

מאמרים

פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי

מאת
אריאל פורת*

מבוא

- חלק א: אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא
1. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא במקום אחריות נזיקית בגין גרם נזק
 2. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא נוסף לאחריות נזיקית בגין גרם נזק
- חלק ב: אחריות נזיקית בגין פגיעה בסיכוי
1. אי-ודאות לגבי גודל הנזק (לצד ודאות לגבי גרם נזק בעוולה)
(א) הדוגמה של הפסד ההשתכרות
(ב) דוגמת הכלבים
 2. אי-ודאות לגבי גרם נזק (לצד ודאות לגבי פגיעה עוולתית באינטרס)
(א) דוגמת הרופאה 1
(ב) דוגמת הרופאה 2
(ג) דוגמת התקיפה הרפואית
 3. אי-ודאות לגבי פגיעה עוולתית באינטרס (לצד ודאות בקיומה של התנהגות עוולתית)
(א) דוגמת המפעל
(ב) דוגמת העישון
(ג) דוגמת יצרני התרופות
- סיכום, מסקנות ודוקטרינת הנזק הראייתי

מבוא

כל עוולה נזיקית תחילתה ביצירת סיכון. אולם דיני הנזיקין הנוהגים אינם מטילים אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא, שכן סיכון כשלעצמו אינו נתפס כנזק. כך, אם אדם נוהג ברכבו במהירות גבוהה מדי, וחושף אגב כך הולך רגל לסיכון גבוה של פגיעה, שחולף בלא-כלום, לא יהא הנוהג אחראי בנזיקין כלפי הולך-הרגל (בהנחה שלא גרם לו פחד, שאז התוצאה עשויה להיות שונה). עם זאת אין זה נכון לומר שאופן יצירת הסיכון אינו רלוונטי לשאלת האחריות הנזיקית. נהפוך הוא. לעיתים קרובות, יצירת הסיכון

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.
אני מודה מקרב לב לחברי מערכת עיוני משפט, תומר בראל (סגן עורך), דן בן-דב, אלכס וירין ודנה עציון, על עבודת עריכה מעולה.

נבחנת מכל היבטיה כדי ללמוד אם התנהגותו של המוזיק היתה עוולתית. כך, אם בדוגמה דלעיל נפגע הולך-הרגל בגופו, אזי אם המשטר המשפטי הוא של רשלנות, מידת הסיכון שיצר הנוהג ברכב כלפי הולך-הרגל תהא רלוונטית, לצד גורמים אחרים, לשאלת אחריותו הנוזקית. יצירת הסיכון נבחנת לא-אחת אף לשם קביעת היקף אחריותו של המוזיק לאחר שנקבע כי התנהגותו היתה עוולתית. לפיכך, אם הולך-הרגל שנפגע בגופו התרשל אף הוא, ובהנחה שחלה הגנת אשם תורם, מידת הסיכון שיצר הנוהג תהיה רלוונטית לאופן חלוקת האחריות בין הצדדים.

אופן יצירת סיכון עשוי להיות בעל חשיבות אף כאשר יצירת הסיכון לא הסתיימה בנוק, אך קיים חשש שהיא תסתיים כך בעתיד. אם ניוזק-בכוח עותר לבית-המשפט ומבקש למנוע מאתר פעילות אשר עלולה ליצור מטרד, יהיו מהות הסיכון שיש בפעילות האמורה כלפי העותר ומידתו שיקולים רלוונטיים בבוא בית-המשפט להחליט אם ליתן צו-מניעה או להימנע מלתיקו.¹ שאלה קשה יותר היא אם ניתן וראוי להייב בתשלום פיצויים מי שיצר סיכון לנזק עתידי כלפי אחר כאשר קיים ספק משמעותי אם סיכון זה יתממש אי-פעם בעתיד לכדי נזק. כך, רופא עלול לטפל בחולה באורח רשלני ולהפחית את סיכויי החלמתו: קיימת אפשרות שהחולה יחלים למרות הטיפול הרשלני; קיימת אפשרות שלא יחלים, אך זאת בלא כל קשר לטיפול הרשלני; וקיימת אפשרות שלא יחלים עקב הטיפול הרשלני. שיטה משפטית עשויה לאמץ פתרון לפיו יפוצה התובע בהתאם לסיכוי שלא יחלים עקב רשלנות הרופא.² הפיצוי ייפסק לתובע בגין פגיעה בסיכוי. בשיטה כזו, ליצירת הסיכון יש משמעות אף אם לא נגרם כל נזק, אך קיימת אי-ודאות באשר להתגבשות הסיכון לכדי נזק ממשי בעתיד.

מקרה שונה במקצת הוא זה בו נגרם לתובע נזק, אך לא ניתן לדעת אם הוא תוצאת עוולתו של הנתבע. נניח שלאחר הטיפול הרשלני של הרופא, בדוגמה הקודמת, לא החלים החולה, וברור כי לא יחלים בעתיד. עם זאת קיימת אפשרות ממשית, שהסתברותה גבוהה מ-50%, שלא היה מחלים ממחלתו אף בלעדי הטיפול הרשלני. אף כאן, בדומה לדוגמה הקודמת, השיטה המשפטית עשויה להכיר בזכותו של התובע לפיצוי בגין פגיעה בסיכוי.

1 צו הניתן בטרם ביצוע העוולה הינו צו מסוג quia timet. בארץ הוכרה תרופה זו כאפשרית, ונראה שהיא רלוונטית בעיקר בתחום דיני המטרדים ודיני לשון הרע. ראו ע"א 190/69 חברת החשמל בע"מ נ' אבישר, פ"ד כג(2) 314, 320; ע"א 49/69 קונשטוק נ' שותפות בתי קולנוע, בית הפועלים "תוף", פ"ד כד(1) 492; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 851-852 (להלן: עניין אבנרי). עם זאת, השימוש בה אינו נפוץ, ובעניין אבנרי סירב בית-המשפט ליתן ציווי למניעת לשון הרע, והרגיש את חריגות השימוש בו בסוג זה של מקרים.

2 הצורך בפיצוי יתעורר בדרך-כלל כאשר צפוי לחלוף זמן רב בטרם יתברר אם החולה החלים מן המחלה. אחרת, ניתן להמתין ולראות מה יעלה בגורלו: אם יחלים – לא נגרם לו נזק (אני מניח לצורך הפשטות היעדר נזקים במהלך תקופת ההחלמה, כגון הוצאות טיפול והפסד השתכרות); אם לא יחלים – תעלה השאלה מי גרם לנזק. עניין זה מודגם להלן, דוגמת הרופאה 1 ודוגמת הרופאה 2, בחלק ב.2.

כפי שניזכר בהמשך, עלי"אף הדמיון בין דוגמה זו לקודמתה, הפתרונות שהמשפט הנוהג מספק להן אינם זהים בהכרח.

עינינו הרואות שאופן יצירת הסיכון עשוי להיות רלוונטי לדיני הנוזיקין הנוהגים בדרכים שונות. בכולן קיימת לפחות אפשרות שיצירת הסיכון הסתיימה או תסתיים בגרם נזק. היעדר אפשרות של גרם נזק, בעבר או בעתיד, שולל בסיס משפטי כלשהו להטלת אחריות נזיקית. על-כן, הדוגמה הראשונה שבה פתחתי את הדיון אינה מעוררת כל קושי משפטי: הולך-הרגל שנחשף לסיכון רשלני שחלף עבר בלא להותיר עקבות אינו זכאי לפיצוי מן הנהג שחשף אותו לסיכון.

בחלקו הראשון של המאמר תיבחן האפשרות להטיל אחריות משפטית בגין יצירת סיכון גרידא. ב"יצירת סיכון גרידא" כוונתי למקרה בו חשף הנתבע את התובע לסיכון שחלף ועבר בלא כל פגע. תחילה תידון השאלה אם יש טעמים טובים להשתית את האחריות הנוזיקית על יצירת סיכונים, במקום על גרימת נזקים. טעמים כאלה קיימים אומנם, אך כפי שאראה, הם נסוגים מפני טעמים אחרים, חזקים מהם, להותיר את שיטת האחריות הנוהגת כמות שהיא. לאחר-מכן תידון השאלה אם, בנתון המשטר המשפטי הנוהג, שעל-פיו אחריות מוטלת על גרם נזק, יש מקום להטילה גם במקרים מסוימים של יצירת סיכון גרידא. אף כאן תשובתי תהא כי הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא אינה מוצדקת.

במתן מענה לשתי השאלות ייעשה שימוש בשני סוגי שיקולים: שיקולי הרתעה (או יעילות כלכלית) ושיקולי צדק. בבסיסם של שיקולי ההרתעה גלום הרעיון כי אחריות נזיקית ראוי שתוטל באופן שיתרום להקטנת סך הנזקים והוצאות מניעתם. על-פיהם, דיני הנוזיקין אינם אלא כלי שניתן להפחית באמצעותו את עלות התאונות בחברה. לעומתם, שיקולי הצדק האופייניים לדיני הנוזיקין מתמקדים במזיק ובניזוק ובעשיית צדק להם בלבד. על-פיהם, דיני הנוזיקין אינם כלי להשגת מטרות חיצוניות למערכת היחסים שבין המזיק והניזוק. סוג אחד של שיקולי צדק המוכרים היטב בדיני הנוזיקין הוא שיקולי הצדק המתקן, שהוגדרו לראשונה על-ידי אריסטו. שיקולי הצדק המתקן מבוססים על הרעיון שהמעוול שפגע בניזוק חייב לתקן את מצבו, כך שישוּב להיות כפי שהיה עובר לפגיעה העוללתית. סוג אחר של שיקולי צדק הוא שיקולי הצדק המעניש. בניגוד לשיקולי הצדק המתקן, המתמקדים בניזוק ובתיקון מצבו, שיקולי הצדק המעניש מתמקדים במזיק ובהענשתו בגין התנהגותו הרעה. על-פיהם, ראוי שהמעוול יענש באופן העומד ביחס ישר לתומרת התנהגותו. אף-על-פי שנהוג לשייך סוג אחרון זה של שיקולים בראש ובראשונה לדיני העונשין, אין מקומם נפקד מדיני הנוזיקין.³

3. לתיאור מפורט יותר של שיקולי ההרתעה ושיקולי הצדק המתקן בדיני הנוזיקין, ראו: I. England *The Philosophy of Tort Law* (Aldershot, Evanston, 1993) 7–20; א' פורת "אחריות קיבוצית בדיני נזיקין" משפטים כג (תשנ"ד) 311, 330–333, 344–347 (להלן: פורת "אחריות קיבוצית"). השוו לשיקולים הפועלים בדיני החוזים: א' פורת "שיקולי צדק ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כב (תש"ס) 647.

חלקו השני של המאמר יעסוק בשאלת האחריות הנזיקית במקרים של פגיעה בסיכוי. השימוש שאני עושה במאמר זה בביטוי "פגיעה בסיכוי" רחב למדי. פגיעה בסיכוי מתקיימת כאשר יצר הנתבע סיכון עוולתי כלפי התובע, וקיימת אי-ודאות אם סיכון זה התממש בעבר או יתממש בעתיד לכדי נזק. אין מדובר אס-כן במקרים של סיכון חולף, כבמקרים של יצירת סיכון גרידא, אלא במקרים שקיימת בהם אפשרות ממשית שהסיכון כרוך בגרם נזק, בעבר או בעתיד. בניגוד למקרים של יצירת סיכון גרידא, שבהם אין המשפט הנוהג מטיל אחריות נזיקית על יוצר הסיכון, במקרים של פגיעה בסיכוי ניכרות גישות שונות בשיטות משפט שונות. החלק השני של המאמר יבחן את הטעמים השונים בעד ונגד הטלת אחריות משפטית במקרים אחרונים אלה, אף כאן מהיבט ההרתעה ומהיבט הצדק. אגב כך יידונו מקרים שונים של פגיעה בסיכוי הנתפסים, לא-אחת בטעות, כמקרים דומים. המסקנה העיקרית העולה מחלקו השני של המאמר היא כי במקרים רבים ששיקולי הרתעה מצדיקים בהם הטלת אחריות בגין פגיעה בסיכוי, קשה ליישב הטלת אחריות כזו עם עקרונות הצדק המתקן. לפיכך, כך אטען בסוף המאמר, דוקטרינת הנזק הראייתי היא שמהווה את הפתרון האופטימלי למקרים המכונים במאמר זה "מקרים של פגיעה בסיכוי", והיא אף מייטרת את השימוש בהבחנות דקות ודקיקות שבתחילת המשפט נדרשים להן בעת שהם מחילים כלל אחריות המושתת על רעיון הפגיעה בסיכוי. על-פי דוקטרינה זו, פגיעה עוולתית של אדם בראיותיו של אחר, המונעת ממנו סיכוי לממש זכויות, מוכה את הניזוק, בהתקיים תנאים מסוימים, בפיצוי בגין הנזק שנגרם לו עקב כך.

חלק א: אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא

1. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא במקום אחריות נזיקית בגין גרם נזק

אחריות נזיקית לפיצויים⁴ קמה על-פי המשפט הנוהג רק כאשר נגרם לאדם נזק. מבחינה עיונית, תלות הפיצוי בגרם נזק אינה כה מובנת מאליה. יכולנו לתאר לעצמנו שיטת משפט בה חובת פיצוי מוטלת על אדם בגין יצירת סיכון, בגובה תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית, בלא כל תלות בשאלה אם בפועל נגרם (או ייגרם) נזק. בשיטה משפטית כזו, נוהג ברכב אשר נהג במהירות גבוהה מן הסביר יחויב לשאת בפיצוי שהינו מכפלה של גודל הנזק שהיה עלול להיגרם עקב התנהגותו העוולתית בסיכוי שייארע, כל זאת מנקודת-מבט של "לפני מעשה" (להלן: "תוחלת הנזק"), ובלא כל תלות בשאלה של גרם נזק בפועל. הפיצויים שישלם, יחד עם פיצויים שישלמו אחרים כמותו, יממנו הענקת פיצויים לכאלה שניזוקו בפועל על-ידי התנהגויות עוולתיות.⁵

4 הביטוי "אחריות נזיקית" ישמש להלן לציון חבות של המזיק בפיצוי כלפי הניזוק. בהקשרים אחרים, הביטוי "אחריות נזיקית" מתייחס אף למקרים בהם חבות המזיק היא להימנע מפעולה אפילו אין לו חבות בפיצוי.

5 C.H. Schroeder "Corrective Justice & Liability for Increasing Risks" 37 *UCLA L.*

משיטה כזו, לו היתה מיושמת, היו נחסכים כמה מן החסרונות ששיטת המשפט הנוהג לוקה בהם. במשפט הנוהג, קיומה של אחריות נזיקית והיקפה תלויים במידה רבה ביד המקרה. אין מדובר במקרים מושלמים, שהרי תנאי לקיומה של אחריות נזיקית הוא קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לנזק. ברם, באופן רגיל, כאשר אדם מתנהג התנהגות עוולתית, הסיכוי מלכתחילה שיגרם לנזק אינו גדול במיוחד. גרם הנזק תלוי בגורמים רבים, שלמזיק אין שליטה בהם. לפיכך, מעוולים שלמולם הטוב לא גרמו נזק אינם נושאים בפיצוי, ואילו מעוולים אחרים, שאיתרע מזלם וגרמו נזק, נושאים בפיצוי בגין הנזק שגרמו. עיקרון זה של המשפט הנוהג גורם לא־אחת שבני־אדם שהתנהגותם היתה חמורה מאוד אינם נושאים בחובת פיצוי כלשהי עקב מזלם הטוב, ואילו אחרים, שחומרת ההתנהגותם היתה פחותה, נושאים בפיצוי עקב מזלם הבישי. תוצאה זו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המעניש, המחייבים שהעונש יעמוד ביחס ישר לחומרת ההתנהגות.

אף היקף האחריות הנזיקית במשפט הנוהג, ולא רק עצם קיומה, אינו עומד ביחס ישר לחומרת ההתנהגותו של המזיק. כאן, ההפליה שהמשפט הנוהג יוצר אינה בין יוצרי סיכונים שגרמו נזק לכאלה שלא גרמו, אלא בין גורמי נזק שונים שגרמו נזקים בדרגות חומרה שונות. היקף האחריות ייקבע לפי חומרת התוצאה, ולא לפי חומרת ההתנהגות, דבר שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המעניש. כך, אם ראובן, בהתנהגותו המסוכנת מאוד והחמורה מאוד, גורם נזק של מאה ש"ח, אחריותו תהא בגין מאה ש"ח בלבד, ואילו שמעון, שהתנהגותו היתה מסוכנת פחות וחמורה פחות, אך במעט מעל לרמה המותרת, ושגרם נזק של מיליון ש"ח, אחריותו תהא בגין מיליון ש"ח.⁶

מקרים זו במשפט, הנוגעת הן בעצם האחריות הנזיקית והן בהיקפה, המנוגדת לעקרונות הצדק המעניש והסותרת, לדעת אחדים, את עקרונות האחריות המוסרית של אדם למעשיו,⁷ מנוטרלת לכאורה בשיטת משפט שאחריות מוטלת בה בגין יצירת סיכון

Rev. (1990) 439; C.H. Schroeder "Corrective Justice, Liability for Risks, and England, Tort Law" 38 *UCLA L. Rev.* (1990) 143. לדיון בתיאוריה זו ולביקורת, ראו: *supra* note 3, at pp. 221–223; K.W. Simons "Corrective Justice and Liability for Risk-Creation: A Comment" 38 *UCLA L. Rev.* (1990) 113.

6 השוו: G.T. Schwartz "The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability" 15 *Ga. L. Rev.* (1981) 963. פסיקתו של בית־המשפט העליון מנקודת־מבט תיאורטית" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (א' רוזן־צבי עורך) 373, 377–379.

7 Schroeder, *supra* note 5. מחבר זה טוען שעקרונות האחריות המוסרית של אדם למעשיו מחייבים הטלת אחריות לא לפי תוצאה, אלא לפי חומרת ההתנהגות. לדבריו, כך עולה הן מתורות מוסר דאונטולוגיות במסורתו של קאנט והן מתורות תועלתניות. אלה כאלה, כך טוען המחבר, אינן מתעניינות בתוצאות, אלא באופי ההתנהגות שיצרה את הסיכון מלכתחילה. לטיעון כי האופי המוסרי של פעולה נקבע בעת עשייתה, ולא לפי תוצאותיה, תוך התבססות על קאנט, ראו גם: G.O. Robinson "Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 779.

ועל-פי תוחלת הנזק, בשיטה מעין זו לא התוצאה חשובה, אלא חשוב הסיכון שיצר הנתבע בהתנהגותו העוולתית. התממשות הסיכון לכדי נזק בפועל, שאינה תלויה כלל בנתבע, אינה רלוונטית לאחריותו. בשיטה שאחריות מוטלת בה על יצירת סיכונים ועל כך בלבד, המזיק נושא לכאורה באחריות שהיקפה עומד ביחס ישר לחומרת התנהגותו. שיטה כזו עדיפה אס-יכן, לכאורה, על-פי עקרונות הצדק המעניש, על השיטה הנוהגת. אולם בחינה מדוקדקת מלמדת שהטלת אחריות על מעוול בהתאם לגודל הסיכון שיצר אינה עולה בהכרח בקנה אחד עם צדק מעניש. למעשה, אין קשר הכרחי בין הסיכון שיש בהתנהגות עוולתית לבין חומרתה מבחינה מוסרית. לפיכך, הטלת אחריות בהתאם לגודל הסיכון, דהיינו, בהיקף של תוחלת הנזק, עשויה לגרום עוול למי שהתנהגותו העוולתית מסוכנת מאוד אך אינה לוקה מאוד מבחינה מוסרית, ולהיות נוחה מדי למי שהתנהגותו העוולתית מסוכנת פחות אך סוטה במידה ניכרת מנורמות של התנהגות מוסרית. כך, אדם הנוהג ברכבו במהירות גבוהה על-מנת להחיש פצוץ לבית-החולים עלול להיות מוגדר כרשלן. לפי שיטה המטילה אחריות בגין יצירת סיכון ובגובה תוחלת הנזק, תוטל על הנוהג ברכב אחריות בהיקף גדול, שכן יצר סיכון גדול. לעומתו, אדם אחר שנהג במהירות מופרזת, אך פחותה מזו של הראשון, מכיוון שנהיגה מהירה גורמת לו נחת והנאה יישא באחריות בהיקף קטן מזה שבו יישא הראשון, שכן הסיכון שיצר כלפי המשתמשים בדרך היה קטן יותר. אכן, לו היתה המטרה להטיל אחריות על הנתבע באופן שיעלה בקנה אחד עם חומרת התנהגותו העוולתית, היה גובה הסיכון שיצר צריך להיות גורם אחד, אך לא יחיד, בקביעת היקף אחריותו.⁸ הדבר היה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המעניש, אך כפי שסתבר בהמשך, הוא היה בעייתי מהיבט ההרתעה. עם זאת אין

790-789. ישנם הסברים שונים לשיטה הנוהגת, שהועלו בספרות המשפטית ועשויים

אולי להצדיקה אף מהיבט הצדק המעניש. ראו בעיקר: T. Honoré "Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability" 104 L. Q. Rev. (1988) 530; J. Waldron "Moments of Carelessness and Massive Loss" *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, 1995, D.G. Owen ed.) 387.

8 ניתן להמחיש את הדברים באמצעות נוסחת Learned Hand, היא נוסחת הרשלנות הכלכלית (פורת, לעיל הערה 6, בע' 382-384). על-פי נוסחה זו יוגדר מזיק כרשלן כאשר ההוצאות של מניעת הנזק נמוכות מן ההפרש שבין תוחלת הנזק בלא שהושקע במניעתו לבין תוחלת הנזק בהינתן ההשקעה במניעה. אכנה הפרש זה "תוחלת נזק מופחתת". ניתן איפוא להגדיר את מידת הרשלנות כיחס או כהפרש שבין הוצאות המניעה לבין תוחלת הנזק המופחתת, אך בשום אופן לא כתלויה בתוחלת הנזק האמורה בלבד. לפיכך, אם בדוגמה שבטקסט, תוחלת הנזק שהיתה מופחתת עקב השקעתן של הוצאות המניעה על-ידי הנהג שהוביל פצוץ היתה גדולה, אך מצד אחר אף הוצאות המניעה היו גבוהות (סיכון חייו של הפצוע), הנהג עשוי להיות מוגדר כפחות רשלן מן הנהג האחר, שתוחלת הנזק של התנהגותו, שהיתה מופחתת עקב השקעתן של הוצאות המניעה, היתה אומנם קטנה יותר, אך הוצאות המניעה שלו היו נמוכות למדי (ויתור על ההנאה שבנסיעה מהירה).

לכחד ששיטה המטילה אחריות על יצירת סיכונים ובגובה תוחלת הנזק עדיפה על השיטה הקיימת מהיבט הצדק המעניש אפילו אם אין היא מושלמת לעיתים.

היש הבדל בין הטלת אחריות בגין גרם נזקים והטלת אחריות בגין יצירת סיכונים מהיבט הצדק המתקן?

מצבו של הניזוק אינו משתנה בין שהוא מפוצה לפי השיטה האחת ובין לפי השיטה האחרת, מכיוון שעל-פי שתי השיטות, הוא זוכה בפיצוי רק כאשר נגרם לו נזק עקב התנהגות עוולתית. ההבדל בין שתי השיטות נוגע למעשה במזיק בלבד: בעוד שלפי המשפט הנוהג, המזיק לבד מפצה את הניזוק בגין כל נזקיו, בשיטה שבה יצירת סיכון היא הבסיס להטלת אחריות, המזיק משתתף במימון הפיצוי – שהרי הוא משלם לקרן מיוחדת המפצה את הניזוקים בסכום כסף בגובה תוחלת הנזק של התנהגותו העוולתית – אך אין הוא נושא במלוא הנזק.

יש שיטענו כי השיטה של יצירת הסיכון אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן בדיוק בשל הבדל זה שבין שתי השיטות. כך, פרופסור Weinrib, מהמלומדים הבולטים המחזיקים בדעה כי דיני הניזוקין מגשימים את עקרונות הצדק המתקן, סבור כי עקרונות אלה מחייבים שהניזוק יפוצה על-ידי המזיק שפגע בו במעשה עוולה ועל-ידי בלבד.⁹ על-פי שיטתו, משטר משפטי בו המזיק אינו זה המפצה את הניזוק (אלא באופן חלקי ועקיף) אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן.

אני מבין את עקרונות הצדק המתקן באופן שונה. לדעתי, העובדה שהמזיק נושא באחריות לנזקים שגרם, שהניזוק מפוצה בגין נזקיו העוולתיים ושהמזיק משתתף במימון המנגנון שמביא לידי פיצוי של הניזוק דיה שיוגשמו עקרונות הצדק המתקן.¹⁰ תפיסה זו קרובה, אך אינה זהה, לתפיסתו של פרופסור Fletcher, על-פיה החבות לפיצוי והזכאות לפיצוי צריכות להיבחן בנפרד, ועל-כן אין כל מגיעה שהניזוק יהיה לעיתים זכאי לפיצוי מטעמים של צדק מתקן, אך המזיק שגרם לנזקיו לא יהיה חייב לפצותו.¹¹ על-פי תפיסתי, חבות המזיק בגין הנזק שגרם וזכאות הניזוק לפיצוי בגין נזקיו העוולתיים מתקיימות תמיד ברישומי; ברם, אין כל הכרח שהפיצוי יעבור ישירות מכיסו של המזיק לכיסו של הניזוק. מבחינה זו, לחבות ולזכאות יש כוח נורמטיבי עצמאי. תפיסה זו ממילא אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתו של פרופסור Schroeder, הסבור שעקרונות הצדק המתקן מחייבים שהמזיק יישא באחריות בגין הסיכון שגרם בלא כל תלות בגרם נזק. תפיסה זו, שהיא התפיסה הטהורה ביותר של הטלת אחריות בגין יצירת סיכונים, אינה עולה, לדעתי,

9 E. Weinrib "Understanding Tort Law" 23 Val. U. L. Rev. (1989) 485; E. Weinrib *The Idea of Private Law* (London, 1995).

10 פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 3, בע' 334-336; א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקת לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191, 220-221 (להלן: פורת ושטיין "נזק ראייתי").

11 G.P. Fletcher "Fairness and Utility in Tort Theory" 85 Harv. L. Rev. (1972) 537. המקרים בהם קמה זכאות הניזוק, אך לא קמה חבות המזיק, הם אלה שבהם המזיק נהנה מפטור (excuse).

בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן, אם כי יש לה יתרונות אחרים, בעיקר מהיבט הצדק המעניש, כפי שהוסבר לעיל (וכפוף להסתייגות שהצגתי). התפיסה המשקפת לדעתי את עקרונות הצדק המתקן מחייבת גרם נזק, ואירוע הנזק הוא שמקים הן את חבותו של המזיק והן את זכאותו של הניזוק.

תפיסת הצדק המתקן שאני מתזיק בה, שבבסיסה גרם נזק כתנאי הכרחי לחבות המזיק ולזכאות הניזוק, מבלי לחייב מעבר ישיר של הפיצוי מן המזיק לניזוק, אך תוך שמירת קשר מסוים בין החבות לזכאות (קרי: המזיק תורם לפיצוי הניזוק), אינה מצדיקה הענקת פיצוי במקרים של יצירת סיכון גרידא. עם זאת, היא מצדיקה הענקת פיצוי במקרים מסוימים הנתפסים לעיתים בטעות במקרים של יצירת סיכון גרידא, והמקיימים את התנאים הבאים: (א) קיימת קבוצה מזוהה של מזיקים וקבוצה מזוהה של ניזוקים, וברור שתברי קבוצת הניזוקים ניזוקו עלי ידי חברי קבוצת המזיקים; (ב) לא ניתן לדעת מיהו המזיק שגרם נזק לאיזה ניזוק; (ג) ניתן להעריך הן את הנזקים שגרמו חברי קבוצת המזיקים והן את הנזק שסבלו חברי קבוצת הניזוקים. מאחר שבסוג זה של מקרים קיימת אי-ודאות אם התנהגותו העוולתית של המזיק גרמה נזק לניזוק, הם יידונו בחלקו השני של המאמר.¹²

אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא כתחליף למשטר האחריות הנוכחי עשויה, לפחות ממבט ראשון, לעלות בקנה אחד עם עקרונות ההרתעה של דיני הניזוקין. במשטר של רשלנות, אחריות מוטלת על המזיק כאשר היה יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה מתוחלת הנזק המופחתת.¹³ בדרך זו המזיק-בכוח מתומרץ להשקיע במניעה כאשר, ורק כאשר, עלותה נמוכה מתוחלת הנזקים המופחתת. כך כלל הרשלנות תורם להפחתת הסכך הכל של הוצאות התאונות והוצאות מניעתן ולהרתעה אופטימלית (או יעילה).¹⁴

כפי שעולה מן האמור לעיל, כדי שההרתעה תהא אכן אופטימלית, הכרחי שהמזיק יראה לנגד עיניו, שעה שהוא מכלכל את צעדיו, את תוחלת נזקיו המופחתת (שניתן לכנותה אף "תוחלת נזקיו העוולתיים"), וישווה אותה לעלות המניעה. במשפט הנוהג, מטרה זו מושגת עלי ידי חשיפתו של המזיק-בכוח לסיכון של נשיאה בנזקים שהיה מוצדק למונעם, אך שלא גמנעו. עקב כך, המזיק חש עצמו בסיכון שווה-ערך לתוחלת נזקיו העוולתיים, והוא משווה תוחלת זו לעלות המניעה. ההרתעה האופטימלית מושגת.

בשיטה המבוססת על אחריות בגין יצירת סיכון, המזיק-בכוח חש תחושה דומה: יצירת סיכון עוולתית מביאה לידי הטלת אחריות עליו בהיקף השווה לתוחלת נזקיו העוולתיים. ממילא יכלכל המזיק-בכוח את צעדיו כאשר תוחלת זו עומדת לנגד עיניו, ישווה אותה לעלות המניעה, וההרתעה האופטימלית תושג במלואה כפי שהושגה באמצעות כלל הרשלנות הנוהג. ניתן להמחיש דברים אלה בדוגמה פשוטה: נניח שמזיק-בכוח מתלבט אם לנקוט בפעולה שעלותה 10, ואשר בכוחה להפחית לאפס את הסיכון שהתנהגותו תגרום לנזק בשיעור של 150. ההסתברות שאי-נקיטת הפעולה תגרום לנזק האמור היא 10%.

12 להלן הטקסט הסמוך להערות 78-79.

13 לעיל הערה 8.

14 לעיל הטקסט הסמוך להערה 3.

במשפט הנוהג, אם ייגרם נזק עקב אי-נקיטת הפעולה, יפצה המזיק את הניזוק ב־150. מאחר שההסתברות שכך יקרה היא 10%, יתרגם המזיק-בכות את סיכונו ל־15 (בהנחת גיטרליות לסיכון), ישווה אותו לעלות המניעה, וימנע את הסיכון. כך אף תושג הרתעה אופטימלית. אולם כך יקרה גם במשטר משפטי לפיו אחריות מוטלת בגין יצירת סיכון ובלא כל תלות בשאלת גרם הנזק, המזיק יידע שאם לא ימנע את הסיכון, הוא יתחייב בפיצוי בשיעור 15 בדרגת ודאות של 100%. סיכונו מאי-מניעת הסיכון יעמוד על 15, והוא ימנע את הסיכון.

ניתוח זה אף מלמדנו מדוע שיטה שאחריות מוטלת בה על-פי תומרת ההתנהגות, ולא בהתאם לרמת הסיכון שיצר המזיק בהתנהגותו העוולתית – שהיה ניתן להצדיקה על בסיס עקרונות הצדק המעניש¹⁵ – אינה מביאה לידי הרתעה אופטימלית. הטעם לכך הוא שלשם השגת הרתעה כזו, המזיק צריך לראות לנגד עיניו את תוחלת הנזק המופחתת,¹⁶ לא פחות ואף לא יותר. אם יראה לנגד עיניו גודל אחר, תיווצר תופעה של הרתעת-חסר או הרתעת-יתר, לפי העניין.

יתרון מסוים, כלכלי באופיו, הקיים בשיטה שאחריות מוטלת בה על-פי סיכון, ולא על-פי נזק, נוגע בסיכוניו של המזיק. בשיטה הנוהגת, עקב החשש מפני חיוב בפיצויים גבוהים עקב התנהגות רשלנית, רבים מן המזיקים, עקב היותם שונאי-סיכון, מנסים לפזר את הנזק, בראש ובראשונה על-ידי רכישת פוליסות ביטוח. ההוצאות של פיזור הנזק נחסכות בשיטה על-פיה אחריות מוטלת בגין יצירת סיכון. שיטה זו מביאה לידי פיזור נזק ומייתרת את הצורך בקיום של מנגנונים מיוחדים ויקרים, כגון חברות-ביטוח. מזיקים רבים, בודעים שיתחייבו לשאת בתוחלת נזקיהם ולא יותר, ימצאו את מנגנון הביטוח מיותר לחלוטין לדירם.

אף-על-פי שמשטר של אחריות בשל יצירת סיכון מספק לכאורה תמריצי התנהגות יעילים, מביא לידי פיזור נזקים, מגשים צדק מעניש באופן טוב יותר מהמשטר המשפטי הנוהג ומביא לידי פיצוי הניזוקים על-חשבון יוצרי סיכונים עוולתיים, אין המשפט הנוהג בוחר בדרך של הטלת אחריות בגין יצירת סיכון, ומעדיף להטיל אחריות בגין גרם נזק. נראה כי הסיבה המרכזית לכך אינה קשורה דווקא לאי-התאמת השיטה של יצירת הסיכונים לעקרונות הצדק המתקן, כפי שנהוג להבינם, אלא היא מעשית בעיקרה. אכן, קשה לראות כיצד ניתן לאכוף משטר של אחריות משפטית בגין יצירת סיכון גרידא. במשטר כזה, על-מנת שיאפשר הרתעה סבירה, מצד אחד, ויביא לידי כך שניזוקים יפוצו מכספיהם של יוצרי הסיכונים העוולתיים, מצד אחר, צריך שרוב יוצרי הסיכונים העוולתיים (אפילו אם לא כולם) ישאו באחריות בהתאם לגובה הסיכון שהם יוצרים. כדי להגשים מטרה זו, יש הכרח לעקוב אחר כל מי שעלול ליצור סיכון עוולתי, לאתר את יצירת הסיכון על-ידי ולגבות ממנו סכום כסף שישקף את גובה הסיכון שיצר. הניתן לדמיין משטר משפטי שבו מאתרים כל נוהג ברכב שנהג במהירות שאינה סבירה, ולו במשך חמש דקות בלבד, ומטילים עליו תשלום בגובה תוחלת הנזק של התנהגותו

15 לעיל הטקסט הסמוך להערות 5–6.

16 לעיל הערה 8.

העוולתית?! מאחר שההוצאות המינהליות הכרוכות באכיפת משטר כזה הן אינסופיות (שלא לדבר על הפגיעה בזכויות הפרט הנגרמת עקב מעקב צמוד אחר פעילותם השגרתית של בני-אדם), ניתן לחשוב על תחליפים שיבוססו על רעיון האחריות בשל יצירת סיכון, מצד אחד, אך שניתן לאוכפם, מצד אחר.

דרך חלופית אחת היא להטיל אחריות רק על יוצרי סיכונים גדולים במיוחד. כאן יהיו הוצאות האכיפה נמוכות יותר, אך ספק אם התוצאות ישביעו-רצון; זאת בראש ובראשונה עקב כך שאין כל ודאות שסך כל הסיכונים הגדולים (אך המועטים יחסית) גדול מסך כל הסיכונים הקטנים (והרבים מאוד). מכל מקום, ברור שהסיכונים הקטנים, אך הרבים, הם חלק נכבד מסך כל הסיכונים הנוצרים בחברה. על-כן עלול להיווצר לפי שיטה זו מצב שבו כלל יוצרי הסיכונים ישלמו בסך-הכל סכומי כסף קטנים בהרבה מתוחלת הנזק של התנהגותם העוולתית, ההרתעה תהא הרתעת-חסר, ואף סכומי הכסף שישלמו לא יספיקו לכיסוי נזקיהם של הניזוקים השונים.

דרך חלופית אחרת היא להטיל אחריות על יוצרי סיכונים בסכומי כסף המשקללים את בעיית האכיפה הטבועה במשטר משפטי שאחריות מוטלת בו בגין יצירת סיכון. לפי שיטה זו, ישלם כל יוצר סיכון הנתפס על-ידי רשויות האכיפה סכום כסף גדול פי כמה מהסיכון שיצר, בהתאם לסיכוי מלכתחילה לתופסו. הסיכון הגדול למדי שיוצר הסיכון יהא חשוף לו אם ייתפס ינטרל את הסיכוי הנמוך להיתפס. למשל, אם נוהג ברכב יוצר מדי פעם סיכון עוולתי של 10, אך הוא נתפס אחת לעשר פעמים, חיובו בפיצוי של 100 כאשר הוא נתפס יגרום לכך שהוא יראה מלכתחילה לנגד עיניו סיכון של 10 בכל פעם שהוא יוצר סיכון עוולתי של 10. (אם ייתפס – ישלם 100. הסיכוי להיתפס הוא 10%). תסרונותיה של שיטה כזו גלויים לעין. ראשית, בעיית האכיפה בשיטה זו עדיין משמעותית ביותר. שנית, שיטה כזו מספקת ליוצרי סיכונים רבים תמריץ לשכלל שיטות שימנעו את תפיסתם, במקום להקטין את סיכוני פעילותם. שלישית, בעיית המקריות ואי-הצדק כלפי נתבעים, שהשיטה הקיימת לוקה בה, ואשר שיטה טהורה של אחריות בגין יצירת סיכונים פותרת, קיימת בשיטה שיוצר סיכונים נושא בה בפיצוי בסכום גבוה בהרבה מהסיכון שיצר.

השיטה הנוהגת של הטלת אחריות בגין גרם נזק מסתמנת אם-כן כשיטה שעל-אף תסרונותיה, הינה טובה מכל שיטה חלופית המבוססת על הטלת אחריות בגין יצירת סיכונים גרידא.

מהיבט ההרתעה, אין הבדל משמעותי בין השיטות השונות, בנתון אכיפתן. מהיבט הצדק המתקן, השיטה הנוהגת עדיפה על השיטה של יצירת הסיכונים.

מהיבט האכיפה, השיטה של יצירת הסיכונים הינה בעייתית ביותר, שכן נשקפת סכנה של ממש שבמקרים רבים לא יאותרו יוצרי סיכונים גרידא ולא ישאו באחריות, ועקב כך לא יפוצו ניזוקים בפועל באופן מלא. השיטה הנוהגת, לעומת זאת, קלה יחסית לאכיפה, שכן אחריות מוטלת כאשר יש נזק, וקיומו של נזק מאפשר את איתורו של המזיק בקלות יחסית.

מהיבט הצדק המעניש, על-אף הקשיים בשיטה הקיימת, שעמדתי עליהם לעיל, ניתן להניח כי בסך-הכל, גרם נזק הוא אינדיקציה די טובה למידת הסיכון שיש בהתנהגות שגרמה לנזק. במילים אחרות, רוב הנזקים העוולתיים הם תוצאה של התנהגויות מסוכנות

יחסית המהוות אף סטייה חמורה מנורמת ההתנהגות הנדרשת, ורק מיעוטם הוא תוצאה של התנהגויות פחות מסוכנות. גרם נזק הוא אם-כן אמצעי לאירע לאיתור התנהגויות מסוכנות וחמורות.¹⁷ לפיכך, אפילו נגרם אי-צדק למוזיק מסוים במקרה כזה או אחר, אי-צדק זה אינו בלתי-נסבל, ומתרחש לעיתים רחוקות יחסית. לבסוף, השיטה הנוהגת עשויה להיחשב טובה יותר ככל שהדבר נוגע בהוצאות המינהליות הכרוכות בקביעת גובה הפיצוי שהנתבע יהויב לשאת בו. בעוד שבשיטה הקיימת, גובה הנזק מגדיר בדרך-כלל את מידת האחריות המשפטית (אם כי לעיתים, האחריות מצומצמת יותר בגין הגנות העומדות למוזיק), הרי שבשיטה המבוססת על אחריות בגין יצירת סיכונים גרידא, מידת האחריות תלויה בסיכון המסוים שיצר המוזיק במקרה הקונקרטי. הגם שיש להניח שבשיטה של יצירת סיכונים ישתכללו עם הזמן שיטות להערכת גובה הסיכונים במקרים קונקרטיים, עדיין נראה כי קשיי ההערכה יהיו רבים ביותר. קשיי הערכה אלה עלולים אף להחריף את הספקולטיביות בפסיקת הפיצויים, על כל התוצאות השליליות הנובעות מכך.

2. אחריות נזיקית בגין יצירת סיכון גרידא נוסף לאחריות נזיקית בגין גרם נזק

עד כאן ראינו, כי משטר משפטי שאחריות מוטלת בו בגין יצירת סיכון גרידא, כתחליף לשיטה הקיימת שאחריות מוטלת בה בגין גרם נזק, אינו אפשרי. עתה נותר לבחון אם ראוי וניתן להטיל אחריות בגין יצירת סיכון כתחלק מן השיטה הקיימת. בטרם דיון ברצוני להבהיר: השימוש בביטוי "נזק" או "נזק בפועל" משמש מכאן ואילך לציון נזק במובן המוכר והמקובל בדיני הנזיקין הנוהגים. ביטוי זה אינו כולל סיכון, אשר השאלה אם ניתן לראות אף בו נזק היא במרכז דיוננו.

הקושי הראשוני בהטלת אחריות בגין יצירת סיכון, לצד הטלת אחריות על מוזיקים שגרמו לנזק בפועל, הוא שהיא יוצרת הרתעת-יתר. נניח שאדם יוצר סיכון שייגרם נזק של 150 בהסתברות של 10%. תוחלת הנזק היא אם-כן 15. בהוצאה של 10 אותו אדם יכול למנוע את הסיכון כליל. כפי שהוסבר לעיל, דיני הנזיקין הנוהגים מספקים לו תמריץ לעשות כן, בהכפיפם אותו לסיכון של 10% לשאת בנזק של 150, ומניעים אותו לכלכל את צעדיו כאשר סיכון של 15 עומד לגד עיניו. בשיטה שבה אדם נושא באחריות הן לנזק בפועל והן ליצירת סיכון, המוזיק-בכות בדוגמה דלעיל חשוף לסיכון של 30: סיכון של 10% לשאת בפיצוי של 150 (סיכון המתייחס לנזק שעלול להיגרם בפועל); ונוסף על כך סיכון של 100% לשאת בפיצוי של 15¹⁸ (אם כי עקב בעיות אכיפה, הסיכון

17 השוו: G. Calabresi "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr." 43 *U. Chi. L. Rev.* (1975) 69; G.O. Robinson "Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases" 68 *Va. L. Rev.* (1982) 713, 737-738
18 למעשה, הסיכון פחות במקצת מ-30, ועומד על 28.5, מכיוון שבמקרה שהנזק נגרם בו בפועל, המוזיק נושא בפיצוי בגובה הנזק, ואינו נושא, נוסף על כך, בפיצוי בגובה תוחלת הנזק: $150 \times 10\% + 15 \times 90\% = 28.5$.

יהיה בדרך-כלל קטן יותר). היותו מצוי בסיכון הגבוה מן הסיכון שהוא מעמיד בו את החברה בהתנהגותו העוולתית עשוי להניע אותו לנקוט באמצעי זהירות מופרזים. אומנם, בדוגמה הנידונה נראה שטוב לגרום למוזיק-בכוח להשקיע 10, וככל שתהא הסנקציה הריפה יותר אם לא יעשה כך, כן ייטב.¹⁹ אולם ניתן לשנות את הדוגמה כדי שהבעיה של הרתעת-היתר תבלוט ביתר שאת. אם עלות המניעה היא 20, המוזיק-בכוח עלול לחשוש, לעיתים בצדק, כי אף-על-פי שנדמה לו שאינו רשלין, הוא רשלין, או שבית-המשפט יגדירו בטעות כרשלין. במשטר המשפטי הנוהג, למרות חשש זה, לא יוציא המוזיק-בכוח 20, ויעדיף ליטול את הסיכון (של 15) שתוטל עליו אחריות. התנהגות זו תהא יעילה.²⁰ לעומת זאת, במשטר משפטי שבו אחריות של 30 מוטלת עליו, יתפתה המוזיק-בכוח להוציא 20, אף-על-פי שעלות הסיכון לחברה היא בסופו של דבר 15 בלבד. זאת לפחות כאשר הוא מניח שהחשש מהטלת אחריות הוא משמעותי (כלומר, החשש לטעות גבוה דיו שיחוש עצמו בסיכון אחריות של יותר מ-20).²¹

מכאן שעל-מנת ששיקולי הרתעה יצדיקו הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא בשיטה משפטית שאחריות מוטלת בה בראש ובראשונה על נזקים בפועל, יש להראות שהסיכון כשלעצמו, לפחות במקרים מסוימים, מהווה נזק לחברה, שיש לו אופי עצמאי ושאינו רק פוטנציאל לנזק בפועל. אחרת, המוזיק נושא בסיכון גדול מהסיכון החברתי של התנהגותו, ונוצרת הרתעת-יתר. דרך אחרת שניתן להצדיק באמצעותה הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא על-פי שיקולי הרתעה היא להראות שישנם סוגי מקרים שבהם המוזיק אינו חשוף, מסיבה או אחרת, לסיכון ממשי לשאת בנזק בפועל, אם יתרחש. במקרה כזה, הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא לא תהא חשופה לטענות של הרתעת-יתר.²² האם האופי העצמאי של הסיכון הינו תנאי הכרחי להטלת אחריות בגינו על-פי עקרונות הצדק של דיני הנזיקין? שיקולי צדק מעניש אינם מעמידים תנאי כזה. הם עשויים להצדיק הטלת אחריות על מוזיק-בכוח שחשף את התובע לסיכון שהסתיים בלא-כלום. כך, אם נהג ראובן במכוניתו במהירות רבה וברשלנות, וסיכן את שמעון, אך לא גרם לו כל נזק בפועל, ניתן לסבור כי מוצדק, מטעמי צדק, להענישו. אם טיפל לוי, רופא, ברשלנות ביהודה, אך יהודה החלים למרות זאת ונותר בלא כל פגע, יש שיטענו שלוי ראוי לעונש, שהרי יד המקרה היא שהושיעה את יהודה, ואשמתו של לוי נותרה

19 למעשה, גם בדוגמה הנידונה, חיובו של המוזיק בכוח לשאת בסכום הגבוה מתוחלת הנזק שלו עלול לגרור תוצאות שליליות, כגון השקעה גדולה מהנחוץ במניעת הנזק עקב החשש מנשיאה באחריות בהיקף גדול.

20 להשפעתן של טעויות בתי-משפט על התנהגויות במשטר משפטי של רשלנות, ראו: G. Calabresi "Optimal Deterrence and Accidents" 84 *Yale L. J.* (1975) 656, 656–662; G. Calabresi & A.K. Klevorick "Four Tests for Liability in Torts" 14 *J. Leg. Stud.* (1985) 585, 618 et seq.

21 בנתוני הדוגמה, הפרט יעדיף להשקיע במניעה סך של 20 כאשר הסיכון לטעות גבוה מ-66% (20=30x66%).

22 אם כי תעלה עדיין השאלה, שתידון בהמשך המאמר, אם מבחינות אחרות אכן הסיכון הוא הנזק שגרמה התנהגותו של יוצר הסיכון.

בעינה. נשים-לב כי אם הסתיים הסיכון בגרם נזק, יתויב המזיק לשאת בנזק בפועל בלבד, שאחרת, בהנחה שלסיכון אין אופי עצמאי, ייענש פעמיים בגין אותה התנהגות. אכן, כפי שהוסבר כבר, שיקולי צדק מעניש תומכים בהטלת אחריות בגין יצירת סיכונים, כתהליף לשיטה הקיימת, שאחריות תלויה בה בגרם נזק. לתמיכה זו שתי הנמקות: חיובית ושלילית. ההנמקה החיובית היא שהטלת אחריות בגין יצירת סיכונים מביאה לידי חיובו בפיצויים של יוצר סיכון עוולתי שלמרבית מולו לא גרם נזק; ההנמקה השלילית היא שהטלת אחריות בגין יצירת סיכונים מונעת את חיובו בפיצויים גבוהים של מי שלרוע מזלו גרם נזק בעוולה, אך שאשמתו המוסרית אינה מצדיקה את חיובו בפיצויים האמורים. שיטה משפטית שאחריות מוטלת בה בגין יצירת סיכון עוולתי לצד הטלת אחריות בגין גרם נזק בפועל נתמכת על-ידי ההנמקה החיובית. זאת מכיוון שבשיטה כזו, בדומה לשיטה שאחריות מוטלת בה בגין יצירת סיכון עוולתי בלבד, ולהבדיל מהשיטה המשפטית הנוהגת, אין חשש שמי שיצר סיכון שלא התממש רק בשל מזלו הטוב יתחמק מעונש. לעומת זאת, אין השיטה הנידונה נתמכת על-ידי ההנמקה השלילית: כמו בשיטה המשפטית הנוהגת, יישא המזיק במלוא הנזקים שגרם אפילו אם אשמתו המוסרית מועטה.²³ שיקולי צדק מתקן, לעומת זאת, מאפשרים הענקת פיצוי בגין יצירת סיכון רק אם לסיכון יש אופי עצמאי, מנותק מן הנזק בפועל, אך מהווה בכל זאת נזק לניזוק. תיקון מצבו של הניזוק הוא, כזכור, רעיון-היסוד המונח בבסיסם של עקרונות הצדק המתקן, ובאין נזק, אין צורך בתיקון.

23 מידת השכנוע בדרך טיעון זו תלויה בנקודת-המבט שממנה משקיפים על הצדק המעניש. אם נקודת-המבט היא של לאחר מעשה, נראה שהטיעון דלעיל משכנע. אם נקודת-המבט היא של לפני מעשה – נקודת-מבט שהרלוונטיות שלה מוטלת בספק ככל שהדבר נוגע בצדק מעניש – הטיעון עשוי להיות בעייתי. זאת מכיוון שמנקודת-מבט של לפני מעשה, הטלת אחריות בגין יצירת סיכון מכפיפה את המזיק-בכוח לסיכון כפול או לעונש כפול: כפי שהוסבר בראשית הפרק, מזיק המסכן את החברה ב-15 גושא בסיכון של 30. אם הנחתנו היא כי שיקולי צדק מעניש מהיבים הכפפה של המזיק-בכוח לעונש שווה-ערך לסיכון שהוא יוצר לחברה (בבחינת "עין תחת עין"), הרי שמטרה זו מטוּכלת אם נקודת-המבט שממנה ראוי להשקיף על הצדק המעניש היא אכן של לפני מעשה. אולם, אם לעומת זאת, הדגש אינו מושם בערך המוחלט של העונש אלא ביחסיותו, דהיינו, בהיותו פרופורציונלי לחומרת הסיכון, נראה כי שיקולי צדק מעניש, אף מנקודת-מבט של לפני מעשה, יתמכו בהטלת אחריות על יצירת סיכון גם בתוך השיטה הקיימת. העונש שיושת על יוצרי סיכונים, מנקודת-המבט של לפני מעשה, יהיה למעשה כפול מן הסיכון שהם יוצרים לחברה, אך כך יהיה בכל המקרים. אולם גישה כזו של צדק מעניש עולה למעשה בקנה אחד אף עם המשפט הנוהג במצב שבו אין אחריות מוטלת על יוצרי סיכונים גרידא. זאת מכיוון שאם בוחנים את שיקולי הצדק המעניש מנקודת-מבט של לפני מעשה, השיטה הקיימת אינה מעוררת כל קושי: כל יוצר סיכון עוולתי כפוף לסיכון שווה-ערך לתוחלת נזקיו. השוו: Waldron, *supra* note 7; Honoré, *supra* note 7, המגינים על השיטה הקיימת בדרך הנמקה של לפני מעשה.

מכאן שתנאי האופי העצמאי של הסיכון, כנוק העומד בפני עצמו, מוכתב הן על-ידי שיקולי הרתעה והן על-ידי שיקולי צדק מתקן (אך לא על-ידי שיקולי צדק מעניש). אלא, בעוד ששיקולי ההרתעה מסתפקים בכך שהסיכון יהווה נזק כלשהו (לניזוק, לצדדים שלישיים או לחברה בכללותה), שיקולי צדק מתקן מחייבים שנוק זה ייוחס לניזוק, התובע. בהמשך יומחש הבדל זה בין נקודת-המבט של ההרתעה ונקודת-המבט של הצדק המתקן.

היש מקרים שלסיכון יש בהם אופי עצמאי, כנוק העומד בפני עצמו ואשר אינו בבחינת פוטנציאל לנזק בפועל בלבד?

יצירת סיכון עלולה לעורר פחד בבני-אדם. כך, מוזיק היוצר זיהום סביבתי שעלול לגרום נזק לגוף ולבריאות אינו מוזיק רק לאלה הנפגעים פיסית, בגופם, אלא גם לרבים אחרים החיים בצל הפחד שמא ניזוקו או ייזוקו בעתיד. גם אם מסתבר לאלה האחרונים, כחלוף פרק-זמן, כי לא ניזוקו ואף לא ייזוקו בעתיד, לא יהא זה מופרך לטעון שחשיפתם לסיכון, היא כשלעצמה גרמה להם נזק. אכן, נזק זה מנותק לחלוטין מן הנזק לגוף ולבריאות, ותנאי העצמאות מתקיים בו. חיוב בפיצוי בגין הפחד שנגרם עקב יצירת הסיכון העוולתית עשוי להיות מוצדק הן על-פי שיקולי הרתעה והן על-פי שיקולי צדק, מעניש ומתקן כאחד. שיקולי הרתעה מבוססים, כווכר, על כך שהמעוול נושא בנזקים שהתנהגותו העוולתית גורמת לחברה. הפחד הוא נזק העונה על אמת-מידה זו (אם כי משיקולים של הוצאות מינהליות, הקיימות בעיקר בשל קשיי הוכחה, ייתכן שבסופו של דבר טוב לא לפצות בגיגו).²⁴ בדומה לכך, היות הפחד נזק שנגרם לניזוק ספציפי מזוהה הופך אותו לנזק שראוי לפצות בגינו לפי עקרונות הצדק המתקן. שיקולי צדק מעניש פועלים אף הם באותו כיוון: הגורם פחד בעוולה ראוי לעונש, לעיתים לא פחות מאשר מי שגרם לנזק פיסית. אכן, בארצות-הברית נפסקו פעמים אחדות פיצויים לבני-אדם שנחשפו לסיכון בגין הפחד שנוצר בליבם מפני פגיעה עתידית.²⁵ ברם, גם כאשר נפסק פיצוי כזה, היה מדובר במקרים שבהם לא היה ברור עדיין בעת המשפט אם ייגרם לתובעים נזק לגוף או לבריאות, וקשה להתעלם מכך שבתי-המשפט, בפוסקם פיצוי, חשו שקיים לפחות סיכוי ממשי שהסיכון יתממש בעתיד לכדי נזק פיסית.

אלא שפיצוי בגין גרם פחד אינו פיצוי בגין יצירת סיכון, ממש כשם שפיצוי בגין נזק פיסית שתחילתו ביצירת סיכון אינו פיצוי בגין יצירת סיכון. אם המשפט מגן על שלמות נפשו של אדם, ולא רק על שלמות גופו, הרי מי שגורם פחד לאחר הינו מוזיק הגורם נזק

24 דיני הנזיקין נרתעים מלהכיר בזכאות הנפגע לפיצוי כאשר נזקו אינם ממוניים. בישראל, עד שנפסק ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, היתה ההלכה שאדם שנגרם לו נזק לא-ממוני לא יהא זכאי לפיצוי בגינו אלא אם נזק זה נלווה לנזק פיסית. כאמור, ההלכה שונתה בעניין זה, אך הפיצוי בגין נזק לא-ממוני שלא נלווה לו נזק גוף נתפס עדיין כהריג. ראו רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון המנוח רוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397.

25 ראו אצל: J.B. Weinstein *Individual Justice in Mass Tort Litigation* (Evanston, 1995) 152-154. כן ראו: *Werner v. Blankfort* 42 Cal. Rptr. 2d 229 (1995).

ממשי ככל מוזיק אחר הגורם נזק פיסי, לגוף או לרכוש. התגובה הנפשית של הניזוק על הסיכון היא שמפעילה את המשפט, ולא יצירת הסיכון עצמו. אכן, אילו לא היה האדם החשוף לזיהום הסביבתי (בדוגמה דלעיל) מודע לכך שהוא חשוף לסיכון של פגיעה, ועל-כן לא היה חש כל פחד, הקושי לזכותו בפיצוי בגין היחשפותו לסיכון היה נותר בעינו. קיימים אף מקרים אחרים שבהם לא תביא הטלת אחריות בגין יצירת סיכון גרידא לידי הכפפת המוזיק לסיכון יתר ותהא מוצדקת מהיבט ההרתעה. כוונתי למצבים שבהם חלק מן הנזק שנגרם לחברה על-ידי התנהגותו העוולתית של המוזיק אינו נתבע ממנו. הבה נשוב לדוגמת המוזיק הגורם זיהום סביבתי. חלק מן הנזק הינו נזק מוחשי, הנגרם לבני-אדם המקבלים פיצוי מן המוזיק. עם זאת, הזיהום גורם לא-אחת נזקים נוספים, ששיטת המשפט הנוהג מתקשה לפצות בגינם. כך, הזיהום עשוי לגרום פגיעות לבני-אדם שאינם יודעים כלל שנפגעו, וממילא לא יתבעו פיצוי; הזיהום עלול לגרום נזקים לבני-אדם בעוד שנים רבות ובאופן שיקשה עליהם לזהות את גורם הנזק; והזיהום עלול לפגוע בדורות הבאים או באיכות הסביבה. חיובו של המוזיק בפיצויים גבוהים מאלה הנדרשים לכיסוי הנזקים המוכחים במקרים מעין אלה, בין בדרך של הטלת אחריות בגין יצירת סיכון ובין בכל דרך אחרת, לא יוביל בהכרח להרתעת-יתר. אדרבא, חיוב כזה בפיצויים עשוי למנוע הרתעת-חסר, אשר נוצרת עקב כך שהפיצויים בהם מחויב המוזיק אינם מכסים את סך כל הנזקים החברתיים להם גרם בהתנהגותו העוולתית. חיובו של המוזיק בפיצויים גבוהים כאמור לעיל עולה בקנה אחד אף עם עקרונות הצדק המעניש, אם כי אינו מתיישב עם עקרונות הצדק המתקן.²⁶

האם בסוג זה של מקרים, יצירת הסיכון היא בעלת אופי עצמאי, המנותקת מגרם נזק בפועל? נראה כי התשובה לכך שלילית. אפילו נשתכנע שהענקת פיצוי למי שחשוף לסיכון מעבר לנזקיו המוכחים מועילה מבחינה זו או אחרת להרתעתו של המוזיק, ואף מוצדקת מטעמי צדק מעניש, הצדקות אלה אינן גובעות מכך שיצירת הסיכון כשלעצמה מהווה נזק. הצדקות אלה מבוססות על כך שיצירת הסיכון גורמת נזקים ממשיים המיתוספים לאלה המוכחים, אלא שלא ניתן לתובעם בבית-המשפט מסיבות מעשיות. אמת, בלעדי חיובו של המוזיק בפיצוי נוסף לזה הנדרש לכיסוי הנזקים המוכחים, עלולה להיווצר תופעה של הרתעת-חסר: המוזיק אינו מפנים את כל נזקי התנהגותו העוולתית, כנדרש לשם השגת הרתעה אופטימלית. בעיה זו ניתן לפתור בדרך של חיובו בפיצויים מוגדלים. ברם, פיצויים מוגדלים אלה מוצדקים לא בשל היות הסיכון נזק, אלא בשל הנזקים שנולדו ממנו.²⁷

26 שכן, לפי עקרונות הצדק המתקן, חובתו של המוזיק כלפי הניזוק היא לפצותו בגין נזקיו, ולא יותר. עם זאת, כפי שנראה להלן בטקסט הנלווה להערות 78-79 (דוגמות המפעל ויצרני התרופות), עקרונות הצדק המתקן עשויים לחייב הענקת פיצוי על-ידי מוזיק לניזוקים שקיים סיכוי שנפגעו עקב התנהגותו העוולתית אף מעבר לנזקהם, כאשר החלופה היא שלא יפוצו כלל.

27 השוו לרציונל להענקת פיצויים עונשיים: R.D. Cooter "Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis" 60 L. & Contemp. Prob. (1997) 73.

סיכון עשוי להיתפס כנוק כאשר הוא פוגע בשווי נכסיו של אדם. אם ראובן גר במקום החשוף לסיכון מוגבר של רעידת-אדמה, יש להניח ששווי רכושו יושפע מסיכון של רעידת-אדמה. בדומה לכך, אם היה רכושו חשוף במשך תקופה מסוימת לסיכון עוולתי שהיה עלול להסתיים בפגיעה, ועקב קיומו של הסיכון פחתו דמי-השכירות שגבה מהשכרת הנכס, או שעקב כך מכר את הנכס בסכום כסף נמוך משווי בלעדי הסיכון, הוא ניזוק עקב הסיכון גם אם הסיכון חלף עבר לו מן העולם.²⁸ כך, יכול גם שבתקופת החשיפה ביטח ראובן את הנכס מפני הסיכון. בדומה לכך, ייתכן שראובן הוציא הוצאות אחרות לשם מניעת הנזק העתידי או הקטנתו לנוכח קיומו של הסיכון, כגון הוצאות לחיזוק המבנה, או לשם העתקת מקום מגוריו למקום אחר שאינו חשוף לסיכון. הוצאות אלה כולן מהוות נזקים, ולא יהא זה מופרז להטיל על יוצר הסיכון העוולתי חובת פיצוי בגינן.

ניתן להשקיף באופן דומה על חשיפה עוולתית של גופו של אדם לסיכון. על-פי השקפה זו, אדם החשוף לסיכון בגופו "שווה" פחות משהיה "שווה" קודם לחשיפה לסיכון. עקב החשיפה, הוא נעשה פגיע יותר משהיה בעבר.²⁹ אכן, אם ירצה לבטח את חייו או בריאותו שעה שהוא חשוף לסיכון, הוא עשוי להידרש לשאת בפרמיה גבוהה מזו שהיה נדרש לשאת בה אלמלא החשיפה. תוספת פרמיה זו היא נזק ממשי שנגרם עקב החשיפה לסיכון.³⁰ אפילו חלף הסיכון לאחר-מכן. בדומה לכך, אם במהלך חשיפתו לסיכון ייהרג בתאונת-דרכים, תלויו עלולים לזכות בפיצוי מופחת מן המזיק אם יסבור בית-המשפט כי תוחלת חייו או תוחלת שנות עבודתו קצרות יותר מכפי שהיו עובר לחשיפה.³¹ העובדה שיסתבר בדיעבד כי הסיכון לא היה מתממש אינה משנה את המסקנה שהחשיפה לסיכון

28 לנטייה להסכים לכך שיצירת סיכון המורידה את שווי של נכס מהווה נזק, ראו ע"א 81/68 זנגי ג' אנגלשטיין, פ"ד כב(2) 24 (להלן: עניין זנגי). כן השוו ע"א 771/82 י. בלומנטל ב"ח בע"מ נ' תיכון, פ"ד לט(2) 477. ראו גם: C.E. Miller "Radiological Risk and Civil Liability: A Review of Recent Developments in the United Kingdom" *Law and Uncertainty: Risks and Legal Processes* (London, 1997, R. Baldwin ed.) 273, 277-278. המחבר מתאר שם פסק-דין אנגלי - *Merlin v. British Nuclear Fuels plc* (1991) 3 JEL 122 - בו תבעה משפחה בגין ירידת שווי הבית שבו גרה עקב חשיפתו לקרינה מכור גרעיני סמוך. התביעה נדחתה, שכן נקבע שהחיקוק שהפרו הנתבעים ושעליו התבססה התביעה אינו מקנה עילת-תביעה בגין נזק כלכלי הנובע מירידת שווי נכסים.

29 בפסיקה האמריקאית ניתן למצוא שימוש בהנמקה זו לפסיקת פיצוי בנסיבות שבהן אדם נחשף לסיכון ולא ניתן לרעת אם ייפגע בעתיד. Weinstein, *supra* note 25, at pp. 152-154.

30 לטעון ברוח זו, ראו: D. Rosenberg, *supra* note 7, at pp. 787-789; Robinson, *supra* note 7, at pp. 787-789; D. Rosenberg, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 851, 885-887.

31 לשימוש בטיעון זה להצדקת פיצוי לניזוקים במצבים שלא ברור בהם אם קוצרה תוחלת חייהם עקב החשיפה לסיכון, ראו: Rosenberg, *ibid*, *ibid*.

גרמה נזק ממשי. זאת ועוד, לא־אחת יהא זה מוצדק מבחינתו של אדם שנחשף בגופו לסיכון לנזק אמצעים למניעת נזק עתידי, כגון קבלת טיפולים רפואיים מעבר לבדיקות תקופתיות,³² רכישת אביזרים המקטינים את סיכוייו, ולעיתים אף העתקת מקום מגוריו. אמצעים אלה כרוכים כמובן בהוצאות כספיות משמעותיות, שאינן נעלמות אף אם מסתבר כעבור זמן שהסיכון לא התממש לכדי נזק גוף.³³

מן האמור לעיל עולה איפוא שכל הנזקים הנובעים מחשיפת נכסיו או גופו של אדם לסיכון הינם נזקים ממשיים כל עוד נגרמו בפועל;³⁴ הם נותרים כאלה אף אם הסיכון שגרם להם חלף בלא להותיר כל פגע ממשי בנכס או בגוף. חיובו של המזיק בפיצוי בגינם מוצדק משיקולי הרתעה ומשיקולי צדק. אופיים העצמאי אינו מוטל בספק, והם מתקיימים בנפרד מן הסיכון. ברם, בשל כך ממש לא יהא זה נכון להגדיר את הפיצוי שייפסק בגינם כפיצוי בגין יצירת סיכון גרידא. גרם הנזק, ולא יצירת הסיכון, הוא שעשוי להצדיק את הטלת האחריות הנוזקית.

חלק ב: אחריות נזיקית בגין פגיעה בסיכוי

נקודת־המוצא שהנחתה את הדיון עד כה היתה שהנתבע חשף את התובע לסיכון

32 ראו: Rosenberg, *ibid*, *ibid*; S.R. Perry "Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence" 42 *U. Toronto L. J.* (1992) 247, 267–269.

33 אף דרך זו ננקטת בפסיקה האמריקאית לפסיקת פיצוי לסובת בני־אדם שנחשפו לסיכונים: Weinstein, *supra* note 25, at pp. 152–154; *Werner v. Blankfort*, *supra* note 25.

בתחום דיני החוזים, אם במצב של הפרה צפויה (מקרה המקביל ליצירת סיכון בנזיקין) הנפגע פועל להקטנת נזקיו, הוא זכאי לשיפוי בגין הוצאותיו הסבירות מן המפר אפילו אם אין החוזה מופר בסופו של דבר: א' פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997) 204–205.

34 האם יהיה ראובן זכאי לפיצוי גם אם הסיכון העוולתי חלף בלא להותיר כל עקבות בנפשו, בגופו או ברכושו? נראה שכדי להשיב על שאלה זו יש לבחון כיצד המשפט נוהג בפגיעות עוולתיות שחלפו בלא להותיר נזק ממשי. כך, יכול שאדם נכלא כליאת־שוא, אך בטרם היה מודע לכך, שוחרר. האם הוא ניזוק מכליאת־השוא בתקופת הזמן שבה היה כלוא באופן המצדיק את פיצויו? יכול שאדם הוציא לשון הרע על חברו, אך בטרם זה ידע על כך, תיקן את המעוות, ועתה ברור שבסופו של דבר לא נגרם לו כל נזק. האם ניתן לטעון שלמרות זאת, במשך תקופת הזמן שבין הוצאת לשון הרע לבין תיקון המעוות נגרם לו נזק, ושהמזיק חייב לשאת בו? התשובה החד־משמעית של המשפט היא שבאין נזק ממשי – אין פיצוי. נזק שחלף אינו נזק ברי־פיצוי. ראו עניין זנגי, לעיל הערה 28. באנלוגיה לדוגמה הנידונה כאן, אם חלף הסיכון לראובן בלא להותיר סימן, אין ראובן זכאי לפיצוי, וזאת לא מפני שהיה חשוף לסיכון בלבד, אלא משום שפגיעתו היתה חולפת, והותירה אותו בלא כל פגע.

שהלף עבר בלא להותיר עקבות. חלק זה של המאמר עוסק במצבים של אי־ודאות. ככולם חשף הנתבע את התובע לסיכון על־ידי התנהגות עוולתית, אלא שקיימת אי־ודאות המתייחסת לגרם הנזק או להיקפו. עקב היות התנהגותו העוולתית של הנתבע מוכחת, עולה השאלה אם על־אף אי־הודאות, ניתן וראוי להטיל עליו אחריות כלפי התובע בגין פגיעה בסיכוי. הטלת אחריות בגין פגיעה בסיכוי משמעה שהתובע יזכה בפיצוי שהינו מכפלה של גודל הנזק שנגרם (או עלול להיגרם) לו בסיכוי שנוק זה הינו תוצאת התנהגותו העוולתית של הנתבע.

מאמר זה אינו מתייחס למצבים שאי־הודאות נוגעת בהם בעצם היותו של הסיכון שיצר הנתבע עוולתי,³⁵ או בעצם היותו של הסיכון העוולתי תוצאה של התנהגות הנתבע;³⁶ מצבים אחרונים אלה, בהם התנהגותו העוולתית של הנתבע אינה מוכחת, אינם מקרים של פגיעה בסיכוי במובן הניתן למושג זה במאמר, ומכל מקום, הם מעוררים שאלות מסוג שונה מזה שיידון כאן.³⁷

ניתן לתאר שלושה מצבים עיקריים שקיימת בהם אי־ודאות באשר לנזקיו של התובע מן הסיכון העוולתי שיצר הנתבע, ואשר שאלת הפיצוי בגין פגיעה בסיכוי עשויה להתעורר בהם. במצב הראשון גרם הנתבע לתובע נזק בהתנהגותו העוולתית, אך קיימת אי־ודאות באשר לגודל הנזק. במצב השני פגע הנתבע בזכות או באינטרס של התובע בהתנהגות עוולתית, אך קיימת אי־ודאות באשר לגרם הנזק. במצב השלישי יצר הנתבע סיכון עוולתי, אך קיימת אי־ודאות באשר לפגיעתו בזכות או באינטרס של התובע. בכל שלושת המצבים אי־הודאות עשויה להתייחס לעבר או לעתיד: יכול ששאלת גודל הנזק, גרם הנזק או הפגיעה באינטרס, לפי העניין, מתייחסת להתרחשויות עתידיות, ויכול שהיא מתייחסת לאירועים בעבר שאין לנו מידע לגביהם.

הקושי העיוני להכיר בפיצוי בגין פגיעה בסיכוי נובע בעיקרו מכך שמבחינה מושגית, לא ניתן לומר, בכל שלושת המצבים שהוזכרו לעיל, כי הנזק אירע ולא אירע בו־זמנית, ובוודאי שלא ניתן לומר שהנזק אירע בחלקו. למעשה, הנזק אירע או לא אירע, ופגיעה בסיכוי, כך ממשיך הטעון, הינה יציר לשוני שאין לו כל קיום במציאות.

להלן יוצגו מקרים טיפוסיים שקיימת בהם אי־ודאות מאחד משלושת הסוגים שזה עתה פורטו, וייבחנו הפתרונות המשפטיים הראויים להם מהיבט הצדק המתקן ומהיבט ההרתעה.³⁸ במקביל יוצגו הפתרונות הניתנים להם במשפט הנוהג. סיווג מקרי אי־הודאות כאמור לעיל (ביחס לגודל הנזק, לגרם הנזק ולפגיעה באינטרס) תואם את התפיסה האינטואיטיבית, המעוגנת אף בהתייחסות המשפט הנוהג למצבי אי־הודאות,

35 באופן רגיל, תביעה במקרים אלה תידחה. עם זאת עשויים להיות לכך חריגים: פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 3, בע' 321–328.

36 גם כאן תידחה התביעה בדרך־כלל אך לעיתים תהא התוצאה שונה. פורת, שם, שם.

37 פורת, שם, שם.

38 איני דן בהקשר זה בצדק מעניש, שכן שיטה התולה הטלת אחריות בגרם נזק בפועל, ודאי או לא־ודאי, אינה מתיימרת כנראה להגשים את עקרונות הצדק המעניש. לפיכך אתייחס להלן לעקרונות אלה בהקשרים המיוחדים שהנחה זו אינה תקפה בהם.

על־פיה קל יותר לפסוק לפי סיכוי כאשר רק גודל הנזק אינו ודאי, קשה לעשות כן כאשר עצם קיומו של נזק מוטל בספק, וקשה עוד יותר לפסוק לפי סיכוי כאשר לא ברור כלל אם פגע הנתבע באינטרס כלשהו של התובע. הדיון שלהלן עשוי ללמד, שהתייחסות זו של המשפט הנוהג למצבי אי־הוודאות אינה מוצדקת תמיד.

1. אי־הוודאות לגבי גודל הנזק (לצד ודאות לגבי גרם נזק בעוולה)

הדוגמה הבאה ממחישה מקרה טיפוסי של אי־הוודאות הנוגעת בגודל הנזק, כאשר גרימתו העוולתית של נזק על־ידי הנתבע לתובע אינה מוטלת בספק.

(א) הדוגמה של הפסד ההשתכרות

ראובן נפגע בתאונת־דרכים שנגרמה עקב רשלנותו של שמעון. הוא סובל מנכות המפחיתה את יכולת השתכרותו. בפועל הוא עובד כפקיד, ושכרו נמוך למדי. בעת שבית־המשפט בא לאמוד את הפסד השתכרותו, עולה השאלה במה היה ראובן עוסק אלמלא נפגע בתאונה. קיים סיכוי, שניתן להעריכו בכ־30%, שאלמלא הפגיעה, היה עובד כימאי בצי הסוחר – שאז היתה הכנסתו גבוהה במידה ניכרת מהכנסתו הנוכחית. הפגיעה אינה מאפשרת לו לעבוד בעבודה זו. קיים סיכוי של 70% שראובן היה בוחר לעבוד כפקיד אף אלמלא נפגע בתאונה. אם האפשרות הראשונה משקפת את המציאות, נגרם לראובן נזק רב. אם האפשרות השנייה משקפת את המציאות, נזקיו של ראובן פחותים, מכיוון שאינם מכילים מרכיב של הפסד השתכרות.³⁹

ניתן לחשוב על שתי דרכים ששופט הנדרש לשאלת הפיצוי בדוגמת הפסד ההשתכרות יכול לנקוט בהן. על־פי הדרך האחת, לא ייפסק לראובן כל פיצוי בגין הפסד השתכרות, מכיוון שלא הצליח להרים את נטל השכנוע באשר לגודל הנזק שהוא תובע בגינו. על־פי הדרך השנייה, ייפסק לראובן פיצוי בגין פגיעה בסיכוייו להשתכר. בדוגמה הנדונה, גובה הפיצוי יהיה 30% מן ההפרש שבין השתכרותו של ימאי לבין השתכרותו הנוכחית של ראובן, כפקיד. בדרך שנייה זו בחר בית־המשפט העליון בישראל ללכת.⁴⁰ הטלת אחריות על שמעון על־פי סיכוי אינה מעוררת קשיים מיוחדים מהיבט ההרתעה, אם כי ספק אם יש הבדל מהיבט זה בין פסיקת פיצוי על־פי סיכוי לבין פסיקת פיצוי על־פי עודף הסתברויות.

39 מבוסס על ע"א 591/80 חיו נ' ונטורה, פ"ד לח(4) 393, בשינויים מסוימים (להלן: עניין חיו).

40 עניין חיו, שם. לתמיכה בדרך של פיצוי על־פי סיכוי כאשר מתעוררות שאלות הנוגעות בהערכת הנזק, ראו אף ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281 (להלן: עניין ברששת); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762. לפסיקת פיצוי תוך התחשבות בסיכוי הגם שלא בדרך של אומדן אריתמטי שלו, ראו ע"א 702/87 מ"י נ' כהן, פ"ד מח(2) 705, 731.

כזכור, הרתעה אופטימלית מחייבת שהמעוול יכלכל את צעדיו כאשר הוא חשוף לסיכון של אחריות בגובה של תוחלת הנזק המופחתת.⁴¹ פסיקת פיצוי על-פי סיכוי, במקרים המיוצגים על-ידי הדוגמה של הפסד ההשתכרות, אכן משיגה מטרה זו. נניח שהתנהגותו העוולתית של שמעון יוצרת סיכון של פגיעה בניזוק אחד בהסתברות של 100%, מתוך אוכלוסייה של עשרה בני-אדם. נניח עוד כי שבעה מבין העשרה, אם ייפגעו, לא יסבלו כל נזק של הפסד השתכרות, ואילו שלושת האחרים יסבלו נזק של הפסד השתכרות בגובה של 10. עוד נניח כי אין כל דרך לדעת לאחר מעשה אם הניזוק נמנה עם קבוצת השבעה או עם קבוצת השלושה. קל לראות שהסיכון בהתנהגותו העוולתית של שמעון, ככל שהוא נוגע בהפסד השתכרות, מגיע לכדי 3 (סיכוי של 30% שייגרם נזק של 10). לפיכך חשוב שסיכון זה של 3 יהיה לנגד עיניו בעת שהוא מכלכל את צעדיו עובר לתאונה. בשיטה משפטית העומדת בדיוקנות על הצורך בהוכחת גודלו של הנזק על-פי עודף הסתברויות, יהיה שמעון פטור מאחריות כלשהי לנזקים של הפסד השתכרות, ועל כן הסיכון של 3 לא יהא לנגד עיניו. הוא יכלכל את צעדיו כאשר תוחלת הנזק העומדת לנגד עיניו פחותה ב-3 מכפי שהיא למעשה. עקב כך תיווצר הרתעת-חסר. בשיטה משפטית שפיצוי נפסק בה לפי סיכוי, יישא שמעון בנזק של 3 בגין הפסד השתכרות (סיכוי של 30% שהניזוק בפועל סבל נזק של 10). לפיכך, בנתוני הדוגמה, תעמוד לנגד עיניו תוחלת נזק של 3 המתייחסת להפסד ההשתכרות, וההרתעה תהא אופטימלית.

עד כאן ניתן לחשוב שפסיקה לפי סיכוי עדיפה מהיבט ההרתעה על פסיקה על-פי עודף הסתברויות; אלא שמסקנה זו אינה נכונה, או לפחות אינה הכרחית. הטעם הפשוט לכך הוא שאין כל סיבה להניח שרוב הניזוקים-בכוח אכן מצויים במצב שקיים בו סיכוי ממשי שנגרם להם הפסד השתכרות, וסיכוי זה פחות מ-50%. יש להניח שממש כפי שקיימים ניזוקים מסוג אחרון זה, קיימים אף ניזוקים המצויים במצב שקיים בו סיכוי ממשי גבוה מ-50% (אך פחות מ-100%) שנגרם להם הפסד השתכרות. קיומה של הקבוצה השנייה, לצד הקבוצה הראשונה, מקוז את התופעה של הרתעת-החסר הגוצרת בשיטה הפועלת על-פי עודף הסתברויות.

הבה נניח שקיימים עשרים ניזוקים-בכוח, עשרה מתוכם הם אלה שתוארו בפסקה הקודמת (להלן: הקבוצה הראשונה) ועשרה הם כאלה אשר לשבעה מהם ייגרם הפסד השתכרות של 10 ולשלושה לא ייגרם הפסד השתכרות כלל (להלן: הקבוצה השנייה). בהנחה שניתן לזהות לאחר מעשה את השתייכותו של הניזוק לאחת משתי הקבוצות, פסיקה על-פי עודף הסתברויות תיצור אותה תוצאה, מהיבט ההרתעה, כמו פסיקה לפי סיכוי. על-פי שיטה של עודף הסתברויות, עשרה מבין העשרים (הקבוצה השנייה), אם יינזקו, יקבלו פיצוי של 10 בגין הפסד השתכרות, ועשרה (הקבוצה הראשונה) לא יקבלו פיצוי כלל. התוצאה תהא ששמעון יראה מלכתחילה לנגד עיניו סיכון של 5 (סיכוי של 50% לשלם 10). כך גם יהא בשיטה של פסיקת פיצוי לפי סיכוי: אם יינזק ניזוק השייך לקבוצה הראשונה, יפצה אותו שמעון ב-3, ואם יינזק ניזוק השייך לקבוצה השנייה, יפצה אותו שמעון ב-7. הסיכוי ששמעון יישא בפיצוי של 3 הוא 50%, וכך גם הסיכוי שיישא

41 לעיל הערה 8.

בפיצוי של 7. הסיכון שיעמוד בו שמעון יהא אס-כן 5 (1.5 + 3.5). למותר לציין שתוחלת הנזק המתייחסת להפסד ההשתכרות היא 5: קיים מלכתחילה סיכוי של 50% שייפגע ניוזק שלא יסבול כל נזק של הפסד ההשתכרות (כך אם ייפגעו השבעה ללא נזק מהקבוצה הראשונה או השלושה ללא נזק מן הקבוצה השנייה), וקיים סיכוי של 50% שייפגע ניוזק שיסבול נזק של הפסד ההשתכרות בגובה 10 (כך אם יפגעו השלושה עם נזק מהקבוצה הראשונה או השבעה עם נזק מן הקבוצה השנייה). שתי השיטות מביאות אס-כן לידי כך – בנתוני הדוגמה האחרונה – ששמעון יכלכל את צעדיו עובר לתאונה כאשר תוחלת הנזק המלאה של התנהגותו העוולתית עומדת לנגד עיניו.

אין בכוונתי למצות את הדיון באשר ליתרונותיו וחסרונותיו של כלל עודף ההסתברויות באופן כללי, וכיצד הוא עומד אל מול כלל של פסיקה על-פי סיכויים או הסתברויות.⁴² אומר רק שדברי כאן מתייחסים למקרים שבהם אין טעם לתמרץ את הצדדים להביא ראיות, נוסף לאלה שהביאו, באשר לגודלו של הנזק, אני מתעלם משיקול ההוצאות המינהליות הכרוכות בהפעלת הכללים האמורים, ובכללן טעויות בתי-משפט, ריבוי התדיינויות ותמריצים להתפשר.⁴³ בנתון מגבלות אלה, באה דוגמת הפסד ההשתכרות לייצג מקרים בהם הובאו לפני בית-המשפט כל הראיות שניתן להביא, ולאחר כל זאת נותרה אי-ודאות באשר לגודל הנזק. כאשר אלה הם פני הדברים, פסיקה לפי סיכוי עולה בקנה אחד עם הרתעה יעילה, אך אין לה יתרון ברור על פסיקה לפי עודף הסתברויות. יתרון כזה היה בולט אילו היה ניתן להראות שאין סימטריה בין שתי הקבוצות שתוארו בפסקה הקודמת, שאז פסיקה לפי עודף הסתברויות עלולה לגרום להרתעת-חסר או להרתעת-יתר, לפי העניין.⁴⁴

הקושי העיקרי בפסיקת פיצוי לפי סיכוי בדוגמה של הפסד ההשתכרות נובע מאי-התאמה לכאורית בין פסיקה כזו לבין עקרונות הצדק המתקן. עקרונות הצדק המתקן מחייבים את המזיק, כזכור, להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, לא פחות, אך גם לא יותר. פסיקת פיצוי לפי סיכוי בדוגמה של הפסד ההשתכרות אינה משיבה את מצבו של הניזוק לקדמותו: אלמלא התאונה, היה ראובן פקיד או ימאי, ולא 70% פקיד ו-30% ימאי. ממילא הפיצוי לפי סיכוי הינו פיצוי-חסר או פיצוי-יתר, אך בוודאות אין הוא משקף את הנזק בפועל, ועל-כן אינו תואם את הרעיון של השבת המצב לקדמותו. אמת, אף פיצוי לפי כלל של עודף הסתברויות אינו משיב בהכרח את מצבו של הניזוק לקדמותו, שהרי בדוגמה הנידונה, יישומו של כלל זה מותיר סיכוי של 30% לפיצוי-חסר. ברם, בשיטה של עודף ההסתברויות, יומרת המשפט, לפחות, היא לפצות בגין נזק שנגרם או ייגרם בפועל, וכללי ההכרעה הראייתיים עניינם בהשגת המטרה, ולא בהגדרתה; ואילו בשיטה של

42 פורת ושטיין "נזק ראייתי", לעיל הערה 10, בע' 241 ואילך; A. Porat & A. Stein "Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1891, 1941 et seq.

43 Porat & Stein, *ibid*, *ibid*

44 הרתעת-חסר – אילו ייצגה הקבוצה הראשונה את רוב הניזוקים-בכוח; הרתעת-יתר – אילו ייצגה הקבוצה השנייה את רוב הניזוקים-בכוח.

פסיקה לפי סיכוי המטרה מוגדרת באופן שונה: אין עוד כל יומרה להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו.

דעתי היא כי למרות האמור לעיל, ניתן ליישב את פסיקת הפיצוי בגין פגיעה בסיכוי בדוגמה של הפסד ההשתכרות עם הרעיון של השבת המצב לקדמותו ועם עקרונות הצדק המתקן עליידי בחינה מחודשת של המושג "נזק".

על פי התפיסה המומלצת, הגתמכת היטב בפסיקתו של בית-המשפט העליון, הפגיעה בניזוק שללה ממנו נכס, שהינו כושר השתכרותו.⁴⁵ למעשה, לא בית-משפט ואף לא גורם אחר כלשהו יודע באמת ובתמים מה היה הניזוק עושה בנכס זה אלמלא הפגיעה. הדבר היה תלוי בגורמים רבים, חלקם אובייקטיביים, מנותקים מרצונו של הניזוק; וחלקם סובייקטיביים, תלויים ברצונו, בהחלטתו ובאופן בו היה פועל להגשמת רצונותיו. אי-היכולת לדעת כיצד היו הגורמים השונים פועלים היא שיוצרת לכאורה את אי-הוודאות באשר לגודל הנזק. ברם לצד אי-וודאות זו קיימת ודאות בעניין אחר חשוב: הנכס של הניזוק, שהוא כושר ההשתכרות, אכן ניזק עקב הפגיעה. לפיכך יש להעריך את הפיחות שחל בשוויו, ולהטיל בגינו אחריות על המזיק. פיחות השווי הוא ההפרש בין שוויו לפני הפגיעה ושוויו לאחר שאירעה. הערכת השווי לפני הפגיעה נעשית בהתאם לאופציות ההשתכרות שעמדו לניזוק לפני הפגיעה, והערכת השווי לאחר הפגיעה נעשית בהתאם לאופציות ההשתכרות שעומדות לניזוק לאחר הפגיעה. לפי נתוני הדוגמה, אופציית ההשתכרות כימאי, שהיתה קיימת בידיו של ראובן לפני הפגיעה, אינה קיימת עוד לגביו. שווי האופציה הוא אם-כן הנזק שנגרם לנכס "כושר ההשתכרות" שלו. לאופציה זו היה ערך לגבי ראובן, וכאדם סביר, הוא לא היה נפרד ממנה בלא-כלום. ערך זה יש לאמוד בהתאם לסיכוי שאלמלא הפגיעה, היה ראובן מממש את האופציה ונעשה ימאי. ערך זה חייב שמעון להשיב.

פסיקת פיצוי לפי סיכוי בדוגמה של הפסד ההשתכרות עשויה להיות מגומקת אף בהגנת האוטונומיה של ראובן. אוטונומיה משמעה זכותו של אדם לבחור את מטרותיו ולהגשימן. הפגיעה העוללתית פגעה באוטונומיה של ראובן, שכן היא שללה ממנו דרך בחירה שהיתה פתוחה לפניו עובר לפגיעה ואשר אינה עומדת לו עוד. בין נזקיו של ראובן נכלל אם-כן הנזק לאוטונומיה שלו. הפיצוי לפי סיכוי משקף את הערך הכלכלי של דרך הבחירה שאבדה לו, ויש בו כדי לתקן את הנזק לאוטונומיה.⁴⁶

הדוגמה של הפסד ההשתכרות מייצגת מקרים שאי-הוודאות לגבי גודל הנזק והיקפו נובעת בהם מאי-היכולת לצפות בוודאות אירועים עתידיים או היפותטיים. אי-וודאות לגבי

45 ראו עניין ברששת, לעיל הערה 40. ראו גם א' ברק "הערכת הפיצויים בנזקי גוף: דין הניזוקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ס (תשמ"ג) 243, 257-258; א' ל' מילר "אבדן כושר השתכרות כמבחן להערכת נזקי גוף" הפרקליט לב (תשל"ח) 251; א' ל' מילר "עוד פעם על הערכת הנזק שבאובדן כושר ההשתכרות" הפרקליט לה (תשמ"ג) 253.

46 בית-המשפט העליון הכיר בפגיעה באוטונומיה כפגיעה עוללתית המזכה בפיצוי: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" (טרם פורסם) (להלן: עניין דעקה). לדיון ראו להלן, דוגמת התקיפה הרפואית, הטקסט הסמוך להערות 64-69.

גודל הנזק והיקפו עשויה לנבוע אף מאי-היכולת לדעת בוודאות מה אירע בעבר. הדוגמה הבאה, שאינה נתפסת בדרך-כלל כמקרה של פגיעה בסיכוי, מייצגת סוג זה של מקרים.

(ב) דוגמת הכלבים

יעקב הותקף על-ידי שני כלבים בוזמנית. כל כלב גרם לו נזק מוגדר, אם כי לא ניתן לדעת לאחר מעשה איזה נזק גרם כל כלב. הנזק שנגרם ליעקב הינו סך כל הנזק שהיה נגרם לו על-ידי כל כלב לו פעל לבדו.⁴⁷ כל כלב שייך למעוול אחר. יעקב תובע את שני המעוולים בגין נזקיו.⁴⁸

שיטות משפט שונות מספקות פתרונות שונים לסוג זה של מקרים.⁴⁹ נקל להראות כי פסיקת פיצוי לפי סיכוי עולה בקנה אחד עם עקרונות ההרתעה, אם כי דרכים נוספות, כגון חיוב המעוולים לשאת במלוא הנזק ביחסיהם עם הניזוק, עשויות גם הן לעלות בקנה אחד עם עקרונות אלה.⁵⁰ האם פסיקת פיצוי על-פי סיכוי עשויה להיות מוצדקת בסוג זה של מקרים על-פי עקרונות הצדק המתקן? נראה שקיים בכך קושי ממשי: כל דרך של חלוקת הנזק בין שני המעוולים יוצרת סיכון בהסתברות גבוהה למדי שאתר המעוולים ישלם יותר מכפי הנזק שגרם והאחר ישלם פחות מכך. אמת, ניתן לסבור שפתרון זה הוא פתרון ממוצע, הגורם לאי-ההתאמה הקטנה ביותר האפשרית, לנוכח מצב הידע הקיים, בין גובה הפיצוי לבין הנזק שגרם כל אחד משני המעוולים בפועל. עם זאת עשויה לעלות הטענה שעקרונות הצדק המתקן מחייבים לא להטיל על אדם חבות בגין נזק שגודלו לא הוכח.⁵¹ זאת ועוד, הדרך שהוצעה בהתייחס לדוגמה של הפסד ההשתכרות אינה ניתנת ליישום בדוגמת הכלבים: איני רואה כיצד הגדרה אחרת של הנזק שנגרם ליעקב (להוציא זו הנעשית על-ידי דוקטרינת הנזק הראייתי⁵²) עשויה לשכנענו שכל אחד מן המעוולים, הנושא בנזק ממוצע המחושב לפי סיכויים, משלם למעשה על הנזק שגרם בפועל.

נראה שהשוני בתוצאות המושגות בשתי הדוגמות שנידונו בתת-פרק זה נובע מהשוני בסוג אי-הוודאות בשני המקרים: בדוגמה של הפסד ההשתכרות, אי-הוודאות התייחסה לאירועים עתידיים והיפותטיים, ואילו בדוגמת הכלבים, אי-הוודאות התייחסה לאירועים שכולם בעבר. היות גרם הנזק וגודלו עובדה מוגמרת השייכת כולה לעבר מונע הגדרה

47 אם לעניין גודל הנזק יש משמעות לכך שנוזקי שני הכלבים נגרמו בו-זמנית, יהיה מוצדק על-פי עקרונות הצדק המתקן להטיל אחריות על כל מעוול בגין מלוא הנזק, שכן כל אחד מהם גרם לכולו. ראו א' פורת "הגמשתה של דרישת הסיבתיות העובדתית לשם הרחבת האחריות הנוזקית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"א (תשנ"ב, א' רוזן-צבי עורך) 240, 251; פורת ושטיין "נזק ראייתי", לעיל הערה 10, בע' 234.

48 דוגמה זו מבוססת על ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89.

49 פורת ושטיין "נזק ראייתי", לעיל הערה 10, בע' 233-235.

50 פורת ושטיין, שם, בע' 237.

51 פורת ושטיין, שם, בע' 238.

52 להלן הטקסט הסמוך להערות 80-81.

חרשה שלו, המתאפשרת שעה שמדובר בפגיעה שגודלה תלוי באירועים עתידיים או היפותטיים.⁵³

2. אי־דאות לגבי גרם נזק (לצד ודאות לגבי פגיעה עוולתית באינטרס)

הדוגמה הבאה ממחישה מקרה שקיימת בו אי־דאות אם גרם הנזק (או יגרום) נזק כלשהו לתובע, אם כי קיימת ודאות שהנזק פגע באינטרס מוגן שלו.

(א) דוגמת הרופאה 1

רבקה הינה רופאה שביצעה ברינה טיפול שרופאה סבירה לא היתה מבצעת (או נמנעה מטיפול שרופאה סבירה היתה מבצעת). עובר לטיפול, סיכויי ההחלמה של רינה היו 25%. לאחר הטיפול הרשלני ובעטיו, וכן בעת המשפט, עומדים סיכויי החלמה על 10%.

אף בדוגמת הרופאה 1 ניתן לנמק פיצוי על־פי סיכוי, דהיינו, פיצוי בשיעור 15% מן הנזק המלא, מבלי לסטות מן העיקרון שפיצוי מתקן את הנזק שנגרם על־ידי התנהגותו העוולתית של המזיק. ההנמקה לכך דומה לזו שננקטה בדיון בדוגמה של הפסד ההשתכרות. בדוגמת הרופאה 1 שללה רבקה את זכותה של רינה לא להיות מטופלת באופן רשלני. שווייה של הזכות נגזר מן ההסתברות ששלילתה תגרום נזק בעתיד (להלן: הנזק הסופי), ועל־כן הנזק שנגרם בעצם שלילת הזכות נאמד על־פי ההסתברות האמורה. בדומה לדוגמה של הפסד ההשתכרות, אף בדוגמת הרופאה 1 ניתן להגדיר נכס של רינה – בריאותה, בהקשר הנידון – אשר "שוויו" פחת עקב פגיעתה העוולתית של רבקה. נראה על־כן שההבדל הלכאורי בין הדוגמה של הפסד ההשתכרות לבין דוגמת הרופאה 1 – בראשונה אין ספק שהמזיק גרם נזק לגוף האדם, ואילו בשנייה קיים ספק באשר לכך – אינו ההבדל ממשי, ולפחות אין בו כדי להשפיע על מסקנתנו באשר לפיצוי של הניזוק.

בהתבסס על תפיסה סיבתית דטרמיניסטית, ניתן לטעון שהנזק לרינה יקרה או לא יקרה בעתיד, ודרך אמצע אין.⁵⁴ תשובתי לכך היא שאי־היכולת האובייקטיבית בחווה לקבוע אם ייגרם נזק לגופה של רינה בעתיד אינה סותרת את המסקנה שנגרם בהווה נזק של פגיעה בבריאות, המתבטא בכך שרינה נעשתה פגיעה יותר משהיתה בעבר. אומנם, בנקודת־זמן בעתיד נדע אל־נכון אם הפגיעה בבריאות התממשה לכדי הנזק הסופי, אך

53 נראה שרברים אלה עולים בקנה אחד עם השקפתו של בית־המשפט העליון בעניין חיו, לעיל הערה 39, בע' 398–399.

54 R.S. Perry "Risk, Harm, and Responsibility" *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, 1995, D.G. Owen ed.) 321. כן ראו: M. Stauch "Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence" 17 *Oxford J. Legal Stud.* (1997) 205, 223.

אין בכך כדי לסתור את המסקנה בדבר קיומו של נזק בהווה. הנזק בהווה נאמד על-פי ההסתברות שהפגיעה בבריאות תסתיים בצורה זו או אחרת בנוק סופי, שיותיר את סימניו בגופה של רינה. למעשה, אין זה נדיר שנוקי גוף בהווה עשויים לגדול או לפחות בעתיד, ולמרות זאת בתי-המשפט פוסקים בגינם פיצוי על-פי שיעורם בהווה. ניזוק שנפסק לו פיצוי בגין פגיעה בכושר ההשתכרות עשוי להחליף מקצוע ולתקן את נזקיו, ואדם שנפגע בידו עשוי להחלים ולהיות בלא פגע. היותו של בית-המשפט ער לאפשרויות אלה אינו מונע אותו מלחייב את המזיק בפיצוי בגין הנזק כפי שנוק זה מוערך בעת המשפט. אינו רואה הבדל ממשי בין מקרים אלה לבין המקרים המיוצגים על-ידי דוגמת הרופאה 1.

בחלקו הראשון של המאמר דנתי בשאלה אם יצירת סיכון גרידא לגופו או לבריאותו של אדם עשויה להיחשב נזק. סברתי שאם ודאי שחלף הסיכון לנזק הסופי, אין לראות בסיכון משום נזק. ברם, אם טרם חלף הסיכון וקיימת אי-ודאות אם יתממש לנזק סופי, דבר קיומו של נזק בהווה אינו צריך להיות מוטל בספק. הצעתי שהפיצוי יהיה בגובה מחיר ביטוחו של הסיכון שיצר המעוול ו/או בגובה ההוצאות שהוציא הניזוק לשם הקטנת הסיכון (טיפולים רפואיים, בדיקות תקופתיות ועוד).⁵⁵ פיצוי לפי סיכוי אירועו של הנזק הסופי ניתן בגין נזק מינימלי שנגרם לרינה, שכן סכום זה לפחות יהיה עליה להוציא לשם ביטוח הסיכון שיצרה כלפיה רבקה, אם תחפוץ לעשות כן.

האם הענקת פיצוי לפי סיכוי במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת הרופאה 1 מוצדקת משיקולי הרתעה? אילו היתה סימטריה בין המקרים שבהם הסיכוי שרשלנות רפואית תגרום לנזק נמוך מ-50% לבין המקרים שבהם הסיכוי שרשלנות רפואית תגרום לנזק גבוה מ-50%, לא היה הבדל משמעותי בין שיטה המטילה אחריות לפי סיכוי לבין שיטה המטילה אחריות לפי עודף הסתברויות: הדיון בעניין הדוגמה של הפסד ההשתכרות יפה לענייננו בשינויים המחויבים.⁵⁶ עם זאת, אם סימטריה כזו אינה קיימת, או אם יש חשש מהטיה המניעה את בתי-המשפט למיין, למשל, את רוב מקרי אי-הוודאות לקבוצת המקרים שבהם הסיכוי שרשלנות הרפואית גרמה לנזק נמוך מ-50%, שיטת האחריות לפי סיכוי עדיפה.

עתה, נשנה במקצת את דוגמת הרופאה, כך שבעת המשפט, קיומו של נזק של אי-החלמה הינו ודאי, אלא שאין ודאות אם הנזק נגרם עקב רשלנות הרופאה או בלא כל קשר לכך.

(ב) דוגמת הרופאה 2

רבקה הינה רופאה שביצעה ברינה טיפול שרופאה סבירה לא היתה מבצעת (או נמנעה מטיפול שרופאה סבירה היתה מבצעת). עובר לטיפול היו סיכויי ההחלמה של רינה 25%. לאחר הטיפול הרשלני ובעטיו הועמדו סיכויי ההחלמה על 10%. בעת המשפט ודאי שרינה לא החלימה. לא ניתן לדעת אם אי-החלמתה נגרמה עקב רשלנותה של רבקה או בלא כל קשר לכך.

55 לעיל הטקסט הסמוך להערות 27-34.

56 לעיל, הדוגמה של הפסד ההשתכרות, הטקסט הסמוך להערות 39-46.

הפסיקה בישראל נוטה לפסוק פיצויים על-פי סיכוי במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת הרופאה 2. הנטייה באנגליה היא לפסוק פיצוי מלא או לא לפסוק פיצוי כלל, זאת על-פי הכלל של עודף ההסתברויות. בארצות-הברית קיימת פסיקה לכאן ולכאן.⁵⁷ כלל הפסיקה לפי סיכוי בסוג זה של מקרים זוכה בתמיכה רחבה בקרב מלומדים,⁵⁸ ובספרות המשפטית הובעה אף הדעה כי אף-על-פי שאין הצדקה לפסיקת פיצוי במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת הרופאה 1, יש הצדקה לכך במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת הרופאה 2.⁵⁹ האם ראוי לפסוק פיצוי לפי סיכוי בדוגמת הרופאה 2? היש הבדל רלוונטי בין דוגמה

57 פסק-הדין האמריקאי החשוב ביותר התומך בפסיקת פיצוי לפי סיכוי בסוג זה של מקרים הוא: *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound* 664 p. 2d 474 (1983). בדוגמה לפסק-דין הדוחה את רעיון הפסיקה לפי סיכוי, ראו: *Dumas v. Cooney* 1 Cal. Rptr. 2d 584 (1991). לתמיכה חזקה בפסיקה לפי סיכוי אף במקרים של תביעות בגין הפליה בעבודה, כאשר לא ברור אם אי-קידומו של העובד התובע נבע מהפליה פסולה או בלא כל קשר לכך, ראו *Doll v. Brown* 75 F. 3d 1200 (1996). לאסמכתאות נוספות ראו פורת ושטיין "נוק ראייתי", לעיל הערה 10, בע' 227-229. כן ראו ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית (טרם פורסם) (להלן: עניין כהן). באותו מקרה הגבירה הרשלנות הנטענת של הרופאים את סיכוייה של התובעת ללקות במחלה שבה לקתה בסופו של דבר. דעת הרוב היתה שאין לפסוק פיצוי, שכן, בין היתר, הסיכוי האמור לא הוכח. דעת הרוב התייחסה אף לשאלה העקרונית אם ניתן לפסוק פיצוי לפי סיכוי במקרה מן הסוג הנידון, והותירה אותה בצריך-עיון. על-פי דעת הרוב, אף-על-פי שהפסיקה הישראלית הכירה באב-נוק של פגיעה בסיכויי החלמה, היא לא הכירה עדיין באב-נוק של הגברת סיכון, שהוא אב-הנוק הרלוונטי למקרה הנידון. (ראו להלן הדיון בדוגמת המפעל, הסקסט הסמוך להערות 70-77.) דעת המיעוט (השופט שטרסברג-כהן) היתה שיש לפסוק פיצוי לפי סיכוי בין אב-נוק של פגיעה בסיכוי ובין בהתבסס על דוקטרינת הנוק הראייתי.

58 J.H. King "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" 90 *Yale L. J.* (1980-1) 1353; Robinson, *supra* note 7; Rosenberg, *supra* note 30; Stauch, *supra* note 54. Stauch סבור (*ibid*, at p. 219) כי פסיקה על-פי הסתברויות עדיפה על פסיקה של הכל או לא-כלום בכל מקרה שיש בו נתונים סטטיסטיים המאפשרים פסיקה על-פי הסתברויות. ראו גם: S. Levmore "Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs" 19 *J. Leg. Stud.* (1990) 690. הטוען כי פסיקה לפי הסתברויות קנתה לה שביטה דווקא בתחום הרשלנות הרפואית, משתי סיבות: ראשית, מדובר באירועים חוזרים ונשנים, לגביהם יש נתונים סטטיסטיים; שנית, אין אפשרות לתבוע את המזיק בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, מכיוון שתאונות רפואיות אינן מלוות בדרך-כלל בהתעשרותו של המזיק.

59 Stauch, *ibid*, at p. 223. מחבר זה נוטה לדעה שפסיקת פיצוי במקרים שקיים בהם סיכון לנוק עתידי אינה עולה בקנה אחד עם תפיסה של סיבתיות דטרמיניסטית.

זו לבין קודמתה? מהיבט ההרתעה, הדברים שנאמרו ביחס לדוגמת הרופאה 1 יפים אף כאן. השוגי בין הדוגמות בולט כאשר אנו עוברים לעקרונות הצדק המתקן. בדוגמה 2 גרמה רשלנות הרופאה נזק או לא גרמה נזק. דרך-ביניים בעולם המציאות אין.⁶⁰ הגדרה חדשה של המושג "נזק" לא תסייע לנו במקרה זה, ממש כפי שלא סייעה לנו בדוגמת הכלבים (כפוף לשימוש בדוקטרינת הנזק הראייתית⁶¹). מי שינסה להגדיר את הנזק שגרמה הרופאה כהפחתת הסיכוי להחלים ייתקל בקושי הבא: רוב הסיכויים שאי-החלמתה של רינה אינה תוצאה של רשלנות הרופאה, מכיוון שרוב הסיכויים שהנזק הסופי נגרם בלא כל קשר לכך.

האם יהיה ניתן לפסוק לרינה בדוגמה 2 פיצוי במקרה זה כפי שהוצע לפסוק לרינה בדוגמה 1, על בסיס ההנחה שלפחות בנקודות זמן מסוימת היתה רינה בדוגמה 2 במצב וזה של רינה בדוגמה 1? נראה שהקושי בפסיקת הפיצוי אינו נפתר בדרך זו, שהרי אצל רינה בדוגמה 2 אין יותר נזק המתבטא בכך שהיא פגיעה יותר משהיתה עובר לרשלנות הרופאה, עקב החשש לנזק עתידי. רינה בדוגמה 2 ניוזקה או לא ניוזקה, וכאמור, דרך-ביניים אין.

האם ניתן לחייב את רבקה של דוגמה 2 בפיצויים תוך שימוש ברעיון הביטוח, כפי שהוצע לעשות בדוגמה 1? על-פי רעיון זה, מעול חייב לשאת לפחות בפרמיית הביטוח שנדרשת לניזוק על-מנת לבטח את עצמו מפני התממשות הסיכון שיצר כלפיו המזיק. רעיון זה קשה ליישום בדוגמה 2 יותר מאשר בדוגמה 1 אם נניח שרינה לא שילמה בפועל כל פרמיית ביטוח בגין תוספת הסיכון שיצרה כלפיה הרופאה. (אם עשתה כן, פיצוי בגין תוספת הפרמיה נראה סביר למדי.) על-כן, נזק זה של פרמיה מוגדלת לא נגרם לה בפועל, וגם לא ייגרם לה בעתיד. דרך טיעון אחרת היא שרבקה מנעה את רינה מלבטח את עצמה, בין בכך שהסתירה ממנה את דבר התנהגותה הרשלנית (אם אכן כך אירע) ובין בכך שלא העמידה לרשותה פיצוי לאחר הפגיעה, כדי שתבטח את עצמה. אלא שקו-טיעון זה דחוק ומלאכותי, ומתבסס על הנחות עובדתיות שאינן מתקיימות בדרך-כלל במציאות. ראשית, דבר ההתרשלות לא הוסתר בהכרח מרינה. שנית, גם אם הוסתר, ספק אם היתה מבטחת את עצמה לגבי הסיכון המוגבר (אם כי כאן אולי מוצדק להניח זאת לזכותה). שלישית, גם אילו ביטחה את עצמה בגין הסיכון שיצרה רבקה, היה עליה להראות שביטוח זה היה מניב לה תגמולים. זאת היא תתקשה להראות, שהרי על-פי נתוני הדוגמה, רוב הסיכויים שנוקיה אינם תוצאה של רשלנותה של רבקה. רביעית, חובת המזיק להעמיד לניזוק פיצוי מראש, כדי שיפעל להקטנת נזקיו, אינה קיימת, וגם אם ראוי לעיתים להכיר בה, ספק אם זה המקרה המתאים לכך ביותר.

כך או אחרת, נראה ששימוש ברעיון הביטוח אינו מתאים לדוגמת הרופאה 2.⁶²

60 לטיעון כי פסיקה על-פי סיכוי במצבי אי-ודאות מעין אלה אינה סותרת תפיסה של סיבתיות דטרמיניסטית, מכיוון שפסיקה כזו אינה אומרת דבר על מצב העולם, אלא על מצב הידע שלנו על העולם, ראו: Stauch, *ibid.*, at pp. 217–218.

61 להלן הסקסט הסמוך להערות 80–81.

62 דרך טיעון אחרת, שהועלתה בספרות המשפטית, מתמקדת ברעיון של הפסד ההודמנות

ברצוני לעמוד עתה על אופן ההערכה של הסיכוי בדוגמת הרופאה 1 לעומת הערכתו בדוגמת הרופאה 2. הערה זו רלוונטית כמובן אם יאותו בתי-המשפט לפסוק פיצוי לפי סיכוי בדוגמות אלה, והפיצוי יהיה בהתאם לסיכוי שהנזק נגרם עקב עוולת הרופאה. בדוגמה 1, פסיקת פיצוי לפי סיכוי משמעה פסיקת 15% מן הנזק הסופי שעלול להתממש. זאת מכיוון שמבין מאה חולים במצבה של רינה (דהיינו, חולים עם סיכויי החלמה של 25%, שנחשפו לרשלנות רפואית שהורידה את סיכויי החלמתם ל-10%), שבעים וחמישה אינם מחלימים בלא כל קשר לרשלנות רפואית, חמישה-עשר אינם מחלימים עקב הרשלנות הרפואית, ועשרה מחלימים כך או אחרת. הסיכוי שרינה בדוגמה 1 תיותר עם נזק עקב רשלנות רפואית הוא למעשה הסיכוי שרינה תשתייך לקבוצת החמישה-עשר מבין מאה החולים. הסיכוי לכך הוא 15/100, דהיינו: 15%.

בדוגמה 2, לעומת זאת, הפיצוי צריך לעמוד על כ-17% מן הנזק הסופי. במקרה זה ידוע לנו שרינה אינה משתייכת לקבוצת העשרה שמחלימים. לפיכך, השאלה היא: מה הסיכוי שהיא נמנית עם קבוצת החמישה-עשר מבין התשעים שאינם מחלימים? הסיכוי לכך הוא 15/90, דהיינו: כ-17%.⁶³

הדוגמה האחרונה בתת-פרק זה מתייחסת למקרה של טיפול בחולה בלא קבלת הסכמתו, כאשר קיימת אי-ודאות אם היה מסכים לטיפול אילו נדרשה הסכמתו.

(ג) דוגמת התקיפה הרפואית

רחל עוברת ניתוח בלא שהוסברו לה כראוי הסיכונים הכרוכים בו. עקב הניתוח, נגרמים לה נזקים כבדים, שאינם נובעים מרשלנות בעצם ביצוע הניתוח. רחל תובעת מרופאה פיצויים בגין נזקי הניתוח, בטענה כי אילו העמידו אותה כדין על סיכונים, היא היתה נמנעת מלעבור אותו.⁶⁴

השאלה העולה במקרה מעין זה היא אם ראוי לפסוק לרחל פיצויים, ואם כן, כמה. בישראל פסק בתי-המשפט העליון במקרה דומה כי במנותק מן הנזק הפיסי, רחל זכאית לפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה שלה: היא נותחה בלא שהתקבלה הסכמתה כדין, ונגרם לה עקב כך נזק לא-ממוני. שופטי הרוב לא נזקקו לשאלה אם יש מקום לפסוק פיצוי

לטיפול חלופי. על-פי קו-טיעון זה, סמכה רינה על כך שרבה תספול בה כראוי, ועקב כך לא פנתה לרופא או לרופאה אחרים שהיו מטפלים בה באופן סביר. אילו עשתה כן, ייתכן שנזקיה היו נמנעים. ההזדמנות שאבדה לה הינה שוות-ערך לנזק של רינה מוכפל בסיכוי שהוא תוצאה של עוולת הרופאה. Perry, *supra* note 54, at p. 339.

63 ראו פורת ושטיין "נזק ראייתי", לעיל הערה 10, בע' 230.

64 עניין דעקה, לעיל הערה 46. כן ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171. לדיון בבעיות הסיבתיות המתעוררות במקרים מעין אלה, ראו: Englard, *supra* note 3, at pp. 161–173. למקרה המעורר בעיות דומות, שנפסק בקנדה, ראו: *Hollis v. Dow Corning Corp.* 129 D.L.R. (4th) 609 (1996); ולדיון בו ראו א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" משפטים ל (תש"ס) 349.

על-פי סיכוי בסוג זה של מקרים, שכן הם השתכנעו שרחל היתה מסכימה לעבור את הניתוח גם אילו הוזהרה כראוי מפני סיכוייו, אחת משופטות המיעוט גרסה כי ראוי לפסוק במקרה הקונקרטי פיצוי בגין פגיעה בסיכוי שגובהו כגובה הסיכוי שרחל היתה מסרבת לעבור את הניתוח אילו הוזהרה כדיון.⁶⁵ השופטים האחרים בהרכב לא פסלו את אפשרות הפסיקה לפי סיכוי, אך לא נזקקו לשאלה לצורך הכרעתם, אחדים מן השופטים הביעו, באמרות-אגב, תמיכה גלויה בפסיקה לפי סיכוי בסוג זה של מקרים.⁶⁶

בספרות המשפטית הובעה דעה כי אין מקום לפסוק פיצוי בגין פגיעה בסיכוי במקרים שהשאלה בהם – אם הנזק נגרם עקב מעשה עוולה – תלויה כל-כולה בשאלה מה היה הניזוק מחליט לעשות.⁶⁷ אני סבור כי בלעדי דוקטרינת הנזק הראייתי, הקשיים בפסיקת פיצוי בנסיבות אלה דומים לקשיים המתעוררים בפסיקת פיצוי בדוגמת הרופאה 2: הנזק של הניתוח נגרם עקב עוולת הרופאים או לא נגרם עקב עוולה זו, ודרך-אמצע אין.⁶⁸ אף אני רואה כיצד ניתן להגדיר את הנזק באופן שיאפשר פסיקת פיצוי בגינו, להוציא הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, שאינה קשורה כלל לנזק הפיסי שנגרם לרחל עקב הניתוח.⁶⁹

3. אי-ודאות לגבי פגיעה עוולתית באינטרס (לצד ודאות בקיומה של התנהגות עוולתית)

המקרים שנידונו בתת-פרק הקודם מתאפיינים בכך שאף אם אין בהם ודאות לגבי גרם הנזק שהפיצוי נתבע בגינו קיימת ודאות שאינטרס של התובע נפגע באופן עוולתי על-ידי הנתבע. ראינו כי לעיתים, הגם שלא תמיד, ניתן להגדיר את הפגיעה באינטרס כנזק בהווה, המוערך לפי הסיכוי שיסתיים בנזק סופי. תת-פרק זה, לעומת זאת, דן במצבים

65 השופטת שטרסברג-כהן, עניין דעקה, שם. השופטת שטרסברג-כהן מזכירה אף את דוקטרינת הנזק הראייתי כבסיס אפשרי לפסיקת פיצוי חלקי.

66 השופטת בייגיש, שהיתה בדעת מיעוט (אם כי דעת מיעוט שונה מזו של השופטת שטרסברג-כהן), מביעה אהדה ברורה לרעיון הפסיקה לפי סיכוי. אהדה דומה מביע השופט חשין, אחד משופטי הרוב. יתר שופטי הרוב מותירים את השאלה בצריך-עיון מבלי לרמוז על הדרך הנראית ראויה בעיניהם. ראו עניין דעקה, שם.

67 *Stauch, supra note 54, at p. 222.*

68 פורת ושטיין, לעיל הערה 64, בע' 370.

69 גם אילו הוכתר הניתוח בהצלחה, עצם ביצועו בלא הסכמת התולה מהווה פגיעה באוטונומיה שלה. מכאן אופיה העצמאי של הפגיעה באוטונומיה. עם זאת, הצלחת הניתוח עשויה אולי לקזז את נזק הפגיעה באוטונומיה, וזאת במיוחד במצבים שבהם לא היתה תחולה מסכימה לניתוח אילו הוזהרה כראוי. זאת מכיוון שבמקרה אחרון זה אומנם נפגעה האוטונומיה שלה על-ידי התנהגות עוולתית, אך היא גם הפיקה טובת-הנאה מהפגיעה העוולתית. אני ער לכך ששאלת הקיזוז של הנזק אל מול טובת-הנאה אינה קלה, ודורשת דיון מעמיק יותר.

שאינן בהם ודאות כי נפגע אינטרס של התובע עקב התנהגותו העוולתית של הנתבע, אם כי קיימת ודאות באשר לעצם קיומה של התנהגות עוולתית שלו, וקיים סיכוי שהיא אשר גרמה לנזקיו של התובע.

(א) דוגמת המפעל

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 בסביבה הסמוכה למפעל (המונה מאה אלף בני-אדם) ממאה למאה עשרים וחמישה (בממוצע שנתי). יעקב, הגר סמוך למפעל, לוקה במחלה העשויה להיות, בהסתברות של 20%, תוצאה של הקרינה.

(ב) דוגמת העישון

יצחק הינו יצרן סיגריות, יחיד בארץ. הוא נוקט באמצעים עוולתיים לשכנע בני-אדם רבים להשתמש בסיגריות בעולם שרוב בני-האדם בו אינם מודעים לסיכויי העישון. כעבור שנים רבות מסתבר כי רבים מאלה שעישנו את הסיגריות שייצרו לקו בסרטן הריאה. יעקב לקה בסרטן הריאה. כל חייו עישן את הסיגריות שייצרו יצחק, ואותן בלבד. ההסתברות שלקה במחלה עקב העישון הינה 20%.⁷⁰

הדיון שלהלן, מטעמים של נוחות הדיון, עוסק בדוגמת המפעל. כל שנאמר לגביה יפה אף לדוגמת העישון, כל עוד לא נאמר אחרת.

עילת התביעה הלכאורית של יעקב בגין פגיעה בסיכוי נתמכת בכך שבעל המפעל הגביר בהתנהגותו העוולתית את סיכוייו ללקות במחלה, או מזווית אחרת, הקטין את סיכוייו להיות אדם בריא. ממבט ראשון, קיים דמיון בין דוגמת המפעל לבין דוגמת הרופאה 2: בשתי הדוגמות ניוק התובע, וקיימת הסתברות פחותה מ-50% שנוק זה נגרם עקב התנהגותו העוולתית של הנתבע. אלא שקיימים כמה הבדלים בין שתי הדוגמות, אשר עשויה להיות להם השלכה על הפתרון המשפטי הראוי. ראשית, במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת המפעל, המעוול גורם נזקים באופן שיטתי, בדרך-כלל לבני-אדם רבים. במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת הרופאה 2, לעומת זאת, אין מדובר בגרם נזק שיטתי על-ידי מעוול מסוים. שנית, במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת המפעל, ההסתברות שהתובע הספציפי נפגע פחותה בדרך-כלל מ-50%. במקרים המיוצגים על-ידי דוגמת

70 למותר לציין שהעובדות המוצגות בדוגמה זו אינן מבוססות על מידע אמיתי כלשהו המצוי בידי המחבר. לשימוש בהסתברויות בסוג זה של מקרים ובמקרים אחרים, ולסעויות שעלולות להיגרם עקב כך, ליתרונות ולחסרונות, ראו ר' שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק א – ביקורות מסורתיות" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 205; ר' שפירא "המודל ההסתברותי של דיני הראיות: חלק ב – הלוגיקה ההכרתית" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 141.

הרופאה 2 לעומת זאת, אין זה ברור כלל ועיקר שהסתברות הפגיעה בתובעים הינה, ברוב המקרים, פחותה מ-50%. שלישית, בדוגמת הרופאה 2 קיימת ודאות שהמעוולת פגעה באינטרס של התובעת. בדוגמת המפעל, לעומת זאת, אין כל ודאות שהמעוול פגע באינטרס כלשהו של התובע.⁷¹

מהי נפקותם של הבדלים אלה?

שיטתיות גרם הנזק: הטלת אחריות על בעל המפעל בהתאם לסיכוי שגרם לנזק מוצדקת מהיבט הצדק המתקן בראש ובראשונה בהביאה לידי כך שבעל המפעל יישא בסופו של דבר, לאחר בירור כל התביעות נגדו, בנזקים העולתיים שגרם בפועל. נפתרון זה אף מוצדק מהיבט הצדק המעניש, מכיוון שבמקרה זה הנזק בפועל שווה-ערך בדרך-כלל לתוחלת הנזק.⁷²) אמת, רוב התובעים הלוקים במחלה לא ניזוקו עקב החשיפה לקרינה הרדיואקטיבית, ועל-כן יזכו בפיצוי שאינם זכאים לו מטעמי צדק מתקן. מיעוט התובעים ניזוקו עקב החשיפה לקרינה, והפיצוי בו יזכו הם יהיה פיצוי-חסר. על-כן קשה לומר שהטלת אחריות על בעל המפעל משיבה את מצבם של הניזוקים לקדמותו. ברם, בהיעדר חלופה טובה יותר לפיצוי הניזוקים, פתרון זה עולה בקנה אחד עם עקרון הצדק המתקן: המעוול משלם בגין הנזק שגרם, והניזוקים מהתנהגותו העולתית מקבלים פיצוי כלשהו, הטוב מלא-כלום. המעוול מתקן אס-כן את מצבם, אם כי לא באופן מלא.⁷³ בדוגמת הרופאה 2, לעומת זאת, חיובה של הרופאה בפיצוי כלשהו עלול לגרום לכך שהיא תישא בפיצוי בגין נזק שהיא לא גרמה לו. הבדל זה בין שתי הדוגמות היה נמוג אילו היה הנתבע בית-החולים שהרופאה עובדת בו, ובתנאי שאירועי הנזק שדוגמת הרופאה 2 מייצגת הינם אירועים חוזרים ונשנים בבית-החולים. אילו היה כך, היה חיוב בית-החולים בפיצוי לפי סיכוי מביא גם לידי כך שבית-החולים היה נושא בסופו של דבר, לאורך זמן, בנזקים הנגרמים עקב ההתנהגות העולתית של רופאיו, לא פחות ולא יותר.

הסתברות אופיינית פחותה מ-50%: הטלת אחריות על בעל המפעל מוצדקת מהיבט ההרתעה, מכיוון שהיעדר אחריות תגרום להתעת-חסר. ראינו שכאשר קיימת סימטריה בין קבוצת המקרים שסיכוי הפגיעה בהם פחות מ-50% לבין קבוצת המקרים שסיכוי הפגיעה בהם גבוה מ-50%, לא יהיה הבדל משמעותי מהיבט ההרתעה בין הטלת אחריות לפי סיכוי לבין הטלת אחריות לפי עודף הסתברויות. ברם, מאחר שבדוגמת המפעל ודומותיה סימטריה כזו אינה קיימת, במובן זה שקיימים מקרים רבים יותר שהסיכוי בהם נמוך מ-50%, החשש מהרתעת-חסר, אם לא תוטל אחריות לפי סיכוי, הינו משמעותי ביותר.

היעדר פגיעה באינטרס: הטיעון העיקרי נגד הטלת אחריות בדוגמת המפעל הוא שלא ניתן לטעון, כפי שניתן לטעון בדוגמת הרופאה 2 (ואף 1, כמובן), כי פגיעה באינטרס של התובע הוכחה מעבר לעודף הסתברויות. אכן, אולי בשל כך ניכרת במשפט הנוהג חשדנות רבה יותר כלפי דוגמת המפעל מאשר כלפי דוגמת הרופאה 2,⁷⁴ אף-על-פי

71 מכל מקום, לא פגיעה משמעותית: ראו להלן הטקסט להערות 74-77.

72 לעיל הטקסט הסמוך להערות 5-6.

73 פורת ושטיין "נזק ראיתי", לעיל הערה 10, בע' 226.

74 הרתעתה של דעת הרוב בעניין כהן, לעיל הערה 57, מלהקיש ממקרה הפגיעה בסיכויי

ששיקולים של צדק מתקן והרתעה, כפי שטענתי, אינם מצדיקים חשדנות זו.⁷⁵ האם נכון שבמקרה המפעל אין הניזוקים יכולים להוכיח כי נפגע אינטרס שלהם? איני משוכנע שהדבר נכון, אם כי ניתן לסבור שהפגיעה באינטרס חלשה יותר בדוגמת המפעל מאשר בדוגמת הרופאה 2. הפגיעה חלשה יותר מכיוון שבסוג המקרים המיוצגים על-ידי דוגמת המפעל, המעוול יוצר כלפי התובע, מלכתחילה, סיכון קטן ביותר של נזק (של רבע פרומיל בשנה מסוימת)⁷⁶. סיכון זה נמוך בהרבה מזה שיצרה הרופאה כלפי החולה בדוגמת הרופאה 2. אם עוצמת הפגיעה באינטרס תלויה בגודל הסיכון שהיא יוצרת מלכתחילה כלפי התובע, הרי שדוגמת המפעל מייצגת פגיעה חלשה יותר באינטרס מאשר דוגמת הרופאה 2. האם דוגמת העישון דומה יותר לדוגמת המפעל, ככל שהדבר נוגע בעניין הפגיעה באינטרס, או לדוגמת הרופאה 2? אם נגזר שיש עישון הסיגריות על-ידי אדם יוצר סיכון משמעותי, מלכתחילה, ללקות בסרטן הריאה, נראה שככל שהדבר נוגע בשיקול הפגיעה באינטרס, דוגמת העישון קרובה יותר לדוגמת הרופאה 2. הסתכלות לאחר מעשה מטשטשת הברל זה בין הדוגמות השונות. לאחר מעשה, הסיכוי שהנזק גרם נזק גבוה למדי (הגם שפחות מ-50%) בכל הדוגמות. הפיצוי בדוגמת המפעל ובדוגמת העישון חיוני יותר מהפיצוי בדוגמת הרופאה, הן מהיבט הצדק המתקן והן מהיבט ההרתעה.⁷⁷

החלמה למקרים של הגברת הסיכון נובעת אולי מסיבה דומה. נראה שבעיני דעת הרוב, המקרה שנידון לפנייהם היה דומה לדוגמת המפעל, ולא לדוגמת הרופאה 2. כן ראו את ע"א 1892/95 קאסם נ' שירות בתי הסוהר - משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, 719-713, שבו מדגיש בית-המשפט העליון, מפי השופט שטרסברג-כהן, כי תביעה בגין פגיעה בסיכויי החלמה תיתכן רק אם יוכח על-פי מאזן הסתברויות שהרשלנות הרפואית אכן פגעה בסיכויי החלמה.

75 הפסיקה בישראל היתה בעבר עוינת לרעיון האחריות הקיבוצית, מן הטעם שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם תפיסת האחריות האינדיווידואלית. נראה שפועל יוצא מתפיסה זו הוא אף חשדנות כלפי דוגמת המפעל. ראו ביתר פירוט, פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 3, בע' 316-321. בארצות-הברית עלה לדיון מקרה מקביל לדוגמת המפעל, אך לא הוכרע, שכן הצדדים הגיעו לפשרה: *In re "Agent Orange" Product Liability*, 597 F. Supp. 740, aff. 818 F. 2d 145 (השופט Posner) לפסוק פיצוי לפי הסתברות במקרה אנלוגי לדוגמת המפעל, ראו: *Adkins v. Mid-American Growers, Inc.* 167 F. 3d 355 (1999).

76 על-פי דוגמת המפעל, הסיכוי מלכתחילה של אדם מתוך כלל האוכלוסייה להיפגע על-ידי הקרינה בשנה מסוימת הוא $0.00025 = 25/100,000$.

77 הפיצוי בדוגמת המפעל חשוב יותר מהיבט ההרתעה, מכיוון שבלעדיו, תיווצר בלי ספק הרתעת-חסר, שלא כמו בדוגמת הרופאה. ראו לעיל, הדיון בדוגמת הרופאה 2, הטקסט הסמוך להערות 57-63, ובדוגמת המפעל, הטקסט הסמוך להערות 70-76.

וריאציה אפשרית לדוגמת המפעל היא שבעת הדיון המשפטי אין יודעים אם התובע יינזק בעתיד (דהיינו, התובע הוא אדם בריא). לפיכך, אם דוגמת המפעל מקבילה לדוגמת הרופאה 2, אוי הווריאציה לדוגמת המפעל מקבילה לדוגמת הרופאה 1. מן הניתוח של

מקרה נוסף שסיכוי הפגיעה באינטרס קטן בו ביותר (להבדיל ממקרה שבו הפגיעה עצמה קטנה, אך קיימת ודאות באשר לכך, כבדוגמת המפעל), ובכל זאת הטעמים להטלת אחריות לפי סיכוי חזקים ביותר, מומחש על-ידי הדוגמה הבאה.

(ג) דוגמת יצרני התרופות

שמעון, וכן מאתיים יצרנים נוספים, יצרו (בנפרד) תרופה למניעת הפלות טבעיות. מיליוני נשים צרכו את התרופה. לימים לקו בנותיהן של אלפים מהן בסרטן מסוג מסוים. המחלה נגרמה עקב שימוש אימותיהן בתרופה. אין מחלוקת שהיצרנים כולם התרשלו בכך ששיווקו את התרופה בלא בדיקות מספיקות ועל-אף חשדות בדבר השפעתה הרעה. ברוב המקרים אין ביכולתה של התובעת להוכיח מי היה היצרן שאימה השתמשה בתרופתו. נתח השוק של שמעון בזמנים הרלוונטיים בשיווק התרופה עמד על 10%.

סוג זה של מקרים נידון בהרחבה במאמר קודם שכתבתי.⁷⁸ די לציין כאן כי בארצות הברית הוטלה אחריות על כל יצרן לפי נתח השוק שלו. למעשה, פיצוי זה הינו שווה-ערך פחות או יותר לפסיקה לפי סיכוי: נתח השוק משקף את הסיכוי שהיצרן הנתבע הוא שגרם לנזק של התובעת המסוימת התובעת בבית-המשפט.

היכולה התובעת להוכיח על-פי עודף הסתברויות כי שמעון פגע באינטרס שלה? התשובה לכך שלילית. בהנחה שאין לראות בכל היצרנים מעוולים במשותף שיצרו סיכון אחד, גודל הסיכוי ששמעון הוא זה שפגע באינטרס שלה הוא כגודל הסיכוי ששמעון הוא זה שגרם לנזק הסופי שלה, דהיינו: סיכוי של 10%. מהיבט זה, דוגמת יצרני התרופות מייצגת מקרים שבהם לא הצליח התובע בגין פגיעה בסיכוי להוכיח על-פי עודף הסתברויות כל פגיעה באינטרס, ולו גם הקלה ביותר.

למרות זאת אני סבור כי מקרה היצרנים זועק לפיצוי יותר מאשר כל המקרים האחרים שנידונו במאמר זה. פיצוי כזה יביא בסופו של דבר לידי כך שכל מעוול יישא בנזקי התנהגותו העוולתית, שכל ניזוקה תקבל פיצוי בגין נזקה העוולתיים, ושהמעוול שגרם לנזקה של הניזוקה יתרום למנגנון שמביא לידי פיצוי. לפיכך, אחריות היצרנים לפי נתח שוק עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. נוסף על כך, הטלת אחריות כזו מוצדקת משיקולי הרתעה, שהרי היא מביאה לידי כך שמעוולים ישאו בנזקי עוולתם, וכך יראו מלכתחילה לנגד עיניהם את תוחלת נזקיהם, ולא גודל קטן ממנה. כאמור, שיקולים אלה ואחרים נידונו בהרחבה במקום אחר.⁷⁹

דוגמת המפעל ומן הניתוח של דוגמת הרופאה 1 עולה כי בווריאציה לדוגמת המפעל יהיה הפיצוי מוצדק, עם זאת יש לשים לב כי פיצוי זה, בנתוני הדוגמה, יהיה קטן ביותר, שכן הסיכוי שהתובע יינזק בעתיד קטן ביותר.

78 פורת "אחריות קיבוצית", לעיל הערה 3.

79 פורת, שם.

סיכום, מסקנות ודוקטרינת הנזק הראייתי

חלקו הראשון של המאמר עסק בשאלה אם ראוי להטיל אחריות בגין יצירת סיכונים גרידא, במשפט הנוהג אין אחריות כזו מוטלת, וגם כאשר נראה שלא כך הדבר, בחינה מדוקדקת מלמדת שהאחריות מוטלת בגין נזק עצמאי שנגרם (או עלול להיגרם) לתובע, ולא בגין יצירת הסיכון כשלעצמה.

תחילה נשאלה השאלה אם יש טעמים טובים להטלת אחריות על יוצרי סיכונים כתחליף לשיטה הקיימת, שאחריות נזיקית מותנית בה בגרם נזק, לצד יתרונות שיש בשיטה כזו, בעיקר מוויית הצדק המעניש, יש בה חסרונות שקשה להתגבר עליהם, ובעיקר קשיים מעשיים ההופכים אותה לבלתי־ניתנת להגשמה בעולם המציאות.

לאחר־מכן נידונה השאלה אם יש מקום להטלת אחריות בגין יצירת סיכונים נוסף להטלתה בגין גרם נזק, תשובתי לכך היתה שלילית, הן בשל הרתעת־היתר שעלולה להיווצר עקב כך והן מפני שאחריות כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות הצדק המתקן. חלקו השני של המאמר עסק בשאלת הפיצוי בגין פגיעה בסיכוי, אגב כך נידונו מצבים שונים, שנטען בהם, או עשוי להיטען בהם, כי הנתבע פגע בסיכוייו של התובע למנוע נזק או להימנע ממנו. בכולם מתקיימת אי־ודאות באשר לאופן הפגיעה: אי־ודאות לגבי גודל הנזק, אי־ודאות לגבי גרם הנזק ואי־ודאות שנפגע אינטרס כלשהו של התובע. דרך הדיון הוכתבה על־פי אינטואיציה ראשונית, לפיה תהיה ההתנגדות לפסיקת פיצוי לפי סיכוי חלשה יחסית בסוג המקרים הראשון, חזקה יותר בסוג השני וחזקה מאוד בסוג השלישי. הדיון במקרים השונים מלמד שככל שעסקינן בעקרונות ההרתעה והצדק המתקן, אינטואיציה זו אינה נכונה בהכרח. ההצדקה להטיל אחריות בגין פגיעה בסיכוי קיימת משיקולי הרתעה כאשר יש חשש להרתעת־חסר (או להרתעת־יתר) אם הפיצוי ייפסק לפי כלל עודף ההסתברויות, כמו בדוגמת המפעל, בדוגמת העישון ובדוגמת יצרני התרופות. ההצדקה להטלת אחריות בגין פגיעה בסיכוי קיימת משיקולי צדק מתקן בראש ובראשונה כאשר ניתן להגדיר את הנזק ככולל בתוכו את מרכיב אי־הוודאות, כמו בדוגמה של הפסד ההשתכרות ובדוגמת הרופאה 1, במקרים אלה, אי־הוודאות מתייחסת לעתיד, להבדיל מדוגמת הכלבים, מדוגמת הרופאה 2 ומדוגמת התקיפה הרפואית, שאי־הוודאות מתייחסת בהן אל העבר. במקרים אחרונים אלה קיים קושי ממשי בהצדקת פיצוי לפי סיכוי באופן שיתאם את עקרונות הצדק המתקן (אך כפוף לאמור להלן).

בדוגמת המפעל, בדוגמת העישון ובדוגמת יצרני התרופות קיימת הצדקה מטעמי צדק מתקן, נוסף להצדקה ההרתעתית, להטלת אחריות לפי סיכוי. אולם במקרים אלה, הטלת האחריות לפי סיכוי מוצדקת לאו דווקא בשל הפגיעה בסיכוי, אלא בשל הוודאות של גרם נזק ממשי על־ידי הנתבעים, אפילו זהות הניזוקים ביחס לכל מזיק ומזיק אינה ניתנת להוכחה.

בכל המקרים שנידונו בחלקו השני של מאמר זה (אך לא בחלקו הראשון), הטלת אחריות לפי סיכוי מוצדקת על־פי דוקטרינת הנזק הראייתי. בכמה מאמרים שכתבנו, פרופסור אלכס שטיין ואנוכי, פיתחנו דוקטרינה זו.⁸⁰ עיקרה הוא שפגיעה עוולתית

80 ראו פורת ושטיין "נזק ראייתי", לעיל הערה 10; 42 *supra* Porat & Stein. בשני

(רשלגית בדרך-כלל) של אדם בראיותיו של אחר, המונעת מזה האחרון סיכוי לממש זכויות, מזכה בפיצוי בהתקיים תנאים מסוימים. הדגשנו כי גרם נזק ראייתי שולל מן התובע (בוודאות) מידע שיש לו ערך כלכלי ממשי לגביו. ערך כלכלי זה נמדד בהתאם לסיכוי שהמידע שנשלל היה עשוי להסב לתובע טובת-הנאה, כגון פיצוי מגורם הנזק הראייתי או מצד שלישי. לא כאן המקום לחזור על ההנמקות לדוקטרינה, על יתרונותיה ועל אופן יישומה במצבים שונים של אי-ודאות בגרימת נזקים. בכך עסקנו, כאמור, בהרחבה במקום אחר, והקורא המתעניין ימצא שם דיון בהחלטה של הדוקטרינה כמעט על כל הדוגמות שנידונו בחלקו השני של מאמר זה ואף על רבות אחרות. די כאן לומר שבכל המקרים שנידונו בחלק השני של המאמר גרם הנחבע נזק ראייתי לתובע על-ידי התנהגות עוולתית, ולפתות בגינו הוא חייב לפצותו. גרם הנזק הראייתי מצדיק הטלה של חובת פיצוי לפי הסיכוי שהנחבע גרמו, שכן פיצוי זה משקף את שווי המידע שנשלל מן התובע עקב עוולת הנחבע.

הכרה בקיומו של הנזק הראייתי כבר-תביעה מסירה את ההתנגדויות להטלת אחריות לפי סיכוי מהיבט הצדק המתקן, התנגדויות שנידונו במאמר זה ביחס לאחדות מן הדוגמות. כך, השאלה אם אי-הוודאות מתייחסת לאירועים עתידיים (דוגמת הרופאה 1) או אל העבר (דוגמת הרופאה 2) אינה מעלה או מורידה כל עוד הנחבע הוא שגרם לאי-הוודאות בעוולה. דוקטרינת הנזק הראייתי מוצדקת משיקולי צדק מתקן, שכן נזק ראייתי שנגרם בעוולה הוא נזק שראוי לתקנו על-פי עקרונות אלה ככל נזק אחר.⁸¹ לפיכך, כל עוד הפסיקה לפי סיכוי מוצדקת על-פי דוקטרינת הנזק הראייתי, ממילא היא מוצדקת אף מהיבט הצדק המתקן.

מאמרים נמתחה ביקורת על הצעתנו: י' גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האמנם הורם נטל השכנוע?" משפטים ל (תש"ס) 317; R.D. Friedman "Dealing with Evidentiary Deficiency" 18 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1961. לתגובתנו על ביקורתו של פרופסור גלעד, ראו פורת ושטיין, לעיל הערה 64.

81 פורת ושטיין "נזק ראייתי" שם, בע' 197-207; Porat & Stein, *ibid*, at pp. 1918-1934.
