המאפיינים הייחודיים של הקשר הסיבתי הוא שאין הוא עומד בפני עצמו אלא הוא חוליית חיבור בין שני היסודות האחרים.²² לפיכך, אפשר לדון בו רק לאחר שנקבע מהי ההתנהגות העוולתית ומהו הנזק. כל שינוי בקביעת

19 עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 10.

20 אשם הוא המונח המקובל בסעיף 64 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968, נ"ח 10; התנהגות עוולתית היא המונח שנקבע בהצעת חוק דיני ממונות (ראו סעיף 439 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ד-2004 (להלן: "הקודקס").

21 לאמור בטקסט קיים חריג לגבי עוולות דוגמת תקיפה והסגת גבול במקרקעין, שבהן הנזק אינו יסוד מיוחדות העוולה. ראו לעניין זה סעיף 64 לפקודת הנזיקין וסעיף 439(א) לקודקס. עם זאת, תוצאותיה של האחריות הנזיקית בגין ביצוע עוולה שלא גרמה נזק מוגבלות למתן צו האוסר על המשך ביצוע העוולה ולפסיקת פיצוי נומינלי. בהמשך המאמר נתרכז במקרה הרגיל שבו התובע מבקש פיצוי מהותי ולפיכך עליו להוכיח גם את יסודות הנזק והקשר הסיבתי.

22 H. L. A. HART & TONY HONORE, CAUSATION IN THE LAW 84 (2d ed. 1985).

הנוק (או בקביעת ההתנהגות העוללתית) מצריך ממילא בדיקה מחודשת של הקשר הסיבתי.

מבחינה ראייתית הכלל הרגיל הוא שעל התובע להוכיח כל אחד משלושת היסודות האמורים בהתאם למאזן ההסתברויות; כלומר: על התובע להוכיח כי ההסתברות להתקיימות של כל אחד משלושת היסודות עולה על 50%. עמד התובע בנטל זה – יקבל פיצוי מלא על כל תביעתו גם אם נותרו ספקות לגבי התקיימות תביעתו; לא עמד בנטל זה – יפסיד את כל תביעתו, גם אם יש סיכוי ממשי לכך שהיא מוצדקת.²³ השילוב בין המישור המהותי למישור הראייתי מלמד כי במקרים של עמימות סיבתית יש למערכת המשפטית (או לבית המשפט)²⁴ כמה אפשרויות להשפיע על פתרון הסכסוך שבין הצדדים. אפשרות אחת, במישור הראייתי, היא להקצות את סיכויי אי-הוודאות לאחד הצדדים תוך שימוש בנטל השכנוע במקרים של חוסר-וודאות. כך, אל מול חוסר-וודאות לגבי קיומו של קשר סיבתי, בית המשפט יכול לקבוע כי התובע לא הרים את נטל השכנוע ולכן יפסיד. לחלופין, בית המשפט יכול להעביר את נטל השכנוע לנתבע ולהטיל עליו את הסיכון הכרוך באי-הוודאות, אם השתכנע כי מוצדק לעשות כן. האפשרות להשפיע על ההכרעה בסכסוך באמצעות הקביעה מי יישא בנטל השכנוע אינה חדשה.²⁵ אלא, שאפשרות זו מותירה על כנה את הבעייתיות הנובעת מהקצאת מלוא הסיכונים הכרוכים בחוסר-וודאות על צד אחד. במקרים של עמימות סיבתית, הסיכויים שהכרעת בית המשפט נכונה הם נמוכים יחסית. לפיכך, הכרעה בסכסוך בנסיבות של חוסר-וודאות, המעניקה ניצחון ברור ומלא לאחד הצדדים על חשבון רעהו, עלולה להתפרש כשרירותית או מקרית, והסיכויים ל"עשיית צדק" – קטנים.²⁶ לפיכך התקבלו בפסיקה הישראלית שתי שיטות המאפשרות לבית המשפט לחלק את סיכויי אי-הוודאות בין הצדדים על ידי מתן פיצויים בשיעור פחות ממלוא הנוק הנטען – פיצויים חלקיים.

2. מעבר לכלל הכרעה יחסי

אחת האפשרויות של בית המשפט להשפיע על פתרון הסכסוך באמצעות חלוקה של

23 JOHN W. STRONG, MCCORMICK ON EVIDENCE 514 (5th ed. 1999). ראו גם לבנוני, לעיל ה"ש 11, בעמ' 532-533.

24 הביטוי "המערכת המשפטית" מכוח לכך שיצירח כל אחד מהכללים שלהלן, וכן מידת השימוש בהם, עשויים להיקבע הן על ידי המחוקק הן על ידי בית המשפט. מאחר שהכללים שבהם נתרכזו בפועל נוצרו בישראל על ידי הפסיקה, נתייחס להלן לבית המשפט כיוצר הכללים לפתרון הסכסוך. עם זאת, אין בכך כדי לרמוז לכך שהפתרון צריך להיות דווקא ודאי פסיקתי; בהחלט ייתכן כי עדיף שדווקא המחוקק יקבע את הכללים בנושא.

25 ראו, למשל, יצחק אנגלרד הכלל "הדבר מדבר בעדו" דיני נזיקין 154 (1965).

26 Abramowicz, לעיל ה"ש 11, בעמ' 281-286; עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 699.

סיכוני אי-הוודאות היא החלפה של כלל ההכרעה הנוהג במשפט האזרחי. כמו האפשרות להחליף את נטל השכנוע, גם אפשרות זו נמצאת במישור הראייתי. באפשרות זו ימשיכו דיני הנזיקין לדרוש הוכחה של כל שלושת הרכיבים המהותיים להטלת אחריות בנזיקין. אך יוותרו על הדרישה הראייתית כי התובע יוכיח את היסודות בהתאם למאזן ההסתברויות.

כיום מקובל בדיני הנזיקין ובמשפט האזרחי בכלל שכלל ההכרעה הרגיל בדיני נזיקין הוא כלל ההכרעה הבינארי, שלפיו צד נדרש להוכיח את תביעתו לפי מאזן ההסתברויות.²⁷ מרגע שצד למשפט יוכיח כי גרסתו העובדתית היא הנכונה בהסתברות גבוהה מ-50% (כלומר: לפי מאזן ההסתברויות) – יקבע בית המשפט כי העובדות הן כמתואר בגרסתו, והדבר יוביל לרוב לזכייה במשפט.²⁸ במקרה של שוויון בהסתברויות בין שתי הגרסאות, בית המשפט לא יקבע גרסה עובדתית, ומי שעליו נטל השכנוע יפסיד במשפט. משמעות הדברים היא שלפי הכלל הבינארי, צד שיצליח להוכיח את גרסתו לפי מאזן ההסתברויות יזכה במשפט כולו; די שהוכיח התובע כי יש סיכויים של 51% לכך שגרסתו העובדתית היא הנכונה כדי שיקבל את מלוא הפיצוי שביקש, על אף שיש סיכוי של 49% כי גרסתו אינה הנכונה.

לכלל זה יש חריג בכל הקשור לקביעת עובדות עתידיות כמו משך חי התובע לעתיד, או עובדות שהיו מתרחשות בעתיד לולי הנזק כמו עיסוקו העתידי של התובע לו היה נשאר בריא.²⁹ עובדות אלה לא התרחשו וממילא ניתן לקבוע רק את הסיכוי שהיו מתקיימות או שיתקיימו בעתיד. לפיכך, לגבי עובדות אלה מקובל דווקא כלל הכרעה היחסי.³⁰

לפי כלל ההכרעה היחסי, בית המשפט אינו אמור לקבוע את אמיתותה של גרסה עובדתית אחת; במקום זאת עליו לקבוע רק מה הסיכויים שגרסתו של כל אחד מהצדדים נכונה, ולחלק בין הצדדים את הכסף הנתון במחלוקת לפי סיכויים אלה. כך, אם הוגשה תביעה על סך 10,000 שקל ובית המשפט קבע שיש סיכויים של 30% שהתובע צודק וסיכויים של 70% שהנתבע צודק, יחויב הנתבע לשלם לתובע סך של 3,000 שקל, בעוד שלפי הכלל הרגיל לא היה הנתבע מחויב כלל.

27 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקה 22; השו"ג לע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 556-557, 600-610 (1999).

28 למעט באותם מקרים שבהם גם לאחר ההכרעה העובדתית לטובת צד מסוים, הניתוח המשפטי של העובדות יביא להפסדו במשפט. להלן, לשם נוחות הדיון, נחלקם ממקרים אלה ונתייחס למי שבית המשפט הכריע עובדתית לטובתו כאל מי שזכה במשפט.

29 ע"א 591/80 חיר נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393, 396-399 (1984); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פסקה 7 (טרם פורסם, 27.9.2005); ע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 802, 822 (1993).

30 והשו"ג עניין Gregg v. Scott לעיל ה"ש 10, בעמ' 182-183; AC [1970] Mallett v. McMonagle; 166, [1969] 2 All ER 176, 178.

מעבר לכלל הכרעה יחסי אינו חייב להיעשות בצורה גורפת. מוכרת גישה³¹ דומה לגישה שאומצה במשפט הישראלי,³² ולפיה במקרים שבהם בית המשפט משוכנע בצדקתו של אחד הצדדים הוא יפטוק לפי כלל ההכרעה הרגיל ויכריע בצורה חד-משמעית בסכסוך; אולם במקרי ספק יכריע בית המשפט על פי כלל ההכרעה היחסי. כלל הכרעה משולב מסוג זה משיג הכרעות ברורות במקרים שבהם קרוב לוודאי שבית המשפט צודק, אולם במקרים שבהם יש לבית המשפט ספק אמיתי, וקיימת אפשרות ממשית שהכרעה חד-משמעית תהיה מוטעית – בית המשפט מחלק את סיכוני הטעות בין הצדדים.

3. ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה

אפשרות אחרת לחלק את סיכוני אי-הוודאות בין הצדדים ולאפשר פסיקה של פיצוי חלקי היא הגדרת ראשי נזק חדשים שלגביהם יותר קל לקבוע קשר סיבתי; כלומר: גם במקרים שבהם קשה לקבוע אם ההתנהגות העוללתית של הנתבע גרמה לנזקו המוחשי של התובע, ניתן יהיה לקבוע בקלות יחסית כי נבעו מההתנהגות העוללתית תוצאות אחרות. הגדרתן של תוצאות אלה (בהנחה שהן מזיקות) כראשי נזק בני-פיצוי מאפשרת לעקוף את הקושי בקביעת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוללתית לבין נזקו המוחשי של התובע. בניגוד לאפשרויות הקודמות, אפשרות זו אינה משנה את הכללים הראייתיים שלפיהם נפסקת תביעה נזיקית אלא את הדרישות המהותיות לקביעת אחריות נזיקית. עד היום הוכר בפסיקה הישראלית רק ראש נזק אחד המאפשר פסיקה של פיצוי חלקי והוא ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה. ראש נזק זה רלבנטי רק לסוג אחד של מקרים – התרשלות של רופא (הנתבע) שהקטינה את סיכויי החלמתו של חולה (התובע); דהיינו: מקרים שבהם ידועה התרשלות הרופא הנתבע, ידוע גם שהחולה התובע סבל או סובל נזק, אך ייתכן שהנזק היה נגרם גם אילו פעל הרופא כשורה. לפי הדין הרגיל, במצב כזה היה על החולה להוכיח בהסתברות הגבוהה מ-50% כי לולי ההתרשלות הוא היה מחלים. אם לא היה מצליח לעשות כן – בין משום שסיכויי ההחלמה מהמחלה נמוכים גם בטיפול נכון ובין משום שההתרשלות לא גרעה הרבה מסיכויי ההחלמה – הוא לא היה מקבל שום פיצוי, שכן לא הוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין נזקו. אולם, הכרה בראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה משנה את התמונה: אם עצם אבדנם של סיכויי ההחלמה הוא נזק, החולה יכול להוכיח כי סיכויי החלמתו אכן נפגעו, כלומר: שנגרם לו נזק מוכר. כך, אם יוכיח התובע כי התרשלות הרופא הורידה את סיכויי ההחלמה שלו ב-30%, משמעות הדבר תהיה כי הרופא גרם לנזק של אבדן סיכויי החלמה לחולה. היקף הנזק

31 Abramowicz, לעיל ה"ש 11.

32 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 25-26.

שנגרם לחולה שווה לסיכויי ההחלמה שאבדו – 30% מנזק הגוף. זאת, למרות שבמצב זה לא הוכח בהתאם למאזן הסתברויות כי התרשלות הרופא גרמה לנזק הגוף עצמו, וממילא החולה לא יקבל פיצוי בגין נזק הגוף עצמו.

4. הדמיון בין שני הכללים

כפי שנראה בפרק ב' להלן, עד לאחרונה הפסיקה לא הבחינה בין שני בסיסים חלופיים אלה, וגם באקדמיה לא עמדו על ההבחנה בין שני הבסיסים המשמשים את הפסיקה.³³ ההתייחסות לשני הכללים כאחד נובעת מקיומם של קווי דמיון בין השניים. ראשית, שני הכללים מביאים לתוצאה שהיא מרחיקת-לכת ביחס למשפט האזרחי המסורתי – מתן פיצוי חלקי לתובע. בכך שני כללים אלה מציבים את עצמם מול שאר הכללים הנויקיים שנועדו לפתור חוסר-ודאות באמצעות קביעה חד-משמעית של זוכה ומפסיד.³⁴ יתרה מזאת: בחלק ניכר מהמקרים, גם התוצאה המספרית המדויקת שאלה יגיעו שני הכללים תהיה זהה, וגם עניין זה מקשה על ההבחנה ביניהם. שנית, היישום של שני הכללים אמור להישען על נתונים סטטיסטיים טהורים או על אומדנה³⁵ ביחס לסיכוי שתוצאה מסוימת התרחשה (או הייתה מתרחשת במצב דברים אחר). מתן פיצויים חלקיים על סמך מעבר לכלל הכרעה יחסי מצריך את בית המשפט לקבוע מה הסיכוי שהנזק שנגרם לתובע נובע מאשמו של הנתבע במצב של חוסר-ודאות לגבי קיומו של הקשר הסיבתי במקרה הקונקרטי. במצב של היעדר מידע קונקרטי, המידע היחיד שבו אמור בית המשפט להתחשב הוא מידע סטטיסטי או אומדנה המבוססת על הערכות של בעלי מקצוע. בצורה דומה, מתן פיצוי חלקי על סמך הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה, מחייב את בית המשפט לקבוע מה היו סיכויי ההחלמה של התובע לו היה הרופא מתנהג כיאות. קביעה היפותטית כזו אינה יכולה להיקבע אלא על סמך מידע סטטיסטי או אומדנה. מאחר שככלל בתי משפט נרתעים מקביעת ממצאים לגבי עובדות עבר על סמך ראיות סטטיסטיות,³⁶ גם במקרה זה מוצבים שני הכללים יחד, כחלק מקבוצת כללים אחת.

33 גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 416-419.

34 על שני הכללים שבטקסט אפשר להוסיף גם את הפן המהותי של דוקטרינת הנזק הראייתי, שגם הוא מאפשר פסיקה של פיצוי חלקי. עם זאת, הפן המהותי של דוקטרינת הנזק הראייתי מעולם לא אומץ בפסיקה (ראו, למשל, עניין שטרנברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 551), ולכן לא נתייחס אליו כאן.

35 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקה 25; עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 10.

36 השוו לע"פ 9724/02 אברחמאד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 71, 83-89 (2003), שם היה בית המשפט נכון להסתמך על הראיה הסטטיסטית של תאימות ד.ג.א בהסתברות של 1 ל-7.4 מיליארד כדי להרשיע נאשם. עם זאת, בית המשפט הבהיר שלא יהיה מוכן לקבל ראיות סטטיסטיות שלא במסגרת תזה מדעית בדוקה (בניגוד למצב אצלנו). יש גם לציין את ההסתברות הגבוהה מאוד של ראיית ד.ג.א ההופכת את הזיהוי באמצעותה לקרוב לוודאי.

התוצאה היא ששני הבסיסים לפסיקה של פיצוי חלקי משתייכים למשפחה אחת של כללים המאפשרת פיצוי חלקי על סמך נתונים חלקיים.³⁷ עם זאת, כפי שנראה להלן, יש בין שני הכללים הבדלים מהותיים רבים המצדיקים להבחין ביניהם.

5. הבדלים בין הבסיסים לפסיקת פיצוי יחסי

(א) הבדלים עקרוניים³⁸

שני הבסיסים שונים זה מזה בכך שכל אחד מהם מתמקד ברכיב אחד של האחריות הנזיקית, מתקן את הדין במישור אחד ומתבסס על בסיס תאורטי שונה. כך, בעוד שמעבר לכלל הכרעה יחסי מתמקד בדרישת הקשר הסיבתי, הכרה בראש נזק חדש מתמקדת בדרישת הנזק; בעוד שמעבר לכלל הכרעה יחסי משנה את הפן הראייתי של דיני הנזיקין (מה המסקנות שייסק בית המשפט מכמות נתונה של ראיות), הכרה בראש נזק חדש משנה את המישור המהותי של הדין (מה יהיו התוצאות של קביעה עובדתית מסוימת). מעבר לכלל הכרעה יחסי משמר את הדין הרגיל שלפיו מתן פיצוי כנזיקין מותנה בכך שלתובע נגרם בפרעל נזק כתוצאה מההתנהגותו העוללתית של הנתבע,³⁹ אך משנה ומרכך את הדרך שבה בית המשפט מסיק מסקנות עובדתיות מהראיות המובאות לפניו. במקום שהסקת המסקנות תחייב אחת משתי מסקנות קיצוניות, מתאפשר לבית המשפט לקיים רצף של סבירות – האם העובדה התקיימה בוודאות או אולי רק בסכירות (גבוהה, בינונית או נמוכה), או שמא ברי כי העובדה לא התקיימה.⁴⁰ לעומת זאת, הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה משמרת את הדרך המסורתית של הסקת מסקנות עובדתיות על ידי בית המשפט, אך משנה את הדין על ידי מתן פיצוי בגין יצירת סיכון על ידי הנתבע.⁴¹ זאת, משום שמתן פיצוי בגין הפחתת סיכוי שקול למתן פיצוי בגין הגברת סיכון.⁴²

37 ראו גם גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 418-419, המחייחים לפסיקה היחסית ככלל אחד שבו ניתן פיצוי בגין סיכון. כפי שמובהר במאמר, מעבר לכלל הכרעה יחסי אינו מפצה בגין סיכונים ולכן ספק אם הוא אכן משתייך למשפחת הכללים שמפצים בגין סיכונים.

38 השלכות ההבדלים על הדין הרצוי ייבחנו להלן, בפרק ג' של המאמר.

39 לדעה חולקת ראו גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 418-419.

40 לדין בהשלכות השונות של מעבר לכלל הכרעה יחסי ראו בועז שנור "הקשר הסיבתי העובדתי בתביעות בגין נזקי גוף אשר נגרמים כתוצאה מזיהומים סביבתיים" (צפוי להתפרסם במחקרי משפט, 2007); בועז שנור דיני הנזיקין כמכשיר למניעת זיהום הסביבה 236-268 (עבודה לשם קבלת תואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2005); לבנוני, לעיל ה"ש 11, בעמ' 592-610.

41 למתן פיצוי בגין סיכון כנזיקין ראו אריאל פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג 605 (2000).

42 עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 705.

הבסיסים התאורטיים השונים מביאים לכך ששיקולי מדיניות שונים יהיו מעורבים בשאלה אם ראוי לפסוק פיצוי חלקי. כך, מאחר שמעבר לכלל הכרעה יחסי לא משנה את הדרישות המהותיות להטלת אחריות בנוזיקין, לא נכון יהיה לדון בהקשר למעבר לכלל הכרעה כזה בתנאים להטלת אחריות נזיקית. מנגד, מעבר לכלל הכרעה יחסי הוא שינוי כללי בדין האזרחי וממילא הוא מעורר דיונים כלליים בדבר תפקיד המערכת השופטת בחברה ותרומתה⁴³ – האם בתי משפט אמורים להכריע בסכסוך בצורה הצודקת ככל האפשר עבור הצדדים במגבלות הידע שלהם, או שמא הם אמורים לקבוע איזה עובדות התרחשו תוך הכרעה חד-משמעית בדבר צדקתו של אחד הצדדים. תפקידו המסורתי של בית המשפט היה להכריע במשפט בצורה חד-משמעית בבחינת "יקב הדין את ההר", אך בשנים האחרונות ניכרת מגמה שונה. בתי המשפט הוסמכו לפסוק בסכסוכים על דרך הפשרה ולהפנות את הצדדים לגישור,⁴⁴ ודבר זה מלמד על נכונות של המערכת המשפטית בישראל לראות את תפקידה כמכריעת סכסוכים בצורה צודקת ולא כקובעת עובדות ומסקנות חד-משמעיות.

מנגד, הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה מעוררת דיונים מסוג אחר לחלוטין. מאחר שההכרה בראש הנזק החדש תחומה בתוך דיני הנוזיקין, ממילא הדיונים שיתעוררו יהיו דיונים נזיקיים כגון האם יש מקום לאפשר פיצוי בגין יצירת סיכונים גרידא.⁴⁵ בהקשר להכרה בראש נזק חדש, אין מקום להעלות שאלות תורת-משפטיות כלליות בדבר תפקידה של הרשות השופטת, שכן הכרה בראש הנזק החדש אינה משנה את הדרך שבה הרשות השופטת פועלת.

המשותף לשני סוגי הדיונים הוא שאין בהם הכרעה חד-משמעית קלה.⁴⁶ אולם, מאחר שכל אחד מהבסיסים מעורר שאלות שונות, אין קשר ישיר בין ההכרעה באחד לבין ההכרעה באחר. ממילא קשה לראות בשני הבסיסים לפיצויים החלקיים שני פנים של כלל אחד ויש להבחין ביניהם בצורה ברורה; יתר על כן: ההבדלים העקרוניים בין שני הבסיסים לפסיקת פיצוי חלקי מביאים גם להבדלים בתוצאות שיש ליישום שני הכללים. הבדלים אלה מחזקים עוד יותר את הצורך להבחין ביניהם בצורה מפורשת.

43 ראו, למשל, Nesson, לעיל ה"ש 11.

44 סעיפים 79א, 79ג לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

45 לנושא זה ראו בהרחבה פורת, לעיל ה"ש 41. פורת ניתח את האפשרות להטיל אחריות בגין סיכונים בהתאם לשני קריטריונים – יעילות וצדק (שם, בעמ' 607), שהם הקריטריונים העיקריים שעל פיהם נשפטה הצלחתו של כלל נזיקי.

46 כפי שנאמר במבוא, מאמר זה אינו עוסק בבדיקה של רציות ההכרה בפיצוי חלקי ולכן לא ינסה להכריע בדיונים שהוזכרו בגוף הטקסט. לדיון מעט יותר מפורט בשיקולי המדיניות הרלבנטיים לכל בסיס ראו להלן פרק ג'.

(ב) הבדלים מעשיים

(1) מקרה שבו הוכח קיומו של קשר סיבתי לנזק הגוף
מקרה אחד שבו יש הבדל ניכר בין התוצאות של יישום שני הכללים הוא המקרה שבו התובע יכול להוכיח בהסתברות העולה על 50% – אך רחוקה מ-100%⁴⁷ – כי התרשלות הרופא הנתבע גרמה לנזק הגוף שלו.

לצורך הדיון נניח כי בית המשפט קבע כי אילו התנהג הרופא בסבירות היה החולה מחלים בוודאות, אולם התרשלות הרופא הביאה לכך שבמועד גילוי המחלה פחתו סיכויי ההחלמה של החולה ל-40%, ובפועל אנו יודעים שהחולה מת. במצב כזה, הסתברות הרופא הקטינה את סיכויי ההחלמה של החולה ב-60%, ובהסתכלות אחרת – יש הסתברות של 60% שאילולא התרשלות הרופא לא היה נגרם המוות.

אם יתקבל הכלל כי בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים חלקיים בהתבסס על מעבר לכלל הכרעה יחסי, יקבל התובע במקרה כזה 60% מנזקיו: משום חוסר-הוודאות לגבי קיומו של קשר סיבתי לנזק הגוף, בית המשפט יפעיל את כלל ההכרעה היחסי שקובע שהנזק יחולק בין הצדדים בהתאם להסתברות שהנתבע אכן גרם לנזק.

לעומת זאת, אם האפשרות לפסוק פיצוי יחסי מתבססת על הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה, התובע אמור לקבל במקרה כזה פיצוי מלא ושלם על כל נזקו.⁴⁸ זאת, משום שההכרה בראש הנזק החדש לא ביטלה את כלל ההכרעה הרגיל של דיני הנזיקין או את ראשי הנזק המסורתיים. לפיכך, אם הוכח בהסתברות העולה על 50% (בהתאם למאזן ההסתברויות) כי התרשלות הנתבע גרמה לנזק הגוף של התובע, יידרש הנתבע לשאת בנזק בצורה מלאה.

כפי שנראה בפרק ב' להלן, בפסיקה הישראלית הובעה דעה אחרת. הן בפסקי דין שבהם לא ברור מהו הבסיס לפסיקת הפיצוי החלקי,⁴⁹ הן בפסקי דין שביססו מפורשות את פסיקת הפיצוי היחסי על הכרה בראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה⁵⁰ הובעה הדעה כי הכרה בראש הנזק החדש תאפשר פסיקת פיצוי חלקי גם במקרים שבהם סיכויי ההחלמה שאבדו גבוהים מ-50% ; כלומר: לפי פסקי דין אלה, גם אם יש סיכוי העולה על

47 הסייג שההסתברות אינה מתקרבת ל-100% נדרש משום שכלל ההכרעה שאומץ בפסיקה הוא כלל הכרעה משולב, וראו לעיל הדיון ליד ה"ש 31. לשיטת השופט ריבלין, גם ההכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה מוגבלת רק למקרים שבהם יש עמימות סיבתית, וראש הנזק לא יזכר במקרים שבהם לבית המשפט אין ספקות אמיתיים באשר לקיומו של קשר סיבתי (עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 12).

48 מבחינה תאורטית ניתן לפצות את התובע במצטבר הן על נזק הגוף שלו הן על סיכויי ההחלמה שאבדו; אולם, נראה כי גם התומכים הנלהבים ביותר בראיית אבדן סיכויי החלמה כנזק ממשי יסכימו שבכך יתהווה כפל פיצוי. מובן, שאם יינתן פיצוי כפול כאמור יהיה בכך רק כדי לחזק את הטיעון שבגוף הטקסט – שקיים הבדל מהותי בין שני הבסיסים להלכת הפיצוי החלקי.

49 ראו, למשל, את הניתוח של פסקי הדין פאתח, רחמן וברנשטיין, להלן בפרק ב'.

50 ראו, למשל, את ניתוח פסקי הדין אבו סעדה, יהונתן כהן וזכריה כהן, להלן בפרק ב'.

50% כי רשלנות הנתבע היא שהביאה לכך שהחולה לא יחלים, ניתן לפסוק פיצוי חלקי לתובע בהתבסס על ראש נזק של אבדן סיכויי החלמה.

נראה כי פסיקה זו מעידה על חוסר-הבחנה בין שני הבסיסים לפסיקת הפיצוי היחסי. זאת, שהרי אם הביסוס לפסיקת פיצוי חלקי הוא הכרה בראש נזק חדש, משמעות הדבר היא כי השינוי היחיד בדין לעומת המצב הקודם – שבו לא הייתה אפשרות לפסיקת פיצוי חלקי – הוא הוספת ראש נזק חדש. אם לא נערך בדין שום שינוי – כיצד מצדיק בית המשפט את ההתעלמות מכך שהתובע הוכיח בהתאם למאזן ההסתברויות שהתרשלות הנתבע גרמה לכל נזק הגוף שלו? ההתעלמות מהוכחה זו, תוך פסיקת פיצוי חלקי, משמעה שבית המשפט יוצא מהנחה סמויה שלפיה עם ההכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה נערך שינוי נוסף בדין – שינוי המאפשר לבית המשפט להתעלם מעובדות שהוכחו בהתאם לכללים הרגילים. אלא, שטיבו של שינוי זה אינו ברור.

(2) מקרה שבו לא נגרם נזק

ההבדל בין שני הבסיסים לפסיקת פיצוי חלקי מומחש בצורה חדה גם במקרה שבו התרשלות הרופא אכן הביאה להפחתת סיכויי ההחלמה (למשל, מ-80% ל-20%) אך בפועל ידוע שבסופו של דבר החולה החלים ולא נגרם לו נזק גוף.

אם פסיקת הפיצוי החלקי מבוססת על מעבר לכלל הכרעה יחסי, הרופא הנתבע כלל לא אמור לשלם לתובע, שהרי פסיקת הפיצוי החלקי מבוססת על שינוי של כלל ההכרעה בדבר הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוולתית של הנתבע לבין נזקו ברה-פיצוי של התובע. מרגע שהוכח שלתובע לא נגרם נזק ברה-פיצוי (ואנו מניחים כי ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה אינו מוכר), ממילא הסיכוי שההתנהגות העוולתית של הנתבע הביאה לנזק ברה-פיצוי הוא אפס, והנתבע יוצא פטור.

לעומת זאת, אם פסיקת הפיצוי החלקי מבוססת על הכרה בראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה, ראוי שהנתבע יפצה את התובע בגין 60% מהנזק הממוצע שנגרם למי שאינו מחלים מאותה מחלה, שהרי הפיצוי אמור להינתן בגין אבדן סיכויי ההחלמה וסיכויי החלמה אכן אבדו.⁵¹ אולם, למרות שמבחינה תאורטית הכרה באבדן סיכויי החלמה כנזק מצדיקה פיצוי בגין אבדן סיכוי גם כשבסופו של דבר לא נגרם לתובע נזק – ספק אם יש שיקולי מדיניות המצדיקים זאת. פסק דין המפצה אדם בגין סיכוי לנזק כשידוע שהנזק לא קרה ולא יקרה יוצר הרתעת-יתר, חורג מכללי הצדק המתקן ולא יהיה מקובל על החברה.⁵²

מעבר לכך, בפועל הפסיקה לא הביעה נכונות לפצות במקרים כאלה,⁵³ וגם בכך יש

51 PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 103-104.

52 השו"ש Nesson, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1369-1372.

53 ראו, למשל, עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 8, שם נאמר כי שאלת הפיצוי החלקי

להראות כי פסיקת הפיצוי החלקי נשענת על הנחות נסתרות לגבי הדין. עלינו להסיק כי הפסיקה אינה מתכוונת שהפיצוי החלקי יינתן בגין האבדן של סיכויי ההחלמה עצמו (למרות הרטוריקה התומכת בכך) אלא בגין נזק הגוף, תוך התחשבות במצב עובדתי של חוסר-ודאות. אולם, אם כך, יוצא שההכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה אינה אלא כסות עיניים לשינוי נסתר בדין – שינוי שאינו בגדר החלפת כלל ההכרעה היתסי אך טיבו המדויק נותר לוט בערפל.

(3) חישוב ההסתברויות בפועל

המחשה נוספת להבדלים שבין שני הבסיסים לפסיקת פיצוי חלקי ניתן למצוא באופן החישוב של סכום הפיצוי במקרים הנפוצים שבהם סיכויי ההחלמה של התובע היו קטנים מ-100% בשלב הראשוני.

נניח שחולה מגיע לרופא כמצב שבו, אם יינתן לו טיפול, יהיו לו סיכויים של 65% להחלים וסיכויים של 35% למות כתוצאה ממחלתו. התרשלות הרופא באבחון מביאה לכך שהטיפול מתחיל רק במצב שבו נותרו לחולה סיכויים של 30% להחלים וסיכויים של 70% למות. בסופו של דבר החולה נפטור.

חישוב הפיצוי החלקי על בסיס מעבר לכלל הכרעה יחסי, ייעשה בדרך הבאה: ביום תחילת הטיפול היו לחולה סיכויים של 70% למות. מתוך 70% אלה, 35% נגרמו על ידי המחלה עוד טרם התרשלותו של הרופא (שהרי ביום שבו הגיע החולה לרופא כבר היו לו סיכויים של 35% למות כתוצאה ממחלתו), 35% נוספים נגרמו על ידי רשלנות הרופא (שבהתאם לחישוב דלעיל הורידה את סיכויי ההחלמה של החולה ב-35%); כלומר: שהסיכויים שהחולה ימות ממחלתו נגרמו שווה בשווה על ידי מחלתו ועל ידי רשלנות הרופא. אנו יודעים גם שהחולה מת כתוצאה מהמחלה. המשמעות היא שיש סיכוי של 50% שמוותו נגרם כתוצאה מהמחלה בלי קשר לרשלנות הרופא, ו-50% שמוותו נגרם כתוצאה מרשלנות הרופא. מאחר שהרופא משלם בגין נזק הגוף תוך התחשבות בגורם אי-הוודאות, על הרופא לשלם את מכפלת נזק הגוף בסיכוי שהתרשלותו גרמה למות המטופל, כלומר: עליו לשלם לתובע חצי משווי של נזק הגוף.

אולם, חישוב הפיצוי החלקי על בסיס הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה ייעשה בדרך אחרת ויביא לתוצאה שונה. לפני התרשלות הרופא היו לחולה סיכויים של 65% להחלים, ולאחר התרשלות הרופא נותרו לו רק סיכויים של 30% להחלים. מכאן נובע שסיכויי החלמה בסך 35% אבדו כתוצאה מרשלנות הרופא. מאחר שהנזק שבגינו משלם הרופא הוא הנזק של אבדן סיכויי החלמה, על הרופא לשלם פיצוי בסך 35% משווי של נזק הגוף.

הבדל זה בפיצוי שהרופא צריך לשלם לחולה לפי שתי השיטות נובע מההבדל

וביסוסה מתעוררת רק במקרה שבו הוכח כי נגרם נזק מוחשי, והשאלה היא שאלה של עמימות סיבתית.

העקרוני בין הבסיסים השונים בקביעת הנזק שעליו משלם הרופא. בגישת כלל ההכרעה היחסי אנו מניחים שהחולה אכן נמנה בקבוצת החולים שמתה בסופו של דבר, שכן אם החולה לא סבל נזק ממילא אין לפצותו. משכך, הרופא משלם על נזק הגוף עצמו, תוך מתן ביטוי לחוסר-הוודאות שהוא אכן זה שגרם לנזק הגוף. אם כך, הגורם הקריטי בחישוב הפיצוי הוא היחס (המנה) בין הסיכוי שהמוות היה נגרם כתוצאה של המחלה גם אילו היה ניתן טיפול ראוי לבין הסיכוי שהמוות נגרם רק כתוצאה של התרשלות הרופא. לעומת זאת, אם הרופא משלם על אבדן סיכויי ההחלמה, החישוב צריך להיעשות בדרך אחרת. זאת, כפי שנאמר לעיל, משום שהפיצוי בגין אבדן סיכויי ההחלמה אינו מותנה בקיומו של נזק הגוף. הרופא ישלם לחולה שלגו את אותו פיצוי בין אם מת ובין אם יבריא בסופו של דבר; כלומר: איננו יכולים להניח שהחולה נמצא בקבוצת ה-30% בשלב השני. מאחר שהפיצוי אינו קשור לתוצאה הסופית, אין משמעות לחישוב שיבדוק את היחס בין הסיבות למוותו של החולה (שהרי ייתכן בהחלט שהוא חי ובריא).⁵⁴ מאחר שכך, אין משמעות לחישוב הסתברות מותנות אלא רק לחישוב ההפרש בין סיכויי ההחלמה במצב הראשוני לבין סיכויי ההחלמה לאחר ההתרשלות.

יש כמה סיבות לכך שעד היום לא נדונו הבדלים אלה בפסיקה. ראשית, עד היום לא נעשתה הבחנה בפסיקה בין שני הבסיסים וממילא השופטים לא היו מודעים לצורך להכריע בין שתי תוצאות אפשריות של פסיקת פיצוי יחסי. שנית, גם לו הייתה נעשית הבחנה כזו, ספק אם הבדל זה היה נרון בפסיקה בהתחשב בנטייתם לחשב את הסיכויים שאבדו בדרך של אומדן בלבד, ולא תוך הסתמכות על חישוב ממשי של הסיכוי שהתרשלותו של הרופא גרמה לנזקו של התובע.⁵⁵ שלישית, המקרים שנדונו בפסיקה עד היום הם מקרים שבהם בסופו של דבר נגרם לתובע נזק. במקרים אלה קל להתעלם משני ההבדלים המעשיים האחרונים בין הבסיסים השונים. בדומה, במרבית המקרים (ובכל המקרים שנדונו בעשר השנים האחרונות) ההסתברות לכך שהנזק נגרם כתוצאה מהתרשלות הנתבע הייתה קטנה מ-50% וממילא גם לא התעורר ההבדל המעשי הראשון בין הבסיסים לפסיקת פיצוי חלקי.

54 אך השוו ל-PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 120-125, הנוקטים חישוב יחסי – בדומה לחישוב שנקט אילו היינו עוברים לכלל הכרעה יחסי. עם זאת, פורת ושטיין דנים רק במקרים שבהם נגרם בסופו של דבר נזק או שלא ידוע אם נזק כזה נגרם, ואינם עוסקים במקרה שבו ידוע כי בסופו של דבר לא נגרם נזק.

55 ראו, למשל, עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 704, וראו ביקורתו של הגשיא ברק בעניין זה, (שם, בעמ' 705-707); ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' שירות בתי הסוהר – משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, 718-719 (1997); עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 30-31. כן ראו האסמכתאות המובאות אצל אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז 357, 365 (2004).

(ג) הבדלים עתידיים: פוטנציאל התפרשות עתידי של הכללים

מעבר להבדלים המעשיים בין הבסיסים השונים לפסיקת פיצוי יחסי הקיימים כבר היום, הבדל נוסף עשוי להתעורר בעתיד. להכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה יהיו השלכות מוגבלות בדין. זאת, מאחר שאבדן סיכויי החלמה קורה כמעט רק במקרים של רשלנות רפואית, וגם אז רק בחלק ממקרי הרשלנות הרפואית. כל ניסיון להרחיב את הלכת הפיצוי החלקי כך שתחול על מקרים נוספים יצטרך להיעשות תוך יצירת ראשי נזק חדשים באמירות מפורשות של בית המשפט. יצירת ראשי נזק חדשים תצטרך להישקל לגופה, תוך התבססות על לקחי העבר ותוך בדיקה מחודשת של הצורך בהרחבת ההלכה אל עבר תחומים חדשים. כך, למשל, בעניין יהונתן כהן, הניסיון להרחיב את הלכת הפיצוי החלקי על ידי הכרה בראש נזק של הגברת סיכון נתקל בהתנגדות של שופטי הרוב, שהטילו ספק ביתרונות של הרחבה זו.⁵⁶

אמנם, מרגע שהפסיקה הכירה באפשרות לפצות בגין נזק של אבדן סיכוי, אין בסיס עקרוני להבחנה בין מקרים שבהם הסיכוי שאבד הוא סיכוי להחלים לבין כל שאר המקרים שבהם התנהגות הנתבע גרמה לסיכון התובע. לכן, מרגע שראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה הוכר בפסיקה לכאורה יש להכיר בכל המקרים שבהם התנהגות הנתבע פגעה בסיכוי כלשהו של התובע (הסיכוי לא להיפגע ממכונה מסוכנת,⁵⁷ הסיכוי לא לחלות⁵⁸ ואף הסיכוי לנצח במשפט⁵⁹). אולם, תיחומם של ראשי נזק חדשים לסוגים מסוימים של מקרים, עקב חשש מהכרה גורפת בהם, היא תופעה נפוצה.⁶⁰ אין סיבה להניח שבית המשפט העליון יתקשה להבהיר לערכאות דלמטה את המגבלות על יישום ראש הנזק החדש.

בניגוד לכך, מרגע שהכיר בית המשפט העליון באפשרות לעבור לכלל הכרעה יחסי, התחומים שבהם ייעשה שימוש בכלל ההכרעה החדש פתוחים יחסית. זאת, מאחר שמעבר לכלל הכרעה יחסי אינו מוגבל מעצם טיבו לסוג מסוים של מקרים אלא הוא שינוי שעשוי להתפרש על כל תחומי הדין האזרחי. לאחר ההכרה העקרונית בכלל ההכרעה היחסי, הרחבת השימוש בכלל זה בתחומים חדשים לא תיחשב לקביעת הלכה

56 עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 708, 712.

57 ראו, למשל, הדוגמה אצל גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 418.

58 ראו, למשל, עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 708, 712.

59 בגין אבדן סיכון זה אמור התובע לקבל פיצוי לפי דוקטרינת הנזק הראייתי; ראו אצל Porat & Stein, לעיל ה"ש 4, וכן רע"א 7953/99 פילבר נ' המרכז הרפואי שערי צדק, פ"ד נד(2) 529 (2000).

60 השוו, למשל, את ההכרה העקרונית בראש הנזק של נזק לא ממנוי טהור בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 140-142 (1985), שהוגבלה מיד באותו מקום רק למקרים של נפגע ישיר. גם לאחר שראש הנזק הורחב גם לנפגעים משניים (ברע"א 444/87 אלסוחה נ' עזובן דהאן, פ"ד מד(3) 397, 432-436 (1990)) הוגבלה ההכרה רק לסוגים מסוימים של נפגעים ופגיעות עקב החשש להרחבת האחריות; ראו גם רע"א 5803/95 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267, 276-279 (1997).

חדשה אלא רק ליישום הלכה קודמת על מקרה נוסף. מטבע הדברים, הרחבה כזו קלה יותר ויש להניח שיעשה בה יותר שימוש. ואכן, בתקופה הקצרה שחלפה מאז ניתן פסק הדין בעניין מלול ניתנו בערכאות הנמוכות כמה פסקי דין שפסקו פיצוי חלקי בהתבסס על הפסיקה בעניין מלול: חלקם אמנם נגעו לרשלנות רפואית,⁶¹ אך חלקם נגעו לעניינים שאינם נוגעים לרשלנות רפואית⁶² ואף לעניינים החורגים מדיני הנזיקין בכלל.⁶³

6. סיכום ביניים

מן האמור לעיל ניתן להסיק כמה מסקנות: שני הבסיסים שמאפשרים פסיקת פיצוי חלקי משתייכים לאותה משפחה, ולשניהם מאפיינים ייחודיים המבדילים אותם מכללים אחרים של הדין שנועדו לפתור מצבי אי-ודאות; אולם מדובר בשני כללים נפרדים. כל אחד מהם מתרכז ברכיב אחר של האחריות הנזיקית, נשען על תפיסה תאורטית שונה, מביא לתוצאות מעשיות אחרות וצפוי להביא להרחבת האפשרות לפסיקת פיצוי חלקי בקצב שונה (אם בכלל).

מצב זה מצדיק לבחון עד כמה הבחינה הפסיקה בין שני הבסיסים האפשריים לפסיקת פיצוי חלקי, ואם הבחנה כזו התקיימה בפסיקה – על איזה משני הבסיסים הושתתה פסיקת הפיצוי החלקי. לאחרונה, בפסקי הדין נשוא רשימה זו, התגלו דעות שונות בעניין זה: בעניין מלול נטען כי פסיקת פיצוי חלקי נשענת על מעבר לכלל הכרעה יחסי, ובעניין זכריה כהן נטען כי פסיקת הפיצוי החלקי נשענת על הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה. כשני פסקי הדין התבססו בית המשפט על הלכות קודמות.

מצב זה מעורר שתי שאלות: איזה משני פסקי הדין מפרש נכונה את הפסיקה הקודמת, והאם היה בית המשפט מודע, בעניין מלול ובעניין זכריה כהן, למשמעויות הנגזרות מבחירה באפשרות זו או אחרת.

כדי לברר שאלות אלה יש לנתח את פסקי הדין שעליהם הסתמך בית המשפט בעניין

61 ת"א (מחוזי י-ם) 3248/01 יונסי נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, תק-מח 2004 (1) 861 (2005); ת"א (שלום נצ') 3986/02 רייסמן נ' גולדן (טרם פורסם, 12.3.2006).

62 ת"א (מחוזי חי') 256/98 ג'בארין נ' דורלב ביצוע פרויקטים בע"מ, תק-מח 2005 (2) 3847 (2005) (רשלנות שיתכן שגרמה לפריצת שריפה); ת"א (שלום ראשל"צ) 4315/04 ז'ורנו נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ (טרם פורסם, 10.1.2006) (תביעה נזיקית נגד איתוראן על התרשלנות בטיפול בקריאה שיתכן כי מנעה סיכול של גניבת רכב).

63 ע"ש (מחוזי י-ם) 3080/04 חב' א' סביטאני נ' מנהל מס רכוש וקרן הפיצויים (טרם פורסם, 1.12.2005) (תביעה נגד מס רכוש להכרה בנזק שריפה כ"נזק מלחמה"); ת"ק (שלום חי') 4783/05 שמואלי נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ (טרם פורסם, 5.4.2006) (הכרה עקרונית בהערת אגב בתחולתה של הלכת מלול גם על תביעה חוזית נגד איתוראן בגין אי מניעת גניבת רכב); ת"א (שלום ק"ג) 1456/01 ארז נ' חדר, תק-של 2005 (2) 11004 (2005) (חלוקת הנזק במקרה של הטעיה במשא ומתן לקראת כריתתו של חזה).

מלול ובעניין זכריה כהן, ולאחר מכן לנתח את פסקי הדין מלול וזכריה כהן על פי אותה פסיקה קודמת. מלאכה זו תיעשה בפרק הבא. כדי לשחזר את הדרך שבה התפתחה הבנת הפסיקה לגבי הלכה זו ייעשה הניתוח בצורה כרונולוגית. נקדים ונאמר כי ניתוח פסקי הדין שעליהם נשען בית המשפט בשני פסקי הדין מלמד על כך שבית המשפט העליון – לפחות עד לעניין מלול – כלל לא היה מודע לכך שהוא בוחר בין הישענות על שני בסיסים שונים, וודאי לא היה מודע להשלכות של בחירה זו; להפך: פסיקה מוקדמת זו יצרה ערפל שמנע הבחנה בין שני הבסיסים העיוניים לפסיקת הפיצוי היחסי. לפיכך לא היה מקום להישען על פסקי דין קודמים אלה כדי לבסס בחירה באחד משני הבסיסים; יתרה מכך: ניתוח פסקי הדין מלול וזכריה כהן – לאור הפסיקה הקודמת ולאור הניתוח התאורטי שהובא לעיל – מלמד כי גם בפסקי דין אלה עצמם ספק אם היה בית המשפט מודע למלוא המשמעויות של בחירה באחד מהבסיסים העיוניים.

ב. הבסיס העיוני לפיצוי חלקי בפסיקה הישראלית

1. ההלכה העקרונית: עניין פאתח

הפעם הראשונה שבה נדונה לעומק האפשרות לפסוק פיצויים חלקיים הייתה בעניין פאתח.⁶⁴ עניין זה יידון בהרחבה יחסית, שכן עד היום בית המשפט מסתמך על הניסוחים של הלכת פאתח בדונו בפסיקת פיצויים חלקיים.

בעניין פאתח נדון מקרה של רשלנות רפואית שבו לא הייתה מחלוקת על התרשלות הרופאים הנחבצים ועל קיומו של נזק אצל התובע. השאלה שעמדה לדין הייתה הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק. שאלה זו התעוררה משום שסיכויי ההצלחה של פעולה סבירה של הרופאים היו פחותים מ-50%, אולם הייתה הסכמה על כך שהתרשלות הרופאים הקטינה את סיכויי החלמה של התובע. הפתרון שמצא בית המשפט היה מתן פיצוי חלקי. פיצוי זה ניתן לאחר דיון ארוך באפשרות לפסוק פיצוי כזה במשפט המשווה. ניתן היה לצפות כי דיון זה יביא לבירור הבסיס שעליו נשענת ההלכה ולהבהרת המשמעויות של בסיס זה, אך לא כך היה.

השופט ש' לויין קבע כי "אובדן סיכויי החלמה, שנגרם עקב הרשלנות, יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק ברי-פיצוי".⁶⁵ ציטוט זה מצביע בבירור על כך שהבסיס שעליו השתית השופט ש' לויין את הפיצויים היחסיים הוא הכרה בראש נזק חדש של אובדן סיכויי החלמה. אולם, כעבור כמה שורות בלבד קבע השופט לויין כי אין הבדל בין

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

65 שם, בעמ' 319.

מקרים שבהם הסיכויים שאבדו קטנים מ-50% לבין מקרים שבהם אבדן הסיכוי עולה על 50%, שכן בשני המקרים ניתן לתת פיצוי חלקי.⁶⁶ כפי שהראינו לעיל,⁶⁷ ביסוס הפיצוי החלקי על ראש נזק חדש דווקא עשוי ליצור הבדל חד בין מקרים שבהם הסיכויים שאבדו קטנים מ-50%, שאז יינתן פיצוי חלקי, לבין מקרים שבהם הסיכויים שאבדו עולים על 50%, שאז יינתן פיצוי מלא. מסתירה זו בין שתי הקביעות באותו פסק דין עולה שכית המשפט לא היה מודע לקיומם של שני בסיסים שונים להלכת הפיצוי החלקי, וודאי שלא היה מודע למשמעויות של בחירה בכל בסיס.

ביסוס נוסף למסקנה זו עולה מכך שהשופט לזין ציין כי הוא אינו זונח את דיני הראיות ואת מבחן עורף ההסתברויות:⁶⁸ אמירה כזו אינה יכולה להתיישב עם החלפת כלל ההכרעה לכלל יחסי אלא רק עם ביסוס הפיצוי החלקי על הכרה בראש נזק חדש. אולם, בהמשך אותו משפט נאמר ששאלת נטל ההוכחה לא תהיה רלבנטית (לפחות בחלק מהמקרים) – ואמירה זו מתיישבת רק עם החלפת כלל ההכרעה לכלל יחסי ולא עם הכרה בראש נזק חדש. זאת, משום שאם היו הפיצויים החלקיים מבוססים על ראש נזק חדש, כלל ההכרעה היה נשאר כלל הכרעה של מאזן הסתברויות, וממילא שאלת נטל ההוכחה הייתה נשארת קריטית. אם נטל ההוכחה כבר אינו רלבנטי הדבר מלמד דווקא על מעבר לכלל הכרעה יחסי.

עולה מן הדברים שלמרות הביסוס המצמיק שניתן בעניין פאתח לעצם הלכת הפיצוי החלקי, לא התבררה כלל שאלת הבסיס להלכה זו וממילא לא נקבעו גבולותיה ותוצאותיה המדויקות.

2. יישום ההלכה באבדן סיכוי גבוה מ-50%: ענייני רחמן וברנשטיין

המקרים הבאים שבהם התעוררה שאלת הפיצוי החלקי נדונו בפסקי הדין רחמן⁶⁹ וברנשטיין.⁷⁰ שניתנו זמן קצר זה לאחר זה. המייחד את שני פסקי דין אלה מכל פסקי הדין האחרים שעסקו בסוגיה הוא שבשניהם ניתן פיצוי חלקי שעלה על 50%. במקרים שבהם הסיכוי שאבד גדול מחצי (ובניסוח אחר: שיש סיכויים הגבוהים מ-50% לקיומו

66 "לעניין זה אין, לדעתי, הבדל בין מקרה, שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50%. הואיל ובשני המקרים לא יזכה הניזוק בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות" (שם).

67 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 47-50.

68 "ולכסוף, אם הסיכון לפי טיבו יכול להיות נושא לנזק ברתביעה, עדיין לא זנחנו את דיני הראיות, שכן את קביעת מידת הסיכון יש לקבוע לפי מבחן עורף ההסתברויות או לפי אומדן, כשהדבר רצוי או ניתן, שאז אין מתעוררת כלל השאלה, אם מאן דהוא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו אם לאו" (עניין פאתח, לעיל ה"ש 64, בעמ' 319).

69 ע"א 5049/91 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369 (1995).

70 ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה פ"ד מט(3) 709 (1995).

של קשר סיבתי בין ההתנהגות העוללתית לבין הנזק) יש הבדל מעשי בין שתי הגישות למתן פיצויים חלקיים. לפי גישת כלל הכרעה היחסי, גם במקרים אלה יש לתת פיצוי חלקי. מנגד, לפי גישת ראש הנזק, יש לתת פיצוי מלא.⁷¹

כאמור, בשני מקרים אלה ניתן פיצוי חלקי העולה על 50% כמעט ללא דיון.⁷² עולה מכך כי בית המשפט הניח שפיצוי חלקי יכול להינתן גם כשהסיכויים לקיומו של קשר סיבתי לנזק הגוף עולים על 50%. הנחה כזו תומכת בפרשנות שלפיה פסיקת פיצויים חלקיים מתבססת על מעבר לכלל הכרעה יחסי. עם זאת, הדברים לא נאמרו במפורש: בשני המקרים הניח בית המשפט (בהשראת האמירה בעניין פאתח) כי הוא יכול להעניק פיצוי חלקי גם במקרים שבהם הסיכויים שאבדו עולים על 50% בלי לבדוק אם הבסיס העיוני לפסיקת הפיצוי החלקי מאפשר זאת.

3. כלל הכרעה יחסי ומקרים של היעדר הסכמה: עניין ואתורי⁷³

הלכת הפיצויים החלקיים נדונה בהקשר אחר בעניין ואתורי, שבו התרשלותם הנטענת של הרופאים נגעה לאי-קבלת הסכמתה מדעת של היולדת להחלטה שלא לבצע טיפול רפואי, והיעדר הטיפול הביא בסופו של דבר למותה. הדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי מסיבות שאינן לענייננו, אך בהערת אגב דן השופט מצא בשאלת הקשר הסיבתי.⁷⁴ זאת, משום שאם הייתה היולדת מסכימה להצעת הרופאים בכל מקרה, ממילא לא היה מתקיים קשר סיבתי בין התרשלות הרופאים באי-מסירת מידע לבין מותה, ולא היה טעם להמשיך את הדיון.

במסגרת הדיון ציין השופט מצא כי קביעת הקשר הסיבתי במקרים מסוג זה יכולה להיעשות תוך חיוב הנתבעים בפיצוי חלקי.⁷⁵ בית המשפט ביסס את הלכת הפיצויים החלקיים במקרה זה על כלל הכרעה יחסי ולא על קביעת ראש נזק חדש. מסקנה זו מבוססת על שלושה נימוקים: ראשית, בית המשפט הדגיש כי השינוי בין המצב הרגיל למצב של קביעת פיצויים חלקיים נעשה לגבי הוכחת הקשר הסיבתי, והוא כולל ויתור על מבחן עודף ההסתברויות.⁷⁶ שנית, בית המשפט ציין כי הפיצוי יינתן בשל נזק הגוף, אולם לפי גישת ראש הנזק הפיצוי יינתן דווקא בשל אבדן הסיכוי להחלמה ולא בשל נזק הגוף עצמו.⁷⁷ שלישית, בניגוד למצב בפסקי הדין הקודמים, בעניין ואתורי התרשלות הרופאים כלל לא הורידה את סיכויי החלמתה של היולדת. התרשלות הרופאים מנעה

71 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 47-50.

72 עניין רחמן, לעיל ה"ש 69, בעמ' 376-378; עניין ברנשטיין, לעיל ה"ש 70, בעמ' 723.

73 ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997).

74 שם, בעמ' 192-193.

75 שם, בעמ' 192.

76 שם, בעמ' 192-193.

77 שם, בעמ' 192 ד.

מהיולדת להחליט על מהלך הטיפול, אך כשלעצמה לא שינתה את סיכויי החלמה של היולדת, שכן אין להניח שהחלטה מושכלת של היולדת הייתה מעלה את סיכויי החלמתה לעומת החלטתם המושכלת של הרופאים. לפיכך, בקביעה שנגרם ליולדת נזק מסוג של אבדן סיכויי החלמה יש הרחבה של ראש נזק זה אל מתוך לגבולותיו הטבעיים. בניגוד לכך, מתן פיצויים חלקיים על בסיס מעבר לכלל הכרעה יחסי יכול להיעשות, ללא שום קושי, גם במצבים של היעדר הסכמה מדעת לטיפול.

עולה מכאן כי בעניין ואתורי הובעה נטייה ברורה לבסס את הלכת הפיצויים החלקיים על שינוי כלל ההכרעה ליחסי, תוך הרחבת הנכונות של הפסיקה לפסוק פיצויים כאלה. עם זאת, גם בעניין ואתורי אין דיון מפורש בבסיס ההלכה ובמשמעויות המעשיות של בחירה בבסיס זה או אחר.

4. ואולי ראש נזק! פיצול ההלכה בעניין אבו סעדה⁷⁸

לאחר תקופה שבה הסתמן – אם כי לא בהחלטיות – שהלכת הפיצויים החלקיים נשענת על מעבר לכלל הכרעה יחסי, בא עניין אבו סעדה שבו השתנתה המגמה. כאותו עניין התעורר ספק לגבי הקשר הסיבתי בין נזקו של התובע לבין התרשלותם של הרופאים הנתבעים.

השופט שטרסברג-כהן אזכרה בהסכמה את הלכת פאתח, תוך שפירשה אותה כמבוססת בצורה חד-משמעית על הכרה בראש נזק חדש של אבדן סיכויי החלמה.⁷⁹ הוכחה ברורה לכך מופיעה בהליך הדו-שלבי שקבעה השופטת שטרסברג-כהן ליישום ההלכה. לפי הליך זה, בשלב הראשון על בית המשפט לבדוק אם הוכח בהתאם לכלל הכרעה בינארי שקיים קשר בין התרשלות הרופאים לבין הנזק של אבדן סיכויי החלמה. זאת, בדומה לבדיקת קשר סיבתי בין התרשלות הנתבעים לבין כל ראש נזק אחר. בשלב השני, ורק אם השתכנע בית המשפט שיש קשר סיבתי כאמור, עליו לבדוק את היקף הנזק – הסיכויים שאבדו.⁸⁰

משמעות הדברים היא שבעניין אבו סעדה בחר בית המשפט לבסס את מתן הפיצויים החלקיים על ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה, בניגוד לעניין ואתורי. למרות ניגוד גמור זה, שני פסקי הדין התייחסו לביסוס שנתנו לפסיקת הפיצוי החלקי כאל חזרה על הלכת פאתח ולא כאל חידוש, מה שמלמד כי לפחות עד לשלב זה לא התעמק בית המשפט העליון בשאלת הבסיס לפסיקת הפיצוי החלקי ולא עשה ניסיון לעמוד על המשמעויות של הבסיסים השונים להלכת הפיצוי החלקי או על ההבדלים ביניהם.

78 עניין אבו סעדה, לעיל ה"ש 55.

79 שם, בעמ' 713.

80 שם, בעמ' 718-719.

5. התעלמות מהמחלוקת וצמצום הפיצוי החלקי: עניין יהונתן כהן⁸¹ ועניין דעקה⁸²

גם לאחר הצגת שתי עמדות מנוגדות בשאלת הבסיס לפסיקת הפיצוי היחסי המשיכה הפסיקה להתעלם מקיומם של שני הבסיסים הנפרדים לפסיקה; לעתים נדון הנושא תחת ענף ראש הנזק ולעתים תחת ענף כלל ההכרעה היחסי.

המקרה הראשון שנדון בבית המשפט העליון לאחר עניין אבו סעדה היה עניין יהונתן כהן, שבו התעורר ספק לגבי הקשר הסיבתי בין התרשלותם הנתונה של רופאי הנתבעת לבין שיתוק המוחין שממנו סבל התובע מאז לידתו.⁸³ השופטת שטרסברג-כהן⁸⁴ קבעה שיש לפסוק פיצוי חלקי, תוך קביעה די ברורה שפסיקה זו נעשית על בסיס הכרה בראש נזק חדש של אבדן סיכוי ולא על בסיס מעבר לכלל הכרעה יחסי.⁸⁵ ביסוס הפסיקה על חלופת ראש הנזק עולה הן מהנמקת ההלכה לגופה והן מהמילים הרבות שהוקדשו כדי להצדיק את הרחבת ההלכה אל מעבר לגבולות של אבדן סיכויי ההחלמה ואל עבר מקרים של הגברת סיכון⁸⁶ – הרחבה שיש צורך להצדיק רק אם מתבססים על ראש נזק חדש ולא אם מתבססים על מעבר לכלל הכרעה יחסי.⁸⁷ עם זאת, קשה להסיק בצורה חד-

81 עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5.

82 עניין דעקה, לעיל ה"ש 27.

83 עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 686-690. התרשלות נקבעה בעיקר בשל היעדרו של רישום רפואי, שהביא להעברת נטל השכנוע אל כחפי הנתבעת – נטל שבו לא עמדה.

84 השופטת שטרסברג-כהן כתבה את חוות הדעת המרכזית בפסק הדין, אם כי נשארה בסופו של דבר במיעוט מסיבות שאינן לענייננו.

85 "[הדוקטרינה של פיצוי חלקי] מאפשרת להתמודד עם קשיים במישור הוכחת האחריות לנזק הסופי, בלי לפרוץ את הגדר של דרישת הסיבות העובדתיות, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק אחר (אובדן הסיכוי) שלגביו אין מחצוריים קשיי ההוכחה" (עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 701).

86 שם, בעמ' 701-702.

87 להבדל בין שני הבסיסים של הלכת הפיצוי החלקי לעניין זה ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 56-63. הרחבתה של הלכת הפיצוי החלקי אל עבר ראש נזק של הגברת סיכוי נתקלה בהתנגדות של השופטת ביניש (בהערת אגב, שכן היא והנשיא ברק הגיעו למסקנה עובדתית כי לא התקיים קשר סיבתי וממילא לא היו צריכים לדון בשאלת הפיצוי החלקי). לדעתה העקרונות של השופטת ביניש, גישה של פיצוי חלקי עשויה להיות ראויה במקרים מתאימים. אולם, הרחבה של רשימת ראשי הנזק העצמאיים שמאפשרים פסיקת פיצוי חלקי תוביל לכך שכבר לא יהיה צורך בהוכחת הקשר הסיבתי, מה שעלול להוביל לתוצאות קשות (שם, בעמ' 705).

הסתייגות זו של השופטת ביניש ראויה לציון משתי סיבות. ראשית, היא הפעם הראשונה שבה הובע חשש מההשלכות הקשות שעשויות להתעורר בעקבות מעבר לפסיקת פיצויים חלקיים – בעיות שעד לאותו רגע התעלמו מהן; שנית, השופטת ביניש טענה שהרחבה של רשימת ראשי הנזק שמאפשרים פיצוי חלקי תוביל לכרסום בדרישה להוכחת קשר סיבתי בין האשם לנזק. אולם, כפי שהראינו בחלק א', אין קשר בין שני הדברים. אכן, הרחבת האפשרות למתן פיצוי חלקי עשויה להוות כרסום של

משמעות מהדברים אם השופט שטרסברג-כהן הייתה מודעת לקיומן של שתי החלופות ולמשמעות הבחירה בכל אחת מהן.

בסמוך לאחר מתן פסק הדין בעניין יהונתן כהן ניתן פסק הדין בעניין דעקה, שעסק בהיעדר הסכמה מדעת. כזכור, בעניין ואתורי נקבע שבמקרים של היעדר הסכמה מדעת צריך להיפסק פיצוי חלקי, כשהביסוס לכך הוא כנראה מעבר לכלל הכרעה יחסי.⁸⁸ אולם, דעת הרוב בפסק דין דעקה, שניתן בהרכב מורחב של שבעה שופטים, פנתה דווקא לכיוונים חדשים תוך הבעת ספקות כבדים לגבי האפשרות לפסוק פיצוי חלקי במקרים מסוג זה.

בעניין דעקה נדון עניינה של תובעת שעברה ניתוח בלא שנתנה לכך הסכמה תקפה. ההחלטה על הניתוח הייתה סבירה והניתוח עצמו נעשה בסבירות, אך כתוצאה ממנו לקתה התובעת בנזק, ובגינו הגישה את תביעתה.⁸⁹ הדיון בבית המשפט העליון בסוגיית הקשר הסיבתי נגע בשאלת הקשר הסיבתי בין היעדר ההסכמה מדעת לבין הנזק, כלומר: האם הייתה התובעת מסכימה לניתוח אילו היו הרופאים מגלים לה את העובדות בהיותה במצב המאפשר קבלת החלטה שקולה.

השופט שטרסברג-כהן, שהייתה בדעת מיעוט, סברה כי על הנתבעים לפצות את התובעת פיצוי חלקי בשיעור חצי מנזקה, בהתבסס על מעבר לכלל הכרעה יחסי. זאת, משום שבמקרים שבהם הקשר הסיבתי נקבע על סמך בחירה בין אפשרויות היפותטיות של התנהגות אנושית, יש לקבוע את קיומו תוך הערכת סיכויי ההתרחשות.⁹⁰ כלומר: "יש להעריך מהו הסיכוי שאירוע מסוים עשוי היה להתרחש ולתת פיצוי יחסי כגודל הסיכוי".⁹¹ חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן ברורה וחד משמעית: לפי גישתה, מתן הפיצוי החלקי בעניין דעקה התבסס על מעבר לכלל יחסי⁹² – וזאת בניגוד מוחלט

הדרישה להוכיח קשר סיבתי בהתאם למבחנים המקובלים אם היא נשענת על מעבר לכלל הכרעה יחסי – אולם אם הפיצוי החלקי לא נשען על מעבר לכלל הכרעה יחסי בשאלת הקשר הסיבתי, אלא על הרחבת רשימת ראשי הנזק, אין הוא קשור כלל לדרישת הקשר הסיבתי אלא לדרישת הנזק. מכאן עולה שהשופטת ביצעה לא הייתה מודעת לכך שמתן פיצוי חלקי עשוי להישען על שתי דוקטרינות שונות, או שלדעתה אין בהבדל זה ממש.

88 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 77-73.

89 עניין דעקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 539-540.

90 שם, בעמ' 608.

91 שם, בעמ' 603.

92 ראו למשל, הדיון בתוצאות הרצויות של מעבר לכלל הכרעה יחסי (שם, בעמ' 607-609); ההשוואה לסוגיות אחרות (חוזים, קביעת שיעור הפיצוי בנוזיקין) שבהם נעשה שימוש בכלל הכרעה יחסי (שם, בעמ' 609-610); ההתבססות על שימוש בכלל הכרעה לקביעת קשר סיבתי בנוזיקין באופן כללי (שם, בעמ' 605-607); וההתייחסות לטיעוני הנגד של הקטנת הוודאות המשפטית והגברת החשש להצפה (שם, בעמ' 611-612).

לגישתה בעניין אבו סעדה ובעניין יהונתן כהן, שם התבססה נכונותה לפסוק פיצוי חלקי על הכרה בראש נזק חדש.

דעת מיעוט אחרת בפסק הדין הייתה דעתה של השופטת ביניש. השופטת ביניש (שעמה הסכים לעניין זה גם הנשיא ברק)⁹³ נטתה להסכים לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן שבמקרה המיוחד של היעדר הסכמה מדעת יש לעבור לכלל הכרעה יחסי, אך השאירה את הנושא בצריך עיון⁹⁴ (בדומה לעמדה שהביעה בעניין יהונתן כהן לגבי ראש הנזק החדש של הגברת סיכון). השופטת ביניש הוסיפה כי בכל מקרה אין להפעיל כלל זה אלא אם הוכח סיכוי משמעותי לכך שהחולה היה מסרב לטיפול אילו היה ניתן לו המידע.⁹⁵

השופט אור, שכתב את דעת הרוב,⁹⁶ קבע כי הוכח עובדתית שלא התקיים קשר סיבתי בין התרשלות הרופאים באי-מסירת מידע לבין נזק הגוף של התובעת, ולכן בית החולים הנתבע אינו צריך לפצות את התובעת בגין נזק גוף זה.⁹⁷ לפיכך סירב השופט

93 שם, בעמ' 631.

94 בהערת אגב יש לציין כי פסיקתה של השופטת ביניש במקרה זה מעוררת קושי רב. זאת, שכן אם היא תומכת במעבר לכלל הכרעה יחסי עליה לפסוק פיצוי חלקי לפחות בכל מקרה שבו יש ספק משמעותי לגבי עובדת קיומו של הקשר הסיבתי. בדונה בעובדות המקרה אמרה השופטת ביניש כי התלבטה לא מעט בשאלת הקשר הסיבתי (שם, בעמ' 557). התלבטויות אלה מלמדות על כך שלדעתה קיים ספק אמיתי לגבי קיומו של קשר סיבתי, כלומר: שיש סיכוי משמעותי לנכונותה של כל אחת מההיפותוזות שהוצגו בידי הצדדים. לפיכך, ובהתחשב בעמדתה העקרונית לגבי מעבר לכלל הכרעה יחסי, אין ספק שהיה מקום לפסוק פיצוי חלקי. עם זאת, בפועל פסקה השופטת כי לפי מבחני ההוכחה הרגילים של עורך ההסתברות הוכח קיומו של קשר סיבתי (שם, בעמ' 556-557). מכאן משתמע שלדעתה של השופטת ביניש יש מקום לפסוק פיצוי חלקי רק אם הוכח שהסיכויים לקיומו של קשר סיבתי נמוכים מ-50%. מסקנה זו מתיישבת עם ראיית הפיצוי החלקי כמתבסס על ראש נזק חדש, אולם בדבריה העקרוניים אמרה השופטת ביניש כי היא תומכת במתן פיצוי חלקי על סמך מעבר לכלל הכרעה יחסי. יתר על כן, ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה אינו רלבנטי כאן ואת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה דחתה השופטת ביניש (שם, בעמ' 560-564). התוצאה היא שהביסוס למסקנתה במקרה זה אינו ברור.

95 עניין דעקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 556.

96 לדעתו של השופט אור הסיכוי הנשיא ברק (שבעניין יהונתן כהן סירב להביע דעה לעניין קיומו של ראש נזק של הגברת סיכון) והשופטים ש' לוין (שכתב את פסק הדין בעניין פאתח), חשין (שהסכים לפסק הדין בעניין ואתורי) ואנגלרד.

97 מנגד קבע השופט אור כי על בית המשפט לפצות את התובעת בגין הפגיעה באוטונומיה שנגרמה לה (עניין דעקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 575-592). לכאורה, ההכרה בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה היא מהלך עצמאי שאינו קשור לבעיות של עמימות סיבתית. עם זאת, עיון בפסיקה שיישמה את עניין דעקה מעורר ספק בקיומו של ראש נזק זה כראש נזק עצמאי אמיתי במנותק מבעיות סיבתיות, שכן בפסיקה זו ניתן עד היום פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה רק במקרים שבהם נקבע שאין קשר סיבתי בין אי-גילוי המידע לבין הנזק, או שקשר סיבתי כזה לא הוכח. לפיכך ייתכן אולי לראות ראש נזק זה

אור להביע את דעתו בנושא הפיצוי החלקי והשאיר אותו בצריך עיון;⁹⁸ אך הוא ציין את השופט שטרסברג-כהן כמי שתמכה במתן פיצוי חלקי הן בעניין דעקה עצמו הן בעניין יהונתן כהן.⁹⁹

השופט חשין, שהצטרף לדעת הרוב בניתוח העובדות, הוסיף כי הוא עשוי לתמוך עקרונית במתן פיצוי חלקי, על סמך תאוריה של הערכת סיכונים (האמורה להחליף את דוקטרינת עודף ההסתברויות), ומכאן עולה כי תמיכתו במתן פיצוי חלקי מבוססת על מעבר לכלל הכרעה יחסי ולא על ראש נזק חדש.¹⁰⁰

מעניין דעקה עולות שתי מסקנות לגבי התפתחותה של הלכת הפיצוי החלקי. ראשית, בעניין דעקה יש למעשה נסיגה מההלכה שנקבעה בעניין ואתורי, תוך השארתה בצריך עיון.¹⁰¹ בעניין ואתורי עלה כי במקרים של היעדר הסכמה מדעת יש לתת פיצוי חלקי בהתבסס על מעבר לכלל הכרעה יחסי. בעניין דעקה רק שופטת אחת הביעה נכונות לפסוק על סמך הלכה זו; ששת השופטים האחרים אמרו שיש להשאיר בצריך עיון את האפשרות לפסוק פיצויים יחסיים לאור מעבר לכלל הכרעה יחסי.¹⁰² עם זאת, נראה שבעניין דעקה לא התכוונו השופטים לשלול את תחולתה של הלכת הפיצוי החלקי ממקרים של אבדן סיכויי החלמה, אלא רק במקרים של היעדר הסכמה מדעת.¹⁰³

כמכשיר עקיף לפתרון חוסר-הצדק שנגרם במקרים שבהם לא ניתן להוכיח קשר סיבתי. לפסקי דין שבהם נקבע כי אין קשר סיבתי בין התרשלות הרופאים לבין נזק הגוף ניתן פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ראו עניין דעקה עצמו (למעט דעתה של השופטת שטרסברג-כהן); ע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן, חק-על 2005(2) 4450, פסקה 18 (2005). לפסקי דין שבהם נקבע קיומו של קשר סיבתי לנזק הגוף ונקבע שאין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ראו ע"א 6948/02 אדנה נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 535, 546 (2004); ע"א 522/04 מרכז לייזור לניתוחי קרנית בע"מ נ' דיראוי, חק-על 2005(2) 4023, פסקה 16 (2005).

98 עניין דעקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 575.

99 כפי שראינו, בשני עניינים אלה התבסס מתן הפיצוי החלקי על שני בסיסים שונים, אך השופט אור לא הבחין ביניהם. מכך ניתן ללמוד שגם בשלב מתקדם זה של התפתחות הלכת הפיצוי החלקי הוא לא היה מודע לקיומם של שני בסיסים שונים להלכת הפיצוי החלקי.

100 עניין דעקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 631.

101 נסיגה זו בולטת במיוחד בהתחשב בכך שהן השופט אור, הן השופטת ביניש (אם כי לעניין אחר) והן השופטת שטרסברג-כהן מאזכרים את עניין ואתורי.

102 ראוי לציין במיוחד את השופט חשין, שהסכים לפסק הדין בעניין ואתורי שבו נפסק שיש לעבור לכלל הכרעה יחסי במקרים של היעדר הסכמה מדעת, בעוד ששנתיים אחר כך, בעניין דעקה, ציין כי מדובר בתאוריה מושכת שיש לדון בה במקרה מתאים – בלי להכריע בנושא ומכלי להתייחס לעמדתו הקודמת; עוד יש לציין את השופט ש' לוי, שכתב את פסק הדין היסודי בעניין פאתח, אך בעניין דעקה הסכים לדעתו של השופט אור, שהשאירה את המעבר לכלל הכרעה יחסי בצריך עיון, בלא שום הערה.

103 חיווק לעמדה זו ניתן למצוא בפסק הדין בע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות, פ"ד נד(2) 38 (2000), שניתן על ידי השופט אור עצמו חודשים ספורים לאחר עניין דעקה. בעניין גיל

שנית, ניתן לראות בצורה ברורה שההבחנה בין שני הבסיסים למתן הפיצוי החלקי טרם הובהרה בשלב זה. כך התייחס השופט אור לשני פסקי דין שבהם ניתנו פיצויים חלקיים על סמך שני הבסיסים השונים בצוותא חדא,¹⁰⁴ וכך השופט שטרסברג-כהן עצמה לא טרחה לעמוד על הניגוד שבין חוות דעתה בעניין אבו סעדה ויהונתן כהן לבין חוות דעתה בעניין דעקה.

7. כלל הכרעה יחסי מפורש: עניין מלול¹⁰⁵

מצב זה של חוסר-ודאות – שבו לא רק שלא ברור מהו הבסיס שלפיו פוסקת הפסיקה פיצוי חלקי, אלא נראה שהפסיקה כלל אינה מודעת לקיומם של שני בסיסים שונים לפסיקה זו – נמשך עד לפסק הדין בעניין מלול.¹⁰⁶ כפי שנראה, הדיון המפורט והעקרוני בעניין מלול היה אמור לקבע את ענף כלל ההכרעה היחסי של הלכת הפיצוי החלקי כענף מבוסס ולשרטט את גבולותיו, אם כי לאור ההתפתחויות שלאחריו ספק אם הדבר עלה בידו.

התובעת בעניין מלול נולדה כשהיא סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי. לנזקים אלה היו שני גורמים אפשריים: פגותה של התובעת (שלגביה אין התרשלות של הנתבע), ואיחור של רופאי הנתבע לנתח את האם ניתוח קיסרי לאחר שהחלה לדמם דימום מסיבי

נדרן מקרה שבו רשלנות רפואית הקטינה את סיכויי ההחלמה של התובעת. השופט אור הכיר בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה וקבע כי על הנתבעת לשאת בשליש מנזקי התובעת (שם, בעמ' 46-47).

104 גם מגמה זו ממשיכה בעניין גיל, שם אזכר השופט אור כאסמכתה לפסיקת פיצוי חלקי על סמך הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה הן פסקי דין שמתבססים על מעבר לכלל הכרעה יחסי (ואתורי ורחמן) והן פסקי דין שמתבססים על ראש נזק של אבדן סיכויי החלמה (אבו-סעדה ויהונתן כהן) בלי להבחין ביניהם.

105 עניין מלול, לעיל ה"ש 1.

106 לאחר עניין דעקה ולפני עניין מלול עלה נושא הפיצוי היחסי בקצרה במקרה נוסף. בדנ"א 6714/02 קופת חולים של ההסתדרות נ' שמעון, תק-על 2003(2) 370 (2003) דחה השופט מצא בקשה לדיון נוסף באומרו כי הגברה רשלנית של סיכון מצד הנתבע מצדיקה להעביר אליו את נטל השכנוע בנושא הקשר הסיבתי, תוך קביעת פיצוי הסתברותי בהתאם למידת הגברת הסיכון, כדרך למתן ביטוי לבעיית הסיבתיים העמומה. לעניין זה הפנה השופט מצא לדעתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין יהונתן כהן, לעניין פאתח ולעניין ואתורי (פסקה 6 להחלטה). ברור שכוונתו של השופט מצא אינה לכלל הכרעה יחסי, שכן תחת כלל הכרעה יחסי אין משמעות לנטל השכנוע. מסקנה זו מתחזקת בכך שהאזכור הראשי שהוא מביא לתמיכה בגישתו הוא עניין יהונתן כהן, שם דובר על ראש נזק של הגברת סיכון ולא על מעבר לכלל הכרעה יחסי. עם זאת, ניסוחו של השופט מצא רחוק מלהיות חד-משמעי בנושא, ונראה שהוא לא היה מודע לקיומם של שני בסיסים שונים להלכת הפיצוי החלקי או להבדלים ביניהם. מסקנה זו מתחזקת מהסתמכותו על עניין ואתורי, שנסמך על כלל הכרעה יחסי, לצד עניין יהונתן כהן, שנסמך על ראש נזק.

(איחור המהווה התרשלות).¹⁰⁷ בהינתן תשתית זו דן בית המשפט בשאלת הקשר הסיבתי בין התרשלות הרופאים לבין הנזק.

לאור הדמיון העובדתי בין עניין מלול לבין עניין יהונתן כהן פתחה השופטת נאור (שכתבה את פסק הדין בהסכמת השופטים מצא¹⁰⁸ וגיבראון) את דיונה בניתוח פסק הדין בעניין זה.¹⁰⁹ לאחר מכן עברה השופטת נאור לדון בשאלת הפיצוי החלקי, ובלשונה: "סיבתיות עמומה" – הכל או לא כלום או גישת הערכה הסתברותית?¹¹⁰ השופטת נאור סקרה את הפסיקה והראתה כי בנסיבות שונות שללו בתי המשפט את גישת "הכול או לא כלום" והעדיפו מתן פיצוי חלקי. בפסק דינה מאוזכרים פסקי הדין פאתה, גיל¹¹¹ ואבו סעדה לעניין אבדן סיכויי החלמה ופסקי הדין ואתורי ודעקה לעניין היעדר הסכמה מדעת. החלטתו של השופט מצא בדנ"א שמעון¹¹² הובאה גם היא, וכך גם עניין אטד.¹¹³

בסיכומם של דברים קבעה השופטת נאור שאם הוכח שעוולת הנתבע הייתה עשויה לגרום לנזק מסוג הנזקים שסבל התובע, אך לא ניתן להוכיח אם היא אכן גרמה לנזקו של התובע הספציפי – "נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא".¹¹⁴ השופטת נאור הדגישה כי לעניין ההתנהגות העוולתית, הנזק והקשר הסיבתי הפוטנציאלי (כלומר: קיומה של אפשרות מדעית שהתנהגות מסוגה של ההתנהגות העוולתית תגרום לנזק מסוג הנזקים שנגרמו במקרה זה) עדיין תידרש הוכחה על פי מאזן הסתברויות, ורק לגבי קיומו של הקשר הסיבתי הקונקרטי (כלומר: הוכחת קיומה של סיבתיות במקרה המסוים שלפני בית המשפט) ניתן יהיה להשתמש בכלל הכרעה יחסי. גם מעבר זה מסויג רק במקרים שבהם ייגרם חוסר-צדק כתוצאה משימוש בכלל ההכרעה הרגיל. המקרה שהובא כדוגמה למקרים שבהם ייגרם חוסר-צדק כזה הוא מקרה שבו אין אפשרות מדעית להוכיח או לשלול את קיומו של הקשר הסיבתי הקונקרטי.¹¹⁵ עוד קבעה השופטת נאור שיש

107 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 3, 7-8, 20.

108 ראוי לציין כי השופט מצא כתב גם את פסקי הדין בעניין ואתורי, לעיל ה"ש 73 ובעניין שמעון, לעיל ה"ש 106.

109 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקה 20.

110 שם, הכותרת לפסקה 22.

111 לעיל ה"ש 103.

112 לעיל ה"ש 106.

113 ע"א 423/98 אטד נ' גיבראון, תק-על 1076 (1)99 (1999).

114 עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקה 25.

115 מעניין להשוות את דעתה של השופטת נאור בעניין מלול לדעת המיעוט שלה בעניין ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב, פ"ד נח(5) 215 (2004). באותו עניין עמדה לדיון שאלת קיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי בהקשר של חשיפה לחומרים רעילים (toxic torts), כלומר: האם החומר שאליו

להחלם מגורמים שההסתברות כי גרמו לנזק היא זניחה.¹¹⁶ מדבריה של השופטת נאור עולה כוונה ברורה ומפורשת לאפשר מעבר חלקי מכלל ההכרעה הבינארי הרגיל אל כלל הכרעה משולב, כלומר: במקרים שבהם בית המשפט נמצא באי-ודאות מהותית, שהיא תוצאה של חוסר-יכולת מובנה לקבוע את קיומו של הקשר הסיבתי הקונקרטי, יוכרע הקשר הסיבתי על בסיס כלל הכרעה יחסי שיאפשר חלוקה של סיכויי אי-הודאות בין הצדדים ומתן פיצוי חלקי. במקרים שבהם יש לבית המשפט את הראיות הדרושות כדי להכריע במחלוקות עליו לעשות כן לפי כלל ההכרעה הרגיל.

מעבר זה נעשה דווקא בסוג מקרים דומה לעניין יהונתן כהן (הגברת סיכון לנזק במהלך לידת פג), שבו השאירה דעת הרוב בצריך עיון ניסיון להסמין את מתן הפיצוי החלקי על ראש נזק חדש של הגברת סיכון.¹¹⁷ תוך מודעות מלאה להלכה קודמת זו.¹¹⁸ משמעות הדברים היא שבעניין מלול נעשתה הכרעה מפורשת, מתוך מודעות מלאה, להרחיב את ענף כלל ההכרעה היחסי של הלכת הפיצויים החלקיים אל מחוזות שאליהם ענף ראש הנזק לא מצליח להגיע.

יש לשים לב כי בניגוד לפסיקות קודמות, שהגבילו את מתן הפיצוי החלקי בהתאם לסוג האינטראקציה בין הצדדים (אבדן סיכויי החלמה, הגברת סיכון לחלות והיעדר הסכמה מרעת), ההגבלה שהוטלה בעניין מלול נוגעת לשיקולים מערכתיים וראייתיים.

נחשף התובע עלול, אצל בני אדם ככלל, לגרום למחלה שממנה סבל. השופטת נאור קבעה בדעת מיעוט כי מאחר שטורם נערכו מחקרים מקיפים באשר לגורמים למחלתו של התובע אין הוכחה מדעית לקיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי בין החומר לו נחשף התובע לבין מחלתו. לפיכך היא דחתה את תביעת התובע לחלוטין, על אף שיתכן כי מחקרים עתידיים יעידו שקיים קשר סיבתי כאמור. לעומת זאת, בעניין מלול קבעה השופטת נאור, כפי שנאמר בגוף הטקסט, כי במצב של חוסר-יכולת מדעית לקבוע קשר סיבתי קונקרטי יוכרע קיומו של קשר סיבתי על פי כלל הכרעה יחסי (ובלבד שהוכח קיומו של קשר סיבתי פוטנציאלי). לא ברור מדוע הבחינה השופטת נאור בין שני הסוגים של קשר סיבתי לעניין כלל ההכרעה הרלבנטית. יתור על כן: לאורך כל דבריה של השופטת נאור בעניין קרישוב שזורה נטייה חזקה להימנע מהכרעה על פי תחושות בטן בקביעת קשר סיבתי, תוך הידרושות להוכחות מדעיות בדוקות בלבד – מאחר שהמדובר במחלוקת מדעית; לעומת זאת, בעניין מלול ציינה השופטת נאור כי לא הובאו חוות-דעת או נתונים הסתברותיים באשר להסתברות שנזקה של התובעת נגרם כתוצאה מהתרשלות הרופאים, ולמרות זאת היא הייתה מוכנה לפסוק בעניין ולקבוע כי ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי כאמור היא 20%.

¹¹⁶ עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 25-26.

¹¹⁷ עניין יהונתן כהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 705, 709.

¹¹⁸ עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקה 20. ראוי לציין כי הסיבה שבגללה השאירו שופטי הרוב בעניין יהונתן כהן את ההלכה בצריך עיון היא שהראיות לעניין אחוז הסיכון שיצרו הנתבעים לא היו משכנעות דיין (שם, בעמ' 707-710). בעניין מלול הכריע בית המשפט בנושא למרות שהראיות לעניין זה היו פחותות מכך, וההכרעה בעניין הסיכויים לקיומו של קשר סיבתי התבססה על אומדן גרידא (עניין מלול, בפסקאות 27-31).

כלל הכרעה יחסי (או משולב) יופעל רק אם יימצא בית המשפט במצב אמיתי של חוסר ודאות, כך שסיכוייו לטעות גבוהים, ורק אם יוכח שאין ולא הייתה אפשרות להביא ראיות שיסירו את הערפל הראייתי מעל שאלת הקשר הסיבתי. כפי שנראה להלן,¹¹⁹ בסוגי מקרים אלה שיקולי המדיניות בעד מעבר לכלל הכרעה יחסי הם חזקים מאוד.

חשוב גם לזכור כי נכון להיום, כל הדיונים בדבר מתן פיצויים חלקיים נעשו בהקשר של תביעות כנגד רופאים. ייתכן אמנם שבתביעה זו או אחרת יופיע שמו של הרופא כנתבע, אך מבחינה מעשית מי שנושא בתשלום הפיצויים בתביעות מעין אלה הן חברות הביטוח. מבחינת חברות הביטוח, הפעילות הרפואית היא פעילות חוזרת, ותביעות הנזיקין בגין נזקי הפעילות הרפואית חוזרות על עצמן במספרים גדולים. כפי שנראה, גם מאפיין זה מהווה שיקול בעד מעבר לכלל הכרעה יחסי.¹²⁰

עניין מלול קידם את הלכת הפיצוי החלקי צעד אחד נוסף על ידי הכרה עקרונית באפשרות לעבור לכלל הכרעה יחסי. עם זאת, על אף הדיון המפורט בפסק דין מלול בנושא המעבר לכלל הכרעה יחסי, גם פסק דין זה לא נשען על הבחנה בין שני הבסיסים השונים של הלכת הפיצוי החלקי ואינו עומד על המשמעות השונה שיש לכל אחד מהבסיסים. מעיון בפסק הדין נראה כי בית המשפט הניח כי פסיקת פיצוי חלקי חייבת להישען על מעבר לכלל הכרעה יחסי. ראייה לכך ניתן למצוא בעובדה שבין פסקי הדין שעליהם הסתמך בית המשפט ניתן למצוא פסקי דין המסתמכים על מעבר לכלל הכרעה יחסי (ואתורי ודעקה), פסקי דין המסתמכים על ראש נזק של אבדן סיכויי החלמה (כהן, גיל¹²¹, אבו סעדה ודנ"א שמעון¹²²) ופסקי דין דר-משמעיים (פאתח ואטרד¹²³) ללא הבחנה ביניהם. מכך נובע שההכרה במעבר לכלל ההכרעה היחסי לא נעשתה מתוך בחירה מודעת אלא (על אף הדיון המפורט) בהסח הדעת.¹²⁴

לאחר הדיון המפורט בעניין מלול וההכרה המפורשת בביסוסו של הפיצוי החלקי על כלל ההכרעה היחסי, ניתן היה לצפות שהפסיקה תתמקד בקביעת גבולות המעבר לכלל ההכרעה היחסי¹²⁵ או בקביעת היחס בין שני הבסיסים השונים להלכת הפיצוי החלקי,

119 להלן בפרק ג'.

120 ראו להלן, הטקסט ליד ה"ש 144-145.

121 עניין גיל, לעיל ה"ש 103.

122 עניין שמעון, לעיל ה"ש 106.

123 עניין אטרד, לעיל ה"ש 113.

124 חיזוק נוסף לעמדה זו ניתן למצוא גם בעניין מרגליות, לעיל ה"ש 3, בפסקה 44. בפסק דין זה (שניתן לאחר סיום כתיבת המאמר) נמנעה השופטת נאור עצמה מפסיקה של פיצוי חלקי למרות טענת הנתבעים, שהתבססה על פסק הדין בעניין מלול.

125 כפי שנעשה, למשל, בעניין צוות ברקוביץ, לעיל ה"ש 3, בפסקאות יג-יד. בעניין זה (שניתן לאחר סיום כתיבת המאמר) דחה בית המשפט את האפשרות לפסוק פיצוי חלקי, אך זאת על סמך טיעונים עובדתיים שהבחינו את אותו עניין מעניין מלול, ותוך הצבת גבולות להלכת מלול בלי לקבוע עמדה לגביה.

אך לא כך היה. לאחר שבועיים ומחצה בלבד ניתן פסק הדין בעניין זכריה כהן, ששלל מעבר לכלל הכרעה יחסי.

8. שלילת הענף של כלל ההכרעה היחסי: עניין זכריה כהן¹²⁶

בפסק דין זכריה כהן נדון עניינו של תובע שסבל משיתוק של 100% מלידה, אך היה מסוגל להתהלך באופן מוגבל. עקב ירידה בתפקוד מפרק הירך שלו עבר התובע ניתוח להחלפת המפרק. כתוצאה מהתרשלות של רופאי הנתבע נגרם לתובע נזק והוא רותק לכיסא גלגלים. לפי סיווגו של השופט ריבלין שכתב את פסק הדין, השאלה המרכזית שעמדה לדיון היא שאלת "גובה הנזק... שאלה המערבת שומה וחבות".¹²⁷

השאלה התעוררה בעקבות טענתו של בית החולים הנתבע כי גם אם היה הגיתות מתנהל בהצלחה עדיין היו סיכויים שמצבו של התובע היה מתדרדר במשך הזמן והוא היה נאלץ להשתמש בכיסא גלגלים.¹²⁸ לפיכך ביקשו הנתבעים להחיל את הלכת פאתח על המקרה ולהקטין את הפיצויים שישולמו לתובע בהתאם. השופט ריבלין (בהסכמת השופטים גרוניס וארבל) פתח את הדיון בציטוט מעניין פאתח ובאזכור של פסקי דין שבהם אוזכרה ההלכה – ואתורי, רחמן, אבו סעדה וגיל¹²⁹ – אך בלי לאזכר את עניין מלול. בהמשך עבר השופט ריבלין לדון בבעיית העמימות הסיבתית באופן כללי, ולאחר הצגת הבעיה מנה כמה פתרונות אפשריים שהועלו לבעיה בחקיקה, בפסיקה ובספרות.¹³⁰ לאחר פריסת התשתית הכללית פנה השופט ריבלין לדוקטרינה של אבדן סיכויי ההחלמה וקבע כי היא מתבססת על הכרה בראש נזק חדש של אבדן סיכויי החלמה ולא על מעבר לכלל הכרעה יחסי. הנזק שבגינו יקבל התובע פיצוי לפי דוקטרינה זו הוא עצם הירידה בסיכויי ההחלמה שלו, בלי קשר לנזק שבסופו של דבר נגרם או לא נגרם לו.¹³¹ אם כך, לדעת השופט ריבלין, הלכת הפיצוי החלקי שנקבעה בעניין פאתח – כמו גם פסקי הדין שאימצו אותה – נשענים כולם אך ורק על ענף ראש הנזק ולא על ענף המעבר לכלל ההכרעה היחסי. לאור מסקנתו זו, ומאחר שהסיכויים לכך שאילולי התרשלות הרופאים היה התובע נהפך למשותק הם נמוכים,¹³² קבע השופט ריבלין כי אין להפחית מאום מהפיצוי המגיע לתובע. תוצאה דומה הייתה מושגת במקרה הקונקרטי גם אילו היה השופט ריבלין מאמץ את כלל ההכרעה היחסי, שכן פסקי הדין

126 עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2.

127 שם, בפסקה 2.

128 שם, בפסקה 3.

129 עניין גיל, לעיל ה"ש 103.

130 עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 9.

131 שם, בפסקה 10. אסמכתה לדבריו מצא השופט ריבלין ברעת המיעוט בפסק הדין בעניין *Gregg v.*

Scott, לעיל ה"ש 10.

132 עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 11-12.

שאימצו כלל זה כללו סייג שלפיו אין להתייחס לסיכויים זניחים.¹³³ מאחר שהסיכויים לכישלון הניתוח הוגדרו כנמוכים וספקולטיביים, יש להניח שגם לפי כלל ההכרעה היחסי היו מתעלמים מהם.

עניין זכריה כהן שב והעלה אל פני השטח את שאלת בסיסה של הלכת הפיצוי החלקי בכל ערוה. התשובה שניתנה בעניין זכריה כהן היא שהלכה זו מבוססת מאז ומעולם על הכרה בראש נזק חדש ולא על מעבר לכלל הכרעה יחסי. אולם, כפי שראינו לעיל, מסקנה זו אינה מדויקת. ישנם פסקי דין המבוססים על מעבר לכלל הכרעה יחסי כפי שישנם פסקי דין המבוססים על הכרה בראש נזק חדש ופסקי דין דו-משמעיים. אפילו חלק מפסקי הדין שהביא השופט ריבלין כמאזכרים את הלכת פאתח התבססו על מעבר לכלל הכרעה יחסי (ואתורי), או שזו פרשנות סבירה שלהם (רחמן). בולט במיוחד בהקשר זה היעדרה של התייחסות לפסיקה ההפוכה המפורשת בעניין מלול.

יתר על כן: בהתחשב בכך שבאופן כללי הפסיקה כלל לא הייתה מודעת לשני הבסיסים האפשריים השונים להלכת הפיצוי החלקי, ספק אם יש לגזור מאמירות אלה ואחרות בפסיקה מסקנות מרחיקות-לכת על הבסיס האמיתי להלכת הפיצוי החלקי. חשוב להדגיש כי גם בעניין זכריה כהן עצמו ניתן למצוא סימנים לכך שבית המשפט לא היה מודע להשלכות של בחירה בכל אחד מהבסיסים. כך, כפי שנאמר לעיל,¹³⁴ אם הלכת הפיצוי החלקי מתבססת על ראש נזק של אבדן סיכויי החלמה, הרי שבמקרים שבהם מוכח במאזן ההסתברויות שהנזק נגרם כתוצאה מההתרשלות אין לפטוק פיצוי חלקי אלא פיצוי מלא. אולם, השופט ריבלין ציטט בהסכמה מפסק דין פאתח שהפיצוי החלקי יינתן הן כשהסיכויים שאבדו גבוהים מ-50% והן כשהם נמוכים מ-50%.¹³⁵ בדומה, כפי שנאמר לעיל,¹³⁶ ביסוס של הלכת הפיצוי החלקי על הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה אמור לאפשר פיצוי גם במקרים שבהם החלים הניזוק בסופו של דבר. אולם, מעבר לכך שעד היום לא ניתנו פסקי דין שמכירים בנזק של אבדן סיכויי החלמה במקרים כאלה, ניתן למצוא בדבריו של השופט ריבלין בעניין זכריה כהן עצמו התייחסויות מנוגדות למקרים כאלה ולאפשרות לפטוק פיצוי חלקי בהם.¹³⁷

133 עניין דעקה, לעיל ה"ש 27, בעמ' 608-609; עניין מלול, לעיל ה"ש 1, בפסקה 25. ראו גם Abramowicz, לעיל ה"ש 11, בעמ' 236-237 המציע שימור של כלל ההכרעה הרגיל במקרים שבהם בית המשפט חושב שהוא יכול לקבוע בביטחון את העובדות, תוך מעבר לכלל הכרעה יחסי במקרים שבהם בית המשפט חושב כי יש סיכוי טוב שהוא טועה.

134 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 47-50.

135 עניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, בפסקה 8.

136 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 51-53.

137 מחד גיסא, בעניין זכריה כהן, לעיל ה"ש 2, נאמר: "קושי מובהק מסוג זה קיים מקום בו יצר הנתבע סיכון בהתרשלות מוכחת, אולם אין אפשרות להוכיח, כמידה הנדרשת, כי הנזק שנגרם כפועל (כולו או מקצתו) הינו פועל יוצא של התממשות הסיכון" (פסקה 9 לפסק הדין); ציטוט זה מלמד על צורך להוכיח קיומו של נזק כפועל.

9. סיכום הפסיקה

עולה מן הדברים כי נכונותה של הפסיקה הישראלית לפסוק פיצוי חלקי לתובע – המעוגנת עד היום רק בכלל בדבר אבדן סיכויי החלמה – אינה מבוססת על בסיס עיוני ברור. במרבית המקרים שבהם התעוררה השאלה לא היה בית המשפט מודע כלל לקיומם של שני בסיסים שונים להלכת הפיצוי החלקי.

מאחר שבמשך השנים לא הייתה הפסיקה מודעת כאמור להבדל בין שני הבסיסים, גם לא הייתה עקיבות בקביעת הבסיס העיוני להלכת הפיצוי החלקי, וממילא עתיד להיכשל כל ניסיון לתחם ולהגדיר את סוגי המקרים שבהם יתבסס מתן הפיצוי החלקי על כל אחד משני הבסיסים. עם זאת, נראה כי הפסיקה השתמשה בבסיס ראש הנזק בעיקר במקרים הקלאסיים של אבדן סיכויי החלמה כתוצאה מרשלנות רפואית, ונמנעה מהשימוש בו במקרים של הגברת סיכונים¹³⁸ ושל היעדר הסכמה מדעת – כנראה מאחר שלשון ראש הנזק אינה תואמת מקרים אלה.

עם זאת, בחירתה של הפסיקה לא הייתה מודעת ומושכלת; יתר על כן: גם משהתעוררה מודעותה לקיומם של שני בסיסים חלופיים להלכת הפיצוי החלקי, בעקבות עניין מלול, ההכרעה בדבר בסיס ההלכה נעשתה מתוך חוסר-מודעות למשמעות ההכרעה. חוסר-מודעות זה היה אחד הגורמים שהביאו לכך שבשני פסקי הדין שעסקו בנושא בצורה מפורשת נפסקו הלכות מנוגדות בנוגע לבסיס המשמש בפועל את הפסיקה לפסיקת פיצוי חלקי.

חוסר-בהירות זה מצדיק לבדוק מהו הבסיס הראוי להלכת הפיצוי החלקי, בהנחה שההלכה עצמה מקובלת על הפסיקה. בדיקה זו מצריכה להצביע על ההבדלים המעשיים בין שני הבסיסים, כפי שנעשה בפרק א' לעיל. כמו כן יש להצביע על שיקולי המדיניות העשויים להצדיק בחירה בכל אחד מהבסיסים. למלאכה זו נפנה עתה;¹³⁹ צירוף

מאידך גיסא, במקום אחר בפסק הדין נאמר: "הדוקטרינה אינה סוטה מן הכלל הרגיל של 'הכל או כלום'. שהרי, מחייבת היא את התובע להוכיח, במאזן ההסתברויות, כי הנתבע גרם ברשלנות לנזק מן הסוג האמור, ומשנקבע שכך הוא, החבות נסבה על הנזק כולו (ראו גם פרשת אבו סעדה הנ"ל). המדובר כאן בנזק של פגיעה בעצם סיכויי ההחלמה, להבדיל מן התוצאה העשויה להתגשם בסופו של יום" (שם, בפסקה 10). מציטוט זה ניתן להסיק שכלל לא נדרש להוכיח את התוצאה המזיקה הסופית.

¹³⁸ אין כוונתי לטעון שיש הבדל מהותי ועקרוני בין מקרים של אבדן סיכויי החלמה לבין מקרים של הגברת סיכון, המצדיקים את ההתייחסות השונה של הפסיקה. כוונתי היא רק להצביע על כך שבדין המצוי הבחנה זו נעשית בפסיקה.

¹³⁹ דיון מפורט ומלא בכלל שיקולי המדיניות הרלבנטיים למעבר לכלל הכרעה יחסי, או להכרה בראש נזק המבוסס על תאוריית סיכון, חורג מגבולותיה של הערת פסיקה זו. לדיונים בנושא ראו המקורות המאוזכרים לעיל בה"ש 4, 11 ו-12. הדין להלן יתמקד בהצגה תמציתית של השפעת היישום של כל אחד מהבסיסים על המטרות הרלבנטיות של הדין.

ההבדלים המעשיים ושיקולי המדיניות יאפשר להשוות בין שני הבסיסים להלכת הפיצוי החלקי.

ג. הערכת הגישות השונות ומסקנות לעתיד

1. הקטנת טעויות

אחד השיקולים להשוואה בין שני הבסיסים לכלל הפיצוי החלקי נוגע לטעויות שיגרור כל בסיס. תחת כלל הכרעה יחסי טהור כמעט¹⁴⁰ כל ההכרעות השיפוטיות לא יסקפו את המציאות העובדתית ולכן ניתן להתייחס אליהן כטעות. זאת, שהרי בעולם המציאות, בכל מקרה ומקרה או שיש קשר סיבתי או שאין. קביעה כי קיים סיכוי של 70% לקיומו של קשר סיבתי היא חסרת-משמעות במציאות ובהכרח אינה משקפת את מצב הדברים בעולם. יתר על כן, כפי שהוכח בעבר, כלל הכרעה יחסי מגדיל גם את סכומי הכסף שיוקצו בצורה מוטעית על ידי בית המשפט.¹⁴¹

לעומת זאת, פסיקת פיצוי חלקי על סמך הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה עשויה להיחשב כמשקפת מציאות עובדתית. במציאות פחתו סיכויי ההחלמה של התובע באחוזים מסוימים ועל כך הוא זכאי לפיצוי. אולם, ספק רב אם ירידה בסיכויי ההחלמה של חולה אכן משקפת בעיני החולה ובעיני החברה נזק אמיתי, מנותק מהנזק הסופי. כך, אם חולה הבריא ואז מתברר לו שסיכויי ההחלמה שלו (עובר להחלמתו) ירדו מ-90% ל-50% כתוצאה מרשלנות רפואית, ספק אם ניתן לראותו כמי שסבל נזק ממשי בשיעור 40% מנזקיו של מי שמת כתוצאה מהמחלה. ספק גם אם ניתן להשוות אותו לחולה שסבל מאותה רשלנות רפואית אך נפטר. נוסף על כך קשה להשוות בין חולה שהיה בעל סיכויי החלמה של 99% ואיבד 1% של סיכויי החלמה כתוצאה מרשלנות רפואית כך שסיכויי ההחלמה שלו ירדו ל-98%, לבין חולה בעל סיכויי החלמה של 2% שאיבד 1% של סיכויי החלמה כתוצאה מרשלנות רפואית כך שסיכויי ההחלמה שלו ירדו ל-1%.

המקרים דלעיל מראים כי ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה אינו משקף פגיעה אמיתית אלא פיקציה משפטית. לפיכך, פסיקת פיצוי חלקי על סמך הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה משקפת רק מציאות משפטית אך לא מציאות עובדתית, ומבחינה זו אין הבדל בין שני הבסיסים: שניהם בונים למשפחה של כללים¹⁴² הנסמכים בעיקרו של

140 כלל הכרעה יחסי יסקף את המציאות העובדתית במקרים – הנדירים מאוד – שבהם ישחכנע בית המשפט שיש הסתברות של 100% לקיומה של אפשרות עובדתית מסוימת והכרעתו תהיה נכונה.

141 Kaye, לעיל ה"ש 11, בעמ' 507-508, 496-500.

142 הכוללת, למשל, גם את ראש הנזק של נזק ראייתי.

דבר על הערכות סטטיסטיות בדבר המציאות העובדתית ולא על התרשמות ישירה מהמצב העובדתי.¹⁴³

2. הרתעה יעילה

היבט נוסף שבו אפשר להשוות בין שני הבסיסים לפסיקת פיצוי חלקי הוא מידת תרומתם להשגת הרתעה יעילה. אין ספק שכלל הכרעה יחסי מקדם את השגתה של מטרה זו.¹⁴⁴ במצבים רבים, ההכרעה בשאלת נקיטתם של אמצעי זהירות תשפיע בצורה דומה על אנשים רבים. כך, מעביד שלא ינקוט אמצעי זהירות במקום העבודה יעלה את הסיכון של רבים מעובדיו לחלות במחלות תעסוקתיות; מפעל שלא יסנן את העשן הנפלט יעלה את הסיכון של כל תושבי השכונה הסמוכה לחלות במחלות הקשורות לזיהום הנפלט; קופת חולים (או אפילו רופא בודד) שיימנעו באופן עקיב משליחת מטופלים לבדיקה יקרה יעלו את הסיכון שהפגיעה שיש למטופלים תוחמר בלא טיפול.

בכל המקרים האמורים יש סיכון רקע שאותו המעוול מגביר; יתרה מכך: המעוול יכול להעריך מראש (גם אם הערכה גסה ומאוד לא מדויקת) באיזו מידה הוא מגביר את הסיכון. למעשה, המעוול יכול להעריך מה הסיכוי שבית המשפט יקבע (על פי הכללים הרגילים) שיש סיכויים העולים על 50% שהתנהגותו – ולא סיכון הרקע – היא שגרמה לנזק; המעוול יכול להעריך מראש את הסיכוי שאם יקרה נזק הוא ייחשב כגורם לו.

אם המעוול סבור כי באופן עקיב בית המשפט יקבע שהוא הגורם לנזק, הוא יתחשב בהכרעותיו בכך שהוא יאלץ לפצות את כל הניזוקים – הן אלה שניזוקו כתוצאה מעוולתו, הן את אלה שניזוקו מסיכון הרקע – שהרי אין דרך לדעת מי מהניזוקים ניזוק כתוצאה מעוולתו; משמעות הדבר היא הרתעת יתר. אם המעוול סבור כי בית המשפט יקבע באופן עקיב שלא הוכח שהוא הגורם לנזק, הוא יתנהג בדרך שתשקף את העובדה שהוא לא יאלץ לפצות איש, גם לא את מי שניזוק מהתנהגותו; משמעות הדבר היא הרתעת חסר. אם המעוול אינו יכול לנבא בצורה מוצלחת איך יפסוק בית המשפט, לא תיווצר בעיה בהרתעה.

מנגד, לפי כלל ההכרעה היחסי תיווצר הרתעה מדויקת בכל המקרים, משום שלפי כלל זה יידע המעוול שבית המשפט יחייב אותו לשלם לכל אחד מהנפגעים לפי הסיכון שנוזקו נגרם כתוצאה מעוולת המעוול. בסיכומם של דברים, המעוול ישלם פיצויים בשווי הנזקים שלהם הוא גרם.

פסיקת פיצוי חלקי על סמך הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה תביא למצב שליש. אם המעוול יסבור שבית המשפט יקבע שיש סיכויים פחותים מ-50% שהוא הגורם לנזק, תיווצר הרתעה יעילה בדומה למצב לפי כלל ההכרעה היחסי. מנגד, אם

143 השוו פוקס, שמואלי ושמירא, לעיל ה"ש 12, בעמ' 325-328.

144 Shavell, לעיל ה"ש 11, בעמ' 590-604.

המעוול יסבור שבית המשפט יקבע שיש סיכויים גבוהים מ-50% שהוא הגורם לנזק, וממילא יחייב אותו בכל נזקי התובעים¹⁴⁵ – תיווצר הרתעת יתר בדומה למצב לפי הכללים הרגילים.

עולה מכאן שכאשר עוסקים בפעילות חוזרת שמעלה את הסיכון להתרחשות של נזק, וההסתברויות לקיומו של קשר סיבתי בין הפעילות לבין נזק ונזק נמצאות תמיד מאותו צד של קו ה-50% – יש יתרון מבחינת ההרתעה למעבר לכלל הכרעה יחסי.

3. צדק מתקן

מטרה נוספת של דיני הנזיקין היא השגת צדק מתקן. אין ספק שמעבר לכלל הכרעה יחסי אינו עולה בקנה אחד עם גישת הצדק המתקן בצורתה הנקשה, המחייבת כי הנזוק יפוצה על ידי המזיק שפגע בו במעשה עוולה, ועל ידיו בלבד¹⁴⁶ שהרי הנזק משולם לתובע פיצוי חלקי בלבד. פיצוי זה יהא נמוך מדי אם עובדתית הנתבע גרם לנזק, והוא יהיה גבוה מדי אם עובדתית הנתבע לא גרם לנזק – אך אין אפשרות שהפיצוי משקף את הנזק שגרם הנתבע לתובע.

אולם, אם נצא מהנחה של תנאי חוסר-ודאות, גם כלל ההכרעה הרגיל לא יביא להשגת צדק מתקן, משום שבמקרים אלה יש סיכוי גבוה שבית המשפט יטעה בהכרעתו ויחייב את הנתבע לפצות תובעים שלהם לא הזיק עובדתית. פתרון לבעיה זו עשוי להיות הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה. אם רואים באבדן סיכויי החלמה נזק ממשי (ראייה שאינה ברורה מאליה, כאמור לעיל)¹⁴⁷, מתן פיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה פותר את בעיית חוסר-הודאות ומעניק לנפגע פיצוי בגין נזק שסבל בוודאות מיד הנזוק.

יש הוגים הרואים את גישת הצדק המתקן בדרך אחרת, שלפיה ניתן להשיג צדק מתקן גם במקרים של חוסר-ודאות.¹⁴⁸ פורת, למשל, סבור כי צדק מתקן מתקיים אם המזיק נושא באחריות לנזקים שגרם בעוולה, הנזוק מופצה בגין הנזקים שנגרמו לו בעוולה והמזיק משתתף במימון הפיצוי.¹⁴⁹ לפי גישה זו אמנם עשוי להיפגם הקשר הישיר בין מעוול-נתבע לבין נזוק-תובע, אך מאחר שהמעוול נושא בנזק והנזוק מופצה על נזקיו מתמלאת דרישת הקורלטיביות הבסיסית לגישת הצדק המתקן.¹⁵⁰ לפי גישה זו, פיצוי

145 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 47-50.

146 Ernest J. Weinrib, *Understanding Tort Law*, 23 VAL. U. L. REV. 485 (1989).

147 ראו לעיל, הטקסט ליד ה"ש 141-143.

148 לגישה אחרת, המנסה ליישב מתן פיצוי חלקי עם צדק מתקן, ראו Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. REV. 439, 471 (1990).

149 פורת, לעיל ה"ש 41, בעמ' 611-612.

150 PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 106. אפשר להשקיף על גישה זו גם כגישה הממירה את הקשר הישיר בין המזיק הבודד לנזוק הבודד בקשר בין קבוצת המזיקים לקבוצת הנזוקים.

חלקי (על שני בסיסיו) ישפר את האפשרות להשיג צדק מתקן יחסית לכלל הרגיל בתנאי אי-ודאות.

4. צדק מחלק

בשנים האחרונות ניתן משקל רב יותר מבעבר לשיקולים חלוקתיים בדיני הנזיקין.¹⁵¹ לפיכך, ניתן וראוי לבדוק מי הקבוצות שירוויחו ויפסידו מהלכת הפיצוי החלקי על שני בסיסיה.¹⁵² מעבר לכלל הכרעה יחסי לא אמור להגדיל את כמות הפיצויים שמשלמת קבוצת המזיקים לקבוצת אלה שנחשפו לסיכון מעבר לנזקים שהיו משולמים לפי כלל ההכרעה הבינארי אילו היה בית המשפט נמצא במצב אופטימלי של מידע מלא. במצב כזה היה בית המשפט יודע בוודאות איזה נזקים נגרמו בעוולה ואיזה לא, וקבוצת המזיקים הייתה משלמת לקבוצת הנזוקים בדיוק את סכום הנזקים שנגרמו לה. כפי שראינו לעיל, סכום זה הוא גם סכום הפיצוי שתשלם קבוצת המזיקים אחרי מעבר לכלל הכרעה יחסי, כלומר: מעבר לכלל הכרעה יחסי לא אמור לשפר או להרע את מצבה של קבוצת הנתבעים הפוטנציאליים. עם זאת, בפועל, הפיצויים שישולמו לאחר מעבר לכלל הכרעה יחסי יהיו שונים מהפיצויים שמשלמים לפי כלל הכרעה בינארי, והדבר ישפיע על חלוקת העושר בין קבוצות באוכלוסייה.

ראשית, כאשר מדובר על קבוצות תובעים ונתבעים הומוגניות יחסית, מבחינת ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי בין ההתנהגות העולתית לבין הנזק, יגרם המעבר לכלל הכרעה יחסי לשינוי גדול בסכום הפיצוי שישולם בפועל. אם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי בין כל התנהגות עולתית לבין הנזק העומד כנגדו נמוכה מ-50%, הרי שלפי כלל ההכרעה הרגיל קבוצת הנתבעים לעולם לא הייתה משלמת כלום ואף ניזוק לא היה מקבל כלום, בעוד שלפי הכלל החדש קבוצת המזיקים תשלם לקבוצת הנזוקים פיצוי חלקי בגין הנזקים הנטענים. לעומת זאת, אם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי כאמור עולה על 50%, הרי שלפי כלל ההכרעה הרגיל קבוצת הנתבעים הייתה משלמת בגין כל הנזקים הנטענים (העולים בהרבה על הנזקים שלהם גרמה) וקבוצת התובעים הייתה מרויחה פיצוי העולה על הנזקים שנגרמו לה כתוצאה מעוולה, בעוד שלפי כלל

151 ראו, למשל, עניין מגדל, לעיל ה"ש 29, בפסקאות 14 ואילך ובעיקר בפסקאות 38-40; צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל 541 (2004); Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution Through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 91 (2003).

152 David Rosenberg, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 HARV. J. ON LEGIS. 393 (2000); David Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System*, 97 HARV. L. REV. 849 (1984).

ההכרעה היחסי קבוצת המזיקים תשלם רק פיצוי חלקי לקבוצת הניזוקים (בשיעור תוחלת הניזקים שנגרמו).¹⁵³

עולה מכאן שכלל הכרעה יחסי ישפר את מצב קבוצת הניזוקים על חשבון קבוצת המזיקים אם מרבית הניזוקים ניזוקו שלא באשמת המזיקים – אך ירע את מצבה של קבוצת הניזוקים לטובת קבוצת המזיקים דווקא אם מרבית הניזוקים ניזוקו באשמת המזיקים.

שנית, במקרים אחרים, שבהם אין הומוגניות בתוך קבוצת הנזבועים מבחינת הסיכוי לקשר סיבתי בין האשם לבין הנזק, אין סיבה להניח שהסכום הכולל של הפיצוי ישתנה. מול כל מקרה שבו ייפסק פיצוי לפי כלל ההכרעה היחסי בעוד שלפי כלל ההכרעה הבינארי התביעה הייתה נדחית (מקרים שבהם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי גדולה מ-0% אך קטנה מ-50%), יעמוד מקרה שבו הפיצוי ירד מפיצוי מלא לחלקי (מקרים שבהם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי קטנה מ-100% אך גדולה מ-50%). בהינתן היעדר ההומוגניות אין סיבה להניח שקבוצה אחת של מקרים גדולה מהשנייה, ולכן אין סיבה להניח (בהיעדר נתונים הקשורים לטיב המקרה המסוים) שסכום הפיצוי הכולל יעלה.

עם זאת, החלוקה הפנימית בתוך קבוצת הניזוקים ובתוך קבוצת המזיקים תשתנה. אותם ניזוקים שהיו יכולים להוכיח קשר סיבתי בין התנהגות הנזבוע לבין נזקם בהסתברות העולה על 50%, ולפיכך היו יכולים לקבל פיצוי מלא לפי כלל ההכרעה הבינארי, יפסידו חלק מהפיצוי לפי כלל ההכרעה היחסי (וממילא המזיקים העומדים כנגדם ירוויחו). כנגד זאת, ניזוקים שהיו יכולים להוכיח קשר סיבתי כאמור רק בהסתברות משמעותית שאינה עולה כדי 50%, ולא היו מקבלים שום פיצוי לפי כלל ההכרעה הבינארי, יקבלו פיצוי חלקי לפי כלל ההכרעה היחסי (וממילא המזיקים העומדים כנגדם יפסידו).

תוצאות אלה משקפות בעייתיות במעבר לכלל הכרעה יחסי. דווקא קבוצת התובעים שהסיכויים שניזוקו מעולה גבוהים (תובעים שיש סיכויים גבוהים שתביעתם צודקת) היא שתפסיד כתוצאה מהמעבר לכלל הכרעה יחסי, בעוד שקבוצת המזיקים שיש סיכוי גבוה שגרמו לנזק – תרוויח. לעומת זאת, קבוצת התובעים שיש יותר סיכוי כי ניזוקו שלא מעולה (תובעים שיש סיכויים גבוהים שתביעתם אינה צודקת) תרוויח מהמעבר, בעוד שקבוצת הנזבועים שיש סיכוי נמוך שגרמו לנזק – תפסיד. המשמעות היא שמעבר לכלל הכרעה יחסי יעביר עושר ממי שהסיכויים שהצדק לצידו הם גבוהים אל מי שהסיכויים שהצדק לצידו הם נמוכים.¹⁵⁴ מובן, כי תוצאה זו אינה רצויה.

תוצאה זו מאבדת מידה רבה מחריפותה בכמה סוגי מקרים. סוג המקרים הראשון כולל מקרים שבהם הנזבוע הוא נתבע סדרתי, שלפי כלל הכרעה בינארי היה מפסיד

153 Makdisi, לעיל ה"ש 11, בעמ' 1067.

154 גלעד וגוטל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 416-417.

בחלק מהמקרים ומנצח בחלק מהמקרים, ואז מעבר לכלל הכרעה יחסי לא ישנה את סכום הפיצויים המצטבר שבו יחוב. כך הדבר הן במקרים שבהם יש גוף אחד הנתבע במקרים רבים, דוגמת המדינה,¹⁵⁵ והן במקרים שבהם הסיכונים מועברים לחברות ביטוח, דוגמת אחריות יצרנים ואחריות רופאים.¹⁵⁶ עם זאת, גם במקרים אלה עדיין תהיה העברת עושר מקבוצת התובעים המוצדקים אל קבוצת התובעים הלא מוצדקים. סוג המקרים השני כולל מקרים שבהם יש חוסר-ודאות מבני חמור לגבי קביעת הקשר הסיבתי, כלומר: שהסיכוי להתקיימותו של קשר סיבתי נע בכל מקרה סביב ה-50%, ואז ייתכן שניזוקים פוטנציאליים יעדיפו כלל הכרעה יחסי על אף שהוא מפחית את הפיצוי שיקבלו אם יסבלו נזק בעוולה. זאת, משום שכלל הכרעה כזה מקטין את הסיכון שבפניו הם עומדים תחת כלל הכרעה בינארי – הסיכון להישאר ללא פיצוי כלל. יתור על כן: כאשר בסוג מסוים של מקרים הסיכוי להתקיימות קשר סיבתי בכל מקרה הוא בסביבות ה-50%, הפער בין תובעים שיש סיכויים גבוהים שתביעותיהם צודקות (והם מפסידים מהמעבר לכלל הכרעה יחסי) לבין תובעים שיש סיכויים נמוכים שתביעותיהם צודקות (והם מרוויחים מהמעבר לכלל הכרעה יחסי) – קטן. כאשר פער זה קטן, ממילא אין חשיבות גדולה לשינוי היחסי במצב הקבוצות. משמעות הדברים היא כי בראייה קבוצתית, כלל ההכרעה היחסי ישנה בצורה מובהקת את מצב קבוצות התובעים והנתבעים במקרה של פעילות חוזרות עם הסתברות אחידה לקיומו של קשר סיבתי. חלוקת העושר שתיווצר בין הקבוצות תהיה קרובה יותר לזו שהייתה אמורה להתקיים במצב של מידע מלא. תוצאה זו נראית אידאלית, אולם בפועל המפסידים מהמעבר יהיו אלה (תובעים ונתבעים) שהסיכויים שהם צודקים גבוהים, והמרוויחים יהיו אלה שהסיכויים שהם צודקים – נמוכים. כמצבים אחרים לא אמור לחול שינוי משמעותי במצבן של קבוצות הנתבעים והתובעים. עם זאת, כאמור, בתוך קבוצות הנתבעים והתובעים יורע מצבם של אלה שיש הסתברות גבוהה שהם צודקים, ויטב מצבם של אלה שיש הסתברות גבוהה שהם טועים. בכך יש שינוי לרעה מול המצב הקיים. חיסרון זה מאבד הרבה ממשמעותו במקרים שבהם הנתבע הוא נתבע סדרתי ובמקרים שבהם יש חוסר-ודאות מבני חמור, כלומר: שבכל מקרה ומקרה ההסתברות לקיומו או להיעדרו של קשר סיבתי נעה סביב ה-50%. ביטוס הפיצוי החלקי על הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה יביא לתוצאות חלוקתיות שונות. בהתאם למצב הנוכחי, הכרה בראש נזק זה לא תביא לשינוי במצבם של צדדים שאינם רופאים וחולים, כל זמן שראש הנזק מוגבל ליחסי רופאים וחולים. מובן שבעתיד הפסיקה עשויה להרחיב את ראש הנזק למקרים נוספים של אבדן סיכויים ואז תתרחב השפעתו החלוקתית של ראש הנזק.

155 ראו בהקשר זה סעיף 7 לפקודת הנוזקין, המעביר את חבויותיהם הנוזקיות של עובדי הציבור אל כתפיהן של רשויות הציבור.

156 ע"א 3264/96 קופת חולים נ' פלד, פ"ד נב(4) 874, 849 (1998).

לגבי המגזרים שעליהם מוחל ראש הנזק יחול שינוי, אך הוא יהיה מוגבל יחסית. כך, למשל, לא ישתנה מצבם של תובעים ותובעים במקרים שבהם הוכח בהסתברות העולה על 50% שהנזק נגרם כתוצאה מעוולת הנתבע: במקרים אלה היה נפסק פיצוי מלא לפי הכלל הרגיל, ויפסק פיצוי מלא גם לאחר הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה. השינוי המרכזי שיחול עקב הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה נוגע למקרים שבהם הסיכוי שנוזקו של התובע נגרם כתוצאה מעוולת הנתבע קטן מ-50%. במקרים אלה הכרה בראש נזק של אבדן סיכויי החלמה תביא לכך שנתבעים שעד היום לא היו צריכים לשלם פיצויים משום שהסיכויים כי הם שגרמו לנזק הם נמוכים, יצטרכו מעתה לעשות זאת. גם כאן משמעות השינוי תהיה העברת עושר מקבוצת הנתבעים בעלי הסיכויים הגבוהים לזכות אל קבוצת התובעים בעלי הסיכויים הנמוכים לזכות. העברה זו לא תתאזן בשום העברה אחרת בכיוון הפוך.

שינוי נוסף יתרחש בהכרה בתביעותיהם של אלה שסיכוייהם נפגעו, אך בסופו של דבר הסיכון שאליו נחשפו לא התגשם. מקרים כאלה אינם מוכרים כיום, וייתכן כי יוכר תחת ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה. שינוי זה יוביל להעברת עושר מהנתבעים אל מי שלא סבלו נזק מוחשי.

בפועל יש להניח שלגבי נתבעים רופאים, העברת העושר שתנבע משני שינויים אלה תתבטא בייקור הפרמיות של ביטוח האחריות הרפואי. בכך יהיה כדי לקרב את מצבם של המוסדות הרפואיים למצב של מבטחים, למרות מעמדם כנתבעים בנויקין, דבר שאינו רצוי בשל עצמו.¹⁵⁷

ד. סיכום

לאחר שהובהרו נקודות הדמיון והשוני בין שני הבסיסים להלכת הפיצוי החלקי, כמו גם שיקולי המדיניות שצריכים להשפיע על הבחירה ביניהם, ניתן לבחון מהו כיוון ההתפתחות הראוי להלכת הפיצוי החלקי בעתיד. ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה משתלב במגמה הקיימת בשנים האחרונות בפסיקה להחמיר עם נתבעים בשל רשלנות רפואית במצבים של חוסר-ודאות.¹⁵⁸ קיומו של ראש הנזק אמנם גורם להטלת אחריות על חברות הביטוח המבטחות את הרופאים מעבר לנזקים שהרופאים גרמו, אולם בפסיקה מקובלים גם פתרונות אחרים (כמו העברת נטל השכנוע אל כתפי הרופאים במצבים של חוסר-ודאות), שמביאים לתוצאות דומות. השאלה אם מגמה זו רצויה או לא

157 השוו לביקורת דומה בדג"א 7794/98 משה נ' קליפורד פ"ד נו(4) 738, 721 (2003).

158 ראו, למשל את הסתייגותו של השופט אנגלרד ממגמה זו ברעת המיעוט בעניין קליפורד, שם; כן ראו את הערותיו במסגרת דעת המיעוט בע"א 1/01 מרדכי נ' קופת חולים, פ"ד נו(5) 520, 518, 502 (2002).

היא נושא למאמר אחר, אך כל זמן שהמגמה קיימת, ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה משתלב בה בהצלחה.

מנגד יש להימנע בעתיד מהרחבת ההכרה בראשי נזק הסתברותיים אל מחוץ לתחום הרשלנות הרפואית. הרחבה כזו תביא להכרה בראש נזק הסתברותי ככל מצב שבו פעילות א' (הפעילות העולתית שבגינה תובעים העלתה את הסיכון להתממשות סיכון שיצרה פעילות ב', בין אם בסופו של דבר נגרם נזק ובין אם לאו. נראה, כי במצבים שבהם לא נגרם נזק אין להטיל אחריות על האחראי לפעילות א' שכן הדבר מנוגד לעקרון השבת המצב לקדמותו. במצבים שבהם נגרם נזק יש לבדוק את סיווגה של פעילות ב': במצבים שבהם פעילות ב' היא עולתית, הפתרון הרגיל הוא לחייב את שני המזיקים כלפי הנזוק ביחד ולחוד, בעוד שביחסים ביניהם הם יחלקו את הפיצוי בהתאם למידת האשם ולמידת הסיכון שגרמו.¹⁵⁹ פתרון זה מביא לתוצאות ראויות ואין לשנותו באמצעות פנייה לדוקטרינה של ראש נזק חדש. במצבים שבהם פעילות ב' אינה בת תביעה (פעילות תמימה או מאורע טבעי), הכרה בראש נזק של הגברת סיכון תוביל להרתעת יתר שיש להימנע ממנה¹⁶⁰ בהתחשב בקיומו של הפתרון החלופי – מעבר לכלל הכרעה יחסי.¹⁶¹

במקביל לשימור ראש הנזק של אבדן סיכויי החלמה בהיקפו הנוכחי, יש לפתח את המעבר לכלל הכרעה יחסי לגבי רכיב הקשר הסיבתי, תוך תחימתו לגבולות ברורים. יש לשרטט גבולות אלה בבחירות כדי למנוע את זליגת הכלל היחסי למקרים שבהם אין הצדקה ברורה להפעלתו, לאור העלויות הגבוהות הכרוכות בכך.¹⁶² יש לתחום את המקרים שבהם הכלל היחסי יופעל, בהתאם להשוואת התוצאות של שני כללי ההכרעה. רק במקרים שבהם כלל ההכרעה הרגיל מביא לתוצאות לא ראויות, בעוד שכלל ההכרעה היחסי מביא לתוצאות טובות, יש להפעיל את הכלל היחסי. הפעלת הכלל היחסי במקרים אלה והפעלת הכלל הרגיל בשאר המקרים, תוך יצירת ודאות לגבי המקרים שבהם כלל יופעל, תביא למקסום התועלת משילוב כללי ההכרעה. המקרים שבהם ראוי לעבור לכלל ההכרעה היחסי עונים על שלושה תנאים בסיסיים. ראשית, הכלל היחסי נהנה מעדיפות על הכלל הרגיל במקרים של חוסר-ודאות משמעותי, בעוד שכלל ההכרעה הרגיל נהנה מעדיפות כשיש סבירות גבוהה שבית

159 ע"א 8199/01 עובד המנוח עופר מירו ז"ל נ' מירו, פ"ד נז(2), 785, 796-795 (2003); ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזאן, פ"ד ל(1), 701, 706-707, 715-708 (1976); יצחק אנגלרד, אהרון ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין 509-507 (מהדורה שניה, גר טדסקי עורך, 1976).

160 השוו לביקורת דומה שנמתחה על הלכת ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3), 284, 295-293 (1989), אצל PORAT & STEIN, לעיל ה"ש 4, בעמ' 82-83.

161 השוו גם לפיתרון הגמיש המוצע בסעיף 367 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006.

162 Abramowicz, לעיל ה"ש 11, בעמ' 286-296, Kaye, לעיל ה"ש 11, בעמ' 495-496.

המשפט יפסוק נכון. לפיכך, יש להעדיף את כלל ההכרעה היחסי רק במקרים שבהם כפות המאזניים קרובות להיות מעוינות.¹⁶³

שנית, הכלל היחסי נהנה מיתרון יחסי על הכלל הרגיל במקרים שבהם הפעילות מעלה את הסיכון להתרחשות נזק בצורה חוזרת, כשהסתברויות לקיומו של קשר סיבתי בין הפעילות לבין כל נזק ונזק נמצאות תמיד באותו צד של קו ה-50%, שאז החלת כלל ההכרעה הרגיל תביא לתוצאות רעות במיוחד.

שלישית, יש להשתמש בכלל ההכרעה היחסי רק במקרים שבהם חוסר-הוודאות אינו נובע מאשמת הצדדים אלא מחוסר-יכולת מובנה להוכיח את קיומו של הקשר הסיבתי באותו סוג מקרים. זאת, כדי להימנע מיצירת תמריצים לצדדים שהראיות מצביעות נגדם למנוע הצגה של הראיות בבית המשפט וכך ליצור חוסר-וודאות שיאפשר מעבר לכלל הכרעה יחסי וקבלת חלק מהכסף שבמחלוקת.

163 השור, למשל, Abramowicz, לעיל ה"ש 11.

