

## פיצויים בגין פגיעה בסיכוי: מדע מדויק או משפט?

מאת  
אריאל פורת\*

### א. מבוא

קמיל פוקס, בנימין שמואלי ורון שפירא (להלן: המבקרים) מותחים ביקורת, במאמר המתפרסם בחוברת זו של עיוני משפט, על הצעתי להטיל אחריות נזיקית בגין פגיעה בסיכוי, אחריות שהיקפה נקבע על-פי ההסתברות שההתנהגות העוולתית של המזיק גרמה לנזקו של הניזוק.<sup>1</sup> הצעתי זו הוצגה במאמר שהתפרסם בישראל וכן בספר שכתבתי במשותף עם חברי פרופסור אלכס שטיין.<sup>2</sup> ביקורתם, בתמצית, היא כדלקמן: יש מקרים שקיימים בהם קשיים טכניים לאמוד הסתברויות. דוקטרינת הפגיעה בסיכוי אינה ניתנת ליישום במקרים אלה. המבקרים אינם חולקים על ההצדקות המהותיות לדוקטרינה, בעיקר

---

\* דיקאן, פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לעמרי ידלין ולארכס שטיין, וכן לסיון ברחן ולאורי פרוכטמן, חברי מערכת עיוני משפט, על הערותיהם.

1 ק' פוקס, ב' שמואלי ור' שפירא "פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים של חוסר ודאות בדבר פגיעה עוולתית באינטרס", מופיע בחוברת זו, בע' 323 (להלן: הביקורת). מכאן ואילך, כאשר אוכיר פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי או אחריות בגין פגיעה בסיכוי, תהיה כוונתי לאחריות ששיעורה נקבע על-פי הסתברות גרם הנזק לתובע על-ידי התנהגותו העוולתית של הנתבע. אפשר לחשוב על פתרון משפטי שלפיו שיעור האחריות בגין פגיעה בסיכוי הינו שונה, כגון פיצוי מלא על הנזק שסבל התובע בפועל.

2 א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (תש"ס) 605 (להלן: המאמר המבוקר), וכן: A. Porat & A. Stein *Tort Liability Under Uncertainty* (Oxford, 2001) 101–129. מאמר נוסף משותף עם פרופסור שטיין עומד לראות אור בקרוב: A. Porat & A. Stein "Indeterminate Causation and Apportionment of Damages: An Essay on Holtby, Allen and Fairchild" *Oxf. J. Leg. Stud.* (Forthcoming Fall 2003). מאמר אחר, שאף הוא, כך אני מקווה, עומד לראות אור בקרוב, עוסק באופן ספציפי בתביעות נגד חברות הטבק: א' פורת "תביעות בגין נזקי עישון: האתגר של דיני הנזיקין בעידן העוולות ההמוניות" משפטים (עתיד להתפרסם).

הרתעה אופטימלית<sup>3</sup> ולעיתים אף צדק מתקן,<sup>4</sup> ואף מסכימים שקיימים מקרים רבים שבהם ניתן לברר את ההסתברות הנדרשת לשם הפעלת הדוקטרינה. במקרים אחרונים אלה, כך נראה, הם נוטים להסכים שראוי להטיל אחריות נזיקית בגין פגיעה בסיכוי.<sup>5</sup> בשורות הבאות אבקש להשיב לביקורתם. אך לפני שאעשה כן אקדים הערה באשר למתודולוגיה של מחקר.

### ב. מתודולוגיה של מחקר

לא אחת נטען כנגד כותבים בתחום המשפט והכלכלה (וכנגד אלה העוסקים בתיאוריה של המשפט בכלל) כי כתיבתם מנותקת מן המציאות, ועל-כן ערכה המעשי אינו רב. הניתוק מן המציאות, כך הטיעון נמשך, נובע מכך שכותבים אלה מניחים הנחות שונות על העולם שאינן מתקיימות במציאות. ממילא, מסקנותיהם אינן ניתנות ליישום. על-מנת

3 אם כי במאמר המבוקר אני מסייג את הדברים, ומצביע על מצבים שבהם הרתעה אופטימלית אינה מחייבת בהכרח שימוש בדוקטרינה. ראו פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", שם, בע' 623-625 (הדוגמה של הפסד ההשתכרות), 627 (דוגמת הכלבים), 629 (דוגמת הרופאה 1) ו-631 (דוגמת הרופאה 2).

4 למען הדיוק אציין כי במאמר המבוקר איני טוען שבכל המצבים הנדונים בו עקרונות הצדק המתקן מצדיקים פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי לפי דוקטרינת הפגיעה בסיכוי. שם, בע' 627 (דוגמת הכלבים), 631 (דוגמת הרופאה 2), ו-633 (דוגמת התקיפה הרפואית). עם זאת אני סבור שבכל המצבים הללו, דוקטרינת הנזק הראייתי מצדיקה הטלת אחריות בשיעור ההסתברות שהתנהגות העוולתית של המזיק גרמה לנזק. על כך עמדנו בהרחבה, פרופסור שטיין ואנוכי, בכתיבתנו המשותפת. ראו: Porat and Stein, *supra* note 2, at pp. 185-206.

5 לגבי אחת הדוגמות שבהן עשיתי שימוש, דוגמת העישון, המבקרים מציינים בצדק (הביקורת, בסעיף 3.ה. עד הערת-שוליים 49) כי ההסתברות הרלוונטית על-פי דוקטרינת הפגיעה בסיכוי אינה תלויה רק בהסתברות שהניזוק חלה בסרטן עקב העישון, אלא אף בהסתברות שהניזוק החל לעשן עקב התנהגותו העוולתית של המזיק. נראה שדוגמה זו שלי לא היתה בהירה דיה, ואני מודה למבקרים על העמדת הדברים על דיוקם. במקום אחר (הביקורת, בסעיף 4, עד הערת-שוליים 46), המבקרים מזהירים בצדק מפני פסיקת פיצוי על הפגיעה בסיכוי הן בנקודת הזמן שבה לא ידוע אם התובע חלה במחלה והן בנקודת-הזמן שבה ידוע כי חלה במחלה, אך לא ידוע אם מחלתו נגרמה על-ידי ההתנהגות העוולתית. פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי בשתי נקודות-הזמן האמורות תביא לידי כפל-פיצוי. למניעת ספקות ברצוני להבהיר כי דעתי בעניין זה כדעתם. אני סבור שיש לפסוק את הפיצוי במקרים אנלוגיים לדוגמת המפעל בנקודת-הזמן שבה ידוע כי התובע חלה במחלה: Porat & Stein, *ibid.*, at pp. 71-72, 193-194. ראו לדיון אנלוגי פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל הערה 2, בע' 615-616.

שיהיו מסקנותיהם ניתנות ליישום, עליהם להתמודד עם שאלות מעשיות, עם קשיים טכניים, ולעיתים אף לערוך מחקרים אמפיריים, ורק אז תהיה עבודתם שלמה. אני סבור שביקורת זו אינה מוצדקת. ראשית, חידודה של טענה והבנתה לעומק מצריכים לא אחת את בידודה ממשתנים העשויים להשפיע על אופן יישומה. הדוגמה הטובה ביותר העולה על דעתי היא התיאורמה של Coase, המהווה אבן-פינה של הניתוח הכלכלי של המשפט. התיאורמה של Coase מבוססת על הנחה של עולם נטול עלויות עסקה. כאשר הנחה זו נתונה, טען Coase, תושג יעילות כלכלית בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי. על בסיס הבנת תפקידם של כללים משפטיים בעולם אידיאלי זה שבו אין הוצאות עסקה, המשיך Coase, והמשיכו רבים אחריו, לפתח תוכנות חשובות על משמעות המשפט בעולם הריאלי שבו יש תמיד עלויות עסקה.<sup>6</sup> לו היה העורך של כתב-העת שבו התפרסם מאמרו של Coase מסרב לפרסם אותו מכיוון שאין לתיאורמה של Coase טעם ותכלית, שהרי במציאות יש תמיד עלויות עסקה, היה נמנע (אולי) מ-Coase פרס נובל לכללה שבו זכה כעבור שנים רבות, אך חמור מכך, היה נמנע מן העולם רעיון מבריק שתרם רבות לפיתוח המחשבה בתחום המשפט.<sup>7</sup>

שנית, יש להיזהר מנטישתה של טענה מכיוון שיישומה קשה עקב מגבלות טכניות, מן הטעם שמגבלות טכניות אלה הינן פתירות לעיתים גם אם נדרש מאמץ ניכר כדי לפתורן. הכרה בצדקתה העקרונית של הטענה עשויה לתרום לא אחת לפתרונה של הבעיה הטכנית, ואילו נטישת הטענה תפחית את הסיכויים למציאת הפתרון. הדוגמה העולה על דעתי להמחשת הדברים היא הטענה שהועלתה בבית-המשפט העליון, כי במקרים קיצוניים יש להרשות לשב"כ לענות עצירים פלשתיניים. הטעם שהובא לביסוס הטענה היה כי איסור כללי לענות עצירים ייתקל בקושי בלתי-פתיר באמצעים טכניים חלופיים: הקושי להשיג מידע, החיוני תכופות להצלת חיים. בית-המשפט העליון דחה טענה זו וקבע איסור כללי לענות עצירים.<sup>8</sup> מעבר להצדקות המוסריות של החלטה זו, ניתן להגן עליה אף בטעם מעשי: התמריצים של השב"כ לתור אחר דרכים חלופיות להשגת מידע יגברו מטבע הדברים לאחר שדרך העינויים נחסמה בפניו; הקושי הטכני שהוא ניצב לפניו מייד לאחר החלטתו של בית-המשפט העליון ייעלם או יקטן מאוד בעתיד.

שלישית, אין כל רע ב"חלוקת עבודה" בפיתוחה של טענה בין מומחים מתחומי ידע שונים. אדרבא, יש בה יתרונות רבים. כך, חוקר אחד יכול לטעון שכאשר אמצעים טכניים מסוימים נתונים, רצוי שייקבע כלל  $x$ , מכיוון שכך תושג הרתעה אופטימלית. חוקר אחר

6 ראו: Coase, R.H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. Law & Econ.* (1960) 1  
 עצמו אינו מרוצה מדרך הצגה זו של התיאורמה שלו, כאילו היא עוסקת בעולם לא-מציאותי ובלתי-יקיים. ראו הרצאתו בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו: "The Present and Future of Law and Economics", הנגישה לצפייה באתר האינטרנט של בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו: [http://www.law.uchicago.edu/events/coase\\_lecture\\_high.html](http://www.law.uchicago.edu/events/coase_lecture_high.html)

7 מאמרו של Coase הוא המאמר המצוטט ביותר בספרות המשפטית הכלכלית.

8 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817.

יכול להתנגד לאימוץ כלל  $x$  מן הטעם שכלל זה אינו מוצדק מבחינה מוסרית. חוקר שלישי עשוי לטעון שכלל  $x$  אינו ניתן ליישום עקב מגבלות טכניות קשות, אך חוקר שלישי זה (או אולי חוקר רביעי) עשוי להציע דרכים להתגבר על הקשיים הטכניים, וכך לאפשר את אימוצו של כלל  $x$ . זו הדרך שבה מתפתח המדע, והמחקר המשפטי אינו יוצא מן הכלל.

### ג. מן הכלל אל הפרט

אין לי סיבה משכנעת<sup>9</sup> להניח שהמבקרים את מאמרי, פוקס, שמואלי ושפירא, חולקים על מה שאמרתי עד כה. יתר על-כן, אין הם טוענים כנגדי שאני מניח הנחות בלתי-מציאותיות רבות על מצב העולם. טענתם מצומצמת יותר: אין אמצעים טכניים, כך הם אומרים, המאפשרים להגדיר את ההסתברויות הנדרשות לשם הפעלתה של דוקטרינת הפגיעה בסיכוי בחלק מן המצבים שאני עוסק בהם במאמר המבוקר. למעשה, עיקר דיונם נסב על דוגמה אחת שאני מביא במאמר (דוגמת העישון), שאף לדידם אינה מאפיינת את יתר הדוגמות שאני דן בהן. לטענתם, אני מניח הנחה אחת בלתי-מציאותית – חשובה מאוד לדידם ורלוונטית לטיעוני – שקיימת בדוגמת העישון (וכנראה אף במצבים אנלוגיים לה) דרך למדוד את ההסתברות שהתנהגותו העוולתית של הנתבע גרמה לנזקו של התובע. מאחר שהנחה זו אינה מציאותית, דוקטרינת הפגיעה בסיכוי אינה צריכה לחול על דוגמה זו ועל דומותיה.

תשובתי לטענה זו משולשת: ראשית, יש כמעט תמיד דרכים להגדיר הסתברויות, ואם תוכר דוקטרינה של פגיעה בסיכוי, יגבר התמריץ לפתח ולשכלל אותן גם במצבים שבהם הדרכים הקיימות אינן מניבות כיום תוצאות משיעור-רצון. שנית, עדיפה דרך "גסה" ובלתי-מדויקת של הערכת הסתברויות מדרך אחרת הדוחה כל פסיקה לפי הסתברויות. שלישית, המשפט פועל על-פי אומדן "גס" של הסתברויות, סיכונים ונזקים בתחומים רבים באופן משיעור-רצון, והתניית השימוש בהסתברויות ביכולת להגדירן בצורה מדויקת מתאימה (אולי) לעולם המדעים המדויקים, אך לא לעולם המשפט.

#### 1. קיומן של דרכים להעריך הסתברויות ותמריצים לפיתוח דרכים חדשות

פוקס, שמואלי ושפירא מראים במאמרם כי במקרים מסוימים (דוגמת המפעל<sup>10</sup>) ניתן

9 בכל-זאת טרחתני וכתבתי את השורות דלעיל עקב דבריהם הבאים של המבקרים בפרק "הערות לסיכום ומסקנות": "בהקשרים יישומיים, אנו מבקשים להטעים, לא ניתן לבנות תיאוריה משפטית על-סמך נתוני הסתברות המוצבים בנוסחה נתונה י-מאין בלא להצביע על שיטת חקירה העשויה, באופן היפותטי, להפיק אותם."

10 "יצחק הינו הבעלים והמפעיל של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית. פליטת קרינה זו מהווה התנהגות עוולתית. מסתבר כי עקב החשיפה לקרינה, גדל מספרם של חולי הסרטן

למדוד הסתברויות בקלות יחסית. הם ספקניים יותר לגבי היכולת למדוד הסתברויות בדוגמת העישון:<sup>11</sup> ריבוי הגורמים הפועלים בזירה והמשפיעים על מחלות הנגרמות גם (אך לא רק) על ידי עישון הוא שמקשה כל־כך על אומדן ההסתברות שמעוול מסוים גרם לנזקו של התובע. אך מכך אין להסיק שלא ניתן להעריך הסתברויות אף במצבים מסובכים אלה. במאמרם הם מראים כי הערכה זו אינה פשוטה לעיתים ומחייבת מומחיות רבה וכן מודעות לכל הגורמים הרבים הרלוונטיים. בכך הם צודקים כמובן. אך מכאן ועד לקביעה שאין דרך להעריך הסתברויות במצבים מסובכים מעין אלה הדרך ארוכה. בשורות הבאות אטען שאילו היו בתי־המשפט מטילים לעיתים תכופות, בתחומים מסוימים, אחריות לפי הסתברויות, היה ניתן תמריץ לפתח ולשכלל את הדרכים להערכת ההסתברויות הקיימות בתחומים אלה ולעשותן משוכללות יותר.<sup>12</sup>

טלו לדוגמה את השאלה אם ראוי לפסוק לאדם פיצוי בגין פגיעה בסיכוי כאשר הוא נחשף לרשלנות רפואית שפגעה בסיכויי החלמתו אף כשלא ניתן להוכיח בהסתברות של למעלה מ־50% שהיא זו שגרמה לנזקו הסופי (אי־החלמה).<sup>13</sup> על־מנת לפסוק לו פיצוי בגין פגיעה בסיכוי, יש לאמוד את ההסתברות שהיה מחלים מן המחלה אלמלא נחשף לרשלנות הרפואית, ואת ההסתברות שהיה מחלים ממנה בהתחשב בחשיפתו לרשלנות האמורה. בשיטה משפטית שאין פוסקים בה פיצויים בגין פגיעה בסיכוי (בשיטה האנגלית, למשל), תביעה כזו תידחה. ממילא, במדינה ששיטה משפטית כזו נוהגת בה אין ערך רב, מנקודת־מבטה של המערכת המשפטית, להשקעת משאבים לשם איסוף מידע על סיכויי החלמה במצבים השונים.<sup>14</sup> לעומת זאת, במדינה שבה הכלל המשפטי מאפשר לזכות בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי, התמריץ של גורמים שונים לאסוף מידע על סיכונים ועל שיעורם גדל ומסייע בכך לתובעים לזכות בפיצויים. שוק המידע, זאת יש לזכור, תלוי במידת הביקוש למידע, ושוק המידע בגין סיכונים אינו יוצא מן הכלל. לפני קיומו של שוק הביטוח לא היו

בסביבה הסמוכה למפעל (המונה מאה אלף בני־אדם) ממאה למאה עשרים וחמישה (במוצע שנת). יעקב, הגר סמוך למפעל, לוקה במחלה העשויה להיות, בהסתברות של 20%, תוצאה של הקרינה. (פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל הערה 2, בע' 634.)

11 "יצחק הינו יצרן סיגריות, יחיד בארץ. הוא נוקט באמצעים עולתיים לשכנע בני־אדם רבים להשתמש בסיגריות בעולם שרוב בני־האדם בו אינם מודעים לסיכוני העישון. כעבור שנים רבות מסתבר כי רבים מאלה שעישנו את הסיגריות שייצר לקו בסרטן הריאה. יעקב לקה בסרטן הריאה. כל חייו עישן את הסיגריות שייצר יצחק, ואותן בלבד. ההסתברות שלקה במחלה עקב העישון הינה 20%." (שם, שם.)

12 איני עוסק כאן בשאלה אם השקעת משאבים אלה כדאית מבחינה כלכלית. אני מניח שבמקרים רבים השקעה זו עשויה להיות כדאית.

13 ראו דיון מפורט, פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי", לעיל הערה 2, בע' 629–632 (דוגמת הרופאה 2); Porat & Stein, *supra* note 2, at pp. 195–201.

14 כמובן שאיסוף מידע כזה יכול להועיל מאוד מחוץ למערכת המשפט, כגון לפיתוחו של מדע הרפואה.

סיבות רבות לאסוף מידע על סיכונים ושיעורם, וספקנים היו יכולים לטעון שעקב כך אין לשוק זה סיכוי לפרוח ולשגשג. ברם קיומו של שוק הנוקק למידע על סיכונים מחזק את התמריצים לאיסוף המידע, וקיומו של המידע מחזק, מן הצד האחר, את השוק הנוקק למידע.

בתחום הרפואי קיימים נתונים רבים על הסתברויות וסיכונים המאפשרים פסיקת פיצויים בגין פגיעה בסיכוי בקלות רבה יחסית.<sup>15</sup> ככל שיוזקקו בתי-משפט לנתונים מעין אלה באופן תכוף יותר, כן יגבר התמריץ לשפר את מאגרי המידע ולשכלל את דרכי ההערכה. כך בתחום הרפואי וכך בתחומים אחרים.

## 2. אומדן הסתברויות "גס" טוב מלא-כלום

טענתם של פוקס, שמואלי ושפירא כי לא ניתן לאמוד הסתברויות במקרים מסוימים מותרת בעינה את השאלה המתבקשת: מה אם-כן צריך להיות הפתרון המשפטי במקרים אלה כאשר נגרמת פגיעה בסיכוי? יש להניח שתשובתם של המבקרים תהיה שיש לפסוק פיצוי מלא אם הסתברות גרם הנוקק על-ידי מעשה העוולה של הנתבע גבוהה מ-50%, ולהימנע מפסיקת פיצוי כלשהו אם הסתברות זו נמוכה מ-50% (להלן: שיטת הכל או לא-כלום).<sup>16</sup> פתרון זה הוא אכן פתרון ראוי לעיתים, ואף לפי טענתי הוא עשוי ליצור במקרים רבים הרתעה אופטימלית.<sup>17</sup> אך הבה ניטול את "המקרים הקשים", הם המקרים שבהם תובעים נכשלים בשיטתיות במאמציהם להוכיח את תביעתם בהסתברות גבוהה מ-50%. כך, נניח שסיכויי ההחלמה של חולים במחלקה מסוימת בבית-חולים פחותים מ-50% כבר בעת התאשפוזותם. עוד נניח כי הרופאים מתנהגים לעיתים ברשלנות ופוגעים בסיכויי ההחלמה של החולים. לפי שיטת הכל או לא-כלום יידחו כל תביעות הרשלנות הרפואית, שכן בהגדרה, ההסתברות שהרופא הרשלן גרם לאי-ההחלמה בכל מקרה ומקרה נתון נמוכה מ-50%. התוצאה תהיה שתמריצי הרופאים ובית-החולים להתנהג בהתנהגות זהירה בסוג כזה של מקרים יהיו חלשים מדי, וההרתעה תהיה על-כך הרתעת-חסר. הסיבה לכך היא שאף-על-פי שרשלנות הרופאים גורמת נזקים לחולים רבים (בניח, למשל, כי שלושים מבין מאה חולים הנחשפים לרשלנות רפואית אינם מחלימים עקב הרשלנות הרפואית), אין הרופאים חשופים לסיכון של אחריות נזיקית.

במצבים אלה הטלת אחריות בגין פגיעה בסיכוי חיונית ביותר. פיצוי מלא הינו

15 ראו לדוגמה ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, ומאמרו של א' שטיין "כיצד נפתור את בעיית הסיבתיות העמומה במשפטי רשלנות רפואית? הכרעה לפי 'מאזן הסתברויות', אחריות בשל 'פגיעה בסיכויי החלמה' ודוקטרינת הנוקק הראייתית" עיוני משפט כג (תש"ס) 755.

16 ההנחה בתשובה זו היא שלמרות היעדר כלים למדידת הסתברויות באופן מדויק, יש כלים למדוד אם ההסתברות של גרם הנוקק על-ידי התנהגותו העוולתית של הנתבע גבוהה מ-50%.

17 ראו לעיל הערה 3.

בעייתית, שכן הוא יוצר הרתעת-יתר. היעדר פיצוי יוצר הרתעת-חסר. פיצוי חלקי, לפי הסתברות, הינו הכרחי. ומה אם ההסתברות אינה ידועה? ישאלו המבקרים. תשובתי היא שעדיפה הערכה גסה, לא-מדויקת, על היצמדות לשיטת הכל או לא-כלום. נוסף על כך, כפי שהדגשתי, אם יפסקו בתי-המשפט פיצויים בגין פגיעה בסיכוי בסוג זה של מקרים כדבר שבשגרה, ייאסף עם הזמן מידע שיאפשר בעתיד לבתי-משפט לברר את ההסתברויות באופן שלם ומדויק יותר. לכלל משפטי חדש, בשלבים הראשונים לפיתוחו, יש לא-אחת עלויות יישום גבוהות. אכן, בדרך זו של פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי החלמה הלכו בתי-משפט בישראל לא-פעם, ובדרך זו הולכים בתי-משפט רבים בארצות-הברית.<sup>18</sup>

### 3. אומדן "גס" של הסתברויות, סיכונים ונזקים במשפטי נזיקין

השואף לדיוק בקביעת הסתברויות, סיכונים ונזקים במשפטי נזיקין ינחל אכזבה קשה כאשר יבחן את הכללים המשפטיים הנוהגים בתחום זה. דוגמות אחדות עשויות להמחיש לקורא במה דברים אמורים.

(א) פסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות: פסיקת פיצויים בגין הפסד השתכרות כרוכה לא-אחת בשאלה מה צופן בחובו העתיד לתובע ומה היה מצבו ההיפותטי אלמלא הפגיעה. אי-הוודאות במקרים אלה רבה. בתי-המשפט פוסקים לעיתים סכומים גלובליים, המושפעים, כך נראה, מהערכה גסה של סיכונים וסיכויים באשר לעתידו של התובע ובאשר למצבו אלמלא הפגיעה.<sup>19</sup> לעיתים הם מניחים שהשתכרותו של התובע אלמלא הפגיעה היתה בגובה השכר הממוצע במשק אף שאין כל אינדיקציה שהנחה זו מבוססת על אדני המציאות. לעיתים הם מחשבים את הפסד השתכרותו של התובע תוך שימוש בהסתברויות ממש, כגון שהם מעריכים שקיימת הסתברות של 70% שאלמלא הפגיעה היתה התובע עובד במקצוע אחד ובו היתה השתכרותו  $x$ , והסתברות של 30% שאלמלא הפגיעה הוא היה עובד במקצוע אחר ובו היתה השתכרותו  $y$ .<sup>20</sup> במקרים אחרים הם עושים שימוש באחוז הנכות הפונקציונלית הצמיתה כמדד להערכת הנזק, אף שאין כל הכרח שאחוז נכות זה משקף באמת ובתמים את הירידה בפועל ביכולת ההשתכרות של התובע.<sup>21</sup>

(ב) פסיקת פיצויים בגין הוצאות רפואיות: אמידת הוצאות רפואיות שהוצאו בעבר קלה יחסית, אך אמידת הוצאות רפואיות עתידיות ופסיקת פיצוי בגינן קשות בדרך-כלל

18 לאסמכתות ראו: Porat & Stein, *supra* note 2, at pp. 75–76 (note 67). לפסיקה בגין פגיעה בסיכוי על דרך האומדן, ראו ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38.

19 ראו ע"א 237/80 ברששת נ' האשמש, פ"ד לו(1) 281.

20 ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393, 396–400.

21 ראו ע"א 30/80 מ"י נ' אשר, פ"ד לה(4) 788, 792.

וספקולטיביות. בתי-המשפט מגלים אף כאן נכונות לעשות שימוש בהסתברויות לשם אמידת הנזק. כך, ניתן לשקול, למשל, שעקב הפגיעה העוללתית קיימת הסתברות של 15% שהתובע ילקה בעתיד באפילפסיה, שאז הוצאותיו הרפואיות יהיו מוגברות. עקב כך ייפסק לו פיצוי בשיעור של 15% מסך ההוצאות המוגברות.<sup>22</sup>

(ג) **הגנת אשם תורם:** ההגנה הנפוצה ביותר בתחום דיני הנזיקין היא הגנת האשם התורם. על-פיה ישווה בית-המשפט את האשם והתרומה הסיבתית של התובע לאלה של הנתבע, ויפחית את פיצוייו של התובע בהתאם.<sup>23</sup> כיצד משווים אשם ותרומה סיבתית של נוהג שדרס עובר-אורח לאשם ותרומה סיבתית של עובר-האורח שחצה את הכביש בחוסר זהירות? האם מזמינים מומחים שיעריכו את הסיכון שיצר כל אחד מהם בהתנהגותו בתי-האשם ואת הסתברויות גרם הנזק מהתנהגויותיהם? למותר לציין שלא כך נוהגים בתי-המשפט. במקום זאת הם בוחנים את התנהגויות הצדדים וקובעים חלוקה מסוימת של אחריות המביאה בחשבון אשם ותרומה סיבתית ללא כל יומרה לדייק בהערכת סיכונים והסתברויות לגרם נזק. ואם ייטען שיש בכך אי-דייק, בצדק תישאל השאלה: היש דרך אחרת? שיטת הכל או לא-כלום נהגה בישראל בתחום האשם התורם לפני קום המדינה, אך חלפה מן העולם זה מכבר.<sup>24</sup> גישה דומה נקטת אף לגבי חלוקת אחריות בין מעוולים שונים שגרמו נזק.<sup>25</sup>

(ד) **חלוקת אחריות בין מעוולים שחלקו של כל אחד מהם בגרם הנזק אינו ידוע:** בפסקי-דין אחדים של בית-המשפט העליון התעוררה השאלה כיצד יש לאמוד את חלקו של המעוול הנתבע בנזק שסבל התובע כאשר במקביל לנתבע פעלו גורמי נזק נוספים. בתי-המשפט החילו במקרים אלה דרכים של אומדן הסתברותיות שהתבססו על נתונים חסרים.<sup>26</sup>

(ה) **פסיקת פיצוי בגין פגיעה בסיכוי ובגין הגברת סיכון:** בתי-המשפט בארץ פסקו לא-

22 זו דעתו של השופט (כתוארו אז) ברק: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 789.

23 סעיף 68 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין). כמו-כן ראו ע"א 804/80 Sidaar Tanker Corporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393.

24 י' אנגלרד דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (ג' טדסקי עורך, תש"ל) 234-235.

25 סעיף 83 לפקודת הנזיקין.

26 ראו ע"א 304/68 גינוסר נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366; וע"א 448/83 קורנהויזר נ' מלך, פ"ד מב(2) 573. במקרה האחרון נקבע בגלגולו הנוסף של פסק-הדין כי אחריותו של המעוול תהיה למלוא נזקו של התובע, מכיוון שהנזק, במהותו, אינו ניתן להפרדה. ראו ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89. לדיון בפסקי-דין אלה ראו א' פורת "דיני הנזיקין" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"א) 222, 240-251.



אחת פיצויים בגין פגיעה בסיכוי ובגין הגברת סיכון, ועשו שימוש בהסתברויות גם עם נתונים חסרים. במקרים אחדים היה מדובר בדעות יחיד.<sup>27</sup>

#### ד. סיכום

דוקטרינת הפגיעה בסיכוי נתמכת בשיקולים של הרתעה אופטימלית ולעיתים אף בשיקולים של צדק מתקן. על כך אין מחלוקת ביני לבין פוקס, שמואלי ושפירא. דוקטרינת הפגיעה בסיכוי ניתנת ליישום פשוט כאשר ניתן לחשב בנקל את ההסתברויות הנדרשות ליישומה, ולעיתים קרובות אכן ניתן לחשב הסתברויות אלה בנקל. אף על כך, נדמה לי, ניתן להסכים. גדר המחלוקת הוא סביב אותם מקרים (המעטים, לדעתי) שבהם חישוב ההסתברויות קשה וספקולטיבי. כאן נפרדות דרכינו. אני סבור שכאשר שיקולים מהותיים תומכים בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי באופן חזק, על המשפט להסתפק במה שיש, ובאין ממצאים מדויקים באשר להסתברויות, להסתייע בממצאים החסרים, אפילו החסרים מאוד. המשפט אינו מתמטיקה, והמשפטן אינו שואף לאותו דיוק שהמתמטיקאי שואף אליו. התעקשות על דיוק במקרים שנידונו במאמר המבוקר סופה להוביל למשפט פחות טוב.

27 ע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' פאתה, פ"ד מב(3) 312; ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (השופטת שטרסברג-כהן); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (השופטת שטרסברג-כהן); ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, לעיל הערה 18.

