

אחריות יחסית בבית ספרנו? העולה כיתה בבית ספרנו?

רונו קריטנשטיין, אליעזר ריבלין*

בפרשת **מלול** על גלגוליה השונים התגלעה מחלוקת באשר לאפשרות הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות. אין ספק כי עניין **מלול השני** הפך את עניין **מלול הראשון**, ואם עניין **מלול הראשון** אפשר סטייה מכלל ההוכחה הרגיל, הרי שעניין **מלול השני** סגר את הגולל על קביעת אפשרות הסטייה, למעט במקרים שבהם ניתן לכונן את מבחן ההטיה הנשנית.

סקירת הפסיקה בערכאות הנמוכות מלמדת על בוקה ומבולקה ביחס להבנת הלכת **מלול השני** ועוד יותר ליחס שבינה לבין הלכת **פאתח**. לו נתאר בתמצית את גישת הערכאות דמטה, יש לומר כי יש הכרה באחריות יחסית והיא אינה עולה כלל בקנה אחד עם חילוץ ההלכה מעניין **מלול השני** ולעיתים אף אינה עולה בקנה אחד גם עם דעת המיעוט בעניין **מלול השני** התומכת ב"מקרה הבודד" כאפשרות להכרה באחריות יחסית. אי לכך, אין דמיון לא בתוצאה ולא בהנמקה הנורמטיבית לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות.

הותרת הלכת **פאתח** על מכונה בפסק הדין המכונן **מלול השני מתבררת בדיעבד כ"אין הצר שווה בנזק המלך"**. היה ברור, לאור הפסיקה בעניין **מלול השני**, כי הלכת **פאתח** אינה יכולה להישאר על כנה. שאלת האחריות היחסית זכתה למענה כולל בעניין **מלול השני**, נקבעו לה גבולות, הלוא הם גבולות התרחשותה של ההטיה הנשנית, והיא חלה על כל מקרי האחריות היחסית. משאין עוד ולא יכולה להיות מחלוקת כי הפיצוי שנפסק בגין אובדן סיכויי ההחלמה בעניין **פאתח** אינו אלא פיצוי יחסי, ומששאלת הפיצוי היחסי נפתרה באופן מקיף בפסק דין **מלול השני** – מתבקשת המסקנה כי הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה יינתן אך ורק במקום שבו נתמלאו תנאי מבחן ההטיה הנשנית – זאת בכפוף לאופיו האסימטרי של הפיצוי היחסי כפי שעוצב מחדש בעניין **ל.ד.**

לטעמנו, אין להגביל דוקטרינה כללית זו לטיפול רפואי בלבד משום שההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית אינו תלוי בהקשר הרפואי. ואכן, העובדה שהלכת **פאתח** מורה על פיצוי יחסי "רגיל" מסבירה גם את הנטייה של חלק מפוסקי הערכאות המבררות להרחיב את אובדן הסיכוי לשטחי חיים אחרים, לבר משטחי הרפואה, כמו, למשל, ההכרה בתביעה נגד עורך דין בגין פגיעה בסיכויי הצלחה בהליך משפטי. עם זאת, גם תביעה מסוג זה המוגשת בגין אובדן סיכויי הצלחה במשפט נתונה בהכרח למבחן ההטיה הנשנית – אחרת יש בה משום יישום שגוי של הדין.

- א. מבוא. ב. איך מנצחים. ג. איך מנצחים לפי הלכת **מלול השני**. ד. איך מנצחים לפי הלכת **פאתח**. ה. אז איך מנצחים בדין הישראלי? ו. הנגזרת הנורמטיבית העולה מהניתוח הדסקריפטיבי – בוקה ומבולקה ואין פותר. ז. החטאים המאוחרים והחטא הקדמון. ח. סיכום.

* רונו קריטנשטיין הוא חבר סגל ביה"ס הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. אליעזר ריבלין הוא המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), נשיא הארגון הבינלאומי להכשרת שופטים, וויליאמסבורג – וירגיניה ופרופ' נלווה בפקולטה למשפטים בירושלים. אנו מבקשים להודות לגבי ענבל אטיאס ולמר בועז ארבל על עבודת מחקר מעולה שהשביחה רבות את המאמר. כמו כן, אנו מבקשים להודות לקורא האנונימי ולמערכת המשפט על הערותיהם אשר סייעו להבהרת טיעונינו.

פרק א: מבוא

כלל מאזן ההסתברויות מאפשר למערכות המשפטיות לקבל הכרעות באופן מיטבי וראוי, באופן אשר אמור למזער את הטעויות בהכרעה. הכלל מביא לכך כי ההכרעה תהא בינרית. המציאות היא בינרית, והכלל ממזער את הטעויות בהכרעה השיפוטית. צד לאירוע משפטי (נזיקי, חוזי וכדומה) יהיה חב במלוא האחריות, או שלא יהיה חב בכלל. סטייה מכלל זה נראית כבלתי אפשרית. אחריות יחסית כשמה כן היא, מבקשת להטיל על צד לאירוע משפטי אחריות באופן שאינו בינרי, אלא אחריות שתהא חלקית לחבות המלאה.

במאמר זה אנו מבקשים לטעון כי הלכת מלול השני קבעה הלכה בישראל באופן שהכירה באחריות יחסית במרווח צר במסגרת ההכרעות הנדרשות. המרווח הצר בא לידי ביטוי בקביעה כי רק בהתקיים מבחני ההטיה הנשנית ניתן היה להכיר באחריות יחסית. רק במקרים אלה תהא הכרעה שאינה בינרית, כלומר, הכרעה שתטמון בחובה אחריות חלקית לחבות שיצר אירוע משפטי. בכל מקרה אשר לא "ייפול" לגדר ההטיה הנשנית נצפה להכרעה בינרית, דהיינו, יש אחריות למלוא גודל האירוע (נזק, הפרת חוזה וכדומה) או אין אחריות כלל והצד הנפגע נושא במלוא האחריות.

דא עקא, אנו מבקשים לטעון כי הפסיקות בערכאות הנמוכות בבואן ליישם את הלכת מלול נתקלו בקשיים לא מעטים אשר הביאו לכך כי נוצרו פסיקות רבות ומגוונות שאינן קוהרנטיות האחת עם השנייה ואינן קוהרנטיות עם הלכת מלול השני.

אנו מבקשים במאמר זה, ראשית, להוכיח את טענתנו על הקשיים שנוצרו לאחר הלכת מלול השני. הטעויות ביישום הלכת מלול יצרו מצב שבו פוסקים שונים בערכאות הנמוכות מיישמים את דוקטרינת האחריות היחסית באופן שאינו תואם את הלכת מלול או שאינם מיישמים כלל את דוקטרינת האחריות היחסית בטענת היעדר הלכה בעניין. שנית, אנו מבקשים לטעון כי ניתוח דסקריפטיבי נכון יגלה כי יש סיבות ברורות לקשיים. הם נוצרו עקב החטא הקדמון של הותרת הלכת **פאתח**, אשר הכירה באובדן סיכויי החלמה, על כנה בעת יצירת הלכת מלול וכן עקב אייהכרה ואייהשלמה עם התוצאה ההלכתית שנוצרה בהלכת מלול.

לטעמנו, הגיעה השעה כי **סדר ייעשה בסוגיה באופן שיקל על הפוסקים בערכאות הנמוכות ליישם את ההלכה הקיימת כעת בדין הישראלי. למען הסר ספק נדגיש יש הלכה בישראל לעניין האפשרות לסטות מכלל מאזן ההסתברויות. אולם יש חריג אחד לכלל הבינרי והוא מתקיים רק בהינתן הטיה נשנית ומבחניה, שאז ניתן לסטות מכלל מאזן ההסתברויות.**

דרכנו במאמר תהא כך: בפרק ב' נבקש להתייחס בתמצית לשיטה הכללית הקובעת את אופן ההכרעה בסכסוך המשפטי. נעמוד על משמעות ההכרעה בהתאם לכלל מאזן ההסתברויות ועל המשמעות האפשרית של סטייה מכלל זה. בפרק ג' נבקש לנתח את הלכת מלול השני ולהסביר כיצד מוכרע הסכסוך המשפטי בהתאם להלכה הקבועה בהלכת מלול השני. נטען להלכה המכירה בחריג ההטיה הנשנית ונעמוד על קווי המחלוקת בין הגישות השונות בפסק הדין האמור. בפרק ד' נתייחס להלכת **פאתח** ולמערכת יחסיה עם הלכת מלול השני. נבקש לטעון כי עובדות הלכת **פאתח** מוכלות בהלכת מלול השני. בפרק ה', לוז טענתנו, נבקש להראות את הקשיים בפסיקות ערכאות נמוכות בבואן להחיל או שלא להחיל את הלכת מלול ובבואן להתייחס להלכת מלול השני לצד הלכת **פאתח**. בפרק זה נראה מגוון תוצאות המתקיימות בערכאות הנמוכות ביחסן להלכת מלול השני. בפרק ו' נראה כ הנגזרת הנורמטיבית העולה מהניתוח הדסקריפטיבי בפרק ד' היא בוקה ומבולקה. נטען כי הלכת **פאתח**, לצד הלכת מלול, מייצרת באופן אינהרנטי קשיים ביישום ההלכה. בפרק ז' החותם את ניתוחנו נטען כי הסיבות הברורות לתוצאות בפרק ה' טמונות בחטא הקדמון של השארת הלכת **פאתח** על כנה ושל החטא המאוחר של אייהכרה מצד הפסיקה המאוחרת בכך כי **נוצרה**

הלכה בעניין מלול השני.

פרק ב: איך מנצחים

כאשר ראובן תובע את שמעון בגין הפרת חוזה או בגין התרשלותו של שמעון בשמירת רכושו אשר גרמו נזק לראובן, על ראובן להוכיח את דבריו, קרי, עליו להוכיח כי אכן בוצעה הפרה, כי אכן שמעון התרשל בשמירת הרכושו. רף ההוכחה הנדרש אינו הרף אשר יקבע באופן ודאי ואמיתי כי אכן כך קרה הדבר, אלא מדובר ברף הוכחה נמוך יותר. לו היינו מבקשים להיות משוכנעים מעל לכל ספק כי אכן ראובן התרשל, כלומר כי אכן יש קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לראובן, נדרש היה ראובן להוכיח את הרכיבים בעוולה ברף של 100%. עם זאת, המשפט אינו דורש הוכחה ברף "מלאכים", אלא ברף נמוך יותר – רף הוכחה של 51%, המהווה את הרף לקיום הכלל כי "המוציא מחברו עליו הראיה". אי לכך, יש להוכיח את יסודות העוולה הנדרשים ברף העולה על 50%, ולא ברף של 100%. עמד התובע ברף זה, יקבל את מלוא תביעתו. לא עמד ברף זה, לא יקבל כלום. כלל זה, המכונה "מאזן ההסתברויות", מלמד כי ראובן עמד בנטל שהוטל עליו במסגרת מאזן ההסתברויות באופן המספיק לזכותו **במלוא הנזק** שנגרם לו עקב ההפרה או עקב הרשלנות של שמעון. ההנמקה מדוע אין עלינו לנקוט רף הוכחה גבוה יותר השואף לרף ההוכחה של המלאכים, אשר מבטא ודאות אמיתית או לפחות סבירות גבוהה מאוד לאמת האמיתית, היא כי דרישת רף שכזה תביא לכך שתובעים יצאו וידם על התחתונה לרוב בשל היעדר האפשרות להוכיח כל רכיב ורכיב מיסודות העוולה עקב חוסר ידע עובדתי, מדעי או בשל מגבלה אפשרית אחרת.¹ אולם, האם כלל ההכרעה הבינרי, קרי, "הכול או לא כלום", כפונקצייה של רף הוכחה בגובה 51% הוא הכלל האפשרי היחיד? הכלל היעיל היחיד? הכלל הראוי היחיד?

במאמר שפורסם על ידי קלברזי וקופר,² נטען כי יש מקום לעבור מכללים בינריים לכללים יחסיים (למשל, כלל האחריות היחסית³). הטיעון ועוד יותר ההנמקה שהציעו הם מעניינים. לטענתם, המעבר מכלל מאזן ההסתברויות (הכלל הבינרי) אל כלל האחריות היחסית נבע מרצון הולך וגובר לחלוקת נטל עלות הנזק. תחת כלל מאזן ההסתברויות, חבר המושבעים מחויב ל"הכול או לא כלום", להחלטה בינרית. כך, למשל, כאשר מדובר ב-*contributory negligence regime* ולניזוק אשם תורם, ייתכן שלא ייפסק לו כל פיצוי.⁴ לעומת זאת, כשמדובר באחריות יחסית, ייתכן שייפסק לו פיצוי חלקי, ומשכך על פניו **משטר זה מיטיב עם הניזוק**. מנגד, כשעסקינן ב-*contributory negligence* וחבר המושבעים נאלץ לבחור באופן בינרי (יש/אין פיצוי), ייתכן שהוא יתעלם מתרומתו של הניזוק לעצם קרות הנזק בשל הקושי לשאת את המחשבה שלא יקבל פיצוי כלל, ועל כן ייפסק לו פיצוי מלא.⁵ עם זאת, תחת משטר אחריות יחסית, ייפסק לניזוק פיצוי חלקי בלבד, **ובמקרה זה משטר אחריות מסוג זה דווקא פוגע בניזוק**. כלומר, אם ברישה נדמה כי כלל האחריות היחסית הוא מענה המוצדק כהטבה ל"ניזוק", הרי שבהתאם לסיפה אין זה בהכרח המצב בפועל.

¹ ניתן לתאר זאת גם כך: פלוני ואלמוני שניהם מגישים תביעות אזרחיות. ראיותיו של פלוני עומדות בנטל ההוכחה בכ-50.1%, כלומר, מעט מעל הרף הנדרש, בדוחק. אף על פי כן, פלוני זכאי לפיצוי מלא בשל כך. לעומתו, אלמוני עומד בנטל ההוכחה בכ-49.9%, ולמרות הפער המגוון בינו לבין פלוני, הוא אינו עומד בנטל ההוכחה לפי מאזן ההסתברויות ועל כן אינו מזוכה בפיצוי כלל. לפיכך, פלוני הוא כמי שהוכיח תביעתו בכ-100%, ואלמוני הוא כמי שלא הוכיח תביעתו כלל (היינו בכ-0%). ראו שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האמנם 'הכול או לא כלום'?" **עלי משפט** ג' (2) 531, 533 (2003).

² Guido Calabresi & Jeffrey O. Cooper, *New Directions in Tort Law*, 30 U. L. REV. 859 (1996).

³ לצורכי אחידות נשתמש במונח אחריות יחסית. המונחים אחריות הסתברותית ופיצויים הסתברותיים מכוונים לאותו הרעיון.

⁴ *New Directions in Tort Law*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 869.

⁵ שם, בעמ' 870–869.

לטענתם, למעבר לכלל האחריות היחסית הייתה השפעה שולית על תעריפי ביטוח כיוון שהפיצויים בסופו של דבר נותרו די זהים.⁶

לאור האמור לעיל, הרעיון למעבר לאחריות יחסית מבקש לא עוד הכרעה בינרית – שלפיה, הוכיח ב־51% – זכה במלוא תביעתו; הוכיח ברף הנמוך מ־51% – לא זכה בכלום – אלא הכרעה בהתאם להסתברות קיומו של רכיב העוולה שאותה על המזיק להוכיח. לפיכך, אם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי בין פעולה רשלנית לבין הנזק שנגרם היא 30%, אזי זה יהיה גודל הפיצוי – הניזוק יפוצה בכ־30% מסך הנזק.

ההכרעה הבינרית היא חשובה ברמה האקספרסיבית ונותנת תשובות ברורות לשאלות: האם הפרט התרשל או לא התרשל? האם הפר את החוזה או לא הפר? האם יש קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק? אם התשובה חיובית, קרי, יש קשר סיבתי, אזי המזיק הזיק לניזוק; ואם התשובה שלילית אזי על אף התרשלותו, כל עוד לא הוכח קשר סיבתי, המזיק לא הזיק לניזוק. **לאור האמור, נדמה כי תהא הסכמה שהבחירה בכלל האחריות היחסית ככלל השגור אינה אפשרית.** הסיבה לכך אינה ריבוי תביעות, כלומר שהחלת הכלל תגרום להגשת תביעות מרובה, מכיוון שאת התקלה הזו ניתן למנוע באמצעות קביעת רף מינימלי. הטעם החזק לשלילת דוקטרינת האחריות היחסית ככלל השגור הוא המשמעות האקספרסיבית האמורה של כלל ההכרעה הבינרית – מתן תשובה ברורה.⁷ אין מציאות שבה הפרת החוזה היא ב־30% וגם לא ב־60%, אלא "יש" או "אין" הפרת חוזה, קרי, התשובה לשאלת הפרה היא בינרית כשלעצמה.⁸

ודוק: במקרים רבים ההכרעה היחסית אינה הכרעה, כי אם פסיקה בפשרה.⁹ תכופות אין לבית המשפט את היכולת ואת הכלים לקבוע כעובדה שהתביעה הוכחה ב־40% דווקא, ולא ב־30%, דרך משל. אין זו הכרעה חד־ערכית.¹⁰ לעומת זאת, הקביעה במסגרת כלל מאזן ההסתברויות כי התביעה הוכחה "ב־51%" היא קביעה החלטית לאמור שגרסת התביעה עדיפה על גרסת הנתבעים. השימוש במספר 51% לא בא אלא כדי לסבר את האוזן; לומר כי גרסת התביעה עדיפה, ואין נפקות לתיאור עדיפות זו באחוזים. השיעור של 51% בא גם לומר שאין צורך במשפט האזרחי להגיע לרמת ההוכחה הנדרשת במשפט הפלילי. די בנטייה ברורה של מאזן ההסתברות לטובת הזוכה.

פרק ג: איך מנצחים לפי הלכת מלול השני

למרות משמעותו האקספרסיבית של כלל מאזן ההסתברויות, בעניין מלול הראשון¹¹ קבע בית המשפט כי תובע יכול לזכות בתביעתו אף אם לא הוכיח את הנדרש ב־51%. כלומר, הוכר כלל האחריות היחסית על פני

⁶ שם.

⁷ זאת, גם לא בשל הנימוקים שהועלו על ידי קמיל פוקס, רון שפירא ובני שמואלי. ראו קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס" עיוני משפט כז(1) 323 (2003). אריאל פורת דחה את טענותיהם אחת לאחת, ואנו נוטים להסכים עימו. ראו אריאל פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?" עיוני משפט כז(1) 357 (2003); ואריאל פורת נזיקין כרך א 371–372 (2013).

⁸ זאת, בנוסף לכך שמאזן ההסתברויות אמור להביא, בדרך כלל, לתוצאה הראויה והנכונה מבחינה משפטית. ראו ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 781 (התשס"ז).

⁹ ראו דבריו של השופט גרוניס בעניין מלול השני, להלן ה"ש 13.

¹⁰ ופרשת מלול תוכיח: בית המשפט המחוזי קבע שהתביעה הוכחה ב־40%, ואילו בית המשפט העליון, באותה פרשה עצמה, קבע שהתביעה הוכחה ב־20%. עם זאת, יימצאו מקרים שבהם הנסיבות מאפשרות כימות ברור של מספר הנפגעים ממעשה עוולה לעומת מספרם של אלה שנפגעו שלא ממעשה העוולה. ראו בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן ההסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" מחקרי משפט כג 955 (2007). כן ראו: בנימין שמואלי "אחריות נזיקית כלפי בריאים שנחשפו לסיכון או: הגברת סיכון - הדור הבא" מחקרי משפט כט(1) 269 (2013).

¹¹ ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס(1) 11 (2005) (להלן: עניין מלול הראשון). הדיון היה בעקבות ת"א (מחוזי חיפה) 1058/94 מלול נ' בית חולים "כרמל" חיפה (נבו 18.7.2002), שם נקבע כי היו שני גורמים אפשריים לנזק שנגרם לתינוקת: האחד, פגות (אינו עוולתי), והשני, הדימום (עוולתי), שכן מדובר באיחור בניתוח קיסרי). בפרשה זו חל עיכוב בביצוע ניתוח קיסרי באימה של התינוקת, ומשכך נקבע כי הטיפול הרפואי שניתן לה היה רשלני, שכן לאור נסיבות הריונה (היריון בסיכון גבוה) נדרש

כלל מאזן ההסתברויות. בעניין **מלול הראשון** לא הייתה מחלוקת על הפעולה הרשלנית או על הנזק, אלא המחלוקת נסבה על קיומו של הקשר הסיבתי בין העיכוב בניתוחה הקיסרי של האם אשר גרם לדימום לבין הנזק שנגרם בסופו של דבר לתינוקת. אי־הוודאות, כלומר העמימות הסיבתית, הייתה שאלת גרם הנזק, דהיינו, האם הפעולה הרשלנית (העיכוב בניתוח) בכלל היוותה חלק מגרם הנזק. בית המשפט קבע כי יש לפסוק פיצוי בשיעור 20% מהנזק המבטא את קיומו של הקשר הסיבתי – הוכחת קשר סיבתי בשיעור של 20% בין ההתרשלות לבין הנזק. שיעור זה נמוך בהרבה מהשיעור הנדרש לפי מאזן ההסתברויות. נדמה כי הנרטיב המרכזי בהגעה להלכה בעניין **מלול הראשון** הוא **אי־הצדק** אשר ניכר בכל תוצאה אחרת שבה התובע־הניזוק, במקרה דנן הפעוטה, יצא וידו על התחתונה כאשר ההתרשלות כה ברורה.¹²

בעניין **מלול השני**¹³ נחלקו השופטים כך שההלכה שיצאה מתחת ידם לכאורה אינה ברורה. עוד יותר אינם ברורים קוהרנטיות ההלכה, רכיביה והתכתבותה עם שאלות הנגזרות מהקביעה כי ניתן לסטות מכלל ההוכחה הרגיל – מאזן ההסתברויות.¹⁴ ניתן לזהות בכלליות שלוש גישות בעניין **מלול השני**, אך גם בהן יש ניואנסים שונים. **גישה ראשונה** שוללת כל סטייה מכלל מאזן ההסתברויות. **גישה שנייה** ממשיכה בגישת עניין **מלול הראשון** שלפיה ניתן לסטות ממאזן ההסתברויות כאשר הנרטיב לסטייה הוא **תוצאה בלתי צודקת** בדבקות בכלל מאזן ההסתברויות. **גישה שלישית** סבורה כי ניתן לסטות, אולם רק בחריג מאוד מסוים המבטא **כשל שיטתי** של כלל מאזן ההסתברויות.

למרות זאת, האם ניתן לחלץ הלכה מעניין **מלול השני**? נדמה כי יש מקום לדעה כי עניין **מלול השני** הפך את עניין **מלול הראשון** באופן שאינו מותיר מקום לאחריות יחסית (ליתר דיוק, מותיר מקום צר בהרבה מאשר נקבע בעניין **מלול הראשון**), כך שככלל יחול מאזן ההסתברויות. ודוק, בשופטי הרוב אשר דחו את התוצאה ההלכתית בעניין **מלול הראשון** מצויים כאלה אשר ביקשו להחיל את האחריות היחסית בחריג מסוים ושופטים שהתנגדו לאחריות היחסית הן ככלל והן כחריג. אי לכך, ניתן לקרוא כי ישנם חמישה שופטים המתנגדים לקביעה בעניין **מלול הראשון**, וזו נדמית כקריאה שאין בה ספק.¹⁵ משכך, אין להכיר בכלל האחריות היחסית **כחריג העומד בפני עצמו גם אם אי־הצדק ברור**, קרי, אין ספק בקיומה של התרשלות ובקיומו של נזק ועל אף שיצא חוטא (מזיק) נשכר. אולם האם יש הלכה לסטייה ממאזן ההסתברויות? לכאורה יש שבעה שופטים הסוברים כי יש לסטות במצבים מסוימים, אך הם נחלקים ביניהם מתי מוצדק לעשות כן, קרי, מהם אותם מצבים.

נדמה כי שבעה שופטים מסכימים כי יש צורך בקווי גזרה לסטייה ממאזן ההסתברויות. ככלל, מאזן ההסתברויות הוא הכלל הקבוע, והשאלה היא מתי סוטים ממנו ומהי ההצדקה הנורמטיבית לסטייה זו. לכלל השופטים האמורים ברור כי הסטייה צריך שתהא מעטה וכי היא מחייבת הצדקה נורמטיבית. אחרת,

היה לנתחה באופן מיידי. עם זאת, קיים חוסר ודאות ביחס לקשר הסיבתי בין הנזק שנגרם לתינוקות לבין הגורם לו – הטיפול הרפואי הרשלני או עצם פגותה של התינוקת ומחלותיה עקב כך. לאור זאת, בית המשפט המחוזי קבע בדרך של אומדנה כי בית החולים חב בשיעור של 40% מהנזק.

¹² ראו יונתן דיוויס "כיצד ניישם את הלכת הסיבתיות העמומה בתביעות רשלנות רפואית" **רפואה ומשפט** 43, 1, 8 (2011) המתייחס במאמרו גם להתגבשות ההלכות בעקבות עניין **מלול הראשון** עד דנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול**, פ"ד סד(1) 533 (2010).

¹³ דנ"א 4693/05 **בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול**, פ"ד סד(1) 533 (2010) (להלן: עניין **מלול השני**).

¹⁴ בהקשר לכך, "בתיק זה היו תשעה שופטים ועשר עד אחד עשר דעות", אלדה אסקלסקי ורומן צירני "שוויון וצדק על כפות המאזניים: ראיון עם שופט ביהמ"ש העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין" **דין ודברים** ח 297, 314–319 (התשע"ה). בנוסף, שם הוסבר מדוע ניתן להעריך את מספר הדעות האמור.

¹⁵ על אף הפיכת עניין **מלול הראשון**, ראוי לציין כי בדיון השני בית המשפט החליט להשאיר את הפיצוי בידי התובעים מסיבות פרקטיות ולא להמשיך הלאה בגלגול התיק לצורך קביעה תוצאתית התואמת את הקביעה ההלכתית של עניין **מלול השני**.

תיווצר הרתעת יתר כנגד פעולות לגיטימיות ופגיעה קשה מדי ב"מזיקים".¹⁶ משכך, המחלוקת היא בנוגע לקווי הגזרה: בעוד גישה אחת בחרה בקווי גזרה תוכניים, בחרה הגישה האחרת בקווי גזרה קטגוריים.¹⁷

קווי הגזרה התוכניים מבקשים "להכשיר" סטייה ממאזן ההסתברויות בחריג מאוד מיוחד – "הטיה נשנית".¹⁸ חריג ההטיה הנשנית מצדיק סטייה במקרה שבו המזיק יוצר סיכון חוזר ומשותף כלפי קבוצה של ניזוקים, ובכל פעם שנתבע אותו לא נצליח בתביעה עקב הטיה שיטתית המביאה לכך כי בעת החלת כלל מאזן ההסתברויות לא תהא אפשרות להוכיח את הקשר הסיבתי בין הפעולה הרשלנית לבין הנזק שנגרם. בכך ברי כי עקרון הצדק המתקן נפגע ועוד יותר אלמנט ההרתעה.¹⁹ המזיק המתוחכם יתמרן את פעולותיו באופן המבטיח ריחוק ממאזן ההסתברויות כך שלא יישא באחריות למרות הצורך החברתי למנוע את פעולותיו המזיקות. הדוגמה המובאת בפסק הדין מוכיחה כדבעי את ההנמקה הנורמטיבית לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות: "... גורם המפיץ זיהום סביבתי עלול ליצור סיכונים בריאותיים כלפי ציבור רחב. כך גם, גורם רפואי עלול לפגוע בסיכויי הריפוי של קבוצת חולים על-ידי כך שינקוט במדיניות טיפול רשלנית".²⁰ חריג זה מבטא כשל תוכני של כלל מאזן ההסתברויות (להלן: "גישת ההטיה הנשנית").

מנגד, לפי הגישה השנייה, קווי הגזרה הקטגוריים מבקשים להכשיר סטייה בלא קשר לכשל כזה או אחר של מאזן ההסתברויות הנצפה באופן ברור על ידי מספר ניכר של ניזוקים. אלא שלפי קווי גזרה אלה, יש להכשיר סטייה אף במקרה הבודד של הניזוק בשל **אי-צדק** ואולם לתחום זאת **בקווי גבול קטגוריים ברורים** (להלן: "גישת המקרה הבודד").²¹ כלומר, כדי לא לקעקע את כלל המשפט הפרטי או את דיני הנזיקין באופן ספציפי, יש מקום לתיחום ברור של אפשרות הסטייה, למשל רק כאשר מדובר בנזקי גוף. אין זה אומר שאי-הצדק אינו יכול לנבוע במקרי נזיקין אחרים או אף במקרים משפטיים אחרים. אומנם, רק אי-צדק בתוספת תוצאת נזק לגוף מצדיקים את הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות. ככלל, מטעמי מדיניות משפטית, כפי שצוינו לעיל, אין לקעקע את כלל מאזן ההסתברויות. לכן, כל אי-צדק ותוצאת נזק אחרת שאינה נזק גוף אינם מצדיקים נורמטיבית סטייה מכלל מאזן ההסתברויות.²²

ניתן לשער כי השופטים התומכים בתוצאה ההלכתית של עניין **מלול הראשון** מקל וחומר מצדדים בשלושת השופטים התומכים בחריג ההטיה הנשנית. אי לכך ישנה הלכה שלפיה ניתן לסטות ממאזן ההסתברויות, ואולם רק בחריג ההטיה הנשנית. כלומר, רק בהתקיים העיוות בהחלת מאזן ההסתברויות פעם אחר פעם אין מקום לדבוק בכלל הבינרי הן מטעמי צדק מתקן והן מטעמי הרתעה.

ודוק, את עניין **מלול השני** ניתן לקרוא גם אחרת: בין השופטים הסבורים כי ניתן לסטות אי-פעם מכלל מאזן ההסתברויות אין הסכמה בנוגע להצדקת הסטייה בחריג ההטיה הנשנית. ישנו רוב די מוצק לסטייה אפשרית מכלל מאזן ההסתברויות, אך בתוך רוב זה לא התגבש רוב נוסף לסטייה רק בהתקיים **חריג ההטיה הנשנית**, דהיינו, לא דבקים בקל וחומר האמור לעיל. אולם, נראה כי הפסיקה והספרות מניחים כי התוצאה ההלכתית בעניין **מלול הראשון** בוטלה ובעניין **מלול השני** נקבעה הלכה חדשה שלפיה ככלל כי

¹⁶ אם רופא, למשל, ידע כי מכל מקום יהיה עליו לפצות בגין נזק הגבוה מזה שגרם, למשל במסגרת בדיקה ובשל אשם "טכני", ייתכן שהחשש מכך ימנע ממנו לתת טיפול מיטבי. "הרתעת יתר מעלה את רמת הזהירות של המזיק מעל לרמה האופטימלית, ומקטינה את היקף פעילותו מתחת לרמה האופטימלית. הרתעת יתר עלולה להיות גרועה יותר מהרתעה חסרה או מהעדר הרתעה כלשהי". ראו ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השיכנוע?" **משפטים** ל 317, 321 (1999).

¹⁷ הגישה הראשונה יוצגה על ידי השופט ריבלין והגישה השנייה יוצגה על ידי השופטת נאור.

¹⁸ עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13, בפס' 32–40 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

¹⁹ שם, בפס' 22–27 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

²⁰ שם, בפס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

²¹ שם, בפס' 15–17 לפסק דינה של השופטת נאור.

²² שם, בפס' 62 לפסק הדין של השופטת נאור.

אין לסטות ממאזן ההסתברויות, אלא בקיום מבחני ההטיה הנשנית. כך, למשל, בעניין **דובק**,²³ שם חזר בית המשפט על עמדתו התומכת בחריג ההטיה הנשנית. הן השופטת חיות והן הנשיאה נאור, אשר הייתה ראש המדברים בעניין **מלול הראשון**, הביעו תמיכה בחריג ההטיה הנשנית, מה שמחזק את הפרשנות כי ההלכה במלול אכן תמכה בסטייה מכלל מאזן ההסתברויות לטובת אחריות יחסית ככל שעומדים במבחני ההטיה הנשנית.²⁴ באותו האופן נקבע בעניין **פלוני נ' מדינת ישראל** כי בהתאם להלכת **מלול השני** פסיקת פיצויים הסתברותיים תהא רק בהתקיים חריג ההטיה הנשנית ויש להוכיח ככלל את הקשר הסיבתי לפי מאזן ההסתברויות. באותו המקרה לא הוכח הקשר הסיבתי הנדרש בין איחור בניתוח קיסרי לבין פטירת התינוק בהתאם למאזן ההסתברויות והתביעה הניזוקת נדחתה.²⁵

פרק ד: איך מנצחים לפי הלכת פאתח

חוסר הבהירות הקשור בהלכת **מלול השני** נוגע גם להלכת **פאתח**, אשר ניתנה לפנייה ונראית לפחות לכאורה כמתכתבת עימה.²⁶ אולם, למעשה הלכת **מלול השני** מכילה בתוכה את עובדות הלכת **פאתח**, שהרי בעניין **פאתח** מדובר באובדן סיכוי החלמה של תובע אשר ספג נזק בשל כך. לעומת זאת, בעניין **מלול** מדובר בהגברת סיכון לתובע אשר ספג נזק, ולא באובדן סיכויים. יודגש, בשני המקרים הייתה אי-החלמה ובשני המקרים היה נזק. הלכת **פאתח** הכירה לראשונה בדוקטרינת אובדן סיכוי החלמה כראש נזק חדש. במקרה זה לתובע היה סיכוי של 30% להחלים ממחלתו, אך בשל התרשלות הרופא אבד סיכויו. הנזק של אי-החלמה לא ניתן להוכחה במאזן ההסתברויות אלא רק ב-30%, כך שממילא אין מקום לקשר סיבתי בין ההתרשלות לבין אי-החלמה. אם היה אובדן סיכויי החלמה בגובה 60%, היינו יכולים לטעון שהניזוק מת עקב האיחור בניתוח, קרי ההתרשלות, אך משהוכח אובדן סיכויי החלמה של 30%, אי-אפשר לטעון כי הניזוק מת עקב האיחור בניתוח. על כן, בהיעדר אפשרות הוכחה ב-51% שהיה לניזוק סיכוי להחלים לכאורה, אין מקום לטענה הניזוקת. עם זאת, בית המשפט קבע כי לא הנזק של אי-החלמה הוא הנדון במקרה זה, אלא הנזק של אובדן סיכויי החלמה. בכך הוא קבע למעשה ראש נזק חדש. כפי שקבע בית המשפט: "...אובדן סיכויי החלמה, שנגרם עקב הרשלנות, יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק בר-פיצוי".²⁷ כמובן שאת אובדן סיכויי החלמה יש להוכיח לפי כלל מאזן ההסתברויות הרגיל, ולכן ממילא אין כאן כל סטייה ממנו המקימה צורך בצידוק נורמטיבי.²⁸ בעניין **צירגייב** ציין בית המשפט כי מדובר באחריות יחסית בתחפושת, שכן בסופו של יום הנזק הוא אי-החלמה: "לשיטתי, אין זה אלא מנגנון של הטלת אחריות יחסית 'בתחפושת'... בשל הבחירה הזאת

²³ ע"א 7547/99 **מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ**, פ"ד סה(1) 144 (2011).

²⁴ שם, בפס" 5 לפסק הדין של השופטת חיות ובפס" 7 ו-14 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

²⁵ "ככלל לא ניתן להסתפק באפשרות לקיומו של קשר סיבתי, ומשלא ניתן להוכיח בפועל את הקשר הסיבתי העובדתי ברמה הדרושה, אין לפסוק פיצויים הסתברותיים. בעל דין המבקש כי בית-המשפט יסטה מהמבחן הרגיל של מאזן ההסתברויות ויפסוק פיצוי לפי הסתברות נדרש להוכיח – באופן מובהק – את ארבעת היסודות של מבחן ההטיה הנשנית: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלט כלל מאזן ההסתברויות. אין זה המקרה שבפנינו... נקודת המוצא להחלט הדוקטרינה הינה שכל מעול גרם לחלק מהנזק, אולם מסיבות שונות לא ניתן להוכיח את שיעור הנזק המדויק של כל גורם... מקרנו שונה... בענייננו, בית-המשפט המחוזי לא קבע כי השיהוי בביצוע הניתוח הביא להחמרת הנזק של הילד – ואף לא היה בסיס ראייתי לקביעה כזו. לאמור, כלל לא הוכח שבית החולים הינו מעול, כדרוש לשם פנייה לדוקטרינת המעולים במשותף, ולא הוכח שהוא גרם לנזק כלשהו. על כן, אין מקום להשתמש בדוקטרינה להטיל על המשיבה את האחריות לנזק. בהיעדר יכולת להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין השיהוי בביצוע הניתוח לבין הנזק של הילד, אין מקום להטיל על המשיבה את האחריות לנזק". ראו ע"א 6727/15 **פלוני נ' מדינת ישראל משרד הבריאות**, פס" 6 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו) 30.7.2017.

²⁶ ע"א 231/84 **קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח**, פ"ד מב(3) 312 (1988). בעניין זה נדון ערעור על הטלת אחריות על קופת החולים אשר נקבע כי התרשלה, הן בגילוי הנזק שנגרם לעצב בפניו של המשיב אגב ניתוח באוזנו, והן בקיומו של ניתוח שני לתיקון אותו נזק. גילוי הנזק אירע רק לאחר 24 שעות מעת הניתוח, ואף ניתוחו השני של המשיב התקיים עשרה ימים לאחר מכן, ולא באופן מיידי.

²⁷ שם, בעמ' 321.

²⁸ "המדובר כאן בנזק של פגיעה בעצם סיכויי החלמה, להבדיל מן התוצאה העשויה להתגשם בסופו של יום". ראו ע"א 7469/03 **המרכז הרפואי שערי צדק נ' כהן**, פס" 10 לפסק הדין של השופט ריבלין (נבו) 17.4.2005.

נתייחס בחישובנו גם למינוח 'אובדן סיכויי החלמה', אף שבפועל נעסוק בפיצוי הסתברותי... מכיוון שהלכת **פאתח** מיושמת אך ורק במקרים שבהם התממש הנזק, הרי כל שהיא מבקשת לבחון הוא הסתברות מותנית: מהי ההסתברות שהחולה ימות בהינתן הרשלנות, ומהי לעומת זאת ההסתברות של מוות בהיעדר רשלנות? במילים אחרות: הלכת **פאתח** מציעה לנו פיצוי לפי הסתברות²⁹. גם בעניין **איבי** חוזר בית המשפט על עמדתו שלפיה אובדן סיכויי החלמה אינו אלא ראש נזק בתחפושת³⁰.

אם נדוק פורתא, הרי שיש היגיון בתפיסת אובדן סיכויי החלמה כאחריות יחסית לכל דבר. יתרה מזו, במובן המהותי הכרה בדוקטרינת אובדן סיכויי החלמה היא הכרה בפיצוי הסתברותי, וכך אף תופס זאת הדין הישראלי: ראשית, בשל מנגנון החישוב בהפחתת סיכויי החלמה כפי שבא לידי ביטוי בפסיקה, דהיינו הפיצוי הניתן הוא בהתאם לגובה ההסתברות שהתובע לא החלים **עקב הפעולה הרשלנית**³¹. יתר על כן, עקב תמיכת הדין הישראלי במצבים של אי-החלמה, ולא במצבים של הגברת סיכון בלי כל אי-החלמה³². זאת ועוד, אף מהלכת **פאתח** נדמה כי יש תנא דמסייע. גם מי שטוען כי השופט לוי התכוון לראש נזק, ולא לאחריות יחסית, אינו יכול לבטל כלאחר יד את הקושי שהלכת **פאתח** תומכת באי-הבחנה בין סיכוי קטן מ' 50% לבין סיכוי גדול מ' 50% – "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"³³. הדבר מביא לכך שאפילו לפי עניין **פאתח** עצמו ברמה הפורמליסטית לא ברור אם ההלכה דוחה את הרעיון כי דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה אינה בעצם אחריות יחסית³⁴.

יוצא אם כן כי הלכת **פאתח** אינה עולה בקנה אחד עם הלכת **מלול השני** ולמעשה אף סותרת אותה. אם לפי ההלכה בעניין **מלול** רק בהינתן הטיה נשנית ניתן לסטות ממאזן ההסתברויות, הרי שבאובדן סיכויי החלמה ללא הטיה נשנית אין מקום ואין הצדקה נורמטיבית אליבא דמלול (לפחות על פי תומכי ההטיה הנשנית) לסטות ממאזן ההסתברויות. נראה כי השארת הלכת **פאתח** כפי שעולה מעניין **מלול** לא נבעה ממדיניות פסיקתית קוהרנטית של דיני הנזיקין, מכיוון שההלכה עצמה אינה קוהרנטית עם הלכת **מלול השני**. היו כמה סיבות להשארת הלכת **פאתח** על כנה בנוסף לרצון לצירוף שופטים תומכי הלכת **פאתח** להלכה של חריג ההטיה הנשנית, קרי, להלכת **מלול השני**³⁵. מבחינה דוקטרינרית, כך היה נראה אז, לא היה מקום במסגרת מלול השני לבטל באבחה אחת הלכה פסוקה של בית המשפט העליון; התפתחות אבולוציונית של ההלכה הועדפה³⁶; ועקרון העמידה על שנפסק זכה לכיבוד. זאת, חרף התובנה כי נרטיב ההצדקה מהסטייה בעניין **מלול** לא רק שאינו קשור, אלא מאיין את הלכת **פאתח** המחזירה את הכוח לעניין **מלול הראשון**, אשר כאמור נדחה לחלוטין בעניין **מלול השני** – שם נקבע כי אין אפשרות לסטות ממאזן ההסתברויות, אלא רק במצבים של כמה ניזוקים בעלי הכלת סיכון משותף, ולא במקרה היחיד³⁷. בדיעבד, כפי שמבואר להלן, הסתבר כי במקרה זה מחיר הכיבוד של התקדים עולה על יתרונותיו.

²⁹ ע"א 10399/08 פרוטס נ' צ'ירגיב, פסי' 5 ר' לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 4.4.2011).
³⁰ ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי (נבו 3.9.2015). פסק הדין עוסק בנפגעי הגזות, כאשר הטענה כלפי המדינה הייתה שלא גילתה למטופלים על הסיכונים השונים הקיימים.

³¹ להבנת החישוב ראו גם עניין צ'ירגיב, לעיל ה"ש 29.
³² ראו גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיביות העמומה" ספר שלמה לוי 395, 400 (2013); עניין איבי, לעיל ה"ש 30; ראו גם עניין כהן, לעיל ה"ש 28.
³³ עניין פאתח, לעיל ה"ש 26, בעמ' 321.

³⁴ ראו בועז שנור "הבסיס העיוני לפסיקת פיצויים חלקיים בישראל" משפטים 177, 195 (2007).
³⁵ הדברים עולים גם מתוך דברי השופט ריבלין בעניין **מלול השני**; ראו גם אסקלסקי וצירני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 315 ("הלכה למעשה, כבוד הנשיאה לא הייתה מצטרפת לדעתי לו עמדתי על הצורך לבטל את הלכת פאתח").

³⁶ באופן דומה נהג בית המשפט העליון בפסק דין מאוחר יותר משבחר לקצץ בכנפיה של הלכת **פאתח** ולא לבטלה כליל: ראו להלן התייחסות להלכת **ל.ד.**.

³⁷ בהלכת **מלול השני** התגלעה מחלוקת באשר למשמעות דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה. כלומר, באשר לגבי מה היא חלה. השופטת נאור סברה כי הדוקטרינה חלה רק לגבי היקף הנזק. כלומר, כאשר אין ספק כי גרם הנזק הוכח בכלל מאזן ההסתברויות, אבל אין לדעת כמה מהיקף הנזק הוא גרם במוסף לגורמים אחרים. "על רקע זה אני נוטה לראות בהכרה פסיקתית בראש נזק

פרק ה: אז איך מנצחים בדין הישראלי?

בשל חוסר הקוהרנטיות, ביקשנו לבחון כיצד ערכאות דמטה מבינות את הלכת **מלול השני**, וליתר דיוק, כיצד ערכאות דמטה תופסות את כלל מאזן ההסתברויות בדין הישראלי ואת קיומה של האפשרות לסטות ממנו. בחינת הפסיקה³⁸ מלמדת כי ישנן פסיקות בבתי המשפט המחוזי והשלום אשר מבינות כי **אין לחרוג ממאזן ההסתברויות, אלא רק במקרי הטיה נשנית**.³⁹

דיון מעניין אליבא דמבחן ההטיה הנשנית נעשה בעניין **ט.מ. נ' היינץ רמדיה**,⁴⁰ העוסק בספיחי פרשת **רמדיה**. בית המשפט דן באפשרות מתן פיצויים עקב חריג ההטיה הנשנית. לדעת בית המשפט, שלושת המבחנים מתקיימים ויש סיכון משותף לקבוצת ניזוקים, אבל אין הוכחה לעיוות שיטתי. בית המשפט מציין כי ייתכן שבעתיד יהיו מחקרים סטטיסטיים אשר יוכלו לאשש הטיה שכזאת, אך לעת הזאת הוא אינו מכיר בקיומו של החריג בסיטואציה האמורה. אולם ניתן לראות באופן ברור כי פסיקה זו מבינה את משמעות הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות רק בקשר לעיוות שיטתי בהחלת הכלל האמור בהתאם להסבר שהצענו לעיל להלכת **מלול השני**.

מנגד, קיימות פסיקות הסבורות כי על אף הלכת מלול השני, אין הלכה פסוקה המאפשרת חריגה מכלל מאזן ההסתברויות או למצער הן אינן מכירות בחריג ההטיה הנשנית וכנראה מכירות רק בחריג אובדן סיכויי החלמה, אולם גם אלה אינן מחלצות כל הלכה מעניין **מלול השני**. כך, למשל, בעניין **רביבו**,⁴¹ בית המשפט קובע כי אין מקום להכרה בתביעת רשלנות רפואית בשל היעדר הוכחת רשלנות וכי ממילא דיון במבחני ההטיה הנשנית אינו רלוונטי משום שיסודותיה לא הוכחו גם כן. עם זאת, צוין למעלה מן הצורך כי לא ניתן לקבוע בוודאות כי אכן אומץ חריג ההטיה הנשנית, וזאת "לאור הדעות השונות שהובעו בפסק הדין בנושא".⁴² באותו האופן בעניין **לוי**,⁴³ אחת מפרשות נחל הקישון, טוען בית המשפט כי לא ניתן לקבוע באופן סופי שחריג ההטיה הנשנית התקבל: "... לא ניתן לקבוע כי מבחן ההטייה הנשנית התקבל באופן סופי על ידי רוב השופטים בדנ"א מלול ובכל מקרה מבחן זה הינו חריג מצומצם שיחול רק בהתקיימותם של מספר תנאים מצטברים שיש להוכיחם: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטייה נשנית בהחלתו של כלל מאזן ההסתברויות. לא ניתן לקבוע כי התובעים הוכיחו את קיומם של התנאים הנ"ל לתחולת מבחן ההטייה הנשנית".⁴⁴

אולם, הדוגמה המובהקת ביותר להבנה כי עניין **מלול** אינו מספק הלכה בדבר חריג ההטיה הנשנית מוצאת את ביטויה בעניין **לדני**.⁴⁵ במקרה זה דובר בתביעה של פרטים המתגוררים בסמוך לרמת חובב

עצמאי של אובדן סיכויי החלמה כשייכות לענף העמימות ביחס לגודל הנזק ולא ביחס לעצם גרימת הנזק". ראו עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 631; השופט ריבלין חלק עליה וסבר כי הדוקטרינה חלה גם באשר למצבים שישנה עמימות לעצם גרם הנזק. "כאשר התרשלותו של רופא גרעה מסיכוייו של החולה להחלים, ובמצביאות החולה לא החלים, יש רק שתי אפשרויות אמיתיות: או שהחולה היה מחלים אלמלא ההתרשלות, או שהתוצאה (איהחלמה) הייתה מתרחשת בכל מקרה. במובן יסודי זה העמימות היא לגבי עצם גרימת הנזק". שם, בפס' 47 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

³⁸ מתודולוגיית החיפוש התבססה על פסקי הדין שאזכרו או התייחסו, בין אם באופן מהותי ובין אם לאו, לעניין **מלול השני** ולעניין **פאתח** בתאריכים 7.12.2010-7.6.2010.

³⁹ ראו ת"א (שלום חי) 1778-09-14 א.כ.נ' **מגדל חברה לביטוח בע"מ** (נבו 13.8.2019); ת"א (שלום חי) 22620-09-17 **פלוני נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 8.7.2020); ת"א (שלום ת"א) 33776-12-15 **פלוני נ' יפאורה תבורי בע"מ** (נבו 2.5.2019); ע"א (מחוזי נצ') 16108-05-17 **רחמים נ' לסרי** (נבו 29.10.2017); ת"א (מחוזי ב"ש) 7301-06 **וובר נ' אגן יצרני כימיקלים בע"מ** (נבו 10.6.2015); ת"א (מחוזי ת"א) 44574-02-10 **עדי נ' "הפול" – המאגר הישראלי לביטוח כלי רכב בע"מ** (נבו 13.5.2012); ת"א (שלום חי) 18005-07 **שטרנשוס נ' איתנית מוצרי בניה בע"מ** (נבו 11.4.2012).

⁴⁰ ת"א (שלום ת"א) 36737-03-10 **ט.מ. נ' היינץ רמדיה בע"מ** (נבו 11.3.2014).

⁴¹ ת"א (מחוזי מרכז) 5383-09-08 **רביבו נ' מדינת ישראל משרד הבריאות** (נבו 31.12.2014).

⁴² שם, בפס' 69.

⁴³ ת"א (מחוזי חי) 732/01 **לוי נ' חיפה כימיקלים בע"מ** (נבו 3.11.2013). ראו גם ת"א (מחוזי חי) 972/00 **עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ** (נבו 17.6.2013). שם, צוין כי לא ברור כדבעי האם אכן חריג ההטיה הנשנית התקבל על ידי שופטי הרוב.

⁴⁴ שם, עניין **לוי**, בעמ' 95.

⁴⁵ ת"א (מחוזי ב"ש) 1069/07 **לדני נ' רמת חובב, מועצה אזורית תעשייתית** (נבו 9.1.2013).

וטוענים לנזקי גוף עקב החשיפה לחומרים מזהמים הנפלטים באזור. התביעה נדחתה עקב היעדר אפשרות להוכחת קשר סיבתי בין פליטת החומרים לבין נזקי הגוף. לכאורה זהו מקרה מובהק המתאים לבחינה בהתאם לחריג ההטיה הנשנית: מזיק, קבוצת ניזוקים וסיכון משותף. כביכול רק נותר לבחון אם יש הטיה שיטתית, ועל פניו נראה לפחות שיש מקום לבחינה. יתרה מזו, מאפייני המקרה (פליטת חומרים מזהמים) נופלים תחת אחת מהדוגמאות המובאות על ידי בית המשפט בעניין **מלול השני** – זיהום סביבתי.⁴⁶ באופן מפתיע קובע בית המשפט כי מבחן ההטיה הנשנית "לא התקבל באופן סופי בדנ"א מלול, שכן רוב השופטים לא ראו לנכון לקבוע מסמרות בעניין זה, משלא נדרש לנשוא הדיון; אולם קיימת כיום עמדה בפסיקה, שטרם הוכרעה סופית, לפיה יש לאפשר פיצוי הסתברותי בהתקיים התנאים של מבחן זה".⁴⁷

מסקירת מרבית הפסיקות עולה כי ברובן לא נמצאה חריגה ממאזן ההסתברויות על דרך חריג ההטיה הנשנית: בחלק מהפסיקות מכיוון שאין מקום לחריג ההטיה נשנית. בחלק האחר מהפסיקות האמורות מכיוון שמבחני ההטיה הנשנית אינם קורמים עור וגידים. **כך יוצא שבפועל מתקיימת הסטייה רק לגבי אובדן סיכויי החלמה**. לא מזוהה כל קושי לשימוש באחריות יחסית ללא כל מגבלה תוכנית ולעיתים אף ללא מגבלה קטגורית. כך, גם בהינתן מגבלה קטגורית, המשמעות היא הכרה בפיצוי ההסתברותי גם במקרה הבודד שאף לעיתים אינו בהכרח תואם סיטואציית אובדן סיכויי החלמה ובוודאי שאינו עונה על מבחן ההטיה הנשנית. לעיתים אין המדובר כלל ברשלנות רפואית, ולעיתים אין המדובר בנזקי גוף. ייתכן כי ניתן לזהות בחלק ניכר מהמקרים אי-צדק בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. זיהוי זה משקף את גישת המקרה הבודד ואת התוצאה וההצדקה הנורמטיבית כפי שבאו לידי ביטוי בעניין **מלול הראשון**, אשר כזכור התהפך בעניין **מלול השני**. כך יוצא שבפועל אין בנמצא פסיקה אשר מבצעת את חריג ההטיה הנשנית, והקורא את הפסיקה מבין כי ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במקרה הבודד.

נדגים דברינו מפסיקות דערכאות דמטה: בעניין **מד"א**, למשל, נדונה התרשלנות של צוות מד"א. מקרה זה לווה בעמימות לגבי הקשר הסיבתי בין ההתרשלנות לבין הנזק, ומשכך זוכה הניזוק בפיצוי בגובה 30% בשל אובדן סיכויי החלמה.⁴⁸ בדומה, באירוע תאונת דרכים, ולמרות שלא דובר ברשלנות רפואית, אולם בנזק גוף, החיל בית המשפט את דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה תוך שפסק כי לתאונת הדרכים תרומה בגובה 50% לגרם אחד מנזקיו של הניזוק.⁴⁹ בעניין **פלוני נ' ההסתדרות המדיצינית** התייחס בית המשפט להפרת חובת הגילוי של בית החולים, אשר לא יידע את הורי הוולד כי הם יכולים לפנות לוועדת החריגים בבקשה למימון החיסון לבנם.⁵⁰ בפרשה זו קיימת עמימות לגבי הקשר הסיבתי משום שלא ידועה החלטת ועדת החריגים לגבי מימון החיסון גם לולא הופרה חובת הגילוי.⁵¹ אי לכך, על פי כלל מאזן ההסתברויות, לא ניתן להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק שנגרם לוולד. בית המשפט קובע פיצוי ברף של 25% מגובה הנזק בהסתמך על דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה, למעשה כאחריות יחסית לכל דבר וכהסתברות יחסית לקשר סיבתי. בעניין **פלונית נ' ביה"ח סורוקה** נדון מות תינוקת כמה שעות לאחר לידתה, לטענת הוריה בשל התרשלנות בית החולים.⁵² בית המשפט קמא דן בסוגיית הקשר הסיבתי וקבע כי הוא לא הוכח בהתאם למאזן ההסתברויות.⁵³ כמו כן נפסק כי אין מקום לחריג ההטיה הנשנית בסיטואציה

⁴⁶ ראו עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13, בפסי' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

⁴⁷ ראו עניין **לדני**, לעיל ה"ש 45, בפסי' 76. חשוב להדגיש כי בית המשפט סבור שגם אם יאמץ מבחן זה הרי שאין זה המקום, מכיוון שמבחן ההטיה הנשנית נועד לעמימות בקשר לזהות הניזוק, ולא לגבי הקשר הסיבתי.

⁴⁸ ראו ת"א (מחוזי י-ם) 20986-10-15 **עזבון מ' י' נ' מגן דוד אדום** (נבו 10.9.2020) (להלן: עניין **מד"א**).

⁴⁹ ת"א (שלום ת"א) 38206-12-17 **פלוני נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ** (נבו 23.4.2020).

⁵⁰ ת"א (שלום ת"א) 37762-10-15 **פלוני נ' ההסתדרות המדיצינית הדסה** (נבו 1.3.2020).

⁵¹ שם, בפסי' 70-72.

⁵² ע"א (מחוזי ב"ש) 10411-12-13 **פלונית נ' ביה"ח סורוקה** (נבו 25.12.2014) (להלן: **פלונית נ' ביה"ח סורוקה – מחוזי**).

⁵³ ת"א (שלום ב"ש) 6496-04 **פלונית נ' ביה"ח סורוקה** (נבו 17.10.2013).

זו, ולכן ממילא אין אפשרות לקבל את תביעת ההורים. משכך, בית המשפט קמא כלל לא קיים דיון באפשרות להחיל את דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה. מנגד, דווקא בהסתמך על דוקטרינה זו פסק בית המשפט המחוזי כי יש מקום לפיצוי הסתברותי בהינתן שהטיפול לא היה מיטבי ועל אף שלא ניתן לקבוע ברף הנדרש שגם אילו ניתן הטיפול המיטבי לא הייתה התינוקת נפטרת.⁵⁴ בתביעת נזיקין עקב תאונת דרכים שהוגשה כנגד המדינה בשל חול וחצץ שהיו על הכביש (בהיעדר ביטוח למנוח), בית המשפט קבע פיצוי הסתברותי בגובה 20% מהנזק.⁵⁵ בית המשפט מחיל מבחינתו כשגרה את הלכת **פאתח** במקרה של תאונת דרכים, על אף שאין מדובר כאן במקרה הקלסי של אובדן סיכויי החלמה. לפיכך, למעשה ניתן להקיש מן המקרה הקלסי לכל אירוע נזיקי הכולל נזק גוף לפחות אליבא דבית המשפט זה.⁵⁶

מקרה קלסי אליבא דהלכת **פאתח** ניתן לראות בעניין **חברת החשמל**, שבו נדונה תביעה של עובד חברת החשמל אשר תבע את מכוון הבדיקות והמרפאה התעסוקתית של חברת החשמל.⁵⁷ זאת, משום שבבדיקות סקר תקופתיות שעשה במסגרת עבודתו נתגלה ממצא חריג שהתברר בהמשך כגידול סרטני, אך ממצא זה לא הועבר לידיעת העובד. בית המשפט פסק פיצוי של 45% מגובה הנזק בהסתמך על דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה.

לאור האמור, ניתן לראות כי כלל הפסיקות אינן עומדות במבחני חריג ההטיה הנשנית. למעלה מכך, **הן משקפות הכרה באחריות יחסית במקרה הבודד. ההצדקה הנורמטיבית היא איצדק בכלל מאזן ההסתברויות. הקונסטרוקציה המשפטית היא אובדן סיכויי החלמה כבניין אב, כמקור היקש לאחריות יחסית לכל דבר.**⁵⁸

פסיקות מעטות מצדיקות סטייה לאחריות יחסית בהסתמך על אובדן סיכויי החלמה **רק במקרי רשלנות רפואית**, דבר המקרב לסיטואציית הלכת **פאתח** וגם מתחם באופן ברור את המקרים שבהם ניתן לעשות שימוש באחריות יחסית במקרה הבודד. ההנמקה הברורה לתיחום דווקא לרשלנות רפואית מעבר לעניין התיחום עצמו היא מענה לאלמנט ההרתעתי האובד לעיתים בהכרעה בינרית. למשל בעניין **יגודאב** (ובאופן סותר לפסיקות אחרות) בית המשפט מבין כי הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות אינה רלוונטית כלל לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, אלא רק לרשלנות רפואית, תוך שהוא מנמק כי האלמנט ההרתעתי המתמרץ לפיצוי הסתברותי וקיים ברשלנות רפואית אינו קיים כלל בחוק.⁵⁹ נפסק כי במקרה הנדון לא הוכחה הטיה נשנית נוסח דעת הרוב בעניין מלול השני ואף המקרה אינו נופל בגדר החריגים נוסח דעת המיעוט. יתרה מזו, הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות מכוונת למקרים שבהם אין חולק כי קיים קשר סיבתי בין הנכות היחסית שקבע המומחה לבין התאונה, אך לא למקרים שבהם קיים קושי לקבוע קשר

⁵⁴ ראו עניין **פלונית נ' ביה"ח סורוקה – מחוזי**, לעיל ה"ש 52, בפסי' 15–18. התיק הוחזר לבית המשפט קמא לקביעת גובה הפיצויים.

⁵⁵ ת"א (שלום חי) 5281-02-09 **גורש נ' מדינת ישראל** (נבו 6.6.2012).

⁵⁶ ראוי לציין כי בית המשפט פסק פיצוי בגובה 20% מהנזק בהתבסס על שתי דוקטרינות חלופיות – אובדן סיכויי החלמה ואשם תורם.

⁵⁷ ת"א (מחוזי מרכז) 4364-02-14 **ב. מ' ח. חברת החשמל לישראל** (נבו 12.7.2020).

⁵⁸ ניתן לזהות פסיקות **מעטות ביותר** שבהן לכאורה, לנוכח מגמת הפסיקה כפי שצינו בגוף הטקסט, היה מצופה פיצוי הסתברותי, ואולם בית המשפט דוחה את הפיצוי ההסתברותי לאור עניין **מלול**; הדוגמה החזקה בנושא היא עניין **גרבניקוב**, העוסק בקשר הסיבתי שבין מתן אבחנה נכונה מיד לאחר הניתוח לבין גרימת הנזק. בעניין זה נפסק כי אין מקום לחריג ההטיה הנשנית, ואולם לאור הפסיקות מעלה ניתן היה לנסות בחינת פיצויי הסתברות בהסתמך על אובדן סיכויי החלמה. ולמרות זאת אין כל דיון בדוקטרינה. בית המשפט דוחה כל אפשרות לפיצוי שכן הוא סבור שכפות המאזניים נוטות לשלילת הקשר הסיבתי. ראו ת"א (מחוזי ב"ש) 1083/07 **גרבניקוב נ' ד"ר דוחנו אולג** (נבו 6.4.2014).

⁵⁹ ת"א (שלום הרצליה) 34231-07-10 **ה.ד. נ' יגודאב** (נבו 3.1.2017).

סיבתי שכזה כמו במקרה הנדון. אי לכך, סטייה מכלל מאזן ההסתברויות במקרים מעין אלה היא קיצונית, שכן היא טומנת בחובה סיכון ל"מדרון חלקלק", ומטעמים אלה אין להחילה בתביעות על פי חוק הפלת"ד.⁶⁰

פסיקות שאינן מעטות מציינות כי ההכרה באחריות יחסית בין אם בחריג הטיה נשנית ובין אם באובדן סיכויי החלמה היא רק במקרי רשלנות שגרמה לנזקי גוף, ולא דווקא רשלנות רפואית (ככל הנראה בגלל קווי הגזרה הקטגוריים שקבעה השופטת נאור בעניין **מלול השני**⁶¹). כך, למשל, בעניין **סלומון**, אשר עסק בתביעה נזיקית וחוזית כנגד מתווך דירות, ציין בית המשפט מפורשות כי הכלל החל הוא כלל מאזן ההסתברויות, ורק במקרים של נזקי גוף ניתן לסטות.⁶² באופן דומה, בעניין **שלוש** דחה בית המשפט את האפשרות לפסיקת פיצוי לפי אחריות יחסית בתביעת נזיקין עקב רשלנות עורך דין.⁶³ כמו כן, בעניין **תכשיטי כפריס**, אשר עסק בנזקים כלכליים, פסק בית המשפט כי הסטייה המוצדקת בחריג הטיה הנשנית היא רק בנזקי גוף, וכי דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה אינה רלוונטית לנזקים כלכליים כך שממילא אין אפשרות להחיל אחריות יחסית.⁶⁴ בעניין **קלימי** נדחתה קטגוריית החלת אחריות יחסית בתביעת רשלנות כנגד עורך דין בשל היעדר עיגון בפסיקה למקרים אלה.⁶⁵ באופן ברור וחד אף קובע עניין **נצר** כי הלכת **פאתח** חלה במקרים של אובדן סיכויי החלמה, ולכן בתביעת רשלנות כנגד עורך דין אינה רלוונטית.⁶⁶

אולם פסיקות רבות מבינות את החלת הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות גם על מקרים שאינם נזקי גוף וכולן שלא על דרך חריג הטיה הנשנית, אלא על דרך דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה, תוך שהן מכירות בכך שמדובר באחריות יחסית לכל דבר. כך, למשל, בעניין **טביביאן**, שעסק בתביעת רשלנות כנגד עורך דין, בית המשפט החיל את דוקטרינת אובדן סיכויי תביעה בהיקש ברור לאובדן סיכויי החלמה על מנת לסטות מכלל מאזן ההסתברויות.⁶⁷ פסקהדין מצייין כי בתי משפט השלום אמצו את הסטייה האמורה בכמה מקרים. אומנם במקרה דנן בית המשפט לבסוף לא קבע פיצוי יחסי מכיוון שהתובע לא הוכיח שאיבד סיכוי ממשי לזכייה בתביעה. מנגד, מפסק הדין ברי כי יש אפשרות ליתן פיצוי יחסי גם בתביעות רשלנות כנגד עורך דין. בדומה, בעניין **חזי** בית המשפט אכן קבע פיצוי הסתברותי בתביעת רשלנות כנגד עורך דין.⁶⁸ הגורם לעמימות הסיבתית נבע מחוסר בהירות לגבי סיכויי הצלחת בקשת רשות הערעור, ולכן הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק נותר עמום. בית המשפט החיל את הלכת **מלול השני** על המקרה דנן וקבע פיצוי הסתברותי בגובה 33%. נדמה כי פסיקת בית המשפט מדברת בעד עצמה: "... במקרים מסוימים של עמימות נסיבתית ייתכנו חריגים לכלל זה בנסיבות בהן הפתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם, ובאותם מקרים יעשה שימוש בחריג של פיצוי לפי הסתברות. בנסיבותיו של תיק זה, לא ראיתי מניעה עקרונית להחיל את הלכת עדן מלול על המקרה שלפנינו, על אף ששם דובר ברשלנות רפואית".⁶⁹ ודוק, בדרך כלל אנו מוצאים פיצוי

⁶⁰ שם, בפסי' 35: "דומה, כי סטייה מכלל מאזן ההסתברות ביחס ליקשר הסיבתי לגרימת הנזק' בתביעות על פי חוק הפלת"ד, הינה חדשנית, קיצונית, איננה נזכרת בחריגים שבהלכה הפסוקה, ועלולה להוביל ל'מדרון חלקלק' בתביעות פלת"ד. בימ"ש נתקל כבמעשה של יום יום במקרים בהם מומחים קובעים נכות המיוחסת לתאונה באופן חלקי ולעברו של התובע מייחסים את היתר. אולם במקרים אלו, אין ספק כי הנכות היחסית קשורה קשר סיבתי הדוק לתאונה. לא כך במקרה בו אין המומחה יכול לקשור את הנזק בקשר סיבתי חד משמעי לתאונה, אלא כנתון הסתברותי בלבד. לטעמי, איננו יכולים להחיל על תביעה על פי חוק הפלת"ד את ההלכות והחריגים שנקבעו בענייני התרשלנות רפואית או לא רפואית".
⁶¹ ראו עניין **מלול השני**, לעיל הי"ש 13, בפסי' 62 לפסק הדין של השופטת נאור.
⁶² ת"א (שלום ת"א) 28549-07-18 **סלומון נ' ברדה** (נבו) 8.2.2021.
⁶³ ת"א (שלום ת"א) 8648-03-18 **שלוש נ' עו"ד דין עדני** (נבו) 21.12.2020.
⁶⁴ ת"א (מחוזי י-ם) 3372-01 **תכשיטי כפריס בע"מ נ' המועצה הפלסטינאית (הרשות הפלסטינית)** (נבו) 3.8.2015.
⁶⁵ ת"א (שלום י-ם) 2766-09 **קלימי נ' פודיס** (נבו) 11.3.2015.
⁶⁶ ת"א (שלום נת"י) 2581-05-17 **נצר נ' בורסי הוצאה לאור של ספרי משפט (2003) בע"מ** (נבו) 1.10.2020. ודוק, נדמה כי בעניין **נצר** בית המשפט תפס את אובדן סיכויי החלמה כראש נזק, ולא כאחריות יחסית, ומטעם זה דחה את ההחלה האמורה.
⁶⁷ ת"א (שלום נת"י) 2256-07-16 **טביביאן נ' פורמן** (נבו) 27.10.2019.
⁶⁸ ת"א (שלום הר"י) 29783-06-13 **חזי נ' דניאל** (נבו) 16.6.2015.
⁶⁹ שם, בפסי' 50.

הסתברותי במקרים שאינם נזקי גוף ו/או רשלנות רפואית דרך אובדן סיכויי החלמה, ואומנם בעניין חזי בית המשפט הגדיל לעשות ועשה זאת דרך הלכת **מלול השני**.⁷⁰

באופן דומה נפסק פיצוי בגובה 50% מהנזק בהסתמך על הלכת **פאתח** בתביעה בגין פגיעה בסיכוי לזכות במכרז.⁷¹ התביעה הוגשה כנגד בנק שהנפיק ערבות בנקאית עם תאריך שגוי. בעניין **אדטו**, בית המשפט פסק פיצוי יחסי בתביעת רשלנות כנגד עורך דין בסך של 75.72%.⁷² הסיבה לרף זה הייתה הערכת בית המשפט בדבר סיכויי הצלחת התביעה לו הייתה מוגשת. כמו כן, בעניין **בוני**, הדן בתביעה בגין רשלנות כנגד עורך דין, נקבע כי נגרם נזק של אובדן סיכוי זכייה בערעור ונפסק פיצוי של 48% מהנזק המשקף פיצוי על אובדן סיכויי התביעה.⁷³ המקרה המעניין ביותר בענייננו הוא עניין **אפשטיין**: פסיקה מחוזית של פיצוי הסתברותי בתביעת רשלנות עורך דין, שם נקבע פיצוי יחסי של 74.70%.⁷⁴ בית המשפט גוזר גזרה שווה מאובדן סיכויי החלמה לאובדן סיכויי הצלחה באופן חד וברור. המעניין בפסק הדין הזה הוא שהעורר **מגיע מצד המזיק המבקש שלא יפסק כנגדו פיצוי מלא, אלא פיצוי חלקי, ובית המשפט מקבל זאת**.

אם נסכם, הרי שעל אף הלכת **מלול השני**, בתי המשפט בישראל פוסקים פיצויים יחסיים במקרה הבודד, שאינו נמנה על קבוצת הכשל השיטתי, פעמים רבות מאוד. לעיתים הסיטואציה היא אובדן סיכויי החלמה במשמעותו המקורית בעניין **פאתח**, ולעיתים היא כלל אינה דומה לסיטואציית הלכת **פאתח** – ופלט"ד יוכיח. לעיתים יש תיחום ברור רק למקרי רשלנות רפואית לעומת חלק ניכר מהמקרים שבהם אין תיחום לרשלנות רפואית כלל. לא זו אף זו, בחלק ניכר מפסקי הדין אין תיחום לנזקי גוף, דבר הסותר אף את גישת המקרה הבודד על פי עניין **מלול**. כך שבפועל לו צריך היה לתמצת את גישת הערכאות דמטה, יש לומר כי יש הכרה באחריות יחסית, והיא אינה תואמת כלל את חילוף ההלכה מעניין **מלול השני** ולעיתים אינה תואמת גם את דעת המיעוט בעניין **מלול השני** התומכת ב"מקרה הבודד" תחת תיחום קטגורי (למשל נזקי גוף) כאפשרות להכרה באחריות יחסית. אין דמיון לא בתוצאה ולא בהנמקה הנורמטיבית לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות.

פרק ו: הנגזרת הנורמטיבית העולה מהניתוח הדסקריפטיבי – בוקה ומבולקה ואין פותר

הלכת **מלול השני** נתפסת באופן שאינו אחיד ושאינו קוהרנטי על ידי ערכאות דמטה. נבאר דברינו. האופן שבו נתפסת ההלכה הוא כי ככלל אין לחרוג ממאזן ההסתברויות, למעט חריג ההטיה הנשנית וחריג אובדן סיכויי החלמה. אולם בתפיסה זו יש **בקיעים**. בכמה פסיקות בערכאות דמטה ראינו כי אין זה ברור שההטיה הנשנית בכלל קיימת כחריג בדין הישראלי. **ודוק, אם היא אינה קיימת, אזי קיים רק חריג אחד והוא אובדן סיכויי החלמה**.⁷⁵ ולפיכך, אם הטיה נשנית אינה חריג, לא ברור מהי התוצאה ההלכתית בעניין **מלול השני**.

⁷⁰ שם. ראוי לציין כי הכרעה זו התהפכה במחוזי, ואולם לא מהסיבות של יישום שגוי של עניין **מלול**, לדעתנו.

⁷¹ ת"א (שלום אש"י) 1544/06 אסף 2001 עבודות עפר וכבישים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ (נבו 18.5.2011).

⁷² ת"א (שלום ראש"י) 12614-09-11 אדטו נ' מוארמן, 27 (נבו 16.12.2014). בית המשפט טען כי אין מדובר באחריות יחסית, אלא באובדן סיכוי. "הפיצוי נועד לפצות על אובדן הסיכוי, או בעניינם של הצדדים שבפני, אובדן הסיכוי לזכות בעתירה לבג"צ ועל בסיסה לקבל את שכר הטרחה. (וידוגש, איני עוסקת בדוקטרינה של הטלת אחריות בהתאם לגובה ההסתברות אשר נדחתה על ידי בית המשפט העליון בדני"א 4693/05 [פורסם בנבו], כי אם בשאלה האם הפרת ההסכם על-ידי הנתבע, בחוסר תום-לב, היא זו אשר גרמה לאובדן סיכוי של התובע לקבלת שכר טרחה...".

⁷³ ת"א (שלום ראש"י) 34924-11-09 עו"ד ציון גבאי (נבו 5.12.2012).

⁷⁴ ע"א (מחוזי חי') 651/08 עו"ד יגאל גאגין נ' אפשטיין (נבו 5.9.2011).

⁷⁵ "לאחר הדיון הנוסף בפרשת **מלול**, זהו המקרה היחיד של פיצוי לפי הסתברות המשוחרר מסייגי 'ההטיה הנשנית'. שאלת ההצדקה שבהענקת פיצוי לפי הסתברות במקרה של רשלנות רפואית, בשונה מכל מקרי ההתרשלות האחרים – נותרה פתוחה". ראו עניין **ציריגייב**, לעיל ה"ש 29, בפסי' 9. אולם ראו הצבעה על הסבר אפשרי בפסק דינו של השופט עמית בעניין **ל.ד.**

למעשה, הקשיים בתפיסה האחידה אף אינם מפתיעים מכיוון שגם בית המשפט העליון אינו מבטא קו אחיד בנושא. למשל, בעניין **ל.ב. נ' היינץ רמדיה** נטען לכינון חריג ההטיה הנשנית לצורך סטייה מכלל מאזן ההסתברויות.⁷⁶ ההצדקה לסטייה נומקה בכך שקיימת עמימות סיבתית בין הפעולה הרשלנית לבין קרות הנזק וכי "לפנינו מזיק אחד (רמדיה), קבוצת ניזוקים (ילדים שצרכו את הפורמולה הצמחית הפגומה), וסיכון חוזר משותף (חסר תיאמין ובעיות התפתחות עקב כך) ועל כן יש להחיל את מבחן ההטיה הנשנית".⁷⁷ הדבר נדחה על ידי בית המשפט בין השאר בשל הקביעה כי אין כאן כל עמימות סיבתית תוך אזכור ההלכה כי את עניין העמימות הסיבתית יש להוכיח במאזן ההסתברויות.⁷⁸ פסק הדין אינו מבטל אפוא את הלכת ההטיה הנשנית.

לעומת זאת, מציין השופט עמית בלמעלה מן הצורך בנסיבות העניין: "במאמר מוסגר: דנו לעיל במבחן ההטיה הנשנית מנקודת הנחה כי מבחן זה הוא בגדר הלכה מחייבת. אולם השאלה אם אכן מדובר בהלכה מחייבת אינה חד משמעית".⁷⁹ על הדברים האמורים חזר השופט עמית בעניין **עצמון**: "השאלה אם מבחן ההטיה הנשנית הוא בגדר הלכה מחייבת אינה נקייה מספקות... הפסיקה המאוחרת לעניין מלול לא סיפקה תשובה חד-משמעית לשאלה זו וגם הספרות המשפטית מתלבטת בשאלה זו...".⁸⁰ אף השופט זילברטל בגישה זו, ולפיו "בנסיבות אלה אף אני אבקש להותיר לעת מצוא את השאלה האם ראוי להכיר בדוקטרינה האמורה ובאילו תנאים".⁸¹ כבר בכך סגי לאי-אחידות בקשר להלכה שנפסקה בעניין **מלול** וליתר דיוק ביחס לשאלה האם יש או אין חריג בדמות הטיה נשנית בכלל מאזן ההסתברויות.

השופט עמית אינו מסתפק בקביעה דסקריפטיבית כי ייתכן שמבחן ההטיה הנשנית אינו קיים כהלכה בדין הישראלי, אלא מעלה נימוקים נורמטיביים לפתרונות חלופיים טובים יותר בסיטואציות אשר לפי הלכת **מלול השני** גם הן נופלות בגדר מבחן ההטיה הנשנית. השופט עמית מציין כי דווקא בסוג תביעות של עוולות המוניות ועוולות הרעלה, ייתכן שמבחן ההטיה הנשנית, אשר יביא להגשת תביעות אינדיווידואליות ותשלום פיצוי הסתברותי, אינו מתאים במצבי עמימות סיבתית בשל הגשת תביעות מרובות ובשל סתירות בתוצאות הפסיקות. הוא אף סבור כי ישנן דרכים טובות יותר בסיטואציות אלה, כמו הגשת תביעה ייצוגית, הגשת תביעות רבות ובקשה לאחדן או פתרונות לבר ניזוקים דוגמת חוק לפיצוי נפגעי גזת.⁸² אכן, גם סיטואציות כאלה עמדו בעיני תומכי מבחן ההטיה הנשנית בעניין **מלול**. אולם ההלכה מתייחסת מפורשות גם לקבוצות קטנות יותר של ניזוקים (או של מזיקים).

תפיסה בלתי אחידה זו של בית המשפט העליון מעיבה על קוהרנטיות ההלכה עם שאר רכיביה. הערכאות דמטה תופסות את הלכת **מלול השני** באופן שאינו קוהרנטי בין רכיבי ההלכה לבין רכיבי ההלכה המתכתבים עם הלכת **פאתח**. המבוכה גדלה שבעתיים כאשר ברור שאימוץ הלכת **פאתח** בהכרח מכריע בסוגיות שעניין **מלול** לא ביקש להכריע או אף נמנע בידעין מהכרעה בהן. בבקשה לדיון נוסף בעניין **בית החולים הלל יפה בחדרה נ' פלונית**, אשר נדחתה על ידי בית המשפט העליון, על ידי הנשיאה נאור, נכתב כי "בעניין **פאתח** לא נקבעה כל הלכה לגבי מקרים

⁷⁶ ע"א 1415/13 ל.ב. נ' היינץ רמדיה בע"מ (נבו 22.7.2014) (להלן: עניין רמדיה).

⁷⁷ שם, בפסי' 23 לפסק הדין של השופט עמית.

⁷⁸ שם, בפסי' 24 לפסק הדין של השופט עמית.

⁷⁹ שם, בפסי' 25 לפסק הדין של השופט עמית.

⁸⁰ ע"א 6102/13 עצמון נ' חיפה כימקלים בע"מ, פסי' 47-48 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 24.9.2015); שם.

⁸¹ שם, עניין עצמון, פסק הדין של השופט זילברטל.

⁸² חוק לפיצוי נפגעי גזת, התשנ"ד-1994, ס"ח 277.

שבהם אבדן סיכויי ההחלמה הוא בשיעור העולה על 50%, שכן בנסיבות המקרה שנדון שם סיכויי ההחלמה שאבדו היו פחותים מכך. בנוסף, גם מעניין מלול לא עולה עמדה ברורה, וודאי שלא הלכה, בנוגע לשאלה האם יש לפסוק פיצוי הסתברותי גם במקרים שבהם ההסתברות לגרם הנזק עולה על 50%... פסיקתו של בית-המשפט בשאלה זו מאז הדיון הנוסף בעניין מלול לא הייתה אחידה.⁸³ ועם כך אין לנו אלא להסכים. וזאת בשל שמהלכת **פאתח** עולה בבירור כי יש מקום לפיצוי הסתברותי ברף העולה על 50% באובדן סיכויי החלמה. הדברים עולים מפסק הדין עצמו וכן מתוך הנמקה של הרתעת יתר אם נפסוק פיצוי מלא כאשר אנו ברף הגבוה מ-50%. **למעשה, ככל שמכירים בדוקטרינת אובדן סיכויי החלמה כאחריות יחסית בתחפושית אין כל סיבה להכיר במצבי פיצוי של נזק מלא.**

כפי שראינו, הערכאות דמטה לעיתים אכן פוסקות פיצוי הסתברותי מעל 50% ואינן פוסקות פיצוי מלא, בעוד ערכאות אחרות (נראה כי יש חלק ניכר מהן) פוסקות ברף העולה על 50% פיצוי מלא.⁸⁴ ניתן לזהות קו מבחין בין שני סוגי הפסיקות האמורות – פסיקות שניתנו טרם עניין **ל.ד.** ופסיקות שניתנו לאחר מכן.⁸⁵ זאת, בעקבות ההלכה בעניין **ל.ד.**, אשר ביקשה לבטל אפשרות לפיצוי יחסי ברף העולה על 50% ומתן פיצוי מלא במקרה זה.⁸⁶ אולם אף הכרעה נקודתית זו לא פתרה את המבוכה המהותית הנובעת מהכרה בהלכת **פאתח** ומאימוץ דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה, קל וחומר אם רואים זאת כאחריות יחסית בתחפושית, והמתבטאת בשאלה מדוע יש לתת ברף העולה על 50% פיצוי מלא באופן שאינו הולם שיקולי צדק מתקן ושיקולי הרתעה.

אך בכך לא סגי. מהלכת **מלול השני** נדמה כי אין הסכמה כלל לגבי פיצוי בלא נזק כלומר פיצוי על נזק עתידי. מבחינה מהותית נראה כי יש מקום אף לסיכון עתידי עוד בטרם אירע נזק. אין סיבה אמיתית להבחנה בין נזק שאירע לבין נזק עתידי ככל שמכירים בפיצוי הסתברותי, בדומה לקונסטרוקציה שהציעו פורת ושטיין במאמרם.⁸⁷ לטעמנו, במקום שמכירים בהטיה נשנית, ההצדקה לכך רק מתחזקת. הלכת **פאתח** אינה שוללת פיצוי בגין נזק עתידי, כפי שמבטא בית המשפט בהלכת **פאתח**: "מה לי עבר מה לי עתיד". אולם, בהתאם להלכת **מלול השני** ולחריג הנטען בה, אין מקום לפיצוי הסתברותי בסיטואציית עניין **פאתח** ככלל, קל וחומר באירוע עתידי, ולכן הלכת **פאתח** אינה יכולה להיות תנא דמסייע בעניין. לא מציינו אומנם פסיקות בערכאות דמטה שפוסקות על נזק עתידי, אבל איהקוהרנטיות בין עניין **מלול** לבין עניין **פאתח** נשמרת גם בנושא זה.

הנושא האקוטי בעניינו ובעל משמעות דרמטית הוא כי אליבא דהלכת **פאתח**, ברור כי הדוקטרינה חלה לא רק בנוזקי גוף, אלא גם בענפים אחרים. השופט לוין מכונן את הדוקטרינה בואכה בחינת פסיקות דומות בדיני החוזים, בהתייחסו לפרשה שבה נפסק לתובעת, משתתפת בתחרות מלכות יופי, פיצוי בגין

⁸³ דני"א 595/16 בית החולים הלל יפה בחדרה נ' פלונית, פס" 7 לפסק הדין של הנשיאה נאור (נבו 14.3.2016).
⁸⁴ כך, למשל, בת"א (שלום ת"א) 6565-09-12 פלונית נ' אלמוני (נבו 18.6.2018) נקבע פיצוי יחסי בגובה של 66%; בע"א 1693/09 עזבון פלונית נ' בית החולים אסף הרופא (נבו 3.9.2014) נקבע פיצוי יחסי של 66%; בת"א (שלום חי) 6329-08-08 פרח נ' מדינת ישראל (נבו 1.6.2011) נפסקה אחריות יחסית מעל ל-50% ופיצוי בהתאם; בת"א (שלום הרצי) 27779/08 פלוני נ' מכבי שירותי בריאות (נבו 9.12.2014) נקבע מפורשות כי אובדן סיכויי החלמה מקנה פיצוי הסתברותי באופן סימטרי מעל ומתחת ל-50% (אם כי במקרה זה נפסקו 25%).

⁸⁵ ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה (נבו 2.12.2015).
⁸⁶ שם; ראו גם ישראל גלעד ואהוד גוטל "על הרחבת אחריות בנוזיקין בהיבט הסיבתי – מבט ביקורתי" משפטים 417, 385 (2004); גלעד "הערת להסדרי הנוזיקין בקודקס – אחריות ותרופות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 778. "בעניין שערי צדק נ' כהן נרתע בית המשפט מלהחיל את האחריות היחסית – בלבוש של 'אבדן סיכויי החלמה' – כשהיה בכך כדי לפגוע בתובע, ונטה לצמצמה בהקשר זה על אף שזו כבר הוחלה בעבר במקרים דומים".

⁸⁷ Ariel Porat & Alex Stein, *Liability for Future Harm*, in PERSPECTIVES ON CAUSATION 221 (Richard S. Goldberg ed., 2010); ראו גם אריאל פורת "אחריות הסתברותית לאחר פסק דין מלול" ספר שלמה לוין 375, 380 (2013), "ראוי להותיר לתובע לבחור אם לתבוע בגין הנזק העתידי כבר בהווה, שאז הפיצוי יהיה הסתברותי, או לחכות לגרם הנזק ואם יתממש לתבוע בגינו".

אובדן הסיכוי לזכות בתחרות בשל רשלנות המארגנים, וזאת בהתאם ליכולת לאמוד את סיכויי זכייתה.⁸⁸ למעלה מכך מציין השופט לוין כי "כשאנו עוברים לדיני הנזיקין מתעוררת השאלה, מה טעם להבחין ביניהם לבין דיני החוזים? מדוע יכול סיכוי לשמש אובייקט לאומדן הנזק במאטריה ולא במאטריה הראשונה? ותוך יישום השאלה האמורה לסוגיית הרשלנות הרפואית לענייננו, האם יש טעם למנוע מן הנפגע פיצוי כלשהו, רק מן הטעם שהסיכוי אותו הפסיד עקב הרשלנות הוא % 50 או פחות?"⁸⁹ לפיכך, מובן מדוע ערכאות נמוכות טוענות בחלקן לעניין **פאתח** בסוגיות שאינן מצויות במתחם הקטגורי של הלכת **מלול השני** ולמעשה יוצאות מעבר לדיני הנזיקין. חשוב להדגיש כי בעיית ההוכחה אינה ייחודית לענף משפטי מסוים, אולם נדמה כי בדיני הנזיקין היא אקוטית יותר וזאת בשל מצבי איהוודאות הנוצרים במיוחד במקרים של עוולות המוניות, קבוצות של ניזוקים רבים וכדומה.⁹⁰

נדמה כי כאן, כאמור, איהקוהרנטיות היא בעלת משמעות דרמטית. אליבא דהלכת **מלול השני**, יש מקום לסטייה רק במקרי הטיה נשנית אשר ככלל רלוונטיים למקרים של סיכונים חוזרים ונשנים, ובכך כאמור מתקבעים קווי גזרה תוכניים לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות. לדעת המיעוט, אשר מבקש לסטות גם במקרה הבודד, שאינו חלק מקבוצת הכשל השיטתי, יש בקווי גזרה קטגוריים צורך ברור והתייחסות לדיני נזיקין ולנזקי גוף בלבד הוא ברור. בלי תיחום ברור נמצא מפוררים את כלל היסוד – כלל מאזן ההסתברויות. יש מקום לדעה כי ייתכן שניתן לתחום את הסטייה מהכלל לקווי גזרה קטגוריים שבהם נצרכים לסטייה זו. כך, למשל, ניתן למצוא בעמדת השופט מזוז תמיכה ברורה לקווי גזרה קטגוריים, שכן הוא סבר, בהערת אגב, כי במקרים של תביעות חיילים לפי חוק הנכים תגמולים ושיקום⁹¹ כאשר קיימת בעיית הוכחת קשר סיבתי בין הנזק הנפשי לבין השירות הצבאי יש להחיל חזקת סיבתיות ולהשתמש בכלל של אחריות יחסית, שישקף את העמימות הסיבתית בסיטואציה האמורה. אומנם הערת אגב זו לא גובתה לכדי כלל הלכתי, ואף במקרה הנדון בית המשפט דחה את התביעה הנזיקית בגלל בעיית הוכחת הקשר הסיבתי ברף הנדרש.⁹² אולם עמדה זו של השופט מזוז חלחלה למספר פסקי דין בלא להביא לתוצאה הלכתית.⁹³ אין ספק כי המדובר בנזקי גוף בהתאם לתפיסת נאור, ואולם בסיטואציה מאוד מתוחמת.

הסטייה אשר גילינו בניתוח פסיקות ערכאות דמטה הביאה להחלת הסטייה בלא קשר לקווי גזרה תוכניים ובלא קשר לקווי גזרה קטגוריים, אלא בשל מצבים ערפיליים בקשר הסיבתי בסוגיות שונות, הגם שרובן היו נזיקיות ואולם סוגיות שאינן קשורות לא למקרים של הטיה חוזרת ונשנית ולא למקרים של נזקי גוף וכדומה. כך יוצא שהיישום של הלכת **פאתח** המבקש לסטות מכלל מאזן ההסתברויות **במקרים של רשלנות עורך דין למשל אינו עולה בקנה אחד עם אף עמדה מהעמדות המוצגות בהלכת מלול השני. ברור כי הלכת פאתח והלכת מלול השני יחדיו הן אוקסימורון.** אכן השופטים, מטעמים שעליהם עמדנו, ביקשו שלא לפגוע בהלכת **פאתח**.⁹⁴ אולם, עינינו רואות כי ההלכה אינה אחידה ואינה ברורה. לכן, האמירה בספרות כי הלכת **פאתח** "יצאה מפסק דין מלול 'מחושלת' יותר",⁹⁵ הייתה נכונה אולי לשעתה; הפסיקה המאוחרת, לעומת זאת, לימדה כי הלכת **פאתח** אך מערפלת את הדין. אנו סבורים כי היא יצאה מבלבלת יותר. הלכת

⁸⁸ עניין **פאתח**, לעיל ה"ש 26, בפס' 8 לפסק הדין.

⁸⁹ שם, בפס' 9 לפסק הדין.

⁹⁰ ראו שני, לעיל ה"ש 32, בעמ' 395–396.

⁹¹ חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט–1959.

⁹² רע"א 7715/13 **פלוני נ' קצין התגמולים** (נבו 8.5.2016).

⁹³ ראו ע"נ (שלום ראש"צ) 17383-10-14 **פלוני נ' קצין התגמולים**, פס' 23 (נבו 16.12.2019); ע"נ (שלום ראש"צ) 50455-02-15 **פלוני נ' קצין התגמולים**, פס' 27 (נבו 11.9.2019); ע"נ (שלום ראש"צ) 31501-08-14 **פלוני נ' קצין התגמולים**, פס' 17 (נבו 9.9.2019); ע"נ (שלום ח"י) 58718-10-13 **פלוני נ' קצין התגמולים**, פס' 42 (נבו 6.8.2017).

⁹⁴ כולל מי שסבר שיש מקום לאיזון הלכת **פאתח**. ראו אסקלסקי וצ'רני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 314.

⁹⁵ שני, לעיל ה"ש 32, בעמ' 426.

פאתח והלכת **מלול השני**, כשני קלידים באותו פסנתר שאינם מכוונים כדבעי, הן היוצרות את הבוקה ומבולקה בדין הישראלי.

המבוכה אף גדלה כאשר מבינים את ההצדקה הנורמטיבית של מבחן ההטיה הנשנית כחריג לכלל הבסיס. הצדקה זו אינה קיימת בהכרח באובדן סיכויי החלמה. ככל שמכירים באובדן סיכויי החלמה כאחריות יחסית בתחפושת, המבוכה גדלה עוד יותר, וכפי שהראינו, נדמה כי קשה לטעון שאין המדובר באחריות יחסית. למצער, כך תופס זאת הדין הישראלי. שיקולי צדק מתקן אינם עולים לכאורה בקנה אחד עם אחריות יחסית, שהרי פיצוי הסתברותי אינו משקף את המצב האמיתי ואינו משיב את המצב לקדמותו. למעשה כפי שמציין בצדק פורת באחריות יחסית "אין עוד כל יומרה להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו".⁹⁶ אולם עדיין יש טעמי צדק מתקן, כי דווקא במקרי הטיה נשנית יש מקום לאחריות יחסית, שהרי המזיק ישלם בסופו של יום בהתאם למה שהזיק, אלא שהניזוקים חלקם יקבלו יותר וחלקם יקבלו פחות. מבחינת המזיק לפחות, מדובר בצדק מתקן מצרפי. היעדר אחריות יחסית יביא למצב שבו גם המזיק לא יבוא על סיפוקו מבחינת הצדק המתקן. שיקול זה אינו מתאים בכלל המצבים, אלא **רק במצבים של עיוות שיטתי** בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.

אף השיקול ההרתעתי כוחו עומד לו רק כאשר קיים עיוות שיטתי בכלל מאזן ההסתברויות, שאזי "המזיק" יכול לתמרן עצמו להסתברות של 30% לעניין אחד הרכיבים הנדרשים. לכאורה מטעמי סימטריה אין סיבה לשלול את הפיצוי ההסתברותי מעל 50%. הסיבה לכך היא כי הרתעת יתר כלפי הפרט תפגע בהתנהגותו, ומדובר בתוצאה שאינה רצויה מטעמי יעילות. כלומר, אם קיימת הצדקה נורמטיבית חזקה מטעמי הרתעה לפיצוי הסתברותי, וכאמור לעיל אכן קיימת הצדקה שכזו, הרי שאין מקום לדחיית פיצוי הסתברותי במקרים שבהם הוכח קשר סיבתי מעל 50% ואין מקום לקביעה כי הוכחה מעל 50% לא תזכה במלוא התביעה. אולם פורת בספרו מציין כי הטיעון להרתעת יתר בסיטואציה האמורה אינו שווה ערך לטיעון הרתעת חסר בסיטואציה האמורה. למעשה, כפי שמסביר פורת, במקרה של הטיה נשנית כלפי מעלה ובהיעדר טעויות של בית המשפט ושל המזיק בהערכת סטנדרט הזהירות הנדרש, לא אמורה להיווצר הרתעת יתר. אם כי כפי שמציין פורת, נראה כי טעויות אלה בהערכת סטנדרט הזהירות קיימות, ולכן יש מקום להרתעת "המזיק" באחריות שווה לתוחלת נזקי הפעולות הרשלניות.⁹⁷ **אולם, בכל מצב שאינו מהווה אחד ממקרי ההטיה הנשנית אין כל מקום לשיקול ההרתעתי**. כלומר, הן שיקולי צדק מתקן והן שיקולי הרתעה תומכים בסטייה מכלל מאזן ההסתברויות בחריג ההטיה הנשנית, וכאמור אין הצדקה אליבא דשיקולים אלה לסטייה במקרה הבודד.

דוק, לגישת השופטת נאור המעבר לאחריות יחסית מתקיים כאשר מאזן ההסתברויות מביא לאי צדק ורק לטובת הניזוקים, שכן רק אז יש "הכשר" לסטייה וכל זה **רק כאשר מדובר בנזקי גוף**, ששם ניתן לשער שאיחצדק הוא בעל משמעות אקוטית לעומת מקרים שאינם מכילים נזקי גוף. לכן, לטעמה יש לבחון את המקרה הבודד, ולא דווקא את קבוצת המקרים כדרישת מבחן ההטיה הנשנית.

המצבים שבהם יש מקום לסטות כחריג לכלל מאזן ההסתברויות, כעולה מחילוף ההלכה בעניין **מלול** ומההנמקות הנורמטיביות, הם די ברורים וכוללים סיכון חוזר ומשותף דוגמת זיהום סביבתי או מדיניות רפואית רשלנית. המקרה אליבא דהלכת **פאתח** אינו מצוי בסיכון החוזר והמשותף, ולכן קשה לעמוד

⁹⁶ פורת, **נזיקין**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 351. אם כי כפי שמציין פורת, ניתן ליישב את הקושי בכך שנטען להגדרה אחרת למושג הנזק ואזי נוכל לומר כי "הפיצוי ההסתברותי משקף את הערך הכלכלי של דרך הבחירה שאבדה" (שם, בעמ' 352).

⁹⁷ שם, בעמ' 358.

על הסיבה אליבא דתומכי מבחן ההטיה הנשנית כחריג (ולחלק מהשופטים חריג יחיד) להצדיק סטייה זו לאור הלכת **מלול השני**. יתרה מזו, ובלא קשר לכך שאין הצדקה לקיומה של הלכת **פאתח** לצד הלכת **מלול השני**, הרי שבהתאם לעולה ממחקרנו לגבי ערכאות דמטה נוצרות בשטח תוצאות שאינן קוהרנטיות אחת עם חברתה, לא קוהרנטיות עם הלכת **מלול השני**, לא עם הלכת **מלול הראשון** ואף לא עם הלכת **פאתח**. בלא קשר לראוי ולנכון נורמטיבית, סדר והיגיון נדרשים בסוגיית האחריות היחסית.

פרק ז: החטאים המאוחרים והחטא הקדמון

בית משפט, כך הורונו, לא ראוי לו שייעשה "בית שופטים" אשר, כמאמר השופט זילברג, "כמספר חבריו כן מספר דעותיו".⁹⁸ דווקא פסקי דין חשובים ועקרוניים לוקים לעתים בכתובה רבת פנים שמתקשה להתכנס לכלל הלכה ממוקדת.

הפסיקה בנושא האחריות היחסית⁹⁹ לא רק לקתה במגוון ההשקפות שנותבו לתוכה, כי אם גם בגריעה מהחלטיות של מקצת מאותן השקפות עצמן עד שההלכה עצמה בדבר האחריות היחסית הפכה היא עצמה להלכה יחסית. שני פגמים נפלו בפסיקה שדנה בשאלת האחריות היחסית – האחד מתגלה במקצת מפסיקת בית המשפט העליון, והאחר – כשל נקודתי. והאחרון אינו אלא תולדה של הראשון.

הקושי הראשון: הנגיסה בתוקפו של עקרון ה־stare decisis – העמידה על שנפסק – בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. ההבחנה בין עקרון העמידה על שנפסק לבין עקרון התקדים (שעיתים הוא מחייב על פי דין ועיתים אין דין המחייב ללכת לאורו) – היא שעקרון העמידה על שנפסק קורא לבתי המשפט לשאת פניהם אל התקדים בעת שהם מחליטים בדין.¹⁰⁰ אין זה כלל בל יעבור, אך קיומו של העיקרון מאפשר את בניית הדין הפסוק מקרה אחר מקרה עד שההלכה מתגבשת במהלך טבעי והיא גם מיושמת בעקביות וצובעת את שיטת המשפט בצבעי אחידות וודאות.¹⁰¹ גם מן הערכאה שאינה מחויבת בתקדימיה שלה מצופה שתלך בעקבותיהם כל עוד לא קמה עילה טובה לסטות מהם. המשפט אינו פועל ככלל במקבץ מהפכני. ההתפתחות הרגילה של המשפט היא בפעולת שרשרת טבעית המוסיפה נדבך אחר נדבך לבניין המשפטי; כל שופט מוסיף ומפתח את הדין בהוסיפו חוליה משלו בשרשרת הפסיקה ובד בבד כשהוא נשען על החוליה שהציבו קודמיו,¹⁰² נשען עליה, ואינו מסלקה מן הדרך כאבן נגף.¹⁰³

⁹⁸ ד"ר 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת ליטווינסקי, פ"ד טו 71, 76 (1961).

⁹⁹ ראו בפרק ה' לעיל; הקושי הראייתי שמשטר האחריות היחסית ביקש לפתור הוא, תדיר, הקושי להוכיח, בעולת הרשלנות, את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לתובע. שאלת החובה לנקוט אמצעי זהירות היא שאלה של מדיניות המותרת שיקול דעת נרחב לבית המשפט שאינו מתקשה לפסוק לגביה. גם שאלת ההתרשלות פשוטה יותר לקביעה מאשר שאלת הקשר הסיבתי. בית המשפט קובע את גדר ההתנהגות הראויה והוא נעזר תכופות בנוסחת ההיגיון של השופט הנד – לעיתים בלי לקרוא לה בשמה. ראו *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947); עמוס הרמן **דיני נזיקין** 60–62 (מהדורה שנייה 2020).

¹⁰⁰ James C. Rehnquist, *The Power that Shall be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court*, 66 B.U.L. REV. 345, 347 n.15 (1986) ("The 'doctrine' of stare decisis interchangeably describes either obedience to precedent, or obedience to precedent absent countervailing considerations"); EDWARD W. TUTTLE, 24 STANDARD ENCYCLOPEDIA OF PROCEDURE, 2–3 (Edward W. Tuttle, ed., 1920).

¹⁰¹ שם, Rehnquist, בעמ' 347.

¹⁰² כתיאורו המטפורי של רונילד דבורקין של רונלד דבורקין *"a group of novelists writes a novel seriatim; each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on"*; RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 229 (1986); ראו גם Stefanie A. Lindquist & Frank B. Cross, *Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent*, 80 N.Y.U. L. REV. 1156, 1167–1168 (2005).

¹⁰³ כך, למשל, הפסיקה האמריקאית אינה ממחרת לנטוש את הלכת *Chaplinsky*, אף שחלפו עשרות שנים מאז שנפסקה ואף שרוב הוראותיה דהו מיושן. ראו *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

בית המשפט בישראל לא תמיד הקפיד על עקרון העמידה על שנפסק. נטייה זו באה לידי ביטוי בשני מופעים: בראשון עושה בית המשפט שימוש בטקטיקת אמרת האגב.¹⁰⁴ בלבוש של אמרות אגב, או בלבוש של שורה של אמרות אגב, שותל בית המשפט את זרעי ההתנתקות מן התקדים תוך כדי הפיכתה, של אמרת האגב, בהדרגה, להגינה של הפסיקה (ratio decidendi) ובפועל – להלכה חדשה הזונחת את התקדים. הלבוש האגבי (Dicta) של זניחת התקדים בא ליצור את הרושם שאין מדובר כאן בהליך מהפכני, כי אם בתהליך אבולוציוני – מה שמקשה את עוקצה של נטישת התקדים.¹⁰⁵ טקטיקת אמרת האגב שימשה למיתון התהליך הרבולוציוני.

במקרים אחרים, לא נרתע בית המשפט מלשנות, באופן גלוי, את ההלכות שיצר במו ידיו. באותם מקרים נהפכו על פיהן הלכות קודמות של בית המשפט – לעיתים זמן קצר לאחר שנוסחו ולעיתים בידי הרכב מצומצם ששינה מהלכות שנקבעו בידי הרכב מורחב. נטישת עקרון העמידה על שנפסק לבשה במקרים אחדים לבוש של הטלת ספק בעצם קיומה של ההלכה שאותה ביקש בית המשפט לשנות, ולעיתים הצהרה גלויה על שינויה של הלכה נוהגת. קורותיה של הלכת **מלול השני** הם אך דוגמה אחת לבחירתו של בית המשפט לסטות מתקדימיו שלו. עם זאת, ניתן להצביע על דוגמאות ברורות נוספות.¹⁰⁶ בצידה של בחירה זו ישנו יתרון – התפתחות מהירה של המשפט, אך גם חיסרון הנובע מן הפגיעה בוודאות הדין ובמעמדו של בית המשפט.¹⁰⁷

בפרק ה' למאמר זה תיארנו את תוצאת הבחירה להטיל בספק את תוקפו של התקדים ואף את עצם קיומה של הלכה: פסיקות סותרות של הערכאות המבררות שאינן מתיישבות זו עם זו ומבוכה פסיקתית אצל שופטי הערכאות הראשונות – עד כדי בוקה ומבולקה.¹⁰⁸ בבית המשפט העליון, עצמו, ניתן להצביע על הדוגמה של שמירת מעמדו העצמאי של ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה רק בתביעות שעילתן הולדה בעוולה, ונטישתו בתביעות שעילתן שונה. היו אלה לכאורה הבדלים ללא שוני. כך גם מצאנו התייחסות משתנה, בבית המשפט העליון עצמו, לעצם תקפותה של הלכת ההטיה הנשנית.¹⁰⁹

הסטייה מעקרון העמידה על שנפסק פגשה בבית המשפט מחלוקת נוספת הנוגעת למרחב שיקול הדעת השיפוטי. היא מצאה ביטוי בעניין **מלול השני** עצמו.¹¹⁰ התמיכה בקיומה של אחריות יחסית חסרת גבולות מצאה לה תמיכה בעניין **מלול השני** בתורה המבקשת להעניק לבית המשפט שיקול דעת שיפוטי רחב; לעומתה, התפיסה המטילה ספק בעצם הלגיטימיות של פסיקה בגין אחריות יחסית בלתי מוגבלת מתיישבת עם גישת האיפוק השיפוטי. ביטוי לכך נתנו השופט רובינשטיין, מצד אחד, והשופט גרוניס, מצד אחר. השופט גרוניס מביע דעתו כי כלל רחב של אחריות יחסית פוגע בוודאות שבמשפט, מעצב את הדין "לפי אורך כף רגלו של הצינסלור" ומתיר עשיית פשרה ללא הסמכה בדין וללא הסמכה מטעם הצדדים.¹¹¹ הוא מוסיף כי

¹⁰⁴ ראו Rivka Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially – Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, 14 LAW & ETHICS OF HUM. RTS. J. 227 (2020).

¹⁰⁵ שם, בעמ' 268.

¹⁰⁶ כך, למשל, שינה בית המשפט בדרך ישירה את תפיסתו לגבי מעמד ראש הנזק של הפגיעה באוטונומיה מראש נזק עצמאי (ראו ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג' 526 (4) 1999); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים, פ"ד סה(3) 164 (2012)) לראש נזק חלופי שהפיצוי בגינו מוענק רק בהיעדרו של פיצוי בגין ראש נזק מהותי אחר (ראו ע"א 2278/16 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) 12.3.2018); רע"א 1519/20 פלונית נ' רעות – שרות נשים סוציאלי, פס' 10 לפסק הדין של השופטת וילנר (נבו) 11.8.2020).

¹⁰⁷ ראו Rehnquist, לעיל ה"ש 100, בעמ' 347.

¹⁰⁸ ראו בפרק ה' ובפרק זה לעיל.

¹⁰⁹ שם.

¹¹⁰ עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13.

¹¹¹ שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט גרוניס: "אילו נתקבל, כדי להרחיב ולהעצים את שיקול הדעת השיפוטי. תוצאה כזו אינה רצויה, על פי השקפתי. זאת, משום שהיא מובילה בהכרח להקטנת הוודאות במשפט, לעידוד ההתדיינות במקרים חסרי בסיס ולהגברתו של החשש מפני שרירות בהכרעה השיפוטית... אין צידוק לטעמי להסיג את המשפט לאחור ולחזור לימים בהם הפסיקה נקבעה על פי אורך רגלו של הצינסלור".

אף שתחושת הצדק והאינטואיציה השיפוטית מכוונות במידה מסוימת את דרכו של כל שופט, יש סכנה למשקל מופרז לכך בהכרעות השיפוטיות ולבריחה מהכרעה לעבר פשרה ללא הסכמה.¹¹² השופט רובינשטיין סבור לעומתו כי אין בכך פגם.¹¹³ אך טבעי הוא כי המצדדים במתן שיקול דעת רחב לשופטים ישלימו עם נטישת העיקרון של עמידה על שנפסק, ושהמסתייגים יקפידו עם יישומו. תיאור האחריות היחסית כפסיקה בדרך הפשרה, כדעתו של השופט גרוניס, נסמך על מציאות שיפוטית: הקביעה כי התביעה הוכחה ב־30%, כמוה גם הקביעה שהתביעה הוכחה ב־70%, אינה אלא במקרים רבים פשרה, ולא הכרעה.¹¹⁴ מכל מקום, גם אלה שביקשו להרחיב את שיקול הדעת המשפטי וגם אלה שסברו שיש לתחום אותו ביקשו להימנע מקביעות נחרצות וברורות לגבי המחלוקת העיקרית בפסק הדין בעניין **מלול השני**. והתוצאה: פסיקה נוספת שכרכה בעקבותיה "ספירת קולות" של השופטים בהרכב. היעדר הקפדה על העיקרון של העמידה על שנפסק התיר לפסיקה מאוחרת להתערב גם באותן האמירות החד־משמעיות שנוסחו בעניין **מלול השני**.

לקושי הזה הוסיפה הבחירה להותיר את הלכת **פאתח**¹¹⁵ על מכונה בפסק הדין המכונן – **מלול השני**. מחיר הבחירה הזו נתגלה רק בדיעבד לאור היישום הכושל של הלכת **מלול השני** בערכאות המבררות. בפועל היה ברור, כבר לאור הפסיקה בעניין **מלול השני**, כי הלכת **פאתח** מעוררת קושי. שאלת האחריות היחסית זכתה למענה כולל בעניין **מלול השני**, נקבעו לה גבולות, הלוא הם גבולות התרחשותה של ההטיה הנשנית, והיא חלה על כל מקרי האחריות היחסית. בחינה מפוקחת של הלכת **פאתח** מגלה שלא ראש נזק חדש נוצר בה, כי אם יישום של האפשרות להטיל על המעוול או המפר אחריות יחסית. לכך קיים עיגון מפורש בפרשת **מלול השני**, שם אף נפסק "כי אין עוד מקום לדבוק בדוקטרינה זו כבסיס עצמאי לפסיקת פיצוי יחסי"¹¹⁶, וכי מעתה ראוי שהכול ייבחן לפי מבחן ההטיה הנשנית. מחד גיסא, ייתכן כי יהיה בכך כדי לצמצם את אחריות המעוול במקרים מסוימים, ומאידך גיסא, במקרים אחרים דווקא כדי להרחיבה. יחד עם זאת, לפי גישה זו אין להגביל את החלת המבחן למקרים של רשלנות רפואית בלבד "משום שההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית אינו תלוי בהקשר הרפואי. תחת מבחן ההטיה הנשנית שוב אין להבחין בין אובדן סיכויי החלמה לבין הגברת הסיכוי לחלות... הבחנה שאין בה שוני"¹¹⁷.

חרף התובנה הזו, על מנת שלא לבטל, באבחה אחת, את ההלכה הוותיקה והמבוססת, ועל מנת ליתן תוקף רחב ומוסכם להלכת ההטיה הנשנית, לא הוכפפה הלכת **פאתח** לעקרון ההטיה הנשנית:

"אלא שהלכה זו, כפי שמציינת חברתי הנשיאה ד' ביניש, השתרשה בינתיים בשיטתנו ונכון אני להצטרף להשקפתה כי **היום** (הדגשה שלנו) אין הצדקה לחזור בנו מן הפסיקה שהכירה בראש הנזק העצמאי של 'אבדן סיכויי החלמה'".¹¹⁸

¹¹² שם, בפס' 17 לפסק הדין של השופט גרוניס: "אין לחדד, שתחושת הצדק והאינטואיציה השיפוטית מכוונות, במידה מסוימת, את דרכו של כל שופט. עם זאת, בשל כך שגורמים אלה הינם בעלי מרכיב אישי מובהק, קיימת סכנה שיינתן להם משקל מופרז בהכרעות השיפוטיות".

¹¹³ ראו שם, בפס' ל"ז לפסק הדין של השופט רובינשטיין: "חברי חושש ממדרון חלקלק בגישת המיצוע והיחסיות, ויכל שבית המשפט העליון יעשה הוא להעביר תחת שבת הביקורת את פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים, כשהשאלה שתעמוד בפניו היא האם ההכרעה שנפלה עשתה צדק עם בעלי הדין, והכל בהתחשב באורך רגלו של השופט". חברי בודאי אינו חולק על כך שתפקידם של בתי המשפט הוא להכריע בסכסוכים בצדק".

¹¹⁴ למעט המקרים החריגים שבהם הנסיבות המיוחדות מאפשרות כימות של הפוגעים או הנפגעים או של סיכויי קיומו של קשר סיבתי. ראו לעיל ה"ש 10.

¹¹⁵ עניין **פאתח**, לעיל ה"ש 26.

¹¹⁶ ראו עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13, בפס' 39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין: "את המקרים שנבחנו בעבר תחת הדוקטרינה הנפרדת של אובדן סיכויי החלמה ניתן לדעת לבחון מעתה לפי מבחן ההטיה הנשנית".

¹¹⁷ שם.

¹¹⁸ שם; ראו גם אסקלסקי וצ'רני, לעיל ה"ש 14.

הותרת הלכת **פאתח** על מכונה נתבררה בדיעבד כחטא, הלוא הוא החטא הקדמון. היום אין עוד מחלוקת שראש הנזק החדש שנוסח בעניין **פאתח** אינו ראש נזק עצמאי, כי אם עילה לקביעת אחריות יחסית. בעניין **צ'ירגייב** קובע בית המשפט מפורשות כי "בפרשת פאתח נפסקו פיצויים בגובה מכפלת שיעור הפגיעה בסיכויי ההחלמה בסכום הנזק הכולל, ושולם הסכום היחסי של הפיצוי מתוך הנזק הכולל; גובה הפיצוי נקבע לפי שיעור הפגיעה בסיכויי ההחלמה. כאמור, יש לראות בפיצוי זה משום דוגמה אחת של שיטת הפיצוי היחסי".¹¹⁹ בפועל הפיצוי בגין "אובדן סיכויי החלמה" אינו, אפוא, פיצוי בגין ראש נזק חדש, כי אם פיצוי יחסי. כיוון שכך, יש לו מקום אך באותם מקרים של קיום הטיה חוזרת ונשנית בהפעלת כלל מאזן ההסתברויות כפי שנפסק בעניין **מלול השני**. אין זה ראש נזק חדש ועצמאי שהקשר הסיבתי בינו לבין ההתנהגות המזיקה הוכח על פי מאזן ההסתברויות הרגיל, אלא מנגנון של הטלת אחריות יחסית "בתחפושת".¹²⁰

בית המשפט העליון אף מציין בעניין **ל.ד.**, בעקבות עניין **צ'ירגייב**, כי בהתאם לתפיסה זו, אשר מגדירה את הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה כפיצוי יחסי בגין ההסתברות שהנזק נגרם לתובע כתוצאה מפעולתו של הנתבע – התגבשה גם שיטת חישוב הפיצויים.¹²¹ דרך החישוב המקובלת כיום היא באמצעות הנוסחה הבאה: $(b-a) / b$.

כאשר $b =$ שיעור הסיכון לאחר ההתרשלות; $a =$ שיעור הסיכון קודם להתרשלות. כך, לדוגמה, מקום שבו ללא התרשלות סיכויי החלמה עמדו על 80%, אך בשל ההתרשלות ירדו ל-60%, אובדן סיכויי החלמה יעמוד על 50% ($50\% = 40 - 20$).

דרך החישוב של הפיצויים בגין אובדן סיכויי החלמה על פי שיעור ההסתברות *ex post*, ולא על פי ההסתברות *ex ante*, אף היא מלמדת כי הלכת **פאתח** אינה דוברת אלא בפיצוי יחסי. יתרה מזו, בתי המשפט החילו תדיר את הלכת **פאתח** במצבים שבהם הניזוק לא החלים בסופו של יום ולא החילוה על מקרים שבהם הניזוק החלים.¹²² גישה זו מאפיינת אחריות יחסית, ולא ראש נזק עצמאי – שהרי לגבי ראש נזק עצמאי אין נפקא מנה אם החלים התובע, אם לאו.

מבחן ההטיה הנשנית בעניין **מלול השני** בא לספק מבחן כללי ומקיף לכל המקרים שבהם כלל מאזן ההסתברויות נכשל מלמלא את תפקידו.¹²³ אכן, כלל מאזן ההסתברויות, שהוא כלל בינרי, נותן מענה אופטימלי למציאות. המציאות היא בינרית, ולא יחסית, וכלל מאזן ההסתברויות משכיל, בדרך כלל, להפחית את מספר הטעויות המשפטיות.¹²⁴ רק כאשר הוא כושל במלאכתו והכשל חוזר ונשנה יש מקום להטלת אחריות יחסית.

חרף מרכזיותו של כלל מאזן ההסתברויות, המבוסס על שיקולים חשובים של הוגנות ושל יעילות, אין זה עוד כלל חובק כול, ולאורך השנים הכירה הפסיקה בישראל בחריגים לו.¹²⁵ חריגים כאלה הוכרו גם מעבר לפתרונות יחסיים המצויים בגדרי הכלל המסורתי עצמו, כגון אשם תורם וחלוקה פנימית בין מעוולים הנושאים בחבות ביחד ולחוד. המסגרת הדוקטרינרית לחריגים אלה אינה אחידה והתפתחה ממקרה קשה אחד למשנהו.

¹¹⁹ עניין **צ'ירגייב**, לעיל ה"ש 29, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

¹²⁰ שם, בפס' 5 ר' לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

¹²¹ עניין **ל.ד.**, לעיל ה"ש 85, בפס' 24 לפסק הדין של השופט עמית.

¹²² עניין **צ'ירגייב**, לעיל ה"ש 29, בפס' 5 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

¹²³ עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13, בפס' 39 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

¹²⁴ ראו פורת "פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?", לעיל ה"ש 7; פורת **נזיקין**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 371–372.

¹²⁵ ראו דוגמאות לחריגים בפרק ה' למאמר.

הכלל בעניין **מלול השני** נועד להציע מבחן מקיף לכל סוגי הכשל. הוא חובק בתוכו גם את הסיטואציה העובדתית שבעניין **פאתח**, ואין כל סיבה משפטית או סיבה אחרת להחריג את המקרה בעניין **פאתח** מן הכלל האוניברסלי. זהו מקרה לדוגמה שבו ראוי היה, מקץ שנים, לסטות מעקרון העמידה על שנפסק. אלא שבית המשפט לא הלך את כברת הדרך הנוספת. אכן, פסק הדין בעניין **ל.ד.** חזר והכיר במהותה האמיתית של הלכת **פאתח** והוא אף הטיל בה מגבלות ושינה את יסודותיה.¹²⁶ בית המשפט מציין שם מפורשות כי בעניין **מלול** ובפסיקה שבאה אחריו הובהר כי הלכה למעשה לא בראש נזק מדובר, אלא בהטלת אחריות יחסית, והשימוש במונח "ראש נזק" שימש "תחפושת" לדוקטרינה המאפשרת פיצוי יחסי הסתברותי במקרים של עמימות סיבתית.¹²⁷ חרף זאת הותירה, כאמור, הפסיקה, בעניין **מלול השני** עצמו, את הלכת **פאתח** במקומה, ובחרה, באותה עת, שלא להסיק לגביה את שמתבקש מהלכת **מלול השני** – לראות בה רק אחד המקרים שבהם תותר הטלת אחריות יחסית, וממילא – בנתון למבחן ההטיה הנשנית.

הימנעות מהסקת המסקנה שאין להותיר את הלכת **פאתח** ללא שינוי גרמה לכך, בעקבות פסק הדין בעניין **מלול השני**, שהמקרה של אובדן סיכויי החלמה הוא המקרה היחיד שבו ניתן לפסוק פיצוי הסתברותי מבלי להידרש להוכחת קיומה של "הטיה נשנית". תוצאה זו אינה מתיישבת עם הפסיקה ואין היא מסתברת גם מטעמים נוספים: אחד הרציונלים להחלת פיצוי הסתברותי (ולא במעטה של "ראש נזק") דווקא במקרים של רשלנות רפואית, ולא במקרים אחרים, הוא העובדה שבתביעות אלה מי שנושא בנטל הפיצוי הוא חברות הביטוח, שמהוות "שחקנים חוזרים" בתביעות מסוג זה. טעם נוסף להחלת דוקטרינה של פיצוי הסתברותי דווקא במקרים של רשלנות רפואית הוא מכיוון שהנזק שנגרם במקרים אלה הוא נזק גוף, והדבר מעצים את הקושי להותיר את הניזוק בלא פיצוי כלשהו.¹²⁸ עם זאת, בהיות עניין **פאתח** אך מקרה אחד של הטלת אחריות יחסית אין בו כדי לגרוע מאופייה האוניברסלי של האחריות היחסית בכללה.

בעניין **ל.ד.** מגביל בית המשפט את גדרי תחולתה של האחריות היחסית בפסיקת פיצוי בעילת "אובדן סיכויי החלמה" ומורה שכלל האחריות היחסית, במקרה זה, אינו סימטרי וכי בהוכחת אחריות בשיעור כלשהו מעל 50% יהיה הפיצוי מלא.¹²⁹ נוסף על כך, השופט עמית מציע בעניין **ל.ד.** כי בהתקיים אחריות בשיעור זניח, לא ייפסק פיצוי כלל.¹³⁰ בית המשפט קבע שם כי הגם שאובדן סיכויי החלמה נותר כ"אי" של אחריות יחסית גם לאחר הלכת **מלול השני**, יש לצמצמו ככל שניתן, ולטובת הניזוק.¹³¹ התוצאה: היווצרות משטר כולל של אחריות יחסית הכפוף למבחן ההטיה הנשנית ובצידו מקרה של אחריות יחסית הפטור ממבחן זה – כשהשניים מוסיפים להתקיים זה בצד זה – אין בכך היגיון ואין בכך צורך.

אף שפסק הדין בעניין **ל.ד.** מגביל את עצמו למקרה של אובדן סיכויי החלמה, הרי שאין ספק שהוא משקף נטייה של בית המשפט העליון לצמצם את תחולת עקרון האחריות היחסית עוד מעבר לצמצום שנקבע בעניין **מלול השני**. ההלכה שנפסקה בעניין **ל.ד.** מקרבת גם את מקרה **פאתח** לכלל מאזן ההסתברויות – הכלל של "הכול או לא כלום". בעניין **ל.ד.** נקבע ששיעור "אובדן סיכויי החלמה" עלה באותו מקרה על 50%; עוד נקבע שם כי הלכת **פאתח** אינה אלא הלכה המפעילה אחריות יחסית. הצירוף של שתי קביעות אלה מלמד שבפועל הוכח בעניין **ל.ד.** קיומו של קשר סיבתי בשיעור העולה על 50%, כלומר בפועל יושם כאן כלל מאזן ההסתברויות. יתרה מזו, בית המשפט העליון פסק לתובעת פיצוי מלא למרות שהקשר הסיבתי

¹²⁶ עניין **ל.ד.**, לעיל ה"ש 85.

¹²⁷ שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט עמית.

¹²⁸ שם, בפס' 22 לפסק הדין של השופט עמית; ראו גם עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 11, בפס' 62 לפסק הדין של השופט נאור.

¹²⁹ שם, עניין **ל.ד.**, בפס' 27–32 לפסק הדין של השופט עמית.

¹³⁰ שם, עמדה אחרונה זו לא זכתה להסכמת השופטים האחרים (ראו פסק דינם של השופטים חיות ופוגלמן).

¹³¹ עניין **ל.ד.**, לעיל ה"ש 85, בפס' 29 לפסק הדין של השופט עמית.

הוכח בשיעור העולה אך מעט על 50% – ושוב הדבר מתיישב עם כלל מאזן ההסתברויות.¹³² התוצאה נכונה, אבל ספק אם היה עוד מקום לעשות שימוש בפיקציה של "אובדן סיכויי החלמה". ודאי לא לאחר הלכת צ'ירגייב והלכת איבי.

הלכת **פאתח**, שנותרה בעינה במסגרת פסק הדין **במלול השני** ובמסגרת פסק דין **ל.ד.**, צומצמה אפוא בפסיקה שקירבה עוד יותר את הפסיקה לכלל מאזן ההסתברויות. אלא שהגיונה של הפסיקה המצטברת מעניין **צ'ירגייב** ועד עניין **ל.ד.** מחייב לעשות צעד נוסף וצעד משלים לו. הראשון – להכפיף את מקרה **פאתח** למבחן ההטיה הנשנית כתנאי לעצם האפשרות לפסוק פיצוי יחסי במקרה המתואר בעניין **פאתח**. והצעד המשלים – בהיות פסק הדין בעניין **ל.ד.** פסק דין מאוחר להלכת **מלול השני**, נראה כי יש עתה לקרוא את הלכת **מלול השני** בשינויים שנקבעו בעניין **ל.ד.**. אומנם, שינויים אלה נפסקו לגבי מקרה דוגמת **פאתח**, אך כאמור אין עוד מחלוקת שהמקרה של אובדן סיכויי החלמה מושא המשפט בעניין **פאתח** אינו אלא מקרה אחד של הטלת אחריות יחסית. הו אומרים: יש לקרוא מעתה את עניין **מלול השני** בכפוף לקביעה החדשה שעקרון הפיצוי היחסי אינו סימטרי.¹³³ הדבר לא נאמר בעניין **ל.ד.**. ייתכן שהסיבה לכך היא הניסיון לפתח את הדין בהדרגה ובשלבים. אומנם ייתכן מאוד שזה יהיה השלב הבא בפסיקה, אך תיתכן גם סיבה אחרת: ייתכן שההימנעות מהכפפת מקרה **פאתח** להלכת **מלול השני** מושפעת מן הספקנות שהביע בית המשפט באשר לעצם קיומו של מבחן ההטיה הנשנית כהלכה מחייבת. לספק זה אין על מה שיסמוך. כך, גם מי שנמנתה על דעת המיעוט בעניין **מלול השני**, השופטת נאור, פסקה מפורשות בפסיקה מאוחרת יותר כי נוטה היא לאמץ את מבחן ההטיה הנשנית.¹³⁴ יתרה מזו, אצל חלקם של שופטי הרוב **במלול השני** זכה המבחן לתמיכה כמסגרת המינימלית לפסיקת פיצוי יחסי, ואצל חלקם כמסגרת מקסימלית לפסיקת פיצויים יחסיים. אלה גם אלה נתנו תוקף למבחן ההטיה הנשנית.¹³⁵ כאן ראוי היה לקיים את עקרון העמידה על שנפסק.

כללו של דבר: הרצון לשמור על תקפות עקרון ה-stare decisis, בצד הרצון להציב הסכמה רחבה להלכה שהוצעה **במלול השני**, גרם לשימור תקפותה של הלכת **פאתח**; בדיעבד התברר כי היה זה דווקא אחד המקרים שבהם אולי לא ראוי היה לעמוד על שנפסק, שכן כאמור את הלכת **פאתח** היה ראוי לכפוף במפורש להלכת **מלול השני**. הדבר היה מונע את איהבהירות של ההלכה. לעומת הרצון לשמר את הלכת **פאתח**, הפחיתות במעמדו של עקרון ה-stare decisis לאחר פסק הדין **מלול השני** הביאה לנגיסה נוספת בהלכה שנפסקה בדיון הנוסף.

עתה, משאין עוד ולא יכולה להיות מחלוקת כי הפיצוי שנפסק בגין אובדן סיכויי החלמה בעניין **פאתח** אינו אלא פיצוי יחסי, ומששאלת הפיצוי היחסי נפתרה באופן מקיף בפסק דין **מלול השני** – מתבקשת המסקנה כי הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה יינתן אך ורק במקום שבו נתמלאו תנאי מבחן ההטיה הנשנית – זאת בכפוף לאופיו האסימטרי של הפיצוי היחסי כפי שעוצב מחדש בעניין **ל.ד.**.

כפי שנפסק בעניין **מלול השני**, על התובע פיצוילפיהסתברות, במקרה שסיכוייו להחלים נפגעו, להראות כי קיימת "מחלקה" של מקרים שעניינו משתייך אליה וכי ביחס למחלקה זו ראוי לעבור מכלל מאזן

¹³² השופטים חלקו בדעותיהם בשאלה מה ייפסק למי שהוכיח בשיעור נמוך מ-50%.
¹³³ היום בוודאי שאין לומר כי "הלכת פאתח יצאה מפסק דין מלול 'מחושלת' יותר". ראו, גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה", לעיל ה"ש 32, בעמ' 426.

¹³⁴ בעניין **דובק**, לעיל ה"ש 23, השופטת נאור והשופטת חיות פסקו כי הן נוטות לאמץ את כלל ההטיה הנשנית.
¹³⁵ עניין **מלול השני**, לעיל ה"ש 13.

ההסתברויות לכלל של פיצוילפיהסתברות – לפי מבחן ההטיה הנשנית. מהצד השני, שוב אין להגביל דוקטרינה כללית זו לטיפול רפואי בלבד, משום שההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית אינו תלוי בהקשר הרפואי. ואכן, העובדה שהלכת **פאתח** מורה על פיצוי יחסי "רגיל" מסבירה גם את הנטייה של חלק מפוסקי הערכאות המבררות להרחיב את אובדן הסיכוי לשטחי חיים אחרים, לבר משטחי הרפואה,¹³⁶ כמו, למשל, ההכרה בתביעה נגד עורך דין בגין פגיעה בסיכויי ההצלחה בהליך משפטי. עם זאת, גם תביעה מסוג זה המוגשת בגין אובדן סיכויי הצלחה במשפט נתונה בהכרח למבחן ההטיה הנשנית – אחרת יש בה משום יישום שגוי של הדין.¹³⁷

פרק ח: סיכום

כלל מאזן ההסתברויות המבטא הכרעה בינרית הוא בעל משמעות אקספרסיבית ברורה וככזה הוא הכלל השגור להכרעה. אולם לצד קביעה זו עולה השאלה האם ומתי יש מקום לסטות מכלל זה לכלל האחריות היחסית.

בפרשת **מלול** על גלגוליה השונים התגלעה מחלוקת באשר לאפשרות הסטייה מכלל מאזן ההסתברויות. אין ספק כי עניין **מלול השני** הפך את עניין **מלול הראשון**, ואם עניין **מלול הראשון** אפשר סטייה רחבה מכלל ההוכחה הרגיל, הרי שעניין **מלול השני** סגר את הגולל על קביעת אפשרות הסטייה, למעט במקרים שבהם ניתן לכונן את מבחן ההטיה הנשנית. משמעותו של מבחן זה היא כי התובע הניזוק שייך לקבוצה שנחשפה לסיכון חוזר ומשותף והחלת כלל מאזן ההסתברויות עליה תביא תמיד לרמת הוכחה הנמוכה מ-51%. מצב זה מייצר הטיה שיטתית שאינה מוצדקת לאור מספר הניזוקים והסיכון החוזר, ומשכך רק בהתקיים תנאים אלה תותר הסטייה מכלל האחריות הרגיל.

לצד זאת, השארת הלכת **פאתח** על כנה אינה מטעמים תוכניים ואינה קוהרנטית עם הלכת **מלול השני**, ועל כן היא מייצרת מבוכה במגוון נושאים נגזרים בסוגיית הפיצויים ההסתברותיים. השארת הלכת **פאתח** בעינה, בחירה שנבעה מטעמים פרקטיים וטעמי מדיניות, הגבירה, כך התברר בדיעבד, את המבוכה אשר הייתה קיימת ממילא לאור המחלוקות בפרשת **מלול**.

סקירת הפסיקה בערכאות הנמוכות מלמדת על בוקה ומבולקה ביחס להבנת הלכת **מלול השני** ועוד יותר ליחס שבינה לבין הלכת **פאתח**. כך יוצא שעל אף הלכת **מלול השני**, בתי המשפט בישראל פוסקים פיצויים יחסיים במקרה הבודד פעמים רבות מאוד. לעיתים הסיטואציה היא אובדן סיכויי החלמה במשמעותו המקורית בעניין **פאתח**, ולעיתים היא כלל אינה דומה לסיטואציית הלכת **פאתח** – והיישום התמוה במסגרת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים יוכיח. במקרים אחרים ישנו תיחום ברור רק למקרי רשלנות רפואית לעומת חלק ניכר מהמקרים שבהם אין תיחום לרשלנות רפואית כלל. לא זו אף זו, בחלק ניכר מפסקי הדין אין תיחום לנזקי גוף, דבר הסותר אף את גישת המקרה הבודד על פי עניין **מלול**. כך שבפועל, לו צריך היה לתמצת את גישת ערכאות דמטה, יש לומר כי יש הכרה באחריות יחסית והיא אינה עולה כלל בקנה אחד עם חילוץ ההלכה מעניין **מלול השני** ולעיתים אף אינה עולה בקנה אחד גם עם דעת

¹³⁶ התרחבות הלכת **פאתח** למקרים אחרים של אובדן סיכוי או הגברת סיכון היא כמעט בלתי מוגבלת שהרי לכל סוג של נזק שנגרם אפשר "להצמיד" נזק נגזר של אובדן הסיכוי שלא לסבול את אותו הנזק. להרחבה ראו ישראל גלעד **דיני נזיקין – גבולות האחריות** כרך ב 1405, 1419 (2012); כמו כן, ראו בפרק ה' לעיל.

¹³⁷ בתי המשפט עשויים היו באותם מקרים לחסות תחת עיקרון משפטי שונה מעקרונות הפיצוי היחסי כפי שנקבעו במלול **השני** אם היו עושים שימוש ראייתי בעקרון הנזק הראיתי – לאמור מעבירים את נטל השכנוע אל הנתבע. מצבים של אובדן סיכויי החלמה יכולים בקלות להיות מוגדרים גם כמצבים של נזק ראיתי מובהק. ראו גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראיתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה", לעיל ה"ש 32, בעמ' 409; ייתכן גם שבאה העת לבחון את האפשרות ליישם את עקרון הנזק הראיתי בפן הנזיקי שלו ובכך להציע פנים חדשות לאחריות היחסית. ראו Porat & Stein, לעיל ה"ש 87, בעמ' 221.

המיעוט בעניין **מלול השני** התומכת ב"מקרה הבודד" כאפשרות להכרה באחריות יחסית. אי לכך, אין דמיון לא בתוצאה ולא בהנמקה הנורמטיבית לסטייה מכלל מאזן ההסתברויות.

הנגזרת הנורמטיבית העולה מהניתוח הדסקריפטיבי של בתי המשפט בערכאות הנמוכות מלמדת על איקוהרנטיות בתוצאות ובהנמקות. יתרה מזו, למעשה נדמה כי אף בחינת פסיקות מסוימות של בית המשפט העליון מלמדת כי זרעי המבוכה נזרעו כבר שם, שכן באלה הוטל ספק באשר לעצם חילוץ ההלכה בעניין **מלול**. התוצאה היא שאם אין סטייה מכלל מאזן ההסתברויות במקרי מבחן ההטיה הנשנית, ובוודאי שאין במקרה הבודד (דעת המיעוט בעניין **מלול השני**), נותרנו עם סטייה ממאזן ההסתברויות רק אליבא דהלכת **פאתח**. בהינתן כי הלכת **פאתח** היא פיצוי הסתברותי בתחפושת, אזי קיימת הכרה בכלל האחריות היחסית בהלכת **פאתח**. כאמור, תוצאה זו סותרת מניה וביה את ההלכה בעניין **מלול**, הואיל והשיקולים המצדיקים את הסטייה אליבא דמבחן ההטיה הנשנית אינם מחזיקים כאשר אין עיוות שיטתי בסיכון חוזר ומשותף - דוגמת הלכת **פאתח**.

המצבים שבהם יש מקום לסטות כחריג לכלל מאזן ההסתברויות, כעולה מחילוץ ההלכה בעניין **מלול** ומההנמקות הנורמטיביות, הם ברורים וכוללים את קיומה של הטיה נשנית, קרי, סיכון חוזר ומשותף דוגמת זיהום סביבתי או מדיניות רפואית רשלנית. המקרה אליבא דהלכת **פאתח** אינו מצוי בסיכון החוזר והמשותף, ולכן אין עוד סיבה, לפי תומכי מבחן ההטיה הנשנית כחריג (ולחלק מהשופטים חריג יחיד), להצדיק סטייה במקרה **פאתח** לאור הלכת **מלול השני**. יתרה מזו, ובלא קשר לכך שאין הצדקה לקיומה של הלכת **פאתח** לצד הלכת **מלול השני**, הרי שבהתאם לעולה ממחקרנו לגבי ערכאות דמטה נוצרות בשטח תוצאות לא קוהרנטיות אחת עם חברתה, לא קוהרנטיות עם הלכת **מלול השני** ואף לא עם הלכת **פאתח** וזאת בלא קשר לראוי ולנכון נורמטיבית. לפיכך, אין ספק כי סדר והיגיון נדרשים בסוגיית האחריות היחסית. הפסיקה בנושא האחריות היחסית לא רק לקתה במגוון ההשקפות שנותבו לתוכה, כי אם גם בגריעה מהחלטיות של מקצת מן הדעות שנשמעו בקשר אליה עד שההלכה בדבר האחריות היחסית הפכה היא עצמה להלכה יחסית.

בית המשפט העליון עצמו אינו נרתע מלשנות, במקרים מסוימים, את ההלכות שיצר במו ידיו, לעיתים זמן קצר לאחר שנוסחו ולעיתים בידי הרכב מצומצם. נטישת עקרון העמידה על שנפסק (Stare Decisis) לבשה במקרים אחדים לבוש של הטלת ספק בעצם קיומה של ההלכה ולעיתים הצהרה גלויה על שינויה של הלכה נהגת. בצידה של בחירה זו ישנו יתרון – התפתחות מהירה של המשפט, אך גם חיסרון הנובע מן הפגיעה בוודאות הדין ובמעמדו של בית המשפט.

למבוכה הפסיקתית בערכאות הנמוכות הוסיפה, כאמור, הבחירה להותיר את הלכת **פאתח** על מכונה בפסק הדין המכונן – **מלול השני**. היום ברור, גם לאור הפסיקה בעניין **מלול השני**, ובמיוחד כך לאור הפסיקה המאוחרת יותר בערכאות המבררות, כי הלכת **פאתח** לא תוכל בעתיד להישאר על כנה כמות שהיא. שאלת האחריות היחסית זכתה למענה כולל בעניין **מלול השני**, נקבעו לה גבולות והיא חלה על כל מקרי האחריות היחסית. משאין עוד ולא יכולה להיות מחלוקת כי הפיצוי שנפסק בגין אובדן סיכויי החלמה בעניין **פאתח** אינו אלא פיצוי יחסי, ומששאלת הפיצוי היחסי נפתרה באופן מקיף בפסק דין **מלול השני** – מתבקשת המסקנה כי הפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה יינתן אך ורק במקום שבו נתמלאו תנאי מבחן ההטיה הנשנית – זאת בכפוף לאופיו האיסימטרי של הפיצוי היחסי כפי שעוצב מחדש בעניין **ל.ד.**

יתר על כן, אין להגביל דוקטרינה כללית זו לטיפול רפואי בלבד משום שההיגיון של מבחן ההטיה הנשנית אינו תלוי בהקשר הרפואי. ואכן, העובדה שהלכת **פאתח** מורה על פיצוי יחסי "רגיל" מסבירה גם

את הנטייה של חלק מפוסקי הערכאות המבררות להרחיב את אובדן הסיכוי לשטחי חיים אחרים, לבר משטחי הרפואה, כמו, למשל, ההכרה בתביעה נגד עורך דין בגין פגיעה בסיכויי הצלחה בהליך משפטי. עם זאת, גם תביעה מסוג זה המוגשת בגין אובדן סיכויי הצלחה במשפט נתונה בהכרח למבחן ההטיה הנשנית – אחרת יש בה משום יישום שגוי של הדין.