**דנ"א 4693/05 בי"ח כרמל- חיפה נ' מלול**

**ריבלין**: זהו דיון נוסף בנושא של פסיקת פיצוי בדין הנזיקין על-פי הסתברות. בית המשפט המחוזי, ובעקבותיו גם בית המשפט העליון, פסקו כי העיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי – פרק זמן של 45 דקות לערך – היה רשלני. דא עקא, שעדיין נותר סימן שאלה ביחס לזיקה הסיבתית שבין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם למשיבה. בית המשפט הכיר באפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של עמימות סיבתית לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות, וזאת בהתקיים תנאים מסוימים ובראשם ההנחה כי כלל מאזן ההסתברויות גורם לאי-צדק בנסיבות העניין. בדרכו למסקנה זו, **הילך בית המשפט העליון בנתיבי פסיקה קודמת, והצביע על כך שבמקרים מסוימים הוכרה האפשרות לסטות מן הכלל של "הכול או כלום" בדיני הנזיקין, לכיוון כללים המביאים לפיצוי חלקי**. במקרה המסוים שלפנינו, קבע בית המשפט העליון כי אין לדבוק בדרישה של הוכחה במאזן ההסתברויות, אלא "להסתפק בהוכחת סיכון ממשי", ששיעורו ייקבע בדרך האומדנה.

**הטענות בדיון הנוסף**: לדעת בי"ח כרמל ההלכה שנפסקה עלולה ליצור תמריצים בלתי ראויים, והיא אף עלולה לפגוע בתובעים, שיאלצו להסתפק בפיצוי חלקי גם כשהקשר הסיבתי מוכח בלמעלה מ- 50%. **עתירתם היא לסייג את ההלכה "כך שתחול בעיקר במקרים של עוולות הכרוכות בחשיפת אוכלוסייה גדולה לגורמי סיכון המוניים"**.

דגש רב שמים העותרים על נושא ההוכחה של הגברת הסיכון. בהקשר זה מדגישים כי גם במקום שבו לא ניתן לבצע כימות מספרי מדויק של ההסתברות, עדיין יש לפעול לפי הלוגיקה של היסקים סטטיסטיים. זאת לא נעשה במקרה זה – כך לשיטתם – ובית המשפט העליון, שלא קיבל לידיו ראיות מספקות, ביצע אומדנה שאין לה תימוכין.

**לדעת המשיבים** שיטת הפיצוי היחסי מונעת את השרירות ואת חוסר-הצדק הכרוכים בכלל של "הכול או לא-כלום"; היא מאפשרת הרתעה יעילה וחלוקה צודקת של הסיכונים, והיא גם שומרת, כלשונם, על "איזון פנימי" שכן לפי פרשנותם את פסק-הדין, ההלכה שנקבעה בו "נותנת לתובע המצוי מתחת לרף ה- 51% ונוטלת מהתובע המצוי מעל לרף זה". המשיבים סבורים כאמור כי הבחירה בדרך האומדנה במקרה זה – מוצדקת. ראיות סטטיסטיות – כך הם מציינים – עשויות לעיתים לסייע לבית המשפט אך היעדרן אינו מכריע בהכרח את גורל התביעה.

**גדרי הדיון הנוסף**: **הדיון הנוסף לדרך הראויה לפסיקת פיצוי-לפי-הסתברות בדיני הנזיקין במקום שבו קיימת אי-ודאות לגבי עצם קיומו של קשר סיבתי.** כפי שיתברר, קיימים שיקולים כבדי משקל התומכים בפתיחת פתח לפתרונות החורגים מן הגישה המסורתית של כלל מאזן ההסתברויות על תוצאתו הבינארית של "הכול או לא-כלום". בה בעת, נראה כי הגיעה העת להכליל תחת מסגרת רעיונית אחידה את המקרים שבהם ראוי ליישם את הדרך של פיצוי-לפי-הסתברות.

**תמונת מצב: הכלל של "הכל או כלום" והחריגים בדין הישראלי**: **הדרך הרגילה להוכחת תביעה בנזיקין היא הוכחת יסודות העוולה כולם – חובת זהירות, התרשלות, קשר סיבתי ונזק – על-פי מאזן ההסתברויות.** יישומה של אמת-מידה זו בתביעה נזיקית משמעותו היא שכאשר עולה בידי התובע לעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו, זוכה הוא בפיצוי מלא בגין הנזק שנגרם לו. לעומת זאת כאשר לא עולה בידו להוכיח את תביעתו במאזן ההסתברות, אין הוא זוכה בפיצוי כלשהו. כלל זה, שזכה **לכינוי "הכול או לא-כלום"**, ניצב בלב תפיסתו של המשפט המקובל, ומשפטנו-שלנו בכלל זה, בכל הנוגע לסטנדרט ההוכחה ולאופייה הבינארי של ההכרעה השיפוטית. **ברוב המקרים מדובר** **בכלל ראוי, מוצדק ויעיל**. זהו תנאי הכרחי לשיטת משפט השואפת לקדם נורמות ברורות ולהכווין התנהגות על-פיהן. **בכלל יש כדי לקדם** **הן שיקולים של צדק הן שיקולים של הרתעה נאותה. יתרה מזאת, הוא מוביל לתוצאה יעילה מבחינה חברתית שכן הוא ממזער את עלויות הטעות הכרוכות בהכרעה שגויה**, וזאת על יסוד הנחה שבדיני הנזיקין הכרעה שגויה עלולה לפגוע בכל אחד מבעלי הדין במידה שווה. אמנם הכרעה לפי מאזן ההסתברויות אינה ערובה לנכונות ההכרעה אולם יתרונותיו של הכלל, על פני כלל המקרים הבאים לפני בית המשפט, עולים על חסרונותיו בהשוואה לכל אמת מידה הוכחתית אחרת.

**המרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות, על תוצאתו הבינארית, בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות, ללא מבחן תוחם ראוי, תוביל לפריצת גבולות בלתי-רצויה** אשר תפגע בהגשמת מטרותיו של הדין ותרבה הכרעות שגויות ועלויות הנובעות מטעויות שיפוטיות.

חרף מרכזיותו של כלל מאזן ההסתברויות, המבוססת על שיקולים חשובים של הוגנות ושל יעילות, **אין זה עוד כלל חובק כל ולאורך השנים הכירה הפסיקה בישראל בחריגים לו**. באופן כללי ניתן להצביע על **שלוש דרכי התמודדות עיקריות עם סוגיית העמימות הסיבתית** שקיבלו ביטוי בפסיקתנו:

1. הכרה בראש נזק עצמאי של אבדן סיכויי החלמה: **במקרים שבהם נקבע כי התרשלות בטיפול הרפואי פגעה בסיכוייו של המטופל להחלים, אולם לא ניתן היה לקבוע לפי מאזן הסתברויות את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שהוסב למטופל באי-החלמתו, נפסק כי אפשר לקבוע אחריות בגין נזק אחר שנגרם לו,** לאמור: עצם הפגיעה בסיכויי ההחלמה. גישה זו לא מבקשת לפצות את הניזוק עבור הנזק המוחשי שנגרם לו בפועל – אי-החלמתו – אלא נדרשת לנזק זה אך לצורך הערכת שיעורה של הפגיעה בראש הנזק החלופי – אובדן סיכויי ההחלמה. **הכרה זו בראש נזק חדש במצב של עמימות סיבתית מסיטה אפוא את הקושי הטמון בהוכחת יסוד הקשר הסיבתי באופן המייתר את הצורך בחריגה מכלל מאזן ההסתברויות**. דוקטרינה זו מאזנת באופן ראוי בין האינטרס הציבורי שבהרתעה מפני פעולות רפואיות רשלניות, לבין הימנעות מהרתעת-יתר של הרופאים בעבודתם ולבין אינטרס הניזוק להיפצות על הנזקים שנגרמו לו. כמו כן, היא מאפשרת להתמודד עם קשיים במישור הוכחת האחריות לנזק הסופי, בלי לפרוץ את הגדר של דרישת הסיבתיות העובדתית, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק אחר (אובדן הסיכוי) שלגביו אין מתעוררים קשיי ההוכחה
2. הערכת סיכויים- הסכמה מדעת לטיפול רפואי: דרך זו הוצעה בפסיקה שם נבחן יסוד הקשר הסיבתי העובדתי שבין אי-קבלת הסכמתו של המטופל לטיפול לבין הנזק שנגרם בעקבות הטיפול, על-פי השאלה כיצד היה נוהג המטופל אילו היה מיודע כראוי. במקרים אלה **הוצע מבחן הערכת הסיכויים שנועד להעריך באופן היפותטי את הסיכוי שהניזוק היה מסרב לקבלת הטיפול אילו היה מיודע כראוי, ועל בסיסו לקבוע את שיעור הפיצוי.** מבחן זה סויג בתנאי שמדובר ב"סיכוי של ממש". **זהו מבחן הערכת הסיכויים, שלפיו יש להעריך את סיכויי ההתרחשות ההיפותטית.** גישה זו לא התגבשה לכלל הלכה.
3. הכרה באפשרות לסטות מהכלל המחייב: דרך זו הכירה באפשרות לסטות מן הכלל המחייב הוכחה של הקשר הסיבתי העובדתי במאזן ההסתברויות, וזאת במקרים המקיימים מספר תנאים:
4. נדרש כי התובע הוכיח במאזן ההסתברויות את התרשלותו של הנתבע כלפיו, וכן הוכיח כי ההתרשלות היא גורם סיכון לנזק המסוים שנגרם לו (ושהנזק הוא צפוי).
5. על התובע להראות כי סוגיית הקשר הסיבתי שרויה בעמימות מובנית
6. עליו להראןת כי גורם הסיכון העוולתי הוא משמעותי (אף אם אינו עולה על 50%), ואינו זניח או מזערי.

**בית המשפט העמיד את ההלכה על יסודות הצדק; יש לסטות מן הכלל של "הכול או כלום" לפי מאזן ההסתברויות – כך הבהיר – במקום שבו כלל זה מביא לתוצאה בלתי-צודקת.**

חשוב לומר כי הבחירה בכל אחת מן הדרכים הנ"ל, או בדרך אחרת המובילה לתוצאה זו, יש לה נפקויות עיוניות ומעשיות. העמימות הסיבתית הולידה אפוא עמימות פסיקתית באשר לדרכי ההתמודדות הראויות עם הקושי. ד"נ זה ינסה להסיר ככל האפשר מעמימות זו.

**הצדקת החריגה מכלל מאזן ההסתברויות: מבחן ההטיה הנשנית**: השאלה העקרונית הניצבת לפנינו היא **מהן הנסיבות המצדיקות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות.** לדעת ריבלין, **ראוי להגדיר את מבחן החריגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות** בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד כי אם במישור רחב יותר הבוחן את קיומה של הטיה נשנית ב"מַּחְלָקה" מוגדרת היטב של מקרים.

**יתרונותיו של כלל מאזן ההסתברות עלולים להתאיין** הוא כאשר המקרה הנדון משתייך למחלקה של מקרים המאופיינת ביצירתם של **סיכונים חוזרים ומשותפים** כלפי קבוצת ניזוקים, ובקיומה של **הטיה שיטתית** הפועלת לרעת אחד הצדדים המתדיינים אם כלל מאזן ההסתברויות מוחל על כל אחד מן המקרים (למשל- גורם המפית זיהום סביבתי עלול ליצור סיכונים בריאותיים כלפי ציבור רחב. זוהי דוגמא ממגוון המצבים שבהם אפשר שתתגבש הטיה נשנית המצדיקה לפסוק פיצוי לפי הסתברות).

**מבחן ההטיה הנשנית מתגבש בהתקיים ארבעה יסודות**:

1. מזיק: אינו חייב להיות מזיק יחיד, אלא עשוי להיות כל גורם הנושא באחריות, עצמאית או שילוחית, ליצירת הסיכון החוזר.
2. קבוצת הניזוקים: דרושה הוכחת קבוצת ניזוקים של ממש, ולא קבוצה תיאורטית או היפותטית גרידא. הדרישה להצביע על קבוצה ממשית אינה מחייבת אפוא זיהוי פרטני אלא עשויה להתגלות מתוך אופיו של הסיכון עצמו ותחום הפגיעה שלו, ובלבד שאין המדובר בסיכון בעל השפעות תיאורטיות גרידא אלא בסיכון שהשפעתו החוזרת ונשנית קיימת במציאות.
3. סיכון חוזר ומשותף: כולל שני מצבים אפשריים: הראשון, מצב שבו מעשה עוולתי יחיד חושף את קבוצת הניזוקים כולה לסיכון. כך הדבר למשל בדוגמת הזיהום הסביבתי; והשני, מצב שבו המזיק מבצע מספר מעשים עוולתיים החושפים כל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון ובמצטבר את הקבוצה כולה.
4. הטיה עקבית המתקבלת מיישומו של כלל מאזן ההסתברויות על המקרים המשתייכים לקבוצה: הטיה זו, המובנית בדרך כלל בסוג הסיכונים הנדון, עשויה לפעול לטובתו של המזיק או לטובתה של קבוצת הניזוקים. כך, ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי לגבי כל אחד מבני הקבוצה, הנגזרת למשל מנתונים סטטיסטיים, עשויה להיות נמוכה מ- 50%, ולכן כל אחד מהם יכשל בתביעתו אם יידרש להוכיח את העילה לפי מאזן ההסתברויות. משמעות הדבר היא שתינתן בפועל לנתבע – שהסב נזק ממשי – חסינות מפני אחריות נזיקית. מן העבר השני אפשר שהסיכון שיצר המזיק כלפי כל אחד מבני הקבוצה גבוה מ- 50%. במקרה כזה יוביל כלל מאזן ההסתברויות להטלת אחריות מלאה בתביעות של כל בני הקבוצה, לאמור: אחריות מופרזת העולה על הנזק שגרם המזיק בפועל.

**אם כן, כאשר פיזור ההטיה במקרים של סיכון חוזר ומשותף אינו מקרי, החלתו של כלל מאזן ההסתברויות מובילה לעיוות בהטלת האחריות הנזיקית הראויה** ו**לפגיעה בהשגת מטרותיו של דין הנזיקין:**

1. פגיעה בעיקרון הצדק המתקן: **הן הטלה חסרה הן הטלה ביתר של אחריות נזיקית נוגדות את העיקרון שלפיו על המזיק לפצות את הניזוק בגין הנזק שגרם לו בעוולה**. הטלה חסרה של אחריות מונעת את השבת מצבם של ניזוקים זכאים לקדמותו ואילו הטלת אחריות מופרזת מחייבת את הנתבעים באחריות לנזקים שלא גרמו להם בפועל.
2. פגיעה בשיקולי התרעה: **כאשר החלתו של הכלל מובילה באופן עקבי לכך שלא מוטלת אחריות על הנתבע תיווצר כלפיו הרתעת חסר.** הרתעת חסר מעניקה למעשה חסינות לנתבע מפני אחריות בנזיקין למקרים הנמנים על המחלקה הרלבנטית. חסינות זו יש בה כדי לפגוע בתמריצים של הנתבע לנהוג בזהירות הנדרשת ולהקטין את תוחלת הנזקים הנובעים מפעילותו. **מן הצד השני, כאשר נתבע נדרש לשאת בנזקים מעבר לאלה שלהם הוא גרם נוצרת הרתעת יתר.** הרתעה זו עלולה לפגוע בתמריץ של הנתבע לקיים את הפעילות שמובילה לחבותו בנזיקין אף אם פעילות זו רצויה ומועילה כאשר היא מבוצעת בזהירות סבירה.
3. תוצר חלוקתי שלילי ואי מזעור עלותן של הכרעות שיפוטיות שגויות: כאשר ניתן לאמוד, ולו בקירוב, את הנזק האמיתי שהמזיק הסב לקבוצת הניזוקים, שימוש בכלל מאזן ההסתברויות כלפי כל ניזוק לא יוכל לבטא אומדן זה ויביא לתוצאה של הטלת חבות נמוכה יותר או גבוהה יותר, לפי כיוון ההטיה. כמו כן, כאשר קיימת הטיה מובנית ושיטתית, מוביל כלל זה לקיבוע עלויות הטעות ולנשיאה חד-צדדית בהן, ומכאן שלא רק שעלות הטעות אינה ממוזערת אלא שהיא נישאת תמיד על-ידי אחד הצדדים המתדיינים בלבד.

**מקשיים אלה ניתן להימנע על-ידי מעבר לכלל של** **פיצוי-לפי-הסתברות**:

1. צדק מתקן: תחת כלל זה מזיקים מחויבים בהתאם לנזקים שלהם גרמו ולא מעבר לכך כפי שכלל מאזן ההסתברויות עשוי לחייב. ביחס לכלל קבוצת הניזוקים ניתן לומר שכלל של פיצוי-לפי-הסתברות משיג צדק מתקן משום שלמרות שחלקם עשויים לקבל פיצוי חסר, בכל זאת יש בו כדי להשיב חלקית את המצב לקדמותו. מבחן זה נשען על התובנה שבמקרים מסוימים – מקרים המקיימים את המבחן – הצמדות לנקודת המבט הפרטנית על השניים בלבד, והגשמת תוצאה בינארית ביניהם, מובילה בסופו של יום לתוצאה המרוחקת ביותר מתיקון המצב והשבתו לקדמותו. **התאמת מושג הצדק המתקן, במקרים המיוחדים שבהם מוכחת קיומה של הטיה נשנית, היא הכרחית אפוא על-מנת לקדם את מימושו של מושג זה עצמו.**
2. שיקולי הרתעה ויעילות: המזיק חב – בקירוב – בגין הנזקים שלהם גרם, הגם שהפיצוי אינו משולם לניזוקים שבהם פגע בלבד אלא הוא מתפרש על-פני קבוצת הניזוקים שנחשפו לסיכון החוזר והמשותף. על-כן, מזיקים בכוח מתומרצים לפעול בזהירות הרצויה, מבלי שהטיות עקביות – הידועות להם מראש – תחסומנה את תוצא ההרתעה, ולחלופין, מבלי שפעילותם תושפע מן החשש לחוב באחריות נזיקית מוגברת.
3. צמצום עלויות הטעות של הכרעות שיפוטיות שגויות: כאשר אחד הצדדים להליך הוא מתדיין חוזר ונשנה, כלל של פיצוי-לפי-הסתברות מצמצם במידה ניכרת את עלות הטעות ביחס אליו משום שחבותו נקבעת בהתחשב במכלול פעילותו.

**הנה-כי-כן, באותם מקרים שבהם חסרונותיו של כלל מאזן ההסתברויות עולים על יתרונותיו** – וכך הוא הדבר במקום שבו מדובר בנתבע שיוצר סיכון חוזר ומשותף כלפי קבוצת ניזוקים וקיימת הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות – **מַעֲבָר לכלל של פיצוי-לפי-הסתברות יהיה בו כדי לשרת הן את התכלית של צדק מתקן הן את התכלית של הרתעה נאותה.**

**הוכחתו של מבחן ההטיה הנשנית**: על מנת להחיל פיצוי- לפי- הסתברות נדרש אפוא להוכיח את ארבעת היסודות של המבחן: מזיק, קבוצת הניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלתו של כלל מאזן ההסתברויות. מודדים אלה אינם קבועים והם עשויים להשתנות ממקרה למקרה לפי נסיבות העניין. על בית המשפט המפעיל את מבחן ההטיה הנשנית להציב לנגד עיניו את התכליות המהותיות העומדות בבסיס המבחן, כפי שתוארו לעיל. עם זאת, ברי כי בעל-דין הטוען להתקיימותו של המבחן נדרש להוכיח כי כל יסודותיו מתקיימים באורח מובהק. כדי להוכיח את היסודות המכוננים את מבחן ההטיה הנשנית – לפי מאזן ההסתברויות – נדרשים בעלי-הדין להביא את מיטב הראיות ולשם כך להסתייע בכלים הרגילים העומדים לרשותם (חוו"ד, עדויות, חומר מקצועי וכד'). יש להדגיש כי אם **פסיקת פיצוי-לפי-הסתברות תיעשה ללא בסיס ראוי לגבי שיעור ההסתברות, עלולים יתרונותיה של הדוקטרינה, אף במקרים המתוחמים הנדונים כאן, להישחק. לכן יש להקפיד על כך שההכרעה השיפוטית הרגילה של "כן או לא" תומר בהכרעה יחסית רק במקום שהדבר נשען על ראיות מהימנות ומספקות.**

**מבחן ההטיה הנשנית, "אחריות לפי פלח שוק" ו"נזקי חומרים רעילים"**: מבחן ההטיה הנשנית ניכר היטב בפסיקות העקרוניות שהכירו בפיצוי-לפי-הסתברות בדין הזר. הוא אינו הוצע או נדון באופן מפורש אך בפועל השתמשו בו במקרים אופייניים המקיימים אותו:

1. דוגמא מובהקת לשימוש כזה היא **הדוקטרינה של אחריות לפי פלח שוק** (**מקרה DES**). תרופות DES ניתנו לנשים בהריון כדי למנוע הפלה טבעית אך גרמו כעבור כמה שנים למחלות קשות אצל הבנות של אותן הנשים. נמצא כי היצרנים התרשלו ביצור התרופה. דא עקא, שהתרופות שווקו ע"י מאות יצרים ועובדה זו, בשילוב עם הזמן הרב שחלף מאז השימוש בתרופה ועד שנודע דבר-הנזק, שללו את האפשרות לְקַשֵּׁר, בכל מקרה ומקרה, את התרופה המזיקה עם היצרן הספציפי. לשון אחרת, **כל אחת מן הניזוקות נתקלה – שלא באשמתה – בקושי להוכיח במאזן ההסתברויות את זהותו של הגורם העוולתי המסוים שאחראי לנזקה-שלה**. **דחיית התביעות** כולן במקרה כזה, בשל הקושי בהוכחת יסוד הקשר הסיבתי, **הייתה מובילה לתוצאה קשה במונחים של צדק מתקן והרתעה יעילה**. לפיכך, **החליטו בתי המשפט בארצות-הברית לחייב כל יצרן**, **בכל אחת מן התביעות, לשאת בחלק מן הפיצוי לפי פלח השוק שלו בעת הרלבנטית**, כלומר לפי חלקו בשוק ה- DES. **ההיגיון שעומד בבסיס דוקטרינה זו הוא הגיונו של מבחן ההטיה הנשנית**: במקרה זה מתגבשת "מחלקה" סביב כל יצרן ביחס לכלל הניזוקות שאותן הוא חשף לסיכון חוזר ומשותף. כלומר, ה"מחלקה" כוללת את היצרן ואת כלל הנשים שנחשפו לסיכון שנוצר בהתנהגותו העוולתית. שיעור ההטיה העקבית במסגרת ה"מחלקה" נגזר כאמור על-פי נתח השוק של היצרן.
2. תחום נוסף שבו נשמעה לא אחת הגישה כי מן הראוי לנקוט בדרך של פיצוי-לפי-הסתברות הוא התחום של **עוולות המוניות** (Mass Torts) ו**עוולות סביבתיות** או **עוולות "הרעלה"** (Toxic Torts). מקרים אלה מאופיינים לרוב בחשיפת ציבור גדול לסיכון, מבלי שניתן לקשר באופן ספציפי בין היווצרות הנזק במקרה מסוים לבין החשיפה העוולתית. גם במקרים אלה, נטען כי החלת כלל מאזן ההסתברויות עלולה להוביל לחסינות של המעוול שגרם נזק מפוזר ורחב היקף, מפני אחריות נזיקית, זאת תוך פגיעה בתכליות דיני הנזיקין; או לחלופין, להטלת אחריות מופרזת בצבר המקרים.

הנה כי כן, חריגות שנצפו בפסיקה הזרה מכלל מאזן ההסתברויות, במקרים של עמימות סיבתית, עולות בקנה אחד עם ההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית. **צעד מתבקש נוסף הוא להדגיש** כי אין המבחן מתמצה במקרים המערבים תובעים רבים ביותר או נזק שהתפרשותו רחבה עד מאוד. **מבחן ההטיה הנשנית מספק מסגרת כוללת ואחידה לחריגה מכלל מאזן ההסתברויות, ובפרט במצבים של עמימות סיבתית**. כל זאת על-פי אמות מידה מהותיות הנוגעות בשיקולים העומדים ביסוד כלל מאזן ההסתברויות וההצדקות לחרוג ממנו.

**סיכום ויישום ההלכה בעניין זה**: לא כל המקרים של עמימות סיבתית מצדיקים חריגה מכלל מאזן ההסתברויות. על פני רוב המקרים הנדונים, כלל וָתִיק זה הוא כאמור המוצדק והראוי ביותר. חריגה ממנו מצריכה טעמים חזקים. טעמים אלה ניתן למצוא על-ידי הרחבת נקודת המבט ואיתור הטיה נשנית. במבחן ההטייה הנשנית נראה לי כי יש כדי ליתן מענה רעיוני מרכזי לסוגית השימוש בפיצוי-לפי-הסתברות במקרים של עמימות סיבתית. **חשיבותו של מבחן זה בשתיים**: **ראשית**, יש בו כדי להמיר את הדוקטרינות הקיימות בפסיקה בתחום זה לכדי גוף דוקטרינארי עקבי בעל מסגרת רעיונית אחידה. **שנית**, יש בו כדי להעצים את הוודאות בדין. **שלישית**, יש בו כדי להתוות את המשך התפתחותה של הפסיקה אל מול סוגיה סבוכה זו. במקרה מלול, לפי המבחן שהוצע **רק אם היה מתברר כי קיימת במקרה זה הטיה שיטתית בעניינה של קבוצת ניזוקים שנחשפה לסיכון חוזר ומשותף, ניתן היה לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגרם למשיבה 1 נזק בהתרשלותו נמוך למדי**. **אכן, נראה כי הוכח הקושי לעמוד במאזן ההסתברויות לגבי הקשר הסיבתי בין התרשלות מהסוג הנדון לבין נזק השכיח אצל פגים, אולם התשתית הראייתית הקיימת אינה מאפשרת לקבוע האם המזיק-הנתבע חשף במדיניותו או בדרך התנהלותו הרשלנית קבוצה של ניזוקים לסיכון של מחלות מהסוג הנדון.** אם כך, כיצד ניתן לסיים מבחינה פרקטית את הפרשה? יש להתחשב במציאות הנורמטיבית שנוצרה. סבור אני, לפיכך כי ראוי לאמץ את הצעתה של הנשיאה ד' ביניש לפיה יש להותיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה – ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים. יש להותיר את דוקטרינת סיכויי החלמה על כנה.

**נאור**: דעתה של נאור, כפי שפורטה בפסה"ד, מאפשרת פיצוי ע"פ הסתברות במקרה בו מתעורר קושי מובנה בהוכחת קשר סיבתי עובדתי. **המסגרת המשותפת**: אף שהכלל הרגיל הוא שעל התובע להוכיח לפי מאזן ההסתברות, **לא לכל הנסיבות יפה התוצאה של "הכל או לא כלום".** בעיית הסיבתיות העמומה עשויה לבוא על פתרונה העקרוני על דרך של פיצוי לפי הסתברות. נאור חולקת על ריבלין באשר לטיבו של המבחן התוחם את גבולות חריג הפיצוי בגין הסתברות בנסיבות של סיבתיות עמומה. נאור טוענת כי המבחן שאותו הציעה בעניין מלול אינו מוגבל מקרה קבוצתי. עניינו במקרה הבודד והוא אינו מצריך הוכחת הטייה נשנית.

**אמות המידה לפיצויי לפי הסתברות במקרה הבודד**:

1. התרשלות: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי הנתבע התרשל.
2. נזק: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי נגרם לו נזק.
3. סיבתיות עמומה מובנית: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי קיימת עמימות מובנית בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי המונעת אפשרות להוכיח את תהליך הגרימה שאירע בפועל כמקובל ב"מבחן האלמלא".
4. התרשלות משקפת גורם סיכון עוולתי פוטנציאלי: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי ההתרשלות היא גורם סיכון לנזק המסוים שנגרם לו ושהיה על הנתבע לצפותו.
5. גורם סיכון עוולתי משמעותי: התובע הוכיח שקיים סיכוי ממש- אף אינו עולה על 50%- שגורם הסיכון העוולתי גרם בפועל לנזק.
6. קיומו של אי צדק: אי פסיקת פיצוי לניזוק תהא תוצאה בלתי צודקת.

**בהתקיים התנאים הללו, ניתן להסתפק בקיומו של קשר סיבתי עובדתי הסתברותי לנזק, שייקבע על-פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא.** לטעמה, המבחן שמציע ריבלין (מבחן ההטיה הנשנית) הוא מבחן צר מידי , כיוון שהוא שולל פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ובכך, עקרונית, שולל פיצוי בנסיבות המקרה שלפנינו- הפיצויים שפוסק ריבלין לטובת מלול הם משיקולים מעשיים בלבד. במובן מסוים, מבחנו של ריבלין הוא גם רחב מידי כיוון שבהתקיים מבחן "ההטיה הנשנית" נסוג הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות לשיטתו של חברי לכל אורך השורה, לטובת הניזוקים ולטובת המזיקים כאחד, בעוד שהחריג שהוצע על-ידי, לעומת זאת, מצומצם וחל רק לטובת הניזוק הבודד, ואין הוא חל לטובת המזיק.

**הצגת הבעיה- סיבתיות עמומה**: ייעודם של כללי הסיבתיות בדיני הנזיקין הוא לקבוע אם קיימת, מבחינת הדין, זיקה מספקת בין התרשלותו של הנתבע לבין הנזק ממנו סובל התובע. **יש להבחין בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית**: הסיבתיות העובדתית עניינה בזיקה הפיסיקלית, המדעית, בין האשם לנזק. תפקידה הוא... להצביע על האשמים שהיוו גורם הכרחי או גורם מספיק לנזק. הסיבתיות המשפטית, בשלב שני, מבצעת מיון נוסף, בבחרה מתוך האשמים שגרמו עובדתית לנזק את אלה שהמשפט רואה כגורמי הנזק, את אלה שגרמו משפטית לנזק". קיומו של קשר סיבתי עובדתי בין אשם לנזק מוכרע בחלקם המכריע של המקרים באמצעות מבחן ההכרחיות ("הגורם שבלעדיו אין") שעניינו איתור הגורם ההכרחי לנזק. **מבחן ההכרחיות, בצירוף עם המבחן הראייתי של מאזן ההסתברויות שחל בדין האזרחי כולו, מביא לתוצאה בדיני הנזיקין של "הכל או כלום".**

**בעיית "הסיבתיות העמומה" משמעה אי-וודאות בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי,  המונעת הכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של קשר סיבתי עובדתי. קיימים 3 מצבים טיפוסיים של עמימות:**

1. עמימות ביחס לגודל הנזק: עניינה מצב בו ידוע כי **חלק כלשהו** מהנזק נגרם **בוודאות** על ידי התנהגות של **נתבע מסוים** שהיא **בהכרח בת-אשם** אך אין יודעים מהו חלק זה אל מול חלקם של הגורמים האחרים, **בין שהם בני-אשם ובין שאינם**. גישה של פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה זו היא מקובלת.
2. סיבתיות עמומה ביחד לזהות המזיק: עניינה מצב בו **ניזוק בודד** עומד מול שורה של התנהגויות **שכולן בנות-אשם** (שני גורמים מתרשלים או יותר), אך אין יודעים מי מהן גרמה לנזקו. **הקושי הוא בזיהוי "הנתבע הנכון".** בקטיגוריה זו גישה של פיצוי לפי הסתברות היא אפשרית, ויש הסבורים שאף הכרחית. בנסיבות בהן מספר הנתבעים-המתרשלים האפשריים הוא יותר משניים, נפסק כי יש לחייב את הנתבעים באחריות יחסית לפי דוקטרינת נתח השוק (מקרה DES). **הבסיס המשותף לגישות השונות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק הוא שאין להשאיר את הניזוק ללא פיצוי.**
3. סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק: קבוצה זו היא "לב ליבה" של הסיבתיות העמומה ו**הוא הרלוונטי לעניין מלול**. בקבוצה זו נכללים אותם מקרים בהם העמימות היא לגבי הקשר הסיבתי העובדתי בין ההתנהגות בת-האשם לבין הנזק של התובע, כאשר באופן מובנה התובע אינו יכול להוכיח, על פי הכללים הראייתיים הרגילים של מאזן ההסתברות, כי הנתבע שהתרשל גרם לו נזק כלשהו. (יפורט בהמשך).
4. ניתן להוסיף קבוצה נוספת שעניינה סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק: עניינה מצב בו קבוצת ניזוקים עומדת מול שורה של התנהגויות, ש**חלקן בנות-אשם וחלקן לא**, ואין יודעים מי מהניזוקים ניזוק על ידי ההתנהגות בת-האשם ומי ניזוק על ידי הגורמים האחרים. **מבחן ההטייה הנשנית נועד לפתור למעשה את בעיית הסיבתיות המומה ביחס לזהות הניזוק**. מבחן ההטיה הנשנית מותנה בקיומה של **קבוצת ניזוקים**. המבחן המוצע על ידו נועד "[ל]פזר את הפיצוי בין כלל חברי קבוצת הניזוקים – זאת בהיעדר אפשרות לזהות אצל מי מתוכם התממש הסיכון שיצר המזיק לכדי נזק".

**יוצא אם כן שלהבנתי המבחן התוחם המוצע על ידי חברי המשנה לנשיאה חל בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק; הוא אינו נועד להתמודד עם הקטיגוריה שנדונה בעניין מלול, קרי, סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.** גישתו של ריבלין מתנתקת מן המקרה הקונקרטי שנדון בפסק הדין בעניין מלול ופונה לקביעת אחריות במקרה קבוצתי ובקטיגוריה שכלל לא נדונה לפנינו בענין מלול. **מן הראוי לגבש את הגישה המשפטית הראויה על יסוד עובדות של מקרה נדון** (על כן יש להשאיר את "מבחן ההטייה הנשנית" בצ"ע).

**סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק- עניין מלול**: סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עלולה להתעורר כאשר, כבעניין מלול, יש גורם סיכון בר-אשם וגורם סיכון שאינו בר-אשם ("טבעי"), ולא ידוע אם בכלל גורם הסיכון העוולתי גרם לנזק כלשהו.

**ההצדקות לפיצוי לפי הסתברות בקטגוריה זו**:

1. צדק מתקן: במצב של סיבתיות עמומה "עלול הניזוק להימצא במצב בו אין ביכולתו להוכיח, על פי כללי ההוכחה 'הרגילים' במשפט אזרחי, את יסודות עוולת הרשלנות, אף על פי שהותרתו בלא כל פיצוי תהא מנוגדת למטרות דיני הנזיקין ובלתי צודקת". **בבסיסו של עקרון הצדק המתקן גלום הרעיון שעל המעוול "לפצות הניזוק על הנזק שנגרם לו, בדרך של השבת המצב לקדמותו בערכים כספיים"**. על אף שיש כאלה שמזהים את עקרון הצדק המתקן עם רעיון האחריות האישית של המזיק, ניתן לאמץ הגדרה אחרת של עקרון הצדק המתקן המותאמת למצבים של סיבתיות עמומה, ומשיגה קירוב מירבי לעקרון הצדק המתקן. הגדרה זו כרוכה ב"**ריכוך" רעיון האחריות האישית** באופן המאפשר בנסיבות מסוימות הטלת חובת פיצוי **חלקי** על הגורם המתרשל. **בנסיבות מסוימות למשפט יש נכונות להשיג את השבת המצב לקדמותו גם על ידי שינוי מצב המזיק לרעה**, והדבר תלוי בתפיסת הצדק שבה מחזיקה החברה. על בסיס זה **ניתן**, לדעת נאור, **לאמץ הגדרה של צדק מתקן המתמקדת בתיקון מסוים של מצבו של הניזוק ולו על-חשבון הגורם שהתרשל.** הגדרה זו של צדק מתקן איננה "ניטרלית" כלפי הגורם שהתרשל, אלא היא מעמידה אותו בעמדת נחיתות. **לאחר שהוכחה התרשלות, לא קיים עוד שוויון בין הנתבע-המתרשל לתובע-הניזוק**. דבקה בנתבע "אשמה חברתית" משום שהוכח שהפר את רמת הזהירות הנדרשת ע"י החברה מאדם סביר בנסיבות העניין. **האשם הוכח לפי מבחן ההסתברויות הרגיל** ובכלי ההוכחה הראייתיים המקובלים. **רציונל זה חזק דיו כדי לחול גם מקום בו הוכח שהנתבע התרשל, בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק**. **אשר על כן, על-פי ההגדרה האמורה לעקרון הצדק המתקן, עדיפה הטלת אחריות חלקית ופיצוי חלקי על המתרשל, לרבות במקרה הבודד**, עדיפות זו קיימת גם במחיר של הטלת חובת פיצוי חלקי על נתבע, שהתרשל, אם כי קיים גם סיכוי שלא הוא גרם לנזקו של התובע. לסיכוי זה ניתן ביטוי בכך שחובת הפיצוי המוטלת עליו היא חלקית ולא מלאה. בהשוואה לחלופה של "הכל או לא כלום" שתוצאתה היא אי-הטלת אחריות כלל והיעדר כל פיצוי לניזוק.
2. צדק חלוקתי: שיקולי צדק חלוקתי מתייחסים לאופן חלוקתם הצודקת של טובין ונטלים שונים בין פרטי החברה. הגישה המעדיפה את התובע-הניזוק החף על פני הנתבע-הרשלן משקפת שיקול רחב של צדק חלוקתי חברתי ראוי. **גישה זו מוצאת את ביטויה בדרך של פיצוי לפי הסתברות כמשענת לניזוק החף, תחת החלופה השוללת ממנו פיצוי כלשהו**. אין בהגדרה זו דבר המגביל פיצוי לפי הסתברות למקרה קבוצתי בלבד.

לדעת ריבלין, מן הראוי לתקן את ההפרה רק מקום בו מדובר "בהפרה רחבה של זכויות ניזוקים הנותרת ללא תגובה נזיקית מתקנת". דעתה של נאור שונה מכמה סיבות: ראשית, גישתו של ריבלין שמה במרכז שיקולי הצדק המתקן את **המזיק**. המבחן התוחם המוצע על ידיו מביא אפוא למקסנה כי המזיק משלם בגין מלא הנזק שגרם, ואילו הניזוק מקבל פיצוי כלשהו, לעיתים פיצוי חסר ולעיתים פיצוי יתר. יישום זה מתאים לטעמי יותר לעקרון של צדק מעניש מאשר לעקרון של צדק מתקן משום שהאחרון מתמקד **בניזוק**. לעומת זאת, ההגדרה אותה מציעה נאור לאמץ לצדק מתקן מתמקדת, כאמור, בתיקון מצבו של **הניזוק**. עליה לשאוף ל"תיקון מצבו של הניזוק, ולו-גם על חשבון שינוי-לרעה במצבו של המעוול". שנית, כאמור, גישתו של ריבלין "תפורה" לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק. המאפיינים של הבעיה שונים ולכן התשובה שונה. שלישית, יישום המגבלה "הקבוצתית" לקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, הוא, לדעת נאור, בלתי-פרקטי. כיצד ניתן להטיל על התובע חובה להוכיח דבר מה ביחס ל"קבוצת ניזוקים", שאין לו כל ידיעה לגבי קיומה ומאפייניה? **לסיכום**: תכלית השגת עקרון הצדק המתקן אינה מחייבת נטישת הפתרון האינדיבידואלי ומעבר להליך קבוצתי או ייצוגי. ניתן להשיג את תכליות דיני הנזיקין גם בפתרון של פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד-האינדיבידואלי. הבחירה בפתרון "הקבוצתי" מביאה לדעתי לויתור על האפשרות להשיג פתרון צודק במקרה אינדיבידואלי ולכך אין לדעתי מקום. נאור ערה **לחשש שהובע מפני "פריצת גבולות" ולכן יש לקבוע את הסייג הבא: בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, חריג הפיצויי לפי הסתברות, יהיה מותנה בקיומו של נזק גוף.**

1. הרתעה: בבסיסם של שיקולי הרתעה אופטימלית גלום הרעיון כי אחריות נזיקית ראוי שתוטל באופן שיתרום לכך שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר. עקרון ההרתעה משתלב ב"נוסחתו" של השופט לרנד האנד לקיומה של התרשלות, על פיה, על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק, בשיעור הנזק ובהוצאות למניעת הנזק. בענייננו נקודת המוצא היא כי הוכחה התרשלות, בין היתר, תוך התחשבות בשיקולי הרתעה. אי-הוודאות היא ביסוד הקשר הסיבתי.

על בסיס החשש מהרתעת יתר, **הייתה מקובלת התפיסה**, ביחס לקשר סיבתי עובדתי, **כי שיטת "הכל או כלום" תביא להרתעה אופטימלית**. בתפיסה זו נתגלו בקיעים **והובעה הסברה כי שיטה של פיצוי יחסי עשויה אף היא להביא, בנסיבות מסוימות, להרתעה אופטימלית**. **ריבלין קבע כי פיצוי יחסי יביא להרתעה אופטימלית אך ורק בנסיבות של אירוע "חוזר ומשותף"** ואך ורק אם קיימת "מחלקה" של מקרים לגביה כלל מאזן ההסתברויות מעדיף באופן עקבי את אחד הצדדים בכל הנוגע לשאלת קיומו או היעדר של קש"ס עובדתי. **נאור חולקת על קביעה זו** וטוענת, ראשית, כי עקרון ההרתעה אינו מגביל את מתן הפיצוי לפי הסתברות, בהכרח, למקרה קבוצתי. גם במקרה הבודד הקפדה על הכלל הרגיל של "הכל או לא כלום" עלולה להביא לשחרור המעוול מאחריותו בעוד הניזוק לא יקבל פיצויי כלשהו. **במקרים מסוימים עקרון ההתרעה מצדיק פיצוי חלקי, ללא הבחנה בין מקרה קבוצתי למקרה בודד**. שנית, **כאשר הנתבע יוצא פטור מאחריות מחמת עמימות סיבתית, מתרוקן מתוכן שיקול ההרתעה שהנחה אותנו בקביעת ההתרשלות**. הקביעה ש"הנתבע לא נקט באמצעי זהירות מספקים ולפיכך התרשל" אינה מתורגמת לקביעת פיצוי כלשהו בגין הפרת חובת הזהירות במישור הסעד והמתרשל חומק למעשה מכל חובת פיצוי. תוצאה זו חותרת תחת אותו עקרון ההרתעה אשר הנחה אותנו בשלב קביעת ההתרשלות. שלישית, גם אם קיימת פגיעה מסויימת בעקרון ההרתעה, הרי שכאמור, עקרון ההרתעה איננו חזות הכל. **שיקול מדיניות של הרתעה כשלעצמו, במקרה הבודד, הוא חלש בהשוואה לשיקול המרכזי של צדק מתקן**. הטעם לכך הוא שהטלת אחריות בדרגה כלשהי אינה מורידה ואינה מעלה לעניין השגת מטרת ההרתעה במקרה שהוא בודד וחריג מטבעו, שסיכויי הישנותו בעתיד מלכתחילה הם קלושים. לכן גם אם יינתן פיצוי-יתר לניזוק לא יהיה בכך כדי לפגוע פגיעה של ממש בעקרון ההתרעה.

לסיכום: גישתו של ריבלין מביאה לפצוי חסר תוך פגיעה בעיקרון ההרתעה האופטימלית ואילו גישה זו, החלה הן במקרה הקבוצתי והן במקרה הבודד, מביאה לפגיעה חלשה בעקרון ההתרעה האופטימלית.

**הצדקות לפיצויי לפי הסתברות- סיכום ביניים:** פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק איננו נובע רק מ"סימפטיה מוגברת" כלפי הניזוק. הוא נובע מעקרונות דיני הנזיקין עצמם ומוצדק מטעמים של צדק מתקן, מטיעון הרע במיעוטו ומרעיון צמצום עצמת הטעות המשפטית. יש לאפשר כאמור, במקרים המתאימים, פיצוי לפי הסתברות גם במקרה הבודד ולא רק במקרה הקבוצתי כפי שמציע ריבלין.

**חלופה לפיצוי לפי הסתברות: העברת נטל ההוכחה אל הנתבע כפתרון לבעיית הסיבתיות העמומה:** חלופה אפשרית אחת להתמודדות עם בעית הסיבתיות העמומה על רבדיה השונים, חלופה שהיא בגדרי הכלל של "הכל או לא כלום", היא **העברת נטל ההוכחה אל הנתבע להוכיח כי הנזק לא נגרם על-ידי התנהגותו בת-האשם**. זהו ביטוי להעדפת הניזוק החף על פני הנתבע המתרשל אך **ברוב המקרים** בהם נעשה שימוש בטכניקה זו, **הנתבע אינו מסוגל הלכה למעשה להרים את הנטל המועבר אליו**. לפיכך יוצא כי זהו פתרון קיצוני ויש שיאמרו אף שרירותי. לדעת נאור, **יש לדחות את חלופת העברת נטל ההוכחה אל הנתבע** כפתרון לבעית הסיבתיות העמומה, **מן הטעם שהיא חותרת תחת מטרות דיני הנזיקין**. פתרון זה משקף הכרעה על בסיס פרוצדוראלי-טכני.

**פיצוי לפי הסתברות- הדוקטרינה המשפטית הראויה:**  גישה של פיצוי לפי הסתברות מובילה לתוצאה של חלוקת הנזק בין הצדדים תוך יצירת חריג לכלל המסורתי של "הכל או לא כלום" בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. מהי הדוקטרינה המשפטית הראויה לעיגון חריג זה? **ככלל קיימים שלושה בסיסים רעיוניים** כאשר שלושתם מביאים לתוצאה של מתן פיצוי חלקי לתובע תוך הישענות על נתונים סטטיסטיים או אומדנה- הדוקטרינה של אחריות יחסית היא המועדפת על נאור והיא הבסיס לפסיקתה במקרה זה אך תחילה יפורט מדוע שתי הדוקטרינות האחרות אינן מתאימות.

1. פיצויי לפי הסתברות ודוקטרינת הגברת הסיכון- ידוע כי אם הסיכון **לא** התממש – אין מקום להטיל אחריות. בהתאם, אם ידוע שהסיכון **כן** התממש, והוכח לגביו קשר סיבתי עובדתי במאזן הסתברויות על דרך של העדפת גרסת התובע על פני גרסת הנתבע, במילא יחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום" ואין מקום לפיצוי לפי הסתברות אלא לפיצוי מלא. ואולם מקום בו **לא ידוע** אם הסיכון התממש לכדי נזק, אנו נמצאים בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק. **האם** בקטגוריה זו **מוצדקת הטלת אחריות בגין יצירת סיכון?** הפסיקה לא הייתה עקבית בעניין זה. לפי הדוקטרינה, כפי שיושמה בפרשת יהונתן כהן, ייקבע הפיצוי באופן פרופורציונלי להגדלת הסיכון. נאור נוטה לדעה כי **דוקטרינת הגברת הסיכון אינה מתאימה, רעיונית, לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.** **סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עניינה באירוע שאירע בעבר** **ואילו הגברת הסיכון, מטבעו, עניינו בקיומו של סיכון לנזק עתידי,** סיכון פתוח שטרם ברור אם יתממש או לאו. **מקומה של דוקטרינה זו היא בקטגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק.**

דוקטרינה זו מוותרת למעשה על הוכחת היסוד השלישי בעוולת הרשלנות-הנזק (וע"י כך גם על הקשר הסיבתי) בכך היא מהווה הרחבה דרמטית של הערכים המוגנים בדיני הנזיקין. **יש להבחין בין דוקטרינה זו לבין דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה**. מדובר בדוקטרינה "קרובה" אך לא זהה. **הקרבה** נובעת מכך ששתי הדוקטרינות נועדו להתמודד עם בעיית העמימות הסיבתית; בשתיהן נדרש בית המשפט להעריך מה היה קורה אלמלא ההתרשלות; ובשתיהן נעשה שימוש בנתונים סטטיסטיים או באמדן. **השוני** בין הדוקטרינות הוא שפיצוי בגין אבדן סיכויי החלמה טעון הוכחת נזק ממשי בפועל של חולי או מום. לעומת זאת פיצוי בגין הגברת סיכון ניתן בטהרתו בגין עצם החשיפה לסיכון אף אם זה לא התממש כדי נזק ממשי בפועל, ולפיכך עשוי להינתן גם לתובע שהוא בריא ושלם. דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה טעונה הוכחת נזק קיים ובכך היא צופה פני עבר. מנגד, דוקטרינת הגברת הסיכון בטהרתה צופה פני עתיד ולכאורה אינה מתנה את הפיצוי בהוכחת נזק ממשי בפועל. **המסקנה היא כי דוקטרינת הגברת הסיכון אינה מתאימה כבסיס רעיוני לפסיקת פיצוי לפי הסתברות בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.**

1. פיצויי לפי הסתברות ודוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי- מהותי- חלופה אפשרית אחרת כבסיס רעיוני לפסיקת פיצוי לפי הסתברות בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, היא אימוץ דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי שלה. **הדגש העיקרי של דוקטרינה זו הוא על קיומו של נזק משני שנגרם לראיותיו של התובע ולזכותו של האחרון לדעת מה גרם לנזקו. היא אינה מתמקדת בנזק העיקרי והממשי שנגרם לתובע**. דוקטרינה זו לא נקלטה בפסיקתו של ביהמ"ש העליון. לעניין מלול אין להזדקק לדוקטרינה זהו משום שהסיבתיות העמומה לא נבעה מ"אשמת" אחד הצדדים, אלא ממגבלות מדע הרפואה, שאינו מאפשר להתחקות בדרגת ודאות מספקת אחד גורמיה של הפגיעה הקונקרטית שעמדה לדיון. אשר על כן, **דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי- מהותי שלה אינה נותנת מענה כולל לבעיית הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק**.
2. פיצוי לפי הסתברות והדוקטרינה המשפטית הראויה: חריג האחריות היחסית- הפתרון שהציעה נאור הוא הכרה בחריג של **אחריות יחסית** המבוסס על קש"ס הסתברותי. חריג זה נותן בידי בית המשפט כלים טובים על מנת להגן במידה הראויה על האינטרסים השונים ולאזן ביניהם. הוא הוגדר כך: *"בקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) ונזק (מוכח), במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא"*. **חריג זה נותן לביהמ"ש שיקול דעת לפסוק פיצויי חלקי שיקבע ע"פ ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא.** כזכור, ניתן להשתמש בחריג זה רק כאשר הנזק הוא נזק גוף.

דגשים וסייגים נוספים לחריג האחריות היחסית:

1. חריג האחריות היחסית עומד לרשותם של ניזוקים בלבד- אימוץ החריג של אחריות יחסית ייעשה רק במקרים שבהם התובע מתקשה לעמוד ברף מאזן ההסתברויות בשל קושי מובנה, ויש בחריג כדי לחלץ אותו ממלכודת הסיבתיות העמומה ביחס לעצם גרימת הנזק ולסייע בידו להשיג פיצוי חלקי (יחסי). הוא אינו עומד לרשותם של נתבעים. בדברים אלה יש כדי להסיר את החשש שמא דוקטרינה זו תרע את מצבם של הניזוקים.
2. חריג האחריות היחסית אינו גורע מדרכי התמודדות נוספות שהוכרו בפסיקה בדיני הנזיקין לגבי בעיית הסיבתיות העמומה בקטגוריות השונות- פתרון זה אינו יפגע בדרכי התמודדות נוספות עם סוגיית הסיבתיות העמומה, כפי שקיבלו ביטוי בפסיקת בית משפט זה, כגון ההכרה בראשי נזק עצמאיים של אבדן סיכויי החלמה או פגיעה באוטונומיה במקרים של היעדר הסכמה מדעת לטיפול רפואי.
3. חריג האחריות היחסית אינו חל במשפט הפלילי- שיקולי המדיניות העומדים בבסיס חריג האחריות היחסית כפי שפורטו על-ידי מעוגנים בדין המהותי של דיני הנזיקין. לחריג האחריות היחסית אין מקום, להשקפתי, במשפט הפלילי, שהאיזונים בו נשענים של שיקולי מדיניות ואינטרסים מוגנים אחרים.

לעיתים אין בידי מי מהצדדים ראיה סטטיסטית ספציפית בעניינו של הניזוק. **בהיעדר ראיה סטטיסטית ספציפית רשאי בית המשפט להסתמך על ראיות בדבר הסתברות סטטיסטית כללית לצורך פסיקת פיצוי לפי הסתברות**. על ההסתברות הכללית להתבסס על ראיות מדעיות, מחקרים אפידמיולוגים והערכות סטטיסטיות. **אין לקבוע אחריות יחסית בהסתמך על ראיה סטטיסטית כללית בלבד.** ראיה כזו אינה מספקת כדי לפתוח את שערי חריג האחריות היחסית. **תנאי הכרחי לתחולת החריג הוא כי בפני בית המשפט נתון ספציפי בדבר התרשלות של הנתבע הספציפי כלפי התובע הספציפי וזאת על-פי מאזן הסתברויות. בהתקיים נתון ספציפי זה, הנכלל באמות-המידה לתחולת החריג, נפתחים שערי חריג אחריות היחסית. או-אז, להשקפתי, רשאי בית המשפט להסתמך על ראיה סטטיסטית כללית לצורך פסיקת פיצוי יחסי**. ההכרעה של בית המשפט לא נשענת  על הראיה הסטטיסטית הכללית לבדה, אלא על צירוף של הראיה האמורה לנתון ספציפי בדבר התרשלות של הנתבע כלפי התובע. לפיכך לדעתי, בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין מניעה לאמץ אמות מידה הסתברו תיות, לרבות בדרך של היעזרות בראיות סטטיסטיות כלליות. כל זאת, כאמור, כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע. **נטל הוכחת שיעור ההסתברות (הכללי) מוטל על התובע ועליו להוכיחו "כנדרש",** כלומר עליו להניח תשתית ראייתי הולמת לשיעור ההסתברות הכללי.

**מן הכלל אל הפרט**: חריג האחריות היחסית מעוגן היטב בדיני הנזיקין. הוא יושם הלכה למעשה בפסק הדין בענין מלול. לפיכך יש לדחות את טענות העותרים בכל הנוגע ליישום החריג במקרה הקונקרטי. בנוסף, אין לסטות מאומדן הפיצוי שנפסק בפסק הדין.

**לסיכום**: נאור מציעה להכיר בחריג לכלל הרגיל של "מאזן הסתברויות". חריג זה הוא חריג האחריות היחסית. הוא נטוע בשיקולי מדיניות עקרוניים בדיני הנזיקין, ומתוחם בגבולות מוגדרים. זהו חריג גמיש ומאוזן, העשוי למנוע תוצאה בלתי צודקת שהיא תוצר של כשל בשיטה המסורתית. הוא משקף "מודל ביניים" בהשוואה למודלים קיצוניים יותר של אי-מתן פיצוי כלל (על פי הכלל הרגיל של "הכל או כלום") או של מתן פיצוי מלא (על-פי דוקטרינת העברת הנטל או גישות דומות לכך). גישתה של נאור נובעת משיקולי צדק מתקן, המבקש להיטיב את נזקו של הניזוק על חשבונו של הרשלן, בשילוב עם צדק חלוקתי. הפיצוי היחסי **נקבע בהתאם לשיעור ההסתברות** שגורם הסיכון העוולתי גרם לנזק הגוף שהוכח או על-פי אמדן. מודל זה משקף פתרון משפטי גמיש וראוי לבעיית הסיבתיות העמומה. לפי פתרון זה, במצבים בהם קיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק תחול – במגבלות מסוימות – גישה של פיצוי לפי הסתברות המבוססת על חריג האחריות היחסית. חריג זה חל הן במקרה הקבוצתי והן במקרה הבודד. מנגד, במצבים בהם מתקיים מאזן הסתברויות רגיל, יחול הכלל הרגיל של "הכל או כלום".

**ג'ובראן:** מסכים בכל הנוגע לאפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של סיבתיות עמומה בדיני הנזיקין. בכל הנוגע לתחומי התפרשותה של דוקטינה זו עמדתו היא כעמדתה של נאור לפיה אין מניעה מלהפעיל דוקטרינה זו אף במקרה הבודד. עם זאת, טעמיו לקביעה שונים.

**יישום עקרונות הצדק המתקן**: ראוי לעמוד בשנית על מובניה של סוגיית העמימות, בכדי לבחון את האופן בו מתייחסת היא לעקרונות הצדק המתקן. כאמור, במקרה זה עולה שאלת עמימות הקש"ס בין רשלנות המזיק לנזקו של הניזוק כשאלה של עמימות בדבר זהות הניזוק. **השאלה המשפטית על כן הינה** **האם להחיל את דוקטרינת הפיצוי היחסי בעניינם הפרטני של הצדדים כעומד בפני עצמו, או שמא יש לעשות כן רק לאחר הרחבת נקודת המבט וקביעה האם המקרה שותף למקרים דומים אחרים ומקיים "הטיה נשנית"**. ריבלין טוען שרק במקרה של ריבוי מקרים יש פגיעה בעקרון הצדק המתקן. אכן, **ככל שההטיה עקבית יותר ומקיפה יותר נוצרת פגיעה מרובה יותר בעקרון הצדק המתקן, היעילות ושיקול ההתרעה. אלא שריבויים של המקרים אינו בהכרח יורד למהותו של עקרון הצדק המתקן**. ככל שנאמר שיש בעצם ההטיה משום פגיעה בעיקרון הצדק, הרי שיש למצוא לה מענה כבר במקרה הפרטי, ואין בעצם ריבויים של המקרים כדי לשנות באופן מהותי את העוול שנגרם במקרה היחיד. מנגד, **ככל שנראה את השיקול ההרתעתי, שיקול היעילות ושיקול הצדק החלוקתי כגורמים הדומיננטיים יותר, הרי שתוקפם של אלו מתגבר ככל שמדובר בתופעה רחבת היקף ורווחת יותר**, שכן מתמקדים הם כידוע בסוגיית חלוקת המשאבים בחברה ובהשאת הטובין בה. כאמור, ג'ובראן שותף למסקנתה של נאור לפיה די במקרה היחיד כדי להביא לשינוי בדרישה להוכחת הקשר הסיבתי במאזן ההסתברויות במקרים של סיבתיות עמומה משום פגיעה בעקרון הצדק המתקן.

**נאור מעדיפה בגישתה את התובע- הניזוק החף מפשע על פני הנתבע-הרשלן. לדעת ג'ובראן, גישה זו אינה יכולה להעלות בקנה אחת עם עקרון הצדק המתקן**- אם לא הוכחה אחריותו של המזיק לנזק במקרה הפרטני, הרי שלעובדת התרשלותו אין כל רלוונטיות, שכן כלל לא מתגבש הקשר בין המזיק לניזוק אשר רק בהתקיימו חל עקרון הצדק המתקן. **הכנסת "אשמתו" המוסרית של הנתבע כשיקול לקביעת אחריותו מהווה הפרה של עקרון הצדק המתקן**, במובן זה שמבקשת היא להכניס לגדרי השוויון את אשר אין לו שווה – מעשה שחרף היותו רשלני לא החסיר מהניזוק ולא גרם לו לנזק.

**הדוקטרינה הראויה- שינוי במידת השכנוע**: עמדתו של ג'ובראן הינה כי מקומו הגיאומטרי של חריג העמימות המדעית הינו בראש ובראשונה בתחום הראייתי, בשאלת **הדרך** בה יקבע דבר קיומו של הקש"ס. יש להעדיף לטעמו כי יתאפשר לתובע להוכיח את הקשר הסיבתי אף באופן שאינו עונה על דרישת מאזן ההסתברויות, באמצעות הוכחה כי התנהגותו העלוותית של הנתבע היוותה גורם אפשרי ממשי לנזק- **ברמה של הסתברות ממשית**. יש צורך בהבאת ראיה שתוכל להזין אמונה זו בדבר התרחשות הדבר בפועל, בצורה מספקת. **דבקות חסרת פשרות בגישה המשפטית המסורתית, הדורשת ראיות מוחשיות המצטרפות לכדי אמונה אינטואיטיבית משמעותית ומכרעת כדרך היחידה להתחקות אחר האמת לא זו בלבד שפוגעת היא בעקרונות הצדק עליהם מבוסס המשפט אלא שיש בה כדי לעוות את הדרך בה מתייחס המשפט אל המציאות**.

**לסיכום**: ג'ובראן מבקש להגביל את יישום דוקטרינת הפיצוי על פי הסתברות למקרים של עמימות מדעית בלבד, תוך החלת דוקטרינה זו באמצעות שינוי ראייתי בנטל השכנוע ביחס להוכחת הקשר הסיבתי.

**ביניש**: השאלה עולה במקרה הזה היא עד כמה ניתן ורצוי לקדם את הגישה לפיה במצבים של עמימות באשר לסיבת הנזק יש לפסוק פיצויים על פי כללי הוכחה יחסיים תוך התאמת שיעור הפיצוי לרמת ההסתברות של אפשרות גרימת הנזק במידה שהוכחה. השאלות שמתעוררות בסוגייה זו יורדות לשורש תכלית דיני הנזיקין- מקרה כדוגמת המקרה שלפנינו **מעורר במלוא העוצמה את השאלה האם דיני הנזיקין נועדו אך לצורך הגשמת תפיסה של "צדק מתקן", או שמא עליהם לקדם "הרתעה יעילה" מפני ביצוע עוולות, ואולי אף יש להם תכלית עונשית של מתן ביטוי ל"אשמתו המוסרית" של המעוול.**

כולם מסכימים כי לא בכל הנסיבות כלל "הכל או כלום" נותן מענה הולם. **המחלוקת מתייחסת לסוג המקרים בהם ניתן להחיל את החריג כאשר לא הוכחה גרימת הנזק בדרך ההוכחה הרגילה**. בייניש גורסת כי כל אחת מהדרכים המוצעות ע"י נאור וריבלין היא קיצונית. לטעמה, **יש מקום לדרך ביניים**. הפתרון שריבלין מציע באשר לאותם מקרים של "הטיה נשנית" מקובל על בייניש לצורך אותה קבוצת מקרים; היינו "בהתקיים ארבע יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות". עם זאת, דרך זו של ריבלין מובילה לצמצום יתר של האחריות הנזיקית. בייניש מטילה ספק בשאלה האם בפתרון הפיצוי לפי הסתברות במתכונת במוצעת ע"י נאור או במתכונת דומה לה (כמו זו המוצעת ע"י ג'ובראן) יש בכדי להביא ללתוצאה צודקת באספקלריה של התוצאות לטווח ארוך.

נושא הפיצויי היחסי נדון בספרות ובפסיקה רבות. יש להיזהר ככל הניתן מעריכת שינויים מקיפים בדין המהותי אך בשל הצורך לפתור מקרה מסוים. על כן עלינו לעשות מאמץ, במקרים המתאימים, להגיע בדרך מעשית לתוצאה הצודקת יותר בנסיבותיו של כל עניין. בייניש **סבורה כי החריג של קביעת פיצוי על פי רמת ההסתברות של קשר סיבתי לנזק שנגרם צריך להיות מתוחם, כך שלא ירחיב את האחריות בנזיקין. הרחבה כזו עלולה להביא להרתעת יתר מפני פעולות לגיטימיות מבחינה חברתית ולפגיעה בלתי מידתית בנתבעים שהם מזיקים אפשריים**. יתכן שהפתרון הצודק טמון בחלוקה אחרת ביטוחית, כלכלית או חברתית, אך פתרון כזה יכול לצמוח רק לאחר דיון ציבורי ובחינת האפשרות לחקיקה מתאימה. דומה ש**העת עוד לא בשלה למציאת פתרון כולל להוכחת הקשר הסיבתי שלא באמצעות הכלים המסורתיים**.

**ארבל**: מצטרפת לחוות דעתה של נאור בכל הנוגע להתפרשותה של דוקטרינת המאזן לפי הסתברות. אכן, יש לאפשר פיצוי על-פי הסתברות במקרים של עמימות סיבתית גם במקרה הבודד. לעומת זאת, פסיקת פיצוי על-פי הסתברות גם במקרה הפרטני עלולה להביא לתוצאה החורגת מהנזק האמיתי שגרם הניזוק. למרות זאת, תוצאה זו עדיפה בעיניי שכן במצבים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין אפשרות להגיע למצב שבו תינתן הכרעה המשקפת את אשר התרחש במציאות על-פי מאזן הסתברויות. תוצאה שבה במקרה הפרטני לא יתאפשר פיצוי על-פי הסתברות משמעה הרתעה חסרה, בעוד שפיצוי חלקי על-פי הסתברות יביא להרתעה האופטימאלית בנסיבות  בהתאם להסתברות שייגרם נזק כתוצאה מהסיכון שיצר המזיק.

שיטת המשפט שלנו הרגילה להתמודד עם שאלות של "הכל או לא כלום" משווה את היעדר הידע להיעדר הוכחה, ולפיכך אינה מאפשרת באופן מסורתי פיצוי של ניזוק במקרים מעין אלו. יש להכיר בכך שמגבלות הידע האנושי מספקות לנו אתגר שלא ניתן לפתור אותו על-ידי הכללים המסורתיים הנוהגים בידינו מזה שנים רבות במסגרת דיני הנזיקין. לפיכך, **יש להמשיך ולפתח את דיני הנזיקין כך שיספקו מענה אופטימאלי, מבחינת כל מטרות דיני הנזיקין, גם למצבים מסוג זה. נקודת האיזון במקרים מעין אלו צריכה להשתנות ולהעביר את הדגש אל התרשלות המזיק.** כאשר זו מוכחת, לצד נזקו של הניזוק התמים, משיג חריג האחריות היחסית באופן המיטבי ביותר את מטרותיהם של דיני הנזיקין, וממילא גם פתרון צודק יותר במקרה הספציפי.

מסכימה עם הגישה שלפיה לא יהיה זה נכון להסתפק רק בדוקטרינות שפותחו בעבר בפסיקה, אשר אינן נותנות מענה מקיף ושיטתי למקרים שבהם ישנה עמימות סיבתית באשר לעצם גרימת הנזק.

התוצאה היא, כאמור, כי אני **מצטרפת לעמדתה של השופטת נאור שעיקרה העדפת עניינו של ניזוק תמים וחלש שנפגע על פני מזיק שהתרשל ואשר בהסתברות מסוימת גרם לנזק**. העדפה זו מובילה למסקנה כי **בנסיבות מיוחדות יהיה מוכן המשפט להגמיש את כלליו ולהקל עם התובע במשימת נטל השכנוע במאזן הסתברויות ביחס להוכחת הקשר הסיבתי**. מדובר בחידוש משמעותי היורד לשורש תכליתם של דיני הנזיקין, בנושא מורכב וסבוך. לאלה מתווסף החשש הממשי ממדרון חלקלק ומהעדר גבולות ברורים. יש להניח כי **יישום הפסיקה ייעשה על-ידי בתי המשפט בזהירות ובשיקול דעת**. כל זאת, כאמור, עד אשר המחוקק ימצא לנכון להידרש לעניין, בתקווה שהדבר יעשה על בסיס החריש שחרשה הפסיקה  בעניין, וטוב יעשה אם יקדים ככל הניתן.

**פרוקצ'יה**: כלל הוא במשפט המצוי, כי מכלול מרכיביה של עילת תביעה במשפט האזרחי טעונים הוכחה על ידי תובע על פי מאזן ההסתברויות. נטל הראייה על פי מאזן ההסתברויות משמעו כי הראיות נוטות לתמוך יותר בקיומה של העובדה הטעונה הוכחה, מאשר באי קיומה. ככל שמרכיבי העילה לא הוכחו ברמה הנדרשת, ההנחה הנורמטיבית היא כי עובדות העילה לא נתקיימו, ואין עומדת לתובע זכות לסעד. עקרון מאזן ההסתברויות בדיני הראיות במשפט האזרחי מלווה את המשפט דורות רבים. "הצדק המתקן" על פי עקרון מאזן ההסתברויות נשען על תפיסה של סימטריה בין התובע והנתבע, שנקודת שיווי המשקל שלה מצויה באמצעו של סולם ההוכחה העשוי שלבים שלבים. נקודת איזון זו מכריעה את התביעה לשבט או לזכות במושגים מוחלטים, בהתאם לשאלה אם רמת ההוכחה עלתה או נפלה מנקודת האיזון. **האפשרות להכיר ברמת הוכחה הנמוכה ממאזן ההסתברויות, ובאחריות מדורגת הנגזרת ממנה, מהווה מהפכה עמוקה בתפיסת מערך האחריות והזכויות והחובות בדיני הנזיקין, המקרין על המשפט האזרחי כולו**. היא יוצרת כלל אחריות חדש, המנביט סעד יחסי בלתי מוכר עד כה, שהוכחתם מתאפשרת על ידי כלל ראיות חדש הנותן נפקות נורמטיבית לרמת הוכחה הפחותה ממאזן ההסתברויות.

יתר השופטים מציעים, כל אחד בדרכו, קריטריונים לקביעת אחריות מדורגת במקרה של קושי הוכחתי מסוג זה, אשר תיגזר מרמת ההוכחה המובאת בפועל. על פי הצעתם, לפי הענין, האשם והנזק נותרים רכיבים המחייבים הוכחה על פי מאזן ההסתברויות. הקשר הסיבתי, לעומת זאת, נתון להוכחה מדורגת, גם על בסיס רמת הוכחה פחותה ממאזן ההסתברויות, המביאה בסופה של הדרך לאחריות מדורגת של המזיק בהתאם לרמת ההוכחה המובאת. הם חלוקים במחלוקת עמוקה על קטגוריות המקרים עליהם יחול כלל האחריות המדורגת בשל עמימות הקשר הסיבתי, ובמיוחד בשאלות – האם החריג יחול על המקרה האינדיבידואלי או על סיטואציה קבוצתית; על איזה סוג נזק הוא יחול; מהן הדרישות ההוכחתיות, ומהם אמצעי ההוכחה הנדרשים לצורך עמידה בנטל ההוכחה. **הצעותיהם לשינוי כללי האחריות ודיני הראיות בנזיקין, בסוג המקרים אליהם הם מתייחסים, הן בבחינת חקיקה שיפוטית בעלת השלכות רחבות היקף, ורבות השפעה.** הן מביאות לשינוי מהותי בדיני הנזיקין, ולמהפך בדיני הראיות. הן משנות את נקודת האיזון הקיימת במערך הסיכונים והסיכויים בין המזיק לניזוק, וכורכות בכך היבטים כלכליים, חברתיים ומוסריים מורכבים. **האם נושא זה הוא ענין לחקיקה שיפוטית?** שרטוט קו הגבול בין עניינים המתאימים לחקיקה שיפוטית, באמצעות הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בפיתוח המשפט, לבין שינוי הדין המחייב פעולת חקיקה ממש, אינו ענין חד וברור אולם נראה, כי נקודת המוצא לכך היא כי שיקול הדעת השיפוטי בפיתוח המשפט אמור להיעשות במסגרת שיטת המשפט, ותוך השתלבות אינטגרלית בה. **פיתוח המשפט באמצעות ההלכה המשפטית צריך להיעשות מתוך "תאי הגוף" של השיטה המשפטית, ולא מחוצה להם**. **האם ענייננו בשינוי שהוא בבחינת "אבולוציה" טבעית של המשפט, או ב"רבולוציה" שמשמעה מהפך מהותי בדין**, שאינו בגדר פיתוח טבעי, אורגני, בתחומי הדין הקיים, אלא יצירה של דפוס דין חדש, המביא עמו רפורמה עמוקה בתפיסת האחריות האזרחית, בדרכי הוכחתה, ובמהות הסעדים הניתנים בגינה? הפתרונות המוצעים בענין שלפנינו, לגישור על פני הפער הקיים בין המשפט למציאות, גובלים בשינוי תפיסה בסיסית של מושגי האחריות, הסעד, וכללי הראיות להוכחתם. **סוגיית הפיצוי על פי הסתברות חורגת במובהק מגדר ענין של ראיות ורמת הוכחה.** היא מביאה עמה שינוי פנימי עמוק במושגי האחריות בדין הנזיקין, ומסיטה את נקודת האיזון בין הניזוק למזיק במרחב הסיכוי והסיכון בו מצוי כל אחד מהם. היא מקרינה במישרין על היבטים של פיזור הנזק, עלויות ביטוח, ומידת הנטל שיוטל על הציבור בעקבות השינוי. היא משפיעה השפעה ישירה על מעמדם של נתבעים, אנשי מקצוע בתחומים שונים, שתחום אחריותם על פי ההצעות יורחב באופן משמעותי, ואפשר אף בעקיפין על אופן פיתוחו של המדע שבו הם עוסקים. **אין מדובר, אפוא, בפיתוח שיפוטי טבעי, אינטגרטיבי, של דינים קיימים, אלא בשינוי מהותי של דינים קיימים, המקרין על השיטה כולה. לפיתוח זה השפעה רבה על ענפים נוספים במשפט. מסיבה זו סוגיית העמימות הסיבתית, על מכלול היבטיה הרחבים, היא עניינו של המחוקק לענות בו.**

**גרוניס:**

**הראיות:** התמונה שהתקבלה מן הראיות הינה זו: המומחים לרפואת ילוּדים ולנוירולוגיה של הילד היו נחרצים בדעתם כי הסיבה הקונקרטית למחלתה של המשיבה הינה הפגות, אף כי קיימת אפשרות תיאורטית שהדימום הנמשך גרם לתוצאה הקשה. המומחים מטעם המשיבים לא שללו את האפשרות שהדימום הנמשך, עקב העיכוב בביצועו של הניתוח הקיסרי, הוא שגרם למחלה וכן הם אמרו כי יכול להיות שהעיכוב בניתוח גרם לתוצאה הקשה.

דעתי היא, כי העדויות הרפואיות וקביעותיו של בית המשפט המחוזי חייבות היו להוביל למסקנה כי הנזק נגרם במקרה זה עקב הפגות ולא עקב האיחור בעריכתו של הניתוח הקיסרי- כאשר בפני הערכאה הדיונית מובאות ראיות המצביעות על כך שלא ניתן לשלול כי גורם אפשרי מסוים הוא זה שהביא לנזק, בצד ראיות המגלות כי קיים גורם בדוק וידוע לנזק, אין מנוס מקביעת ממצא לפיו הנזק נגרם בשל הגורם הידוע והמוכר.

**ספק אם יש מקום לדבר על "סיבתיות עמומה" כפי שהרבו לעשות יתר השופטים**. לדעת גרוניס, מושג זה קשור, בדרך כלל, בקושי מובנה להכריע מהי הסיבה לנזק. הקושי המובנה קיים במצבים בהם לא ניתן לקבל תשובה מדעית ברמת ודאות גבוהה בנקודת הזמן הרלוונטית. דא עקא, במקרה הנוכחי לא העיד אף אחד מן העדים המומחים על כך שההתפתחות הנוכחית של מדע הרפואה היא היא שאינה מאפשרת לקבוע, לעת הזו, מהו הגורם המדויק לנזקיה של המשיבה.

**דיני הנזיקין וצדק מתקן**: על אף שספק אם מוצדק לדבר במקרה זה על "סיבתיות עמומה", נוכח העובדה שמדובר בהליך של דיון נוסף, יש לצאת מן ההנחה שהערכאה הדיונית עמדה במצב בו לא ניתן היה להכריע על יסוד הראיות שהובאו האם הסיבה לנזק נעוצה בהתרשלותו של בית החולים או שמא הסיבה הינה עצם הפגות.

קיימות ארבע אפשרויות לוגיות באשר לקשר בין הסיבה למסובב בהקשר בו עסקינן:

* 1. הגורם לנזק הינו פגות.
  2. הגורם לנזק הוא הדימום הנמשך כתוצאה מעיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי.
  3. שני הגורמים הנזכרים תרמו יחדיו לנזק. כל אחד מהם היה גורם את הנזק אפילו האחר לא נתקיים.
  4. רק אם שני הגורמים האמורים קיימים בעת ובעונה אחת ייגרם הנזק המסוים.

**עיקרון היסוד של דיני הנזיקין הוא שהמזיק, היינו זה שגרם לנזק, חייב לפצות את הנפגע כדי הנזק שנגרם לו**. במקרה של נזקי גוף, על המזיק להעמיד לרשות הניזוק את המשאבים הכספיים שיעמידו אותו במצב בו היה הוא נמצא אילולא העוולה. התוצאה של פסק הדין בערעור וכן של חוות הדעת של יתר השופטים הנמנים על המחנה התומך בהכרה ב"אחריות יחסית", אינה מתיישבת עם העקרונות שצוינו.

נאור אינה מביאה את המקרה שבפנינו בגדר אחת מארבע האפשרויות הנזכרות. נוצרת קטגוריה חדשה לגבי מקרים של "סיבתיות עמומה". היינו, אותם מקרים בהם הידע המדעי הנוכחי אינו מאפשר לקבוע איזו מבין האפשרויות הנזכרות תואמת את המציאות העובדתית. כך, במקרה הנוכחי הוחלט בפסק הדין בערעור לחייב את העותרים לשאת ב-20 אחוזים מן הנזקים, קרי הוטלה אחריות בשיעור האמור. משמע, על העותרים לפצות את התובעים בשיעור 20 אחוזים מן הנזק, למרות שאין קביעה פוזיטיבית כי הנזק נגרם כתוצאה מאשם של העותרים. אכן, אין מחלוקת על כך שהעותר 1 התרשל שעה שהניתוח הקיסרי לא בוצע במהירות המתחייבת. יש על כן הסוברים, כי במצב דברים כזה יש להקל בדרישה של קשר סיבתי במקרים של "סיבתיות עמומה". **הליכה בדרך זו משנה, לשיטתי, את הבסיס של עוולת הרשלנות. זאת, משום שהיא מביאה למעשה להטלת אחריות בשל יצירת סיכון.** המתרשל יוצר במעשיו או במחדליו סיכון לאחרים ועל כן עליו לפצותם, כך הטענה, אף אם לא ניתן להוכיח שהתרשלותו היא היא שגרמה לנזק. גישה זו היא בעייתית לפחות משני טעמים, בנוסף על כך שאינה מתיישבת עם הרציונל הבסיסי של דיני הנזיקין. ראשית, הטיפול ביצירת סיכונים נעשה בעולם המשפט באמצעות דינים אחרים. שנית, אין קשר הכרחי בין הרצון להרתיע מפני יצירת סיכונים לבין הטלת אחריות על פי הנזק שארע. לשון אחר, **אם מטרתנו היא למנוע יצירת סיכון, ייתכן שהמניעה או ההרתעה יושגו בצורה טובה יותר על ידי הטלת קנס**, שאין דבר בינו לבין שיעור הנזק ממנו סובל התובע.

**מדוע אין לסטות מהכרעה בינארית במקרה זה?** ראשית,קיים הבדל בסיסי בין שאלת הקשר הסיבתי לבין אותם מקרים בהם סוטה המשפט מהכרעה של הכל או לא כלום. ככל שמדובר בקשר סיבתי עובדתי התשובה לשאלה האם קיים קשר סיבתי היא בהכרח כן או לא. אין מנוס ממתן תשובה חיובית או שלילית, שהרי עוסקים אנו במציאות: האם ההתרשלות היא שגרמה לנזק, או שהנזק נגרם על ידי כוח עליון.

**מקרה הציידים**: המקרה של שני הציידים אכן מציב אתגר קשה. יש הגורסים, כי מקרה הציידים אינו דומה לענייננו, שכן שם מדובר היה בשני שחקנים שלא היתה מחלוקת כי כל אחד מהם התרשל. לעומת זאת, במקרה שבפנינו אין עסקינן בשני גורמים רשלניים, אלא בגורם עוולתי אפשרי אחד בעוד שהאחר אינו כזה. אפשר שלהבחנה זו יש אומנם נפקות. לטעמי, ההבדל נעוץ בתחום אחר. במקרה של הציידים קיימת אפשרות של 50 אחוזים שצייד פלוני הוא הפוגע ובדיוק אותו שיעור שהפוגע הוא צייד אלמוני. במצב דברים כזה, כנראה שאין מנוס מחיוב הדדי של שני הציידים. חיוב כזה מוצדק יותר מאשר האפשרות האחרת והיא שחרור שניהם מאחריות נזיקית. בענייננו, ואף אם נתעלם מההבדל הנזכר בכל הנוגע לשני גורמים רשלניים, לא נטען כלל ובוודאי שלא הוכח כי קיימת אפשרות זהה, היינו בשיעור 50 אחוזים, שהסיבה לנזק מקורה בגורם הרשלני ולא בכוח עליון.

**דיני הראיות ומאזן ההסתברויות**: הכלל הראשוני בדיני הראיות קובע כי על הטוען בטענה עובדתית להוכיח את טענתו. השאלה העיקרית הינה- מהי רמת ההוכחה הנדרשת? **הרמה הנדרשת במשפט האזרחי הינה זו של מאזן ההסתברויות**. כלומר, אין די בכך שגירסתו של צד אחד עדיפה על פני גירסתו של הצד האחר, אלא הגירסה העדיפה חייבת לעמוד ברף מינימאלי המתואר כ-51 אחוזים. מעדויות המומחים שהובאו מטעם המשיבים ניתן לחלץ, ובקושי, אף אמירות לפיהן אפשרי או ייתכן (possible) שמצבה הקשה של המשיבה נגרם בשל האיחור בביצועו של הניתוח הקיסרי. אכן, אמירה בדבר היתכנות (possibility) של קשר סיבתי הינה בעלת אופי פוזיטיבי ונמצאת ברמה גבוהה יותר מאמירה של עד כי אינו שולל אפשרות בדבר קיומו של קשר סיבתי. ברם, **אף אמירה בדבר היתכנות אינה מגיעה כדי הרף המינימאלי של 51 אחוזים**. **המסקנה המתבקשת לטעמי היא, שהמשיבים כלל לא הוכיחו את שמוטל היה עליהם להוכיח בכל הנוגע לקשר הסיבתי העובדתי.**

נניח כי המקרה הוא אכן מקרה של "סיבתיות עמומה". **איני מוצא כל צידוק להביא שינוי מהפכני בכלל הנוהג והמקובל בדבר מאזן הסתברויות**. כלל זה מבוסס על ניסיון שיפוטי שנצבר לאורך מאות בשנים. הכלל מביא להשאת מספרן של ההכרעות השיפוטיות הנכונות ולחלוקה של סיכון המשגה השיפוטי באופן שוויוני בין הצדדים. **כלל מאזן ההסתברויות הינו אף הכלל העדיף מבחינת הרווחה המצרפית והוא מביא למזעור של עלויות ההכרעות השגויות**.

**מקרים קשים, ודאות ופיתוח המשפט ע"י הערכאה העליונה**: העניין שהובא בפני הערכאה הדיונית, בפני ערכאת הערעור ובפני המותב הדן בדיון הנוסף הינו קשה מבחינת כל אחד ואחד מן המעורבים- מש' מלול, ביה"ח וביהמ"ש**. כאשר העניין מגיע לערכאת הערעור חובה על ערכאה זו ליתן את דעתה, בין היתר, לא רק למשמעות של הכרעה במקרה הקונקרטי, אלא אף על ההשלכה של ההכרעה מבחינה תקדימית ומבחינת פיתוח המשפט**. . כיצד מתמודדת ערכאת הערעור עם מקרים קשים מסוג המקרה שבפנינו בו עלו קשיים הדומים לאלו שמתעוררים במקרה זה (מבחינת המשפחה: הקשיים הברורים הנוסעים ממחלתה של הילדה. מבחינת ביה"ח: תדמיתו של ביה"ח. מבחינת ביהמ"ש: מצוי במתח שבין תחושת הצדק לאור הנתונים הספציפיים בתיק שבפניו, לבין ההכרה כי לפסיקה עשויה להיות נפקות בעתיד)? **נציין מספר דרכים להתמודדות: דרך אחת שבה בית המשפט פועל לעיתים היא לנסות להביא את הצדדים לידי פשרה. דרך שנייה הינה, להכווין את בעלי הדין להגיע להסכמה כי פסק הדין יינתן על דרך הפשרה. דרך שלישית היא ליתן פסק דין על אתר או לנסח את פסק הדין באופן שלא ניתן יהיה להתייחס אליו בעתיד כבעל אופי תקדימי**. הפיתוח של אחריות יחסית במקרה הנוכחי הינו דרך יצירתית וחדשנית שאין לה מקום כאשר בית המשפט ניצב בפני הקשיים שעולים במקרים כמו מקרה זה. **באימוץ דוקטרינה של אחריות יחסית במצבים של "סיבתיות עמומה" יש בכדי להרחיב ולהעצים את שיקול הדעת השיפוטי. תוצאה כזו אינה רצויה, על פי גרוניס. זאת, משום שהיא מובילה בהכרח להקטנת הוודאות במשפט, לעידוד ההתדיינות במקרים חסרי בסיס ולהגברתו של החשש מפני שרירות בהכרעה השיפוטית**. אין מקום לפתח את המשפט באופן שהמרכיב האישי בהכרעה השיפוטית ילך ויגבר. כך היה קורה אילו נתקבלה הדוקטרינה של אחריות יחסית.

**לסיכום:** יש לבטל את ההלכה שנפסקה בערעור. לא נמצא לי כי קיים צידוק להביא למהפכה בעקרונות יסוד של דיני הנזיקין ודיני הראיות. דעתם של חברותיי וחבריי השופטת מ' נאור, השופטת ע' ארבל, השופט א' רובינשטיין והשופט ס' ג'ובראן, אינה מתיישבת, להשקפתי, עם ההיגיון הבסיסי של דיני הנזיקין בדבר צדק מתקן. דעתם אף אינה תואמת את אחד מכללי היסוד של דיני הראיות, הוא הכלל בדבר מאזן ההסתברויות. אילו אומץ הכלל בדבר אחריות יחסית היה בכך כדי להביא להעצמה בלתי ראויה של שיקול הדעת השיפוטי ובמקביל לצמצומה של הוודאות המשפטית. לטעמי, אין להכיר במקרה זה באחריות יחסית בנסיבות של סיבתיות עמומה, שכן היא תוביל בהכרח להכרעות עמומות. שעה שבית המשפט העליון פועל למעשה כמחוקק עליו ליתן את הדעת בראש ובראשונה על המשמעות של פסיקתו מבחינת הכוונת התנהגות עתידית.

**החלטה סופית של פסה"ד**: הוחלט ברוב דעות של הנשיאה ד' ביניש, של המשנה-לנשיאה א' ריבלין, ושל השופטים א' פרוקצ'יה, א' א' לוי וא' גרוניס כנגד דעתם של השופטים מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין וס' ג'ובראן כי, ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה. מסיבה זו הוחלט בדעת רוב לבטל את פסק-הדין שניתן ב[ע"א 7375/02](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%207375/02).